



الجمهورية العربية السورية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة دمشق _ كلية الشريعة

قسم الأحوال الشخصية

تأصيل الاختيارات التشريعية للمسائل الفقهية في قانون الأحوال الشخصية

السوري (الزواج وآثاره)

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الأحوال الشخصية

إعداد الطالبة

لبابه صالح خادم السروجي

إشراف الدكتور محمد حسان عوض

الأستاذ المساعد في كلية الشريعة بجامعة دمشق

1445هـ - 2024م



الجمهورية العربية السورية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة دمشق
كلية الشريعة
الدراسات العليا
قسم: الأحوال الشخصية

إفادة

أطروحة دكتوراه بعنوان:

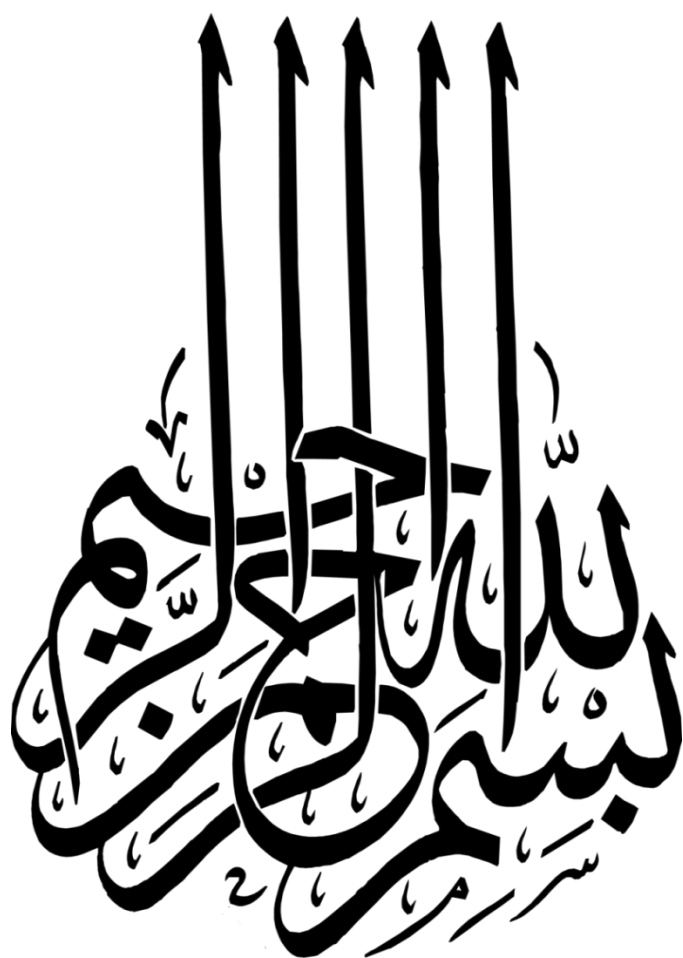
تأصيل الاختيارات التشريعية للمسائل الفقهية في قانون الأحوال الشخصية السوري (الزواج وآثاره)

إعداد الطالبة: لبابه صالح خادم السروجي

تمت مناقشة الأطروحة بتاريخ: ٢٣/٧/٢٠٢٤م وقامت الطالبة بتعديل ملحوظات لجنة المناقشة.

أعضاء اللجنة

الاسم	الصقة	التاريخ والتوقيع
الدكتور محمد حسان عوض	مشرف	
الأستاذ الدكتور محمد الحسن البغا	عضو	
الدكتور هيثم ضاهر	عضو	
الدكتور محمد وليد منصور	عضو	
الدكتور أحمد سامر قباني	عضو	



الإهداء

إلى أشرف خلق الله سيدي وحببي المصطفى عليه أفضل الصلّاة والتّسليم.

إلى من ساندني وأكرمني وهذبني ورعاني أسرّتي وعزوتي

إلى من كان لي سنداً وعوناً إلى زوجي ورفيق دربي .

إلى روحه الطيبة الطاهرة من كان أخاً قبل أن يكون معلماً، صاحب الأثر الطيب والأيادي

البيضاء، إلى المشرف المبارك الدكتور أيمن أبو العيال - رحمه الله - أهدي له ثواب هذا العمل، فقد كان له

الفضل في قبول هذه الأطروحة ورسم خطوطها، جعلها الله في ميزان حسناته وأسكنه فسيح جناته .

وإلى كل أساتذتي ومشايخي وجميع أهلي وأصدقائي وكل من ساهم في إنجاز هذه الدراسة

وكل من له فضل عليّ أهدي هذا العمل المتواضع .

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله عز وجل على ما منّه عليّ بجميل فضله، وما أكرمني به ويسّره لي في إتمام هذا العمل، والشكر الجزيل للأستاذ المشرف الدكتور محمد حسان عوض لما قدّمه من جهد مشكور في إشرافه وبذله للنصح والإرشاد لإتمام هذه الأطروحة.

ثمّ أوجّه خالص شكري وامتناني إلى:

- رئاسة جامعة دمشق.

- عمادة كليّة الشريعة المتمثلة بالدكتور محمد حسان عوض.

- السادة الأساتذة أعضاء قسم الأحوال الشخصية، وأخصّ رئيس القسم الدكتور هيثم الضاهر، والأستاذ المستشار زياد الحمود لما لهم من أثر طيّب.

- السادة أعضاء لجنة المناقشة الأستاذ الدكتور محمد الحسن البغا، والدكتور هيثم الضاهر، والدكتور محمد وليد منصور، والدكتور أحمد سامر القباني لتكرّمهم بقبول تحكيم هذه الأطروحة وتصويبها.

- وأشكر كلّ من أعانني وساهم في نصحي وإرشادي، وكل من أسدى إليّ معروفاً وعوناً ولو بكلمة طيبة تشدّ الأزر وتعلي الهمة، أرجو لهم السداد، وجزاهم الله عني خير الجزاء.

تأصيل الاختيارات التشريعية للمسائل الفقهية في قانون الأحوال الشخصية السوري (الزواج وآثاره)

الطالبة: لبابة صالح خادم السروجي . المشرف: الأستاذ الدكتور محمد حسان عوض

مستخلص الرسالة

تتناول هذه الأطروحة المواد القانونية المتعلقة بأحكام الزواج وآثاره والتي تتضمن عقد الزواج، أركانه، وشروطه، وأنواعه، والأهلية والولاية في عقد الزواج، والمحرمات المؤبدة والمؤقتة، وآثار عقد الزواج، والتي تشمل: المهر والنفقة، ركزت الأطروحة على تحديد المذهب الفقهي الذي استند إليه قانون الأحوال الشخصية في كل مادة من مواد الكتاب الأول: الزواج، وذلك لبيان المذهب الواجب الرجوع إليه في المسائل المشمولة بالمادة ٣٠٥/ مكرر، مع بيان مدى توافق الجمع بين أكثر من مذهب في المادة الواحدة، بالإضافة لعرض الأقوال المخالفة لاختيار القانون، وقد اهتمت الأطروحة ببيان الدليل الذي استند إليه قانون الأحوال الشخصية في مواد الزواج وآثاره، كما يُعدُّ هذا البحث شرحاً للمواد القانونية المتعلقة بالزواج وآثاره، وقد كان من أبرز نتائج البحث أن قانون الأحوال الشخصية السوري قد استمد اختياراته لأحكام الزواج وآثاره من الشريعة الإسلامية فاستند في تقنين مواده في قسم الزواج وآثاره إلى مذاهب الأئمة الأربعة معتمداً على الأدلة الشرعية في أغلب أحكامه.

الكلمات المفتاحية: تأصيل - الاختيارات التشريعية - المستند الفقهي - الدليل الشرعي - الزواج

وآثاره.

المقدمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله، رسول الرحمة، وهادي الأمة، عليه أفضل الصلاة والتسليم وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

تتكون قوانين الأحوال الشخصية من مجموعة أحكام تُنظّم حياة الفرد والأسرة، وتعتبر أداة من أدوات تطبيق الشريعة الإسلامية، فالشريعة هي المصدر الأساسي لجميع القوانين على اختلاف أنواعها، وهي وحدها الكفيلة بتنظيم حاجات البشر وسلّها لتمييزها بنظام متكامل يقوم على أصول كلية تصلح للتطبيق في كل زمان ومكان.

وكما أن القوانين الوضعية ذات طبيعة إلزامية ف كذلك الأحكام الشرعية، بحيث يتعين على الجميع الالتزام بها في تصرفاتهم سواء أكانت على شكل تشريعات وقوانين أم أحكاماً قضائية أم غير ذلك، خاصة ما كان منها قطعياً غير قابل للتعديل، لأنها تمثل الأصول الثابتة التي لا تحتمل التأويل، بينما تتسع دائرة الاجتهاد في الأحكام الظنية، فتتنوع الأقوال والآراء وتختلف المذاهب، وهنا تختار التشريعات الوضعية منها ما يضمن تحقيق المصلحة الحقيقية دون إعطاء أولوية لمذهب على آخر.

وتبعاً لتنوع المذاهب الفقهية التي بُني عليها قانون الأحوال الشخصية، فقد جاءت هذه الأطروحة لتحديد بشكل دقيق المذهب الفقهي لكل مادة من مواد قانون الأحوال الشخصية في قسم الزواج وآثاره، مع بيان الأدلة الشرعية والقواعد الفقهية والمقاصدية التي استند إليها القانون في أحكامه، وفي هذا تخفيف للجهد والوقت على القضاة في استنباط المذهب الفقهي الذي استمدت منه المادة القانونية الحكم الشرعي، إذ قد يعسر عليهم تطبيق المادة (٣٠٥) مكرر، والتي أحالت الفروع الفقهية لمسائل قانون الأحوال الشخصية للقول الأرجح في المذهب الفقهي الذي استمدت منه المسألة، كما تبين ارتباط قانون الأحوال الشخصية السوري بالشريعة الإسلامية مراعيّاً باختياره منها ما يتناسب مع مقتضيات المصلحة المعاصرة، ولتكون رداً على ما يثار من عدم شرعية قانون الأحوال الشخصية لبث عدم الثقة بأحكام هذا القانون، وذلك من خلال دراسة تأصيلية بعنوان:

تأصيل الاختيارات التشريعية للمسائل الفقهية في قانون الأحوال الشخصية السوري

(الزواج وآثاره)

أ- أسئلة البحث وأهدافه:

- يتلخّص البحث في الإجابة عن السؤال الآتي:
- ما تأصيل الاختيار التشريعي للمواد المتعلقة بالزواج وآثاره؟ ويتفرع عنه التساؤلات الآتية:
 - ما تأصيل الاختيار التشريعي للمسائل المنصوص عليها في الخطبة والرضا في عقد الزواج؟
 - ما تأصيل الاختيار التشريعي للمسائل المنصوص عليها في الأهلية والولاية في الزواج؟
 - ما تأصيل الاختيار التشريعي للمسائل المنصوص عليها في المحرمات في الزواج وأنواع العقد؟
 - ما تأصيل الاختيار التشريعي للمسائل المنصوص عليها في المهر؟
 - ما تأصيل الاختيار التشريعي للمسائل المنصوص عليها في النفقة؟

وأما أهداف البحث التي يسعى إلى تحقيقها فهي:

- بيان الاختيار التشريعي للمواد المتعلقة بالزواج وآثاره، والتي تشمل الخطبة والرضا في عقد الزواج، الأهلية والولاية في الزواج، المحرمات في الزواج وأنواع العقد، ثم المهر والنفقة.
- معرفة الاختيار التشريعي لكل مادة من مواد قانون الأحوال الشخصية لتحديد المذهب الفقهي الواجب الرجوع إليه في الفروع الفقهية للمادة المنصوص عليها.
- معرفة المواد المجمع عليها لدى الفقهاء والتي لا يمكن أن يشملها أي تعديل.

ب- أهمية البحث، وأسباب اختياره:

- تبرز أهمية البحث في عدة نقاط، هي:
- تخفيف الجهد والوقت على القضاة في تحديد المذهب الدقيق للمادة، خاصة المواد التي جمعت أكثر من مذهب.
 - معرفة مدى توافق الجمع بين أكثر من مذهب في المسألة الواحدة.

وأما أسباب اختيار البحث فهي:

- إظهار ارتباط قانون الأحوال الشخصية السوري بالشرعية الإسلامية وذلك من خلال استناده إلى الأقوال الصحيحة في المذاهب الفقهية.
- معرفة مدى التزام قانون الأحوال الشخصية السوري بالمذاهب الفقهية.

ج- الدراسات المرجعية:

فيما اطلعت عليه وجدت بعض الأبحاث مشابهة لموضوع هذه الدراسة في بعض أجزائها، منها:

- بحث مجلة بعنوان: شروط عقد النكاح في الفقه الإسلامي واختيارات قانون الأحوال الشخصية

الكويتي، خلود بدر الزمان، كلية الشريعة والقانون بطنطا- العدد الثاني والثلاثون- الجزء الرابع ٢٠١٧م.

يتناول هذا البحث شروط عقد النكاح فقط، مبيّناً أقوال المذاهب الفقهية ثم يذكر بشكل مجمل ما اختاره القانون الكويتي من أقوال الفقهاء، بينما هذه الأطروحة تدرس مواد قانون الأحوال الشخصية السوري والتي تتضمن عقد النكاح وآثاره لتبدأ من المادة القانونية وتحدد المذهب الفقهي بشكل دقيق ومفصل، ثم تبين الأدلة الشرعية ثم تقارن بالأقوال المخالفة للمستند الفقهي للمادة.

- بحث مجلة بعنوان: عقد الزواج في الفقه الجعفري (دراسة مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية

العراقي النافذ وقوانين الأحوال في البلاد العربية)، الأستاذ الدكتور محمد جاسم محمد، جامعة ذي قار، العدد الثاني، المجلد الثاني، ٢٠٠٦م.

يتفق هذا البحث مع الأطروحة بدراسة عقد الزواج بينما يقتصر على بيان أحكام عقد النكاح في المذهب الجعفري مقارناً بقانون الأحوال العراقي وبعض القوانين العربية، بخلاف هذه الدراسة التي تناولت تأصيل قانون الأحوال الشخصية السوري لمعرفة المذهب الذي اختاره القانون.

- بحث ماجستير بعنوان: المسائل التي لم يرد بشأنها نص في قانون الأحوال الشخصية السوري

(الزواج)، ميرفت الخطيب، رسالة ماجستير بجامعة دمشق، كلية الحقوق ٢٠١٥م.

تجمع هذه الرسالة كل ما لم ينص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في قسم الزواج لتبين حكمه وفق المذهب الحنفي دون التعرّض للنصوص القانونية في قسم الزواج، بينما هذه الأطروحة تدرس مواد الزواج من قانون الأحوال الشخصية السوري لتبين المذهب الفقهي لكل مادة.

- بحث ماجستير بعنوان: ما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري في مسائل فرق الزواج

وآثارها، لبابة خادم السروجي، جامعة دمشق، كلية الشريعة ٢٠١٨م.

هدف البحث استقراء مواد قانون الأحوال الشخصية في مسائل انحلال الزواج وآثاره والتي يعود مصدرها التشريعي لغير المذهب الحنفي لبيان ما سكت عنه القانون وشرحه وتحليله، بينما هذه الدراسة تبين المستند الفقهي للمواد القانونية المتعلقة بالزواج وآثاره دون التعرّض لما سكت عنه القانون.

والجديد في هذا البحث أنه يبين الاختيار الفقهي لكل مادة من مواد قانون الأحوال الشخصية السوري، والدليل الذي استندت إليه المادة، والأقوال المخالفة لاختيار القانون.

د- منهج البحث وإجراءاته:

المنهج الاستقرائي المقارن، وذلك باستقراء مواد القانون لتتبع أصلها الشرعي ثم مقارنتها بالمذاهب الأخرى لمعرفة الراجح منها والضعيف والملفق من غيره.

وأهم الإجراءات التي اعتمدها البحث:

-تخريج الآيات القرآنية بذكر اسم السورة والآية في المتن.

-تخريج الأحاديث من الصحيحين أو أحدهما إذا وجد الحديث فيه، فإن خرج عنهما يُذكر مَنْ أخرج من كتب الحديث، ويذكر في الحاشية اسم الكتاب فالباب ورقم الحديث والجزء والصفحة.

-ترجمة الأعلام عند أول ورود لها في الحاشية، ولم أترجم للصحابه رضي الله عنهم المشهورين، وأئمة المذاهب الأربعة.

-ذكر اسم الكتاب ومؤلفه في الحاشية عند وروده أول مرة، والاكتفاء باسم الشهرة لكليهما إن تكرر الرجوع إليه.

-وضع النص المنقول حرفياً بين قوسين، وإذا نقلت المعلومة وصغتها بصياغتي أذكر المرجع دون وضعها بين قوسين.

-إلحاق البحث بالفهارس العلمية الضرورية، وهي: (فهرس الآيات، والأحاديث والآثار، والأعلام، والمراجع والمصادر).

ه- حدود البحث:

يقتصر البحث على تأصيل الاختيارات التشريعية للمواد المتعلقة بالزواج وآثاره فقط دون غيرها من مواد القانون، كما يقتصر على النص القانوني دون بيان الفروع الفقهية للمادة القانونية.

و- تقسيمات البحث:

يتكون البحث من فصل تمهيدي وبابين لموضوع البحث، ويشمل الباب الأول ثلاثة فصول، والباب الثاني فصلين، وخاتمة فيها النتائج والمقترحات، على النحو الآتي:

المقدمة: وفيها: أسئلة البحث وأهدافه، وأهميّة البحث وأسباب اختياره، والدراسات المرجعيّة، ومنهج البحث وإجراءاته، ومادّة البحث، وتقسيمات البحث.

الفصل التمهيديّ: التعريف بمفردات البحث

المبحث الأول: مفهوم التأصيل والاختيار

- المطلب الأول: تعريف التأصيل ومرادفاته.
- المطلب الثاني: تعريف الاختيار التشريعي.
- المطلب الثالث: التعريف بالأدلة المختلف فيها.

المبحث الثاني: المنهج المتعلق بالمستند الفقهي

- المطلب الأول: الالتزام بمذهب معين.
- المطلب الثاني: التلفيق بين المذاهب.
- المطلب الثالث: تقليد غير المذاهب الأربعة.
- المطلب الرابع: حكم الحاكم يرفع الخلاف.

المبحث الثالث: مدخل إلى قانون الأحوال الشخصية

- المطلب الأول: مفهوم قانون الأحوال الشخصية ومصادره وأهميته.
- المطلب الثاني: نشأة قانون الأحوال الشخصية.
- المطلب الثالث: تعديلات قانون الأحوال الشخصية السوري.

الباب الأول: تأصيل الاختيارات التشريعية للزواج

الفصل الأول: تأصيل المواد المتعلقة بالخطبة والرضا في عقد الزواج

المبحث الأول: تأصيل الاختيارات التشريعية للخطبة

- المطلب الأول: تكييف الخطبة والعدول عنها.
- المطلب الثاني: استرداد المهر عند العدول عن الخطبة.
- المطلب الثالث: استرداد هدايا الخطبة.

- المطلب الرابع: التعويض في العدول عن الخطبة.

المبحث الثاني: تأصيل الاختيارات التشريعية لعقد الزواج

- المطلب الأول: تعريف الزواج لغةً واصطلاحاً.
- المطلب الثاني: أركان عقد الزواج.
- المطلب الثالث: الوكالة في عقد الزواج.
- المطلب الرابع: الشهود في عقد الزواج.
- المطلب الخامس: الشروط المقتزنة بعقد الزواج.

الفصل الثاني: تأصيل المواد المتعلقة بالأهلية والولاية في عقد الزواج

المبحث الأول: تأصيل الاختيارات في الأهلية في عقد الزواج

- المطلب الأول: شروط أهلية العاقلين.
- المطلب الثاني: تحديد سن البلوغ.
- المطلب الثالث: إذن القاضي في إجراء عقد الزواج.

المبحث الثاني: تأصيل الاختيارات في الولاية والكفاءة في عقد الزواج

- المطلب الأول: الولي وشروطه في عقد الزواج.
- المطلب الثاني: غياب الولي وتعدد.
- المطلب الثالث: دور الولي في زواج الفتاة البالغة.
- المطلب الرابع: الكفاءة بين الزوجين.

الفصل الثالث: تأصيل المواد المتعلقة بالحرمان في الزواج وأنواع العقد

المبحث الأول: تأصيل الاختيارات في الحرمان في الزواج

- المطلب الأول: الحرمان المؤبدة.
- المطلب الثاني: الحرمان المؤقتة.

المبحث الثاني: تأصيل الاختيارات في أنواع عقد الزواج

- المطلب الأول: العقد الصحيح.
- المطلب الثاني: العقد غير الصحيح.

الباب الثاني: تأصيل الاختيارات التشريعية لآثار الزواج

الفصل الأول: تأصيل المواد المتعلقة بالمهر

المبحث الأول: تأصيل الاختيارات في أنواع المهر

- المطلب الأول: المهر المسمى.
- المطلب الثاني: نصف المهر.
- المطلب الثالث: مهر المثل.

المبحث الثاني: تأصيل الاختيارات في مقدار المهر وصفته

- المطلب الأول: أكثر المهر وأقله.
- المطلب الثاني: الزيادة والإنقاص من المهر.
- المطلب الثالث: صفة المهر.

المبحث الثالث: تأصيل الاختيارات في الأحكام المتعلقة بالمهر

- المطلب الأول: سقوط المهر.
- المطلب الثاني: قبض المهر.
- المطلب الثالث: التعويض المالي عن المهر.
- المطلب الرابع: المهر في مرض الموت.

الفصل الثاني: تأصيل المواد المتعلقة بالنفقة

المبحث الأول: تأصيل الاختيارات في سكن الزوجية

- المطلب الأول: حكم السكن وشروطه.
- المطلب الثاني: العدل بين الزوجات في المسكن.
- المطلب الثالث: متابعة الزوجة لزوجها.

المبحث الثاني: تأصيل الاختيارات في النفقة الزوجية

- المطلب الأول: حكم نفقة الزوجة.
- المطلب الثاني: أنواع النفقة ومق دارها.
- المطلب الثالث: بدء استحقاق النفقة.
- المطلب الرابع: الاستدانة على الزوج وإسلاف النفقة.
- المطلب الخامس: نفقة المعتدة.

الخاتمة: وفيها النتائج والمقترحات.

الفصل التمهيديّ

مدخل إلى البحث

ويتضمن المباحث الآتية:

المبحث الأول: مفهوم التأصيل والاختيار.

المبحث الثاني: التعريف بأقسام مصادر التشريع.

المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بالمستند الفقهي.

المبحث الرابع: مدخل إلى قانون الأحوال الشخصية.

الفصل التمهيدي: التعريف بمفردات البحث

يدور هذا البحث حول بيان المذهب الفقهي ودليله لكل مادة من مواد الزواج وآثاره من قانون الأحوال الشخصية السوري، لذلك لا بد قبل الشروع بالبحث من بيان مفهوم تأصيل الاختيارات التشريعية، ثم بيان شيء من الأحكام المتعلقة بالأدلة والمستند الشرعي، مع ذكر لمحة موجزة عن قانون الأحوال الشخصية السوري.

المبحث الأول: مفهوم التأصيل والاختيار

يتناول هذا المبحث بيان معنى المفردات المتصلة بالبحث واستعمالاتها في اللغة وفي الاصطلاح الشرعي.

المطلب الأول: تعريف التأصيل ومرادفاته

أولاً- التأصيل في اللغة والاصطلاح:

١. التأصيل في اللغة:

الهمزة والصاد واللام، ثلاثة أصول متباعد بعضها من بعض، أحدها: أساس الشيء، والثاني: الحية، والثالث: ما كان من النهار بعد العشي.^(١)

والتأصيل: مصدرٌ، أصل جمع أصول، والأصل: أسفل الشيء، يقال: قعد في أصل الجبل، وقلع أصل الشجر، ثم كثر حتى قيل: أصل كل شيء: ما يستند وجود ذلك الشيء إليه، كالأب أصل للولد، والنهر أصل للجدول، وقيل: أصل كل شيء قاعدته،^(٢) وأصلُّه تأصيلًا: جعلتُ له أصلًا ثابتًا يُبنى عليه غيره.^(٣)

٢. التأصيل في الاصطلاح:

(١) مقاييس اللغة، أحمد بن فارس القزويني، (ت: ٣٩٥هـ) تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م: (١/١٠٩).

(٢) تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد الحسيني الملقب بالمرتضى الزبيدي (ت: ١٢٠٥هـ)، دار الهداية: مادة (أصل)، (٤٤٧/٢٧).

(٣) التوقيف على مهمات التعاريف، محمد عبد الرؤوف المناوي القاهري (ت: ١٠٣١هـ)، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، بيروت، دمشق، ط: الأولى، ١٤١٠هـ: (٦٩).

لا يختلف المعنى اللغوي عن الاصطلاحي فقد جاء في العدة: "أصل الشيء ما تعلق به وعُرف منه، إما باستخراج أو تنبيه".^(١)

وعرّفه الآمدي: "أصل كل شيء هو ما يستند تحقيق ذلك الشيء إليه".^(٢)

وقيل: الأصل في الشرع ما يبنى عليه غيره، ولا يبنى هو على غيره، وأصل الشيء ما منه الشيء أي مادته.^(٣)

وللأصل أربعة معانٍ في الاصطلاح: أحدها: الدليل، كقولهم أصل هذه المسألة الكتاب والسنة، أي: دليلهما، والثاني: الرجحان، والثالث: القاعدة المستمرة، والرابع: الصورة المقيس عليها.^(٤)

فالأصل هو لفظ مشترك، والمقصود به هنا الأدلة الشرعية التي استندت إليها الأحكام، سواء كان الدليل من الأدلة المتفق عليها بين الفقهاء: كالقرآن والسنة، أم كان من الأدلة المختلف فيها: كالمصالح المرسلة وسد الذرائع وغيرها، أم كان من القواعد الفقهية أو المقاصدية.

٣. منهج التأصيل:

(١) العدة في أصول الفقه، القاضي مُحمَّد بن حسين الفراء البغدادي الحنبلي، أبي يعلى (ت ٤٥٨هـ)، حققه: أحمد المبارك، ط: الثانية ١٤١٠هـ/١٩٩٠م: (٧٠/١).

(٢) الآمدي (٥٥١-٦٣١هـ)، علي بن أبي علي بن مُحمَّد بن سالم الثعلبي أبو الحسن، الملقب بسيف الدين الآمدي، الفقيه الأصولي، كان حنبلي المذهب ثم انتقل إلى المذهب الشافعي وصحب الشيخ أبا القاسم بن فضلان، شهد له ابن عبد السلام بالبراعة، من كتبه: الإحكام في أصول الأحكام وأبكار الأفكار في علم الكلام. طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، (ت: ٧٧١هـ)، د. محمود مُحمَّد الطناحي د. عبد الفتاح مُحمَّد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤١٣هـ: (٣٠٦/٨).

(٣) الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن مُحمَّد بن سالم الثعلبي الآمدي (ت: ٦٣١هـ)، المحقق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، (د.ط): (٧/١).

(٤) البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين بن بهادر الزركشي (ت ٧٤٥هـ)، دار الكتي، ط: الأولى، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م: (٢٤/١)، التعريفات علي بن مُحمَّد بن علي الزين الجرجاني (ت ٨١٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت ط: الأولى ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م: (٢٨).

(٥) نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي (ت: ٧٧٢هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م: (٨).

وكان منهجي في التأصيل هو الرجوع إلى أصل وأساس الأحكام الفقهية التي اختارها قانون الأحوال الشخصية السوري من بحر العلوم الذي تركه الأئمة، وتمثل هذه الأصول في الأدلة المتفق عليها، وتسمى الأدلة الأصلية، لأنها الأصل في الرجوع لاستخراج الأحكام الشرعية منها، واتفق العلماء على أنها مرتبة في الاستدلال بها، فالقرآن الكريم في المرتبة الأولى، ثم السنة الشريفة، ثم الإجماع، ثم القياس.^(١)

ومن الأصول أيضاً الأدلة المختلف فيها وهي كثيرة ومتعددة: كالاستحسان، والاستصلاح، والعرف، والاستصحاب، وسد الذرائع، ومذهب الصحابي، كما تشمل الأصول التي قامت عليها أحكام القانون: القواعد الفقهية والمقاصدية، فذكرت منها قدر الاستطاعة ما كان له صلة بالبحث ومسائله، وسأبين لمحة عن الأدلة المختلف فيها مع ذكر أمثلة من الأحوال الشخصية دون التعرض للأدلة المختلف فيها لشهرتها، واستعنت على ذلك بالرجوع إلى المصادر الأصلية وتوثيق كل مذهب من كتبه المعتمدة.

ثانياً - الألفاظ المرادفة للأصل:

١. المُسْتَنَد في اللغة والاصطلاح:

أ. المُسْتَنَد لغةً: السين والنون والذال أصلٌ واحدٌ يدلُّ على انضمام الشيء إلى الشيء.^(٢)

والمستند: اسم مفعول من استند إلى، واستند على، والمصدر سَنَد، جمعه: أسناد، والسند ما ارتفع من الأرض في قُبل الجبل أو الوادي، والسَّنَد: المعتمد، وكل شيء أسندت إليه شيئاً فهو مُسْنَد، وساندت الرجل مساندةً إذا عاضدته وكاتفته، وفلان سَنَدٌ، أي: معتمد، وكل ما يعتمد عليه الإنسان فهو مُسْتَنَد، وسندت إلى الشيء، وأسندت إليه: إذا ملت إليه واعتمدت عليه.^(٣)

^(١) الكافي الوافي في أصول الفقه الإسلامي، أ.د: مصطفى سعيد الحن، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ: (٨٥)، أصول الفقه الإسلامي، أ.د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، ط: أولى، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م: (٤١٧/١).

^(٢) مقاييس اللغة، ابن فارس: (١٠٥/٣).

^(٣) لسان العرب، مُجَدِّد بن مكرم بن علي، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي (ت ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، ط: الثالثة، ١٤١٤هـ: مادة (سند) (٢٢٠/٣-٢٢١)، تاج العروس، مرتضى الزبيدي: مادة (سند) (٢١٥/٨)، المعجم الوسيط، المؤلف: مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى وآخرون، دار الدعوة: (٤٥٣)، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، محمود عبد

واستعمل المستند حديثاً بمعنى الأساس، والقاعدة، والدعامة، والوثيقة التي يُستند إليها للدلالة على حقٍّ أو التزام في إطار القانون، يقال: استند فلان إلى وقائع تاريخية، واستند إلى رأي معلّمه: أي اعتبره بمنزلة برهان يُعتمد عليه، واستناداً إلى كذا: اعتماداً عليه.^(١)

ب. المستند في الاصطلاح:

استعمل الأصوليون لفظ المستند بمعنى الدليل في كثير من المواضع، منها ما جاء في البرهان: "لا نثبت أصول الشريعة إلا بمستند قطعي".^(٢)

ومنه: مستند الإجماع، أي: دليله.^(٣)

ومنه أيضاً: من شرط صحة الحكم في القضاء الاستناد إلى دليل صحيح.^(٤)

والاستناد: هو اعتماد الشيء على غيره، بحيث لو زال ذلك الغير لم يستقر ذلك الشيء، ومنه استناد الفقه إلى أدلته، فالأدلة هي مستند الأحكام، فإن زال الدليل بالنسخ زال الحكم.^(٥)

الرحمن عبد المنعم، جامعة الأزهر، دار الفضيلة (ط.د): (١٦١).

^(١) معجم الصواب اللغوي دليل المثقف العربي، أحمد مختار عمر، عالم الكتب، القاهرة، ط: الأولى، ١٣٢٩هـ / ٢٠٠٨م: (١/٦٩٤)، معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عمر، عالم الكتب، ط: الأولى، ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م: (٢/١١١٧-١١١٨)، تكملة المعاجم العربية، رينهارت بيتر آن دوزي، نقله إلى العربية وعلق عليه: ج ١ - ٨: محمّد سليم النعيمي، ج ٩، ١٠: جمال الخياط، وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، ط: الأولى، من ١٩٧٩ - ٢٠٠٠ م: (٦/١٦٦).

^(٢) البرهان في أصول الفقه، إمام الحرمين، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني (ت ٤٧٨هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م: (٢/١٨٦).

^(٣) انظر الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي: (١/٢٦١).

^(٤) الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب بن علي تقي الدين السبكي (ت ٧٧١هـ)، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤١١هـ / ١٩٩١م: (١/٤١٠).

^(٥) شرح مختصر الروضة، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصّرصري (ت ٧١٦هـ)، تحقيق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م: (١/١٢٥).

والمستند بمعنى الدليل، فمستند العلم ومبتناه ما هو إلا دليله.^(١)

وسند القول: الدليل أو القاعدة أو الأصل الذي بُني عليه القول.^(٢)

والاستناد إلى الشيء بمعنى الاحتجاج به،^(٣) والإسناد: ما يذكر لتقوية القضية المدعاة.^(٤)

٢. الدليل في اللغة والاصطلاح:

أ. الدليل لغة: الدال واللام أصلان، أحدهما: إبانة الشيء بأمانة تتعلمها، والآخر اضطراب في الشيء، والدليل: الأمانة في الشيء.^(٥)

والدليل: مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ، وهو المرشد، وما به الإرشاد، ودلت بهذا الطريق: عَرَفْتُهُ، دَلَالَةٌ وَدِلَالَةٌ، والفتح أعلى، والجمع: أدلة وأدلاء، والاسم: الدلالة والدلالة، بالكسر والفتح، والدليلة: المحجة البيضاء.^(٦)

ب. **الدليل في الاصطلاح:** هو: "الذي إذا تأمله الناظر المستدل أوصله إلى العلم بالمدلول، وسمي دليلاً لأنه كالمنبه على النظر المؤدي إلى المعرفة والمشير له إليه، وهو مشبه بمهادي القوم ودليلهم الذي يرشدهم إلى الطريق، فإذا تأملوه واتبعوه أوصلهم إلى الغرض المقصود".^(٧)
وقيل: هو "ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري".^(٨)

(١) كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: مُجَدِّد بن علي ابن القاضي مُجَدِّد حامد بن مُحَمَّد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (ت: بعد ١١٥٨هـ)، تحقيق: د. علي درجوج، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط: الأولى: ١٩٩٦م: (٣٧/١).

(٢) معجم لغة الفقهاء، مُجَدِّد قلعجي وحامد قنيبي، دار النفائس، ط: الثانية ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م: (٢٥١).

(٣) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، محمود عبد المنعم: (١٦٢).

(٤) المرجع السابق: (١٨٢).

(٥) مقاييس اللغة، ابن فارس: (٢٥٩/٢).

(٦) لسان العرب، ابن منظور: (دلل) (٢٤٩/١١)، تاج العروس، مرتضى الزبيدي: مادة (دلل) (٥٠١/٢٨).

(٧) الفصول في الأصول، أحمد بن علي أبو بكر الرازي (ت ٣٧٠هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، ط: الثانية ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م: (٧/٤).

(٨) رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تاج الدين السبكي (ت ٧٧١هـ) عالم الكتب، لبنان، ط: أولى ١٩٩٩م / ١٤١٩هـ: (٢٥٢/١).

والمطلوب الخبري يشمل القطع والظن، وهذا مذهب أكثر الفقهاء والأصوليين، وقال أبو الحسين البصري^(١) وبعض المتكلمين: ما أفاد القطع يسمى دليلاً، وما أفاد الظن يسمى أمانة.^(٢) وقيل: الدليل ما يلزم من العلم به العلم بشيء آخر.^(٣) وقيل: هو ترتيب أمور معلومة للتأدي إلى مجهول.^(٤) وأول من استعمل مصطلح أدلة شرعية الأحكام العز بن عبد السلام،^(٥) وقسمها إلى: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس الصحيح، والاستدلال المعبر،^(٦) ثم استخدم القرافي^(٧) مصطلح أدلة مشروعية

(١) أبو الحسين البصري (ت ٤٣٦هـ) هو محمد بن علي بن الطيب، أبو الحسين، البصري المتكلم على مذهب المعتزلة، كان من أذكى زمانه، وله التصانيف الفائقة في أصول الفقه، منها: المعتمد، وتصفح الأدلة، وغزير الأدلة، وشرح الأصول الخمسة. / وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان البرمكي الإربلي (ت: ٦٨١هـ)، تحقيق، إحسان عباس، دار صادر، بيروت: (٤/٢٧١).

(٢) المعتمد في أصول الفقه، محمد بن علي الطيب أبو الحسن البصري المعتزلي (ت ٤٣٦هـ)، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣هـ: (١/٢٣٩)، شرح الورقات في أصول الفقه، جلال الدين محمد بن أحمد المحلي (ت ٨٦٤هـ)، حققه: حسام الدين عفانة، جامعة القدس، فلسطين، ط: الأولى، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م: (٨٤).

(٣) التعريفات، الجرجاني: (١٠٤).

(٤) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ)، تحقيق: أحمد عزو عناية، (١٢٥٠هـ)، دار الكتاب العربي، ط: الأولى، ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م: (١/٢٢).

(٥) عز الدين شيخ الإسلام (٥٧٧هـ - ٦٦٠هـ) أبو محمد عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن، الدمشقي ثم المصري الشافعي، لقب بسلطان العلماء، تفقه على ابن عساكر، والقاضي جمال الدين بن الحرساني. وقرأ الأصول على الأمدي، وبلغ رتبة الاجتهاد، تولى القضاء في مصر، من كتبه: الإمام في أدلة الأحكام وبداية السؤل في تفضيل الرسول وغيرها. / شذرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، أبو الفلاح (ت: ١٠٨٩هـ) تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط: أولى ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م: (٧/٥٢٢-٥٢٣).

(٦) قواعد الإحكام في مصالح الأنام، عز الدين بن عبد السلام، الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٤١٤هـ / ١٩٩١م: (٢/٤٩).

(٧) القرافي (٦٢٦هـ - ٦٨٤هـ) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين القرافي، أصله من صنهاجة، قبيلة من بربر المغرب، نسبته إلى القرافة وهي الحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي بالقاهرة، فقيه مالكي، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك، من تصانيفه: "الفروق" في القواعد الفقهية و "الذخيرة" في الفقه، وغيرها. / الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى (ت: ٧٩٩هـ)، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.

الأحكام وتوسع فيها وجعلها نحو عشرين قسماً.^(١)

المطلب الثاني: تعريف الاختيارات التشريعية

أولاً- الاختيارات في اللغة والاصطلاح:

١. الاختيار في اللغة: الاختيار مصدر اختار، وخار الشيء: انتقاء واصطفاه، وخار الرجل على غيره: فضّله، والاسم: الخيرة، والخيار: الاسم من الاختيار وهو طلب خير الأمرين.^(٢)

وتفضيل الشيء على غيره: الإتيان بالتصرف على الوجه الذي يريد، وترجيح تصرف على غيره.^(٣)

٢. الاختيار في الاصطلاح:

عرّفه الحنفية بأنه: "القصد إلى أمرٍ متردّد بين الوجود والعدم داخلٍ في قدرة الفاعل بترجيح أحد الأمرين على الآخر".^(٤)

وقيل: الاختيار ترجيح قول على قول.^(٥)

وورد الاختيار في القرآن الكريم والمراد به الانتقاء والاصطفاء، قال تعالى: ﴿وَأَنَا اخْتَرْتُكَ فَاسْتَمِعْ لِمَا يُوحَى﴾ [طه: ١٣]، والاختيار: طلب ما هو خير وفعله، وقيل: الإرادة مع ملاحظة ما للطرف الآخر، كأن المختار ينظر إلى الطرفين ويميل إلى أحدهما.^(٦)

(١) الفروق، شهاب الدين أحمد بن إدريس المشهور بالقراقي، عالم الكتب، (د.ط) (د.ت): (٢٣١/١).

(٢) تاج العروس، مرتضى الزبيدي: مادة (خير)، (٢٤١/١١) بتصرف.

(٣) معجم لغة الفقهاء: قلنجي وقنيبي: (٥٠).

(٤) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي (ت: ٧٣٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، (د.ط) (د.ت): (٣٨٣/٤).

(٥) التحرير شرح التحرير، علي بن سليمان، أبو الحسن علاء الدين أبو الحسن المرداوي الحنبلي (٨٨٥هـ)، مكتبة الرشد، السعودية، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م: (٤٠٧٢/٨).

(٦) الكليات، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني القرطبي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (ت: ١٠٩٤هـ)، المحقق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت: (٦٢).

والاختيار: ترجيح الشيء وتخصيصه وتقديمه على غيره،^(١) وقد يكون الاختيار في اللغة أو العقيدة أو الفقه أو غير ذلك مما جاءت به الشريعة، إلا أن الاختيار المقصود بهذا البحث هو الاختيار بين المسائل الفقهية وترجيح رأي على غيره من الآراء لدليل شرعي.

ثانياً- الشرع في اللغة والاصطلاح:

١. **الشرع في اللغة:** شَرَعَ الْوَاردُ يَشْرَعُ شَرْعاً وَشُرْعاً: تناول الماء بفيه، والشريعة والشراع والمشرعة: المواضع التي يُنحدر إلى الماء منها، وبها سمي ما شرع الله للعباد شريعة من الصوم والصلاة والحج والنكاح وغيره،^(٢) والشرع عبارة عن البيان والإظهار، يقال: شرع الله كذا، أي جعله طريقاً ومذهباً.^(٣)
٢. **الشرع في الاصطلاح:** ما شرع الله تعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء - عليهم الصلاة والسلام- سواء كانت متعلقة بكيفية عمل -وتسمى فرعية وعملية ودون لها علم الفقه- أو بكيفية الاعتقاد وتسمى أصلية واعتقادية ودون لها علم الكلام.^(٤)

وبعد البحث لم أجد تعريفاً خاصاً بمصطلح الاختيارات التشريعية - على حدود علمي - لذلك وبناء على ما سبق من تعاريف وعلى المقصود بالاختيارات التشريعية في هذا البحث يمكنني أن أعرف الاختيارات التشريعية بأنها: الرأي الفقهي ودليله الذي اختاره مشرّع القانون من بحر العلوم الفقهية عند تقنينه لمواد قانون الأحوال الشخصية السوري مستنداً في اختياره إلى مسوغ شرعي.

فالقانون السوري اختار أولاً مجموعة من الأحكام الفقهية لجعلها قانوناً ثم اختار ثانياً من المذاهب الفقهية ما يتوافق مع المصلحة المعاصرة.

(١) كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، التهانوي: (١١٩/١).

(٢) لسان العرب، ابن منظور: (١٧٥/٨).

(٣) التعريفات، الجرجاني: (١٢٦).

(٤) كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، التهانوي: (١٠١٨/١).

المطلب الثالث: التعريف بالأدلة المختلف فيها

تنقسم أدلة الشرع ومصادره من حيث الاتفاق إلى أدلة متفق عليها وأدلة مختلف فيها، فالأدلة المتفق عليها بين أهل السنة والجماعة هي: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، وتسمى الأدلة الأصلية، لأنها الأصل في الرجوع لاستخراج الأحكام الشرعية منها، واتفق العلماء على أنها مرتبة في الاستدلال بها، فالكتاب في المرتبة الأولى، ثم السنة الشريفة، ثم الإجماع، ثم القياس.^(١)

والأدلة المختلف فيها لدى العلماء كثيرة ومتعددة، وسأكتفي في هذا المبحث ببيان لمحة مختصرة عن الأدلة المختلف دون ذكر الأدلة المتفق عليها لبداهتها، وسأكتفي ببيان التعريف، والحجية، ومثال من الأحوال الشخصية.

أولاً- الاستحسان:

١. تعريفه: هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص بتلك المسألة.^(٢)

٢. حجته: ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى حجية الاستحسان،^(٣) بينما ذهب الشافعية إلى عدم حجته، ونقل عن الإمام الشافعي قوله: "من استحسن فقد شرع" إلا أن مراده بهذه العبارة هو: القول بما يستحسنه الإنسان وما يشتهي تبعاً لهواه، ولا أحد يقول بذلك، فالإمام الشافعي استعمل الاستحسان الذي هو بمعنى ترك دليل خاص إلى مقابله بدليل أقوى، مما يدل على أن الخلاف لفظي،^(٤) ويؤيد هذا ما قاله القفال:^(٥) "إن كان المراد بالاستحسان ما دلت عليه الأصول بمعانيها فهو حسن لقيام الحجة به، قال: فهذا

^(١) الكافي الوافي في أصول الفقه الإسلامي، أ.د: مصطفى سعيد الحزن، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ: (٨٥)، أصول الفقه الإسلامي، أ.د: وهبة الزحيلي، دار الفكر، ط: أولى، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م: (٤١٧/١).

^(٢) التعبير شرح التحرير، المرداوي: (٣٨٢٤/٨).

^(٣) انظر شرح تنقيح الفصول، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م: (٤٥٢)، كشف الأسرار، علاء الدين البخاري: (٣/٤)، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن عبد الرحيم بن محمد بدران (ت: ١٣٤٦هـ)، تحقيق: محمد أمين ضناوي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م: (١٤٦).

^(٤) الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي: (١٥٩/٤).

^(٥) القفال (٢٩١هـ - ٣٣٦هـ) محمد بن علي ابن إسماعيل أبو بكر القفال الشاشي، الفقيه الشافعي، كان فقيهاً محدثاً أصولياً لغوياً شاعراً،

لا ننكره ونقول به، وإن كان ما يقع في الوهم من استقباح الشيء واستحسانه من غير حجة دلت عليه من أصل ونظير فهو محذور والقول به غير سائغ".^(١)

٣. مثال من الاستحسان:

إن اقتسم الابنان تركة أبيهما ثم أقر أحدهما بأن أباه أوصى لرجلٍ بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث نصيبه استحساناً، والقياس أن يعطيه نصفه، وهو قول زفر،^(٢) لأن إقراره بالثلث له تضمّن إقراره بمساواته إياه، والتسوية تكون بإعطائه النصف كما لو أقر بوجود أخٍ ثالثٍ لهما.^(٣)

ثانياً- المصلحة المرسلة:

١. تعريفها:

المصلحة: هي المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، وقيل: هي جلب المنفعة ودفع المضرة.^(٤)

وتنقسم المصالح من حيث شهادة الشرع لها بالاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

أ- المصلحة المعتبرة: ما شهد الشرع باعتباره، وهو القياس.

ب- المصلحة الملغاة: ما شهد الشرع بعدم اعتباره، نحو: المنع من زراعة العنب لئلا يعصر خمراً.

أخذ الفقه عن أبي سريج، روى عن محمد بن جرير الطبري وأقرانه، وروى عنه الحاكم أبو عبد الله وأبو عبد الله بن منده وجماعة كثيرة. وفيات الأعيان، ابن خلكان: (٢٠٠/٤).

^(١) إرشاد الفحول، الشوكاني: (١٨٣/٢).

^(٢) زفر (١١٠ هـ ١٥٨ هـ) هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري. أصله من أصبهان، فقيه إمام من المتقدمين من تلاميذ أبي حنيفة، وهو أقيسهم، وكان يأخذ بالأثر إن وجدته، قال: ما خالفت أبا حنيفة في قول إلا وقد كان أبو حنيفة يقول به، تولى قضاء البصرة، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبد القادر محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد محيي الدين الحنفي (ت: ٧٧٥ هـ)، الناشر: مير محمد كتب خاتنة كراتشي، (د.ط) (د.ت): (٢٤٣/١).

^(٣) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت: ٧٤٣ هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط: الأولى، ١٣١٣ هـ: (١٩٤/٦).

^(٤) المستصفي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت: ٥٠٥ هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ/ ١٩٩٣ م: (١٧٤)، روض الناظر وجنة المناظر، ابن قدامة: (٤٧٨/١).

ج- **المصلحة المرسلّة:** ما لم يشهد لها من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نص معين، واختلف في اعتبارها دليلاً من الأدلة الشرعية.^(١)

٢. **حجيتها:** اختلف فيها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا تعتبر المصالح المرسلّة دليلاً شرعياً، وهو قول الحنفية والشافعية.^(٢)

القول الثاني: المصالح المرسلّة حجة مطلقاً، وهو قول المالكية والحنابلة.^(٣)

والقول الثالث: إن كانت المصلحة ضرورية قطعية كلية اعتبرت، وهو رأي الغزالي،^(٤) واختاره البيضاوي^(٥)، فإن لم تكن كذلك بأن كانت المصلحة الضرورية غير قطعية أو كلية أو كانت المصلحة حاجية أو كمالية فلا تعتبر.^(٦)

ويقول القرافي: إنه عند التحقيق فإن جميع المذاهب تعمل بالمصلحة المرسلّة، لأنهم يقيسون ويفرقون بالمناسبات ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار، وهذا هو معنى المصلحة المرسلّة.^(٧)

(١) المستصفي، الغزالي: (١٧٣)، شرح تنقيح الفصول، القرافي: (٤٤٦).

(٢) انظر الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي: (١٦٠/٤)، التقرير والتحجير، أبو عبد الله محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج (٨٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، ط: الثانية، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م: (٢٠٢/٣).

(٣) انظر شرح تنقيح الفصول، القرافي: (٤٤٦)، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، بدران: (١٤٨).

(٤) الغزالي (٤٥٠هـ - ٥٠٥هـ)، هو محمد بن محمد بن محمد أبو حامد الغزالي، الملقب بحجة الإسلام، زين الدين الطوسي، فقيه شافعي أصولي، متكلم، متصوف، رحل إلى بغداد، فالحجاز، فالشام، فمصر وعاد إلى طوس، من مصنفاته: البسيط والوسيط والوجيز والخلاصة وغيرها. طبقات الشافعية، للسبكي: (١٩١/٦).

(٥) البيضاوي (٩ - ٦٨٥هـ)، هو عبد الله بن عمر بن محمد بن علي، ناصر الدين، أبو سعيد، البيضاوي، الشيرازي، الشافعي، فقيه، مفسر، أصولي، محدث، ولي قضاء القضاة بشيراز، أخذ الفقه عن والده ومعين الدين أبي سعيد وعن زين الدين حجة الإسلام أبي حامد الغزالي وغيرهم، من تصانيفه: منهاج الأصول إلى علم الوصول والغاية القصوى في دراسة الفتوى وغيرها/ طبقات الشافعية، السبكي: (١٥٧/٨).

(٦) انظر المستصفي، الغزالي: (١٧٥)، شرح تنقيح الفصول، القرافي: (٤٤٦)، الإبهاج في شرح المنهاج، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م: (١٧٧/٣).

(٧) شرح تنقيح الفصول، القرافي: (٤٤٦).

٣. مثال من المصلحة المرسلية:

تحديد السن القانوني لأهلية الزواج للذكر والأنثى بتمام الثامنة عشرة من العمر.^(١)

ثالثاً- العرف:

١. تعريفه: الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية.^(٢)

وقيل هو: ما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة.^(٣)

١. حجته: ذهب جمهور الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار العرف دليلاً من مصادر التشريع، وأكثر من توسع في العمل به الحنفية والمالكية، واستعمله الشافعية في مسائل ليست بالكثيرة.^(٤)

٢. شروط اعتبار العرف:^(٥)

أ- أن يكون العرف مطرداً أو غالباً.

ب- أن يكون العرف موجوداً عند إنشاء التصرف.

ج- ألا يتم التصريح على خلافه.

د- أن لا يخالف نصاً شرعياً.

٣. مثال من العرف:

(١) انظر قانون الأحوال الشخصية السوري مادة: (١٦)

(٢) التقرير والتجوير، ابن أمير حاج: (٢٨٢/١).

(٣) الأشباه والنظائر، على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت: ٩٧٠هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ / ١٩٩٩ م: (٧٩).

(٤) انظر شرح تنقيح الفصول، القرافي: (٤٤٨)، فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت: ٨٦١هـ) دار الفكر، (د.ط) (د.ت): (١٥/٧)، الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي (ت: ٩١١هـ)، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤١١ هـ / ١٩٩٠ م: (٩٠)، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: (٧٩)، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي (ت: ٩٧٢هـ)، المحقق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م: (٤٤٨/٤).

(٥) الأشباه والنظائر، السيوطي: (٩٢ - ٩٦) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: (١٠١).

هدايا الخطبة: إذا بعث الزوج إلى امرأته شيئاً من النقدين أو العروض أو مما يؤكل قبل الزفاف أو بعد البناء بها ولم يذكر وقت بعثه أنه من المهر ولا غيره، ثم اختلفا، فقال الزوج: هو من المهر، وقالت: هو هدية، فالقول له بيمينه فيما لم يجر عرف أهل البلد بإرساله هدية للمرأة، ولها فيما جرى به.^(١)

رابعاً- مذهب الصحابي:

١. تعريفه: الصحابي هو من اجتمع بالنبي ﷺ مؤمناً به وصحبه ولو ساعة، روى عنه أو لا، وقيل: يشترط الرواية وطول الصحبة، وقيل: يشترط أحدهما، والظاهر عند الأصوليين أن الصحابي هو من طالت صحبته وكثرت مجالسه والأخذ عنه.^(٢)
٢. حجته: اختلف في حجية رأي الصحابي الصادر عن اجتهاده بالنسبة لمن بعده على عدة أقوال: القول الأول: هو حجة مطلقاً، وإليه ذهب جمهور الحنفية والإمام مالك والشافعي في القديم والحنبلة.^(٣)

القول الثاني: ليس بحجة مطلقاً، وهو قول الشافعي في الجديد، ورواية عن الإمام أحمد.^(٤)

القول الثالث: حجة إذا انضم إليه قياس، فيقدم على قياس آخر ليس معه قول صحابي، وهو منقول عن الإمام الشافعي في الجديد.^(٥)

^(١) التعليقات المرضية على الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، فتحي أحمد صافي، مطبعة الكتاب العربي، دمشق ١٩٩٣م: (٣٧)، المادة (١١١) من قانون قدرى باشا.

^(٢) البحر المحيط، الزركشي: (١٩٠/٦)، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (ت: ١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية، (د.ط): (١٩٧/٢ - ١٩٨).

^(٣) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجَمَاعِيْلِي المقدسي الحنبلي، المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، مؤسسة الريان، ط: الثانية، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م: (٤٦٦/١)، شرح تنقيح الفصول، القرافي: (٤٤٥)، البحر المحيط، الزركشي: (٥٧/٨)، إفاضة الأنوار على أصول المنار، محمد علاء الدين بن علي الحصكفي الحنفي (١٠٨٨هـ)، علّق عليه الشيخ محمد سعيد البرهاني، تحقيق: محمد بركات، مكتبة الإمام الأوزاعي، دمشق، الطبعة: الأولى، سنة ١٤١٣هـ: (٢٣٦).

^(٤) روضة الناظر، ابن قدامة: (٤٦٧/١)، البحر المحيط، الزركشي: (٥٧/٨).

^(٥) البحر المحيط، الزركشي: (٦٠/٨).

القول الرابع: حجة إذا خالف القياس، وهو رأي الإمام أبي حنيفة ومروي عن المالكية.^(١)

٣. مثال من أقوال الصحابة:

مدة الحمل: ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن أكثر مدة الحمل سنتان، احتج على ذلك بقول السيدة عائشة رضي الله عنها: (ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل).^(٢)

خامساً - الاستصحاب:

١. تعريفه: الاستصحاب هو الاستدلال بعدم الدليل على نفي الحكم، أو بقاء ما هو ثابت بالدليل.^(٣)

٢. حجته: ذهب العلماء في الاحتجاج بالاستصحاب إلى مذهبين:

المذهب الأول: لا يصلح الاستصحاب لأن يكون حجة في إثبات الحكم إنما هو حجة بالنفي بإبقاء ما كان على ما كان، وهو قول الحنفية.^(٤)

المذهب الثاني: الاستصحاب حجة مطلقاً في نفي الحكم وإثباته حتى يقوم الدليل على تغييره، وهو

^(١) شرح تنقيح الفصول، القراني: (٤٤٥)، إفاضة الأنوار، الحصكفي: (٢٣٧).

^(٢) السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُو جردى الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت: ٤٥٨هـ) المحقق: مُجَدِّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر مدة الحمل، (١٥٥٥٢) (٧/٧٢٨): باب ثبوت النسب، (٦٠١) (٢/٨٠)، يقول الزيلعي: "أخرجه الدارقطني، ثم البيهقي في سننهما من طريق ابن المبارك ثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة، وأخرج الدارقطني والبيهقي عن الوليد بن مسلم، قال: قلت لمالك بن أنس: إني حدثت عن عائشة أنها قالت: لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل المغزل، فقال: سبحان الله! من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة مُجَدِّد بن عجلان امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثني عشرة سنة، كل بطن في أربع سنين، انتهى، قال البيهقي: وقول عمر: إن امرأة المفقود تتربص أربع سنين، يشبه أن يكون إنما قاله لبقاء الحمل أربع سنين"، نصب الراية لأحاديث الهداية، جمال الدين عبد الله الزيلعي (ت: ٧٦٢هـ)، تحقيق: مُجَدِّد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م: (٣/٢٦٥).

^(٣) تخریج الفروع على الأصول، محمود بن أحمد بن محمود بن مختار، أبو المناقب شهاب الدين الرَّجْنَانِي (ت: ٦٥٦هـ)، المحقق: د. مُجَدِّد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٨هـ: (١٧٢).

^(٤) كشف الأسرار، علاء الدين البخاري: (٣/٣٧٢).

مذهب الجمهور^(١) من المالكية والشافعية والحنابلة.

٣. مثال من الاستصحاب:

إرث المفقود: يعتبر المفقود عند الشافعية^(٢) حياً يرث من غيره ولا يورث، لأن الأصل حياته حتى يظهر خلاف ذلك، بخلاف الحنفية^(٣) فإنه لا يرث أحداً مات في حال فقده، لأن الاستصحاب لا يصلح عندهم لأن يكون حجة في الاستحقاق، إنما هو حجة في الدفع، فيعتبر حياً ولا يرث من ماله أحد حال فقده.

سادساً- سد الذرائع:

١. تعريفه: معنى سد الذرائع: منع الجائز لئلا يتوصل به إلى الممنوع،^(٤) والذريعة هي: المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور.^(٥)

والذريعة هي الوسيلة للشيء، ومعنى ذلك حسم مادة وسائل الفساد دفعاً له، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة إلى المفسدة مُنِع من ذلك الفعل.^(٦)

٢. حجته: سد الذرائع حجة عند المالكية^(٧) والحنابلة^(٨) وعملوا عليه في أكثر فروعهم، ولم يعتبره الحنفية والشافعية حجة شرعية إلا أنهم استخدموه في بعض الحالات.^(٩)

^(١) انظر شرح تنقيح الفصول، القرافي: (٤٤٧)، الإجماع في شرح المنهاج، السبكي: (١٦٨/٣)، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، ابن النجار: (٤٠٣/٤).

^(٢) انظر مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م: (٤٨/٤).

^(٣) انظر البناية شرح الهداية، بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م: (٣٧٦/٧).

^(٤) الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت: ٧٩٠هـ)، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م: (٥٦٤/٣).

^(٥) إرشاد الفحول، الشوكاني: (١٩٣/٢).

^(٦) شرح تنقيح الفصول، القرافي: (٤٤٨).

^(٧) انظر الفروق، القرافي: (٣٢/٢).

^(٨) انظر المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، بدران: (١٤٨).

قال القرافي: " حاصل القضية أننا قلنا تُفسد الذرائع أكثر من غيرنا، لا أنها خاصة بنا".^(٢)

٣. مثال من سد الذرائع:

لو ارتدَّت الزوجة قاصدة فسخ نكاحها لم يفسخ عند المالكية ومشايخ بلخ من الحنفية زجراً لها، ولاحتيالها على الخلاص بأكبر الكبائر، والفتوى في المذهب الحنفي أنها تجبر على الإسلام وتحديد نكاحها بمهر يسير، وتعزَّر.^(٣)

^(١) انظر البحر المحيط، الزركشي: (٩٠/٨)، حاشية العطار: (٣٩٩/٢).

^(٢) شرح تنقيح الفصول، القرافي: (٤٤٨).

^(٣) حاشية ابن عابدين، مُحمَّد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: ١٢٥٢هـ) دار الفكر، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م: (١٩٤/٣)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، مُحمَّد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو (ت: ٨٨٥هـ)، دار إحياء الكتب العربية، (د.ط): (٣٥٤/١)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل لشمس الدين أبي عبد الله مُحمَّد بن مُحمَّد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُّعيني المالكي (ت: ٩٥٤هـ)، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م: (٤٧١/٣).

المبحث الثاني: المنهج المتعلق بالمستند الفقهي

من أسباب اختلاف الفقهاء وتعدد الأقوال هو اختلافهم بثبوت الدليل وصحته، وتفسيره، وتخصيصه، وتقيدته، وغير ذلك، مما نتج عنه ثروة فقهية ومذاهب متعددة، منها ما هو ثابت، ومنها ما لم يشتهر، وسيتناول هذا المبحث بشكل موجز بعض الأحكام المتعلقة بتعدد الأقوال والمذاهب.

المطلب الأول: الالتزام بمذهب معين

اتفق جمهور العلماء على أنه يجوز لمن قصر عن الاجتهاد أن يقلد أحد المذاهب لمعرفة الأحكام الشرعية، إلا أنهم اختلفوا في وجوب الالتزام بمذهب معين في كل حادثة من الحوادث على قولين:

القول الأول: يجب اتباع مذهب بعينه من مذاهب المجتهدين يعتقد أنه أرجح من غيره أو مساوٍ له فيما يعترض له من الحوادث، لأنه اعتقد أن مذهبه حق، فيجب العمل بموجب اعتقاده، وهو قول عند الحنفية، وقول عند الشافعية رجحه إلكيا،^(١) ورواية عند الحنابلة.^(٢)

وقال ابن المنير:^(٣) الدليل يقتضي التزام مذهب معين بعد المذاهب الأربعة لا قبلهم، والفرق أن الناس كانوا قبل الأئمة الأربعة لم يدونوا مذاهبهم ولا كثرت الوقائع عليهم، أما بعد أن دونت واشتهرت وعرف

(١) إلكيا (٤٥٠هـ-٥٠٤هـ) هو علي بن محمد بن علي، أبو الحسن، الطبري، الملقب بعماد الدين، المعروف بإلكيا الهراسي، فقيه شافعي، مفسر، أصولي، متكلم. وتفقه على إمام الحرمين وحدث عنه وعن أبي علي الحسن ابن محمد الصفار وغيرهما، روى عنه السلفي وسعد الخير بن محمد الأنصاري وآخرون، من تصانيفه: أحكام القرآن ولوامع الدلائل في زوايا المسلسل، وغيرها. / طبقات الشافعية، السبكي: (٢٣١/٧).

(٢) بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، محمود بن عبد الرحمن ابن أحمد بن محمد، أبو الثناء، شمس الدين الأصفهاني (ت: ٧٤٩هـ)، المحقق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م: (٣/٣٧٠)، الكوكب الساطع، السيوطي: (٥٥٩)، تيسير التحرير، أمير بادشاه: (٤/٢٥٣)، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، ابن النجار: (٤/٥٧٦)، حاشية العطار: (٤٤٢/٢).

(٣) ابن المنير (٦٢٩هـ-٦٩٥هـ) هو علي بن محمد بن منصور بن المنير، يلقب زين الدين الإسكندري، فقيه مالكي محدث، قرأ الفقه على أخيه ناصر الدين وعلي أبي عمرو بن الحاجب، وأخذ عنه ابن أخيه عبد الواحد والعبدري، وكان ممن له أهلية الترجيح والاجتهاد في مذهب مالك، من تصانيفه: شرح الجامع الصحيح للبخاري والمتواري على تراجم أبواب البخاري، الديباج المذهب، ابن فرحون اليعمرى: (١٢٣/٢).

المرحّص من المشدّد في كل واقعة فلا ينتقل المستفتي من مذهب إلى مذهب إلا للاستسهال.^(١)

القول الثاني: لا يجب تقليد مذهب بعينه في كل الحوادث التي تعرض له إنما يستحب ذلك، وللمقلد أن يتخيّر من المذاهب ما يرى رجحانه على غيره، وله أن يستفتي على أي مذهب شاء، لأن التزامه غير ملزم، إذ لا واجب إلا ما أوجبه الله، ولأن الناس في زمن الصحابة والتابعين كانوا يسألون العلماء المختلفين من غير أن ينكر عليهم أحد، إلا أنه لا يجوز التنقل بين المذاهب على سبيل التشهي وتتبع الرخص، وهو الأصح عند الحنفية وعند المالكية والصحيح عند الشافعية والأشهر عند الحنابلة.^(٢)

القول الثالث: ما رآه الأمدي والبيضاوي والكمال بن الهمام^(٣) من أن المقلد إن عمل بمذهب معين في بعض المسائل فلا يجوز له الرجوع عن تقليده فيها إلى مذهب آخر، فإن لم يعمل جاز له اتباع غير مذهبه.^(٤)

والقول بعدم وجوب تقليد مذهب معين هو القول **الراجح في تشريع القوانين**، لأن الالتزام بمذهب بعينه يؤدي إلى الضيق والخرج، ولأنه لا يوجد دليل من الشرع على التزام شخص بعينه دون غيره.

المطلب الثاني: التلفيق

ومن جواز مخالفة المذهب والأخذ من غيره ظهر التلفيق بين المذاهب والعمل بأكثر من قول في المسألة الواحدة، وقد اختلف العلماء في حكمه على أقوال سيتم بيانها في هذا المطلب.

(١) البحر المحيط، الزركشي: (٣٧٤/٨)، إرشاد الفحول، الشوكاني: (٢٥٢/٢).

(٢) انظر شرح مختصر ابن الحاجب، الأصفهاني: (٣٧٠/٣)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مُجَدِّد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ) تحقيق مُجَدِّد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: أولى، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م: (٢٠١/٤)، البحر المحيط، الزركشي: (٣٧٤/٨)، تيسير التحرير، أمير بادشاه: (٢٥٣/٤)، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، ابن النجار: (٥٧٤/٤)، الفواكه الدواني، على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي (ت: ١١٢٦هـ)، دار الفكر، (د.ط): (٣٥٦/٢).

(٣) ابن الهمام (٧٩٠هـ-٨٦١هـ) كمال الدين مُجَدِّد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود السيواسي ثم الاسكندري، المشهور بابن الهمام: إمام من علماء الحنفية، ولد بالاسكندرية، أقام بحلب مدة وجاور بالحرمين، أخذ العربية عن الجمال الحميدي، والأصول وغيره عن البساطي، وأخذ عنه ابن أمير حاج وابن الشحنة وغيرهم. / الفوائد البهية في تراجم الحنفية، أبو الحسنات مُجَدِّد عبد الحي اللكنوي الهندي، عني بتصحيحه مُجَدِّد بدر الدين أبو فراس النعساني، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (د.ط): (١٨٠).

(٤) انظر الإحكام، للأمدي: (٢٣٨/٤)، التقرير والتحبير، ابن أمير حاج: (٣٥٠/٣).

١. تعريفه: هو الإتيان بكيفية لا يقول بها مجتهد، وذلك عند الأخذ بقولين أو أكثر في قضية واحدة ذات جزئيات والوصول بعد ذلك إلى قول مركب لا يقر به أحد.^(١)

أما الأخذ بأكثر من قول في مسائل مختلفة فلا يعتبر من التلفيق، إنما هو من تقليد المذاهب.

٢. حكمه: اختلف العلماء في جواز العمل بالتلفيق على عدة أقوال:

القول الأول: لا يجوز التلفيق مطلقاً، ونقل الحصكفي^(٢) الحنفي وابن حجر الهيتمي^(٣) الإجماع على بطلان التلفيق سداً للذرائع، لأن هذا الباب لو فتح لأفسد الشريعة وأباح جُلّ المحرمات.^(٤)

القول الثاني: يجوز التلفيق في العبادة الواحدة، ورجحه الدسوقي^(٥) لما فيه من فسحة،^(٦) واختاره

(١) أصول الفقه الإسلامي د. وهبة الزحيلي: (١١٧٠/٢).

(٢) الحصكفي (١٠٢٥هـ-١٠٨٨هـ) مُجَدِّد بن علي بن مُجَدِّد علاء الدين، نسبته إلى حصن كيفا في ديار بكر، فقيه حنفي وأصولي، وله مشاركة في التفسير والحديث والنحو، أخذ الفقه عن الخيزر الرملي، والفخر المقدسي الحنفي، تولى إفتاء الحنفية بدمشق، من تصانيفه: الدرر المختار شرح تنوير الأبصار والدر المنتقى شرح ملتقى الأبحر. / خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، مُجَدِّد أمين بن فضل الله بن محب الدين بن مُجَدِّد المحبي، الدمشقي (ت: ١١١١هـ)، دار صادر، بيروت، (د.ط): (٦٣/٤)

(٣) ابن حجر (٩٠٩هـ-٩٧٣هـ) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن مُجَدِّد بن مُجَدِّد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري الشافعي، الإمام العلامة البحر الزاخر، أذن له بالإفتاء والتدريس وعمره دون العشرين، برع في علوم كثيرة من التفسير، والحديث، والكلام، والفقه أصولاً وفروعاً، من كتبه شرح المشكاة وشرح المنهاج. / شذرات الذهب، ابن العماد: (١٠/٥٤١-٥٤٢).

(٤) الفتاوى الفقهية الكبرى، أحمد بن مُجَدِّد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري (ت: ٩٧٤هـ)، جمعها: الشيخ عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي المكي، المكتبة الإسلامية، (د.ط): (٤/٣٢٦)، التحقيق في بطلان التلفيق، مُجَدِّد بن أحمد السفاريني (ت: ١١٨٨هـ)، اعتنى به عبد العزيز بن إبراهيم الدخيل، دار الصميعي، الرياض، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ/١٩٩٨م: (١٧١)، حاشية ابن عابدين: (٧٥/١)، إعانة الطالبين، في حل ألفاظ المعين أبو بكر بن مُجَدِّد شطا الدمياطي (ت: ١٣٠٢هـ) دار الفكر، ط: أولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م: (٢٥/١).

(٥) الدسوقي (ت: ١٢٣٠هـ) مُجَدِّد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي من علماء العربية من أهل دسوق بمصر، وكان من المدرسين في الأزهر، فريداً في تسهيل المعاني، يفك كل مشكل، من كتبه الحدود الفقهية في فقه الإمام مالك، وحاشية على مغني اللبيب وغيرها. / حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر عبد الرزاق بن حسن بن إبراهيم البيطار الميداني الدمشقي (ت: ١٣٣٥هـ) تحقيق: بهجة البيطار، دار صادر، بيروت، ط: ثانية ١٤١٣هـ/١٩٩٣م: (١/١٢٦٢).

(٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير مُجَدِّد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ) دار الفكر د.ط، د.ت: (١/٢٠).

الرحيبياني^(١) الحنبلي ونصَّ على جوازه ولو أدَّى إلى كيفية لم يقل بها أحد من الأئمة، كمن توضعاً متبعاً المذهب الشافعي في مسح ثلاث شعرات من الرأس ثم قلد المذهب الحنفي في عدم نقض الوضوء بمس الذكر، لأن تقليد الشافعية في ابتداء صحة الوضوء وتقليد الحنفية في استمرار صحته، وهما قضيتان مختلفتان، إلا أنه اشترط عدم تتبع الرخص.^(٢)

القول الثالث: يصح التلفيق مقيداً بشروط، وهي:^(٣)

١. ألا يتتبع رخص المذاهب.
٢. ألا يقع في حكم يجمع على إبطاله الإمام الأول والإمام الثاني.
٣. ألا يجمع بين المذهبين على صفة تخالف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي.
٤. ألا ينقض به قضاء قاض.
٥. عدم اعتقاد كونه متلاعباً في الدين ومتساهلاً به.
٦. ألا يستلزم الرجوع عن التقليد في أمر مجمع عليه لازم لأمر قلده.

والقول بجواز التلفيق مع التقيد بالشروط التي ذكرها العلماء هو أوسط الأقوال لكن مع عدم التوسع بالأخذ به إلا عند الضرورة والمصلحة، لئلا يكون ذريعة للتوصل به إلى أقوال ليس لها مستند شرعي، مما يؤدي إلى التحلل من ربة التكليف.

٣. أمثلة للتلفيق الممنوع:

أ. أن يتزوج بلا ولي متبعاً المذهب الحنفي، وبلا شهود متبعاً مذهب المالكية، فنكاحه باطل، لأن الإمامين قد اتفقا على البطلان.^(١)

^(١) الرحيبياني (١١٦٤هـ-١٢٤٣هـ) هو مصطفى بن سعد بن عبده، السيوطي، الرحيبياني، من الرحبة قرية في دمشق، وقيل ولد في أسبوط، مفتي الحنابلة بدمشق، فقيه فرضي، أخذ الفقه عن الشيخ أحمد البعلبي ومحمد بن مصطفى اللبدي النابلسي وآخرين، تولى نظارة الجامع الأموي والإفتاء على مذهب أحمد بن حنبل، من تصانيفه: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر، عبد الرزاق البيطار: (١٥٤١/١).

^(٢) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبياني مولداً ثم الدمشقي الحنبلي (ت: ١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م: (٣٩١/١).

^(٣) البحر المحيط، الزركشي: (٣٧٨/٨)، التقرير والتحبير، ابن أمير حاج: (٤٦٩/٣-٤٧٠)، الفواكه الدواني، النفراوي: (٣٥٦/٢-٣٥٧)، حاشية العطار: (٤٤٢/٢).

ب. لو أفتى بينونة زوجته بطلاقها مكرهاً ثم نكح أختها مقلداً للحنفي بوقوع طلاق المكره، ثم أفتاه شافعي بعدم الحنث، فيمتنع عليه أن يطأ الأولى مقلداً للشافعي والثانية مقلداً للحنفي،^(٢) لأنه يؤدي إلى الجمع بين الأختين وهو محرّم.

المطلب الثالث: تقليد غير المذاهب الأربعة

اختلف العلماء في تقليد غير الأئمة الأربعة على أقوال:

القول الأول: ذهب أكثر المتأخرين إلى عدم جواز اتباع غير المذاهب الأربعة، لأنّ هذه المذاهب هي التي تمّ تدوينها وتنقيحها وضبطها وعُلم تقييد مطلقها وتخصيص عامها ونشرت فروعها مما يوجب الاطمئنان إلى الأخذ بها دون غيرها من المذاهب التي لم تدون وانقطع أتباعها ولم يوجد من ينهض بها،^(٣) كمذهب الليث^(٤) والذي يقول فيه الشافعي: "الليث أفقه من مالك إلا أن أصحابه لم يقوموا به".^(٥)

ويقول الزركشي:^(٦) "والحق أنّ العصر خلا عن المجتهد المطلق، لا عن مجتهدٍ في مذهب أحد الأئمة

(١) شرح تنقيح الفصول، القراني: (٤٣٢).

(٢) حاشية ابن عابدين: (٧٥/١).

(٣) سير أعلام النبلاء شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (ت: ٧٤٨هـ) تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف شعيب الأرنؤوط مؤسسة الرسالة ط: الثالثة ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م: (١٧٧/٧)، التمهيد في تخرّج الفروع على الأصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين (ت: ٧٧٢هـ)، المحقق: د. محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٠هـ: (٥٢٧)، حاشية العطار: (٤٤٢/٢).

(٤) الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي الإمام الحافظ، (٩٤هـ-١٧٥هـ)، عالم الديار المصرية وفقهها ومحدثها، روى عنه خلق كثير منهم ابن عجلان وابن هليعة وابن المبارك، قال عنه العلاء بن كثير: الليث بن سعد سيدنا وإمامنا وعالمنا، وكان الليث قد استقل بالفتوى في زمانه. / سير أعلام النبلاء الذهبي: (١٣٦/٨ - ١٣٧).

(٥) طبقات الفقهاء، أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٩٧٠هـ: (٧٨).

(٦) الزركشي (٧٤٥هـ-٧٩٤هـ)، بدر الدين أبو عبد الله، محمد بن بهادر بن عبد الله المصري الزركشي الشافعي، الإمام العلامة المصنف المخرّج، أخذ عن الشيخين جمال الدين الأسنوي، وسراج الدين البلقيني، وكان فقيهاً، أصولياً، أدبياً. / شذرات الذهب، ابن العماد: (٥٧٢/٨).

الأربعة، وقد وقع الاتفاق بين المسلمين على أنَّ الحقَّ منحصرٌ في هذه المذاهب، وحينئذٍ فلا يجوز العمل بغيرها، فلا يجوز أن يقع الاجتهاد إلا فيها".^(١)

ونص ابن حجر على منع الخروج عن المذاهب الأربعة في الإفتاء والقضاء وجوازه في عمل الإنسان لنفسه في مسألة عرفت شروطه فيها وسائر معتبراته، يقول: "تقليد غير الأئمة الأربعة — رضي الله تعالى عنهم — لا يجوز في الإفتاء ولا في القضاء، وأمَّا في عمل الإنسان لنفسه فيجوز تقليده لغير الأربعة ممن يجوز تقليده لا كالتشيعة وبعض الظاهرية".^(٢)

ونقل غير واحد الإجماع على وجوب متابعة واحد من الأئمة الأربعة وعدم الخروج عن مذاهبهم لعدم تدوينها وحفظها،^(٣) فقد تنقل عنهم الفتاوى مجردة فلعل لها مكماً أو مقيداً أو مخصصاً فيصير في تقليده على غير ثقة بخلاف الأئمة الأربعة،^(٤) ولأنه وإن صح بعضها فهو يسير لا يكتفى به، ولأن أقوالهم إن كانت موافقة لأحد المذاهب الأربعة فقد حصل المقصود، وإن كانت مخالفة كانت في الغالب من الأقوال الشاذة التي لا يعول عليها وإن كانوا على هدى ومن أهل الاجتهاد، أما أقوال المبتدعة من الجهمية والرافضة والخوارج والمعتزلة ونحوهم فلا اعتبار بقولهم المخالف من أقوال الأئمة وأتباعهم.^(٥)

القول الثاني: وهو اختيار السبكي^(٦) جواز الأخذ بغير المذاهب الأربعة في الإفتاء إذا قصد بذلك مصلحة دينية، لكن يشترط أن يُبين للمستفتي قائل ذلك.^(٧)

(١) البحر المحيط، الزركشي: (٢٤٢/٨).

(٢) الفتاوى الفقهية الكبرى، ابن حجر الهيتمي: (٣٢٥/٤).

(٣) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: (٩٢)، الفواكه الدواني، النفراوي: (٣٥٦/٢).

(٤) مواهب الجليل، الخطاب: (٣٠/١).

(٥) التحبير شرح التحرير، المرداوي: (١٢٨/١).

(٦) السبكي (٧٢٧هـ-٧٧١هـ)، هو عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن تمام السبكي، تاج الدين الأنصاري، من كبار فقهاء الشافعية، تفقه على أبيه وقرأ على الحافظ المزني، ولازم الذهبي وأجازه شمس الدين بن النقيب بالإفتاء والتدريس، درس بمصر والشام، وولي القضاء بالشام، كما ولي بها خطابة الجامع الأموي. شذرات الذهب، ابن العماد: (٦٦/١).

(٧) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د. ط ١٣٥٧هـ/١٩٨٣م: (١١٠/١٠).

القول الثالث: ذهب البعض إلى أنه إن وجد قول من غير الأئمة الأربعة ممن حفظ مذهبه وعرفت شروطه في تلك المسألة وسائر معتبراته يجوز اتباعه والعمل به، وقالوا بأن الإجماع الذي نقلوه يحمل على ما فقد فيه شرط من ذلك،^(١) ورجحه بعض المعاصرين، وذهبوا إلى أن العبرة بصحة القول ونسبته إلى صاحبه وقوة دليله، فإن وجد دليل القول المخالف لأقوال الأئمة الأربعة صحيحاً وأقوى من دليل غيره حسب القواعد المعتبرة في أصول الفقه فله العمل به وترجيحه على غيره.^(٢)

وهو الأرجح، إذ أن المانعين من الخروج عن المذاهب الأربعة عللوا قولهم بعدم حفظ مذهبهم ومعرفة سائر الشروط والمعتبرات في المسألة، فإن عرفت وبيّنت فلا يبقى ما يمنع من الأخذ بها.

المطلب الرابع: حكم الحاكم يرفع الخلاف

وردت القاعدة: (حكم الحاكم يرفع الخلاف)^(٣) في عدة كتب بصيغ مختلفة سأذكر بعضها ثم أذكر المقصود بهذه القاعدة وصلتها بموضوع البحث وحكمها لدى الفقهاء.

أولاً_صيغ القاعدة: من الصيغ التي جاءت فيها القاعدة مايلي:

١. حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف.^(٤)
٢. حُكْمُ الْحَاكِمِ إلْزَامٌ وَيَرْفَعُ الْخِلَافَ.^(٥)
٣. قبول حكم الحاكم واجب على رعيته.^(٦)
٤. حكم الحاكم يسقط الاعتراض.^(٧)

(١) إعانة الطالبين، الدمياني: (٢٥٠/٤).

(٢) أصول الفقه، د. وهبة الزحيلي: (١١٦٩/٢).

(٣) مطالب أولي النهى، الرحيباني: (٣٩٢/١).

(٤) الفروق، القرافي: (١٠٣/٢)، المنشور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين مُجَدِّد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م: (٦٩/٢).

(٥) الأشباه والنظائر، السيوطي: (٤٩٧).

(٦) الفصول في الأصول، أبو بكر الرازي: (٩٦/٣).

(٧) كشف الأسرار، علاء الدين البخاري: (٢٣٠/٣).

٥. حكم الحاكم يقطع الخلاف ويسقط الاعتراض.^(١)

ثانياً_ معنى القاعدة:

المقصود بالحاكم من له ولاية في إصدار الحكم ويشمل القاضي ومن له سلطة في تشريع القوانين، ومحل الحكم هو في المسائل الاجتهادية المبنية على الأدلة الظنية والتي وقع فيها الخلاف في حكمها بين الفقهاء، فإن اختار مشرّع القانون من مذاهب الفقهاء الآراء والأقوال التي يراها تتناسب مع المصلحة المعاصرة أصبح هذا القانون واجب التطبيق أو اختار القاضي أحد الأقوال المختلف فيها بين الفقهاء فيما ليس فيه نص قانوني ليقضي به في القضايا المرفوعة إليه فإن اختياره يرفع الخلاف ويكون ملزماً للطرفين سواء كان الطرفان يتفقان مع مذهب القاضي أم لا وذلك سداً للنزاع وقطعاً للخصومة.

ثالثاً- حكم القاعدة ودليلها:

اتفق الأئمة على أن حكم القاضي في المسائل المختلف فيها يرفع النزاع ويتعين على المخالف الأخذ به والرجوع عن مذهبه لمذهب القاضي، وأجمع العلماء على أنه لا يجوز لقاضٍ آخر نقض قضاء القاضي الأول إذا لم يكن مخالفاً لنصٍ أو إجماعٍ أو دليلٍ قاطعٍ،^(٢) ومثاله: أن يحكم القاضي المالكي بتقدير التسعة أشهر لممتدة الطهر، فيكون هذا المقدار عدتها، ومن بعد حكم القاضي المالكي بهذا المقدار لا يجوز للقاضي الحنفي أن ينقض هذا الحكم، لأنها مسألة اجتهادية، فقضاء القاضي الأول رفع الخلاف فيها،^(٣) ولأنه لو جاز نقض حكمه إما بتغيير اجتهاده أو بحكم حاكم آخر لأمكن نقض الحكم بالنقض، ونقض نقض النقض إلى غير نهاية، فلا يستقر الحكم.^(٤)

واستدلوا على هذه القاعدة بما يلي:

١. القرآن الكريم: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي

^(١) الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي: (٣١٣/١).

^(٢) الفقيه والمتفقه، أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق: عادل الغرازي، دار ابن الجوزي، السعودية، الطبعة: الثانية ١٤٢١هـ: (١٢٤/٢)، المستصفي، الغزالي: (٤٥٤/٢)، الفروق، القرافي: (١٠٣/٢).

^(٣) حاشية ابن عابدين: (٥٠٨/٣).

^(٤) الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي: (٢٠٩/٤).

شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﷺ، [النساء: ٥٩].

المقصود العلماء وأصحاب الأمر من الحكام والقضاة،^(١) وقد أمر الله عز وجل بطاعة أولي الأمر ونهى عن النزاع، فإن قضى القاضي بمسألة وجبت متابعتها، لأن في مخالفته ونقض حكمه فتح لباب النزاع والخلاف بين المسلمين.

٢. الإجماع: أجمع العلماء على أن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم وبالتالي يكون حكم الحاكم رافعاً للخلاف.^(٢)

٣. سد الذرائع: لو لم يكن حكم القاضي رافعاً للخلاف لجاز نقضه وفي نقض حكمه ذريعة إلى تسليط الحكام بعضهم على بعض وفي هذا فسادٌ عظيم،^(٣) إذ يلزم من ذلك اضطراب الأحكام، وعدم الوثوق بحكم الحاكم، وهو خلاف المصلحة التي نصب الحاكم لها.^(٤)

وهذا يدل على أن اختيار القانون للمسائل الفقهية المختلف في حكمها لدى الفقهاء وتقنينها واجب الأخذ به في القضاء، ولا يجوز للقاضي الحكم بخلاف ما نص عليه القانون، وإلا يكون حكمه عرضةً للنقض.

المبحث الثالث: مدخل إلى قانون الأحوال الشخصية

سيتم في هذا المبحث عرض موجز عن قانون الأحوال الشخصية من حيث معناه وبداية التقنين عامة ثم بداية ظهور قانون الأحوال وتطوره وما طرأ عليه من تعديل وذلك وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم قانون الأحوال الشخصية ومصادره وأهميته

سيتناول هذا المطلب شرحاً لمفهوم الأحوال الشخصية ببيان المعنى اللغوي لكل كلمة على حدة ثم المعنى الاصطلاحي لمجموع هاتين الكلمتين، ثم سيعرض مصادر هذا القانون وبداية التقنين، وأهمية تقنين مسائل

(١) تفسير القرآن العظيم لابن أبي حاتم، أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التميمي، الحنظلي، الرازي ابن أبي حاتم (ت: ٣٢٧هـ)، المحقق: أسعد محمد الطيب، مكتبة نزار مصطفى الباز، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثالثة، ١٤١٩هـ: (٣/ ٩٨٨ وما بعدها).

(٢) الفقيه والمتفقه، الخطيب البغدادي: (١٢٤/٢)، الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي: (٢٠٩/٤).

(٣) الفقيه والمتفقه، الخطيب البغدادي: (١٢٤/٢).

(٤) الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي: (٢٠٩/٤).

الأحوال الشخصية، وذلك من خلال ما يلي:

أولاً- قانون الأحوال الشخصية في اللغة والاصطلاح:

١. معنى "قانون" في اللغة:

القانون: جمع قوانين، وهو مقياس كل شيء،^(١) وهو: لفظ معرّب، سرياني الأصل، بمعنى المسطرة، والقانون: أمر كلي منطبق على جميع جزئياته، كقول النحاة: الفاعل مرفوع، والمفعول منصوب، وقيل: هو النظام المكتوب الذي تعمل به الحكومة ويطبقه الشعب.^(٢)

٢. معنى "قانون" في الاصطلاح:

تتضمن كلمة قانون معنيين أساسيين: المعنى العام للقانون والمعنى الخاص. فالقانون بمعناه العام يستعمل للدلالة على مجموعة القواعد التي تطبق على الأشخاص في علاقاتهم الاجتماعية ويفرض عليهم احترامها ومراعاتها في سلوكهم بغية تحقيق النظام في المجتمع.^(٣) ويستعمل بمعناه الخاص للدلالة على التشريع، فالقانون بمعنى التشريع هو القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة في نصوص مكتوبة وفقاً لأصول معينة بقصد تنظيم مسألة معينة.^(٤) اعتمد فقهاء القانون على ثلاثة معايير أساسية لتعريف القانون تتمثل فيما يلي:

أ. تعريف القانون على أساس الغاية منه: مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيمًا عادلاً يكفل حريات الأفراد ويحقق الخير العام.^(٥)

ب. تعريف القانون على أساس الجزاء: مجموعة القواعد العامة الجبرية التي تصدر عن إرادة الدولة

(١) القاموس المحيط، الفيروزآبادي: مادة (قنن) (١٢٢٦).

(٢) الكليات، الكفوي: (٧٣٤)، معجم لغة الفقهاء، قلعجي وقنيبي: (٣٥٥).

(٣) المدخل إلى علم القانون، د. مُجّد سامر عاشور، الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٨م: (٣).

(٤) المرجع السابق: (٧٨).

(٥) نظرية القانون، د. علال ياسين، جامعة ٨ ماي ١٩٤٥ قلّة، كلية الحقوق، ٢٠٢٠م: (٧).

وتنظم سلوك الأشخاص الخاضعين لها أو الداخلين في تكوينها.^(١)

ج. تعريف القانون على أساس خصائصه: مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقتهم في المجتمع والتي تكون مصحوبة بجزاء توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء.^(٢)

٣. معنى كلمة "الأحوال" في اللغة:

الحال كيننة الإنسان وهو ما كان عليه من خير أو شر، يذكر ويؤنث، والجمع أحوال، ، والحالة: واحدة حال الإنسان وأحواله، يقال: هو بحالة سوء، فمن ذكّر الحال جمعه أحوالاً، ومن أنثها جمعه حالات، وتحوّل بالنصيحة والوصية والموعظة: توخى الحال التي ينشط فيها لقبول ذلك منه.^(٣)

والحال صفة الشيء وهيئته وكيفيته،^(٤) وهو ما يختص به الإنسان وغيره من الأمور المتغيرة في نفسه وبدنه وما يقتنيه،^(٥) فكلية الأحوال تشمل في اللغة جانبين: جانب شخصي، وجانب مالي.

٤. معنى كلمة "الشخصية" في اللغة:

هي صفة لكلمة الشخص، والشخص: سواد الإنسان وغيره تراه من بعيد، تقول ثلاثة أشخاص. وكل شيء رأيت جُسمانه، فقد رأيت شخصه وهو مذكر، والجمع أشخاص وشُخوص وشِخاص.^(٦) والشخص هو كل جسم له ارتفاع وظهور، وقد غلب استعماله في الإنسان.^(٧)

٤. قانون الأحوال الشخصية في الاصطلاح:

كان تحديد مضمون الأحوال الشخصية محل خلاف في الفقه والقضاء في مصر إزاء تحديد اختصاص

(١) المرجع السابق: (٨).

(٢) المرجع السابق: (٨).

(٣) لسان العرب، ابن منظور: (١٢٠/١١).

(٤) معجم لغة الفقهاء، قلعجي - قنبي: (١٧٣).

(٥) تاج العروس، مرتضى الزبيدي: مادة (جول) (٣٧٤/٢٨).

(٦) لسان العرب، ابن منظور: (٤٥/٧).

(٧) تاج العروس، مرتضى الزبيدي: مادة (شخص) (٧/١٨)، القاموس الفقهي، المحامي سعدي أبو حبيب، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة: الثانية ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، تصوير: ١٩٩٣م: (١٩٠).

المحاكم الشرعية التي جعل اختصاصها الفصل في قضايا الأحوال الشخصية إلى أن فصلت فيه محكمة النقض في حكمها الصادر في ٢١ يونيو ١٩٣٤ فقضت بأن المقصود من الأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو ابناً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية.

فالأحوال الشخصية كما يُنبئ لفظها تختص بالمسائل المتعلقة بالأشخاص، أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية.^(١)

وفي قانون الأحوال الشخصية السوري لم يرد تعريف لمصطلح الأحوال الشخصية، إلا أن قانون أصول المحاكمات حدّد اختصاص المحاكم الشرعية، فنصت المادة (٥٣٦) على أنه:

" تختص المحكمة الشرعية بالحكم نهائياً في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين وتشمل:

- أ- الزواج.
- ب- انحلال الزواج.
- ج- المهر والجهاز.
- د- الحضانة والرضاع.
- هـ- النفقة بين الزوجين والأولاد والوقف الخيري من حيث حكمه ولزومه وصحة شروطه".^(٢)

وقديماً لم يكن الفقهاء يطلقون اسم الأحوال الشخصية على الأحكام الشاملة للأسرة ومتعلقاتها، إنما كانوا يطلقون اسماً خاصاً على كل بحث من أبحاثها، مثل: كتاب النكاح، كتاب المهر، كتاب الطلاق، كتاب النفقات، وهكذا، وهي كلها ترجع إلى ثلاثة أقسام رئيسية:

- أحكام النكاح والطلاق وما يتعلق بهما.
- أحكام الأهلية والحجر والوصية والوصاية وأنواعها.
- أحكام الإرث وما يتعلق به.

^(١) أحكام الأسرة في الإسلام، مُجد مصطفى شلي، ط: الرابعة، ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م: (٢٨ - ٢٩)

^(٢) قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣م، المادة (٥٣٦).

وكان أول من استعمل اسم الأحوال الشخصية المصري مُجَّد قدري باشا،^(١) فقد وضع مجموعته الفقهية التي سماها "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية".

ولم تصدر هذه المجموعة بصفة رسمية باعتبارها قانوناً، ولكن طبقت في المحاكم الشرعية على أنها تمثل الراجح من المذهب الحنفي، وتضمنت أحكام الزواج والطلاق والوصية والأهلية والميراث والهبة.^(٢)

ثانياً- بداية التقنين والتدوين:

نشأت فكرة التقنين في الدولة الإسلامية منذ ولادتها، وذلك عندما جمع القرآن وكتب من صدور الرجال والحفاظ والألواح والصحف في عهد الخليفة الأول سيدنا أبو بكر الصديق رضي الله عنه، ثم استقر هذا الأمر وترسخ عندما كتب الكتبة الثانية في عهد سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه، وخلال ذلك جرت محاولة لكتابة السنة الشريفة، لكن سيدنا عمر رضي الله عنه أبى كتابة السنة لكيلا يشغل الناس بها عن القرآن الكريم، وجاء ابن المقفع^(٣) في رسالة الصحابة إلى أبي جعفر المنصور^(٤) لوضع تدوين وتقنين شامل للبلاد كلها، وقد طلب أبو جعفر المنصور من الإمام مالك حمل الناس على كتابه الموطأ ومذهبه فيه، فأبى الإمام حمل الناس على رأيه.

وبقي القضاة والناس يرجعون إلى كتب الفقهاء لحل مشاكلهم وأقضيته مع الاعتماد على كتب الفتوى، واستمر أمر المسلمين على هذه الحال إلى أن أمر السلطان سليمان القانوني العثماني في القرن العاشر الهجري الشيخ إبراهيم الحلبي^(٥) بجمع خلاصة كتب المتون الحنفية، فجمعها في كتاب ملئ الأبحر، وهكذا إلى أن جاء السلطان مُجَّد أوزبك زيب بهادر عالمكبر في القرن الحادي عشر الهجري وأمر بكتابة ظاهر الروايات من

(١) قدري باشا: (١٢٣٧هـ-١٣٠٦هـ) من رجال القضاء في مصر، ولد بها في ملوي، أصل أبيه من الأناضول، تعلم بملوي والقاهرة ودخل مدرسة الألسن فأتم فيها دروسه، وكان مستشاراً في المحاكم المختلطة، وناظراً للحقانية، ثم وزيراً للمعارف، فوزيراً للحقانية، توفي بالقاهرة. / التعليقات المرضية على الأحكام الشرعية، فتحي أحمد صافي: (٦).

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، أ.د عبد الرحمن الصابوني، منشورات جامعة دمشق، مديرية الكتب الجامعية، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م: (١١/١).

(٣) عبد الله بن المقفع (-١٤٥هـ) أحد البلغاء والفصحاء، هو الذي عرّب كلية ودمنة، وكان من مجوس فارس، فأسلم على يد الأمير عيسى عم السفاح، وكتب له، واختص به، سير أعلام النبلاء، الذهبي: (٢٠٨-٢٠٨/٦).

(٤) المنصور (٩٥-١٥٨هـ) أبو جعفر عبد الله بن مُجَّد بن علي الهاشمي العباسي المنصور، وكان فحل بني العباس هيبه، وشجاعة، ورأياً، وحزماً، ودهاءً، وجبروتاً، وكان جماعاً للمال، حريصاً، تاركاً للهو واللعب، كامل العقل، بعيد الغور، حسن المشاركة في الفقه، والأدب، والعلم. سير أعلام النبلاء، الذهبي: (٨٣/٧).

(٥) الحلبي (٩٥٦-١٥٤٩هـ) إبراهيم بن مُجَّد بن إبراهيم الحلبي فقيه حنفي من أهل حلب واستقر في القسطنطينية وتوفي بها، الأعلام، الزركلي: (٦٦/١).

المذهب الحنفي وفتاوى العلماء والنوادر مما اتفق عليه أو تلقى بالقبول من عامة العلماء وسمي هذا العمل بالفتاوى الهندية والعلمكيرية، وقام نابليون بونابرت بوضع قانونه الشهير والذي ترجم فيه الفقه الإسلامي مع حذف ما يتعلق بالدين الإسلامي كما ينص المؤرخون الفرنسيون معتمداً كتاب الأم للشافعي لتأتي أحكام الأحوال الشخصية على نسق لم يعرفه الغربيون قاطبة، ثم تتابعت التقنيات فظهرت المدونات القانونية فصدرت قوانين كثيرة خلال القرن التاسع عشر الميلادي من قوانين التجارة والجزاء وأصول المحاكمات، وهنا برزت فكرة تقنين الفقه الإسلامي، وكانت الآراء الفقهية متعددة كثيرة فصدرت الإرادة السلطانية في الدولة العثمانية لوضع مجموعة من الأحكام الشرعية بصفة قانون مدني مقتبساً من المذهب الحنفي.^(١)

ثالثاً- أهمية تقنين الأحكام الشرعية:

تأتي أهمية تقنين الأحكام الشرعية من سعة المذاهب وكثرة الفروع الفقهية وتنوع الآراء والاختلافات مما يصعب الرجوع إليها لمعرفة الحكم في المسألة، وقد تعددت الأقوال الصحيحة التي لم يتبين أيها الراجح فكان الاختلاف من جراء ذلك في القضاء والإفتاء كثيراً لذلك كان من أهمية التقنين:

- ١ . اختصار الجهد والوقت الذي سيبدل في البحث عن حكم مسألة من بحر العلوم الفقهية ثم اختيار ما يناسب الواقع وتقنيته ليسهل الرجوع إليه.^(٢)
- ٢ . التقنين يجمع القضاء على حكم واحد مختار من بين الأقوال الراجحة منعاً من تباين القضاء والحكم بأحكام متعارضة في المسألة الواحدة.
- ٣ . منع التأثير على القضاة لاختيار حكم دون آخر.
- ٤ . الاطمئنان بالحكم فيها خاصة لغير المختص.^(٣)

رابعاً: مصادر قانون الأحوال الشخصية السوري:

(١) التقنين في مجلة الأحكام العدلية، د. محمد الحسن البغا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد الثاني، ٢٠٠٩م: (٧٤٦-٧٤٧).

(٢) المرشد في قانون الأحوال الشخصية، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٥٩) تحقيق: أديب استنبولي، وتقديم المستشار سعدي أبو جيب، الطبعة الثانية، ١٩٨٩م: (١٩/١).

(٣) انظر تقنين الأحكام الشرعية تاريخه وحكمه، عبد الرحمن الششري، دار التوحيد، الرياض، ط: أولى ١٤٣٤هـ: (٧٢).

لم يتفق هذا القانون بمذهبٍ معيّن إلا أنه استمدّ أكثر أحكامه من فقه الإمام أبي حنيفة، واستمد بعض أحكامه الأخرى من المذاهب الأربعة، وأخذ ببعض الآراء من غير المذاهب الأربعة للحاجة إلى ذلك، ونصّت المذكرة الإيضاحية على المصادر التي اعتمدت عليها اللجنة في وضع القانون:

١. قانون حقوق العائلة العثماني الذي جرى عليه العمل وتعارف عليه الناس وبُنيت عليه الاجتهادات القضائية.
٢. القوانين المصرية مع بعض التعديل أحياناً بما يوافق المصلحة المحلية.
٣. مدونة الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قنديل باشا.
٤. مشروع الأحوال الشخصية لقاضي دمشق الأستاذ علي الطنطاوي.^(١)
٥. ما رأت اللجنة ضرورة الأخذ به من غير المذهب الحنفي، وما وضعته في مواد التنظيم التي لا تنافي الحكم الشرعي.^(٢)

المطلب الثاني: نشأة قانون الأحوال الشخصية

كانت مصر أول البلدان العربية التي وضعت قانوناً للأحوال الشخصية مما جعله مصدراً لقانون الأحوال الشخصية السوري ومن ثم القوانين التي أتت بعده، لذلك سيتناول هذا المطلب بداية نشأة هذا القانون في مصر وسوريا مع بيان لمحة موجزة عن تطور قانون الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية من خلال ما يلي:

أولاً- نشأة قانون الأحوال الشخصية في مصر:

كان القضاء في مصر مقتصرًا على مذهب الإمام أبي حنيفة فيما يخص شؤون الأسرة، ولم يكن مجموعاً في سطور بل كانوا يجتارون القول الراجح في المذهب الحنفي من بين الأقوال المنتشرة في بطون الكتب إلى أن

^(١) علي الطنطاوي (١٩٠٩م-١٩٩٩م) أديب وقاض سوري، عمل مدرساً في سوريا والعراق حتى عام ١٩٤٠م، ثم دخل سلك القضاء وعمل مستشاراً لمحكمة النقض في الشام ثم في القاهرة أيام الوحدة، وكلّف بوضع قانون الأحوال الشخصية عام ١٩٤٧م. / علماء ومفكرون عرفتهم، مجّد المجذوب، دار الشواف، الرياض، ١٩٩٢م: (٣/١٩٦ وما بعدها).

^(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية الزواج والطلاق، الدكتور مجّد الحسن البغا، مطبعة الروضة، ١٤٢٨هـ: (٤٣).

اتجه أولو الأمر إلى العمل على تسطير قانون للأسرة يختار من المذاهب الأربعة ما يكون أصح للناس.^(١)

ففي عام ١٩١٥م انبثقت أول فكرة لتقنين الأحوال الشخصية والأخذ بما يتفق مع المصلحة العامة في هذا العصر من غير مذهب الإمام أبي حنيفة، إذ تألفت لجنة من كبار العلماء ممثلين للمذاهب الأربعة لوضع قانون عام للأحوال الشخصية مستنبط من المذاهب الأربعة المشهورة، وأتمت اللجنة عملها ورأت أن تعرضه على العلماء ورجال القضاء والقانون الذين مارسوا المسائل الفقهية والقانونية، فنارت في وجهه عواصف ففضت عليه ووأدته في مهده.

وفي عام ١٩٢٠م تألفت لجنة من العلماء لوضع قانون في بعض مسائل الأحوال الشخصية فصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠م وقد تضمن الإصلاحات التالية:

١ . اعتبار نفقة الزوجية والعدة ديناً من وقت الامتناع ولو لم يكن هناك قضاء أو تراضٍ.

٢ . أعطى الزوجة حق طلب التفريق إذا وجدت بزوجه عيباً لا يمكن البرء منه.

٣ . اعتبار المفقود في حكم الميت بالنسبة للزواج إذا لم يعد بعد أربع سنوات.^(٢)

وفي عام ١٩٢٦م ألغت لجنة من رجال ذوي جرأة وجلهم من تلاميذ مُجدَّ عبده^(٣) الذين تأثروا بدعواته، فوضعوا اقتراحات تجاوزت آراء المذاهب الأربعة وناقضت ما قاله السابقون، ومما قدمته هذه اللجنة:

تقييد رغبة الرجل في تعدد الزوجات، وعدم وقوع طلاق المكره والسكران والطلاق المعلق، والطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة، طلاق الكناية لا يقع إلا بالنية، ويلزم الزوج بشروط الزوجة، وغيرها من المسائل المقترحة والتي كان بعضها من المذاهب الثلاثة غير المذهب الحنفي وبعضها من أقوال ابن

(١) الأحوال الشخصية، مُجدَّ أبو زهرة، دار الفكر العربي، ط: الثالثة ١٣٧٧هـ ١٩٥٧م: (٩).

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية، الدكتور مصطفى السباعي، المكتب الإسلامي، دار الوراق، ٢٠٠٠م/١٤٢١هـ: (١٣)، الأحوال الشخصية، مُجدَّ أبو زهرة: (١٠ - ١١).

(٣) أحد دعاة النهضة والإصلاح في العالم العربي والإسلامي، ساهم بعد التقائه بأستاذه جمال الدين الأفغاني في إنشاء حركة فكرية تجديدية إسلامية في أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين تهدف إلى القضاء على الجمود الفكري وإعادة إحياء الأمة الإسلامية لتواكب متطلبات العصر، توفي سنة ١٨٤٩هـ - ١٩٠٥م، تأريخ الأستاذ الإمام الشيخ مُجدَّ عبده، مُجدَّ رشيد رضا، مطبعة المنار، مصر، ١٩٠٦-١٩٣١: (١٦/١ - ٢٥ - ٤٢٠).

تيمية^(١) وابن القيم^(٢) وبعضها ابتدعت فيه اللجنة تبعاً لما أثاره مُجد عبده في دروسه.

وقد قامت ضجة كبيرة حول هذا المشروع مما أدى إلى نومه في أضاير وزارة العدل إلى أن استيقظ ليصدر بقانون رقم ٢٥ لعام ١٩٢٩ م مقتصر على ما جاء في المذاهب الأربعة بالإضافة إلى ما قاله ابن تيمية في الطلاق ثلاثاً والطلاق المعلق، وطرح فكرة منع تعدد الزوجات والإلزام بكل شرط تشترطه الزوجة.

ثم توالى الإصلاحات بعد ذلك ليصدر في عام ١٩٤٣ قانون رقم ٧٧ الذي نظم أحكام الميراث تنظيمًا كاملاً، ثم صدر القانون رقم ٤٨ لعام ١٩٤٦ المنظم لبعض أحكام الوقف، ثم صدر قانون الوصية رقم ٧١ لعام ١٩٤٦ وهو قانون شامل لكل أحكام الوصية تقريباً.^(٣)

ثانياً- نشأة قانون الأحوال الشخصية في سوريا:

لم يكن يوجد في سوريا قانون للأسرة قبل عام ١٩١٧ م بل كان المرجع في هذا هو المذهب الحنفي، ثم صدر في ٢٥ تشرين الأول من ذلك العام قانون حقوق العائلة العثماني، وكان أول قانون رسمي للأحوال الشخصية في البلاد العربية فنَّ أحكام الأسرة في مجموعة قانونية حديثة، خرج هذا القانون عن المذهب الحنفي، فاستقى كثيراً من مواده من مختلف المذاهب الفقهية الأربعة، فكانت أولى المحاولات لوضع قوانين تقوم على أساس المقارنة دون التقيّد بمذهب معيّن، ولم يشمل هذا القانون جميع أحكام الأسرة، بل اقتصر على أحكام الزواج والطلاق، وبقيت أحكام الوصية والميراث والأهلية والوقف وفق المذهب الحنفي دون تدوين، وما يزال العمل بقانون حقوق العائلة العثماني في لبنان، أما في سورية فاستمر العمل بهذا القانون حتى ١٧/٩/١٩٥٢ م حيث صدر القانون المعمول به حالياً وبدأ تطبيقه في ١/١١/١٩٥٢ م وكان هذا نتيجة استجابة وزارة العدل السورية لمن كان يتولى وظائف القضاء الشرعي ومحاكمه عندما أجمعوا على وجوب وضع قانون للأحوال الشخصية يشمل شتى أبحاثها ويكون مأخوذاً من المذاهب الإسلامية من غير تقيّد بمذهب

(١) ابن تيمية (٦٦١هـ-٧٢٨هـ) أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية شيخ الإسلام ولد في حران، وأقبل على العلوم في صغره، وأقبل على تفسير القرآن الكريم فبرز فيه، وأحكم أصول الفقه، والفرائض، والحساب، والجبر، والمقابلة، وغير ذلك من العلوم، وتأهل للفتوى والتدريس وعمره دون العشرين سنة. / شذرات الذهب لابن العماد: (١٤٢/٨-١٤٣).

(٢) ابن القيم (٦٩١هـ-٧٥١هـ) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي ثم الدمشقي الفقيه الحنبلي ولد في دمشق وتوفي فيها، لازم الشيخ تقي الدين وأخذ عنه وكان عارفاً بالتفسير وأصول الدين، وبالحديث ومعانيه، من تصانيفه إعلام الموقعين والطرق الحكيمة وزاد المعاد وغيرها. / شذرات الذهب لابن العماد: (٢٨٧/٨-٢٨٨-٢٨٩).

(٣) الأحوال الشخصية، مُجد أبو زهرة: (١٥-١٦).

معين، فألفت وزارة العدل في ١٩٥١/١٢/٢٦ لجنة العلماء لتحضير مشروع قانون الأحوال الشخصية، والقيام بالدراسات اللازمة لهذه المهمة، ووضع مذكرة إيضاحية تبين بالتفصيل مراجع المشروع المحضر.

وقد أتمت اللجنة عملها ووضعت مشروع القانون المقترح ورفعته إلى وزارة العدل، وقد ثار بعض علماء الشريعة في دمشق على ما تضمنه المشروع الجديد من أحكام تخالف مذهب أبي حنيفة، فنام المشروع حتى كُتب له أن يُبحث ويُعتمد بعد تعديل بسيط في صياغة بعض مواده وترتيبها، فنشر في ١٩٥٣/٩/١٧م وأصبح قانوناً معمولاً به إلى اليوم.^(١)

ثالثاً- نشأة قوانين الأحوال الشخصية العربية:

بدأت البلدان العربية بالسير على نهج مصر في تقنين أحكام الأحوال الشخصية، وكانت مصر وسوريا من بين ما اعتمدت عليه هذه البلدان في وضعها لقانون الأحوال، وفيما يلي بيان لمحة عن صدوره ونشأته في الأردن والعراق والمغرب العربي والإمارات.

١. قانون الأحوال الشخصية في الأردن:

صدر قانون الأحوال الشخصية في الأردن بتاريخ ١٣ شوال ١٣٧٠هـ الموافق لـ ١٧ تموز ١٩٥١م مقتصرًا على أحكام الزواج والخلاله، وقد جاء بقواعد جديدة لم تعرفها التشريعات العربية لنظام الأسرة من قبل، ومن ذلك أنه منع عقد الزواج إذا كان تفاوت السن بين الزوجين عشرين سنة فأكثر ولم يكن هناك مصلحة في هذا الزواج.

كما أنه وضع ضابطاً للفساد والباطل في عقد الزواج وإن كان ليس دقيقاً ولكنه يفضل من سبقه من تشريعات، وأما فيما لا نص فيه فيرجع إلى المذهب الحنفي وفق المادة (١٣٠) التي توجب الرجوع حال نقص التشريع إلى الراجح من هذا المذهب.^(٢)

وفي عام ١٩٧٦م صدر قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ والذي استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية بمذاهبها المختلفة حيث لم يلتزم بمذهب فقهي معين إلا فيما لم ينص عليه صراحة في القانون فكان المرجع فيه للراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة وفقاً لما نصت عليه المادة (١٨٣)، وفي عام ٢٠٠١م جرى

^(١) شرح قانون الأحوال الشخصية، السباعي: (١٢-١٣).

^(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، د. الصابوني: (١١/١).

عليه التعديل بموجب القانون المؤقت رقم ٨٢ وما زال معمولاً به إلى يومنا هذا.^(١)

٢. قانون الأحوال الشخصية في العراق:

كانت المحاكم الشرعية قبل أن يتغير اسمها إلى محاكم الأحوال الشخصية تعتمد المذهب الشخصي للمسلمين، وتصدر قرارها وفقاً لما تنص عليه فتاوى ومقررات هذا المذهب عبر العودة إلى النصوص المدونة في الكتب الفقهية، ويستعان غالباً بالمراجع الدينية لهذا المذهب أو بالعودة إلى قضاء المحاكم في البلاد الإسلامية، كما كانت في محكمة التمييز هيئة تمييزية جعفرية وأخرى سنية فيما يخص دعاوى الأحوال الشخصية.

وفي عام ١٩٤٥م وضعت وزارة العدل العراقية قانوناً باسم (لائحة قانون الأحوال الشخصية) ليكون قانوناً متمماً لمشروع القانون المدني، عمل فيه بالمذاهب السني والشيعة الجعفري، لكنه لم يتضمن كل الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية.^(٢)

وفي عام ١٩٥٨م شكلت لجنة في وزارة العدل لإصدار تشريع موحد في قانون الأحوال الشخصية يحل محل المحاكم الشرعية السنية والجعفرية، على أن تستمد مبادئها مما هو متفق عليه من أحكام الشريعة، وما هو مقبول من قوانين البلاد الإسلامية، وما استقر عليه القضاء الشرعي في العراق، واستطاعت اللجنة صياغة مشروع القانون الذي عرف بقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م والذي اشتمل على أهم أبواب الفقه في الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية الجامعة لمسائل الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث.

ثم توالى عدة تعديلات على هذا القانون ما يقارب سبعة عشر تعديلاً كان آخرها قرار رقم ١٣٧ لعام ١٩٩٩م الذي قضى بأن تستوفي المرأة مهرها المؤجل في حالة الطلاق مقوماً بالذهب بتاريخ عقد الزواج.^(٣)

٣. قانون الأحوال الشخصية في المغرب العربي:

^(١) دراسة حول تعديلات قانون الأحوال الشخصية التي تمت بموجب القانون رقم (٨٢) ٢٠٠١م، إعداد القاضي الشرعي الدكتور واصف البكري، نشرت هذه الدراسة على الموقع الإلكتروني لميزان، www.mizangroup.org: (٣)

^(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية، السباعي: (١٥).

^(٣) قانون الأحوال الشخصية العراقي بين المقتضى والمبتغى والبدل، المدرس المساعد حيدر حسين كاظم الشمري، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد السابع، ٢٠٠٨م: (٢٠٨ - ٢٠٩).

أ. قانون الأحوال الشخصية في تونس:

صدرت مجلة الأحكام الشخصية في تونس عام ١٣٧٦هـ الموافق لـ ١٢ أغسطس ١٩٥٦م وهي شاملة لجميع الأبحاث التي وردت في القانون السوري.^(١)

ب. قانون الأحوال الشخصية في المغرب:

وفي المغرب صدر قانون الأحوال الشخصية في ٢٨ ربيع الثاني ١٣٧٧هـ الموافق لـ ٢٥ نوفمبر ١٩٥٧م يشمل جميع أحكام الأسرة، وجاء في مذكرته أن واضعي هذا القانون اعتمدوا على جميع المذاهب الفقهية كما رجعوا إلى قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر عام ١٩٥٣م، ويعتبر القانون المغربي من القوانين الكاملة للأحوال الشخصية في البلاد العربية عدا بحوث الهبة والوقف.

وبما أن أغلبية الشعب المغربي يعتنق المذهب المالكي فإن القاضي يرجع فيما لا نص فيه إلى الراجح والمشهور أو ما جرى العمل به من مذهب الإمام مالك.^(٢)

ج. قانون الأحوال الشخصية في الجزائر:

صدر قانون الأسرة الجزائري رقم ٨٤-١١ / ١٩٨٤م وهو أول قانون جزائري في تنظيم شؤون الأسرة اعتمد على أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً أساسياً مغلباً المذهب المالكي على بقية المذاهب، وأخذ بعض الآراء من غير المذاهب الأربعة للحاجة إلى ذلك، كما اعتمد على بعض القوانين العربية التي سبقته مع بعض التعديل أحياناً،^(٣) وبعد مرور أكثر من عشرين سنة على تطبيق هذا القانون تم تعديله بالأمر ٠٢-٠٥ في عام ٢٠٠٥م^(٤)

٤. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي:

^(١) شرح قانون الأحوال الشخصية، السباعي: (١٥).

^(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، د. الصابوني: (١٨/١ - ١٩).

^(٣) تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، دليلة حمريش، رسالة ماجستير في علم الاجتماع القانوني، جامعة الحاج لخضر - باتنة - الجزائر، ٢٠١٤م: (٧٤ - ٧٥).

^(٤) المرجع السابق: (٩١).

في عام ١٩٩٧م شكلت في دولة الإمارات لجنة ضمت العديد من أهل العلم والمستشارين لصياغة مشروع قانون الأحوال الشخصية وتم إعداد هذا المشروع غير أنه لم ير النور إلى أن صدر قرار وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف رقم ٦٦٩ لسنة ٢٠٠٢م بتشكيل لجنة لمراجعة مشروع قانون الأحوال الشخصية فباشرت اللجنة أعمالها وانتهت بوضع قانون للأحوال الشخصية الإماراتي تم اعتماده بموجب قانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥م ونشر في الجريدة الرسمية متضمناً (٣٦٣) مادة.

وكان من بين ما اعتمد عليه هذا القانون ما صدر من قوانين للأحوال الشخصية في الدول العربية فاستفاد منها وتدارك ما وجد فيها أو في بعضها من خلل أو نقص، وجاء بأحكام لم ترد في غيره من قوانين الأحوال الشخصية الأخرى، منها: النص على إنشاء لجنة للتوجيه الأسري وبيان المهام الموكلة إليها، والنص على إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج.^(١)

المطلب الثالث: تعديلات قانون الأحوال الشخصية السوري

انطلاقاً من أن الأسرة هي طليعة المجتمع فإن الدولة أخذت على عاتقها حمايتها وإزالة العقبات التي تعوقها، لذلك تتوالى التعديلات على قوانين الأسرة بما يضمن إصلاحها وتنظيم روابط الأسرة بما يتلاءم مع روح العصر دون تعارض مع الحكم الشرعي،^(٢) وسيتم في هذا المطلب بيان التعديلات التي مرت على قانون الأحوال الشخصية السوري مع بيان الأسباب الموجبة لتعديل القانون رقم (٣٤).

أولاً- التعديلات التي مرت على قانون الأحوال الشخصية السوري:

صدرت تعديلات عديدة لقانون الأحوال الشخصية السوري تلبية لمتطلبات الفرد والأسرة وتفادياً للنقص والغموض، ومنها:

١. تعديلات قانون الأحوال الشخصية من عام ١٩٧٥ إلى ٢٠١٠م:

أ. القانون رقم ٣٤:

^(١) الاتجاهات الفقهية والقضائية الجديدة في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، إسماعيل العيساوي: (٢٠٤)، المجلة الأردنية في

الدراسات الإسلامية، المجلد الثالث، العدد (٣) ٢٠٠٧م

^(٢) المرشد في قانون الأحوال الشخصية أديب استنبولي: (٢٧/١).

صدر القانون رقم ٣٤ في ١٢/٣١ / ١٩٧٥ م والمتضمن تعديل قانون الأحوال الشخصية السوري لبعض المواد لأسبابٍ توجب هذا التعديل في نظر المشرع، وكان هذا أول تعديل لقانون الأحوال الشخصية منذ وضعه وأكبرها، إذ شمل التعديل ثمانياً وعشرين مادة ما بين تعديل وإضافة ودمج واستعاضة، وطال العديد من المسائل ذات التأثير الواضح والمباشر في حياة الناس وأسرهم.^(١)

ومن أهم المسائل المعدلة التي تناولها هذا القانون:

المادة (١٧) المتعلقة بتعدد الزوجات، المادة (٥٤- ٥٧- ٦٠) المتعلقة بالمهر، المادة (٨٧- ٨٨- ١١٧) المتعلقة بالطلاق، والمواد المتعلقة بموضوع الحضانة وهي: (١٣٩- ١٤٢- ١٤٦- ١٤٧- ١٤٨- ١٧٠).^(٢)

ب. القانون رقم ١٩ و ١٨:

صدر القانون رقم (١٩) بتاريخ ١١/٢٠ / ٢٠٠٠ م المتضمن تعديل مادة واحدة من قانون الأحوال الشخصية وهي المادة (٢٠٥) التي تنص على أحكام المفقود.

ثم صدر القانون رقم (١٨) في ١٠/٢٥ / ٢٠٠٣ م تم فيه تعديل المادة (١٤٦) التي تحدد سن الحضانة لتصبح المادة: "تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام الثالثة عشرة والبنت الخامسة عشرة من عمرها"، وقد عدلت هذه المادة في القانون الجديد رقم ٢٠.

ثم تم تعديل المادة (٣٠٨) بالمرسوم التشريعي رقم ٧٦ لعام ٢٠١٠ م والمتعلقة بالطوائف المسيحية واليهودية والذي أضاف إليها الإرث والوصية.

٢. تعديلات قانون الأحوال الشخصية لعام ٢٠١٩ م:

أ. القانون رقم ٤:

بعد مرور أكثر من ثلاثين عاماً على قانون رقم ٣٤ والذي كان يعتبر أكبر وأهم تعديل لقانون الأحوال

^(١) التأثيرات القضائية والواقعية لتعديلات قانون الأحوال الشخصية، د. محمود بركات، بحث مقدم لندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر: الواقع والآمال، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة ٢٠٠٦ م: (١).

^(٢) المرجع السابق: (٢).

الشخصية يصدر القانون رقم ٤ لعام ٢٠١٩م الذي قضى بتعديل سبعين مادة من مواد قانون الأحوال الشخصية السوري، ومن أبرز هذه التعديلات:

- جعل الولاية للمرأة بعد انتهاء العصابات من الذكور على القاصر.

- مساواة أولاد البنت مع أولاد الابن في الوصية الواجبة.

- جواز النفقة على الزوجة مع اختلاف الدين.

- استخدام البصمة الوراثية لإثبات النسب.

- اعتبار التفريق للعلل والأمراض والمخالعة فسخاً لا طلاقاً.^(١)

ب. القانون رقم ٢٠:

بعد ما يقرب من أربعة أشهر من صدور قانون رقم ٤ صدر القانون رقم ٢٠ والذي قضى بتعديل خمس مواد من قانون الأحوال الشخصية ومن أبرزها تحديد أهلية الزواج بالثامنة عشرة من العمر للفتى والفتاة، تخيير المحضون عند انتهاء الحضانة بالإقامة عند أحد والديه، استمرار حضانة الأم إن كانت على غير دين الأب إلى أن يتم المحضون الخامسة من العمر ما لم يثبت استغلالها للحضانة بتنشئته على غير دين أبيه.^(٢)

ثانياً- الأسباب الموجبة لتعديل القانون رقم (٣٤):

أُعد المشروع المرفق بتعديل قانون الأحوال الشخصية رقم ٥٩ بما يكفل تحقيق مصالح الأسرة وفيما يلي بعض الاتجاهات التي تضمنها التعديل:

- أعطى المشرع مهر المرأة مرتبة تأتي بعد دين النفقة، لما له من صلة بالحياة الزوجية، ومنعاً لمزاحمة الدائنين للزوجة فيه.

^(١) انظر القانون رقم (٤) المتضمن تعديل قانون الأحوال الشخصية لعام ١٩٥٣م.

^(٢) انظر القانون رقم (٢٠) المتضمن تعديل قانون الأحوال الشخصية لعام ١٩٥٣م.

- وفي سبيل الحد من أثر ضروب الإكراه أو غيره التي يتعرض لها أحد الزوجين من الآخر تدفعه إلى الموافقة على زيادة المهر أو إنقاصه أو الإبراء منه فقد اشترط المشروع أن يجري التعبير عن إرادة الزوجين في أي من هذه الأمور أمام القاضي لدراء شبهة الإكراه.^(١)

- ونظراً لما جرى عليه التعامل من أن بعض أهل الزوجة كاملة الأهلية يتقاضون مهرها بداعي أنهم وكلاء عنها ولا يؤدي هذا المهر إليها فقد أخضع المشرع تفويض الزوجة البالغة لقبض المهر لتوثيق خاص بهذا القبض.^(٢)

- إتاحة لفرصة استمرار الحياة الزوجية سواء في الطلاق أو المخالعة فقد أخذ المشروع بما يتيح للزوجين فرصة هذا الاستمرار عن طريق تدخل القاضي أو أقربائهما.

- تبين من تطبيق النصوص النافذة أن بعض الصعوبات ما زالت تعترض سير القاضي والمحكمين في دعوى التفريق وتتجلى هذه الصعوبات في:

١. عدم وضوح النص النافذ فيما يتعلق بإعادة المهر في حال اشتراك الطرفين بالإساءة الموجبة للتفريق.

٢. تقييد رقابة القاضي على تقرير المحكمين لجهة الشكل فقط دون الموضوع.^(٣)

لذلك نص المشرع على طريقة إعادة المهر في حالة الإساءة المشتركة معتبراً الضابط في تحديد النسبة مقدار اشتراك كل من الطرفين في الإساءة.

كما أجاز المشروع للقاضي عدم الأخذ بتقرير المحكمين من الناحية الموضوعية على أن يستبدلها عند ذلك ولمرة واحدة وأخيرة بغيرها.

- تقضي النصوص النافذة بوجوب تعويض الزوجة من الزوج المتعسف في طلاق زوجته، لكنها مازالت تحدد مقدار هذا التعويض بحيث لا يتجاوز نفقة الزوجة عن مدة سنة، الأمر الذي تبين بالتطبيق وفي حالات

^(١) المرشد في قانون الأحوال الشخصية أديب استنبولي: (٢٨/١).

^(٢) المرجع السابق: (٢٨/١).

^(٣) المرجع السابق: (٢٩/١).

كثيرة أنه لا يتناسب ومقدار ما يلحق بالزوجة من الضرر في بعض الأحيان، لذلك رفع المشرع سقف هذا التعويض إلى ما يعادل نفقة الزوجة عن مدة ثلاث سنوات مبقياً قواعد تقديره كما هي في النص النافذ.^(١)

- إن بعض الاجتهاد في التطبيق اتجه إلى حرمان الحاضنة من حقها في حضانة الصغير بحجة أنها تخرج للعمل.

- إن العمل لم يعد مجرد حق للمواطن بل أصبح واجباً لم يفرق المشرع فيه بين رجل وامرأة، لذلك تضمن المشروع نصاً صريحاً بأن عمل الحاضنة لا يحجب عنها حق الحضانة، وفي ذات الوقت كفل رعاية المحضون فأوجب على الحاضنة التي تعمل تأمين استمرار هذه الرعاية بوسيلة مقبولة.^(٢)

- لم يعد النص النافذ بشأن تقدير أجره الحضانة وتحديدتها بأنها لا تزيد عن نصف مقدار نفقة الصغير ملائماً في كثير من الحالات التي يكون فيها مصلحة للصغير بزيادة أجره حضانته إذا سمحت ظروف المكلف بها، فرأى المشروع أن يكون تقدير أجره الحضانة متناسباً مع حالة المكلف بها.

- كما نظم المشروع إجراءات حق الإراءة وبسطها، إذ جعلها بدون قضاء خصومة مع بقاء حق التظلم للمتضرر أمام المحكمة.^(٣)

- أخذاً بما جاء في المادة (١٧٣) من القانون النافذ التي تعطي المحكمة سلطة الحد من ولاية الولي فقد أجاز المشروع للقاضي العهدة إلى حاضنة القاصر ببعض أعمال الولي المالية إذا رأى في ذلك تحقيقاً لمصلحة القاصر.

- عالج المشروع ترتيب درجات الأوصياء على القاصر مما كان غير واضح في المادة (١٧٦) من القانون النافذ وأخذ المشروع بالمبدأ الراجح في المذهب الحنفي وما سار عليه اجتهاد محكمة النقض.^(٤)

(١) المرجع السابق: (٣٠/١).

(٢) المرجع السابق: (٣٠/١).

(٣) المرجع السابق: (٣١/١).

(٤) المرجع السابق: (٣٢/١).

- نظراً لأن النصوص النافذة التي تعالج أمر المفقود لم تتضمن أحكاماً خاصة بالمفقودين بسبب العمليات العسكرية أو ما هو في حكمها وهو أمر قد أصبح واجب التقنين بما يلائم ظروف البلاد فقد تضمن المشروع أحكاماً خاصة بهذا الشأن أخذاً بوصية اللجنة المشتركة التي اعتمدت في ذلك المذهب الحنبلي.^(١)

^(١) المرجع السابق: (٣٣/١).

الباب الأول

تأصيل الاختيارات التشريعية للزواج

الفصل الأول: تأصيل المواد المتعلقة بالخطبة والرضا في عقد الزواج

الفصل الثاني: تأصيل المواد المتعلقة بالأهلية والولاية في عقد الزواج

الفصل الثالث: تأصيل المواد المتعلقة بالمحرمات في الزواج وأنواع العقد

الفصل الأول

تأصيل المواد المتعلقة بالخطبة والرضا في عقد

الزواج

المبحث الأول: تأصيل الاختيارات التشريعية للخطبة

المبحث الثاني: تأصيل الاختيارات التشريعية لعقد الزواج

الفصل الأول: تأصيل المواد المتعلقة بالخطبة والرضا في عقد الزواج

لأن عقد الزواج يختلف عن سائر العقود لتمييزه ببعض الأحكام، فقد شرع الله له الخطبة باعتبارها وسيلة لتعرف كل من الخاطبين على الآخر قبل إبرام العقد، ووضع لها أحكاماً وشروطاً، وفي المبحثين الآتين سيتم بيان المصدر التشريعي لما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري من مسائل الخطبة وعقد الزواج.

المبحث الأول: تأصيل الاختيارات التشريعية للخطبة

وفيما يأتي بيان المستند الفقهي للاختيارات التشريعية من مسائل الخطبة والتي تنص على تكييفها، وحكم العدول عنها وما يتعلق به من أحكام، وذلك وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: تكييف الخطبة والعدول عنها

اعتبر قانون الأحوال الشخصية السوري الخطبة وما يحصل فيها من مقدمات النكاح مجرد وعد بالزواج، فنص في المادة (٢): "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا".

أولاً - المستند الفقهي للمادة:

استند قانون الأحوال الشخصية في عدم اعتبار الخطبة زواجا على ما اتفق عليه الأئمة الأربعة^(١) الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة من أن الخطبة وعد بالزواج وليست بعقد، لذا فإنه لا يترتب عليها شيء من آثار عقد الزواج، وبناءً على ذلك فإنه يحق لكلا الطرفين العدول عن إتمام العقد ولو لم يكن هناك سبب معقول، وليس للطرف الآخر إلزامه على الاستمرار وإبرام العقد، إلا أن المالكية قالوا بالكراهة، لأن في ذلك إخلافاً للوعد.^(٢)

(١) انظر حاشية ابن عابدين: (٥/٣)، التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (ت: ٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ/١٩٩٤م: (٤٣/٥)، تحفة المحتاج، ابن حجر: (٢١٢/٧)، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمل (المتوفى: ١٢٠٤هـ)، دار الفكر، (د.ط): (١٢٩/٤)، كشاف القناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الجوهري الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ) دار الكتب العلمية، (د.ط): (٣٧/٥).

(٢) انظر مواهب الجليل، الخطاب: (٤١١/٣).

ثانياً_ الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على أن الخطبة ليست زواجاً بالسنة المطهرة والإجماع والقياس والمعقول:

١. السنة المطهرة: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قوله: «نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبِيعَ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ، حَتَّى يَتْرَكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ».^(١)

وجه الاستدلال بالحديث أن النهي عن الخطبة على الخطبة للتحريم، ولا يبطل معها العقد، فلو عقد الخاطب الثاني صح عقده، مما يدل على أن الخطبة ليست بعقد.^(٢)

٢. الإجماع: أجمع الفقهاء على أن الخطبة وعد بالزواج وليست بعقد، وبالتالي يحق لكلا العاقلين الرجوع عنها.^(٣)

٣. القياس: يحق لكل من الخاطبين الرجوع عن الخطبة إذا رأى المصلحة في ذلك قياساً على من ساوم في سلعته ثم بدا له ألا يبيعه؛ إذ إنه عقد يدوم الضرر فيه، فكان لكل منهما الاحتياط والنظر لحق نفسه.^(٤)

٤. المعقول: إن عقد الزواج له أركان لا يتم بدونها كالإيجاب والقبول، والتي يتعين فيهما ألفاظ مخصوصة لا يصح العقد بدونها، بخلاف الخطبة والتي هي مجرد طلب للتزويج لا تتعين بألفاظ خاصة، وكل عقد لم تتم أركانه لا يجبر أحد أطرافه على إتمامه أو الالتزام بآثاره.^(٥)

^(١) صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، (٥١٤٢)، (١٩/٧).

^(٢) انظر فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر أبي الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ: (١٩٩/٩).

^(٣) انظر حاشية ابن عابدين: (٥/٣)، التاج والإكليل، المواق: (٤٣/٥)، تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: (٢١٢/٧)، حاشية الجمل: (١٢٩/٤)، كشف القناع، البهوتي: (٣٧/٥).

^(٤) المغني، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجَمَاعِيلِي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، (د.ط): (١٤٦/٧).

^(٥) انظر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م: (٢٢٩/٢)، حاشية ابن عابدين: (٥/٣)، التاج والإكليل، المواق: (٤٣/٥)، مغني المحتاج للشربيني: (٢٢٦/٤)، كشف القناع للبهوتي: (٣٧/٥).

وبناءً على أن الخطبة ليست عقداً فإنه يحق لكلا الطرفين العدول عنها باتفاق جميع المذاهب،^(١) وهو ما نص عليه القانون في المادة (٣) "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة"، وعليه فإنه يترتب على هذا العدول بعض الآثار بالنسبة للمهر والهدايا والتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة.

المطلب الثاني: استرداد المهر عند العدول عن الخطبة

المهر من آثار عقد الزواج فإذا دفع الخاطب شيئاً منه ولم يتم العقد فله استرداده، وهو ما نص عليه القانون في المادة (٤) الفقرة (١)، فقال: "عدول أحد الخاطبين عن الخطبة أو وفاته يجيز للخاطب أو لورثته استرداد ما أداه من المهر أو قيمته إن تعذر رد عينه".

أولاً- استرداد المهر:

١. المستند الفقهي للمادة:

استند قانون الأحوال الشخصية السوري في استرداد المهر إلى اتفاق الفقهاء^(٢) على وجوب المهر في العقد، فما لم يحصل العقد يسترد الخاطب ما قدمه من المهر، وقد صرح بهذه الصورة الحنفية^(٣) فنصوا على أن للخاطب الرجوع بما قدمه من مهر إن لم يتم الزواج، ويسترد عين ما دفعه إن كان قائماً وإن نقص بالاستعمال أو تغير، فإن هلك يرد القيمة، لأنه معاوضة ولم تتم فجاز الاسترداد.

واتفق على هذا المعنى المالكية والشافعية والحنابلة وإن لم يصرحوا بهذه الصورة، لكن ورد عندهم وجوب المهر كاملاً بنفس العقد، إلا أن المالكية قالوا: يجب بالعقد النصف من المهر فقط.^(٤)

(١) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٢٩/٢)، مواهب الجليل، الخطاب: (٤١١/٣)، حاشية الجمل: (١٢٩/٤)، كشف القناع، البهوتي: (١٩/٥).

(٢) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٧٤/٢)، حاشية الدسوقي: (٣٠٠/٢)، مغني المحتاج، الشربيني: (٣٦٧/٤)، الكافي في فقه الإمام أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجَمَاعِي المَقْدِسِي (ت: ٦٢٠هـ)، دار الكتب العلمية، ط: أولى ١٤١٤ هـ ١٩٩٤ م: (٧٠/٣).

(٣) حاشية ابن عابدين: (١٥٣/٣).

(٤) انظر حاشية الدسوقي: (٣٠٠/٢)، المجموع شرح المذهب أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، دار الفكر، (د.ط): (٣٣٩/١٦)، كشف القناع، البهوتي: (١٤٠/٥).

ومما ورد عند المالكية من الصور شبيهاً بهذا المعنى ما جاء من أن الزوج إذا دفع المهر كاملاً ثم طلق قبل الدخول فعلى المرأة رد نصفه إن كان قائماً أو قيمته في حال هلاكه، إذ تبين أنه لا حق لها إلا بالنصف، وكذلك إن فسخ النكاح فله أن يسترد ما أداه من المهر كاملاً.^(١)

فيجري هذا الحكم على الرجوع بالمهر عند العدول عن الخطبة، إذ هي ليست من الحالات التي يجب فيها المهر، وعدم رد المهر للخاطب أخذاً للمال بدون وجه حق، وبهذا يتبين اتفاق المذاهب على ما نص عليه القانون وإن لم ترد عند بعضهم صورة المسألة بعينها.

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الأئمة على وجوب المهر بالعقد بقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾، [النساء: ٢٤]، فالآية تدل بمفهومها على عدم وجوب المهر إن لم يحصل عقد النكاح وبالتالي للخاطب حق استرداده عند العدول عن الخطبة.

واستدل الحنفية على استرداد المهر عند عدم تمام الزواج بالقياس:

وذلك لأن المرأة تملك المهر بعقد الزواج فلا يثبت المهر بذمة الزوج إلا من حين العقد، إذ هو عقد معاوضة كالبيع ولم يتم، لذا يتوجب على المرأة رده إن كانت قبضته كاملاً أو قبضت جزءاً منه.^(٢)

ثانياً_ استرداد الجهاز بدل النقد المدفوع:

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٤) الفقرة الثانية على أنه:

٢/٤ " إذا دفع الخاطب المهر نقداً واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الأشياء الجهازية، وإذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته".

١. المستند الفقهي للمادة:

^(١) انظر حاشية الدسوقي: (٢/٢٤٠)، نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ) حققه أ.د. عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م: (٢٥٩/٨)، المغني ابن قدامة: (١٠/٧)، كشف القناع للبهوتي: (١٤١/٥).

^(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢/٢٨٧).

عند دفع الخاطب المهر نقداً قد تشتري المخطوبة به شيئاً من الجهاز ثم بعد عدول الخاطب يتوجب عليها إعادة ذلك النقد مما قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بها، لذلك نص القانون على أنها مخيرة بين إعادة مثل النقد أو إعادة الأشياء الجهازية التي اشترتها من المهر.

وفرق قانون الأحوال الشخصية السوري في الحكم بين عدول الخاطب وعدول المخطوبة وهو خلاف مذهب الفقهاء حيث لم يفرقوا بين الحالتين، وقد استند القانون في حكم كل حالة إلى مذهب، فاستند عند عدول الخاطب للمذهب المالكي، وعند عدول المخطوبة اتبع مذهب الجمهور، وفيما يلي تفصيل ذلك:

١. إن كان العدول من جهة الخاطب فيجوز له أخذ الجهاز بدلاً من المهر، وقد استند القانون في ذلك إلى القول الظاهر من المذهب المالكي الذي نص عليه الزرقاني^(١) فقال: "لو خطب شخص امرأة ودفع لها صداقاً قبل العقد فتجهزت به ثم لم يحصل عقد لمنازعتها فهل يرجع بما اشترته أو بالتقدير؟ والظاهر الأول إن أذن لها أو علم أو جرى به عرف، والثاني عند انتفاء ذلك".^(٢)

وشبيه بهذه الصورة أيضاً ما جاء في المذهب المالكي^(٣) من أن الزوج إن دفع للمرأة المهر وتجهزت به ثم فسخ النكاح قبل الدخول فله أن يرجع بالجهاز وكذا إن طلقها قبل الدخول فإنه يرجع بنصف ما اشترته من الجهاز، وهو قول صحيح في المذهب المالكي.^(٤)

لكن لم يفرق المالكية بين رجوع الخاطب أو رجوع المخطوبة إنما اشترطوا العلم والإذن بالشراء أو جريان العرف سواء كان الرجوع من الخاطب أو من المخطوبة.

٢. إن كان العدول من جهة المخطوبة فإنه يجب إعادة المهر للخاطب أو قيمته، ولم ترد عين هذه

(١) هو عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، العلامة الحجة، شرف العلماء، ومرجع المالكية، كان عالماً فقيهاً لطيف العبارة، ولد في مصر سنة ١٠٢٠هـ، وكانت وفاته ضحى يوم الخميس سنة ١٠٩٩هـ، خلاصة الأثر، لمحمد أمين المحي: (٢٨٧/٢).

(٢) شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري (ت: ١٠٩٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت: (٥٥/٤).

(٣) شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرشني المالكي أبو عبد الله (ت: ١١٠١هـ)، دار الفكر للطباعة، بيروت، (د.ط): (٢٨٢/٣)، المدونة للمالك بن أنس الأصبحي (ت: ١٧٩) دار الكتب العلمية: الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م: (١٥٨/٢).

(٤) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: ٥٢٠هـ)، حققه: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م: (٣٥٠/٥).

المسألة عند الفقهاء إلا أنه ورد عند جمهور الفقهاء الحنفية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) من أن الزوج إن طلق زوجته قبل الدخول وكان قد سلمها جميع المهر فاشتريت به جهازاً فيرجع عليها بمثل الصداق أو قيمته ولا يلزمه أخذ نصف الجهاز، فالزوج عند الطلاق يسترد مثل المهر أو قيمته لا الجهاز.

فيجري هذا الحكم عند الجمهور على شراء الجهاز من المهر قبل العقد، وهو أولى، لأنها تصرفت بالمهر قبل أن تستحقه، إلا أن القانون قيد هذا الحكم في حال عدول الزوجة فقط ولم يأخذ به على إطلاقه.

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل المالكية على صحة مذهبهم في أخذ الجهاز بما يلي:

العرف: إن الزوج قد أذن لها بالتصرف فيه عندما دفع الصداق على ذلك بالعرف الجاري، وإن المرأة يلزمها أن تتجهز لنفسها ولزوجها من نقدها بما يصلحه ويصلحها.^(٤)

والدليل على إعادة المهر للخاطب أو قيمته عند عدول المخطوبة هو أن المرأة لا يجب عليها أن تُجهز لزوجها، ولأن المهر مقابلة البضع لا الجهاز، فلا يلزمها إلا تسليم المهر وحده.^(٥)

واستند القانون في التفريق بين عدول الخاطب وعدول المخطوبة إلى المصلحة المبنية على رفع الضرر، وسنداً إلى القاعدة الفقهية: "الضرر يدفع بقدر الإمكان".^(٦)

(١) انظر حاشية ابن عابدين: (٤٩٣/٢).

(٢) انظر الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م: (٤٣٣/٩).

(٣) انظر رؤوس المذاهب الخلافية على مذهب أحمد بن حنبل: للحسين بن محمد العكبري الحنبلي، تحقيق: خالد بن سعد الخشلان - ناصر بن مسعود السلامة، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ/٢٠٠١م: (١٠٧٣).

(٤) البيان والتحصيل، ابن رشد القرطبي: (٣٥٠/٥).

(٥) الأم، للشافعي أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، دار المعرفة، بيروت، (د.ط.): ١٤١٠هـ/١٩٩٠م: (٢٢٥/٣).

(٦) شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (١٢٨٥هـ - ١٣٥٧هـ)، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م: (٢٠٧).

فمطالبة المخطوبة بإعادة النقد عند عدول الخاطب يصيبها بالخسران والضرر، فقد تضطر لبيع جميع ما اشترته بأقل من سعره لإعادة المهر، ففي تخييرها رفع للضرر بقدر الإمكان.

لكن إن كان الفسخ من المخطوبة فيلزم الخاطب بأخذ الجهاز دون تقصير منه يوقعه في الضرر، إذ هي المسؤولة عن هذا العدول، ففي إعادة المهر أو قيمته مراعاة لمصلحة الخاطب.

المطلب الثالث: استرداد الهدايا عند العدول عن الخطبة

فرق قانون الأحوال الشخصية السوري في استرداد الهدايا بين عدول الخاطب وعدول المخطوبة، فأجاز له الرجوع إن كان الفسخ من جهتها وليس له ذلك إن كان الفسخ من جهته، ما لم يكن هناك عرف أو شرط، كما فرق بينهما إذا كان العدول لسبب مقبول أو غير ذلك، فنص في المادة (٤) الفقرة الثالثة والرابعة على ما يلي:

٣/٤ "إذا عدل أحد الخاطبين عن الخطبة بسبب مقبول فيسترد ما أداه إلى الآخر إن كان قائماً أو قيمته يوم القبض ما لم يكن هناك عرف أو شرط بخلاف ذلك".

٤/٤ "إذا انتهت الخطبة بالوفاة أو بسبب لا يد لأحد الخاطبين فيه أو بعارض حال دون الزواج فلا يسترد شيء من الهدايا".

أولاً - المستند الفقهي للمادة:

استند قانون الأحوال الشخصية في المادة (٤) الفقرة (٣) إلى عدة مذاهب:

١. استند القانون في حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة إلى المذهب الحنفي^(١) فيجوز استرداد ما كان قائماً منها بعينه ولو نقص بالاستعمال؛ لأن حكمها كالهبة، لكن خالف القانون الحنفية في حال هلاك الهدية أو استهلاكها، فقال: برد قيمتها يوم القبض، وهذا لا يجوز في المذهب الحنفي؛ إذ الهلاك والاستهلاك مانع من موانع الرجوع في الهبة، لأن قبض الهبة قبض أمانة لا قبض ضمان.

٢. استند القانون في ضمان الهدية عند هلاكها أو استهلاكها بدفع القيمة إلى المذهب الشافعي

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: (١٢٧/٦)، حاشية ابن عابدين: (١٥٣/٣).

والحنبلي.^(١)

٣ . العمل أولاً بالعرف أو الشرط وهو ما نص عليه المالكية في حكم الرجوع بهدايا الخطبة.^(٢)

واستند القانون في الفقرة (٤) من المادة (٤) في عدم استرداد الهدايا إن تعذر إتمام الزواج لسبب لا يد لأحد الطرفين فيه إلى المذهب الحنبلي،^(٣) وذلك لأن عدم التمام ليس من جهة أحدهم، كما استند في عدّ الموت مانعاً من الرجوع بالهدية، إلى مذهب الحنفية^(٤) والحنابلة.^(٥)

ويجري الحكم في هدايا المخطوبة للخاطب على القياس فيما سبق، إذ لم ينص الفقهاء على ذلك، فلم تجر العادة في عصرهم بإرسال الهدية من قبل المرأة أو وليها للخاطب، بخلاف ما قد يحصل اليوم من تبادل الهدايا بين الطرفين، لذلك فإن عدول المخطوبة بعذر مقبول يعطيها الحق باسترداد ما دفعته، إذ المقصود هو الهدية مقابل إتمام العقد ولم يتم.

ثانياً_ الأدلة التي استندت إليها المادة:

١ . استدلت الحنفية على جواز الرجوع بالهدية بحديث ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يُثب منها».^(٦)

وفيه دليل على جواز الرجوع في الهبة التي لم يُثب عليها، وعدم جواز الرجوع في الهبة التي أثاب عليها الموهوب له الواهب،^(٧) والهدية في الخطبة هي هبة مقابل الزواج فما لم يتم الزواج لم يحصل الغرض منها.

(١) حاشية الجمل: (١٢٩/٤)، مطالب أولي النهى، الرحيباني: (٣٨٣/٤).

(٢) الشرح الكبير، أحمد الدردير العدوي، طبع مع حاشية الدسوقي، دار الفكر، (د.ط) (د.ت): (٢٢٠/٢).

(٣) انظر كشف القناع للبهوتي: (١٥٣/٥).

(٤) انظر بدائع الصنائع للكاساني: (١٢٩/٦).

(٥) انظر كشف القناع للبهوتي: (١٥٣/٥).

(٦) المستدرك على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم النيسابوري (ت ٤٠٥ هـ) دار المعرفة، ١٤١٨ هـ ١٩٩٨ م، كتاب البيوع، باب لا يعلق الرهن له غنمه وعليه غرمه، (٢٣٧٠) (٣٦٢/٢) وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(٧) سبل السلام شرح بلوغ المرام سبل السلام: لمحمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم المعروف

٢. استدل المالكية^(١) والحنابلة^(٢) على رجوع الخاطب بمديته بالقياس على عقد الجعالة.

والجاعل هو من يبذل المال مقابل عمل فليس للعامل الحق في الجعّل ما لم يتم العمل، والخاطب هنا بذل الهدية مقابل إتمام عقد النكاح، فما لم يسلم له العقد يحق له الرجوع بالهدية، كالعامل إذا لم يف بالعمل.

٣. استدل الشافعية^(٣) بالحديث المتقدم: «من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يُثب عليها».

ولأن الخاطب لم يقصد التبرع إنما ساق إليها الهدايا مقابل نكاحه ولم يحصل.

ثالثاً_ الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

اختلف الفقهاء في حكم استرداد الهدايا عند رجوع أحد الخاطبين عن الخطبة وفيما يلي بيان الأقوال المخالفة لاختيار قانون الأحوال الشخصية السوري:

١. **المذهب المالكي:** ذهب المالكية^(٤) إلى أنه إن لم يكن هناك عرف أو شرط فليس للخاطب استرداد شيء من الهدايا إن كان الرجوع من جهته، أما إن كان الرجوع من جهتها فله استرداد ما أدرك من الهدايا.

٢. **المذهب الشافعي:** ذهب الشافعية^(٥) إلى رجوع الخاطب بجميع ما دفعه قبل العقد بعينه إن كان باقياً وببدله إن كان تالفاً سواء كان مأكولاً أو مشروباً أو غير ذلك، وسواء كان الرجوع من جهته أو من جهتها وسواء كان بسبب منهما أو لموت أحدهما، لأنه ما أهداها إلا لإتمام النكاح ولم يحصل.

كأسلافه بالأُمير (المتوفى: ١١٨٢هـ)، دار الحديث، (د.ط): (١٣٦/٢).

(١) انظر حاشية الصاوي على الشرح الصغير أبو العباس أحمد بن مُحمّد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (ت: ١٢٤١هـ) دار المعارف، (د.ط) (د.ت): (٣٤٨/٢).

(٢) انظر كشاف القناع للبهوتي: (١٥٣/٥).

(٣) حاشية البجيرمي على الخطيب لسليمان بن مُحمّد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي (ت: ١٢٢١هـ)، دار الفكر (د.ط)، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م: (٤٢٩/٣).

(٤) انظر الشرح الكبير للدردير: (٢١٩/٢-٢٢٠)، التاج والإكليل، المواق: (٥٢٢/٣).

(٥) انظر حاشية الجمل: (١٢٩/٤)، تحفة المحتاج لابن حجر: (٤٢٢/٧).

٣ . المذهب الحنبلي: وذهب الحنابلة^(١) إلى مثل ما ذهب إليه المالكية من التفريق بين رجوع الخاطب ورجوع المخطوبة، فله استرداد الهدايا إن كان العدول من جهة المرأة أو أحد أوليائها، وهذا إذا كان العدول بسبب مقبول، أما إذا كان العدول بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه كموت الخاطب أو المخطوبة أو الفقد فليس للخاطب أو لورثته الرجوع بشيء، وذلك لأن عدم تمام العقد ليس من جهته.

رابعاً_ يلاحظ على هذه المادة:

إن التركيب بين المذاهب الذي اعتمدت عليه المادة (٤) الفقرة (٣) في حكم الرجوع عن الهبة يجعل استرداد الهدية عند هلاكها أو استهلاكها غير مقبول شرعاً، فالهلاك والاستهلاك مانع من موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية القائلين بجواز رجوع الخاطب بهديته إن عدل عن الخطبة لعذر مقبول، وذلك لأن اليد على الهبة ليست يد ضمان، ولا يجوز الجمع بين المذهب الحنفي ومذهب الشافعية والحنابلة القائلين بضمان الهدية عند هلاكها لاختلافهم في أصل الحكم .

كما أن استرداد جميع الهدايا المستهلكة قد يوقع الطرف الآخر في الحرج سيما إذا لم يكن متسبباً في العدول، لذلك أقترح ما يلي:

١ . ترجيح أحد المذاهب: إما العمل بالمذهب الحنفي بكل جزئياته واعتبار الهدية في حكم الهبة وهو ما كان العمل عليه في القانون السوري رقم ٥٢ وإما الأخذ بالمذهب المالكي والحنبلي وهو ما ذهبت إليه معظم القوانين العربية.

٢ . الجمع بين المذاهب: التفريق بين الهدايا من حيث القيمة، فما كان منها له قيمة باهظة كالذهب فالأولى العمل فيه بمذهب الحنفية وجواز استرداده إذا كان العدول لسبب مقبول منعاً للضرر. وما سوى ذلك من الهدايا يعمل فيه بالمذهب المالكي في التفصيل بين عدول الخاطب والمخطوبة، إذ في عدول الخاطب إيداء للمخطوبة وفي ترك الهدايا شيء من التعويض عن ألمها، أما إذا كان العدول من جانب المخطوبة فإن الزوج قد يلحقه الضرر في عدم استرداد الهدايا وهو لم يقترب ذنباً.

(١) انظر كشاف القناع، البهوتي: (١٥٣/٥)، منار السبيل في شرح الدليل، ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم (ت: ١٣٥٣هـ)، المحقق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة: السابعة ١٤٠٩ هـ/ ١٩٨٩ م: (١٩٨/٢).

المطلب الرابع: التعويض في العدول عن الخطبة

أجاز قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٤) المعدل لعام ٢٠١٩ التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة اللاحق بأحد الخاطبين فنص في المادة (٤) الفقرة الخامسة على أنه "إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لحق بأحد الخاطبين جاز الحكم بالتعويض".

أولاً- المستند الفقهي للمادة:

استند قانون الأحوال الشخصية السوري إلى ما اختاره مصطفى السباعي^(١) ومُجد أبو زهرة^(٢) في وجوب التعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي طال أحد الخاطبين بسبب عمل كان من الطرف الآخر غير العدول عن الخطبة، كأن يطلب الخاطب نوعاً من الجهاز أو يطلب منها ترك عملها، وكأن تطلب المخطوبة إعداد المسكن بمكان وصفات معينة ثم يكون العدول، ومن الضرر المعنوي التشهير بسمعة أحد الخاطبين للآخر.

أما العدول وحده فليس سبباً للتعويض إن لم يكن لأحدهما دخل فيه غير مجرد العدول، لأنه حق والحق لا يترتب عليه تعويض.

واشترط السباعي ألا يكون عدول الخاطب لسبب من المخطوبة، كأن يظهر له من الصفات ما يؤكد له استحالة العشرة معها، وأن يثبت أن العدول أضر به مادياً أو معنوياً غير الاستهواء الجنسي، وأن يكون الخاطب قد أكد رغبته في الزواج وتصميمه على إجراء العقد.^(٣)

ثانياً- الأدلة التي استندت إليها المادة:

(١) مصطفى حسني السباعي: (١٩١٥م-١٩٦٤م) ولد في حمص عام ١٩١٥م، درس في الجامعة الأزهرية في مصر، انتخب نائباً عن دمشق في الجمعية التأسيسية عام ١٩٤٩م، درس في كلية الحقوق بدمشق، وساعد بتأسيس كلية الشريعة في جامعة دمشق عام ١٩٥٥م، ليكون أول عميد فيها، توفي عام ١٩٦٤م. / الأعلام لخير الدين بن محمود بن مُجد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (المتوفى: ١٣٩٦هـ)، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - أيار ٢٠٠٢م: (٢٣١/٧).

(٢) مُجد أحمد مصطفى أحمد المعروف بأبي زهرة (١٣١٦ - ١٣٩٤هـ = ١٨٩٨ - ١٩٧٤م)، أكبر علماء الشريعة الإسلامية في عصره، مولده بمدينة المحلة الكبرى وترى بالجامع الأحمدى، وتعلم بمدرسة القضاء الشرعي، وتولى تدريس العلوم الشرعية والعربية ثلاث سنوات، وعلم في المدارس الثانوية سنتين ونصفاً، عين أستاذاً محاضراً للدراسات العليا في الجامعة (١٩٣٥م)، وكان وكيلاً لكلية الحقوق بجامعة القاهرة، ووكيلاً لمعهد الدراسات الإسلامية وأصدر من تأليفه أكثر من ٤٠ كتاباً. / زهرة التفاسير، لمحمد بن أحمد ابن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة، دار الفكر العربي، (د.ط.): (٣/١) وما بعدها.

(٣) الأحوال الشخصية، أبو زهرة: (٣٧)، شرح قانون الأحوال الشخصية، الدكتور مصطفى السباعي: (٦٥/١).

استند القائلون بوجوب التعويض إلى الاستدلال بالسنة والمصلحة والقاعدة الفقهية:

١. **السنة المطهرة:** عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ».^(١)

نهى النبي ﷺ عن الإضرار بالغير بأي صفة كان الضرر،^(٢) والعدل عن الخطبة إذا تسبب بضرر للطرف الآخر فعليه أن يتحمل تبعات تصرفه بقدر الإمكان.

٢. **المصلحة:** من المصلحة وجوب تعويض الضرر الذي تسبب به أحد الأطراف؛ لأنه كان تغريراً، والتغريب يوجب الضمان.^(٣)

٣. **القاعدة الفقهية:** "الضرر يزال"، فعند تسبب أحد الأطراف للآخر بالضرر فإنه يجب إزالته، ولا سبيل إلى ذلك سوى التعويض المالي.^(٤)

ثالثاً_ الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

يعارض ما اختاره القانون قولان في حكم التعويض عن فسخ الخطبة:

القول الأول: عدول أحد الخاطبين عن الخطبة لا يوجب عليه التعويض مطلقاً، لأن العدول حق للخاطب والمخطوبة وهو جائز باتفاق الفقهاء^(٥) والجواز ينافي الضمان، ولأن الخطبة شرعت ليتعرف كل طرف على الآخر لتلافي الخلافات التي تنشأ بعد الزواج وكل طرف منهما على علم بحق العدول في أي وقت لا

(١) مسند الإمام أحمد بن حنبل لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠١م: مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن العباس بن عبد المطلب، (٢٨٦٥) (٥٥/٥)، المستدرك على الصحيحين، الحاكم: كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمخاضرة والمنازعة، (٢٣٩٢) (٣٦٩/٢)، وقال: صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(٢) نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ) تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م: (٣١١/٥).

(٣) الأحوال الشخصية أبو زهرة: (٣٧)، شرح القواعد الفقهية، الزرقا: (١٨٠).

(٤) شرح القواعد الفقهية، الزرقا: (١٧٩).

(٥) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٢٩/٢)، مواهب الجليل، الخطاب: (٤١١/٣)، حاشية الجمل: (١٢٩/٤)، كشاف القناع، البهوتي: (١٩/٥).

سيما عند ظهور ما يخيفه من دوام العشرة، وهو اختيار مُجَدِّدٍ بخيت المطيعي،^(١) وأخذت بهذا الرأي محكمة الاستئناف الوطنية في مصر.^(٢)

القول الثاني: ذهب بعض المعاصرين ممن كتبوا في الفقه إلى وجوب التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول مطلقاً ولو لم يكن للعادل دُخْلٌ في حدوثه، لأن الخطبة تمت برأي الطرفين، فالعدول بعد ذلك لا يخلو من تغرير، وأخذت المحاكم الابتدائية في مصر بهذا القول وأيدت بعضها محكمة الاستئناف فيما ارتأت.^(٣)

والراجع ما ذهب إليه القانون من التعويض عن الضرر الذي تسبب به أحد الطرفين، لا التعويض عن العدول نفسه؛ لأن الخطبة وعد بالزواج والوعد غير ملزم ولكلا الطرفين الحق في العدول عنها.

المبحث الثاني: تأصيل الاختيارات التشريعية لعقد الزواج

بيّن قانون الأحوال الشخصية الكيفية التي يتم بها عقد الزواج، فنصّ على أركانه وشروطه وكيفية إجراء العقد وما يقتضيه من شروط، وفيما يأتي تحديد المستند الفقهي للمواد المتعلقة بعقد الزواج.

المطلب الأول: تعريف الزواج لغةً واصطلاحاً

نصّ قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١) على تعريف الزواج فقال: "الزواج عقد بين رجل وامرأة يحل كل منهما للآخر شرعاً، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل".

وكان القانون السوري في التعديل الجديد قد استبدل لفظ النكاح بالزواج ولعله فعل ذلك لندرة استخدام هذا اللفظ في وقتنا الحالي، وكلا اللفظين بمعنى واحد إلا أن النكاح هو اللفظ الذي استعمله الفقهاء وجعلوه عنواناً لما تضمنته كتبهم من أحكام الزواج، إذ كان شائعاً استعماله بين عامة الناس في وقتهم، ولا أرى هذا سبباً موجباً لهذا التعديل؛ إذ كلا اللفظين نص عليهما القرآن الكريم.

(١) الشيخ محمد بخيت (١٢٧١ - ١٣٥٤ هـ = ١٨٥٤ - ١٩٣٥ م)، مُجَدِّدٍ بخيت بن حسين المطيعي الحنفي: مفتي الديار المصرية، ومن كبار فقهاءها، ولد في بلدة (المطبعة) من أعمال أسيوط، وتعلم في الأزهر، واشتغل بالتدريس فيه، وانتقل إلى القضاء الشرعي سنة ١٢٩٧ م، وعين مفتياً للديار المصرية سنة (١٣٣٣-١٣٣٩ هـ) ولزم بيته يفتي ويفيد إلى أن توفي بالقاهرة/الأعلام، الزركلي: (٥٠/٦).

(٢) الأحوال الشخصية، أبو زهرة: (٣٦).

(٣) المرجع السابق: (٣٦).

وسيتيم فيما يلي بيان تعريف الزواج والنكاح في اللغة والاصطلاح.

أولاً_ الزَّوْج في اللغة: مصدر زَوَّجَ، جمع أزْوَاج، والزَّوْج: القَرْد الذي له قرين، ويقال للرجل والمرأة: الزَّوْجَان، زَوَّجَ الشيءَ بالشيءِ وزَوَّجَهُ إليه: قَرَنَهُ، وَزَوَّجْتُهُ امرأةً فَتَزَوَّجَهَا أي أَنْكَحْتُهُ امرأةً فَنَكَحَهَا، وَزَوَّجَ المرأةَ بَعْلُهَا، وَزَوَّجَ الرَّجُلَ: امرأته، وكل شيئين مقترنين، شكلين كانا أو نقيضين، فهما زَوْجَان، وكل واحد منهما زَوْجٌ.^(١)

ثانياً_ النكاح في اللغة: نَكَحَ فُلَانٌ امرأةً يَنْكِحُهَا نِكَاحاً إذا تزوجها، وَنَكَحَهَا يَنْكِحُهَا: بَاذَعَهَا أيضاً، وَأَنْكَحَ المرأةَ: زَوَّجَهَا إِيَّاهَا، وَأَنْكَحَهَا: زَوَّجَهَا، والاسم النُّكْحُ والنِّكْحُ، وهي كلمة كانت العرب تتزَوَّج بها، وأصل النِّكَّاح في كلام العرب الوطء، وقيل للتَزَوُّج نكاح؛ لأنه سبب للوطء المباح.^(٢)

وجاء في المصباح: "أصل النكاح مأخوذ من نَكَحَهُ الدَّوَاءُ إذا حَامَرَهُ وَغَلَبَهُ، أو من تَنَاقَحَتِ الأشجار إذا انضَمَّ بعضها إلى بعض، أو من نَكَحَ المطر الأرض إذا اختلط بثراها، وعلى هذا فيكون النكاح مجازاً في العقد والوطء جميعاً، لأنه مأخوذ من غيره فلا يستقيم القول بأنه حقيقة لا فيهما ولا في أحدهما، ويؤيده أنه لا يفهم العقد إلا بقريئة، نحو: نكح في بني فلان، ولا يفهم الوطء إلا بقريئة، نحو: نكح زوجته، وذلك من علامات المجاز، وإن قيل غير مأخوذ من شيء فيترجح الاشتراك، لأنه لا يفهم واحدٌ من قِسميه إلا بقريئة".^(٣)

ومن خلال التعريف اللغوي للنكاح والزواج يتبين أنهما لفظان مترادفان ينوب أحدهما عن الآخر.

ثالثاً_ النكاح في اصطلاح الفقهاء:

تنوعت تعاريف الزواج لدى الفقهاء، وفي ما يلي سيتم تعريف الزواج عند الأئمة الأربعة ومقارنته بما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري:

١. عرفه الحنفية بأنه: عقد يفيد حل استمتاع رجل بامرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي.^(٤)

(١) لسان العرب، ابن منظور: مادة (زوج) (٢/٢٩٢)، تاج العروس، مرتضى الزبيدي: مادة (زوج) (٦/٢٢٢).

(٢) لسان العرب، ابن منظور: مادة (نكح) (٢/٦٢٥).

(٣) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (ت: نحو ٧٧٠هـ)، المكتبة العلمية، بيروت، (د.ط): (٢/٦٢٤).

(٤) حاشية ابن عابدين: (٣/٤).

٢. وعرفه المالكية بأنه: عقد حل تمتع بأنثى غير محرم وغير مجوسية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلًا.^(١)

٣. وعند الشافعية والحنابلة: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته، وزاد الحنابلة أن المعقود عليه منفعة الاستمتاع.^(٢)

من خلال ما سبق يتبين أن الفقهاء اتفقوا في تعريف الزواج على أن تكون المرأة حلاً للرجل، وقد نص على ذلك قانون الأحوال الشخصية بقوله: "يحل كل منهما للآخر شرعاً".

والمعقود عليه في النكاح هو منفعة الاستمتاع، يظهر هذا المعنى في تعريف الحنفية والمالكية والحنابلة، ولم يبين ذلك قانون الأحوال الشخصية للزواج في المادة (١)، إنما اكتفى القانون بذكر أهم غاية من الزواج بقوله: "غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل"، يتفق مع تعريف المالكية، وقد ذكر الفقهاء هذا المعنى في أهمية النكاح ومقاصده.^(٣)

المطلب الثاني: أركان عقد الزواج

الزواج عقد كغيره من العقود له أركان وشروط إلا أنه يختلف عنها في بعض الأحكام تبعاً لقدسية هذا العقد وما يترتب عليه مما له صلة في بناء الأسرة، وفيما يلي بيان ذلك.

نص قانون الأحوال الشخصية السوري على أن الزواج ينعقد بالصيغة فقط والمتمثلة في الإيجاب والقبول، فجاء في المادة (٥): "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر"، ثم تناول في المادة (٦-٧) بعض الأحكام والشروط المتعلقة بالإيجاب والقبول:

^(١) الشرح الصغير، شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى بأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، أحمد الدردير العدوي، مطبوع مع حاشية الصاوي، دار المعارف، (د.ط) (د.ت): (٣٣٢/٢).

^(٢) مغني المحتاج، الشريبي: (٢٠٠/٤)، كشاف القناع، البهزي: (٥/٥)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ)، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، (د.ط): (٥٠٨).

^(٣) انظر المبسوط محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: ٤٨٣هـ): دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م: (١٩٢/٤)، حاشية الصاوي: (٣٣١/٣)، المغني، ابن قدامة: (٥/٧).

المادة (٦): "يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لغةً وعرفاً".

المادة (٧): "يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس".

وسيتيم في هذا المطلب تأصيل ركن عقد الزواج وما يتعلق به من أحكام وشروط وفق ما يلي:

أولاً_ الإيجاب والقبول في عقد الزواج:

١. المستند الفقهي للمادة:

ذهب الحنفية^(١) إلى أن ركن الزواج هو الإيجاب والقبول فقط، وذلك بألفاظ مخصوصة أو ما يقوم مقام اللفظ من الكتابة والإشارة، أما العاقدان فليسوا بركن؛ لأن الصيغة لا تقوم دون عاقلين،^(٢) وهو ما استند إليه قانون الأحوال الشخصية السوري في انعقاد الزواج، إذ نصت المادة (٥) على انعقاد الزواج بلفظي الإيجاب والقبول دون ذكر العاقلين والولي والشهود.

والإيجاب عند الحنفية^(٣) هو المتقدم من كلام العاقلين سواء كان كلام الزوج أو كلام الزوجة أو وليها، والقبول هو الكلام المتأخر.

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الحنفية على أن ركن الزواج هو الصيغة بما يلي:

أ- القرآن الكريم:

(١) قوله تعالى: ﴿.. إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ..﴾ [النساء: ٢٩].

الآية عامة في كل عقد فقد جاءت لتؤصل قاعدة عامة مؤداها أن الرضا هو أساس التعاقد، بمعنى أن العقد لا ينشأ شرعاً إلا بالتراضي، وهذا ما يطلق عليه اليوم مبدأ الرضائية في العقود، إلا أن الرضا أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه، لذا أقام الشارع الصيغة مُقامه لكونها أمراً مادياً ظاهراً منضبطاً يمكن إثباته أمام القضاء

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢/٢٢٩).

(٢) انظر حاشية ابن عابدين: (٣/٤٤١).

(٣) المرجع السابق: (٣/٩).

عند النزاع.^(١)

(٢) قوله تعالى: ﴿وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ [النساء: ٢١] قال مجاهد:^(٢) الميثاق هو عُقْدَةُ النكاح، وهو قوله: قد زَوَّجْتُكَ.^(٣)

- ب- الإجماع: أجمع الفقهاء على أن الإيجاب والقبول ركن من أركان عقد النكاح.^(٤)
- ج- المعقول: واستدل الحنفية^(٥) على أن الركن هو فقط الصيغة بأن حقيقة العقد تكون في الإيجاب والقبول، إذ هي جزء منه، أما العاقدان والحل فمن مستلزمات العقد لا من ماهيته، ومعنى الانعقاد ارتباط كلام بكلام آخر على وجه يسمى عقداً شرعياً يستعقب الأحكام.

٣. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

الإيجاب والقبول ركن من أركان عقد الزواج عند المالكية^(٦) والشافعية^(٧) والحنابلة^(٨) إلا أنهم قالوا بأن

(١) النظريات الفقهية، الدكتور فتحي الدريني، منشورات جامعة دمشق، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م: (٢٩٣).

(٢) مجاهد بن جبر (-١٠٤هـ) أبو الحجاج المكي الأسود شيخ القراء والمفسرين، روى عن ابن عباس، وعنه أخذ القرآن والتفسير والفقه، وروى عن أبي هريرة وعائشة وسعد بن أبي وقاص وابن عمر وغيرهم، وحدث عنه عكرمة وطاووس وعطاء، قال قتادة: أعلم من بقي بالتفسير مجاهد، سير أعلام النبلاء، الذهبي: (٤٤٩/٤-٤٥٠).

(٣) الكتاب المصنف في الحديث والآثار أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن مُجَدِّد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (ت: ٢٣٥هـ)، تحقيق كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط: أولى ١٤٠٩هـ باب في الرجل يزوج أيشترط إمساكاً بمعروف، (١٦٠٢٧) (٤٦٣/٣).

(٤) فتح القدير، ابن الهمام: (١٩٠/٣)، مواهب الجليل، الخطاب: (٤١٩/٣)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ) تحقيق: زهير الشاويش، بيروت الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ/١٩٩١م: (٣٦/٤)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، (ت: ٨٨٥هـ) دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، (د.ت): (٤٥/٨).

(٥) فتح القدير، ابن الهمام: (١٨٩/٣).

(٦) حاشية العدوي شرح كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعدي العدوي (ت: ١١٨٩هـ)، المحقق: يوسف الشيخ مُجَدِّد البقاعي، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م (١٧٤/٣).

(٧) تحفة المحتاج، ابن حجر (٢٢٠/٧).

(٨) الإنصاف، المرداوي: (٤٥/٨).

الإيجاب يكون من الولي والقبول من الزوج أو وكيله ولا يشترط تقديم الإيجاب على القبول إنما يندب ذلك. واشترط الحنابلة^(١) وبعض الشافعية^(٢) تقديم الإيجاب على القبول، فإن تقدم كلام الزوج على الولي لم يصح ويتوجب عليه إعادة كلامه ولا عبرة في اللفظ السابق لإيجاب الولي؛ لأن القبول يكون للإيجاب فمتى تقدم قبله لم يصح.

كما اختلفوا في العاقلين والولي والشهود هل تدخل في أركان العقد أم لا؟ فذهب المالكية^(٣) إلى أن أركان الزواج أربعة، وهي: الولي، والصدّاق، والمحل وهو زوج وزوجة خاليان من الموانع الشرعية، والرابع الصيغة.

وعند الشافعية^(٤) الأركان خمسة: الصيغة، والزوج والزوجة، والولي، والشاهدان.

وعند الحنابلة^(٥) أركان عقد الزواج: الزوجان، والإيجاب والقبول.

ثانياً_ أَلْفَاظُ عَقْدِ الزَّوْاجِ:

ويقصد بها الألفاظ التي ينعقد بها الزواج صحيحاً، ولم يحدد قانون الأحوال الشخصية هذه الألفاظ فقد نصت المادة في (٦) أحوال على أنه: "يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لغةً وعرفاً"، مما يعني أنه ينعقد الزواج بكل ما وضع بأصل اللغة لمعنى الزواج، وكل ما تعارف الناس عليه واستحسنوه في إتمام ذلك العقد.

١. المستند الفقهي للمادة:

استند قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٦) إلى قول ابن تيمية^(٦) وابن القيم^(٧) من الحنابلة

(١) كشف القناع، البهوتي: (٤٠/٥).

(٢) روضة الطالبين، النووي: (٣٨/٧).

(٣) الشرح الكبير، الدردير: (٢٢٠/٢).

(٤) مغني المحتاج، الشربيني: (٢٢٦/٤).

(٥) كشف القناع، البهوتي: (٣٧/٥).

(٦) الفتاوى الكبرى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلّيم ابن تيمية الحراني (ت: ٧٢٨هـ) دار الكتب العلمية، ط: الأولى،

في انعقاد الزواج بأي لغة ولفظ دلّ على معناه؛ لأن الأسماء تُعرف معانيها تارة بالشرع، كالنكاح والمهر، وتارة باللغة، كرجل وامرأة، وتعرف تارة بالعرف، كالدابة لذوات الأربع،^(٢) واستندت في جزء منها إلى المذهب الحنفي " .. التي تفيد معناه لغةً .. " وفيما يلي تفصيل لأقوال الفقهاء في المسألة:

يدخل في مفهوم المادة لفظا النكاح والتزويج وهي من الألفاظ الدالة على معنى الزواج لغةً وشرعاً، وقد أجمع الفقهاء^(٣) على انعقاد الزواج بهما لورودهما في القرآن الكريم، ولأنهما من الألفاظ التي وضعت في اللغة لتفيد معنى الزواج.

جاء في المغني: " وينعقد النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج والجواب عنهما إجماعاً".^(٤)

وبالمفهوم المخالف للمادة (٦) فإن كل لفظ لا يدل على معنى الزواج لغةً أو عرفاً لا يصح به العقد، كلفظ المتعة والرهن والإعارة، وهو ما اتفق عليه الفقهاء.^(٥)

واختلفوا في الألفاظ التي تدل على تمليك العين وعلى البقاء مدى الحياة، كلفظ الهبة والبيع والتمليك، فذهب الحنفية^(٦) إلى انعقاد الزواج بكل لفظ يثبت به ملك الرقبة، فيصح الزواج بلفظ الهبة والبيع والتمليك، كأن يقول: (بعتي ابتك أو ملكني ابتك بمئة ألف)؛ لأن النكاح يحمل حكيمين متلازمين وهما: الازدواج والتمليك، فإذا ثبت أحدهما ثبت الآخر ضرورة، ولا يشرع أحدهما دون الآخر، فكل لفظ دل على معنى منهما يصح به الزواج؛ لأنه ملازمٌ للآخر شرعاً، خلافاً للجمهور، فالحكم الأصلي عندهم للنكاح هو

١٤٠٨ هـ/١٩٨٧ م: (٤٥٠/٥).

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم: (٤/٢).

(٢) كشف القناع، البهوتي: (٣٨/٥).

(٣) انظر حاشية ابن عابدين: (١٦/٣)، الفواكه الدواني، النفراوي: (٤/٢)، أسنى المطالب شرح روض الطالب، شيخ الإسلام، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السُّنَيْكِي (ت: ٩٢٦ هـ) دار الكتاب الإسلامي، (د.ط) (د.ت): (١١٨/٣)، الشرح الكبير على متن المقنع: (٣٧١/٧).

(٤) ابن قدامة: (٧٨/٧).

(٥) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٣١/٢)، حاشية ابن عابدين: (١٦/٣)، حاشية الدسوقي: (٢٢١/٢)، مغني المحتاج، الشربيني: (٢٢٧/٤)، المغني، ابن قدامة: (٧٩/٧).

(٦) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٣٠/٢).

الازدواج، والملك يثبت وسيلةً إليه، فوجب اختصاصه بلفظ يدل على الازدواج، وهو لفظي التزويج والإنكاح لا غير.

٢ . الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب المالكية^(١) إلى جواز النكاح بلفظ الهبة إن سُمي صداقاً، واختلفوا في كل لفظ يقتضي البقاء مدى الحياة كالبيع والتملك، فقيل: ينعقد إن سمي صداقاً، وهو قول ابن القصار^(٢) وعبد الوهاب^(٣) والباجي^(٤) وابن العربي^(٥) وقيل لا ينعقد مطلقاً، وهو قول ابن رشد^(٦) في المقدمات^(٧) ورجحه الدردير^(٨) رحمه الله.

(١) انظر منح الجليل شرح مختصر خليل، مُجَّد بن أحمد بن مُجَّد عيش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، دار الفكر، بيروت، (٢٦٨/٣): ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م: (٢٦٨/٣).

(٢) ابن القصار (٣٩٩هـ - ٤٣٩هـ) علي بن عمر بن أحمد، أبو الحسن، البغدادي ابن القصار، فقيه مالكي، أصولي حافظ. تفقه بأبي بكر الأبهري وعلي بن الفضل السطوري، وبه تفقه أبو ذر الهروي وعبد الغني الحافظ وعبد الوهاب، وغيرهم، ووثقه الخطيب البغدادي. له كتاب في مسائل الخلاف لا يعرف المالكيون كتاباً في الخلاف أكبر منه. / الديباج المذهب، ابن فرحون: (١٠٠/٢)، تاريخ بغداد، الخطيب البغدادي: (٤٩٦/١٣).

(٣) عبد الوهاب (٣٦٢هـ - ٤٢٢هـ) هو عبد الوهاب بن علي بن نصر بن أحمد، أبو مُجَّد، الثعلبي، البغدادي، المالكي، فقيه، أديب، من فقهاء المالكية. ولد ببغداد وأقام بها، وولي القضاء في العراق، من تصانيفه: التلقين وعيون المسائل والنصرة لمذهب مالك وشرح المدونة. / الديباج المذهب، ابن فرحون: (٢٦/٢).

(٤) البايجي (٤٠٣هـ - ٤٧٤هـ) سليمان بن خلف بن سعد أبو الوليد البايجي الحافظ ذو الفنون، رحل إلى دمشق وبغداد والموصل ثم رجع إلى الأندلس بعد ثلاث عشرة سنة يعلم غزير حصله مع الفقر، ولي القضاء بمواقع من الأندلس من تصانيفه: المنتقى في الفقه، المعاني في شرح الموطأ. / سير أعلام النبلاء الذهبي: (٥٣٧-٥٣٦-٥٣٥/١٨).

(٥) ابن العربي (٤٦٨ - ٥٤٣هـ)، هو مُجَّد بن عبد الله بن مُجَّد، أبو بكر، المعروف بابن العربي، حافظ وفقيه، من أئمة المالكية، بلغ رتبة الاجتهاد، رحل إلى الشرق، وأخذ عنه الطروشني والإمام أبي حامد العزالي، ثم عاد إلى مراكش، وأخذ عنه القاضي عياض وغيره، من تصانيفه: "عارضة الأحوذى شرح الترمذي" و "أحكام القرآن" و "المحصل في علم الأصول". / الديباج المذهب: ابن فرحون اليعمرى: (٢٥٢/٢).

(٦) ابن رشد (٥٢٠هـ - ٥٩٥هـ) أبو الوليد مُجَّد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي المالكي، قاضي الجماعة بقرطبة، تفقه بأبي جعفر أحمد بن رزق، وروى عنه وعن أبي مروان بن سراج والحافظ أبي علي وغيرهم، كان فقيها عالماً، حافظاً للفقه، مقدماً فيه على جميع أهل عصره، عارفاً بالفتوى، بصيراً بأقوال أئمة المالكية. / سير أعلام النبلاء الذهبي: (٥٠٢-٥٠١/١٩).

(٧) المقدمات المهمات، أبو الوليد مُجَّد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: ٥٢٠هـ)، دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م: (٤٠٨/١).

ولا يصح الزواج عند الشافعية^(٣) والمعتمد عند الحنابلة^(٤) إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح وما اشتق منهما دون لفظ الهبة والتمليك ونحوهما؛ لأنه لم يذكر في القرآن سواهما فوجب الوقوف عندهما تعبدًا واحتياطًا، والعدول عنهما مع معرفتهما عدولًا عن اللفظ الذي ورد في القرآن مع القدرة عليه، ولأن الشهادة شرط في النكاح، وغير هذين اللفظين يحتاج إلى نية الزواج، ولا اطلاع للشهود على النوايا.

وبناءً على ما سبق يتبين أن المادة (٦) من قانون الأحوال الشخصية السوري جمعت بين المذهب الحنفي وبعض الحنابلة، فإن كل لفظ يدل على تمليك العين كالصدقة أو ما يؤدي إلى معنى النكاح، مثل: (كوني امرأتى أو صيرت لي) ينعقد بها الزواج بنص المادة (٦) أحوال، لأن التمليك يفيد معنى الزواج لغة، ولأن العبرة في العقود للمعاني وهذه الألفاظ تؤدي معنى النكاح وهو مذهب الحنفية^(٥) وبمضمونه عمل المتأخرون من الحنابلة^(٦) إضافة إلى صحة العقد بكل لفظ تعارف الناس عليه في إتمام العقد.

ثالثاً. شروط الصيغة في عقد الزواج:

يشترط لصيغة عقد الزواج توافر عدة شروط نص عليها قانون الأحوال الشخصية السوري فنص في المادة (١١): "١/ يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا متفقين، وفي مجلس واحد، وأن يكون كل من المتعاقدين سامعاً لكلام الآخر وفهماً أن المقصود به الزواج، وأن لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب.

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

(١) الدردير (١٢٠١هـ) أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حامد العدوي، المالكي أبو البركات الشهير بالدردير، أوجد وقته في الفنون العقلية والنقلية، ولد في بني عدي بمصر، وتعلم بالأزهر، وتوفي بالقاهرة، من كتبه: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ومنج التقدير في شرح مختصر خليل. / حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر، عبد الرزاق البيطار: (١٨٦).

(٢) حاشية الدسوقي: (٢٢١/٢).

(٣) مغني المحتاج، الشريبي: (٢٢٧/٤).

(٤) المبدع شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (ت: ٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م: (٩٤/٦).

(٥) حاشية ابن عابدين: (١٦/٣).

(٦) كشف القناع، البهوتي: (٣٨/٥).

كما اشترط في الصيغة ألا تكون معلقة ولا مضافة إلى المستقبل فنص في المادة (١٣): "لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا المعلق على شرط غير متحقق".

١. المستند الفقهي للمادة:

وقد اتفق الفقهاء على بعضها واختلفوا في البعض الآخر:

أ- موافقة الإيجاب للقبول:

استند القانون في المادة (١١) في اشتراط موافقة الإيجاب للقبول إلى ما اتفق عليه الأئمة الأربعة^(١) الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، فذهبوا إلى أن مخالفة القبول للإيجاب لا يصح معها عقد النكاح، كأن يقول الولي: (زوجتك ابنتي على ألف)، فقيل الزوج بالزواج ولم يقبل بالمهر، أو يقول: (زوجني زينب)، فيقول الولي: (زوجتك هند)، إلا إن كانت الموافقة ضمنية فيصح، كأن يقول: (زوجني ابنتك بألف)، فيقول الولي: (زوجتها بخمسائة) فيصح ولا يتوقف على القبول، لأنه إسقاط وإبراء، وكقوله: (زوجتك ابنتي بألف)، فيقول: (تزوجتها بألفين)، لأن المخالفة هنا صورية فالزوج قبل المهر وزيادة، ويتوقف قبول الزيادة على قبولها في المجلس.

ب- اتحاد المجلس:

استند قانون الأحوال الشخصية إلى ما اتفق عليه فقهاء الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) من اشتراط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول في عقد الزواج كسائر العقود، فيبطل الإيجاب بتفرق المجلس، كأن يقول الولي: (زوجتك ابنتي)، فيقوم الطرف الآخر من المجلس قبل القبول، أو ينشغل بعمل آخر أو يتكلم بكلام مغاير للعقد أو كلام كثير بخلاف اليسير، وبكل ما يشعر بالإعراض عن قبول الزواج فلا يتم العقد، لأن

(١) انظر حاشية ابن عابدين: (١٥/٣)، حاشية الصاوي: (٥٣٣/٢)، مغني المحتاج، الشربيني: (٤٤١/٤)، المغني لابن قدامة: (٣٤٤/٧)، كشاف القناع، البهوتي: (٤٠/٥).

(٢) حاشية ابن عابدين: (١٤/٣)، فتح القدير، ابن الهمام: (١٩٢/٣).

(٣) انظر حاشية الصاوي: (٣٥٠/٢).

(٤) انظر مغني المحتاج، الشربيني: (٤٤١/٤).

(٥) انظر كشاف القناع، البهوتي: (٤١/٥).

الانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر وباختلاف المجلس يتفرقان حقيقةً وحكمًا.

واختلف الفقهاء في اشتراط الفورية، فلم يشترط الحنفية^(١) والحنابلة^(٢) الفورية في القبول، فلا يبطل المجلس بمرور زمن طويل ما دام بالمجلس ولم يشغلا بما يقطعه، بخلاف المالكية^(٣) إذ يبطل عندهم القبول إن طال المجلس، لأن الفاصل الطويل بين الإيجاب والقبول يشعر بالإعراض عن القبول، إلا إن كان مما يتعلق بالعقد أو مرتبطاً به ويحدد ذلك العرف، وكذلك عند الشافعية^(٤) فإن كان الفاصل بين الإيجاب والقبول خطبة من الخاطب بذكر الله تعالى، كأن يقول: الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ فلا يبطل الإيجاب في المعتمد من المذهب ما لم تطل، ويحدد ذلك العرف، فإن طال الفاصل لم يصح، أما إن كان الفاصل غير المذكور يبطل ولو كان يسيراً.

وبما أن القانون استند إلى المذهب الحنفي في اعتبار الصيغة وحدها ركناً للعقد فإنه يجب الرجوع إلى المذهب الحنفي في عدم اشتراط الفورية بين الإيجاب والقبول.

ج- سماع كل من المتعاقدين لكلام الآخر وفهم معناه:

استند القانون في هذا الشرط إلى المذهب الحنفي فلا بد أن يسمع كل واحد منهما ما يقول الآخر ويفهم المراد منه ليصدر منهما ما من شأنه أن يدل على الرضا، لأن اللفظ يعبر عن إرادتهما، ويصح السماع ولو حكماً كالكتاب للغائب، لأن قراءة الكتاب تقوم مقام الخطاب.^(٥)

د- عدم وجود ما يبطل الإيجاب:

يشترط لصحة العقد بقاء الموجب على إيجابه وعدم الرجوع عنه قبل قبول الطرف الآخر نص على ذلك الشافعية والحنابلة، كما يشترط بقاءه على أهليته، فإن رجع الولي عن إيجابه أو جُنَّ أو أغمي عليه قبل

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٣٢/٢).

(٢) المبدع، ابن مفلح: (٩٦/٦).

(٣) حاشية الدسوقي (٢٢١/٢)، مواهب الجليل، الخطاب: (٤٢٢/٣).

(٤) مغني المحتاج، الشريبي: (٢٢٥/٤).

(٥) حاشية ابن عابدين: (٢١/٣).

صدور القبول بطل الإيجاب، لأنه قبل القبول غير لازم فيبطل، وكذا إن رَجَعَتِ المخطوبة عن إذنها، أو أغمي عليها، أو جُنَّت، أو ارتدَّت امتنع القبول.^(١)

هـ- أن تكون الصيغة منجزة:

اشتراط القانون في المادة (١٣) ألا تكون الصيغة معلقة ولا مضافة إلى المستقبل فنص على أنه: "لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا المعلق على شرط غير متحقق".

وهو ما اتفق عليه الفقهاء^(٢) فقالوا بعدم صحة إضافة الصيغة في عقد النكاح إلى المستقبل، كقول الزوج: (تزوجت ابنتك غداً)، أو (زوجتك ابنتي الشهر القادم).

كما اتفقوا على عدم صحة تعليقها على شرط غير متحقق، كأن يقول الولي: (زوجتك ابنتي إن عاد زيد من سفره)، أو (إن طُلِّقَت ابنتي أو مات زوجها واعتدت فقد زوجتكها)، لمزيد اختصاص النكاح بالاحتياط.

وتدل المادة بمفهومها على أن الشرط إذا كان متحققاً في الماضي أو الحاضر فهو صحيح، وهو ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة.

فأجاز الحنفية^(٣) أن يكون تعليق الصيغة على شرط مضي، لأنه شرط معلوم في الحال والتعليق بما هو كائن في الحال تحقيق وتنجز، كأن يقول الخاطب: (حُطِّبْتُ ببتك فلانة لابني فلان)، فيقول: (زَوَّجْتُها من فلان قبل هذا)، فلم يُصَدِّقه الخاطب، فقال الولي: (إن لم أكن زَوَّجْتُها من فلان قبل فقد زَوَّجْتُها من ابنك)، وقِيلَ أبو الابن بحضرة الشهود ولم يكن زَوَّجَها من أحدٍ صح النكاح.

كما أجاز الحنابلة^(٤) التعليق على الشروط الحاضرة والماضية (كزوجتك هذا المولود إن كان أنثى) أو (زوجتك ابنتي إن كانت عدتها قد انقضت)، لأن ذلك ليس بتعليق حقيقة، إذ الماضي والحاضر لا يقبل

^(١) مغني المحتاج، الشريبي: (٢٢٧/٤)، كشاف القناع للبهوتي: (٤٠/٥).

^(٢) انظر فتح القدير، ابن الهمام (١٩٣/٣)، مواهب الجليل، الخطاب: (٤٢٢/٣)، مغني المحتاج، الشريبي: (٢٣١/٤)، كشاف القناع، البهوتي: (٤٠/٥)، الانصاف، المرداوي: (٤٧/٨).

^(٣) فتح القدير، ابن الهمام (١٩٣/٣).

^(٤) كشاف القناع، البهوتي: (٤٠/٥).

التعليق، ومثله التعليق على المشيئة يصح، كقوله: (زوجتك ابنتي إن شاء الله أو قبلت إن شاء الله)، أو قال الولي: (زوجتك ابنتي إن شئت)، فقال: (شئت وقبلت)، يصح العقد.

و- عدم الاختصاص باللغة العربية:

عبارة القانون: "وفاهماً أن المقصود به الزواج" تدلُّ على أن الصيغة لا تختص باللفظ العربي إنما تصح بأي لغة تفيد معنى الزواج سواء كان العاقدان يحسنان العربية أم لا؛ إذ لم يقيّد القانون ذلك إنما أطلق العبارة، وهو ما ذهب إليه الحنفية^(١) والشافعية^(٢) في الأصح، فقالوا: لا يشترط أن يكون عقد الزواج باللغة العربية وإن كان يحسنها، فيصح العقد بأي لغة يفهم معناها كل من الطرفين، لأن اللفظ لا يتعلق به إعجاز فاكثفي بترجمته، ويشترط أن يأتي باللفظ الصريح في تلك اللغة، فإن كان لكل منهما لغة لا يفهمها الآخر يخبره مترجم ثقة يفهم اللغتين بأن الكلام الذي ذكره الموجب يراد به الزواج، ثم يخبر الطرف الآخر بالقبول.

٢. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

أ. التعليق في صيغة عقد الزواج:

لا يجوز التعليق مطلقاً عند المالكية^(٣) والشافعية^(٤) لاختصاص النكاح بالاحتياط، كما لو بُشِّر شخص بولد، فقال لآخر: (إن كانت أنثى فقد زوجتكها)، فقبل، أو قال له: (إن كانت بنتي طلقت أو مات زوجها واعتدت فقد زوجتكها)، وكانت أذنت لأبيها في تزويجها فالزواج باطل، لوجود صورة التعليق وفساد الصيغة، ولو قال: (زوجتك إن شاء الله) وقصد التعليق أو أطلق لم يصح، وإن قصد التبرك أو أن كل شيء بمشيئة الله تعالى صح العقد.

ب. انعقاد الزواج باللغة العربية:

ذهب الشافعية^(٥) في قول والحنابلة^(١) في الصحيح إلى عدم انعقاد النكاح إلا باللغة العربية لمن يحسنها،

(١) انظر حاشية ابن عابدين: (١٩/٣).

(٢) انظر تحفة المحتاج، ابن حجر: (٢٢١/٧).

(٣) مواهب الجليل، الخطاب: (٤٢٢/٣).

(٤) مغني المحتاج، الشريبي: (٢٣١/٤).

(٥) انظر مغني المحتاج، الشريبي: (٢٢٩/٤).

فإن لم يحسنها صح؛ لأنه عاجزٌ عنها فسقط عنه كالأخرس، وليس عليه أن يتعلمها.

وقول آخر للشافعية^(٢) ولأبي الخطاب^(٣) من الحنابلة: (٤) لا يصح ولو لم يكن يحسن العربية، وعليه أن يتعلم ألفاظ النكاح اعتباراً باللفظ الوارد.

رابعاً_ الكتابة في عقد الزواج

١. الكتابة بين غائبين قادرين على النطق:

لا يصح للعاقدين الحاضرين في المجلس أن يكتبوا صيغة عقد الزواج دون التلفظ بها باتفاق الفقهاء؛^(٥) لأن التلفظ بالإيجاب والقبول وسماع العاقدين كلامهما وفهمه شرط لصحة عقد الزواج، ولأن لعقد النكاح خطورة ليست في غيره من العقود لما يتعلق بالأنساب والأبضاع، والأصل في العقد أن يكون باللفظ، أما إن كان أحد العاقدين غائباً عن مجلس العقد فيصح إجراء عقد الزواج بالكتابة لتعذر المشافهة، وهو ما نصت عليه المادة (٧) من قانون الأحوال الشخصية السوري، فجاء فيها: "يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس".

أ- المستند الفقهي للمادة:

استند قانون الأحوال الشخصية في صحة إنشاء عقد الزواج كتابة بين الغائبين القادرين على النطق إلى المذهب الحنفي،^(٦) وقول عند الشافعية^(٧) ورواية عند الحنابلة،^(٨) فإذا كان أحد العاقدين غائباً عن المجلس

(١) انظر كشف القناع، البهوتي: (٣٨/٥)، المغني، ابن قدامة: (٤٢٨/٧).

(٢) انظر مغني المحتاج، الشربيني: (٢٢٩/٤).

(٣) أبو الخطاب (٤٣٢هـ - ٥١٠هـ) محفوظ ابن أحمد بن حسن بن حسن العراقي الكلوزاني، ثم البغدادي، الأزجي، تلميذ القاضي أبي يعلى بن الفراء، روى عنه ابن ناصر والسلفي وأبو المعمر وغيرهم من تصانيفه: الهداية ورؤوس المسائل وأصول الفقه. / سير أعلام النبلاء: (٣٤٨/١٩).

(٤) انظر الهداية على مذهب الإمام أحمد، أبو الخطاب الكلوزاني: (٣٨٨/١)، الإنصاف، المرداوي: (٣٨/٨).

(٥) انظر المبسوط، السرخسي: (١٦/٥)، حاشية الصاوي: (١٤/٣)، المجموع، النووي: (١٦٧/٩)، الإنصاف، المرداوي: (٥٠/٨).

(٦) انظر حاشية ابن عابدين: (١٢/٣).

(٧) انظر روضة الطالبين، النووي: (٢٧/٧)، المجموع، النووي: (١٦٨/٩).

وكتب لامرأة (زوجيني نفسك) وأرسله إليها فقرأته أمام الشهود وقالت: (زوّجته نفسي)، فإن النكاح يصح وينعقد بالكتابة وذلك لتعذر المشافهة، واشترط الإمام أبو حنيفة والإمام محمد^(٢) لصحة العقد بين الغائبين أن يُشهد العاقد شاهدين على مضمون الكتاب عند إرساله، وعند وصول الكتاب يُقرأ على الشاهدين ثم يسمعان قبول الزوجة أو وليها لفظاً؛ لأنه بذلك يتحقق سماع الشهود لكلام الطرفين وهو شرط لصحة النكاح، فإن لم يُقرأ عليهم الكتاب لم يُجْزَ لعدم تحقق السماع.

ويعتبر مجلس العقد ساعة وصول الكتاب، فلو كتب إلى امرأة فقال: (زوّجته نفسي منك) فبلغها الكتاب، فقبلت بمحضر من الشهود، لا يصح، لأنهم سمعوا كلامها لا كلامه، إلا إذا قرأت عليهم الكتاب أو أخبرتهم بمضمونه، فقالت: (إن فلاناً كتب إليّ يخطبني فاشهدوا أنني زوجت نفسي منه)، فيصح، لأنهم سمعوا كلام الخاطب بإسماعها إياهم بقراءة الكتاب عليهم وسمعوا كلامها حيث أوجبت العقد بين أيديهم.

وخالف الإمام أبو يوسف^(٣) فذهب إلى أنه لو سمع الشاهدان قولها: (زوجت نفسي) دون أن يُقرأ عليهم الكتاب تمّ العقد؛ لأن قول الزوج بانفراده عقد ثم يلحق القبول به فيتم.^(٤)

هذا إذا كانت الصيغة بلفظ التزويج، أما إذا كانت بلفظ الأمر كقوله: (زوجيني نفسك) فلا يشترط إعلامها الشهود بما في الكتاب، لأن صيغة الأمر توكيل فتتولى طرفي العقد ولا يشترط الإشهاد على التوكيل.^(٥)

وقد نصت على هذه الشروط المادة (٩) من قانون قدري باشا مستندة إلى قول الإمام أبي حنيفة والإمام محمد: "لا ينعقد النكاح بالكتابة إذا كان العاقدان حاضرين، وينعقد بكتابة الغائب لمن يريد أن يتزوجها

(١) انظر كشف القناع للبهوتي: (١٤٨/٣)، الإنصاف للمرداوي: (٨/٥٠).

(٢) الإمام محمد (١٣٥هـ-١٨٩هـ) أبو عبد الله محمد بن فرقد، الشيباني بالولاء الفقيه الحنفي، أصله من حرستا، نشأ بالكوفة، حضر مجلس أبي حنيفة سنتين، ثم تفقه على أبي يوسف، وصنف الكتب الكثيرة النادرة، منها الجامع الكبير والجامع الصغير وغيرهما، ونشر علم أبي حنيفة، وفيات الأعيان، ابن خلكان: (١٨٤/٤-١٨٥).

(٣) الإمام أبو يوسف (١١٣هـ-١٨٢هـ) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خنيس الأنصاري صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه، وأول من نشر منهجه، وأول من وضع الكتب في أصول الفقه، وأملى المسائل ونشرها، وكان قد سكن بغداد وتولى القضاء بها وهو أول من دعي بقاضي القضاة، وفيات الأعيان، ابن خلكان: (٣٧٨/٦-٣٧٩-٣٨٢).

(٤) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٣٣/٢).

(٥) انظر المبسوط، السرخسي: (١٦/٥)، حاشية ابن عابدين (١٢/٣).

بشروط أن تقرأ أو تُقرأ الكتاب على الشاهدين وتُسمعهما عبارته، أو تقول لهما: فلان بعث إليَّ يخطبني، وتُشهدهما في المجلس أنها زوجت نفسها منه".^(١)

وباعتبار أن المادة (٧) استندت إلى المذهب الحنفي فإن الواجب الرجوع إلى القول الراجح فيه فيما لم يرد به نص، عملاً بالمادة (٣٠٥) مكرر من قانون الاحوال الشخصية.

ب- الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل القائلون بصحة إنشاء عقد الزواج كتابة بين الغائبين القادرين على النطق بالسنة والقاعدة الفقهية:

(١) **السنة المطهرة:** عن أم حبيبة رضي الله عنها أنها كانت تحت عبد الله بن جحش فمات بأرض الحبشة فزوجها النجاشي رضي الله عنه وأمهرها عنه أربعة آلاف وبعث بها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع شرحبيل رضي الله عنه (٢) بن حسنة، (٣) وقد جاء في عون المعبود: « أن النجاشي أرسل إليها جاريته أبرهة فقالت: إن الملك يقول لك إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إليَّ أن أزوجهك ... ». (٤)

ففي هذا الحديث حجة على أن النكاح يصح بالكتاب.

(١) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، على مذهب أبي حنيفة النعمان، مُجدد قدرى باشا، تحقيق بسام عبد الوهاب الجابري، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م: (٢٩).

(٢) شرحبيل بن حسنة (٥٠ ق هـ - ١٨هـ) شرحبيل بن عبد الله بن المطاع بن الغطريف، صحابي من القادة، يعرف بشرحبيل بن حسنة (وهي أمه) أسلم بمكة، وهاجر إلى الحبشة، وغزا مع النبي صلى الله عليه وسلم عليه وسلم فأوفده رسولاً إلى مصر، وتوفي رضي الله عنه وشرحبيل بمصر، ثم جعله أبو بكر أحد الأمراء الذين وجههم لفتح الشامز/ أسد الغابة في معرفة الصحابة: علي بن أبي الكرم مُجدد بن علي بن عبد الكريم الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير (ت: ٦٣٠هـ)، علي مُجدد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م: (٢٤١٠) (٦١٩/٢).

(٣) المستدرك على الصحيحين، الحاكم، كتاب النكاح، باب مهر أم حبيبة أربعة آلاف، (٢٧٩٥) (٥٣٧/٢)، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(٤) عون المعبود شرح سنن أبي داود، مُجدد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي (ت: ١٣٢٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ: (١٢٧/١١).

(٢) القاعدة الفقهية: " الكتاب كالخطاب"،^(١) " والبيان بالكتاب كالبيان باللسان".^(٢)

تدل القاعدة على أن الكتابة بين الغائبين كالنطق بين الحاضرين؛ لأن القلم أحد اللسانين.^(٣)

ج- الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب الجمهور من المالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) إلى عدم صحة انعقاد الزواج بالكتابة مع القدرة على النطق، لأن الكتابة كناية والنكاح لا ينعقد بالكنايات؛ إذ الإشهاد فيه شرطٌ للانعقاد، ولا يمكن للشاهد أن يطلع على النية، فالشهود تشهد على اللفظ، كما أنه في الكتابة لا تتحقق المولاة بين الإيجاب والقبول والتي هي شرط للصيغة عند الجمهور، ويمكن الاستعاضة عن الكتابة بتوكيل أحد الأشخاص ليقوم بالعقد.

٢. الكتابة للعاجز عن النطق:

إن كان أحد العاقدين غير قادر على النطق فيصح منه الإيجاب والقبول بالكتابة إن كان يحسنها وإلا فبالإشارة، وهو ما نصت عليه المادة (١٠): "يصح الإيجاب أو القبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبإشارته المعلومة".

أ. المستند الفقهي للمادة:

استندت المادة في ذلك إلى اتفاق الفقهاء^(٧) في صحة الإيجاب والقبول من الأخرس بالكتابة؛ لأنها أدل

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: (٢٩٢).

(٢) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م: (٣٣٩/١).

(٣) المرجع السابق: (٣٣٩/١).

(٤) انظر حاشية الصاوي: (٣٥٠/٢).

(٥) انظر روضة الطالبين، النووي: (٣٧/٧).

(٦) انظر الإنصاف للمرداوي: (٥٠/٨).

(٧) انظر حاشية ابن عابدين: (٢٤١/٣)، منح الجليل، محمد عlish: (٢٦٧/٣)، مغني المحتاج، الشربيني: (٢٣٠/٤)، كشف القناع، البهوتي: (٣٩/٥).

على المراد من الإشارة وهي بمنزلة الصريح، كما اتفقوا على صحة العقد بإشارته المعهودة المعلومة والتي لا يحتاج الفطن إلى فهمها وذلك في حال كونه لم يحسن الكتابة؛ لأنها معتبرة شرعاً وتقوم مقام اللفظ في العقود ومنها عقد الزواج.

إلا أنهم اختلفوا في اعتبار الإشارة مع قدرته على الكتابة فذهب الحنفية^(١) في رواية حسنها الكمال ابن الهمام وبعض الشافعية^(٢) إلى أنه لا تقبل الإشارة من الأخرس إلا إن عجز عن الكتابة، وهو ما اختاره قانون الأحوال الشخصية بمفهوم المادة (١٠) حيث رتب صحة الإشارة من الأخرس على عجزه عن الكتابة، مما يدل على عدم قبول الإشارة مع القدرة على الكتابة.

وحسب ما اختاره قانون الأحوال الشخصية بعدم الأخذ بالإشارة إن كان يحسن الكتابة لخطورة عقد الزواج وقديسيته، ولأن الكتابة أدل على المعنى من الإشارة، وهي مفهومة لكل من يقرأ، بخلاف الإشارة، فقد لا يفهمها إلا القليل من الناس.

ب. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على اعتبار الكتابة أولى من الإشارة بالقياس، كما استدلو على صحة الإشارة من الأخرس كبديل للفظ بالاستحسان:

١. القياس: قياس الكتابة على اللفظ في توصيل المعنى المراد فهمه، فإن الأخرس ليس بمقدوره النطق فلا بد من الاستعانة بغير ذلك من الدلالات ليتمكن من إجراء العقود، فكانت الإشارة المعهودة تحقق الغرض وتوصل للمعنى المقصود، فإن كان يحسن الكتابة فهي أولى بالاعتبار من الإشارة، لأنها أبين في الدلالة، فمن يستطيع الإتيان بالأعلى لا يقبل منه الأدنى.^(٣)
٢. الاستحسان: اعتبار الإشارة المعهودة بالنسبة للأخرس كالعبارة للناطق استحساناً؛ لأن في الإشارة بياناً لما أجمَله الأخرس.^(٤)

ت. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

(١) انظر حاشية ابن عابدين: (٢٤١/٣).

(٢) انظر مغني المحتاج، الشريبي: (٣٣٢/٢).

(٣) انظر حاشية ابن عابدين: (٢٤١/٣)، مغني المحتاج، الشريبي: (٣٣٢/٢).

(٤) حاشية ابن عابدين: (٢٤١/٣).

ذهب جمهور الفقهاء^(١) من المالكية والشافعية والحنابلة إلى المساواة بين إشارة الأخرس وكتابته في صحة عقد الزواج.

المطلب الثالث: الوكالة في عقد الزواج

نص قانون الأحوال الشخصية السوري على أحكام الوكالة في عقد الزواج فجاء في المادة (٨):

"١/ يجوز التوكيل في عقد الزواج وكالة مطلقة أو مقيدة.

٢/ ليس للوكيل أن يزوج موكله من نفسه أو من أحد أصوله أو فروعه إلا إذا نص على ذلك صراحة في الوكالة".

وجاء في المادة (٩): "إذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان كالفضولي موقوفاً عقده على الإجازة".

وفيما يلي بيان الاختيار التشريعي لأحكام التوكيل في عقد الزواج.

أولاً - مشروعية التوكيل في عقد الزواج:

١. المستند الفقهي للمادة:

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١/٨) على جواز التوكيل في عقد الزواج والعموم في المادة يدل على صحة التوكيل سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة أو الولي، وهو ما ذهب إليه الحنفية ووافقهم الجمهور في بعضها، واختلفوا في البعض الآخر، وفيما يلي بيان ذلك:

أ . **توكيل الزوج:** يجوز عند الفقهاء^(٢) توكيل الزوج البالغ العاقل غيره في عقد زواجه، لأنه يملك أن يباشر العقد بنفسه فيجوز له أن يوكل فيه غيره.

^(١) انظر منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد عlish: (٢٦٧/٣)، مغني المحتاج، الشريبي: (٢٣٠/٤)، كشاف القناع، البهوتي: (٣٩/٥).

^(٢) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٣/٦)، حاشية الصاوي (٣٧٢/٢)، روضة الطالبين، النووي: (٢٩٢/٤)، كشاف القناع، البهوتي: (٥٦/٥).

ب . توكيل الولي: يجوز للولي أن يوكل في زواج من له الولاية عليهم باتفاق الأئمة الأربعة.^(١)

وعند الحنفية^(٢) الولاية تكون على الصغار ومن يلحق بهم، أما إن كانت الزوجة بالغة عاقلة فالولاية عندهم هي وكالة، إذ يستحب للمرأة تفويض أمرها إلى وليها كي لا تنسب إلى الوقاحة، فالولي هو وكيل عن المرأة فإن أراد توكيل غيره فلا بد من إذنها.

أما عند الجمهور^(٣) فالمرأة يزوجه وليها، والولي إن كان مجبراً فله أن يوكل في نكاح موليته بغير إذنها، لأنه يملك أن يزوجه بغير إذنها، وإن كان غير مجبر فلا يوكل إلا بإذنها عند المالكية والشافعية، وعند الحنابلة يجوز للولي التوكيل سواء كان مجبراً أو غير مجبر.

ج . توكيل الزوجة: يجوز للمرأة البالغة العاقلة أن توكل في عقد زواجها سواء كان الوكيل هو الولي أم غيره، لأنها تملك مباشرة عقدتها بنفسها فجاز لها أن تملكه بالوكالة، وهو مذهب الحنفية^(٤) واستند إليه قانون الأحوال الشخصية السوري.

وتتقيد وكالة المرأة بالتزويج من الكفاء ومهر المثل، لأنها لا تملك تزويج نفسها بغير ذلك فلا يملك الوكيل ما لا تملكه لنفسها، فإن خالف الوكيل فلها حق الفسخ، وهي أولى بذلك من الزوج، لأنها لا تملك الطلاق.

إن إطلاق المادة (٨) للفظ الوكيل دون أن تتحدد إن كان رجلاً أو امرأة يدل على جواز توكيل المرأة لإجراء عقد الزواج، وقد اختلف الفقهاء في صحة توكيل المرأة في عقد الزواج على قولين:

القول الأول: يجوز عند الحنفية^(٥) أن تتوكل المرأة البالغة العاقلة في إجراء العقد عن غيرها، لأنه خالص

(١) انظر حاشية ابن عابدين: (٦٨/٣)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت: ١٠٠٤هـ) دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م: (٢٤٢/٦)، حاشية الدسوقي: (٣٢١/٢)، الإنصاف، المرداوي: (٨٢/٨).

(٢) حاشية ابن عابدين: (٥٥/٣).

(٣) منج الجليل، عlish: (٢٩٥/٣)، مغني المحتاج، الشرييني: (٢٤٨/٤)، كشاف القناع، البهوتي: (٥٦/٥)، الإنصاف، المرداوي: (٨٢/٨).

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٤٧/٢).

(٥) انظر حاشية ابن عابدين: (٩٩/٣).

حقها وهي من أهل المباشرة وإذا جاز لها أن تبشر العقد لنفسها فجاز لها أن تتوكل فيه لغيرها.

وأجاز المالكية^(١) للرجل أن يوكل امرأة في إجراء عقد الزواج وإن كان لا يمكن لها أن تبشره لنفسها.

القول الثاني: توكيل المرأة في الزواج باطل، لأنها لا تملك ذلك التصرف لنفسها، فلا يمكنها إجراؤه لغيرها، وهو مذهب الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣).

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على جواز التوكيل بالزواج بما يلي:

أ. عن أبي رافع^(٤) قال: تزوّج رسول الله ﷺ ميمونة وهو حلالٌ، وبني بها وهو حلالٌ، وكُنت أنا الرسول فيما بينهما.^(٥)

ب. عن أم حبيبة رضي الله عنها أنها كانت تحت عبد الله بن جحش فمات بأرض الحبشة فزوجها النجاشي النبي ﷺ وأمهرها عنه أربعة آلاف وبعث بها إلى رسول الله ﷺ مع شرحبيل بن حسنة.^(٦)

ففي هذين الحديثين دلالة على صحة التوكيل في عقد الزواج، فقد وكل النبي ﷺ النجاشي في تزويجه وهي بأرض الحبشة، ووكّل أبا رافع في زواجه من ميمونة.

ج. المصلحة المبنية على الحاجة إلى التوكيل لما فيه من التيسير ورفع الحرج فقد يكون الزوج في مكان

(١) انظر حاشية الدسوقي: (٢/٢٣١-٢٣٣).

(٢) انظر مغني المحتاج، الشريبي: (٣/٢٣٣).

(٣) انظر كشف القناع، البهوتي: (٣/٤٦٢).

(٤) إبراهيم مولى رسول الله ﷺ أبو رافع، وقيل اسمه: هرمز، وقيل أسلم، وكان قبطياً، وكان عبداً للعباس فوهبه للنبي ﷺ، فلما بشر أبو رافع النبي ﷺ بإسلام العباس أعتقه، شهد أحداً والخنديق، توفي بالمدينة في خلافة علي بن أبي طالب. /أسد الغابة، ابن الاثير: (١٠) (١٥٦/١)، الإصابة في تمييز الصحابة أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ) دار الكتب العلمية بيروت ط: الأولى ١٤١٥هـ: (١١٣/٧).

(٥) سنن الترمذي، أبواب الحج، باب ما جاء في كراهية تزويج الحرم، (٨٤١) (١٩٢/٢)، وقال عنه: حديث حسن.

(٦) سبق تخريجه (ص ٨٦).

بعيد وبانتظار عودته قد تضيع الفرصة أو يعيق من إتمام الزواج.^(١)

واستدل الحنفية على صحة وكالة المرأة بما يلي:

أ. قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

فأضاف النكاح إليهن ونهى أن تمنع منه، وإذا جاز لها أن تبشر نكاحها جاز أن تتوكل فيه عن غيرها.^(٢)

ب. القاعدة الفقهية: يجوز التوكيل بكل ما يعقده الوكيل لنفسه.^(٣)

٣. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب الجمهور^(٤) من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه ليس للمرأة توكيل غيرها في عقد زواجها، لأنها لا تملك تزويج نفسها، فتوكيلها في شيء لا تملكه باطل، وإن قالت لوليها: (وكلتك بتزويجي) فيعتبر إذنًا منها لا توكيلًا.

ثانياً_ أنواع الوكالة:

١. المستند الفقهي للمادة:

نصت المادة (١/٨) على أن الوكالة تكون مطلقة ومقيدة، كما بينت المادة (٩) أن الوكيل في الوكالة المقيدة إذا تجاوز حدود وكالته كان تصرفه كالفضولي موقوفاً على إجازة الموكل وهو مأخوذ من المذهب الحنفي^(٥) والمالكي^(١) في اعتبار صحة تصرف الفضولي بعد الإجازة بناءً على القاعدة الفقهية: "الإجازة

(١) انظر المغني، ابن قدامة: (٦٤/٥).

(٢) انظر حاشية ابن عابدين: (٩٩/٣).

(٣) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: (٢١٣).

(٤) انظر الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ) تحقيق: محمد المورتاني، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م: (٥٢٠/٢)، روضة الطالبين، النووي: (٥٧/٧)، الإنصاف، المرداوي: (٣٥٩/٥).

(٥) انظر حاشية ابن عابدين: (١٠٠/٣).

اللاحقة كالوكالة السابقة".^(٢)

أ . الوكالة المطلقة:

وهي التي لا يكون التوكيل فيها مقيداً بشرط أو شخص معين أو وصف محدد، كقول شخص لآخر: زوجني من تشاء أو من ترضاها لي، ونحو ذلك من غير تعليق لذلك التوكيل أو تقييد بمهر مقدّر أو امرأة بذاتها أو بصفات معينة.^(٣)

وذهب صاحبان من الحنفية^(٤) والمالكية^(٥) والشافعية^(٦) والحنابلة^(٧) إلى أن الوكالة المطلقة تقيّد بالعرف استحساناً، لأن كل واحد لا يعجز عن التزوج بأي زوجة فكانت الاستعانة بالغير لأجل الزواج من كفاء، فلا يمكن أن تسري الوكالة على إطلاقها، فيتقيد الوكيل بتزويج موكله من الكفاء والمهر المعتاد.

فإذا خالف الوكيل العرف بأن زوّجه امرأة مجنونة أو عمياء أو عرجاء أو غير كفاء أو زوجه بمهر فاحش اختلف الفقهاء في صحة العقد فعند صاحبين والمالكية يتوقف على إجازة الموكل، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وعند الشافعية والحنابلة يبطل العقد.

بينما ذهب الإمام أبو حنيفة^(٨) إلى أن المطلق يجري على إطلاقه، ما لم يقدّم الدليل على تقييده، وما لم توجد تهمة في ذلك، فللوكيل أن يزوجه موكله بأي امرأة وبأي مهر، لأنه لو كان له رغبة في وصف معين لبيّنه.

(١) انظر الكافي في فقه أهل المدينة: (٥٢١/٢).

(٢) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد الزحيلي: (٥٩٧/١).

(٣) انظر حاشية ابن عابدين: (٩٥/٣)، المغني، ابن قدامة: (٣٥٢/٧)، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، محمود عبد المنعم: (٤٩٨/٣).

(٤) انظر تبين الحقائق، الزيلعي: (٢٧٠/٤)، حاشية ابن عابدين: (٩٥/٣).

(٥) انظر مواهب الجليل، الخطاب: (١٩٤/٥)، حاشية الصاوي: (٣٧٧/٢).

(٦) انظر روضة الطالبين، النووي: (٣١٤/٤)، حاشية البجيرمي: (٥٥/٣).

(٧) انظر كشاف القناع، البهوتي: (٤٨٠/٣).

(٨) انظر المبسوط، السرخسي: (٤٠/١٩)، العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي الباطني (ت: ٧٨٦هـ)، دار الفكر، (د.ط) (د.ت): (٣١٣/٣).

والراجع ما ذهب إليه الجمهور، لأن الغرض من التوكيل الاستعانة بخبرة الغير فالزواج بأي امرأة لا يحتاج إلى توكيل، فإذا خالف الوكيل العرف في حسن الاختيار كان العقد موقوفاً على إجازة الموكل.^(١)

ب. الوكالة المقيدة:

وهي التي يكون التوكيل فيها مقيداً بقيد أو وصف معين، كأن يطلب من الوكيل أن يزوجه من امرأة بعينها بمهر مقدّر أو ذات أوصاف محددة، فليس له مخالفة ذلك، لأنه يستمد سلطته من الموكل، إلا إن كانت المخالفة صورية أو لمصلحة الموكل، كأن يوكله بتزويجه بمائة ألف فيزوجه بخمسين، أو أن يزوجه بامرأة متوسطة الجمال فيزوجه من امرأة حسناء وذات حسب ونسب.^(٢)

أما إن خالف إلى غير الأفضل بأن وكله بتزوجه بمائة ألف فزوجه بمائتين، فهو كالفضولي يكون العقد موقوفاً على إجازة الموكل، فإن أجازه نفذ وإلا يبطل، وهو ما نصت عليه المادة (٩): "إذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان كالفضولي موقوفاً عقده على الإجازة" مستندة في ذلك إلى المذهب الحنفي.

فإن تزوجها ولم يعلم بتعدي الوكيل فذهب الحنفية^(٣) إلى أن الزوج بالخيار إن شاء بقي معها وقبل بالمهر المسمى، وإن لم يقبل بذلك فارقها ولها الأقل من مهر المثل والمهر المسمى، لأن الدخول في النكاح الموقوف بمنزلة الدخول في النكاح الفاسد.

وإن كانت هي الموكلة فسمت له ألفاً ثم قال الزوج ولو بعد الدخول: (تزوجتك بدينار) وصدّقه الوكيل فإن أقر الزوج أنها لم تزوج بدينار فهي بالخيار، وإن كذبها الزوج فالقول قولها مع يمينها، وفي كلا الحالتين إن رفضت الزواج فلها مهر المثل مهما بلغ ولا نفقة لها في العدة، لأن الدخول حصل في نكاح موقوف فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة.^(٤)

ثالثاً_ تزويج الوكيل موكلته من نفسه أو من أحد أصوله أو فروعه:

١ . المستند الفقهي للمادة:

(١) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، د. عبد الرحمن الصابوني: (١٦٠/١)

(٢) انظر حاشية ابن عابدين: (٥٢٢/٥)، روضة الطالبين، النووي: (٣١٦/٤)، المغني، ابن قدامة: (٣٥٢/٧).

(٣) المبسوط، السرخسي: (٢١/٥).

(٤) حاشية ابن عابدين: (٩٥/٣).

من صور المخالفة في الوكالة المطلقة أو المقيدة أن يزوج الوكيل موكلته من نفسه أو أحد أصوله أو فروعها دون معرفة الوكيل، وهو ما نصت عليه المادة: (٢/٨): " ليس للوكيل أن يزوج موكله من نفسه أو من أحد أصوله أو فروعها إلا إذا نص على ذلك صراحة في الوكالة" مستندة إلى المذهب الحنفي.^(١)

فإن وكلت المرأة من يزوجه رجل معين أو غير معين فلا يملك الوكيل أن يزوجه من نفسه إلا إذا نصت على ذلك صراحة، لأنها عينته مزوجاً لا متزوجاً، وكذلك لو وكل رجل امرأة بتزويجه فليس لها تزويجه من نفسها، لأنه لو أراد ذلك لذكره صراحة، فإن زوجها نفسه أو زوجته نفسها كان العقد موقوفاً على الإجازة، فإن أجازها صاحب الشأن نفذ وإلا يبطل.

وإن زوجها من أحد أصوله أو فروعها لا يصح عند الإمام أبي حنيفة^(٢) لتهمة المحاباة فقد لا يكون كفوّاً أو يكون بأقل من مهر المثل، وهو ما اختاره القانون.

٢ . الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

يصح عند صاحبين^(٣) والحنابلة^(٤) أن يزوج موكله أو موكلته من أحد أصوله أو فروعها إذا كان من كفاء وبمهر المثل، لانتفاء تهمة المحاباة.

وعند المالكية^(٥) للموكل الخيار إما الإجازة أو الرد، لأن الوكيل على شيء لا يسوغ له أن يفعله مع نفسه، فليس لمن وكل على بيع أو شراء أن يبيع أو يشتري من نفسه.

وعند الشافعية^(٦) لو قالت للولي: وكل بتزويجي أو زوجني ووكّل، فوكل شخصاً فزوجها من نفسه، وجهان: أحدهما أنه يجوز له ذلك.

(١) انظر حاشية ابن عابدين: (٩٩/٣).

(٢) انظر المرجع السابق: (٩٩/٣).

(٣) انظر حاشية ابن عابدين: (٩٩/٣) ..

(٤) انظر كشاف القناع، البهوتي: (٥٨/٥).

(٥) انظر حاشية الدسوقي: (٢٣١/٢).

(٦) انظر روضة الطالبين، النووي: (٧٣/٧).

ولو وكل الولي من يزوج موليته فلا يصح عند الحنابلة^(١) أن يزوج الوكيل موكلته من نفسه، لأن إطلاق الإذن يقتضي تزويجها من غيره، لأنها لو أرادت ذلك لأذنت له صراحة، وبذلك يتفق الحنابلة مع اختيار القانون، إلا أنهم يختلفون مع نص المادة في نتيجة العقد، فقالوا ببطلانه فيما لو فعل الوكيل ذلك وزوجها من نفسه بينما اعتبر القانون العقد موقوفاً.

المطلب الرابع: الشهود في عقد الزواج

الشهادة شرط لصحة عقد الزواج اتفق على ذلك جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) وذلك لأن في اشتراط الشهادة احتياطاً للنسب وصيانة لعقد الزواج من الجحود، ولتعلق حق الولد فيه لئلا ينكره أبوه فيضيع نسبه.

وقد نصت المادة (١٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري على أحكام الشهود في عقد الزواج، فجاء فيها:

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

٢/ إذا زوج الأب ابنته البالغة العاقلة بأمرها ورضاها وكانت حاضرة بنفسها في مجلس العقد صح الزواج بحضور شاهد واحد أو امرأتين إضافة للأب.

٣/ يجوز أن يكون أحد الشهود من دين الزوجة.

٤/ تجوز شهادة أصول أو فروع الزوجين".

(١) انظر الإنصاف، المرداوي: (٨٤/٨).

(٢) انظر ابن عابدين: (٢١/٣).

(٣) انظر حاشية الصاوي: (٣٣٥/٢).

(٤) انظر مغني المحتاج، الشربيني: (٢٣٤/٤).

(٥) انظر كشف القناع، البهوتي: (٦٥/٥).

وفيما يلي تحديد الاختيار التشريعي لأحكام الشهود في عقد الزواج.

أولاً_ شروط الشهود:

١. المستند الفقهي للمادة:

تدل الفقرة الأولى من المادة (١٢) على اشتراط حضور الشهود عقد الزواج وسماعهم للإيجاب والقبول وهو ما ذهب إليه الجمهور^(١) من الحنفية والشافعية والحنابلة، وعند المالكية^(٢) الشهادة شرط في الزواج أما كونها عند العقد فمندوب.

٢ أدلة مشروعية الإشهاد:

استدل الفقهاء على اشتراط الشهادة في عقد الزواج بالسنة، فروي عن السيدة عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: «لا بُدَّ في النِّكَاحِ من أربعةٍ الولي والزَّوج والشَّاهِدَينِ».^(٣)

الحديث دليل على اشتراط الشهود في النكاح.

وعن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بوليّ وشاهدي عدل».^(٤)

النفي في قوله: " لا نكاح" يتوجه إلى الصحة، وذلك يستلزم أن يكون الإشهاد شرطاً لأنه يلزم من

(١) انظر تبين الحقائق، الزيلعي: (٩٨/٢)، أسنى المطالب، السنيكي: (١٢٢/٣)، شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن إدريس البهوتي (ت: ١٠٥١هـ)، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م: (٦٤٨/٢).

(٢) منح الجليل، مُجَدِّ عَليش: (٢٥٨/٣).

(٣) سنن الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: ٣٨٥هـ)، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط: الأولى، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م: كتاب النكاح (٣٥٢٩) (٣٢١/٤) وقال: في إسناده أبو الخصب نافع بن ميسرة وهو مجهول.

(٤) السنن الكبرى، البيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدي عدل، (١٣٧٢٧)، (٢٠٤/٧) رواية ابن المسيب عن عمر وقال: "هذا إسناد صحيح وابن المسيب كان يقال له رواية عمر"، المعجم الأوسط، الطبراني، باب الميم، من اسمه مُجَدِّ (٦٩٢٧) (٨٥/٧)، وفي التلخيص الحبير لابن حجر: "رواه أحمد والدارقطني والطبراني والبيهقي من حديث الحسن وفي إسناده عبد الله بن مُخَرِّز وهو متروك، ورواه الشافعي من وجه آخر عن الحسن مرسلاً، وقال: وهذا وإن كان مُنْقَطِعاً فَإِنَّ أَكْثَرَ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُونَ بِهِ" (٣٤١/٣).

عدم الإشهاد عدم الصحة وما كان كذلك فهو شرطاً.^(١)

وعن ابن عباس أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْبَعَايَا اللَّوَاتِي يَنْكِحْنَ أَنْفُسَهُنَّ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ».^(٢)

قال الترمذي:^(٣) والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ومن بعدهم من التابعين وغيرهم، قالوا: " لا نكاح إلا بشهود " لم يختلفوا في ذلك من مضى منهم إلا قوم من المتأخرين من أهل العلم، وإنما اختلف أهل العلم في هذا إذا شهد واحد بعد واحد، فقال أكثر أهل العلم من الكوفة وغيرهم: لا يجوز النكاح حتى يشهد الشاهدان معاً عند عقدة النكاح.^(٤)

واشترط القانون عدة شروط للشاهد، وفيما يلي بيان مستندها الفقهي:

أ . أن يكونا شاهدين رجلين أو رجلاً وامرأتين:

اتفق الفقهاء^(٥) على صحة شهادة رجلين في عقد الزواج، واختلفوا في شهادة النساء، فذهب الحنفية^(٦) ورواية عند الحنابلة^(٧) إلى صحة العقد، وهو ما اختاره قانون الأحوال في المادة (١٢/١)، مخالفاً بذلك مذهب

(١) نيل الأوطار، الشوكاني: (١٥١/٦)

(٢) سنن الترمذي، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا ببينة، (١١٠٣) (٤١٢/٣) قال أبو عيسى: هذا حديث غير محفوظ لا نعلم أحداً رفعه إلا ما روي عن عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة، وروي عن عبد الأعلى عن سعيد موقوفاً، والصحيح ما روي عن ابن عباس قوله لا نكاح إلا ببينة.

(٣) الترمذي (٢٧٩هـ) مُجَدِّدُ بَنِ عَيْسَى بَنِ سُوْرَةَ السَّلْمِيِّ التَّرْمِذِيِّ، أَبُو عَيْسَى. مِنْ أئِمَّةِ عُلَمَاءِ الْحَدِيثِ وَحَفَاطِهِ. مِنْ أَهْلِ تَرْمِذٍ، تَلْمِيزُ لِلْبَخَارِيِّ، شَارَكَهُ فِي بَعْضِ شَيْوْخِهِ، كَانَ يَضْرِبُ بِهِ الْمَثَلَ فِي الْحِفْظِ، مِنْ تَصَانِيفِهِ: الشَّمَائِلُ النَّبَوِيَّةُ وَالتَّارِيخُ، شَذَرَاتُ الذَّهَبِ، ابْنُ الْعِمَادِ: (٣٢٧/٣).

(٤) الجامع الكبير، مُجَدِّدُ بَنِ عَيْسَى بَنِ سُوْرَةَ بَنِ مُوسَى بَنِ الضَّحَّاكِ، التَّرْمِذِيُّ، أَبُو عَيْسَى (ت: ٢٧٩هـ) تَحْقِيقُ: بِشَارِ عَوَادٍ مَعْرُوفٍ، دَارُ الْغَرْبِ الْإِسْلَامِيِّ، بَيْرُوت ١٩٩٨م: (٤٠٣/٢).

(٥) انظر المبسوط، السرخسي: (٣٢/٥)، منح الجليل، مُجَدِّدُ عَلِيْش: (٢٥٨/٣)، نهاية المحتاج، الرملي: (٢١٧/٦)، المغني، ابن قدامة: (٨/٧).

(٦) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٥٥/٢).

(٧) انظر الإنصاف، المرداوي: (١٠٢/٨).

جمهور الفقهاء المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) القائلين بعدم صحة عقد الزواج بشهادة امرأتين.

واستدل الحنفية على مذهبهم بقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾، [البقرة: ٢٨٢].

تدل الآية على أن شهادة النساء مع الرجال شهادة أصلية وشهادة امرأتين تعادل شهادة رجل، إلا أن فيها نوعاً من الشبهة بسبب غلبة النسيان على النساء، وبانضمام امرأة أخرى تقل تهمة النسيان ولا تنعدم؛ لذلك لا تقبل في الحدود؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، أما الزواج فيثبت مع الشبهات.^(٤)

ب . أن يكونا مسلمين:

نص قانون الأحوال الشخصية على اشتراط الإسلام للشاهدين وهو ما اتفق عليه الأئمة^(٥) في حال كون الزوجين مسلمين، إذ الشهادة فيها معنى الولاية، ولا ولاية للكافر على المسلم، ولقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾، [البقرة: ٢٨٢]، وغير المسلم ليس من رجالنا.

فإن كانت الزوجة من أهل الكتاب فقد نص قانون الأحوال الشخصية في الفقرة (٣) من المادة (١٢) على أنه: "يجوز أن يكون أحد الشهود من دين الزوجة".

وهو قول الإمام أبي حنيفة والإمام أبي يوسف^(٦) ورواية عند الحنابلة^(٧) فيجوز عندهما أن يكون كلا الشاهدين كتابيين إن كانت الزوجة كتابية — نصرانية أو يهودية — والزوج مسلماً سواء كانا موافقين لها أم مخالفين في ديانتها، واستند القانون في هذه الفقرة إلى قول الشيخين إلا أن القانون قيّد الحكم، فأجاز أن

(١) انظر حاشية الصاوي: (٣٣٥/٢)، (٢٦٧/٤).

(٢) انظر تحفة المحتاج، ابن حجر: (٢٢٧/٧).

(٣) انظر الإنصاف، المرداوي: (١٠٢/٨).

(٤) انظر المبسوط، السرخسي: (٣٣/٥).

(٥) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٥٣/٢)، حاشية الصاوي: (٣٣٥/٢)، مغني المحتاج، الشريبي: (٢٣٥/٤)، المغني: ابن قدامة: (٩/٧).

(٦) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٥٣/٢).

(٧) انظر الإنصاف، المرداوي: (١٠٣/٨).

يكون واحدٌ من الشهود فقط على دين الزوجة، وقوله: "من دين الزوجة" يدل على أنه يشترط للشاهد أن يوافق دينه دين الزوجة، يخالف قول الشيخين في ذلك حيث يجوز عندهما أن تكون الزوجة نصرانية والشاهد يهودياً أو العكس، وهذا الخلاف لا يتعارض مع ما قاله الشيخان، إذ إنَّ اختيار القانون يدخل في قولهما، فجواز أن يكون الشاهدان من أهل الكتاب يتضمن جواز شهادة الكتابي مع الشاهد المسلم، وكذلك جواز شهادة أهل الكتاب عامة عند الشيخين يدخل فيها الشاهد الموافق لدين الزوجة.

ويظهر الخلاف فيما إذا كان الشاهدان كتابيين أو كان أحد الشهود مخالفاً لدين الزوجة، فلا تصح الشهادة قانوناً وتصح عند الشيخين، وتكون المادة في هذه الصورة استندت إلى مذهب الجمهور^(١) من الشافعية والحنابلة والإمام محمد وزفر من الحنفية القائل بعدم انعقاد الزواج بشهادة الكتابيين.

ت . العقل والبلوغ:

اشتترط المادة (١/١٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري أن يكون الشاهدان في عقد الزواج عاقلين بالغين، فلا تجوز شهادة المجنون والصبي بإجماع الفقهاء؛^(٢) لأنهما ليسا من أهل الشهادة، فمن لا ولاية له على نفسه لا ولاية له على غيره من باب أولى.

ث . السمع:

اشتترط القانون أن يسمع الشاهدان معاً لفظ الإيجاب والقبول، فلا يصح إن سمعا الإيجاب دون القبول أو العكس، أو سمعا متفرقين، كأن سمع أحدهما الإيجاب وغاب الآخر ثم حضر فأعيد بحضرة الآخر ما لم يسمعه، وكذا إن حضرا التوقيع على العقد ولم يسمعا كلام المتعاقدين فلا تتحقق الشهادة نصّاً على ذلك الحنفية،^(٣) كما لا ينعقد الزواج بشهادة الأصميين، والنائمين؛ إذ المشهود عليه قول، فلا بد من سماعه، وذلك استناداً إلى ما اتفق عليه الفقهاء.^(٤)

(١) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٥٣/٢)، مغني المحتاج، الشربيني: (٢٣٦/٤)، كشف القناع، البهوتي: (٦٦/٥).

(٢) الإجماع، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت: ٣١٩هـ)، المحقق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م: (٦٨)، وانظر المبسوط، السرخسي: (٣٢/٥)، حاشية الدسوقي: (١٦٥/٤)، حاشية الصاوي: (٢٣٩/٤)، مغني المحتاج، الشربيني: (٣٤٠/٦)، كشف القناع، البهوتي: (٦٦/٥).

(٣) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٥٥/٢).

(٤) انظر تبين الحقائق، الزيلعي: (٩٩/٢)، حاشية الدسوقي: (١٦٧/٤)، مغني المحتاج، الشربيني: (٢٣٥/٤)، المغني، ابن قدامة:

كما يشترط أن يكونا فاهمين المقصود بصيغة العقد عالمين معنى الإيجاب والقبول، عارفين أن المقصود بالعقد هو نكاح فلان من فلانة، فلا ينعقد بشهادة الأعجمي الذي يشهد للعربي وهو لا يحسن العربية فأشبهه الأصم.^(١)

ثانياً_ شهادة الأب مع شاهد:

نصت المادة (١٢) الفقرة (٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: "إذا زوج الأب ابنته البالغة العاقلة بأمرها ورضائها وكانت حاضرة بنفسها في مجلس العقد صح الزواج بحضور شاهد واحد أو امرأتين إضافة للأب".

استندت المادة إلى مذهب الحنفية^(٢) في صحة تزويج الأب ابنته البالغة العاقلة بحضور شاهد واحد أو حضور امرأتين إن كانت ابنته حاضرة في مجلس العقد وأذنت في الزواج؛ لأنها تعتبر أصيلة في العقد لانتقال عبارة الوكيل إليها وهي في المجلس، إذ الأمر متى حضر يكون مباشراً، ويعتبر الأب شاهداً.

ولا يصح إن لم تكن حاضرة أو كانت صغيرة أو مجنونة؛ لأن الولي مباشر فلا يكون شاهداً في هذه الصورة، إذ لا يمكن نقل العقد إليها.

ومثله إن تولى العقد وكيلٌ عن أحد الزوجين فإن تم العقد مع حضور الأصيل يصح العقد بشاهد واحد أو بحضور امرأتين، أو حضور رجل وامرأة إن كان الوكيل امرأة، لأن الأمر كالمباشر فتنتقل العبارة للأصيل ويكون الوكيل شاهداً.

ثالثاً_ شهادة الأصول والفروع:

نصت المادة (١٢) فقرة (٤) على جواز شهادة الأصول والفروع على عقد النكاح: "تجوز شهادة أصول أو فروع الزوجين".

والشهادة في عقد الزواج تختلف عن غيرها من العقود، فهي هنا شهادة على إثبات انعقاد الزواج ورضا الزوجين، وليس على إظهار الزواج عند جحوده وإنكاره، فليس فيها دفع ضرر عن الزوجين أو جلب نفع

(١٠/٧).

^(١) انظر حاشية ابن عابدين: (٢٣/٣).

^(٢) انظر البناية شرح الهداية، العيني: (١٨/٥-١٩)، حاشية ابن عابدين: (٢٥/٣-٢٦).

لأحد الشاهدين، ولا هي شهادة على دماء ولا أموال، لذلك تجوز فيها شهادة الأصول والفروع وهو ما ذهب إليه الحنفية^(١) والأصح عند الشافعية^(٢) ووجه عند الحنابلة^(٣).

أما في حال جحود النكاح فلا يقبل في إظهاره إلا شهادة من تقبل شهادته في سائر الأحكام وعليه تقبل شهادة الأصول والفروع إن كانوا يشهدون عليهم لا لهم.

١ . الأدلة التي استندت إليها المادة:

عن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «لَا نكاح إِلَّا بوليّ وشاهدي عدل»^(٤).

في الحديث تقييدٌ للشهود بالعدالة من جهة، وفيه إطلاق لشهادة العدول من جهة أخرى، فتصح شهادة العدل سواء كان أصلاً أو فرعاً أم لم يكن.

٢ . القول المخالف لاختيار القانون:

لا ينعقد الزواج بشهادة الأصول أو الفروع على العقد وهو وجه عند الشافعية^(٥) ومذهب الحنابلة^(٦)، وذلك لأن الشاهد متهم بشهادته بسبب القرابة، فهو يشهد لوالده أو ولده، ولأن بين الأصل والفرع بعضية فكأن الشاهد يشهد لنفسه.

المطلب الخامس: الشروط في عقد الزواج

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٤) على أنه: " ١ / لكل من الزوج أو الزوجة أن يقيدا عقد الزواج بشروطه الخاصة التي لا تخالف الشرع والقانون.

(١) حاشية ابن عابدين: (٢٤/٣).

(٢) انظر مغني المحتاج، الشريبي: (٢٣٥/٤).

(٣) انظر الإنصاف، المرداوي: (١٠٥/٨).

(٤) سبق تخريجه: (ص ٩٧).

(٥) انظر مغني المحتاج، الشريبي: (٢٣٥/٤).

(٦) انظر الإنصاف، المرداوي: (١٠٥/٨).

٢/ إذا قيد العقد بشرط ينافي نظامه الشرعي أو مقاصده فالشرط باطل والعقد صحيح.

٣/ لا يعتد بأي شرط إلا إذا نص عليه صراحة في عقد الزواج.

٤/ للمتضرر من الزوجين عند الإخلال بالشروط الصحيحة حق طلب فسخ العقد".

أولاً- المستند الفقهي للمادة:

المقصود بالشروط في هذه المادة هي الشروط المقترنة بعقد الزواج والتي لها أثرٌ على تعديل آثاره، فتفيد التزاماً زائداً على الحقوق والواجبات المترتبة على العقد وذلك لمصلحة أحد المتعاقدين.

واعتبر القانون أن كل شرط نص عليه في عقد الزواج صراحةً سواء من قبل الزوج أو الزوجة فهو صحيح ومعتبر قانوناً ما لم يخالف الشرع والنظام العام، مستنداً في ذلك إلى المذهب الحنبلي^(١) القائل بأن الأصل في الشروط الإباحة، ويحقق لكل من العاقدین أن يشترط ما فيه منفعة أو مصلحة له.

وقد قسم القانون الشروط المقترنة بالعقد إلى قسمين:^(٢)

١. شروط منافية للشرع ومقتضى العقد.

٢. شروط صحيحة.

١ . الشروط المنافية للشرع ومقتضى عقد الزواج: وهي كل شرط يخالف الأحكام التي رتبها الشارع على عقد الزواج، كأن يشترط الزوج على الزوجة ألا مهر لها ولا نفقة أو يشترط أحدهم ألا توارث بينهما، أو كان شرطاً من أحد العاقدین يحرم حلالاً أو يحل حراماً، كأن تشترط الزوجة أن لا يمنعها زوجها من شرب المسكر، أو تشترط طلاق زوجها، أو يشترط الزوج أن تخلع الزوجة حجابها أو أن تقطع أرحامها.

اتفق الفقهاء^(٣) على بطلان مثل هذه الشروط وعدم مشروعيتها لتعارضها مع الآثار التي أوجبها الشارع على عقد الزواج، واختلفوا في تأثيرها على صحة العقد فذهب الحنفية^(٤) والحنابلة^(١) إلى صحة العقد مع

(١) انظر الإنصاف، المرداوي: (١٥٥/٨).

(٢) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، د. محمد الحسن البغا: (٣٦٨)

(٣) انظر المبسوط، السرخسي: (١٠٥/٥)، مواهب الجليل، الخطاب: (٣٧٣/٤)، مغني المحتاج، الشربيني: (٣٧٦/٤).

(٤) انظر حاشية ابن عابدين: (٥٣/٣).

بطلان الشرط، وهو ما استند إليه قانون الأحوال الشخصية في المادة (١٤/١).

٢. **الشروط الصحيحة:** وهي الشروط التي لا تتعارض مع المقصود من عقد الزواج ولا تنافي الآثار المترتبة على العقد، ولم يرد نص من الشارع ينهى عنها، وفيها مصلحة لأحد المتعاقدين، وهي نوعان:

أ. شروط فيها مصلحة لأحد المتعاقدين وليس فيها مساسٌ لحقوق الغير أو تقييدٌ لحريته، كأن تشترط الزوجة إكمال دراستها أو البقاء في وظيفتها أو ألا يخرجها من بلدها أو يسكنها في منزل يليق بها، أو يشترط الزوج السكن بمكان معين كمنزل أبيه وعدم مطالبته بتبديله.

ب. شروط فيها مصلحة لأحد المتعاقدين وفيها مساس حرية الطرف الآخر وتقييد ما هو مشروع في حقه، كأن تشترط الزوجة منع الزوج من السفر أو عدم الزواج عليها أو ألا يطلقها، أو يشترط الزوج أن تترك الزوجة وظيفتها أو دراستها، فهذه شروط صحيحة لأنه لم يرد نص شرعي ينهى عنها، إلا أن فيها تقييد حرية الغير ومساساً لحقوقه.

وفي كلا النوعين إن تمت الموافقة على هذه الشرط فإنه يسن الوفاء بها ولا يجبر على ذلك وفق المذهب الحنبلي،^(٢) وإلا كان للطرف الآخر المتضرر الحق في طلب فسخ عقد الزواج من القاضي، وحق الفسخ يثبت على التراخي ولا يسقط إلا بما يدل على الرضا من قول أو فعل، وهو ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٤) في تعديله الجديد للمادة، حيث لم يجبر العاقد على تنفيذ الشروط وجعل للمتضرر الحق في الفسخ، خلافاً لما كان عليه سابقاً من إجبار الزوج على تنفيذ الشرط إن لم يكن فيه مساسٌ لحريته أو تقييدٌ لحقوقه، وكان هذا مذهب الشيخ ابن تيمية والخرقي^(٣) وأبي بكر الخلال^(٤) من الحنابلة القائلين بوجوب الوفاء

(١) انظر الإنصاف، المرداوي: (١٦٥/٨).

(٢) انظر كشف القناع، البهوتي: (٩١/٥).

(٣) الخرقى (- ٣٣٤ هـ) عمر بن الحسين بن عبد الله، أبو القاسم، الخرقى، بغدادى، نسبته إلى بيع الخرق، من كبار فقهاء الحنابلة، رحل عن بغداد لما ظهر بها سب الصحابة زمن بني بويه، وترك كتبه في بيت ببغداد فاحترق ولم تكن انتشرت، وبقي منها مختصره المشهور بمختصر الخرقى الذي شرحه ابن قدامة وغيره، طبقات الحنابلة، ابن أبي يعلى: (٧٥/٢).

(٤) الخلال (- ٣١١ هـ) أحمد بن محمد بن هارون، أبو بكر المعروف بالخلال، فقيه حنبلي، سمع من جماعة من تلاميذ الإمام أحمد، منهم: صالح وعبد الله ابنا أحمد، وأبو داود السجستاني، وغيرهم، كان شيوخ المذهب يشهدون له بالفضل والتقدم، من كتبه: العلل والأدب، طبقات الحنابلة، ابن أبي يعلى: (١٢/٢)، تاريخ بغداد، الخطيب البغدادي: (٣٠٠/٦).

بالشروط وللقاضي الإجبار على تنفيذها.^(١)

ثانياً_ الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل القائلون بصحة تقييد الزواج بالشروط الصحيحة بالأحاديث الآتية:

١. عَنْ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ رضي الله عنه، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ».^(٢)
٢. عَنْ كَثِيرٍ ^(٤) بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده ^(٥) أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «...والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حراماً، أو أحلَّ حراماً».^(٦)
٣. عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رضي الله عنه قَالَ: رُفِعَتْ إِلَيْهِ امْرَأَةٌ تَزَوَّجَهَا رَجُلٌ، وَشَرَطَ لَهَا دَارَهَا، فَقَالَ عُمَرُ: (أَوْفِ لَهَا بِشَرْطِهَا).^(٧)

^(١) الإنصاف، المرداوي: (١٥٨/٨).

^(٢) هو عقبة بن عامر بن عيسى الجهني، يكنى أبا حماد، كان قارئاً عالماً بالفرائض والفقه، قديم الهجرة والسابقة والصحبة، وهو أحد من جمع القرآن، روى عن النبي ﷺ وعمر، وروى عنه أبو أمامة وابن عباس وآخرون، ولي إمرة مصر من قبل معاوية وتوفي بها سنة ٥٨ هـ/ أسد الغابة، ابن الأثير: (٣٧١١) (٥١/٤).

^(٣) صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب الشرط في المهر عند عقدة النكاح، (٢٧٢١) (١٩٠/٣)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١ هـ) تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، إحياء التراث العربي، بيروت: كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، (١٤١٨) (١٠٣٥/٢).

^(٤) كثير بن عبد الله المدني، روى عنه إبراهيم بن علي الرافي، ومعن بن معاوية القزاز ويحيى بن سعيد الأنصاري، روى له البخاري وأبو داود والترمذي وابن ماجه، مات من الخمسين ومائة إلى الستين. / تهذيب التهذيب: (٤٢١/٨).

^(٥) عمرو بن عوف المزني، قديم الإسلام، قدم مع النبي ﷺ المدينة، أول مشاهدته الخندق، أحد البكائين في غزوة تبوك، هو جد كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف، حديثه عند أولاده، توفي بالمدينة آخر أيام معاوية. / أسد الغابة، ابن الأثير: (٤٠٠) (٢٤٧/٤).

^(٦) سنن الترمذي، أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، (١٣٥٢) (٦٣٥/٣)، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

^(٧) المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (ت: ٢١١ هـ)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط: الثانية: كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، (١٠٦١١) (٢٢٨/٦). ذكره البخاري في صحيحه

هذه الأحاديث صريحة في الدلالة على جواز الشرط في عقد الزواج.

ثالثاً_ الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

يتفق الجمهور^(١) من الحنفية والمالكية والشافعية مع الحنابلة في بطلان الشروط المناقضة لمقتضى العقد، إلا أنهم اختلفوا في تأثيرها على صحة العقد، كما اختلف الحنابلة مع الجمهور في تحديد الشروط المبطللة للعقد. فالشروط الفاسدة عند الحنفية هي الشروط المنافية لمقتضى العقد ولم يتعارف عليها الناس وفيها منفعة لأحد المتعاقدين، أو فيها ضرر لأحد المتعاقدين ولا نفع فيها لأحد، ولا يبطل عندهم عقد الزواج بالشروط المخالفة لمقتضاه، إنما يبطل الشرط فقط ويبقى العقد صحيحاً.^(٢)

ويقترّب منهم مذهب الشافعية^(٣) فلا يصح عندهم من الشروط إلا ما كان موافقاً لمقتضى العقد أو مؤكداً له، وما عداه فهو فاسد، وإن كان الشرط المخالف لمقتضى العقد لا يخل بمقصود الزواج الأصلي كأن تشترط الزوجة ألا يتزوج عليها أو لا نفقة لها يصح النكاح ويبطل الشرط والمهر المسمى، ويجب لها مهر المثل، أما إن كان الشرط المخالف يخل بمقصود الزواج الأصلي كأن اشترطت عليه عدم الاستمتاع أو ألا ترثه ولا يرثها أو يطلقها ولو بعد الوطء فالزواج باطل.

وذهب المالكية^(٤) إلى أنه لا يصح من الشروط إلا ما كان موافقاً لمقتضى العقد أو مؤكداً له أو كان فيه مصلحة لأحد المتعاقدين دون أن يتعارض مع المقصود من العقد، كأن تشترط الزوجة ألا يخرجها من بلدها ولا يتزوج عليها ومهرها ألف، فإن خالف الشرط فمهرها ألفان، وهو قريب من مذهب الحنابلة، إلا أنهم قالوا بأن مثل هذه الشروط مكروهة لما فيها من تقييد حريته والحجر عليه، لذلك فإنه لا يلزم الوفاء به إنما يستحب، فإن خالف الشرط لا تلزمه الألف الثانية على المشهور من قول مالك.

مختصراً، وقال العيني في عمدة القاري شرح صحيح البخاري: "وهذا التعليق ذكره ابن أبي شيبة عن ابن عيينة عن يزيد بن جابر عن إسماعيل بن عبيد الله عن عبد الرحمن بن غنم عن عمر رضي الله عنه، قال: لها شرطها، قال: رجل إذاً يطلقنا، فقال عمر: إن مقاطع الحقوق عند الشروط"، (٢٩٨/١٣).

(١) انظر المبسوط، السرخسي: (١٠٥/٥)، مواهب الجليل، الخطاب: (٣٧٣/٤)، مغني المحتاج، الشربيني: (٣٧٦/٤).

(٢) انظر فتح القدير، ابن الهمام: (٢٥٠/٣)، حاشية ابن عابدين: (٥٣/٣).

(٣) انظر مغني المحتاج، الشربيني: (٣٧٦-٣٧٧/٤).

(٤) انظر مختصر خليل، الخرشي: (٢٦٧/٣)، حاشية الدسوقي: (٥٤٤/٣).

أما الشروط الفاسدة المخالفة لمقتضى العقد فافتراضها بعقد الزواج يبطله ويجب فسخه قبل الدخول ولا شيء للزوجة، فإن حصل الدخول يثبت بمهر المثل ويبطل الشرط الفاسد والمهر المسمى.^(١)

^(١) انظر مواهب الجليل، الخطاب (٣٧٣/٤)، مختصر خليل، الخرشي: (١٩٨/٣-٢٦٥/٣).

الفصل الثاني

تأصيل المواد المتعلقة بالأهلية والولاية في الزواج

المبحث الأول: الأهلية في عقد الزواج

المبحث الثاني: الولاية والكفاءة في عقد الزواج

الفصل الثاني: تأصيل المواد المتعلقة بالأهلية والولاية في الزواج

سيتم في هذا الفصل بيان الاختيار التشريعي للأحكام المتعلقة بالأهلية والولاية الشرعية وفق ما يلي:

المبحث الأول: تأصيل الاختيارات في الأهلية في عقد الزواج

عندما تكون أهلية الزواج تامة فإنها تمكن صاحبها من إجراء عقد زواجه بنفسه في أي وقت، أما إن اعترأها بعض الأمور التي تؤدي إلى نقصانها أو إزالتها كالصغر والجنون فهنا وضع القانون أحكاماً لتنظم مثل هذا الزواج، وفيما يلي تفصيل ذلك:

المطلب الأول: شروط أهلية العاقدین

اشتراط قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٥) فقرة (١) الأهلية الكاملة لانعقاد عقد الزواج بأن يكون العاقدان عاقلين بالغين فممنع زواج الصغار وفاقد العقل، فقد نصت المادة على أنه: "يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ"، وهو خلاف ما قرره الفقهاء^(١) حيث أجازوا زواج المجنون والصغير فلا يشترط العقل والبلوغ لصحة العقد.

إلا أن القانون استثنى بعض الحالات التي سمح فيها بزواج المجنون والصغير، وفيما يلي بيان ما ذهب إليه الفقه والقانون حول هذه المسألة.

أولاً - زواج المجنون والمعتوه:

المجنون هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً^(٢) والعته ضعف العقل من غير جنون، وهو عبارة عن آفة ناشئة عن الذات توجب خللاً في العقل فيصير صاحبه مختلط العقل، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه كلام المجانين^(٣) وقد ميّز الحنفية بين المجنون والمعتوه، فقالوا: العته هو

(١) انظر المبسوط، السرخسي: (٢٢٧/٤-٢٢٨)، مواهب الجليل، الخطاب: (٤٥٨/٣)، حاشية الدسوقي: (٢٤٥/٢)، تحفة المحتاج، الرملي: (٦/٢٢٨ / ٢٤٦)، كشف القناع، البهوتي: (٤٥/٥).

(٢) التعريفات، الجرجاني: (٧٩).

(٣) التعريفات، للجرجاني: (١٤٧)، معجم لغة الفقهاء، قلنجي وقنبي: (٣٠٤).

اختلال في العقل بحيث يختلط كلامه فيشبه مرة كلام العقلاء، ومرة كلام المجانين،^(١) بخلاف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المالكية^(٢) والحنابلة^(٣) حيث اعتبروا المعتوه هو نفسه المجنون، وجعل الشافعية^(٤) العته من درجات الجنون، فقالوا: المجنون من زال عقله بالكلية والمعتوه من عنده أصل العقل لا كماله، ولم يفرّق قانون الأحوال الشخصية السوري في الحكم بين المجنون والمعتوه، واعتبر تصرفاتهما باطلة، وهو بذلك يتفق مع مذهب الجمهور.^(٥)

١_ المستند الفقهي للمادة:

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٥) فقرة (٢) أن " للقاضي الإذن بزواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه " مستنداً في ذلك إلى المذهب الشافعي^(٦) والحنبلي^(٧) حيث أجازوا تزويج المجنون إن كان في زواجه مصلحة تدعو إلى ذلك كرجته في النساء والخوف عليه من الفساد أو حاجته إلى الخدمة، وزاد الحنابلة بأن يكون زواجه سبباً في علاج علته، واشترطوا لإثبات ذلك شهادة أهل الطب اثنين أو واحد ثقة.

وليس لغير الأب الحق في تزويجه فيرفع أمره للقاضي لينظر فيه، فإن رأى المصلحة في تزويجه ذكر للزوجة حاله، فإن رضيت زوجه، أما إن لم يكن هناك مصلحة فليس لأحد تزويجه.

إلا أن القانون اقتصر على شرط واحد وهو أن يكون زواجه يفيد في شفائه، وهو ما قال به الحنابلة فلا يكفي في القانون تزويجه من أجل رغبته في النساء، فقد يكون في ذلك خطورة على المرأة والنسل، وكذلك في

(١) شرح التلويح على التوضيح لمثن التنقيح في أصول الفقه، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (ت٧٩٢)، تحقيق: خيرى سعيد، المكتبة التوفيقية، (د.ط) (د.ت): (٤٦٧/٢).

(٢) مواهب الجليل للحطاب: (٤٨٩/٢).

(٣) المغني لابن قدامة: (٥٠/٧).

(٤) نهاية المحتاج، الرملي: (٢٠/٥).

(٥) المرشد في قانون الأحوال الشخصية، أديب استنبولي: (٧٣٣/١).

(٦) انظر مغني المحتاج للشربيني: (٤/٢٦٤)، المجموع للنووي: (١٦/١٩٦).

(٧) انظر المغني لابن قدامة: (٧/٥٠).

تزويجه للخدمة؛ إذ يتحقق ذلك بغير زواج.

إلا أنه لم يفرق بين الجنون المطبق والجنون غير المطبق بخلاف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن المجنون الذي يفيق ليس للولي تزويجه حتى يأذن له وهو مفيق.^(١)

٢_ الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الحنابلة في زواج المجنون بالقياس والمصلحة:

أ . **القياس**: قياس الجنون والعتة على الصغر؛ إذ كلاهما فاقد للأهلية وعاجز عن النظر لنفسه،^(٢) فكما يصح زواج من لم يبلغ السن القانونية في حالات معينة كذلك يصح زواج المجنون إن اقتضت المصلحة.

ب . **المصلحة**: تحقيق المصلحة في تزويج المجنون والمعتوه، كأن يكون زواجه سبباً في ذهاب عتته، وفي ذلك أعظم المصالح؛ إذ الحفاظ على العقل مقصد من مقاصد الشريعة، بالإضافة إلى أن تزويجه إعفاف له، وذلك بمنعه عن الزنا، خاصة إن ظهرت عليه علامات الرغبة في النساء.^(٣)

٣_ الأقوال المخالفة للقانون:

ذهب الحنفية^(٤) إلى صحة تزويج المجنون البالغ سواء كان ذكراً أم أنثى دون أي شرط أو قيد، قياساً على الصغير؛ إذ كلاهما فاقد الأهلية وسواء بلغ مجنوناً أو جُنَّ بعد البلوغ.

وكذلك عند المالكية^(٥) يجوز تزويج المجنون إن احتاج للزواج، ويزوجه الأب والوصي إن بلغ مجنوناً، فإن طرأ عليه الجنون بعد البلوغ يزوجه القاضي، فإن كان المجنون لا يملك شهوته أو لا يدير أمور نفسه يلزم تزويجه دفعاً للضرر وجلباً للمنفعة، كما نصَّ المالكية على عدم جواز تزويج المجنون من المجنونة دفعاً للضرر.

^(١) انظر حاشية ابن عابدين: (٣/٦٦)، شرح مختصر خليل، الخرشي: (٣/٢٠٢)، المجموع، النووي: (١٦/١٩٦)، المغني، ابن قدامة: (٧/٥٠).

^(٢) انظر الإنصاف، المرداوي: (٨/٦١).

^(٣) انظر المغني، ابن قدامة: (٧/٥٠).

^(٤) انظر حاشية ابن عابدين: (٣/٦٦).

^(٥) انظر شرح مختصر خليل، الخرشي: (٣/٢٠٢).

وحسنٌ ما ذهب إليه المالكية من منع تزويج المجنون بالمجنونة لما فيه من خطورة على الزوجين والنسل.

لذلك أقترح إضافةً إلى ما نصت عليه المادة (١٥) اشتراطاً أن يكون الطرف الآخر سليماً؛ لأن اجتماع مجنونين فيه خطر كبير على الأسرة، إضافة إلى ذلك فإنه يجب أن يكون المرض غير قابل للانتقال إلى نسله، وألا يكون الجنون فيه خطر على الطرف الآخر؛ لأن المقصود من هذا الزواج تحقيق المصلحة بزوال العلة لا الإكثار منها.

ثانياً- زواج الصغار:

الصغير إما أن يكون مميزاً أو غير مميز، فالمميز هو من يعرف ما يدور حوله، ويستطيع إلى حد ما أن يعرف الضر من النافع، والمصلحة من غيرها في الأمور العامة، ويبدأ سن التمييز من سبع سنوات ويمتد إلى حين البلوغ.^(١)

اتفق الفقهاء^(٢) على عدم صحة نكاح الصغير غير المميز بنفسه، أما الصغير المميز فقد فرق الفقهاء بين الذكر والأنثى، فأجمعوا على أن تزويج الأب لابنه الصغير جائز، وأجمعوا كذلك على أن للأب تزويج الصغيرة البكر، ونقل ابن المنذر^(٣) الإجماع على ذلك، فقال: "أجمع أهل العلم على أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء وأجمعوا أن نكاح الأب ابنه الصغير جائز".^(٤)

واختلفوا في صحة نكاح الصغير المميز بعبارته وبدون إذن الولي فذهب الحنفية^(٥) والمالكية^(٦) والحنابلة^(٧)

(١) المبسوط، السرخسي: (٢٤/١٦)، الإنصاف، المرداوي: (٣٩٥/١).

(٢) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢/٢٣٢)، مواهب الجليل، لخطاب: (٣/٤٥٢)، روضة الطالبين، النووي: (٣/٣٤٥)، المغني، ابن قدامة: (٧/٥١).

(٣) محمد بن إبراهيم بن المنذر (٢٤٢هـ-٣١٩هـ) نيسابوري من كبار الفقهاء المجتهدين، لم يكن يقلد أحداً، وعده الشيرازي في الشافعية، لقب بشيخ الحرم، أكثر تصانيفه في بيان اختلاف العلماء، من تصانيفه: المبسوط في الفقه والإجماع والاختلاف، والإشراف على مذهب أهل العلم واختلاف العلماء، طبقات الشافعية الكبرى: (١٠٢/٣).

(٤) الإجماع، ابن المنذر: (٧٨).

(٥) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٤٩١/٢).

(٦) انظر الشرح الصغير، الدردير: (٢٣٦/٢).

(٧) انظر الإنصاف، المرداوي: (٢٦٨/٤).

إلى أن النكاح ينعقد موقوفاً على قبول الولي، فإن أذن له نفذ وإلا لم ينفذ، وذهب الشافعية^(١) إلى أن نكاح الصبي المميز بدون إذن الولي باطل.

مما يدل على أن زواج الصغير بمباشرة وليه أو إذنه صحيح عند الأئمة الأربعة، إذ لم تحدد الشريعة سناً معينة لصحة الزواج، وأن الأصل في زواج الصغار الإباحة، خلافاً لما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٥) فقرة (١): "يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ" حيث منع القانون إجراء عقد الزواج قبل البلوغ.

○ المستند الفقهي للمادة:

استند قانون الأحوال الشخصية السوري في زواج الصغار إلى قول ابن شبرمة^(٢) وأبي بكر الأصبم^(٣) حيث ذهبوا إلى عدم جواز تزويج الأب للصغير والصغيرة حتى يبلغا ويأذنا، وإليه ذهب ابن حزم^(٤) في الصغير فليس للأب ولا لغيره تزويجهما، فإن فعل فهو مفسوخ.^(٥)

بالإضافة إلى ذلك فإن القانون لم يعارض ما نص عليه الفقهاء، إذ لم يرد دليل يوجب أو يمنع صحة

(١) الأم، الشافعي: (١٦٣/٧).

(٢) ابن شبرمة (٧٢هـ-١٤٤هـ) هو عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان، أبو شبرمة، الضبي من أهل الكوفة، كان ثقة فقيهاً عفيفاً حازماً يشبه النساك، ولي القضاء على السواد، وروى عن أنس والتابعين، وروى عنه عبد الملك وسعيد وابن المبارك وآخرون، تهذيب التهذيب أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة الأولى، ١٣٢٦هـ: (٢٥٠/٥).

(٣) أبو بكر الأصبم (-٢٠١هـ) هو عبد الرحمن بن كيسان، الأصبم، من شيوخ المعتزلة، إلا أنهم أخرجوه من جملة المخلصين من أصحابهم بسبب ميله عن علي رضي الله عنه، قال في طبقات المعتزلة: كان من أفصح الناس وأفقههم وأورعهم، ومن كتبه: تفسير القرآن، وخلق القرآن، والحجة والرسول، طبقات المعتزلة، أحمد بن يحيى بن المرتضى، بيروت، لبنان، ١٣٨٠هـ/١٩٦١م: (٥٦).

(٤) ابن حزم (٣٨٤هـ-٤٥٦هـ) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أبو محمد عالم الأندلس في عصره أحد أئمة الإسلام، وأصله من فارس، ومولده بقرطبة من بلاد الأندلس، كان حافظاً عالماً بعلوم الحديث وفقهه، مستنبطاً للأحكام من الكتاب والسنة بعد أن كان شافعي المذهب، فانتقل إلى مذهب أهل الظاهر، من مصنفاته الفصل في الملل في الأهواء والنحل، وتوفي في بادية لبلة من بلاد الأندلس، وفيات الأعيان، ابن خلكان: (٣٢٥/٣-٣٢٦-٣٢٨).

(٥) المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الأندلسي (ت: ٤٥٦هـ) دار الفكر، بيروت، (د.ط) (د.ت): (٣٨-٩/٤٤)، فتح القدير، ابن الهمام: (٢٧٤/٣)، المبسوط، السرخسي: (٢١٢/٤).

زواج الصغار، فالفقهاء اتبعوا الأصل وهو الإباحة تبعاً للقاعدة الأصولية: "الأصل في الأشياء الإباحة"^(١)، ولولي الأمر الحق في تقييد المباح، وهو ما استند إليه القانون عندما اشترط البلوغ، وذلك من باب السياسة الشرعية واتخاذ ما هو أصلح بشأن الرعية بشرط ألا يتعارض مع نص صريح وكان من الأمور التي تتغير تبعاً للظروف والأحوال، بدليل فعل سيدنا عمر رضي الله عنه عندما منع ولاته من الزواج من الكتابيات، فبعد انتشار الفتوحات واتساع الرقعة الإسلامية خشي من كثرة الزواج بالكتابيات والعزوف عن المسلمات.^(٢)

وبما أن الشريعة لم تحدد سناً للزواج وأجازت زواج الصغار، فإن دعت الضرورة لتقييد المباح لأسباب معتبرة كان ذلك جائزاً لولي الأمر من باب السياسة الشرعية واستناداً إلى القواعد الفقهية: الحاجة تنزل منزلة الضرورة،^(٣) ودفع المفسد أولى من جلب المنافع.^(٤)

إلا أن القانون يختلف مع الفقهاء في تحديد السن التي يعتبر فيها بالغاً، فقد يكون بالغاً عند الفقهاء صغيراً قانوناً، وسيتم بيان ذلك في المطلب الآتي.

المطلب الثاني: تحديد سن البلوغ

حدد قانون الأحوال الشخصية السوري سن البلوغ للفتى والفتاة بالثامنة عشرة، فقد نص في المادة (١٦) على أنه: "تكمن أهلية الزواج في الفتى والفتاة بتمام الثامنة عشر من العمر" يخالف في ذلك ما ذهب إليه الفقهاء حول تحديد سن البلوغ، فقد اتفق الفقهاء^(٥) على أن البلوغ يظهر بالعلامات الطبيعية للذكر والأنثى وهي الاحتلام والحبل والحيض، ثم الانتقال إلى السن في حال تأخر هذه العلامات وعدم ظهورها،

^(١) القواعد الفقهية، الزحيلي: (١٩٠/١).

^(٢) انظر السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، عبد الفتاح عمر، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م: (٢٤).

^(٣) القواعد الفقهية للزحيلي: (٢٨٨/١).

^(٤) المرجع السابق: (٢٣٨/١).

^(٥) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت: ٩٧٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، (د.ت): (٨/٩٦)، منح الجليل، محمد عlish: (٦\٨٧)، مغني المحتاج، الشربيني: (٣\١٣٢)، المغني، ابن قدامة: (٤/٣٤٦).

بينما لم يعتمد القانون على العلامات الطبيعية للبلوغ ونظر إلى السن ابتداءً في تحديد أهلية الزواج.

أولاً_ المستند الفقهي للمادة:

اختلف الفقهاء في تحديد السن التي يبلغ فيها الفتى والفتاة إلى ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يبلغ الذكر بسن الثامنة عشرة وتبلغ الأنثى بسن السابعة عشرة، وهو قول الحنفية^(١) والاختيار المعدول عنه في قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٢).

المذهب الثاني: يبلغ الذكر والأنثى بتمام الثامنة عشرة من العمر، وهو مذهب المالكية في المشهور^(٢) وما اختاره قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (١٩) المعدل بتاريخ ٢٠١٩ م .

المذهب الثالث: يبلغ الذكر والأنثى بتمام الخامسة عشرة من العمر وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية ورواية عن أبي حنيفة، وبه قال ابن وهب^(٣) من المالكية،^(٤) واختار هذا القول العديد من القوانين العربية.

ثانياً_ الأدلة التي استند إليها القانون:

اعتمد القانون في تحديد سن الزواج على ما يلي:

١ . قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦].

فسر البيضاوي البلوغ بالسن، فقال: حد البلوغ أن يستكمل خمس عشرة سنة، وعند الإمام أبي حنيفة

(١) البحر الرائق، ابن نجيم: (٨/٩٦)

(٢) منح الجليل، محمد عlish: (٦\٨٧)

(٣) ابن وهب (١٢٥هـ-١٩٧هـ) هو عبد الله بن وهب بن مسلم؛ أبو محمد الفهري بالولاء، المصري، من تلاميذ الإمام مالك، والليث بن سعد، جمع بين الفقه والحديث والعبادة، كان حافظاً مجتهداً، أثنى أحمد على ضبطه، وعرض عليه القضاء فامتنع ولزم منزله، تهذيب التهذيب، ابن حجر العسقلاني: (٧٢/٦).

(٤) البحر الرائق، ابن نجيم: (٨/٩٦)، منح الجليل، ابن عlish: (٦/٨٧)، مغني المحتاج، الشربيني: (٣/١٣٢)، المغني، ابن قدامة: (٤/٣٤٦).

ثماني عشرة، وبلوغ النكاح كناية عن البلوغ، لأنه السن التي يصلح فيها للنكاح.^(١)

٢ . عن أنس رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «إذا استكمل الولد خمس عشرة سنة، كتب ماله وما عليه وأقيمت عليه الحدود».^(٢)

فهذا الحديث دليل على اعتبار البلوغ بالسن.^(٣)

٣ . دليل المصلحة المرسلة: إن علامات البلوغ الطبيعية غير منضبطة وتختلف من بلدٍ لآخر، فهي غالباً تتبع عوامل المناخ، ففي البلاد الحارة يكون البلوغ فيها سابقاً عن البلاد الباردة، وقد يبلغ الفتى أو الفتاة في سن مبكرة ولم يكن قد اكتمل رشده وأهليته لتحمل مسؤولية الزواج وتبعيته، وقد لا يحتمل جسمه ذلك،^(٤) أما في تحديد سن معينة يكون الغالب فيها حدوث العلامات الطبيعية إلى جانب تحقق الرشد والأهلية ونضج الجسم وتقبله للزواج صيانة للأسرة من الفشل والضياع.

المطلب الثالث: إذن القاضي في إجراء عقد الزواج

تناول قانون الأحوال الشخصية السوري عدة صور منع فيها من إجراء عقد الزواج إلا بإذن القاضي، وتشمل: زواج المراهق والتفاوت بالسن بين الزوجين والزواج بأخرى، وفيما يلي تفصيل ذلك:

أولاً - زواج المراهق:

تعريف المراهق: مصدر رَاهَقَ، مرحلة من العمر يقارب فيها الإنسان البلوغ، والصبي المراهق من قارب البلوغ وتحركت آلتة واشتهى، وهو من عشر سنين إلى خمس عشرة سنة، والمراهقة من تسع سنين إلى خمس

(١) أنوار التنزيل وأسرار التأويل، ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن مُجَدِّ الشيرازي البيضاوي (ت: ٦٨٥هـ)، المحقق: مُجَدِّ عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الأولى: ١٤١٨هـ: (٢/٦٠).

(٢) السنن الكبرى، البيهقي، كتاب الحجر، باب البلوغ بالسن، (١١٣٠٧) (٩٤/٦)، وقال عنه البيهقي: إسناده ضعيف.

(٣) المغني، ابن قدامة: (٣٤٦/٤).

(٤) انظر سلطة ولي الأمر في تقييد المباح ظاهري العنوسة وزواج القاصرات - نموذجاً تطبيقياً (دراسة فقهية مقارنة) بحث مقدم للمؤتمر الدولي العلمي الثالث لكلية الشريعة والقانون بطنطا بعنوان حماية المصلحة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (٢٠١٩م) إعداد: د. فاطمة المتولي عبده مُجَدِّ سعيد.

عشرة سنة.^(١)

أما المراهق في قانون الأحوال الشخصية السوري فهو من بلغ الخامسة عشرة من العمر ولم يكمل الثامنة عشرة، يدل على ذلك نص المادة (١٨):

" ١ _ إذا ادعى المراهق أو المراهقة البلوغ بعد إكمال الخامسة عشرة وطلبوا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما ومعرفتهما بالحقوق الزوجية.

٢ _ إذا كان الولي هو الأب أو الجد اشترطت موافقته".

إن تحديد سن كمال الأهلية في الزواج بنص المادة (١٦) لا يعني تحريم زواج المراهق وبطلانه وعدم اعتبار علامات البلوغ الطبيعية، إنما تقييد هذا الزواج من باب درء المفاسد بحيث يبلغ سنّاً يدرك فيها مقاصد الزواج ومسؤولياته، وحماية للأطفال من مخاطر عدم أهلية الوالدين، ويدل على ذلك ما نص عليه القانون في المادة (١٨)، إذ يبين نص المادة أن القانون أجاز زواج القاصر إن أتمَّ الخامسة عشرة من عمره إذا دعت الحاجة لذلك، وكان قد تبين للقاضي نضج الزوجين جسدياً وعقلياً وقدرتهما على تحمل أعباء الزواج ومسؤوليته، بشرط أن يكون هذا بموافقة الأب أو الجد، وحسنّ ما ذهب إليه القانون، إذ بهذا الإذن يمنع الكثير من اللجوء إلى الزواج خارج المحكمة، وسمح لمن لم يبلغ السن القانونية الحق في طلب الإذن بالزواج إن بدا له في ذلك مصلحة.

١. المستند الفقهي للمادة:

استند القانون في هذه المادة إلى إجماع الفقهاء في صحة زواج البالغ الراشد،^(٢) إذ عبارة القانون "ادعى البلوغ" تدل على بلوغ الفتى أو الفتاة بالعلامات الطبيعية حسب ما اختاره الفقهاء، وعبرة "معرفتهما بالحقوق الزوجية" تدل على بلوغهما الرشد ولا خلاف بين الفقهاء في صحة زواج البالغ الراشد، وللسماح بزواج المراهق اشترط القانون الرشد والبلوغ الطبيعي.

إلا أن القانون باشتراطه موافقة الأب أو الجد ينزل المراهق منزلة الصغير وإن كان قد بلغ شرعاً، وهذا

^(١) التعريفات: الجرجاني: (٢٠٨)، الكليات، الكفوي: (٨٧١)، معجم لغة الفقهاء، فلعجي وقنبي: (٤٢٠).

^(٢) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢/٢٤١)، منح الجليل، محمد عليش: (٣/٣٠٩)، نهاية المحتاج، الرملي: (٦/٢٢٣)، شرح منتهى الإرادات، البهوتي: (٣/١٣).

يدل على أن المراهق ما زال قاصراً فلا تزول الولاية عنه حتى بلوغه السن القانونية، واعتبر القانون البلوغ الطبيعي شرطاً للإذن بصحة زواجه وليس علامة على كمال أهليته وصحة تصرفاته.

وقد استندت المادة في اشتراط موافقة الأب أو الجد دون غيرها إلى ما ذهب إليه الشافعية^(١) من أنه يجوز للأب أو الجد فقط تزويج الصغار ولا يجوز ذلك لغيرهم من الأولياء، مع الاختلاف في تحديد الصغر بين الفقه والقانون، والاختلاف في صحة الإجماع، فالشافعية قالوا: بأن للأب أو الجد تزويج الصغيرة والكبيرة البكر بغير إذنهما، وعبرة القانون "اشتطت موافقته" تفيد عدم جواز الإجماع.

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استندت المادة (١٨) في صحة زواج المراهق عند تمام الخامسة عشرة من العمر إلى ما يلي:

أ. الحديث الشريف:

عن أنس رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «إذا استكمل الولد خمس عشرة سنة، كتب ماله وما عليه وأقيمت عليه الحدود»^(٢).

الحديث دليل على أن من بلغ خمس عشرة سنة يعتبر أهلاً لأداء ما عليه من حقوق وواجبات وتحمل تبعات أخطائه.

ب. المصلحة ودرء المفاسد:

مراعاة لعادات بعض المدن في كثرة زواج البالغين طبيعياً وهم دون السن القانونية، فقد يفوت الكفاءة أو قد يتعين على المراهق الزواج في حال أنه خيف عليه من الوقوع في المنكر والفساد، فيلجؤون للزواج خارج المحكمة، وقد يؤدي ذلك إلى ضياع الحقوق الزوجية، مما دفع القانون لإصدار استثناءات قانونية، وذلك بالسماح بإجراء عقد الزواج لمن اقترب من السن القانونية تحت نظر القانون ورعايته حماية للزوجين وحفاظاً على حقوقهما.

٣. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

^(١) روضة الطالبين، النووي: (٧/٥٣).

^(٢) سبق تخريجه: (ص ١١٦).

ذهب الحنفية^(١) إلى أن ولاية تزويج الصغار للعصبة بالنفس، فإذا زوج الصغير أو الصغيرة الأب أو الجد فلا خيار لأحدهما بعد البلوغ، أما إذا زوجها غير الأب والجد من العصبات فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ.

وعند المالكية^(٢) والحنابلة^(٣) لا يملك تزويج الصغير من الأولياء إلا الأب أو وصي الأب، وزاد الحنابلة أن للحاكم ولاية تزويج الصغار عند فقد الأب ووصيه.

٤. ما ورد في اجتهاد محكمة النقض الشرعية:

جاء الاجتهاد القضائي لبيان أن القانون اعتبر البلوغ الطبيعي في أهلية الزواج بنص المادة (١٥) وأنه لا تعارض بينها وبين المادة التي حددت أهلية الزواج بتمام الثامنة عشرة، إذ الواجب اعتبار علامات البلوغ ولا عبء بإكمال السن القانونية، وفي ذلك يقول الاجتهاد:

"لئن كانت المادة الخامسة عشرة من قانون الأحوال الشخصية قد اشترطت في أهلية الزواج العقل والبلوغ فإن البلوغ الشرعي هو المعتبر في صحة الزواج، وكما يكون البلوغ الشرعي في الغلام بإكماله الخامسة عشرة من العمر يكون بظهور إحدى علاماته قبل إكمال السن المشار إليها، ولئن كانت المادة السادسة عشرة قد نصت على كمال أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشرة من العمر فإنها لم تحدد بدء تلك الأهلية التي تحدت في المادة التي سبقتها بالبلوغ الشرعي، أما المادة الثامنة عشرة فإنها من أجل الإذن بالزواج من قبل القاضي، ويبقى العقد الذي جرى خارج نطاق المحكمة وبعد البلوغ الشرعي، وبحضور الولي، واقترب بالدخول، وبولادة ولده، ومستوفياً شرائط انعقاده، ونفاذه، ولزومه، يبقى عقداً صحيحاً قائماً." (٤)

ويناقش هذا الاجتهاد بما يلي:

أ. لا يمكن أن يفسر البلوغ بالمادة (١٥) بالعلامات الطبيعية، لأن القانون اعتبر الزواج قبل الخامسة

(١) حاشية ابن عابدين: (٦٧ - ٦٦/٣).

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة، ابن عاصم النمري: (٥٢٩/٢).

(٣) كشف القناع، البهوتي: (٤٥/٥).

(٤) يراجع الاجتهاد (٢٩) تاريخ ١٩٧٧/٢/٢١ المذكور في التذكرة في القضاء الشرعي سؤال وجواب، المحامي سعدي أبو جيب، المكتبة القانونية، دمشق، حرستا، الطبعة الثانية، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م: (٥٣٥/١).

عشرة من العمر زواجاً فاسداً ولو كان قد ظهرت عليه علامات البلوغ، وذلك لفقدان الأهلية القانونية، إذ يقول الاجتهاد: "كان قانون الأحوال الشخصية اعتبر الصغير الذي لم يتم الخامسة عشرة من عمره غير أهل للزواج، فلا ينعقد زواجه، لأن ادعاء البلوغ قبل ذلك غير مسموع، ومثل هذا العقد فاسد لفقدان الأهلية القانونية للزواج من حيث السن، وهذه المسألة معتبرة من النظام العام، لتعلقها بأحكام الأهلية، والأحكام المترتبة على نوع عقد الزواج".^(١)

فلاجتهاد يشير إلى أن البلوغ يعتبر بالسن وليس بالعلامات الطبيعية.

ب. إن من أتم الخامسة عشرة من العمر وظهرت عليه علامات البلوغ ليس له أن يزوج نفسه دون إذن القاضي، ودون حضور الولي، ولو كان يمتلك أهلية الزواج لما احتاج لذلك، وقد سماه القانون مراهقاً، والمراهق من قارب البلوغ.

ج. يتفق الفقه والقانون في حكم تصرفات الصغير المميز ناقص الأهلية وما يترتب على الصغير من أحكام الولاية والوصاية وصحة الإذن في تصرفات الصغير مع اختلافهم في تحديد الصغير، فالصغير المميز أو القاصر يحتاج للإذن لصحة تصرفاته المالية ويعتبر المأذون كامل الأهلية فيما أذن له وفي التقاضي فيها، فإذا قام القاصر بعد الخامسة عشر بأي تصرف قبل أن يحصل على إذن القاضي كان تصرفه قابلاً للإبطال، ولو أنه راجع القاضي مع وصيه وأطلععه على الواقع ورأى مصلحة للقاصر بإجازة ذلك التصرف كان له ذلك، وبهذا الإذن ينقلب التصرف صحيحاً بالإجازة اللاحقة.^(٢)

ومن هذه التصرفات الزواج فإذا أذن له القاضي بالزواج فإن مجرد إجراء عقد الزواج الصحيح يجعل الزوج القاصر مالكاً لأهليته المتعلقة بالحقوق الناشئة عن هذا العقد دون حاجة لموافقة الولي بعد ذلك.^(٣)

وهذا يدل على أن البلوغ في القانون يعتبر بتمام الثامنة عشرة من العمر، وما قبل ذلك حكمه حكم الصغير المميز الذي تتوقف صحة تصرفاته على الإذن، وعلى ذلك فلا تعارض بين نص المادة (١٥) والمادة (١٦ و ١٨).

^(١) الاجتهاد (٢٥) تاريخ ١٩٧٣/٢/٨، والاجتهاد ١١/٥/ ١٩٧٦ المذكور في التذكرة في القضاء الشرعي، أبو جيب: (٥٣٦/١).

^(٢) التذكرة في القضاء الشرعي، أبو جيب: (٣٢٥/١).

^(٣) السابق: (٤٥٥/١).

فإذا قيل إن الزواج خارج المحكمة صحيح شرعاً كما نص على ذلك الاجتهاد، وإذن القاضي وموافقة الولي هما لتثبيت عقد الزواج بالمحكمة لا للحكم بصحته مما يدل ذلك على أن البلوغ في القانون يكون بالعلامات الطبيعية، يناقش ذلك بأن الزواج خارج المحكمة إذا تحققت أركانه وشروطه ورأى القاضي فيه المصلحة فلا مسوغ للحكم بفساده، لأنه لا مبرر بعد ذلك لرد هذا الزواج، خاصة عند حدوث الحمل، فلا شيء يمنع إجازة القاضي و"الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة".^(١)

ثانياً_ فرق السن بين الزوجين:

إذا بلغت المرأة الثامنة عشرة من عمرها وما فوق وكان الخاطب لها غير مناسب سنّاً كأن يكون في عمر الخمسين أو الستين وهي في سن الثلاثين أو دون ذلك وكان الفارق بينهما عشرين عاماً وما فوق، أو كان العكس بأن كان الخاطب يصغر المخطوبة بما يقارب العشرين عاماً أو يزيد، ففي هذه الحالة للقاضي ألا يأذن بهذا الزواج إن لم ير فيه مصلحة للطرفين، وهو ما نصت عليه المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية السوري:

"إذا كان الخاطبان غير متناسبين سنّاً ولم يكن مصلحة في هذا الزواج فللقاضي ألا يأذن به".

١. المستند الفقهي للمادة:

لم يرد عن الفقهاء ما يمنع الزواج عند تفاوت السن مهما كان الفارق كبيراً، كما لم يرد نص شرعي يمنع من ذلك، إلا ما ورد في المذهب المالكي من كراهة زواج الشابة بالهرم،^(٢) وما جاء عن الروياني^(٣) الشافعي من أن الشيخ الكبير لا يكون كفوّاً للشابة وهو خلاف الصحيح في المذهب،^(٤) ونص على ذلك أيضاً الماوردي^(٥) فاعتبر هذا التباين الكبير مؤثراً على الكفاءة في أحد الوجهين، فلا يكون الهرم كفوّاً للصغيرة ولا

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد الزحيلي: (١/٥٩٧).

(٢) القوانين الفقهية، أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزي الكلبي الغرناطي (ت: ٧٤١هـ): (١٣٢).

(٣) الروياني (٤١٥هـ-٥٠٢هـ) هو عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد بن محمد، أبو الحسن الروياني، فقيه شافعي، اشتهر بحفظ المذهب، يحكى عنه أنه قال: لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي، ولي قضاء طبرستان ورويان وقرأها، قتله الملاحدة، من مؤلفاته: البحر والفروق والحلية، طبقات الشافعية، السبكي: (٧/١٩٤).

(٤) روضة الطالبين، النووي: (٧/٨٣).

(٥) الماوردي (-٤٥٠هـ) علي بن محمد بن حبيب البصري أبو الحسن الماوردي الشافعي، أفضى القضاة، صاحب التصانيف الكثيرة، وليّ

العجز كفتاً للصغير، لأن مع هذا الاختلاف تقل الرغبة ويعدم المقصود بالحياة الزوجية.^(١)

وكان قد ورد في السير ما يدل على عدم تأثير التفاوت في العمر بين الزوجين على صحة الزواج، فقد تزوج النبي ﷺ السيدة عائشة وكان يكبرها بخمسة وأربعين عاماً، وتزوج السيدة خديجة وكانت تكبره بخمسة عشر عاماً،^(٢) مما يدل على أن مثل هذا الزواج جائز شرعاً وأن الأصل فيه الإباحة.

لذلك فإن الفقهاء لم يبحثوا في هذه المسألة، إذ لم تكن تشكل خطراً في زمانهم ولم تظهر لهم مفسدات فرق السن في مجتمعاتهم، ومع تغير الأزمان والبيئات ظهرت المفسدات والمخاطر لمثل هذا الزواج فجاء دور ولي الأمر في تقييد ما كان مباحاً ومنع إجراء هذا العقد إذا انتفت فيه المصلحة.

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

أ. المصلحة المرسله وسد الذرائع: يؤدي التفاوت الكبير في السن بين الزوجين إلى عدم استقرار الحياة الزوجية كما أراد الله لها أن تكون، وقد يعجز الزوج إن كان في سن متقدمة عن القيام بالالتزامات الزوجية نحو زوجته، فيؤدي ذلك بالمرأة إلى النشوز عن طاعته ومخالفته وتعكير صفو الحياة عليه أو ربما أدى إلى الانحراف عن جادة الصواب سعيًا من المرأة لإشباع حاجاتها الضرورية، خاصة إذا فسد الزمان وضعف الوازع الديني وتهيأت أسباب الفتنة والانحراف، وكلما زاد التفاوت في السن بين الزوجين زاد معه الخطر واتسع الضرر على الحياة الزوجية بشكل خاص وعلى المجتمع بشكل عام، فدرءاً لهذه المفسدات رأى القانون من باب جلب المصلحة ودفع المفسدة أن يمنع إجراء العقد مع التفاوت في السن، وهذا لا يخالف الأحكام الشرعية التي يؤيدها مبدأ سد الذرائع وتشهد لها المصالح المرسله.^(٣)

القضاء ببلدان كثيرة ثم سكن بغداد، وروى عنه الخطيب ووثقه، من تصانيفه: أدب الدين والدنيا، الأحكام السلطانية، الحاوي، والإقناع في الفقه، الوافي بالوفيات، صلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي (ت: ٧٦٤هـ) تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركبي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت (ط. ٥) ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م: (٢٩٧/٢١-٢٩٨).

^(١) الحاوي الكبير، الماوردي: (١٠٦/٩).

^(٢) انظر السيرة النبوية، عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري، أبو محمد، جمال الدين (ت: ٢١٣هـ)، تحقيق: مصطفى السقا وآخرون، مصطفى الباوي الحلبي، مصر، الطبعة: الثانية، ١٣٧٥هـ/ ١٩٥٥م: (٦٤٤/٢)، نساء رسول الله ﷺ وأولاده ومن سالفه من قریش وحلفائهم وغيرهم، شرف الدين الدمياطي (٧٠٥هـ)، تحقيق: الدكتور فهمي سعد، عالم الكتب، الطبعة الثانية، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م: (٣٣/١).

^(٣) السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمر: (٥٦).

ب . مبدأ السياسة الشرعية: أخذ القانون بمبدأ السياسة الشرعية وهي ضابط عظيم من ضوابط الاجتهاد في كل زمان ومكان، ومعيار حقيقي تقاس به الأحكام الفقهية مع اختلاف الظروف والبيئات، فقد رأى القضاة الشرعيون من واقع ما عرض لهم من قضايا كثيراً من المفاصد والشور تنشأ بين الأزواج بسبب التفاوت الكبير في السن، بالإضافة إلى عدم الانسجام والتوافق بينهما، وما لذلك من أثر على الأسرة وضياعها، وما ينتج عن ذلك من مشاكل اجتماعية ومحظورات شرعية.^(١)

ثالثاً_ الزواج بأخرى:

تناول قانون الأحوال الشخصية السوري موضوع تعدد الزوجات في المادة (١٧) فنص على أن:

"للقاضي ألا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي، وكان الزوج قادراً على نفقتها"، فاشتراط القانون للسماح بالزواج بأخرى وجود سبب شرعي يستدعي الزواج، والتحقق من القدرة المالية للزوج على نفقة زوجاته، وفيما يلي بيان الاختيار التشريعي للمادة:

١. المستند الفقهي للمادة:

أ. شرط النفقة: استند قانون الأحوال الشخصية السوري في اشتراط تحقق القدرة المالية للزوج إلى إجماع الفقهاء^(٢) على وجوب نفقة الزوجة على الزوج وتحمل تكاليف الزواج وجميع أعبائه سواء كان ذلك زواجه الأول أم الثاني.

ب. اشتراط المسوغ: اشتراط القانون للسماح بالتعدد وجود المسوغ الشرعي، ومن المسوغات أن تكون الزوجة عقيمة أو مريضة لا تصلح للحياة الزوجية، وقد لا يكفي الرجل بزوجة واحدة فلا سبيل له إلى ذلك إلا بالزواج من أخرى، وهناك أسباب عامة كازدياد عدد النساء وقلة الرجال كما يحدث عقب الحروب، أو الزواج بأم لأيتام من أجل رعايتها ورعاية أبنائها.

^(١) المرجع السابق: (٦٤).

^(٢) الإقناع، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (المتوفى: ٣١٩هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ: (٣١٢/١)، وانظر بدائع الصنائع للكاساني: (١٦/٤)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ/٢٠٠١م.: (٤٤/٢)، مغني المحتاج للشربيني: (١٥٢/٥)، كشف القناع للبهوتي: (٤٦٠/٥).

إن بحث القانون عن وجود المسوغ هو خلاف لما ذهب إليه الفقهاء^(١) فالأصل في التعدد هو الإباحة ولم يشترط الفقهاء سوى العدل والقدرة على النفقة دون النظر إلى أسباب الزواج، واستند قانون الأحوال الشخصية في اشتراط المسوغ إلى حق ولي الأمر في تقييد المباح إذا تحققت المصلحة أو غلبت،^(٢) وهو ما اتفق عليه الفقهاء عملاً بالقاعدة: " تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة".^(٣)

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

الدليل على وجوب نفقة الزوجة على الزوج:

أ. القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾، [الطلاق: ٧].

الآية تنص على وجوب النفقة على الزوج على حسب قدرته واستطاعته.^(٤)

ب. الحديث الشريف: عن عائشة رضي الله عنها أن هند^(٥) بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان^(٦) رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: «خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ».^(٧)

(١) انظر الاختيار لتعليل المختار عبد الله بن محمود الموصلي (ت: ٦٨٣هـ)، دار الرسالة العالمية ط: أولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م:

(٢) حاشية الدسوقي: (٣٣٩/٢)، نهاية المحتاج للملي: (٣٧٩/٦)، كشاف القناع للبهوتي: (٢٩/٥).

(٣) موسوعة قضايا إسلامية معاصرة (أضواء على أحكام الأسرة - آفاق في الأحكام السلطانية) أ. د محمد الزحيلي، دار المكتبي، ط: أولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م: (٤٤٨/٢).

(٤) الأشباه والنظائر، السيوطي: (١٢١).

(٥) المبسوط، السرخسي: (١٨٢/٥).

(٦) هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف القرشية الهاشمية، أم معاوية، أسلمت في الفتح بعد إسلام زوجها أبي سفيان، وأقرها رسول الله ﷺ على نكاحها، كانت امرأة لها نفس وأنفة ورأي وعقل، توفيت في خلافة عمر بن الخطاب، أسد الغابة، ابن الأثير: (٢٨١/٧).

(٧) صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف، أسلم عام الفتح، وشهد حنيناً والطائف، كان من المؤلفين، وكان قبل ذلك رأس المشركين يوم أحد ويوم الأحزاب، توفي سنة إحدى وثلاثين، وعمره ثمان وثمانون. /أسد الغابة، ابن الأثير: (٩/٣).

(٨) صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ، (٥٣٦٤) (٦٥/٧).

فلو لم تكن التّفقة واجبة؛ لم يحتمل أن يأذن لها بالأخذ من غير إذنه.^(١)

ج. الإجماع: أجمع الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على زوجها.^(٢)

د. سد الذرائع: للقاضي أن يمنع الزوج بالزواج مرة ثانية إن كان لا يستطيع أن ينفق على زوجته منعاً للتضييق على عيالة والوقوع في الظلم.^(٣)

٣. ما يلاحظ على هذه المادة:

وبالرغم من أن القانون لم يمنع التعدد إنما كان دوره التدخل لضمان تحقق شروطه إلا أن في اشتراط وجود مسوغ للزواج بأخرى تقييداً لحرية الزوجين وإلغاء إرادتهما، فالزواج أمر شخصي يتم باتفاق الزوج والزوجة والأولياء، كما أن البحث في المسوغات قد يؤدي إلى كشف حرمان البيوت وأسرارها بما لا يتناسب مع خصوصيات الأسرة، ويدفع الزوج للكذب بإخفاء بعض الحقائق واختلاق بعض المسوغات قد تكون فيها إساءة للزوجة الأولى وذلك من أجل إجراء العقد، وقد يضطر الزوج لإجراء العقد خارج المحكمة إن لم يكن لديه مسوغ يقدمه للقاضي أو إن لم يقتنع القاضي بما قدمه من أسباب، وبالتالي فقد تضيع حقوق الزوجة الثانية لعدم وجود ما يثبت زواجها قانونياً، لذا أقترح اشتراط العدل أو اشتراط ما يرفع الظلم وبحقق العدل مع مراقبة القضاء لضمان تحققه بدلاً من اشتراط المسوغ للزواج.

^(١) بدائع الصنائع، الكاساني: (١٥/٤).

^(٢) الإقناع، ابن المنذر: (٣١٢/١)، وانظر بدائع الصنائع، الكاساني: (١٦/٤)، بداية المجتهد، ابن رشد: (٤٤/٢)، مغني المحتاج، الشريبي: (١٥٢/٥)، كشاف القناع، البهوتي: (٤٦٠/٥).

^(٣) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لعام ١٩٥٢م.

المبحث الثاني: تأصيل الاختيارات في الولاية والكفاءة في عقد الزواج

الولاية هي نفاذ تصرف الولي في حق الغير شاء أم أبى،^(١) وتكون ذاتية، وهي الولاية التي تثبت لصاحبها باعتبار ذاته معنى فيه دون واسطة، فلا يكتسبها من الآخرين، ولا تقبل الإسقاط ولا التنازل عنها، كولاية الأب والجد على الصغير، وولاية السلطان على رعيته، وهي المرادة في هذا المبحث، وقد تكون الولاية مكتسبة، وهي التي تثبت للشخص معنى فيه بإنابة غيره له، بحيث يكتسبها من الآخرين، وتقبل الإسقاط والتنازل، وذلك كولاية الوصي أو القاضي أو القيم أو الوكيل القضائي، فالوصي تثبت له الولاية من الموصي، والقاضي تثبت له الولاية من الإمام.^(٢)

وسيتناول هذا المبحث تأصيل المواد المتعلقة بالولاية الذاتية وفق ما يلي:

المطلب الأول: الولي وشروطه في عقد الزواج

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢١) فقرة (١) على أن "الولي في الزواج هو العصبية بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرمًا"، وذكر شروطه في المادة (٢٢) الفقرة (١) فجاء فيها أنه: "يشترط أن يكون الولي عاقلًا بالغًا راشدًا"، وسيتم في هذا المطلب تحديد من هو الولي مع بيان شروطه وفق ما يلي:

أولاً- الولي في عقد الزواج:

١. المستند الفقهي للمادة:

حدد القانون الأولياء بالعصبات ثم أعطاها للأُم عند فقد العصبية فإن لم توجد الأم تنتقل الولاية للقاضي وفيما يلي بيان المستند لاختيار القانون:

أ. ولاية العصبات: استند قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢١) فقرة (١) في تعريف الولي إلى المذهب الحنفي^(٣) في أن الولي هو العصبية بالنفس وهو من يتصل بالميت بغير واسطة أنشئ على ترتيب

(١) حاشية ابن عابدين: (٢٩٦/٢)، التعريفات، الجرجاني: (٢٥٤).

(٢) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٤١/٢).

(٣) انظر حاشية ابن عابدين: (٧٦/٣).

الإرث والحجب حسب ما نصت عليه المادة (٢٧٥) من هذا القانون، ويتفق الجمهور^(١) مع المذهب الحنفي في جعل ولاية الاختيار للعصبات مع الاختلاف في ترتيب العصبات، وإحالة القانون في ترتيب العصبات إلى المادة (٢٧٥) يدل على استناده لترتيب الإمام أبي حنيفة، والعصبات عنده هي: الابن ثم الأب ثم الجد أبو الأب ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب ثم العم لأب وأم ثم العم لأب ثم ابن العم، فالأبعد محبوب بالأقرب، ويخالف الصاحبين في الإخوة والجد، إذ يستويان عندهما في مرتبة واحدة.^(٢)

إلا أن القانون باشتراطه أن يكون الولي محرماً استثنى من العصبات أبناء العمومة، فلا ولاية لهم على تزويج المرأة، وذلك خشية المحاباة.^(٣)

ب . ولاية الأم: فإن لم يوجد عصبية تنتقل الولاية إلى الأم إن تحققت فيها شروط الولي وكان الزوج كفوئاً وألا يقل المهر عن مهر المثل، وهو ما نصت عليه المادة (٢٣) الفقرة (٢): " إذا لم يكن عصبية تنتقل ولاية الزواج للأم إذا توافرت فيها شروط الولاية وبشرط الكفاءة ومهر المثل " .

وفي هذه الفقرة استند قانون الأحوال الشخصية إلى قول الإمام أبي حنيفة والإمام أبي يوسف في الرواية الأصح عنه في انتقال الولاية إلى ذوي الأرحام في حال عدم وجود عصبات مبتدأً بالأم وهو ترتيب الإمام أبي حنيفة والإمام أبي يوسف، خلافاً للإمام محمد فلا ولاية عنده لغير العصبات، إلا أن القانون خص من ذوي الأرحام الأم فقط دون غيرها لوفرة الشفقة عندها وقد لا تكون متوافرة عند غيرها من ذوي الأرحام، فلا ولاية في القانون لغير الأم.^(٤)

ج . ولاية القاضي: فإن لم توجد الأم تنتقل الولاية إلى القاضي حسب ما نص عليه القانون في المادة (٢٤): " القاضي ولي من لا ولي له "، وهو مذهب الإمام أبي حنيفة والإمام أبي يوسف^(٥) في جعل الولاية

^(١) انظر حاشية الدسوقي: (٢٢٥/٢)، مغني المحتاج، الشريبي: (٢٤٩/٤)، كشاف القناع، البهوتي: (٥٠/٥).

^(٢) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٥٠/٢).

^(٣) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الصابوني: (١٨٩ / ١).

^(٤) انظر البحر الرائق، ابن نجيم: (١٣٣/٣)، حاشية ابن عابدين: (٧٨/٣).

^(٥) انظر الهداية شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت: ٥٩٣هـ)، المحقق: محمد عدنان درويش، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، (د.ط): (٢٣٤/١).

للقاضي بعد ذوي الأرحام، ووافقهم المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) في أن الولاية تنتهي إلى القاضي في حال عدم وجود ولي من العصباء، مع اختلافهم في ترتيب الأولياء ومستحقي الولاية، فلا ولاية عند الجمهور للأم ولا لغيرها من ذوي الأرحام.

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

أ. الحديث الشريف:

استدل الفقهاء على أن الولاية في الزواج تكون للعصباء بقوله ﷺ: «الإنكاح إلى العصباء».^(٤)

الحديث صريح في جعل الولاية للعصبة، وقد اتفق الأئمة الأربعة على العمل به في حق البالغة.^(٥)

واستدلوا على أن الولاية تنتهي إلى السلطان بما روي عن السيدة عائشة ؓ عن النبي ﷺ قال: «أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له».^(٦)

وهو القاضي ومن نصبه القاضي،^(٧) والحديث صريح في النص على جعل الولاية للقاضي عند فقد

(١) انظر حاشية الدسوقي: (٢٢٥/٢).

(٢) انظر مغني المحتاج، الشربيني: (٢٤٩/٤).

(٣) انظر الإنصاف، المرداوي: (٧٠/٨).

(٤) جاء في الدراية في تخريج أحاديث الهداية، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، المحقق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، (د.ط): "حديث النكاح إلى العصباء لم أجده"، (٦٢/٢)، وقال العيني: "ذكر هذا الحديث شمس الأئمة السرخسي، وسبط بن الجوزي، ولم يخرج أحده من الجماعة، ولا يثبت مع أن الأئمة الأربعة اتفقوا على العمل به، وقال السروجي: روي عن علي ؓ موقوفاً ومرفوعاً، البناءة شرح الهداية: (٩٣/٥).

(٥) البناءة شرح الهداية، العيني: (٩٣/٥).

(٦) سنن الترمذي، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، (١١٠٢) (٤٠٨/٣)، وقال حديث حسن، المستدرك على الصحيحين، الحاكم، كتاب النكاح، باب (أما امرأة نكحت بغير إذن ولها)، (٢٧٥٤) (٥١٩/٢)، وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(٧) البناءة شرح الهداية، العيني: (١٠٢/٥).

الولي.

ب . **الاستحسان**: استدل الإمام أبو حنيفة والإمام أبو يوسف في ولاية الأم بالاستحسان، إذ الولاية في الزواج ولاية نظر، والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو مختص بالقرابة الباعثة على الشفقة، وشفقة الأم أقوى من غيرها.^(١)

ثانياً_ شروط الولي:

نصت المادة (٢٢) الفقرة (١) من قانون الأحوال الشخصية السوري على شروط الولي في عقد الزواج، فجاء فيها أنه: " يشترط أن يكون الولي عاقلاً بالغاً راشداً ".

١. المستند الفقهي للمادة:

أ . **التكليف**: اشترط القانون في الولي أن يكون بالغاً عاقلاً، فلا ولاية للمجنون المطبق بإجماع الفقهاء ولا للصبي عند الأئمة الأربعة^(٢) من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في المذهب، لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى ألا تثبت لغيرهم، إذ الولاية على الغير فرع عن الولاية على النفس، ولأنها ولاية نظر فإذا كان من غير الممكن لهما النظر في أمورهم فكيف لهم النظر في أمور غيرهم.

جاء في المغني: "فأما العقل، فلا خلاف في اعتباره".^(٣)

ولم يفرق القانون بين الجنون المطبق والجنون المتقطع، فإن ثبت الجنون انقطعت ولايته، ولو كان متقطعاً لا تنتظر إفاقة وهو كالجنون المطبق وهو قول الشافعية في الأصح.^(٤)

بخلاف الحنفية والمالكية والحنابلة فالجنون غير المطبق له أن يزوج حال إفاقة، وتنتظر إفاقة كالمغنى

(١) البحر الرائق، ابن نجيم: (١٣٣/٣).

(٢) انظر الهداية، المرغيناني: (٢٣٤/١)، حاشية ابن عابدين: (٧٧/٣)، الشرح الصغير، الدردير: (٣٧٠/٢)، مغني المحتاج، الشربيني: (٢٥٤/٤)، كشف القناع، البهوتي: (٥٣/٥).

(٣) ابن قدامة: (٢١/٧).

(٤) روضة الطالبين، النووي: (٦٢/٧).

عليه إلا إن خيف فوات الكفاء.^(١)

ب . **الرشد:** استند قانون الأحوال الشخصية السوري في اشتراط الرشد إلى مذهب الشافعية^(٢) في الراجح عندهم والحنابلة^(٣) وهو قول عند المالكية^(٤) خلاف المشهور.

وقد اختلف الفقهاء في تفسير المراد بالرشد فذهب جمهور الحنفية^(٥) والمالكية^(٦) والشافعية^(٧) إلى أن الرشد هو عكس السفه المبذر في أمواله، فلا فرق عندهم بين الرشد في المال والرشد في الزواج، بينما فسر الحنابلة^(٨) الرشد بأنه معرفة الكفاء ومصالح الزواج، فلا تصح ولاية مختل النظر والشيخ الهرم الجاهل بالمصلحة لعجزه عن اختيار الكفاء، وليس المقصود بالرشد هنا حفظ المال، لأن رشد كل مقام بحسبه.

إلا أن الشافعية^(٩) اشتراطوا ألا يكون الولي مختل النظر بهرم، وهو: كبر في السن، أو خبل، وهو: فساد العقل لعجزه عن اختيار الأكفاء، وهذا المعنى يتوافق مع تفسير الرشد عند الحنابلة بمعرفة مصالح الزواج.

والأرجح ما ذهب إليه الحنابلة لأنه الأقرب لمعنى الولاية، إذ هي ولاية نظر لاختيار الأصلح والأكفاء، فلا صلة لها بالمال، وقد يكون الولي مسرفاً في ماله وله القدرة على النظر.

ج . اشتراط قانون الأحوال الشخصية شرطاً يختص بولاية القاضي للمرأة نصت عليه المادة (٢٥) وهو أنه "ليس للقاضي أن يزوج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصوله ولا من فروعه".

(١) البحر الرائق، ابن نجيم: (١٣٢/٣)، مواهب الجليل، الخطاب: (٧١/٥)، المغني، ابن قدامة: (٣٥٥/٧).

(٢) انظر روضة الطالبين، النووي: (٦٤/٧).

(٣) انظر المغني، ابن قدامة: (٢٢/٧).

(٤) انظر حاشية الدسوقي: (٢٣١/٢).

(٥) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٣٩/٢).

(٦) انظر حاشية الدسوقي: (٢٣١/٢).

(٧) انظر مغني المحتاج، الشريبي: (٢٥٦/٤).

(٨) كشف القناع، البهوتي: (٥٤/٥).

(٩) مغني المحتاج، الشريبي: (٢٥٤/٤).

استند قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٥) إلى المذهب الحنفي^(١) فلا يجوز للقاضي أن يزوج موليته من نفسه ولا ممن لا تقبل شهادتهم له وهم ولده وإن سفلوا وآبأؤه وإن عُلّوا، وذلك خشية المحاباة وأنفى للتهمة.

ويجوز عند المالكية^(٢) للقاضي ومن له الولاية على المرأة كابن العم تزويجها من نفسه ويتولى الطرفين في العقد، وكذلك عند الشافعية^(٣) يجوز للقاضي أن يزوج من له الولاية عليها لابنه أو لنفسه إلا أنه ليس له أن يتولى الطرفين في العقد فيزوجه السلطان أو قاضٍ غيره.

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على اشتراط التكليف للولي بالحديث الشريف والإجماع:

أ. الحديث: عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ؛ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَعْتُوهِ حَتَّى يَفِيْقَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ».^(٤)

فالصبي والمجنون مرفوع عنه القلم فلا تثبت له ولاية على غيره.

ب. الإجماع: أجمع الفقهاء^(٥) على اشتراط العقل للولي، وذلك لأن الولاية للنظر والعاجز عن النظر في أمر نفسه لا يمكنه النظر في أمر غيره، فإن سقطت ولايته على نفسه فالأولى ألا تكون له ولاية على غيره.

واستدل الشافعية والحنابلة في اشتراط الرشد بحديث ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ، أَوْ سُلْطَانٍ».^(٦)

(١) حاشية ابن عابدين: (٨٠/٣).

(٢) حاشية الدسوقي: (٢٣٣/٢).

(٣) روضة الطالبين، النووي: (٧١/٧)، مغني المحتاج، الشريبي: (٢٦٩/٤).

(٤) المستدرک على الصحيحين، الحاكم، كتاب البيوع، باب الرهن مخلوب ومركوب (٢٣٩٧)، (٣٧١/٢)، صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(٥) انظر الهداية، المرغيناني: (٢٣٤/٣)، مواهب الجليل، الخطاب: (٤٣٨/٣)، مغني المحتاج، الشريبي: (٢٥٤/٤)، كشف القناع، البهوتي: (٥٣/٥).

(٦) السنن الكبرى، البيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي مرشد (١٣٧١٣) (٢٠١/٧)، يقول البيهقي المشهور بهذا الإسناد

الحديث صريح في اشتراط الرشد للولي.

٣. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

أ. شرط البلوغ للولي: ذهب الحنابلة^(١) في رواية إلى عدم اشتراط البلوغ للولي، فيصح تزويج الصبي إذا بلغ عشر سنين، وقيل: اثنتي عشرة سنة.

ب. شرط الرشد للولي: ذهب الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) في المشهور عندهم إلى أن شرط الرشد في الولي لا يعتبر، لأن السفه لا يمنع من الشفقة والقدرة على تحصيل النظر، ويستحب عند المالكية إن عقد سفهه ذو عقل وفطنة أن يستأذن وليه استحساناً، فإن عقد بغير إذن وليه ندب إطلاعه عليه فإن لم يفعل مضى كمن لا ولي له، أما السفه ضعيف الرأي فيجب على وليه النظر فيه فإن كان حسناً أمضاه وإلا فرق بينهما.

ويتبين من تعليل الحنفية والمالكية لعدم اشتراط الرشد أن العبرة للنظر وحسن الرأي لا لحسن التصرف في المال مما يرجح ما ذهب إليه الحنابلة في تفسير معنى الرشد.

ولم ينص قانون الأحوال الشخصية السوري على شرط الذكورة في الولي، إلا أنه في المادة (٢٠ و ٢٣) دلالة على عدم اشتراطها، فقد أجاز في المادة (٢٠) للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها، كما نصّ في المادة (٢/٢٣) على صحة ولاية الأم مستنداً في ذلك إلى المذهب الحنفي.

واشترط جمهور الفقهاء المالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) أن يكون الولي ذكراً، لأن المرأة لا ولاية لها

أنه موقوف على ابن عباس، وأخرجه الشافعي في مسنده من كتاب عشرة النساء (٢٩١). يقول الشريبي: "رواه الشافعي في مسنده بسند صحيح، وقال الإمام أحمد: إنه أصح شيء في الكتاب" مغني المحتاج: (٢٥٦/٤).

(١) الإنصاف، المرداوي: (٧٣/٨).

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٣٩/٢).

(٣) حاشية الدسوقي: (٢٣١/٢).

(٤) انظر حاشية الدسوقي: (٢٣٠/٢).

(٥) انظر حاشية الجمل: (١٤٤/٤).

(٦) انظر كشف القناع، البهوتي: (٥٥/٥).

على نفسها فأولى ألا يكون لها ولاية على غيرها، بخلاف الحنفية^(١) فلا يشترط عندهم الذكورة، إذ يجوز للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها وغيرها.

المطلب الثاني: غياب الولي وتعدد

أولاً- غياب الولي:

١. المستند الفقهي للمادة:

جاء في المادة (٢٣) الفقرة (١) على أنه: " إذا غاب الولي الأقرب ورأى القاضي أن في انتظار رأيه حدوث فوات مصلحة في الزواج انتقلت الولاية لمن يليه بشرط كفاءة الزوج ".

استند قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٣) فقرة (١) إلى المذهب الحنفي^(٢) والحنبلي^(٣) فإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة وكان الخاطب كفوًّا للمخطوبة جاز للولي الأبعد أن يزوج إذا خيف فوات الخاطب الكفء بانتظار عودة الولي الأقرب واستطلاع رأيه، وقد لا يعود الخاطب مرة أخرى فلا مصلحة حينئذ ببقاء ولايته لفوات مقصود الولاية، ولعجزه عن تدبير أمور الزواج.

واختلف الحنفية^(٤) في الغيبة المنقطعة، فعن الإمام أبي يوسف: مسيرة شهر، وعن الإمام محمد: من الكوفة إلى الرّي، خمس عشرة مرحلة، وعنه: من بغداد إلى الرّي، عشرون مرحلة.

وفصل ابن شجاع^(٥) ذلك، فقال: تكون الغيبة منقطعة إن كان في مكان لا تصل إليه الرسل والقوافل

(١) انظر المبسوط، السرخسي: (١٠/٥).

(٢) انظر الهداية، المرغيناني: (٢٣٥/١).

(٣) انظر كشف القناع، البهوتي: (٥٥/٥).

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٥١/٢).

(٥) محمد بن شجاع الثلجي (١٨١هـ-٢٦٦هـ) ويقال: ابن الثلجي، أبو عبد الله، البغدادي، الحنفي، فقيه أهل العراق في وقته، والمقدم في الفقه، والحديث، وقراءة القرآن، روى عن يحيى بن آدم، ووكيع، وابن عُثَيَّة، وقرأ على اليزيدي، له ميل إلى مذهب المعتزلة، من تصانيفه: المناسك، وتصحيح الآثار، والنوادر، وكتاب المضاربة. / الجواهر المضية، عبد القادر القرشي: (٦٠/٢).

إلا مرة واحدة في السنة، قال القدوري^(١) وهذا صحيح؛ لأن الخاطب لا ينتظر سنة، ولا يعلم بماذا يجب الولي، وقد ينتظر بعض السنة، فلذلك قدره بهذا، وهو المختار في المذهب لفوات المصلحة بانتظار رأيه.^(٢)

أما الغيبة المنقطعة عند الحنابلة^(٣) فهي فوق مسافة القصر وما كان أقل من ذلك فهو في حكم الحاضر، ومثل الغائب الأسير والمحبوس في مسافة قصيرة لكن تتعذر مراجعته، والغائب الذي لا يعلم محله أقرب أم بعيد، أو يعلم قربه لكن لا يعلم مكانه، لتعذر الوصول إليه.

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الحنفية والحنابلة على انتقال الولاية للولي الأبعد عند غياب الولي الأقرب بما يلي:

أ . القياس: قياس الغيبة على الموت والجنون، فإذا أصاب الولي الأقرب جنون أو موت تنتقل الولاية إلى من يليه، وكذلك هنا إذا تعذر حضوره وتزويجه بسبب غيابه فأشبهه الميت والمجنون.^(٤)

ب . المصلحة: لأن بانتظار عودة الغائب قد يفوت الخاطب الكفء وقد لا يعود، والولاية شرعت للنظر، والنظر كما يتحقق من الولي القريب يتحقق من الأبعد.^(٥)

٣. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب المالكية^(٦) والشافعية^(٧) إلى أنه إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة وجاءها الخاطب الكفء فإن القاضي يزوجه لا الولي الأبعد، فإن كان الولي الأقرب أسيراً أو مفقوداً فيزوجها الأبعد لأنه في حكم الميت

(١) القدوري (٤٢٨هـ) مُجَدِّد بن أحمد بن جعفر حمدان الشهير بالقدوري، فقيه بغداد من أكابر الحنفية، انتهت إليه رياستهم بالعراق، من مؤلفاته: مختصر القدوري، من أكثر الكتب تداولاً عند الحنفية، وشرح مختصر الكرخي. / الجواهر المضية، عبد القادر القرشي: (٩٣/١).

(٢) الاختيار، الموصلي: (٩٦/٣).

(٣) كشف القناع، البهوتي: (٥٥/٥).

(٤) المغني، ابن قدامة: (٣٦٩/٧).

(٥) انظر حاشية ابن عابدين: (٨٢/٣).

(٦) مواهب الجليل، الخطاب: (٤٣٧/٣)، حاشية الدسوقي: (٢٣٠/٢).

(٧) مغني المحتاج، الشريبي: (٢٦١/٤).

بخلاف الغائب فإن حياته معلومة وهو المشهور عند المالكية، وعند الشافعية يزوجه القاضي إن كان الولي أسيراً أو مفقوداً إلا إن حكم بموت المفقود، فتنتقل الولاية للأبعد، وذهب زفر من الحنفية^(١) إلى أنه لا يزوجه أحد حتى يحضر الولي الأقرب.

ثانياً_ تعدد الأولياء:

١. المستند الفقهي للمادة:

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٢) فقرة (٢) على أنه: "إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشرائطه جاز"، مستنداً في ذلك إلى المذهب الحنفي^(٢) فإن وجد أكثر من ولي للفتاة وجميعهم متساوون في الدرجة كإخوة أشقاء أو إخوة لأب أو أعمام فأى واحد زوج الفتاة بشرط الكفاءة ومهر المثل صح سواء رضي الآخر أم سخط، لأن الولاية لا تتجزأ وتثبت لكل واحد منهم على الكمال وكأنه ليس معه غيره.

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الحنفية^(٣) على مذهبهم بالقياس، فقالوا: الولاية لا تتجزأ وتثبت لكل واحد منهم على الكمال وكأنه ليس معه غيره، كسقوط القصاص عند عفو أحد الأولياء، لأنه لا يحتمل التجزئة، وكما في الأمان فإنه إذا صدر من واحد من المسلمين صح في حق جماعتهم، ولأن الحق واحد وإسقاطه صحيح في حق من أسقطه، فإذا لم يبق بعد سقوطه فلا يتمكن الآخر من المطالبة به.

٣. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب المالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) إلى أنه إن عينت المرأة واحداً ليزوجهها فليس لغيره تزويجها،

(١) المبسوط، السرخسي: (٢٢٠/٤).

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٥١/٢).

(٣) المبسوط، السرخسي: (٢٧/٥).

(٤) حاشية الدسوقي: (٢٣٣/٢)، حاشية الصاوي: (٣٦٠/٢).

(٥) مغني المحتاج، الشرييني: (٢٦٥/٤).

(٦) كشاف القناع، البهوتي: (٥٩/٥).

وإن لم تُعين أو أذنت للجميع بتزويجها صح التزويج من كل واحد منهم لوجود سبب الولاية فيهم جميعاً ويستحب أن يزوجهما الأفضل منهم فقهاً وورعاً وسناً فإن تنازعا أقرع بينهم، وإن زوجها المفضول برضاها بكفء صح وليس للباقين الاعتراض إلا إن كان الزوج غير كفء وهذا عند الشافعية، وعند المالكية إن تنازع الأولياء المتساوون يختار الحاكم من يراه أحسنهم رأياً منهم ليزوجهما.

المطلب الثالث: دور الولي في زواج الفتاة البالغة

أولاً- زواج المرأة البالغة بغير ولي:

يجوز للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها وهو ما نصت عليه المادة (٢٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري، فجاء فيه: "إذا أتمت المرأة الثامنة عشرة من العمر وأرادت الزواج يطلب القاضي من وليها بيان رأيه خلال مدة لا تزيد على خمسة عشر يوماً فإذا لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار يأذن القاضي بزواجها بشرط الكفاءة ومهر المثل".

١. المستند الفقهي للمادة:

استند القانون في المادة (٢٠) إلى قول الإمام أبي حنيفة وقول الإمام أبي يوسف في ظاهر الرواية وزفر من المذهب الحنفي^(١) في انعقاد زواج المرأة البالغة العاقلة برضاها فقط وعدم اشتراط الولاية، وجواز مباشرة المرأة عقد زواجها بنفسها ولها أن توكل فيه غيرها، لأنها تتصرف في خالص حقها وهي كاملة الأهلية، فإن كان ذلك بغير موافقة الولي فعن الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز بغير كفء، وعن الإمام أبي حنيفة يحق له الاعتراض أيضاً إن كان المهر أقل من مهر المثل،^(٢) وإليه ذهب القانون في اشتراطه الكفاءة ومهر المثل إن كان ذلك بغير موافقة الولي.

إلا أن القانون لم يتجاوز رأي الولي إنما يطلب القاضي منه سماع رأيه خلال مدة معينة، فإن لم يأذن الولي وكان اعتراضه مقبولاً لا يسمح القاضي بإجراء هذا الزواج، أما إن كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار فلا ينظر إلى رأيه، وتزوج المرأة نفسها بشرط الكفاءة ومهر المثل.

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢/٢٣٢).

(٢) فتح القدير، ابن الهمام: (٣/٢٥٦).

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الحنفية على مذهبهم بما يلي:

أ. القرآن الكريم:

١. قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾، [البقرة: ٢٣٤].

والمراد بقوله: ﴿فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ﴾ زواج من أرادت إن كان معروفاً، فأجاز زواجها من غير شرط الولي.^(١)

٢. قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾، [البقرة: ٢٣٢].

٣. قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، [البقرة: ٢٣٠].

تدل الآيات على أن الزواج ينعقد بعبرة المرأة، لأن العقد مضاف إليهن، وما ورد من الآيات في طلب إذن الولي أو إضافة النكاح إليه بناء على عرف الناس في تولي الأولياء العقد، وهو محمول على الاستحباب لا عدم الصحة، كما أن في هذا النهي دليلاً على صحة مباشرتها العقد، إذ لو كان تصرفها فاسداً لما نهي الولي عن منعها منه.^(٢)

ب. الحديث الشريف:

١. عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الأيّم أحق بنفسها من وليها».^(٣)

فسروا الأيّم بأنه اسم لامرأة لا زوج لها بكرة كانت أو ثيباً، قال السرخسي:^(١) "وهذا هو الصحيح عند

^(١) جامع البيان في تأويل القرآن، مُجَدِّد بن جرير يزيد بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، (ت: ٣١٠هـ)، تحقيق: أحمد شاکر، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م: (٩٤/٥).

^(٢) التفسير الكبير (مفاتيح الغيب)، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٠هـ: (٤٥٦/٦)، بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٤٨/٢)، المبسوط، السرخسي: (١١/٥).

^(٣) صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق...، (١٤٢١) (١٠٣٧/٢).

أهل اللغة، وهو اختيار الكرخي^(٢) قال: الأيم من النساء كالأعزب من الرجال"،^(٣) والحديث أثبت لكل منهما الحق ومعلوم أنه ليس للولي سوى مباشرة العقد إذا رضيت وقد جعلها أحق منه به.^(٤)

٢. عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس للولي مع الثيب أمر».^(٥)

الحديث قطع ولاية الولي عن المرأة،^(٦) والقانون لم يفرق في الحكم بين البكر والثيب.

٣. عن عائشة قالت جاءت فتاة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أبي زوجني ابن أخيه يرفع بي خسيسته، فجعل الأمر إليها، قالت: فإني قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء.^(٧)

يفيد الحديث بعمومه أن الولي يباشر عقد النكاح على سبيل الاستحباب لا حقاً ثابتاً، يدل على ذلك أيضاً تقريره وعم إنكاره ﷺ لقولها.^(٨)

ج . القياس: كما أن للمرأة البالغة العاقلة حرية التصرف في مالها بالبيع والشراء دون الرجوع إلى الولي

(١) السرخسي (٤٨٣هـ) هو شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي من خراسان، إمام في فقه الحنفية، وعلامة حجة متكلم ناظر أصولي مجتهد في المسائل، أخذ عن الحلواني وغيره، سجن في جب بسبب نصحه لبعض الأمراء، من مؤلفاته: المبسوط في شرح كتب ظاهر الرواية في الفقه والأصول، وشرح السير الكبير للإمام محمد بن الحسن، الجواهر المضية، عبد القادر القرشي: (٢٨/٢).

(٢) الكرخي (٢٦٠هـ-٣٤٠هـ) هو عبيد الله بن الحسين، أبو الحسن الكرخي، فقيه حنفي، انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق، توفي ببغداد، من تصانيفه: رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية، وشرح الجامع الصغير، وشرح الجامع الكبير. الجواهر المضية، عبد القادر القرشي: (٣٣٧/١).

(٣) المبسوط: (١٢/٥).

(٤) فتح القدير، ابن الهمام: (٢٥٩/٣).

(٥) مسند الإمام أحمد: مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن العباس، (٣٠٨٧) (٢٠٦/٥)، قال شعيب: حديث صحيح رجاله ثقات رجال الشيخين.

(٦) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٤٨/٢).

(٧) مسند الإمام أحمد: مسند النساء، مسند الصديقة عائشة بنت الصديق، (٢٥٠٤٣) (٤٩٢/٤١)، يقول شعيب الأرناؤوط: حديث صحيح، وهذا إسناد رجاله ثقات رجال الشيخين إلا أنه قد اختلف فيه على كهمس بن الحسن.

(٨) فتح القدير، ابن الهمام: (٢٦٣/٣).

فكذلك لها مباشرة عقد زواجها، لأنه خالص حقها وهي من أهل هذا التصرف،^(١) وكصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه فاستوفى كان استيفاءه صحيحاً، فكذلك الزواج بكفء ومهر المثل حقها وهي من أهل استيفاء حقوق نفسها فلها مباشرة العقد لاستيفاء حقها.^(٢)

٣. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب الإمام مُحمَّد إلى أن زواج البالغة ينعقد موقوفاً على إذن الولي أو الحاكم، إلا أنه إذا كان كفئاً وامتنع الولي فإن القاضي يجدد العقد ولا يلتفت إليه.^(٣)

وعند جمهور المالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) لا تزوج المرأة نفسها ولا غيرها، فلا ولاية لها في عقد الزواج على نفسها ولا على غيرها بالولاية، وروي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وعائشة، وبناء على ذلك يكون عقدها باطلاً ولا يترتب عليه أي أثر.

ثانياً_ تزويج الولي للبالغة بغير إذنها:

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢١) الفقرة (٢) على أنه: "إذا زوج الولي الفتاة بغير إذنها ثم علمت بذلك كان العقد موقوفاً على إجازتها صراحة".

١. المستند الفقهي للمادة:

استند القانون في هذه الفقرة إلى المذهب الحنفي^(٧) حيث اعتبر الولاية على المرأة البالغة العاقلة ولاية

(١) الباب في شرح الكتاب، عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (المتوفى: ١٢٩٨هـ)، خرَّج أحاديثه وعلَّق عليه: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٣١٥هـ/١٩٩٤م: (١٤٤/٢).

(٢) المبسوط، السرخسي: (١٢/٥).

(٣) فتح القدير، ابن الهمام: (٢٥٦/٣)، بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٤٧/٢).

(٤) الشرح الصغير، الدردير: (٣٣٥/٢).

(٥) مغني المحتاج، الشريبي: (١٤٧/٣).

(٦) المغني، ابن قدامة: (٤٦٢/٦).

(٧) انظر بدائع الصنائع، للكاساني: (٢٤٧/٢).

ندب واستحباب لا ولاية حتم وإيجاب وهو قول الإمام أبي حنيفة والإمام أبي يوسف، وذهب الإمام محمد إلى أن الولاية بعد البلوغ ولاية شركة بين الولي والفتاة، فلا يملك الولي تزويجها بغير رضاها، إذ شرط ثبوت هذه الولاية هو رضا المولى عليه لا غير، فإن زوجها دون إذنها توقف الزواج على موافقتها فإن رضيت جاز وإن لم ترض بطل العقد،^(١) ويتفق المالكية^(٢) مع الحنفية في عدم إجبار البالغة الراشدة فلا تزوج إلا برضاها.

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الحنفية على مذهبهم بالسنة المطهرة:

- ١ . ما روي عن أبي هريرة، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال: « لا تُنْكَحِ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكَحِ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ»، قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت».^(٣)
- ٢ . عن عائشة قالت جاءت فتاة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أبي زوجني ابن أخيه يرفع بي خسيسته، فجعل الأمر إليها، قالت: فأني قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء.^(٤)
- ٣ . عن ابن عباس: أن جارية بكرا أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ.^(٥)

تدل هذه الأحاديث على أن الولي لا يملك تزويج البالغة بغير رضاها.^(٦)

٣. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب الشافعية^(١) إلى أن للأب لزوم تزويج البكر صغيرة أو كبيرة بغير إذنها إلا أنه يستحب له استئذانها،

^(١) انظر المبسوط، السرخسي: (١٠/٥).

^(٢) انظر حاشية الدسوقي: (٢٢٣/٢).

^(٣) صحيح البخاري، كتاب الحيل، باب في النكاح (٦٩٧٠) (٢٥/٩)، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطف والبكر بالسكوت، (١٤١٩) (١٠٣٦/٢).

^(٤) سبق تخريجه: (ص ١٣٨).

^(٥) مسند الإمام أحمد: مسند بني هاشم، مسند عبد الله ابن العباس (٢٤٦٩) (٢٧٥/٤) قال شعيب: إسناده صحيح على شرط البخاري.

^(٦) المبسوط، السرخسي: (١٩٦/٤).

وليس للولي تزويج الثيب البالغة بغير إذنها، ولا تزوج الثيب الصغيرة حتى تبلغ، وذهب الحنابلة^(٢) إلى أنه لا يصح زواج بغير ولي وأن للأب إجبار البكر البالغة، وليس لغير الأب الحق في الإجبار في الصحيح من المذهب، كما ليس للأب إجبار الثيب البالغة العاقلة.

المطلب الرابع: الكفاءة بين الزوجين

الكفاءة أن يكون الزوج مساوياً للمرأة أو أعلى حالاً منها في الحسب والدين والمنزلة الاجتماعية، وغير ذلك،^(٣) وسيتم في هذا المطلب بيان ما يتعلق بالكفاءة مما نص عليه قانون الأحوال الشخصية وفق ما يلي:

أولاً - صفة الكفاءة

نص قانون الأحوال الشخصية السوري على اشتراط كفاءة الزوج للمرأة ولم يشترطها للرجل إلا في حالات استثنائية، فجاء في المادة (٢٦) من هذا القانون:

" يشترط في لزوم الزواج: ١/ أن يكون الرجل كفئاً للمرأة.

٢/ أن تكون المرأة كفئاً للرجل إذا وكل الرجل غيره وكالة مطلقة بتزويجه".

١. المستند الفقهي للمادة:

استند قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٦) في اشتراط الكفاءة واعتبارها شرطاً للزوم عقد الزواج لا شرطاً لصحته إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية^(٤) في ظاهر الرواية والمالكية^(٥) والشافعية^(٦)

(١) انظر مغني المحتاج، الشرييني: (٢٤٦/٤).

(٢) الإنصاف، المرداوي: (٥٥/٨).

(٣) معجم لغة الفقهاء، قلنجي وفنيي: (٣٨٢).

(٤) انظر حاشية ابن عابدين: (٨٤/٣).

(٥) انظر الفواكه الدواني، النفراوي: (٩/٢).

(٦) انظر روضة الطالبين، النووي: (٨٤/٧).

والحنابلة^(١) في الأصح، فلا يؤثر تخلفها على عقد الزواج فيتم العقد صحيحاً إلا أنه غير لازم فيعطي الخيار بفسخه أو إمضائه لمن اشترطت الكفاءة لأجله.

كما اتفق الأئمة الأربعة^(٢) على أن الكفاءة تكون من جانب الرجل دون المرأة فيشترط في الرجل أن يكون ممثلاً للمرأة أو أرفع منها أو مقارباً لها في بعض الأمور ولا يشترط ذلك في المرأة، لأن الزوج لا يعيّر بمن هي دونه.

إلا في حالة استثنائية منها ما نصت عليه هذه المادة في الفقرة (٢) أن يوكل الرجل غيره وكالة مطلقة بتزويجه أي دون أن يحدد له صفات معينة أو يعين له الزوجة، فيشترط في هذه الحالة أن تكون المرأة كفوّاً للرجل، فإن زوجه من امرأة ليست كفوّاً له كان العقد موقوفاً على إجازة الموكل، واستند القانون في ذلك إلى مذهب المالكية^(٣) والصاحبين من الحنفية^(٤).

٢ . الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على اشتراط الكفاءة بالقرآن الكريم والسنة النبوية والمعقول:

أ. القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾، [الحجرات: ١٣].
تشير الآية إلى اعتبار الكفاءة بالتقوى والصلاح، وبها استدل الإمام مالك على أن الكفاءة بالدين دون غيرها من الصفات.^(٥)

ب. السنة النبوية:

^(١) انظر الإنصاف، المرداوي: (١٠٦/٨).

^(٢) انظر اللباب شرح الكتاب، الغنيمي: (١٤٨/٢)، حاشية الدسوقي: (٢٤٩/٢)، حاشية الجمل: (١٦٣/٤)، كشف القناع، البهوتي: (٦٧/٥).

^(٣) انظر حاشية الدسوقي: (٢٣٣/٢).

^(٤) انظر الهداية، المرغيناني: (٢٣٨/١).

^(٥) انظر أحكام القرآن، ابن العربي: (١٥٩/٤).

١. عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة، ورجل برجل والموالي بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة، ورجل برجل، إلا حائك أو حجام».^(١)
٢. عَنْ جَابِرٍ رضي الله عنه قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا تُنْكَحِ النِّسَاءَ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ، وَلَا يُزَوَّجُهُنَّ إِلَّا الْأَوْلِيَاءُ، وَلَا مَهْرَ دُونَ عَشْرَةِ دِرَاهِمٍ».^(٢)
٣. عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال له: «يا علي ثلاث لا تؤخرها الصلاة إذا آتت والجنائز إذا حضرت والأيم إذا وجدت لها كفناً».^(٣)

هذه الأحاديث صريحة في اشتراط الكفاءة في الزواج.

٤. ما روي عن فاطمة بنت قيس^(٤) أنها قالت للنبي ﷺ إِنَّ مَعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سَفْيَانَ، وَأَبَا جَهْمَ خُطْبَانِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَمَا أَبُو جَهْمَ، فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ، وَأَمَا مَعَاوِيَةُ فَضَعْلُوكَ لَا مَالَ لَهُ، أَنْكِحِي أَسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ» فَكَرِهَتْهُ، ثُمَّ قَالَ: «أَنْكِحِي أَسَامَةَ»، فَكَرِهَتْهُ، فَجَعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا، وَاجْتَبَطَتْ بِهِ.^(٥) وفاطمة بنت قيس كانت قرشية أما أسامة بن زيد فقد كان من الموالى.^(٦)
٥. عن عائشة رضي الله عنها: أَنَّ أَبَا حذيفة بن عُتبة بن ربيعة بن عبد شمس، وكان ممن شهد بدرًا مع النَّبِيِّ ﷺ، تَبَيَّنَ سَلَامًا، وَأَنْكَحَهُ بِنْتُ أَخِيهِ هِنْدًا بِنْتُ الْوَلِيدِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ رَبِيعَةَ وَهُوَ مَوْلَى لَامِرَاءَ مِنَ الْأَنْصَارِ.^(٧)

(١) السنن الكبرى، البيهقي، كتاب النكاح، باب اعتبار الصنعة في الكفاءة، (١٣٧٦٩) (٢١٧/٧)، وقال: حديث ضعيف.

(٢) مسند أبي يعلى، أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي، الموصلي (المتوفى: ٣٠٧هـ)، المحقق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م: مسند جابر بن عبد الله، (٢٠٩٤) (٧٢/٤)، يقول المحقق حسين سليم أسد: إسناده ضعيف.

(٣) سنن الترمذي، أبواب الطهارة، باب الوقت الأول من الفضل، (١٧١) (٣٢٠/١)، وقال: غريب حسن.

(٤) فاطمة بنت قيس بن خالد الأكبر بن وهب بن ثعلبة بن وائلة بن عمرو بن شيبان بن محارب بن فهر القرشية الفهرية أخت الضحاك ابن قيس، قيل: كانت أكبر منه بعشر سنين، أسد الغابة، ابن الأثير: (٧١٩٣) (٢٢٤/٧).

(٥) صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، (١٤٨٠) (١١١٤/٢).

(٦) انظر المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي بيروت، ط: الثانية، ١٣٩٢هـ: (٩٨/١٠).

(٧) صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، (٥٠٨٨) (٧/٧).

في هذين الحدين دلالة على صحة الزواج مع التنازل عن حق الكفاءة.

ومجموع الأحاديث التي اشترطت الكفاءة مع الأحاديث التي بينت التنازل عنها تدل على أن الكفاءة معتبرة في عقد الزواج إلا أنها غير لازمة، بمعنى أنه يمكن إسقاطها والتنازل عنها.

ج. المعقول: لا تنتظم الحياة الأسرية إلا إذا كان هناك تكافؤ بين الزوجين وتقارب في بعض الصفات من أجل تحقيق السعادة الزوجية ودوام الألفة وتجنباً للشقاق والفرقة.^(١)

واستدل صاحبان على اعتبار الكفاءة من جانب الرجل في الوكالة المطلقة بالاستحسان، فإن كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بكفاءة.^(٢)

٣ . الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

رواية الحسن^(٣) من الحنفية^(٤) ومذهب المتقدمين من الحنابلة^(٥) أن الكفاءة شرط صحة فإن زوجت المرأة نفسها بغير كف أو زوجها وليها ولم ترض بذلك فالعقد باطل غير صحيح.

ثانياً_ من تعتبر له الكفاءة:

نص قانون الاحوال الشخصية السوري في المادة (٢٩) على أن: " الكفاءة حق خالص للمرأة والولي"، وجاء في المادة (٢٧) " إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفوفاً لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح" .

١ . المستند الفقهي للمادة:

(١) انظر حاشية الدسوقي: (٢/٢٤٩).

(٢) انظر الهداية، المرغيناني: (١/٢٣٨).

(٣) الحسن بن زياد اللؤلؤي، صاحب الإمام أبي حنيفة، نسبته إلى بيع اللؤلؤ، من أهل الكوفة، أخذ عن أبي يوسف وغيره، كان ميالاً للأخذ بالنسبة مقدماً في السؤال والتفريع. ولي القضاء بالكوفة ثم استعفى منه، توفي سنة ٢٠٤هـ، من كتبه: أدب القاضي ومعاني الإيمان./الجواهر المضية، عبد القادر القرشي: (١/١٩٣).

(٤) حاشية بن عابدين: (٣/٨٤).

(٥) الإنصاف، المرداوي: (٨/١٠٦).

استند القانون في المادة (٢٩) إلى ما اتفق عليه الأئمة الأربعة^(١) من أن الكفاءة حق مشترك بين المرأة وأوليائها، فإن زوجها الولي بغير كفاء كان لها حق الفسخ، وكذلك إن تزوجت الكبيرة عند الحنفية بغير كفاء كان للولي حق الفسخ، وقد نصت على ذلك المادة (٢٧) فجاء فيها: "إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفوّاً لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح"، فباعتبار أن الكفاءة حق للمرأة فلها أن تسقطه وتتنازل عنه بقبولها بغير الكفاء إلا أن ذلك لا يسقط حق الولي في الكفاءة.

استند قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٧) إلى قول الإمام أبي حنيفة والإمام أبي يوسف في ظاهر الرواية وزفر^(٢) بأن للمرأة البالغة العاقلة أن تباشر عقد زواجها بنفسها وإن لم يعقد لها ولي أو يأذن به لتصرفها في خالص حقها وهي من أهلها لكن للولي حق الاعتراض إن كان الزوج غير كفاء وله التفريق بينهما، إذ الكفاءة حق مشترك بين المرأة والأولياء صيانة لهم عن مصاهرة من لا يكافئهم، ودفعاً لضرر العار عنهم، والتفريق يكون للقاضي وما لم يفرق تبقى أحكام الزواج ثابتة، فإن فرق بينهما يكون فسحاً للعقد لا طلاقاً، ويبقى حق الأولياء بالفسخ قائماً مهما طالّت المدة عند الحنفية، لأنه حق ثابت للولي فلا يسقط بالسكوت لاحتمال تأخيره إلى وقت يختار فيه الخصومة، فيبقى قائماً ما لم تحمل فإن حملت سقط رعاية الولد وحفظاً له،^(٣) وهو ما نصت عليه المادة (٣٠) "يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت المرأة".

الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدلت المادة على اعتبار الكفاءة حقاً للولي والمرأة بالأدلة السابقة الواردة في مشروعية الكفاءة، كما استندت إلى الدليل العقلي، إذ أن الأولياء عادةً يعيرون بمصاهرة من لا يناسبهم، كما أن للكفاءة تأثيراً أكبر على الزوجة، لأن المرأة الشريفة تأبى العيش مع الخسيس، ولأنها تنتقل للعيش مع زوجها فلا بد من اعتبار الكفاءة من جانبها لتستطيع التكيف مع حياتها، ضماناً لاستمرار الرابطة الزوجية ودوام المودة.^(٤)

المصلحة: دليل على سقوط حق الولي بالفسخ لعدم الكفاءة عند الحمل حفاظاً على حق الطفل

^(١) انظر المبسوط، السرخسي: (٢٥/٥)، حاشية الدسوقي: (٢٤٩/٢)، مغني المحتاج، الشربيني: (٢٧٠/٤)، كشف القناع، البهوتي: (٦٧/٥).

^(٢) انظر الاختيار، الموصلي: (٨٧/٣).

^(٣) انظر الباب، الغنيمي: (١٤٨/٢).

^(٤) انظر المبسوط، السرخسي: (٢٦/٥)، بدائع الصنائع، الكاساني: (٣١٧/٢).

وصوناً له من الضياع والتشتت الأسري، إذ مصلحة الطفل مقدمة على مصلحة اعتبار الكفاءة، مما يجعل الإبقاء على الزواج خيراً من فسخه،^(١) تبعاً للقاعدة الفقهية: "الضرر لا يزال بالضرر"،^(٢) و "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف".^(٣)

ثالثاً_ وقت اعتبار الكفاءة:

تعتبر الكفاءة عند إنشاء العقد ولا يشترط استمرارها، وهو ما نصت عليه المادة (٣١) من قانون الأحوال الشخصية السوري: "تراعى الكفاءة عند العقد ولا يعتبر استمرارها فلا يؤثر زوالها بعده"، مستندة في ذلك إلى المذهب الحنفي^(٤) والشافعي^(٥) فلو تزوج رجل من امرأة وكان كفواً لها عند العقد بأن كان صالحاً ثم أصبح فاسقاً أو كان غنياً فافتقر أو ذو حرفة شريفة فامتحن حرفة لا تكافئ الزوجة فالزواج صحيح ولا يفسخ لزوال الكفاءة، لأن العقد قد تقرر وتم بشروطه وأركانه، ولأنه لو اشترط استمرار الكفاءة لما استمر عقد من عقود الزواج لتقلب أحوال الناس وتغير ظروفهم وفي ذلك حرج ومشقة على الزوج بما يعود سلباً على استقرار الأسر.^(٦)

ووافقهم الحنابلة^(٧) في الأولياء فقط فليس لهم حق فسخ الزواج لزوال الكفاءة، لأن حقهم في ابتداء العقد لا في استدامته، بخلاف الزوجة فلها الفسخ بعد العقد بزوال الكفاءة.

رابعاً_ الغرر في الكفاءة:

الغرر في الكفاءة يفسد عقد الزواج وهو ما نصت عليه المادة (٣٢) من قانون الأحوال الشخصية

(١) انظر التذكرة في القضاء الشرعي، أبو جيب: (٥٤٨/١).

(٢) المنثور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م: (٣٢٢/٢).

(٣) شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا: (١٩٩).

(٤) انظر حاشية ابن عابدين: (٨٤/٣).

(٥) انظر تحفة المحتاج، الرملي: (٢٧٨/٧).

(٦) انظر الفتاوى الهندية: (٢٩١).

(٧) كشف القناع، البهوتي: (٦٧/٥).

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

١ . المستند الفقهي للمادة:

استند قانون الأحوال في المادة (٣٢) إلى المذهب الحنفي^(١) فلو اشترطت على الزوج الكفاءة عند العقد فانتسب إلى غير نسبه أو ادعى من الصفات ما ليس فيه ثم تبين بعد العقد أنه ليس كفئاً فللولي والمرأة حق الاعتراض وطلب الفسخ، فإن كان النسب أو الحرفة وغير ذلك من الصفات المكتومة أفضل مما أظهره الزوج فلا خيار لهما كما لو اشترى شيئاً معيباً فإذا هو سليم، أما لو كان العكس بأن كان ما أخفاه دون ما أظهره فلهما الخيار، ومن رضي من الزوجة أو الأولياء يبقى الخيار للآخر.

وإن كانت الصفات المكتومة أقل مما أظهره الزوج لكن مع ذلك يبقى كفئاً للزوجة فالخيار للزوجة فقط دون الأولياء، لأنه كفء لهم فلا يلحقهم العار، أما الزوجة فقد اشترطت زيادة منفعة وقد فانت فلها الخيار.

٢ . الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الحنفية على صحة العقد إن كان النسب المكتوم أفضل بالقياس على عقود المعاملات، كمن اشترى سلعة عل أنها معيبة ثم ظهرت سلامتها من العيب فالعقد صحيح، وعلى العكس فلها الخيار إن لم يكن كفئاً كمن اشترى سلعة على أنها سليمة فبانت معيبة.

كما استدلو بالقياس أيضاً على عقود المعاملات في حال كان النسب المكتوم أقل لكن يبقى الزوج مع ذلك كفئاً كما لو استأجرت أجيراً واشترطت فيه صفات زائدة كأن يكون خبازاً فوجدته لا يحسنه.^(٢)

خامساً_ معايير الكفاءة:

نص الأئمة الأربعة^(٣) على مجموعة من الصفات باعتبارها معياراً للكفاءة في زماهم، اتفقوا في بعضها واختلفوا في بعضها الآخر، وهي:

(١) انظر الاختيار، الموصلي: (٨٨/٣).

(٢) المرجع السابق.

(٣) حاشية ابن عابدين: (٩٠/٣)، بدائع، الكاساني: (٣٢٠/٢)، حاشية الدسوقي: (٢٤٨/٢)، مغني المحتاج، الشربيني: (٢٧٤/٤)، الإنصاف، المرداوي: (١٠٧/٨)، كشف القناع، البهوتي: (٦٨/٥).

١. **التدين والصالح:** اتفق الأئمة الأربعة على اشتراط التدين فلا يعتبر الفاسق كفئاً للصالحة العفيفة أو بنت الصالح، لأن التعيير بالفسق أشد وجوه التعيير، وخالف في ذلك الإمام محمد من الحنفية فقال: لا تعتبر الكفاءة في الدين، لأنها من أمور الآخرة والزواج من أمور الدنيا إلا إذا كان فسقه فاحشاً.
 ٢. **النسب:** تعتبر الكفاءة في النسب عند جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة خلافاً للمالكية فلم يعتبروها من خصال الكفاءة إنما يندب إليها فقط.
 ٣. **المال:** وهو أن يكون مالكاً للمهر والنفقة وهذا عند الحنفية والحنابلة خلافاً للأصح عند المالكية والشافعية، لأن المال يغدو ويروح ولا يفتخر فيه أهل المروءات.
 ٤. **الحرفة:** وهي من شروط الكفاءة عند الصاحبين من الحنفية وإحدى الروايتين عند الإمام أبي حنيفة والشافعية والحنابلة، خلافاً للمالكية.
 ٥. **السلامة من العيوب:** وهي من الخصال المعتبرة في الكفاءة عند المالكية والشافعية بخلاف الحنفية والحنابلة فلم يعتبروها من الكفاءة عند عقد الزواج.
- أما قانون الأحوال الشخصية السوري فإنه لم يحدد وصفاً معيناً للكفاءة وترك ذلك للعرف فنص في المادة (٢٨) على أنه: "العبرة في الكفاءة لعرف البلد".

١ . المستند الفقهي والدليل للمادة:

استند قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٨) إلى الدليل الذي استند إليه الفقهاء في تحديد عناصر الكفاءة وهو العرف، إذ قد يستجد من الصفات ما لم يكن في عصر الأئمة وقد تندثر بعض الصفات أو تصبح غير مهمة ولا يلتفت لها في عصرنا هذا.

وقد نصت المذاهب الفقهية على أهمية العرف ودوره في تحديد بعض صفات الكفاءة من ذلك:

المذهب الحنفي: يقول الكاساني: ^(١) " فَلَا يَكُونُ الْفَقِيرُ كُفًّاً لِلْعِنْيَةِ؛ لِأَنَّ التَّفَاخُرَ بِالْمَالِ أَكْثَرُ مِنْ

^(١) أبو بكر بن مسعود بن أحمد، علاء الدين. منسوب إلى كاسان بلدة بالترستان، من أئمة الحنفية، كان يسمى ملك العلماء، أخذ عن علاء الدين السمرقندي وشرح كتابه المشهور (تحفة الفقهاء) تولى بعض الأعمال لنور الدين الشهيد. وتوفي بحلب سنة ٥٨٧هـ / الجواهر المضية، عبد القادر القرشي: (٢/٢٤٤).

التَّفَاخُرُ بِغَيْرِهِ عَادَةٌ، وَخُصُوصًا فِي زَمَانِنَا هَذَا".^(١)

فقوله عادة أي ما اعتاده الناس وتعارف عليه، مما يدل على اعتبار عرف زمانهم في اشتراط التكافؤ في المال بين الزوجين.

المذهب المالكي: جاء في الذخيرة: " قال اللخمي: ^(٢) الْعَرَبِيُّ كَفءٌ لِلشَّرِيفَةِ فَإِنَّهُ لَا يَشِينُهَا أَمَّا الْبَرَبِيُّ وَالْمَوْلَى فَكَفءٌ إِنْ كَانَتْ فَقِيرَةً لِأَنَّ النَّسَبَ سَاقِطٌ مَعَ الْفَقْرِ عَادَةً وَأَمَّا الْغَنِيُّ فَإِنْ كَانَتْ عَادَةً بَلَدِهَا عَدَمَ الْمَعَرَّةِ بِذَلِكَ وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ بَابِ الْأَوَّلَى زُوجَتْ" ^(٣) فهنا نظر إلى عادة البلدة في معايير النسب مما يدل على اعتبار العرف في تحديد بعض صفات الكفاءة.

المذهب الشافعي: جاء في أسنى المطالب: " تُرَاعَى الْعَادَةُ فِي الْحَرْفِ وَالصَّنَائِعِ فَإِنْ الزَّرَاعَةُ فِي بَعْضِ الْبِلَادِ أَوْلَى مِنَ التِّجَارَةِ وَفِي بَعْضِهَا بِالْعَكْسِ ... وَإِذَا شَكَّ فِي الشَّرَفِ وَالِدَنَاءَةِ ... فَالْمَرْجِعُ عَادَةُ الْبَلَدِ".^(٤) وفي تحفة المحتاج: " وَمَا لَمْ يُنْصُوا عَلَيْهِ يُعْتَبَرُ فِيهِ عُرْفُ الْبَلَدِ".^(٥)

المذهب الحنبلي: يقول ابن قدامة^(٦) عند شرط اليسار في الكفاءة: " لِأَنَّ ذَلِكَ مَعْدُودٌ نَقْصًا فِي عُرْفِ النَّاسِ، يَتَفَاضِلُونَ فِيهِ كَتَفَاضُلِهِمْ فِي النَّسَبِ وَأَبْلَغَ".^(٧)

^(١) بدائع الصنائع: (٣١٩/٢).

^(٢) اللخمي (٤٧٨هـ) هو علي بن مُجَدِّدِ الرُّبَيْعِي، أَبُو الْحَسَنِ، المعروف باللخمي: فقيه مالكي، له معرفة بالأدب والحديث، فيرواني الأصل نزل صفاقس وتوفي بها، صنف كتباً مفيدة، من أحسنها تعليق كبير على المدونة، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (ت: ٥٤٤هـ)، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، الطبعة: الأولى: (١٠٩/٨).

^(٣) الذخيرة، القرافي: (٢١٦/٤).

^(٤) زكريا الأنصاري: (١٣٨/٣).

^(٥) ابن حجر الهيتمي: (٢٨١/٧).

^(٦) ابن قدامة (٥٤١ هـ - ٦٢٠ هـ) عبد الله بن مُجَدِّدِ بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، أبو مُجَدِّدٍ، موفق الدين، من أكابر الحنابلة، ولد في جماعيل من قرى نابلس، وتعلم في دمشق، ورحل إلى بغداد سنة ٥٦١ هـ، فأقام نحو أربع سنين وعاد إلى دمشق وتوفي فيها. ذيل طبقات الحنابلة للسلامي: (٢٨١/٣).

^(٧) المغني: (٣٧/٧).

وقد جاء في الحديث: «العرب بعضهم لبعض أكفاء»، إلا حائكاً، أو حجّاماً»^(١) قيل لأحمد: وكيف تأخذ به وأنت تُضعّفه؟ قال: العمل عليه، يعني أنه ورد موافقاً لأهل العرف.^(٢)

فجميع هذه النصوص تدل على اعتبار العرف لدى الأئمة الأربعة في تحديد صفات الكفاءة ونظراً لتغير العرف من زمن إلى آخر ومن بلدة إلى أخرى في زمن واحد لم يحدد القانون معايير الكفاءة إنما أحالها لعرف البلد، خاصة ما كان متغيراً منها ويتبع عادة البلد.

٢ . ما يلاحظ على هذه المادة:

وجود بعض خصال للكفاءة ثابتة لا تتأثر باختلاف الأعراف في كل زمان ومكان، ولا يمكن تجاهلها لما لها من أثر على الحياة الزوجية وقد اتفق عليها الأئمة الأربعة وهو شرط الدين، والمقصود به التدين والصلاح وسكت عنها القانون إذ كان الأجدر تقنينها حفاظاً على استقرار الأسرة المسلمة وحمايتها من الشقاق والانحلال، وتنشئة الأولاد على الدين والاستقامة.

وقد تعرض القانون لبعض عناصر الكفاءة التي نص عليها الفقهاء في مواد أخرى وهي:

١ . السلامة من العيوب: فقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري على موضوع السلامة من العيوب في المواد (١٠٥ - ١٠٨) فأعطى الحق للزوجين بفسخ العقد إن أصيب أحدهما بعيبٍ منفرٍ يمنع استدامة الحياة الزوجية أو يضر بها.

٢ . فارق السن بين الزوجين: بأن لا يكون أحد الزوجين يكبر الآخر بفارق كبير فقد اعتبر الماوردي والرويانى هذا التباين الكبير مؤثراً على الكفاءة لانعدام المقصود بالحياة الزوجية.^(٣)

وتناول قانون الأحوال الشخصية ذلك في المادة (١٩) إلا أن القانون لم يجعله من باب الكفاءة فليس للزوجين حق التنازل عنه إن رأى القاضي المنع من إجراء ذلك الزواج لانعدام المصلحة.

يلاحظ على هذه المواد أن مصدرها المذهب الحنفي وإن كان يتفق بعضها مع المذاهب الأخرى إلا أن

(١) سبق تخريجه: (ص ١٥٠).

(٢) المغني، ابن قدامة: (٣٨/٧).

(٣) الحاوي الكبير، الماوردي: (١٠٦/٩)، روضة الطالبين للنووي: (٨٣/٧).

ضرورة تحديد المذهب الحنفي باعتباره مرجعاً ومستنداً للاختيار القانوني تكمن في معرفة المرجع الفقهي لفروع هذه المسائل مما لم يرد به نص قانوني عملاً بالمادة (٣٠٥) مكرر.

الفصل الثالث

تأصيل المواد المتعلقة بالمحرمات في الزواج وأنواع العقد

المبحث الأول: المحرمات في الزواج

المبحث الثاني: أنواع عقد الزواج

الفصل الثالث: تأصيل المواد المتعلقة بالحرّمات في الزواج وأنواع العقد

إذا استوفى العقد عند إنشائه شروط انعقاده وصحته ترتب عليه جميع آثاره الشرعية التي رتبها الشارع على ذلك العقد، ومن شروط انعقاده أن يكون كل من الزوجين حلاً للآخر، وإن لم يستوف العقد بعض الشروط وكان قد وقعت علاقة بين المتعاقدين فإن الشارع وضع أحكاماً تنظم هذه العلاقة باعتبارها أمراً واقعاً، ومن هنا يتنوع العقد حسب الشرط المتخلف ليصبح إما فاسداً أو باطلاً أو موقوفاً، ولكل منها آثارٌ بيّن الشارع أحكامها ونصّ عليها القانون في المواد (٤٧) إلى (٥٢) وسيتم عرضها وبيان مستنداتها الشرعي وفق ما يلي:

المبحث الأول: تأصيل الاختيارات في الحرّمات في الزواج

الحرمة في الزواج إما أن تكون مؤبدة أو مؤقتة، وفيما يلي بيان للأنواع الحرمة في قانون الأحوال الشخصية السوري مع ذكر مستنداتها الشرعي.

المطلب الأول: الحرّمات المؤبدة

الحرّمات المؤبدة هي الأصناف التي يحرم الزواج بها على التأييد، ويقع التحريم المؤبد بإحدى ثلاث جهات: النسب والرضاع والمصاهرة، وسيتم بيان الاختيار التشريعي لكل قسم وفق ما يلي:

أولاً-الحرّمات من النسب:

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

١. المستند الفقهي للمادة:

أجمع الأئمة^(١) على ثبوت حرمة النسب في هذه الأصناف:

أ- أصول الشخص وإن علون، كالألمهات والجدات أم الأم وأم الأب مهما علون.

^(١)الإقناع، ابن المنذر: (٣٠٥/١)، وانظر بدائع الصنائع للكاساني: (٢٥٧/٢)، التاج والإكليل، المواق: (١٠٨/٥)، مغني المحتاج للشربيني: (٢٨٦/٤)، كشاف القناع للبهوتي: (٦٩/٥).

- ب- فروع الشخص وفروع فروعه وإن نزلن، كالبنيات وبنات البنت وبنات الابن وبناتهن مهما نزلن.
- ج- فروع الأبوين وفروع فروعههم وإن نزلن، كالأخوات وبناتهن وبنات إخوته وإن نزلن ولا فرق بين الأخت أو الأخ الشقيق أو لأب أو لأم.
- د- فروع الأجداد والجندات لطبقة واحدة وهنَّ العمات والخالات دون فروعهن.

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

ثبتت حرمة النسب في القرآن الكريم والإجماع:

- أ- ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾ ، [النساء: ٢٣].

تدل الآية على تحريم الزواج من هذه الأصناف القريب والبعيد من كل نوع منها فتحرم الأم وإن علت والبنت وإن سفلت والأخت من أي جهة كانت.^(١)

- ب- الإجماع: أجمع أهل العلم على تحريم الزواج بالأصناف المذكورة في الآية.^(٢)

ثانياً- المحرمات من المصاهرة:

نصت المادة (٣٤) من قانون الأحوال الشخصية السوري على الأصناف المحرمة بسبب المصاهرة فجاء فيها: "يحرم على الرجل:

زوجة أصله أو فرعه وموطوءة أحدهما.

أصل موطوءته وفرعها وأصل زوجته".

تتحقق المصاهرة في أربعة أصناف من النساء وفيما يأتي بيان لمستنداتها الشرعي:

^(١) انظر تفسير النسفي، (مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (ت: ٧١٠هـ)، حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بديوي، راجعه وقدم له: محيي الدين ديب مستو، دار الكلم الطيب، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م: (٣٤٥/١).

^(٢) الإقناع، ابن المنذر: (٣٠٥/١)، فتح القدير، ابن الهمام: (٢٠٩/٣).

١. المستند الفقهي للمادة:

استندت المادة (٣٤) إلى ما أجمع عليه الأئمة الأربعة^(١) في ثبوت حرمة المصاهرة بعقد الزواج الصحيح للأصناف الآتية:

أ- زوجة أصل الشخص وموطوءته كزوجة الأب وزوجة الجد مهما علا ومن أي جهة كان سواء أبو الأب أو أبو الأم.

ب- زوجة فرع الشخص وموطوءته كزوجة الابن أو ابن الابن أو زوجة ابن البنت مهما نزلوا.

ج- أصل زوجة الشخص وتشمل أم الزوجة وجداتها مهما اختلفت الجهات كأم الأم وأم الأب مهما علون تحرم بمجرد العقد الصحيح، ومثلها أصل موطوءته.

د- فرع زوجة الشخص التي دخل بها وهي بنت الزوجة وبنت بنتها وبنت ابنها مهما نزلن، ومثلها فرع موطوءته. وما عدا ذلك من المحرمات تثبت حرمة المصاهرة بمجرد تمام العقد الصحيح.

ويشير قانون الأحوال الشخصية في قوله وموطوءته إلى المدخول بها بعقد فاسد أو باطل أو زنا مستنداً في ثبوت الحرمة بالزنا والموطوءة بشبهة إلى ما ذهب إليه الحنفية^(٢) والحنابلة^(٣) فمن زنا بامرأة حرم عليه أصولها مهما علون وفروعها مهما نزلن، وحرمت على أصوله مهما علوا وعلى فروعها مهما نزلوا، ومن زنا بأم زوجته حرمت عليه زوجته حرمة مؤبدة.

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على حرمة المصاهرة وثبوت الحرمة بالعقد الفاسد والزنا بما يلي:

أ- القرآن الكريم:

١ . قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ

^(١) الإقناع، ابن المنذر: (٣٠٥/١)، وانظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٥٨/٢)، التاج والإكليل، المواق: (١٠٩/٥)، مغني المحتاج، الشريبي: (٢٨٦/٤)، كشاف القناع، البهوتي: (٧٠/٥).

^(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٦٠/٢-٢٦١).

^(٣) كشاف القناع، البهوتي: (٧٢/٥)، الإنصاف، المرداوي: (١١٦/٨-١١٧).

تَكُونُوا دَخَلْتُمْ مِنْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴿٢٣﴾ [النساء: ٢٣].

تنص الآية على تحريم أم الزوجة مدخولاً بها أو لا وهو مجمع عليه عند الأئمة الأربعة، كما تحرم على الرجل بنت امرأته إن دخل بها، وامرأة ابنه.^(١)

٢ . وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٢٢].

يقع النكاح للوطء حقيقة، فالآية نص في تحريم موطوءة الأب على الابن فالتقييد بكون الوطء حلالاً زيادة.^(٢)

عن ابن عباس، قَوْلُهُ: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢]، يقول: (كل امرأة تزوجها أبوك وابنك دخل أو لم يدخل فهي عليك حرام).^(٣)

ب- **السنة المطهرة:** قال رجل: يا رسول الله، إني زنيت بامرأة في الجاهلية أفأنكح ابنتها؟ فقال النبي ﷺ «لا أرى ذلك ولا يصلح ذلك أن تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما اطلعت عليه منها». ^(٤)

الحديث صريح في ثبوت الحرمة بالوطء ولو كان من زنا.

ج- **القياس:** إن علة التحريم هي الوطء الذي هو سبب الجزئية بواسطة الولد، فيتعلق به التحريم قياساً على الوطء الحلال، والجزئية علة صالحة لإثبات التحريم، فالإنسان كما لا يستمتع بنفسه لا يستمتع بجزئه.^(٥)

^(١) البحر الرائق، ابن نجيم: (١٠٠/٣).

^(٢) المبسوط، السرخسي: (٢٠٥/٤).

^(٣) جامع البيان، الطبري: (٥٥٠/٦).

^(٤) مصنف عبد الرزاق، باب الرجل يزني بالمرأة ثم يتزوجها، قال ابن الهمام في فتح القدير: وهو مرسل ومنقطع، وفيه أبو بكر بن عبد الرحمن بن أم حكيم، إلا أن هذا لا يقدح عندنا إذا كانت الرجال ثقات، (٢٢١/٣).

^(٥) المبسوط، السرخسي: (٢٠٧/٤)، فتح القدير، ابن الهمام: (٢٢٠/٣).

د- الإجماع: أجمع العلماء على تحريم الزواج بالأصناف التي ذكرتها آية التحريم.^(١)

٣. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب المالكية^(٢) والشافعية^(٣) إلى عدم ثبوت الحرمة بالزنا فمن زنا بامرأة جاز له أن يتزوج أصولها وفروعها وجازت هي لأصوله وفروعه، ولو زنا ببنت امرأته لم تحرم عليه بنتها وبالعكس، وتثبت الحرمة بالموطوءة بشبهة عند المالكية وكل وطء لا يوجب الحد كزواج المعتدة والخامسة غير عالم بفساده.

ثالثاً- المحرمات من الرضاع:

إذا رضع الطفل من امرأة ثبت له الحرمة المؤبدة لبعض الأصناف الآتي ذكرها، إلا أنه لا بدّ من توافر بعض الشروط حتى يثبت التحريم، وفيما يلي تفصيل ذلك:

١. الأصناف المحرمة من الرضاع:

أ. المستند الفقهي للمادة:

تثبت الحرمة بالرضاع بإجماع الفقهاء^(٤) وقد بين قانون الأحوال الشخصية السوري أصناف المحرمات من الرضاع مستنداً إلى تصنيف المذهب الحنفي^(٥) فجاء في المادة (٣٥) الفقرة (١): "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا الآتي:

أ- أم أخيه وأم أخته.

ب- أخت ابنه وأخت ابنته.

(١) الإقناع، ابن المنذر: (٣٠٥/١).

(٢) حاشية الصاوي: (٤٠٥/٢).

(٣) نهاية المحتاج، الرملي: (٢٧٢/٦).

(٤) تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو ٥٤٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م: (٢٣٥/٢)، الفواكه الدواني، النفراوي: (٩١/١)، روضة الطالبين، النووي: (١٠٩/٧)، الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة: (٢٧/٣).

(٥) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٦٢/٢).

ج- وجدة ابنه وجدة ابنته.

د- أم عمه وأم عمته.

هـ- أم خاله وأم خالته.

و- عمة ابنه وعمة ابنته.

ز- بنت عمة ابنه وبنت عمة ابنته.

ح- بنت أخت ابنه وبنت أخت ابنته.

فكما يحرم بالنسب الأصول والفروع وفروع الوالدين وفروع الأجداد لطبقة واحدة كذلك إن رضع طفل من امرأة يحرم عليه من الرضاع أصوله أي أمه وجداته من الرضاع، وفروعه أي بنته من الرضاع وبنتها وبنت ابنه وبنتها مهما نزلن، وفروع أبويه أي أخواته رضاعاً وبناتهن وبنت أخيه رضاعاً مهما نزلن، وفروع الجد لطبقة واحدة وهن العمات والخاللات من الرضاع.

واستثنى القانون بعض الصور من المحرمات من النسب فأجاز الزواج بمن مع الرضاع تبعاً لما ذهب إليه الحنفية: (١)

فأجاز زواج الرجل بأم أخيه من الرضاع إذ لا تربطه بها أي علاقة، ولا يجوز من النسب، لأنها إما أن تكون أمه أو زوجة أبيه، وكذلك أخت ابنه وأخت ابنته، لا يجوز من النسب ويجوز من الرضاع، لأنها إما أن تكون ابنته أو بنت زوجته المدخول بها، وجدة ابنه وجدة ابنته، لأنها إما أن تكون أمه أو أم زوجته، وأم عمه وأم عمته، لأنها إما أن تكون جدته أو زوجة جده، ومثلها أم خاله وأم خالته، لأنها إما جدته أم الأم أو زوجة الجد، وعمة ابنه وعمة ابنته فهي في النسب أخته، وبنت عمة ابنه وبنت عمة ابنته فتكون قرابتها من النسب ابنة أخته، وبنت أخت ابنه وبنت أخت ابنته يجوز الزواج بها من الرضاع ولا يجوز من النسب، لأنها تكون في النسب حفيدته ابنة الابن أو ابنة البنت.

ولا داعي لهذا التفصيل، إذ يمكن اختصار ذلك بالقول بأن التحريم من الرضاع يثبت حكمه للرضيع فقط دون سائر أقاربه النسبيين، وما ذكره الحنفية ليس استثناءً إنما لم يتحقق فيهم سبب التجريم، إذ الرضيع هو من تحقق فيه شرط التحريم بدخول الحليب إلى جوفه، فأصبح كالابن النسبي، فكل المحرمات من النسب للابن النسبي تثبت في حق الولد من الرضاع، أما عدا ذلك من أقارب النسب للرضيع فيبقون على الأصل من عدم

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: (٣/٤).

ثبوت حرمة الزواج لعدم تحقق سببها فلا يوجد بينهم قرابة نسبية ولا رضاع.^(١)

لم يذكر القانون حرمة المصاهرة بالرضاع، وقد اتفق الأئمة الأربعة^(٢) على ثبوت الحرمة قياساً على النسب، كمن تزوج امرأة ولها أم من الرضاع، فتحرم عليه بالعقد الصحيح كالأم النسبية، ومن تزوجت رجلاً يحرم عليها كل أب أو ولد له من نسب أو رضاع، وخالف ابن تيمية وابن القيم^(٣) ما اختاره الأئمة، وقالوا بعدم ثبوت حرمة المصاهرة بالرضاع؛ إذ لم يرد فيها نص في القرآن ولا في السنة، ويرى الدكتور الصابوني أن القانون استند إلى رأي ابن تيمية وابن القيم في هذه المادة، واختار ما ذهب إليه من أن الحرمة قاصرة على النسب دون المصاهرة، ولا مجال للرجوع للمذهب الحنفي؛ لأن النص صريح في تحديد حرمة الرضاع بالنسب ولم يذكر المصاهرة وهذا يتوافق مع مذهب ابن تيمية.^(٤)

لكن نص المادة يؤكد أن القانون استند في حكمها إلى المذهب الحنفي؛ إذ المستثنيات من النسب انفرد بذكرها الحنفية، ومن المستبعد أن يكون القانون أخذ حكم المسألة من مذهب ومستثنياتها من مذهب آخر، لذلك وعملاً بالمادة (٣٠٥) مكرر فإن حكم المصاهرة من المسكوت عنه ويجب الرجوع فيه إلى المذهب الحنفي.

ب. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على ثبوت التحريم بالرضاع بالقرآن والسنة والإجماع:

١ . القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾، [النساء: ٢٣].

(١) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية، د. محمد الحسن البغا: (١٥٤).

(٢) انظر فتح القدير، ابن الهمام: (٤٤١/٣)، حاشية الدسوقي: (٥٠٣/٢)، مغني المحتاج، الشرييني: (٢٨٦/٤)، المغني، ابن قدامة: (١١١/٧).

(٣) الفتاوى الكبرى، ابن تيمية: (٤٥٨/٥)، زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط: السابعة والعشرون، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م: (٤٩٥/٥).

(٤) فتح القدير، ابن الهمام: (٤٤١/٣)، الفتاوى الكبرى، ابن تيمية: (٤٥٨/٥).

تدل الآية على أن الله تعالى أنزل الرضاعة منزلة النسب في التحريم.^(١)

٢ . السنة: عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: قال النبي ﷺ في بنت حمزة: «لَا تَحِلُّ لِي، يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ، هِيَ بِنْتُ أَخِي مِنَ الرِّضَاعَةِ».^(٢)

يدل الحديث على ثبوت الحرمة المؤبدة من الرضاع كنبوتها من النسب.

٣ . الإجماع: أجمع الفقهاء على ثبوت الحرمة من الرضاع، جاء في تحفة الفقهاء: " والتحریم في جانب المرضعة مجمع عليه".^(٣)

٢ . شروط التحريم:

أ - المستند الفقهي للمادة:

نصت المادة (٣٥) الفقرة (٢) على شروط التحريم من الرضاع فجاء فيها: "يشترط في الرضاع للتحريم أن يكون في العامين الأولين وأن يبلغ خمس رضعات متفرقات يكتفي الرضيع في كل منها قل مقدارها أو كثر"، وقد ذهب الأئمة الأربعة^(٤) إلى أن الرضاع المحرم يكون خلال أول سنتين من عمر الطفل الرضيع.

كما استندت المادة في عدد الرضعات إلى مذهب الشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) في الراجح عندهم، فقالوا: يجب أن يرضع الطفل خمس رضعات ولا يشترط كونها مشبعات إنما يجب أن يترك الثدي بإرادته لا لتنفس أو استراحة أو شغله شيء عن الرضاعة.

(١) تفسير النسفي: (٣٤٦/١).

(٢) صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب والرضاع، (٢٦٤٥) (١٧٠/٣).

(٣) علاء الدين السمرقندي: (٢٣٥/٢).

(٤) فتح القدير، ابن الهمام: (٤٤١/٣)، حاشية الدسوقي: (٥٠٣/٢)، مغني المحتاج، الشريبي: (١٢٧/٥) وما بعدها، المغني، ابن قدامة: (١٧٨/٨).

(٥) مغني المحتاج، الشريبي: (١٣٠/٥).

(٦) المغني، ابن قدامة: (١٧١/٨).

ب- الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على أن الرضاع المحرم يكون في أول عامين من عمر الطفل بقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ﴾، [البقرة: ٢٣٣].

أي كمال الرضاعة سنتان، فلا اعتبار بالرضاعة بعد ذلك ولهذا قال: لمن أراد أن يتم الرضاعة.^(١)

وبما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: (لَا رَضَاعَ إِلَّا مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ).^(٢)

واستدلوا باشتراط عدد للرضعات بما روي عن عائشة رضي الله عنها، قالت: دخل علي النبي صلى الله عليه وسلم وعندي رجل، قال: «يَا عَائِشَةُ مَنْ هَذَا؟»، قلت: أخي من الرضاعة، قال: «يَا عَائِشَةُ، انْظُرْنَ مَنْ إِخْوَانُكُنَّ، فَإِنَّمَا الرِّضَاعَةُ مِنَ الْمِجَاعَةِ».^(٣)

أي الرضاعة التي تكون بها الحرمة هي ما يسد بها جوعه وينبت بها لحمه فيصير كجزء من المرصعة فيشترك في الحرمة مع أولادها، والرضعة الواحدة لا تحرم لأنها لا تغني من جوع.^(٤)

وعن عائشة أنها قالت: "كَانَ فِيْمَا أُنْزِلَ مِنَ الْقُرْآنِ: عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحْرِمْنَ، ثُمَّ نُسِخْنَ، بِخَمْسٍ مَعْلُومَاتٍ، فَتَوُفِّيَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَهُنَّ فِيْمَا يُقْرَأُ مِنَ الْقُرْآنِ".^(٥)

وهذا مما نسخت تلاوته وبقي حكمه، ومعنى (وهن فيما يقرأ) أن النسخ بخمس رضعات تأخر إنزاله جدا حتى إنه ﷺ توفي وبعض الناس يقرأ خمس رضعات ويجعلها قرآناً مثلاً لكونه لم يبلغه النسخ لقرب عهده فلما بلغهم النسخ بعد ذلك رجعوا عن ذلك وأجمعوا على أن هذا لا يتلى.^(٦)

(١) تفسير القرآن العظيم (ابن كثير)، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، المحقق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، (١٤١٩ هـ): (٦٣٣/١).

(٢) السنن الكبرى، البيهقي، كتاب الرضاع، باب ما جاء في تحديد ذلك بالحولين، (١٥٦٦٨) (٧/٧٦١)، يقول البيهقي: والصحيح أنه موقوف على ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب والرضاع، (٢٦٤٧) (٣/١٧٠).

(٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني: (٥٩/٩).

(٥) صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب التحريم بخمس رضعات (١٤٥٢) (٢/١٠٧٥).

(٦) المنهاج شرح صحيح مسلم، النووي (٢٩/١٠).

ولما أخبرت السيدة عائشة أن التحريم بال عشرة منسوخ بال خمس دل على ثبوت التحريم بال خمس لا بما دونها، ولو وقع التحريم بأقل منها بطل أن يكون الخمس ناسخاً وصار منسوخاً كالعشر.^(١)

ج- الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) إلى ثبوت التحريم بال رضاع ولو كان مصّة، ولو بسعوط، أو وصل إلى الجوف بحقنة تغذي، أو خلط بغيره وكان هو الغالب.

المطلب الثاني: الحرّمات المؤقتة

تكون حرمة الزواج مؤقتة في بعض النساء لسبب عارض يمنع الزواج بهنّ، فإن زال السبب زالت الحرمة، وفي ما يلي بيان أنواع الحرّمات المؤقتة:

أولاً- المطلقة ثلاثاً:

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٣٦) على أنه " ١ / لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها بزواج آخر دخل بها فعلاً.

٢ / زواج المطلقة من آخر يهدم طلاقات الزوج السابق ولو كانت دون الثلاث فإن عادت إليه يملك عليها ثلاثاً جديدة "

١. المستند الفقهي للمادة:

أ. تحريم المطلقة ثلاثاً:

استند قانون الأحوال الشخصية في المادة (٣٦) الفقرة (١) إلى إجماع الأئمة^(١) بأن من طلق زوجته

^(١) مغني المحتاج، الشريبي: (١٣١/٥).

^(٢) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٧/٤).

^(٣) انظر حاشية الصاوي: (٧٢٠/٢).

ثلاث تطليقات بانته منه بينونة كبرى، فلا تحل له حتى تنقضي عدتها ثم تتزوج من غيره، فإن طلقها الثاني ومضت عدتها حلت للزوج الأول.

واشترط الفقهاء^(٢) لحصول الحل للأول أن يدخل بها الثاني دخولاً حقيقياً، ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها وهو ما نص عليه القانون بقوله: "دخل بها فعلاً"، واختلفوا فيما إذا توطأ من أجل إحلالها للزوج الأول بأن يشترط في صلب العقد أنه إذا وطئها طلقها، فيكره تحريماً أن تتزوج الثاني ويصح العقد ويبطل الشرط وتحل للأول بالدخول لكن لا يجبر الزوج الثاني على الطلاق وهو قول الإمام أبي حنيفة، وعند الإمام أبي يوسف والشافعية يفسد النكاح ولا يحلها للأول، لأنه شرط يمنع دوام النكاح فأشبهه المؤقت، وذهب الإمام محمد إلى أن العقد صحيح ولا تحل للأول.

وعند المالكية^(٣) والحنابلة^(٤) لا يصح العقد ولا تحل للأول سواء ذكر الشرط في العقد أو اتفقا على التحليل قبله أو نوى المحلل ذلك ولم يرجع عن نيته عند العقد.

ولا يمكن في هذه المادة تحديد اختيار القانون في حكم التواطؤ على التحليل باعتبار أن المادة (٣٦) استندت في حكم أصل المسألة إلى أقوال الأئمة الأربعة، لكن بالرجوع إلى المادة (١٤) الفقرة (٣) والتي تنص على أنه: "لا يعتد بأي شرط إلا إذا نص عليه صراحة في عقد الزواج"، يتبين أن القانون لا يقيم اعتباراً إلا للشروط المذكورة في صلب العقد، وقد اعتبرت الفقرة الثانية من المادة (١٤) الشروط المناقضة لمقصود عقد النكاح باطلة ولا تؤثر على صحة العقد، لذلك فإن اشتراط التحليل للزوج الأول باطل مع صحة العقد عملاً بالمادة (١٤/٢) "إذا قيد العقد بشرط يناهض نظامه الشرعي أو مقاصده فالشرط باطل والعقد صحيح".

ب. هدم الطلقات:

إن طلق الزوج زوجته طليقة أو ثنتين أو ثلاثاً ثم تزوجت غيره وطلقت من الثاني وانقضت عدتها فعاد

(١) الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ / ١٩٦٤م: (١٤٧/٣).

(٢) حاشية ابن عابدين: (٤١٥/٣)، بدائع الصنائع للكاساني: (١٨٨/٣)، بداية المجتهد لابن رشد: (٦٩/٢)، مغني المحتاج، الشريبي: (٢٩٩/٣)، الانصاف، المرداوي: (١٦٤/٨).

(٣) انظر الكافي في فقه أهل المدينة، النمري: (٥٣٣/٢).

(٤) انظر كشف القناع، البهوتي: (٩٤/٥).

إلى الزوج الأول فإنها تعود بثلاث طلاقات جديدة، لأن الوطاء الثاني يهدم الطلاقات الثلاث فأولى أن يهدم ما دونها، وهو ما نصت عليه المادة (٣٦) الفقرة (٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري مستندة في ذلك إلى قول الإمام أبي حنيفة والإمام أبي يوسف^(١) ورواية عن الإمام أحمد.^(٢)

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على أن من طلق زوجته ثلاثاً تحرم عليه حرمة مؤقتة حتى تتزوج غيره بالقرآن الكريم والسنة المطهرة:

أ. القرآن الكريم:

(١) قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾، [البقرة: ٢٢٩]، ثم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، [البقرة: ٢٣٠].

الآية تدل على أن عدد الطلاقات التي يملك فيها الزوج الرجعة مرتان، ثم الواجب بعد التطليقتين إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، لأنه لا رجعة بعد ذلك إن سرحها فطلقها الثالثة وعندئذ لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره.^(٣)

يقول القرطبي:^(٤) "المراد بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾ الطلقة الثالثة، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره، وهذا مجمّع عليه لا خلاف فيه".^(٥)

واستدلوا على اشتراط دخول الزوج الثاني حتى تحل للأول بالقرآن والسنة والإجماع:

(١) انظر حاشية ابن عابدين: (٣/ ٤١٨ وما بعدها).

(٢) انظر المغني، ابن قدامة: (٥٠٤/٧).

(٣) انظر جامع البيان، الطبري: (١٢٧/٤).

(٤) القرطبي (٦٧١هـ) محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج، من أهل قرطبة، من كبار المفسرين كان من عباد الله الصالحين والعلماء العارفين الورعين الزاهدين، أوقاته معمورة ما بين توجه وعبادة وتصنيف، رحل إلى المشرق واستقر بمصر شمالي أسبوط، من تصانيفه: التذكرة بأمور الآخرة والأسنى في شرح الأسماء الحسنى وغيرها، المذهب، ابن فرحون: (٣٠٨/٢).

(٥) الجامع لأحكام القرآن: (١٤٧/٣).

(٢) قوله تعالى: ﴿إِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، [البقرة: ٢٣٠].

إن طلقها الثالثة فلا رجعة حتى تنكح زوجاً غيره، المقصود بالنكاح هو أن يعقد عليها عقداً صحيحاً ثم يجامعها ثم يطلقها، فإن قيل: إن ذكر الجماع غير مذكور في الآية، يقال: الدلالة على ذلك إجماع الأمة جميعاً أن ذلك معناه.^(١)

ب. السنة المطهرة:

(١) ما ورد أن امرأة رفاعَةَ القُرَظِيَّيَّ^(٢) جاءت إلى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ رِفاعَةَ طَلَّقَنِي فَبِتُّ طَلَاقِي، وَإِنِّي نَكَحْتُ بَعْدَهُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ الزَّبِيرِ القُرَظِيَّ، وَإِنَّمَا مَعَهُ مِثْلُ الْهُدْيَةِ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَعَلَّكَ تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفاعَةَ؟ لَا، حَتَّى يَذُوقَ عُسَيْلَتَكَ وَتَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ».^(٣)

الحديث صريح في اشتراط الوطء لإحلالها للأول.

(٢) ما ورد أن رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَعَنَ الْمُحِلَّ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ.^(٤)

فَعَقِدَ النِّكَاحَ سَنَةً وَنِعْمَةً وَمَا يَسْتَحِقُّ اللَّعْنَ لَا يَكُونُ نِكَاحاً صَحِيحاً،^(٥) وفي الحديثين دلالة على أن من طلقت ثلاثاً لا تحل لزوجها حتى تتزوج غيره.

ج. الإجماع: أجمع الفقهاء على أن المرأة المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره.^(٦)

^(١) انظر جامع البيان، الطبري: (٥٨٨/٤).

^(٢) رفاعَةُ بن سَمُوال من بني قريظة، وهو خال صفية زوجة النَّبِيِّ ﷺ وهو الذي طلق امرأته فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير، وطلقها قبل أن يدخل بها، فأرادت الرجوع إلى رفاعَةَ، فسألها النَّبِيُّ، فذكرت أن عبد الرحمن لم يمسه/أسد الغابة: (١٦٩٠) (٢٨٣/٢).

^(٣) صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، (٥٢٦٠) (٤٢/٧).

^(٤) سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في المحل والمحلل له، (١١١٩) (٤٢٨/٣)، جاء في التلخيص الحبير: ورواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي من حديث علي وفي إسناده مجاليد وفيه ضعف وقد صححه ابن السكّن وأعله الترمذي وقال زوي عن مجاليد عن الشعبي عن جابر عن علي وهو وهم/ التلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني: (٣٧٢/٣).

^(٥) المبسوط، السرخسي: (١٠/٦).

^(٦) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي: (١٤٧/٣).

٣. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب جمهور المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) والإمام محمد^(٤) إلى أن الطلاق الثاني لا يهدم إلا الطلقات الثلاث، فإن كان عدد الطلقات دون الثلاث فإنها تعود للزوج الأول بما بقي لها من الثلاث، لأن الوطاء الثاني لا يحتاج إليه في إحلالها للزوج الأول فلا يغير حكم الطلاق.

ثانياً_ الزوجة الخامسة:

أ. المستند الفقهي للمادة:

لا يجوز للرجل أن يجمع أكثر من أربع زوجات فإن كان في عصمته أربع نساء وأراد الزواج بالخامسة فليس له ذلك إلا بعد أن يطلق واحدة منهن وذلك بإجماع الأئمة،^(٥) وهو ما نصت عليه المادة (٣٧):

" لا يجوز أن يتزوج الرجل خامسة حتى يطلق إحدى زوجاته الأربع وتنقضي عدتها "

فإن طلقها بائناً ليس له أن يعقد على الخامسة إلا بعد انقضاء عدة المطلقة، لأنها قبل انقضاء العدة ما زالت زوجته حكماً، فإن تزوج الخامسة قبل ذلك كان زواجه فاسداً وفق مذهب الحنفية والحنابلة^(٦) وهو اختيار قانون الأحوال الشخصية السوري.

ب. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على تحريم زواج الخامسة بالقرآن الكريم والسنة المطهرة والإجماع:

(١) انظر بداية المجتهد لابن رشد: (٦٩/٢).

(٢) انظر مغني المحتاج للشربيني: (٣٠٠/٤).

(٣) انظر المغني لابن قدامة: (٥٠٥/٧).

(٤) انظر حاشية ابن عابدين: (٣/ ٤١٨ وما بعدها).

(٥) مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: ٤٥٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط): (٦٣/١)، المغني، ابن قدامة: (٨٥/٧).

(٦) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٦٤/٢)، المغني، ابن قدامة: (١٢٥/٥).

١. القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِدُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾، [النساء: ٣].

تدل الآية على تحريم ما زاد على أربع نساء.^(١)

٢. السنة المطهرة: ما ورد أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لِرَجُلٍ مِنْ ثَقِيفٍ أَسْلَمَ وَعِنْدَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ: "أَمْسِكْ أَرْبَعًا وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ".^(٢)

استدل الفقهاء بهذا الحديث على تحريم الزيادة على أربع نسوة.^(٣)

٣. الإجماع: أجمع الفقهاء على أنه لا يجوز الجمع بأكثر من أربع نساء.^(٤)

يقول ابن حجر:^(٥) "قوله باب لا يتزوج أكثر من أربع لقوله تعالى مثنى وثلاث ورباع أما حكم الترجمة فبالإجماع إلا قول من لا يُعْتَدُّ بخلافه من رافضي ونحوه".^(٦)

ج. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

^(١) جامع البيان، الطبري: (١٥٩/٨).

^(٢) السنن الكبرى للبيهقي: كتاب النكاح، باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، ح (١٤٠٤٥)، (٢٩٥/٧)، قال ابن حجر العسقلاني في التلخيص الحبير: "حكم مسلم في التمييز على معمر بالوهم فيه، وقال ابن أبي حاتم عن أبيه وأبي زرعة المرسل أصح، وحكى الحاكم عن مسلم أن هذا الحديث مما وهم فيه معمر بالبصرة، قال: فإن رواه عنه ثقة خارج البصرة، حكمنا له بالصحة". (٣٧٠/٣)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه، كتاب النكاح، باب نكاح الكفار، (٤١٥٧) (٤٦٥/٩)، وقال شعيب الأرنؤوط: رجاله رجال الشيخين.

^(٣) نيل الأوطار، الشوكاني: (١٧٨/٦).

^(٤) مراتب الإجماع، ابن حزم: (٦٣/١)، المغني، ابن قدامة: (٨٥/٧).

^(٥) ابن حجر (٧٧٣هـ-٨٥٢هـ) شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي الكنايني العسقلاني ثم المصري الشافعي ولد في القاهرة، طلب الحديث وسمع الكثير فبرع فيه، وولي القضاء والتدريس، من كتبه: تهذيب التهذيب وتقريب التهذيب ولسان الميزان والإصابة في تمييز الصحابة وغيرها. طبقات الحفاظ عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي (ت ٩١١هـ) دار الكتب العلمية، بيروت ط: أولى، ١٤٠٣هـ: (٥٥٢-٥٥٣).

^(٦) فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني: (١٣٩/٩).

ذهب المالكية^(١) والشافعية^(٢) إلى جواز العقد على الخامسة في العدة إن كان طلاق الرابعة بائناً.

ثالثاً_ المتزوجة والمعتدة:

نصت المادة (٣٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: "لا يجوز التزوج بزوجة آخر ولا بمعتدته"، واستندت المادة إلى ما أجمع عليه الفقهاء^(٣) من أنه يحرم الزواج بالمرأة المتزوجة من آخر ما لم يطلقها أو يمت عنها كما يحرم الزواج بالمرأة المعتدة سواء كانت عدتها من طلاق رجعي أو بائن أو من وفاة، أو فسخ، لأن آثار الزواج تبقى في العدة، ولا فرق بين عقد الزواج الصحيح أو الفاسد، وذلك حفظاً للأنساب ومنعاً للاعتداء على حق الغير.

١ . الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على تحريم نكاح المرأة المتزوجة بالقرآن الكريم والإجماع والمعقول:

أ. القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾، [النساء: ٢٤].

يعني بذلك الزوجات من النساء فلا يحل نكاحهن.^(٤)

واستدلوا على تحريم نكاح المعتدة بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾، [البقرة: ٢٣٥].

دلت الآية على عدم جواز نكاح المعتدة حتى تنقضي عدتها.^(٥)

ب. الإجماع: أجمع العلماء على عدم جواز نكاح المتزوجة والمعتدة.^(٦)

(١) مواهب الجليل، الخطاب: (٤٦٥/٣).

(٢) مغني المحتاج، الشريبي: (٢٩٩/٤).

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٦٨/٢)، مواهب الجليل، الخطاب: (٤١٢/٣)، المجموع، النووي: (٢٤٠/١٦)، كشف القناع، البهوتي: (٨٢/٥).

(٤) تفسير القرآن العظيم، لابن أبي حاتم: (٩١٥/٣).

(٥) المرجع السابق: (٤٤١/٣).

(٦) الإقناع، ابن المنذر: (٥٤٧/٢).

يقول الكاساني: "الخلو عن العدة، وإنما عرف شرطاً في نكاح المسلمين بالإجماع".^(١)

ج. المعقول: إن اجتماع رجلين على امرأة واحدة يفسد الفراش؛ لأنه يوجب اشتباه النسب وتضييع الولد وفوات السكن والألفة والمودة فيفوت ما وضع النكاح له.^(٢)

رابعاً_ الجمع بين المحرمين:

جاء في المادة (٣٩) من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه "لا يجوز الجمع بين امرأتين لو فرضت كل منهما ذكراً حرمت عليه الأخرى فإن ثبت الحل على أحد الفرضين جاز الجمع بينهما".

يحرم الجمع بين امرأتين لو فرضت إحداها ذكراً كانت محرمة على الأخرى سواء كانت الحرمة بسبب النسب أم الرضاع فلا يجوز الجمع بين الأختين وبين البنت وعمتها أو خالتها لا حقيقة بأن يكونا معاً على عصمة رجل واحد، ولا حكماً بأن يتزوج الثانية وما تزال الأولى في العدة، لأن ذلك يؤدي إلى قطع الأرحام لما بين الضرائر من الغيرة والنفور.

أما إن كانت الحرمة من جانب واحد فقط جاز الجمع بينهما كالجمع بين المرأة وبنت زوجها السابق فلو فرضت البنت رجلاً فلا يجوز له الزواج بامرأة أبيه، أما لو فرضت المرأة رجلاً فلا قرابة بينهما.^(٣)

١. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على تحريم الجمع بين الأختين بالقرآن الكريم والإجماع والقياس:

قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾، [النساء: ٢٣].

الجمع بين الأختين في النكاح باطل بحكم هذه الآية.^(٤)

واستدلوا على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها بالسنة النبوية والإجماع والقياس:

^(١) بدائع الصنائع: (٣١١/٢).

^(٢) المرجع السابق: (٢٦٩/٢).

^(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٦٢/٢)، بداية المجتهد، ابن رشد: (٣٣/٢)، مغني المحتاج، الشربيني: (٢٩٥/٤) وما بعدها، المغني، ابن قدامة: (١٢٥/٥).

^(٤) تفسير الرازي: (٣٠/١٠).

ورد أنه: «نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ تُنْكَحَ الْمَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا، وَالْمَرْأَةُ وَخَالَتُهَا».^(١)

اتفق أهل العلم على القول بتحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، يقول الترمذي: العمل على هذا عند أهل العلم لا نعلم بينهم اختلافاً.^(٢)

وقد أجمع الفقهاء على حرمة الجمع بين الأختين وبين المرأة وعمتها أو خالتها.^(٣)

القياس: قياس العمة والخالة على الأختين بطريق أولى؛ لأن القرابة القريبة مانعة من الجمع في النكاح لما في ذلك من منافرة عظيمة وهذا المعنى حاصل بين المرأة وعمتها وخالتها.^(٤)

المبحث الثاني: تأصيل الاختيارات في أنواع عقد الزواج

يكون العقد صحيحاً إذا توافرت فيه سائر الأركان والشروط، فإن تخلف أحدها فلا يستتبع العقد آثاره، وفيما يلي بيان لأنواع العقد من حيث الصحة والفساد والبطلان.

المطلب الأول: العقد الصحيح

نص قانون الأحوال الشخصية السوري على تعريف الزواج الصحيح فجاء في المادة (٤٧): "إذا توافرت في عقد الزواج أركانه وسائر شرائط انعقاده كان صحيحاً".

أولاً- تعريف عقد الزواج الصحيح:

والصحيح عند الحنفية^(٥) هو: ما توافرت فيه جميع أركانه وشروطه وأوصافه المعتبرة في الشرع لكن لا من

(١) الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، مُجَدِّد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: مُجَدِّد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ: كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها، (٥١١٠) (١٢/٧).

(٢) فتح الباري، ابن حجر: (١٦١/٩).

(٣) الإقناع، ابن المنذر: (٣٠٨/١)، الجامع لأحكام القرآن، القرطبي: (١١٠/٥)، شرح صحيح مسلم، النووي: (١٩١/٩)،

(٤) تفسير الرازي: (٣٧/١٠).

(٥) شرح التلويح على التوضيح، التفتازاني: (٤١٨/٢).

حيث إنها وصف ذاتي فيه، فإن وجد ذلك فهو الصحيح بالأصل والوصف، وهو المراد بالصحيح عند الإطلاق، وعند الجمهور^(١) الصحيح هو الذي يثمر، ولا يثمر إلا إن كان صحيحاً بأصله ووصفه، فإن توافر ذلك في العقد كان صحيحاً باتفاق الأئمة.

وقد بين قانون الأحوال الشخصية السوري أركان عقد الزواج الصحيح وشروطه في مواد متفرقة، فنص في المادة (٥) على ركن عقد الزواج وهو الصيغة مستنداً إلى المذهب الحنفي، ثم بين شروطها وما يتعلق بها من أحكام في المواد (٦ - ٧ - ١٠ - ١١) وقد تم تفصيل ذلك في الفصل الثاني.

ونص القانون على شروط الانعقاد في عقد الزواج، وهي ما يلزم توافرها في العقد فإن تخلف واحد منها كان العقد باطلاً باتفاق الفقهاء^(٢) وتشمل:

١ . أهلية العاقدين وتكون أهلية الزواج بالعقل والبلوغ وقد تم تفصيل ذلك في بيان مستند المادة (١٥).

٢ . الرضا وقد سكت القانون عن زواج المكره.

٣ . أن تكون المرأة حلاً للرجل والرجل حلاً لها بلا خلاف بين الفقهاء، وقد ذكره القانون في تعريف الزواج المادة (١) وسيتم تفصيله في مبحث المحرمات في الزواج.

٤ . شروط صيغة الإيجاب والقبول وقد تم تفصيلها في الفصل الثاني.

٥ . ومن شروط الانعقاد إسلام الزوج بالنسبة للمرأة المسلمة وقد نص القانون على ذلك في المادة (٤٨) وهو ما أجمع عليه الفقهاء^(٣).

كما نص القانون على شروط الصحة في المواد (١٢-١٣) وهي ما يلزم توافرها ليرتب الأثر الشرعي على العقد فإن تخلف واحد منها كان العقد فاسداً عند الحنفية باطلاً عند الجمهور وهي: الشهود على عقد الزواج وألا تتضمن صيغة العقد التوقيت، وألا يكون بين الرجل والمرأة حرمة فيها شبهة أو خلاف بين

(١) انظر روضة الناظر، ابن قدامة: (١٨٣/١)، شرح الورقات، المحلي: (٧٧)، حاشية العطار: (١٤١/١).

(٢) انظر القوانين الفقهية، ابن جزى: (١٤٠)، روضة الطالبين، النووي: (٣٥/٧)، المغني ابن قدامة: (١٣/٧).

(٣) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي: (٧٢/٣)

الفقهاء.^(١)

ثانياً_ الآثار المترتبة على العقد الصحيح:

آثار عقد الزواج الصحيح هي ما يثبت للزوجين بمقتضى ذلك العقد من حقوق وواجبات ولا يتوقف ثبوتها على الدخول، فإذا نشأ العقد مستكماً أركاناً وشروطاً أنتج كافة آثاره التي رتبها الشارع عليه فور انعقاده،^(٢) فالصحيح هو الذي يثمر.^(٣)

وقد نص القانون عليها في 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 تناول القانون تفصيلها في مواد متفرقة فقد نص على وجوب المهر في المادة (٥٣).

ونص على وجوب النفقة بجميع أنواعها من طعام وملبس ومسكن وقد تم تفصيل أحكامها في المواد (٦٥-٨٢)، وذكر القانون ثبوت النسب وفصل الكلام عنه وبين شروطه في المواد (١٢٨-١٣٣)

ونص على التوارث بين الزوجين وبيّن أحكامه في المواد (٢٦٠-٢٩٧)، وبيّن حكم ثبوت حرمة المصاهرة في المادة (٣٤).

المطلب الثاني: عقود الزواج غير الصحيحة

يكون عقد الزواج غير صحيح عندما يتخلف عنه ركن من أركانه أو شرط من شروطه، وعندها لا تترتب عليه آثاره الشرعية، وفيما يأتي بيان لأقسام العقد غير الصحيح وفق ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري:

أولاً_ العقد الباطل:

نصت المادة (٥٠) على تعريف عقد الزواج الباطل وبيان ما يترتب عليه:

^(١) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية، الدكتور عبد الرحمن الصابوني: (٩٨/١).

^(٢) النظريات الفقهية، د. فتحي الدريني: (٣٧٩).

^(٣) المستصفي، الغزالي: (١٧٨/١).

" ١/ كل زواج اختل فيه شرط من شروط الانعقاد فهو باطل.

٢/ لا يترتب على الزواج الباطل أي أثر ولو حصل فيه دخول إلا إذا ثبت أن العاقد لم يكن يعلم بالبطان وسببه فتسري عليه آثار الزواج الفاسد."

١. تعريف الزواج الباطل:

الزواج الباطل هو ما اختل فيه ركن العقد أو شرط من شروط الانعقاد، بأن يحصل خلل في صيغة العقد كأن تكون بلفظين يعبر بهما عن المستقبل أو بلفظ لا يدل على تملك المتعة لا صراحة ولا كناية، أو كان أحد العاقلين صغيراً أو مجنوناً، أو زواج المسلمة بالكافر.^(١)

فإن اختل ركن من أركان العقد وشروط انعقاده فهو باطل بإجماع الفقهاء أما إن اختل شرط من شروط الصحة فهو فاسد عند الحنفية باطل عند جمهور المالكية والشافعية والحنابلة، فالفساد والباطل عند الجمهور لفظان مترادفان.^(٢)

٢. آثار الزواج الباطل:

والزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار العقد باتفاق الفقهاء^(٣) ووجوده كعدمه والدخول فيه بمنزلة الزنا إلا أنه يسقط الحد لشبهة العقد، ويجب التفريق فوراً سواء حصل فيه دخول أم لا، وإذا تبين أن العاقد لا يعلم بسبب البطان يأخذ العقد حكم الزواج الفاسد، كمجوسي أسلم حديثاً ولا يعلم بالمحرمات، أو تزوج امرأة جاهلاً أنها أخته من الرضاع.^(٤)

ولا يثبت به شيء من الحقوق الزوجية، فلا عدة على المدخول بها، ولا مهر ولا نفقة، ولا يثبت النسب ولا توارث بينهما، إلا أنه تثبت حرمة المصاهرة بالوطء أشارت إلى ذلك المادة (٣٤): "يحرم على الرجل:

^(١) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٣٢/٢)، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، د. عبد الرحمن الصابوني: (٢٥١/١).

^(٢) انظر المستصفى، الغزالي: (١٧٨/١)، شرح تنقيح الفصول: (٧٦)، التلويح: (٤١٨/٢)، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الشرعية، ابن اللحام، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي الحنبلي (ت: ٨٠٣هـ)، المحقق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م: (١٥٤).

^(٣) انظر روضة الناظر، ابن قدامة: (١٨٣/١)، شرح تنقيح الفصول: (٧٦)، التلويح: (٤١٨/٢)، شرح الورقات، المحلي: (٧٨).

^(٤) انظر حاشية ابن عابدين: (١٣٢/٣).

١/ زوجة أصله أو فرعه وموطوءة أحدهما.

٢/ أصل موطوءته وفرعها وأصل زوجته."

مستندة في ذلك إلى المذهب الحنفي^(١) والحنبلي^(٢) في ثبوت الحرمة بالوطء سواء كان من نكاح صحيح أم باطل أم كان من زنا، مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾، [النساء: ٢٢]، حيث فسروا النكاح بالوطء، وهذا مخالف لما ذهب إليه المالكية^(٣) والشافعية^(٤) من عدم ثبوت الحرمة من الزنا.

٣. زواج المسلمة بغير المسلم:

نصت المادة (٤٨) الفقرة (٢) على أن: "زواج المسلمة بغير المسلم باطل".

استندت المادة إلى ما أجمع^(٥) عليه الفقهاء من تحريم نكاح الكافر للمسلمة سواء كان من أهل الكتاب أم من غيرهم من الكفار، لانعدام الولاية بين المسلم والكافر.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

أ . القرآن الكريم: (١) قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة: ٢٢١].

تدل الآية على أن الله حرم على المؤمنات الزواج من المشرك من أي أصناف الشرك كان.^(٦)

(٢) وقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾، [النساء: ١٤١].

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢/٢٦٠).

(٢) العدة شرح العمدة، عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي (المتوفى: ٦٢٤هـ)، دار الحديث، القاهرة، (د.ظ)، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م: (١/٤٠٠).

(٣) انظر بداية المجتهد، ابن رشد: (٢/٢٨).

(٤) انظر روضة الطالبين، النووي: (٧/١١٣).

(٥) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي: (٣/٧٢)، العناية، الباري: (٣/٢٩٩)، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، أبو بكر بن حسن الكشناوي، (د.ط) (د.ت): (١/٥٩)، الحاوي الكبير، الماوردي: (٩/١٠١)، المغني، ابن قدامة: (٧/٢٧).

(٦) جامع البيان، الطبري: (٤/٣٧٠).

فلو جاز نكاح الكافر لثبت له عليها سبيل وهذا لا يجوز.^(١)

ب . الإجماع: أجمع الفقهاء على أن الكافر يحرم عليه الزواج بالمسلمة.^(٢)

جاء في تفسير القرطبي: "أجمعت الأمة على أن المشرك لا يوطأ المؤمنة بوجه".^(٣)

ثانياً_العقد الفاسد وآثاره

١. تعريف الزواج الفاسد:

هو ما اختل فيه شرط من شروط صحة العقد كالزواج بغير شهود أو الزواج بامرأة محرمة عليه كنكاح المعتدة، وتزوج الأختين معاً، وزواج الأخت في عدة أختها، وتزوج الخامسة في عدة الرابعة، بشرط أن يكون غير عالم بالتحريم فإن كان عالماً كان الزواج باطلاً كأن يتزوج أخته من الرضاع عالماً بمحرمتها عليه أو يتزوج معتدة الغير عالماً بعدم انقضاء عدتها، فهو باطل.^(٤)

وعرفه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٤٩) الفقرة (١) بما يلي:

"كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختل بعض شرائطه فهو فاسد".

٢. المستند الفقهي للمادة:

استند القانون في هذه المادة إلى المذهب الحنفي^(٥) والمقصود بشرائطه شروط الصحة لا شروط الانعقاد ويدل على ذلك تعريف الصحيح في المادة (٤٧) "إذا توافرت في عقد الزواج أركانه وسائر شرائط انعقاده كان صحيحاً"، حيث نصت المادة على توافر شروط الانعقاد ليكون العقد صحيحاً دون شروط الصحة، فشروط الصحة عند الحنفية هي الوصف المعتبر في الشرع لكنه ليس وصفاً ذاتياً في العقد وبتخلفه لا يبطل عقد الزواج

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٧٢/٢).

(٢) انظر عمدة القاري، العيني: (٨٣/٢٠).

(٣) الجامع لأحكام القرآن: (٧٢/٣).

(٤) انظر حاشية ابن عابدين: (١٣١/٣).

(٥) شرح التلويح على التوضيح، التفتازاني: (٤١٨/٢).

إنما يكون فاسداً، ويؤكد ذلك تعريف الباطل في المادة (٥٠) والتي نصت على أن تخلف شروط الانعقاد يجعل العقد باطلاً.

وهذا خلاف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الشافعية والحنابلة حيث قسموا العقد قسمين: صحيحاً وباطلاً، فاشتروا لصحة العقد توافر جميع شروط الانعقاد والصحة، وعرفوه بأنه: موافقة الشرع باستجماع أركانه وشروطه وترتب أثره عليه،^(١) والمراد بشروطه شروط الانعقاد والصحة، فإن تخلف شرط من شروط الصحة يكون العقد فاسداً وباطلاً، فالفساد والباطل عندهم اسمان لمسمى واحد.^(٢)

وبفساد العقد لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، لكن إن حدث علاقة بين الطرفين فإنه قد يترتب على هذه الواقعة بعض الأحكام من حيث إنها أمر واقع.^(٣)

٣. آثار عقد الزواج الفاسد:

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٥١) على آثار العقد الفاسد فجاء فيها:

" ١/ لا يترتب على الزواج الفاسد أي أثر قبل الدخول ويعد في حكم الباطل".

٢/ يترتب عليه بعد الدخول النتائج الآتية:

- أ. المهر: في الحد الأقل من مهر المثل والمسمى.
- ب. ثبوت نسب الأولاد.
- ت. حرمة المصاهرة.
- ث. وجوب العدة عقب الفراق رضائياً أو قضائياً أو بعد الموت.
- ج. وجوب نفقة العدة.
- ح. وجوب النفقة الزوجية إن كانت الزوجة تجهل فساد العقد.
- خ. لا توارث بين الزوجين.

(١) حاشية العطار: (١٤١/١).

(٢) انظر روضة الناظر ابن قدامة: (١٨٣/١)، شرح تنقيح الفصول: (٧٦)، شرح الورقات جلال الدين المحلي: (٧٨/١)،

(٣) انظر الأحكام الشرعية، أبو زهرة: (١٤٧).

واستند قانون الأحوال الشخصية السوري في آثار العقد الفاسد إلى المذهب الحنفي^(١) حيث يجب على الزوجين في العقد الفاسد الافتراق وإلا فرق بينهما القاضي، فإن افتراقاً قبل الدخول لا يترتب عليه شيء من الآثار وحكمه حكم الزواج الباطل من عدم وجوب المهر والنفقة والعدة وأي شيء من الحقوق الزوجية ولا تثبت حرمة المصاهرة بذلك العقد.

أما إن وقع الدخول الحقيقي فإنه يترتب عليه بعض الآثار:^(٢)

- وجوب الأقل من مهر المسمى ومهر المثل، فإن لم يكن سمي مهراً في العقد وجب مهر المثل، لأن كل وطء في الإسلام لا يخلو من مهر أو حد، وهنا سقط الحد لشبهة العقد فوجب المهر.
- وجوب العدة بعد التفريق سواء كان الفراق رضائياً أو قضائياً أو بسبب الموت وذلك منعاً لاختلاط الأنساب.
- ثبوت النسب صيانة للولد وحفاظاً عليه من الضياع، وتعتبر مدته ستة أشهر من الوطء.
- ثبوت حرمة المصاهرة عند الأئمة الأربعة فتحرم عليه أصولها وفروعها ويحرم عليها أصوله وفروعه،^(٣) يقول ابن المنذر: "أجمع كل من يحفظ عنه العلم من علماء الأمصار أن الرجل إذا وطئ امرأة بنكاح فاسد أنها تحرم على أبيه وابنه وعلى أجداده".^(٤)
- لا توارث بين الزوجين من زواج فاسد ولا تجب النفقة للزوجة لا قبل التفريق ولا أثناء العدة.

٤. حكم النفقة في النكاح الفاسد:

نص القانون في المادة (١٥١/٢ هـ - و) على وجوب النفقة للمعتدة من النكاح الفاسد وللزوجة قبل التفريق إن كانت تجهل فساد النكاح، وهو بهذا الاختيار يخالف ما ذهب إليه الأئمة الأربعة^(٥) من عدم

(١) انظر حاشية ابن عابدين: (١٣٣/٣)، بدائع الصنائع، الكاساني: (٣٣٥/٢).

(٢) انظر حاشية ابن عابدين: (١٣٣/٣-١٣٤).

(٣) انظر حاشية ابن عابدين: (٣٠/٣)، القوانين الفقهية، ابن جزي: (١٣٨)، المغني، ابن قدامة: (١١٨/٧).

(٤) فتح القدير، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ)، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ: (٥١٣/١).

(٥) انظر بدائع الصنائع للكاساني: (١٦/٤)، التهذيب في اختصار المدونة، البراذعي: (٤٣٩/٢)، نهاية المحتاج، الرملي: (٢١١/٧)، كشف القناع، البهوتي: (٥٦٩/٥).

وجوب النفقة في النكاح الفاسد قبل التفريق وأثناء العدة، إلا أن المالكية ذهبوا إلى وجوب السكنى للمعتدة من نكاح فاسد لأنها محبوسة على الزوج، ولا نفقة ولا كسوة لها إلا أن تكون حاملاً فلها النفقة لأجل الولد.

وقد تكلم الفقهاء في حكم رجوع الزوج بالنفقة إن أنفق عليها ثم ظهر فساد العقد فذهب الحنفية^(١) إلى أن الزوج لا يرجع عليها بشيء إن كان الإنفاق بالتراضي بينهما أما إن أنفق عليها بعد فرض القاضي للنفقة فله الرجوع بما أنفق.

وذهب الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) إلى أن الزوج إن أنفق على زوجته فلا يرجع عليها بشيء لأنه إن كان عالماً بالفساد فهو متطوع في الإنفاق وإن كان جاهلاً فهو مقصر، كما لو أنفق على أجنبية بلا علمها فهو متبرع.

وقد نظر القانون إلى سبب النفقة وهو حبس الزوجة نفسها على الزوج وفي حال جهلها بفساد النكاح يتحقق الحبس فتجب على الزوج نفقتها وكذلك في العدة فالزوجة محبوسة لأجل تحصين ماء الزوج.

والأرجح أن يعود القانون لما نص عليه الجمهور من عدم وجوب النفقة في النكاح الفاسد لكن إن أنفق الزوج على زوجته فلا يرجع عليها بشيء لأنها كانت محبوسة على ظن أن النكاح صحيح وبذلك يتحقق الهدف الذي أراده القانون من وجوب النفقة.

أما إن لم يكن قد أنفق عليها فلا يوجد أي موجب لمطالبة الزوجة زوجها بالنفقة بعد التفريق.

ثالثاً_ الزواج الموقوف:

عرّفت المادة (٥٢) العقد الموقوف بأنه: " ١ / الزواج الموقوف هو زواج صحيح موقوف على إجازة من صاحب الشأن.

٢ / يترتب على الزواج الموقوف قبل الإجازة الآثار المترتبة على الزواج الفاسد قبل وبعد الدخول".

(١) انظر ابن عابدين: (٥٧٢/٣).

(٢) انظر نهاية المحتاج، الرملي: (٢١١/٧).

(٣) كشف القناع، البهوتي: (٤٦٥/٥).

فالعقد الموقوف هو الزواج الصحيح المتوقفة آثاره على رضا صاحب الشأن، وهو ما اتفق عليه الفقهاء.^(١)

وسبب الوقف إما أن يكون لنقص الأهلية كعقد الصبي المميز، فإنه موقوف على إجازة وليه عند الجمهور^(٢) خلافاً للشافعية^(٣) وإما أن يكون العقد موقوفاً لتعلق حق الغير به كالكفاءة في عقد الزواج، فهو موقوف على الإجازة عند الجمهور^(٤) وعند الشافعية^(٥) قولان في الأظهر باطل، والثاني يصح، أو انعدام الولاية من العاقد على محل العقد، بأن لم يكن العاقد ذا صفة من الوكالة أو الولاية الشرعية، وذلك كتصرف الفضولي، والعقد الموقوف لانعدام الولاية أو نقصان الأهلية باطل عند الشافعية^(٦) والحنابلة في المذهب^(٧)، إذ الولاية عندهم من شروط الانعقاد، أما الحنفية^(٨) والمالكية^(٩) فالولاية عندهم من شروط النفاذ^(١٠)، لذلك أجازوا تصرف الفضولي، وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري، حيث نص في المادة (٩) "إذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان كالفضولي موقوفاً عقده على الإجازة".

وتتفق الآثار المترتبة على عقد الزواج الموقوف مع الآثار المترتبة على عقد الزواج الفاسد قبل الدخول وبعده، فالزواج الموقوف قبل الدخول تتوقف صحته على رضا صاحب الشأن، فإن أجازاه يكون العقد صحيحاً نافذاً، وإن رده يكون العقد باطلاً، ويجب التفريق بين الزوجين، فإن حصل الدخول قبل الإجازة ثم ردّ

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، د. الصابوني: (٢٥٤/١).

(٢) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٤٩١/٢)، الشرح الصغير، الدردير: (٢٣٦/٢)، الإنصاف، المرداوي: (٢٦٨/٤).

(٣) انظر روضة الطالبين، النووي: (٣٤٥/٣).

(٤) انظر حاشية ابن عابدين: (٨٦/٣)، الفواكه الدواني، النفراوي: (٩/٢)، الإنصاف، المرداوي: (١٠٦/٨).

(٥) مغني المحتاج، الشربيني: (٢٧٢/٤).

(٦) انظر روضة الطالبين، النووي: (٣٥٥/٣)، الأشباه والنظائر، السيوطي: (٤٥١).

(٧) انظر الإنصاف، المرداوي: (٢٨٣/٤)، كشف القناع، البهوتي: (٥٦/٥).

(٨) انظر حاشية ابن عابدين: (٨٦/٣).

(٩) انظر الفواكه الدواني، النفراوي: (٩/٢).

(١٠) النظريات الفقهية، د. فتحي الدريني: (٣٩١).

العقد صاحب الشأن فيأخذ حكم العقد الفاسد وتترتب عليه ما يترتب على العقد الفاسد من آثار، أما إن أجازته فيعتبر صحيحاً نافذاً.^(١)

^(١) انظر حاشية ابن عابدين: (١٣١/٣)

الباب الثاني

تأصيل الاختيارات التشريعية لآثار الزواج

الفصل الأول: تأصيل المواد المتعلقة بالمهر

الفصل الثاني: تأصيل المواد المتعلقة بالنفقة

الفصل الأول

تأصيل المواد المتعلقة بالمهر

المبحث الأول: أنواع المهر

المبحث الثاني: مقدار المهر وصفته

المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بالمهر

الفصل الأول: تأصيل المواد المتعلقة بالمهر

المهر هو المال الواجب للمرأة بعقد الزواج، وهو مقدمة من الزوج لزوجته ليوحي بحسن نيته ورغبته في بناء حياة كريمة معها، وقد تناول قانون الأحوال الشخصية السوري المهر باعتباره حقاً من الحقوق المالية التي تنشأ عن عقد الزواج وبيّن أنواعه، وفصّل أحكامه وفي ما يلي سيتم بيان المستند الفقهي للمواد المتعلقة بأحكام المهر وفق المباحث الآتية:

المبحث الأول: تأصيل الاختيارات في أنواع المهر

المهر حق من حقوق المرأة على زوجها يتعلق بذمة الزوج بمجرد العقد الصحيح، ويتوجب عليه أدائه إن كان معجلاً أو يكون ديناً يثبت في ذمته إن كان مؤجلاً، وسواء سمي في العقد أم لم يُسمَّ، وفيما يلي سيتم بيان المستند الفقهي لأنواع المهر:

المطلب الأول: المهر المسمى

أولاً: حق المرأة في المهر:

نص قانون الأحوال الشخصية السوري على حق المرأة في المهر سواء سمي في العقد أم لا، فجاء في المادة (٥٣): "يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح سواء أسمى عند العقد أم لم يُسمَّ أو نفى أصلاً".

١ . المستند الفقهي للمادة:

أجمع الفقهاء^(١) على وجوب المهر للمرأة، وعلى صحة عقد الزواج إن خلا من ذكر المهر ولم يرد في ذلك خلاف، فإن تم العقد وسكت العاقدان عن ذكر المهر أو تم الاتفاق على إسقاطه صح العقد ووجب مهر المثل.

فالمهر إما أن يكون مسمى وهو ما تم الاتفاق عليه في العقد بين العاقدين، أو غير مسمى وهو إما أن

^(١) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٧٤/٢)، حاشية الدسوقي: (٣٠٠/٢)، مغني المحتاج، الشربيني: (٣٦٧/٤)، الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة: (٧٠/٣).

يتم الاتفاق على نفيه وإسقاطه أو يسكت عنه العاقدان أو تفوض الزوجة زوجها أو وليها في تحديده.^(١)

واختلفوا في وجوب المهر كاملاً بالعقد الصحيح أو بالدخول، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) في المذهب إلى أن المهر يجب كاملاً بالعقد الصحيح ويكون عرضة للسقوط كله، كردة الزوجة، أو نصفه بطلاقها قبل الدخول، ما لم يوجد مؤكد من مؤكدات المهر، فإن وجد ما يؤكد المهر أصبح غير قابل للسقوط بحال، لأن البدل بعد تأكده لا يحتمل السقوط إلا بالأداء أو الإبراء، كالثمن إذا تأكد بقبض المبيع.

وذهب المالكية^(٥) ورواية عن الإمام أحمد^(٦) إلى أن المرأة تمتلك بالعقد نصف المهر ويكتمل لها بالوطء أو إقامة سنة عند زوجها أو بموت أحد الزوجين إن سُمي لها صداق في العقد.

ولم يذكر قانون الأحوال الشخصية في المادة (٥٣) وجوب المهر كاملاً في العقد أو نصفه إلا أن إطلاق لفظ المهر وعدم تقييده بالنصف بقوله: "يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح.." يدل على استناده لمذهب الجمهور، إذ لو اختار المذهب المالكي لقال يجب نصف المهر في العقد.

وقول القانون في المادة (٥٣): "أو نفي أصلاً" تدل على استناده لمذهب الحنفية^(٧) والحنابلة^(٨) القائل بأنه عند نفي المهر يجب مهر المثل للمرأة بمجرد العقد ويتأكد بالدخول، إذ الأصل أن ما يجب بالعقد الصحيح هو مهر المثل فإن سُمي الزوج مهراً قامت التسمية مقامه للتراضي عليها، فإن لم يُسمَ شيء في العقد

(١) انظر بدائع، الكاساني: (٢٧٤/٢)، مواهب الجليل، الخطاب: (٤٩٩/٣)، نهاية المحتاج، الرملي: (٣٣٥/٦)، المغني، ابن قدامة: (٢٣٧/٧ و٢١٦/٧).

(٢) حاشية ابن عابدين: (١٠١/٣).

(٣) البيان في مذهب الإمام الشافعي: لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: ٥٥٨هـ)، المحقق: قاسم مُجد النوري، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م: (٣٩٢/٩).

(٤) الإنصاف، المرداوي: (٢٦١/٨).

(٥) انظر حاشية الصاوي: (٤٣٧/٢-٤٣٨).

(٦) انظر الإنصاف، المرداوي: (٢٦١/٨).

(٧) انظر حاشية ابن عابدين: (١٠٠/٣).

(٨) انظر الكافي، ابن قدامة: (٧٠/٣).

يتأكد مهر المثل بالدخول.

٢ . الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على وجوب المهر بالقرآن الكريم والسنة المطهرة والإجماع والقياس:

أ . القرآن الكريم:

١ . قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾، [النساء: ٤].

هذه الآية تدل على وجوب الصداق للمرأة، وهو مجمع عليه،^(١) فالفروج لا تستباح إلا بصداق ملزم سواء سمي في العقد أم لم يُسمَّ.^(٢)

٢ . قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَأَتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾، [النساء: ٢٤].

تدل الآية على وجوب أداء المهر للنساء في مقابلة الاستمتاع بهن،^(٣) ومعنى فريضة أي مقدرة قد قدرتموها فوجبت عليكم فلا تنقصوا منها شيئاً.^(٤)

٣ . وقوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾، [النساء: ٤].

تبتغوا ملك النكاح على النساء بالمال، وحرف الباء يدخل على العوض فدل على أن العوض الأصلي هو المهر.^(٥)

ب . السنة:

(١) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي: (٢٤/٥).

(٢) تفسير آيات الأحكام، محمد علي السائس وآخرون، علق عليه: حسن سويدان، راجعه: محي الدين مستو، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، دار القادري، دمشق - بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م: (٣٧٠/٢).

(٣) انظر تفسير ابن كثير: (٢٢٦/٢).

(٤) تفسير السعدي (تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان)، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي (المتوفى: ١٣٧٦ هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن معلا اللويحي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ / ٢٠٠٠ م: (٧٤/١).

(٥) المبسوط، السرخسي: (٦٣/٥).

١ . عن سهل بن سعد^(١) قال جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: إني وهبت من نفسي، فقامت طويلاً، فقال رجل: زوجنيها إن لم تكن لك بما حاجة، قال: «هل عندك من شيء تصدقها» قال: ما عندي إلا إزاري، فقال: «إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك فالتمس شيئاً» فقال: ما أجد شيئاً، فقال: «التمس ولو خاتماً من حديد» فلم يجد، فقال: «أمعك من القرآن شيء» قال: نعم سورة كذا وسورة كذا لسور سماها، فقال: «قد زوجناكها بما معك من القرآن»^(٢).

في الحديث دليل على أن الزواج لا بد فيه من المهر لقوله هل عندك من شيء تصدقها، والأولى أن يذكر المهر في العقد، لأنه أقطع للنزاع وأنفع للمرأة^(٣).

٢ . عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: «أما امرأة نكحت دون إذن وليها فنكاحها باطل -ثلاثاً- ولها مهرها بما أصاب منها، فإن اشتجروا فإن السلطان ولي من لا ولي له»^(٤).

الحديث صريح في وجوب المهر مقابل الوطء.

٣ . عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات، فقال ابن مسعود: لها مثل صداق نسائها لا وكس ولا شطط، وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان وقال: قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق امرأة منا مثل الذي قضيت، ففرح بها ابن مسعود^(٥).

في الحديث دليل على وجوب المهر ولو لم يسمّه بالعقد، إذ لا زواج بلا مهر^(٦).

(١) سهل بن سعد بن مالك بن خالد، أبو العباس، الخزرجي الساعدي، الأنصاري، صحابي، من مشاهيرهم. روى عن النبي ﷺ وعن أبي وعاصم بن عدي وعمرو بن عنبسة، وعنه ابنه العباس وأبو حازم والزهري وغيرهم. وقيل: هو آخر من بقي بالمدينة من أصحاب رسول الله ﷺ، له في كتب الحديث ١٨٨ حديثاً/ أسد الغابة، ابن الأثير: (٢٢٩٤) (٥٧٥/٢).

(٢) صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب السلطان ولي (٥١٣٥) (١٧/٧).

(٣) فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني: (٢٠٩/٢).

(٤) سبق تخريجه: (ص ١٢٨).

(٥) سنن الترمذي، أبواب النكاح، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها، (١١٤٥) (٤٥٠/٣)، قال الترمذي: حسن صحيح.

(٦) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح: علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (ت: ١٠١٤هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠٢م: (٢١٠/٥).

ج. الإجماع: أجمع علماء المسلمين على عدم جواز الوطاء في نكاح بغير صداق مسمى ديناً أو نقداً، وأن المفوض إليه لا يدخل حتى يسمى صداقاً، فإن وقع الدخول في ذلك لزمه فيه صداق المثل.^(١)

يقول ابن المنذر: "وأجمعوا أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها".^(٢)

د. القياس: يجب المهر بعقد الزواج الصحيح قياساً على البيع، إذ هو عقد معاوضة البضع بالمهر فيقتضي وجوب العوض كالبيع.^(٣)

٣ . الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب المالكية^(٤) إلى أن نفي المهر في عقد الزواج يوجب فسخ النكاح قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بمهر المثل.

وعند الشافعية في القول الأظهر يصح النكاح ويجب مهر المثل بالدخول لا بالعقد، والقول الثاني يجب مهر المثل بالعقد متفقاً مع المذهب الحنفي والحنبلي.^(٥)

ثانياً: تعجيل المهر المسمى وتأجيله:

نصت المادة (٥٥) من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: "يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً وعند عدم النص يتبع العرف".

كما نصت المادة (٥٦) على أن: "التأجيل في المهر ينصرف إلى حين البيونة أو الوفاة ما لم ينص في العقد على أجل آخر".

(١) الاستذكار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ)، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.: (٤٠٨/٥).

(٢) الإجماع، ابن المنذر: (٣٥٣).

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٨٨/٢).

(٤) الفواكه الدواني، النفراوي: (٥/٢).

(٥) مغني المحتاج، الشريبي: (٣٨١/٤).

١ . المستند الفقهي للمادة:

يجب المهر بتمام العقد الصحيح ويثبت في ذمة الزوج ويجب عليه أدائه حالاً ما لم يؤجل صراحة أو عرفاً، وقد ذهب الأئمة الأربعة^(١) الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية إلى جواز الاتفاق على تأجيل المهر كله أو بعضه إلى أجل قريب معلوم، ويثبت ديناً في الذمة، ويجوز تأجيله عند الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أجل بعيد بشرط عدم الجهالة الفاحشة في الأجل كهبوب الريح فلا يصح للجهالة، وهو ما استند إليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٥٥).

فإن صرح الزوجان بقبض المهر كاملاً في الحال أو قبض بعضه أو صرحا على تقسيطه بأوقات محددة فالعبرة بما تم الاتفاق عليه في العقد، ولا يؤخذ بالعرف، لأن الاتفاق صريح والعرف دلالة، والصريح مقدم على الدلالة.

أما إن سكنا عن تأجيل المهر أو تعجيله فيتبع عرف البلد، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، كما يؤخذ بالعرف في موعد تسليم المهر المؤجل إن لم يذكر في العقد موعداً لتسليمه، والمتعارف عليه في تسليم المهر المؤجل هو عند الموت أو الطلاق البائن، ولا يحل الأجل في المطلقة الرجعية إلا عند انتهاء العدة، وليس للزوجة المطالبة به قبل ذلك، وهو قول الحنفية^(٢) والحنابلة^(٣) واختاره قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٥٦) فنص على أن: "التأجيل في المهر ينصرف إلى حين البيونة أو الوفاة ما لم ينص في العقد على أجل آخر".

وإن سكنا ولم يكن هناك عرف بالتأجيل أو التعجيل يستحق المهر حالاً، لأن حكم المسكوت عنه حكم المعجل.

٢ . الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على جواز تأجيل المهر بالسنة المطهرة والقياس والعرف:

(١) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢/٢٨٨)، حاشية الصاوي: (٢/٤٣٢-٤٣٣)، نهاية المحتاج، الرملي: (٦/٣٤٣)، المغني، ابن قدامة: (٧/٢٢٢).

(٢) انظر حاشية ابن عابدين: (٣/١٤٤)، فتح القدير لابن الهمام: (٣/٣١٧).

(٣) انظر كشف القناع، البهوتي: (٥/١٣٤).

أ . السنة: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إني تزوجت امرأة من الأنصار، فقال له النبي ﷺ: « هل نظرت إليها فإن في عيون الأنصار شيئاً »، قال: قد نظرت إليها، قال: «على كم تزوجتها؟» قال: على أربع أواق، فقال له النبي ﷺ: « على أربع أواق؟ كأنما تنحتون الفضة من عرض هذا الجبل، ما عندنا ما نعطيك ولكن عسى أن نبعثك في بعث تصيب منه » قال: فبعث بعثاً إلى بني عبس، بعث ذلك الرجل فيهم ^(١).

الحديث يدل على جواز تأجيل المهر حيث تزوجها ولم يكن يملك مهرها بل أجله حتى بعثه النبي ﷺ إلى بني عبس ليصيب شيئاً منه ويدفع المهر الذي عليه.

ب . القياس: قياس المهر على البيع، فكما يجوز تعجيل الثمن وتأجيله كذلك يجوز تأجيل المهر، إذ هو دين ثبت في ذمة الزوج لحق الزوجة، فإن رضيت بتأجيله فلها ذلك ^(٢).

ج . العرف: جرى العرف في تعجيل بعض المهر وتأخير بعضه إلى الموت أو الطلاق فيعمل بالمتعارف عليه، إذ الثابت عرفاً كالثابت شرطاً، بخلاف ما إذا شرط تعجيله، إذ لا عبرة بالعرف إذا جاء الصريح بخلافه ^(٣).

٣ . الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب الشافعية ^(٤) عند تأجيل المهر وعدم ذكر الأجل، أو التأجيل إلى الفراق أو الموت إلى فساد المهر ووجوب مهر المثل.

وعند المالكية ^(٥) يجوز التأجيل إذا كان الأجل معلوماً فإن كان مجهولاً كالتأجيل للموت أو الفراق فإن ذلك يفسد العقد ويجب فسخه قبل الدخول فإن حصل دخول يثبت ويجب مهر المثل، وكذلك يشترط في

^(١) صحيح مسلم: باب (ندب النظر إلى وجه المرأة وكفيها لمن يريد تزوجها)، (١٤٢٤) (١٠٤٠/٢).

^(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٨٩/٢).

^(٣) فتح القدير، ابن الهمام: (٣٧٠/٣).

^(٤) نهاية المحتاج، الرملي: (٣٤٣/٦)، المذهب في فقه الإمام الشافعي، لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، (د.ط): (٤٦٢/٢-٤٦٣).

^(٥) انظر حاشية الدسوقي: (٢٩٧/٢)، الشرح الصغير وحاشية الصاوي: (٤٣٢/٢-٤٣٣).

الأجل ألا يكون بعيداً جداً كتأجيله لثمانين سنة، لأنه مظنة إسقاط الصداق، والدخول على إسقاط مفسد للعقد.

المطلب الثاني: نصف المهر

إن طلق الزوج زوجته قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة وكان قد سمى لها مهراً في العقد فإنه يسقط عنه نصف المهر، ويجب للزوجة النصف الآخر، وهو ما نصت عليه المادة (٥٨) من أنه: "إذا سمي مهر في العقد الصحيح ووقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة وجب نصف المهر".

أولاً . المستند الفقهي للمادة:

استند قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٥٨) في وجوب نصف المهر بالطلاق قبل الدخول إلى ما أجمع عليه الفقهاء^(١) من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، واستند القانون في اعتبار الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول إلى ما ذهب إليه الحنفية^(٢) والحنابلة^(٣).

والخلوة الصحيحة: أن يجتمع الزوجان بعد العقد الصحيح فيختليان في مكان يتمكن فيه عادة من الجماع دون أن يمنعه مانع، والمانع إما حسي كالمرض الذي يمنع الوطء، أو شرعي كأن يكون أحد الزوجين محرماً بحج أو عمرة، أو تكون الزوجة حائضاً أو نفساء، أو مانع طبيعي، كأن يكون معهما شخص ثالث عاقل، لأن الإنسان يكره الجماع بحضرته^(٤).

واختلف الفقهاء في تنصيف المهر المسمى بعد العقد، فإن اتفق الزوجان بعد العقد على تسمية المهر أو على الزيادة على المهر المسمى ثم وقع الطلاق قبل الدخول فلا يتنصف ما فرض بعد العقد ولا ما زاد عليه، إذ التنصيف يكون للمهر المذكور بالعقد وهو مذهب الإمام أبي حنيفة والإمام محمد، مستدلين بقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ أي المفروض بالعقد، ولأن ما يجب بالعقد هو مهر المثل والمسمى يقوم مقامه ومهر المثل لا

(١) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي: (١٨٦/٣)، بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٩٦/٢)، مغني المحتاج، الشربيني: (٣٨٩/٤)، القوانين الفقهية، ابن جزى: (٢٠١)، كشف القناع، البهوتي: (١٤٨/٥).

(٢) انظر الهداية، المرغيناني: (٢٤٠/١)،

(٣) كشف القناع، البهوتي: (١١٣/٥)، المغني، ابن قدامة: (١٢/٧).

(٤) انظر حاشية ابن عابدين: (١١٤/٣)، نهاية المحتاج: (٣٤١/٦).

يتنصف فكذا ما يقوم مقامه.^(١)

وذهب جمهور المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) والإمام أبو يوسف^(٥) إلى تنصيف الزيادة وكل ما فرض بعد العقد يلتحق به، إذ المفروض بعده كالمفروض قبله.

وليس في المادة (٥٨) ما يدل على ترجيح مذهب على آخر، ويحتمل أن يكون القانون قد اختار المذهب الحنفي في عدم التنصيف لما سمي بعد العقد، إذ عبارة "إذا سمي مهر في العقد الصحيح.." نص صريح في المهر المسمى في العقد، إلا أن المادة (٥٧) نصت على أن كل ما سمي بعد العقد وقبل انتهاء عدة الطلاق يلتحق بأصل العقد، فكأنه سمي في العقد بشرط أن تجري أمام القاضي أو تثبت بالبينة.

فتلتحق الزيادة أو التسمية بأصل العقد إذا جرت أمام القاضي وتم تثبيتها في عقد الزواج فتجري عليها أحكام المهر المسمى في العقد وإلا فلا، وهو ما أكدته مضمون المادة (٥٧) الفقرة (١): "لا يعتد بأي زيادة أو إنقاص من المهر أو إبراء منه إذا وقعت أثناء قيام الزوجية أو في عدة الطلاق وتعد باطلة ما لم تجر أمام القاضي، ويلتحق أي من التصرفات الجارية أمام القاضي بأصل العقد إذا قبل به الزوج الآخر".

فهذا يدل على أنه ينصف المهر المسمى بعد العقد إذا جرت التسمية أو الزيادة أمام القاضي وتم تثبيتها في العقد استناداً إلى مذهب الجمهور وقول الإمام أبي يوسف في إلحاق الزيادة بأصل العقد، إلا أن القانون اشترط تثبيتها أمام القاضي توثيقاً للحقوق ومنعاً للتنازع بين الزوجين.

ثانياً . الأدلة التي استندت إليها المادة:

١ . الدليل على وجوب نصف المهر بالطلاق:

استند الفقهاء في وجوب نصف المهر في الطلاق قبل الدخول إلى القرآن الكريم والإجماع:

(١) انظر حاشية ابن عابدين: (١٠٤/٣)، الاختيار، الموصلي: (١٠٣/٣).

(٢) شرح مختصر خليل، الخرشي: (٢٧٤/٣)، حاشية الدسوقي: (٣١٩/٢).

(٣) روضة الطالبين، النووي: (٢٨٩/٧-٢٩٠).

(٤) المغني، ابن قدامة: (٢٣٩/٧).

(٥) الاختيار، الموصلي: (١٠٣/٣).

أ . القرآن الكريم: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾، [البقرة: ٢٣٧].

تدل الآية على أن المهر المسمى بالعقد يسقط النصف منه بالطلاق قبل الدخول، وتستحق المرأة النصف الآخر.^(١)

ب . الإجماع: أجمع الفقهاء على أن المرأة المسمى لها مهر يجب لها نصفه بالطلاق قبل الدخول،^(٢) يقول القرطبي: " الواجب نصف ما فرضتم ، أي من المهر فالنصف للزوج والنصف للمرأة بإجماع ".^(٣)

٢. الدليل على وجوب المهر بالخلوة الصحيحة:

استند الحنفية والحنابلة في وجوب المهر بالخلوة الصحيحة إلى القرآن والسنة والأثر والقياس:

أ. القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾، [النساء: ٢١].

الإفضاء بمعنى الخلوة فالآية تدل على أن الزوج إذا خلا بزوجه يجب لها كامل المهر سواء دخل بها أم لا.^(٤)

ب. السنة: عن محمد^(٥) بن عبد الرحمن بن ثوبان عن النبي ﷺ: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل». ^(٦)

(١) التفسير الكبير، الرازي: (٤٧٨/٦).

(٢) القوانين الفقهية، ابن جزري: (٢٠١).

(٣) الجامع لأحكام القرآن: (٣٠٤/٣).

(٤) تفسير ابن كثير: (٢١٣/٢).

(٥) محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان القرشي، روى عن أبي هريرة، وأبي سعيد، وفاطمة بنت قيس، وزيد بن ثابت، وجابر وغيرهم. وروى عنه أخوه سليمان، ويحيى بن أبي كثير، ويحيى بن سعيد الأنصاري، والزهري، وغيرهم. قال أبو حاتم: هو من التابعين. وقال عنه النسائي: ثقة، وذكره ابن حبان في الثقات، تهذيب التهذيب، ابن حجر العسقلاني: (٢٩٤/٩).

(٦) السنن الكبرى البيهقي، كتاب الصداق باب (من قال أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق)، (١٤٤٨٧): (٤١٨/٧)، قال البيهقي: وهذا منقطع وبعض رواه غير محتج به، جاء في تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، لشمس الدين ابن عبد الهادي الحنبلي "فإن قيل الحديث مرسل وفيه ابن لهيعة وهو ضعيف قلنا المرسل عندنا حجة"، وابن لهيعة روى عنه العلماء"، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٨ م: (١١٨/٣).

وهو نص صريح في وجوب المهر بمجرد النظر وكشف الغطاء وإن لم يوجد دخول.

ج. الأثر: عن زرارة^(١) ابن أبي أوفى قال: (قضاء الخلفاء الراشدين المهديين أنه من أغلق باباً وأرخى ستراً فقد وجب الصداق والعدة).^(٢)

وعن زيد بن ثابت قال: إذا دخل الرجل بامرأته وأرخيت عليهما الستور فقد وجب الصداق.^(٣)

د. القياس: تقاس الخلوة على البيع والإجارة بعد التخلية فإن سلم البائع السلعة أو خلاها بأن رفع المانع من تسليمها تأكد حقه في البدل.^(٤)

ثالثاً. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب المالكية^(٥) والشافعية^(٦) إلى عدم اعتبار الخلوة الصحيحة كالدخول فلا تقرر المهر ولا تؤثر فيه إلا إذا طالت المدة عند المالكية كالسنة ونحوها فلها كامل المهر.

المطلب الثالث: مهر المثل

أولاً: تعريف مهر المثل: هو مهر مثيلات المرأة من قوم أبيها كأخواتها وعماتها وبنات أعمامها دون

(١) زرارة بن أوفى، أبو حاجب، الحرشي العامري، البصري، قاضي البصرة، روى عن عمران بن حصين والمغيرة بن شعبة وأبي هريرة وابن عباس وعائشة عليهن السلام وغيرهم، ذكره ابن حبان في الثقات. وروى عنه بهز بن حكيم وثابت بن عمار الحنفي وقتادة بن دعامة ويونس بن عبيد وغيرهم، توفي سنة ٩٣هـ. / الطبقات لابن سعد: (١٠٩/٧).

(٢) السنن الكبرى، البيهقي، كتاب الصداق، باب من قال من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق، (١٤٤٨٤): (٤١٧/٧)، قال البيهقي: هذا مرسل، زرارة لم يدركهم، وقد روينا عن عمر وعلي رضي الله عنهما موصولاً.

(٣) الموطأ، مالك بن أنس بن عامر الأصبحي المدني (ت: ١٧٩هـ)، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان، الإمارات، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م: كتاب النكاح، باب إرخاء الستور، (١٩٣٢) (٧٥٦/٣)، جاء في التحجيل في تخريج ما لم يخرج من الأحاديث والآثار في إرواء الغليل، عبد العزيز بن مرزوق الطريفي، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م: "وإسناده منقطع، لم يدرك الزهري زيد بن ثابت، وقد توفي زيد قبل ولادة الزهري بسنين"، (٣٨٧).

(٤) انظر الهداية، المرغيناني: (١/٢٤٠).

(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد: (٢/٥٥٨).

(٦) انظر روضة الطالبين، النووي: (٧/٢٦٣).

أمها وخالاتها إلا أن يكونا من عائلة أبيها، فإن لم يوجد من قوم أبيها ينظر إلى مهر أمثالها من عائلة تشبه عائلة أبيها وهذا عند الحنفية^(١) ويعتبر في المهر التساوي في الأوصاف عند العقد في السن والجمال والمال والدين والعقل والبكارة والبلد والعصر وكل ما يختلف لأجله المهر، فإن لم يوجد ذلك كله فبالذي يوجد منه، لأنه قد يتعذر اجتماع هذه الأوصاف في امرأتين.

ويقدر المهر عند المالكية^(٢) بالوسط من صداق مثيلاتها، ومثيلات المرأة في المذهب المالكي من يماثلها في الأوصاف المعتبرة في تحديد المهر من جمال وحسب ونسب ويعتبر الوسط من ذلك، دون تقييد بالعصبات أو ذوات الأرحام.

أما الشافعية^(٣) فقالوا بالنظر لمثيلاتها من ذوات الأرحام إن تعذر العصبات فإن لم يوجد من ذوات الأرحام ينظر إلى مثيلاتها من الأجنيبات، وعند الحنابلة^(٤) المعتبر بمن يساويها من جميع أقاربها سواء كانوا من جهة أبيها أم جهة أمها فإن لم يكن لها أقارب يُنظر إلى نساء بلدها.

ثانياً: حالات وجوب مهر المثل:

١ . المستند الفقهي للمادة:

نصت المادة (٦١) من قانون الأحوال الشخصية السوري على حالات وجوب مهر المثل، فجاء فيها: "يجب مهر المثل في العقد الصحيح بعد الدخول وعند عدم تسمية مهر أو فساد التسمية".

كما نصت المادة (٦٣) على أنه: "إذا وقع الدخول بعد عقد فاسد لم يسم فيه مهر فللمرأة مهر المثل وإذا كان مسمى فلها الأقل من المسمى ومهر المثل".

فيجب المهر في الحالات الآتية:

١ . إذا تم عقد الزواج بدون تسمية للمهر وكان العقد صحيحاً مستوفياً لجميع أركانه وشروطه فيجب

(١) انظر الاختيار، الموصلي: (١٠٨/٣).

(٢) حاشية الدسوقي: (٢٩٦/٢).

(٣) روضة الطالبين، النووي: (٢٨٧/٧).

(٤) كشف القناع، البهوتي: (١٦٠/٥).

للرأمة مهر مثيلاً لها ولها حق المطالبة به بعد الدخول، وعبرة "عدم التسمية" تدل بعمومها على السكوت عن ذكر المهر أو نفي المهر في العقد، بأن يتم الاتفاق في العقد على إسقاط المهر، كقول الزوج: تزوجتك على ألا مهر لك، فيجب مهر المثل بالدخول عند الأئمة الأربعة.^(١)

٢. عند فساد التسمية بأن سمي لها شيئاً مجهولاً جهالة فاحشة، كأن يقول: تزوجتك على ما في بطن هذا الغنم أو ما يحمل النخل هذه السنة، أو كان المسمى ليس بمال كحبة قمح أو ما لا يحل شرعاً كالخمر والخنزير أو غير ذلك مما يفسد المهر.^(٢)

٣. الدخول في الزواج الفاسد يوجب للزوجة مهر المثل إن لم يكن قد سمي لها الزوج مهراً في العقد، باتفاق الأئمة الأربعة،^(٣) أما إن سمي لها مهراً في العقد فلها الأقل من المهر المسمى ومهر المثل في مذهب الحنفية وهو ما اختاره قانون الأحوال الشخصية في المادة (٦٣) خلافاً لمذهب الجمهور.

٣. الأدلة التي استندت إليها المادة:

٤. استدلل الفقهاء على وجوب مهر المثل للمرأة بالقرآن الكريم والسنة النبوية والقياس:

أ. القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾، [النساء: ٢٤].

والمراد بها المطلقة المدخول بها ولم يفرض لها مهر، فيجب لها مهر المثل.^(٤)

ب. السنة النبوية: عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات، قال ابن مسعود: لها مثل صداق نساءها لا وكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: قضى فينا رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق الأشجعية امرأة منا مثل ما

^(١) انظر الهداية، المرغيناني: (٢٣٨/١)، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي (المتوفى: ٧٣٢هـ)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة: الثالثة: (٦٤)، روضة الطالبين، النووي: (٢٨٦/٧)، شرح منتهى الإرادات، البهوتي: (٩/٣).

^(٢) انظر حاشية ابن عابدين: (١٣٧/٣)، حاشية الدسوقي: (٣٠٣/٢)، مغني المحتاج، الشربيني: (٣٧٥/٤)، المغني، ابن قدامة: (٢٢٤/٧)، شرح منتهى الإرادات، البهوتي: (١١/٣).

^(٣) انظر حاشية ابن عابدين: (١٣٧/٣)، حاشية الدسوقي: (٢٣٨/٢)، روضة الطالبين، النووي: (٢٨٦/٧)، كشف القناع، البهوتي: (١٦٠/٥).

^(٤) تفسير آيات الأحكام من القرآن، محمد علي الصابوني، دار القلم العربي، حلب، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م: (٣٧٩/١).

قضيت.^(١)

يدل الحديث على أن الدخول قبل الفرض يوجب مهر المثل ولا خلاف فيه.^(٢)

ج . القياس: إجماع الأمة على أن الموطوءة بشبهة لها مهر المثل، فالموطوءة بنكاح صحيح أولى بهذا الحكم.^(٣)

٣ . الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب الجمهور من المالكية^(٤) والشافعية^(٥) إلى وجوب مهر المثل بالدخول في العقد الفاسد وكان قد سمي لها مهراً، لأن المهر المسمى يفسد بفساد العقد، فكأنهما لم يسميا شيئاً فيجب مهر المثل بالدخول بالغاً ما بلغ.

وفساد التسمية بأن سمي لها خمراً أو شيئاً مغصوباً ففي قول عند الشافعية يجب لها قيمته بأن يقدر الخمر عصيراً، لكن يجب مثله، والمغصوب يقدر مملوكاً ثم إن كان مثلياً فيجب المثل.^(٦)

وعند الحنابلة^(٧) إن فسد العقد ودخل بالزوجة أو خلا بها يجب المسمى من المهر في العقد، لأن النكاح مع فساد يترتب عليه أكثر أحكام العقد الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم العدة، فلذلك لزم المهر المسمى.

المبحث الثاني: تأصيل الاختيارات في مقدار المهر وصفته

يختلف المهر باختلاف الأعراف والأشخاص والبلدان فيتنوع في صفته وقيمه ومقداره، وفيما يلي بيان المستند الفقهي للمهر من حيث صفته المالية:

^(١) سبق تخريجه: (ص ١٨٤).

^(٢) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، الهروي: (٢١٠٢/٥).

^(٣) التفسير الكبير، الرازي: (٤٧٣/٦).

^(٤) انظر حاشية الصاوي: (٤٥٣/٢).

^(٥) انظر مغني المحتاج، الشربيني: (٣٨٦/٤).

^(٦) انظر المرجع السابق: (٣٧٥/٤).

^(٧) كشف القناع، البهوتي: (١٦٠/٥).

المطلب الأول: أكثر المهر وأقله

يملك الزوجان حرية تقدير المهر وفق ما تتفق عليه إرادتهما، وبذلك جاءت المادة (٥٤) الفقرة الأولى، فنصت على أنه: "١/ لا حد لأقل المهر ولا لأكثره".

أولاً . المستند الفقهي للمادة:

استند قانون الأحوال الشخصية السوري في أكثر المهر إلى ما أجمع عليه الفقهاء^(١) من أنه لا حد لكثيره، إلا أنهم اختلفوا في أقل المهر فذهب الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) إلى أنه لا حد لأقله بشرط ألا ينتهي في القلة إلى حد لا يتمول، كحبة قمح ونواة تمر، وكل ما جاز أن يكون مالاً جاز أن يكون مهراً وهو ما اختاره قانون الأحوال الشخصية في المادة (٥٤).

ويستحب عند الشافعية والحنابلة تخفيف المهر وألا يغالى فيه، فيسن ألا يزيد على خمسمئة درهم فضة خالصة، إذ هو صدق النبي ﷺ لأزواجه وبناته، وألا ينقص عن عشر دراهم فضة خالصة خروجاً من الخلاف، فإن عقد الزواج بمهر لا يتمول أو لا يقابل بما يتمول فسدت التسمية ووجب مهر المثل عند الشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

ثانياً . الأدلة التي استندت إليها المادة:

واستدل القائلون بأنه لا حد لأقل المهر ولا لأكثره بما يلي:

١. القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾، [النساء: ٢٠].

(١) الإشراف على مذاهب العلماء، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، حققه: د. أبو حماد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، الإمارات، رأس الخيمة، ط: الأولى ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م: (٣٤/٥) وانظر حاشية ابن عابدين: (١٠٢/٣)، الكافي في فقه أهل المدينة، عاصم النمري: (٥٥١/٢)، البيان، العمراني: (٣٧٠/٩)، الإنصاف، المرداوي: (٢٢٩/٨) ..

(٢) انظر مغني المحتاج، الشربيني: (٣٦٧/٤)

(٣) انظر الكافي في فقه الإمام أحمد، بن قدامة: (٥٨/٣).

(٤) انظر نهاية المحتاج، الرملي: (٣٣٥/٦).

(٥) انظر كشف القناع، البهوتي: (١٢٩/٥).

قال ابن عباس رضي الله عنه: القنطار: سبعون ألف مثقال، وقال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: القنطار: ملء مسك ثور ذهباً، ومسك الثور: جلده. فالآية دليل على جواز أن يكون المهر كثيراً. ^(١)

وَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، المال في الآية لفظ مطلق لم يقدر بقليل أو كثير. ^(٢)

٢ . السنة المطهرة: قوله ﷺ: «التمس ولو خاتماً من حديد». ^(٣)

يجوز أن يكون المهر كثيراً أو قليلاً مما يتمول إذا رضي به الزوجان لأن خاتم الحديد نهاية من القلة. ^(٤)

ما روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه خطب الناس، فحمد الله تعالى وأثنى عليه، وقال: (ألا لا تغالوا في صداق النساء فإنه لا يبلغني عن أحد ساق أكثر من شيء ساقه رسول الله ﷺ أو سيق إليه إلا جعلت فضل ذلك في بيت المال)، ثم نزل، فعرضت له امرأة من قريش، فقالت: يا أمير المؤمنين أكتاب الله تعالى أحق أن يتبع أو قولك، قال: (بل كتاب الله تعالى فما ذاك؟) فقالت: نهيت الناس أنفاً أن يغالوا في صداق النساء والله تعالى يقول في كتابه: ﴿وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء: ٢٠]، فقال عمر رضي الله عنه: (كل أحد أفقه من عمر) مرتين أو ثلاثاً، ثم رجع إلى المنبر فقال للناس: (إني كنت نهيتكم أن تغالوا في صداق النساء ألا فليفعل رجل في ماله ما بدا له). ^(٥)

رجوع سيدنا عمر عن النهي عن كثرة الإصداق دليل على جواز الإصداق بالمال الجزيل. ^(٦)

٣ . الإجماع: أجمع العلماء على أن المهر لا حد لأكثره. ^(٧)

^(١) البيان، العمراني: (٣٧١/٩)، تفسير ابن كثير: (٢١٢/٢).

^(٢) انظر مغني المحتاج، الشربيني: (٣٦٧/٤).

^(٣) سبق تخريجه: (ص ١٨٤).

^(٤) المنهاج شرح صحيح مسلم، النووي: (٢١٣/٩).

^(٥) رواه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الصداق، باب (لا وقت في الصداق كثر أو قل)، (١٤٣٣٦) (٣٨٠/٧) وقال حديث منقطع، وقال المناوي في فيض القدير: "قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم وأقره الذهبي، وقال الزين العراقي: إسناده جيد، وقال الهيثمي: فيه ابن سخيرة، وقال اسمه عيسى بن ميمون وهو متروك"، (١٣/٨).

^(٦) تفسير ابن كثير: (٢١٢/٢).

^(٧) الإشراف، ابن المنذر: (٣٤/٥)، وانظر الحاوي الكبير، الماوردي: (٣٩٦/٩).

ثالثاً. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب الحنفية^(١) والمالكية^(٢) إلى تحديد أقل المهر بما تقطع به يد السارق، فعند الحنفية يقدر أقله بعشرة دراهم، إذ لا تقطع يد السارق بأقل من ذلك، وعند المالكية أقله ربع دينار أي ما يعادل ثلاثة دراهم، ويجب إتمام المهر وجوباً بعد الدخول إن نقص عن ذلك المقدار، ويخير قبل الدخول بين إتمام المهر أو فسخ الزواج بطلاق وإعطائها نصف المسمى.

المطلب الثاني: الزيادة والإنقاص من المهر

للزوجين بعد إنشاء العقد الزيادة والإنقاص من المهر أو الإبراء منه وفق الشروط التي حددها قانون الأحوال الشخصية السوري، حيث نص في المادة (٥٧) على أنه:

"١ / لا يعتد بأي زيادة أو إنقاص من المهر أو إبراء منه إذا وقعت أثناء قيام الزوجية أو في عدة الطلاق وتعد باطلة ما لم تجر أمام القاضي ويلتحق أي من التصرفات الجارية أمام القاضي بأصل العقد إذا قبل به الزوج الآخر.

٢ / يحق للزوجة أن تعود عن إبرائها وتستحق مهرها إذا طلقها زوجها طلاقاً تعسفياً".

أولاً. تعديل المهر:

١. المستند الفقهي للمادة:

يملك الزوجان حرية تعديل المهر زيادةً أو إنقاصاً أو إبراءً دون حاجة لتدخل أحد ما دام الزوجان متمتعين بالأهلية الكاملة، وهو ما أجمع عليه الفقهاء^(٣)، وأشارت إليه المادة (٥٧) في الفقرة الأولى، ويشترط لأي تعديل في المهر أو الإبراء منه أن يجري خلال الحياة الزوجية أو في عدة الطلاق، وقد وضع القانون بعض القيود على هذه التصرفات مستنداً إلى المصلحة المبنية على درء شبهة الإكراه فنصت المادة (٥٧) الفقرة الأولى

(١) حاشية ابن عابدين: (١٠١/٣).

(٢) انظر حاشية الدسوقي: (٣٠٣/٢).

(٣) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٨٧/٢)، حاشية الدسوقي: (٣٠٠/٢) وما بعدها، المذهب في فقه الامام الشافعي، الشيرازي: (٤٧٠/٢)، كشاف القناع، ليهوتي: (١٤١/٥).

على أن أي تعديل في المهر أو الإبراء يجب أن يكون بإيجاب من أحد الزوجين وقبول من الآخر، وأن يقترن الإيجاب والقبول بحضور القاضي وتوثيقه، فإذا وقع ذلك جرى تدوين هذا التعديل أو الإبراء على أصل عقد الزواج، وكل تعديل يجري بعيداً عن حضرة القاضي يكون باطلاً وفق نص المادة.^(١)

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استند القانون في هذا النص إلى المصلحة إذ قد يتعرض أحد الزوجين أثناء الحياة الزوجية إلى الإكراه فيدفعه ذلك إلى الموافقة على زيادة المهر أو إنقاصه أو الإبراء منه، لذلك اشترط القانون أن يجري التعبير عن إرادة الزوجين أمام القاضي لحماية مصلحة الزوجين ولتأمين الطمأنينة على تمام حريتهما وكمال إرادتهما حين تعديل المهر حتى لا يكون أحدهما تحت تأثير الآخر.^(٢)

ثانياً. حق الزوجة في الرجوع عن الإبراء:

نصت المادة (٥٧) الفقرة الثانية من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "يحق للزوجة أن تعود عن إبرائها وتستحق مهرها إذا طلقها زوجها طلاقاً تعسفياً".

التَّعَسُّف: هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل،^(٣) ويكون الزوج متعسفاً في طلاقه إذا طلق زوجته دون سبب شرعي للطلاق، وليس له أي منفعة في ذلك، ولم يحدث من الزوجة ما يستوجب الطلاق، إنما قصد الإضرار بها.^(٤)

وباعتبار أن المهر حق للزوجة وملكها الخاص يحق لها التصرف فيه كما تشاء مادامت متمتعة بالأهلية الكاملة، فلها إن شاءت أن تبرئ زوجها من المهر إحساناً منها ورغبة في زيادة الألفة ودوام العشرة، فإن قابل الزوج هذا المعروف بطلاق زوجته دون سبب شرعي يستوجب طلاقها عامله القانون بنقيض مقصوده وأعاد الحق للزوجة في العودة عن إبرائها لزوجها من المهر وفق ما نصت عليه المادة (٥٧/٢) أحوال، وذلك بهدف حماية حق الزوجة المالي، بالرغم من أن الفقهاء اتفقوا على عدم جواز الرجوع عن الإبراء بعد قبوله، لأن الإبراء

(١) التذكرة في القضاء الشرعي، أبو جيب: (٢٤٢/٢).

(٢) المرجع السابق: (٢٥٧/٢).

(٣) النظريات الفقهية: د. فتحي الدريني: (١٣١).

(٤) انظر السياسة الشرعية: عبد الفتاح عمر: (١٨٤).

من المهر إسقاط للدين الذي كان في ذمة الزوج والساقط لا يعود، فقد برئت منه ذمة المدين.^(١)

ولا يخرج الحكم القانوني للإبراء عما جاء به الفقه فقد قدم الاجتهاد المدني تعريفاً للإبراء فقال: "الإبراء يفيد ترك الدائن حقه دون مقابل فينقضي الدين، وتبرأ ذمة المدين، وهو عمل قانوني من أعمال التبرع من جانب الدائن".^(٢)

استند القانون في هذه المادة إلى ما ورد عند المالكية^(٣) ورواية عن الإمام أحمد^(٤) من أن الزوجة إن وهبت مهرها لزوجها بقصد دوام العشرة أو حسننها ثم طلقها فإن لها حق الرجوع عن هبتها لعدم تحقق غرضها من الإبراء.

إلا أن ما نص عليه المالكية لا يمكن أن ينطبق بشكل دقيق عما جاء به القانون في المادة (٥٧/٢) إذ أن الإبراء المذكور في المادة (٥٧) مطلق عن أي شرط أو قيد، فقد تبرأ المرأة زوجها ليس لدوام العشرة إنما طمعاً في الثواب أو بقصد التفاخر أو إظهار المنّة.

كما أن شرط الطلاق عند المالكية أن يقع فور الإبراء المشروط لدوام العشرة فإن مضت مدة تتسع لأن يتحقق فيها الشرط فليس للزوجة الحق في الرجوع بعدها، أما المادة (٥٧) فليس فيها ما يدل على هذا المعنى، فقد يطلق الزوج زوجته تعسفاً بعد سنين من إبرائها ثم يعطيها القانون الحق في العودة عن الإبراء بنص هذه المادة.

بالإضافة إلى ذلك فإن القانون في المادة (١١٧) أحوال، ألزم الزوج بالتعويض إن تعدى باستخدام حقه في الطلاق بإيقاعه دون سبب، فأحدث ضرراً بالزوجة، وللقاضي تقدير هذا التعويض بما يتناسب مع الضرر اللاحق بها، كما أن للقاضي السلطة في أن يفرض المتعة للزوجة كبديل عن المهر إن رأى أن الزوج غرر بالزوجة وألحق بها ضرراً فاحشاً عندما طلقها بعد أن أسقطت عنه مهرها، فلا يبقى بعد هذا سبب يدعو للرجوع عن

^(١) انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام: (٢١٠/٦)، حاشية الدسوقي: (٤١١/٣)، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، المطبعة الميمنية، (د.ط): (٣٩١/٣) تحفة المحتاج ابن حجر الهيتمي: (٣٠٩/٦)، المغني: ابن قدامة: (٤٧/٦).

^(٢) الاجتهاد (٦٣٧) تاريخ ١٩٨٣/٤/٥م في التقنين المدني، القاعدة: (١٥٧٧)، التذكرة في القضاء الشرعي، أبو جيب: (٢٥٨/٢).

^(٣) حاشية الدسوقي: (٣٢٤/٢).

^(٤) انظر القواعد لابن رجب: (٣٢١).

الإبراء، إذ تتحقق في فرض المتعة الغاية والهدف من الحكم بحق الزوجة في العودة عن الإبراء.

لذلك أرجح إما العدول عن هذا التعديل الجديد للمادة وترك العلاقة المالية بين الزوجين لتحكمها قواعد الشريعة على الوجه الصحيح، أو تعديل النص بما يتفق مع المذهب المالكي.

المطلب الثالث: صفة المهر

أولاً- ما يصلح أن يكون مهراً

المهر إما أن يكون مالاً أو عملاً أو منفعة، وقد اتفق الفقهاء على صحة المهر المالي، واختلفوا في العمل والمنفعة، وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٥٤) الفقرة (٢) على أن: "كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون مهراً مالاً كان أو عملاً أو منفعة".

١ . المستند الفقهي للمادة:

استند قانون الأحوال الشخصية السوري إلى ما ذهب إليه الحنفية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) من صحة المهر سواء كان من الأموال كالنقد والعقارات والمنقولات التي لها قيمة مادية، أو منافع الأعيان وهي ما يصح عقد الإجارة عليها كالانتفاع بسيارة أو منزل أو أرض مدة معلومة دون تملك العين، أما الأعمال كالحرف مثل زراعة أرضها ورعاية غنمها وبناء دارها وكل ما يصح استئجار الشخص عليه يصح عند الشافعية والحنابلة والإمام محمد من الحنفية، لأن كل ما يجوز أخذ العوض عنه يصح أن يكون مهراً.

ومن الأعمال تحفيظ القرآن فيجوز أن يكون مهراً عند الشافعية ورواية عند الحنابلة،^(٤) والصحيح في المذهب الحنبلي أنه لا يجوز جعل تعليم القرآن مهراً، لأن الفروج لا تستباح إلا بالمال، وتعليم القرآن قرينة فلا يصح أن يكون صداقاً، ويرجع إلى مهر المثل، وهو الأرجح والقول المناسب مع عصرنا، إذ من المتعارف عليه في بلادنا عدم أخذ الأجرة على تحفيظ القرآن وتعليمه، ولا يعد ذلك من الأعمال التي لها قيمة مالية، إنما هو

(١) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٧٩/٢).

(٢) انظر مغني المحتاج، الشربيني: (٣٦٧/٤)، البيان، العمراني: (٣٧٤/٩).

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، بن قدامة: (٥٨/٣)، الهداية على مذهب الإمام أحمد، الكلوزاني: (٤٠٢/١).

(٤) انظر كشف القناع، البهوتي: (١٣١/٥)، الإنصاف، المرداوي: (٢٣٤/٨).

من القربات فلا يصح أن يكون صداقاً.

٢ . الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على صحة كون المهر منفعة بالقرآن الكريم والسنة النبوية والقياس:

أ . القرآن الكريم: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجَ﴾، [القصص: ٢٧].

تدل الآية على جعل الإجارة على رعي الغنم مهراً.^(١)

ب . السنة: عن أنس بن مالك أن النبي ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها.^(٢)

الحديث يدل على جعل العتق صداقاً والعتق متقوم، لأنه يجوز أخذ العوض عليه.

القياس: قياس عقد الزواج على عقد الإجارة، فكما أن المنفعة تستحق بعقد الإجارة، فكذلك جاز أن تستحق بعقد الزواج، كمنفعة الأرض.^(٣)

٣ . الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

لا يصح عند الإمام أبي حنيفة والإمام أبي يوسف^(٤) أن يكون المهر من الأعمال، لأنها ليست بأموال متقومة، ولأن فيه استخدام الزوجة لزوجها وفي ذلك مهانة واستدلال وهذا لا يجوز وعند المالكية^(٥) يجب أن يكون المهر من الأموال فالمهر كالثمن في البيع وكل ما يصح بيعه جاز أن يكون مهراً فلا تصح التسمية إن كان منفعة أو عملاً ويجب للزوجة مهر المثل.

^(١) المغني، ابن قدامة: (٢٢٥/٧).

^(٢) صحيح البخاري، كتاب النكاح باب من جعل عتق الأمة صداقها، (٥٠٨٦) (٦/٧)، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمته، ثم يتوجهها، (٨٥): (١٠٤٥/٢).

^(٣) البيان، العمراني: (٣٧٤/٩).

^(٤) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٧٨/٢)، حاشية ابن عابدين: (١٠٨/٣).

^(٥) انظر الكافي في فقه أهل المدينة: (٥٥٢/٢)، مواهب الجليل، الخطاب: (٤٩٩/٣).

ثانياً- انخفاض القوة الشرائية للمهر:

إن قوة الليرة السورية في العقود الماضية غيرها في هذه الأعوام من حيث القوة الشرائية وما تعادل بالنسبة للذهب والعملات الأجنبية، بسبب الحروب والأزمات الاقتصادية التي عانت منها البلاد، وقد جرى العرف والقانون على أن مؤجل المهر لا يستحق إلا عند الطلاق أو الموت، وهو ما نصت عليه المادة (٥٦) من قانون الأحوال الشخصية السوري، وقد تطول هذه المدة وتنخفض القوة الشرائية للمهر فيتعين على الزوج أداء المهر بالليرات السورية كما دون في العقد، مما يلحق ضرراً بليغاً في الزوجة فتجد أن مهرها أصبح لا قيمة له للانخفاض الكبير في القوة الشرائية للنقد، لذلك جاء القانون رقم (٤) لعام ٢٠١٩م في تعديله الجديد لمعالجة مشكلة تغير قيمة النقد، فنص في المادة (٥٤) الفقرة الثالثة على أنه: "عند استيفاء المهر كلاً أو بعضاً تكون العبرة للقوة الشرائية للمهر وقت عقد الزواج على ألا يتجاوز مهر المثل يوم الاستحقاق ما لم يكن هناك شرط أو عرف خلاف ذلك".

فإن جرى الزواج في عام ١٩٩٠ على مهر مؤجله مائة ألف ليرة سورية ثم طالبت الزوجة بالمهر عند الطلاق أو الموت فإنها تستحق قيمتها الشرائية بحسب الذهب في عام ١٩٩٠ وفق ما نصت عليه هذه المادة، بشرط ألا تتجاوز القيمة مهر مثل الزوجة يوم الاستحقاق، وهذا إن كان العقد مطلقاً عن أي عرف أو شرط، أما إن تعارف الناس على سداد المهور بقيمتها من الذهب أو اتفق الزوجان في العقد على ربط المهر المسجل بالأوراق النقدية بالذهب فيعمل بالعرف والشرط.

١ . المستند الفقهي للمادة:

استند قانون الأحوال في وجوب دفع القيمة إلى قول الإمام أبي يوسف في إلزام المدين بدفع قيمة النقد عند غلاء الدراهم والدنانير المغشوشة والفلوس أو رخصها يوم تمام العقد، وهو المفتى به في المذهب الحنفي.^(١) واستند القانون في عدم تجاوز القيمة لمهر أمثال الزوجة إلى رأي الدكتور فتحي الدريني^(٢) من العلماء

(١) انظر حاشية ابن عابدين: (٤/٥٣٤).

(٢) الدريني (١٩٢٣م - ٢٠١٣م) أحد كبار علماء الشريعة، شغل منصب عميد كلية الشريعة بجامعة دمشق، تبحر في أصول الفقه الإسلامي وفي العلوم القانونية والسياسية، ولد في الناصرة بفلسطين، درس القانون والشريعة في الأزهر واللغة العربية في جامعة القاهرة، توفي في سوريا، من مؤلفاته: نظرية التعسف في استعمال الحق وخصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم وغيرها، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، ط: الثانية، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م: (٧-٩ المقدمة).

المعاصرين حيث قال: إن الديون الثابتة في الذمة والتي تعرضت لانخفاض كبير في قيمتها توزع فيها الخسارة على طرفي العقد فينظر إلى قيمتها يوم ثبوتها في الذمة وقيمتها يوم الاستحقاق ويؤخذ بالوسط، وذلك كيلا يتحمل الضرر أحدهما، واعتبر القانون هذا الرأي عادلاً للطرفين عندما يكون الفارق كبيراً بين قيمة المهر يوم عقد الزواج وقيمتها يوم الاستحقاق ليتجاوز مهر المثل بأضعاف كثيرة فيعجز الزوج عن أدائه، فجعل مهر المثل هو الفاصل بين القيمتين، أما إن لم تتجاوز القيمة مهر المثل فلا ينظر إلى الوسط إنما تستحق الزوجة قيمة النقد المسمى بالعقد.^(١)

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استندت المادة في وجوب القيمة للمهر عند انخفاض القوة الشرائية إلى الأدلة الآتية:

أ . السنة النبوية: عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار».^(٢)

يدل الحديث على منع الإضرار بالغير بأي صفة كان الضرر،^(٣) ومن هذا الحديث أخذت القواعد الفقهية في رفع الضرر.

ب . القاعدة الفقهية: "الضرر يزال"^(٤) و "الضرر لا يزال بالضرر".^(٥)

فالضرر يجب أن يزال في الشرع ولكن لا يرفع بضرر مثله ولا بما هو فوقه بالأولى، ولا بما هو دونه، فلا يزال ضرر امرئ بارتكاب ضرر امرئ آخر، لأن الخلق كلهم عيال الله،^(٦) وفي وجوب دفع المهر مع انخفاض قوته الشرائية ضرر بالزوجة، فيرفع الضرر عنها بإعطائها قيمة مهرها إن لم تتجاوز مهر المثل، وقد يكون في دفع القيمة ضرر بالزوج إذا كان هبوط العملة شديداً وأصبح الفارق كبيراً بحيث لا يتمكن الزوج من الوفاء به، وقد أمكن إزالة الضرر في هذه الصورة بإعطاء الزوجة مهر مثلها يوم الاستحقاق، وبذلك يرتفع الضرر عن الزوجين

(١) انظر النظريات الفقهية، د. فتحي الدريني: (١٤٩).

(٢) سبق تخريجه: (ص ٧٠).

(٣) نيل الأوطار، الشوكاني: (٣١١/٥).

(٤) القواعد الفقهية وتطبيقاتها، د. محمد الزحيلي: (٢١٠/١).

(٥) القواعد، ابن رجب: (٧٣).

(٦) القواعد الفقهية وتطبيقاتها، د. محمد الزحيلي: (٢١٥/١).

معاً.

٣. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

مذهب جمهور الفقهاء^(١) وهم الإمام أبو حنيفة والمالكية في المشهور عندهم والشافعية والحنابلة إلى وجوب دفع مقدار المهر كما دَوّن في العقد سواء زادت القيمة أم نقصت.

ثالثاً- الامتياز والصورية في المهر:

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٥٤) الفقرة الرابعة والخامسة والسادسة على أنه: "٤/ يعدّ مهر المرأة ديناً ممتازاً يأتي في الترتيب بعد دين النفقة المستحقة المشار إليه في المادة /١١٢٠/ من القانون المدني.

٥/ لمن يدعي التواطؤ أو الصورية في المهر المسمى إثبات ذلك أصولاً فإذا ثبت أحدهما حدد القاضي مهر المثل ما لم يثبت المهر المسمى الحقيقي.

٦/ يعد كل دين يرد في وثائق الزواج أو الطلاق من الديون الثابتة بالكتابة ومشمولاً بالفقرة الأولى من المادة /٤٤٧/ من قانون أصول المحاكمات رقم /١/ لعام ٢٠١٦ ولا يعد المهر المؤجل مستحق الأداء إلا بانقضاء العدة وفق ما يقرره القاضي في الوثيقة.

وحق الامتياز مصطلح قانوني عرف الفقه الإسلامي مضمونه وعبر عنه الفقهاء القدامى بالأولوية أو حق التقديم، يظهر هذا المعنى في الفروع الفقهية، كما إذا بيع الرهن في حياة الراهن وكان عليه ديون أخرى فلرهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء،^(٢) وكتقديم دين الصحة على دين المرض.^(٣)

وعُرف حق الامتياز بأنه: حق الدائن في استيفاء دينه قبل غيره من الغرماء لمصلحة معتبرة شرعاً.^(٤)

(١) انظر المبسوط، السرخسي: (٣٠/١٤)، حاشية الدسوقي: (٤٥/٣)، المغني، ابن قدامة: (٢٤٤/٤).

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: (١٥٣/٦).

(٣) حاشية ابن عابدين: (٧٦٠/٦).

(٤) أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني، يمينة شودار، أطروحة دكتوراه في كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، ٢٠١١م: (٣٦).

وقد اعتبر قانون الأحوال الشخصية السوري في الفقرة الرابعة من المادة (٥٤) مهر المرأة من الديون الممتازة سواء كان معجلاً غير مقبوض أم مؤجلاً، ويأتي بالترتيب بعد دين النفقة، وذلك ضماناً لحق الزوجة في مهرها، وبالتالي إذا اجتمع لدى الزوج عدة ديون مع دين المهر فإنه يقدم دين المهر في الاستيفاء على غيره من الديون العادية، كما نص القانون في الفقرة السادسة من هذه المادة على أن المهر المسجل في عقد الزواج يعتبر وثيقة كتابية، فلا يجوز إثبات عكسه إلا بوثيقة كتابية تماثله في القوة.

وإن في إعطاء القانون صفة الامتياز للمهر والتي تجعله مقدماً على غيره من الديون العادية، قد ينتج عنها تواطؤ الزوجين، حيث يتفقان على تسجيل مهر صوري بمقدار أكبر مضاعف عن المهر المسمى الحقيقي هرباً من تسديد الديون التي في ذمة الزوج، حيث تقوم الزوجة بالحجز على أموال الزوج وأخذها باعتبار المهر من الديون الممتازة، مما يتسبب بضياع حق الدائن، وقد يحدث خلاف بين الزوجين إن ادعت الزوجة أن المهر الصوري هو مهرها المسمى الحقيقي، فإن ادعى أحد الزوجين التواطؤ والصورية في المهر فإن عليه إثبات ذلك بوثيقة كتابية تعادل وثيقة الزواج في القوة، فإن ثبتت الصورية أو التواطؤ في المهر وثبت المقدار الحقيقي للمهر يحكم القاضي به، أما إن ثبتت الصورية أو التواطؤ في المهر ولم يثبت المهر المسمى الحقيقي فإن القاضي يحكم بمهر المثل، فإن اتفق الزوجان على أن المهر صوري واختلفا في مقدار المهر الحقيقي فلهما الإثبات بالبينة الشخصية، وفي ذلك يقول الاجتهاد: "إذا تصادق الزوجان على أن المهر المسجل في وثيقة تثبتت زواجهما غير حقيقي فإنه يمكن لكل منهما إثبات المهر الحقيقي بالبينة الشخصية".^(١)

١ . المستند الفقهي للمادة:

أ . **الصورية في المهر:** إن التواطؤ والصورية في المهر بمعنى الهزل وقد ذهب القانون إلى تأثير الهزل على مقدار المهر، فإن ثبتت الصورية في المهر فيجب مهر السر، وهو قول الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) كأن يتفقا على أن المهر عشرون ليرة ذهبية في العلن وعشر ليرات ذهبية في السر، فيجب للزوجة عشر ليرات، لأنهما هزلا بالعشرين ليرة، إذ لم يقصدا بها مهراً، والمهر يؤثر فيه الهزل، ففسدت تسمية المهر، فيبقى مهر السر وهي عشر ليرات.

(١) أساس ٦١٥ قرار ٦٣٢ تاريخ ١٠/١٦/١٩٧٨ مجلة المحامين ١٩٧٨ م: (٦٣٥).

(٢) انظر حاشية ابن عابدين: (١٦٢/٣).

(٣) انظر حاشية الدسوقي: (٣١٣/٢).

وإن كان الهزل في جنس المهر بأن تواضعا على أن يكون المهر خمسمائة ليرة سورية، وأظهر أن المهر عشرون ليرة ذهبية سمعة ورياء، يجب مهر المثل في المذهب الحنفي.

وإن لم يثبت المهر المسمى الحقيقي، فيجب مهر المثل، لأن مهر المثل هو الواجب الأصلي والتسمية تقدير له، فلا يعدل عنه إلا عند ثبوت التسمية وصحتها، فإن لم تثبت وجب الرجوع إلى الموجب الأصلي وتحكيمه، وإن لم تثبت الصورية فالمهر هو مهر العلن، لأنه هو المهر المثبت بوثيقة الزواج.^(١)

وإن اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى بعد أن اتفقا أن المهر المذكور في العقد صوري وغير حقيقي، فإن ادعت الزوجة أن مهرها عشرون ليرة ذهبية وادعى الزوج مهرًا عشر ليرات ذهبية، يتحالف الزوجان ويبدأ يمين الزوج، فإن نكل فالقول للزوجة، وإن حلف تحلف الزوجة، فإن نكلت، فالقول للزوج، وإن حلفت يحكم لها بمهر المثل، وهو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة والإمام محمد والشافعية.^(٢)

ب . الامتياز في المهر: لم أجد في أقوال الفقهاء من جعل دين المهر أولى بالسداد من غيره، إنما نص الفقهاء على المساواة بين دين الزوجة وسائر غرماء الزوج، يقول الدردير: "وحاصت الزوجة بما أنفقت وبصداقها كله أو باقيه".^(٣)

وفي حاشية ابن عابدين:^(٤) "والمريض ليس له أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض ولو كان ذلك إعطاء مهر".^(٥)

وجاء في رد المختار عند الكلام عن نكاح الرقيق: "ولو زوّج عبداً مأذوناً مديوناً صح وسأوت المرأة

(١) انظر حاشية ابن عابدين: (١٦٢/٣)، بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٨٦/٣) ..

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: (٣٠٥/٢)، مغني المحتاج، الشربيني: (٤٠٠/٤).

(٣) الشرح الكبير: (٢٧٤/٣).

(٤) ابن عابدين (١١٩٨هـ-١٢٥٢هـ) هو محمد أمين بن عمر بن عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية، إمام الحنفية في عصره، والمرجع عند اختلاف الآراء في مصره، ولد في دمشق وتوفي فيها، من كتبه: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ونسمات الأسحار على شرح المنار والرحيق المختوم وغيرها، حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر، عبد الرزاق البيطار: (١٢٣٠).

(٥) (٦١١/٥).

الغرماء في مهر مثلها والأقل والزائد عليه تطالب به بعد استيفاء الغرماء".^(١)

وهذا النص وإن كان خاصاً بالرقيق إلا أنه يحقق مصلحة في حال إسقاطه على هذه المسألة، إذ أنه في إعطاء القانون صفة الامتياز للمهر قد ينتج عنه اتفاق الزوجين على تسجيل مهر صوري بمقدار أكبر مضاعف عن المهر المسمى الحقيقي هرباً من تسديد الديون التي في ذمة الزوج، لذا أرى إعطاء الزوجة مهر مثلها إن لم يتجاوز المسمى، وذلك منعاً للتواطؤ ودفعاً للضرر عن الدائنين، وليس فيه إضراراً بالزوجة، إذ يبقى لها حق الامتياز في تقديم المهر على سائر الديون إلا أنه يقتصر على مهر المثل، وما زاد عنه يبقى في ذمة الزوج وتؤخر المطالبة به إلى حين استيفاء الغرماء.

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الحنفية والمالكية على تأثير الهزل على مقدار المهر بقوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: العتاق والطلاق والنكاح».^(٢)

يدل الحديث على أن ما سوى ذلك من التصرفات يؤثر فيها الهزل ومنها المهر.

٣. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب الشافعية إلى أنه يجب المهر الذي عقد به العقد سواء كان مهر السر أم مهر العلن لأن المهر يجب بالعقد سواء كان العقد بالأقل أم بالأكثر.^(٣)

وعند الحنابلة الواجب المهر المسمى بالعقد لأنها تسمية صحيحة في عقد صحيح وإن كرر العقد على صداقين أحدهما سر والآخر علانية، أخذ بالزائد للحقوق الزيادة بالمهر بعد العقد^(٤)

(١) حاشية ابن عابدين: (١٦٩/٣).

(٢) سنن الترمذي، أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، (١١٨٤) (٤٨١/٢)، وقال الترمذي: حسن غريب، والعمل عليه عند أهل العلم والصحابة، المستدرک علی الصحیحین، الحاكم، كتاب الطلاق، باب ثلاث جدهن جد.. (٢٨٥٤) (٦٥٠/٢)، وقال الحاكم: صحيح الإسناد.

(٣) مغني المحتاج، الشريبي: (٣٧٨/٤).

(٤) كشف القناع، البهوتي: (١٥٥/٥).

وعند اختلاف الزوجين في مقدار المهر المسمى فالقول للزوج عند الإمام أبي يوسف والحنابلة.^(١)

وعند المالكية إن كان قبل الدخول حلماً وفسخ النكاح، وإن اختلفا بعد الدخول أو الطلاق أو الموت فالقول للزوج مع يمينه إن اختلفا في القدر والصفة، وإن اختلفا في الجنس يتحالفان ويحكم بمهر المثل بشرط ألا يزداد على ما ادعته المرأة ولا ينقص عما ادعاه الزوج.^(٢)

المبحث الثالث: تأصيل الاختيارات في الأحكام المتعلقة بالمهر

فيما يلي بيان المستند الفقهي لما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري من أحكام المهر من حيث سقوطه وقبضه، والتعويض عنه، وحكم المهر في مرض الموت:

المطلب الأول: سقوط المهر

نص قانون الأحوال الشخصية السوري على حالتين لسقوط كامل المهر فجاء في المادة (٥٩):

" ١ / يسقط حق المرأة في كامل المهر إذا وقعت البينة بسبب من قبل الزوجة قبل الدخول والخلوة الصحيحة.

٢ / يسقط حق المرأة في كامل المهر إذا قتلت زوجها قتلاً مانعاً من الإرث ويسترد ما كان مقبوضاً منه ."

أولاً- المستند الفقهي للمادة:

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٥٩) الفقرة الأولى على سقوط المهر في الفرقة بغير طلاق إن حصلت من قبل المرأة أو بسببها كردتها أو إسلامها أو لعييها أو إرضاعها من ينفسخ الزواج بإرضاعه، وكان ذلك قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، أما بعد الدخول والخلوة الصحيحة فيتأكد المهر ولا يسقط إلا بالإبراء، واتفق على هذا الحكم الأئمة الأربعة،^(٣) إلا أن تخصيص القانون للفرقة بأن تكون من جهة

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: (٣٠٥/٢)، كشاف القناع، البهوتي: (١٥٤/٥).

(٢) حاشية الدسوقي: (٣٣٤/٢).

(٣) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٩٤/٢)، إرشاد السالك، شهاب الدين المالكي: (٦٣)، روضة الطالبين، النووي: (٢٨٩/٧)،

الزوجة أو بسببها يدل على عدم سقوط المهر إن كانت الفرقة من جهة الزوج وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) خلافاً للمذهب الحنفي^(٤) حيث لم يفرق السادة الحنفية بين الفرقة الحاصلة من قبل الزوج أو من قبل الزوجة مما يدل على أن المصدر الفقهي للمادة هو مذهب الجمهور.

وقد اتفق الفقهاء^(٥) على أن الموت يؤكد وجوب كامل المهر للزوجة إذا مات أحد الزوجين حتف أنفه أو قتله أجنبي، لأن العقد ينتهي بالموت، فهو عقد العمر وينتهي بانتهاء العمر، وإذا انتهى يتقرر المهر فيما مضى، واختلفوا في قتل الزوجة زوجها، وقد نصت الفقرة الثانية للمادة (٥٩) أحوال على أن الزوجة إن قتلت زوجها عمداً فإنه يسقط حقها في كامل المهر مستندة في ذلك إلى ما ذهب إليه المالكية^(٦) والشافعية^(٧) وزفر من الحنفية^(٨).

ثانياً- الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على سقوط المهر إن كانت الفرقة من قبل الزوجة بالقياس على البيع، إذ أنها أتلقت المعوض قبل التسليم فسقط العوض، كما لو أتلقت المبيع قبل تسليمه.^(٩)

واستدل المالكية والشافعية على سقوط المهر عند قتل الزوجة لزوجها بما يلي:

الكافي في فقه الإمام أحمد: (٦٦/٣).

(١) انظر حاشية الصاوي: (٤٣٨/٢).

(٢) انظر مغني المحتاج، الشريبي: (٤/٣٦٣).

(٣) انظر كشف القناع، البهوتي: (١٥٠/٥).

(٤) انظر حاشية ابن عابدين: (١٠٢/٣).

(٥) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٩٤/٢)، حاشية الصاوي: (٤٣٨/٢)، مغني المحتاج، الشريبي: (٣٦٣/٤)، كشف القناع، البهوتي: (١٥٠/٥).

(٦) انظر حاشية الدسوقي: (٣٠١/٢)، حاشية الصاوي: (٤٣٨/٢).

(٧) انظر مغني المحتاج، الشريبي: (٣٦٤/٤).

(٨) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٩٤/٢)، مغني المحتاج، الشريبي: (٣٦٤/٤).

(٩) انظر نهاية المحتاج، الرملي: (٣٣٣-٣٣٢/٦).

أ. القياس: لأنها فوتت حق الزوج في المبدل قبل تسليمه فيسقط حقها في البدل، قياساً على الردة قبل الدخول، كما أنها أنهت الزواج بمعصية من قبلها وإنهاء الزواج بمعصية من الزوجة يسقط كامل المهر، وقياساً على الحرمان من الإرث فهي تحرم من الميراث فأولى أن تحرم من المهر.^(١)

ب. سد الذرائع: استدل المالكية على منع إكمال المهر للزوجة بمبدأ سد الذرائع، وذلك لئلا يكون إكمال المهر ذريعة لقتل النساء أزواجهن.^(٢)

ج. القاعدة الفقهية: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه،^(٣) فقد تكون الزوجة استعجلت موت زوجها لتستحق كامل المهر فتعامل بنقيض مقصودها ويسقط كامل مهرها.

ثالثاً- الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب الحنفية^(٤) عدا زفر والحنابلة^(٥) إلى عدم سقوط المهر إن قتلت الزوجة زوجها، لأن النكاح بلغ غايته فقام ذلك مقام استيفاء المنفعة.

المطلب الثاني: قبض المهر

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٦٠) على ما يلي:

١/ المهر حق للزوجة ولا تبرأ ذمة الزوج منه إلا بدفعه إليها بالذات إن كانت كاملة الأهلية ما لم توكل في وثيقة العقد وكيلاً خاصاً بقبضه.

٢/ لا تسري على المهر المعجل أحكام التقادم ولو حرر به سند ما دامت الزوجية قائمة.

اشتترطت المادة (٦٠) من قانون الأحوال الشخصية دفع المهر إلى الزوجة نفسها إن كانت كاملة الأهلية

(١) مغني المحتاج، الشريبي: (٣٨٨/٤).

(٢) حاشية الدسوقي: (٣٠١/٢).

(٣) القواعد الفقهية وتطبيقاتها، د. محمد الزحيلي: (٤١٤/١).

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٩٤/٢).

(٥) كشف القناع، البهوتي: (١٥٠/٥).

فلا تبرأ ذمة الزوج إلا بأدائه إليها، وليس لأحد أن يقبض المهر عن الزوجة ما لم يكن موكلاً من الزوجة بتوكيلاً خاصاً بالقبض، فإن دفعه إلى وليها لا تبرأ ذمته ويجب عليه دفعه لها ثانياً ثم يعود الزوج على الولي سواء كان أباً أو جداً، أما إن كانت ناقصة الأهلية ودفع المهر للولي فإنه ينفذ عليها وتبرأ ذمة الزوج.

أولاً- المستند الفقهي للمادة:

استند قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٦٠) إلى مذهب الجمهور^(١) من المالكية والشافعية والحنابلة في أن البالغة الرشيدة تتولى قبض صداقها بنفسها وليس لوليها أن يقبض عنها إلا بتوكيل منها في قبضه، أما إن كانت الزوجة ثيباً فقد اتفق الأئمة الأربعة^(٢) على أنه يشترط أن تأذن صراحة بتوكيل وليها بقبض المهر، فإن دفعه الزوج لأحدهما دون توكيل من الزوجة لا تبرأ ذمته من المهر.

أما القانون فقد جعل الحكم واحداً في البكر والثيب في اشتراط الإذن الصريح من الفتاة بتوكيلها لمن يملك قبض مهرها، وذلك بسبب تغير الظروف والأحوال، حيث أصبحت الفتاة لا تجد حرجاً بالتعبير عن رأيها، فلم يعد السكوت، كافياً لانتفاء العلة، لذا لم يعتبر سكوت الفتاة عن قبض أبيها لمهرها تعبيراً عن رأيها بالقبول.^(٣)

وقد نص القانون في الفقرة الثانية من المادة (٦٠) على عدم سريان التقادم على المهر المعجل غير المقبوض، وفي ذلك يقول الاجتهاد: " وكان مما لا جدال فيه أن المهر لا يتأثر بتأخير عقد الزواج لأن التقادم لا يسري عليه للمانع الأدبي القائم بسبب العلاقة الزوجية".^(٤)

فإذا انتهت الحياة الزوجية لأي سبب من أسباب انحلال الزواج فإن معجل المهر ومثله المؤجل يصبح حقاً من الحقوق التي تخضع لأحكام التقادم في القانون المدني المبينة في المادة (٣٧٢) وما بعدها.

(١) انظر حاشية الصاوي: (٤٥٤/٢)، روضة الطالبين، النووي: (٣٣٠/٧)، كشاف القناع، البهوتي: (١٣٨/٥).

(٢) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٤٠/٢)، حاشية الصاوي: (٤٥٤/٢)، روضة الطالبين، النووي: (٣٣٠/٧)، كشاف القناع، البهوتي: (١٣٨/٥).

(٣) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، د. عبد الرحمن الصابوني: (٢٩٣/١).

(٤) اجتهاد قرار ٦٩١ تاريخ ١٠/٣١/١٩٨٩م المذكور في التذكرة، سعدي أبو جيب: (٢٧٧/٢).

إلا أن قواعد الشريعة العامة لا تعترف بمؤسسة التقادم، سواء كان مكسباً للحق أم مسقطاً له، لأن الدين متى استقر بذمة أحد فلا يمكن أن تبرأ منه إلا بالوفاء أو الإبراء وهو ما اتفق عليه الفقهاء^(١) فالمهر يبقى حقاً ثابتاً للزوجة في ذمة الزوج مهما مضى عليه الزمن حتى الوفاء، وإن كان يجوز أحياناً سقوط الدعوى بالتقادم مع بقاء الحق في الآخرة،^(٢) فقد قبل المتأخرون في المذهب الحنفي^(٣) مبدأ التقادم كمانع من سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة، لأنه قرينة تدل على احتمال أن يكون صاحب الحق قد استوفى حقه، إذ لو كان لم يستوف ذلك الحق لبادر إلى المطالبة به، فضلاً عن احتمال ضياع الدليل المؤيد لبراءة الذمة وللوفاء، وخوفاً من التزوير.^(٤)

ثانياً- القول المخالف لاختيار القانون:

ذهب الحنفية^(٥) إلى أنه إن كانت الزوجة بالغة عاقلة بكرًا وقبض عنها وليها مهرها فإنه ينفذ عليها إن كان الولي أباً أو جدًا عصبياً، ويعتبر سكوتها دلالة على رضاها بدفع المهر إلى أبيها أو جدها لغلبة حيائها فاعتبر سكوتها رضا إلا أن تنهى الزوج صراحة عن الدفع إلى أحدهما، أما غيرهما من الأولياء فليس لهم ولاية القبض ولا بد من الإذن الصريح بالقبض عنها.

المطلب الثالث: التعويض المالي عن المهر

نصت المادة (٦٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: "١ / إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ يدفع الرجل لمطلقاته تعويضاً يعادل كسوة مثيلاتها عند الخروج من بيتها ويعتبر فيها حال الزوج على ألا تزيد على نصف مهر المثل.

٢ / للقاضي أن يحكم بهذا التعويض دفعة واحدة أو مقسطة".

(١) انظر حاشية ابن عابدين: (٤٩٣/٤)، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، محمد بن أحمد بن محمد عlish (ت: ١٢٩٩هـ)، دار المعرفة، (د.ط) (د.ت): (١٣٥/٢)، روضة الطالبين، النووي: (٢٨٨/٧)، المغني، ابن قدامة: (٢٣٦/٧).

(٢) انظر حاشية ابن عابدين: (٤٩٢/٤) (٤٢٠/٥).

(٣) انظر حاشية ابن عابدين: (٧٤٣/٦).

(٤) التذكرة في القضاء الشرعي، أبو جيب: (٢٧٧/٢).

(٥) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٤٠/٢).

أولاً- المستند الفقهي للمادة:

استند قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٦٢) إلى ما ذهب إليه الحنفية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) من أن الزوجة إن طلقت قبل الدخول والخلوة الصحيحة ولم يسم لها مهر في العقد أو كانت التسمية فاسدة، فيجب لها على الزوج تعويض مالي، ويسمى المتعة في الاصطلاح الشرعي، والمتعة هي: ما يدفعه الزوج من مال أو كسوة أو متاع لزوجته المطلقة عوناً لها وإكراماً ودفعاً لوحشة الطلاق الذي وقع عليها، وتقديرها مفوّض إلى الاجتهاد.^(٤)

كما نص قانون الأحوال في هذه المادة على أن هذا التعويض مقدر حسب حال الزوج عسراً أو يسراً وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية^(٥) والحنابلة^(٦) والشافعية^(٧) في قول، والمتعة عند الحنفية^(٨) هي ما تكتسي به المرأة عند الخروج من بيتها، وتقدر الكسوة بعرف كل بلدة، ويشترط ألا تزيد على نصف مهر المثل لأنها بدل عنه، وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية في المادة (٦٢) الفقرة الاولى.

وإن سُمّي لها مهر بعد العقد تجب لها المتعة ولا شيء لها من المسمى عند الإمام أبي حنيفة والإمام محمد خلافاً للإمام أبي يوسف^(٩) والحنابلة^(١٠) فلا تستحق التعويض ولها نصف المهر، وفي هذه الصورة تطبق المادة (٥٧) فإن جرت التسمية أمام القاضي أو ثبتت بالبينة فلها حكم التسمية عند إنشاء العقد.

(١) انظر حاشية ابن عابدين: (١١٠/٣).

(٢) مغني المحتاج، الشريبي: (٣٩٨/٤)، الحاوي الكبير، الماوردي: (٥٤٧/٩).

(٣) انظر كشاف القناع، البهوتي: (١٥٨/٥).

(٤) تفسير آيات الأحكام في القرآن، د. محمد علي الصابوني: (٣٨٠/١).

(٥) انظر حاشية الدسوقي: (٤٢٥/٢).

(٦) انظر مغني المحتاج، الشريبي: (٣٩٩/٤).

(٧) انظر كشاف القناع، البهوتي: (١٥٨/٥).

(٨) المبسوط، السرخسي: (٨٢/٥).

(٩) انظر الاختيار، الموصلي: (١٠٣/٣).

(١٠) انظر المغني، ابن قدامة: (٢٣٩/٧).

ونص القانون في الفقرة الثانية على كيفية دفع التعويض مراعيًا حال الزوج فقد يحكم به دفعة واحدة أو على أقساط يحددها القاضي نظراً لقدرة الزوج المالية، وتبعاً لمصلحة الزوجين معاً، فقد يكون الزوج لا يملك المبلغ فلا يقدر على دفعه كاملاً، وقد ينظر القاضي لمصلحة الزوجة، فمن النساء من تصرف كل ما يأتيها من أموال فعندها لا يقضي القاضي إلا بقسط من المال يكفي حاجتها.

ثانياً- الأدلة التي استندت إليها المادة:

الدليل على وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول ولم يُسم لها مهر القرآن الكريم والقياس:

١. القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ ، [البقرة: ٢٣٦].

فالأمر في قوله ومتعهن للوجوب، لأنه جعل في مقابلة نصف المهر لمن سمي لها مهراً.^(١)

وقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ يدل على أن المتعة تجب على قدر حال الزوج يساراً وإعساراً.

٢. القياس: المتعة تجب في هذه الصورة بدلاً عن المهر الواجب الذي هو نصف المهر وبدل الواجب واجب مثله،^(٢) وأن الله سبحانه أعطى للمطلقة بعد الدخول مهراً كاملاً وأعطى للمطلقة قبل الدخول نصف المهر، وذلك لما يلحق المرأة من آثار ناتجة عن حل عقد الزواج، فإن كانت المطلقة قبل الدخول لا مهر لها فتستحق المتعة للمعنى ذاته.^(٣)

ثالثاً- الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب المالكية^(٤) إلى أن المتعة مستحبة لكل مطلقة، بينما ذهب الشافعية^(٥) إلى وجوب المتعة لكل

(١) تفسير آيات الأحكام، السائس وآخرون: (٢٨٣/١).

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: (٣٠٣/٢).

(٣) انظر تفسير آيات الأحكام، الصابوني: (٢٩٥/٢).

(٤) انظر حاشية الدسوقي: (٤٢٥/٢).

(٥) انظر مغني المحتاج، الشرييني: (٣٩٨-٣٩٩/٤).

مطلقة، إلا التي سمي لها مهر وطلقت قبل الدخول فلا متعة لها لاستحقاقها نصف المهر، فيتفق الشافعية مع القانون في وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول ولم يُسَمَّ لها مهراً إلا أنه يختلف في الصور الأخرى، والمادة تدل بمفهومها على عدم وجوب التعويض في غير الحالة التي نص عليها القانون، فيجب الرجوع للمذهب الحنفي والحنبلي القائل باستحباب التعويض لكل مطلقة عدا المذكورة في المادة (٦٢) عملاً بالمادة (٣٠٥) مكرر.

المطلب الرابع: المهر في مرض الموت

مرض الموت: هو المرض الذي يغلب فيه هلاك صاحبه، ويتصل به الموت سواء أكان الموت بسبب ذلك المرض أم كان موته بسبب آخر كالغرق.^(١)

وقد نصت المادة (٦٤) على حكم المهر إن تزوج الرجل أو المرأة في مرض الموت فجاء فيها:

"١/ إذا تزوج الرجل في مرض موته بمهر أزيد من مهر المثل يجري على الزيادة حكم الوصية.

٢/ إذا تزوجت المرأة في مرض موتها بمهر أقل من مهر المثل فلورثتها المطالبة بإكماله إلى مهر المثل".

أولاً- المستند الفقهي للمادة:

تشير المادة إلى صحة الزواج في مرض الموت وهو ما ذهب إليه الحنفية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة،^(٤) فإن تزوج الرجل في مرض موته ومات منه فالزوجة تستحق مهر مثلها، لأنه من الحوائج الأصلية، والمريض غير محجور عن صرف ماله في حوائجه الأصلية، والزواج لا يجوز إلا بالمهر، فإن سمي لها مهراً يعادل مهر المثل أو أقل ومات الزوج في مرض موته فلزوجته ما سمي لها.

أما إن كان قد سمي لها مهراً أكثر من مهر المثل فالزيادة لها حكم الوصية، والوصية للزوجة لا تجوز لأنها وارثة والوصية للوارث محاباة، فالزيادة على مهر المثل باطلة إلا أن يميزها الورثة، والنكاح صحيح ولها الميراث، وإلى هذا القول استند قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٦٤).

(١) الأم، الشافعي: (١١٢/٤).

(٢) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٢٥/٧).

(٣) انظر الأم، الشافعي: (١٠٨/٥-١٠٩).

(٤) انظر المغني، ابن قدامة: (١٥٠/٦)، كشف القناع، البهوتي: (٣٢٧/٤).

ومثله زواج المرأة في مرض موتها وإن لم يذكر الفقهاء عين هذه المسألة لكن أحكام الشريعة تستوي فيها الرجال والنساء إلا ما خصص منها، وبناء على ذلك فإن الزواج لا يصح إلا بالمهر، وحق المرأة في مهر مثلها، والإنقاص من مهر المثل فيه محاباة للزوج، والمحاباة في مرض الموت لها حكم الوصية، وقد نص الحنفية^(١) على أنه إن وهبت الزوجة مهرها لزوجها فماتت، وطالبت ورثتها بمهرها، وقالوا: كانت الهبة في مرض موتها، وقال الزوج: بل بالصحة، فالقول للورثة.

وقالوا أيضاً إن إبراء الزوجة لزوجها في مرضها الذي ماتت فيه موقوف على إجازة بقية الورثة، لأن الإبراء عطية، والعطية لا تصح للتهمة ولها حكم الوصية، والوصية لوراث موقوفة على إجازة الورثة.^(٢) فالنص يدل على حق ورثة الزوجة في المطالبة بالمهر عند الإبراء أو الهبة في مرض الموت لتهمة المحاباة، ومثله زواجها بأقل من مهر المثل في مرض موت الزوجة للاشتراك بعلة الحكم وهي تهمة المحاباة.

ثانياً- الأدلة التي استندت إليها المادة:

استندت المادة فيما ذهبت إليه إلى السنة المطهرة والقياس:

١ . السنة المطهرة: قوله ﷺ : « لا وصية لوارث ».^(٣)

الزيادة على مهر المثل للزوجة والإنقاص من مهر المثل للزوج فيها معنى التبرع، والتبرع في مرض الموت حكمه حكم الوصية، والوصية لا تصح للوارث لما فيها من تفضيل لوارث على آخر.^(٤)

٢ . القياس: يصح الزواج بمهر المثل قياساً على البيع، فالزواج عقد معاوضة كالبيع، ويبيع المريض للوارث والشراء منه جائز إذا كان بثمن المثل وهو قول الشافعية والحنابلة والصاحبين من الحنفية، فإن كان البيع

^(١) انظر حاشية ابن عابدين: (٦/٧٤٤).

^(٢) المرجع السابق: (٥/٦١١) (٣/٣١١).

^(٣) سنن الترمذي: باب ما جاء لا وصية لوارث، (٢١٢٠) (٤/٣٧٧)، قال أبو عيسى: حديث حسن صحيح، وجاء في التلخيص الحبير لابن حجر: حديث "لا وصية لوارث" وأعاده بزيادة "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه" وهو حسن الإسناد: (٣/٢٠٢).

^(٤) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٧/٣٣٧).

فيه محاباة للوارث تتوقف صحته على إجازة الورثة.^(١)

ثالثاً- الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

للمالكية^(٢) في حكم زواج المريض مرض الموت قولان: القول الأول: يجوز إن كان محتاجاً لذلك الزواج وإلا فلا يجوز، والقول الثاني وهو المشهور: لا يجوز نكاح المريض المخوف عليه في الغالب، سواء كان محتاجاً إليه أم لا، ويعتبر الزواج فاسداً، لأنه أدخل وارثاً جديداً على التركة، فيعامل بنقيض قصده ويحكم بفساد زواجه ولو أذن له الوارث، وإن كانت الزوجة هي المريضة عند المالكية ودخل بها أو مات أحدهما قبل الفسخ والدخول فلها المهر المسمى سواء زاد عن مهر المثل أم لا.

^(١) انظر المبسوط، السرخسي: (١٤٠/١٤)، مغني المحتاج، الشربيني: (١٧٩/٦)، المغني، ابن قدامة: (٢٣٧/٥).

^(٢) انظر مواهب الجليل، الخطاب: (٤٨١/٣).

الفصل الثاني

تأصيل المواد المتعلقة بالنفقة

المبحث الأول: سكن الزوجية

المبحث الثاني: النفقة الزوجية

الفصل الثاني: تأصيل المواد المتعلقة بالنفقة

يترتب على الزواج مجموعة من الالتزامات أهمها حق الزوجة في النفقة وذلك مقابل احتباسها على زوجها ورعايتها لبيتها، وفي هذا الفصل سيتم بيان المستند الفقهي لأحكام النفقة الزوجية من قانون الأحوال الشخصية السوري من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: تأصيل الاختيارات في سكن الزوجية

يعتبر المسكن من أساسيات النفقة الزوجية، إذ لا تقوم الأسرة بدونه، لذلك تناول قانون الأحوال الشخصية السوري حكم السكن بشيء من التفصيل مستقلاً عن بقية أنواع النفقة، وسيتم بيان مستنده الفقهي وفق ما يلي:

المطلب الأول: حكم السكن وشروطه

نصت المادة (٦٥) من قانون الأحوال الشخصية السوري على وجوب السكن على الزوج، والمعتبر في قيمة السكن وأوصافه حال الزوج يساراً وإعساراً، فجاء فيها: "على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله".

أولاً- المستند الفقهي للمادة:

١. حكم السكن: استندت المادة (٦٥) إلى إجماع الفقهاء^(١) على أن السكن حق للزوجة على زوجها، ولا يشترط أن يكون السكن ملكاً للزوج إنما الواجب الانتفاع به إما بملك أو إجارة أو إعارة.

كما نصت المادة على أن المعتبر بالسكن هو حال الزوج، مستندة في ذلك إلى قول الكرخي من الحنفية وهو ظاهر الرواية،^(٢) لأنه إن كان معسراً فقد رضيت بحاله فلا يجب عليه إلا بقدر وسعه، فالواجب عليه إسكان زوجته بما يتناسب مع قدرته المالية يساراً وإعساراً، وحسب ما يليق به، فإن كان مثله لا يسكن إلا في قصر فلا تسكن إلا فيه كيفما كانت حالها، وإن كان مثله لا يسكن إلا في جناح من منزل لا يسكنها

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٣/٤)، حاشية الدسوقي: (٤٨٣/٢)، مغني المحتاج، الشربيني: (١٦٠/٥)، كشاف القناع، البهوتي: (٤٣٤/٥).

(٢) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٣/٤-٢٤)، البناية شرح الهداية، العيني: (٦٦١/٥).

إلا فيه، وإن كان مثله يسكن في حجرة، يكون المسكن الشرعي حجرة لها غلق تأمن فيه على منافعتها، وله مرافق شرعية.^(١)

٢. شروط السكن: اشترط قانون الأحوال الشخصية أن يكون السكن مستقلاً للزوجة حتى تتحقق شرعيته، فجاء في المادة (٦٩): "ليس للزوج إسكان أحد من أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز إذا ثبت إيذاؤهم لها".

استندت المادة إلى المذهب الحنفي^(٢) في أنه يشترط في السكن أن يكون مستقلاً للزوجة لا يسكنه أحد من أقارب الزوج كأم الزوج وأخته وبنته من غيرها، لأن السكن المشترك مضرٌّ بالزوجة، إذ يمنعها من معاشرة زوجها، وفيه اطلاع على أحوالها وما تريد ستره عنهم، كما أنها قد لا تأمن على متاعها، وربما تتأذى في المساكنة، فرفضها للسكن المشترك دليل على الأذى والضرر، إلا أن ترضى بذلك، لأن المنع من حقها وقد تنازلت عنه، فليس لها بعد رضاها أن تطالب الزوج بالسكن المستقل إلا إذا ثبت إيذاؤهم لها.

والمقصود بالسكن البيت المنفرد، أي ما يبات فيه وله غلق، أي يغلق ويفتح بالمفتاح، وله بيت للخلاء، ومكان للطبخ لا يشاركها فيهما أحد، سواء كانا داخل البيت أم ضمن دار مشتركة لها عدة بيوت، فإن كان الزوج فقيراً أو من أهل القرى الذين يسكنون الأحواش بحيث يكون لكل واحد منهم بيت يخصه إلا أنهم يشتركون في المرافق ليس لها سوى ذلك لحصول المقصود من السكن.^(٣)

ورأى ابن عابدين أنه ينبغي النظر إلى العرف في ذلك، ففي عرف أهل الشام لا يكون السكن في بيت من دار مشتملة على أجانب إلا أن تكون داراً موروثية بين الإخوة فيسكن كل منهم في غرفة مع الاشتراك في المرافق، فإن تضررت زوجة أحدهم ينبغي على زوجها إسكانها في دار مستقلة،^(٤) وهو ما اختاره قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٦٩).

وقد راعى قانون الأحوال الشخصية السوري أزمة السكن وغلاءه وقد لا يكون في مقدور الكثير الاستقلال بالسكن سواء كان ملكاً أو إجاراً، لذلك يرجح أن رضا الزوجة بالعيش المشترك يسقط حقها في

(١) التذكرة في القضاء الشرعي، أبو جيب: (٢٢٤/١).

(٢) حاشية ابن عابدين: (٦٠٠/٣).

(٣) المرجع السابق: (٦٠٠/٣).

(٤) حاشية ابن عابدين: (٦٠١/٣).

طلب السكن إن كان الزوج غير قادر عليه، أما إن كان قادراً على تحصيل المسكن الشرعي فلا يسقط حقها ولو رضيت ابتداءً.

ثانياً- الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على وجوب السكن للزوجة بما يلي:

١. القرآن الكريم:

أ. قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾، [الطلاق: ٦].

إذا كان السكن واجباً للمطلقة فللزوجة أولى،^(١) كما تدل الآية أنه على الزوج أن يسكن زوجته على قدر ما يجده من السعة والمقدرة.^(٢)

ب. ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾، [الطلاق: ٧].

تدل الآية على أن التكليف بحسب الوسع، وأن النفقة على الرجل بحسب حاله،^(٣) والسكن من النفقة.

ج. قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، [النساء: ١٩].

ومن المعروف أن يسكنها في مسكن تأمن فيه على متاعها وتستتر عن الأنظار في التصرف والاستمتاع.^(٤)

٢. السنة النبوية:

قوله ﷺ في حجة الوداع: «اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح، ولهن عليكم

(١) مغني المحتاج، الشرييني: (١٦٠/٥).

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: (١٥/٤).

(٣) المبسوط، السرخسي: (١٨٢/٥).

(٤) المغني، ابن قدامة: (٢٠٠/٨).

رزقهن وكسوتهن بالمعروف»^(١).

الحديث يوجب على الزوج الرزق والكسوة لزوجته، والرزق يشمل السكن وهو أولى من الطعام والكسوة، لأنها لا تستغني عنه للإيواء والاستتار عن العيون.^(٢)

٣. الإجماع: أجمع الفقهاء على وجوب السكن للزوجة على زوجها.^(٣)

٤. العرف: تعارف الناس في بلاد الشام على أن السكن يكون مستقلاً ولا يتشاركون في المرافق إلا إن كانوا إخوة وعند وجود الضرر يلزم الزوج بالسكن المستقل، كما تعارف أهل القرى أن يكون سكنهم غرضاً مستقلة ويتشاركون في المرافق.^(٤)

ثانياً- الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

يعتبر السكن عند الحنفية^(٥) والمالكية^(٦) والحنابلة^(٧) حسب حال الزوجين في اليسار والإعسار، فليس مسكن الأغنياء كمسكن الفقراء، وإذا كان أحدهما غنياً والآخر فقيراً فيجب للزوجة الوسط.

وعند الشافعية^(٨) يقدر السكن بحسب حال الزوجة، لأنه لا يمكنها إبداله.

وعند المالكية^(٩) إن أسكن الزوج زوجته مع أحد أقاربه فلها حق طلب السكن المستقل وإن لم يثبت

(١) صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ (١٢١٨) (٨٨٦/٢).

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة: (٢٣٣/٣).

(٣) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (١٥/٤)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: (٤٨٣/٢)، مغني المحتاج: (١٦٠/٥)، كشف القناع: (٤٣٤/٥).

(٤) حاشية ابن عابدين: (٦٠٠/٣ - ٦٠١).

(٥) انظر البناية شرح الهداية، العيني: (٦٦١/٥).

(٦) حاشية الدسوقي: (٥٠٩/٢).

(٧) كشف القناع، البهوتي: (٤٦٠/٥).

(٨) نهاية المحتاج، الرملي: (١٩٦/٧).

(٩) حاشية الدسوقي: (٥١٣/٢).

إضرارهم بها إن كانت شريفة، إلا الوضيعة فليس لها الامتناع من السكن معهم إلا إن ثبت إضرارهم بها.

المطلب الثاني: العدل بين الزوجات في المسكن

نص قانون الأحوال الشخصية على شروط السكن في حال تعدد الزوجات فجاء في المادة (٦٧): "ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير رضاها ولها العدول بعد ذلك إن رضيت".

وفي المادة (٦٨): "عند تعدد الزوجات يجب على الزوج التسوية بينهما في المساكن".

أولاً- المستند الفقهي للمادة:

استند قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٦٧) إلى ما اتفق عليه الفقهاء^(١) من أنه ليس للزوج أن يجمع بين زوجاته في مسكن واحد بغير رضاها، لأن ذلك يؤدي إلى الخصومة والتشاحن بينهما وذلك ليس من المعاشرة بالمعروف، إلا إن تراضيا على ذلك فيسقط حقهن في السكن المستقل.

وذهب ابن عبد السلام^(٢) من المالكية إلى أن الحق لا يسقط ولو رضيت به، فلها المطالبة بالسكن المستقل بعد رضاها، لأن احتمال الضرر كبير فالعيش المشترك مع الضرائر مدعاة للتباغض والتناحر.^(٣)

والمقصود بالسكن الواحد الذي لا يجوز الجمع فيه بين الزوجات هو ما كانت فيه المرافق مشتركة كالمرحاض والمطبخ، أما إن كانت داراً كبيرة فيها غرف ولكل زوجة مرافق خاصة بها جاز إسكانهن فيها بغير رضاها، إذ لا يعتبر ذلك مسكناً مشتركاً.^(٤)

(١) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٣/٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: (٥١٣/٢)، مغني المحتاج: (٤١٦/٤)، كشاف القناع، البهوتي: (١٩٦/٥).

(٢) ابن عبد السلام (-٤٩٧هـ) هو محمد بن عبد السلام بن يوسف بن كثير، أبو عبد الله، الهواري المنستري المعروف بابن عبد السلام فقيه مالكي، كان قاضي الجماعة بتونس، ولي القضاء بتونس سنة ٧٣٤ هـ وكان لا يرضى في الحق سلطاناً ولا أميراً كان إماماً حافظاً عالماً بالحديث له أهلية الترجيح متقناً في علمي الأصول والعربية وعلم الكلام وعلم البيان، تولى التدريس والفتوى، الديباج المذهب، ابن فرحون اليعمري: (٣٢٩/٢).

(٣) حاشية الدسوقي: (٥١٢/٢-٥١٣).

(٤) حاشية ابن عابدين: (٥٩٩/٣)، حاشية الدسوقي: (٥١٢/٢-٥١٣)، مغني المحتاج: (٤١٦/٤)، الروض المربع: (٥٤٩/١).

واستند القانون في المادة (٦٨) في وجوب العدل بين الزوجات في المسكن إلى المذهب الحنفي^(١) وقول في المذهب المالكي^(٢) وإلى المذهب الشافعي^(٣) حيث قالوا بأنه يجب على الزوج التسوية في المسكن بين زوجاته فلكل واحدة منهن ما يكفيها وولدها، لأن ذلك من العدل الواجب على الزوج عند تعدد الزوجات، إذ السكن يدخل تحت قدرته المالية فيجب فيه التسوية، وتعتبر التسوية بقيمة المنزل ومكانه وسعته بما يكفي كل زوجة مع أولادها.

ثانياً- الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على وجوب التسوية في المسكن بين الزوجات بما يلي:

١. القرآن الكريم: أ. قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا﴾، بعد إحلال الأربع بقوله: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾، [النساء: ٣].

تدل الآية على أن حل الأربع مقيد بعدم الخوف من ألا يعدل، وثبوت المنع عن أكثر من واحدة عند خوفه، فعلم بإيجاب العدل عند تعددهن.^(٤)

ب. قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، [النساء: ١٩].

وليس من المعروف أن يسكنها في مسكن واحد مع ضرائرها، لأن ذلك يؤدي إلى التشاحن والتباغض.^(٥)

٢. السنة النبوية:

أ. قوله ﷺ: «مَنْ كَانَ لَهُ امْرَأَتَانِ يَمِيلُ لِأَحَدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَحَدُ شِقَيقَيْهِ مَائِلًا».^(٦)

(١) حاشية ابن عابدين: (٣/ ٥٩٩).

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: (٢/ ٥١٢-٥١٣).

(٣) مغني المحتاج: (٤/ ٤١٦).

(٤) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، الهروي: (٥/ ٢١١١).

(٥) انظر كشف القناع، البهوتي: (٥/ ١٩٦).

(٦) السنن الكبرى للنسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (ت: ٣٠٣هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة،

يدل الحديث على وجوب العدل بين الزوجات، وأنه يحرم ميل الزوج لإحداهن ميلاً يكون معه إنقاص لحق الأخرى.

ب. عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قَالَتْ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَفْضِلُ فَيَقُولُ: «اللَّهُمَّ هَذَا قَسَمِي فِيمَا أَمْلِكُ، فَلَا تُلْمَنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ».^(١)

فالأدلة بعمومها تدل على وجوب العدل بكل ما يدخل تحت قدرة الزوج المالية ومنها التسوية في السكن.

٣. الإجماع: أجمع الفقهاء على عدم جواز الجمع بين الزوجات في مسكن واحد بغير رضاهن.^(٢)

ثالثاً- الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

لا يجب عند الحنابلة التسوية في المسكن إذا قام بالواجب الذي عليه تجاه كل زوجة وأسكنها بما يليق بها، لكن إن أمكنه التسوية بينهما كان أحسن وأولى.^(٣)

المطلب الثالث: متابعة الزوجة لزوجها

تلزم الزوجة إن كانت قد قبضت معجل مهرها بمتابعة زوجها في سكنه بعد أن استوفى شروطه، وهو ما نصت عليه المادة (٦٦): "على الزوجة بعد قبض معجلها أن تسكن مع زوجها".

مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط: الثانية، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م: باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض، (٨٨٣٩) (١٥٠/٨)، جاء في الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر: "رجاله ثقات وصححه ابن حبان والحاكم إلا أن البخاري صوب أنه من رواية حماد عن أيوب عن أبي قلابة مرسلاً": (٦٦/٢).

^(١) المستدرك على الصحيحين، الحاكم، كتاب النكاح، باب التشديد في العدل بين النساء (٢٨١٥) (٥٤٤/٢)، وقال هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه/ وجاء في التلخيص الحبير لابن حجر: أَعْلَى النِّسَائِي وَالتِّرْمِذِي وَالدَّارِقُطْنِي بِالْإِسْرَافِ: (٢٩٥/٣).

^(٢) انظر بدائع الصنائع: (٢٣/٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: (٥١٣/٢)، مغني المحتاج: (٤١٦/٤)، كشف القناع، البهوتي: (١٩٦/٥).

^(٣) انظر كشف القناع، البهوتي: (٢٠٠/٥).

كما نصت المادة (٧٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: "تجبر الزوجة على السفر مع زوجها إلا إذا اشترط في العقد غير ذلك أو وجد القاضي مانعاً من السفر".

أولاً- المستند الفقهي للمادة:

نصت المادة (٦٦) والمادة (٧٠) على وجوب متابعة الزوجة لزوجها في سكنه بعد قبض معجلها، وأنه على الزوجة بعد قبض صداقها السفر مع زوجها حيث شاء أن يقيم وعليه الفتوى في المذهب الحنفي^(١) وهو مذهب المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).

فتلزم الزوجة بعد قبض معجلها أن تسافر مع زوجها إذا طلب منها مرافقته وإن كرهت ذلك إن كان سيوفر لها المسكن الملائم ويكفيها نفقتها، واستثنى القانون من ذلك أمرين:

١. لا تجبر الزوجة على السفر مع زوجها إذا اشترطت عليه في العقد ألا يخرجها من بلدها لما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٤/١) في أنه يحق لكلا الزوجين أن يقيدا العقد بالشروط التي لا تخالف الشرع والقانون مستندة في ذلك إلى المذهب الحنبلي^(٥).

وعدم السفر بالزوجة شرط لا يتعارض مع المقصود من عقد الزواج وفيه مصلحة لأحد العاقدين، إلا أن الزوج لا يُلام بالوفاء به كما لا تجبر الزوجة على السفر معه، ولها حق فسخ العقد من القاضي حسبما قرره المادة (٤/١٤).

٢. إذا وجد القاضي مانعاً من السفر فلا تجبر المرأة على السفر مع زوجها وهو قول أبي القاسم الصفار^(٦) وأبي الليث من فقهاء الحنفية^(١) فقالوا: ليس للزوج السفر بزوجه بلا رضاها لفساد الزمان، إذ أنها

(١) انظر البناية شرح الهداية: (١٩١/٥)، فتح القدير، ابن الهمام: (٣٧٠/٣).

(٢) انظر حاشية الصاوي: (٤٣٤/٢).

(٣) انظر مغني المحتاج، الشربيني: (٤٢٣/٤).

(٤) انظر المغني، ابن قدامة: (٣١٤/٧).

(٥) انظر الإنصاف، المرداوي: (١٥٥/٨).

(٦) أبو القاسم الصفار البلخي، (ت ٣٢٦ وقيل ٣٣٦) هو أحمد بن حازم بن عصمة، فقيه حنفي، كان إماماً كبيراً، نقل عن الفقيه أبي جعفر الهندواني، وتفقّه عليه أبو حامد المروزي، بلغ من فقهه واعتداده بنفسه أن قال: خالفت أبا حنيفة في ألف مسألة وكنت

لا تأمن على نفسها في منزلها فكيف إذا خرجت إلى غير بلدها، وصرح في المختار أن عليه الفتوى، وذكر بعض المحققين من فقهاء الحنفية بأن هذا الحكم يختلف باختلاف الزمان وأن الأمر يفوض إلى القاضي، فقد يكون الزوج غير مأمون على زوجته أو قصد الإضرار بها وإبعادها عن أهلها أو كان المكان الذي ستسافر إليه لا تأمن فيه على نفسها ومالها، فيتعين على القاضي منعها من السفر، إذ لا يجب عليه إعانة الزوج على ظلم زوجته ولو كانت قبضت معجل مهرها.^(٢)

وبه قال المالكية، جاء في منح الجليل: "إنما يسافر بها لبلد تجري فيها الأحكام وهو مأمون عليها والطريق مأمونة والبلد قريب لا ينقطع خبرها عن أهلها ولا خبر أهلها عنها".^(٣)

وحسن ما ذهب إليه القانون من أنه أعطى المرأة الحق في اللجوء إلى القاضي إن رفضت السفر لينظر في أمرها فقد تكون محقة في رفضها للسفر وقد تكون متعنتة، فليس لذلك قاعدة عامة لاختلاف حال البلدان والأشخاص، فإن لم ير مانعاً من السفر ألزمت الزوجة على متابعة زوجها كما هو مذهب جمهور الفقهاء، وإن رأى ضرراً في سفرها فيمنع الزوج من اصطحابها كما ذهب إليه الفقيهان والمحققون من المذهب الحنفي.

ثانياً- الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الفقهاء على وجوب متابعة الزوجة لزوجها بالقرآن الكريم والسنة المطهرة:

١ . القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٣٤].

تدل الآية على المتابعة الزوجية والقوامة مقابل النفقة.^(٤)

أفتي باختياري واجتهادي، والفتوى اليوم على قولي في هذه الألف، الجواهر المضية، عبد القادر القرشي: (١/٧٨).

(١) أبو الليث (ت ٣٧٣هـ) هو نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي الفقيه أبو الليث المعروف بإمام الهدى تفقه على الفقيه أبي جعفر الهندواني، وهو الإمام الكبير صاحب الأقوال المفيدة والتصانيف المشهورة، الجواهر المضية، عبد القادر القرشي: (٩٦/٢).

(٢) البحر الرائق، ابن نجيم: (٣/١٩٢).

(٣) محمد عlish: (٣/٤٢٤).

(٤) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، د. محمد الحسن البغا: (٣٣٣).

٢ . السنة: عن عائشة رضي الله عنها قالت للنبي ﷺ: (أَتَأْذُنُ لِي أَنْ آتِيَ أَبَوَيَّ؟) ^(١).

إذا كان خروج الزوجة من بيت زوجها دون إذن يعتبر من النشوز المسبب لسقوط النفقة فإن ترك إقامتها في منزل لائق بها دون عذر نشوز بالقياس الأولى ^(٢).

واستدلوا على عدم إجبارها على السفر بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُنَّ عَلَيْهِنَّ﴾، [الطلاق: ٦]، فنهت الآية عن الإضرار بالزوجة، كما استدلوا بالمصلحة المبنية على رفع الضرر عنها في إبعادها عن أهلها وسفرها لمكان لا تأمن فيه على نفسها ^(٣).

المبحث الثاني: تأصيل الاختيارات في النفقة الزوجية

سيتم في هذا المبحث بيان الاختيار التشريعي للأحكام المتعلقة بنفقة الزوج على زوجته وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: حكم نفقة الزوجة

أولاً- سبب وجوب نفقة الزوجة:

تجب نفقة الزوجة على زوجها من عقد النكاح الصحيح باعتبارها أثراً من آثاره، سواء كانت الزوجة مسلمة أم كتابية، غنية أم فقيرة، وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري على ذلك في المادة (٧٢) فجاء فيها:

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

٢/ يعتبر امتناعها بحق مادام الزوج لم يدفع معجل المهر أو لم يهيئ المسكن الشرعي".

١ . المستند الفقهي للمادة:

^(١) صحيح البخاري، كتاب تفسير القرآن، باب لولا إذ سمعتموه ظن المؤمنون والمؤمنات بأنفسهم خيراً، (٤٧٥٠) (١٠١/٦).

^(٢) انظر نهاية المحتاج، الرملي: (٢١١/٧).

^(٣) البحر الرائق، ابن نجيم: (١٩٢/٣).

أجمع الفقهاء^(١) على وجوب نفقة الزوجة على زوجها إلا أنهم اختلفوا في وقت وجوبها فذهب الحنفية^(٢) والشافعية في القديم^(٣) إلى وجوبها من وقت إنشاء العقد، واشتروا لذلك أن يكون العقد صحيحاً، فلا نفقة في عقد الزواج الفاسد والباطل، لأن الواجب به التفريق والنفقة تجب بسبب حبس الزوجة نفسها على زوجها وتمكينه منها ولا يجب ذلك في غير العقد الصحيح، كما اشتروا عدم امتناع الزوجة من الانتقال إلى بيت زوجها بغير عذر شرعي، لأنه بغير الانتقال لا يتحقق سبب النفقة الذي هو الاحتباس على الزوج، وإلى هذا القول استند قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١/٧٢).

ومعنى الاحتباس أن تمكن نفسها بالدخول حقيقة أو حكماً بأن تظهر استعدادها للانتقال مع الزوج، وإن امتنعت الزوجة عن الانتقال مع زوجها بحق فلها النفقة استحساناً^(٤) ويكون امتناعها بحق في حالتين:

١. عدم قبض المعجل من المهر فلها النفقة، فلا تجبر على الانتقال معه ما لم تقبض معجل مهرها.

٢. عدم تهيئة المسكن أو كان غير شرعي كأن يكون بلا مرافق أو كان مسكناً مشتركاً.

وفيما سوى ذلك يكون امتناعها بغير حق، فتسقط حينئذ نفقتها، وهو ما نصت عليه المادة (٧٣) حيث جاء فيها:

" تسقط النفقة الزوجية في إحدى الحالتين:

١. إذا امتنعت عن الإقامة مع زوجها في مسكن الزوجية دون عذر شرعي.

٢. إذا عملت خارج مسكن الزوجية دون إذن زوجها.

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

(١) الإقناع، ابن المنذر: (٣١٢/١)، وانظر بدائع الصنائع، الكاساني: (١٦/٤)، الكافي في فقه أهل المدينة: (٥٥٩/٢)، تحفة المحتاج، الرملي: (١٨٧/٧)، كشاف القناع، البهوتي: (٤٦٠/٥).

(٢) حاشية ابن عابدين: (٥٧٢/٣).

(٣) مغني المحتاج، الشريبي: (١٦٧/٥).

(٤) حاشية ابن عابدين: (٥٧٤/٣).

تجب النفقة للزوجة بالقرآن والسنة والإجماع:

أ. القرآن الكريم: ١. قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، [البقرة: ٢٣٣].

تدل الآية على وجوب نفقة الزوجة على الزوج.^(١)

٢. ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾، [الطلاق: ٦].

الأمر بالإسكان أمر بالإنفاق، لأنها إذا كانت محبوسة ممنوعة من الخروج لا تقدر على اكتساب النفقة، فلو لم تكن نفقتها على الزوج ولا مال لها لهلك أو ضاق عليها الأمر وهذا لا يجوز.^(٢)

ب. السنة: عن رسول الله ﷺ قال: «اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف».^(٣)

الحديث صريح في وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن.

ج. الإجماع: أجمع العلماء على وجوب النفقة للزوجة، يقول النووي:^(٤) "أما نفقة الزوجة فواجبة بالنصوص والإجماع".^(٥)

— الدليل على وجوب النفقة بالعقد الصحيح:

أ. السنة: عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قضى أن الخراج بالضمان.^(٦)

^(١) بدائع الصنائع، الكاساني: (٣٣٢/٢).

^(٢) المرجع السابق: (٢١٠/٣).

^(٣) سبق تخريجه: (ص ٢٢٣).

^(٤) النووي (٦٣١هـ-٦٧٦هـ) هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن، النووي أبو زكريا محيي الدين من أهل نوى من قرى حوران، علامة في الفقه الشافعي والحديث واللغة، تعلم في دمشق وأقام بها زمناً، من تصانيفه: المجموع شرح المذهب، لم يكمله والمنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، طبقات الشافعية، السبكي: (٣٩٥/٨).

^(٥) روضة الطالبين: (٣/٨).

^(٦) سنن الترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً (١٢٨٥) (٥٨٣/٣)، قال أبو عيسى: هذا

فالزوجة بعقد النكاح أصبحت محبوسة لحق الزوج، فكان نفع حبسها عائداً على الزوج فلذلك تجب كفايتها عليه.^(١)

ب. القياس: تقاس وجوب نفقة الزوجة بالعقد على رزق القاضي، فللقاضي رزق في بيت مال المسلمين، وجعلت نفقته في مالهم، لأنه محبوس لجهتهم.^(٢)

— والدليل على وجوب النفقة مع منع المرأة نفسها حتى تقبض معجلها:

الاستحسان: إن التقصير في دفع المهر من جهة الزوج، وما دام الزوج لم يدفع المهر فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع.^(٣)

٣. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب المالكية^(٤) الشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) إلى أن النفقة تجب بالتمكين من نفسها بالاستمتاع، ولا تجب بالعقد، لأن العقد يجب به المهر فلا يجب فيه عوضان المهر والنفقة.

ثانياً- نفقة الزوجة العاملة

نصت المادة (٧٣) على أنه: "تسقط النفقة الزوجية في إحدى الحالتين: إذا عملت خارج مسكن الزوجية دون إذن زوجها".

١ . المستند الفقهي للمادة:

حديث حسن صحيح.

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: (١٦/٤).

(٢) المرجع السابق: (١٦/٤).

(٣) حاشية ابن عابدين: (٥٧٤/٣).

(٤) حاشية الدسوقي: (٥٠٨/٢).

(٥) مغني المحتاج، الشريبي: (١٦٥/٥-١٦٧).

(٦) كشف القناع، البهوتي: (٤٧٠/٥).

استند قانون الأحوال الشخصية السوري في عمل المرأة المتزوجة إلى المذهب الحنفي،^(١) فقالوا: إن كان العمل خارج المنزل كالتدريس أو التمريض أو القابلة فإن رضي الزوج بذلك ولم يمنعها من العمل فلها النفقة، لأنه تنازل عن حقه في الاحتباس، أما إن لم يرض بممارسة عملها وطلب منها تركه وعدم الخروج من البيت فلا نفقة لها إن لم تمثل لأمره، لأنها فوتت حق الزوج بالاحتباس، وكذلك إن رضي أول الأمر باحترافها ثم طلب منها عدم الانشغال بمهنتها ولم تمثل فلا نفقة لها لأنها ناشز.

أما إن كان العمل في البيت لا يتناقض مع حقوق الزوج كالحياطة وغزل الصوف فليس للزوج منعها، لأنه لا ضرر فيه، فلا وجه للمنع خصوصاً في غيبته، إذ ترك المرأة بلا عمل يؤدي إلى وساوس النفس والانشغال بما لا فائدة فيه، إلا إن كان العمل يضعفها وينقص من جمالها فله منعها، فإن منعها وخالفته لا تسقط نفقتها، لأنها سلمت نفسها له وما تزال محبوسة في بيته.

ما يلاحظ على هذه المادة: إن اشترطت الزوجة في بداية العقد الاحتراف بمهنتها ورضي الزوج بذلك فالشرط صحيح حسب ما نصت عليه المادة (١٤) أحوال، لأن فيه مصلحة لأحد العاقلين ولا يتعارض مع مقتضى العقد، وكان مستند المادة في ذلك مذهب الحنابلة، ثم استندت المادة (٧٣) في نفقة الزوجة العاملة إلى المذهب الحنفي وهذا المذهب لا يوافق الحنابلة في صحة الشرط إنما يعتبره باطلاً ويصحح العقد، ويظهر التعارض بين المادتين في حال منعها الزوج من العمل بعد ذلك بناءً على ما ذهب إليه الحنفية من أن الزوج له الحق في منع زوجته من العمل وإن كان قد رضي أول الأمر إن كان انشغال زوجته بمهنتها وخروجها من المنزل أدى إلى تقصيرها في واجباتها تجاهه أو إضعافها وإنقاص جمالها.

وقد استقر الاجتهاد على أن عمل الزوجة لا يحرمها من النفقة إلا بعد أن يقوم الزوج بكل ما أوجبه الشرع عليه من حق للزوجة فإن تم له ذلك جاز له أن يمنع زوجته من العمل فإن رفضت سقط حقها بالنفقة، لأن في عملها خارج الزوجية افتئاتاً على حق الزوج.^(٢)

ومؤدى ذلك أن على الزوج قبل أن يطلب من زوجته ترك العمل، أن يقدم كل ما يجب عليه من التزامات تجاهها، ولا سيما دفع المعجل كاملاً، وإعداد المسكن الشرعي، فإن أدى تلك الواجبات ورفضت ترك العمل، أمكن تطبيق المادة (٧٣) من قانون الأحوال الشخصية السوري، وفي هذا يقول الاجتهاد: " وكان

(١) انظر حاشية ابن عابدين: (٦٠٣/٣).

(٢) الاجتهاد أساس ٢٣١ تاريخ ١٩٨٤/٣/٢٨ - القاعدة ٣٩٦.

انشغال ذمة الزوج بمعجل المهر كلاً أو بعضاً وإن كان قليلاً يوجب للزوجة النفقة كما هو الشرع والنص والفقه والاجتهاد.. وكان عمل الزوجة في هذه الحال لا يؤثر".^(١)

فما هو موقف القانون لو أن الزوجة اشترطت على الزوج أن يدعها في عملها دون أن يتدخل بحريتها ورضي بذلك ثم طلب منها ترك العمل فرفضت.

ويجب على ذلك المستشار سعدي أبو جيب،^(٢) في كتابه التذكرة فيقول: "إن كان العمل الذي تعمل به عملاً أخلاقياً وشريفاً ولا يخرج عن آداب الإسلام وتعاليمه سواء كان فردياً كالطبيبة والصيدلانية أم كان في دوائر الدولة ومؤسساتها والمعامل الخاصة والشركات وما أشبه ذلك، فهل يتغير الحكم الذي استقر عليه الاجتهاد؟

إن المادة (١٤) من قانون الأحوال الشخصية السوري تنص على أن عقد الزوج إن قيده أحد الزوجين بشرط ينافي مقصده ونظامه الشرعي ويلتزم فيه ما هو محظور شرعاً كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً.

والمقصود من الزواج إمداد المجتمع بنسل صالح والعيش الرغد في بيت الزوجية يعين على تربية الأولاد تربية صالحة وهو ما رمت إليه المادة من القانون "إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل" فإن كان العمل لا يخرج هذه الغاية الكريمة للزواج كان هذا الشرط صحيحاً وملزماً شريطة أن يكون متفقاً مع قواعد الإسلام وأحكامه وآدابه، أما إذا مرت الأسرة بظروف أصبح فيه هذا الشرط مؤثراً في تلك الغاية من عقد الزواج كأن تتابع الأولاد سراعاً ولا عين ترى وتحرس، ولا يد تحنو وتعطف، عندئذ يتحول الشرط من صحيح إلى ضده مع صحة العقد، ولا تضارب ولا تعارض في هذا القول، إذ الحياة الزوجية لا تسير على وتيرة واحدة فما يكون في يوم نافعاً يصبح في يوم آخر نقيض ذلك، ومعلوم أن تحديد طبيعة الشرط وموافقه لمقتضى العقد وغايته أو منافاته لذلك يعود إلى القاضي وهو في الوصف الذي ينتهي إليه تحت رقابة محكمة النقض".^(٣)

(١) اجتهاد قرار ٥٢٧ تاريخ ١٩٨٩/٨/٢٧ م المذكور في التذكرة في القضاء الشرعي، أبو جيب: (٣٩٩/٢).

(٢) سعدي أبو جيب: ولد بدمشق عام ١٣٥١ هـ ١٩٣٢ م، نال إجازتي الحقوق والشرعة من جامعة دمشق، درس على الشيخ بمجت البيطار والحدث السيد محمد المنتصر الكتاني، تولى القضاء عام ١٩٦٠ م واستقال منه عام ١٩٩٠ م، أعير إلى رابطة العالم الإسلامي في مكة وقام بتأسيس المجمع الفقهي وتولى إدارته حتى عام ١٩٧٩ م، سمي عضواً في لجنة إعداد مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري. القاضي في الإسلام لسعدي أبو جيب، دار الصديق للعلوم، دمشق، ط: أولى ١٤٣٢ هـ ٢٠١١ م: (٥١٠).

(٣) التذكرة في القضاء الشرعي، أبو جيب: (٤٠٠-٤٠١).

٢ . الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب الحنابلة^(١) إلى أن المرأة إن كانت تعمل قبل عقد الزواج فليس للزوج منعها، لأن عقد عملها سابق وقد رضي الزوج بإسقاط حقه، أما إن كان عملها بعد عقد الزواج فليس لها أن تعمل إلا بإذنه، لأنها بالعمل تفوت حق الزوج.

ثالثاً- إلزام الزوج بدفع النفقة:

نصت المادة (٧١) الفقرة الثانية من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: " يلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا امتنع عن الانفاق عليها أو ثبت تقصيره".

١ . المستند الفقهي للمادة:

نص الفقهاء الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) على أن النفقة قسمان: تمليك من الزوج لزوجته أو تمكينه منها، والأصل في الوجوب هو التمكين، وذلك بأن ينفق الزوج على زوجته بنفسه، فيعد لها النفقة بأنواعها من الطعام الذي تحتاج إليه والكسوة التي تليق بها ويهيئ لها المسكن الذي تسكنه، أو يوكل بذلك من يحضره لها، فإن لم يتحقق التمكين انتقل الوجوب إلى التمليك وهو أن يقدر مقداراً من المال يكفي لطعامها وكسوتها وسكنائها وتعطى ذلك المقدار لتنفق به على نفسها، كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر حسب اتفاقهما أو حسب العرف الذي يسير عليه حكم القضاء بها.

فإن امتنع الزوج عن الانفاق أو قصر فيه وكان موسراً ولم تستطع الزوجة تحصيل النفقة منه فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي فإنه يأمره بالنفقة والتوسيع عليها، فإن امتنع وثبت ظلمه بترك النفقة أو التضيق عليها فحينئذ يفرض عليه نفقة كل شهر ويأمره بدفع النفقة لزوجته لتنفق على نفسها وهو ما ذهب إليه الحنفية،^(٦)

(١) انظر كشف القناع، البهوتي: (١٩٦/٥).

(٢) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٨/٤).

(٣) انظر حاشية الدسوقي: (٥١٤/٢).

(٤) انظر مغني المحتاج، الشربيني: (١٥٥/٥).

(٥) انظر كشف القناع، البهوتي: (٤٦٨/٥).

(٦) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٨/٤)، مغني المحتاج، الشربيني: (١٧٧/٥).

واختاره قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٧١).

٢. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب المالكية في حال امتناع الزوج عن أداء النفقة إلى أن للزوجة الحق في رفع أمرها للقاضي، فيأمره بالنفقة إن لم يثبت عسره أو الطلاق، فيقول: إما أن تنفق عليها أو تطلقها.^(١)

وذهب الشافعية إلى أن للزوجة أن تلجأ إلى الحاكم عند امتناع زوجها المוסر عن النفقة فيلزمه القاضي بدفعها بالحبس أو بغيره.^(٢)

وعند الحنابلة إن كان الزوج موسراً وامتنع عن أداء النفقة فإن لم تقدر على تحصيلها منه ترفع أمرها إلى القاضي فيخبره أن يدفع نفقة زوجته بالمعروف، فإن أبي حبسه، فإن صبر على الحبس وقدر القاضي على ماله أنفق منه عليها، فإن تعذر ذلك فلها الفسخ.^(٣)

المطلب الثاني: أنواع النفقة ومقدارها

أولاً- أنواع النفقة:

وتشمل النفقة الواجبة على الزوج وفق ما نصت عليه المادة (٧١) من قانون الأحوال الشخصية السوري الطعام والكسوة والسكن والتطبيب وخدمة الزوجة، وقد اتفق الفقهاء^(٤) على وجوب الطعام والكسوة والسكن للزوجة واختلفوا في التطبيب والخدمة.

١. المستند الفقهي للمادة:

أ. التطبيب: استند قانون الأحوال الشخصية السوري في وجوب أجرة التداوي والعلاج على الزوج بما

(١) حاشية الدسوقي: (٥١٩/٢).

(٢) انظر نهاية المحتاج، الرملي: (٢١٢/٧).

(٣) كشف القناع البهوتي: (٤٧٩/٥).

(٤) انظر المبسوط، السرخسي: (١٨١/٥)، حاشية الصاوي: (٧٣١/٢)، مغني المحتاج، الشريبي: (١٥١/٥)، المغني، ابن قدامة: (١٩٥/٨).

ذهب إليه ابن العطار وابن عبد الحكم^(١) من المالكية^(٢) من أن الزوج يلزمه أجرة الطبيب والمداواة، ويقول ابن العطار: على الزوج أن يداوي زوجته بقدر ما كان لها من نفقة في صحتها، ولأن وجوب النفقة لحفظ صحة الزوجة، والدواء من جملة ما يحفظ به صحتها.^(٣)

ب. الخادم: استند قانون الأحوال الشخصية السوري في اعتبار خدمة الزوجة من النفقة الواجبة على زوجها إلى المذهب الحنفي^(٤) والشافعي^(٥) والحنبلي^(٦) حيث ذهبوا إلى أن للزوجة الخادم إن كانت من أهل الإخداًم فإن كانت ممن لا تخدم نفسها فعلى الزوج أن يأتي بمن يكفيها، وإن كانت تخدم نفسها فلا يجب عليه شيء.^(٧)

٢ . الأدلة التي استندت إليها المادة:

الدليل على أن النفقة تشمل ما لا غنى للزوجة عنه من طعام وكسوة وعلاج وغيره بما يلي:

أ . القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، [البقرة: ٢٣٣].

تدل الآية على إلزام الزوج بنفقة زوجته مما لا غنى لها عنه من طعام وكسوة وسكنى.^(٧)

وقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، [النساء: ١٩].

(١) ابن عبد الحكم (ت ٢٦٨هـ) هو محمد بن عبد الله أبو عبد الله، المصري، فقيه مالكي، انتهت إليه الرياسة في العلم بمصر، سمع من أبيه وابن وهب وأشهب وابن القاسم وغيره، روى عن أنس بن عياض وشعيب بن الليث وغيرهم، روى عنه أبو بكر النيسابوري وأبو حاتم الرازي وغيرهم، كانت الرحلة من الغرب والأندلس في العلم والفقه، الديباج المذهب، ابن فرحون: (١٦٣/٢).

(٢) ابن العطار (ت ٣٩٩هـ) هو محمد بن أحمد بن عبد الله المعروف بابن العطار، كان متفنناً في علوم الإسلام عارفاً بالشروط أملى فيها كتاباً عليه عول أهل زماننا اليوم وكان يفضل الفقهاء بمعرفته باللسان والنحو فكان يزري بأصحابه المفتين ويعجب بما عنده إلى أن تمالقوا عليه بالعداوة، الديباج المذهب، ابن فرحون: (٢٣١/٢).

(٣) منح الجليل، محمد عlish: (٣٩٢/٤).

(٤) حاشية ابن عابدين: (٥٨٩/٣).

(٥) مغني المحتاج، الشريبي: (١٥١/٥).

(٦) انظر كشف القناع، البهوتي: (٤٦٣/٥).

(٧) الأم، الشافعي: (٩٤/٥).

تدل هذه الآية على وجوب نفقة العلاج على الزوج، إذ ليس من المعروف أن يستمتع بها حال الصحة ثم يردها لأهلها حال المرض.^(١)

ب . العرف: استند القانون في وجوب نفقة المرض إلى العرف، فالمداواة لم تكن ضرورة في الماضي لعدم الحاجة إليها لسلامة الأبدان وقلة الأمراض، إذ كانت عادة الناس الالتزام بقواعد الصحة والوقاية، بخلاف وقتنا الحالي فقد انتشرت الأمراض بسبب سوء التغذية وتلوث البيئة فأصبح العلاج لا يقل أهمية عن الطعام بل هو أولى، لأن المرض يمنع الزوجة من أداء حق الزوج، والمريض قد يستغني عن الغذاء ولا يستغني عن التداوي.^(٢)

٣ . الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

- نفقة الخادم: يتفق المالكية^(٣) مع الجمهور في أنه يجب على الزوج خدمة زوجته إن كانت ذا قدر ليس من شأنها خدمة نفسها إلا أنهم اشترطوا أن يكون الزوج ذا سعة، وخالفوا الجمهور في حال كان الزوج فقيراً فلا تلزمه خدمة زوجته ولو كانت أهلاً لذلك، لأنها رضيت به فتلزمها خدمته الباطنة، وقالوا: بوجوب الخدمة إن كان الزوج ذا قدر تزرى خدمة زوجته به ولو كانت فقيرة وليست أهلاً للإخدام.

- التطبيب: ذهب الأئمة الأربعة^(٤) الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن علاج الزوجة وثن الدواء لا يدخل في النفقة، لأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه ذلك.

ثانياً - مقدار النفقة:

نصت المادة (٧٦) على أنه: "تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة على ألا تقل عن حد الكفاية للمرأة".

١ . المستند الفقهي للمادة:

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي: (١٠/٧٣٨١).

(٢) المرجع السابق: (١٠/٧٣٨١).

(٣) انظر حاشية الدسوقي: (٢/٥١٠).

(٤) انظر حاشية ابن عابدين: (٣/٥٨٠)، حاشية الصاوي: (٢/٧٣٢)، مغني المحتاج، الشربيني: (٥/١٥٩)، المغني، ابن قدامة: (٨/١٨٨).

استند قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٧٦) إلى ما ذهب إليه الحنفية^(١) في ظاهر الرواية وهو اختيار الكرخي والشافعية^(٢) فقالوا بأن النفقة تقدر حسب حال الزوج فإن كان موسراً وهي معسرة تجب عليه نفقة الموسرين وإن كان معسراً وهي موسرة فعليه نفقة المعسر لا غير.

وكان القانون المصري رقم ٢٥ لعام ١٩٢٩ أول من أوجب العمل بهذا الرأي واستمد منه القانون السوري الحكم، إذ كان من المصلحة الأخذ بهذا الرأي لأنه لا يجب للزوجة أن تأخذ من زوجها أكثر مما يقدر عليه، لأنها تعاقدت معه أن ينفق عليها بما يستطيع حسب اختلاف الأزمان والأحوال.^(٣)

ولم يحدد القانون مقدار النفقة إنما نص على أن النفقة لا تقدر بوزن إنما تقدر بالكفاية مستنداً إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية^(٤) المالكية^(٥) والحنابلة،^(٦) فيجب ألا تقل النفقة عن كفاية المرأة وحاجتها وذلك يختلف من امرأة لأخرى، لذلك يعود تقديرها إلى القاضي فينظر إلى حالة الزوج المادية ودرجة إعساره، يراعى في تقدير ذلك البلد التي هما بها وحال السعر في ذلك الزمان فيجب عليه ما يكفيها من الكسوة والقوت ولو أكلة في حال اليسر، وفي حال الإعسار يجب ألا يعجز الزوج عن أدنى ما يكفيها من النفقة فإن لم يقدر فلها عند الحنفية أن تستدين أو تنفق على نفسها إن كان لها مال، ويكون هذا في ذمة الزوج يدفعه حين يساره، فإن قدر فلا نفقة لها بما زاد عن كفايتها؛ لأنّ حقها بالزيادة يسقط بإعساره، فليس لها مطالبة بالزيادة إن أيسر بعد ذلك.

وعليه استقر الاجتهاد القضائي: " يجب أن يلحظ في النفقة أجور التداوي والطعام والمسكن وغيرها من النفقات، وأن تقدر بحسب حال الزوج المادية، وقد استقر الاجتهاد على أن تقدير النفقة متروك لقاضي الموضوع ".^(٧)

(١) حاشية ابن عابدين: (٥٧٥/٣) وما بعدها، بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٤/٤).

(٢) روضة الطالبين، النووي: (٤٠/٩)، مغني المحتاج، الشربيني: (١٥٦/٥).

(٣) الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة: (٢٤٢).

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٣/٤).

(٥) انظر حاشية الدسوقي: (٥٠٩/٢).

(٦) انظر كشاف القناع، البهوتي: (٤٦٠/٥).

(٧) قاعدة ٧٦٥ نقض قرار ١٨٣٢ أساس ١٨٢٠ تاريخ ١١/٢٩/١٩٩٤م مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشخصية لعبد

وفي اجتهاد آخر: "ولئن كان تقدير النفقة من الأمور الموضوعية التي تعود لقناعة القاضي إلا أن مما لا جدال فيه أن تلك النفقة يجب ألا تقل عن حد الكفاية بحال من الأحوال مهما كانت حال المكلف بها وألا يكون مبالغاً فيها إلى حد الإسراف وفي هذا المجال يكون لمحكمة النقض حق الرقابة لضمان سلامة التقدير وبقائه في حده الصحيح .. وكان حد الكفاية هو الذي يغطي جميع عناصر النفقة الواردة في المادة (٧١) من قانون الأحوال الشخصية فإن لم يكن ذلك لم يكن حد كفاية.. وكان ظاهراً مما سبق أن المبلغ الذي فرضته المحكمة لا يكفي لتأمين حاجة الطاعنة في وقت أصبحت فيه الأسعار مرتفعة بشكل لا يخفى على أحد".^(١)

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استدل الجمهور على أن الطعام يقدر بكفاية الزوجة بالقرآن الكريم والسنة النبوية:

١. القرآن الكريم: ١. قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، [البقرة: ٢٣٣].

الرزق في الآية مطلق عن التقدير فمن قدر فقد خالف النص، ولأنه أوجبها باسم الرزق، ورزق الإنسان كفايته في العرف والعادة كرزق القاضي والمضارب.^(٢)

وأيضاً في الآية دليل على أن النفقة مقدرة بحال الزوج فالمراد بالمعروف العرف والعادة، ومن المعروف عند الناس أن نفقة الغني تختلف عن نفقة الفقير.^(٣)

٢. ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾، [الطلاق: ٧].

تدل الآية على أن التكليف بحسب الوسع، وأن النفقة على الرجل بحسب حاله.^(٤)

٣. قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، [النساء: ١٩].

ومن المعروف أن ينفق على الزوجة ما يكفيها.^(١)

القادر الألوسي: ١٠٧٧

^(١) الاجتهاد ٥١٧ تاريخ ١٩٨٥/٧/٢١ التذكرة في القضاء الشرعي، أبو جيب: (٣٨٨/٢).

^(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٣/٤).

^(٣) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، د. محمد الحسن البغا: (٣٤١).

^(٤) المبسوط، السرخسي: (١٨٢/٥).

٢ . السنة النبوية: عن عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: «خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ».^(٢)

فالحديث نصٌّ على الكفاية، فدل على أن نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية.^(٣)

٣ . الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

قدّر الشافعية نفقة الطعام فجعلوا على الموسر كل يوم مُدَّين من الطعام وعلى المتوسط مُد ونصف وعلى المعسر مد.^(٤)

تقدر النفقة في المفتي به عند الحنفية^(٥) بحال الزوجين فإن كان أحدهما معسراً والآخر موسراً فيجب نفقة الوسط.

وعند المالكية^(٦) بقدر وسع الزوج وحال الزوجة وحال البلد التي هما بها وحال السعر في ذلك الزمان، وتقدر عند الحنابلة على حسب حال الزوجين معاً وقت التنازع لا وقت العقد.^(٧)

ثالثاً- زيادة النفقة ونقصها:

وبسبب تبدل الأحوال وتغيير الأسعار نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٧٧) على جواز زيادة النفقة أو الإنقاص منها، فجاء فيها: "١. تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حال الزوج وأسعار البلد.

(١) المغني، ابن قدامة: (١٩٦/٨).

(٢) سبق تخريجه: (ص ١٢٥).

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٣/٤)، المغني، ابن قدامة: (٢٢٢/٨).

(٤) مغني المحتاج، الشربيني: (١٥٢/٥).

(٥) حاشية ابن عابدين: (٥٧٥/٣).

(٦) حاشية الدسوقي: (٥٠٩/٢).

(٧) كشاف القناع، البهوتي: (٤٦٠/٥).

٢ . لا تقبل دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها إلا في الطوارئ الاستثنائية".

المستند الفقهي للمادة:

يراعى في تقدير النفقة حال الزوج كما جاء في المادة (٧٦) ونظراً لتبدل الظروف الاجتماعية وتغير الأسعار وتضخم العملات وغير ذلك مما يؤثر على قيمة المقدار المفروض للزوجة سواء بالتراضي أو بالقضاء فقد نصت المادة (٧٧) الفقرة (١) على جواز الزيادة على النفقة وإنقاصها، وهو ما اتفق عليه الفقهاء،^(١) فإن حالت الأحوال فتبين للزوجة أن النفقة أقل مما يكفيها، أو كان الزوج معسراً ثم أيسر فلها أن تطلب من القاضي زيادة النفقة والحكم لها بتعديلها بما يتفق مع كفايتها ومع حالة الزوج، كما أن للزوج أن يطلب نقص المفروض إن تغيرت الأحوال عن وقت الفرض وصارت أكثر من الواجب عليه، فإن تبين للقاضي أنه لا يطبق ذلك نقص عنه وأوجب على قدر طاقته.

كما يراعى في تقدير النفقة غلاء الأسعار ورخصها فإن ارتفع سعر الطعام أو رخص فإن القاضي يغير ذلك الحكم، إذ إن مقادير الأثمان تختلف حسب اختلاف الأسعار في الأزمنة والأمكنة فيعود في تقديرها إلى ما يتفق مع كفاية المرأة دون إرهاق الزوج بما لا يطيق.^(٢)

واستندت المادة إلى ما سبق ذكره من الأدلة الواردة في اعتبار حال الزوج في تقدير النفقة مع مراعاة كفاية المرأة.

المطلب الثالث: بدء استحقاق النفقة

نصت المادة (٧٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

"١. يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق الواجب عليه.

٢. لا يحكم بأكثر من نفقة سنتين سابقة للادعاء".

^(١) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٥/٤)، حاشية الصاوي: (٧٣٢/٢)، مغني المحتاج، الشربيني: (١٥٢/٥)، المغني، ابن قدامة: (١٩٦/٨).

^(٢) انظر حاشية ابن عابدين: (٥٩٣/٣)، الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة: (٢٤١).

وتنص المادة (٧٩) على أن: " النفقة المفروضة قضاءً أو رضاءً لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء".

أولاً- المستند الفقهي للمادة:

نص قانون الأحوال الشخصية في الفقرة الأولى من المادة (٧٨) على أن النفقة تكون ديناً على الزوج بمجرد امتناعه عن أدائها بعد أن يتحقق وجوبها عليه، فللزوجة أن تطلب من القاضي الحكم لها بالنفقة مهما طال تلك المدة أو قصرت، ثم إن القانون نظر إلى المصلحة فجاء في الفقرة الثانية ليخصص عموم المدة في الفقرة الأولى، فمنع الحكم للزوجة بنفقة أكثر من سنتين سابقة لرفع الدعوى.

يدل ذلك على استناد المادة لمذهب الجمهور من المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) والذي اعتبر دين النفقة من الديون القوية والتي تثبت بمجرد وجوبها على الزوج واستحقاق الزوجة لها ولا تسقط بعد ذلك إلا بالأداء أو الإبراء، خلافاً للمادة السابقة (٧٩) التي استندت إلى المذهب الحنفي^(٤) في اعتبار دين النفقة من الديون الضعيفة التي لا تثبت بمجرد وجوبها إنما بعد فرضها بحكم القاضي أو بتراضي الطرفين، كما لا يجوز الحنفية للزوجة قبل الفرض أن تطالب بنفقة أكثر من الشهر الذي هي فيه.

والنفقة عند الحنفية^(٥) لا تصير ديناً إلا في حالتين: إما أن يفرضها القاضي فتثبت في ذمة الزوج قضاءً، أو أن يتفق الزوجان على مقدار النفقة بأن يصطلحا على قدر معين، سواء كان أصنافاً كالقمح أو الطحين أو اللحم أو القماش أو نوع من الثياب وغير ذلك، أو كان مبلغاً معيناً من المال يدفعه الزوج للزوجة لتنفق منه على نفسها، فإن أصبحت ديناً فلا تسقط إلا بالقضاء أو الإبراء، ولا يسقطها مضي الزمان، وهو القول الراجح في المذهب الحنفي نص عليه قدري باشا في المادة (٩٩): " النفقة المفروضة للزوجة بحكم القاضي، أو بالتراضي، لا تسقط بمضي الزمن ..".

فقبل فرض النفقة بالرضا أو القضاء لا تكون ديناً على الزوج، وليس للزوجة أن تطالب بنفقة ما مضى

(١) انظر حاشية الصاوي: (٧٤٣/٢).

(٢) انظر مغني المحتاج، الشريبي: (١٥١/٥).

(٣) انظر المغني، ابن قدامة: (٢٠٧/٨).

(٤) انظر بدائع الصنائع: الكاساني: (٢٨/٤).

(٥) انظر حاشية ابن عابدين: (٥٩٤/٣).

قبل رفع الدعوى أو التراضي، إلا عن الشهر الذي هي فيه، كما لا يصح الإبراء عنها، إذ لا يلزم الزوج بشيء منها قبل فرضها، لأن النفقة تسقط بمضي المدة، كما لا يلزم بالنفقة عن المستقبل، إذ لم تجب عليه بعد.

أما بعد الفرض فتصبح النفقة ديناً على الزوج فإن لم يؤدها كان للزوجة أن ترجع على زوجها بما أنفقت ولو من مال نفسها، لأن النفقة صارت ملكاً لها وثبتت في ذمة الزوج، فلا تسقط عنه إلا بأدائها أو إبراء الزوجة له.^(١)

ويتفق المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) مع المذهب الحنفي في أن النفقة إذا صارت ديناً فلا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، إلا أنهم اختلفوا في الوقت الذي تصير فيه ديناً، فقالوا: إنها تكون ديناً بمجرد وجوبها والامتناع عن أدائها ولا تحتاج للحكم بها قضاءً أو التراضي عليها، ولا يسقطها مضي الزمان قبل فرضها.

ثانياً- ما يلاحظ على المادتين:

إن اختلاف المصدر الفقهي في المادتين (٧٨ و ٧٩) يؤدي إلى التعارض، إذ لا يمكن أن يكون دين النفقة قوياً وضعيفاً في نفس الوقت، فلا يمكن بعد وجوبه على الزوج وقبل الفرض أن يسقط بالطلاق والموت ولا يسقط في آن واحد، كما لا يجوز عند الحنفية أن تطلب من القاضي أن يفرض لها النفقة عن أكثر من شهر، ونص القانون يجيز لها أن تطلب فرض النفقة عن مدة سنتين سابقة للدعوى، وعند التعارض لا بد من ترجيح أحد المذهبين على الآخر إن تعذر الجمع بينهما.

١. يمكن الجمع بين المذهبين في حال فرض النفقة رضاءً ويؤيد ذلك ما ورد في الاجتهاد حيث جاء فيه: "وكان لا تثريب على القاضي إن اعتبر نفقة المطعون ضدها والأولاد مستحقة من التاريخ الذي اتفق عليه فقد أجاز قانون الأحوال الشخصية الحكم بها عن فترة أكثر من (سنتين) إذا ما تراضى الطرفان على سريان النفقة في فترة معينة فيتعين على المحكمة تثبيت هذا التراضي واحترامه ولا حيدة لها عنه وليس فيه مخالفة

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٥/٤)، الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة: (٢٥٠).

(٢) انظر حاشية الصاوي: (٧٤٣/٢).

(٣) انظر مغني المحتاج، الشربيني: (١٥١/٥).

(٤) انظر المغني، ابن قدامة: (٢٠٧/٨).

للقانون ولا للشرعية".^(١)

ففي صورة التراضي بين الزوجين على بدء النفقة بتاريخ معين يكون دين النفقة في تلك المدة من الديون القوية والتي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء عند الحنفية لوجود التراضي، وعند الجمهور لثبوته في الذمة من حين الامتناع عن أدائه، فلا تعارض في ذلك بين أقوال الأئمة.

٢. لا يمكن الجمع في حال عدم التراضي على تاريخ معين ثم جاءت الزوجة لتطلب من القاضي أن يفرض لها النفقة، فليس لها عند الحنفية نفقة أكثر من شهر سابق للدعوى، إذ نصّ الحنفية^(٢) على أن المدة التي تسقط فيها النفقة شهر فأكثر أما ما دون ذلك فلا تسقط، لأنه لو سقطت بمضي يسير من الزمان لما تمكنت الزوجة من أخذها أصلاً.

فإن مضت سنتان من وجوب النفقة واستحقاقها للزوجة فإنها تسقط بمضي تلك المدة عند الحنفية، ولها عند الجمهور أن تطلب النفقة مهما طالّت المدة، وفي القانون ليس لها أن تطلب إلا عن مدة سنتين نهايتها تاريخ بدء الدعوى.

وقد استمد قانون الأحوال الشخصية السوري هذه المادة من القانون المصري وقد كان العمل في مصر على مذهب الجمهور باعتبار النفقة ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء وتكون ديناً من وقت الامتناع مع استحقاقها، نص على ذلك القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ "تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت لزوجها ولو حكماً ديناً في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء".

ويترتب على هذه المادة أن للزوجة أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها عن مدة سابقة على الترافع ولو كانت أكثر من شهر إذا ادعت تركها من غير نفقة مع وجوب استحقاقها لها في هذه المدة طالّت أو قصرت، وأن دين النفقة لا يسقط بموت أحد الزوجين أو الطلاق، ثم إن القانون المصري بعد ذلك منع سماع الدعوى عن مدة سابقة على الطلب لأكثر من ثلاث سنوات أخذاً بقاعدة تخصيص القضاء، فنظر القانون إلى المصلحة ففي إطلاق المدة فتح لباب الكذب عند الكثير من النساء اللائي يكذبن في دعواهن بعدم الإنفاق في آحاد طويلة سابقة للدعوى، وبتقيدها منعاً لكذب النساء اللائي اتخذن ما جاء به القانون سبيلاً

^(١) الاجتهاد (٦٦١) تاريخ ١٩٨٤/٥/١٩م التذكرة في القضاء الشرعي، أبو جيب: (٣٩٢/٢).

^(٢) انظر بدائع الصنائع: الكاساني: (٢٨/٤).

للكذب والادعاء الباطل كيداً وإعناتاً، فجاء في المادة (٩٩) ما نصه: " لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى".

وفي تقييد المدة رفع للضرر عن الزوج، إذ لما كان في إطلاق المطالبة بالنفقة المتجمدة عن مدة سابقة على رفع الدعوى احتمال المطالبة بنفقة سنين عدة ترهق الشخص الملزم بها كان من العدل دفع الزوجة إلى المطالبة بها أولاً فأولاً بحيث لا يتأخر أكثر من ثلاث سنين وليس في هذا ضرر على الزوجة إذ يمكنها المطالبة بها قبل مضي ثلاث سنين.

ويرجح الشيخ محمد أبو زهرة الرجوع لمذهب الإمام أبي حنيفة إذ لا تزال مدة ثلاث سنين كثيرة وترهق الزوج وتوسع لكذب الكاذبات، إذ النساء قسمان: قسم لا يلجأ قط إلى المحاكم، وهؤلاء لا ينتفعن من الحكم، وقسم يلجأ إلى المحاكم بمجرد مغاضبة الزوج والامتناع عن الإنفاق، وهؤلاء يجدن في تلك المدة باباً للكيد والأذى.^(١)

أما القانون السوري فقد توسط باختياره للمدة في تعديله الجديد بين ثلاث سنين وبين المدة التي كانت محددة بأربعة أشهر في المادة (٢/٧٩) من القانون رقم ٥٢ المعدول عنها فاختر مدة سنتين سابقة لتاريخ رفع الدعوى.

ثالثاً- الأدلة التي استندت إليها المادة:

استندت المادة في تحديد مدة مطالبة الزوجة بالنفقة الماضية بسنتين إلى المصلحة المبنية على رفع الضرر، إذ في إطلاق المدة احتمال المطالبة بنفقة سنين عدة ترهق الزوج فكان من العدل تقييد الزمان بسنتين لدفع الزوجة إلى المطالبة بها قبل هذه المدة ولا ضرر في ذلك على الزوجة.^(٢)

المطلب الرابع: الاستدانة على الزوج وإسلاف النفقة

أولاً- الاستدانة على الزوج:

١. المستند الفقهي للمادة:

^(١) الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة: (٢٥٤-٢٥٥).

^(٢) المرجع السابق: (٢٥٥).

نصت المادة (٨٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: "١/ إذا حكم للزوجة بالنفقة على الزوج وتعذر تحصيلها منه يلزم من يكلف بنفقتها فيما لو فرضت أنها غير ذات زوج أن ينفق عليها بالقدر المعروف.

٢/ إذا أذن لها بالاستدانة ممن ليس مكلفاً بنفقتها فله الخيار بين الرجوع على الزوج أو الرجوع عليها وهي ترجع على زوجها.

٣/ للزوجة الموسرة إذا أعسر زوجها مراجعة القاضي ليأذن لها بالإئفاق على الأسرة ويحدد لها مقدار النفقة وتكون ديناً لها بذمة الزوج تطالبه به إذا أيسر".

استند القانون في المادة (٨٠) إلى المذهب الحنفي^(١) فإن فرض القاضي النفقة على الزوج وكان معسراً ولم يتمكن من أدائها أصبحت ديناً في ذمته إلى حين يساره، وللزوجة أن تنفق على نفسها من مالها إن كانت موسرة ولها الرجوع على الزوج عند يساره بالنفقة التي حددها القاضي، أو تستدين على زوجها لتنفق على نفسها، ولها حق الرجوع على الزوج بالنفقة، ولكن إن كانت الاستدانة بغير إذن القاضي فليس للغريم أن يطالب الزوج وكانت هي المطالبة بوفاء الدين وترجع هي على زوجها، أما إن كانت الاستدانة بإذن القاضي فلها أن تحيل الغريم على الزوج ليطالبه بالدين وإن رفض الزوج الحوالة، وهنا تظهر فائدة الإذن من القاضي.

فإن كانت هي معسرة وزوجها معسر ولم تجد من تستدين منه فيلزم من تجب عليه نفقتها لو لم تكن ذات زوج أن ينفق عليها كأخ موسر أو عم أو ابن من غير زوجها، ويكون ذلك ديناً على الزوج يؤديه عند يساره، ويجبس الابن أو الأخ في المذهب الحنفي إذا امتنع، لأن هذا من المعروف.

والمسؤول عن تقدير النفقة هو القاضي باتفاق الفقهاء^(٢) كما نصت عليه المادة (٨١): "يقدر القاضي النفقة ويجب أن يكون تقديره مستنداً إلى أسباب ثابتة وله الاستئناس برأي الخبراء، وللقاضي عند تقدير النفقة لأولاد الشهداء ومن في حكمهم أن يستأنس برأي مكتب شؤون الشهداء في القيادة العامة للجيش والقوات المسلحة أو من يقوم مقامه، ويكون تحديد الشهداء ومن في حكمهم وفق قوانين وزارة الدفاع وأنظمتها".

٢. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

(١) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٩/٤)، حاشية ابن عابدين: (٥٩٢/٣).

(٢) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٨/٤)، حاشية الدسوقي: (٥١٧/٢)، نهاية المحتاج، الرملي: (١٩٢/٧)، المغني، ابن قدامة: (١٩٨/٨).

ذهب المالكية^(١) إلى سقوط النفقة عن الزوج بالعسر وليس للزوجة أن تطالبه بها بعد يسره، فإن أنفقت على نفسها فلا ترجع عليه بشيء، لأنها متبرعة، ولها الفسخ إن عجز عن نفقتها الحاضرة والمستقبلية ولها البقاء معه.

وعند الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) إن أعسر بنفقتها الواجبة فلها الخيار بين فسخ النكاح وبين المقام معه مع إعساره، وتكون النفقة ديناً في ذمته ما لم تمنع نفسها منه، وإن بذل النفقة غيره فلا تجبر على قبولها لما يلحقها من المنّة، إلا إن ملكها الزوج أو وكيله ثم دفعها إليها فتجبر على القبول، لأن المنّة تكون عليه لا عليها.

ثانياً- إسلاف النفقة:

١. المستند الفقهي للمادة:

نصت المادة (٨٢) على أن: "١/ للقاضي أثناء النظر بدعوى النفقة وبعد تقديرها أن يأمر الزوج عند اللزوم بإسلاف زوجته مبلغاً على حساب النفقة لا يزيد على نفقة شهر واحد ويمكن تحديد الإسلاف بعده.

٢/ ينفذ هذا الأمر فوراً كالأحكام القطعية".

تتقدم الزوجة بطلب النفقة لها وقد تستغرق الدعوى وقتاً طويلاً، لذلك جاءت المادة (٨٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري بمنح القاضي الحق بإسلاف مبلغ من المال على حساب النفقة لا يزيد على نفقة شهر واحد، وله أن يحدد الإسلاف بعده إن لزم الأمر، مستنداً في ذلك إلى قول الإمام أبي يوسف^(٤) في جواز أخذ كفيل بنفقة شهر واحد جبراً عن الزوج عند خوف غيبته وعدم أداء النفقة، ولا فرق بين غيبة الزوج أو حضوره، لأنها وإن لم تجب للحال فهي تجب بعده.

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استندت المادة في جواز إسلاف مبلغ من المال على حساب النفقة إلى ما يلي:

(١) حاشية الدسوقي: (٥١٧/٢ - ٥١٨). مغني المحتاج، الشربيني: (١٧٦/٥).

(٢) مغني المحتاج، الشربيني: (١٧٦/٥).

(٣) كشف القناع، البهوتي: (٤٧٧/٥).

(٤) انظر حاشية ابن عابدين: (٥٨٢/٣).

أ. الاستحسان: إن ضمان ما لم يجب لا يصح في القياس لكن يجوز استحساناً وإن لم تجب النفقة في الحال، فإنها تجب بعده فيصير كأنه كفّل بما ثبت لها على الزوج فيجبر استحساناً.^(١)

ب. المصلحة: إن إجراءات الدعوى قد تطول وتنتظر المرأة صدور الحكم وهي بحاجة ماسة لمبلغ ليسد حاجاتها اليومية الضرورية من مأكّل وملبس ومداواة والزوج هو المسؤول عن هذه النفقات فكان من المصلحة إسلاف الزوجة مبلغاً من المال على حساب النفقة تسد به حاجاتها.^(٢)

٣. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب الإمام أبو حنيفة^(٣) إلى أنه لا يجوز أخذ كفيل في نفقة لم تجب بعد، إذ لا يصح الضمان بما لم يجب.

وعند المالكية^(٤) يجوز تعجيل النفقة الواجبة على الزوج من طعام وشراب بالتراضي بين الزوجين، كما يجوز إعطاء الزوجة قيمة النفقة إن رضيت بذلك، إلا أنه لا يجوز للقاضي أن يقرر للزوجة شيئاً بالمستقبل، لأن حكم الحاكم لا يدخل المستقبلات، فلا يجوز أن يفرض شيئاً قبل وقته، لأنه يختلف باختلاف الأوقات.^(٥)

ونص الشافعية^(٦) على جواز تعجل النفقة وجواز الاعتياض عنها بالنقد وغيره بالتراضي، إلا أنه لا يجوز الاعتياض عن النفقة المستقبلية في الأصح، لأنها معرضة للسقوط بالنشوز وغيره، وفي الصحيح يجوز استبدال ما تستحقه من النفقة المستقبلية بالنقود برضى الزوجين، بناء على أن سبب وجوب النفقة ناجز وهو النكاح بشرط أن يقدر مدة معينة شهر أو سنة وأن تكون نفقة المعسر لا الموسر.^(٧)

(١) انظر المرجع السابق: (٥٨٢/٣).

(٢) انظر التذكرة في القضاء الشرعي، أبو جيب: (٤١٢/٢).

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٨/٤)، حاشية ابن عابدين: (٥٨٢/٣).

(٤) انظر حاشية الدسوقي: (٥١٣/٢ / ٥٢٤).

(٥) انظر حاشية الصاوي: (٧٣٢/٢).

(٦) مغني المحتاج، الشريبي: (١٦٤/١٥٤/٥).

(٧) روضة الطالبين، النووي: (٢٤٥/٤).

وعند الحنابلة^(١) يجوز تعجيلها لمدة قليلة أو كثيرة، ويجوز أخذ القيمة عنها بالتراضي، ولا يجوز للحاكم فرض النقود بدل النفقة إلا برضى الزوجين.

المطلب الخامس: نفقة المعتدة

المعتدة إما أن تكون من وفاة أو طلاق أو تفريق، وفيما يلي بيان للمستند الفقهي للأحكام المتعلقة بنفقة المعتدات.

أولاً- المعتدة من وفاة:

لم يفرض قانون الأحوال الشخصية السوري النفقة للمعتدة من الوفاة، فنص في المادة (٧٤) على أنه: " لا نفقة لمعتدة الوفاة ما لم تكن حاملاً "

إلا أنه أعطاهم الحق في السكن طوال مدة العدة، فجاء في المادة (٧٥): " تستحق معتدة الوفاة السكنى في بيت الزوجية مدة العدة "

١ . المستند الفقهي للمادة:

أ . نفقة المعتدة من وفاة:

المعتدة من وفاة إما أن تكون حاملاً أو غير حامل، فإن لم تكن حاملاً فقد أجمع الفقهاء^(٢) على أن المعتدة من وفاة لا نفقة لها، ونقل الإجماع النووي: " أما المتوفى عنها زوجها فلا نفقة لها بالإجماع "^(٣) وذلك لأنه لا وجه لتحميل أحد نفقتها، فالزوج لم يعد له مال ولا ملك بعد الوفاة، والوارث لا يلزم بنفقة امرأة غيره، ولأن النفقة أثر من آثار عقد الزواج والعقد انتهى بالموت والعدة ليست لحق الزوج.^(٤)

وفي هذا يقول الاجتهاد: "إن المتوفى عنها زوجها لا تستحق نفقة العدة لزوال الزوجية بالموت ولأن حق

(١) انظر الإنصاف، المرداوي: (٣٧١/٩)، كشاف القناع، البهوتي: (٤٥٨/٥).

(٢) حاشية ابن عابدين: (٦١١/٣)، حاشية الصاوي: (٦٨٦/٢)، نهاية المحتاج، الرملي: (٢١١/٧)، المبدع، ابن مفلح: (١٤٧/٧).

(٣) المجموع، النووي: (٢٨٥ / ١٨).

(٤) التذكرة في القضاء الشرعي، أبو جيب: (٤٢٤/٢).

الورثة ومن بينهم الزوجة قد ثبت بالتركة ولا علاقة بينهم وبين الأرملة حتى يتم اقتطاع بعض حقوقهم دون مسوغ شرعي".^(١)

أما إن كانت حاملاً فقد ذهب الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) ورواية عند الحنابلة^(٥) إلى أن المعتدة الوفاة لا نفقة لها ولو كانت حاملاً، ونقل الماوردي الإجماع على ذلك، فقال: "أما النفقة فلا تجب في عدة الوفاة إجماعاً حاملاً كانت أو حائلاً"^(٦) ونقله البغوي^(٧)، فقال: "المعتدة عن الوفاة لا نفقة لها حاملاً كانت أو حائلاً لم يختلف فيها أهل العلم".^(٨)

إلا أن أهل العلم اختلفوا في ذلك فقد روي عن الإمام أحمد بن حنبل^(٩) أن المعتدة من وفاة تستحق النفقة إن كانت حاملاً، وإلى هذا القول استند قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٧٤).

ب. سكن المعتدة من وفاة:

استند قانون الأحوال الشخصية في استحقاق معتدة الوفاة السكن في بيت الزوجية مدة العدة إلى ما

(١) الاجتهاد (٨٣٢) تاريخ ١٩٨٥/١٢/٧م التذكرة في القضاء الشرعي، أبو جيب: (٤٢٤/٢).

(٢) انظر حاشية ابن عابدين: (٦١١/٣).

(٣) انظر حاشية الصاوي: (٦٨٦/٢).

(٤) انظر نهاية المحتاج، الرملي: (٢١١/٧).

(٥) انظر المبدع، ابن مفلح: (٤٧/٧).

(٦) الحاوي الكبير: (٢٥٦/١١).

(٧) البغوي (ت ٥١٦هـ) أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي المفسر، كان يلقب بمحيي السنة وبركن الدين، تفقه على القاضي حسين بن محمد المروزي، وسمع منه ومن أبي عمر البلخي والصيرفي والجويني وغيرهم، الوافي بالوفيات، الصفدي: (٤١/١٣).

(٨) شرح السنة، محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (ت: ٥١٦هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م: (٣٠٢/٩).

(٩) الإنصاف، المرداوي: (٣٦٩/٩).

ذهب إليه المالكية^(١) والشافعية^(٢) ورواية عند الحنابلة^(٣).

وروي عن الإمام أحمد^(٤) أن معتدة الوفاة تستحق السكن إن كانت حاملاً فقط فإن لم تكن حاملاً فلا سكنى لها، وذلك لأن الإمام أحمد أوجب النفقة لمعتدة الوفاة الحامل وهو مستند المادة (٧٤) والنفقة تشمل الطعام واللباس والسكنى، أما المالكية^(٥) والشافعية^(٦) فقد فرقوا بين الطعام واللباس وبين السكن، فلا تستحق المعتدة من وفاة النفقة التي تشمل الطعام والكسوة وتستحق السكن، وسواء كانت حاملاً أو غير حامل، واشترط المالكية أن يكون السكن ملكاً للزوج أو دفع كراءه وأن تكون الزوجة مدخولاً بها أو أسكنها الزوج معه لتنزيل السكن منزلة الدخول.

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

الدليل على وجوب السكن لمعتدة الوفاة والنفقة عند الحمل القرآن والسنة المطهرة والإجماع:

أ. القرآن الكريم:

(١) قوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾، [الطلاق: ٦].

وجوب النفقة للبائن الحامل بسبب الحمل ومثلها المعتدة من وفاة إن كانت حاملاً.

(٢) قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ﴾، [الطلاق: ١].

كانت هذه الآية في المطلقات ولما كانت المعتدة من وفاة كالمعتدة من طلاق احتمل أن تكون مثلها أيضاً في فرض السكن وعدم الخروج لأنها مثلها في العدة.^(٧)

(١) حاشية الصاوي: (٦٨٦/٢).

(٢) انظر نهاية المحتاج، الرملي: (٢١١/٧).

(٣) كشف القناع، البهوتي: (٤٢٤ / ٥).

(٤) الإنصاف، المرداوي: (٣٦٩/٩).

(٥) حاشية الصاوي: (٦٨٦/٢ - ٦٨٧).

(٦) نهاية المحتاج، الرملي: (٢١١/٧).

(٧) الأم، الشافعي: (٢٤٢/٥).

ب. السنة المطهرة:

(١) حديث الفريعة^(١) بنت مالك بن سنان، أنها جاءت إلى رسول الله ﷺ تسأله أن ترجع إلى أهلها في بني خدره فإن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا حتى إذا كانوا بطرف القدوم لحقهم فقتلوه، فسألت رسول الله ﷺ أن أرجع إلى أهلي فإن زوجي لم يتركني في منزل يملكه، ولا نفقة فقال: قال رسول الله ﷺ «نعم» فانصرفت، حتى إذا كنت في الحجرة، أو في المسجد دعاني، فقال: «كيف قلت؟»، قالت: فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي، فقال: «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله»، قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرًا، قالت: فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلي فسألني عن ذلك، فأخبرته، فاتبعه وقضى به. (٢)

الحديث يدل على حرمة انتقال المعتدة من وفاة من بيت الزوجية، حيث منعها النبي ﷺ أن تذهب إلى أهلها. (٣)

(٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما «وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لَأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرِ إِخْرَاجٍ» فنسخ ذلك بآية الميراث بما فرض لهن من الربع والثلث، ونسخ أجل الحول بأن جعل أجلها أربعة أشهر وعشرًا. (٤)

ج. الإجماع: أجمع الفقهاء على أنه لا نفقة لمعتدة الوفاة إن لم تكن حاملاً. (٥)

(١) الفريعة بنت مالك بن سنان الخدرية الأنصارية، أخت أبي سعيد الخدري رضي الله عنهما ويقال لها: الفارعة، وأمها حبيبة بنت عبد الله بن أبي ابن سلول، شهدت بيعة الرضوان مع رسول الله ﷺ. / أسد الغابة، ابن الأثير: (٧٢٠٥) (٧٢٩/٧).

(٢) الموطأ، الإمام مالك بن أنس، كتاب الطلاق، مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل، (٢١٩٣) (٨٥١/٤)، وأخرجه الدارمي في سننه، كتاب الطلاق، باب خروج المتوفى عنها زوجها، (٢٣٣٣) (١٤٦٩/٣) قال المحقق حسين سليم أسد: إسناده صحيح.

(٣) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٠٥/٣).

(٤) سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (ت: ٢٧٥هـ)، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، (د.ط): كتاب الطلاق، باب نسخ متاع المتوفى عنها زوجها بما فرض لها من الميراث، (٢٢٩٨) (٢٨٩/٢)، ذكر ابن عبد البر في الاستذكار: (٢٣٥-٢٣٦)، هذا حديث ثابت صحيح عن ابن عباس وعليه جماعة الناس.

(٥) انظر حاشية ابن عابدين: (٦١١/٣)، حاشية الصاوي: (٦٨٦/٢)، نهاية المحتاج، الرملي: (٢١١/٧)، المبدع، ابن مفلح: (١٤٧/٧).

٣. الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

لا تجب السكنى لمعتدة الوفاة عند الحنفية^(١) والحنابلة^(٢) لأنها تستحق الميراث والمسكن من التركة، فليس لها أن تأخذ أكثر من نصيبها وهو الربع أو الثمن، ولأنه إذا لم تجب لها النفقة والسكن من النفقة فلا تجب لها السكنى.

وذهب الحنفية^(٣) إلى التفريق بين السكن المملوك للزوج والسكن المستأجر، فإن كان مملوكاً للزوج المتوفى تبقى الزوجة فيه حتى تنتهي عدتها، لأنها واحد من الورثة ولها نصيب ثابت في ذلك المسكن، فتسكن في نصيبها، أما إن كان السكن مستأجراً فلا حق لها في السكنى إلا أن تدفع الأجرة من مالها، لأن الزوجية انقطعت وانتقل المال إلى الورثة فليس من حقها أن تأخذ من مال الورثة لتدفع أجرة السكن في أشهر العدة، ومعنى ما ذهب إليه الحنفية أن المتوفى عنها زوجها يجب عليها البقاء في مسكن الزوجية مدة العدة على حسابها لا على حساب الورثة.

ثانياً- المعتدة من طلاق أو تفريق أو فسخ:

نص قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل برقم ٢٠ لعام ٢٠١٩ في المادة (٨٣) على أنه: "تجب على الزوج نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ".

والنفقة الواجبة على الزوج للمعتدة هي نفقة الزوجية، فقد جاء في المادة (٨٤): "نفقة العدة كنفقة الزوجية ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة ولا يقضى بها عن مدة أكثر من ستة".

١. المستند الفقهي للمادة:

لم يفرق القانون بين أنواع الطلاق فجعل النفقة مستحقة لكل المطلقات وللمعتدة من تفريق ويدخل بها التفريق للمدخل بها بشبهة، ومن حكم بفسخ نكاحها، كما لم يفرق القانون بين المطلقة طلاقاً رجعيّاً أو بائناً، وبين الحامل وغيرها مما يدل على أنه أوجب النفقة لها ولو كانت غير حامل، وبهذا التعديل شملت المادة

(١) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٠٦/٣).

(٢) المبدع، ابن مفلح: (١٤٧/٧).

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢٠٦/٣).

جميع المعتدات لتوافق ما كان عليه الاجتهاد القضائي الذي ينص على أنّ "النفقة واجبة للمعتدة إطلاقاً"،^(١) فجعل النفقة لجميع المعتدات دون تفریق.

واستند القانون في ذلك إلى أكثر من مذهب، ففي المطلقة طلاقاً رجعيّاً أجمع الفقهاء^(٢) على وجوب النفقة لها على زوجها بكل ما تشمله من طعام وكسوة وسكنى، لأنها زوجة حكماً، والزوجة نفقتها على زوجها.

أما المطلقة بائناً وتشمل البينونة الكبرى والصغرى وما كان بحكم القاضي فاختلف الفقهاء في وجوب النفقة لها، واختار قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٨٣) ما ذهب إليه الحنفية ورواية عند الحنابلة^(٣) من وجوب النفقة والسكنى لها سواء كانت حاملاً أو لم تكن، وذلك قياساً على الرجعية، لأنها ما زالت محبوسة على الزوج.

والنفقة الواجبة للمعتدة هي نفقة الزوجية والتي تشمل الطعام والكسوة والسكن والعلاج والخدمة وفق ما نصت عليه المادة (١/٧١) عند الفقهاء،^(٤) لذلك فإن استحقاق النفقة للمعتدة يقوم على الأسس التي تقوم عليها استحقاق النفقة الزوجية،^(٥) فكل ما تم بيانه في النفقة الزوجية يسري على نفقة العدة من حالات وجوبها وسقوطها وتقديرها بالزيادة أو الإنقاص وغير ذلك مما تم تفصيله.

أما وقت المطالبة بنفقة العدة فإن الاجتهاد استقر على أن هذه النفقة يحكم بها من تاريخ وجوب العدة وينتهي استحقاقها بانتهاء العدة، وأنه يجوز الادعاء بها خلال سنة تلي انقضاء العدة وفق التعديل الجديد للقانون، فإن ادعت بعد سنة تلي انقضاء العدة فلا نفقة لها لسقوطها عملاً بالمادة (٨٤) أحوال التي جعلت نفقة العدة كالنفقة الزوجية، وإن ادعت قبل هذا التاريخ استحققت النفقة عن الأيام التي بقيت من عدتها

(١) قاعدة ٣٨١ (ش ٤٦٥ قرار ٤٤٧ تاريخ ١٩٥٤/١٢/٢٨) مجموعة القواعد القانونية: ١٧٥

(٢) انظر البناية شرح الهداية، العيني: (٦٨٨/٥)، حاشية الصاوي: (٦١٤/٢)، بداية المجتهد، ابن رشد: (٧٦/٢)، المجموع، النووي: (٢٧٣/١٧)، المغني، ابن قدامة: (١٩٠/٧)، كشف القناع، البهوتي: (٤٦٤/٥).

(٣) انظر البناية شرح الهداية، العيني: (٦٨٨/٥)، المغني، ابن قدامة: (١٩٠ / ٧).

(٤) انظر بدائع الصنائع، الكاساني: (٢١٠/٣)، روضة الطالبين، النووي: (٦٨/٩)، المغني، ابن قدامة: (٣٦٤/٥).

(٥) التذكرة في القضاء الشرعي، أبو جيب: (٤٢٤/٢).

خلال السنة التي سبقت تاريخ الادعاء وما تجاوز ذلك سقطت نفقته.^(١)

٢. الأدلة التي استندت إليها المادة:

استندت المادة في وجوب نفقة المعتدة من طلاق أو تفريق إلى ما يلي:

أ . القرآن الكريم:

(١) قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾، [الطلاق: ٦].

الأمر بالسكنى عام لكل مطلقة فيشمل البائن والرجعية، والسكنى من النفقة، وقراءة ابن مسعود: ﴿وَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾، ذكر الكاساني أن هذه القراءة تفسير للآية وهي ظاهرة في وجوب النفقة لكل مطلقة.^(٢)

(٢) وقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾، [الطلاق: ١].

عدم جواز الخروج للمعتدة إلا للضرورة دليل على وجوب السكن لها في العدة.^(٣)

(٣) قوله تعالى: ﴿وَيُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾، [البقرة: ٢٢٨].

فالمطلقة الرجعية زوجة حكماً، لأنه يلحقها طلاقه فتستحق النفقة كما لو كانت زوجة حقيقة.^(٤)

ب . الإجماع: أجمع الفقهاء على وجوب النفقة للمعتدة من طلاق رجعي.^(٥)

ج . القياس: تجب النفقة للمعتدة البائن قياساً على الزوجة والمطلقة الرجعية لوجود سبب الوجوب وهو

(١) انظر المرجع السابق: (٤٢٥/٢).

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢١٠/٣).

(٣) حاشية الصاوي: (٦٨٧/٢).

(٤) أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: ٥٤٣هـ)، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م: (٢٥٤/١).

(٥) البناية شرح الهداية، العيني: (٦٨٨/٥)، بداية المجتهد، ابن رشد: (٧٦/٢)، المجموع، النووي: (٢٧٣/١٧)، المغني، ابن قدامة: (١٩٠/٧).

استحقاق الحبس للزوج عليها بسبب عقد الزواج، فالنكاح قائم من وجه فتستحق النفقة كما تستحقها قبل الفرقة بل أولى؛ لأن حق الحبس بعد الطلاق تأكد بحق الشرع، وتأكد السبب يوجب تأكد الحكم، فلما وجبت قبل الفرقة فبعدها أولى سواء كانت العدة عن فرقة بطلاق أم بغير طلاق.^(١)

٣ . الأقوال المخالفة لاختيار القانون:

ذهب المالكية^(٢) والشافعية^(٣) إلى أن البائن بفسخ أو طلاق ليس لها نفقة ويجب لها السكنى إلا إن كانت حاملاً فلها نفقة لأجل الحمل لا لها، وعند الحنابلة^(٤) لا نفقة لها ولا سكنى لأنه ليس له عليها رجعة.

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: (١٦/٤).

(٢) حاشية الصاوي: (٦٨٦/٢).

(٣) نهاية المحتاج، الرملي: (٢١١/٧).

(٤) كشف القناع، البهوتي: (٤٦٥/٥).

الخاتمة

النتائج والمقترحات

بعد الانتهاء من هذه الدراسة أصل في الخاتمة إلى النتائج والمقترحات الآتية:

النتائج

١. استمد قانون الاحوال الشخصية السوري اختياراته لأحكام الزواج وآثاره من الشريعة الإسلامية فاستند في تقنين غالب مواد في قسم الزواج وآثاره إلى مذاهب الأئمة الأربعة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وفيما يلي تفصيل ذلك:
 - أ. بلغ عدد المسائل المتفق على حكمها في المذاهب الأربعة ثمانية وثلاثين مسألة.
 - ب. بلغ عدد المسائل المتفق على حكمها في ثلاثة مذاهب إحدى عشرة مسألة.
 - ت. بلغ عدد المسائل المتفق على حكمها في مذهبين اثنين وعشرين مسألة.
 - ث. بلغ عدد المسائل التي انفرد في حكمها مذهب واحد ثلاثاً وأربعين مسألة، ستاً وثلاثين للحنفية، أربعاً للمذهب المالكي، وثلاثاً للمذهب الحنبلي.
 - ج. المسائل التي انفرد في حكمها فقيه واحد أو اثنان أو ثلاثة وتختلف في حكمها مع المعتمد من المذاهب الفقهية سبع مسائل.
٢. استندت مواد قانون الأحوال الشخصية السوري في مسائل الزواج وآثاره إلى الأدلة الشرعية.
٣. تنوع الأدلة الشرعية التي استندت إليها المادة، فمنها الأدلة المتفق عليها ومنها الأدلة المختلف فيها بين الفقهاء، سواء ما كان الاستدلال به نصاً في المسألة أم على سبيل الاستئناس.
 - أ. بلغ عدد المسائل التي استند القانون فيها إلى القرآن الكريم أربعين مسألة.
 - ب. بلغ عدد المسائل التي استند القانون فيها إلى السنة ستاً وأربعين مسألة.
 - ت. بلغ عدد المسائل التي استند القانون فيها إلى الإجماع عشرين مسألة.
 - ث. بلغ عدد المسائل التي استند القانون فيها إلى القياس اثنين وعشرين مسألة.
 - ج. بلغ عدد المسائل التي استند القانون فيها إلى الاستحسان خمس مسائل.
 - ح. بلغ عدد المسائل التي استند القانون فيها إلى العرف ثماني مسائل.
 - خ. بلغ عدد المسائل التي استند القانون فيها إلى المصلحة المرسلة أربع عشرة مسألة.

- د. بلغ عدد المسائل التي استند القانون فيها إلى سد الذرائع ثلاث مسائل.
٤. اعتمد قانون الأحوال الشخصية في بعض مواده على السياسة الشرعية ونظر إلى مصلحة الأسرة في اختيار أحكامه بما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية.
٥. إن المسائل التي لم يرد فيها دليل شرعي من الأدلة المتفق عليها خرجها أصحاب المذهب على الأدلة المختلف فيها والقواعد الأصولية التي بُني عليها مذهبهم.
٦. عند جمع القانون في المادة الواحدة بين أكثر من مذهب لم يؤدي ذلك إلى كيفية لم يقلل بها أحد من الفقهاء إلا ما ورد في استرداد هدايا الخطبة.
٧. خالف القانون مذهب الفقهاء في وجوب النفقة للمعتدة من نكاح فاسد وللمتزوجة إن كانت تجهل فساد العقد.
٨. ترجيح الأقوال الآتية على اختيار القانون لما تحققه من مصلحة من وجهة نظري:
- أ. التفريق بين الهدايا من حيث القيمة، فما كان منها له قيمة باهظة كالذهب فالأولى العمل فيه بمذهب الحنفية وجواز استرداده إذا كان العدول لسبب مقبول منعاً للضرر، وما سوى ذلك من الهدايا يعمل فيه بالمذهب المالكي في التفصيل بين عدول الخاطب والمخطوبة؛ إذ في عدول الخاطب إيذاءً للمخطوبة، وفي ترك الهدايا بعض الجبر والتخفيف عن أُلها.
- ب. في زواج المجنون اشتراط أن يكون الطرف الآخر سليماً، وهو مذهب المالكية، إضافة إلى ذلك فإنه يجب أن يكون المرض غير قابل للانتقال إلى نسله، وألا يكون الجنون فيه خطر على الطرف الآخر.
- ت. يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة سنداً لما ذهب إليه الأئمة الأربعة عملاً بالمادة (٣٠٥) و(٣٠٥) مكرر.
- ث. عدم وجوب النفقة في النكاح الفاسد، لكن إن أنفق الزوج على زوجته فلا يرجع عليها بشيء لأنها كانت محبوسة على ظن أن النكاح صحيح وبذلك يتحقق الهدف الذي أراده القانون من وجوب النفقة، أما إن لم يكن قد أنفق عليها فلا يوجد أي موجب لمطالبة الزوجة زوجها بالنفقة بعد التفريق.

- ج. للمرأة حق الامتياز في تقديم المهر على سائر الديون إلا أنه يقتصر على مهر المثل، وما زاد عنه يبقى في ذمة الزوج، وتأخر المطالبة به إلى حين استيفاء الغرماء.
- ح. في المادة (٥٧) والتي تنص على حق الزوجة في العودة عن إبرائها عن مهرها إن طلقها الزوج طلاقاً تعسفياً فرض المتعة للزوجة إن رأى القاضي أنها تعرضت للاستغلال من قبل الزوج بدلاً من العودة عن الإبراء.
- خ. للزوجة حق طلب السكن المستقل بعد رضاها بالمشارك ولو لم يثبت الإيذاء من الأهل إن كان الزوج قادراً عليه.

المقترحات

١. اقتراح إلزام المقبلين على الزواج من المراهقين للخضوع لمراكز التأهيل الأسري قبل إنشاء العقد أو قبل تثبيته لمن تمّ عقده خارج المحكمة، وعلى سبيل النذب لمن تجاوز سن البلوغ القانوني.
 ٢. إكمال ما بدأ به هذا البحث وبيان المستند الفقهي والأدلة الشرعية فيما تبقى من أجزاء قانون الأحوال الشخصية السوري المتمثلة في الكتاب الثاني: الطلاق وآثاره، والكتاب الثالث: الولادة وتوابعها، والكتاب الرابع: الأهلية والنيابة الشرعية، والكتاب الخامس: الوصية، والكتاب السادس: الإرث.
 ٣. أهمية جمع الفروع الفقهية للمواد التي استندت في حكمها إلى غير المذهب الحنفي ليسهل على القضاة تطبيق المادة (٣٠٥) مكرر.
- والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، لقد تم إنهاء هذا البحث بنعمة من الله وعونه وكرمه، فما كان فيه من صواب فبفضل الله، وما كان فيه من نقص فمن تقصيري، والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد الكريم الممجد، المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

الحمد لله رب العالمين

الملحق

جدول مخرجات البحث

رقم المادة	موضوع المادة	المذهب	الدليل
١	تعريف عقد الزواج	الأئمة الأربعة	
٢ و ٣	الخطبة وعد بالزواج - العدول عن الخطبة	الأئمة الأربعة	السنة/ القياس/ الإجماع
٤ الفقرة ١	استرداد المهر أو قيمته	الحنفي	القياس
٤ الفقرة ٢	الخيار بين تسليم الجهاز أو المهر نقداً	المالكي	العرف
٤ الفقرة ٢	إعادة المهر أو قيمته عند عدول المرأة	الحنفي/ الشافعي/ الحنبلي	المصلحة في رفع الضرر
٤ الفقرة ٣	استرداد هدايا الخطبة إن كانت قائمة	الحنفي	السنة
٤ فقرة ٣	استرداد قيمة هدايا الخطبة عند هلاكها	الشافعي/ الحنبلي	السنة/ القياس
٤ الفقرة ٣	العمل بالعرف أو الشرط في هدايا الخطبة	المالكي	العرف
٤ الفقرة ٤	الموت مانع من الرجوع بالهدية	الحنفي/ الحنبلي	
٤ الفقرة ٤	عدم الرجوع عن الهدية لتعذر إتمام الزواج	الحنبلي	
٤ الفقرة ٥	التعويض عند العدول عن الخطبة	السباعي/ أبو زهرة	السنة/ المصلحة
٥	الصيغة ركن عقد الزواج	الحنفي	القرآن
٦	ينعقد الزواج بكل ما يدل على معناه لغةً	الحنفي	
٦	ينعقد الزواج بكل ما يدل على معناه عرفاً	ابن القيم وابن تيمية	العرف
١١	شروط الصيغة	الأئمة الأربعة	
٧	الكتابة في عقد الزواج	الحنفي	السنة
٧	الإشارة للأخرس	الأئمة الأربعة	الاستحسان
٧	الكتابة في حق الأخرس مقدمة على الإشارة	الشافعية / الحنفية	القياس
٨	التوكيل في عقد الزواج للولي والزوج	الأئمة الأربعة	السنة/ المصلحة
٨	التوكيل في عقد الزواج للمرأة	الحنفي	القرآن
٨	تزويج الوكيل موكلته من نفسه	الحنفي	
٩	تجاوز الوكيل لحدود الوكالة	الحنفي / المالكي	
١٢ الفقرة ١	شهادة المرأة	الحنفي	

	الإسلام في الشهود لزواج المسلمة	الأئمة الأربعة	القرآن
	العقل والبلوغ في الشهود	الأئمة الأربعة	
	السمع في الشهود	الأئمة الأربعة	
١٢ الفقرة ٢	شهادة الأب مع شاهد	الحنفي	
١٢ الفقرة ٣	أحد الشهود على دين الزوجة	أبو حنيفة وأبو يوسف	
١٢ الفقرة ٤	شهادة الأصول والفروع	الحنفي / الشافعي	السنة
١٤	الشروط في عقد الزواج	الحنبلي	الحديث
١٥ الفقرة ١	يشترط البلوغ لأهلية الزواج	ابن شبرمة وأبو بكر الأصم	المصلحة والسياسة الشرعية
١٥ الفقرة ٢	زواج المجنون والمعتوه	الشافعي / الحنبلي	القياس / المصلحة
١٦	البلوغ بتمام الثامنة عشر	المالكي	قرآن / السنة / المصلحة المرسلة
١٧	الزواج بأخرى بشرط القدرة على النفقة	اتفاق الأئمة الأربعة	قرآن / السنة / سد الذرائع
١٧	يشترط للزواج بأخرى المسوغ الشرعي		المصلحة
١٨	زواج المراهق	الأئمة الأربعة	السنة / المصلحة ودرء المفاسد
١٩	فرق السن بين الزوجين	المالكي / الروياني الشافعي	المصلحة وسد الذرائع والسياسة الشرعية
٢٠	زواج المرأة نفسها	أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر	القرآن / السنة / القياس
٢١	الولي هو العصبية بالنفس	الحنفي	السنة
٢٢ الفقرة ١	يشترط في الولي العقل والبلوغ	الأئمة الأربعة	السنة / الإجماع
٢٢ الفقرة ١	يشترط في الولي الرشد	الشافعية والحنابلة	السنة
٢٢ الفقرة ٢	تولي الأولياء المتساوين الزواج	الحنفي	القياس
٢٣ الفقرة ١	انتقال الولاية للولي الأبعد	حنفي وحنبلي	القياس / المصلحة
٢٣ الفقرة ٢	الولاية للأم بعد العصبات	أبو حنيفة وأبو يوسف	الاستحسان
٢٤	ولاية القاضي	أبو حنيفة وأبو يوسف	السنة

٢٥	ليس للقاضي تزويج موليته من نفسه أو أصوله أو فروع	الحنفي	
٢٦ الفقرة ١	اشتراط الكفاءة للمرأة	الأئمة الأربعة	القرآن/ السنة
٢٦ الفقرة ٢	اشتراط كفاءة المرأة للرجل في الوكالة المطلقة	المالكي/ أبو يوسف ومحمد	الاستحسان
٢٧	تزويج الكبيرة نفسها من غير كفء	أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر	
٢٨	العبرة في الكفاءة لعرف البلد	الأئمة الأربعة	العرف
٢٩	الكفاءة حق المرأة والولي	الأئمة الأربعة	القرآن/ السنة
٣٠	سقوط حق الولي بالفسخ لعدم الكفاءة عند حمل المرأة	الحنفية	المصلحة
٣١	تراعى الكفاءة عند العقد	الحنفي/ الشافعي	
٣٢	عند الغرر في الكفاءة للولي والزوجة فسخ العقد	الحنفي	القياس
٣٣	يحرم على الشخص أصوله وفروعه	الأئمة الأربعة	القرآن/ الإجماع
٣٤	المحرمات من المصاهرة	الأئمة الأربعة	القرآن / الإجماع
٣٤	موطوءة أصله وفرعه وأصل موطوءته وفرعها	الحنفي/ الحنبلي	السنة/ القياس
٣٥ الفقرة ١	المحرمات من الرضاة	الأئمة الأربعة	القرآن/ السنة / الإجماع
٣٥ الفقرة ٢	الرضاع المحرم يكون في أول عامين من عمر الطفل	الأئمة الأربعة	القرآن/ السنة
٣٥ الفقرة ٢	يشترط للتحريم خمس رضعات مشبعات	الشافعية/ الحنابلة	السنة
٣٦ الفقرة ١	تحريم المطلقة ثلاثاً	الأئمة الأربعة	القرآن/ الإجماع
٣٦ الفقرة ٢	هدم الطلقات	أبو حنيفة وأبو يوسف	القياس
٣٧	تحريم الزوجة الخامسة	الأئمة الأربعة	القرآن/ السنة/ الإجماع
٣٨	تحريم المتزوجة والمعتدة	الأئمة الأربعة	القرآن/ الإجماع
٣٩	الجمع بين الأختين وبين المرأة وعمتها أو خالتها	الأئمة الأربعة	القرآن/ السنة/ الإجماع/ القياس
٤٧	العقد الصحيح	الحنفي	إجماع
٤٨	زواج المسلمة بغير المسلم باطل	الأئمة الأربعة	القرآن/ الإجماع
٤٩	العقد الفاسد	الحنفي	

٥٠	العقد الباطل	الأئمة الأربعة	إجماع
٥١	آثار العقد الفاسد	الحنفي	
٥١	وجوب النفقة في العقد الفاسد للزوجة إن كانت تجهل فساد العقد وللمعتدة	مخالف لمذاهب الفقهاء	
٥٢	تعريف العقد الموقوف	الأئمة الأربعة	إجماع
٥٣	المهر واجب للمرأة مقابل الوطاء سواء سمي في العقد أم لا	الأئمة الأربعة	القرآن / السنة / القياس / الإجماع
٥٣	عند نفي المهر يجب مهر المثل بالعقد ويتأكد بالدخول	الحنفي / الحنبلي	السنة / القياس
٥٤ الفقرة ١	لا حد لأقل المهر	الشافعي / الحنبلي	القرآن / السنة
٥٤ الفقرة ١	لا حد لأكثر المهر	الأئمة الأربعة	القرآن / السنة / الإجماع
٥٤ الفقرة ٢	يصح المهر سواء كان مالا أو منفعة	حنفي / شافعي / حنبلي	القرآن / السنة / القياس
٥٤ الفقرة ٢	يصح المهر إن كان عملاً	شافعي / حنبلي / الإمام محمد	القرآن
٥٤ الفقرة ٣	يجب قيمة المهر عند انخفاض القوة الشرائية	الإمام أبو يوسف	السنة
٥٤ الفقرة ٣	يجب ألا تتجاوز القيمة مهر المثل	د. فتحي الدريني	السنة
٥٤ الفقرة ٤	مهر المرأة من الديون الممتازة	-	
٥٤ الفقرة ٥	التواطؤ والصورية في المهر	الحنفي / المالكي	السنة
٥٥	تعجيل المهر وتأجيله	الأئمة الأربعة	السنة / القياس
٥٦	التأجيل في المهر ينصرف إلى البينة أو الموت	الحنفي / الحنبلي	العرف
٥٧ الفقرة ١	حرية تعديل المهر أو الإبراء منه	الأئمة الأربعة	الإجماع
٥٧ الفقرة ١	لا يعتد بأي تعديل على المهر ما لم يجر أمام القاضي		المصلحة
٥٧ الفقرة ٢	للزوجة العودة عن إبرائها عند الطلاق التعسفي	المالكي	
٥٨	يجب نصف المهر بالطلاق قبل الدخول والخلوة	الأئمة الأربعة	القرآن / الإجماع
٥٨	الخلوة الصحيحة تقوم مقام الوطاء	الحنفي / الحنبلي	القرآن / السنة / القياس / الأثر
٥٩ الفقرة ١	سقوط المهر إن كانت الفرقة من قبل الزوجة قبل	المالكي / الشافعي / الحنبلي	القياس

	الدخول والخلو		
٥٩ الفقرة ٢	يسقط المهر بقتل الزوجة زوجها قتلاً مانعاً من الإرث	المالكي / الشافعي / زفر	القياس / سد الذرائع
٦٠	قبض المهر حق الزوجة ما لم توكل وكيلها خاصاً	المالكي / الشافعي / الحنبلي	
٦١	وجوب مهر المثل بالعقد الصحيح بعد الدخول عند عدم التسمية أو فسادها	الأئمة الأربعة	القرآن / السنة / القياس
٦٢	وجوب التعويض المالي بالطلاق قبل الدخول والتسمية الصحيحة	الحنفي / الشافعي / الحنبلي	القرآن
٦٢	التعويض المالي يعتبر فيه حال الزوج	المالكي / الحنبلي	القرآن
٦٢	المتعة كسوة لا تزيد على نصف مهر المثل	حنفي	القياس
٦٣	يجب في العقد الفاسد الأقل من المهر المسمى ومهر المثل	الحنفي	
٦٤ الفقرة ١	الزواج في مرض الموت بمهر أكثر من مهر المثل للزيادة حكم الوصية	حنفي / شافعي / حنبلي	السنة / القياس
٦٤ الفقرة ٢	للورثة المطالبة بإكمال المهر إن تزوجت المرأة في مرض موتها بأقل من مهر المثل	حنفي	السنة / القياس
٦٥	السكن حق للزوجة على زوجها	الأئمة الأربعة	القرآن / السنة / إجماع
٦٥	يعتبر السكن حسب حال الزوج	الكرخي من الحنفية	القرآن / العرف
٦٦	على الزوجة بعد قبض معجلها أن تسكن مع زوجها	الأئمة الأربعة	القرآن
٦٧	ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها بغير رضاهن	الأئمة الأربعة	القرآن / الإجماع
٦٧	لها العدول بعد ذلك إن رضيت	ابن عبد السلام المالكي	
٦٨	عند تعدد الزوجات يجب على الزوج التسوية بينهما في المساكن	الحنفي / الشافعي	القرآن / السنة
٦٩	ليس للزوج إسكان أقاربه مع زوجته	الحنفي	العرف
٧٠	اشتراط الزوجة في العقد عدم السفر	الحنبلي	السنة
٧٠	لا تجبر الزوجة على السفر إن وجد القاضي مانعاً من سفرها	أبو القاسم الصفار وأبو الليث من الحنفية	المصلحة

٧١ الفقرة ١	تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن	الأئمة الأربعة	القرآن
٧١ الفقرة ١	تشمل النفقة التطبيب	ابن العطار وابن الحكم	القرآن/ العرف
٧١ الفقرة ١	خدمة الزوجة التي لأمثالها خادم	حنفي / شافعي / حنبلي	
٧١ الفقرة ٢	يلزم القاضي الزوج بدفع النفقة للزوجة إن امتنع أو قصّر	الحنفي	
٧٢ الفقرة ١	تجب النفقة من حين العقد الصحيح	الحنفي	السنة/ القياس
٧٢ الفقرة ٢	يعتبر امتناعها عن متابعة الزوج بحق ما لم تقبض معجل مهرها أو عند عدم تهيئة المسكن الشرعي	الحنفي	الاستحسان
٧٣	تسقط النفقة إذا عملت الزوجة خارج المسكن دون إذن الزوج	الحنفي	
٧٤	لا نفقة لمعتدة الوفاة ما لم تكن حاملاً	الأئمة الأربعة	القرآن/ السنة/ الإجماع
٧٥	تستحق معتدة الوفاة السكن مدة العدة	مالكي / شافعي	القرآن/ السنة
٧٦	تجب النفقة حسب حال الزوج	حنفي / شافعي	القرآن/ السنة
	نفقة الطعام والكسوة مقدرة بكفاية الزوجة	حنفي / مالكي / حنبلي	القرآن/ السنة
٧٧	تجوز زيادة النفقة ونقصها حسب حال الزوج وأسعار البلد	الأئمة الأربعة	القرآن/ السنة
٧٨ الفقرة ١	يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج	مالكي / شافعي / حنبلي	
٧٨ الفقرة ٢	لا يحكم بأكثر من نفقة سنتين سابقة للدعوى		المصلحة
٧٩	النفقة المفروضة لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء	الحنفي	
٨٠	الاستدانة على الزوج	الحنفي	
٨١	الإسلاف على حساب النفقة	أبو يوسف	الاستحسان/ المصلحة
٨٢	وجوب نفقة المعتدة من طلاق أو تفريق أو فسخ	الحنفي	
٨٣	نفقة العدة كنفقة الزوجية	الأئمة الأربعة	القرآن/ السنة

الفهارس

فهرس المصادر

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث

فهرس الآثار

فهرس الأعلام

فهرس المحتويات

فهرس المصادر

القرآن الكريم	
الإبهاج في شرح المنهاج (منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي المتوفى سنة ٧٨٥هـ)، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦هـ / ١٩٩٥م.	١
الاتجاهات الفقهية والقضائية الجديدة في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، إسماعيل العيساوي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الثالث، العدد (٣) ٢٠٠٧م.	٢
الإجماع، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (المتوفى: ٣١٩هـ)، المحقق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.	٣
أحكام الأسرة في الإسلام، محمد مصطفى شلي، ط: الرابعة ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م.	٤
أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: ٥٤٣هـ)، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م.	٥
أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني، يمينه شودار، أطروحة دكتوراه في كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، ٢٠١١م.	٦
الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي (المتوفى: ٦٣١هـ)، المحقق: عبد الرزاق عفيفي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، لبنان، (د.ط.).	٧
الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، الطبعة: الثالثة ١٣٧٧هـ ١٩٥٧م.	٨
الاختيار لتعليل المختار عبد الله بن محمود الموصللي (ت: ٦٨٣هـ) دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ ٢٠٠٩م.	٩
إرشاد السائل إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي (المتوفى: ٧٣٢هـ)، وبهامشه: تقارير مفيدة لإبراهيم بن حسن، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة: الثالثة.	١٠
إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني	١١

	(ت ١٢٥٠هـ)، تحقيق أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، ط: الأولى ١٤١٩هـ ١٩٩٩م
١٢	إرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد، مُجَدِّد بن إسماعيل بن صلاح بن مُجَدِّد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأُمير (المتوفى: ١١٨٢هـ)، المحقق: صلاح الدين مقبول أحمد، الدار السلفية، الكويت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ.
١٣	الاستذكار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن مُجَدِّد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، تحقيق: سالم مُجَدِّد عطا، مُجَدِّد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م.
١٤	أسد الغابة في معرفة الصحابة: أبو الحسن علي بن أبي الكرم مُجَدِّد بن مُجَدِّد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير (المتوفى: ٦٣٠هـ)، علي مُجَدِّد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م
١٥	أسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا بن مُجَدِّد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (ت: ٩٢٦هـ) دار الكتاب الإسلامي، (د. ط) (د. ت).
١٦	أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، أبو بكر بن حسن الكشناوي، (د. ط) (د. ت).
١٧	الأشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ النُّعْمَانِ، زين الدين بن إبراهيم بن مُجَدِّد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م.
١٨	الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت: ٧٧١هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ ١٩٩١م.
١٩	الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي (ت: ٩١١هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ ١٩٩٠م.
٢٠	الإصابة في تمييز الصحابة، أبو الفضل أحمد بن علي بن مُجَدِّد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي مُجَدِّد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى: ١٤١٥هـ.
٢١	أصول الفقه الإسلامي أ. د وهبة الزحيلي، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.
٢٢	إعانة الطالبين في حل ألفاظ المعين أبو بكر بن مُجَدِّد شطا الدمياطي (ت: ١٣٠٢هـ) دار الفكر ط: أولى ١٤١٨هـ ١٩٩٧م..
٢٣	إعلام الموقعين عن رب العالمين، مُجَدِّد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم

	الجوزية (ت: ٧٥١هـ) تحقيق مُحمَّد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة أولى، ١٤١١هـ / ١٩٩١م.
٢٤	الأعلام لخير الدين بن محمود بن مُحمَّد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (المتوفى: ١٣٩٦هـ)، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - أيار ٢٠٠٢م.
٢٥	إفاضة الأنوار على أصول المنار، مُحمَّد علاء الدين بن علي الحصكفي الحنفي (١٠٨٨هـ)، علَّق عليه الشيخ مُحمَّد سعيد البرهاني (١٣٨٦هـ)، تحقيق: مُحمَّد بركات، مكتبة الإمام الأوزاعي _ دمشق، الطبعة: الأولى، سنة ١٤١٣هـ.
٢٦	الإقناع لابن المنذر، أبو بكر مُحمَّد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (المتوفى: ٣١٩هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ.
٢٧	الأم: للشافعي أبو عبد الله مُحمَّد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، دار المعرفة، بيروت، (د.ط): ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.
٢٨	الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: ٨٨٥هـ) دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية (د.ت).
٢٩	أنوار التنزيل وأسرار التأويل، ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن مُحمَّد الشيرازي البضاوي (المتوفى: ٦٨٥هـ)، المحقق: مُحمَّد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الأولى: ١٤١٨هـ.
٣٠	البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن إبراهيم بن مُحمَّد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ) وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨هـ) وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، (د.ت).
٣١	البحر المحيط في أصول الفقه بدر الدين بن بهادر الزركشي دار الكتي، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
٣٢	بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد مُحمَّد بن أحمد بن مُحمَّد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ / ٢٠٠١م.
٣٣	بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.
٣٤	البرهان في أصول الفقه عبد الملك ابن عبد الله الجويني دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة:

	الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
٣٥	البنية شرح الهداية، أبو محمود محمد بن أحمد العيتابي الحنفي بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م.
٣٦	بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) ابن أحمد بن محمد، أبو الثناء، شمس الدين الأصفهاني (المتوفى: ٧٤٩هـ)، المحقق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.
٣٧	البيان في مذهب الإمام الشافعي: لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: ٥٥٨هـ)، المحقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.
٣٨	البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، حققه: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م.
٣٩	التأثيرات القضائية والواقعية لتعديلات قانون الأحوال الشخصية، د. محمود بركات، بحث مقدم لندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر: الواقع والآمال، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة ٢٠٠٦م.
٤٠	تاج العروس من جواهر القاموس: لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، دار الهداية، (د.ط).
٤١	التاج والإكليل لمختصر خليل محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.
٤٢	تأريخ الأستاذ الامام الشيخ محمد عبده، محمد رشيد رضا، مطبعة المنار، مصر، ١٩٣١/١٩٠٦م.
٤٣	تاريخ بغداد، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، المحقق: الدكتور بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م.
٤٤	تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشَّيْخِ لعثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣هـ)، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشَّيْخِ (المتوفى: ١٠٢١هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق،

	القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ.
٤٥	التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالح الحنبلي (ت: ٨٨٥هـ)، المحقق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد السعودية، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.
٤٦	التحجيل في تخريج ما لم يخرج من الأحاديث والآثار في إرواء الغليل، عبد العزيز بن مرزوق الطريفي، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.
٤٧	تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو ٥٤٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
٤٨	تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، بدون طبعة، ١٣٥٧هـ/ ١٩٨٣م.
٤٩	التحقيق في بطلان التلفيق، محمد بن أحمد السفاريني (المتوفى: ١١٨٨هـ)، اعتنى به عبد العزيز بن إبراهيم الدخيل، دار الصميعي، الرياض، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.
٥٠	تخريج الفروع على الأصول، محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار، أبو المناقب شهاب الدين الزنجاني (المتوفى: ٦٥٦هـ)، المحقق: د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٨هـ.
٥١	التذكرة في القضاء الشرعي سؤال وجواب، المحامي سعدي أبو جيب، المكتبة القانونية، دمشق، حرستا، الطبعة الثانية، ١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨م.
٥٢	ترتيب المدارك وتقريب المسالك، أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (المتوفى: ٥٤٤هـ)، المحقق: جزء ١: ابن تاويت الطنجي، ١٩٦٥ م، جزء ٢، ٣، ٤: عبد القادر الصحراوي، ١٩٦٦ - ١٩٧٠ م، جزء ٥: محمد بن شريفة، جزء ٦، ٧، ٨: سعيد أحمد أعراب ١٩٨١-١٩٨٣م، الناشر: مطبعة فضالة - المحمدية، المغرب، الطبعة: الأولى.
٥٣	تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، دليلة حمريش، رسالة ماجستير في علم الاجتماع القانوني، جامعة الحاج لخضر باتنة ٢٠١٤م.
٥٤	التعريفات علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت: ٨١٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت ط: الأولى ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.
٥٥	التعليقات المرضية على الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، فتحي أحمد صافي، مطبعة الكاتب العربي، دمشق، ١٩٩٣م.

٥٦	تفسير السعدي (تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان)، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي (المتوفى: ١٣٧٦هـ)، تحقيق عبد الرحمن بن معلا لويحق، مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م.
٥٧	تفسير القرآن العظيم (ابن كثير)، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، المحقق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ.
٥٨	تفسير القرآن العظيم لابن أبي حاتم، أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التميمي، الحنظلي، الرازي ابن أبي حاتم (المتوفى: ٣٢٧هـ)، المحقق: أسعد محمد الطيب، مكتبة نزار مصطفى الباز، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثالثة، ١٤١٩هـ.
٥٩	تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن)، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م.
٦٠	التفسير الكبير (مفاتيح الغيب)، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٠هـ.
٦١	تفسير النسفي (مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (المتوفى: ٧١٠هـ)، حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بديوي، راجعه وقدم له: محيي الدين ديب مستو، دار الكلم الطيب، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.
٦٢	تفسير آيات الأحكام من القرآن، محمد علي الصابوني، دار القلم العربي، حلب، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.
٦٣	تفسير آيات الأحكام، محمد علي السائيس، عبد اللطيف السبكي، محمد إبراهيم كرسون، علق عليه: حسن سويدان، راجعه: محي الدين مستو، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، دار القادري، دمشق، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.
٦٤	التقرير والتحبير، أبو عبد الله شمس الدين محمد المعروف بابن أمير حاج (ت ٨٧٩هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
٦٥	تقنين الأحكام الشرعية تاريخه وحكمه، عبد الرحمن الششيري، دار التوحيد، الرياض، الطبعة: أولى، ١٤٣٤هـ.

٦٦	التقنين في مجلة الأحكام العدلية، د. محمد الحسن البغا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد الثاني، ٢٠٠٩م
٦٧	تكملة المعاجم العربية، رينهارت بيتر آن دوزي (المتوفى: ١٣٠٠هـ)، نقله إلى العربية وعلق عليه: ج ١ - ٨: محمد سليم النعيمي، ج ٩، ١٠: جمال الخياط، الناشر: وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، الطبعة: الأولى، من ١٩٧٩ - ٢٠٠٠م.
٦٨	التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد ابن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ ١٩٨٩م.
٦٩	التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: ٧٧٢هـ)، المحقق: د. محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٠هـ.
٧٠	تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (المتوفى: ٧٤٨هـ)، المحقق: مصطفى أبو الغيط عبد الحي عجيب، دار الوطن، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.
٧١	تهذيب التهذيب، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة الأولى، ١٣٢٦هـ.
٧٢	التوقيف على مهمات التعاريف محمد عبد الرؤوف المناوي، (ت ١٠٣١هـ)، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، بيروت، دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ.
٧٣	تيسير التحرير محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي (ت ٩٧٢هـ)، دار الفكر، بيروت، (د.ط).
٧٤	جامع البيان في تأويل القرآن، محمد بن جرير يزيد بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، (ت: ٣١٠هـ)، تحقيق: أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م.
٧٥	الجامع الكبير، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ) تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٩٩٨م.
٧٦	الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
٧٧	الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبد القادر محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد محي الدين الحنفي (ت: ٧٧٥هـ)، الناشر: مير محمد كتب خانة كراتشي، (د.ط) (د.ت).

٧٨	حاشية البجيرمي على الخطيب لسليمان بن مُجَدِّد بن عمر البُجَيْرِمِيّ المصري الشافعي (المتوفى: ١٢٢١هـ)، دار الفكر (د.ط)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م
٧٩	حاشية الدسوقي على الشرح الكبير مُجَدِّد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ) دار الفكر (د، ط).
٨٠	حاشية الصاوي على الشرح الصغير أبو العباس أحمد بن مُجَدِّد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (ت: ١٢٤١هـ) دار المعارف، (د.ط) (د.ت).
٨١	حاشية العدوي شرح كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، (المتوفى: ١١٨٩هـ)، المحقق: يوسف الشيخ مُجَدِّد البقاعي، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
٨٢	حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، حسن بن مُجَدِّد بن محمود العطار الشافعي (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية، (د.ط).
٨٣	الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني أبو الحسن علي بن مُجَدِّد بن مُجَدِّد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، المحقق: الشيخ علي مُجَدِّد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م
٨٤	حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر، عبد الرزاق بن حسن بن إبراهيم البيطار الميداني الدمشقي (المتوفى: ١٣٣٥هـ)، حققه ونسقه وعلق عليه حفيده: مُجَدِّد بهجة البيطار - من أعضاء مجمع اللغة العربية، دار صادر، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٣ هـ / ١٩٩٣ م
٨٥	خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، مُجَدِّد أمين بن فضل الله بن محب الدين بن مُجَدِّد الحجي الحموي الأصل، الدمشقي (المتوفى: ١١١١هـ)، دار صادر، بيروت، (د.ط)
٨٦	دراسة حول تعديلات قانون الأحوال الشخصية التي تمت بموجب القانون المؤقت رقم (٨٢) لعام ٢٠٠١م للقاضي الشرعي الدكتور واصف البكري، نشرت هذه الدراسة على الموقع الإلكتروني لميزان، www.mizangroup.org
٨٧	الدراية في تخريج أحاديث الهداية، أبو الفضل أحمد بن علي بن مُجَدِّد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، المحقق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)
٨٨	درر الحكام شرح غرر الأحكام، مُجَدِّد بن فرامر بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو (المتوفى: ٨٨٥هـ)، دار إحياء الكتب العربية، (د.ط).

٨٩	دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن إدريس البُهوتي (ت: ١٠٥١هـ)، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.
٩٠	الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لإبراهيم بن علي بن مُجَدِّد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: ٧٩٩هـ)، تحقيق وتعليق: الدكتور مُجَدِّد الأحمدى أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.
٩١	الذخيرة أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراقي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، المحقق: جزء ١، ٨، ١٣: مُجَدِّد حجي، جزء ٢، ٦: سعيد أعراب، جزء ٣ - ٥، ٧، ٩ - ١٢: مُجَدِّد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م.
٩٢	ذيل طبقات الحنابلة: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلمي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ)، المحقق: د عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، الناشر: مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٥م.
٩٣	رد المختار على الدر المختار، (حاشية ابن عابدين) مُجَدِّد أمين بن عمر ابن عبد العزيز عابدين (ت ١٢٥٢هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.
٩٤	رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب تاج الدين السبكي، عالم الكتب - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٩٩٩م/١٤١٩هـ.
٩٥	الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس مُجَدِّد نذير، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، (د.ط.).
٩٦	روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ) تحقيق: زهير الشاويش، بيروت الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ/ ١٩٩١م.
٩٧	روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: أبو مُجَدِّد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن مُجَدِّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م.
٩٨	رؤوس المذاهب الخلافية على مذهب أحمد بن حنبل: للحسين بن مُجَدِّد العكبري الحنبلي، تحقيق: خالد بن سعد الخشلان - ناصر بن مسعود السلامة، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ/

	٢٠٠١م.
٩٩	زاد المعاد في هدي خير العباد، مُجَّد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.
١٠٠	زهرة التفاسير: لمحمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة (المتوفى: ١٣٩٤هـ)، دار الفكر العربي، (د.ط.).
١٠١	سلطة ولي الأمر في تقييد المباح ظاهري العنوسة وزواج القاصرات_ أُنموذجاً تطبيقياً (دراسة فقهية مقارنة) بحث مقدم للمؤتمر الدولي العلمي الثالث لكلية الشريعة والقانون بطنطا بعنوان حماية المصلحة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (٢٠١٩م) إعداد: د. فاطمة المتولي عبده مُجَّد سعيد.
١٠٢	سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر، مُجَّد خليل بن علي بن مُجَّد بن مُجَّد مراد الحسيني، أبو الفضل (المتوفى: ١٢٠٦هـ)، دار البشائر الإسلامية، دار ابن حزم، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
١٠٣	سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السَّجِسْتَانِي (المتوفى: ٢٧٥هـ)، المحقق: مُجَّد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، (د.ط.).
١٠٤	سنن الدارقطني بو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: ٣٨٥هـ)، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م.
١٠٥	السنن الكبرى أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُشْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ) المحقق: مُجَّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م.
١٠٦	السنن الكبرى النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: ٣٠٣هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
١٠٧	السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، عبد الفتاح عمر، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

١٠٨	سير أعلام النبلاء، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (ت: ٧٤٨هـ) تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.
١٠٩	السيرة النبوية، عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: ٢١٣هـ)، تحقيق: مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ الشلبي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة: الثانية، ١٣٧٥هـ/١٩٥٥م.
١١٠	شذرات الذهب في أخبار من ذهب عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، أبو الفلاح (ت: ١٠٨٩هـ) تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، دار ابن كثير دمشق - بيروت ط: أولى ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
١١١	شرح التلويح على التوضيح لمثن التنقيح في أصول الفقه، الإمام سعد الدين بن مسعود بن عمر التفتازاني (ت: ٧٩٢هـ) تحقيق: خيري سعيد، المكتبة التوفيقية.
١١٢	شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل: لعبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري المتوفى (١٠٩٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط.).
١١٣	شرح السنة، محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: ٥١٦هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
١١٤	الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى بأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، أحمد الدردير العدوي، مطبوع مع حاشية الصاوي، دار المعارف، (د.ط) (د.ت).
١١٥	شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت: ١٣٥٧هـ) تحقيق: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، سوريا، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.
١١٦	الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (ت: ٦٨٢هـ) دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار.
١١٧	الشرح الكبير لأحمد الدردير العدوي. مطبوع مع حاشية الدسوقي.
١١٨	شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز المعروف بابن النجار الحنبلي (ت: ٩٧٢هـ) تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
١١٩	شرح الورقات في أصول الفقه جلال الدين المحلي جامعة القدس فلسطين، الطبعة: الأولى،

١٢٠	شرح تنقيح الفصول، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م.
١٢١	شرح قانون الأحوال الشخصية الزواج والطلاق، الدكتور محمد الحسن البغا، مطبعة الروضة، ١٤٢٨هـ.
١٢٢	شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، أ. د عبد الرحمن الصابوني، منشورات جامعة دمشق، مديرية الكتب الجامعية ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.
١٢٣	شرح قانون الأحوال الشخصية، الدكتور مصطفى السباعي، المكتب الإسلامي، دار الوراق، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.
١٢٤	شرح قانون الأحوال الشخصية، الدكتور مصطفى السباعي، المكتب الإسلامي، دار الوراق
١٢٥	شرح مختصر ابن الحاجب الأصفهاني (بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب)، محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) ابن أحمد بن محمد، أبو الثناء، شمس الدين الأصفهاني (المتوفى: ٧٤٩هـ)، المحقق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
١٢٦	شرح مختصر الروضة، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، (ت ٧١٦هـ) تحقيق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م.
١٢٧	شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ)، دار الفكر للطباعة، بيروت، (د. ط).
١٢٨	طبقات الحفاظ عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي (ت ٩١١هـ) دار الكتب العلمية، بيروت ط: أولى ١٤٠٣هـ.
١٢٩	طبقات الحنابلة أبو الحسين بن أبي يعلى، محمد بن محمد (ت: ٥٢٦هـ)، تحقيق: محمد الفقي، دار المعرفة، بيروت، (د. ط) (د. ت).
١٣٠	طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: ٧٧١هـ)، د. محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤١٣هـ.
١٣١	طبقات الفقهاء، أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، هذب: محمد بن مكرم ابن منظور (المتوفى: ٧١١هـ)، المحقق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت،

	لبنان، الطبعة: الأولى، ١٩٧٠هـ.
١٣٢	الطبقات الكبرى، أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري، البغدادي المعروف بابن سعد (المتوفى: ٢٣٠هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.
١٣٣	طبقات المعتزلة، أحمد بن يحيى بن المرتضى، بيروت، لبنان، ١٣٨٠هـ / ١٩٦١م.
١٣٤	العدة شرح العمدة، عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي (المتوفى: ٦٢٤هـ)، دار الحديث، القاهرة، (د.ط)، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م.
١٣٥	العدة في أصول الفقه القاضي أبو يعلى ابن الفراء (ت: ٤٥٨هـ)، تحقيق: أحمد بن علي المبارك، الطبعة: الثانية، ١٤١٠هـ ١٩٩٠م.
١٣٦	علماء ومفكرون عرفتهم، محمد المجذوب، دار الشواف، الرياض، ١٩٩٢م.
١٣٧	عمدة القاري شرح صحيح البخاري، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (ت: ٨٥٥هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)
١٣٨	العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرقي (ت: ٧٨٦هـ) دار الفكر، (د.ط) (د. ت).
١٣٩	عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، المؤلف: محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي (المتوفى: ١٣٢٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ.
١٤٠	الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، المطبعة الميمنية، (د.ط).
١٤١	الفتاوى الفقهية الكبرى أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (المتوفى: ٩٧٤هـ)، جمعها: الشيخ عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي المكي (المتوفى ٩٨٢هـ)، المكتبة الإسلامية، (د.ط).
١٤٢	الفتاوى الكبرى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني (ت: ٧٢٨هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ ١٩٨٧م.
١٤٣	الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣١٠هـ
١٤٤	فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ.

١٤٥	فتح القدير، كمال الدين مُحمَّد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت ٨٦١هـ) دار الفكر، (د.ط) (د.ت)
١٤٦	فتح القدير، مُحمَّد بن علي بن مُحمَّد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ.
١٤٧	فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمل (المتوفى: ١٢٠٤هـ)، دار الفكر، (د.ط).
١٤٨	الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق) أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراقي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، عالم الكتب، (د. ط) (د.ت).
١٤٩	الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخرجها)، أ. د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، أستاذ ورئيس قسم الفقه الإسلامي وأصوله بجامعة دمشق - كلية الشريعة، دار الفكر، سورية، دمشق، الطبعة الرابعة المنقحة المعدلة بالنسبة لما سبقها.
١٥٠	الفقيه والمتفقه، أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق: عادل الغرازي، دار ابن الجوزي، السعودية، الطبعة: الثانية ١٤٢١هـ
١٥١	الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي (المتوفى: ١٢٦هـ)، دار الفكر، (د.ط).
١٥٢	الفوائد البهية في تراجم الحنفية لأبي الحسنات مُحمَّد عبد الحي اللكنوي الهندي، عني بتصحيحه مُحمَّد بدر الدين أبو فراس النعساني، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (د.ط).
١٥٣	الفوائد في طبقات الحنفية لعبد القادر بن مُحمَّد بن نصر الله القرشي، أبو مُحمَّد محيي الدين الحنفي (المتوفى: ٧٧٥هـ)، الناشر: مير مُحمَّد كتب خانه - كراتشي، (د، ط)
١٥٤	فيض القدير شرح الجامع الصغير، زين الدين مُحمَّد عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: ١٠٣١هـ)، ضبطه وصححه أحمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.
١٥٥	القاضي في الإسلام لسعدي أبو جيب، دار الصديق للعلوم، دمشق، ط: أولى ١٤٣٢هـ/٢٠١١م.
١٥٦	القاموس الفقهي الدكتور سعدي أبو حبيب، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة: الثانية ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م، تصوير: ١٩٩٣م.
١٥٧	القاموس المحيط القاموس المحيط لمجد الدين أبو طاهر مُحمَّد بن يعقوب الفيروز آبادي (المتوفى:

١٥٨	١٧٨٥هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م.
١٥٩	قانون أصول المحاكمات المدنية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٨٤) لعام ١٩٥٣م قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٥٩) تاريخ ٩/٧/ ١٩٥٣م، والصادر بالمرسوم رقم (٤) تاريخ ٢٠١٩/٢/٥م، والصادر بالمرسوم رقم (٢٠) تاريخ ٢٠١٩/٦/٢٧م.
١٦٠	قانون الأحوال الشخصية العراقي بين المقتضى والمبتغى والبديل، المدرس المساعد حيدر حسين كاظم الشمري، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد السابع، ٢٠٠٨م.
١٦١	قواعد الإحكام في مصالح الأنام، عز الدين بن عبد السلام الكليات الأزهرية_ القاهرة، ١٤١٤هـ / ١٩٩١م
١٦٢	القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ ٢٠٠٦م
١٦٣	القواعد لابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادى، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ)، دار الكتب العلمية، (د.ط).
١٦٤	القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الشرعية، ابن اللحام، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ٨٠٣هـ)، المحقق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.
١٦٥	القوانين الفقهية، أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزى الكلبي الغرناطي (ت: ٧٤١هـ).
١٦٦	الكافي الوافي في أصول الفقه الإسلامي، أ.د: مصطفى سعيد الحن، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
١٦٧	الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
١٦٨	الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ) تحقيق: محمد المورتاني، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م.
١٦٩	الكتاب المصنف في الحديث والآثار أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن

	عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: ٢٣٥هـ)، تحقيق كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط: أولى ١٤٠٩هـ.
١٧٠	كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم لمحمد بن علي ابن القاضي مُجَّد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد ١١٥٨هـ)، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: د. عبد الله الخالدي الترجمة الأجنبية: د. جورج زيناني، مكتبة لبنان ناشرون بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٦م.
١٧١	كشاف القناع منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ) دار الكتب العلمية، (د.ط.).
١٧٢	كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: لعبد العزيز بن أحمد بن مُجَّد، علاء الدين البخاري الحنفي (ت: ٧٣٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، (د.ط) (د.ت).
١٧٣	الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: ١٠٩٤هـ)، المحقق: عدنان درويش - مُجَّد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، (د.ط.).
١٧٤	الكوكب الساطع نظم جمع الجوامع، للإمام جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١ هـ)، شرحه مُجَّد بن الشيخ العلامة علي بن آدم موسى الإثيوبي الولوي، مكتبة ابن تيمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.
١٧٥	اللباب في شرح الكتاب، عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (المتوفى: ١٢٩٨هـ)، خرّج أحاديثه وعلّق عليه: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٣١٥هـ/ ١٩٩٤م.
١٧٦	لسان العرب مُجَّد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤١٤هـ.
١٧٧	المبدع شرح المقنع لإبراهيم بن مُجَّد بن عبد الله بن مُجَّد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ ١٩٩٧م.
١٧٨	المبسوط مُجَّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: ٤٨٣هـ): دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.
١٧٩	المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الثالث، العدد (٣) ٢٠٠٧م.
١٨٠	المجموع شرح المذهب أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، دار الفكر، (د.ط.).

١٨١	مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشخصية من عام ١٩٨٨-٢٠٠٤ "المسلمين" الحمادي عبد القادر الألوسي، المكتبة القانونية، دمشق، ط: أولى ٢٠٠٦م.
١٨٢	مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية منذ عام ١٩٥٣ حتى ١٩٧٠، وضع وترتيب المكتب الفني بمحكمة النقض، المطبعة والجريدة الرسمية.
١٨٣	الحلبي بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الأندلسي (ت ٤٥٦هـ) دار الفكر، بيروت، (د.ط) (د.ت).
١٨٤	مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي (المتوفى: ٩٧٢هـ)، المحقق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.
١٨٥	مختصر العلامة خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: ٧٧٦هـ)، المحقق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م.
١٨٦	المدخل إلى علم القانون، د. محمد سامر عاشور، الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٨م.
١٨٧	المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن عبد الرحيم بن محمد بدران (المتوفى: ١٣٤٦هـ)، تحقيق: محمد أمين ضناوي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م.
١٨٨	المدونة لمالك بن أنس الأصبحي (ت: ١٧٩) دار الكتب العلمية: الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.
١٨٩	مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط).
١٩٠	المرشد في قانون الأحوال الشخصية، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٥٩ تحقيق: أديب استنبولي، وتقديم المستشار سعدي أبو جيب، الطبعة الثانية، ١٩٨٩م.
١٩١	مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح: علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (المتوفى: ١٠١٤هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠٢م.
١٩٢	المستدرك على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم النيسابوري (ت ٤٠٥هـ) دار المعرفة، ١٤١٨هـ ١٩٩٨م.
١٩٣	المستصفى أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ)، تحقيق: محمد عبد

	السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ / ١٩٩٣ م.
١٩٤	مسند أبي يعلى، أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي، الموصلي (المتوفى: ٣٠٧ هـ)، المحقق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م.
١٩٥	مسند الإمام أحمد بن حنبل لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١ هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ / ٢٠٠١ م.
١٩٦	مسند الدارمي المعروف بـ (سنن الدارمي)، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بھرام بن عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي (المتوفى: ٢٥٥ هـ)، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٢ هـ / ٢٠٠٠ م.
١٩٧	المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١ هـ) تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، إحياء التراث العربي، بيروت.
١٩٨	المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠ هـ)، المكتبة العلمية، بيروت، (د، ط).
١٩٩	المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: ٢١١ هـ)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية.
٢٠٠	مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ١٢٤٣ هـ)، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥ هـ / ١٩٩٤ م.
٢٠١	المعتمد في أصول الفقه، محمد بن علي الطيب أبو الحسن البصري المعتزلي (ت: ٤٣٦ هـ)، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣ هـ.
٢٠٢	المعجم الأوسط، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: ٣٦٠ هـ)، المحقق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، ١٤١٥ هـ.
٢٠٣	معجم الصواب اللغوي دليل المثقف العربي، أحمد مختار عمر، عالم الكتب القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣٢٩ هـ / ٢٠٠٨ م.
٢٠٤	معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عمر، عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩ هـ /

٢٠٥	معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لدكتور محمود عبد الرحمن عبد المنعم، جامعة الأزهر، دار الفضيلة، (د.ط.).
٢٠٦	المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، دار الدعوة.
٢٠٧	معجم لغة الفقهاء، محمد قلعجي وحامد قنبي، دار النفائس، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م.
٢٠٨	مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.
٢٠٩	المغني: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، (د.ط.).
٢١٠	مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي (ت: ٣٩٥هـ) تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م.
٢١١	منار السبيل في شرح الدليل: لابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، المحقق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة: السابعة ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.
٢١٢	المنثور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.
٢١٣	منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، دار الفكر، بيروت، (د.ط.)، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.
٢١٤	المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ.
٢١٥	المهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، (د.ط.).
٢١٦	الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: ٧٩٠هـ)، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة: الأولى ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م.
٢١٧	مواهب الجليل في شرح مختصر خليل لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، دار الفكر،

	الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م.
٢١٨	موسوعة قضايا إسلامية معاصرة (أضواء على أحكام الأسرة - آفاق في الأحكام السلطانية) أ. د محمد الزحيلي، دار المكتبي، ط: أولى، ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م.
٢١٩	الموطأ، مالك بن أنس بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان، الإمارات، الطبعة الثانية، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
٢٢٠	نساء رسول الله ﷺ وأولاده ومن سالفه من قريش وحلفائهم وغيرهم، شرف الدين الدمياني (٧٠٥هـ)، تحقيق: الدكتور فهمي سعد، عالم الكتب، الطبعة الثانية، ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م.
٢٢١	نصب الراية لأحاديث الهداية، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت: ٧٦٢هـ)، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.
٢٢٢	النظريات الفقهية الدكتور فتحي الدبرني، منشورات جامعة دمشق، ١٤٣٢هـ / ٢٠١١م.
٢٢٣	نظرية القانون، د. علاء ياسين، جامعة ٨ ماي ١٩٤٥ قلمة، كلية الحقوق، ٢٠٢٠م.
٢٢٤	نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، عبد الرحيم الإسوي دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.
٢٢٥	نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت: ١٠٠٤هـ) دار الفكر، بيروت الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م.
٢٢٦	نهاية المطلب في دراية المذهب عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ) حققه أ. د/ عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م.
٢٢٧	نيل الأوطار للشوكاني محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ) تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م.
٢٢٨	الهداية شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ)، المحقق: محمد عدنان درويش، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، (د.ط.).
٢٢٩	الهداية على مذهب الإمام، أحمد محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني، تحقيق: عبد اللطيف هميم وماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
٢٣٠	الوافي بالوفيات، صلاح الدين خليل بن أبيك بن عبد الله الصفدي (ت: ٧٦٤هـ) تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركبي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت (د. ط) ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م.
٢٣١	وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي

بكر ابن خلكان البرمكي الإربلي (المتوفى: ٦٨١هـ)، إحسان عباس، دار صادر - بيروت، الطبعة: (الجزء: ١ - الطبعة: ٠، ١٩٠٠، الجزء: ٢ - الطبعة: ٠، ١٩٠٠، الجزء: ٣ - الطبعة: ٠، ١٩٠٠، الجزء: ٤ - الطبعة: ١، ١٩٧١، الجزء: ٥ - الطبعة: ١، ١٩٩٤، الجزء: ٦ - الطبعة: ٠، ١٩٠٠، الجزء: ٧ - الطبعة: ١، ١٩٩٤م.	
--	--

فهرس الآيات

الصفحة	ر قم الآية	ا لسورة	طرف الآية
١٧٤	٢ ٢١	ال بقرة	﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾
٢٥٧	٢ ٢٨	ال بقرة	﴿وَتُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾
١٦٤	٢ ٢٩	ال بقرة	﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾
١٣٧/ ١٦٤	٢ ٣٠	ال بقرة	﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾
١٣٧/٩٢	٢ ٣٢	ال بقرة	﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ..﴾
١٣٧	٢ ٣٤	ال بقرة	﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ...﴾
١٦١	٢ ٣٣	ال بقرة	﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ﴾
٢٣١/ ٢٤٠/٢٣٨	٢ ٣٣	ال بقرة	﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾
١٦٨	٢ ٣٥	ال بقرة	﴿وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾
٢١٤	٢ ٣٦	ال بقرة	﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾
١٩٠	٢ ٣٧	ال بقرة	﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾

﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا..﴾	ال	بقرة	٤٠	٢	٢٥٤
﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ...﴾	ال	بقرة	٨٢	٢	١٠٠/٩٩
﴿وَاتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ خِلَّةً﴾	ال	نساء		٤	١٨٢
﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	ال	نساء	٩	١	٢٢٢/ ٢٢٥/ ٢٤٠/٢٣٨
﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾	ال	نساء	٠	٢	١٩٦
﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾	ال	نساء	١	٢	١٩٠
﴿وَأَحْذَنْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾	ال	نساء	١	٢	٧٥
﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾	ال	نساء	٢	٢	١٥٦/ ١٧٣
﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ...﴾	ال	نساء	٣	٢	١٥٤/ ١٦٩
﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ﴾	ال	نساء	٣	٢	١٥٩
﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ...﴾	ال	نساء	٣	٢	١٥٥
﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾	ال	نساء	٤	٢	١٦٨
﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُخَصِّنِينَ غَيْرَ﴾	ال			٢	١٨٣/

مُسَافِحِينَ ﴿	نساء	٤	١٩٦
﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾	ال	٢	١٧٧/٥٦
	نساء	٤	١٨٧/
﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ..﴾	ال	٢	٧٥
	نساء	٩	
﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾	ال	١	١٧٤
	نساء	٤١	
﴿وَأَنَا اخْتَرْتُكَ فَاسْتَمِعْ لِمَا يُوحَى﴾	ط	١	١٧
	هـ	٣	
﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي﴾	ال	٢	٢٠١
﴿جَجَج﴾	قصص	٧	
﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ ..﴾	ا	١	١٤٢
	لحجرات	٣	
﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾	ال	١	/٢٥٣
	طلاق		٢٥٧
﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾	ال	٦	/٢٢٢
	طلاق		٢٥٦ / ٢٣١
﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾	ال	٦	٢٥٣
	طلاق		
﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾	ال	٦	٢٢٩
	طلاق		
﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ	ال	٧	/١٢٤
اللَّهُ﴾	طلاق		٢٤١ / ٢٢٢

فهرس الأحاديث

الصفحة	طرف الحديث
٢٢٩	أَتَأْذُنُ لِي أَنْ آتِيَ أَبِي؟
٢٣١/٢٢٣	اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللَّهِ
١١٦ / ١١٨	إِذَا اسْتَكْمَلَ الْوَلَدُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً، كُتِبَ عَلَيْهِ مَا عَلَيْهِ وَأُقِيمَتِ عَلَيْهِ الْحُدُودُ
٢٠١	أَعْتَقَ صَفِيَّةً وَجَعَلَ عَتَقَهَا صِدَاقَهَا
١٤٣	أَمَّا أَبُو جَهْمٍ، فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ
١٦٧	أَمْسِكْ أَرْبَعًا وَفَارِقِ سَائِرَهُنَّ
٢٥٤	امْكُثِي فِي بَيْتِكَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ
١٤٣	أَنَّ أَبَا حَذِيفَةَ بْنَ عُثْبَةَ بْنَ رَبِيعَةَ بْنَ عَبْدِ شَمْسٍ وَكَانَ مِنْ شُهَدَاءِ بَدْرٍ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ، تَبَيَّنَتْ سَالِمًا، وَأَنْكَحَهُ بِنْتَ أَخِيهِ
٨٩	أَنَّ النَّجَاشِيَّ أَرْسَلَ إِلَيْهَا جَارِيَتَهُ أَبْرَهَةَ
١٤٠	أَنَّ جَارِيَةَ بَكْرَةَ أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ
١٢٨	الْإِنْكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ
١٨٤	إِنِّي وَهَبْتُ مِنْ نَفْسِي لَكَ
١٣٧	الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا
١٨٤	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ دُونَ إِذْنِ
٩٨	الْبُعَايَا اللَّوَاتِي يَنْكِحْنَ أَنْفُسَهُنَّ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ
٩٢	تَزَوَّجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَيِّمُونَةً وَهُوَ حَلَالٌ

التمس ولو خاتماً من حديد	١٨٤ / ١٩٦
ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: العتاق والطلاق والنكاح	٢٠٧
حَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُؤْفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ	١٠٥
حُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ	١٢٥ / ٢٤١
رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ	١٣١
السلطان ولي من لا ولي له	١٢٨ / ١٨٤
العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة	١٤٣
قضى أن الخراج بالضمان	٢٣٢
لَا بُدَّ فِي النِّكَاحِ مِنْ أَرْبَعَةِ الْوَلِيِّ وَالزَّوْجِ وَالشَّاهِدَيْنِ	٩٨
لَا تَحِلُّ لِي، يَحْزُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْزُمُ مِنَ النَّسَبِ	١٦٠
لَا تُنْكَحِ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ	١٤٠
لَا تُنْكَحِ النِّسَاءُ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ	١٤٣
لَا رِضَاعَ إِلَّا مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ	١٦١
لا ضرر ولا ضرار	٧٠ / ٢٠٤
لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ، أَوْ سُلْطَانٍ	١٣٢
لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ	٩٧ / ١٠٢
لا وصية لوارث	٢١٧
لَعَنَ الْمُحِلَّ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ	١٦٥

٢٢٦	اللَّهُمَّ هَذَا قَسَمِي فِيمَا أَمْلِكُ
١٣٨	ليس للولي مع الثيب أمر
٢٢٦	مَنْ كَانَ لَهُ امْرَأَتَانِ يَمِيلُ لِأَحَدَاهُمَا عَلَى الْآخَرَى
١٩١	من كشف خمار امرأة ونظر إليها
٦٦ / ٦٧	من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يُثب عليها
١٦٤	نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ تُنْكَحَ الْمَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا
٦٠	نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبِيعَ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ
١٨٧	هل نظرت إليها فإن في عيون الأنصار شيئاً
١٠٥	وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ
١٣٨ / ١٤٠	يا رسول الله ان أبي زوجني بن أخيه يرفع بي خسيسته
١٦٥	يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ رِفَاعَةَ طَلَّقَنِي فَبِتَّ طَلَاقِي
١٦١	يَا عَائِشَةُ مَنْ هَذَا؟ قلت: أخي من الرضاعة
١٤٣	يا علي ثلاث لا تؤخرها الصلاة إذا آنت
٢٣	يُذِّدُ اللَّهُ عَلَى الْجَمَاعَةِ فَاتَّبِعُوا السَّوَادَ الْأَعْظَمَ

فهرس الآثار

الص فحة	اسم الصحابي	طرف الأثر
١٩٢	زيد بن ثابت	إذا دخل الرجل بامرأته وأرخيت عليهما الستور ..
١٩٧	عمر بن الخطاب	أَلَا لَا تُعَالُوا فِي صَدَاقِ النِّسَاءِ ..
١٠٦	عمر بن الخطاب	أَوْفِ لَهَا بِشَرْطِهَا
٢٥٤	عبد الله بن عباس	فنسخ ذلك بآية الميراث بما فرض لهنَّ من الربع والثلث
١٩٢	زرارة بن أبي أوفي	قضى الخلفاء الراشدون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً ..
١٦٢	السيدة عائشة	كَانَ فِيمَا أُنْزِلَ مِنَ الْقُرْآنِ ...
١٨٥ / ١٩٥	عبد الله بن مسعود	لها مثل صداق نسائها لا وكس ولا شطط
٣٢	السيدة عائشة	الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بطل مغزل

فهرس الأعلام

الصفحة	اسم العلم
٤٠/٣٧	ابن الحجر الهيتمي
٢٣٧	ابن العطار
٧٨	ابن القصار
١٥٩/٧٧/٤٧	ابن القيم
١٨٥/١٧٧/١١٢	ابن المنذر
٣٥	ابن المنير
١٥٩/٧٧/٤٧	ابن تيمية
١٦٧	ابن حجر العسقلاني
٧٩	ابن رشد
١١٣	ابن شبرمة
١٣٣	ابن شجاع
٢٢١/٢٠٧	ابن عابدين
٢٣٧	ابن عبد الحكم
١٤٩/٢٢	ابن قدامة
١١٥	ابن وهب من المالكية
١٥	أبو الحسين البصري
٨٤	أبو الخطاب
٢٢٨	أبو القاسم الصفار
٢٢٨	أبو الليث

١١٣	أبو بكر الأصم
٧٩/٢١	أبو بكر العربي
١٠٨	أبو بكر الخلال
٩٢	أبو رافع
٣٥	إلكياهراسي
/١٢٧/١٠٠/٨٦ /١٣٣ /١٦٣/١٤٥/١٤٠/١٣٦ /٢٠٣/٢٠٢/١٩٠/١٨٩ ٢٤٩/٢١٤/٢٠٨	الإمام أبو يوسف
/١٣٣/١٠٠/٨٥ /١٤٨/١٣٩ /٢٠٧/٢٠١/١٨٩/١٦٣ ٢١٤	الإمام مُجَدِّد
٣٦/٢٦/٢٢/١٢	الأمدي
٧٩	الباجي
٢٥٢	البغوي
١١٦/٣٦/٢٩	البيضاوي
٩٨	الترمذي
١٤٤	الحسن من الحنفية
٣٧	الحصكفي
١٠٥	الخرقي
٢٠٧/٧٩	الدردير

٣٨	الرحياني الحنبلي
١٦٥	رفاعة القرظي
١٥٠/١٢١	الرويانى الشافعي
١٩١	زرارة ابن أبي أوفى
٤٠	الزركشي
/١٣٥/١٠٠/٢٨ ٢١٠/١٤٥ /١٣٦	زفر
٤٠	السبكي
١٣٨	السرخسي
٢٣٤	سعدي أبو جيب
١٨٤	سهل الساعدي
٩٢/٨٧	شرحبيل بن حسنة
٧٨	عبد الوهاب
١٥	العز بن عبد السلام
١٠٥	عقبة بن عامر
١٠٦	عمرو بن عوف المزني
٢٩	الغزالي
١٤٣	فاطمة بنت قيس
٢٠٣	فتحي الدريني
٢٥٢	الفريعة بنت مالك بن سنان
٢٤٤/٨٦/٤٥/٤٤	قدري باشا

١٣٣	القدوري
٣٤/٣٠/٢٢/١٦	القراي
١٩٠/١٧٤/١٦٤	القرطي
٢٥٧/١٦٨/١٤٩	الكاساني
٢٣٩/٢٢٠/١٣٨	الكرخي
٨٨/٣٦	الكمال ابن الهمام
١٤٩	اللخمي
٣٩/١٧	الليث
٢٥٢/١٥٠/١٢٢	الماوردي
٧٥	مجاهد
٢٤٦/٦٩	مُجَدُّ أبو زهرة
١٩١	مُجَدُّ بن عبدالرحمن بن ثوبان
٤٧/٤٦	مُجَدُّ عبده
٢٥١/٢٣١	النوي

فهرس المحتويات

الإهداء	ث
شكر وتقدير	ج
مستخلص الرسالة	ح
المقدمة	١
أ- أسئلة البحث وأهدافه:	٣
ب- أهمية البحث، وأسباب اختياره:	٣
ج- الدراسات المرجعية:	٤
د- منهج البحث وإجراءاته:	٥
هـ- حدود البحث:	٥
و- تقسيمات البحث:	٥
الفصل التمهيدي: التعريف بمفردات البحث	١١
المبحث الأول: مفهوم التأصيل والاختيار	١١
المطلب الأول: تعريف التأصيل ومرادفاته	١١
المطلب الثاني: تعريف الاختيارات التشريعية	١٧
المبحث الثاني: التعريف بأقسام مصادر التشريع	خطأ! الإشارة المرجعية غير معروفة.
المطلب الأول: الأدلة المتفق عليها	خطأ! الإشارة المرجعية غير معروفة.
المطلب الثاني: الأدلة المختلف فيها	١٩
المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بالمستند	٢٧
المطلب الأول: الالتزام بمذهب معين	٢٧

المطلب الثاني: التلفيق.....	٢٨
المطلب الثالث: تقليد غير المذاهب الأربعة	٣١
المطلب الرابع: حكم الحاكم يرفع الخلاف	٣٣
المبحث الرابع: مدخل إلى قانون الأحوال الشخصية.....	٣٥
المطلب الأول: مفهوم قانون الأحوال الشخصية ومصادره وأهميته.....	٣٥
المطلب الثاني: نشأة قانون الأحوال الشخصية	٤١
المطلب الثالث: تعديلات قانون الأحوال الشخصية السوري	٤٧
الباب الأول	٥٤
تأصيل الاختيارات التشريعية للزواج	٥٤
الفصل الأول: تأصيل المواد المتعلقة بالخطبة والرضا في عقد الزواج	٥٥
المبحث الأول: تأصيل الاختيارات التشريعية للخطبة	٥٥
المطلب الأول: تكييف الخطبة والعدول عنها	٥٥
المطلب الثاني: استرداد المهر عند العدول عن الخطبة.....	٥٧
المطلب الثالث: استرداد الهدايا عند العدول عن الخطبة	٦١
المطلب الرابع: التعويض في العدول عن الخطبة.....	٦٥
المبحث الثاني: تأصيل الاختيارات التشريعية لعقد الزواج.....	٦٧
المطلب الأول: تعريف الزواج لغةً واصطلاحاً.....	٦٧
المطلب الثاني: أركان عقد الزواج	٦٩
المطلب الثالث: الوكالة في عقد الزواج.....	٨٥
المطلب الرابع: الشهود في عقد الزواج.....	٩٢

المطلب الخامس: الشروط في عقد الزواج	٩٩
تأصيل المواد المتعلقة بالأهلية والولاية في الزواج	١٠٤
الفصل الثاني: تأصيل المواد المتعلقة بالأهلية والولاية في الزواج	١٠٥
المبحث الأول: تأصيل الاختيارات في الأهلية في عقد الزواج	١٠٥
المطلب الأول: شروط أهلية العاقلين	١٠٥
المطلب الثاني: تحديد سن البلوغ	١١٠
المطلب الثالث: إذن القاضي في إجراء عقد الزواج	١١٢
المبحث الثاني: تأصيل الاختيارات في الولاية والكفاءة في عقد الزواج	١٢٢
المطلب الأول: الولي وشروطه في عقد الزواج	١٢٢
المطلب الثاني: غياب الولي وتعددده	١٢٩
المطلب الثالث: دور الولي في زواج الفتاة البالغة	١٣٢
المطلب الرابع: الكفاءة بين الزوجين	١٣٧
تأصيل المواد المتعلقة بالمحرّمات في الزواج وأنواع العقد	١٤٨
الفصل الثالث: تأصيل المواد المتعلقة بالمحرّمات في الزواج وأنواع العقد	١٤٩
المبحث الأول: تأصيل الاختيارات في المحرّمات في الزواج	١٤٩
المطلب الأول: المحرّمات المؤبّدة	١٤٩
المطلب الثاني: المحرّمات المؤقتة	١٥٨
المبحث الثاني: تأصيل الاختيارات في أنواع عقد الزواج	١٦٦
المطلب الأول: العقد الصحيح	١٦٦
المطلب الثاني: عقود الزواج غير الصحيحة	١٦٨

الباب الثاني	١٧٨
تأصيل الاختيارات التشريعية لآثار الزواج	١٧٨
الفصل الأول: تأصيل المواد المتعلقة بالمهر	١٧٩
المبحث الأول: تأصيل الاختيارات في أنواع المهر	١٧٩
المطلب الأول: المهر المسمى	١٧٩
المطلب الثاني: نصف المهر	١٨٦
المطلب الثالث: مهر المثل	١٨٩
المبحث الثاني: تأصيل الاختيارات في مقدار المهر وصفته	١٩٢
المطلب الأول: أكثر المهر وأقله	١٩٣
المطلب الثاني: الزيادة والإنقاص من المهر	١٩٥
المطلب الثالث: صفة المهر	١٩٨
المبحث الثالث: تأصيل الاختيارات في الأحكام المتعلقة بالمهر	٢٠٦
المطلب الأول: سقوط المهر	٢٠٦
المطلب الثاني: قبض المهر	٢٠٨
المطلب الثالث: التعويض المالي عن المهر	٢١٠
المطلب الرابع: المهر في مرض الموت	٢١٣
الفصل الثاني: تأصيل المواد المتعلقة بالنفقة	٢١٧
المبحث الأول: تأصيل الاختيارات في سكن الزوجية	٢١٧
المطلب الأول: حكم السكن وشروطه	٢١٧
المطلب الثاني: العدل بين الزوجات في المسكن	٢٢١

المطلب الثالث: متابعة الزوجة لزوجها.....	٢٢٣
المبحث الثاني: تأصيل الاختيارات في النفقة الزوجية.....	٢٢٦
المطلب الأول: حكم نفقة الزوجة.....	٢٢٦
المطلب الثاني: أنواع النفقة ومق دارها.....	٢٣٣
المطلب الثالث: بدء استحقاق النفقة.....	٢٣٩
المطلب الرابع: الاستدانة على الزوج وإسلاف النفقة.....	٢٤٣
المطلب الخامس: نفقة المعتدة.....	٢٤٧
النتائج والمقترحات.....	٢٥٦
بعد الإنتهاء من هذه الدراسة أصل في الخاتمة إلى النتائج والمقترحات الآتية:.....	٢٥٦
المقترحات.....	٢٥٨
جدول مخرجات البحث.....	٢٦٠
فهرس المصادر.....	٢٦٧
فهرس الآيات.....	٢٨٨
فهرس الأحاديث.....	٢٩١
فهرس الآثار.....	٢٩٤
فهرس الأعلام.....	٢٩٥

Summary:

This thesis deals with the legal materials related to the provisions of marriage and its effects, which include the marriage contract, its pillars, conditions, and types, eligibility and guardianship in the marriage contract, permanent and temporary prohibitions, and the effects of the marriage contract, which include: dowry and alimony. The thesis focused on defining the jurisprudential doctrine on which the law was based. Personal status in each article of the first book: Marriage, in order to clarify the doctrine that must be referred to in the issues covered by Article /305/bis, with an explanation of the extent of compatibility of combining more than one doctrine in one article, in addition to presenting statements that contradict the choice of law. The thesis was concerned with By explaining the evidence on which the Personal Status Law was based on the articles of marriage and its effects, this research is also considered an explanation of the legal articles related to marriage and its effects.

Keywords: choices - jurisprudential document - legal evidence - marriage and its effects.

Syrian Arab Republic

Ministry of Higher Education and Scientific Research

Damascus University - Faculty of Sharia

Personal Status Department

**Rooting legislative choices for jurisprudential issues
in the Syrian Personal Status Law
(marriage and its effects)**

A dissertation submitted to obtain a doctoral degree in personal status

Done by

Lubab Saleh Khadim Al-Sarouji

Supervised by Dr. Mohamed Hassan Awad

Assistant Professor at the Faculty of Sharia at Damascus University

1445 AH - 2024 AD