

أحكام الأئمة في الإسلام

وَمَرَاةٌ مُّقَارِنَةٌ

تَبِين

فِقْهُ الْمَذَاهِبِ السُّنِّيَّةِ وَالْمَذْهَبِ اَلْمُجْتَمِعِي وَالْقَانُونِ

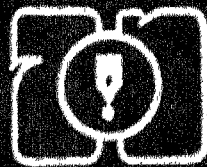
لِلأستاذ الدكتور

محمد مصطفى سبلي

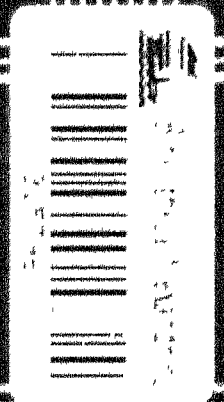
رئيس قسم الشريعة بجامعة الإسكندرية سابقاً
ورئيس قسم الشريعة بجامعة بيروت العربية

الطبعة الرابعة

١٩٨٣ - ١٤٠٣



الدار الجامعية



أحكام الأَسْرِ فِي الْإِسْلَامِ

دِرَاسَةٌ مُقَارِنَةٌ

بَيْنَ

فِقْهِ الْمَذَاهِبِ السُّنِّيَّةِ وَالْمَذْهَبِ الْجَعْفَرِيِّ وَالْقَانُونِ

لِلأستاذ الدكتور

محمد مصطفى سائبى

رئيس قسم الشريعة بجامعة الاسكندرية سابقاً
ورئيس قسم الشريعة بجامعة بيروت العربية

الطبعة الرابعة

١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م

الدار الجامعية

للطباعة والتمثيل

بيروت ص ١٢٢٢

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم
من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات]

صدق الله العظيم

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
١٩	مقدم الطبعة الأولى
٢١	تقديم الطبعة الحديده
٢٣	فاحة الكتاب
٢٧	المقدمه هي بيان المراد بالاحوال الشخصية ومرجع الفضاء فيها لمحه تاريخيه عن مرجع الفضاء في الاسلام وتمييز احكام الاحوال الشخصية
٣٠	

القسم الاول في الزواج وآثاره ٤١ - ٤٧٩

.

الباب الأول : في الزواج ومقدماته ٤٣ - ٩٠

الفصل الأول في التعريف به وشرعيته وحكمة مشروعيته وصفته الشرعية ٤٥

٤٨	شرعيه الزواج
٥٣	حكمة مشروعيه او العايه من تشريعه
٦٠	حكم الزواج او صفته الشرعيه

الفصل الثاني في مقدمات العقد ٦٧

٦٧	تمهيد في تعريف الخطبة
٦٧	المبحث الأول : في النظر الى المخطوبة
٧١	المبحث الثاني : في من تباح خطبتها
٧٦	المبحث الثالث : في الخطبة على الخطبة

الصفحة	الموضوع
٧٨	اثر هذه الخطبة في العمد المترتب عليها
٧٩	هل للخطبة إجراءات مرسومه
٨٢	المبحث الرابع : في العدول عن الخطبة
٨٢	اثر العدول عن الخطبة
٨٤	ما يجري عليه العمل في مصر ولبنان
٨٥	الاختلاف فيما قدمه الحاطب لمخطوبته
٨٦	النصر المترتب على العدول عن الخطبة
الباب الثاني : في اركان العقد وشروطه وطرق إتيانه وأنواعه	
١٧٨ - ٩١	
٩٣	تمهيد في بيان معنى الركن والشرط
٩٧	الفصل الأول في اركان الزواج
٩٧	المبحث الأول : في صيغة العقد والعاظها
١٠٢	هل يشترط في صيغته الزواج أن يكون باللغة العربية
١٠٤	المبحث الثاني : في انعقاد الزواج بغير الكلام
١٠٤	الكتابه
١٠٦	إرسال الرسول
١٠٦	الإقرار بالزواج
١٠٧	هل ينعقد بواسطة الهاتف
١٠٨	المبحث الثالث في انعقاده بعبارة واحدة
١١٣	الفصل الثاني : في شروط الزواج
١١٥	المبحث الأول : في شروط الانعقاد
١٢٠	المبحث الثاني : في شروط الصحة
١٢٢	آراء الفقهاء في الشهادة في الزواج
١٢٧	شروط الشهود

الصفحة	الموضوع
١٣٦	المبحث الثالث : فیه شروط النفاذ
١٣٧	المبحث الرابع . فی شروط اللزوم
١٤٣	الفصل الثالث فی طرق إثبات الزواج وتزویج الصغار
١٤٣	المبحث الأول : فی اباب الزواج
١٤٤	المبحث الثاني : فی تزویج الصغار
١٤٤	موقف الفقهاء من تزویج الصغار
١٤٦	موقف القانون فی لسان
١٤٩	موقف القانون فی جمهوریه مصر العربیه
١٤٩	١- فی إجراء عقد الزواج
١٥١	٢- فی سماع دعوى الروحیه
١٥٧	الفصل الرابع : فی أنواع الزواج من الأطلاق والسعیید فی صیغته
١٥٨	المبحث الأول : فی الزواج المعلق والمضاف
١٥٩	المبحث الثاني : فی المؤقت
١٦١	المبحث الثالث : فی زواج المعنة بن المانعین والمجوزین
١٧٢	المبحث الرابع : فی الزواج المفسرن بشرط
١٧٣	مذهب الحنفیه فی الشروط
١٧٦	مذهب الحنفیه
١٧٧	اشتراط الخيار فی الزواج
٢٦٨ - ١٧٩	الباب الثالث : فی المحرمات من النساء
١٨٣	الفصل الأول فی المحرمات علی التایید
١٨٣	المبحث الأول : فی المحرمات بالنسب
١٨٦	آراء الفقهاء فی تحريم بنت الرنا
١٨٨	المبحث الثاني : فی المحرمات بالمصاهرة

الصفحة	الموضوع
١٩٣	آراء الفقهاء في تحريم المصاهرة بالزنا
١٩٦	حكمه التحريم بسبب المصاهرة
١٩٧	المبحث الثالث : في المحرمات بالرضاع
١٩٩	الانواع المحرمة بالرضاع والخلاف فيها
٢٠١	قاعده يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمستثنيات مها
٢٠٥	الرضاع المحرم
٢٠٦	معنى الرضاع والخلاف فيه
٢٠٧	شروط الرضاع المحرم
٢٠٨	اللبن المحلوط والتحريم به
٢٠٩	المقدار المحرم وآراء الفقهاء فيه
٢١٦	لبن الفحل وموقف الفقهاء فيه
٢١٧	الأخوة بالرضاع وانواعهم
٢١٨	ما يثبت به الرضاع
٢١٩	الأقارار من الرجل والمرأة
٢٢٠	البينة ومقدارها
٢٢٣	حكمه التحريم بالرضاع
٢٢٥	الفصل الثاني في المحرمات مؤفنا
٢٢٥	المبحث الأول : في زوجة الغير ومعتديه
٢٢٧	حكم الزواج بالرأيه
٢٢٩	المبحث الثاني : في الجمع بين محرمين
٢٣٤	أثر الجمع بين الأختين ومن في حكمهما
٢٣٦	المبحث الثالث : في المطلقة ثلاثا
٢٣٨	المبحث الرابع : في الالاعنة
٢٣٩	المبحث الخامس : في تحريم من لا تدين بدين سماوي
٢٤٢	الزواج بالمجوسيه والخلاف فيها
٢٤٤	حكم الكتابية اذا اعتمدت التثليث
٢٤٧	حكمه حل التزوج بالكتابيه دون المشركة

الصفحة	الموضوع
٢٥٠	الزواج بالصائبه
٢٥٢	المبحث السادس : في الجمع بين اكثر من اربع
٢٥٤	الجمع المشروع وشروطه
٢٥٦	المراد بالعدل المشروط لإباحه التعدد
٢٥٩	حكمه تشريع تعدد الزوجات
٢٦١	الشبهه التي تثار حول تعدد الزوجات والرد عليها
٢٦٤	خاتمة بحث تعدد الزوجات في جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم
٢٣٤ - ٢٦٩	الباب الرابع : في الولاية والكفاهة والوكالة في الزواج
٢٧١	الفصل الاول في الولاية
٢٧١	التعريف بالولاية
٢٧٣	المبحث الاول : في شروط الولي
٢٧٥	المبحث الثاني : في الولاية المعاصرة ولن تثبت
٢٧٦	آراء الفقهاء في تولي المرأة الرشيدة عقد الزواج
٢٨٣	عقد زواجها عند الحنفية وموقف الولي منه
٢٨٤	المبحث الثالث : في من تثبت له الولاية المتعدية
٢٩١	غيبة الولي القريب وعضله
٢٩٣	المبحث الرابع : في انواع الولاية المتعدية وعلى من تثبت
٢٩٤	آراء الفقهاء في ثبوت الولاية الجبريه على البكر الرشيدة والراجع منها
٣٠٠	بم يتحقق الرضا والمراد بالبكر والثيب
٣٠١	آراء الفقهاء في ثبوت الولاية الجبريه على البكر الرشيدة والراجع منها
٣٠٣	ولاية الجبر على الثيب الصغيرة
٣٠٤	من تثبت له ولاية الاجبار
٣٠٥	المبحث الخامس : في احكام تزويج الأولياء وائر القانون في الولاية
٣٠٩	الفصل الثاني في الكفاهة في الزواج
٣٠٩	معناها والآمور المعتمدة فيها

الصفحة	الموضوع
٣١٩	المبحث الثاني : في أي الجانبين يعبر وصاحب الحق فيها وروعب أعبارها
٣٢٤	السبه التي يدار حول اعسار الكفاءة
٣٢٧	الفصل الثالث في الوكالة في الزواج
٣٢٩	أنواع الوكالة من حيث الاطلاق والقيود
٣٣٣	حكم الوكاله
٤٧٧ - ٣٣٥	الباب الخامس : في أحكام عقد الزواج
٣٣٧	الفصل الأول في أنواع الزواج غير اللازم
٣٣٧	المبحث الأول : في الزواج الباطل
٣٣٩	المبحث الثاني : في الزواج الفاسد
٣٤١	المبحث الثالث في الزواج الموقوف
٣٤٢	المبحث الرابع في الزواج النافذ غير اللازم
٣٤٥	الفصل الثاني في الحقوق غير الماليه في الزواج اللازم
٣٤٥	المبحث الأول : في الحقوق المشتركة بين الزوجين
٣٤٧	المبحث الثاني : في حقوق الزوج
٣٥٣	المبحث الثالث : في حقوق الزوجه غير الماليه
٣٥٩	الفصل الثالث في المهر
٣٥٩	المبحث الأول في التعريف وسبب وجوبه وعلى من يجب
٣٦٥	المبحث الثاني في مقدار المهر
٣٧٠	المبحث الثالث في أنواع المهر
٣٧٠	مهر المثل

الصفحة	الموضوع
٣٧١	الاختلاف في مهر المثل
٣٧٢	الحالات التي يجب فيها مهر المثل
٣٧٥	المهر المسمى ومتى يجب
٣٧٦	تسميه مهر المثل مسمعه
٣٧٨	الجمع بين المال والمفعة عند تسميه المهر
٣٨١	ما يجب في العقد الفاسد من المهر
٣٨٣	المبحث الرابع في الزيادة في المهر والحط منه
٣٨٦	المبحث الخامس في تعجيل المهر وتأجيله
٣٩١	المبحث السادس في مؤكدات المهر
٣٩٤	الحلوة والحلاف في كونها كالدحول
٣٩٨	المبحث السابع في الخطوة الصحيحة واحكامها
٣٩٩	الأحكام التي يشترك فيها الحلوة مع الدحول
٤٠١	الأحكام التي يختلفان فيها
٤٠٢	الاختلاف في حصول الحلوة
٤٠٥	المبحث الثامن فيما يتأثر به المهر بعد وجوبه
٤٠٩	مقدار المتعه
٤١٣	المبحث التاسع في ولاية قبض المهر والصرف فيه
٤١٧	المبحث العاشر في ضمان المهر
٤٢٠	هلاك المهر واستهلاكه
٤٢١	استحقاق المهر للغير
٤٢٢	المبحث الحادي عشر في الاختلاف في المهر وفضاياه
٤٢٨	الاختلاف في وصف المبوض أهو هديه أم من المهر
٤٣٠	المبحث الثاني عشر في الجهاز ومتاع البيت والنزاع فيهما
٤٣٢	الأب وجهاز ابنته
٤٣٤	الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت

الصفحة	الموضوع
٤٣٧	الفصل الرابع في النفقة
٤٣٧	المبحث الأول في التعريف بها ووجوبها وشروط استحقاتها
٤٤١	المبحث الثاني في أحوال النعمة (ووجوبها وسقوطها)
٤٤١	الحالات التي تجب فيها النعمة
٤٤٢	الأحوال التي لا تجب فيها أو تسقط بعد وجوبها
٤٤٤	نفقات الملاح
٤٥٠	المبحث الثالث في تقدير نفقة الزوجة
٤٥٣	تعديل التقدير للنفقة
٤٥٤	المبحث الرابع في تفصيل أنواع النفقة
٤٥٨	المبحث الخامس في امتناع الزوج عن أداء النفقة وما يتخذ من إجراءات
٤٦٢	المبحث السادس في نفقة زوجة الغائب
٤٦٥	المبحث السابع في دين النفقة واحكامه
٤٧١	تمجيل النفقة
٤٧٣	الكفالة بالنفقة
٤٧٥	المقاصة بدين النفقة

القسم الثاني في فرق الزواج ٤٧٩ - ٦٨٨

٤٨١	تمهيد في معنى فرق الزواج وأنواعها
٥٧٣ - ٤٨٩	الباب الأول في الطلاق
٤٩١	الفصل الأول في التعريف والحكمة ولن يكون حق الطلاق
٤٩٥	حكم الطلاق بمعنى صفته الشرعية
٤٩٧	الفصل الثاني في ركن الطلاق ومن يقع منه ومن يقع عليها وطريقة إيقاعه

الصفحة	الموضوع
٤٩٩	المبحث الأول في ركن الطلاق وبم يتحقق الصريح والكتابه
٥٠١	المبحث الثاني في من يقع منه الطلاق ومن يقع عليها
٥٠٤	من يقع عليها الطلاق
٥٠٦	المبحث الثالث في الطلاق الذي يملكه الزوج
٥٠٧	طريقه ايمساع الطلاق
٥٠٩	المبحث الرابع في الطلاق الثلاث بلفظ واحد
٥١٣	الفصل الثالث في تقسيمات الطلاق
٥١٤	المبحث الأول في تقسيمه الى منجز ومعلق ومضاف
٥١٥	انواع التعليق
٥١٨	المبحث الثاني في التقسيم الى رجعي وبائن
٥١٩	العاظ الرجعي والباين
٥٢٣	احكام الرجعي والباين
٥٢٥	المبحث الثالث في الرجعة
٥٢٦	ما تتحقق به الرجعة
٥٢٨	شروط صحة الرجعة
٥٢٩	اختلاف الزوجين في الرجعة
٥٣١	المبحث الرابع في زواج التحليل
٥٣٥	المبحث الخامس في طلاق المريض مرض الموت
٥٤١	الفصل الرابع في الأنابة في الطلاق
٥٤٣	صيغة التفويض
٥٤٥	العاظ التفويض
٥٤٩	الفصل الخامس في الطلاق بعوض (الخلع)
٥٥١	المبحث الأول في التعريف بالخلع وتكليفه الفقهي

الصفحة	الموضوع
٥٥٨	المبحث الثاني في الفرق سن الخلع والطلاق على مال
٥٦٠	المبحث الثالث في شروط الخلع
٥٦٥	المبحث الرابع في بدل الخلع وشروطه
٥٧١	المبحث الخامس في أحكام الخلع
٦١٤ - ٥٧٥	الباب الثاني في الفرق بواسطة القضاء
٥٧٩	الفصل الأول في الفرق لعدم الإنفاق
٥٨٧	الفصل الثاني في الفرق للغيب
٥٨٧	آراء الفقهاء في الفرق بالغيب
٥٨٨	لن يثبت هذا الحق؟
٥٨٩	الحلاف في عدد العيوب
٥٩٠	نوع التعريق الواقع بالغيب
٥٩١	ما يجري عليه العمل في مصر
٥٩٤	المعد الموجه الى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠
٥٩٧	ما يجري عليه العمل في لبنان
٦٠١	الفصل الثالث في الفرق للضرر
٦٠٧	الفصل الرابع في الفرق لغبه الزوج
٦١٣	الفصل الخامس في الفرق لحبس الزوج
٦٨٤ - ٦١٥	الباب الثالث في اللعان والأبلاء والظهار
٦١٧	الفصل الأول في اللعان
٦١٧	المبحث الأول والتعريف به وكيفيته وشروطه
٦٢١	شروط اللعان
٦٢٣	المبحث الثاني في الآثار المترتبة على اللعان

الصفحة	الموضوع
٦٢٧	الفصل الثاني في الأيلاء
٦٢٧	المبحث الأول في التعريف به وركنه وألفاظه وسروطه
٦٣٢	المبحث الثاني في حكم الأيلاء
٦٣٧	الفصل الثالث في الظهار
٦٨٨ - ٦٤٥	الباب الرابع في العده
٦٤٧	الفصل الأول في تعريفها وأسبابها وحكمه مسروعيته
٦٥٣	الفصل الثاني في أنواع العده
٦٦٣	الفصل الثالث في تحول العده من نوع الى نوع آخر
٦٧١	الفصل الرابع في مبدأ العده وانتهائها
٦٧٩	الفصل الخامس فيما يجب على العتدة ويجب لها

القسم الثالث في حقوق الاولاد والاقارب

٨٨٣ - ٦٨٩	
٦٩١	مقدمه
٧٣٤ - ٦٩٣	الباب الأول في النسب
٦٩٥	تمهيد في عناية الاسلام بالنسب وتنظيمه
٦٩٧	الفصل الأول في اقل مدة الحمل واكثرها واثبات الولادة
٧٠٣	الفصل الثاني في طرق اثبات النسب
٧٠٣	المبحث الأول في الفراش
٧٠٤	شروط ثبوت النسب بالفراش
٧٠٨	ثبوت النسب في الرواح الفاسد
٧٠٩	ثبوت النسب بعد العرقه بين الروحين

الصفحة	الموضوع
٧١٤	المبحث الثاني في الاقرار
٧١٥	شروط الاقرار بالنبوة
٧١٩	الاقرار بالابوة والامومة وشروطه
٧٢٣	الفرق بين الاقرار بالبنوة والتبني
٧٢٤	المبحث الثاني في البينة
٧٢٩	الفصل الثالث في اللقيط واحكامه
٧٣٥ - ٧٥٠	الباب الثاني في الرضاع
٧٣٧	الفصل الأول في وجوب الرضاع وعلى من يجب
٧٤٥	الفصل الثاني في اجرة الرضاع
٧٥١ - ٧٨٦	الباب الثالث في الحضانة
٧٥٣	الفصل الأول في التعريف بها واصحاب الحق فيها
٧٥٣	الحضانة بين الحق والواجب
٧٥٦	من يثبت له حق الحضانة على الصغير
٧٥٧	ترتيب الحاضنات من النساء
٧٥٩	ترتيب الحاضنين من الرجال
٧٦٣	الفصل الثاني في شروط اهلية الحضانة
٧٦٧	الفصل الثالث في اجرة الحضانة واستحقاقها ومن تجب عليه
٧٦٨	متى تستحق الحاضنة اجرا ؟
٧٦٩	على من تجب اجرة الحضانة (
٧٧٠	الحضانة بين المتبرعة بها وطالبة الاجر عليها
٧٧٣	الفصل الرابع في مكان الحضانة وانتقال الحاضنة منه
٧٧٧	ان انتقال الحاضنة الى بلد منعت من الانتقال إليه

الصفحة	الموضوع
٧٨١	العصل الخامس في مدة الحضانة ومصير الصغير بعدها
٧٨١	ابتداء مدة الحضانة
٧٨٥	الصغير والصغيرة بعد انتهاء الحضانة
٧٨٧ - ٨٣٨	الباب الرابع في الولاية
٧٨٩	العصل الأول في الولاية على النفس
٧٩٠	من تثبت له هذه الولاية
٧٩١	متى تنتهي هذه الولاية
٧٩٢	شروط الولي على النفس
٧٩٣	سلب الولاية
٧٩٦	هل يحوز إعادة الولاية المسلوبة
٧٩٩	العصل الثاني في الولاية على المال
٧٩٩	الولاية على الصغير
٨٠٠	تصرفات الصغير المميز
٨٠٠	سن البلوغ والرشد
٨٠٣	من تثبت له الولاية المالية
٨٠٧	شروط الولي على المال
٨٠٩	سلطه الولي في التصرفات . تصرفات الأب في العقه
٨١٣	تصرفات الأب في القانون
٨١٨	تصرفات الجد في ولايته في العقه
٨١٩	تصرفات الجد في ولايته في القانون
٨٢٠	وصي الأب في العقه والقانون
٨٢١	شروط الوصي
٨٢٣	تحصيل الوصي المختار ببعض التصرفات
٨٢٤	تعدد الأوصياء وتصرفاتهم في العقه
٨٢٥	تعدد الأوصياء وتصرفاتهم في القانون
٨٢٦	تعيين المشرف . وعمله
٨٢٧	تصرفات الوصي المختار في الفقه

الصفحة	الموضوع
١٢٩	تصرفات وصي العااضي والعرف بينه وبين الوصي المحتار
١٣٠	تصرفات الوصي في العانوں
٨٨٣ - ٨٣٩	الباب الخامس في نفعة الأولاد والأقارب
	فصل تمهيدى في تحديد المرابه الموجه للنعمه ، والاصول
٨٤١	التي يعوم عليها نظام النعمات
٨٤٣	آراء المداهم في المراد بالمرابه وأدلتهم على ذلك
٨٤٦	الاصول التي يعوم عليها نظام النعمات في الاسلام
٨٥٣	الفصل الأول في نفقة الفروع على الاصول
٨٦٣	الفصل الثاني في نفقة الاصول على الفروع
٨٦٩	الفصل الثالث في نفقة الحواشي
	الفصل الرابع في ترتيب وجوب النفقة عند اجتماع
٨٧٥	نوعين أو أكثر
٨٧٥	الحالة الأولى اجتماع الاصول والفروع
٨٧٧	الحالة الثانية اجتماع الاصول والحواشي
٨٨٠	الحالة الثالثة اجتماع الفروع والحواشي
٨٨٢	الحالة الرابعة اجتماع الاصول والفروع والحواشي

تقديم الطبعة الأولى للكتاب

نحمدك اللهم على بعائتك ، وبصلي وسلم على حاتم أنبيائك . وعلى من سبقه من الأنبياء والمرسلين .

وبعد . فقد درست موضوع هذا الكتاب في جامعة بيروت العربية في زيارة سابقة مدة عامين كاملين ، وأخرجت أصوله على هيئة مذكرات لم تكتمل حينذاك ، ومررت بعدها ثلاث سنوات وددت فيها أن يتوفر لي الوقت الكافي لإعادة النظر في تلك المذكرات وإكمالها لأخرجها كتاباً مطبوعاً يأخذ مكانه في مكتبة المراجع الفقهية والقانونية ولكن الشواغل العديدة حالت بيني وبين ما أردت .

واليوم - وقد حازت الفرصة لتحقيق تلك الأمية - أدعو الله مخلصاً أن يمدني بعونه على أتمام ما بدأت ، وأن يعصم من الرلل . كما أسأله جلت قدرته أن يجعل عملي هذا خالصاً لوحه الكريم ، وأن يعم به النفع إله على ما يشاء تقدير وهو حسبنا ونعم الوكيل .

المؤلف

محمد مصطفى شلبي

بيروت في شوال سنة ١٣٩٣ هـ
نوفمبر « تشرين الثاني » ١٩٧٣ م

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الطبعة الجديدة

أحمدك اللهم على جزيل عطائك، وأصلي وأسلم على خاتم أنبيائك، محمد بن عبد الله المبعوث رحمة للعالمين، صلوات الله وسلامه عليه، وعلى آله الأطهار، وصحابه الأبرار، ومن سار على دربهم إلى يوم الدين .

وبعد : فقد خرج هذا الكتاب للناس مطبوعاً لأول مرة في عام ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م فبلغ بذلك من العمر تسع سنوات كاملة، طبع فيها ثلاث مرات بأعداد كبيرة، علمها عند الله أولاً، ثم الناشر ثانياً، نفذت كلها لاقبال المشتغلين بالفقه الإسلامي تدریساً وتطبيقاً . من أساتذة وطلاب، وقضاة ومحامين، ولعلمهم وجدوا فيه مرجعاً علمياً لا غنى لباحث عنه، وهذا ما شجعني على إعادة طبعه للمرة الرابعة، بعد محاولة خاطفة لاعادة النظر فيما سطر فيه لتصحيح خطأ مطبعي، وتوضيح عبارة غامضة، واكمال ما بدا لي في بعض مواضعه من قصور .

وتلك طبيعة الإنسان غير المعصوم من الخطأ، وقديماً قال العلماء : المجتهد يخطئ ويصيب .

وفي هذا يقول إمام دار الهجرة مالك بن أنس رضي الله عنه :
« كل إنسان يؤخذ من كلامه ويترك إلا صاحب هذه السارية » مشيراً إلى

متوى رسول الله ﷺ ، ويقول العماد الأصمهانى الكاتب المشهور . « ابي رأيت أنه لا يكتب إنسان كناناً في يوم إلا قال في غده أو بعد غده لو غُتِرَ هذا لكان أحسن ، ولو ريد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العِبَر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر » .

فسحاح من تمرد بالكمال وحده ، وفي هذا يقول جل شأنه : « والله بكل شيء عليم » البقره - ٢٨٢ ، وفي آية أخرى يقول جل ثناؤه : « وفوق كل ذي علم » يوسف - ٧٦ .

وحعل النقص من لوازم البشر ، وأصدق دليل على ذلك قوله عز من قائل
« وما أوتيتم من العلم إلا قليلا » الاسراء ٨٥

ولا نفوتي هنا أن أقرر في صراحة : إنني عاهدت الله على ألا أذكر في هذا الكتاب ، ولا في غيره إلا ما أقتنع بصحته ، ولا أرجح رأياً إلا إذا اطمأنت نفسي لرجحانه ، ولا أدل على ذلك من أنه حينما صدر القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في مصر بتعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية ، ووجدت في بعض نصوصه ما ليس له أساس في فقه الفقهاء ، أو بحالف شريعته الله لم أدخل هذا التعديل في صلب الكتاب ، بل جعلت له ملحقاتاً خاصاً به ، وسظلل مفصولاً عنه حتى يعاد النظر فيه ، ويصحح ما به من مخالفات ، وأرجو الله أن يكون قريباً

وعلى الله فصد السبيل ، وهو حسبنا ونعم الوكيل

المؤلف

عمره ربيع الأول سنة ١٤٠٣ هـ

بروب في صباح الخميس

١٦ من ديسمبر (كانون الأول) سنة ١٩٨٢ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فاتحة الكتاب

الحمد لله الذي أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون .

والصلاة والسلام على خاتم رسل الله المبعوث رحمة للعالمين ، ورضي الله عن أصحاب رسول الله الذين اتبعوه وجاهدوا معه بأموالهم وأنفسهم للإعلاء كلمة الله ، فانتهى بذلك عهد الشرك ورفرفت راية الإسلام على أنحاء الجزيرة العربية كلها . ومنها انطلق إلى الآفاق يغزو القلوب بعدله وسماحته ، فدخل الناس في دين الله أفواجا ، وتكوّنت للإسلام دولة لم يعرف التاريخ لها مثيلا منذ بدء الخليقة إلى الآن .

وبعد . فإن الإسلام الذي رضي الله للناس ديننا — تشريع كامل تناول كل جوانب الحياة . خلص العقيدة مما اختلط بها من أخلاط الوثنية ، وطهر النفوس مما لوثها من رذائل الجاهلية ، ونظم علاقة الانسان بخالقه والناس بعضهم ببعض أفراداً وجماعات .

بني هذا التنظيم على أسس سليمة متينة لا تضعف ولا تتزعزع مهما طال الزمن . فيها من المرونة ما يجعله متطوراً بتطور الحياة متجاوباً مع مصالح الناس وحاجاتهم دون أن يوقعهم في حرج أو عنت .

ولما كان من أهدافه الأصلية بناء مجتمع سليم يعيش الناس فيه سعداء عنى بتنظيم الأسرة عناية بالغة لأنها اللبنة الأولى في بناء المجتمع ، فوضع لها نظاماً محكماً إذا سار الناس على هديه استقرت أمورهم وعاشوا في أمان .

ومن تتبع نصوص القرآن والسنة في ذلك يجد الشارع الحكيم رسم الطريق المستقيم لتكوين الأسرة الصالحة ، فبين طريقة اختيار الزوجة وكيفية إنشاء عقد الزواج وطريقة المعاشرة الزوجية ، وأرشد كلاً من الزوجين إلى ماله من حقوق قبل الآخر وما عليه من واجبات ، ولم ينس أنه قد يثور النزاع بينهما لسبب أو لآخر فوضع العلاج المتدرج المناسب لكل خلاف ، ثم وضع الطريقة المثلى لإنهاء هذا العقد إذا ما استحکم الخلاف وبات الحياة الزوجية بالفشل ، وما يترتب على هذا الإنهاء من آثار ، كما بين حقوق الأولاد قبل والديهم صغاراً وكباراً ، وما للوالدين عليهم من حقوق . غير أن النصوص المتعلقة بالأسرة على كثرتها لم تفصل كل الأحكام شأن التشريع الإسلامي بوجه عام ، فتدخل الاجتهاد المشروع لاستنباط الأحكام لما يجد من الأمور .

وللفقهاء طرقهم في الاجتهاد . لكل منهم أصوله وقواعده التي يسير عليها فكان الاختلاف في الاستنباط ، والاختلاف في ذاته ليس عيباً ، بل هو رحمة لهذه الأمة كما ورد عن رسول الله « اختلاف أمي رحمة » . وإنما العيب في التعصب لتلك الآراء حتى ولو بان حطؤها .

هذا ولما عهد إلي تدريس الشريعة الإسلامية لطلاب الحقوق بجامعة بيروت العربية وكان من مقرراتها الأحوال الشخصية أو حقوق العائلة رأيت أن أضع لهم كتاباً يكفيهم مؤنة البحث في كتب الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة التي يحتاج القارئ فيها إلى مران خاص وتكوين معين .

أسير في بحث مسائله وترتيبها على منهج خاص يتفق ووضع الجامعة ومجموعات الطلاب المنتسبين إليها ، فهم يؤلفون وحدة عربية تكاد تجمع ممثلين لكل بلدان العرب . وفيهم من المسلمين السني والشيعة ، هذا المنهج يتلخص

في عرض المسائل بما فيها من آراء لفقهاء أهل السنة وموقف المذهب الجعفري منها مع بيان سند كل رأي بقدر ما يسمح به الوقت لأخلص منه إلى بيان الراجح من تلك الآراء دون تعصب لرأي يعينه مهها كان قائله .

ثم أتبع كل مسألة بذكر الرأي المعمول به فيما صدر من قوانين في جمهورية مصر العربية وجمهورية لبنان ووجه اختياره للعمل به وما يوجه إليه من نقد إن كان للنقد موضع .

وستكون عنايتي الخاصة بالمذهب الحنفي والجعفري لما لهما من أهمية في العمل في كثير من البلدان الإسلامية ، فالجعفري يسير عليه الجعفرية أينما وجدوا وبخاصة في لبنان ، والمذهب الحنفي هو مرجع العمل في مصر بوجه عام وبالنسبة للمسلمين السنين في لبنان وفي سوريا والعراق والأردن فيما لم تصدر به قوانين خاصة فوق أن أكثر أحكام تلك القوانين مأخوذة منه .

وقد رتب الكتاب على مقدمة وثلاثة أقسام ٢٤

أما المقدمة ففي بيان المقصود بكلمة الأحوال الشخصية وما قن منها إلى الآن ، وما يجري عليه العمل في القصاص في مصر ولبنان .

والقسم الأول في عقد الزواج . مقدماته وإنشائه وأركانه وشروطه ومحلّه وآثاره المترتبة عليه .

والقسم الثاني في إنهاء هذا العقد وبيان أنواع الفرق والعدة وغيرها مما يترتب على إنهاء الحياة الزوجية بين الرجل والمرأة من آثار .

والثالث : في حقوق الأولاد باعتبارهم ثمرة من ثمرات الزواج - من نسب ورضاع وحضانة وولاية ونفقة .

ومن الله جلّت قدرته أستمد العون لإتمامه على الوجه الذي يتم به الدفع في

فانه ، كما أضرع إليه سبحانه أن يعصمني من الزلل ، وأن يجعله خالصاً لوجهه
الكريم ليكون دخراً لصاحبه يوم لا ينفع مال ولا بنون . إنه على كل شيء قدير
وهو حسبنا ونعم الوكيل .

المؤلف

محمد مصطفى شبلي

بيروت في : ٢٧ رجب سنة ١٣٨٨ هـ

١٨ من اكتوبر (تشرين أول) ١٩٦٨ م

المقدمة

في بيان المراد بالأحوال الشخصية ومرجع القضاء فيها

جرى عرف أكثر الفقهاء من أهل السنة على تقسيم أحكام الفقه الاسلامي إلى قسمين رئيسيين . عبادات وهي التي تنظم علاقة الإنسان بربه ، ويقصد بها التقرب إلى الله سبحانه كالصلاة والصيام والحج وغيرها .

ومعاملات أو عادات وهي التي تنظم علاقات الأفراد والجماعات بعضهم مع بعض ، وكانوا يعنونه لكل مجموعة تنظم نوعاً من العلاقات بعنوان يجمعها ككتاب النكاح وكتاب الطلاق وكتاب البيع وكتاب الجنائيات . والرصايا والمواريث الخ .. وان كان بعضهم يقسمها إلى أربعة عبادات وماكحات ومعاملات وعقوبات موجهاً ذلك بأن المسائل الفقهية إما أن تتعلق بأمر الآخرة وهي العبادات ، وأما أن تتعلق بأمر الدنيا وهي تنقسم إلى الثلاثة الباقية .

لأن بقاء العالم منظماً يحتاج إلى قوانين شرعية في أمر الازدواج وهي قسم المناكحات ، وفيها به التمدن من التعاون والتشارك وهو قسم المعاملات ، ولاستقرار أمر التمدن على هذا المنوال لزم ترتيب أحكام الجزاء وهي قسم العقوبات (١) .

كما جرى عرف فقهاء الشيعة (الجعفرية) على تقسيم الموضوعات الفقهية إلى أربعة أقسام عبادات وعقود وإيقاعات وأحكام .

(١) المجلة المدلية في مادتها الأولى .

لأن المبحوث عنه في الفقه إما أن يتعلق بالأمور الأخروية - أي معاملة العبد ربه - أو الدنيوية . فإن كان الأول فهو العبادات ، أما الثاني فأما أن يحتاج إلى صيغة أو لا . فغير المحتاج إلى صيغة هو الأحكام كالديات والميراث والقصاص والأطعمة ، وما يحتاج إلى صيغة فقد يكون من الطرفين أو من طرف واحد ، فإذا كان من طرف واحد سمي بالإيقاعات كالطلاق والعتق ، وإن كان من طرفين سمي بالعقود ويدخل فيها المعاملات والنكاح (١) .

فلم تكن كلمة الأحوال الشخصية (التي يراد بها مجموعة الأمور التي يتميز بها الإنسان عن غيره والتي تربطه بعائلته) معروفة عند الفقهاء المسلمين القدامى . وإنما هي اصطلاح قانوني جاء نتيجة تقسيم القانونيين الأحوال المدنية إلى أحوال شخصية وهي ما تتعلق بشخص الإنسان وذاته كالزوجية وتوابعها من الطلاق والعدة والنفقة وغيرها والنسب والميراث ، فإن كون الإنسان أباً أو ابناً أو كونه وارثاً أو محروماً من الميراث صفات شخصية ، وأحوال عينية . وهي تتعلق بالعلاقات المالية (٢) .

وقد كان تحديد مضمون الأحوال الشخصية محل خلاف في الفقه والقضاء في مصر إزاء تحديد اختصاص 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 بالأحوال 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 أباً أو ابناً شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها

(١) هامش المختصر النافع في فقه الامامية في المقدمة طبع وزارة الأوقاف بمصر .

(٢) أصول القانون للدكتور حسن كبره ص ٩٠ وما بعدها حيث يقول : وعامة القانون الخاص هو القانون المدني .. فهو يحكم علاقة الفرد بأسرته بما يضع من قواعد الأحوال الشخصية ، وهو يحكم العلاقات المالية بما يصع من قواعد المعاملات أو الأحوال العينية .

لصغر سنه أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية .

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية . غير أن المشرع المصري وحد أن الهبة والوصية وكلها من عقود التبرعات تقوم غالباً على فكرة التصديق المدون إليه ديانه فأجاء هذا إلى اعتبارها من قبيل الأحوال الشخصية .

وقريب من هذا ما جاء بالمادة (١٣) من قانون تنظيم القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ التي ذكرت بصدد تحديد ولاية المحاكم بشأن مسائل الأحوال الشخصية للأجانب .

ويلاحظ هنا أن التحديد كان بالنسبة للاختصاص القضائي حيث كان النزاع قائماً بين المحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية حينذاك ، والحق أن الأحوال الشخصية كما ينسب لفظها تختص بالمسائل المتعلقة بالأشخاص ، وأما المسائل المتعلقة بالمال فهي داخله في دائرة الأحوال العينية . والذي دعا إلى إدخال بعض المسائل المالية في الأحوال الشخصية أمران :

أولهما : تحديد اختصاص كل من المحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية حينذاك .
ثانيهما : إبقاء المسائل التي فيها جانب ديني كالوصية والهبة والوقف أو ترتبط بأمر ديني كالنفقة والمهر وغيرها من اختصاص المحاكم الشرعية والمحاسن المالية التي قصر عملها على النظر في الأمور الدينية .

وعلى ذلك تكون مسائل الأحوال الشخصية تتناول مجموعات ثلاث :

١ - المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والولاية على المال .

٢ - المسائل المتعلقة بالأسرة .

٣ - المسائل المتعلقة بالوصايا والموارث (١١) .

وقد كانت المحاكم الشرعية قبل الاحتلال الأجنبي هي التي تحكم في كل المنازعات ، فلما أدخلت القوانين الأجنبية وأنشئت المحاكم الأهلية وغيرها . قصر عمل المحاكم الشرعية على الفصل في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية . ومن هنا دخلت هذه الكلمة في كتب الفقه الإسلامي الحديث ، فألفت كتب في أحكام الأحوال الشخصية وكانت في أول الأمر شاملة لكل مسائله من زواج وطلاق وما يتعلق بهما ووصية وولاية وحجر على بعض الأشخاص وغيرها .

وبعد ذلك ألفت كتب بهذا العنوان قاصرة على أحكام الزواج والطلاق وحقوق الأولاد . وشاعت هذه التسمية في السنين الأخيرة حتى بعد أن قننت مسائل الموارث والوصايا والولاية وانفردت بمؤلفات خاصة .

وأنت ترى معي أن هذه التسمية العامة - مع بقاء الاصطلاح في الأحوال الشخصية - أصبحت غير سليمة إلا إذا قيدت بما يتعلق بالأسرة .

فالأسلم أن تسمى تلك المجموعة من الأحكام بأحكام الأسرة في الإسلام أو بنظام الأسرة في الإسلام ما دامت موضوعاتها كلها متعلقة بالأسرة .

لمحة عن مرجع القضاء في الإسلام وتقنين أحكام الأحوال الشخصية

كان مرجع القضاء في صدر الإسلام في عهد الخلفاء الراشدين كتاب الله وسنة رسوله ، فإذا لم يجد القاضي الحكم فيها اجتهد رأيه أو استشار الخليفة . وبعد عصر هؤلاء تجمع من فتاوى فقهاء الصحابة مجموعة تناقلها الرواة فكانت بمثابة

(١١) أصول القامون للدكتور حسن كبيره من ٣٢٢ .

مصدر آخر يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد الحكم في القرآن والسنة من غير أن يكون ملزماً بفتوى معينها إلا بما اتفقوا عليه ، وأما ما اختلفوا فيه فكانت بتخير من آرائهم أقربها إلى كتاب الله وسنة رسوله ، فإن لم يجد اجتهد رأيه .

استمر الأمر على ذلك طوال عهد الأمويين وشطراً من العهد العباسي لم يفكر أحد في تقييد القاضي بالقضاء برأي معين إذا استثنيا ما هم به المنصور العباسي من إلزام الناس بالعمل بما في موطأ الإمام مالك الأمر الذي لم يتم لعدم موافقة الإمام مالك نفسه - لأن القضاة كانوا يختارون من المجتهدين فقط . إلى أن تولى أبو يوسف صاحب أبي حنيفة القضاء في بغداد أيام هارون الرشيد ، وارتفعت منزلته حتى أصبح المشرف على أعمال القضاة وصاحب المشورة الأولى لاختيارهم ، فما كان يشير بتولية قاص في أنحاء الدولة إلا إذا كان من أتباع أبي حنيفة .

فبدأ الأمر يتحول إلى القضاء بمذهب معين وان كان القضاة أنفسهم من المجتهدين المنتسبين الأمر الذي جعل الراغبين في تولي القضاء ينتقلون من مذاهبهم إلى مذهب أبي حنيفة حتى غدا المذهب الرسمي للدولة العباسية يسير القضاء فيها عليه إذا استثنينا بعض بواحيها كالأندلس ، فان قضاءها كان بمذهب الإمام مالك ، والشام التي كان قضاؤها بمذهب فقيها الإمام الأوزاعي فترة من الزمن قبل انقراضه .

بقي الأمر على ذلك إلى أن ضعفت الدولة العباسية فانتقل القضاء من مذهب أبي حنيفة في كثير من الأقطار إلى مذاهب أخرى . فالمذهب الشيعي في بلاد المغرب ومصر والشام إبان قيام دولة الفاطميين فيها . ولما زالت دولتهم بقيام دولة الأيوبيين التي أسسها صلاح الدين الأيوبي حل محله المذهب الشافعي في مصر والشام فترة من الزمن ثم عاد المذهب الحنفي .

ولما قامت دولة المماليك أعادوا القضاء أولاً إلى المذهب الشافعي ثم إلى

المذاهب الأربعة وان بقيت الرياسة للقاضي الشافعي .

واستمر الأمر كذلك إلى أن وليت الدولة العثمانية حكم مصر والشام وكان المذهب الحنفي مذهبها الرسمي فاسترد مكانته في مصر ، وأصبح المذهب الرسمي في القضاء فيها وان بقي معه المذهب المالكي والشافعي .

وفي عهد محمد علي تم توحيد القضاء فيها بالمذهب الحنفي فأصبح القضاء في مصر والشام والعراق بهذا المذهب بل في أكثر البلدان الإسلامية .

ولما دخلت القوانين الأجنبية مع المستعمرين أنشئت محاكم أخرى يجانب المحاكم الشرعية زاحتها فاقترص عملها على الفصل في مسائل الأحوال الشخصية بعد أن كانت تفصل في كل شيء .

وجد الناس نوعين من المحاكم . نوع يقضي بقانون مسطور محدد ، وآخر يقضي بمذهب فقهي متعدد فيه الآراء في كثير من مسائله ، ومطلوب من القاضي القضاء بالراجح منها ، والوصول إليه تعترضه الصعاب لاختلاف الفقهاء في الترجيح ، فقد يرجح أحدهم رأياً بينما يرجح غيره رأياً آخر وكذلك الكتب مع خلوها من الفصل بالترجيح في بعض المسائل التي كانت موضع حيرة الفقهاء واختلافهم .

لهذا ولما في المذهب الحنفي من مسائل لا تسائر المصلحة في كل وقت بينما توجد أحكام في المذاهب الأخرى تحقق المصلحة قامت حركات في البلدان الإسلامية التي تسير على هذا المذهب تطالب بتقنين أحكام الأحوال الشخصية وبخاصة أحكام الأسرة لا يتقيد فيه بمذهب معين .

سبقت مصر غيرها في الاستجابة لتلك الصيحات فألفت لجنة لوضع مشروع قانون لمواضع الشكوى لا تتقيد فيه بمذهب معين ، فأعدت مشروعها في سنة ١٩١٥م ، ثم رأت اللجنة عرض هذا المشروع على العلماء والقضاة ورجال القانون ليتدبروا رأيهم فيه فاختلفت اتجاهاتهم ما بين مؤيد ومعارض ، ولكن جانب

المعارضة كان أقوى من الآخر فطوى المشروع ، ولم تستطع الحكومة حينذاك إصداره لظروف الحرب والاحتلال .

وفي هذا الوقت بادرت تركيا وأصدرت قانون حقوق العائلة في المحرم سنة ١٣٣٦ هـ الموافق سنة ١٩١٧ م وهو غير شامل لكل مسائل الأحوال الشخصية بعد أن أصدرت من قبل مجلة الأحكام العدلية التي تعتبر قانوناً مدنياً كاملاً فيه قليل من أحكام الأحوال الشخصية كأحكام الحجر والهبة .
وهذا تكون تركيا الإسلامية سبقت البلاد الإسلامية الأخرى في تقنين أحكام الأسرة .

ويلاحظ على هذا القانون أمران :

أحدهما : أنه لم يكن خاصاً بالمسلمين ، بل كان عاماً لهم وللطوائف الأخرى من المسيحيين والموسويين كل حسب شريعته الخاصة .

وثانيهما : أنه بالنسبة للمسلمين لم يقتصر على مذهب أبي حنيفة ، بل أخذ بعض أحكامه من المذاهب الثلاثة الأخرى . كمنع زواج المجنون والمجنونة إلا عند الضرورة وهو رأي عند الشافعي وأحمد .

وكاعتبار عقد الزواج صحيحاً والشرط معتبراً إذا اشترطت المرأة في العقد ألا يتزوج عليها وإن تزوج فهي أو المرأة الثانية طالق . وهو من مذهب الحنابلة .

وجواز التفريق بين الزوجين لسوء العشرة وإعطاء المرأة الخيار في فسخ النكاح إذا ظهر في الزوج مرض من الأمراض المزمنة كالجدام والسل والجنون ، والتفريق بين الفأثب وزوجته إذا مضى على غيبته غيبة منقطعة أربع سنوات في الأحوال العادية وسنة في حالة الحرب .

بل أخذ بغير المذاهب الأربعة في أحكام قليلة . كما في إبطال زواج الصغير

والصغيرة الذي هو رأي عثمان التي وان شهرمة، وهو وإن لم يقتصر على مذهب الحنفية إلا أنه أحال على هذا المذهب في المسائل التي لم ينص عليها فيه .

وقد عمل بهذا القانون خارج تركيا في بلاد الشام (سوريا ولبنان) (١) رغم انفصالها عن الدولة التركية ، وقد استمر العمل به في سوريا إلى أن صدر فيها قانون شامل للأحوال الشخصية في ١٧ ستمبر سنة ١٩٥٣ وكان قانون العائلة صادراً من مصادره .

في لبنان :

أما لبنان فقد عملت بهذا القانون بعد فترة من الزمن من إصداره ، ولم تقم بوضع قانون شامل للأحوال الشخصية إلى الآن كما فعلت سوريا، ولكنها أدخلت عليه تعديلات ، وجعلته وما أدخل عليه من تعديلات القانون الأساسي وأحالت المسائل التي لم ينص عليها فيه على المذهب الحنفي بالنسبة للمسلمين السنة ، وعلى المذهب الجعفري بالنسبة للشيعة ، وكذلك في المسائل التي يتعارض فيها القانون مع مذهبهم .

وقد وضعت للطائفة الدرزية قانوناً للأحوال الشخصية منفصلاً عن قانون العائلة في سنة ١٩٤٨ ، وأحال المسائل التي لم ينص عليها فيه على المذهب الحنفي .

ومن يطالع هذا القانون يجد بعض أحكامه لا تتفق مع ما هو مقرر في

(١) وفي الأردن عمل به إلى أن صدر قانون العائلة في ٩٢٧ ثم استبدل بقانون آخر صدر في ١٩٥١ وهو مأخوذ من قانون حقوق العائلة والقوانين المصرية الصادرة في ١٩٢٠ و ١٩٢٩ مع بعض تعديلات . وقد نص في هذا القانون على أنه عند عدم النص فيه يرجع إلى أرحم الأقوال في المذهب الحنفي فلسفة التشريع الإسلامي لصبحي محمصاني ص ١٢٥ .

المذاهب الإسلامية كما في المواد ١٠ ، ١١ ، ١٤ ، ٣٨ ، ٥٠ (١) .

وهو كما يقول الدكتور صبحي محمصاني : مأخوذ في بعض أحكامه عن تقاليد هذه الطائفة الخاصة ومعطوف في أحكامه الأخرى على المذهب الحنفي .

ولكل طائفة محاكمها الخاصة . فلهامين السنين محاكم ، وللجعفرين محاكم أخرى ، وللطائفة الدرزية محاكم مذهبية خاصة تشرف عليها الدولة وتخضع لأصول معينة .

وتطبق المحاكم الشرعية السنية ما يلي :

أولاً : قانون حقوق العائلة والمذهب الحنفي فيما لم يوجد فيه نص تشريعي كما صرح بذلك قانون تنظيم المحاكم الشرعية (مادة - ١١١) (٢) .

ثانياً : أحكام مجلة الأحكام العدلية في الأمور التي تتعلق بالحجر على الصغار والمجانين والمعتوهين والسفهاء ومرضى الموت مع ملاحظة ما تعدل من تصرفات الصغير المميز ، وما ألحق بقانون الموجبات والمقررات اللبناني (م ٢١٦٠) .

ثالثاً : أحكام نظام الأيتام مخصوص إدارة أهوال القاصرين ، وفيه بعض المصوص التي عدلت أحكام المحلة

(١) تمنع تعدد الزوجات ، ومنع الرجل من إعادة مطلقة ، وتعيين أقصى مدة الحمل ثلاثمائة يوم ، ووجوب اقتران الطلاق بحكم القاضي ، وإن شهود الزواج لا يقبل عددهم عن الأربعة ، وأن مدة العدة أربعة أشهر تبدأ من تاريخ الطلاق أو التفريق أو وفاة الزوج .

(٢) كما نصت عليه المادة (١١١) من قانون تنظيم المحاكم الشرعية الصادرة بالرسوم الاشتراعي رقم ٣٤١ المؤرخ في ٤ تشرين الثاني سنة ١٩٤٢ . المعدل بقانون ٤ كانون الأول ١٩٤٦ فقد أدرجت العمل في المحاكم السنية بقانون العائلة المشامي وأرجح الآراء من مذهب أبي حنيفة . وفي المحاكم الجعفرية بالذهب الجعفري وبما يتلاءم وهذا المذهب من قانون العائلة الدكتور الحمصاني في فلسفة التشريع الإسلامي ص ١٠٩ .

رابعا : بعض قوانين لبنانية خاصة نصت على أمور شرعية تختلف عن أحكام المذهب الحنفي . مثل قانون الأوقاف الذرية الصادر في ١٠ آذار ١٩٤٧ .

خامسا : ماورد في قانون تنظيم المحاكم الشرعية من أحكام شرعية مأخوذة عن المذاهب الإسلامية المختلفة .

أما المحاكم الجعفرية فتطبق قانون تنظيم المحاكم الشرعية وأحكام المذهب الجعفري وما يتلامح مع هذا المذهب من قانون العائلة (١) .

ولعل السبب في هذه التفرقة بين ما يجب العمل به في المحاكم السنية وما يجب العمل به في المحاكم الجعفرية بالنسبة لقانون العائلة هو أن هذا القانون مأخوذ من مذهب الشافعية ومن المذاهب السنية الأخرى وبعض أحكامه تختلف مع المذهب الجعفري ، ولا يعقل أن تلتزم طائفة بالعمل بما يخالف مذهبها الأصلي .

أما قانون تنظيم المحاكم الشرعية فهو قانون لبناني روعي عند وضع ما به من أحكام عدم مخالفته لهذا المذهب .

أما في جمهورية مصر العربية :

فقد منّا أنها انضمت إلى التعديل والتقنين في أوائل القرن العشرين غير متأثرة بغيرها ، فبدأت مشروع الإصلاح الأول في سنة ١٩١٥ . غير أن هذا المشروع لم يقدر له التنفيذ ، للافقار من اعتراضات وعدم ملائمة الوقت لإصداره .

وبعد فترة ألغت لجنة أخرى فأخرجت مشروعاً ببعض إصلاحات صدر به القانون رقم ٣٥ سنة ١٩٢٥م في ثلاث عشرة مادة أخذت أحكامه كلها من مذهب الإمام مالك . وهو يتعلق بالتطبيق لعدم الإنفاق أو لا . المفقود والمعدة .

(١) كما سبق في المادة (١١١)

وقد عدلت منه ثلاث موا ، ٢ - ٧ - ١٢) بالقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ م .
ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٥٦ سنة ١٩٢٣ م في مادتين يمنع من سماع
دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة وسن الزوج تقل
عن ثمانى عشرة سنة وقت العقد ، ولا يجوز لموثقى العقود أن يباشروا عقداً لم
يبلغ الزوجان فيه هذه السن .

وقد أدخل على ذلك تعديل بالقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ فجمل بلوغ هذه
السن مشروطة وقت التقاضي لا وقت العقد .

ثم صدر بعد سنوات القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ببعض التعديلات في أحكام
الطلاق والتطليق للضرر والغيبه ولحبس الزوج . ودعوى النسب ، وبعض أحكام
النفقة والمدة وسن الحضانه والمفقود ، وهو مكون من خمس وعشرين مادة ،
وأحكامه مأخوذة من المذاهب الأربعة عدا الطلاق المقترن بالعدد ، والطلاق المطلق
فإنه أخذ فيها برأى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم .

ثم تبع ذلك أن ألفت لجنة لوضع مشروع قانون للأحوال الشخصية كلها
في سنة ١٩٣٦ . فأخرجت اللجنة مشروعات ثلاثة . أولها صدر به القانون رقم
٧٧ سنة ١٩٤٣ في أحكام المواريث .

وثانيها : صدر به القانون رقم ٤٨ سنة ١٩٤٦ بتنظيم بعض أحكام
الأوقاف .

وثالثها : صدر به القانون رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ بشأن تنظيم أحكام الوصية
كلها .

وقد عدلت في هذه القوانين عن مذهب الحنفية إلى المذاهب الأخرى من
سنية وشيعية في بعض المسائل ، وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٨٠ سنة ١٩٥٢
محل الأوقاف على غير جهات البر وتنظيم إنشاء الوقف الخيري والولاية عليه .

ثم تسع هذا عدة محاولات لتقنين أحكام الأسرة من زواج وطلاق وحقوق الأولاد فوضع مشروعه أكثر من مره كان آخرها المشروع الشامل للأحوال الشخصية للمسلمين وغيرهم الذي ثار حوله النزاع المتشعب ولم يتقرر مصيره إلى الآن .

المطبق الآن في جمهورية مصر العربية في أحكام الأحوال الشخصية

يطبق الآن في مسائل الوقف والوصية والمواريث والولاية القوانين الصادرة فيها على جميع المواطنين لا فرق بين مسلمين وغيرهم .

وأما مسائل الزواج والطلاق وتوابعها فإنها لا تزال خاضعة في جملتها لأحكام الفقه الإسلامي (المذهب الحنفي) فيما عدا المسائل التي عرضت لها القوانين السابقة كما أشار إلى ذلك القانون رقم ٤٦٢ سنة ١١٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية عملاً بالمادة - ٢٨٠ - من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ .

وأحكام هذه الشريعة تطبق على المسلمين وغير المسلمين إذا اختلفت ملهم وطوائفهم أو اتحدت ولم تكن لهم محاكم مليية عند صدور قانون إلغائها .

وأما المتحدوا الملة والطائفية وكانت لهم محاكم مليية وقت الإلغاء فان القانون الواجب التطبيق هو أحكام شريعة المتحاصمين في نطاق النظام العام^(١) .

(١) كما تنص عليه المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ في فقرتها الثانية ونصها .

» بالنسبة للنزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة =

وإذا اعتنق أحد المتخاصمين الإسلام أثناء نظر الدعوى وجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية . أما إذا غير أحدهم ديانتَهُ أو ملته أثناء نظر الدعوى بأن كان مسيحياً فأصبح يهودياً أو بالعكس أو كان كاثوليكياً فأصبح بروتستانياً أو أرثوذكسياً فإن هذا التغيير لا يؤثر في سير الدعوى ولا على القادون الواجب التطبيق ، فالشريعة الإسلامية هي ذات الاختصاص العام ، أما الشرائع الأخرى فاختصاصها استثنائي ، لأنها لا تطبق إلا عند اتحاد أطراف النزاع في الديانة والملة والطائفة بشرط أن يكونوا تابعين لطائفة كانت لها جهة قضائية ملية منظمة معترف بها من الدولة وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ .

== والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام في نطاق النظام العام طبقاً لشريعتهم » .
فهذا النص يمين موضع تطبيق الشرائع غير الإسلامية في نطاق الأحوال الشخصية « أحكام الأسرة » وأنه مشروط بشرطين :
أولهما : أن يكون أطراف النزاع تابعين لطائفة كانت لها جهة قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون .
ثانيهما : أن يكون أطراف النزاع متحدي الديانة والملة والطائفة .
فإذا اختلفت الديانة أو اختلفت الملة أو اتحدت الديانة والملة واحتلمت الطائفة طبقت الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة في مسائل الأحوال الشخصية

القسم الاول

في

الزواج وآثاره

وفيه خمسة أبواب :

الباب الأول في الزواج ومقدماته .

الباب الثاني في أركان العقد وشروطه وطرق اثباته وأنواعه باعتبار التقييد والإطلاق في صيغته .

الباب الثالث في المحرمات من النساء وأسباب تحريمهن .

الباب الرابع في الولاية والكفاءة والوكالة في الزواج .

الباب الخامس في أحكام عقد الزواج المترتبة عليه .

البَابُ الأوَّل

في الزواج ومقدماته

وفيه فصولان

الفَصْلُ الْأَوَّلُ

في التعريف بالزواج وشرعيته وحكمة مشروعيته وصفته الشرعية

الزواج لفظ عربي موضوع لاقتران أحد الشئيين بالآخر وازدواجهما بعد أن كان كل منهما منفرداً عن الآخر ومنه قوله تعالى (وإذا النفوس زوجت) التكوير / ٧ أى يقرن كل واحد بمن كانوا يعملون كعمله . فيقرن الصالح مع الصالح ، والفاجر مع الفاجر ، أو قرنت الأرواح بأبدانها عند البعث للأجساد أى ردت إليها ، وقيل قرنت النفوس بأعمالها فصارت لاختصاصها بها كالتزويج (١) .

وقوله تعالى (وزوجناهم بحور عين) الطور / ١٠ أى قرناهم بهم (٢) ، وقوله تعالى (أحشروا الذين ظلموا وأزواجهم (٣)) أى وقرناهم الذين كانوا يجلسون معهم ويشاهدون ظلمهم ولا ينكرونه . أو وقرناهم من الشياطين .
ثم شاع استعماله في اقتران الرجل بالمرأة على وجه مخصوص لتكوين أسرة حتى أصبح عند إطلاقه لا يفهم منه إلا ذلك المعنى بعد أن كان يستعمل في كل اقتران سواء كان بين الرجل والمرأة أو بين غيرهما .

(١) تفسير القرطبي ج ١٩ ص ٢٢٩ وما بعدها

(٢) تفسير القرطبي ج ١٧ ص ٩٥ لأنه ليس في كلام العرب تزوجت بأمرأة . وإنما
العرب تقول : تزوجت امرأة وزوجته امرأة .

(٣) الصافات - ٢٢ .

وفي الاصطلاح عرفه الفقهاء بتعريفات كثيرة متقاربه تدور كلها حول المرض المبدئي منه وهو حل استمتاع الرجل بالمرأة .

فمن قائل : بأنه عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قضاءً .

ومن قائل : إنه عقد يفيد حل استمتاع الرجل بامرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعى قضاءً .

وغير ذلك من التعريفات (١) .

وهذه التعريفات تفيد بظواهرها أن الاستمتاع بالزواج قاصر على الرجل مع أنه ثابت للمرأة أيضاً ، ولعلمهم فعلوا ذلك نظراً لأن الرجل هو الذى يسعى الى الزواج ويطلبه والاستمتاع من حاسبه أقوى من حبة اختصاصه بروجته لا يشاركه فيها أحد . وأما من جانبها فهي تتمتع به بدون اختصاص حيث يحل له التمتع بغيرها في الحد الذى قرره الشارع فالأولى في تعريفه ان يقال :

هو عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعى من العقد عليها وحل استمتاع المرأة به .

فهذا التعريف يفيد أن الزواج يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر متى تم العقد ، وأن الزوج يختص بالتمتع بروجته فلا يحل لأحد أن يتمتع بها ما دام العقد قائماً ولو حكماً ، أما الزوجة فيحل لها التمتع بزوجها دون أن تختص بذلك التمتع حيث يباح له شرعاً أن يضم إليها ثانية وثالثة ورابعة إن وجد سبب مشروع لذلك .

وقيد بطريق الأصالة في التعريف لإخراج شراء الرجل الأمة للتسري بها

(١) واجمع تبين الحقائق ج ٢ ص ٩٤ ، فتح القدير ج ٢ ص ٣٤١ ، ورد المختار ج ٢ ص ٣٥٦ .

فإن عقد شراء الأمة لم يوضع شرعاً للتمتع ، وإنما للملك رقتها ويأتي الاستمتاع بعد ذلك بملك اليمين لا بالزواج .

والفقهاء في تعريفاتهم تلك لم يقصدوا قصر أغراض الزواج على حل التمتع وأنه لم يشرع إلا لذلك ، بل أرادوا تمييزه عن غيره من عقود التملكيات الأخرى التي تفيد ابتداء ملك عين المال كالبيع والهبة والوصية بالأعيان ، أو ملك المنفعة كالإحارة والوصية بالمنافع . بدليل أنهم بيّنوا أغراضه كلها عند الكلام على سبب مشروعيتها .

ومثل الزواج في هذا المعنى الشرعي لفظ النكاح . فإن القرآن والسنة عبرا عن هذا العقد بهما ، بل إن أكثر تعبيرات القرآن عنه كانت بلفظ النكاح .

غير أن الفقهاء مع اتفاهم على أن لفظ الزواج حقيقة في العقد اختلفوا في لفظ النكاح . هل هو حقيقة - في العقد كذلك أو هو حقيقة في الوطاء (المخالطة الجنسية) أو هو مشترك فيها . نشأ هذا الاختلاف من الاستعمال اللغوي ، فالعرب استعملوا هذا اللفظ في معان ثلاثة - العقد - المخالطة الجنسية - الصم والتداخل .

فالشافعية يرون أنه حقيقة في العقد محاز في غيره ، والحنفية يذهبون إلى العكس فيقولون إنه حقيقة في المخالطة الجنسية محاز في العقد (١) .

وكان من أثر ذلك اختلافهم في لفظ النكاح الوارد في النصوص الشرعية . هل هو حقيقة في العقد محاز في الوطاء ، أو الأمر بالعكس . فإذا أطلق في نص من النصوص بدون قرينة تبين المراد منه يراد به العقد عند الشافعية ، والمخالطة الجنسية عند الحنفية .

(١) قال العارسي كما نقله الكمال ن الهمام في فتح القدير : إذا قيل نكح فلانة أر دت فلان فالمراد به العقد ، وإذا قيل نكح زوجته فالمراد به الوطاء . ويرى ان تسمية أنه حقيقة في الصم والتداخل وله وردان صم الألفاظ وتداخلها وهو العقد ، وصم الأقسام وهو المخالطة الجنسية

وقد ظهرت ثمرة هذا الإختلاف في تفسير بعض النصوص كقوله تعالى
(ولا تكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف) / النساء / ٢٢ .

ففسر الحنفية ما نكح آباؤكم . بالوطء مطلقاً حلالاً كان أو حراماً ، وعلى ذلك قالوا : إذا زنى الرجل بامرأة حرم على ابنه التزوج منها ، والشافعية فسروها بالمعد . وقرروا أن الزنى لا يوجب حرمة المصاهرة .

شرعية الزواج :

استخلف الله الإنسان في الأرض بقوله سبحانه : (إني جاعل في الأرض خليفة) وجعل منه الزوجين الذكر والأنثى ، وأودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر ليتم الازدواج بينها ، ويكون من ثمراته التناسل ليمقى النوع الإنساني ويعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله .

ولكن المولى سبحانه الذي كرم بني آدم لم يتركهم إلى ما تمليه عليهم طبيعتهم في أمر الازدواج كبقية المخلوقات الأخرى من الحيوانات والطيور ، بل سن لهم طريقة خاصة تتفق ومنزلتهم بين سائر المخلوقات .

فشرع الزواج الذي يختص فيه الرجل بالأنثى لا يشاركه فيها غيره ليسلم العالم من شر الإباحة التي يترتب عليها التراحم والتمازج بل والتقاتل أحياناً ، ومن طغيان الشهوات التي تجمل من الإنسان حيواناً سفاحاً لا يعرف رباط العائلة ، ولا يفقه معنى الرحمة ، ولا يفظن لسر المودة فيضيع النسل حيث لا رباط يربط الأبناء بأبائهم .

ولم تخل شريعة من الشرائع السماوية من الأذن به بل وتنطيمه من يوم أن أسل الله الرسل . يقول جل شأنه : (وهو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها فلما تغشاها حملت حملاً خفيفاً فمرت به فلما أثقلت دعوا الله ربها لئن آتيتنا صالحاً لنكونن من الشاكرين) / الأعراف / ١٨٩ .

ويقول سبحانه مخاطباً لرسوله « ولقد أرسلنا رسلاً من قبلك وجعلنا لهم أزواجاً وذرية » الرعد / ٣٨ .

ولقد تزوج الأنبياء والرسل كلهم ، ولم يذكر المؤرخون من عاش منهم بلا زواج سوي يحيى وعيسى عليهما السلام ، ولم يكن عدم تزوجهما لعدم شرعية الزواج في زمنهما ، لأن الناس كانوا يتزوجون في عصرهما ، وقد قيل إن سبب عدم زواج عيسى المحطاط أحلاق نساء بني اسرائيل فرغب عنهن للعبادة وأداء الرسالة^(١) .

والسبب في عدم زواج يحيى أنه لم يكن عنده المقدرة على إتيان النساء، لأن الله قال في وصفه (وسيدا وحصورا) والحصور في اللغة هو الذي لا يأتي النساء كأنه محجج عنهن ، وعلى القول بأن الحصور هو الذي يكف نفسه عن النساء ولا يقربهن مع القدرة، فيمكن أن يعلل سبب امتناعه عنه بمتاعته لعيسى لأنه كان في زمنه وأول من آمن به كما قال الله في شأنه (مصدقاً بكلمة من الله) أي عيسى على ما عليه أكثر المفسرين^(٢) .

ولهذا لم تكن الرهبانية - وهي الأعراض عن الزواج - مشروعاً في أي دين سماوي ، وإنما هي شيء ابتدعه النصارى في عصر اضطهادهم كما أخبر القرآن عن ذلك في قوله تعالى (ثم قفينا على آثارهم برسلنا وقفينا بعيسى بن مريم وآتيناه الأنجيل وجعلنا في قلوب الذين اتبعوه رأفة ورحمة ورهبانية ابتدعوها ما كتبناها عليهم إلا ابتغاء رضوان الله فما رعوها حق رعايتها فآتينا الذين آمنوا منهم أجرهم وكثير منهم فاسقون) الحديد / ٢٧ .

(١) ويقال إنه سبتوح إذا نزل الأرض ويولد له . راجع إحياء علوم الدين للغزالي - ص ٩٧ .

(٢) راجع تفسير المنار ج ٣ ص ٢٩٧ وتفسير القرطبي - ص ٤ ص ٧٦ وما بعدها . ففيه أنه إن خالة عيسى يكبره ثلاث سنين وقيل بستة أشهر .

يقول ابن كثير في تفسيره (١) ما ملخصه : إن هذه الرهبانية ابتدعها
النصارى والتزموا بها دون أن يشرعها الله لهم ، وإنما شرع لهم اتباعه رضوان
الله ، فما قاموا بما التزموه ، وهذا ذم من وجهين : -

أحدهما : الانتداع في دين الله ما لم يأمر به الله ، والثاني : عدم قيامهم بما
التزموه مما زعموا أنه قرينة يقرهم إلى الله عز وجل .

وجاء في حديث رسول الله الذي رواه ابن مسعود (أن نبي اسرائيل افترقوا
على ثنتين وسبعين فرقة لم ينح منها إلا ثلاث فرق وعدها طائفة لم يكن
لها قوة قتال الملوك والجبابة ولا قوة القيام بالقسط فلحقن بالجمال فتعبدت
وترهت وهم الذين ذكرهم الله بقوله « ورهبانية ابتدعوها ما كتبناها عليهم » .

أما الأسلام فقد عنى بهذا العقد عناية خاصة ، وأضفى عليه قدسية تجعله
فريدا بين سائر العقود الأخرى لما يترتب عليه من آثار خطيرة لا تقتصر على
عاقديه ولا على الأسرة التي توجد بوجوده ، بل يمتد إلى المجتمع فهو أهم علاقة
يسئها الانسان في حياته ، لذلك تولاه الشارع بالرعاية من حين ابتداء التفكير فيه
إلى أن ينتهي بالموت أو الطلاق . فبين الطريقة المشلى لاختيار الزوجة وكيفية
إنشاء العقد ورسم طريقة المعاشرة الزوجية مبينا ما لكل من الزوجين قس
الأخر من حقوق وما عليه من واجبات .

ولم ينس أنه قد يطرأ على الحياة الزوجية ما يعكر صفوها من نزاع أو
شقاق فرسم طريق الإصلاح ، وبين الطريقة التي ينهي بها العقد إذا ما عجز
الإصلاح وباءت الحياة الزوجية بالفشل وغير ذلك مما يترتب على الأنهاء من آثار
تتعلق بالزوجين أو بأولادهما .

ومن يتتبع بصوص التشريع في القرآن والسنة يجد هذا العقد قد ظفر بعدد
كبير منها .

(١) ٢ ص ٣١٥ .

فالقرآن يخبر أولاً بأنه من أكبر النعم التي أنعم الله بها علينا في معرض امتنانه بنعمه والآية فيقول جل شأنه (والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة) النحل / ٧٢ .

وفي آية أخري يعده آية من آيات قدرته (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون) الروم / ٢١ .

ثم يحله في صراحة ويأمره في غير آية • يقول سبحانه بعد عد المحرمات من النساء « وأحل لكم ما وراء ذلكم » النساء / ٢٤ .

ويقول « فاكسحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » النساء / ٣ .

ويقول « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع • عليم ولستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله » النور ٣٢ - ٣٣ .

فقد خاطب الأولياء بأن يزوجوا من لا زوج له من الرجال والنساء ، لأن الأيامى جمع أيم - وهو من لا زوج له من النساء والرجال ، وإن كان أكثر استعماله في النساء (١) .

والرسول ﷺ يرغب فيه نشتى أنواع التعريب فيقول : فيما روي في الصحيحين « أما أنا فأصوم وأفطر وأقوم وأمام وآكل اللحم وأتزوج النساء فمن رغب سنتي فليس مني ، (٢) . ويقول « يا معشر الشباب من استطاع مكم

(١) قال أبو عبيد : يقال رجل أيم وامرأة أيم . وأكثر ما يكون ذلك في النساء وهو كالتستار في الرجال .

وقال أمية بن الصلت : لله در بني علي أيم منهم وتأكح • تفسير القرطبي ج ١٢ ص ٢٤٠ (٢) تفسير ابن كثير ج ٢ ص ٥١٨ .

الباءة فليتزوج» ويقول: «تزوجوا الولود الودود فأني مكاثركم الأهم يوم القيامة». ويروي لنا مسلم عن عمرو بن العاص أن رسول الله قال «الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة».

كما يروي أبو داود عن ابن عباس عن رسول الله قال: «ألا أخبركم بخير ما يكنز المرأة الصالحة إذا نظر إليها سرتة وإذا غاب عنها حفظته وإذا أمرها أطاعته» (١).

وقد بعث رسول الله والعرب يتزوجون بطرق شتى بعضها يتفق ومنهج العقلاء، وبعضها لا يفعله إلا السفهاء. فألغى فاسده وأقر صحيحه.

ولم يقتصر صلوات الله وسلامه عليه على الخض عايمه، بل نفر من تركه فأخبر أن العزاب شرار الناس أحياء وأراد لهم أمواتا. روي أبو يعلى في مسنده أن رسول الله قال لعكاف بن وداعة الهلالي: «ألك زوجة يا عكاف؟ قال: لا قال: ولا جارية، قال لا، قال وأنت صحيح موسر؟ قال: نعم والحمد لله، قال: فأنت إذا من إخوان الشياطين إما أن تكون من رهبان النصاري فأنت منهم، وإما أن تكون منا فاصنع كما نصنع، وإن من سنننا النكاح. شراركم عزابكم وأراذل موتاكم عزابكم، ويحك يا عكاف تزوج» فبادر إلى امتثال أمر رسول الله ولم يقيم من مجلسه حتى زوجه الرسول» - أراذل جمع رذل وهو الدون الخسيس. المختار.

ويروي الجعفرية في كتبهم أن رسول الله قال: «أكثر أهل النار العزاب» (٢)

وقال عمر رضي الله عنه: «لا يمنع من النكاح إلا عجز أو فجور».

وقال ابن مسعود «لو لم يستأجر أجلي إلا عشرة أيام وأعلم أني أموت في

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٢.

(٢) كتاب من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٤٢.

آخرها يوما ولي طول النكاح فيهن لتزوجت مخافه الفتنة « (١) - وفي رواية :
 لأحبت أن أتزوج لكيلا ألقى الله عزبا .

وروي أن معاذ بن جبل ماتت له امرأتان في الطاعون وكان هو أيضا
 مطعوبا فقال : (زوحوني فاني أكره أن ألقى الله عزبا) .

وهذا تدرك مدى استجابة الصحابة لنداء رسول الله وارشاداته .

حكمة مشروعية الزواج أو الغاية من تشريعه

كل حكم من أحكام الشريعة الإسلامية شرع لمصلحة . وهي ما يترتب عليه
 من تحقيق منفعة أو دفع مفسدة عن العباد .

ومن يستعرض أحكام الشريعة وجدها كذلك . وقد تخفى الحكمة علينا في
 بعض المشروعات لحكمة يعلمها الحكيم سبحانه وهي - على ما يظهر لي والله أعلم
 - إظهار عجز العباد وقصور علمهم مصداقا لقوله تعالى (وما وتيم من العلم إلا
 قليلا) ، وإبتلاء لعباده ليظهر ما في علم الله من إيمان المؤمن وتسليمه وكفر
 المعاند وتشكيكه (٢) .

وللزواج كثير من الحكم منها ما يعود على الزوجين ، ومنها ما يعود على المجتمع .

ومن يتتبع النصوص الواردة بشأنه في القرآن والسنة يستطيع أن يستنبط
 منها بعضها . وقد حاول العلماء عددا تفصيلا فلم يصلوا إلى نصرها .

(١) المعنى لان قدامة ح ٦ من ٤٤٦ واحياء علوم الدين للعراقي .

(٢) ويشير لذلك قوله تعالى (هو الذي أرسل عليك الكتاب منه آيات محكمات من أم
 الكتاب وأخر متشابهات فأما الذي في قلوبهم ريح فيتمعون ما تشابه منه انتفاء الفتنة وانتفاء
 تأويله وما يعلم تأويله إلا الله والرا حون في العلم يقولون أما به كل من عند ربنا وما يذكر إلا
 أولوا الالباب . ربنا لا نزع قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب)
 آل عمران / ٧ - ٨ .

يقول الغزالي في بحث الترغيب في الرواح^(١) وفيه خمس فوائد . الولد - وكسر الشهوة - وتدبير المنزل فانه منوط بالنساء وليس للرجال فيه ما لهن - وكثرة المشيرة بالمناسبة والمصاهرة ، فالمرء بنفسه قليل ووحيد ، ومجاهدة النفس الأمانة بالقيام بهن والصبر عليهن . أي النساء .

ويقول الشاطبي في موافقاته^(٢) في فصل ما يعرف به مقاصد الشارع : السكاح مشروع للتناسل بالقصد الأول ، ويليه طلب السكن والازدواج والتعاون على المصالح الدنيوية والأخروية من الاستمتاع بالحلال والنظر إلى ما خلق الله من المحاسن في النساء ، والتجمل بمنال المرأة أو قيامها عليه وعلى أولاده منها أو من غيرها أو أخوته ، والتحفظ من الوقوع في المحظور من شهوة الفرج ونظر العين والازدياد من الشكر بزيادة النعم من الله على العبد وما أشبه ذلك . فجميع هذا مقصود للشارع من شرع السكاح بالقصد الثاني . وهذه المقاصد إما منصوص عليها أو مشار إليها . ولو تأملنا هذه المقاصد الثانوية نجدها مثبتة ومقوية للمقصد الأصلي ، وعلى هذا يمكن أن يجعل كل ما أشبه ذلك مقصوداً للشارع أيضاً . كما روى عن فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه في سكاك أم كلثوم بنت علي كرم الله وجهه طلباً لشرف السب ومواصلة أرفع البيوتات .

فإذا وقع الزواج لغير هذه المقاصد بما يناقضها لا يكون مشروعاً كالذي يتزوج امرأة مطلقة ثلاثاً ليحلها لزوجها الأول فانه لم يقصد بهذا الزواج الولد ولا مواصلة العشرة بل قصد قطعها بالطلاق .

فمن هذين النصين نرى أن للزواج فوائد عديدة . نكتفي بتوضيح أهمها . وهي ثلاثة : -

١ - حفظ النوع الأساني .

(١) احياء علوم الدين ج ٤ ص ١٠٢ وما بعدها

(٢) ج ٢ ص ٣٩٦ وما بعدها .

- ٢ - تحقيق الأُنس والراحة بين الزوجين فتستقر الحياة ويسعد المجتمع .
 ٣ - تحصين النفس بقضاء الحاجة الحسية من طريق سليم لا يترتب عليه فساد المجتمع .

أما الأولى . فلما كان الغرض من خلق الإنسان أن يكون خليفة الله في أرضه كما قال تعالى عند خلق آدم عليه السلام (إني جاعل في الأرض خليفة) لتعمر الأرض . والعمارة لا تكون بفرد واحد مهما طال عمره وأوتي من قوة ، فكان لا بد من التوالد ليكثر النوع . والتوالد يتحقق من اجتماع النوعين على أي وجه ، وهذا موجود في كل أنواع الحيوان والطيور . ولكن الله لم يسو بين الإنسان وعبده من المخلوقات بل فضله وكرمه (ولقد كرّمنا بني آدم) وتفضيله يقتضي أن يكون تكاثره بطريق أشرف من مجرد الاختلاط ، فشرع لهم الزواج طريقا لاختلاطهم حتى يكون بقاؤهم على أكمل وجوه البقاء .

ولو أبيع لهم الاختلاط على غير هذا الوجه لتنازغوا وتقاتلوا وأصبحت الغلبة للقوة وحدها مع ما فيه من ضياع النسل حيث يخرج إلى الحياة أطفال لا يعرفون لهم آباء ينتسبون إليهم ويعيشون في رعايتهم . فتنهار عمد المجتمع وتتقوض أركانه .

وفي الزواج المشروع يختص الرجل بامرأته لا يزاحم فيها غيره فلا تنسازع ولا تقاتل ويجد كل ابن أبا معروفا ينتسب إليه ويقوم بتربيته ويحافظ عليه ويتكون من هؤلاء مجتمع صالح ويبقى النوع الأنساني على أكمل وجه وأحسنه .

من أجل هذا أمر رسول الله بتزوج المرأة الولود فيما رواه أبو داود والسائي عن معقل بن يسار أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال وأنها لا تلد فأتزوجها؟ قال : لا ، ثم أتاه الثانية فنهاه ، ثم أتاه الثالثة فقال : تزوجوا الولود فإني مكاثر بكم^(١)

(١) منتقى الاحبار بشرح نيل الارطار - ٦ ص ٨٩ .

ومن يتأمل قوله تعالى (نساءكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم وقدموا لأنفسكم) البقرة / ٢٢٣ ، يجدها تشير إلى أن الزواج شرع للنسل لأنه أخبر أن النساء موضع حرث الرجال والحرث لا يكون إلا للأنبات . كذلك قوله :
وقدموا لأنفسكم . .

وإذا كان الزواج قصد به الشارع أولاً تكثير النسل فعلى من يقدم عليه أن يقصد به ذلك ليكون ممثلاً لتشريع الله ، أما كونه ينتج نسلاً فليس مكلفاً به ، لأنه ليس في مقدوره حيث أنه هبة من الله تابع لأرادته سبحانه كما قال جل شأنه (لله ملك السموات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكراً وإناثاً ويجعل من يشاء عقيماً) الشورى / ٤٩
- ٥٠ .

وأما الثانية : فقد صرح بها القرآن الكريم يقول جل شأنه « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون » الروم / ٢١ .

فهذه الآية تبين في صراحة غاية من غايات الزواج بها يستمر الحياة الزوجية . وهي سكن كل من الزوجين إلى الآخر ، لأنها أصبحت كشيء واحد كما يشير إليه قوله تعالى « من لباس لكم وأنتم لباس لهن » البقرة / ١٥٧ - ومتى سكن كل منهما إلى صاحبه أنس به وكانت المودة والرحمة .

ولا يكون الزواج وسيلة إلى هذه الغاية إلا إذا عرف كل منهما ما لشريكه في الحياة عليه من واجبات ووفى بها وتحددت العلاقة بينها على أساس التعاون والمشاركة في بناء مستقبلها دون أن يتحكم أحدهما في الآخر ولهذا أرشد رسول الله ﷺ إلى زواج ذات الدين فيما رواه الجماعة عن أبي هريرة أن رسول الله قال : « تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات

الدين تربت يدك^(١) .

وفيما رواه ابن ماحه عن عبدالله بن عمرو بن العاص قال : قال رسول الله
« لا تزوجوا النساء الحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن ، ولا تزوجوهن لأموالهن فعسى
أموالهن أن تطغيهن ، ولكن تزوجوهن على الدين ، ولأمة خرماء سوداء ذات
دين أفضل^(٢) .

ثم حذر من التطلع إلى الجمال الزائف لأنه قبيح في حقيقته فقال : « إياكم
وخضراء للدمس ، قالوا : وما خضراء للدمس يا رسول الله ، قال : المرأة الحسناء
في المست السوء »^(٣) .

والسر في جعله صلى الله عليه وسلم الدين أساس اختيار الزوجة . أن سعادة الأسرة وصلاح
المجتمع يتوقف إلى حد كبير على حسن الاختيار للزوجة .

فلا ينبغي أن يقوم على منفعة زائلة أو لذة عاجلة ، كالمال والحسب والجمال
لأنها أمور عارضة تزول بمرحلتين ، وقد تكون سبباً في شقاء عاجل أو بلاء مقيم .

(١) المرجع السابق ص ٩٠ والحسب في الأصل الشرف والآباء والأقارب مأخوذ من الحساب
لأنهم كانوا إذا تماخروا عدوا مناقبهم ومآثر أباؤهم وقومهم وحسبوا فيحكم لمن زاد عدده
على غيره .

تربت يدك . كلمة تحري على لسان العرب في مقام المدح والدم ، ولا يراد بها الدعاء على
المحاطب دائماً . وقد يراد بها الدعاء أيضاً . والمراد هنا أما المدح . أي اطلب ذات الدين أيها
المائل الذي تحسد عليه لكمال عقلك فيقول الحاسد حسداً : تربت يدك . أو الدم أو الدعاء
عليه بتقدير أن حالفت هذا الأمر . السندي في شرحه لسنن ابن ماحه ص ٥٧٢ .

(٢) السنن ص ١٠٠ ص ٥٧٢ . يرديهن . أي يوقمن في الهلال بالأعجاب والتكبر . تطميهن
أي توقمن في المعاصي والشرور . خرماء . مقطوعة بمص الأيب ومثقونة الأذن . أفضل .
أي من الحرمة التي لا دين لها .

(٣) الدمس جمع دمنة وهي ما تدمنه الأدل والمعم بأوالها وأبصارها . أي تلبده في مرابصها
فربما نبت فيها النبات الحسن المضير .

أما الدين فإنه يبقى بل يقوى على مر الأيام ، فالزواج القائم عليه يزداد قوة بمرور الزمن ، فحين يضعف الشباب يقوى عنصر الدين فيستمر الحب وتدوم المودة ولما تقع خيانة زوجية في بيئة دينية .

وأما الثالثة : وهي تحصين النفس بقضاء الحاجة الجنسية من طريق سليم . لأن من يتزوج تقنع نفسه غالباً ولا تتعدى حدود الله بانتهاك الحرمات. ومن أعرض عنه لجأ إلى طريق معوج واستباح الحرمات وفتح على المجتمع الذي يعيش فيه باباً من أبواب الشر، فيصبح بذلك عضواً فاسداً فيه . لذلك أمر رسول الله القادر على تكاليفه بالمساردة إليه . كما أمر العاجز عن القيام بواجباته باتخاذ وقاية له من الوقوع فيما حرمه الله .

روى الجماعة عن ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » (١) .

وفي حديث آخر يقول : (من تزوج فقد حفظ نصف دينه فليتق الله في النصف الآخر) (٢) .

فالزواج عاصم للنفس من شرور البهيمية ، لأن المتزوج كلما تأقت بنفسه للنساء وجد السبيل المباح لقضاء حاجته .

(١) الباءة في اللغة الجماع . والمراد بها في الحديث مؤودة الرواح من البهر والنفقة إذ الخطاب للشباب القادرين على الجماع . فلو حمل على حقيقة لم يستقم الكلام ، ولأنه لا يقال للماجز عنه : عليك بالصوم لأنه غير محتاح إليه . . والوجاء في اللغة رصى الانثيين رصاً شديداً بدون إخراج لتدهت شهوة الجماع ويرل مرلة الحصاء في ذلك ، ولما كان الصوم يقطع شهوة الجماع لأنه يصمف الجانب البهيمي ويقوي الجانب الروحي جعل وحاء .

(٢) يقول القرطبي في تفسيره ج ٩ ص ٣٢٧ بعد ذكر الحديث : ويعني ذلك أن النكاح يعف عن الرنى ، والمغاف أحد الحصلتين اللتين صمن رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهما الجمعة فقال : من وقاه الله شر اثنتين وليج الجنة. ما بين لحييه وما بين رجليه « خرجة الموطأ وغيره . .

ومن هنا يقول رسول الله لأصحابه فيما رواه مسلم عن جابر بن عبد الله « إذا أبصر أحدكم امرأة فليأت أهله فان ذلك يرد ما في نفسه » .

تلك أهم المعاني السامية التي من أحلها شرع الله لعناده الزواج . مع ما فيه من المران على تحمل المسؤولية وبعد المنس عن الأنانية ، لأن الرجل بعد الزواج يصبح راعياً في بيته مسؤولاً عن يعيش في ولايته ويؤثر أولاده ومطالبهم على نفسه ومطالبها . فهي الحديث (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته . فالأمام راع وهو مسئول عن رعيته ، والرجل راع في أهله وهو مسئول عن رعيته ، والمرأة راعية في بيت زوجها وهي مسئولة عن رعيته الحديث (١) .

فمن أعرض عن الرواح فقد رعب عن أمر كريم يعد - بحق - من مقومات الحياة الاجتماعية ، وفر من تحمل المسؤولية التي خلق الرجال لتحملها . وفوق ذلك يكون من حملة معاول الهدم الذين يهدمون بناء المجتمع الذي يعيشون فيه .

قد يتعلل هؤلاء المعرضون بأننا نشاهد الحياة الزوجية عند بعض الناس حجيماً لا يطاق يكيد فيها كل من الزوجين للآخر ، ويلحق به الأذى ما استطاع . كما أن السبيل إليه أصبحت شائكة بسبب التغالي في المهور من جانب الزوجات ، وما يقابله من المعالاة في المطالب من جهة الأرواح عند تأسيس بيت الزوجية .

ولكما نقول لهؤلاء وهؤلاء : إن تلك المعالاة لا يعرفها الإسلام ولا يقرها ، لأنه لم يكلف الزوجة بشيء نظير مهرها إلا أن تلي طلب زوجها إذا ما طلبها للدخول والانتقال إلى بيته ، كما أنه لا يقر التغالي في المهور ، بل أن رسول الله يبحث على التيسير فيها فيقول : « إن أعظم المكاح بركة أيسره مؤنة » رواه أحمد عن عائشة رضي الله عنها ، ويروي مسلم عن أبي هريرة قال : جاء رجل

(١) رواه البخاري ومسلم . راجع راد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم ص ١ ص

إلى النبي ﷺ فقال : إنني تروحت امرأة من الأندصار ، فقال له النبي هل نظرت إليها فإن في عيون الأندصار شيئاً ، قال : قد نظرت إليها ، قال : على كم تروجتها؟ قال : على أربع أواق فقال له النبي ﷺ : على أربع أواق كأنما مسحون الفضة من عرض هذا الجبل « (١) .

ويروي الجعفري في كتبهم أن رسول الله قال : « أفضل نساء أمتي أصبحن وجها وأقلهن مهراً » (٢) .

وأما المعدون في ريجاتهم فليس ذلك من نفس الزواج ، وإنما جاء من سوء اختيارهم وإساءة استعمال حقوق الزوجية ، ولو أن هؤلاء الأزواج أحسنوا الاختيار ثم عاشروا بالمعروف أو فارقوا بالإحسان لما وجدت شاكياً ولا باكياً ، ولا سمعت من يلمن الزواج والمتزوجين .

حكم الزواج أو صفته الشرعية :

لفظ الحكم في اصلاح الفقهاء الشرعيين يطلق على أحد أمرين :

الأول : الوصف الشرعي الذي أعطاه الشارع لفعل المكلف بعد تعلق الخطاب به كما يقال : البيع حلال ، والربا حرام ، وخطبة الشخص على خطبة أخيه مكروهة تحريماً وغير ذلك .

والثاني : الأثر المترتب على الفعل كما يقال : حكم البيع ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللنائع في الثمن ، وحكم الزواج . حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع .

والكلام هنا في بيان الحكم بالمعنى الأول ، وأما الثاني فسيأتي عند الكلام على أنواع الرواج الصحيح والفاقد والنافذ والموقوف إن شاء الله .

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٤٣ .

(٣) كتاب من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٤٣ .

والزواج لا يأخذ حكماً واحداً في جميع الحالات ، بل يختلف حكمه باختلاف أحوال الناس ، لأن منهم القادر على تكاليفه والعاقر عنها ، وفيهم من يحسن العشرة الزوجية ومن لا يحسنها ، كما أن منهم من اعتدل مزاجه فلا يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة ، ومنهم من لا يستطيع ضبط نفسه عنها إذا لم يتزوج ، وتبعاً لهذا الاختلاف يختلف حكمه فتعدد أحكامه .

فتارة يكون مطلوباً طلباً محتماً فيكون فرضاً يثاب فاعله ويعاقب تاركه ، وأخرى يكون مطلوباً طلباً غير محتم فيكون مندوباً إليه فيثاب على فعله ولا يعاقب على تركه ، وطوراً يكون ممنوعاً ممنوعاً باتاً فيكون حراماً يعاقب عليه عقاباً شديداً ، وآناً يكون مكروهاً يعاقب فاعله عقاباً أقل من عقاب الحرام .

والأصل في الإنسان أن يكون معتدلاً . بمعنى أن يكون قادراً على تكاليف الزواج واثقاً من نفسه أنه يؤدي حقوق الزوجة دون جور أو ظلم ولا يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج .

لذلك جعل الفقهاء حالة الاعتدال هي الأصل في الزواج ، واختلفوا في حكمها على أقوال .

نشأ هذا الاختلاف من اختلاف وجهات النظر في دلالة النصوص الواردة فيه والغرض المقصود منه .

فمن قائل إنه فرض عين على كل قادر نظر الظاهر النصوص الآمرة به التي تفيد الوجوب مثل « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » « وأنكحوا الأيامي منكم » « من استطاع الباءة فليتزوج » « تزوج يا عكاف » وغيرها ، ولأن أصحاب رسول الله التزموه ولم يتركوه ، ومن تركه منهم كان لعجزه عن تكاليفه كبعض أصحاب الصفة ، وهذا ما ذهب إليه الظاهرية أتباع داود بن علي

الظاهرى (١) ورواية عن الأمام أحمد (٢) ومن قائل إنه فرض كفاية كالجهاد نظراً لأن المقصود الأصلي من الزواج هو بقاء النوع الاساسي بالتناسل والتوالد ، ويكفي في تحقق ذلك أن يفعله البعض فاذا تركه أهل بلد كلهم أمثوا ، وهذا يحكى عن بعض فقهاء الحنفية . كما في الكفاية شرح الهداية .

ومن قائل انه مباح لأنه عقد يقصد به منفعة للعبد . وهي قضاء شهوته ، فيكون مباحاً كالأكل والشرب ، وهو ما ذهب إليه بعض الشافعية .

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والجمهورية (٣) ووافقهم الحنابلة في المشهور عندهم وبعض الشافعية (٤) إلى أنه سنة مندوب اليه ، لأن القرآن أمر به ، وحض عليه رسول الله في أكثر من حديث وقد قدمنا عدداً منها .

وأن رسول الله أخبر أنه سنته في الحديث المتفق عليه المروي عن أنس بن مالك قال : إن نفراً من أصحاب رسول الله قال بعضهم لا أتزوج ، وقال بعضهم أصلي ولا أنام ، وقال بعضهم أصوم ولا أفطر . فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال : « ما بال أقوام قالوا كذا وكذا لكني أصوم وأفطر وأصلي وأنام وأتزوج النساء من رغب عن سنتي فليس مني » (٥) .

والأوامر الواردة فيه مصروفة عن الوجوب بقرائن . فقولہ

(١) يقول ابن حزم في المحلى ج ٩ ص ٤٤٠ : وفرض على كل قادر على الوطء ان وحده من ابن يترجح أو يتسرى أن يفعل أحدهما ولا بد فان عجز عن ذلك فليكثر الصوم .

(٢) كما يقول ابن قدامة في المعنى - ج ٦ ص ٤٤٦ . ثم قال . قال القاضي : ان هذا المروي عن أحمد محمول على ما إذا كان يخشى على نفسه الوقوع في المحذور إذا لم يتزوج .

(٣) جاء في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٥ : انه مستحب لمن تافت نفسه من الرجال والنساء للأحاديث الواردة فيه .

(٤) راجع حاشية القليوبي على منهاج الطالبين ج ٣ ص ٢٠٠ .

(٥) منتقى الأحبار بشرح فيل الأوطار ج ٤ ص ٨٥ .

تعالى : « فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » مسوقة لبيان العدد المهلل من النساء لا لإيجابه . فلو قلنا إنها للإيجاب لزم أن يكون تزوج العدد واجباً ولم يقل به أحد .

وفي الآية الثانية « وأنكحوا الأيامي منكم » ليس الأمر للوجوب بل هو مصروف عنه بقول الرسول : « إن من سنتنا النكاح » ولأنها واردة لبيان أن الفقر لا يصلح مانعاً من التزويج .

ولأن رسول الله لم يؤثر عنه أنه حتم الزواج على كل فرد من القادرين أو توعداه بالعقاب على تركه كما هو الشأن في الفرائض الأخرى من الصلاة والزكاة والحج وغيرها .

وأما قصة عكاف فلمه تحقق عنده ما يوجب الزواج عليه . فليس في الأدلة ما يفيد الفرضية .

وأما القول بالإباحة استناداً إلى أنه أمر دنيوي يقصد به قضاء الشهوة فيكون التفرغ للعبادة أفضل منه فغير صحيح ، لأن الزواج ليس مجرد قضاء شهوة ، بل فيه إعفاف النفس عن الفاحشة والقيام بشئون الأولاد وتربيتهم وغير ذلك مما يثاب عليه الشخص فيكون عبادة .

ولأن رسول الله شدد النكير على من هم بترك التزويج ليتفرغ للعبادة فقال « من رغب عن سنتي فليس مني » - فيترجح ما ذهب إليه الجمهور من أنه مستحب مندوب إليه شرعاً .

وقد يعرض للزواج ما يجعله فرضاً أو واجباً أو حراماً أو مكروهاً .

فيكون فرضاً فيما إذا كان الشخص قادراً على تكاليف الزواج واثقاً من نفسه أن يعدل مع زوجته ولا يلحق بها الضرر ، ويتيقن أنه لو لم يتزوج وقع في الفاحشة ولا يستطيع التحرز عنها بأي وسيلة ، لأن ترك الزنى مفروض عليه

والمانع من وقوعه فيه هو التزوج فيكرن وسيلة إلى الفرض . ومن المقرر أن ما لا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضاً .

فالزواج في هذه الحالة فرض لا لذاته ، بل لأنه وسيلة إلى ترك الحرام ، فإذا لم يتزوج كان آثماً مستحقاً للعقاب

هذا في حق الرجل . أما المرأة فإنه يفرض عليها الزواج إذا عجزت عن اكتساب قوتها وليس لها من ينفق عليها ، وكانت عرضة لمطامع أهل الفساد فيها ولا تستطيع أن تصون نفسها إلا بالزواج .

ويكون واجباً : فيما إذا كان قادراً واثقاً من العدل وخاف الوقوع في الفاحشة إذ لم يتزوج خوفاً لا يصل إلى درجة اليقين ، فإذا لم يتزوج كان آثماً مستحقاً للعقاب لكنه أقل من العقاب في الحالة السابقة (١) .

وقد يكون حراماً ، إذا كان الشخص غير قادر على التكليف أو كان قادراً عليها لكنه يقطع بأنه يظلم زوجته إذا تزوج سواء كان طمها بالإيداء أو بعدم القدرة على المحالطة الجنسية . وذلك لأن الظلم حرام فما يكون طريقاً إليه يأخذ حكمه غير أن حرمة لا لذاته (٢) .

ويكون مكروهاً : إذا خاف الوقوع في الظلم إن تزوج إما لمعجزة عن الإنفاق أو إساءة العشرة لشذوذ في خلقه أو عدم قدرته على المحالطة الجنسية ، فإذا خاف الوقوع في واحدة من ذلك كره له التزوج كراهة تحريم أو تنزيه حسبما يخشاه من أنواع الظلم .

(١) التفرقة بين الفرض والواحب هو اصطلاح الجنسية فالأول ما ثبت بدليل قطعي ، والثاني ما ثبت بدليل ظني ، وأما غيرهم فلم يفرقوا بينهما إلا في الحج كما هو مقرر في كتب الفقه والاصول .

(٢) فإذا علمت المرأة أنه غير قادر على المحالطة الجنسية ورضيت بالتزوج به فإنه يجوز ، وكذلك لو علمت به معجزة عن الأنثى ، فليها ورضيت فإنه يجوز لها التزوج بشرط أن تكون رشيدة .

بقيت حالة أخيرة يتعارض فيها ما يجعل الزواج فرضاً وما يجعله حراماً .
وهي ما إذا كان يقطع بالوقوع في الفاحشة إن لم يتزوج كما يقطع بظلم الزوجة
إن تزوج .

وهذه الحالة يقرر الفقهاء فيها أنه لا يتزوج دفعا للظلم ، لأنه العلاج المتعين
لذلك لقوله تعالى : (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يفنيهم الله من
فضله) ، وليس معنى هذا أنه يباح له الزنى ، بل الزنى حرام لا يباح في حال
من الأحوال .

وعليه بعد أن يترك الزواج أن يقاوم كلا المحظورين ، فيحارب شهوته بشق
الوسائل ليتغلب عليها ، ويقوم نفسه ليخلصها من رذيلة ظلم الغير . وما يجده
سهلاً عليه يسير على ما يقتضيه ، فإن سهل عليه محاربة الشهوة دون الأخرى
بقي على كفه عن التزوج ، وإن استعصى عليه محاربة الشهوة ووجد من نفسه
ميلاً إلى ترك الظلم تزوج .

الفصل الثاني

في مقدمات العقد

من النظر والخطبة وما يتعلق بها من أحكام . وفيه مباحث

تمهيد : كل عقد من العقود المهمة تسبقه عادة مقدمات لستوثق العاقد من أنه يحقق رغبته فيقدم عليه وإلا فيعرض عنه ، ولذلك كان التسرع في الارتباط به غالباً يعقبه الندم .

ولما كان الزواج من أخطر العقود لأنه عقد الحياة . فيه من التكليف والالتزامات ما ليس في غيره وتترتب عليه آثار عديدة . كثبوت النسب وحرمة المصاهرة وغير ذلك زادت عناية الشارع به فجعل له مقدمة نظمها وبين أحكامها تسمى بالخطبة ليكون المتزوج على بينة من الطرف الآخر ، ويتحقق لهما بهذا العقد الراحة والسعادة السنية . والخطبة بكسر الخاء هي أن يتقدم الرجل إلى امرأة معينة تحل له شرعاً أو إلى أهلها ليطلب الزواج بها بعد أن توجد عنده الرغبة في زواجها ، فإذا أجيب إلى طلبه تمت الخطبة بيسها .

المبحث الأول في النظر إلى المخطوبة

ولتكون الخطبة محققة غايتها أباح الشارع النظر إلى المخطوبة مع كونها أجنبية يحرم النظر إليها ، دل أمر به ورغب فيه مبيناً الحكمة التي تترتب عليه .

روى البخاري ومسلم وغيرهما عن المغيرة بن شعبه أنه خطب امرأة فقال له النبي ﷺ : « أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » أي أجدر وأدعى أن يحصل الوفاق والملازمة بينكما .

وروى أحمد وابن ماجه عن محمد بن مسلمة قال : « سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا ألقى الله عز وجل في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها » (١) وروى أحمد وأبو داود عن جابر قال : « سمعت النبي ﷺ يقول : « إذا حطب أحدكم المرأة فقدّر أن يرى منها ما يدعو إلى نكاحها فليفعل ، .

فهذه الأحاديث وغيرها تبیح النظر (٢) ولكنها لم تحدد ما ينظر إليه منها ومن هنا جاء اختلاف الفقهاء في بيانه. فذهب الجمهور منهم إلى أنه يباح له النظر إلى وجهها وكفيها معلين ذلك. بأن هذا القدر كاف في التعرف، لأن الوجه ينبىء عن جمالها وحالتها النفسية التي تنطبع على تقاسيمه . كما ينبىء الكفان عن حال الجسم من خصوبة أو هزال .

وبعض الحنفية يزيد القدمين ، والحنابلة يزيدون الرقبة .

والجمهرية يوافقون الجمهور في قصر النظر على الوجه والكفين في الرواية

(١) نيل الارطار ج ٦ ص ٩٤ .

(٢) وكما يباح للخاطب أن ينظر إلى محطوبته كذلك يباح لها الأخرى النظر إلى من صحبتها توافق على خطبته عن رغبة ورضى . نص على ذلك الحنابلة كما في كشاف القناع ج ٥ ص ٦ يمثلهم في ذلك الشافعية ففي حاشية القليوبي ج ٣ ص ٢١٨ « ويسن للمرأة أن تنظر من الرجل أيضاً غير ما ذكر حرة أو أمة والحاصل . أن كلا منها ينظر من الآخر ما عدا عورة الصلاة .

وعدم تعرض الأحاديث لذلك لا يدل على أن الأمر قاصر على الرجل ، بل حاء ذلك من أن المرأة غالباً تكون مستترة فأمر بالنظر إليها، أما الرجل فهو ظاهر غير مستتر يستطيع كل أحد أن يراه ويعرف تقاسيمه ووجاهته وقبحه .

المشهوره . وفي رواية عنهم يضيفون الشعر والحاسن والجسد كله من فوق الشياب (١) .

ومن الفقهاء من يتجاوز هذا القدر فيبيح النظر إلى مواضع اللحم كالذراعين والساقين ، لأن الغرض من إباحة النظر هو معرفة حال جسمها على حقيقته . وقد لا يكفي في ذلك رؤية الوجه والكفين (٢) .

هذا وقد بالغ داود الظاهري فأباح النظر إلى جميع البدن . ولعله أخذ بظاهر بعض الأحاديث التي تقول : « أنظر إليها » ولكن هذا الطاهر غير مراد لأن بعض الأحاديث الأخرى قيدت النظر بالبعض « أن يرى منها بعض ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل » .

ومع ذلك فالأحاديث لم تحدد جزءاً معيناً فكان الاختلاف في فهم المراد منها . وهو بوجه عام أن ينظر إلى ما يحقق مقصوده . فقد روى عبد الرزاق وسعيد بن منصور أن عمر رضي الله عنه كشف عن ساق أم كلثوم بنت علي كرم الله وجهه لما بعثها إليه لينظرها .

وروي عن جابر أنه قال : « خطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها » .

وإذا لم يمكنه النظر أرسل امرأة يثق فيها تنظر إليها وتخبره بها .

وقت النظر

أما وقت النظر فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يكون عند الخطبة ، وذهب

(١) المختصر النافع ص ٩٦ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦ وفيه : وله أن يكرر النظر إليها وأن ينظرها قائمة وماشية .

(٢) نقل الشوكاني في فيل الأوطار ج ٥ ص ٩٥ هذا القول عن الأزراعي كما نقل عن داود الظاهري جواز النظر إلى جميع البدن .

آخرون إلى أنه يكون قبلها عندما يعزم على التقدم لخطبتها ، لأنه أوفق بحال المرأة ، لأنه إذا نظر إليها قد توافق رعبته ، فيقدم وقد لا تعجبه فيحجم عنها . فإذا نظر إليها عند خطبتها ثم رغب عنها ترك ذلك في نفسها ألماً وحسرة ، أما إذا كان النظر قبل الخطبة وقبل أن تعلم بذلك ولم يجد فيها ما يشجعه على التقدم لخطبتها فإنه لا يترك في نفسها شيئاً . ولعل في قول رسول الله ﷺ « إذا ألقى الله عز وجل في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها » ما يؤيد ذلك الرأي .

ونحن نرى أنه لا بأس بأن ينظر إليها قبل الخطبة وبعدها ، لأن النظر إليها قبل الخطبة يدعوه إلى إعلان خطبتها إذا ما صادته في نفسه قبولا ، والنظر بعدها يؤكد هذه الرغبة بعد إعلانها .

ويحسن أن يكون مع النظر محادثة كل منها للآخر لينكشف له مقدار تفكيرها وعذوبة حديثها بشرط أن يكون مع وجود أحد محارمها كأبيها أو أخيها أو عمها أو خالها حتى لا يكون ذلك ذريعة إلى مفسدة ولا بأس من تكرار ذلك بهذا الشرط .

أما ما وراء ذلك من الخلوة بها والخروج معها ومصاحبتهما إلى دور اللهو والمتنزهات فباق على تحريمه .

فرسول الله ﷺ يقول - فيما يرويه أحمد عن جابر بن عبد الله - : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها فان ثالثهما الشيطان » (١) .

هذا هو الطريق المستقيم الذي رسمه الشارع للتعرف على المخطوبة فأين منه مغالاة بعض الناس في منعهم النظر متعللين بأنه يجرح كرامتهم ويلحق بهم

(١) منتقى الأخبار شرح نيل الأقطار ج ٦ ص ٩٥ .

الأساءة ، وتفريط الآخرين في إباحتهم الاختلاط لا إلى حد زاعمين أن الاختلاط يكشف لكل منها ما عليه الآخر من خلق سيء أو حميد .

فانا نقول للأولين : لو كان في النظر ما تدعون لما أباحه الشارع - على لسان رسوله - وهو العلم الحبير بما فيه مصلحة عباده فيبيحه لهم وما فيه ضررهم فيمنعه ويحذر منه .

ونقول للآخرين: إن هذا الاختلاط - مع ما فيه من مفساد تؤيدها الحوادث العديدة - لا يؤدي إلى ما زعمتم ، لأن كلا من الخاطب والمخطوبة يظهر غالباً بغير حقيقته فيلتزم الحذر حتى لا ينكشف أمره بل يتصنع ما ليس فيه كي يلقى قبولاً عند الطرف الآخر ، وقد قيل في الأمثال « كل خاطب كاذب » حتى إذا ما تم الزواج انكشف القناع وظهر كل منها على حقيقته .

وحوادث التفرير والتضليل التي تقع كل يوم وتنشرها الصحف شاهد صدق على ما نقول .

المبحث الثاني

في من تباح خطبتها

إذا كانت الخطبة وسيلة إلى الزواج فيجب ألا تكون المرأة المراد خطبتها محرماً عليه زواجها، لأن الغاية إذا كانت حراماً كانت الوسيلة كذلك والاشتغال بها عبث لا فائدة فيه .

من أجل ذلك قرر الفقهاء أنه لا تجوز خطبه امرأة محرمة عليه تحريماً مؤبداً بسبب النسب أو الرضاع أو المصاهرة . كآخته من النسب أو الرضاع وزوجة الأب أو الأبن وأم الزوجة أو بنتها وسائر المحرمات على التأبيد . وسيأتي بيانها إن شاء الله .

وقد وضع الفقهاء قاعدة لمن تجوز خطبتها فقالوا . إن من يجوز الزواج بها في الحال تجوز خطبتها .

ولما كانت المرأة المطلقة أو المتوفا عنها زوجها في طريق زوال المانع منها أثناء عدتها تكلم الفقهاء عن حكم خطبتها بشيء من التفصيل .

إن المعتدة من طلاق رجعي لا تجوز خطبتها بالاتفاق ، لأن زوجيتها لا تزال قائمة ، وحق الزوج في مراجعتها قائم ، فله مراجعتها أي وقت قبل انتهاء عدتها رضيت أم كرهت ، فتكون كالزوجة من كل الوجوه فتحريم خطبتها بأي شكل تصريحاً كانت أو تعريضاً . لما في ذلك من إيذاء لزوجها أو إثارة للنزاع بينه وبين من خطبها . ولا يجوز ذلك حتى ولو أذن الزوج في تلك الخطبة لأن حق الشارع في المنع قائم فلا يجوز إهداره .

أما المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى ^(١) فالحنفية يذهبون إلى أنه لا تجوز خطبتها . لا تصريحاً ولا تعريضاً ^(٢) لأن الطلاق البائن إن قطع

(١) الطلاق الرجعي لا يزيل ملك الزوج في الاستمتاع ولا حل الزوجة له فيجوز له مخالفتها جسياً ويكون ذلك رجعة له عند الحنفية ، والطلاق البائن بينونة صغرى يزيل ملك الزوج في الاستمتاع فلا يجوز له قربانها ولكنه لا يزيل الحل . بمعنى أنه يحل له أن يمقد عليها من جديد ، وأما البائن بينونة كبرى فانه يزيل الملك والحل معاً ، فلا يجوز للعقل التمتع بمطلقته ولا العقد عليها حتى تكف زوجاً غيره .

(٢) الفرق بين التصريح والتعريض . أن التصريح أن يذكر لفظاً لا يحتمل معنى غير رغبته في التزوج بهذه المرأة نحو أرغب في الزواج منك ، أو جئت لحطبتك ، أو أطلب الزواج بك . وأما التعريض أو التلميح . فهو أن يذكر لفظاً له معنى ظاهر ويحتمل معنى آخر ولكنه لا يقصد به معناه الظاهر كقوله : أنت تقيّة صالحة أو مهذبة ، أو أريد التزوج ، أو وددت أنه يتيسر لي امرأة صالحة ، أو إذا انقضت عدتك فاعلميني ، أو يذكر فضله ومنزلته . فقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة وهي متأبمة من أبي سلمة فقال : لقد علمت أنني رسول الله وخيرته من خلقه وموصي من قومي وكانت تلك خطبته .
وروي الدارقطني عن سكين بنت حنظلة قالت : استأذن على محمد علي بن الحسين ولم =

رباط الزوجية إلا أن بعض آثاره باقية ، وهذا كاف في منع خطبتها لئلا يؤدي ذلك إلى إثارة النزاع بين مطلقها وبين من خطبها .

- ومن ناحية أخرى : إن إباحة خطبتها قد يحملها على ارتكاب محظور إذا رغبت في زواج من خطبها - فتقر بانقضاء عدتها في مدة زاعمة أنها حاضت فيها ثلاث حيضات وتصدق في ذلك الأقرار لأنه أمر لا يعلم إلا من جهتها وليس لأحد سلطان عليها . بخلاف المتوفي عنها زوجها فإن جواز التعمير في حقها لا يؤدي إلى هذا المحظور حيث تمتد بوضع الحمل إن كانت حاملاً أو بأربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملاً (١) .

- وأما أصحاب المذاهب الأخرى ومعهم الجعفرية فقررُوا أنه لا يجوز خطبتها تصريحاً مراعاةً لجانب الزوج المطلق ، لأنها معتدة منه ، وقد يثور النزاع بينه وبين من خطبها ، وجوزوا خطبتها بطريق التعمير لانقطاع الزوجية بالطلاق البائن وهو كاف في جواز التعمير الذي لا يثير النزاع بينه وبين مطلقها .

وقد أيد القائلون منهم بالقياس (٢) ذلك بقياسها بالمتوفي زوجها حيث جاز التعمير بخطبتها بالنص يجمع انقطاع الزوجية فيها .

= تنقض عدتي من مهلت زوجي فقال: عرفت قرابتي من رسول الله وقرابتي من علي وموضي من العرب « فقلت غفر الله لك يا أبا جعفر إنك رجل يؤخذ عنك تخطبني في عدتي ؟ قال : إنما أخبرتك بقرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن علي « نيل الاوطار ، ٦ ص ٩٣ وإنما سمي ذلك تعميراً لأن الخطبة لا تفهم من عبارته صراحة وإنما تفهم من عرضه وجانبه ولذلك لا يفهمها كل أحد .

(١) والسر في جعل عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام . هو أن هذه المدة هي التي يعلم فيها وجود الولد وعدمه ، فإنه يكون أربعين يوماً لنطقه ثم أربعين علقه ثم أربعين مضغة فهذه أربعة أشهر ثم يفتح فيه الروح في الدور الرابع فقدر عشرة أيام لتظهر حياته بالحركة إن كان هناك حمل . ابن القيم في اعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٨ .

(٢) وهم أصحاب المذاهب الثلاثة السنية ، لأن الجعفرية لا يقولون بجمية القياس كما هو مقرر في أصول الفقه .

ولا يخفى أنه قياس مع الفارق ، لأن الزوجية بالوفاة قد انقطعت إلى غير رجعة ، أما في الطلاق البائن فيمكن رجوعها بالعقد عليها في السينونة الصغرى . وهو كاف في الفرق بين المقيس والمقيس عليه . على أن المخطور الذي يتصور في خطبة المطلقة باننا وهو ادعاء انقضاء العدة قبل وفائها غير موجود في خطبة المتوفي عنها زوجها ، لأن عدتها إما يوضع الحمل إن كانت حاملاً أو بأربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملاً وكلاهما لا يمكن فيها الادعاء كذباً .

أما المعتدة عن وفاة زوجها فقد اتفقت كلمة الفقهاء فيها على أنه لا تجوز خطبتها تصريحاً وتجاوز حطبتها بطريق التعريض .

يدل لذلك قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن المعروف والله بما تعملون خبير . ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكنتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حلیم » سورة البقرة / ٢٣٤ - ٢٣٥ / .

فهذا النص الكريم يبين عدة المتوفي عنها زوجها والأحكام المتصلة بها ورفع الجناح عن التعريض بخطبتها في العدة ، ونهى عن المواعدة بالنكاح « ولكن لا تواعدوهن سراً » وهو الخطبة الصريحة ، ثم نهى عن العقد عليها حتى تنتهي عدتها . والمراد بالنساء هن المتوفي عنهن أزواجهن بدليل سياق الكلام فيقتصر الاستثناء على موضعه (١) .

(١) فالجمعية يحملون هذا الكلام راحماً إلى المتوفي عنها زوجها لقرنها ، والجمهور يرجعونه إلى كل ما تقدم من المتوفي عنهن أزواجهن والمطلقات . وكذلك صح عندهم حديث فاطمة بنت قيس وقد أباح فيه الرسول التعريض بخطبتها وهي في عدة الطلاق الثلاث . بينما لم يصح هذا الحديث عند الجمعية هذا هو مبنى الخلاف بين الفريقين .

والنسر في إباحة التعريض . إن الزوجية قد انقطعت بالوفاة ولا أمل في عودتها فليس هنأ زوج يتضرر من هذا التعرض ، وقد يكون في ذلك عزاء لهذه المرأة التي فقدت عائلها ، فلا ينقطع أملها في الحياة الكريمة في ظل زوج كريم .
 وأما منع التصريح فمراعاة لجانب المرأة من ناحية أخرى وهو أحداها على زوجها ، فلو أبيع التصريح لحمل المرأة على التزين وترك الأحداد . على أن الزوج لا يعدم أن يكون له أقارب يلحقهم الأذى بهذا التصريح .
 والله في تشريعاته حكم وأسرار لا نستطيع الوقوف عليها كلها بعلمنا القاصر . وصدق الله إذ يقول : « وما أوتيتم من العلم إلا قليلا » .

أثر تلك الخطبة المحرمة :

عرفنا أن الفقهاء متفقون على تحريم الخطبة في الحالات السابقة لعدم توفر شرط صحتها . وهو كون المرأة من تحل له عندها .
 فإذا فرض وأقدم شخص على خطبة واحدة منهن كان مرتكباً أمراً محرماً يعاقب عليه في الآخرة ، ولو عقد عليها في العدة كان العقد باطلا لا يعلم في ذلك خلافاً بين الفقهاء . أما إذا عقد عليها بعد انتهاء عدتها بناء على الخطبة السابقة كان العقد صحيحاً وتترتب عليه آثاره على الأصح عند الجمهور^(١)

(١) يقول الشوكاتي في نيل الأوطار ص ٦٤ ص ٩٤ : واختلفوا هل تحل له بعد ذلك ، فقال مالك والليث والأوزاعي لا يحل نكاحها بعد ، وقال الباقر : بل يحل له إذا انقضت العدة أن يتزوجها إن شاء الله ١ هـ

وقد اختلف الصحابة قبلهم فيها فذهب عمر رضي الله عنه إلى تحريمها عليه تحريماً مؤدأ زجراً ومعاملة له نقيض مقصوده ، وذهب علي كرم الله وجهه إلى أنها تحرم عليه في العدة فقط وتحل له بعد العدة عملاً بالبراءة الأصلية .

المبحث الثالث

في الخطبة على الخطبة

قد تكون المرأة متوفراً فيها شرط صحة الخطبة . وهو كونها بمن تجل له في الحال . غير أنه عرض لها عارض وهو أن غيره سبقه إلى خطبتها . ففي خطبتها اعتداء على الخاطب الأول .

وهذه الخطبة ورد النهي عنها فيما رواه أحمد ومسلم عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال : « المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر » .

وما رواه البخاري عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » وفي رواية « حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب » (١) .

فهذه الأحاديث تفيد تحريم الخطبة على الخطبة لظاهر النهي والتعبير بلا محل . وهو ما ذهب إليه جماهير الفقهاء . وإذا كان النهي مسلطاً على الخطبة على خطبة الغير منعاً لما يترتب عليها من إثارة النزاع وهذا يصدق من غير شك على من أجيبت خطبته وقبلت رغبته .

أما من رفضت خطبته فلا يشملها النهي ، ومثلها في ذلك ما إذا أذن الخاطب الأول للثاني كما صرح به بعض الأحاديث ، لأننا لو منعنا خطبتها لغير الأول لألحقنا بها الضرر البالغ وهذا ما لا يقصده الشارع . ولأن الخطبة في هذه الحالة لا تسمى خطبة على خطبة ، لأن المرأة لا تسمى حينئذ مخطوبة للخاطب الأول .

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٦ .

أما إذا لم يفصل في الخطبة الأولى برأي لا بقبول ولا برفض . وهي حالة التردد والسكوت فهل تدخل في ذلك ويكون منهيًا عنها أم لا ؟
اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

أولهما : وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة ومالك وغيرهما . أن الخطبة في هذه الحالة ممنوعة ، لأن الأحاديث الناهية تتناولها حيث أن الأول يسمى مخاطبًا والمرأة مخطوبة له . وهذا السكوت من جانبها وإن لم يدل على الرضى بالمخاطب فهو لا يدل على الرفض ، لاحتمال وجود أصل الرغبة ، والسكوت للتحري عن المخاطب ليتحقق الاطمئنان الكامل والرغبة التامة ، فأباحت الخطبة الثانية في هذه الحالة قد يترتب عليها زوال تلك الرغبة ورفض خطبة الأول وهو نوع اعتداء عليه والله لا يحب المعتدين .

وثانيهما : إباحة هذه الخطبة وهو أحد الرأيين عن الشافعي وبعض الشيعة مستندين في ذلك إلى ما رواه أصحاب السنن عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ثلاثا فلم يجعل لها رسول الله سكنى ولا نفقة وقال لها الرسول : إذا حللت فأذني فآذنته فخطبها معاوية وأبو جهن وأسامة بن زيد ، فقال رسول الله : « أما معاوية فرحل ترب لا مال له ، وأما أبو جهن فرجل ضرب للنساء ، ولكن أسامة ، فقالت بيدها هكذا أسامة ، فقال لها رسول الله طاعة الله وطاعة رسوله . قالت فتزوجته فاغتبطت » (١) .

قالوا : إن الرسول لم ينكر على واحد من هؤلاء الثلاثة خطبته وإنما أرسدها إلى أفضلهم . وهذا الاستدلال يتم لهم لو ثبت أن هؤلاء خطبوا متوالين ، وأن كل واحد منهم كان يعلم بخطبة من سبقه إليها ، وهو لم يثبت بعد ، لاحتمال

(١) المرحع السابق ص ٩٢ . رحل ضرا . : أي كثير الضرب للنساء ، في رواية اخرى لا يصع عصاه عن عاتقه

أنهم خطبوها في وقت واحد أو على التوالي دون أن يعلم المتأخر بخطبة السابق .

أثر هذه الخطبة في العقد المترتب عليها :

إذا خطب شخص مخطوبة غيره وعقد عليها فهل يكون لهذه الخطبة المنهي عنها أثر في صحة العقد ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال ثلاثة :

١ - ذهب الحنفية والشافعية والجعفرية إلى أنها لا تؤثر في العقد قضاء . على معنى أن القاضي لا يحكم بفسخه وينفذه ، وإنما أثرها ديني فقط حيث أنه ارتكب أمراً منهيّاً عنه فعقابه أخروي ، لأن هذه المخالفة لم تكن في نفس العقد بل في وسيلته وهي لا تؤثر فيه ، لأنها ليست جزءاً من العقد ولا مقدمة لازمة فيه ، فلو عقد شخص عقد الزواج دون أن يتقدم عليه خطبة كان عقده جائزاً شرعاً .

٢ - وذهب داود الظاهري إلى أنها تؤثر فيه ، فيكون العقد فاسداً يجب فسخه مطلقاً سواء دخل بها أو لم يدخل ، لأن الخطبة المنهي عنها ليست مقصودة لذاتها بل لأجل الغاية منها وهي العقد ، فيكون النهي مسلطاً على العقد .

ونحن نقول لهم : إن سبب النهي ما يترتب على المنهي عنه من الفساد ، وهنا يترتب على مجرد الخطبة فساد وهو العدوان على حق الغير وما يثيره ذلك من النزاع حتى ولو لم يتم العقد من الثاني ، وإن كان العدوان يتم والنزاع يستحكم بالعقد المترتب على تلك الخطبة ، فيكون النهي مسلطاً على نفس الخطبة .

٣ - وذهب المالكية في الرأي المشهور عنهم^(١) إلى التفصيل بين حالتي الدخول وعدمه ، فيقولون : إن هذه الخطبة تؤثر في العقد قبل الدخول لا بعده . بمعنى أن القاضي إذا علم به قبل الدخول فسخه ، لأن هذا العاقد تعدى ما ندبه الشارع إليه ، وإذا علم به بعد الدخول فلا فسخ ، لأن العقد تأكد بالدخول فلا يجوز فسخه لما يترتب عليه من أضرار .

هل للخطبة المشروعة إجراءات مرسومة ؟

أذن الإسلام في الخطبة كمقدمة للزواج ، وأمر الحاطب أن ينظر إلى مخطوبته ، ورسم الآداب التي يسير عليها الحاطبان ولم يجعل لها إجراءات معينة لأنها ليست عقداً بل هي مقدمة له ، غير أنه حمل للعقد إجراء معيناً يختلت فيه عن سائر العقود .

ولهذا تقع الخطبة في البلدان الإسلامية بدون إجراءات معينة إذا استثنينا لبنان وسوريا ، لأنها عملاً بقانون حقوق العائلة الذي أصدرته تركيا سنة ١٩١٧ ووضع فيه إجراءات معينة تم الخطبة على نهجها نظراً لأنه قانون شامل لأحكام الأسرة للمسلمين وغير المسلمين .

ولما كان الشعب اللبناني يتكون من طوائف متعددة ، ولكل طائفة نظامها الخاص في الزواج ومقدماته . وقد عمل بذلك القانون ولا يزال يعمل إلى الآن وجد عندهم إجراءات معينة تجري عليها الخطبة الغرض منها التثبيت من أهلية راغبي الزواج وعدم وجود مانع يمنع منه . وهي في مجملها إجراءات

(١) ولهم رأيان آخران : أحدهما الصحة كما يقول الجمهور ، وثانيهما الفساد مطلقاً كما يقول دارد كما في حاشية الدرقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢١٧ وفيه أن الفسخ قسلاً للدخول سواء طله الحاطب الأول أو لا لكن عباراتهم مختلفة في أن الفسخ واجب أو مستحب وهو الصواب .

شكلية لأجل توثيق العقد^(١) بمعنى أن العقد لا يوثق بدونها لا يؤثر على صحة عقد الزواج إذا لم توجد ، لأن أحكام العقد تتبع شريعة كل طائفة على حدة .
 وإنما يظهر أثر ذلك في عدم سماع الدعاوي المتعلقة به أمام القضاء إذا لم يكن موثقاً .

وهذه الإجراءات منصوص عليها في المواد من ١ - ١٤ من الملحق لقانون حقوق العائلة^(٢) . تتلخص في أنه يعرض أمر مريد الزواج على هيئة مختارة من القرية أو المحلة التي يقيمان فيها إذا كانا من قرية أو محلة واحدة لتبحث حالها ، فإذا لم يكونا من قرية أو محلة واحدة عرض أمر كل منهما على هيئة قريته أو محلته لبحثه . وبعد البحث تعطيها تصريحاً بإجراء عقد الزواج .

يذكر فيه اسم الطرفين وشهرتها وأبويها وصنعتها وعملها ومحل إقامتهما ن كان الزواج يحتاج إلى إذن الولي . ولا تملك الهيئة الامتناع عن إعطاء لتصريح حتى ولو وجد مانع يمنع أو لم يتوفر إذن الولي ، بل عليها أن تعطي التصريح مع بيان المانع أو عدم إذن الولي .

وتعطي مع التصريح لكل من الطرفين تذكرة شخصية ، ويقدم للمحكمة التي يكون فيها إقامة أحدهما . وعلى المحكمة أن تفحص هذا التصريح والأوراق التي معه فإن رأت نقصاً أعادته إلى مقدمه لإكماله . فإذا ظهر لها من الفحص عدم أهلية أحدهما للزواج أو قام به مانع من الزواج ردت طلب العقد بقرار مبين أسباب الرد ، ويقيد في دفتر أساس المعاملة ويدرج في الضبط .

وإذا وجدت في بيان الهيئة أن الولي غير موافق . وموافقته لازمة لإتمام

(١) أو بتعبير آخر هي إجراءات لإعلان عقد الزواج قبل إحرائه تطبيقاً للمادة ٣٣ من ذلك القانون ونصها : « يعلن عقد النكاح قبل إحرائه » .
 (٢) المعنون له بطام المعاملات الإدارية المتعلقة بقرار حقوق العائلة .

العقد طلب إلى الوالي أن يحضر بنفسه أو وكيله ليبين أسباب عدم موافقته أمام طالبي الزواج ، ثم تبحت اعتراضات الوالي والرد عليها. وتثب ذلك في محضر، ثم تصدر قرارها في ذلك بقبول اعتراض الوالي ورفض توثيق الزواج أو برفض اعتراضه وإمضاء الزواج ، فإذا لم يحضر الوالي أو حضر ولم يبد أساناً لاعتراضه رفض اعتراضه .

وإذا وجدت المحكمة أن الأوراق كاملة ولا يوجد مانع من الزواج بحثت عن سنهما في إدارة النفوس ، فإذا ثبتت صحة الأوراق وما بها من بيانات أعلنت أنه سيتم إجراء عقد الزواج ، وان من له اعتراض عليه بينه للمحكمة في مدة لا تزيد على عشرة أيام تبدأ من يوم الإعلان .

وإذا كان أحد الحاطبئ يقيم في غير دائرة هيئة المحكمة تكتب إلى المحكمة التي يقيم في دائرتها ، وتعلق نسخة من الإعلان في ديوان المحكمة ، ونسخة أخرى في محل اجتماع الناس .

وإذا رأت المحكمة أن من الضروري نشر صررة من هذا الإعلان في الجريدة نشرته واحتفظت بنسخة من الجريدة في الملف .

وإذا ألقى الإعلان يثبت تاريخ الإلصاق ويوقع على محضر الإلصاق الحاضرون في وقته ويحفظ المحضر في الملف ، وإذا أصدرت المحكمة قرارها يجواز عقد الزواج منحت الإذن باستماع صيغة العقد ، وعينت ثائباً عنها يحضر العقد ، وينص في وثيقة العقد أسماء العاقدين وشهرتهما ووالديهما وصنمتهما ومحل إقامتهما ودينهما وتابعتتهما وأسماء الشهود وشهرتهم وشهرة المعرفين والوكلاء إذا أجرى العقد بالوكالة وشهود الوكالة وصناعتهم ومحل إقامتهم ومقدار المهر المسمى والشروط المبينة في العقد .

المبحث الرابع

في العدول عن الخطبة وما يترتب عليه

إذا تمت الخطبة سواء صحبها قراءة الفاتحة كما يفعله كثير من الناس أو لم يصحبها ذلك لا تخرج عن كونها وعداً بالزواج والوعد ليس عقداً فلا يكون ملزماً كالعقد ، فيصح لكل من الطرفين أن يعدل عنها بفسخها ، لأننا لو قلنا بالزامها لملنا الخطابين على ما لا يريدانه . وفي هذا من الضرر ما لا يخفي .

قد يقال : أليس خلف الوعد من الرذائل المنهى عنها ؟ قلنا نعم ما لم يترتب على الوفاء به ضرر بين ، ولهذا ينغي ألا يقدم أحد الخطابين على فسخ الخطبة إلا لسبب واضح يجعل الحياة الزوجية مضطربة غير مستقرة .

أثر العدول عن الخطبة :

إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو كلاهما فما الأثر المترتب على ذلك بالنسبة لما قدمه الخاطب من مهر أو هدايا ، ولما لحق أحد الطرفين من أضرار يعرف ذلك بالتفصيل الآتي :

أما بالنسبة لما قدمه الخاطب من مهر أو هدايا فلا خلاف بين الفقهاء في أنه يجب رد ما قدمه من مهر قليلا كان أو كثيراً ، لأن المهر وجب بالعقد فهو حكم من أحكامه وأثر من آثاره ، وما دام الزواج لم يوجد فلا حق لها في أخذ المهر بل هو حق خالص للزوج ، فإن كان قائماً أخذه بعينه ، وإن هلك أو استهلك أخذ مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً .

وأما ما قدمه من هدايا . فالفقهاء متفقون في الجملة على ردها وإن اختلفوا في التفاصيل .

والشافعية يذهبون إلى وجوب الرد مطلقاً باقية أو غير باقية ، فإن كانت موجودة ردت بعينها، وإن هلكت أو استهلكت وجب رد مثلها أو قيمتها سواء كان العدول من قبله أو من قبل المخطوبة أو منها معاً .

والحنفية يذهبون إلى وجوب ردها إن كانت موجودة في يدها من غير زيادة متصلة بها لا يمكن فصلها . فإن هلكت كعقد فقد أو ساعة تكسرت أو استهلكت كطعام أكل أو ثوب لبس وبلي ، أو زادت زيادة متصلة لا يمكن فصلها كقماش خيط ثوباً ، أو خرجت عن ملكها بأن تصرف فيها ببيع أو هبة لا يجب ردها في جميع تلك الصور ، لأنهم أعطوا الهدية حكم الهبة ، والهبة يمنع الرجوع فيها بموانع منها الهلاك والاستهلاك والخروج عن الملك والزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها .

والجعفرية يفصلون بين ما إذا كانت الهدية عند اهدائها مشروطة بالزواج أو لا ، فإن كانت مشروطة بالزواج من المهدي يجب ردها ولو هلكت ، وإن لم تكن مشروطة به فحكمها كالحكم عند الحنفية .

والمالكية في أصل المذهب عندهم لا رجوع بشيء مما أهداه الخاطب ولو كان الرجوع من جهتها ، ولكن الفتوى في المذهب برأي آخر عندهم هو الأوفق كما يقولون يفصلونه على الوجه الآتي :

إن كان هناك عرف أو شرط بالرد وعدمه يعمل به ، وإن لم يكن شرط ولا عرف ، فإن كان العدول من الخاطب فلا يجوز له الرجوع في شيء من هداياه ، لأنه ألمها بعدوله عن خطبتها فلا يجمع عليها مع هذا الإيلاء إيلاً آخر . وإن كان العدول منها وجب عليها رد ما أخذته بعينه إن كان قائماً أو مثله أو قيمته إن كان هالِكاً ، لأنه لا وجه لها في أخذه بعد أن ألمته بفسخ خطبته .

ولأن ما قدمه لها لا يمكن اعتباره هبة مطلقة بل هو هبة مقيدة فانه لولا

الخطبة الموصلة للزواج ما قدم لها شيئاً ، فإذا لم يتحقق الزواج لم يتحقق الغرض الذي من أجله قدم الهدايا . والعدل يقضي بأن المتسبب في منع الزواج هو الذي يتحمل نتيجة عمله .

وقد أخذ هذا الرأي في مشروعات الإصلاح التي وضعت في مصر لكنه لم يتقرر بعد .

ما يجري عليه العمل في مصر ولبنان الآن :

أما مصر فالعمل في القضاء يجري فيها على مذهب أبي حنيفة حيث لم يصدر تشريع يخالف ذلك إلى الآن .

أما في لبنان فقانون حقوق العائلة ينص في مادته الثانية على أنه « بعد تمام الوعد إذا امتنع أحد الطرفين عن النكاح أو توفي فللخاطب أن يسترد الأشياء التي أعطها حساباً من المهر عيناً إن كانت قائمة وبدلاً إن تلفت . أما الأشياء التي أعطها الطرفان لبعضها بعضاً هدية فتجري أحكام الهبة بحقها » .

وعلى ذلك يكون العمل في حق المسلمين السنيين مثل المعمول به في مصر لأن أصل قانون حقوق العائلة مذهب أبي حنيفة إلا في بعض مسائل ليست هذه منها .

وكذلك في حق الجعفرية إذا لم تكن مشروطة بالزواج من المهدي لاتفاق مذهبهم مع مذهب الحنفية في ذلك . أما إذا كانت مشروطة فالعمل بمذهبهم .

وفي رأينا أنه إذا وجد شرط كهذا يكون شرطاً صحيحاً يجب الوفاء به فيتقارب المذهبان^(١) .

(١) أما الطائفة الدرزية فالمعمول به في حقهم ما جاء بالمادة - ٢٦ - من قانونهم وهو =

الاختلاف فيما قدمه (١) :

هذا هو حكم ما قدمه من مهر أو هدية عند فسح الخطبة فيحكم به إذا كان الخاطب والمخطوبة متفقين على نوعه . فان اختلفا بأن قال الخاطب هو من المهر ليكون له حق الاسترداد مطلقاً ، وقالت هو هدية ليمتنع الاسترداد إذا وجد مانع من الموانع السابقة فأيهما يصدق ؟

الحكم في هذه المسألة يختلف باختلاف صورها . وقيل بيان أحكام الصور المختلفة بذكر أموراً مقررة في الفقه بتطبيقها تعلم الأحكام المطلوبة .

١ - عند إقامة كل من الطرفين المتنازعين البيعة تقدم بيعة من لم يشهد له الظاهر ، لأن البيئات شرعت لإثبات خلاف الظاهر ، فان لم يكن إلا بيعة من طرف واحد قضى بها ، لأن من أقامها نور دعواه وأيدها بالحجة .

٢ - الظاهر في هذا النزاع يشهد للزوح لأن الإنسان يعمل أولاً على أداء ما عليه من الواجبات لتبرأ ذمته ثم بعد ذلك يتبرع .

٣ - العرف يرجع إليه عند العجز عن إقامة البيعة ، فيكون الظاهر مع من يشهد له العرف فيقضي بقوله مع يمينه ، وعلى ضوء هذه الأمور نقول : إذا أقام أحدهما البيعة وحده قضى له ، لأنه أيد دعواه بالحجة ولا معارض لها .

= يتفق في الجملة مع مذهب المالكية ونصها « فان كان الرجوع من الخاطب فلا يجوز له أن يسترد شيئاً مما قدمه سواء كان باقياً وقت رجوعه أولاً ، وان كان الرجوع من جهتها وحسب عليها أن ترد كل شيء نفعه إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن كان هالكاً ما لم يكن بينهما شرط فيعمل به » .

(١) لما كان العمل بمذهب الحنفية في مصر وبقانون العائلة في لبنان وهو مأخوذ من مذهب الحنفية ومذهب الحنفية قريب منه رأينا أن نتكلم عن حكم اختلاف الخاطبين عند الرجوع في نوع المهر للمخطوبة أهو من المهر أم هدية ليكون القارىء على بيعة منه .

وإذا أقام كل منها البينة على دعواه رجعت بينتها ، لأنها أثبتت خلاف الظاهر، والبيئات شرعت لإثباته والظاهر هنا مع الزوج كما قلنا، لأنه يجب عليه المهر دون الهدايا ، والإنسان يسمى أولاً لأداء الواجب عليه ثم يتبرع .
وإذا عجزا عن إقامة البينة حكمتنا العرف ، فإذا جرى بأن ما قدم يكون مهراً قضى للزوج إذا حلف اليمين .

وان كان جارياً على أنه يعتبر هدية قضى لها مع اليمين أيضاً ، فان نكل أحدهما عن اليمين حكم للآخر لأن النكول عن اليمين إقرار بصحة دعوى الخصم .

وإذا لم يوجد عرف في ذلك فالقول له مع اليمين لأنه المعطي . وهو أدري بما أداه إن كان مهراً أو هدية إلا إذا كان ما أعطاه لا يستساغ في عرف الناس أن يكون مهراً كالأشياء المأكولة - مثلاً - .

الضرر المترتب على العدول عن الخطبة :

قد يعدل أحد الطرفين عن الخطبة فيصيب الطرف الآخر ضرر مادي أو أدبي فهل يجب على العادل أن يعرض عنه ؟

مسألة لم يعرض لها الفقهاء القدامى إما لعدم حدوث مثل ذلك في عصورهم، وإما لأن الخطبة التي رسم الإسلام طريقها وسلوك الطرفين أثناءها لا يترتب على فسخا ضرر متى التزم الطرفان هذا السلوك . وإنما جاء الضرر نتيجة انحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة تقليداً لغير المسلمين فيما يفعلون .

فهل كان في المسلمين الأولين من يشترط على الزوجة جهازاً معيناً، أو يشترط على الزوج شراء أشياء معينة غير ما قدمه من مهر؟ وهل كان فيهم من يترك الخطاطب يأخذ مخطوبته ويذهب بها حيث يشاء دون رقيب بدعوى تعرف كل منهما على الآخر قبل الدخول في الحياة الزوجية ؟

لم يكن شيء من ذلك ، وإنما هي أمور أحدثها الناس ، وليس معنى هذا أن تقف الشريعة عاجزة عن أن تعطي كل محدث من الأمور حكمه المناسب . كيف وقد قال الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز : « تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » .

تاريخ المسألة وتطورها في القضاء :

لم تثر هذه المسألة أمام القضاء إلا بعد أن استقرت القوانين الوضعية في البلاد الإسلامية ، وتمكنت العادات المستوردة في نفوس الشرقيين الذين يدينون غالباً بالإسلام .

أثيرت في دوائر القضاء الذي يحكم في الأضرار المادية والأدبية وتعويضها .

وانقسم القضاء فيها أول الأمر إلى فريقين : فريق يرى وحبوب التعويض محاولاً جعل الخطبة اتفاقاً ملزماً ناعتباره التزام كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم . ومن ثم يكون العدول عن الوفاء بهذا الالتزام موجباً للتعويض عن الضرر المادي والأدبي إلا إذا أثبت العادل سبباً معقولاً لعدوله . وفريق آخر يرى أن العدول لا يوجب التعويض على من عدل عن الخطبة ، لأن العدول حق ثابت لهما غير مقيد بشرط ، والعادل إنما استعمل حقه ولا ضمان في استعمال الحق .

ولأن الذي ناله الضرر يعلم أن للطرف الآخر العدول في أي وقت شاء ، فإذا أقدمت المحطوبية على الجهاز مثلاً بناء على الخطبة فالصرر لحقها نتيجة اعترارها ولم يغرر بها أحد ، وكذلك الخاطب إذا أعد بيته بناء على الخطبة يكون مغترراً لا مغرراً به ، وكان الواجب على من وقع عليه الصرر أن يتفاداه قبل

الوقوع فيه بأن يطلب من الطرف الآخر البت في المسألة إما بإمضاء الزواج أو فسخ الخطبة ، وحيث أنه لم يأخذ الحيطة لنفسه فليتحمل نتيجة تقصيره .

ولما كان كل من المسلكين باطلاً فيه نوع مغالاة ، لأن الأول أخرج الخطبة عن طبيعتها من أنها مجرد وعد لا التزام فيه إلى أنها اتفاق ملزم بإجراء عقد الزواج ، وفيه تسليط نوع من الإكراه على إتمام عقد الزواج ، لأن كلا من الطرفين قد يقدم على العقد وهو غير راغب فيه خوفاً من التعريض الذي يلزم به لو فسخ الخطبة . وفي الإكراه على الزواج إجبار شخص على التزوج بامرأة لا يرغب فيها ، أو إجبار امرأة على التزوج برجل رغبت عنه ، وهذا يتنافى مع المبادئ التي يقوم عليها عقد الزواج عقد الحياة والسكن والمودة وتكوين الأسرة السعيدة .

والثاني نظر إلى طبيعة الخطبة وأنها مجرد وعد لا التزام فيه ، وإن العدول عنه حق مقرر لكل من طرفيه ولم يلتفت إلى أن هذا الحق قد يساء استعماله فيترتب عليه الضرر أو ينصم إليه أمور أخرى يتسبب عنها الضرر . من أجل ذلك وقفت محكمة النقض موقفاً وسطاً بين المسلكين السابقين .

فجاء في حكمها الصادر في ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ « إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فلكل منها أن يعدل عنه في أي وقت شاء وخصوصاً أنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من الخطر في شئون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض ، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه - باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول - قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً ، وكادت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً

أو أديماً بأحد المتواعدين فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه ،
وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها بغض النظر عن العدول المجرد أفعال
ضارة موجبة للتصمين .

وقد قال الدكتور السنهوري إن القضاء في مصر انتهى إلى المبادئ
الثلاثة الآتية :

- ١ - الخطبة ليست بعقد ملزم .
- ٢ - مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض .
- ٣ - إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين
جاز الحكم بالتعويض .

وهذا الذي انتهى إليه الأمر في القضاء وإن كان الفقهاء لم يصرحوا به إلا
أنه يتفق مع الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » الذي استنبط
الفقهاء منه قاعدة « الضرر يزال » وقاعدة « التسبب في الضرر يوجب الضمان
إذا كان عمداً »^(١) كما يتفق مع مبدأ إساءة استعمال الحق ، فيكون التعويض
في الحقيقة ليس عن مجرد العدول عن الخطبة الذي هو حق مقرر لكل من
الطرفين ، وإنما عن الضرر الناشئ عن أفعال صاحبت العدول أو سقته ،
فتدخل المسألة في باب التعجير الموجب للضمان .

وحينئذ ينظر للضرر المترتب على العدول إن كان للطرف الآخر دخل فيه
بسبب حصل منه حكم بالتعويض ، كما إذا تركت المرأة الموظفة وطيفتها
بتحريض من الخاطب لتتفرغ لشئون البيت بعد الزواج ، أو قامت بأعداد
الجهاز اللازم بإيعاز منه ثم عدل عن الخطبة فإنه يلزم بالتعويض .

(١) المادتان ٣٠ ، ٩٣ من المحلة المدلية ونص الثانية « التسبب لا يضمن إلا بالتمدد » .

ومثل ذلك إذا قام الخاطب بإعداد بيت الزوجية بإيعاز من مخطوبته ثم عدلت عن الخطبة حكم عليها بالتعويض ، لأن الضرر الذي لحقه كان بسبب تغيرها .

أما إذا فعل كل منهما ذلك دون إيعاز من الآخر ، ثم فسخت الخطبة فيكون الضرر اللاحق بأحدهما نتيجة اعتزازه هو وعدم تريثه في الأمر فلا تعويض لأنه هو الذي حلب على نفسه الضرر .

الباب الثاني

في

أركان العقد وشروطه وطرق إثباته وأنواعه

وفيه فصول

تمهيد

في بيان معنى الركن والشرط

لكل عقد من العقود مقومات . وهي الأمور الأساسية التي لا يمكن أن يتصور وجود العقد بدونها سواء أكانت جزءاً منه كالإيجاب والقبول ، أو كانت من اللوازم العقلية لأجزائه كالعاقدين والمحل .

وإنما كانت هذه لوازم ، لأن العقد ارتباط بين كلامين أو ما يقوم مقامها وهذا الارتباط إنما يكون من شخصين غالباً وهما العاقدان ، ولا بد أن يكون على شيء معين هو محل العقد ، ويسمى العقود عليه ليظهر أثر العقد فيه . وبعد ذلك يكون له غاية هي المقصد الأصلي الذي شرع العقد له ، وتسمى في عرف القانونيين موضوع العقد ، وعند الفقهاء حكم العقد أي الأثر المترتب عليه .

ففي عقد الزواج الذي نتكلم عنه . العاقدان هما الزوج والزوجة إن تولت العقد بنفسها عند من يجوز ذلك ، وعند المانعين . العاقدان هما الزوج وولي الزوجة . ومحل العقد هو المرأة ^(١) وبعبارة أدق : هو الانتفاع بالمرأة ، لأن العقد ليس على ذاتها وإنما على الانتفاع بها بالتمتع الخاص .

(١) هذا عند الحنفية . والمالكية يقولون : إن محل العقد هو الزوج والزوجة المعلومان الحالين من الموانع الشرعية وهو قول للشافعية ، وهذا أشبه بالفقه ، لأن حل الاستمتاع ثابت لهما . فكما أن الرجل يتمتع بالمرأة كذلك هي تتمتع به .

والغاية المقصودة هي حل الاستمتاع .

وقد أوجب الشارع في تلك المقومات أوصافاً تكميلية تسمى في عرف الفقهاء بالشروط . كأهلية العاقدين له وقابلية المحل لحكمه . فالعقد المنتج لآثاره له أركان وشروط لا يوحد العقد معتبراً شرعاً بدونها .

معنى الركن والشروط :

ركن الشيء في اللغة هو الجانب القوي الذي يمسكه كأركان البيت وهي زواياه التي تمسك بناؤه (١) .

وفي الإصطلاح الشرعي : ما يكون به قوام الشيء بحيث يعد جزءاً داخلاً في حقيقة . وذلك كالإيجاب في العقد فإنه جزء داخل في حقيقته لا يوجد العقد بدونه .

والشروط في اللغة هو إلزام الشيء والتزامه كما في البيع ونحوه كالشريطة وجمعه شروط ..

وبالتعريف « الشرط » العلامة وجمعه أشرطة . ومنه أشرطة الساعة أي علاماتها (٢) .

١ - والفرق بين الرأيين أن من يقول إن محله المرأة يحمل حق المطالبة بالمخالطة الجنسية للرجل فله أن يجبرها على ذلك . أما هي فليس لها أن تجبره إلا مرة واحدة ، ولكن يجب عليه ديانة أن يحصنها ويمفها حتى لا تفسد أخلاقها .

ومن يقول : إن محله الرجل والمرأة يحمل حق المطالبة بهدا لكل منهما لأن العقد على اقتناع كل منهما بالآخر .

(١) قوام الشيء بالكسر هو عماده وملاكه الذي يقوم به . وقد يفتح كما في مختار الصحاح .

(٢) القاموس المحيط وأساس البلاغة

وفي الإصلاح الشرعي : أمر خارج عن ماهية الشيء وحقيقته يتوقف عليه وجود ذلك الشيء شرعاً . مثل حضور الشهود في الزواج عند جمهور الفقهاء فإنه أمر خارج عن حقيقة الزواج ، لكنه يتوقف عليه وجود الزواج واعتباره صحيحاً في نظر الشارع عندهم .

وكون المرأة محلاً للزواج . بالأ تكون محرمة عليه تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً عند الفقهاء جميعاً ، فإن هذا أمر خارج عن حقيقة العقد الذي هو ارتباط بين كلامين أو ما يقوم مقامها يتوقف عليه وجود العقد المعتبر شرعاً .

فالركن والشرط يتفان في أن كلا منهما يتوقف وجود الشيء على وجوده ، ويفترقان في أن الركن جزء من الحقيقة والشرط ليس جزءاً منها .

بعد هذا التمهيد نفصل الكلام على أركان الزواج وشروطه .

الفصل الأول

في أركان الزواج وفيه مباحث

المبحث الأول

في صيغة العقد والألفاظ التي تتحقق بها

عقد الزواج له ركنان : الإيجاب والقبول^(١) والإيجاب هو ما صدر من أحد العاقدين أولاً دالاً على ما يريد من إنشاء العقد . ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجباً ، والقبول هو ما صدر ثانياً من الطرف الآخر دليلاً على موافقته على ما أوجبه الأول . ويسمى الشخص الذي صدر منه القبول قانلاً . فأول الكلامين إيجاب سواء صدر من جانب الزوج أو من جانب الزوجة^(٢) وسمي

(١) هذا عند الحنفية ، وذهب جمهور الفقهاء من أهل السنة ومعهم الحنفية إلى أن أركانه أربعة الإيجاب والقبول والزوجان ، وعارة الشيعة للزواج ركنان الصيغة والزوج . * المهر فليس ركناً ولا شرطاً

فقه الإمام جعفر - ص ٥ ص ١٧٦

(٢) وذهب الجمهور ومعهم الحنفية إلى أن الإيجاب يكون من جانب المرأة من جانب المملك وإن جاء متأخراً ، والقبول يكون من التملك وهو الزوج لذلك تكلموا على حوار تقديم القبول على الإيجاب فاحاروه في المشهور عنهم . لأن الإيجاب من جانب المرأة وهي تستحي عالماً من الانتداه به فاعتقر ذلك هنا . راجع الشرح الكبير بحاشية الدسوقي - ص ٢٢ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨ فقه الإمام جعفر - ص ٥ ص ١٧١ .

إيجاباً لأنه أوجد الالتزام ، وسمي الثاني قبولا ، لأنه رضا بما في الأول من التزام وإلزام وما فيه من التزام بالنسبة للقابل كان نتيجة لرضاه بما تضمنه قول الأول من إلزام .

ما يتحقق به الإيجاب والقبول :

الأصل في تحقق الإيجاب والقبول في عقد الزواج أن يكون بالعبرة ، وقد يوجد أحدهما أو كلاهما بالإشارة أو الكتابة في بعض صورته .

ولما كان الأصل فيه هو الألفاظ عني الفقهاء ببيان الألفاظ التي ينعقد بها من ناحية مادتها وناحية صورتها .

أما الأولى : فقد اتفقوا على أنه ينعقد بكل لفظ مأخوذ من مادتي الزواج والنكاح ، لأن أكثر النصوص الواردة فيه جاءت بها . كما اتفقوا على عدم انعقاده بألفاظ الإباحة والإحلال والإيداع والإعارة والرهن ، لأنها لا تفيد التحليل والزواج من عقود التحليل ، لأنه يفيد ملك المتعة للزوج .

وكذلك لا ينعقد بلفظ الوصية ، لأنها وإن أفادت التمليك إلا أنه تمليك مضاف لما بعد الموت ، والزواج يفيد التمليك في الحال ، فلم توجد علاقة مسوغة لاستعمال لفظ الوصية في الزواج .

وكذلك لفظ الإجارة ، وإن خالف فيه الكرخي من الحنفية لكن رأيه مرجوح ولا معنى له ، لأنها وإن أفادت ملك المنفعة في الحال إلا أنها شرعت مؤقتة مؤقت معين والزواج شرع على الدوام والتأييد ، وكل تأقيت فيه يلحق به الفساد على الأصح .

واختلفوا فيما عدا ذلك من الألفاظ كالهبة والتمليك والبيع والصدقة والجعل . فالشافعية والحنابلة^(١) منعوا انعقاده بهذه الألفاظ كلها وقصره على

(١) راجع نهاية المحتاج ج ٣ ص ٣١٦ والمغني لان قدامة ج ٦ ص ٥٣٢ . وللحنابلة رأي آخر وهو أن في انعقاده بلفظ الهبة روايتان راجع الإنصاف ج ٨ .

ألفظي النكاح والتزويج وما اشتق منها كأنا متزوج مثلاً . مستسدين إلى أن الزواج عقد له خطره إذ به تحل المرأة بعد أن كانت حراماً وتثبت به الأسباب ، ففيه ناحية تمبديّة تجعلنا نتقيد بما ورد عن الشارع فيه من ألفاظ ، ولم يرد في مواضع تشريعه في القرآن إلا مهذين اللفظين جاء ذلك في أكثر من عشرين آية منها (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) النساء / ٣ / (وأنكحوا الأيامي منكم) النور / ٢٢ / (فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها) الأحزاب / ٣٧ / ومن هنا قالوا: إن المراد بكلمة الله في الحديث « واستحلتم فروجهن بكلمة الله » الزواج والنكاح لأنها الواردتان في القرآن فلا يصحح أن يقاس غيرهما عليهما .

على أن الزواج مشروط فيه الشهادة فلا بد أن يكون اللفظ الذي يعقد به صريحاً حتى يعرف الشهود ما شهدوا عليه ، أما غيرهما من الألفاظ فإنها لا تدل عليه إلا بالنية والقرينة ، وقد يخفى ذلك على الشهود فلا تصح شهادتهم^(١) ويوافقهم الشيعة الجعفرية^(٢) في قصره على هذين اللفظين .

والحنفية صححوا استعمال هذه الألفاظ مع القرينة الدالة على أن المتكلم أراد بها الزواج كذكر المهر معها وإحضار الشهود وما شابه ذلك ، لأن هذه

(١) وفي هذا يقول عز الدين بن عند السلام في كتابه قواعد الأحكام ج ٢ ص ٧٧ « ولا يتمين للعقود لفظ إلا النكاح فإنه يتمين له لفظ التزويج أو الأناكاح لأن جميع الألفاظ لا تستدل بالدلالة على مقاصد الزواج ، فإن لفظ المبيع والهبة يدل على نقل الملك في الرقعة ثم المبيع والخيار بعد ذلك مستفادة من الملك غير معقود عليها ، ولفظ الأمانة يدل على تملك المصلحة المقدرة ، والنكاح مؤجل بموت أقصر الزوجين عمراً وبالعمرين إن مات الزوجان معاً ، وجميع الألفاظ المعقود لا تدل على خصائص النكاح وإن قوي جميع ذلك لم يصح لأن الشهادة شرط في صحة النكاح ولا اطلاع للشهود على النيات » .

(٢) وفي المختصر النافع ص ١٩٣ ويشترط النطق بأحد ألفاظ ثلاثة روحتك وانكحتك ومتمتلك وحاء في هامش هذه الصفحة وفي تذكرة الفقهاء : لا ينمقد الدائم بلفظ التمتع عند أكثر علمائنا وقال بعضهم ينمقد الأول أقوى ، وراجع أيضاً شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨ .

الألفاظ تفيد تمليك العين في الحال ولا تقبل التوقيت ، فإذا قالت المرأة للرجل : وهبت لك نفسي بمهر كذا أو ملكت نفسي أو جعلت لك نفسي بمهر قدره كذا أو قال وليها ذلك وقبل الرجل ينعقد الزواج ، لأن القرينة تعين المراد منها ، وأنه لا يقصد بها حقيقتها ، بل يقصد بها الزواج ، وأي شخص يمسهم منها الزواج إذا ذكر المهر مع حضور الناس الحفل المعد للزواج .

أما دعوى أن النصوص الشرعية لم تذكر في معرض تشريعه إلا لفظي النكاح والزواج فغير مسلمة ، لأن القرآن ذكر لفظ الهبة أيضاً في مقام تشريعه في قوله سبحانه : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي » الأحزاب / ٥٠ / ودعوى الخصوصية بالنبي غير مسلمة ، لأن الخصوصية الثابتة له في هذا هي الزواج بدون مهر لا في خصوص لفظ الهبة ، لأن الله قد قال بعد ذلك : « قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم لكي لا يكون عليك حرج » ونفى الحرج عن رسول الله لا يكون في اختصاصه بعقد الزواج بلفظ خاص . وهو أفصح الخلق على الإطلاق ، وإنما يكون في تزويجه بدون مهر وصدر الآية يقول : « يا أيها النبي إنا أحلنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن .. » إلى أن قال : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي » وهذا يفيد مجموعته ، أنا أحلنا لك الزواج بمهر وبغير مهر لكي لا يكون عليك حرج .

وقد وردت السنة بلفظ التملك في قصة المرأة التي جاءت تعرض نفسها على النبي فأعرض عنها إلى أن قال أحد أصحابه . يا رسول الله إن لم يكن بك حاجة إليها فزوجنيها فسأله عن مهر يعطيه لها واعتذر بأنه لا يجد شيئاً . وفي النهاية قال له الرسول : « قد ملكتكها بما معك من القرآن » .^(١)

وإذا ورد النص مهذين اللفظين فيكون ما يفيد معناهما مثلها فلا وجه لمنع

(١) منتقى الأخبار يشرح قبل الاطوار - ٦ ص ١٤٥ ، وفي الحديث روايتان أحدهما : قد رزقتكما والأخرى قد ملكتكها وكلامها متفق عليها كما يقول صاحب المنتقى .

الزواج بهذه الألفاظ . والمالكية توسطوا بين المذهبين فأجازوا التزويج بلفظ الهبة إذ ذكر معها الصداق . كأن يقول طالب الزواج : هب لي ابنتك بمهر كذا ، أو يقول ولي المرأة وهبت لك ابنتي بمهر كذا ، ويقول الآخر قبلت .

قد يقال : إن الحديث روى برواية أخرى بلفظ زوجتكها فتكون تلك الرواية بالمعنى وهي لا تثبت مدعاًكم .

والجواب : إن الراوي الذي رواها لو لم يكن يعلم أن لفظ « التملك » ينمقد به النكاح شرعاً ما جاز له التعبير به عن التزويج والله أعلم .

ويرى بعض فقهاء المالكية أنه يصح بالألفاظ أخرى من كل ما يدل على البقاء مدة الحياة كتصدقته ومنحت وبعته وملكت وأعطيت (١) .

ويلحظ هنا أمران :

أولهما : أن هذا الخلاف السابق بين الفقهاء إنما هو في الإيجاب فقط ، وأما القبول فيتحقق بأي لفظ يدل على الموافقة والرضا من أي مادة كقبلت ورضيت ووافقت وأمضيت وغيرها باتفاق الحنفية والمالكية والحنابلة وأحد القولين عند الشافعية (٢) . وثانيهما : أن العمل في جمهورية مصر العربية بمذهب الحنفية .

وفي لبنان يجري العمل بمقتضى قانون حقوق العائلة وهو ينص في المادة (٣٦) على أن الإيجاب والقبول في النكاح يكون بالألفاظ الصريحة كأنكحت

(١) الفواكه الدواني شرح رسالة ن أبي ريد ج ٢ ص ١٥٢ . وعبارته « والصفة هي كل ما يدل على الرضا من الروح والولي أو من وكيلها كأنكحت وزوجت أو وهبت وتصدقته أو منحت أو أعطيت مع ذكر الصداق . وفي الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٢١ يصرح بأن لفظ الهبة متفق عليه ، وأما غيرها مما يدل على البقاء مدة الحياة ففيه تردد . وفي حاشية الدسوقي قسم لألفاظ أربعة . ما ينمقد به ولو لم يسم صداقاً رجحت وانكحت ، وما ينمقد مع ذكر الصداق كوهبت ، ومسا فيه تردد إن ذكر الصداق كبعته وملكت ومنحت ، وما لا ينمقد به مطلقاً لاتفاق كآحمت وأعرت ونحوهما .

(٢) والقول الآخر لا بد أن يقول قبلت الزواج فهية المحتاج ج ٣ ص ٢١٧

وزوجت ، وظاهر أنه يطبق بالنسبة للمسلمين جميعاً سنين وجعفرين ، لأنه لا يخالف مذهب الجعفرية . وقد مر آنفاً أنهم يوافقون في قصر انعقاد الزواج على لفظي الزواج والنكاح .

هل يشترط في صيغة الزواج أن تكون باللغة العربية ؟

جمهور الفقهاء على أنه ليس بشرط فينعقد بهذه الألفاظ بأي لغة كانت عربية أو غير عربية سواء كان العاقدان قادرين على العربية أو عاجزين عنها ، لأن المقصود هو التعبير الواضح عن إرادة العاقدين . وهو يصح بأي لغة وفي رأي اللشافعية^(١) أنه شرط فلا يجوز للقادر على العربية أن يعقده بغيرها ، ويوافقهم الجعفرية في المشهور عندهم^(٢) . لأن الزواج فيه ناحية تعبد فأشبه الصلاة فكما أنها لا تصح بغير العربية للقادر عليها فكذلك الزواج ، ولأنه لم يشترط إلا بلفظين ورد بهما القرآن فترك العربية إلى غيرها ترك المشروع إلى غيره فلا يصح ، أما العاجز عنها فقد قام العذر في جانبه وصار كالأخرس .

وإذا كان أحد العاقدين يحسن العربية والآخر لا يحسنها . فمن يجوز للقادر على العربية التعبير بغيرها يجوز هنا لها التعبير بغير العربية ، ومن منع يقول :

(١) وللشافعية رأي ثالث لا يصح بغير العربية حتى من العاجز عنها بل عليه ان يصبر عن العقد حتى يتعلم العربية أو يوكل غيره ليعقده بالعربية المرجع السابق ص ٢١٦ .

(٢) المختصر النافع ص ١٩٣ ولا تجزي الترجمة مع القدرة على النطق وتجزي مع العذر كالأعجم . ومثل ذلك في شرائع الاسلام ص ٢٨ ، وقال : ولو عجز أحد المتعاقدين تكلم كل واحد منهما بما يحسنه وفي وسيلة النجاة لأبي الحسن الأصمغاني ص ٣٠٥ ، والاحوط لزوماً كونه فيهما باللفظ العربي فلا تجزي غيره من سائر اللغات إلا مع المعجز عنه ولو بتوكيل الغير وعند ذلك لا بأس بايقاعه بغيره لكن بمباراة يكون مفادها مفاد اللفظ العربي بحيث يمد ترجمة له .

إن من يحسن العربية يعبر بها لقدرته عليها ومن لا يحسنها يعبر بلغته لقيام العذر في جانبه فسقط عنه كالأخرس .

ثم يشترك في الشهود عند ذلك معرفة لغتيهما ، فان كان كل منهما يجهل لغة الآخر ترجم بينهما مترجم يعرف لغتهما .

وبعد ذلك لا يشترط في اللغة التي ينعقد بها الزواج أن تكون هي الفصحى ، بل يصح بها وبغيرها كالعامية فيصح أن يقول جوزني وجوزتك بدل زوجتي وزوجتك .

وأما الثانية وهي الصيغة والهيئة : فالأصل في العقود أن تكون بلفظين ماضيين ، لأن المقصود بالعقد إنشاء معنى في الحال لم يكن موجوداً من قبل ، وهذا لم يوضع له في اللغة ألفاظ خاصة ، ولكنهم استعملوا صيغة الماضي لأنها المعبرة عن حصول رضا الطرفين وتوافق إرادتهما قطعاً ، أما المضارع والأمر فانهما لا يدلان على ذلك قطعاً ، لأن المضارع موضوع للأخبار عن حصول العمل في الحال أو الاستقبال ، والأمر موضوع لطلب تحصيل الفعل في المستقبل ، فاحتمال المساومة والعدة موجود فيهما . ولما كان عقد الزواج لا يحتتمل المساومة أو العدة لأنه تسبقه عادة مقدمات كالخطبة وغيرها من إرسال الهدايا ودفع المهر أو جزء منه صح أن يستعمل في إنشائه لفظ المضارع أو الأمر استثناء من قاعدة إنشاء العقود .

لذلك قرر فقهاء الحنفية أن عقد الزواج يكون بلفظين ماضيين أو بلفظين أحدهما ماضٍ والآخر للحال أو الاستقبال ، لأن القرينة السابقة مانعة من احتمال معنى آخر غير إنشاء العقد .

على أن إحضار الشهود وإعداد الحفل ودعوة الناس غالباً قرينة أخرى تؤكد إرادة إنشاء العقد بقوله زوجني نفسك أو أتزوجك .

فلو قال الرجل لولي المرأة : تزوجني ابنتك بصيغة المضارع فقال له

زوحتكها تم العقد دون حاجة إلى عبارة أخرى ، وكذلك لو قال بصيغة الأمر
كزوجني أختك إذا قصد بها إنشاء العقد لا مجرد طلب الوعد أو تعرف
رغته^(١) ومثل ذلك لو كان الباديء المرأة أو وليها .

والجعفرية يوافقون الحنفية في هذا في جملته .

جاء في المختصر النافع^(٢) « وهل يشترط وقوع تلك الألفاظ بلفظ الماضي .
الأحوط نعم ، لأنه صريح في الإنشاء ، ولو أتى بلفظ الأمر كقوله : روحياً
فقال زوجتك قيل يصح ، ولو أتى بلفظ المستقبل كقوله : أتزوجك قيل يحور » .

المبحث الثاني

في انعقاد الزواج بغير الكلام

إذا كان العاقدان في مجلس واحد وكانا قادرين على الكلام فلا ينعقد الزواج
بينهما إلا به ، فلا ينعقد بالكتابة ، لأنه يشترط في صحته حضور الشهود
وسماعها كلام العاقدين عند حماير الفقهاء ، وهذا لا يتيسر في الكتابة ، ولأن
عقد الزواج أساسه العلنية دون السرية وبالكتابة يكون سراً ، والرسول صلى الله عليه وسلم
بأمر باعلانه « أعلوا هذا الكراح » .

وإذا لم ينعقد بالكتابة فأولى ألا ينعقد في هذه الحالة بالإشارة لأنها أضعف
في بيانها من الكتابة .

(١) أما إذا قصد بها مجرد تعرف الرزمة أو طلب الوعد فلا ينعقد بها المتد لأن اللفظ
أده محتمل . ولذلك قالوا : لو قال أتزوجك فقالت روحياً فإنه يصح لأنه لا يحتمل طلب الوعد
الشخصي لا بطلب من نفسه الوعد . راجع رد المحتار لابن عابدین - ٢ ص ٣٦٣ .

وأما العاخذ عن الكلام كأحرس . فإن كان لا يحسن الكتابة ينعقد بإشارته المعروفة بالاتفاق بين الفقهاء ، لأنه لا سبيل له في التعبير عن إرادته إلا بها ، ولا يزوجه وليه إن كان بالعمى ، لأن الحرس كالصمم لا يوجب الحجر عليه . وإذا كان يحسن الكتابة فهل يصح عقده .

في مذهب الحنفية روايتان . إحداهما : أنه ينعقد ، لأن الأصل في العقد أن يكون بالكلام ، فإذا عجز عنه طلب معرفة غرضه بأي وسيلة . ويستوى في ذلك الإشارة والكتابة لأنها يدلان على مراده .

وثانيها : أنه لا ينعقد بالإشارة ، بل لا بد من الكتابة ، لأنها أقوى بيانا من الإشارة حيث يعرفها كل من يقرأ بخلاف الإشارة فإنه لا يعرفها إلا القليل ، وإذا لم يتساوبا اعتبر الأقوى .

والعمل في جمهورية مصر العربية على الرواية الثانية حيث نصت المادة ١٢٨ - من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على أن « إقرار الأخرس بإشارته المعهودة ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة » .

والشيعة الجعفرية يذهبون في المشهور عندهم إلى أنه لا ينعقد الزواج بالكتابة - وإن لم يشترطوا فيه الشهادة - معللين ذلك بأن الكتابة كناية والزواج لا ينعقد بالكنايات .

وأن الأخرس القادر على التوكيل يكتفي منه بالإشارة إذا لم يحسن الكتابة وإن أحسها فالأولى أن يجمع بينها وبين الإشارة المفهمة^(١) . فهو لا يختلف عن مذهب الحنفية في ذلك كثيراً .

(١) راجع فقه الإمام جعفر الصادق محمد حواد مفهية ج ٥ ص ١٧٩ . وفي وسيلة النجاح للأصفهاني ص ٣٠٥ النكاح على قسمين دائم ومتقطع وكل منهما يحتاج إلى عقد مشتمل على إيجاب وقبول بلقطين دليل على إنشاء المعنى القصود والرضا به دلالة معتبرة عند أهل المحاربة . فلا يكفي الرضا القلبي عند الطرفين ولا الماطاة الحارية في عاى المعاملات ولا الكتابة وكذا الإشارة المفهمة في غير الأخرس .

وإذا لم يكن الطرفان في مكان واحد حاز أن يكون أحد شطري العقد بالكتابة وهو الإيجاب . كأن يكتب مريد الزواج إلى الطرف الآخر كتاباً يتضمن عبارة الإيجاب . مثل زوجيني نفسك أو تزوجتك ، فإذا وصل الكتاب إليها قرأت الكتاب أمام شاهدين أو أحبرتها بضمونه . كأن تقول « إن فلاناً أرسل إلي يطلب الزواج مني وأنا أشهد كما أنني قبلت زواجه فإذا سمع الشاهدان الإيجاب والقبول تم العقد ، ولو سمعا قولها فقط دون الأيجاب لا يصح العقد ، لأن الشرط السماع للأيجاب والقول (١) :

ومثل الكتابة في هذا إرسال الرسول الذي يبلغ إيجاب الموجب ، فلو أرسل شخص رسولا لامرأة ليلبغها أنه يقول لها : تزوجتك أو زوجيني نفسك «فتقول ؟ قبلت زواجه لو زوجته نفسي تم العقد إذا كان أمام شاهدين سمعا كلام الرسول بالأيجاب وقبولها في مجلس تبليغ الرسالة .

هذا ولا خلاف بين الفقهاء في أن الزواج لا ينعقد بالأفعال . كأن تقول امرأة لرجل زوجتك نفسي بمائة دينار مثلاً فيدفعها إليها الرجل من غير أن يتكلم أو قام وسلم عليها معتبطاً بما قالت له لم ينعقد العقد حتى ولو كان أمام شهود ، لأن الإسلام رسم له طريقة يعقد بها ليست هذه منها .

ولأن الناس كانوا يتزوجون في عهد رسول الله وفي عهد أصحابه بل وفي جميع العصور ولم يؤثر عنهم أنهم عقدوا الزواج بهذه الصورة . بخلاف العقود الأخرى فإن الكثير منها كانوا يعقدونه بالأفعال « التعاطي » فليس في هذه الصورة إلا الإيجاب والزواج لا يتحقق بالإيجاب وحده .

وأما الاقرار بالزواج . كأن يقول الرجل هي امرأتي . فيحكى فيه مذهب الحنفية رأيان . أحدهما : أنه لا ينعقد الزواج به ، لأن الاقرار إظهار لما هو

(١) راجع فتح القدير ج ٢ ص ٣٥٠ والأبصار للحنابلة ج ٢ ص ٥٥ .

ثابت وليس بإنشاء . وهذا لا يتنافى مع ما صرحوا به من أن النكاح يثبت بالتصادق ، لأن الاقرار لا يكون من صيغ العقد ، والمراد بقولهم إنه يثبت بالتصادق أن القاضي يثبت الزواج بالتصادق ويحكم به .

والرأي الآخر : أنه ينعقد به إن كان بمحضر من الشهود ويجعل الأقرار إنشاء . كما لو قالت جعلت نفسي زوجة لك فانه ينعقد به ، وإن لم يكن بمحضر من الشهود لا ينعقد (١) .

والحق إنه تفصيل في المذهب فإن الأول محمول على ما إذا قصدا محرد الأخبار عن حصول عقد الزوحية بينها في الماضي ولم يكن بينها عقد أو كان العقد بغير شهود ، والثاني على ما إذا قصدا بالأخبار إنشاء العقد فينعقد في الحال .

ومما ينبغي التنبيه عليه هنا أن الزواج لا ينعقد بواسطة المسرة «الهاتف» لأنه يشترط لصحته حضور شاهدين يسمعان كلام العاقدين ويفهان المراد منه إجمالا عند جماهير الفقهاء .

وحضور الشهود وسماعهم ممكن في حالة اجتماع العاقدين في مكان واحد وفي حالة إرسال الرسول أو الكتاب لأن السماع ممكن فيها .

أما في التكلم في الهاتف فإن الشاهدين يسمعان كلام أحد العاقدين فقط وسماعها الأيجاب وحده أو القبول وحده غير كاف في صحة العقد ، وكذلك لو شهد اثنان على كلام أحدهما وآخران على كلام الآخر لأن الشهادة لم توجد على العقد (٢) . وأما عند من لم يشترط الشهادة فيمكن أن يقال إنه ينعقد متى تأكد

(١) راجع الدر المختار مع حاشية ابن عابدن ج ٢ ص ٣٦٥ .

(٢) يقول صاحب البدائع ج ٢ ص ٢٣٣ : وفيه الكتاب والرسالة لا ينعقد الزواج بين عائبين ولو قالت امرأة أمام شاهدين زوجت نفسي من فلان وهو عائب فبعله الطبر فقال قاتل =

كل من الطرفين من شخصية الآخر ووضوح عبارته والتأكد من ذلك عسير
لاشبهاء الأصوات وإمكان تقليدها .

المبحث الثالث

في انعقاد الزواج بعبارة واحدة

هل يكفي في عقد الزواج عبارة واحدة من شخص واحد تقوم مقام
الإيجاب والقبول من طرفه ؟

اتفق الفقهاء على أن الأصل في العقود ذات الطرفين هو تلاقى إرادتين من
شخصين يدل عليها عبارتان هما الإيجاب والقبول ، وأن النتائج المترتبة على كل
عقد منها مختلفة بالنسبة لكل من طرفيه ، فهذا مملك وذاك متملك ، وهذا
مطالب بتسليم شيء وذاك مطالب به ، وهذا ملزم بشيء وذاك ملتزم به .

ولكن الخلاف بينهم في كون هذا الأصل يسري على كل العقود حتى عقد
الزواج . أم هو مستثنى منه ؟

فالشافعي يذهب إلى أن عقد الزواج لا يوجد بعبارة واحدة من شخص
واحد ، لأن النتائج المترتبة عليه موزعة بين طرفيه . فالزوجة تطالب بتسليم
المهر ، والزوج مطالب به ، وهو يطالبها بالدخول ، وهي مطلوب منها ذلك .
وهكذا ، ولا بد لهذه الحقوق المختلفة من طرفين ، لأن الشخص الواحد لا يجوز
أن يكون مطالباً ومطالباً بشيء واحد .

= أرقال رجل محضرة شامدين تزوجت فلانة وهي غائبة فبلغها الخبر فقالت: زوجت نفسي منه
لم يجوز وان كان القبول بحضور ذلك الشامدين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف
ينعقد ويتوقف على إحارة المائب، لأن عقد الزواج يجوز أن يتولاه شخص واحد، ووجه قولهما
أن أحدهما لا ولاية له فلا ينعقد العقد فالمرحود شرط العقد لا كله .

ولأنه ورد في الزواج حديث يقول : « كل نكاح لم يحصره أربعة فهو سفاح حاطب وولي وشاهدا عدل » .

ولكنه استثنى صورة واحدة جوز فيها انعقاد الزواج بعبارة واحدة، وهي ما إذا زوح الجد حفيديه أحدهما الآخر كأن يزوج بنت ابنه المتوفي لابن ابنه المتوفي كذلك إذا كان في زواحيهما مصلحة . لأن ولاية الأبحار في الزواج عنده لا تثبت إلا للأب والجد ، فلضرورة وحود ولي واحد للصغيرين وعدم صحة توكيل كل منهما لغيره صح هذا العقد . وقد وافقه زفر من الحنفية في أن الزواج لا ينعقد بعبارة واحدة عملاً بالقياس ، وهو الأصل العام في العقود . وأو حنيفة وصاحباه يذهبون إلى أن عقد الزواج مستثنى من الأصل السابق ، فيصح فيه أن يتولاه شخص واحد بعبارة واحدة ، لأنه ورد فيه بخصوصه ما يدل على ذلك ، ويوافقهم الحنابلة على ذلك .

فقد روي أبو داود عن عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال لرجل : « أترضى أن أزوجك فلانة ؟ قال : نعم . وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلاناً ؟ قالت : نعم » فزوج أحدهما صاحبه .

وروي البخاري أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ : أتجعلين أمرك إلي ، قالت : نعم ، قال : قد تزوجتك . فقد تم الزواج في الحديث الأول بعبارة واحدة من رسول الله بوكالة من الزوجين .

وفي الأثر بعبارة من شخص له صفتان شرعيتان . أصالة عن نفسه ووكالة عن المرأة .

وصحة هاتين الصورتين تقوم على وجود الصفة الشرعية للعاقدة التي تجبر له تولي العقد ، فيثبت الحكم لسائر الصور التي تتوفر فيها الصفة الشرعية .

ولهذا شرط أو حنيفة ومحمد في صحة هذا العقد أن يكون للعاقدة صفة

شرعية بالنسبة لطرفي العقد تجيز له إنشاء العقد . سواء كانت متحدة كالولاية عليهما أو الوكالة عنهما أو مختلفة . كالأصالة من حاتب والولاية من الآخر أو الأصالة من جانب والوكالة من الآخر ، أو الوكالة من جانب والولاية من الآخر .

فاذا زوج الشخص ابنه الصغير بنت أحميه المتوفي إذا كانت في ولايته ، أو زوج امرأة لرجل قد وكله كل منهما في تزويجه ، أو زوج الرجل نفسه من بنت عمه التي في ولايته ، أو زوج الرجل نفسه امرأة وكلته في تزويجها منه . أو وكله رجل آخر في أن يزوجه ابنته ففعل .

فهده خمس صور يصح فيها العقد لوجود الصفة الشرعية . وهي إما الأصالة في تزويج نفسه أو الولاية على الغير أو التوكيل من الغير .

ثم قالوا : إن المحظور السابق لا يوجد في عقد الزواج ، لأن أحكام العقد ترجع إلى الزوج والزوجة ، ومتولي العقد ما هو إلا سفير ومعبّر عنهما ، فصبارته قائمة مقام العبارتين ومعبّرة عن إرادتين فتكون إيجاباً بالنسبة لأحدهما وقبولاً بالنسبة للآخر .

وبعد ذلك قالوا : إن الحديث الذي استدل به الشافعي ومن وافقه ضعيف ، لأنه نقل بسندين في أحدهما راو ضعيف وفي الآخر راو قال عنه البخاري : إنه منكر الحديث فلا يصح للاستدلال به .

وأما ما عدا تلك الصور ففيها الخلاف في المذهب الحنفي . وهي ما إذا لم تكن له صفة أصلاً بالنسبة للطرفين ، أو كانت له صفة بالنسبة لأحدهما دون الآخر ، وهي مسألة تزويج الفضولي . فأبو يوسف يصحح العقد ويجعله موقوفاً

بالنسبة لحانب الفضولي ، وأبو حنيفة ومحمد ذهبا إلى عدم صحته^(١) .
وفي المذهب الحنفي روايتان إحداهما عدم الجواز وثانيتهما الجواز وهي
الراححة عندهم ، لأنها مروية عن كبار فقهاءهم غير أن العاقد الواحد يأتي بعمارتين
تفيد أن الإيجاب من طرف والقبول من الآخر^(٢) .

(١) وحسب الفرق عندهما (أبي حنيفة ومحمد) أنه عند وجود الصفة الشرعية للعقد تكون
قريبه على أنه قائم مقام الأصل ومعبّر عنه فتعتبر عبارته ، أما عند انعدام الصفة فلا توجد
قرينة تدل على أنه قائم مقامه ومعبّر عنه فتكون عبارته ملغاة .
(٢) فقه الامام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنية ج ٥ ص ١٨٥ .

الفصل الثاني

في شروط عقد الزواج

وفيه مباحث

مهيد: يشترط في هذا العقد أنواع من الشروط فشروط لانعقاده ، وأخرى لصحته ، وثالثة لنفاذه ، ورابعة للزومه ، وهذه أمور مرتبة في كل عقد. فالمنعقد هو الذي ارتبط فيه بالإيجاب بالقبول ، وهذا الارتباط يسمى انعقاداً والصحيح هو المعتبر في نظر الشارع بأن يكون صالحاً لترتب الآثار عليه ، والنافذ هو الذي تترتب عليه آثاره في الحال ، واللازم هو الذي لا يكون لأحد العاقدين أو غيرها الخيار في فسخه بعد تمامه .

فالانعقاد هو الأساس ، فإذا وجد يأتي دور الصحة ، فإذا توفرت يبحث هل هو نافذ أو لا ، فإذا ثبت النفاذ يبحث فيه هل هو لازم أو لا ؟

فتلك مراتب أربع يتوقف وجود كل واحدة منها على توافر أمور تسمى في الاصطلاح بالشروط متى وجدت تحققت ، وإذا انتفت أو واحد منها انعدمت . فشروط الانعقاد هي التي يتوقف عليها سلامة الأمور الأساسية في العقد . وهي العاقدان والصيغة والمحل . فإذا تخلقت هذه الشروط أو بعضها لحق العقد حلال في أساسه ، ويعبر عن هذا الحلال بالبطلان ، ويسمى العقد حينئذ باطلاً .

وشروط الصحة هي التي يتوقف عليها صلاحية العقد لترتيب الآثار الشرعية

عليه ، فإذا تخلفت هذه الشروط أو بعضها كان العقد غير صالح لترتب تلك الآثار عليه . ويعبر عن هذا الحلل بالفساد . ويسمى ذلك العقد فاسداً .

وشروط النفاذ هي التي يتوقف عليها ترتب الآثار على العقد بالفعل . وتخلف هذه الشروط يجعل العقد موقوفاً .

وشروط اللزوم هي التي يتوقف عليها بقاء العقد مرتباً عليه آثاره ، فلا يكون لأحد الخيار في فسخه ورفع من أساسه .

وقبل تفصيل الكلام على هذه الشروط نقول إن تنوع شروط إلى الأنواع الأربعة السابقة إنما هو على رأي فقهاء الحنفية الذين يفرقون بين الفاسد والباطل في الزواج فجعلوا للإعقاد شروطاً يترتب على تخلفها البطلان ، وجعلوا للصحة شروطاً يترتب على تخلفها الفساد .

أما الذين لم يفرقوا بينهما وجعلوا غير الصحيح نوعاً واحداً يسمى بالباطل أو الفاسد فليس عندهم شروط للإعقاد وأخرى للصحة بل كلها شروط للصحة فأنواع الشروط للزواج عندهم ثلاثة .

ونحن إذا نظرنا لعقد الزواج غير الصحيح في المذهب الحنفي عامة وجدنا بعض صورته تختلف عن بعضها الآخر في ترتب بعض آثار الزواج عليها .

فمن صورته ما لا يترتب عليه أي أثر منها فلا يجب به مهر ولا عدة ولا يثبت به نسب . كزواج الأخت والننت وغيرها من المحرمات المتفق على تحريمها .

ومنها ما يترتب عليه بعض الآثار كوجوب المهر والعدة بعد المتاركة أو التفريق وثبوت النسب إن أثمر هذا الزواج كزوج أخت امرأته التي طلقها بائناً أثناء المدة ، والزواج بغين شهود مما اختلف فيه الفقهاء .

وإذا كان الأمر كذلك فمن المستحسن التفريق بين النوعين واختصاص كل منهما باسم خاص فنسمي النوع الذي لا يترتب عليه أي أثر بالباطل ، وما يترتب على الدخول فيه بعض آثاره نسميه بالفاسد على ما جرى عليه المحققون من فقهاء الحنفية . وسيأتي لذلك مزيد بحث عند الكلام على حكم الزواج وأنواعه إن شاء الله .

المبحث الأول

في شروط الانعقاد

يشترط لانعقاد الزواج شروط . منها ما يرجع إلى العاقد ، ومنها ما يرجع إلى الصيغة ، ومنها ما يرجع إلى محل العقد .

فأما ما يرجع إلى العاقد فشرطان :

أولهما : أن يكون كل من العاقدين أهلاً لمباشرة العقد بأن يكون مميزاً . سواء كان كامل الأهلية كالبالغ الرشيد أو ناقصها كالصبي المميز^(١) غير أن كامل الأهلية عقده نافذ ، وناقصها عقده موقوف .

فإن كان أحد العاقدين فاقداً للتمييز كالمجنون والصبي غير المميز فلا ينعقد الزواج ، لأن فاقداً للتمييز لا إرادة له ، ومقتضى انعدام الإرادة انعدام العقد .

وثانيهما : أن يعلم كل من العاقدين ما صدر من الآخر . بأن يسمع كلامه أو يرى إشارته ويعرف مراده منها . بأن يعرف أن هذه العبارة أو تلك الإشارة يقصد بها إنشاء العقد وإن لم يعرف معاني الكلمات اللغوية .

(١) هذا عند الحنفية ومن وافقهم ، وأما الشافعية فيشترطون كمال الأهلية بالبلوغ من العقل ، فلا يصح أن يتولى العقد الصغير المبرم عندهم لكن الحنفية يجعلون البلوغ شرطاً للنفاذ كما يقول صاحب المدائع ج ٢ ص ٢٣٢ .

فلو لقنت امرأة غير عربية لفظ زوجتك نفسي فقالت لها للرجل الذي يطلب زواجها وهي تعرف أن هذه الكلمة تقال لإنشاء عقد زواج انعقد العقد وان لم تكن تعرف معناها اللغوي .

وأما ما يرجع إلى الصيغة « الإيجاب والقبول » .

فأولاً : اتحاد مجلس الإيجاب والقبول . ومعنى الاتحاد هنا ألا يصدر من الماقدين أو أحدهما ما يلغي الإيجاب بعد صدوره . كأن يرجع الموجب عن إيجابه قبل القبول ، أو يعرض الطرف الآخر فلا يجد ذلك القبول إيجاباً يرتبط به . فلا ينعقد العقد ، لأن المكان وان كان واحداً إلا أن وجود الفاصل بين الإيجاب والقبول بالعمل الأجنبي منع الاتحاد حكماً^(١) .

هذا ومجلس عقد الزواج بالنسبة للتعاقد بطريق الرسالة أو الكتاب هو مجلس تسليم الرسالة أو قراءة الكتاب أمام الشهود ، فلو بلغ الرسول الرسالة إلى المرأة ثم اشتغلت بشيء آخر ثم قبلت فلا ينعقد العقد ، وكذلك لو قبلت في مجلس آخر لعدم اتحاد المجلس فيها .

وليلاحظ هنا أن الفاصل بين ما يمد إعراضاً عن الإيجاب فيلغيه وما لا يمد إعراضاً فلا يلغيه هو العرف حسب كل عقد ، فما يمد في العرف إعراضاً يمنع انعقاد العقد ، وما لا يمد إعراضاً لا يمنع من الانعقاد .

(١) يرى بعض فقهاء الحنفية أن المراد باتحاد المجلس اتحاد المكان الذي يمشأ فيه العقد ، وعلى هذا قالوا : لا ينعقد العقد بين ماشيين أو راكبين لشيء يستطيمان إيقافه عن السير ، لأن المجلس تغير بتغير المكان . وكان مكان القبول غير مكان الإيجاب فلا يحصل التلاقي بينهما ، وأما إذا كانا يركبان شيئاً لا يملكان إيقافه كالسفينة مثلاً فإنه يعتبر المجلس واحداً . راجع البدائع وفتح القدير والبحر الرائق وتبيين الحقائق باب البيع .

ولعل ما قاله الفقهاء في تمثيلهم لما بغير المجلس وما لا يغيره كان مبنياً على عرف زمانهم حيث لا نص يحدد ذلك .

وإذا لم يوجد نص يكون المرجع إلى العرف .

والشيعة الجعفرية في المشهور عندهم اشتراط اتحاد المجلس في عقد الزواج وان كان بعضهم يرى عدم كونه شرطاً، يقول صاحب الحواهر : لا دليل على اعتبار اتحاد المجلس في عقد الزواج ولا في غيره من العقود وان كان المشهور في المذهب كونه شرطاً^(١) .

ولا يلزم من اشتراط اتحاد المجلس أن يكون القبول فور الإيجاب ، لأن المراد كما قلنا . ألا يوجد منها أو من أحدهما ما يلغيه ، فلو صدر الإيجاب وطال الوقت والمجلس قائم ولم يوجد رجوع من الموجب ولا اشتغال بشيء آخر ممن وجه إليه الإيجاب ثم صدر القبول انعقد العقد .

هذا إذا كان العقد بين حاضرين ، فان كان بين غير حاضرين بكتاب مكتوب أو برسالة رسول فالقبول مقيد بمجلس تبليغ الرسالة أو قراءة الكتاب لأنه هو مجلس العقد في هذه الصورة كما قلنا .

ثانياً : أن يوافق القول الإيجاب حتى يتلاقيا على شيء واحد ، ويتحقق اتفاق الإرادتين ، فاذا تخالفا مخالفة كلية أو جزئية لا ينعقد الزواج إلا في حالة ما إذا كانت المخالفة إلى خير للموجب فانه ينعقد ، لأن التوافق موحود وان لم يكن صريحاً ، وتفصيل ذلك :

أن المخالفة إما أن تكون في محل العقد أو في مقدار المهر .

فاذا كانت في المحل . مثل أن يقول الراغب في الزواج : زوجتي ابنتك

(١) دقه الإمام جعفر^{عليه السلام} بمد حواد معنية ج ٥ ص ١٨٠ .

عائشة فيرد عليه بقوله: زوجتك ابنتي فاطمة، وفي هذه الصورة لا ينعقد العقد .

وان كانت في مقدار المهر بأن يقبل بأقل أو أكثر مما أوجبه الموجب فلا يخلو. إما أن تكون المخالفة فيها خير للموجب أو ليس فيها ذلك .

فان كانت ضارة مثل أن يقول الراغب في الزواج : زوجني ابنتك فلانة بمائة فيقول الآخر : زوجتكها بمائتين

وفي هذه الحالة لا ينعقد العقد ، لأن الإيجاب والقبول تخالفا في المهر ، وهو وان لم يكن ركناً في العقد إلا أنه عند ذكره بمقداره مع الإيجاب يلتحق به ويصير كجزء منه فيجب أن يكون القبول موافقاً لهذا المجموع (١) .

وان كانت المخالفة فيها خير للموجب مثل أن يقول الراغب في الزواج : زوجني أحتك فلانة بألف ليرة ، فيقول الآخر : زوجتكها بخمسمائة ، أو يقول ولي المرأة : زوجتك أختي بألف ليرة ، فيقول الآخر قبلت زواجها بألفين .

ففي هذه الحالة ينعقد العقد ، لأن المخالفة هنا فيها موافقة ضمنية لإيجاب الموجب ، والإرادتان متوافقتان ، فان من يلزم نفسه بالأكثر يقبل بالأقل ، ومن يقبل أن يزوج بنته أو أخته بالقليل لا يمانع في زواجها بالكثير .

غاية الأمر أن الزيادة في المهر من قبل الزوج لا تستحقها الزوجة إلا إذا قبلتها ، فلو لم تقبلها صراحة في المجلس لا يجوز لها بعد ذلك أن تطالب بها ، لأن التملك لا يكون بدون قبول إلا في الميراث بجعل الشارع ، أما النقصان من جانب الزوجة فلا يشترط فيه قبول الزوج ، لأنه إسقاط وحط عنه وهو لا يحتاج الى قبول .

(١) أما إذا لم يذكر مقدار المهر في العقد فان المتعاقدين يكونان راضيين بهر مثل الروحة فيكون هو الواجب ، وكذلك لو نفياء في العقد يتم العقد ويجب مهر المثل إلا إذا اتفقا بمدالعقد على مهر معين ، لأن المهر واجب في الزواج بإيجاب الشارع فلا يستطيع أحد إخلاء العقد منه .

وثالثاً : أن تكون الصيغة منجزة . بأن تكون مفيدة لمناها في الحال غير معلقة على أمر سيحدث في المستقبل .

أو مضافة إلى زمن مستقبل . كأن يقول الرجل للمرأة : تزوجتك فتقول قبلت لا خلاف بين الفقهاء في ذلك . فان علقه كأن يقول : تزوجتك إن قدم فلان من سعره وقبلت ، أو قال لها : تزوجتك في أول العام القادم وتقول قبلت فلا ينعقد العقد . لأن الزواج من التمليكات وهي لا تقبل التعليق ولا الاضافة ، لأن الشارع وضعه ليفيد حكمه في الحال بدون تأخير فتعليقه على أمر سيحدث في المستقبل يخرجها عما وضعه الشارع له ويجعله محلاً للمقامرة واحتمال حصول آثاره أو عدم حصولها . وإضافته تعطيل لعمله في فترة الزمن ما بين صدور الصيغة إلى مجيء الوقت المضاف إليه .

فكان كل منها منافياً لوضعه الشرعي فيبطل العقد معها . وسيأتي لذلك مزيد تفصيل عند الكلام على أقسام العقد باعتبار التقييد والإطلاق إن شاء الله .

أما ما يرجع إلى المحل وهو المرأة المعقود عليها فيشترط فيها .

أولاً : أن تكون أنثى محققة الأنوثة ، فلو عقد على غير الأنثى كالحنثى المشكل لا ينعقد العقد لعدم المحلية ويكون باطلاً ، فان زال الإشكال بأن غلبت فيه علامات النساء جاز العقد .

ثانياً : ألا تكون المرأة محرمة عليه تحريماً قطعياً لا شبهة فيه (١) .

(١) المرأة بالنسبة للزوج بها ثلاثة أنواع : نوع متفق على تحريمها فيه لأنه ثابت بدليل قطعي لا شبهة فيه سواء كان تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً . ونوع مختلف في تحريمها لكون دليل التحريم ظاهرياً أو كان تحريمها مما يحفي على الرأى للاشتباه فيه . ونوع متفق على حلها فيه وهو من عدا ذلك .

لا يختلف في حرمتها سواء كان التحريم مؤبداً كالام والبنت والاخت وباقي المحرمات ، أو مؤقتاً كزوجة الغير والمسلمة بالنسبة لغير المسلم ، والوثنية بالنسبة للمسلم وهو ما يعر عنه بكون المرأة محلاً أصلياً للزواج .

فإن عقد على واحدة من هؤلاء كان العقد باطلاً ، لأن هذه المرأة ليست محلاً أصلاً للزواج فيكون العقد خالياً من المحل والعقد لا يوجد بدون محله (١)

المبحث الثاني

في شروط الصحة

معنى صحة الزواج أن يكون العقد صالحاً لترتب الآثار الشرعية عليه . ولكي يكون الزواج صحيحاً بعد انعقاده لا بد أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

أولاً : ألا تكون المرأة محرمة على الرجل الذي يريد التزوج بها تحريماً ظنياً بأن كانت حرمتها ثابتة بدليل ظني أو مما يخفى تحريمها للاشتباه في أمره . كتزوج المرأة على عمتها أو خالتها فإنه ثابت بدليل ظني ، وتزوج المعتدة من طلاق بائن ، وتزوج أخت زوجته التي طلقها في أثناء عدتها لحقها كل منها والاشتباه فيه .

فهذا الزواج يكون منعقداً ، لأن المرأة محل للزواج في الجملة حيث يرى بعض الفقهاء صحته لكنه يكون فاسداً لعدم صلاحيته في ذاته لترتب الآثار عليه ، وما يترتب عليه من بعض الآثار حاء نتيجة الدخول بتلك المرأة بعد العقد . فان وقع هذا العقد وحب التفريق بينها إن لم يفترق

(١) لأن العقد هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله . وتزويج المحرمة قطعياً ليس فيه ارتباط على وجه مشروع ولا يطهر له أثر في محل العقد .

باختيارها ، ولا يجب به شيء إن وقع التفريق قبل الدخول ، فان أعقبه دخول ترتب عليه بعض الآثار من وجوب المهر والعدة وثبوت التسبب إن أثمر هذا الزواج . وبهذا يعلم أن الزواج بالمرأة المحرمة يختلف حكمه باختلاف نوع التحريم . فإن كان قطعياً متفقاً عليه جعل العقد باطلاً ، وكان انتفاء هذه الحرمة شرطاً لانعقاد العقد .

وإن كان ظنياً أو مختلفاً فيه كان للعقد وجود غير أنه لا يصلح في ذاته لترتب الآثار عليه ، فان أعقبه دخول ترتب على هذا الدخول بعض آثار الزواج لوجود العقد صورة . وكان انتفاء هذه الحرمة شرطاً لصحة العقد بحيث إذا تخلف هذا الشرط كان العقد فاسداً .

وهذه التفرقة مبنية على التفرقة بين الباطل والفساد في الزواج كما يرى أهل التحقيق من فقهاء الحنفية . وهي التي تتفق مع اختلاف صور الزواج غير الصحيح كما أشرنا إلى ذلك من قبل .

وأما من لا يفرق بين الزواج الباطل والفساد فقد سوى بين المحرمات كلها وجعل انتفاء المحرمية شرطاً لصحة العقد سواء كادت قطعياً أو ظنية مختلفاً فيها أو مما يخفى أمرها للاشتباه فيها .

ورأى هؤلاء يصطرب عند الفصل بين صور الزواج غير الصحيح الذي لا يترتب عليه أي أثر والذي يترتب عليه بعض الآثار حيث لا يوحد عندهم فاصل يفصل بين النوعين .

فالمنطق السليم يقضي بالتفرقة بين باطل الزواج وفساده ، ويجعل الباطل منه غير منعقد ، والفساد منعقداً غير صحيح .

ثانياً : أن يتولى العقد ولي المرأة . وهذا عند من لا يصحح الزواج بعارة النساء وهم جمهور الفقهاء .

أما عند من يصحح الزواج بعبارتها وهم الحنفية والحنفية فلا يشترطون هذا الشرط ، لأن للمرأة البالغة الرشيدة أن تزوج نفسها عندهم .

أما غير البالغة الرشيدة كالصغيرة والمجنونة فلا بد من الولى عندهم لا لصحة العقد فقط بل لوجوده أيضاً ، لأن عبارتها ملغاة لا اعتبار لها . وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه ان شاء الله .

ثالثاً : أن يكون العقد أمام شهود ، وهذا الشرط غير متفق عليه بين الفقهاء بل اختلفوا في أصل اشتراطه كما اختلف القائلون به فيما تصح به الشهادة .
والكلام عليه في موضعين : الأول في أصل الاشتراط ، والثاني فيما يعتبر في الشهود عند الشارطين .

أما الأول فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين :

فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة (١) ، والأوزاعي إلى أن الشهادة شرط لازم في عقد الزواج لا يعتبر صحيحاً بدونها ، لأنه وان وردت بالمصوص به مطلقة في القرآن إلا أن السنة قيدت هذا الأطلاق .

وقد روى الترمذي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بعير بينة » (٢) .

وروى الإمام أحمد عن عمران بن حصين عن النبي ﷺ قال : « لانكاح إلا يولي وشاهدي عدل » .

(١) الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه أنه يشترط الشهادة لصحة العقد . وفي رواية أخرى أنه يصح بدون شهود . المعنى ج ٦ ص ٤٥٠ .

(٢) قال الكمال في فتح القدير ج ٣ ص ٣٥١ : ولم يرفعه غير عبد الأطل في التفسير ورقمه في الطلاق .

كما روى الدارقطني عن عائشة قالت قال رسول الله : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » (١) .

فهذه الروايات يقوى بعضها بعضاً وقد اشتهرت فتصلح لتحصيل العام في القرآن (فانكحوا ما طاب لكم) ، وتقييد المطلق فيه : « وأحل لكم ما وراء ذلك » .

وقد روى ذلك عن جميع من الصحابة منهم عمرو وعلي وابن عباس وغيرهم (٢) . وقد روى مالك في الموطأ عن أبي الربير المكي أن عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال . « هذا نكاح السر ولا أجيره ولو كنت تقدمت فيه لرجمت » (٣) .

والشيعة الجعفرية لا يشترطون الشهادة في عقد الزواج فهو صحيح بدونها ، ولكنها أمر مستحب فقط كالإعلان .

حاء في تذكرة الفقهاء (٤) « يستحب الإعلان والأظهار في النكاح الدائم والأشهاد وليس الأشهاد شرطاً في صحة العقد عند علمائنا أجمع » .

ويقول الحلبي في شرائع الإسلام (٥) لا يشترط في شيء من الأنكحة حضور شاهدين ، ولو أوقعه الزوجان سرّاً ولو تأمرا بالكتان لا يبطل » .

وجمهور رأيهم : بأن الله لم يذكر الشهادة في النكاح وذكر الشهادة في البيع

(١) منتقى الأخبار ج ٦ ص ١٠٧

(٢) المحلى لابن حزم - ٩ ص ٤٩٥ .

(٣) الموطأ بشرح الباجي - ٣ ص ٣١٢ يريد أنه لو كان تقدم منه مع مثل هذا الزواج حتى يعلمه الناس لرحمت ولكنني لم أرجع لحمل الناس به .

(٤) هامش ص ١٩٤ من المختصر الدافع .

(٥) ج ٢ ص ٨

والدين مع أن الشهادة في الكفاح أكثر لما فيها من حفظ النسب وزوال التهم والتوارث وغيره من توابع الكفاح ، ولو كان الأَشهاد فيه شرطاً لما أمهله الله تعالى في القرآن لأنه مناف للحكمة .

كما استدلوا بما روي عن الساقر والصادق رضي الله عنهما من أنها صرحا بأن الزواج بغير شهود لا بأس به ، وإنما جعل الشهود من أجل المواريث والولد . وقد بينا أن القرآن وان ورد مطلقاً في تشريعه فقد قيدته السنة . ولعل الأحاديث السابقة لم تصح عندهم .

على أننا لو صححنا الزواج بدون شهود لاحتلط الحلال بالحرام ، وكان ذلك ذريعة للمعاشرة المحرمة حيث لا يعجز الفاسق الذي يعاشر امرأة في حرام عن دعوى أنه تزوجها .

كما يفتح ذلك أبواب الريبة والظن السيء ، لأن الناس إذا وجدوا رجلاً يتردد على امرأة تزوجها ولم يعلن زواجها ارتابوا في أمره وظنوا به الظنون .

وأيضاً فإن الزواج تترتب عليه حقوق لكل من الزوجين قبل الآخر من وحب الطاعة ولزوم النفقة وحقوق الأولاد كالنسب والنفقات وغيرها . وهذه الحقوق لا يمكن إثباتها إلا إذا كان الزواج معلناً مشهوراً بين الناس ليخرج عن حدود السرية التي هي سمة نقيضه وهو السفاح .

ومن هنا نرى الشرائع كلها متفقة على إعلانه وإشهاره وان اختلفت مسالكها في طرق الأعلات .

فالرسول يبين في غير حديث أن الشهادة أمر لا بد منه ، بل يجب على إعلانه فيقول : « أعلنوا النكاح واضربوا عليه الدفوف » ويقول لعبد الرحمن بن عوف لما تزوج : « أو لم ولو بشاة » .

وبهذا يترجح رأي الشارطين للشهادة^(١) ، غير أنهم مع اتفاقهم على أن الزواج بدون شهود غير صحيح اختلفوا في وقت الشهادة ، فالمالكية يذهبون إلى أنه لا يلزم أن تكون الشهادة وقت العقد وان كان ذلك مستحباً .

فلو دخل قبل أن يشهد كان عاصياً ويفرق بينها ، فالأشهاد شرط تمام كما يقول ابن رشد في بداية المجتهد^(٢) ، أو كما يقول صاحب الفواكه الدواني في شرحه لرسالة ابن أبي زيد^(٣) ، « إن أصل الأشهاد واجب وأما حضورها عند العقد فمستحب وأما عند الدخول فواجب .

وقد استدلوا على عدم لزوم الشهادة عند العقد بقصة زواج رسول الله صفة بنت حسي التي رواها البخاري عن أنس قال : أقام رسول الله بين خيبر والمدينة ثلاثاً بنينا عليه بصفية ودعوت المسامين الى وليمة ... فقال المسلمون إحدى أمهات المؤمنين أو مما ملكت يمينه ، فقالوا : إن حجبتها فهي من أمهات المؤمنين ، وان لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه . فلما ارتحل وطأ لها خلفه وسدل الحجاب بينها وبين الناس .

وجه الدلالة أن أصحاب رسول الله قالوا : إن حجبتها فهي من أمهات

(١) والطاهرية لم يشترطوا خصوص الشهادة بل شرطوا أحد أمرين الشهادة أو الأعلان يقول ابن حزم في المحلى ج ٩ ص ٤٩٥ : ولا يتم النكاح إلا بأشهاد عدلين أو بإعلان عام .
(٢) ج ٢ ص ١٥ وعبارة : اتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شروط النكاح واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول ، أو شرط صحة يؤمر به عند العقد ، واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر .

(٣) ج ٢ ص ١٥١ وراجع أيضاً المنتهي للساحي شرح الموطأ ج ٣ ص ٢ ٣ وما بعدها وفيه يقول : أما مقارنة الشهادة لعقد الزواج فلا خلاف أنه الأفضل . ويجوز عندنا أن يعقد النكاح بغير شهادة ثم يقع الأشهاد بعد ذلك . وراجع أيضاً الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢١٦ . وفيه : إنه يفسخ العقد إن دخلا بلا إشهاد بطلقة لصحة العقد نائنة لأنه فسخ جبري من الحاكم .

المؤمنين ، ولو كان أشهد على نكاحها لعموا ذلك (١) ، بالأشهاد . ثم قالوا : إذا كان
الأشهاد واجباً بالحديث السابق ولم نفعله رسول الله عند العقد فيتمين أن ينصرف
الوجوب إلى ما بعد العقد قبل الدخول .

وذهب الأئمة الثلاثة « أبو حنيفة والشافعي وابن حنبل » إلى أن الأشهاد
واجب وقت العقد ، لأن الحديث نفى الزواج بغير شهود ، والنفي مسلط هنا
على الصحة ، فإذا وحد العقد بدون شهود كان غير صحيح (٢) .

وأما قصة صفية فلعلها خصوصية لرسول الله حيث أبيع له من الزواج
ألواناً لم تبغ لغيره . كالزواج بغير مهر ، والجمع بين أكثر من أربع واكتفى بالوليمة
لأعلان زواجه هنا .

على أن رسول الله قد ارتفع عن أن يكون موضع شبهة أو ظن سيء .

ولو سلمنا عدم الخصوصية وأنه تزوج بدون شهود على العقد فأين إظهاره
قبل الدخول ؟ والرواية تصرح بأنه دخل بها بعد الوليمة ولم يعلم الصحابة بأنها
زوجة إلا من إرخاء الحجاب ، فأما أن تأخذوا بهذا وحده وتمنعوا اشتراط
الشهادة أصلاً ، وإما أن تأخذوا بالحديث وتوافقوا الشارطين في كونها شرطاً
عند العقد .

وهذا يكون العقد بحضرة الشهود صحيحاً بالاتفاق ، ولكن لو أوصى
الزوج الشهود بالكتابة وعدم الأعلان هل يؤثر ذلك في العقد ويبطله أو لا ؟
ذهب المالكية إلى أنه يبطل العقد ، لأنه يصير نكاح سر وهو باطل لأن

(١) شرط المؤطأ للماحي .

(٢) حتى لو كان العقد موقوفاً على الأجازة وحضر الشهود عند الأجازة ولم يحضروا عند
العقد لم تحز الشهادة لأنها شرط في العقد والأجازة ليست عقداً بل هي شرط لنفاذه . وبعدها
يثبت حكم العقد مستنداً إلى وقت انعقاده لا من وقت الأجازة البدائع ج ٢ ص ٢٥٦ .

المطلوب فيه الإعلان كما حض عليه رسول الله بقوله : « أعلنوا النكاح واضربوا عليه الدفوف » .

وذهب غيرهم من الحنفية والشافعية والظاهرية^(١) إلى أن هذا لا يؤثر في العقد ولا يجعله سراً ، وكيف يكون سراً وقد حضره أربعة وهم العاقدان والشاهدان .

قال الشاعر : الأكل سر جاوز اثنين شائع .

وقال غيره :

السريكتهم الأثنان بينها . وكل سر عدا الأثنين منتشر

وأما الموضوع الثاني : فقد اشترط القائلون بحوب الأَشهاد في الشهود شروطاً اتفقوا في بعضها واختلفوا في بعضها الآخر .

وأهم هذه الشروط . العقل والبلوغ والحرية والأسلام إذا كان الروجسان مسلمين ، والتعدد ، وسماع كل شاهد كلام العاقدين مع فهم المقصود منه إجمالاً .

أما اشتراط العقل والبلوغ والحرية فلأن الشهادة فيها معنى الولاية ، لأنها تازم المشهود عليه بالمشهود به حيث ينبنى عليها القضاء الملزم ، ولولا الشهادة ما كان قضاء ولا إلتزام ، وليس لغير الأحرار البالغين العقل الولاية حتى على أنفسهم ، فكيف تثبت لهم ولاية على غيرهم ؟

ومن ناحية أخرى أن المقصود من حضور الشهود إظهار خطر هذا العقد بأجلانه وتكريمه ، وبحضور غير هؤلاء لا يتحقق شيء من ذلك ؛ بل يكون عقده بحضور غيرهم استهانة به .

(١) راجع بداية المجتهد ج ٢ ص ١٥ ، المحق لابن حزم ج ٩ ص ٤٩ .

وعلى هذا لا يصح العقد بحضور الصغار ولو كانوا مميزين والمجانين
والعميد^(١) .

وأما اشتراط الأسلام فيما إذا كان الزوجان مسلمين ، فلما في الشهادة من
معنى الولاية على المشهود عليه كما قلنا ولا ولاية لغير المسلم لقوله تعالى : « ولن
يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » / النساء / ١٤١ .

ولأن من أغراض الشهادة على هذا العقد إعلانه وتكريمه ، وشهادة غير
المسلمين على زواج المسلمين لا تكريم فيها ، ولا يتحقق بها إشهاره بين المسلمين
ولأن لهذا العقد اعتباراً دينياً فلا بد من أن يشهده من يدين بدين الزوجين .
وهذا الشرط في زواج المسلمين لم يخالف فيه أحد من الفقهاء الشرطين
للشهادة .

ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية . فذهب أبو
حنيفة وأبو يوسف إلى أنه لا يشترط إسلام الشهود ، فيصح أن يشهد عليه
كتابيان سواء اتفقا معها في دينها أو اختلفا معها فيه .

وذهب محمد بن الحسن وزفر من الحنفية والأئمة الثلاثة إلى أنه يشترط
الإسلام^(٢) ، لأن الشهادة على العقد الصادر من جانب الرجل المسلم والزوجة
غير المسلمة ، فلو جوزنا هذه الشهادة للزم أن تكون شهادة غير المسلم على المسلم
فيقع المحذور السابق وهو جعل لغير المسلم نوع ولاية على المسلم وهو
ممنوع شرعاً .

(١) خالف في شهادة العميد الإمام أحمد وجوز شهادتهم في الزواج كما نص عليه ابن
قدامة في المعنى ج ٦ ص ٤٥٣ .

(٢) يقول ابن قدامة في المعنى ج ٦ ص ٤٥١ « لا ينعقد النكاح إلا بشهادة مسلمين سواء
كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده . نص عليه أحمد وهو قول الشافعي ، لأنه نكاح مسلم
فلم ينعقد بشهادة دينيين كنكاح المسلمين ، وراجع نناية المحتاج ج ٣ ص ٢٧٠ .

مع أن هذه الشهادة وان تحقق بها إشهار الزواج بين غير المسلمين فلا يتحقق بها إشهاره بين المسلمين ، وليس فيها تكريم لهذا العقد الذي أحد طرفيه مسلم .

وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فقد لا حظا في تجويز هذه الشهادة أنها شهادة على الزوجة فليس فيها شهادة غير المسلم على المسلم ، لأن عقد الزواج يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر واختصاص الرجل بهذا الاستمتاع ، فحقه ملك استمتاع يجملها قاصرة عليه ، وحقها مجرد الحل بدون اختصاص .

وبهذا يكون حقه عليها أقوى أثراً من حقها عليه في هذه الناحية ، والشهادة يراعى فيها الجانب الذي عليه الحق الغالب ، فيكون هو المشهود عليه ، فتؤول هذه الشهادة إلى أنها شهادة للزوج على الزوجة فيراعى جانبها .

وهذا التوجيه وان كانت له وجاهته وفلسفته إلا أنه يرد عليه : أن هذه الشهادة ليست على المرأة وحدها ، بل هي شهادة على زواج مشترك بين الرجل والمرأة ، وشهادة غير المسلمين وان أثبتت حق الرجل على المرأة إلا أنها لا تتحقق إعلان الزواج وإشهاره بين المسلمين كما في شهادة غير المسلمين على زواج المسلم بالمسلمة .

وبلاحظ هنا أن عمل المحاكم في جمهورية مصر العربية على قول أبي حنيفة وأبي يوسف باعتباراه الرأي الراجح في مذهب الحنفية ، وأن قانون العائلة جاء مطلقاً في الشهادة فادته الرابعة والثلاثون تنص على أن :

« حضور شاهدين مكلفين أثناء عقد النكاح شرط في صحة النكاح ويجوز أن يكون الشاهدان من أصول وفروع الحاطب والمخطوبة » .

وأما التعدد فلأن الأصل في الشهادة المثبتة أن تكون من رجلين أو رجلين وامرأتين لقوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان بمن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما

الأخرى» / البقرة / : ٢٨٢ . فهذه الآية رسمت لنا طريق الشهادة وجعلت شهادة المرأتين مساوية لشهادة الرجل وبينت العلة في ذلك . وإذا كانت الآية جعلت الشهادة على هذا الوجه في الأمور المالية التي لا تشتت الشهادة لصحتها ، وإما تطلب فيها على وجه الندب والاستحباب كما يرى حماير العلماء - إذا استثنينا الظاهرية ومن وافقهم في أنها واحدة - فأولى أن تكون الشهادة في النكاح على هذا الوجه لأنها شرط لصحته ، ولأن الأحاديث المثبتة للشهادة صرحنا بالعدد « لا نكاح إلا بشهود ، ولا نكاح إلا بشاهدين » . وقد قدمنا الأثر الذي رواه مالك في الموطأ عن عمر « أنه أتى بكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال : هذا زواج السر ولا أحيزه ولو كنت تقدمت فيه لرحمت » .

فويرى أن هذا الزواج بهذه الشهادة الناقصة زواج سر ولا يحيزه ، وأن الوطء فيه زنى . غير أنه لم يقم الحد على الزوجين لجهل الزوجين بذلك لأنه لم يتقدم منه منع تمثل هذا الزواج حتى يعلمه الناس .

ومن هنا ذهب الحنفية إلى أن الشهادة في النكاح لا تكون إلا من رجلين أو رجل وامرأتين (١) .

لأن الأصل في الشهود أن يكونوا من الرجال ولا تقبل شهادة النساء وحدهن

(١) ويرى المالكية أنه لا بد من شاهدين من الرجال . فلا يثبت بشهادة رجل وامرأتين لقوله تعالى في الطلاق أو الرخصة : « وأشهدوا ذوي عدل منكم » الفواكه الدواني شرح الرسالة ج ٢ ص ١٥١ ، والباقي على الموطأ ج ٢ ص ٣١٣ وعبارته : لا يثبت تأقل من شاهدين من الرجال ولا يثبت بشهادة رجل واحد وامرأتين . وكذلك المناجاة كما صرح به ابن قدامة في المعجم ج ٦ ص ٥١ ؛ للحديث « وشاهدي عدل » والشافعية ، وفي مهابة المحتاج ج ٢ ص ٢١٩ « ولا يصح النكاح إلا بحضرة شاهدين شرطهما حرية وذكرورة وعدالة وسمع وبصر فلا يصح بحضرة من انتفى فيه شرط مما ذكر ويرى ابن حزم أنه يصح شهادة أربع من النساء مستنداً إلى قول الرسول : « شهادة المرأة بصف شهادة الرجل . المحلى ج ٩ ص ٩٥ .

في غير المواضع المستثناه ، وهي التي لا يطلع عليها الرجال ، فلا تكفي شهادة النساء منفردات في الزواج ، لأن من أغراض حضور الشهود إعلات الزواج وهو لا يتحقق بوجودهن ، لأنه يغلب عليهن - إذا كن مسلمات متأدبات بأدب الإسلام - الاستتار وعدم حضور محالس الرجال ، وإذا وجد معهن رجل تحقق الإعلان بين الرجال والنساء .

وهناك بعض الصور يظهر فيها صحة الزواج بشاهد واحد . مثل ما إذا وكلت المرأة رجلاً ليزوجها بحضورها وحضور شاهد واحد فإنه يصح ، كما يصح في صورة ما إذا وكل ولي الزوجة وكيلاً لمباشرة العقد بحضوره وحضور شاهد واحد أيضاً .

والحقيقة أنها شاهدان ، لأن في الصورة الأولى اعتبرت المرأة هي المباشرة للعقد والوكيل سفير ومعبّر عنها ، وفي الصورة الثانية يعتبر المباشر للعقد شاهداً بالاعتبار السابق .

لكن يشترط في كل من الصورتين أن تكون المرأة بالغة ليمكن اعتبارها مباشرة للعقد في الصورتين وليصح توكيلها في الصورة الثانية ، لأن القاعدة المقررة : أن الأصيل في العقد إذا كان حاضراً في المجلس يمكنه أن يبأشر العقد بنفسه اعتبر هو العاقد حكماً ويعتبر الولي أو الوكيل شاهداً .

أما إذا كانت صغيرة وزوجها أوها بمحضرة رجل واحد فإنه لا يصح لأنه لا يمكن اعتبارها عاقدة فلم يكن ثمة إلا شاهد واحد^(١) .

أما اشتراط سماع الشهود كلام العاقدين مع فهمهما المراد منه اجمالاً وإن لم

(١) والتوكيل بالزواج لا يلزم في صحته أن يشكون أمام شهود . فلو قالت لأبيها وكنتك في زواجي بدون حضور شاهدين صح ذلك ولكن إذا أنكرت التوكيل لم يكن عليها شهود وفائدة الشهادة على التوكيل أثباته عند إنكاره

يفهما معاني المفردات ، لأن إعلان العقد لا يتحقق بدون السماع والفهم ، فإذا عقدا بحضور من لا يسمع ولا يفهم المراد لا يصح العقد (١) .

فلو كان الشاهدان أصميين أو نائمين أو سكرانين لا يعى الواحد منهما ما يسمعه ولا يتذكره بعد إفاقته لا يتحقق الغرض من الشهادة بوجودهما .

واشترط السماع وإنما يكون في العقد بالكلام ، فإذا كان بالأشارة كان الشرط رؤيتها وفهم المقصود منها ، فلو لم يز الشهود تلك الأشارة بأن كانوا مكفوفين البصر أو رأوها ولم يفهموا المراد منها لا يصح العقد .

وأما عدالة الشهود فقد شرطها المالكية والشافعية والحنابلة (٢) والظاهرية واستدلوا بحديث « وشاهدي عدل » ولأن من أغراض الشهادة هنا إظهار شأن العقد وتكريمه ، ولا يحصل هذا التكريم بشهادة الفسقة لأنهم ليسوا أهلاً للكرامة

(١) كتب الحنفية تحكي خلافاً في المذهب بين فقهاءهم في هذا الشرط (في السماع والفهم) فمنهم من جعل الشرط هو حضور الشاهدين فقط وإن لم يسمعا . ومنهم من يقول لا بد من السماع وهو الأصح ، وكذلك بين من شرط السماع . هل يشترط الفهم . منهم من لم يشترطه ولو عقدا محضرة شاهدين لا يعرفان لفتهما صح . ومنهم من يشترط الفهم وهو الأصح . وهكذا تختلف عبارات الكتب . ووفق بعض العقهاء بين القولين « اشترط الفهم وعدمه » فقال : إن اشترط الفهم محمول على فهم المقصود إجمالاً من كلام الماقدين وأنها يقصدان عقد الزواج ، وعدم اشترطه محمول على فهم معاني الألفاظ بعد فهم أن المراد عقد الزواج ويكون الأصح في المذهب اشترط السماع والفهم إجمالاً للمقصود ولا يشترط فهمها لمعاني الألفاظ بل يكفي أن هذا اللفظ يقصد به الزواج . راجع رد المختار لابن عابد بن ج ٢ ص ٣٧٥ .

(٢) راجع المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٥١ ، والمهلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٩٥ ، والفراغة الدراني ج ٢ ص ١٥١ . ولكن المالكية يقولون إن وجد العدل فلا يمدل عنه إلى غيره ، فإن لم يوجد العدل وقت العقد أو الدخول نصح شهادة المستور الذي لم يعرف بالكذب فإن لم يوجد استكثر الشهود كالثلاثين والأربعين . وراجع أيضاً نهاية المحتاج ج ٢ ص ٢١٩ وفيه وينتقد بمتوري العدالة وهما المعروفان بها طاهراً لا باطماً على الصحيح لأن النكاح يجري بين أوساط الناس والعرام ولو اعتبر فيه العدالة الباطنية لاحتاجوا إلى معرفتها ليحضروا من هو متصف بها فيطول الأمر عليهم . والثاني لا يتمد بحضورهما لتعدد الزوجات .

في أنفسهم فلا يكرم العقد بحضورهم . كما أن من أغراضها توثيق العقد
والتمكن من أثباته عند أنكاره والتنازع فيه ، وشهادة الفسقة لا يثبت بها
الزواج أمام القضاء بالاتفاق .

غير أنهم يكتفون بالعدالة الظاهرة في الجملة ، فيكفي أن يكون الشاهد مسر .
الحال لم يظهر فسقه ، لأن النكاح يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس
من لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار العدالة في الواقع فيه مشقة على الناس فاكفى
بظاهر العدالة تخفيفاً عليهم .

فان تبين بعد العقد أنه كان عند العقد فاسقاً لم يؤثر ذلك في العقد ، لأن الشرط
العدالة ظاهراً وقد تحقق ذلك كما يقول ابن قدامة في المعنى .

وأما الحنيفة فلم يشترطوا في الشهود العدالة فيجوز شهادة غير العدول في
الزواج ، وان كان الكمال بن الهمام من علماءهم استظهر عدم جواز شهادة الفسقة
في حال تلبسهم بالفسق .

ووجهوا رأيهم بأن الفاسق له أهلية لأنشاء عقد الزواج لنفسه ولغيره بالولاية
أو الوكالة بلا نزاع ، فيكون أهلاً لأن يعقد الزواج بحضوره من باب أولى فيصلح
شاهداً فيه ، وكونه لا تقبل شهادته لا يطمع في صحة تحمله لها لجواز أن يتحملها
وهو فاسق ثم يزول عنه الفسق فتقبل شهادته . ومن هنا وضعوا ضابطاً لمن تقبل
شهادته في الزواج فقالوا : كل من صلح أن يكون ولياً في الزواج بولاية نفسه
يصلح شاهداً فيه وإلا فلا .

لأن الغرض من الشهادة على العقد ليس قاصراً على أدائها عند التنازع ، بل
من أغراضها أظهار العقد وأشهاره بين الناس وهذا يتحقق بشهادة غير العدل .
وأما الحديث الذي استدل به الجمهور فهو ضعيف ، وعلى فرض سلامته من
الضعف فالمقصود منه مجرد الإرشاد إلى ما هو الأفضل .

وأنت ترى أن هذا تكلف منهم في الرد على الحدث ، لأن عبارة الحديث صريحة في نهي صحة الزواج بغير الشهود العدول ، وقد جاء في بعض رواياته « وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل » .

على أن الحنفية ليس لهم دليل على اشتراط أصل الشهادة إلا هذا الحديث فكيف يأخذون بعضه ويتركون بعضه .

وهذا يترجح رأى القائلين باشتراط العدالة :

ولما كانت الشهادة في الزواج عند الحنفية ليست مقصودة لأثباته عند أنكاره والاختلاف فيه بل لأشهاره وإخراجه من السرية إلى العلنية صححوه بحضور من لا تقبل شهادتهم من فروع العاقدين أو أصولهما وإن كانوا يمنعون هذه الشهادة في غير هذا الموضع .

فيجوز أن يتزوج الرجل بشهادة ابنه من غير الزوجة المعقود عليها أو بشهادة أبيها من غيره ، كما يجوز أن يتزوجها بشهادة ابنه منها على ما هو المعتمد في المذهب .

والسبب في ذلك : أن هذا الموضع لا تهمة فيه ولا شبهة . بخلاف غيره فإن الشبهة قائمة والتهمة موجودة ، لأن المقصود بها إثبات الحقوق

ولذلك قالوا : إن شهادة هؤلاء وإن كان ينعقد بها النكاح إلا أنه لا يثبت بها عند الأذكار فشهادتهم تنفع في حل الزوجة ديانة لا قضاء .

فالزواج له حالتان حالة الانعقاد ويصح فيها شهادة الأعمى والفاسق والأبى والأب ، وحالة الأثبات عند الأذكار وهذه لا تصح شهادتهم فيها ، بل يشترط في الشاهد على إثبات الزواج ما يشترط في غيره من العدالة وعدم التهمة .

ومن هنا قالوا : إذا كانت شهادة الأبى عند اختلاف الزوجين على أحد أبيه

تقبل لعدم التهمة وان كادت له لا تقبل لوجود التهمة (١)

هذا والمعمول به في جمهورية مصر العربية مذهب الحنفية وقد عرفناه .

أما في لبنان فبالنسبة للحنفية هو المقرر في مذهبهم . وهو عدم اشتراط الشهادة لصحة الزواج .

أما بالنسبة للسنيين فما قرره قانون العائلة في المادة (٣٤) ونصها :

(حضور شاهدين مكلفين أثناء عقد النكاح شرط في صحة النكاح ويجوز أن يكون الشاهدان من أصول وفروع الخاطب والمخطوبة) وهو متفق في جملته مع مذهب الحنفية ، لأنه لم يشترط في الشاهدين غير كونهما مكلفين . وظاهر أن هذه المادة لا تطبق على الجعفرية لأنها لا تتفق ومذهبهم .

كما أن المادة (٥٦) من ذلك القانون تنص على أن الزواج بغير شهود فاسد . وهم يعتبرونه صحيحاً . (٢)

رابعا : أن تكون الصيغة من الأيجاب والقبول مؤبدة غير مؤقتة بمدة فان صحبها توقيت كان العقد فاسداً عينت المدة أو لم تعين كانت المدة قصيرة أو طويلة . فلو قال رجل لامرأة : تزوجتك مدة عام مثلاً وقبلت الروجة ، أو قال لها : زوجيني نفسك مدة عشر سنوات أو فترة من الزمن أو مدة إقامتي في هذا البلد وقبلت كان العقد فاسداً . لأن العقد بهذه الصورة يكشف عن الغرض المقصود منه وهو مجرد الاستمتاع المؤقت ، والزواج لم يشرع لهذا

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٥٦ .

(٢) أما الطائفة الدرزية فان حضور الشهود لا بد منه ولكنه لا يكفي في الشهادة أقل من أربعة . كما جاء بالمادة (١٤) ونصها يتم عقد الزواج بالايجاب والقبول من الفريقين في مجلس العقد بحضور شهود . ويجوز أن يكون الشهود من أصول وفروع الخاطب والمخطوبة . على أن لا يقل عددهم عن الأربعة .

الغرض بل شرع للاستقرار والسكن وتكوين الأسرة . وهذا لا يكون مع التوقيت وهو متفق على عدم صحته ولم يخالف فيه إلا الشيعة القائلون بجواز زواج المتعه وسيأتي توضيح ذلك في تقسيم العقد من حيث الأطلاق والتقييد .

المبحث الثالث

في شروط النفاذ

منه نفاذ العقد : أن تترتب عليه آثاره الشرعية ، فالعقد إذا كان مستوفياً لأركانه وشروطه لا تترتب عليه آثاره بالفعل إلا بشروط تسمى في عرف الفقهاء بشروط النفاذ . ويجمعها أن يكون لكل من العاقدين الحق في إنشاء عقد الزواج، ويتحقق ذلك بكمال أهليتهما مع وجود صفة شرعية تجيز لهما إنشاء هذا العقد . وكمال الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل ، والصفة هي الأصالة أو الولاية أو الوكالة .

وعلى هذا إذا تولاه الزوجان مع كمال أهليتهما نفذ انعقد وترتبت عليه آثاره عند من يصحح الزواج بعبارة النساء وهم الحنفية ومن وافقهم .

وإذا كان أحدهما ناقص الأهلية كالصغير المميز والمعتوه انعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة من له الأجازة ، لأن وجود أصل الأهلية يجعله منعقداً صحيحاً ونقصانها يجعله موقوفاً على الأجازة ليتمكن تلافياً للضرر المحتمل من هذا العقد، أما إذا كان أحدهما فاقد الأهلية كالجنون والصغير غير المميز فإن العقد يكون باطلاً كما قدمنا .

وإذا تولاه غيرها من كملت أهليتهم فإن كان ولياً أو وكيلاً نفذ العقد .

وإن كان مجرداً من هذه الصفة انعقد موقوفاً على الأجازة ، لأن وجود الأهلية الكاملة يجعله منعقداً صحيحاً ، وعدم الصفة الخولة لأنشاء العقد يجعله

موقوفاً على الأجازة . ويسمى ذلك الشخص في عرف الفقهاء بالفضولي . ومثل الفضولي في هذا الوكيل إذا خالف مقتضى الوكالة . كأن يوكفه في زواج امرأة معينة أو بمهر معين فيزوجه غيرها أو بمهر أكثر . فإن العقد يكون موقوفاً على إجازة الموكل .

وكذلك الولي البعيد إذا عقد الزواج مع وجود الولي القريب الكامل الأهلية ، فإن عقده يكون موقوفاً على إجازة القريب . وسيأتي بيان هذا في بحث الولاية .

وإذا زوج السفيه أو من عنده غفلة نفسه صح العقد ونفذ ولو كان محجوراً عليه ، لأن عقد الزواج تصرف شخصي لا يرد عليه الحجر ، وإنما الحجر على التصرفات المالية .

ولهذا لو تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها ثبت لها مهر المثل فقط ، ولو كان السفه في جانبها ورضيت الزواج بالأقل ثبت لها مهر المثل ، وإن سمي لها أكثر صحت التسمية إذا لم يكن سفيهاً وإلا فيقتصر على مقداره .

المبحث الرابع

في شروط الزوم

معنى لزوم العقد : ألا يكون لأحد الزوجين أو لغيرهما ممن يتعدى إليه ضرر العقد حق فسخه بعد تمامه^(١)، وعلى هذا يكون المراد بشروط الزوم هي

(١) قد يقال : إن للزوج حق الطلاق فهو يملك فسخ العقد مع لرومه . والحواب أن الفسخ نوعان : أحدهما ما كان سبب الفسخ فيه أمراً يتصل بإنشاء العقد كالفسخ بخيار البلوغ أو خيار الإفاقة أو لعدم الكفاءة على رأي . وهذا النوع ينقص العقد من أساسه كأن لم يكن ، =

الشروط التي اذا تحققت كلها لم يكن لأجد الحق في فسخ العقد، فان تخلفت تلك الشروط أو بعضها كان العقد غير لازم يجوز فسخه إذا طلب ذلك صاحب الشأن .

والأصل في عقد الزوج أن يكون لازماً لأنه شرع لمقاصد لا توجد إلا مع لزومه ، ولذلك لا يصح فيه حيار الشرط ولا خيار الرؤية كما في البيع عند كثير من الفقهاء .

غير أن هذا اللزوم لا يكون إلا إذا توفر الرضا الكامل من الجانبين ، فإذا وجد فيه ما ينقضه عند أحدهما ثبت له خيار الفسخ ويكون العقد غير لازم .

وعلى هذا يشترط للزوم عقد الزواج إجمالاً : أن يكون خالياً مما يوجب الفسخ .

ولما كان الموجب للفسخ يختلف باختلاف متولي العقد كان لا بد من تفصيل ذلك الشرط المجهل إلى الشروط الآتية .

أولاً : أن يكون الزوج كفو^(١) للزوجة إذا زوجت نفسها وهي كاملة الأهلية . أي بالغة عاقلة رشيدة .

= وثانيهما : ما كان لعارض يمنع بقاء الزواج كالفسخ بردة أحد الزوجين أو بإباء الزوج عن الإسلام بعد إسلام الزوجة والفسخ باللعان . والطلاق ليس فسخاً بالمعنى الأول ، لأنه ينهي العقد ولا يرفعه من أساسه . وهو وإن كان فسخاً بالمعنى الثاني إلا أنه لا يتنامى مع لزوم عقد الزواج لأن الطلاق مشروع للضرورة ليكون علاجاً لحالة طارئة على الحياة الزوجية المفروض فيها أن تكون دائمة إذا أصبحت تلك الحياة ضرراً على طرفي العقد . ومن المقرر « أن الضرر يرال » .
(١) الزوج الكفو هو المساوي للزوجة في أمور خاصة منها الدين والنسب . وسيأتي بيانها في بحث الكفاءة إن شاء الله .

فان لم يكن كفوًا لم يكن العقد لازماً إذا كان لها ولي عاصب^(١) لم يرض بهذا الزواج ، فله حق الاعتراض وطلب الفسخ^(٢) ، لأن الكفاءة حق مشترك بين الزوجة وأولياها ، فاذا أسقطت حقها بقي حق الأولياء . لكن هذا الحق ثابت ما لم يسكت حتى تلد أو تحمل حبلاً طاهراً ، فان حدث ذلك سقط حق الاعتراض ، لأن حق الولد هما في المحافظة عليه وتربيته أقوى من حق الأولياء في الاعتراض . وهذا في الرواية الظاهرة عند الحنفية^(٣) .

ثانياً : ألا يقل مهرها عن مهر أمثالها من قوم أبيها إذا زوجت نفسها ولو كان الزوج كفوًا لها ، فلو زوجت نفسها من كفء بأقل من مهر مثلها ولها ولي عاصب لم يرض بهذا الزواج كان العقد غير لازم ، وللولي حق الاعتراض وطلب الفسخ ، لأن الأولياء - كما يجري به العرف بين الناس - يفتخرون بكثرة المهور ويتعبرون بنقصانها .

وهذا الحق ثابت ما لم يقبل الزوج زيادة المهر إلى مهر المثل أو تلد المرأة أو تحمل حبلاً طاهراً ، فان حصل شيء من ذلك سقط حق الاعتراض عند أبي

(١) الولي العاصب هو القريب للمرأة قرابة لا تتوسط فيها الأنتى وحدها كالأب والجد لأب وان علا والأب وان الأن والأخ الشقيق أو لأب والعم الشقيق أو لأب وهكذا . فان لم يكن لها ولي عاصب وقع عقدها لارماً .

(٢) ولو فسح القاضي هذا العقد لا يعتبر فسحه طلاقاً بل هو رفع للمقد من أساسه ، فاذا كان قبل الدخول والحلوة الصحيحة لم يترتب عليه شيء من الآثار فلا مهر ولا ميراث اذا مات أحد الزوجين ، أما إذا مات أحدهما قبل فسخه ترتب عليه الآثار لأنه عقد صحيح نافذ ، فان حصل دخول أو خلوة صحيحة وجب جميع المهر وثبت له حق التوارث ووجبت العسدة على المرأة بعد الفرقة وثبت نسب الولد من الزوج .

(٣) وفي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنها إذا زوجت نفسها بدون كفء كان العقد غير صحيح حسماً للدرع من أول الأمر ، لأن الولي قد لا يحسن الخصومة وان أحسنها فقد لا يعدل القاضي ، وقد يترك الولي الاعتراض أنفة من التردد على أبواب القضاء . فتح القدير

حنيفة^(١) وهو الذي يجري عليه العمن في القضاء في مصر

ومذهب الجعفرية أن رضا المرأة بزواجها من غير كفاء أو بأقل من مهر المثل كاف في لزوم العقد ، ولا يتوقف على رضا الأولياء ، لأن الكفاءة والمهر حقان للمرأة وحدهما فإذا أسقطتها سقطا .

وعلى هذا يكون المعمول به في لبنان بالنسبة للجعفرين عند اشتراط الكفاءة أو مهر المثل بمقتضى مذهبهم .

وأما بالنسبة للسنيين فيشترط في لزوم العقد أن يكون الزوج كفتاً سواء كان بمهر المثل أو بأقل منه كما جاء بالمادة ٤٧ من قانون حقوق العائلة . ونصها :

« لو كتبت الكبيرة وليها وزوجت نفسها لآخر بدون استحصال رضائه ينظر إن تزوجت كفاءاً فالعقد لازم ولو كان بأنقص من مهر المثل ، أما إذا تزوجت شخصاً غير كفاء فللولي أن يراجع الحاكم ويطلب فسخ النكاح » .

وإذا ثبت حق الاعتراض وطلب الفسخ للولي ورفع الأمر للقاضي فسخ الزواج ما لم يظهر الحمل بالمرأة كما جاء بالمادة الخمسين ونصها : « إنما يجوز للمحاكم فسخ النكاح بعدم الكفاءة قبل ظهور الحمل ورضاء الولي دلالة أو صراحة يسقط حق الفسخ » .

ولورضي أحد الأولياء دون الآخر بزواج غير الكفاء أو بأقل من مهر المثل سقط حق الباقي في طلب الفسخ ولزم العقد على القول الراجح في مذهب الحنفية .

(١) وعند صاحبين إنه لا حق للولي في طلب الفسخ ، يتقصان المهر ما دام المسمى عشرة دراهم فأكثر ، لأن ما زاد على عشرة دراهم خالص حقها والذي يسقط حقه لا يمتزه ، عليه أحد .

وهذا أخذ قانون حقوق العائلة في المادة ٤٩ ونصها : « رضاه أحد الأولياء المتساوين في الدرجة يسقط حق اعتراض الآخرين ، وكذلك رضاه الولي البعيد في الدرجة إذا كان الولي الأقرب غائباً يسقط حق اعتراضه » .

وإنما يسقط حق الاعتراض في هذه الحالة لأنه ثبت بسبب مشترك لا يتجزأ وهو القرابة فلا يقبل التجزئ، وإسقاط بعض ما لا يتجزأ إسقاط للكل . كالمعتق مثلاً .

ثالثاً : أن يكون الزوج لفاقد الأهلية أو ناقصها كالمجنون والمعتوه والضعير والصغيرة الأب أو الجد المعروفين بحسن التصرف والاختيار .

فلو زوج الأب أو الجد واحداً من هؤلاء كان العقد لازماً ، ولو كان الزواج من غير كفاء أو بأقل من مهر المثل . حتى لو بلغ الصغير أو أفاق المجنون وعقل لا يكون لها الحق في الفسخ ، لأن الشأن في الأب والجد المعروفين بحسن التصرف والاختيار أن يعملوا على مصلحة من في ولايتها ، فإذا تساهلا وزوجا بغير الكفاء أو بأقل من مهر المثل لا يكون ذلك إلا لمصلحة تفوق الكفاءة والمهر .

ومثلها في ذلك ما إذا زوج الابن أمه التي سلب عقلها بغير كفاء أو بأقل من مهر المثل فإن العقد يلزم وليس لها حق طلب الفسخ إذا ما عقلت .

أما إذا كان الأب أو الجد معروفاً بسوء التصرف فان عقدهما يكون غير لازم ويثبت حق الفسخ عند البلوغ إن كان الزوج صغيراً ويسمى خيار البلوغ أو عند الأفاقة إن كان مجنوناً أو معتوهاً ويسمى خيار الأفاقة .

وكذلك إذا زوج واحداً من هؤلاء غير الأب والجد . كالأنح والعم وحبهم فان العقد لا يكون لازماً حتى ولو كان الزوج بالكفاء ومهر المثل ، لأن هذه هؤلاء وحرصهم على مصلحة من في ولايتهم لا تبلغ درجة الكمال فلا

تساوي شفقة الأب والجد ، فلاحتمال ألا يكون في هذا الزواج مصلحة ثبت
حق الفسخ لهؤلاء .

ومذهب الجعفرية أنه إذا كان المروج للصغير والصغيرة والبالغ فاسد العقل
الأب أو الجد لزم العقد ولا خيار لهم عند اللوع أو الأفاقة . وإذا كان المزوج
لهم غيرهما ثبت لهم الخيار عند اللوع أو الأفاقة كما جاء في المختصر النافع ، (١) .

رابعاً : ألا يكون الزوج قد غرر في أمور تتعلق بكفائه . كأن يدعي
نسباً معيناً تم الزواج على أساسه ثم ظهر كذبه كان العقد غير لازم بالنسبة إلى
طرف الروجة فلها أو لوليها حق طلب الفسخ .

أما تغير المرأة بالرجل فلا يمنع لزوم العقد ، لأن الرجل يملك الطلاق فله
أن يطلق إذا ما طهر له تغيرها ولا حاجة به إلى طلب الفسخ .

(١) ص ١٩٦ وما بعدها .

الفصل الثالث

في طرق إثبات الزواج وتزويج الصغار

وفيه مبحثان

المبحث الأول

في طرق إثبات الزواج

يثبت الزواج شرعاً بإحدى طرق ثلاث . الأقرار والسيئة والنكول عن اليمين أي الامتناع عنه .

فإذا ادعى أحد الزوجين الزواج أو أمراً يتعلق به كالمهر والنفقة مثلاً فإن أقر الطرف الآخر ثبت ، لأن الأقرار حجة على المقر ، ويكون الثبوت بتصادقها عليه ، فيكون تقريراً للواقع وإثباتاً لزوجية سابقة لا إنشاء لعقد الزواج وقت الأقرار ، والاحتياج الأمر إلى إظهاره ولم يقل أحد من الفقهاء ذلك (١) .

وإن لم يقر طولب المدعي بالبيننة ، فإن أتى بشهود يشهدون على دعواه ثبت العقد ، فإن عجز المدعي عن إقامة البيننة وجهت اليمين إلى الطرف الآخر

(١) يلاحظ هنا أن ثبوت الزواج بهذا الأقرار يتوقف على توافر شروط أهلية المقر للأقرار وألا يوجد مانع شرعي من قيام هذه الزوجية .

المنكر ، فان حلف على أن هذه الدعوى غير صحيحة ، رفضت الدعوى ،
وليس معنى رفضها أنها لا تسمع بعد ذلك ، بل يصح تجديدها إذا وجد المدعي
شهوداً يشهدون له .

وإن امتنع المنكر عن اليمين قضى بثبوت الزواج ، لأن النكول عن اليمين
إقرار على الرأي المفتى به في مذهب الحنفية وهو رأي صاحبين (١) .

ويرى الشافعية والجمهرية أنه إذا امتنع المنكر عن اليمين ردت على المدعي
فان حلف قضى له وإن امتنع ردت دعواه .

تلك هي الشروط التي شرطها الفقهاء في عقد الزواج ، وهذه طرق إثباته .
وقد استنبطوها من النصوص وتطبيق القواعد الشرعية ، فاذا توافرت الشروط
كلها كان العقد صحيحاً نافذاً لازماً شرعاً ولا اعتراض لأحد عليه . وان تخلف
منها شرط أثر في العقد حسب نوع ذلك الشرط ، فان كان شرط انعقاد لم يوجد
العقد ، وإن كان شرط صحة كان العقد غير صحيح وهكذا .

وهو يثبت إما بالأقرار من الطرفين أو بالبينة أو النكول عن اليمين عند
الاختلاف فيه كما سبق .

مبحث الثاني

في تزويج الصغار

موقف الفقهاء منه :

قديمًا اختلف الفقهاء في زواج الصغار غير البالغين .

(١) ويرى أبو حنيفة أنه لا توجه اليمين إلى من أنكر الروحة لا يدل عن اليمين ،
ليس سده فلا فائدة في توجيهها .

فذهب الجماهير منهم إلى جوازهم ومعهم الشيعة الجعفرية (١) وعدم اشتراط البلوغ في صحة الزواج ، لأن القرآن اعتبره صحيحاً ورتب عليه بعض آثار الزواج في قوله تعالى : « واللأئي يشن من الحيص من نسانكم إن ارتبتم فعهدهن ثلاثة أشهر واللأئي لم يحضن » / الطلاق / ٢ .

فقد جعل عدة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر . ومعلوم أن هذه العدة لا تكون إلا بعد زواج صحيح يعقبه طلاق ولما ثبت من فعل رسول الله وأصحابه من بعده ، ولما قد يكون فيه من تحقيق مصلحة في بعض الحالات ، فقد يجيء الكفاء يطلب زواج الصغيرة والولي حريص على مصلحة ابنته الصغيرة فيزوجها حتى لا يفوت الكفاء إذا ما انتظر بلوغها حيث لا يوجد في كل وقت .

وذهب البعض كابن شبرمة وعثمان البتي وأبي بكر الأصم إلى منع زواج الصغار واعتبره باطلا ، لأن القرآن جعل النكاح للبالغين في قوله سبحانه : (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) فقد جعلت الآية بلوغ سن النكاح علامة على إتهاء الصغر ، ولو كان الزواج يصح للصغار لما كان لهذه الغاية معنى .

ولأن الزواج شرع للمعاشرة والتناسل وتكوين الأسر ، ولا يتحقق شيء من ذلك في زواج الصغار فيكون ضرباً من اللهو والعبث ، بل قد يترتب عليه الضرر ، فلا فائدة إذن من إقدام الأولياء عليه .

تلك وجهة كل من الرأيين باختصار ولسنا هنا بصدد ترجيح رأي على رأي ولكننا نقول : إنهم مع هذا الاختلاف اتفقوا على عدم تقييده ببلوغ سن معينة كست عشرة أو سبع عشرة الخ .. غير أن المانعين شرطوا لصحته البلوغ وهو

(١) كما صرحت به كتبهم في عبارات كثيرة كما في المختصر النافع ص ١٩٦ ؛ ص ١٩٧ .
وشرائع الإسلام - ٢ صفحات ١١ ، ٣٨ ، ٤١ .

في الأصل يكون بالعلامات الطبيعية ووقتها يختلف باختلاف الأشخاص ونموهم فإذا تأخرت العلامات الطبيعية في الظهور اعتبر البلوغ بالسن وهو يختلف من رأي لآخر .

ولكن حدثت أمور اقتضت إعادة النظر في سن الزواج وإلزام الناس برأي يطبق على الجميع ، فكانت للقوانين الصادرة جولة في هذا الأمر .

موقف القانون

كان الناس يزوجون الصغار عملاً برأي حماهير الفقهاء القائلين بصحة زواج الصغار ، ولم يكن ثمة اعتراض لأحد على ذلك ، وكانت المحاكم في المبدأ الإسلامية تسيّر على هذا الرأي فكانت تسمع دعوى الزوجية ولو كان الزوجان صغيرين أو أحدهما ، ولا يزال العمل جارياً على ذلك إلى الآن في بعض الدول الإسلامية كالسودان والسعودية .

ولما كان تزويج الصغار يترتب عليه بعض الأضرار الخلقية والاجتماعية كما هو مشاهد ومعروف فكرت الدولة العثمانية عند وضع قانون حقوق العائلة في علاج لهذه المسألة . فمنعت زواج الصغار أصلاً قبل سن معينة في المادة السابعة ونصها .

« لا يجوز لأحد أصلاً أن يزوج الصغير الذي لم يتم السنة الثانية عشرة من العمر والصغيرة التي لم تتم السنة التاسعة من العمر » .

وهي السن التي قرر فقهاء الحنفية قبول دعوى البلوغ من الفتى والفتاة فيه بالعلامات الدالة عليه . كالاختلام في الفتى والحيض في الفتاة .

كما حددت سنًا لأهلية الزواج من الجنسين في المادة الرابعة من هذا القانون ونصها :

« يشترط لأن يكون الخاطب حائزاً أهلية النكاح أن يتم السنة الثامنة عشرة

والمخطوبة أن تتم السنة السابعة عشرة من العمر». وهي السن التي حددها أبو حنيفة للبلوغ بالنسبة لمن لم توجد العلامات الطبيعية الدالة على البلوغ قبل ذلك .

فقد حددت المادتان مبدأ أهلية الزواج واكتماها لكامل من الفتى والفتاة . فجعلت مبدأ أهلية الفتى سن الثانية عشرة فلا يصح عقد زواجه قبلها ، واكتمال أهليته سن الثامنة عشرة فيصح العقد بعدها دون توقف على شيء .

وفي الفتاة جعلت مبدأ أهليتها سن التاسعة بحيث لا يصح زواجها قبل بلوغها ، واكتماها بالسابعة عشرة بحيث يصح تزويجها بعدها دون حاجة إلى استئذان الحاكم .

غير أن القانون لم يقتصر على هذا، بل أجاز الزواج لها ما بين هاتين السنتين إذا أذن الحاكم لها بذلك في المادتين الخامسة والسادسة ونصها :

م - ٥ - « إذا راجع المراهق الذي لم يكمل السنة الثامنة عشرة من العمر وبين أنه بلغ فللحاكم أن يأذن له بالزواج إذا كان حاله يتحمل ذلك » .

م - ٦ - « إذا راجعت المراهقة التي لم تتم السنة السابعة عشرة من العمر وادعت أنها بلغت فللحاكم أن يأذن لها بالزواج ان كان حالها يتحمل ذلك بأذن وليها » .

فلزواج الأشخاص في نظره ثلاث مراتب :

الأولى : قبل سن الثانية عشرة للفتى والتاسعة للفتاة ، وفيها يكون الزواج غير صحيح أصلا .

الثانية : ما بين الثانية عشرة والثامنة عشرة للفتى ، وما بين التاسعة والسابعة عشرة للفتاة وفيها يجوز الزواج إذا أذن الحاكم بعد أن يتبين له أن حالتها تتفق ودعواهما البلوغ مع أذن الولي في زواج الصغيرة .

الثالثة : ما بعد الثامنة عشرة للفتاة والزواج فيها صحيح نافذ غير موقوف على شيء .

وخلاصة موقف هذا القانون : أنه شرط لصحة الزواج البلوغ ، فحدد له حداً أدنى . يقطع بعدم حصوله قبله ، وحداً أعلى يقطع فيه بتحقيقه بعده ، وما بين الحدين جعله في مجال النظر المفوض للحاكم « أي القاضي » فان صدق الحال دعوى ابلوغ أذن وإلا فلا اذن . فيؤول في النهاية إلى أنه لا زواج إلا للبالغين وأما الصغار فلا يجوز زواجهم .
ما عليه العمل في لبنان :

لما كان هذا القانون هو المطبق في لبنان فيكون العمل في المحاكم الشرعية السننية وفق هذا القانون وهو منع زواج الصغار وتقييد صحة الزواج بسن معينة على التفصيل السابق .

وفي المحاكم^٥ الجعفرية يطبق مذهبهم . وهو عدم التقيد بسن معينة ، لأن القانون لا يتفق ومذهبهم ، وقد شرطت المادة (١١١) من قانون تنظيم المحاكم الشرعية في تطبيق هذا القانون في محاكمهم ملاءمته لمذهبهم .

وفي المحاكم الدرزية يطبق قانونهم وهو يقيد سن الزواج بسن معينة ويمنع زواج الصغار بتفصيل قريب من التفصيل الموجود في قانون العائلة . والخلاف بينها في تحديد السن مع اشتراط اذن ولي الصغير والصغيرة في المرتبة الوسطى^(١) .

ثم ان قانون العائلة شرط شرطاً شكلياً في إجراء عقد الزواج . وهو حضور حاكم القضاء الموجود فيه محل إقامة أحد الخطيبين أو نائبه المأذون أثناء العقد وينظمه ويسجله كما نصت المادة ٣٧ منه .

(١) ففي المواد من ١ - ٥ تحديد السن الأدنى بست عشرة سنة للصغير وخمس عشرة سنة للصغيرة وجعل سن الأهلية ١٨ سنة للفتى ، ١٧ سنة للفتاة ، واشترط الاذن فيما بين ١٨ و١٦ سنة للفتى وفيما بين ١٥ و ١٧ بالنسبة للفتاة واشترطت في هذه الحالة اذن ولي كل من الصغير والصغيرة بينما اقتصر قانون العائلة على اشتراطه بالنسبة للفتاة .

بينما القانون الدرزي يجعل ذلك شرطاً لصحة العقد فالمادة ١٦ منه تنص على أنه « لا يكون عقد الزواج صحيحاً إلا إذا أحراره أحد شيوخ العقل أو قاضي المذهب أو من أباه عنه لأجرائه » .

ما عليه العمل في جمهورية مصر العربية :

أما في مصر فلم يصدر تشريع يقيد سن الزواج بقيد يمنع من صحته مدونه فبقي زواج الصغار صحيحاً شرعاً وقانوناً تترتب عليه آثاره الشرعية ما دام لم يحصل فيه خلاف أو أسكار يؤدي إلى رفع الأمر إلى القضاء .

والتشريعات التي صدرت في هذا الموضوع تتعلق بإجراء عقد الزواج رسمياً أمام الموظف المختص ، وبسماح دعوى الزوجية عند الاختلاف فيها ، وتتضمن شروطاً قانونية لا تمس صحة العقد شرعاً ، وإنما يترتب على تخلفها آثار قانونية لا دخل لها في الحل والحرمة . وإليك هذه الشروط مع توضيح الباعث على وضعها .

أولاً - في إجراء عقد الزواج :

اشترط القانون لأجراء الموظف المختص عقد الزواج وتسجيله في الوثائق الرسمية أو تسجيل المصادقة عليه (١) . بعد استيفائه الشروط الشرعية : ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة ، و سن الزوج عن ثماني عشرة سنة وقت إجراء العقد أو وقت التصديق عليه .

جاء ذلك في الفقرة الثانية من المادة ٣٦٧ من لائحة المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ونصها : « لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا

(١) يراد بالمصادقة على عقد الزواج أن يقر الزوجان لدى الموظف المختص توثيق عقود الزواج بأنهما عقداً زواجهما في تاريخ سابق ويرعان الآن في تسجيله وتوثيقه .

المصادقة على زواج مستند إلى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة وسن الزوج ثمانى عشرة سنة وقت العقد .

ومقتضى هذا النص أنه لا يجوز للموظف المختص بمباشرة عقود الزواج أن يقوم بتحرير عقد زواج بين اثنين تقل سنهما عن السن المحددة وقت إنشاء العقد ، كما لا يجوز له أن يصادق على زواج مستند إلى ما قبل صدور القانون المذكور تقل فيه سن الزوجين عن ذلك .

وقد بينت المذكورة الأيضاحية لهذا القانون السبب الداعي إلى هذا التقييد كما بيئت السر في التفرقة بين سني الزوجين فقالت : إن عقد الزواج له من الأهمية في الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية ، أو شقاؤها والعناية بالنسل أو إهماله ، وقد تطورت الحال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعداداً لحسن القيام بها ولا تستأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالباً قبل بلوغ سن الرشد المالي (١) .

غير أنه لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبي وما يلزم لتأهيل البيت للمعيشة الزوجية يتدارك في زمن أقل مما يلزم للصبي كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى ١٨ سنة وللفتاة ١٦ سنة .

ولما تحايل الناس على هذا القانون ليوثقوا زواج الصغار بإخفاء شهادات الميلاد والاستشهاد بشهادات الأطباء أحياناً أو بشهود الزور أحياناً أخرى وضع المشرع عقوبة لمن يعقد هذا العقد وهو يعلم أنه مخالف للحقيقة أو يدلي بمعلومات كاذبة يعقد العقد بناء عليها .

(١) قد كان سن الرشد المالي وقت صدور هذا القانون ثمانى عشرة سنة ، ثم رفعت بمد ذلك إلى إحدى وعشرين سنة في سنة ١٩٤٧ بالقانون رقم ٩٩ حيث نصت المادة ٤٤ منه على أن سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .

جاء ذلك بالمادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣ (١) .

ثانياً - في سماع دعوى الزوجية :

اشترط القانون لسماع دعوى الزوجية أمام المحاكم أمرين :

أولهما : ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة و سن الزوج عن ثماني عشرة سنة هلالية وقت رفع الدعوى سواء أكان النزاع في نفس الزوجية أم في أثر من آثارها كالمهر والنفقة والطاعة والميراث كما جاء في الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

وقد كان قبل ذلك لا تسمع دعوى الزوجين إذا كانت سن الزوجين أقل من السن القانونية وقت العقد سواء كانت سنهما وقت الدعوى بلغت ذلك أو لا ، كما نص عليه القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ الصادر بشأن تحديد سن الزواج فجاء هذا التعديل تيسيراً على الناس وصيانة لحقوق الزوجية واحتراماً لآثارها حيث قصر المنع على حالة واحدة فقط وهي ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة .

فأصبح للمحاكم أن تسمع دعوى الزوجية إذا كان الزوجان قد بلغا وقت رفع الدعوى السن القانونية للزواج وإن لم يكونا قد بلغا هذه السن وقت عقد زواجهما . كما صرحت به المذكرة التفسيرية . فإذا كان سن الزوجين أو أحدهما

(١) ونصها يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانوناً لصبط عقد الزواج أقوالاً يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقاً كذلك متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق .

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

تقل وقت رفع الدعوى عن السن القانونية فلا تسمع الدعوى ، وللمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى في هذه الحالة . وعدم سماع الدعوى شامل لدعوى الزوجية أو آثارها ما عدا دعوى النسب فانها بتميت كما كان الأمر قبل هذا القانون تسمع دعواء وإن لم يكن الزوجان بلغا هذه السن وقت العقد ، وإن لم يكن عقد الزواج موثقاً وعبارتها في هذا :

« وطاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً في دعاوي النسب بل هي باقية على حكمها المقرر كما كادت رغماً من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة (١٠١) من اللائحة القديمة .

وثانيهما : وجود مسوغ كتابي يثبت الدعوي عند إنكار المدعي عليه (١) .

واشترط هذا كان في تعديل اللائحة سنة ١٨٩٧ ثم تنوع. المسوغ الكتابي في التعديلات التالية له إلى أن استقر على التعديل الأخير الصادر في أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، ومعنى هذا أن حوادث الزواج قبل سنة ١٨٩٧ لا يشترط لإثباتها عند الإنكار وجود مسوغ كتابي وإنما يشترط فيما حدث منها بعد هذا التاريخ .

وقد جاء هذا المسوغ الكتابي مختلفاً في صورته تبعاً لاختلاف الفترات الزمنية فقسمته المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ إلى ثلاثة أنواع يشترط وجود كل منها في فترة محددة كما قسمت الفترات إلى أربع :

الأولى : حوادث الزواج السابقة على سنة ١٨٩٧ تثبت بالطرق الشرعية بالبينه عند الإنكار سواء كادت الدعوى مقامة في حياة الزوجين أو بعد وفاة أحدهما ولا يشترط فيها مسوغ كتابي وإنما يشترط كون الدعوى مقامة من أحد الزوجين ، وأن يكون زواجهما مشهوراً بين الناس كما جاء في الفقرة

(١) أما اذا كان مقراً بالزوجية فيحكم بشبوتها معاملة له بإقراره وهو حجة عليه .

الثانية من المادة السابقة، فإذا كانت الدعوى مرفوعة من غير الزوجين أو لم يكن زواجهما مشهوراً فلا تثبت الدعوى بالبينة .

الثانية - حوادث الزواج الواقعة بين سنة ١٨٩٧ وأول سنة ١٩١١ وتثبت فيها الدعوى في حياة الزوجين بالطرق الشرعية وبعد وفاة أحدهما يشترط لسماعها عند الإنكار وجود أوراق خالية من شبهة التزوير تدل على وقوع الزواج سواء كانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما . كما جاء في الفقرة الأولى من تلك المادة .

الثالثة - حوادث الزواج الواقعة بين سنة ١٩١١ إلى آخر يولييه سنة ١٩٣١ وتثبت فيها الدعوى في حياة الزوجين بالطرق الشرعية ، وبعد وفاة أحدهما يشترط لسماعها وجود أوراق رسمية ومكتوبة بخط المتوفي وعليها أمضاؤه سواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما كما نصت عليه الفقرة الثالثة .

الرابعة : حوادث الزواج الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ إلى الآن . وهذه لا تسمع فيها الدعوى عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة في وثيقة زواج رسمية سواء كانت الدعوى في حياة الزوجين أو بعد وفاتهما أو بعد وفاة أحدهما . وسواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما كما جاء بالفقرة الرابعة من تلك المادة .

والغرض الذي يهدف إليه المشرع من وضع هذين الشرطين وتقييد الاعتراف بالزواج رسمياً بهما يتلخص في الأمور الآتية .

١ - تلافي الضرر الصحي والاجتماعي الذي ينشأ عن زواج صغار السن ، لأن مسؤوليات الزواج عظيمة وخطيرة قلما يتحملها صغار السن . فحدد القانون تلك السن وفيها يكون الزوجان قد وصلوا في الغالب إلى حالة حسنية

وفكرية يستطيعان معها تحمل أعباء الزوجية من تكوين الأسرة وتربية الأولاد إلى غير ذلك مما شرع الزواج لتحقيقه .

٢ - حفظ الحقوق الزوجية الناشئة عن عقد الزواج بصيانة هذا العقد مسن العيب والصياع بيجوده وإنكاره إذا ما عقد بدون وثيقة رسمية ثم أنكره أحد الزوجين وعجز مدعيه عن إثباته بالطرق الأخرى ، ولو كان بيده وثيقة رسمية ما استطاع أحد إنكاره .

٣ - منع دعاوي الزواج الباطلة لأغراض سيئة كالطمع في المال أو الكيد للآخر . وقد كانت دعاوي الزواج لهذه الأغراض ترفع أمام المحاكم ولا يستطيع المدعي عليهم رفضها قبل هذا القانون .

وبعد صدوره سد الطريق أمامهم وحال بينهم وبين تلك الدعاوي الكاذبة .

هذا وليس معنى اشتراط القادون لسماع الدعوى بلوع سن معين أو وجود مسوع كتابي أن عقد الزواج الخالي منهما يكون باطلا ، بل هو صحيح شرعاً وقانوناً ، لأن صحته شرعاً لا تتوقف على شيء من ذلك . ولأن القانون لو لم يعتبره صحيحاً لاعتبرت مقاربة الزوج للزوجة الصغيرة هتك عرض يعاقب عليه القانون ولا يمكن لأحد أن يقول ذلك .

وكل ما فعله هو أنه منع الموظف المختص من إثبات عقد زواج لم يبلغ الزوجان فيه السن القانونية كما منع القضاة من سماع دعوى الزواج ممن لم يبلغوا سن القانونية وقت رفع الدعوى مطلقاً سواء كانت الزوجية معترفاً بها أو غير معترف بها ، كما منعه من سماعها عند إنكارها إذا لم يوجد مسوع كتابي لسماعها .

ففقد شرط السن مانع من سماعها في حالتها الأنكار للزوجية والاعتراف بها .

وفقد المسوغ الكتابي مانع من سماعها عند الإنكار فقط . أما إذا كان معترفاً بها ومستوفاة شرط السن فإنها تسمع ويكون ذلك كالتصادق عليها .
وقد فعل ذلك تحقيقاً للأغراض السابقة مستنداً في هذا المنع إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي من أن لولي الأمر أن يمنع القضاة من سماع بعض الدعاوي لما يراه من المصلحة في صيانة الحقوق من الضياع .
فموقفه في هذا موقف سلبى رغبة منه في تقليل وقائع الزواج بين الصغار والحيلولة دون وقوع دعاوى الزواج الكاذبة .

الفصل الرابع

في أنواع الزواج من حيث الأطلاق والتقييد في صيغته

وفيه مباحث

تمهيد: صيغة عقد الزواج الصادرة من المتعاقدين إما أن تكون مطلقة عن القيود أو مقيدة . والمقيدة إما أن يكون القيد جزءاً منها أو خارجاً عنها .

ففي الحالة الأولى يكون العقد منجزاً مطلقاً وهو ما صدرت الصيغة فيه غير معلقة على شيء ولا مضافة إلى زمن مستقبل ولا مقيدة بوقت ولا مقرونة بشرط . والعقد فيها صحيح بالاتفاق تترتب عليه آثاره إذا كان مستوفياً لشرائطه السابقة كأن يقول الرجل للمرأة تزوجتك أو زوجيني نفسك فتقول قبلت أو زوجتك نفسي .

وفي الحالة الثانية إن كان القيد جزءاً من الصيغة فتحته أنواع ثلاثة المعلق والمضاف والمؤقت . وإن كان خارجاً عنها فهو المقترون بشرط، وإليك بيان هذه الأنواع الأربعة :

المبحث الأول

في الزواج المعلق والمضام

١ - المعلق : التعليق هو الربط بين جملتين بأن يجعل تحقيق مضمون إحداهما موقوفاً على تحقيق مضمون الأخرى بأداة من أدوات التعليق كإن وإذا .
والزواج المعلق هو ما جعل تحقق الإيجاب والقبول أو أحدهما معلقاً على تحقق شيء آخر كأن يقول رجل لآخر : زوجتك ابنتي إن رضي أخي فيقول الآخر قبلت ، أو يقول الرجل للمرأة زوجيني نفسك فتقول زوجتك نفسي إن رضي أبي .

ففي كل منها تعليق على شيء آخر فيرتبط وجوده بوجوده .

وحكم هذا الزواج يختلف تبعاً لوجود الشيء المعلق عليه وعدمه وقت التعليق . فإذا كان المعلق عليه معدوماً وقت التعليق لا ينعقد العقد سواء كان ذلك المعلوم معقق الوجود في المستقبل . مثل إذا جاء الشتاء زوجتك ابنتي ، أو لم يكن محقق الوجود بأن كان يحتمل وجوده وعدمه مثل إن ربحت من تجارتك زوجتك ، أو إن نجحت في الامتحان تزوجتك ، فإن الربح والنجاح لا تقطع بوجودهما وكذلك لو كان مستحيل الوجود ، كما لو قال لها : زوجيني نفسك فقالت : إن شربت ماء هذا البحر كله زوجتك نفسي . لأن عقد الزواج من عقود التمليكات وهي لا تقبل التعليق ، ولأن الشارع وضعه ليفيد حكمه في الحال بدون تأخير فتعليقه على أمر سيحدث في المستقبل يخرجها عما وضعه الشارع له ويجعله محلاً للمقامرة واحتمال حصول آثاره أو عدم حصولها ، فكان تعليقه منافياً لوضعه الشرعي .

وإن كان الشرط المعلق عليه متحقق الوجود في الحال . كأن يقول الرجل للمرأة : إن نجحت في الامتحان تزوجتك وقبلت وكانت ناجحة بالفعل فإن

العقد ينعقد في هذه الحالة ويكون صحيحاً ، لأن التعليق هنا صوري فقط وهو تنجيز في الحقيقة لأن الشرط موجود وقت العقد .

ومثل ذلك لو قالت : زوجتك نفسي إن رضي أبي وكان أبوها حاضرا في المجلس وقال : رضيت ، لأن رضا الأب يجعل كآه متحقق قبل العقد وقد أخبر عنه في مجلس العقد .

٢ - المضاف : وهو أن يضيف الموجب الصيغة إلى زمن مستقبل . كأن يقول لها زوجيني نفسك في أول العام القادم فتقول قبلت .

وهذا لا ينعقد أصلا لا في وقت العقد ولا في الزمن الذي أضافه إليه ، لأن الزواج مشروع ليفيد ملك المتعة في الحال ، والإضافة إلى المستقبل مانعه من ترتب آثاره في الحال ، فتكون الإضافة منافية لمقتضى العقد فيلغو ، ولأن الأضافة لا تخرج عن كونها وعداً بالزواج حين يجيء الوقت المذكور والوعد بالزواج ليس زواجا .

المبحث الثاني

في الموقت

التوقيت : أن يقيد الصيغة بمدة من الزمن محددة أو غير محددة . طويلة كانت أو قصيرة كأن يقول الرجل للمرأة : تزوجتك مدة سنة ، أو مدة إقامتي في هذا البلد أو ما شابه ذلك . وهذا الزواج غير صحيح ^(١) لما قدمناه من أنه

(١) وفي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنهما إذا سما مدة لا يعيشان إليها هادة صح العقد لكونه تأييدا معنى . ورد ذلك الكمال بن الهمام في فتح القدير بقوله : ليس هذا تأييدا معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت فصدق عليه أنه زواج مؤقت . عل أنا نقول : أنه لا يدري وقت العقد هل يعيشان إليها فيكون غير دائم أو لا يعيشان إليه فيكون مؤبدا

يتنافى مع مقاصد الزواج حيث لم يقصد به إلا مجرد التمتع بها في تلك الفترة .
وخالف في ذلك زفر من الحنفية ذاهماً إلى أن هذا زواج اقترن بشرط فاسد
والزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة. ويكون ذلك كما إذا عقد عليها مع اشتراط
أن يطلقها بعد سنة مثلاً فإنه زواج مؤقت وقد اتفق أئمة المذهب على صحة
العقد في هذه الصورة وإلغاء الشرط فيصح العقد ويلغو التوقيت .

ولكن الراجح هنا هو الرأي الأول، لأن تقييد الصيغة بوقت يجعلها غير صالحة
لأنشاء عقد الزواج المشروع لبناء الأسرة وتربية الأولاد ، بل التوقيت دليل على
أنه قصد به مجرد المتعة في تلك الفترة المحددة فيكون من زواج المتعة المنسوخ ،
وقياسه على صورة اشتراط التطليق غير صحيح لأن الأيجاب في المؤقت ورد
على زواج مؤقت فالتوقيت جزء من الأيجاب والقبول فيفسدهما : أما في صورة
اشتراط الطلاق فالأيجاب ورد على زواج مطلق عن الوقت ولكنه أضيف إليه
شرط فالتوقيت مصاحب للأيجاب والقبول ومقارن لهما وليس جزءاً منها فيلغو
الشرط ويصح العقد .

هل يفترق الزواج المؤقت عن زواج المتعة ؟

جمهور الفقهاء من أهل السنة لا يفرقون بين زواج المتعة والزواج المؤقت فهما
شيء واحد عندهم . فمنهم من يقول الزواج لأجل سواء بين الأجل أولاً هو
المسمى بزواج المتعة ويفسخ بغير طلاق مطلقاً سواء كان قبل الدخول أو بعده^(١) .
ومنهم من يستدل على بطلانه بالنهي عن نكاح المتعة ويمثلون لها بأمثلة واحدة^(٢) .

ولكن بعض فقهاء الحنفية يفرقون بينها بأن الزواج المؤقت يكون بلفظ
النكاح أو الزواج مع حضور شهود وذكر فيه المدة ، وأما زواج المتعة

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٣٩ .

(٢) شرح منهاج الطالبين ج ٣ ص ٢١٨ .

فيكون بلفظ من مادة المتعة أو التمتع أو الاستمتاع من غير حضور شهود .
ولكن هذه التفرقة لم يرتضها الكمال بن الهمام^(١) فقال : إن الزواج المؤقت نوع
من زواج المتعة ، لأن زواج المتعة عقد مؤقت ينتهي بانتهاء الوقت سواء كان بلفظ
المتعة أو بلفظ النكاح أو الزواج حضره شهود أو لا وهو لا يقصد به إلا التمتع
والمؤقت لا يخرج عن هذا ، ولأن المتعة التي رخص فيها رسول الله ﷺ لم يقيد بها
بلفظ المتعة ولا بكونها من مادة (م . ت . ع) وإنما عبر عنها الرواة بلفظ
المتعة فقط . وهذا رد وجيه لأننا إذا رجعنا إلى مذهب الجعفرية القائلة بجواز
نكاح المتعة نجدهم يسمونه النكاح المنقطع في مقابلة الدائم ، ويقولون : إنه
ينعقد بألفاظ ثلاثة . زوجتك وأنكحتك ومنعتك ، والأشهاد عندهم ليس
شرطا لا في الزواج الدائم ولا في المتعة^(٢) فالتفرقة التي قالها بعض علماء الحنفية
لا معنى لها فهما شيء واحد نعقد البحث الآتي لبيان موقف الفقهاء منه :

المبحث الثالث

في زواج المتعة

زواج المتعة بين المانعين والمجوزين .

وفي هذا البحث^(٣) نتتبع هذا النوع من الزواج من مبدأ الاذن فيه ونسير

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٨٤ .

(٢) المختصر النافع ص ٢٠٥ وما بعدها .

(٣) من مراجع هذا البحث البدائع ج ٢ ص ٢٧٢ وما بعدها ، بداية المجتهد لان رشد ج

٢ ص ٥٠ ، الشرح الكبير محاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٣٩ ، مهناح الطالبين ج ٣ ص ٢١٨ ،

المغنى لان قدامة ج ٦ ص ٦٤٤ ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ج ٦ ص ١٤٤ وما بعدها

نصب الرواية في تخريج أحاديث الهداية ومن كتب الجعفرية شرائع الإسلام ج ٢ ص ٢٣ وما

بعدها ، والمختصر النافع ص ٢٠٥ وما بعدها ، ومن لا يحضره الفقيه ص ٢٩٦ ، فقه الامام

جعفر الصادق للشيخ محمد جواد مغنية ج ٥ ص ٢٥ وما بعدها .

معه خطوة بخطوة لتعرف ما طرأ على الترخيص فيه في حياة رسول الله ﷺ والنزاع الذي ثار حوله بعد وفاته وما استقر عليه أمره وموقف الفقهاء منه فنقول وبالله التوفيق :

- لا خلاف بين الفقهاء في أن هذا اللون من الزواج قد رخص فيه رسول الله ﷺ في بعض أسفاره، وبعبارة أدق في بعض غزواته لأمر طارئ يدعو إليه .

ففي الحديث المتفق عليه - كما يقول صاحب منتقى الأخبار - عن ابن مسعود قال : كنا نغزو مع رسول الله ﷺ وليس معنا نساء فقلنا : ألا تختصي فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا بعد أن تنكح المرأة بالشوب إلى أجل ثم قرأ عبدالله « يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طبيبات ما أحل الله لكم ... الآية .

وروى الترمذي عن سهل بن سعد قال : « إنما رخص النبي ﷺ في المتعة لعزبة كانت بالناس شديدة ثم نهى عنها بعد ذلك .

وروي أحمد ومسلم عن سبرة الجهني أنه غزا مع النبي ﷺ فتح مكة قال : فأقمنا بها خمسة عشر فأذن لنا رسول الله ﷺ في متعة النساء . ثم قال فلم أخرج حتى حرّمها رسول الله .

وفي رواية عنه ، أنه كان مع النبي ﷺ فقال : يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً .

وروي عن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ « نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأنسية زمن خيبر » متفق عليه .

- وروي البخاري عن أبي جمره قال : « سألتنا ابن عباس عن متعة النساء فرخص فقال له مولى له : إنما ذلك في الحال الشديد وفي النساء قلة أو نحوه فقال ابن

عباس نعم ، (١) .

فهذه الأحاديث كما ترى - منها ما اقتصر على الأخبار بالترخيص ومنها ما اقتصر على الأخبار بالتحريم ، ومنها ما جمع بين الأمرين الترخيص والتحريم بعده . وكلها متفق على أن الترخيص كان في حالات الغزو وليس فيها حديث واحد يفيد أنه رخص لهم فيها حالة الإقامة .

يقول الحازمي في الناسخ والمنسوخ بعد أن ذكر حديث ابن مسعود السابق ، وهذا الحكم كان مباحاً مشروعاً في صدر الإسلام ، وإنما أباحه النبي ﷺ لهم للسبب الذي ذكره ابن مسعود ، وإنما ذلك يكون في أسفارهم ولم يبلغنا أن النبي ﷺ أباح لهم وهم في بيوتهم ، ولهذا نهاهم عنه غير مرة ثم أباح لهم في أوقات مختلفة حتى حرمه عليهم في آخر أيامه ﷺ وذلك في حجة الوداع ، وكان تحريمه تأييداً لا توقيت فلم يبق اليوم في ذلك خلاف بين فقهاء الأمصار وأئمة الأمة إلا شيئاً ذهب إليه بعض الشيعة (٢) .

هذا ما كان في حياة رسول الله ﷺ ترخيص ثم نهي ، وترخيص ثم نهي إلى أن نهى عنها نهي تحريم إلى يوم القيامة ، ومن هنا حكي عن بعض الصحابة القول بجوازها بعد وفاة رسول الله ﷺ كعبدالله بن عباس وعبدالله بن مسعود . كما حكي عن عمر أنه قال : متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ وأنا أنهي عنهما وأعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج ، ويظهر أن أمر النسخ لم يبلغ هذا النفر من الصحابة فأفتى بالأباحة بعد وفاة رسول الله ﷺ وبخاصة إذا ثبت أنه ﷺ أباحها غير مرة عندما يوجد ما يقتضيها ثم ينهي عنها عقب كل مرة عندما يزول السبب .

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١١٤ .

(٢) المرجع السابق ص ١١٧ .

وهذا ما دعا عمر إلى أن يقول مقالته السابقة ، إن صحت .

وأثر عن الإمام الشافعي أنه قال : لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه إلا المتعة .

ومع ذلك ثبت الإنكار على من أفتى بها بعد رسول الله وقصة إنكار عبدالله بن الزبير على ابن عباس مشهورة حتى إنه توعد من يثبت أنه فعلها بالرجم ولا رجم إلا على الزنا .

وقد روي عن ابن عباس أنه قال - لما شاع عنه القول بجوازها المطلق - والله ما بهذا أفتيت وما هي إلا كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل إلا للضطر ، كما حكى عنه أنه رجع إلى ما اتفق عليه الصحابة وصرح بأن قوله تعالى «فما استمتعتم به منهن» نسخه قوله عز وجل «يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن» ، كما روي عن ابن مسعود مثل ذلك .

لكل هذا ذهب الجماهير من الفقهاء إلى أن زواج المتعة منسوخ وكل عقد يعقد على صفتها باطل يجب فسخه .

وفي رواية عن الإمام أحمد (غير المشهورة) أنه يكره ويصح (١) .

وذهب الشيعة الجعفرية إلى بقاء مشروعيتها لأنه لم يثبت عندهم نسخها كما يقولون ، وقد كان يكفي جماهير الفقهاء فيما ذهبوا إليه من أنها نسخت بعد الترخيص فيها ما قدمناه من الأحاديث الدالة على ذلك ولكنهم اضطروا إلى الاستدلال بأدلة أخرى مع ما سبق ليقابلوا بها أدلة القائلين ببقاء شرعيتها التي تفيد بظاهرها أنها مشروعة على أنها حكم أصلي لا رخصة أبيحت لضرورة .

وإليك أدلة الفريقين :

استدل الجعفرية أولاً بقوله تعالى «فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن»

(١) حاشية الفتح ج ٣ ص ٤٨ .

والإستدلال من ثلاثة أوجه أحدها : إنه ذكر الاستمتاع ولم يذكر النكاح والاستمتاع والتمتع واحد .

والثاني أنه أمر بإيتاء الأجر فسمى ما يعطى للمرأة نظير التمتع بها أجرا والمتعة عقد إجارة على منفعة البضع .

والثالث : أنه تعالى أمر بإيتاء الأجر بعد الإستمتاع وذلك يكون في عقد الأجرة والمتعة فأما المهر فإنما يجب في النكاح بنفس العقد ويؤخذ الزوج بالمهر أولاً ثم يمكن من الاستمتاع فدللت الآية على جواز عقد المتعة .

ثانيا : قالوا : إن عبدالله بن مسعود قرأ هذه الآية « فما استمتعتم به منهن » إلى أجل مسمى ، وهو صريح في المتعة .

ثالثا : قالو : إن إباحتها مجمع عليها والمجمع عليه قطعى وتحريمها مختلف فيه والمختلف فيه ظني والظني لا ينسخ القطعى .

وأستدل المانعون بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله عز وجل في وصف المؤمنين « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » وهى تفيد أن الفروج لا تحل إلا بأمرين الزواج وملك اليمين والمتعة ليست بزواج لأنها ترتفع من غير طلاق ولا فرقة ولا يجري بينهما التوارث ولا تجب بها النفقة كما هو مقرر عند المبيحين للمتعة . وإذا لم تكن زواجا لم تكن المتمتع بها زوجة وليست بملك يمين وإلا لجاز بيعها وهبتها . وإذا انتهي عنها الأمران المبيحان بقى غيرها على التحريم يشير إليه قوله جل شأنه بعد ذلك « فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » حيث سمى المبتغى بغير هذين الشئيين عادياً فتكون المتعة عدوانا .

وقوله تعالى : « وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله »

ولو كانت المتعة جائزة لم يأمر بالاستغفار من لا يجد قدرة على نفقات النكاح .
وأما السنة فقد دلت الأحاديث السابقة على أن رسول الله نهي عن المتعة بعد
الترخيص فيها أكثر من مرة وقد قدمنا بعضها .

وأما المعقول: فإن النكاح لم يشرع لقضاء الشهوة فقط بل لأغراض ومقاصد
أسمى من ذلك يتوصل به إليها كتتحقق السكن بين الزوجين والنسل وتكوين
الأسرة . والمتعة لا تحقق شيئاً من ذلك فلا تكون مشروعة .

المناقشة لأدلتهم :

وأما ما احتج به المجوزون لها فيرد عليه ما يلي :-
أما الآية فإنها لا تدل على مدعاهم إلا إذا جعلنا هذا الجزء منها مستأنفاً
منقطعاً عما قبله وهو لا يصح عربية لأن الفاء تجعل ما بعدها مربوطاً بما قبلها
فالعطف بها يأتي قطع ما بعدها عما قبلها والابتداء بها .

والآية من أولها في النكاح المشروع وهذا يجعل قوله تعالى « فما استمتعتم
به منهن » في التمتع بالنساء بطريق النكاح لا بالمتعة ، ولأن الله يقول في آخر
الآية « ومن لم يستطع منكم طويلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت
أيماكنم إلى قوله « ذلك لمن خشي العنت منكم وأن تصبروا خير لكم » وهو
يمنع من دلالة الآية على حل المتعة ، لأنها لو كانت جائزة لما اضطر الناس إلى
نكاح الإماء ، وتقييده بخوف العنت وجعل الصبر على ترك نكاحهن خيراً من
ذلك النكاح .

فأول الكلام في النكاح وآخره « ومن لم يستطع منكم طويلاً » في النكاح
أيضاً . فجعل « فما استمتعتم به منهن » في حل المتعة يقطع الكلام عن سابقه
ولاحقه

وأما قولهم إن الله ذكر الاستمتاع ولم يذكر النكاح فلا يفيدهم ، لأن المراد به الاستمتاع بالنكاح ، لأن أول الآية وآخرها في النكاح فيكون ما بينها في النكاح وإلا قطع الكلام عن سابقه ولاحقه وهو يفكك النظم الكريم ولا يمنع من ذلك تسمية الواجب أجراً لأن الله سمى المهر أجراً في غير آية في قوله تعالى : « فانكحوهن بإذن أهلن وآتوهن أجورهن » أي مهورهن ، وقوله تعالى : « يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن » فقد سمي مهر رسول الله أجراً . ولم يرو أن رسول الله تمنع بما أباحه لهم .

وأما قولهم إن الله أمر بإيتاء الأجور بعد الاستمتاع بهن والمهر يجب بنفس النكاح ويؤخذ قبل الاستمتاع فلا يدل على أن المراد المتعة . لأن الآية جاءت لتؤكد حق الزوجة في تمام المهر متى استمتع بها الزوج ولتزيل من الأفهام ما قد يظن أن الزوجة لا تستحق تمام المهر إلا بعد تمام الاستمتاع . كما كان سائداً عندهم وكما هو متعارف عند الناس الآن من تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل وأن المؤجل لا يستحق إلا بالموت أو الطلاق أيهما أقرب ، لأن حق الزوجة في تمام المهر يتأكد بمجرد الدخول .

وأما ما نسب لابن مسعود من قراءة « إلى أجل مسمى » فغير ثابت ، ولو فرض ثبوته فلا يدل على المتعة ، لأن لفظ إلى أجل مسمى متعلق بالاستمتاع لابنفس العقد ، والمدة المتعينة في المتعة إنما تكون متعلقة بنفس العقد لا بالاستمتاع كما هو مقرر عندهم ، لأنهم جعلوا تعيين الأجل شرطاً لصحة العقد ، فإذا لم يعين الأجل فيه لا يكون متعة . ولذلك قالوا : لو وهبها المدة قبل الدخول لزمه المهر .

وأما قولهم : إن إباحتها جمع عليها والمجمع عليه قطعى وتحريمها مختلف فيه والمختلف فيه ظني والظني لا ينسخ القطعى .

فالجواب عنه أن الأجماع قائم على أصل إباحتها واستمرارها مختلف فيه فلا استمرار ظني .

ونحن نقول : إن النسخ بالدليل الظني إنما هو لاستمرار الحل لا نفس الحل فيكون من نسخ الظني بالظني . فان قالوا إن المنسوخ هو الحل وهو مجمع عليه قلنا لهم : إنه بعد رجوع المخالفين من الصحابة عن القول بإباحتها ثم الأجماع على نسخها فتسارياً .

وإذا رجعنا بهم إلى ما قبل الأجماع على إباحتها لنسألهم عن الدليل المبيح لها أولاً لأنهم لا يعترفون بالأجماع كدليل . فأن قالوا : إنها ثابتة بالقرآن . قلنا لهم إن كان ثبوتها بقوله « فما استمتعتم به منهن » فهو لا يدل عليها إلا ظناً على تفسيركم حيث إنها تحتل معنى آخر وهو الاستمتاع بالنكاح ، بل هو الراجح وإذا كانت ظنية في دلالتها جاز نسخها بالسنة الناهية الظنية في ثبوتها .

وإن قالوا : هي ثابتة بقراءة ابن مسعود وابن عباس (إلى أجل مسمى) قلنا إنها قراءة شاذة - إن صحت - لأنها من أخبار الآحاد ، والقراءة الشاذة ليست قرآناً ولا سنة على رأي فليست حجة ، وعلى القول بأنها حجة (لأنها تؤول إلى السنة المنقولة عن الرسول تفسيراً) فهي حجة ظنية فتصلح الأحاديث لنسخها .

وأن قالوا : إنها ثابتة بالسنة ولم يثبت عندنا نسخها قلنا لهم : إن الأحاديث الواردة بشأنها كما قدمنا ثلاثة أنواع . نوع اقتصر على الترخيص ونوع اقتصر على النهي عنها ، ونوع ثالث جمع بين الترخيص والنهي فلم أخذوا بالنوع الأول فقط وتركوا بقية الأحاديث ؟

فان قالوا : إن هذه الروايات الناسخة مضطربة ، لأنها اختلفت في زمن نسخها قلنا إن هذا ليس اضطراباً ينزل بالأحاديث إلى درجة عدم العمل بها ، لأن غاية

ما فيها أنها بينت أن النهى عنها تكرر أكثر من مرة ، وهذا ليس اضطراراً لأن ذلك يدل على أن رسول الله أباحها أكثر من مرة ، وفي كل مرة ينهى عنها بعد زوال الحاجة ، فكل واحد روى ما سمعه في الوقت الذي سمعه فيه .

وهذا شأن السنة في روايتها . على أنا نقول لهم إنه ثبت عن علي كرم الله وجهه أنه قال « لا أعلم أحدا تمتع وهو محصن إلا رجته بالحجارة ، وأنه قال لابن عباس قبل رجوعه عنها « إنك تائه إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء .

« وأخيراً نقول إن الأحاديث المثبتة لها كلها متفقة على أنها رخصة أبيضحت وقت الحاجة الملحة لها فهل وقفتم بها عند ذلك وقلتم إنها مشروعة للضرورة فيقتصر عليها ؟

إن المقرر في المذهب الجعفرى أنها مباحة في كل وقت ولكل شخص مقيماً كان أو مسافراً^(١) ، ولأحد للعدد المباح فيها ، بل جهلها طريقاً لحل الفروج مثل النكاح وملك اليمين .

ففي كتاب من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٤١ روى عن الحسن بن زيد قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : « تحل الفروج بثلاثة وجوه نكاح موروث ، ونكاح بلاميراث ، ونكاح بملك اليمين » .

ولو كانوا وقفوا بها عند رأى ابن عباس المروى عنه قبل رجوعه وهو أنهم - كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل إلا للمضطر لكان لهم شبهة في القول بجلها . وبظهر أن أئمة الشيعة الأوائل كانوا يقيدون حلها بوقت الحاجة . جاء في كتاب

(١) ففي من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ سئل أبو عبدالله عليه السلام عن المتعة أمهي من الأربع قال ولا من السبعين . وفي رواية : هي كبيض إمانك .

وسائل الشيعة^(١) إن علي بن يقطين سأل الإمام الرضا حفيد الإمام جعفر الصادق عن المتعة فقال له : ما أنت وذاك قد أغناك الله عنها .

وسأله آخر فقال : هي حلال مباح مطلق لمن لم يفتنه الله بالتزويج فليسعف بالمتعة، فإن استغنى عنها بالتزويج فهي مباح له إذا غاب عنها ، أي عن زوجته .
وفي كتاب من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ : قال الرضا عليه السلام :
المتعة لا تحل إلا لمن عرفها وهي حرام على من جهلها كما يظهر من بعض نصوصهم إنها حلال لهم فقط .

جاء في الكتاب السابق ص ٢٩٦ قيل لأبي عبد الله عليه السلام : لم جعل في الزنا أربعة من الشهود وفي القتل شاهدين ؟ قال : إن الله تبارك وتعالى أحل لكم المتعة وعلم أنها ستنكر عليكم فجعل الأربعة الشهود احتياطاً لكم ولولا ذلك لأتى عليكم وقل ما يجتمع أربعة على شهادة بأمر واحد .

وفي ص ٢٩٨ روي عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن الله تبارك وتعالى حرم على شيعتنا السكر من كل شراب وعوضهم عن ذلك المتعة .

وفي نهاية البحث نضع أمام القارئ صورة لزواج المتعة عند الجعفرية :

هو نوع من النكاح يسمونه النكاح المنقطع ويعملون له أركاناً وشروطاً فقالوا : إن أركانه أربعة الصيغة والمحل والأجل والمهر . وصيغته تكون بألفاظ ثلاثة : زوجتك ومتعتك وأنكحتك ولا ينعقد بغيرها .
أما المحل فيشترط فيه أن تكون الزوجة مسلمة أو كتابية أو مجوسية على

(١) ج ٣ ص ٧٤ كما نقله الشيخ محمد جواد معنية في الجزء الخامس من فقه الإمام جعفر الصادق .

أشهر الروائتين ، ولا يصح بالمشركة وما في معناها وبكرة بالزانية ، ويجرم أن يدخل على المرأة بدت أخيها أو بنت أختها إلا بادنها . ولا حصر في عددهن في المشهور وفي رواية يتقيد بالأربع .

وأما المهر فهو شرط في عقد المتعة خاصة يبطل بفواته العقد ، ويتقدر بالمراضاة قل أو أكثر ، ولو وهبها المدة قبل الدخول لزمه المهر ، ولو دخل استقر المهر بشرط الوفاء بالمدة

وأما الأجل فهو شرط فيه ، فلو لم يذكر انعقد دائئها على المشهور ، وفي رأي لا ينعقد لا هدا ولا ذاك^(١) وتقديره إليها طال أو قصر .
ومن أحكام هذا العقد :

١ - إنه إذا ذكر الأجل والمهر صح العقد ، ولو أدخل بالمهر مع ذكر الأجل بطل العقد ، ولو أدخل بالأجل وحده بطل متعه وانعقد دائئاً . ويصح تجديد العقد قبل انقضاء الأجل .

٢ - يثبت به النسب حتى ولو عزل عنها . ولو نفى الولد انتفى ظاهراً ولا يحتاج إلى اللعان كما في الزواج الدائم .

٣ - لا يقع به طلاق إجماعاً بل تبين منه بانقضاء المدة .

٤ - لا يثبت ميراث بين الزوجين شرطاً سقوطه أو أطلقاً ، ولو شرطاً التوارث أو شرطه أحدهما قبل يلزم ، وقيل لا يلزم والأول أصح .

٥ - لا نفقة للزوجة فيه إلا مع الشرط .

٦ - إذا انقضى أجلها بعد الدخول فعدتها حيضان كعدة الأمة ، وإن كانت

(١) يقول الشيخ محمد حواد مغنية في كتاب فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٦١ : إن بعض الفقهاء - لم يسمم - يقول : يقع لغواً لا دائماً ولا منقطعاً لأن ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد .

لا تحيض فخمسة وأربعون يوماً ، وتعتمد من الوفاة ولو لم يدخل بها بأربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملاً ، وبأبعد الأجلين إن كانت حائلاً على الأصح .

٧ - تثبت به حرمة المصاهرة فيحرم عليه أمها وبستها الخ .

فأنت ترى من هذه الأحكام أنه يتفق في بعض أحكامه مع الزواج الدائم ويختلف عنه في بعض أحكامه .

وقد فصل الشيخ محمد جواد مغنية في كتابه فقه الإمام جعفر الصادق (١) أوجه الوفاة وأوجه الخلاف بينها وخلص من ذلك إلى أنه نكاح يأخذ أحكامه إلا ما استثناه الدليل .

المبحث الرابع

في الزواج المقترون بشرط

المقترون بشرط : وهو ما صدرت فيه الصيغة مطلقة عن التعليق (٢) على

(١) ج ٤ ص ٢٤٩ وما بعدها .

(٢) الفرق بين المعلق على شرط والمقترون بالشرط من وجبهين :

أولهما : أن المعلق على الشرط تكون فيه أداة من أدوات التعليق كان وإذا وما في معناهما .
والمقترون بالشرط ليس فيه ذلك .

وثانيهما : أن الإيجاب في التعليق ربط بتحققه بتحقق الشرط فهو غير موجود وقت التلفظ به ، لأن من يقول : تزوجت إن قدم فلان من السفر لم يوجد منه إيجاب في الحال ، بل خلق وجوده على قدم المسافر ، وبعبارة أخرى أن الشرط جزء من الكلام الدال على الرضا بالعقد وأما المقترون بالشرط فالإيجاب يتحقق وقت التلفظ به والشرط المقترون به ليس جزءاً منه بسبل ذكر ليفيد أمراً زائداً عما تفيد الصيغة . فإذا جاء القبول وحده إيجاباً يرتبط به بخلاف التعليق فإن القبول لا يجد إيجاباً يرتبط به .

الشرط أو الأضافة إلى المستقل أو التقييد بوقت لكها مقترنة بشرط . كأن يقول ولي المرأة للرجل: زوجتك ابنتي على ألا تنقلها من هذا البلد أو ألا تتزوج عليها أو تطلق امرأتك الأخرى فيقول: قلت زواجها .

أو يقول الرجل للمرأة: زوجيني نفسك فتقول: قلت بشرط أن تسكنني في بيت خاص أو بشرط أن تعجل لي المهر كله . وما شاكل ذلك من الشروط التي يرى أحد العاقدين أن فيها مصلحة له .

وقد اتفق الفقهاء على أن الشروط المقترنة بالعقد تنوع إلى نوعين : شروط صحيحة وأخرى غير صحيحة . واختلفوا بعد ذلك في حد الشرط الصحيح الذي يجب الوفاء به ما هو ؟ وفي ثبوت الخيار لشارطه في فسخ العقد إذا لم يوف به من التزمه ، وفي تأثير الشرط غير الصحيح في العقد بالفساد مع الاتفاق على إلغائه .

ولما كانت مذاهب الفقهاء متشعبة الآراء في هذه الأمور فسنكتفي ببيان مذهب الحنفية الذي يجري العمل به في جمهورية مصر العربية ، وفي لبنان بالنسبة للمسلمين السنين فيما لم ينص عليه قانون حقوق العائلة ، ثم مذهب الحنابلة باعتباره أوسع المذاهب الفقهية تسييراً في مسألة الشروط وتدور حوله كل مشروعات القوانين التي يراد وضعها في الأحوال الشخصية لأنه يحقق رغبات الناس في الاشتراطات العقدية ، ولأنه مصدر قانون حقوق العائلة في هذا الموضوع ، ثم مذهب الشيعة الجعفرية لجرى العمل به بالنسبة للجعفرين في لبنان .

مذهب الحنفية : الشرط الصحيح . هو الذي يقتضيه العقد (بأن يكون موجبه حكماً من أحكام العقد) ، أو يؤكد مقتضى العقد أو ورد به الشرع أو جرى به عرف .

كاشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها أو يعطيها مهراً أو يحسن

معاشرتها ، وكاشتراطه أن تدخل في طاعته فهذه كلها يقتضيها العقد وثابتة ولو لم يشترطها أحدهما .

وكاشتراط ولي المرأة أن يكون والد الزوج كفيلا بالمهر والنفقة فإن المهر والنفقة من مقتضيات العقد واشتراط الكفالة بهما يؤكد حصولهما .

وكاشتراط الزوج أن يكون له حق الطلاق إذا تعثرت الحياة الزوجية أو اشتراطها أن يكون أمرها بيدها لتطلق نفسها متى شاءت ، فإن هذا الشرط مما ورد به الشرع وأجازته وإن لم يكن من مقتضى العقد ولا مؤكداً لمقتضاه . وكاشتراط الزوج أن يدفع لها نصف المهر فقط قبل الدخول وكان عرف بلدهما جارياً بذلك .

وحكم هذا الشرط : أنه يجب الوفاء به ، فإن لم يوف به من التزمه لا يثبت الخيار لشارطه في فسخ العقد . لأن فوات هذا الشرط وإن كان مفوتاً لرضا شارطه بالعقد إلا أنه لا يؤثر في العقد لأن الرضا عندهم ليس شرطاً في صحة العقد لتصحيحهم زواج المكره وليس له رضا هكذا قالوا . ويرد عليهم أنه إذا لم يثبت للشارط خيار الفسخ عند فوات الشرط فما فائدة اشتراطه وتصحيحه .

والشرط غير الصحيح : ما ليس واحداً من تلك الأنواع وإن كان فيه مصلحة لأحد العاقدين كاشتراط المرأة ألا يتزوج عليها أو لا يخرجها من البلد الذي تزوجها فيه ، وكاشتراط الزوج ألا يدفع لها مهرأ أو أن تقوم بالأنفاق على البيت ، أو ألا يتوارثا إذا مات أحدهما وكانا مسلمين ، أو أن يتوارثا والزوجة غير مسلمة ، وحكم هذا الشرط أنه يلفو وحده ولا أثر له في العقد بل يبقى العقد معة صحيحاً ، لأن القاعدة المقررة عندهم أن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة .

وهذا المذهب يجري العمل في جمهورية مصر العربية لعدم وجود قانون يخالف ذلك .

وأما الحنابلة فيقولون : إن الشرط الصحيح هو ما كان فيه منفعة لأحد العاقدين ما لم يكن بخلاً بالمقصود الأصلي من العقد أو ورد من الشارع نهي عنه بخصوصه . سواء كان موافقاً لما يقتضيه العقد أو لا .

كاشتراط المرأة ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها ، واشتراطه ألا ينفق عليها أو أن تكون مثقفة أو بكرًا وما شاكل ذلك من الصفات التي يرغب في المرأة من أجلها (١) .

وحكم هذا الشرط أنه يجب الوفاء به ، فإن لم يوف به من الترمه ثبت الخيار لشارطه ، لأنه ما رضي بالعقد إلا على أساس الوفاء بالشرط . فإذا لم يتحقق فإت رضاه بالعقد ولا زواج مع عدم الرضا ابتداءً أو بقاء

والشرط غير الصحيح هو الذي ورد النهي عنه بخصوصه أو كان مناقضاً لمقتضى العقد أو بخلاً بالمقصود الأصلي منه كاشتراط المرأة أن يطلق ضرثها ، فإنه ورد النهي عنه في الحديث « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في إبانها » . واشتراط أن يتوارثا مع اختلاف الدين . لحديث « لا يتوارث أهل ملتين » .

وكاشتراط ألا ينجبا أولاداً أو اشتراطها ألا يتمتع بها فإن هذا الشرط مغل بالمقصود الأصلي من العقد .

وحكم هذا الشرط ألا يتقيد العقد به فلا يلزم الوفاء به ويلغي في كل حال . ولا يتأثر به العقد إلا إذا كان الشرط يجعله في معنى الزواج- المؤقت كاشتراط

(١) يقول ابن قدامة في المغني ج ٦ ص ٥٢٦ عند شرط البكارة : كلام أحمد يمتثل أمرين : أحدهما لا خيار له لأن الكاح لا يرد فيه بعيب سوى ثمانية عيوب فلا يرد منه بمخالفة هذا الشرط ، والثاني : له الخيار ، لأنه شرط صفة مقصودة فبان خلانها له فيشت الخيار . وهذا هو شرطها ذات نسب فانت دونه أو شرطها ببقاء فبات سوداء أو شرطها طويلة فبات قصيرة أو حسناء فبات شوهاء خرج من ذلك كله وجهات .

الطلاق في وقت معين أو كانت طبيعة العقد لا تقبله كاشتراط الخيار .

والمذهب الجعفري كما يؤخذ من كتبهم^(١) يقسم الشرط إلى شرط صحيح وشرط باطل .

فالباطل : هو المنافي لمقتضى العقد وطبيعته بالسكينة . كاشتراط المرأة ألا يسها وتكون كالأجنبية تماماً ، وكما إذا شرط تسليم المهر في أجل فان لم يسلمه كان العقد باطلا .

أو ما يكون مخالفاً للشرع . كشرط ألا يتزوج عليها أو لا يطلقها أو لا يصل أرحامه . وحكم هذا الشرط أنه يبطل وحده ويصح العقد ويلزم ، ولا يخرج عنه إلا اشتراط أحدهما فسخ الزواج والرجوع عنه مدة ثلاثة أيام أو أكثر أو أقل . ففيه يفسد الشرط والعقد معاً على المشهور عندهم .

وما عدا ذلك فهو شرط صحيح كما يؤخذ من تمثيلهم . كأن يشترط أحدهما صفة مرغوباً فيها كالبركة^(٢) في المرأة والتدين وحسن الخلق في الرجل .

وكاشتراطها : ألا يخرجها من بلدتها أو يسكنها في مسكن معين وما شابه ذلك .

وحكم الشرط الصحيح أنه يجب الوفاء به ، فان تحقق لزم العقد ، وإن تخلف ثبت الخيار لمن اشترطه في فسخ العقد . وهذا المذهب كما ترى موافق

(١) راجع شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٣ وما بعدها، والمختصر النافع ص ٢١١ وما بعدها، وفقه الإمام حمزة الصفاق للشيخ محمد جواد مغنية ج ٥ ص ١٨٧ وما بعدها .

(٢) يحكى في كتبهم الخلاف في لزوم اشتراط البركة . ففي شرائع الإسلام . لا يلزم وليس له فسخ أن وجدها ثيباً ولكن له أن يتقص من مهرها ما بين مهر البكر والثيب ويرجع فيه إلى المرف . وفي فقه الإمام حمزة : يلزم الشرط ويشت له الحق حق الفسخ ولعلمها رأيات عندهم .

لمذهب الحنابلة في جملته . حيث توسع في الشروط الصحيحة . وضيق دائرة الشروط الباطلة ، وجعل فوات الشرط الصحيح مثبتاً لخيار الفسخ ، وقضى بإلغاء الشرط الباطل وحده مع صحة العقد إلا في اشتراط خيار فسخ الزواج . وإن اختلف معه في صحة بعض الشروط أو بطلانها تبعاً لاختلاف النظر في تطبيق الأصل في الصحة والبطلان .

وأما قانون حقوق العائلة فتنص المادة ٣٨ على أنه « إذا تزوج رجل امرأة وشرطت عليه أن لا يتزوج عليها وإن تزوج فهي أو المرأة الثانية طالق فالعقد صحيح والشرط معتبر » .

فقد أخذ في هذا بمذهب الحنابلة ، ويبقى بعد ذلك هل المعتبر في غير هذا الشرط المنصوص عليه في المادة مذهب الحنفية كما هو الأصل في كل ما سكت عنه القانون أو مذهب الحنابلة ؟

الظاهر أن مسألة الشروط موكولة لمذهب الحنابلة باعتباره المذهب الميسر في هذا الباب ، ولئلا يضطرب التطبيق ، وعلى هذا يكون المعمول به في لبنان بالنسبة للمسلمين سنين وجمعيين يكاد يكون موحداً لتقارب مذهب الجعفرية من مذهب الحنابلة .

اشتراط الخيار في الزواج :

هذا والزواج لا يثبت فيه خيار الشرط بالاتفاق لم يخالف في ذلك - فيما نعلم - أحد من الفقهاء .

لأن هذا العقد وضع لأفادة حل التمتع في الحال . وخيار الشرط ينافيه ، ولأن الحاجة غير داعية إليه فإنه لا يقع في الغالب إلا بعد ترو وفكر ومعرفة كل واحد من الزوجين صاحبه ، ولأن ثبوت الخيار يفضي إلى فسخه بعد العقد وفي هذا ضرر كبير للمرأة وبخاصة إذا كان بعد الدخول .

وبعد اتفاقهم على فساد هذا الشرط اختلفوا في أثره في العقد .
فالحنفية على أصلهم أن الشروط الفاسدة لا تؤثر في عقد الزواج ويقولون
بالغاء الشرط وصحة العقد .

والحنابلة والجعفرية على المشهور عندهم يذهبون إلى أن العقد يفسد مع هذا
الشرط لأن الزواج لا يقبل الإقالة فلا يقبل الفسح فيكون هذا الشرط
منافياً لطبيعته (١) .

وكذلك لا يثبت فيه خيار الرؤية فيما لو تزوجا ولم يكن أحدهما رأى الآخر
لأن الأصل في عقد الزواج أن يكون لازماً ، وثبت خيار الرؤية يجعله
غير لازم .

على أننا لسنا في حاجة إلى إثباته ما دام الشارع قد أباح النظر عند الرؤية
بل أمر به ورغب فيه . وكذلك لا يثبت فيه خيار العيب حتى ولو اشترط كل
منها أو أحدهما سلامة الآخر من العيوب . فيصح العقد ويلغى الشرط عند
الحنفية ، لكنهم جعلوا للزوجة الحق في رفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد إذا
وجدت بزوجها بعض العيوب التي لا يتحقق معها أغراض الزواج كالجب والعنة
ولم يجعلوا هذا الحق للزوج إذا وجد بها عيباً يمنع تحقق أغراض الزواج ، لأنه
يستطيع أن يتخلص منها بالطلاق .

وخالف الحنابلة في ذلك فأثبتوا لكل من الزوجين الخيار إذا وجد عيباً
بالآخر يمنع المخالطة الجنسية سواء كان العيب في محلها أو لا كالأمراض المنفرة
كالجدام والبرص والجنون وغيرها (٢) وسيأتي في بحث الطلاق بيان آراء الفقهاء
في ذلك تفصيلاً إن شاء الله .

(١) راجع المفني لابن قدامة ج ٦ ص ٣٦ ، وفقه الأمام جعفر للشيخ محمد جواد مغنية
ج ٤ ص ١٨٧ .

(٢) قالوا إن العيوب المحوزة للفسخ ثمانية ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون والجدام
والبرص واثنان يختصان بالرجل هما الجب والعنة وثلاثة تختص بالمرأة وهي الفتق والقرن
والعفل . المفني لابن قدامة ج ٦ ص ٦٤١ .

البَابُ الثَّالِثُ

فِي

المَحْرَمَاتِ مِنَ النِّسَاءِ

وفيه مباحث

تمهيد

قدمنا أن محل عقد الزواج هو المرأة ، وأن من شروطه ألا تكون المرأة محرمة تحريمًا قطعياً أو ظنياً فكان في هذا إشارة إلى أن من النساء محلات ومحرمات .

والأصل في النساء الحل لهذا العقد . بمعنى أن المرأة من حيث هي امرأة محل للزواج . غير أنها قد تحرم بالنسبة لشخص معين لوجود أمر يمنع زواجها منه بينما تحل لغيره . وهذا الأمر قد يكون لازماً لها لا يفارقها فتكون محرمة عليه تحريمًا مؤبداً . كأمه مثلاً . فإن الأمومة وصف لازم إذا ثبت لا يزول ، وقد يكون غير لازم يزول في وقت من الأوقات لأنه وصف طارىء فتكون محرمة عليه تحريمًا مؤقتاً كزوجة الغير ، فإن زواجها تنتهي في وقت ما فتحل له . والمحرمات على وجه العموم محصورات في عدد معين وما عداهن محلات .

ولذلك عد القرآن المحرمات لقلتها وأتبع ذلك بقوله : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ..

الفصل الأول

في المحرمات على التأييد وأسباب تحريمهن
وفيه مباحث

المحرم على التأييد واحد من أسباب ثلاثة :

- ١ - النسب : ويراد به هنا القرابة القريبة ويمر عن صاحبها بندي الرحم المحرم أي صاحب قرابة يحرم الزواج به .
- ٢ - المصاهرة : وهي العلاقة التي تترتب على عقد الزواج وما ألحق به .
- ٣ - الرضاع .

المبحث الأول

في المحرمات بالنسب

يحرم بهذا السب أضافاً أربعة :

الأول : أصول الرجل من النساء ، ويبدأ هذا الصنف من الأم ويستمر صاعداً في الحدات سواء كن من جهة الأم أم من جهة الأب مهما علت درجاتهن .

الثاني . فروعه . أي ما تفرعن عنه كبناته وبنات بناته وبنات أبنائه منها
نزلت درجاتهن .

الثالث : فروع أوبه من النساء كأحواته وبناتهن وبنات إخوته منها نزلت
درجاتهن يستوى في ذلك الأحوه والأخوات من جهتين أو من
جهة واحدة .

الرابع : فروع الأجداد والجدات المنفصلات بدرجة واحدة . أي الفروع
المباشرة فقط وهن العمات والخالات سواء مكّن عمات وخالات
للشخص نفسه أم كن عمات وخالات لأبيه أو أمه أم لأحد أجداده
وجداته أما الدرجة الثانية من هذا الصنف وما بعدها فهن حلال له ،
كسات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات .

والدليل على تحريم هذه الأصناف قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم
وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت »
النساء : ٢٣ .

فهذه الآية دلت على تحريم تلك الأصناف كلها . وهذا ما فهمه أصحاب
رسول الله وهم العرب العارفون بدلالة الألفاظ العربية على معانيها وأساليبها
المختلفة لذلك لم يؤثر أن أحداً منهم سأل رسول الله عن بيان شي غامض في
هذا الجزء من الآية .

وإذا استعرضنا هذه الآية وجدناها عبرت عن الصنف الأول بكلمة
« أمهاتكم » والأم في لغة العرب كما تطلق على من ولدت الشخص مبلشرة تطلق
على الجدة أيضاً باعتبارها أصلا له ، لأن الأم عندهم هي الأصل ^(١) . فمعنى هذه

(١) وهذا تعبير شائع عندهم جاء به القرآن والسنة . يقول جل شأنه « هو الذي أنزل عليك
الكتاب منه آيات محكمات من أم الكتاب وآخر متشابهات الآية فقد جعلت المحكمات أما
لاكتاب أي أصيلا يرجع إليه في تأويل المتشابهات وبيان المراد منها متى أمكن ، ويقول رسول
الله في شأن الحر . الحر أم الحباثت أي أصلها .

الجملة حرمت عليكم أصولكم من النساء .

وقد انمقد الأجماع بعد رسول الله على أن هذا هو المراد منها فحرمت
الأمهات والجدات ولم يعد في هذا مجال للاجتهاد . على أن التحريم يقوم على قرب
القرباة . وقد صرحنا الآية بتحريم العمات والحالات وهن في القرباة أبعد من
الجدات ، فيدل هذا الجزء من الآية على تحريم الجدات بدلالة النص لأنهن أولى
بالتحريم من العمات والحالات للمعنى الذي من أجله كان التحريم .

ودل على تحريم الصنف الثاني قوله « وبناتكم » والبنات في لغة العرب هن
فروع الرجل من النساء ، والمعنى وفروعكم ، ولهذا انمقد الأجماع على أن المراد
بالبنات الفروع فيتناول بنات الأبناء وبنات البنات منها نزلن ، على أن الآية
صرحت بتحريم بنات الأخ وبنات الأخت وهن أبعد من بنات الابن وبنات
البنات ، فتدل الآية على تحريمهن بطريق دلالة النص .

وحرمت الصنف الثالث بمجموع قوله « وأخواتكم » وقوله « وبنات الأخ
وبنات الأخت » وهو واضح .

وأما الصنف الرابع فتدل على تحريمه قوله « وعماتكم وخالاتكم » وكل
من ينفصل عن الجد بدرجة يطلق عليه عمة أو خالة معها علا الجد .

وقد اقتضت الآية عليهن ولم تتعرض لبناتهن فبقين على الحل لدخولهن تحت
قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » .

على أنه قد ورد التصريح بحلهن في قوله تعالى « يا أيها النبي إنا أحلنا لك
أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك وبنات عمك
وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك » الأحزاب/ ٥٠ .

- والأصل أن ما أحل لرسول الله يكون حلالاً لأمته إلا ما قام الدليل على
اختصاصه به ولم يوجد هنا دليل يدل على هذا الاختصاص .

تنبيه :

اختلف الفقهاء في مخلوقة من ماء الزنا هل تحرم علي أبيها أولا ؟

فذهب الشافعي إلى أنها لا تحرم عليه ، فيجوز له زواجها لأنها أجنبية منه ولا تنسب اليه شرعاً ، ولا يجري التواؤث بينها ، ولا تلزمه نفقتها فلا تحرم عليه كسائر الأجانب

وذهب جماهير الفقهاء ومنهم الحنفية والحنابلة والجعفرية والمالكية في الأصح عندهم إلى أنها تحرم عليه ، فلا يجوز له التزوج بها . لأنها أشئ مخلوقة من مائه حقيقة فتكون جزءاً منه كبنته من النكاح فيشملها النص بعمومه ، ولذلك تسمى بنته لغة وعرفاً ، والأحكام تتبع الأسماء ، وتختلف بعض الأحكام لا ينفي كونها بنتاً لأنها لا ترثه إذا كانت رقيقة مملوكة للغير أو اختلف دينها عن دين أبيها بالاتفاق . وإذا قام الدليل على خروج بعض الأحكام يبقى ما عداه ، فلا خلل في إضافتها إليه (١) . وهذا هو الرأي الراجح في نظرنا وبخاصة أن الحرمة مما يحتاط في إثباتها إذا دارت بين الأثبات والنفي .

والحكمة في تحريم هؤلاء تتجلى في الأمور الآتية :-

أولاً - أن عقد الزواج مشروع لإنشاء وصلة بين الرجل والمرأة لتنشأ عنها ألفة ومودة ، والوصلة موجودة في القرابة المحرمية على أكمل ما تكون الوصلة فلا حاجة إلى إنشاء وصلة جديدة من نوع آخر .

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥٠ وعبارته : من ربي بأمراء وحملت منه بنت فأنها تحرم عليه وعلى أصوله وفروعهم وإن حملت بذكر حرم على صاحب الماء تزوج بنته كما يحرم على الذكر تزوج فروع أبيه من الزنا وفروعه . والمهاج بحواشيه ج ٣ ص ٢٢١ ، والمفسر ج ٦ ص ٧٨ وفقه الإمام جعفر الصادق ج ٤ ص ٢٠٢ والبدائع ج ٦ ص ٢٥٧ .

ثانياً - أن الاختلاف بين الوصلتين يجعل من المتعذر اجتماعها ، فوصلة القرابة المحرمة أساسها الاحترام والمحبة البريئة ، وهذا يقتضى الوقار والاحتشام . فرق أنها تنشأ دائمة لا تنقطع ، لأن الشارع حض على المحافظة عليها وحذر من قطعها بأي سبب كان .

ووصلة الزواج أساسها المتعة واللذة ، ومع هذين لا وقار ولا احتشام . وهي وإن كانت تنشأ أول الأمر للدوام والاستقرار إلا أنها عرضة في أي وقت للقطع والأنهاء بالطريق المشروع إذا ما استحکم النزاع وناءت الحياة الزوجية بالفشل .

مع أن القرابة توجب التراحم من الجانبين لا في مقابلة بدل ، أما العلاقة الزوجية فتقوم على تبادل الحقوق والواجبات بين طرفيها ولعنصر المال دخل في هذه المبادلة .

وفي بعض الصور تتناقض الحقوق تماماً فيما لو تزوج الأن أمه فإنها بحكم أمومتها لها السلطان على ابنها : وهذا يوجب عليه الطاعة بأكمل معانيها ، وبحكم أنها زوجة يجب عليها الطاعة والخضوع لزوحها . وبهذا تنقلب الأوضاع فيصير من له الطاعة عليه الطاعة .

ثالثاً - أن أباحة الزواج من هؤلاء تقتضي الحكم عليهم بالتباعد وتحريم الاختلاط بينهم لئلا يكون الاختلاط وسيلة إلى أن يتولد في نفوسهم طمع بعضهم في بعض فتكون المفاصد التي لا حد لها ، وفي تحريم اللقاء والاختلاط بينهم من الحرج ما لا يحفى . وأي حرج في مع لقاء الرجل بابنته أو الاختلاط بأمه وأخته أو عمته أو خالته ؟ فلم يكن ثمة طريق لرفع هذا الحرج ودفع تلك المفاصد غير تأبيد التحريم لتقطع الأطماع وتفتر الرعبات ويلتقى الجميع ويختلطون في أمان .

رابعاً - إن أباحة الزواج من هؤلاء تثير التنازع بين الأخوة والأقارب - -

التنافس على الزواج بهن •

وأبي نزع أقبح من أن يتنازع أخوان على التزوج بأختها ، أو يتنازع أب يريد
التزوج بابنته مع ابنه الذي يرغب في التزوج بها •

وبعد هذا كله فإن الفطرة السليمة تأبى أن يفترش الأب ابنته أو الابن أمه
أو الأخ أخته .

وكيف يستسيغ ذلك الإنسان العاقل مع أن بعض الحيوانات لا تطلب
أليفها إلا من غير بيتها ؟؟

المبحث الثاني

في المحرمات بالمصاهرة

يحرم بهذا السبب أصناف أربعة :

الأول - أصول الزوجة من النساء كأمها وجداتها من جهة الأم أو الأب في أي
درجة سواء دخل بالزوجة أولاً .

الثاني - فروع الزوجة التي دخل بها من النساء كبناتها وبنات أبنائها وبنات
بناتها مهما نزلت مرتبتهم فإن لم يدخل بها لا تحرم فروعها •

الثالث - زوجات أصوله ، كزوجة أبيه وزوجات أجداده من جهة الأب أو
الأم مهما علت مرتبتهم وجد دخول بهن أولاً •

الرابع - زوجات فروع كزوجة ابنه وزوجات أبناء ابنه وأبناء بنته وجد
دخول بهذه الزوجات أولاً إذا كانت الفروع تفرعن عن صلبه ، أما
البنوة بالتبني فلا أثر لها في التحريم ، لأن الإسلام أبطل التبني الذي كان في
الجاهلية وألغى أحكامه •

وتحريم هذه الأصناف ثابت بالقرآن .

أما الأولى فيقوله تعالى : « وأمهات نسائكم » فإنه معطوف على قوله سبحانه « حرمت عليكم أمهاتكم » فيكون معناه : وحرمت عليكم أمهات نسائكم ، وكلمة الأمهات هنا تتناول الأم المباشرة والجدات كما سبق بيانه ، والآية لم تقيد التحريم بالدخول فيبقى على إطلاقه ، وعليه تحرم أم الزوجة وجداتها بمجرد العقد عليها .

أما الثاني فيقوله جل شأنه : « وربائبكم اللاتي في حجوركم ^(١) من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » فإنه معطوف كذلك على أول الآية وهو صريح في تحريم بنات الزوجة ، لأن الرائب جمع ربيبة وهي بنت امرأة الرجل من غيره ، وسميت بذلك لأن الرجل يقوم بتربيتها ورعاية شؤونها عادة ، ومن هنا وصفت بكونها في الحجور تبعاً للغالب . فالوصف لا مفهوم له فلا يدل على حلها إذا لم تكن في الحجور . والآية نفسها أشارت إلى عدم اعتباره قيداً في التحريم لأنها تقول بعد ذلك : « فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » فاقترعت في بيان الحكم المقابل للأول على حالة تخلف الدخول ، ولم تتعرض لكون الرائب في غير الحجور ، ولو كان شرطاً لما اكتفى بنفي الدخول بل لقال ولم يكن في حجوركم ^(٢) والآية بعبارتها تحرم بنات الزوجة ، أما بنات أولادها فثبت تحريمهن بالأجماع . والسر في التفرقة بين النوعين حيث جعل تحريم الأم وما فوقها بمجرد العقد ، وتحريم البنت وما تحتها بالدخول بأصلها . حتى قرر الفقهاء قاعدة تقول : «العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات » .

إن الأم بطبيعتها السليمة تؤثر بنتها بالزواج على نفسها فما دام الزوج لم يدخل

(١) الحجر الحظن وهو مكان ما يحجره ويحوطه الإنسان في صدره بين عضديه وساعديه

(٢) راجع تبين الحقائق للريلمي ج ٢ ص ١٠٢ .

بها تطيب نفسها أن تتخلى عنه لابنتها ، لأنها ترى في سعادة ابنتها سعادة لها ، بل إنها تستعذب الشقاء من أجل أن تسعد بناتها، وأما بعد الدخول فيبعد ذلك لأنها بعد أن استوفت حظوظ الزواج لا تطيب نفسها بالتخلي عن زوجها لأبنتها على أنه بعد الدخول بها تصبح بنتها كبنت الزوج ضرورة المخالطة بينهما .

بخلاف البنت فإنه ليس من طبعها أن تؤثر أمها على نفسها، فإذا عقد عليها ثم طلقها وتزوج أمها حقدت على أمها التي سعدت بهذا الزوج الذي كان سبباً في شقاءها .

على أن من طبع النبت عدم الرضا بزواج أمها بغير أبيها .

وأما الثالث : فثبت تحريمه بقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً » النساء / ٢٣ ، فهذه الآية تحرم زوجات الآباء بعبارتها الصريحة وزوجات الأجداد باعتبار أن اسم الأب يطلق لغة على الأصل المذكور سواء كان مباشراً أو غير مباشر فيكون معناها « ولا تنكحوا ما نكح أصولكم من النساء » وقد انعقد الأجماع على تحريم زوجات الأجداد .

وقد اختلف الفقهاء في المراد بالنكاح في هذه الآية . فيرى المعص أنه العقد وهم الشافعية ومن وافقهم ، ومنهم من يرى أن المراد به المخالطة الجنسية سواء كانت حلالاً أو حراماً وهم الحنفية ومن وافقهم حتى قالوا : إذا زنى الأب أو الجد بامرأة حرمت على فروعه . والمسألة خلافية سيأتي تفصيلها .

وأما الرابع : فتحريمه ثابت بقوله حل شأنه في سياق عداد المحرمات : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » والحلائل جمع حليله وهي الزوجة ويشت ذلك بمجرد العقد حتى ولو لم يعقبه دخول . ولفظ الأبناء شامل لكل من تفرع عنه من الذكور فتحرم زوجات الفروع مطلقاً .

ولا يقال: إن التقييد بكونهم من الأصلاب يقصر التحريم على زوجات أبنائهم فقط دون زوجات أبناء أبنائهم وأبنائهم بناته . لأن لفظ الأبناء في لغة العرب يشمل هؤلاء . إن يراد به كل من يتصل به بصلة الولاد ، والتقييد لأخراج حلائل الأبناء بالتبني ، وقد كانت عادة التبني فاشية في العرب عند نزول القرآن فأبطل الله هذه العادة وبين أنها لا تثبت نسباً ولا غيره بقوله تعالى: «وما جعل أدياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل . أدعوهم لأبنائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فأخوانكم في الدين ومواليكم ، الأحزاب . ٤٤ ، ٥ .

ويرى بعض الفقهاء أن قيد الأصلاب في الآية قصد به إخراج الأبناء من الرضاع فلا تحرم زوجاتهم لأن الأبن من الرضاع ليس من الصلب لا بالذات ولا بالواسطة^(١) وإن كان جمهور الفقهاء يذهبون إلى أن زوجة الأبن من الرضاع محرمة كزوجة الأبن من النسب وسيأتي ، لذلك مزيد بحث عند الكلام على المحرمات بسبب الرضاع . وليلامحظ هنا أن مجرد العقد الصحيح محرم لهذه الأصناف ما عدا فروع الزوجة فإن شرط التحريم فيه الدخول بها كما بينا . أما العقد الفاسد فلا تثبت به حرمة المصاهرة إلا إذا أعقبه دخول كما سيأتي قريباً .

وينبغي على هذا أنه لو عقد زواجه على امرأة وقبل أن يدخل بها طلقها حرم عليه زواج واحدة من أصولها ، كما تحرم هي على أصوله وفروعه لكنه لا يحرم عليه أن يتزوج بنت من فروعه ، ولو مات عنها قبل أن يدخل بها حرمت على أصوله وفروعه ، وتبين لنا أن حرمة المصاهرة تثبت بأحد أمرين . العقد أو الدخول .

أما العقد فلا بد أن يكون صحيحاً سواء كان من الصغير أو الكبير .

(١) راجع زاد المعاد لان القيم ج ٤ ص ١٤ فإنه رجح هذا الرأي بعدة أدلة .

أما الدخول فإن كان بعد عقد صحيح فلا كلام فيه . وقد عرفنا أنه شرط في تزوج المرأة بالنسبة لفروعها كما ورد النص بذلك ، ويشترط فيه أن يكون بمن يتصور منه ذلك كالبالغ فإن كان من غيره لا يحرم .

ولكن الفقهاء اختلفوا في المراد به هل هو المخالطة الجسدية كما يرى بعض الفقهاء ، لأنه حقيقة فيها فلا يعدل عنها إلا بدليل ، أو المراد به ما يشمل المقدمات من اللمس بشهوة والتقبيل والنظر إلى العصور المحصوص كذلك كما يرى البعض الآخر إقامة لما يدعو إلى الشيء مقامه ، بل إن المالكية ذهبوا إلى أن الحلوة تقوم مقامه ^(١) ، والجعفرية لهم رأيان رأي شوت التحريم باللمس والنظر ، ورأي بأنه لا يثبت مها تحريم بل الكراهية فقط .

هل يشترط في الدخول الموجب لحرمة المصاهرة أن يكون حلالاً ؟

اتفق الفقهاء على أنه لا يشترط أن يكون حلالاً من كل وجه ، بل يكفي أن يكون فيه شبهة الحل . لذلك اتفقوا على أن الدخول بشبهة يحرم المصاهرة . كما إذا عقد على امرأة عقد زواج فاسد كالزواج بغير شهود ، أو عقد على امرأة لم يرها فزفت إليه امرأة وقيل له : هذه زوجتك ثم تبين أنها ليست هي أو قصد امرأته فكأنت غيرها ^(٢) وإنما ثبت بذلك حرمة المصاهرة لأنه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير الرجل به محرماً

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٥١ ونداية المهتمد ح ٢ ص ٢٩ وقد صرح بأن معنى الخلاف هو هل المهر من اشتراط الدخول في الآية « اللاتي دخلتم بهن هو الرطء أو التلدد بما دونه من اللمس وغيره .

(٢) المالكية يقولون . أن العقد المختلف في فساده يعمد حرمة المصاهرة أما الجمع على فساده فلا يحرم إلا بالدخول . وفسر الرطء بشبهة الذي يعمد حرمة المصاهرة بأنه الرطء علقاً فيمن تحل في المستقبل كزوجة أخت روحته ، أما إذا كانت لا تحل له في المستقبل كمت روحته فلا يوجب حرمة المصاهرة لأنه ليس وطأً وشبهة . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٥١

لمن حرمت عليه من أصول المرأة وفروعها فلا يباح له به النظر إليهن ولا الاختلاط بهن ، لأن الوطء ليس مباح بأطلاق .

حقى إنه لا يباح له النظر إلى المرأة التي كانت سبباً ولا مخالطتها فلا يباح له النظر إلى غيرها بطريق الأولى . وكذلك من جانب المرأة لا يباح لها النظر إلى أصول الرجل وفروعه ولا مخالطتهم .

ولأن المحرمية نعمة لا تنال إلا بطريق مباح من كل وجه لأنها إباحة^(١) .

وهذا يفترق عن الوطء الحلال فإنه يفيد الأمرين . حرمة المصاهرة وثبوت المحرمية .

أما الوطء الحرام من كل وجه وهو الزنى فهو موضع اختلاف الفقهاء . فذهب جماعة من فقهاء الصحابة والتابعين إلى أنه يجرم وهو مذهب الحنفية والصحيح عند الحنابلة . ورأى للجعفرية^(٢) فمن زنى بامرأة حرم عليه أصولها وفروعها وحرم عليها أصوله وفروعه . بل إن الجعفرية يذهبون إلى أن المزني بها تحرم على الراني تحريماً مؤكداً إذا كانت وقت الرنى متزوجة أو معتدة من طلاق رجعي .

وذهب آخرون إلى أنه لا يثبت حرمة المصاهرة وهو مذهب الشافعي

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٦٠ (المسمى ج ٦ ص ٥٧٧ ، حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥٢ ، شرح المساج بحاشية القليوبي ج ٣ ص ٢١٣ .

(٢) قال صاحب الجواهر عمه : « وفاقاً للأكثر بل هو المشهور » ، وقال صاحب المختصر . اختلفوا فيه والأشبه أنه لا يجرم وسواء صح هذا أو ذلك . فالقول بأنه محرم مقيد بما إذا كان الزنى قبل العقد . أما إذا طرأ الزنى على العقد بأن زنى الرجل ثم زوجته أو بنتها فلا تحريم به لزوجته . لقاعدة لا يجرم الحرام الحلال . راجع المختصر النافع وفقه الأمام جعفر المحمدي . جواد مغنية ج ٥ ص ٢٠١ .

والمعتمد في مذهب المالكية (١) فيجوز له أن يتزوج بأي امرأة من أصول
الزنى بها وفروعهها . كما أن لها التزوج بأي فرد من أصوله وفروعه .

وأساس الخلاف في هذه المسألة هل سبب التحريم هو مجرد الوطء أو
الوطء بقيد الحل ؟

فالفريق الأول يرى أنه الوطء المجرد ولا أثر لكونه حراماً أو حلالاً بدليل
أن الزوج لو دخل بزوجه في وقت منع فيه من قربانها كما إذا كان صائماً
أو كانت حائضاً أو نفساء كان هذا الدخول مثبتاً لحرمة المصاهرة لمن شرط في
حرمتها الدخول وإن كان حراماً . فإذا فارق زوجته حرم عليه التزوج
بواحدة من فروعها بالاتفاق فلم بذلك أن المحرم هو الوطء مجرداً عن كونه
حلالاً أو حراماً . فإذا قلنا إن الزنى يوجب حرمة المصاهرة لم نرتب الحكم
عليه باعتباره زنى محرماً بل باعتباره مجرد وطاء :

وفي قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إنه كان فاحشة
ومقتاً وساء سبيلاً » دلالة على ذلك لأنه وصفه بكونه فاحشة ومقتاً وهذا
التفليظ إنما يكون في الوطء لا نفس المقد .

ولأن الوطء الحلال إنما كان محرماً للبنت باعتبار أنه يصير جامعاً بين
المرأة وبنتها في الوطء من حيث المعنى ، لأن وطء الثانية منها يذكره وطء
الأولى فيصبر كأنه فاض وطهره منها جميعاً وهذا المعنى موجود في الوطء
الحرام فيأخذ حكم الأول .

ولقد روي عن رسول الله أنه قال : « لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج

(١) لأنه الردي عن مالك في الموطأ .

امرأة وابنتها « وفي رواية « ملمون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها » وهذا المعنى كما يوجد في الحلال يوجد في الحرام .

والفريق الثاني يرى أن المحرم هو الوطء الحلال ، أما الحرام فلا أثر له في ذلك .

واستندوا في ذلك إلى حديث يروى في هذا الموضوع . وهو أن رسول الله سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوج بنتها فقال : « لا يحرم الحرام الحلال وإنما يحرم ما كان من نكاح » .

ولأنه وطء لا تصير به الموطوءة فراشاً فلا يحرم كوطء الصغيرة .
ولأن حرمة المصاهرة نعمة لأبها تلحق الأجنبي بالأقارب فلا تنال المحظور وورد على هذه الأدلة : أن الحديث ضعيف ضعفه غير واحد من المحدثين بل قيل : إنه ليس من كلام الرسول ، فمرة نسب لابن عباس وهو من المانعين لثبوت الحرمة بالزنى ، وأخرى كما يقول الإمام أحمد : إنه من كلام بعض قضاة العراق ، ومع هذا التضعيف والاختلاف في النسبة لا يصلح للاحتجاج به .

أما القياس فيرد عليه أن الوطء يشبهه محرم المصاهرة بالاتفاق ولا تصير به الموطوءة فراشاً فلا يصلح دليلاً ، ويقال لهم في دليلهم الثالث وهو أن حرمة المصاهرة نعمة لأنها تلحق الأجنبي بالأقارب فلا تنال المحظور :

إن تحريم الزواج بها بالزنى ليس فيه إلا مجرد منع زواج كل من الزاني والزانية بأقارب الآخر دون أن يحل لواحد منها النظر والاختلاط فليس فيه إلحاق الأجنبي بالأقارب حتى يكون نعمة يقال عنها إنها لا تنال المحظور .

على أنهم اتفقوا مع غيرهم على ثبوت الحرمة بالوطء بشبهة وليس مباحاً لكنه لوجود الشبهة يسقط عنه الحد .

أما أدلة الفريق الأول فإنها لم تسلم الأخرى من المناقشة لأنها تؤول إلى جعل الدخول الحرام كاللدخول الحلال .

وقد قال الشافعي في مناظرته مع محمد بن الحسن: إن الزواج أمر حدث عليه والزنا فعل رجعت عليه فكيف يشتبهان ؟

ونحن نرى أن مذهب الحنفية فيه غلو من جهة أنهم توسعوا في أسباب التحريم حيث جعلوا مجرد المس بشهوة والتقبيل موجبا للتحريم . ولكنه من ناحية أخرى يسد منافذ الفساد في المجتمع وبخاصة بعدما أصبح الاختلاط بالأجنبيات أمراً عادياً في العرف الفاسد ، وأن الرجل قد يدخل على المرأة ويختلي بها خلوة محرمة تحت ستار الزواج بابنتها ، فلو علم هؤلاء أن مخالطة المرأة في حرام يحرم عليه ابنتها إلى الأبد أو أن قربان أم امرأته يحرم عليه زوجته إذا كان متزوجاً بابنتها لكفوا عن مهازلهم .

حكمة التحريم لتلك الأنواع الأربعة بسبب المصاهرة . هي أن المصاهرة رابطة كرابطة النسب ، فإن المرأة إذا تزوجت من رجل أصبحت فرداً من الأسرة . أبوه كأبيها ، وابنه كابنها ، ومثلها في ذلك الرجل فبزواجه تصبح أم زوجته كأمة وبنتها كبنته ، وهذا ما ينادى به عرف الناس وواقع حياتهم .

وإذا وجدت هذه الرابطة كان الاختلاط بين هؤلاء ضرورياً فالأبن يخالط زوجة أبيه ، والأب يخالط زوجة ابنه ، والأم لا تستغني عن مخالطة زوج بنتها ، وكذلك البنت مع زوج أمها .

فلو أبيع لهؤلاء الزواج لتولد في نفوسهم الطمع في العلاقات غير المشروعة نتيجة حتمية للمخالطة الضرورية ولم يكن ثمة علاج لقطع تلك الأطماع غير التحريم المؤبد .

على أن تحريم هؤلاء مابع من وقوع النزاع بين الأقارب ، فلو أبيع للرجل

أن يتزوج مطلقة ابنه وللأبن مطلقه أبيه ، وللرجل أم مطلقته أو بنتها وقد يكون لمطلقها رغبة في إعادتها لو أبيع ذلك لشحنت النفوس بالبغضاء وتقطعت الصلات وحلت المداوة محل المحبة ، والإنشام حريص على الأبقاء على علاقة القريب بقريبه سليمة من كل ما يمكر صفوها .

هذا في الزواج الذي ينشئ علاقة كعلاقة النسب .

أما الدخول بشبهة وما ألحق به من الدخول الحرام (الزنى) فهو وإن لم ينشئ علاقة قرابة ولا يبيح النظر والاختلاط فالتحريم به يقضي على الشك الذي يعاير النفوس ، فإن المرأة إذا تزوجت بمن خالط بنتها أو أمها مخالطة غير مشروعة قبل أن يتزوجها تعيش قلقة من احتمال عودته إلى فعلته وبخاصة إذا ما أصبحت قريبة منه يخالطها ويختلي بها بعد الزواج .

والرجل الذي يتزوج امرأة بعد أن خالطها أبوه أو ابنه مخالطة غير مشروعة يعيش في شك مستمر لأن هذا الزواج يقرب تلك المرأة من زنى بها .

وهل مع هذا الشك أو ذلك القلق تستقر حياة زوجية ويتحقق بها السكن والمودة ؟

وهل لهذا من علاج غير التحريم المؤبد للزواج هؤلاء ؟

المبحث الثالث

في المحرمات بالرضاع

يحرم بالرضاع أصنافاً ثمانية : الأربعة المحرمة بسبب النسب ولا خلاف فيها بين الفقهاء ، والأربعة المحرمة بسبب المصاهرة ، وقد خالف فيها بعض الفقهاء وسنبن وجهه نظرم عند الاستدلال . وإليك تفصيل هذه الأصناف :

الأول - أصول الشخص من الرضاع : وهن أمه وأم أمه وأم أبيه من الرضاع
مها علت درجتهم ، فإذا رضع طفل من امرأة حرم عليه الزواج بمن
أرضعته لأنها صارت أماله ، وكذلك بأم أمه وان علت وأم أبيه
رضاعا وهو زوج المرضعة مها علت درجتها لأنهن صرن جدات له كما
يحرم عليه ذلك من النسب .

الثاني - فروع من الرضاع : وهن بنته وبنت بنته وبنت ابنه من الرضاع
وان نزلن . فإذا أرضعت طفلة من امرأة صارت ابنة لزوج المرضعة
الذي كان سببا في إدرار لبنها فيحرم على ذلك الرجل التزوج بهذه
النسب وفروعها ، ولو كان الرضيع طفلا صار ابناله فيحرم عليه التزوج
ببناته وبنات أولاده مها نزلن كما يحرم ذلك من النسب .

الثالث - فروع أبويه أي أخواته وبناتهن وبنات أخوته من الرضاع مها نزلت
درجتهم يستوي في ذلك من رضع معه أو قبله أو بعده لأنه برضاعه
صار أخا للجميع .

الرابع - فروع جديده من الرضاع في الدرجة الأولى فقط وهن عماته وخالاته
من الرضاع ، لأنه برضاعه صارت أخوات المرضعة خالات له وأخوات
زوجها عمات له فيحرم عليه التزوج بواحدة منهن كما يحرم ذلك من
النسب ، وأما بناتهن فهن حلال له كما في بنات الخالات والعمات
من النسب .

الخامس - أصول زوجته من الرضاع وهن : أمها وجداتها من جهة الأب والأم
فيحرم عليه التزوج بواحدة منهن بمجرد العقد عليها سواء دخل بها أو لم
يدخل كما يحرم ذلك من النسب .

السادس - فروع زوجته : وهن بناتها وبنات أولادها من الرضاع وان نزلت درجتهم . فإذا تزوج رجل امرأة كانت متزوجة قبله بآخر وأرضعت طفلة فإن هذه الطفلة بنتها من الرضاع وتصير بالنسبة له بنت زوجته فتحرم عليه إذا دخل بأمرها كما يحرم عليه التزوج بأحدى فروعها من الأناث مثل ما يحرم عليه بناتها من النسب .

السابع - زوجات أصله من الرضاع أي زوجات أبيه وجدته وإن علا سواء دخل بها الأب أو الجد أو لا ، فلو رضع طفل من امرأة متزوجة صار زوجها أباً له من الرضاع وأبو الزوج حداً له كذلك فإن كان للزوج زوجة أخرى غير من أرضعته حرم على الرضيع التزوح بها لأنها زوجة أبيه من الرضاع ، كما يحرم عليه التزوج بأمرأة أبيه من النسب .

ثامناً - زوجات فروعها أي زوجة ابنه وابن بنته من الرضاع وإن نزل سواء دخل الفرع بروحته أو لا .

والدليل على تحريم هذه الأصناف بالرضاع قوله تعالى في آية المحرمات : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » . واقتصر القرآن على الأم إشارة إلى تحريم كل من اتصل بعمود النسب من الأصول والفروع ، واقتصره على الأخوات إشارة إلى تحريم حواشب النسب وحواشيه .

لأنه لما سمي المرزعة أما وبناتها أحوات دل ذلك على أن الرضاع يصل الرضيع بمن أرضعته صلة الفرع بأصله ، وأنه يتكون بالرضاع جزئية يصير بها الرضيع جزءاً ممن أرضعته كأولادها الذين ولدتهم وهم أجزاء منها ومن زوجها وأكد ذلك بأخوة أولادها له فيكون ذلك الرضيع ابناً لها بمنزلة الأبن من النسب ، فيأخذ حكمه في كل ما يتعلق بالتحريم بالنسبة للأصناف المحرمة بالنسب من البنات والعمات والحالات وبنات الأخ وبنات الأخت .

« وقد فصل رسول الله ﷺ ما أجمله القرآن ووضح ما أشار إليه في جملة أحاديث منها الحديث المتفق عليه المروي عن ابن عباس أن النبي ﷺ أريد على ابنة حمزة فقال: «إنها لا تحل لي إنها ابنة أخي من الرضاعة، ويحرم من الرضاعة ما يحرم من الرحم» ، وفي رواية من السب (١) .

وفي رواية عائشة رضي الله عنها قالت: إن النبي ﷺ قال :

« يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ، ومنها أن النبي ﷺ قال في درة بنت أبي سلمة : « إنها لو لم تكن ربيتي في حجري ما حلت لي إنها ابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وأبأها ثوية » (٢) . ومنها الحديث المروي عن عائشة رضي الله عنها : أن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد أن نزل الحجاب قالت : فأبيت أن آذن له ، فلما جاء رسول الله أخبرته بالنبي صنعت فأمرني أن آذن له » (٣) .

وفي بعض روايات هذا الحديث إنها قالت له حين جاء يستأذن عليها : «إنما أرضعتني امرأة أخيك فلا آذن لك حتى استأذن رسول الله ، فلما ذكرت ذلك للرسول قال لها « إينذي له فإنه عمك » .

ولما اعتبر الشارع المرضعة أما للرضيع كأمه من النسب ، واعتبر الرضيع ابناً للرضعة كابنتها من النسب كانت أم زوجة الرجل رضاعاً مثل أمها من النسب وبناتها من الرضاع كبناتها من النسب، ولما اعتبر زوج المرضعة أباً للرضيع

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٩ قالوا : إن الذي أراد من النبي هو علي كرم الله وجهه . وقد كان صلى الله عليه وسلم رضع من ثوية مولاة أبي لهب أياماً قبل أن تجيء حليمة السعدية . وقد كانت ثوية أرضعت قبله عمه حمزة بن عبد المطلب كما يقول ابن سعد في الطبقات الكبرى .

(٢) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٥٧١ .

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٩ .

والرضيع ابناً له كانت زوجة الأب الرضاعي كزوجة الأب النسبي، وزوجة الابن الرضاعي كزوجة الابن النسبي .

ومن هنا ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يحرم بالرضاع كل ما يحرم بالمصاهرة كما يحرم كل ما يحرم بالنسب .

هذا وقد قرر بعض الفقهاء: أن قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ليست على إطلاقها، بل هناك بعض صور مستثناة حيث ثبت فيها التحريم بالنسب ولا يثبت فيها التحريم بالرضاع لوجود العلاقة المحرمة في النسب وعدم وجودها في الرضاع . منها أولاً : أم الأخ أو الأخت من الرضاع لا تحرم . كما إذا رضع طفلان من امرأة فصارا أخوين بالرضاع . ثم رضع أحدهما من مرضعة أخرى فهذه المرضعة تكون بالنسبة للذي لم يرضع منها أم أخيه من الرضاع فتحل له، وكذا لو كان لأخيه من الرضاع أم من النسب فإنها تحل له أيضاً لعدم وجود المحرم لأنها أجنبية في الحالتين .

ولو كان الطفلان أخوين من النسب ورضع أحدهما من أجنبية وصارت أما له من الرضاع جاز لأخيه أن يتزوجها لأنها أم أخيه رضاعة، بينما لا يجوز له أن يتزوج أم أخيه نسباً لأنها إما أمه إن كانا شقيقين أو امرأة أبيه إن لم يكن شقيقاً وكلتاها محرمة عليه الأولى بالنسب والثانية بالمصاهرة . ومثل أم الأخ في ذلك أم الأخت .

ثانياً – أخت ابنه أو بنته من الرضاع . كما إذا رضع طفل من امرأة صار ابناً لزوجها من الرضاع، فإذا كان لهذا الطفل أخت من النسب لم ترضع من تلك المرأة فإنه يحل لذلك الزوج أن يتزوج هذه البنت وهي أخت ابنه من الرضاع لعدم المحرم بينهما، ومثله إذا كان للرجل ابن من النسب رضع من امرأة أجنبية ولها بنت نسبية أو رضاعية فلذلك الرجل أن يتزوج بهذه البنت وهي أخت

ابنه من الرضاع لانعدام العلاقة المحرمة بينها . بينما لا يجوز له أن يتزوج أخت
ابنه عن النسب لأنها إما بنته أو بنت امرأته التي دخل بها وكنها محرمة عليه
الأولى بالنسب والثانية بالمصاهرة ، وأخت البنت كأخت الابن في كل ذلك .

ومن وقائع الرضاع التي تحدث كثيراً أن يرضع الطفل من جديته لأمه
فتصير أمه أختاً له من الرضاع فلا تحرم على زوجها لأنها صارت برضاع طفلها
من أمها أختاً له من الرضاع فقط وأخت الابن من الرضاع لا يحرم التزوج بها
ابتداءً فلا يؤثر الرضاع الطارئ على تلك الزوجية بقاءً من باب أولى .

ولكن الجعفرية يحرمون هذه الزوجة على زوجها هذا الرضاع مطلقاً سواء
كان زوج المرضعة التي هي أم الزوجة أبا للزوجة أو أجنبياً عنها (١) .

وهذا الرأي كما ترى فيه حرج كبير . حيث إنه يترتب عليه بطلان الزواج
في كثير من الصور حيث إن أم المرأة تقوم بأرضاع أطفال ابنتها إذا كان لها
لبن لأنها أقرب الناس إليها . وربما يخفف هذا الضرر تشدهم في مقدار الرضاع
المحرم حيث قدروه بخمس عشرة رضة متوالية لم يفصل بينها فاصل كما سيأتي
بيانه قريباً .

ثالثاً - أم ولد ولده رضاعاً كما إذا أرضعت أجنبية ابن الأبن أو ابن البنت
فإنها تصير أم هذا الأبن رضاعاً فيحل لجد الولد أن يتزوجها مع أنه لا يجوز له
أن يتزوج أم ابن ابنه أو أم ابن بنته نسباً ، لأن الأولى زوجة ابنه والثانية بنته
والأولى محرمة بالمصاهرة والثانية بالنسب . وكذلك لو أرضعت زوجة الأبن
طفلاً أجنبياً فإنه يكون ابن ابن رضاعاً فإذا كانت له أم نسبية أو رضاعية
أخرى لا تحرم على الجد الذي هو أبو زوج تلك المرضعة .

(١) راجع فقه الإمام جعفر الصادق للشيخ محمد جواد مغنية ج ٥ ص ٢٣١ وما بعدها .

رابعاً - أم العمة أو العم أو الخال أو الخالة من الرضاع لعدم العلاقة المحرمة
بيننا تحرم إذا كانت من النسب لأنها إما جدة لأب أو لأم أو امرأة الجد .

وما ينبغي التنبيه عليه هنا أن تلك الاستثناءات صرح بها بعض الفقهاء بناء
على أنهم أخذوا قاعدة : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » على إطلاقها
أما إذا لاحظنا أنها مقيدة بما إذا وجدت بالرضاع صلة ورابطة كرابطة النسب
كأصلية وفرعية أبوين أو فرعية جدين ، فإذا لم توجد الرضاعة هذه الرابطة فلا
يتعلق بها تحريم (١) .

ومن تأمل الصور السابقة وجد أن الرضاعة لم توجد علاقة بين الشخصين
الذي يحل أحدهما للآخر . بل إن بعض صور النسب لا يوجد فيها تحريم لعدم
وجود العلاقة المحرمة مثل الأخوين لأب إذا كان لأحدهما أخت لأمه فهي أخت
أخيه من النسب ومع ذلك لا تحرم عليه لعدم الرابطة بينها لأنها بالنسبة إليه
أجنبية ، وغاية ما فيها أنها بنت زوجة أبيه وهي حلال له .

(خلاف فريق من الفقهاء في تحريم بعض الأصناف السابقة) .

قدمنا أنه لا خلاف في التحريم بالرضاع لما يحرم بالنسب ، وأما التحريم به
لما يحرم بالمصاهرة فقد كان موضع اختلاف الفقهاء وقد عرفت رأي جمهور
الفقهاء فيه فيما سبق .

وخالف في ذلك الظاهرية والجعفرية وابن تيمية وتلميذه ابن القيم فذهبوا إلى
أنه لا يئرم بالرضاع إلا ما يحرم بالنسب مؤيدين دعواهم بأن القرآن ذكر في آية
المحرمات ثلاثة أنواع وهي المحرمات بالنسب والمحرمات بالمصاهرة والمحرمات
بالرضاع، واقتصر في النوع الأخير على الأمهات والأخوات وهو إشارة إلى إلحاق

(١) راجع منهاج الطالبين وشرحه ج ٣ ص ٤٢٢

الرضاع بالنسب حيث جعل المرضع أما وبناتها أختا، وجاءت السنة للمبينة للكتاب مصرحة بهذا الألتاق « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » ولم تعرض لإلتاقه بالمصاهرة حتى يحرم بالمصاهرة .

والسكوت في موضع البيان بيان . وحيث لم يوجد دليل على تحريم تلك الأصناف بقيت على الحل الثابت بقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ولا يصح قياس المصاهرة من طريق الرضاعة على المصاهرة من طريق النسب لأن المعنى الذي من أجله ثبتت المحرمة في الثاني وهو الاختلاط الناشيء عن اندماج الأسرتين غير موجود في الأول .

وقد قال ابن القيم : إن هذه مسألة اجتهادية اختلف فيها الفقهاء المتقدمون وكان من القائلين بعدم حرمة هذه المصاهرة عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وغيرهما من الصحابة والتابعين ورجح هذا القول (١) .

ما عليه العمل من هذين الرأيين :

أما في جمهورية مصر العربية فالعمل بمذهب الحنفية الذي هو مذهب الجمهور وإن كانت لجنة الأحوال الشخصية التي كلفت بوضع مشروع قانون ع-ام للأحوال الشخصية اختارت الرأي الثاني القائل : بأنه لا يحرم بالرضاع إلا ما يحرم بالنسب حيث جاء في المادة الثانية عشرة من هذا المشروع ما يلي :

أ - يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا تثبت الحرمة بالرضاعة إلا من من المرضع .

(١) من أراد المزيد من ذلك فليرجع إلى راد المعاد لابن القيم ج ٤ وراجع المختصر النافع ص ١٩٩ والفني لابن قدامة ج ٦ ص ٥٧١ فإنه يقول : ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واقتصر على ذلك .

ب - لا تثبت حرمان المصاهرة من طريق الرضاع .

أما في لبنان فإن العمل يجري فيها بقانون حقوق العائلة وهو يأخذ بالرأي الثاني الذي يقصر التحريم بالرضاع على المحرمات بالنسب فقط ، فقد نصت مادته السابعة عشرة على المحرمات بالنسب وهن أربعة أصناف .

وتحوي المادة الثامنة عشرة تقول : « تزوج النساء بالرجل الذي بينه وبينهن قرابة بالرضاع ممنوع أبداً كالنساء ذوات الرحم المحرم المذكورات في المادة السابقة .

وفي المادة التاسعة عشرة يعد المحرمات بسبب المصاهرة وهن أربعة أصناف :

وهذا الصنيع صريح في قصر التحريم بالرضاع على ما كان بالنسب فقط ، لأنه سمى العلاقة التي بين الرجل والمرأة الحاصلة بالرضاع قرابة وجعل حكم النساء المحرمات بالرضاعة كالنساء ذوات الرحم المحرم المذكورات في المادة قبلها . ثم عد المحرمات بالمصاهرة أربعة أصناف فقط في المادة اللاحقة ولم يعرض فيها للتحريم بالرضاع .

الرضاع المحرم :

إذا عرفت الأصناف المحرمة بالرضاع المحرم وفقاً وخلاقاً فلا بد لك من معرفة حد الرضاع المحرم حيث لا يثبت التحريم بكل ما يسمى رضاعاً . وهذا يدعونا إلى بيان الأمور الآتية :

معنى الرضاع في عرف الفقهاء . شروط التحريم به . حكم اللبن المخلوط بغيره . هل يتعدى التحريم به إلى الرجل الذي كان سبباً في نزوله ؟ ما يثبت به الرضاع . معنى الرضاع : هو في اللغة : مص اللبن من الثدي سواء كان ثدي آدمية أو نيرها وسواء كان الماص صغيراً أم كبيراً .

وفي اصطلاح الفقهاء : مص الطفل الرضيع اللبن من ثدى المرأة في

مدة معينة .

وقد ألحق جمهور الفقهاء بالمص إدخال اللبن إلى جوف الطفل بأي وسيلة . كإعطائه له بواسطة إناء أو أنبوبة من طريق الفم أو فتحة طبيعية . لأنه بذلك يصل إلى حوفة ويتحقق به التغذية ، والتحریم ممنوط بأنبات اللحم وانساز العظم بهذا اللبن لا بصورة مص الطفل الثدي ، واقتصارهم في التعريف على مص الثدي لأنه الغالب فيه كما جرت به العادة . لذلك قرروا أن إدخال اللبن جسم الطفل من طريق غير طبيعي كالحقنة أو بواسطة جرح أو حقنة من الشرج لا يتعلق به التحريم ، لأنه لا يصل إلى المعدة التي تقوم بعملية تحويل الغذاء وتوزيعه على الجسم .

لكن فقهاء الجعفرية قصرُوا الرضاع المحرم على مص الثدي ، ثم قالوا فلو أوجر اللبن في فم الطفل أو سعط به في أنفه لا يتعلق به تحريم ، لأن النص جاء بالرضاع « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم » والمتبادر منه هذا المعنى . وقد علمت أن علة التحريم هي إنبات اللحم وانساز العظم لا مجرد المص .

فإذا تحقق الرضاع صارت المرضعة أما للرضيع وبناتها أخوات له ، لأن الطفل يتغذى باللبن في مدة الرضاعة بل هو غذاؤه الأساسي فيكون اللبن من مكونات جسمه وهو جزء من المرأة خرج من صافي دمها فيصبح الطفل كجزء منها فيكون ابناً لها وتصير بناتها أخوات له وأمهات جدته وأخواتها خالاته . كذلك يصير زوجها أباه وأخواته عماته عند جاهير الفقهاء .

وعلى ذلك لا يكون رضاع الكبير ناشراً للحرمة إلا على رأي شاذ لبعض الفقهاء . وكذلك رضاع الصغير بعد مدة الرضاع المقررة شرعاً لعدم تأثير اللبن في بناء جسمه .

شروط الرضاع المحرم :

يشترط في الرضاع المحرم شروطاً بعضها متفق عليه بين الفقهاء وبعضها الآخر مختلف فيه . فيشترط في المرضعة أن تكون آدمية بالاتفاق فلا يحرم الرضاع من غير آدمية لأنه لا يحقق العلاقة المحرمة ، فلو اجتمع طفلان على ثدي غير آدمية أو شرباً لبنها لا يتحقق به أمومة فلا يثبت ما يتفرع عنها من الأخوة وغيرها ثم إن الحنفية لا يشترطون فيها أكثر من ذلك فيستوى عندهم التي در لبنها بسبب الولادة من زواج أو غيره (١) .

فإذا ولدت امرأة من الزنى وأرضعت طفلاً ثبت به التحريم بالنسبة للمرأة والرجل الذي زنى بها فتصير أما للرضيع والرجل أباه رضاعاً . لأن شرط اللبن المحرم في جانب الرجل عندهم أن يكون نازلاً بسبب الحمل والولادة منه .

ويوافقهم المالكية في القول المعتمد في مذهبيهم ، لأن الشرط عندهم أن يكون اللبن نازلاً بعد أن يخالط الرجل - المرأة مخالطة تامة سواء ثبت نسب الولد منه أو لا .

والشافعية (٢) والحنابلة يذهبون إلى أن الرضاع من اللبن النازل بسبب الزنى يحرم في جانب المرضعة فقط ولا يحكم له بالنسبة إلى الرجل لأن شرط التحريم في جانبه أن يكون الولد الذي نزل بسببه اللبن ثابت النسب منه وفي الزنا لا نسب فلا تحريم ، وعلى ذلك يشترط للتحريم بالرضاع بالنسبة للرجل أن تكون المرضعة ولدت منه بنكاح صحيح أو بمخالطة بشبهة .

(١) ثم زادوا على ذلك فقالوا : إنه لو در للمرأة لبن من غير ولادة ورضعه طفل تعلق به التحريم نيباً كانت أو بكراً ، بل أنهم لم يشترطوا حياة المرضعة عند الرضاعة قالوا : لو ماتت امرأة وكان بها لبن ويجوارها طفل التقم ثديها عقب موتها تعلق به التحريم .
(٢) راجع شوح المنهاج بحاشية القليوني ج ٣ ص ٢٤١ .

أما الجعفرية فيشترطون في المرضعة أن يكون لبنها در عن ولادة من نكاح صحيح أو مخالطة بشبهة على الصحيح عندهم . لأن الحرمة تابعة لثبوت النسب فما لم يكن هناك نسب لا تحريم مطلقاً .

فلو نزل لبنها من زنا أو نزل بدون سبب لا ينشر الحرمة مطلقاً لا في جانب المرأة ولا في جانب الرجل (١) .

ويشترط في لبن الرضاع : أن يتحقق من وصوله إلى معدة الرضيع باتفاق الفقهاء . فإن لم يتحقق ذلك بأن التقم الطفل ثدي المرأة ولم يعلم أَرْضَع أم لا لا يثبت التحريم ، لأن الحل هو الأصل ولا يعدل عن هذا الأصل إلا بيقين ، ولا يقين مع الشك والأحكام لا تثبت مع الشك .

وهل يشترط فيه أن يكون خالصاً غير مخلوط بغيره ؟

الجعفرية يشترطون ذلك لاعتبارهم في الرضاع خصوص مص اللبن من الثدي فلا يكون اللبن المخلوط بغيره اعتباراً لأنه لا يخلط إلا بعد حلبه من الثدي .

وفقهاء أهل السنة وبخاصة الحنفية لا يشترطون ذلك بل لهم في خلط لبن المرأة بغيره التفصيل الآتي :

أ - إذا خلط بسائل آخر كالماء والدواء ولبن الحيوان فالحكم للفالب ، فإن غلب اللبن ثبت التحريم ، وإن غلب السائل فلا تحريم ، لأن القليل يستهلك في الكثير ، وإن تساوى ثبت التحريم احتياطاً . وتعتبر الغلبة بالأجزاء إذا خلط لبن المرأة بلبن الحيوان أو بالماء ، وبتغير اللون والطعم إذا خلط بالدواء ونحوه .

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ فقه الأمام جعفر الصادق - ص ٢٢٠ مسائل الخلاف

ب - إذا خلط بلبن امرأة أخرى فالراجع في المذهب الحنفي أنه يثبت به التحريم من المرأتين جميعاً دون نظر إلى كثرة أحدهما وقلة الآخر أو تساويهما لأن اللبنين من جنس واحد . وعند اتحاد الجنس لا يتلاشى أحدهما في الآخر لاتحاد المقصود منها وهو إنبات اللحم وإنشاز العظم . وهذا رأي زفر ومحمد بن الحسن . وذهب أبو يوسف إلى أن العبارة للغالب فان تساويا ثبت التحريم منها جميعاً .

ج - إذا خلط لبن المرأة بغير سائل كالطعام فإنه لا يتعلق به تحريم مطلقاً عند أبي حنيفة سواء طبخ على النار أو لا ، لأن خلط اللبن بالطعام استهلاك له فيه فان الطعام أقوى في التعذية من اللبن فيكون هو الغذاء . وعند أبي يوسف ومحمد العبارة بالغالب إذا لم يطبخ ، فإذا طبخ لا يحرم ، ومثل ذلك إذا خرج اللبن عن سيولته بأي صنعة لأن اسم الرضاع لا يتناوله في هذه الحالة .

وهل يشترط فيه مقدار معين ؟

اختلف الفقهاء في ذلك . فمنهم من لم يشترط قدراً معيناً بل يستوى فيه القليل والكثير ، ومنهم من يشترط للتحريم قدراً معيناً وهؤلاء مختلفون في تحديد هذا القدر .

ومنشأ هذا الاختلاف أن القرآن جاء في الرضاع مطلقاً غير مقيد بغير حصول الرضاع ، وورد في السنة أحاديث بعضها مطلق كآلقرآن وبعضها قيد بعدد . ولو صحت هذه الأحاديث المقيدة لاتفق الجميع على مدلولها . ولكن أنظارهم اختلفت في صحتها .

ومن هنا جاء الاختلاف ، وإليك آراء الفقهاء في ذلك .

الرأي الأول : إن قليل الرضاع وكثيره محرم وإليه ذهب الحنفية والمالكية

وأحمد في رواية . وحجتهم في ذلك قوله تعالى « وأمهاتكم اللائي أرضعنكم وأخواتكم في الرضاعة » وقول رسول الله ﷺ « يحرم بالرضاعة ما يحرم بالنسب » فقد ورد الرضاع فيها مطلقاً والأصل في المطلق أن يحمل على إطلاقه حتى يثبت ما يقيد به ولم يثبت عندهم هذا التقييد .

ويؤيد ذلك أن رسول الله في بعض الوقائع أصدر حكمه في الرضاع دون أن يستفسر عن عدد الرضعات ، ولو كان للرضاع المحرم عدد معين لسأل الرسول عنه قبل أن يأمر الزوج بمتاركة زوجته .

فقد روى البخاري وغيره أن رجلاً تزوج امرأة فجاءت أمة سوداء فذكرت أنها أرضعتها ، فجاء إلى الرسول يخبره بذلك فأعرض عنه أول الأمر ، ولما كرر السؤال قال له الرسول : « كيف وقد قيل دعها عنك » . أمره بالفارقة ولم يستفسر منه عن عدد الرضعات ، وتركه الاستفسار دليل على أنه ليس فيه عدد مقدر بل يكفي فيه أصل الأوضاع .

نعم إن الحكمة في التحريم بالرضاع هي أن الرضيع يتغذى بلبن المرضعة فيصير بعضه جزءاً منها . وهذه الجزئية لا يعلم بيقين أي مقدار يحققها ، ومثله لا يعلم إلا من صاحب الشرع ولم يرد دليل صحيح يعين مقداراً معيناً ، وما استدل به المقدمون لا يرقى إلى درجة الاستدلال به فضلاً عن أنه يقيد مطلق القرآن كما سنينيه قريباً فيبقى المطلق على إطلاقه .

الرأي الثاني - إن التحريم لا يثبت إلا بخمس رضعات مشبعات في أوقات متفرقة ، فإن كان أقل من ذلك فلا تحريم . وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة في الرأي الراجح من مذهبهم . وإن لم يتوفر في الرضعة الشبع لا تحسب ، وحدث الرضعة المشبعة عندهم . أن يأخذ الصبي الثدي ويمتنع منه ثم يتركه باختياره من

غير عارض كتنفس أو شيء يلهيه عن الرضاع، فإذا فعل ذلك ثم عاد إلى الرضاع فإنه لا يخرجها عن كونها رضعة واحدة .

واستدلوا على ذلك بما رواه مسلم وأبو داود والنسائي عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أنها قالت : « كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات . فتوفى رسول الله وهن فيما يقرأ من القرآن وفي رواية قالت : أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات فنسخ من ذلك خمس رضعات إلى خمس رضعات معلومات فتوفى رسول الله والأمر على ذلك ^(١) .

ثم قالوا : إن علة التحريم بالرضاع هي أنه ينبت لحم الصغير وينشز عظمه .

يشير لذلك قول رسول الله « لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم » ^(٢) ولا يكون ذلك إلا برضاع يوم كامل على الأقل وهو لا يقل عن خمس رضعات .

الرأي الثالث : وهو يتفق مع السابق في أن المحرم عدد معين من الرضاع ولكنه يختلف عنه في تقدير العدد حيث قدره بخمس عشرة رضعة . وإلى هذا ذهب الجعفرية .

ففي كتبهم . المحرم هو ما أنبت اللحم وشد العظم أو رضاع يوم وليلة ولا حكم لما دون العشر وأيتان أشهرهما ، ولو رضع خمس عشرة رضعة ينشر . ويعتبر في الرضعة قيود ثلاثة . كمال الرضعة ، وامتصاصها من الثدي ، وألا ينصل

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٣ .

(٢) وفي رواية « وأنشز العظم » بالراء ومؤداهما واحد ، لأن أنشز بالراء بسطه ومدة . أنشز بالراء رفته .

بين الرضعات برضاع غير المرضعة (١) .

وأستدلوا على ما ذهبوا إليه بأن الأصل عدم التحريم ، والرضاع المحرم هو ما أنبت اللحم وشد العظم كما صرح بذلك الحديث المروى عن رسول الله وهو « الرضاع ما أنبت اللحم وشد العظم » وقوله « الرضاعة من الجماعة » وإجماع فرقتهم إلا من شد ، وبما روى أن الأمام جعفر سيئل عما يحرم من الرضاع ؟ فقال : ما أنبت اللحم وشد العظم ، قال السائل : فيحرم عشر رضعات ؟ فقال الأمام : لا لأنه لا ينبت اللحم وشد العظم عشر رضعات (٢) .

ثم قالوا : إن ما ذهب إليه غيرنا لا دليل عليه ، وردوا الحديث المروى عن عائشة بأن قولها « ثم نسخن بخمس معلومات » ذلك من قولها ولم تبين الماسح وقول الراوي : إنه نسخ كذا لكذا لا يقبل إلا إذا بين الدليل الماسخ لينظر فيه هل هو نسخ أولا ، وهل يصلح ناسخا أو لا (٣) .

تلك آراء الفقهاء وأدلتهم . والناظر فيها يجد أن ما استدل به المحددون لرضعات معينة لا يصلح للاستدلال به على ذلك التقييد حتى يقيد مطلق القرآن .

أما ما استدل به الشافعية ومن معهم وهو الحديث المنسوب لعائشة فقد رده المحدثون بأنه لم يثبت عنها ، بل قال فيه الطحاوي من الخفية : انه حديث منكر .

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ .

(٢) فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٢٢٥ .

(٣) الأحكام الجعفرية ص ٩٧ .

وقال فيه ابن العربي : « إنه أضعف الأدلة لأنها قالت : كان فيما نزل من القرآن ، ولم يثبت أصله فكيف يثبت فرعه » . يريد أنه لم يثبت أنه من القرآن فكيف يثبت به الحكم المأخوذ منه . على أنه روى برويات مضطربة ولو أخذ به على ظاهره لفتح باب الطعن في القرآن لأن عبارة فتوحي رسول الله وهن فيما يقرأ من القرآن . يوهم أن القرآن سقط منه شيء ، فأولى لهم أن يبحثوا عن دليل آخر ، وليس معهم إلا قول الرسول « لا يعرّم من الرضاع إلا ما أبنت اللحم وأشر العظم » وليس فيه تحديد لعدد الرضعات بخمس ولا بغيرها .

على أن هذا الحديث قاله الرسول . بيانا لكون الرضاع لا يعرّم إلا إذا حصل في مدة الرضاع . وهي المدة التي يعتمد فيه الصبي في غذائه على اللبن ويصدق عليه أنه ينبت اللحم وينشر العظم ، أما رضاع الكبير فلا يفعل به ذلك ويؤيد ذلك حديث « إنما الرضاعة من الجماعة » وقصة هذا الحديث رواها البخاري ومسلم وغيرهما عن عائشة قالت : « دخل على رسول الله ﷺ وعندى رجل ، فقال من هذا ؟ قلت أخي من الرضاعة ، قال يا عائشة أنظرن من أخوانكن فإنما الرضاعة من الجماعة » ^(١) فهو يفيد أن الرضاعة التي تثبت بها الحرمة هي التي يكون الرضيع فيها طفلا يسد اللبن جوعته .

وبهذا لا يفيد الجعفرية الاستدلال بهذين الحديثين على التقدير الذي قاله . أما ما استدلوا به من إجماع فرقتهم فلا يلزمنا لأن إجماعهم ليس حجة على غيرهم . وأن كان الأجماع ليس حجة عندهم كما هو مقرر في أصول الفقه .

بقي بعد ذلك استدلالهم بما روي عن الإمام جعفر وهو لا يخرج عن كونه

(١) نيل الاوطار - ٦٠ ص ٢٦٨

رأيا لإفهم فيه أن العشر رضعات لا تنبت لحما ولا تنشر عظما والتقدير
لاتعلم إلا من الشارع .

وإذا كان الحنفية يعتبرون أقوال أئمتهم حجة . فأين في قول الصادق
التحديد بخمس عشرة رضعة ؟

وبهذا يترجع لنا الرأي الأول وهو قول القائلين بأن الرضاع محرم قليلا
كان أو كثيرا لعدم وجود الدليل الصحيح المقيد لأطلاق القرآن . وهو مذهب
الكثير من الصعابة والتابعين . وهذا لا يتعارض مع كون علة التحريم بالأرضاع
أنه ينبت اللحم وينشر العظم التي اتفق عليها الفقهاء ، لأن مسألة إنبات اللحم
وإنشاز العظم التي تجعل الرضيع كجزء من المرضعة أمر خفي ويختلف باختلاف
الرضعات . فرب رضعة تفعل ما لا يفعله العدد من الرضعات . فهو لا يتوقف
على عدد معين .

من أجل هذا أناط الشارع الحكم بالأرضاع الدال على ذلك المسمى . وهذا ظاهر
يعلم الحكم بوجوده ، ولو أناطه بحقيقة الأنبات لشق على المكلفين معرفة الرضاع
المحرم من غيره .

ولوضح عن رسول الله بيان لعدد معين لأخذنا به لأنه وحي من
العلم الخبير .

مدة الرضاع :

وبعد ذلك يشترط في نفس الرضاع أن يكون في مدة معينة وهي الأرضاع
قبل الفطام باتفاق جمهور الفقهاء . وبعد اتفاقهم على ذلك اختلفوا في مقدارها
على أقوال . عدها الشوكاني في نيل الأوطار (١) تسعة ، وسكتفي منها ها

(١) الثاني : الحولان وما قاربها . الثالث : حولان واثنا عشر يوماً ، الرابع : ثلاثون =

بذرة قور واحد تؤيده الأدلة من القرآن والسنة . وهو أن مدة الرضاع سنتان من وقت ولادة الطفل ، فأبي رضاع يحصل فيها يثبت به التحريم ، ولو فطم الطفل قبل تمامها ثم عاد إلى الرضاع قبل أن تنتهي ، أما ما يقع بعدها فلا يتعلق به التحريم .

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أبو يوسف ومحمد من الحنفية والأئمة الثلاثة^(١) والجعفرية وغيرهم .

والدليل على ذلك من القرآن الكريم قوله تعالى : « والوالدات » . يرشحن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » / البقرة / ٢٢٣ فهذه الآية تبين في صراحة أن مدة الرضاع التامة حولان كاملان ولا زيادة بعد التام . وقوله تعالى : « وفصاله في عامين » / لقمان / ١٤ وهذا صريح في أن الفصال وهو الفطام في مدة العامين لا بعدها .

ومن السنة ما روي إن رسول الله ﷺ قال : « لا رضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الحولين » ، وقوله « لا رضاع إلا ما كان في الحولين » ، وقوله : « إنما الرضاعة من الجماعة » فهذه الأحاديث تقيد في مجموعها أن الرضاع المحرم هو الذي يدفع الجوع ويكتفي به صاحبه ويكون غذاء له وهذا لا يكون إلا للطفل أثناء الحولين .

ومما يوصل بالتحريم بالرضاع مسألة اشتهرت في كتب الفقهاء بمسألة لبن

== سرآ ، الخامس : ثلاث سنين ، السادس : سبع سنين ، السابع : ما كان قبل الفطام ، الثامن : ما كان في حال الصغر دون تحديد مدة ، التاسع : الرضاع يعتبر فيه الصغر الا فيما دعت إليه الحاجة كرضاع الكبير الذي لا يستعمل عن دحو له عن المرأة ويشق احتجابها منه وإليه ذهب ابن تيمية .

(١) الإمام سالك في المسهور عند مع الحوزة ، وفي قول له يستحسن التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين رهي في قول مقدرة بشهر وفي قول بثلاثة أشهر . بداية المهتمد ج ٢ ص ٣٢ .

الفحل . وهي أن المرأة التي أرضعت طفلاً بلبنها الذي نزل بسبب ولادتها من رجل . فهل تمتد الحرمة إلى ذلك الرجل فيصبح أباً للرضيع كما صارت المرضعة أما له ؟

مسألة اختلف الفقهاء فيها قديماً من عهد الصحابة واستمر فيها بعده من عصور .

فذهب بعض الفقهاء من التابعين ومن بعدهم إلى أنه لا يثبت به التحريم فلا يصبح الرجل أباً للرضيع . فلو أن امرأة ولدت من زوجها وأرضعت طفلة فإنها لا تحرم على زوج المرضعة فيجوز له أن يتزوجها . كما أنها لو أرضعت طفلاً لا يعرم على هذا الطفل بنات الرجل من غير المرضعة . ولو كان للرجل زوجتان فأرضعت إحداهما طفلاً وأرضعت الأخرى طفلة جاز تزويج أحدهما من الآخر حيث لا أخوة بينهما .

. ووجهوا رأيهم : بأن المعنى الذي من أجله جعل الرضاع محرماً في جانب المرأة ليس موجوداً بجانب الرجل . ذلك أن منشأ التحريم بالرضاع هو أن الرضيع أخذ جزءاً من المرضعة وهو لبسها ومنه نبت لحمه ونشأ عظمه فكان جزءاً منها . وبواسطة هذه الجزئية ثبتت الحرمة بين الرضيع والمرضعة وهذه الجزئية غير موجودة بين الرضيع وزوج المرضعة فانعدمت الصلة بينها فلا تمتد الحرمة إلى الرجل .

وذهب جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين وأصحاب المذاهب الأربعة والأوزاعي والجعفري وغيرهم إلى أنه يثبت بالرضاع التحريم بالنسبة للرجل الذي تسبب في نزول اللبن ، فلو أن الزوجة أرضعت طفلة أجنبية باللبن الذي تسبب زوجها في نزوله حرمت هذه البنات على زوجها وعلى آباءه وأبنائه ، لأنها بنته من الرضاع فتصير كالبنات النسبية .

وكذلك لو أرضعت طفلاً فإنه يحرم عليه التزوج بنات هذا الرجل مطلقاً

سواء كن من هذه الزوجة أو من غيرها . لأن لبن المرأة مشترك بينها وبين من كان سبباً فيه وهو الرجل، ولولاه لما كان لبن فينسب الطفل إليها معاً . والدليل على ذلك من السنة ما رواه الجماعة عن عائشة رضي الله عنها: أن أفلح أخا أبي القميس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد أن نزل الحجاب ، قالت فأبيت أن آذن له ، فلما جاء رسول الله أخبرته بالذي صنعت فأمرني أن آذن له (١) .

ولقد سئل ابن عباس عن رجل له جاريتان أرضعت إحداهما جارية والأخرى غلاماً فهل يتزوجان فقال لا : اللقاح واحد ، وكما يثبت بالرضاع الأبوة والأمومة للرضيع يثبت به الأخوة بين الرضيع وأولاد المرزعة وأولاد زوجها .

والأخوان من الرضاع قد يكونان شقيقين وقد يكونان أم وقد يكونان لأب .

فإذا أرضعت امرأة طفلين بلبن سببه الولادة من رجل واحد كان الرضيعان شقيقين . وإذا أرضعت أحدهما بعد ولادتها من زوج ثم أرضعت الآخر بعد ولادتها من زوج آخر كان الرضيعان أخوين لأم ، وإذا كان لرجل زوجتان فأرضعت إحداهما طفلاً وأرضعت الثانية طفلاً آخر كان الطفلان أخوين لأب . ثم إن أخوة الشخصين بسبب الرضاعة من امرأة تثبت برضاعها منها في أي وقت سواء رضعا معاً في وقت واحد أو في وقتين مختلفين . وكذلك لو رضع

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٩ . وفي بعض الروايات قالت عائشة : دخل علي أفلح فاستترت منه وقال : استترت مني وأنا عمك ؟ قلت : من أين ؟ قال : أرضعتك امرأة أخي . قلت : إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل ، فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فعدهته ، فقال : إنه عمك فليلح عليك . راجع أيضاً المقبي لابن قدامة ج ٦ ص ٥٧٢ ، وشرح المنهاج - ٣ ص ٢٤٢ .

طفل من أم طفل آخر، ما أخا له من الرضاع ولو لم يرضع ابن المرأة منها أصلاً .

والجمعفرية يشترطون في إثبات الأخوة بالرضاع أن يكون اللبن لفحل واحد وهو زوج المرضعة فيحرم الصبيان يرتضعان بلبن واحد ولو اختلفت المرضعتان . ولا يحرم لو رضع كل واحد من لبن فحل وإن اتعدت المرضعة . وعلى ذلك يكون المحرم عندهم الأخوة لأب وأم أو الأخوة لأب فقط ، أما الأخوة من الأم رضاعاً فلا تكفي في نشر الحرمة . ومن هنا قالوا : يحرم أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً على المرتضع وأولاد المرضعة ولادة لا رضاعاً، وبهذا تخصص قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فيستثني منها الأخت لأم فقط من الرضاعة لأن الأخت لأم من النسب تحرم^(١) .

وبهذا تراهم يغلبون جانب الرجل صاحب اللبن على جانب المرأة . فضيقوا دائرة التحريم بسبب الأخوة من الرضاع ، ولكنهم من جهة أخرى وسعوا دائرة التحريم به بالنسبة لأبي الرضيع نسباً فحرموا عليه أن يتزوج من أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً على الراجح عندهم لأنهم في حكم ولده . كما حرموا عليه التزوج من أولاد المرضعة التي أرضعت ولده نسباً لا رضاعاً^(٢) .

ما يشبت به الرضاع :

إذا كان الرضاع معروفاً بين الناس فالتحريم به ثابت لا يحتاج إلى دليل يثبتته .

(٢) المختصر النافع ص ١٩٩ . وفقه الإمام جعفر ج ١ ص ٢٠٤ وما بعدها .

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ وفقه الإمام جعفر ج ٨ ص ٢٣٠ وقد قيل إنهم حرموا على صاحب اللبن وهو أبوه رضاعاً أن يتزوج من أخوات من ارتضع بلبنه مطلقاً لأن أخوة المرتضع صاروا بمنزلة أولاده . ولكن هذا غير المشهور عندهم . فقد قال صاحب الجواهر . لا بأس أن ينكح الفحل أخت المرتضع نسباً وإن كانت هي أخت ولده لعدم كونها بنتاً رضاعية ولا ربيبة عرفاً . واحرم في النسب البنات والربيبة . وفقه الإمام جعفر ج ٣ ص ٢٢٩ .

أما إذا لم يكن معروفاً فإنه يحتاج إلى الدليل . والمثبت له أحد أمرين :
الأقرار أو البينة .

فالأقرار يكون باعتراف الطرفين (الرجل والمرأة) أو أحدهما على
التفصيل الآتي :

إذا أقر شخص بأن هذه المرأة أخته من الرضاع فإن صدقته في إقراره
ثبتت الحرمة بينها بهذا التصديق مطلقاً سواء كان هذا الأقرار قبل الزواج أو
بعده، فإن كان قبله لا يحل لها الأقدام على الزواج، وإن كان بعده وجب عليها
أن يتفرقا وإلا فرق القاضي بينهما . ومثل ذلك ما إذا كانت المرأة هي التي
بدأت بالأقرار وصدقها الرجل ، وإذا افترقا قبل الدخول فلا شيء للمرأة من
المهر ، وإذا كان بعد الدخول وجب لها الأقل من المهر المسمى ومهر المثل
ككل نكاح فاسد أعقبه دخول . ولا تجب لها نفقة في عدتها ولا سكنى .

وإذا أقر الرجل وكذبه المرأة ثبت التحريم أيضاً فلا يحل له أن يقدم على
زواجها إن كان إقراره قبل الزواج فإن كان بعده وجب أن يفارقها ، فإن لم
يفعل فرق القاضي بينهما . وإذا افترقا قبل الدخول وجب لها نصف المهر ،
وإن كان بعده وجب لها كل المهر المسمى وللمرأة النفقة والسكنى في العدة ،
لأن إقراره حجة قاصرة عليه فلا يتمدى إلى حقوق المرأة بالإبطال ، وإذا رجع
عن إقراره فقال : كنت واهماً أو ناسياً قبل منه هذا الرجوع في الحالتين بشرط
ألا يكون أكد إقراره الأول بما يفيد اليقين كقوله أعلم أنها أختي . أو أشهد
عليه . فيجوز له بعد الرجوع أن يعقد عليها ، وإن كان بعد العقد بقي العقد
قائماً كما كان ، لأن الرضاع مما يحفى أمره فربما يكون إقراره أولاً بالرضاع بناء
على حبر ظنه صادقاً ، ثم تبين له كذبه . وهذا يدعو إلى التجاوز عن تناقضه في
الأقرار أولاً والرجوع عنه ثانياً ، فإن كان أكد الأول أو أشهد عليه فلا يقبل
منه الرجوع ويبقى التحريم قائماً .

وإذا كان الأقرار من جاسها وكذبها الرجل وكان ذلك قبل الزواج فإن

٦

نتت على إقرارها ولم ترجع عنه فلا يجوز لها أن تتزوجه ، وإن رجعت عن إقرارها جاز لها التزوج منه .

أما إذا كان إقرارها بعد الزواج وكذبها فلا يلتفت إلى ذلك الأقرار وإن أصرت عليه ، لأنها متهمة في ذلك الأقرار لاحتمال أنها فعلت ذلك لتتخلص منه بهذه الدعوى . بخلاف إقراره فإنه لا تهمه فيه ، لأنه يملك التخلص منها بالطلاق وليس في حاجة إلى دعوى الرضاع .

ومن هنا قرر الفقهاء أن الزوجة تصدق في إقرارها بعد الزواج إذا كان أمرها بيدها وتستطيع أن تتخلص بالطلاق .

أما البيينة فقد اتفق الفقهاء على أن الرضاع يثبت بالبيينة ولكنهم اختلفوا في مقدارها . من الفقهاء من يرى أنه يكفي في إثباته شهادة النساء وحدهن ، لأن الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال فيختص بشهادة النساء ؛ وهؤلاء منهم من يكتفي بامرأة واحدة إذا كانت مشهورة بالصدق والعدالة . ومنهم من يشترط العدد فلا يثبت عنده إلا بشهادة امرأتين على الأقل .

والخفية يذهبون إلى أنه لا يثبت إلا ببيينة كاملة شهادة رجلين عدايين أو رجل واحد وامرأتين كسائر الحقوق ، لأنه يترتب عليه حقوق مالية وغيرها ، ولأن دعوى الرضاع يترتب عليها أبطال حق العبد . وهو ما ثبت له بمقد الزواج وكل منها يشترط فيه تمام البيينة .

ويؤيد ذلك ما روي أن عمر بن الخطاب أتى بامرأة شهدت على رجل أنها أرضعتها فقال : لاحتى يشهد رجلا أو رجلا وامرأتان . وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فدل ذلك على أنه الحكم المقرر عندهم .

وقول المخالفين إنه لا يطلع عليه الرجال غير مسلم لأن المحارم من الرجال يطلعون عليه ولا حرج فيه .

ثم إن الرضاع يحتاج في إثباته إلى البيينة عند إنكار أحد الزوجين له ، أما

إذا لم يكن هناك إنكار فيكفي لوجوب التفريق تصادق الزوجين على الرضاع أو إقرار الزوج به وثبوته على إقراره وإن كذبتة الزوجة ، فإذا صحت هذه الشهادة وجب على الزوجين الافتراق ، فإن لم يفترقا فرق القاضي بينهما .

وبعد الافتراق أو التفريق يجب ما يجب في كل عقد فاسد . لا شيء لها قبل الدخول ، أما بعده فيجب لها مهر المثل إن لم يكن سمي لها مهرأ أو الأقل منه ومن المسمي إذا كان سمي مهرأ معيناً ، لأن المسمي إن كان هو الأقل فقد رضيت به الزوجة فلا يزداد على ما رضيت به ، وإن كان مهر المثل هو الأقل فهو الواجب الأصلي في كل زواج فاسد ولا يعدل عنه إلا إذا وجد مقتض للعدول عنه ، وإذا لم تصح البينة بأن نقص العدد أو كان الشهود غير عدول فإنه لا اعتبار لها في القضاء فلا يملك القاضي التفريق بينهما .

أما من ناحية الديانة فالورع يقضي على الزوجين أن يفترقا لاحتمال صدق هذه الشهادة في الواقع (١) .

فقد روي أحمد والبخاري عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب فبجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما قال : فذكرت ذلك للنبي ﷺ فأعرض عني . قال : فتنحيت فذكرت ذلك له فقال كيف وقد زعمت أنها قد

(١) إذا أخبرت امرأة الزوجين بأنها أرضعتها أو أن بينها أخوة من الرضاع فلما أت يصدقها معها أو يكذبها وأما أن يصدقها أحدهما ويكذبها الآخر فإن صدقها معها وجب عليها الافتراق وإلا فرق القاضي بينهما لأن الرضاع ثبت بتصادقهما على أن الزواج القائم بينهما فاسد . وإن كذبها معها لا يجب عليهما الافتراق ويبقى الزواج كما هو . وإن صدقها الرجل وكذبها المرأة كان كإقرار الزوج بالوضع فيجب التفريق لأنه لا تهمة في تصديق الزوج كإقراره . وإن صدقتها المرأة وكذبها الرجل كان كإقرار المرأة وحدها يبقى الزواج صحيحاً كما لو كان لوجود التهمة في هذا التصديق غير أنه في كل موضع لا يجب فيه الافتراق أو التفريق يبقى معه التنزه بالمفارقة ورعا لاحتمال صدق ذلك الخبر وموافقته للواقع .

أرضعتكما فنهاه عنها . وفي رواية قال له : كيف وقد قيل دعها عنك فإن هذا الحديث يدل على أن شهادة المرأة لا توجب التفرقة وإلا لفرق الرسول بينهما من أول الأمر ولم يعرض عنه إذ الأعراض قد يترتب عليه أن يترك السائل المسألة ويكون إقراراً من الرسول على المحرم كما يفيد كراهة الأبقاء على هذا الزواج بعد هذا الأخبار فأمره بتركها جاء على سبيل الندب تورعا واحتياطاً وهذا ما يفيد قوله عليه الصلاة والسلام : كيف وقد زعمت أنها أرضعتكما ؟

ولقد فهم الصحابة رضوان الله عليهم ذلك وعلموا به فقد . روي أن رجلاً تزوج امرأة فجاءت امرأة تزعم أنها أرضعتها فسأل الرجل علياً كرم الله وجهه فقال له : هي امرأتك ليس أحد يجرمها عليك فإن تزهدت فهو أفضل ، وروي مثل ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما .

هذا ومذهب الحنفية هو الذي يسير عليه العمل في جمهورية مصر العربية وفي لبنان في المحاكم السنية .

أما بالنسبة للمحاكم الجعفرية فيطبق مذهبهم وهو يقرر أن الرضاع يثبت بشهادة النساء مع الرجال وبشهادتين منفردات عن الرجال ولكنهم يشترطون العدد وأن تكون الشهادة على شكل معين يثبت الرضاع المحرم على مذهبهم^(١) .

ومما ينبغي التنبيه عليه هنا أن صحة الشهادة على الرضاع لا تتوقف على سبق

(١) فقه الإمام جعفر الصادق ج ٥ ص ٢٣٤ والوجه الذي شرطوا أن تكون الشهادة عليه حتى تكون مقبولة أن يقول الشاهد : أشهد أن فلانا أرضع من ندي فلانة من لبن الولادة المستمدة إلى نكاح خمس عشرة رضة متواليات وثابتات قبل أن يتم الرضيع الحولين من عمره فلو لم تكن على هذا الوجه لا تقبل لاحتمال أن يكون الشاهد يعتقد التعريم على غير هذا الوجه . وفي المختصر النافع ص ٢٨٧ في باب الشهادة : لا تقبل شهادة النساء في الهلال والطلاق . وفي الطلاق وفي قبولها في الرضاع تردد أشبهه القبول .

الدعوى من أحد الزوجين كما لا يتوقف قبولها على ذلك فيجوز لأي شخصين يعلنان ثبوت الرضاع بين زوجين أن يتقدما إلى القاضي بالشهادة حسبة الله تعالى ، وعلى القاضي إذا ثبت عنده صدق هذه الشهادة أن يحكم بالتفريق بين هذين الزوجين لأن تلك الشهادة تثبت الحرمة وهي من حقوق الله تعالى ، كما تقبل الشهادة على وقوع طلاق زوج ظل يعاشر زوجته بعد الطلاق (١) .

حكمة التحريم بالرضاع :

قدمنا أن المرأة التي ترضع طفلا بلبنها قد أسهمت في بناء لحمه وإشراق عظمه بعد أن دخل منها في تكوينه فيصبح كقطعة منها يشبه إلى حد كبير ولدها الذي حملته في بطنها وتغذيها ، لذلك سماها القرآن أما لهذا الرضيع وجعل بناتها أخوات له . فسألت بينهما رابطة كرابطة النسب . وتلك رابطة كريمة تستدعي الحفاظ عليها والبعدها عما يؤدي إلى قطعها أو تشويه جمالها .

ولما كانت رابطة الزواج لا تتفق معها منع الشارع اجتماعها فكان أن جعلها سبباً من أسباب تحريم الزواج كما حرم بالنسب . وضع القرآن أصلها وفصلها رسول الله ﷺ بقوله : « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » . نعم إن هذه الرابطة لا تتساوى مع رابطة النسب في كل جوانبها لذلك أخذت من أحكام النسب بعضها كتحریم الزواج دون باقيها من التوارث ووجوب النفقة وغيرها . على أن الشريعة الإسلامية التي انفردت بإيجاد تلك الرابطة بين المرضع والرضيع وجعلتها سبباً للتحريم (٢) تهدف بذلك إلى تحقيق غرض

(١) ونكتفي بهذا القدر من مسائل الرضاع هنا أما بقية مسائله فنرجى الكلام عليها إلى القسم الثالث لتمامها بحق الرضيع .

(٢) أما اليهودية والمسيحية فليس الرضاع محرماً فيهما لذا جاء في قانون العائلة في بيان المنوع نكاحه عند اليهود م ٢٦ : الرضاع ليس معدوداً من مواع النكاح . وكذلك في م ٣٢ عند بيان المنوع نكاحه عند المسيحيين .

إنساني نبيل . فقد نزل القرآن وعادة الأرضاع فاشية عند العرب تقوم به طائفة من النسوة نظير أحر تاكل منه بينما يمتنع عنه الحرائر أنفة وترفما حتى جرى في أمثالهم : « تجوع الحرة ولا تاكل بشديها » ، فأراد الشارع القضاء على تلك العادة مينا للمترفعات عنه منهن أن الأرضاع ليس مهانة للمرأة وإنما هو تكريم لها وتوسيع لدائرة أمومتها التي هي أسمى ما تعتن به المرأة وتسمى جاهدة إلى تحقيقه .

وبذلك تفتح قلوب النساء لهذا العمل الجليل فيقبلن راضيات على إرضاع من حرم الأرضاع بوقاة أمه أو عجزها عنه لأي سبب ما دام في ذلك ارتفاع بهن إلى تلك المسكاة السامية فتصير به المرضعة أما للرضيع بعد أمه التي ولدته حتى يقف مسها موقفاً سواء في التكريم والاحترام . وقد تصاب المرضع بموت أولادها فتجد العراء فيمن أرضعتهم وتعيش مع الأمومة رغم فقدها لمن ولدتهم .

وكم للحكيم سبحانه من حكم وأسرار وراء كل حكم من أحكامه تسمى العقول جاهدة للكشف عنها فينتهي بها المطاف إلى المعجز والتسليم فتهدف قائمة : سبحانه لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العلم الحكيم .

وإلى هنا ينتهي الكلام عن المحرمات على التأييد وشرح أسباب تحريمهن فننتقل إلى الكلام عن النوع الثاني من المحرمات وهن المحرمات على التأقيت .

- والطائفة الدرزية جاء قاموسها حالياً من النص على التحريم بالرضاع فاقنصر على التحريم بسبب الغرامة المحرمة والمصاهرة م ١٢ ، ١٣ . وهل يعتبر ذلك سكوناً عن الرضاع فيرجع فيه إلى مذهب الحنفية أم يعتبر هذا القصر مقصوداً فلا تحريم بالرضاع عندهم ؟

الفصل الثاني

في المحرمات تحريماً مؤقتاً وفيه مباحث

قدمنا أول الكلام على المحرمات أن المانع من الزواج إن كان أمراً قابلاً
للزوال كانت المرأة محرمة تحريماً مؤقتاً وقد عد منها الفقهاء أصنافاً . أهمها :

- ١ - من تعلق بها حق للغير . ٢ - الجمع بين محرمين
- ٣ - المطلقة ثلاثاً قبل أن تتزوج غير مطلقها ٤ - من لا تدين
بدين سماوي . ٥ - المرأة التي لا عنها زوجها حتى يكذب نفسه
- ٦ - الزيادة على أربع . وإليك تفصيل الكلام عليها :

المبحث الأول

في من تعلق بها حق للغير بالزوجية أو بالاعتداد بعدها

يحرم على المسلم التزوج بزوجة غيره لأن الله عدّها من المحرمات في قوله
تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم . » إلى أن قال : « والمحصنات
من النساء إلا ما ملكت أيما نكحتم » النساء / ٢٤ ولفظ المحصنات وإن أطلق في
القرآن على العفيفات غير المتزوجات كما في قوله تعالى « اليوم أحل لكم الطيبات
وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات
والمحصنات من الذمّة أو من الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن محصنين

غير مسافحين » . / المائدة / ٥ وقوله : والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة « النور / ٤ .
إلا أن المراد منه هنا المتزوجات بأجماع العلماء وإلا لتناقضت مع آية المائدة حيث عدها بمن أحل لنا .

ولفظ المحصنات عام يشمل كل متزوجة مسلمة كانت أو غير مسلمة . لم يستثن من ذلك إلا الزوجة التي سييت وحدها دون زوجها لأن القرآن استثنى من المحصنات ما ملكت في قوله تعالى : « والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيماكنكم (١) » .

وأما تعجيريم المعتدة من غيره سواء كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن أو عن وفاة فبالآيات التي أوجبت على المرأة الاعتداد وهي قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وقوله : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » وقوله جل شأنه : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » .

فإذا كان الشارع أوجب على المعتدة الانتظار من غير زواج تكون في هذه المدة محرمة على الرجال الأجانب على أن النهي عن تزوج المعتدة عن وفاة جاء صريحاً في قوله تعالى : « ولا تمزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » بعد أن نفى الجناح عن التعريض بالخطبة . وهذه وإن كانت في شأن المدة عن وفاة إلا أنه لا فرق بين معتدة ومعتدة فتكون كل معتدة محرمة على غير من اعتدت منه .

لكن يجوز لمن اعتدت منه أن يتزوجها في العدة بدون عقد ومهر إذا كان

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٦٨ .

الطلاق رجعيًا ، وبمقد ومهر جديدين إذا كان الطلاق مائناً بينونة صغرى ، وأما في البينونة الكبرى فلا تحل لمطلقها إلا بعد أن تتزوج بآخر ويدخل بها ثم يطلقها وتنقضي عدتها .

وهذا التحريم متفق عليه . فإذا عقد الرجل زواجه على زوجة الغير أو معتدنه كان العقد فاسداً لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج إن لم يدخل بها ، فإن دخل بها قبل انتهاء عدتها كان لها المهر بما استحمل منها وهو مهر المثل إن لم يكن سمي لها مهر أو الأقل منها إذا وجدت تسمية وعليها العدة ، بل زاد الجعفرية على ذلك أنه لو عقد على المعتده وهو يعلم أنها محرمة عليه حرمت عليه مؤدأً وإن لم يدخل بها ، وكذا لو عقد عليها ودخل بها وهو يحل حرمتها ، أما مجرد العقد مع الجهل بالحرمية فلا يستلزم تأييد الحرمة (١) ويلحق بالمعتدة من زواج صحيح المعتدة من دخول بعقد فاسد أو مخالطة بشبهة لأن الولد من كل منهما محترم لشبوت نسبة من أبيه .

والحكمة في تحريم زوجه الغير ومعتدته أن في التزوج بهاتين اعتداء على الزوج . أما في حال قيام الزوجية فظاهر ، وأما في العدة فإن آثار الزواج لا زالت باقية ، ولأنه قد يؤدي إلى اختلاط الأسباب في بعض الصور .

وقانون حقوق العائلة يصرح في مادته الثالثة عشرة بأن « التزوج بمنكوحة الغير ومعتدته ممنوع » .

حكم الزواج بالزامية:

الزنى لا يحرم الزواج بالزنى بها لأنه لا عهدة عليها ولم تعلق بها حق للغير

(١) المختصر المفيع وفقه الإمام جعفر الصادق - ص ١٥ ص ٣٢ فالعقد مع الدخول محرم أبداً سواء كان علماً بالحرمية أو لا ، وأما مجرد العقد فلا يؤيد التحريم إلا مع العلم بالحرمية ومع ذلك قالوا يجب عليه المهر ويلحق به الولد لأنه رطه بشبهة .

والمسألة فيها التفصيل الآتي :

إن كان مريد الزواج بها هو من زنى بها صح العقد عليها والدخول بها عقب العقد سواء كادت حاملاً أو غير حامل . وهذا لا خلاف فيه إلا ما روى عن الحسن البصري من أنه لا يصح الزواج من الرانية . وإذا تروحها وحاءت بولد بعد ستة أشهر من وقت العقد عليها ثبت نسبة منه ، وإن جاءت به لأقل منها لا يثبت نسبه منه إلا إذا ادعى أنه ولده من غير أن يصرح بأنه من الزنا لاحتمال أنه جاء نتيجة عقد سابق أو محالطة بشبهة ، والأصل أن حال المسلم يجعل على الصلاح ، وأن في ذلك ستر على الأعراض وهو مطلوب شرعاً ، وإن كان غيره فإن لم تكن حاملاً صح العقد عليها عنه جمهور الفقهاء ، وحاز له الدخول بها من غير كراهة .

وذمب محمد بن الحسن إلى كراهة الدخول بها حتى يستبرأ بها بحضه بلواز أن تكون حاملاً . وإن كادت حاملاً يبين سح العقد عليها عند أبي حنيفة ومحمد والشافعي إلا أنه لا يحل الدخول بها حتى تصح الحمل . أما سح العقد عليها فلأنها لم تذكر في المحرمات فتدخل في عموم قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ولأن الزنا لا حرمة له حيث لا يثبت به النسب . وفي هذا يقول رسول الله ﷺ « الولد للفراش وللعاهر الحجر » وإذا لم يكن له حرمة فلا يكون مانعاً من الزواج . وأما امتناع الدخول بها فلأنه يؤدي إلى أن يسقى ماءه زرع غيره وهو منهي عنه شرعاً لقول رسول الله « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره » .

وقال أبو يوسف وزفر من الحنفية وأحمد في رواية لا يصح العقد عليها . لأن هذا الحمل يمنع من الدخول بها فيكون مانعاً من العقد لأن العقد لا يقصد إلا الدخول .

ويرد على هذا بأنه قد قام الدليل على تحريم الدخول بها ونفى ما عداه على الخلل .

ويرى الجعفرية أن المزنى به بها إن كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي
 حرمت على الزاني أبداً، وإن كانت خلية جاز للزاني أن يتزوجها والدخول بها
 وإن لم تلّب على المشهور عندهم . وفي قول يكره الزواج بها حتى تتوب . وكذا
 يجوز لغيره التزوج بها والدخول وإن كانت حاملاً غير أنه يستحب له ألا يقربها
 حتى تضع حملها .

المبحث الثاني

في الجمع بين محرمين

المحرمات كل امرأتين تربطها علاقة محرمة كالأختين والبنت وأما أوجدتها،
 والمرأة وعمتها أو خالتها أو بنت أخيها أو أختها^(١) فإنما لو فرضنا إحداها
 ذكر ألا يحل له أن يتزوج الأخرى لأنه يؤدي إلى أن يتزوج الأح أخته .

والأصل في تحريم هذا قوله تعالى في سباق المحرمات « وأن تجمعوا بين
 الأختين » وليس المراد الجمع بين الأختين فقط بل هو إشارة إلى كل جمع فيه
 علاقة كعلاقة الأختين، لأن القرآن لم يأت لبيان تفاصيل أحكام التجزئات ،
 ولهذا جاءت السنة مبينة هذا الأجمال فيما رواه أبو هريرة عن رسول الله ﷺ
 أنه قال « لا تتكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا المرأة على ابنة أخيها
 ولا ابنة أختها إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم^(٢) » وزاد في بعض الروايات:

(١) وكلا رأتين اللتين كل منهما عمه للأخرى أو كل واحدة منهما خالة للأخرى . فالأولى كما إذا
 تزوج كل من رجلين بأم الآخر وأتى كل واحد منهما ببنت فكل من البنتين عمه للأخرى، والثانية
 كما لو تزوج كل من رجلين بنت الآخر وأتى كل منهما ببنت فكل من البنتين خالة للأخرى .
 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٥٢ .

(٢) راجع منتقى الأخبار بشرح فيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٧ وما بعدها والبدائع ج ٢
 ص ٢٦٢ والحديث ليس فيه تكرار وإنما هو لبيان أن الجمع ممنوع بين الجانبين تقدمت العمه =

« لا الصغرى على الكبرى ولا الكبرى على الصغرى » .

والحديثُ دُبرُ بعض الصور وصرح بعملة هذا التحريم وهي قطع الرحم التي بين الأقارب لما يقع بين الضرائر عادة من الغيرة المؤدية إلى التباعد والتنازع وقطع الرحم حرام فما أفصى إليه يكون حراماً، وعلى ضوء الآية والحديث قرر الفقهاء قاعدة لتحريم الجمع تقول « يحرم الجمع بين كل امرأتين لو فرضنا إحداهما رجلاً لا يحل له أن يتزوج الأخرى » لما في هذا الجمع من قطع الوصلة بينهما .

ولما كان الرضاع يأخذ حكم النسب بالحديث « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » وعموا في القاعدة فجعلوها شاملة للجمع بين المرأتين اللتين ربطتهما رابطة النسب أو الرضاع، فكما يحرم الجمع بين الأختين نسباً يحرم الجمع بين الأختين رضاعاً، وكما يحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها من النسب يحرم الجمع بينها وبين عمتها أو خالتها من الرضاع^(١) .

ثم إن القاعدة السابقة يشترط فيها عند جمهور الفقهاء أن تكون من الجانبين على معنى أننا لو فرضنا كلا من المرأتين رجلاً لا تحل له الأخرى كالأختين والمرأة وبناتها والمرأة وعمتها أو خالتها وما شابه ذلك فإن التحريم ثابت من الجانبين .

أما إذا كان من جانب واحد فقط كما في زوجة الرجل وابنته من غيرها فإننا لو فرضنا البنت رجلاً لا يحل له أن يتزوج الأخرى لأنها زوجة أبيه ، ولو فرضنا

– والحالة أو تأخرت ولو اقتصر على شرطه الأول لتوهم أن الجمع ممنوع من جانب واحد كما في إدخال الأمة على العرة .

(١) وخالف في ذلك ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فقصرنا منع الجمع على ما كان بالقرابة النسبية وأما قرابة الرضاع فلا تمنع الجمع فيحور للرجل ان يجمع بين الأختين من الرضاع لأن الحديث يقول « قطعتم أرحامكم » والرضاع لا يثبت رجماً ، ويرد عليهم بأن الحديث الآخر أعطى الرضاع حكم النسب فكل ما حرم بالنسب يحرم بالرضاع .

الزوجة رجلاً حل له التزوج بالبنت لأنها أجنبية عنه حيث إن فرضها رجلاً يخرجها عن كونها زوجة الأب فانعدمت العلاقة بينها . وعلى ذلك يحل للرجل أن يتزوج بين امرأة وامرأة أخرى كانت زوجة لأبي الأولى من قبل . ومثلها المرأة وزوجة ابنها لأننا لو فرضنا المرأة رجلاً لا يحل له التزوج بالأخرى لأنها حليلة ابنه ، ولو فرضنا زوجة الإبن رجلاً حل له التزوج بالأخرى لعدم المحرمية بينها لأن فرضها رجلاً يخرجها عن كونها زوجة للإبن .

وكذلك المرأة وأم زوجها لأننا لو فرضنا المرأة رجلاً حل له التزوج بالأخرى لعدم العلاقة بينها ، ولو فرضنا أم الزوج رجلاً لحرم عليها التزوج بالأخرى لأنها إيلة ابنه وهكذا في سائر الصور المشابهة ، وإما حاز الجمع في تلك الصور لعدم العلاقة المحرمية المانعة من الجمع فأشبهت الأجنبيةات فيدخلن تحت عموم قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » (١) .

وهذا أخذ قانون حقوق العائلة . فالمادة السادسة عشرة تقول « جمع امرأتين بالنكاح كل مسها محرم للأخرى نسماً أو رضاعاً ممنوع ومن المعلوم أن جمعها ممنوع أبداً إذا كانت كلتاها لو فرضت ذكراً لا يجوز تزوجه بالأخرى كالأختين أما إذا كانت إحداهما لو فرضت ذكراً ممنوع تزوجه بالأخرى وبالعكس غير ممنوع فيجوز جمعها بالنكاح كالبدت وزوجة الأب » .

وذهب الجعفرية إلى أن الجمع الممنوع هو الجمع بين الأختين لنص القرآن على ذلك ، أما الجمع بين المرأة وعمتها أو حالتها وبالعكس فجاز لكنهم شرطوا في إحداث البنت على عمتها أو حالتها إذنها ، فإن لم تأذن لا يجوز ، وعبارتهم : تحرم أخت الروحة جمعاً لا عيناً ، وكذا بدت أخت الزوجة وبنت أخيها فإن

(١) حالف في ذلك رفر من الحنفية وقال : يكفي وجود المانع من أحد الحائنين وعلى ذلك يجمع الجمع في تلك الصور لشبهها بالمرأة وعمتها التي ورد بها النص ، وهو مردي عن الحسن وعكرمة وإن أبي ليل كما يقول ابن قدامة في المغنى - ٦ ص ٥٨٨ .

أذنت إحداهما صح ، وكذا لو أدخل العمه أو الحالة على بدت الأخ والأخت
صح إطلاقاً أي سواء أذنت أو لم تأذن قالوا : لأن الله بعدد المحرمات قال
« وأحل لكم ما وراء ذلكم » فإن هذا يشمل الجمع بينها ولو كان محرماً لمص
عليه القرآن كما نص على تحريم الجمع بين الأختين .

أما شرط الإذن من العمه والحالة فقد دلت عليه الرواية عن الإمام جعفر
الصادق قال : لا تزوج بنت الأخ و" بدت الأخت على العمه ولا على الحالة إلا
بإذنها وتزوج للعمه والحالة على بنت الأخ والأخت من غير إذنها ، (١) .

وأنت ترى أن عدم نص القرآن على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها
لا يجعله مباحاً بعد أن بينه رسول الله ونص عليه والله يقول « وما أتاكم الرسول
فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » .

ولو كان عدم نص القرآن على الحكم مفيداً للإباحة لجاز للشخص أن يجمع
بين المرأة وبنتها ولا يقول بذلك أحد إلا أن يقولوا : أن الجمع بين المرأة وبنتها
ثبت تحريمه بدلالة النص لأن قرابة الأولاد أقوى من قرابة الأخوة فيكون
النص شاملاً لها . ويظهر أن الحديث لم يصح عندهم فأخذوا بقول الإمام الذي
يعتبرونه حجة ولكل وجهة هو موليها .

ولا فرق في حرمة الجمع بين الجمع الحقيقي بأن عقد عليها في وقت واحد
أو في وقتين مختلفين وبين الجمع الحكمي بأن تكون إحداهما زوجة والأخرى
معتدة منه بعد طلاقها ، فإذا طلق الرجل امرأته وفي أثناء عدتها تزوج أختها أو
عمتها أو خالتها يكون جامعاً بينها لبقاء آثار زواج المطلقة في هذه الحالة .
غير أن المسألة فيها تفصيل للفقهاء ، من طلق زوجته طلاقاً رجعيماً لا يجوز

(٢) المختصر النافع ص ٢٠٠ وفقه الإمام جعفر الصادق ج ٥ ص ٢٠٠ الاستبصار ج ٣

له التزوج بواحدة ممن حرم عليه الجمع بين الزوجين من طلقها في أثناء العدة، فإن فعل ذلك كان زواجه فاسداً لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل الثابتين بالزواج فيكون الزواج بعده قائماً حكماً فإذا تزوج الأخرى كان جامعاً بينها والجمع بين المحارم غير جائز شرعاً .

أما إذا كان الطلاق بائناً فالحنفية منعتوا التزوج بالأخرى أثناء العدة يستوي في ذلك الطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى لأنه يكور جامعاً بين محرمين ببقاء بهن أحكام الزواج الأول من حق الاحتباس فإن الزوج المطلق يملك منعها من الخروج وقيام الفراش بيدها حكماً حتى لو جاءت بولد في المدة المقررة ثبت نسبه منه كما يحرم عليها التزوج بزواج آخر فكان النكاح قائماً من وجه (١) .

وذهب المالكية والشافعية والجعفرية (٢) إلى أنه يجوز له التزوج في أثناء العدة لأن الطلاق البائن قطع وصلة النكاح فصارت كالأجنبي فلا يكون جامعاً بين محرمين لأن الجمع المحرم هو الجمع في النكاح وقد زال في إحداها .

ونحن إذا نظرنا للعلة التي من أجلها حرم الجمع وهي قطع الرحم لوجدناها قائمة في التزوج أثناء العدة ، بل هي أشد ، لأن من يطلق زوجته ثم يبادر إلى التزوج بأختها أو عمتها أو بنت أخيها يؤلم المطلقة ألماً شديداً ويجعلها تمتليء وحداً وكرامية للتي تزوجها ، وربما أرجعت طلاقها إلى تدبير سابق بينه وبين من تزوجها وهذا لا شك مؤد إلى قطع الرحم المنهى عنه فيرجح بذلك مذهب الحنفية . وهو الذي يجري عليه العمل في المحاكم بمصر .

وفي لبنان بالنسبة للمحاكم السنية ، لأن قانون حقوق العائلة الواجب العمل

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٦٤

(٢) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥٥ والمختصر النافع ص ٢٠٣ ، دقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٢٠٥ .

به فيها لم ينص على هذا الحكم فيكون المرجع فيه المذهب الحنفي .

أثر الجمع بين الأختين ومن في حكمهما :

إذا جمع بين الأختين ومن في حكمهما فإن كان بعقد واحد كأن تزوجها بعبارة واحدة فنكاحها باطل لعدم المرجح لإحداها على الأخرى لتحقق الجمع بكل منهما ، وحينئذ يفرق بينه وبينها فإن كان قبل الدخول فلا شيء لهما ، وإن كان بعد الدخول بهما وحسب لكل منهما مهر المثل إن لم يكن سمي لهما مهراً أو الأقل منه ومن المسمى إن كان سمي لهما . وإذا دخل بإحداها وجب لها ذلك دون الأخرى .

وإن جمع بينهما بعقدين وعلم الأول منهما كان الأول صحيحاً إذا استوفى شرائطه وأركانها لأنه لا جمع فيه ويبطل الثاني لأن الجمع حصل به فبالعقد على الأولى حرمت الثانية ولا يصح عقده عليها حتى تبين الأولى بالطلاق وانقضاء عدتها فيجب عليه أن يفارقها ، فإن لم يفعل فرق القاضي بينهما ولا شيء لها إذا لم يدخل بها ، ولها مهر المثل أو الأقل منه ومن المسمى إن دخل بها . ووجب عليها المدة ، وإذا خالط صاحبة العقد الفاسد وجب عليه ألا يقرب صاحبة العقد الصحيح إلا بعد انقضاء عدة الثانية حتى لا يكون جامعاً بينهما .

وإن تزوجها بعقدين ولا يعلم المتقدم على المتأخر أو علم ونسى كما إذا وكل شخصين بتزويجه فزوجه كل واحد منهما إحداها ولا يعرف تاريخ العقدین بطل العقدان لأن إحداها محرمة عليه ونكاحها باطل ولا تعرف المحللة له فقد اشتبهتا عليه ولا مرجح لأحد العقدین على الآخر وإذا بطل العقدان وجب التفريق بينهما .

فإذا فرق بينه وبينهما فما يجب لهما من المهر ؟

هذان العقدان أحدهما صحيح في الواقع ويجب فيه ما يجب في العقد الصحيح

نصف المهر قبل الدخول وكل المهر بعده . والآ خر غير صحيح لا شيء فيه قبل الدخول ومهر المثل أو الأقل منه ومن المسمى بعد الدخول ، وكل منهما يحتمل أن يكون عقدها صحيحاً أو فاسداً . فإذا كان التفريق قبل الدخول وسمى لكل منهما مهرًا مساوياً للأخرى وجب لهما نصف مهر إحداهما قسمين ، وإن كانا واحدة ، وإن اختلف المسمى استحقت كل واحدة منهما ربع مهرها المسمى . وإن كان بعد الدخول وحب لهما مهر إحداهما المسمى ومهر مثل الأخرى يقتسمانه بينهما ماصفه عند الأري دين المهرين ، وإن اختلف المهران أحدهما الأقل لأنه المتين فإذا سمي لكل منهما مائة وكان مهر مثل كل منهما تمانين أخذتا مائة وثمانين ونصفهما ، وإذا سمي لكل منهما مائة واحتلف مهر المثل أخذتا أحد المسمين وأقل المثليين ، وإذا احتلف المسمى واتحد مهر المثل أخذتا أحد المثليين وأقل المسميين ، وإذا احتلف المسمى ومهر المثل أخذتا أقل كل منهما ونصفا المجموع بينهما^(١) .

ويلاحظ هنا أن الجمع إذا كان بين امرأة وبناتها ودخل بهما حرمتا عليه مؤبداً لأن الدخول بعد العقد الفاسد موجب للتحريم كما سبق ويقوم مقام العقد الصحيح فلا يحل له أن يعقد على واحدة منهما بعد ذلك لا نعم في ذلك خلافاً .

(١) هذا التمهيل مذهب الحنيفة . والمداهب الأخرى تتفق معه في الجملة وإن كادت تختلف معه في بعض التفاصيل . راجع المعنى لأن قدامة ص ٦٤ ص ٥٨١ وما بعدها وبداية المتهد ، والبداية ص ٢ ص ٢٦٣ ويلاحظ أن الشافعية والحنابلة والعميرية يرحمون في كل نكاح فاسد بعد الدخول مهر المثل لا المسمى راجع للعميرية شرائع الإسلام ص ٢ ص ٣٣ .

المبحث الثالث

في المصلحة ثلاثاً

المصلحة ثلاثاً تحرم مؤقتاً على المرأة، فتحرم عليه حتى تتزوج زوجاً آخر ويطلقها بعد الدخول بها وتنقضي عدتها . فإذا زال المانع بأن تزوجت غيره ثم طلقها لسبب من الأسباب أو مات عنها وانقضت عدتها حدثت لزوجها الأول فجاز له أن يعقد عليها من جديد .

والدليل على هذا التحريم قوله تعالى « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فإن المراد بها الطلقة الثالثة بدليل قوله قبلها « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » البقرة / ٢٢٩ ولا بد في حلها له من دخول الزوج الثاني بها دخولاً حقيقياً كما صرحت به السنة في قول رسول الله للمرأة التي تزوجت زوجاً آخر وأرادت الرجوع إلى زوجها الأول قبل أن يدخل بها الثاني دخولاً حقيقياً « لا حتى تدوق عسيلته ويدوق عسيلتك » .

وعلى هذا عامة الفقهاء في جميع العصور إذا استثنينا ما روى عن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير من أنهما لم يشترطا الدخول في الحل . ولعل الحديث لم يبلغهما .

والحكمة في هذا التحريم هي إقامة حاجز منيع بين الزوج والإقدام على الطلاق الثالث بعد إيقاعه الأولين الذين كان يملك بعدهما . إعادة زوجته بمحض اختياره، فإنه إذا علم أنه إذا طلقها الثالثة لا يستطيع إعادتها إليه إلا بمتوسط . زوج آخر يحل له منها ما كان حلالاً له وقد لا تعود إليه كما يحدث أحياناً . أمسك زمام نفسه خشية الوقوع فيما يأنف منه الرجال ، وكذلك المرأة إذا علمت ذلك كفت نفسها عما يثير النزاع محافظة على حياتها الزوجية .

فإذا أفلت الزمام من أيديهما ووقع الطلاق الثالث كان ذلك دليلاً على استحالة الحياة بينهما ، وهنا يدخلان في تجربة قاسية لا مفر منها تجعل كلا منهما يفكر بعقله لا بعواطفه إذا ما تزوجا من جديد . لأن المرأة تكون قد خبرت الحياة الزوجية مع غيره وتستطيع حينئذ الموازنة بين الحياتين فتعرف فضله ، وهنا يستأنفان حياة جديدة عمادها المحبة والوفاء والتفاني عن الهفوات .

بقي أن نقول : « إن الفقهاء جميعاً على اختلاف مذاهبهم متفقون على أن الطلاق الثالث من أسباب التحريم المؤقت وأن تكرر أكثر من مرة . فمتى زال المانع جاز للزوج الأول العقد عليها وتعود إليه بكل جديد يملك فيه ثلاث تطليقات .

ولكن الشيعة الجعفرية استثنوا صورة واحدة جعلوا هذا الطلاق فيها موجباً للتحريم المؤبد ، وهي ما إذا طلقها تسع مرات طلاق العدة . وصورته أن يطلق الرجل زوجته ويراجعها في العدة ويخالطها ثم يطلقها في طهر آخر ثم يراجعها في العدة ويخالطها ثم يطلقها في طهر آخر . وحينئذ تحرم عليه حتى تزوج زوجاً آخر ، فإذا عقد عليها ثانية وطلقها ثلاثاً على الوجه السابق ، ثم تزوجت بآخر وطلقها وتزوجها الأول مرة ثالثة وطلقها ثلاثاً على الصورة السابقة وكملت التطبيقات تسعاً حرمت عليه مؤبداً . فالشرط في ذلك أن يراجعها في العدة ويخالطها قبل أن يطلقها . فإن راجعها في العدة ولم يخالطها أو تزوجها في كل مرة بعد انتهاء عدتها فلا تحرم عليه مؤبداً ولو طلقت مائة مرة (١) . ولم أقف لهم على دليل في ذلك .

(١) فقه الإمام جعفر الصادق للشيخ مغنية ج ٥ ص ٢٠٨ .

المبحث الرابع

في المرأة التي لاعنها زوجها حتى يكذب نفسه

إذا قذف الزوج زوجته بالزنى أو نفى ولدها عن نفسه ولم يثبت ذلك بالبينة التي تثبت الزنى وهي أربعة شهود عدول . فعلى القاضي أن يجرى بينهما اللعان . وهو أن يقسم الرجل أربع مرات بالله إنه صادق في دعواه ويقول في الخامسة : إن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين . وتقسم هي أربع مرات بالله إنه كاذب في دعواه وتقول في الخامسة : إن عليها غضب الله إن كان من الصادقين . فإذا تم اللعان بينهما ويفرق بينهما وتحرم عليه ولا تحل له إلا إذا عاد وكذب نفسه، فإذا كذب نفسه أقيم عليه حد القذف وحلت له بعد ذلك فيجوز له أن يعقد عليها عقداً جديداً . وهذا هو الرأي الراجح في مذهب الحنفية وهو قول أبي حنيفة ومحمد ، وسبب هذا التحريم أنه بعد حصول ذلك اللعان تنعدم الثقة بينهما والزواج ينفي أولاً على وجود الثقة بين الزوجين ، فإذا ما كذب نفسه تعود الثقة فيحل المقعد عليها إذا رغبت في ذلك . لأنه إذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان ، فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه ، لأن السبب الموجب للتحريم إنما هو الجهل بثمين صدق أحدهما مع القطع بأن أحدهما كاذب فإذا انكشف ارتفع التحريم .

وذهب الجمهور الأئمة الثلاثة والجعفرية^(١) وأبو يوسف من الحنفية وغيرهم إلى أن اللعان فسخ بوجوب تحريماً مؤبداً لا يرتفع بحال وإن أكذب نفسه للحديث الذي رواه أبو داود عن سهل بن سعد مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق

(١) يقول الحلبي في المختصر النافع ص ٢٠٢ : اللعان ويثبت به التحريم المؤبد وكذا قذف امرأته الصماء أو الخرساء بما يوجب اللعان .

بينها ثم لا يجتمعان أبداً ، وما رواه الدارقطني عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال « المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً » (١) .

المبحث الخامس

في تحريم من لا تدين بدين سماوي :

والمراد بها من لا تؤمن بكتاب سماوي أنزل على رسول من الرسل في حينه ، ولتوضيح هذا نقول : إن المخالفين للمسلمين في الدين أصناف ثلاثة :

الأول : من ليس لهم كتاب سماوي ولا شبهة كتاب . وهؤلاء هم الذين يعبدون غير الله من الأصنام والأوثان والشمس والقمر والنجوم والنار والحيوان وغير ذلك . ومنهم الملاحدة الذين لا يدينون بدين مطلقاً ويحاربون الأديان كلها . ويلحق بهم الرافضة الذين ينكرون المعلوم من الدين بالضرورة فيعتقدون أن جبريل غلط في الوحي فأوحى إلى محمد مع أن الله أمره بالأحياء إلى علي ، أو يدعون ألوهية علي ، وكذلك المرتدون وهم الخارجون عن الإسلام وإن انتقلوا إلى دين سماوي آخر لأنهم لا يقرون على ما انتقلوا إليه فلا دين لهم . كما يلحق بهم كل من اعتقد مذهباً يخرج صاحبه من الإيمان إلى الكفر كالبابية أو البهائية ، والقاديانية أو الأحمدية .

فالفرقة الأولى ظهرت أولاً في إيران نسبت إلى زعيمها الأول ميرزا علي محمد الذي لقب بالباب^(٢) ثم زعيمها الثاني الذي لقب ببهاء الدين . وقد ابتدع هذا وذاك أموراً تتنافى مع الإسلام .

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٠ .

(٢) أي الباب إلى الأمام المستور لأنه كان من الشيعة الأئمة عشرة ثم همد وابتدع ما يخرج عن الإسلام .

كجعلها الصلاة تسع ركعات في اليوم والليلة ، والصوم تسعة وعشرين يوماً من شروق الشمس إلى غروبها ويكون في الاعتدال الربيعي بحيث يكون عيد الفطر هو يوم النيروز على الدوام ، كما أبطأ الحج ورعسما أن شريعتهما نسخت الشريعة الإسلامية مع دعوى الأول النبوة والثاني الألوهية إلى غير ذلك من الخرافات السخيفة .

والفرقة الثانية تنسب لرحل من بلدة قاديان من بلاد الهند يسمى غلام أحمد ادعى النبوة وأنه المسيح عيسى بن مريم الذي أخبر الرسول عنه أنه ينزل آخر الزمان لقتل المسيح الدجال .

وأنه أوحى إليه أن المسيح مات ، بل إنه اكتشف قبر أولي من الأولياء قال عنه إنه قبر المسيح عيسى لأنه لما فر من اليهود رحل إلى هذا المكان فمات ودفن فيه ، ولكي يسترد دعوته لم يزعم أنه جاء بشريعة جديدة ، بل أنه مجرد مجدد لشريعة الإسلام . ومن أحكامه التي ابتدعها أنه لا يجوز ترواح القاديانية إلا لمن آمن بمبادئهم ويجوز للقديسي أن يتزوج من غير قاديانية وكأنه بذلك يعامل المسلمين معاملة أهل الكتاب .

الصفحة الثاني : من لهم شبهة كتاب ، وهؤلاء هم المجوس الذين يعبدون النار فقد قيل إن الله أنزل على بيهم وهو زرادشت كتاباً فحرقوه وقتلوا نبينهم فرفع الله هذا الكتاب من بينهم .

الصفحة الثالث : من لهم كتاب «ماوي يؤمنون به كاليهود الذين يؤمنون بالتوراة والبصاري الذين يؤمنون بالتوراة والأنجيل .

فالصنف الأول يحرم على المسلم أن يتزوج بواحدة منه تحريماً مؤقتاً حتى تؤمن بالله .

كما لا يجوز للسلمة أن تتزوج برجل من هؤلاء إلى أن يؤمن لقوله تعالى « لا

تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولتعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه « النقرة / ٢٢١ .

كما لا يجوز الزواج بهن ابتداء لا يجوز نكاح . فيما إذا أسلم واحد منهم وكان متزوجاً بمن تشاركه في عقيدته ولم تدخل في الإسلام فإنه يفرق بينهما^(١) وينتهي ذلك الزواج . لقوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » المتحنة / ١٠ .

والمراد بالكوافر المشركات . ولفظ المشرك وإن كان يتبادر منه عبدة الأوثان وكل من عبد غير الله في لغة القرآن إلا أنه في عرف الشرعيين - بعد وجود طوائف عديدة - يشمل هؤلاء جميعاً .

يقول الكيال بن الهمام في فتح القدير ج ٣ ص ٣٣٧ : يدخل في عبدة الأوثان الزنادقة والباطنية والأباحية وكل من اعتقد مذهباً يكفر به معتقده لأن اسم المشرك يتناولهم جميعاً .

والحكمة في تحريم زواج المسلم بمن لا دين لها أن الزواج مشروع للأغراض

(١) وهل تقع الفرقة بينهما بمجرد الإسلام أو تتوقف على شيء آخر . فأبو حنيفة يقول إذا كان في دار الإسلام لا تتمجل الفرقة بل يمرض الإسلام على الآخر فإن أباها وقعت الفرقة بينهما وأن كانا في دار الحرب وقع ذلك على انقضاء عدتها فإن لم يسلم الآخر وقعت الفرقة ، فأنت كان الأب من الزوج كانت الفرقة طلاقاً ، وأن كان من الزوجة كانت الفرقة فسحاً لأنها لا تملك الطلاق ولا عرق في ذلك بين ما إذا كان قبل الدخول أو بعده . والشافعية والحنابلة إن كان قبل الدخول تمجلت الفرقة بينهما وإن كان بعد الدخول يقف التفريق إلى انقضاء العدة لأن الآخر ربما أسلم قبل انقضاءها . وإذا انقضت العدة وقع التفريق منذ اختلاف الدين ويكون التفريق طلاقاً ، وقال مالك إن أسلم الرجل والمرأة حاضرة عرض عليها الإسلام ثم فرق بينهما إذا أبت وأن كانت عاتبة تمجلت الفرقة ، وإذا أسلمت أو لا وقف على انقضاء العدة ، المغنى ج ٦ ص ٦١٤ وما بعدها .

الكريمة التي بينها فيما سبق ، وزواج المشرك لا يحقق تلك الأغراض لبعده ما بين الزوجين .

فهذا يؤمن بالله وكتبه ورسله واليوم الآخر وما فيه من ثواب وعقاب وتلك لا تؤمن بشيء من ذلك ، وكل منها يتمسك بما يعتقدده ويدافع عنه فيكونان على طرفي نقيض وحياتها إما منازعة ومخاصمة فلا يتحقق السكن ، وإما مسالمة قد تستهوي فيها المرأة الرجل بما فيها من جمال ولين وطباع وأحكام التدبير لجذب زوجها إليها . فتزل قدمه فيتهاون في دينه أو يضيعه . وهذا ما يشير إليه قوله تعالى في الآية السابقة تعليلاً للنهي عن ذلك الزواج « أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه » .

وأما المرتدة عن الإسلام فجزاؤها إما القتل إن لم تتب على رأي أو الحبس الدائم حتى تعود إلى الإسلام أو تموت . ومع هذا أو ذاك كيف يحقق الزواج بها مقاصد الشارع منه .

فالمرتدة لا يجوز أن يتزوجها أحد مسلماً كان أو كتابياً أو مشركاً حتى ولو كان مرتدّاً مثلها لأنها لا دين لها تقرر عليه . والزواج يعتمد على الدين

وأما الصنف الثاني فقد اختلف الفقهاء في تحريم الزواج منه بناء على اختلافهم في هل لشبهة الكتاب من أثر ما للكتاب من أثر في حل التزوج أو لا ؟

فجمهور الفقهاء ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة يذهبون إلى تحريم تزوج المسلمين من نسائهم ، لأن حقيقة الجوس أنهم يعبدون النار فيدخلون في عداد المشركين الذين لا يدينون بدين سماوي . وقد عدم القرآن فرقة مغايرة لأهل الكتاب في قوله تعالى « إن الذين آمنوا والذين هادوا والصابئين والنصارى والمجوس والذين أشركوا إن الله يفصل بينهم يوم القيامة » الحج / ١٧ . كما بين لنا رسول الله أنهم ليسوا بأهل كتاب ولا يحل التزوج منهم في قوله « سنوا بهم

سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائهم) وهذا يدل على أنه لا كتاب لهم وهو يأمر المسلمين أن يعاملوهم معاملة أهل الكتاب في حقن دمائهم وإقرارهم بالجزية دون التزوج بنسائهم وأكل ذبائهم .

وخالف داود الظاهري فذهب إلى حل التزوج بالمجوسية نظراً لشبهة الكتاب، ولعل الحديث لم يصله وإلا لقال بمقتضاه . وبوافقه في ذلك أنو ثور من أصحاب الشافعي كما يقول ابن قدامة^(١) وغيره .

والجعفرية لم في ذلك رأيان . رأي بالحل وآخر بالحرمة ، واختلف علماؤهم في الترجيح بين الرأيين فمنهم من يرجح الحل ومنهم من يرجح الحرمة^(٢) .

وأما الصنف الثالث : فيحل التزوج بسائتة عند جماهير الفقهاء لقوله تعالى « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ... إلى قوله والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب حل لكم ، المائدة / ٥ . والمراد بأهل الكتاب في هذه الآية أهل التوراة والانجيل . وهم اليهود والنصارى ومن وافقهم في أصل دينهم لأن القرآن يخاطب هاتين الطائفتين من قبلنا بما أهل الكتاب وهو دليل على ذلك ومع تصريح الآية بحل المحصنات من أهل الكتاب الذي اتفق عليه جماهير الفقهاء اختلفوا فيما بينهم في هل هذا الحل مطلق أو أنه مقيد ؟ وهذا الاختلاف وقع في أمرين :

أولهما : هل يشترط في حل الكتابية أن يكون أبواها كتابيين أو يكفي أن يكون أحدهما كتابياً والآخر وثنياً أو مجوسياً ؟

يذهب الحنابلة والشافعية في الأظهر عندهم إلى أنه يشترط في حلها أن يكون أبواها كتابيين فلو كان أحدهما كتابياً والآخر غير كتابي لا تحل

(١) المعنى ج ٦ ص ٥٩١ .

(٢) المختصر السامع ص ٢٠٣ ، فقه الإمام جعفر ص ٥ ص ٩ .

حقى ولو كانت بالغة واختارت دين أهل الكتاب ، لأنها ليست خالصة من أهل الكتاب لأنها مولودة بين من يحل ومن لا يحل (١) ، والحنفية يكتبون بكون أحدهما كتابياً لأنها تكون تابعة لأفضلها ديناً فتعطى حكم أهل الكتاب كما لو كان أحد الأبوين مسلماً فإن الولد يتبع خير الأبوين ديناً (٢)

ثانيهما : إن الكتابية إذا اعتقدت التثليث أو قالت عزيز ابن الله أو المسيح ابن الله فهل يمنع من حل زواجها للمسلم ؟

ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز للمسلم التزويج بها لأنها تدخل في المشاركات التي مع القرآن سكاهن ، واستدلوا على ذلك بأن القرآن وصف ذلك بالشرك في قوله تعالى « لقد كفر الذين قالوا إن الله هو المسيح ابن مريم ، وقال المسيح يا بني إسرائيل إعبدوا الله ربي وربكم إنه من يشرك بالله فقد حرم الله عليه الجنة ومأواه النار وما للظالمين من أنصار . لقد كفر الذين قالوا إن الله ثالث ثلاثة وما من إله إلا إله واحد وإن لم ينتهوا عما يقولون ليمسن الذين كفروا منهم عذاب أليم أفلا يتوبون إلى الله ويستغفرونه والله غفور رحيم . ما المسيح ابن مريم إلا رسول قد خلت من قبله الرسل وأمه صديقة كانا يأكلان الطعام انظر كيف نبين لهم الآيات ثم انظر أني يؤفكون . قل أتعبدون من دون الله ما لا يملك لكم ضرراً ولا نفعاً والله هو السميع العليم » المائدة ٧٢/٧٦ .

وفي قوله « وقالت اليهود عزيز ابن الله وقالت النصارى المسيح ان الله ذلك قولهم بأفواههم يضاهئون قول الذين كفروا من قيل قاتلهم الله أني يؤفكون . اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أرباباً من دون الله والمسيح ابن مريم وما أمروا إلا ليعبدوا إلهاً واحداً لا إله إلا هو سبحانه عما يشركون » التوبة / ٣٠ ، ٣١

(١) المعنى لابن قدامة ح ٦ ص ٥٩٢ وشرح المهاج - ٢ ص ٢٥٢ للشافعية وعبارته « وتحرم متولدة من رثى وكتابية وكذا عكسه في الأطهر »
(٢) البدائع - ٢ ص ٢٧١ .

وذهب الجمهور إلى أنه لا يمنع من حل زواجها لأن آية الحل جاءت مطلقة لم تقيد بها بقيد غير أنها من أهل الكتاب. والقرآن عطف المشركين على أهل الكتاب في أكثر من آية والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه . منها قوله تعالى « لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا » المائدة / ٨٢ .

وقوله « ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين أن ينزل عليكم من خير من ربكم » البقرة / ١٠٥

وقوله « لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين حتى تأتيهم البينة » السينة / ١ .

وقوله « إن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين في نار جهنم خالدين فيها أولئك هم شر البرية » السينة / ٦ .

وقوله « لتبلون في أموالكم وأنفسكم ولتسمعن من الدين أوتوا الكتاب من قسلكم ومن الذين أشركوا أذى كثيراً » آل عمران / ١٨٦

تلك وجهة كل من الرأيين . فأصحاب الرأي الأول يقولون : إن القرآن وصف هؤلاء بالشرك ، فيدخلون في المشركين المحرم الزواج بنسائهم ، وأصحاب الرأي الثاني يمنعون دخولهم في المشركين لأن الله عدم طائفة أخرى غير المشركين إستناداً إلى قضية العطف .

ونحن نقول : إن من يتأمل منهج القرآن في عرضه لطوائف غير المسلمين يجده اقتصر على ذكر طوائف أربع . المشركين وأهل الكتاب من اليهود والنصارى ، والمجوس والصائبين لأن هؤلاء هم المعروفون للعرب إما بوجودهم في بلادهم أو بمجاورتهم لهم في العراق والبحرين ، ولم يعرض للبراهمة والبوذيين وغيرهم لوجودهم في بلاد بعيدة لاصلة للعرب بهم فاكتمى في خطابهم بما يعرفون .

وحين عرض لتزوح المسلمين نساء هؤلاء جميعاً حرم طائفة وأحل طائفة ، فحرم المشركات وأحل الكتابيات بمصين صريحين وسكت عن التصريح بحكم التزوج من غيرهم . فكأنه وضع أساس الحل والحرمة للمشركون الذين لا يلتقون مع المسلمين في شيء حرم نساءهم ، وأهل الكتاب الذين لهم كتاب سماوي يقرهم من المسلمين فيلتقون معهم في منتصف الطريق أحل نساءهم .

ويبقى ما وراء هؤلاء موكولا إلى التسه . مما أشبه المشركة ألحق بها في الحرمة . وما أسسه الكتابية ألحق بها في الحل .

وإذا كان القرآن حين نزوله وصف بعض أعمال أهل الكتاب بالشرك فهل كان هذا الوصف أرر صفاتهم حتى يرول عنهم وصف أهل الكتاب ويدخلهم في المشركين ؟

الحق أن ذلك لا يخرجهم عن كونهم أهل كتاب حيث جعلهم الله في أكثر من آية صفاً أو صفين في مقابلة المشركين والقرآن لا يناقض بعصه بعضاً ، ولأن الظاهر الذي يتبادر إلى الذهن من مفهوم لفظ المشركين في عصر التنزيل أنهم مشركوا العرب إذ لم يكن لهم كتاب ولا شبهة كتاب بل كانوا أميين .

وعلى ذلك يكون المراد بالمشركات في آية البقرة المحرمة للزواج مشركات العرب ، ويلحق بهن كل من لا تدين بدين سماوي . وتتقى آية المائدة المحللة شاملة للكتابيات عامة .

ولو فرضنا أن الكتابيات بما صدر منهن يدخلن في المشركات وكانت آية البقرة شاملة لهن تكون آية المائدة المحللة لهن مخصصة لعموم الآية الأولى لأنها أحص منها وهي متأخرة في النزول عنها حيث أن سورة المائدة من أواخر القرآن نزولاً وليس فيها شيء منسوخ . حيث إنها أحلتهم بعنوان المحصات من الذين أتوا الكتاب، وهذا الوصف باق لهن حتى بعد صدور ما يقتضى الحكم

عليهن بالشرك . فتكون الكتابية من المحلات للمسلمين حتى ولو صدر منها ما يقتضي وصفها بالشرك ، لأن القرآن أحلها بعد أن قالت : « عزيز ابن الله ، والمسيح ابن الله ، والله ثالث ثلاثة الموجب لوصفها بالشرك » والله أعلم .

هذا هو موقف جماهير الفقهاء من أهل السنة من زواج الكتابية .

وللجعفرية آراء في ذلك اختلفوا في الترحيح بينها . فقليل لا يجوز مطلقاً ، وقيل يجوز مطلقاً مع الكراهة ، وقيل لا يجوز دائماً ويجوز متعة ، وقيل يجوز مع الاضطرار وعدم وجود المسامة . وقد قيل إن هذا الاختلاف نشأ من وجود أدلة متعارضة في الزواج بغير المسامة . فمنهم من رجح دليلاً على آخر ، ومنهم من حاول الجمع بين تلك الأدلة (١) .

والحكمة في حل زواج الكتابية دون المشركة أن الكتابية تتفق مع المسلم في الإيمان بالله والرسول واليوم الآخر وكثير من الفضائل . واختلافها إنما هو في رسالة محمد ﷺ وما جاء به من كتاب .

فلهذا الاتفاق حل الزواج لها لإمكان العشرة بينها المحققة للأغراض التي شرع لها الزواج في الجملة ، ولهذا الاختلاف الأخير كان الأولى بالمسلم أن يتزوج المسلمة متى وجدها ، وقد قرر أكثر الفقهاء الذاهبين إلى حل التزوج بالكتابية أنه مكروه وتشتد الكراهة إذا كانت في دار الحرب حيث يفقد الزوج سلطانه عليها وربما مال قلبه إليها فتفتنه في دينه أو تؤثر في أولاده منها .

وقد كان عمر رضي الله عنه ينهى عن التزوج بالكتابيات خشية الفتنة

(١) المختصر النافع ص ٢٠٣ ، وشرائع الإسلام ص ٢٠٣ ، وفقه الإمام حمفرح ص ٢١٠ والأحوال الشخصية للشيخ محمد حواد معنية وقد قال في الكتاب الأخير أن فقهاء الإمامية في هذا العصر يجيزون تروح الكتابية دوماً ، والمحاكم الجعفرية في لبنان تروح المسلم من الكتابية وتسجل الزواج وترتب عليه جميع الآثار .

وإلحاق الضرر بالمسلمات . جاء في كتاب الآثار للأمام محمد بن الحسن ص ٧٥ عن إبراهيم عن حذيفة أنه تروح بيهودية بالمدائن . فكتب إليه عمر: أن خل سبيلها ، فكتب إليه: أحرام هي يا أمير المؤمنين؟ فكتب إليه عمر: أعزم عليك أن لاتضع كتابي هذا حتى تخلي سبيلها ، فإني أخاف أن يقتدي بك المسلمون فيختاروا نساء أهل الذمة لجاهلهم وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين ، ويذكر ابن قدامة في كتابه المغني ^(١) أن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب : طلقوهن فطلقوهن إلا حذيفة فقال له عمر : طلقها . قال : تشهد أنها حرام؟ قال : هي خمرة طلقها ، قال : قد علمت أنها خمرة ولكنها لي حلال فلما كان بعد طلقها ، فقيل له : ألا طلقتها حين أمرك عمر؟ قال : كرهت أن يرى الناس أني ركبت أمراً لا ينبغي لي ^(٢) .

فليت الذين يتسابقون في الزواج بالأجنبيات من أهل الكتاب يتدبرون تلك المعاني التي من أجلها منع الفاروق بعض الصحابة من الإبقاء على زواجهن . وحكم أكثر الفقهاء عليه بالكرهه ، ليتهم يفكرون بعقولهم ولا يسيرون وراء هذا السراب الخادع ، ولا يغرنهم إسلام هؤلاء بعد الزواج أو قبله فإنه إسلام ظاهري لغرض ، ولا أدل على ذلك من أن أغلب هؤلاء حتى بعد إسلامهم السوري يطعن بيوتهن بطابع غير إسلامي مما لا يخفى على أحد .

تنبيه : مما ينبغي التنبيه عليه هنا أن الكتابية التي تزوجها مسلم إذا انتقلت إلى دين غير دين أهل الكتاب فهي كالمتردة لا خلاف في ذلك ، لأن غير أهل الكتاب لا يحل نكاح نساءهم ، فمق كان قبل الدخول انفسخ نكاحها في الحال ولا مهر لها لأن الفسخ من قبلها ، وإن كان بعد الدخول انفسخ في الحال على

(١) ج ٦ ص ٥٩٠ .

(٢) والإمام الطبري في تاريخه ج ٦ ص ١٤٧ يروي هذه الواقعة ويبين السبب في إقدامهم على ذلك الزواج وهو عدم وجود المسلمات بعد انتصارهم في موقعة القادسية ولما زالت الضرورة كتب إليهم عمر كتابه بالطلاق .

رأيي ، وفي رأي آخر يتوقف على انقضاء العدة لأنها ربما تعود فإن رحمت بقي الزواج وإن لم تعد انفسح العقد ، وهل يقبل منها الرجوع إلى دينها التي كانت عليه أو لا يقبل منها إلا الإسلام رأيان للفقهاء .

وإذا انتقلت إلى دين آخر من أديان أهل الكتاب كأن كادت نصرانية فتهودت أو بالعكس فالحنفية وأحمد في رواية لا فسخ لأنها تقر عليه وهو قول للشافعي . وفي قول آخر له ورواية عن أحمد أنها لا تقر عليه فيفسخ العقد (١) .

بقي أن يقال : إذا كان هذا التقارب بين المسلمين وأهل الكتاب أباح تزوج المسلم بالكتابية فلم لم يباح العكس فتتزوج المسلمة الكتابي؟ والجواب أن طبيعة الزواج تجعل للزوج سلطاناً على زوجته لئلا يملكها من القوامة عليها « الرجال قوامون على النساء » فقد يستعمل هذا السلاح في التأثير عليها فيطمئن في دينها حيث لا يؤمن بنبيها وكتابها وهي ضعيفة لا تستطيع إنقاذ نفسها عند الخطر لأن مفتاح الخلاص وهو الطلاق ليس في يدها وهي بين أمرين أحلاهما مر فأمّا أن تدافع عن دينها فتسوء العشرة بينها أو تستسلم فتقع مضطرة تحت تأثيره وتفتن في دينها لهذا وذاك حرّمها الشارع على غير المسلم بخلاف العكس فإن الكتابية لو طعنت في دين زوجها المسلم فإنه يستطيع الدفاع بما له من سلطان أو يتخلص بالطلاق وإن ~~تحوّل~~ ^{تحوّل} أسلم نفسه إلى عقاب شديد في الآخرة .

ولأن الإسلام لما أباح للمسلم التزوج بالكتابية نهاه عن إكراهها على الخروج من دينها ، أما الأديان الأخرى فليس فيها هذا الضمان ، لأن المسلم يؤمن بجميعة الرسل ومنهم موسى وعيسى عليها السلام فلا يتصور منه الطعن فيها ، أما الكتابية فلعدم إيمانها بخاتم الرسل وبالكتاب المنزل عليه لا يبعد منه أن يطعن

(١) المصمى لان قدامة ج ٤ ص ٥٩٤ وشرح المنهاج ح ٣ ص ٢٥٣ .

فيها ويحاول جاهداً أن يخرج زوجته المسلمة منه وبخاصة إذا كان متعصباً لدينه .

لذلك كله جاء القرآن محرماً زواج المسلمة بغير المسلم عموماً أو بقاءها في عصمته بعد إسلامها إذا كانا غير مسلمين حين الزواج. يقول جل شأنه : « يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن » / المتحنة / (١٠) .

فهذه الآية حرمت المؤمنات على الكفار تحريماً صريحاً ولفظة الكفار عام يشمل كل من ليس بمسلم سواء أكان مشركاً أم كتابياً . وقد فهم الصحابة هذا العموم وإن كان سبب نزولها قصص أزواج مشركين ورد ذلك في عدة آثار صحيحة ففرق فيها الصحابة بين النصراني وزوجته إذا ما أسلمت . منها أن رجلاً من بني تعلقب أسلمت زوجته وأبى أن يسلم ففرق عمر بينهما . وروي عن ابن عباس أنه قال : إذا أسلمت النصرانية قبل زواجها فهي أملك لنفسها (١) .

وكما يفرق بين الزوجة عند إسلامها وزوجها غير المسلم كذلك يفرق بين الزوجة وزوجها المسلم إذا ارتد عن الإسلام بمسئلة كانت أو كتابية لأنه لا بقاء للزواج بدون دين في نظر الإسلام ، والمرقد أثناء رده لا دين له يقر عليه حتى ولو انتقل إلى دين سماوي آخر غير الإسلام ، ولا يجوز له بعد رده التزوج بمسئلة ولا كتابية ولا بمرتدة مثله لأنه يستحق القتل فزواجه لا يحقق أغراض الزواج .

وأما الصابئون وقد عدّهم القرآن فرقة أخرى غير أهل الكتاب يقول سبحانه : « إن الذين آمنوا والذين هادوا والصابئون والنصارى من آمن بالله واليوم الآخر وعمل صالحاً فلا خوف عليهم ولا هم يحزنون » / المائدة / ٦٩ .

(١) المرجع السابق .

وقد كانوا في الأصل يعظمون الكواكب السبعة واتخذوها آلهة عبدوها فهم من عبدة الأوثان . فلما أزال العرس دولتهم بالعراق ، وإجبرهم قسطنطين على الدخول في النصرانية بعد تنصره تركوا عبادة الأوثان ظاهراً وظل عدد كبير منهم على ملته الأولى مستخفين في عبادتهم . ولما جاء الإسلام دخلوا في جملة النصارى وكنموا أصل اعتقادهم وأخفوا عبادتهم ولهم طرق عجيبة في الإحفاء فاشتبه أمرهم على المسلمين فمن نظر إلى ظاهرهم ظنهم من النصارى فأعطاهم حكمهم وجوز التزوج منهم كما روي عن أبي حنيفة والشافعي وأحمد (١) .

وأبو يوسف ومحمد لما عرفا حقيقة أمرهم منعو التزوج من نسائهم .

ويقول ابن قدامة : والصحيح فيهم أنهم إن كانوا يوافقون النصارى أو اليهود في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم بمن وافقوهم ، وإن خالفوهم في أصل الدين فليسوا منهم ، ومثله في شرح المنهاج للشافعية ، وهذا هو الصحيح فيهم لأن القرآن وضع لنا أساس حل التزوج من غير المسلمين فجعل المانع هو الشرك وجعل المبيح وجود الدين السماوي فلنضع كل من لم يتضح حاله على هذا الميزان فإذا ظهر أنه يوافق أحد الفريقين يأخذ حكمه .

(١) المغني ح ٣ ض ٥٩٠ . البدائع ج ٢ ص ٢٧١ شرح المنهاج ح ٣ ص ٢٤٢ ولا أدل على الاشتباه من أنه روي عن الإمام أحمد روايتان . فروي عنه أنهم حسن من النصارى وفي أخرى يقول : بلغني أنهم يستنون فلولاء يشبهون اليهود .

المبحث السادس

في جمع الرجل بين أكثر من أربع زوجات في عصمته

ويتحقق هذا بزواج الخامسة^(١) فمن جمع بين أربع زوجات يحرم عليه أن يزوج بخامسة تحريماً مؤقتاً حتى ينتهي زواجه من إحداهن إما بالموت أو الطلاق .

فإذا فعل ذلك كان العقد فاسداً يجب عليه أن يفارقهما فإن لم يفعل فرق القاضي بينها فإن كان قبل الدخول لا تستحق شيئاً وإن كان بعده وجب لها مهر المثل إن لم يكن سمى لها مهراً أو الأقل من المسمى ومهر المثل إن وجدته التسمية .

يستوي في ذلك كون الأربع زوجات حقيقة كلهن أو بعضهن زوجات والبعض معتدات أو كلهن معتدات ، فلو كان متزوجاً بأربع وطلقهن طلاقاً رجعياً حرم عليه التزوج بخامسة قبل انتهاء عدتهن أو انتهاء عدة إحداهن إذا سبقت الأخريات باتفاق الفقهاء .

أما إذا كان الطلاق بائناً فالحنفية يمنعون التزوج أيضاً حتى تنتهي العدة ، والمالكية والشافعية والجعفرية يذهبون إلى حل التزوج في العدة . وقد شرحنا هذا الخلاف فيما سبق عند الكلام على الجمع بين محرمين ، والدليل على هذا التحريم قوله تعالى : « فإن خفتن ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم

(١) من مراجع هذا البحث ، تفسير أبي بكر الجصاص ج ١ ص ٣٠٩ وما بعدها ، والبحر المحيط لأبي حيان ج ٣ ص ١٦٤ وتفسير المنار ج ٤ ص ٣٤٠ وما بعدها ، ج ٥ ص ٤٤٨ ، وتفسير القرطبي ج ٥ ص ١٢ وما بعدها ومنتهى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٦ والمعني لان قدامة ج ٦ والإسلام شريعة وعقيدة للأستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت ، وكتب الفقه في المذاهب المختلفة .

من النساء^(١) مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ٤ / النساء / ٣ ، فهذه الآية جاءت لبيان العدد المباح من الزوجات وقد جعلت غايته أربعاً . ولو كانت الزيادة مباحة لما اقتصر على هذا العدد .

ثم جاءت السنة الشارحة مؤكدة لذلك فكان العربي إذا أسلم مع زوجته وكان يجمع أكثر من أربع أمره رسول الله أن يسك أربعاً منهم ويفارق الباقي فقد روى أحمد والترمذي وابن ماجه عن ابن عمر : أن غيلان الثقفي أسلم وتحت عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعاً ويفارق سائرهن^(٢) .

وروي أحمد وأبو داود عن قيس بن الحارث قال : أسلمت وتحتي ثمان نسوة فأنت النبي ﷺ فقلت له ذلك فقال : أحتر منهن أربعاً^(٣) .

هذا هو العدد الذي جاء الإسلام بإباحته من الزوجات كما نطقت به الآية وأكدته السنة ولم يؤثر عن أحد من الصحابة ومن جاء بعدهم ممن يعتد بإسلامه أنه زاد على هذا العدد لا في خاصة نفسه ولا في فتواه لغيره ، فما ذهبت إليه طائفة أنه يجوز للرجل أن يجمع في عصمته تسع زوجات زعماً منهم أن آية الحل دلت عليه لأنها عطفت هذه الأعداد بالواو وهي تفيد الجمع وجموعها تسعة بعيد عن مدلول الآية .

وأبعد منه ما ذهبت إليه طائفة أخرى من إنه يجوز الجمع بين ثمان عشرة

(١) مثنى وثلاث ورباع معناها اثنين اثنين وثلاثة ثلاثة وأربعة أربعة فهي ألعاط مفردة معدول بها عن تلك الأعداد المكررة لأن الحطاب للجميع ليصير كل من يريد الجمع اثنين أو ثلاثة أو أربعة رجاء العطف بالواو دون أو لأنه لو عطف بأر لأفاد أنه لا يباح لهم إلا أعدادا منها اثنين فقط أو ثلاثا فقط أو أربعاً فإذا احتار واحداً منها امتنع عليه غيره لأن أو للتخيير .

(٢) منتقى الأخبار ج ٦ ص ١٣٦ .

(٣) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٢٢١ .

زوجة تكلفاً في تفسير الآية قائلين: إن مثنى معناها اثنين اثنين وكذلك ثلاث وربع وقد عظمت بالواو المفيدة للجمع ومجموعها ثمانى عشرة ، لأن كلا من التفسيرين يخرج الآية عن الأسلوب العربي الفصيح فضلاً عن كونها مخالفة للسنة الصحيحة وإجماع الصحابة العملي ، لأن العربي إذا قال : وزع هذا المال على المحتاجين درهمين درهمين وثلاثة ثلاثة وأربعة أربعة لا يريد بذلك إعطاء كل محتاج ثمانى عشرة وإنما يريد به اعط بعضهم درهمين فقط ، وبعضهم ثلاثة فقط ، وبعضهم أربعة فقط ، وللموزع الخيار في التخصيص . ولو أراد إعطاء كل واحد هذا المجموع لصرح بالعدد الموضوع له وإلا استقبح منه ذلك فالواو في الآية - كما يقول القرطبي - للبدل لا للجمع وتقديرها : انكحوا ثلاثاً بدل اثنين وأربعاً بدل ثلاث .

المبحث السابع

في الجمع المشروع

شرع الله تعدد الزوجات . وبعبارة أدق أقره بعد أن حدده وقصره على أربع وجعله مرتباً بالعدل والمساواة بين الزوجات يباح عند الثقة بإقامة العدل والأمن من الجور ، فإذا انتفى الوثوق وخيف توقع الظلم فالتعدد حرام « فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم » .

وهناك قيد آخر هو القدرة على الأنفاق على أكثر من زوجة ، لأن القدرة شرط في إباحة أصل الزواج . لقوله تعالى : « وليستغفب الدين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله » ، ولقول رسول الله ﷺ : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج » ، فإذا توفر الأمران الوثوق من العدل ، والقدرة على الأنفاق ومتطلبات المعيشة الزوجية الشنائية أو الثلاثية جاز التعدد ، وإن

انعدما أو انعدم أحدهما حرم التعدد وأثم فاعله . لكن هذا التحريم ديني لا يقع تحت سلطان القضاء ، لأن العدل أمر نفسي لا يعلم إلا من جهته ، والقدرة على الأنفاق أمر نسبي ليس له ميزان واحد يجذب به فيها متروكان إلى الشخص يقدرهما ولأنها يتعلقان بالمستقبل ، فالعاجز قد يصير قادراً والظالم قد يتبدل حاله فيعدل ، فإذا عقد العقد دون توفر الشرطين أو أحدهما يكون العقد في ذاته صحيحاً لأن هذه ليست شروط صحة كما سبق بيانه ، بل يكون فاعله آثماً إن وقع منه جور أو عجز عن الأنفاق يحاسبه الله عليه .

فإباحة التعدد ليست إباحة مطلقة بل مقيدة . وتلك القيود تكاد تحصره في دائرة ضيقة فمجرد خوف (١) الجور والظلم مانع منه ، ومن يقرأ الآية التي أباحت التعدد يجدها لم تفرضه بحيث يكون لازماً لكل شخص وليس فيها ما يدل على استحسانه والترغيب فيه وإنما مجرد إباحة ، بل من يعن النظر في أسلوبها وربطها بسابقتها مع واقع الناس حين نزلها يجدها لم تأت للإباحة الأصلية ولا للإباحة شيء غير موجود أو ممنوع ، وإنما جاءت لتقييد تعدد الزوجات الذي كان موجوداً بصورة تصل إلى حد الفوضى . فهي إذن جاءت للحد من الجمع والتقليل من عدد الزوجات ومراعاة العدل بينهن . لأنها - كما يقول المفسرون - نزلت في شأن الأولياء الذين تخرجوا من الولاية على اليتامى والزواج بين خوفاً من الوقوع في ظلمهم وأكل أموالهم بعد الأمر بأيتانهم أموالهم ونهيبهم عن أكل تلك الأموال ووصف ذلك بأنه أثم كبير في الآية السابقة عليها .

نزلت لتبين لهم نوعاً آخر من الظلم كانوا واقعين فيه وهو ظلم النساء بالتزوج بعدد غير محصور دون مراعاة العدل بينهن لأنه لا يكفي في ترك الظلم أن يتركه الشخص في موضع دون غيره ، وكأنه سبحانه يقول لهم : إن خفتن

(١) الخوف : وقع ما يكره بوقوع بعض أسبابه أو ظهور أماراته .

ألا تقسطوا في اليتامى فتخرجتم من الولاية عليهم أو الزواج منهم فكذلك خافوا الوقوع في ظلم النساء وقللوا عدد الزوجات واقتصروا على أربع فإن خفتم الجور في الريادة على الواحدة فاقتصروا عليها أو استمتعوا بما ملكت أيديكم من الإمام، لأن هذا الاقتصار أقرب إلى عدم الوقوع في الظلم والجور . فالآية تشرح لهم طريقة التخلص من حور النساء كما بينت لهم الآية السابقة طريقة التخلص من ظلم اليتامى .

المراد بالعدل المشروط لأباحة التعدد :

إذا كانت الآية أناحت التعدد وقصرته على ذلك العدد وربطت هذه الأباحة بأمن العدل فلا بد أن يكون ذلك العدل مستطاعاً للإنسان ليصح التكليف به عند إرادة التعدد ولينفق مع ما وقع من رسول الله وأصحابه، والعدل المستطاع هو التسوية بين الزوجات في الأمور الظاهرة من النفقة والمبيت وحسن المعاشرة، أما ما لا يدخل تحت قدرة الإنسان ولا يملكه وهو العدل الكامل الشامل للميل القلبي والمحبة فغير مكلف به . وهو المنفي في قوله تعالى : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان غفورا رحيماً » / النساء / ١٢٩ .

فإن هذه الآية نزلت بعد الآية الأولى ، « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » كما يدل عليه سياقها لأنها نزلت ضمن آيات الاستفتاء في النساء ، « ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن والمستضعفين من الولدان . وأن تقوموا لليتامى بالقسط » .

وكانت فتوى من الله جاءت رداً على الذين كان عندهم زوجتان أو أكثر قبل نزول آية التعدد والذين تزوجوا بعدها نأوين العدل بين الزوجات وفهموه أنه

العدل في كل شيء حتى في المحبة فتبين لهم أن العدل الكامل بين النساء ليس في مقدورهم فلا يتعلق به التكليف .

و كأنه سبحانه يقول لهم : « مهما حرصتم على أن تسوا بين المرأتين في كل شيء فلن تستطيعوا ذلك بحرصكم عليه . وإذا كان الأمر كذلك فلا تملوا كل الميل إلى من تحبونها بطبيعتكم فتعرضوا عن الأخرى إعراضاً تاماً حتى تكون كالمعلقة لا هي متزوجة تتمتع بحقوق الزوجة وتعامل ماملة الأزواج ولا هي مطلقة تستطيع أن تبحث لها عن زوج آخر . وإن تصلحوا في معاملة النساء وتفقوا ظلمهن وتفضيل بعضهن على بعض فيما يدخل تحت اختياركم من المعاملات كالقسم في الميت والنفقة فإن الله يغفر لكم ما دون ذلك مما لا يدخل تحت الاختيار كالحمة ولوازمها الطبيعية من زيادة الأقبال والبشاشة .

وهذا يدل على أن العدل المنفى هو العدل الكامل الذي يشمل أعمال القلوب الذي يحرص عليه أهل الدين والورع لأنه غير مستطاع « ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها » ، والميل المنهي عنه هو الميل التام الذي يتعدى إلى الأمور الباطنة ويترتب عليه إهمال إحدى الزوجتين إهمالاً تاماً .

وهذا الميل المنهي عنه هو الذي حذر منه رسول الله وبين عاقبته في الآخرة فيما رواه أصحاب السنن عن أبي هريرة أن رسول الله قال : « من كانت له امرأتان يميل لأحدهما على الأخرى جاء يوم القيامة يمر أحد شقيه ساقطاً أو مائلاً » (١) .

أما مجرد الميل والمحبة الذي لا يتعدى إلى ما وراء ذلك فليس منهيّاً عنه

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأربطار - ٦ ص ١٨٤

لعدم قدرة الإنسان على دفعه أو التسوية فيه . وهذا ما عناه رسول الله فيما روته عائشة أم المؤمنين قالت : كان رسول الله يقسم فيعدل ويقول : « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك » (١) .

وسيرته في القسم بين نسائه رغم ميله القلبي إلى عائشة أكثر من غيرها - مثل أعلى يحتذى به فلم يؤثر عنه أنه فضل واحدة على غيرها في معاملته فلم يكن يدخل على واحدة في نوبة الأخرى إلا بأذنها ولجهد السلام حتى أنه في مرضه الأخير كان يطاف به على بيوت زوجاته محمولاً على الأكتاف ولم يرض الإقامة في بيت إحداهن خاصة محافظة على العدل بينهن إلى أن علموا رغبته في المقام عند عائشة لما سألهن « أين أكون غداً » فرضين بمقامه عندها وكان إلى توفى صلوات الله وسلامه عليه .

وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يقسم بين نسائه ويقول : « اللهم قلبي فلا أملكه وأنا ما سوى ذلك فأرجو أن أعدل فيه ، فقد فهم أن العدل المنفي غير العدل المشروط في إباحة التعدد .

ومما يدل أيضاً على اختلاف العدل في الآيتين أن الثانية نفت استطاعته بلن التي لتأييد النفي فهو غير ممكن والأولى علققت الأقتصار على واحدة على خوف انتفائه . وفي الخوف رجاء وظن غالباً وهو دليل إمكانه في ذاته .

وهذا يتبين لنا فساد رأي من فسر العدل في الآيتين بمعنى واحد ليصل إلى نتيجة توافق هواه بعيدة عن مقصد الشارع فقال : إن الله شرط إباحة التعدد بالعدل بين الزوجات في الآية الأولى ، وأن هذا العدل غير بمستطاع بدلالة الآية الثانية وحينئذ يكون التعدد غير مشروع لأنه علق على شرط مستحيل .

ونحن نقول لهذا المدعى : إذا كان العدل متحداً في الآيتين والتعدد غير مباح

(١) المرجع السابق ص ١٨٥ .

كما زعمت فيما فائدة قوله تعالى في الآية الثانية بعد نفي استطاعة المعدل: «فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة» ؟

ثم ما معنى قوله سبحانه في الآية الأولى: «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع» ؟ وكيف يقدم رسول الله وأصحابه على فعل تدعى - جهلا - أنه غير مشروع ؟

حكمة تشريع التعدد

- إن إقرار الإسلام لتعدد الزوجات على الوجه الذي بيناه كان لعدة أسباب وله أكثر من فائدة ترحم إلى الرجل والمرأة وإلى المجتمع نجملها فيما يلي :

أولاً : جاء الإسلام والناس فريقان . فريق مضيق لا يبيح إلا زوجة واحدة وإن أدى إلى عنت الأزواج مما أدى إلى انحرافهم واتخاذ الخليلات ، وفريق موسع في التعدد لا إلى حد وإن ترتب على ذلك ظلم الزوجات وعدم المعدل بينهن فنظم الزواج وسلك به مسلكاً وسطاً بين هؤلاء وهؤلاء كما هو شأنه في كل تشريعاته . فأقر التعدد وقصره على عدد معين بالشروط السابقة . فعمل ذلك ليكون ملائماً لكل المجتمعات لأنه تشريع عام يخاطب الناس جميعاً على اختلاف ألوانهم وطبائعهم وفيهم المعتدلون في ميولهم للنساء ومن تغلب عليهم الحدة . ولا يتم للتشريع عمومته وملاءمته إلا إذا كان فيه وفاء بحاجات الناس كلهم .

فكيف يفعل من تغلب عليه شهوته ولا تندفع حاجته بزوجة واحدة لكثرة ما يعرض لها من موانع المخالطة الجنسية لو لم يبيح تعدد الزوجات على صورة تدفع عنه العنت وتمتدب نفسه ؟ لا شك في أنه يفتتح لنفسه باب الزنى واتخاذ الخليلات رغم تحريم الشارع له .

إذاً كان تعدد الزوجات ضرورة لا بد منها لهذا وأمثاله وإلا لنفرت منه

تلك الطائفة من الناس ، وكان من رحمة الله بهذه الأمة ليتفق مع تحريمه للزنا
محرماً قاطعاً .

ولقد جرت سنة الله في تشريعه أنه كلما سد أمام عباده باباً من أبواب
الحرام فتح لهم باباً من أبواب الحلال ، ولا يضيرنا أنكار المنكرين من غير
المسلمين ونقدم لهذا التشريع فإنهم يجهلون حقيقته في الإسلام ويتصورونه على
أنه يتحتم على كل مسلم أن يجمع في بيته أربعاً من الزوجات يضيع حياته في
التمتع بهن . على أن العقلاء منهم قد استحسنا هذا التشريع لما بانت لهم مفسد
ما هم عليه .

يقول شوبنهاور الفيلسوف الألماني: « ولقد أصاب الشرقيون مرة أخرى في
تقريرهم لمبدأ تعدد الزوجات لأنه مبدأ تحتمه وتبرره الإنسانية ، والمعجب أن
الأوروبيين في الوقت الذي يستنكرون فيه هذا المبدأ يتبعونه عملياً فما أحسب أن
بينهم من ينفذ مبدأ الزوجة الواحدة على وجه الصحيح »^(١) .

ويقول جوستاف لوبون: « إن تعدد الزوجات المشروع عند الشرقيين أحسن
من عدم تعدد الزوجات الرئائي عند الأوروبيين وما يتبعه من مواكب أولاد غير
شرعيين »^(٢) .

ثانياً : حصول الموازنة بين عدد الزوجات والرجال لأن الكثرة في كل
أحصاء عام كانت في جانب النساء خاصة عقب الحروب التي يقل بعدها عدد
الرجال ، فلو منع التعدد لبقيت الكثيرات منهن من غير أزواج .

وإن المرأة التي لا تحظى بزواج مستقل تتشعب أمامها السبل فإما أن ترضى

(١) مقالات المرحوم الشيخ محمد زاهد الكوثري ص ٢٢٢ .

(٢) الإسلام والحضارة العربية ل محمد كرد هلي ج ١ ص ٨١ .

بمشاركة غيرها في زوجها أو تعيش طول حياتها وحيدة بلا زواج فتتوت أنوتتها إن حافظت على عفتها ، أو تنزلق في طريق الغواية وتسير في ركب الشيطان ، ولو فكرت تلك المرأة بعقلها لاختارت أن تكون زوجة ثانية بل ثالثة أو رابعة على أن تعيش مع واحد من الأمرين السابقين .

ثالثاً : قد تصاب الزوجة بمرض يحول بينها وبين الحياة الزوجية أو يقين أنها عقيم لا تلد والزوح يطلب الولد ولا يستطيع العيش مع امرأة مريضة وهو يحرص لسبب أو لآخر على الإبقاء على تلك الزوجة الأولى . فكيف نعالج تلك المشكلة لو لم يح تعدد الزوجات ؟

إن من مصلحة الرجل في التزوح بأخرى ، ومن الخير للمرأة أن تبقى زوجة مع أخرى بدلاً من طلاقها لتعيش بقية حياتها في ركن مظلم فاقدة الأمل في العشور على زوح آخر لمرضاها أو عقمها .

وأما حكمة قصر الأباحة على أربع فلأن للزوجة على زوجها حقوقاً فإذا شاركتها غيرها وجب عليه العدل بينها والاقتصار على أربع أقرب إلى العدل حيث يعود إلى إحداهن بعد ثلاث . وهو وإن كان فيه مضارة للزوجة إلا أن هذه المدة اغتفرت في مواطن كثيرة . فيجوز المهجر للزوجة ثلاثاً ، وللمسلم ثلاثاً ، والأحداد على غير الزوج ثلاثة أيام ، والخيار ثلاثة أيام . فهذه الصور وغيرها مستثناة على خلاف الأصول فكذلك لما كانت الشحنة والمضارة على خلاف الأصل استثنى ثلاث زوجات يضارهن زوجة أخرى^(١) .

شبه تثار حول تعدد الزوجات :

بقي لنا وقفة مع ما يثار من وقت لآخر من أن تعدد الزوجات أداة لإفساد

(١) راجع الفرق للقرافي . الفرق الرابع والأربعون بعد المائة .

الأسر لما يقع بين الضرائر من منازعات ومشاحنات لا تقف عليهن بل تتعدى إلى الأبناء فينشأ أبناء الرجل الواحد متعادين متباغضين يزيد هذا النزاع ويشدد عندما يميل الرجل إلى إحداهن أكثر من غيرها ، وكثيراً ما يكون سبباً في تشرد الأبناء كما هو مشاهد معلوم .

كما أن فيه ظلماً للمرأة التي تدخل عليها امرأة أخرى بدون رضاها تشاركها حياتها وزوجها .

وجوابنا على ذلك : إن الإطار الذي شرع الإسلام فيه تعدد الزوجات لا ينتج تلك الأضرار ، بل هو على العكس يدفع الضرر عن الناس ويرفع الحرج الذي يلحقهم ويحل كثيراً من مشاكل المجتمع .

وما نراه من آثار التعدد السيئة ليس راجعاً إلى التشريع في ذاته وإنما منشؤه انحراف الناس وإقدامهم عليه من غير حاجة وسوء تصرفهم بعدم العدل في هذه الحالة .

فكم من سفيه جعل غايته من تعدد الزوجات مجرد قضاء حاجته الجنسية وهذا يجعله على عدم العدل بينهن وبين أبنائه ، فهو يميل مع من صادفت هوى في نفسه يؤثرها على غيرها بل ويسهل عليه التنازل عن ماله لها ولأبنائها . وفي هذا تعدد لحدود الله وظلم للأبناء الذين لا ذنب لهم إلا أنهم أبناء هذا السفيه .

وفي الحق إن الناس لو ساروا على الطريقة التي رسمها لهم الشارع والتزموا حدوده ما أنتج تعدد الزوجات هذه الشرور وتلك المآسي .

وأولى بالرجل الذي لا يجد حاجة ملحة إلى التعدد أولاً يأنس من نفسه العزم على إقامة العدل بين الزوجات أن يقتصر على امرأة واحدة حتى لا يجر على نفسه وأولاده البلاء .

أما أنه ظلم للمرأة ويلحق بها الضرر كما يقولون فإنه مع إقامة العدل يخف

ذلك الضرر ويتمين احتماله ، لأن المرأة بطبيعتها لا تقبل أن تكون زوجة لرجل متزوج إلا إذا كانت مضطرة ، فإذا نال الأولى ضرر بإدخال الثانية عليها فإن الثانية يشتد ضررها إذا لم تتزوج . لأنها إما أن تعيش بلا زوج فتموت أو تنزلق في طريق الغواية فتضيع كرامتها كإنسانة فوق ما تنتج من أولاد غير شرعيين ، ولا يخفي ما في هذا وذاك من أضرار جسيمة تهز المجتمع هزاً عنيفاً . وقد تقرر في القواعد: أنه إذا تعارض ضرران يدفع الأشد بالأخف . أما مجرد العداوة التي تقع بين الضرائر فهو أمر طبيعي مبعثه حب الزوجة استئثارها بزوجها ويمكن التغلب على ذلك أو تخفيفه بقيام الزوج بواجبه من العدل بينهم . وهي في ذاتها لا تصلح سبباً لمنع التشريع مع ما يترتب عليه من الفوائد الكثيرة التي بينها فيما سبق .

على أن العداوة تحدث كثيراً بين الزوجة الواحدة وأقرباء زوجها ولم يمنع ذلك من إباحة الزواج ، لأنها وإن كانت شراً لكنه شر قليل . إذا قيس بالخير الكثير الذي يترتب على الزواج .

كما أن مجرد عداوة أولاد الرجل الواحد من زوجتين لا يصلح مانعاً من الزواج وإلا لمنعنا الرجل الذي ماتت زوجته وله منها أولاد من أن يتزوج بامرأة أخرى خشية أن ينجب منها أولاداً يتعادون مع أولاد الزوجة الأولى ولم يقل بذلك أحد .

هذا وإن مسألة تعدد الزوجات لا تزال تشغل بال الناس في كثير من البلدان العربية والإسلامية وبخاصة عندما يراد وضع تشريع عام للأحوال الشخصية فالتشريعات السني وضعت في بعض الدول منها ما منعه بل وعاقب عليه كالتشريع التونسي ، ومنها ما قيده بأن يكون بإذن القاضي كما في التشريع العراقي والسوري على اختلاف بينها فيما يشترط في الأذن .

أما في لبنان فليس فيها قانون يمنع تعدد الزوجات أو يقيده بأي قيد بالنسبة للمسلمين السنين والجعفرين ، غير أن قانون الطائفة الدرزية منع التعدد في المادة العاشرة ونصها .

« ممنوع تعدد الزوجات فلا يجوز للرجل أن يجمع بين زوجتين وإن فعل فزواجه من الثانية باطل » .

أما في جمهورية مصر العربية فليس فيها إلى الآن تشريع يمنع تعدد الزوجات أو يقيده ، بل إن مشروع القانون الجديد للأحوال الشخصية لم يعرض لشيء من ذلك . غير أنه عندما أعلن المشروع للناس قامت عواصف نسائية وشبه نسائية تطالب بمنع تعدد الزوجات أو تقيده على الأقل بإذن القاضي ولم تنته المشكلة إلى حل حينذاك حيث جاءت الحرب فأسكتت أصوات هؤلاء . ثم أثبتت المسألة مرة أخرى وأخذت دوراً كبيراً وألفت لجان لمناقشتها ولكنها وقفت مرة أخرى دون حل معين .

وفي رأبي أن وضع المسألة بيد القاضي لا يحل المسألة بل يزيدا تعقيداً لما يترتب على ذلك من أضرار كثيرة حيث يخرج عقد الزواج المشروع للسكن والمودة إلى عقد تبادل تنشر فيه أسرار البيوت أمام المحاكم ويعطي الأذن لمن لا يستحق إذا أحكم الحيلة ويمنع المستحق إذا آثر كتم الأسباب الحقيقية التي تدعوه إلى الزواج الثاني محافظة على كرامته وكرامة زوجته ، ثم يكون بعد ذلك إما زواج عرفي غير موثق لا تعترف الدولة بحقوقه أو سلوك طريق شائك غير مشروع .

خاتمة بحث التعدد للزوجات :

وخير ما نختتم به هذا البحث هو بيان الحكمة في جمع رسول الله ﷺ في عصمته أكثر من أربع زوجات . بعد أن أرجف المرجفون من أعداء الإسلام

قديماً وحديثاً فقالوا : إن جمع هذا العدد من النساء لا يتفق ومنصب النبوة لأنه ميل للشهوات فضلاً عن أنه تمييز لنفسه عن أفراد أمتة . « كبرت كلمة تخرج من أفواههم إن يقولون إلا كذباً » .

ونحن نقول لهؤلاء ولمن يداخلهم الشك بسماعها : إن تلك الفرية مبعثها الجهل بالتاريخ وبحقائق الأمور لأن التاريخ يحدثنا الحديث الصادق بأن حياة الرسول الزوجية التي تزوج فيها إحدى عشرة زوجة تنقسم إلى فترتين . فترة الشباب وجزء من الكهولة ، وفترة ما بعد ذلك إلى أن لقي ربه .

وفي الفترة الأولى اكتفى بزوجة واحدة لم يفكر في التزوج بغيرها ولم يمنعه من ذلك دين ولا عرف ولا ضعف في هذه الناحية ، فقد كان يعيش في مجتمع زاخر بتعدد الزوجات غير الجواري والتحليلات مع أنه كان مرغوباً فيه لما اشتهر به من مكارم الأخلاق فضلاً عن نبل النسب .

تزوج السيدة خديجة بن خويلد بعد أن تزوجت قبله مرتين وكانت تكبره في السن بخمس عشرة سنة ومكث معها خمساً وعشرين سنة إلى أن توفيت رضي الله عليها وأنجب منها جميع أولاده عدا إبراهيم .

وفي الفترة الثانية تزوج بعشر نسوة ماتت إحداهن في حياته وبقي في عصمته تسع زوجات إلى أن لحق بالرفيق الأعلى .

فترتان متايزتان . فترة الشباب والقوة يقضيها مع زوجة واحدة تكبره في السن وليس فيها ما يشغله من أمور جسام غير ما جاء في آخرها من بدء الرسالة والدعوة .

وفترة الكهولة والشيخوخة مع ثقل أعباء الرسالة ، فقد وقفت الجزيرة العربية كلها تناصبه العداة وتعلن الحرب عليه وهو يجاهد ويقاوم في سبيل الله ونشر الدعوة كلما انتهى من غزوة استعد للأخرى ليقتضي على أوكار الظلم

والوثنية كلها . وفي هذه الفترة تتعدد زوجاته ليس بينهن بكر إلا واحدة عقد عليها وهي طفلة في سن السادسة ولم يدخل بها إلا بعد ثلاث سنوات . كما جاء في الحديث المتفق عليه عن عائشة أن النبي ﷺ تزوجها بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي ببت تسع سنين ومكثت عنده تسعاً ^(١) .

فلو كان يريد مجرد التمتع لاختار الأبقار الحسان دون الثيبات الطاعنات في السن أو ذوات الأولاد يختار الثيبات في الوقت الذي يُرغب أصحابه في التزوج بالأبقار ويقول جابر بن عبد الله - حين أخبره بأنه تزوج، وسأله عن تزوجها بكرًا أم ثيبًا وأجابته بأنها ثيب - : « هلا بكرًا تلاعها وتلاع بك » وفي رواية « تضاحكها وتضاحكك » ^(٢)

وهل الذي يريد التمتع ويميل للشهوات يكثر من الزوجات في فترة الشباب وخفة المسؤولية أو في وقت تقدم السن وتزاحم المسؤوليات ؟

الحق الذي لا ينكره إلا جاهل أو مكابر أن رسول الله لم يقدم على التزوج بواحدة من نسائه إلا لغرض سام ومقصد نبيل . فتزوج بدافع الوفاء والمكافأة لمن ساندته في دعوته وعاونه على تبليغ رسالته كتزوجه بعائشة بنت أبي بكر وحفصة بنت عمر وفاء للرجل الذي وقف بجانبه من أول لحظة يصدقده ويؤازره، ومكافأة للرجل الذي أعز الله به الإسلام .

وتزوج بدافع القضاء على الخصومة وكسب قوة جديدة للمسلمين كتزوجه بأم حبيبه بنت أبي سفيان قبل إسلام أبيها فإنه قصد به أمرين تمويضا عن زوجها الذي مات وهو مهاجر فاراً بدينه ، وليكون بينه وبين بني أمية لحمة

(١) منتقى الأخبار بشرح فيل الأوطار - ٦ ص ٣١ وفي رواية لأحمد ومسلم أنه تزوجها وهي بنت سبع سنين وزفت إليه وهي بنت تسع سنين .
(٢) المرجع السابق ص ٥٠ .

نسب تكون وسيلة إلى تخفيف حدة إيذائهم ، وتزوجه بميمونة بنت الحارث ركان سبياً في إسلام ابن أختها خالد بن الوليد .

وتزوج من قتل زوجها في سبيل الله وخلف لها ذرية ضعافاً فحماها من ذل الحاجة وعال أيتامها كأم سلمة .

وتزوج من كان زواجه منها هدماً لعادة جاهلية وتطبيقاً لتشريع جديد تخرج الناس من تطبيقه أول الأمر كتزوجه من زينب بنت جحش بعد أن تزوجها زيد بن حارثة ليقضي على عادة التبني وآثارها .

وتزوج من فارقت أهلها وتركت وطنها فراراً بدينها ثم مات زوجها بلا عائل ولانصير فكان لها الزوج والعائل والنصير كتزوجه من سودة بنت زمعة .

وأخيراً تزوج من كان زواجه منها سبياً في رد الحرية لكثير من المسترقين كتزوجه من جويرة بنت الحارث سيد بني المصطلق وقد كانت من الأسارى التي وقعت في سهم ثابت بن قيس فجمعت إلى الرسول وقالت: يا رسول الله أنا جويرة بنت الحارث سيد قومه وقد أصابني من الأمر ما قد علمت وقد كاتبني ثابت على تسع أواق فأعني على فكافي فقال : أو خير من ذلك فقالت : ما هو ؟ فقال : أوّدي عك كتابك وأتزوجك فقالت : نعم يا رسول الله فقال : قد فعلت ، وخرج الخبر إلى الناس فقالوا : أصهار رسول الله يسترقون فأعتقوا من كان في أيديهم من سبى بني المصطلق فبلغ عتقهم مائة بيت بتزوجه عليه الصلاة والسلام إياها .

ومن هذا النوع تزوجه بصفية بنت حيي وكانت من أكبر بيوت اليهود ثم صارت سبياً بعد وقعة خيبر . وكانت مما اصطفاه رسول الله من الغنائم .

وقصتها أنها دخلت على رسول الله بعد ما سبيت فقال لها : لم يزل أبوك من أشد اليهود لي عداوة حتى قتله الله ، فقالت : يا رسول الله إن الله يقول في كتابه

« ولا تزر وازرة وزر أخرى » فقال لها رسول الله: أختاوي فإن اخترت الإسلام أمسكتك لنفسي ، وإن اخترت اليهودية فعسى أن أعتقك فتلحقني بقومك فقالت يا رسول الله: لقد هديت للإسلام وصدقت بك قبل أن تدعوني حيث صرت إلى رحلك ، ومالي في اليهودية أرب ، ومالي فيها والد ولا أخ وخيرتني بين الكفر والإسلام فالله ورسوله أحب إلي من العتق وأن أرجع إلى قومي . فأمسكها رسول الله لنفسه وقد رضيته بعلا مع أنه كان لها أن ترجع إلى أهلها بعد العتق .

- تلك هي الأغراض النبيلة التي من أجلها تزوج رسول الله هذا العدد من النساء . ولما تحققت واستقر الأمر للإسلام أنزل الله عليه قوله تعالى: « لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج ولو أعجبك حسنهن إلا ما ملكت يمينك وكان الله على كل شيء رقيباً » الأحزاب / ٥٢ .

أما دعوى تمييزه لنفسه عن أفراد أمته فلا وجود لها في هذه المسألة إلا في الصورة لكن الحقيقة غير ذلك ، لأن تلك الأغراض التي تزوج من أجلها . منها ما يقتضي بقاء الزواج لأن إنجازه ينقضه من أساسه ، وباقبها وإن لم يحتج إلى بقاء الزواج كعتق الأماء والقضاء على عادة التبني مثلاً إلا أنه منع مانع آخر من إنجازه وهو أن الله حرم أزواج الرسول على غيره . فلو طلق واحدة منهن لن تزوج بعده ، وفي هذا إيلاء لها أشد الإيلاء فلم يميز نفسه بشيء ليس لغيره لأنه إذا اختص بشيء منع من شيء آخر ، فهو لا يأخذ ويطلق كغيره بل يأخذ ويربي ، ويهذب ويعلم ، ويزكي ويطهر ، وغيره يأخذ ويطلق ويبدل . ولم يؤثر عنه أنه طلق زوجة إلا ما روي أنه طلق حفصة طليقة واحدة ثم راجعها بأمر الله لما نزل عليه جبريل بذلك .

الباب الرابع

في الولاية والكفاءة والوكالة في الزواج

وفيه فصول

قدمنا أن عقد الزواج لا ينمقد بعبارة فاقد الأهلية كالمجنون والصبي غير المميز وينمقد بعبارة ناقص الأهلية كالصبي المميز لكنه يتوقف نفاذه على إجازة وليه ، وأن نفاذ المقد يشترط فيه أن يكون لكل من العاقدن حق إنشاء المقد شرعاً ، ويتحقق ذلك بكمال الأهلية مع وجود صفة تجيز له تولي المقد من أصالة أو ولاية أو وكالة ، وهذا يقتضى بيان كل من الولاية والوكالة وأحكامهما .

الفصل الأول

في الولاية^(١)

وفيه مباحث

تمهيد في التعريف بالولاية :

الولاية في اللغة مصدر ولي . يقال : ولي الشيء أو عليه يليه ولاية إذا ملك أمره وكان له حق القيام به ، فهي إذاً سلطة يملكها المرء على شيء من الأشياء . ومنها أخذت كلمة الوالي لأنه صاحب سلطة ونفوذ على قطر معين .

وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن سلطة تجعل لمن ثبتت له القدرة على إنشاء التصرفات والعمود وتنفيذها . فإن كانت متعلقة بشئونه كتزويجه نفسه أو التصرف في ماله فهي الولاية للقاصرة .

(١) من مراجع هذا البحث : البدائع ج ٢ ص ٢٤٠ وما بعدها ، وتبيين الحقائق للريلمي ج ٢ ص ١٢٠ وما بعدها وفتح القدير ج ٢ ، والبسوط ج ٤ ص ٢١٤ وما بعدها ، ج ٥ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٢٢ ، وشرح المنهاج مسع حاشية القليوبى ج ٣ ص ٢٢١ وما بعدها ، والمغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٥٦ وما بعدها وبداية المجتهد ج ٢ ص ٧ وما بعدها ، وشرائع الإسلام ج ٢ ص ٩ ، المختصر النافع ص ١٠٩٦ ، فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٢٤١ وما بعدها .

وإن كانت متعلقة بشئون غيره كأن يزوج ابنته أو حفيدته أو يتصرف في ماله وأولاده فهي الولاية المتعدية، والولاية المتعدية نوعان . ولاية على النفس وهي التي تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالتربية والتعليم والتزويج ، وولاية على المال : وهي التي تجعل لصاحبها القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها .

وهما يختلفان بعد هذا من ناحية من تثبت له ومدة ثبوتها وليس بينهما تلازم . فقد توجد ولاية على النفس فقط ، وأخرى على المال فقط ، وثالثة عليهما .

وكلامنا هنا ينحصر في الولاية على النفس ، وبعبارة أدق في الولاية في عقد زواج . وهي السلطة التي يستطيع بها الشخص إنشاء عقد زواج نافذ لنفسه لغيره . فهي بدورها قاصرة ومتعدية ولكل منهما سبب يثبت به .

أما القاصرة فليس لها إلا سبب واحد وهو الرشد . فمق كان الشخص بالغاً عاقلًا رشيداً ثبت له سلطة تزويج نفسه ، أما المتعدية فلها أكثر من سبب . فقد يكون سببها الملك وهذه ولاية السيد على عبيده وأمائمه .

وقد يكون سببها القرابة النسبية كولاية الأب على أولاده الصغار أو الكبار فاقدى العقل ، وقد يكون سببها القرابة الحكمية . كولاية المعتق على من أعتقه إذا لم يكن له قريب عاصب ، فإن الشارع جعل العتق منشئاً لعلاقة بين المعتق ومن أعتقه تسمى الولاء . وجعلها شبيهة بالعلاقة بين الأقرباء ففي الحديث «الولاء لمة كلحمة النسب» ولكنها تلي القرابة النسبية في المرتبة .

وقد يكون سببها الأمامة : وهي ولاية الحاكم رئيس الدولة ومن ينوبه من القضاة فهذه الولاية تجعل لهم سلطة تزويج من لاولى لهم بصفقتهم حكاماً لا بصفقتهم

الشخصية . لأن القاعدة الشرعية المقررة تقول « الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة عند تعلقهما بشيء واحد » .

المبحث الأول

في شروط الولى

يشترط في الولى باتفاق الفقهاء شرطان :

الأول : أن يكون كامل الأهلية . بأن يكون حراً بالغاً عاقلاً . ففانق الأهلية كالأصغر غير المميز والمجنون لا ولاية له على نفسه ، لأن عبارته ملفاة في نظر الشارع فأولى ألا تثبت له ولاية على غيره .

وناقص الأهلية كالأصبي المميز وذو العفلة لا يملك ترويح نفسه وحده بل يتوقف نفاذ عقده على إجازة وليه ، وحينئذ لا تكون له ولاية على غيره .

والعبد وإن كان بالغاً عاقلاً إلا أنه ليس أهلاً للملكية أصلاً . والولاية حق لا يملكه لأن منافعه مملوكة لسيدته فوقته كله مصروف في خدمة مولاه وقيامه بمطالبه فليس عنده متسع للنظر في شئون غيره .

الثاني : أن يكون متحداً في الدين مع المولى عليه ، لأنهما باتحاد الدين تتفق وجهات نظرهما في تقدير المصلحة ، ولأن عقد الزواج عقد ديني فيجب اتحاد الدين ، ولأن الولاية في الزواج تتبع الأثر ولا أرث بين المختلفين ديناً ، وعلى هذا لو كان للصغيرة شقيقان أحدهما مسلم والآخر مسيحي كانت الولاية للمتحد معها في الدين ، فتكون للمسلم إذا كانت مسلمة وللمسيحي إن كانت مسيحية .

وقد استثنوا من هذا الشرط صاحب الولاية العامة كالقاضي ، لأن ولايته

مستمدة من ولاية الحكم رئيس الدولة وولايته عامة على المسلمين وغيرهم . وهو ولي من لا ولي له ، وكذا السيد المسلم فإنه يملك تزويج أمته الكافرة بمقتضى الملكية لا الولاية (١) .

ويرى الجعفرية أن غير المسلم لا ولاية له على المسلم وأجازوا ولاية المسلم على غير المسلم .

وبعد هذا . هل يشترط في الولي العدالة بحيث لا يملك الفاسق أن يزوج غيره ؟

يرى الشافعي وأحمد في أحد قوليهما أنها شرط لحديث « لا نكاح إلا بولي مرشد » وفسروا المرشد بالرشيد والفاسق ليس برشيد .

ويذهب أبو حنيفة ومالك إلى أنها ليست شرطاً ، ويوافقها الشافعي وأحمد في القول الآخر . وعلى هذا يجوز للفاسق أن يتولى عقد الزواج لمن في ولايته ، لأن الفاسق له ولاية كاملة على نفسه بحيث يزوج نفسه فلا مانع من أن يتولى أمر غيره ، لأن عماد هذه الولاية هو الشفقة ورعاية المصلحة ، وفسقه لا يمنع من شفقتة بأولاده ولا يحول دون رعاية المصلحة لقريبه . فيستوى في ذلك مع العدل فتثبت له ولاية التزويج .

ولاحتمال تهاونه في تقدير المصلحة قالوا : إنه إن كان فاسقاً متهتكاً لا يبالي بقبح ما يصنع يشترط لتنفيذ عقد زواجه لابنته أن تتوافر فيه المصلحة بأن يكون الزواج من الكفء وبمهر المثل ، فان لم يكن كذلك لا ينفذ ، ويكون حكمه في ذلك حكم الأب المعروف بسوء الرأي والاختيار وهو عدل فإنه

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٤١٢ .

لا تسلب ولايته على ابنته الصغيرة بسوء رأيه ولكن عقده لها مشروط بالمصلحة .

ثم قالوا في الحديث السابق : إن كلمة مرشد غير ثابتة فيه ، وعلى فرض ثبوتها فليس معناها إلا أنه يرشد إلى ما فيه مصلحة المولى عليه . وهو أمر يكون من العدل وغير العدل . على أن نفس الحديث تكلم فيه المحدثون بالضعف فيترجح الرأي الثاني .

وفي ترجيح هذا الرأي يقول عز الدين بن عبد السلام في قواعد الأحكام : (١) «ولاية النكاح لا تشترط فيها العدالة على قول ، لأن العدالة إنما شرطت في الولايات لتزع الولي عن التقصير والحيازة وطبع الولي في النكاح يزعه عن التقصير والحيازة في حق موليته لأنه لو وضعها في غير كفاء كان ذلك عاراً عليه وعليها ، وطبعه يزعه عما يدخله على نفسه وموليته من الأضرار والعار » .

والجمهورية يوافقون أصحاب الرأي الثاني في ولاية الأب والجد فلا تشترط العدالة فيها ولكنهم شرطوها في الحاكم والوصي (٢) .

المبحث الثاني

في الولاية القاصرة في الزواج ولما تثبت

قدمنا أن الولاية تنوع إلى نوعين قاصرة ومتعدية .

أما الولاية القاصرة وهي التي يملك فيها الشخص تزويج نفسه فتثبت بالاتفاق

(١) ١٦ ص ٦٧

(٢) في مذهبهم لا تثبت الولاية في الزواج إلا لهؤلاء الأربعة وللسيد بالنسبة لمبيدة وإمائه

الرجس البالغ العاقل . فيملك أن يزوج نفسه بأي امرأة سواء كانت مكافئة له او اقل منه بمر المثل أو بأكثر منه دون أن يكون لأحد الاعتراض عليه في ذلك .

وأما المرأة البالغة العاقلة بكرأ كانت أو ثيباً فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية لها . ومن ثم اختلفوا في صحة الزواج بمبارتها .

فذهب الأنمة الثلاثة مالك والشافعي وابن حنبل في المشهور عنه إلى أنه لا يجوز لها أن تبأشر عقد الزواج لا لنفسها ولا لغيرها ، بل إذا وكلت رجلاً غير وليها بتزويجها لا يصح هذا الزواج ، لأنها لا تملك تزويج نفسها فلا تستطيع تملك غيرها ما لا تملكه . وهذا مروى عن عدد من فقهاء الصحابة .

وذهب الحنفية إلى جواز ذلك بصرف النظر عن اختلافهم في استقلالها بذلك^(١) أو لا ، ويرافقهم في ذلك الجعفرية في أشهر أقوالهم ، فيجوز لها أن تزوج نفسها وأن تكون وكيلة لغيرها إيجاباً وقبولاً وإن كانوا يقولون يستحب لها أن تستأذن وليها فإن لم تفعل كان عملها مكروهاً^(٢) .

(١) أبو حنيفة وأبو يوسف في السرواية الأخيرة عنه يقولان : إنها تستقل بذلك لأن ولاية الولي عليها ولاية فذب واستصحاب فقط ، وذهب محمد في الرواية المشهورة عنه إلى أنها لا تستقل بها فينمقد موقوفاً عنده ، لأن الولاية مشتركة بينها وبين وليها فلا يستقل أحدهما بالعقد ، فإذا اتفقتا على الزواج جاز لكل منها أن يتولى العقد بعد ذلك ، والفرق بينهما يظهر فيما إذا اختارت الزوج الكفء وتزوجت بمر المثل فقد عقدها ولم على الأول وتوقف على إذن الولي في الثاني . هذا هو المشهور عند أئمة الحنفية الثلاثة وهو المذكور في كتاب الهداية ، وفي فتح القدير ج ٣ للكمال ابن المهام يذكر عن أبي حنيفة روايتان هذه والأخرى المفصلة بين تزوجها بكفء فيصح وأن كان بنيره لا يصح إذا كان لها ولي حي . وعن أبي يوسف ثلاث روايات لا يصح إلا بولي . يصح بالكفء لا بغيره . يصح مطلقاً . وعن محمد روايتان .

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ١٠ ، فقه الإمام حمفر ج ٥ ص ٢٣٧ .

استدل أصحاب الرأي الأول :

أولاً : والآيات القرآنية التي أضافت النكاح إلى الأولياء مثل قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » وقوله « وأنكحوا الأيامى منكم » فالأدكاح هو تولي إنشاء العقد ، وقد خاطب الأولياء به وأصافه إليهم ، وهو يدل على أنه حق لهم لا يتولاه غيرهم ، والأيم اسم لامرأة لا زوج لها نكراً ككادت أو ثيباً ومتى تمت الولاية عليها لم تكن لها ولاية فلا تملك إنشاء العقد .

ثانياً . الأحاديث التي تنهي المرأة عن أن تزوج نفسها والتي تفيد أن النكاح بغير ولي باطل

منها : ما رواه ابن ماجه عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ : « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها » .

وما رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن الرهري عن عروة عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « أيها امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » (١) وغير ذلك من الأحاديث :

ثالثاً : فالمعقول قالوا : إن الزواج عقد عظيم الخطر لكونه عقد العمر ويترتب عليه آثار خطيرة . فالمصلحة تقضي الحذر فيه فيحتاج إلى خبرة واسعة بأحوال الرجال ، ومعرفة من يصلح زوجاً ومن لا يصلح ، ولا يتوفر ذلك إلا في الولي من الرجال ، لأن المرأة مع قلة خبرتها بأحوال الرجال سريعة التأثر والانخداع فتتساق وراء العاطفة دون نظر للمستقبل .

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٠١ .

واستدل الحنفية كذلك بالقرآن والسنة والمعقول :

أما القرآن فقد ورد فيه عدة آيات أضافت النكاح إلى المرأة . منها قوله تعالى « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فقد أضاف النكاح إليها وهذا يفيد أنه يتصور النكاح منها وأنه جائز لأنه جعله غاية للحرمة ومنها لها .

ومنها قوله سبحانه: « فلا جناح عليهما أن يتراجعا » فقد أضاف التراجع وهو التناكح إليهما من غير ذكر الولي ، وقوله جل شأنه : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » فأضاف النكاح إليهن وهو يدل على جواز النكاح بعبارتهم .

وأما السنة : فما رواه ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « الشيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وأذنها صمانها »^(١) رواه الجماعة إلا البخاري .

وفي رواية « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم من لا زوج لها . فقد جعل الشيب أو الأيم أحق بنفسها وهذا يقتضي أن للولي حقاً ، وليس للولي حق إلا مباشرة عقد الزواج فتكون أحق منه بهذه المباشرة .

قالوا : وقد ثبت أن أم المؤمنين عائشة زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وهو غائب فلما حضر أمضى العقد .

أما المعقول فقالوا : إنها حين تزوج نفسها تتصرف في خالص حقها لأن نفسها مملوكة لها وهي عاقلة بالغة ، وقد انفق الفقهاء على أنها تتصرف في أموالها متى كانت كاملة الأهلية . فكذلك الزواج بل هو أولى لأنها هي التي ستتزوج

(١) المرجع السابق ص ١٠٣ .

لا وليها . فمن حقها أن تختار الرجل الذي تسلمه نفسها وتلتزم بطاعته .

فإن كان يترتب على فعلها في بعض صوره ضرر يلحق أسرتها كأن تزوج نفسها من غير كفء فيمكن تلافيه بإثبات حق الاعتراض للأولياء ، فلمهم أن يطلبوا فسخ ذلك العقد غير المتكافئ .

وأصحاب هذا الرأي مع إثباتهم للمرأة حق مباشرة زواج نفسها يقررون أنه يندب لها أن توكل وليها لمباشرة هذا العقد كيلا تخرج عن مألوف الناس وتوسم بقلة الحياء .

تلك هي أدلة الفريقين وقد ناقش كل فريق أدلة الآخر ومع طول المناقشة لم تخلص أدلة كل طرف لإثبات مدعاه بتمامه ، لأن الآيات القرآنية كما أسندت النكاح إلى الأولياء أسندته إلى النساء أيضاً ، وهذا يدل على أن لكل منهما حقاً فيه ، وليس حقاً خالصاً لطرف دون آخر (١) .

(١) قيل للفريق الأول في استدلالهم بقوله تعالى «ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا» الآية

إن الخطاب فيها يحتمل أن يكون لأولى الأمر من المسلمين أو لمجيع المسلمين . وكلاهما أقرب من أن يكون خطاباً لأولياء المرأة . لأن الآية لم يقصد بها بيان حكم الولاية على المرأة . وإنما قصد بها بيان تحريم إنكاح المشركين ونكاح المشركات ، وهذا أمر يكلف به أولياء الأمر من المسلمين أو كل المسلمين حسبة وقيل لهم في الآية الثانية «وأنكحوا الأيامى منكم» . . . إن الخطاب فيها كما يحتمل أن يكون للأولياء يحتمل أن يكون للناس جميعاً ، وتكون الآية خطأً للأمة كلها بأن ينكحوا من لا زوج له من الرجال والنساء وقوله (منكم) معناه الذين من جنسكم في الحرية بقرينة عطف المصالحين من العميد والأماء عليه لكن أي الاحتمالين أرجح من الآخر؟

إذا نظرنا إلى ألفاظ الآية وجدنا فيها كلمتي «أنكحوا» والأيامى ، والأول حقيقة في التزويج وهو إحراء عقد الزواج ، والثانية حقيقة فيمن لا زوج له من الرجال والنساء كباراً وصغاراً ، =

أما الأحاديث الناهية للمرأة عن أن تزوج نفسها والتي تخبر ببطلان نكاحها، فهي ظاهرة فيما إذا استقلت بالعقد دون أن يكون لوليتها رأي فيه ، أما أنها تدل على بطلان عبارتها وهو موضع الخلاف فليس فيها ما يدل على ذلك .

== وإرادة المعنيين الحقيقيين فيها لا يتفق مع المقرر في تشريعات الزواج، لأن المعنى عليه أن الناس يكلمون بأن يزوجوا الأياشي وفيهم الرجال الكبار مع أنه لا ولاية لأحد عليهم ، فكان لا بد من التأويل في إحدى الكلمتين إما في كلمة (أنكحوا) باستعمالها في معنى أعم من إجراء العقد وهو المساعدة في النكاح والمعارفة عليه وتبقى كلمة (الأياشي) على عمومها .

وإما في كلمة الأياشي يحملها على غير الرجال الكبار ، وتبقى كلمة أنكحوا على حقيقتها وهو إجراء عقد التزويج لكن التأويل الأول أرجح يؤيده سياق الآية فإنها مسوقة للترغيب في النكاح الحلال بعد الزجر عن الزنى ودواعيه القريبة والبعيدة من النظر وإبداء الزينة ودخول السيوت بغير استئذان ، والذي يناسبه إبقاء الأياشي على عمومها فالولى سبحانه يقول للناس جميعاً في هذه الآية : ساعدوا من لا زوج له على الزواج الحلال ولا يسمعكم العقر وقلة المال . فان العقر والغنى بيدى (إن يكونوا فقراء يمينهم الله من فضله) وعلى هذا لا تصلح الآية دليلاً على ثبوت حق الولي في اختصاصه بأجراء الزواج .

وقيل للفرق الثاني فيما استدلوا به من الآيات في الآية الأولى وهي قوله سبحانه (فإن طلقها فلا تحمل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) يحتمل أن يراد بالنكاح الوطء لأنه جمل غاية لعدم الحل وعناية الحرمة هي الوطء لا العقد فلا تفيدكم في الاستدلال على أن المرأة تعقد عقد زواجها .

وقيل لهم في الآية الثانية وهي « فلا جناح عليهما أن يتراجعا » إن إضافة التراجع إليهما لا يفيد أن يكون العقد من جانب المرأة، لأن المقصود من الآية كلها بيان أن الحرمة انتهت بنكاح زوج آخر « حتى تنكح زوجاً غيره » فإذا حصل ذلك فلا جناح عليهما أن يتراجعا من جديد . ويكون بالطريق المشروع وهو طريق الولي ومعنى أن يتراجعا أن يتراجع الطرفان طرف الروح السابق وطرف المرأة وهو وليها بعد إندما في ذلك .

وهكذا انتهت المناشة للاستدلال بالآيات إلى أن القرآن أضاف النكاح إلى الأولياء وإلى النساء ولا مرجح لأحدهما على الآخر فيفيد القرآن في مجموعه أن حق التزويج ثابت لكل منهما لا يختص به طرف دون آخر .

وأما ما جاء فيها من عبارة « فإن الزانية هي التي تزوج نفسها » ، فقد قيل إنها من كلام أبي هريرة ، ويؤيده ما رواه الدارقطني عنه : « كنا نقول التي تزوج نفسها هي الزانية » أي أنهم كانوا يستقبحون ذلك من المرأة . وعلى فرص ثبوت رفعها إلى الرسول فتحمل على ما إذا استقلت بالعقد واستبدت به ، وقد صرحت الآثار المروية عن الصحابة بهذا المعنى .

فقد روى الدارقطني عن عكرمة بن خالد قال : « جمعت الطريق ركبا فجعلت امرأة منهن ثيب أمرها بيد رجل غير ولي فأنكحها ، فبلغ ذلك عمر فجلد النائح والمنكوح ورد نكاحها .

وروي عن علي كرم الله وجهه : « أنه كان يضرب في النكاح غير ولي »^(١) . وأما أحاديث الاستئثار والاستئذان فغاية ما تفيده ، أن على الولي أن يفعل ذلك عند زواج موليته ولا يستبد بالعقد ، وليس فيها أنها تستقل بالعقد ، وكونها أحق من وليها ليس معناها أنها أحق بالاستقلال به ، وإلا لتعارضت مع الأحاديث السابقة ، وإنما يراد أنها أحق بالرضا بالزواج من وليها ، وأن رضاها ليس كافياً لأنها التي ستتزوج ويقع عبء الزواج عليها بعد تمامه .

والمعنى أنها أحق بوضع نفسها عند الزوج الذي ترضى به ، فلكل منهما حق لكن حقها أعظم من حق الولي . بدليل أن رسول الله كان يرد الزواج الذي يستبد به الولي ويجعل للمرأة الخيار فيه .

أما معقول الفريق الأول فلا يفيد إلا أن الولي أصوب رأياً في اختيار الزوج من المرأة وهذا لا يلغى استبداده بالعقد وبطلان مباشرتها له ، كما أن معقول الفريق الثاني قياس مع الفارق . حيث الفرق واضح بين تصرفها في المال الخاص

(١) نيل الأوطار ٦٣ ص ١٠١ .

بها ، وتصرفها في نفسها بالزواج الذي هو رباط بين أسرتين لا بين فردين . يترتب عليه إدخال فرد أجنبي في أسرتها يحتلط بها ويطلع على ما خفي من أمورها ، وقد يلحق الأسرة منه عار ، فضرر الزواج لا يعود على المرأة فقط ، بل يعود عليها وعلى أسرتها ، بخلاف المال فإن نفعه وضرره يعود عليها وحدها غالباً وأمره سهل هين .

وبذلك نستطيع الجمع بين تلك الأدلة لنخرج منه بنتيجة تقول :

إن الزواج حق مشترك بين المرأة ووليها، فلا يصح لواحد منهما أن يستقل به ابتداء ، بل لا بد من اشتراكها فيه بتحقق رضائهما معاً ، فإذا تم ذلك قسام أحدهما بمباشرة ، ولا تمنع المرأة من ذلك لأن أوثقها لا تصلح مانعاً منه ، فقد ثبت أن عائشة أم المؤمنين زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وهو غائب ، فلما حضر أمضى انعقد . فمباشرتها انعقد وإمضاء أخيها له دليل على صحة مباشرة المرأة لعقد الزواج .

غاية الأمر أن مباشرة المرأة عقد زواج نفسها غير مستحسن في عرف الناس . فإبقاء حياتها وصونها لكرامتها تدع ذلك لوليها يتولاه .

وهذا الرأي هو ما ذهب إليه الإمام الأوزاعي وأبو ثور من الشافعية كما يقول الشوكاني^(١) وابن حزم الظاهري^(٢) . والأمام أحمد في الرواية المخرجة عنه من

(١) نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٠٧ .

(٢) لكن ابن حزم في المحلى قال : وقال الأوزاعي : إن كان الزوج كفوّاً ولها من أمرها نصيب ودخل بها لم يكن للمولى أن يفرق بينهما . وقال أبو ثور : لا يجوز أن تزوج المرأة نفسها ولا أن تزوجها امرأة ، ولكن إن زوجها رجل مسلم جاز « المؤمنون بعضهم أولياء بعض » . وهذا يفيد أن أبا ثور لا يصحح السكاح بعبارة المرأة ، ولعل له رأياً كما نقل ابن حزم في المسألة رقم ١٨٢١ عن بعض فقهاء التابعين كعطاء والحسن البصري ، والقاسم بن محمد والزهرى وابن سيرين . أنهم صححوا زواج المرأة بشير وليها .

أنها إذا زوجت نفسها بإذن وليها صح، وما ذهب إليه محمد بن الحسن من الحنفية من أن الولاية في الزواج شركة بين المرأة ووليها قريب من هذا .

بعد هذا نعود إلى مذهب الحنفية الذي يجري عليه العمل فنقول :

إنه يتفرع عليه أنه إذا زوجت المرأة نفسها. فإما أن يكون لها ولي عاصب أو لا . فإن لم يكن لها ولي عاصب صح زواجها ونفذ على أي شكل تزوجت بكفء أو بغيره مهر المثل أو بأقل منه لأنفرادها بالحق حينئذ .

أما إذا كان لها ولي عاصب . فإن زوجت نفسها بالكفء وبمهر المثل ، كان العقد لازماً كذلك ، وليس للولي اعتراض عليه لأنه لا موضع لاعتراضه .

وإن زوجت نفسها بغير الكفء ، فعن الأمام روايتان : الأولى أن الزواج صحيح نافذ غير لازم ، فللولي الاعتراض وطلب الفسخ ، لأن الكفاءة والمهر المماثل حقان مشتركان بينهما .

والثانية : وهي رواية الحسن بن زياد عنه ، أن الزواج غير صحيح دفعاً للضرر الذي يناله من أساسه .

وقد رحح الفقهاء هذه الرواية للعمل والفتوى . لأن صحة هذا الزواج قد تؤدي إلى الضرر لاحتمال أن يسكت الولي عن اعتراضه حتى يدحل الزوج بها وتحبل أو تلد فيتقرر الضرر ، وقد لا يقبل اعتراضه لأي سبب .

وفي هذا يقول الكيال بن الهمام في فتح القدير : « كم من واقع لا يرتفع وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ، ولا كل قاض يعدل ، ولو أحسن الولي وعدل القاضي فقد يترك ألفة من التردد على أبواب الحكام واستئقالات لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعاً له » .

أما إذا زوجت نفسها بالكفء وبأقل من مهر المثل صح العقد . ولكنه

لا يكون لازماً بالنسبة للولي فله الاعتراض ليكمل المهر أو يفسخ العقد .
وليلاحظ هنا أن الولي الذي له حق الاعتراض هو الولي العاصب ، أما
غير العصبية من ذوي الأرحام فلا حق لهم في الاعتراض ، كذلك يشترط في
رضى الولي بالزواج أن يكون صريحاً . فمجرد السكوت بعد العلم بالعقد
لا يترتب عليه لزوم العقد إلا إذا امتدَّ السكوت إلى أن تحمل حملاً ظاهراً
محافظة على حق الولد .

هذا ما يجري عليه العمل في مصر ، أما في لبنان فقد سبق بيانه عند الكلام
على شروط اللزوم من أنه بالنسبة للمسلمين السنين ما جاء بالمادة - ٤٧ - من
قانون حقوق العائلة - وهو أن عقدها لازم إلا في حالة تزويجها بغير الكفء ،
أما نقصان المهر عن مهر المهل فلا يؤثر في لزومه .

وبالنسبة للجمعفرين أن عقدها نافذ لازم ولو كان بغير الكفء وبأقل من
مهر المثل لأبهما حقان خالصان لها كما هو مقرر بمذهبهم .

المبحث الثالث

في من تشبث له الولاية المتعدية

قلنا إن الولاية المتعدية هي التي يملك بها الشخص تزويج غيره . ففيها ولي
مزوج ومولى عليه يزوج .

وهذا البحث معقود لبيان من تشبث له هذه الولاية فنقول :

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن هذه الولاية تثبت للعصبية بالنفس من
الأقارب . وم كل قريب رجل يتصل بالمولى عليه اتصالاً لا ينفرد بالتوسط بينها

فيه أنشئ . ويشمل ذلك أصوله من الأب والجد أبي الأب وإن علا، وفروعه وهم الأبناء وأبناؤهم وإن نزلوا ، وفروع أوييه من الذكور وهم الأخوة سواء كانوا أشقاء أو لأب وأبناؤهم وإن نزلوا ، وفروع الأجداد وهم الأعمام وأبناؤهم كذلك .

غير أن الشافعية لم يجعلوا للأبناء وأبنائهم ولاية إلا إذا وجدت صفة أخرى غير السنوة (١) .

كما اتفقوا على أنها تثبت للسيد على من يملكهم من العبيد والأماء ، وللحاكم أو نائبه إذا لم يوجد ولي من الأقارب، أو حصل عضل منه بالامتناع عن التزويج عند الحاجة .

واختلفوا في ثبوتها للوصي . فمنعها الحنفية (٢) والشافعية ، وأثبتها المالكية مطلقاً والحنابلة في رواية (٣) . كما اختلفوا في ثبوتها لغير العصبه من الأقارب ، فأثبتها أبو حنيفة وأبو يوسف في أحد قوليه : للأقرباء الورثة من أصحاب الفروض وذوي الأرحام ، ولا تنتقل إلى الحاكم مع وجود واحد من هؤلاء .

وذهب الجعفرية إلى ثبوتها للأب والجد والوصي والمولى والحاكم .

(١) حاء في المنهاج وشرحه ج ٣ ص ٢٢٢ : « ولا يزوح ابن بنته لأنه لا مشاركة بينه وبين أمه في النسب فلا يعتني بدفع المار عنه ، فإن كان ابن ابن عم أو ممتقاً لها أو قاضياً زوج له ولا تصرفه البنوة لأنها غير مقتضية لا مانعة » .

(٢) يقول صاحب السدائع ج ٢ ص ٢٥٢ : « وليس للوصي ولاية الإنكاح لأنه يتصرف بالامر فلا يمد وموضع الامر كالوكيل ، وإن كان الميت أوصى إليه لا يملك أيضاً لأنه أراد بالوصاية إليه نقل ولاية الإنكاح وأنها لا تحتمل النقل حال الحياة كذا بعد الموت » .

(٣) في مذهب الحنابلة ثلاث روايات الأولى أنها تثبت للوصي مطلقاً ، والثانية تثبت له إذا نص في الإيصاء إليه على الزواج ، والثالثة لا يملكها الوصي إذا كان للوصي عليه ولي عاصب .

وإليك تفصيل مذهبي الحنفية والجمعفريه لجران العمل عليهما .
يرى أئمة الحنفية أن الولاية في الزواج تثبت أولا للعصبات النسبية بالترتيب
الآتي :

فروع الشخص من الذكور كالأبن وابن الأبن وإن نزل ، ثم أصوله . كالآب
والجد لأب وإن علا ، ثم فروع أبويه من الذكور كالأخوة الأشقاء والأخوة لأب
وأبائهم ، ثم فروع الأجداد كذلك كالأعمام لأبوين أو لأب وأبناء الأعمام .

فإذا كان للقاصر عاصب واحد من هؤلاء ثبتت الولاية له ، وإن كان له أكثر
من عاصب فإن اختلفت جهتهم قدم من كان من فروعه على من كان من أصوله ،
ثم من كان من أصوله على من كان من فروع الأبوين ، ثم من كانت من فروع
الأبوين على من كان من فروع الأجداد .

فالأبن مثلا يقدم على الأب ، والجد على الأخ ، والأخ على العم وهكذا .

وإن اتحدت الجهة فإن اختلفت الدرجة قدم الأقرب درجة ، فالأبن يقدم
على ابن الأبن ، والأب على الجد ، والأخ ولو كان لأب على ابن الأخ الشقيق
وهكذا .

فإن اجتمع أخوان أحدهما شقيق والآخر لأب قدم الشقيق ، وكذلك إذا
احتتمع عمان أو أبنا أخوين ، وإن اتحدت الجهة والدرجة وقوة القرابة كأخوين
شقيقين أو لأب أو عمين شقيقين أو لأب تثبت الولاية لكل منهما كاملة لأنها تثبتت
بسبب لا يتجزأ وهو القرابة . فتثبت لكل واحد من الأولياء المتساويين على
الكمال كأنه ليس معه غيره (١)

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٥١ .

فإذا زوج أحدهما القاصر صح ذلك ، وإن زوجه كل منهما بدون علم الآخر صح السابق منها إن علم ، فإن لم يعلم السابق وكان الزوج ذكراً صح العقدان لعدم المانع ، وإن كان أنثى أبطل العقدان لعدم المرجح لأحدهما على الآخر وهي لا يصح زواجهما لأكثر من واحد في وقت واحد .

وقد اتفق أئمة الحنفية على ثبوت الولاية لهؤلاء . كما اتفقوا على هذا الترتيب في جهلته ولم يختلفوا إلا في صورتين .

أولاهما : ما إذا ثبت أن الزواج في مصلحة المجنونة أو المتهوه وكان لها أب وإبن فالابن مقدم في تزويجها عند أبي حنيفة وأبي يوسف في إحدى الروايتين عنه تطبيقاً للقاعدة العامة في ترتيب العصبات .

وقال محمد بن الحسن يقدم الأب على الإبن في هذه الحالة لوفور شفقة الأب وطول خبرته فكانت ولايته أقوى ، ولأن الأب تثبت له الولاية على النفس والمال جميعاً بينما الإبن لا تثبت له الولاية على المال ، ولجريان العرف بذلك في كل الأمصار ، ولأن الأب من قومها والإبن ليس منهم لأنه ينسب إلى أبيه .

وروى عن أبي يوسف أن أيها زوجها صح زواجه لأنها بالنسبة إليها في درجة واحدة . فإذا كان الأب أوفر شفقة فالإبن مقدم في الميراث عليه .

ومع وجاهة رأي عمداختار الفقهاء الرأي الأول وجعلوا الفتوى عليه لاتفاقه مع القاعدة العامة . وإن كان الأفضل أن يفوض ابنها إلى أبيها أمر تزويجها تعظيماً له لمكانة الأنوة كما يقول الكاساتي في بدائعه (١) .

وثانيتها : إذا اجتمع الجد والأخ فمند أبي حنيفة يقدم الجد لأنه مقدم عنده في الميراث ، وعندها تثبت الولاية لها لأنها يشتركان في الميراث فيها متساويان .

(١) المرجع السابق ص ٢٥٠ .

فإذا لم يوجد ولي عاصب هل تنتقل الولاية إلى الأقارب الوارثين من أصحاب الفروض وذوي الأرحام ثم من بعدهم إلى القاضي. أو تنتقل بعد العصابات إلى القاضي؟ يرى أبو حنيفة أنها تنتقل إلى هؤلاء الأقارب قبل القاضي ولا تنتقل إليه إلا إذا لم يوجد واحد منهم ووافقه أبو يوسف في أشهر الروايتين عنه .
ويذهب محمد بن الحسن إلى أنه لاحق لهؤلاء في ولاية الزواج وإن كانوا ورثة ، فإذا لم يوجد عاصب كانت الولاية للقاضي الذي نص في مرسوم توليته على تزويج اليتامى فيتولاه نيابة عن ولي الأمر ، ووافقه أبو يوسف في الرواية الأخرى عنه .

وسبب هذا الخلاف اختلافهم في سبب الولاية أهو التعصب أم القرابة ؟ فن قال: إن سبب التعصب قال لا تنتقل إلى هؤلاء بل للقاضي مستدلاً بحديث «النكاح إلى العصابات» فإنه يدل على قصر الزواج على العصابات وحديث «السلطان ولي من لا ولي له» فتكون الولاية لولي الأمر بعد فقد العصابات .
ولأن العصابات هم الذين يلحقهم عار الزواج أو فخاره فيقتصر عليهم ليتحرزوا من نسب يلحقهم به العار ، وتولى القاضي بعد ذلك إنما هو بطريق النيابة عن ولي الأمر صاحب الولاية العامة .
ومن قال إن سبب الولاية هو القرابة يقول : تنتقل إلى غير العصابات ، لأن هذه الولاية يقصد بها النظر في مصلحة المولى عليه ، وهذا النظر كما يوجد من العصابات يوجد من غيرهم من الأقارب ، لأنه أمر يقوم على الشفقة وهي موجودة عند هؤلاء الأقارب .

وهل يعقل أن الأم والحدة والأخت والعممة والحال والحالة وأمثالهم يمرطون في مصلحة القاصر ويروجوه بأي شخص كيفما اتفق ؟ وهل دراية هؤلاء بمصلحة قريبتهم تقل عن دراية القاضي المشغول بمصالح الناس وفض منازعاتهم ؟ على أن عار الزواج يلحق هؤلاء الأقرباء أيضاً .

ومن ذا الذي ينكر تعير الأم بزواج ابنتها بغير كفاء ؟ أو تعير الجدة والأخت وغيرهما بمثل هذا الزواج ، أما حديث «النكاح إلى العصابات» إن ثبت

رفعه إلى رسول الله (١) فمحمول على ثبوت الحق لهم حال وجودهم وليس فيه دلالة على قصر الولاية فيهم .

لهذا رجح فقهاء الحنفية رأي أبي حنيفة وقالوا : إنه المقتضى به كما نص عليه ابن عابدين في رد المحتار . وعلى هذا الرأي تثبت الولاية لذوي الأرحام حسب ترتيبهم في الإرث . فتثبتت أولاً للأُم ثم أم الأب ثم أم الأم ثم البنت ثم بنت الأبن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الأبن ثم بنت بنت البنت ثم الجد لأُم ثم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأب ثم الأخوة والأخوات لأُم ، ثم أولاد هؤلاء على الترتيب السابق ، ثم للعمات مطلقاً والأعمام لأُم ثم الأخوال والحالات ثم بنات الأعمام ثم أولادهم .

فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقلت الولاية إلى القاضي .

أما المذهب الجعفري فتثبت ولاية الزواج عندهم للأب والجد والوصي والحاكم والمولى كما قلنا .

أما الترتيب بينهم فالأب والجد في درجة واحدة فلا يشترط في ثبوت الولاية للجد عدم وجود الأب ، إلا على رأي ضعيف ، ولذلك قالوا : لو اختار الأب شخصاً والجد شخصاً آخر قدم السابق منها ، وإن اقترنا ثبت عقد الجد .

قال الإمام جعفر : إذا زوج ابنة ابنه فهو حائز على ابنه ، وإذا هوى أبوها رجلاً وجدها رجلاً فالجد أولى بنسكاحها (٢) :

(١) فقد روي مرة مرفوعاً إلى رسول الله ومرة أخرى موقوفاً على علي كرم الله وجهه .

(٢) فقه الإمام جعفر للشيخ مفنيه ج ٥ ص ٢٤١ .

ولیکنهم جعلوا الولاية للأب والجد على الصغير والصغيرة وليس سوي
والحاكم ولاية على تزويجها .

أما المجنون والمجنونة فالولاية للأب والجد أيضاً سواء أكان الجنون متصلاً
بالصغر بأن بلغ أحدهما مجنوناً أم كان طارئاً بأن بلغ عاقلاً ثم طراً عليه الجنون .
فإذا لم يوجد أحد منهما ووحدت ضرورة للرواح زوجها الوصي أو الحاكم .
أما السفية فالولاية عليه للأب والجد إذا بلغ سفيةً أما إذا كان السفه طارئاً
بعد البلوغ رشيداً فالولاية للحاكم .

يتلخص من ذلك أن الولاية على الصغيرة والصغير للأب والجد لا يشاركهما
أحد في ذلك كما أن لهما ولاية على المجنون والمجنونة مطلقاً، فإن لم يكن أحدهما
موحوداً فالولاية للوصي إن وجد أو الحاكم بشرط أن يكون في تزويجها مصلحة .
وكذلك لهما الولاية على السفية إذا بلغ كذلك، أما من كان سفه طارئاً فالولاية
عليه للحاكم الشرعي فقط^(١) .

المعمول به في مصر ولبنان

أما في مصر فالعمل يجري على مذهب أبي حنيفة وهو ثبوت الولاية للأقرباء
من العصابات وغيرهم بالترتيب السابق ثم من بعدهم للقاضي باعتباره أرجح
الآراء في المذهب الحنفي ، ولأن لائحة المحاكم الشرعية في المادة (٢٨) نصت
على أن تزويج من لا ولي له من الأيتام وغيرهم من اختصاص رؤساء المحاكم
والقضاة الحريين في دائرة اختصاصهم .

(١) راجع المختصر الدامع وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ورفقه الإمام جعفر للشيخ مغنية ج •
ص ٢٤٢ وما بعدها والنصوص المقتولة فيه عن صاحب الجواهر وقارن ذلك بما في كتابه
لأحوال الشخصية في هذا الموضوع .

أما في لبنان فبالنسبة للسنيين الولاية العصبية فقط ، ثم للقاضي حسبما جاء في قانون حقوق العائلة . فالمادة العاشرة منه تنص على أن « الولي في النكاح هو العصبية بنفسه على الترتيب » ، وهو كما ترى مذهب محمد والمشهور من مذهب أبي يوسف ، وبالنسبة للجعفرين مذهبهم من أنها للأب والجد من الأقرباء فقط ثم للوصي والحاكم « القاضي » في بعض الصور (١) .

غيبه الولي القريب وعضله :

إذا عرفنا ترتيب الأولياء فكل واحد منهم إذا كان مستوفياً لشروط الولاية يحجب من بعده ، فإذا تولى الولي البعيد العقد مع وجود القريب توقف العقد على إجازة من له الولاية كتزويج الأخ لأخته وأبوه حاضر ، لكن قد يغيب الولي القريب أو ممتنع عن التزويج فهل تنتقل الولاية لمن بعده ؟

إذا غاب الولي القريب وجاء الخاطب الكفاء وهو لا ينتظر حضور الغائب أو معرفة رأيه ، فإن الولاية تنتقل إلى من يليه خوفاً من فوات المصلحة ، ولأن الولاية ثابتة للبعيد بأصل قرابته إلا أنها مؤخره لكون القريب أوفر شفقة ، فإذا تعذر قيام الولي القريب بعقد العقد كان الحق للبعيد في هذه الحالة .

وعلى ذلك ليس للغائب إذا حضر أن يعترض على هذا العقد ، لأنه اعتبر في حال غيبته كالمعدوم وهذا عند أبي حنيفة وصاحبيه ، وقال زفر لا تنتقل الولاية وينتظر حضور الغائب ، لأن ولايته لا تزول بغيابه ولا يخفى ما في هذا القول

(١) وقانون الطائفة الدرزية يحمل الولاية للمصبة بالنفس على الترتيب فإن لم يوجد ولي أو كان ولكنه غير أهل ، فالولاية لأحد شيوخي المقل أو قاضي المدب ، أو من يبيبه لذلك .
المادتين ٧ ، ٨ .

من تفويت المصلحة (١) .

وإذا امتنع الولي صاحب الحق عن التزويج ، فإذا كان امتناعه لسبب ظاهر كعدم كفاءة الزوج أو لأن المهر أقل من مهر المثل ، أو لوجود خاطب آخر يفوق الأول في مزاياه لا يمد عاصلاً في هذه الحالة ولا تنتقل الولاية لغيره . فليس لمن بعده من الأولياء تولي العقد . كما لا يملك القاضي توليه لعدم الظلم في هذه الحالة .

أما إذا امتنع من غير سبب يبيح له ذلك كان في هذه الحالة عاصلاً أي طالماً . وحينئذ لا تنتقل الولاية لمن بعده من الأولياء لعدم سقوط ولاية الممتنع بل تنتقل إلى القاضي فيتولى العقد نيابة عنه ، لأن ما فعله ظلم يؤدي إلى تنازع الأولياء ، وهو مكلف برفع الظلم .

ويعد الولي عاصلاً إذا امتنع عن التزويج عند حاجة المولى عليها إليه . كما إذا طلبت الحرة البالغة العاقلة الأنكاح من كفاء موجود راعب فيها بمهر المثل ، فإنه يجب عليه التزويج لأن امتناعه ظلم وهو منهبي عنه ، فإذا لم يفعل تولى القاضي نيابة عنه (٢) .

(١) يرى الشافعي في هذه الحالة أن الولاية تنتقل إلى القاضي . والخميرية لا تنتقل لهذا ولا لذلك وإنما توكل شخصاً يروحها ، وليس للقاضي تزويجها إلا بتوكيل منها .

(١) يقول صاحب البدائع ج ٢ ص ٢٥٢ : ولولاية الأمامة شرطان غير ما شرط في الولي . أحدهما : يعم نوعي الولاية . وهو ألا يكون هناك ولي أصلاً . والثاني : يخص أحدهما وهو ولاية الندب والامتنعاب أو ولاية الشركة على اختلاف الاصل وهو العضل من الولي . لأن المرأة البالغة العاقلة إذا طلبت الأنكاح من كفاء وجب عليه التزويج منه لأنه منهبي عن العضل ، والنهي عن الشيء أمر بصدده ، فإذا امتنع أضر بها ، والأمام نصب لدفع الضرر فتنتقل الولاية إليه .

وروي البحساري وأبو داود والترمذي عن معقل بن يسار قال : « كانت لي أخت تحطوب لي فأتاني أبني عم لي فأكحمتها إياه ثم طلقها طلاقاً له رجعة ثم تركها حتى انقضت عدتها فلبسها

ومثل ذلك إذا كانت المولى عليها مجنونة بالغة وأثبت الطب أن علاجها بالزواج ، وامتنع عن تزويجها ووجد من يرغب في زواجها .

وكذلك تنتقل إلى القاضي فيما إذا وجد أولياء في درجة واحدة وتنازعوا وخيف أن يؤدي تنازعهم إلى فوات الخاطب الكفاء لقول الرسول ﷺ : « فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » .

والجعفرية هنا على مبدئهم من أنه لا ولاية على الصغيرة إلا للأب والجد فقالوا لو عضل واحد منها وامتنع عن تزويجها فليس لأحد أن يزوجها حتى الحاكم .

المبحث الرابع

في أنواع الولاية المتعدية وعلى من تثبت كل منهما

اتفق الفقهاء على أن هذه الولاية تتنوع إلى نوعين . ولاية جبرية . وهي التي تخول لصاحبها الاستقلال بإنشاء عقد الزواج دون أن يكون للمولى عليه دخل فيه ، ولذا سماها بعض الفقهاء ولاية استبدادية لاستبداد الولي فيها بإنشاء العقد دون مشاركة من المولى عليه .

ولاية لا جبر فيها : وهي التي تخول للولي تزويج المولى عليه بناء على اختياره ورغبته فلا يستقل بالعقد ، ولكن الفقهاء اختلفوا في تسميتها ، فالحنفية في الراجح من مذهبهم يسمونها ولاية نذب واستحباب . على معنى أنه يستحب

= خطبت إلى أناني يخطبها فقلت : لا والله لا أنكحها أبداً قال : ففي زلت هذه الآية « وإذا طلقت النساء فبلغن أجلهن فلا تمضوهن أن ينكحن أزواجهن » الآية قال : فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه « وفي روايه : وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه » . نيل الأوطار ج ٦ ص ١٠٦ والمغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٧٧ .

للولي مباشرة العقد نيابة عن المولى عليه بعد أن يتم الاختيار من جهته ، كما يستحب للمولى عليه أن يكل مباشرة العقد للولي ، حيث يصح له أن يباشره بنفسه .

ويسمى المالكية ولاية اختيار حيث لا جبر فيها على المولى عليه .
ويسمى الشافعي ومحمد بن الحسن من الحنفية ولاية شركة لاشتراك كل من الولي والمولى عليه في اختيار الزوج ، فلا يتم العقد إلا بتلك المشاركة ، ولا فرق بينهما إلا أن الشافعية ينعمون تولى المولى عليه العقد لأنه امرأة ، وأما محمد فيجوز ذلك كما سبق بيانه .

ولكل من الولايتين أحكام تخالف أحكام الأخرى . وإليك البيان .
أما الولاية التي لا جبر فيها « ولاية النذب والاستحباب » فتشت لكل الأولياء عموماً لا فرق بين ولي وولي حسب الترتيب في كل مذهب كما قدمنا
وتثبت هذه الولاية على المرأة البالغة العاقلة وأن كانت رشيدة . وهذا القدر متفق عليه بين الأئمة في الجملة ، لكنهم اختلفوا وراء ذلك في أنها هل تثبت على تلك المرأة مطلقاً بكرراً كانت أو ثيباً ، أو أنها مقيدة بقيد بحيث لو لم يوجد كانت الولاية إجبارية ؟ .

فالحنفية والجمعونية لا يشترطون فيها شيئاً ، ويوافقهم الحنابلة في إحدى الروايتين عندهم والشافعية يشترطون فيها الثيابة فإن كانت بكرراً فالولاية عليها إجبارية . وهي رواية عند الحنابلة .

ويوافقهم المالكية في القول المشهور عندهم ^(١) فإنه يقرر أن البكر البالغة

(١) وذهب ابن وهب إلى أن البكر تجبر ما لم تكن عاساً لأنها إذا عنست صارت كالثيب . =

ثبتت عليها ولاية الأجرار ولو بلغت ستين سنة أو أكثر .

ومن هذا ترى أنهم اتفقوا على أن الولاية التي لا جسر فيها تثبت على الثيب البالغة العاقلة وان اختلفوا في تفسير تلك الولاية. وفي صحة مباشرتها عقد الزواج وقد قدمنا وجهة كل من الرأيين وما اختراه فيه ، واختلفوا في الولاية على السكر البالغة هل هي جبرية أو غير جبرية على معنى أن الولي المجر يروحها دون أن يكون لها رأي في هذا الزواج ولا جسر له عليها بل يروحها بعد أخذ رأيها .

ومن هنا نرى أن الفريق الأول وهم الحنفية والجمهرية والحنابلة في رواية يسوون بينها فلا جسر عندهم .

وأن الفريق الثاني وهم الشافعية والمالكية في المشهور عندهم والحنابلة في الرواية الأخرى يعرفون بينها ، فيثبتون الولاية الجبرية على البكر الكبيرة دون الثيب الكبيرة .

استدل الفريق الثاني

أولا : بالأحاديث التي ظاهرها التفريق بينها .

مها ما رواه الجماعة إلا البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها » .

ومنها ما جاء في رواية أبي داود والنسائي عن ابن عباس « ليس للولي مع

=وسن التعنيس ثلاث وثلاثون سنة على الراجح عندهم . ومنشأ الخلاف هل العلة في الجسر المكارة وهي موحودة أو الجهرل بمصالح النساء وهي مفقودة . حاشية الدررقي على الشرح الكبير ح ٢ ص ٢٢٢ .

التيب أمر واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها .

قالوا : إن مفهوم هذين الحديثين يفيد أن غير التيب للولي معها أمر ، أو هو أحق بها من نفسها ، ولا يكون ذلك إلا بملكه إجبارها حيث إبه يملك مباشرة عقد الزواج لها .

وثانيا . إنه ثبت أن رسول الله ﷺ رد نكاح التيب التي زُوجت بدون رضاها فيما أخرجه الجماعة إلا مسلماً عن خنساء بنت خدام الأنصارية قالت : « إن أباه زوجها وهي تيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحه » (١) .

وثالثا : ثبت أن أبابكر رضي الله عنه زوج ابنته عائشة لرسول الله ﷺ ولم يكن لها رأي وهي وإن كانت هذه صغيرة فهي بكر . فعلم بذلك أن علة الإيجاب كون المزوجة بكرا .

وهذه العلة موجودة في البكر الكبيرة . لأنها جاهلة بأمر الزواج فتجبر بخلاف التيب فإنها عالمة بالمقصود من الزواج ، ولها خبرة سابقة فيه . فلا تجبر عليه كالرجل .

هكذا استنبط الشافعية علة الأيجاب وهي البكارة من قضية تزويج عائشة . والمالكية يذهبون إلى أن علة الأيجاب أحد أمرين . الصغر أو البكارة أخذاً من هذه القصة ، ومن ثم أثبتوا الجبر على البكر ولو كانت كبيرة ، وعلى التيب الصغيرة .

أما الحنفية ومن وافقهم الذين لا يفرقون بينهم فقد قالوا : إن علة الأيجاب

(١) بيل الأرتار ج ٦ ص ١٣٧ .

هي الصغر لأن الصغر هو مناط عدم الخبرة بأحوال الزواج، وهو مانع من القدره على اختيار الزوج، أما الكبيرة فهي عاقلة لها رأي، والبكر وان لم تجرب الزواج عملياً إلا أنها تستطيع التمييز بين الرجال وتعرف من يصلح لها ومن لا يصلح، فإذا اختار لها وليها زوجاً كان لها الخيار في القبول والرد، وإذا كانت علة الأجبارة الصغر وهي غير موجودة في البكر الكبيرة فلا تجبر لأن الحكم لا يوجد بدون علته .

واستدلوا ثانياً : بأنه ثبت في أكثر من حديث « أن الثيب تستأمر والبكر تستأذن » وهذا يفيد أنها في الكبيرة . لأن الصغيرة لا أمر لها ولا إذن .

وتلك الأحاديث تدل على أنه لا بد من أخذ رأيها في الزواج، لكنها عبرت في جانب الثيب بالاستئثار وفي جانب البكر بالاستئذان ، وكل منها يطلب به رأي المرأة لا فرق بينهما في ذلك ، وإنما يظهر الفرق في التعبير عن هذا الرأي . ففي جانب الثيب أمر صريح بالكلام أو ما يقوم مقامه من الفعل ، وفي جانب البكر مجرد إذن يكفي فيه السكوت الدال على الرضى ، يوضح ذلك ما جاء في بعض الروايات أن رسول الله ﷺ قال : « الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صماتها » .

ولما قالت أم المؤمنين عائشة يا رسول الله : إن البكر تستحمي قال « رضاها صماتها » متفق عليه ، وهل يتفق الجبر مع الرضى ؟

على أنه جاء في رواية لأبي داود والنسائي « واليتيمة تستأمر وصحتها إقرارها » وجاء في رواية عائشة قلت : يا رسول الله تسأمر النساء في أوضاعهن؟ وقال « نعم » قلت : إن البكر تستأمر فتستحمي فتسكت فقال « سكاتهن إذنهن » متفق عليه .

ففي هذين الحديثين التعبير في جانب البكر بالاستئثار . فأي فرق بينهما ؟

وأصرح من كل هذا ما حاء في رواية أحمد عن أبي موسى أن النبي ﷺ قال : « تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكنت فقد أذنت وان أبت لم تكره » (١) واستدلوا ثالثا : بأنه ثبت أن رسول الله رد نكاح البكر الكبيرة التي روجت بدون رضاها .

ففي سنن أبي داود والنسائي وابن ماجه ومسنند الأمام أحمد من حديث ابن عباس « أن جارية بكرا أتت رسول الله فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ وهو حديث صحيح (٢) .

واستدلوا رابعا : بأن رسول الله ﷺ سوى بينها في النهي عن إنكاحها حتى يتحقق ما يدل على رضاها في الحديث المتفق عليه الذي رواه أبو هريرة

(١) قال الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ . حديث أبي موسى أخرجه ابن حبان والحاكم وأبو يعلى والدارقطني .

قال في معجم الزوائد : رجال أحمد رجال الصحيح . قد يقال : إن اليتيمة من لا أب لها وهي لا تحبر عند الجاعلين ولاية الحبر للأب فقط ، قلنا : إن وصيه له ذلك من بعده عند المالكية والحملية ، والحد له ذلك عند الشافعية حيث إنها ثابتة لها . فالتى فقدت أباهما وزوجها وصيه عند الأولين وجدها عند الآخرين يتيمة يقول الحديث عنها « وان أبت لم تكره » .

(٢) وقول البيهقي فيه إنه مرسل مردود كما قال الكمال بن الهمام في فتح القدير : أولا محجة المرسل الصحيح ، وثانيا . بأن عكرمة رارية قال مرة : إن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم فأرسل ، وذكر مرة أو مرارا الواسطة بينه وبين النبي ولا شيء في ذلك ... وقال ابن القطان : حديث ابن عباس هذا صحيح ، وليست هذه حنساء ست حذام التي روجها أبوها وهي ثيب . فان هذه بكر وتلك ثيب ، وهما واقمتان بدليل ما أخرجه الدارقطني عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب وبكر أنكحها أبوهما وهما كارهتان

راجع فتح القدير ج ٣

أن رسول الله ﷺ قال : « لا تتكح الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن »^(١) فهو صريح في النهي عن إنكاح كل منهما حتى يصدر منها ما يدل على رضاها .

إذاً لا فرق بين الثيب والبكر حتى تجعل الولاية على إحداها حبرية وعلى الثانية غير جبرية فيترجح بذلك القول بأن الولاية على المرأة البالغة العاقلة بكراً كانت أو ثيباً غير جبرية، لأن المفهوم الذي استدله القائلون بالجبر لا يقوى على معارضة منطوق الأحاديث الأخرى التي استدلت بها المانعون للجبر وقد قدمناها قريباً^(٢) .

ولقد قال ابن القيم^(٣) في ترجيح القول بعدم ثبوت الجبر على البكر العاقلة الرشيدة « إن عدم الجبر هو الموافق لقواعد الشريعة ، فإن البكر العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من ملكها إلا برضاها ، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها ، فكيف يجوز أن يرقها ويخرج بضعها منها بغير رضاها إلى من يريد ، ويجعلها أسيرة عنده كما قال رسول الله ﷺ : « اتقوا الله في النساء فأنهن عوان عندكم » أي أسراء . ومعلوم أن إخراج ما لها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها » اهـ

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٧ .

(٢) على أنا نقول لهم : إن نظم باقي الحديث الذي استدلوا به يفهمه يخالف ذلك المفهوم لأنه يقول : « والبكر يستأمرها أو يستأذنها » وهو طاهر في الوحوش ، ووحوش الاستئثار منافع للأجبار ، لأنه طلب الأمر أو الأذن . وفائدته الطاهرة - كما قلنا - ليست إلا ليعلم رضاها أو عدمه فيعمل على روقه . وهذا هو الطاهر من طلب الاستئذان فيجب المقام معه وتقدمه على المفهوم المعارض ، لأنه يستحيل أن يكون المرص من الاستئذان أن يستأذنها ثم يجالها ويروحها قهراً عنها . لأنه مجرد الأمر بالاستئذان عن المائدة .

(٣) راد المعاد في هدى خير العباد ج ٤ ص ٢ .

بم يكون الرضا ؟

يتحقق الرضا من الثيب بالقول وبالفعل كطالبتها بالمهر والنفقة ، وتمكينها من نفسها لحديث « الثيب يُعرب عنها لسانها » والفعل يدل على ما يدل عليه القول . وقول رسول الله لبريرة « إن وطئك زوجك فلا خيار لك » .

أما البكر فرضاها يتحقق بهذين الطريقتين ، وبأمر ثالث وهو السكوت^(١) لحديث « وأذنها صماتها » ، ولأنها تستحي من النطق بالأذن في النكاح لما فيه إظهار رغبتها في الرجال فتنسب إلى الوقاحة ، فلو لم يجعل سكونها إذنا وشرط استنطاقها - وأنها لا تنطق عادة - لفاتت عليها مصالح الزواج مع حاجتها إلى ذلك وهذا لا يجوز ، والسكوت وإن كان محتملا للرضا وعدمه إلا أنه يرجح جانب الرضا ، لأنها لو لم تكن راضية لردت ، لأنها إن كانت تستحي من الأذن فلا تستحي من الرد فلما سكنت ولم ترد دل على أنها راضية .

ويقوم مقام السكوت كل فعل يدل على الرضا . كالتبسم أو الضحك من غير استهزاء ، وقالوا : ومنه البكاء بدون صوت فإنه بكاء الفرح .

المراد بالبكر والثيب هنا :

ليس المراد بالبكر والثيب هنا حقيقتهم اللغوية ، لأن حقيقة البكارة بقاء العذرة ، وحقيقة الثيب زوالها ، والحكم هنا ليس مبنياً على ذلك بالإجماع ، لأن

(١) الحنفية قالوا : إن سكوتها يعتبر إذناً في الولي الأقرب أما الأبعد والأجنبي فلا بد من الكلام لأنه توكيل لهما ولا بد فيه من القول .

والحنابلة قالوا : إذن البكر الصمات وهو المذهب لكن نطقها أبلغ ، وقيل يعتبر النطق في غير الأب .

أحكام الولاية لا تقف عند هذا المعنى ، بل هناك صور ممن ذهبت عُذرتها تعامل معاملة البكر في الزواج وما يتعلق به من الولاية .

فالثيب هنا : من ذهبت عُذرتها بمقاربة جنسية يتعلق بها ثبوت النسب وهي ما كانت بزواج صحيح أو فاسد أو شبهة توجب لها المهر بالاتفاق بين الفقهاء .

أما من ذهبت بكارتها بعارض كوثبة أو ضربة أو جراحة أو دفعة حيض شديدة فتعامل معاملة البكر بالاتفاق مع كونها ثيب بالغة^(١) . لبقائها على حياؤها حيث لم تمارس أحداً من الرجال ، كما أنها لم تبشر الإذن بعقد الزواج أو يقال : إنها بكر حقيقة^(٢) . لأن مصيبتها بعد زوال عُذرتها أول مصيب لها . ومنه الباكورة وهي أول الثمار .

لكن الفقهاء اختلفوا فيمن زالت بكارتها بالزنى .

فالشافعي في الأصح من مذهبه وأبو يوسف ومحمد من الحنفية وأحمد في المشهور عنه يذهبون إلى أنها ثيب تعامل معاملة الثيب في الزواج لا فرق في ذلك بين المطاوعة والمكرهة .

(١) للشافعي قول آخر : وهو أنها تعامل معاملة الثيب في الزواج لزوال عُذرتها . شرح المهاج ج ٣ ص ٢٢٢ راجع في هذا الموضوع البدائع للحنفية ج ٢ ص ٢٤٩ وفتح القدير ج ٣ - والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي للمالكية ج ٢ ص ٢٢٢ - والمغنى لان قدامة الحنفية ج ٦ ص ٤٩٤ .

(٢) يقول الكمال ن الهمام في فتح القدير : إن البكر يقال على من لم يصيبها مصيب ومنه الباكورة لأول الثمار ، والبكرة لأول الثمار ، وعلى العذراء وهي أحص ، أو هي من لم يصيبها مصيب ومن أفرادها قائمة العذرة فهو متواطئ على التعريف الثاني ومشترك لفظي على التعريف الأول ج ٣ ص ٤٥٣ .

قالوا : إن هذه ثيب حقيقة لغة وشرعا بما حصل منها فإن مُصيّبها عائد إليها ، ومنه المثابة الموضع الذي يرجع إليه ، فدخلت في الثيب في الحديث . وقد فرق بينها وبين البكر .

ولأنها تشبه الموطوءة بشبهة . وقد اتفق الجميع على أنها ثيب فتكون هذه مثلها .

ولأن البكر يكتفى بسكوتها لحياؤها وهذه قد ذهب حياؤها بمخالطتها الرجال بهذا الطريق المحرم على أن الحياء أمر خفي لا يمكن الوقوف عليه وإنما يعرف بمظنته وهي البكارة وقد زالت بالزنى .

وذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد في رواية إلى أنها تعامل معاملة البكر إذا لم تشتهر بالرسي على الأصح ، لأن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء كما جاء بالحديث ، والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرته . وهذه لم تباشره بالأذن في النكاح فبقي حياؤها منه بحاله .

ولهذا لم تدخل البكر التي زالت عذرتها بالوثبة ونحوها في الثيب في هذا الحديث وإن كانت ثيباً حقيقة ، وأن الشارع ندب إلى الستر على الزنى ، ومعاملتها معاملة الثيب في هذا الموضع تشهير بها يتنافى في الستر المطلوب .

وفي هذا يقول الكمال بن اتمام : إن الفرض أن الزنا غير مشهور فيتعارض دليل إلزامها النطق مع دليل المنع من إشاعة الفاحشة في هذه الصورة . والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب فيما وراء هذه ، ولذا لم يوجب على الولي استكشاف حالها عند استئذانها فهي بكر الآن ليكتفي بسكوتها أم لا ، بل اكتفى بلباء على الأصل الذي لم يظهر خلافه والكلام هنا في زنا لم يظهر فيجب كونها بكراً شرعاً .

وقياس الفريق الأول على الوطء بشبهة قياس مع الفارق . لأن الوطء بشبهة

أو بنكاح فاسد أظهره الشارع حيث علق عليه أحكاما من وجوب المهر وثبوت النسب بخلاف الزنا غير المشتهر فإن الشارع لم يعلق عليه أحكاما بل أمر بالستر عليه فافترقا .

أما ولاية الأجيبار فقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة والجمهرية على أنها تثبت على الصغير والبكر الصغيرة والمجانين والمعاتيه ذكورا وإناثا إذا وجدت مصلحة في تزويجهم .

واختلفوا في ثبوتها على الثيب الصغيرة والبكر البالغة العاقلة .

فالملكية يذهبون إلى ثبوت ولاية الجبر عليهما لأن علة الجبر عندهم إما الصغر أو السكارة .

والشافعية يقولون بثبوتها على البكر الكبيرة فقط ، لأن علة الجبر هي البكارة لجهلها بأمر الزواج لعدم ممارسته بالتجربة فتكون عاجزة عن اختيار الزوج الملائم ، وعلى هذا لو زوج الأب الصغيرة ثم دخل بها الزوج ثم طلقت لا يجوز للأب تزويجها حتى تبلغ فتستشار إذا لا حاجة إلى زواجها ثانية حيث لم تنجح التجربة الأولى فلا داعي لتكرارها ، وهي لا تزوج إلا بأمرها كما صرح الحديث « الثيب تستأمر » ولا أمر لها ما دامت صغيرة فينتظر حتى تبلغ ليكون لها أمر .

والحنفية والجمهرية والحنابلة في أرجح الرأيين عندهم يذهبون إلى ثبوت الولاية الجبرية على الثيب الصغيرة دون البكر البالغة ، لأن علة الجبر هي الصغر ، ولذلك تثبت على الصغير وهو لا يوصف بالبكارة ولا بالثيابة ، لأن الصغير يصحبه العجز عادة عن اختيار الزوج ويلحق به ما في معناه من عته أو جنون .

والثيب الصغيرة كانت الولاية ثابتة عليها قطعا قبل الثبوت فكان الولي يملك جبرها على الزواج إذا وحد مصلحتها في ذلك لتستوفي حظها منه بعد

البلوغ لعجزها عن ذلك بنفسها وقدرة الولي عليه ، والثيابة التي عرضت لها
لا تصلح مانعاً من تزويجها بل تجعلها أحوج إلى التزويج من البكر لأنها مارست
الرجال وصحبتهم ، فإذا ثبتت الولاية على البكر فأولى أن تبقى على الشيب
الصغيرة ، والمراد بالثيب في الحديث الكبيرة كما سبق بيانه ، وبهذا يترجح
ثبوت الولاية عليها ، أما البكر البالغة فالراجع عدم ثبوت ولاية الأجداد عليها
كما بيناه من قبل .

من تثبت له ولاية الأجداد ؟

للفقهاء في ذلك آراء . فالشافعية والجمعوية يثبتونها للأب والجد فقط لأن
ثبوتها للأب ثبت بتزويج أبي بكر الصديق ابنته عائشة لرسول الله وهي صغيرة
والجد مثل الأب في كثير من الأحكام حيث يتصرف في مالها كأب فيأخذ
حكمه في ثبوت الولاية ، ويقتصر على هذين لوفور شفقتهم التي لا تتوفر في
غيرهما من العصبات .

وأضافوا المحاكم للأب والجد في ثبوت الولاية الجبرية على المجانين والمعائيه .
والمالكية والحنابلة في المشهور عندهم يثبتونها للأب ووصيه ، لأن الوصي
قائم مقام الأب واختياره يدل على ذلك ، فإن الأب لا يختار وصياً لتزويج ابنته
إلا إذا كان موفور الشفقة حريصاً على مصلحة ابنته .

غير أن المالكية يقيدون ولاية الإجداد للوصي بحالتي ما إذا عين الأب الزوج
أو فوض له الأمر بأن يزوجه من يشاء ، فإذا ملك الوصي الإجداد لا يزوجه إلا
بمهر المثل وبالزوج الكفء بخلاف الأب فإنه يملك الإجداد مطلقاً^(١)

(١) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٢٢ .

والحنفية يثبتونها للعصبات واستدلوا بإجماع الصحابة ،وبما روى عن علي كرم الله وجهه « النكاح إلى العصبات » فقد روى مرة موقوفاً عليه وأخرى مرفوعاً لرسول الله ، ولوجود الشفقة عند سائر العصبات غير أنهم لما كانوا مختلفين في قوة القرابة والشفقة اختلف الحكم في تزويجهم حيث يكون تارة لازماً ، وأخرى غير لازم . ففي تزويج الأب والجد والابن بالكفء والمهر المناسب يكون العقد لازماً لا تخيير فيه ، وفي تزويج غيرهم جعل للمولي عليه الخيار عند البلوغ إذا كان صغيراً أو الأفاقة إن كان مجنوناً ليتدارك الخطأ الذي يكون في تزويجهم .

المبحث الخامس

في أحكام تزويج الأولياء وأثر القانون في الولاية

هذه الأحكام وإن تقدم ذكر بعضها في ثنايا الكلام لكنها تحتاج إلى جمعها في بحث واحد ، وقبل بيان تلك الأحكام نطرح السؤال الآتي :

هل لهذه الأحكام فائدة عملية الآن بعد ما منع قانون العائلة تزويج الصغار في مادته السابعة ، ومنع زواج المجنون والمجنونة إذا لم يكن مبنيًا على ضرورة وإذا وجدت ضرورة يعقد الولي النكاح بأذن الحاكم ، وبعد ما قيدت القوانين المصرية الزواج بسن معينة ، ومنعت الموثقين من توثيق عقود زواجهم ، كما منعت القضاة من سماع دعوى الزوجية أو ما يتعلق بها إذا لم يبلغ الزوجان أو أحدهما السن القانونية ؟

والجواب : أن تلك القوانين وإن جعلت أحكام تزويج الصغار غير عملية لعدم واقعتها لكنها باقية عملياً بالنسبة لتزويج فاقد الأهلية من المجانين

والمعانيه على ما كانت عليه في مصر لعدم تعرض القوانين لها ، وكذلك في لبنان لأن القانون لم يعرض إلا لمنع زواج المجانين إلا لضرورة . فإن وجدت عقد الولي الزواج بأذن الحاكم ، ويبقى بعد ذلك إذا زوج الولي المجنون أو المجنونة بعد إذن الحاكم زواجا غير متكافئ أو بمهر فيه غبن ثم أفاق المجنون أو المجنونة . لم يعرض لها القانون فيرجع في حكمها إلى مذهب الحنفية . كما هو الشأن في حكم ما سكت عند القانون .

ومن هنا كان لا بد من معرفة تلك الأحكام ولو بصورة إحصائية .
وإليك البيان .

عرفنا مما سبق أن الولاية في التزويج للقاصرين صغاراً أو مختلي العقل تثبت للأقارب من العصبات وذوي الأرحام على الرأي الملقى به في مذهب الحنفية ثم من بعدهم للقاضي ، وإنما ثبتت للأقارب أولاً لوفور الشفقة عندهم ورعايتهم للمصلحة ، وللقاضي ثانياً لرعايته للمصلحة دون نظر لعنصر الشفقة .

ولذلك لم تجمل للأجانب لانعدام الأمرين عندهم غالباً .

ولما كان عمصراً الشفقة والحرص على المصلحة يختلفان من ولي لآخر حسب درجة قرابته من المولى عليه اختلفت أحكام التزويج تبعاً لاختلاف الولي الذي تولاه . فقد يكون لازماً وقد يكون غير لازم ، كما يكون غير صحيح أحياناً ، لهذا قسم الفقهاء الأولياء من الأقارب إلى قسمين :

الأول : الأب والجد والأبن . وإن شئت قلت الأصول والفروع .

والثاني : من عداهم من فروع الأئوين وفروع الأجداد .

فان كان الولي من النوع الأول ولم يعرف بسوء الاختيار قبل العقد انعقد عقده صحيحاً نافذاً لازماً ، فلا يكون للقاصر حيار فيه بعد بلوغه أو إفاقته

حق ولو كان التزويج بغير الكفء أو بأقل من مهر المثل بالنسبة للأُنثى ، أو بأكثر من مهر المثل بالنسبة للجنون والضعيف عند أبي حنيفة ، لأن هذا الولي لوفور شفقتة وحسن اختياره وحرصه على مصلحة المولى عليه لا بد أن يكون تغاضى عن الكفاءة والمهر المناسب لمصالح خفية تفوق ذلك . كاختيار من يحسن العشرة ولا ينتظر منه أذى ، أو من لا يشح بالأنفاق على الزوجة مثلاً .

وشرط الصاحبان للزوم العقد أن يكون بالكفء والمهر المناسب ، محافظة على المصلحة الظاهرة ، فإن كان التزويج بغير الكفء أو بغبن فاحش ، لا يكون لازماً لأنه لا مصلحة في هذا العقد .

وإن كان هذا الولي معروفاً قبل العقد بسوء الاختيار^(١) . فإن روج بالكفء والمهر المناسب لزم العقد اتفاقاً ، وإن كان بغيرهما لم يصح العقد اتفاقاً ، وقيل إن رأى الأمام إنه صحيح غير لازم .

ومذهب الجعفرية في هذه الحالة . أن العقد موقوف على إجازة المولى عليه بعد تحقق أهليته سواء أكان بالكفء ومهر المثل أو بغيرها .

وإن كان الولي الزوج من النوع الثاني . فإن كان بالكفء والمهر المناسب صح العقد ونفذ ، ولا يكون لازماً على الراجح من المذهب فيثبت للمولى عليه الخيار عند زوال سبب الولاية . يدل لذلك أن النبي ﷺ لما زوج أمامة بنت عمه حمزة وهي صغيرة قال : « لها الولاية إذا بلغت » ، ولأن هذا النوع من الأولياء ليس كالنوع الأول في وفور شفقتة وشدة حرصه على مصلحة المولى عليه ، فلا بد أن تبقى الفرصة للضعيف ليتداركها ما قد يكون لحقه من ضرر خفي بتزويج أخيه أو أخته أو القاضي ، وقال أبو يوسف : العقد لازم لظهور المصلحة وهو مخالف

(١) سوء الاختيار : أن يكون فاسقاً أو مستهتراً ماجناً لا يبالي بما يصنع وما يقال له ، أو يكون سفياً طماعاً . كما يقول ابن عابدين في رد المحتار .

للحديث، وإن كان الزواج بغيرهما لم يصح اتفاقاً لتحقيق الضرر مع قلة الشفقة، والحرص على مصلحة المولى عليه، والجمعوية يرون أن عقد غير الأب والجد موقوف مطلقاً على الإجازة. إجازة الأب أو الجد إن كان موحوداً، أو إجازة المولى عليه بعد تحقق أهليته إن لم يكن أحدهما موجوداً لعدم الولاية لهؤلاء.

وقت الخيار :

وإذا ثبت الخيار على مذهب الحنفية . يكون عند كمال الأهلية بالبلوغ أو الإفاقة مع العلم بهذا الزواج فإن رضي به لزم ، وإن لم يرض به ثبت له حق فسخه، ويتحقق الرضا من الشيب بالقول أو الفعل ، ومن البكرهما وبالسكوت أيضاً ، وعليه إذا اختار الفسخ أن يشهد وقت علمه بعد البلوغ أو الإفاقة على أنه لا يريد هذا الزواج فإن تأخر لا يقبل منه ذلك، والفسخ لا يكون إلا بقضاء القاضي بعد أن يرفع دعوى يطلب الفسخ . بناء على أن الذي زوجه غير أصله وفرعه ، وأنه لم يرض بهذا الزواج ، وما دام القاضي لم يفسخ ، فالزواج قائم بآثاره حتى لو مات أحدهما يرثه الآخر .

الفصل الثاني

في الكفاءة في الزواج

وفيه مبحثان وخاتمة

المبحث الأول في تعريفها والأمور التي تعتبر فيها :

ظهر لنا مما سبق أن الكفاءة في عقد الزواج قد تكون شرطاً لصحته في بعض الحالات ، وقد تكون شرطاً للزومه في حالات أخرى ، فما هي هذه الكفاءة وبأي شيء تتحقق ، وفي أي جانب تعتد ، وما هو الوقت الذي تعتبر فيه ؟ وأخيراً هل في اعتبار الكفاءة منافاة لمبدأ المساواة المقرر بين الناس في الإسلام ؟

الكفاءة في اللغة: المساواة والمماثلة مطلقاً. يقال: فلان كفاء لفلان أي مساو له ومماثله .

وفي اصطلاح الفقهاء أي المطلوبة في الزواج : يراد بها مساواة خاصة . وهي المساواة أو المقاربة بين الزوجين في أمور مخصوصة بحيث لو اختلفت كانت الحياة الزوجية غير مستقرة لما يلحق الزوجة وأولياها من التعير والأذى ، ولقد

اختلف سهء المسلمين في جعلها شرطاً في الزواج ، كما أن الشارطين لها اختلفوا فيما تعتبر فيه الكفاءة ، والسبب في ذلك أن القرآن لم يعرض لهذا الأمر ، بل جاء فيه « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » ، والسنة جاءت موافقة له في قول رسول الله ﷺ : « ليس لعربي فضل على أعجمي إلا بالتقوى » .

فالقرآن والسنة متفقان على أنه لا فضل لأحد على غيره إلا بالدين والخلق ، غير أن رسول الله ﷺ يقول في شأن الزواج : « إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير » ، وعلى هذا الأصل أمر رسول الله ﷺ بني بياضة أن يزوجوا أبا هند وكان حجاجاً ، كما أمر قوماً من الأنصار أن يزوجوا بلالاً الحبشي عند امتناعهم عن تزويجه ، وزوج أبو حذيفة بنت أخيه الوليد بن عتبة من سالم الذي تبناه وهو مولى امرأة من الأنصار كما رواه البخاري وأبو داود وغيرهما ومن ذلك ترى أن الأساس في الكفاءة الزوجية على عهد رسول الله ﷺ هو الدين والخلق ، وعلى هذا القدر اقتصر بعض فقهاء الصحابة والتابعين .

وهنا يبرز السؤال الآتي : هل تقتصر في اعتبار الكفاءة على هذا القدر أو يصح أن نعتبر فيها أموراً أخرى ؟

وللجواب عن هذا السؤال ينبغي أولاً أن نبين . هل الكفاءة في الزواج حق للشارع بحيث لا تسقط ولو تجاوز عنها الزوجة وأولياؤها فنقف عند هذا القدر ؟ .

أو هي حق للزوجة وأولياتها فلو تجاوزوا عنها ورضوا بغير الكفاء كان الزواج صحيحاً فنعتبر أموراً أخرى مما يعتبره الناس محققاً للتقارب بين الزوجين ؟ .

جمهور الفقهاء يرون أنها حق للزوجة وأولياؤها^(١) . لم يخالف في ذلك - فيما نعلم - إلا الأمام أحمد في إحدى الروايتين عنه ، فقد جعلها حقاً للشارع فلا تسقط بإسقاط المرأة ووليها .

وفي الرواية الأخرى يوافق الجمهور ويعملها حقاً للزوجة والأولياء من العصبات لأنهم يتعيرون عند الزواج بدونها .

وإذا أضفنا إلى ذلك أن الناس على عهد رسول الله ﷺ ، ما كانوا يتفاخرون إلا بالسبق في الإسلام ومنزلة الرجل فيه ، ولم يكن المال عندهم إلا وسيلة للحياة . فلم يكن بينهم تعبير بفقر ولا فخر بغنى ، ومثل ذلك يقال في الحرف ، وما كان الواحد منهم يأنف من أن يزوج ابنته لفقير أو صاحب حرفة بسيطة ، ما دام دينه سليماً وخلقه مرضياً .

وإن الزواج كما عرفناه عقد الحياة ، يربط بين الأسر ويجعل الزوج كفرد من أفراد أسرة زوجته ، والناس في كل عصر تختلف عاداتهم فيما يتعيرون منه .

وأن اشتراط الكفاءة فيه لم يكن إلا وسيلة لدعمه واستقراره ليؤتى ثمرته المرجوة منه .

إذا عرفنا ذلك أمكننا أن نقول جواباً عن السؤال السابق : إنه لا مانع شرعاً من اعتبار أمور أخرى في الكفاءة ما دامت لا تخرج عن نطاق الشريعة وأن هذه الأمور تختلف من عصر لآخر ومن بيئة لأخرى ، ومن هنا جاء اختلاف الأئمة في الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة .

(١) يقول الإمام الشافعي في الأم ج ٥ ص ١٣ : « ليس نكاح غير الأكفاء حراماً ، فأردنه النكاح وإنما هو تقصير بالمرأة والأولياء ، فإذا رضوا صح ويكون حقاً لهم بركوه ، فلو رضوا إلا واحد فله فسخه . »

فالأمام مالك في ظاهر مذهبه يعتبرها في الدين أي التدين . بأن يكون الزوج ذا دين، أي غير فاسق مع السلامة من العيوب الجسمية التي لا يمكن الحياة معها إلا بضرر، وجعلوا الأول حقاً للزوجة والأولياء، والثاني حقاً لها خاصة وفي قول آخر زادوا الحرية (١) . فالعبد على هذا القول ليس كفتناً للحررة . بخلاف الأول .

والأمام الشافعي يعتبرها في أمور خمسة : الدين والنسب والحرفة والحرية ، والخلو من العيوب المثبتة للخيار . كالجنون والجذام والبرص ، وقد زاد بعض أصحابه أمراً سادساً وهو المال ، والأصح عدم اعتباره ، لأن المال غاد ورائح ولا يفتخر به أهل المروءات .

والروايات مختلفة عن الأمام أحمد . ففي بعضها تعتبر في التدين فقط . وفي أخرى تعتبر في التدين والنسب ، وفي ثالثة في الدين والنسب والحرفة .

والحنفية اعتبروها في أمور ستة . وهي النسب والإسلام والحرية والحرفة ، والمال والديانة على خلاف بينهم في بعضها .

والجمهرية اختلفت آراؤهم . فمنهم من يعتبرها في الإسلام فقط ، ومنهم من يضم إليه القدرة على البفقة ، بل منهم من يزيد النسب والحرفة (١) .

يقول صاحب الجواهر : المدار على الإسلام في النكاح ، وأن جميع فرقته التي

(١) واستظهر بمص المتأخرين منهم التفصيل بين العبد من الجنس الأبيض، والدي من الجنس الأسود . فجعلوا الأول كفتناً لأن الرغبة فيه أكثر من الأحرار . والثاني ليس كفتناً لأن النفوس تنفر منه ويقع به الذم للرجوة . راجع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٤٩ . وهذا كما ترى تفرقة منهوية بسبب اللون .

(١) راجع مسائل الخلاف للطوسي ح ٢ . والأحكام الجمهرية ص ١٦ وفتحة الأمام جعفر

لم يثبت لها النصب والغلو أو نحو ذلك ملة واحدة يشتركون في التناكح بينهم والتوارث وغيرها من الأحكام والحدود .

ثم نقل عن جماعة من فقهاءهم اشتراط كون الزوج قادراً على النفقة ، وبين أن أكثر الفقهاء على خلافه .

هذا ولما كان مذهب الحنفية هو المعمول به في مصر ولبنان والنسبة للمسلمين السنيين ، حيث يتفق قانون حقوق العائلة معه في الجملة كما صرحت المادة - ٤٥ (١) رأينا تفصيله هنا .

١- النسب : وهو انتماء الشخص إلى أصل معلوم . فإذا كانت الزوجة لها نسب متصل بأصل معلوم لا يكون كفتاً لها إلا رجل له نسب مثل نسبها ، هذا القدر متفق عليه بين أئمة الحنفية إذا كان الزوجان من العرب ، وعللوا ذلك بأنهم هم الذين حفظوا أنسابهم وجعلوها موضع الفخر والذم فيهم ، غير أنهم لم يجعلوا العرب كلهم في درجة واحدة ، بل جعلوا قريشاً أعلاها نسباً ، فالقرشي كفاء للقرشيين ~~غيرهم~~ العرب ، وغير القرشي كفاء للعربية غير القرشية .

ومن هنا لا يكون للنسب اعتبار في الكفاءة بين غير العرب (٢) ، ولا يكون غير العربي كفتاً للعربية .

لكن روى عن أبي يوسف أن غير العربي إذا اشتهر بفضل العلم حتى صار

(١) ونفسها : « يشترط في لزوم النكاح أن يكون الرجل كفتاً للمرأة في المال والحرفة وأمثال ذلك والكفاءة في المال ، أن يكون الروح مقتدرأ على إعطاء المهر المعجل وعلى القيام بنفقة الروحة ، والكفاءة في الحرفة أن تكون تجارة الزوج أو خدمته التي سلكها مقاربة في الشرف لتجارة ولهي الزوجة أو خدمته » .

(٢) المراد من العرب هنا ، كل من انتسب إلى قبيلة عربية ، لا من يتكلم اللغة العربية . والمعنى هم الذين لا ينتسبون إلى قبائل العرب ، وإن كانوا يتكلمون اللغة العربية .

مرفوع المكانة عند الناس كان كفضلاً للعربية القرشية ، بل للمهاشمية لأن شرف العلم فوق شرف النسب .

كما روى عن الإمام الشافعي : أن الكفاءة في النسب معتبرة عند المعجم فيما بينهم قياساً على اعتباره عند العرب ، لأن العلة التي من أجلها اعتبر النسب في الكفاءة عند العرب هي حفظهم أسماهم وتفاخرهم بها ، فإذا وجد شيء من ذلك عند غيرهم اعتبر كذلك ، وعلى هذا الرأي جرى أكثر أصحابه من بعده

هذا ما قرره فقهاء الحنفية هنا . ونحن نرى أن اعتبار النسب بهذه الصورة لا يتفق ومبادئ الإسلام الذي جاء ليقضي على العصبية والتفاخر بالأباء والأجداد ويرفع الفوارق التي وضعتها الناس .

فهل قرر الإسلام أن العرب باعتبار نسبهم أفضل من غير العرب ، أو أن قريشاً أفضل من العرب على الإطلاق ؟

وهل يتفق ذلك مع قول رسول الله ﷺ في خطبة الوداع : « الحمد لله الذي أذهب عنكم نخوة الجاهلية وتفاخرها بأبائها ، أيها الناس إنما الناس رجالان . مؤمن تقي كريم على الله ، وخطير شقي هين على الله ، ليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى كلكم لآدم وآدم من تراب » .

الذي يلغي فيه الرسول التفاخر بالأنساب ، ويحكم عليه بأنه عمل جاهلي ؟ .

وهل يتفق ذلك مع قوله : « يا بني هاشم لا يأتيني الناس بالأعمال وتأتوني بالأنساب » ! .

وهل يتفق ما وقع في عهد رسول الله ، من وقائع تزوج فيها غير العربي بالعربية ، وغير القرشي بالقرشية مع ما استند إليه فقهاء الحنفية من حديث يروي في هذا الموضوع يقول : « قريش بعضهم أكفأ لبعض ، بطن بطن

والعرب أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض ؟
 الحق أن هذا الحديث غير صحيح كما يقول نقاد الحديث ، بل إن ابن عبد البر
 قال عنه : « هذا حديث منكر موضوع » (١) .

٢ - الإسلام : وليس معناه كون الزوج مسلماً ، لأن ذلك شرط لصحة
 الزواج ، بل معناه أن يكون أصول الزوج مسلمين ، ويكفي في تحقق هذا
 إسلام أبيه وجده ، لأن تعريف الشخص تعريفاً كاملاً يكفي فيه ذكر أبيه وجده ،
 وعلى هذا يكون الزوج المسلم الذي له أبوان في الإسلام ، يكون كفتناً للزوجة
 المسلمة التي لها آباء من المسلمين .

والزوج الذي يكون له أب مسلم وليس له جد مسلم ، لا يكون كفتناً للزوجة
 لها آباء أو أبوين من المسلمين .

وخالف أبو يوسف في ذلك فقال : يكون كفتناً ، لأن الكفاءة في الإسلام
 يكفي فيها إسلام الزوج وأبيه ، بناء على أن تعريف الشخص عنده يكفي فيه
 ذكر الأب فقط .

والزوج الذي ليس له أب مسلم لا يكون كفتناً للزوجة لها أب أو آباء من
 المسلمين بالاتفاق ، ثم قالوا : إن اعتبار الكفاءة في الإسلام على هذا الوجه إنما
 هو في حق غير العرب ، لأنه جرى عرفهم بتفاخرهم بالإسلام ، كما تفأخر
 العرب بالأنساب ، وأما في حق العرب فلا يشترط ذلك ، بل إن العربي بمجرد
 إسلامه يكون كفتناً لمن كان لها آباء في الإسلام ، وهذا إذا تزوج بعربية مسلمة ،
 أما إذا تزوج بغير عربية فالظاهر أنه لا يكون كفتناً لها . إذا جرى عرف أهل
 الزوجة بأنهم يتعيرون بذلك .

(١) راجع نصب الراية في تحريج أحاديث الهداية ، ونيل الأوطار ح ٦ ص ١١

٣ - الحرية : والتفصيل فيها كالتفصيل في الإسلام من أنها معتبرة عند غير العرب . فغير الحر لا يكون كفتاً للحرية ، والمعتق ليس كفتاً لمن لها أب حر ، ومن له أب حر ليس كفتاً لمن لها أبوان حران ، ومن له أبوان حران كفاء لمن لها آباء من الأحرار .

وقال أبو يوسف يكفي في تحقق الكفاءة أن يكون أب واحد حر فيكون كفتاً لمن لها أبوان أو أكثر من الأحرار ، ومن له أب حر كفاء لمن لها أب فقط في الحرية .

وروى عن أبي يوسف أن من أعتق وحاز فضل العلم يكون كفتاً للمرأة التي لها آباء أحرار .

وإنما كانت الحرية شرطاً في تحقق الكفاءة ، لأن الرق يجلب العار كما يجلبه وضاعة النسب ، وأنت ترى معي أن اشتراط الحرية على هذا الوجه ليس له موضع الآن ، لانتهاه الرق من زمن بعيد .

ومن كان أصله عتيقاً أيام وجود الرق أصح الآن له آباء من الأحرار لطول الزمن ، فلا توجد منه صور تمنع الكفاءة الآن .

٤ - الحرفة : وهي العمل الذي يزاوله الإنسان ليكسب منه رزقه ، من صناعة وتجارة وزراعة ووظيفة ، ومعنى اعتبار الحرفة في الكفاءة ، أن تكون حرفة الزوج أو أهله مقاربة لحرفة ولي الزوجة ، وليس بلازم أن يكونا متحدين ، فإذا كانت لا تقاربها بأن كانت أقل منها لا يكون كفتاً لها ، لأن الزوجة وأهلها يتعبرون بذلك ، والمرجع في ذلك إلى العرف ، وهو مختلف باختلاف الزمان والمكان .

فإذا كان العرف يعتبر هذه الحرفة دنيئة انتفت الكفاءة ، والكفاءة معتبرة في كل الناس عرباً كانوا أو غير عرب .

واعتماد الحرفة في الكفاءة رأي أبي يوسف ومحمد . وهو الراجح الملقى به في المذهب ، لأن الناس يتفاخرون بشرف الحرفة ويتميزون بحقارتها . ألا ترى أن صاحب الحرفة الوضيعة إذا تحول عنها إلى غيرها أشرف منها ، تبقى آثار الأولى لازمة له وعارها لا يفارقه .

وذهب أبو حنيفة ومعه أبو يوسف في رواية إلى عدم اعتبارها إلا أن تكون متناهية في الحقارة كالديباج والحجام في عصرهم ، لأن الحرف أوصاف غير لازمة ، فقد يتحول عنها إلى غيرها أشرف منها ، والأيام دول لا تسير على حالة واحدة .

هـ - المال . والكفاءة في المال معتبرة عند سائر الناس لا فرق بين عرب وغيرهم .

وقد اتفق أئمة المذهب على أن الكفاءة في المال معتبرة ، ولكنهم اختلفوا فيما تتحقق به الكفاءة المالية . فأبو يوسف يرى أن معناها أن يكون الزوج قادراً على إيفاء الزوجة عاجل صداقها ، وعلى الأنفاق عليها مدة شهر إن لم يكن صاحب حرفة يكتسب منها كل يوم ما يكفي للأنفاق .

ويعتبر الزوج قادراً على ذلك بنفسه ، أو بقدره أبيه أو جده أو من جرت العادة بأنهم يدفعون لهم مهرهم ويقومون بالأنفاق عليهم ، لأن المقصود حصول الدفع والأنفاق من جهة الزوج ، فإذا تحقق هذا كان الزوج كفاً لمن فاقته في الثراء والغنى (١) .

وأبو حنيفة ومحمد يشترطان في تحقق الكفاءة المالية القدرة على المهر والنفقة والمقاربة في الثراء مع أهل الزوجة لأنهم يتميزون بتزويج من هم أقل منهم ثراء في عرف الناس .

(١) رد المحتار لابن عابدين ج ٢ ص ٤٢٥ .

والرأي الأول هو المعتمد في المذهب ، لأن الكذا ، في الأمور اللازمة التي لا تزول ، والعنى عادٍ ورائح فكم من فقير أصبح من أصحاب الأموال ، وم من غني أصبح فقيراً معدماً ، ولأن تنفيذ عقد الزواج لا يتوقف على كثرة المال ما دام قادراً على المهر والنقطة .

٦ - الديانة : والمراد بها مساواة الزوج للزوجة في الصلاح والتقوى ، فالفاسق ليس كفتناً للصالحة سواء كان أبوها صالحاً أو فاسقاً ، بل هو كفاء للفاسقة وإن كان أبوها صالحاً ، لأن الأب لا يلحقه تعير من هذا الزواج ، لأن تعيره بابنته الفاسقة أشد من تعيره بزوجها الفاسق .

وإذا كانت الزوجة صالحة وأبوها فاسق ورضيت بزواج الفاسق صح زواجها وليس لأبيها حق الاعتراض ، لان الكفاءة حقها هنا وقد أسقطته .

وأئمة المذهب الحنفي مختلفون في اعتبار الديانة بهذا المعنى في الكفاءة على رأيين . رأي يشترطها وينسب إلى أبي حنيفة وأبي يوسف ، ورأي لا يشترطها وينسب لمحمد بن الحسن ، لأن الفسق والصلاح من أمور الآخرة فلا تبني عليه أحكام الدنيا ، إلا إذا كان الرجل مجاهرأ بفسقه حتى يصير سخرية الناس . كالذي يسكر ويعربد في الطرقات ، والذي يجاهر بمعاصيه كلعب القمار وترك الفرائض ، أما إذا كان مستوراً فهو كفاء للمرأة الصالحة المستقيمة .

والراحح اعتبار ذلك . لأن الصلاح من أعلى المفاخر ، والأتقياء الصالحون يعيرون بمصاهرة الفساق المستهترين ، وأن المرأة الصالحة تعير بفسق زوجها أكثر مما تعير بضعة نسبه ، ويرشد لذلك قول رسول الله ﷺ : « إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه » . تلك هي الأمور التي اعتبرها الحنفية في تحقق الكفاءة ، ومنها نرى أنهم تشددوا فيها أكثر من غيرهم ، وهو الذي يتفق ومذهبهم من أنهم أطلقوا للمرأة البالغة العاقلة الحرة في تزويج نفسها

ووسعوا دائرة الأولياء حتى يمكن تلافي الخطر الناتج عن تزويج المرأة نفسها ،
وتزويج الأولياء في بعض الحالات .

وإذا عرفنا أن النصوص لم تشترط كل هذه الأمور ، بل منها ما يتعارض
معها، وإنما شرطها الفقهاء بناء على ما تعارفه الناس في زمنهم ، وأن الأساس
في اشتراطها هو دفع العار عن الزوجة وأولياؤها، فينبغي ألا يقف الأمر عند
ما شرطوه بناء على عرفهم ، بل يدور مع ما يجد من العرف من أمور يصح
اعتبار الكفاءة فيها ، كالتقارب في السن أو الثقافة ، لأن الفارق الكبير فيهما
يجعل الحياة الزوجية غير مستقرة .

المبحث الثاني

في أي الجانبين تشترط فيه الكفاءة ؟ وصاحب الحق فيها :

تشترط الكفاءة في جانب الرجل فقط لأمر .

أولاً : أن المرأة هي التي تعبر بزواج غير الكفاء ، كما أن أهلها يعيرون
بذلك ، أما الرجل فلا يلحقه هو ولا أسرته معرفة بزواج امرأة لا تساويه في
المنزلة ، ولو فرض وتعميرها استطاع أن يتخلص منها بالطلاق .

ثانياً : أن الرجل له القوامة على المرأة ، فسلطة التوجيه له لا لها، فلا يد من
مساواته لها على الأقل حتى تتقبل منه التوجيه ، لأنه لو كان أقل منها منزلة فقد
تستهن به وتأنف من تنفيذ ما يطلبه منها .

ثالثاً : أن الرجل إذا كان صاحب منزلة بين الناس رفع امرأته معها كانت
درجتها ، عكس المرأة فإنها معها علت درجتها فلن ترفع ما في زوجها من خسة
ووضاعة .

ولا تشترط الكفاءة في جانب المرأة إلا في صورتين :

الأولى : إذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصها غير أصله وفرعه أو واحد منها ، وكان معروفاً بسوء الاختيار فإنه يشترط لصحة هذا الزواج كون الزوجة مكافئة له ، لأن الولي في هذه الحالة لا يملك من التصرف إلا ما فيه صالح المولى عليه ، والزواج بغير المكافئة لا مصلحة فيه .

الثانية : إذا وكل كامل الأهلية رجلاً وكالة مطلقة في أن يزوجه فزوجته . فإنه يشترط لنفاد هذا العقد أن يكون الزواج بامرأة تكافئه عند الصاحبين . وهو الرأي المتى به في المذهب الحنفي ، لأن الكفاءة في هذا الزواج ملاحظة عند التوكيل ، ولو لم يصرح بها ، لأن الموكل لو كان يقصد الزواج بأي امرأة لما لجأ للتوكيل .

وأنت إذا أمعنت النظر في هاتين الصورتين وجدت أن الكفاءة لم تشترط فيهما من جهة أن مساواة المرأة للرجل شرط لصحة الزواج . بل من جهة أن المزوج وهو الولي في الصورة الأولى ، والوكيل في الصورة الثانية مقيد بالتزويج بمن تكافئه ، وليس له سلطان في التزويج بغير الكفاءة .

وقت اعتبار الكفاءة :

تعتبر الكفاءة وقت إنشاء العقد فهي شرط في ابتدائه ولا تشترط لبقائه . وعلى ذلك لو تزوج رجل امرأة وكان كفوًا لها ثم زالت كفاءته . بأن كان غنياً وافتقر ، أو كان صالحاً ثم انحرف وأصبح فاسقاً ، أو كان صاحب حرفة شريفة فاحترف غيرها أقل منها فالزواج باق لا يفسخ لزوال الكفاءة .

لأننا لو شرطناها في البقاء لتهدمت الأسر ولما استقر عقد من عقود الزواج ، لتقلب الأحوال كما هي سنة الحياة ، ولأن المرأة في هذه الحالة لا يلحقها عار

ببقائها مع من زالت كفائته، بل قد تكون محمودة مشكورة على صبرها ورضاها بقضاء الله ، وفي عرف الناس يعد بقاءها ورضاها وفاء ، ونفورها وعدم رضاها غير ذلك .

وقانون حقوق العائلة يصرح بذلك في المادة - ٤٦ - ونصها :

« تعتبر الكفاءة في ابتداء العقد فإذا زالت بعد العقد لا تؤثر عليه » .

من له حق الكفاءة :

يرى الجعفرية أن الكفاءة حق للزوجة وحدها ، فإن أسقطته سقط وليس للولي الاعتراض على زوجها من غير كفاء .

وعند جمهور الفقهاء هي حق للزوجة وأوليائها ثابت لكل منهما على حدة لا يسقط إلا بإسقاطه ، فلو أسقطه أحدهما بقي حق الآخر ، لكنه ثابت للولي في جميع الصور من غير استثناء ، وللزوجة إلا في صورة واحدة ، وهي ما إذا كانت فاقدة الأهلية وزوجها بغير الكف، ولي من أصولها أو فروعها غير معروف بسوء الاختيار فإن العقد صحيح لازم عند أبي حنيفة .

ويتفرع على ذلك الفروع الآتية :

١ - إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها بدون إذن وليها من غير كفاء ، فإن هذا العقد موقوف على إجازة الولي على إحدى الروايتين عند أبي حنيفة، وفاسد على الرواية المفق بها . كما سبق بيانه .

٢ - إذا زوج الولي البالغة العاقلة بغير كفاء بدون رضاها توقف ذلك على إجازتها ، لأن حقها في الكفاءة ثابت لا يسقط إلا بإسقاطها .

٣ - إذا زوجت نفسها من لا تعرف حاله ، ولم تشترط الكفاءة عند العقد. ثم ظهر أنه غير كفاء سقط حقها بتقصيرها في البحث عنه وعدم الاشتراط أوبقي حق الولي فيتوقف على إجازته .

٤ - إذا زوجها الولي من رجل لا تعرف كفاءته رضاهاً ولم تشتط هي ولا وليها الكفاءة ثم ظهر أنه غير كفء لزم العقد وسقط حقهم بتقصيرهم في البحث وعدم الاشتراط في العقد .

وعلى هذا لو شرطت هي أو وليها الكفاءة في الصورة السابقة ثم تبين أنه غير كفء كان الحق ثابتاً للشارط دون غيره .

٥ - إذا عرر الزوج عند العقد في الكفاءة بأن ادعى ما يشته كفاءته ثم تبين أنه غير كفء كان الحق لها ولأولياها سواء كانت هي التي ناشرت العقد أو باشره وليها برضاها .

٦ - إذا عرر الزوج في السبب بأن نسب نفسه إلى عائلة أعلى من عائلته ثم ظهر كذبه ، فإن لم يكن مكافئاً لها يشته الحق لها ولوليتها ، وإن رضيت به كان لوليتها حق الاعتراض وبالعكس ، فإن رضيا سقط حقهما ولزم العقد ، وإن كان كفوفاً لها سقط حق الأولياء لأن حقهم في الكفاءة فقط ولم يوجد تغرير فيها وبقي حقها في الفسخ لأنها قبلت زواجه على أساس نسب معين ولم يوجد فلا تحجب عنى إبقاء هذا العقد ، لأن المرأة قد ترضى بالزواج ممن هو أفضل منها ولا ترضى به ممن يماثلها ، ومن هنا يدخل الخلل في رضاها الذي هو أساس صحة العقد .

وإذا كان التغرير من جانبها بأن انتسبت إلى غير أسرتها وتزوجها على ذلك ثم ظهر أنها من أسرة أخرى أقل مما انتسبت إليهما فلا خيار له ، لأنه لا يلحقه عار بزواج امرأة أقل منه ، وعلى فرض حصوله يمكنه التخليص منها بالطلاق .

ثم إن حق الكفاءة يشته للولي العاصب القريب دون غيره من ذوي الأرحام والأم والقاضي ، فإن كابن لها ولي واحد ثبت الحق له ، وإن تعددوا كان الحق للأقرب .

وعلى ذلك إذا رضي القريب بغير الكفاءة لم يكن للبعيد حق الاعتراض ، وإن لم يرض القريب فلا يؤثر رضا من بعده .

وإن تعددوا وكانوا متساوين كالأخوة الأشقاء أو الأعمام الأشقاء مثلا فإن الحق يثبت لكل منهم فإن اتفقوا على الرضا بالمقد نفذ ، وإن رضي البعض بهذا المقد قبله أو عند إنشائه ولم يرض الآخرون .

فأبو حنيفة ومحمد يذهبان إلى أن رضا البعض مسقط لحق الباقيين ، لأن الولاية حق لا يتجزأ ، لأن سببها القرابة وهي لا تتجزأ فيثبت الحق لكل منهم كاملا ، وعلى هذا يكون رضا البعض بمثابة رضا الجميع كما في ولاية الأمان فإنها تثبت لكل واحد من المسلمين ولو كان امرأة ، فإذا أعطى واحد منهم الأمان لشخص من الأعداء استجار به نفذ على الجميع ، وكذلك العفو عن القصاص إذا عفا أحد الأولياء للمقتول عن القصاص سقط حق الباقيين في المطالبة به .

وذهب أبو يوسف وزفر إلى أن رضا البعض غير مسقط لحق الباقيين ، لأنه حق مشترك فلا يسقط إلا بأسقاط الكل وذلك كالدين المشترك بين جماعة إذا تنازل بعضهم عن حقه يبقى حق الآخرين .

والراجح هو الرأي الأول . لأن الظاهر من رضا البعض أن العقد محقق للزوجة مصالح تفوق الكفاءة وهو لا يرضى إلا بعد البحث والموازنة والفرض أنه ليس متهما ، على أن الزوجة ما دامت راضية بهذا الزواج وأيدها بعض أوليائها برضاها يترجح حقها في إبقاء العقد .

والقياس على الدين المشترك غير سليم ، لأن الدين حق مالي يترتب على التنازل عنه تملك المدين ما عليه من المال ، ومثل هذا لا يصح من صاحبه بخلاف حق الكفاءة فإن الرضا به إسقاط له وليس فيه تملك .

وعلى الرأي الراجح سار قانون حقوق العائلة في المادة - ٤٩ - وبصيا :
 « رضا أحد الأولياء المتساوين في الدرجة يسقط حق اعتراض الآخرين ،
 وكذلك رضا الولي البعيد في الدرجة إذا كان الولي الأقرب عائناً يسقط
 حق اعتراضه . »

خاتمة في دفع شبهة تثار حولها :

وبعد فتلك هي الكفاءة في عقد الزواج وموقف الفقهاء فيها ما بين متشدد
 وغير متشدد وقد عرفنا أنها حق للروجة ولأولياءها من العصباء إن تسكروا
 بها لزمتم وإن أسقطوها سقطت، وأنها إنما وجبت محافظة على الحياة الزوجية
 من أن يلحقها شيء يزلزها أو يجعلها بعيسة لا تحقق الأغراض المطلوبة منها .

ولقد زعم بعض الزاعمين أن في اعتبار الكفاءة شرطاً في الزواج منافاة لما
 قرره الإسلام من مبدأ المساواة بين الناس ، لأنه يقسمهم إلى طوائف ويقيم
 العواجز بينهم ويجعل منهم أكفاء وغير أكفاء ، وكان مقتضى المساواة المقررة
 أن يصح للرجل أن يتزوج بأي امرأة كانت .

. وهذا زعم فاسد بنى على نظرة سطحية لمبادئ الإسلام أو شأ عن دخيلة
 في نفس الراعي ، لأن تقرير مبدأ التكافؤ في الإسلام لا يتعارض مع ذلك لا من
 قريب ولا من بعيد لأمرين .

الأول : أن الشارع الذي قرر المساواة قرر أن الناس متفاوتون في الدرجات
 والأرزاق . ففي القرآن الكريم آيات تدل على التفاوت . يقول سبحانه « والله
 فضل بعضكم على بعض في الرزق » ، النحل / ٧٦ ويقول : « وهو الذي جعلكم
 خلائف الأرض ورفع بعضكم فوق بعض درجات ليلوكم فيما آتاكم » الأنعام / ١٦٥
 ويقول : « نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق بعض
 درجات ليتخذ بعضهم بعضاً سخرياً » الزخرف / ٣٢ .

حقي أن ذلك التفصيل امتد إلى رسل الله يقول جل شأنه : « تلك الرسل فضلنا بعضهم على بعض منهم من كلم الله ورفع بعضهم درجات » البقرة / ٢٥٣ .

وفي السنة يقول سول الله صلى الله عليه وسلم : « الناس معادن كعمادن الذهب والفضة » .

لأن الإسلام وهو دين الفطرة لا يمكن أن يهدر الاعتبارات الشخصية التي تعارفها الناس ، ففي الأثر « أنزلوا الناس منازلهم » .

وعلى ذلك تكون النصوص الواردة في المساواة مراداً بها المساواة في الحقوق والواجبات ، أو جاءت للرد على من جعل من نسبه مفخرة له يحقر بها من سواه .
اقرأ إن شئت قوله تعالى :

« يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم » فالآية صريحة في أن اختلاف الشعوب والقبائل لأجل أن يعرف كل واحد بانتسابه إلى قبيلته لا للتفاخر والتكبر ، ثم بينت الميزان الصحيح للتفاضل وهو التقوى « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » :

ومن هنا يقول رسول الله للأقربين له : « يا بني هاشم لا تجيئي الناس بالأعمال وتجيئوني بالأنساب إن أكرمكم عند الله أتقاكم » .

والثاني : أن عقد الزواج كغيره من العقود أساسه الرضا من الجانبين لكنه يمتاز بأنه عقد الحياة كلها يربط الأسر برباط المصاهرة وفيه استفراس الرجل للمرأة الحرة وهو نوع من الرق ففي الحديث : « اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم ، أي أسراء ، كما أن للرجل فيه حق القوامة التي تجعل منه الموجه للمرأة وتجعل منها المطيعة المنفذة ، فهل يستقيم ذلك مع عدم تقاربها في المنزلة في المجتمع الذي يعيش فيه ؟

وهل من المنطق السليم أن نقول للمرأة التي عاشت في سرور وخاء مع أهلها

تزوجي رجلاً معدماً فقيراً لا يملك من حطام الدنيا شيئاً غير البؤس والفاقة ؟
أو نقول لامرأة نبتت في بيئة صالحة وتربت تربية كريمة . تزوجي رجلاً
فاجراً لتربط نفسها بمجلة الفجور ؟

وهل من العدل والأنصاف أن نلزم رجلاً مهذباً له مكانته في المجتمع بعقد
زواج ابنته من خسيس نتيجة طيشها أو تعيير بها ؟ .

إن اشتراط الكفاءة في الزواج وجعلها حقاً للزوجة وأولياؤها يجعل الحياة
الزوجية تثمر أطيب الثمرات في هدوء واستقرار وبدونها لا يستقر لها قرار .

فأصل اشتراطها لا غبار عليه كما أن اعتبار ما وردت به النصوص الصحيحة
فيها من الدين والخلق لا يستطيع أحد إنكاره ، وإما الكلام فيما وراء ذلك ،
ولعله ينبع من أعراف الناس وعاداتهم في البيئات المختلفة للفقهاء ، والعرف له
سلطانه في مثل ذلك لأنه هو الذي يكيف العار الذي يلحق الأولياء في كل
عقد من عقود الزواج كما أشرنا إلى ذلك من قبل .

الفصل الثالث

في الوكالة في الزواج

الوكالة في اللغة تطلق على أحد معنيين الحفظ أو الاعتماد والتفويض في الأمر.
وفي اصطلاح الفقهاء : إقامه الشخص غيره مقام نفسه في تصرف يملكه شرعاً مما يقبل الأمانة .

فإذا كان الشخص لا يملك التصرف بنفسه إما لعدم أهليته للتصرف أو عدم ولايته عليه لا يصح له أن ينيب غيره فيه ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه .

وعقد الزواج في ذاته من التصرفات التي تقبل الأمانة ، فإذا كان الشخص يملك عقده بنفسه في موضع جاز له أن يوكل غيره ليقوم بدله في إنشائه .

هذا قدر متفق عليه بين الفقهاء ، ولكنهم اختلفوا فيمن يملكه . أهو كامل الأهلية من الرجال والنساء أم يقتصر ذلك على الرجال فقط ؟

فالجمهور الذين يمنعون المرأة من مباشرة عقد الزواج بنفسها يقولون : إنه لا يملك التوكيل في الزواج إلا الرجل .سواء بالنسبة لنفسه أو لمن في ولايته .

والحنفية والجعفرية الذين يجوزون للمرأة مباشرة هذا العقد بنفسها يقررون

أنه يصح التوكيل فيه للرجل والمرأة على السواء ما دام كل منهما توفرت فيه أهلية إنشائه .

فيجوز للرجل أن يوكل غيره رجلاً كان أو امرأة في تزويج نفسه أو من في ولايته ، وكذلك يجوز للمرأة أن توكل غيرها رجلاً كان أو امرأة في تزويجها أو في تزويج من في ولايتها (١) .

لأن الأصل المقرر في الوكالة : أن كل شخص ملك تصرفاً بنفسه جاز له أن يوكل فيه غيره ، فلا يشترط في التوكيل إلا أن يكون أهلاً للتصرف سواء كان ذكراً أو أنثى ، كما لا يشترط في الموكل إلا أن يكون مالكاً لهذا التصرف .

ولا يشترط في التوكيل أن يكون مكتوباً بل يجوز مشافهة أو كتابة ، ولا تتوقف صحته في الزواج على الأشهاد عليه ، بل يجوز بدون شهود ، لأنه ليس جزءاً من عقد الزواج المشترط فيه الأشهاد وإن كان الأشهاد عليه مستحسنًا حتى لا يكون عرضة للأنكار أو يحصل نزاع في صفة العاقد .

والتوكيل بالزواج قد يكون مقيداً كأن يقول الرجل لآخر : وكلتك في تزويجي بفلانة لامرأة بعينها أو يوكله في تزويجه من أسرة معينة أو بمر معين ، أو تقول المرأة لرجل : وكلتك في تزويجي من فلان أو بمر معين أو ما شاكل ذلك .

وقد يكون مطلقاً كأن يقول : وكلتك في أن تزوجني دون أن يعين له

(١) يلاحظ أن الشطر الأخير على مذهب الحنفية بناء على أن المرأة لها ولاية في الزواج سبق بيانه ، أما الحنفية فيقتصرون بتوكيلها على تزويج نفسها لأنها لا ولاية لها في الزواج على غيرها .

امراة أو مهراً ، أو تقول لرجل : وكلتك في أن تزوجني دون أن تزيد على ذلك شيئاً .

ومن هنا تتوعت الوكالة إلى نوعين مقيدة ومطلقه .

أما الوكالة المقيدة : فأما أن تكون من جانب الرجل أو من جانب المرأة . فإن كانت من جانب الرجل ولم يخالف الوكيل مقتضى الوكالة فزوجه بالمرأه التي عينها وبالمهر الذي حدده نفذ العقد ولزم الموكل ، لأنه ملك الوكيل تصرفها معيناً فأتى به حسب رسمه له .

وإن خالف فزوجه بامرأة غير التي عينها أو من أسرة أخرى غير التي عينها أو بمهر أكثر مما حدده توقف العقد على إجازة الموكل . إن إجازة نفذ وإن لم يحزه بطل ، لأنه بمخالفته خرج عن مقتضى الوكالة فيكون فضولياً ، وعقد الفضولي عند الحنفية موقوف على إجازة صاحب الشأن .

وفي حالة تزويجه بأكثر من المهر يتوقف ولو تعهد الوكيل بدفع الزيادة ، لأن الموكل قد لا يرضى بهذا التعهد لما فيه من المنه ، والأنسان الحر لا يرضى بمنه غيره عليه ويخاصة في مهر زوجته .

أما إذا زوجه بأقل من المهر الذي عينه فإنه لا يتوقف العقد على إجازته لأن المخالفة هنا صورية حيث فيها خير للموكل ، لأن من يرضى التزوج بالكثير يرضى به بالقليل .

وإن كانت الوكالة من جانب المرأة بأن وكلت غيرها في تزويجها بشخص معين أو بمهر معين فزوجها بمن عينته وبما حدده من المهر فإن كان الزوج كفتاً والمهر مهر المثل نفذ العقد ولزم سواء كان لها ولي عاصب أو لا .

وإن كان الزوج غير كفء أو المهر أقل من مهر المثل ، فإن لم يكن لها ولي

عاصب نفذ الزواج ولزم دون توقف على شيء ، لأن الكفاءة والمهر المماثل حقها وحدها وقد أسقطتها . والوكيل لم يخالف ما رسمته له .

وإن كان لها ولي عاصب لا يصح العقد في حالة عدم كفاءة الزوج ، لأنها لا تملك تزويج نفسها بغير الكفاءة على الرأي المفتى في مذهب الحنفية ، وإذا كانت لا تملكه لا يملكه الوكيل ، وفي حالة نقصان المهر يلزم العقد في جانبها ولا يلزم وليها فله طلب تكميل المهر فإن لم يفعل الزوج كان له الحق في طلب فسخه كما سبق بيانه .

وإن خالف مقتضى الوكالة بأن زوجها من غير من عينته أو بأقل من المهر الذي حددته توقف العقد على إجازتها حتى ولو كان الزوج كفتاً ، لأنه خرج عن مقتضى الوكالة . إذ المرأة أحياناً ترغب في الزواج بمن هو أعلى منها ولا ترضى بزواج من يساويها .

فإن رده بطل ، وإن أجازته لزم في حقها وحق الولي إن كان الزوج كفتاً والمهر مهر المثل ، وإن كان الزوج غير كفاء بطل رغم إجازتها ، لأنها لا تملك ذلك كما قلنا ، وإن كان كفتاً والمهر أقل من مهر المثل لزم في جانبها دون جانب الولي . فله حق الاعتراض كما سبق .

وأما الوكالة المطلقة . وهي التي لم تقيد بزواج ولا بمهر معين . فإن كان الموكل الرجل فأبو حنيفة والجمفري لا يقيدون هذه الوكالة بشيء ، فإذا زوجه الوكيل بأي امرأة وبأي مهر لزمه العقد سواء كانت المرأة مكافئة له أولاً . سليمة أو مميبة بمهر المثل أو بأكثر منه لأن هذا هو مقتضى الأطلاق ، وليس في كلامه ما يفيد التقييد بشيء حتى يكون الوكيل مخالفاً .

وابو يوسف ومحمد يذهبان إلى أن العقد لا يلزمه إلا إذا كانت المرأة سليمة من الميوب مكافئة له وبمهر المثل أو يزيد قليلاً مما يتساهل فيه الناس ، فإن كان

بغير ذلك توقف على إجازته .

ووجه هذا الرأي أن الموكل لو كان يقصد الزواج بأي امرأة وبأي مهر لفعل ذلك بنفسه ولما لجأ إلى التوكيل ، فعدوله عن ذلك واستعاضته بالوكيل الذي جعله موزم ثقته يدل على أنه لا يقصد الزواج بأي امرأة وإنما يقصد الزواج بأمرأة مختارة مكافئة سليمة من العيوب بالمهر الذي تعارفه الناس وهو مهر أمثاله وهو وان لم يقيد توكيله صراحة إلا أن العرف يقيد بها ، والناس تعارفوا التزوج بالمرأة السليمة المكافئة وبمهر المثل ، ومن القواعد المقررة « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » .

وبهذا يترجح رأي الصاحيين . وهو الذي يجري عليه العمل بمصر وكذلك في لبنان بالنسبة للمسلمين السنيين حيث لم يعرض قانون حقوق العائلة لهذه المسألة .

وإن كان التوكيل من جانب المرأة فقد يكون الموكل وليها ، وقد تكون هي نفسها إذا كانت بالغة عاقلة. ففي صورة توكيل الولي يملك الوكيل ما يملكه الولي من التزويج ، لأن الوكيل يستمد سلطانه من الموكل فإن ملك التزويج بغير الكف وبأقل من مهر المثل نفذ تزويج الوكيل بهذا .

وإن كان الولي لا يملك إلا التزويج بالكف وبمهر المثل تقيد الوكيل بذلك وقد سبق مفصلاً في بحث الولاية ، وفي صورة توكيلها فإن كان لها ولي عاصب تقيد تزويج الوكيل بالكف بالاتفاق ، فإن زوجها بغير الكف كان الزواج غير صحيح لأنها لو فعلت ذلك بنفسها كان زوجها غير صحيح على الرأي المفق به .

وإن لم يكن لها ولي عاصب وزوجها بغير الكف كان الزواج موقوفاً على إجازتها بالاتفاق .

أما عند الصاحبين فظاهر لأنها يقيدان الوكالة المطلقة من جانب الرجل بذلك عملاً بالعرف وهذه مثلها ، وأما أبو حنيفة فهو وإن لم يقيدها في جانب الرجل لكتبه يقيدها هنا ، لأن الرجل لا يتعير إذا تزوج بمن لا تكافئه بخلاف المرأة فإنها تتعير بزواجها بغير الكفاء .

وكذلك تنقيد وكالته بالتزويج يهر المثل عند الصاحبين ، فلو زوجها بأقل منه مما لا يتسامح الناس فيه كان الزواج موقوفاً على إجازتها .

وأبو حنيفة يقول : إن كان لها ولي عاصب كان العقد غير لازم بالنسبة للولي فله حق الاعتراض حتى يكمل المهر أو يفسخ العقد ، وإن لم يكن لها ولي عاصب صح العقد ولزم لأن هذا مقتضى الأطلاق .

ومما ينبغي التنبيه عليه هنا : أنه ليس للوكيل في الوكالة المطلقة أن يزوج من نفسه ولا من هو في ولايته باتفاق الحنفية ، لأن التوكيل يقتضى أن يكون طرف الزواج الآخر أجنبياً غير معلوم والوكيل ومن في ولايته معلومون ، فلو كانت الموكلة تقصد ذلك لصرحت به أو لزوجته بنفسها من غير توكيل ، فإن فعل لا ينفذ العقد عليها بل يتوقف على إجازتها .

وليس له أن يزوجها من لا تقبل شهادتهم له وهم أصله كأبيه وجدته وفرعه كابنه وابن ابنه عند أبي حنيفة لوجود تهمة المحاباة ، وموضع التهمة مستثنى من عقد الوكالة المطلقة .

وقال أبو يوسف ومحمد له ذلك وينفذ العقد إذا كان كفوفاً وبمهر المثل لانتفاء التهمة في هذه الحالة فإن كان غير ذلك توقف العقد على إجازتها لوجود التهمة

والجعفرية يقولون : لو زوجها من أبيه أو من ابنه صح ونفذ إذا لم تقيد الوكالة بالأجنبي منه فإن قيدتها بذلك لم يملك هذا التزويج .

ولو كان الموكل رجلاً فليس للوكيل أن يزوجه بابنته الصغيرة أو بصغيرة أخرى تحت ولايته كأخته وبنت أخيه ، لأنه يملك تزويج هؤلاء جبراً عنهم فيكون عاملاً لنفسه بالوكالة والوكيل يعمل لغيره لا لنفسه ، فيتوقف العقد على إجازة الموكل اتفاقاً .

أما إذا زوجه بنته الكبيرة لا ينفذ عند أبي حنيفة لوجود التهمة بسبب البنوة بل يتوقف على إجازته .

وينفذ عند الصاحبين لأنه ليس عليها ولاية إجبارية فلا يستطيع أن يستبد بالعقد عليها فتكون كالأجنبي .

هل للوكيل بالزواج أن يوكل غيره به ؟

جواز ذلك وعدمه يتوقف على صيغة التوكيل . فإذا أطلق له الموكل في توكيله بأن قال له : وكلتك في زواجي ولك أن توكل من تشاء ، أو قال : فوضت أمر زواجي إلى رأبك . ففي هذه الحالة يملك الوكيل توكيل غيره ، ويكون الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل الأصلي ، فإذا عزل الموكل الوكيل الأول قبل الزواج فإن الوكيل الثاني لا ينمزل بعزله ، لأن وكالته مستمدة من الموكل فيبقى على وكالته ما لم يعزله عنها ، أما إذا لم يطلق في وكالته فليس له أن يوكل غيره ، لأن ولاية الوكيل مستمدة من الموكل فالولاية له وحده دون غيره . حيث رضي الموكل رأيه هو دون سواه ، فإن فعل وتولى وكيل الوكيل العقد كان موقوفاً على إجازة الموكل الأصلي ، لأن متوليه في هذه الحالة فضولي .

حكم الوكالة :

الوكيل في عقد الزواج سفير ومعبّر عن الموكل ولذلك لا بد من أن يضيف العقد إلى موكله فلا يرجع إليه شيء من حقوق العقد ولا يضمن شيئاً عن ذلك إلا إذا تكفل به ، وحينئذ تكون الحقوق واجبة إليه باعتباره كفيلاً .

لا باعتباره وكيلاً .

ولس للوكيل عن الزوجة أن يقبض مهرها إلا إذا كان مأذوناً بذلك صراحة أو دلالة ، فلو سلم الزوج المهر اليه ولم يكن مأذوناً في قبضه ولم ترض الزوجة بهذا القبض لا تبرأ ذمة الزوج منه ولها المطالبة به .

أما إذا كان مأذوناً بذلك فإن ذمة الزوج تبرأ منه وليس لها حق المطالبة به بعد ذلك .

ومن الأذن بالقبض دلالة . أن يقبض الأب أو الجد مهر البكر الرشيدة وتسكت عن المطالبة به عند العقد فان هذا السكوت يعتبر إذناً بالقبض فتبرأ ذمة الزوج به ، لأن العادة جرت بأن يقبض الآباء مهراً بناتهم الأبنكار والجد مثل الأب في ذلك .

أما إذا كانت ثيباً أو كان الوكيل غير الأب والجد فإن السكوت لا يعتبر رضا بل لا بد من الأذن الصريح ولا تبرأ ذمة الزوج بتسليم المهر للوكيل .

الباب الخامس

في أحكام عقد الزواج

وفيه فصول

تمهيد : نريد بالحكم هنا (١) الآثار التي يرتبها الشارع على العقد بمد وجوده وهي كثيرة كحل الدخول بالزوجة ، ووجوب المهر والنفقة والعدة بعد انتهائه ، وثبوت نسب الولد الناتج عنه وغير ذلك ، ويسمى الفقهاء بالحقوق الزوجية . وهذه الحقوق لا يرتبها الشارع كلها إلا على الزواج الصحيح النافذة ، فإذا كان العقد غير ذلك فقد لا يثبت شيء منها ، وقد يثبت بعضها لكن لا باعتبار أنه عقد شرعي بل باعتبار أنه أمر واقع يستتبع نزاعاً بين المتعاقدين ، أو كما يقول بعض الفقهاء : إن بعض الآثار من وجوب المهر والعدة وثبوت النسب ترتبت على الدخول بشبهة العقد ولم ترتب على العقد حيث لا وجود له في نظر الشارع .

ومن هنا قسم الفقهاء عقد الزواج إلى خمسة أقسام تبعاً لاستيفائه أنه كانه وشروطه السابقة كلها أو بعضها أو عدم استيفائه لشيء منها وهي :

١ - الزواج الباطل - ٢ - الفاسد - ٣ - الصحيح الموقوف - ٤ - النافذ

غير اللازم - ٥ - اللازم .

(١) للحكم عند الفقهاء معنيان آخران . أحدهما بمعنى صفة الشرعية من كونه فرضاً أو مندوباً أو حراماً حسب أحوال الرجل والمرأة وهو بالنظر إلى طلب الشارع له أو طلب تركه وقد قدمناه . وثانيهما باعتبار اعتداد الشارع وترتيب آثاره عليه أو عدم اعتداده به من كونه صحيحاً أو غيره صحيح باطل أو فاسد وهو مرتبط بالمعنى الذي تتكلم عليه هنا

الفصل الأول

في أنواع الزواج غير اللازم

وفيه مباحث

المبحث الأول

في الزواج الباطل^(١)

وهو الذي اختلف فيه أمر أساسي أو فقد شرطاً من شروط الانعقاد. كزواج

(١) جربنا في هذا التقسيم على رأي فريق من فقهاء الحنفية الذين يفرقون بين باطل الزواج وفاسده وهو ما اختلفنا فيه سبق . وأما الذين لا يفرقون بينهما فقد حملوا الأقسام أربعة فقط . وهذا الخلاف نشأ من أن عقد الزواج وسط بين العبادات والمعاملات ففيه شبه من كل منها أو هو خليط منها، فمن لم يفرق بينها غلب جانب العبادة فألحقه بالعبادات التي يتعد فيها الباطل والفساد ، ومن فرق بينها غلب الجانب الآخر فألحقه بالمعاملات التي يختلف فيها الباطل عن الفاسد. وقد اختلفنا وأى الفريقين بينها لأن المتبوع لصور الزواج غير الصحيح يحددها في واقعها تتنوع إلى نوعين . نوع لا يترتب عليه أي اثر من آثار الزواج حتى ولو دخل الرجل بالمرأة فيه ، ونوع يترتب عليه بعض الآثار إذا تبعه الدخول .

وإذا كان الأمر كذلك فمن المستحسن التمييز بينهما في الاسم فنسمي الذي لا يترتب عليه أي اثر بالباطل . والذي يترتب عليه بعض الآثار بالفساد وكل منهما وإن لحقه الخلل إلا أنه يمكن التمييز بينهما بأن ما أصابه الخلل في أمر أساسي أو فقد شرطاً من شروط الانعقاد يكون باطلاً لأن هذا الخلل ينعدم معه العقد حقيقة أو حكماً مع وجود صورته وما أصابه الخلل في شرط من شروط صحته يكون فاسداً لأن العقد مع هذا الخلل موحود حقيقة وحكماً لكنه غير صالح لترتيب الآثار عليه في ذاته فإذا أعقبه دخول ترتبت عليه بعض الآثار .

فاقد الأهلية إذا باشر العقد بنفسه ، وتزوج الرجل بمن هي محرمة عليه تحريماً لا يشتهب الأمر فيه على الناس وهو يعلم ذلك التحريم كالعقد على إحدى محارمه أو زوجة الغير ، وتزوج غير المسلم بالمسلمة^(١) لعدم محمية المرأة فيها حكمه : الزواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج ، لأن وجوده كعدمه ، فلا يحل به الدخول ، ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة ، ولا يرد عليه طلاق ، ولا يثبت به نسب ، ولا عدة فيه بعد المفارقة ، ولا يثبت به توارث ولا حرمة المصاهرة إلا عند من يثبتها بالزنى كما سبق بيانه .

وإذا دخل الرجل بالمرأة بناء على هذا العقد كانت المخالطة بينهما حراماً ويجب عليهما الافتراق ، فإن لم يفترقا فرق القاضي بينهما ، وعلى كل من يعلم بذلك الدخول أن يرفع الأمر إلى القاضي . وعلى القاضي أن يفرق بينهما لأن هذا الدخول زنى وهو معصية كبيرة يجب رفعها .

والفقهاء لم يختلفوا في أنه زنى ولكن اختلفوا في وجوب الحد به . فالأئمة مالك والشافعي وابن حنبل وأبو يوسف ومحمد يذهبون إلى أنه موجب لحد الزنى متى كان الفاعل عاقلاً عالماً بالتحريم .

وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يوجب الحد ، لأن صورة العقد شبه تكفي لأن يدرأ بها الحد عنه ، ومع ذلك لم يعفه من العقوبة بل قال إنه يعزر أشد أنواع التعزير لقبح فعله .

وإذا سقط عنه الحد وجب عليه مهر المثل بالغاً ما بلغ ،^(٢) لأن الدخول بالمرأة في الإسلام لا يخلو من حد أو مهر وهو مراد الفقهاء بقولهم : الدخول

(١) ومع بطلان عقد غير المسلم على المسلمة يعاقب كل منهما إذا كان يعلمان به . ولا يعد الرجل ناقضاً للعقد إذا كان دهماً . ويرى الأمام مالك إنه يستحق القتل لأنه خالف ما انتزعه بعقد الذمة الذي يوجب عليه ألا يخالف الأحكام الإسلامية العامة .

(٢) يقول قاضخان في فتاويه : « لو تزوج محرمة لحد عليه في قول أبي حنيفة وعليه مهر

لا يدخل من عقر او عقر، ولا تجب العدة بعد التفريق ، لأنه لا عدة في الزنى حيث إنها تجب محافظة على الأنساب من الاختلاط ، ولا يثبت بهذا العقد نسب يحافظ عليه .

وذهب الجعفرية إلى أن الدخول زني لاشبهه فيه فيجب به الحد إذا لم تكن المدخول بها محرما فان كانت محرما استحق القتل^(١) .

هذا وقد اتفق الفقهاء فيما إذا دخل بمن تزوجها وهو جاهل بأنها محرمة عليه على انه لا يجد ويلزمه مهرها بهذا الدخول لأنه لا بد من أحد أمرين الحد أو المهر وحيث لاحد وجب مهر المثل

المبحث الثاني

في الزواج الفاسد

وهو الذي تخلف فيه شرط من شروط الصحة بعد استيفائه لأركانه وشروط انعقاده. كالزواج بغير شهود عند من يشترط الشهادة، والزواج المؤقت، وزواج أخت مطلقة طلاقا بائنا في عدتها لأنه مختلف في حرمة ، وكتزوجه بامرأة محرمة عليه بسبب الرضاع وهو لا يعلم بحرمته بناء على إخبار الناس بأنه لا يوجد بينها صلة محرمة ثم ظهر بعد الدخول أنها محرمة عليه .
حكمه : أنه لا يحل به الدخول بالمرأة ولا يترتب عليه في ذاته شيء من آثار

= المثل بالغا ما بلغ وهذا يدل على أن هذا الزواج باطل هند أبي حنيفة . لأنه لو كان فاسدا لوجب الأكل من المسمى ومهر المثل كما هو الشأن في الزواج الفاسد عند وجود التسمية فإن لم تكن وحب مهر المثل بالغا ما بلغ .

(١) مسائل الخلاف - ٢ ص ١٧٥ .

الزوحية . فإن حصل بعده دخول حقيقي (١) فالمرأة كان معصية يجب رفعها بالتفريق بينها جبراً إن لم يفرقها باختيارها ، ويترتب على ذلك الدخول الآثار الآتية :

١ - لا يقام على الرجل والمرأة حد الزنى بالاتفاق لوجود الشبهة الدارئة للحد عنها .

٢ - يجب على الرجل مهر المثل نالماً ما بلغ إن لم يكن سمي للمرأة مهر أعند العقد أو بعده ، فإن كان سمي لها مهرأ وحب عليه الأقل من المسمى ومهر المثل . ويرى زفر أنه يجب مهر المثل في الحالتين لفساد التسمية بفساد العقد .

٣ - تثبت هذا الدخول حرمة المصاهرة كما سبق بيانه .

٤ - تجب به العدة على المرأة من وقت افتراقها أو وقت تفريق القاضي ، وهذه العدة عدة طلاق تحتسب بالأقراء أو الأشهر إذا لم تكن حاملاً حتى في حالة وفاة الرجل ، لأن عدة الوفاة المقدرة بأربعة أشهر وعشرة أيام لا تكون إلا بعد زواج صحيح ، ولا تجب لها نفقة في هذه العدة .

٥ - يثبت نسب الولد إن وجد محافظة عليه من الضياع .

أما غير ذلك من الأحكام فلا توارث فيه إذامات أحدهما ولو قبل التفريق بينهما ، ولا تجب به على الرجل نفقة ولا سكنى ، كما لا تجب عليها الطاعة للزوج ، ولا يقع نه طلاق على المرأة .

وقانون حقوق العائلة يتفق مع ذلك التقسيم في الحمله حيث جعل من الزواج

(١) قيدنا الدخول الحقيقي لأن الحلوه هنا ولو كانت صحيحة لا تقوم مقام الدخول فلا يترتب عليها أي أثر بخلاف الحلوه بعد العقد الصحيح فإنها تقوم مقام الدخول فيترتب عليها بعض أحكام الدخول كما سيأتي تفصيله إن شاء الله .

غير الصحيح فاسداً واطلاً في المواد من ٥٢ - ٥٨ وإن كان خص البطلان بتزوج غير المسلم بالمسلمة وما عداها وصفها بالفساد ، وفي المادة ٥٧ "يصرح بأن الزواج الباطل لا يفيد الحكم أصلاً فلا تثبت به أحكام الزواج الصحيح سواء حصلت المقاربة «الدخول» أم لا، وأن الزواج الفاسد قبل المقاربة لا يفيد شيئاً كما صرحت المادة - ٧٦ بأن المقاربة فيه يلزم بها المهر والعدة ويثبت بها النسب وحرمة المصاهرة ولا تثبت النفقة والتوارث وبقية الأحكام .

والمادة - ٧٧ - تقرر أن كلا من الفاسد والباطل ممنوع بقاؤه مطلقاً وإذا لم يمتزقا بفرق بينها بالمحاكمة .

المبحث الثالث

في الزواج الموقوف

هو ما فقد فيه شرط النفاذ بأن باشره من ليست له ولاية شرعية على إيشائه بأن كان ناقص الأهلية أو كاملها ولم تكن له صفة تجيز له إنشاء العقد من أصله أو ولاية أو وكالة . كتزوج الصغير المميز بدون إذن وليه فإنه صحيح موقوف على إجازة من له الولاية عليه إلا إذا استمر العقد بدون إجازة أو رد إلى حين بلوغه . فإن الإجازة تنتقل إليه إن أجازة نفذ وإن لم يجزه بطل ، وكعقد القسولي وهو من يعقد لغيره بدون ولاية أو وكالة .

حكمه : الزواج الموقوف - رغم صحته - لا يترتب عليه أي أثر مع آثار الزواج إلا بعد إجازته أو الدخول الحقيقي بعده .

فإذا أجاز ترتيب عليه جميع الآثار التي رتبها الشارع عليه ، وإذا دخل بالمرأة قبل الإجازة ترتب عليه الآثار التي تترتب على العقد الفاسد دون

غيرها ، فلا يحل به دخول ، ولا تجب به طاعة ولا مهر ولا نفقة ولا حرمة المصاهرة إلا على رأي من يثنتها بالزنى ، ولا يقع فيه طلاق ولا توارث إذامات أحدهما قبل الإجازة .

وبهذا يعلم أن حكم الزواج الموقوف قبل إجازته كحكم الزواج الفاسد في أن كلا منها لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول ، وأما بعده فيترتب عليها بعض الآثار .

ولا فرق بينهما إلا أن الفاسد لا يقر بحال من الأحوال ولا يلحقه تصحيح ، أما الموقوف فتلحقه الإجازة ولو بعد الدخول فيصير نافذاً تترتب عليه كل آثار الزوجية من وقت ابتداء العقد ، لأن الإجازة اللاحقة تنسحب على العقد من وقت إنشائه فينقلب نافذاً من وقت إنشائه ، وإن لم يجزه من له الولاية كان ذلك إبطالاً له من مبدئه .

وهذا وليلاحظ أنه إذا دخل الرجل بالمرأة في العقد الموقوف بعد رده وبعد علمه بالرد يكون فعله زنى لا شبهة فيه فيترتب عليه ما يترتب على العقد الباطل .

المبحث الرابع

في الزواج النافذ غير اللازم

هو العقد الذي استوفى أركانه وشروطه كلها مع بقاء حق الاعتراض لغير الماقد عليه وطلبه فسخه كتزويج البالغة العاقلة نفسها بغير كفاء أو بأقل من مهر مثاها ، فإن للولي العاصب حق الاعتراض على هذا الزواج بطلب فسخه كما تقدم بيانه .

وحكم هذا الزواج أنه يترتب عليه الآثار من حل الدخول . ووجوب النفقة والكسوة والسكنى للزوجة ما لم تمتنع عن الدخول في طاعته بغير حق . وتثبت به حرمة المصاهرة فيحرم علي الزوجة أصول الزوج وفروعه كما يحرم على الزوج أصول الزوجة وفروعها ويثبت به حق التوارث إذا مات أحدهما قبل القضاء بفسخه ولو كان قبل الدخول ، كما يثبت به نسب الأولاد للزوج .

ويجب به المهر ديناً في ذمة الزوج بمجرد العقد لكنه عرضة للتنصيف أو السقوط ، فإذا فسخ قبل الدخول والخلوة الصحيحة لا يجب شيء من المهر سواء كان الفسخ من قبل الزوج أو الزوجة ، لأن الفسخ هنا يكون نقضاً للعقد من أساسه ، وحيث انتقص العقد لم يبق موجب للمهر ، لأن الموجب له إما العقد أو الدخول أو الخلوة الصحيحة كما سيأتي تفصيله في بحث المهر .

وإذا كان الفسخ بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة فإنه يجب كل المهر وعليها العدة ولها النفقة وغيرها ، وإذا طلقها قبل الفسخ والدخول كان لها نصف المهر المسمى .

الفصل الثاني

في الزواج الإلزام وما يوجبه من حقوق غير مالية

وفيه مباحث

تمهيد : الزواج الإلزام هو المستوفي لأركانه وشروطه كلها بحيث لا يبقى لأحد حق الاعتراض عليه وطلب فسخه، وحكمه أنه يترتب عليه الآثار التي رتبها الشارع عليه بلا استثناء فهو كالنافذ في ذلك بل هو أقوى أنواع الزواج لأنه ليس لأحد حق الاعتراض عليه كما لا يملك أحد من العاقدين فسخه .

هذا إجمال لآثار الزواج أو الحقوق الزوجية التي رتبها الشارع عليه ولتفصيلها نقول :

إن عقد الزواج إذا تم يوجب حقوقاً للزوجين . وهذه الحقوق بعضها مشترك بينها ، وبعضها يخص الزوج ، وبعضها يخص الزوجة .

المبحث الأول

في الحقوق المشتركة بين الزوجين

أولاً : حق الاستمتاع وهو أن يحل لكل واحد منها أن يتمتع بالآخر في الحدود التي رسمها الشارع ، فعلى كل منها أن يجيب رغبة

الأخر ولا يمتنع منه إلا إذا وجد مانع شرسي يمنع من ذلك كحيض لقوله تعالى يسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله « البقرة/ ٢٢٢ ، ويلحق به النفاس وكذلك المرض الشديد .

وقد اتفق الفقهاء على أنه يجب على الزوج أن يعف زوجته من الناحية الجنسية حتى لا تقع في الحرام متى كان قادراً على ذلك ، وأن هذا الواجب من جهة الديانة أي فيما بينه وبين الله تعالى ، فيحرم عليه أن يشتغل عنها بعمل أو عبادة كل وقته لأنه يعرضها بذلك للفتنة .

فقد روى أن زوجة عبد الله بن عمرو بن العاص شكته إلى رسول الله بأنه يصوم النهار ويقوم الليل فأرسل إليه النبي ﷺ فلما حضر قال له : « يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل » ؟ فقال : بلى يا رسول الله فقال له : « لا تفعل ذلك صم وأفطر وقم ونم فإن لجسدك عليك حقا وإن لزوجك عليك حقا » .

وروى أن امرأة رفعت أمر زوجها إلى عمر رضي الله عنه وذكرت أنه يصوم النهار ويقوم الليل ، فقال عمر : ما أحسنك ثناء على بملك ، فقال كعب : يا أمر المؤمنين : إنها تشكو إليك زوجها ، فقال عمر : وكيف ذلك ؟ . فقال كعب : إنه إذا صام النهار وقام الليل فكيف يتفرغ لها ، فقال عمر لكعب أحكم بينها ، فقال : أراها إحدى نساءه الأربع يفطر لها يوماً ويصوم ثلاثة أيام فاستحسن ذلك منه عمر وولاه قضاء البصرة (١) .

ثانياً : حسن المعاشرة . فكل من الزوجين مطالب بإحسان العشرة على معنى أن يسعى كل منهما إلى ما يرضى الآخر من حسن المحاطبة واحترام الرأي والتسامح والتعاون على الخير ودفع الأذى والبعد عما يجلب الشقاق والنزاع

(١) البدائع ج ٢ ص ٣٣٣

لقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » النساء / ١٩ وقوله « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة » البقرة / ٢٢٨ ، فإذا فعلا ذلك تحقق بينها السكن وتوفرت المودة ، وكان الزواج رحمة لهما كما أخبر المولي سبحانه في قوله « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » الروم / ٢١ .

ثالثا : حرمة المصاهرة . فيحرم على الزوج التزوج بأصول زوجته وفروعها كما يحرم عليها التزوج بأصوله وفروعه وقد سبق تفصيل ذلك .

وحرمة المصاهرة وإن كانت في ظاهرها حق الشارع ، لأنها حكم من أحكامه إلا أن ثمرتها تعود على الزوجين على السواء ، لأن ثبوتها يدفع الأذى عنها فيما لو أبيع لكل منهما أن يتزوج بأقرب الناس إلى الآخر بعد فصم عرى الزوجية بينها ، وقد أشرنا إلى ذلك عند الكلام على حكمة التحريم بالمصاهرة .

رابعاً : ثبوت التوارث بينها بأن يرث كل منها الآخر بعد وفاته ولو كانت قبل الدخول ما لم يوجد مانع يمنع منه ، وذلك لأن عقد الزواج لما أحل المتعة والعشرة بينها فقد أوجد صلة تربط بينهما كصلة القرابة فتبعض ذلك ثبوت التوارث لهذه الصلة .

المبحث الثاني

في حقوق الزوج

يثبت للزوج أولاً : حق الطاعة على زوجته في كل ما هو من آثار الزواج

إلا ما كان فيه معصية لله^(١) فمضى أوفى الزوج زوجته حقوقها الواجبة عليه بأن دفع إليها مهرها أو مقدار ما اتفقا على تعجيله منه وأعد لها المسكن اللائق بها وكان أمياً عليها وجب عليها الدخول في طاعته فتقيم معه حيث يعيش وتمكته من نفسها ، فإذا امتنعت بعد ذلك عن الدخول في طاعته كانت ناشزة وسقط حقها في النفقة كما سيأتي بيانه :

وقد نص قانون حقوق العائلة في المادة - ٧٣ على أن الزوجة مجبورة على إطاعة زوجها في الأمور المباحة « والمادة - ٧١ - تقول : تجبر الزوجة بعد استيفاء المهر المعجل على الإقامة في بيت زوجها إذا كان مسكناً شرعياً وكذا على الذهاب معه إذا أراد الزوج الذهاب إلى بلدة أخرى إذا لم يوجد مانع » .

ووجوب الطاعة في الحقيقة من تنمة التعاون بين الزوجين ، ذلك لأن الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع فإن كانت سليمة ، كان المجتمع سليماً ، ولا تستقيم حياة أي جماعة إلا إذا كان لها رئيس يدير شئونها ويحافظ على كيانتها ، ولا توجد هذه الرياسة إلا إذا كان الرئيس مطاعاً ، وهذه الرياسة لم توضع بيد الرجل مجاناً ، بل دفع ثمنها لأنه مكلف بالسمي على أرزاق الأسرة والجهاد من أجلها مع ما في تكوينه وطبيعته من الاستعداد لها ، يقول سبحانه : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم » .

فهذا الجزء من الآية يثبت للزوج على زوجته حق الطاعة لأنه جعله فيما عليها ولا قوامة بدون طاعة. من الطرف الآخر ، وقد ورد عن رسول الله أحاديث

(١) فلو أمرها بما نهى الشارع عنه كشرب الخمر ولعب الميسر ومجالسة الرجال الأجانب أو الخروج بشكل غير لائق شرعاً أو ترك الصلاة والصيام فلا يجب عليها الامتثال بل يحث عليها مخالفته لحديث « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » .

كثيرة تحض المرأة على طاعة زوجها .

منها ما روى أن امرأة جاءت إلى رسول الله فقالت : إني رسول النساء إليك وما منهن إلا وهي تهوي مخرجي إليك ، الله رب الرجال والنساء وألهن وأن رسول الله إلى الرجال والنساء ، كتب الله الجهاد على الرجال فإن أصابوا أثروا وإن استشهدوا كانوا أحياء عند ربهم يرزقون فما يعدل ذلك من أعمالهن من الطاعة ؟ فقال لها الرسول عليه الصلاة والسلام « طاعة أزواجهن والمعرفة بحقوقهن وقليل منكن من تفعله » .

هذا وقوامة الرجل على المرأة فيما ينعلق بالحياة الزوجية فليس له الحق في التدخل في شئونها المالية ، لأن الولاية لها في ذلك ما دامت كاملة الأهلية ، فإن كانت أهليتها قاصرة فالولاية لوليها المالي كأبيها أو جدها أو من يقوم مقامها .

ويتبع حق الطاعة حق آخر وهو حق القرار في البيت لا تبرحه إلا بإذنه وليس قرارها في البيت غبنا لها أو سجنًا لها كما فهمه قصار النظر وإنما هو إعانة لها على أداء وظيفتها التي خلقت لها وهي التفرغ لتربية الأولاد في مبدأ حياتهم ليحيوا حياة سليمة ، ومن قبل ذلك محافظة عليها من الفتنة والفساد ، وليس معنى هذا أن تظل حبيسة البيت لا تخرج منه أبداً كما فهمه بعض الناس خطأ ، لأنه ليس حقاً من حقوق الله حتى يكون لازماً بل هو حق للزوج إن شاء الله تمسك به وإن شاء تنازل عنه وأذن لها بالخروج ما لم يترقب على خروجها مفسدة فيتعمت المنع محافظة على حرمت الله .

على أن حق المنع ثابت له بشرط أن يكون أوفاهم حقوقها ، وإلا يكون لخروجها مسوغ شرعي كأداء فريضة الحج بشرط أن يكون سفرها مع ذوي رحم محرّم منها ، وزيارة أبيها ومحارمها من أخوتها وأعمامها وغيرهم .

فإن وجد المسوغ الشرعي لخروجها ولم يأذن لها ، كان لها الخروج بدون إذنه

فترور والديها كل أسبوع مرة ، ومحارمها كل سمة ، وقيل كل شهر كما يقرره فقهاء الحنفية ، وقيد أبو يوسف ذلك بعدم قدرتهم على الحيء إليها .

ويرى الجمهور: أنها تخرج لزيارة والديها ومحارمها حتى لا يتحقق منها العقوق والقطيعة دون تقييد برمان محدد ، لأن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال .

وإذا مرض أبوها وليس له من يقوم بتمريضه غيرها كان لها أن تذهب إليه لتقوم بتمريضه ولو لم يرص الروح ، ولا تكون بذلك حارحة عن طاعته ، لأن حق الوالدين مقدم على حق الزوج عند تعارضهما ، حتى ولو كان الأب غير مسلم .

وعلى الزوجة بعد طاعة زوجها وقرارها في بيته ، أن تكون أمينة على سره حافظة لماله وشرفه فتبتعد عن مواطن الشبهات ، فلا تدخل بيتها من لا يرضى زوجها عنه ، ولا تطيع فيه أحداً لقول رسول الله ﷺ : « لا يجمل لامرأة تؤمن بالله أن تأذن في بيت زوجها وهو كاره ، ولا تطيع فيه أحداً ولا تعتزل فراشه ولا تضربه » (١) .

ثانياً : ولاية التأديب .

إذا كانت الزوجة مطيعة لزوجها محافظة على حقوقه فلا سبيل له عليها ، أما إذا حرجب عن الطاعة وخالفته فيما يجب عليها ، كان له عليها ولاية التأديب

(١) أما عمل البيت من كنس وعسل وطبخ ، فهو واجب عليها ديانة لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قسم العمل بين علي وفاطمة رضي الله عنهما فحمل عليها العمل في البيت وعليه العمل حارحه ، أما أنها تجر عليه قضاء ففيه التفصيل الآتي : إن كانت لا تقدر عليه أو كانت قادرة ولكن عادة أمثالها حرت ألا يقمن بالخدمة فعليه أن يحصر لها من يقوم بخدمة البيت ولا تجبر عليه ، وإن كانت قادرة على العمل وتحسنه وكانت ممن يخدم أهلهن فيرى بعض العلماء أنها تجر عليه ويرى آخرون أنها لا تجر .

لقوله تعالى : « فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله ، واللاتي تخافون نشوزهن فمظومن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطمعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، النساء / ٣٤ . فهذه الآية قسمت النساء إلى نوعين . صالحات . وهؤلاء لسن في حاجة إلى تأديب لأنهن يقمن بما عليهن من حقوق الله وحقوق الزوج .

والنوع الثاني الذي عبرت عنه الآية « واللاتي تخافون نشوزهن » وهن اللاتي شرع التأديب لهن ، لأن تركهن على انحرافهن يسبب للبيت شقاء لا تستقيم معه الحياة الزوجية ، وجعل التأديب للزوج دون غيره من الولي أو القاضي محافظة على كيان الأسرة بحفظ أسرارها من أن تزداع فيطلع الناس منها على ما لا يحسن الاطلاع عليه ، ولأنه أعلم من غيره بما يقومها ويردها إلى صوابها ، ولأن ضرر انحرافها يعود أولاً عليه وعلى بيته .

ثم أن الآية بينت طريق التأديب فجعلت له وسائل ثلاث: الموعظة الحسنة والهجر في المضاجع، والضرب ، وجاءت بها مرتبة فإذا أراد التأديب بدأ بما بدأ الله به فيعظها فإن كفت الموعظة وقف عند ذلك ، وإن لم تفد الموعظة هجرها في المضجع بأن يوليها ظهره أو ينام في فراش آخر داخل البيت ، فإن لم يفد الهجر فله أن يضربها ضرباً غير مبرح ولا مشين .

وفي هذا يقول رسول الله ﷺ في خطبته في حجة الوداع . « ألا واستوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عوان^(١) عندكم ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح ، فإن أطمعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

(١) عوان جمع عانية وهي الأسيرة . ومعناها أن النساء عند الرجال بمنزلة الأسرى فليطهمن الإحسان إليهن .

ولقد سأل رجل النبي ﷺ : ما حق المرأة على الزوج ؟ قال : « تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسبت ، ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت » .

فإذا أساء الرجل استعمال حقه ، وتجاوز القدر اللازم للإصلاح كان متعدياً ، وللزوجة حينئذ أن ترفع أمرها إلى القاضي ليرده عن عدوانه ، فإن ثبت لديه عدوان الزوج عززه بما يراه كافياً لزجره عن معاودته لما فعل ، وليس له حق إيقاع الطلاق جبراً إذا طلبته الزوجة كما يرى الحنفية والجعفرية ، ويرى المالكية أن المرأة لو طلبت الطلاق للضرر في هذه الحالة كان للقاضي سلطة إيقاع الطلاق إذا امتنع الزوج عن التطليق وتكون طلاقه بائنة ، وهو ما يجري عليه العمل في مصر .

وأذا عرفنا أن شريعة الله عامة لا تخص طائفة دون غيرها وليست قاصرة على زمن معين ولا بيئة خاصة ، وعرفنا مع ذلك أن النساء تختلف طبائهن ، ففهن من تردن الكلمة عن غيرها ، ومنهن من لا يؤثر فيها الكلام ولا يردنها إلا الحجر والحرام ، ومنهن من لا يفيد معها كلام ولا هجر لشراسة في خلقها وعناد لا يرده إلا الضرب ، إذا عرفنا ذلك أدركنا سر تنوع وسائل التهذيب في كتاب الله الذي لا تخفى عليه خافية في الأرض ولا في السماء ، والذي خلق المرأة وهو الخبير بأسرارها العليم بما يهذيها إذا ما التوى بها الأمر عن الجادة المستقيمة .

وبعد ذلك يكون من قصر النظر وسوء الفهم توجيه النقد على غير هدى كما قيل : إن الضرب وسيلة صحراوية لا تتفق مع عصر المدنية والتقدم ، فكيف تبيح شريعة لزوج أن يضرب زوجته تدرحت في مدارج الثقافة حتى بلغت قمتها ؟ .

ونحن نقول لهذا المفترى : ليس كل النساء كما وصفت ، وليس الضرب هو

الوسيلة الوحيدة المشروعة . بل إنها إحدى وسائل ثلاث ، وكانت في المرتبة الثالثة لا يلجأ إليها إلا عند فشل الأولى والثانية .

إن القرآن يعالج انحراف المرأة من القمة ، فيعالج من طريق العقل أولاً ، ثم ينتقل إلى طريق العاطفة ، ولم يبق بعد ذلك إلا طريق الجسد بالضرب ، لأن من لا يستجيب بعقله ولا يتأثر بعاطفته ينزل إلى مرتبة الحيوان الأعجم ، فبم تقوم اعوجاجه أيها الناقد الحاقد ؟ .

ثم إن القرآن لم يقف بالعلاج عند هذه الوسائل الفردية التي وكلها إلى الزوج ، بل جعل للروح إذا لم يصل إلى نتيجة وأفلت الزمام من يده أن يرفع الأمر إلى القاضي ليعالج المشكلة بوسيلة أخرى على مستوى الجماعة ، لأن الحياة الزوجية ليست ملكاً للزوجين خاصة ، بل لها جانب اجتماعي من جهة أنها عضوان في المجتمع الذي يسعد بسعادة أفراده ويشقى بشقائهم ، فيبعث القاضي حكماً من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ، ليتعرفا أسباب النزاع ويقوما بالأصلاح كما يقول سبحانه : « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً » النساء / ٣٥ . وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه عند الكلام عن التفريق بين الزوجين للضرر .

المبحث الثالث

في حقوق الزوجة غير المالية

أولاً : يثبت للزوجة على زوجها عدم الإضرار بها بأن يعدل في معاملتها فيعاملها بما يجب أن تعامله به فيحافظ على حقوقها من غير إفراط ولا تفريط ، وإنما وجب عليه العدل وعدم الإضرار باعتبار ما له من السلطان والرياسة ، فحيث وضع الشارع في موضع القوامة وأوجب له على زوجته الطاعة والقرار

في البيت ومنحه سلطة التأديب، ومدته أمور لا تستقيم مع إطلاق يده في التصرف بل يجب تقييدها بالعدل من جانبه ، حتى تسير الحياة الزوجية في طريق مستقيم لتحقيق الغاية المقصودة منها .

ومن هنا جاءت عدة آيات وأحاديث تدب الزوج إلى أن يعدل ولا يظلم وينفع ولا يضر ويرحم ولا يقسو، فيقول جل شأنه: «ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف» ويقول: «فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن أضراساً لتمدنوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه» البقرة / ٢٣١ ، ويقول: «فإن أظعنكم فلا تنفوا عليهن سبلاً»

ويقول ﷺ: «خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي» ، وفي حديث آخر يقول: «ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا هجر إلا في البيت» ، وفي خطبة الوداع يقول: «ألا واستوصوا بالنساء خيراً فإنا هن عوان عندكم ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك» يريد أن يقول، إسك لا تملكون منهن غير الاستمتاع ، وهكذا يرسم الإسلام طريقة معاملة الأرواح لزوجاتهم ، فمن سار في طريقه نجح ، ومن حاد عنه وآذى زوجته بالقول أو بالفعل كان لها الحق أن ترفع الأمر إلى القاضي وهو عماله من الولاية العامة يستطيع زجر الزوج بالقول وتعزيره بما يراه رادعاً له عن عدوانه ، كما يذهب إليه الحمفية والجعفرية . أو تطلب التفريق للضرر وللقاضي أن يأمره بتطبيقها ، فإن لم يفعل طلقها نيابة عنه وإن لم يرض بذلك الزوج كما يذهب إليه الإمام مالك .

وينص قانون حقوق العائلة في المادة - ٧٣ - على أن الزوج مجبور على حسن معايشة زوجته ، كما يجب عليه العدل للزوجة يجب عليه التسوية بين زوجاته

ثانياً : إذا كان له أكثر من زوجة وحب عليه التسوية، بينهن في المعاملة ، سواء كان ذلك في السيات أو في النفقة بأنواعها؛ لأن الله شرط حل التعدد بالعدل في قوله جل شأنه : «فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة» والمادة - ٧٤ - من قانون

حقوق العائلة تنص على أن « الرجل مجبور على إجراء العدالة والمساواة بين زوجاته المتعددات » .

ويستوي في ذلك البكر والثيب والشابة والمجوز والصحيحة والمريضة والأولى والأخيرة والمسلمة والكتابية، لأن رباط الزوجية واحد في الجميع، فلا يحل له أن يميز واحدة عن غيرها في أي شيء من الأمور الظاهرة، فبييت عند كل واحدة قدر ما يبيت عند الأخرى وتقدير النوبة مفوض إليه .
وإن كان الأولى ألا تكون طويلة حتى لا تطول الوحشة على الزوجات .

والمعتبر في المناوبة بين الزوجات الليل لا النهار، إلا إذا كان الزوج يعمل ليلا فتكون المناوبة بالنهار، وإذا عين الزوج مقدار النوبة بدأ بمن شاء، وعليه أن يوفي كل زوجة نوبتها دون أن يزيد لواحدة على حساب الأخرى إلا إذا أذنت صاحبة الحق في ذلك، أو وجدت ضرورة تدعوه إلى ذلك. كأن مرضت إحداهن وليس لها من يقوم بتمريضها غيره .

وإذا تنازلت إحدى الزوجات عن نوبتها لزوجة أخرى صح ذلك، لأن رسول الله أقر ذلك عندما تنازلت سودة بنت زمعة عن نوبتها لعائشة رضي الله عنها، وللمتنازلة أن ترجع عن تنازلها متى شاءت لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد فلا يسقط .

يلزم الزوج هذا القسم حتى ولو كان مريضاً، لأن في وجوده عند زوجته إيناساً لها إلا إذا أذن له في القرار في بيت إحداهن .

ويرى الجعفرية: أنه عند تعدد الزوجات لا حق للزوجة إلا في ليلة من أربع، فإن كان له زوجتان فلكل واحدة ليلة والباقي من الأربع له أن يضمه حيث شاء، فيجوز له أن يبيت عند إحداهما ثلاثاً لأن له الحق في التزوج من اثنتين غيرهما، وإذا جاز له ذلك جاز أن يجعل نصيبها لإحدى زوجتيه .

ونحن نقول: نعم، لأن يتزوج أربعاً وعليه المدل بين زوجاته أياً كان عددهن
فهل في ذلك عدل؟

هذا ولا يسقط القسم عنه إلا في حالة السفر، فله أن يأخذ من يشاء منهن
للسفر معه، وليس لغيرها عوض عن أيام السفر لتطالب به بعد العودة منه، ولا
يجب عليه إجراء القرعة بينهن وإن كان من الأفضل أن يختار من يختارها للسفر
بالقرعة بينهن تطيباً لحاظرهن، حتى لا تشعر الباقيات بمرارة التفضيل لمن
اختارها، وهذا عند الحنفية والجعفرية. لأنه لا يجب عليه أن يصحب أحداً من
نسائه معه في سفره.

ويرى الشافعية أنه يجب عليه أن يقرع بينهن، لما روي أن رسول الله ﷺ
كان إذا أراد سفرأ أقرع بين نسائه وأيتهن خرجت قرعتها خرج بها، فإذا
أقرع بينهن لا يقضي للباقيات، وإن سافر من غير قرعة فعليه أن يقضي للباقيات
بقدر عيبته مع من سافر بها.

وأجيب على ذلك بأن رسول الله ﷺ كان يفعل ذلك تطيباً لقلوب نسائه،
ولأن الزوج لا يجب عليه أن يصحب واحدة منهن، وليست كل زوجة تصلح
رفيقة في السفر.

وكما يجب عليه التسوية في البيات، يجب عليه التسوية في النفقة حسب حاله
من العسر واليسر على أحد الآراء من مذهب الحنفية^(١) وهو المعمول به في مصر
بمقتضى المادة ١٦٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، فيعطي الفقيرة والغنية سواء

(١) يرى بعض الحنفية أن النفقة على حسب حالة الزوجة وحدها، ويرى فريق ثالث أنها على
حسب حال الزوجين معاً، وهو الرأي الراجح في المذهب الحنفي الذي كان يعمل به في القضاء
قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

لفوله تعالى : « ليفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف نفساً إلا ما آتاها » الطلاق / ٧ .

وقانون حقوق العائلة في المادة - ٩٢ - يعتبر في النفقة حال الزوجين معاً .
أخذاً بالراجع من مذهب الحنفية .

ويرى الجعمرية : أن النفقة على أحسب حال الزوجة وحدها ، فلا يجب عليه التسوية إلا إذا تساوين في اليساوا والأعسار ، فإن كادت إحداهما موسرة والأخرى معسرة أعطى كل واحدة ما يكفيها حسب حالها .

الفصل الثالث

في الحق الثالث للزوجة وهو المهر^(١)

وفيه مباحث

المبحث الأول

في التعريف به وسبب إيجابه ومم يكون ؟

المهر^(٢) حق مالي أوجبه الشارع للمرأة على الرجل في عقد زواج صحيح ،

(١) أم مراجع هذا البحث. البدائع ج ٢ ص ٢٧٤ وما بعدها ، فتح القدير ج ٢ ص ٤٣٤ وما بعدها ، المغني لأن قدامة ج ٦ ص ٦٧٩ وما بعدها ، زاد المعاد ح ٤ ص ٢٨ وما بعدها ، بداية المجتهد لأن رشد ح ٣ ص ١٦ وما بعدها ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٩٣ وما بعدها ، شرح منهاج الطالبين بحواشيه ج ٣ ص ٢٧٥ وما بعدها ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٣ وما بعدها ، الفروق للقرافي ح ١ ص ١٥٠ وما بعدها ، تفسير القرطبي ح ٥ ص ٩٩ ، تفسير المنارج ٤ ص ٣٧٦ .

(٢) وله أسماء : منها الصداق من الصدق لدلالته على صدق رعية بادلته في المرأة . والنحلة أي عطية من الله مبتدأة لأن استمتاع كل من الزوجين في مقابلة استمتاع الآخر به . فالمهر ليس عوضاً عن شيء ، ويسمى صدقة لقوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » والغريضة والأحر « وآتوهن أجورهن فريضة » والملائق لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « أدوا الملائق » قيل وما الملائق يا رسول الله ؟ قال : ما يتراضى به الأهلون ، والمقر والحباء وغيرها . راجع المغني ح ٦ ص ٦٧٩ ، وحاشية القليوبي ح ٢ ص ٢٧٥

أو دخول بشبهة أو بعد عقد فاسد . وهذا التعريف يفيد أن المهر واجب ، وأنه يجب على الرجل لا على المرأة ، وأن وجوبه ثابت بأحد أمرين :

الأول : مجرد العقد ويكون في الزواج الصحيح لقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم » النساء / ٢٤ ، فهو يفيد أن طلب الزواج لا يكون إلا بالمال ، وليس له معنى إلا وجوب المهر بمجرد العقد الصحيح ، وإن كان هذا الوجوب لا يستقر إلا إذا تأكد بأمر من مؤكدات المهر ، لأنه قبل تأكده عرضة لأن يسقط بعضه إذا طلقها قبل الدخول ، أو يسقط كله لا إلى بدل إذا جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول ، أو يسقط كله إلى بدل إذا فسدت التسمية فإنه يجب عليه التمتع .

الثاني : الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد أو في المخالطة بشبهة ، وفي هذا لا تبرأ ذمته منه إلا بالأداء أو الأبراء منه من جانب المرأة .
أما وجوبه فتثبت بالكتاب والسنة والأجماع والمعقول .

أما الكتاب فأيات كثيرة منها : « الآية السابقة » . وقوله تعالى : « فانكحوهن بإذن أهلن وآوهن أجورهن » إلى قوله : « فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن فريضة » وقوله : « قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم » الأحزاب ٥٠ ، وقوله جل شأنه : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » النساء .

فقد قيل في تفسيرها : عطية من الله للنساء بدليل : « فأتوهن أجورهن فريضة » .

وقيل عطية عن طيب نفس بالفريضة التي فرض الله تعالى .

أما السنة فلأن رسول الله ﷺ لم يخل زواجا من مهر ، ولو لم يكن واجبا لتركه مره ليدل على عدم وجوبه .

وقد أجمع المسلمون على ذلك من عصر الصحابة إلى وقتنا هذا لم يخالف في ذلك أحد .

وأما المعقول : فلأن الزواج لو أبيح بدون مهر لكان في ذلك ابتذال النساء وحط أقدارهن واستهانة بشأهن ولأدى إلى قطع النكاح لأوهى الأسباب وأتفهها .

ويعد وجوبه . هل يشترط ذكره في العقد ؟

عقد الزواج لا يتوقف وجوده ولا صحته شرعاً على ذكر المهر فيه بالاتفاق ، لأنه ليس ركناً من أركانه ولا ذكره شرطاً لصحته بل يشترط المهر ديناً في دمه الروح بمجرد العقد الصحيح النافذ فهو حكم من أحكامه وأثر من آثاره ، والدليل على صحته مع عدم تسمية المهر قوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين البقرة / ٢٣٦ ، فهذه الآية تدل على نفي الجناح عن المطلقين قبل الدخول وقبل فرض المهر ، والطلاق لا يكون إلا بعد قيام الزوجية الصحيحة ، ولو كانت تسمية المهر شرطاً لصحة الزواج لما صح العقد وبالتالي لم يكن طلاق مباح .

وما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن المرأة التي تزوجت ولم يسم لها زوجها مهراتم مات عنها قبل الدخول ، فقال : بعد تردد طويل استمر شهراً من الزمان : لم أجد ذلك في كتاب ولا فيما سمعته من رسول الله ولكن أجتهد رأيي فإن كان صواباً فمن الله وإن كان خطأً فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه بريتان أرى لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط « أي لانقص ولا زيادة ، فقام رجل يقال له معقل بن سفيان وقال : إني أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الأشجعية مثل قصائك هذا ، ثم قام أناس من أشجع وقالوا : إنا نشهد بمثل شهادته . ففرج ابن مسعود بذلك ،

وهذا يدل صراحة على أن العقد صحيح وان لم يذكر المهر فيه، وأن الواجب عند عدم التسمية هو مهر المثل .

هل المهر عوض عن شيء ؟

وإذا وجب المهر على الزوج بمجرد العقد فهل كان وجوبه عوضاً عن شيء ملكه في مقابلته أو كان عطاء لازماً وهدية قررها الشارع ؟

اختلف نظر الفقهاء في ذلك. فمنهم من يذهب إلى أنه عوض عن ملك المتعة (١) ومن هنا حكموا بفساد العقد إذا تزوجها على ألا مهر لها وقبلت ذلك قياساً له على البع إذا نفى فيه الثمن .

وقالوا: إن القرآن سماه أجرأفي مقابلة الاستمتاع في قوله تعالى « فما استمتعتم به من فآتوهن أجورهن فريضة» وفي الآية التي بعدها يقول: « وآتوهن أجورهن بالمعروف» .

وذهب آخرون إلى أنه وجب على أنه هدية لازمة وعطية مقررة من الشارع. لأن القرآن سماه نحلة في قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة»، والنحلة تطلق على ما ينحله الإنسان ويعطيه هبة عن طيب نفس بدون مقابلة عوض، وقيل نحلة تدنيا والنحلة الديانة والملة. كما يقول القرطبي في تفسيره ج ٥، ولأنه لو كان عوضاً عن التمتع كما يقول أصحاب الرأي الأول لما وجب منه شيء إذا طلقها قبل الدخول حيث لم يستوف نظيره شيئاً مع أن القرآن أوجب لها نصف المهر إذا

(١) من هذا الفريق المالكية ولذلك عرفوه: بأنه ما يعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها «الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٩٣ وهو قول للشافعية . يقول عميرة في حاشيته على شرح المنهاج ج ٣ ص ٢٧٥ وهل الصدقات عوض أو تكرامة وفضيلة للروح قولان حكاهما المرعشي » . ويقول عز الدين بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام ج ١ ص ٦١ وليست النفقة في مقابلة ملك البصع وإنما هي في مقابلة التمكين والبضع مقابل بالصدقات فتكون نفقة المرأه كنفقة العبد المشتري فسان الثمن في مقابلة رقيته والنفقة جارية بسبب ذلك الملك » ٥١ .

كان سمي لها مهراً أو المتعة وهي نوع من المال عند عدم التسمية . يدل لذلك قوله تعالى: « لا جناح عليكم إذا طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تقرضواهن فريضة ومتموهن على الموسع قدرة وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقا على المحسنين وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » البقره / ٢٣٧ .

وإذا كان القرآن سمي المهر باسمين متغايرين « أجر ونحلة » وكل منها له مدلوله الذي يغير مدلول الآخر فأحدهما يقتضي أن يكون المهر عوضاً والآخر يقتضي أن يكون غير عوض فالأمر يحتاج إلى ترجيح أحدهما لأنها غير مرادين معا . فتقول :

إن إقضيه المعاوضة ليست ظاهرة . أما قبل الدخول فلأن الزوج وإن حل له التمتع بالمرأة لكنه لم يستوف منه شيئاً وقد أوجب الشارع المال إذا طلقها قبل الدخول كما تقدم بيانه .

وأما بعد الدخول في الزواج الصحيح فهو وإن ملك الزوج التمتع بها واستوفى حقه منها إلا أنه لا يصلح أن يكون موجبا للعوض على الزوج ، لأن الاستمتاع مشترك بينهما فكل منهما يتمتع بالآخر كما قدمنا في الحقوق المشتركة بين الزوجين . وكان مقتضى ذلك ألا يجب على الزوج شيء في مقابلة تمتعه أو يجب على كل منهما العوض .

لكن الشارع خص الزوج بالأيجاب عليه فلا بد أن يكون وجوبه لمعنى آخر غير المعاوضة . وليس هنا ما يصلح لذلك غير أنه عطاء لازم من الزوج إبانة لشرف العقد وإظهاراً لخطره ليدوم العقد ويؤدي مقاصده :

وإنما وجب على الزوج دون الزوجة ؟

لأن عقد الزواج شرع لمقاصد أخرى غير التمتع المشترك بين الزوجين وهذه المقاصد لا توجد إلا بدوام العقد ، والشارع جعل للزوج القوامه وملكه الطلاق عند

اشتداد النزاع الذي لأتخلو منه الحياة الزوجية عادة ، فلو شرع الزواج بدون مال يدفعه الزوج لهانت عليه الزوجة وتخلص منها لأتفه الأسباب ، حيث أخذها بلا شيء ، وسوف لا يدفع شيئاً في زواجه بغيرها ، فكان وحب المهر عليه من عوامل حرصه عليها وعدم التفريط فيها فوق أنه يشعرها من أول الأمر بأنها محل رعايته وتكريمه ، وأنه سيتحمل عنها تكاليف الحياة فتقبل على الحياة الزوجية وهي راضية مطمئنة .

وفي هذا يقول الكاساتي في بدائمه ^(١) ما نصه : « إن ملك النكاح لم يشرع لعينه بل لمقاصد أخرى لا حصول لها إلا بالدوام على النكاح ، والقرار عليه لا يدوم إلا بوجود المهر بنفس العقد لما يجري بين الزوجين من الأسباب التي تحمل الزوج على الطلاق من الوحشة والخشونة ، فلو لم يجب المهر بنفس العقد لا يبالي الزوج بأزالة الملك بأدنى خشونة تحدث بينها لأنه لا يشق عليه إزالته لسا لم يخف لزوم مهر فلا تحصل المقاصد المطلوبة من النكاح ، ولأن مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل إلا بالموافقة ولا تحصل الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكرمة عند الزوج ولا عزة إلا بانسداد طريق الوصول إليها إلا بالمال له خطر عنده ، لأن ما ضاق طريق إصابته يمز في الأعين فيعزبه أمساكه وماتيسر طريق أصابته يهون في الأعين فيهون أمساكه ومتى ، هانت في أعين الزوج تلحقها الوحشة فلا تقع الموافقة فلا تحصل مقاصد النكاح ١٥ هـ .

ما يصلح أن يكون مهرا

لاخلاف بين الفقهاء في الأشياء بالنسبة لصلاحيتها لأن تجعل مهرا تتنوع إلى نوعين : نوع يتعين أن يكون المهر منه . وهو كل ما له قيمة شرعية سواء كان عينا من الذهب والفضة أو منفعة مباحة تقوم بالمال أو ديناً في الذمة .

(١) ج ٢ ص ٢٧٥

ونوع لا يصلح أن يكون مهرا وهو كل ما ليس بمال أو كان مالا غير متقوم شرعا كالخمر والخنزير في حق المسلم أو منفعة غير مباحة أو مباحة ولكنها لا تقوم بمال . وإن اختلفوا في تطبيق هذين الأصلين على بعض الجزئيات لاختلاف وجهات النظر فيها ، لأن المهر إما عوض كما يرى بعض الفقهاء أو هبة من الزوج لارمة وكل منها لا يكون إلا من النوع الأول .

فلو سمى لها مقدارا معيناً من المال ذهبا أو فضة مصروبة أو غير مصروبة أو غير مصنوع أو ورقا نقدياً أو قدرا معيناً من المكيلات أو الموزونات أو المنسوجات أو دارا معينة أو سكنى دار أو منفعة أرض أو خدمة يؤديها لا يكون فيها مهانة له ، أو دينا في ذمة الزوجة أو في ذمة شخص آخر وما شاكل ذلك صحت التسمية ، وإن سمى لها غير ذلك مما ليس بمال متقوم أو منفعة غير مباحة أو لا تقوم بمال لاتصح التسمية ، وسيأتي تفصيل ذلك بالأمثلة .

المبحث الثاني

في مقدار المهر

للفقهاء في مقدار المهر آراء. فمن الفقهاء من يذهب إلى عدم تحديده بمقدار لا في مبدئه ولا في نهايته وإنما هو موكول إلى تراضى الطرفين، ومنهم من يذهب إلى أن أقله محدد بمقدار لا يجوز بأقل منه وإن لم يكن محدد النهاية. وإليك تفصيل ذلك : أما أدناه فذهب الشافعية والحنابلة والجعفرية وجماعة آخرون إلى أنه لا حد له ، بل يصح عندهم بكل ما يصدق عليه المال شرعا مادامت له قيمة يقوم بها تراضى عليه الزوجان مستدلين بقوله تعالى « أن تبتعوا بأموالكم » فهذه الآية شرطت أن يكون الزواج بالمال ولم تحدد مقدارا معيناً . فعلمنا من ذلك أن كل ما يسمى مالا في العرف والشرع يصح تسميته مهرا . ثم جاءت الأحاديث مؤيدة لذلك . ففي بعضها « إلتمس ولو خاتما من حديد » وروى أحمد وأبو داود عن جابر

أن رسول الله ﷺ قال: « لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يديه طعاما كانت له حللا »^(١)، وما رواه الدارقطني بإسناده قال: قال رسول الله ﷺ « أنكحو الأيامى وأدوا العلائق » قيل ما العلائق يا رسول الله؟ قال: ماترأى عليه الأهلون »^(٢) ولأن المهر ثبت حقا للزوجة بدليل أنها تملك التصرف فيه استيفاء وإسقاطا فكان التقدير فيه إلى المتعاقدين .

وذهب الحنفية والمالكية وجماعة من السلف إلى أن له حدا أدنى لا يصح بأقل منه مستدلين بأحاديث وآثار عن الصحابة تفيد التحديد. فتكون الآية مقيدة لا مطلقة ، ويحملون بعض الأحاديث السابقة على الخصوصية كحديث الخاتم ، وبعضها الآخر على ما قبل شرعية التحديد. يريدون بذلك أن الزواج شرع أولا من غير تحديد مقدار للمهر ثم جاء التحديد بعد هذا .

ثم قالوا : إن المهر وجب أظهارا لشرف العقد وأبانة لخطر محله وهو المرأة الحرة فيجب أن يكون له قدر لا ينزل عنه حتى لا ينزل بشرف العقد ، وهذا القدر ربع دينار عند المالكية لأن هذا القدر له خطر حيث تقطع يد السارق بسرقة .

ويرى الحنفية أنه عشرة دراهم^(٣) لأن يد السارق لا تقطع في أقل منه. ولما روى عن عمرو بن علي وعبد الله بن عمر أنهم كانوا يقولون « لا يكون مهر أقل من عشرة دراهم » وهذا التحديد لا يعرف بالرأي والاجتهاد فلا بد أن يكونوا سمعوا فيه حديثا عن رسول الله ﷺ ، بل قالوا إن الدارقطني روى عن جابر عن رسول الله أنه قال « لا مهر أقل من عشرة دراهم » ، وأما كون المهر حقا للمرأة خالصا فهذا مسلم أنه حقا في حالة البقاء بعد تمام العقد ، وأما في الابتداء ففيه حق

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٤٢ ، ١٤٥

(١) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٦٨٢ .

(٢) وقدره ابن شامة بخمسة دراهم وإبراهيم النخعي بأربعين درهما وسعيد بن جبير بخمسين درهما وقيل غير ذلك .

للشارع لأبانه خطر العقد وصيانة المرأة عن الابتذال ، وحق الأولياء حيث ثبت لهم الاعتراض إذا زوجت السالغة العاقلة نفسها بأقل من مهر المثل

ونحن نقول : إن التقديرات لاتعرف بالرأي وأنها تعرف بتقدير الشارع ، ولم يصح في التقدير حديث ، فالحديث الذي استدل به الحنفية ضعفه رجال الحديث والأثر عن بعض الصحابة ضعفه الكمال بن الهمام^(٣) ، والأحاديث التي استدل بها غيرهم ليست صريحة في التحديد . بل كل ما فيها أن كلاً منها يوافق مهرأ من من المهور الواقعة في عصر النبوة ، وهذا لا يدل على أنه المقدر الذي لا يجزىء ، دونه إلا مع التصريح بأنه لا يجزىء ، دون هذا المقدار ولا تصريح إلا ما ورد في الذي استند اليه الحنفية وقد علمت ما فيه . وفوق ذلك فإنه جزء من حديث ولفظه « لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل ولا مهر أقل من عشرة دراهم » ، والحنفية أنفسهم تركوا العمل به في باب الولاية وعدالة الشهود فكيف يأخذون به في باب المهر ؟

فالراجح ما ذهب إليه الفريق الأول من أنه ليس في الأمر تحديد ، وأقوى دليل لهم حديث خاتم الحديد ، وعلى هذا الرأي سار قانون حقوق العائلة حيث صرحت مادته الثمانون بأن المهر المسمى وهو الذي سماه الطرفان قليلاً كان أو كثيراً .

وإذا عرفنا أن الجعفرية من هذا الفريق فيكون المعمول به في المحاكم الشرعية اللبنانية أنه لأقل المهر ، بل كل ما اتفق عليه الزوجان عند العقد تصح تسميته مهراً ما دامت له قيمة شرعاً وعرفاً ، لكن المحاكم المصرية تسير على مذهب الحنفية الذي يعتبر أقل المهر عشرة دراهم ، فلو سمي الزوجان أقل من هذا القدر ألزم الزوج بتكميله إلى ما قيمته عشرة دراهم^(١)

(٣) راجع فتح القدير ج ٢ ص ٤٣٦ ، ونيل الأوطار ج ٦ ص ١٤٣

(١) المعتبر في الدرهم الشرعي ما وزنه أربعة عشر قيراطاً كل قيراط يساوي خمس حبات

أما أكثر المهر فقد اتفق الفقهاء على أنه لا حد له فللمتعاقدين أن يزيدا فيه حسب تراضيهما لعدم ورود دليل يدل على ذلك . والتحديد إنما يكون بالنص .

ولهذا روى أن عمر بن الخطاب أراد أن ينهي الناس عن التغالي في المنور ويحدد لها مقداراً معيناً لا يتعداه أحد فقال في إحدى خطبه (١) . ألا لاتغالوا في صدقات النساء فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ ما أصدق قط امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثنتي عشرة أوقية (٢) الأوقية من الذهب أربعون درهما .

فقامت إليه امرأة فقالت : يا عمر يعطينا الله وتحرمنا أليس الله سبحانه وتعالى يقول : « وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً » فقال عمر : أصابت امرأة وأخطأ عمر .

وفي رواية : فأطرق عمر ثم قال : كل الناس أفقه منك يا عمر .

فيكون زنة الدرهم الشرعي سبعين حبة من الشمير المتوسط ومن المعلوم أن قيمة الفضة تختلف باختلاف الزمن ، فقد كانت قيمة الدرهم من الفضة قبل زمن التصخم تساوي قرشان ونصف بالملة المصرية فكان أقل المهر خمسة وعشرين قرشا مصرياً ولكن هذه القيمة لا تصلح الآن ويرجع إلى معرفة قيمة وزنها من الفضة .

(١) تفسير القرطبي ج ٥ ص ٩٩

(٢) قال الترمذي حديث تحديد مهر النبي وبناته بذلك حسن صحيح ، وفي زاد المعاد ج ٤ ص ٢٨ ثبت في صحيح في مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان صداق النبي صل الله عليه وسلم لأرواحه اثني عشرة أوقية ونشا عدلك حمسائة « قال بيانسة أن الأوقية أربعون درهما الشن نصف أوقية فيكون عشرون درهما وفي المتقى ج ٦ ص ١٤٢ روى الجماعة إلا البخاري لترمذي عن أس سلمة قال سألت عائشة : كم صداق رسول الله ، قالت : كان صداقه لأرواحه ثوب عشرة أوقية ونشا . قالت أتدري ما الشن؟ قلت لا ، قالت نصف أوقية فتلك حمسائة درهم .

وقد جاء في بعض الروايات أن عمر لما سمع كلام المرأة رجع إلى المنبر فقال:
إني كنت نهيتكم أن تزيدوا في صدقات النساء على أربعائة درهم فمن شاء أن
يعطي من ماله ما أحب .

ولقد كان لعمر رضي الله عنه اجتهادات كثيرة كانت تصدر عن رغبة في الإصلاح
فكثيراً ما منع الناس من مباحات خشية ما يترتب على اندفاعهم فيها من ضرر
!-تهم .

وفي هذه المسألة كان الباعث له هو تيسير الزواج عملاً بروح التشريع الذي دعا
إليه رسول الله كما جاء في مسند الإمام أحمد (١) من حديث عائشة رضي الله عنها
أن رسول الله قال: « أعظم النكاح بركة أسره مؤنه » وقوله « خير الصداق أسره »
فأراد رضي الله عنه أن يجعل للصداق حداً أعلى لا يتجاوزهُ الناس فقدره بأربعائة
درهم . وهو قريب من القدر الذي لم يتجاوزهُ الرسول في تزوجه وتزويج بناته ،
ولكنه لما سمع الآية ووجدها صريحة في جواز الزيادة رجع عن إلزام الناس بما قال :
وفي الحق أن المغالاة في المهور وما يتبعها من اشتراطات الطرفين جعلت الراغبين
في الزواج يحجمون عنه فنتج عن ذلك أزمة الزواج التي حار الناس في حلها مع
أن الحل في أيديهم ، ولو وقف الناس عند الحدود المعقولة فتنازل الزوج عن مغالاته
فيما يطلبه ، وكف أهل الزوجة عن تحميل أنفسهم ما لا يطيقون اندفاعاً وراء
التقليد الأعمى بمحاكاة الآخرين ، وعرف الكل أن الزواج لم يشرع إلا لتكوين
الأسرة في صورة موفقة ، جمالها البساطة والمودة وعمادها التعاون والمحبة .

لو عرفوا ذلك وساروا عليه لانحلت المشكلة وما وجدت شاكية ولا باكية .
ولكنه التقليد أعمى الناس عن الحقائق الواضحة وسار بهم في طرق ملتوية حتى
عمت الشكوى وزاد البلاء .

(١) زاد العاد ٤ ص ٣٩

المبحث الثالث

في أنواع المهر والحالات التي يجب فيها كل نوع

المهر الواجب في الزواج بوعان (١) :

الأول : المهر المسمى وهو الذي اتفق عليه عند العقد أو قدر بعده بتراضي الطرفين كما إذا عقدا العقد بدون تسمية للمهر ثم اتفقا بعده على قدر معين فإنه يكون المهر الواجب متى كازيت تسميته صحيحة .

الثاني : مهر المثل . والمعتبر فيه مهر امرأة تماثلها وقت العقد من أسرة أبيها أو من غيرها، وتكون المماثلة فيما يعتمد به من صفات الزوجة التي يرغب فيها من أجلها كالدين والأدب والعقل والتعلم والجمال والسن والبكارة والثيوبة، وكونها ولوداً أو عقيماً والبلد الذي تعيش فيه ، فإذا لم يوجد من قوم أبيها (٢) من يماثلها من هذه الأوصاف فيعتبر من يماثلها من أسرة تماثل أسرة أبيها من أهل بلدها .

وعلى هذا سار قانون حقوق العائلة م ٨٠ ونصها : « المهر مهران . إما المهر المسمى وهو الذي سماه الطرفان قليلاً كان أو كثيراً أو مهر المثل وهو مهر امرأة

(١) اختلف أئمة الحنيفة في أيها الأصل . فأبو حنيفة يرى أن مهر المثل هو الواجب الأصلي لأنه أعدل ، وإنما يعدل عنه إلى المسمى إذا صحت التسمية . وصاحباه يقولان : إن الواجب الأصلي هو المسمى للاتفاق عليه ولا يصار إلى مهر المثل إلا إذا تعذر إيجاب المسمى لعدم وجود التسمية أو كانت فاسدة .

(٢) يرى الشافعية أنه ينظر أو لا إلى من يماثلها من نساء العصابة فإن فقدت نساء العصابة أو لم يعلم من مهر نساء الأرحام كأمها وقراباتها كجدتها وخالاتها فإن تعذر ذلك اعتبر من يماثلها من الأجسيات من أهل بلدها . شرح المباح ج ٣ ص ٢٨٤ .

تقاربها وتماثلها من قوم أبيها وإن لم يوجد فمن أهالي بلده^(١) .

والجعفرية يوافقون ذلك في الجملة حيث يقررون أن المعتبر في مهر المثل حال المرأة في الشرف والجمال وعادة نساءها ما لم يتجاوز مهر السنة وهو خمسمائة درهم^(١) . يريدون بذلك أن مهر المثل يجب عند عدم التسمية الصحيحة بشرط ألا يزيد عن خمسمائة درهم ، فإن زاد وجب هذا القدر فقط .

ولذلك قالوا : لو تزوجها على كتاب الله وسنة رسوله ولم يسم لها مهرًا كان مهر مثلها خمسمائة درهم .

ومما ينبغي ملاحظته في تقدير مهر المثل عند الحنفية أن يلاحظ أن يكون زوج هذه الزوجة كأزواج أمثالها حسبًا ونسبًا وفضلًا لأن الرجل الفاضل يتسامح معه في مقدار المهر .

الاختلاف ، في مهر المثل

إذا اتفق الطرفان على مقدار مهر المثل وجب هذا القدر ، وإن اختلفا بأن ادعى الزوج أن مهر مثلها كذا وادعى أهل الزوجة أنه أكثر من ذلك . فمن أقام بينة على دعواه أخذ بقوله ، وإن لم يوجد لها بينة فالقول قول الزوج مع يمينه لأنه منكر للزيادة .

وإن أقام كل منهما البينة على دعواه أخذ ببينة الزوجة لأنهما تدعى الزيادة والزوج ينكرها ، والبينات شرعت لأبواب الدعاوى لا لدفعها « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » .

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٤

الحالات التي يجب فيها مهر المثل

يجب مهر المثل في الحالات الآتية :

الأولى : إذا لم يسم في العقد بأن صدرت الصيغة مجردة من ذكره أو نفيه .
كأن يقول لها : زوجيني بنفسك ، فتقول قبلت أو زوجتك نفسي دون أن تذكر مهراً .

وفي هذه الحالة تسمى المرأة بالمفوضة ، لأنها بسكوتهما تكون قد فوضت أمر تقدير المهر إلى زوجها ، لذلك كان لها الحق في مطالبته بعد العقد بتقدير مهر لها ، فان فعل وتراضيا وجب ما تراضيا عليه ، وإن لم يجبها إلى طلبها كان لها أن ترفع الأمر للقاضي ليأمره بالفرض فإن لم يتمثل قضى لها بمهر المثل ، وإن سكتت عن المطالبة بالفرض حتى دخل بها أو مات عنها فلها مهر المثل ، لأنه وجب بالعقد وتأكد بالدخول أو الموت وهذا عند الحنفية ومن وافقهم .

والدليل على وجوب مهر المثل في هذه الحالة حديث ابن مسعود السابق .
الثانية : إذا اتفقا على نفي المهر بأن صدرت الصيغة مقرونة بالنفي أو كان هناك اتفاق سابق على الزواج بغير مهر وعقدا بناء على هذا الاتفاق ثم دخل بها .

وإنما وجب مهر المثل في هذه الحالة لأن المهر جعله الشارع حكماً من أحكام العقد فلا يملك العاقد نفيه ، واشتراط نفيه لا يخرج عن كونه شرطاً فاسداً لمنافاته لمقتضى العقد ، والشروط الفاسدة لا يفسد بها عقد الزواج بل يصح العقد ويلغى الشرط .

ولأن المهر فيه حق للشارع لأنه أوجبه كما سبق - إبانة لحظر العقد وإظهاراً لشرفه فلا يستطيع أحد العاقدين إسقاطه . نعم أنه يجب أولاً بإيجاب

الله ، وللزوجة بعد تفرره أن تسقطه لأنه في حالة بقاء الزواج خالص حقها . فلها أن تردده إلى الزوج إن كانت قبضته أو تبرئه منه إن لم تكن قبضته .

الثالثة : إذا سميا مهرأ تسمية غير صحيحة بأن نميا ما لا يصلح أن يكون مهرأ شرعاً . مثل تسمية ما ليس بمال كالطير في الهواء والسك في الماء أو الأشياء الثالفة التي لا ينتفع بها مثلاً ، أو تسمية مال غير متقوم كالخمر والخنزير في زواج المسلم سواء كانت الزوجة مسلمة أو كفاية ، أو تسمية مال متقوم لكنه مجهول جهالة فاحشة . كمجهول الجنس والنوع كأن يجعل مهرها حيواناً أو بيتاً أو حلياً أو قنطاراً أو أردياً مع عدم بيان نوعه . ففي هذه الصور تفسد التسمية ويجب مهر المثل لأنه الواجب الأصلي كما يقول أبو حنيفة ، ولا يعدل عنه إلا إذا تراضيا على شيء معلوم يصح أن يكون مهرأ شرعاً ولم يوجد .

ويلحق بهذه الصورة وهي التي فسدت فيها التسمية زواج الشغار (١) وهو أن يزوج الرجل موليته كبنته أو أخته من رجل على أن يزوجه الآخر بنته أو أخته من غير صداق لكل منهما . بل على أن يكون زواج كل منهما صداقاً للأخرى ، وهذا عند الحنفية الذين يصححون هذا العقد ، وأما عند الجمهور وم الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية فهو فاسد . ومنشأ الخلاف بينها أنه زواج جاهلي جاء الإسلام فنهى عنه بما رواه المحدثون عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ « نهى عن الشغار » قال نافع : والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه أخته وليس بينهما صداق .

وبما رواه مسلم عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « لا شغار في الإسلام » فالجمهور يذهبون إلى أنه زواج منهي عنه ، والنهي يقتضي الفساد ، ولأنه عقد زواج في

(١) سمي بذلك لأنه مأخوذ من الشفور وهو الخويقال : شغرت الدار إذا حلت من ساكنيها وشغرت الوظيفة إذا حلت من شاغلها ولما كان هذا الزواج خالياً من المهر سمي شغاراً .

عقد واحد وهو منهي عنه أيضاً .

والخفية يقولون : إنه ليس مهيأً عنه لذاته بل لما اشتمل عليه من ظلم المرأة والأجحاف بحقها كما كان عليه أهل الجاهلية من تحكمهم في شئون النساء وإلحاق الضرر بهن .

ففي هذا الزواج كل من المرأتين وقع عليهما الظلم بجرمانها من مهرها بينما انتفع كل من الوليين بمحصله على زوجة بدون مهر ، وهذا المعنى لا يفسد العقد لأنه متعلق بالمهر وفساد المهر لا يرجع على العقد بالفساد بل يفسد وحده ويصح العقد ، لأنه يصح مع عدم ذكر المهر وكأنه سمي شيئاً لا يصلح مهرأً فيجب مهر المثل^(١) قال الأمر به إلى أنه زواج بمهر المثل .

الرابعة : إذا حصل الاختلاف في المهر المسمى ولم تثبت التسمية بالبينة فيجب مهر المثل فيما إذا ادعت الزوجة أكثر منه أو ادعى الزوج أقل منه ، أما إذا كان الادعاء من طرف الزوجة وادعت أقل من مهر المثل فإنه يحكم بما تدعيه وكذلك إذا كان الادعاء من طرف الزوج وادعى أكثر منه فإنه يحكم بما يدعيه .

وهذا جاءت المادة ٨٦ من قانون حقوق العائلة وإن لم تكن دقيقة في صياغتها^(٢) .

الخامسة : إذا تزوج الرجل في مرض موته بأكثر من مهر المثل فإنه يجب لها

(١) راجع البدائع ج ٢ ص ٢٧٨ وراجع كتاب العقه على المذاهب الأربعة ح ٤ ص ١٢٦ لتقف على تفسير الشغار في المذاهب المختلفة .

(٢) ونصها : « إذا حصل اختلاف في المهر المسمى ولم تثبت التسمية يلزم مهر المثل إلا إذا كان ادعاء التسمية من طرف الزوجة فينبغي أن لا يتجاوز المقدار الذي تدعيه مهر المثل . وإن كان من طرف الزوج فينبغي أن لا يكون أقل من المقدار الذي يدعيه »

مهر المثل ويجري على الزيادة حكم الوصية للوارث على اختلاف المذاهب فيها .
كما جاء بالمادة ٨٨ من قانون حقوق المائلة ونصها : إذا تزوج شخص في مرض
أمانة وكان المهر المسمى مساوياً لمهر مثل الزوجة تأخذه من تركته وإن كان
زائداً عنه يجري حكم الوصية بحق الزائد .

متى يجب المهر المسمى

إذا صححت التسمية المهر سواء كانت في العقد أو بعده وجب المهر المسمى
لتراضيها عليه ، وصحة التسمية تتوقف على توافر الشروط الآتية :

١ - أن يكون المسمى ما لا متقوماً في نظر الشارع أو ما هو في حكم المال
من المنافع التي تقوم بالمال .

٢ - أن يكون معلوماً بأن يكون خالياً من الجهالة الفاحشة .

٣ - أن يكون عقد الزواج صحيحاً فإن كان فاسداً لا يلتفت إلى المسمى .
بل يجب مهر المثل كما سيأتي ، فإذا توفّر في المسمى ذلك وجب بشرط ألا يكون
أقل من المهر المقدر شرعاً فإن كان أقل منه يجب المسمى وما يكمل العشرة
درام عند الحنفية . والمعتبر القيمة عند العقد لا وقت التسليم . فلو سمى لها
ما قيمته عشرة درام عند العقد ثم نقصت قيمته عند التسليم لا يؤثر ذلك النقصان
في صحة التسمية ، وإن كان العكس وجب المسمى وما يكمل العشرة ، لأن
زيادة القيمة بعد العقد لا ترفع النقصان ، ولا يضر بعد ذلك إن كان المسمى من
الذهب أو الفضة مضروباً أو غير مضروب أو من غيرها من الأموال المثلية أو
القيمة عقاراً أو منقولاً فيصبح تسمية الجنيهاً والقروش والدنانير والليرات
وخاتم من الذهب أو من الماس أو عقار عليه بناء أو لا أو حيوان أو غير ذلك
بشرط ألا يكون فيه جهالة فاحشة فإن وجدت فسدت التسمية .

والجهالة الفاحشة تكون بجهالة الجنس والنوع مثل أن يسمى لها حيواناً أربيتاً أو قنطاراً أو إزدياً أو ثوبياً ، فإن كان معلوم الجنس والنوع صحت التسمية ولا تضر جهالة الوصف لأنها يسيرة لا تؤدي إلى النزاع كما إذا سمي لها فرساً أو ثوباً من الحرير^(١) وهذا عند الحنفية والمالكية والحنابلة والجعفرية .

وخالف الشافعية فقالوا : إن جهالة الوصف تفسد التسمية ، فلو سمي لها قنطاراً من القطن وبين نوعه ولم يبين درجته أو ثوباً من الحرير مثلاً فإن التسمية تكون فاسدة ويجب مهر المثل قياساً على المعاوضات المالية

ويرد الجمهور على ذلك : بأن الجهالة اليسيرة تغتفر في عقد الزواج لأنه يتساهل فيه حيث إن المال غير مقصود فيه بخلاف المعاوضات المالية لأنها مبنية على المساومة فجهالة الوصف فيها مفضية إلى النزاع ، ولأنه لو فسدت التسمية بجهالة الوصف وجب مهر المثل ، والجهالة فيه أشد مما في مجهول الوصف .

وإذا صحت تسمية مجهول الوصف عندهم وجب الوصف من الصفات لا الأعلى ولا الأدنى ويخير الزوج بين دفع الوصف أو القيمة ، لأن الوصف يعرف بالقيمة ، ولأن مجهول الوصف لا يثبت في الذمة ، بل الذي يثبت فيها هو القيمة ، وحينئذ يكون الواجب هو الوصف باعتباره مذكوراً في العقد أو القيمة باعتبار ثبوتها في الذمة .

تسمية المهر منفعة :

وكما تصح تسمية المال المتقوم المعلوم الخالي من الجهالة الفاحشة تصح تسمية

(١) راجع الفروق للقرافي ج ١ ص ١٥٠ في الفرق الرابع والعشرين بين قاعدة ما يؤثر فيه الجهالات والضرر وقاعدة ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات . والبداية ج ٢ ص ٢٧٢ .

المنافع المعلومه كذلك إذا كان ما تقوم بالمال في العقود السابقه ^{بشرط ان يكون} دار معينة مدة محددة من الزمان أو استثمار أرض معينة كذلك ، لأن هذه المنافع إما مال كما يرى الجمهور أو ملحقة بالمال إذا كانت ضمن عقد كما يرى الحنفية .

وإذا صح جعل المهر منفعة في الأطار السابق فهل يصح أن يجعل المهر منفعة يقدمها الزوج بنفسه كأن يقوم بخدمتها أو خدمة أبيها أو ذي رحم محرم منها مدة معينة .

المذكور في كتب الحنفية خلاف بين محمد والشيخين ، فيها يقولان : إن هذه التسمية فاسدة ، لأن الزوجة هي التي تخدم زوجها ، وفي اشترط خدمته لها قلب للأوضاع فتكون المنفعة مما يتعذر الوفاء به وإذا فسدت التسمية وجب مهر المثل .

وأما محمد فيذهب إلى صحة التسمية ، لأن المنفعة لها قيمة في ذاتها لكنه ينعذر الوفاء بها لما قاله الشيخان فيجب قيمتها لا مهر المثل .

وغير هذا أجمعنا النظر في تعليل المنع وجدناه لا يتحقق إلا في صورة جعل المهر خدمته لها في البيت ، لأن هذه هي التي يوجد فيها قلب الأوضاع ، وكذلك خدمة أهلها البيتية ، لأن فيها مهانة له ، وأما الخدمة الخارجية التي لا مهانة فيها كالإشراف على التجارة أو الزراعة مثلاً فلا يوجد فيها شيء من ذلك ، لأن الأزواج في العادة يقومون بتصريف شئون الزوجات المالية من غير أن تلحقهم أدنى مهانة ، كما أن الزوجة ليست مكلفة بخدمة الزوج خارج المنزل فلا يكون من قلب الأوضاع جعل مهرها خدمتها البعيدة على المنزل .

وعلى هذا تصح التسمية عند الجميع ويجب الوفاء بها إذا كانت الخدمة غير

خدمة المنزل معلومة المدة وليس فيها مهانة ولا مذلة للزوج لأنها كما يقول صاحب البدائع (١) من باب القيام بأمرها لا ومن باب الخدمة ، ويبقى الخلاف في الخدمة المنزلية أو ما فيه مهانة فيجب مهل المثل عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقيمة الخدمة عند محمد .

الجمع بين المال والمنفعة في تسمية المهر :

وكما يصح جعل المهر ما لا فقط أو منفعة وحدها يصح جعله مكوناً من المال والمنفعة إذا توفرت الشروط السابقة .

ولما كانت صور هذه الحالة تختلف باختلاف مقدار المال المسمى واختلاف الشروط له المنفعة . فقد تكون لها أو لذى رحم محرم منها أو لأجنبي عنها لهذا كله لزم تفصيل هذه الصور .

الصورة الأولى - إذا كان المال المسمى أقل من مهر مثلها والمنفعة المسماة لها أو لذى رحم محرم منها . كأن يكون مهر مثلها مائة وسمى لها سبعين واستغلال أرض معينة لها أو لأبيها أو لأخيها مثلاً ، ففي هذه الصورة يجب عليه الوفاء بالمنفعة المشروطة . فإن وفى بها فلها المال المسمى ، وإن لم يوف بها وجب لها مهر المثل لا المسمى ؛ لأنها لم ترض بالمسمى وحده ، بل رضيت به مع ضم المنفعة المشروطة إليه ، فإذا فوت عليها المنفعة انعدم رضاها بالمسمى فيجب مهر المثل . ولا يشترط في المنفعة المسماة هنا أن تكون مما يتقوم بالمال في العقود (٢) .

(١) ج ٢ ص ٢٧٩ .

(٢) والفرق بين الصورتين أن المهر في أصله لا يكون إلا مالا أو شيئاً يقوم بمال ، فإذا كانت المنفعة هي المهر وحدها لا بد أن تكون مما تقوم بمال لتصح التسمية ، أما إذا كانت مع مال مسمى فإن مالية المهر موحدة ولا يلزم في المال المسمى أن يكون مساوياً لمهر المثل فلا داعي لاشتراط كون المنفعة مما تتقوم بمال .

كما شرط فيها إذا كانت، هي المهر وحدها . بل يستوي في ذلك كل منفعة تعود عليها بالخير كاشتراط ألا يتزوج عليها أو لا يخرسها من البلد الذي تزوجها فيه أو أن يلحق أخاها بوظيفة مثلا . فإذا سمى لها أقل من مهر مثلها ومنفعة من هذه صحت التسمية وكان لها المسمى بشرط أن تكون المنفعة المشروطة مشروعة . فإن فعل ذلك ووفى بما شرطه فيها، وإن لم يوف بالمنفعة وجب لها مهر المثل .

الصورة الثانية : إذا كان المال المسمى مساويا لمهر المثل فإنه يجب لها المسمى سواء وقي بالمنفعة المشروطة أو لم يوف بها ، لأنها وإن لم ترض إلا بجموع الأمرين لكن عدم رضاها بالمال وحده لا يؤثر في صحة التسمية ، لأن العدول إلى مهر المثل لا فائدة فيه لتساويها .

الصورة الثالثة : إذا كان المال المسمى أكثر من مهر مثلها وجعل هذه الزيادة في نظير منفعة تعود عليه كاشتراط وصف مرغوب فيه فيها مثل ما إذا كان مهر مثلها مائة وخسين وسمى لها مائتين إن كان بكراً أو متعماً أو سليمة من الأمراض أو ما شابه ذلك .

ففي هذه الصورة يجب لها المسمى إن كانت كما شرطه ، وإن لم تكن كذلك وجب لها مهر مثلها ولا تلزمه الزيادة ، لأنه ما رضي بها إلا على أساس وجود الوصف المرغوب فيه ، فإذا فات الوصف فات رضاه بالزيادة فيجب مهر المثل .

الصورة الرابعة : إذا كانت المنفعة المشروطة مع المسال غير مباحة شرعاً كإحتفال بإقامة حفل فيه هو محرم، أو تسترط أن يبيع لها الخروج إلى أماكن اللهو المحرم ، أو كانت منفعة مباحة لكنها لأجنبي عنها فإن الشرط يلفو في كل الصور وكأنه لم يكن ويجب لها المال المسمى وحده سواء كان مساوياً لمهر مثلها أو أقل منه بشرط ألا يقل عن أقل المهر المقدر شرعاً ، فإن كان أقل منه وجب تكميله لأن غير المشروع لا يجوز للمسلم أن ينتفع به فلم يكن مقابلاً بمال فكان الشرط غير داخل في المهر من المبدأ ، وإذا كانت المنفعة لأجنبي لم

تكن مقصودة للزوجة فليس لها عوض .

هذا هو حكم المنفعة المشروطة في مقابلة نقصان المهر أو زيادته وقد عرفنا أن شرطها لا يؤثر في العقد لأنه متعلق بالمهر وهو ليس ركناً ولا شرطاً في العقد بل يقتصر تأثيره على صحة المهر المسمى والعقد صحيح على كل حال .

وأما شرطها لا هي مقابلة زيادة المهر أو نقصانه فإنه يؤثر في العقد في حالة ما إذا كان الشرط صحيحاً ولم يوف به من التزمه فإن العقد يكون غير لازم بالنسبة لمن شرطه حتى جاز له فسخ العقد لأنه رضي به مشروطاً بهذا الشرط فإذا فات الوفاء به انعدم رضاه . وقد تقدم حكمها عند الكلام على اقتران الصيغة بالشرط . . .

الترديد في المهر بتسمية مهريين على تقديرين :

ومما يتعلق بموضوع تسمية المهر مسألة التردد فيه . وذلك بأن يسمى لها مهراً على تقدير وآخر على تقدير آخر ، وبعبارة أخرى أن يسمى لها مهراً على شرط وهو آخر على شرط آخر . ويستوى في ذلك كون الشرط فيه منفعة لها أو له ، مثل ما إذا تزوجها بمائتين إن كانت بكراً وبمائة إن كانت ثيباً ، أو يتزوجها بمائة إن أقام بها في بلد أهلها وبمائتين إن أقام بها في بلد آخر .

فإذا كانت التسمية بهذه الصورة اختلف أئمة الحنفية فيها على ثلاثة آراء . أرجعها رأي صاحبين^(١) وهو أن التسميتين صحيحتان ، فأبي الشرطين تحقق

(١) والثاني رأي زفر وهو فساد التسميتين فيجب لها مهر المثل في الحالتين لا ينقص عن أقل المهريين لأنه رضي به ولا يزيد عن أكثرهما لأنهما رضيت به والثالث رأي أبي حنيفة وهو صحة التسمية الأولى وفساد الثانية ، فإذا تحقق شرطها وجب لها المهر المسمى فيها ، وإن لم تحقق وجب لها مهر المثل لا ينقص عن الأقل ولا يزيد على الأعلى ،

وجب ما سماه له . فإن وجدها بكرراً كان مهرها مائتين وإن وجدها ثيباً كان مهرها مائة .

وجه هذا الرأي : إن كل حالة لها مهر واحد لا ترديد فيه وقد تراضيا عليه فلا نزاع ولا ضرر في ذلك فيجب المسمى في كل حالة ، وهذا الرأي هو المفتي به وعليه العمل في القضاء بمصر لأنه الراجح من مذهب الحنفية ، وإذا لاحظنا أن مذهب الجعفرية يوافق هذا كان المعمول به في لبنان في الحاكم السنية والجعفرية كذلك .

ما يجب في العقد الفاسد من المهر :

هذا هو المهر الواجب في العقد الصحيح ، تارة يجب المسمى إذا صحت التسمية ، وتارة يجب مهر المثل إذا لم توجد تسمية أو وجدت وكانت فاسدة ، وتارة يجب أقل المهر شرعاً وهو عشرة دراهم عند الحنفية إذا سمى لها مالاً متقوماً أو منفعة تقوم بالمال لكنه أقل من العشرة .

وأما في العقد الفاسد فقد عرفنا أنه لا يجب فيه شيء قبل الدخول لأنه لا اعتبار له في نظر الشارع وإنما يجب المهر فيه بالدخول الحقيقي بها ، لأن الدخول بالمرأة في نظر الإسلام لا يخلو من وجوب الحد أو المهر وحيث لا حد لوجود الشبهة المسقطه له فيجب المهر .

والمهر الواجب هنا هو مهر المثل إذا لم يسم لها مهرراً أو سماه وكانت التسمية فاسدة ، فإذا كانت التسمية صحيحة وجب الأقل من المسمى ومهر المثل . فإذا كان مهر مثلها مائة والمسمى ثمانون وجب المسمى ، وإن كان العكس وجب مهر المثل .

وإنما وجب الأقل منها لأن الواجب الأصلي هو مهر المثل وقد رضيت

بالمسمى في حالة زيادة مهر مثلها عما سماه ، وكأنها أسقطت حقها في الزيادة
فتعامل بذلك ، وهذا هو الراجح في المذهب الحنفي وهو رأي أبي حنيفة
وصاحبيه وعليه الفتوى والعمل .

ويرى زفر أنه يجب مهر المثل بالفا ما بلغ في الحالتين ولا اعتبار بالمسمى ،
لأن فساد العقد يسري إلى التسمية فتكون فاسدة وعند فسادها يجب مهر المثل
بالاتفاق ، وقاسه على البيع الفاسد فإن المبيع فيه يملك بالقبض بإذن
البائع ويجب على المشتري قيمة المبيع بالغة ما بلغت ولا يلتفت إلى الثمن فكذلك
في الزواج الفاسد .

ويمكن الرد عليه من قبل أصحاب الرأي الأول : بأن وجوب المسمى عند
صحة التسمية في حالة ما إذا كان أقل من مهر المثل لم يجب لأنه المسمى حتى
يلزم اعتبار العقد صحيحاً ، وإنما وجب باعتبار أنه مهر المثل حسب اتفاقها أو
باعتبار أنها أسقطت شيئاً من مهر مثلها والساقط لا يعود . والقياس على البيع
الفاسد غير صحيح لأن البيع معاوضة مالية بخلاف الزواج فكان قياساً
مع الفارق .

وقانون حقوق العائلة يسير على الرأي الأول في المادة - ٨٥ - منه ونصها :
« إذا وقع الفراق بعد المقاربة في العقد الفاسد فإن المهر يلزم أقل المهرين
من المهر المسمى ومهر المثل وإن لم يسم أو سمى فاسداً فيلزم مهر المثل بالفا ما
بلغ إلا إذا حصل الفراق قبل المقاربة فلا يلزم مهر أصلاً » .

والمذهب الجعفري يتفق مع هذا إلا أنه يشترط في مهر المثل ألا يزيد على
خمسائة درهم فإن زاد وجب الخمسائة فقط (١) .

(١) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٨٠ وما بعدها .

المبحث الرابع

في الزيادة في المهر والخط منه

معنى الزيادة في المهر هنا : أن يضاف إليه شيء بعد تمام العقد والاتفاق على مهر معين سواء أكان ذلك الشيء من جنس المهر المسمى أم غير جنسه .
ومعنى الخط : إنقاص جزء من المهر أو إسقاطه كله بعد الاتفاق عليه .
وظاهر أن الزيادة تكون من جانب الزوج ، والخط من جانب الزوجة ،
وكل منهما جائز لكن بشروط ، فإذا راد الزوج شيئاً على المهر التحقت الزيادة بأصل المهر وصارت كجزء منه فتارمه ويطالب بها كما يطالب بالأصل ويتأكد وجوبها بما يتأكد به وجوب المهر غير أنها لا تنصف لو طلقها قبل الدخول عند الحنفية .

وتثبت لها تلك الأحكام إذا توفرت الشروط الآتية :

١ - أن يكون الزوج من أهل التبرع بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً لأن هذه الزيادة نوع من التبرع فلا تصح إلا إذا كان فاعلها من أهل التبرع .

٢ - أن تكون الزيادة معلومة كأن يزيد مقداراً من المال محدداً أو عيناً مالية معينة ، فإن كانت مجهولة . كأن يقول لها : زدتك شيئاً على مهرك أو قدرأ من المال لم يحدده لا تلتحق به لأن المجهول لا يصح أن يكون محلاً للعقد والتعامل .

٣ - أن تكون الزوجية قائمة عند الزيادة ولو حكما كما في عدة الطلاق الرجعي ، أما لو كانت الزيادة بعد الطلاق البائن فلا تعتبر ، لأن الزيادة ملتحق

بأصل المهر المسمى وتستند إلى العقد فيجب أن يكون باقياً حتى يمكن التحاقها بالمهر واستنادها إلى العقد .

٤ - أن تقبلها الزوجة إذا كانت أهلاً للقبول ، أو وليها إذا لم تكن أهلاً في المجلس ، لأنها هبة والمالك لا يثبت فيها إلا بالقبول ، فلوردت من جانبها ارتدت حيث لا يدخل في ملك الإنسان شيء جبراً عنه إلا في الميراث .

وكما يجوز للزوج الرشيد الزيادة في المهر يجوز لولي القاصر إذا كان أباً أو جدّاً غير معروف يسوء الاختيار أن يزيد في مهر القاصر ، لأن له أن يزوجه بأكثر من مهر المثل ابتداء عند أبي حنيفة ، فله أن يزيد بعد التسمية ، لأن مثل هذا الولي لا يفعل ذلك إلا لمصلحة تفوق الزيادة في المهر ، ولأن عرف الناس جار بأن الهدايا تقدم من قبل الزوج وأوليائه ، فتكون هذه الزيادة كهدية فتجوز وتصبح لازمة وتلتحق بأصل المهر .

وكما تجوز الزيادة من جانب الزوج ، يجوز الحط من قبل الزوجة وحدها إذا كانت أهلاً للتبرع بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة ، ولا يجوز ذلك من وليها إذا كانت قاصرة حتى ولو كان الولي أباً أو جدها ، لأن الحط يكون بمثابة الهدية ، ولم تجر العادة بأن أهل الزوجة يقدمون الهدايا للزوج بل لو فعلوا ذلك تعيروا به .

وأبو حنيفة وإن كان يصحح تزويج الولي لها بأقل من مهر المثل ابتداء لما يراه من المصلحة لكنه لا يجوز له الحط منه بعد تفرره ، لأن المهر يتعلق به عند إنشاء العقد حقوق ثلاثة : حق الشارع ، ولهذا لا يصح بأقل من عشرة دراهم ، وحق الوالي العاصب ولذا كان له حق الاعتراض على تزويج البالغة العاقلة الرشيدة نفسها بأقل من مهر مثلها ، وحق للزوجة لأنها المملوكة .

وبعد تفرره يصير حقاً خالصاً للزوجة . فحقها ثابت في الابتداء والبقاء وحق غيرها ثابت في الابتداء فقط .

ومن هذا يتبين أنه لا يملك الحط من المهر بعد تقررره إلا الزوجة صاحبة الحق فيه في البقاء ، لأنه إن وجد المسوغ للنقص في الابتداء فلم يوجد بعده بل وجد المانع منه .

والحط منه يصح بشروط :

١ - أن تكون من أهل الترع وهي الرشيدة كما قلنا .

٢ - أن يقبله الزوج في المجلس إذا كان المهر مالا من الأعيان كبيت معين أو حيوان معين ، لأن حطها يكون هبة والهبة لا بد فيها من القبول ، فإذا لم يقبل الزوج صراحة لا يسقط حقها فيه ، بل يبقى هذا القدر أمانة عنده تأخذه متى شاءت ، فإذا هلك ذلك الجزء عند الزوج لا يكون مصمواً عليه ، لأن الأبراء منها لا يفيد التملك في الأعيان ، فيحمل على نفي الضمان كما صرح بذلك ابن عابدين في رد المحتار بخلاف باقي المهر فإنه مضمون عليه حق تقبضه .

وأما إذا كان المهر ديناً في الذمة ك مبلغ من المال أو الأشياء التي تثبت في الذمة فلا يشترط لحطه عنه قبوله ، بل يشترط عدم رده ، لأن الحط هنا إبراء للذمة من بعض ما ثبت فيها وهو إسقاط لا يحتاج إلى القبول بل يرتد بالرد .

وإنما شرط عدم الرد هنا لأن الأبراء منته ، ومن الناس من لا يحتمل المنة من الغير خصوصاً في مهر الزوجة . وإذا تم الحط بالهبة أو بالأبراء أصبح المهر هو الباقي لا يحق لها المطالبة إلا به لكن مع ملاحظة أن يكون حطها بمحض اختيارها لا يشوبه أي نوع من الإكراه ويحب التحري عند إثباته .

ومما تجب ملاحظته هنا أيضاً أن الزيادة في المهر والحط منه إذا كانت في مرض الموت اعتبر وصية تطبق عليها أحكام الوصية ، فمذهب الحنفية يعتبرها موقوفة كلها على إحازة الورثة لأنها وصية للوارث ، وهو المطبق في المحاكم

السنية في لبنان حيث لم يعرض له القانون صراحة وإن كان أشار إليها في التزوج بأكثر من مهر المثل في مرض الموت .

أما المحاكم الجعفرية فإنها تطبق مذهبهم الذي يصح الوصية للوارث والأجنبي على حد سواء في حدود الثلث ، والذي يوقف على إجازة الورثة هو ما زاد من ذلك على ثلث التركة ، والعمل في مصر يجري على ذلك أيضاً حيث إن قانون الوصية أخذ بهذا الرأي في الوصية للوارث .

المبحث الخامس

في تعجيل المهر وتأجيله

لما كان المهر حكماً من أحكام العقد الصحيح فإنه يجب بتمام العقد ديناً في ذمة الزوج عند الحنفية والجعفرية ومن وافقهم يجب أدائه للزوجة عند طلبها ، ولها أن تمتنع عن الدخول في طاعته إذا لم يؤديه لها بعد الطلب ، وإذا كان أدائه متوقفاً على طلب الزوجة فلا يلزم أن يكون حالاً وقت العقد بل يجوز تأجيله كله أو بعضه إذا اتفق الزوجان على ذلك .

وبهذا صرحت المادة - ٨١ - من قانون حقوق العائلة ونصها : « يجوز تعجيل ، تأجيل المهر المسمى تماماً أو قسماً منه » . فإذا اتفق الزوجان على تعجيله كله أو تأجيله كله أو بعضه إلى أجل معلوم قريباً أو بعيداً صح ذلك ، وإن كان الأجل مجهولاً لا يصح التأجيل ويجب تعجيله إلا إذا كان التأجيل إلى أقرب الأهلين الطلاق أو الوفاة فإنهما وإن كانا مجهولين إلا أن الناس تعارفوا التأجيل إليها فتنتفي الجهالة المفضية إلى النزاع .

وعلى هذا إذا اتفق الزوجان على شيء من ذلك عمل به وإن كان هناك

عرف يخالفه لأن الاتفاق من قبيل الصريح والعرف من قبيل الدلالة ، وإذا تعارض الصريح والدلالة يقدم الصريح ، على أن من شروط العمل بالعرف ألا يكون تصريح بخلافه .

وإذا لم يوجد اتفاق بينها على شيء من التعجيل والتأجيل حكم عرف البلدة التي جرى فيها العقد لأن سكوتها عن التصريح دليل على قبولها تحكيم العرف القائم وقت العقد ، وإن لم يكن عرف وجب تقديم المهر كله ، لأن الأصل أنه يجب بتمام العقد ولا يؤجل إلا بشرط صريح أو عرف قائم ، فإذا كان المهر عاجلاً كله أو بعضه فإن قبضته الزوجة وجب عليها الانتقال إلى بيت الزوج والدخول في طاعته بمجرد طلبه ، فإن امتنعت عن ذلك كانت ناشزة وأجبرت على تسليم نفسها إلا إذا كان هناك ما يحول دون ذلك كالمرض ونحوه .

وإن لم يوف لها ذلك المجل كان لها الامتناع سواء كان الزوج موسراً أو معسراً ولا يعد هذا نشوزاً منها لأن امتناعها بحق شرعي . فإن سمحت له في هذه الحالة بالدخول أو الخلوة الصحيحة بها فهل يعد ذلك إسقاطاً لحقها في الطلب العاجل ومنع نفسها منه في أي وقت أو لا ؟

يرى أبو حنيفة أن هذا لا يسقط حقها فلها أن تمتنع منه لأن رضاها بالدخول أو الخلوة قبيل قبض مخرج المهر إسقاط لحقها في منع نفسها في الماضي لا في المستقبل لأن منافع الزواج مستمرة ولا تستوفي دفعة واحدة لاحتمال أن تكون فعلت ذلك لحمل الزوج على دفع المهر فلما لم يفعل رجع حقها في المنع إليها.

ونظير ذلك ما إذا رضيت بمباشرة زوجها فترة من الزمن بدون اتفاق عليها فإن ذلك لا يكون إسقاطاً لحقها في طلب الاتفاق عليها في المستقبل ، وهذا هو الرأي الراجح في مذهب الحنفية .

ويرى أبو يوسف ومحمد أنه لا حق لها في المنع لأنها لما رضيت بالدخول أو

الخلوة قبل أن تقبض معجل صداقها فقد سلمت جميع المعقود عليه، ولهذا يتأكد جميع المهر بالمخالطة مرة واحدة، فكانت مسقطه لحقها في طلبه قبل الدخول فيسقط حقها في الامتناع، فلو امتنعت لم تجب لها نفقة لأنها تعتبر ناشئة وهو قول مالك والشافعي .

وللجعفرية في هذا رأيان : أشهرهما أنه لا حق لها في المنع ك رأي الصحابين لأن الاستمتاع حق للزوج بمجرد العقد سواء دفع المهر أو لا ، ولأن حقها قد سقط برضاها ولا دليل على عودته (١) .

وعلى هذا يكون العمل في مصر على الرأي الأول باعتباره الراجح في المذهب الحنفي .

وكذلك في المحاكم السنية في لبنان ، لأن قانون العائلة لم يعرض لهذه المسألة .
أما المحاكم الجعفرية فتسير على المذهب الجعفري .

وإذا عجز الزوج عن دفع معجل الصداق، فهل يقتصر أثره على منع الزوجة نفسها من الزوج وعدم طاعته ، أو يتعدى ذلك إلى ثبوت الحق لها في طلب فسخ الزواج ؟

في ذلك رأيان : رأي بأنه لا يتعدى إلى طلب الفسخ بأي حال، وإليه ذهب الحنفية والجعفرية (٢) والحنابلة في أصح الروايات عندهم .

وآخر بأن لها الحق في ذلك وبه يقول المالكية والشافعية والحنابلة ، في إحدى الروايات عندهم . غير أن منهم من جعل لها هذا الحق مطلقاً سواء دخل

(١) شرائع الإسلام ج ٣ ص ٣٤ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٨٦ نقلاً عن صاحب الجواهر .

(٢) فقه الإمام حمق ج ٤ ص ٢٨٧ .

بها أو لم يدخل ، ومنهم من قيد هذا الحق بما قبل الدخول ، أما بعده فلا يجوز لها هذا الطلب ولو فعلت لم تجب إلى ذلك .

ولعل هذا الرأي الأخير أعدل الآراء .

وإذا اتفقا على تأجيل المهر كله إلى أجل محدد صح ذلك التأجيل ، ويجب على الزوج أدائه عند حلول الأجل المين ، فإذا طلقها قبل حلول الأجل فليس لها حق المطالبة حتى يحل الأجل ، وإن مات قبل حلول الأجل فلها حق مطالبة الورثة بعد الموت دون انتظار الأجل ، لأن التأجيل حق لا يورث .

وإذا لم يميناً أجلاً أو ذكراً أجلاً مجهولاً جهالة فاحشة بطل التأجيل ، ولو أجلاً نصفه من غير تعيين الأجل ، فبعض الفقهاء يرى أن التأجيل باطل فيجب تمجيده ، ومنهم من يرى أن التأجيل صحيح ، ويعتبر مؤجلاً إلى الطلاق أو وفاة أحد الزوجين ، لأن أحدهما آت لا محالة فيؤجل إلى أقربها ما دام الزوجان قد ارتضيا التأجيل (١) .

وقد نص قانون حقوق العائلة على ذلك في المادة - ٨٢ ونصها :

« إذا أجل المهر لمدة معينة فليس للزوجة المطالبة به قبل حلول الأجل ولو وقع الطلاق بينها ، أما إذا توفي الزوج فيسقط الأجل ، وإذا لم تعين مدة يعد مؤجلاً لوقوع الطلاق أو لوفاة أحد الزوجين » .

والجعفرية يجوزون لها المطالبة قبل الأجل ، لأن التأجيل مجرد وعد يستحب الوفاء به (٢) .

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٨٨ . وقد رجح الرأي الثاني بقوله : وقد روي عن أبي يوسف ما يؤيد هذا القول فليراجع .

(٢) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٨٣ .

بعمي انه في حالة تاجيل المهر إلى أجل معين: هل يؤثر ذلك في طاعة الزوجة لزوجها أو لا ؟ .

والمسألة فيها تفصيل بين ما إذا شرط الزوج الدخول قبل حلول الأجل ورضيت الزوجة ، وبين ما لم يشترط ذلك . فإن شرطه فقد اتفق، أئمة الحنفية على أنه لا حق لها في الامتناع لأنها برضاها بالشرط أسقطت حقها فيه .

أما إذا لم يشترط ذلك فأبو حنيفة ومحمد يذهبان إلى أنه لا حق لها في الامتناع لأنها لما رضيت بتأجيل المهر فقد رضيت بتسليم نفسها قبل قبضه وهو إسقاط لحقها في تعجيله، ولم يوجد من الزوج ما يدل على إسقاط حقه في الاستمتاع بزوجه الثابت له بمجرد العقد الصحيح ، وهذا يقول الإمام أحمد بن حنبل (١) .

ويرى أبو يوسف أن للروجة أن تمتع نفسها حتى يبين الوقت الذي أجل إليه المهر ، لأن الروج لما طلب تأجيل المهر كله فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع وتأخير حقوقه الثابتة له بالعقد ، لأن حكم المهر أن يتقدم تسليمه على تسليم النفس بكل حال (٢) .

وأحيب على ذلك بأن المهر حكمه التقديم إذا كان معجلاً أو مسكوتاً عن الوقت ، فأما إذا كان مؤجلاً تأجيلاً صحيحاً فمن حكمه أن يتأخر تسليمه عن تسليم النفس .

(١) المغني ح ٦ ص ٧٣٨ الطبعة المخرودة من الشرح الكبير .

(٢) البدائع ح ٢٠ ص ٧٨٨ وقد أفتى بمص فقهاء الحنفية بقول أبي يوسف استحساناً .

المبحث السادس

في مؤكدات المهر :

قدمنا أن عقد الزواج إذا كان صحيحاً يوجب المهر ، وأن العقد الفاسد لا يوجب إلا إذا لحقه دخول حقيقي بالمرأة ، فإذا دخل بها وجب المهر كاملاً سواء كان مهر المثل عند عدم التسمية الصحيحة أو الأقل منه ومن المسمى عند وجودها على الرأي الراجح عند الحنفية ، ومثله في ذلك الدخول بها بشبهة ، كأن تزوج امرأة لم يرها عند العقد ثم زفت إليه امرأة غيرها وقيل له إنها زوجتك فدخل بها بناء على هذا القول ثم تبين له أنها غيرها فأهـ يجب عليه مهر مثلها ، لأنه في كلتا صورتين استوفى المتعة بالمرأة بدخوله بها ، فيتقرر عليه مهرها ولا تبرأ ذمته منه إلا بالأداء أو الأبراء .

أما المهر الذي وجب بالعقد الصحيح فإن وجوبه غير مستقر ، لأنه عرضة لأن يسقط كله أو نصفه (١) حتى يوجد ما يؤكد ، فإذا وجد ذلك المؤكد استقر وجوبه ولا تبرأ ذمته إلا بالأداء أو الأبراء .

والمؤكدات للمهر أمور اتفق الفقهاء على بعضها واختلفوا في البعض الآخر .
فاتفقوا على أنه يتأكد بأحد أمرين .

أولهما : الدخول الحقيقي بالزوجة ، لأن الزوج بدخوله بزوجه يستوفي حقه منها فيتقرر حقها كاملاً في المهر سواء كان مسمى وقت العقد أو قدر بعده

(١) فيسقط كله إذا عملت الزوجة عملاً يوجب الفرقة بينهما ، كما إذا ارتدت عن الإسلام أو فعلت ما يوجب حرمة المصاهرة ، فإن صداقها يسه .! كله قبل الدخول ، لأن الفرقة وقعت بسببها ، ويسقط نصفه إذا طلقها قبل الدخول أو كانت الفرقة بسبب من جانبه كردته أو فعله ما يوجب حرمة المصاهرة عند الحنفية

بالتراضي بينها أو بقضاء القاضي أو لم يكن مسمى ووجب مهر المثل بقيت الزوجية أو حصلت الفرقة بينها ، وإذا تقرر حقها في المهر كاملاً فلا تبرأ ذمته إلا بأدائه لها أو أبرائها له منه .

غير أنه يشترط في ذلك الدخول الموجب لكل المهر أن يكون واقعاً من بالغ ، وأن تكون المرأة سالحة للمخالطة الجنسية ، فإن كانا صغيرين لا يتقرر بدخولهما كل المهر عند الحنفية والمالكية ^(١) ولا يشترط في الدخول أن يكون حلالاً ، بل إن حصوله مع وجود المانع الشرعي كالحيض أو النفاس أو كون أحدهما صائماً مثلاً يتأكد به المهر .

ثانيهما : موت أحد الزوجين باتفاق المذاهب الأربعة ، وإن قصره المالكية على المهر المسمى حيث لا يوجبون لها شيئاً عند عدم التسمية ، وهو أحد الآراء عند الجعفرية ^(٢) .

وموت أحد الزوجين يوجب المهر كله قبل الدخول أو الخلو بالزوجة حتى ولو كانا صغيرين أو أحدهما . وإنما وجب المهر كله بالموت لأنه وجب بالعقد وكان عرضة للسقوط بالفسخ من أحد الجانبين وبالموت تعذر الفسخ لانتهاء العقد به حيث إن الزواج للعمر وقد انتهى العمر بالموت فينتهي الزواج به ، والشيء يتقرر أحكامه الممكنة بانتهائه ، والمهر حكم من أحكامه التي يمكن تقريره بالموت .

ولأن المهر لما وجب بنفس العقد صار ديناً في ذمة الزوج ، والديون لا تسقط

(١) خالف الشافعية في هذا الشرط .

(٢) ولهم رأيان آخران أحدهما : أن لها نصف المسمى في الحالتين موت الزوج أو الزوجة . ثانيهما : التفصيل بين موت الزوج فيجب لها كل المهر ، وبين موت الزوجة فيجب لها النصف ، وإن كان بعضهم قد رحح القول بالتصنيف في الحالتين لصحة الروايات الدالة عليه ، وهذا الخلاف فيما إذا كان المهر مسمى ، أما إذا لم يكن مسمى فلا شيء لها وعليها العدة ولها الميراث . فقه الإمام جعفر ح ٥ ص ٢٨٩ ،

بالموت فلا يسقط به المهر ، وإذا تقرر المهر فإن كانت الزوجة أخذت جزءاً منه قبل موت الزوج تقرر لها الباقي في تركته ، وإذا لم تكن أخذت منه شيئاً أخذته كله من تركه الزوج .

وإذا كانت الزوجة هي التي ماتت أخذ ورثتها المهر كله أو باقيه من الزوج بعد خصم نصيبه منه لأنه يرثها فيما تركته ومنه المهر الذي لم تقبضه .

ثم إنهم بعد ذلك متفقون على أن موت أحد الزوجين يؤكد لكل المهر إذا كان الموت طبيعياً أو بقتل أجنبي ، أو كان بفعل الزوج بأن قتل نفسه أو قتل زوجته ، واختلفوا فيما إذا قتلت نفسها أو قتلت زوجها عمداً .

فإذا قتلت نفسها قبل الدخول بها ، فيرى زفر أنها لا تستحق شيئاً من المهر ، لأنها ارتكبت جناية فوتت بها على الزوج حقه في الدخول بها ، فيسقط حقها في المهر قياساً على ما إذا ارتدت عن الإسلام قبل الدخول أو الخلوة بها .

ويرى الجمهور أنه لا يسقط مهرها بذلك القتل ، لأن حق ورثتها تعلق بما لها ومنه المهر عند زهوق روحها فلا يسقط بفعلها ، لأن الشخص لا يملك إسقاط حق غيره .

والقياس على الردة قياس مع الفارق ، لأنه في حالة الردة لم يتعلق حق الورثة به فيسقط بخلاف حالة القتل فإن حقهم تعلق به فلا يسقط حق الغير .

وإذا قتلت زوجها عمداً فيرى زفر والشافعية أنها لا تستحق صداقها لأنها أنهت الزواج بمعية فوتت بها على الزوج حقه ، وأنهاء الزواج بهذه الصورة من قبلها يسقط المهر متى كان قبل الدخول ، كما إذا ارتدت بعد العقد وقبل الدخول .

والمالكية في ظاهر مذهبهم يوافقونهم في الجملة ، حيث إنهم منعوا تكميل المهر لئلا يكون ذلك ذريعة لقتل النساء أزواجهن فتعامل بنقيض مقصودها .

وجهور الحنفية ومعهم الحنابلة يذهبون إلى أن المهر لا يسقط بهذا القتل بل يتأكد المهر كله به ، لأن القتل وإن كان حماية منها فله عقوبة مقررة وهي القصاص . فلو قلنا بسقوط مهرها لأوجبنا عليها عقوبة زائدة لم تقرر شرعاً وهو غير حائر ، ولأن المهر في تلك الحالة للورثة لا لها فلا يحتمل السقوط بفعلها كما إذا قتلها زوجها .

ومن يتأمل تلك الآراء يرى أن أرجحها هو الرأي الأول والعمل به أصلح للمجتمع ، إذ كيف تأخذ المهر كاملاً أو نصفه مع قتلها لزوجها عمداً وكونه لورثتها لا يؤثر لأنه يثبت لها أولاً ثم يفتقل إليهم بعد القصاص .

هذا والعمل في مصر ولبنان يجري على خلاف ذلك ، حيث يعمل بالراجح من مذهب الحنفية أو بمذهب الجعفرية وهو لا يفرق بين قتلها وقتله على الرأي الراجح عندهم .

هدان الأمران الدان يتأكد بهما المهر كله بالاتفاق بين الفقهاء جميعاً في الأول ، وباتفاق المذاهب الأربعة في الثاني .

وقد اختلفوا في تأكده بالخلوة بعد العقد الصحيح .

يذهب المالكية والشافعية والجعفرية في المشهور عندهم (١) ، إلى أنها لا تقوم مقام الاشراف في تأكيد المهر، فإذا طلقها بعد الخلوة وجب لها نصف المهر المسمى . فإن لم يكن سمي لها مهرأ وجبت لها المنعة .

غير أن المالكية قالوا : لو أقامت معه في بيته سنة ، وكان بالغاً وهي تطبق المخالطة ولم يفعل شيئاً يجب كل المهر لو انفسخ العقد بعد ذلك (٢) .

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٥ وفقه الإمام حمفر ح ٥ ص ٢٩٢ .

(٢) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ح ٢ ص ٣٠٠ .

وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الخلوة بالروجة يتأكد بها المهر كله، وتسمى
عندهم بالدخول الحكمي .

غير أن الحنفية يشترطون في الخلوة أن تكون صحيحة ، وأما الحنابلة
فلا يشترطون ذلك بدليل أنهم قالوا : لو لمسها أو قبلها بشهوة ولو بحضوره الناس
تأكد لها كل المهر ولا يسقط ، ومثل ذلك لو نظر إلى ما لا يحل لغيره النظر إليه
بشهوة ، بل زادوا على ذلك وجعلوا الخلوة في الزواج الفاسد موجبة للمهر في
إحدى الروايتين^(٣) ، وسنبين حد الخلوة الصحيحة عند الحنفية بعد سوق الأدلة
للرايين .

الأدلة :

استدل الأولون على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل
أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » البقرة / ٢٣٧ ، فقد أوجب
نصف المهر المطلقة قبل المسيس في زواج فيه تسمية ولم يفصل بين حال وجود
الخلوة وعدمها ، وهذه طلقها قبل المسيس فلا تستحق المهر كاملاً .

وقوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن
فريضة وتموهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » ، فقد أوجب المتعة في
الطلاق بعد زواج لا تسمية فيه من غير فصل بين حال وجود الخلوة وعدمها .

ثم أبدوا ذلك بقوله تعالى : « وإن اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتن
إحداهن قطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتانا وإثمًا مبيناً وكيف
تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض » النساء / ٢٠ / ٢١ .

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ١٢١ والمغني ح ٦ ص ٧٢٧ لكنه صرح بأن
الرواية الأخرى وهي عدم الوجوب بها أولى .

فإن هذه الآية نهت الأزواج عن أن يأخذوا من المهر شيئاً عند الطلاق بعد الدخول بالمرأة دخولاً حقيقياً ، لأنه عبر عنه بالأفضاء وهو الجماع ، وهذا يفيد أنها لا تستحق المهر كله عند المفارقة بالطلاق إلا بعد الدخول ، فيبقى ما وراء ذلك داخلاً تحت الآية الأولى ، والمطلقة بعد الخلو فقط مطلقة قبل أن تمس فأشبهت من لم يخل بها .

واستدل الموجبون لتام المهر ، بأن الزوجة يجب لها المهر كله بالدخول الحقيقي وفي الخلو قد مكنت زوجها من نفسها ليستوفي حقه ولم يمنعه مانع من ذلك ، فإن قصر الزوج في استيفاء حقه لا يتعدى تقصيره إلى حقه لأنها لا تؤاخذ بتقصيره .

وهذا نظير ما إذا سلم المؤجر العين المؤجرة للمستأجر فإنه يستحق الأجرة سواء استوفى المستأجر المنفعة بالفعل أو لا .

وقد روى الإمام أحمد (١) عن زرارة بن أبي أوفى قال : « قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة » كما روي ذلك عن زيد بن ثابت وابن عمر ، ومثل هذه القضايا اشتهرت ولم ينكر عليهم أحد فيكون ذلك حكمها المقرر .

وأما ما استدل به المخالفون من قوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » ، وقوله : « ما لم تمسوهن » في الآية الثانية فيحتمل أنه كنى بالمسبب عن السبب الذي هو الخلو بدليل فعل الصحابة .

وأما قوله تعالى : « وقد أفضى بعضكم إلى بعض » فليس الأفضاء نصاً في

(١) المنى لأبن قدامة ج ٦ ص ٧٢٤ و ص ٧٢٥ .

الدخول الحقيقي ، لأنه حكى عن الفراء^(١) وهو حجة في اللغة أنه قال: «الأفضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل » وهذا صحيح كما يقول ابن قدامة والكاساني ، لأن الأفضاء مأخوذ من الفصاء من الأرض وهو الموضع الذي لا نبات فيه ولا بناء ولا حاجز عن إدراك ما فيه ، وبهذا يتبين أن الخلوة الصحيحة تشارك الدخول الحقيقي في تأكيد المهر .

وبهذا أخذ قانون حقوق العائلة حيث تقول المادة - ٨٣ - : « إذا سمي المهر في العقد الصحيح وتوفي أحد الطرفين أو وقع الطلاق بعد الاجتماع الصحيح يلزم المهر المسمى تماماً » .

والمادة - ٨٤ - تقول : « إذا لم يسم المهر في العقد الصحيح ، أو سمي وكانت التسمية فاسدة ثم توفي أحد الطرفين أو وقع الطلاق بعد الاجتماع الصحيح يلزم مهر المثل » .

فكلمة الاجتماع الصحيح في المادتين يراد بها الخلوة الصحيحة وليس المراد منها الدخول ، لأن هذا القانون في أكثر من مادة يعبر عن الدخول بلفظ المقاربة . وإذا وجب تمام المهر بالخلوة الصحيحة وجب بالدخول « المقاربة » من باب أولى . فهو في هذا يتفق مع مذهب الحنفية .

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٩٢ .

المبحث السابع

في الخلوة الصحيحة وأحكامها :

وحد الخلوة الصحيحة عند الحنفية أن يجتمع الزوجان بعد العقد الصحيح في مكان يأمنان فيه من دخول أحد عليهما بدون إذنها أو يطلع عليها ، وليس هناك مانع يذمهما من المخالطة الجنسية ، فإذا لم يكن المكان آمناً لا تكون صحيحة ، وإن كان آمناً ووجد المانع لا تكون صحيحة أيضاً .

والموانع - كما عدها الفقهاء - ثلاثة أنواع : حقيقي ، شرعي ، وطبعي . فالحقيقي ويسميه بعض الفقهاء بالحسي كالمرض الذي يحول بينها وبين التمتع الكامل ، والغييب الخلقي بالمرأة كالقرن والرتق^(١) ، والصغر بأن يكون أحدهما صغيراً لا يمكن الاختلاط من مثله .

والشرعي : كأن يكون أحدهما صائماً في رمضان ، أو محرماً بحجة فريضة أو نفل أو بعمره^(٢) ، أو تكون المرأة حائضاً أو نفساء فكل ذلك مانع شرعاً ، لأن المخالطة الجنسية محرمة فيها شرعاً ، وفي الحيض والنفساء مانع طبعاً لأنه أذى والطبع ينفر عن استعمال الأذى .

والمانع الطبعي : كأن يكون معها ثالث عاقل ولو كان صغيراً يستطيع

(١) الأول عظم في المضرتناسلي في المرأة، والثاني التحام فيه، أما العيب بالرجل فلا يمنع من الخلوة الصحيحة كالعنة والحصاء باتفاق أبي حنيفة وصاحبيه . والجب كذلك غير مانع عند أبي حنيفة لتصور السحق منه والأيلاد البدائع ج ٢ ص ٢٩٣ .

(٢) والمخالطة الجنسية فوق أنها محرمة شرعاً تفسد الصوم والحج والعمرة ، وأفسادها يوجب القضاء في الكل والكفارة في الصوم ، وهي أمور شاقة تمنع الشخص من الإقدام على ما يريد .

التعبير عما وقع بينها^(١) لأن الإنسان يكره أن يقرب امرأته لحدرة شين ويستحي فينقض عنه، وهذا تقسيم اعتباري، ولهذا سمي بعض الفقهاء هذا المانع الحسي لأن الشخص الثالث محسوس .

فإذا صححت الخلوة تأكد بها المهر . فلو طلقها بعد ذلك أو افسح العقد بسبب من أسباب الفسح ولو من جانبها وجب لها المهر كله متى كان العقد صحيحاً .

ولا تعتبر هذه الخلوة بعد الزواج الفاسد ، لأن المحالطة الحسية فيه - رام . فكان المانع الشرعي قائماً ، ولأن الخلوة تؤكد المهر بعد وجوده بالعقد ، والعقد الفاسد لا يوجب المهر فلا يتصور تأكيد شيء لم يوجد

وإذا كانت الخلوة الصحيحة يتأكد بها المهر بالدخول الحقيقي فهي لا تأخذ حكمة في كل شيء ، بل تتفق معه في بعض الأحكام وتخالفه في بعضها الآخر وإليك البيان لمواضع التوافق والتخالف :

الأحكام التي يشتركان فيها .

تشارك الخلوة الصحيحة مع الدخول الحقيقي فيما يلي :

١ - تأكيد المهر كله للزوجة كما سبق بيانه .

٢ - وحوب العده على الزوجة إذا وقعت الفرقة بعد الخلوة الصحيحة^(٢)

(١) أما إذا كان معها صغير لا يميز أو محنون أو مغمى عليه فلا يقع الخاوة واختار الكمال بن الهمام أن وجود المحنون يمنع صحة الخلوة وهو اختيار وحيد .

(٢) أما الخلوة الفاسدة فتجب بها العدة احتياطاً مع وجود المانع الشرعي لأن الدخول الحقيقي يمكن معه في ذاته بل مع وجود المانع الطبيعي وهو وجود شخص ثالث كما يقول صاحب البدائع ج ٢ ص ٢٩٤ والعدة يحتاط في إثباتها ولم يجب بها المهر كله لأن الأموال لا تجب بالشك .

كما يجب به بعد الدخول ، لكن يلاحظ أنهما وإن اتفقا في وجوب العدة إلا أن وجوبها بالدخول وجوب ظاهراً وباطناً ، أي قضاء وديانة لأنها حق الشاوع وحق الولد الذي قد يأتي ثمرة لهذا الدخول . فيحرم عليها التزوج قبل انقضائها ، أما في حالة الخلو فوجوبها إنما هو في الظاهر فقط ، أي في نظر القضاء . فلورفع الأمر إلى القاضي وجب عليه الحكم بوجوبها على المختلي بها ، لكن المرأة إذا كانت متيقنة بعدم مخالطة زوجها لها أثناء الخلو فإنه يحل لها ديانة . أي بينها وبين الله أن تتزوج من غير أن تعتد بعد ذلك الطلاق ، لأنه طلاق قبل الدخول حقيقة فلا يوجب العدة . كما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية ، وإذا وجبت العدة على الزوجة بالفرقة بعد الخلو الصحيحة ترتبت عليها أحكام العدة وهي :

١ - وجوب النفقة بأنواعها التي تثبت لكل معتدة .

٢ - حرمة التزوج بامرأة أخرى تكون محرماً للمعتدة ما دامت في عدتها ، لأنه يكون جامعاً بين محرمين .

٣ - يحرم عليه التزوج بخامسة ما دامت العدة قائمة إذا كان له ثلاث زوجات غير تلك المطلقة ، لأنه يكون جامعاً لأكثر من أربع زوجات .

بقي حكم أخير تشترك فيه الخلو والدخول بالزوجة وهو ثبوت نسب الولد من الزوج إذا توافرت شروط ثبوت النسب ، كما يثبت نسبه منه بعد الدخول .

وهذا في الواقع ليس حكماً للخلو ولا للدخول ، بل هو حكم لعقد الزواج الصحيح وإن لم يعقبه دخول ولا خلو كما يذهب إليه الحنفية (١) احتياطاً

(١) ويمكن تصوير جعل ثبوت النسب حكماً للخلو كاللخول فيها إذا طلقها بعده وأنت ولد لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الطلاق فإن نسب الولد يثبت منه ، كما لو طلقها بعد الدخول وأنت بالولد في تلك المدة فإنه يثبت نسبه ، أما إذا طلقها قبل الخلو أو الدخول فإنه لا يثبت نسبه إلا إذا ولدته لأهل من ستة أشهر من تاريخ الطلاق .

منهم وحرصاً على عدم ضياع الولد .

الأحكام التي يختلفان فيها :

تختلف الخلوة عن الدخول في الأحكام الآتية :

١ - حرمة بنات الزوجة تكون بالدخول الحقيقي بها ، أما مجرد الخلوة الصحيحة فلا يترتب عليها حرمة البنات ، فلو تزوج رجل امرأة ودخل بها ثم طلقها فإنه يجرم عليه التزوج بإحد بناتها بعد ذلك ، أما لو طلقها بعد الخلوة بها فيحل له التزوج بإحدى بناتها ، لأن القرآن علق تحريم الرائب على الدخول .
« وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » .

١ - إحلل المطلقة ثلاثاً لمطلقها ، فلو طلق الرجل زوجته ثلاثاً فإنها لا تحل له بعد ذلك حتى تتزوج زوجاً آخر ، فإذا تزوجها الثاني ودخل بها دخولاً حقيقياً ثم طلقها وانقضت عدتها حلت للأول ، أما لو طلقها بعد الخلوة الصحيحة فلا تحل له لحديث « لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك » ، وهو كناية عن الدخول الحقيقي فبقى ما دونه على التحريم .

٣ - الطلاق الواقع بعد أحدهما فإنه بعد الدخول الحقيقي يكون رجعيًا وبائناً ، أما بعد الخلوة الصحيحة فإنه لا يكون إلا بائناً على أي صورة وقع من الزوج ، ويترتب على ذلك أن المطلق بعد الدخول يستطيع مراجعة زوجته بدون عقد جديد إذا كان طلاقه السابق رجعيًا ، أما المطلق بعد الخلوة فلا يستطيع إرجاعها إلا بعقد جديد .

٤ - إن المدخول بها تزوج تزويج الثيبات من أنه لا بد في تحقق رضاها من أذنها الصريح ، أما المحتلى بها فقط فنتزوج زواج الأبقار لأنها لا زالت بكرًا فيكتفي في رضاها بمجرد السكوت .

٥ - الميراث ، إذا طلق الرجل امرأته بعد الخلوة الصحيحة ومات أحدهما في أثناء العدة فلا يرث أحدهما الآخر ، لأن الطلاق بعدها يكون بائناً على أي شكل وقع ، ولا يرث في عدة البائن . يستوي في ذلك أن يكون طلاقه فراراً من الميراث وهو الطلاق في مرض الموت من غير رضاها أو لم يكن كذلك . أما إذا طلقها بعد الدخول ومات أحدهما في العدة ، فإنه يرث أحدهما الآخر إذا كان الطلاق رجعيًا ، بل إنه يثبت للزوجة في عدة الطلاق البائن إذا كان الطلاق في مرض موته ، لأنه يعتبر فاراً من ميراثها فيعامل بنقيض مقصوده .

فالفرق بينهما فيما إذا كان الطلاق بائناً قصد به الفرار من الميراث، والميراث لا يثبت إلا بيقين بوجود سببه لأنه حق مالي لا يثبت احتياطاً .

٦ - الأحصان . فإن الدخول يجعل كلاً من الزوج والزوجة محصنين بحيث تطبق عليهما عقوبة الرجم في الزنى ، أما الخلوة الصحيحة فلا تجعلهما محصنين فتطبق عليهما عقوبة الجلد عند الزنى إن لم يكن سبق لهما زواج ودخول .

الاختلاف في حصول الخلوة :

إذا اتفق الرجل والمرأة بعد الطلاق قبل الدخول على أنه حصل بعد الخلوة الصحيحة ثبتت أحكامها السابقة ، وإن اختلفا في ذلك فقالت المرأة : إنه حصل بعد الخلوة فتستحق كل المهر ، وقال الرجل : إنه حصل قبل الخلوة فلا تستحق إلا نصف المهر كان على المرأة البينة لإثبات دعواها ، لأنها تدعى خلاف الأصل إذ الأصل عدم الخلوة لأنها طارئة عليه ، وعلى من يدعى خلاف الأصل إثبات مدعاه . فإن أقامت البينة كان لها المهر كله ، وإن عجزت عن إقامتها لم يبق إلا اليمين من حلفه صدق وحكم بمقتضى قوله . ولكن لأي منهما يوجه اليمين ؟

كتب الفقه الحنفي تذكر في المسألة قولين :

أولهما : أنه يوجه اليمين إلى الرجل ، فإن حلف أنه طلقها قبل الخلوة قضى بقوله ، فلا تستحق إلا نصف المهر إن كان مسمى ، فإن لم يكن مسمى تسمية صحيحة استحقت المتعة . وسيأتي بيانها .

وثانيها : إن اليمين توجه إلى المرأة ، فإذا حلفت على ما تدعيه وهو أن الطلاق كان بعد الخلوة الصحيحة استحقت كل المهر المسمى أو مهر المثل إن لم يكن مسمى .

ونحن إذا طبقنا القاعدة القائلة « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » وعرفنا أن الخلاف هنا بين الرجل والمرأة في وجود المؤكد للمهر وهو الخلوة ، وإن المرأة تدعى وجودها ولذلك طالناها بالبينة ، والرجل ينكرها ولذلك قلنا لا بينة عليه لأنه يتمسك بالأصل . إذا فعلنا ذلك انتبهنا إلى أن اليمين توجه للرجل ويكون القول قوله إذا حلف ، لأن المرأة التي تدعي خلاف الأصل عجزت عن البينة ، فيكون هو الراجح لمرافقته للقاعدة ، وأما ترجيح ابن عابدين القول الثاني وهو أنه يوجه اليمين إلى الزوجة ، ويكون القول قولها مع بينها وتصويره لها بأنها منكورة لما ينصف المهر وهو الطلاق قبل الدخول والخلوة لأن المهر كله ثبت بالعقد والتنصيف له عارض وهي تنكره . هذا الترجيح بناء على هذا التصوير غير مسلم ، لأنه يترتب عليه أن تكون المرأة مدعية ومنكورة في آن واحد والرجل لا يكون له صفة في هذا النزاع مع أن كل نزاع غالباً يقوم على ادعاء من طرف وإنكار من الطرف الآخر .

وإذا جعلناها منكورة للعارض وهو يدعيه فلم نلزمه بالبينة على دعواه من أول الأمر ؟

تلك هي الأسباب التي يتقرر بها المهر كله عند الحنفية .

وزاد بعضهم سبباً رابعاً . وهو أن يزيل بكارتها بغير الطريق المعتاد ، كأن

يزيلها بأصبع أو نحوه . ولكن هذا لا يعتبر سبباً مغايراً لأنه إن فعل ذلك في خلوة صحيحة كان تأكد المهر بالخلوة الصحيحة ، وإن لم يكن في خلوة فلا يجب بهذا شيء ، فإن طلقها بعد ذلك وحب عليه نصف المهر .

ويدل لذلك أن الحنفية قرروا : أن الزوج إذا دفع زوجته في غير خلوة دفعه شديدة فأزال بكارتها ثم طلقها قبل الدخول لا يلزم إلا بنصف المهر ، ولا يلزم بتعويض عن إزالة البكارة (١) أما إذا لم تكن امرأته فدفعها دفعة شديدة أزال بها بكارتها ثم تزوجها كان لها عليه مهر مثلها بسبب إزالة البكارة والمهر الذي سماه لها .

ومما ينبغي ملاحظته هنا أن الرجل لو طلق امرأته طلاقاً بائناً بعد الدخول بها ثم عقد عليها عقداً جديداً في العدة ، فإنه يجب لها كل المهر الثاني بمجرد العقد بدون دخول أو خلوة ، لأن وجودها في العدة قائم مقام الخلوة وزيادة لبقاء حكم الدخول الأول بدليل أنها لو أتت بولد لرمه (٢) . والجمهرية يوجبون لها نصف المهر : يقول الحلي في شرائع الإسلام (٣) : لو طلقها بائناً ثم تزوجها في عدته ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف المهر .

(١) يقول ابن قدامة في المعنى ج ٦ ص ٧٢٨ : إذا دفع زوجته فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فليس عليه إلا نصف صداقتها . وقال أبو يوسف ومحمد عليه الصداق كاملاً لأنه أذهب عذرتها في نكاح صحيح فكان عليه المهر كاملاً كما لو وطئها . ١٠ هـ

فإن صح هذا النقل عنهما كان في المذهب رأيان ، والجمهرية يذهبون إلى وجوب المهر كاملاً بذلك . فقه الإمام حنبل ج ٥ ص ٢٩١ .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ١١٤ . وقال الشافعي وأحمد لها نصف المسمى لأنها طلاق قبل الدخول فإن لم يكن دخل بها في الأول فعليه نصف الصداق الأول ونصف الصداق الثاني بلا خلاف . المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٧٠ .

(٣) ج ٦ ص ٣٦ .

المبحث الثامن

فيما يتأثر به المهر بعد وجوبه

عرفنا ما يتأكد به المهر فيتقرر بأكمله بالدخول والخاوة الصحيحة ، وموت أحد الزوجين ، فإذا حصلت الفرقة بعدها وجب المهر كاملاً سواء كان المسمى أو مهر المثل .

أما إذا حصلت الفرقة قبلها فلا يجب المهر كله ، بل تارة يتنصف ، وأخرى يسقط إلى بدل ، وثالثة لا إلى بدل فتلك حالات ثلاث وإليك تفصيلها :

الحالة الأولى : حالة التنصيف وهي التي يجب فيها نصف المهر .

يجب نصف المهر إن كان مسمى تسمية صحيحة وكانت الفرقة من قبل الزوج سواء كانت طلاقاً أو فسخاً^(١) . كالفرقة بلفظ الطلاق أو التفريق بعيب فيه أو بسبب ارتداد الزوج عن الإسلام ، أو إبانته عنه إذا كان غير مسلم وأسلمت زوجته أو ارتكابه ما يوجب حرمة المصاهرة .

ولا يستثنى من ذلك إلا صورة ما إذا كانت الفرقة بسبب خيار البلوغ ، أو الأفاقة فيما لو زوج الصغير أو المجنون غير الأب والجد المعروفين بحسن الاختيار من الأولياء فإنه يثبت له الخيار في فسخ العقد عند البلوغ أو الإفاقة . فإذا اختار فسخ العقد لا يانم بشيء من المهر ، لأننا لو أوجبنا عليه نصف المهر

(١) الفرق بينهما أن كل فرقة اعتبرت طلاقاً تحسب من عدد الطلقات والتي اعتبرت فسخاً لا تحسب منها ويظهر ذلك فيما إذا رجعت الزوجة فإنه يملك عدد الطلقات كاملة إذا كانت السابقة فسخاً .

كغيره لم يكن لهذا الخيار فائدة ، لأنه حينئذ يستوى الفسخ والطلاق الذي يملكه كغيره فتتحصّر فائدته في إعفائه من المهر عند اختياره الفسخ ، وأيضاً إن فسخ العقد بالخيار رفع له من أساسه كأبه لم يكن فأيجاب نصف المهر عليه في هذه الحالة أيجاب له من غير سبب موجب ولم يقل بذلك أحد .

والدليل على أيجاب نصف المهر في هذه الفرقة قوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » البقرة / ٢٣٧ . فهذه الآية توجب نصف المهر في الطلاق قبل الدخول إذا كان مفروضاً أي مقدرأ فيقتصر التنصيف على المهر المسمى ، ويلحق بالطلاق كل فرقة جاءت من جانب الزوج ، أما مهر المثل الذي يجب عند عدم التسمية الصحيحة فلم يرد بص بتنصيفه ، فيبقى وحوه كاملاً في الصور التي يجب فيها كمال المهر ، ويجب بدل نصفه المتعة ، هذا قدر متفق عليه بين الفقهاء وبه أخذ قانون حقوق العائلة في المادة ٨٣ في فقرتها الثانية ونصها « أما إذا وقع الطلاق قبل الاجتماع الصحيح يسقط نصف المهر المسمى » .

ولكن الفقهاء اختلفوا في المراد بالمهر المسمى الذي ينصف أهو المسمى عند العقد فقط فلا يتناول المسمى بعده بتراضي الزوجين أو بقضاء القاضي عند اختلافهما فيه ولا الزيادة في المهر على المسمى بالعقد أو يتناول كل ذلك ؟

فذهب الحنفية في الراجح عندهم إلى أن المراد به المسمى وقت العقد فقط فلا ينصف ما سمي بعده ولا ما زيد عليه من جانب الزوج . فلو تزوجها بدون تسمية للمهر وقت العقد ثم سمي المهر بعد ذلك بالتراضي أو بالقضاء ثم طلقها قبل الدخول والخلوة فلا يجب لها إلا المتعة ، ولو زاد على المسمى شيئاً وطلقها كذلك وجب لها نصف المسمى وتسقط الزيادة .

وذهب الجمهور إلى أن التنصيف يكون للكامل في حالة الزيادة وفي حالة التسمية بعد العقد ، وسبب الخلاف يرجع إلى اختلافهم في المراد بالمفروض

الذي ينصف في الآية « فنصف ما فرضتم » فيرى الجمهور أنه المفروض مطلقاً سواء كان وقت العقد أو بعده ، لأن الفرض معناه التقدير وهو شامل لكل هذا .

والحنفية يقولون إنه المفروض وقت العقد أو المتفق عليه قبله لأنه في عرف الناس كذلك : وكلام الشارع يفسره العرف فيعمل بالمتعارف وإن كان مخالفاً للوضع اللغوي .

والفصل بين الرأيين موقوف على وجود العرف الذي يدعيه الحنفية والظاهر أنه غير موجود ..

وبهذا يكون وجوب نصف المهر مشروطاً بشروط أربعة على ما هو المعمول به في مصر ولبنان ؟

١ - أن يكون عقد الزواج صحيحاً .

٢ - أن يكون المهر مسمى عند العقد تسمية صحيحة فلا يتنصف مهر المثل ، ولا المفروض للمفوضة بعد العقد خلافاً للجمهرية فإنه يتنصف عندهم ولا الزيادة عليه .

٣ - أن تقع الفرقة قبل الدخول أو الخلوة عندنا ، وقبل الدخول عند الجمهرية .

٤ - أن تكون الفرقة من قبل الزوج .

فإذا وقعت الفرقة قبل أن تقبض الزوجة شيئاً من المهر كان على الزوج أن يسلمها النصف الذي استحقتة وسقط عنه النصف الآخر بدون حاجة إلى قضاء ، لأنه إن كان المهر ديناً في ذمة الزوج فقد سقطت المطالبة بنصفه ، وإن كان عيناً فإن يده ثابتة عليه . ولذلك جاز تصرفه فيه بعد الطلاق ويكون نافذاً فلا يحتاج إلى قضاء ، أما إذا قبضته فلا يعود إليه نصفه إلا بتراضيهما أو بقضاء القاضي ، لأن الزوجة تملك المهر بالعقد الصحيح وهو سبب من أسباب

الملك، فإذا قبضته تعينت ملكيتها فيه وقويت فلا تزول هذه الملكية إلا بالفسخ وهو إما بالتراضي أو بقضاء القاضي ، ولذلك تنفذ تصرفاتها فيه بعد قبضه من غير توقف على رضاه ، ولو تصرف هو كان تصرفه موقوفا على إجازتها أو الحكم به ، فإذا تصرفت فيه بالبيع مثلا نفذ بيعها ، فإن طلقها قبل الدخول فقد تعذر رد النصف فتضمن قيمة النصف وتعتبر القيمة من يوم القبض ، أما إذا تصرف فيه بالبيع قبل أن يقبضه فإن تصرفها ينفذ أيضا فإذا ما طلقها قبل الدخول أو الخلوه كان عليها نصف القيمة يوم البيع ، فإذا كانت قيمته وقت البيع تساوي مائة ثم نزلت قيمته عن ذلك كانت ملزمة له بخمسين .

هذا عند الحفية ، وينذهب الجعفرية إلى أنه لا فرق بين الحالتين فيعود إليه النصف بالطلاق دون توقف على رضاها أو قضاء القاضي ، ولهذا كانت تصرفات الزوج فيه نافذة بدون توقف على شيء ما دامت العين باقية ، وكذا تصرفات الزوجة ما دامت تصرفت قبل الطلاق .

والحكمة في إيجاب نصف المهر في هذه الحالة تعويض المرأة عما لحقها من الضرر بفرقة لا دخل لها فيها وتخفيف عن الرجل بعمد إلزامه بكل المهر فيه مراعاة للجانبين جانب الرجل وجانب المرأة ، لأننا لو نظرنا إلى جانبه وجدناه لم يستفد شيئا من هذا الزواج ، لأن الموقوف عليه رجع إلى المرأة سالما وهذا يقتضي عدم إيجاب شيء من المهر .

ولو نظرنا إلى الزوجة وجدناها مملكت زوجها بالعقد حق الاستمتاع بها ولم تمنعه من استيفاء حقه وهو الذي فوت هذا الحق على نفسه بالطلاق وهذا يقتضي إيجاب كل المهر لها ففي إيجاب كل المهر أهدار لجانب الرجل ، وفي إلغائه كله إهدار لجانب المرأة فكان الحكم الوسط الذي يعوض المرأة ويجبر كسرهما ولا يثقل كاهل الرجل .
الحالة الثانية : التي يسقط فيها المهر إلى بدل . وهي التي يجب فيها المتعة .
المتعة : هي المال الذي يعطيه الرجل للمرأة بعد الفرقة بينها بطلاق أو فسخ

سواء كان هذا المال نقداً أو ثياباً أو غير ذلك . وهي نوعان . واجبة ومستعجة . فتجب للزوجة في كل فرقة قبل الدخول أو الخلوّة الصحيحة من جهة الزوج إذا لم يكن لها مهر مسمى تسمية صحيحة (١) وهي المفوضة ، والدليل على وجوبها في هذه الحالة قوله تعالى دلائل جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تسموهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين ، ولأنها وجبت عوضاً عن نصف المهر وهو واجب فتأخذ حكمه لأن بدل الواجب واجب .

ولما كانت الآية واردة في الطلاق وهو من جانب الرجل ذهب الجعفرية إلى أنها تجب على الزوج في كل فرقة تعتبر طلاقاً، ولكن الحنفية يذهبون إلى وجوبها في كل فرقة من جانبه قبل الدخول سواء اعتبرت طلاقاً أو فسخاً ، لأن الحكمة في أيجابها التخفيف عن المرأة لما أصابها من الألم والوحشة بقطع وصلة النكاح من جانب الرجل دون أن يكون لها دخل في ذلك وتعويضها عما فاتها من نصف المهر لو كان لها مهر مقدر . ويستوي في ذلك أن تكون الفرقة طلاقاً أو فسخاً .

مقدار المتعة

والمتعة الواجبة كسوة كاملة للمرأة مما تلبسه للخروج من المنزل عادة أو قيمة ذلك من نقود وغيرها، والمعتبر فيها عرف كل بلدة فيما تكنسي به المرأة خارج بيتها . وهو يختلف باختلاف أحوال الناس . فإن تراضيا عليها فذاك ، وإلا فرضها القاضي .

وتحديد الفقهاء لها بالثياب من درع وخمار وملحفة (١) كان باعتبار عرف

(١) مقدار وجوبها على فساد تسمية المهر من كل وجه والفرقة قبل الدخول والخلوة ، فإن كانت التسمية صحيحة من وجه دون وجه كما إذا سمي مائة دينار ومقداراً من الخمر فإنه يلغى الفاسد ويعتبر الصحيح هو المهر فينصف . أما بعد الدخول فلها مهر المثل .

(١) الدرع ما تلبسه المرأة فوق القميص، والخمار ما تغطي به الرأس والملحفة ما تلبس فوقه =

زمانهم بدليل أنهم نصوا على أن المعتبر في المتعة عرف كل بلد فيما تكتسي به المرأة عند الخروج . كما نصوا على أن الزوج لو دفع لها قيمة المتعة أجبرت على القبول .

وهي على الأجمال لها حد أدنى وحد أعلى . فحدها الأدنى عند الحنفية ألا تقل عن خمسة دراهم لأنها نصف أقل المهر الواجب شرعا . وهي وحببت عوضا عن نصف المهر المسمى ، ولا تزيد عن نصف مهر المثل ، لأن مهر المثل هو الواجب لها لو فارقها بعد الدخول في هذه الحالة .

ومعنى ذلك أنها لو قدرت لا تقل عن ذلك ولا تزيد عن هذا لكن الزوج لو تطوع بأكثر من هذا وأعطاهم باختياره فلا بأس في ذلك . وعند تقديرها : يراعي حال الزوج^(٢) من اليسار والأعسار وهو قول أبي يوسف لقوله تعالى « فمتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » فهو صريح في أن تقدير المتعة يكون بحال الزوج من اليسر والعسر ، ولأنه هو المكلف بدفعها فلو كلفناه وهو فقير وهي غنية بمثل ما تكسى به لكلفناه بما ليس في وسعه . « لا يكلف الله نفسا إلا وسعها » .

وهذا هو الرأي الراجح عند الحنفية ويوافقهم في ذلك الجعفرية^(٣) لموافقته لصريح النص واتفاقه مع قواعد التكليف . وقد نص قانون حقوق العائلة على وجوب المتعة في هذه الحالة في الفقرة الثانية من المادة - ٨٤ ونصها « أما إذا وقع

= ثيابها ونص الفقهاء يمددها قميص وأزار وملحفة . ويريد بالأزار ما يلبس فوق القميص وتحت الملحفة .

(٢) وفي المذهب، رأيان آخران، أولهما أنها تجب بحسب حالة الزوجة، لأنها وجبت بدلا عن مهر المثل الذي لا ينصف وهو معتبر بعالها ، وثانيهما : أنها تجب بحسب حالها معا . راجع البدائع ج ٢ ص ٣٠٤ .

(٣) المختصر النافع ص ٢١٣ يقول : ويمتد في المتعة حاله فالغنى يتمتع بالثوب المرتفع أو عشرة دنانير والفقير بالخاتم أو الدرهم والمتوسط بينهما .

الطلاق قبل الاجتماع الصحيح فتأزم المتعة « وهي عبارة عن قميص وإزار وملحفة » وتعيين المتعة حسب العرف والعادة على شرط أن لا تتجاوز مهر المثل « ووجوبها إذا لم يكن المهر مسمى تسمية صحيحة كما نصت عليه الفقرة الأولى من تلك المادة .

لكن يلاحظ أن هذه الفقرة جعلت الحد الأعلى للمتعة مهر المثل . وهو غير صحيح لأن المقرر في المذهب الحنفي وهو مصدر هذا الحكم صريح في أن الحد الأعلى لها نصف مهر المثل . ولأن هذه المرأة لو طلقت بعد الدخول أو الخلوة يجب لها مهر المثل . فلزم على هذا أن تستوي الحالتان الفرقة قبل الدخول وبعده وليس لها نظير أصلاً .

فالظاهر أن عبارة المادة سقط منها كلمة « نصف » وصوابها « أن لا تتجاوز نصف مهر المثل »

أما المتعة المستحبة . فهي لكل مطلقة بعد الدخول سواء سمي لها مهر أو لا ، وللمطلقة قبل الدخول إذا كان لها مهر مسمى على الصحيح في المذهب الحنفي متراً ، كانت الفرقة من جانب الرجل إلا إذا ارتد أو أبى الدخول في الإسلام فإن المتعة لا تستحب في حقه لأن الاستحباب فضيلة لا تطلب إلا من المسلم لقوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » البقرة / ٢٤١ .

ولأن إعطاء المتعة في تلك الحالات يكون من التسريح بأحسان المأمور به .

الحالة الثالثة التي يسقط فيها المهر كله لا إلى بدل

يسقط المهر كله بعد ثبوته بالعقد الصحيح إذا طرأ عليه سبب من الأسباب الآتية :

١ - إذا وهبت الروجة لزوجها كل المهر قبل الدخول أو بعده فإنه يسقط عنه متى كانت من أهـل التبـرع وقبل الزوج الهبة في المجلس . سواء كانت الهبة قبل قبض المهر أو بعده (١) وكذلك إذا أبرأته منه وهي رشيدة وكان ديناً في ذمة

(١) قيد ذلك صاحب البدائع بما إذا كان المهر عيناً أما إذا كان ديناً فإن هبته تصح إذا كان قبل القبض . والدين هو ما يثبت في الذمة كالدرهم والدراهم والمكيلات والموزونات مما تتميز بالوصف والمعين هو المعين بالأشارة . ج ٢ ص ٢٩٥ .

الزوج سواء كان قبل الدخول أو بعده. وقد تم توضيحه في مسألة الخط من المهر .

٢- إذا حصلت الفرقة بينها بسبب من جانبها قبل الدخول أو الخلو الصحيح .
سواء كان هذا السبب أمرا مشروعاً . كما إذا كان لها خيار البلوغ أو الأفاقة فيما
إذا زوجها وليها غير الأب والجد وهي صغيرة أو مجنونة ثم بلغت أو أفاقت
واختارت فسخ الزواج أو كان أمرا غير مشروع كارتدادها عن الإسلام أو
إبائها عنه إذا أسلم زوجها ولم تكن كتابية أو ارتكبت ما يوجب حرمة المصاهرة
فإن عقد الزواج في تلك الصور يفسخ ولا مهر لها ، لأن إقدامها حتى ما يوجب
الفسخ قبل أن يتأكد المهر دليل على تنازلها عنه . بخاصة إذا كان ما فعلته
معصية ، ومثل ذلك إذا كان الفسخ من قبل وليها ، كما إذا زوجت نفسها
بدون كفه أو بأقل من مهر المثل واعترض وليها العاصب على العقد وطلب فسخه
وأجيب إلى طلبه ، لأن فسخ العقد وإن كان من وليها مباشرة إلا أنها هي التي
تسببت فيه بتزويجها عن يعترض عليه وليها . فكأنها هي التي فسخته .

وقانون حقوق العائلة ينص على ذلك صراحة في الفقرة الثالثة من المادة-٨٣
فيقول : « وإذا وقع الفراق من طرف الزوجة بأحدى الصور كما لو فرق الزوجة
وليها بسبب عدم الكفاءة يسقط تمام المهر المسمى » وهي مقيدة بالفراق قبل
الاجتماع الصحيح لأنها معطوفة على الفقرة التي قبلها وفيها هذا القيد. وقد تقدم نصها.

٣- إذا فسخ الزواج بسبب مشروع من جهة الزوج قبل الدخول أو الخلو
كالختياره الفسخ عند البلوغ أو الأفاقة ، لأن هذا الفسخ نقض للعقد من أساسه ،
وإذا نقض العقد لم يبق سبب موجب للمهر .

٤- إذا خالعت الزوجة زوجها على المهر كله قبل الدخول أو بعده فإنه يسقط
كله ، كما يقول صاحب البدائع .

المبحث التاسع

في ولاية قبض المهر والتصرف فيه

قدمنا أن المهر حكم من أحكام العقد وأنه يثبت حقا للزوجة بمجرد العقد الصحيح سواء كان مسمى في العقد أو لا ، ولا تتوقف ملكيتها له على القبض حتى جاز لها التصرف فيه قبل قبضه .

وإذا تم العقد فلن تثبت ولاية قبض المهر. أثبتت للعاقدة وليا كان أو وكيلة أم للزوجة ؟

الأمر لا يخلو من أن تكون الزوجة كاملة الأهلية أولا . فإن كانت كاملة الأهلية ثبت الحق لها سواء تولت هي العقد بنفسها أو تولاه غيرها وليس لأحد سواها ولاية قبضه إلا بأذنها الصريح أو الضمني .

فإذا قبضه غيرها بدون أذنها لا تبرأ ذمة الزوج منه وكان لها حق مطالبته به وهو يرجع على من أقبضه ، وإن كان القبض بأذنها برئت ذمته . ولا يعتبر سكوتها عند القبض رضا منها بذلك إلا فيما إذا كانت بكرا وكان القابض أبها أو جدها لأبيها لجريان العادة بقبض الآباء والأجداد مهور الأبقار من بناتهم لاستحيائهن من المطالبة بالمهر. فاعتبر السكوت إذنا بالقبض دلالة بشرط ألا يوجد منها ما يدل صراحة على عدم رغبتها في قبض الولي له كأن تنهي الزوج عن دفعه إليه لسبب من الأسباب .

فإن وجد لا يعتبر قبضه صحيحا فلا تبرأ ذمة الزوج منه ، أما غير الأب والجد من الأولياء فليس لهم ولاية القبض إلا بالأذن الصريح ، وكذلك الوكيل عنها في عقد الزواج لأنه مجرد سفير ومعبّر عنها .

ويلاحظ هنا أن المأذون له في قبض المهر المسمى وإن كان أبا أو جدا ليس له قبض غيره وأن كان مساويا له في القيمة لأنه يكون استبدالا وهو لا يملك ذلك بالنسبة لكاملة الأهلية ، وقد سبق بيان حق الزوجة في الامتناع عن الزوج والدخول في طاعته حتى يوفىها مهرها المعجل .

وإن كانت الزوجة فاقدة الأهلية لصغرها أو جنونها أو كانت محجورا عليها لسفه أو غفله فصاحب الحق في قبض مهرها من له الولاية على أموالها وهو عند الحنفية واحد من ستة : الأب ثم وصيه فإن لم يكونا فالجد ثم وصيه فإن لم يكن أحد من هؤلاء فالقاضي ثم وصيه بهذا الترتيب .

وعلى هذا فقد تجتمع الولايتان « ولاية الزواج وولاية المال » لشخص واحد كأب والجد ، وقد تفترقان فيكون للزواج ولي والمال ولي آخر كالعم ووصي الأب فإن أولها ولي في الزواج والثاني ولي في المال . فإذا قبض واحد من أولياء المال المهر صح قبضه وبرئت ذمة الزوج منه لا تملك بعد زوال سبب الولاية مطالبة الزوج بالمهر مرة أخرى ، بل تطالب وليها الذي قبضه .

وإذا قبضه واحد غير هؤلاء لا يعتبر قبضه وكان لها حق مطالبة الزوج به بعد البلوغ أو رفع الحجر ، لأن ذمته لم تبرأ بالدفع إلى غير الولي المالي ، ويرجع على من أقبضه إياه .

وعلى هذا إذا كان للصغيرة اليتيمة أو المجنونة أخ ووصي على مالها كان لأخيها ولاية تزويجها ولو صيها قبض مهرها لأن الأول ولي على النفس والثاني ولي على المال فيعمل كل منها في دائرة اختصاصه لا يتعداها .

أثر هبة الرشيدة مهرها أو بعضه لزوجها

قدمنا أن للزوجة الرشيدة هبة مهرها لزوجها قبل الدخول وبعده سواء

قبضته أو لم تقبضه وليس لأبيها ولا لأحد أقربائها الاعتراض على ذلك، ولما كانت تختلف أحكامها باختلاف صورها حسبما يلحقها من طلاق بعد الدخول وقبله لرم بيان ذلك .

إذا وهبته كله أو بعضه ثم طلقها بعد الدخول فلا ترجع عليه بشيء ، لأنه بالدخول يقرر لها المهر كله وقد وهبته وهي زوجة والزوجية مانعة من الرجوع في الهبة بعد تمامها . وهذا متفق عليه بين الحنفية والجمعونية .

أما إذا وهبته له كله أو بعضه ثم طلقها قبل الدخول فإنه يسقط عنه بهذا الطلاق نصفه وهذا بلا خلاف ولكن هل له أن يرجع عليها بشيء بعد ذلك .

الحنفية يفتولون في المهر بين ما يتعين بالتعيين وبين ما لا يتعين بالتعيين .

فإن كان مما يتعين بالتعيين كقطعة أرض محددة أو دار كذلك أو هذا الفرص أو هذه السيارة ووهبته له كله أو نصفه ثم طلقها قبل الدخول فلا يرجع عليها بشيء سواء كانت الهبة قبل القبض أو بعده بالاتفاق ، لأن بالطلاق قبل الدخول استحق نصف المهر وقد رجع إليه بطريق الهبة وهو عين حقه ، ولا يضر اختلاف طريق الوصول إليه .

أما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين كالنقود والمكيات والموزونات الثابتة دينا في الذمة بأن لم تكن معينة بذاتها بالأشارة ووهبته له قبل قبضها فلا يرجع عليها بشيء إذا طلقها قبل الدخول ، لأنه بالطلاق في هذه الحالة يستحق براءة ذمته من نصف المهر وقد حصل ذلك بالهبة على الراجح من المذهب ، أما إذا كانت الهبة بعد القبض فله الحق في الرجوع عليها بنصف المهر باتفاق أئمة المذهب لأن ما وهبته له لا يتعين أن يكون عين ما أعطاه لها فلم يكن ما وصل إليه بالهبة هو عين ما يستحقه بهذا الطلاق .

والجمعونية لم يفرقوا هذه التفرقة وإنما فرقوا بين الأبراء والهبة لكل

المهر وبين هبة نصفه . أياً كان نوع المهر فقالوا : إذا أبرأته من المهر ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه ، ولو وهبته نصف مهرها مشاعاً ثم طلقها قبل الدخول فله الباقي ولم يرجع بشيء سواء كان المهر ديناً أو عيناً صرفاً للهبة إلى حقها ، وظاهر كلامهم يفيد أنه يستوى في ذلك أن يكون قبل القبض أو بعده^(١)

وليلاحظ هنا أن مذهب الحنفية هو المعمول به في مصر ولبنان في محاكمها السنية ، والمحاكم الجعفرية تطبق مذهبهم ، وفي كل من المذهبين يرجع الزوج على زوجته بنصف المهر بعد هبتها له كل مهرها ، وإن كان المذهب الجعفري يوجهه في كل أنواع المهر ، وفي المذهب الحنفي فيما إذا كان المهر مما لا يتعين بالتعيين والغالب في المهر أن يكون منه .

وهذا يلحق بالمرأة ضرراً مالياً كبيراً فوق ما يصيبها من الألم بالطلاق . مع أنها حينما وهبت لزوجها قصدت مساعدته أو دعماً للحياة الزوجية لتثبت له أنها ستعاون معه بالبذل ولن تثقل كاهله . ولو علمت أنه سيقطع رباط الزوجية لما أقدمت على الهبة . على أن ذلك يشجع بعض الأزواج على الطلاق ما دام سيأخذ ما لا جديدأ بعدما يرجع له ما دفعه أفلا يكون من الأوفق للعدل الأخذ بمذهب الأمام مالك الذي يقرر أنه لا يجوز للزوج أن يرجع على زوجته المطلقة في هذه الحالة بشيء بل إنه يلزمه برد ما وهبته في بعض الحالات^(٢) .

(١) راجع شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٦ ، ص ٣٧ ، فقه الأمام جعفر للشيخ مفنية ج ٥ ص ٢٨٩ وفي الأخير يقول هذا هو المشهور عندهم وقال : سئل الأمام عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ثم جعلته في حل . قال : إذا جعلته في حل فقد قبضته فان خلاها - أي طلقها - قبل أن يدخل بها ردت المرأة على الزوج نصف الصداق .

(٢) راجع الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٢٤ وفيه إن وهبته شيئاً من صداقها قبل البناء أو بعده على قصد دوام العشرة معها فطلقها قبل حصول مقصودها فإنه يرد لها ما وهبته .

المبحث العاشر

في ضمان المهر

إذا كان المهر حقاً للزوجة فإن قبضته انتهت المسألة، وإن لم تقبضه صار ديناً في ذمة الزوج إذا كان من الأموال التي تثبت في الذمة كالنقود أو في ضمانه إن كان معيناً بذاته .

وكان لها أن تستوثق من استيفائه بأخذ رهن به أو كفيل يضمنه لها . فإن أخذت رهناً جرى عليه أحكام الرهن لكن العادة جرت بأن الناس يطلبون كفيلاً به

فإذا كفل شخص لها هذا المهر صححت الكفالة إذا كان الكفيل من أهل الكفالة يستوى في ذلك أن يكون قريباً لأحد الزوجين أو أجنبياً عنها وسواء أكان أحد الزوجين أو كلاهما فاقد الأهلية أو كاملها .

فإذا صححت الكفالة برضا الكفيل والمكفول له كان للزوجة إذا كانت بالغة عاقلة أو وليها إن لم تكن كذلك الخيار في مطالبة كل من الزوج والكفيل بأداء المهر عند الحنفية لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بالحق المكفول به .

ويذهب الجعفرية إلى أن الطلب من أحدهما يوجه إلى الكفيل فقط . لأن الكفالة عندهم تنقل الدين من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل^(١) .

أثر أداء الكفيل المهر

المكفول عنه وهو الزوج إما أن يكون في ولاية الكفيل كالصغير أو فاقد

(١) مسائل الخلاف ج ١ ص ٢٤٤ .

العقل أو لا يكون في ولايته كالأجنبي أو الأبن الكبير البالغ العاقل .

فإن كان الثاني وأدى الكفيل المهر عنده رجوع عليه بما أداه إن كانت الكفالة بأمره ، أما إذا كانت بغير أمره فلا يرجع عليه بشيء عند الحنفية والجمعوية لأنه متبرع بما فعل .

وفي هذه الحالة إذا مات الكفيل قبل الأداء كان للزوجة حق المطالبة في تركته بمقدار مهرها فإذا قبضته منها رجعت الورثة به على الزوج سواء كان وارثاً أو غير وارث .

وإن كان الزوج من النوع الأول وكفله أبوه بالمهر صحت الكفالة وكان عليه أن يدفع المهر فإن دفعه من مال ابنه فلا شيء فيه ، وإن دفع من مال نفسه فليس له الرجوع على الزوج إلا إذا أشهد عند الكفالة أو الأداء أنه سيرجع عليه ، لأن العرف جرى بأن الآباء يتبرعون بمهور أبنائهم فيكون الأداء مع عدم الأشهاد على أنه سيرجع أمانة على أنه متبرع بالدفع .

وإذا مات الأب الكفيل قبل أداء المهر عن ابنه كان للزوجة أخذ مهرها من تركته ولباقي الورثة حق الرجوع على الزوج في نصيبه من الميراث سواء أكان الأب أشهد على أنه سيرجع على ابنه بما يؤديه عند الكفالة أو لا ، لأن التبرع المفروض من جانب الأب عند عدم الأشهاد على الرجوع لا يكون إلا إذا أدى بنفسه .

أما إذا كان الكفيل عن الصغير غير الأب فإنه يرجع في مال الصغير سواء أشهد على الرجوع أو لم يشهد لأن غير الأب لا يتبرع بالمهر عن الصغير عادة .

ولو زوج الأب ابنه الصغير أو من في حكمه باعتباره ولياً ولم يتكفل بالمهر عنه فهل يعتبر الأب ضامناً له بأقدامه على تزويجه فتطالبه الزوجة به أو لا ؟

الحنفية يذهبون إلى أن الزوجة لا تطالب الأب بالمهر في هذه الحالة إلا إذا كان للزوج مال . وعلى الأب بمقتضى ولايته المالية على ابنه أن يدفع لها المهر .

أما إذا لم يكن للأب مال فليس لها مطالبة الأب لأن المهر ثبت ديناً في ذمة الزوج ولم توجد كفالة من الأب حتى يطالب بمقتضاها . ومباشرة العقد لا تلزمه بحقوقه لأنها ترجع إلى الزوج لا إلى العاقد .

وذهب الأئمة الثلاثة والجعفرية^(١) إلى أن الأب إذا زوج ابنه الفقير كبيراً كان أو صغيراً كان مطالباً بالمهر ، لأن الزوجة وأولياءها لم يقدموا على زواجه مسع فقره إلا من أجل أبيه لأنه عادة يتحمل المهر عنه . وأن الأب الفقير يعتبر قادراً على الزواج بقدره أبيه

فأقدام الأب على تزويج ابنه في هذه الحالة دليل على إرادته تحمل ما يجب للزوجة من المهر وغيره فيكون مسؤولاً عن المهر فيلزمه أداءه دفماً للضرر عن الزوجة .

وإذا دفعه لا يرجع على ابنه به إذا أسر لأنه بمنزلة ما ينفقه عليه وهذا المذهب كما ترى أرجح من مذهب الحنفية المعمول به الآن في مصر والمحاكم السنية في لبنان .

(١) يقول الحلبي في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٨ : إذا زوج ولده الصغير فإن كان له مال فالمهر على الولد وإن كان فقيراً فالمهر في عهدة الوالد ولومات الوالد أخرج المهر من أصل تركته سواء بلغ الولد وأيسر أو مات قبل ذلك فلو دفع الأب المهر وبلغ الصبي فطلق قبل الدخول استعاد الولد النصف دون الوالد لأن ذلك يجري مجرى الهبة له ، ولو أدى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعاً ثم طلق الولد رجع الولد بنصف المهر ولم يكن للوالد انتزاعه لمن يما ذكرناه في الصغير وفي المسألين تردد .

وما تجب ملاحظته هنا : أن الكفالة إذا وقعت من الكفيل في حال صحته تكون نافذة سواء أكان المكفول عنه أجنبياً أم قريباً وارثاً أو غير وارث .

أما إذا كانت في مرض الموت فإنها تأخذ حكم الوصية ، لأنها نوع من التبرع ، وتبرع الشخص في مرض موته كالوصية . فإن كان كل من الزوجين غير وارث نفذت الكفالة في حدود ثلث التركة فان زادت عنه توقفت في القدر الزائد على إجازة الورثة بالاتفاق .

وإن كان أحدهما وارثاً كانت وصية لو ارث وفيها يختلف الحنفية والجمهرية . فالحنفية يذهبون إلى أنها تتوقف كلها على إجازة الورثة ، والجمهرية يذهبون إلى أنها تنفذ في حدود الثلث بدون توقف على شيء كالوصية للأجنبي ولا تتوقف على الأجازة إلا فيما زاد على الثلث .

وعلى هذا يكون العمل في المحاكم الجمهرية ببلبنان أن هذه الكفالة تنفذ في حدود ثلث التركة وتتوقف فيما زاد حسبما هو مقرر بمذهبهم ، أما المحاكم السنية فإنها تسير على الراجح في المذهب الحنفي وهو توقفها كلها .

أما في مصر فالعمل على ما يوافق المذهب الجمفري حيث إن قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ عدل في هذه المسألة عن مذهب الحنفية .

هالك المهر واستهلاكه

المهر إما أن يكون من الأموال التي تميم بالتمين أو من التي لا تميم بالتمين كالنقود وما في حكمها مما يثبت في الذمة .

فإن كان من النوع الثاني ورد عليه الضمان بالكفالة وقد تقدم حكمها ولا تصور فيه خسارة أو استهلاك قبل قبضه ، لأنه لو جعل مهرها مائة دينار مشراً

إليها لزمه مائة دينار يدفعها إلى الزوجة سواء أكانت هي المشار إليها أم غيرها.
لعدم تعلق حقها بمائة بعينها .

وإن كان من النوع الأول . كأن جعل مهرها حيواناً بذاته أو داراً محددة
أو سيارة مشاراً إليها .

فإن حقها يتمتلق بما عينه سواء كان من الأموال المثلية أو القيمة. وهذا هو الذي
يرد عليه الهلاك والاستهلاك .

فإن هلك المهر من هذا النوع في يدها بعد قبضها له بأفة سماوية أو بفعلها
فهلاكه عليها ولا ترجع على الزوج بشيء . لانتهاء عهدة الزوج بقبضها له .

وإن استهلكه غيرها سواء كان الزوج أو غيره لزمه ضمانه فترجع على
المستهلك بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً .

أما إذا هلك قبل قبضها له فإنه يكون مضموناً على الزوج سواء كان بفعله
أو بأفة سماوية ، لأن الزوج ملتزم به قبل قبضها فيضمنه .

أما إذا كان استهلاكه بفعل الزوجة فلا ترجع على الزوج بشيء لأنها استوفت
حقها بأهلاكها له ، وإن هلك بفعل أجنبي فالزوجة بالخيار إن شاءت رجعت على
ذلك الأجنبي وإن شاءت رجعت على الزوج وهو يرجع على الأجنبي .

وإذا حصل الطلاق قبل الدخول فإن كان الهلاك قبل القبض وجب على
الزوج نصف قيمة المهر يوم الهلاك ، وإن هلك بعد القبض وجب عليها رد نصف
قيمتها يوم القبض للزوج .

استحقاق المهر للغير

وهذا لا يكون إلا في المهر المعين . فإذا استحق المهر كله بأن ظهر أنه ملك

غير الزوج كان على الزوج ضمان مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً. يستوي في ذلك ظهور استحقاقه قبل القبض وبعده .

فإن استحق بعضه وكان من الأموال المثلية أخذت الزوجة الباقي ورجعت على الزوج بمثل الجزء المستحق ، وإن كان قيمياً كدار أو فرس تخيرت بين أخذ الباقي وتشارك الأجنبي فيه والرجوع على الزوج بقيمة الجزء المستحق وبين أن تأخذ القيمة كلها من الزوج وتترك له العين ليشارك فيها مع المستحق لحزنها، وإنما تخيرت هما لأنها ملكت العين كلها بالعقد دون أن يكون لها شريك فيها ، فإذا عرضت الشركة في تلك العين وهي عيب قد لا ترضى به ثبت لها التحجير .

هذا إذا استحققت الزوجة المهر كله ، أما إذا استحققت نصفه فقط كأن طلقها قبل الدخول ثم طهر مستحق لنصف العين التي جعلت مهراً لم يكن لها غير النصف الآخر ، لأنها في هذه الحالة ستكون شريكة على كل حال ، إما للزوج لو لم يظهر مستحق لنصف العين أو للآخر بعد استحقاقه .

المبحث الحادي عشر

في الاختلاف في المهر وقضاياه

مع وضوح حق المرأة في المهر وما يجب لها في كل حالة من الحالات إما تمام المهر المسمى أو نصفه، أو مهر المثل أو المتعة، لكن ذلك عند اتفاق الزوجين على ما وقع بينهما، وقد يختلفان، وقد يختلف أحدهما مع ورثة الآخر بعد موته. وقد يختلف ورثتها بعد موتها .

والاختلاف بينها قد يكون في أصل تسمية المهر . بأن يدعي أحدهما تسمية المهر وينكر الآخر ، وقد يكون في مقدار المسمى بعد اتفاقها على التسمية .

وقد يكون في قبض المعجل بمد اتفاقها على التسمية ومقدار المسمى . وإليك تفصيل أحكام تلك الصور .

الصورة الأولى : إذا اختلف الزوجان في أصل التسمية بأن ادعى أحدهما تسمية المهر مع تعيين مقداره ^(١) وأنكر الآخر .

والحكم في ذلك . أن على مدعي التسمية إثباتها بالبينة ، فإن أقامها حكم بالمهر الذي ادعاه ، وإن عجز عن إقامة البينة وطلب اليمين من المنكر وجهت اليمين إليه ، فإن امتنع عن اليمين حكم عليه بما ادعاه الآخر ، لأن ذلك بمثابة اعتراف منه بدعوى المدعي ، وإن حلف بطلت التسمية وقضى بمهر المثل لأنه الواجب في كل زواج خال من التسمية الصحيحة عند الحنفية والجعفرية ^(٢) .

لكن يلاحظ أنه يشترط في مهر المثل الذي يقضى به هنا ألا يقل عما سماه الزوج إن كان هو المدعي ، لأنه التزم هذا القدر المسمى بادعائه فلا ينقص عنه ، وألا يزيد على ما ادعته المرأة إن كانت هي المدعية ، لأنها رضيت بما سمته في دعواها .

فإذا كان الزوج هو المدعي وادعى أكثر من مهر المثل حكم بما ادعاه لا بمهر المثل ، وإذا كانت الزوجة هي المدعية وادعت أقل منه حكم بما ادعته .

وهذا أخذ قانون حقوق العائلة في المادة - ٨٦ - ونصها « إذا حصل اختلاف في المهر المسمى ولم تثبت التسمية يلزم مهر المثل إلا إذا كان ادعاء التسمية من طرف الزوجه فينبغي أن لا يتجاوز المقدار الذي تدعيه مهر المثل ، وإن كان من طرف الزوجه فينبغي أن لا يكون أقل من المقدار الذي يدعيه » .

(١) قيدناها بتعيين مقداره لأن ادعاء مجرد التسمية من غير تعيين مقدار المهر لا فائدة فيه ولو قل ذلك كان الواجب مهر المثل نالاً ما بلغ في حالة تأكيد المهر . والمثمة بالغة ما بلغت إذا لم يتأكد

(٢) فقه الإمام جعفر للشيخ محمد جواد مفنية ج ٥ ص ٢٩٣ .

وهذا الحكم فيما إذا وقع الاختلاف بينهما حال قيام الزوجية أو بعد زوالها وتأكد المهر كله بأحد الأمور المؤكدة له .

أما إذا حصل الطلاق قبل أن يتأكد المهر فتستحق الزوجة نصف المسمى إن ثبتت التسمية ، والمتعة إن لم تثبت لا تزيد على نصف ما عينته الزوجة إن كانت هي التي ادعت التسمية ، ولا تنقص عن نصف ما عينه الزوج إن كانت دعوى التسمية من جانبه .

والحكم لا يختلف عن هذا فيما إذا حصل الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر^(١) باتفاق أئمة الحنفية ، لأن وريثة أحدهما تقوم مقامه ، ولأن المهر لا يسقط بالموت ، ويوافقهم في ذلك الجعفرية .

وكذلك إذا وقع الاختلاف بين وريثة الزوجين بعد موتها عند صاحبين والجعفرية .

وقال أبو حنيفة إن ثبتت التسمية حكم بالمهر المسمى ، وإن لم تثبت فلا يقضى بشيء لورثة الزوجة لأن التسمية لم تثبت ، ومهر المثل ساقط الاعتبار لتعذر معرفته ، لأن موت الزوجين معناه موت أقرانها ، ويظهر أنه فرض ذلك فيما إذا تقادم العهد ومر زمن طويل ، أما إذا مات الزوجان في سن مبكرة فلا معنى لإسقاط اعتبار مهر المثل لإمكان معرفته ، فيتفق رأيه مع رأي صاحبين هذا والراجع في المذهب هو رأي صاحبين وعليه العمل .

(١) لا يوجد بين الصورتين اختلاف إلا في صورة اليمين الذي يحلفه المتكسر فيها . فالنكاح إذا كان أحد الزوجين يحلف على أصل التسمية ، يعني يقسم على أنه لا تسمية للمهر ، وإذا كان من الورثة فإنه يحلف على نفي العلم العلم بالتسمية ، أي يقسم على أنه لا يعلم أن المهر سمي من الجانب الآخر .

الصورة الثانية : إذا اختلفا في مقدار المهر بعد اتفاقها على أصل التسمية .
كما إذا ادعت الزوجة أن المسمى مائتا دينار ، وقال الزوج : إنه مائة وخمسون .

وفي هذه الصورة يرى أبو يوسف : أن الزوجة تدعي الزيادة والزوج ينكرها
فإن أقامت بينة على دعواها حكم بمقتضاها ، وإن عجزت يكون القول قول
الزوج مع يمينه ، فإن نكل عن اليمين حكم بما ادعته الزوجة ، وإن حلف حكم
بما ادعاه إلا أن يكون ما ادعاه شيئاً قليلاً لا يمكن أن يكون مهراً مثلها فإنه
يحكم بمهر المثل في هذه الحالة بشرط ألا يزيد على ما تدعيه لأن الظاهر يؤيدها
فيها تدعيه .

والحكم لا يختلف عن هذا فيما إذا وقع الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة
الآخر ، أو اختلاف ورثة الزوجين بعد موتها ، وهذا الرأي هو المختار للفتوى
والمعمل ، ومذهب الجعفرية يتفق معه في الجملة ، لأنهم يقولون عند اختلاف ورثة
الزوجين في قدر المسمى : إن القول قول ورثة الزوج فيلزمهم ما يعترفون به .

وعلى هذا الرأي سار قانون حقوق العائلة . فالمادة - ٨٧ - منه تقول :
« إذا حصل اختلاف في المهر المسمى ، فإن كان الزوج يدعي المهر المتعارف عليه
فالقول قوله . »

والمراد بالاختلاف فيها الاختلاف في مقدار المسمى ، لأن المادة السابقة
كانت في الاختلاف في أصل التسمية ، والكلام هنا مفروض فيها إذا لم يتم أحدهما
بينه على دعواه لأنها لو وجدت حكم بمقتضاها

وبهذا يكون المعمول به في لبنان ومصر هو الرأي السابق .

أما في لبنان فواضح لنص قانون العائلة عليه واتفاق المذهب الجعفري معه

في الجملة حيث يجعل القول للزوج عند الاختلاف في قدره أو وصفه (١) .

وأما في مصر فلأن المادة ١٩ من القابون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على أنه « إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة ، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً فيحكم مهر المثل . وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتها » .

وإنما اختبر قول أبي يوسف (٢) للعمل لأنه أعدل وأيسر في التطبيق .

الحالة الثالثة : إذا اتفق الزوجان على أصل التسمية والمقدار المسمى واختلفا في قبض المعجل بأن ادعى الزوج أنه أوفاه المعجل كله وأنكرت الزوجة أنها قبضته كله أو أنها قبضت بعضه ولم تقبض باقيه .

والحكم في هذا الاختلاف يختلف باختلاف الوقت الذي حصل فيه .

فإن كان قبل أن تزف إليه كانت الزوجة متمسكة بالأصل والزوج يدعي خلافه ، لأن المهر ثبت في ذمة الزوج ديناً بمجرد العقد والأصل بقاؤه حتى يقوم

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٩ .

(٢) وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن من أقام منها البينة على دعواه حكم له سواء كان موافقاً لمهر المثل أو لا ، وإن أقام كل منها بينة يحكم مهر المثل فمن يشهد له مهر المثل حكم بما يدعيه ، فإذا كان مهر المثل كما ادعت الزوجة أو أكثر منه حكم لها بما ادعت ، وإن كان مساوياً لما ادعاه الزوج أو كان أقل منه حكم بما ادعاه . وإذا لم يشهد مهر المثل لأحد منها بأن كان أكثر مما ادعى الزوج وأقل مما ادعته الزوجة حلف كل منهما على صحة دعواه ونفي دعوى الآخر ، فإن حلفا جميعاً حكم بمهر المثل وإن نكل أحدهما عن اليمين حكم عليه بما ادعى الآخر ، وذلك لأن كلا منهما يعتبر مدعياً ومنكراً ، فإن الزوج يدعي ما ادعاه وأنه يلزمها الدخول في طاعته بأيفائها المعجل وينكر الزيادة التي تدعيها الزوجة ، والزوجة تدعي الزيادة وتنكر أن له الحق في إدخالها في طاعته حتى يوفيهما لها أو ما اشترط تمجيله منها .

الدليل على خلافه ، فإن أقام الزوج بينة على دعواه حكم بمقتضاها ، وإن عجز كان القول للزوجة مع يمينها ، فإن نكلت عن اليمين حكم للزوج لأن نكولها دليل على صدق دعواه .

وإن كان الخلاف وقع بعد أن زفت إليه فالحكم يختلف تبعاً لوجود عرف مطرد بلزوم تعجيل جزء من المهر قبل الزفاف أو عدم وجوده .

فإن لم يوجد عرف فالحكم لا يختلف عما إذا كان قبل الزفاف من أن على الزوج البينة والقول قول الزوجة مع يمينها ، فإن أقام بينة حكم بها وإن لم تكن له بينة حكم لها إذا حلفت اليمين .

وإن كان هناك عرف مطرد بالتمجيل وادعى الزوج أنه أوفاهها معجل الصداق وهي تنكر قبض شيء منه كان القول قول الزوج ، لأن العرف يشهد له ويقوم مقام البينة على صدق دعواه ولا يلتفت إلى دعواها عدم القبض لأن الظاهر يكذبها .

وإن كان الخلاف بينها في قبض بعض المعجل بأن اعترفت الزوجة بأنها قبضت بعضه دون باقيه والزوج ينكر ذلك مدعيًا أنه أوفاهها كل المعجل كان القول قولها مع اليمين حتى ولو جرى عرف الناس بقبض كل معجل الصداق ، لأن بعض الناس يتساهلون عادة بعد قبض جزء من معجل الصداق في طلب الباقي فيتم الزفاف قبل قبضه ، ولأن اعترافها بقبض البعض مع إمكانها إنكار قبضه أمانة واضحة على صدقها . فيؤخذ بقولها مع اليمين ، إلا إذا أقام الزوج البينة على صدق دعواه فحكم له ، وهذه الأحكام كما تجري في اختلاف الزوجين تجري في اختلاف أحدهما مع ورثة الآخر ، وفي اختلاف ورثتها .

وهذا هو المفقى به للعمل في مذهب الحنفية ، وعليه يجري العمل في مصر . وفي لبنان أيضاً بالمحاكم السنية ، لأن قانون العائلة لم يعرض لهذه المسألة .

والمذهب الجعفري لا يختلف عن المذهب الخنفي في ذلك كثيراً فإن المقرر فيه أن القول قول الزوجه ، لأن الأصل عدم القبض حتى يثبت العكس ، وعلى الزوج البينة لأنه مدعي ولا فرق في ذلك بين أن يحصل النزاع قبل الدخول أو بعده (١) ، وهذا هو المطبق في المحاكم الجعفرية .

الاختلاف في وصف المقبوض أهو هدية أم من المهر ؟

إذا كان الزوج قد بعث إلى زوجته شيئاً من النقود ، أو الحلى ، أو الثياب وغيرها قبل الزفاف أو بعده ، ولم يذكر عند إرساله أنه هدية أو من المهر ثم اختلفا بعد ذلك ، فقالت : هو هدية حتى لا يرجع عليها بشيء منه لأن الزوجية مانعة من الرجوع فيها ، وقال : هو من المهر حتى يحتسب له من المهر ، فكل منها مدعي ومنكر ما ادعاه الآخر ، فأبها أقام البينة على دعواه قضى بما يدعيه لثبوته بالبينة وعدم وجود معارض من الطرف الآخر .

وإن أقام كل منها بينة على دعواه قبلت بيئتها لأنها تدعى خلاف الظاهر . والبيئات شرعت لإثبات ما خالف الظاهر ، وما يدعيه الزوج هنا يتفق مع الظاهر ، لأن الشخص يسمى أولاً إلى أداء الواجب في ذمته وهو المهر ثم بعد ذلك يهدى .

وإذا عجزا عن إقامة البينة حكم العرف في الشيء المدفوع ويكون الحكم لمن يشهد له العرف ، فيكون القول قول الزوج مع يمينه فيما لم يجر العرف بأهدائه ، فإذا حلف أحدهما اليمين حكم له بدعواه ، وإن امتنع عن اليمين حكم للآخر لأن النكول عن اليمين إقرار بدعوى الخصم .

وإن لم يوجد عرف أصلاً ، أو اشتبه العرف وتعدر تحكيمه لاحتماله الأمرين

(١) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٩٤ . وشرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٩ .

فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأنه المعطي وهو أدري ببيان الوجه الذي كان عليه الإعطاء ما لم يكن الذي أعطاه يستنكر في العادة كونه من المهر كالمأكولات مثلا ، فيكون القول قولها مع اليمين ، لأن الظاهر يشهد لها فيعتبر دليلاً عند عدم البينة .

وإذا ثبت أن المدفوع من المهر وكان من جنس المهر وقعت المقاصة ، وإن كان من غير جنسه وكان قائماً بيد الزوجة كانت بالخيار بين أن تحتسبه من المهر أو ترده إلى الزوج لترجع بكل المهر إن لم تكن قبضته ، أو بباقيته إن كانت قبضت بعضه .

وإن كان قد هلك أو استهلك في يدها ، فإن كان مثلياً فلها أن ترد مثله وتأخذ مهرها ، وإن كان قيمياً احتسب من المهر بقيمته واستوفت الباقي من المهر .

وإذا ثبت أنه هدية لم يحتسب من المهر ولا يجوز استرداده ، لأن الزوجية من موانع الرجوع في الهبة ، وإذا كانت الزوجة قد قدمت لزوجها هدية بنفسها أو قدمها أبوها من مالها بإذنها ، فإن كانت قدمته قبل تقديم الزوج ما تنازعا فيه لا ترجع عليه بشيء ، لأنها قدمته هدية وهي هبة خالصة لم تقصد بها المعاوضة والزوجية مانعة من الرجوع في الهبة وإن كانت قائمة في يده

وإن كانت قد قدمته له بعد أن قدم هداياه ، فإن صرحت عند الإهداء أنه عوض عما قدمه ظاناً أنه هدية أو كان يعرف الناس يقضي بأنه عوض رحمت عليه بما أهدته لأنه تبين أنه لم يهب لها شيئاً حتى تعوضه عنه ، حيث رجع عليها واعتبر ما قدمه من المهر .

أما إذا قدم أبو الزوجة هدية من ماله للزوج فإنه يرجع عليه بها إن كانت قائمة أو بقيمتها إن كانت هالكة إذا كان دفعها على أنها عوض عن هدية الزوج ،

فإن لم يقصد بها التعويض أخذت حكم الهبة من أنه يرجع عليه بها إن كانت قائمة فإن هلكت أو استهلكت لا رجوع لوجود المانع من الرجوع في الهبة ، وهو الهلاك أو الاستهلاك .

المبحث الثاني عشر

في الجهاز ومتاع البيت والنزاع فيها

الجهاز: ما يعد به بيت الزوجية من أثاث وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة إلى زوجها . إذا كان بيت الزوجية يضم الزوجين لأول مرة بعد أن دفع الزوج لزوجته مهرها أو المعجل منه ، بحيث لا تستجيب لطلبه إلا بعد قبضه وإعداد المسكن المناسب . فعلى من يكون جهاز البيت الذي يجمعها ؟

اختلف الفقهاء في ذلك . فمنهم من يطبق قانون الحقوق الزوجية من أن المهر الذي تأخذه الزوجة ملك خالص لها، وأن على الزوج أن يهيئ للزوجة المسكن الملائم لها قبل أن يطلبها للدخول في طاعته فلم يوجبوا على الزوجة جهازاً ولا غيره ، بل جعلوا إعداد البيت فرسه وتأسيسه بكل ما يحتاج إليه على الزوج حتى يكون مسكناً لائقاً بحياة الزوجين .

وما المهر إلا عطاء لازم يدفعه الزوج تقديراً لهذا العقد وإبانة لخطره لتطمئن المرأة إلى هذه الحياة الجديدة .

ومن هؤلاء الحنفية والجعفرية . وعلى هذا الرأي يجري العمل في مصر ولبنان .

فقانون العائلة ينص في المادة - ٨٩ - منه على أن : « المهر مال الزوجة ولا تجبر على عمل الجهاز منه » .

ومن الفقهاء من لاحظ العرف الطارىء على هذه القواعد ، فيوجب على الزوجة تجهيز البيت حسباً تجري به العادة في جهاز مثلها بما قبضته من مهرها ، فإذا لم تقبضه قبل زفافها لا تطالب بالجهاز إلا إذا شرط عليها الزوج ذلك وقبلته ، أو جرى عرف الناس في بلدها بأن الزوجة تجهز البيت وإن لم تقبض صداقها ، فكأن المهر عندهم يدفع للجهاز حسباً يجري به العرف ، ولداً يختلف مقداره من زوجة لأخرى بقدر ما يطلب الزوج عادة من جهاز .

ومن هنا قرروا أنه لا يجوز لها أن تنفق من مهرها شيئاً على نفسها ولا تقضي به ديناً عليها إلا إذا كانت محتاجة للنفقة ، فإنها تنفق منه وتكتسي الشيء القليل بالمعروف (١) .

وإذا كان إعداد الجهاز حقاً على الزوجة ، كان للزوج حق الانتفاع به على الوجه المعتاد وإن لم تأذن الزوجة بذلك .

ويتفرع على الرأي الأول : أن الزوجة إذا رفت إلى زوجها من غير جهاز أو بجهاز قليل لا يتناسب مع ما دفعه من المهر لا يجوز للزوج الاعتراض عليه وليس له مطالبتها أو مطالبة أهلها بشيء زائد ، لأنها لا تجبر على ذلك ، فإذا جهزت نفسها بالمهر أو بشيء منه كانت متبرعة .

غير أنه في بعض الحالات قد يدفع الزوج للزوجة مبلغاً من المال زيادة على المهر بقصد إعداد الجهاز أو إعداده على شكل معين . فهل لهذا أثر في الموضوع بحيث يجعل للزوج حق المطالبة بالجهاز أو يجعله على صورة معينة ؟
والحكم في ذلك يختلف حسب الصورة التي دفع بها الزيادة .

(١) الشرح الكبير محاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٢١ .

فإن كان دفعها بعد الاتفاق على المهر وصرح عند الدفع بأنها للجهاز. ألزمت الزوجة به في حدود هذا المبلغ ، وإن لم تفعل كان عليها رد ما أخذته إلا إذا سكت بعد الزفاف عن المطالبة به فترة تدل على أنه رضي بعدم الجهاز، فلا يحق له المطالبة به بعد ذلك .

وإن كان دفعه مع المهر بأن زادها على مهر المثل وقصد به إعداد الجهاز صراحة أو ضمناً بأن دل العرف على ذلك . وفي هذه الحالة يرى بعض الحنفية أنها لا تلزم بشيء لأن المهر مها زاد حق خالص للمرأة وبهذا يقول الجعفرية .

وذهب البعض إلى أنها ملزمة به فيثبت له حق المطالبة إلا إذا سكت فترة طويلة فيسقط حقه وعلى كل حال فالجهاز الذي تجهزه الزوجة قليلاً كان أو كثيراً يكون ملكاً خالصاً لها ، ولزوجها الانتفاع به ما دامت الحياة الزوجية قائمة لوجود إذنها بذلك ، سواء كان ما دفعه من المهر مساوياً لمهر المثل أو أكثر منه .

الأب وجهاز ابنته

إذا جهز الأب ابنته البالغة العاقلة من ماله الخاص في صحته وسلمها الجهاز على أنه هبة لها ملكته بالقبض ، ولا يجوز له ولا لأحد من ورثته من بعده حق الرجوع عليها بشيء منه ، لأن الهبة تمت بتسليمها ويمتنع الرجوع فيها لوجود المانع منه وهو القرابة المحرمة .

ولو مات الأب قبل دفع ثمنه أو جزء منه وبعد تسليمها له رجع البائع بالثمن على التركة ، وليس للورثة الرجوع عليها لأن الهبة تمت قبل الموت .

أما إذا تسلمته في مرض موته طبق عليه حكم الوصية وهو النفاذ فيما يعادل ثلث تركته إذا لم يكن هناك وصايا أخرى ، ويتوقف فيما زاد على الثلث على

إجازة الورثة على ما هو معمول به في مصر والمذهب الجعفري ، وتوقف الكل على الإجازة على ما هو الراجح من مذهب الحنفية .

وإذا كان سلمه لها على أنه عارية كان له الحق في استرداده في حياته ، ولورثته بعد وفاته ، لأن العارية لا تفيد الملك التام .

أما إذا جهز بنته الصغيرة أو من في حكمها وهو في صحته ملكته بمجرد الشراء ولا يحتاج الملك إلى قبض منها ، لأنها في ولاية أبيها وبده كيدما ، ولأن الهبة هنا تم بمجرد الايجاب .

فلو تسلمته بعد ذلك لم يكن لأحد استرداده منها حتى ولو كان التسليم في مرض موته أو بعد وفاته ، فإن كان شراؤه لها في مرض موته أخذ حكم الوصية .

ويلحق بذلك ما تدفمه الأم من أمتعة البيت لابنتها عند الزفاف والأب يعلم ذلك دون أن يعترض ، وكذلك إنفاقها من مال الأب على ما هو معتاد الناس فليس له الرجوع عليها بشيء ولا تكون الأم ضامنة له .

هذا إذا صرح بالهبة أو بالعارية ، أما إذا اشتراه ولم يصرح بأنه هبة أو عارية ، ثم وقع الاختلاف بين الأب وابنته فيقول هو عارية ، وهي تقول في حياتها أو زوجها بعد وفاتها إنه هبة . فالحكم على التفصيل الآتي :

في هذا الاختلاف يعتبر كل منهما مدعياً ، فإن أقام أحدهما البينة على دعواه حكم له بمقتضاها لعدم المعارض .

وإن أقام كل منهما البينة فإن وجد عرف رجعت بينة من يدعي خلافه . فإن كان العرف يجري بأن الأب يجب الجهاز لبنته رجعت بينة الأب الذي يدعي العارية ويحكم بها ، وإن كان العرف جرى على أنه يقدمه عارية رجعت بينة الزوجة أو زوجها بعد وفاتها ، ذلك لأن البيئات شرعت لإثبات بخلاف

الظاهر ، حيث أن الظاهر لا يحتاج إلى إثبات بالبينة فتكون بينة مدعي الظاهر لغواً والظاهر هنا ما يؤيده العرف .

فإن لم يكن عرف بأن كان بعض الناس يقدم الجهاز عارية والآخر يقدمه هبة تعارضت البيئتان ولا مرجح لأحدهما على الأخرى فلا يلتفت إليهما لتساقتهما ، ويكون القول قول الأب مع يمينه لأنه المعطي ، وهو أعلم بصفة تصرفه وإعطائه ، فإن حلف حكم له وإن نكل عن اليمين حكم لها ، وإن عجزاً عن إقامة البينة حكم العرف في البلد أو في بيئة الأب ، فيكون القول قول من يشهد له العرف مع يمينه ، فإن شهد أن الأب يدفع الجهاز هبة حكم لها ، وإن شهد بأنه يدفعه عارية حكم للأب .

وإن لم يوجد عرف أو اشتبه الأمر كان القول قول الأب مع اليمين ، لأنه المتصرف وتعيين نوعه يستفاد من جهته .

وهذا التفصيل يجري في الاختلاف الواقع بين أحد الطرفين وورثة الآخر ، أو بين ورثتهما .

الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت .

يراد بمتاع البيت هنا كل ما يوجد في بيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة سواء كان من الجهاز ، أو أدوات منزلية جدد بعد الزفاف .

قد يختلف الزوجان في أثاث البيت الذي يسكنان فيه أثناء الحياة الزوجية أو بعد حصول الفرقة بينهما فيدعي كل منهما ملكيته وفيه ما يصلح للرجال فقط ككثابته وأدوات الرسم والزوج رسام أو أدوات الهندسة أو الطب والزوج مهندس أو طبيب ، وما يصلح للنساء فقط ، كالخلي والملابس التي تلبسها المرأة وأدوات الزينة ، وما يصلح لهما كالمفروشات والأسرة والكراسي والأواني .

ففي هذه الحالة يعتبر كل منهما مدعياً وعلى المدعي إقامة البينة على دعواه ،
فإن أقام أحدهما البينة حكم له بها لعدم المعارض .

وإن أقام كل منهما البينة رجعت بينة من يدعي خلاف الظاهر ، والظاهر
هنا أن ما يصلح للرجال فقط يكون للزوج ، وما يصلح للنساء فقط يكون
للزوجة .

وعلى ذلك ترجح بينة المرأة فيما يصلح للرجال فقط لأنها تثبت خلاف
الظاهر ، وترجح بينة الرجل فيما يصلح للنساء فقط ، فيحكم بمقتضى البينتين ،
وتسقط البينتان فيما يصلح لهما لتعارضهما وعدم المرجح لأحدهما على الأخرى ،
ويكون القول فيه لمن يشهد له الظاهر مع يمينه ، والظاهر هنا يشهد للزوج لأنه
صاحب البيت فيكون ما فيه ملك له .

فإن حلف حكم له ، وإن امتنع عن اليمين حكم للزوجة ، لأن امتناعه عن
اليمين يعتبر إقراراً منه بدعواها أو تنازلاً منه لها .

وإذا عجز عن البينة يكون القول قول الزوج بيمينه فيما يصلح للرجال
فقط ، فإن حلف حكم له به ويكون القول قول الزوجة بيمينها فيما يصلح للنساء
فقط ، فإن حلفت حكم لها به ، وإن نكل أحدهما أو كلاهما عن اليمين يكون
إقراراً منه بدعوى الآخر فيحكم له .

وأما ما يصلح لهما ففي مذهب الحنفية رأيان :

أولهما : لأبي يوسف وهو : أن القول للزوجة في مقدار ما يجهز به مثلها في
العادة ، لأن عرف الناس جرى على أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا يجهز
فيحكم لها منه يجهز مثلها ، وما زاد على ذلك يحكم به للزوج ، لأن البيت بينته
ويده هي المتصرفه فيه .

وثانيهما : لأبي حنيفة ومحمد وهو : أن القول للزوج بيمينه ، لأنه صاحب البيت ويده صاحبة التصرف فيه ، لكن هذا الرأي يترتب عليه إهدار العرف الجاري بين الناس من قديم الزمان . فرأي أبي يوسف أولى بالاعتبار ولا يختلف الحكم عنده بين هذه الصورة وبين ما إذا كان الخلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر ، أو بين ورثتهما بعد وفاتهما^(١)

والمذهب الجعفري : يقرر أن ما يصلح للرجال يكون للزوج مع يمينه ، إلا أن تقوم البينة على أنه للزوجة ، وما يصلح للنساء يكون للزوجة مع يمينها ، إلا أن تقوم البينة على أنه للزوج ، وما يصلح لهما فهو بينهما فمن أقام بينة منهما كان له في فإن لم يكن لأحدهما بينة يحلف كل منهما على أن المتاع له خاصة ، وبعد التحالف يقسم بينهما مضافة ، وإن حلف أحدهما وامتنع الآخر عن اليمين أعطي المتاع للحالف

(١) وكذلك عن محمد : لا اختلاف في الحكم بين الصور الثلاث ، ولكن أبا حنيفة يرى أنه عند اختلاف ورثة الزوجين يكون القول قول ورثة الزوجة مع اليمين ، لأن الظاهر يؤيد ورثة الزوجة .

الفصل الرابع

في الحق الرابع للزوجة وهو النفقة^(١)

وفيه مباحث

المبحث الأول

في التعريف بها ووجوبها وشروط استحقاقها

يزاد بالنفقة : ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها حسبما تعارفه الناس .

وقد عرفها محمد بن الحسن لما سأله هشام عنها : « بأنها الطعام والكسوة والسكنى » وهي تجب لها عند الحنفية ومن وافقهم نظير احتباسها لمصلحة زوجها بحكم العقد الصحيح عليها متى كانت صالحة للحياة الزوجية .

(١) من مراجع هذا البحث نيل الأقطار ج ٦ ص ٢٧٢ ، فتح القدير ج ٣ ص ٣٢١ وما بعدها ، البدائع ج ٢ ص ٣ ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي . ج ٢ ص ٥٠٨ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٧ ، منهاج الطالبين مع حاشيتي قليوبي وعميرة ج ٤ ص ٦٩ وما بعدها ، والمفنى ج ٦ ص ٧٣٦ ، كشاف القناع ج ٥ ص ٤٦٩ وما بعدها ، الفقه على المذاهب الاربعية ج ٤ ص ٥٥٤ وما بعدها ، شرائع الاسلام ج ٢ ص ٤٦ وما بعدها ، فقه الامام جعفر ج ٥ ص ٣١٧ .

وقد ثبت وحوها بالكتاب والسنة والأجماع والمعقول .

أما الكتاب : فقوله تعالى في شأن المطلقات « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » الطلاق / ٦ أوجبت الآية على الأزواج إسكان المطلقات من حيث سكنوا حسب قدرتهم وطاقتهم ، وإذا وجب إسكان المطلقة فإسكان الزوجة أولى بالوجوب . حيث إن زوجيتها قائمة حقيقة وحكما ، والمطلقة لم يبق لها منها إلا أحكامها أو بعضها فقط .

والأمر بالأسكان أمر بالإنفاق لأنها لا تتمكن من الخروج للكسب لكونها عاجزة عنه بأصل الحلقة كما يقول صاحب السدائع^(١) أو نقول: إذا وجب لها الأسكان وجب لها بقية الأنواع لأنه لا فرق بين نوع ونوع .

على أن الآية أوجبت الإنفاق عموماً للمطلقة الحامل « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن » .

وقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه » ففي الآية أمر بالإنفاق وهو مطلق يفيد الوجوب ، حيث لا صارف له عنه .

وأما السنة فقد وردت عدة أحاديث تفيد هذا الوجوب .

منها ما رواه أبو داود عن معاوية القشيري قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت ما تقول في نساءنا ؟ قال « أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكتسون ولا تضربوهن ولا تقبحوهن »^(٢) .

ومنها ما رواه مسلم وغيره من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في

(١) ج ٢ ص ٣٣٢ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٣ .

حجة الوداع : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وفي رواية « نفقتهن » .

وما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أن هنداً زوجة أبي سفيان قالت يا رسول الله : إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » (١) .

فلو لم تكن النفقة للزوجة واجبة على زوجها لما أمرها بأن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها بدون علمه ، لأنه لا يجوز أخذ شيء من أموال الناس بدون وجه حق .

وأما الأجماع : فقد أجمعت الأمة في كل العصور على وجوب نفقة الزوجة على زوجها لم يخالف في ذلك أحد .

وأما المعقول : فإن عقد الزواج يوجب على الزوجة تخصيص نفسها لمنفعة زوجها وتفرغها للحياة الزوجية . فهي تقوم على البيت ورعايته والأولاد وتربيتهم . فهي محبوسة على الزوج وهذا يمنعها من التصرف والاكتساب فوجب نفقتها عليه ، ومن قواعد الشريعة . أن من حبس نفسه لحق مقصود لغيره ولمنفعته تكون نفقته واجبه على ذلك الغير .

ولهذا المعنى وجب على الدولة نفقات موظفيها الذين حبسوا أنفسهم لمنفعتهم بقدر كفايتهم وكفاية من يعولونهم .

سبب استحقاق الزوجة للنفقة وشروط الاستحقاق .

سبب وجوب النفقة للزوجة : هو الزوجية الصحيحة غير أن الوجوب

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٤ .

لا يثبت بمجرد العقد^(١) كما في وحبوب المهر . بل بما يترتب عليه من احتباس الزوجة وقصرها نفسها على زوجها بحيث يتمكن من الانتفاع بشرات الزواج بأن تسلم نفسها له حقيقة أو حكماً بدخولها في طاعته بالفعل أو باستعدادها لهذا الدخول^(٢) ما لم يوجد مانع شرعي يمنعها من ذلك .

فلو عقد عليها وطلبها للدخول فلبت الطلب وحب لها النفقة ، وإن امتنعت منه لعذر كعدم إيفائها معحل صداقها أو عدم إعداد المسكن اللائق بالزوجة وحب لها النفقة كذلك ، وإن امتنعت بدون عذر فليس لها نفقة .

ويشترط لوجوب النفقة ثلاثة شروط :

اولها : أن يكون عقد الزواج صحيحاً شرعاً .

وثانيها : أن تكون الزوجة سالحة للمعاشرة الزوجية ليؤدي احتباسها إلى ثمرات الزواج المقصودة منه شرعاً .

وثالثها : ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بغير عذر شرعي أو بسبب ليس من جهته ، فإذا توفرت هذه الشروط وجبت النفقة لا فرق بين الزوجة المسلمة وغير المسلمة . وإن لم تتوفر كلها أو بعضها لم يجب لها شيء .

ومن هنا وجبت لها النفقة في حالات وسقطت في حالات أخرى .

(١) للحفوية وأبان أحدهما أنها تجب بمجرد العقد ، وثانيهما : وهو الأظهر عندم ، أنها لا تجب إلا بتكبير الزوجة زوجها تكبيراً كاملاً بتخليتها بينها وبين زوجها في كل وقت وفي كل مكان يسرع فيه الاستمتاع مع ملاحظة أنها لا تجب إلا في الزواج الدائم لا المنقطع .
شرايع الإسلام ج ٢ ص ٤٦

(٢) الشافعية تحب النفقة بتكبيرها له من نفسها أو إخطاره بأنها مستعدة لذلك إذا كان عائلاً .

المبحث الثاني

في أحوال النفقة وجوبها وسقوطها

تجب النفقة في حالات وتسقط في أخرى وإليك التفصيل :

الحالات التي تجب فيها النفقة :

١ - إذا كانت الزوجة سالحة للحياة الزوجية وانتقلت إلى بيت الزوج أو لم تنتقل بالفعل ولكنها لا تمانع فيه لأنه يكفي منها الاستعداد لتسليم نفسها .

٢ - إذا فات على الزوج حقه بسبب منتهية كما لو كان صغيراً^(١) لا يصلح للمعاشرة الجنسية مع صلاحيتها لذلك ، أو كان مريضاً أو معيباً بعيب يمنعه من ذلك كالجب والعمنة ، أو كان مجبوساً في حريرة أو دين عليه ، وما شاكل ذلك .

٣ - إذا فات عليه حقه بسبب مشروع من حبتها . كما لو امتنعت عن تسليمها نفسها لعدم إيفائها معجل صداقها أو عدم إعداده المسكن الشرعي لها ،

(١) المذهب المالكي لا يوجب النفقة إذا كان الزوج صغيراً فيشترط لوجوبها أن يكون الزوج بالغاً . ويقول ابن رشد في بداية المجتهد : إن سبب الخلاف بين الموجبين للنفقة والنافين لوجوبها ، هو الخلاف في النفقة هل وجبت للاستمتاع أو لاحتباسها على الزوج كالمأث والمريض .

وفي المذهب الجعفري رأيان . أحدهما أنه لا نفقة على الصغير للروحة الكبيرة وهو ما ذهب إليه الطوسي في مسائل الخلاف . والثاني أنها تجب عليه وهو الأشبه كما يقول صاحب شرائع الإسلام ح ٢ ص ٤٦ لكن الشيخ محمد حواد مغنية يرحم القول الأول ، فيقول وهو الصواب ما دام المعجز الطبيعي متحققاً من الزوج والصغير غير مكلف . وتكليف الولي لا دليل عليه ولا أقل من الشك في الوجوب فالأصل عدمه . فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٩ ، ص ٣٢٠ .

أو تركت له بيته بعد دخولها في طاعته لأنه غير أمين على نفسها أو مالها .

الحالات التي لا تجب فيها النفقة أو تمتط فيها بعد وجوبها :

١ - إذا كان العقد باطلاً أو فاسداً حتى ولو سلمت المرأة نفسها للرجل الذي عقد عليها ، لأن هذا العقد واجب الفسخ فيكون التسليم بعده غير مشروع فيجب عليها أن يفترقا من تلقاء أنفسهما ، وإلا فرق القاضي بينهما .

ومثل ذلك إذا دخل بامرأة بشبهة من غير عقد عليها ، لأن هذا الدخول غير مشروع فلا يحق للزوج احتباس المرأة فضلاً عن أنه لم يسبقه عقد صحيح .

ولهذا قرر فقهاء الحنفية : أن من عقد على امرأة ودخل بها ثم تبين فساد هذا العقد بأن ثبت أنها أخته من الرضاع مثلاً ، كان له حق استرداد النفقة ، إذا كانت نفرض القاضي لأنه تبين أن الاحتباس لم يكن مشروعاً حتى تستحق النفقة في نظيرة (١) .

أما إذا كان سلمها النفقة بدون فرض القاضي فإنه لا يرجع عليها شيء لاحتمال أنه متبرع بها فيرجع هذا الاحتمال لشبه النفقة بالصلة .

بخلاف صورة القرض لأنه بالقضاء يكون ملزماً بدفع النفقة بناء على كونها مستحقة لها ، وإذا ظهر عدم استحقاقها رجع بما أدى لانقضاء احتمال التبرع

(١) ونحن نقول : نعم تبين أن الاحتباس كان غير صحيح فلا تستحق الزوجة في نظيره نفقة ، لكن أفلا يقال : إن الزوجة أخذت النفقة وهي تمتد أنها حق لها ، وكذلك الزوج دفعها وهو يمتد وجوبها عليه بناء على اعتقادهما صحة العقد فتكون قد انقضت ما أخذته بسبب مشروع في الظاهر ، فلا يرجع عليها به مطلقاً سواء كان يفرض القاضي أو بغيره ، ولو قلنا إنه يرجع عليها بما بقي منها عندما ولا يرجع عليها بما استهلكته أو أنها لا تستحق النفقة المتجمدة لكان موافقاً لما هو مقرر في نطائره . كمن ورث الموقوف بناء على حكم القاضي بموته . ثم تبين أنه حي فإنه لا يرجع عليه بما استهلكه منه ويرجع عليه بما بقي في يده .

حيث لا يجتمع تبرع وإلزام .

والجعفرية يوافقون الحنفية في ذلك إلا أنهم قالوا : إذا كان الزوج أعطى النفقة بدون فرض القاضي معتقداً أنها واجبة عليه فإنه يحق له الرجوع عليها بما أعطى لأنه لم يكن متبرعاً بها أعطى .

٢ - إذا كانت الزوجة صغيرة لا يمكن الاستمتاع بها ولا تصلح لخدمة الزوج ولا مؤانسته لأن احتباسها وعدمه سواء باتفاق الحنفية والجعفرية .

و كذلك إذا كانت لا تصلح للمعاشرة الجنسية وإن صلحت للخدمة أو الائتناس بها عند أبي حنيفة ومحمد والجعفرية ، لأن احتباسها ناقص ، حيث لا يمكن استيفاء المقصود الأصلي من الزواج منها ، ويرى أبو يوسف أن الزوج لو نقلها إلى بيته للائتناس بها وجبت عليه نفقتها ، لأنه رضي بهذا الاحتباس الناقص لما نقلها إلى بيته ، ولو لم ينقلها ما وجبت لها نفقة

والفتوى في المذهب الحنفي على هذا الرأي :

٣ - إذا كانت الزوجة مريضة مرضاً يمنعها من الانتقال إلى بيت الزوج فلا نفقة لها باتفاق الحنفية ، حيث لا يمكن احتباسها وهو المقابل للنفقة .

أما إذا كان المرض لا يمنعها من الانتقال إلى بيت الزوج فالفتى به في المذهب الحنفي أنه يجب لها النفقة بعد انتقالها بالفعل إلى بيت الزوجة أو عدم ممانعتها في الانتقال وإن لم تنتقل إليه ، لأن المرض طارئ يمكن زواله ، وعقد الزواج عقد للدوام فلا يسقط الحق الدائم بعارض من العوارض لا دخل للزوجة فيه .

هذا إذا كان المرض سابقاً على الزفاف ، فإن جاءها المرض بعده فلا تسقط نفقتها به سواء بقيت في بيت الزوجية أو انتقلت إلى بيت أهلها ما دامت

لا تماع في الرجوع إليه . لكنها إذا امتنعت من العودة وهي تستطيع ذلك على أي وجه سقطت نفقتها لتحقق النشوز منها في هذه الحالة. ويرى الجعفرية أن مرض الزوجة لا يسقط نفقتها بلا خلاف بينهم^(١) .

نفقات العلاج :

وإذا وجبت النفقة للزوجة المريضة غير الناشئة فهل يجب على الزوج نفقات علاجها أولاً ؟ يرى فقهاء الحنفية أنها لا تجب عليه^(٢) لأنها ليست ممن النفقة بل تجب في مالها إن كانت غنية وفي مال من تلزمه نفقتها إن كانت فقيرة إذا لم تكن متروجة .

وقد يقال: إن عدم الوجوب قد يكون معقولاً إذا كان الزوجان غنيين أو فقيرين ، أو كانت الزوجة غنية والزوج فقيراً . لأنهما إذا كانا غنيين أو هي غنية يمكنها أن تعالج نفسها بدون ضرر يلحقها ، وإن كانا فقيرين فظاهر أنه لا يكلف الزوج بالعلاج وهو لا يستطيع القوت الضروري إلا بجهد كبير ، أما إذا كانت فقيرة وزوجها غني فإن قواعد الإسلام العامة تقضي بالزامه بمعالجتها ، فإنه يجب على الأغنياء أن يفيثوا المكروب ويمينوا المريض ، فالزوجة المريضة إذا لم يعالجها زوجها الغني وينقذها من كربها فمن يعالجها غيره من الأغنياء ؟

ألم يؤمر الزوج بمعاشرة زوجته بالمعروف ؟ ألم يؤمر بالإحسان إليها ! أمن الإحسان والمعاشرة بالمعروف تركها وهي مريضة لغيره يعالجها ؟

إن قيام الزوج بالعلاج إشعار لزوجته بأنه حريص عليها فتزداد المودة

(١) فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٢٢٠

(٢) والشافعية والحنابلة كذلك لا يرحمون على الزوج نفقات العلاج ، والمالكية في المشهور عندم ، ولكن بعض علمائهم يذهب إلى أنه يفترض عليه أن يعالجها بقيمة النفقة التي تفترض لها وهي سليمة من المرض .

بينها ، وعلى العكس من ذلك تركها لغيره يعالجها فإنه لا يترك في نفسها إلا الألم والحسرة .

وإذا كان وجوب النفقة للأبقاء على حياتها . فحاجتها إلى العلاج أشد من حاجتها إلى الطعام والشراب .

هذا ويرى بعض^(١) فقهاء الشيعة أن الدواء إذا كان من النوع الذي تكثر الحاجة إليه بسبب الأمراض التي قلما يخلو منها إنسان فهي من النفقة الواجبة على الزوج ، وإن كان من العلاجات الصعبة التي قلما تقع وتحتاج إلى مال كثير فليست من النفقة في شيء ولا يلزم بها الزوج .

وهو تفصيل حسن : وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري والعراقي بما يقرب من هذا .

٤ - إذا تركت الزوجة بيت الزوجية وخرجت من الطاعة أو أبت أن تنتقل إليه بدون مبرر شرعي ، لأنها تعتبر ناشزة ، وبالنشوز تسقط النفقة ، لأنه لا يتصور احتباس معه^(٢) .

ومثل ذلك في الحكم ما إذا منعت زوجها من دخول بيتها الذي يقيم معها فيه دون سابق إنذار له بطلب نقلها إلى بيت له وترك هذا البيت لتنتفع به في غير السكن .

وهذا السقوط مقنيا بمدة النشوز فإن عادت إلى الطاعة عاد حقها في النفقة ولا حق لها في المطالبة بنفقتها عن فترة نشوزها .

(١) وسيلة السحابة لأبي الحسن الجعفري .

(٢) والنشوز عند الحنفية يتحقق بتفويتها الاحتباس فقط ، فإن تحقق الاحتباس وإن لم تكن من نفسها فإنها تستحق النفقة . والمذاهب الأخرى أنها بمنعها عنها منه بدون مبرر شرعي تسقط بمقتها .

بل قرر فقهاء الحنفية أن نفقتها السابقة على النشوز التي لم تستوفها قبله تسقط بهذا النشوز ولو كانت مفروضة بأمر القاضي ، ولا يستثنى من ذلك إلا مقدار ما استدانته فيها بإذن الزوج أو القاضي فإنه لا يسقط بنشوزها .

وقد نص قانون حقوق العائلة على أن النشوز مسقط للنفقة في المادة - ١٠١ - ونصها « إذا تركت الزوجة بيت زوجها بدون سبب مشروع وذهبت منه أو كانت في بيتها ومنعت زوجها من الدخول إليه قبل طلب نقلها لبيت آخر تسقط نفقتها مدة دوام هذا النشوز » .

٥ - إذا أخذها إنسان كرهاً وحال بينها وبين زوجها فترة من الزمان سقطت نفقتها لفوات الاحتباس على الزوج بأمز لا دخل له فيه .

وفي رواية عن أبي يوسف أنها تستحق النفقة ، لأن المانع من الاحتباس ليس من جهتها ، والفتوى في المذهب بالقول الأول ، لأن فوات الاحتباس وإن لم يكن بسبب من جهتها فهو ليس من جهة الزوج حتى يجعل الاحتباس قائماً حكماً .

والجعفرية يفصلون بين ما إذا كانت تستطيع تخليص نفسها وبين ما إذا كانت لا تستطيع ذلك ، ففي الحالة الأولى تسقط نفقتها لفوات الاحتباس من جهتها ، وفي الثانية لا تسقط ، لأنها لم تتسبب في تفويت حق الزوج فلا تستحق هذا العقاب .

٦ - إذا حبست الزوجة ولو ظلماً بسبب ليس من جهة الزوج سقط حقها في النفقة لفوات حق الزوج بسبب ليس من جهته .

وعن أبي يوسف أنها إذا حبست بعد الزفاف لا يفوت حقها في النفقة لأنها معذورة في ذلك بعد ثبوت حقها في النفقة بالزفاف .

أما إذا كان الحبس لحق الزوج فلها النفقة باتفاق الحنفية ، لأنه هو الذي فوت على نفسه الحق في الاحتباس .

والجعفرية يذهبون إلى أنها إذا حبست بدين لغير الزوج تقدر على إيفائه سقطت نفقتها مدة الحبس ، أما إذا حبست بدين للزوج أو حبست بدين لغيره لا تقدر على إيفائه فلا تسقط نفقتها لأنها فوتت حق الزوج في الأول ، وفي الثاني الزوج هو الذي فوت حقه أو هي عاجزة عن الوفاء به فتعذر .

٧ - إذا سافرت الزوجة وجدها أو مع غير محرم منها قبل الزفاف وبعده أي سفر كان ولو للحج فلا نفقة لها ، لأنها فوتت حق الاحتباس على الزوج ، ولأنها عاصية بهذا السفر الذي لم يصحبها محرم فيه .

أما إذا سافرت بعد الزفاف للحج مع محرم منها كأبيها أو أخيها فلا نفقة لها عند أبي حنيفة ومحمد لتفويتها حق الزوج .

ويرى أبو يوسف والجعفرية والحنابلة . أنها لا تسقط نفقتها ، لأن أداء الفريضة ضرورة دينية يغتفر معها فوات الاحتباس .

وإذا سافر معها الزوج فلها النفقة بالاتفاق لتتحقق حق الاحتباس في هذه الحالة ، والنفقة الواجبة هنا نفقة الإقامة لا السفر إلا إذا كان الزوج هو الذي أراد السفر ابتداء ودعاها للسفر معه فإنه يجب لها نفقة السفر .

سفر الزوج بزوجته

إذا كان سفر الزوجة يسقط نفقتها ، فهل تسقط نفقتها إذا امتنعت عن

(١١) يقول الحلبي في شرائع الإسلام ج ١ ص ٤٦ : لو سافرت بادن الزوج لم تسقط نفقتها سواء كانت في واجب أو مندوب أو مباح . وكذلك لو سافرت في واجب بدون أذنه كالحج الواجب .

السفر مع زوجها إذا أراد ذلك ؟

اختلفت الآراء في المذهب الحنفي في هذه المسألة .

فبعضهم يرى أنه ليس له السفر بها بدون رضاها ، لأن السفر مظنه الضرر يلحق بالمرأة حال غريبتها وبعدها عن أهلها . وعلى ذلك لا تسقط نفقتها بامتناعها عن السفر .

ويرى فريق آخر أنه ليس لها الامتناع عن السفر ما دام الزوج قد أوفاهما معجل صداقها . فإذا امتنعت سقط حقها في النفقة لأنها تعتبر ناشراً .

وبعضهم فصل في المسألة فقد يكون في سفرها ضرر يلحقها . كأن يكون غير أمين عليها وتحشى الغربة ، وقد يكون سفرها مع زوجها لازماً لضرورات الحياة . كالموظف في جهة بعيدة عن وطن الروحة أو له مال يستثمره هناك ولا يصلح إلا بمباشرة بنفسه فإذا لم تسافر يتصرر . فيفوض الأمر للقاضي يقدره ، فإذا وجد أن سفرها يلحق بها الأذى أو قصد به الزوج الكيد لها لا تسقط نفقتها بالامتناع عنه .

وإذا لم يكن فيه ضرر عليها ويلحق الزوج منه الضرر وكان قد أوفاهما حقها في معجل صداقها ألزمها بالسفر . فإن امتنعت سقط حقها في النفقة .

وقد استقر العمل في مصر على أن الزوج له حق السفر بزوجته إلى أي بلد متى توفرت الأمور الآتية :

- ١ - أن يكون الزوج أوفاهما معجل صداقها .
- ٢ - أن يكون أميناً على نفسها وما لها .
- ٣ - ألا يقصد من السفر الأضرار بها أو الكيد لها .

ومذهب الجعفرية في ذلك لا يخرج عن هذا .

٨ - الزوجة المحترفة : إذا كانت الزوجة تحترف عملاً يضطرها إلى أن تكون خارج بيت الزوجية طول النهار أو أكثره أو الليل كله أو أكثره ثم ترجع إليه بعد فراغها منه . كالموظفة أو المحامية أو الطيبة فهل تسقط نفقتها بذلك ؟ إذا كان ذلك برضا الزوج فلا تسقط نفقتها ، لأنه برضاه قد أسقط حقه في الاحتباس الكامل واكتفى منه بالناقص .

أما إذا كان بدون رضاه وموافقته بأن شرط عليها ترك عملها عند عقد الزواج ولم توف بهذا الشرط سقطت نفقتها ، لأنها فوتت بذلك حقه في الاحتباس الكامل الذي تستحق النفقة في نظيره .

وكذلك لو رضي به أول الأمر ثم طلب منها الامتناع عن العمل لما يترتب عليه من اضطراب الحياة الزوجية ولم تجبه إلى طلبه سقطت نفقتها ما دام الزوج عنده القدرة على متطلبات الحياة ، لأن رفضها طلبه يعتبر شوراً منها ، والناشئة لا تستحق النفقة ، أما إذا كان عملها في بيتها كالحياطة أو القراءة والتأليف مثلاً بحيث لا يعطلها عن القيام بواجبات الزوجية فلا يسقط حقه في النفقة .

٩ - إذا ارتدت الزوجة بأن خرجت عن الإسلام سقطت نفقتها ، لأن ردها ترتب عليها فرقة جاءت من قبلها فأبطلت نفقتها .

فإذا تابت وأسلمت وهي في العدة فإن نفقتها لا تعود . بخلاف الناشئة ، لأن بردها بطلت نفقتها بالفرقة . ومتى بطلت لا تعود ، أما النشوز فهو أمر عارض لا يبطل النفقة وإنما تسقط مؤقتاً فإن عادت عادت النفقة .

المبحث الثالث

في تقدير نفقة الزوجة وما يجب مراعاته فيه

قلنا إن نفقة الزوجة تشمل الطعام والكسوة والمسكن والخدمة وكل ما يلزم الزوجة في معيشتها حسب العرف وهذه النفقة بأنواعها قد يقوم بها الزوج من غير طلب منه فيقدم لزوجته الطعام والكسوة ويهيئ لها المسكن بكل ما يحتاج إليه . وهو الاصل في النفقة وتسمى نفقة التمكين ، فإن فعل ذلك لم يكن لها أن تطلب فرض نفقة لها ، لأنه مكنتها من كل ما وجب لها ، وإن لم يفعل كان لها أن تطلب فرضها ، ويجب عليه إجابة طلبها . فإن قدرها وتراضيا على ذلك انتهى الأمر ، وإن لم يفعل أو قدر لها ما لا ترضى به كان لها أن ترفع أمرها إلى القاضي وعليه إجابة طلبها - متى ثبت عنده صحة دعواها - ويقدر لها النفقة بأنواعها ، وهذه هي نفقة التمليك . لأنه يملكها ما وجب لها وهي تتصرف فيه .

(١) المذهب الشافعي يرى أن تقدير نفقة الطعام والكسوة على حسب حال الزوج فقط . أما المسكن فيفرض على حسب حال الزوجة لا بحسب حال الزوج ، والفرق بينها ، أن الأطعمة والكسوة يعتبر فيها التمليك لأن الزوج يملكها إياها وهو لا يملك إلا ما يقدر عليه ، أما المسكن فالمتبر فيه التمتع إذ الزوج لا يملك زوجته المسكن وهو ملزم بأن يتمتع حسب حالها . والحناابلة يوافقون الشافعية في المسكن ويخالفونهم في الطعام والكسوة فإنه يعتبر حالها معاً . المذاهب الأربعة ج ٤ ص ٦٣ وما بعدها ، وأما المالكية فكما جاز في الشرح الكبير ج ٢ ص ٩٠ . أن النفقة على عادة أمثالها فان تساوا فالأمر ظاهر ، وإن كان فقيراً لا قدرة له إلا على قدر أدنى الكفاية فالعبرة بوسمه فقط ، وإن كان غنياً ذا قدر وهي فقيرة أجيبت لحالة أعلى من حالها ودون حاله ، وإن كانت غنية ذات قدر وهو فقير إلا أن له قدرة على أرفع من حاله ولا قدرة له على حالها رفعها بالقضاء إلى الحالة التي يقدر عليها .

ويجب عليه عند التقدير مراعاة الأمور الآتية :

١ - حالة الزوج المالية يساراً وإعساراً بقطع النظر عن كون الزوجة غنية أو فقيرة . فإن كان الزوج موسراً فرض لها نفقة اليسار ولو كانت الزوجة فقيرة ، وإن كان معسراً فرض لها نفقة بقدر ما يستطيعه ولو كانت الزوجة موسرة ، وإن كان متوسط الحال فرض لها نفقة وسطاً بين نفقة الموسرين والمسرّين .

وهذا قول صحيح في مذهب الحنفية وهو مذهب الشافعية وعليه يجري العمل في مصر . كما نصت المادة - ١٦ - من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠^(١) .

وهو الذي صرحت به النصوص الشرعية من قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه»
الطلاق - ٧ .

وقول رسول الله ﷺ للأزواج « أطمعوهن مما تاكلون وأكسوهن مما تكتسون » ولأن الزوجة الموسرة لما تزوجت المعسر أقدمت على ذلك وهي راضية بما يقدر عليه من النفقة ، وعلى هذا سار قانون الأحوال الشخصية في سوريا في المادة - ٧٦ - والجمهورية في المعتمد عندهم^(٢) أن تقدير النفقة بראعى فيه حال الزوجة وحدها فتفرض لها نفقة اليسار إن كانت موسرة ولو كان الزوج معسراً ، ونفقة الإعسار إن كانت معسرة ، ونفقة الوسط إن كانت متوسطة الحال ، وأن على الزوج أن يؤدي ما يقدر عليه والباقي يكون ديناً في ذمته يلزم بدفعه إذا أيسر ، لأن الزوج عندما يتزوج رضي بما رتبته عقد

(١) ونصها « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعبوراً مهما كانت حالة الزوجة » وفي المذكرة الإيضاحية . أنه مأخوذ من مذهب الشافعي ومن قول صحيح في مذهب الحنفية .

(٢) يقول الحلبي في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٦ : قدر النفقة . القيام بها محتاج إليه المرأة من طعام وكسوة وبؤسكان وخدمة وآلة الأدمان تبناً لعادة أمثالها من أهل البلد .

الزواج عليه من واجبات ، ومنها الأنفاق عليها وفقاً لحالتها المالية وإلا لما أقدم على الزواج بها .

فيكون المعمول به في المحاكم الجعفرية ببلبنان في تقدير النفقة هو اعتبار حال الزوجة فقط ، أما المحاكم السنية فان العمل بها يجري وفق قانون العائلة ، وهو يوجب تقديرها حسب حال الزوجين كما نصت عليه المادة - ٩٩- إذ تقول:

« إذا امتنع الزوج الحاضر عن الأنفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة يقدر الحاكم النفقة حسب حال الطرفين اعتباراً من يوم الطلب وأمر بإعطائها سلفاً عن المدة التي يعينها » .

وهذا رأي صحيح في مذهب الحنفية ، وقد كان يجري العمل عليه في مصر قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٤٢٠ ، وعلى هذا الرأي سار قانون الأحوال الشخصية في العراق فنصت مادته - ٢٧ - على أنه « تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتيهما يسراً وعسراً » .

٢ - أن يراعي حالة الزوج من جهة قدرته على الدفع فيتبع ما هو أيسر عليه .

فان كان من أصحاب الدخل اليومي كعمال اليومية قدرها عليه يومياً ، وإن كان ممن يأخذون أجرهم كل أسبوع قدرها عليه كل أسبوع ، وإن كان من أصحاب المرتبات الشهرية كالموظفين فرضها عليه كل شهر ، وإن كان من الزراع قدرها عليه حسب مواسم الحصاد .

هذا ما قرره الفقهاء تيسيراً على الأزواج في الدفع ، ولكن العمل يجري في المحاكم الآن على تقدير نفقة الطعام والسكن كل شهر . والكسوة كل ستة أشهر على اعتبار أنها تحتاج في السنة إلى كسوتين واحدة في الشتاء وأخرى للصيف .

وإن كان بعض القضاة يفرضها مبلغاً شهرياً للأنواع الثلاثة .

٣ - حالة الأسعار ارتفاعاً وانخفاضاً ، لأن ما يفرض لها ما هو إلا ثمن لما يلزمها من حاجيات ، فإذا لم يراع الأسعار وقت الفرض لحق الضرر بأحد الزوجين .

تعديل التقدير

وإذا كانت مراعاة حالة الزوج وحالة الأسعار واجبة عند الفرض لئلا يضار أحد الزوجين فيجب مراعاة ذلك بعد الفرض عند التغيير الطارئ، على أحدهما ، فإن تغيرت حالة الزوج من اليسر إلى العسر أو بالعكس فرضت النفقة من جديد حسب الواقع ، وكذلك عند تغير الأسعار من الرخص إلى الغلاء أو العكس .

وهذا طبعاً يكون عند مطالبة من يلحقه العيب أو الضرر من الزوجين من التقدير الأول ، فللزوجة أن تطلب زيادة النفقة إذا ما ارتفعت الأسعار أو تغير حال الزوج إلى الأحسن ، وللزوج أن يطلب تخفيض النفقة إذا ما انخفضت الأسعار عن وقت الفرض أو تغير حاله من اليسر إلى العسر ، وعلى القاضي أن يجيب الطالب منها متى ثبت عنده صحة دعواه فيعدل التقدير السابق

وعليه أيضاً أن يستجيب لطلب التعديل من أحد الطرفين إذا ما تبين له أنه أخطأ في تقديره الأول ، وعلى هذا يجري العمل في مصر والمحاكم السنية في لبنان حيث تنص المادة - ٩٢ - من قانون حقوق المائلة على « أن النفقة المقدرة يجوز تزييدها وتنقيصها بتغير الأسعار أو بتبديل أحوال الزوجين عسراً ويسراً ويتحقق أنها أقل أو أكثر من قدر الكفاية » .

أما الجمعية فقد سبق أن التقدير عندهم يراعي فيه حال الزوجة فقط في

أول أمرها . ولا يتغير بتغير حال الزوجين أو أحدهما يساراً وإعساراً ولكنه يتغير بتغير الأسعار ارتفاعاً وانخفاضاً .

المبحث الرابع

في تفصيل أنواع النفقة

النوع الأول « الطعام »

يجب للزوجة منه ما يكفيها وبما أنها تعيش مع زوجها في بيت واحد وهو وهو يتولى الأنفاق عليها ويحضر لها ما تحتاجه . فإن قدم لها الطعام الكافي فلا داعي لتقديره وليس لها أن تطلب ذلك ، فإن امتنع عن إطعامها أو قصر فيه فلها الحق في أن تطلب منه تقديراً معيناً لتقوم بنفسها بشراء ما تحتاجه ، ويجب عليه إجابة طلبها ، فإن امتنع رفعت أمرها إلى القاضي ليقدر لها كفايتها حسب حال الزوج المالية ، وله أن يفرض لها أصنافاً من الطعام يكلف الزوج بأحضرها أو يقدر لها مقداراً من النقود لتشتري هي به ما تحتاج إليه . وهو أيسر وأضبط ولذلك تسيير المحاكم عليه .

النوع الثاني « الكسوة »

يجب على الزوج كسوة زوجته بمد المقدم الصحيح وتوفر شروط وجوب النفقة بتسليم الزوجة نفسها أو استعدادها لذلك .

فإذا أحضر لها ما تحتاج إليه من ثياب حسب حالته المالية والاجتماعية كما هو المعمول به في مصر ، أو حسب حالتها ومنزلتها كما هو مقرر عند الجعفرية ،

أو على حسب حالتها معاً كما سار عليه قانون حقوق العائلة ملاحظاً فيه عرف البلد الذي يعيش فيه الزوجان وجب على الزوجة قبولها .

وإن امتنع أو قدم لها ما لا يليق بها في الحدود السابقة كان لها أن ترفع الأمر للقاضي وعليه أن يفرض لها مبلغاً من المال كل ستة أشهر^(١) أو كل شهر مع ما يفرضه من الطعام كما يجب عليه أن يعيد التقدير من جديد إذا تبين خطؤه في التقدير الأول متى طلبه من وقع عليه الغبن منها .

النوع الثالث « المسكن »

إذا كانت النفقة لا تجب للزوجة إلا بدخولها في طاعة زوجها أو استعدادها لذلك فمن لوازم ذلك أن يعد لها مسكناً شرعياً للأقامة فيه .

فإن أعده وكان ملائماً أقامت الزوجة فيه ، وإن امتنع أو أعد لها مسكناً غير لائق كان لها أن ترفع الأمر للقاضي ليأمره بإعداد المسكن اللائق أو يفرض لها مبلغاً من المال كل شهر مراعيًا فيه ارتفاع الأسعار وانخفاضها .

والمسكن الشرعي هو ما يكون مشتملاً على كل ما يلزم للسكن من أثاث وفراش وآنية ومرافق وغيرها مما تحتاجه الأسرة ، وبراعي في ذلك حالة الزوج المالية من يسار وأعسار ووضع الاجتماعى^(٢) عند من يرى أن النفقة تكون حسب قدرة الزوج وحده وهو المعمول به في مصر ، أو حالة الزوجة ووضعها الاجتماعى عند من يرى أن النفقة تقدر حسب حالة الزوجة كما هو مذهب الجعفرية .

(٦) لأن الفقهاء قرروا أن الواجب الأصلي في الكسرة كسوتان في كل سنة إحداهما للصبى والأخرى للشتاء ولا يجب غيرها إلا إذا ثبت عدم كفايتهما .

(٢) أي أن يكون السكن بمن يسكن فيه أمثاله - سواء كان بيتاً مستقلاً أو غرفة من بيت إذا كان له قفل خاص ومرافق خاصة .

أو ملائماً لحالتها معاً كما سار عليه قانون حقوق العائلة .
والقول الأول هو الموافق لقوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من
وجدكم » الطلاق ٦ ، وأن تتوفر فيه بعد ذلك حياة الاستقرار والراحة . بأن
يكون في مكان أهل بالسكان وسط جيران صالحين مأمونين ، فلا يسكنها في
مكان موحش لا جيران لها فيه ، أو لها جيران لا تأمهم على نفسها أو مالها .

فإن فعل ذلك كان لها الحق في طلب النقلة إلى مسكن آخر ، وعلى الزوج
إجابتها إلى طلبها وإلا أمره القاضي بذلك إذا رفعت أمرها إليه وتأكد من
صحة دعواها .

وإذا كان المسكن مستوفياً للشروط السابقة لكمة يجاور مسكن زوجته
الأخرى فلا يكون مسكناً شرعياً ، لأن اجتماعها مع زوجها في شقة واحدة إيداء
لها وقرنها منها إذا كانا في شقتين من دار واحدة مظنة إيدائها ، وكلا الأمرين
غير جائز شرعياً .

أما إذا كان يجاور مسكناً آخر لأقاربه كأمه أو أخته فإنه يكون مسكناً
شرعياً إلا إذا ثبت أنهم يؤذونها بالقول أو بالفعل .

وإذا أعد لها المسكن المطوب فليس له أن يسكن معها أحداً من أقاربه بغير
رضاها لأنها غالباً تتضرر من ذلك ، فقد يكون قريبه غير مؤتمن تخشى منه
على نفسها ومالها ، وإذا كان أميناً فقد يكون وجوده مانعاً لها من معايشة
زوجها على وجه مرض .

ولا يستثنى من ذلك إلا ابه الصغير غير المميز من زوجة أخرى فإنه يباح
له إسكانه معها بدون رضاها عند الحنفية ، لأن مثل هذا الصغير لا يخشى منه
على نفسها أو مالها كما لا يفوت بوجوده تمام العشرة الزوجية .

وشرط الجمعوية في ذلك عدم تضررها به وأن يكون متفقمع عادة أمثالها .

وكما لا يجوز للزوج إسكان أحد أقاربه معها بدون رضاها كذلك لا يجوز لها إسكان أحد من أقاربها بغير رضا الزوج ولو كان ابنها الصغير من غيره ، لأن البيت بيته وليس لها إلا حق السكن . والزوج غير مكلف بإسكان ابنها .

النوع الرابع « نفقة الخادم »

إذا كان الطعام والكسوة والمسكن أموراً واجبة لكل زوجة فإن الخادم يختلف عنها لأنه ليس كل زوجة تخدم ، فيجب على الزوج في بعض الحالات ولا يجب في بعضها الآخر .

فإذا كان الزوج معسراً فلا يجب عليه إحضار خادم لزوجته ولا يكلف بنفقته ، لأنه يجب عليه نفقة الضرورة والخادم ليس ضرورياً .

وكذلك إذا كانت الزوجة من قوم يخدمون أنفسهم فلا يجب عليه نفقة خادم . لكنه إذا تبرع به وهو يقدر عليه كان حسناً .

أما إذا كان الزوج موسراً والزوجة ممن لا يخدمون أنفسهم فعليهم إحضار خادم ويلزم بنفقته ، لأن نفقة الخادم حينئذ من مكملات نفقات الزوجية ، فإن امتنع عن ذلك فرض القاضي لها أجراً لخادمتها .

هذا القدر متفق عليه بين أئمة الحنفية ،^(١) ولكنهم اختلفوا في وجوب نفقة أكثر من خادم .

(١) الشافعية يجب عليه أن يأتيها بخادم إذا كانت ممن لا يخدم نفسها ولو كان معسراً وإلا فلا يجب عليه إلا إذا كانت مريضة أو هرمة وإن لم تكن ممن يخدم عادة ، والحسابة يجب إذا كانت ممن لا يخدم نفسها ويلزمه نفقة الخادم بحسب ما يليق بالخدم ، والمالكية . إذا كانت المرأة لا تخدم نفسها أو كان الزوج ذا جاه وقدر بحيث لا يصح لامرأته أن تخدم نفسها فإنه يفرض عليه خادم لها أو أكثر إذا كان يستطيع ذلك فإن لم يستطع وجب عليها خدمة المنزل ، وعليه أن يساعدها بنفسه في أوقات فراغه من عمله . الشرح الكبير ج ٢ ص ٥١٠ .

فأو حنيفة ومحمد والحضرية لا يلزمه إلا خادم واحد ، لأن الحاجة تندفع به والريادة عليه ترف ، ويرى أبو يوسف أنه يجب عليه نفقة خادمين أو أكثر إذا كان الزوج موسراً واقتضت حاجة الزوجة ذلك .

والفتوى على قوله ، لأنه الموافق للعرف الذي يسير مع حاجة الناس . فممنهم من يكتفي بخادم واحد ، وممن من يحتاج إلى أكثر . ومع تعارف الناس واقتضاء الحاجة لا يكون ذلك تروفاً ، هذا الخلاف فيما إذا لم يكن للزوجة أولاد فإن كان لها أولاد فإنه يفرض عليه أكثر من خادم اتفاقاً . يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير (١) « لو كان له أولاد لا يكفيهم خادم واحد تفرض عليه النفقة لخادمين أو أكثر اتفاقاً » .

المبحث الخامس

في امتناع الزوج عن أداء النفقة وما يتخذ معه من إجراءات

إذا امتنع الزوج من أداء ما فرضه على نفسه أو فرضه القاضي عليه . فإن كان موسراً وله مال ظاهر باع القاضي من ماله ما يكفي للنفقة جبراً عنه وسلم للزوجة ثمنه لتنفق منه على نفسها ، وإن لم يكن له مال ظاهر مع ثبوت يساره كان للقاضي أن يندره ويؤببه على بماطلته

فإن طلبت الزوجة حبسه أجابها وقضى بحبسه عقوبة له على مطله ، ولا ينعم الحبس من أن يبيع ما ظهر من ماله ليوفي الزوجة حقها ، لأنه ليس عوضاً عنها بل هو وسيلة لحله على الأنفاق .

(١) ج ٣ ص ٣٢٩ .

وليس للحبس مدة مقررة ، وإنما تقديره مفوض للقاضي لاختلاف ذلك باختلاف الناس وإن كان روي عن أبي حنيفة أن أدنى مدته شهر وأقصاها ثلاثة أشهر . وروي غير ذلك والعمل يجري في مصر على أن لا يزيد عن ثلاثين يوماً .

فالمادة ٣٤٧ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ تنص على أنه « إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجره الحضانة أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم أو التي بدائلتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به لامرأته ولم يمثل حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً ، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً فإنه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

ويلاحظ أنه لا يجبس في دين واحد أكثر من مرة لعدم الفائدة في الحبس الثاني .

فإذا أعطى كفيلاً بالنفقة لا ينفذ عليه الحبس كما لا يجبس الكفيل بل ينفذ حكم النفقة في ماله بالطرق الاعتيادية ، ولا يحتاج هذا التنفيذ إلى حكم جديد على الكفيل بالتنفيذ متى كانت الكفالة صادرة إيهام موظف رسمي .

وإن كان المحكوم عليه بالنفقة محجوراً عليه فيطالب وليه بأدائها من مال الزوج ، فإذا امتنع عن الأداء حكم عليه بالحبس إن كان للمحجور عليه مال يمكن استيفاء النفقة منه ، أما إذا كان الزوج معسراً لا يملك شيئاً وليس له كسب أو له مال لا يكفي إلا حوائجه الأصلية وطلبت الزوجة حبسه لا يجيبها القاضي إلى طلبها ، لأنه ليس ظالماً حتى يعاقب بالحبس ، ولأنه لا فائدة ترجى من وراء حبسه كما في حبس الموسر .

فالحبس في نفقة الزوجة لا يكون إلا إذا توافر شرطان

١ - أن تكون النفقة قد قدرت ومضى على تقديرها زمن دون أن يقوم بأدائها فتكون ديناً في ذمته .

٢ - أن تثبت قدرة الزوج على أداء النفقة .

وإذا لم يجس فللزوجة طريق آخر تسلكه ، هي أن تستأذن القاضي في الاستدانة على الزوج وعليه الأذن لها ، فإذا لم تجد من تستدين منه كان على قريبها الذي تلزمه بنفقتها - لو لم تكن متزوجة - أعطائها ما فرضه القاضي ويكون ديناً على الزوج يطالبه به إذا أيسر ، فإذا امتنع قريبها مع قدرته عن إعطائها جاز للقاضي بعد إنذاره وتهديده - أن يحكم عليه بالجلس حتى يعطيها - النفقة ، وفي حالة الاستدانة من القريب يرجع على الزوج فقط . ومن الأجنبي كان بالخيار في الرجوع على الزوج أو الزوجة .

وعلى هذا سار قانون حقوق العائلة . فالمادة ٩٦ منه تنص على أنه « إذ عجز الزوج عن الأنفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة والحاكم يقدر النفقة اعتباراً من يوم الطلب على أن تكون ديناً بدمه الزوج ويأذن الزوجة بأن تستدين باسمه » .

والمادة ٩٨ تنص على أنه « في الحالات التي تكون الزوجة المعسرة مأذونة بالاستدانة من طرف الحاكم بموجب المواد السابقة ينظر من تلزمه نفقتها إذا كانت ليست بذات روج فيلزم بأقراض الزوجة عند الطلب وفي الاستقبال له حق الرجوع على الزوج فقط ، أما إذا استدان من أجنبي فالدائن محير إن شاء طلب من الزوجة وإن شاء من الزوج »

وفي حالة إعمار الزوج . هل للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها لعجزه عن الأنفاق ؟

مسألة اختلف الفقهاء فيها .

فالحنفية والجعفرية يذهبون إلى أنه ليس لها هذا الحق ولو طلبته لا يجيبها القاضي إلى ما طلبته لأن المعجز عن النفقة أمر عارض يمكن زواله . وهو وإن كان فيه ضرر على الزوجة ، إلا أنه يمكن تداركه بالأذن لها بالاستدانة عليه .

أما التفريق ففيه ضرر يلحق الزوج ولا يمكن تداركه أو علاجه . فهنا تعارض ضرران ، والقاعدة المقررة أنه يرتكب أخفهما .

والأئمة الثلاثة يذهبون إلى أن للقاضي أن يفرق بينها لهذا المعجز^(١) والأعسار كماله أن يفرق بينها لامتناعه عن الأنفاق مع قدرته عليه .

وعلى هذا يجري العمل في مصر بعد صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، بعد أن كان العمل بمذهب الحنفية قبل صدوره .

وإذا فرق بينها كان الطلاق رجماً للزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة بشرط أن يثبت قدرته على الأنفاق إذا كان التفريق بسبب الأعسار ، أو يثبت استعداده للأنفاق إن كان التفريق بسبب امتناعه عن الأنفاق مع قدرته على ذلك .

(١) المراد بالمعجز عن النفقة هنا المعجز عن أقل الكفاية الذي تقوم به الحياة من طعام وكسوة ومسكن لا المعجز عن النفقة المفروضة . وأن يكون المعجز عن النفقة الحالة والمستقلة أما المعجز عن النفقة المتجمدة فلا فسخ به بالاتفاق ، وبعض المدايب يشترط في جواز الفسخ ألا تكون عائلة بمعجزه حين المقد ، وبعضها لا يشترط ذلك لاحتمال أنها رضىت به على أمل أن يتكسب وتتيير حاله .

المبحث السادس

في نفقة زوجة الغائب

المراد بالغائب هنا من يتمذر إحضاره إلى مجلس القضاء لمخاضته في النفقة التي تطالب بها زوجته سواء كان ذلك بسبب سفره أو باختفائه في البلد الذي تقيم فيه زوجته .

إذا غاب الزوج بهذه الصورة وطلبت زوجته من القاضي أن يفرض لها نفقة عليه .

فالحكم عند الحنفية يتلخص في أنه: إذا ترك مالا ظاهراً^(١) من جنس ما تقدر به النفقة كالنقود والحبوب وكان تحت يد الزوجة كان لها أن تأخذ منه مقدار نفقتها بالمعروف من غير حاجة إلى قضاء القاضي ، لأن قضاء رسول الله في قصة امرأة أبي سفيان ماض إلى يوم القيامة .

وإن لم يكن تحت يدها بل كان عند غيرها وديعة أو ديناً في ذمته وطلبت الزوجة فرض النفقة فيه أوجبها القاضي وأمر من عنده المال بإفائها بمقدار النفقة إذا كان من عنده المال معترفاً به وبالزوجة أو كان القاضي يعلم بها بلا خلاف .

فإن لم يكن معترفاً بها أو بأحدهما ولا علم للقاضي بهما فإن أثبتت المرأة

(١) المراد بالمال الظاهر هو ما يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة بمقتضى لائحة التنفيذ . والطرق المعتادة هي أن يبدأ بالتنفيذ من النقود إن كانت موجودة ثم على النقولات ثم على العقار عند عدم النقولات أو لم يكف ثمنها في سداد المبلغ المطلوب منه .

زوجيتها بالبينة مع ملكيته، لذلك المال أحابها القاضي إلى فرض (١) النفقة فيسه على الراحح من المذهب وهو قول زهر، لكنه قبل الحكم يستوثق من صدق المرأة في دعواها فيحلفها اليمين بأن زوجها لم يعجل لها النفقة وأنها ليست ناشزة ولا مطلقة انتهت عدتها ثم يأخذ منها كفيلا بالتمتة. حتى إذا تبين كذبها وعاد زوجها رجع عليه أو عليها بما أخذته

فإذا امتنعت عن اليمين وتقديم الكفيل لا يحكم لها بالنفقة.

أما إذا كان ماله الظاهر ليس من حسن النفقة كالعقارات والحيوانات فإن القاضي يفرض لها النفقة ولا يبيع شيئاً من ماله (٢) ولكنه يأمرها باستيفائها من أجرة ما يؤجر من ذلك المال.

وإن لم يكن له مال أصلاً فرض لها النفقة وأذن لها بالاستدانة على الزوج بعد أن يحلفها اليمين السابقة ويأخذ منها كفيلاً بالنفقة المفروضة.

فإن لم تجد من يدينها أمر القاضي قريبها الذي تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة بإدانتها.

فإذا طلبت منه تطليقها منه لأعساره لا يجيبها إليه لما سبق بيانه.

والمذهب الجعفرى يقرر أنه يفرض لها النفقة إذا أثبتت دعواها بالبينة في ماله الظاهر سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها وتأخذها منه إن كان من جنسها، ويباع منه ما يكفي للنفقة إذا لم يكن من جنسها، ويحلفها يمين

(١) والحكم هنا بالنفقة ساء على بينتها ليس حكماً بالزوجية بل لحد إعاتها على الوصول إلى ما تعيش به.

(٢) أما عند أبي حنيفة فلأنه لا يجوز بيع مال الدين الحاضر حبراً عنه لسداد دينه وأما الصحاحن وإن جوزا بيع مال الدين الحاضر الممتنع عن أداء دينه فالغائب لا يعلم امتناعه عن أداء دينه فلا يباع ماله لسداد دين النفقة.

الاستيثاق ويأخذ منها كفيلاً ، وفي حالة ما إذا لم يكن له مال ولا يوجد من ينفق عليها وطلبت فسخ الزواج أجلها الحاكم أربع سنوات وتحجى عنه فإن لم يعرف خبره طلقها الحاكم أو ولي الزوج ثم تعدد عدة الوفاة .

ما يجري عليه العمل في مصر ولبنان

كان العمل بمصر يسير على الراجح من مذهب الحنفية وهو ما قدمنا لأنه يجمع بين مصلحة الزوجين معاً ولا يلحق بأحدهما ضرر . إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فقرر في مادته الخامسة : أن نفقة زوجة الغائب تؤخذ من ماله الظاهر سواء كان من جنس النفقة أو لا ، فيباع منه مقدار ما يوفى بها .

فإن لم يكن له مال ظاهر وطلبت الزوجة تطليقها لعدم استطاعتها الحصول على نفقتها أجابها إليه على تفصيل سيأتي موضعه واليك نص تلك المادة .

« إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم بالنفقة في ماله . فإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أحلا فإن لم ير بل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للأنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل . فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً أو ثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي . وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يمسر بالنفقة » (١)

(١) الفرق بين المعمول به وبين مذهب الحنفية الذي كان معمولاً به يطمر في أمرين :

أولهما : أنه يتباع من ماله ما يوفى النفقة اللطوية على الأول دون الثاني .

وثانيهما . أنه يطلقها لعدم الأذفاق بعد التشبب على الأول دون الثاني ؛ والمادة مأخوذة من المدامب الثلاثة ، ويلاحظ أن المذهب المالكي لا يطالب الزوجة بكفيل يكفل لها ما يصرف لها من النفقة :

والمذهب السامعي أن القاضي يأخذ منها كميلاً بما يصرف لها لجزاز أن يكون قد مات أو طلقها طلاقاً نائناً ، وهذه ليست كماله دين وإنما هو كفالة إحضار عمى أن الكفيل يحضرها إذا بين عدم استحقاقها لما أخذته .

فإذا استوفت نفقتها بناء على هذا الحكم وعاد الزوج الغائب من غيبته ولم تكن الزوجة محقة فيما أخذته كان له أن يعارض في الحكم أو يدفع دعوى الزوجية بما يبطلها كأن يدفعها بأنها مطلقة انقضت عدتها أو أنها ناشزة لا تستحق نفقة أو أنه عجل لها النفقة قبل غيبته ، فإن أثبت ذلك بالبينة نقض الحكم وكان له الرجوع عليها بما أخذته من ماله بغير حق .

أما في لبنان فالمحاكم الجعفرية تسير على المذهب الجعفري وقد قدمناه .
 أما المحاكم السنية فتسير على قانون حقوق العائلة وقد قرر في المواد ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩ ، ١٢٦ ، أن زوجة الغائب إذا أثبتت الزوجية بالبينة وأت زوجها لم يترك لها مالا تنفق منه فرض لها القاضي النفقة بعد تحليفها بين الاستيثاق ويأذن لها بالاستدانة على الزوج ، فإذا طلبت التفريق بينها وبين زوجها لتعذر تحصيل النفقة حكم بالتفريق بينها بعد إجراء التحقيقات اللازمة .

وإذا كان له مال بيد الغير أو بذمته وأقر ذلك الغير بالمال والزوجية أو أنكر ذلك وأثبتته الزوجة بالبينة قدر لها النفقة من ذلك المال أو من ثمنه اعتبار من يوم الطلب بعد أن يحلفها بين الاستيثاق .

المبحث السابع -

في دين النفقة وأحكامه

متى تعتبر النفقة ديناً على الزوج ؟ .

اتفق الفقهاء على أن نفقة الزوجة تجب على الزوج من وقت وجود سببها وهو العقد الصحيح مع تمكين الزوجة زوجها من نفسها . فإذا أداها سقط طلبها عنه .

وإذا لم يؤديها فترة من الزمن أنفقت الزوجة على نفسها من مالها أو من مال غيرها . فهل تكون نفقتها في تلك المدة ديناً يثبت في ذمة الزوج في جميع الأحوال يعق لها أن ترجع به عليه أو لا تكون ديناً كذلك فلا ترجع عليه بشيء ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين بناء على اختلافهم في هذه النفقة . هل تتساوى مع الحقوق المالية الأخرى في أنها إذا ثبتت لا تسقط إلا بالأداء أو الأبراء ، أو أنها حق ضعيف في ذاته فلا تتساوى معها فلا يكفي ثبوتها الجرد في صيرورتها ديناً بل لا بد من أمر وراء الثبوت يقويه ويرفعه إلى مصاف الحقوق الأخرى .

فالأئمة الثلاثة « مالك والشافعي وابن حنبل » ومعهم الجعفرية يذهبون إلى أن النفقة هنا حق قوي ثبت للزوجة عوضاً عن احتباسها لمصلحة الزوج ، وإذا كانت عوضاً فإنها تثبت ديناً قوياً في ذمة الزوج بمجرد إيفائها البديل وهو تمكينها الزوج من نفسها فلا تسقط إلا بالأداء أو الأبراء كسائر الديون الأخرى ، ولا أثر لمضي المدة في سقوطها كما لا تسقط عن مدة ماضية بنشوز الزوجة أو طلاقها أو موت أحدهما .

وعلى هذا لو امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته مدة أو عجز عنه لأي سبب كان لها الحق في مطالبتها بها طالَّت تلك المدة أو قصرت (١) .
والحنفية يذهبون إلى أن نفقة الزوجة لها شبهان . شبه بالعوض وشبه بالصلة فليست عوضاً خالصاً . أما شبهها بالعوض فمن جهة أنها جزاء احتباس الزوجة لحق زوجها وقيامها بشؤون بيته .

(١) غير أن المالكية يقيدون وحوبها عليه بتعمد النفقة بما إذا كان موسراً في تلك المدة . أما إذا كان موسراً فيها أو بعضاً فأدائها لا ترجع عليه بنفقة زمن الأعسار . لأن العسر يوجب سقوط النفقة عندهم . الشرح الكبير ج ٢ ص ٤١٧ .

وأما شبهها بالصلة فمن جهة أن المنافع التي تترتب على الاحتباس لا تعود على الزوج وحده بل تعود عليها معاً فيكون واجباً عليها .

ومراعاة للشبهين قالوا : إنها تأخذ حكماً وسطاً بينها أي أنها لا تصير ديناً في حالة ، وتصير ديناً ضعيفاً في حالة ثانية ، وديناً قوياً في حالة ثالثة (١) .

فإذا لم يتراضيا عليها ولم يحكم بها قاض لا تكون ديناً في ذمة الزوج بمضي المدة . فلو أنها أنفقت على نفسها من مالها أو من مال غيرها بالاستدانة بدون تراض منها أو حكم قاض بها فلا يحق لها المطالبة بتلك النفقة لأنها لا تصير ديناً في ذمة الزوج إلا إذا كانت المدة التي مضت أقل من شهر فإن للزوجة أن تطالب بنفقتها ، لأن هذه المدة القصيرة يصعب الاحتراز عنها حيث لا بد من مضي مدة لكي تتمكن الزوجة من التراضي مع زوجها على النفقة أو مقاضاته فيها . فتركها المطالبة مدة كبيرة دليل على أنها متبرعة بها .

أما طلبها في حدود شهر فهو دليل على أنها لا تريد تركها واغتفرت هذه المدة القليلة لأن الحكم بسقوطها في تلك الفترة إجحاف بالزوجة .

وإذا تراضى الزوجان على النفقة أو حكم بها القاضي ولم يوجد إذن من الزوج أو القاضي لها بالاستدانة ومضت مدة طويلة على ذلك فإن النفقة تصير

.....

(١) يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير « ليست النفقة بمعرض من كل وجه بل هي عرض من وجه دون وجه ، لأنها حزاء الاحتباس . فمن حيث إنه لاستيفاء حقه من الاستمتاع واصلاح أمر الميثة والاستئناس هي عرض ،

ومن حيث إنه أمانة لأمر الشارع وأمور مشتركة كأعلاف كل منهما الآخر وتحصينه عن الفساد وحفظ النسب وتحصيل الوالد لقيم التكاليف هي صلة .

فلاعتبار أنها عرض قلناً تثبت إذا قضي بها أو اصطلحاً عليها لأن ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضي عليه . ولاعتبار أنها صلة قلناً تسقط إذا مضت المدة من غير قضاء وعملاً بالدليلين بقدر الأماكن .

دينياً في ذمة الزوج لها أن تطالب به مهما طالَّت المدة . لكنه دين ضعيف يسقط بالأداء أو الأبراء كالدين القوي كما يسقط بغيرها كموت أحد الزوجين ونشوز الزوجة ، وطلاقها على رأي^(١) فإذا نشزت أو مات أحدهما سقطت النفقة المتجمدة .

أما إذا وجد مع التراضي أو القضاء إذن صريح من الزوج أو القاضي لها بالاستدانة واستدانت بالفعل ومضى على ذلك مدة فإنها تصبح ديناً قوياً في ذمة الزوج لا يسقط إلا بالأداء أو الأبراء ، فيحق لها المطالبة بما تجمد منها في أي وقت ، ولا يسقط حقها بمضي المدة ، وإنما صارت ديناً قوياً في هذه الحالة لأن استدانتها بإذن الزوج تكون نيابة عنه ، ويكون الدين في ذمته ابتداءً لمن استدانت منه الزوجة ، وكذلك إذا كانت الاستدانة بأمر القاضي ، لأن أمره كأمر الزوج ، إذ القاضي أقيم لرفع المظالم ، فإذا تعيبت الاستدانة طريقاً لرفع الظلم عن الزوجة ولم يأمر الزوج بها أمر القاضي بالنيابة عنه فيكون أمره كأمر الزوج فيستقر الدين في ذمته ابتداءً .

وقد كان العمل في المحاكم المصرية يسير على هذا المذهب إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فأخذ بما هو مقرر في المذاهب الأخرى فنصت مادته الأولى على أنه « تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الأنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منها ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الأبراء » .

وبهذا التشريع قضى على تلاعب الأزواج الذين كانوا يتمتعون عن الأنفاق

(١) : الصحيح أنها لا تسقط بالطلاق أما الطلاق الرجعي فله ظهور أنه حيلة لتضييع حق الزوجة فإذا سقطت نفقتها راجعها بعد ذلك ، أما الطلاق البائن فينظر القاضي في حالة الزوجين قبل الطلاق فإن طهر له من قرائن الأحوال أن الغرض منه إسقاط النفقة لا يعتبره مسقطاً وإن ظهر له غير ذلك اعتبره مسقطاً وحكم بسقوطها . ا . هـ .

على الزوجات ويتحايلون على تأخير الأنفاق أو الحكم بالنفقة بشئى أنواع الحيل اعتماداً على أن المذهب المعمول به يسقط النفقة عن المدة الماضية بمضي شهر فأكثر ما لم تكن مستدانة بالأمر بعد التراضي أو القضاء . وأمنت الزوجات على نفقتهن من الضياع وانسد باب التلاعب أمام الأزواج فأصبح للزوجة الحق في أن تطالب بمتجمد النفقة وإن لم يسبق تراض عليها أو قضاء بها ، ولا يسقط هذا المتجمد معها كان بموت أحد الزوجين أو طلاق الروحة أو نشوزها .

ثم ظهر عند تطبيق هذا القانون أنه بأطلاقه في مدة النفقة المتجمدة السابقة فقد فتح باباً آخر للتلاعب ولكنه من جانب الزوجات في هذه المرة ، حيث عمد بعضهم إلى تأخير المطالبة بالنفقة - اعتماداً على أنهم لا تسقط معها طالت المدة - مدة كبيرة ثم يطالبن بها دفعة واحدة ليوقمن الأزواج في حرج بين . بل إن بعض من لا خلاق له منهن ادعى زوراً الامتناع عن الأنفاق عليهن من زمن طويل ، وبان ذلك للمطابقين فعالح المشرع هذه الثغرة بتحديد أقصى مدة تسمع فيها دعوى النفقة في القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ففصت المادة - ٩٩ - منه على أنه : « لا تسمع فيها دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ الدعوى » (١) .

ومن هذا الوقت امتنعت المحاكم عن سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية تزيد على ثلاث سنين ميلادية ، وجاء في المذكرة الأيضاحية لهذا القانون حاصلاً بهذه المادة : « أما النفقة عن المدة الماضية فقد رثى أخذاً بقاعدة تخصيص القضاء ألا تسمع الدعوى بها لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ قيد الدعوى ، ولما كان في إطلاق المطالبة بالنفقة المتجمدة عن مدة سابقة على رفع الدعوى

(١) وتعتبر الدعوى مرفوعة أمام المحكمة من يوم قيدها في الحدول العمومي كما نصت عليه المادة - ٥٩ - من ذلك القانون .

احتمال المطالبة بنفقة سنين عدة ترهق الشخص المزم بها رثي من العدل دفع صاحب الحق في النفقة إلى المطالبة بها أولاً فأولاً بحيث لا يتأخر أكثر من ثلاث سنين وجمل ذلك من طريق منع سماع الدعوى ، وليس في هذا الحكم ضرر على صاحب الحق في النفقة إذ يمكنه المطالبة بها قبل مضي ثلاث السنين .

ولكن هذه المذكورة لم تبين الحكمة من تحديد تلك المدة بثلاث سنين ولا سند ذلك التحديد ، ولعله اجتهاد من واضعي مشروع هذا القانون ظنوه يحل المشكلة ، وما دام لم يوجد نص شرعي يستند إليه وقصد به رفع حرج عن الأزواج فقد أثبت التطبيق أن هذه المدة كافية لإيقاع كثير من الأزواج في الحرج ، لأنه قد يتجمع فيها مبلغ كبير .

فيجب على المشرع إعادة النظر في هذا التحديد ليسد هذه الثغرة وليس في إنقاص المدة ضرر على الزوجة لأنها ستطالب بحقها وتحصل عليه أولاً بأول وفيه رفع الحرج عن الزوج . هذا ما يجري عليه في المحاكم المصرية .

أما في لبنان فالمحاكم الجعفرية تسير على مقتضى المذهب الجعفري وهو يقضي بعدم سقوط متجدد النفقة مهما طال مدتها ولا يتوقف الحكم بها على قضاء سابق أو اتفاق بين الزوجين .

أما المحاكم السنية فتسير على ما يقضي به قانون حقوق العائلة . وهو خليط من مذهب الحنفية والمذاهب الأخرى . حيث نصت المادة - ٩٥ - منه على أنه « تسقط نفقة المدة المارة قبل التقدير والتعجيل » والمراد بالتقدير فيها ما يشمل تقدير القاضي والتراضي بين الزوجين ، حيث نصت المادة المائة منه على أنه « لا يسقط المقدار المتراكم من النفقة المقدرة قضاء أو رضاً بالطلاق أو بوفاة أحد الزوجين ولا يسقط الغير مستند ان بأمر الحاكم بالنشوز » فهو يتفق مع مذهب الحنفية في أن النفقة لا تكون ديناً قبل تقديرها بالتراضي أو بالحكم ، وأنها لا تسقط بمضي المدة بعد ذلك ولا بالطلاق على الرأي الراجح ، ويخالفه في أنها

لاتسقط بالنشوز، وإن لم تكن مستدانة بأمر الحاكم ولا بموت أحد الزوجين.

تعجيل النفقة :

إذا عجل الزوج لزوجته النفقة عن مدة مستقبله كسهر أو أكثر ثم حصل في تلك المدة ما يقتضي سقوط النفقة كنشوز الزوجة أو موت أحد الزوجين فليس للزوج ولا لورثته استرداد باقي النفقة المعجلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف سواء كان باقياً أو مستهلكاً ، لأن النفقة وإن كانت واجبة جزاء احتباس الزوجة وقد فات بهذا العارض إلا أن فيها شبهاً بالصلة ، والصلات تملك بالقبض فتكون كالهبة ، والزوجية مانع من مواع الرجوع في الهبة .

وذهب محمد بن الحسن والشافعي وابن حنبل والجمهورية إلى أنه يجب على الزوجة أو ورثتها رد نفقة المدة الباقية سواء كانت باقية أو مستهلكة ، لأن الزوجة تستحق النفقة جزاء احتباسها وقد فات بالموت أو النشوز فلا تستحق عوضه .

والعمل يجري في مصر على القول الأول باعتباره الراجح من مذهب الحنفية ولم يوجد في القوانين الصادرة ما يلغي العمل به .

وكذلك العمل بالمحاكم السنية بלבنا حيث نص قانون حقوق العائلة في المادة - ٩٣ - على أن « النفقة تصير معجلة بالتعجيل وإذا استوفتها الزوجة ووقعت الوفاة أو الطلاق وهي موجودة عيناً بيدها فلا تسترد »

فقد نصت على عدم ردها في حالتي الوفاة والطلاق وسكتت عن حالة النشوز فيرجع فيه إلى الراجح من مذهب الحنفية وهو عدم الرد أيضاً . أما المحاكم الجمهورية فتسير على مذهبهم وهو وجوب الرد مطلقاً .

الأبراء من دين النفقة :

إذا كان الأبراء لا يكون إلا عن دين ثابت في ذمة المدين . فنفقة الزوجة

لا يجوز الأبراء عنها إلا إذا صارت ديناً في ذمة الزوج، وقد علمت أن مذهب الحنفية لا يعتبرها ديناً إلا بعد تقديرها بالقضاء أو التراضي، وأن المذاهب الثلاثة والمذهب الجعفري يعتبرونها ديناً بمجرد الامتناع عن الأنفاق بعد ثبوت وجوبها .

وعلى ذلك إذا تجردت الزوجة على زوجها نفقة من مدة ماضية فلا يصح إبراء الزوجة عنها عند الحنفية إلا إذا كانت مقدرة بقضاء أو بتراضي الزوجين . فإذا لم تكن كذلك لا يصح الأبراء عنها لأنها لم تثبت ديناً .

والمذاهب الأخرى يصححون الأبراء عنها لأنها ثبتت ديناً في ذمة الزوج وهو الذي يجري عليه العمل في المحاكم المصرية والمحاكم الجعفرية بלבنيان .

أما المحاكم السنية فإن قانون العائلة لم يعرض لهذه المسألة . / فهل يرجع فيها إلى الراجح من المذهب الحنفي وهو لا يصح الأبراء عنها إلا بعد فرضها ؟
الظاهر ذلك . وهو ما تشير إليه المادتان السابقتان لأن مضمونها لا يعتبر النفقة ديناً إلا بالقضاء أو التراضي .

أما النفقة المستقبلية فلا يصح الأبراء عنها بالاتفاق لأنها لم تجب بعد والأبراء إسقاط لدين وجب الوفاء به .

واستثنى من ذلك النفقة المستقبلية عن مدة واحدة من المدد التي قررت فيها النفقة شهر أو أسبوع أو يوم بشرط أن تكون تلك المدة بدأت بالفعل ، لأنه إذا بدأ الشهر مثلاً فقد وجبت النفقة فيه فيصح الأبراء ، لأنه يجب تنجيز النفقة في أول المدة ، ولا يصح الأبراء عما بعدها ، فلو أبرأتها عن نفقة شهرين أو أكثر من المستقبلية وقد بدأ الشهر الأول صح الأبراء عن الشهر الأول وبطل الأبراء عما بعده .

بما استثنوا الأبراء عنها إذا كانت نفقة عدة في الخلع فيما إذا خالها على أن تبرئه من نفقة العدة ، لأن الأبراء هنا في مقابلة عوض . هو تخليص الزوجة من عقدة الزواج فيعتبر الأبراء استيفاء للنفقة قبل وجوبها ، فلا يكون الأبراء إسقاطاً محضاً . بخلاف إبرائه لا في نظير عوض فإنه إسقاط للشئ قبل وجوبه فلا يصح .

واستثنى الجعفرية الأبراء عن يوم واحد دخل أوله سواء أكانت مفروضة عن كل يوم أم عن كل أسبوع أم عن كل شهر أو سنة .

الكفالة بالنفقة :

يحدث في بعض حالات الزواج أن تطلب الزوجة أو وكيلها من الزوج أن يعطيها كفيلاً بنفقتها وبخاصة عند ما يكون الزوج لا مال له حيث يمش مع أهله من ما لهم .

كما يحدث بعد الزواج أن الزوج يريد السفر فتطلب الزوجة كفيلاً ليضمن لها نفقتها مدة غيبة زوجها . فهل تجاب الزوجة إلى ذلك وتكون الكفالة صحيحة أو لا

إذا عرفنا موقف المذاهب من نفقة الزوجة ومتى تكون ديناً ثابتاً في ذمة زوجها ، وطبقنا قاعدة الكفالة وأنها لا تكون إلا بدين صحيح قوي ثابت في ذمة المكفول عنه نستطيع أن نقول : إن جمهور الفقهاء الذين يعتبرون النفقة ديناً صحيحاً بمجرد وجود سببها دون توقف على القضاء أو التراضي يقولون بصحة الكفالة ، فإذا كفلها إنسان جاز لها مطالبته بها إذا امتنع الزوج عن أدائها لا يفرقون في ذلك بين ما إذا طلبتها عند العقد أو بعده كان الزوج مقيداً أو يريد السفر . وإن كان الشاقمية يقولون : إن الكفالة حق بالنفقة الماضي

أما المستقبلية فلا كفالة بها إلا على إحضار الزوج ليدفعها .

وأن الحنفية الذين لا يعتبرونها ديناً قوياً إلا بعد تقديرها واستدانة الزوجة لها بالفعل بعد أذنها بذلك ، أما قبل ذلك فهي إما دين ضعيف أو ليست ديناً يقولون : إن القياس يقضي بعدم صحة الكفالة قبل أن تصير ديناً قوياً لأنه قبل فرضها لم يتقرر فيها شيء معلوم على الزوج حتى ترد عليه الكفالة ، وبعد فرضها قبل استدانتها وإن صارت ديناً إلا أنه دين ضعيف لا تصح الكفالة به ، لكنهم استحسنا جواز الكفالة بها بعد الفرض على خلاف القياس ، لأنها صارت معلومة وضعفها لا يمنع من كفالتها ، لأن في ذلك رقفاً بالزوجات وأعانة لمن على الوصول إلى حقهم في النفقة التي تتوقف عليها حياتهم .

أما أبو يوسف فقد أجاز الكفالة بالنفقة مطلقاً قبل فرضها وبعده لما فيه من تسهيل أمر حصول الزوجة على نفقتها وقوله هو المفتى به في المذهب .

والعمل يجري في مصر على صحة الكفالة بالنفقة مطلقاً لأن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ اعتبر نفقة الزوجة ديناً في ذمة الزوج بمجرد وجود سببها وإذا كانت ديناً ثابتاً صححت بها الكفالة ، من أجل ذلك جعل في الوثيقة الرسمية للزواج مكان خاص بالكفالة للبدون فيه كفالة الكفيل للزوج في المهر والنفقة أو في أحدهما .

وكذلك العمل في المحاكم السنية في لبنان ، لأن قانون حقوق العائلة لم يصرح بحكم الكفالة فيكون العمل فيها بالراجع من مذهب الحنفية وهو قول أبي يوسف السابق الذي يصحح الكفالة بها مطلقاً .

أما المحاكم الجعفرية : فتسير على المذهب الجعفري وهو لا يجعل للزوجة نفقة في أخذ كفيل بالنفقة المستقبلية جبراً على الزوج مطلقاً فرضت أو لم تفرض .

لأنها لم تثبت ديناً في ذمة الزوج والكفالة إنما تكون بدين ثابت ، ولهذا لم يجوزوا الأبراء عنها إلا عن يوم واحد بدأ بالفعل ، أما النفقة المتجمدة السابقة فقد أصبحت ديناً ثابتاً في الذمة فلا مانع من كفالتها (١) .

وعلى هذا إذا أراد الزوج السفر وخشيت الزوجة ألا تحصل على نفقتها مدة غيبته فطلبت كفيلاً يضمن لها نفقتها مدة غياب زوجها .

فأبو حنيفة يذهب إلى أنه لا يجيبها إلى طلبها إلا إذا كانت النفقة مفروضة لمدة شهر واحد استحساناً ، أما في غير ذلك فلا تجوز الكفالة بها .

أما أبو يوسف فسار على مبدئه من إطلاق صحة الكفالة بالنفقة مطلقاً . فيجب على القاضي إجابة طلبها ويعبر الزوج على إعطائها كفيلاً بمدته الفبية قصيرة أو طويلة .

والفتوى على قوله لما فيه من حفظ حق الزوجة وأيسر طريقها في الحصول على نفقتها ولا ضرر فيه على الزوج . وهو قول الأئمة الثلاثة (٢) .

المقاصة بدين النفقة

يحدث في بعض الأحوال أن يكون للزوج دين على زوجته كتمن شيء بآعه

(١) يقول الحلبي في شرائع الإسلام ج ١ ص ٧٧ في كتاب الضمان « ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لاستقرارها في ذمة الزوج دون المستقبلية .

(٢) وراجع الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٠٠ وكشاف القناع ج ٥ ص ٤٨٠ .

لها في الوقت الذي يكون للزوجة نفقة منجمدة ، فإذا أراد أحدهما أسقاط ماعليه في نظير ماله عند الآخر بطريق المقاصة فهل يجب إلى ذلك ؟
من المتفق عليه بين الفقهاء أن الدينين المتساويين تقع المقاصة بينهما بطلب أحد الطرفين ولو لم يرض الطرف الآخر ، وإذا لم يتساويا فإنه لا يجب طلب صاحب الدين الضعيف إلا إذا رضي الطرف الآخر .

وإذا كان دين النفقة قد اختلف فيه الفقهاء على الوجه السابق . وأنه عند الأئمة الثلاثة ومهم الجعفرية دين صحيح فتقع المقاصة بين الدينين جبراً عند طلب أحدهما لا فرق بين أن يكون الطالب الزوج أو الزوجة لتساوي الدينين في القوة ولا يكون للآخر حق الامتناع ، غير أن الحنابلة والجعفرية شرطوا لإيجاب طلب المقاصة فيما إذا كان الطلب من الزوج عن النفقة المستقبلية أن تكون الزوجة موسرة ، فإن كانت معسرة لا يجب إلى طلبه إلا إذا رضيت الزوجة بذلك ، لأن قضاء الدين لا يكون إلا فيما يفضل عن القوت حيث إن إحياء النفس مقدم على وفاء الدين .

أما الحنفية فيقولون : إنه يجب طلب المقاصة من الجانبين إذا كانت النفقة ديناً قوياً بأن كانت بعد القضاء أو التراضي واستدانها الزوجة بأذن سابق ولا يجوز للآخر الامتناع ، أما إذا كانت غير ذلك فإنه يجب طلب الزوج ، وإن لم ترض الزوجة لأن دينه أقوى من دينها ، أما طلب الزوجة فلا يجب إلا إذا رضي الزوج بذلك .

هذا والمعمول به في مصر هو أن المقاصة من أحد الجانبين مقبولة وليس للآخر الخيار ، لأن القانون أخذ بمذهب الأئمة الثلاثة في دين النفقة وهو اعتبارها ديناً قوياً فتساوى مع ما للرجل عليها ، وكذلك في المحاكم السنية بلبنان إذا

كانت النفقة مفروضة بالتراضي أو القضاء ، أما قبل فرضها فطلب المقاصة من الزوجة لا يجاب إلا بموافقة الزوج .

أما في المحاكم الجعفرية فبمقتضى مذهبهم الذي يشترط لأحابة طلب الزوج للمقاصة يوماً فيوماً أن تكون المرأة موسرة أو ترضى بذلك^(١) .

(١) ففي شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٧ : إذا كان له على روحته دين جاز أن يقاصها يوماً فيوماً إن كانت موسرة ، ولا يجوز مع إعسارها لأن قضاء الدين فيها يفصل عن القوت ولو رضيت بذلك لم يكن له الامتناع .

القسم الثاني

في فرق الزواج

وفيه أربعة أبواب

الباب الأول : في الطلاق وأقسامه

الباب الثاني : في التفريق بين الزوجين بواسطة القضاء،

الباب الثالث : في اللعان والأيلاء والظهار

الباب الرابع : في المدة وأنواعها وأحكامها

فرق الزواج

تمهيد: في التعريف بالفرق وبيان سبب شرعيتها ، والفسخ والطلاق والفرق بينها .

الفرق جمع فرقة : وهي في اللغة اسم من الافتراق ضد الاجتماع . أعم من أن تكون بين الزوجين أو بين كل مجتمعين ، والفقهاء يريدون بها انقطاع العلاقة الزوجية بين الزوجين ، وكما تطلق على الأثر تطلق على السبب المشروع الموصل إلى ذلك . كتطليق الزوج زوجته ، وظهور ما يقتضي انفساخ الزواج أو حكم القاضي به ، وإذا كان عقد الزواج مشروعاً لمقاصده العظيمة التي بناها فيما سبق وهو لا يحققها إلا بدوامه واستقراره ، وأن الشارع أرشد إلى الوسائل الموصلة إلى هذا الاستقرار وحض عليها في أكثر من نص . فمن حسن اختيار للزوجة . « فاظفر بذات الدين تربت يداك » إلى تحذير من الانخداع بالجمال القبيح « إياكم وخضراء الدمن » إلى حسن المعاشرة والتسامح في المعاملة « وعاشروهن بالمعروف » . إلى نهى عن أسباب المضارة « ولا تمسكوهن ضرراً لتعتدوا » . إلى التنبيه إلى أن محرد الكراهة الطارئة لا يكفي في الأقدام على المفارقة « فإن كرهتموهن فمسي أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً » ، وهذا في الواقع تشكيك في الشعور بالكراهة للزوجة ، وفي هذا يقول رسول الله ﷺ : « لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقاً رضي منها آخر » أي لا يبغض مؤمن مؤمنة فيتركها لذلك .

ويقول عمر بن أرواد أن يطلق امرأته لأنه لا يحبها : ويعك أولم تبني البيوت إلا على الحب ؟ فأين الرعاية وأين التذمم ؟ (١) ، يريد : أين ما عليك من واجب الرعاية وقد جعلك الله قواماً على الزوجة والأسرة ، وأين الترفع عن ارتكاب ما يتنافى مع الكرامة الأنسانية .

ومن توجيهه إلى الإصلاح الداخلي بينها إن بدر النزاع من جانب الزوج وإن امرأة خافت من عملها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليها أن يصلحها بينها صلحاً والصلح خير ، ، أو التأديب المرتب من جانب الزوج إذا ما انحرفت المرأة « واللاقي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً » .

فإن عجزا عن الإصلاح أو لم يفد التأديب انتقل الإصلاح إلى الأهل على مستوى الجماعة « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً » .

فإذا لم ينفع التأديب ولم يؤد الإصلاح إلى نتيجة واستعجم النزاع واتسعت شقة الخلاف فليس من المصلحة في شيء بقاء تلك الزوجية المضطربة ويتمين فصح عراها ليستأنف كل منها حياة زوجية أخرى تؤتى ثمها « وإن يترقا يفن الله كلا من ستمه وكان الله واسعاً حكيماً » فكان الطلاق علاجاً لما استعصى من أمراض الزوجية . فهو لم يشرع إلا للعلاج لذا كان وضعه في غير موضعه بفيضاً إلى الله يشير لذلك حديث رسول الله « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » .

ومن أمعن النظر في طريقة تشريعه والكيفية التي رسمها الشارع لإيقاعه لا يداخله شك في أنه سبيل من سبل العلاج يعطى في وقت معين وبطريقة خاصة

(١) يقال . تذمم الرجل من كذا أي تركه رفقاً واستكفاً من فعله .

فقد جعله على مراحل ثلاث « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ... إلى أن قال « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » .

ثلاث تطليقات لا ينقطع رباط الزوجية في الأوليين منها ، بل تبقى المرأة في بيت الزوجية انتظاراً لرغبة الزوج في العودة إليها (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لمدتهن واحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفأحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً » .

فإن شاء أعادها دون أن يتدخل أحد في ذلك « ويعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً » ، فإذا ما راجعها في هاتين أثناء العدة أو عقد عليها بعد انتهاء عادت الحياة الزوجية ، فإن تنازعا بعد ذلك وكانت الثالثة انقطع الرباط وانتهى الحل بينها ، ولا يملك إعادتها إلا بعد التجربة القاسية وهي التزوج بزوجة أخرى والدخول بها ، فإذا ما رغب عنها في أي وقت وطلقها وانتهت عدتها حل للأول أن يقدم على زواجها مرة أخرى « فإن طلقها فلا جناح عليها أن يتراجعا إن ظن أن يقيا حدود الله » ، بهذا يتبين أن الفقرة بين الزوجين شرعت في الإسلام لعلاج ما يطرأ على الحياة الزوجية من طوارئ تهددها ، فقد يخطئ أحد الزوجين في اختيار الآخر ، ولا يتبين له ذلك الخطأ إلا بعد الزواج ، فقد يكون بأحدهما عيب لا تستقيم الحياة الزوجية معه ، وقد يطرأ أمر لم يكن في الحسبان فتحل النفرة محل الوفاق .

أنواع الفرق : تتنوع الفرق إلى نوعين . فرق تعتبر طلاقاً ، و فرق تعتبر فسخاً :

والفرق بينها : أن الطلاق إنهاء لعقد الزواج في الحال إن كان بائناً أو في المال إن كان رجعيًا ، والفسخ نقض للعقد ويصح له إما من أساسه وأوله

كان لم يكن كالفسخ بخيار البلوغ أو الأفاقة ، وإما من وقت وقوع سببه كما في ارتداد أحد الزوجين .

وهذا التقسيم يظهر أثره في أمور :
أولها : أن الفرقة التي هي طلاق تحسب من المدد الذي يملكه الزوج من التطبيقات ، فلو عادت إليه بعد الطلاق عادت بها بقي من الثلاث ، والفرقة التي هي فسخ لا تحسب منها .

وثانيها : أن الطلاق غير المكمل للثلاث يلحقه الطلاق في العدة ، لأن العقد باق بعده ، وأما الفسخ فلا يلحقه طلاق في العدة ، لأن الفسخ - كما قلنا - نقض للعقد فلا محل للعقد ، ويستثنى من ذلك ما إذا كانت الفرقة بسبب ردة الزوجة أو إبانها عن الأسلام فإنه يقع عليها الطلاق في العدة عقوبة وزجرا لها .

وبهذا أخذ قانون العائلة في المادة - ١٠٣ - ونصها « محل الطلاق المرأة المنكوحه بالنكاح الصحيح أو المعتدة أما الزوجة المعتدة التي فسح نكاحها ليست محل للطلاق » .

ثالثها : أن الفرقة التي هي طلاق إذا كانت قبل الدخول أو الخلو الصريحة توجب للزوجة إما نصف المهر أو المتعة ، أما الفرقة التي هي فسخ إذا وقعت قبلها فلا توجب لها أي شيء سواء كانت من جانب الزوج أو من جانب الزوجة ، ويستثنى من ذلك إذا كانت الفرقة بسبب ارتداد الزوج عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإنه يجب للزوجة نصف المهر أو المتعة .

وقد وضع فقهاء الحنفية ضابطا لكل من النوعين فقالوا :

إن الفرقة تكون طلاقاً إذ كانت من قبل الزوج أو من ينوب عنه من وكيل أو قاض بلفظ من ألفاظ الطلاق أو الخلع ، والفرقة التي يوقعها القاضي بسبب

عيب الزوج والتي توقعها المرأة بتفويض من الزوج .

وتعتبر فسخاً إذا كانت بسبب ما اقترن بالعقد مما يفسده أو يجعله غير لازم سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة، أو طراً عليه مما يوجب حرمة المصاهرة منهما أو من جهة الزوجة من غير تفويض من الزوج كردتها أو إياها عن الإسلام وهي غير كتابية ، هذا باتفاق أئمة المذهب ثم اختلفوا في أمرين :

١ - ردة الزوج أو إوائه عن الإسلام إذا أسلمت الزوجة . فأبو يوسف يذهب إلى أن الفرقة فسخ فيها لأنها من قبل الزوجة فسخ بالاتفاق والسبب متحد .

ويرى محمد أنها طلاق فيها لأنه واجب عليه الطلاق في هذه الحالة، فإذا لم يفعل ناب القاضي عنه ، وأبو حنيفة يعتبر الفرقة بإياء الزوج عن الإسلام طلاقاً للمعنى الذي قاله محمد ، وبالردة فسخاً لأن الردة كلموت والفرقة به لا تعتبر طلاقاً .

٢ - الفرقة باللعان فأبو حنيفة ومحمد طلاق بائن لأنها تزول بتكذيب الزوج نفسه، وبقولهما يجري العمل، وأبو يوسف يعتبرها فسخاً لأنها مؤبدة.

فيتلخص من ذلك أن الفرقة تكون طلاقاً في المواضع الآتية :

- ١ - ما تكون بلفظ من ألفاظ الطلاق - ٢ الخلع - ٣ - الأيلاء وهو أن يحلف الزوج ألا يقرب زوجته مدة أربعة أشهر، فإذا مضت دون قربان طلقت منه طلبة بائنة - ٤ - التفريق لعيب في الزوج ككونه عنيماً أو محبوباً .
- ٥ - التفريق باللعان عند أبي حنيفة ومحمد - ٦ - التفريق بسبب امتناع الزوج عن الإسلام عند أبي حنيفة ومحمد وهو الراجح في المذهب ، ويلحق بهذا التفريق لعدم الانفاق أو للغيبة ، والتفريق لسوء العشرة ما هو معمول به في مصر وهو مأخوذ من مذهب المالكية والحنابلة .

وتكون فسخاً في المواضع الآتية :

١ - التفريق لعدم صحة العقد - ٢ - التفريق بما يوجب حرمة المصاهرة منها - ٣ - التفريق بخيار البلوغ أو الأفاقة منها - ٤ - التفريق لعدم كفاءة الزوج أو نقصان المهر - ٥ - التفريق بسبب ردة الزوجة أو امتناعها عن الإسلام بالاتفاق، وردة الزوج على الراجح من مذهب الحنفية والجمهورية - ٦ - امتناع الزوج عن الإسلام عند إسلام الزوجة عند أبي يوسف .

وبعد هذا تنقسم الفرق مطلقاً - سواء كانت طلاقاً أو فسخاً - إلى نوعين نوع لا يحتاج إلى قضاء القاضي ونوع لا يقع إلا بالقضاء .

والحد الفاصل بينهما : أن ما كان سببها ظاهراً لا خفاء فيه لا تحتاج إلى قضاء القاضي .

أما ما كان سببها خفياً يؤدي إلى الخلاف والنزاع بين الزوجين فتححتاج إلى القضاء ليفصل ذلك النزاع .

ويظهر أثر ذلك الفرق في أن الفرقة التي تحتاج إلى القضاء لا يتأثر عقد الزواج بها قبل القضاء فتبقى الزوجية إلى أن يقضي بها، فلو مات أحد الزوجين قبل القضاء ورثه الآخر ما لم يمنع مانع من إرثه ويكمل المهر للزوجة بالموت ، أما التي لا تحتاج إلى القضاء فتعتبر موجودة بمجرد وجود سببها ، فلو مات أحدهما قبل أن يفترقا لا يرث أحدهما الآخر .

فن الفرق التي تحتاج إلى القضاء :

١ - الفرقة بسبب خيار البلوغ أو الأفاقة سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة - ٢ - الفرقة بسبب اللعان - ٣ - الفرقة بسبب عدم الكفاءة .
٤ - الفرقة بسبب العيب في الزوج - ٥ - الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين عن

الأسلام عند إسلام الآخر . ٦ - الفرقة بسبب الشقاق والمضارة بالزوجة أو غيبة الزوج أو حبسه أو عدم النفقة للأعسار أو الامتناع عنها .

أما التي لا تحتاج إلى القضاء

١ - ما كانت بلفظ من ألفاظ الطلاق أو الحلع - ٢ - ما كانت بسبب الإيلاء - ٣ - الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين ، أما إذا ارتدا معاً فلا يفرق بينهما على الراجح من مذهب الحنفية ، فلو عادا إلى الأسلام معاً كانت الزوجية الأولى باقية ولا يحتاجان إلى عقد جديد .

٤ - الفرقة بسبب ما يوجب حرمة المصاهرة من أحد الزوجين - ٥ - الفرقة بسبب فساد العقد . هذا التقسيم عند الحنفية . أما الجعفرية فيذهبون إلى أن الفرقة مطلقاً طلاقاً أو فسخاً لا تحتاج إلى القضاء .

البَابُ الأوَّل

في الطلاق

وفيه فصول

الفصل الأول

في التعريف وحكمة تشريعه ولمن يكون حق الطلاق وصفته الشرعية

مادة الطلاق والأطلاق في اللغة : تدل على الأرسال ورفع القيد والمفارقة .
يقال : أطلق الأسير إذا أرسله ورفع قيده ، وطلق بلده إذا فارقها ، وطلق
زوجته أي فارقها وحل رباط الزوجية ، وإن كان العرف ينخص الطلاق برفع
القيد المعنوي ، والأطلاق برفع القيد الحسي .

فالطلاق في الاصطلاح : هو حل رابطة الزوجية الصحيحة من جانب
الزوج بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه في الخال أو المال .

فاللفظ المخصوص هو ما كان صريحاً في الطلاق أو كناية عنه مما يحتاج إلى
نية ، والذي يقوم مقامه الكتابة والأشارة ، والذي يحلها في الخال هو
الطلاق البائن ، والذي يحلها في المال هو الطلاق الرجعي كما سيأتي ، والطلاق
مشروع بالقرآن والسنة والأجماع .

والحكمة في شرعيته : إن الإسلام شرع الزواج وجعله عقد الحياة حتى جعل التوقيت فيه مبطالا ، وأحاطه بكل الضمانات ليستقر فيؤتي ثمراته الطيبة ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا تحقق التوافق بين الطرفين وسكن كل منهما إلى صاحبه وارتبط قلباهما برباط المودة ، وشاعت بينها الثقة وعرف كل منهما ما للآخر عليه من حقوق .

وقد يطرأ على تلك الحياة الشقاق المنبعث من تباين القلوب بعد توافقها من انحراف جديد، أو انكشاف ما قد يخفى عند الاقتران مما يبطل الثقة ، أو إصابة أحدهما بمرض لا تستطاع معه المعاشرة مما يجعل الحياة جحيميا لا يطاق أو عذابا لا يحتمل .

نظر الشارع إلى ذلك لأنه دين واقعي يشرع للناس حسبما يقع في حياتهم ولا يغمص عينه عن مشاكل الحياة فيوجد لها الحلول ففتح المجال لإنهاء الزوجية عند ما تتعرض للخطر الذي يتعذر معه الاستمرار فيها ، فكانت شرعية الطلاق ليحسم ذلك الداء بعد عجز طرق الإصلاح المعديدة التي أرشد إليها من تأديب وأصلاح داخلي وأصلاح على مستوى الجماعة ، ومع ذلك جملة أبغض الحلال إلى الله .

لمن يكون حق الطلاق ؟

والطلاق في الأصل حق للزوج . لأن النصوص من القرآن والسنة أسندته إلى الرجل . « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لمدتهن » الطلاق/ ١ ، « ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » البقرة/ ٢٢٦ ، « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » الأحزاب/ ٤٩ ، « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا » النساء / ٢٠ .

وقول رسول الله ﷺ « يا عبد الله بن عمر طلق زوجتك » وقوله « مرة

فليراجعها . ثم يطلقها ، وقوله: « ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينها إنما الطلاق لمن أخذ بالساق^(١) » فهذه النصوص صريحة كل الصراحة في أن الطلاق حق للزوج ، وليس ذلك غيباً للمرأة بل هو حفاظ عليها وتقديس للرابطة الزوجية ، لأن الشارع الذي أوجب على الزوج المهر وجعله مسؤولاً عن الأسرة يسعى من أجلها ويقوم بواجباتها ، والرجل بطبيعته أضبط لمشاعره من المرأة فيكون أحرص على بقاء الزوجية لما تحمله من نفقات وتجنباً للتبعات المالية التي تلحقه بسبب الطلاق من مؤخر الصداق ونفقة العدة ، ومن مهر جديد ونفقات أخرى إذا ما رغب في التزوج مرة أخرى .

ولو جعل الطلاق بيد المرأة لاضطربت الحياة الزوجية ولما استقر لها قرار لسرعة تأثرها واندفاعها وراء العاطفة ، وليس هناك ما يحملها على التروي والأناة حيث لا تعرم شيئاً .

على أن الشارع لم يهمل جانبها ، بل جعل لها الحق في أن تفتدي نفسها برد ما دفعه الزوج لها من مهر « ولا جناح عليها فيما افتدت به » .

كما جعل لها أن ترفع أمرها إلى القاضي ليطلقها من زوجها إذا ما انحرف وألحق بها ما يوجب التفريق من أذى أو عدم إنفاق ، وأوجب على القاضي أن يجيبها إلى طلبها إذا ما ثبت لديه ما تدعيه .

وأكثر من هذا جعل لها الحق في أن تشتري لنفسها عند المقدم أن تكون العصمة بيدها كما يرى بعض الفقهاء ، قد يقال : ولم يجعله حقاً مشتركاً بينهما يتفقان عليه كما اتفقا على الزواج؟؟

والجواب : أن ذلك غير مقبول ، لأن الطلاق شرع كعلاج لاضطراب

(١) ممتلئ الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٣ .

الحياة الزوجية ، فلو جعلنا أمر الطلاق إليها معالما وصلا إلى اتفاق غالبا ، لأن أحدهما يريد الفراق والآخر لا يريد فيعمل على الكيد للآخر فتصبح الحياة جحشا لا يطاق .

ثم أنهما غير متساويين في المسؤولية فأحدهما سيفرم نتيجة لوقوع الطلاق والآخر لا يكلف بشيء .

نقل هذا الحق للقاضي

إن ما اقترح أخيراً من وضع الطلاق بيد القاضي . لكي يسوي بين الرجل والمرأة ويكون ضماناً مانعاً من الانحراف في الطلاق .

هذا الاقتراح لا يحل المشكلة بل يزيدا تعقيداً لأن أسباب الطلاق قد ترجع إلى أمر نفسي من البغض والنفور ، وقد ترجع إلى أمر يتعلق بسيرة أحد الزوجين ، فإن كان الأول فكيف يستطيع طالبه أن يقنع القاضي بأنه يكره زوجته أو ينفر منها ولا يستطيع إقامة البينة على ذلك حتى يحكم له بما يدعي ، ثم إن إقرار أحدهما بذلك لا يكون حجة على الآخر .

وإن كان الثاني فهو كشف لأسرار من الخير سترها وعدم إذاعتها بين الناس لأنها تمرقل الطريق أمام الزوجين بعد انفصالهما في استئناف حياة زوجية أخرى .

مع ما في هذا الأمر من الحكم على جميع الأزواج بعدم صلاحيتهم لاستعمال حق ملكه الشارع لهم وأنهم محتاجون لوصاية القضاة عليهم ، بل إن القاضي الذي يفصل في هذا الأمر بين الناس لو احتاج إلى الطلاق لم يكن أهلاً له فيحتاج إلى وصاية قاض آخر ؟؟

وعلى كل حال فالطلاق تشريع استثنائي لا يلجأ إليه إلا عند الحاجة ، وليس

أمراً مباحاً أو مرغوباً فيه يستعمله الزوج كيفما شاء ومتى شاء لتنفير
الشارع منه في أكثر من نص .

من ذلك قول رسول الله ﷺ : « لا تطلق النساء إلا من رغبة إن الله لا
يحب الذواقين والذواقات » ، وقوله : « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير
ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » .

ومن هنا ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الأصل في الإطلاق الحظر، ولا يباح إلا
عند وجود سبب يدعو إليه كسوء سلوك الزوجة أو إيذاها الزوج أو أهله أو
الجيران بالقول أو الفعل ، واستندوا إلى النصوص السابقة .

ومن ذهب من الفقهاء إلى أن الأصل فيه الأباحة وأنه حق مطلق يستعمله
الزوج متى شاء ليس لهم دليل صحيح يثبت دعواهم غير أن رسول الله طلق
بعض زوجاته ، وأن بعض أصحابه وقع منهم الطلاق ، وهذا لا يفيدهم في
دعواهم ، لأنه لا يعقل أن يقع طلاق من هؤلاء من غير سبب مشروع أو حاجة
تدعو إليه .

حكم الطلاق : بمعنى صفة الشرعية .

وإذا كان الأصل فيه هو الحظر وأنه لا يجوز الأقدام عليه إلا لسبب
والأسباب تختلف في قوتها وضعفها ، ومن هنا اختلفت صفة الطلاق الشرعية
باختلاف البواعث عليه .

فقد يكون مباحاً يستوي فيه جانب الفعل والترك إذا كان الباعث عليه
ضعيفاً كمجرد النفور الطبيعي بين الزوجين .

وقد يكون مستحباً إذا كان الدافع له سوء أخلاق الزوجة وإيقاعها الأذى
بزوجها أو أقاربه أو جيرانه بالقول أو بالفعل أو كانت تاركة لحقوق الله من

صلاة وصيام، فإنها بسلوها هذا تكون قدوة سيئة لأولادها ويخشى عليهم من أن يشبوا على منهجها فيستحب طلاقها .

وقد يكون واجبا إذا كان الباعث عليه أمراً يقوض الحياة الزوجية كتهانها في عرضها وشرفها بسلوها المسالك المريبة ، أو استحكام الشقاق بين الزوجين وعجز الحكمان عن الإصلاح بينها .

أو كان بالزوج عيب يحول بين الحياة الزوجية وبين أدائها وظيفتها ككونه عينا أو مجبوبا أو ما شاكل ذلك ، وقد يكون مكروها تحريما إذا لم يكن له سبب يبرره .

وقد يكون حراما إذا وقع على غير الوجه المشروع بأن طلقها في الحالة التي نهى الشارع عن الطلاق فيها . كالطلاق في الحيض قاصدا الأضرار بها وتطويل عدتها .

الفصل الثاني

في ركن الطلاق، ومن يقع منه، ومن يقع عليها، وطريقة إيقاعه
وفيه مباحث

المبحث الأول

ركن الطلاق وبم يتحقق ؟

المراد بالركن هو اللفظ الذي يفيد معنى الطلاق أو ما يقوم مقامه من
الكتابة والأشارة . فيكون الطلاق بواحد من ثلاثة . العبارة والأشارة
والكتابة .

أما العبارة : فهي اللفظ الذي يدل على حل رابطة الزوجية بحيث يفهم
منه التطليق لفة أو عرفاً بأي لفة كانت سواء كان اللفظ صريحاً أو كناية
وسواء كان منجزاً أو معلقاً أو مضافاً . بشرط أن يكون المتكلم بها فاعماً لمنها
هذا عند الحنفية وجهور الفقهاء .

ولكن الجعفرية يشترطون في لفظ الطلاق أن يكون صريحاً من مادة الطلاق

بصيغة اسم الفاعل كانت طالت أو فلانة طالت ، أو هي طالت بلفظ فصيح غير ملحونة ولا مصحفة مضافاً إلى الزوجة غير معلق على شرط أو صفة حتى ولو كان معلوم التحقق . مثل إن طلعت الشمس فأنت طالت ، كما يشترطون لوقوعه حضور شاهدين عدلين يسمعان لفظ الطلاق ، ولا يقع بغير العربية مع القدرة على التلغظ بها ، والأولى للأعجمي والأخرس أن يوكل بالطلاق عنهما إن أمكن^(١) .

وقانون حقوق العائلة في المادة - ١٠٩ - يسير على مذهب الحنفية ، وبصياح « الطلاق يقع بالألفاظ الصريخة وبالألفاظ الكناية المتعارف عليها بحكم الصريخة أما الغير متعارف عليها فوقع الطلاق بها متوقف على نية الزوج ، وإذا اختلف الطرفان في كون الزوج نوى الطلاق أم لا فيصدق الزوج بيمينه » .

أما الإشارة : فلا يقع بها الطلاق إلا من الأخرس العاجز عن الكتابة على الرأي الراجح عند الحنفية كما سبق في الزواج ، فإن كان قادراً على الكتابة فلا يقع طلاقه بالأشارة ، لأن الكتابة أقوى في الدلالة من الإشارة ، والجمعفوية يذهبون إلى أن إشارة الأخرس يقع بها الطلاق ما دامت مفهومة ، ولا يشترط عجزه عن الكتابة كالرأي الآخر عند الحنفية ، وإن كان الأولى عندهم أن يوكل عنه شخصاً آخر ليطلق بالعبارة .

أما الكتابة : فإما أن تكون مستبينة أي واضحة باقية كالكتابة على الورق أو على الحائط مثلاً أو غير مستبينة كالكتابة على الهواء أو في الماء .

(١) ولكنهم قرروا أنه عند اختلاف الزوجين بأن كان أحدهم سنياً والآخر شيعياً فالعبرة بمذهب الزوج ، فإن كان شيعياً فطلاقه لا يقع إلا إذا كان الطلاق على وفق مذهب ، وإن كان سنياً وقع الطلاق بما يقع به عند أهل السنة .

ولعل مرجع ذلك إلى أن الطلاق حق الزوج فالعبرة بما يمتدده فيه .

الأحوال الشخصية ل محمد جواد مفنية ص ١٣٢ ، ص ١٣٣ وشرائع الإسلام ج ٢ ص ٥٥ ،

والمستبينة إما أن تكون مرسومة أي معنونة موجبة للزوجة كما توجه الرسائل أولاً، فإن كانت غير مستبينة فلا يقع بها طلاق، وإن كانت مستبينة مرسومة وقع بها الطلاق من وقت الكتابة إلا إذا قيد الوقوع بزمن الوصول أو غيره. فإنه يقع من الوقت الذي حدده سواء بوى بها الطلاق عند الكتابة أو لا.

أما المستبينة الغير المرسومة كأن يكتب على ورقة: فلاة طالق ولا يرسلها إليها أو يكتب على جدار، طلقت زوجتي فإنه لا يقع بها الطلاق إلا إذا نواه، فإن لم ينوه نأن قال: أردت تجربة القلم أو الحط فلا يقع لظهور هذا الاحتمال في تلك الحالة.

أما الجعفرية فقد قيدوا وقوع الطلاق بالكتابة بما إذا كانت من العاجز عن النطق فقط سواء كان حاصراً أو غائباً على المعتمد عندهم^(١).

وإذا كان الحنفية يسمعون في الألفاظ التي يقع بها الطلاق ولا يقصرونها على الألفاظ الصريحة كما يذهب الجعفرية فكان اللفظ الذي يقع به الطلاق عندهم نوعان. صريح وكناية.

فالصريح هو اللفظ الذي يفهم منه معنى الطلاق عند التلفظ به دون حاجة إلى شيء آخر. فيدخل فيه الألفاظ التي وضعت شرعاً للطلاق. نحو أنت طالق وطلقتك ومطلقة، والألفاظ التي تستعمل عرفاً في الطلاق مثل: أنت محرمة وحرمتك وأنت على حرام وأنت خالصة.

وحكمه: أن الطلاق يقع به قضاء وديانة دون توقف على نية أو قريسة،

(١) يقول الحلي في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٥٥: ولا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر وهو قادر على التلفظ، نعم لو عجز عن النطق وكتب ثانياً الطلاق صح، وقيل: يقع بالكتابة إذا كان غائباً عن الزوجة وليس معتمد.

لأن صراحته لا تحوجه في الدلالة إلى شيء آخر وراء اللفظ . متى قصد التلفظ به عالماً بمدلوله وأضافه إلى زوجته .

فإذا قال لزوجته : أنت طالق ثم ادعى أنه لم يرد به الطلاق بل أراد به شيئاً آخر لا يحتمله اللفظ لا يلتفت إلى دعواه ووقع الطلاق قضاء وديانة ، فإن ادعى أنه أراد به الطلاق من وثاق ولم توجد قرينة تدل على ذلك صدق ديانة لا قضاء ، فلو وجدت تلك القرينة ، كما لو أكره على الطلاق فنطق بكلمة الطلاق ثم ادعى أنه أراد الطلاق من وثاق فإنه يصدق في ذلك قضاء وديانة ، لأن الأكره قرينة صارفة عن إرادة الطلاق ، ومثل ذلك ما إذا كانت زوجته موثقة بقيد وسألته أن يطلقها من وثاقها فيطلقها منه قائلاً لها : أنت طالق فإنه يصدق إذا أقسم أنه أراد ذلك .

والكناية : هي كل لفظ لم يوضع لمعنى الطلاق ولم يتعارف الناس قصر استعماله على الطلاق مثل : إلحقي بأهلك أو اذهبي اليهم فإنه يحتمل الحقي بهم لأني طلقتك أو ابعدي عني الآن ، ومثل أنت بائن أو أمرك بيدك ، وأنت واحدة واستبرئي رحمك وغير ذلك من الألفاظ التي لا يفهم منها الطلاق إلا بالقرينة أو بالنية .

وحكمها : أن الطلاق لا يقع بها إلا بالنية أو دلالة الحال على أنه أراد بها الطلاق ، فإن دل الحال على إرادة الطلاق كما إذا قال ذلك حالة الغضب أو بعد سؤال زوجته الطلاق وقع ، وإن لم يدل الحال رجوع إلى نية الزوج ، فإن نوى بها الطلاق وقع ، وإن لم ينو لا يقع بها شيء فذهب الحنفية . أن تلك الألفاظ لا يقع بها الطلاق ديانة إذا لم ينو بها الطلاق ، أما في القضاء فيحكم دلالة الحال . فإن دلت على إرادة الطلاق وقع ولا يصدق في دعواه أنه لم يرد بها الطلاق ، فإن لم تدل الحال على إرادة الطلاق اعتبرت النية ، فإن قال : نويت بها الطلاق وقع ، وإن ادعى أنه لم ينو بها الطلاق صدق في دعواه .

وقد كان هذا المذهب معمولاً به في مصر قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ثم عدل عنه إلى مذهب المالكية والشافعية الذي يقضي بأن الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية م؛ ونصها « كنايات الطلاق - وهي ما تختمها الطلاق وغيره - لا يقع بها الطلاق إلا بالنية » .

وبهذا ضاق وقوع الطلاق بالكنايات فألغى. اعتبار دلالة الحال .
وعلى هذا سار قانون حقوق العائلة في المادة - ١٠٩ وقد تقدم بصها .
فإذا وقع الاختلاف بين الطرفين في بنة الزوج يكون القول قول الروح مع اليمين .

المبحث الثاني

في من يقع منه الطلاق، ومن يقع عليها

من يقع منه الطلاق : الطلاق حق للزوج فهو الذي يملك إيقاعه ، لأن عقدة الزواج ملكه ولا يملكه غيره إلا بتفويض منه كرسوله أو وكيله أو المرأة التي فوض لها الطلاق أو بالنيابة عنه عند امتناعه كالقاضي ، فإن الأولين يطلقون باسم الزوج، والأخير يطلق عن الزوج دفعاً لظلمه بامتناعه عن الطلاق.

ولما كان الطلاق خطيراً لا يملكه الزوج إلا إذا توفرت فيه الشروط الآتية :
١ - أن يكون بالغاً . فلو كان صغيراً لا يقع طلاقه وإن كان مميزاً باتفاق الحنفية والجمهورية ، لأن الطلاق من التصرفات التي يغلب عليها الضرر وهو لا يملك منها إلا ما كان نافعاً .

٢ - أن يكون عاقلاً فلا يقع طلاق المجنون وهو من ذهب عقله ، والمعتهر وهو ضعيف العقل الذي اختلط كلامه وفسد تدبيره ، ومن اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة .

ويلحق بهم المدهوش وهو الذي اعترته حالة انفعال لا يدري فيها ما يقول ويفعل ، والغضبان الذي بلغ به الغضب درجة تختل فيها أقواله وأفعاله وتضطرب^(١) . أما إذا كان بحيث يدري ما يقول ويفعل فإن طلاقه يقع . كل ذلك لحديث رسول الله ﷺ الذي رواه مسلم : « لا طلاق في إغلاق ، والأغلاق هو أن يسد على الشخص باب الإدراك والقصد بحيث لا يدري ما يقول وما يفعل .

ومقتضى هذا لا يكون للسكران طلاق لأنه لا يعي ما يقول ، وإلى هذا ذهب جماعة من الفقهاء ومنهم الجعفرية من غير تفرقة بين ما إذا كان سبب السكر مباحاً أو محرماً لعدم إدراكه .

وذهب آخرون إلى التفرقة بين ما كان سببه مباحاً فلا يقع وبين ما إذا كان محرماً فيقع طلاقه عقوبة له وزجراً عن تناول المحرم ، لكن العقوبة هنا غير مستساغة لأن الشارع قرر له عقوبة أخرى ، على أنه إذا كان السكران يستحق العقوبة فما ذنب الزوجة وأولادها الذين يلحقهم ضرر الطلاق ؟ ، وعلى القول الأول يجري العمل في مصر ولبنان ، فالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مادته الأولى يقول : « طلاق المكره والسكران لا يقع » دون تفرقة ، وكذلك قانون حقوق العائلة تنص المادة - ١٠٤ - منه على أن : « طلاق السكران غير معتبر » .

(١) هكذا فرق الفقهاء بينها ومن تأمل التمريرين وحد أن العضب حالة تمثري الشخص فتختل أقواله وأفعاله وبهذا يدخل في المدهوش . ويمكن تعريفه بأنه الذي فقد تمييزه من غضب وغيره فلا يدري ما يقول ويفعل .

٣ - ألا يكون مكرهاً عند جمهور الفقهاء « المالكية والشافعية والحنابلة والجمهرية » لحديث « رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

ولأن المكره وإن تكلم باللفظ المفيد للطلاق إلا أنه لم يقصد الطلاق وإنما قصد دفع الأذى عن نفسه فيكون اختياره للطلاق فاسداً فلا يعتبر .

والحنفية لم يشترطوا عدم الأكره ، لأن الأكره عندهم يفسد الرضا دون الاختيار ، فالمكره حين تكلم بكلمة الطلاق كان له اختيار . فقد وازن بين الأمرين « التلطف بالطلاق ووقوع ما هدد به » فاختر أهونها ، فهو محتار في التكلم لكنه غير راض بالأثر الذي يترتب عليه فيقع طلاقه كالهزل الذي قصد اللفظ ولم يقصد ترتب الأثر عليه ، وطلاق الهازل واقع بالحديث « ثلاث جدهن جد وهزلهن حد النكاح والطلاق والرجعة » وفي رواية العتاق بدل الرجعة .

والعمل يجري في مصر ولبنان على رأي الجمهور وهو عدم وقوع طلاق المكره . فقانون حقوق العائلة ينص في المادة - ١٠٥ - منه على أن « الطلاق الواقع بالأكره غير واقع » ، ثم بعد ذلك لا يشترط في المطلق أن يكون رشيداً ، فالسفيه يقع طلاقه بالاتفاق بين أهل السنة والجمهرية ، لأنه يملك إنشاء الزواج فيملك إنهاءه ، لأنه حكم من أحكامه ، والحجر لا يكون إلا في التصرفات المالية .

كما لا يشترط أن يكون حاداً فيقع طلاق الهازل للجديد السابق .

وخالف الجمهرية فقالوا : إن طلاق الهازل لا يقع ، لأنهم شرطوا القصد ، والهازل لم يقصد الطلاق بل قالوا : إنه لو أوقع الطلاق وبعد النطق بالصيغة قال : لم أقصد الطلاق يقبل منه ذلك ما دامت المرأة في العدة ، لأنه إخبار عن نيته التي لا تعلم إلا من قبله .

أما الخطيئة وهو الذي يريد أن ينطق بكلام غير الطلاق فيجري على لسانه

الطلاق بغير قصد كأن يقصد أن يقول لزوجته : أنت لطيفة أو مهذبة فيجري على لسانه : أنت طالق . فالجهمية يذهبون إلى عدم وقوع طلاقه مطلقاً .

أما الحنفية فيقولون : إنه لا يقع طلاقه ديانة أي بينه وبين الله فيحل له البقاء مع زوجته ، ولكنه يقع قضاء بمعنى أنه لو اختلف الزوجان فقالت له : طلقت ، وقال لا لم أقصد طلاقاً . حكم القاضي بوقوع الطلاق لأنه يحكم بناء على الظاهر ، ولو قبل القاضي دعوى الخطأ لانفتح باب التحايل .

والفرق عندهم بين المخطيء والمأزول : أن المأزول قصد النطق بكلمة الطلاق ولكنه لم يقصد ترتب الأثر عليها ، ومثل هذا يلهو في موضع الجد فاستحق العقاب بالزامه أثر ما قصد منه ، أما المخطيء فلم يقصد النطق بالكلمة أصلاً وبالتالي لم يقصد ترتب أثرها عليها فلم يكن منه ما يستحق عليه العقاب فافترقا ، ومن هنا قالوا : إن من لقن كلمة الطلاق فنطق بها وهو لا يعرف معناها لا يقع طلاقه لأنه وإن قصد النطق بها إلا أنه لا يعي مدلولها ولا ما تستعمل فيه فكانت لغوا .

من يقع عليها الطلاق :

إذا كان الطلاق يرفع قيد النكاح ويحل رابطة الزوجية فلا بد أن تكون المرأة المطلقة في زوجية قائمة حقيقة أو حكماً ولو قبل الدخول ، فالمعقود عليها عقداً صحيحاً محل للطلاق قبل الدخول وبعده كذلك المعتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى ما دامت في العدة ، لأن الزواج باق حكماً أثناء العدة ، أما الرجعية فظاهر لأن ملك الاستمتاع قائم ، وأما البائنة فلأن بعض أحكام قائمة كوجوب النفقة وبقائها في منزل الزوجية وعدم حل زواجها من آخر ، وكذلك المعتدة من كل فرقة اعتبرت طلاقاً ، أما المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى فليست محلاً للطلاق لانتهاء الملك والحل ، وكذلك المطلقة قبل الدخول لأنه لا عدة عليها ، والمعتدة من فرقة اعتبرت فسخاً بحكم الشرع ، كالفرقة بخيار

البلوغ أو الأفاقية أو لعدم كفاءة الزوج أو نقصان المهر ، لأن الفسخ نقض للمقد ، وإذا انتقض المقد لم يكن له وجود حتى يلحقه طلاق .

ولا يستثنى من ذلك عند الحنفية إلا المعتدة من فسح زواجها بسبب ردة أحد الزوجين أو إباء الزوجة المشركة عن الإسلام بعد إسلام زوجها ، فإنه يقع عليها الطلاق في العدة على ما هو الراجح من المذهب (١) وكذلك لا يقع الطلاق على المعقود عليها فاسداً أو باطلاً ، هذا هو مذهب الحنفية ومن وافقهم . أما الجعفرية فيذهبون إلى أن التي يقع عليها الطلاق هي الزوجة في الزواج الدائم بشروط .

١ - أن تكون طاهرة من الحيض والنفاس في المدخول بها غير الحامل الحاضر زوجها ، وكذلك الغائب الذي يعلم انتقالها من القرء الذي وطئها فيه إلى آخر ، أما إذا كان لا يعلم ذلك فعليه أن يتحرى فترة الانتقال ، فإن طلقها بعد التحري وقع الطلاق وإن صادف الحيض ، أما إذا لم يتحرر وطلقها وصادف الحيض فلا يقع .

٢ - أن يكون الطلاق في طهر . لم يمسه فيها ، ويسقط هذا الشرط في الصغيرة والأيسة والحامل .

٣ - تمييز المطلقة بأن يقول : فلانة طالق ، أو يشير إليها بما يرفع الاحتمال (٢) .

وقانون حقوق العائلة ينص في المادة - ١٠٣ - منه على أن محل الطلاق

(١) وجه الاستثناء : أن الفرقة فيها ليست بسبب بنقض المقد من أسسه ، وإنما كانت الطرود حال تنافي بقاء المقد فأشبهت بذلك فرقة الطلاق من ناحية أنها إنهاء لمقد صحيح قائم لم يرتفع ابتداء . وكانت الزوجة بسبب ذلك مرتبطة بزواجها ما دامت في العدة التي هي أثر من آثار ذلك النكاح الصحيح . ومن هنا اعتبرت محلاً للطلاق شأنها في ذلك شأن المعتدة من طلاق .

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٥٤ .

المرأة المنكوحه بالنكاح الصحيح أو المعتدة ، أما الزوجة المعتدة التي فسخ نكاحها فليست محلا للطلاق ، .

فهو يتفق مع مذهب الحنفية إلا في صورتي الفسخ التي يقع الطلاق في عدتها إذا أخذنا المادة على ظاهرها وإطلاقها من أن المراد بالمعتدة الأولى المعتدة من طلاق فقط ، والمراد بالمعتدة الثانية من فسخ .

أما إذا لاحظنا أن صورتي الاستثناء ملاحظ فيها شبهها بالطلاق وقيدنا من فسخ نكاحها بمن نقض عقدها من أساسه يكون متفقا مع المذهب الحنفي تماما . لكن يظهر أن المشرع لم يرد ذلك فلا نحمل كلامه مالا يحتمله ونبقية على ظاهره .

المبحث الثالث

في الطلاق الذي يملكه الزوج

حدد الإسلام للطلاق عدداً ينتهي عنده ، وهو ثلاث تطليقات في قوله تعالى : « الطلاق ميرتان فأمساك بمعروف أو تسريح بأحسان ... إلى أن قال : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ، بعد أن كان في الجاهلية لا يقب عند حد ، وكان ظمناً صارخاً للمرأة فحماها بهذا التحديد وجعله ثلاثاً للزوج أن يراجع زوجته في الأولين منها محافظة على رباط الزوجية من أن ينقطع مرة واحدة ، ودفعاً للحرص الذي قد يلحق بالأزواج الذين يتسرعون في إيقاع الطلاق ، ولو جعله مرة واحدة لوقع كثير من الأزواج في الحرج فيما إذا صدر الطلاق لأمر عارض ثم زال أو لنفرة طارئة ثم تبدلت الأحوال وزالت النفرة .

الطريقة التي يوقع بها الطلاق

والشارع الذي ملك الرجل الطلاق وحدده بثلاث مرات لم يتركه ليقوعه كيف شاء ومتى شاء ، بل رسم له طريقة إيقاعه وأرشده إلى اتباعها ونهأه عن مخالفتها .

ففي الآية السابقة بين له أول خطوة يخطوها في إيقاعه . وهي أن يكون مفرقاً « الطلاق مرتان » أي مرة بعد مرة .

يدل لذلك أنه لما طلق رجل امرأته ثلاثا دفعة واحدة غضب رسول الله وخطب الناس فقال: « أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم » .

والخطوة الثانية جاءت في الحديث الذي رواه الجماعة إلا الترمذي أن عبد الله بن عمر طلق امرأة له وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ فتغيظ رسول الله ثم قال : « ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تعيض فتطهر فإن بدا له أن يطلقها قبل أن يمسه فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » (١) . فهذا الحديث يدل على أن الطلاق في الحيض غير مشروع لغضب رسول الله ، ويرشد إلى أن الطلاق المشروع هو ما يكون في طهر لم يمسه فيه .

والحكمة في أنه لا بد من مراعاة وقت الطلاق بالألا يكون في الحيض أو في الطهر الذي مسها فيه أن حالة الحيض منفرة ، فالطلاق فيها لا يدل على وجود الحاجة الداعية إلى الطلاق فوق أن الطلاق في هذه الحالة يلحق الضرر بالمرأة حيث يطول عليها العدة ، لأن الحيضة التي وقع فيها الطلاق لا تحسب منها وإن مخالطة المرأة تفتت الرغبة فيها فطلاقها بعد ذلك لا يدل على تحقق الحاجة

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٨٨

إلى الطلاق مع أنه يوقع المرأة في الحيرة في أمر عدتها حيث لا تدري أحملت من تلك الواقعة فتعتد بوضع الحمل أم لم تحمل فتعتد بالأقراء، هذا مع ما يلحق الرجل من الندم إذا ما تبين له أن امرأته حامل، أما طلاقها في طهر لم يمسه فيه فيدل على وجود الحاجة إلى الطلاق حيث أقدم عليه في هذا الوقت الذي تتوى فيه نفس الرجل إلى المرأة .

وهذا إنما يكون في المرأة المدخول بها ، أما غير المدخول بها فالرغبة فيها موجودة في أي وقت والحيض لا يقلل رغبته فيها حيث لم يلتق بها بعد .

ومن هنا قسم العلماء الطلاق إلى نوعين طلاق السنة وطلاق البدعة . وجعلوا طلاق السنة هو الذي يجيء على الطريقة التي رسمها الشارع ، وطلاق البدعة هو الطلاق الذي جاء على خلافها بأن يطلق أكثر من واحدة أو على دفعات في طهر واحد ، أو يطلقها في أثناء الحيض أو النفاس أو في طهر واقمها فيه .

وهذا الطلاق المخالف للسنة حرام ، ومن يفعله يكون آثماً بلا خلاف في ذلك ، ولكنهم اختلفوا في وقوعه فأصحاب المذاهب الأربعة يذهبون إلى وقوعه ، لأن النهي عنه ليس لذاته ، وإنما لمعنى يصاحبه وهو تطويل العدة على المرأة ، أو ندم الرجل عليه ، أو كونه ليس لحاجة ، ومثل هذا لا يمنع من ترتب الأثر عليه ، كالبيع وقت النداء يوم الجمعة فإنه منهي عنه ومع ذلك لو تم البيع ترتب عليه أثره .

ولأن رسول الله أمر ابن عمر بمراجعة زوجته ، والرجم لا تكون إلا بعد وتروع الطلاق ، وقد جاء في بعض روايات هذا الحديث أن عبد الله قال : « فحسبت على طلقة » .

وذهب آخرون ومنهم الجعفرية إلى أنه لا يقع به الطلاق ، لأن النهي يدل

على الفساد فلا يترتب عليه أثر ، لأنه جاء في حديث ابن عمر أنه قال : « د فردها على ولم يرها شيئاً » .

هذا حكم الطلاق في غير الطهر . أما الطلاق المتعدد دفعة واحدة فالحكم فيه على التفصيل الآتي :

المبحث الرابع

في الطلاق الثلاث بلفظ واحد

إذا كان الطلاق مشروعاً ثلاث مرات ، وأن السنة تفريقها فجمعها مرة واحدة سواء كان بلفظ واحد ناقترانه بعدد الثلاث ملفوظاً أو مدلولاً عليه بالأشارة أو بتكرار اللفظ ثلاث مرات يكون مخالفاً للسنة ، ولكن هل يقع بها الطلاق أولاً ، وإذا وقع هل يقع واحدة أو ثلاثاً ؟

في هذا الموضوع اختلف الفقهاء . فذهب الجمهور من الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة إلى وقوعه ثلاثاً . سواء كانت المرأة مدخولاً بها أو لا إذا كان مقروناً بلفظ الثلاثة أو مدلولاً عليه بالأشارة . كانت طالق وأشار إليها بأصابع ثلاثة مرفوعة ، وكذلك إذا كرر اللفظ أنت طالق أنت طالق أنت طالق وكانت المرأة مدخولاً بها ، لأن الأولى وقعت عليها وهي زوجة ووقع الباقي عليها في عدتها .

وأما إذا كانت غير مدخول بها فيقع عليها واحدة فقط ، لأنها تبين منه بها لا إلى عدة فجاءت الثانية والثالثة والمرأة أجنبية فلا يقع بها شيء .

وذهب بعض الفقهاء إلى أنه يقع بها واحدة رجعية فقط في صورتين

« الجمع والتكرار » وهو مذهب الجعفرية^(١) واختاره ابن تيمية وتلميذه ابن القيم

ونقل عن بعض الجعفرية أنه لا يقع به شيء لأنه منهي عنه فيكون غير مشروع فإذا وقع يكون لغواً ، ولكل من تلك الآراء أدلة لسنا في حاجة الآن إلى عرضها للمناقشة والموازنة وسنكتفي ببيان المعمول به في مصر ولبنان .

ففي مصر يجري العمل على الرأي الثاني وهو أنه يقع واحدة رجعية كأنصت عليه المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها : « الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا بطلقة واحدة » بعد أن كان يقع ثلاثاً حسب المذهب الحنفي .

وقد علت المذكرة الأيضاحية هذا المدول بأنه التيسير على الناس الذين يندفمون إلى هذا النوع من الطلاق . وإيجاد مخلص لهم لا يضطرون معه إلى زواج التحليل أو التار الفتوى بفساد العقد كما يرى بعض الفقهاء .

ثم إن المادة صريحة في أن الطلاق المقترن بعدد الثلاث لفظاً أو إشارة يقع واحدة لكنها لم تعرض للطلاق الثلاث المكرر في مجلس واحد . فهل يكون الحكم فيه أنه لا يقع إلا واحدة أو يبقى الممثل به على ما هو الراجح من مذهب الحنفية ، لا شك أن عبارة المادة لم تتناوله بلفظها ، وأنها جاءت على صورة الاستثناء من المذهب المعمول به ، وهذا يقتضي الوقوف عند حرفية المادة لأن الاستثناء لا يتوسع فيه . لذا كان عمل المعاكم على وقوع الثلاث عند تكرار اللفظ ثلاثاً^(١) .

(١) يقول الشيخ حواد مغنية في كتابه الأحوال الشخصية ص ١٢٩ في سياق مذهب الأمامية في صيغة الطلاق . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً ، أو أنت طالق أنت طالق أنت طالق تقع طلقة رجعية مع تحقق الشروط .

(٢) كما يقول الشيخ الحقيفي في كتابه فرق الزواج ص ٩٦ .

ومن ناحية أخرى نجد أن الهدف الذي يرمي إليه المشرع هو التيسير على الناس بمنع وقوع الطلاق المجموع ، وأن الطلاق المتكرر في مجلس واحد لا يخرج عن كونه طلاقاً متممداً فهو في معنى الطلاق المقترن بعدد ، وأن الحكم في الحالتين واحد . فمن يقول بوقوع الثلاث بأحدهما يقول بوقوعه بالآخر ، ومن يقول بوقوع واحد يسوى بينها ، وهذا يقتضي تعميم الحكم للصورتين ، لأن الظاهر أن المشرع قصد المدول عن مذهب إلى مذهب مخالف له لا المدول بإحدى الصورتين فقط وبخاصة إذا لاحظنا أن المكرر قد يقصد به مجرد التأكيد لا التأسيس .

أما في لبنان ففي المحاكم الجعفرية يجري العمل بالمذهب الجعفري وهو يقع واحدة رجمية في الصورتين ، أما المحاكم السنية فلا يزال العمل بها يجري على الراجح من مذهب الحنفية حيث لم يصرح قانون حقوق العائلة بشيء في هذه المسألة غير ما جاء بالمادة - ١٠٨ - من أن « الزوج يملك تطليق الزوجة ثلاث مرات » .

الفصل الثالث

في تسميات الطلاق

وفيه مباحث

ينقسم الطلاق عدة تسميات باعتبارات مختلفة ، وقد تقدم تقسيمه باعتبار لفظه إلى صريح وكتابة ، ولا يظهر لهذا التقسيم أثر إلا في كونه يحتاج في إيقاعه إلى النية أو لا .

وتقسيمه إلى سني وبدعي ، وليس لهذا التقسيم أثر عند الجمهور إلا في أن البدعي يأثم موقعه لأن كلا منهما يستتبع أثره من الوقوع، وإنما يظهر له أثر عند من يمنع وقوع الطلاق بالبدعي من جهة الوقت أو يقول بوقوع واحدة في البدعي من حيث العدد .

بقيت تسميات أخرى نعرض لتفصيلها فيما يلي :

المبحث الأول

في تقسيمه إلى منجز ومعلق ومضاف

يقسم الطلاق باعتبار تقييد الصيغة وإطلاقها إلى منجز ومضاف ومعلق .
فالمنجز : هو الذي صدرت صيغته مطلقة غير معلقة على حصول أمر آخر
ولا مضافة إلى زمن مستقل مثل أن يقول لها : أنت طالق أو طلقتك .

وحكمه : وقوع الطلاق به بمجرد صدوره ، لأن الشارع وضعه ليفيد أثره
عقب صدوره ممن هو أهل لإيقاع الطلاق على امرأة هي محل لوقوعه بأن تكون
زوجة حقيقة أو حكماً .

والمضاف : هو الذي صدرت صيغته مقيدة بوقت مستقبل قصد المطلق
وقوع الطلاق فيه . بأن ربط حصوله بذلك الزمن . بمير أداة من أدوات
الشرط . كأن يقول الزوج لرواحته أنت طالق أول العام القادم أو أنت
طالق غداً .

وحكمه . وقوع الطلاق به عند مجيء ذلك الوقت المضاف إليه لا قبله إذا
كان الرجل أهلاً للطلاق عند صدور الصيغة منه ، والمرأة محلاً لوقوع الطلاق
عليها عند حلول ذلك الوقت ، فلو قال أنت طالق في أول العام القادم ثم
طلقها منجزاً فإذا جاء الزمن المضاف إليه وهي في العدة وقع عليها الطلاق
المضاف فإذا كانت عدتها قد انتهت لا يقع عليها شيء .

وكذلك إذا أضاف الطلاق وهو أهل للطلاق ثم جاء الوقت المضاف إليه
وهو مجنون وقع الطلاق لأن العبرة بأهليته عند التلفظ بالطلاق .

والمعلق : هو ما ربط فيه حصول الطلاق بأمر سيحصل في المستقبل بأنت رتب وقوعه على حصول ذلك الأمر بأداة من أدوات الشرط. أو ما في معناها .
كإن وإذا وكلما ومتى ونحوها . كأن يقول لامرأته : إن سافرت في هذا اليوم فأنت طالق ، أو متى حضر فلان لزيارتنا فأنت طالق ، وكلما خرجت بدون أذني فأنت طالق .

والتعليق نوعان : تعليق لفظاً ومعنى ، وتعليق معنى فقط .

فالأول : وهو ما ربط فيه وقوع الطلاق بحصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط سواء كان الأمر المعلق عليه اختيارياً يمكن فعله أو الامتناع عنه أو غير اختياري .

والاختياري قد يكون من أفعال الزوجة نحو : إن خرجت بدون أذني أو كملت فلاناً فأنت طالق ، وقد يكون من أفعال الزوج نحو : إن لم أسافر اليوم فأنت طالق ، وقد يكون من فعل غيرهما . نحو إن لم يسافر أخوك اليوم فأنت طالق .

وغير الاختياري نحو : إن أمطرت السماء فأنت طالق ، أو إن ولدت أنثى فأنت طالق ، فإن كان المعلق عليه من فعل أحد الزوجين سمي تعليقاً ويسمى يميناً أيضاً لأنه يفيد ما يفيد اليمين من الحمل أو الامتناع عنه ، وإن كان المعلق عليه من فعل غيرهما أو كان أمراً غير اختياري فهو تعليق بالاتفاق ، ولكنهم اختلفوا في تسميته يميناً . فمن الفقهاء من يسميه يميناً لوجود الصورة وهي الشرط والجزاء ، ومنهم من لا يسميه يميناً لأنه لا يفيد ما يفيد اليمين وهو الأشبه بالفقه .

والثاني : وهو التعليق في المعنى فقط وهو ما يفهم منه التعليق بدون ذكر أداة من أدواته نحو قول الزوج : طلى الطلاق أو يلزمني الطلاق لا أفعل

كذا ، فإنه في معنى . إن فعلت كذا فزوجتي طالق ، وكقوله : علي الطلاق
لأسافرن اليوم فإنه في معنى إن لم أسافر اليوم فامرأتي طالق ، فإذا لم يتحقق
السفر في هذا اليوم وقع الطلاق ، وهذا الذي يسمى بالحلف بالطلاق أو اليمين
بالطلاق .

حكمه : والتعليق بنوعيه يقع به الطلاق إن وقع المعلق عليه عند الحنفية
بعد أن تتحقق شروط صحته بأن يكون المعلق عليه معد وما يمكن الحصول ،
فإن كان معدوماً مستحيل الوجود كان لغواً . كما إذا قال لها : إن جاء أبوك يجر
أكفاه فأنت طالق ، أو إن شربت ماء هذا البحر كله فأنت طالق .

وكذلك لو علقه على مشيئة الله تعالى . كأن يقول لها : أنت طالق إن شاء
الله ، لأن المعلق عليه أمر لا طريق إلى التحقق من وجوده فكان لذلك كالتعليق
على المستحيل .

وأن يحصل المعلق عليه والمرأة محل المطلاق كأن تكون زوجة حقيقة أو حكماً .
وقد وافق الحنفية في ذلك جمهور الفقهاء .

وذهب الجعفرية وبعض الفقهاء إلى عدم وقوع الطلاق المعلق بل ولا
المصاف لأن الطلاق كالزواج وكما لا يصح الزواج المصاف أو الماتق فكذلك
الطلاق ، ولا احتمال أن يجيء ذلك الوقت وهي ليست بروجة بموتها أو بطلاقها
قبه ويكون لغواً .

وذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أن اليمين بالطلاق وهو التعليق المعنوي
لا يقع به طلاق ، بل إن وقع الحث به وحب فيه كفارة اليمين ، والمعلق إن
قصد به مجرد التهديد بالحمل على الفعل أو الامتناع عنه لا يكون طلاقاً ،
وإن قصد به الطلاق وقع طلاقاً .

وهذا التفصيل طبعاً فيما إذا كان المقام يحتمل إرادة الطلاق أو التهديد ، فأما

إذا كان المقام لا يحتمل الأمرين . كما إذا سألت المرأة زوجها الطلاق فقال :
 إن أبرأتني من مؤخر الصداق والنفقة فأنت طالق فأبرأته . فإن هذا
 لا يحتمل شيئاً غير إرادة إيقاع الطلاق فيقع .

المعمول به الآن

أما في لبنان فالمحاكم السنية على الراجح من مذهب الحنفية ، لأن قانون
 حقوق العائلة ينص في المادة - ١٠٦ - على أن : « شرط تعليق الطلاق صحيح » ،
 كما تنص المادة - ١٠٧ - على أن : « إضافة الطلاق للزمان المستعمل صحيح » ،
 فقد قرر بهذا أصل المبدأ ، والتفصيل يرجع فيه إلى المذهب الحنفي لأنه
 كالسكوت عنه

وفي المحاكم الحعفرية يجري العمل على مقتضى مذهبهم الذي يمنع وقوع
 الطلاق المعلق بنوعية والمصاف ، أما في مصر فقد كان المعمول به قبل صدور القانون
 رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو الراجح من مذهب الحنفية ، وبعد صدور هذا القانون
 تغير الوضع حيث نصت المادة الثانية على أنه : « لا يقع الطلاق غير المجز إذا
 قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير » ، وجاء بالمذكرة الأيضاحية شرطاً
 لهذه المادة ما يلي :

أن الطلاق ينقسم إلى منجز وهو ما قصد به إيقاع الطلاق فوراً ، وإلى
 مضاف كأنت طالق غداً ، وإلى يمين نحو علي الطلاق لا أفعل كذا ، وإلى
 معلق كأن فعلت كذا فأنت طالق ، والمعلق إن كان غرض المتكلم به
 التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر
 له فيه كان في معنى اليمين بالطلاق ، وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند
 حصول الشرط لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن في معنى
 اليمين ، واليمين في الطلاق وما في معناه لاغ ، أما باقي الأقسام فيقع
 بها الطلاق .

وبهذا يكون وقوع الطلاق بالأنواع الآتية :

١ - المنجز . ٢ - المضاف إلى زمن مستقبل . ٣ - المعلق الذي لا يقصد به التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه وإنما يقصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه . كأن يعلق على فعل غير اختياري له أو لها . كأن يقول لها : إن ولدت أنثى فأنت طالق ، فإن هذا واضح في أنه لا يقصد به التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه ، أو يقول لها عند طلب الطلاق : إن أبرأتني من جميع الحقوق المالية فأنت طالق . وما شاكل ذلك .

ولا يقع الحلف بالطلاق . كعليّ الطلاق لأفعلن كذا ، والتعليق الذي قصد به التخويف أو الحمل فقط . كأن خرجت أو سافرت أو كلمت فلانا فأنت طالق ، وإن كان يقصد به الأمرين التخويف أو الحمل ووقوع الطلاق وقع به لأنه لا يكون في معنى اليمين، فالعبرة في عدم الوقوع قصد غير الطلاق ، فإن قصد الطلاق فقط أو قصد الأمرين معاً وقع به ، فإذا وجدت قرينة تدل على قصد الطلاق عمل بها ، وإن لم توجد كان المعول عليه قصده ، فإن اتفقا على شيء عمل به ، وإن اختلفا بأن ادعت الزوجة أنه قصد الطلاق وادعى الزوج أنه قصد الحمل أو التخويف كان القول قوله مع يمينه ، لأنه أدرى بقصده فإن حلف لم يقع الطلاق ، وإن امتنع عن اليمين حكم بالطلاق لأن امتناعه إقرار بدعوى لزوجته

المبحث الثاني

في تقسيمه إلى الرجعي والباطن

ينقسم الطلاق باعتبار إمكان الرجعة بعده من غير عقد جديد وعدم إمكانها

إلى رجعي واثن ، فالرجعي هو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه إعادة مطلقة في عدتها إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد رضيت بذلك الروحة أولاً .
والباثن هو الذي لا يملك بعده الزوج إعادة الزوجية بالرحمة . وهو نوعان :
١ - باثن بينونة صغرى . وهو الذي يستطيع إعادة المطلقة بعده بعقد جديد سواء كان ذلك في العدة أو بعدها .

٢ - باثن بينونة كبرى . وهو الذي لا يستطيع إعادتها إلا بعد تروحها بزوج آخر ويدخل بها وينتهي زواجه بطلاق أو بموت .

ما يقع به كل من الرجعي والماثن

مذهب الحنفية :

يقع الرجعي بكل لفظ صريح بعد الدخول الحقيقي إذا كان مجرداً عن وصفه بما يعيد البينونة كوصف الشدة أو القوة أو الطويلة أو السبوة أو تملكين بها نفسك ولم يكن على مال أو مكمل للثلاث .

وكذلك كل لفظ من ألفاظ الكناية التي لا تفيد فصل الزوجية . كاعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة إذا نوى بها الطلاق .

ويقع الماثن بما سوى ذلك في الحالات الآتية :

١ - إذا كان قبل الدخول بأي لفظ ولو بعد الخلوة الصحيحة . وإن وحدت عليها العدة لأنها وجبت للاحتياط للمراجعة .

٢ - إذا كان بلفظ صريح موصوف بما يفيد البينونة كأنت طالق طلقة فوية أو شديدة أو بائنة أو تملكين بها نفسك أو أشد الطلاق أو مثل الخبل .

٣ - إذا كان في مقابلة عوض من المرأة . لأنها لم تدفع العوض إلا لتخلص لها نفسها .

٤ - إذا كان مكملًا للثلاث سواء كان مفرقا أو مجموعاً بتكراره في مجلس واحد أو مقترناً بالعدد لفظاً أو إشارة .

٥ - إذا كان دفع من أخطأ احتمايه التي تعيد الشدة أو القوة . كأت بائن أو خلية أو برية أو بته أو ألقي بأهلك إذا نوى بها الطلاق .

وبهذا لا يكون مناط الرجعية أو البينونة كون اللفظ صريحا أو كناية . لأن من الصريح ما يكون رجميا وما يكون باننا . وكذلك الكناية .

مذهب الجعفرية يقسم طلاق السنة إلى ثلاثة أقسام :

١ - رجمي . وهو ما يصح معه الرجعة ولو لم يرجع .

٢ - وبائن وهو ما لا يصح معه الرجعة ويشمل : طلاق غير المدخول بها ، والطلاق الخلمي ، والآيسة حيث لا عدة عليها^(١) . والمطلقة ثلاثا بينها رجعتان ، والصغيرة التي لم تبلع الحيض .

٣ - طلاق العدة وهو أن يطلقها تسع مرات على الطريقة التي شرحناها عند الكلام على المحرمات . فهذه تحرم عليه تحريماً مؤكداً . والمطلقة ثلاثا تحرم عليه تحريماً مؤقتاً^(٢) .

(١) وقالوا : إن آية « واللأئي ينس من المبيض من سائكم إن ارتبتم فعدتن ثلاثة أشهر » مراد بها اللاتي ارتفع حيضهن ولا تدرين هل انقطع لمرض أو لكبر فهي خاصة بمن شك في بأسهن

(٢) المختصر النافع ص ٢٢٢ ، والأحوال الشخصية للشيخ مفيد ص ١٣٤ وما بعدها ، وشرائع الإسلام ج ٢ ص ٥٧ .

وقانون حقوق المائنه يجعل من الطلاق رجميا واثنا، ويربط الرجعية باللفظ الصريح ما لم يكن قبل الدخول أو على عوض أو مكملًا للثلاث، والبيونة بواحد من تلك الأنواع الثلاثة وبالألفاظ التي تفيد البيونة . كما جاء بالمادتين ١١١ ، ١١٦ . ونصها م ١١١ « إذا طلق زوجته باللفظ الصريح بعد مقاربتها يقع الطلاق رجميا » م ١١٦ « إذا طلق رجل زوجته بنكاح صحيح قبل مقاربتها يقع الطلاق بائنا وكذا ينع بائنا بالألفاظ التي تفيد البيونة وإذا طلقها على عوض » .

وفي آخر المادة ١١٥ يقول « وتحصل البيونة القطعية بالطلاق الرجعي الثالث، فقد جعل الطلاق البائن في أربع حالات . قبل المقاربة، والمقابل بعوض ، والمكمل للثلاث ، والألفاظ التي تفيد البيونة ، فهو يتفوق في جملته مع مذهب الحنفية وإن جاءت صياغته خالية من الدقة لأن بعض الألفاظ غير الصريحة يقع بها طلاق رجمي كما قرره المذهب الحنفي ، ولأن الطلاق الثالث لا يوصف بالرجعية حتى ولو كان صريحاً .
ومن هذا يتبين ما عليه العمل بلبنان .

أما في مصر فقد كان العمل بمذهب أبي حنيفة إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فعدل عن مذهب الحنفية إلى ما نصت عليه المادة الخامسة منه وهو « كل طلاق يقع رجماً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » .

والذي نص على كونه بائناً في هذا القانون هو التطليق بسبب الشقاق بين الزوجين ، والتطليق بسبب غيبة الزوج ، والتطليق بسبب حبس الزوج مدة طويلة .

والذي نص على كونه بائناً في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ هو التفريق بسبب عيوب الرجل كالجنون والجذام والبرص وغيرها من العيوب التي أضيفت

إلى ما كان يفرق بها من مذهب الحنفية وهي الجب والخصاء والعنة ، وقد نصت مذكرته الأيضاحية على أن مصدر هذه المادة مذهب مالك والشافعي ، فهي تتفق معها في أنها ضيقت دائرة الطلاق البائن ، ولكنها خالفتها في الطلاق المقترن بعدد الثلاث حيث انفقوا على وقوعه ثلاثاً ، وهو جعلها واحدة في المادة الثالثة .

ثم أشارت المذكرة بعد ذلك إلى أن التفريق بسبب اللعان أو العنة والجب والخصاء أو بسبب إداء الزوج عن الدخول في الإسلام عند إسلام زوجته يبقى الحكم فيها على وفق مذهب الحنفية أن يكون طلاقاً بائناً ، ولكنها مكنت عن الطلاق بسبب الأيلاء فهل يعتبر الطلاق الواقع به بائناً كما هو مذهب الحنفية أو يكون رجماً كالمذهب مالك والشافعي ؟

هذه المسألة يتنازعها أمران . أولهما أن الأصل فيما سكت عنه القانون يرجع فيه إلى مذهب الحنفية وهذا يقتضي أن يكون الطلاق فيها بائناً .

وثانيها : أن القانون صرح بأن الأصل في الطلاق أن يكون رجماً وكل طلاق يقع رجماً إلا كذا وكذا ولم يعد هذا الطلاق من المستثنيات ، كما أن المذكرة الأيضاحية بينت الحالات التي يبقى فيها العمل بمذهب الحنفية ولم تذكره منها ، وهذا يقتضي أن يكون الطلاق فيها رجماً .

فأصبحت بذلك مترددة بين الرجعية والبائنة فيبحث عن المرجح . ومن يدقق النظر يجد أن الأصل الثاني أقوى من الأصل الأول ، لأن الأول عام والثاني خاص بالموضوع وبخاصة إذا لاحظنا أن مسلك القانون بوجه عام يميل إلى التخفيف في أمور الطلاق ، ولاشك أن ذلك يرجح كونها رجعية ، ولأن أدلة المذهب الذي يجعل الأصل في الطلاق الرجعية أقوى من أدلة المذهب المقابل به كقوله تعالى « وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أردوا إصلاحاً » فيثبت ذلك الحق له فيما عدا ما استثناه الدليل .

أحكام الطلاق الرجعي والباطن

إذا كان عقد الزواج يترتب عليه حمله من الآثار . منها ملك الزوج الاستمتاع بزوجته ، وثبوت التوارث بين الزوجين ، وأن الزوج يملك تطبيق زوجته ثلاث تطبيقات فتبقى الروجة حلالا لزوجها ما لم يستنفذ الطلقات الثلاث يجوز له أن يعقد عليها بعد طلاقها الأول والثاني . فما أثر الطلاق في تلك الآثار ؟ لا شك أن تلك الآثار تتأثر بالطلاق غير أن الأثر يختلف باختلاف نوع الطلاق .

فالطلاق الرجعي لا يؤثر في الرابطة الزوجية ما دامت العدة موجودة . فملك الاستمتاع باق للزوج فله معاشرتها معاشرته الأزواج ويكون ذلك رجعة له عند الحفمية ، وإذا مات أحدهما ورثه الآخر ولا يحل مؤخر الصداق ، لأن الزواج لم ينته بعد ، فإذا انتهت العدة انتهى ملك الاستمتاع وحل مؤخر الصداق وانتهى سبب التوارث ، لكن حل هذه المرأة باق يجوز لمطلقها أن يعقد عليها في أي وقت ما لم تتزوج غيره . غير أن الرجل يصبح بعدها لا يملك تطبيقها إلا مرتين فقط بعد أن كان يملك ثلاثاً ، وعلى ذلك لا يكون للطلاق الرجعي أثر إلا نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج ، وتحديد أمد الزوجية بمدة العدة بعد أن كانت دائمة غير محدودة ، فإذا ما انتهت العدة بانت منه المرأة وانتهى ملكه ولا يجوز له قرانها إلا بعد عقد جديد ، وهذا معنى قول الفقهاء : إن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل ما دامت العدة قائمة وقد نص قانون حقوق العائلة في المادة - ١١٢ - على أن : « الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية في الحال وللزوج حق إرجاع زوجته قولاً أو فعلاً ولا يسقط هذا الحق بالأسقاط » وفي المادة - ١١٥ - على أن : « الرجوع صحيح بعد الطلاق الأول الرجعي وكذا بعد الثاني » .

أما الطلاق الباطن بينونة صغرى فيظهر أثره في الأمور الآتية :

١ - أنه يزيل ملك الاستمتاع . فلا يحل له منها شيء إلا إذا أعادها بمقد جديد ، ومن هنا لا يريل حل المرأة حيث لم يوجد سبب يحرمها عليه ، فيجوز له العقد عليها في أي وقت في العدة أو بعدها ، وهذا معنى قول الفقهاء : إن الطلاق البائن بينونة صغرى يزيل الملك لا الحل .

٢ - يحل به مؤخر الصداق المؤجل .

٣ - يمنع التوارث إذا مات أحدهما في اثناء العدة لانتهاء سبب الأثر وهو الزوجية إلا إذا كان الطلاق في مرض موت الزوج بقصد الفرار من ميراثها فإنها ترثه إذا مات قبل انقضائها .

٤ - ينقص به عدد الطلقات .

وبهذا جاءت المادة - ١١٧ - من قانون العائلة تقول : « الطلاق البائن يزيل الزوجية في الحال ولا يمنع طلاق واحد نائين أو طلاقان من تجديد الكاح وتحصل البينونة بعد الطلاق الثالث » .

أما البائن بينونة كبرى فإنه يقطع الزوجية ولا يبقى لها أثر بعده إلا العدة وأحكامها ، فيحل مؤخر الصداق وينع التوارث إلا إذا كان الطلاق بقصد الفرار من الميراث ، وتحرم على المطلق تحريمًا مؤقتًا فلا يحل له أن يعقد عليها إلا بعد أن تتزوج زوجًا آخر ويدحل بها ثم تنتهي هذه الزوجية بالموت أو الطلاق ، وهذا معنى قولهم : إن البائن بينونة كبرى يزيل الأمرين الملك والحل معاً بمجرد وقوعه لكنه زوال مؤقت .

وبهذا صرحت المادة - ١١٨ - ونصها « تزول البينونة القطعية إذا تزوجت الزوجة بعد انقضاء عدتها بأخر بدون قصد التحليل وقارها الزوج الآخر ثم فارقتها وانقضت عدتها » .

وقد نهينا من قبل إلى أن الجعفرية يوافقون جماهير فقهاء أهل السنة في أن

الطلاق الثالث يحرم الزوجة مؤقتاً حتى تتزوج زوجاً آخر لكنهم استثنوا صورة واحدة جعلوا التحريم فيها مؤبداً وهي ما إذا طلقها رجماً ثم راجعها في العدة وخالطها، ثم طلقها في طهر آخر غير الذي خالطها فيه ثم راجعها كذلك إلى أن يتم الثلاث وتتزوج آخر ويطلقها ويعقد عليها الأول ويطلقها ثلاثاً على الوجه السابق، ثم يعقد عليها بعد الزوج الثاني فيطلقها ثلاثاً وحينئذ يكون ما أوقعه عليها تسع تطليقات فتحرم عليه ويسمون هذا النوع من الطلاق طلاق العدة .

المبحث الثالث

في الرجعة

قلنا إن الطلاق الرجعي : هو الذي يملك الزوج إرجاع زوجته بعده أثناء العدة بدون عقد جديد ، لأن الطلاق الرجعي لا يؤثر في الزواج ولا في أحكامه ، ونريد هنا أن نبين معنى الرجعة ، ومن له الحق فيها من الزوجين ، وما تحصل به الرجعة ، وشروطها والحكم في اختلاف الزوجين فيها فنقول :

الرجعة كما عرفها فقهاء الحنفية . هي استدامة الزوجية القائمة بالقول أو بالفعل أثناء العدة . وإنما كانت الرجعة استدامة للزوجية . لأن الطلاق الرجعي لا يؤثر في عقد الزواج إلا بتحديدته بمدة العدة ، فإذا راجع الزوج زوجته فقد ألقى عمل الطلاق في هذا التحديد واستدام الزواج بعد أن كان على وشك الانتهاء .

من له حق الرجعة من الزوجين :

الرجعة حق أثبتته الشارع للزوج وحده في فترة العدة إن شاء استعمله

رضيت الزوجة أو لم ترض وإن شاء تركه . لقوله تعالى « وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً » بعد أمر النساء بالتربص مدة العدة ، فقد جعل أزواج المطلقات أحق برحمتهن في مدة العدة إذا رأوا في الرجعة مصلحة ، فإذا لم يجد الزوج فيها مصلحة تركها بلا مراجعة حتى تنتهي عدتها فتبين منه .

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر في قصة طلاق ابنه عبد الله لزوجته وهي حائض : « مرة فليراجعها ، » وإذا ثبت هذا الحق للزوج لا يملك إسقاطه بالقول أو التنارل عنه . كأن يقول بعد طلاقها : أسقطت حقي في الرجعة أو لا رجعة لي عليك ، فإن فعل ذلك لا يسقط حقه وله مراجعتها بعد ذلك ، لأن الشارع جعل الرجعة حكماً من أحكام الطلاق الرجعي وأثراً من آثاره بترتيبها عليه في قوله تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » فلو أسقطه المطلق كان مغيراً لما شرعه الله ، ولا يملك أحد ذلك التغيير .

وقد صرح بهذا قانون حقوق العائلة في المادة ١١٢ - فقد جاء فيها « ولا يسقط هذا الحق بالأسقاط » .

ما تتحقق به الرجعة :

تتحقق الرجعة بأحد أمرين . بالقول وما يقوم مقامه من الكتابة أو الإشارة ، وبالفعل . أما الرجعة بالقول فتكون بالألفاظ الصريحة . وهي التي لا تتحمل غير الرجعة . نحو راجعت زوجتي أو أمسكتها أو رددتها إلى عصمتي ، أو يقول مخاطباً لها راجعتك أو أمسكتك أو رددتك ...

وهذه الألفاظ لا تحتاج إلى البية لصراحتها ، وتتحقق الرجعة بهذه الألفاظ باتفاق الفقهاء وعليها اقتصر الجعفرية لأن الرجعة كالطلاق لا تكون إلا بالألفاظ الصريحة .

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أنها تكون بلفظ من ألفاظ الكناية وهي التي تحتمل الرجعة وغيرها . كقوله لها : أنت امرأتي ، أو أنت عندي كما كنت إذا نوى بها الرجعة أو دل الحال على إرادتها ، لأن اللفظ الأول يحتمل أنها بمنزلة امرأته في الأكرام والمعزة ، والثاني يحتمل الرجعة وأنها كما كانت قبل الطلاق في رعايته لها وعنايته بها .

ويقوم مقام اللفظ في تحقيق الرجعة الكتابة على الصورة التي بينها في الطلاق وكذلك الإشارة من العاجز عن النطق كالأخرس .

وأما الرجعة بالفعل فتكون بكل فعل يوجب حرمة المصاهرة من المحالطة الجنسية ومقدماتها من المس والتقبيل بشهوة عند الحنفية والجمعونية^(١) لأن ذلك يدل على رغبته في بقاء الزوجية .

وزاد الحنفية الفعل من جانبها ، فقالوا : إذا قبلته أو لمسته بشهوة وهو يعلم ولم يمنعها كان ذلك رجعة من غير خلاف بين أئمة المذهب .

أما إذا فعلت ذلك بدون علمه كأن فعلته وهو نائم أو خلصة فأبو حنيفة ومحمد يعتبران ذلك رجعة ، لأن فعل ذلك يوجب حرمة المصاهرة لا فرق بين الرجل والمرأة فتكون رجعة حيث لا فارق .

وأبو يوسف يرى أن لا تثبت به رجعة ، لأن الرجعة حق الزوج فقط ، ولو جعلنا فعلها هذا رجعة لشاركته هذا الحق ، أما ثبوت الرجعة بفعلها وهو يعلم ذلك فهو في الحقيقة راجع إلى فعله لأنه يتمكنها وأقراره لها على فعلها قد فعل ما يدل على رغبته في استدامة زواجها وإلا كان عاصيا .

(١) جاء في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٠ « ولو قبل أو لامس بشهوة كان ذلك رجعة لأنه يتضمن التمسك بالزوجية .

شروط صحة الرجعة .

لا تصح الرجعة إلا إذا توفرت فيها الشروط الآتية :

١ - أن تكون بعد طلاق رحمي في أثناء العدة . فإن كان الطلاق بائناً لا تصح ، لأن البائن يربط الملك فتملك نفسها . فلا يملك المطلق إعادتها إلا بمقتضى رضائي منها ، وإن كان رحمياً وانتهت العدة فلا تصح أيضاً لأن العدة إذا انتهت زالت رحمية الطلاق وأصح بائناً فيقبل نوب الرجعة .

٢ - أن تكون الرجعة مسجزة غير معلقة ولا مضافة إلى زمن مستقبل لأنها استدامة السكاح فتكون شبيهة به ، وكما لا يصح التعاقب والأضافة في إنشائه لا يصح في استدامته . فلو قال لها . إن لم أتزوج في هذا الشهر فقد راجعتك ، أو إن حضر أوك فقد راجعتك لا تصح الرجعة ، وكذلك لو قال لها : راجعتك في أول الشهر العادم ، وعلى هذا سار قانون حقوق العائلة بالمادة - ١١٤ - منه تقول « الرجوع المعلق بالشرط والمضاف للزمن المستقبل ليس بصحيح » .

٣ - يشترط الحنفية في الرجعة بالقول أن يكون الراجع أدلاً لمباشرة عقد الزواج ، فلا تصح من المجنون أو النائم أو المعمى عليه ، وكذلك السكران على التعصیل السابق = ١٠١ هـ ، وتصح مع الأكره أو الهزل ، أما الرجعة بالعمل فلا يشترط فيها ذلك ، ولو طلقها ثم جن أو أصابه عته أو سكر ثم فعل بها فعلاً بوجب حرمة المصاهرة كان ذلك رجعة .

ولا يشترط في صحة الرجعة الأشهاد عليها عند جمهور الفقهاء منهم الحنفية والجمعونية ، فتصح وإن لم يشهد عليها أحداً ، لكنه يستحب الأشهاد لثلاث تكون عرضة للأنكار من جانب الزوجة بعد انقضاء عدتها ولا يستطيع إثباتها ، ودفعاً للتهمة عنه فيما إذا علم الناس بطلاقها ثم راجعها بدون إشهاد فإنه يكون عرضة للاتهام بأنه يعاشرها بغير زواج .

كما لا يشترط إعلام الزوجة بها وإن كان يندب إعلامها حتى لاتقع في محذور بأن تتزوج غيره بعد انتهاء عدتها أو يقع بينها النزاع فيها بعدها .

اختلاف الزوجين في الرجعة .

إذا كانت الرجعة تصح من الزوج بدون إسهاد ولا إعلام للزوجة بها فقد يحصل أن يطلق الزوج زوجته طلاقاً رجعياً ثم يدعي أنه راجع زوجته فإن وافقته على دعواه تمت الرجعة ، وإن خالفته فقد يكون الخلاف في وقوع الرجعة ، وقد يكون في صحتها بعد اتفاقها على وقوعها .

فإن كان الخلاف في وقوعها ، بأن يدعي الزوج حصولها وتنكر الزوجة ذلك . ينظر في وقت هذا النزاع ، فإن وقع قبل انقضاء العدة فالقول قول الزوج ولا يلتفت إلى إنكار الزوجة ، لأنه أخبر بشيء يمكنه إنشائه في الحال فيصدق في دعواه ، لأنه لا فائدة في تكذيبه حيث يستطيع حينئذ مراجعتها ما دامت العدة قائمة . بل إن ادعاء الرجعة يعتبر في الواقع رجعة لأنه يتضمن تمسكه بالزوجة .

وإن وقع النزاع بعد انقضاء العدة طوّل الزوج بالبينة فإن أقامها ثبتت الرجعة حتى ولو كانت تزوجت غيره بعد انتهاء العدة اعتقاداً منها أنه لم يجمها فإنه يفسخ ذلك المقدم ولو بعد الدخول لأنه ثبت أنه عقد فاسد .

وإن عجز عن إقامة البينة فالقول قول الزوجة بلا يمين عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف وعمد القول قولها مع اليمين وهو الراجح المفتى به ويجري عليه العمل . والجمعية هنا يقولون : إن القول قولها مع اليمين كقول الصاحبين .

وإن كان الخلاف في صحة الرجعة . بأن راجع الزوج زوجته فقالت :

إنها غير صحيحة لأنها جاءت بعد انقضاء العدة ، وقال : إنها صحيحة لأن العدة لا تزال قائمة .

وفي هذا الخلاف إن كانت العدة بالحيض ينظر في المدة التي مضت بين الطلاق والوقت المدعي فيه الرجعة ، فإن كانت تسع ثلاث حيضات كان القول قولها مع اليمين . لأن انقضاء العدة بالحيض لا يعلم إلا من جهتها فإن حلفت أن عدتها انتهت قضى بدعواها ، وإن امتنعت عن اليمين حكّم بدعوى الزوج وصحت الرجعة لظهور كذب دعواها .

وأقل مدة تنتهي فيها العدة بالقروء عند أبي حنيفة ستون يوماً ، لأنها مقدرة بثلاث حيضات يتخللها طهران ، وأكثر مدة الحيض عشرة أيام ، وأقل مدة الطهر الفاصل بين الحيضتين خمسة عشر يوماً وبمجموع ذلك ستون يوماً . وهذا الرأي هو الراجح في المذهب .

وعند الصحابين أقل مدة تسعة وثلاثون يوماً باعتبار أن أقل مدة الحيضة ثلاثة أيام .

وأقل مدة تنتهي فيها العدة بالأقراء عند الجعفرية ستة وعشرون يوماً ولحظتنا ، لأن العدة عندهم بالأطهار فإذا طلقها في اللحظة الأخيرة من الطهر احتسب من العدة فإذا مضى بعد ذلك حيضتان وطهران انتهت العدة بمجرد رؤية الدم من الحيضة الثالثة بعد الفرقة ، هذا إذا كانت عادتها مستقرة بالربمان فإن اختلفت صبرت إلى انقضاء أقل الحيض أجداً للاحتياط (١) .

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٢

المبحث الرابع

في زواج التحليل

قدمنا أن الطلاق البائن بينونة كبرى تحرم به المرأة على مطلقها تحريماً مؤقتاً حتى تتزوج زوجاً آخر ويدخل بها دخولاً حقيقياً لأن القرآن جعل زواجها بغيره غاية التحريم « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » وجاءت السنة وبينت المراد من النكاح ، وهو أنه ليس بمجرد العقد ، بل العقد الذي يتبعه دخول حقيقي . فيما رواه البخاري وغيره عن عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي ﷺ فقالت : كنت عند رفاعة القرظي فأبى طلاقاً فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هدية الثوب ، فتبسم رسول الله وقال : أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك ، ولأن ربط حلها بزواجها غيره قصد به الزجر عن الطلاق والتأني فيه ، ولا يتحقق الزجر بمجرد العقد لأن النفس تقبله ولا تأنف منه ، فكان لا بد من الدخول الحقيقي .

هذا قدر متفق عليه بين الفقهاء لم يشذ عنه إلا ما روي عن سعيد بن المسيب إن مجرد العقد كاف في التحليل ، وقيل أنه روي عن سعيد بن جبير أيضاً ، وهذا قول غريب لم يرتضه أحد ولعل الحديث لم يصلها ، وإذا كان الشارع شرط في الحل النكاح فلا يكون إلا النكاح الصحيح ، فإذا كان العقد فاسداً لا تعمل به ولو كان بعده دخول ، وكذلك إذا كان صحيحاً ولم يكن معه دخول حتى ولو كان معه خلوة صحيحة .

والأصل في الزواج الصحيح أن يكون قائماً على الرغبة من الحاسين للعيش الدائم وتكوين الأسرة فلو قيد بوقت معين كان فاسداً .

ولكن الناس فهموا هذا الأمر على غير حقيقته . فظنوا أن زواج الزوج الثاني ليس مقصوداً لداته ، وإنما قصد به تحليل المرأة لزوحها الأول فكانت ما يحدث كثيراً أن يقع هذا الزواج بقصد التحليل إما بمجرد النية والقصد عند العقد من غير أن يصدر منها كلام يدل على ذلك القصد ، وإما مع اشتراط أثناء العقد أو قبله . كأن يقول لها : تزوجتك على أن أحلك مطلقاً مما جعل الفقهاء يبحثون في هذا العقد من جهة صحته وأنه يحقق التحليل أو لا . وإليك إجمال آراء الفقهاء فيه .

فالملكية والحناابلة يذهبون إلى أن زواج التحليل فاسد لا فرق بين ما اشترط فيه التحليل في العقد أو قبله أو بعده وبين ما نوى فيه فقط بدون اشتراط . لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا بلى يا رسول الله ، قال : « هو الحلل لعن الله الحلل والحلل له » ، فهذا يدل على أن عقد التحليل غير صحيح على أي وجه وقع لعدم التفصيل .

وهذا ما فهمه أصحاب رسول الله . فقد روى عن عمر أنه كان يقول : « لا أوتي بمحلل ولا بمحللة إلا رجمتها بالحجارة » والرجم بالحجارة لا يكون إلا على الزنا .

وروى نافع عن ابن عمر أن رجلاً قال له : امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم يأمرني ولم تعلم قال : إلا نكاح رغبة إن أعجبنيك أمسكتها وإن كرهتها فارقتها كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله ﷺ .

ولأن زواج التحليل زواج مؤقت . وهو غير صحيح لأنه لا يحقق الأغراض التي من أجلها شرع الزواج .

وأما الشافعية والحنفية والجعفرية فقد فصلوا في المسألة بين ما إذا كان التحليل مجرد نية لم يوجد ما يدل عليها أثناء العقد وبين ما إذا كان مشروطا فيه . فإن كان منوياً فقط صح العقد وأفاد الحل إذا تم على الوجه المرسوم شرعا لعدم وجود ما يؤثر في العقد بالفساد .

أما إذا شرط فيه فالشافعية يذهبون إلى فساد العقد لوجود الشرط الفاسد الذي يقتضي فساد العقد ، وأبو يوسف من الحنفية يذهب إلى فساده ، لأنه اقترن بشرط فاسد ، بل لأن هذا العقد في معنى الزواج المؤقت ، والزواج يفسده التأقيت ، فلا تحل به المرأة لزوجها الأول ولو حصل فيه دخول حقيقي ، وذهب محمد بن الحسن إلى أن العقد صحيح لكنه لا يحل المرأة لزوجها معاملة لها بنقيض مقصودهما حيث تعجلا أمراً آخره الشارع فاستحقا العقاب . كما إذا قتل الوارث مورثه .

وذهب أبو حنيفة والجعفرية إلى أن هذا الزواج صحيح ، لأن هذا شرط فاسد ، والزواج لا يفسد بالشروط الفاسدة ، فيلغو الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً ، ولكنه يكون مكروهاً لحديث « لعن الله المحلل والمحلل له » .

وإذا كان العقد صحيحاً فللزواج الثاني البقاء مع زوجته لا يستطيع أحد جبره على مفارقتها ، فإذا فارقها باختياره أو مات عنها وانتهت عدتها حلت للأول بهذا الزواج .

ومن يعن النظر في تلك الآراء يجد أرجحها القول بالفساد ، لأنه في معنى الزواج المؤقت وهو فاسد بالاتفاق ، وإنما كان في معنى المؤقت ، لأن معنى حلها للأول ألا يكون دائماً ، لأنها لا تحل للأول ما دامت زوجة للثاني ، بل بعد انتهاء تلك الزوجية ، ومن هنا يأتي التأقيت وإن لم يكن صريحاً ، والعبارة في العقود بالمعاني لا بمجرد الألفاظ ، والعمل يجري في مصر على قول أبي

حنيفة لأنه الراجح في المذهب .

وأما قانون حقوق العائلة فتنص المادة - ١١٨ منه على أن «البيونة الكبرى تزول بالزواج الثاني بدون قصد التحليل» .

أثر الزواج الثاني في طلاق الزوج الأول .

عرفنا أن الزوج إذا طلق زوجته ثلاث تطليقات حرمت عليه ، فإذا تزوجت غيره وطلقها أو مات عنها وانتهت عدتها حلت للزوج لأول ، فإذا تزوجها عادت إليه بجل جديد يملك فيه ثلاث تطليقات . وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء لشوقه بالنصوص الصريحة .

أما إذا طلقها أقل من ثلاث « واحدة أو اثنتين ، ثم تزوجها قبل أن تنزوج بآخر فإنها تعود بما بقي له من الطلقات واحدة كانت أو أكثر بلا خلاف، لأنها بطلاقها واحدة أو اثنتين لم تحرم عليه والزوج لا يملك على المرأة في الحل الواحد أكثر من ثلاث .

لكن الخلاف فيما إذا طلقها أقل من الثلاث ثم تزوجت بآخر ، فهل يهدم ذلك الزواج طلاق الزوج الأول بحيث لو تزوجها بعد ذلك تعود إليه بجل جديد يملك فيه ثلاث تطليقات أو لا يهدمها فتعود إليه بباقي تطليقات الزواج الأول؟ هذه المسألة هي المعروفة عند الفقهاء بمسألة الهدم ، ولم يرد فيها نص ولكن نقل عن الصحابة رأيان أولهما : أنها تعود إليه بجل جديد ، وثانيهما : إنها تعود بالباقي .

ومن هنا اختلف فقهاء المذهب الحنفي على رأيين :

فأبو حنيفة وأبو يوسف يذهبان إلى أن الزرع الثاني يهدم الأقل من الثلاث فتعود المرأة إلى زوجها الأول بثلاث تطليقات . وهو أشهر الرأيين عند الجعفرية . لأن الزوج الثاني إذا هدم الثلاث بالاتفاق وأشاحل جديدا فأولى أن

يهدم الأقل ويكمل الحل الناقص ، ولأنها لما تزوجت الثاني حرمت على الأول ما دامت زوجه ، وإذا حرمت عليه زال حلها ، وإذا طلقها الثاني وانتهت عدتها رالت حرمتها وعادت إليه محل جديد غير الأول الذي سقط بالرواج لأن الساقط لا يعود .

وذهب زفر ومحمد بن الحسن إلى أنه لا يهدم الأقل من الثلاث . وإذا عادت إليه عادت بالباقي واحدة أو اثنتين ، لأن الحل الأول لا يزول إلا بثلاث تطليقات ، فإذا طلقها أقل من ذلك لم تحرم عليه حيث محل له العقد عليها ، وإذا تزوجت غيره وطلقها عادت إلى الأول محلها السابق وهو ناقص . فيملك عليها ما بقي له من تطليقات .

ومع وجاهة هذا الرأي وقوة دليله رشح الفقهاء القول الأول وجعلوا الفتوى به وعليه يجري العمل في مصر .

المبحث الخامس

في طلاق المريض مرض الموت

الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت إذا وجد ما يقتضيه صحيحاً كان أو مريضاً ما دامت أهليته للتصرف موجودة ، فإنه لا حرج عليه في ذلك . هذا قدر متفق عليه بين جماهير الفقهاء في كل عصر .

وإذا طلقها طلاقاً رجعياً ومات وهي في العدة ورثته بلا خلاف لقيام الزوجهية حكماً التي هي سبب للأرث يستوي في ذلك الطلاق في الصحة أو المرض .

وإذا طلقها طلاقاً بائناً بينونة صغرى أو كبرى انقطعت الزوجية فلا ميراث لها مات في العدة أو بعدها إذا كان الطلاق في حالة الصحة أو المرض العادي الذي لا يسلم إلى الموت .

أما إذا كان الطلاق في مرض الموت فأكثر الفقهاء على أنها ترثه لأنه يعتبر فاراً من ميراثها في هذه الحالة فيعامل بنقيض مقصوده ، وليس في ذلك كتاب ولا سنة ، وإنما كان من مواضع اجتهادات الصحابة رضوان الله عليهم .

فقد نقلت عنهم أقوال في ذلك كانت سبباً في اختلاف الفقهاء من بعدم .
مسها توريث عثمان امرأة عبد الرحمن بن عوف التي طلقها في مرض موته طلاقاً مكملًا للثلاث .

ولسنا هنا بصدد تفصيل أقوال الفقهاء في ذلك ، فسكتفي ببيان مذهبي الحنفية والجمهورية المعمول بها في مصر ولبنان ، وقبل ذلك نبين المراد بمرض الموت الذي كان مثار اختلاف الفقهاء فنقول :

أحسن ما قيل في تعريفه : إنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك عادة ويتصل به الموت سواء أكان بسببه أم كان بسبب آخر .

واختلف الفقهاء في أماراته . فمن قائل : هو الذي يعجز صاحبه عن العمل ، ومن قائل : هو الذي يلزم صاحبه الفراش ، أو الذي لا يستطيع صاحبه المشي إلا بمعين إلى غير ذلك ، والمرجع في بيان ذلك الآن إلى رأي الأطباء بعد تقدم الطب ووضوح التمييز بين الأمراض وأنها يقبل الشفاء وأنها لا يقبلها .

وقد ألحق فقهاء الحنفية بالمريض مرض الموت في أحكامه كل من كان صحيحاً في حالة يغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالأعدام ولا أمل في براءته وحجز لتنفيذ الحكم عليه إذا طلق زوجته بائناً وتوفي قبل تنفيذ الحكم عليه أو بعده قبل انتهاء عدة زوجته ، ومن كان في معركة حربية ووقف في الصف

الأول للقتال أو في موضع الخطر ، أو كان في سفينة اجتاحتها الأمواج من كل جانب ، أو كان في بلد عمه الوباء القاتل إذا توفي في هذه الحالة .

يقول الحنفية : إن المريض مرض الموت ومن في حكمه إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً ومات قبل أن تنتهي عدتها ورثته ، لأنه يعتبر فاراً من ميراثها فيعامل بنقيض مقصوده كالقاتل لمورثه الذي حرمه الشارع من ميراثه ، أما إذا توفيت هي في العدة فلا ميراث له منها لأنه فوت على نفسه الميراث بهذا الطلاق لكنهم اشترطوا لاعتباره فاراً فراراً موجباً للأرث شروطاً إذا تحققت ثبت لها الأرث ، وإذا تخلفت كلها أو بعضها لم يكن فاراً فلا ميراث لها .

١ - أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول ، فلو كان قبله فلا عدة عليها ، وكذلك إذا طلقها بعد الخلوة الصحيحة فإنه وإن وجبت به العدة لكن وجوبها للاحتياط محافظة على الأنساب ، والميراث حق مالي لا يثبت احتياطاً .

٢ - أن تكون الزوجة أهلاً للميراث من زوجها وقت طلاقها وتظل على ذلك إلى وفاته ، فلو لم تكن أهلاً للميراث وقت الطلاق . كأن كانت كتابية ثم أسلمت في عدتها قبل موته فلا إرث حيث لا فرار ، أو كانت أهلاً للميراث عند الطلاق ثم رالت تلك الأهلية . كأن كادت مسامة عند الطلاق ثم ارتدت عن الإسلام فلا ميراث أيضاً وإن رجعت إليه قبل وفاته ، لأنها بردتها أسقطت حقها في الميراث فلا يعود بأسلامها بعد ذلك ، لأن الساقط لا يعود .

٣ - ألا تكون الزوجة راضية بهذا الطلاق ، فلو تحقق رضاها بأن كانت هي التي سألته الطلاق أو افتدت نفسها منه بالمال لا ترت ، لأن رضاها بالفرقة ينفي مظنة فراره من ميراثها .

ولو أكرهت على طلب الطلاق فأبانها أو طلبت منه طلاقاً رجعياً فأبانها

كان فاراً^(١) ولها الميراث ومثل ذلك لو قالت له : طلقني فأبانتها لأنها طلبت مطلق الطلاق الذي ينصرف إلى الرجعي فهي لم ترض بالباطن .
 ٤ - ألا يكون الزوج مكرها على هذا الطلاق ، لأنه مع الأكره لا يتحقق رضاه به فلا يكون فارا .

٥ - أن يموت في مرضه الذي أوقع الطلاق فيه وهي في العدة ، فإذا انقضت عدتها قبل وفاته فلا ميراث لها لانعدام سببه ، وكما يتحقق الفرار من الميراث من الزوج يتحقق أيضا من المرأة . وحينئذ تعامل منقبض مقصودها ويرثها الزوج إذا ماتت قبل انتهاء عدتها ، كما إذا فسخ الزواج بسبب من جهتها وهي مريضة مرض الموت أو في حكم المريضة ، بأن فعلت مع أحد أصوله أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة أو كان الزوج فوض إليها الطلاق فأبانت نفسها في مرض موتها . لكنها لا ترثه إذا ماتت في عدتها لأنها فوتت على نفسها حق الميراث بقطع وصلة النسكاح .

والجعفرية يذهبون إلى أن زوجة الفار ترث منه إذا مات بعد الطلاق بمدة لا تزيد على سنة ما لم تتزوج غيره ولم يبرأ من مرضه الذي طلق فيه ، ولم يكن الطلاق بطلها ، فلو برئ منه قبل مضي سنة من وقت الطلاق أو تزوجت غيره بعد انقضاء عدتها أو مات بعد مدة تريد على سنة ولو بصحابة لا ترثه .
 فأرثها عندهم مشروط بشروط أربعة :

- ١ - أن يموت قبل مضي سنة كاملة على طلاقها .
- ٢ - أن لا تتزوج قبل موته .
- ٣ - أن لا يبرأ من المرض الذي طلقها فيه .

(١) الجعفرية قالوا : لو سأله طلاقا رجعيا فأبانتها لا يكون فارا فلا ترثه لأنها بطلها الطلاق أسقطت حقها في الميراث ولا تصرف مخالفة الزوج . الأحكام الجعفرية ص ٦٩ ،

٤ - أن لا يكون الطلاق بطلب منها . ويعملون ذلك الحكم خاصا بالمريض مرض الموت ، أما غيره من ألقه الحنفية به فيعطون طلاقه حكم طلاق الصحيح حيث لا يعتبرونه فارا .

ما يجري عليه العمل في هذه المسألة في مصر ولبنان :

أما في مصر فالعمل يجري بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الذي يقضي بعدم وقوع طلاق المكره ، وأن كل طلاق يقع رجعا إلا الطلاق قبل الدخول ، والمقابل بعوض ، والمكمل للثلاث ، وما نص في القانون على كونه بائنا .

وعلى هذا يشترط لتوفر الفرار أن يكون الطلاق بائنا في نظر القانون مستتبعا للعدة بدون رضا الزوجة . كالطلاق المكمل للثلاث بدون طلبها ، والفسخ من قبله في مرض الموت ، فلا إرث في الطلاق قبل الدخول الحقيقي ولو كان ثلاثا لعدم العدة ولو بعد الخلوة ، لأنه وإن وجبت فيه العدة لكنها وجبت احتياطا لأجل المحافظة على النسب .

ولا أثر لطلاق المكره على الميراث من الجانبين لقيام الزوجية بعده حقيقة . وفي لبنان يجري العمل في المحاكم الجعفرية على مذهبهم السابق بيانه .

أما المحاكم السنية فإن قانون حقوق العائلة لم يعرض لهذه المسألة ويكون المرجع فيها مذهب الحنفية غير أنه يلاحظ أن هذا القانون نص في المادة ١٠٥ - على أن « الطلاق الواقع بالأكره غير معتبر » . فيرتفع بذلك اشتراط ألا يكون مكرها . فإذا أكره المريض على الطلاق البائن ثم مات فإن الزوجين يتوارثان لقيام الزوجية بينها لأنه لا اعتبار لهذا الطلاق بينما يمنع المذهب الحنفي التوارث من الجانبين بهذا الطلاق في العدة وبعدها لانتهاء سبب الأثر وعدم الفرار من الزوج .

الفصل الرابع

في الأناة في الطلاق

قدمنا أن الطلاق حق أثبته الشارع للزوج بما له من القوامة على الزوجة ، وكل حق ثبت لشخص له أن يتولاه بنفسه وأن ينيب عنه غيره إذا كان يقبل الأناة ، والطلاق مما يقبل الأناة فكما جاز له أن يوقعه جاز أن ينيب عنه غيره في إيقاعه سواء أكان ذلك الغير هو الزوجة أم شخصاً آخر .

وهذه الأناة نوعان :

توكيل : وهو أن يقيم الزوج غيره مقام نفسه في تطليق امرأته وهو لا يكون إلا لأجنبي سواء صدر بلفظ الوكالة أو غيرها كطلق امرأتي ، لأن المرأة لا تكون وكيلة في تطليق نفسها حيث إن الوكيل يعمل للغير ، أما المرأة التي تطلق نفسها فهي عاملة لنفسها ، فتوكيلها يكون تفويضاً لها أي تملكها الطلاق .

وتفويض : وهو تملك الغير الطلاق ، وهو يكون للزوجة بأي لفظ يفيد ولو كان بلفظ الوكالة ، ويكون للأجنبي إذا علق إناة على مشيئة ذلك الغير كقوله له : طلق امرأتي إن شئت .

ومن هنا عرف فقهاء الحنفية تفويض الطلاق : بأنه تمليك الزوج زوجته حق تطبيق نفسها أو تمليك غيرها هذا الحق بلفظ يفيد كإذا علقه على مشيئته

والفرق بين التفويض والتوكيل يظهر في أمور :

١ - أن الزوج المفوض لا يملك الرجوع بعد التفويض ، لأن تفويض الطلاق في معنى إنشاء طلاق معلق على إرادة المفوض إليه واختياره ، والمعلق من الطلاق كالمذبح لا يجوز الرجوع عنه ، فلو قال الزوج بعد التفويض : قد رجعت أو عزلتك لا يكون مانعا للمفوض إليه من إيقاع الطلاق ، أما الموكل فيملك الرجوع وعزل الوكيل بالقول قبل أن يوقع الطلاق ، وكذلك بالفعل بأن يخالط امرأته محالطة جنسية ، فإذا قال أو فعل ذلك بطل التوكيل .

٢ - أن التفويض لا يبطل حينئذ الزوج بخلاف التوكيل فإنه يبطل به حيث أن الوكيل يعمل لموكله ويتصرف فيما يملكه ، فإذا بطلت أهلية الموكل بطلت تصرفاته ، فلم يبق للوكيل سلطان يتصرف به .

٣ - أن التفويض يتقيد بالمجلس إذا كان مطلقا عن التقيد بوقت معين أو بعمومه في جميع الأوقات فإذا انتهى المجلس دون إيقاع الطلاق من المفوض إليه بطل التفويض . بخلاف التوكيل فإنه لا يتقيد بالمجلس ، فله أن يطلق في المجلس وبعده إلى أن يعزله الموكل إلا إذا قيده به .

٤ - إن التفويض يتم بعبارة المفوض ولا يحتاج إلى قبول من المفوض إليه ، أما التوكيل فلا بد لتأيمه من القبول من الوكيل .

ومن هنا قالوا : إن المفوض يعمل بمشيئة نفسه وعلى حسب اختياره لأنه يملك ما فوض فيه وله الخيار في الفعل وعدمه ، والوكيل يعمل بمشيئة الموكل وعلى حسب ما يراه موكله فهو مكلف أن يفعل ما وكل به وليس له

احتيار أن يفعل وأن لا يفعل بعد قبوله الوكالة ، وهو لا يكون ممثلاً إلا إذا فعل ما وكل به .

والملكية التي يفيدها التفويض ليست ملكية خالصة تنقل الحق من مالك إلى آخر ، لأنها لا تسلب الزوج حقه في التطليق ، بل لا تزال ملكيته قائمة بعد التفويض لأن ملك الطلاق حكم من أحكام الزواج وهو قائم فيبقى حقه في الطلاق قائماً ، فله بعد أن يفوض الطلاق إلى غيره أن يطلق زوجته فهو ليس تمليكا محضاً كسائر التمليكات الأخرى بل لا يزال فيه شبه بالتوكيل ، ولو قلنا إنه وسط بين التمليك والتوكيل أو أنه خليط منها لما بعدنا عن الحقيقة .

هذا هو مذهب الحنفية في التفويض ، أما الجعفرية فالمشهور عندهم أن تفويض الطلاق للمرأة يكون توكيلاً يجوز له الرجوع عنه ولا يتقيد بالمجلس ، فللمفوض إليه أن يطلق في مجلس التفويض وبعده في أي وقت ما دامت الزوجية قائمة ما لم يقيد بوقت معين كمدة شهر أو سنة فإنه يبطل بمضي ذلك الوقت المحدد .

صيغة التفويض :

أكثر ما يكون التفويض للمرأة ، وهو تمليك لشيء سواء كان بلفظ الوكالة أو بغيره كما قلنا .

وصيغة التفويض إما أن تصدر مطلقة عن التقييد أو مقيدة بوقت معين . كطلقي نفسك في مدة شهر من الآن ، أو مقترية بما يفيد التعميم . كطلقي نفسك متى شئت ، فإن كان مقيداً بوقت تقيد به ، فإذا مضى الوقت بطل التفويض فلا تملك تطليق نفسها بعد ذلك الوقت حتى ولو فوض إليها وكانت غائبة ولم تعلم بالتفويض إلا بعد انتهاء مدته ، وإن كان مقيداً بما يفيد الدوام شئت على الدوام . فلها أن تطلق نفسها في أي وقت ما دامت الزوجية قائمة

مالم ترده ، وإن كان مطلقاً عن التقييد بشيء منها تقيدها بحقها بالمجلس إذا كانت حاضرة ، وبمجلس علمها به إذا كانت غائبة ، فإذا انتهى المجلس انتهت معه ملكية المفوض إليه حق الطلاق ، وكذلك بردها إياه وإعراضها عنه ، لأن التفويض تمليك ، والتمليك يقتضي جواباً في المجلس كما في عقد الزواج ، ولأن المأثور عن الصحابة أنهم جعلوا الخيار للمخيرة مدة مجلسها ينتهي بانتهائه .

وقت التفويض

التفويض قد يكون بعد تمام عقد الزواج . وهذا صحيح إذا وقع ترقبت عليه آثاره بلا خلاف ، وقد يكون قبل العقد أو مقارناً له .

فإذا كان قبل العقد . كأن يقول الرجل للمرأة : إن تزوجتك فأمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت ثم تزوجها ، كان لها حق تطليق نفسها متى شاءت عند الحنفية ، لأنهم يجوزون تعليق الطلاق على الزواج ، وهذا التفويض تعليق للطلاق على الزواج ومشيتها الطلاق حيث لا فرق بين قول الرجل إن تزوجتك فأنت طالق وقوله : إن تزوجتك فأنت طالق إن شئت ، والجمهرية لم يصححوا هذا التفويض لأنهم لا يجوزون تعليق الطلاق .

وإذا كان مقارناً للعقد صح إذا صدر إيجاب عقد الزواج من المرأة مشروطاً بتفويض الطلاق إليها وقبل الزوج ذلك . كأن تقول المرأة للرجل : تزوجتك على أن أطلق نفسي متى شئت فيجيبها بقوله قبلت ، فيصبح العقد ويكون لها حق تطليق نفسها متى شاءت ، أما إذا بدأ الرجل بالإيجاب مشروطاً بتفويض الطلاق إلى المرأة . كأن يقول لها : تزوجتك على أن تطلقني نفسك متى شئت ، وتقول له قبلت . فإنه يصح العقد ويبطل التفويض ، لأنه فوض إليها الطلاق قبل أن يتم العقد فيكون قد ملكها طلاقاً لم يملكه بعد . بخلاف الصورة الأولى فإن قبول الرجل كان للزواج أولاً ثم للشرط المتضمن للتفويض ثانياً . فكان

التفويض واقما بمد تمام العقد وبتمام العقد يملك الطلاق فيقع تليكه لها صحيبعا .

والجعفرية لا يصححون هذا التفويض المقارن للعقد . بل قالوا إن اشراطه في العقد مفسد له باتفاق علمائهم (١) .

ألفاظ التفويض :

عد الحنفية للتفويض إذا كان للزوجة ألفاظا ثلاثة : طلقي نفسك وأمرك بيدك واختاري ، وهذه الألفاظ منها الصريح وهو اللفظ الأول ، والكناية وهي الثاني والثالث . والصريح لا يحتاج إلى نية لا من الزوج ولا من الزوجة عند إيقاعها الطلاق ، وأما الكناية فلا يثبت بها التفويض إلا مع النية أو ما يقوم مقامها من القرائن أو دلالة الحال ، وكذلك لا يقع بها الطلاق من المفوض إليه إلا بالنية أو ما يقوم مقامها ، لأن الطلاق الذي يصدر من الزوجة بمقتضى التفويض يقع به ما يوقمه الزوج ، لأنه ملكها ما يملكه باللفظ الذي أصدر منه لها .

ولهذا قرروا أنه يقع بالصريح طلقة واحدة رجمية إلا إذا كان قبل الدخول و كان التفويض في مقابلة مال فإنه يقع بائنا وإن كان مكتملا للثلاث وقعت به بيبونة كبرى .

ويقع بالكناية طلاقا بائنا لأنه لا يتم لها اختيارها لنفسها أو يكون أمرها بيدها إلا بالبينونة ، وإذا نوى به الثلاث وقع إذا كان بلفظ أمرك بيدك ، أما في اختاري فلا تصح نية الثلاث غير أنه يشترط في إيقاع الطلاق بلفظ اختاري أن يذكر الزوج أو المرأة أحد لفظين إما النفس أو الاختيار بأن يقول لها

(١) جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام ج ٥ ص ٣١٨ .

الزوج : اختاري نفسك أو يقول لها : اختاري فتقول : اخترت اختيارة ، لأن ذكر اختيارة يقوم مقام ذكر النفس ، وكذلك لو قالت اخترت أبي أو أمي أو أهلي فإنه يقوم مقام النفس فيقع به البائن ، أما إذا قال لها اختاري فقالت اخترت لا يقع به شيء .

ما يملكه المفوض إليه بالتفويض :

وليس لها أن تطلق نفسها بالتفويض إلا مرة واحدة إلا إذا صدر التفويض بصيغة تدل على التكرار . كأن يقول لها : طلقي نفسك كلما شئت ، أو قال لآخر طلق زوجتي كلما شئت (١) .

والجمعرية يذهبون إلى أنه لا يقع بالتفويض طلاق إلا إذا أوقعته الزوجة بلفظ « أنا طالق » بأي لفظ كان التفويض ، لأن الزوج عندهم لا يملك إيقاع الطلاق إلا بهده الصيغة كما سبق ويقع به طلاق رجعية واحدة إلا إذا كانت الزوجة غير مدخول بها أو كان التفويض في مقابلة مال أو كانت الروجة صغيرة لم تبلع أو كانت يائسة من المحيض فإن الطلاق يكون بائنا ، وإذا كان مكتملا للثلاث يقع به بينونة كبرى .

(١) فإذا طلقت نفسها ثلاث تطليقات بناء على الصيغة المفيدة للتكرار ثم تزوجت بزواج آخر وعادت إلى الزوج الأول فلا تملك تطليق نفسها لأنها تعود إليه بملك حديد وحل جديد ولا يبقى معه أثر للتفويض الذي كان في الملك الأول ، أما إذا طلقت واحدة أو اثنتين فزوجت بزواج آخر ثم عادت إلى الأول فالخلاف في مسألة الهدم يجري هنا . فالشيخان « أبو حميفة وأبو يوسف » يذهبان إلى أنها تملك ثلاثا لأن الزوج يملك عليها فيه ثلاثا لما هدم الزوج الثاني ما سبق ، ويذهب محمد بن الحسن إلى أنها لا تملك إلا بقية الثلاث ، لأن الزوج لا يملك عليها إلا ما بقي حيث إن الزوج الثاني لا يهدم الأقل من الثلاث .

ومذهب الشيخين هنا غير واضح لأن التفويض كان في الملك الأول وما دامت قد عادت إليه بملك جديد فلا أثر للتفويض فيه .

ما عليه العمل في مصر ولبنان :

أما في مصر فالعمل يسير على مقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وهو ينص في مادته الخامسة على أن « كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . »

ويعتضى هذه المادة يكون ما يملكه الزوج هو الطلاق الرجعي فيما عدا الصور المستثناة . فبتفويضه يملك الزوجة طلاقا رجعيا كذلك . فيقع بالتفويض بأي لفظ صريحا كان أو كناية طلقة واحدة رجعية نوى الزوج واحدة أو أكثر إلا إذا كان قبل الدخول أو في نظير عوض أو كان مكملا للثلاث . كما أنه لا يقع بالكناية طلاق إلا مع النية ولا تكفي القرينة أو دلالة الحال .

وأما في لبنان فالمعالم الجعفرية تسير على مقتضى مذهبهم . والمعالم السنية تسير على مذهب الحنفية ، لأن قانون حقوق العائلة لم يعرض لهذه المسألة وكل ما سكت عنه القانون يرجع فيه إلى مذهب الحنفية وقد عرفته .

الفصل الخامس

في الطلاق بعوض « الخلع »

وفيه مباحث

تمهيد : عرفنا أن الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت عند ما يوجد ما يقتضيه ، وأن الزوجة لا تملكه إلا بتملك الزوج بالتفويض لها ، فلها حينئذ أن توقعه على ما يقتضيه التفويض ، وأن هذا التفويض يعطيها ذلك الحق مع بقاء حق الزوج في إيقاعه .

كما عرفنا السر في جعل الطلاق بيد الزوج دون الزوجة ابتداء . وهو أن الزوج هو الملزم بالأعباء المالية كلها حق بعد الطلاق مع ما يمتاز به من قوة التحمل والأبادة في أموره ، وبناء على ذلك يستطيع الزوج التخلص من زوجته إذا ما ساءت العشرة وأصبحت الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق .

ولكن الشارع الحكيم لم يهمل جانب المرأة بل شرع لها طريقاً للخلاص من حياة زوجية لا تجد فيها راحتها واستقرارها ، فجعل لها أن تفتدي نفسها بما لا تدفعه لزوجها تعويضاً له عما دفعه إليها حتى لا يضار هو الآخر ، وهذا الافتداء هو المسمى بالخلع عند جمهور الفقهاء .

وكان ذلك من رحمة الله بها ، لأن الزوجة قد تبغض زوجها ولا تجسد في المقام معه ما كانت تنشده ، وتشتد كراهتها له بحيث تخشى ألا توفيه حقه أو تخرج عن الطريق المستقيم في معاملته وهي لا تملك الطلاق فأخرجها الشارع من هذا الحرج ، وشرع لها الاقتداء للتحلص من رابطة الزوجية على وجه لا رحمة فيه للزوج إلا برضاها (١) .

والقرآن الذي منع الأرواح من أن يأخذوا مما آتوا زوجاتهم شيئا عند الطلاق أباح الأخذ في هذه الحالة . جاء ذلك صريحا في قوله تعالى : « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكهن أن تأخذوا مما آتيتوهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » البقرة / ٢٢٩

فهذه الآية منعت الزوج أن يأخذ شيئا مما أعطاه للروجة نظير طلاقها إلا في حالة خوف الزوجين ألا يقيما حدود الله حيث رفع الجناح عنها فيما تدفعه الزوجة لزوجها من مال نظير طلاقها فلا إثم عليها فيما أعطت ولا إثم عليه فيما أخذ .

ثم جاء في السنة تطبيقا لذلك فيما رواه البخاري والنسائي عن ابن عباس : « أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله : إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله : « أتريدن عليه حديقته » ؟ قالت : نعم ، قال رسول الله : « أقبل الحديقة وطلقها

(١) وفي هذا يقول ابن رشد المالكي في بداية المتهتم - ص ٢٦

والعقده أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة حمل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل . فرك المرأة أمي كرها .

- تطليقة ، (١) قال العلماء : إن هذا أول خلع حدث في الإسلام ، وقد اتفق العلماء على شرعيته ولم يخالف في ذلك إلا بكر بن عبد الله المزني الشافعي ، وليس له سند صحيح إلا ما ظنه أن آية النساء وهي قوله تعالى : « فلا تأخذوا منه شيئاً تأخذونه بيهتاناً وإثماً مبيناً » ناسخة لآية البقرة ، ولعل أحداث الخلع لم تبلغه ، فيكون الخلع مشروعاً بالقرآن والسنة والأجماع .

لكن ينبغي ألا يكون الخلع إلا عند سبب يقتضيه لما رواه أصحاب السنن عن ثوبان قال قال رسول الله ﷺ : أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة ، (٢) .

وكما حذر المرأة من الافتداء من غير حاجة ، بغض الطلاق إلى الرجل بقوله : « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » ، وفوق ذلك يرشد القرآن الأزواج إلى مواضع جهلهم بالعاقبة في قوله سبحانه : « وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فمسى أن تكرهوهن شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً النساء - ١٩ .

المبحث الأول

في التعريف بالخلع وتكليفه الفقهي

الخلع بفتح الخاء مصدر قياسي خلع يستعمل في الأمور الحسية كخلع ثوبه

(١) قيل الأوطار ج ٦ ص ٢٠٩ . واسم هذه المرأة مختلف فيه فقيل اسمها حميلة ، وقيل زينب بنت عبد الله بن أبي بن سؤل : ومريد بقولها : إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين أنها لا تريد مفارقتة لسوء خلقه ولا نقصان في دينه بدليل ما جاء في إحدى الروايات : « لا أطيقه بغضا . ولكنني أكره الكفر في الإسلام ، أي كفران العشير والتقصير في حقه بسبب شدة البغض .

(٢) قيل الأوطار ج ٦ ص ١٨٧ .

خلعا أزاله عن بدنه ، وفي الأمور المعنوية كخلع الرجل امرأته خلعا إذا أزال زوجيتها، وخلعت المرأة زوجها مخالمة إذا افتدت منه .

والخلع بالضم مصدر سماعي^(١) يستعمل في الأمرين أيضاً لكن الخلاف في أنه حقيقة في إزالة الزوجية أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل وبالعكس « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » ، هذا وقد قال الفقهاء : إن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية ، والخلع بالضم في إزالة الزوجية ، وعرفه فقهاء الحنفية بأنه : إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو ما في معناه نظير عوض تلتزم به الزوجة .

وهذا التعريف يفيد أن الخلع عندهم لا يتحقق إلا إذا توفرت فيه الأمور الآتية :

١ - أن يكون ملك المتعة قائماً حتى يمكن إزالته . بقيام الزوجية حقيقة أو حكماً ، فإذا لم تكن قائمة لا يتحقق كما لا يكون في النكاح الفاسد خلع لأنه لا يفيد ملك المتعة .

٢ - أن يكون بلفظ الخلع أو ما في معناه كالإبراء والافتداء . كأن يقول لها : خالعتك على كذا أو بارأتك على كذا أي فارقتك على كذا، أو افتدي نفسك بكذا ، وتقول المرأة : قبلت ، ولو قال لها : طلقتك على مائة مثلاً لم يكن خلعا بل طلاقاً على مال^(٢) ، والخلع والطلاق على مال يختلفان في بعض

(١) وقيل أنه اسم مصدر لكن ينبغي أن يكون اسم مصدر الخلع المشتق من خالغ لا من خلع لأن اسم المصدر ما نقصت حروفه عن حروف فعله ولا يتحقق ذلك إلا في مصدر خالغ .

(٢) يقول الكيال بن الهمام في فتح القدير ج ٣ ص ٢٢٢ ، لفظ الخلع المقرون بالمال يكون خلعا ، وإن لم يقترن بالمال ، فإن نوى به الخلع انصرف البدل إلى المهر وكان خلعا ، وإن نوى به الطلاق كان طلاقاً بانثاء ولا يتوقف على قبول المرأة لأنه خال من المعارضة ، وإن لم ينسب به الطلاق لا يقع به شيء .

الأحكام فكان لا بد من التمييز بينها في الصيغة التي يقع بها كل منها^(١) .

٣ - أن يكون في نظير عوض من جهة الزوجة سواء كان مالا أو غير مال كما سيأتي تفصيله فإن ذكر العوض فالأمر ظاهر ، وإن لم يذكر بأن قال لها : خالعتك أو بارأتك فقط يرجع إلى نيته فإن نوى به الخلع وقع وانصرف البذل إلى مهرها وتوقف على قبولها ، وإن نوى به الطلاق كان طلاقا باننا بدون توقف على قبول الزوجة ، وإن لم ينو به شيئا ولم توجد قرينة تدل على إرادة أحدهما لا يقع به شيء^(٢) .

٤ - رضا الزوجة به إذا صدر من الزوج ، ورضا الزوج إذا صدر من الزوجة ، لأنه ليس إسقاطا محضا كما في الطلاق المجرد بل فيه معنى المعارضة وبخاصة من جهة المرأة ، فلو صدر من الزوج ولم تقبل الزوجة لا يقع به شيء ، وكذلك لو قالت المرأة خالعتي على مائة مثلا ولم يقبل الزوج .

حقيقة الخلع أو تكييفه الفقهي :

رأيت أن الخلع في حقيقته عقد بين الزوجين على خلاص المرأة من زوجيتها نظير بدل فهو طلاق يشترك فيه الزوجان ولا يتم من جانب واحد كالطلاق المجرد الذي يوقعه الزوج أو توقعه الزوجة بتفويض من الزوج لها :

(١) خالف الشافعية في التفرقة بينها فذهبوا إلى أن التفرقة في نظير العوض تكون خلما بأي لفظ كانت فالدار عندهم في تحقق الخلع على وجود العوض فإذا لم يوجد العوض لا يكون خلما ، ووافقهم الظاهرية في ذلك ، ووافقهم المالكية فيما إذا وقعت التفرقة بغير لفظ الخلع أو ما في معناه ، أما إذا كانت بلفظ الخلع فلا يشترط وجود العوض فيقع الخلع عندهم بهذا اللفظ مطلقا ذكر العوض أو لم يذكر .

(٢) وعلى ما عليه العمل في مصر من أن كل طلاق يقع رجعيا إلا ما نص القانون على أنه بائن يقع به إذا نوى الطلاق طلقة رجعية ، ولا عبارة بالقرائن على ما سار عليه القانون وهو مذهب الشافعية .

وقد عرفنا أن هذا الطلاق يعتبر يمينا سواء اوقعه الزوج أو الزوجة . فهل الطلاق الذي يشترك فيه الزوجان ولا يتم إلا بإرادتها محتمة يعتبر يمينا منها كذلك أو يختلف وضع كل منها عن الآخر ؟

يرى أبو يوسف ومحمد أنه يعتبر يمينا من الجانبين . أما أبو حنيفة فيرى - ورأيه الراجح في المذهب - أنه يعتبر يمينا من جانب الزوج لأن الزوج الذي يقول لزوجته خلعتك على مائة دينار يكون هذا القول منه تعليقا للطلاق على قبولها دفع المائة ، وكأنه قال لها : إن دفعت مائة دينار خلعتك ، والتعليق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء ، ولهذا يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج ، ويكون معاوضة من جهة المرأة ، لأنها بقبولها التزمت بما أوجبه الزوج في نظير افتداء نفسها وخلصها من قيود الزوجية ، وكأنها قالت رضيت أن اشترى عصمتي منك بهذا البدل غير أنها ليست معاوضة خالصة بل لها شبه بالتبرعات لأن المعاوضات الخالصة يكون كل من الدلين مالا أو شيئا يقوم بالمال ، وما يخلص للمرأة في نظير المال ليس إلا خلاص نفسها وهو ليس بمال ولا في حكم المال ، ولهذا يأخذ الخلع أحكام المعاوضات بالنسبة للزوجة .

وقد ابنى على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج الأحكام الآتية :

١ - إذا صدر إيجاب الخلع من جانب الزوج بأن قال لها : خالعتك على مائتي دينار فليس له أن يرجع عن هذا الإيجاب قبل قبول الزوجة ، لأن قوله في معنى تعليق الطلاق ، والطلاق المعلق كالمندجز لا يصح الرجوع عنه .

٢ - إنه لو قام من المجلس الذي أوجب الخلع فيه قبل قبول الزوجة لا يبطل إيجابه فلو قبلت في مجلسها بعد قيامه تم به الخلع لأنها مقيدة بمجلسها هي ، ولأن قيامه يعتبر رجوعا عن الإيجاب دلالة ، وإذا لم يملك الرجوع صراحة لا يملكه دلالة من باب أولى .

٣ - يجوز للزوج أن يعلق الخلع على أمر سيحدث في المستقبل أو يضيفه

إلى زمن مستقبل . كأن يقول لها : إن تزوجت عليك فقد حالمتك على كذا ، أو خالعتك على كذا غدا فقبلت عند تحقق الشرط أو محيء العدم تم الخلع ، أما إذا قبلت قبل تحقق الشرط أو محيء الوقت المضاف إليه يكون قبولها لعوا ، لأن التعليق بالشرط والأضافة إلى الوقت إيجاب عند وجود الشرط والوقت .

٤ - لا يجوز له أن يشترط الخيار لنفسه في الخلع . كأن يقول لها : خالعتك على كذا على أسي الخيار ثلاثة أيام ، لأن الخلع يمين من جابه والخيار لا يكون في الأيمان لأنه لا يملك الرجوع فيها ، أو أنه إسقاط من جابه والأسقاطات لا تقبل الخيار .

وابنى على اعتباره معاوضة من جاسب الزوجة الأحكام الآتية :

١ - أن الزوجة لو ابتدأت بالإيجاب في الخلع حاز لها أن ترجع عنه قبل قبول الزوج ، لأن الإيجاب في المعاوضات يصح فيه الرجوع قبل قبول الطرف الآخر .

٢ - إذا ابتدأت هي بالمخالعة تقيدت بالنظر إلى كل منها ، فلو قام أحدهما من المجلس قبل تمام الخلع بطل ، فإذا قامت قبل قبول الزوج بطل إيجابها ، لأن المجلس قد انتهى بقيامها حيث تبطل المعاوضات بتفرق المتعاقدين ، وكذلك يبطل إيجابها بقيامه قبل قبوله بهذا المعنى ، وإذا ابتدأ بالإيجاب كان عليها القبول في المجلس إن كانت حاضرة ، وفي مجلس علمها بالخلع إن كانت غائبة^(١) ، فلو قامت منه ثم قبلت لا يتم الخلع لأن هذا شأن المعاوضات .

٣ - لا يجوز لها أن تعلق الخلع على شرط أو تضيفه إلى زمن مستقبل ، لأن المعاوضات لا تقبل واحدا منها .

(١) أما إذا كانت هي المبتدئة فإنه لا يقف على ما وراء المجلس بأن كان الزوج غائبا حتى لو بلغه وقبل لا يصح . البدائع ج ٣ ص ١٤٥ .

٤ - يجوز لها أن تشتري لنفسها الخيار سواء كانت هي الموجبة . كانت قالت : اختلعت منك بكذا ولي الخيار ثلاثة أيام ، أو كانت قابلة : كأن قال لها : خالعتك على كذا . فقالت قبلت ولي الخيار ثلاثة أيام . وفي كلتا الحالتين لها أن ترفض الخلع في تلك المدة أو تقبله فيها فإن رفضته بطل الخلع ولا يلزمها البذل ، وإن قبلته فيها أو مضت المدة بدون قبول أو رفض تم الخلع ولزمها البذل عند الأمام^(١) . وكذلك لو شرط لها الخيار وقبلته . هذا ما يترتب على كون الخلع من جانبها معاوضة ، أو كونها تشبه التبرعات فيترتب عليها أنه لا بد أن تكون من أهل التبرعات بأن تكون بالغة غاقلة غير محجور عليها وسيأتي تفصيل ذلك .

تلك هي حقيقة الخلع عند الحنفية وهو ما يجري عليه العمل في مصر وفي المحاكم السنية في لبنان لعدم تعرض قانون حقوق العائلة للخلع إلا في كلمة عابرة في المادة - ١٣٠ .

أما المحاكم الجعفرية فتسير على المذهب الجعفري الذي يقرر أن الحلح إزالة قيد الزواج بفدية من الزوجة مع انفرادها بكرامتها لزوجها ، فإن كانت الكراهة من الجانبين فالفرقة بينها تسمى بالمباراة^(٢) .

فالخلع والمباراة حقيقتان تشتركان في الأثر المترتب عليها في أنه

(١) وهند الصاحبين الخيار باطل والطلاق واقع في الحال ويلزمها المال إن قبلت لأن الخلع من جانبها يمين لا معارضة واليمين لا يقبل الخيار ، لأن الخيار إنما شرع للفسخ والخلع لا يحتمل الفسخ لأنه طلاق عندها ، وجواب أبي حنيفة عن هذا أن يحمل الخيار على منع انعقاد العقد في حق الحكم فلم يكن العقد منعقداً في حق الحكم للحال بل هو موقوف في علمنا إلى وقت سقوط الخيار فحينئذ يعلم ، البدائع ج ٣ ص ١٤٥ .

(٢) ومثل المباراة في ذلك المفاصلة والأبانة فقوله : بأرأئك وفاسختك وأبتنتك سواء في الحكم راجع شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٩ وما بعدها ، وفقه الأمام جعفر ج ٦ ، وأصل الشيمة وأصولها ص ١٦٩ ومن لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٣٣٨ .

يقع بها طلاق بائن ، وفي أنه لا يصح تعليقها على الشرط ولا الأضافة إلى زمن مستقبل ، لأن كلا منها طلاق وهو لا يكون إلا منجزا عندهم ، وفي أنه لا بد من ذكر البدل فيها فإن لم يذكر لا يقع بهما خلع . ولكنها يختلفان في أن الخلع يترتب على كراهية الزوجة وحدها ، والمبارأة تترتب على كراهية كل من الزوجين للآخر ، وفي أنه يجوز للزوج أن يأخذ من الزوجة أكثر مما أعطاهما في الخلع ، وفي المبارأة لا يجوز له ذلك ، وفي أن وقوع الفرقة في المبارأة موقوف على التلفظ بلفظ الطلاق معها بالاتفاق . بأن يقول لها : بارأئك على كذا فأنت طالق ، فإن لم يذكر لفظ الطلاق لا يقع بها شيء ، أما في وقوعها في الخلع فيختلف في كونه شرطا ففي رأي أنه لا يقع ما لم يذكر معه لفظ الطلاق ، وفي آخر لا يشترط وهو المشهور .

هل يجوز الرجوع عندهم ؟

إذا صدر الأيجاب منه لا يصح له الرجوع عنه في كل من الخلع والمبارأة قبل قبول الزوجة ، ولا يبطل بقيامه من المجلس قبل قبولها ولكنه يبطل بقيامها منه ، أو إعراضها عنه ، وإذا بطل لا يترتب عليه أثر إلا إذا ذكر لفظ الطلاق معه فإنه يقع به الطلاق دون أن يلزمها البدل لأنه أصبح طلاقا مجردا بإعراضها عنه .

أما إذا صدر الأيجاب منها فلها الرجوع عنه قبل قبول الزوج لما فيه من معنى المفاوضة منها ، وإذا تم الخلع كان لازما بالنسبة للزوج ليس له أن يرجع عنه ابتداء ، وغير لازم بالنسبة لها فلها أن ترجع في البدل ما دامت في العدة (١) ، بشرط أن يعلم برجوعها قبل انقضاء عدتها، فإذا رجعت كان لزوجها

(١) فإن لم يكن لها عدة كنفه المدخول بها ، أو كان لها عدة ولكن كان طلاقها مكتملا للثلاث لا يجوز لها أن ترجع مما بدلته فقد الإمام جعفر ج ٦ ص ٢٦ ، ويظهر أن الشيخ مغنية قيد العدة بذلك لأنه يربح القول بأن الطلاق بعد الرجوع ينقلب رجعيا وفي الطلاق المكمل للثلاث لا يتصور كون الطلاق رجعيا .

أن يرجع في تطليقها بشرط ألا يكون تزوج بأختها أو برابعة ، فإذا رجعت
عادت زوجيته لها كما كانت ، وإن لم يرجع بقي الطلاق . ولكن هل يبقى
بائنا أو يصير رجعيا ؟ رأيان عندهم :

أولهما : يبقى بائنا لأنه حين وقع وقع بائنا فلا يتغير ببطلان العوض .

وثانيهما : أنه يتحول إلى طلاق رجعي لأن الأصل في الطلاق أن يكون
رجعيا ما لم يوجد ما يجعله بائنا كالعوض مثلا . وهنا وقع بائنا لوجود العوض
أولا ، فإذا بطل العوض عاد الطلاق إلى أصله وهو الرجعي .

المبحث الثاني

في الفرق بين الخلع والطلاق على مال

عرفنا مما سبق أن الخلع له ألفاظ خاصة يقع بها ليس لفظ الطلاق وحده
منها على المذهبين الحنفي والجمعي ، وأن المفارقة على عوض لا تقتصر على
الخلع بل قد تكون بلفظ الطلاق . فتنوعت تلك المفارقة إلى نوعين . خلع
وطلاق على مال . وهما يتفقان في بعض الأحكام ويختلفان في بعضها الآخر .
فيتفقان في أن الواقع بها طلاق بائن ، لأن المرأة إنما قبلت دفع البذل لتتخلص
من سلطان الزوج عليها ، وهذا لا يتحقق إلا بالطلاق البائن باتفاق الحنفية
والجمعية .

وفي أن قبول المرأة للبذل لا بد منه فيها ، لأن كلا منهما معاوضة في
جانبا ، والمعاوضة لا بد فيها من القبول . وبدون قبولها لا يتم واحد منهما .

ويتفقان أيضا عند أبي يوسف ومحمد والجمعية في أن كلا منهما لا يسقط حقا

من حقوق الزوجية إلا بالنص عليه ، و فرق أبو حنيفة بينهما حيث أسقط بالخلع كل حق ثابت لأحد الزوجين قبل الآخر وقت الخلع بسبب الزواج الذي وقع فيه الخلع . بخلاف الطلاق على مال فلا يسقط به أي حق منها إلا إذا نص عليه في الاتفاق لاختلاف مدلول كل من اللفظين في نظره . وهذا هو الفرق الأول بينهما .

وأما الفرق الثاني ففيما إذا بطل البدل فيها . كأن كان مالا غير متقوم في حق المسلم ولو كانت الزوجة كتابية ، فالحنفية يذهبون إلى بطلان البدل في الطلاق على مال يجعل الطلاق الواقع به رجعيا لأنه صريح والصريح يقع به الرجعي ، وبطلانه في الخلع لا يغير الطلاق بل يقع بائنا لأنه كناية والواقع بها بائن (١) .

والجعفرية يذهبون إلى أن بطلان البدل في الطلاق على مال يجعله طلاقا رجعيا . وإذا بطل البدل في الخلع فسد الخلع فلا يقع به شيء ، وبطل يقع به طلاق رجعي كما يقول الحلي في شرائع الإسلام .

ويظهر أن عدم وقوع شيء به إذا لم يذكر معه لفظ الطلاق على أحد الرأيين ، وإن وقوع الطلاق الرجعي به فيما إذا ذكر معه لفظ الطلاق على الرأي الآخر لأنهم متفقون على أن الخلع إذا لم يذكر معه البدل لا يقع به شيء .

(١) وإنما ترتب على بطلان البدل فيها هذا الأمر المختلف ، لأن الزوجة لما عينت البدل شيئا لا يصح أن يكون عوضا وقبلة الزوج لم تكن غاشة له ولا مفردة به فيقع الطلاق على كل حال ويلغو البدل ويعتبر كأن لم يكن وحينئذ يعمل كل من لفظي الخلع والطلاق الجردين عملهم ويثبت له حكمه فهذا صريح وذاك كناية .
ويلاحظ أن الممول به في مصر الآن أنه يقع في الحالتين طلاق رجعي . والممول به في المحاكم السنية بלבنان هو المذهب الحنفي الذي يفرق بينهما ولم يوجد تشريع يخالفه .

المبحث الثالث

في شروط الخلع

يشترط في الزوج أن يكون أهلا لأيقاع الطلاق . بأن يكون بالغا عاقلا . فكل من لا يصح طلاقه لا يصح منه الخلع ، لأن من جاز تطليقه بلا عوض جاز تطليقه بعوض بطريق الأولى ، فلا يصح الخلع من الصبي والمجنون والمعتوه . ومن اختل عقله بسبب المرض أو كبر السن ، ويشترط في المختلعة أن تكون محلا للطلاق وأهلا للتبرع إذا كانت هي الملتزمة ببدل الخلع بأن تكون بالغة عاقلة رشيدة^(١) غير محجور عليها ، لأن الخلع بالنسبة إليها معاوضة فيها شبه بالتبرعات ، وأن تكون راضية غير مكرهة عليه عالمة بمعنى الخلع فإن كانت غير عربية ولقنها زوجها بالعربية كلمات : اختلعت منك بالمهر ونفقة الصدة فقالت هذه الكلمات وهي لا تعرف معناها وقبل الزوج طلقت طلاقا بائنا ولا شيء له من البدل .

وزاد الجعفرية على ذلك أن تكون طاهرا طهرا لم يجامعها فيه إذا كانت مدخولا بها غير يائسة وكان حاضرا معها وأن تتحقق الكراهة منها .

خلع من لم تتوافر فيها الشروط لعدم الأهلية أو نقصانها أو الحجر عليها للسهة أو الأكره ، لكل واحدة من هؤلاء أحكام خاصة ، وإليك بيانها :

(١) يلاحظ أن الرشد هنا يرتبط بسن الزوجة في نظر القانون المعمول به ، فإذا كانت يعتبره إحدى وعشرين سنة كما في مصر يكون خلع الروجة قبل بلوغها تلك السن خلع غير الرشيدة فلا يلزم المال ويكون الطلاق رجعيا ، وكذلك إذا بلغت هذه السن وكان محجورا عليها للسهة ، وفي لبنان يجعل سن الرشد ثمانين عشرة سنة فخلع المرأة قبلها يكون خلع غير الرشيدة لا يلزم فيه المال .

خلع عديمة الأهلية كالصغيرة غير الميزة والمجنونة .

إذا تولت الخلع بنفسها فالخلع باطل لا يترتب عليه أي أثر ، لأنه علق خلعا على قبولها . وهو غير معتبر فلم يتحقق الشرط الذي علق عليه الطلاق ، أما إذا تولى أبوها الاتفاق مع الزوج على خلعا أو طلاقها في نظير مال التزم به فيقع الطلاق بائنا في الحالتين ، لأن الزوج علقه على قبول الأب وقبوله معتبر هنا ، ويلزمه المال للزوج ، ولا يسقط بهذا الخلع شيء من حقوق الزوجة التي تسقط بالخلع عند أبي حنيفة .

أما إذا قبل الأب الخلع أو الطلاق على مال ولكنه لم يلتزم دفع البدل من مال نفسه بل أضافه في قبوله إلى مال ابنته وقع الطلاق في الخلع بائنا وفي الطلاق على مال رجعي ، لأنه علق على قبوله وقبوله معتبر على أصح الروايتين عند الحنفية (١) ولا يلزم المال لا الأب لأنه لم يلتزم به ولا الصغيرة لأن الأب أضافه إلى مال لا يملك التبرع منه

ويرى الجمهور أن خلع عديمة الأهلية فاسد لا يقع فيه شيء لأن القبول ركن ولم يوجد إلا إذا أتبعه بلفظ الطلاق فإنه يقع به طلاق رجعي في المدخول بها وبائنا في غير المدخول بها والمكمل للثلاث إذا تحققت شروط وقوع الطلاق . كما يصححون خلع الولي إذا التزم بالمال ، وإن لم يلتزم به فلا يقع به شيء .

خلع ناقصة الأهلية كالصغيرة الميزة :

إذا تولت الخلع بنفسها وهي تفهم معنى الخلع وآثاره وقبلت ذلك وقع

(١) وفي الرواية الأخرى لا يقع الطلاق لأن الزوج طلق في نظير استمقانه البدل فكان معلقا على هذا الاستحقاق وهو لم يستحق شيئا فتح القدير ج ٣ ص ٣١٨ . وأجيب عن ذلك بأنه حين يعلم أنها ليست أهلا للتبرع فيكون التعليق على مجرد قبولها . وإن كان يحل ذلك فلا عذر بالجهل بالأحكام .

عليها طلاق بائن ، لأنه عاقه على قبولها وما دامت مميزة فقبولها معتبر في حق وقوع الطلاق وإنما وقع بائنا لأنه كناية والكنائيات يقع بها البائن .

ولذلك قالوا : إذا طلقها على مال وقبلت وقع به رجعيًا إن كانت مدخولاً بها ولم يكن مكملًا للثلاث لكونه صريحاً ، ولا يلزمها البذل في الحالين لأنها ليست من أهل التبرع . ومثلها في ذلك السفية المحجور عليها يصح خلعها ويقع عليها الطلاق ولا يلزمها المال . وإذا تولى الخلع أبو الصغيرة المميزة (١) أو القيم على المحجور عليها فتحكمه على التفصيل السابق في عديمة الأهلية .

ويذهب الجعفرية إلى أن خلع ناقصة الأهلية غير صحيح ، لأن البذل شرط في صحة الخلع ولم يصح منها ، لأنها ليست أهلاً للتبرع فلا يقع به شيء إلا إذا أتبع الخلع بلفظ الطلاق فإنه يقع به الطلاق إذا تحققت شروطه ، وكذلك السفية إلا إذا أذن لها به القيم فإنه يصح إذا كان ذلك في مصلحتها وتحققت الكراهة منها .

وإذا خالع عنها الولي صح ويلزمه البذل إذا التزمه ويكون في مالها إذا ثبتت كراهتها للزوج وكان لها مصلحة في الخلع .

خلع المكره

إذا أكرهت الزوجة على الخلع لا يلزمها المال ، لأن الالتزام بالمال مع الأكره غير صحيح بالاتفاق ، أما الطلاق فيقع عليها لأنه علق على مجرد قبولها وقد وجد منها القبول ويقع به طلاق بائن عند الحنفية .

(١) وما يجب التنبية عليه هنا أنه لا يجوز للولي أن يتولى الخلع عن الزوج الصغير . فلو فعل لا يقع به طلاق ولا يلزم المال ، لأن الخلع من جانب الزوج يمين كما قدمنا والأبواب لا تجري فيها النيابة ولأنه لا يملك أن يطلق عنه .

أما الجعفرية فيذهبون إلى أن خلع المكرمة باطل لأن من شروط الخلع أن تكون كارمة لزوجها ، ولا يتصور إكراهها على الخلع مع كراهتها لزوجها .

خلع الأجنبي

إذا باشر الخلع أجنبي ليس وكيلا عن الزوجة ولا ولاية له عليها فإن أضاف البدل إلى نفسه بحيث يفهم منه التزامه به . كأن يقول للزوج : أخلع زوجتك على مائة دينار من مالي مع الخلع ووقع به الطلاق وكان البدل على ذلك الملتزم ، وإن لم يضفه إلى نفسه فإن أضافه إلى غيره بأن قال : أخلمها على كذا يلتزم به فلان فإنه يتوقف على إجازة من أضافه إليه . فإن أجازته صح الخلع ووقع الطلاق ولزمه المال ولا دخل للزوجة في هاتين الحالتين فلا يشترط رضاها ، لأنه يشترط عند ما تكون هي الملتزمة بالبدل ، والطلاق من الحقوق التي يستقل بها الزوج ، وإن لم يضف البدل إلى أحد توقف الخلع على قبول الزوجة لأنها الأصل في الخلع ، فإن قبلت صح ولزمها البدل ، وإذا لم تقبل لم يلزمها المال ، أما الطلاق ففيه رأيان في المذهب الحنفي . وذهب الجعفرية إلى أن خلع الأجنبي غير صحيح ، لأن الآية أضافت الافتداء إلى الزوجة وهو حكم كالمستثنى من الأصل ودليله قاصر عليه فيبقى ما عداه على الأصل فيكون خلع الأجنبي من غير دليل شرعي فلا يصح .

خلع المريضة مرض الموت

إذا خالع الزوج زوجته وهي مريضة مرض الموت كان خلمه صحيحا بقى به الطلاق البائن ويثبت به البدل ، وكذلك لو طلقها على مال وقبلت . غير أن هذا البدل لما كان شبيها بالتبرع وهو في هذه الحالة يأخذت حكم الوصية لتعلق حق الورثة والدائنين بالتركة من أول المرض الذي كان سببا للموت فلا ينفذ إلا في حدود ثلث التركة ، لأنها لا تملك التبرع بأكثر من الثلث ، فإن ماتت الزوجة في مرضها أثناء عدتها ، فالحنفية يجوبون للزوج الأقل من أمور ثلاثة :

بدل الخلع . وثالث التركة . ونصيبه من الميراث ، لو افترض بقاء الزوجية وورثها بالفعل ، وإنما وجب له أقل هذه الأمور الثلاثة احتياطاً ومحافظة على حقوق ورثتها لاحتمال أن يكون الزوجان قد اتفقا على الخلع في هذا المرض ليحصل الزوج على أكثر من نصيبه في الميراث (١) لو بقيت زوجيته إلى وقت وفاتها ، وفي هذه الحالة لا يجوز لها أن تحاييه بطريق التبرع لأنه وصية وهي لا تجوز للوارث عند الجمهور ولا تنفذ عند الحنفية إلا بإجازة باقي الورثة . أو يحصل على أكثر مما يمكن لها أن تعطيه له بطريق الوصية لو كان غير وارث بأن انقطعت الزوجية قبل وفاتها لتوقف نفاذ الوصية بما زاد على الثلث على إجازة باقي الورثة . فلو وجب كل البديل لأمكن أن يأخذ أكثر مما يستحقه بطريق الميراث لو كان وارثاً ومن ثلث التركة بطريق الوصية لو لم يكن وارثاً . فمعاملة لهما بنقيض مقصودهما وجب له أقل هذه الأمور الثلاثة ، وإن ماتت في مرضها بعد انقضاء عدها يجب له الأقل من بدل الخلع ومن ثلث تركتها لأن احتمال الأثر منتف في هذه الحالة لانقطاع كل آثار الزوجية التي هي سبب الميراث ، ولم يبق إلا احتمال محاباته بأكثر مما يستحق بطريق الوصية وهو الثلث ، وإن ماتت بعد أن شفيت من مرضها الذي حصل فيه الخلع استحق الزوج الخالع بدل الخلع كله لظهور أن الخلع تم في حالة الصحة .

هذا هو مذهب الحنفية وعليه يجري العمل في المحاكم السنية في لبنان حيث إن قانون حقوق العائلة لم يعرض لهذه المسألة .

• قد كان العمل بالمحاكم المصرية يجري عليه إلى أن صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الذي أجاز الوصية أو ما في حكمها للوارث كالأجنبي في حدود ثلث التركة بدون توقف على إجازة باقي الورثة أصبح للزوج الخالع لزوجته في مرض موتها يستحق الأقل من بدل الخلع ومن ثلث التركة

(١) ونصيبه في الميراث لا يخرج عن نصف التركة أو رهما حسب وجود الولد للزوجة وعدمه .

ولو زاد على نصيبه في الميراث سواء توفيت الزوجة أثناء عدته وبعد انقضائها، لأنه لا اعتبار لما يستحقه من الميراث حينئذ لما جازت له الزوجة إن كان وراثاً بثلك التركة .

أما المذهب الجعفري الذي تسيّر عليه المحاكم الجعفرية فيصحح حرج مريضه مرض الموت وكان للزوج البدل وينفذ من أصل التركة إذا كان لا يزيد على مهر مثلها ، فإن زاد لا تنفذ الزيادة إلا إذا خرجت من ثلث التركة^(١) بناء على أنهم يميزون الرصية للوارث كالأجنبي بلا فرق بينهما ، وإن برئت الزوجة من مرضها الذي وقع الخلع فيه لزمها جميع البدل لأنه ظهر أنه خلع الصحيحة

المبحث الرابع

في بدل الخلع وشروطه

تحت هذا العنوان تتكلم عن أمور ثلاثة :

- أولها : ما يصح أن يكون بدلا للخلع وما يشترط فيه .
- ثانيها : هل يشترط أن يكون مذكوراً في المخالعة ؟ .
- ثالثها : حكم أخذ الزوج لذلك البدل في الأحوال المختلفة .

ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه

كل ما صح أن يكون مهراً صح أن يكون بدلا في الخلع ولا تقديريه

(١) فقه الإمام حمفر للشيخ محمد جواد مغنية ج ٦ ص ٢٤ . ويمقب على ذلك بقوله : قال صاحب المسالك « هذا هو المشهور بين الفقهاء والمعول به بينهم » وقال صاحب الشرائع « وهو أشبه بأصول المذهب وقواعده » .

باتفاق الحنفية والجعفرية ، فيصح أن يكون من النكدين أو المقار أو المنقول ، كما يصح أن يكون ديناً في ذمة الزوج ، أو منفعة تقوم بالمال ، كما يصح أن يكون الخلع على إرضاع ولدها منه مدة معينة ، أو على حضائه المدة المقررة لها دون أن تأخذ منه نفقة عليها ، أو على أن تقوم بالإنفاق عليه مدة معينة وعليها الوفاء بذلك ، فإن امتنعت عن القيام بما التزمته أو عجزت عن الوفاء به ، أو خرجت عن أهلية الحضانة ، أو مات الطفل قبل انتهاء مدة الرضاعة أو الحضانة المتفق عليها كان لمن خالها الرجوع عليها بما يقابل المدة الباقية ، لكنها تدفعه إليه أفساطاً ، كما كان يستحق عليها لو وفيت به المدة كلها .

كما أن له الرجوع على ورثتها لو ماتت قبل الوفاء بما التزمته إلا إذا شرطت عليه ألا يرحع عليها بشيء إذا مات الولد أثناء مدة الرضاعة أو الحضانة ، وإذا كانت الزوجة التي خالمت على نفقة ولدها معسرة لا تستطيع الأنفاق جاز لها أن تطالب الزوج بالأنفاق من ماله ، ويجبر على إجابة طلبها ، وكان ذلك ديناً عليها إذا أيسرت ، لأن النفقة حق الولد ، وهي في الأصل واجبة على الأب ، ولكنها انتقلت إلى الأم لما جعلتها بدلاً في خلعها ، فإذا عجزت قام الأب مقامها إحياء للولد من الهلاك وليس في ذلك ضرر به لأنه سيرجع عليها بالنفقة عند ميستها .

الشروط

يشترط في بدل الخلع إذا كان مالا : أن يكون متقوماً ، فإذا كان غير متقوم لم يلزم الزوجة شيء ويقع الطلاق البائن عند الحنفية .

وعند الجعفرية يفسد الخلع ولا يقع به شيء . وقيل يقع به طلاق رجعي إن أعقبه بلفظ الطلاق ، وكذلك يشترط فيه : ألا يكون محمولاً جهالة فاحشة ، فإن كان بطل الخلع عند الجعفرية ، لأن الخلع معاوضة وجهالة البدل يفسدها .

وصح عند الحنفية وانصرف البدل إلى مهرها^(١) إذا لم يمكن تقديره ، فإن
 أمكن وحب المذكور في العقد ، وهذا نظير ما لم يذكر بدلا واللفظ ينبيء عن
 إيجاب البدل وسيأتي بيانه ، ووجهه أن الخلع طلاق . وفي الطلاق معنى الأسقاط ،
 لأنه يؤدي إلى إسقاط حق الرواج في المتعة والأسقاطات يدخلها المساحة ، كما
 يشترط في بدل الخلع ألا يكون فيه عدوان على حق الشارع أو على حق الغير ،
 فإن كان فيه ذلك وحب البدل في حدود ما لا يتضمن العدوان .

فلو خالها على ألا نفقة لها ولا سكنى صح البدل في النفقة دون السكنى ،
 لأنها حق الشارع عند الحنفية ، والجمعوية لما لم يوجبوا لها السكنى فذكرها
 عندهم وعدم ذكرها سواء ، ولو خالها على أن تبقى حضانتها للصغير إلى وقت
 بلوغه لم يصح البدل إلا إلى آخر مدة الحضانة المقررة شرعاً وبطل في الباقي ،
 لأن الصغير بعد فترة الحضانة محتاج إلى التربية والتعليم والتعلق بأخلاق الرجال
 وبقاؤه في حضانه أمه إلى وقت البلوغ عدوان ضار به يجب رفعه شرعاً .

ولهذا قرر فقهاء الحنفية أن الخلع إذا وقع على حضانة الصغيرة إلى البلوغ صح
 البدل في المدة كلها ، وعللوا ذلك بأن بقاءها في حضانة أمها بعد سن الحضانة

(١) فإذا خالته على مال غير معين عند الحنفية كان ذلك على ثلاثة أوجه :

١ - ألا تذكر مالا أصلا ولكن تذكر عبارة تحتل المال وعدمه ، كما إذا قالت : خالني
 على ما في يدي أو ما في بيتي ، فإنه يحتمل أن يكون فيه شيء وأن لا يكون . وحكمه أن
 الخلع يصح فإن وجد شيء أحده وإلا فلا شيء له .

٢ - أن تذكر مالا ليس موجوداً في الحال ولكنه يوجد بعد ، كما إذا قالت له : خالني
 على ما تنتجه نخيلي من ثمر هذا العام ، وحكمه أنه يصح الخلع وينصرف البدل إلى المهر سواء
 وجد الثمر أم لم يوجد .

٣ - أو تذكر مالا محمولا ولكنه موجود في الحال ، كما إذا قالت له : خالني على المتاع
 الموجود في الدار ، أو الثمر الموجود على النخل أو ما في بطن هذه الناقة مثلا ، وحكمه أنه
 يصح الخلع وإن وجد شيء مما سميت كان للزوج وإن لم يوجد انصرف البدل إلى المهر .

المقررة شرعاً لا يضر بها لأنها محتاجة إلى أن تعرف آداب النساء وتتعلم شؤونهن وتتخلق بأخلاقهن ، والنساء أقدر على ذلك من الرجال (١) .

هل يشترط أن يكون بدل الخلع المذكوراً ؟

لا خلاف في المذهب الحنفي في أنه لا يشترط فيه أن يكون المذكوراً . حتى إن الكاسائي في بدائمه (٢) يقرر في صراحة أن الخلع نوعان . خلع بعوض وخلع بغير عوض ، لكنه عند الإطلاق ينصرف إلى الخلع بعوض فهو حقيقة عرفية شرعية ، فلو قال لأجنبي : اخلع امرأتني فخلعها بدون عوض لم يصح ، والمسألة فيها التفصيل الآتي :

صيغة الخالعة لا تخلو . إما أن يذكر فيها البدل أولاً ، وعند عدم ذكره ، إما أن تكون الصيغة منبئة عن وجوبه أولاً ، فإذا ذكر البدل فلا كلام في وجوبه . كأن يقول لها : خالعتك على كذا وقبلت ذلك ، ولا يحتاج إيقاع الطلاق فيه إلى نية ، وإذا لم يذكر البدل ولكن الصيغة تنبئ عن وجوب مال على الزوجة في نظيره كما لو قال لها : خالعتني ، أو اختلعتني أو افتدي نفسك مني وما تشاكل ذلك ، وفي هذه الحالة يجب البدل وينصرف إلى مهرها ، فإن لم تكن قبضته سقط حقها فيه ، وإن كانت قبضته كله أو بعضه وجب عليها رد ما أخذته ويقع به الطلاق البائن إذا قبلته المرأة ، لأنها لا تقبل دفع العوض إلا لتبين من زوجها ، فإن لم تقبله لا يقع به شيء لأنه معاوضة لا بد فيها من القبول . أما إذا لم يذكر البدل ولم تكن الصيغة منبئة عن وجوبه ، كما إذا قال لها :

(١) ونحن نقول لهم في هذا الفرق : لو كان صحيحاً في نظر الشارع لعمد س الحضانة في الصغيرة من أول الأمر إلى سن البلوغ وحيث لم يفعل فلا يجوز لنا أن نفرق بينها ، ولأن البنت بعد سن الحضانة محتاجة إلى صيانتها والحماطة عليها . والأب أندر على ذلك من الأم فتعارضت المصلحتان فترجح أقواهما ولا أضل إلا أن الثانية أرجح مما قالوه .

(٢) ج ٣ ص ١٤٤ .

حلمتك بصيفة الماضي فيقع به الطلاق البائن بمجرد النطق إذا بوى به الطلاق لأنه كناية ولا يتوقف على قبولها ولا يلزمها بدل ، وإذا لم ينوبه شيئاً لا يقع به طلاق .

هذا إذا صدرت تلك الصيغة من الزوج ، أما إذا صدرت من المرأة أولاً : فلا بد لوقوع الطلاق بها من قبول الزوج . فإذا قبل لزم البدل وانصرف إلى مهرها ، فإذا لم يقبل لا يقع بها شيء لأن المرأة لا تملك الطلاق .

أخذ الزوج البدل ومتى يحل والمقدار الذي يحل أخذه ؟

عرفنا أن الخلع مشروع عندما يقع النزاع بين الزوجين المؤدي إلى الشقاق بينها الذي يخافا معه ألا يقيما حدود الله كما هو صريح القرآن .

لكن هذا الشقاق قد يكون المتسبب فيه الزوج وحده ، وقد يكون سببه من قبل الزوجة ، وقد يكون منها معاً ، وحل أخذ البدل يختلف باختلاف هذه الأحوال ، فإن كان من قبل الزوج فلا يحل له أخذ شيء من الزوجة في نظير فراقها لقوله تعالى: « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ، أتأخذونه بهتانا وإثماً مبيناً ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض ، وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً ، النساء ٢٠ ، ٢١ .

فهذا النص الكريم ينهي الزوج عن أخذ شيء مما أعطاه للزوجة عند إرادة الاستبدال ، وهذا طبعاً لا يكون إلا عندما تكون الكراهة منه وحده ، وأكد النهي بما جاء في آخره « أتأخذونه بهتانا وإثماً مبيناً » ، وقوله تعالى : « ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » ، فإنه نهى الأزواج عن عضل الزوجات بالحق الأذى بهن ليكون وسيلة إلى أخذ بعض المهر ، لكنه استثنى حالة الأتيان بفاحشة مبينة - التي فسرت بالزنا أو بالنشوز - فأباح فيها الأخذ ، وهذا يقتضي أن الأخذ عند عدم السبب منها حرام .

وهنا يقرر جمهور الفقهاء ، أن هذا هو حكم الديانة بينه وبين الله المعبر عنه بالحل والحرمه ، أما في القضاء فيجوز له الأخذ بناء على حكم القاضي به (١) . لأن الزوج أسقط حقه في نظير عوض رضى به الزوجة وهو من أهل الأسقاط وهي من أهل المعاوضة ، أما إذا كان السبب من قبلها وحدها أو اشتراكا فيه فيحل له أخذ البديل ، لقوله تعالى : «ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا ، إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ، البقرة - ٢٣٠ .

فهذه الآية نفت الجناح عن الزوج في أخذ الفداء ، وعن الزوجة في الأعطاء في حالة خوفها ألا يقيما حدود الله ، وهذا الخوف يكون عندما تكون الكراهة من المرأة وحدها ، أو منها معاً .

وإذا حل له البديل في هذه الحالة . فهل يتقيد بمقدار المهر أو تجوز الزيادة ؟ في المذهب الحنفي روايتان :

أولاهما : أن أخذ الزيادة جائز لا شيء فيه لأطلاق الآية السابقة «فلا جناح عليهما فيما اقتدت به ، فإنها رفعت الجناح عنها في الأخذ والعطاء من الفداء من غير فصل بين ما إذا كان المعطى مساويا للمهر أو زائداً عليه ، ولأن الخلع معاوضة ، والبديل فيها يرجع إلى تراضى الطرفين ، وحينما أعطت الزيادة أعطتها من مالها بطيب من نفسها . وقد قال تعالى : « فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » .

(١) حواز الأخذ قضاء في هذه الحالة إذا لم يعضلها بأن أساء عسرتها ليحملها على الاقتداء فان فعل ذلك لم يجر له الأخذ لصريح النهي عنه ، « ولا تمصلون لتذميرنا ببعض ما آتيتموهن » وإن صح الخلع عند الحنفية ، وخالفهم الشافعية والمالكية والحنابلة والهمفريه حيث قرروا : أن الخلع باطل في هذه الحال للآية السابقة ، فلا يجوز له أخذ البديل ويقع بالخلع طلاق رجعي عند من يعتبر الخلع طلاقاً لا فسخاً .

وثانيتها : أن أخذ الزيادة مكروه للآية السابقة ، فإن قوله تعالى : « ولا جناح عليها فيما افتدت به » رفع الجناح عنها فيما افتدت به من المهر ، لأن آخر الآية مردود إلى أولها ، وأول الآية ينهى الأزواج عن أن يأخذوا من الزوجات شيئاً مما أتوهن من المهور ، واستثنى منه الأخذ في حالة خوفها ترك إقامة حدود الله . فكان المراد من قوله فيما افتدت به أي مما آتاها ، ويؤيد ذلك ما جاء في حديث قصة امرأة ثابت بن قيس بن شماس أن رسول الله قال لها : «أتردين عليه حديثه » فقالت : نعم وزيادة ، قال : « أما الزيادة فلا » ، نهى عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها ، وقد عرضت الزيادة بطيب من نفسها .

هذا هو مذهب الحنفية ، أما الجعفرية فقالوا : إذ كانت الحياة ملتزمة بين الزوجين ، أو كانت الكراهة من قبل الزوج وحده ، فبذلت له المال ليخلعها ، لا يصح الخلع ولا يحل البدل للزوج ، وعند وقوع النزاع بينها واضطراب الحال يجوز الخلع على بدل تدفعه الزوجة ، لكن إذا كانت الكراهة من جانبها جاز له أن يخلعها على أكثر مما أعطاه من المهر ، وإن كانت معها معاً لا يجوز له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه ، وفي المبرأة لا يجوز أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه مطلقاً ، لأنها في الغالب لا تكون إلا إذا كانت الكراهة منها معاً .

وقانون حقوق العائلة صرح « بأن المخالعة تجرى إذا كان سبب الشقاق من الزوجة ويكون الخلع على تمام المهر أو على قسم منه » م ١٣٠ .

المبحث الخامس

في أحكام الخلع

يترتب على الخلع آثار بعضها متفق عليه وبعضها يختلف فيه :

فاتفقوا على ما يلي :

- ١ - أنه يقع به طلاق بائن باتفاق الحنفية والجمعية .
- ٢ - أنه لا يتوقف على قضاء القاضي ككل طلاق يقع من الزوج .
- ٣ - أنه لا يبطل بالشروط الفاسدة . كان تشترط أن تكون لها حضانة الطفل ولو تزوجت بغير ذي رحم محرم منه ، أو أن تسقط حضانتها له . فالشرط يبطل وحده ويصح الخلع .
- ٤ - يجب به ما اتفقا عليه من البذل قليلا كان أو كثيراً ، ولا يسقط به شيء من الديون أو الحقوق التي لأحد الزوجين على الآخر مما لا يرتبط بعقد الزواج كتمن مبيع أو ودیعة وغيرها .

واختلفوا في الحقوق التي ترتبط بالزواج ولم تذكر في الخلع ضمن الاتفاق . فأبو حنيفة يسقط به كل حق ثابت بالفعل^(١) لكل من الزوجين على الآخر . كالمهر والنفقة المتجمدة للزوجة سواء أكان الخلع بهذا اللفظ أو كان بلفظ المبارأة . لأن المقصود بالخلع قطع الخصومة والمنازعة بين الزوجين ، وهذا لا يتحقق إلا بإسقاط كل حق يتعلق بالزواج ، فليس للزوجة أن تطالب بمهرها الذي لم تقبضه ، ولا بالنفقة المتجمدة لها ، وليس للزوج أن يطالبها بالمهر الذي قبضته إلا إذا كان الخلع واقعاً عليه .

وذهب محمد والجمعية إلى أنه لا يسقط به أي حق ولا يجب به إلا ما

(١) أما ما لم يثبت كنفقة العدة والسكنى فلا تسقط الخلع بالاتفاق ، ومثل ذلك حق الطفل في الحضانة وأجرة الرضاع ، وليلاحظ أن الحقوق التي تسقط هي الحقوق المتعلقة بالزواج الذي وقع فيه الخلع ، فلو كان لأحدهما حق متعلق بزواج سابق فلا يسقط ، فلو طلقها مائناً وكان عليه بقية المهر ثم تزوجها من جديد وخالها فإنه لا يسقط بهذا الخلع ما كان من المهر بالزواج الأول .

اتفقا عليه بأي لفظ وقع ، لأن الخلع شبيه بالمعاوضة فلا يجب به إلا ما شرط .
ولأن كلا من لفظي الخلع والمبارأة ليس صريحاً في الدلالة على سقوط تلك
الحقوق فلها بعد الخلع أن تطالب بالمهر إن لم تكن قبضته ، وبنفقتها المتجمدة
وغير ذلك .

وأبو يوسف يفرق بين ما إذا وقع الخلع بلفظ الخلع ، وبين ما إذا وقع
بلفظ المبارأة ، ففي الأول لا يجب إلا ما اتفقا عليه ، وفي الثاني يسقط به كل
الحقوق المتعلقة بالزوجية مع ما اتفقا عليه ، فهو في الأول مع محمد وفي الثاني مع
أبي حنيفة .

ووجه التفرقة : أن المبارأة صريحة في إبراء كل من الزوجين صاحبه . وهي
لم تقيد بشيء دون غيره فتحمل على الأبراء من كل ما يتعلق بالزواج ، أما لفظ
الخلع وما اشتق منه فلا يدل على هذا المعنى فيقتصر فيه على ما اتفقا عليه .

وما يجب ملاحظته هنا أن العمل يجري بمصر على الراجح من مذهب الحنفية
وهو هنا مذهب الإمام ، وهو أن الخلع يسقط كل حق لأحد الزوجين على الآخر ،
ولا يستثنى من ذلك إلا النفقة المتجمدة للزوجة ، فإنها لا تسقط بالخلع ، لأن
القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ اعتبر دين النفقة ديناً صحيحاً في ذمة الزوج من
وقت امتناعه عن الأنفاق لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء في مادته الأولى ،
ونصها « تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً في ذمته من
وقت امتناع الزوج عن الأنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منها ،
ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء » .

الباب الثاني

في التفريق بين الزوجين بواسطة القضاء

وفيه فصول

تمهيد : قدمنا أن الطلاق حق للزوج لمعان شرحناها في غير موضع ، وأنه يملك إيقاعه بنفسه أو ينيب عنه غيره بتوكيل أو تفويض، وأن الشارع الحكيم راعى جانب الزوجة ، فشرع لها الافتداء بالمال إذا كرهت زواجها ، وملاً البغض قلبها ، ووجدت أن حياتها معه لا تحتل لتحصل الموازنة بين الجانبين

ولما كان هذا القدر لا يرفع الحرج كله عن المرأة ، فقد لا يرضى الزوج بقبول الفدية ، وقد تكون المرأة عاجزة عن دفع البديل الذي يطلبه الرجل ، كما أن تضرر المرأة من الحياة الزوجية لا يقتصر على مجرد كراهتها لزواجها ، فقد تطرأ أمور أخرى تدعوها إلى طلب الطلاق .

لذلك فتحت الشريعة لها باب الخلاص وإن لم يرض به الزوج ، فجعلت لها حق اللجوء إلى القاضي ليطلقها ، وأوجبت على القاضي الاستجابة لها متى وجد السبب المقتضي لما طلبت وامتنع الزوج عن المفارقة بالمعروف .

وقد اتفق الفقهاء على بعض أسباب طلب الطلاق واختلفوا في بعضها الآخر ، وسنعرض لتلك الحالات التي يقوم فيها القاضي بالتفريق بين الزوجين بالتطليق أو فسخ الزواج حسبما يجري عليه العمل في مصر ولبنان مع بيان مصدر ذلك من أقوال الفقهاء .

ففي مصر يقوم القاضي بالتفريق في حالات خمس ، نص القانون رقم ٢٥

لسنة ١٩٢٠ على اثنتين منها ، وهما التفريق لعدم الأنفاق ، والتفريق للغيب ،
والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على ماقيها ، وهي التفريق للضرر وسوء العشرة ،
والتفريق لغيبة الزوج بدون عذر ، والتفريق لخبسه .

وقانون حقوق العائلة نص على الحالات الأربع الأولى في المواد من ١١٩ إلى
١٣١ ولم يعرض للأخيرة ، وهي التفريق لخبس الزوج ^(١) .

(١) وقانون الطائفة الدرزية نص على التفريق في تلك الحالات الخمس وزاد عليها حالة
سادسة وهي ما إذا حكم على الزوج بجريمة الزنا .

الفصل الأول

في التفريق لعدم الأنفاق

إذا لم يحصل الزوجة على نفقتها الواجبة بسبب من قبل الزوج كمسره أو امتناعه عن الأنفاق ، فإن كان له مال ظاهر أو عند شخص آخر ، وأثبتت الزوجة ذلك بأي وسيلة لم يكن لها طلب التفريق بهذا السبب لأمكان حصولها على حقها . كما قدمنا .

أما إذا لم تتمكن من الحصول عليها لمسره أو لغيبته التي لا يعلم معها مكان ماله ، أو لامتناعه عن الأنفاق مع قدرته ، فهل يكون لها حق طلب التفريق في هذه الحالة ؟

اختلف الفقهاء في ثبوت هذا الحق لها . فالحنفية يذهبون إلى عدم ثبوتها ، بل لها أن تطلب من القاضي الأذن لها بالاستدانة عليه إن كان معسراً أو غائباً ، وجبره على الإنفاق إن كان ممتنعاً عن الأنفاق وتهديده بالحبس أو بالتعزير إن لم يفعل .

والأئمة الثلاثة « مالك والشافعي وأحمد » جعلوا لها حق طلب التفريق ، وعلى القاضي إجابتها لطلبها متى ثبتت صحة دعواها . على اختلاف بينهم في التفاصيل .

والجعفرية في مشهور مذهبهم ليس لها هذا الحق موافقين الحنفية في ذلك ،
ولهم آراء أخرى تتفق في جملتها مع رأى الأئمة الثلاثة .

استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية :

١ - إنه لم يرد دليل صريح من كتاب الله أو سنة رسوله أو أقوال أصحابه يدل على جواز التفريق لعدم الأنفاق . لذلك لم يؤثر عن رسول الله أنه فرق بين زوج وزوجته بهذا السبب مع كثرة المعسرين من أصحابه ، ولو كان ذلك مبيحا للتفريق لقتل به ولو في قضية واحدة أو لبين للزوجة أن لها هذا الحق .

٢ - إن الله أمر الأزواج بأن ينفق كل واحد منهم ما استطاع في قوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا بما آتاه » الطلاق - ٧ ، فمن أعسر بنفقة زوجته غير مكلف بدفع النفقة في الحال لأنه غير مكلف بدفع ما ليس عنده .

٣ - إن عدم الأنفاق إن كان للعسر لا يكون الزوج ظلماً فيه وعلى صاحب الدين وهو الزوجة إنظاره إلى حين اليسار لقوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » البقرة - ٢٨٠ ، وإن كان مع القدرة كان ظلماً ويجب رفع ظلمه ولا يتعين التفريق طريقاً لذلك لا مكان دفعه ببيع ماله إن عرف مكانه أو بجبسه لعله على الأنفاق أو إظهار ماله الذي أحفاه مع ما في الدفع بهذا الطريق من المراعاة للجانبين مما بخلاف الطريق الأول فإنه يقف في جانب الزوجة .
واستدل الأئمة الثلاثة ومن وافقهم بجملة أدلة :

أولاً : بآيات من كتاب الله منها قوله تعالى : « فأمسك بمعروف أو تسريح بإحسان » ، البقرة - ٢٢٩ ، وقوله : « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا » البقرة - ٢٣١ ، وقوله : « وعاشروهن بالمعروف » النساء - ١٩ قالوا : إن إمساك الزوجة مع عدم الأنفاق فيه ضرر كبير يتنافى مع أمر الله به من

الأمسك بالمعروف ، بل هو إمساك لأجل الضرر فيها إذا كان موسراً وممة
 عن الأنفاق مع أنه منهي عنه ، فيجب عليه التسريح بالأحسان بأن يطلقها ،
 فإذا لم يفعل تاب عنه القاضي فيه رفعا لظلمه ودفعاً للضرر عن المرأة

ثانيا : بقوله: **صلى الله عليه وسلم** « لا ضرر ولا ضرار » الذي يفيد بعمومه منع الشخص
 من أن يلحق الضرر بغيره أو يتضرر الشخصان فيضر كل منهما صاحبه .

ثالثا : إنه إذا وقع الاتفاق على جواز التفريق بالعيب الذي لا يفوت معه
 إلا المتعة فيجوز التفريق بعدم الأنفاق الذي تقوم به الحياة من باب أولى .

وقد ناقش كل فريق أدلة الآخر وليس هنا مجال إيرادها ، ولكن الذي
 يبدو من أدلة المجوزين للتفريق أنها لا تفيد أكثر من أن الأمسك ضرار منهي
 عنه لأنه ظلم يلحق بالزوجة الضرر ، وهذا لا يتحقق إلا في صورة الامتناع عن
 الأنفاق مع يساره ، ومن يفعل ذلك يكشف عما في نفسه من أنه لا يريد
 معاشرته زوجته ويقصد بامتناعه عن الأنفاق مضايقتها لتفتدي نفسها منه بالمال
 أو يكون صاحب نفس شريرة ، ومثل هذا يكون من الخير التفريق بينه وبين
 زوجته فإن لم يقم هو بذلك تاب عنه القاضي .

أما المعسر الذي طرأ عليه الأعسار فليس ظالماً حتى يتدخل القاضي لرفع
 ظلمه بالتطليق عليه ، ومعلوم أن المعسر واليسر بيد الله سبحانه « يبسط الرزق
 لمن يشاء ويقدر » ، وقد ذهب ابن القيم إلى رأي وسط وهو أنه لا حق للمرأة
 في التفريق بسبب إعسار الزوج إلا إذا أغرما عند الزواج وتراعى لها باليسار
 كذبا- أو كان ذا مال فترك الأنفاق عليها وعجزت عن أخذ كفايتها من ماله
 بوسيلة من الوسائل الممكنة ، أما إذا تزوجته عالة بإعساره أو تزوجته موسراً
 فأعسر فلا حق لها في طلب الفرقة ، لأنه يتنافى مع فضائل الوفاء والتراحم
 والتعاون على الحياة ثم قال : وقد جعل الله الفقر والغنى مطيتين للعباد فيفتقر
 الرجل الوقت ويستغني الوقت ، فلو كان كل من افتقر فسخت عليه امرأته لعم

البلاء وتفاقم الشر وفسخت انكحة أكثر الناس وكان الفراق بيد النساء فمن الذي لم تصبه عسرة ولم تموزه النفقة أحياناً « (١) .

أما المذهب الجعفري فالمشهور فيه أنه لا يفرق بين الزوجين لعدم الأنفاق سواء كان لمس الزوج أو لامتناعه عنه مع يساره أو لغيبة لا يستطيع معها تحويل النفقة إلى زوجته . غير أنه نقل فيه أقوال أخرى تتفق في أن عدم الأنفاق من أسباب التفريق بين الزوجين إذا تضررت الزوجة منه وطلبت التفريق ولكنها تختلف في التعميم والتخصيص .

ففي قول للحاكم أن يطلق لعدم الأنفاق إذا كان سبب الأعراس والمعجز وهو لابن الجنيد وصاحب الرياض ، وفي قول آخر للحاكم أن يطلق إذا امتنع الزوج عن الأنفاق مع قدرته عليه ولا يطلق إذا كان معسراً وهو ما ذهب إليه صاحب الجواهر وصاحب الحدائق . وفي قول ثالث : إنه يطلق عليه مطلقاً لا فرق بين العاجز والممتنع يستوي في ذلك الحاضر والغائب وهو ما ذهب إليه السيد الحكيم في منهاج الصالحين ، لكن عبارته ليست قاطعة حيث يقول : لا يبعد أن يجوز لها أن ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعي فيأمر زوجها بالطلاق فإن امتنع طلقها الحاكم الشرعي ، ومثل ذلك في ملحقات العروة الوثقى . . لا يبعد جواز طلاقها للحاكم الشرعي مع مطالبتها وعدم صبرها لقاعدة نفي الضرر خصوصاً إذا كانت شابة .

وقد كان السند لهذه الأقوال ما روى عن الإمام جعفر الصادق أنه قال : « إن أنفق عليها ما يقيم حياتها مع كسوة وإلا فرق بينها » ، وفي عبارة أخرى « من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم عليها كان

(١) زاد المعاد ج ٤ ص ٣٢٣ .

حقاً على الأمام أن يفرق بينهما «^(١)

ما عليه العمل الآن في مصر ولبنان

أما في لبنان فالمحاكم الحعفرية تسير على المذهب الحعفرى ، والمحاكم السنية تسير على ما يقضى به قانون حقوق العائلة ، وهو التفريق إذا تعذر الحصول على النفقة وطلبت الروحة التفريق ، فالمادة ١٢٦ تنص على أنه « إذا اختفى زوج امرأة وذهب لمحل مدة سفر أو أقرب وتعيب أو فقد وتعذر تخصيص النفقة وطلبت زوجته التفريق فالمحاكم بعد إجراء التحقيقات اللازمة يحكم بالتفريق بينهما » .

وظاهر عبارة هذه المادة وإن كان في الزوج العائب إلا أن حكمها لا يقتصر عليه بل يشمل الحاضر أيضاً الذي لا يستطيع أخذ النفقة منه بدليل عبارة « وتعذر تحصيل النفقة » .

فمدار التفريق على تعذر تحصيل النفقة ولا أثر لكونه عائناً ، لأن المادة التي بعدها ينبت حكم التفريق بالغيبه وإن ترك الزوج مالا من حسن النفقة .

ثم إن هذا القانون نص على أن التفريق الذي يوقعه الحاكم يكون طلاقاً بائناً كما جاء بالمادة - ١٣١ - « الحكم الصادر بالتفريق بموجب المواد السابقة يتضمن الطلاق البائن » .

أما في مصر فقد كان العمل يجري بمقتضى المذهب الحنفي إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فأوجب العمل بما يخالفه . وهو في جملته مأخوذ من مذهب مالك .

(١) نقل هذه الأقوال الشيخ محمد حوادى مفنية في كتاب فقه الأمام جعفر الصادق ج ٦ ص ٣٠ وما بعدها ، ويختار القول بالتمميم ويقول : إنه الذي عليه العمل والفتوى من علمائهم في هذا المصر والذي قبله .

ويقضي هذا القانون في مواده ٤ ، ٥ ، ٦ وما تبع ذلك من منشورات
وزارية موضحه له بما يأتي :

١ - إذا كان للزوج مال ظاهر « يمكن التنفيذ فيه بالطرق المهودة » نفذ
الحكم عليه بالنفقة في ماله سواء أكان حاضراً أم غائباً ، ولا موضع في هذه
الحالة لطلب التفريق لعدم الأنفاق ، ويقوم مقام مال الزوج مال الكفيل بالنفقة
إذا كان ماله طاهراً يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه ، كما جرى عليه عمل القضاة
عند تطبيقهم لهذا القانون ، لأن الزوجة ستحصل على حقها ويندفع عنها الضرر
فلا يكون لها حق طلب التطلق .

٢ - إذا لم يكن له مال ظاهر وكان حاضراً وصدر عليه حكم بالنفقة ولم
ينفق فللزوجة حتى طلب التطلق ، فإذا طلبته عرض الأمر على الزوج فإن
ادعى الأعسار وأثبتته بطريق من طرق الأنبات أو صادفته الزوجة على دعواه
أمهله القاضي مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق فيها طلق عليه القاضي بقوله :
« طلقتك منه » .

وإن ادعى الأعسار ولم يثبتته أو ادعى اليسار وأصر على عدم الأنفاق أو
سكت عن بيان حاله من يسار أو إعسار وأصرت على طلب التفريق طلق عليه
في الحال دون إمهال ، لأن امتناعه عن الأنفاق في هذه الأحوال دليل على أنه
يقصد الأعنات والأضرار بالزوجة فلا فائدة في إمهاله حيث لم يثبت إعساره
بخلاف الصورة الأولى التي أثبت فيها إعساره لأنه معذور فيمهله ربما تبدل حاله .

٣ - إذا لم يكن له مال ظاهر وكان غائباً . فإن كانت عينته قريبة بأن
كان في مكان يسهل حصول قرار المحكمة إليه في مدة حددت بما لا يتجاوز
تسعة أيام^(١) . أعذر إليه القاضي بالطرق المقررة في لائحة التنفيذ وضرب له

(١) هذا التحديد مرجعه مذهب الإمام مالك وهو المصدر لهذا التشريع حيث إنه جعل =

أجلاً تقدر مدته بحسب ما يراه القاضي ويعلمه به ويقول له : احصر للأنفاق - أو أرسل النفقة لروحتك وبين له أنه سيمطلق عليه امرأته إذا لم تصلها النفقة في الأجل المضروب ، فإن لم يحضر للأنفاق عليها ولم يرسل إليها النفقة وتحققت المحكمة من وصول الأعذار إليه طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل وإثبات الزوجة وقائع الدعوى « الزوجية . وعية زوجها . وعدم إنفاقه » .

والمسجون المعسر بالنفقة يعامل تلك المعاملة بأن ترسل له المحكمة إذاراً بإرسال النفقة فإن لم يفعل طلق عليه ، وإن كانت الغيبة بعيدة لايسهل وصول قرار المحكمة إليه ، أو كان مجهول المكان أو كان مفقوداً لا تعلم حياته من وفاته طلق عليه القاضي بدون إذار ولا إمهال متى ثبتت الزوجية والغيبة وأنه لا مال له تنفق منه ، ويعتبر هذا التطبيق طليقة رجعية إذا كان بعد الدخول ولم يكن مكتملاً للثلاث . فلزوح أن يراجع روجته في أثناء عدتها إذا أثبت يساره واستعد للأنفاق ، وإن كان القضاة لا يكتفون بمجرد إظهار الاستعداد بالقول بل لا بد من دفع النفقة الراجعة عليه ، فإذا لم يثبت اليسار أو لم يدفع ما وجب عليه لا تصح رجعته .

لكن يلاحظ أن هذا القانون لم يتعرض لبيان الأعسار الذي يترتب عايه التطلق بيانا كافيا غير ما يؤخذ من الأطلاق في المادتين ٤ ، ٥ في الأنفاق والنفقة الذي يتبادر منه أن المراد به الأعسار عن النفقة الواجبة للزوجة . مع أن مذهب مالك الذي اعتمد عليه القانون يفسره بأنه الأعسار عن النفقة الضرورية الحاصرة والمستقبلة لا النفقة الماضية ، فلو كان قادراً على الأنفاق بقدر الضرورة عاجزاً عن إتمام الواجب عليه لا يطلق القاضي عليه كما سبق

— حد الغيبة البعيدة بمن كانت على مسيرة عشرة أيام أو كان مجهول المكان . فاعتبر القانون من تصل إليه الرسائل في مدة لا تتجاوز تسعة أيام قريب الغيبة ومن كانت تصله في أكثر منها بعيد الغيبة . ولم يلاحظ تطور المواصلات وسرعة وصول الرسائل وعدمها .

بيانه عند الكلام عن النفقة . وكان الواجب أن يفسر الأعراس المراد أو يحيل على المذهب الذي أخذ منه الحكم .

وترتب على عدم التفسير أو الأحالة أن جرى عمل القضاة على أن الأعراس يتحقق بالمعز عن دفع النفقة المحكوم بها عليه لأنهم لا يبيحون له مراجعة امرأته في العدة إلا إذا أثبت يساره ودفع المطلوب منه حالا واستعد للأنفاق في المستقبل ، ويطبق على النفقة الماضية حكم دين النفقة وهو أنها لا تسقط إلا بالأداء أو الأبراء .

كما أن القانون لم يعرض لمسألة ما إذا تطوع شخص بالأنفاق على الزوجة حتى يوسر الزوج . ومذهب مالك في ذلك أنه يسقط حقها في طلب الطلاق إذا تطوع بها شخص آخر سواء كان قريباً للزوج أو أجنبياً عنه لاندفاع حاجتها بذلك (١) .

كما لم يعرض القانون لحكم ما إذا تزوجته معسراً عالمة بإعساره مع أن مذهب مالك لا يرى لها حقاً في طلب التفريق في هذه الحالة ، لأنها رضيت بالمقام معه على هذه الحال لأسقاطها حقها على ما هو المشهور في المذهب .

كل هذه المسائل كان يجب على المشرع تجليتها أو يحيل فيها على مذهب مالك الذي استند إليه حيث لا تفيد فيها الأحالة على المذهب الحنفي الذي يعتبر المرجع العام لكل ما سكت عنه القانون لعدم وجود أحكام لهذه المسائل فيه لأنه لا يرى التطبيق لعدم الأنفاق وهذه المسائل متفرعة عليه .

(١) والشاقمية يفرقون في التطوع فإن كان أصلاً لزوجها وهو في عياله سقط حقها بذلك لأن إنفاقه عليها كانفاق الزوج فلا منة عليها . أما إذا كان المتطوع غير ذلك فلا تجوز على قبول النفقة منه ولا يسقط حقها كذلك لأنها تأبى المنة عند قيام غير زوجها أو أهل بالأنفاق عليها .

الفصل الثاني

في التفريق للعيب :

المراد بالعيب هنا نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو قلقة لا استقرار فيها . وقد اختلف الفقهاء في التفريق بالعيب اختلافاً كثيراً متشعباً فاختلّفوا أولاً في أنه موجب للتفريق .

فذهب الظاهرية إلى أنه لا يفرق بين الزوجين بالعيب أيا كان نوعه . سواء كان موجوداً بأحد الزوجين قبل العقد أو بعده ، لأنه ليس فيه دليل من كتاب أو سنة ، وكل ما ورد بشأنه أقوال عن الصحابة . وهي لا تخرج عن كونها آراء اجتهادية لا تصلح للاحتجاج بها - هكذا قالوا - وقد اختار هذا الرأي الشوكاني في نيل الأوطار ورجحه .

وإلى عكس ذلك ذهب شريح القاضي وابن شهاب الزهري وأبو ثور فقالوا : إن كل عيب بأحد الزوجين لا يحصل معه المقصود بالزواج من التناسل أو توافر المودة والرحمة بينهما أو يحدث النفرة بينهما يوجب الخيار للطرف الآخر ، لأن المقصد تم على أساس السلامة من العيوب ، فإذا انتفت السلامة فقد ثبت الخيار .

وقد اختار هذا الرأي ابن القيم فقال في الجزء الرابع من زاد المعاد : « إن الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساويا لها لا وجه له ، فالعمى والحرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات ، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين ، والأطلاق في العقد إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالشروط عرفا ، وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له : أخبرها أنك عقيم وخيرها .

فماذا يقول رضي الله عنه في الميوب التي يعتبر المقيم عندها كمال بلا نقص . والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل معه مقصود الزواج من الرحمة والمودة بوجب الخيار .

وتوسط جمهور الفقهاء بين الرأيين فقررُوا أن ليس كل عيب يصلح سببا لطلب التفريق بل العيوب التي تحل بالمقصود الأصلي من الزواج ، أو يترتب عليها ضرر لا يحتمله الطرف الآخر . وبعد اتفاهم على هذا اختلفوا في أمور :

الأول : من يثبت له هذا الخيار . أهو كل من الزوجين أم الزوجة وحدها ؟

فذهب الجنبية إلى أنه يثبت للزوجة فقط ، لأن الزوج يستطيع دفع الضرر عن نفسه بالطلاق الذي ملكه الله إياه ، ولا داعي لرفع الأمر للقضاء لما فيه من التشهير بالمرأة أما الزوجة فلا تملك الطلاق فيتمتعن إعطاؤها حق طلب التفريق لتدفع به الضرر عن نفسها .

وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن هذا الحق يثبت لكل مسن الزوجين فيجوز للزوج طلب التفريق إذا وجد بزوجه عيبا يمنع الاتصال الجنسي كالرتق والقرن

والعفل والأفضاء^(١) أو وجدها مخنونة أو بها جذام أو برص ، لأنه يسْـُـور بذلك ولا يستطيع معاشرتها مع وجود تلك العيوب كما يثبت لها هذا الحق إذا وجدت بزوجها عيباً .

الثاني : في عدد العيوب الموجبة للتفريق :

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنها العيوب التي تمتع التناسل وهي ثلاثة : أن يكون الرجل عنيماً أو محبوباً أو خصياً^(٢) . لأن الغاية من الزواج حفظ النسل ، فإذا لم يكن الزوج صالحاً للتناسل استحال تحقيق المقصود من العقد أما غير هذه العيوب فهي لا تمتع تحقق هذا المقصود ويكفي تحققه في الجملة .

وزاد محمد بن الحسن ثلاثة عيوب أخرى وهي : الجنون والجذام والبرص . والأئمة الثلاثة وافقوه عليها وزادوا غيرها ، فعدها المالكية ثلاثة عشر بعضها خاص بالرجل وبعضها خاص بالمرأة ، وبعضها مشترك بينهما ، وزاد الحنابلة عيوباً أخرى .

والجعفرية عدوها في الرجل أربعة : الجب والعمى والخصاء والجنون ، وفي المرأة سبعة : الجنون والبرص والجذام والقرن والأفضاء والعمى والعرج والرتق إذا منع من المحالطة الجنسية ولم يمكن إزالته ، أو أمكن وامتنعت عن علاجها . على تفصيل عندهم فيما كان موجوداً منها قبل العقد أو حدث بعده وقبل الدحول أو بعده .

(١) الرتق : انسداد موضع الاتصال الجنسي سواء كان الانسداد بعظم أو بقعة لحم . والقرن : شيء يبرز في هذا الموضع كقرن الشاة يمنع من الاستعمال ، والعفل : لحم يبرز من موضع الاتصال يشبه الأدرة للرجل ، والأفضاء : اختلاط المسلكين بالمرأة .
(٢) العنين : من له آلة صغيرة أو كبيرة لا يستطيع المحالطة بها ، والمجبوب : مقطوع الذكر والحصيتين ، والخصي : مقطوع الأنثيين فقط ، وقيد الشافية كونه عيباً بما إذا كان استتصب .

الثالث : في نوع التفريق الواقع بالمعيب . هل هو فسخ أو طلاق ؟
فالحنفية والمالكية طلاق بائن ، لأن فعل القاضي يضاف إلى الزوج فكأنه
طلقها بنفسه ، وإنما جعل بائناً لأن المقصود منه دفع الضرر عن المرأة ولا يحصل
ذلك إلا بالطلاق البائن .

والشافعية والحنابلة والجمهرية فسخ ، لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة .

أما إذا كان العيب في الزوج فظاهر ، وأما إذا كان فيها والزوج هو الذي
طلب التفريق فقد كانت هي السبب في طلبه ، والفرقة إذا جاءت مسن قبل
الروجة تعتبر فسخاً لا طلاقاً ويظهر أثر هذا الخلاف في نقصان عدد الطلاق
به إذا جعل طلاقاً ، وعدم نقصانه به إن كان فسخاً ، وفي وجوب نصف المهر
لها إذا كان قبل الدخول وعدم وجوبه .

الرابع : هل هذا الحق يثبت لصاحبه على الفور بمجرد العلم به فيسقط
بسكوته عنه فترة من الزمن يستطيع فيها رفع الأمر إلى القاضي وإليه ذهب
المالكية والشافعية والجمهرية . أو هو ثابت على التراخي فلا يسقط بمجرد
السكوت بل لا بد من الرضى به صراحة أو دلالة كما يقول الحنفية والحنابلة .
حتى لو رفعت الدعوى ثم تركتها مدة لا يسقط حقها ويكون لها رفعها من
جديد إلا إذا خیرها القاضي بعد ثبوت حقها في التفريق وسكتت فإنه يسقط
حقها لأن عليها الاختيار في مجلس التخيير .

الخامس : هل يشترط فيمن يطلب التفريق بالمعيب أن يكون خالياً من
المعيب أو لا يشترط ذلك ؟

من الفقهاء من جعله شرطاً للحنفية ، ومنهم من لم يجعله شرطاً كالمالكية
والشافعية .

ما يجري عليه العمل :

وقد كان العمل جارياً بمصر على الراجح من مذهب الحنفية وهو رأي الشيخين ، وخلصته أن الزوجة إذا وجدت بزوجها عيباً من العيوب الثلاثة كان لها أن تطلب التفريق وتجاب لطلبها بالشروط الآتية :

- ١ - أن يكون العيب موجوداً عند العقد أو حدث بعده قبل الدخول ، أما إذا حدث بعده فلا يثبت لها الخيار ، لأن الزوج بالوصول إلى المرأة مرة قد أوفاهما حقها قضاء ، فليس لها أن تطالبه بعدها .
- ٢ - أن تكون بالغة . فإن كانت صغيرة ينتظر بلوغها لجواز أن ترضى به بعد البلوغ .

٣ - ألا تكون عامة بالعيب وقت النكاح وألا ترضى به بعد علمها إذا لم تكن عامة بغير فإن كانت عامة أو رضيت به صراحة أو دلالة لم يثبت لها الخيار .

٤ - ألا تكون المرأة مميبة بعيب يمنع من المخالطة الجنسية كالرتق والعفل والقرن ، لأنه لا معنى لطلبها الفرقة في هذه الحالة . حيث إنها غير صالحة للمخالطة وليس لها حق فيها ، فلا يكون الزوج ظالماً بأمساكها حتى يؤمر برفع الظلم عنها بالطلاق .

فإذا توفرت هذه الشروط وطلبت الزوجة التفريق وثبت العيب الذي تدعيه بأي طريق من طرق الأثبات ، فإن كان الزوج مجبوراً أمره القاضي بتأديتها ولا يعمل لعدم الفائدة في إمهاله فإن أبى أن يطلق طلقها القاضي نيابة عنه ، لأنه نصب لرفع الضرر .

وإن كان عنيماً أو خصياً أجله الفاصي (١) سنة لاحتمال أن يكون عدم وصوله إليها لعلّة طارئة يرجى زوالها ، وإلّا كان التأجيل إلى سنة لأنه المروى عن فقهاء الصحابة عمر وعلي وعبدالله بن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ، ولأن السنة تشتمل على الفصول الأربعة ، ومن الناس من يعتدل مزاجه وتنشط دواعي رغبته في النساء في فصل دون آخر ، فإذا مرت السنة (٢) بفصولها الأربعة تبين أن ما به ليس أمراً طارئاً بل هو عيب مستحکم فيه .

ما يتبع في طلب التفريق والتأجيل :

إذا طلبت الزوجة التفريق بسبب العنة أو الخصاء فادعت أنه لم يصل إليها لهذا العيب فإن اعترف الزوج بما تدعيه وصدقها في دعواها أجله القاضي سنة سواء كانت المرأة عند الزواج بكرّاً أو ثيباً ، فإن انتهت السنة وأصرت الزوجة على طلبها لأنه لم يصل إليها وصدقها الزوج في عدم الوصول أمره أن يطلقها فإن لم يفعل طلقها عليه ، وإن أنكر دعواها فإن كانت الزوجة حين العقد عليها ثيباً فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاقها الفرقة وهي تدعيها والظاهر يشهد له ، لأن الأصل في الإنسان السلامة من العيوب ، فإن حلف رفضت دعواها ، وإن نكل عن اليمين اعتبر مصدقاً لها في دعواها أجله سنة كما إذا اعترف من أول الأمر .

(١) والفقهاء تكاد تتفق كلمتهم على التأجيل في الميب الذي يرعى برؤه ولكنهم اختلفوا فيما يوجب التأجيل من العيوب تبعاً لاختلافهم في إمكان البرء وعدمه ، فالحنفية والحنابلة : التأجيل في العنة والخصاء لا غير ، والشافعية : التأجيل في العنة دون غيرها ، والمالكية : التأجيل في كل من الجنون والجذام والبرص سنة ، وفي الرتق والقرن إذا كان يرعى البرء منها ، أجله المدة التي يراها يتحقق فيها البرء ، أما الحب والعنة والخصاء فلا تأجيل فيها عندهم لعدم رجاء البرء في نظرهم . وهذا -- كما نرى -- مخالف للأثر المروية عن فقهاء الصحابة في التأجيل في العين ومن في حكمه .

(٢) وهذه السنة . قيل أنها قمرية لأنها المعهودة في تأجيلات الصحابة ، وقيل شمسية لأنها تشتمل على الفصول الأربعة ، والنخبط في ذلك سهل لأن الفرق بينهما أيام .

وإن كانت بكراً حين العقد عين القاضي امرأتين^(١) من الموثوق بهن للكشف عليها . فإن ثبت أنها ثيب فالقول قوله مع يمينه حتى لو ادعت أنه أزال بكارتها بغير المخالطة لما قلنا إن الظاهر يشهد له فيحلف أنه أزال بكارتها بالمخالطة .

وان تبين أنها لا تزال بكراً أجله سنة ، فإن مضت السنة وعادت تدعي عدم الوصول يعاد الكشف عليها فإن وجدت بكراً أمره بالطلاق فإن طلقها انتهت المسألة ، وإن امتنع عن الطلاق طلقها القاضي عليه .

وإن وجدت ثيباً فالقول قوله مع اليمين فإن حلف رفضت دعوها ، وإن دكل عن اليمين كان مصدقاً لها وخيرها القاضي بين البقاء معه أو التفريق . فإن اختارت التفريق في المجلس طلب منه أن يطلقها فإن لم يفعل طلقها عليه^(٢) .

ولو قامت بدون اختيار اعتبرت متنازلة عن دعوها حتى ولو أقامها أعوان القاضي من المجلس لأنه يمكنها الاختيار بكلمة بسيطة .

وإنما وجب التأجيل بهذين العيين دون غيرها ، لأن عدم وصول الزوج إلى زوجته مع أحدهما يحتل أن يكون لميب مستحکم من أصل الخلقه فيكون سبباً للتفريق ، ويحتل أن يكون لأمر عارض يزول بمرور الزمن فلا يكون سبباً موجباً للتفريق ، ولا يستطيع الأطباء القطع بأحدهما فيؤجل سنة للوقوف على حقيقته ، لأن الأمر العارض قد يزول في فصل من فصول السنة ، وإذا

(١) وهذا احتياط وإلا فامرأة عدلة كافية .

(٢) ورووع الطلاق بإيقاع القاضي هو ظاهر الرواية في الذمب الحنفي لأنه المنصوص في كتاب الأصل لمحمد كما يقول الكمال في فتح القدير ج ٣ ٢٦٥ . وهناك رأى آخر إنه يقع باختيارها دون حاجة إلى تطلق القاضي .

حكم القاضي بالتفريق بينها بعبء من العيوب كان طلاقاً نائناً ووجب عليها العدة احتياطاً ويجب لها كل المهر في العنة والحصاء اتفاق أئمة المذهب لأنه تفريق بعد خلوة صحيحة، أما إذا فرق بينها بسبب الحب فيجب لها كمال المهر أيضاً عند الأمام ويجب لها نصف المهر عند الصاحبين ، لأن الخلوة حملت كالدخول في العنة والحصاء لاحتماله معها ، أما المحبوب فلا يتصور منه دخول فلا تكون خلوته موجبة تمام المهر .

والطلاق الواقع هنا طلاق نائناً لأنه طلاق قبل الدخول حقيقة ، ولأنه لا يرتفع الضرر عنها إلا به كما قدمنا .

هذا ما كان معمولاً به في مصر وتلك طريقته فما كان يفرق بعبء إلا بهذه العيوب الثلاثة .

فلما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ أضاف إلى تلك العيوب بعبوباً جسمية أخرى يفرق بها فأجاز لها طلب التفريق بكل عيب من العيوب المنفردة أو الضارة وقد مثل لها بالجنون والجذام والبرص واشترط فيها أولاً : أن تكون من العيوب المستحكمة التي لا يرجى شفاؤها أو يمكن شفاؤها ولكن بعد زمن طويل أو لا يمكن المقام معه إلا بضرر يلحق الزوجة . وأحال الفصل في ذلك إلى أهل الخبرة من الأطباء .

وثانياً : ألا تكون المرأة عالمة به عند العقد أو رضيت به بعد علمها ، فإن رضيت به صراحة أو دلالة كأن طالبته بالنفقة مثلاً بعد حدوث العيب أو علمها به لم يكن لها طلب التفريق . جاء ذلك في المواد ٩ ، ١٠ ، ١١ ونصها :

م ٩ - « للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد

ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجت عالمة بالعيوب أو حدث بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

م ١٠ - « الفرقة بالعيوب طلاق بائن » .

م ١١ - « يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها » .

فهذه المواد فتحت أمام المرأة باب العيوب التي تطلب التفريق بها ، وهذا حسن وجميل لأن الحياة الزوجية قوامها الاستقرار وهو لا يوجد مع عيب من تلك العيوب التي وصفها ، ولكنه لم يعرض لعيوب التناسل التي كان التفريق قاصراً عليها بدليل أنه سكت عن حكم التأجيل المقرر فيها ، فالظاهر أنه أبقى الحكم فيها كما كان . على معنى أنها لا تؤثر إلا إذا كانت موجودة قبل العقد أو حدثت بعده قبل الدخول .

وهذا مما يؤخذ عليه أولاً : إذ كيف يجعل للمرأة الخيار إذا طرأ مرض من الأمراض الجسيمة التي يرجى علاجها بعد زمن طويل ويمنعها من ذلك إذا طرأ على الزوج عيب من عيوب التناسل الذي يجعل المرأة معرضة للفتنة والفساد معتمداً على ما قرره الفقهاء من أن حق المرأة في الاتصال الجنسي قضاء يقتصر على مرة واحدة مدى الحياة ؟

وهذا أمر غير معقول ولا دليل عليه ، لأن الله شرع الفرقة بالأيلاء دون التقييد بعدم الوصول إليها قبله . ولو كان ذلك هو حقها لما أطلقه .

وهذا حكم رسول الله في قصة عبد الله بن عمرو بن العاص وشكوى امرأته من اشتغاله بالعبادة عنها يقول له : « إن لزوجك عليك حقاً » دون أن يسألها عن قربانه لها قبل ذلك . فلو كان حقها في المرة الواحدة فقط لسألها عن ذلك ولاخبرها أنها لا حق لها فيما طلبت لو كان دخل بها مرة ، فالحق أن استمتاع المرأة حق مستمر لها ما دامت الحياة الزوجية ، وقد جوز بعض الفقهاء الفرقة

بالغيبية خوف الفتنة وخشية الوقوع في الزنا من غير تقييد بعدم دخول سابق .
وقد جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مقررأ ذلك في صراحة . فأجاز للمرأة حق طلب التفريق إذا حبس زوجها أو غاب عنها سنة أو أكثر وخشيت على نفسها الفتنة والوقوع بالزنا ، فإذا أحاز القانون هذا الحق مع غيبة الزوج عنها خوف الفتنة أفلا يكون من الأولى أن يبيح لها هذا الحق مع وحووده معها وعجزه عن مباشرتها ؟ لأن هذا الوجود مع ذلك العجز يثير في نفسها دواعي الشهوة أكثر مما تثيره غيبته عنها .

وثانيا : إنه اعتبر المرض الذي يرجى الشفاء منه بعد زمن طويل من دواعي طلب المرأة التفريق . غير أنه لم يحدد الزمن الذي يعتبر طويلا حتى يحق لها الطلب والذي لا يعتبر طويلا فلا يحق لها الطلب ، بل ترك ذلك التقدير لأهل الخبرة^(١) وهم عادة يختلفون فيقع القضاة في حيرة عند اختلافهم .

وكان الأجدر به أن يحدد ذلك بزمن منضبط كما حدد فقهاء الصحابة الزمن الذي يؤجل له العنين بسنة ، وفقهاء المالكية المحدثون والأبرص بسنة إذا إذا كان يرجى برؤه فيها^(٢) . فينص على أن القاضي يؤجل الحكم سنة إذا قرر الطبيب إمكان البرء من المرض في أقل من سنة ويفرق في الحال إذا قرر أكثر من ذلك .

وثالثا : إنه مع توسعه في إثبات الحق للمرأة لم يجعل للزوج هذا الحق اكتفاء بما له من حق الطلاق جريا على مذهب الحنفية ، وكان من العدل أن يجعل له هذا الحق كما ذهب إليه الأئمة الثلاثة ، لأن الزوج يتضرر إذا وجد زوجته مريضة بمرض لا يتمكن من معاشرتها معه وبخاصة إذا وجده كان

(١) فيرجع إليهم القاضي لسأله عن مدى الضرر المنتظر من هذا المرض ومن إمكان البرء منه وعدم إمكانه وعن المدة التي يمكن البرء فيها .
(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٧٩ .

موجودا عند العقد فتكون قد غرته ، واستعمال حقه في الطلاق يكلفه المال وهو في عسى عن دفعه ما دامت هي التي تسببت فيه ، ولأنه تروج ليعيش مع زوجته طول حياته لا ليطلقها .

كان من العدل أن يجعل له حق الفسخ بكل عيب دلس عليه فيه عند العقد حتى لا يتخذ التدليس والخداع وسيلة للحصول على المال .

فأما العيوب الحادثة بعد العقد فيكفيه لدرء ضررها ما يملك من حق الطلاق ، وهذه الحالة هي التي تستحق المرأة فيها الاستر عليها وعدم التشهير بها وهو مذهب المالكية .

أما في لبنان فقانون حقوق العائلة جعل حق طلب التفريق بالعبء للزوجة فقط كمذهب الحنزية ، ولكنه لم يقتصر على عيوب المقاربة الجنسية في الرجل ، بل توسع فيها فأضاف إليها الأمراض التي لا أمل في شفائها أو يوجد ولكنه يستمر أكثر من سنة ، ومثل لها الجذام والبرص وعلّة الزهري والجنون ، غير أنه فرّق بين النوعين فجعل عيوب المقاربة موجبة للتفريق إذا كانت قبل الدخول وبشرط ألا تكون معيبة بعبء منها ، أما بعده أو مع وجود العيب بها فلا حق لها .

وإذا كانت العلة قابلة للزوال أجله القاضي سنة تحتسب من زمن الحادثة أو من وقت إفاقة إذا كان مريضاً ، ولا تحتسب من السنة زمن مرض أحدهما وتغييب الزوجة ، أما غياب الزوج وأيام حيضها فإنه يحسب منها ، فإذا لم تزل ولم يرض الزوج بالطلاق وأصرّت الزوجة يفرق بينهما ، وإذا اختلف الزوجان في المقاربة بأن ادعاهما الزوج وأنكرت الزوجة فإن كانت بكرة فالقول قولها بلا يمين ، وإن كانت ثيباً فالقول قوله مع اليمين .

أما إذا كانت غير قابلة للزوال فلا تأجيل بل يفرق في الحال حيث لا فائدة في التأجيل ، كما صرح بأن الزوجة إذا اطلعت على عيب في زوجها ممن تلك العيوب وأقدمت على الزواج سقط حقاها في الخيار ما عدا العنة لاحتمال أنها

أقدمت على ذلك رجاء أن تزول فلا يكون رضا منها على الدرهم كما هو مذهب الشافعية .

أما إذا رضيت بالعيب بعد الزواج سقط حقها في الخيار ولو كان العيب هو العنة . جاء ذلك في المواد ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢١ . وهذا كما ترى في حملته مأخوذ من مذهب الحنفية عدا استثناء اطلاقها على العنة قبل الزواج .

أما العيوب الأخرى وهي العيوب الحسية والأمراض فقد أثبت حق الخيار فيها للزوجة مطلقاً . سواء كانت العلة موجودة قبل الزواج أو حدثت بعده .

فإذا طلبت الزوجة التفريق نظر القاضي في العلة فإن كان يوجد أمل بزوالها أجل الحكم سنة ، فإن زالت لا تفريق ، وإن لم تزل فرق بينهما إذا لم يقبل الزوج بالطلاق وأصرت الزوجة على طلبها ، لكنه قصر ذلك على العلة التي لا يمكن للزوجة الإقامة معه سوية بلا ضرر بدليل التمثيل بالأمراض التي يتعدى ضررها إلى الزوجة أو تنتقل بالوراثة إلى الأولاد كالجزام والبرص والزهري ، أما إذا كانت غير ذلك فلا تفريق كالعمى والعمرج . م ١٢٢ .

وصرح في الجنون بأن الموجب للخيار منه ما كان حادثاً بعد عقد الزواج ويؤجل سنة كغيره ، فإن لم يزل يفرق بينهما إذا أصرت الزوجة على طلبها م ١٢٣ .

والسر في ذلك أن هذا القانون منع زواج المجنون والمجنونة إلا إذا وجدت ضرورة فيتزوج بأذن الحاكم - م ٩ .

فإذا أقدمت المرأة على الزواج بمجنون فقد رضيت بذلك ورضاها بالعيب مسقط لحقها في الخيار .

ثم إنه جعل الخيار للزوجة على التراخي . فلها التأخير في الدعوى أو تركها مدة يمد إقامتها - م ١٢٤ .

ولقد نص على أنه إذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق بموجب أي عيب من العيوب السابقة فليس للزوجة حق الخيار في الزواج الثاني م ١٢٥ .

لأن الأقدام على الزواج الثاني يعتبر رضا من الزوجة بالعيب في الزوج والرضا بالعيب بعد العلم به يسقط حق الخيار ، والقانون أخذ بمذهب المالكية في النوع الثاني من العيوب ، وكل تفريق بالعيب يعتبر طلاقاً دائماً كذهب الحنفية والمالكية م ١٣١ .

هذا ما تسيير عليه المحاكم السنية .

أما المحاكم الجعفرية فتسير على المذهب الجعفري^(١) الذي يجعل للزوجة حق الفسخ بأحد عيوب أربعة في الزوج . جنونه سواء كان دائماً أو متقطعاً على الراجح كان قبل العقد أو بعده ، وخصاؤه وعنته وجبه بشرط ألا يبقى له ما يمكنه من المخالطة ، وفي هذه يفسخ إذا كانت قبل العقد بلا حلاف ، فإن كانت بعد العقد والدخول فلا يفسخ أيضاً بلا خلاف ، أما إذا وجدت بعد العقد وقبل الدخول ففيها رأيان أظهرهما أنه لا فسخ كما جعل للرجل الفسخ بأحد عيوب سبعة في المرأة : الجنون والبرص والجذام والقرن والأفضاء والعمى والمرج الواضحين . وزاد بعضهم الرتق إذا منع من المخالطة أصلاً إذا لم يمكن إزالته أو أمكن وامتنعت عن علاجه .

وقالوا : يجوز للرجل الفسخ من دون إذن الحاكم وكذا المرأة غير أنها في العن لا بد من أن ترفع أمرها إلى الحاكم لضرب الأجل فإذا انتهى الأجل ولم يصل إليها كان لها التفرد بالتفريق بدون الرجوع إلى الحاكم مرة أخرى ، فإن وصل إليها أو إلى غيرها فلا خيار لها ويصدق إذا حلف على ذلك ، وإذا اختلفا في العيب فالقول قول المنكر مع يمينه إذا لم تكن للمدعي بينة .

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٠ وما بعدها .

الفصل الثالث

في التفريق للضرر

يراد بالضرر هنا ما يلحقه الزوج بزوجه من أنواع الأذى التي لا تستقيم معها العشرة الزوجية كضربه إياها ضرباً مبرحاً وشتماً شتماً مقدعاً ، وإكراهها على فعل ما حرم الله ، وهجرها لغير التأديب مع إقامته في بلد واحد معها أو أخذ مالها وما شاكل ذلك .

فإذا حدث ذلك فهل للزوجة أن تطلب التفريق أو لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك بناء على اختلافهم في المراد بآية بعث الحكيمين وصحة بعض الآثار عن فقهاء الصحابة .

فذهب الحنفية والجعفرية والشافعية في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أنه ليس لها طلب التفريق ، لأن الحياة الزوجية لا تخلو من ذلك عادة . فعليها أن تطلب من القاضي زجره ليمتنع عن ذلك أو تعزيره بما يراه رادعاً له إن لم يمتنع ، فإن اشتد النزاع وخيف وقوع الشقاق بينهما بعث القاضي حكيمين ليقوما بالأصلاح بينهما عملاً بقوله تعالى : « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان علماً خبيراً » النساء - ٣٥ .

قالوا : إن هذه الآية قصرت عمل الحكّمين على محاولة الإصلاح بين الزوجين ولم تجعل لهما حق التفريق ، فيبقى هذا على الأصل للزوج وحده إلا إذا وكلهما بذلك حيث لا كتاب ولا سنة ولا أثر يدل على ثبوت هذا الحق لغيره .

وذهب المالكية والأوزاعي والشافعي في قوله الآخر وأحمد في الرواية الأخرى إلى أن لها الحق في طلب التفريق ، وليس في الآية ما يمنع ذلك ، بل من يعمن النظر فيها يجدها جعلت لهما هذا الحق ، لأن الله سماهما حكّمين وجعل حق بعثهما لغير الزوجين فليسا مجرد وكيلين إذ لو أراد ذلك لقال : « فابعثوا وكيلاهما » ووكيلا عنها ولما قصرهما على أهله وأهلها ، لأن الموكل له أن يوكل عنه من يشاء ، وإذا كانا حكّمين فهما بمعنى الحاكمين فيثبت لهما حق الحكم ولا حكم هنا إلا بالتفريق إذا تعذر الإصلاح . وقد ثبت أن عثمان أرسل حكّمين وقال لهما : إن رأيتما أن تفرقا ففرقا .

وكذلك روي عن علي أنه بعث حكّمين بين زوجين وقال لهما : عليكما إن رأيتما أن تجمعا فاجمعا وإن رأيتما أنه تفرقا ففرقا .

وروي عن ابن عباس أنه قال في الحكّمين : فإن اجتمع أمرهما علي أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز .

وتفصيل مذهب المالكية - الذي أخذ به القانون - في ذلك

أن للمرأة أن تطلب من القاضي التفريق إذا أساء الزوج معاملتها فإن ثبتت دعواها بإقرار الزوج أو بشهادة رجلين ولو بسماعها من الطيران فرق القاضي بينهما .

وإن لم تستطع إثباتها رفض دعواها ، فإن تكررت شكواها بعث القاضي حكّمين للإصلاح بينهما ، ويشترط في الحكّمين أن يكونا رجلين عدليين رشيدين عالمين بالمطلوب منها شرعاً في هذه المهمة ، ويكون أحدهما من أهله والآخر من

أهلها إن أمكن ، فإن لم يجد من أهلها من يصلح لذلك بعث حكيمين أجنبيين من لهم صلة بالزوجين .

فإذا توصل الحكيمان إلى الصلح بينهما انتهت المسألة ، وإن لم يستطعا ذلك فإن كان الزوج هو المسيء أو الأكثر إساءة فرق الحكيمان بينهما بدون عوض ، وإن كانت الزوجة هي المسيئة أو أكثر إساءة فبها مخيران بين الإبقاء على الزوجين وأمرا الزوج بالصبر وحسن المعاملة وبين خلع المرأة منه في نظير عوض ، وإن كانت الإساءة منهن على السواء كان لهما أن يفرقا بدون عوض أو يخلعاها بعوض يسير ، ويقع بهذا التفريق طلاق بائن

المعمول به من الرايين

في مصر كان العمل بمذهب أبي حنيفة لا تفريق بين الزوجين بهذا السبب حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فجوز التطلق للضرر أخذاً بمذهب الأمام مالك . جاء ذلك في ست مواد من ٦ - ١١ وهي تنص على الآتي :

م ٦ - إذا ادعت الروجة لإضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً نائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما؛ فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكيمين وقضى على الوجه المبين بالمواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ .

م ٧ - يشترط في الحكيمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

م ٨ - على الحكيمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرراها .

م ٩ - إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الأساءة من الزوج أو منها أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة .

م ١٠ - إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضي بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينها حكتم غيرهما .

م ١١ - على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه .

فقد بينت هذه المواد أن المرأة إذا ادعت أن زوجها يلحق بها ضرراً لا يستطاع معه دوام العشرة وأثبتته ، وطلبت التفريق بينها وبين زوجها استجاب لها القاضي وفرق بينها بطلقة بائنة إذا لم يستطع الإصلاح بينها .

فإذا لم تثبت دعواها رفضها ، فإن تكرر شكواها بعث حكيمين رجل من أهلها وآخر من أهل إن أمكن ، فإن لم يوجد من أهلها من يصلح لذلك بعث حكيمين من غيرهم ممن لهم خبرة بحالها وعندها أهلية للقيام بهذا الأمر .

فإذا قام الحكمان بمهمتها وتوصلا إلى الإصلاح على أي وجه قرراه ، وإن عجزا عن الإصلاح وكانت الأساءة من الزوج أو منها أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة ورفعا الأمر إلى القاضي ليحكم بمقتضاه .

وإن اختلف الحكمان أمرهما بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينها حكم غيرهما . وأنت ترى أنه أقر مبدأ التفريق ولكنه بناء على أن تكون الأساءة من الزوجين أو من الزوج وحده أو جهل مصدرها ، ولم يعرض لما إذا كانت الأساءة من قبل الزوجة وحدها ، بل تركها عمداً دفعاً لفسدة تترتب عليها صرحت بها المذكرة الأيضاحية بقولها : « لئلا يكون اعتبارها داعياً إلى إغراء المرأة المشاكسة لفصم عروة الزوجية بلا مبرر » .

ولكننا نرى أن ترك المرأة المشاكسة بدون تفريق ليس فيه محافظة على

الحياة الزوجية . بل قد يؤدي إلى العكس ، لأنها سنستمر في فعلها لأنها تعلم أن الزوج سيضطر آخر الأمر إلى تطبيقها بدون عوض .

ولو أخذ القانون بمذهب مالك في هذه الحالة وحمل للحكمين حق التفريق بالخلع لتعويض الزوج عما بذل من مال لكان في ذلك قطع الطريق على من يتخذ من النساء مضارة الأزواج وسيلة إلى الفراق بالطلاق بدون عوض .

ويلاحظ أن القانون لم يأخذ بمذهب مالك حرفياً الذي يجعل للحكمين حق التفريق بدون الرجوع للقاضي ، بل جعل هذا الحق للقاضي بناء على اقتراحها ، وهذا فيه احتياط حيث يجعل للقاضي فرصة لمناقشة الحكمين في قرارها مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية .

أما في لبنان : فالمحاكم الجعفرية تطبق المذهب الجعفري وهو لا يميز التفريق بهذا الضرر ، بل على القاضي أن يعزره متى ثبت أنه يضارها ، وإذا وقم النزاع بين الزوجين وأدى إلى الشقاق ورفع أمره إلى الحاكم عين حكمين عدلين لبحث أمرهما والعمل على إصلاح ذات البين بينهما ، فإن عجزا عن الإصلاح لم يكن لهما حق التفريق إلا بوكالة من الزوجين كمذهب الحنفية .

والمحاكم السنية تسير على مقتضى قانون حقوق العائلة الذي قرر في المادة ١٢٠ - أنه إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين وراجع أحدهما الحاكم فالحاكم يعين من عائلة الطرفين حكماً وإذا لم يجد من عائلة الطرفين أو من أحدهما من يصلح للحكم عين من يناسبهم من الخارج ، وعلى الحكمين أن يبحثا النزاع وأسبابه ويجتهدا في الإصلاح ، فإذا لم يتمكنوا من الإصلاح فإن سبب النزاع من جهة الزوج فرق الحاكم بينهما ، وإن كان من جهة الزوجة جاز لهما الحالفة على تمام المهر أو على قسم منه ، وإذا لم يتفق الحكمان فالحاكم يعين هيئة أخرى أو يعين حكماً ثالثاً ليس له قرابة للطرفين .

ثم نصت على أن حكم الحكّمين قطعي وغير قابل للاعتراض . وقد نصت المادة - ١٣١ - على أن الطلاق في هذه الحالة بائن .

فالقانون في ذلك أخذ بمذهب مالك في الجملة ، ولكنه لم يعرض لكل الحالات ، بل اقتصر على حالتين حالة ما إذا كان المتسبب في النزاع هو الزوج ، وحالة ما إذا كانت الزوجة هي السبب وفي كل منها يكون التفريق طلاقاً بائناً .

كما يلاحظ أنه جعل لكل من الزوجين حق طلب التفريق كما في المذهب المالكي بينما نراه في التفريق بالمعيب يقصر الحق على الزوجة وإن توسع في العيوب أخذاً من المذاهب الأخرى .

الفصل الرابع

في التفريق لغيبة الزوج

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تتضرر بها وتحشى على نفسها الفتنة فطلبت من القاضي التفريق بينها وبين زوجها فهل تجاب إلى طلبها ؟

ذهب الحنفية والشافعية والجمهورية^(١) وغيرهم إلى أنه لا يحق لها هذا الطلب ولا تجاب لطلبها لعدم وجود ما يصلح سبباً للتفريق في نظرهم .

وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق بالغيبة إذا طالت حتى ولو ترك لها زوجها مالا تنفق منه ، ولكنهم اختلفوا في حد الغيبة الطويلة . فحددها

(١) ومذهبهم في المفرد وهو من لا يعلم مكانه يتلخص في أنه إن كان له مال تنفق منه أو له ولي ينفق عليها أو وجد متبرع بالفقة وجب عليها الصبر والانتظار حتى تعلم حياته أو موته ، وإن لم يكن له مال ولم يوجد أحد ينفق عليها أجلها القاضي أربع سنوات إذا رفعت أمرها إليه ويبحث عنه فإن لم يتبين له وجود أمر وليه أو وكيله بطلاقها فإن لم يكن له أحدهما طلقها القاضي . وتمتد عدة الرواة ، وهذا الطلاق ليس لجرّد الغيبة بل لانقطاع الأمل في حياته . فقه الأمام جعفر ج ٦ ص ٤٣ ، ص ٤٤ .

الحبالة ستة أشهر استنادا إلى ما روي عن عمر في قصة المرأة التي تصررت من عياب زوجها في العزو وسمعها عمر في إحدى الليالي تشكو مشددة بيتين من الشعر^(١) وسأل ابنته حفصة عن المدة التي تصر فيها المرأة عن زوجها فوقت للناس في مغاريهم ستة أشهر .

وحدها المالكية في الراحح عندهم بسنة وقيل بثلاث سنين .

كما اختلفوا في تلك الغيبة هل هي التي تكون بغير عذر كما يرى الحبالة أو مطلقاً بغير وبغير عذر كما يرى المالكية ، لأن المرأة تتصرر بها في الحالتين ، والمقصود بالتفريق رفع الصرر عنها ، وانفقوا على أن الغيبة إذا كانت بعيدة لا يمكن وصول الرسائل إليه أو يمكن بعد زمن طويل موحبة للتفريق في الحال بدون إعدار ولا إمهال .

وإن كانت قريبة فلا يصح التفريق إلا بعد الأعدار إليه بأن يقدم أو ينقل امرأته إليه أو يطلق فإن فعل وإلا فرق بيسها بعد أن يتريث مدة باجتهاده رجاء عودته .

وهذا التفريق طلاق بائن عند مالك ، وفسخ عند الحبالة لأنها لم تصدر من الزوج ولا بتفويض منه .

وقد كان العمل بمصر يجري على مذهب الحنفية لا تفريق بالغيبة مهما طال إلى أن صدر القانون وقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فعدل عن مذهب الحنفية وأخذ بحكم ملفق من مذهبي المالكية والحبالة جاء ذلك في مادتي ١٢ - ١٣ ونصها :

(١) تطارل هذا الليل واسود جانبه وطال علي الأخليل الأعبه
والله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوائبه

م ١٢ - إذا غاب الزوج سنة^(١) فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها منه إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الأنفاق منه .

م ١٣ - إذا أمكن وصول الرسائل إلى العائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للأقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينها بتطليقة بائنة ، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى العائب طلقها القاضي عليه بلا إعدار وضرب أجل .

والمراد بالغبية كما جاء بالمذكرة الأيضاحية غيبة الزوج عن زوجته بأقامته في بلد آخر غير التي تعيش فيه ، وأما الغيبة عن بيت الزوجية وعيشه في بيت آخر في نفس البلد فهو من الأحوال التي تدخل في الضرر .

وعلت تلك المذكرة العدول عن مذهب الحنفية إلى مذهب مالك بأن مقام الزوجة وزوجها بعيد عنها زمناً طويلاً مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية في الأعم الأغلب وإن ترك لها الزوج مالا تستطيع الأنفاق منه .

وإذا كانت هذه علة العدول فهي متحققة أيضاً في الغياب بعذر ولا يشذ عنه إلا النادر فلم لم يعمم القانون الحكم للحالين ما كانت بعذر وبغير عذر . كما هو مذهب مالك الذي صرحت المذكرة بأن الحكم مأخوذ منه ؟

ويمكننا تعليل هذه التفرقة : بأن الغيبة إذا كانت بغير عذر يلحق المرأة

(١) المراد بالسنة هنا هي الشمسية التي عدد أيامها ٣٦٥ يوماً . لا جاء في المادة ٢٣ من هذا القانون . أن المراد بالسنة في المواد من ١٢ - ١٨ هي السنة التي عدد أيامها ٣٦٥ يوماً .

فيها الصرر من غير فائدة تعود عليها أو على الحياة الزوجية فلا يكون للمرأة ما يحملها على الصبر ، وأما العينة بمدر كالسفر للتجارة أو للعمل أو لطلب العلم مثلا ففيها من الفائدة التي تعود على الحياة الزوجية المستقبلية ، فعلى المرأة أن تتحمل قسطا من أعباء تلك الحياة لبناء مستقبل الأسرة فاستحق بذلك زوحها الرحمة والرافة فلا يسمح لزوحته طلب التفريق .

ولا أدل على ذلك من أن هذا القانون جعل لزوحه المسجون بعد مضي سنة على سجنه أن تطلب التفريق وإن كان له عذر في غيبته بحيث لا اختيار له في هذا السجن لأنه بارتكابه ما أوجب سجنه لا يستحق شفقة ولا رحمة ، بل يجب أن يعامل بشدة . على أن سجنه لا يعود على الحياة الزوجية نفاذة بل قد يكون سبباً في شقاءها في المستقبل .

هذا هو المعمول به في مصر . أما في لبنان فقانون حقوق العائلة يعرض لحكم غيبة الزوج في المادتين ١٢٦ ، ١٢٧ ، فيفرك أولاً بين غيبة الزوج الذي لم يترك لزوحته ما تنفق منه وتعذر تحصيل النفقة وبين ما إذا عاب وترك مالا من جنس النفقة ، فإذا طلبت التفريق في الحالة الأولى حكم به بعد إجراءات التحقيقات اللازمة بدون تأجيل .

وظاهر أن التفريق هنا لعدم الأنفاق كما أشرتنا إلى ذلك من قبل .

وإذا طلبته في الحالة الثانية فإن القاضي بعد إجراء التحقيقات اللازمة وبأسه من معرفة مكانه لا يفرق في الحال بل بعد فترة من الزمن قدرت بسنة في الغيبة في المحاربة من بعد عودة الطرفين المتحاربين وأسراهم لمحللاتهم ، وأربع سنوات في الأحوال العادية تبدأ من تاريخ اليأس من وجوده .

فإذا لم يعرف مكانه في تلك المدة وأصررت الزوجة على طلبها يفرق بينها

بطلقة بائنة وتعمد المرأة في كلا الحالتين عدة الوفاة اعتباراً من تاريخ
الحكم م ١٢٧ .

فلو تزوجت بعد انقضاء عدتها ثم ظهر زوجها الأول لا يفسخ هذا
الزواج الثاني م ١٢٨ ، لأن الزواج الأول انتهى بالطلاق الذي أوقعه القاضي ،
 وعدة الوفاة كانت للاحتياط فقط ، أما لو حكم بوفاته ثم تزوجت ، بآخر ثم
تحققت حياة زوجها الأول انفسخ الزواج الثاني م ١٢٩ ، لأن الزواج الثاني
حاء على أساس أن الأول انتهى بوفاة الأول وظهر أن هذا الأساس غير صحيح
وأن الزواج الأول لا زال باقياً .

الفصل الخامس

في التفريق لحبس الزوج

يرى الحنفية والشافعية والجعفرية أنه لا يفرق بين الزوج وزوجته بسبب حبسه مها طال، والمالكية والحنابلة الذين يرون التفريق لغيبة الزوج لم يصرحوا بالتفريق لحبس الزوج .

ولم يصرح بذلك إلا ابن تيمية من الحنابلة في فتاويه (١) ، ولكن المذهب المالكي صرح بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التفريق لأن مناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته سواء كان باختياره أو قهراً عنه كما في الأسير ، لأن الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد . وهذا المعنى متحقق في زوجة المحبوس .

لذلك أخذ القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بهذا فنصت مادته الرابعة عشرة على أن : « لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بمعقوبة مقيدة للحرية مدة

(١) فيقول في باب عشرة النساء: « القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما بما يتمد انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقة كالقول في امرأة المفقود »

ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطلق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الأنفاق منه .

فإذا تحققت الشروط الموحودة في هذه المادة كان للزوجة طلب التفريق وعلى القاضي أن يجيبها إلى طلبها إذا ما أثبتت دعواها دعوا للضرر عنها .

وإنما شرط لجواز طلب التفريق أن يكون بعد مضي سنة من تاريخ حبسه لأن جواز الطلب للتفريق هنا لغيبة الروح عنها في واقع الأمر ، وفي الغيبة لا يجوز لها الطلب إلا بعد مضي سنة ليتحقق الضرر وهو الاستيحاش لعمده .

وحينئذ يكون الحكم بالتفريق مبنياً على الضرر الواقع عليها بالفعل لا على الضرر المتوقع من الحبس .

وقانون حقوق العائلة لم يعرض لمسألة حسن الزوج ، فهل يرجع إلى المذهب الحنفي لأنه المرجع في كل ما سكت عنه القانون ، أو يرجع للمذهب الحنبلي الذي أخذ منه القانون حكم التفريق للغيبة ؟

الظاهر أنه يرجع للمذهب الحنفي ، لأن التفريق للغيبة في نظر القانون ليس مبنياً على مجرد الغيبة وبعد الزوج عن زوجته بل لعدم معرفة مكانه .

أما المذهب الجعفري فالرأي الغالب عندهم أنه لا تفريق بالحبس ، ولكن بعض علمائهم جوز ذلك ، يقول السيد كاظم في ملحقات العروة الوثقى : « لا يبعد جواز طلاق الزوجة للحاكم الشرعي إذا علم أن زوجها محبوس في مكان لا يمكن مجيئه أبداً » (١) .

(١) الأحوال الشخصية للشيخ محمد جواد مفنية ص ١٦٨ ، ص ١٦٩ .

البَابُ الثالِثُ

في
اللغات والأبداة والظهار

وفيه فصول

الفصل الأول

في اللعان^(١)

وفيه مبحثان

المبحث الأول

في التعريف به وكيفيته وشروطه والامتناع عنه

اللعان مصدر لاعن من اللعن وهو الطرد والأبعاد من رحمة الله تعالى .

وفي الاصطلاح : اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة مقرّونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة^(٢) .

(١) من مراجع هذا البحث . نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٢٦ ، فتح القدير ج ٣ ص ٢٤٧ وما بعدها ، الشرح الكبير مع حاشية الدروري ج ٢ ص ٤٥٧ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٠ وما بعدها ، منهاج الطالبين ج ٤ ص ٣٢ وما بعدها ، كشاف القناع ج ٥ ص ٣٨٩ وما بعدها ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨٧ وما بعدها .

(٢) سمي بذلك لوجود لفظ اللعن في خامسة الزوج ولم يسم بالغضب لأن اللعن أسبق منه والسبق من أسباب الترجيح، ولأن لعانه قد ينقل عن لعانها ولا عكس فتح القدير ج ٣ ص ٢٤٧ .

وقد شرع الله الحد لمن يقذف امرأة محصنة^(١) بالزنى ولم يثبت دعواه بشهادة أربعة شهود زجرأ له ولأمثاله عن انتهاك أعراض العفيفات . فيجلد ثمانون جلدة بقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون »
النور - ٤

وكان هذا هو الواجب في قذف كل محصنة ولو كانت زوجة، ولكن الله خفف عن الأزواج ورفع الحرج عنهم بشرعية اللعان في حق من قذف زوجته بقوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » النور ص ٦ - ٨ .

فلما برلت هذه الآيات أقام رسول الله ﷺ اللعان بين زوجين اتهم الزوج زوجته بالزنى مع شخص معين بعد أن وعظها وبين لها أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة لأن أحدهما كاذب بيقين ، فصار ذلك هو الحكم المقرر فيما إذا اتهم الزوج زوجته بالزنى أو نفى نسب ولدها إليه ولم تكن له بينة على دعواه ولم تصدقه الزوجة وطلبت إقامة حد القذف عليه .

كيفية اللعان :

طريقة اللعان بعد حدوث سببه كما جاء في الآيات السابقة أن يأمر القاضي الزوج بملاعتها بأن يقول : أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به فلانة هذه ويشير إليها إن كانت حاضرة، وإن لم تكن حاضرة بالمجلس سماها ونسبها بما تتميز

(١) المحصنة : هي المسلة الحرة البالغة العاقلة العفيفة عن الزنى .

به ، ويكرر ذلك أربع مرات وفي الخامسة يقول : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى أو نفى الولد حسب موضوع الدعوى .

فإذا انتهى أمر الزوجة بملاعنته فتقول : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى أو نفى الولد حسبما جاء في دعواه ، وتكرر ذلك أربع مرات ، ثم تقول في الخامسة : ^(١) غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به ، ويكون ذلك بحضرة جماعة من الرجال أقلهم أربعة لأنه بينة على الزنى .

وإنما وجب الابتداء بالرجل لأنه المدعي فبينته بينة إثبات وبيئتها بينة إنكار لأنها منكورة ، وإنما كانت أربع شهادات لأن الزنى لا يثبت إلا إذا شهد عليه أربعة من الرجال أو أقربيه صاحبه أربع مرات ، فكانت هذه الشهادات منه قائمة مقام شهادة الشهود الأربعة .

فإذا فعل ذلك سقط عنه حد القذف ، وإذا عارضته بشهادتها سقط عنها حد الزنى .

حكم الامتناع عن الملاعنة بعد وجود صبيها :

إذا امتنع الرجل عن الملاعنة بعد اتهامه زوجته بالزنى أو بنفي ولدها حبسه القاضي حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيقام عليه حد القذف عند الحنفية . ويذهب الأئمة الثلاثة والجمهورية إلى أنه يقام عليه حد القذف بمجرد امتناعه .

(١) يلاحظ أن النص السابق بينا جعل دعاء الرجل على نفسه لعنة الله جعل دعاء المرأة على نفسها - غضب الله عليها . والفضب أشد من اللعن ، لأن اللعن طرد من الرحمة والفضب سخط الله وأزال مقتته وعذابه بالفضوب عليه ، لأن جريمة المرأة هنا أشد من جريمة الرجل ، ولأن المرأة تكثر من اللعن كما جاء في الحديث في وصف النساء : « يكثرون اللعن ويكفرون المشير » فلا تهتم به لو أمرت بالدهاء عليها باللعن .

وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم في الموجب الأصلي لقذف الزوج زوجته .

فالحنفية يرون أن موجبه اللعان لأن قوله تعالى : « فشهادة أحدهم » معناه فالواجب شهادة أحدهم ، وهذا يفيد أن الواجب في قذف الزوجات لللعان فلا يجب غيره إذا لم يوجد ، ثم قالوا إن آيات اللعان سبخت آية القذف في حق الأزواج أو خصصتها بغير الأزواج ، والجمهور يذهبون إلى أن الموجب الأصلي لقذف الزوجات هو حد القذف واللعان مسقط له ، لأن آية القذف عامة في حكمها لكل قاذف زوجاً كان أو غير زوج وجاءت آيات اللعان محففة عن الأزواج فجعلت لهم طريقاً لرفع الحد عنهم باللعان ، فإذا امتنع عن اللعان ثبت الموجب الأصلي وهو الحد ، ويدل لهذا أن الرسول قال لهلal بن أمية - لما قذف زوجته بالزنى مع شريك بن شعيب - « البينة أو حد في ظهرك » ، وعند ما نزلت آية اللعان وجاء يلاعن^(١) قال له الرسول: « عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة » ، ولولم تكن الحد بهذا القذف واجباً لما كان لهذا القول معنى .

ولأن الزوج لو أكذب نفسه أقيم عليه الحد بالاتفاق .

ويبدو أن رأي الجمهور هنا أرجح من رأي الحنفية .

وإذا امتنعت الزوجة عن اللعان بعد أن لاعنها الزوج حبست عند الحنفية حتى تلاعن أو تصدق الزوج فيما ادعاه ، فإن صدقته لا تحدد الزنى حتى تقر صريحاً أربع مرات ، لأن تصديقها ليس إقراراً بالزنى قصداً ، ولأنها لو

(١) وهو أول لعان وقع في الإسلام ولم يقع بعده لعان إلا في زمن عمر بن عبد العزيز .
حاشية القليوبي على شرح المهاج ج ٤ ص ٢٨ .

أقرت بالزنى ثم رجعت عن إقرارها لم تحسد . ووافقهم الحنابلة في ذلك (١) .

وذهب المالكية والشافعية والحنفية إلى أنها إذا امتنعت عن اللعان يقيم عليها حد الرى وهو الرحم ، لأن الواجب الأصلي هو الحد واللعان يدرأ عنها الحد لقوله تعالى : « ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله » فقد جعلت الشهادات وهي اللعان من جانبها دافعا عنها العذاب وهذا العذاب هو الحد المصرح به في قوله تعالى : « وليشهد عداؤها طائفة من المؤمنين » .

شروط اللعان :

لا يجب اللعان إلا بعد قذف الزوج ومطالبة الزوجة بموجب القذف أمام القاضي وتوفرت الشروط الآتية :

١ - أن تكون الزوجية الصحيحة قائمة بينها حقيقة أو حكما عند القذف سواء أضاف الزوج الزنى إلى زمن الزوجية أو قبلها عند الحنفية ، لأن العبرة عندهم بالوقت الذي وقع فيه القذف سواء كان القذف قبل الدخول أو بعده .

وذهب الجمهور والحنفية إلى أن الشرط أن يضيف القذف إلى زمن الزوجية فلو أضافه إلى ما قبل الزواج لا يلاعن ويقام عليه حد القذف (٢) ، لأن العبرة عندهم بالوقت الذي يضيف إليه الزنى فلا بد أن يكون حال قيام الزوجية .

ولو كان الزواج فاسدا لا يلاعن لأن الزوجة فيه تعتبر كالأجنبية ويقام عليه

(١) ففي كشف القناع ج ٥ ص ٤٠٠ وإن لاعن الزوج ونكحت الزوجة عن اللعان فلا حد عليها لأن زناها لم يثبت لأن الحد يدرأ الشبهة وحسب حتى تقر أربعا أو ثلاثة

(٢) الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٥٨ ، مهناح الطالبين ج ٤ ص ٣٩ . كشف القناع ج ٥ ص ٣٩٥ . استثنى الشافعية صورة ما إذا كان القذف بنفي الولد فإنه يلاعن ولو أضاف الزنى إلى ما قبل الزواج .

حد القذف إذا كانت المقدوفة عفيفة .

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يلاعن في الزواج الفاسد إذا كان القذف بنفي الولد لأن الرجل مضطر إلى نفي نسب هذا الولد ولا طريق له إلا باللعان .

٢ - أن يكون كل من الزوجين أهلاً للشهادة على المسلم بأن يكون كل منهما مسلماً بالغاً عاقلاً حراً قادراً على النطق غيراً محدود في قذف ، فإذا تخلف قيد من ذلك لا يقام بينها اللعان . وهذا عند الحنفية ، لأن اللعان عندهم شهادات^(١) مؤكدة بالآيمان . حيث سميت الآية الأزواج شهداء وسمت ملاعنتهم شهادات . وحملها كشهادة الزنى في العدد .

وشرط الجعفرية البلوغ والعقل في الزوجين ، وزادوا في الزوجة السلامة من الصمم والخرس وأجازوا لعان الأخرس بإشارته المعقولة .

ولم يشترطوا الإسلام ولا الحرية ولا عدم الحد في قذف على الأصح عندهم^(٢) .

(١) وعد الأئمة الثلاثة هي آيانات بلعط الشهادة فيشرط فيه أن يكون كل منها أهلاً لليمين والزوج أهلاً للطلاق وصححوا اللعان من كل زوجين سواء كانا مسلمين أو كافرين ، عدلين أو فاسقين محدودين في قذف أو لا ما دامت الزوجة محصنة يحد قذفها ودليلهم على ذلك أنه يذكر فيه اسم الله ويح تكراره والمعروف في الشهادة أنها لا تكرر لكن القسم قد يكرر كما في القسامة ، ولأنه يكون من الحاسبين والشهادة تكون من حاتف واحد ، وتسميته شهادة باعتبار قول كل منهما أشهد ، ولأن الرسول قال بعد أن ولدت امرأة ملال بن أمية: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» .

قال الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٣ بعد أن حكي عن صاحب الفتح أقوالاً ثلاثة أن اللعان شهادة فيها شائبة يمين والعكس ، وأداه ليس يمين ولا شهادة قال : والذي تحرر لي أنها من حيث الحزم بنفي الكذب واثبات الصدق يمين لكن أطلق عليها شهادة لاشتراط أن لا يكتفي في ذلك بالظن بل لا بد من وحسود علم كل منهما بالأمرين علماً يصح معه أن يشهد .

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨٨ .

٣ - ألا يقيم الزوج بينة على ما ادعاه بالاتفاق ، فلو أقام بينة وجب عليها الحد ولا لعان ، لأن اللعان حجة ضعيفة فلا تقاوم بالبينة .

وزاد الجعفرية على ذلك أن يدعى مع الزنا مشاهدته ، فلو لم يدع المشاهدة فلا لعان .

٤ - أن تكون الزوجة عفيفة عن الزنى ، وجوز الجعفرية لعان الزوجة غير العفيفة على نفى الولد خاصة

٥ - أن تنكح الزوجة ما رماها به زوجها .

المبحث الثاني

في الآثار المترتبة على اللعان :

إذا توافرت شروط اللعان ووقع أمام القاضي ترتب عليه الآثار الآتية :

١ - سقوط الحد عنها .

٢ - يحرم بمجرد اللعان استمتاع كل من الزوجين بالآخر حتى قبل تفريق القاضي بينها .

٣ - تقع الفرقة بين الزوجين بالاتفاق . غير أنهم اختلفوا في وقوعها . هل تقع بمجرد اللعان ولا تتوقف على تفريق القاضي أو لا تقع إلا بتفريقه ؟

فذهب أبو حنيفة وصاحبه إلى أنها لا تقع إلا بتفريق القاضي ، فلو تلاعنا وتأخر تفريق القاضي كأنت الزوجية باقية بينها في بعض الأحكام ، فلو مات أحدهما ورثه الآخر ، ولو طلقها وقع عليها الطلاق ، ولو أكذب نفسه حلت

له من غير تجديد عقد الزواج ، واستدلوا بما روي عن ابن عباس في قصة المتلاعنين : « ففرق رسول الله ﷺ بينهما ، وهذا يفيد أن التفريق حصل بفعل رسول الله لا قبله .

وذهب مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه وزفر من الحنفية والجمعونية إلى أن الفرقة تقع بمجرد الملاعنة ، وحكم القاضي منفذ لها ، لأن سبب الفرقة هو اللعان وقد وجد ولولاه ما وقعت ، وقول ابن عباس السابق ليس نصاً في إنشاء الفرقة بل يحتمل ذلك ويحتمل أنه إعلام لها بها أو تنفيذها حساً بينها ، ومع الاحتمال لا يدل على توقف الفرقة على حكم القاضي .

وإذا وقعت الفرقة بينها اعتبرت طلاقاً بائناً عند أبي حنيفة ومحمد (١) ، تحتسب من عدد الطلقات لأن سبب الفرقة جاء من جانب الرجل لأنه المتسبب فيها ، فلا يحل له أن يتزوجها قبل أن يكذب نفسه أو تصدقه في دعواه أو يكون من أحدهما ما يخرجها عن أهلية الشهادة . كأن يقذف أحدهما غيره فيجد به أو يرتد عن الإسلام ، لأن تكذيبه لنفسه يعتبر رجوعاً عن الشهادة ، والشهادة لا حكم لها بعد الرجوع عنها وحينئذ يجد حد القذف ويثبت نسب الولد فيه إن كان القذف لنفسه ، ويصدقها له يرتفع سبب اللعان أيضاً ، لكنها لا تحدد حد الزنى إلا إذا أقرت أربع مرات . كما قدمنا .

وذهب أبو يوسف والأئمة الثلاثة والجمعونية إلى أن الفرقة باللعان تكون فسخاً لا طلاقاً لأنها فرقة مؤبدة كحرمة الرضاع فلا يمكنها إعادة الزواج بينها حتى ولو أكذب نفسه أو صدقته الزوجة لحديث « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » .

ولأن سبب التفريق وهو اللعان قد وجد ، وتكذيبه نفسه أو تصديقها له

(١) وهو الممول به في مصر الآن لأن القانون لم يعرض له بل أن مذكرته الأيضاحية نصت على أن مراق اللعان وإبائه أحد الزوجين الإسلام باق على حكمه في مذهب الحنفية ،

لا ينفي وجوده فيبقى حكمه (١) ، ولأنه لو كان صادقاً في اتهامه لها فلا ينبغي له أن يرجع إلى معاشرته زوج بنفي ، وإن كان كاذباً فقد أساء إليها إساءة بالغة فلا يمكن من معاشرتها بعد ذلك .

٣ - إذا كان اللعان بنفي الولد ينتفي نسبه منه ويلحق بأمه فيكون أجنبياً في بعض الأحكام كالنورات والبيقة ، فلا توارث بينهما إذا مات أحدهما ، كما لا يرث الولد قرابة أبيه وإنما ترثه أمه وأقرباؤها ، ولا تجب لأحدهما نفقة على الآخر ، لأن كلا منهما لا يثبت إلا بسبب متيقن .

وتسمى أحكام البنوة في الأحكام الأخرى التي يراعى فيها الاحتياط لاحتمال أنه ابنه حقيقة فلا يحل لأحدهما إعطاء زكاته للآخر ، ولا تقبل شهادة أحدهما للآخر . ولا يقتل الأب به قصاصاً إذا قتله ، كما لو قتل ابنه الثالث السب .

وتثبت بينهما حرمة المصاهرة فلا يجوز أن يزوجه من أولاده ، كما لا يجوز له أن يتزوج امرأته التي عقد عليها وبالعكس .

ولا يعتبر الولد بهذا النفي مجهول النسب ، فلو ادعاه غير الملاحن لا يصح ولا يثبت نسبه منه لاحتمال أن يكذب الملاحن نفسه فيعود نسب الولد له .

ولهذا قيل لو ادعاه أجنبي بعد موت الملاحن صححت الدعوى وثبت نسبه من المدعي إذا توافرت شروط ثبوت النسب .

هذا عند الحنفية ووافقهم الجعفرية فيها عدا القصاص فقالوا: إنسه إذا قتله الملاحن اقتص منه ، والشهادة فجزوا شهادة كل منها للآخر وعليه ، وذلك لأنهم يجوزون شهادة الوالد لابنه وعليه وكذلك شهادة الابن لأبيه ولم يمنعوا إلا شهادة الابن على أبيه .

(٢) غير أن أنا يوسف يقول : إذا قدمها بنفي الولد وأكذب نفسه فإنه يثبت نسب الولد منه معطلاً ذلك بأن الحديث جاء بالتمريق بينهما ولم يتمرص للنسب بالدمي فيجب المحافظة عليه ، وإذا ثبت نسبه ومات الأب ورثه الابن ولو مات الابن لا يرثه أبه - لاحتمال أنه أكذب نفسه لأجل الميراث عند الحنفية والجعفرية .

الفصل الثاني

في الأيلاء (١)

وفيه مبحثان

المبحث الأول

في التعريف وركنه وألفاظه وشروطه

الأيلاء لغة عبارة عن اليمين مطلقاً . يقال : آلى بولي إيلاء إذا حلف سواء كان على ترك قربان زوجته أو غيره .

وفي الشريعة عبارة عن حلف الزوج على ترك قربان امرأته أربعة أشهر سواء كان حلفاً بالله أو بتعليق القربان على فعل يشق على النفس إتيانه .

(١) من مراجع هذا البحث . فيل الأوطار ج ٦ ص ٢١٧ ، فتح القدير ج ٣ ص ١٨٢ وما بعدها ، الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٧٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٨٦ وما بعدها ، شرح منهاج الطالبين ج ٤ ص ٨ وما بعدها ، كشاف القناع ج ٥ ص ٣٥٣ وما بعدها ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨٣ وما بعدها ، الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ٤٦٣ وما بعدها ، فرق الزواج للشيخ الحنفي ص ٢٤٢ .

وقد كان هذا النوع من الأيلاء في الجاهلية يلحق الضرر البالغ بالمرأة لطول مدة المنع كما روى عن ابن عباس أنه قال : كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين فوقت الله لهم أربعة أشهر (١) .

وكان يتكرر هذا الحلف حتى يصل إلى التحريم المؤبد فتصير بذلك المرأة كالمعلقة لا هي بذات زوج لها حقوق الزوجية ولا هي خالية من الزواج يغنيها الله من فضله .

فخفف الشارع عنها يجعل أمد الأيلاء فترة قصيرة ألزم الزوج فيها إما الرجوع عن مقتضى يمينه أو فراقها جاء ذلك في قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » البقرة - ٢٣٦ ، ٢٣٧ .

فنقله من حرمان مؤبد إلى حرمان مؤقت ينتهي بأحد أمرين : إما عودة الحياة الطبيعية بين الزوجين والأمساك بالمعروف أو التسريح بالأحسان .

ولم يرفعه من أساسه وإن كان فيه إيلاء المرأة بجرمانها ممن أمر لازم لطبيعتها البشرية وإشعارها بكرامته وانصرافه عنها ، لأنه لا يخلو ممن فائدة تعود على الحياة الزوجية .

فقد يكون نوعاً من التأديب لها إذا كان الباعث عليه أمراً يرجع إليها كأتيانها فعلاً ينفره منها فهجرها بهذا اليمين يحملها على تلافي سببه فتصفر الحياة الزوجية بينها .

وقد يكون علاجاً له إذا كان السبب منه ، لأن بعده عنها قد يثير في نفسه الشوق إليها فيعود إليها نادماً على أساءتها مصراً على حسن معاشرتها ، فإذا

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١٩ .

مرت المدة دون أن يجد نفسه مالت إليها فارقتها بيسر وسهولة .
 فيكون الأبقاء عليه بهذه الصورة من عوامل دعم الحياة الزوجية أو
 أنهاها بالمعروف .

ركن الأيلاء :

يوجد الأيلاء بالمعنى الدالة على منع الزوج نفسه من قربان زوجته أربعة
 أشهر^(١) فأكثر منعاً مؤكداً باليمين بالله أو بصفة من صفاته أو بالتزام ما يشق
 عليه إثباته . كأن يقول : والله لا أقربك أربعة أشهر ، أو وقدرة الله لا أقربك
 عاماً ، أو لا أقربك أبداً ، وكذلك لو أطلق عن التقييد بزمن : كوالله لا أقربك ،
 لأن الإطلاق ينصرف إلى التأييد ، ومثل ذلك لو قال : إن قاربتك في هذا العام
 فعلي صوم شهرين متتابعين أو حج أو صلاة ألف ركعة مثلاً ، ففي كل هذه
 الصور يكون مولياً يلزمه حكم الإيلاء الذي سيأتي بيانه .

وعلى ذلك لا يكون مولياً من حلف على تركها أقل من أربعة أشهر ، أو
 قال لها : لا أقربك أربعة أشهر دون أن يلتزم بأمر يشق عليه ، لأن الشرط
 لتحقيقه كون المنع مدة لا تقل عن أربعة أشهر مع تأكيده باليمين أو بالتزام أمر
 يشق عليه ، فإذا خلا من أحدهما لا يكون إيلاء ، هذا عند الحنفية .

وخالفهم الأئمة الثلاثة والجمهورية في المدة فشرطوا أن تكون أكثر من
 أربعة أشهر أو مطلقة عن التقييد .

لأن الآية وضعت لعدم قربان المرأة حداً لا ينبغي للزوج أن يتعداه وهو

(١) حالف الظاهرية فقالوا متى حلف بالله أو بصفة من صفاته على عدم قربانها يكون
 مولياً وإن لم يعين مدة أو عين أقل من أربعة أشهر ، فإذا فعل أمره الحاكم بالحلف في اليمين
 وأمهله أربعة أشهر من حين الحلف فإذا انتهت المدة ولم يفيء ولم يطلق رقبته وأمره بأحدهما
 فإن امتنع فليس له أن يطلق عليه بل يضربه حتى يفعل أحدهما أو يموت قتيلاً الحلق إلى
 مقت الله تعالى . المحلل ج ١٠ ص ٥٢ .

الأربعة الأشهر وهو لا يطالب فيها بشيء فلا بد أن يزيد عليها ليطالب فيها بالفيء أو الطلاق .

كما خالفهم الجعفرية والحنابلة في المؤكد فشرطوا أن يكون بإسم الله أو بصفة من صفاته ، فمن حلف بالطلاق أو التزم ما يشق عليه لا يكون مولياً ، لأنه لا يمين إلا ما عده الشارع يمينا ، ولأن الحلف عند إطلاقه ينصرف إلى القسم الذي تعورف في عصر نزول الوحي أنه يمين تلم الكفارة الخنث فيه « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين ... الآية .

الفاظه : تتنوع ألفاظ الأيلاء إلى نوعين صريح وكناية .

فالصريح : هو ما دل على المقصود من غير احتمال شيء آخر . نحو والله لا أقربك . أو لا أحاممك ، أو لا أغتسل لك من جنابة وما شاكل ذلك ، وهذا يكون إيلاء ولا يصدق في أنه قصد به شيئاً آخر .

والكناية : ما احتمل معنى آخر . نحو لا أغشاك ، ولا أمسك ، ولا أدخل عليك ، ولا أجمع رأسي ورأسك ، وهذا لا يكون إيلاء إلا بالنية ، فلو ادعى أنه أراد به غير المخالطة صدق قضاء .

وكما يكون باللفظ المنجز يكون بالملق على حدوث أمر آخر ، وبالمضاف إلى زمن مستقبل ، وتبدأ مدة الأيلاء في المنجز عقب التلفظ به وفي الملحق من وقت تحقق الشرط ، وفي المضاف لزم بدخول أول لحظة منه عند الخفية والشافعية والمالكية ، وذهب الحنابلة والجعفرية إلى أنه لا يكون إلا منجزاً .

شروط الأيلاء :

١- يشترط في المولى « الزوج » أن يكون بالغاً عاقلاً قادراً على المخالطة الجنسية ،

وبعبارة أخرى أن يكون أهلاً للطلاق عند أبي حنيفة والجعفرية .

وشرط ابو يوسف ومحمد أن يكون أهلاً للكفارة ، لأنه يمين يترتب على الحنث فيه الكفارة فلا بد أن يكون مسلماً مع العقل والبلوغ ، فالأبلاء عندهما لا يصح من غير المسلم ، لأن الكفارة عبادة لا تصح منه ، ويصح عند أبي حنيفة لأنه أهل للطلاق ، فإذا آلى من زوجته وبر في يمينه بأن لم يقرها في المدة كلها طلقت ، وإن حنث فيه لم تلزمه كفارة لأنه ليس أهلاً لها لكونها عبادة .

وزاد الجعفرية : أن يقصد بهذا الأبلاء الأضرار بالزوجة ، فلو حلف لا يقرها لإصلاح اللبن لابنه الرضيع أو لمرضها لم يكن إبلاء ، ويوافقهم في ذلك المالكية (١) .

٢ - يشترط في المولى منها : أن تكون زوجة حقيقة أو حكماً بأن تكون في عدة الطلاق الرجعي عند الحنفية والجعفرية ، لأن كلا منها يحل مخالطتها حتى صحت الرجعة بالفعل باتفاقهم كما قدمنا في بحث الرجعة .

وتتدد عدة من وقت الحلف وتحتسب مدة العدة منها . فإن انتهت العدة قبل مده الأبلاء سقط لفوات محله ، وإن امتدت العدة إلى نهاية مدة الأبلاء كان صحيحاً وطبق الحكم عليه ، وامتداد العدة يتصور فيما إذا كانت عدتها بالقروء وامتد بها الطهر فطالت مدة الحيضات الثلاث حتى نهاية الأشهر الأربعة .

وقد يراجعها أثناء العدة فيمتد الأبلاء إلى ما بعد الرجعة فيما إذا اعتدت بالأشهر . أما المعتدة من طلاق بائن فلا يصح الأبلاء منها باتفاقهم ، لأنه لا يحل له قربانها حتى يحلف على امتناعه منه ، ولأنها ليست من نسائه حتى تدخل تحت قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » ... الآية .

(١) والشافعية والحنابلة لم يشترطوا هذا الشرط كالحنفية .

ولم يشترط الحنفية في المرأة المولى منها أكثر من هذا . فيصح الأيلاء من الزوجة دخل بها أو لم يدخل بها صغيرة كانت أو كبيرة يمكن مخالطتها أو لا كأن كانت قرناء أو رتقاء أو في مكان بعيد لا يمكنه الوصول إليها في مدة الأيلاء . قالوا : والقيء في هذه الأحوال التي يتعذر فيها المقاربة يكون بالقول . وهو قول مالك .

وشرط الجعفرية : أن تكون مدخولاً بها بعد عقد زواج دائم . فمن آلى من زوجته قبل الدخول بها لا يصح إيلاؤه .

المبحث الثاني

في حكم الأيلاء :

إذا حلف الرجل على عدم قربان زوجته على الوجه السابق فإما أن يفيء إليها بأن يفعل المحلوف عليه في مدة الأيلاء أو لا يفعل .

فإن فعل قبل مضي الأشهر الأربعة بطل الأيلاء ولزمه كفارة اليمين إن كان الحلف باسم الله أو بصفة من صفاته ، أو الوفاء بما التزم من صلاة أو صوم أو حج أو تصدق .

هذا إذا كان يقدر على مقاربتها ، فإن كان عاجزاً عنها من وقت الأيلاء لعذر كمرضه أو مرضها أو صفرها أو بعده عنها وامتد عجزه إلى آخر مدة الأيلاء^(١) يكون فينه بالقول . كأن يقول : فئت إلى زوجتي أو رجعت عما

(١) وإنما شرط امتداد العجز إلى آخر المدة لأنه لو قدر على المقاربة في أي وقت منها لم يصح فينه بالقول . فتح القدير - ٣ ص ١٩٥ .

تلت ، وبهذا القول ينحل يمينه بالنسبة للطلاق فلا يقع بمضي المدة بدون مخالطة ، كما أنه لا تلزمه كفارة اليمين ولا الأمر الملتزم به بالتعليق لأن المحلوف عليه لم يقع منه فلا حنث ، وإنما اعتبر الفيه بالقول لأن وقوع الطلاق لرفع الظلم عنها ، وعند العجز يكفي رفع الظلم بالقول حيث لا يستطيع سواه .

وإن لم يفعل ولم يقل ذلك القول حتى انتهت المدة كان باراً في يمينه فلا كفارة عليه ولكنها تطلق منه طلقة بائنة بمضي المدة عند الحنفية ، ولا يحتاج الطلاق لأيقاع مه أو لحكم القاضي به ، ويمد وقوع الطلاق ينتهي الأيلاء إذا كان عين هذه المدة عند الحلف (١) .

٤٠

وإنما وقع بائنا عندهم لأن وقوعه هنا لتخليص المرأة من الظلم، والرجمي لا يفيد ذلك حيث يملك مراجعتها ثم يعيد الأيلاء وتكرر المسألة فلا يخلصها إلا البيونة .

والأئمة الثلاثة يوافقون في أن الفيه في المدة ينهي الأيلاء ويلزمه الكفارة لهذا الحنث ، ولكنهم خالفوا في وقوع الطلاق بمضي المدة . فذهبوا إلى أن الزوج إذا لم يفيه إلى زوجته بعد انقضاء الشهور الأربعة فعليه الطلاق ، فإن طلق انتهى الأمر ، وإن أبى الطلاق طلق عليه القاضي جبراً إذا طلبت

(١) أما إذا كان الأيلاء مؤبداً ، كأن قال لها : والله لا أقربك أبداً أو لم يصرح بلفظ الأبد فلا ينتهي الأيلاء وقوع هذا الطلاق بمضي المدة . لأنه لم يوجد الحنث حتى يرتفع به ، فإن تزوجها هاد الأيلاء فإن وطئها كفر عن يمينه ، وإن لم يفعل حتى مضت أربعة أشهر وقع طلاق آخر ، فإن تزوجها ثالثاً ولم يقاربها ومضت أربعة أشهر وقعت طلقة ثالثة فتحرم عليه حتى تتزوج بآخر ، فإن تزوجها بمدته ولم يقاربها لا يقع عليه طلاق بذلك الأيلاء لتقيده بطلاق هذا الملك ، لأن الأيلاء طلاق مؤجل وينعقد على التطليقات المملوكة له فيه ولم يبق له شيء منها بعد وقوع الثلاث عليها ، لكن يلاحظ أنه إذا قاربها في هذا الزواج لزمته الكفارة لتحقق الحنث في اليمين بتلك المقاربة وينتهي الإيلاء بذلك .

راجع الهداية وحاشيتي فتح القدير والعناية ج ٣ ص ١٨٧ وما بعدها .

الزوجة ذلك^(١) والطلاق الواقع هنا رجعي سواء كان من الزوج أو القاضي ، لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً حتى يكون من الشارع ما يدل على أنه بائن .

فهم يخالفون الحنفية في أمرين . في أن الطلاق لا يقع بمضي المدة بل لا بد من إيقاعه من أحدهما ، وفي أن الطلاق لا يكون بائناً .

أما الجعفرية : فإنهم يوافقون الأئمة الثلاثة في أن الطلاق لا يقع بمضي المدة،

(١) ومنشأ الخلاف بين الحنفية وغيرهم في وقوع الطلاق عصي المدة وعدم وقوعه إلا بإيقاع بعدها من الزوج أو القاضي يرجع إلى اختلافهم في مرجع التعميق المستمد من العاء في قوله تعالى : « فإن فاء وإفان الله عمور رحيم » بعد تقدم أمرين الأيلاء والتربص . هل هو للأيلاء أو للتربص . فالجمهور على أنه راجع إلى التربص . والمعنى فإن فاءوا بعد معنى المدة التي يتوبصها المولى ، والحنفية قالوا : إنه راجع إلى الأيلاء فيكون المعنى . فإن فاءوا بعد الأيلاء . وهذا يحتمل أن يكون النفي بعد الأيلاء في مدة الأربعة أشهر أو بعدها ، ويرجح كونه فيها بقراءة ابن مسعود « فإن فاءوا - فبين - فإن الله عمور رحيم » وهذه وإن لم تثبت قرآينتها لعدم قواثرها فإنها لا تخرج عن أن تكون خيراً عن رسول الله فيصلح مرجحاً لأحد الاحتمالين هما . فإن فاء الزوج في المدة وإلا طلقت امرأته بانه قصاها طليقة نائنة من غير حاجة إلى تطبيق مهأر من القاضي ، وقد روي ذلك عن بعض الصحابة والتابعين . كان مسعود وابن عباس وريد بن ثابت وعطاء وعكرمة والحسن وغيرهم . والمعنى فإن فاء واقبل مصى المدة وعادوا إلى مقاربة زوجاتهم فإن ذلك يكون قوية من ذلك الذنب والله يعمر لهم ، وإن أصروا على تنفيذ بينهم وحرر زوجاتهم حتى انقضت المدة فانه يكون لإصراراً على الطلاق فيكون لإيلاؤه طلاقاً قطلياً منهم بمجرد انقضاء المدة .

ورجحه الجمهور أن الآية وضمت لعدم قران المرأة حداً لا يسمي للزوج أن يتمدها وهو أربعة أشهر وجعلها مدة تربص لا يطالب فيها الزوج بشيء ، وقد رتب على انقضائها أحد أمرين . أن يفني الزوج إلى امرأته فيغفر الله له ما وقع منه من إيذائها ، وأن يعزم طلاقها والله مطلع على ما يصدر منه فيحاسبه عليه فيسمع ما يقع منه من الطلاق ويعلم ما يصدر منه من خير أو شر فيجازيه عليه ، فاذا فعل أحد الأمرين فيها ، وإن لم يفعل كان للمرأة أن ترفع أمره إلى القاضي ليحيره بينها فان فعل وإلا طلق عليه ، وهذا مروى عن عمر وعثمان وعلي وعائشة وابن عمر وسعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وغيرهم . وهذا الرأي أرحح من الأول .

وعلى الزوج بعدها أحد أمرين . إما الفيء أو الطلاق ، فإن فاء إليها فلا يطلب منه شيء ، وإن طلق وقع الطلاق رجعياً ، وإن امتنع عن الأمرين كان للزوجة رفع أمرها إلى الحاكم ، وعليه أن ينظره أربعة أشهر أخرى فإذا مصت ولم يفيء فيها خيتره الحاكم بين الفينة والطلاق إذا رفعت إليه أمرها بعد انقضائها ، فإن امتنع حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يفيء أو يطلق ، فإذا طلق وقع رجعياً ولا يملك القاضي أن يجبره على واحد منها كما لا يملك أن يطلق عليه .

وإذا قاربها في المدة لزمته الكفارة بشرط أن يكون عندها قاصداً لها ، فلو قاربها ناسياً أو مجنوناً فيها بطل حكم الأيلاء لتحقق الأصابة ولا تجب الكفارة لعدم الخنث (١) .

وينبغي هنا ملاحظة أن المرأة المولى منها بعد طلاقها يجب عليها أن تعدد عدة المطلقات عند جماهير الفقهاء لأنها مطلقة فتجب عليها العدة كسائر المطلقات وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجب عليها العدة إذا كانت قد حاضت في مدة الأشهر الأربعة ثلاث حيض وهو مروى عن ابن عباس لأن العدة إنما وضعت لبراءة الرحم وقد حصلت .

وسبب الخلاف كما يقول ابن رشد في بداية المجتهد : أن العدة جمعت عبادة ومصالحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ، ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

المعمول به في مصر ولبنان :

أما في مصر فالعمل يجري على مذهب الحنفية وهو وقوع الطلاق بانتهاء

(١) شرائع الإسلام - ٢ .

المدة لكن الطلاق يقع رجعيًا ، كما ذهب الجمهور لأن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مادته الخامسة يقول : إن كل طلاق يقع رجعيًا إلا ما استثنى ، والطلاق الواقع بالأيلاء ليس منها فينتفك المعمول به في الأمرين مع مذهب الأوزاعي في أن الطلاق يقع بمضي المدة رجعيًا .

أما المحاكم السنية في لبنان فتسير على مذهب الحنفية لسكوت القانون عنه والمحاكم الجعفرية تسير على مقتضى المذهب الجعفري وقد قدمناه .

الفصل الثالث

في الظهار^(١)

وهذا نوع من تصرفات الأزواج مع زوجاتهم لا يعتبر طلاقاً ولا فسخاً ولكنه يحرم قربان الزوجة تحريماً مؤقتاً إلى أن يوجد منه ما ينهيه بعد أن كان يوجب تحريم المرأة تحريماً مؤبداً في الجاهلية . وهذا التصرف هو الظهار .

الظهار لغة مصدر ظاهر مأخوذ من الظهر . وهو قول الرجل لامرأته : أنت عليّ كظهر أمي^(٢) ، وفي اصطلاح الفقهاء : تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأبيد أو يحجز منها لا يحل له النظر إليه كالظهر والبطن والفخذ . كأن يقول لها : أنت عليّ كظهر أمي ، أو كبطن أختي أو عمتي أو خالتي . يستوي في

(١) من مراجع هذا البحث . نيل الأوطار - ٦ ص ٢١٩ وما بعدها ، فتح القدير - ٣ ص ٢٢٤ وما بعدها ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٣٩ وما بعدها ، شرح منهاج الطالبين ج ٤ ص ١٤ وما بعدها ، كشف القناع ج ٥ ص ٣٦٨ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٩١ ، شرائع الإسلام ح ٢ ص ٧٤

(٢) قال الكيال ن الماهم في فتح القدير : وأخص الظهر بذلك دون سائر الأعضاء لأنه محل للركوب . ولذلك سمي المركوب ظهراً فشبهت الزوجة بذلك . وقيل : إن الظهر مجاز عن البطن لأنه إنما يركب البطن وعلاقته الجارية . وقيل : خص الظهر لأن هذا كان استعمالهم في الجاهلية .

ذلك أن تكون المشبهة بها محرمة عليه بسبب النسب أو الرضاع أو المصاهرة .
كأن يقول لها : أنت علي كظهر امرأة أبي أو زوجة ابني وغيرها وهذا عند
الحنفية والأئمة الثلاثة .

والجمفرية قصره على المحرمة بسبب النسب أو الرضاع . أما لو شبهها بمن
حرمت عليه بالمصاهرة . كأم زوجته أو زوجة أبيه أو ابنه لم يقع بهظهار .
ألفاظه : تتنوع ألفاظ الظهار إلى نوعين صريح وكناية .

فالصريح : ما لا يحتمل إلا الظهار . نحو أنت علي كظهر أمي أو كبطن
عمتي وما شاكل ذلك ، ويقع به الظهار سواء نوى به الظهار أو الطلاق أو
الأبلاء أو ادعى أنه لم ينو به شيئاً .

والكناية : ما يحتمل الظهار وبغيره كقوله : أنت علي كأمي . فانه يحتمل
المائة في التحريم أو المائة في الكرامة ، فإذا نوى أيهما صدق فيما ادعاه منها ،
فإن قال : نويت الظهار كان ظهاراً ، وإن قال : أردت الطلاق فهو طلاق بائن
لأنه تشبيه في الحرمة .

وإن لم ينو به شيئاً فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال إرادة
الكرامة وقال محمد : يكون ظهاراً لوجود التشبيه الذي هو أساس الظهار .

ومن الكناية : أنت علي حرام كأمي^(١) . فإنه يحتمل الظهار والطلاق

(١) أما إذا قال لها « أنت علي حرام » فالحنفية يقررون على أنه يسأل عن نيته، فإن قال :
أردت الكذب فهو كما قال ، لأنه نوى حقيقة كلامه ، وقيل لا يصدق في القضاء لأنه
يمس ظاهراً .

وإن قال : أردت الطلاق فهو تطليقة مائة إلا أن ينوي الثلاث ، وإن قال أردت
الظهار فهو ظهار عند الشيخين ، وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالحرمة وهو الركن
فيه ، ولها أنه أطلق الحرمة ، في الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل اللعيد .

بوما أو أحدهما عومل بنيته ، وإن ادعى أسه لم ينوبه شيئاً منها كان إيلاء
عند أبي يوسف لأنه أدنى الحرمتين ، وظهاراً عند محمد للتشبيه فيه .

وطاهر أن هذا الحكم لو صدر ممن يعرف الظهار والمراد منه أما لو صدر من
العامي الذي لا يعرف معنى الظهار فيتمين أن مراده به الطلاق المؤكد فيصرف
إلى الطلاق في حقه .

شروطه : يشترط لصحة الظهار ليرتب عليه حكمه عند الحنفية .

أولاً : يشترط في الرجل . أن يكون زوجاً بالغاً عاقلاً مسلماً .^(١) أي من
أهل الكفارة فلا يصح طهار من الصبي والمجنون والذمي .

ثانياً : يشترط في المرأة المظاهر منها : أن تكون زوجة في زواج صحيح
نافذ قائم حقيقة أو حكماً . فيصح الظهار من المعتدة من طلاق رجعي ، ولا
يصح من المعتدة من طلاق بائن ولا من كان زواجها فاسداً أو صحيحاً موقوفاً ،
لأن كلا منها حرام عليه بالفعل فلا يكون للظهار منها معنى .

— وإن قال : أردت التحريم أو لم أو شيئاً فهو يمين يصير به مولى ، ومن فقهاءهم من
يصرف لفظ التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف . راجع الهداية مع فتح القدير ج ٣
ص ١٩٦ ، ص ١٩٧ .

هذا هو مذهب الحنفية والمسألة فيها اختلاف من لدن الصعوبة إلى ما بعد عصر الأئمة .
وقد حكى ابن القيم من أقوالهم خمسة عشر قولاً . ذكرهما الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦
ص ٢٢٤ وما بعدها ، ورجح منها القول بأنه لو راطل لا يترتب عليه شيء وهو إحدى
الروايتين عن ابن عباس ، وبه يقول مسروق وأوسلة بن عبد الرحمن وعطاء والشعبي وداود
الطاهري وأكثر أصحاب الحديث وهو أحد قولي المالكية واحتاره أصحح بن الفرج ودليله
قوله تعالى : « ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام » .

(١) لم يشترط الشافعية والحنابلة الإسلام فصحبه من الكافر الذمي ، ولكن المالكية
يراقبون الحنفية في هذا الشرط .

ثالثاً : يشترط في المرأة المشبه بها : أن تكون محرمة عليه تحريماً مؤبداً (١) بالاتفاق . فلو كانت محرمة عليه مؤقتاً . كأخت زوجته أو عمتها . أو كانت محرمة عليه مؤبداً عند بعض الفقهاء دون الآخرين كأم المرأة التي زنى بها أو بنته من الزنى لم يكن التشبيه ظهاراً على الراجح عند الحنفية .

ويشترط الجعفرية في الرجل : البلوغ وكال العقل والاختيار والقصد . فلا ظهار لصغير أو مجنون أو مكروه ولا فاقد القصد بالسكر أو الأعماء أو الغضب .

وفي اشتراط الإسلام خلاف عندهم شرطه بعضهم لعدم إمكان الكفارة . ولم يشترط أكثرهم لأمكان تقديم الإسلام ثم يكفر .

وشرطوا في المرأة : أن تكون زوجة بالعقد الدائم ، فلا يقع على أجنبية ولو علقه على النكاح ، وأن تكون طاهراً طهراً لم يجامعها فيه إذا كان زوجها حاضراً وكان مثلها تحيض ، فلو كان غائباً أو حاضراً وهي لا تحيض لعدم البلوغ أو كونها يائسة لا يشترط فيها ذلك ، وفي غير المدخول بها اختلاف عندهم ، كما شرطوا حضور شاهدين عدلين يسمعان نطق المظاهر ، وأن يكون الظهار منجزاً ، فلو كان معلقاً أو مضافاً لا يقع ، وهذه الشروط كما ترى هي شروطهم في الطلاق في الجملة .

حكم الظهار : كان العرب في جاهليتهم يظاهرون من نسائهم ويقصدون بذلك تحريم المرأة تحريماً مؤبداً ، وما كانت المرأة تخلص من زوجها التباح لغيره ،

(١) المذاهب الأخرى تخالف في ذلك والحجابه ، لا تشترط التأييد فلو شهبها بمحرمة عليه مؤقتاً كان ظهاراً . كشاف القناع ج ٥ ص ٣٦٩ ، والشافعية يقيده بالآلا يكون تحريمها طارئاً على المشبه كأم زوجته وابنه فإن كان لم يكن ظهاراً . شرح المنهاج ج ٢ ص ١٥٠ .

بل كانت تصير بهذا الظهار كالمعلقة لا هي بذات زوج تستمتع بالحياة الزوجية ولا هي مطلقة تبحت لها عن زوج آخر .

فكان الظهار لونا من ألوان الأيذاء الذي يلحقه الرجل بالمرأة ، فلما جاء الإسلام لم يعرض له أول الأمر حتى ظاهر أوس بن الصامت بعد أن كبرت سنه وضاق خلقه - من زوجته ثخولة بنت مالك بن ثعلبة بسبب مراجعتها له في بعض ما أمرها به ، ولما هدأت نفسه راودها عن نفسها فأبت عليه ذلك حتى يقضي الله ورسوله فيما وقع بينها ، وذهبت إلى رسول الله ﷺ وأخبرته بما حدث من زوجها بعد أن كبرت سنه ووجود أولاد بينها لا يستقر لهم قرار مع أحدهما ، وكان رسول الله يقول لها : اتقي الله فإنه زوجك وابن عمك وقد كبر فاحسني إليه ، فأخذت تجادله وتشكو إلى الله حالها وما صارت إليه فنزل عليه الوحي بآيات من أول سورة المجادلة وهي قوله تعالى : « قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير . الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتاسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتاسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم » .

فلما نزلت هذه الآيات قال لها الرسول : مريه فليعتق رقبة . فقالت لا يجد ذلك يا رسول الله ، ثم قال مريه أن يصوم شهرين متتابعين ، فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم ، فقال : مريه ليطعم ستين مسكينا ، فقلت ما عنده شيء يا رسول الله ، فقال : إنا سنعينه بمرق ، فقلت وأنا أعينه بمرق أيضاً ، فقال : قد أحسنت إذ هي فإطعمي ستين مسكينا وارجمي إلى ابن عمك ، رواه أبو داود ورواه أحمد بمعناه : العرق : ستون صاعاً من التمر .

وبهذا أبطل الإسلام ظهار الجاهلية وألغى أثره من التحريم المؤبد ، فلم يجعله طلاقاً واعتبره منكراً من القول لأنه عبث بالحياة الزوجية وظلم للمرأة ، وزوراً لأنه كذب . لهذا عاقبه على ذلك بجرمانه من الاستمتاع بها حتى يكفر عما ارتكبه من خطأ معتق رقة ، فإن لم يجد فبصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا .

وقد اختلف الفقهاء في سلب وجوب الكفارة التي عبر عنها القرآن بقوله :
« ثم يعودون لما قالوا »

فالظاهرية يفسروه بطاهره من أنه إعادة الظهار فلا كفارة عندهم إلا إذا أعاد الظهار . ولكنه مردود لأن حوادث الظهار التي حدثت في عهد الرسول لم يستفسر فيها الرسول عن كونه الظهار الأول أو الثاني بل كان يقضي بالكفارة بمجرد ثبوت الظهار .

وأحسن ما قيل فيه : إنه العزم على مقاربتها ورحوعه عن الظهار (١) . وبهذا يقول الحنفية والجمهورية وغيرهم وتكون اللام بمعنى من أوفى وذلك لأن مقتضى الظهار تحريم قربان المرأة ، فإذا عزم على قربانها يكون منه رجوعاً عما صدر منه من ظهار ، فإذا رفع هذا التحريم وحب عليه التكفير .

وعلى هذا يكون موجب الظهار تحريم قربان المرأة ولا يحل له قربانها (٢) .

(١) وفسره المالكية هدا في أحد أقوالهم ، وفي قول آخر بأنه المرع على الوطء مسح لإرادة إمساك العصمة . الشرح الكبير ص ٤٦ ، وفسره الشافعية بأنه إمساكها بعد طهاره رمس إمكانه فرقة ، لأن العود للقول محالته . يقال قال فلان قولاً ثم عاد فيه أي حاله ونقضه وهو قريب من قولهم عاد في هنته ومقصود الظهار وصف المرأة بالتحريم وإمساكها بحالته وهذا المذهب الحديدي وفي القديم تأويلان المرع على الوطء . أو الوطء شرح مسأح الطالبين ح ٤ ص ١٥ .

(٢) واتفق الفقهاء على أنه يحرم منها المقاربة ، واختلفوا فيما دونه مس المس والنظر شهوة والتقبيل فحرمه المعص كمالك وأبي حنيفة ولم يحرمه المعص كالشافعي وأحمد . وسبب اختلافهم الاحتلاف في تفسير التماس الوارد في الآية

إلا بعد التكفير بواحد من الأمور الثلاثة مرتبة ، فإذا واقعها قبل التفكير كان عاصياً يجب عليه الاستغفار وعدم قربانها مرة أخرى قبيل أن يكفر لما روى أن رجلاً ظاهر من امرأته ثم واقعها قبل أن يكفر وأخبر الرسول بما فعل فقال له : ما حملك على ما صنعت قال : رأيت بياض ساقها في القمر ، فقال له الرسول « استغفر الله ولا تعد حتى تكفر » منتقى الأخبار .

وذهب الجعفرية إلى أنه لو فعل ذلك لرمه كفارتان ، وإن كرر مقاربتها تكررت الكفارة ، ولا أدري لهم وجهها في ذلك مع صراحة الحديث السابق .
فإن كفر الرجل حلت له زوجته ، وإن امتنع عن التكفير وصبرت المرأة فلا شأن لأحده به حيث إن المرأة لم تشك من ذلك ، وعليها أن تمنعه من نفسها حتى يكفر .

فإن رفعت أمرها إلى القاضي ألزمه بالتكفير أو الطلاق رفعاً للظلم الواقع على المرأة ، وله أن يجعله على ذلك بالحبس فإن أسى ضربه ، وإن ادعى أنه كفر صدق في دعواه ما لم يكن معروفاً بالكذب .

وذهب الجعفرية إلى أنه يخيره بين الأمرين ثم ينظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة ، فإن انتهت المدة ولم يختار أحدهما ضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يختار أحدهما ولا يجبره على الطلاق ولا يطلق عليه ثم قالوا : لو طلقها بعد الظهار رجعياً ثم راجعها لا يحل له مقاربتها حتى يكفر ، ولو خرجت من العدة ثم تزوجها وقاربها فلا كفارة عليه .

تتمة : لو كرر الظهار قبل التكفير وجب عليه كفارة واحدة سواء صدر منه الظهار المكرر في مجلس واحد أو في مجالس متعددة . بوى به التأكيد أو الاستثناء أو لم ينوبه شيئاً منها ، لأن ما بعد الأول قول لم يحدث تحريماً للزوجة فلم يجب به كفارة ظهار كاليمين بالله تعالى ، وإن ظاهر ثم كفر ثم ظاهر مرة ثانية وجبت عليه كفارة للظهار الثاني لأنه طاهر بعد ما حلت له .

الباب الرابع

في العدة (١)

وفيه فصول

- (١) من مراجع هذا البحث . سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٣ ص ١٩٥ . وما بعدها ،
منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ، والوطأ بشرح الباجي ج ٤ ، فتح القدير ج ٣ ،
البدائع ج ٣ . البحر الرائق ج ٤ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٢ . المغنى لابن قدامة
ج ٩ ، الروضة السبية شرح اللمعة الدمشقية ج ٦ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٧ ، المختصر النافع ،
فقه الأمام جمفر ح ٦ .

الفصل الأول

في التعريف بها وأسبابها وحكمة مشروعيتها

العدة : بكسر العين وتشديد الدال في اللفظة . الأحصاء يقال : عدت الشيء عدة . أي أحصيته إحصاء ، والجمع عدد ، وبطلق العدة ويراد بها الممدود ، ومنه قوله تعالى : « إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً في كتاب الله منها أربعة حرم » التوبة - ٣٦ .

وفي الشرع : أجل حدده الشارع للمرأة التي حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بسبب من الأسباب تمتنع عن التزوج فيه بغير زوجها الأول .

ومعنى ذلك : أن المرأة التي فارقتها زوجها يجب عليها أن تنتظر بدون زواج حتى تنقضي المدة المحددة شرعاً ، فإن كانت المفارقة بالموت وجب عليها الانتظار مطلقاً دخل بها أو لم يدخل ، وإن كانت المفارقة بالطلاق أو الفسخ وجب عليها الانتظار إذا كان ذلك بعد الدخول بها ، فإذا انقضت المدة حل لها التزوج .

أما الرجل فلا يجب عليه الانتظار بعد مفارقة زوجته ، فله التزوج بغيرها متى شاء ، وبأي امرأة شاء إلا إذا كانت المرأة التي يريد التزوج بها محرمة عليه

لمانع مؤقت بسبب زواجه السابق بمن طلقها. كمن طلق زوجته فلا يحل له التزوج بمن لا يحل له الجمع بينها وبين زوجته الأولى حتى تنقضي عدتها كأختها أو بنت أخيها أو بنت أختها أو عمتها أو خالتها لئلا يكون جامعاً بين محرمين .

وكمن كان متزوجاً بأربع نسوة فطلق إحداهن فلا يحل له التزوج بأي امرأة حتى تنقضي عدة من طلقها لئلا يكون جامعاً بين أكثر من أربع .

وهذا الانتظار وإن وجد فيه معنى العدة إلا أنه لا يسمى عدة اصطلاحاً^(١).

وهذا في الطلاق الرجعي باتفاق الفقهاء لبقاء الزواج الأول حكماً .

أما إذا كان الطلاق بائناً فالحكم كذلك عند الحنفية ، وخالف الجعفرية فأجازوا له التزوج في صورتين أثناء العدة ، وقد تقدمت هذه المسألة وآراء الفقهاء فيها^(٢) .

والدليل على مشروعية العدة الكتاب والسنة والأجماع .

أما الكتاب فجملة آيات بينت أنواع العدد ومق دارها . وستأتي في بيان الأنواع .

وأما السنة فأحاديث كثيرة منها ما رواه ابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها قالت : « أمر النبي ﷺ بريرة أن تعتد بثلاث حيض » ، ومنها ما رواه البخاري عن المسور بن مخرمة أن سبيعة الأسلمية نفيست بعد وفاة زوجها بليال فجمعت إلى النبي ﷺ فاستأذنته أن تنكح فأذن لها فنكحت ،

(١) وبالتأمل يجد أن معنى العدة وهي النع من التزوج مطلقاً حتى تنتهي عدة المطلقة لا يوجد إلا في الصورة الثانية وهي الجمع بين الأربيع ، أما الصورة الأولى ففيها منع من التزوج بامرأة معينة فقط حيث يباح له التزوج بغيرها أثناء عدة المطلقة .

(٢) في بحث الجمع بين محرمين ص ٢١٤ من هذا الكتاب .

ومنها قوله : ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يفشى رجلان امرأة في طهر واحد » ، وعلى هذا انمقد الأجماع في عصر أصحاب رسول الله واستمر في جميع العصور .

سبب وجوبها :

تجب العدة بإحدى من الأمور الآتية :

١ - وفاة الزوج بعد زواج صحيح يستوي في ذلك ما إذا كانت الوفاة قبل الدخول أو بعده لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » البقرة - ٢٢٤ .

فإنه أوجب عليها أن تنتظر هذه المدة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها .

٢ - حدوث مفارقة بعد زواج صحيح بطلاق أو فسخ بعد الدخول الحقيقي أو بعد الخلوة الصحيحة أو الفاسدة عند الحنفية ، وبعد الدخول الحقيقي فقط عند الجعفرية .

فإذا حصلت المفارقة قبل الدخول وما ألحق به من الخلوة فلا تجب عليها العدة لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » الأحزاب - ٤٩ .
فإنه صريح في عدم وجوب العدة على المطلقة قبل المسيس الشامل للدخول والخلوة . والفسخ يأخذ حكم الطلاق .

٣ - حدوث مفارقة ولو بالموت في نكاح فاسد^(١) أو بعد وطء بشبهة بعد

(١) وأمثلة الزواج الفاسد كثيرة وهو ما فقد شرطاً من شروط صحته كمدم الشهود . وتزوج الأخت في عدة أختها ، وتزوج الممتدة في أثناء عدتها ، وتزوج الخامسة في عدة الرابعة -

الدخول الحقيقي فقط عند الحنمية، لأن المقصود من وجوب العدة بعد المفارقة فيها معرفة براءة الرحم وخلوه من الحمل، وهذا لا يكون إلا بعد الدخول الحقيقي، ولذلك لو كانت المفارقة بالموت تجب العدة بالحيض أو الأشهر لا عدة الوفاة.

حكمة تشريع العدة :

يرى بعض الفقهاء كابن حزم الظاهري : (١) أن العدة من الأمور التعبدية التي لا يدرك العقل لها حكمة تشريع، بينما يرى جمهور الفقهاء أن لتشريعها أكثر من حكمة، وتحلفها أو تخلف بعضها في بعض صورها لا يطعن فيها لأن شأن الحكمة عدم اضطرادها في كل الأفراد. ونحن نجملها لك فيما يلي :

١ - التعرف على براءة الرحم لئلا تختلط الأنساب، لأنها لا تكون غالباً إلا في فرقة بعد الدخول وهذا أمر توحى به الفطرة. لذلك كانت العدة معروفة عند العرب قبل الاسلام، فلما جاء الاسلام أقرها بعد أن خلصها مما كان بها من أضرار تلحق المرأة

٢ - التسوية بعظم شأن الزواج واعلام الناس بأنه أمر له خطره يفاير سائر العقود لأنه عقد الحياة، فكما أنه لا ينعقد صحيحاً إلا بحضور شهود عند حماهير

- وأما الوطء بشبهة. فكمن وطء امرأة وحدها على فراشه طائناً أنها امرأته لاشتباهاً بها، ومن تزوج امرأة غيره وهو لا يعلم أنها متروحة فأبها تحرم على الأول حتى تنقضي عدتها بعد أن يفرق بينهما وبين من تزوج بها لتعود إلى الأول، وكمن عقد زواجه على امرأة ثم روت إليه امرأة وقالت النساء له: إنها روحك فدخل بها بناء على ذلك ثم تبين أنها غيرها، ولقد حدثت هذه الواقعة في زمن أمي حبيبة أن رجلاً زوح انبيه بنتين فأدخل النساء روحه كل أخ على أخيه. فأجاب العلماء بأن كل واحد يجتنب التي دخل بها وتعتمد لتعود إلى زوجها، وأحاط أبو حنيفة: بأنه إذا رصي كل واحد بموطوءته يطلق كل واحد روحته ويعقد على من دخل بها ويدخل عليها في الحال لأنه صاحب العدة فعملاً ذلك ورسع العلماء إلى جوابه.

(١) راجع المحلى ج ١٠ مسألة ٢٥٦ وما بعدها.

الفقهاء كذلك لا ينتهي بمجرد وجود الفرقة ، بل لا بد فيه من انتظار المرأة المدخول بها قبل الفراق مدة كافية ليتروى فيها كل من الزوجين ، أما الزوج فقد يوقع الطلاق في ثورة غضب أو تسرع من غير روية مما قد يوقعه في ندم على ما فعل فجعل الشارع أمامه فسحة من الوقت يراجع فيها نفسه ليختار أوفق الأمرين له . تدارك ما وقع بأرجاع الحياة الزوجية ، أو الماضي بالطلاق إلى مصيره المحتوم

فإذا ما رجح عنده الندم أمكنه أن يرجعها إلى الزوجية بدون عقد ولا مهر أثناء فترة التربص إن كان الطلاق رجعياً ، أو بعقد ومهر جديدين أثناء العدة لا يزاحمه غيره في ذلك إن كان الطلاق نائماً .

أما الزوجة المكلفة بالانتظار فهي أحوج ما يكون إليه للتروي والتبصر في إنشاء زوجية أخرى لأن عصمتها بيد زوجها ، فإذا تسرعت عقب الطلاق وأنشأت زوجية وظهر خطأها عجزت عن مفارقة زوجها بخلاف الرجل فإنه يستطيع التخلص من الزواج غير الملائم بما ملكه الشارع من حق الطلاق .

٣ - تمكين الزوجة المتوفى عنها زوجها من إظهار التأثر لفقد زوجها بالمنع من التزين ، وهذا ضرب من الوفاء له ، إذ ليس من المروءة والاعتراف بالجميل تسرع المرأة بالزواج عقب وفاة زوجها ولو قبل قبل دخوله بها ، كما أن تعجلها بالزواج يسيء إلى أهل الزوج الذين ارتبطت بهم برابطة المصاهرة ، إذ كيف تنعم بحياة زوجية جديدة في الوقت الذي لا يزال أهل زوجها في حزن عليه .

الفصل الثاني

في أنواع العدة

تتنوع العدة إلى ثلاثة أنواع :

١ - عدة بالقروء .

٢ - عدة بالأشهر .

٣ - عدة بوضع الحمل .

وهذا التنوع باعتبار سبب الفرقة ، وما تكون عليه المرأة عند حصول الفرقة ، وصحة الزواج وفساده .

النوع الأول - العدة بالقروء

وتكون العدة بالقروء لمن فارقها زوجها بعد الدخول أو الخلوة بسبب من أسباب الفرقة غير الوفاة إذا كانت المرأة من ذوات الحيض ولم تكن حاملاً .

وهذا إذا كانت الفرقة بعد زواج صحيح ، أما إذا كان فاسداً فإنها تعتمد بالقروء بعد الدخول الحقيقي وإن كانت بعد الوفاة .

والدليل على ذلك قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ،

فقد أوحست الآية على المطلقة التربص ثلاثة قروء ، والقروء جمع قرء ، وهو
يحتمل في الآية الحيض أو الطهر ، لأنه لعة مشترك بينهما - كما قالوا - ومن هنا
احتلف فقهاء الصحابة ومن بعدهم في المراد منها ، فمهم من ذهب إلى أن المراد بها
الحيض ، وهو مذهب الحنفية والحنابلة ، ومهم من ذهب إلى أن المراد بها الطهر ،
وهو مذهب المالكية والشافعية والجعفرية .

وكل من الفريقين يؤيد دعواه بأدلة وقرائن من الآية ومن غيرها يرجع إليها
في موضعها ، ويكفيها هنا بيان مذهبي الحنفية والجعفرية .

أما الحنفية الذاهمون إلى أن المراد بالقروء الحيض فيقولون : لا بد من ثلاث
حيضات كاملات بعد الفرقة ، فإن طلقت في طهر لا تنتهي عدتها إلا بعد انتهاء
الحيضة الثالثة ، وإن طلقتها في الحيض لا تحسب تلك الحيضة بل تنتظر ثلاث
حيضات بعد التي طلقتها فيها ، وإن كان يأثم على هذا الطلاق ، لأنه منهي عن
الطلاق في الحيض لما يؤدي إليه من تطويل العدة .

وهذا أخذ قانون حقوق العائلة في المادة ١٣٩ وبصياها : « مدة العسدة ثلاث
حيضات كاملات للمرأة المنكوحه بعقد صحيح إذا طلقتها زوجها أو فرق بينها
بالفسح والتفريق بعد الاجتماع ولم تكن حاملا أو بالغة سن اليأس » .

وفي المادة ١٤٢ « حمل العدة في النكاح الفاسد ثلاث حيضات بعد المقاربة
أو الوفاة » أما الجعفرية الذاهمون إلى أن المراد بالقروء الأطهار فإنهم يقولون :
إذا طلقتها في الطهر احتسب ذلك الطهر من العدة وإن حاضت بعد لحظة من
الطلاق ، وعليها انتطار طهرين كاملين آخرين ، فإذا بدأت الحيضة بعد ذلك
انتهت عدتها .

وهذا في ذات الأقراء المستقيمة الحيض بأن يكون لها عادة مصبوطة وقتاً ،
وعير مستقيمة الحيض يرجع إلى التمييز ثم إلى عادة نساؤها إن كانت مبتدأة ،

فإن لم يكن لها نساء ترجع إليهن تعتد بالأشهر كما سيأتي توضيحه .
والمرجع في انقضاء العدة بالحيض هو قول المأوة بشرط أن تكون الفترة
التي مضت تحتل ثلاث حيضات وهي ستون يوماً عند أبي حنيفة وعليه
امتوى .

وقانون حقوق العائلة في المادة ١٣٩ بنص على أنها لا تصدق قبل مضي
ثلاثة أشهر .

النوع الثاني - العدة بالأشهر

وتكون لمن فارقتها زوجها بعد الدخول بسبب من أسباب الفرقة غير الوفاة
وكانت لا تحيض لصغرها وإن بلغت بالسن ولم تر الحيض ولم تكن حاملاً أو
لبلوغها سن اليأس^(١) .

كما تكون لمن توفي عنها زوجها بعد العقد الصحيح ولو قبل الدخول إذا لم
تكن حاملاً صغيرة كانت أو كبيرة تحيض أو لا تحيض .

غير أن هذه العدة صنفان . الأول ثلاثة أشهر وهي بدل عن الحيض ،
والثاني أربعة أشهر وعشرة أيام وهي أصل وليست بدلاً عن غيرها .

والدليل على الأول قوله تعالى « واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن
ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن » الطلاق - ٤ . فهذه الآية جعلت
العدة ثلاثة أشهر لنوعين من النساء . ممن بلغت سن اليأس ، ومن لم تحيض
لصغرها .

(١) قلت في سن اليأس . فقيل إنه غير مقدر لاختلافه باختلاف النساء فيفوس إلى
المرأة ، إن إنه مقدر واختلفوا في تقديره على أقوال أشهرها أنه خمس وخمسون سنة وأنه أخذ
المرأة . وعند الجعفرية خمسون سنة . وقيل هذا في غير القرشية أما هي فمن يأسها ستون سنة .

وإنما جعلت ثلاثة أشهر لأنها قائمة مقام ثلاث حيضات حيث جعلت بدلا عنها بدليل أنها لو حاضت انتقلت عدتها إلى الحيض وألغى اعتبار الأشهر ، ولأن الغالب في المرأة أنها تحيض كل شهر مرة فاعتبرت مدة الثلاث حيضات .

هذا هو مذهب الحنفية في المفارقة بعد الدخول أو الخلو في النكاح الصحيح ، وبعد الدخول أو الوفاة في النكاح الفاسد والوطء بشبهة ، وعليه سار قانون حقوق العائلة في المادة ١٤١ ونصها: « مدة عدة المرأة المنكوحه بمقد صحيح ~~إذا~~ طلقها زوجها أو فرق بينها بالفسخ بعد الاجتماع وكانت بلغت سن اليأس هي ثلاثة أشهر » ، وفي المادة ١٤٢ ونصها: « أحكام المواد السابقة جارية أيضا في المرأة المقاربة بنكاح فاسد أو المتوفى عنها زوجها » .

ويلاحظ هنا أن القانون اقتصر في المادة على من بلغت سن اليأس ولم يعرض لعدة الصغيرة فيها ، لأنه منع زواج الصغيرة التي لم تبلغ الحيض - م ١٤١ (١) ، واعتبر زواجها فاسدا في المادة - ٥٢ ، (٢) فتكون داخلة في المادة - ١٤٢ - ولا تجب عليها العدة إلا في المفارقة بعد الدخول الحقيقي .

وذهب الجعفرية ^{عليها السلام} إلى أن التي تعند بالأشهر الثلاثة من بلغت سن المييض وهو تسع سنوات ، أكنها لا يحصل لها الحيض إما بالخلقة أو بعارض من مرض أو رضاع ولم تكن حاملا إذا حصلت الفرقة بعد الدخول لسبب غير وفاة الزوج (٣) .

(١) ونصها : « لا يجوز لأحد أصلا أن يزوح الصغير الذي لم يتم السنة الثانية عشرة من العمر والصغيرة التي لم تتم التاسعة من العمر .

(٢) ونصها : « إذا كان أحد الطرفين غير حائز شروط الأهلية حين العقد فالنكاح فاسد .

(٣) فقه الإمام جعفر ص ٦ ص ٣٣ .

أما التي لا تحيض لصغرها بأن لم تبلغ تسع سنوات أو لبلوغها سن اليأس فلا عدة عليها^(١) إلا عدة الوفاة عند وفاة زوجها .

قالوا : إن أول الآية خاص بالمستراية وهي الكبيرة التي انقطع حيضها بغير سبب نعرفه بدليل قوله : « إن ارتبتم » ، وآخرها في الصغيرة التي بلغت سن الحيض ولكنها لم تحض خلقة أو انقطع حيضها بسبب معروف من رضاع أو مرض أو غيرها .

وجمهور أهل السنة يقولون : إن الآية أوجبت الاعتداد بالأشهر الثلاثة على من لم تحض سواء بلغت بالسن أو لم تبلغ بآخرها « واللائي لم يحضن » وهو مطلق يبقى على إطلاقه ولا دليل يقيد هذا الإطلاق بمن بلغت بالسن ، وعلى من بلغت سن اليأس « واللائي يئسن من المحيض » وهذه ترتاب في أمر حيضها ، لأن طور اليأس عند المرأة يبدأ عادة باضطراب عاداتها في المحيض بالطول والقصر ، والقرب والبعد ، واختلاف لون الدم ، وفي هذه الحالة يعثرها الشك في دماها هل هو دم حيض أو استحاضة ، ثم يأتي بعد ذلك دور الانقطاع التام ، ولا أدل على ذلك من الاختلاف بين الفقهاء في تقديره ، فإذا دخلت المرأة دور الارتباب تكون عدتها ثلاثة أشهر ، ويستمر كذلك في الدور الثاني حيث لا حيض من باب أولى ، ففائدة القيد لتدخل المرتابة ، ومعنى « إن ارتبتم » إن حصل لكم ربيبة في دم المرأة البالغة مبلغ اليأس فهو حيض أو استحاضة .

ومع اختلاف المذهبيين في من تمتد بالأشهر الثلاثة اتفقا على أنها تكون كاملة وتعتبر بالأهلة إذا ابتدأت العدة في أول الشهر وإن نقص بعضها عن ثلاثين يوماً ،

(١) هذا هو المشهور عندهم فيمن بلغت سن اليأس ، وفي قول : إنه يجب عليها العدة لعموم الآية « واللائي يئسن من المحيض من نساءكم » .

أما إذا ابتدأت في أثناء الشهر احسبت بالأيام عند أبي حنيفة فتكون تسعين يوماً .

وعند الصحابين والجمعية يكمل عدة الشهر الأول ثلاثين يوماً من الشهر الرابع ، ويحتسب الشهران المتوسطان بينهما بالأهلة .

الصنف الثاني وهو الاعتداد بالأشهر التي هي أصل : يكون لمن توفي عنها زوجها بعد عقد صحيح ولو قبل الدخول إذا لم تكن حاملاً يستوي في ذلك ذوات العيوض وغيرها ، وهذه تعد أربعة أشهر وعشرة أيام ، وهذه متفق عليها بين الفقهاء لم يخالف فيها أحد . صغيرة كانت أو كبيرة بالفأ كان زوجها أو لا . لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » والحكمة في هذا التقدير : أن هذه المدة هي التي يتبين فيها كون المرأة حاملاً أو غير حامل ، لأن الجنين يمر بعدة أطوار . أربعون يوماً نظفة ، وأربعون علقة ، وأربعون مضغة ، ثم تنفخ فيه الروح ، ولأن هذه المدة - كما قالوا - هي أقصى ما تتحملة الزوجة عادة في البعد عن زوجها .

والأشهر هنا كاملة بالأهلة إذا ابتدأت العدة من أول شهر ، وتنتهي في نهاية اليوم العاشر بعد الأربعة ، وإذا ابتدأت في أثناء الشهر يجري فيها الخلاف السابق . فعند أبي حنيفة تكون مائة وثلاثين يوماً ، وعند الصحابين والجمعية يكمل الشهر الأول من الخامس وما بينها بالأهلة .

وقانون حقوق العائلة في المادة ١٤٣ ينص على أنه : « يلزم على المرأة المتوفى عنها زوجها والمنكوحه بنكاح صحيح ما جدا الحامل أن تعد بأربعة أشهر وعشرة أيام سواء حصل الاحتجاج أم لا » .

ويلاحظ هنا أن السكاح الفاسد والوطء بشبهة ليس فيها اعتداد بأربعة أشهر

وعشرة أيام حالة الوفاة ، لأن عدة الوفاة ملاحظ فيها إظهار الأسف على نعمة الزواج وهو لا يكون إلا في النكاح الصحيح .

النوع الثالث - العدة بوضع الحمل

يرى الحنفية : أن المرأة الحامل إذا انتهى زواجها بطلاق أو فسح أو وفاة زوجها تمتد بوضع الحمل دون تقييد بزمن . سواء كان الحمل من زواج صحيح أو فاسد أو مقاربة بشبهة لقوله تعالى : « وأولات الأحمال أحلهن أن يضعن حملهن ، الطلاق - ٤ » ، وهي عامة في المطلقات والمتوفى عنهن أزواجهن وإن كان سياقها في المطلقات ، لأنها نزلت بعد آية البقرة وهي قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » فتكون ناسخة لعمومها أو مخصصة لها

ويؤيد ذلك ما أخرجه عبد الله بن أحمد في رواية المسند عن أبي ابن كعب قال : « قلت يا رسول الله . وأولات الأحمال أحلهن أن يضعن حملهن ، هي المطلقة ثلاثاً أم المتوفى عنها ؟ قال : « هي المطلقة ثلاثاً والمتوفى عنها » .

وروي عن ابن مسعود أنه قال : « نسخت سورة النساء القصرى كل عدة » « وأولات الأحمال أحلهن أن يضعن حملهن » أجل كل حامل مطلقة أو متوفى عنها زوجها أن تضع حملها .

وكذلك روى عن أبي سعيد الخدري أنه قال : نزلت سورة النساء القصرى بعد التي في البقرة بسبع سنين ، وروى البخاري عن المسور بن مخرمة أن سبيعة الأسلمية توفيت بعد وفاة زوجها بليال فجاءت إلى النبي ﷺ فاستأذنته أن تنكح فأذن لها فنكحت ، وفي لفظ أنها وضعت بعد وفاة زوجها

بأربعين ليلة (١) .

وعلى هذا لو وضعت حملها بعد وفاة زوجها بفترة وجيزة انتهت عدتها وحلت للأزواج ، وليس عليها عدة وفاة بالأشهر ، ومن هنا قال عمر رضي الله عنه : « لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج » .

ولكنهم شرطوا في الحمل الذي تنتهي العدة بولادته أو باسقاطه أن يكون مستبين الخلقه كلها أو بعضها سواء ولد حياً أو ميتاً ، فإذا لم يكن مستبين الخلقه بأن كان علقه أو مضغه غير مخلقة فلا تنتهي العدة بوضعه لأنه إذا لم يستبين خلقه لا يعلم كونه ولداً بل يحتمل أن يكون وأن لا يكون فيقع الشك ، والعدة لا تنتهي إلا مع اليقين .

وهذا أخذ قانون حقوق العائلة في المادة ١٤٤ ونصها : « يلزم على المرأة المنكوحه بعقد صحيح إذا طلقها زوجها أو فرق بينها بالفسخ أو توفي عنها زوجها وهي حامل أن تعتد لحين وضع حملها ، وإذا أسقطت فإن كان مستبين الخلقه فهو كالحمل ، وإلا فلا تنقضي عدتها به ، بل تجري المعاملة وفقاً للأحكام المحررة في المواد السابقة ، وحكم هذه الفقرات حار أيضاً بحق المرأة المنكوحه بعقد فاسد إذا فرق بينها أو توفي عنها زوجها وهي حامل » .

ويرى الجعفرية : أن الحامل لغير الوفاة تعتد بوضع الحمل ، فلو وضعت الطلاق أو الفسخ بلحظة انتهت عدتها ، وكذلك لو أسقطته بشرط بكونه آدمياً ولو كان علقه (٢) .

(١) سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٢ ص ١٩٥ وما بعدها .

(٢) يقول العاملي في اللمعة : « وعدة الحامل وضع الحمل كيف وقع إذا علم أنه آدمي وإن كان علقه ووضعت بعد الطلاق بلحظة ولو أسقطته في غير الوفاة .

أما الحامل المتوفى عنها زوجها فإنها تعتد بأبعد الأجلين « وضع الحمل وأربعة أشهر وعشرا »، فإن وضعت حملها قبل مضي أربعة أشهر وعشرة أيام كانت عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام من حين الوفاة ، وإن انتهت هذه المدة والحمل لم يوضع كانت عدتها وضع الحمل ، وهو المروى عن علي وابن عباس ، لأنه تعارض فيها آية النقرة مع آية الطلاق وكل منهما عامة ، ولم يثبت عندهما تأخر إحداهما على الأخرى فعلا بهومها ، ولعل الأحاديث السابقة لم تبلغها .

الفصل الثالث

في تحول العدة من نوع إلى نوع آخر

في بعض الحالات تجب العدة على المرأة بنوع معين ، وتبتديء عدتها ثم يطرأ ما يوجب عليها الاعتداد بنوع آخر ، فقد تجب عليها العدة بالأشهر فتتحول إلى الاعتداد بالقروء ، وقد تجب عليها العدة بالقروء فتتحول إلى الاعتداد بالأشهر ، وقد تجب عليها العدة بالقروء أو بثلاثة أشهر فتتحول إلى عدة وفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام ، وقد تجب عليها العدة بالقروء فتتحول إلى الاعتداد بأبعد الأجلين أجل القروء وأربعة أشهر وعشرة أيام . وإليك البيان :

١ إذا وجبت العدة بالأشهر لغير وفاة بأن كانت صغيرة أو بلغت سن اليأس ثم جادها الحيض قبل انقضاء الأشهر الثلاثة وجب عليها أن تستأيف عدة جديدة بثلاث حيضات عند الحنفية (١) ، لأن الاعتداد بالأشهر وجب عليها

(١) هذا هو الراجح في مذهب الحنفية في تحول اعتداد من بلغت سن اليأس إلى الحيض ، وهذا مني على أن الأياس ليس له وقت معين ، بل يرجع إلى غلبة طس المرأة ، فإن غلب على طنها أنها بلغت سن الأياس ثم رأت الدم تبين خطؤها في هذا الطن فتتمتع بالقروء ، وفي رواية أخرى أن هذه المرأة لا تنتقل عدتها إلى القروء بل تكمل عدتها بالأشهر ، وهي منية على أن الأياس له سن معينة وهي خمس وخمسون سنة ، فإذا بلغت هذه السن تعمد بالأشهر ، ومسا تراه بعده من الدم لا يكون دم حيض .

أولاً لأنها ليست من ذوات الحيض ، فكانت الأشهر الثلاثة بدلاً عن الحيضات ،
 وحيث وجد الأصل قبل أن يتم المقصود بالبدل سقط اعتبار البدل ، وكانت
 داخلة تحت قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » الذي هـ
 الأصل في العدة .

أما إذا جاءها الحيض بعد تمام الأشهر الثلاثة فلا يجب عليها الاعتداد
 بالحيض ؛ لأن العدة تمت وحصل المقصود بالبدل قبل وجود الأصل ، فلا يبطل
 حكمه كمن تيمم لعدم وجدان الماء وصلّى ثم وجد الماء بعد انتهاء الوقت المحدد
 للصلاة فلا يجب عليه الرضوء وإعادة تلك الصلاة .

لكن يلاحظ هنا أن هذه المرأة أصبحت من ذوات الحيض ، فلو وجبت
 عليها عدة بعد ذلك بأي سبب اعتدت بالحيض لا بالأشهر .

وعند الجعفرية : من وجبت عليها العدة بالأشهر بأن كانت في سن تحيض فيه
 لكنها لا يحصل لها الحيض بالاعتاد ، أو انقطع عنها الحيض لعارض من مرض
 أو رضاع مثلاً ثم جاءها الحيض تحولت عدتها إلى القروء وهي ثلاثة أطهار^(١)
 كما سبق بيانه .

٢ - من كانت من ذوات الحيض فابتدأت عدتها به وحاضت مرة أو
 مرتين ثم بلغت سن اليأس تحولت عدتها إلى الأشهر عند الجعفرية ، فتستأنف
 عدة جديدة بثلاثة أشهر كاملة ، لأن العدة إما بالقروء وهي ثلاثة ، وإما
 بالأشهر وهي ثلاثة ، ولكل منهما صنف . وحيث إنها لم تكمل العدة بالحيض
 وصارت آيسة فتعبد عدة الآيسة .

والجعفرية يذهبون إلى أنها تكمل عدتها بالأشهر ، فتحسب الحيضة بشهر
 فلو رأت الحيض مرة ثم بلغت سن اليأس أكملت العدة بشهرين .

(١) كما يقول الحلبي في شرائع الإسلام ح ٢ ص ٦٢ ،

٣ - من طلقها زوجها طلاقاً رجعياً ثم مات وهي في العدة تحولت عدتها من عدة طلاق سواء كانت بالحیض أو بالأشهر إلى عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام تندؤها من وقت الوفاة . يستوي في ذلك أن يكون زوجها طلقها بصحته أو مرضه الأخير ، لأن المطلقة رجعياً روحيتها بأقية من كل وجه ، ادا مات العدة ، ولذلك ترثه ، وعلى الزوجة غير الحامل التي توفي زوجها الاعتداد بهذه العدة لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً ربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » وهذه لا خلاف فيها بين الفقهاء .

٤ - من طلقها زوجها طلاقاً بائناً ومات في عدتها فإنها تكمل العدة التي بدأتها سواء كانت بالأشهر أو بالحیض ، ولا يجب عليها استئناف عدة للوفاة ، لأن الطلاق البائن يزل الملك فزوجيتها غير قائمة ولذلك لا ترثه . هذا إذا لم يكن الطلاق فراراً من إرثها إياه بالاتفاق .

فإن تبين أنه قصد بالطلاق الفرار من ميراثها بأن طلقها الثالثة في مرض موته بغير (١) رضاها ثم مات وهي في العدة فإنها ترثه باتفاق الحنفية والجعفرية ولكن الخلاف بينهم في تحول عدتها .

فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن عدتها تتحول إلى أبعد الأجلين ومساعدة الوفاة وعدة الطلاق فأيتها أطول فهي عدتها ، وإن كانت عدة الطلاق بالأشهر . اعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام من وقت الوفاة ، وإن كانت بالحیض وحاضاً . ثلاث حيضات قبل أن تمضي أربعة أشهر وعشرة أيام من وقت الوفاة فعدتها تمام هذه المدة ، وإن مصت المدة قبل أن تتم ثلاث حيضات لا تنتهي عدتها إلا بأكمال الحيضات الثلاث . وهذا الرأي هو المعنى به في المذهب وعليه العمل بمصر .

(١) على ما هو المعمول به في مصر .

وإنما وجب عليها أطول المدتين لأنها باعتبار أنها مطلقة بئنا ليست بزوجة وقت الوفاة فلا تجب عليها عدة الوفاة ، بل تجب عليها عدة الطلاق ، وباعتبار أنها ورثت من مطلقها والميراث لا يكون إلا للزوجة اعتبر الزواج قائماً كما وقت الوفاة فتجب عليها عدة الوفاة ، فمراعاة للاعتبارين وجب عليها عدة الطلاق والوفاة ، وتتداخل المدتان لأن أقلها داخل في أطولها .

وذهب أبو يوسف والجمهورية إلى أنها تعد عدة الطلاق فقط ، لأن الزواج قد انقطع بالطلاق البائن فلم تكن زوجة حين الوفاة ، واعتبار الزوجية قائمة وقت الوفاة في حق الميراث فقط لقيام الدليل على ثبوته على خلاف القواعد ، وهو معاملة الزوج بنقيض مقصودة فيقتصر على موضعه دون أن يتعدى إلى العدة .

وعلى هذا الرأي سار قانون حقوق العائلة فالمادة ١٤٧ تنص على أنه : « إذا توفي زوج المعتدة بالطلاق الرجعي تسقط عدة الطلاق ويلزم الاعتداد بعدة الوفاة من جديد ، ولا تلزم في الطلاق البائن بل تكمل عدة الطلاق ، فيكون المعمول به في لبنان لا تحول في العدة للطلاق البائن .

ومما يلحق بصور تحول العدة صورتان معروفتان عند الفقهاء بامتداد الحيض وامتداد الطهر ، فالأولى : من وجبت عليها العدة بالقروء لأنها من ذوات الحيض إذا استمر نزول الدم عليها دون انقطاع وأصبحت بحالة لا تستطيع تمييز أيام طهرها من أيام حيضها ولم تكن لها عادة معروفة ، أو كانت لها عادة وسيتها وتسمى أيضاً (بالمتحيرة) . فهذه المرأة لو كانت منتظمة الحيض لا اعتدت بثلاث حيضات ، ولكن استمرار نزول الدم عليها وجهلها بعادتها تحيرت لا تدري أي أيامها تكون حيضاً وأياً تكون بثابة الطهر فحيرت الفقهاء معها .

واللحفية فيها رأيان :

أولهما : أنها تعتمد بسعة أشهر من وقت حصول الفرقة بينها وبين زوجها باحتساب شهر لثلاث حيضات باعتبار أن أقصى مدة الحيض عشرة أيام ، واحتساب ستة أشهر لثلاثة أطهار لكل طهر شهران أي أربعة أمثال أقل مدة للطهر وهي خمسة عشر يوماً للاحتياط ، وليس على هذا دليل مقبول رغم أنه المفتى به في المذهب .

وثانيهما : أنها تعتمد بثلاثة أشهر بناء على أن الغالب والكثير في النساء وقوع الحيض مرة كل شهر . وهذا الرأي أقرب إلى القبول من سابقه .

والجعفرية يذهبون إلى أنها إذا نسيت عاداتها وكان لأقربائها أو أقرانها عادة في ذلك معروفة اعتدت بمثلها ، فإن كانت غير معروفة أو مختلفة تحولت عدتها إلى ثلاثة أشهر .

والثانية : وهي ممتدة الطهر ، ويسمىها الجعفرية بالمستراية وهي المرأة التي رأت الحيض ولو مرة واحدة لمدة ثلاثة أيام وهي أقل مدة الحيض ، ثم انقطع عنها واستمر طهرها بعد ذلك ، فإذا حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بطلاق أو فسخ فلا تنقضي عدتها إلا بثلاث حيضات ، لأنها لما حاضت صارت من ذوات الحيض فلا تعتمد بغيره لاحتمال أن يماودها مرة أخرى ، فإن جاءها الحيض اعتدت به وإلا انتظرت حتى تبلغ سن اليأس فتعد بثلاثة أشهر .

هذا هو مذهب الحنفية الذي كانت المحاكم المصرية تسير عليه ، وهو كما ترى يفتح الباب أمام المرأة المطلقة ويمد لها من الزمن ما تشاء تطلب فيه النفقة لعدتها بمن طلقها ما لم تقر بانقضائها لأن الحيض لا يعلم إلا من جهتها ، وفي وقائع كثيرة تعمدت المطلقة إنكار الحيض تطويلاً للعدة لتأخذ نفقة بدون وجه حتى الأمر الذي جعل المشرع يبعث عن حل لتلك المشكلة ، فجاء العلاج في أول تقنين في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ حيث عاجلت مادته الثالثة ذلك بالعدول عن

مذهب الحسبية والأخذ بمذهب المالكية^(١) وعند التطبيق ظهر أن هذا الحل لم يعالج المشقة من أسبها، وكل ما فعله أنه حفف المدة فقط لأن المرأة تستطيع في ظل هذا المذهب أن تدعي عدم انقضاء عدتها وتأخذ نفقة مدة ثلاث سنوات إن لم تكن حائضاً أو خمس سنوات إذا كانت مرضعاً .

فكان لا بد من إعادة النظر من جديد فجاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يقرر في المادة ١٧ على أنه: « لا تسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق»، وحدد السنة بـ ٣٦٥ يوماً، وبينت المذكرة التفسيرية لهذا القانون أن هذا مني على ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعي أن أقصى مدة للحمل سنة، وعلى أن لولي الأمر أن يمنع القضاة عن سماع الدعاوي التي شاع فيها التزوير والاحتيال .

(١) وهو ينص على أن المرأة إذا انقطع حيضها بأي سبب من مرض أو غيره فإنها تنتظر تسعة أشهر من الطلاق للتحقق من براءة الرحم وخلوه من الحمل لأنها مدة الحمل غالباً، فإذا انقضت هذه الأشهر ولم يظهر بها حمل اعتدت بثلاثة أشهر كإبسة من الحيض، وإن مضت هذه المدة دون أن ترى الحيض فيها انقضت عدتها وحلت للأزواج، فإذا جاءها الحيض في أثناء تلك السنة ولو في آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثانية أو تمام سنة بيبصاء لا حيض فيها، فإن تمت السنة ولم تر الحيض انقضت عدتها، وإن رأت الحيض فيها ولو في آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثالثة أو تمام سنة بيبصاء فتكون العدة ثلاث سنوات وهي أطول عدة .

وإن انقطع حيضها بسبب الرضاع فإن عدتها تنقضي بمضي سنة بيبصاء بعد انتهاء زمن الرضاع وهو سنتان، فإن جاءها الحيض في هذه السنة ولو في آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثانية أو تمام سنة بيبصاء، فإن تمت ولم تر الحيض انقضت عدتها، وإن رأت الحيض فيها ولو في آخرها انتظرت الحيضة الثالثة أو تمام سنة بيبصاء، فإن حاضت الثالثة أو مصت السنة البيبصاء انتهت عدتها « الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ح ٢ ص ٤٧٠

وفي الموطأ بشرح الناحي ج ٤ ص ١٠٨ إن دليلهم على ذلك ما أثر عن عمر أنه أفتى في المرأة تكون من دوات الأقراء وتطلق فيرتفع حيضها: بأن تتربص تسعة أشهر فإن ظهر بها حمل وإلا اعتدت بثلاثة أشهر بعد التسعة « ولأن المقصود من العدة معرفة براءة المرأة . . . من الحمل وهذه المدة كافية في ذلك فيكتفى بها .

وهذا القانون عالج موضوع نفقة العدة فقط لأنه موضع الشكوى ، ولم يعرض لانتهاء العدة أو بقائها ولا لحل تزوجها برجل آخر أو عدم حله ، لأنها أمور موكولة لدين المرأة وهي خاصة بها لا ضرر فيها على المطلق ، فعندما تعترف بانقضاء عدتها تحل للأزواج وهي مصدقة في ذلك إن كانت المدة تحتمل ثلاث حيضات ، وأقل مدة تصدق فيها على ما هو المفقى به في مذهب الحنفية ستون يوماً وقد سبق توجيهه .

وقانون حقوق العائلة : يصرح بأن هذه المرأة التي امتد طهرها إن كانت بلغت سن اليأس اعتدت بثلاثة أشهر من تاريخ بلوغها تلك السن ، وإن لم تكن تكن بلغت اعتدت بتسعة أشهر اعتباراً من وقت لزوم العدة أي وقت الطلاق أو الفسخ . جاء ذلك في المادة ١٤٠ ونصها :

« إذا لم تر المعتدة الحيض أصلاً خلال المدة المذكورة (يقصد الثلاثة الأشهر المذكورة في المادة قبلها) أو رأت حيضة أو حيضتين ثم انقطع الحيض فإن كانت بلغت سن اليأس تعد بثلاثة أشهر من تاريخ حصولها ، وإن لم تكن بلغت فتعد بتسعة أشهر اعتباراً من زمن لزوم العدة » .

ولعل وجهة نظر واضعيه أن هذه المرأة لما انقطع حيضها وجد احتمال أنها حامل فتنتظر مدة الحمل الغالبة وهي تسعة أشهر ، ولو كانت حاملاً لوضعته فيها ، وبمضيها نعلم براءة الرحم .

أما الجعفرية : فإن المرأة التي لم يستقم حيضها تعد بثلاثة أشهر كما سبق ، فإن رأت الدم في هذه الأشهر الثلاثة مرة أو مرتين ثم احتبس لأي سبب إلى أن انقضت الأشهر الثلاثة انتظرت تمام الأقران لأنها قد استرابت بالحمل غالباً فتنتظر مدة الحمل وهي تسعة أشهر من حين الفرقة ، فإن تمت أقرانها الثلاثة فيها أو وضعت حملاً انتهت عدتها ، وإن لم يوجد أحد الأمرين اعتدت بعد

التسعة بثلاثة أشهر إن لم تتم الأقرام قبلها ، فتكون عدة هذه المرأة سنة كاملة قالوا: وهذه أطول عدة (١).

ولا شك أن هذا أيسر مما ذهب إليه الحنفية من أنها تنتظر إلى أن تبلغ سن النياس ثم تعد بثلاثة أشهر . ويؤيده فتوى عمر التي استند إليها المالكية .

(١) يقول العاملي في اللمعة ج٦ ص ٥٩ بمد تفصيل هذا القول : والصابط أن المعتدة في غير الوفاة إن مصى لها ثلاثة أقراء قبل ثلاثة أشهر انقضت عدتها بها ، وإن مصى عليها ثلاثة أشهر لم تر فيها حبسا انقضت عدتها بها ، وإن رأت الدم قبل انقضاء رلو بلحظة فحكمها ما سبق من انتظار أقرب الأمرين من تمام الأقرام ووضع الولد ، فإن انتقيا اعتدت بعد تسعة أشهر بثلاثة أشهر إلا أن يتم لها ثلاثة أقراء في الثلاثة الأشهر الأخيرة بأن رأت الدم في الثلاثة الأول المتصلة بالطلاق ثم تمت في الثلاثة الأخيرة ١٠٥.

هذا هو أشهر الرأيين عند الجعفرية على اعتبار أن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر ، وفي رأي آخو أدهاها سنة ، وعلى هذا الرأي الأخير تنتظر تمام السنة فإن لم تتم فيها الأقرام أو لم تضع حملا اعتدت بعدها بثلاثة أشهر أخرى يقول الشيخ محمد جواد مغنية في كتاب فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٣ بعد حكاية القولين السابقين إن الأول محمول على العاقل وأن أقصاه سنة هو الذي قام عليه الدليل وهو قول الإمام ،

انظر هذا ما جاء في نفس الكتاب ج ٦ ص ٣٢ قال صاحب المدائق والأصل في هذا الحكم (رأي المسزادة بالحمل) ، ما رواه الشيخ في التهذيب إن الإمام الصادق سئل عن رجل طلق امرأته تطليقة على طهر من غير جماع طلاق السنة وهي من تحيض فمصى ثلاثة أشهر ولم تحض إلا حيضة واحدة ثم ارتفعت حيضتها حتى مضت ثلاثة أشهر أخرى ولم تدر ما رجع حيضها ، قال : إذا كانت شابة مستقيمة الطمث ولم تطمث في ثلاثة أشهر إلا حيضة فإنها تترخص تسعة أشهر من يوم طلاقها ثم تمت بعدها بثلاثة أشهر . اهـ

الفصل الرابع

في مبدأ العدة وانتهائها

أما مبدأ العدة فيختلف باختلاف عقد الزواج السابق عليها ، فإن كانت الفرقة بعد نكاح صحيح بموت الزوج ولو قبل الدخول أو بطلاق أو فسخ بعد الدخول فابتداء العدة بمجرد وقوع الفرقة وإن لم تعلم بها المرأة ، فإذا وجد سبب الفرقة ولم تعلم به المرأة إلا بعد مدة احتسبت العدة من وقت حصول سببها لا من وقت علم المرأة بها ، بل قد تنتهي العدة دون أن تعلم . وذلك لأن العدة مدة حددها الشارع بعد حصول سببها فتوجد دون توقف على العلم بها .

فلو ادعت المرأة على زوجها بأنه طلقها في وقت سابق عينته ، فلما أن يصدقها الزوج في دعواها أو ينكر ، فإن أنكرها وأقامت الزوجة البينة على دعواها وحكم لها القاضي بصحة دعواها احتسبت العدة من الوقت الذي أثبتته البينة لا من وقت الحكم ، وإن لم تقم بينه رفضت دعواها .

وإن صدقها في دعواها وأقر بما ادعته أو أقر هو به ابتداء بدون دعوى منها

فإن العدة تحتسب من الوقت الذي أسند الطلاق إليه لا من وقت الأقرار إذا لم يكن في إقراره أو تصديقه لها تهمة .

فإن كان في أحدهما تهمة احتسبت العدة من وقت الأقرار نفياً للتهمة .

ومن أمثلة ما فيه تهمة : أن يكون الزوج مريضاً مرض الموت، لأنه في هذه الحالة يحتمل أن يكون قد اتفق معها على ذلك لتصير أجنبية بانتها عدتها قبل وفاته ليصل إلى غرض لا يمكنه الوصول إليه مع قيام الزوجية كأقراره لها بدين حال مرضه مثلاً .

ومنها أن يكون تصديقه لها في دعواها وهو صحيح ليستطيع التزوج بمحرم لها لا يمكنه الجمع بينها في العدة .

أما إذا كانت الفرقة بعد الزواج الفاسد فإن العدة تبدأ من وقت متاركة لها بأظهار عزمه على ترك قربانها أو وقت تفريق القاضي بينها أو وقت موته مباشرة .

وعدة الوطء بشبهة تبدأ من آخر مقاربة لها عند زوال الشبهة بعلمه أنها غير زوجته وأنها لا تحل له ، لأن سبب العدة هنا هو الوقاع بشبهة أنها زوجته حيث لا عقد هنا .

هذا هو مذهب الحنفية وهو المعمول به في مصر .

أما قانون حقوق العائلة فينص في المادة ١٤٥ على أن : « مبدأ العدة في المواد السابقة من وقوع الطلاق أو الفسخ أو وفاة الزوج ولو لم تطلع الزوجة على ذلك » .

أما الجعفرية : فتبدأ العدة عندم بعد الطلاق أو الفسخ مباشرة في النكاح

الصحيح ، وكذلك بعد موت الزوج الحاضر مباشرة ولو لم تعلم المرأة بموته إلا بعد حين ، ويتصور ذلك بأن يموت الزوج في حادثة وتمضي أيام دون علمها بموته .

غير أنه لو علمت بطلاق الغائب ولم تعلم وقت إيقاعه اعتدت عند بلوغها خبر الطلاق .

وأما في حالة وفاة الزوج الغائب فتبدأ المدة من وقت بلوغ خبر الوفاة إليها لا من وقت الوفاة (١) ولو أخبرها غير العدل لكنها لا تتكح غيره إلا مع الثبوت للموت شرعاً عند الحاكم أو بشهادة عدلين .

وتعتد بعد الوطء بشبهة (وهو الوطء الذي يعذر فيه صاحبه ولا يجب عليه الحد به) من حين الوطء الأخير يستوي في ذلك المسبوق بعقد وغير المسبوق به ، لأن الشبهة عندهم على قسمين . شبهة العقد مع الوطء ، وشبهة الوطء من غير عقد ، ومعنى الأولى أن يجري عقد زواجه على امرأة ثم يتبين فساد العقد (٢) .

(١) قالوا في الفرق بين طلاق الغائب وموته . بأن عدة الأول من وقت الوقوع ، والثاني من وقت العلم : إنه في عدة الوفاة يلزمها الحداد ولا يتم إلا بعد بلوغها الخبر بموته « الروضة السنية شرح المعة ج ٦ ص ٦٣ »

وفي هذا الفرق نظر: لأن الحداد لازم للمتوفي عنها زوجها مطلقاً يستوي في ذلك موت الحاضر والغائب وقد قلتم في موت الحاضر تبتديء المدة من وقت الموت وإن تأخر علمها وكان مقتضى ذلك التسوية في الحكم بين موت الحاضر والغائب .

(٢) حاء في كتاب فقه الأمام جعفر الصادق ج ٥ ص ٣٠٣ : إن الشبهة على قسمين شبهة العقد مع الوطء . وشبهة الوطء من غير عقد ومعنى الأول ، أنه يجري عقد زواجه على امرأة ثم =

ولو أقر الزوج بطلاقها في زمن مضى فإن أقام بينة كانت العدة من الوقت الذي عينه ، وإن لم يقم بينة فمِلْ إقراره في حق نفسه ، وأما في حقها فيثبت من وقت الأقرار ، فتبتديء عدتها من وقت الأقرار بشرط أن يكون الوقت الذي أضاف إليه الطلاق يملك فيه الطلاق .

انتهاء العدة :

تنتهي العدة إذا كانت بالأشهر بغروب شمس آخر يوم منها .

وإذا كانت بالقروء فعند من يفسرها بالحيز تنتهي بانقطاع دم الحيضة الثالثة إن انقطع لأكثر مدة الحيز وهي عشرة أيام ، فإن انقطع قبل عشرة أيام فلا تنتهي العدة إلا إذا طهرت من الحيز إما بالاعتسال أو التيمم سواء صلت أو صارت الصلاة ديناً في ذمتها .

وإذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيضات لا تصدق إلا إذا كانت المدة تحتل ذلك ، وأقلها عند أبي حنيفة ستون يوماً ، وعند الصحاحين تسعة وثلاثون يوماً كما قدمناه (١) .

وأما من يفسر القروء بالأطهار ومههم الجعفرية الذين يعتبرون الطهر الذي وقع فيه الطلاق أحدها فإنها تنتهي عندهم برؤية الدم من الحيضة الثالثة بعد الفرقة ، وأقل مدة تصدق فيها المرأة التي ادعت انتهاء عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان مع ملاحظة أن اللحظة الأولى من العدة والثانية ليست منها ، وهي

= يشين فساد العقد لسبب من الأسباب الموحدة للفساد ، ومعنى الثاني أن يقع على امرأة من غير أن يكون بينهما عقد صحيح ولا فاسد بل يقارنها ممتقداً أنها محل له ثم يتبين العكس ، ويدخل في ذلك وطء المجنون والمسكران والمائم لأجنبية .

(١) في بحث الترجمة ص ١٠٥ من هذا الكتاب .

رؤية الدم من الحيضة الثالثة ، بل هي أمانة على الخروج من العدة .

وإن كانت العدة بوضع الحمل فتنتهي إذا كان الحمل واحداً بنزوله كله عند الجعفرية ، وبنزول أكثره عند الحنفية سواء نزل حياً أو ميتاً ، وإن كانت الحمل أكثر من واحد فلا تنتهي العدة إلا بنزول آخر التوائم ، لأن الحمل اسم لجميع ما في البطن باتفاق الحنفية والجعفرية .

وفي ختام هذا الفصل نذكر مسألتين يكثر وقوعها .

الأولى : ما إذا تزوج الرجل مطلقته في عدتها ثم طلقها . وفيها التفصيل الآتي :

إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً رجعيّاً « وهو لا يكون إلا بعد الدخول » ثم راجعها في عدتها ، ثم طلقها ثانياً بعد المراجعة وجب عليها استئناف عدة لهذا الطلاق الثاني سواء دخل بها بعد المراجعة أو لم يدخل بها باتفاق الحنفية والجعفرية ، لأن العدة الأولى انتهت بالرحمة^(١) وهي تعتبر مدخولاً بها .

وإذا طلقها بائناً مرة أو مرتين بعد الدخول بها ثم تزوجها في عدتها ودخل بها ثم طلقها وجب عليها استئناف عدة جديدة ولها كل المهر بالاتفاق بين المذهبين أيضاً، وإن كان الجعفرية في أحد الرأيين عندهم أنها تكمل العدة الأولى أو لا ثم تستأنف الثانية، وسيأتي ذلك في المسألة الثانية

أما إذا لم يدخل بها في الزواج الثاني وطلقها فاختلف فيها هل يجب عليها عدة جديدة أو تكمل الأولى فقط، فأبو حنيفة وأبو يوسف والجعفرية في أصح الرأيين عندهم يذهبون إلى أن عليها عدة جديدة ولا تبني على السابقة ولها مهر كامل ، لأن هذه المرأة بالمعد عليها ثانية عادت إلى ما كانت عليه أولاً وقد كانت

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٧ ص ٦٨ .

مدخولا بها ، فإذا طلقها بعد العقد الثاني كان طلاقا بعد الدخول حكما فيجب عليها عدة مستقلة ولها مهر كامل مستقل .

وذهب محمد بن الحسن إلى أنه لا تجب عليها عدة جديدة ، بل تكمل العدة الأولى التي عقد عليها فيها ، ويجب لها نصف المهر المسمى أو المتعة إن لم يكن سمى لها مهر آفيه ، لأنها مطلقة قبل الدخول حقيقة ، ويجب عليها إتمام العدة الأولى لأنها وجبت بعد الدخول ولم تسقط بالزواج الثاني فيلزم إتمامها . ومع وحامة رأي محمد إلا أن الفتوى على رأي أبي حنيفة وأبي يوسف ويجري عليه العمل .

الثانية تداخل العدتين :

إذا وجب على المرأة عدة لسبب ثم وجب عليها عدة أخرى لسبب آخر فهل تتداخل العدتان بمعنى أنها تعتد للسبب الثاني عدة جديدة ويدخل فيها ما بقي من الأولى ؟

فمثلا إذا وجب على المرأة عدة من طلاق ثم وطئت بشبهة في أثناء عدتها ، أو وطئت المرأة بشبهة وفرق بينها ثم طلقها زوجها . فهل تعتد لكل سبب عدة فتكمل السابقة وتستأنف أخرى ؟

فالحنفية : يذهبون إلى تداخل العدتين بمعنى أنها تعتد عدة كاملة للسبب الثاني ويدخل فيها ما بقي من الأولى ، لأن المقصود الأصلي من شرعية العدة التعرف على براءة الرحم لئلا تختلط الأنساب ، وعدة واحدة كاملة بعد وجود السببين كافية في ذلك يستوي في هذا أن تكون العدتان لرجل واحد كما إذا وطء مطلقته بشبهة في عدتها منه بالطلاق ، أو لرجلين كما إذا كان الواطيء بشبهة غير المطلق وسواء كانت العدتان من جنس واحد أو من جنسين .

والجعفرية : في المشهور عندهم لا تتداخل العدتان بل تكمل الأولى ثم

تستأنف الثانية ، لأن الأصل تعدد المسبب لتعدد السبب ، وفي رأي جماعة من كبار فقهاءهم أنها تتداحلان ويكتفي بعمدة واحدة (١) .

وبعضهم يفصل بين ما إذا كانت العدتان لرجل واحد فتتداحل العدتان وبين ما إذا كانتا لرجلين فلا تتداحل (٢) .

ونحن نرى أن القول بالتداحل مطلقا أرحح لأن الغرض المقصود من العمدة يتحقق به .

(١) فقه الأمام حمفر ح ٦ ص ٤١ ص ٤٤ .
(٢) شرائع الإسلام ح ٣ ص ٦٨ وعبارته : إذا طلقها بائنا ثم وطئها نشبهة قيل يتداحل العدتان لأنها لواحد وهو حسن حاملا كانت أو حائلا .

الفصل الخامس

فيما يجب على المعتدة ويجب لها

يجب على المعتدة أمران :

أولهما : البقاء في البيت الذي كانت تسكنه وقت الفرقة لا فرق بين معتدة الطلاق ومعتدة الوفاة عند الحنفية ، ولو كانت وقت الفرقة غير موجودة فيه وجب عليها أن تعود إليه فوراً ، لقوله تعالى : « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » الطلاق - ١ .

فهذا نهي عن إخراجهن من بيوتهن وهو يقتضي تحريم خروجهن فيكون أمراً بضده وهو البقاء فيها وهو يفيد الوجوب .

فإذا كان الطلاق رجماً فلا مانع من بقائها مع الزوج في مسكن واحد ، لأن هذا الطلاق لا يحرمها على زوجها ، ووجودها كذلك ربما كان سبيلاً إلى مراجعتها .

وإن كان بائناً بقيت في هذا المسكن مع مطلقها لكن في حجرة غير حجرتها

بشوط أن يكون ذا دين يأمن على نفسه من الوقوع في محرم معها ، فإن لم يتوفر هذا الشرط أو لم يكن في المسكن غير حجرة واحدة تركه لها وسكن في مكان قريب منه .

والحكمة في إلزامها بالاعتداد في بيت مطلقها هي تمكن الزوج من مراقبتها وصيانتها في عدتها حتى تنتهي ، وربما كان ذلك طريقاً إلى عودة الحياة الزوجية بينها مرة أخرى فالقرب يحمل الرجل على إعادة التفكير فيما حدث ، وقد ينتهي تفكيره إلى مراجعتها إن كان الطلاق رجعيًا ، أو العقد عليها في العدة إن كان بائنًا .

وأما المتوفى عنها زوجها فإن وجودها في هذا المسكن الذي عاشت مع زوجها فيه يذكرها به وحياتها معه فيحملها ذلك على الوفاء له وتنفيذ ما أمرت به من التريص وترك الزينة .

ولا يجوز للمعتدة أن تخرج من منزل العدة إلا لعذر يبيح لها الخروج كخوفها على نفسها ومالها أو إخراجها منه لعدم قدرتها على دفع أجرته أو عرضته للانهدام وما شاكل ذلك ، فإن خرجت منه لعذر كانت ناشئة فتسقط نفقتها إن كان لها نفقة أثناء العدة

وللمعتدة من وفاة أن تخرج لكسب نفقتها وقضاء حوائجها لأنه لا نفقة لها في عدتها وليس لها زوج يقوم بشؤونها .

هذا هو الواجب تنفيذه شرعاً وهو ما يجري عليه العمل بالمحاكم ، ولكن الناس أحدثوا شيئاً جديداً بشأن سكنى المطلقة ، فأهل الزوجة يأخذونها إلى حيث يسكنون بمجرد طلاقها لاستقباحهم بقضاء المطلقة في مسكن مطلقها ، وشاع ذلك بينهم حتى أصبح عرفاً مقررًا ، ولعل ذلك يرجع إلى خروج الناس على أدب الإسلام ، فالأحسان الذي أمر به القرآن الأزواج عند المفارقة لم يبق

له موضع عندهم ، وأصبح الطلاق لا يقع إلا وسط المنازعات والمخاصمات مما يتعذر معه بقاء المطلقة في مكان واحد مع مطلقها ، فأصبحت الضرورة قاضية بإبعادها عن موطن الخصام والمنازعة ، ومن هذه الضرورة نقول : إنه يجوز في هذا الزمن خروج المطلقة للاعتداد في بيت أهلها .

أما ما قيل : إن العرف هو الذي يقضي بذلك فلا نسلمه ، لأن هذا عرف فاسد مخالف لصريح القرآن فلا يصلح أن يكون مستنداً لحكم من الأحكام .

أما الجعفرية : فيذهبون إلى أن المعتدة من طلاق رجعي هي التي يجب عليها الاعتداد في منزل الزوجية الذي طلقت فيه ، ولا يجوز لزوجها إخراجها منه لصريح الآية وهي في الطلاق الرجعي ، كما لا يجوز لها أن تخرج منه إلا لضرورة ، فإن خرجت بدونها كانت ناشئة فتسقط نفقتها^(١) .

أما المطلقة طلاقاً بائناً فقد اتفقوا على أنها تعتد في أي مكان تشاء ، ولا يحق للزوج أن يلزمها ببقائها في منزله لانقطاع العصمة بينها ، وانتفاء التوارث ، وعدم استحقاتها النفقة عليه إلا إذا كانت حاملاً .

أما معتدة الوفاة فلا يجب عليها الاعتداد في منزل الزوجية بل هو أمر مستحب .

ثم قالوا : إن معتدة الطلاق الرجعي والوفاة لا تخرج إلى مسكن آخر إلا لمدر ، فإن وجد انتقلت معتدة الوفاة إلى حيث تشاء ، ومعتدة الطلاق الرجعي تنتقل إلى مسكن آخر يختاره لها الزوج .

وثانيهما : الأحداد وهو ترك الزينة بأنواعها طوال مدة العدة ، ولكنه غير واجب على كل معتدة .

(١) يقول صاحب اللمعة الدمشقية : ولا فرق في تحريم الخروج بين اتفاقها عليه وعدمه على الأقوى ، لأن ذلك من حق الله تعالى لقوله : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن » بخلاف زمن الزوجية فإن الحق لهما ، واستقرب في التحرير جوازه بإذنه وهو بعيد .

فالمعتدة من طلاق رحمي لا إحداد عليها بالاتفاق ، لأن زوجيتها قائمة بل يستحب لها التزين لأنه قد يكون طريقاً إلى تجديد رعة زوجها فيها فيراجعها .

أما المعتدة من وفاة فيجب عليها الأحداد باتفاق الفقهاء ومنهم الحنفية والجمهرية فيجب عليها ترك التزين بلبس جرى عرف الناس بأنه من ملابس الزينة ، ولا تقييد فيه بلون خاص لأن العرف يختلف فيه من زمن لآخر ومن بلد لغيره ، وترك الحلي بكافة أشكاله ، والطيب والأدهان والكحل والحناء ، ولا تكتحل إلا للضرورة ، فإن كان يكفي في دفعها الاكتحال ليلا اقتصرت عليه وإلا وقفت عند ما يدفعا ، ولا فرق في ذلك بين الزوجة الكبيرة والصغيرة والحامل وغير الحامل ، أما ضرورات الحياة من الاستحمام والتشطيف وتسريح الشعر فليست ممنوعة منها .

وإنما وجب عليها ذلك لما ورد من الأحاديث . منها ما رواه أبو داود بسنده أن رسول الله ﷺ قال : « لا يجل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحمد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » ، ولأن في ترك الزينة قطعاً لأطماع الراغبين فيها حيث لا زوج يحميها ويمنع عنها هؤلاء ، ولأن الزواج نعمة عظيمة وقد فاتت بوفاة زوج وفي حافظ عليها إلى آخر لحظة في حياته ، وفوات النعم ووفاء الزوج يقتضيها ترك التزين إظهاراً للأسف على ما فات ومقابلة الوفاء بالوفاء ، وفوق ذلك فهو أدب جميل تقره الفطرة السليمة ويحمده الناس .

والأحداد : لا يخلو من حق للشارع فيه حيث أمر به ليحفظ المعتدة من طمع الطامعين ، ولذلك قرر الفقهاء أنه لا يستطيع أحد إسقاطه ، فلو أوصاه زوجها قبل وفاته بعدم الحداد لم يكن لها تركه .

أما المعتدة من طلاق بائن : فالحنفية يذهبون إلى أن عليها الأحداد ، لأن

من مقاصدة إظهار الحزن والأسى على فوات نعمة الزواج الذي كان يصونها
ويكفيها مؤونة الحياة فأشبهت معتدة الرِّفَاة .

وذهب جمهور الفقهاء ومعهم الجعفرية إلى أنه لا إحداد عليها ، لأنه وجب في
حالة الوفاة أسفا لفراق زوج وفي بعهده لأحر لحظة من حياته ، فأقل ما
تكافئه به هو إظهار الحزن والأسف على فراقه ، أما المطلق فقد أساء إليها
وحرّمها من نعمة الزواج فكيف نلزمها بالحزن عليه ؟

وهذا كما ترى أرجح وأولى بالقبول من رأى الحنفية .

أما ما يجب لها فهو النفقة على اختلاف بين الفقهاء في بعض صورها .
وإليك البيان .

اتفق الفقهاء على أن المعتدة بعد فرقة من زواج فاسد أو دخول بشبهة
لا تستحق نفقة سواء كانت حاملا أو غير حامل ، لأنها لا تستحق نفقة قبل
هذه التفرقة لعدم مشروعية ما بين الرجل والمرأة ولا يقران عليه فأولى أن
لا يجب لها بعد الافتراق ، لأن حال العدة معتبر بحال الزواج قبلها .

كما اتفقوا على أن المعتدة من طلاق رجعي تجب لها النفقة بأنواعها الثلاثة
« الطعام والكسوة والسكنى » سواء كانت حاملا أو غير حامل ، لأن زوجيتها
قائمة حيث أن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك الاستمتاع ولا حل الزوجية بشرط
عدم نشوزها قبل العدة وأنسائها .

واختلفوا بعد ذلك في المعتدة من وفاة أو طلاق بائن أو فسخ على آراء (١)

(١) وسبب الاختلاف وورد آيات فيها عموم كقوله تعالى : « ليلفق ذو سعة من سمته » ،
وقوله جل شأنه : « أسكوهن من حيث سكنتم من وجدكم » ، وقوله عز من قائل . « وإن
كن اولات حمل فادفعوا عليهن حتى يرضعن حملهن » ، واختلافهم في صحة حديث ماظمة بست
قيس الذي تقول به : « بت زوجي طلاني فلم يعمل لي رسول الله نفقة ولا سكنى » .

وتفصيلات تقتصر منها على مذهبي الحنفية والجمهورية . فنقول :

أما المعتدة من وفاة فلا تجب لها النفقة بأنواعها الثلاثة عند الحنفية والجمهورية سواء كانت حاملاً أو غير حامل ، لأن مال الزوج المتوفى انتقل إلى ورثته فلا مال له حتى تجب فيه النفقة ، ولا سبيل إلى إيجابها على الورثة ، لأن العدة أثر من آثار عقد الزواج وهم لم يكونوا طرفاً فيه ، وآثار عقد الزواج لا ترجع إلى غير صاحبه ، كما أن هذه النفقة لم تصر ديناً بعد حتى تؤخذ من التركة .

وفي رواية عند الجمهور أنها إذا كانت حاملاً ينتق عليها من نصيب ولدها الذي في بطنها^(١) .

وقد نص قانون العائلة في المادة ١٥٢ على أن المتوفى عنها زوجها ليس لها نفقة مطلقاً حاملاً أو غير حامل .

أما المعتدة من طلاق بائن فتجب لها النفقة بأنواعها الثلاثة عند الحنفية سواء كانت حاملاً أو غير حامل لقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته » وهو عام يشمل الزوجات والمطلقات رجعيّاً كان الطلاق أو بائناً، وقوله في شأن المعتدات : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » ، وقوله جل شأنه : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن » ، فكل هذه الآيات تدل على إبقاء المعتدة على ما كانت عليه قبل الطلاق .

ولأن النفقة وجبت للزوجة قبل الطلاق لكونها محبوسة لحق الزوج ، وهذا الاحتباس باق بعد الطلاق فتجب لها النفقة كما كانت قبله لوجود سبب الوجوب .

وأما قوله سبحانه : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن » فقد نص على

(١) هامش المختصر النافع ص ٢١٩

نفقة المعتدة الحامل ، لأن عدتها تكون غالباً أطول من غيرها فتجب لغيرها من باب أولى .

وأما حديث فاطمة بنت قيس النافي للنفقة والسكنى فقد رده عمر بقوله : « لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندرى أحفظت أم نسيت » .

وذهب الجعفرية : إلى أن المعتدة من طلاق بائن أو خلع لا تجب لها النفقة إلا إذا كانت حاملاً لأنها بالطلاق البائن زالت زوجيتها التي كانت سبباً في وحب نفقتها ، ولحديث فاطمة بنت قيس أن النبي ﷺ لم يجعل لها نفقة ولا سكنى بعد أن بت زوجها طلاقاً .

أما وجوبها للحامل فلقوله تعالى : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن » وهي عامة في المطلقات رجعيّاً أو بائناً

وأما المعتدة بسبب الفسخ لعقد الزواج : فالحنفية يوجبون لها النفقة بكل أنواعها إذا كان الفسخ بسبب من قبل الزوج سواء كان السبب مباحاً كخيار البلوغ أو الأفاقة ، أو بسبب محذور كفعله مع إحدى أصول الزوجة أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة ، أو لإبائه عن الإسلام أو رده ، وسواء حصلت الفرقة بغير قضاء القاضي أو بقضائه .

وكذلك إذا كان الفسخ بسبب من قبل الزوجة ليس محظوراً . كخيار البلوغ أو الأفاقة أو الفسخ بسبب نقصان مهرها عن مهر مثلها إذا زوجت نفسها بدون إذن وليها .

قالوا : لأن الفسخ يأخذ حكم الطلاق البائن في أكثر أحكامه وبخاصة ما يتعلق منها بالعدة .

أما إذا كان الفسخ بسبب محذور من جهتها كارتدادها عن الإسلام أو

امتناعها عنه بعد اسلام زوجها ولم تكن كتابية ، أو فعلها مع أحد أصول زوجها أو فروعه باختيارها ما يوجب حرمة المصاهرة فلا يجب لها غير السكنى فقط ، أما الطعام والكسوة فلا حق لها فيهما

أما سقوط هذين فلأن النفقة فيها - معنى الصلة ، فإذا فعلت معصية توجب الفرقة فلا تستحق تلك الصلة ، بل تستحق العقوبة زجراً له ، وإما اقتصر الأسقاط على نفقة الطعام والكسوة لأنها خالص حقها ، أما السكنى فالشارع حق فيها مع حقها ، وحق الشارع لا يسقط بمعصية من جهتها ، ولذلك قالوا لو أبرأت المرأة مطلقها عند الخلع من نفقة العدة سقط بهذا الأبراء الطعام والكسوة فقط ، ولو خالته على أن لا نفقة لها ولا سكنى سقطت النفقة دون السكنى ، لأن نفقة الطعام والكسوة حق خالص لها تملك أسقاطها ، أما السكنى فلا تملك إسقاطها لوجود حق للشارع فيها .

أما الجمفرية فمع أنهم يجعلون الفسخ كالطلاق البائن في أحكام العدة لم يجعلوا للمعتدة بسبب الفسخ حقاً في النفقة ، وعللوا ذلك^(١) بانقطاع العصمة بينها وبين الزوج حتى ولو كانت حاملاً ، لأن المعتدة من البائن وجبت لها النفقة إذا كانت حاملاً بالدليل وهو الآية : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملهن » ولا دليل في الفسخ ، والأصل العدم .

وقد عرفنا فيما سبق^(٢) أن الاتصال المحرم بين الزوجة وأحد أصول الزوج أو فروعه إذا طرأ بعد الزواج لا يوجب فسخه ، ومن ثم لا عدة عليها فلا تسقط نفقة الزوجية بهذا الفعل .

أما قانون حقوق العائلة فقد نص على أن نفقة المعتدة على زوجها في المادة

(١) فقه الإمام جعفر ج ٦ ص ٤٦ .

(٢) راجع هامش ص ١٧٤ من هذا الكتاب .

- ١٥٠ - كما نص في المادة - ١٥١ - على أنه لا تلزم نفقة العدة للمرأة المطلقة إذا كانت ناشزة .

فالمادة الأولى توجب النفقة للمعتدة ، وهي بعبارتها العامة تشمل كل معتدة ، ولا يخرج منها إلا المتوفى عنها زوجها ، لأن المادة - ١٥٢ - استثنتها من وجوب النفقة لها .

ومقتضى هذا العموم شمولها للمعتدة من الطلاق بنوعيه ، والمعتدة من الفسخ ، لكن يبقى التقييد للمعتدة المطلقة في المادة الثانية - ١٥١ .

فهل يعتبر ذلك تقييداً للمعتدة في المادة قبلها فتكون المادتان قاصرتين على بيان نفقة المعتدة من الطلاق ، وحينئذ تكون المعتدة من الفسخ مسكوتاً عنها ويرجع في حكمها إلى مذهب الحنفية ككل ما سكت عنه القانون ، أو لا يكون تقييداً فيبقى الأطلاق يشمل المعتدة بسبب الفسخ ؟

احتمالان سببها القصور في صياغة القانون . فلو قال : لا تلزم نفقة العدة للمرأة الناشزة لما تعارض مع عموم المادة قبلها ، ولو كان يقصد قصر وجوب النفقة على معتدة الطلاق لقال : نفقة المعتدة من طلاق على زوجها ، ولو صاغ حكم المعتدة بالفسخ في مادة خاصة إيجاباً أو نفيًا لكان أسلم .

وبعد : فإذا وجبت النفقة للمعتدة في أي صورة من الصور تأخذ أحكام نفقة الزوجة من حيث التقدير ، وما يجب أن يراعى عند تقديرها ، وفي كونها تصير ديناً أو لا تصير ، وما يسقطها وما لا يسقطها . غير أن المعمول به في مصر كما جاء في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ هو أنها تعتبر ديناً صحيحاً للمعتدة من تاريخ الطلاق أو الفسخ ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الأبراء ، ولا يتوقف كونها ديناً على القضاء أو التراضي ، وأنها لا تستحق نفقة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق أو الفسخ كما صرح به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

أما قانون حقوق العائلة فإنه ينص في المادة - ١٥٣ - على أنه : « إذا انقضت مدة العدة بدون تقدير نفقة لها قضاء أو رضاء تسقط النفقة » فهو في هذا يسير على المذهب الحنفي مع ملاحظة أنه يعتبر أقضى مدة للعدة تسعة أشهر في المادة - ١٤٠ - كما سبق .

كما نص على أن النفقة المقدرة المتراكمة لا تسقط بوفاة أحد الزوجين
المادة - ١٥٤ -
وبهذا ينتهي القسم الثاني من هذا الكتاب .



القسم الثالث

في حقوق الأولاد والأقارب
وهي النسب وما يترتب عليه من أحكام
وفيه خمسة أبواب

- الباب الأول : في النسب
- الباب الثاني : في الرضاع
- الباب الثالث : في الحضنة
- الباب الرابع : في الولاية
- الباب الخامس : في نفقة الأولاد والأقارب

« مقدمة »

قدمنا أن من أهم أغراض الزواج التوالد والنسل، لأن الإنسان بفطرته يميل إلى الولد، ويود أن يكون له أولاد يبادلهم العطف والمحبة، ويعتز بهم ويستعين بهم على نوائب الزمان .

ومجيء الأولاد ليس مقصوداً لذاته، بل ليكونوا أعضاء صالحين في المجتمع ولن يكون ذلك إلا بتكوين أسر يتم بها بناء المجتمع، ولا تتحقق الأسرة إلا برباط متين يربط بين أفرادها ليعيشوا متحابين متعاطفين .

هذا الرباط جعله الشارع النسب، وهو الحق الأول للولد يدفع به عن نفسه الذل والضياع، كما أنه حق لوالديه يحفظ به الأب ولده من أن ينسب لغيره، وتدفع به الأم عن نفسها العار والتهم .

ويأتي بعده حق الرضاع الذي يحفظه من الهلاك في مستهل حياته، لأنه الوسيلة الوحيدة لتغذيته، وهو في هذه المرحلة وما بعدها يحتاج إلى من يرضع شئونه فكان له حق الحضانه ثم الولاية، وبما أنه ينشأ ضعيفاً عاجزاً عن التكسب فيكون في حاجة إلى من ينفق عليه فكاتت النفقة على الوالدين أولاً وعلى من يحمل محلها من الأقارب إن ثبت عجزها أو فارقا الحياة .

الباب الأول

في النسب^(١)

وفيه فصول

(١) من مراجع هذا البحث سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٣ ، نيل الأوطار ج ٦ ، فتح القدير ج ٢ ، المدائع ج ٦ ، تبين الحقائق للريلمي ج ٥ ، الأشاء والمطائر لاس نجيم المصري ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ، بداية المحتهد لاس رشد ج ٢ ، شرائع الإسلام ج ٢ ، فقه الإمام حمفرح ٥ ، الأحكام الجعفرية ، اللمة الدمشقية ح ٥ ، المحتصر النافع ، المعلى لاس حزم ج ١ ، راد المعاد ج ٤ ، المعنى لان قدامة ح ٦ طبعة رشيد رضا ، شرح السراجية وحاشيته .

تمهيد : عُنِيَ الشارع الحكيم بالنسب فنظمه وأرسى قواعده حفظاً له من الفساد والاضطراب، وجعله من النعم التي امتن بها على عباده ، يقول حل شأنه : « وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً وكان ربك قديراً ، الفرقان - ٥٤ .

كما جعل له سبباً واضعاً كريماً يتفق وكرامة بني آدم ، وهو الاتصال بالمرأة عن طريق الزواج وما ألحق به من ملك اليمين ، ولم يتركه لأهواء الناس ورغباتهم يهبه الشخص لمن يحب ، ويمنعه عن لا يحب ، فأبطل طريقه غير المشروعة التي كانت شائعة في الجاهلية من التبني ومن إلحاق الأولاد عن طريق الفاحشة ، يقول جل شأنه : « وما جعل أديعاءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأهواءكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل » الأحزاب - ٤ .

ويقول رسول الله ﷺ : « الولد للفراش وللماهر الحجر » .

وشدد النكير على الآباء الذين ييحدون نسب أولادهم فيقول صلوات الله وسلامه عليه فيما رواه أبو داود والنسائي عن أبي هريرة : « أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه^(١) احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين » لأن في هذا الأكار تعريضاً للولد وأمه للذل والعار .

كما توعد الأبناء الذين ينتسبون إلى غير آبائهم بقوله : « من ادعى إلى غير

(١) سبل السلام ج ٣ ص ١٩٣ ، ومعنى وهو ينظر إليه أي يعلم أنه ولده .

أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة حرام عليه ، ، لأن الانتساب إلى غير الآباء من أكبر العقوق لهم .

وكذلك حذر النساء من أن ينسبن إلى أزواجهن من يعلمن أنه ليس منهم فيقول :

« أيا امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته » (١)

ولما كان محل النسب وهو الولد لا يجيء إلا بعد محالطة جنسية بين رجل وامرأة وحمل المرأة نتيجة لتلك المحالطة ، ثم ولادة يجيء بعدها ثبوت النسب الذي يكون حال قيام العلاقة الزوجية أو بعد افتراقها بفسخ أو طلاق أو موت الرجل ، وهذا لا يكون إلا إذا ولدته في فترة معينة اقتضى ذلك بيان الأمور الآتية :

أقل مدة الحمل وأقصاها ، وأثبتات الولادة وتعيين المولود عند الاختلاف فيها ، والطرق التي يثبت بها النسب نعقد لها فصلين تتبعهما بفصل أخير في أحكام اللقيط .

(١) المرحع السابق وهو جزء الحديث السابق .

الفصل الأول

في بيان أقل مدة الحمل وأقصاها ، وأنبات الولادة

أقل مدة الحمل : اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل التي يتكون فيها الجنين ويولد بعدها حياً هي ستة أشهر استنبطوا ذلك من مجموع آيتين في كتاب الله هما قوله تعالى : « ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » الأحقاف - ٢٥ .

وقوله جل شأنه : « ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين » لقمان - ١٤ .

فقد قدرت الآية الأولى للحمل والفصال ثلاثين شهراً ، وقدرت الثانية للفصال أي الفطام عامين ، وبأسقاط الثانية من الأولى يبقى للحمل ستة أشهر وهو تقدير المعلم الخبير .

ومما يؤيد ذلك الاستنتاج ما روى أن رجلاً تروح امرأة فجاءت بولد لسته أشهر من تاريخ الزواج ، فرفع أمرها إلى عثمان رضي الله عنه فهم بأقامة الحد عليها ، فقال له ابن عباس رضي الله عنهما : « إنها لو خاصمتكم بكتاب الله

لخصتكم « أي غلبتكم قال تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » وقال :
 « وفصاله في عامين » ، فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر ،
 فمنع عثمان الحد عنها ، وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر أحد ذلك ،
 وإذا اعتبرت هذه المدة في درء الحد لأن الحدود تدرأ بالشبهات اختبرت أيضاً
 في إثبات النسب ، لأنه مما يحتاط في إثباته محافظة على النسل وصيانة
 للعرض .

أما أقصى مدة الحمل^(١) : فقد اختلف الفقهاء في تحديدها اختلافاً كبيراً ، نشأ
 هذا الاختلاف عن عدم ورود نص يحددها في كتاب الله أو سنة رسول الله ﷺ
 وإنما اعتمد تحديدهم لها على ما جرت به العادة في ولادة النساء كما يرى البعض ،
 أو على أثر يروى عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها كما يرى فريق آخر ،
 أو على إخبار بعض النسوة في وقائع نادرة كما يرى غير هؤلاء وهؤلاء .

ولو صح الأثر المروى عن عائشة عند كل الفقهاء لقالوا بمقتضاه ، لأنه في
 التقديرات التي لا تعلم إلا بإخبار من رسول الله ﷺ ، وإليك بعض هذه الأقوال
 بترتيبها التصاعدي .

يرى الظاهرية - كما حكاه ابن حزم في المحلى - أن أقصى مدة الحمل تسعة
 أشهر بناء على العالب والكثير ، وقال ابن حزم : أنه المروى عن عمر^(٢) .

وقال محمد بن عبد الحكم أحد فقهاء المالكية : إن أقصاها سنة قمرية .

والجعفرية لهم أقوال فقليل تسعة أشهر ، وقليل عشرة أشهر ، وقليل سنة ،

(١) عن الفقهاء بيان أقصى مدة الحمل لا لأجل ثبوت النسب حال قيام الزوجية حقيقة
 لأنه ثابت فيها على كل حال بعد أن يكون مضي ستة أشهر وإنما لأجل إثباته بعد العرقه أو
 حالة عيبه الروح .

(٢) المحلى ج ١٠ ص ٣١٦ .

ثم اختلفوا في تحديدها ، أو أن ذلك يرجع إلى اختلاف عادات النساء فإن بعضهم تلد لتسعة أشهر ، وبعضهن لعشرة ، وقد يتفق نادراً بلوغ سنة (١) .

وذهب الحنفية إلى أن أقصاها سنتان إستناداً إلى ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « لا تريد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل » تريد أن الجنين لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو لفترة يسيرة عبرت عنها بتحول ظل عمود المغزل .

ويذهب الشافعية إلى أن أقصاها أربع سنوات ، ويوافقهم المالكية في القول المشهور عندهم . وفي القول الآخر إنها خمس سنوات ، وهناك من يزيد على ذلك .

ويقول ابن رشد في بداية المجتهد بعد حكاية هذه الأقوال : وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد ، والحكم يجب بالمعتاد لا بالنادر .

وإذا عرفنا أن أكثر هذه الأقوال لا يستند إلى دليل قوي بل كان الباعث عليها هو الاحتياط في ثبوت النسب وعدم إهداره ، وعرفنا مع ذلك أن المسائل المتروكة بدون تقدير يرجع فيها إلى أهل الخبرة وأنه بعد تقدم الطب يكون المرجع في ذلك تقرير الأطباء ، وقد قدروا أن الولد لا يمكث في بطن أمه أكثر من سنة قدرها بـ ٣٦٥ يوماً ليشمل الحالات النادرة .

من أجل ذلك عدل المشرع في مصر عن الأخذ بمذهب أبي حنيفة الذي كان معمولاً به لما ترتب على العمل به تحايل بعض النسوة في وقائع كثيرة ترتب عليه مفساد كثيرة، وسيأتي قريباً بيان ذلك وما استقر عليه العمل .

(١) فقه الامام جعفر جه ، اللمعة الدمشقية جه ص ٤٣٢ .

إثبات الولادة بعد إنكارها :

إذا ادعت المرأة أنها ولدت هذا المولود فيما أن يصدقها الرجل في دعواها أو ينكرها ، فإن صدقها ثبت النسب إذا توفرت شروط ثبوته ، وإن لم يصدقها بأن أنكر دعواها كان على المرأة إثبات دعواها ، فبم تثبت هذه الدعوى ؟

هذا الإنكار إما أن يكون لأصل الولادة ، وإما أن يكون لنوع المولود بعد الاعتراف بأصل الولادة ، فإن كان الإنكار لأصل الولادة بأن يكون جوابه على دعواها : زوجتي أو مطلقة لم تلد شيئاً وهذا الذي تدعي ولادته لقيط ، وفي هذا الإنكار تختلف طرق الأثبات باختلاف حالات المرأة عند ادعائها ، لأنها قد تكون زوجة أو مطلقة رجسياً أو بائناً أو معتدة من وفاة ، وحال ظهور الحمل أو اعتراف الزوج به أولاً .

فقد تثبت الدعوى بقول المرأة نفسها ، وقد تثبت بشهادة امرأة مقبولة الشهادة سواء كانت هي القابلة أو غيرها ، وقد تحتاج إلى بينة كاملة رجلين أو رجل وامرأتين من العدول وهذا عند أبي حنيفة (١)

(١) تفصيل مذهب أبي حنيفة : إذا كان الحمل ظاهراً أو كان الزوج معترفاً بوجوده أو ورثته بعد وفاته فلا تحتاج إلى إثبات بل يكفي قول المرأة نفسها ، لأن الحمل المقصى إلى الولادة ثابت بظهور أمارته أو الاعتراف به فيثبت ما يفضى إليه وهو الولادة بمجرد إخبار المرأة بها .

وان لم يكن الحمل ظاهراً ولم يكن معترفاً به فلا يكفي قول المرأة ، بل لا يسد من بينة للإثبات ، ويكفي شهادة امرأة من أهل العدالة إذا كانت المرأة المدعية زوجة أو كانت معتدة من طلاق رجعي والدعوى بمد مضي سنتين أو أكثر من وقت الطلاق إذا لم تكن أقرت بانقضاء العدة ، أما إذا كانت معتدة من طلاق بائن أو معتدة وفاة فلا بد من شهادة كاملة .

أما المعتدة من طلاق رجعي إذا ادعت الولادة قبل مضي سنتين ففيها رأيات . رأي يجعلها كالزوجة ، والآخري يجعلها كالمعتدة من طلاق بائن وهو أرجح لأن -

أما أصحابه أبو يوسف ومحمد : فقد ذهبا إلى أنها في جميع الحالات تثبت الولادة بشهادة امرأة من أهل العدالة . سواء كان الحمل طاهراً أو لا اعترف به الزوج أو الورثة بعد وفاته أو لا ، لأن الفرض أن الرجل أنكر الولادة فتكون دعوى المرأة مجردة فتحتاج إلى إثبات ، ويكفى فيها شهادة المرأة المقبولة الشهادة ، لأن الولادة من الأمور التي لا يطلع عليها الرجال ، فقد ثبت أن رسول الله ﷺ « أجاز شهادة القابلة » ، وروي عن الرهري أنه قال : « مضت السنة يجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوهن » .
 وإذا كان الأطباء في هذا الزمن يقومون بعملية الولادة فيكفي شهادة الطبيب الذي باشر الولادة أو أي رجل آخر شاهد الولادة إذا لم يكن تعمد النظر ، لأنه حينئذ يكون فاسقاً مردود الشهادة .

أما الجعفرية فيقولون : إذا اختلف الزوجان في الولادة فالقول قول الزوج مع يمينه ووجهتهم في ذلك : أن الزوج يتمسك بالأصل ، لأن الأصل عدم الولادة ، ويعكسها إقامة السينة على الولادة ، فلو أقامتها قبل قولها (١) .
 أما إذا كان النزاع في تهيين المولود : كأن تقول هو ذكر ، وهو يقول لها إنه أنثى . فيكفي في إثبات نوعه شهادة امرأة من أهل العدالة أو شهادة الطبيب المولد سواء كان النزاع في حال قيام الزوجية حقيقة أو في العدة مطلقاً ، وهذا بالاتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه ، لأن الولادة إذا ثبتت كان تعيين المولود سهلاً فلا يشترط فيه شهادة كاملة .

– ادعاءها الرضيع قبل مضي سنتين اعتراف منها بانقضاء عدتها فتكون كالمبتوتة ، وإنما احتيج هنا إلى شهادة كاملة ، لأن الشهادة وإن كانت لإثبات الولادة إلا أنها سترتب عليها ثبوت النسب من الروح المطلق أو المتوفي ، وثبوت النسب يحتاج إلى حجة كاملة لأن المرأة بعد الولادة تكون مقررة بانقضاء عدتها ، وبالتالي نساؤها تصير أجنبية ، ودعوى المسب من الأجنبية تحتاج إلى بينة كاملة .

هذا ويشترط المالكية والشافعية في إثبات الولادة تعدد الشهود من النساء فالشامية لا يد من أربع منهن ويكتفي المالكية بشهادة امرأتين .

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٢ ، واللمعة الدمشقية ح ٥ ص ٤٣٦ .

الفصل الثاني

في طرق إثبات النسب أو الأمور التي يثبت بها

وفيه مباحث

يثبت النسب بأحد أمور ثلاثة : الفراش ، والأقرار ، والبينة .

المبحث الأول

في الفراش

الفراش في الأصل ما يبسط للجلوس أو النوم عليه ، ويكنى به عن المرأة التي يستمتع بها الرجل يقول جل شأنه : « وفرش مرفوعة ، إنا أنشأناهن إنشاءً ، فجعلناهن أبقاراً ، عرباً أتراباً ، لأصحاب اليمين ، الواقعة - ٣٤ - ٣٨ .

فكنى بالفراش عن النساء وهن الحور العين .

والمراد بالفراش هنا : الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد ، أو كون المرأة معدة للولادة من شخص معين ، وهو لا يكون إلا بالزواج الصحيح وما ألحق به ، فإذا ولدت الزوجة بعد زواجها - بشروط سيأتي بيانها -

ثبت نسبه من ذلك الزوج دون حاجة إلى إقرار منه بذلك^(١) بينة تقيمها الزوجة على ذلك لما رواه الجماعة إلا أبا داود عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » يريد أن الولد لصاحب الفراش كما جاء في لفظ البخاري وهو الزوج ، وللعاهر وهو الزاني الرجم عقوبة على جريمته إن كانت تستوجب الرجم ، أو الخيبة والخسران ولا نسب له لو نازع فيه^(٢) .

والسبب في ثبوت النسب بالفراش دون توقف على إقرار أو بينة هو أن عقد الزواج الصحيح يبيح الاتصال الجنسي بين الزوجين ، ويجعل الزوجة مختصة بزوجها يستمتع بها وحده وليس لعيره أن يشاركه ذلك الاستمتاع ، بل ولا الاختلاء بها خلوة محرمة ، فإذا جاءت بولد فهو من زوجها ، واحتمال أنه من غيره احتمال مرفوض ، لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح حتى يثبت العكس .

شروط ثبوت النسب بالفراش :

وإذا كانت الشريعة جعلت الفراش طريقاً لأثبات النسب بمفرده ، لكن ذلك يتوقف على توفر شروط بعضها متفق عليه بين الفقهاء ، وبعضها يختلف فيه ، وإليك هذه الشروط .

١ - إمكان حمل الزوجة من زوجها . بأن يكون الزوج ممن يتأتى منه الحمل ، بأن يكون بالغاً أو مراهقاً على الأقل ، فلو كان صغيراً دون ذلك لا تعتبر الزوجة فراشاً ، لأنه لا يتصور أن تحمل منه زوجته ، ومن ثم لا يثبت نسب ولد وضعته زوجته معها كانت المدة بين العقد والوضع ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء .

(٢) لكن المعنى الثاني أرجح ، لأنه ليس كل زان يرجم ، وحاه هذا من الرسول على نهج الأسلوب العربي لأهم يقولون المدي لم ينل خيراً بغية التراب أو له الحجر . راجع فيل الأوطار ج ٦ ص ٢٩٥ وما بعدها .

٢ - إمكان التلاقي بين الزوجين عادة بعد العقد ، وهو شرط عند الأئمة الثلاثة (مالك والشافعي وأحمد) لأن العقد جعل المرأة فراشا باعتبار أنه يبيح هذا الاتصال الذي هو سبب حقيقي للحمل ، فلو انتفى إمكان التلاقي عادة وجاءت بولد بعد مضي ستة أشهر من حين العقد عليها لا يثبت نسبه منه .

وخالف الحنفية فلم يشترطوا ذلك فقالوا: إن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا لأنه مظنة الاتصال ، فإذا وجد كفى ، لأن الاتصال لا يطلع عليه بخلاف العقد.

وقد فرعوا على ذلك أنه لو تزوج رجل في المشرق بامرأة في المغرب بينها مسافة سنة فولدت لسته أشهر من تاريخ العقد ثبت نسبه ، لاحتمال أن الزوج من أصحاب الكرامات الذين تطوى لهم المسافات .

وقد قيل في تبرير هذا المذهب : إنهم لم يخالفوا في اشتراط إمكان التلاقي بين الزوجين ولكنهم اكتفوا بالإمكان العقلي - كما يقول الكيال بن الهمام ، وإن هذا الفرض - وهو تروح المشرقي بالمغربية كان مانعاً من الاتصال في زمنهم لبعده الشقة وصعوبة المواصلات ولكنه بعد اختراع الطيران الذي يقطع المسافات الطويلة في وقت قصير كما يقول بعض الكاتبين في هذا العصر، وفوق هذا وذلك إنه احتياط في المحافظة على الأولاد من الضياع .

وأنا أقول : مهما قيل من ذلك فإنه لا يسوغ العمل بهذا المذهب لأن الأمكان العقلي شيء والواقع شيء آخر، وليست المشكلة مشكلة صعوبة المواصلات وسهولتها ، والكرامة للأولياء - مع ثوتها - ليست ثابتة لكل زوج مفترق بعيد عن زوجته ، والاحتياط يعمل به في الموضع الذي يحتمله .

فإذا تزوج شخص الآن بالمراسلة أو بالوكالة ولم ير زوجته إلا بعد سنة من حين العقد ثم وجدها تحمل بين ذراعيها طفلاً وتقول له هذا ولدك . أنقول له إنه ولدك لأن الاحتياط والمحافظة عليه من الضياع بقضيان عليك بذلك ؟

وماذا يكون الحال لو تزوج رجل وعاش مع زوجته فترة من الزمن أنجب فيها طفلاً ثم سافر في بعثة طالت مدتها إلى سنوات لم يرجع إلى مقر زوجته فيها ولم تنتقل هي إليه ثم عاد فوجد الطفل طفلين أو ثلاثة ؟! الحق أحق أن يتبع ولا بد من اشتراط إمكان التلاقي عادة على الأقل .

والجعفرية : لم يكتفوا في ثبوت النسب بإمكان التلاقي بل شرطوا الدخول الحقيقي ، فإذا انتفى لا يثبت النسب ، ويوافقهم في هذا ابن تيمية وتلميذه ابن القيم^(١) معلين ذلك بأن المرأة لا تكون غراشاً إلا بافتراش زوجها لها وهو لا يتحقق إلا بالدخول ، وعلى ذلك لو أتت بولد لستة أشهر من حين العقد لا يثبت نسبه ، ولو أتت به لستة أشهر من حين الدخول ثبت نسبه .

وأنت ترى معي : أن اشتراط حقيقة الدخول وهو لا يطلع عليه أحد غير الزوجين فيه عسر شديد فلاكتفاء بإمكان الدخول هو المعقول^(٢) ، لأن أثر الخلاف لا يظهر إلا عند اختلاف الزوجين .

٣ - أن تلد الزوجة لستة أشهر على الأقل من تاريخ العقد عليها عند الحنفية والأئمة الثلاثة ولكن مع إمكان التلاقي ، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر كما قدمنا ، ومن وقت المخالطة في الزواج الفاسد لأن المرأة لا تصير غراشاً إلا بها فلو أتت به لأقل من ذلك لا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنا، فيثبت نسبه ويحمل ذلك على أن المرأة حملت به منه قبل العقد الصحيح عليها بناء على عقد آخر صحيح أو فاسد أو مخالطة لها بشبهة حفاظاً على الولد من الضياع وسترأ على الأعراض ، ويكون ثبوت النسب هنا بالأقرار لا بالفراش .

(١) راجع زاد المعاد ج ٤ ص ١٦٦ ، وشرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٣ وفقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٣٠٠ .

(٢) وفي هذا يقول الشوكاذي في نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٩٧ : إن معرفة الوطاء الحق متسرة فاعتبارها يؤدي إلى بطلان كثير من الأنساب وهي يحتاط فيها، واعتبار مجرد الأمكان يناسب ذلك الاحتياط .

وعند الجعفرية تحتسب المدة من وقت الدخول لا من وقت العقد، فلو أتت به لأقل من ذلك لا يثبت نسبه منه ، ولو ادعاه لا يلتفت إلا دعواه (١) .

٤ - أن تلده لأقل من أقصى مدة الحمل - على الاختلاف السابق فيها - من وقت الفرقة بالطلاق البائن أو الموت ، فإذا جاءت به لسنتين فأكثر من حين الفرقة لا يثبت نسبه بالفراش السابق عند الحنفية ، لأنه تبين أنها حملت به بعد انتهاء الفراش يقيناً .

وإذا كان الطلاق رجعياً ثبت نسبه منه في أي وقت تجيء به ولو مضى سنتان فأكثر من وقت الطلاق ما لم تقرر بانقضاء عدتها بعد طلاقها منه ، ويحمل ذلك على أنه راجعها بعد الطلاق في عدتها التي قد يطول وقتها إذا امتد طهرها ويكون ثبوته بالفراش الذي استدامته الرجعة .

وعند الجعفرية لا يثبت نسبه إذا جاءت به لأكثر مدة الحمل بعد الطلاق أو الوفاة ، واتفقوا على أنها لا تريد على سنة ثم اختلفوا في تحديدها . فقيل تسعة أشهر ، وقيل عشرة ، وقيل سنة فلو جاءت به لأكثر منها أو لفبيسة ممتحقة لا يثبت نسبه منه ، بل ولا يجوز إلحاقه به في هذه الحالة ولو ادعاه .

تلك هي شروط ثبوت النسب بالفراش ، فإذا تخلف منها شرط لا يثبت النسب منه إلا إذا ادعاه عند الحنفية ، ويكون ثبوته في هذه الحالة بالدعوة بالفراش ، وإذا توافرت ثبت النسب .

(١) حاه في فقه الإمام جعفر ح ٥ ص ٣٠٠ ، فإذا تخلف شرط لا ينسب إليه ، وإذا اعترف به فلا يلتفت إلى اعترائه ، ولو اختلفا في الدخول فغاه وادعته فالقول قوله مع اليمين ، لأن الأصل عدم الدخول ، وإذا اختلفا في المدة أقلها أو أكثرها فالقول قولها ، ويلحق به الولد ، لأن كل ما أمكن أن يكون منه فهو ولده للحديث لا يخرج منه إلا ما علم أنه ليس منه قطعاً فيسمى المعلوم والمشكوك على حكم الفراش . وراجع أيضاً شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٢ ، واللمعة الدمشقية ج ٥ .

ولا يملك نفيه إلا بعد إجراء اللعان الشرعي إذا توفرت شروطه ، وهي
تتلخص فيما يلي :

١ - أن ينفي الولد عند الولادة أو في مدة التهنئة بالمولود عند أبي حنيفة ،
أوفى مدة النفاس عند الصاحبين إذا كان حاضراً وقت الولادة ، أو وقت حضوره
أو وقت التهنئة إن كان غائباً عند أبي حنيفة ، وفي مقدار مدة النفاس عندهما .
٢ - ألا يكون الزوج أقر بالولد صراحة أو دلالة كقبوله التهنئة أو سكوته
عندها ولم يرد .

٣ - أن يكون كل من الزوجين أهلاً للعان عند ابتداء الحمل بالولد .

٤ - أن يكون الولد حياً عند الحكم بقطع النسب بعد إجراء اللعان والقضاء
بنفيه عنه ، فلو مات قبل القضاء بنفي نسبه لا ينتفى نسبه ، لأن النسب يتقرر
بالموت .

وإذا انتفى نسبه باللعان لا يجوز عند الحنفية أن يلحق بغيره لو ادعاه
لاحتمال أن يكذب الزوج نفسه ويعترف بنسبه على ما بيناه من قبل .

ثبوت النسب في الزواج الفاسد :

الزواج الفاسد لا تصير به المرأة فراشاً بالمعقد بل بالدخول الحقيقي على المفتي
به في المذهب الحنفي وهو قول محمد بن الحسن ، فإذا ولدت المتزوجة زواجاً
فاسداً لأقل من ستة أشهر من حين الدخول الحقيقي لا يثبت نسبه من الزوج إلا
إذا ادعاه ولم يصرح إنه من الزنا ، وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر ثبت نسبه
بدون دعوة منه .

وإذا أتت به بعد المتاركة لأقل من سنتين من تاريخ الفرقة عند الحنفية ،
ولأقل من تسعة أشهر أو عشرة أو سنة على الخلاف عند الجعفرية ثبت نسبه .

وإذا ولدته لأكثر من ذلك لا يثبت نسبه .

ويلاحظ هنا : أن الولد إذا ثبت نسبه بالزواج الفاسد لا ينتفى بنفيه ، لأن النسب الثابت بالفراش لا ينتفى إلا باللعان ، ولا لعان إلا في الزواج الصحيح ، وبناء عليه يكون الفراش الثابت بالزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بالزواج الصحيح . هكذا يقولون :

ثبوت النسب بالمخالطة بشبهه : هذه المخالطة لا تصير بها المرأة فراشاً ، بل يثبت بها شهة الفراش فإذا ولدت بعد أن خالطها بشبهة لا يثبت نسبه بتلك الشبهة إلا إذا انصم إليها الدعوة ، وحينئذ يكون ثبوت النسب بالأقرار لا بالفراش .

وعند الجعفرية: إن الوطء بشبهة سواء سبقه عقد أو لا يلحق النسب بالواطء إذا توفرت الشروط التي يثبت بها النسب بالفراش باشتراط الدخول الحقيقي ، ومضى ستة أشهر ما بين الوطء والولادة ، ولا تزيد على أكثر مدة الحمل من حين المتاركة ، وإذا ثبت نسبه لا ينتفى بانتفائه^(١) كمدى الحنفية .

أما ثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين فهو على التفصيل الآتي :

١ - المطلقة قبل الدخول : إذا ولدت ولدًا لستة أشهر من وقت العقد ولأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه من زوجها لأمكان الحمل منه وقت الفراش عند الحنفية الذي يثبت عندهم بمجرد العقد كما قدمنا ، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العقد لا يثبت نسبه ، لأنه يدل على أنها حملت قبل أن تكون فراشاً لهذا الزوج ، وإن جاءت به لستة أشهر من وقت الطلاق

(١) فقه الإمام حمزة - ٥ ص ٣٠٣ ، زاد صاحب اللمعة - ٥ ص ٤٤٠ شرطاً راسماً في إلحاق ولد الشبهة بالواطء ألا يكون الزوج لهذه المرأة الموطوءة بشبهة حاضراً لأنه يلحق به باعتبار أنه صاحب الفراش الشرعي .

لا يثبت نسبه منه ، لاحتمال أنها حملت بعد الطلاق من غيره ، واحتمال أنها حملت قبل الطلاق لا يكفي لإثبات النسب هنا ، لأن زوجيتها انقطعت بهذا الطلاق البائن حيث لا عدة عليها .

وقد عللوا ذلك : بأن القاعدة عندهم . أن كل امرأة لا تجب عليها العدة لا يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا علم يقيناً أنه منه بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق ، وكل امرأة تجب عليها العدة يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا علم يقيناً أنه ليس منه بأن تجيء به لأكثر مدة الحمل على ما سيأتي تفصيله في المعتدة في الصور الآتية .

أما الجعفرية فلا نسب عندهم في هذه الصورة لاشتراطهم الدخول في إثبات النسب بالفراش .

٢ - المطلقة بعد الدخول : ولها حالتان . إما أن تقر بانقضاء عدتها قبيل الولادة أولاً . فإذا أقرت بانقضاء عدتها في مدة يحتمل انقضاء العدة فيها ، ثم جاءت بولد لسته ، أشهر فأكثر من وقت الأقرار فلا يثبت نسبه من مطلقها سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً ، لاحتمال أن يكون الحمل من غيره بعد العدة ، وإن ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الأقرار بانقضاء عدتها ثبت نسبه وتكون كاذبة في إقرارها لأنها وقت الأقرار كانت حاملاً بيقين .

وإذا لم تقر بانقضاء عدتها وحامت بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه من مطلقها سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً .

وإن جاءت به لسنتين فأكثر من وقت الطلاق ثبت نسبه إذا كان الطلاق رجعياً ، ويحمل على أن زوجها خالطها أثناء العدة وتكون رجعة .

وإن كان الطلاق بائناً لا يثبت نسبه ، لأن الحمل كان بعد زوال الفراش إلا

إذا ادعاه ، فإنه يثبت نسبه بالدعوة لا بالفراش ، ويحمل هذا الادعاء على أنه خالطها بشبهة أثناء العدة .

أما الجعفرية فإن نسب ولد المطلقة رجعيًا أو بائنًا يثبت من زوجها إن ولدت له لأكثر مدة الحمل عندهم من وقت الفراش (١) ، ولو نفاه لاعتن ، وإن ولدت له لأكثر من ذلك لا يثبت نسبه ولا يحتاج إلى لعان لعدم الزوجية .

٣ - المتوفي عنها زوجها : إما أن تدعي الحمل أولاً .

فإن ادعت الحمل وجاءت بولد لأقل من سنتين من تاريخ الوفاة ثبت نسبه من زوجها لقيام الفراش حتى حملها ، وإن جاءت به لسنتين فأكثر لا يثبت نسبه للتيقن بأن علوقها به كان بعد الموت .

وإن لم تدع الحمل وأقرب بانقضاء عدتها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت انقضاء عدتها الذي زعمته ثبت نسبه لإمكان علوقها به قبل وفاته وظهور كذبها في دعوى انقضاء عدتها .

وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت انقضاء عدتها لا يثبت نسبه لاحتمال أن يكون حملها من غير زوجها بعد انقضاء عدتها .

وذهب الجعفرية إلى أن المتوفي عنها زوجها إذا جاءت بولد لأقصى مدة الحمل على اختلافهم فيها من حين الوفاة ثبت نسبه من زوجها ، وإن جاءت به لأكثر منها لا يثبت نسبة ، ولو ادعاه الورثة لا تقبل دعواهم .

بهذا العرض لمذهب الحنفية نخلص منه بالأمور الآتية ، أن أقصى مدة الحمل

(١) يقول الحلبي في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٢ : ولو طلقها فاعتدت ثم جاءت بولد ما بين الفراق إلى أقصى مدة الحمل لحق به إذا لم توطأ بمقد ولا شبهه

سنتان ، وأن النسب يثبت بالفراش السابق لولد المطلقة أو المتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأقل من سنتين من تاريخ الفرقة ، وأنه يكفي لثبوت النسب بالفراش مجرد العقد دون اشتراط إمكان التلاقي بين الزوجين عادة مع ما قيل في تبريره ، وأن غياب الزوج عن زوجته غيبة محققة سواء كانت قبل الدخول بها أو بعد دخوله بها لا يمنع من إثبات نسب ما تلده من أولاد ما دامت الولادة جاءت في ظل العقد القائم بينها .

وقد كانت هذه الأمور باعثة على شكوى الناس من العمل به في المحاكم المصرية حيناً من الدهر بعد أن فتح أبواب التحابل أمام طائفة من النسوة اللاتي لا خلاق لهن لأن مدة السنتين بعد الفرقة مجال لكفي تأتي المرأة بولد غير شرعي وتنسبه لمطلقها أو لزوجها المتوفي لكفي تحصل على ميراثه منه ، كما أن ثبوت النسب بمجرد العقد وإن لم يمكن التلاقي بين الزوجين عادة طريق لمثل ذلك ، فرأى المشرع المصري درء أهذه المفاصد العدول عن مذهب الحنفية الذي لا يستند إلى دليل صحيح من كتاب الله أو سنة صحيحة فوق أنه لا يتفق مع الواقع ولا مع ما قرره أهل الخبرة من الأطباء من أن الحمل لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنة قدرها بـ ٣٦٥ يوماً ليشمل جميع الحالات النادرة .

عدل عنه وأخذ بما قرره الأطباء لقربه من قول محمد بن عبد الحكم الفقيه المالكي ، وهو أن أقصى مدة الحمل سنة قمرية ، مع اعتبار إمكان التلاقي بين الزوجين عادة بعد العقد وهو ما شرطه الأئمة الثلاثة ، واستناد إلى قاعدة شرعية تقول : إن لولي الأمر أن يمنع قصاته من سماع الدعاوى التي يكثر فيها التزوير والاحتيال .

جاء ذلك في المادة الخامسة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها :

« لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج

عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من حين الطلاق أو الوفاة .

فهذه المادة بنيت على أمور كلها مخالفة مذهب الحنفية . وهي إمكان التلاقي بين الزوجين ، وأن أقصى مدة الحمل سنة ، وأنه لا فرق بين المطلقة رجماً والمطلقة بائناً .

لكن يلاحظ أنها منعت سماع الدعوى فقط دون التعرض للنسب بإثبات أو نفي ، وقصرت ذلك على حالة إنكار المدعى عليه ، لأنها الحالة التي يظهر فيها التزوير والاحتيال .

ومفهوم ذلك أنه إذا أقر الزوج في حالات عدم التلاقي أو الغيبة أو الطلاق فإن النسب يثبت ، فإذا أنكر كونه منه في حالتي عدم التلاقي من حين العقد ، وحالة غيبته عنها مدة سنة من حين الغيبة إلى الولادة ، ورفعت الزوجة الدعوى لإثبات الدعوى وأنكر الزوج بناء على أنه تزوجها بالمراسلة ولم يلتق بها أو أنه غاب عنها ، فالمحكمة تسمع الدعوى أولاً إلى أن يثبت الزوج بالدليل أنه لم يلتق بها أو أنه غاب عنها فترفض الدعوى ، ولا يكون لها الحق في طلب إجراء الملائعة بينها وبين زوجها ولا إقامة البيبة على إثبات النسب ، ومثلها حالة الغيبة ، فإن عجز عن إثبات ما يدعيه سمعت المحكمة الدعوى وسارت فيها .

تنبيه : وينبغي هنا التنبيه على ما قدمناه عند الكلام على ما شرطه القانون في عقد الزواج في مصر ص ١٣٤ من هذا الكتاب .

إن القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ في المادة (٩٩) منع في حالة الإنكار من سماع دعوى الزوجية أو الأقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بورقة رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، كما منع من سماع مثل هذه الدعوى إذا

كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة . فهل ذلك يؤثر في دعوى النسب ؟

والجواب : أن هذا لا يؤثر في دعوى النسب ، فلقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون خاصاً بهذا الموضوع : وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً في دعاوي النسب ، بل هي باقية على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغمًا من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة (١٠١) من اللائحة التنفيذية .

المبحث الثاني

في الأقرار

كما يثبت النسب بالفراش ، وهو قاصر على إثبات نسب الأولاد ، لأنه يكون بين رجل وامرأة بينها علاقة حصل بينها اتصال جنسي مشروع ولو بوجه ، وولادة من المرأة في ظل هذه العلاقة أو آثارها بعد انقطاعها في العدة ، وهو في الواقع منسب للنسب ، ولا يحتاج إلى إقرار .

كما يثبت بذلك يثبت بالأقرار ، ويسميه الفقهاء بثبوت النسب بالدعوة .

ومعنى الأقرار بالنسب : إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر .

وهذه القرابة تنوع إلى نوعين :

١ - قرابة مباشرة : وهي الصلة القائمة بين الأصول والفروع لدرجة واحدة كالبنوة والأبوة والأمومة .

٢ - قرابة غير مباشرة . وهي قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً لآخر كالأخوة والعمومة ، ومثلها قرابة الأصول والفروع بعد الدرجة الأولى كالأجداد والحفدة .

ومن هنا تنوع الإقرار بالنسب إلى نوعين :

الأول - إقرار الشخص بالنسب على نفسه وهو الإقرار بأصل النسب وهذا يكون بالولد الصليبي إنبناً أو بنتاً والوالدين المباشرين له . كأن يقول : هذا ابني أو أبي ، أو هذه ابنتي أو أمي .

وفي هذا النوع إذا توفرت شروط صحة الأقرار يثبت النسب وأصبح المقر بنسبه إنبناً أو بنتاً أو أباً أو أمّاً ، ولا يجوز له الرجوع عن هذا الإقرار . وإنما كان هذا إقراراً بالنسب على نفس المقر لأن النسب فيه علاقة بينه وبين المقر له فقط وليس فيه تحميل النسب على غيرهما ، وإذا ثبتت هذه القرابة ترتبت جميع الآثار عليها وتتعدى هذه الآثار إلى جميع الأقارب والأرحام دون استثناء .

ويشترط لثبوت النسب به في حالة الإقرار بالبنوة الشروط الآتية :

١ - أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب ^(١) حتى يمكن إثبات بنوته للمقر ، فلو كان له نسب معروف لم يصح الإقرار ، لأن الشخص لا يكون له أبوان ، ونسبه الثابت قبل الإقرار لا يقبل الفسخ كما لا يقبل التحويل .

(١) مجهول النسب هو الشخص الذي لا يعلم له أب في البلد الذي ولد فيه ولا في البلد الذي وجد فيه إن وحد في بلد آخر .

ويلاحظ أن ولد المتلاعنين وإن حكم بنفي نسبه من الزوج الملاحن إلا أنه يعتبر في حكم ثابت النسب فلا يثبت نسبه بأقرار غير الملاحن لحواز أن يكذب الملاحن نفسه فيثبت نسبه منه ، ولأن في قبول هذا الأقرار تسجيلاً للفاحشة على المرأة .

٢ - أن يكون المقر له بالنسبة مما يولد لمثل المقر بأن تكون سنهنا تحتمل ذلك ، فلو كانا في سنين متساويين أو متقاربين بحيث لا يولد أحدهما للآخر لم يصح الأقرار ، لأن الواقع يكذبه في هذا الأقرار (١) .

٣ - أن يصدق المقر له المقر في هذا الأقرار إذا كان من أهل المصادقة ، وهو المميز عند الحنفية ، لأن الأقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعدى إلى غيره إلا بينة أو تصديق من الغير ، وهذا الأقرار يتضمن دعوى البنوة على المقر له ، ويترتب على هذا النسب حقوق لكل من المقر والمقر له على الآخر .

فإن كان المقر له غير مميز ثبت النسب (٢) دون حاجة إلى تصديق ، لأن غير المميز ليست له عبارة معتبرة ، ولأن هذا الأقرار - من ناحية أخرى - فيه منفعة أدبية لهذا الصغير بإثبات نسبه بعد أن كان مجهولاً ، ومنفعة مادية غالباً لحاجته إلى من يقوم بشئونه والأنفاق عليه ، ولو كان مميزاً لبادر إلى التصديق ما لم يمنعه مانع منه .

(١) وأقل فرق بين السنين يصدق الأقرار معه اثنتا عشرة سنة وستة أشهر ، لأن أقل سن تصدق فيه دعوى البلوغ هو اثنتا عشرة سنة بالسنة للفتى .

(٢) يشترط في ثبوت النسب في هذه الحالة التي لا يشترط فيها المصادقة : أن لا ينازع المقر في الصغير المدعي بنوته منازع ، فإن نازعه مدع آخر حكم لصاحب البينة ممها فإن لم تكن لها بينة ينظر للرجح فإن وجد حكم لصاحبه وإن لم يوجد نسب إليهما عند الحنفية في الحقوق المالية ، وعند الجعفرية : إن لم يكن لهما بينة يقرع بينهما ويحكم بنسبة لمن حرجت القرعة له .

وشرط الجعمرية التصديق من المقر له البالغ فقط ، أما الصغير ولو كان ميّزاً لا تشترط مصادقته .

وإذا كان ثبوت النسب بالأقرار يتوقف على تصديق المقر له ، فلو صدقه ثبت النسب ، ولو كذبه لا يثبت النسب بعد هذا التكذيب ، لكنه لا يبطل الأقرار بل يظل قائماً ما دام المقر له حياً لجوار أن يرجع عن تكذيبه ويصدقه فيثبت النسب ، لأن الأقرار بالسب لا يبطل بالرد من المقر له بخلاف الأقرار بالحقوق المالية فإنه يبطل بالرد (١) .

وفي حالة التكذيب لو أقام المقر البينة على دعواه ثبت النسب بالبينة لا بالأقرار .

٤ - ألا يصرح المقر بأن هذا انه من الزنا ، فإن صرح بذلك لا يثبت به النسب ، لأن الزنا جريمة لا تصلح أن تكون سبباً للنسب الذي هو نعمة من نعم الله التي امتن بها على عباده يقول جل شأنه : « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة » النحل - ٧٢ .
ويقول رسول الله ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

ولأن المقر بالنسب لا يلزم ببيان السبب (٢) في تلك البسوة إذا لم يصرح به ، لأن الأصل حمل حال الناس على الصلاح حتى يثبت عكس ذلك ، ولأنه لو صرح بالسبب من زواج صحيح أو فاسد كان النسب ثابتاً بالفراش بعد إثباته لا بالأقرار المجرد .

أما الجعفرية فقد اختلفوا في هذه المسألة (إذا قال المقر هذا ابني من الزنا) فمنهم من أثبت النسب به نظراً لأول الكلام (هذا ابني) ، ومنهم من نقاه

(١) الأشباه والظائر لاس محيم المصري .

(٢) المالكية يذهبون إلى وجوب بيان سبب النسب إذا كان ظاهر الحال يكده كأن يكون المقر عقيماً لا يستطيع إجاب الأرواد أو يكون المقر له بالبسوة لقيطاً .

نظراً لآخر الكلام وهو قوله « من الزنا » .

ورجح بعضهم الأول لأنه أشبه بقوله : عليّ ألف من ثمن خمر . حيث يحكم
بالمال وإلغاء قوله من ثمن خمر باتفاق فقهاءهم^(١) .

وكما يقبل الأقرار من الرجل بالبنوة بالشروط السابقة كذلك يقبل من المرأة
الأقرار بالبنوة بشروط ثلاثة . ألا يكون للولد أم معروفة ، وأن يولد مثله
لمثلها^(٢) ، وأن يصدقها الولد في هذا الأقرار إن كان مميزاً عند الحنفية ، وبالفاء
عند الجعفرية .

ويقتصر النسب عليها إذا لم تكن زوجة ولا معدنة ، فإن كانت زوجة أو
معدنة من زواج صحيح أو فاسد وادعت أن الولد ليس من هذا الزوج يثبت
نسبها منها بأقرارها ، لأن هذا الأقرار إلزام لنفسها لا لغيرها وهي أهل للالتزام
بالنسب كالرجل .

فإن لم تدع أنه من غير زوج . لا يثبت النسب من زوجها إلا إذا صدقها
الزوج في ذلك الأقرار ، لأن إقرارها في هذه الحالة يتضمن تحميل النسب على
غيرها وهو الزوج ، فإن صدقها أو أقامت البينة على أنه ولد على فراشه بشهادة
القابلة أو امرأة أخرى من أهل العدالة ثبت النسب منها معاً .

وبهذا يظهر الفرق بين إقرار المرأة ببنوة ولد من الزنا وإقرار الرجل بذلك .
فيصح إقرار المرأة به إذا أثبتت ولادته له^(٣) دون الرجل عند الحنفية
بلا خلاف .

(١) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٣٥

(٢) وأقل فرق بين السنين تصدق المرأة معه في إقرارها تسع سنوات وستة أشهر
لأن أقل سن تصدق فيه الفتاة في دعوى البلوغ تسع سنوات عند الحنفية .

(٣) لأن الأقرار بمجرد الولادة من الرضا لا يثبت النسب لأمه بل لا بد من اثبات ولادتها له .

وعند الجعفرية على الخلاف ، لأن ولادته واقعة محسوسة لا يمكن إنكارها .

الأقرار بالأبوة أو الأمومة :

وكما يصح إقرار الرجل والمرأة ببنوة الولد يصح إقرار الولد بأبوة شخص معين ، أو بأمومة امرأة معينة ، وتثبت الأبوة والأمومة إذا توفرت شروط ثلاثة .

١ - أن يكون المقر مجهول الأب أو الأم .

٢ - وأن يولد مثله لمثل المقر له منها .

٣ - وأن يصدقه المقر له مطلقاً ، لأنه لا يكون إلا كبيراً أو كبيرة .

وبزيم إقراره بالأبوة ألا يصرح بأنه أبوه من الزنا ، أما إذا صرح في إقراره بالأمومة بأنها أمت به من سفاح ، وتوفرت الشروط الثلاثة السابقة ، وأثبتت ولادته من الزنى ثبت نسبه منها

وبما ينبغي ملاحظته هنا . أن المقر بالنسب إذا أنكر أنه أقر فأقام المستفيد من هذا الأقرار بيينة على إقراره ثبت ذلك الأقرار بتلك البيينة وثبت النسب بذلك الأقرار .

الثاني : وهو أقرار الشخص بالنسب على الغير ، ويكون بالأقرار بالنوع الثاني من القرابة ، ويسمى الأقرار بفرع النسب . كالأقرار بالأخوة والأعمام والأجداد وأولاد الأولاد .

فإذا قال : هذا أخي كان إقراراً بالنسب على أبيه ، لأن معناه هذا ابن أبي ، وإذا قال : هذا عمي كان إقراراً بالنسب على جده ، لأن معناه هذا ابن جدي وهكذا بقية القرابات .

وهذا الأقرار يتضمن أمرين .

١ - تحميل النسب على الغير .

٢ - استحقاق المقر له في مال المقر عليه بعد وفاته .

والأقرار حجة قاصرة لا تتعدى المقر إلى غيره فلا يكون له أثر فيما يتعلق بالغير فيرد إقراره بالنسب فلا يثبت به نسب المقر له على ذلك ، لأنه لا يملك أحد أن يلحق نسب شخص بآخر بمجرد دعواه حتى ولو صدقه المقر له في ذلك الأقرار ، لأنه متهم في هذا التصديق حيث يجر إليه نفعاً لا يوجد بدون الأقرار .

ولا يثبت النسب إلا بأحد أمرين :

أولهما : أن يصدقه المقر عليه بالنسب ، ويكون هذا التصديق مسن النوع الأول من الأقرار ، وهو الأقرار على النفس ، ولا يكون لأقرار المقر هنا أثر في ثبوت النسب بل يعتبر تصديق المقر عليه إقراراً مبتدأً بالنسب ، لأنه لو أقر به ابتداءً ثبت إذا توفرت شروطه .

ثانيهما : إذا أقام المقر بينة على دعواه أو صدقه ورثة المقر عليه بعد وفاته ، لأن تصديقهم يعتبر بينة فيثبت النسب بالبينة لا بالأقرار ، وهو النوع الثالث من مثبتات النسب .

وإذا لم يكن للأقرار على الغير أثر في ثبوت النسب جاز له الرجوع عنه بعد صدوره منه .

وإذا ثبت على إقراره قبل في حق نفسه فيعامل بمقتضى ذلك الأقرار في الحقوق المالية إذا توافرت بقية شروط صحة الأقرار من كون المقر له مجهول النسب ، وكونه مما يتصور أن يولد مثله لمثل المقر عليه ، وأن يصدق المقر له

المقر في هذا الأقرار . فلو كان المقر له عاحزا عن الكسب ولا مال له لزم المقر نفقته إن كان موسرا .

فإذا مات من يرثه المقر بالقرابة النسبية وورث منه شاركه المقر له في نصيبه عند الحنفة والمالكية والحنابلة والجمهرية على اختلاف بينهم في مقدار المشاركة (١) .

فالحنفية يقاسمه نصيبه ، والجمهرية في أصح القولين عندهم أنه يأخذ مقدار ما يستحقه من نصيبه ويسقط ما يستحقه من الآخرين ، لأن الأثر ثبت في حق المقر دون المنكر فعلى المقر أن يدفع ما فضل من ميراثه لمن أقر له ويسقط حق المقر له في نصيب غير المقر .

فلو مات أبو المقر عن ولدين منها هذا المقر أخذ الابن غير المقر نصف التركة والنصف الثاني يقسم بالسوية بين المقر والمقر له بالأخوة عند الحنفية .

وعند الجمهرية يأخذ غير المقر نصف التركة والابن المقر الثلث ، ويعطى المقر له السدس (٢) .

وإذا مات المقر بهذا النسب ولم يوجد له وارث بأي سبب من الأسباب استحق المقر له تركته كلها بطريق الميراث عند الحنفة ، لأنه لما بطل إقراره بهذا النسب بقي إقراره بالمال صحيحاً ، لأنه لا يعدوه إلى غيره إذا لم يكن له

(١) والشافعية يذهبون إلى أنه إن ثبت نسبه ورث في مرتبته ، وإن لم يثبت لا يرث لا بنسب ولا بغيره لأن إقرار المقر بالنسب باطل وهو أساس الأثر ، فإذا لم يثبت لا يثبت ما يترتب عليه ثم قالوا : إن هذا في الظاهر أي في القضاء، وهل يلزمه ديانة قولان أصحهما لا يلزمه ويوافقهم الظاهرية في ذلك .

(٢) فقه الإمام جمع ج ٥ ص ١٣٩ ويوافقهم المالكية والحنابلة في أصح الروايات .
المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٢٧٧ طبعة المنار .

وارث معروف ، ولذلك جعلوه آخر مراتب الورثة فيستحق كل التركة إذا لم يكن له وارث أصلاً ، وبأقربها بعد فرض أحد الزوجين لأنهم لا يقولون بالرد على الزوجين (١) .

وقد كان العمل بمصر يجري على مذهب الحنفية في الميراث قبل صدور قانون المواريث ١٩٣٣ م ٧٧ لسنة ١٩٣٣ ، فلما صدر ذلك القانون عدل عن مذهب الحنفية في بعض الأحكام ومنها هذا الحكم حيث لم يجعله وارثاً عملاً بمذهب المانعين لأثره ، وإنما جعله مستحقاً للتركة احتراماً لأرادة المقر ، وتحقيقاً لرغبته فيما تركه من مال لا وارث له حيث لا يلحق أحد الضرر من تنفيذ إرادته ، لأن هذا الأقرار يؤول في نهايته إلى كونه وصية بكل المال فيجب تنفيذها ، غير أنه ليس وصية خالصة بل له شبه بالميراث ، لأن صدوره منه بهذه الصورة يجعله أقرب شهاً بالميراث منه بالوصية ، لذلك قدم على الوصية بما زاد على الثلث ، وشرط في المقر له ما يشترط في الوارث لاعتباره إرثاً عند بعض الفقهاء ، فيجب لثبوت هذا الاستحقاق توفر شروط الأثر وعدم وجود مانع من موانعه ، فلو قتل المقر قتلاً مانعاً من الأثر أو كان محالفاً له في الدين لا يستحق شيئاً من التركة .

جاء ذلك في المادة - ٤١ - من هذا القانون ونصها : « إذا أقر الميت بالنسب على غيره استحق المقر له كل التركة إذا كان مجهول النسب ولم يست نسبه من الغير ولم يرجع المقر عن إقراره ، ويشترط في هذه الحالة أن يكون المقر له حياً وقت موت المقر أو وقت الحكم باعتباره ميتاً ، وألا يقوم به مانع من موانع الأثر » (٢) .

(١) شرح السراحية وحاشيته ص ٥٨ .

(٣) راجع كتابنا : أحكام المواريث بين الفقه والقانون ص ٣١٥ ، ص ٣١٦ .

الفرق بين الأقرار بالبنوة والتبني :

إن الأقرار بالبنوة هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب ، فهو يعترف ببنوة ولد مخلوق من مائه فيكون ابناً له ثابت النسب منه وليس له نسب آخر يتساوى مع ابنه الثابت نسبه بالفراش لا فرق بينها إلا في طريق الأثبات تثبت له كافة الحقوق الثابتة للأبناء من النفقة والأرث وحرمة المصاهرة ، واحتمال أنه كاذب في الواقع لا يلتفت إليه ، لأنه لا يوجد ما يثبت كذبه ، فالظاهر يصدقه ، والله يتولى سرائره .

أما التبني فهو استلحاق شخص ولداً معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقيط ويصرح أنه يتخذه ولداً له مع كونه ليس ولداً له في الحقيقة .

وهذا النوع هو الذي كان في الجاهلية ، وقد كانوا يجعلونه كالابن الحقيقي يأخذ أحكامه من النفقة والميراث وتحريم زوجته على متبنيه .

فلما جاء الإسلام أبطله وبين أنه مجرد دعوى لا أساس لها يقول الله تعالى : « وما جعل أديعاءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ، ادعواهم لأبائهم هو أوسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فأخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً ، الأحزاب - ٤ ، ٥ .

ومع أن هذا التبني كذب واقتراء على الله والناس كما صرح القرآن بذلك يؤدي إلى مفاسد كثيرة .

منها : أنه يأتي بشخص أجنبي يعيش مع أجنبيات عنه لا تربطه بهم رابطة مشروعة ، فيطلع منهن على ما حرم الله الاطلاع عليه ويحرم عليه الزواج منهن مع أنهن محلات له .

ومنها : أنه يحمل الأقارب واجبات تترتب على ذلك فتجب نفقة ذلك المتبنى عليهم إن كان محتاجاً إليها ، ويشاركهم الميراث فيحرمهم من بعض ما يستحقونه منه .

وقد يستعمل وسيلة للحرمان منه . بأن يعمد الرجل صاحب المال فيتبنى أبناً ليرث ماله ويحرم منه أصعاب الحق في الميراث بشرح الله من أخوة وأخوات فيفرض بذلك بذور الشقاق والحقد بين الأسر ، ويفككها ويقطع حبل المودة بين أفرادها .

ولو لم يكن في التبني من هذه المفاصد إلا إحداها لكان خليقاً بالألغاء والأهدار .

وإذا كان الشارع قد حرم التبني لما فيه من المفاصد وأغلق بابه فلم يفتح باب الأحياء بل فتحه على مصراعيه ، وجعل للشخص إذا وجد طفلاً بائساً محروماً ممن يقوم بشأنه ويتولاه برعايته أن يأخذه ليربيه وينفق عليه ليمسح بيده الرحيمة عن هذا المحلوق آثار البؤس والفاقة ، كما لم يمنعه من أن يهبه بعض ماله أو يوصى له ببعضه إذا لم يبلغ الغاية من التربية دون أن يلحقه بالنسب إليه ، ودون أن يجوز بفعله على حقوق أبنائه أو أقاربه .

المبحث الثالث

في البيئة

كما يثبت النسب بالأقرار بشروطه السابقة يثبت النسب بالبيئة ، بل هي أقوى من الأقرار ، لأنها حجة متعددة إلى الغير ، والأقرار حجة قاصرة تقتصر على المقر كما سبق .

ولذلك لو تعارض إقرار وبينه في دعوى النسب رجح جانب صاحب
البينة .

فلو كان هناك ولد ليس له نسب معروف فأخذه رجل وادعى نسبه ،
وتوفرت شروط الإقرار السابقة ثبت نسبه بذلك الأقرار ، فلو جاء رجل آخر
وادعى نسبه وأقام بينة صحيحة على أنه ابنه كان أحق به من المقر ، لأن النسب
وإن ثبت في الظاهر بالأقرار إلا أنه غير مؤكد فاحتمل البطلان للبينة لأنها
أقوى منه (١) .

والبينة التي يثبت بها النسب هنا هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

فإذا ادعى رجل : أن فلانا ابنه أو أوه أو أخوه أو عمه أو جده أو ابن
ابنه وأنكر المدعى عليه هذه الدعوى فأقام المدعي البينة (٢) على دعواه قبلت
هذه الدعوى وثبت النسب وترتبت كل الحقوق والأحكام التي تنبى على هذا
النسب بعد توافر الشروط المصححة لتلك الدعوى وقد قدمنا في الأقرار .

وعند الجعفرية لا تثبت دعوى النسب إلا بشهادة رجلين عدلين ، ولا تقبل

(١) الدائع ج ٦ ص ٢٥٤ .

(٢) إن الأصل في الشهادة أن تكون عن معاينة الشهود للمشهود عليه أو سماعه به نفسه
إن كان مسموعا ، لكن الخفية أحازوا الشهادة بالسمع استحسانا وإن لم ير الشهود ما شهدوا
عليه أو يسمعه ، فإنهم إذا أخبرهم به من يثقون بهم ، ومن هذه الأمور النسب ، لأن
هذه الأمور لا يطلع عليها كل الناس ويتعلق بها أحكام ثقی على مر الزمان ، فإذا لم تحز
الشهادة فيها بالسمع لتمطلت الأحكام ، ولكن ما المراد بالسمع ؟ يرى أبو حنيفة أنه اشتهار
النسب بين الناس ويستفيع بينهم ، لأن مثل ذلك يوقع في القلب التصديق بما يسمع ،
والصاحبان يكتفیان بالسمع من رجلين أو رجل وامرأتين من أهل الشهادة .

وقد مال بعض الفقهاء إلى احتيار قولها ، لأن القاصي يحكم بشهادة رجلين ولو لم ير المشهود
به أو يسمعه بنفسه
وإذا عرل كان له أن يشهد بذلك بعد العرل وهذا مثله . فتح القدير ج ٦ ص ٢٠ وما بعدها .

شهادة النساء لا منفردات ولا منضمات إلى الرجال ، كما تثبت بالاستفاضة . وهي أن يشتهر الإنسان عند جماعة يقيم بينهم بأنه ابن فلان بحيث إذا سئل عنه منسوباً إليه دلّ عليه وأن يسجل اسمه بهذا السبب ^(١) .

وبما يلاحظ هنا : أن دعوى النسب تقبل مجردة في بعض الحالات ، ولا تقبل في بعضها إلا إذا كانت ضمن حق آخر على التفصيل الآتي .

فإذا كانت بأصل النسب وهو الأبوة والبنوة . فإن كانت حال حياة الأب أو الأبن سمعت الدعوى مجردة بالنسب ، ويجري الأثبات على النسب قصداً ، وأولى أن يقبل ضمن حق آخر كالنفقة والميراث .

وإن كانت الدعوى بعد وفاة الأب أو الأبن فلا تسمع الدعوى بالنسب استقلالاً ، لأنها دعوى على ميت وهو غائب ، والغائب لا يصح القضاء عليه قصداً ويصح تبعاً .

أما إذا كانت ضمن حق آخر كدعوى الميراث مثلاً ، فإنها تقبل لأن النسب هنا ليس مقصوداً لذاته بل هو وسيلة لأثبات الحق المتنازع فيه ، والخصم هنا ليس هو الميت بل الورثة أو من بيده التركة .

وإذا كانت الدعوى بما يتفرع على أصل النسب كالأخوة والعمومة مثلاً فلا تسمع الدعوى بالنسب على سبيل الاستقلال حياً كان المدعى عليه بالنسب أو ميتاً ، لأن هذه الدعوى فيها تحميل النسب على الغير ، ولا يثبت النسب إلا إذا ثبت من الغير أولاً وهو الأب أو الجد فلا يكون النسب هنا مقصوداً بالذات للمدعي ، بل المقصود ما يترتب عليه من الحقوق كالنفقة والأثر .

(١) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٠٩ .

فإذا ادعى النسب محرداً عن حق آخر كانت دعوى بحق غير مقصود له فلا تقبل ، وإن كانت ضمن دعوى حق آخر لا يثبت الإدأ ثبت النسب . كالنفقة أو الميراث كانت دعوى مقبولة سواء كان المدعى عليه حياً أو ميتاً لأن المقصود الأصلي هو الحق المترتب على ثبوت النسب ، والخصم هنا من بيده التركة ، فيقضي له بالحق الذي يدعيه ويثبت النسب ضمناً وتبعاً .

كما يلاحظ أيضاً : أن هذه الطرق الثلاثة ليست كلها في مرتبة واحدة ، بل إن الفراش هو السبب الحقيقي للنسب لأنه المنشئ له ، أما الأقرار والبيعة فهما سببان ظاهريان يدل كل منهما على وجود السبب الحقيقي وهو الفراش ، لأن الولد الشرعي لا يكون إلا ثمرة فراش .

الفصل الثالث

في اللقيط وأحكامه

اللقيط : مولود حيّ نبذه أهله لسبب من الأسباب . كخوف العيلة أو الفرار من تهمة الزنا أو ما شاكل ذلك ، وتوسع فيه الجعفرية فقالوا : هو كل آدمي ضائع لا كافل له ولا يقدر على دفع الضرر عن نفسه صبيّاً كان أو مجنوناً .

حكم التقاطه : والتقاط اللقيط مندوب إليه شرعاً يثاب فاعله إذا وجد في مكان لا يغلب على الظن هلاكه لو ترك ، فإن غلب على الظن هلاكه لو تركه كان التقاطه فرضاً عليه بحيث يأنم إذا لم يأخذة ، لأنه مخلوق ضعيف لم يقترف إثماً يستحق عليه الأهمال ، وإنسا الأثم على من طرحه أو تسبب في وجوده من طريق غير مشروع .

الأحقق به : وملتقطه أحق الناس بأمساكه وحفظه ، لأنه الذي تسبب في إحيائه ، وليس للحاكم ولا لغيره أن يأخذ منه جبراً عنه إلا إذاتين أنه غير صالح للقيام برعايته .

وإذا التقطه أكثر من واحد وتنازعه فالأحق به أرجحهم بالاسلام أو

القدرة على حفظه وتربيته ، فإن تساؤوا وضعه القاضي عند أصلحهم رعاية لشئونه في نظره .

والإسلام الذي حرم التيني 'عني بهذا اللقيط: فأوجب التقاطه وحرم إهماله وتضييعه ، واعتبره مسلماً حراً إذا وجد في دار الإسلام أو التقطه مسلم من أي مكان .

فإن التقطه ذميّ في مكان خاص بهم كان على دين من التقطه عملاً بهذه القرائن التي ترجح ولادته لغير المسلمين ... والجمعفورية يعتبرونه مسلماً على كل حال .

ومع اعتباره مسلماً إذا وجد في دار الإسلام لو ادعى ذمي أنه ابنه وأقام بينة على ذلك ثبت نسبه منه وكان على دينه إعمالاً للينة ، لأن الأصل أن من يولد في دار الإسلام يكون مسلماً تبعاً للدار إلا إذا قام الدليل على خلافه

أما إذا لم يقم البينة وتوفرت شروط الأقرار بالنسب ثبت نسبه من ذلك الذمي وكان مسلماً تبعاً للدار ، لأن الأقرار حجة قاصرة كما قلنا فيعمل به في ثبوت النسب وتبقى التبعية للدار لا يعارضها شيء باتفاق الحنفية والجمعفورية .

أهليته للملك : واللقيط أهل للملك لأنه حر ، فإذا وجد معه مال فهو ملك له ، لأنه صاحب اليد عليه ، وكان على الملتقط المحافظة على هذا المال ، ولا يفتق منه عليه شيئاً إلا بأذن القاضي صاحب الولاية عليه ، لأن الملتقط لا يملك من أمره إلا الحفظ والرعاية ، وما ينفقه عليه من ماله بغير الأذن يكون متبرعاً به إلا إذا أشهد حين الأنفاق أنه سيرجع به عليه .

وقال الجمعفورية : إذا أنفق الملتقط على اللقيط من مال نفسه مع إمكانه الاستعانة على الفقة بالحاكم أو بالمسلمين كان متبرعاً ، فإذا تعذر عليه الرجوع إلى الحاكم والاستعانة بالمسلمين وأنفق عليه من مال نفسه رجع على اللقيط بعد يساره إذا توى عند الأنفاق الرجوع عليه .

وإذا لم يوجد مع اللقيط مال ولم يوجد من ينفق عليه تبرعاً فنفقته في بيت مال المسلمين ، ويوجد في مصر قسم من موارد الدولة يطلق عليه اسم (بيت المال) يضم الأموال التي لا مالك لها والتركات التي لا وارث لها مخصص للأنفاق منه على اللقطاء ، لأن اللقيط إذا مات ولم يعرف له وارث فتركته لبيت مال المسلمين ، فيكون في الأنفاق عليه من هذا القسم مقابلة للغمم بالغمم .

وإذا لم يكن الملتقط على اللقيط ولاية التصرف في المال الذي وجده معه إلا بإذن القاضي فإن له عليه ولاية المحافظة عليه وعلى هذا المال ، ويقبض عنه ما يوجب له أو يتصدق به أهل الخير عليه ، ويشترى له ما يلزمه من طعام وكسوة .

كما أن له ولاية تربيته وتعليمه بأن يدرسه ليتعلم فيها إن كان يقدر على ذلك وكان عند اللقيط رغبة في التعليم واستعداد له ، فإن لم يمكن ذلك كان عليه أن يعلمه حرفة أو صناعة تكون سبباً لتكسبه في المستقبل لئلا يكون عالة على المجتمع .

نسب اللقيط : إذا ادعى شخص بنوة اللقيط ثبت نسبه منه دون حاجة إلى بينة إذا توفرت شروط الأقرار السابقة . يستوي في ذلك ملتقطه وغيره ، ويصبح بعد ذلك ابناً حقيقياً له .

وإذا ادعى بنوته أكثر من واحد وكان منها الملتقط رجح الملتقط إلا إذا أقام غيره بينة على دعواه لأن البينة أقوى من الأقرار .

وإذا ادعاه اثنان ليس منها الملتقط رجح أسبقها دعوى إلا إذا أقام المتأخر البينة ، وإذا لم يسبق أحدهما الآخر رجح من أقام بينة .

فإن لم تكن لها بينة أو أقام كل منها بينة رجح من ذكر علامة مميزة فيه لأنه بذلك يكون قد سبقت يده إليه ، فإن تساويا ولا مرجح لأحدهما فمحافظة على

النسب من الضياع ينسب إلى كل منها وإن كان الواقع أنه ليس ابناً لها معاً ، ولكن معاملة لها بأقرارهما ، فيثبت له على كل منها الحقوق الواجبة على الآباء للأبناء من المفقدة وغيرها ، وله حق الأثر من كل منها ميراث ابن كامل ، ولو مات اللقيط ورثا منه ميراث أب واحد يقسم بينهما بالسوية .

ودهب الجعفرية : إلى أنه عند تساويها يقرع بينهما^(١) ، فمن خرجت له القرعة ثبت نسبه منه .

وأذا ادعت المرأة بشوة اللقيط : فإن كان لها زوج وصدقها أو شهدت القابلة بولادتها أو أقامت بينة على ذلك صحت دعواها وثبت نسبه منها .

وإن لم يكن لها زوج فلا يثبت نسبه منها إلا إذا أقامت بينة كاملة من رجلين أو رجل وامرأتين من أهل الشهادة عند الحنفية .

والفرق بينها وبين الرجل حيث تقبل دعواه بدون بينة ولا تقبل دعواها إلا ببينة . أن في ثبوت النسب للرجل المدعي دفعا للعار عن اللقيط بانتسابه إلى أب معروف ، ولا يوجد ذلك في دعوى المرأة ، لأنه ينسب إليها من أتت به من طريق مشروع وغير مشروع^(٢) .

والجعفرية يسوون بينها في ثبوت النسب فقالوا : إذا ادعته المرأة ولم

(١) وقريب من هذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة أنه لا يثبت نسبه من كل منهما ، وإنما يرجع في ذلك إلى القائف وهو الذي يعرف الشبه فيقول : إن هذا الولد يشبه هذا الرجل . وقولهم وقول الجعفرية أقرب إلى القول من قول الحنفية الذين لم يأخذوا بالقرعة ولا بشهادة القائف واستدروا إلى ما أثر عن عمر رضي الله عنه أنه قال في مثل هذا : « إنه ابنهما يرثهما ويرثاه » المدائع ج ٦ ص ٢٠٠ .

(٢) ولذلك قلنا فيما سبق أنها لو ادعت أنه ابنها من سفاخ صدقت في ذلك ونسب إليها إذا أثبتت ولادتها له بقول امرأة من أهل الشهادة ، ولا تقبل دعواه بذلك . .

يصدقها الروح ولم تكن لها نية ألحقها خاصة لاتحاد السبب وهو الأقرار ،
والأقرار من العاقل على نفسه مقبول لا فرق بين الرجل والمرأة في ذلك^(١) .

هذا والذي يحري عليه العمل في جمهورية مصر العربية . أن الرجل الذي
يحد لقيطاً ولا يرعب في تربيته يسلمه إلى رجال الإدارة من الشرطة لتقوم
بالتحريات عنه ، فإذا لم تجد له أهلاً سلمته إلى بيت من بيوت اللقطاء لتقوم
برعايته وتربيته ، ومن أراد أن يأخذ لقيطاً ليتولى تربيته أوجب إلى طلبه متى
كان قادراً على ذلك مع أحد التعمد عليه بالقيام بواجباته دون أن يترتب على
ذلك وجود علاقة من العلاقات الموحودة بين الآباء والأبناء .

(١) فقه الأمام حمفر ح ٥ ص ١٣٣ .

الباب الثاني

في الرضاع^(١)

وفيه فصلان

قدمنا الكلام عن الرضاع من ناحية كونه سبباً من أسباب تحريم الزواج .
وتكلم عنه هنا باعتباراه حقاً للطفل المنسوب الوالديه بمجرد ولادته بسبب
من أسباب ثبوت النسب السابقة .

(١) من مراجع هذا البحث . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ، بدائع الصنائع ج ٤ ،
تبيين الحقائق للزيلعي ج ٣ ، فتح القدير ج ٣ ، البصر الرائق لابن نجيم ج ٣ ، ردالمحتار على الدر
المختار لابن عابد بن ح ٢ ، شرائع الاسلام ج ٢ ص ٤٤ وما بعدها ، الممة دمشقية بشرحها ج ٥ ص ٧٥٢
وما بعدها ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١ وما بعدها ، الأحكام الجعفرية .

الفصل الأول

في وجوب الرضاع للرضيع ، وعلى من يجب ؟

يقول الله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ، وعلى الوارث مثل ذلك ، فإن أرادوا فصلا عن تراض منها وتشاور فلا جناح عليهما ، وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف ، واتقوا الله واعلموا أن الله بما تعملون بصير » البقرة - ٢٣٣ .

ويقول جل شأنه في شأن المملقات : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم به معروف وإن تعاسرتن فسترضع له أخرى » الطلاق ٦ .

في هاتين الآيتين وضع المولى سبحانه الأسس التي تقوم عليها أحكام الرضاع ، ومنهما استنبط الفقهاء أكثر أحكامه ، وفيها توزيع لمسئولية الرضاع بين الأب والأم ، فكل منهما يقوم بما يستطيعه دون مضارة لأحدهما ، فالأم بلبنها الذي أجراه الله في ثديها غذاء لطفلها وهو أنسب غذاء له في هذه الفترة بعد أن تغذى بدنها فترة الحمل ، والأب بالأنفاق عليها ليدير لبنها .

ثم رفع الجناح عن إرضاع الأجنبية إذا ما تعذر إرضاع الأم ، وقد كان هذا عرفاً شائعاً عند العرب قبل الإسلام يسرون عليه راضية به نفوسهم ، فلم يعرض له بالألفاء كما ألقى غيره من الأعراف بل أقره وفوضه لأرادة الآباء مع التصريح برفع الجناح عنهم في ذلك .

وتفتتح الآية الأولى بجملة خيرية تحمل معنى الأمر « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فنظر الخبريتها تفيد أن الرضاع حق للأم لها أن تستوفيه ولها أن تتنازل عنه ، ونظراً لمعنى الأمر فيها تفيد أنه واجب عليها لا تستطيع تركه إلا إذا منعها من ذلك مانع كمرض ونحوه ، ومن هنا جاء اختلاف الفقهاء في وجوب الرضاع على الأم ، وفي هذا يقول القرطبي في تفسيره : « واختلف الناس في الرضاع هل هو حق للأم أو حق عليها واللفظ محتمل ... وبعد كلام يقول مبينا مذهب إمامه مالك : ولكن هو عليها في حال الزوحية وهو عرف يلزم إذ قد صار كالشرط إلا أن تكون شريفة ذات ترفه فعرفها ألا ترضع وذلك كالشرط » .

وإن نظرة عامة في مذاهب الفقهاء يجدها متفقة على أنه واجب على الأم في بعض الحالات ، وعسر واجب عليها في حالات أخرى مع اتفاق الجميع على أنه حق للأم لا يراى غيرها في استيفائه إذا أرادت مسأله يكن في ذلك ضرر يلحق الرضيع أو الأب ، لأن الأم أقرب الناس إلى ولدها ينبض قلبها بالحنان والشفقة عليه فوق أن لبنها أفضل غذاء له مما عداه لأنه يلائم جسمه الذي تغذى به دماً وهو جنين في بطنها .

وإليك تلخيصاً لأرائهم تتبعه بتفصيل لمذهبي الحنفية والجمهورية .

اتفق الفقهاء على أن الرضاع واجب على الأم ديانة في جميع الحالات سواء كانت زوجيتها قائمة أو انتهت . بمعنى أنها مسؤولة أمام الله عن ذلك بحيث تأثم لو امتنعت عنه وهي قادرة عليه .

واختلفوا بعد ذلك في وجوبه عليها قضاء . أي أن القاضى يجبرها عليه إذا امتنعت عنه بدون عذر .

فيري مالك في المشهور عنه : أنه واجب عليها قضاء إذا كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي كما هو واجب ديانة لظاهر الأمر وهو يفيد الوجوب قضاء وديانة إلا إذا كانت ذات تره لم يجز عرف قومها بارضاع نسائهم أولادهم لأن هذا كان في الجاهلية ولم يغيره الإسلام ، ولأنها تتضرر حينئذ بألزامها بالأرضاع إلا إذا تعينت للأرضاع بأن كان الطفل لا يقبل إلا ثديها فانها تجبر عليه محافظة على الصغير من الهلاك وهو ضرر أكبر من تضررها بالأرضاع تجبر حتي ولو كانت مطلقة بائنا .

والشافعية والجمعونية : يوجبون عليها أن ترضعه أول لبنها المسمى باللباء ، لأن الولد يقوى وتشتد بنيته به ، ولا يجب عليها أن ترضعه ما بعده يستوي في ذلك أن تكون زوجة أو أجنبية إلا إذا تعينت بأن لم يوجد من يرضعه غيرها أو لم يقبل الطفل غير ثديها فيتعين عليها الأرضاع .

أما الحنفية فيقولون : إنه يجب عليها ديانة لا قضاء ، فإن امتنعت عنه بدون عذر فلا تجبر قضاء عليه إلا في حالات ثلاث .

١ - إذا لم يكن للطفل ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعا ولم توجد متبرعة بارضاعه .

٢ - إذا لم توجد من ترضعه غيرها بأجر أو بغير أجر وإن كان للأب أو الإبن مال .

٣ - إذا وجدت المرضعة ولكن الطفل لا يقبل غير ثدي أمه .

ففي هذه الحالات يتعين عليها الأرضاع وتجبر عليه قضاء حق لا يتعرض
الطفل للهلاك .

وفي غير تلك الحالات إذا قامت الأم بارضاعه فيها ، وإن امتنعت عنه
بدون عذر ظاهر لا تجبر عليه لأن الرضاع حق للأُم كما هو للولد ، ولا يجبر
أحد على استيفاء حقه إلا إذا وجد ما يقتضي الأُجبار عليه وهو المحافظة على
حياة الطفل كما في الصور الثلاث السابقة .

ومن جهة أخرى إن الأم أكثر الناس شفقة وحنانا على ولدها ، وهي لا تمتنع
عن إرضاعه إلا لعدم قدرتها عليه ، فاجبارها حينئذ يلحق الضرر بها ، لأنها
ستفعل ما لا قدرة لها عليه أو تتضرر به ، وقد بقى الله عنها الضرر بسبب ولدها
ولا تضار والدته بولدها .

وفي هذه الحالة يجب على الأب أن يستأجر له مرضعا (١) تقوم بارضاعه حفظا
له من الهلاك .

فإن لم يقم الأب باستئجار المرضعة كان للأم أن تطالبه بالقيام بذلك أو
بدفع أجرة الرضاع إليها لتقوم هي باستئجار المرضعة محافظة على الولد .

هل تسقط حضانة الأم بذلك ؟

وامتناع الأم عن الأرضاع لا يسقط حضانتها لأنها حقان منفصلان لا يلزم
من سقوط أحدهما سقوط الآخر ، وعلى الأب في هذه الحالة أن يتفق مع
المرضعة على القيام بعملها على وجه لا يضيع حق الأم في الحضانة ، كأن تقوم

(١) وتسمى بالطئر بالكسر وهي في اللغة . الناقة تعطف على فصيل غيرها ، ثم أطلق على
المرأة الأجنبية تحمن ولد غيرها وترضعه كما يطلق على الرجل الحاضن أيضا وجمعه أطوار .

بأرضاعه عند أمه أو بنقل الولد إليها في أوقات الرضاعة ثم يرد إلى أمه ، فإن لم يتفق معها على شيء من ذلك كان عليها أن تذهب إلى حيث يوجد الطفل عند حاضنته سواء كانت هي الأم أو غيرها لتستطيع الحاضنة القيام بما تقتضيه الحضنة .

وإذا كان للأب الحق في استئجار المرضعة عند امتناع الأم فليس معنى ذلك أنه يتحكم في أمر الأرضاع ويمنع الأم منه إدارعت فيه بعد الامتناع عنه ، لأن الأم حقها ثابت في الرضاع وهي أحق به من الأجنبية ، ولا يملك الأب منعها منه ما لم يلحقه ضرر منه بأن كانت الأم تطلب أحرأعليه - حينما تستحق تستحق الأحر - بينما توجد متبرعة به ، أو تطلب أكثر مما تطلبه المرضعة ، لأن القرآن كما نفى الأضرار بالأم نفاها أيضا عن الأب « ولا مولود له بولده » ، وليس في منعها إضرار بها لأنها التي أسادت استعمال حقم بطاب الأجر أو الزيادة ، وفي هذه الحالة يقال للأم : إما أن ترضعيه مجانا أو بمثل الأجر الذي قبلته المرضعة أو تسليمه لها لترضعه وهي بالخيار .

لكن يستثنى من ذلك ما إذا كانت الأم مريضة بمرض يخشى على الطفل منه أو ثبت بالتحليل الطبي أن لبن الأم لا يصلح للطفل لسبب من الأسباب ففي مثل هاتين الحالتين يكون للأب منع الأم من إرضاعه وإعطائه للرضعة محافظة عليه ومنعا للضرر عنه .

وإذا سقط حق الأم في الرضاع كان على المرضعة أن توفى بما التزمت به .

فإن كانت متبرعة وأرضعته فترة ثم رغبت في إنهاء تبرعها أجبت إلى ذلك لأنها محسنة ، وما على المحسنين من سبيل . إلا إذا كان الطفل لا يقبل ثدي غيرها فإنه يلزمها إرضاعه إلى أن يستغني عن الرضاع حتى لا يلحقه ضرر، ويجب

لها أجر مثلها في المدة الباقية لأنها أنهت تبرعها .

وكذلك إذا كانت ترضع بأجر وانتهت المدة المتفق عليها ولم يستغن الطفل عن الرضاع أجبرت على مد الأجرة لمدة أخرى تكفي لاستغناء الطفل عن الرضاعة إذا لم يقبل الطفل ثدي غيرها دفعا للضرر عن الرضيع ، وهي لا يلحقها من ذلك ضرر حيث يجب لها أجر المثل عن المدة الثانية .

أما الجعفرية : فيذهبون إلى أن الأم لا يجب عليها إلا إرضاع أول اللبن وهو اللبأ لكن في نظير أجر^(١) من مال الطفل إن كان له مال ، وإلا فعلى الأب وإن علا جمعاً بين الحقين . قالوا : وإنما وجب عليها ذلك لأن الولد لا يعيش بدون رضاعة هذا الجزء من اللبن .

وبعد ذلك لا يجب عليها إلا إذا تعينت له ، لكن يستحب للأم أن ترضعه طوال المدة المعترة في الرضاع لأن لبنها أفضل من لبن غيرها ، لأنه أوفق بمزاجه لتغذيته به في الرحم دما .

وهي أحق بإرضاعه بأجر إذا لم تطلب زيادة عما تطلبه غيرها ، فإذا طلبت زيادة على غيرها نزع الأب منها وأعطاه لغيرها ، وكذلك لو وجدت متبرعة بالرضاع ولم ترضي الأم إلا بالأجر .

وهل تسقط حضانتها بذلك أو لا ؟ قولان عندم أقواما بقاء الحضانة لها ، وتقوم المرصعة بأرضاعه عندها ، أو يحمل الطفل إليها للأرضاع في أوقات

(١) قالوا : ولا منافاة بين وجوب الفعل واستحقاق عوضه كبذل المال في الخمصة (الجماعة) للمحتاج فلا وجه للقول بعدم الأجرة لأنه واجب عليها ، لأن الوجوب للعمل وهو الأرضاع ، وأخذ الأجر عن " ال وهو اللبأ فلا منافاة ، وتسمية المال الذي هو عوض عنه اجرا مجازاً ، راجع الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٥ ص ٥٤٢ .

منتظمة ، فإن تعذر هذا وذاك سقط حقها في الحضانة (١) .

وإذا استأجر الأب الأم للأرضاع فلها أن ترصعه بنفسها أو بغيرها إذا لم يشترط عليها الإرضاع بنفسها .

ولو ادعى الأب وحوود متبرعة وأنكرت الأم ذلك فالقول قول الأب لأنه يدفع عن نفسه وحبوب الأجرة (٢)

(١) المرجع السابق ص ٤٥٧ .
(٢) شرائع الإسلام ح ٢ ص ٤٥ .

الفصل الثاني

في أجره الرضاع

والكلام في هذا الفصل يتناول الأمور الآتية :

١ - من التي تستحق أجره على الرضاع ؟

٢ - متى يستحق الأجر ؟ .

٣ - المدة التي تستحق فيها أجره الرضاع .

٤ - مقدار الأجر - ٥ - وعلى من تجب ؟

١ - من التي تستحق أجره على الرضاع ؟

فيري الحنفية : أن التي تقوم بالارضاع إما أن تكون الأم أو غيرها، والأم إما أن تكون زوجة لوالد الرضيع أو معتدة منه بطلاق بائن أو رجعي ، أو انتهت عدتها .

فإن كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي فلا تستحق أجره على الأرضاع مطلقاً سواء كان واجباً عليها أو لا ، لأن أجره الرضاع ليست عوضاً

خالصاً بل هي أشبه بالنفقة ، لأن المقصود منها تغذية الأم ليدر لبنها الذي هو غذاء للصغير ، ولأن الأرضاع واجب عليها ديانة عندهم ، والواجب الديني لا يستحق عليه أحر ، ولأن نفقتها في هذه الحالة واجبة على الأب باعتباره زوجها أو مطلقاً فلا يجمع لها بين نفقتين في وقت واحد ، لأنه غير معهود في الشرع .

وإن كانت معتدة من طلاق بائن ففي إحدى الروايتين في المذهب تجب لها النفقة ، لأن الزوجية قد انتهت بالطلاق البائن فأشبهت الأجنبية .

وفي الرواية الأخرى لا تجب لها النفقة على الأرضاع ، لأن زوجيتها وإن انقطعت بالطلاق البائن إلا أنها تجب لها النفقة على مطلقها والدالرضيع ما دامت في العدة ، فلو أوجبت لها أجره على الرضاع لكانت جامعة بين نفقتين في وقت واحد .

وفقهاء المذهب وإن اختلفوا في الترجيح لتلك الروايتين إلا أن الفتوى على الثانية وهي التي تمنع وجوب النفقة ، والعمل في القضاء في مصر يسير عليها لقوة دليلها من جهة ، وللتيسير على الأب وعدم الأضرار به من جهة أخرى وبخاصة إذا لاحظنا أنها تستحق أجره على حضانة الطفل ، ولأن شبهها بالأجنبية الذي استندت إليه الرواية الأولى لا تأثير له في هذا الموضع ، لأن الأجنبية ليست لها نفقة على والد الرضيع غير أجره الرضاع فقياسها عليها قياس مع الفارق .

أما إذا انتهت عدتها فتستحق الأجره قولاً واحداً سواء كانت متعينة للأرضاع أو لا ، لأنها أصبحت أجنبية من كل وجه وارتفعت نفقة عدتها لقوله تعالى في شأن المطلقات : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » الطلاق - ٦ .

وإذا كان المانع من وجوب أجره الرضاع للمعتدة هو استحقاقها نفقة للعدة على والد الرضيع وقد قدمنا أن المعتدة لا تستحق نفقة لأكثر من سنة بالمادة السابعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث منعتها من المطالبة بنفقة.

لعدتها بعد مرور سنة على الطلاق . فيكون عدم استحقاق الأجرة على الرضاع
للطلقة مرتبطاً بوجوب النفقة لها لا بكونها معتدة

وعلى هذا إذا قامت بالارضاع لا تستحق أجراً عليه مدة سنة ، وبعد
انقضائها تستحق الأجرة إلى أن تنتهي مدة الرضاع ، لأنها صارت في حكم التي
انقضت عدتها .

وكذلك لو كانت أسقطت نفقة عدتها في مقابل طلاقها منه يكون حكمها
كحكم من انقضت عدتها في استحقاق الأجرة لانقطاع نفقتها من الأب ، وكذلك
التي تزوجت بدون عقد موثق فإنها لا تستحق نفقة على زوجها إذا لم يعترف
بالزوجة كما تقضي به المادة التاسعة والتسعون من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

أما الجعفرية : فإنهم يوجبون لها أجرة الرضاع في جميع الحالات سواء
كانت زوجة أو معتدة أو أجنبية عنهم أو جيبوا لها الأجرة على إرضاعها أول
اللبن الواجب عليها أرضاعه كما سبق .

٢ - متى تستحق المرضع الأجر على الرضاع ؟

إذا كانت المرضع هي الأم فإنها تستحق الأجر بمجرد الأرضاع ، ولا
يتوقف استحقاقها على سبق اتفاق بينها وبين الأب ولا على قضاء القاضي
به ، ويكون الأجر المستحق هو أجر مثلها إلى أن يتفقا على قدر معين ، وتكون
دينياً على الأب لا يسقط إلا بالأداء أو الأبراء منه ، فلومانت الأم قبل قبضه كان
لورثتها حق المطالبة به باعتباره جزءاً من تركتها ، ولو مات الأب قبل قبض
الأم له أخذ من تركته كسائر الديون ، وكذلك لا تسقط بموت الرضيع .

وإنما استحققت الأم الأجر دون توقف على اتساق سابق لأن القرآن رتب
الأجر على الأرضاع في قوله تعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » فقد
أمرت الآية بإعطاء الأجر بمجرد الإرضاع دون أن تقيده بقيد آخر .

ولأن إقبال الأم على إرضاع وليدها قبل الاتفاق على الأجر لا يدل على أنها متبرعة به ، لأن عطفها وحسانها على وليدها هو الذي دفعها إلى الأرضاع ، ولا يعقل أن تراه يتلوى أمامها من الجوع وتتركه بدون إرضاع حتى يتم الاتفاق مع أبيه .

أما غير الأم فإنها لا تستحق الأجر بمجرد الأرضاع ، بل لا تستحقه إلا من وقت الاتفاق ، لأنها مستأجرة للأرضاع فلا تستحق الأجرة إلا من يوم العقد .

٣ - مقدار المدة التي تستحق فيها أجرة الرضاع

لا تستحق الأم أجراً على الرضاع لأكثر من سنتين باتفاق الحنفية (١) والجمهورية حتى ولو زاد إرضاع الطفل عن هذه المدة لقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فقد جعلت الآية تمام الرضاع كمال الحولين وليس بمد التمام زيادة .

فلو زاد عن الحولين لا تجب أحرة على الزيادة وإن جاز ذلك الرضاع . وقيد الجعفرية الزيادة بشهر أو شهرين (٢) .

ولو اتفق الأب والأم على انقاص المدة عن الحولين جاز إذا كان في ذلك مصلحة الرضيع لقوله تعالى : « فإن أراداً فصلاً عن تراضٍ منها وتشاور فلا جناح عليها » .

لكن الجعفرية يقولون : لا يجوز نقصان المدة عن أحد وعشرين شهراً أخذاً من الآية « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » قالوا : فإذا انقضى منها تسعة أشهر مدة الحمل المعتادة بقي أحد وعشرون شهراً (٣) .

(١) هذا بالاتفاق بين الأمام وصاحبيه رغم اختلافهم في مدة الرضاع فأبو حنيفة ثلاثون شهراً وصاحبه سنتان فقط .

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٤ ، اللعة الدمشقية ج ٥ ص ٤٥٦ .

(٣) فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٣١١ .

٤ - مقدار أجرة الرضاع :

مقدار الأجرة التي تستحقها الأم في الحالات التي تستحق فيها الأجر هو ما اتفقت مع الأب عليه إذا اتفقا على شيء قبل الأرضاع، وإن لم يكن بينهما اتفاق على قدر معين فإنها تستحق أحر المثل وهو الأجرة التي تقبلها امرأة أخرى أن ترضع به ، فإذا تمارعا قدره القاصي بذلك ، فإن طلبت أكثر من ذلك لاتباع إلى طلبها .

٥ - على من تجب أجرة الرضاع ؟

إذا كان للرضيع مال وجبت الأجرة في ماله ، لأن رضاع الصغير هو عداؤه ، وغذاؤه من نفقته ، والأصل في النفقة أنها تكون من مال الشخص ، فإن لم يكن له مال فتكون على أبيه إن كان موسرا .

فإن كان معسرا وقادرا على الكسب أحبرت الأم على إرضاعه ، وإن كان معسرا عاجرا عين الرضاة أو متوفى وجبت أجرة الرضاع على من تجب عليه نفقة الصغير من الأقارب أو غيره تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف... » إلى أن قال : « والوارث مثل ذلك » وسيأتي تفصيل ذلك في محث نفقات الأب .

وعند العاقبة : يجب الأجر في مال الصغير ، فإن لم يكن له مال فعلى الأب وإن علا ، فإن لم يكن كالأب على الأم لوجوب الأنفاق عليها ، عسر الأب (١) .

(١) اللعنة دمشقية ج ٥ ص ٤٥٦ .

الباب الثالث

في الحصانة^(١)

وفيه فصول

(١) من مراجع هذا البحث نيل الأوطار ح ٦ ص ٣٤٨ ، سبل السلام ح ٣ ص ٢٢٦ ،
تبيين الحقائق للريلمي ج ٣ ، بدائع الصنائع ح ٤ ، المحرر الرائق ح ٤ ، حاشية ابن عابد بن علي
الدر المختار ح ٤ ، شرائع الإسلام ح ٢ ص ٤٥ ، اللبنة الدمشقية وشرحها ح ٥ ص ٤٥٨ ،
فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٦٤ وما بعدها ، الأحكام الجعفرية ، مجلة الإمامة الشرعية

الفصل الأول

في التعريف بها وأصحاب الحق فيها

الحضانة : بفتح الحاء وكسرهما لفة ضم الشيء إلى الحضن . وهو الجنب (ما بين الأبط إلى الكشح) أو الصدر أو العضدان وما بينها ، تقول : حضنت الشيء واحتضنته إذا ضمته إلى جنبك ، وحضنت الأم طفلها إذا ضمته إلى صدرها .

وشرعاً : هي القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمره برعاية شئونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ووقايته عما يهلكه أو يضره .

والحضانة - كما ترى - أمر يتوقف وجوده على شخصين حاضن ومحضون والمحضون هو الطفل الصغير ، والحاضن إما امرأة أو رجل ، والصغير محتاج إلى الحضانة فهي في جانبه حق لأنه المنتفع بها ، ولأنه ليس أهلاً للوجوب ، وأما الجانب الآخر وهو الحاضن فهو مكلف بعمل وهو أهل للوجوب عليه .

فهل الحضانة حق أو واجب ؟

إذا نظرنا إلى شخص معين كالأُم مثلاً نقول : إنها أحق الناس بحضانة

طفلها ما لم يمنع من ذلك مانع ، فإذا تمسكت به أجيبت إليه ، وإذا تنازلت عنه عند وجود من يصلح له صح ذلك التنازل ، وهذا يعني أنه حق لها ، وإذا لم يوجد من يصلح له أجبرت عليه ، وإذا استعاضت عنه بشيء لا يصح ، وهذا يعني أنه واجب عليها .

وعلى هذا نستطيع أن نقول : إنه حق لكل من الحاضنة والمحضون وإن كان في جانب المحضون أقوى ، لأنه يجب توفره له في كل حال سواء وجدت حاضنة واحدة أو تعددت الحاضنات ، فإن لم يكن له إلا حاضنة واحدة تعين عليها فيكون واجباً لا مجرد حق .

وإن تعددت الحاضنات كانت حقاً لمن كانت في المرتبة الأولى لا يقبل -نهما- إسقاطه إلا إذا وجد من يقوم به ممن تأهل للحضانة .

وعلى هذا نرى أن الخلاف المحكي بين فقهاء الحنفية من أنها حق للصغير فقط ، أو أنها حق للحاضنة فقط لا يتفق مع حقيقة الحضانة التي لا توجد إلا بمحاضن ومحضون ، لأن الحق ثابت لكل منهما وإن كان حقه أقوى ، لأنه محض حق لا يسقط بحال ، أما في جانبها فهو حق يقبل الأسقاط والتنازل عنه وقد يكون واجباً لا يقبل الأسقاط إذا تعينت له .

ويتفرع على كونها حقاً للصغير الأحكام الآتية :

١ - إذا تعينت الحاضنة أما كانت أو غير أم أجبرت عليها إذا امتنعت عنها حتى لا يفوت على الصغير حقه .

٢ - إذا خالمت الأم زوجها على أن تترك حضانتها لولدها وتتركه لأبيه صح الخلع وبطل الشرط ، لأنه يبطل حق الصغير في الحضانة ، وهي وإن ملكت إبطال حقها فيها فلا تملك إبطال حق الصغير .

٣ - إذا صالحت زوجها على إسقاط حقها في الحضانة في مقابلة دين عليها له كان صلحاً باطلاً ، لأنه يترتب عليه إسقاط حق الصغير ، ولذلك لو صالحته على إسقاط حقها في أجرة الحضانة في مقابلة الدين صح ذلك الصلح لأن الأجرة حق خالص لها .

ويتفرع على كونها حقاً للحاضنة ما يلي :

١ - ليس للاب ولا لغيره أن ينزع الصغير من صاحبة الحق في حضانتها ليعطيه لحاضنة أخرى تليها في هذا الحق إلا بمسوغ شرعي ، لأن نزعها منها في هذه الحالة تفويت لحقها في الحضانة .

٢ - إذا كانت المرضعة غير الحاضنة وجب عليها إرضاعه على وجه لا يفوت حق الحاضنة بأن ترضعه عندها أو ينقل إليها الطفل وقت الرضاعة ثم يرد إلى حاضنته .

٣ - لا تجبر الحاضنة على القيام بالحضانة إذا امتنعت عنها عند وجود حاضنة أخرى تقبلها ، لأنها أسقطت حقها دون أن تفوت على الصغير حقه .

ومذهب الجعفرية في كون الحضانة حقاً أو واجباً قريب من مذهب الحنفية . يقول العاملي في الروضة البهية : لا شبهة في كون الحضانة حقاً للأب والأم وسائر الأقارب مع عدمها ، ولكن هل تجب عليه مع ذلك أم له إسقاط حقه منها .

الأصل في الحقوق جواز الأسقاط ، ولذلك قالوا : لو امتنعت الأم من الحضانة صار الأب أولى به ، ولو امتنعا معاً فالظاهر إيجاب الأب ، ونقل عن بعض الأصحاب وجوبها وهو حسن حيث يستلزم تركها تضييع الولد إلا أن

حضائته تجب كفاية كغيره من المضطرين (١) .

من يثبت له حق الحضانة على الصغير :

إذا كان الطفل يخرج إلى الحياة عاجزاً عن كل شيء فيحتاج إلى من يقوم بأمره كلها ، فإذا بلغ حد التمييز واستطاع أن يقوم ببعض شؤونه ظهرت حاجته إلى نوع آخر من الخدمة كالتعليم والتهذيب والصيانة عن الفساد ، فهو في طوريه محتاج إلى خدمة ، ولما كان النساء أقدر على النوع الأول لما هن من الخبرة في هذه الأمور والصبر عليها جعله الشارع السبب وقدمهن على الرجال في حق الحضانة ، ولما كان الرجال أقدر على النوع الثاني وكله الشارع إليهم ، فتوزعت المسؤولية بين النساء والرجال .

ولما كانت الأم بطبيعتها أحسن على ولدها من غيرها فشفتها لا تعد لها شفقة ، وعطفها لا يقاربه عطف جعلت في المرتبة الأولى من الحضانات .

وبهذا مضى قضاء رسول الله ﷺ وأصحابه من بعده دون أن يخالف أحد في ذلك .

روى الإمام أحمد وأبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص : ان امرأة قالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وجحري له حواء ، وثديي له سقاء وأن أمه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال : « أنت أحق به ما لم تنكحي » (٢) .

(١) - ص ٥٤٦ ثم غلق على ذلك بقوله : وفي احتصاص الوحوش الكفائي نذي الحق نظر ، وليس في الاحبار ما يدل على غير ثبوت اصل الاستحقاق ، اما كونه يقبل السقوط اولا فلا .

(٢) نيل الاوطار - ص ٦٤٩ ، سبل السلام ج ٣ ص ٢٢٦ الحواء في الاصل البيت من الوبر .

وروى أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا إلى أبي بكر فقال : « مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه » ، وفي رواية أخرى : « ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر » وكان ذلك بمحضر من كثير من الصحابة (١) .

وفي رواية ثالثة أن النزاع كان بين عمر وجدة الغلام بعد أن تزوجت أمه ، وأنه رآه في الطريق فأخذه ، فلما تراهما إلى أبي بكر قال : « ريقها ومسها وريقها خير له من الشهد عندك يا عمر » .

وبثبت هذا الحق للأم سواء كانت زوجة لأبي الصغير أو معتدة أو غير معتدة ما دامت أهلا للحضانة ولم يمنع من حضانتها مانع كزوجها بأجنبي أو بقريب غير محرم .

فإن ماتت أو منع من حضانتها مانع انتقلت الحضانة إلى محارم الصغير من النساء الأقرب فالأقرب فتنتقل إلى الجدة لأم وإن علت درجاتها ، ثم إلى أم الأب وإن علت ؛ وإما تأخرت مرتبتها عن الجدة لأم لأن قرابتها من جهة الأب وهو مؤخر عن الأم .

فإن لم توجد واحدة من الجدات انتقلت الحضانة إلى الأخوات على أن تقدم الأخت الشقيقة وتليها الأخت لأم ، فإن لم تكن تكون للأخت لأب على الرواية الراجحة في المذهب ، وفي الرواية الأخرى أن الأخت لأب مؤخرة عن الحالة (٢) .

(١) فتح القدير ٣٠ ص ٣١٤ .

(٢) وحده هذه الرواية الأخيرة أن الحالة أم كما جاء في الحديث ، ولأن الحالة أخت الأم

فإن لم توجد واحدة من الأخوات المؤهلات للحضانة انتقل الحق إلى بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأم ، فإن لم يوجد منهن من تصلح للحضانة انتقل الحق إلى الحالات فتقدم الشقيقة ثم تليها الحالة لأم ثم الحالة لأب ، فإن لم يوجد من الحالات من يصلح انتقل الحق إلى بنت الأخت لأب (١) ، ويحيى بعدها بنات الأخوة على الترتيب تقدم بنت الأخ الشقيق ثم بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب ، فإن لم يوجد من تصلح انتقل الحق إلى العمات على الترتيب السابق

فإن لم يوجد من العمات من تصلح انتقل الحق إلى حالات الأم على الترتيب السابق ، ثم يليهن حالات الأب تقدم حالة الأب الشقيقة ثم خالته من الأم ثم خالته من الأب ، ثم عمات الأم على الترتيب السابق ، ثم عمات الأب كذلك على الترتيب السابق .

ومما يلاحظ هنا في هذا الترتيب : أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب في جميع الأصناف عند اتحاد الدرجة ، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب فتكون قرابتها كذلك ، ولأن قرابة الأم أعطف على الصغير من قرابة الأب .

وأن الجدة مقدمة على الأخت مطلقاً ، لأن الجدة أعطف على الصغير من الأخت ، ولأن اتصالها بالصغير من طريق الولادة فهو كالجزء منها .

وأن القرابة الشقيقة مقدمة على غيرها لقوتها بتعدد جهتها وتوفر الشفقة .

— قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب ، ووجه الرواية الأولى الراجعة . أن الأخت أقرب إلى الصغيرة من الحالة ، فإنها بنت الأب والحالة بنت الحد ، وأن تقديم قرابة الأم على قرابة الأب عند التساوي في الدرجة ، وليست الأخت والحالة في درجة واحدة حتى تقدم الحالة عليها باعتبارها قريبة الأم ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « الحالة أم » كان لترجيحها على انبي العم وهما على وجهه ابننا أبي طالب لما تنازعا ابنة حمزة وقضى به لزيد لما قال « وخالتها تحمي » .

(١) وفي رواية مروحة أن بنت الأخت لأب مقدمة على الحالات ، وجه الرواية الراجعة أن قرابة الحالة من جهة الأم ، وقرابة بنت الأخت لأب من جهة الأب وهما في درجة واحدة فتقدم قرابة الأم وهي الحالة على قرابة الأب وهي بنت الأخت لأب .

وأن بنت الأخت مقدمة على العممة لأنها فرع الأبوين أو أحدهما ، والعممة فرع الجددين أو أحدهما .

وإذا لم يوجد من النساء المحارم من تصلح للحضانة ، أو وحدت ولم تكن أهلاً لها انتقلت الحضانة إلى الرجال من العصبات مطلقاً إن كان الطفل ذكراً ، وإلى العصابة المحارم إن كان أنثى ويرتبون كترتيبهم في الميراث فيقدم الأب ثم الجد لأب وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ثم العم لأب ، ثم عم الأب الشقيق ، ثم عم الأب لأب . فهؤلاء تثبت لهم الحضانة بهذا الترتيب علي الصغير مطلقاً ذكراً كان أو أنثى ، لأن كل هؤلاء من المحارم .

ويأتي بعد هؤلاء ابن العم الشقيق ، ثم ابن العم لأب بالنسبة للذكر، وليست لها حضانة على الأنثى لأنها من غير المحارم ، والحضانة تمتد إلى سن المراهقة وفيها يخشى الوقوع في الفتنة .

فإذا لم يكن للصغيرة إلا ابن عمها يختار لها القاضي حسب رأيه ما يراه صالحاً لها فيضعها عند امرأة ثقة مأمونة إن لم يكن ابن عمها صالحاً مأموناً. وإن وحده صالحاً مأموناً ضمها إليه .

فإن لم يوجد للصغير عاصب مطلقاً من الرجال ولا عاصب محرم للصغيرة أو وجد ولكنه ليس أهلاً للحضانة انتقلت الحضانة إلى المحارم من غير العصابة ، وهم ذوات الأرحام الأقرب فالأقرب فتثبت للجد أبي الأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ، ثم الخال لأم .

فإن لم يوجد واحد من هؤلاء انتقلت الحضانة إلى الأقرباء من غير المحارم كأولاد الخال وأولاد الخالة على أن لا يكون للرجال حضانة الإناث، ولا للإناث

حضانة للذكور ، لأن القرابة غير المحرمة يحل معها الزواج فيخشى أن يترتب على الصم مفسدة .

فإن لم يكن أحد من هؤلاء كان الرأي للقاضي يرضه إلى رجل أو امرأة من يشق في صلاحهم وقدرتهم على هذا العمل .

والعمل بحري في مصر على أن الصغير إذا لم يكن له أقارب مطلقاً يضم إلى دار من دور رعاية الأيتام .

ويلاحظ هنا أنه إذا تمدد المستحقون للحضانة من الرجال والنساء وكانوا في درجة واحدة وقوة واحدة كأخوة أشقاء أو أعمام أشقاء أو خالات شقيقات أو أخوات شقيقات قدم أصلحهم لتربية الطفل وأقدرهم على رعايته ، فإن تساوا في الصلاح فأورعهم ، فإن تساوا فيه فأسنهم لأنه يكون أكثر تجرؤة من غيره . هذا هو مذهب الحنفية في من له حق الحضانة

أما الجعفرية : فإنهم لا يفصلون بين حضانة النساء وحضانة الرجال ولكنهم يشبتونها أولاً للأم ثم للأب ، فإن لم يكونا أو كانا فاقدي الأهلية للحضانة انتقلت إلى الأقارب على ترتيب اختلفوا في بعض صوره .

فالحضانة مشتركة بين الأم والأب في حالة قيام الزوجية ، فإذا كانت الأم مطلقة فهي أحق بها من الأب مدة عامين للذكر وهي مدة الرضاعة ، وللأنثى سبع سنين وقيل تسع ، وقيل هي أحق بها ما لم تتزوج والأول أظهر ، ثم تنتقل الحضانة إلى الأب ، فإذا مات الأب أو فقد أهليته للحضانة عادت إلى الأم وهي أولى بها من الجد ، ولو ماتت الأم أو فقدت أهليتها قبل انقضاء مدة حضانتها انتقلت الحضانة إلى الأب إن كان موجوداً ، وما دام الأب موجوداً

فلا حضانة لغيره ، فلو كان غير موجود بقيت الحضانة للأم ولو تزوجت (١) .
فإن مات أو فقد أهليته انتقلت بعده إلى الجد أبي الأب على رأي ، لأنه أب
في الجملة فيكون أولى ، ولأنه أولى بالمال فيكون أولى بالحضانة (٢) .

فإن لم يكن الجد موجوداً أو وجد وكان فاقد الأهلية انتقل الحق للأقارب
مرتبين ترتيب الإراث على المشهور لآية « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في
كتاب الله » الأنفال - ٧٥ .

فالجددة لأب أو لأم وإن علت أولى من العمة والحالة ، كما أنها أولى من بنات
لعومة والخثولة ، وكذا الجددة الدنيا والعمة والعالة أولى من العليسا منهن ،
وكذا ذكور كل مرتبة ، فتقدم الأخوات ثم أولاد الإخوة والأخوات ، ثم
لخالات والأخوال والعمات والأعمام ، ثم لأولاد الأعمام والأخوال ، ثم خالات
الأم وخالات الأب وعماتها وعماته .

فإن اتحد الأقرب بالحضانة له ، وإن تعدد أقرع بينهما لما في اشتراكهما من
الأضرار الولد ، ولا ينظر إلى مرجح لأحدهما على الآخر ، وإن اجتمع ذكر

(١) ، فإن تزوجت والأب موجود سقطت حضانتها للنص والإجماع ، فإن طلقت عادت الحضانة على
المشهور برأى المانع منها وهو تزوجها واشتغالها بحق الزوج الذي هي أقوى من الحضانة، وإنما تعود
بمجرد الطلاق إذا كان مائناً ، وإلا فبعد العدة إن بقي لها شيء من مدة الحضانة ، وقيل لا تعود
لخروجها من الاستحقاق بالنكاح فيستصعب ويحتاج عوده إليها إلى دليل آخر وهو غير
موجود. الروضة البهية ج ٥ ص ٤٦٣ ،

(٢) في الروضة البهية ج ٥ ص ٤٥٧ قال : ويشكل بأن ذلك لو كان موجباً لتقديمه
لاقتضي تقديم أم الأم عليه لأنها بمنزلة الأم وهي مقدمة على الأب ، وولايته المال لا دخل لها
في الحضانة ، ولإلا لكان الأب أولى من الأم ، وكذا الجد لأب وليس ذلك إجماعاً ، والنص من
خالية من غير الأبوين من الأقارب وإنما استفيد حكمهم من آية « وأولوا الأرحام بعضهم أولى
ببعض » وهي لا تدل على تقديمه على غيره من في درجته . قال : وبهذا جزم في المختلف
وهو أجود .

وأُنشئ ففي تقديم الأُشى قول مأخذه تقديم الأم على الأب ، وكون الأُنشئ أرفق لتربية الولد وأقوم بمصالحه ، وإطلاق الدليل المستفاد من الآية يقتضي التسوية للتساوي في الإرث .

وقيل إن الأخت لأبوين أولى من الأخت لأم ، والأخت لأب أولى من الأخت لأم ، وكذا أم الأب أولى من أم الأم ، والعمة أولى من الخالة لزيادة القرب أو كثرة التعصيب ، ويرد عليه بأن الدليل سوى بينهم (١) .

ونخلص من ذلك إلى أن في المذهب قولين في الأقارب من درجة واحدة كالأختين والعمتين والخالتين وأولاد الأخوة والأخوات . قول باعتبارهما سواء بصرف النظر عن قوة القرابة أو كونها من جهة الأب أو من جهة الأم لإطلاق الدليل ، وقول آخر بالترجيح بقوة القرابة أو قرابة الأب .

فإن لم يوجد محرم مستحق للحضانة أو وجد ولم يكن أهلاً لها يعطى الطفل لذي رحم غير محرم كبنات العم والعمة وبنات الخال والخالة ، فإن لم يوجد قريب من الأرحام يسلم إلى الوصي ، فإن لم يكن وصي فعلى الحاكم ان يسلمه إلى شخص يثق فيه .

(١) الروضة البهية ج ٥ ص ٤٦١ . شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٥

الفصل الثاني

في شروط أهلية الحضانة

لما كان المرص من الحضانة تحقيق المصلحة للطفل ودفع كل ما يلحق به الضرر شرط في الحاصة من النساء والحاضن من الرجال توافر صفات معينة لها تتحقق الأهلية للحضانة ، فإن اختلفت واحدة منها في شخص سقط حقه فيها وانتقل إلى من يليه .

شروط أهلية النساء للحضانة :

١ - أن تكون نالفة ، لأن غير البالغة ولو كانت مميزة لا تستطيع أن تقوم بشئونها كلها فكيف يوكل اليها القيام بشئونها غيرها .

٢ - أن تكون عاقلة لأن غير المأقلة لا تحسن اليها أم على شئون الصغير لعدم معرفتها ما ينفعه بل يخشى عليه الضرر منها ولا أهلا للحضانة .

٣ - أن تكون قادرة على القيام بما تتطلبه الحضانة من أعمال ، فلو كانت عاجزة عن ذلك لكبر سن أو مرض أو عاهة تحول بينها وبين أداء وظيفتها كالعمرى لم تكن أهلا للحضانة . وكذلك لو كانت قادرة على أعمال الحضانة ولكنها مريضة مرصاً يخشى على حياة الطفل منه لا تكون أهلا لها .

ولو كانت محترفة خُرُفة تُحَوِّل بينها وبين رعاية الصغير لا يكون لها سَحَقٌ في الحضانة ، أما إذا كان عملها لا يمنعها من رعايته بأن تتمكن من التوفيق بين عملها وما تتطلبه الحضانة لا يسقط حقها فيها .

٤ - أن تكون أئينة على أخلاق الصغير ، فإن كانت فاسقة كاحترافها الرقص ، أو النشل أو ارتكاب الفاحشة فإنه يسقط حقها في الحضانة بأحد أمرين . عدم قيامها بشئون الطفل وإهماله ، والخوف على أخلاق الصغير أن تتأثر بها ، فإن لم يوجد شيء منها لا يسقط حقها فيها .

٥ - ألا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم من الصغير . بأن تكون غير متزوجة أو متزوجة بقريب محرم منه كعمه أو جده مثلاً (١) .

فإن كانت متزوجة من أجنبي ، أو من قريب غير مجرم كابن عمه ، أو من محرم غير قريب كأخيه من الرضاع سقط حقها في الحضانة ، لأن الغالب في هؤلاء ألا يعطفوا على الصغير كهطف قريبه المحرم ، ويزيد الأجنبي أنه يبغضه ويقسو عليه ، لأن الزوج غالباً لا يجب ابن زوجته فينشأ الطفل في جو يسوده البغض والكراهية فيتعقد نفسياً .

(١) لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرأة المطلقة التي أراد روحها أن يأخذ ولده منها : « أنت أحق به ما لم تتروحي » وإذا كانت الأم يسقط حقها بالزواج فغيرها أولى ، لك ، وكانت مقتضى ذلك أن يكون زواجها مطاناً مسقطاً لحقها ، لكن فقهاء الحنفية والمالكية نظروا إلى الحكمة التي من أحلها حمل الزواج ما ما من الحضانة أن الزوج يكره ولد زوجته ويسود ألا يكون مع أمه فاستثنوا الزواج من القرب المحرم ، لأنه يعطف على الصغير ويعتبره كولد فلا يكره وحده مع زوجته ، وهناك أقوال أخرى في سقوط حق الحضانة بالزواج ، يسقط مطلقاً بالزواج وهو قول الجعفرية والشافعية لأن الحديث لم يعصل ، لا يسقط بالزواج مطلقاً وهو قول الحسن البصري وإن حزم لعدم صحة الحديث كما قالوا . راجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٩ وسبل السلام ج ٣ ص ٢٢٦ .

ولأن وقت الزوجة لزوجها وله الحق في منعها من القيام بشئون ذلك الطفل الذي لا صلة له به ، بخلاف ما إذا كان الزوج محرماً للصغير ، لأن القرابة المحرمية داعية إلى العطف والشفقة على الصغير فلا خوف عليه .

والجعفرية يشترطون في الحاضنة ألا تكون متزوجة مطلقاً ولو بمحرم للصغير لإطلاق الحديث ولم يفرقوا في ذلك بين زواج الأم وغير الأم . غير أن الأم إذا تزوجت ولم يكن للطفل أب موجود لا يسقط حقها في الحضانة ، لأنها أولى به بعد الأب من الجد كما سبق .

٦ - ألا تقيم بالصغير عند من يبغضه ولو كان قريباً له ، لأن الحضانة مشروعة لمصلحة الصغير وسكانها عند من يبغضه يعرضه للأذى وإلحاق الضرر به ، فلو فعلت ذلك ولم تخرج إلى بيت آخر سقط حقها .

والجعفرية لا يجعلون ذلك مسقطاً لحقها إذا كانت قادرة على حفظه وصيانتها .

٧ - ألا تكون مرتدة عن الإسلام ، فإذا كانت الأم مسلمة وارتدت عن الإسلام سقط حقها في الحضانة لأن المرتدة عند الحنفية تجلس حتى تعود إلى الإسلام أو تموت ، ومثل هذه لا تستطيع القيام بأعمال الحضانة .

هذا ولا يشترط إسلام الحاضنة سواء كانت أمماً أو غير أم ، فالكتابية تستحق الحضانة لأن أساس الحضانة الشفقة على الصغير وهي متوفرة عند كل حاضنة ولا تأثير للدين في ذلك ، ويبقى معها إلى أن تنتهي مدة الحضانة إلا إذا خيف عليه أن يتأثر بدينها أو أن يتعود تناول ما حرمه الإسلام من لحم الخنزير وشرب الخمر فإنه يؤخذ منها ويسلم لمن تستحق الحضانة بعدها .

والجعفرية لا يعملون لغير المسلمة ^(١) حضانة لولدها المسلم تبعاً لأبيه ، لأنه يخشى عليه أن يألف غير دين الإسلام .

شروط أهلية الحضانة للرجال :

يشترط في الحاضن من الرجال : أن يكون بالغاً عاقلاً قادراً على القيام بمصالح الصغير أميناً على تربيته كما يشترط في النساء .

ويزاد على ذلك : أن يتحد مع المحضون في الدين ، لأن الحضانة نوع من الولاية على النفس ، ولا ولاية مع اختلاف الدين ، ولأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ، ولا توارث مع اختلاف الدين ، فلو كان للصغير قريبان في درجة واحدة واختلفوا في الدين تكون الحضانة لمن يوافق في الدين .

هذا ومن كان له الحق في الحضانة رجلاً كان أو امرأة وسقط حقه لسبب من الأسباب ثم زال ذلك السبب يعود إليه الحق مرة ثانية .

(١) جاء في فقه الإمام جعفر ح ٥ ص ٣١٤ : والحاضنة يشترط فيها : أن تكون حرة مسلمة عائلة غير متزوجة بلا خلاف في هذه الشروط الأربعة ، كما يشترط سلامتها من الأمراض السارية ، ولا فاجرة متهتكة ، ولا مهملة لرعاية الطفل ومصالحه لكي يحتفظ بالطفل سليماً في صحته وخلقه .

الفصل الثالث

في أجرة الحضانة واستحقاقها ، ومن تجب عليه

لما كانت الحضانة تتمثل في خدمة الطفل والقيام بشؤونه فهي عمل مشروع يمكن الاعتياض عنه بالمال ويسمى ذلك العوض في عرف الفقهاء بأجرة الحضانة . غير أن ذلك العوض ليس أجرة خالصة بل فيه شبه بالنفقة (١) وكيفها كان فلن يكون ؟

الحنفية يقولون : الحاضنة إما أن تكون أما للطفل أو غير أم ، فإن كانت غير الأم استحققت الأجرة على الحضانة ما لم تتبرع بها ، وإن كانت الأم فلإنها لا تستحق أجرة على الحضانة إذا كانت زوجة لأبي الصغير أو معتدة له من طلاق رجعي بلا خلاف في المذهب ، وكذلك إذا كانت معتدة له من طلاق مائن في إحدى الروايتين وهي التي يجري عليها العمل في القضاء بمصر ، لأنها في تلك

(١) لاننا إذا نظرنا إلى أن الحاضنة تقوم بعمل بقول : إن ما يدفع لها هو أجرة ، وإذا نظرنا إلى أن نفقة الطفل راحة عليه في ماله ثم على أبيه ومن جملة ما يدفع عليه الأنفاق على الحاضنة التي حبست نفسها لأحله نقول : إن ما يدفع إليها هو نفقة فهي ليست نفقة خالصة ولا أجرة خالصة .

الحالات تستحق النفقة على أبي الصغير للزوجية أو للعدة فلا تستحق عليه نفقة أخرى في نظير حضانه ولده لأن الأولى كافية كما قدمنا في أجره الرضاع فإذا لم يكن لها نفقة على الأب لانتهاه عدتها أو لمنعها من المطالبة بنفقة أثناء العدة لمضي سنة من وقت الفرقة بينها أو لكونها أبرأت زوجها من نفقة العدة في نظير طلاقها استحققت أجره على الحضانه .

متى تستحق الحضانه الأجر ؟

لما كانت الحضانه تشبه الرضاع إلى حد كبير فما قدمناه في استحقاق أجرة الرضاع من تفصيل بين الأم وغيرها يجري هنا . وخلصته . أن الأم تستحق الأجره على الحضانه في الحالات التي تجب لها فيها من وقت قيامها بأعمال الحضانه ولا يتوقف الاستحقاق على سبق اتفاق بينها وبين أبي الطفل أو قضاء بذلك .

أما غيرها فلا تستحق الأجر إلا من تاريخ الاتفاق عليها أو قضاء القاضي بها ، فلو قامت بها قبل الاتفاق أو القضاء لا يحق لها المطالبة بالأجر على تلك المدة ، لأنها كسائر الأجور على الأعمال لا تجب إلا بالاتفاق أو القضاء فإقدامها على العمل قبلها دليل على تبرعها . بخلاف الأم التي تحملها الشفقة الكاملة على خدمة وليدها دون الانتظار إلى اتفاق أو قضاء .

ولأن الطفل غالباً يكون معها في فترة الرضاعة وأثناء العدة وقد كانت تقوم بحضانه فلا يعقل أنها تتركه بعد انقضاء الفترة التي كانت تستحق فيها نفقة بدون خدمة حتى يتم اتفاقها على الأجر وقد يتنازع فيه فيقتضي رفع الأمر للقضاء .

وإذا وجبت الأجره للحضانه سواء كانت أمأ أو غيرها فإنها تكون ديناً لا يسقط إلا بالأداء أو الأبراء ولا يتأثر بمضي المدة ، ولا بموت الصغير ، ولا بموت

من وجبت عليه ، ولا يموت الحاضنة نفسها حتى كان لورثتها حق المطالبة بها بعد وفاتها لأنها جزء من تركتها .

على من تجب أجره الحضانة ؟

تجب أجره الحضانة على من تجب عليه نفقة الصغير ، لأنها بعض نفقته كأجرة الرضاع .

فإن كان للصغير مال وجبت في ماله ، وإن لم يكن له مال وجبت على أبيه ، فإن كان الأب موسراً أمر بأدائها إلى الحاضنة ، وإن كان معسراً فلا يخلو إما أن يكون قادراً على الكسب أولاً .

وإن كان قادراً على الكسب وجبت عليه وكانت ديناً في ذمته ، وأمر بالأداء عنه من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم وجود الأب ويرجع بها على الأب إذا أيسر .

وإن كان الأب المعسر عاجزاً عن الكسب اعتبر غير موجود وفرضت الأجرة على من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم الأب ويؤديها في الحال إلى الحاضنة .

أجرة المسكن والخادم :

إذا لم يكن للحاضنة مسكن خاص بها أو مسكن تسكن فيه مع زوجها القريب للطفل قرابة محرمة في مكان الحضانة وجب إعداد مسكن لها أو إعطاؤها أجره مسكن مناسب تقوم فيه بالحضانة ، لأنها مضطرة إلى ذلك لئلا يسقط حقها في الحضانة ، كما يجب إعداد كل ما يحتاج إليه الطفل من فرش وغطاء حتى يكون المسكن كاملاً .

وإذا احتاجت إلى استئجار خادم يقوم بمساعدتها في خدمة الصغير وجب إحضار الخادم لها أو إعطاؤها أجرته إذا كان للصغير مال أو كان من تعجب عليه نفقته موسراً تُخدم أولاده

وبهذا يتبين أن أجرة الرضاعة غير أجرة الحضنة وغير نفقة الطفل .

الحضنة بين المتبرعة بها وطالبة الأجر عليها .

إذا أبت صاحبة الحق في الحضنة أن تقوم بها إلا بأجر ووجدت متبرعة بها فلن تكون الحضنة منها؟ الحكم يختلف باختلاف الحالات . لأن المتبرعة إما أن تكون من أهل الحضنة أو لا ، فإن لم تكن من أهل الحضنة بأت كانت أجنبية أو قريبة قرابة غير محرمة فصاحبة الحق في الحضنة أحق بها مطلقاً أما كانت أو غير أم ، كان للطفل مال أو لا ، كان الأب موسراً أو معسراً ، لأن تسليمه للمتبرعة لا مصلحة فيه للصغير ، لأن رعايتها لا تكون كرعاية صاحبة الحق نظراً لتوفر الشفقة عليه منها ، ودفع الأجر وإن كان فيه ضياع جزء من المال إلا أنه لا يوازى ما يتحقق له من المصلحة المقصودة .

وإن كانت المتبرعة من أهل الحضنة ولم يكن للصغير مال وكان أبوه أو من تعجب عليه نفقته بعد أبيه موسراً قدمت صاحبة الحق في الحضنة على المتبرعة ، لأن إعطائه لصاحبة الحق فيه مراعاة لحق الصغير لأنها أكثر حناناً وشفقة عليه من المتبرعة ، ولا ضرر على الأب في دفع الأجر ليساره ومصلحة الصغير مقدمة على كل حال .

وإذا كان الأب معسراً قدمت المتبرعة دفعاً للضرر عن الأب بالزامه بالأجر ومدابنته به وهو معسر ، وكذلك لو كان للصغير مال ، لأن الأجرة واجبة في ماله في هذه الحالة ، وفي إعطائه لطالبة الأجر ضياع لجزء من ماله مع إمكان الاستغناء عنه بدفعه للمتبرعة وهي من محارمة والشفقة متوفرة عندها ،

ونقصان شفقتها عن الأخرى لا يوازي ضياع جزء من ماله .

وبهذا يتبين الفرق بين التبرع بالحضانة والتبرع بالرضاع : حيث تقدم المتبرعة بالرضاع على الأم وغيرها ممن تطلب الأجر مطلقا سواء كانت المتبرعة محرما للطفل أو لا ، وسواء كانت الأجرة من مال الصغير أو من مال غيره كان ذلك الغير موسراً أو معسراً ، لأن الغرض من الرضاعة هو تغذية الطفل وهو متحقق بلبن أي امرأة فلا معنى لأخذ الأجر مع وجود المتبرعة ، لأنه لا ضرر في إرضاعها .

أما الحضانة فإنه لا يقدم فيها المتبرعة إلا في صورتين . الأولى إذا كانت أجرة الحضانة من مال الصغير ، والثانية إذا كانت الأجرة واجبة على الأب وكان معسراً ، ومع ذلك يشترط في المتبرعة أن تكون قريبة قرابة محرمة أي عندها أهلية الحضانة .

والسبب في ذلك أن المقصود من الحضانة هو تربية الصغير ورعايته والعناية به ، وهذه أمور تحتاج إلى الشفقة والعطف والحنان وكل ذلك لا يتوفر إلا عند الأم أو ما يقاربها من المحارم وقلما توجد عند غير المحرم ، وكلما توافرت هذه عند الحاضنة تحقّق الغرض المقصود من الحضانة على أكمل وجه فيبقى ذلك الحق لصاحبه ولا يعدل عنه إلا لعذر قوي كأعسار الأب أو من تجب عليه الأجرة بعده أو لمصلحة قوية كالمحافظة على مال الصغير . وفي الحضانة لا موضع لغير المحرم لأنها ليست أهلاً لها أصلاً فلا يفيد تبرعها شيئاً .

وإذا لم توجد متبرعة بالحضانة وامتنعت عنها صاحبة الحق فيها إلا بأجر ولم يكن للصغير مال وكان الأب معسراً أجبرت الحاضنة عليها سواء كانت أمّاً أو غيرها وتكون أجرتها ديناً في ذمة الأب يؤمر بأدائه عند اليسار وهو دين صحيح لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء . هذا هو مذهب الحنفية .

أما الجهمرية : فيذهبون إلى أن الأم صاحبة الحق الأول في الحضانة لا يجب عليها الحضانة مجاناً فلها طلب الأجر عليها ، وحينئذ يتخير الأب بين دفع الأجر لها وأخذ الطفل منها ، لأن حق الحضانة ثابت له بعدها ، ولا يجب عليه إجابتها إلى ما طلبت إلا في حالة ما إذا كان لا يستطيع القيام بالحضانة ولم توجد متبرعة بها ، لأنها متعينة لها محافظة على الولد .

ولو طلبت أجراً أكثر من غيرها لا تجاب إلى ذلك .

وهل تجب لها أجره على الحضانة غير أجره الرضاع ؟ قولان عند عدم النص (١) .

أما إذا وجدت متبرعة بالحضانة وهي قادرة عليها ولو أجنبية أو كانت الأب قادراً على الحضانة ولو بالاستعانة بغيره من خادم أو زوجة . فيقال للام طالبة الأجر تخيري بين حضانتها مجاناً أو تدفيعه إلى الأب أو المتبرعة فإن لم تختار إمساكه مجاناً أخذ منها وسلم للأب أو للمتبرعة ، ولا تمنع بعد ذلك من خدمته أو رؤيته ، وأجره الحضانة من مال الصغير إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال فعلى أبيه .

وإذا كانت الحاضنة هي الأم ولم يكن لها مسكن تقيم فيه مع الطفل الفقير وجب على الأب إعداد مسكن لها ، وإذا احتاج الطفل إلى خادم مع الحاضنة وجب على الأب إحضار الخادم إن كان موسراً .

أما غير الأم من الحاضنات إذا لم ترض بحضانتها مجاناً وتمسكت بالأجر ولم توجد متبرعة وجب دفع الأجر لها .

(١) ورجح الشيخ مفنية المدم . فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٥

الفصل الرابع

في مكان الحضانة ، وانتقال الحضانة منه

إذا كانت الحضانة هي الأم وكانت زوجيتها قائمة بينها وبين أبي الصغير فكان الحضانة هو بيت الزوجية الذي يقمان فيه ، ولا يجوز للأم الخروج منه أو السفر بدون إذن زوجها سواء كان الولد معها أو لا ، لأن قرارها في بيت الزوجية واجب عليها ما دام أوقاها حقوقها .

وإن كانت معتمدة من طلاق رجعي أو بائن لا يكون لها الخروج من البيت الذي تعتمد فيه طوال مدة العدة حتى ولو أذن لها المطلق بالخروج أو السفر ، لأن قرارها في مسكن العدة حق للشرع وهو واجب عليها ، ولا يجوز لها إبطال حق الشرع ، يقول جل شأنه : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » الطلاق - ١ .

وإذا انقضت عدتها فلا يبقى معنى لإلزامها بالبقاء بالمحزون في بيت الزوجية فلها أن تنتقل بولدها إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت الحضانة فيه .

وهل يجوز لها الانتقال به إلى بلد آخر ؟

الحكم يختلف تبعاً لقرب البلد الذي تريد الانتقال إليه وبعده عن البلد الأول .

فإن كان ذلك البلد قريباً جاز لها الانتقال إليه بشرط أن يكون من نوع البلد الأول أو أفضل منه ، فيجوز لها الانتقال من مدينة إلى مدينة ، ومن قرية إلى قرية ، ومن قرية إلى مدينة ، ولا يجوز لها الانتقال من مدينة إلى قرية ، لأن الحياة في القرية لطفل ولد في المدينة يلحق به الضرر ، لأن في أخلاق أهل القرى بعض الجفاء فيحسنى على الطفل التخلق بأخلاقهم ، كما أن وسائل العيش فيها تختلف عما في المدينة إلا إذا كان انتقالها إلى قريتها الأصلية التي عقد عليها أبوه فيها ، لأنها تكون في وسط أهلها فيحاط الطفل بالمطف والحنان منهم .

وإن كان ذلك البلد الذي تريد الانتقال إليه بعيداً فلا يجوز الانتقال إليه ولو كان من المدن إلا بأذنه لما في ذلك من الأضرار بالأب لبعده عنه والأضرار بالولد لفقده رعاية أبيه ورقابته إلا إذا كان بلدها الأصلي وأبوه قد عقد زواجه عليها فيه لما قلناه .

ولأن المانع من الانتقال هو ما يلحق الأب من ضرر التفريق بينه وبين ولده ، وفي هذه الصورة هو الذي تسبب فيه ، لأنه حين عقد عليها في بلدها وهو يعلم أنها لا تنتقل منه إلا بسبب زواجها ، وإذا زالت الزوجية فستعود إليه حتى لا تتحمل ذل الغربة فيكون راضياً ضمناً بوجود ولده مع أمه فيه .

ومع ذلك فوجودها وسط أهلها بولده يورث الإطمئنان عليه حيث يعيش وسط أناس لا يكونون له إلا المطف والشفقة ، فجواز الانتقال إلى البلد البعيد مقيد بقيدين - ١ أن يكون وطئها الأصلي - ٢ - أن يكون عقد عليها فيه ، وإذا انتفيا أو انتفى أحدهما لا يجوز ، لأن المعنى الذي حمل مرخصاً للانتقال إليه لا يوجد في واحد منها .

حد القرب والبعده عند الفقهاء :

يقرر الفقهاء أن البلد يعتبر قريباً إذا استطاع الأب أو الولي السفر إليه ليرى

الولد ويعود إلى محل إقامته قبل دخول الليل ، فإن كان لا يستطيع ذلك 'عد البلد بعيداً .

وإذا لاحظنا أن ضبطهم هذا تأثر بأمرين كانا في زمسهم - أولهما - وسائل الانتقال وقد كانت بدائية لأنها إما السير على الأقدام أو ركوب الدواب - وثانيهما - أن الليل كان مظنة الخوف للظلام الذي يلفه وخطر السفر فيه لعدم الأمان لكثرة اللصوص وقطاع الطريق فيكون الممول عليه في مثل هذا هو العرف وقد تعير، ففي زمننا هذا تنوعت المواصلات، وأصبح الليل كالنهار بعد أن أنيرت الطرق فالمسافر فيه لا يشعر بوحشة ولا يحشى ضرراً فيتبرك ذلك إلى مقدرة الرجل على تحمل نفقات السفر لرؤية ولده .

والعمل في القضاء في مصر يجري على هذا التفصيل فيما إذا كانت الحاصنة هي الأم .

أما إذا كانت الحاصنة غيرها كالجدة أو الأخت أو الخالة أو العممة فليس لها الحق في الانتقال إلى بلد غير بلد أبيه إلا بإذنه ، فإذا فعلت ذلك كان للأب أو وليه إذا لم يكن الأب موحوداً أن يمنعها من ذلك سواء كان البلد قريباً أو بعيداً وطناً أصلياً لها أولاً ، لأن المعنى الذي من أجله أبيع للأم الانتقال بالولد وهو العقد عليها فيه ليس موجوداً هنا حيث لا عقد .

هكذا أطلق الفقهاء الحكم بدون تفرقة بين البلد القريب والبعيد . غير أن بعض الفقهاء المتأخرين أجاز لغير الأم الانتقال بالمحزون إلى البلد القريب وسوى بينها وبين الأم في ذلك لأن علة تجوز انتقال الأم إلى البلد القريب بدون إذن هي أنها بمثابة الانتقال إلى أحد جوانب السدة الواحدة (١) .

وقد جرى بعض القضاة في مصر على هذا .

(١) الرد المختار للرافعي ح ١ ص ٣٤٨ .

وإذا عرفنا أن مصلحة الطفل في فترة الحضانة لا تتم إلا بالجمع بين حضانة أمه أو قريباته المحازم وبين إشراف أبيه عليه ، وأن القرآن منع مضارة الأب والأم بسبب ولدهما « لا تضار والدته بولدها ولا مولود له بولده » إذا عرفنا ذلك أدركنا السر في تشريع تلك الأحكام التي تحتم وجود الولد وحاضنته مع أبيه في بلد واحد أو في بلدين قريبين إلا إذا وجدت ضرورة أو أذن الأب في ذلك حتى لا يحرم الولد شفقة أمه ولا رعاية أبيه .

ولهذا لا يجوز للأب أن يخرج الصغير من البلد الذي تقيم فيه أمه ما دام في حضانتها إلا بإذنها سواء كان البلد قريباً أو بعيداً ، لأن في هذا الإخراج تقويت حق الأم في حضانتها وحق الولد في عيشه في عطف أمه وحنانها .

فإذا سقط حقها في الحضانة بسبب زواجها من أجنبي أو بغيره ولم تكن التي انتقل إليها حق الحضانة تعيش في هذا البلد فله نقله إلى بلد الحاضنة ، فإذا عاد حقها في الحضانة رده إليها .

وإذا جاز له إخراج الولد من البلد الذي تعيش فيه أمه بعد سقوط حقها في الحضانة فهل يثبت له ذلك مطلقاً سواء كان البلد قريباً أو بعيداً ؟

المذكور في كتب الحنفية رأيان للمشايخ . رأي بالإطلاق (١) ، ورأي يقيد بالبلد القريب بحيث تستطيع الأم أن تراه كل يوم ، فقد جاء في الحاوي « ليس للوالد أن يخرج الولد من المصر إلى القرى بغير رضا أمه إذا كان صغيراً » ، ومال ابن عابدين (٢) إلى هذا الأخير ، وإذا كان لكل من الأب والأم حق في الولد ورؤيته في فترة الحضانة وقد نفى الشارع المضارة عنها بسببه فقد يكون في

(١) الفتاوى الأنقروية ص ٩٩ وعبارته في واقعة الفتوى « إذا سقطت الحضانة بالتزويج أو بالاستفتاء فللمم أن يسافر بالولد » .

(٢) رد المحتار ج ٢ ص ٨٨٥ .

الأخذ بأحد الرأيين بأطلاق ضرر بأحدهما ، فلو أخذنا بالأول ربما استعمل الأب ذلك في حرمان الأم من رؤية ولدها ، ولو أخذنا بالثاني وهو التقييد بالبلد القريب ربما لحق الأب منه الضرر ، فقد يكون عمله يقتضيه السفر إلى البعيد ، فممنعاً للأضرار بأحدهما يفوض الأمر إلى القاضي لينظر في خروج الأب والداعي إليه ، فإن رأى أنه مصطر للخروج إلى البلد البعيد من أجل وظيفة أو تجارة أذن له فيه دفعاً للضرر عنه ، وإن رأى أنه لا مصلحة له في ذلك قيده بالقرب لعدم مضارة الأم .

أثر انتقال الحاضنة إلى بلد منعت من الانتقال إليه :

إذا خالفت الحاضنة وانتقلت إلى بلد آخر لا يجوز لها الانتقال إليه فهل يسقط حقها في الحضانة ؟ .

إذا كانت الحاضنة أمًا وهي زوجة أو معتدة كان للأب أن يطلب إليها الرجوع باعتبارها زوجة أو معتدة وليس له أن يأخذ الولد منها ، لأنه يكون إبطالاً لحقها في الحضانة مع أنه يستطيع إرجاعها إلى مقر الحضانة .

أما إذا كانت غير ذلك وطلب منها إرجاع الولد إلى البلد الأول ولم تمثل فلم يرد عن فقهاء الحنفية نص صريح بإبطال حق الحضانة أو بقاءه وكل ما ورد عنهم أنها ممنوعة من الانتقال ، وأن لأبيه أو لوليه منعها من الانتقال ، أو يطلب إليها العودة إلى بلد الحضانة ، ومن هنا كانت موضع اجتهاد القضاة في مصر ، فمنهم من تمسك بالنصوص الفقهية وقال : إن حقها لا يسقط بهذا الانتقال لأنه لم يعد من شروط أهلية الحضانة عدم انتقال الحاضنة فيبقى حقها فيها ومن ثم تستحق الأجرة عليها .

ومنهم من يرى أن حقها يسقط ، لأن عدم النص على كونه شرطاً لا يقتضي إهدار معناه ، لأنها إذا كانت ممنوعة من الانتقال إلى بلد بعيد

إلا إذا كان وطنها الأصلي الذي عقد عليها فيه ، وكان للأب منها منه فيكون الأثر العملي للانتقال الممنوع هو سقوط حقها في الحضانة ، لأنه لا جائز أن يكون أثر مخالفتها مجرد أن تكون آمنة فقط ، لأن أحكام الحضانة أحكام عملية يراد ترتب آثارها عليها في الدنيا لمصلحة الصغير ، ولا جائز أن يكون أثره إجبار الأم على العودة بالقوة إلى بلد الأب ، لأن الأب لا يملك إجبارها إلا في حالتي الزوجية أو العدة وفي غيرها لا سلطان له عليها ، وإذا كانت لا تجبر على الحضانة إلا في حالة تعينها لها فلا تحسر على بلد معين للحضانة من باب أولى ، فلم يبق لهذه المخالفة من أثر إلا رزع الولد منها ، ولا يمكن نزع الولد منها ولها حق حضانته .

لكن سقوط حقها في الحضانة شيء واستحقاقها الأجر على قيامها بالحضانة شيء آخر ، فإذا انتقلت إلى بلد آخر وقامت بحضانة الصغير استحققت الأجرة على فترة قيامها لأنها قامت بعمل تستحق الأجر عليه .

هذا هو مذهب الحنفية في انتقال الحضانة إلى بلد آخر .

أما الجعفرية : فلما كان حق الحضانة عندهم للأم أولاً ثم للأب ثم للجد ثم للأقارب على الترتيب السابق ، وحضانة الأم حتى خالص لها فقد جعلوا في المشهور عندهم أن لها الحق في الانتقال به مطلقاً رضي الأب أو لم يرض إلى بلد قريب أو بعيد مصراً كان أو قرية ما لم يكن في هذا الانتقال ضرر على الوالد أو على الولد ، فإن كان فيه ضرر لا يجوز إلا إذا رضي الأب .

ولعل مستند هذا الرأي قوله تعالى : « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » .

وفي قول آخر نقل عن أبي جعفر الطوسي أنه ليس لها الانتقال

بالولد إلى محل تقصر فيه الصلاة ، ولا الانتقال من مصر إلى قرية لأن في السواد يقل تعليمه (١) . فهو يمع الانتقال إلى بلد بعيد وجعل حد البعد مسافة قصر الصلاة ، كما يمنع الانتقال به من المصر إلى القرية ، وقد اختار بعضهم مدا الرأي محافظة على حق الأب في الولاية على ولده (٢) .

وقول الطوسي في حملته قريب من مذهب الحنفية ، ويمكن أن يجعل قوله هذا تفسيراً للقول الأول ، لأنه مع السفر إذا كان فيه صرر على الولد أو الوالد ، ولا شك أن السفر إلى مكان بعيد فيه ضرر عليهما ، وكذلك الانتقال من المصر إلى القرية لما قاله : إن في السواد يقل تعليمه .

كما قالوا : ليس للأب أن ينتزعه من أمه ويسافر به حال حضانتها ، لأن لها حق الحصانة فلا يمترع منها مراعاة للحقين (٣)

حق رؤية الولد لمن ليس في يده .

وإذا كان الولد عند حاضنته أما كانت أو غيرها فليس لها أن تمنع أباه من رؤيته غير أنها لا تجبر على إرساله إليه في مكان إقامته ، بل عليها أن تخرجه إلى مكان يمكن أن يراه فيه .

وكذلك لو كان عند أبيه لضمه إليه بعد انتهاء حضانتها أو لسقوط حقها في الحضانة لسبب من الأسباب يجب عليه أن يمكنها من رؤيته على الوجه السابق ، لأن لكل منها حقاً في الولد فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر ، ولم يحدد الفقهاء مدة لهذه الرؤية ، ويمكن أن يقال إنها بالنسبة للأب والأم كل أسبوع مرة قياساً على ما قرروه من أن الزوجة لها الحق في الخروج لرؤية أبويها كل أسبوع مرة لعلاقة الأصلية والفرعية ، أما غير الأم من أقارب الصغير المحارم فلها رؤيته بكل شهر مرة . وهو ما يجري عليه القضاء بمصر .

(١) الأحكام الجعفرية م ٣٩٣ ص ١٠٢ .

(٢) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٥ .

(٣) المرجع السابق .

الفصل الخامس

في مدة الحضانة ومصير الصغير بعدها

مدة الحضانة : تبثديء مدة الحضانة من وقت ولادة الطفل ، أما انتهاءها فيختلف تبعاً لاختلاف نوع المحضون بالذكورة والأوثة ، فإذا كان المحضون ذكراً فإن حضانته تستمر حتى يستغني عن خدمة النساء ، ويستطيع أن يقوم وحده بمحاجاته الأولية من أكل ولبس ونظافة جسمه ، لأنه بعد ذلك يحتاج إلى التأديب والتعليم والتخلق بأخلاق الرجال ، والأب أقدر على ذلك من الأم وغيرها من النساء ، وقد قدر بعض فقهاء الحنفية مدة الاستغناء بسبع سنين ، وقدرها غيرهم بتسع سنين ، والفتوى في المذهب على التقدير الأول ، لأن الغالب أن الغلام يستغني عن خدمة النساء في حاجاته الخاصة بعد هذه السن .

وقال محمد بن الحسن : إن حضانة الأنثى تستمر إلى سن المراهقة ، وهي السن التي تشتبه فيها لافرق بين أن تكون الحاضنة الأم والجدة أو غيرها ، والفتوى في المذهب على هذا القول ، لأن البنت إذا بلغت مبلغ الاستهواء احتاجت إلى الحفظ والصيانة ، والرجال أقدر على ذلك من النساء .

وقد اختلف الفقهاء في تقدير هذه السن فقدرها بعضهم بإحدى عشرة سنة ،

وقدرها آخرون بتسع سنين ، وعليه الفتوى .

والذي عليه الفتوى في المذهب الحنفي هو أن حضانة الصغير تنتهي ببلوغه سبع سنين ، وحضانة الصغيرة تنتهي ببلوغها تسع سنين (١) ، والعبرة في ذلك بالسنين القمرية ، لأنها المعهودة في التقديرات الشرعية يعمل بها ما لم يوجد نص قانوني على خلاف ذلك .

وإنما زيدت سن الحضانة للفتاة عن سن حضانة الغلام ، لأن الفتاة بعد بلوغها سن الاستغناء عن خدمة حاضنتها لا تزال بحاجة إلى البقاء تحت إشرافها لتقوم على تعليمها خدمة البيت وتعميدها ما يليق بالمرأة من عادات وأخلاق ، فإذا بلغت سن الاشتهاء كانت في حاجة إلى من يقوم بصيانتها والمحافظة عليها والرجال أقدر على ذلك من النساء .

وقد كانت المحاكم المصرية تسير على الرأي الملقى به في المذهب الحنفي ، وهو أن سن الحضانة تنتهي بالنسبة للفتى ببلوغ سن السابعة ، وبالنسبة للفتاة ببلوغها سن التاسعة . إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنص في المادة العشرين منه على أن : « للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع ، وللصغيرة بعد تسع إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك » (٢) .

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣١٦ وما بعدها ، تبيين الحقائق للزيلعي ح ٣ ص ٤٨ وما بعدها ، البحر الرائق ج ٤ ص ١٦٩ وما بعدها .

(٢) وجاء في المذكرة الأيضاحية لهذا القانون إن العمل سري إلى الآن على أن سن الحضانة ينتهي عند بلوغ الصغير سبع سنين وبلوغ الصغيرة تسعاً وهي سن دلت التجارب على أنها قد لا يستغني فيها الصغير والصغيرة عن الحضانة فيكونان في خطر من صحتها إلى غير النساء وخصوصاً إذا كان والدهما مترجماً من غير أمهما ، ولذلك كثرت شكاوى النساء من انتزاع أولادهن منهن في ذلك الوقت ، ولما كان المول عليه في مذهب الحنفية أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الاستغناء عن خدمة النساء والصغيرة تسلم إليه عند بلوغ حد الشهرة ، وقد اختلف الفقهاء في تقدير السن التي يكون عندها -

فقد جعل السن الحضانة حداً أدنى وحداً أعلى وترك أمر اختيار أحد السيدين إلى تقدير القاضي ، لأن طبائع الأطفال تختلف كما أن أجسامهم تختلف قوة وضعفاً فجعل للقاضي حق المد سنتير أو بعضها ، وإذا كان القانون قد جعل الحد الأعلى لسن الحضانة بالنسبة للصغير تسع سنوات ، وبالنسبة للصغيرة إحدى عشرة سنة وقوها عند أقصى تقدير الفقهاء للسن التي يستغني فيها الصغير عن خدمة النساء ولم يوجب حد الشهوة بالنسبة للصغيرة . فيكون القاضي مقيداً بذلك لا يملك تجاوز المدّة عن تسع للصغير وإحدى عشرة للصغيرة .

لكم عرض عند التطبيق أن وجدت حالات غير عادية يكون الطفل فيها بلغ هذه السن ولكنه لا يزال في حاجة إلى خدمة النساء كالمعتوه أو المجنون أو المريض الذي لا يستطيع أن يعمل لنفسه شيئاً وحاجته إلى خدمة النساء لا تقل عن حاجة الصغير الذي بلغ حد التمييز إن لم تزد عليها ، فهل يقف القاضي عند حرفية القانون ويقضي بضمه إلى الرجال ؟ .

بعض القضاة وقف عند هذه الحرفية وامتنع عن إبقائه عند الحضانة ولو كانت أمه مستنداً إلى أن القانون جعل مجال الفسحة التقديرية للقاضي ليعمل فيها بنظره محددة بسن معينة ولا يملك بعدها إلا إعمال نصوص القانون ولكن أكثرية القضاة نظروا إلى الغرض المقصود من الحضانة والضم بعدها إلى الولي وهو النظر إلى الولد ورعاية مصلحته ، فإذا كان في حالة لا يستغني عن

الاستغناء بالنسبة للصغير فقدرها بعضهم بتسعين ، وبعضهم قدرها بتسع ، وقدر بعضهم بلوغ حد الشهوة بتسعين ، وبعضهم قدره بأحدى عشرة سنة رأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى أن يكون للقاضي حرية النظر في تقدير مصلحة الصغير بعد سماع سبب والصغيرة بعد تسع وإن رأى مصلحتها في بقائها تحت حضانة النساء قصى بذلك إلى تسع في الصغير وإحدى عشرة في الصغيرة وإن رأى مصلحتها في غير ذلك قضى بصمها إلى غير النساء .

خدمة النساء تكون مصلحته في البقاء مع حاضنته إلى أن يصل إلى حالة يستغني فيها عن خدمة النساء .

ولأن ظاهر المذهب لم يحدد سناً معينة لانتهاؤ الحضانة ، بل ربطها باستغناء الولد عن خدمة النساء ، وتحديد الفقهاء المتأخرين لها كان مبنياً على أن الغالب في هذه السن استغناء الطفل عن خدمة النساء فهو بمثابة معيار مادي لانتهاؤ هذه المرحلة لمنع النزاع والخلاف فيها ، فإذا جاوز هذه السن ولم يستطع القيام بخدمة نفسه كان الواجب الرجوع إلى السبب الأصلي في ثبوت حق الحضانة وهو حاجة الصغير إلى خدمة النساء .

على أن الفقهاء الذين حددوا السن نظروا إلى الحالات العادية والغالب فيها ، فيكون التحديد غير شامل للصور غير العادية ، ويقال مثل هذا في القانون إنه قصد التحديد بهذه السن في الحالات العادية وهو الأكثر ، ومن المعلوم المقرر شرعاً أن الحالات غير العادية تأخذ الحكم المناسب لها وهو لا يكون إلا مخالفاً للحكم الأصلي ، وعلى ذلك يكون الراجح في نظري : أن الطفل إذا بلغ أقصى سن للحضانة وكان مريضاً أو معتمداً كان أمره مفوضاً إلى القاصي يختار له الأصلح ، فإن كان بقاؤه مع أمه أصلح له حكم بإبقائه ، وإن كان العكس حكم بانتهاؤ الحضانة .

أما المذهب الحمفري . فالمشهور فيه أن مدة الحضانة للأم بالنسبة للغلام سنتان وهي أقصى مدة للرضاع وبعدها يصم إلى الأب إن كان موجوداً ، فإن لم يكن موجوداً أو غير أهل بقي مع أمه لأنه لا حق لغيرها في الحضانة ما دامت موجودة وعندها أهلية للحضانة ، أما الأنثى فمدة حضانة أمها لها تمتد إلى سبع سنين في المشهور ، وفي قول غير مشهور إن حضانتها للفقى تمتد إلى سبع سنين ، وللفتاة إلى تسع سنين

الصغير والصغيرة بعد انتهاء الحضانة.

إذا انتهت مدة حضانة النساء سلم الولد ذكراً كان أو أنثى إلى الأب إن كان موجوداً وعند أهلية لضم الولد إليه ، فإن لم يكن موجوداً أو كان موجوداً غير أهل لذلك الضم انتقل الحق إلى غيره من العصبات الأقرب فالأقرب بترتيبهم السابق في استحقاق الحضانة مع ملاحظة أن الأنثى لا تسلم إلى عاصب غير محرم كابن عمها مثلاً ، لأنها تكون في سن تشتبه وهي لا تحرم عليه فيكون في وجودها معه خطر عليها ، أما الغلام فلا خطر في ضمه إلى العاصب غير المحرم .

وهذا الضم لا خيار فيه للأب ولا للعاصب ولا للولد لأن الشارع هو الذي حكم بذلك لما فيه من المصلحة ، وليس لأحد الخيار فيما قضى به الشارع .

ويبقى الغلام عند من ضم إليه حتى يبلغ مأموناً على نفسه ، فإذا بلغ غير مأمون على نفسه بقي عند من ضم إليه حتى يصير مأموناً . أما البنت فإنها تبقى في يد من ضمت إليه حتى تتزوج ، فإذا لم تتزوج بقيت عند أبيها أو عاصبها المحرم إن كانت بكراً يخشى عليها الفتنة ولو كانت أمينة على نفسها ، وكذلك إذا كانت ثيباً غير مأمونة على نفسها ، فإذا أمنت الثيب على نفسها ، وتقدمت السن بالبكر وصارت ذا دراية وحكمة وعرف عنها العفة صارت أحق بنفسها ، وليس لأحد جبرها على المقام معه .

هذا عند الحنفية .

أما المذهب الجعفري : فإن الغلام بعد السنتين مدة حضانة أمه يضم إلى أبيه إن كان موجوداً وأهلاً للضم ، فإن لم يكن بقي مع أمه لأنها أحق به من الجد والوصي ، ويجبر الطفل على البقاء مع من ضم إليه إلى البلوغ ، فإذا بلغ عاقلاً كان بالخيار في البقاء أو الانفرد بنفسه .

أما البنت فبعد انتهاء حضانة أمها بسبع سنين وهو الراجح ، أو تسع سنين ،
أو إذا تزوجت الأم على ما ذهب إليه الطوسي تصم إلى أبيها وتجبر على البقاء
معه إلى أن تصير مأمونة على نفسها سواء كانت بكرًا أو ثيبًا ، وبعد ذلك
لا تبقى مع وليها الذي ضمت إليه إلا برضاها وإن كان يكره مفارقتها لمن ضمت
إليه حتى تتزوج .

★ ★ ★

الباب الرابع

في الولاية^(١)

وفيه فصلان

قدمنا في الفصل الأول من هذا الكتاب في بحث الولاية في الرواح تعريف الولاية ، وأنها تتنوع إلى نوعين . ولاية قاصرة وهي ولاية الشخص على نفسه وماله ، ومتعدية وهي ولاية الشخص على غيره ، وأنها نوعان . ولاية على النفس ، وولاية على المال ، وتكلمنا هناك عن الولاية في الرواح وهي من الولاية على النفس ، وموضوع كلامنا هنا الولاية المتعدية بنوعيها ، وسنعدد لكل نوع فصلاً خاصاً .

(١) من أهم مراجع هذا البحث . نيل الأوطار ج ٥ ، والبدايع ج ٥ ، والمسوط ج ٤ ، تبين الحقائق ج ٥ . والهداية وحاشية المصنف ج ٨ ، رد المحتار لابن عابد ج ٢ ، وجامع الفصولين ج ٢ ، أحكام الصغار على هامش جامع الفصولين ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ، نهاية المحتاج ج ٦ ، مفتاح الكرامة ج ٥ ، المعروة الوثقى ج ٢ ، فقه الامام جعفر ج ٥ الأحكام الحرفية . شرائع الاسلام ج ١

الفصل الأول

في الولاية على النعمس

ويراد بها هنا : سلطة الوالي التي تتعلق بنفس المولى عليه من صيانته وحفظه وتأديبه وتعليمه العلم أو الحرفة وترويضه .

ولما كان الطفل بعد انتهاء فترة الحضانة عاجزاً عن القيام بتلك الأمور بنفسه حيث لا يدرك وجه المصلحة فيها كان في أشد الحاجة إلى من يقوم بها ، ويسمى ذلك الشخص بالوالي .

ولما كان مدار ثقتها عجز المولى عليه عن إدراك وجه المصلحة فيما يحتاج إليه ثبتت على كل عاجز سواء كان صغيراً أو كبيراً محنواً أو معتموماً .

فتثبتت على الصغير حتى يبلغ عاقلاً مأموناً على نفسه ، وعلى الصغيرة والكبيرة حتى تتزوج أو تتقدم بها السن وتصح مأمونة على نفسها بكرراً كانت . أو ثيباً ، كما تثبتت على المجانين والمعانين حتى يروى عنهم .

من تثبت له هذه الولاية ؟

تثبت الولاية على النفس لأقارب المولى عليه من العصات الذكور، وهم أصوله من الأب والجد أبي الأب وإن علا ، وفروعه من الأبناء وأبناء الأبناء، وفروع الأوير من الأحوه الأشقاء والأحوه لأب وأبنائهم ، وفروع الأحمداد وهم الأعمام وأساؤهم ، غير أن الولاية على الأنسى لا تكون إلا للعاصب المحرم فلا تثبت لابن العم ، وإن لم يوجد من العصات غيره أنقاها القاضي عند حاضنتها أو اختار لها شخصاً أميناً وضعها عنده .

وتثبت الولاية لهؤلاء على حسب ترتيبهم في الميراث . فالفروع ثم الأصول ثم الأخوة وأساؤهم ، ثم الأعمام وأساؤهم بالنسبة لغير الصغار ، أما الصغار فتثبت الولاية عليهم أولاً للأصول لعدم وجود أساء يصلحون للولاية ، فإن لم يوجد إلا واحد كانت الولاية له ، وإن تعددوا قدم الأقرب ، وإن تساوا في الدرجة قدم الأقوى قرابة كالأخ الشقيق على الأخ لأب ، والعم الشقيق على العم لأب ، فإن تساوا في الدرجة وقوة القرابة تثبت لهم جميعاً ، ويختار القاضي أصلهم للولاية . هذا في مذهب الحنفية .

أما المذهب الجعفري : فالولاية على النفس تكون للأب والجد الصحيح، إن علا في مرتبة واحدة على الصغير والمجنون الذي اتصل جدره بالصغر ، ولكل منهما أن يتصرف مستقلاً عن الآخر ، وأيهما سبق الآخر قدم المتقدم وأعمى المتأخر ، وإن تشاحا بأن تصرفا معاً أو لم يعلم أسبقها قدم تصرف الجد ، وإن فقدت معاً كانت الولاية على الصغير والمجنون لو وصي أحدهما ، ووصي الجد أولى من وصي الأب ، فإن لم يكن أحد من هؤلاء فالولاية للحاكم الشرعي ، ولا ولاية لغير هؤلاء من العصات أو غيرهم^(١) .

(١) مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٢٥٥ ، فقه الإمام حمزة ج ٥ ص ١٠٣ .

أما المجنون الذي طرأ جنونه بعد الرشد فالولاية عليه للحساکم في المشهور عندهم ، لأن ولاية الأب والجد قد سقطت والساقط لا يعود .

وهذه الولاية كما أنها حق للولي هي أيضاً حق للمولى عليه ، فإذا امتنع الولي صاحب الحق عن أخذ الصغير بعد انتهاء سن الحضانة ولم يوجد من يحل محله في ذلك أجبر على أخذه (١) .

متى تنتهي هذه الولاية ؟

تنتهي هذه الولاية بالنسبة للفقى بالبلوغ بالعلامات الطبيعية ، (٢) فإن لم تكن قبل السن وهو خمس عشرة سنة عند جماهير الفقهاء ، وهو ما يجري عليه العمل في القضاء ، لأنه الراجح في مذهب الحنفية وبه تقول الحنفية ، فإذا بلغ أحدهما (٣) وكان أموناً على نفسه انتهت هذه الولاية ، وكان له الخيار في الإقامة مع وليه أو الانفرد عنه في السكنى كما يقول الفقهاء .

أما الفتاة فلا تنتهي الولاية عليها بالبلوغ بل تستمر إلى أن تتزوج أو تتقدم

(١) وقد نص قانون المرحمات اللبناني في المادة - ٣٧ - ٣٠ - على أن هذا الحق لا تخور المصلحة عليه باعتباره من الأمور المختصة بالأحوال الشخصية، كما أيدته قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في المادة - ٩ - ٨ - بصمادة عملية حيث حوز حبس المحكوم عليه الذي يردص تسليم الولد القاصر إلى الشخص الذي عهد إليه حفظه لديه بموجب حكم قضائي. الماديه الشرعية والقانونية ص ٦٧

(٢) وهي الاحتلام في كل من العنى والعناة ، واخص في الفتاة ، وأنبات العانة وهي شعر أسود ينبت عند البلوغ حول العروج يدل لذلك ما رواه أحمد والنسائي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما عرض عليه بنو قريظة وحكم بقتل من كان محتلاً أو أمست عانته ومن لا ترك . نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٦٢

(٣) نص قانون نظام أموال الأيتام اللبناني في المادة الثانية على أن أحكام الشرع بموعون من سباع دعوى البلوغ من لا يكملوا الخامسة عشرة من العمر « وهذا يسدل على أن الهبة في البلوغ بالنسبة أما البلوغ بالعلامات الطبيعية فلا اعتار لها قبل هذه السن .

بها السن حتى تصير مأمونة على نفسها فلها أن تنفرد بالسكنى أو تسكن مع أمها .

شروط الولي على النفس :

يشترط في من تست له الولاية على النفس الشروط الآتية .

١ - أن يكون بالغاً عاقلاً ، لأن غير البالغ العاقل لا ولاية له على نفسه بل هو محتاج لمن يلي عليه .

٢ - أن يكون قادراً على القيام بما تتطلبه الولاية من أعمال ، فلو كان عاجزاً لا يكون أهلاً لها .

٣ - أن يكون أميناً على المولى عليه في نفسه ودينه ، فلو لم يكن أميناً بأن كان فاسقاً مستهتراً لا يبالي بما يفعل لا يكون أهلاً للولاية ، لأنها شرعت لمصلحة الصغير وليس من مصلحته أن يوضع عند هذا الفاسق لأنه يخشى عليه أن يتخلق بأخلاقه ، وكذلك لو كان مهملًا كأن يترك الصغير مريضاً بلا علاج أو يجرمه من التعليم وعنده استعداد له ، فإذا كان كذلك انتقلت الولاية إلى من يليه من الأولياء محافظة على مصلحة الصغير .

٤ - أن يكون متجهداً مع المولى عليه في الدين ، لأن اختلاف الدين يؤثر في رابطة القرابة الموجودة بينها فيتعرض الصغير لخطر التأثر بدين وليه ، فلو كانت الولاية للأخوة وكان للصغير أخوان أحدهما موافق له في الدين والآخر يحالفه فيه كانت الولاية للموافق في الدين .

وهذا الشرط في غير القاضي ؛ لأنه نائب عن الحاكم . صاحب الولاية على جميع الرعايا مسلمين وغير مسلمين ، وكما تشترط هذه الشروط في ثبوت الولاية ابتداءً يشترط بقاؤها طوال مدة الولاية ، فإذا تغير شرط منها سلبت الولاية منه لأنه أصبح غير أهل لها .

والمذهب الجعفري قريب من المذهب الحنفي فيشترط في الولي أو الوصي البلوغ والرشد والاتحاد في الدين .

سلب الولاية :

لا تسلب الولاية فيها إلا إذا فقد الولي شرطاً من الشروط السابقة وهو ما كانت تسيّر عليه المحاكم في مصر باعتباره الراجح في المذهب الحنفي إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ المنظم لأحكام الولاية على النفس ففصل أحكام سلب الولاية فجعل الحالات التي تسلب فيها الولاية نوعين .
أولها : حالات يجب فيها سلب الولاية وسقوط كل ما يترتب عليها من حقوق .

وثانيها : حالات لا يجب فيها سلب الولاية بل يجوز الحكم بسلبها كما يجوز الاكتفاء بالحكم بوقف كل حقوقها أو بعضها ، كما يكون ذلك بالنسبة لكل من تشملهم الولاية أو بعضهم فقط .

أما الحالات التي يجب فيها سلب الولاية وسقوط كل ما يترتب عليها من حقوق فهي كما جاء بالمادة الثانية .

١ - إذا حكم على الولي في جريمة وقعت منه على أحد من تشملهم الولاية من جرائم الاغتصاب أو هتك العرض أو جريمة مما نص عليه في القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .

٢ - إذا حكم عليه في جنابة وقعت منه على نفس أحد المشمولين بولايته ، أو حكم عليه لجنابة وقعت من أحدهم .

٣ - إذا حكم على الولي أكثر من مرة لجريمة مما نص عليه في القانون رقم ٦٨

لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة إذا كانت الجريمة على غير المشمولين بولايته .

وإنما وجب سلب الولاية في تلك الحالات لأن الوالي لم يعد أهلاً للولاية لانعدام أهليته التي هي أساس أهلية الولاية ، ولذلك تسلب ولايته عن وقعت عليه الجريمة وعن غيره إن كان في ولايته غيره مطلقاً في الحالتين الأولى والثالثة ، أما في الحالة الثانية فإنها تسلب وحبوباً عن الآخرين إلا إذا كانوا من فروعه فإنها تفوض إلى القاضي فإن رأى حطراً في بقائها سلبها وإلا أبقاها عليهم .

وإنما استنيت تلك الصورة لأن انعدام الشفقة على غير الفروع لا يلزم منه حتماً انعدامها بالنسبة للفروع .

أما الحالات التي لا يتحقق فيها سلب الولاية فنصت عليها المادة الثالثة من هذا المرسوم بقانون وهي تقول في مطلعها : « يجوز أن تسلب أو توقف كل أو بعض حقوق الولاية بالنسبة إلى كل أو بعض من تشملهم الولاية في الأحوال الآتية .

١ - إذا حكم على الوالي بالأشغال الشاقة المؤبدية أو المؤقتة . وحكمة هذا طاهرة لأن الوالي إذا حكم عليه بذلك فلن يتمكن من القيام بأعمال الولاية فلا فائدة الأبقاء للصغير تحت ولايته .

٢ - إذا حكم عليه لجريمة اعتصاب أو هتك عرض أو لجريمة مما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة إذا كانت الجريمة وقعت على غير من تشملهم الولاية وكان هذا الحكم لأول مرة

٣ - إذا حكم على الوالي أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو لاعتداء حسيم متى وقعت الجريمة على أحد من تشملهم الولاية .

٤ - إذا حكم بأيداع أحد المشمولين بولايته داراً ممن دور الاستصلاح وفقاً للمادة - ١٦٧ من قانون العقوبات أو طبقاً لمصوص قانون الأحداث المشردين .

٥ - إذا عرض الولي صحة أحد من المشمولين بولايته للخطر ، أو عرض سلامته أو أخلاقه أو تربيته لذلك بسبب سوء معاملته أو سوء خلقه وقدرته نتيجة اشتهاؤه بفساد السيرة أو الأذى على التراب أو المخدرات ، أو بسبب عدم العناية أو التوجيه ، ولا يشترط في هذه الحالة أن يصدر ضد الولي حكم بسبب تلك الأفعال .

وأجاز القادون للمحكمة في الحالتين الرابعة والخامسة أن تعهد إلى وزارة الشؤون الاجتماعية بالأشراف على تربية الصغير وتعليمه بدلاً من سلب ولايته إذا رأت مصلحة الصغير في ذلك .

كما أجاز للوزارة أن تعهد بهذا العمل إلى أحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المدة لهذا العرض ، وإذا لم تتحقق العائدة المرجوة من هذا الأشراف لسبب يرجع إلى الولي جاز رفع الأمر للقضاء لسلب الولاية أو وقفها .

وإذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها عهدت بالصغير إلى من يلي من سلبت ولايته أو وقفت ، فإن امتنع أو لم تتوافر فيه شروط أهلية الولاية جار للمحكمة أن تعهد بالصغير إلى أي شخص أمين عليه ولو لم يكن قريباً له ما دام حسن السيرة صالحاً للقيام بتربيته أو أن تعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المختصة بذلك .

وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تفوض من عهدت إليه بالصغير مباشرة الحقوق التي حرم منها الولي كلها أو بعضها .

وإذا قضت المحكمة بالحد من الولاية بأن وقفت الولي عن بعض حقوقها

فوضت مباشرة الحقوق التي حرمت الولي منها إلى أحد أقارب الصغير أو أي شخص مؤتمن أو إلى معهد أو مؤسسة اجتماعية على حسب ما فيه مصلحة الصغير.

هل يجوز إعادة الولاية المسلوبة ؟

أجاب هذا المرسوم بقانون في مادته الحادية عشرة^(١) عن هذا التساؤل فصرح بأنه لا يجوز إعادة الولاية المسلوبة إذا كان الحكم على الولي في الحالة الأولى من حالات وجوب سلب الولاية .

وأحاز إعادتها فيما عدا ذلك في بعض الحالات إذا طلب ذلك الولي بعد رد اعتباره ، وفي بعضها بمضي ثلاث سنوات فأجاز إعادتها بعد الطلب ورد الاعتبار له إذا كان سلبها مبنياً على الحالتين الثانية والثالثة من حالات وجوب سلب الولاية ، أو بناء على الحالات الثلاث الأولى من حالات جواز سلب الولاية .

فإن كان سلبها بناء على الحالتين الرابعة والخامسة من حالات جواز سلب الولاية جاز للولي استرداد حقوقه التي سلبت منه إذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية .

هذا ولم ينفرد القانون المصري بذلك بل شاركه القانون اللبناني في أكثر تلك الحالات .

فالولاية تسقط - فوق سقوطها بفقد الولي شرطاً من شروط أهلية الولاية

(١) ونصها : « يجوز للأولياء الذين سلمت ولايتهم وفقاً للبند ٢ ، ٣ من المادة الثانية ، أو سلبت ولايتهم أو بعض حقوقهم فيها وفقاً للبند ١ ، ٢ ، ٣ من المادة الثالثة أن يطلبوا استرداد الحقوق التي سلبت منهم إذا رد اعتبارهم ، ويجوز أيضاً في الأحوال المنصوص عليها في البندين ٤ ، ٥ من المادة الثالثة إذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية » .
ويلاحظ أن كلا من المرسومين بقانون ١١٨ ، ١١٩ لسنة ١٩٥٢ قد فصلا على أنه يترتب على سلب الولاية على النفس سقوطها بالنسبة إلى المال بحكم القانون دون أن يحتاج إلى صدور حكم بسقوط الولاية على المال .

وبأتمام الصغير سن البلوغ وهو ثمانى عشرة سنة^(١) - بمقتضى قانون العقوبات اللبناني (المواد ٩٠ - ٩٣) كمقوبة اختيارية تحكم بها المحاكم الجزائية على الولى أو الوصى لمدى الحياة أو لأجل يتراوح بين ثلاث سنوات وخمس عشرة سنة فى الأحوال الآتية .

١ - إذا حكم على الولى أو الوصى بمقوبة جنائية وتبين أنه غير جدير بممارسة سلطته على الصغير .

٢ - إذا حكم على الولى أو الوصى بمقوبة جنائية أو جناحية من أجل جريمة اقترفها بحق الصغير أو بالاشتراك معه .

٣ - إذا اقترف الصغير جناية أو جنحة تسببت عن تهاون الولى أو الوصى فى تهذيبه أو عن اعتياده أهمال مراقبته .

وعلاوة على ذلك نص القانون ذاته على أن تدابير الإصلاح التى يحكم بها على القاصر توجب تعليق حق الأب أو الأم أو الولى فى حفظه وتربيته ففي هذه الحالة يمارس حق الحراسة والتربية باسم محكمة الأحداث الشخص المختار أو رب العيلة أو مدير المؤسسة أو مدير الإصلاحية أو مدير المعهد التأديبى الذى سلم إليه القاصر (المادة ١٢٧)^(٢) .

(١) فقد نص قانون حقوق العائلة على أنه يشترط لأهلية الزواج أن يكون الخاطب فى سن الثامنة عشرة فأكثر والمخطوبة فى سن السابعة عشرة فأكثر وهذه السن موافقة لقول أبى حنيفة وابن عباس ، ونص قانون الموجبات والمعقود اللبنانى فى المادة (٢١٥) على أن أهلية الالتزام هى تمام الثامنة عشرة وهى موافقة لرأى الإمام مالك فى الذكر والأشئ ، كما نص قامسون تنظيم القضاء الشرعى الحديد فى المادة (٣٨٩) على أن فاقدي الأهلية الخاضعين لولاية المحكمة الشرعية هم الأيتام دون الثامنة عشرة من عمرهم قبل أن تقرر المحكمة بلوغهم من الرشد .

(٢) المبادئ الشرعية والقانونية للدكتور صبحى محمصانى ص ٦٢ ، ٦٣ .

الفصل الثاني

في الولاية على المال

يراد بالولاية على المال : السلطة التي يملك بها الولي التصرفات والعقود التي تتعلق بمال المولى عليه من البيع والشراء والأجارة والرهن والأعارة وغيرها .
وهذه الولاية تثبت على العاجزين عن تدبير شئونهم المالية من الصغار والمجانين والمعاتيه باتفاق الفقهاء ، كما تثبت على السفهاء وذوي الغفلة عند جماهير الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة .

أما الصغير : فيمر بمرحلتين حتى يبلغ . المرحلة الأولى : مرحلة عدم التمييز وتنتهي عادة ببلوغ سن السابعة وفي هذه المرحلة تكون الولاية عليه تامة ، فجميع التصرفات لوليه ، لأن الصغير فيها لا إدراك له ولا تمييز ومن ثم لا تكون له عبارة معتبرة ، فأبي تصرف يصدر منه يكون باطلا .

فإذا بلغ سن السابعة من عمره ^(١) بدأت المرحلة الثانية وهي مرحلة التمييز

(١) ولعل السند للفقهاء في تحديد سن التمييز بسبع سنين قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « مروا أولادكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع » فإن الأمر بالصلاة لا يكون لمن له تمييز ليعتادها فيما بعد .

وفيهما يدرك الفرق بين النافع والضار بصورة إجمالية ، كما يعرف معاني العقود إجمالاً ، فيدرك أن معنى بيع إخراج للشيء من حيازته ، ومعنى اشتريت إدخال للمشتري في حيازته ، فيتحقق له بهذا أهلية للتصرف لكنها ناقصة يحتاج معها إلى رأي وليه ، ومن هنا قرر فقهاء الحنفية إن تصرفاته في هذه المرحلة ثلاثة أنواع :

١ - تصرفات باعة نفعاً محضاً . كقبول الهبة أو الهدية ، وهذه تصح منه وتنفذ ولا تتوقف على إذن وليه .

٢ - تصرفات ضارة ضرراً محضاً كهبته ماله وأهدائه وإبراء المدين له من الدين وإقراره بالدين ، وهذه باطلة لا تنفذ حتى ولو أجازها وليه ، لأن الولي لا يملكها ابتداء فلا يملك تملكها لغيره بالإجازة .

٣ - تصرفات مترددة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة وعقود المعاوضات كلها ، وهذه تصح باعتبار ما عنده من إدراك وتمييز وأهلية ناقصة ، ولكنها تتوقف على رأي الولي (١) . إن أجازها - في حدود ما يملكه من الولاية - نفذت لظهور أن نفعها أكثر من ضررها ، وإن ردها بطلت لظهور أن ضررها أكبر وتستمر هذه المرحلة إلى البلوغ ، وهو يكون بالعلامات الطبيعية إن وجدت وبالسن إن لم توجد ، وهو مقدر عند جمهور الفقهاء بخمس عشرة سنة ، وعليه العمل في القضاء ، وإخالف أبو حنيفة فجعله ثلثي عشرة سنة للفتى ، وسبع عشرة

(١) قانون الموجبات اللبثاني م ٢١٦ ينص على أن تصرفات المميز التي لا تخضع لأجراء معاملة خاصة تعتبر قابلة للأطال بناء على طلبه أو طلب وليه أو ورثته ولكن بشرط إثبات وقوع الفبن في العفد ، وإذا كان المقعد الذي أنشأ القاصر يخضع لصيغة معينة كوجوب موافقة المحكمة المدنية على عقد المقاسمة مع القاصر أو غير ذلك من الصيغ والشروط فالبطالان واقع من جراء ذلك دون أن يلزم المدعي بإثبات وجود العبن ، فلم تعد تصرفاته موقوفة على إجازة الولي بل على عدم وجود الفبن في النوع الأول فهي قابلة للبطالان فيه ، وفي الثاني باطلة إذا لم تراع الصيغ الخاصة المطلوبة قانوناً .

سنة للفتاة ، وجعله مالك ثماني عشرة سنة لها استناداً لقول ابن عباس في تفسيره لقوله تعالى: « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده » الأعمام - ١٥٢ فقد فسر أشد اليتيم بثمانى عشرة سنة فكان حد البلوغ بالنسب، ولكن أما حنيفة أدقص الفتاة سنة لأنها أسرع إلى البلوغ عادة من الفتى .

أما الجمهور فقد استندوا إلى ما رواه الجماعة عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: « عرضت على النبي ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يُجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني » (١) .

فأجازة الرسول وإدنه بالقتال وهو ابن خمس عشرة سنة دليل على أن أدنى سن للبلوغ مبلغ الرجال هو ذلك (٢) .

وإذا بلغ عاقلاً كملت أهليته ولكن لا يسلم إليه المال إلا إذا ثبت رشده ، وهو الأحسان في التصرف في المال بحيث لا يمهقه إلا على مقتضى العقل والشرع،

(١) نيل الأقطار ج ٥ ص ٢٨٢ . ومعنى الأحارة الأذن بالخروج للقتال من أجزائه إذا أمصاه وأذن له .

(٢) الحنفية جعلت هذه السن لبلوغ الفتى وهي الرواية المشهورة عندهم وفي رواية من ثلاث عشرة إلى أربع عشرة وفي ثالثة أدا بلغ عشر أ وكان بصيواً كما في شرائع الإسلام ج ١ ص ٢٤ والمحتمل المنافع ص ١٦٤ ، ولعل هذه الرواية هي سند منعم منس انمقاد تصرفات الصغير ولو كان مميزاً إلا إذا بلغ عشر سنوات وتصرف في حوزة الخير كما جاء في مفتاح الكرامة ج ٥ ص ١٢٤٩ ص ٢٥٢ .

أما سن البلوغ للفتاة فهو تسع سنين قولاً واحداً كما في المراجع السابقة، وفي فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٦٩ بعد أن قرر ذلك علق عليه في هامش هذه الصفحة بقوله : والفقهاء الحنفي لم ينفرد بهذا فهي كتاب ابن عابدن وهو من أهم المراجع في المذهب الحنفي « وأدنى مدة البلوغ للذكر اثنتا عشرة سنة وللأنثى تسع سنين وهو المختار كما في أحكام الصغار اه . ونحن نقول : إن قول الحنفية هذا ليس في مقام اثبات البلوغ بالنسب وإنما في مقام آخر وهو أدنى سن تصدق فيه دهرى البلوغ من الفتاة بدليل مقادله وهو اثنتا عشرة في الفتى، أما البلوغ بالنسب إذا لم توجد العلامات الطبيعية فهو خمس عشرة سنة لهما عند الصحابين وهو المفتى به .

وما دام لم يسلم إليه ماله تبقى الولاية المقيدة لتصرفاته فلا يتصرف إلا بالأذن .

ولم يحدد الفقهاء للرشد سناً معينة ، لأنه أمر يختلف باختلاف الأشخاص والأزمان ، بل وكلوا ذلك إلى التجربة والاختيار وهو قول صاحبين من الحنفية والجمهورية ، أيضاً ورادوا أنه يثبت بشهادة رحلين عدلين في الذكور والأناث وبشهادة النساء وحدهن أو مع الرجال في الأناث فقط .

وسند هذا الرأي قوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً ، وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ، النساء - ٥ ، ٦ » فإذا ثبت الرشد بالفعل سلم إليه ماله .

وذهب أبو حنيفة إلى أن ذلك يستمر إلى خمس وعشرين ، فإذا بلغها سلم إليه ماله وإن لم يرشد بالفعل ، لأن الغرض من منع المال عنه تهذيبه وتأديبه بصورة حسية ، فإذا بلغ هذه السن ولم تغد التجارب معه لم يكن هناك أمل في ذلك ، وحينئذ يدور الأمر بين منع ماله عنه وفيه إهدار لكرامته وهو عاقل وبين دفع المال إليه والمحافظة على كرامته كأبسان ، وإذا دار الأمر بين الأنسانية والمال رجحت كفة الأنسانية ومنع الحجر عليه ، ولأنه يكون في هذه السن إمكان أن يكون جداً وأنا أستحي أن أحجر عليه .

ولأنه محاطب بالتكاليف الشرعية مأمور بالوفاء بالعقود في قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ، المائدة - ١ » وفي الحجر عليه معارضة لهذه الآية

ولكن الراجح هو رأي الجمهور لقوة أدلته السابقة مع أن القرآن صرح بأن للسفيه ولياً في قوله سبحانه في آية المداينة في سورة البقرة - ٢٨٢ « فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل ، فقد جعل للسفيه ولياً يتصرف عنه .

ولأن الحجر على السفية فيه مصلحة له من المحافظة على ماله الذي يمتد إلى ورثته من بعده ، فلو ترك يتصرف فيه لأضاعه وأصبح عالة على المجتمع .

وإذا كان الفقهاء لم يحددوا سناً معينة فقد حدد القانون الوصعي للرشد المالي سناً معينة إذا بلغها الشخص كان رشيداً وارتفعت الولاية عنه وسلم إليه ماله إلا إذا ثبت من تصرفه ما يقتضي الحكم بإبقاء الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد ، فحددها القانون المصري بأحدى وعشرين سنة ميلادية والقانون اللساني بثماني عشرة سنة وقد جعلها سناً للبلوغ والرشد معا .

وفائدة هذا التحديد تظهر في سهولة التطبيق القضائي واستقرار المعاملات المالية .

أما المجنون . وهو عديم العقل فيأخذ حكم الصغير قبل سن التمييز إذا كان حموه مطلقاً أو متقطعاً في حال الجنون ، أما في حال الإقامة فهو كالعقل .

أما المعتوه : وهو قليل الصم فاسد التدبير مختلط الكلام فيأخذ حكم الصغير بعد سن التمييز .

وأما ذو الغفلة : وهو الذي لا يهتدي إلى التصرفات النافعة ويغيب في البياعات لضغف إدراكه فيأخذ حكم السفية . وهو البالغ العاقل غير الرشيد يحجر عليه ويمنع عنه ماله .

من تثبت له الولاية المالية :

تثبت الولاية المالية على الصغير عند الخنفة للأب ثم لوصيه ثم لوصي وصيه ، ثم للجد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا ، ثم لوصيه ثم لوصي وصيه ، ثم للقاضي

ثم لوصي القاضي (١) .

فهي تثبت للأب أولاً ، فإن لم يوجد وكان قد اختار وصياً ليدير شئون أولاده المالية تثبت لهذا الوصي وإن كان الجد موجوداً ، وكذلك إذا اختار وصي الأب وصياً ليقوم بدله ، فإن لم يوجد هذا الوصي أو كان وتوفى كانت الولاية للجد ، ثم من بعده لوصيه ولوصي وصيه إن وجد ، فإن لم يوجد واحد من هؤلاء كانت الولاية للقاضي الذي يعين في الغالب وصياً يتولى ذلك الأشراف .

وقدم الأب على غيره أمر طبيعي لأنه أشفق الناس على أولاده وأحرصهم على مصالحهم ، وكان وصي الأب مقدماً على الجد لأن اختيار الأب وصياً مع وجود الجد دليل على أنه أولى من الجد ، لأنها تعتمد على الأمانة والتجربة والخبرة أكثر من اعتمادها على الشفقة التي يتميز بها الجد عن الوصي ، وإرادة الأب في شئون ولده محترمة في حياته فكذلك تحترم بعد وفاته .

هذا وليس لأحد من المصبات غير الأب والجد حق في الولاية على المال إلا إذا جاءت بطريق الوصاية من الأب والجد أو الاختيار من القاضي وكذلك لا حق للنساء إلا من هذا الطريق (٢) .

(١) أما الملكية والحائلة فتثبت الولاية عندهم للأب ثم لوصيه ثم للقاضي ثم وصيه فممن يجعلونها للجد أصالة وإن كان يصح أن يكون وصياً من قبل الأب أو القاضي قالوا : لأسه لا يدلي إلى الصغير بنفسه وإنما يدلي إليه بالأب فلا تكون له الولاية على مال الصغير كالأخ . أما الشافعية فجعلوها أولاً للأب ثم للجد ثم لوصي من تأخر موته منها ثم للقاضي ثم لمن يقيمه وصياً ، لأن الجد عندهم يرث بمنزلة الأب عند عدمه لو ورث الشفقة عنده مثل الأب ولذلك تثبت له الولاية في الترويع وتثبت ولايته في المال أيضاً .

(٢) وهذا متفرق الولاية على المال عن الولاية على النفس والأولى ضيقة الدائرة والثانية دائرتها أوسع فتشمل كل المصبات بل تتعداها إلى غيرهم من ذوي الأرحام من الرجال والنساء عند أبي حنيفة . ولهذا قد تتعمق الولايتان لشخص واحد وقد تنفرد إحداها عن الأخرى فيكون للمال ولي وللنفس ولي آخر في وقت واحد كالأخ مع الوصي عند عدم الأب والجد .

أما الجعفرية : فالولاية على المال عندهم كالولاية على النفس تكون للأب والجد وإن علا في مرتبة واحدة يشتركان فيها على ما بيناه فيما سبق ، ثم لوصي أحدهما مع فقد الآخر ثم للقاضي ، وله أن يعين وصياً إذا آلت الولاية له .^(١)

أما الولاية على المجنون والمعتوه : فإذا كان الجنون أو العته مصاحباً للبلوغ فإن الولاية تكون للأولياء السابقين لأنها كانت ثابتة بسبب الصغر ولم يوجد ما يقتضي رفعها فتستمر إلى الأفاقة قولاً واحداً في المذهب الحنفي .

أما إذا بلغ الصغير عاقلاً سليماً ثم طرأ عليه الجنون أو العته بعد رفع الولاية عنه فالراجح في المذهب الحنفي عود الولاية إلى الولي السابق لوجود المعجز المقتضى للولاية وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه .

ويذهب زفر إلى أن الولاية تكون للقاضي ابتداءً ، لأن ولاية الأب والجد قد سقطت بالبلوغ مع العقل والساقط لا يعود .. لكن هذا غير مقبول ، لأنه لا يعقل أن تكون الولاية للقاضي مع وجود الأب أو الجد وأهليتهما متحققتين وشفتيها متوفرة ، والقاضي لا يتولى ذلك بنفسه بل إنه يتولاه بواسطة الوصي ، فلا يعقل أن يعين وصياً أجنبياً مع وجود واحد منها .

والجعفرية : يفصلون كذلك بين المتصل بالصغر والطارىء ، ففي المتصل تكون الولاية للأب والجد قولاً واحداً ، وفي الطاريء المتجدد بعد الرشد فالولاية للحاكم ، لأن ولاية الأب والجد قد سقطت والساقط لا يعود إلا بدليل كقول زفر السابق .

وقال صاحب الجواهر وصاحب مفتاح الكرامة : الأحوط توافق الجد والأب مع الحاكم . أي أن التصرف بما للمجنون الذي انفصل جنونه عن صغره يكون برأي الجميع .

(١) مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٢٥٥ ، العروة الوثقى ج ٢ ص ٤٠٦ .

أما الولاية على السفه وذي العفلة : فتثبت أيضاً للأولياء السابقين إذا كان السمه والعملة متصلين بالصغر عند محمد بن الحسن ، وعند أبي يوسف تكون للقاضي ابتداء .

أما إذا بلغ رشيداً ثم طرأ عليه السفه أو العفلة فإن الولاية تكون للقاضي الذي يعين قياً يتولى سلطات الولاية تحت إشرافه ومراقبته ، لأن الحجر للمحافظة على أموالهما لا لتقص أهليتهما ، والنظر في مثل هذه الحالة للحاكم الذي ينوب عنه القاضي .

والجعفرية يفصلون أيضاً بين المتصل بالصغر والطارىء ، ففي السفه الطارىء تكون الولاية للحاكم دون الأب والجد قولاً واحداً ، واختلفوا في المتصل بالصغر على قولين . أحدهما تكون للأب والجد استصحاباً للولاية السابقة ، وثانيهما أنها تكون للحاكم ^(١) . - فهو متفق في هذا مع مذهب الحنفية .

هؤلاء هم أصحاب الحق في الولاية على المال في مذهبي الحنفية والجعفرية وعليهما العمل في المحاكم السنية والجعفرية في لبنان .

أما في مصر فقد كان يجري العمل في القضاء على مذهب الحنفية إلى أن صدرت تشريعات وضعية عدلت بعض أحكام الولاية كان آخرها المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ المنظم لأحكام الولاية على المال فقيد دائرة الأولياء وأصبح عمل المحاكم الحسبية بمقتضاه .

فادته الأولى تنص على أن « الولاية للأب ثم الجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد احتار وصيا للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة » .

(١) شرايع الإسلام ج ١ ص ٢٠٥ ، فقه الإمام جعفر ح ٥ ص ١٠٥ .

والمادة ٢٩ منه تنص على أنه « إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصياً » .

ومن هاتين المادتين يكون القانون قد ضيق دائرة الولاية على المال وجعلها للأب ثم لوصيه ويسمى الوصي المختار ، فإن لم يكن واحد منها تكون للجد ثم من بعد الجد للقاضي ينوب عنه وصيه .

فقد ألغى وصي وصي الأب كما ألغى وصي الجد ووصيه ، ولم يجعل حق الأيضاء إلا للأب وللقاضي ، وفي المذاهب الأخرى متسع لهذا الألفاء^(١) .

كما أنه جعل تلك الولاية إلزامية لمن ثبتت له لا يجوز له التنحي عنها إلا بإذن من المحكمة محافظة على مصلحة الصغير لتستطيع المحكمة عند الاستئذان في التنحي أن تتخذ من الإجراءات ما يكفل مصلحة المولى عليه إذا وجدت سبباً يدعو إلى التنحي كالشيخوخة أو المرض المعجز عن مزاوله أعمال الولاية. ولأن ولايتها كما أنها حق لها هي واجبة عليها لأنها ولاية ذاتية أصلية أثبتتها المشرع لها دون توقف على تعيين أو قضاء فلا يجوز لأحدهما التنازل عنها إلا بمسوع شرعي^(٢) .

شروط الولي على المال :

شرط الفقهاء لأهلية الولاية على المال الشروط الآتية :

١ - أن يكون كامل الأهلية بالبلوغ والعقل والحرية ، لأن ناقصها لا ولاية له على ماله ، فلا تكون له ولاية على غيره .

(١) كما ألفى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ .
(٢) ومثلها في ذلك القاضي فهو يستمد ولايته من الشرع ويوارسها دون قرار قضائي ، أم الأوصياء فولايتهم اختيارية من يملك ذلك ، ولا تكون إجبارية فلهم عدم قبولها ابتداء .

٢ - ألا يكون سفياً يخشى على مال القاصر من تصرفاته، فإن كان محجوراً عليه بالفعل فالأمر طاهر، لأن الممنوع من التصرف في ماله يمنع من التصرف في مال غيره من باب أولى، وإن كان غير محجور عليه بالفعل لكنه يستحق الحجر فلا ولاية له أيضاً لعدم ائتمانه على المال، فقد جاء في كتاب جامع أحكام الصغار « إن الإن إذا آل إليه ميراث من أقاربه وأبوه حي موحود فلو كان أسوه مبذراً ومستحقاً للحجر عليه على رأي من يرى الحجر لا تثبت الولاية لهذا الأب مطلقاً، وهذا الشرط يتفق مع رأي الصاحبين القائلين بالحجر على السفية وهو المفتى به، وأما على رأي الأمام فلا يشترط هذا الشرط فتكون للأب السفية ولاية على مال ابنه ولكن تصرفه يقيد بما لا يضر بمال الصغير، وسيأتي بيانه في تصرفات الأب.

٣ - أن يكون متحداً مع القاصر في الدين، فإن كان الأب غير مسلم وأولاده مسلمون. كان تكون أهمهم قد أسلمت وهم صغار وبقي الأب على دينه فيكون الأولاد مسلمين تبعاً لأهمهم، لأنهم يتبعون خير الأبوين ديناً فلا تثبت الولاية للأب عليهم في هذه الحالة، وكذلك لو كان الأب أسلم وتوفى وترك أولاده المسلمين فلا يكون لجدهم المخالف له في الدين ولاية عليهم.

وهذا الشرط في غير القاضي، لأن ولاية القاضي ولاية عامة مستمدة من رئيس الدولة الذي هو ولي من لا ولي له من رعاياه مسلمين وغير مسلمين.

وقد نصت المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه « لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » .

فهذه المادة تناولت الشرطين الأول والثاني، وأما الثالث وهو الاتحاد في الدين فقد جاء اشتراطه صريحاً في الوصي في المادة - ٢٧ - ولا فرق بين الولي والوصي في ذلك، ولأن أصل القانون هو الفقه الإسلامي وهذا من مبادئه.

سلطة الولي في التصرفات :

الأصل في تصرفات الولي أنها غير مطلقة بل مقيدة بما فيه مصلحة المولى عليه ، وعلى ذلك لا يملك التصرفات الصارة ضرراً محضاً . كهبه جزء من مال المولى عليه أو التصديق به ، فإذا صدرت منه كانت باطلة ، ويملك التصرفات النافعة نفعاً محضاً . كقبول الهبة والصدقة والوصية ، ومثلها التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة والشركة بشرط ألا يكون فيها ضرر ، فإن كان فيها ضرر كانت باطلة ، هذا إجمال لحكم التصرفات ، أما تفصيلها فإنها تختلف باختلاف الشخص الذي يتولاها ، وإليك البيان .

تصرفات الأب : فصل الحنفية في الآباء فيصنفونهم أصنافاً أربعة .

الصنف الأول . أب معروف بالتبذير أو الأسراف وعدم الأمانة على المال ، وهذا لا يستحق الولاية على أموال أولاده ، فلو أعطيت له الولاية ثم ظهر كذلك سلبت ولايته وأخذ منه المال وسلم إلى من يستحقها إن كان موجوداً ، وإلا سلم إلى وصي يختاره القاضي ليحقق للصغار ما ينفعهم ويحافظ على مصلحتهم .

الصنف الثاني : أب معروف بفساد الرأي وسوء التدبير لكنه أمين على المال غير مبذر فيه ، وهذا يستحق الولاية نظراً لأمانته وعدم تبذيره ، ولأنه أقرب الناس إلى أولاده موفور الشفقة عليهم ، ولكنه يراقب في تصرفاته فيمنع من كل ما يضر بمصلحة الصغير ، فيشترط لصحة تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر أن تكون فيها منفعة ظاهرة ، فإن تحققت نفذت وإن لم تتحقق ألغى التصرف .

ولقد وضع بعض الفقهاء معياراً للمنفعة الظاهرة في بيع العقار أن يكون بضعف قيمته ، وفي شرائه أن يكون بنصف القيمة ، وفي بيع المنقول أن يكون بزيادة تساوي نصف قيمته وفي شرائه أن يكون بنقص يساوي ثلث

قيمتِه فيبيع ما قيمته ستة بتسمة ، ويشترى ما قيمته تسعة بستة
وقيل غير ذلك لكن الفتوى على الأول .

الصف الثالث : أب مستور الحال لم يعرف عنه فساد رأي ولا تبذير .

الصف الرابع : أب معروف بحسن الرأي والتدبير والتصرف . وهذا
والذي قبله تثبت لها الولاية الكاملة ومطلق التصرف في أموال من في ولايتها
صغاراً كانوا أو غير صغار .

فيملك الواحد منها كافة التصرفات التي يملكها في ماله ، ولا يستثنى منها
إلا ما فيه ضرر محصن كالتبرع والصدقة وما في معناها ، لأن التبرع إخراج لمال
الصغير بدون عوض فيكون ضرراً محضاً .

وعلى هذا يكون له بيع أموال المولى عليهم عقاراً كانت أو منقولاً ويشترى
لهم ما دام ذلك البيع والشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير مما يتغابن فيه الناس
عادة ، ولا يملك أحد نقص تصرفه حتى الصغير إذا بلغ لا يملك ذلك ، لأنه
صدر عن ولاية تامة .

أما إذا كان البيع والشراء بغبن فأحسن فإنه لا يكون صحيحاً ، لأنه في
معنى التبرع وهو ممنوع منه فيبطل البيع وينفذ الشراء على الأب لأمكان تنفيذه
بدون ضرر بالمولى عليه .

ويجوز له أن يشتري مال الصغير لنفسه أو يبيع ماله له ما دام خالياً من
الغبن الفاحش ، ويتم العقد بعبارة وحدها . كبتعت هذا إلى ابني أو اشتريت
هذا من ابني ، وهي من الصور المستثناة من القاعدة العامة عندهم التي تمنع تولي
الشخص الواحد طرفي العقد في العقود المالية بعبارة واحدة ، وخالف في ذلك
زفر تمسكاً بالقاعدة كما يجوز أن يؤجر ماله ويتأجر له بدون غبن فاحش ،

ولا يجوز له أن يؤجر أموال الصغير لمدة طويلة لأنها غالباً تكون بأجرة ناقصة ففيها ضرر بأموال الصغير .

وله أن يودع أموال القاصر ولو كان الأيداع بأجر ، لأنه من طرق المحافظة على أموال القاصر .

كما أن له أن يعير أموال الصغير إذا كان العرف يجري بذلك ، لأنه كما يعير آلاته يستعير له من غيره فهو من قبيل تبادل الخدمات .

أما إذا كانت الآلة معدة للاستغلال والتأجير فلا يملك إعارتها ، لأن إعارتها تضييع لأجرتها عليه ، ولا يجوز له أن يقرض أموال الصغير لنفسه ولا لغيره ، لأن الأقرض تعطيل للمال عن الاستثمار وهو مأمور بتنميته ما استطاع .

ولا يجوز له أن يهب من ماله شيئاً ولا أن يتصدق به ولا التبرع بشيء منه حق ولو كان التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي ، لأنها تصرفات ضارة ضرراً محضاً وهو لا يملكها .

والحكم في الهبة شامل للهبة بعوض وبلا عوض عند الشيخين ، لأنها هبة على كل حال في ابتدائها .

وجوز محمد بن الحسن الهبة بعوض ، لأنها وإن كانت تبرعاً ابتداءً فهي مما نعت انتهاءً فتكون في معنى البيع ، وله أن يرهن مال القاصر في دين على أسر ، لأن هذا التصرف من مقتضيات التصرف في أمواله ولا ضرر فيه حتى وأخذ الرهن في مقابلة الدين لأنه وفاء له وهو مطلوب منه .

واختلفوا في جواز رهن الأب مال القاصر في دين على الأب . فجوزه أبو حنيفة ومحمد ومنعه أبو يوسف وزفر ، وجه الأول : أن للأب أن يودع مال القاصر اتفاقاً فيكون له رهنه من باب أولى ، لأن الرديعة إذا هلكت بدون تمد أو تقصير في الحفظ لا تضمن ، والرهن إذا هلك عند المرتهن يكتسب مضموناً على كل حال ، فإذا هلك بالتمدي أو بالتقصير يضمن بقيمته كاملة ، وإذا هلك بدون

تعد ولا تقصير كان مضموناً بالأقل من قيمته يوم قبضه الدين،^(١) وفي كل الحالات يضمن الأب لابنه مقدار ما يضمنه للمرتن .

وجه قول أبي يوسف وزفر أن هذا يؤدي إلى ضياع جزء من مال القاصر في سبيل إيفاء الأب دينه بطريق الرهن وهو لا يجوز لأنه ضرر محض ، ولأن في الرهن تعطيلاً لمنفعة المال لأنه يبقى محبوساً إلى أن يسدد الدين وقد يطول وقت الحبس لعجز الأب عن السداد لدينه ، بخلاف الأيداع لأن الأب يملك استرداده في أي وقت ، ولأن الأيداع يقصد به أولاً حفظ المال وهو منفعة تعود على صاحب المال ، أما الرهن فمنفعته راجعة إلى الأب .

ومع وجاهة هذا الرأي رجح الفقهاء قول أبي حنيفة ومحمد لأسه مقتضى الاستحسان وهو مقدم على القياس الذي يقضي بالقول الآخر .

هكذا قرر الفقهاء هذه المسألة وتوضيحها أن الرهن يترتب عليه ضياع لجزء من أموال الأب وهو ضرر محض ، والأصل أن الأب ممنوع من كل تصرف في مال ابنه ينطوي على ضرر محض وهو مقتضى القياس أي القاعدة العامة فيمنع منه وهو ما ذهب إليه أبو يوسف وزفر .

لكن أبا حنيفة ومحمد استثنيا هذه الجزئية وجوزا للأب رهن مال ولده مع ما فيه من ضرر في بعض صورته واستندا إلى قياس الرهن على الأمانة وجعلوه قياساً أولوياً فكان استحساناً لاستثنائه من عموم القاعدة . لكن القياس ظهر أنه مع الفارق فلا يصح فضلا عن أن يكون أولوياً .

(١) ومعنى هذا أن الرهن إما أن تكون قيمته وقت التسليم إلى المرتن مساوية لقيمة الدين فيسقط الدين بهلاكه ويضمن الأب لاسه قيمة الرهن كاملة ، وإما أن تكون قيمة الرهن أقل من قيمة الدين فيسقط من الدين مقدار الرهن ويضمن الأب لابنه قيمة الرهن كاملة ، وإما أن تكون قيمة الرهن أكثر من قيمة الدين فيسقط الدين ولا يطالب الأب المرتن بزيادة الرهن على الدين لأنها أمانة في يده فتهلك محاباً لأنها لا تضمن إلا بالتعدي وفي هذه الحالة يضمن الأب لابنه مقدار الدين فتضيق عليه الزيادة البدائع ج ٦ ص ١٣٥ .

وإذا أردنا تصويره استحساناً صحيحاً نقول : نعم إن الرهن في بعض صوره يلحق الضرر بال الابن، ولكن الأب له حق في مال ابنه بمقتضى الحديث « أنت ومالك لأبيك » فقد يضطر الأب إلى رهن مال ابنه في دين عليه فيجوز له الرهن من هذه الساحة لكن ينبغي أن نقيّد ذلك بما إذا لم يجد الأب مالا يرهنه في الدين الذي عليه ، أما إذا وجد من ماله ما يصلح للرهن فلا يجوز له رهن مال ابنه لأن الاستثناء ضرورة تقدر بقدرها .

فلو قلنا إن الفقه يجوز لأب الرهن إذا لم يكن عنده ما يصلح للرهن ، أما إذا كان في ماله ما يصلح لذلك فلا يجوز له يكون قسولا وسطاً بين القولين مستنداً إلى الأصول الصحيحة .

تلك هي تصرفات الأب بحكم ولايته في أموال القاصر في الفقه الحنفي ، ومع هذا فإنه لا يطالب قضاء بتقديم المسوغات لتصرفاته في أموال أبنائه ما دامت غير ظاهرة الضرر اكتفاء بحسن رأيه وتدبيره ، فإذا كان الضرر ظاهراً تدخل القضاء محافظة على أموال القاصر .

لكن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أدخل على تلك الأحكام بعض القيود والاستثناءات فأجاز له أكثر التصرفات التي جوزها له المذهب الحنفي ، ومنعه من بعض هذه التصرفات ، وأوجب عليه استئذان المحكمة المختصة في بعضها ، وبيّنت المذكرة الأيضاحية أسباب ذلك .

فجعل للولي أبا أو جدًا إدارة أموال القاصر والتصرف بها في نطاق تلك القيود كما نصت عليه المادة الرابعة ونصها : « يقوم الولي على أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون » بعد أن أخرج منها المال الذي يؤول إليه بطريق التبرع إذا شرط المتبرع ذلك كما صرحت به المادة الثالثة وهي تنص على أنه .

« لا يدخل في ولايته ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك » .

وملاحظه في هذا احترام إرادة المتبرع الذي قد يرى لسبب من الأسباب جعل هذا المال المتبرع به بعيداً عن سلطة الولي حتى لا يكون شمول ولاية الولي لمثل هذا المال سبباً لحرمان الصغير من تلك التبرعات (١).

وفيما عدا ذلك وتلك القيود والاستثناءات يبقى للأب كافة التصرفات الأخرى في نطاق الشريعة الإسلامية كما جاء في المذكرة الأيضاحية .

والباعث للمشرع على وضع هذه القيود كفالة الاستقرار في المعاملات، وسهولة التطبيق لأن الفصل بين أصناف الآباء في تفصيل الحنفية والتمييز بينها يبدو عسيراً فلا يمكن الأخذ به في وقتنا الحاضر .

وإليك ما جاء بشأن تصرفات الولي في القانون .

فالمادة الخاصة بمنعته من التبرع من مال القاصر ، واستثنت التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي فجوزته بأذن المحكمة ، فإذا تبرع بدون الأذن كان التبرع باطلاً وألزم بدفع ما تبرع به من ماله الخاص .

وهذا التبرع وإن كان فيه إخراج جزء من المال بدون مقابل إلا أن المشرع لم يرفه إتلافاً للمال لأن فيه نفعاً من ناحية أخرى ، لأنه إذا كان لواجب عائلي كمساعدة الأقارب أو مواساتهم فهو داخل في نطاق التكافل الاجتماعي في محيط الأسرة ، وفي كثير من صورته يشبه الهبات بعوض فكان في معنى تبادل المنافع بين أفراد الأسرة الواحدة ، وإذا كان في واجب إنساني كالتبرع لأنقاذ ضحايا ومنكوبي حريق أو لإنشاء مدرسة أو ملجأ أو مستشفى فهو تعاون في خدمة عامة للمجتمع ، ويمكن إدخاله في نطاق الزكاة وهي واجبة في مال

(١) ويكون التصرف في هذا المال للوصي الذي تختاره المحكمة للتصرف في هذا المال خاصة إن لم يكن المتبرع اختار وصياً خاصاً بهذا المال فإن كان واجب عرض الأمر على المحكمة لتقرر هذا الاختيار م ٥٨٠ .

الصغير عند جمهور الفقهاء ، وبهذا لا يكون من باب أسر المحص وبخاصة أنه يقيد بأذن المحكمة التي تقدر الأمر تقديراً سليماً ولا تأذن فيه إلا إذا كان مال القاصر يتحمله ولا يلحق به الضرر .

والمادة السادسة : منعت من التصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، وهذا المنع مراعاة لمصلحة الصغير لاحتمال أن يكون في هذا التصرف محاباة لأحد هؤلاء الأقارب ، فتوقفه على إذن المحكمة نفى لهذه التهمة لأنها لا تأذن بما فيه محاباة .

كما منعت هذه المادة الولي من رهن عقار القاصر في دين على نفسه مطلقاً لا بأذن المحكمة ولا بغير إيدنها وهو قول أبي يوسف وزفر كما قدمنا ، وقد أحسن المشرع صنعا بذلك حيث جنب أموال القاصر من التعرض لخطر الرهن الذي قد يستغله الأب كلما لحقه دين وبخاصة أن القانون جعل حق الولاية لكل أب دون تفرقة بين حسن التدبير وسيء التدبير ولا بين المبذر وغير المبذر ، ومن أجازته من الحنفية لم يجزه إلا لأب أمين حسن التدبير أو على الأقل مستور الحال كما قدمنا ، ولو كان أجازته بإذن المحكمة في صورة الصرورة التي أشرنا إليها سابقاً لكان أوفى وأحسن .

والمادة السابعة منعت الأب من التصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ، ولم تجعل للمحكمة رفض الأذن إلا إذا كان التصرف من شأنه أن يجعل أموال القاصر في خطر ، كما لو أراد الأب بيعها نسيئة لشخص غير مأمون اليسار ، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة (١) .

(١) والحالة الأولى وهي تعريض مال القاصر للخطر سبب من أسباب سلب الولاية أو الحد منها كما جاء في المادة العشرين- من هذا المرسوم بقانون ، والحالة الثانية موافقة الأحكام المقررة في القانون المدني ، وهي حالة كانت تستوجب بطولان التصرف في الشريعة الإسلامية كما سبق بيانه .

والذي دعا إلى هذا التقييد تعقد المعاملات وحاجتنا لأب إلى التماس التوجيه السليم من أصحاب الخبرة وفي هذا احتياط و ضمان لمصلحة القاصر .

ويلاحظ هنا أن هذا التقييد لا يسري على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع عن أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً فلا يلزمه استئذان المحكمة في تصرفه فيه كما لا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال كما نصت عليه المادة الثالثة عشرة .

والمادة الثامنة منعت الولي أن يتصرف في المال الموروث للقاصر إلا بأذن المحكمة وتحت إشرافها إذا كان مورثه قد أوصى بأن لا يتصرف وليه في ذلك المال الموروث ، لأن في ذلك احتراماً لرغبة المورث في إبقاء أصل المال للقاصر لما قد يراه من ضمان لتربية القاصر أو تعليمه أو استمراره في الحصول على ريعه مع إصابته بعاهة أو مرض لا يمكن الشفاء منه .

وقد رأى المشرع ألا تكف يد الولي عن التصرف في مال الصغير إذا ما كانت للصغير مصلحة في ذلك لجرد وجود ذلك الشرط فأباح له التصرف بشرط الحصول على إذن المحكمة التي تراعي التوفيق بين رغبة المورث في تحقيق الأغراض التي رمى إليها وبين ما قد تكون للصغير أسياناً من مصلحة في إجراء التصرف .

والمادة التاسعة منعت الولي من إقراض مال الصغير واقتراضه إلا بأذن المحكمة حتى تتحقق من أن الاقتراض تدعو إليه حاجة القاصر ، أو أن الأقرض لشخص مأمون لئلا يتعرض مال الصغير للضياع وكل من الأقرض والاقتراض من أعمال الإدارة التي رأى المشرع ألا يبرمها الولي بدون إذن المحكمة لأن الأقرض إخراج المال من تحت يده واحتمال ضياعه لأفلاس المقترض أو مماطلته في إداء ما عليه من ديون ، والاقتراض يتضمن مديونية القاصر وتحمل ذمته بأعباء مالية .

والمادة العاشرة منعت الولي من تأخير عقار القاصر لمدة تتجاوز بلوغه سن الرشد إلا بإذن المحكمة ، لأن الولاية تنقضي ببلوغ القاصر هذا السن ، وفي هذا تقييد لأرادة القاصر ، لأنه قد يرى بعد بلوغه سن الرشد تأجير العقار بصورة مختلفة عما فعله الولي ، فتقييده بأذن المحكمة يمنع لهذا الأمر المحتمل لأنها قد ترى مصلحة القاصر في هذا التأجير فتأذن فيه .

والمادة الحادية عشرة : منعت الولي من الاستمرار في تجارة آلت للقاصر إلا بإذن المحكمة .

وقد روعي في هذا ما للاستمرار في التجارة من أهمية خاصة تستدعي مسؤولية القاصر في ماله ، ولما تتطلبه الأعمال التجارية من خبرة معينة ، فإذا أذنت المحكمة وجب على الولي مراعاة حدود الأذن ولا يتجاوزه .

والمادة الثانية عشرة : منعت الولي من قبول هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة .

والحكمة في هذا واضحة لأن الالتزام الذي صاحب الهبة أو الوصية قد يكون مضيماً لفائدتها فيجعلها عبئاً على الصغير ، فالمحكمة تبحث ذلك لترى هل فيها فائدة فتأذن أو لا تفرض .

والمادة الرابعة عشرة : أجازت للأب وحده أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك .

وعلى هذا يجوز للأب التعاقد مع نفسه باسم القاصر في غير ما استثناه هذا القانون أو غيره ، ويكون هذا النص استثناء من المادة (١٠٨) من القانون المدني الخاصة بمنع الشخص من التعاقد مع نفسه فلا يسري حكمها على هذا الاستثناء

وفد صرحت المذكرة الأيضاحية بأن المشرع قد رأى في ذلك الأبقاء على المبدأ الذي تقرره الشريعة الإسلامية ولا سيما أن افتراض وفرة الشفقة في الأب يشفع في إعفاء الأب من القواعد العامة المتعلقة بهذا المنع .

تصرفات الجد في ولايته :

اختلف أئمة المذهب الحنفي في تحديد نطاق تصرفات الجد على رأيين .

فيرى أبو حنيفة وأبو يوسف أنه لا يملك كل ما يملكه الأب من تصرفات ، بل تقتصر ولايته على ما يملكه وصي الأب - وسيأتي بيانها - لأنه يلي الوصي في المرتبة فلا يكون له اختصاص أكثر من ذلك الوصي ، ولو كان مساويا للأب لتلاه في المرتبة وتقدم على وصي الأب في الولاية المالية .

ويرى محمد بن الحسن أنه يملك ما يملكه الأب لافرق بينهما ، لأن ولايته أصلية أثبتها له الشارع ولم يستمدها من أحد حيث ثبتت له باعتباره أبا عند فقد الأب ، ولأنه موفور الشفقة كالأب فيملك ما يملكه ، وتأخره في المرتبة عن وصي الأب لاحترام إرادة الأب لا لأنه أضعف في ولايته من وصي الأب .

ومع وجاهة رأي محمد فقد اختار الفقهاء الرأي الأول للفتوى .

وعلى القول بتساوي الجد مع وصي الأب في نطاق الولاية فرقوا بينها في أمرين .

أولهما : أن الجد يملك التعاقد لنفسه بالبيع والشراء من مال القاصر من غير غبن فاحش ، أما الوصي فلا يملك ذلك إلا إذا كان في البيع والشراء مصلحة ظاهرة . كأن يشتري عقار الصغير بضعف قيمته وأن يبيع عقاره للصغير بنصف قيمته عند أبي حنيفة كما سيأتي .

وثانيهما : أن وصي الأب يملك بيع أعيان التركة عقاراً أو منقولاً في سداد

الديون وإن كان بعض الورثة كباراً لقيامه مقام الأب في تركته ، فيتولى تسديد ديونه بمقتضى الأيضاء ، وكذلك له تنفيذ الوصية .

أما الجد فلا يملك ذلك إذا كان بعض الورثة كباراً ، لأن ولايته بحكم الشرع على الصغار فقط فيقتصر تصرفه على بيع ما يخص الصغار فقط .

والقانون جعل ولاية الجد كولاية الأب في الجملة حيث أدخلها تحت عنوان واحد وهو الولي الذي جعل له أحكاماً خاصة تخالف أحكام الوصي ولكنه فرق بينها في الأمور الآتية :

١ - أن للأب التصرف في مال القاصر دون إذن المحكمة إلا ما استثناء هذا القانون كما سبق بيانه .

أما الجد فلا يتصرف في هذا المال قليلاً كان أو كثيراً ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها إلا بأذن المحكمة مادة - ١٥ .

٢ - إن للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك مادة - ١٤ .

أما الجد فإنه لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر إلا بأذن المحكمة بمفهوم المادة السابقة وإذا أذنت له المحكمة في هذا التعاقد عينت وصياً خاصاً يتولى إبرام العقد مع الجد .

٣ - أن الأب لا يسأل في أعمال ولايته إلا عن الخطأ الجسمي كتصرفه بغير فاحش .

أما الجد فيسأل عن خطئه ولو كان يسيراً معاملة له معاملة الوصي مادة - ٢٤ . وقد راعى هذا النص المفرق بينها تلك الروابط الوثيقة بين الأب وولده

والتي تشفع للأب إذا ارتكب خطأ يسيراً كالذي يقع في مال نفسه ، أما الجد فقد عاملته معاملة الوصي فيخضع لنص المادة - ٣٦ .

٤ - أن الأب لا يحاسب على ما تصرف فيه من ربيع مال القاصر عدا المال الذي وهب للقاصر لغرض معين كاللتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة كما جاء بالفقرة الثانية من المادة - ٢٥ - لأن عدم محاسبته على ربيع هذا المال الموهوب لغرض معين تفويت لغرض الواهب ، بخلاف الجد فإنه يحاسب على كل ربيع لمال القاصر لأن المادة - ٢٦ - ^(١) تنص على أنه تسري على الجد الأحكام المقررة في هذا القانون في شأن الحساب ، وقد ألزمت المادة - ٤٥ - منه الوصي : أن يقدم حساباً مؤيداً للمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة ، ولا يعفى من ذلك إلا إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك .

وصي الأب :

إذا اختار الأب شخصاً ليكون خليفة عنه في الولاية على أولاده القاصر بعد وفاته تكون له الولاية بعد وفاته إذا توافرت فيه شروط الوصاية ، ومرتبته في الولاية مقدمة على ولاية الجد كما قدمنا .

وقد أجاز الفقهاء للجد أن يوصي قبل وفاته ويكون وصي الجد ، ويتولى الأموال بعد وفاة الجد كذلك ، لكن القانون قصر حق اختيار الوصي على الأب ولم يجعله للجد ، وتكون إقامة الوصي المختار بعقد الأيضاء الذي يتم بالإيجاب والقبول بأي لفظ يفيد تفويض الأمر إلى الوصي . كجعلت فلاناً وصياً أو عهدت إليه بجال أولادي ، أو جعلت هذا وصياً وما شابه ذلك .

(١) ونصها « يتسلم الوصي أموال القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبذل في ذلك مسن العناية ما يطلب من الوكيل الأجور وفقاً لأحكام القانون المدني » .

والقبول يكون بالقول في حياة الموصي وبعد وفاته، وكذلك يكون بالفعل بعد وفاته كتصرفه في المال، ولا يشترط شرعاً كتابة هذا العقد، ولكن القانون شرط أن يكون الاختيار ثابتاً بورقة رسمية، أو ورقة عرفية مصدق على توقيع الأب، أو ورقة مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه منعاً للمنازعات في إثباته.

كما لا يصير الشخص المختار وصياً في نظر القادون إلا إذا أقرته المحكمة بأن وجدته أهلاً للوصاية، فإن لم تجده أهلاً لها ألغت هذا الاختيار وعينت وصياً بدله.

وعقد الأيضاء غير لازم في حياة الموصي فله أن يرجع عنه في أي وقت
مادة - ٢٨ .

شروط الوصي :

شرط الفقهاء في أهلية الوصي مطلقاً مختاراً من الأب أو معيناً من القاضي .
أن يكون كامل الأهلية عدلاً أميناً قادراً على إدارة شئون من له الوصاية عليه ،
وأن يكون متحداً في الدين مع من جعلت له الوصاية عليه .

وهذه الشروط معتبرة بعد وفاة المرصى في الوصي المختار ، لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصاية ، فلا اعتبار لتخلفها قبل ذلك ، لأنها شروط لفاذ الوصاية لا لأنشائها ، فإن لم يكن أهلاً في هذا الوقت عدل عنه وعين القاضي غيره إن لم يوجد من يستحق الولاية كما في إيضاء الأب والجد غير موجود .

ويستوي في الوصي بعد توفر الشروط الرجل والمرأة والقريب الوارث
رغير الوارث والأجنبي .

والقانون في المادة - ٢٧ - أجمل الشروط في أنه يجب أن يكون الوصي
عدلاً كفواً ذا أهلية كاملة ، وأن يكون متحداً في الدين مع القاصر ، فإن كان

الدين يشتمل على مذاهب وطوائف يشترط الاتحاد في الطائفة كالأقباط الكاثوليك فإن لم يكن فمن أهل مذهبه كالكاثوليك أو الأرثوذكس، فإن لم يكن فمن أهل دينه كالسليحية واليهودية كما جاء في الفقرة الثانية من هذه المادة ونصها : « ويجب على كل حال أن يكون الوصي من طائفة القاصر ، فإن لم يكن فمن أهل مذهبه ، وإلا فمن أهل دينه » .

ثم نصت المادة على طائفة لا يجوز للمحكمة أن تقضي بتعيين أحد منهم أو تنيته إذا كان الأب اختار وصيا منها .

١ - المحكوم عليه في حرمة من الحرائم الخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ، ويجوز التجاوز عن هذا الشرط عند الضرورة إذا انقضى على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات .

٢ - من حكم عليه لجريمة كادت تقضي قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو أبه كان في ولايته .

٣ - من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش .

٤ - المحكوم بأفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره .

٥ - من سبق أن سلبت ولايته أو عزلت عن الوصاية على قاصر آخر .

٦ - من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها تبرر ذلك ، ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بامضائه .

٧ - من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجته وبين القاصر

نزاع قضائي أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك على مصلحة القاصر .

تخصيص الوصي المختار :

لا خلاف في أن الوصي يتصرف في كافة الأموال بما يخوله له حق الأيضاء إذا كانت الوصية مطلقة غير مقيدة بشيء مخصوص بأن قال الموصي : جعلتك وصياً، أو أنت وصيي .

أما إذا كانت مقيدة بنوع من التصرفات كأن يقول : جعلتك وصياً في الأموال المنقولة أو في التجارة أو بمكان كأن يقول : جعلتك وصياً في الأموال الموجودة في بلد كذا أو ما شابه ذلك من التقييدات فهل يجوز لهذا الوصي التصرف في غير ما قيد به أو لا ؟

يرى أبو حنيفة: أن الوصاية لا تقبل التخصيص ، فإذا قال : جعلتك وصياً في أمور التجارة أو في قبض ما لي على الناس صار وصياً على كل الأموال ، لأن الموصي رضيه متصرفاً في بعض الأمور ولم يرض بتصرف غيره في شيء أصلاً ، فيكون أولى من غيره بالتصرف في الباقي ، على أن الوصي قائم مقام الموصي فيتصرف تصرفه لأن الوصاية خلافة تثبت كاملة لا تتجزأ .

ويرى أبو يوسف: أن الوصي المختار يتخصص بما خصص به ، لأن الموصي قد يكون له غرض صحيح في التخصيص ، لأن الناس يختلفون في التصرفات ، فقد يكون لأحدهم دراية في نوع خاص دون غيره كالتجارة أو الزراعة فيكون الموصي قد اختار هذا لهذا النوع . وأراد اختيار غيره لنوع آخر فمات قبل الاختيار .

ومع وجاهة قول أبي يوسف وظهوره فإن الفتوى في المذهب على قول

أبي حنيفة (١) .

تعدد الأوصياء :

كما يجوز للأب أن يوصي لواحد يجوز له أن يوصي لأكثر من واحد حسبما يرى من المصلحة

فإذا تعدد الأوصياء فإن صرح في الوصية بأن يتصرف كل واحد منها منفرداً ثبت له ذلك بالاتفاق ، وإن صرح بالألا يتصرفا إلا مجتمعين لا يكون لأحدهما الافراد بالتصرف بدون إحازة الآخر كذلك اتفاقا وإذا أطلق فلم ينص على الافراد ولا على الاجتماع فقال أبو يوسف : ينفرد أحدهما بالتصرف وينفذ تصرفه دون رأي الآخر .

وقال أبو حنيفة ومحمد: لا ينفرد واحد بالتصرف ، فإذا تصرف منفرداً كان تصرفه موقوفاً على إجازة الآخر يستوي في ذلك إن يكون الأيضاء بمعد واحد . كما إذا قال : أفتكما وصيين ، أو كان بمقدين بأن أفرد لكل واحد إيضاء (٢) .

وجه قول أبي يوسف : أن الأيضاء من ناب الولاية وهي إذا ثبتت لائنين شرعا ثبتت كاملة لكل واحد على الافراد كالأخوين في مسألة الزواج ، فإذا زوج أحدهما نفذ دون توقف اتفاقا ، لأن الأيضاء خلافة وهي تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتاً للموصي وقد كانت بوصف الكمال ولأن اختيار الأب لهما يؤذن باختصاص كل واحد منها بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل منها .

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن الولاية تثبت للموصين عند الموت فيراعي

(١) رد المحتار على الدر المختار لان عابدين ج ٥ ص ٦٤٢ .

(٢) تبيين الحقائق ج ٦ ص ٩ ، رد المحتار ج ٥ ص ٦١٥ .

رصف ذلك وهو وصف الاجتماع لأنه شرط مفيد إذ رأي الواحد لا يكون كراي الأثنين ، ولم يرص الموصي إلا الأثنين فصار كل واحد في هذا السبب عملة شطر العملة وهو لا يشت الحكم وحده فكان باطلا .

بخلاف الأخوين في المكاح لأن السبب فيها القرامة وقد كانت ثابتة لكل واحد منها كاملة على انفراده ، ولأنه ما صم أحدهما إلى الآخر إلا لأنه لاحظ أن الأول يعجز منعهراً عن إدارة أموال القاصر فكان لا بد أن يتصرف كلاهما برأي صاحبه .

ولأنه لو أحيز لكل منهما أن يتصرف من غير رأي الآخر لتعارضت التصرفات .

وقد استثنيا من قولهما مسائل لو باشرها أحدهما فذت دون توقف على رأي الآخر ، وهي في جملتها ترحع إلى المسائل التي يخشى من تأخيرها الضرر . كبيع ما يخشى عليه التلف ، وتجهيز الميت ، وشراء ما لا بد منه كالطعام ، والمسائل التي لا تحتاج إلى الرأي والمشورة كبيع الأجرة ، وقبول الهبة ، ورد الأمانة التي كانت عند الموصي وقضاء الديون الثابتة على الموصي ، وطلب الديون التي له على الغير .

ولهذا استظهر بعض العلماء أن لكل منهما الانفراد في هذه المسائل وأمثالها في حالة ما إذا بص على الاجتماع لأن مواضع الضرورة مستثناة ، ولأن الشرط لا يعمل به إلا إذا كان مفيداً ومراعاته ممكنة .

والقانون في المادة - ٣١ - أحاز عند الضرورة تعين أكثر من وصي لكنه لم يحز لأحدهما الأبراد بالعمل إلا في حالتين .

أولاهما : إذا كانت المحكمة قد بيتت اختصاصا لكل منها في قرار تعينه أو في قرار لاحق .

وثانيهما : إذا كان العمل ضرورياً أو مستعجلاً أو متمحضاً لنفع القاصر كالطعن في الأحكام قبل انقضاء مواعيد الطعن أو تجديد قيد ، وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع .

تعيين المشرف :

هذا وكما يجوز للأب شرعاً أن يوصي لأكثر من واحد يجوز له أن يقيم مشرفاً يشرف على أعمال الوصي فلا يتصرف الوصي إلا بعلمه ورأيه ، أما إمساك المال وحفظه فيستقل به الوصي ، ولا يكون المشرف وصياً على المفق به في المذهب الحنفي ، فلا يمكنه التصرف في مال القاصر حتى ولو كان التصرف مستعجلاً أو لا ضرر فيه ، ولا يتقيد الوصي في اختيار المشرف كما لم يتقيد في اختيار الوصي فيصح أن يكون المشرف الأم أو غيرها (١) .

والقانون في المادة - ٥٠ - أجاز تعيين مشرف مع الوصي المختار أو مع وصي القاضي إذا اقتضت مصلحة القاصر مراقبة الوصي فيما تحت يده من أموال إذا تكررت الشكوى منه وحصل الشك في تصرفاته ولم يقدّم دليل يوجب العزل ، ففي هذه الحالات تعين المحكمة مشرفاً ووظيفته مراقبة أعمال الوصي ، وعلى الوصي أن يحمي الأوراق والمستندات ، وإجابة كل ما يطلبه من إيضاح خاص بإدارة الأموال ، وعليه أن يبلغ المحكمة أو النيابة كل أمر يرى أن المصلحة توجب اطلاعها عليه .

ولا يتولى المشرف شيئاً من الإدارة إلا إذا انتهت الوصاية ولم يعين وصي جديد فإنه يدير الأموال إلى أن يعين الوصي الجديد ، ولا يتولى إلا الأعمال التي يكون في تأخيرها ضرر .

(١) رد المختار ج ٥ ص ٦١٨ .

تصرفات الوصي المختار :

أما وصي الأب فيعتبر قائماً مقام الأب فيملك جميع التصرفات التي يملكها الأب في المذهب إلا في مسائل مستثناة لا يكون فيها مثل الأب . وهي ما يأتي :

١ - بيع العقار المملوك للقاصر . فلأب أن يبيعه بمثل القيمة أو بغبن يسير ، أما وصيه فلا يملك بيعه إلا بمسوخ شرعي أو يكون في بيعه نفع ظاهر له ، والمسوعات هي ما يلي :

١ - أن تكون التركة عليها ديون لا يمكن إيفاؤها إلا ببيع العقار ، وكذلك إذا كان على القاصر دين كهذا .

ب - وجود وصية مرسله أي بمقدار من المال كآل مثلوا لا يوجد في التركة نقود أو عروس تناع لتنفيذها فإن العقار يباع حينئذ لتنفيذها لأنه لا ميراث إلا بمد تنفيذ الوصية ، أما إذا كانت مقيدة بالربع أو الخمس مثلاً فلا يباع العقار ويكون الموصى له شريكاً للورثة فيه بمقدار الوصية .

ج - أن يكون القاصر في حاجة إلى النفقة ولا يمكن تدبيرها إلا ببيع العقار فيجوز للوصي أن يبيع منه بقدر النفقة ، ويتكرر البيع بتجدد الحاجة إليها .

د - أن يكون العقار منياً وبنائوه آيل إلى السقوط ، ولا توجد نقود عند الوصي لترميمه وتلافي سقوطه .

هـ - إذا كان العقار يخشى عليه المقصص أو الضياع كأراضي التي تكون بجوار البحار أو الأنهار وتعرض لتآكلها عام بعد عام .

و - أن تكون ضريبة العقار وما ينفق عليه لصيانته أو لزراعته تزيد على غلاته وما شاكل ذلك .

فإن لم يوحد مسوغ من المسوغات لبيعه فلا يباع إلا برفع ظاهر . كأن يربح شخص في شرائه بضعف قيمته فيجوز ، لأن الوصي في هذه الحالة يستطيع أن يشتري للقاصر بالثمن عقاراً آخر .

فإن باعه بدون مسوغ كان البيع باطلا حتى لو بلغ الصبي وأجاز ذلك البيع لا تصح هذه الإجازة لأن الباطل لا تلحقه إجازة .

والفرق بين الأب والوصي في ذلك أن الشفقة متوفرة عند الأب فيكفي في تصرفه ألا يكون فيه ضرر، أما الوصي فلا تتوفر له تلك الشفقة فكان الاعتبار الأول في ولايته هو الحفظ والصيانة والمقار محفوظ مصنوع بنفسه فلا يجوز له بيعه إلا عند الخطر عليه أو النفع الظاهر .

٢ - بيع الوصي مال نفسه للقاصر وشراء ماله لنفسه . فبينما يصح للأب أن يبيع ماله للصغير وأن يشتري مال الصغير لنفسه متى كان البيع أو الشراء بمثل القيمة أو بنغن يسير . لا يصح هذا من الوصي إلا إذا كان فيها نفع ظاهر للقاصر ، ويتحقق هذا النفع الظاهر كما صوره بعض الفقهاء بأن يبيع عقاره للقاصر بنصف القيمة ، ويشتري عقاره بضعف القيمة ، وفي غير العقار يكون البيع بنقصان ثلث القيمة ، والشراء بزيادة نصف القيمة ، كأن يبيع له ما قيمته خمسة عشرة بعشرة ، ويشتري منه ما قيمته عشرة بخمسة عشر ، وجواز البيع والشراء على هذا الوجه هو قول أبي حنيفة وعليه الفتوى ، وقال محمد وزفر لا يجوز للوصي هذا التصرف ، ووافقها أبو يوسف في أظهر الروايات عنه .

وكذلك لا يجوز للوصي أن يبيع مال القاصر لمن لا تقبل شهادته له من الأصول والفروع والأزواج ولا أن يشتري منهم له إلا بما فيه مصلحة واضحة على الخلاف السابق .

وإنما فرق بين تصرف الأب وتصرف الوصي لأن وفور شفقة الأب وحرصه على مصلحة أولاده لا يحتاج معها إلى صمان آخر ، بخلاف الوصي الذي قد يؤثر مصلحة نفسه على مصلحة القاصر فاحتاج تصرفه إلى دليل ينفي ذلك عنه وهو بيعه وشراؤه بما يحقق له النفع الطاهر .

٣ - رهن الوصي شيئاً من أموال نفسه عند اليتيم نظير دين عليه له وارتبائه شيئاً من أموال اليتيم عند نفسه نظير دين له على اليتيم لا يصح ذلك من الوصي بينما يصح ذلك من الأب .

وفيا عدا هذه الأمور فإنه يتصرف كل التصرفات التي يملكها الأب .

أما وصي القاضي فهو كوصي الأب إلا في بعض مسائل خاصة أهمها .

١ - ليس لوصي القاضي عقد المعارضة في مال القاصر مع نفسه ولا مع من لا تقبل شهادتهم له ، لأنه نائب عن القاضي ، والقاضي لا يملك ذلك فكذلك نائبه ، أما وصي الأب فله ذلك بشرط أن يكون فيه نفع طاهر كما بيناه .

٢ - الوصي المختار له أن يقيم وصياً بعد وفاته على مال القاصر الذي له عليه وصاية ، وليس ذلك لوصي القاضي إلا إذا جعل له القاضي ذلك في قرار تعيينه ، والسبب في ذلك أن القاضي الذي يستمد منه الوصي المعين من قبله ولايته موجود دائماً بخلاف الوصي المختار للأب فإن من اختاره غير موجود فلا يمكن الرجوع إليه .

٣ - وصي القاضي قابل للعزل وإن كان عدلاً كفوفاً إذا كانت مصلحة القاصر تقتضي ذلك ، لأنه وكيل القاضي وكل موكل يملك عزل وكيله ، أما الوصي المختار فلا يجوز للقاضي عزله إذا كان عدلاً كافياً ، لأنه لم يعينه فلا يملك عزله دون سبب مبرر لذلك العزل .

وقد عدّ ابن عابدين مسائل أخرى يفترقان فيها فأرجع إليها إن شئت^(١)

تصرفات الوصي في القانون :

احتاط القانون لتصرفات الوصي سواء كان وصياً مختاراً أو وصياً معيناً فجعل تصرفاته كلها خاضعة لأذن المحكمة الحسبية نظراً لعدم وفور الشفقة عنده الموجودة عند الأب والجد .

فأوجب عليه الحصول على إذن المحكمة في أعمال التصرف في الأموال وإن كان أعفاه من الأذن في أعمال الإدارة كأجارة الأرض أو البناء أو بيع المحصول وقبض الديون وما شاكل ذلك .

وقد بينت المذكرة الأيضاحية معيار الفرق بين ما يعتبر من أعمال التصرف وما يعتبر من أعمال الإدارة وهو المساس برأس المال أي أصل المال الذي آل للقاصر وما أضيف إليه من غناء ، فكل تصرف ينطوي على إخراج جزء من رأس المال من الذمة أو على ترتيب حق عيني عليه يعتبر من أعمال التصرف ، وما عدا ذلك يعتبر من أعمال الإدارة ما لم يقض القانون أو العرف بغير ذلك ، كما في الأجارة التي تجاوزت مدتها ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولأكثر من سنة في المباني ، أو كانت المدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد فإنها وإن كانت من أعمال الإدارة إلا أن القانون منعه من ذلك إلا بإذن المحكمة مادة ٣٩ - فقرة - ٧ .

فالمادة - ٣٩ منعه من عديد من التصرفات وهي :

١ - جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لغير من الحقوق المذكورة .

(١) رد المحتاج ٥ ص ٦٣١ وما بعدها

٢ - التصرفات في المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة^(١) .

٣ - الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة .

٤ - حوالة الحقوق والديون التي للقاصر وقبول الحوالة عليه وأقراض ماله واقتراضه ، لأن هذه التصرفات فيها خطورة من جهة مساسها بالضمانات الفعلية للدائز أو المدين ، لأن المدينين يختلفون في الحرص على الوفاء بالحقوق ، كما أن الدائنين يختلفون في طريقة طلب الحق رفقاً وشدة .

٥ - استئجار الأموال^(٢) وتصفيتهما .

٦ - إقتراض المال وإقتراضه .

٧ - إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ، ولمدة أكثر من سنة في المباني .

٨ - إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

وظاهر أن المقصود هنا هو الأراضي الزراعية حيث لا يجوز أصلاً للوصي تأجير عقار القاصر إذا كان من المباني لمدة أكثر من سنة « الفقرة السابقة » .

٩ - قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها ؛ لأن هذا الالتزام المشروط

(١) كبيع المحصول أو بيع ما جرى العرف ببيعه من نتاج المواشي فإنها لا تدخل في نطاق الأدن

(٢) يقصد بالاستثمار توظيف المال لغرض المحصول على الربح كإشراء نوع من الأسهم والسندات أو دفع جزء من المال لأحد التجار بقصد الشركة أو استئجاره في عمل معين . وهو يوجه الأجل صيانة رأس المال أو استثماره وإتقائه للأفئاق من ريعه .

قد يؤدي إلى جعل التبرع لا فائدة فيه فيكون عبئاً على القاصر بدون مبرر .
وهذا الحكم مقرر أيضاً بالنسبة للولي م - ١٢ .

١٠ - الأبناق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت
النفقة مقضياً بها بحكم واجب التنفيذ .

١١ - الوفاء الاختياري بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر ،
أما الوفاء الذي يتم بناء على حكم أو بناء على سند رسمي واجب التنفيذ فلا
يحتاج إلى إذن المحكمة ، لأنه واجب الوفاء .

١٢ - رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخير رفعه ضرر بالقاصر . كالقضايا
المستعجلة ودعاوى الضرائب والشفعة والحيازة متى توافر مبرر الأسراع في
مباشرها .

وإنما شرط الأذن في غير هذه القضايا المستعجلة ، لان إجراءات التقاضي
تتطلب لمباشرتها قسطاً من التقدير ، كما أنها تكبد مصاريف وتنطوي على مخاطر
والمحكمة تثبت من سلامة الأسباب وعدم الخطر على القاصر فتأذن أو
لا تأذن .

١٣ - التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية
والتنازل عن هذه الطعون بمد رفعها .

ورفع الطعون غير العادية في الأحكام ، لأن هذه تنطوي على خطر إما
ضياح حق أو تكليف نفقات كثيرة مما يحتاج إلى تقدير خاص .

١٤ - التنازل عن التأمينات أو إضعافها ، لأنه قد ينطوي على تفويت
مصلحة للقاصر ، فينبغي أن تثبت المحكمة من وجود مبرر يدعو إلى ذلك
التنازل .

١٥ - إيجار الوصي أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربها إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون نائماً عنه لأن المادة (١٠٨) من القانون المدني « منعت من حوازل تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه . سواء كان التعاقد لحسابه أن لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل ، فقد جعل هذا النص للمحكمة نفسها أن تعطي هذا في صورة الأذن للوصي بالتأخير بعد التثبيت من توافر مصلحة للقاصر في ذلك ، لأنها صاحبة الولاية الأصلية هنا على القاصر والوصي نائب عنها .

١٦ - ما يصرف في تزويج القاصر كالمهر وإعداد منزل الزوجية والمحكمة تقدر ذلك بما يتناسب مع حالة القاصر الاجتماعية .

١٧ - تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والأنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة .

• وكلمة التعليم شاملة لجميع مزاحله وكافة أنواعه .

كما حتمت المادة (٤٠) على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك ، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجري عليها القسمة والأجزاء الواجبة الاتباع ، وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبيت من عدالتها ، وبالمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .

هذا مع ملاحظة : أن المادة (٣٨) منعت الوصي من التصرف في أموال القاصر بطريق التبرع وجعلته ماطلاً إلا إذا كان التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي وأذنت به المحكمة « فقد سوى بينه وبين الولي في ذلك .

كما يلاحظ أن القانون خلا من التعرض لحكم ما إذا آلت للقاصر تجارة . هل

ي يجوز للوصي الاستمرار فيها بأذن المحكمة ، بينما صرح بذلك بالنسبة للولي في المادة الحادية عشرة .

ولكن الذي يجري عليه القضاء هو أن للمحكمة إعطاء مثل هذا الأذن قياساً على ما ورد في تلك المادة بخصوص الولي حيث لا فرق بينهما يقتضي إعطاء أحدهما ومنع الآخر ، لأن المحكمة هي التي تقدر ما إذا كانت التجارة مباحة تعود على القاصر بالنفع فتأذن ، أو غير ذلك فلا تأذن .

ويظهر أن عدم النص كان لعدم وجود داعٍ للتفرقة عند أيولة تجارة للقاصر بين ما إذا كان متولي شئونه هو الولي أو الوصي . يدل لذلك أن قانون المجالس الحسبية الصادر في سنة ١٩٢٥ كان يسمح للمجلس الحسبي الأذن للوصي في ذلك المادة (٢٣) ، وحرى العمل في القضاء على ذلك ، فلما صدر قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ لم يصرح بذلك ، ومع ذلك استقر الأمر في الفقه والقضاء على ترك الأمر لتقدير المحكمة فتأذن إذا رأت التجارة ناجحة وإلا أمرت الوصي بتصفيته ، فيبقى الحكم كذلك في ظل قانون الولاية .

استحقاق الوصي الأجر على الوصاية :

لفقهاء الحنفية في ذلك آراء ثلاثة :

أولها : أنه لا يستحق الأجر مطلقاً غنياً كان أو فقيراً .

وثانيها : إنه يستحق الأجر مطلقاً غنياً كان أو فقيراً .

وثالثها : التفصيل بين ما إذا كان غنياً فلا يستحق الأجر وبين ما إذا كان فقيراً فيستحقه .

ومنشأ هذا الاختلاف هو الاختلاف في فهم قوله تعالى : « ومن كان غنياً

فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ، النساء / ٦ فإنها جاءت في سياق الآيات المبينة أحكام من يتولى أموال اليتامى .

فصاحب الرأي الأول يقول : إن الآية طالبت الغني بالاستعفاف ، وسوغت للفقير الأكل بالمعروف ، وليس الأكل بالمعروف أحرراً ، ولأن الوصاية الأصل فيها التسرع بمن يقوم بها .

وصاحب الرأي الثاني يقول : إن الآية تفيد استحباب التبرع إذا كان غير محتاج ، ولا تفيد إلزامه بذلك فله أن يطلب الأجر إذا شاء إذ لا يمكن إلزام شخص أن يؤدي عملاً بغير مقابل .

ولأنه يضيع جراً من وقته في العمل للقاصر لو أصاعه في شئون نفسه لزادت ثروته فيكون مستحقاً للأجر ، ويترك ذلك لرأيه إن شاء طالب به ، وإن شاء تنازل عنه .

وصاحب الرأي الثالث يقول : إن الآية فرقت بين الغني والفقير فطالبت الغني بالاستعفاف ، وسوغت للفقير أن يأكل بالمعروف ، ولأن الأصل في الوصاية أن تكون تبرعاً ابتغاء ثواب الآخرة والغني لا يتضرر من ذلك ، أما الفقير فيلحقه الضرر فيستحق الأجر دفعاً لهذا الضرر عقه استثناء من الأصل ، ولهذا قال بعض الفقهاء : إن هذا هو مقتضى الاستحسان وهو مقدم على القياس الذي يمنع^(١) مطلقاً ، والقانون في المادة (٤٦) يقرر أن الوصاية تكون بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصي أن تعين له أحرراً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين ، وهو لا يخرج عن تلك الآراء .

انتهاء الولاية والوصاية :

تنتهي الولاية شرعاً - كما قدمنا - ببلوغ القاصر عاقلارشيداً ، والرشد ليس له سن معينة عند جماهير الفقهاء بل يثبت الرشد بالتجربة ، فإن ثبت بالفعل انتهت الولاية وسلم المال إلى صاحبه وإن لم يثبت يبقى المال تحت يد الولي . ولكن القانون حدد للرشد المالي سناً معينة . وهي إحدى وعشرون سنة

(١) البدائع ج ٥ ص ١٦٧ ، رد المحتار ج ٥ ص ١٢٤ أدب الأوصياء ج ٢ ص ٢٨٣

ميلادية يكون الشخص بعدها رشيدا تنتهي الولاية عليه ويسلم إليه ماله مسالم
تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية مادة (١٨) ، وذلك فيما
إذا رفع الولي أمر القاصر إلى المحكمة بأنه لا يبدو عليه الرشد لظهور عوارض
تتنافى معه ، فإذا تثبتت المحكمة من ذلك حكمت باستمرار الولاية عليه قبل
بلوغه الحادية والعشرين ، وتستمر الولاية إلى أن يصدر قرار من المحكمة بانهاؤها .

وإذا لم يصدر الحكم باستمرار الولاية حتى بلغ هذه السن انتهت الولاية بقوة
القانون ، ويستقل الأمر إلى بحث حالته ، فإذا وجد به ما يقتضي الحجر عليه
بعد تسلمه أمواله حجرت عليه المحكمة .

أما إذا بلغ محمونا أو معتوها فإن الولاية تستمر عليه ولو لم تقرر المحكمة
استمرارها .

انتهاء الوصاية :

تنتهي الوصاية :

أولا : ببلوغ القاصر سن الرشد كما في الولاية .

ثانيا : بعودة الولاية للولي أنا أو حداً فيما إذا كانت المحكمة سلبت الولاية
لسبب من الأسباب وعينت وصيا بدله ، ثم زال سبب سلب الولاية وأمرت
المحكمة بإعادتها .

ثالثا : بعزل الوصي لسبب من الأسباب الموجبة لذلك أو قبول استقالته .

رابعا : بفقد الوصي أهليته أو ثبوت غيبته بحيث لا يمكن القاصر الانتفاع
من وصايته ، أو موته أو موت القاصر كما جاء بالمادة (٤٧) .

وإذا انتهت الوصاية وجب على الولي تسليم أموال القاصر خلال الثلاثين يوما
التالية لانتهاء الوصاية .

هذا هو المعمول به في جمهورية مصر العربية . مذهب الحنفية أولاً ، ثم القوابن التي كان آخرها المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ وفيه تقييد لبعض تصرفات الأولياء والأوصياء ومنع من بعضها ، وهذه القيود في جملتها لا تأبأها القواعد الشرعية لأنها احتياطات لمصلحة القاصر .

أما المذهب الجعفري : الذي جعل الولاية على المال للأب والجد أولاً ، ثم لوصي المتأخر منها ، ثم للحاكم ، وتقدمت شروط الولي والوصي ، وقد وضعوا قاعدة للتصرفات تقول :

تصرفات الولي التي تكون خيراً ونفعاً للمولى عليه تنفذ ، والضارة لا تنفذ لمنافاتها مع الغرض الذي شرعت الولاية من أجله .

واختلفوا فيما لا نفع فيه ولا ضرر من التصرفات ، فقال جماعة : تنفذ إذا كانت من الأب والجد فقط ، لأن الشرط في تصرفها عدم المفسدة لوجود المصلحة ، أما الحاكم والوصي فإن تصرفها لا ينفذ إلا مع المصلحة ، وقال آخرون لا فرق بين الأب والجد والوصي من أن تصرف الجميع لا ينفذ إلا فيما فيه المصلحة لقوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن » الأسراء / ٣٤ .

فإن إطلاقه يشمل الجميع لكن المشهور الراجح هو التفصيل (١) .

ثم لهم تفصيلات في بعض التصرفات لا حاجة لذكرها بعد أن أصبح العمل في المحاكم اللبنانية غير خاضع للمذاهب الفقهية وحدها في تصرفات الأولياء والأوصياء لتدخل عدة قوابن في ذلك فأصبحت موزعة بين الأحكام الشرعية ، وقانون نظام أموال الأيتام ، وقانون تنظيم القضاء الشرعي ، وقانون الموجبات والمعقود ، ولم يصدر إلى الآن تشريع موحد يجمع أحكام الولاية كما حصل في مصر .

(١) فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ١٠٦ .

والتاظر في هذه القوانين يجدها قيدت بعض تصرفات الأولياء في أموال القاصر بترخيص القضاء ، ومنعت من البعض الآخر .

من ذلك منع قانون الموجبات والمعقود شراء واحد من الأولياء والأوصياء من أموال القاصر بدون ترخيص من القضاء م ٣٧٨ .

كما منع تأجير جميع العقارات لأكثر من سنة بدون ترخيص من القضاء م ٥٤١ .

كما منعه من إعارة الأشياء التي عهد إليه بإدارتها م ٧٣٣ .
كما منع الشركة بين الأب والإبن ما دام خاضعاً لسلطته الأبوية ، أو بين الوصي والقاصر قبل بلوغه سن الرشد والموافقة النهائية على حساب الوصاية م ٨٤٦ .

وقانون تنظيم القضاء الشرعي جعل تصرفات الوصي كلها تحت إشراف القاضي بعد أن جعل إدارة أموال فاقد الأهلية للقاضي الشرعي أي المحكمة المذهبية م ٣٨٨ ، م ٣٨٩ .

وهذا التوزيع بين القوانين جعل مهمة الفصل بين تصرف وتصرف عسيرة لذلك جرى عمل القضاء من باب الاحتياط على أن يؤخذ إذن المحكمة المختصة في جميع التصرفات المهمة المتعلقة بفاقد الأهلية لبعثرة هذه الأحكام وتناقضها أحياناً كما يقول الدكتور صبحي محصاني (١) .

(١) المبادئ الشرعية والقانونية ص ١٠٧ .

الباب الخامس

في نفقة الأولاد والأقارب^(١)

(١) من أهم مراجع هذا البحث . سبل السلام ج ٣ ص ٢١٧ وما بعدها ، ونيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٦ وما بعدها ، المبسوط ح ٥ ، البدائع ج ٤ ، فتح القدير ج ٣ ، تبيين الحقائق للزيلعي ج ٣ ، المحرر الرائق ج ٤ ، رد المحتار ج ٢ ، رسائل ابن عابدين ج ١ رسالة تحرير النقول في نفقة الفروع والأصول ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ح ٢ ، نهاية المحتاج ج ٧ ، المغنى والشرح الكبير ج ٩ ، الروضة البهية ج ٥ ، شرائع الإسلام ح ٢ ، المختصر النافع ، فقه الأمام جعفر .

فصل تمهيدي

في بيان القرابة التي توجب النفقة، والأصول التي يقوم عليها نظام النفقات

نفقة الأقارب نوع من التكافل الاجتماعي الذي أرسى الإسلام قواعده وشيد أركانه ، وأصل وجوب هذه النفقة مقرر في كتاب الله إجمالاً في أكثر من آية ، وجاءت السنة مفصلة وشارحة في أحاديث عديدة ، وطبق ذلك في المجتمع الإسلامي في عصوره المختلفة .

يقول جل شأنه : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف إلى أن قال : « وعلى الوارث مثل ذلك » البقرة / ٢٣٣ .

وفي آية أخرى يقول عز من قائل : « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً وبذي القربى » النساء / ٣٦ .

وفي آية ثالثة يقول سبحانه : « وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً » الأسراء / ٢٣ .

وفي رابعة يقول جل ثناؤه : « وآت ذا القربى حقه » الأسراء / ٢٦ .

وفي خامسة يقول جل وعلا : « وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك

به علم فلا تطعمها وصاحبها في الدنيا معروفًا « لقمان / ١٢ نزلت في الأبوين الكافرين والمصاحبة بالمعروف كما فسرها رسول الله ﷺ بحسن العشرة بأن يطعمها إذا جاعا ، ويكسوها إذا عريا (١) .

أما السنة : فالأحاديث كثيرة نكتفي ببعضها منها :

ما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله إن أنا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فهل عليّ في ذلك من جناح ؟ » فقال : « خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك » (٢) .

وما رواه النسائي عن طارق المحاربي قال : قدمنا المدينة فإذا رسول الله ﷺ قائم على المنبر يخطب الناس ويقول : « يد المعطي العليا وأبدأ بمن تعمل أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك » (٣) .

وما رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن يهز بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حبيدة القشيري قال : قلت يا رسول الله من أبرّ ؟ قال أمك ، قلت : ثم من ؟ ، قال : أمك ، قلت ثم من ؟ ، قال أمك ، قلت ثم من ؟ ، قال : أباك ، ثم الأقرب فالأقرب » (٤) .

وما رواه النسائي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنها قال : قال رسول الله

(١) تبين الحقائق ج ٣ ص ٦٣

(٢) سبل السلام ج ٣ ص ٢١٧

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٦ . ومعنى تمول : تون من عال الرجل أهله أدا مانهم أي قام بها يحتاجون إليه من قوت وكسوة كما نقله الشوكاني عن صاحب فتح الباري في المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق

صَلَّى عَلَيْهِ : « كفى للمرء إنمًا أن يصيح من يقوت » (١) .

فهذه النصوص توجب النفقة الأقارب في حملتها ، ولما كانت دلالتها متنوعة منها القطعي والظني ، كما أن الأحاديث كلها من أخيار الآحاد وثبوتها ظني ، كما أن منها ما صح عند بعض الأئمة بينما لم يصح عند الآخرين لذلك اختلف الأئمة فيمن تحب له هذه النفقة على آراء .

١ - فالأمام مالك يرى أن نفقة الأقارب تنحصر في قرابة الولاد المباشرة ، فتحجب للأب والأم على الولد ذكراً كان أم أنثى ، وتجب على الأب لأولاده ، ولا تجب على الأم نفقة لأولادها ، ولا تجب لعير هؤلاء نفقة على أحد من أقاربهم (٢) .

ودليله على وجوب النفقة للوالدين الآيات التي أوجبت ذلك صراحة من قوله تعالى : « والوالدين إحساناً » ، وقوله : « وصاحبها في الدنيا معروفاً » ، وقول رسول الله صَلَّى عَلَيْهِ « أنت ومالك لأبيك » .

أما وجوبها للأولاد فبقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ويقول رسول الله صَلَّى عَلَيْهِ : « حدي ما يكفيك وبنيتك بالمعروف » قالوا : فهذه النصوص صريحة في ذلك فيقتصر على مورد النص ، أما غير هؤلاء فلا يصلون إلى مرتبتهم فلا يقاسون عليهم .

٢ - والإمام الشافعي يذهب إلى أن النفقة تجب للأصول على الفروع وبالعكس ، فالقرابة الموجبة هي قرابة الولاد مطلقاً مباشرة وغير مباشرة .

(١) سبل السلام ح ٣ ص ٢٢١ يريد الرسول أن اثم تضييع من يفوت كاف في اهلاك الشخص عن كل اثم سواه

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥٢٢ وما بعدها

ودليله على ذلك الأدلة السابقة بتوسع في معنى الوالدين ليشمل الأجداد ،
والأولاد ليشمل أولاد الأولاد لأن الأحاد آباء ، وأولاد الأولاد أولاد (١)

ولا تجب لغير هؤلاء ، أما قوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » فلا
يدل على وجوب النفقة على القريب الوارث لأنه معطوف على قوله تعالى :
« لا تضار والده بولدها ولا مولود له بولده » لا على قوله « وعلى المولود له رزقهن »
ولكننا نقول : إن هذا مجرد احتمال لأن الظاهر أنه معطوف على الأول ، لأن
الأحاديث صرحت بوجوب النفقة للأقارب غير الأصول والفروع كقول الرسول
« وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك بعد قوله أمك وأباك » .

٣ - يري الجعفرية : أن النفقة تجب للوالدين والأبناء اتفاقا ، وفي وجوبها
لغيرهم من الأصول والفروع تردد والراجح الوجوب ، وأما من عدا هؤلاء فلا
وجوب لهم بل تستحب النفقة عليهم في المشهور (٢) عندهم ، وفي قول آخر تجب
لغير الأصول والفروع .

٤ - وذهب الحنفية إلى أن القرابة الموجبة للنفقة هي القرابة المحرمة للزواج
فتجب على الشخص لكل قريب تربطها قرابة محرمة ، وهي تشمل الأصول
والفروع والمحارم من الحواشي كالأخوة والأخوات وأولادهم ، والأعمام والعمات
والأخوال والحالات ، أما القريب غير المحرم فلا تجب له نفقة كأولاد العم والعمة
وأولاد الخال والحالة .

وسددهم في ذلك الأدلة السابقة في أول الفصل التي توجب النفقة للأصول

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٠٧

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٨ ، والروضة البهية ج ٥ ص ٤٧٣ ، وعبارتها : تجب على
الأبوين فصاعدا وهم آباء الأب وأمهاة وإن علوا ، وآباء الأم وأمهاة وإن علوا ، والأولاد
فبارلا ذكورا كانوا أم أنانا لان المفق أر لبنته ويستحب النفقة على باقي الأقارب ويتأكد
الاستحباب في الوارث منهم في أصح القولين .

والفروع والأقارب الوارثين ، ولكنهم قيدوا الوارثين بالمحارم بما روى أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه كان يقرأ آية البقرة « وعلى الوارث مثل ذلك » بزيادة « دي الرحم المحرم » وهي وإن لم تثبت قرآنيها لعدم نواترها إلا أنها تعتبر تفسيراً وبياناً مسموعاً من رسول الله ﷺ .

ولأن القرابة المحرمية قرابة قوية تستحق العناية والمحافظة عليها من القطيعة بأيجاب النفقة لها دون غيرها ، ولهذا كانت سبباً في تحريم الزواج عند وجودها لما في الزواج من بسط سلطان الزوج على زوجته مما قد يؤدي إلى قطع الرحم ، فاقصر إيجاب النفقة على من اتصف بها دون من هو أدنى منه قرابة .

٥ - والحنبلة يذهبون إلى أن وجوب نفقة القريب على قريبه يدور مع الأثر وجوداً وعدمه ، فإذا كان القريب وارثاً وجبت له النفقة لا فرق بين أصل وفرع لا بين محرم وغيره .

وسندهم في ذلك قوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » فإنها أوجبت على وارث مثل ما أوجبه الآيه في أولها على الأب من النفقة ، وذلك لأن القرابة تبني تجعل القريب أحق بتركة قريبه وهو عنم تقتضي أن يقابله غرم وهو وحبوب نفقة على الوارث ، ولذلك شرطوا اتحاد الدين بين من تحب له النفقة ومن تجب به حتى ولو كانوا من الأصول والفروع ، في الرواية الراححة في المذهب (١) .

وفي رواية أخرى يشترط في غير الأصول والفروع ، وهذه الرواية - في نظري - هي التي تتفق مع صريح النصوص لأنها مطلقة لم تفرق بين المتفقين في الدين والمخالفين فقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » مطلق في كل مولود له ، وقوله : « وصاحبها في الدنيا معروفاً » نزل بخصوص الوالدين الكافرين ، وكذلك أدلة وجوب النفقة للأولاد المطلقة ، وأما قوله تعالى :

(١) المغنى والشرح الكبير ج ٩ ص ٤٥٩

« وعلى الوارث مثل ذلك ، فظاهرها أنها في الأقرباء الآخرين .

بهذا العرض للمذاهب نحد أن مذهب المالكية أضيقت المذاهب في نفقة الأقارب ، وأن أوسعها مذهب الحنابلة وأنه أصلحها للعمل لما فيه من توسيع دائرة النفقة للأقارب وأعد لها من جهة اشتراط اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه الذي يحرص الأنفاق بين المتوارثين إذا ما قصرنا هذا الشرط على الأقارب من غير الأصول والفروع وأخذنا بالرواية التي لا تشترط اتحاد الدين بالنسبة للأصول والفروع ، ولو افترضنا عدم وجود هذه الرواية فإننا نستطيع إلقاء هذا الشرط بالنسبة لهم نظراً للجزئية التي توجب النفقة للفروع على الأصول ، والمصاحبة والمعروف التي تقضي بإيجاب النفقة للأصول على الفروع .

وأما غير هؤلاء فالعدالة وقضية مقابلة العنم بالغرم توجب بقاء الاشتراط في حقهم .

وفوق ذلك . فإن العمل بهذا المذهب يقضي على بعض الحالات الشاذة التي تترتب على العمل بالمذهب الحنفي ، فإن ربط النفقة بالقرابة المحرمية توجب النفقة للفقير على خاله دون ابن عمه لو حود المحرمية في الأول دون الثاني مع أن ابن العم ينفرد بيرائه ولا نصيب لحاله فيه .

هذا ولما كان العمل في مصر ولبنان يحري على مذهبي الحنفية والجمعرية فسنقصر الكلام عليهما بالتفصيل ، وقبل ذلك نقدم للقاريء أهم الأصول التي يقوم عليها نظام النفقات وهي :

١ - لا تجب نفقة لشخص على آخر إلا إذا كان محتاجاً بأن لم يكن له مال ، ولا يخرج عن ذلك إلا الزوجة فإن نفقتها واجبة على زوجها ولو كانت موسرة ، لأن نفقتها لم تجب عليه لحاجتها بل لكونها بموسرة لحق الزوج عليها .

وبهذا يكون الأصل في نفقة الإنسان أن تكون في ماله صغيراً كان أو كبيراً

ذكر أكان أو أنثى قادراً على الكسب أو عاجزاً عنه عدا الزوجة لما قلنا .

٢ - نفقة الأولاد الذين لا مال لهم تجب على أبيهم وحده لا يشاركه فيها أحد ، لأنهم جزء منه فالأنفاق عليهم كالأنفاق على نفسه ، ولأن الأب يختص بانتساب أولاده إليه لا يشاركه أحد في ذلك ، وهو غم يختص به فيتحمل غم النفقة وحده مقابلة للغم بالغم .

ويقابل ذلك أن نفقة الآباء تجب على أولادهم لا يشاركهم فيها أحد حتى آباء هؤلاء الآباء إن وجدوا كما لو كان للمحتاج أب وابن فنفته على ابنه وحده عند الحنفية^(١) لأن الولد جزء أبيه وللأب شبهة حق في مال ابنه لحديث « أنت ومالك لأبيك » ، ولهذا قرروا في الرواية الظاهرة أن النفقة تجب عليهم بالتساوي لا فرق بين الذكور والإناث ، ولا بين الوارثين وغيرهم لتساوئهم في تلك الجزئية .

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة تكون على قدر الميراث فعلى الذكر ضعف ما على الأنثى^(٢) .

ومع أن هذه الرواية في ظاهرها تتفق مع قاعدة الغرم بالغنم إلا أنها لا تتم كل صور وحب النفقة على الأولاد بل تنحصر في دائرة الأولاد الوارثين فقط ، والنفقة تجب عليهم وارثين أو غير وارثين ، ثم إن العدل فيها عدل افتراضي لا حقيقي ، لأن الأب الفقير المحتاج للنفقة غالباً ما يفارق الحياة ولا يترك شيئاً يورث عنه .

٣ - إن نفقة الأصول والفروع تجب من وقت ثبوت حاجتهم إلى النفقة دون توقف على قضاء القاضي ، أما نفقة غيرهم من الأقارب فلا تجب إلا ما

(١) خالف الجعفرية في ذلك فقالوا: تجب النفقة عليهما بالسوية إذا كانا موسرين

(٢) المبسوط ج ٥ ص ٢٢٢

وقت القضاء بها (١)

ويظهر هذا الفرق في أن للأوين والأبن أن يأخذوا من مال من وجبت عليه نفقته إذا كان غائباً وكان المال الموجود من جنس ما تجب فيه النفقة كالدرهم والدنانير والطعام ، فيأخذ الواحد منهم قدر ما يحتاجه بالمعروف دون توقف على قضاء بالمقعة ، ولا ضمان عليه لأنه استوفي حقه حيث إن نفقته واجبة قبل القضاء ولا يجوز ذلك لغير الأصول والفروع

يقول الكمال بن الهمام (٢) : « والقاعدة في ذلك أن كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من تجب عليه النفقة جاز له أن يأخذها إذا قدر عليها وكانت من جنس حقه من غير قضاء ، وإن كانت من غير جنس حقه كالعروض فلا يأخذها إلا بأذن القاضي » .

٤ - لا تفرض نفقة في مال الغائب إلا إذا كان فرعاً أو أصلاً أو زوجاً ، أما إذا كان من تجب عليه النفقة من قرابة الحواشي فإنه لا تفرض نفقة لغيره في ماله ، وينتقل الرجوع إلى القريب الحاضر ولو كان أقل رتبة من الغائب ، ويفرض الغائب كأنه معسر ، لأن هذه النفقة وجبت للحاجة وتحتاج إلى قضاء القاضي ، والقضاء على الغائب لا يجوز في مذهب الحنفية ، ولا يمكن الانتظار حتى يحضر الغائب

٥ - لا تجب على فقير قادر على الكسب نفقة لأحد إلا لأصوله وفروعه وزوجته فإنه يجب عليه السعي والعمل للأبفاق عليهم ما دام قادراً على الكسب فإن أبي أجبر على ذلك

(١) المدائع ج ٤ ص ٣٥ ، ورد المختار ج ٢ ص ٦٨١

() فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧

٦ - لا نفقة مع اختلاف الدين بين المفتق والمنفق عليه إلا للأصول والفروع
والزوجة

٧ - النفقة للأقارب تجب بقدر كفايتهم لأنها وجبت لدفع الحاجة وهي
تدفع بالكفاية ، ولا يستثنى من ذلك إلا نفقة الولد على أبيه الموسر فإنه لا يقتصر
الوحوب فيها على قدر الكفاية ، بل على حسب ما يراه القاضي ، فلو كان الولد
بحاجة إلى خادم فرض له القاضي على أبيه نفقة خادم .

٨ - إذا امتنع من وجبت عليه النفقة عن الأنفاق على قريبه المستحق لها
وأصر على الامتناع مع قدرته فإنه يجبس ولو كان أباً ، ومع كون حبه إيداء
له وهو حرام إلا أنه يصار إليه دفعا للضرر الأعلى وهو دفع الهلاك عن الولد
بتحمل الضرر الأدنى وهو حبه عملاً بالقاعدة العامة « يتحمل أدنى الضررين
لدفع أعلاهما » ولذلك لا يجبس الأب في دين لولده إلا دين النفقة مع أن غيره
يجبس في الدين مطلقاً^(١) .

٩ - نفقة الأقارب مطلقاً تسقط بمضي المدة إلا إذا كانت مفروضة ومستدانة
بإذن القاضي أو بأذن من وجبت عليه ، وهذه المدة عند الحنفية مقدرة بشهر
فأكثر من وقت القضاء بها ، لأن نفقتهم وجبت لسد الحاجة فإذا مضى شهر
فأكثر ولم يأخذ القريب نفقته المقضى بها دل ذلك على أنه غير محتاج إليها في
تلك المدة ، أما ما دون الشهر فلا تسقط النفقة بمضيه وله أن يطالب بها ، لأنه
لا بد من مثل هذه المدة ليتمكن من المطالبة بالنفقة ، ولا يستثنى من ذلك إلا
نفقة الزوجة فإنها لا تسقط بمضي المدة^(٢) ، وكذلك نفقة الصغير عند بعض

(١) المبسوط ج ٥ ص ٣٢٤ ، البدائع ح ٤ ص ٣٨

(٢) البدائع ح ٤ ص ٣٨ ، فتح القدير ج ٣ ص ٣٥٤ أما مجرد القضاء بها فلا يصيرها ديناً

خلافاً للملكية والشافعية فإنها تصير ديناً به عندهم

الحنفية^(١) جعلوها كنفقة الزوجة لا تسقط بمضي المدة بل تثبت ديناً في الذمة من وقت القضاء أو التراصي عليها رافة بالصغير لعجره ، ومع كونها تصير ديناً عند هؤلاء بالقضاء قالوا: إنها دين ضعيف يسقط بموت الصغير .

ولا تكون ديناً قويا إلا إذا استديننت بالفعل بأذن القاضي أو بأذن من وجبت عليه ، وكثير من القضاة في مصر يأخذون بهذا الرأي

وهذا الرأي أرجح في نظري من القول بسقوطها ، لأن المعنى الذي جعلوه مسقطاً لها بمضي المدة وهو عدم الحاجة إليها غير موجود في جاسب الصغير ، لأنه غالباً ما يكون عند أمه وهي تفتق عليه من مالها فلا يلزم من تأخر طلبها استثناء الصغير عنها بخلاف الكبير .

والجعفرية : يوافقون الحنفية في أن نفقة الأقارب لا تقضى وتسقط بمضي المدة دون تحديد لها بشهر قالوا : إنها وجبت سداً للحاجة لا للتمليك فلا تستقر في الذمة ولو قدرها الحاكم ، لأن التقدير لا يفيد الاستقرار في الذمة إذا لم تكن النفقة بقصد التمليك كنفقة الزوجة إلا إذا أذن القاضي للقريب بالاستدانة لغيبة المنفق أو بماطلته بدفعها ، أو أمر الحاكم المنفق بالأنفاق^(٢)

١٠ - إذا لم يكن للفقير المستحق للنفقة أقارب موسرون كانت نفقته في بيت المال « خزانة الدولة » لأن من وظائف بيت المال في نظام الإسلام أن يتحمل حاجة المحتاجين ويقوم بالأنفاق عليهم كما في اللقيط وقد قدمنا حكمه في بحثه .

(١) نقله الريلمي في تبين الحقائق ج ٣ ص ٦٣ عن الحاوي وارتضاه واختاره غيره كذلك
(٢) الروضة السنية ج ٥ ص ٢٧٦ . بل أكثر من ذلك أنهم قرروا أن من وجبت له النفقة لو حصل على نفقة يوم أو أكثر بطريق الدعوة إلى وليمة أو الهدية أو من الركاة يسقط حقه في النفقة بقدر ما حصل له حتى ولو كان الحاكم أمر بها أو باستدانتها
فقه الأمام حنفر ج ٥ ص ٣٣١ .

يقول الكاساني في بدائعه بصدد أموال بيت المال ومصارفها : « وأما النوع
الراسع فيصرف إلى دواء الفقراء والمرضى وعلاجهم وإلى أكمان الموتى الذين
لا مال لهم وإلى نفقة اللقيط وعقل حمايته وإلى نفقة من هو عاجز عن
الكسب وليس له من تجب عليه نفقته ونحو ذلك ، وعلى الأمام صرف
هذه الحقوق الى مستحقيها » اهـ .

هدا والأقارب أنواع ثلاثة : أصول وفروع وحواشي ؛ وقد يوحد للمحتاج
منها نوع واحد ، وقد يوحد له أكثر من نوع ، وسنتكلم عليهما منفردة ومجمعة
في الفصول الآتية .

الفصل الأول

في نفقة الفروع على الأصول

المراد بالفروع هم الأولاد وأولاد الأولاد وإن نزلوا ذكوراً كانوا أو أُنثى .

إذا كان للولد مال وجبت نفقته في ماله ولو كان صغيراً ، وإذا لم يكن له مال وكان قادراً على الكسب ولم يمنعه مانع منه وجب عليه السعي ليحصل على نفقته ، ولا تجب له نفقة على غيره أباً كان أو غير أب ، أما إذا لم يكن له مال وكان عاجزاً عن الكسب لسبب من الأسباب كالصفر ، أو لكونه أُنثى ولو كسيرة قادرة على الكسب ولكنها لا تكسب بالفعل ، أو لكونه مريضاً مرضاً يمنعه من العمل كالعمى والشلل ، أو لكونه مجنوناً أو معتوهاً ، أو لعدم تيسر الكسب لبطالة عامة .

ففي هذه الحالات تجب له النفقة على غيره ، فوحووب النفقة له مشروط بم حاجته التي تتحقق بالأ يكون له مال بحيث تحل له الصدقة ، أو بمعجزه عن التكسب عند الحنفية والجمهورية^(١) في أظهر القولين عندهم ، فلو كان له مال لا يكفي حاجاته الضرورية أو كان كسبه لا يكفيه وجب على الأب أن يكمل

(١) المختصر النافع ص ١١٩ .

له ما يكفي حاجته (١) وكذلك إذا كان له مال غائب لا تصل يده إليه ، كما إذا ورث مالا ولم يتسلمه بعد فعلى الأب أو من يليه من أصوله أن ينفق عليه من مال نفسه حتى يتسلم ماله ، وله أن يرجع بما أنفق عليه ، إذا كان الأنفاق بأذن القاضي أو كان بغير إدارته لكنه أشهد بالتأكد الأنفاق أنه ينفق ليأخذه من ماله عند تسلمه ، وفي غير هاتين الحالتين لا يرجع عليه بشيء قضاء ، لأنه يكون متبرعا وله الرجوع ديانة إذا كان بوى ذلك ، يستوى في ذلك الصغير والكبير العاقر والذكر والأنثى .

وإذا امتنع الولد القادر على الكسب عنه فهل يملك الأب إجباره عليه ؟

إذا كان أنثى فليس لأبيها حرها على العمل لأن الشأن فيها ألا تعمل ، وتكون نفقتها على أبيها حتى تتزوج فتكون نفقتها على زوجها ، فإن انتهت زواجها لأي سبب عادت نفقتها إلى من كادت عليه قبل زواجها .

أما الذكر فيعتبر غير محتاج بقدرته على الكسب لأنه بهذه القدرة يعتبر غنياً لأمكانه الاستغناء بها فلا يبره أو غيره إجباره على العمل ، ولا يستثنى من ذلك إلا طالب العلم فإنه لا يجبر على الكسب حتى لا يشغله عن طلب العلم ، وتحب له النفقة ما دام حاداً في طلبه ناجحاً فيه ، أما إذا كان غير ذلك فلا تجب له نفقة على غيره (٢)

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٦٧٢

(٢) وحوث النفقة لطالب العلم كان هو الحكم المقرر في المذهب الحنفي ، ثم أفتوا بعدم الوجوب لما وسدت أحوال أكثرهم ، ثم حد بعد ما يوجب الرجوع إلى القول بالوجوب ر فتنة التتار وقتلهم أكثر العلماء لئلا يصيح العلم ، وإليك ما نقله ابن عابدين في رد المحتار ج ٥ ص ٧٣٠ عن صاحب القنية : « السلف قالوا بوجوب نفقته لكن أفتى أبو حامد بعدمه لفساد أحوال أكثرهم ومن كان بخلافهم نادر في هذا الزمان فلا يفرد بالحكم دعماً لخرج التمييز بين المصلح والمفسد قال : لكن بعد الفتنة العامة (يعني فتنة التتار) التي ذهب بها أكثر العلماء والمعلمين =

والمراد بالنفقة الواجبة هي كل ما يحتاج إليه الشخص من طعام وكسوة وسكنى وأجرة حادم إذا كان محتاجاً إليه لصفه أو لمجزه ، أما نفقة زوجة الأبن المستحق للنفقة فلا تجب على أبيه ولا على غيره من الأصول باتفاق الحنفية والجمهور ، وإما يقضي لها بالنفقة على زوجها ، ويأذن لها القاضي بالاستدانة عليه إذا طلبت ذلك ، ويؤمر من تجب نفقتها عليه بالأنفاق ويرجع بها على الزوج إذا أيسر

وهنا يذكر فقهاء الحنفية مسألة ما إذا كان الشخص يملك منزلاً للسكنى وليس له سواه فهل تجب له النفقة على غيره أو لا تجب ، ويذكرون في ذلك روايتين في المذهب

الأولى : لا تجب له النفقة لأنه لا يعتبر محتاجاً إليها من الغير حيث يستطيع بيعه ويسكن بالأجر أو يبيع جزءاً منه إن كان فسيحاً ينفق من ثمنه ويسكن ببقية .

والثانية : أنه تجب النفقة على قريبه ولا يجبر على بيعه أو بيع جزء منه ، وعللوا ذلك . بأن بيع المنزل لا يحصل إلا نادراً ، ولا يمكن لكل أحد أن يسكن بالأجر أو المنزل المشترك ، وقد اختار هذه الرواية الكاساني في بدائمه^(١) ، ووصفها بأنها الصواب مستنداً إلى أنه تجل له الصدقة ولا يؤمر ببيع المنزل ، ولكن صاحب الذخيرة قال : إن الرواية الأولى هي الصحيح من المذهب^(٢)

= نرى أن طلبه العلم بمنعمهم الاشتغال بالتكسب عن التحصيل ويؤدي إلى صياح العلم فكان المختار الآن قول السلف ، وهفوات المعص لا تمنع الوجوب كالأولاد والأقارب ، وأقره في البحر وقال : وأقول الحق الذي تقبله الطماع المستقيمة ولا تنفر منه الأذواق السليمة القول بوجوبها الذي رشد لا غير ولا حرج في التمييز بين المصلح والمفسد لظهور مسالك الاستقامة وتمييزه عن غيره .

(١) ج ٤ ص ٣٤ .

(٢) منحة الخالق على البحر الرائق ج ٥ ص ٢٢٨ .

وهذا أوجه لأن النفقة للقریب لا تجب إلا عند الحاجة ، والحاجة مندفعة بملكه هذا لأنه لا يمتد معها محتاجاً ، أما ما قيل : بأن بيع المنزل لا يحصل إلا نادراً ، فلو سلم ذلك في زمنهم فغير مسلم في زماننا ، ولعل التطور في المنازل ينفي ذلك ، وحل الصدقة له - إن جاز - لا يسوغ وجوب النفقة له على الغير ، لأن حل الصدقة لشخص لا يتنافى مع ملكية الشخص لما لا يصير به غنياً (١) ، أما وجوب النفقة فيقوم على حاجة من وجبت له التي ينفقها ملك المنزل

ولا يشترط في نفقة الفرع اتحاد الدين بينه وبين الأصل الذي وجبت عليه ، لأن النصوص الموجبة لها مطلقة في ذلك ، ولأن وجوب النفقة هنا بسبب الجرائية وهي ثابتة مع اختلاف الدين .

هذا ما يعتبر في جانب الفرع لتجب له النفقة .

أما الأصل الذي تجب عليه فيشترط فيه أن يكون قادراً على الأذواق إما بيساره أو بقدرته على الكسب وإن لم يكن له مال .

ثم إن نفقة الأولاد تجب على أبيهم لا يشاركه أحد فيها باتفاق الحنفية

(١) فقهاء الحنفية يقررون أن الفنى واليسار ثلاثة أنواع :

١ - غنى تجب معه الزكاة . وهو أن يملك الإنسان مالا نامياً تجب فيه الزكاة كمشربين مثقالاً من الذهب أو مائتي درهم من العضة فاضلاً عن نفقته ونفقة من يعولهم وحوادثه الضرورية .

٢ - غنى لا تحمل معه الصدقة ، وهو أن يملك من الأموال والأشياء ما يريد عن حوائجه الضرورية مما يقوم بمائتي درهم من الفضة أو مئتين مثقالاً من الذهب فهذا نصيب غير تام ومالكة تحرم عليه الصدقة ولا تحم عليه الزكاة وتحم عليه صدقة الفطر .

٣ - غنى يحرم عليه السؤال . وهو أن يملك قوت يومه وما يستزانه عورته . فمثل هذا يحرم عليه السؤال ، ولكن لا يحرم عليه أخذ الصدقة ولا يحرم دفعها إليه من غير سؤال ؛ تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي ح ١ ص ٤٦٧ .

وتطبيقاً لهذا نحدد أن المتزل المملوك إذا بيع كفى ثمنه صاحبه ساحاته الضرورية ويبقى معه ما يجعله عيباً تحرم عليه الصدقة .

والجعفرية في جميع الحالات لأن الأنفاق عليهم كالأنفاق على نفسه لأهم جزء منه باستثناء حالة واحدة عند الجعفرية وهي ما إذا كان للولد المحتاج أب وابن موسر فإن نفقته عليها بالتساوي لتساويهما في المرتبة إليه والبنت كالأن (١).

فإذا كان الأب موسراً أو قادراً على الكسب وطرق الكسب ميسرة له وجبت عليه النفقة بلا خلاف، فإن امتنع عن الأنفاق أو عن العمل أحر على ذلك بما يراه القاضي زاجراً له ولو لم يجد وسيلة راجرة غير الحبس حكم بحمسه كما يبيانه من قبل . باتفاق الحنفية والجعفرية (٢) .

فإذا لم يكن له مال وكان قادراً على الكسب وطرق الكسب غير ميسرة فالجعفرية وبعض الحنفية يعتبرونه في حكم الميت ، وينتقل وجوب النفقة إلى من يليه في ذلك من الأصول الأخرى ، فلو أيسر الأب بعد ذلك لا يرجع من أنفق بما أنفق على الأب ، لأنه لم يكن الأنفاق واجباً عليه في تلك الفترة .

والقول الآخر للحنفية - وهو الراجح عندهم - أنه بعدم تيسر طرق الكسب لا ينتقل الوجوب إلى غير الأب ، بل يبقى الوجوب عليه ولكنه لا يكلف بالأداء ، بل تكلف الأم بالأنفاق إن كان عندها مال ويكون مسا تنفقه دينياً على الأب ترجع به عليه إذا أيسر ، فإن لم يكن لها مال كلف جده إن كان موجوداً بذلك ليرجع على الأب كذلك ، فإن لم يكن له جد موسر تولى الأنفاق من تجب عليه النفقة بعده وهكذا .

(١) الروضة البهية ج ٥ ص ٤٧٩ ، أما إذا كان للماجز أم وولد فهل يشتركان كما في الأب والأب ورحمان قيل : نعم لأنها سواء في الرتبة ، وقيل : تح على الآن وحسب لتقدمه على الحسد ، والجد مقدم على الأم ، وإن اجتمع الأب والأم والابن والبنت فعلى الأب والآن والبنت فقط بالسوية .

(٢) الروضة البهية ج ٥ ص ٤٨١ وفقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٣٣٣ .

ووجهتهم في ذلك أن الأب بقدرته على الكسب يعتبر غنياً بهذه القدرة ،
وعدم تيسر الكسب لعارص لا يجعله في حكم المعدوم .

أما إذا كان غير قادر على الكسب لمرض مزمن أو شيخوخة ونحوها اعتبر
في حكم الميت وانتقل الوجوب إلى من يليه من الأصول دكراً كان الأصل أو
أنثى ، وكذلك إذا كان الأب غير موجود بالاتفاق .

وإذا انتقل وجوب نفقة الفرع إلى غير الأب من الأصول تنوع الحالات
فقد يكون له أصل واحد ، وقد يكون له أكثر من أصل .

فإن لم يكن إلا أصل واحد سواء كان من جهة الأب أو الأم (١) وجبت
عليه النفقة وحده متى توفر شرط القدرة السابق ، لأنه تعين للوجوب عليه .

وإن كان له أكثر من أصل وكانوا موسرين فالحكم يختلف تبعاً لكونهم
كلهم وارثين أو غير وارثين أو كان بعضهم وارثاً دون البعض الآخر . فهذه
ثلاث حالات .

الأولى : إذا كانوا كلهم وارثين لذلك الذي وجبت له النفقة عليهم ، وفيها
تجب النفقة عليهم جميعاً بنسبة أنصباؤهم في الميراث دون نظر إلى تفاوت درجاتهم
في القرابة .

فإن كان له أم وجد لأب في الدرجة الأولى أو الثانية فالنفقة عليها أثلاثاً
على الأم ثلثها ، وعلى الجد الثلثان ، لأن الميراث يقسم بينها كذلك

وإن كان له جدة لأم وجد لأب كان على الجدة السدس والباقي على الجد ،

(١) يقول السرخسي في المبسوط ح ٥ ص ٢٢٤ بعد بيان جبر الرجل على النفقة « وكذلك
المرأة الموصرة تجبر على ما يجبر عليه الرجل من نفقة الأقارب لأن هذا الاستحقاق بطريق الصلة
فيستوي فيه الرجال والنساء » .

وكذلك لو كان مكان الجدة جدتان في درجة واحدة لأن نصيب الحدة من الميراث هو السدس واحدة أو أكثر يقسم بينها بالتساوي .

الثانية : إذا كانوا كلهم غير وارثين وكانوا جميعاً من ذوي الأرحام فإن اتحدوا في الدرجة بأن كانوا جميعاً في الدرجة الثالثة كما لو كان له أبو أبي الأم ، وأم أبي الأم وجبت النفقة عليهما بالتساوي .

وإن اختلف درجاتهم كانت النفقة على أقربهم ، فلو كان له أبو أم وأبو أم أب كانت النفقة على أبي الأم لقرب درجته .

الثالثة : إذا كان بعضهم وارثاً والبعض غير وارث فإن تساوت درجة قرابتهم من الولد كانت النفقة على الوارث منهم ، لأنهم تساوا في القرب فيرجح بالأثر .

فلو كان له أبو أم وأبو أب كانت النفقة على الوارث وهو أبو الأب ، لأن أبا الأم من ذوي الأرحام ولا ميراث له مع وجود العاصب وهو أبو الأب (١) ، ولو كان له أبو أم وأم أم فالنفقة على أم الأم لأنها الوارثة .

وإن اختلفت درجة قرابتهم كانت النفقة على أقربهم وإن لم يكن وارثاً ، فلو كان للولد أبو أم وأبو أبي أب وجبت النفقة على أبي الأم لقرب درجته وإن لم يكن وارثاً ولا نفقة على أبي أبي الأب وإن كان وارثاً لعد درجته في القرابة .

وقد عللوا ذلك بأن السبب في وجوب النفقة للفرع على أصله هو أن الفرع

(١) في هذه الصورة لو كان أبو الأب مخالفاً في الدين للولد كان غير وارث . ووجبت النفقة على أبي الأم لأنه الوارث في هذه الحالة .

جزء لأصله ، وكلما قربت درجة القرابة قويت الجزئية فيرجح الأقرب الرجحان سبب وحبوب النفقة عليه .

لكن هذه العلة وإن كانت مقسولة في حالة ما إذا كانوا غير وارثين فهي غير مقبولة فيما إذا كان السعيد وارثاً والقريب غير وارث ، ولأنهم أهملوها في حالة ما إذا كانوا كلهم وارثين واعتبروا الميراث فقط وما أوقعهم في ذلك إلا اضطرابهم في الترجيح ، فتارة يرجحون بالأثر فيما إذا كان بعضهم وارثاً والآخر غير وارث ، وتارة يرجحون بالميراث عند اتحاد الدرجة .

وإذا كانت بقية الفروع في أساسها لم يلاحظ فيها الميراث لأنه لا يشترط فيها اتحاد الدين فإن الأوفق أن يدور وجوب النفقة على القرب فقط بصرف النظر عن الميراث .

وكان لهذا الاضطراب غرابة في التطبيق في بعض الصور ، فقد قدمنا في الحالة الأولى أنه لو كان للولد أم أم وأبو أبي أب كانت النفقة عليها لكونها وارثين ، ولو كان مكان أم الأم أبو الأم كانت النفقة على أبي الأم وحده وهو غير وارث ولا شيء على أبي أبي الأب وهو الوارث الوحيد ، فأبو الأم وأم الأم في درجة واحدة ، وأبو أبي الأب أبعد منهما وهو وارث ، فإذا وجد مع أم الأم الوارثة اشترك معها في النفقة ، وإذا وجد مع أبي الأم لا يتحمل شيئاً من النفقة مع أنه الوارث والآخر غير وارث فأبي منطلق يستسيغ هذا ؟ ! .

ولا نخلص من هذا إلا أن نعتبر في الحالة الأولى النفقة على الأقرب درجة واحداً أو أكثر حسب أنصبتهم فتكون النفقة في المسألة السابقة على أم الأم وحدها وكذلك أبو الأم .

فلو كانوا قرروا في الحالة الأولى وهي ما إذا كانوا كلهم وارثين أن النفقة على الأقرب واحداً أو أكثر لاستقام الأمر ولما وجدت هذه الغرائب ، ولسار الحكم في الحالات الثلاث كلها على نسق واحد ولا يعكز عليه الترجيح بالأثر في الحالة

الثالثة وهي ما إذا كان بعضهم وارثاً والبعض غير وارث وتساوت درجتهم لأنه متفق مع السبب العام وهو الجرئية وجعل الأثر مرححاً فقط .

أما الجعفرية : فيذهبون إلى أن الأب إذا كان معسراً فلا نفقة عليه وجعل في حكم المدوم وانتقل الوجوب إلى أبي الأب ، فإن لم يكن موجوداً أو كان معسراً انتقل الوحوب إلى الجد الأعلى منه وهكذا ، فإن لم يوجد من هؤلاء الأجداد لأب أحد أو كانوا في حكم المدومين فالنفقة على الأم ، فإن لم تكن أو كانت معسرة انتقل الوحوب إلى أجدادها وحداتها وإن علوا الأقرب فالأقرب لا فرق بين الذكر والأنثى ، وإذا وجد أكثر من واحد في درجة واحدة كانت النفقة عليهم بالتساوي لا فرق بين الذكر والأنثى دون نظر إلى جهة الأثر ، وأم الأب بحكم أم الأم وأبيها ، وكذا أم الجد لأب مع أوي الجد والحدة لأم وكذا يتساوى الغنى فعلاً وقوة بالقدرة على الاكتساب^(١)

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٥ ص ٤٧٧ .

الفصل الثاني

في نفقة الأصول على الفروع

يراد بالأصول هنا الأب والأم والأجداد والجدات من جهتي الأب والأم
مهما علوا .

تجب نفقة الأصل على الفرع إذا كان الأصل فقيراً لا مال له ولو كان قادراً
على الكسب ، لأن الله أمر بالأحسان إلى الوالدين ، ومما يشملان كل الأصول في
غير آية ، كما أمر بمصاحبتها في الدنيا بالمعروف وإن كانا كافرين ، وليس من
الأحسان ولا المصاحبة بالمعروف أن يكلفا السعي على العيش بعد أن تقدمت بهما
السن وولدهما ينعم بالمال ، بل هو إيداء لها ، ولا يتفق مع قوله تعالى « إما يبلغن عندك
الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما (وقل لهما قولاً كريماً واخفض لهما
جناح الذل من الرحمة ، وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً)

وفي هذا يقول الكاساني في بدائمه (١) « لو كان الشخص صحيحاً مكتسباً
لا يقضي له بالنفقة على غيره وإن كان معسراً إلا الأب خاصة والجد عند عدمه
فإنه يقضي بنفقة الأب وإن كان قادراً على الكسب بعد أن كان معسراً على
ولده الموسر ، وكذا نفقة الجد على ولد ولده إذا عدم الأب » .

(١) ج ٤ ص ٣٥ .

ومن قبله يقول السرخسي (١) « لا يجبر الموسر على نفقة المعسر من قرابته إذا كان صحيحاً وإن كان لا يقدر على الكسب لأن الصحيح الذي لا زمانة به لا يمجز عن كسب القوت عادة إلا في الوالدين خاصة وفي الجد أبي الأب إذا مات الأب فإنسه يجبر الولد على نفقته وإن كان صحيحاً لدفع الأذى الذي يلحقه بالكسب والتعب » .

ويشترط في الفرع الذي تجب عليه النفقة أن يكون قادراً على الكسب ولو لم يكن موسراً ، فمتى كان الفرع عنده قدرة على الكسب والأصل فقير لا مال له وجبت النفقة على الفرع لأصله ، وطولب بالسعي ليوفي بتلك النفقة ، فإن امتنع عن العمل أجبر على ذلك ، يستوي في ذلك اتفاقهما في الدين واختلافهما فيه ، لأن نفقة الأصل وجبت على فرعه بحق الولادة التي تتحقق بها الجزئية بين الولد وأبيه .

وتجب على الفرع إذا كان واحداً ، وعند التعدد تجب على الأقرب ، فإن تعددوا وكانت درجاتهم واحدة وجبت عليهم بالتساوي لا فرق بين الذكر والأنثى ، ولا بين الموافق في الدين والمخالف فيه ، ولا بين واسع اليسار وقليله (٢) .

فلو كان للأصل بنت وولد وجبت عليهما مناصفة على الرأي الراجح ، لأن النفقة وجبت بسبب الجزئية وهما فيه سواء ، ولو كان له ابنان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم وجبت عليهما مناصفة وإن كان أحدهما وارث والآخر غير وارث .

(٣) المبسوط ج ٥ ص ٢٢٨ .

(١) وفي قول آخر يعتبر هذا الفرق إذا كان الفارق بينهما كبيراً ، وفي قول المالكية المتمدن منهم أنه تقسم النفقة حسب اليسار في كل حال .

وكذلك لو كان له ابن ابن وبنت بنت وجبت عليها بالتساوي .

وان اختلف درجاتهم كانت النفقة على الأقرب دون الأبعد وإن كان الميراث للأبعد ، فمن له بنت بنت وان ابن ابن كانت النفقة على بنت بنته وحدها . ، وكذلك لو كان له ابن غير مسلم وابن ابن مسلم وجبت النفقة على الأول لقرب درجته .

ومن هذا ترى أن مسلك الحنفية هنا سليم لا اضطراب في تطبيقه ، لأنهم اعتبروا درجة القرابة وحدها دون اعتبار للأثر وعدمه ، وهو الذي يتفق مع الأصل الذي يقوم عليه وحوب النفقة وهو الجزئية بينما اضطربوا هناك في نفقة المروع على الأصول فاعتبروا مرة الأثر ومرة القرب فاضطرب التطبيق .

والمراد بالنفقة هنا الكفاية من الطعام والكسوة والسكنى ، ولو احتاج الأصل إلى خادم لزم ، وكذلك لو كان محتاجاً لزوجه ، ولا يستطيع الاستغناء عنها لكبر سنه أو لمعجزه بسبب المرض لزم ابنه نفقة الزوجة ، لأنها من تمام النفقة سواء كانت الزوجة أما للأبن أو غير أمه .

أما إذا لم يكن الأب محتاجاً إليها ففي المذهب روايتان أرجحهما أنه لا تجب عليه نفقتها ، وهذا تقول الجعفرية .

طريقة الأنفاق : إذا كان الولد الذي وجبت عليه النفقة موسراً له مال فائض عن حوائجه وجبت عليه النفقة لأبويه بالطريقة التي يختارها الأبوان ، فإن طلبا أخذ نفقة ليعيشا وحدهما أجبيا إلى طلبهما ، وكذلك إذا لم يكن له مال ولكنه يتكسب وكسبه يزيد عن حاجته بما يفي بحاجة والديه فإن امتنع أجبر على ذلك حتى لو كان الأب قادراً على الكسب وطرقه ميسرة له لما قلنا سابقاً .

فإن كان ما يفضل عن حاجته لا يكفي إلا أحدهما فالألم أحق به من ابن الأب إن لم تكن متزوجة بغير أبيه في قول عند الحنفية ، ويؤيد ذلك حديث

البر السابق فإن رسول الله ﷺ قدم بر الأم على بر الأب بل وأكد ثلاثاً ، والأنفاق عليها نوع من البر فتقدم على الأب ، وقيل يقسم هذا القدر بينهما .

والجمعفرية يقررون أن الأب إذا كان قادراً على الكسب لا نفقة له على ابنه ، لأنهم يشترطون فيمن تجب له النفقة عموماً أن يكون عاجزاً عن الكسب ، وفي هذه الحالة يكون الفاضل للأم ، فإن كان الأب عاجزاً عن الكسب يعطي هذا القدر لهما إن أمكن انتفاعهما به وإلا أقرع بينهما .

فإن كان كسب الفرع لا يزيد عن حاجته لا تجب عليه نفقة لأحد من الأصول ، لأن شرط وجوبها أن يفضل ماله عن قوته وقوت زوجته ليومه الحاضر وليلته ، لأنها مواساة وهو ليس من أهلها (١) .

أما المحشفية فيقررون أنه لا تفرض للأصل نفقة خاصة وإنما يجب عليه في هذه الحالة إذا كان له أولاد أن يضم أصله أنا أو أمأ إليه ليعيش معه ومع أولاده ، والمقاسمة في الطعام لا يترتب عليها ضرر كبير ، فإن طعام الأثنين يكفي الثلاثة ، وطعام الثلاثة يكفي الأربعة .

فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : « لو أصاب الناس السنة (٢) لأدخلت على أهل كل بيت مثلهم فإن الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم »

فإن لم يكن له أولاد وكان يعيش وحده فإنه يجب عليه ضم أبيه إليه إن كان عاجزاً عن الكسب لأي سبب ، لأنه ليس من المروءة أن يترك أباه العاجز يموت جوعاً أو يسأل الناس وهو يعيش في كفاية وكذلك أمه ولو كانت قادرة على الكسب ، لأن الأبوثة في ذاتها عجز حكمي كما قدمنا .

(١) الروضة البيبية ج ٥ ص ٤٧٣ ، فقه الأمام حمفر ح ٥ ص ٣٤٦

(٢) السنة : الشدة والمخافة

أما إذا كان أبوه قادراً على الكسب فلا يجب عليه ضمه ولا يجبر على ذلك قضاء ، لأن ضمه إليه على الدوام يؤدي إلى عجزه عن الكسب حيث يضعف بمرور الأيام لعدم تكامل غذائه ، وربما أدى ذلك إلى هلاكها معاً ، ورسول الله ﷺ يقول : « أبدأ بنفسك ثم بمن تعول » .

والأصل أن كل قادر على العمل يجب عليه السعي لبأكل من كسب يده ، استثنى منه حالة ما إذا كان للولد فضل كسب فإنه يصرفه إلى أبيه ليوفر له الراحة ويريمجه من الكد وعناء العمل في أخريات حياته لأنه مقتضى الأحسان المأمور به .

أما حالة عجز الأب عن العمل ولا فضل لولده من كسبه فهي حالة ضرورة وهي تقدر بقدرها وعلى الولد فيها أن يضاعف جهده في العمل ليزيد كسبه

الفصل الثالث

في نفقة الحواشي وهم الأقارب غير الأصول والفروع

قدمنا أن القرابة الموجبة للنفقة عند الحنفية هي القرابة المحرمة دون نظر للاتحاد في الدين بين الأصول والفروع ، أما غيرهم فلا بد من ذلك لتتحقق فيهم أهلية الأثر .

وعلى هذا يكون المراد بالحواشي هنا الأقارب من غير الأصول والفروع قرابة نسبية محرمة أي يحرم فيها على القريب أن يتزوج قريبة لو افترضنا أحدهما ذكراً والآخر أنثى كالأخوة والأخوات وأولادهم ، والأعمام والعمات والأخوال والخالات ، فهؤلاء تجب لهم النفقة إن كانوا أهلاً للأثر وإن لم يكونوا وارثين بالفعل لقوله حل شأنه « وعلى الوارث مثل ذلك » .

فالموجب للنفقة القرابة النسبية المحرمة مع أهلية القريب للأثر في الجملة .

فإذا كانت قرابة غير نسبية كالأخوة من الرضاع ، أو كانت نسبية ولكنها غير محرمة كأولاد الأعمام والعمات ، وأولاد الأخوال والخالات ، أو كانت

نسبية محرمة ولكن صاحبها ليس أهلاً للميراث . كالأخوة المخالفين في الدين ^(١) فإن هذه الأصناف لا تجب لها النفقة لعدم توافر الصفات الموجبة لها . وقد قدمنا الأدلة على ذلك .

ويشترط لوجوب نفقة هؤلاء الأقارب من ذوي الأرحام المحارم .

١ - أن يكون من تجب له النفقة ومن تجب عليه متحدين في الدين لأن سبب وجوب النفقة لهؤلاء هو القرابة المحرمة مع استحقاق الأثر في الجملة ، ولا توارث بين المختلفين في الدين . ^(٢)

٢ - أن يكون من تجب له النفقة فقيراً عاجزاً عن الكسب لسبب من الأسباب كالصغر والأنونة والمرض المزمن وغيرها ، فلو كان قادراً على الكسب وإن لم يكن له مال لا تجب له نفقة على غيره ، لأن القدرة على الكسب غنى .

٣ - أن يكون من تجب عليه النفقة موسراً ، لأن النفقة على ذي الرحم المحرم صلة وهي لا تجب إلا على الأغنياء . ويتحقق اليسار الموجب للنفقة عند أبي يوسف بملك نصاب الزكاة زائداً عن حوائجه الأصلية لأنه يعتبر غنياً بهذا والنفقة صلة لا تجب إلا على الأغنياء .

وفرق محمد بن الحسن بين صاحب الغلة (المورث الثابت) وبين صاحب الحرفة ، فقدّر يسار الأول بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله لمدة شهر لينفق منه على قريبه ، فإن لم يفضل منه هذا القدر لا تجب عليه نفقة ، وقدّر يسار الثاني بما يفصل

(١) وكذلك القريب النسبي المحرم الذي جاءت حرمة بسبب غير القرابة كبنات العمّة التي وضعت مع ان حالها من امرأة واحدة مهده وإن حرم عليه تزوجها لكن الحرمة جاءت من طريق الرضاع لا من قبل القرابة النسبية . ^(٢)

عن نفقته ونفقة عياله من كسبه اليومي ، لأن النفقة وجبت لدفع الهلاك عن
القريب ويجب على من قدر على ذلك ، والذي يزيد كسبه عن حوائجه وحوائج
عياله يعتبر قادراً على دفع الهلاك عن قريبه .

وقد اختار رأي محمد الكمال بن الهمام وغيره ، وقال عنه صاحب البدائع: (١)
إنه الأوفق ، لأنه إذا كان له كسب دائم وهو غير محتاج إلى جميعه فإدا على
كفايته يجب صرفه إلى أقاربه كفضل ماله إذا كان له مال وهو الأوفق لمرئنا ،
لأن ملك نصاب الزكاة لا يعتبر غنى يوجب الأنفاق على الغير لأن النفقة
متجددة ، فإذا يعني النصاب الذي قد يستهلك في شهور ويصبح صاحبه فقيراً
بعد أن كان غنياً بخلاف الفائض اليومي .

هذا ويشترط لوجوب أدائها قضاء القاضي بها أو التراضي عليها ، ولهذا
لو ظفر الفقير من هؤلاء بما هو من جنس النفقة من مال قريبه ليس له أن يأخذ
قبل القضاء أو التراضي بخلاف نفقة الأصول والفروع كما قدّمنا عند عرض
أصول النفقات .

فإذا توافرت هذه الشروط وجبت النفقة ، وحينئذ إن لم يكن للفقير المحتاج
إلا قريب واحد قادر عليها وجبت عليه وحده ، وإن كان له أكثر من قريب
قادر على الأنفاق ، فإما أن يكونوا كلهم من ذوي الأرحام أولاً بأن يكون
بعضهم محرماً والآخر غير محرّم .

فإن كان فيهم غير محرّم فالنفقة على القريب المحرم ما دام أهلاً للأرث في
الجملة وإن كان الآخر هو الوارث بالفعل . كما لو كان للمحتاج خال وابن عم
فالنفقة على الخال وحده لكونه من ذوي الأرحام ، ولا تجب على ابن العم وإن

(١) ح ٤ ص ٣٥

كان هو الوارث بالفعل لأنه غير محرم .

وإن كانوا كلهم من ذوي الأرحام ولهم أهلية الأثر . فإن كانوا كلهم وارثين بالفعل وحتت عليهم النفقة على حسب أنصباهم في الميراث ، وإن كان بعضهم وارثاً بالفعل والآخر محجوباً عنه وحتت على الوارث بالفعل واحداً كان أو أكثر حسب أنصباهم .

فمن كان له أخت شقيقة وأخوان لأم كانت النفقة عليهم بنسبة أنصباهم على الأخت الشقيقة الثلثان ، وعلى الأخوين لأم الثلث مناصفة .

ولو كان له أخت شقيقة وعم وأخت لأم فعلى الشقيقة النصف وعلى الأخت لأم السدس وعلى العم الثلث لأن نصيب الشقيقة في الميراث النصف فرضاً ، والأخت لأم السدس فرضاً ، والعم الباقي بالتعصيب وهو الثلث ولو كان له أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم ورعت النفقة عليهم حسب أنصباهم في الميراث ، فعلى الشقيقة ثلاثة أخماسها وعلى كل من الآخرين خمسا . وذلك لأن نصيب الشقيقة بالعرض نصف التركة $\frac{3}{6}$ ، والأخت لأب سدسها تكملة للثلاثين

$\frac{1}{6}$ ، ونصيب الأخت لأم السدس فرضاً $\frac{1}{6}$ فالمسألة من 6 فيبقى منها سهم يرد عليهم بقدر أنصباهم التي هي 3 ، 1 ، 1 ..

وإذا كان له أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم كانت النفقة على الشقيق والأخت لأم . سدسها على الأخت لأم ، لأن نصيبه في الميراث السدس ، وخمسة أسداسها على الشقيق ، لأنه عاصب يأخذ الباقي ، ولا شيء على الأخت لأب لأنه لا يرث لحجبه بالأخت الشقيق .

وإذا كان له خال وعم كانت النفقة على العم وحده لأنه الوارث ، ولا شيء

على الحال لأنه من ذوي الأرحام وهم لا يرثون مع وجود العاصب (١) .

هذا إذا كان كل المحارم موسرين ، فإن كان بعضهم معسراً لا تجب عليه نفقة لعدم توفر شرط وحوها وتجب على الباقيين بنسبة أنصابتهم في الميراث ، وتحت ذلك صورتان .

الأولى : أن يكون ذلك المعسر يحوز كل التركة عند اجتماعه مع الآخرين ،
والثانية : أن يكون صاحب نصيب فيها فقط .

ففي الصورة الأولى نفترضه معدوماً ، وبعتر الموسرين هم الورثة ويقسم التركة عليهم ، وبعد معرفة نصيب كل منهم بقسم نفقة المحتاج عليهم بقدر أنصابتهم ، فإذا كان للقريب المحتاج عم معسر ، وعمه وخالة موسرتان ، فالعم هنا الوارث يأخذ كل التركة لأنه عاصب ، والعمه والحالة من ذوي الأرحام لا ميراث لهما مع العاصب ، فنفترض العم غير موجود ، فتكون العمه والحالة وارثتين ، فتقسم التركة عليهما أثلاثاً للعمه الثلثان لأنها من أقارب الأب ، وللخالة الثلث لأنها من أقارب الأم ، فتقسم النفقة عليهما أثلاثاً على العمه الثلثان ، وعلى الحالة الثلث ، وكذلك لو كان مكان الحالة خال كان عليه ثلث النفقة ، لأن نصيبه في الميراث هنا الثلث .

وفي الصورة الثانية : نقسم التركة على الكل بما فيهم المعسر ليعرف نصيب كل واحد ، وبعد معرفة نصيب كل واحد من الموسرين بقسم النفقة عليهم حسب أنصابتهم .

فلو كان له أخت شقيقة معسرة وعم وأخت لأم فالتركة إذا قسمت عليهم

(١) وعمد الجمعية النفقة عليها بالسوية ، لأن العم عددهم ليس عاصباً ، بل هو مثل الحال يرثان عند عدم أصحاب الفروض ، وهذا على قول من يقول بوجوب النفقة لعير الأصول والفروع .

كان للأخت الشقيقة النصف ، وللأخت لأم السدس ، وللعم الباقي بالتعصيب وهو الثلث والمسألة من ٦ للشقيقة منها ٣ ، وللأخ لأم ١ ، وللعم ٢ يلغى نصيب الأخت ويقسم النفقة على العم والأخت لأم أثلاثاً على العم الثلثان ، وعلى الأخت لأم الثلث .

ولو كان له أخ شقيق معسر وعم وأخت لأم فالعم هنا غير وارث بالفعل فينحصر الميراث في الأخ الشقيق والأخت لأم ، وبما أن الشقيق معسر تكون النفقة كلها على الأخت لأم وحدها^(٢) .

(٢) راجع السوط ج ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها . البدائع ج ٤ ص ٢٢

الفصل الرابع

في ترتيب وجوب النفقة إذا اجتمع للمحتاجين أكثر من نوع من أقاربه

الحالات السابقة كانت النفقة فيها واجبة على نوع واحد من الأقارب .
أصول فقط ، أو فروع فقط أو حواشي فقط واحداً أو أكثر من كل نوع ، وقد
يجتمع للمحتاجين أقارب من نوعين أو أكثر وهي حالات أربع فقد يجتمع له
أصول وفروع ، أو أصول وحواشي ، أو فروع وحواشي ، أو أصول
وفروع وحواشي

وإليك بيان من تجب عليه النفقة في تلك الحالات

الحالة الأولى اجتماع الأصول والفروع .

إذا اجتمع للمحتاج للنفقة أصول وفروع وتوفر فيهم شرط وجوب النفقة
عليهم وجبت النفقة على أقربهم دون اعتبار الأثر عند اختلاف الدرجة :

فمن كان له أب وابن ابن فالنفقة على الأب ، ولو كان مكان الأب أم وجبت

النفقة عليها ، ولو كان له أب وأم وابن ابن كادت النفقة على الأب وحده لأن الأب لا يشاركه أحد في نفقة أولاده كما سبق .

ومن كان له أبو أم أو أبو أم وابن ابن فالفقعة على الجد في صورتين ، وإن كان أحدهما وارثاً والآخر غير وارث ، وابن ابن الأبن وارث في الحالتين .

ولا يقال : كيف تجب النفقة على أبي الأم وهو غير وارث ، لأن النفقة هنا تقوم على الجزئية والقرب وهو أقرب من ابن ابن الأبن كما تقدم في نفقة المروع على الأصول في الحالة الثالثة .

وإن تساوى في الدرجة وجبت النفقة عليهم بنسبة الميراث إلا إذا وجد دليل شرعي يرجح وجوبها على أحدهم ، فلو كان للمحتاج جده لأب وابن ابن وجبت النفقة عليها بنسبة ميراثها على الجد السدس ، وعلى ابن الأبن خمسة أسداسها لاتحاد درجاتها في القرابة .

ولو كان مكان ابن الأبن بنت وجبت النفقة عليها وعلى الجد مناصفة لأن نصيب بنت في الميراث النصف ، ونصيب الجد السدس فرضاً والباقي تعصياً . ولو كان له أب وابن وجبت النفقة على الأبن وحده لوجود الدليل وهو أن للأب شبهة حق وملك في مال ولده لحديث « أنت وما لك لأبيك » فيترجح وجوب النفقة عليه بهذا الدليل .

ولهذا قرر الفقهاء : إنه لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد كما لا يشارك الأب في نفقة أولاده أحد إذا كان قادراً عليها ولو بالعمل والسعي ، وكذلك لو كان مكان الأب أم فلا نفقة عليها .

وإذا كان له أبو أم وبنت بنت وجبت النفقة على الجد وحده لأنها وإن تساوى في الدرجة إلا إن أحدهما وهو الجد وارث ، والأخرى وهي بنت البنت

غير وارثة فيترشح وجوب النفقة على الجد بالميراث (١) .

ومن هذا العرض ترى أنه عند اجتماع الأصول والفروع تجب النفقة أولاً على الأب المباشر إن وجه لوجود شبهة ملك للأب في ماله ، ومثله البنت ، فإن لم يكن ابن ووجد أب وجبت النفقة عليه وحده لأنه لا يشاركه أحد في نفقة أولاده ، فإن لم يكن لهذا ولا ذاك اعتبر قرب الدرجة بصرف النظر عن كونه وارثاً أو غير وارث ، فإن تساوا في الدرجة فالترجيح بالأثر بالفعل ، فإن كانوا وارثين كلهم وجبت عليهم بنسبة أنصابتهم .

الحالة الثانية وهي اجتماع الأصول والحواشي .

إذا وجد للمحتاج للنفقة أقارب من الأصول والحواشي توافرت فيهم شروط وجوب النفقة عليهم ، فيما أن يكونوا وارثين أو يكون بعضهم وارثاً والآخر غير وارث .

فإن كانوا كلهم وارثين قسمت النفقة عليهم جميعاً حسب أنصابتهم في الميراث لا فرق بين أن يكون الموجود من كل نوع واحداً أو أكثر ، فمن كان له أم

(١) أورد على أحكام هذا النوع بأن بعض أحكامه يتعارض مع بعض أحكام اجتماع الأصول فقط فيما إذا اجتمع أم وجد لأب وإن إن فإن مقتضى قاعدة اجتماع الأصول والفروع هنا أن تكون النفقة على الأم وحدها لأنها الأقرب ، ومقتضى قاعدة اجتماع الأصول وحدهم السابقة في الحالة الأولى مسأ أنه إذا اجتمع مع الأم جد لأب تكون النفقة عليهما لأبهما وارثان ، فترى من ذلك أن الأم إذا وجد معها الجد فقط شاركها في ثلثي النفقة ، ولما وجد معها ابن ابن وهو وارث أيضاً وجبت النفقة عليها وحدها مع أن نصيبها في الحالة الأولى في الميراث الثلث ، وفي هذه الحالة نصيبها السدس فقط وهو أمر عريب جداً . وفي رأيي أن العرابة لم تنشأ عن الطريقة في هذا القسم لأنها سليمة ومستقيمة ، وأما الطريقة هناك في هذه الحالة فهي منشأ الغرابة وقد استق أن نقدناها وبيننا أنه كان الأوفى أن تكون النفقة على الأقرب في حالة ما إذا كانوا كلهم وارثين .

وأخ شقيق أو لأب فنفقته عليها أثلاثا على الأم الثلث ، وعلى الأخ الثلثان لأنه عاصب يأخذ الباقي بعد نصيب الأم وهو الثلث .

وإن كان مكان الأخ أخوان أو أكثر كلهم أشقاء أو لأب كان على الأم السدس لأن ميراثها مع الجمع من الأخوة السدس ، وعلى الأخوة الباقي بالتساوي .
ولو كان له جدة لأم وجدة لأب وأخ لأم وأخ لأب كانت النفقة عليهم حسب أنصبتهم فعلى الجدتين السدس مناصفة ، وعلى الأخ لأم السدس ، وعلى الأخ لأب الباقي وهو الثلثان .

وإن كان أحد النوعين وارثا والآخر غير وارث : فإن اعتبار الأثر يلقى وتكون النفقة على الأصول وحدهم ولو كانوا غير وارثين والحواشي أقرب منهم .

فمن له جد لأم وأخ شقيق أو عم كانت النفقة على الجد لأم ، لأن أحد النوعين وارث وهو الأخ الشقيق أو العم ، والآخر غير وارث وهو الجد لأم

وهذا - كما ترى - أمر غريب لأن الأصل لو كان وارثا شاركه من كان من الحواشي في النفقة ، وإذا كان غير وارث انفرد بالنفقة ، وأغرب من هذا إذا كان الأصل غير وارث وهو أبعد من كان من الحواشي كما في جدة غير صحيحة كأم أبي الأم ، وأخ شقيق فإن النفقة تجب على الجدة وهي أبعد من الأخت وغير وارثه ، ولو قارنا هذه المسألة بمسألة ما إذا كان مع الأخت أو العم أم فأنهما يشتركان في النفقة لآزدادت القرابة .

ولو كان له أبو أب وعم شقيق كانت النفقة على الجد لأن أحد الصنفين وارث والآخر غير وارث .

وكذلك لو كان مكان العم أخ شقيق عند أبي حنيفة ، لأن الجد يجب

الأخوة وهو الراجح في المذهب الحنفي وقد كان هذا هو المعمول به في الميراث وفي النفقة قبل صدور قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

أما بعد صدوره فقد تعبر العمل وأصح الجد يشارك الأخوة في الميراث ، وبناء عليه تمييز العمل في النفقة فصار المعمول به مذهب الصاحين ، فتكون النفقة هنا مناصفة بين الجد والأح

هذا إذا كان الموجود من كل نوع واحداً . فإن وجد في كل نوع أكثر من واحد فإننا ننظر لكل نوع على حدة ونرجح من ترجمه القواعد الخاصة به ، ثم نطبق قاعدة اجتماع النوعين وبعرض النفقة على من تجب عليه .

فإذا اجتمع للمحتاج للنفقة أم وجد لأم وأخ شقيق وعم ، فإذا نظرنا للأصول نجد الأم أقرب وهي وارثة ، والجد لأم أبعد وغير وارث فيستبعد ، وإذا نظرنا إلى الحواشي وجدنا الأخ هو الوارث ويحجب العم فيستبعد العم كذلك وما بقي من النوعين وارث فتجب النفقة عليها بنسبة الميراث فعلى الأم الثلث ، وعلى الأح الثلثان .

وإذا كان له أم وجد لأب وأخ شقيق فعلى رأي أبي حنيفة الذي يجب الأخوة بالجد فتكون النفقة على الأصول وحدهم وكان مقتضى قاعدة اجتماع الأصول والحواشي وأحد النوعين وارث والآخر غير وارث أن تكون النفقة على الجد والأم أثلاثاً ، غير أنه وجد هنا مانع من مشاركة الأم للجد في النفقة ، وهو أن الجد عند حجبه للأخوة يعتبر أنا حكماً فألت المسألة إلى اجتماع الأم والأب وعند اجتماعهما تكون النفقة على الأب وحده فتكون النفقة هنا على الجد وحده^(١) وهو الراجح في المذهب الحنفي، ولو اجتمع جد لأب وجد لأم

(١) يقول ابن عابدني في رد المحتار ج٢ ص ٧٣٧ : وجه ذلك أن الحد يجب الأحم لتزويله =

وأخ شقيق فإن النفقة على الحد وحده أيضاً عند أبي حنيفة لأن الحد لأب ترشح على الحد لأم حسب قواعد اجتماع الأصول فقط وهو أن النفقة على الوارث فلا يعتبر الحد لأم موجوداً فيبقى الحد لأب من الأصول ، والأخ من الحواشي ، وأحد النوعين وارث والآحر غير وارث فتكون النفقة على الأصول حسب قاعدة اجتماع الأصول مع الحواشي .

وعند الصحابي النفقة على الحد لأب والأخ مناصبة حسب الميراث لأن كلا من النوعين وارث بعد استبعاد الحد لأم . وعلى رأيهم يجري العمل في مصر .

الحالة الثالثة وهي اجتماع الفروع والحواشي .

إذا اجتمع للمحتاج للنفقة فروع وحواشي توافرت فيهم شروط وجوب النفقة تكون على الفروع فقط لأن العبرة هنا بكون المنفق جزءاً من المنفق عليه ، فتسقط الحواشي بوجود الفروع ويصرف النظر عن القرب والميراث في مجموع النوعين .

فلو كان للمحتاج بنت وأخت فالنفقة على البنت وإن كانت الأخت ترث مع البنت .

ولو كان له بنت بنت مع الأخت أو الأخ فالنفقة على بنت البنت وإن لم تكن وارثة حتى ولو كانت مخالفة في الدين لمن وجبت له النفقة ، لأنه لا اعتبار للأثر في نفقة الفروع للأصول فإذا تعددت الفروع تطبق القاعدة السابقة فيقدم الأقرب فالأقرب ، وإن تساوا في الدرجة كانت النفقة على الكل بالتساوي لا فرق بين

= ميرلة الأب بحيث تحقق تنزيهه ميرلة الأب صار كما لو كان الأب موجوداً حقيقة لا تشاركه الأم في وجوب النفقة فكذا إذا كان موجوداً حكماً فتجب على الحد فقط ، بجلاق ما لو كان للغير أم وحد لأب فقط فإن الحد لم يتزل ميرلة الأب فوجبت عليهما أثلاثاً في ظاهر الرواية .

وارث وغير وارث ولا بين ذكر وأشى (١) .

فإن كان الفرع في هذه الصورة معسراً ولا يقدر على الكسب وجبت النفقة على الحواشي باعتبار أنصبتهم في الميراث .

فإن كان الفرع في هذه الحالة يحوز كل التركة يفترض معدوماً ليمكن اعتبار الحواشي وارثين وتقسم النفقة عليهم حسب أنصبتهم في الميراث .

فلو كان للفقير ابن معسر عاجز عن الكسب وأخ شقيق وأخوان أم موسرون يعتبر الأبن معدوماً لأنه يحوز كل الميراث فيكون الميراث للأخوة الثلاثة بعد افتراض الابن غير موجود فتجب النفقة عليهم حسب أنصبتهم في الميراث ، فيكون على الأخوين أم الثلث مناصفة لأن نصيبهم في الميراث ذلك ، وعلى الأخ الشقيق الباقي لأنه يحوز بقية التركة بالتصويب .

وإن كان الفرع المعسر لا يحوز كل التركة فلا يفرض معدوماً بل تقسم التركة على الفروع والحواشي ويسقط نصيب المعسر ، وتقسم النفقة على الحواشي الوارثين حسب أنصبتهم .

فلو كان له بنت معسرة وأخ شقيق وأخ أم فلا تفرض البنت معدومة لأنها لا تحوز كل التركة بل ننظر إلى ميراث الأخوين معها فنجد أن البنت تستحق نصف التركة ، وللأخ الشقيق الباقي ولا شيء للأخ أم لأنه محجوب بالبنت ، فيكون الوارث من الحواشي هو الأخ الشقيق فتجب النفقة عليه وحده لعسر البنت .

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٧٣٧ .

الحالة الرابعة وهي اجتماع الأصول والفروع والحواشي .

إذا اجتمعت الأنواع الثلاثة وتوافرت فيهم شروط إيجاب النفقة فلا اعتبار للحواشي لأنهم يسقطون بالفروع كما في الحالة السابقة ، وتكون النفقة على الأصول والفروع وتطبق قاعدة اجتماعهم كما شرحناه في الحالة الأولى من حالات الاجتماع .

وهي أن النفقة تجب على أقربهم دون اعتبار الأثر عند اختلاف درجاتهم ، وإن تساوا في الدرجة وجبت النفقة عليهم بنسبة الميراث إلا إذا وجد دليل يرجح وجوبها على أحدهم كما إذا كان للمحتاج أب وابن فإن النفقة تكون على الأبن وحده ، أو كان أحدهما وارثاً والآخر غير وارث فإن النفقة تكون على الوارث وحده .

هذا إذا كان الأصول والفروع قادرين على النفقة ، أما إذا كانوا غير قادرين عليها فالنفقة تجب على الحواشي في هذه الحالة ونطبق قاعدة الأعسار السابقة . فلو كان للمحتاج أم وبنت معسران وجدة لأب وعم وأح لأم موسرون فالنفقة هنا على العم وحده ، لأن الميراث هنا للأم والبنت والعم ، أما الجدة فهي محجوبة بالأم ، والأخ لأم محجوب بالبنت لأن الأم والبنت معسران لا تحوزان كل الميراث فلا يفترض عدمهما ، وتقسم التركة على الأم والبنت والعم ، للأم السدس وللبنت النصف وللم عم الباقي .

ولو كان مكان البنت ابن معسر وعاجز عن الكسب فيفرض الأبن معدوماً لأنه يأخذ بقية التركة بعد نصيب الأم ، ولو فرض موحوداً لحجب الحواشي والفرض أن الأم معسرة فلا يوجد من تفرض عليه النفقة ، أما الأم فلا تفرض معدومة لأنها لا تحوز كل التركة .

وإذا فرض الأبن معدوماً لا يجب الأخ لأم ، ولما لم تفرض الأم معدومة

فتحجب الجدة بهما وتصبح المسألة من اجتماع الأصول والحواشي وكلهم ورثة فتكون النفقة عليهم حسب الميراث وتعفى الأم لعمرها ، وعند تقسيم التركة بين الأم والعم والأخ لأم يكون للأم الثلث ، وللأخ لأم السدس ، وللعم الباقي وهو النصف ، والمسألة من ٦ نسقط منها ٢ نصيب الأم ، ويبقى للعم ٣ وللأخ لأم ١ ، فتقسم النفقة عليهما على الأخ لأم ربعها ، وعلى العم باقيها .

تلك هي القواعد التي تفرض على أساسها النفقة للأقارب في المذهب الحنفي وهو المعمول به في مصر وفي المحاكم السنية ببلبنان ، وقد رأيت ما فيه من بعض الفرائب لذلك عدل عنه واصعوا مشروع قانون الأحوال الشخصية الجديد في مصر في بعض المسائل إلى المذاهب الأخرى ولعل الله يحدث بعد ذلك أمراً .

وانتهاء مباحث الكتاب أحدي ملازماً بأن أختمه كما بدأته بحمد الله الذي أحاط بكل شيء علماً على عونه وتوفيقه . هاتفاً في خشوع « سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا » سائلاً إياه في ضراعة أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم . نافعاً لكل من أراد الاستفادة منه حتى يبقى عملي موصولاً إنه أكرم مسئول ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

وصل اللهم على حاتم النبیین وإمام المرسلین ، وعلى آله الأطهار ، وصحبه الأبرار وعلى كل من اقتدى بهم ، وسار على دربهم إلى يوم الدين .

المؤلف

