



الجامعة الافتراضية السورية
SYRIAN VIRTUAL UNIVERSITY

قانون الأحوال الشخصية 1

الدكتور حسن البغا

الدكتور مصطفى البغا



Books

قانون الأحوال الشخصية زواج وطلاق 1

الدكتور حسن البغا - الدكتور مصطفى البغا

من منشورات الجامعة الافتراضية السورية

الجمهورية العربية السورية 2018

هذا الكتاب منشور تحت رخصة المشاع المبدع - النسب للمؤلف - حظر الاشتقاق (CC-BY-ND 4.0)

<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/legalcode.ar>

يحق للمستخدم بموجب هذه الرخصة نسخ هذا الكتاب ومشاركته وإعادة نشره أو توزيعه بأية صيغة وبأية وسيلة للنشر ولأية غاية تجارية أو غير تجارية، وذلك شريطة عدم التعديل على الكتاب وعدم الاشتقاق منه وعلى أن ينسب للمؤلف الأصلي على الشكل الآتي حصراً:

حسن البغا - مصطفى البغا، الإجازة في الحقوق، من منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018

متوفر للتحميل من موسوعة الجامعة <https://pedia.svuonline.org/>

Family Law 1

Hasan Al Bagha – Mostafa Al Bagha

Publications of the Syrian Virtual University (SVU)

Syrian Arab Republic, 2018

Published under the license:

Creative Commons Attributions- NoDerivatives 4.0

International (CC-BY-ND 4.0)

<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/legalcode>

Available for download at: <https://pedia.svuonline.org/>



الفهرس

- 12.....تمهيد تطور الاحوال الشخصية في مصر والعراق وسوريا
- 12.....المطلب الأول: معنى الاحوال الشخصية
- 13.....المطلب الثاني: لمحة تاريخية في تدوين القوانين
- 15.....المطلب الثالث: الأحوال الشخصية في مصر
- 16.....المطلب الرابع: الأحوال الشخصية في العراق
- 17.....المطلب الخامس: الأحوال الشخصية في سوريا
- 20.....الباب الأول: الزواج وآثاره
- 20.....الفصل الأول: الخطبة عند المسلمين
- 35.....الفصل الثاني: أحكام عقد الزواج
- 36.....المبحث الأول: تعريف النكاح (الزواج) ومشروعيته وحكمه
- 42.....المبحث الثاني: أركان انعقاد الزواج
- 57.....المبحث الثالث: شروط صحة عقد الزواج
- 85.....المبحث الرابع: شروط نفاذ عقد الزواج
- 108.....المبحث الرابع: تولي طرفي عقد الزواج
- 109.....المبحث الخامس: شروط لزوم عقد الزواج
- 109.....المطلب الأول: خيار البلوغ والإفاقة
- 111.....المطلب الثالث: تزوج البالغة العاقلة بغير الكفو
- 117.....المبحث السادس: معاملات الزواج الإدارية
- 117.....المطلب الأول: النصوص القانونية في معاملات الزواج الإدارية
- المطلب الثاني: المواد القانونية المتعلقة بإجراء عقد الزواج من قانون العقوبات وقانون خدمة العلم والزواج
العرفي ومعاملات العقد
- 118.....
- 122.....الفصل الثالث: آثار الزواج
- 122.....المبحث الأول: حقوق الزوجين
- 122.....المطلب الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين
- 125.....المطلب الثالث: حقوق الزوج
- 128.....المبحث الثاني: الأوصاف الطارئة أو المقارنة لعقد الزواج وآثارها
- 128.....المطلب الأول: العقد الصحيح النافذ اللازم وآثاره
- 129.....المطلب الثاني: العقد غير اللازم وآثاره
- 130.....المطلب الثالث: العقد الموقوف وآثاره

130.....	المطلب الرابع: العقد الفاسد وآثاره
132.....	المطلب الخامس: العقد الباطل
132.....	المبحث الثالث: أحكام المهر
132.....	المطلب الأول: تعريف المهر وحكمه وتكييفه وأدلة مشروعيته وضوابطه ومقداره
135.....	المطلب الثاني: صور الاتفاق على المهر
141.....	المطلب الثالث: وجوب كامل المهر وبعضه وسقوطهما
145.....	المطلب الرابع: ضمان المهر وقبضه وتجهيز الأب ابنته
146.....	المطلب الخامس: الإعسار في المهر
147.....	المطلب السادس: الاختلاف في المهر وما يمكن أن يكون مهراً
147.....	الاختلاف في حال قيام الزوجية
148.....	المبحث الرابع: النفقة الزوجية
148.....	المطلب الأول: تعريف النفقة الزوجية ومشروعيتها
149.....	المطلب الثاني: سبب وجوب النفقة وشروطها ووقت وجوبها
152.....	المطلب الثالث: تقدير النفقة وأنواعها
156.....	المطلب الرابع: معاملات النفقة
158.....	المبحث الخامس: الشروط في العقد
158.....	المطلب الأول: أقسام الشروط وحكمها وأثرها على عقد الزواج
160.....	المطلب الثاني: قانون الأحوال الشخصية السوري والشروط
163.....	الباب الثاني: أحكام الطلاق وآثاره
163.....	مقدمة في الطلاق
164.....	الفصل الأول: التفريق وأنواع الطلاق
164.....	المبحث الأول: تعريف التفريق وحكم الطلاق من حيث الوصف الشرعي
164.....	المطلب الأول: تعريف الطلاق والفسخ
164.....	المطلب الثاني: الفرق بين الفسخ والطلاق
165.....	المطلب الثالث: حكم الطلاق
166.....	المبحث الثاني: أنواع الطلاق
166.....	المطلب الأول: الطلاق السني والبدعي
167.....	المطلب الثاني: الطلاق الرجعي والطلاق البائن
171.....	المطلب الثالث: الطلاق الثلاث
175.....	الفصل الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة
176.....	المبحث الأول: صيغ الطلاق

176.....	المطلب الأول: الطلاق الصريح والطلاق الكنائي
180.....	المبحث الثاني: القصد في الطلاق
186.....	المبحث الثالث: شروط المطلق والمطلقة والتفويض والنيابة في الطلاق
186.....	المطلب الأول: شروط المطلق والمطلقة
188.....	المطلب الثاني: تفويض الزوج لزوجته الطلاق كناية أو تصريحاً
190.....	المطلب الرابع: الطلاق بالرسول والرسالة
192.....	المطلب السابع: طلاق المريض مرض الموت
193.....	الفصل الثالث: الطلاق باتفاق الزوجين (المخالعة)
194.....	الفصل الثالث: الطلاق باتفاق الزوجين (المخالعة)
194.....	المبحث الأول: تعريف الخلع وأدلة جوازه وحكمه
194.....	المطلب الأول: تعريف الخلع لغة واصطلاحاً
194.....	المطلب الثاني: الأدلة على جواز الخلع
195.....	المبحث الثاني: أركان الخلع
200.....	المبحث الثالث: تكييف الخلع وآراء الفقهاء فيه
200.....	المطلب الأول: تكييف الخلع
201.....	المطلب الثاني: آراء الفقهاء في عد الخلع طلاقاً أو فسحاً
201.....	الفصل الرابع: الطلاق بحكم القاضي
202.....	الفصل الرابع: الطلاق بحكم القاضي
202.....	المبحث الأول: الطلاق والفسخ للعيوب والأمراض
202.....	المطلب الأول: تعريف العيوب التي يفسخ بها
207.....	المطلب الخامس: آثار ثبوت الخيار
210.....	المبحث الثاني: التفريق للغيبه والفقء
210.....	المطلب الأول: تعريف الغائب
210.....	المطلب الثاني: آراء الفقهاء في التفريق للغيبه والفقء
211.....	المطلب الثالث: الأدلة والمناقشة
212.....	المطلب الرابع: الحكم بالفسخ وأثره
212.....	المطلب الخامس: قانون الأحوال الشخصية السوري والتفريق للغيبه
213.....	المبحث الثالث: التفريق للإعسار بالنفقة ولعدم الإنفاق
213.....	المطلب الأول: آراء الفقهاء في الفسخ للإعسار بالنفقة وأدلتهم
213.....	المطلب الثاني: التفريق للإعسار طلاق أو فسح
214.....	المطلب الثالث: حد النفقة اللازمة لنفي الإعسار الموجب للفسح

215.....	المبحث الرابع: الطلاق للشقاق والضرر
215.....	المطلب الأول: التعريف بالشقاق والضرر
215.....	المطلب الثاني: آراء الفقهاء في الشقاق والضرر وأدلتهم
217.....	الفصل الخامس: الطلاق بحكم الشرع والقانون
217.....	المبحث الأول: الإيلاء
217.....	المطلب الأول: تعريف الإيلاء والفاظه وحكمه
218.....	المطلب الثاني: أركان الإيلاء وشروطه
218.....	المطلب الثالث: آثار الإيلاء
219.....	المطلب الرابع: قانون الاحوال الشخصية السوري والإيلاء
220.....	المبحث الثاني: الظهار
220.....	المطلب الأول: تعريف الظهار وحكمه
220.....	المطلب الثاني: أركان الظهار وشروطه
221.....	المطلب الثالث: آثار الظهار
222.....	المطلب الرابع: قانون الاحوال الشخصية السوري والظهار
222.....	المبحث الثالث: اللعان
222.....	المطلب الأول: تعريف اللعان
222.....	المطلب الثاني: أدلة مشروعية اللعان
213.....	المطلب الثالث: أركان اللعان وسببه
214.....	المطلب الرابع: حكم اللعان
214.....	المطلب الخامس: قانون الأحوال الشخصية السوري واللعان
225.....	المبحث الرابع: التفريق لتغيير الدين
225.....	المطلب الأول: التفريق للردة
227.....	المطلب الثاني: التفريق لإسلام أحد الزوجين أو عدمه
228.....	المطلب الثالث: قانون الأحوال لاشخصية السوري والتفريق لتغيير الدين
229.....	الفصل السادس: آثار الطلاق
229.....	المبحث الأول: آثار الطلاق بحسب أنواعه
229.....	المطلب الأول: الآثار المترتبة عن الطلاق الرجعي
230.....	المطلب الثاني: آثار الطلاق البائن ببيونة صغرى
230.....	المطلب الثالث: آثار الطلاق البائن ببيونة كبرى
231.....	المطلب الرابع: الهدم للطلاق بالزواج من آخر
232.....	المبحث الثاني: الرجعة وأحكامها

- 232.....المطلب الأول: تعريف الرجعة ومشروعيتها
- 233.....المطلب الثاني: أركان الرجعة وسببها
- 234.....المطلب الثالث: قانون الأحوال الشخصية السوري والرجعة
- 235.....المبحث الثالث: العدة وأحكامها
- 235.....المطلب الأول: تعريف العدة وأدلتها وحكمة مشروعيتها وسببها وبدؤها
- 238.....المطلب الثاني: أنواع العدة
- 243.....المطلب الثالث: نفقة العدة
- 249.....المطلب الخامس: نفقة المعتدات في قانون الأحوال الشخصية السوري
- 250.....الباب الثالث: الولادة وآثارها
- 250.....الفصل الأول: النسب
- 251.....المبحث الأول: إثبات النسب
- 251.....المطلب الأول: ثبوت النسب بالعقد الصحيح
- 253.....المطلب الثاني: إثبات النسب بوجود مدة الحمل
- 257.....المبحث الثاني: وسائل إثبات النسب
- 257.....المطلب الأول: إثبات النسب بالبينة
- 258.....المطلب الثاني: إثبات النسب بالإقرار
- 260.....المبحث الثالث: ثبوت النسب بالعدة
- 260.....المطلب الأول: نسب حمل معتدة الطلاق والوفاة قبل إقرارها بانتهاء عدتها
- 261.....المطلب الثاني: نسب حمل معتدة الطلاق والوفاة المقررة بانتهاء عدتها
- 262.....المطلب الثالث: نسب حمل الأيسة والصغيرة
- 262.....المطلب الرابع: نسب حمل امرأة لا تلزمها العدة
- 262.....المطلب الخامس: نسب حمل زوجة الغائب بعد تزوجها من آخر
- 263.....المبحث الرابع: حالات نفي النسب
- 264.....المبحث الخامس: أحكام اللقيط والتبني
- 264.....المطلب الأول: أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي
- 265.....المطلب الثاني: أحكام اللقيط في التشريع السوري
- 266.....الفصل الثاني: الرضاع
- 267.....المبحث الأول: تعريف الرضاع ومقداره ومدته
- 267.....المطلب الأول: تعريف الرضاع وحكمه
- 267.....المطلب الثاني: مقدار الرضاع المحرم
- 268.....المطلب الثالث: مدة الرضاع المحرم

269.....	المبحث الثاني: نفقة الرضاع.....
269.....	المبحث الأول: أجره الرضاع وإجبار الأم على الرضاع.....
270.....	المطلب الثاني: التبرع بالرضاع أو الأجرة أقل من أجره رضاع الأم.....
271.....	المبحث الثالث: إثبات الرضاع.....
271.....	المطلب الأول: ثبوت الرضاع بالشهادة.....
272.....	المطلب الثاني: الإقرار بالرضاع.....
273.....	الفصل الثالث: الحضانة.....
273.....	المبحث الأول: تعريف الحضانة وحكمها والأجرة على الحضانة ونفقة المحضون والإجبار عليها.....
273.....	المطلب الأول: تعريف الحضانة وحكمها وأدلتها.....
274.....	المطلب الثاني: الأجرة على الحضانة ونفقة المحضون والإجبار عليها.....
276.....	المبحث الثاني: الحاضن من النساء والرجال وشروطهم.....
276.....	المطلب الأول: الحاضن من النساء والرجال.....
277.....	المطلب الثاني: شروط الحاضن من النساء والرجال.....
279.....	المبحث الثالث: وقت الحضانة.....
279.....	المطلب الأول: حضانة النساء والرجال.....
284.....	المطلب الثالث: قانون الأحوال الشخصية السوري ووقت الحضانة.....
285.....	المبحث الرابع: مكان الحضانة.....
287.....	المبحث الخامس: رؤية المحضون والسفر به.....
287.....	المطلب الأول: مذاهب الفقهاء في رؤية المحضون.....
288.....	المطلب الثاني: حق الإراءة في قانون الأحوال الشخصية السوري.....
289.....	المطلب الثالث: السفر بالمحضون.....
292.....	المبحث السادس: سقوط الحضانة وإقامة البالغ بعد الحضانة.....
292.....	المطلب الأول: سقوط الحضانة.....
293.....	المطلب الثاني: سقوط حضانة الأم عند زواجها.....
294.....	أدلة سقوط حضانة الأم عند زواجها أو لا.....
294.....	المطلب الثالث: قانون الأحوال الشخصية السوري وسقوط الحضانة لتزوج الأم بغير الأب.....
295.....	المطلب الرابع: الحضانة وعمل المرأة.....
295.....	المطلب الخامس: الحضانة ونشوز المرأة.....
296.....	المطلب السادس: إقامة البالغ بعد الحضانة (وهل ينفرد بالسكنى؟).....
297.....	الفصل الرابع: نفقة الأقارب.....
297.....	المبحث الأول: مذاهب الفقهاء في نفقة الأقارب وأدلتهم.....

297.....	المطلب الأول: مذاهب الفقهاء في نفقة الأقارب
298.....	المطلب الثاني: الأدلة على ثبوت نفقة الأقارب
299.....	المبحث الثاني: شروط ثبوت نفقة الأقارب وسببها وحد اليسار لوجوبها وكيفية وجوبها
301.....	المطلب الثاني: حد اليسار اللازم لثبوت وجوب النفقة
302.....	المبحث الثالث: مقدار نفقة الأقارب واستحقاقها وسقوطها
304.....	فهرس المصادر والمراجع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

فإن الزواج سنة الله تعالى في خلقه أن فطرهم بميل الرجل والمرأة كليهما للآخر فشرع
لهم الزواج فكانت سنة الرسل والأنبياء عليهم صلوات الله تعالى وسلامه.

وقد كانت الأمم والجماعات قاطبة تعد الزواج أمراً خطيراً ومهماً وقد نظمتها كل أمة
بحسب ما يناسبها وفق تشريعاتها وأعرافها.

وكان العرب قبل الإسلام ينظمون حياتهم الزوجية وفق صور عدة منها عقد الزواج
المشروع.

ومنها ذوات الرايات واللواتي كن يجلسن في خيمة ذات راية يصيبها الرجال فإذا
وضعت اختارت أباً منهم.

ومنها الاستبضاع وهو أن يجعل امرأته يأتيها رجل بوصف يرغبه زوجها في ولده ثم
يأتيها زوجها.

ومنها أن يرث الرجال نساء أبيهم أو قريبتهم إذا أغلق عليها بابها بعد وفاة قريبتهم
وغير ذلك... .

ولم تكن للمرأة أية حقوق تذكر فلما جاء الإسلام منع كل تلك الصور إلا الزواج
المشروع ومنح المرأة حقوقها وعاملها إنساناً كاملاً الأوصاف.

في حين أن كثيراً من الأمم في تلك الحقبة كانت تفكر في إنسانية المرأة مترددة في ذلك بل
كانت بعض الأمم تسمح للزوج ببيع زوجته أو لا تسمح للمرأة بأن تمتلك أو تتصرف.

وبعضهم وإلى هذا الوقت يملك ما تملكه زوجته ولا يسمح لها بالتصرف في مالها بينما عد
الإسلام المرأة أحدَ فردي المجتمع وهما سواء في التكليف إجمالاً إلا ما يناسب ظروفهن لثلا يثقل
عليهن.

فكرم المرأة وعاملها بكل لطف وتقدير وحب حقيقي تنعم فيه وما تزال في المجتمعات الإسلامية بكل الاحترام وبكل قداسة وتبجيل.

ومباحث الأسرة بأحكامها الفقهية الآمرة منها أو المندوبة وغيرها تصون ذلك وتوضحه. والناس عامة يعلمون ذلك في خطوطه العريضة دون تفصيلاته لترك هذا لطلبة العلم.

هذا مع اختلاف الناس في تطبيق ما يعلمون في حياتهم الخاصة تبعاً لاستمساكهم وربما

بعضهم تناسى أو نسي قول الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿٢﴾ كَبْرًا مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿٣﴾﴾ [الصف: ٢ - ٣].

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

وقد حاولت جهدي أن آتي بالخلاصات غير المملة في عامة أحكام الزواج سالكاً منهجاً استقرائياً موضوعياً مقارناً ما أمكن خشية الإطالة.

ولأنه كتاب جامعي دراسي لم أتوسع أو أسهب فيه فشرحت المواد القانونية في قانون الأحوال الشخصية السوري مع تعديلاته وبينت بعض اجتهادات محكمة النقض في قراراتها معلقاً ومبيناً وشارحاً ومنسقاً ومرتباً ومرجحاً في أكثر الأحكام ومناقشاً وذاكراً رأيي لما أراه من ضرورة في ذلك بحسب جهدي المتواضع وسع اطلاعي سائلاً المولى عز وجل السداد والتوفيق.

وأما المادة العلمية فقد رجعت في الجانب الفقهي فيها إلى المصادر الأمهات ورجعت إلى كتب التفسير والحديث واللغة وغيرها.

وأربط ذلك كله بما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري وتعديلاته مبيناً ما ذهب إليه القانون ومستنده في ذلك إلى أي المذاهب وما حرص عليه المشرع.

كما رجعت إلى مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد وما نحا إليه في بعض المسائل وإلى قانون الأحوال الشخصية الأردني وإلى كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدرى باشا - وهو من مصادر هذا القانون - كما سأبينه.

ولم آل جهداً أن أرجع إلى المرشد في قانون الأحوال الشخصية وإلى المذكرات التي وضحته مع إعاني النظر فيما يمكن أن تحتويه ألفاظ القانون من معاني من خلال علم الدلالات والألفاظ الأصولية.

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

وإن كنت مخطئاً فرحم الله امرأً أهدي إليّ عيوبي.. راجياً الله منه أن يدعو لي بالتوفيق والحفظ ومزيد الرقي في العلم غاضاً الطرف عن زلاتي مهدياً بها إلي..

وما توفيتني إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب وإلى الله ترجع الأمور وإليه المصير ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين والحمد لله رب العالمين.

تمهيد:

تطور الأحوال الشخصية في مصر والعراق وسوريا.

المطلب الأول: معنى الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: ملحة تاريخية في تدوين القوانين.

المطلب الثالث: الأحوال الشخصية في مصر.

المطلب الرابع: الأحوال الشخصية في العراق.

المطلب الخامس: الأحوال الشخصية في سوريا.

تمهيد:

تطور الأحوال الشخصية في مصر والعراق وسوريا:

المطلب الأول - معنى الأحوال الشخصية:

هي الأمور التي تتعلق بالشخص ذاته بمعنى المركز القانوني للأشخاص وهي المسائل التي يحكمها القانون الشخصي مما يتعلق بأحكام الأسرة.

وأول من نُقل استعماله لهذا المصطلح هو العلامة محمد قنديل باشا في كتابه "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية".

وقد حددت ذلك المادة /١٣/ في نظام القضاء المصري رقم /١٤٧/ عام ١٩٤٩ فقالت:

«تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالحطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت»^(١).

ولم يعرف قانون الأحوال الشخصية السوري الأحوال الشخصية.. ولكن حدد الاختصاص القضائي للمحاكم الشرعية قانون أصول المحاكمات السوري في المادة /٥٣٦/:

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

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

^(١) الفقه الإسلامي وأدلته: ٦٤٨٧/٩ الأحوال الشخصية: د. الصابوني: ١١ - ١٣ أحكام الأحوال الشخصية توفيق فرج: ٢١ - ٢٢ الأحوال الشخصية: أحمد سلامة: ١٨ - ٢١. والدوطة - وتسمى الباتنة: وهو مبلغ من المال تدفعه الزوجة مساهمة منها في أعباء الحياة الزوجية أو وليها ويدخل في الجهاز عند السرمان الأرفودكس / الأحوال الشخصية: أحمد سلامة: ٦٣٤ - ٦٣٥.

^(٢) قانون أصول المحاكمات: ١٤٣.

المطلب الثاني - ملحة تاريخية في تدوين القوانين؛

إن أول محاولة لتقنين الفقه الإسلامي جرت على يد الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز حيث أرسل إلى عمرو بن حزم: «أن اكتب إلي بما ثبت عندك من الحديث عن رسول الله ﷺ فيني قد خشيت درس العلم وذهابه»^(١).

وقد أرسل عبد الله بن المقفع إلى أبي جعفر المنصور رسالة الصحابة وفيها: «ومما ينظر أمير المؤمنين فيه اختلاف هذه الأحكام المتناقضة.. فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية.. فترفع إليه في كتاب ويرفع معها ما يحتاج به كل قوم من سنة أو قياس ثم ينظر أمير المؤمنين في ذلك وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله ويعزم له عليه وينهى عن القضاء بخلافه وكتب بذلك كتاباً جامعاً عزمًا لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكمًا واحدًا صواباً...»^(٢).

ولهذا طلب أبو جعفر من الإمام مالك أن يضع كتاباً فأبى الإمام مالك ليتترك الناس وأقوالهم واجتهاداتهم ووضع الإمام مالك كتابه في الموطأ على نسق يمكن اعتماده في أمور الناس المختلفة^(٣).

وقام الملك محمد أورنك زيب (ت ١٠٢٧ هـ) حاكم الهند في عصره بجمع فقهاء الحنفية ليجمعوا كتاب الفتاوى الهندية مختارين من أقوال الحنفية قولاً واحداً في المسألة هو قريب من كتب الفقه^(٤).

وأود الإشارة إلى أن مصطلح القانون قد استعمله العرب الأوائل كالماوردي (ت ٤٥٠ هـ) وابن الجوزي (ت ٥٩٧ هـ) والرازي (ت ٦٠٦ هـ) وابن تيمية (ت ٧٢٨ هـ) وابن فرحون (ت ٧٩٩ هـ) وابن خلدون (ت ٨٠٨ هـ).

وكان عنوان كتاب في الفقه المالكي القوانين الفقهية لابن جزي (ت ٧٤١ هـ) وللماوردي كتاب بعنوان قوانين الوزارة وسياسة الملك وللغزالي (ت ٥٠٥ هـ) كتاب بعنوان قانون التاويل مما يدل على أن هذا المصطلح قد وجد عند المسلمين وعرفوه وإن لم يشع استعماله كثيراً^(٥).

(٢) سنن الدارمي: ١٣٣/١ رقم: ٤٩٣.

(٣) جبهة رسائل العرب: ٣٧/٣ - ٣٨.

(٤) الزرقاني على الموطأ: ٧/١.

(٥) المدخل الفقهي العام: ١٩٠/١ هامش ١ حركة التقنين الوضعي: ٢ - ٥.

(٦) حركة التقنين: ٦.

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

وكان للمجلة محاسنها في إيجاد مرجع قضائي تشريعي منبثق عن الفقه الحنفي وقد حسمت النزاع حول عدم إعمال القوانين الغربية المتعلقة بموضوعات المجلة.

ولكنها اقتصرت على المذهب الحنفي وكثرت فيها الأمثلة.. وكان الأولى عدم التزامها بمذهب فقهي واحد وخلوها من الأمثلة.. لأنها أمور واضحة لا ينبغي توضيحها فيها وإنما بشروحها وبمذكراتها الإيضاحية لها وقد عدلت تعديلات طفيفة عديدة.

ولما انتهت الدولة العثمانية بظلم الاتحاد والترقي اليهود الحفنين فكان أول من ترك المجلة الأتراك وبقيت مطبقة في لبنان إلى عام ١٩٤٧ وفي سوريا إلى ١٩٤٩ وفي العراق إلى ١٩٥٢ وفي الأردن إلى ١٩٧٦ وآخرهم الكويت إلى ١٩٩٠ ولكن بقيت المجلة مصدراً من المصادر يرجع إليه^(١).

وأما في الأحوال الشخصية فوضع قانون حقوق العائلة العثمانية عام ١٩١٧ وهو أول تقنين لأحكام الأحوال الشخصية من الفقه الإسلامي ولم يقتصر على المذهب الحنفي وجاء فيه ما يخص المسيحيين واليهود.

وكان من جملة ما فيه مما خرج عن المذهب الحنفي:

- عدم وقوع طلاق المكرة وهو رأي جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية.
- عدم وقوع طلاق السكران أخذاً بأراء عديدة في المذاهب عامة مخالفة للمعتمد في كل مذهب من وقوعه حالة الاعتداء بالسكر.
- جواز التفريق للشقاق والضرر وهو رأي المالكية.
- حق زوجة المفقود بطلب الطلاق بعد أربع سنوات.
- منع تزويج الصغار أخذاً من رأي بعض الفقهاء.
- منع تزويج المجانين وهو رأي الشافعية.

ولهذا يعد قانون العائلة العثمانية من مصادر قوانين الأحوال الشخصية عامة^(٢).

(١) حركة التقنين: ٤٢ - ٥٨.

(٢) التقنين الوضعي: ٦٢ - ٦٤.

المطلب الثالث- الأحوال الشخصية في مصر؛

أصدرت مصر القانون رقم /٢٥/ لسنة ١٩٢٠ بعد تأليف لجنة لهذا الغرض ١٩١٥ من كبار العلماء من المذاهب الأربعة.

ونشرت مشروعها بين رجال القضاء والمحاماة فثار الجدل والنقاش.

فنام هذا المشروع ثم أحيي من جديد عام ١٩٢٠ مع تعديلات طفيفة.

فكان فيه عد نفقة الزوجية ديناً من وقت الامتناع وأجاز التفريق للإعسار والعيب وعد المفقود ميتاً بمضي أربع سنوات.

ثم صدر القانون رقم /٥٦/ عام ١٩٢٦ فحدد السن في دعوى الزوجية بـ /١٦/ للفتاة و/١٨/ للفتى وجعله سناً للزواج أو المصادقة على الزواج المنعقد قبل ذلك.

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

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

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

وألغى القانون رقم /٤٦٢/ عام ١٩٥٥ المحاكم الشرعية والمالية ونقل اختصاصاتها إلى المحاكم العادية وأوجب عليها في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين والمتَّحِدِيَّ الطائفة تطبيق شرائعهم الخاصة في نطاق النظام العام وفي حال الاختلاف تطبق أحكام الشريعة^(١).

المطلب الرابع- الأحوال الشخصية في العراق؛

صدر في العراق قانون للأحوال الشخصية برقم /١٨٨/ لسنة ١٩٥٩ ثم عدل بالقانون رقم /١١/ لسنة ١٩٦٣ الذي رجع بالميراث إلى أحكام الشرع الإسلامي.

ويتألف هذا القانون من /٩٤/ مادة وهو يطبق على العراقيين إلا من استثني منهم بقانون خاص وهم المسيحيون والموسويون وهو «قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية» رقم /٣٢/ لسنة ١٩٤٧.

وجاء في المادة /٢٠/ منه:

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

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

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

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

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

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

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

المطلب الخامس- الأحوال الشخصية في سوريا؛

إن المذكرة الإيضاحية للمرسوم التشريعي رقم /٥٩/ لعام ١٩٥٣ تبين مسوغات القانون ومصادره ومزايه وهي توضح أن اعتماد مذهب الحنفية فقط ضيق من دائرة التشريع مما اضطر إلى الأخذ بالمذاهب الباقية.

كما أن لاختلاف الأعراف أثراً في الأحكام الشرعية مما يستدعي تغيير بعض الأحكام.

وقد خضعت لهذه التجارب مصر وخرجت بعدة قوانين وكذلك في سوريا حيث ألفت وزارة العدل لجنة من القضاء الشرعي وكلية الحقوق لوضع مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والأهلية والنيابة الشرعية والوصية والموارث.

وكانت مصادر هذا القانون:

- ١- قانون حقوق العائلة العثمانية والذي كان معمولاً به.
 - ٢- القوانين المصرية وفق ما ترتبه المصلحة.
 - ٣- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا.
 - ٤- ما ترى اللجنة ضرورة الأخذ به من غير مذهب الحنفية مما لا ينافي الأحكام الشرعية.
 - ٥- مشروع الأحوال الشخصية لقاضي دمشق الأستاذ علي الطنطاوي.
- وأما التعديلات التي تمت على قانون حقوق العائلة العثمانية وكتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا فمنها ما يأتي:

أولاً- في الزواج؛

- ١- إعمال كتابة الأخرس عند قدرته عليها مقدماً للكتابة على الإشارة وهو قول للحنفية.
- ٢- مراعاة شروط الزوجة وفق مذهب الحنابلة.
- ٣- تعديل سن أهلية الزواج لحفظ المصلحة.
- ٤- السلطة التقديرية للقاضي في فرق السن بين الزوجين.
- ٥- اشتراط القدرة على النفقة لإباحة تعدد الزوجات.
- ٦- عدم تحديد أقل المهر وتبعية النفقة لحال الزوج من مذهب الشافعية.
- ٧- تقدير النفقة للقاضي وإسلاف الزوجة النفقة حفظاً للمصلحة.

ثانياً- في الطلاق؛

أكدت المذكرة على أهمية مراعاة شرعية الطلاق في كونه حلاً وعلاجاً لا انتقاماً وتشفيماً وتهديداً مما يتنافى مع استقرار الحياة الزوجية ومقاصد الشرع فيها.

ومن السياسة الشرعية إيجاد حلول للمتهورين من الأزواج في استخدامهم الطلاق لسلمهم وأمزجتهم وذلك فتحاً لباب الرحمة من الشريعة نفسها أخذاً بأصل مشروعية الطلاق مما فيه جلب المصلحة ودرء المفسدة.

وفيه من التعديلات:

- ١- عدم وقوع طلاق المدهوش من مذهب الحنفية.
- ٢- جعل الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة واحداً من مذهب ابن تيمية.
- ٣- عدم وقوع الطلاق غير المنجز إلا بالنية وبهذا أخذ بإلغاء اليمين بالطلاق وإلغاء الطلاق المعلق الذي يقصد به غير الطلاق من حث على فعل أو اجتنابه أخذاً برأي ابن تيمية وابن حزم.
- ٤- يعد كل طلاق رجعيّاً إلا الطلاق على مال والمتمم للثلاث وهو مذهب مالك والشافعي.
- ٥- غيبة الزوج عن زوجته عذر يبيح فسخ العقد من مذهب الإمام مالك.
- ٦- التفريق لعدم الإنفاق من مذهب الشافعية والحنابلة.
- ٧- التعويض في الطلاق التعسفي للمرأة المتضررة منه.

ثالثاً- في النسب؛

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

رابعاً- في النفقة؛

نفقة الأقارب بحسب قاعدة (العُرْمُ بالعُنْم) من مذهب أحمد فالنفقة بالإرث.

خامساً- في الأهلية؛

انبتق القانون عن القانون المصري المنبتق عن الفقه الإسلامي وفق قواعد الاستصلاح.

سادساً- في الوصية:

- ١- تنفيذ قسمة أعيان التركة بين الورثة من مذهب بعض الشافعية والحنابلة.
 - ٢- صحة الوصية للمعدوم من مذهب مالك.
 - ٣- القول بالوصية الواجبة أخذاً من قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ ﴾ [البقرة: ١٨٠] وأخذاً من قول ابن حزم بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين.
- ## سابعاً- في الإرث:

- ١- أعمل في المسألة المشتركة مذهب مالك والشافعي.
 - ٢- أخذ بمذهب زيد وابن مسعود في ميراث الجد والإخوة.
 - ٣- الرد على أحد الزوجين أخذاً من مذهب سيدنا عثمان رضي الله عنه.
 - ٤- توريث الحمل بولادة أكثره أخذاً بخلاف الحنفية.
- وفي ختام هذا المشروع نصوص استثنت الأحكام الخاصة بالطوائف الدرزية والمسيحية واليهودية مراعاة بما لدى كل طائفة^(١).

وقد صدرت تعديلات عديدة لقانون الأحوال الشخصية السوري:

- ١- القانون رقم /٣٤/ الصادر بتاريخ ١٣٩٥/١٢/٢٨ هـ و ١٩٧٥/١٢/٣١ المتضمن تعديل قانون الأحوال الشخصية.
- ٢- القانون رقم /١٩/ تاريخ ١٤٢١/٨/٢٣ هـ و ٢٠٠٠/١١/٢٠ م.
- ٣- القانون رقم /١٨/ تاريخ ١٤٢٤/٨/٢٩ هـ و ٢٠٠٣/١٠/٢٥ م.
- ٤- القانون رقم /٣١/ تاريخ ٢٠٠٦ م.

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

الباب الأول: الزواج وآثاره.

الفصل الأول: الخطبة عند المسلمين.

المبحث الأول: تعريف الخطبة وحكمها ومشروعيتها.

المبحث الثاني: أحكام النظر إلى المخطوبة.

المبحث الثالث: ألقاظ الخطبة.

المبحث الرابع: شروط الخطبة.

المبحث الخامس: حالات الخطبة وأحكامها.

المبحث السادس: المهر والهدايا في الخطبة.

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

المبحث الثامن: أحكام الخطبة في قانون الأحوال الشخصية السوري.

المبحث الأول- تعريف الخطبة وحكمها ومشروعيتها؛

تعريف الخطبة؛

لغة: حَطَبٌ يَحْتَبُ حَطْبًا وَحَطْبَةً وَالْحَطِيبُ وَالْحَاطِبُ وَالْحَطْبُ: الذي يَحْتَبُ المرأةَ والمرأةَ المخطوبة^(١).

اصطلاحاً: طلب الرجل التزوج من امرأة تحل له شرعاً^(٢).

حكم الخطبة ومشروعيتها:

تعد الخطبة من الأمور الجائزة المشروعة المستحبة وذهب آخرون إلى أن حكمها كالنكاح؛ إذ للوسائل حكم المقاصد.

وقد دل على ذلك أدلة كثيرة.

من القرآن الكريم؛

قوله تعالى: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ ﴾ [البقرة: ٢٣٥].

وجه الاستدلال:

جواز التعريض بخطبة معتدة الوفاة وهي في العدة ومن باب أولى جواز الخطبة تصريحاً لغيرها ممن لا مانع من خطبتها كالعدة^(٣).

من السنة؛

ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال: «فهي النبي ﷺ أن يبيع بعضكم على بيع بعض ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب»^(٤).

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

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

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

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

وجه الاستدلال:

حرمة خطبة الفتاة التي خطبت من آخر ورضيت به إلا إذا أذن له - للثاني - بخطبتها أو أنه ترك خطبتها^(٥).

مما يدل على مشروعية الخطبة إذ اعتبرت خطبة الأول أمراً مصوناً لا يجوز الاعتداء عليه.

من الإجماع؛

أجمعت الأمة المسلمة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على اعتبار الزواج أمراً لازماً بل فيه عبادة إذ فيه بقاء النوع الإنساني وإلا لانقرض الإنسان^(١).

المبحث الثاني - أحكام النظر إلى المخطوبة؛

النظر إلى المخطوبة ومقداره؛

إذا أراد خطبة امرأة فيستحب له أن ينظر إلى وجهها وكفيها لحديث الرسول ﷺ للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه وقد خطب امرأة: «انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»^(٢).

وجه الاستدلال؛

أن النظر إلى المرأة قبل العقد لمعرفة مصلحة الزوجين في الإقدام على هذا العقد أو لا^(٣).

رضا المخطوبة بالنظر؛

إن مذهب جماهير العلماء هو عدم اشتراط رضاها أو تقدم إعلامها دون نظره إلى ما عدا الوجه والكفين وذلك لئلا يغرر بما ياعلامها؛ فربما رآها فلم تعجبه فتكسر وتتأذى ولئلا تتزين فتريه غير ما فيها.

ولهذا استحب نظره إليها قبل خطبتها إن علم أنه يجب إلى طلبه فإذا كرهها تركها دون إيذاء بخلاف تركها بعد الخطبة وإلا أرسل امرأة يثق بها قبل الخطبة تنظر إليها وتخبره عنها^(٤).

وقد صح أن رسول الله ﷺ بعث أم سليم إلى امرأة وقال: «شي عوارضها وانظري إلى

عرقوبها»^(٥).

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

(١) ر: ابن المنذر: الإجماع: ص ٧٦ وما بعدها.

(٢) أخرجه الترمذي وحسنه: ٣٩٧/٣ رقم: ١٠٨٧. ور: إتحاف الأملعي باختصار وشرح سنن الترمذي لوالدي العلامة النقي الأستاذ الدكتور مصطفى البيغا - حفظه الله تعالى - : ١٤٢.

(٣) مختار الصحاح: ١٥.

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

(٥) أخرجه أبو داود في المراسيل باب: النظر عند التزويج: ١٨٦ رقم: ٢١٦.

وذهب المالكية إلى كراهة استغفائها في النظر حتى لا يجروا أهل الفساد للنظر إلى النساء مدعين الخطبة^(٦).

ويشترط عزمه حقاً على خطبتها لقوله ﷺ: «إذا ألقى في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها»^(١).

ويستحب نظر المرأة إلى الرجل فيما عدا ما بين السرة والركبة كذلك فإنهم يعجبهن من الرجال ما يعجب الرجال منهن ويمكن وصف الرجل لها... .

وكل ما مرّ يكون لهما لأن المقصود إقامة السنة وهو لهما لا له فقط فاستويا علة وحكماً^(٢).

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

وإذا لم يعجب أحدهما الآخر سكت ولم يقل شيئاً لأن القول إيذاء ولا يجوز^(٣).

حكم النظر:

إذا كان النظر جائزاً لمن علم جواز خطبتها وغلب على ظنه إيجابته فما هو حكمه هل الجواب أم الاستحباب أم الجواز؟

ذهب جماهير العلماء إلى استحبابه أخذاً بظاهر الحديث وقد أجمعت الأمة على جوازه وجواز ما يشبهه مما فيه حاجة كالشهادة...^(٤).

وذهب بعض العلماء إلى إباحته - وهو المذهب عند الحنابلة - للحديث "انظر" ولأن الأمر بعد الحظر للإباحة^(٥).

ونظره بشهوة ودونها سواء.

وعند الأذرعى من الشافعية: "في نظره بشهوة نظر".

وقيده ابن عابدين بما إذا علم أنه يجاب في طلبه تزوجها^(٦).

وهذا مما يؤكد حرمة المس ولو أمن الشهوة لأن المس أغلظ من النظر^(٧).

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

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

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

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

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

(٥) كشف القناع: ١٠/٥.

(٦) مغني المحتاج: ١٢٨/٣.

(٧) حاشية ابن عابدين: ٢٦٢/٢ و ٢٣٧/٥.

مقدار النظر؛

إذا جاز النظر فإلى أي شيء ينظر؟

يباح له النظر إلى وجهها وكفيها ولا يزيد على ذلك إذ يستدل بالوجه على الجمال وبالكفين على هيئة البدن وخصوبته وهو رأي جماهير العلماء^(١).

استدل الجمهور بقوله تعالى:

﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١].

وذلك لأن الوجه والكفين هما مواضع ظهور الزينة فالوجه يستدل به على الجمال والكفان على خصوبة البدن^(٢).

وإذا كان النظر محددًا فالخلوة بالمخطوبة لا تجوز إلا إذا كان معها محرم لها^(٣).

تكرار النظر؛

يجوز تكرار النظر ويمكن أن يضبط ذلك بمدى الحاجة إليه أو بثلاث مرات وذلك ليتبين هيئتها فلا يداخله الندم؛ إذ ربما لا يحصل غرضه بأول نظرة^(٤).

السؤال عن الخاب والمخطوبة؛

يستشار في معرفة الخاطب والمخطوبة فيجوز له ذكر عيوبه لكن بصدق ويقين دون افتراء وظنة وتهمة.

كما فعل رسول الله ﷺ مع فاطمة بنت قيس حيث ذكر لها وصف كل خاطب لها حين قالت: إن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني فقال رسول الله ﷺ: «أما معاوية فرجل لا مال له وأما أبو جهم فرجل شديد على النساء» قالت: فخطبني أسامة بن زيد رضي الله عنه فتزوجني فبارك الله لي في أسامة.

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

(٢) معني المحتاج: ١٢٨/١ حاشية ابن عابدين: ٢٣٧/٥.

(٣) شرح الأحكام الشرعية: ٨/١.

(٤) معني المحتاج: ١٢٨/٣.

وجه الاستدلال:

جواز ذكر ما في الخاطب من الأوصاف نصيحةً وتبهيهاً فلا يذكر ما كان يعلمه إذا لم يستشر وإلا كان مستغنياً والغية كبيرة من الكبائر^(٥).

ولا يذكر المساوي والعيوب إلا عند الحاجة الحقيقية وإلا بأن كان يندفع بغير ذكر المساوي كأن يقول له: "لا يناسبك ولا يصلح" فلا يجوز ذكر العيوب وحرّم عليه ذكر ذلك.

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

وأما العيوب المقللة للرجبة فيه فيستحب ذكرها من سوء الخلق والبخل.

ورجح الشريبي عن شيخه الإجمال بقوله: "لا أصلح لكم".

وأما المعاصي فينبغي ستر نفسه وتوبته في الحال.

الخطبة في الخطبة:

يسن تقديم خطبة بين يدي الخطبة الجائزة تصريحاً مبتدأة بالحمد لله تعالى والصلاة على رسول الله ﷺ محتمة بالوصية والدعاء.

ويقوم بها الخاطب أو نائبه ويطلب يد كريمتهم ثم يخطب الولي محبباً بنحو ذلك.

ويستحب خطبة أخرى قبل العقد وهي أكد من الأولى.

ويستحب للولي خطبة أهل الصلاح كما فعل شعيب مع موسى عليهما الصلاة والسلام وسيدنا عمر بعرضه حفصة على عثمان ثم على أبي بكر وسكوتها رضي الله عنهم لعلمها بطلبها من رسول الله ﷺ .

كما يستحب حسن اختيار المخطوبة لقوله ﷺ: «تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك»^(١) أي: نلت الفوز في الحياة الدنيا والآخرة.

وقد سئل رسول الله ﷺ أي النساء خير؟ قال: «التي تسره إذا نظر وتطيعه إذا أمر ولا تخالفه فيما يكره في نفسها وماله»^(٢).

(٥) الترمذي رقم: ١١٣٥. وانظر: شرح النووي: ١٥٢٨/٣ - ١٥٢٩.

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

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

المبحث الثالث- ألفاظ الخطبة:

يمكن أن تكون الخطبة تصريحاً وتعريضاً.

ألفاظ التصريح هي الألفاظ الدالة على إرادة النكاح غير المحتملة لمعنى آخر غير عقد النكاح مما يقطع بالرغبة فيه ولا يتعين لها ألفاظ مخصوصة⁽³⁾.

ألفاظ التعريض هي الألفاظ المحتملة للرغبة في النكاح وعدمها.

ولا يدخل الزوج المطلق صاحب العدة إذ يجوز له التصريح والتعريض.

وأما غيره:

فقد ذهب عامة الفقهاء بالإجماع إلى حرمة خطبة المعتدة تصريحاً سواء كانت بائناً أو رجعيّاً من طلاق أو موت ومن فسخ أو انفساخ ومن شبهة أو غيرها.

ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥].

إذ تدل الآية على جواز التعريض وهو دون التصريح مما يدل بالمفهوم المخالف على حرمة التصريح.

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

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

وقد دخل رسول الله ﷺ على أم سلمة وهي متأيمّة من أبي سلمة فقال: «لقد علمت أني رسول الله وخيرته وموضعي من قومي»⁽¹⁾.

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

وأما البائن بينونة كبرى.

فقد ذهب الحنفية إلى حرمة التعريض مطلقاً لأن النكاح قائم من وجه لبقاء العدة والثابت من وجه كالثابت من كل وجه.

(3) حاشية ابن عابدين: ٢٦٢/٢.

(1) أخرجه الدارقطني في كتاب النكاح: ٢٢٤/٣ رقم: ١٨.

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

وفي قول آخر يمنع من التعريض في البائن بينونة صغرى دون الكبرى^(٢).

وذهب المالكية إلى أنه إن خطب معتدة وعقد عليها في العدة وكان الدخول بعد العدة أو حصلت مقدمات الدخول في العدة فرق بينهما على التأيد^(٣).

وحكم جواب المرأة في التصريح والتعريض حكم الخطبة.

المبحث الرابع- شروط الخطبة:

١- الخلو عن الذكاح والعدة:

فيحرم خطبة المنكوحه «المتزوجة» والمعتدة من الغير إلا المعتدة من وطء الشبهة فيجوز خطبتها ممن له العدة أثناءها ما لم تكن معتدة من الغير قبله^(٤).

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

٢- جواز ذكاح المخطوبة:

بمعنى أن لا يوجد مانع من موانع الزواج بأن تكون من المحارم المؤبدة أو المؤقتة.

كما لا يحل له خطبة المطلقة ثلاثاً منه ولا يحل خطبة الخامسة إذا كان تحتها أربع.

ويحرم خطبة من يحرم الجمع بينها وبين زوجته كأخت زوجته.. كما يحرم خطبة السفية للثانية^(٥).

٢- الخلو عن الخطبة:

تحرم الخطبة على خطبة الخاطب إلا بإذنه ورضاه دون تركه حياءً ونحوه لحديث رسول الله ﷺ :

«لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب»^(٦).

وذلك لما في خطبة الثاني من إيذاء وقطيعة.

وذهب المالكية إلى أن الخاطب الفاسق لا تحترم خطبته فيجوز تجاوزه والخطبة على خطبته.

والإعراض وطول الزمان من المجيب يعد إعراضاً يتيح للثاني الخطبة^(٧).

وهذا النهي للتحريم لا للبطلان بالإجماع^(٨) وذلك وفقاً للحالات التالية:

(٢) بلوغ الصبيان: ٢٦٨/٢ - ٢٦٩ - حاشية الدسوقي: ٢١٩/٢ معنى الفتاوى: ١٣٦/٣ كشف القناع: ١٨/٥ شرح الأحكام الشرعية: ٦/١ المعنى: ٥٢٤/٧ - ٥٢٥.

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢١٧/٢ - ٢١٩ معنى الفتاوى: ١٣٦/٣.

(٤) معنى الفتاوى: ١٣٦/٣.

(٥) معنى الفتاوى: ١٣٥/٣.

(٦) سبق تخريجه في ص ٢١.

(٧) معنى الفتاوى: ١٣٦/٣.

(٨) عمدة القاري: ١٢٢/٢٠ فتح الباري: ٢٥١/٩.

المبحث الخامس- حالات الخطبة وأحكامها :

أ- أن تتم الخطبة للأول وتكون جائزة صحيحة فتكون من الثاني محرمة؛

وتكون جائزة إذا تمت شروطها الخاصة في الخطبة إضافة إلى الشرطين العامين الأولين: الخلو عن النكاح والعدة وجواز نكاح المخطوبة.
عقد الثاني بعد خطبة الأول؛

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

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

وذهب المالكية إلى فسخ النكاح قبل البناء.

أخذاً بأن النهي للتحريم والبطلان ولو لم يطلب الأول الفسخ أو لم يعلم الثاني بخطبة الأول.

فإن دخل الثاني مضى النكاح ولم يفسخ^(١).

ب- أن يرفض أهل المخطوبة الخائب الأول أو ياذن للثاني^(٢)؛

وهنا يجوز للخاطب الثاني أن يخاطبها مع ترك الأول أو إذنه أو رفضه منها ومن وليها.

ج- أن يسكت أهل المخطوبة عن التصريح بالرد أو الإجابة؛

فإن كان السكوت يحتل الرضا بأن كان فيه ما يشعر بالرضا ولكن الساكت غير بكر لم

تحرم خطبة الثاني عند الحنفية وفي الأظهر عند الشافعية.

وذلك لأن السكوت لا يبطل شيئاً أي حق الآخرين وطول الزمان من المحيب يمكن عده

إعراضاً.

ودليل ذلك أن فاطمة بنت قيس خُطبت فقالت للنبي ﷺ : أن معاوية بن أبي سفيان وأبا

جهم خطباني فقال رسول الله ﷺ : «أما أبو جهم فلا يضع العصا عن عاتقه وأما معاوية

فصعلوك لا مال له انكحي أسامة بن زيد»^(٣).

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

(٢) مغني المحتاج: ١٣٥/٣ - ١٣٦.

(٣) أخرجه مسلم: كتاب الطلاق باب: المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها: ١٥٢٦/٣ رقم: ١٤٨٠.

وكذلك لا تجوز خطبة المرأة على المرأة إذا كان الرجل من أهل الفضل والعلم واستحبَّ خطبته وعدم الجواز إذا كان يعلم أنه لا يريد التزوج إلا بواحدة وقد تزوج^(٤).

المبحث السادس- المهر والهدايا في الخطبة وفي عقد الزواج^(١)؛

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

وأما الهدايا: فإذا أهدى إليها وأراد أن لا يتم العقد فإن له استرداد الهدايا القائمة غير المستهلكة قضاءً أو مرضاة.

وجواز الاسترداد لغلبة الظن أن الهدايا لإتمام الخطبة بالعقد ولم تتم.

وكذلك إذا مات أحدهما فلا آخر الرجوع.

بينما الاستهلاك يمنع الرجوع بالهبة.

وكذلك ما كان من موانع الرجوع بالهبة من تغير العين المهداة بخياطة.. وما أشبهه وهو

مذهب الحنفية والشافعية.

وفرق المالكية والحنابلة بين ما إذا كان الرجوع من جهتها أو من جهته:

فإن كان الرجوع من جهتها فله الرجوع بالهدايا في الأوجه عندهم إلا لعرف أو شرط.

وأما إذا كان الرجوع من جهته فلا رجوع بالهدية مطلقاً.

وإذا مات أحدهما فلا رجوع بالهبة.

وذهب بعض الشافعية إلى جواز الرجوع بما أنفقه الخاطب على المخطوبة لأن قصده التزوج

بها ولم يحصل دون التعرض للهبة سواء كان الإعراض منهما أو من أحدهما.

بل وله الرجوع بعد العقد وقبل الدخول أو بموته قبل الدخول.

بخلاف ما لو ماتت هي فلا رجوع^(٢).

فإذا تم العقد فإن حكم الهدية هو على التفصيل الآتي^(٣):

(٤) معني المحتاج: ١٣٧/٣ عمدة القاري: ١٣٢/٢٠.

(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار: ٣٦٤/٢ الشرح الكبير: ٢١٩/٢ إغاة الطالبين: ٣٥٥/٣ - ٣٥٦ ورمه: ١٤٤ الإصناف في مسائل الخلاف: ٢٩٦/٨ منار السبيل: ١٩٨/١ شرح الأحكام الشرعية: ١٦٨/١ - ١٧٠.

(٢) حاشية الجمل: ١٢٩/٤.

(٣) رد المختار والدر المختار: ٣٦٣/٢ - ٣٦٥ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣١٩/٢ - ٣٢٠.

معني المحتاج: ٤٠٤/٢ روضة الطالبين: ٣٧٨/٥ و٣٨٥ إغاة الطالبين: ٣٥٥/٣ - ٣٥٦.

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

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

وذهب المالكية إلى تشطير الهدية المشترطة لها في العقد أو قبله فإن طُلقت قبل الدخول فتأخذ حكم المهر.

وذهب الحنابلة إلى أن ما قبض بسبب النكاح فكالمهر في الثبوت لكليه أو لنصفه أو لسقوطه.

وإني أرى اعتبار الهدايا النفيسة كالجواهرات (التلبيس) والحُلِي من المهر إن تمت الفرقة بعد العقد قبل الدخول فتشطر.

احتجاجاً بما ذكره ابن عابدين من لزوم تعويض الزوجة وإثابتها الزوج على هداياه فإن أثابته فلا تعد من المهر ولا رجوع بها.

ومما يؤكد ذلك ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من تشطير الهدايا وهذا يعني إلحاقها بحكم المهر وعدّها منه.

المبحث السابع- تكيف الخطبة وفسخها وأثر العدول عنّها والتعويض عن فسخ الخطبة؛
أراء الفقهاء في تكيف الخطبة؛

قال السيوطي: "من العقود ما يحتاج إلى التلطف بالإيجاب والقبول" - وذكر منها - الخطبة بدليل حرمة الخطبة من الثاني عند التصريح بإجابة الأول^(١).

ويقول العلامة سليمان الجمل: "والظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي وإن تخيل كونها عقداً فليس بلازم بل جائز من الجانبين قطعاً"^(٢).

ولهذا جاز فسخ الخطبة لأنها إذا كانت من العقود الجائزة فيجوز فسخها وإذا لم تكن عقداً بل وعداً فالوعد غير ملزم قضاء عند الجمهور.

ورد الخطبة بعد تمامها ليس ممنوعاً شرعاً.

وأما المالكية فيقولون: "إن الوفاء بالوعد أمر مطلوب شرعاً ويترتب على عدم الوفاء به سوء الصلات بين الناس واختلالها".

ولذلك كرهوا الرجوع دون غرض لإخلاف الوعد^(٣) وهو الصواب.

(١) الأشباه والنظائر: ٢٧٨ - ٢٧٩.

(٢) الحاشية على شرح المنهج: ٤/١٢٩.

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

أثر العدول عن الخطبة في الأدلة الشرعية؛

إذا عدل الخاطب عن خطبته فإنه يسبب إيذاءً للمخطوبة وأهلها.

ولهذا فإن سيدنا عمر لما عرض حفصة على أبي بكر وعثمان حزن لإعراضهما وكان حزنه أشد من سيدنا أبي بكر رضي الله عنهم فاعتذر أبو بكر بأن رسول الله ﷺ قد ذكرها في حديث طويل:

«يقول عمر: أتيت عثمان بن عفان فعرضت عليه حفصة فقال: سأنظر في أمري فلبثت ليالي ثم لقيني فقال: قد بدا لي أن لا أتزوج يومي هذا. قال عمر: فلقيت أبا بكر الصديق. فقلت: إن شئت زوجتك حفصة بنت عمر فصمت أبو بكر... ثم خطبها رسول الله ﷺ فأنكحتها إياه فلقيني أبو بكر فقال: لعلك وجدت علي حين عرضت علي حفصة فلم أرجع إليك شيئاً. قال عمر: قلت نعم. قال أبو بكر: فإنه لم يمنعني أن أرجع إليك فيما عرضت علي إلا أني كنت علمت أن رسول الله ﷺ قد ذكرها فلم أكن لأفشي سر رسول الله ﷺ ولو تركها رسول الله ﷺ قبلتها»⁽²⁾.

ويتضح تماماً كيف قبل عثمان خطبته حفصة واستنظر للروية ثم اعتذر بعد ذلك فكان سنة في الاعتذار عن الخطبة بعد الإقدام عليها وكذلك اعتذار أبي بكر لعمر يؤكد هذا⁽³⁾.

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

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

التعويض عن فسخ الخطبة؛

باعتبار أن الخطبة ليست عقداً ملزماً فقد يوجد الفسخ من أحد الطرفين أو كليهما.

وقد تستمر الخطبة - مع تراجع الثقة بين الناس - لفترة طويلة يترتب عليها الإيذاء للمخطوبة.

والمراجع القديمة لا تتعرض لدراسة هذا إذ كانت الخطبة لا يتأخر اقترانها عن عقد الزواج ولهذا بحثها المعاصرون.

(2) أخرجه البخاري: كتاب النكاح باب: عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخبز: ١٨٤٢/٣ رقم: ٤٨٣٠.
(3) ر: عمدة القاري: ١١٥/٢٠.

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

وناقش هذه المسألة أبو زهرة وبين أن العدول عن الخطبة حق ولا يترتب عن استعمال الحق تعويض إلا إذا اقترن بالتغريم إلحاق الضرر من الخاطب بالطرف الآخر أو تسببه به.

فيكون التعويض بسبب فعل التغريم لا بسبب الخطبة والعدول وحق الاختيار.

كأن يطلب نوعاً من اللباس والجهاز.. أو تطلب تجهيز المسكن.. فيعوض عن هذا الضرر لأن للخاطب تدخلاً في إحداثه غير الخطبة والعدول..

وركون أحد الطرفين للآخر وثقته به وظنه عدم افتراض العدول لا يعني ترتب التعويض لأنه اغترار لا تغريم والتغريم موجب للضمان⁽¹⁾.

بينما ذهب الشيخ محمود شلتوت شيخ الجامع الأزهر إلى التعويض مطلقاً.

وهو ما ذهب إليه الدكتور مصطفى السباعي لكن وفق شروط ثلاثة هي:

- ١- أن يكون العدول دون سبب من المخطوبة.
- ٢- أن يلحق العدول الضرر المادي أو المعنوي بالمخطوبة غير الاستهواء الجنسي.
- ٢- أن يؤكد الخاطب رغبته عرفاً وعقلاً في الزواج.

(1) عقد الزواج وآثاره: ٧٣ - ٧٤.

وقد قررت محكمة النقض المدنية في عام ١٩٣٩ ما يلي:

- ١- الخطبة ليست بعقد ملزم.
 - ٢- مجرد العدول لا يكون سبباً موجباً للتعويض.
 - ٣- إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.
- وتبين المحكمة قرارها بأنه ينبغي التعويض في الضرر الأدبي والمادي باعتبار أنهما أفعال ضارة موجبة للتعويض^(١).

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

- ١- حصول الفسخ دون تسبب المخطوبة به.
- ٢- إخلالة أمد الخطوبة بعذر أو لا ويعتبر وحده كافياً للتعويض مع السبب الأول.
- ٢- حصول الضرر المادي والأدبي - مما لا يخالف الشرع - بالمخطوبة.
- ٤- ما يمكن أن يسيء لسمعة الفتاة أو بتركها لوظيفتها.
- ٥- لا تعويض حالة الاعتذار ويعتبر ما مضى من الترخير.

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

وإن الوفاء بالوعد أمر مطلوب شرعاً واعتبر رسول الله ﷺ إخلاف الوعد خصلة من النفاق.

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

المبحث الثامن- أحكام الخطبة في قانون الأحوال الشخصية السوري؛

المادة ٢/٢: «الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجاً».

المادة ٢/٣: «لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة».

المادة ٤/٤:

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

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

٣- تجري على الهدايا أحكام الهبة».

ولابد لاستكمال تطبيق هذه المواد من المادة ٥٣٦/٥ أصول:

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

أ- الزواج.

ب- انحلال الزواج.

ج- المهر والجهاز.

د- الحضانة والرضاع.

هـ- النفقة بين الزوجين والأولاد والوقف الخيري من حيث حكمه ولزومه وصحة

شروطه».

شرح المواد:

المادة ٢/٢ و ٢/٣:

إن المادة ٢/٢ تذكر صور الخطوبة وفيها تصريح بالوعد مما يبين أن الخطبة وعد لا عقد ولهذا

تبعثها المادة ٢/٣ لتنص على ما يؤكد ما من حق العدول لكلا الخاطبين.

المادة ٤/٤:

ميزت المادة ٤/٤ الفقرة ١/ بين عدول الخاطب أو المخطوبة من حيث رد عين المهر أو قيمته

وهو تطبيق لمذهب الفقهاء في المهر من حيث الرجوع.

أما التمييز بين عدوله وعدولها من حيث أصل الرجوع في المهر بالعين أو بالقيمة فهو رأي المالكية والحنابلة في الهدايا في جزء منه وإن كان رأيهم من حيث الرجوع وعدمه. ومنحت الفقرة ٢/ الخيار للزوجة وإن عدلت هي تنبيهاً إليها لما يمكن أن ينشأ من ضرر عن العدول قد يلحق بها.

وفي هذا إشارة إلى لزوم التعويض عن فسخ الخطبة في أقل قدر دون التصريح بهذا. ولذلك ذهبت محكمة النقض إلى جواز استرداد الهدايا إذا لم يكن للفاسخ خطأ لتعذر تحقق هدف مقدم الهدايا في تمتين أو اصر الحبة بين الزوجين بقصد تمام الزواج. (قرار ٦٠٧/٥ تاريخ ١٢/٥/١٩٦٧)

وصرحت محكمة النقض في قرار آخر قائلة:

«بجوز الرجوع في الهدايا المقدمة أثناء الخطبة إذا رفضت المخطوبة إتمام الزواج».

(قرار رقم ٢٨٦/١٢ تاريخ ١٢/٦/١٩٦٨)

ويُبين في شرح القرار أن لا خطأ ولا تعسف من الخاطب في فسخه الخطوبة^(١).

الفصل الثاني: أحكام عقد الزواج.

المبحث الأول: تعريف الزواج ومشروعيته وحكمه من حيث الوصف الشرعي.

المبحث الثاني: أركان انعقاد الزواج.

المبحث الثالث: شروط صحة الزواج.

المبحث الرابع: شروط نفاذ الزواج.

المبحث الخامس: شروط لزوم الزواج.

المبحث السادس: معاملات الزواج الإدارية.

(١) المرشد: ٤٥/١ - ٥٩.

المبحث الأول- تعريف النكاح (الزواج) ومشروعيته وحكمه:

المطلب الأول- تعريف النكاح (الزواج) وأدلة مشروعيته:

الفرع الأول- تعريف النكاح (الزواج):

لغة: الضم والجمع ومنه نكح المطر الأرض إذا اعتمد عليها.

والوطء والعقد^(١) وهو مرادف للزواج.

اصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه عقد يفيد حل استمتاع بين رجل وامرأة دون مانع شرعي.

فهو إيجاب وقبول من طرفين ويفيد حل الاستمتاع شرعاً على سبيل الاختصاص بالزوج من امرأة محققة الأنوثة وليست من المحارم المؤبدة أو المؤقتة.

وقال الشافعية: "هو عقد يتضمن إباحة وطء".

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

ومعناه في الشرع عند الجمهور العقد وهو مجاز في الوطاء.

وقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

فيراد به العقد ويراد به الوطاء من قوله ﷺ: «حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته»^(٢).

وذهب الحنفية إلى أنه للوطء ومجاز في العقد وهو الأقرب للغة لأن معنى الوطاء من باب التصريح والمماسمة والملامسة كناية عنه.

ورد الراغب الأصفهاني بأن أسماء الجماع كنايةات يستقبح ذكرها دون العقد ويبعد استعمال القبيح لما يستحسن^(٣).

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

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

(٣) المفردات: ٥٠٥.

وذهب آخرون إلى الاشتراك ودلالته على كليهما ومنه قوله تعالى:

﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ﴾ [البقرة: ٢٢١].

فيراد النهي عن العقد على المشركة والنهي عن الوطء في الأمة المشركة المملوكة^(١).

ولهذا ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١/ إلى تعريف الزواج بأنه:

«الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل».

الفرع الثاني - أدلة مشروعية عقد الزواج:

من القرآن:

قول الله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣].

وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: ٣٢].

من السنة المشرفة:

قوله ﷺ: «من أحب فطرتي فليستن بسنتي ومن سنتي النكاح»^(٢).

وقوله ﷺ: «من رزقه الله امرأة صالحة فقد أعانه على شطر دينه فليتق الله في الشطر

الثاني»^(٣).

وأجمعت الأمة عامة على مشروعية الزواج وأهميته ولا يخفى ما في انتفاء العزوبة من مصالح

وما في انتشارها من مفسد.

ومقاصد النكاح كثيرة منها: حفظ النسل وإخراج الماء الذي يضر احتباسه ونيل اللذة

والأجر في الجنة أيضاً وبقاء الذكر ورفع الدرجات بدعاء الولد الصالح^(٤).

(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار: ٢٥٨/٢ - ٢٦٠ الخريزي على شرح خليل: ١٦٥/٣ معني الاختاج: ١٢٣/٣ كشف القناع: ٥/٥

(٢) سنن البيهقي: ٧٧/٧ رقم ١٣٢٢٩.

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک: ١٧٥/٢ رقم: ٣٦٨١.

(٤) من الحجج: ١٢٤٣

بعض المستحبات في الزوجة والزواج:

يستحب أن تكون الزوجة ذات دين بالاستمسك بالطاعات والأعمال الصالحات والعفة والورع عن المحرمات لقوله ﷺ: «تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها وجهالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك»^(٥) أي استغنيت بحرصك على ذات الدين وإلا افتقرت.

والأولى كونها بكرًا «هلا أخذت بكرًا تداعبها وتداعبك»^(١).

وأن لا يزوجها وليها إلا بكرًا لم يتزوج قط.

وأن تكون ذات نسب نسبية طيبة الأصل لقوله ﷺ: «ولحسبها» و«تخيروا لنطفكم»^(٢).

وأن تكون أجنبية أو قريبة قرابة بعيدة.

قال الشافعي: "أبما أهل بيت لم تخرج نساؤهم إلى رجال غيرهم كان في أولادهم حق"

تلخيص الحبير: ١٤٦/٣.

وذلك لأنه من مقاصد النكاح اتصال الناس بالزواج للتعاقد والتعاون واجتماع الكلمة.

وتزوجه ﷺ بزَيْنَب بنت عمته لبيان الجواز وكذلك تزوج سيدنا علي بفاطمة رضي الله

عنهم يعتبر قرابة بعيدة إذ إنها بنت ابن عمه وللجواز.

وأن تكون ولوداً لقوله ﷺ: «تزوجوا الولود الودود فإنني مكاثركم»^(٣).

وأن تكون جميلة واسعة العقل والنفس لقوله ﷺ: «سئل رسول ﷺ: أي النساء خير؟

قال: التي تسره إذا نظر وتطيعه إذا أمر ولا تخالفه فيما يكره في نفسها وماله»^(٤).

وكرهوا ذات الجمال البارع إذا كانت تزهو بجمالها إذ قل أن تسلم للمرء بعقلها.

وأن تكون خفيفة المهر يسيره لقوله ﷺ: «أعظم النساء بركة أيسرهن صداقاً»^(٥).

إذ قيل: "أول شؤم المرأة كثرة صداقها".

وأن يتزوج امرأة واحدة إلا لحاجة ظاهرة واضحة معلومة فإذا كانت عقيماً يستحب أن

يضيف واحدة لا أن يطلقها.

^(٥) سنن ترمذي، ص ٢١٤.

^(١) [توسعة المعاري: كتاب النكاح باب: تزوج البهائم: ١٨٨٤] رقم: ٢٢٩٢ وسئل في الرضاع باب استحباب نكاح المرأة: ١٥٠٠ رقم: ٢٢٦٦.

^(٢) [توسعة المعاري: كتاب النكاح باب: تزوج البهائم: ١٨٨٤] رقم: ٢٢٩٢.

^(٣) [سنن أبي داود: كتاب النكاح باب: تزوج البهائم: ٣٨٦٣] رقم: ٢٢٢٧.

^(٤) [توسعة المعاري: كتاب النكاح باب: تزوج البهائم: ١٨٨٤] رقم: ٢٢٩٢.

^(٥) [توسعة المعاري: كتاب النكاح باب: تزوج البهائم: ١٨٨٤] رقم: ٢٢٩٢.

وأن يعقد في المسجد أول النهار «اللهم بارك لأمتي في بكورها»^(٦).

وأن يكون دخوله في شوال.

المطلب الثاني - حكم الزواج من حيث الوصف الشرعي؛

إن الأصل في النكاح الندب.

والسنية عند الحاجة إليه بأن تشوق نفسه إلى الجماع مع قدرته على الوطاء.

ومع الأنس بالزوجة وعنايتها ولو كان خصياً.

ومع عدم فتوره كالعنين.

ومع وجود المؤنة من المهر والكسوة والنفقة ولو يوماً.

والتزوج مع التبعيد أحفظ للدين وهو حفظ للمصالح المختلفة من النسل والنسب.

فإذا فعله ولو فقيراً وهي تقبل به بنية تحصيله وتحسينها أثير ويثاب كذلك بنية امتثال

أمره ﷺ في قوله ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»^(١).

وجه الاستدلال؛

من استطاع الباءة - الجماع والنفقة - فليتزوج ومن لم يستطع فإن الصوم المديد والكثير

يضعف الجماع فيكون له حافظاً.

ومما يؤكد أنه سنة ما روي عن عكاف بن وداعة أنه أتى النبي ﷺ فقال له: «ألك زوجة

يا عكاف» قال: لا قال: «ولا جارية» قال: لا قال: «وأنت صحيح موسر» قال: نعم والحمد لله

فقال: «فأنت إذاً من إخوان الشياطين...»^(٢).

والمرأة كالرجل في حال الحاجة وعدمها.

ويعد الزواج أفضل من طلب العلم والتعليم والتخلي للعبادة والنوافل في الأصح عند الشافعية

وهو الذي يتوصل به إلى صيانة النفس عن الفاحشة وسبب لحصول الولد الصالح الذي يدعو له

بجبر وذلك أن البطالة والفراغ والشباب معاً مؤدٍ إلى الفواحش.

(٦) أخرجه الترمذي: كتاب البيوع باب: ما جاء في التكبير في التجارة: ٥١٧/٣ رقم ١٦١٢. وأبو داود أيضاً. وذلك في شوال وأن يدخل فيه أيضاً. معنى الخناج: ١٢٧/٣ - ١٢٨. (١) أخرجه البخاري كتاب الصوم - باب: الصوم لمن خاف على نفسه بالعزوبة رقم: ١٨٠٦ - ١٨٠٧/١ - ٦٣٤/١ ومسلم كتاب النكاح - باب: استحباب النكاح لمن تأقت نفسه إليه.. واشتغال من عجز عن المون بالصوم: ١٤٢٢/٣ - رقم: ١٤٠٠. (٢) أخرجه أحمد ٥٣٠/١٥ رقم: ٢١٣٤٢. وأبو يعلى: ٢٦٠/١٢ رقم: ٦٨٥٦. واللفظ له.

ورجح ابن عابدين أن نيته قضاء الشهوة يقرب من المندوب لتمكنه من قضاء شهوته بطريق غير مشروع فأثر المشروع مع علمه بما يستلزمه النكاح من واجبات وأثقال مما فيه قصد ترك المعصية.

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

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

وذهب الظاهرية إلى فرضه عيناً على كل فرد لقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: 3]. وهو أمر للوجوب.

وقوله ﷺ: «تزوجوا الولود الودود فإني مكاثركم»⁽¹⁾.

وهو أمر مطلق فيكون للفرضية قطعاً والامتناع عن الزنى فرض ولا يتم إلا بالزواج وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب⁽²⁾.

وأجيب: تحمل الأدلة على الندب لإقامة الصوم مقام الزواج عند العجز عن النكاح والصوم مندوب فلا يقوم المندوب مقام الواجب وكان بعض الصحابة لا زوجة له ولم ينكر عليه.

ويمكن أن يكون فرضاً أيضاً: هذا إذا خاف على نفسه الزنى أو إذا نذره مع التوقان إليه وملكه المهر والنفقة ولو بالاستدانة حال تمكنه من الوفاء وعدم خوفه من ظلم الزوجة.

وكذلك إذا كان لا يستطيع منع نفسه النظر المحرم أو الاستمناء بالكف فيفرض في حقه الزواج.

وذلك لأن ما لا يتوصل إلا به إلى ترك الحرام فهو فرض وهذا عند عدم قدرته على الصوم المانع من الوقوع في الزنى.

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

ويكون مباحاً عند نيته قضاء الشهوة وحسب وليس فيه مانع مع كونه واجداً للمؤنة.

⁽¹⁾ سنن النسائي كتاب النكاح باب: عذر ما تنكح المرأة ٣٧٧/٣ - رقم: ٣٢٢٧.

⁽²⁾ إقلي: ٣/٩ - ٤.

ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء: ٢٤].

بعد ذكر المحرمات والحلال والمباح من المترادف وإيصال النفع للنفس كالأكل والشرب على سبيل الإباحة.

وهنا تصبح العبادة وطلب العلم أفضل.

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

وقد يصير مكروهاً لا يستحب له النكاح مع عدم الحاجة إليه بأن لم تتق نفسه إليه خلقة أو مرضاً أو عجزاً أو أنساً أو خدمة مع فقدته المؤنة (الأهبة) إذ لا يقدر على القيام به إضافة إلى أنه لا يحتاجه.

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

وكذلك لو كان في دار الحرب للخوف على الولد من الكفر.. أو تعارض لديه خوف الوقوع في الزنى وخوف الجور باعتبار أن ظلم الزوجة حق للعباد فأولى من خوف الزنى لأن حفظ العرض من حق الله تعالى.

وكذلك عند فقد المهر والنفقة وإن خاف الزنى فإذا لم تنكسر شهوته فرواحه أولى من وقوعه في الزنى.

ويقمع شهوته بالصوم المديد وإلا فالقليل يثيرها فإذا لم تنكسر حدة شهوته تزوج.

وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَتَّعْفِيفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النور: ٣٣].

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

وقد يكون حراماً إذا تيقن الوقوع في الجور والظلم للزوجة.

لأن النكاح شرع لمصلحة تحصيل الثواب وتحسين النفس فإذا وجد الجور أثم ودرء المفسد أولى من جلب المصالح أو تيقن العجز عن المهر والنفقة بعدم قدرته على الوفاء^(١).

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

ولم يتدخل المشرع في حكم الزواج ولكنه وبالرجوع إلى مقتضى المادة /٣٠٥/ من قانون الأحوال الشخصية السوري والتي نصها:

«كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي».

فلا بد من الرجوع إلى ما قاله الحنفية هنا وهو عروض الأحكام التكليفية الخمسة للزواج. وإن كان الراجح هو ندب التزوج إعماراً للمجتمع الإنساني في بقاء النسل ولما في الولد من مقاصد إن أحسن تربيته لا تعد ولا تحصر في الدنيا والآخرة.

المبحث الثاني - أركان انعقاد الزواج؛

المطلب الأول - آراء الفقهاء في أركان الانعقاد؛

وهي أركان النكاح^(١) التي لا بد من وجودها وتعد من ماهية العقد.

وقد اختلف الفقهاء فيها.

وبحسب رأي الجمهور أركان عقد النكاح هي: العاقدان والحل والصيغة.

أولاً- العاقدان؛

فهما الزوج والزوجة أو وكيلهما أو وليهما.

ويشترط فيهما أهلية الأداء الكاملة أو الناقصة.

وهنا في الانعقاد يكتفى عند الجمهور بأهلية الأداء الناقصة.

ويشترط فيهما الرضا وعدم الإكراه كما سيأتي^(٢).

(١) بدائع الصنائع: ٢٢٩/٢ حاشية ابن عابدين: ٢٦٢/٢ - ٢٦٣ الشرح الكبير: ٢٢٠/٢ الشرح الصغير: ٣٧٥/١ مغني المحتاج: ١٣٩/٣ كشف القناع: ٣٧/٥.
(٢) ر: عقد الصغير والجنون ص: ١١٨.

نكاح المكره:

الإكراه اصطلاحاً: هو حمل الغير على الفعل بوسيلة مرهبة^(٣).

أقوال العلماء في نكاح المكره:

ذهب الحنفية والحنابلة إلى صحته واستدلوا على ذلك بقوله ﷺ :

«ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: الطلاق والنكاح والرجعة»^(١).

فدلالة الحديث واضحة على أن إجراء ألفاظ النكاح.. يلتزم بآثارها.

وذهب المالكية والشافعية إلى بطلانه واستدلوا على ذلك بقوله تعالى:

﴿ إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكَذِبَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِ اللَّهِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْكَذِبُونَ ﴿١٠٥﴾ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿١٠٦﴾ [النحل: ١٠٥-١٠٦].

فالإكراه لا أثر له في جعل المؤمن كافراً أو إن أجرى على لسانه مكرهاً ما لا يُرضى طالما كان قلبه بالإيمان مطمئناً.

وبحديث رسول الله ﷺ : «إن الله تجاوز عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(٢).

فدلالة الحديث واضحة أن المؤاخذه مرفوعة بالإكراه عامة ومن ذلك عقد النكاح فلا يترتب عليه أثره^(٣).

ثانياً- محل العقد:

صرح الحنفية وبعض الشافعية والحنابلة أن المعقود عليه هو حل الاستمتاع الكائن منهما.

وكلاهما الزوج والزوجة طرف في العقد لا محل له.

ووجهه أن المحل هو حل الاستمتاع بينهما لأنه مقصود العاقدين وغرضهما إضافة إلى غيره

مما يتبعه من التناسل والمودة والرحمة.

(٣) طلبة الطلبة: ٣٢٦ رد المختار: ٨٠/٥.

(١) أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق باب: الطلاق على الجزل رقم: ٢١٩٤.

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

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

ثالثاً- الصيغة:

يشترط لانعقاد الزواج الإيجاب والقبول.

ولاعتبار أصلهما لابد من الاتفاق ويتم ذلك بالإيجاب والقبول وهما صيغة النكاح.

وهذا يعني اشتراط التخاطب فيهما أو وجود الإيجاب والقبول مرتبطين.

ولا يشترط لدى الجمهور تقدم كلام الولي على الزوج وكذلك في مذهب الشافعية.

وخالف فيه بعض الشافعية والحنابلة فاشتروا تقدم إيجاب الولي.

وعد الجمهور الإيجاب من الولي والقبول من الزوج تقدم أو تأخر.

بل واشترط الحنابلة تقدم الإيجاب دون الحنفية الذين عدوا الإيجاب بأنه إصدار الصيغة

الصالحة لإفادة العقد أولاً والقبول: إصدار... ثانياً سواء كان ذلك من الولي أو الزوجة أو الزوج.

وهذا ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٥/:

«ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر».

ولو توسط ثالث مع ارتباط الإيجاب والقبول بأن يقول للولي^(١): "زوجت ابنتك فلاناً" فقال

الولي: "زوجتها فلان" ثم قال للزوج: "قبلت نكاحها" فقال الزوج: "قبلت نكاحها" انعقد العقد لكون الإيجاب والقبول مرتبطين.

وأما لو قالوا: "نعم" أو أحدهما قال: "نعم" فلا يتم العقد.

وكذلك لو قال الولي: "زوجتها" مقتصرًا عليه لم يصح فلا بد من قوله "زوجتها فلان"^(٢).

(١) معني المحتاج: ١٣٩/٣.

(٢) معني المحتاج: ١٤٠/٣.

المطلب الثاني - الألفاظ الدالة على الإيجاب والقبول في عقد الزواج؛

أولاً- ألفاظ الإيجاب والقبول الصريحة في عقد الزواج؛

ذهب جماهير العلماء إلى انعقاد العقد بلفظي التزويج والنكاح أو ما اشتق منهما

لقوله ﷺ :

«فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله»^(٣).

ويراد "بكلمة الله" التزويج والنكاح لاقتصار القرآن على ذكر هذين اللفظين ولذا يتوقف

عندهما تبعداً واحتياطاً عند الشافعية خلافاً للجمهور.

إذ فيه شبه العبادة لاعتباره مندوباً وإنما تتلقى العبادات من الشرع.

وقد ورد في الشرع هذان اللفظان ويحمل اللفظ في قوله ﷺ : «ملكتهما بما معك من

القرآن»^(٤) على رواية الجمهور «زوجتكمها»^(٥).

ويشترط في القبول التصريح بالتزويج أو النكاح.

ولا يكفي بقوله: "قبلت" ولا تفيد نيته وهو المذهب المعتمد عند الشافعية والحنابلة.

وذلك لأن النكاح لا ينعقد بالكناية وإن انصرف القبول إلى ما أوجبه الموجب.

وفي قول: "يصح هذا القبول ويحمل على الإيجاب ويعتبر كالمعاد لفظاً كما هو الأصح في

البيع"^(٦).

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

ذهب أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأحمد إلى انعقاد العقد بهما بشرط ذكر المهر.

وحجة الجماهير أن نكاح رسول الله ﷺ انعقد به فينعقد به نكاح أمته.

(٣) أخرجه مسلم: كتاب المصالح باب: حجة النبي ﷺ ١٢٦٠/٣ رقم: ١٢٦٨.

(٤) أخرجه البخاري: كتاب النكاح باب: تزويج العسر ١٨٣/٣ رقم: ٤٧٩٩ واللفظ له ومسلم: كتاب النكاح باب: الصداق وحوازه كونه تعليم قرآن وحام حديث ١٤٤٩/٣ رقم ١٤٢٥.

(٥) هذه رواية أخرجهما البخاري: كتاب الوكلاء باب: وكلاء الإيم في النكاح ٧٥٧/٢ رقم: ٢١٨٦ ومسلم: كتاب النكاح باب: الصداق وحوازه... ١٤٥١/٣ - رقم: ١٤٢٥ واللفظ له معنى النكاح ١٤١/٣.

(٦) بدائع الصنائع: ٢٢٩/٢ - الشرح الكبير: ٢٢٠/٢ - ٢٢١ معنى الاحتجاج: ١٤١/٣.

قال تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠].

وما كان مشروعاً في حقه ﷺ فهو مشروع في حقنا.

وذهب الشافعية إلى منع الانعقاد بهذا اللفظ وقالوا: "إن هذا اللفظ خاص بالنبي عليه الصلاة والسلام بدليل قوله تعالى: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾.

ولأنه لفظ ينعقد به غيره فلم ينعقد به النكاح كالإجارة والإباحة ولأنه ينبغي الاحتياط في الأبضاع لأن الأصل الاحتياط في الأبضاع".

ثالثاً- الألفاظ الدالة على تملك الأعيان بعوض كالبيع إذا قصد به معنى الزواج وكانت القرينة دالة على المجاز؛

فذهب الحنفية إلى جوازه بها.

ومنع غيرهم من الشافعية والحنابلة.

حجة المجيزين؛

إن اللفظ إذا اقترن به ما يدل على إرادة الزواج وهو يفيد الملك للعين الذي يقتضي حل المتعة كان مستعملاً في حقيقة معنى الزواج فيجوز.

حجة المانعين؛

إن حقيقة البيع وما يشبهه تخالف حقيقة الزواج فلا يشتمل لفظه عليه.

رابعاً- الألفاظ الدالة على تملك المذفعة بعوض أو لا كالفاظ الإجارة والإعارة؛

فذهب الجماهير أن الزواج لا ينعقد بهذه الألفاظ لمنافاة ما تدل عليه حقيقة الزواج من التأييد بخلاف المنفعة المبنية على التآقيت إذ لا ينعقد إلا بما يدل على تملك العين والرقبة.

خامساً- الألفاظ الدالة على الإباحة والاستمتاع؛

ذهب الجماهير إلى عدم الانعقاد بألفاظ الإباحة والإحلال والمتعة لخلوها عن معنى الملك.

إذ أن تناول الطعام يتناوله على حكم ملك المبيح وللمبيح المنع والحجر.

فلا بد في لفظ النكاح من لفظ تمليك الرقبة.

وما عدا ذلك من الألفاظ كالقرض والصرف والسلم والوصية ففيها أقوال بين الانعقاد

وعدمه عند الحنفية والأوجه عدم انعقاده بها^(١).

المطلب الثالث- صورة الإيجاب والقَبول في عقد الزواج؛

هل يشترط اللفظ الماضي فلا يكتفى بسواه أم أنه ينعقد بالفعل المضارع وفعل الأمر؟

إن الفقهاء متفقون على انعقاده بالفعل الماضي كقول الولي: "زوجتك" وقول الزوج:

"قبلت" لأن الماضي أدل على التحقيق.

ولكن الشافعية يشترطون أيضاً في القبول التصريح بالتزويج أو النكاح... .

ولو استعمل الفعل المضارع المبدوء بهمزة "أتزوجك" أو بالنون أو بالتاء ولم ينو الاستقبال

والوعد فإنه يصح لأن كل لفظ يفيد ثبوت الانعقاد والرضا يصح استعماله.

ولا يصح حمله على الوعد إذا وجدت القرينة الدالة على الحال ويكون القبول بالماضي.

أما الفعل المضارع والأمر الجازم وغير المحتمل كما لو قال الخاطب: "زوجني ابنتك" موجهاً

الكلام للولي فأجابه الولي: "زوجتك" كان العقد صحيحاً لوجود استدعاء الزوج الجازم ولا

حاجة لقبول جديد.

وكذلك قول الولي: "تزوجها" فأجاب الخاطب: "تزوجت ابنتك" لا حاجة إلى قبول جديد

من الولي لاستدعاء الولي الجازم.

وذلك لقول النبي ﷺ: «زوجتكها بما معك من القرآن»^(١) بعد أن قال الأعرابي:

"زوجنيها".

(١) بدائع الصنائع: ٢٢٩/٢ - ٢٣١ فتح القدير: ١٠٨ - ١٠٥/٣ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢٢٠/٣ - ٢٢١ الغرشي على مختصر خليل: ١٧٢/٣ - ١٧٣ مغني المحتاج: ١٤٠/٣ كشف القناع: ٢٧/٥ - ٤١.

(١) سبق تخريجه ص ٤٥.

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

وكذلك فعل الأمر والماضي: فإذا عُبرَ بهما فأحدهما عن المستقبل والآخر عن الماضي انعقد العقد مثل أن يقول: "زوجني" فيجيب "زوجتك"⁽²⁾.

وقد جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة رقم ٦/:

«يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً».

وهذا يشمل الألفاظ الدالة على الإيجاب والقبول.

وقد توسع فيها وفقاً لمذهب الحنفية بقبول كل لفظ دال لغة وعرفاً ولا شك من أنه لا بد من دلالة على إفادة معناه جازماً.

المطلب الرابع- شروط الإيجاب والقبول:

يشترط في الإيجاب والقبول أربعة شروط بالاتفاق وهي:

١- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول:

وذلك ليرتبط إيجاب الولي بقبول الزوج بوقوع الثاني جواباً معتبراً محققاً لغرض الكلام السابق فينعقد العقد.

فإذا قالت المرأة: "زوجتك نفسي" أو قال الولي: "زوجتك ابنتي" فقام الآخر من المجلس قبل القبول واشتغل بعمل يفيد انصرافه عن المجلس ثم قال: "قبلت" بعد ذلك فإنه لا ينعقد.

لأن شرط الارتباط اتحاد الزمان فجعل المجلس جامعاً تيسيراً فلو قال في مجلس آخر: "قبلت" لم ينعقد لأن الكلام لما لم يتم تلاشى.

ولكن لا يشترط الفور في القبول عند الحنفية والحنابلة وفي قول عند المالكية فينعقد العقد وإن طال المجلس.

ويشترط الفور عند المالكية والشافعية بأن لا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل كثير.

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

والفصل الطويل هو ما أشعر بإعراضه عن القبول.

ولا يضر الفصل اليسير لعدم إشعاره بالإعراض عن القبول.

ولا يضر أيضاً ما كان جزءاً من العقد أو لمصلحته كوصيته له بابنته خيراً أو كخطبة خفيفة.

والإعراض هو ما دل العرف عليه وأشعر به ككلام أجنبي عن العقد^(١).

٢- التوافق والمطابقة بين القبول والإيجاب:

يشترط أن لا يخالف القبول الإيجاب.

فإذا قال شخص لامرأة: "تزوجتك بألف" فقالت المرأة: "قبلت النكاح ولا أقبل المهر" فلا

ينعقد النكاح لأنه إنما أوجب بهذا القدر المسمى من المهر.

ولو صححنا القبول لزمه مهر المثل ولم يرض به ولو قبلت ولم تزد على ذلك صح بما ذكر

لأن القبول منزل على الإيجاب عند الحنفية.

وأما الشافعية فقالوا: "لا يلزم إلا إذا صرح الزوج في العقد بالتزامه".

فلو أوجب الولي بألف وقال الزوج: "قبلت" صح العقد ولزم مهر المثل لا المسمى.

مما يدل على صحة العقد عند الشافعية هنا مع عدم الموافقة بين الإيجاب والقبول.

ولكنه ليس مطلقاً إذ لو قال شخص: "زوجتك ابنتي خديجة" فقال الرجل: "قبلت زواج

فاطمة" فلا ينعقد الزواج.

ولو قال: "زوجتك ابنتي على ألف درهم" فقال الزوج: "قبلت الزواج بخمسمائة" لا ينعقد

العقد إلا إذا كانت المخالفة لخير بأن قال الزوج: "قبلت بألف وخمسمائة" فيصح العقد.

ولا يشترط توافق الولي والزوج في اللفظ فلو قال الولي: "زوجتك ابنتي" فقال الزوج:

"قبلت نكاحها" ولم يقل "زواجها" صح ذلك إذ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ

والمباني^(١).

(١) حاشية ابن عابدين: ٢٦٦/٢ بدائع الصنائع: ٢٣٢/٢ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢٢٠/٢ - ٢٢١ حاشية العدوي على الخرشبي على مختصر خليل: ١٧٤/٣ مغني

الاحتجاج: ١٣٨/٣ و٦/٢ روضة الطالبين: ٣٩/٧ إعانة الطالبين: ٢٧٥/٣ كشف القناع: ٤١/٥ و١٤٧/٣ - ١٤٨.

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة: ٣ حاشية ابن عابدين: ٢٦٧/٢ مغني المحتاج: ١٣٩/٣ - ١٤٠ و٦/٢ كشف القناع: ٤١/٥ و١٤٦/٣.

٢- بقاء الموجب على إيجابه وإصراره عليه إلى قبول القابل:

يشترط عدم رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبول العاقد الآخر فإن رجع بطل الإيجاب ولم يجد القبول شيئاً يوافقه.

وكذلك بقاء الموجب على أهليته.

فطروء الجنون أو الإغماء.. مبطل للإيجاب إذا لم يصدر القبول بعد ويصبح الإيجاب كأن لم يكن.

وكذلك لو رجعت الزوجة عن إذنها قبل قبول الزوج أو جنت أو أغمي عليها لم يصح القبول^(٢).

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

لا يتم الإيجاب والقبول إلا بسماع كليهما القابل والموجب للآخر وفهم كلاميهما لأن اللفظ هو أداة الارتباط بين إرادة المتعاقدين والتي تعبر عن رضاهما في هذا العقد.

فلا بد من أن يسمع كل منهما كلام الآخر ويفهم مراده ليصدر منهما ما يدل على الرضا.

وانعقاده من الأخرس إنما هو للضرورة.

والغائب لا بد من سماع الكتاب مع سماع الشهود^(٣).

وقد جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة رقم ١١١/:

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

٢- ويبطل الإيجاب قبل القبول بزوال أهلية الموجب وبكل ما يفيد الإعراض من أحد

الطرفين».

وهذا يعني اشتراط تحقق الشروط الأربعة السابقة إلى تمام العقد.

وإذا تم التعاقد بهذه الشروط لم يقبل الادعاء بصورية العقد (نقض/ ٥٩٨ - ٦٤٣ - ٨١/٧/٢١).

(٢) حاشية ابن عابدين مع الدر المختار: ٢٠/٤ مغني المحتاج: ١٤٠/٣ - ١٤١ كشف القناع: ٤٠/٥.

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

المطلب الخامس - انعقاد العقد بالكتابة والرسالة والإشارة؛

انعقاد العقد بالكتابة؛

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

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

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

ولو لم يسمع الشاهدان كلام الرسول وقراءة الكتاب لا يجوز عندهما بخلاف أبي يوسف إذا سمعا قولها: "زوجت نفسي".

واحتجاً بأن قولهما: "شطر العقد ولا تتم الشهادة إلا بشطري العقد".

وعند أبي يوسف قول الزوج بانفراده عقد عنده ثم يلحق به القبول فيتم^(١).

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة رقم ٧/:

«يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس».

وهو واضح أنه ترجيح لمذهب الحنفية.

انعقاد العقد بالإشارة؛

تعد إشارة الأخرس الدالة على انعقاد العقد صحيحة في انعقاد عقد الزواج.

واشترط الشافعية عدم اختصاص الإشارة بالفطنين وإلا إن كانت خاصة بالفطنين فلا ينعقد بها العقد لأنها تعد حينها كناية ولا ينعقد بالكناية.

إذ ينبغي شيوع الإشارة وانتشارها بين الفطنين وغيرهم من الخرس.

وينعقد بإشارته المختصة بالفطن إذا لم يكن له إشارة مفهومة أخرى وتعذر توكيله.

إذ ينعقد توكيله بالكناية دون النكاح فلا ينعقد به وتعتبر الإشارة المختصة كناية.

ولا شك أن العقد من المتكلم لا ينعقد بالإشارة مطلقاً^(١).

(١) بدائع الصنائع: ٢٣٣/٢ حاشية ابن عابدين: ٢٦٥/٢ - ٢٦٧ فتح القدير: ١٠٢/٣ حاشية العدوي على الحرشي شرح مختصر خليل: ١٧٤/٣ مواهب الجليل: ٤١٩/٣ معني المحتاج: ١٤١/٣ كشف القناع: ٣٧/٥ و٣٩/٥.
(١) حاشية ابن عابدين: ٢٧١/٢ حاشية العدوي على الحرشي: ١٧٤/٣ معني المحتاج: ١٤١/٣ ونخفة المحتاج وحاشية الشروان: ٢٢١/٧. كشف القناع: ٣٩/٥.

انعقاد العقد من الأخرس بالكتابة:

يصح عقد الأخرس بكتابه بلا خلاف إذا لم تكن له إشارة مفهومة وتعذر توكيله بالتزويج لآخر سواء لنفسه أو لموليته.

فإن كان له إشارة مفهومة فهي مقدمة على كتابته عند الشافعية.

إذ تعد كتابته كناية بخلاف إشارته المعهودة فلا تعد كناية.

فإذا اختصت الإشارة كانت كناية.

وذلك أن الإشارة إلى الكلام أقرب لاتصالها بالمتكلم وهو إشارته بيده.. فلذلك كانت أقرب إلى النطق من آثار الأقلام.

وعد الحنابلة الكتابة هنا أولى لأنها بمنزلة الصريح والإشارة دلالة.

ونقل هذا عن بعض الحنفية أيضاً والذي يترجح عندهم التسوية بينهما^(٢).

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٠/:

«يصح الإيجاب أو القبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبالإشارة المعلومة».

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

عدم انعقاد العقد بالفعل:

إن خطر أمر الزواج وتعلقه بالفروج والأبضاع كبير جداً ولذلك كان التحريم المتعلق بها شديداً..

ولهذا كله كان عقد الزواج لا يتم إلا بالألفاظ في رأي عامة العلماء.. فلا يقبل فيه التعاطي والفعل.. وهو فرق النكاح عن السفاح^(١).

وقد ذهبت محكمة النقض إلى أنه يعتد في العقد بشروط الانعقاد السابقة فلا يجري فيه التعاطي (نقض /٦٣ - ٥٢ / ١ / ٧٣).

(٢) معني المحتاج: ١٤١/٣ تحفة المحتاج وحاشية الشرواني: ٢٢١/٧ كشف القناع: ٣٩/٥ شرح المحلة للأناسي: ١٩٤/١ - ١٩٥ العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية: ١٦/١.
(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار: ٢٦٥/٢ و٢٧١ ور: الخرشني: ١٧٤/٣ - ١٧٥ معني المحتاج: ١٤٠/٣ كشف القناع: ٣٧/٥ - ٣٩.

إجراء عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة؛

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

وإذا نظرنا إلى اختلاف الفقهاء في انعقاد العقد بالكتابة.

فإن الحنفية يجيزونه مع وجود الشهود على كلام العاقدين.

ولكن الإشكال الخطير في تزيف وتزوير كل هذه الوسائل وإن كان ذلك يتعلق بالإثبات ولكنني أرى جواز هذا العقد بشروطه مع التوثيق من عدم التزوير.

المطلب السادس - الألفاظ العامية والمصحفة:

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

ذهب جماهير العلماء المتأخرين والمعاصرين إلى صحة عقد الزواج بالألفاظ العامية بفتح تاء المتكلم في "تزوجت" أو بإبدال الجيم زائماً "زوزتك" أو العكس: "جوجتك" لأن المدار في الصيغة على المعارف من محاورات الناس.

ولكن اشترط الشافعية في القبول التصريح بالنكاح.. وذلك لصدورها عن قصد صحيح باتفاق أهل جهة ما على التلفظ به.

فكأنه وضع جديد لمعاني الزواج فأشبهه الحقائق اللفظية العرفية وخاصة عند تلقينهم الألفاظ الصحيحة لعة.

وذهب البعض بأنها ليست حقيقة لعدم الوضع ولا مجازاً لعدم العلاقة فهي باطلة ولا يصح العقد بها.

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

(1) حاشية ابن عابدين: ٢٦٩/٢ - ٢٧١ مغني المحتاج: ١٣٩/٣ إعانة الطالبين: ٢٧٦/٣ - ٢٧٧ كشف القناع: ٣٩/٥ - ٤٠.

والخطأ في الصيغة لغة إذا لم يخل بالمعنى يصح كقوله: "زوجت لك" أو "إليك" بدل "زوجتك" وهو كالمخطأ في الإعراب^(٢).

وقد دلت المادة /٦/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على جواز انعقاده بالألفاظ العامة لاعتبارها ودلالاتها عرفاً.

ولكن الأولى التمسك باللفظ الفصيح وهو ما يحرص عامة الناس عليه احتياطاً.

المطلب السابع- الألفاظ غير العربية في الإيجاب والقبول:

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

وفي وجه لا يصح إلا بالعربية لأنها الألفاظ المشروعة المنقولة الواردة.

وفي وجه إن كان عاجزاً عن العربية صح بغيرها من الألفاظ وإلا لم يصح وهو مذهب الحنابلة.

ولو أتى كل واحد بلغته التي يحسنها وترجم بينهما وأفهمهما ثالث معنى كلاميهما قبل التعاقد أو أثناءه صح ذلك - ما لم يطل الفصل.

أما لو كان بعد التعاقد فلا يصح في الراجح بأن يتلفظ باللفظ دون معرفة معناه^(١).

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

(٢) فتح القدير: ١٠٢/٣ حاشية ابن عابدين: ٢٦٣/٢ الشرح الكبير: ٢٢٠/٢ - ٢٢١ الحارثي: ١٧٣/٣ مغني المحتاج: ١٣٩/٣ - ١٤٠ كشف القناع: ٣٧/٥.

(١) مغني المحتاج: ١٤٠/٣ - ١٤١ كشف القناع: ٣٩/٥ فتح القدير: ١٠٢/٣.

المطلب الثامن- إخلاق صيغة العقد وتقييدها؛

أولاً- العقد المنجز؛

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

ثانياً- العقد المضاف إلى المستقبل؛

لا يصح التعليق بالإضافة إلى الوقت في عقد الزواج مطلقاً كما هو سائر المعاضات وهنا هو أولى زيادة في الاحتياط فيه.

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

ثالثاً- العقد المعلق على شرط؛

التعليق على شرط محتمل الوجود لا يصح كذلك في عقد الزواج كما لو قال: "إن نجحت في الامتحان زوجتك ابنتي" فلا يصح أبداً.

ويلاحظ دخول الشرط على الصيغة فيعلق انعقاد العقد بخلاف ما دخل على الآثار وهي الشروط في العقد لأن التعليق المانع من صحة العقد هو المنافي لإطلاق العقد وتنجيزه وإلا انعقد.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٣/:

«لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا المعلق على شرط غير متحقق».

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

رابعاً- اقتران العقد بالشرط؛

إن الشروط التي تدخل على عقد الزواج إما أن تكون على سبيل التعليق - وما في حكمه - أو على سبيل التقييد.

وهي تتعلق بإنشائه أو بآثاره - وهذه - ما تعلق بآثاره - ستأتي في آثار العقد.

وما يتعلق بإنشائه وصيغته مما قد يبطل العقد ويفسده هما نكاح الشغار.

وتعلّقه بإنشائه يعني كونه ثابتاً في أصل العقد فيبطل العقد عند الجمهور وكذلك نكاح المتعة.

نكاح الشُّغار^(١) :

تعريف الشُّغار: الخلو عن المهر يجعل بضع إحداهما مقابل مهر الأخرى.

وهو قول الولي: "زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك دونما مهر" أي: جعل مهر المرأتين ساقطاً بمقابل الأخرى دون أدائه لكل منهما فلا بد من ذكر هذا.

أثر نكاح الشُّغار:

ذهب الجمهور إلى بطلان الشُّغار مطلقاً.

وذهب الحنفية إلى صحة العقد مع الكراهة ولزوم مهر المثل.

الأدلة ومناقشتها:

دليل بطلانه من السنة:

ما ورد عن سيدنا ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ نهي عن الشُّغار والشُّغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق»^(٢).

والبطلان إنما هو لما فيه مخالفة عمومات القرآن والسنة في وجوب المهر ولزومه وفي الشُّغار تعهد بإسقاط المهر.

واستدل الحنفية بأن متعلق النهي مسمى الشُّغار المنفي فيه المهر مع جعل البضع صداقاً فتنفي هذه الماهية وتبطل بينما يبقى النكاح المسمى فيه ما لا يصلح مهراً فينعقد موجباً لمهر المثل.

وهذا دليل على حمل النهي على الكراهة لا الفساد.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٥٣/٥ إلى أنه:

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

(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار: ٣٣٢/٢ - ٣٣٣ بدائع الصنائع: ٢٧٨/٢ الشرح الكبير: ٣٠٧/٢ - ٣٠٨ روضة الطالبين: ٤٠/٧ - ٤١ معني المحتاج: ١٤٢/٣ - ١٤٣ كشف القناع: ٩٢/٥ - ٩٣.
(٢) أخرجه مسلم: كتاب النكاح باب: تحريم نكاح الشُّغار وبطلانه: ١٤٤١/٣ - رقم: ١٤١٥.

وأوضحت المادة /٦١/ ما الذي يجب من المهر فقالت:

«١- يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر أو فساد التسمية».

ويعد هذا إعمالاً لرأي الحنفية في صحة العقد حالة الشغار مع لزوم مهر المثل.

وهو ما صرحت به محكمة النقض (٣٦٤ - ٣٦١ - ٦٤/١٠/١٩) إذ قالت:

«نكاح الشغار ينعقد صحيحاً ويجب فيه مهر المثل».

وهو مضمون المادة /١٥/ من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدرى باشا إذ

نصت:

«نكاح الشغار - وهو أن يجعل بضع كل من المرأتين مهراً للأخرى - ينعقد صحيحاً

ويجب بالعقد مهر المثل لكل منهما»^(١).

النكاح الموقّت ونكاح المتعة:

ويأتي بحثه لاحقاً في شروط الصحة.

المبحث الثالث- شروط صحة عقد الزواج:

شروط الصحة: هي الأمور والأوصاف التي يتوجب وجودها ليسلم العقد في وجوده فإذا

انتفت كان العقد فاسداً غير معتدّاً به.

وهذا الفساد في أوصاف العقد لا في أصله جرياً على طريقة الحنفية في التفريق بين الفاسد

والباطل^(٢).

وتتمثل هذه الشروط في الشهادة على عقد الزواج وتأييد عقد الزواج وحلية المحل

المختلف فيها.

(١) المرشد في قانون الأحوال: ١٩٥/١ وقبلها وبعدها شرح الأحكام الشرعية للأبياني: ٣٠/١.
(٢) مزيد من التفصيل ينظر: مفهوم الفساد عند الفقهاء من أطروحة الدكتوراه: درء المفسدة في الفقه الإسلامي: ٥٩.

المطلب الأول - الشهادة على عقد الزواج؛

تعريف الشهادة؛

لغة: خبر قاطع وشهيدٌ بكذا شهادةً أدى ما عنده من الشهادة فهو شاهد^(١).

شرعاً: إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القاضي^(٢).

مذاهب الفقهاء فيها؛

ذهب الجمهور - ومنهم المالكية والغازلي من الشافعية - إلى عد الشهادة شرط صحة لا ركناً.

وذهب الشافعية إلى عد الشهادة ركناً من أركان العقد وكذلك بعض المالكية.

ولكن عامة المالكية عدوا الشهادة شرطاً لصحة العقد سواء حدثت عنده أو قبل الدخول.

فإن دخلا دون شهود حُدا ولهذا ندبوا الشهادة عند العقد.

وإذا لم تحدث عنده فلا بد منها قبل الدخول مع ندب الإعلان له اتفاقاً^(٣).

دليل مشروعية الإشهاد على عقد النكاح؛

قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل

فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»^(٤).

قوله ﷺ: «البغايا اللاتي يُنكحن أنفسهن بغير بينة»^(٥).

واستدل المالكية بحديث أنس رضي الله عنه أنه قال: «أقام النبي ﷺ بين خير والمدينة ثلاثاً

يُبنى عليه بصفية بنت حبي فدعوت الناس إلى وليمته»^(٦).

وهذا إشارة إلى عدم الشهود عند العقد.

ودلالة حديث «البغايا» واضحة على اشتراط الشهود وهي نص في المسألة^(٧).

(١) القاموس المحيظ: ٢٦٤.

(٢) فتح القدير: ٢/٦ القاموس الفقهي لسعدي أبو حنبل: ٢٠٣.

(٣) تحفة الفقهاء: ١٩٥/٢ مجمع الأثر: ٣٢٠/١ المبسوط: ١٦/٥ الهداية: ٢٠٦/١ بلغة السالك: ٣٧٥/١ - ٣٧٦/٢ المتقى شرح الموطأ: ٣١٣/٣ معني الخناج: ١٤٤/٣ غاية الخناج: ٢١٣/٦ كشف القناع: ٦٥/٥ منار السبيل لابن ضويان: ١٤٥/٢.

(٤) صحيح ابن حبان: كتاب النكاح ذكر نفى إجازة عقد النكاح بغير ولي وشاهدي عدل/٩/٣٨٦ رقم ٤٠٧٥ البيهقي: كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين/٧/١٢٥ الدار قطن: ٢٢٥/٣ رقم: ٢٣ ورواية البيهقي والدارقطني ليس فيها (وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل) وله هذه الشواهد: ١- قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل». رواه البيهقي: كتاب النكاح: ١٢٥/٧ والدارقطني: كتاب النكاح: ٢٢٥/٣ رقم: ٢١ والحديث يقوى بالشواهد المذكورة ٢- قوله ﷺ: «لا بد في النكاح من أربعة: الولي والزوج والشاهدين» سنن الدارقطني: كتاب النكاح/٣/٢٢٥ رقم: ١٩٣ - قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بشهود» رواه البيهقي: كتاب النكاح/٧/١١١.

(٥) أخرجه الترمذي: كتاب النكاح باب: ما جاء لا نكاح إلا بينة/٣/٤١١ رقم: ١١٠٣.

(٦) أخرجه البخاري: كتاب النكاح باب: اغتاذ السراري ومن أعتق حاربه ثم تزوجها/٣/١٨٣٠ رقم: ٤٧٩٧ والأقط: ابن نجف يابس والأطاع: جمع نطع ما يوضع عليه الطعام من جلد والسراري جمع سرية وهي الأمة النهائية: ٦٨/١.

(٧) القاموس المحيظ: ٦٩٠ فتح الباري: ١٢٦/٩ - ١٢٨.

(٨) بدائع الصنائع: ٢٥٢/٢ تحفة الأخوذني: ١٩٧/٤ - ١٩٨ البغايا جمع بغى وهي الأمة أو الحرة الفاجرة القاموس المحيظ: ١١٣٧.

ولا يظن ظانٌ دَعِيٌّ أن المالكية لا يشترطون الشهود بل يفصلون بين العقد وبين الدخول.
فلا بد من الشهود وهو واجب في أصل النكاح ولكن إحضارهما عند العقد مستحب.
يقول العدوي في حاشيته على شرح مختصر خليل:

"الحاصل أن أصل الإشهاد على النكاح واجب وأما إحضارهما عند العقد فمستحب فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد وجد الأمان الاستحباب والوجوب وإن فقد وقت العقد ووجد عند الدخول فقد حصل الواجب وفات الاستحباب وإن لم يوجد إشهاد عند العقد والدخول ولكن وجدت الشهود عند واحد منهما فالصحة قطعاً"^(٣).

الحكمة من اشتراط الشهادة:

الاحتياط للأبضاع وصيانة الأنكحة عن الجحود وتمييزه عن السفاح وصيانة حق الولد؛
لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه^(٤).
أثر عدم وجود الشهود:

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

وهو باطل عند الشافعية والحنابلة وفساد عند الحنفية.

وطرأ على العقد الفساد لا يقلبه صحيحاً.

أما عند المالكية فقد نصوا على أنه إذا دخل الزوجان بلا إشهاد فسخ النكاح بطلقة بائة؛
لصحة العقد لأنه فسخ جبري من الحاكم ويمدان حد الزنى إذا أقرا بالوطء أو ثبت الوطء
بأربعة شهود كالزنى وهذا إن لم يظهر وينتشر.

أما إن فشا النكاح بوليمة أو ضرب دف أو كان على العقد أو الدخول شاهد واحد غير
الولي فلا حد عليهما ويدراً للشبهة لقول النبي عليه الصلاة والسلام: «ادرؤوا الحدود عن
المسلمين ما استطعتم»^(١).

(٣) حاشية العدوي على الحاشي: ١٦٧/٣.

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

(١) بدائع الصنائع: ٢٥٣/٢، الشرح الكبير: ٢١٦/٢ - ٢١٧، مغني المحتاج: ١٤٤/٣، كشف القناع: ٤١٦/٥، المغني: ٣٣٧/٧ - ٣٤٢، والحديث أخرجه الترمذي: كتاب الحدود باب: ما جاء في درء الحدود: ٣٣/٤، رقم: ١٤٢٤، والحاكم في المستدرک: كتاب الحدود ٤٢٦/٤ وقال: حديث صحيح الإسناد.

الزواج المدني وعدم الشهود؛

مما يتعارض مع الشهادة ما يسمى "الزواج المدني" وهو توافق إرادتي رجل وامرأة لإقامة حياة مشتركة وفقاً لقانون ما.

وأول ما ظهر هذا الزواج في أوروبا ولا يعتد فيه بجرمة الرضاع ولا باختلاف الدين. ويؤخذ بالتبني كحرمة النسب.

ولا يثبت نسب ولد الثانية إلا بموافقة الأولى.

ولا تعدد للزوجات.

والعدة / ٣٠٠ / يوم.

ولا يقع الطلاق إلا قضاء.

وتلزم الزوجة فيه بالنفقة.

ولا يكون هذا الزواج مشروعاً بهذه الأوصاف إلا إن وجدت حالات منه ليست فيه موافقة لهذه الشروط كلها.

إذ أن إجراء العقد مع وجود الشهود مع انتفاء حرمة الرضاع والدين.. مما يكون العقد معها مشروعاً وإلا كان باطلاً^(٢).

شروط الشهود في عقد الزواج؛

١- الإسلام؛

لأن الشهادة ولاية وهو بالاتفاق.

إلا إذا كانت الزوجة كتابية فيجوز أن يكون الشهود من غير المسلمين عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً للجمهور ومحمد وزفر من الحنفية وهذا الخلاف في العقد دون الإثبات.

٢- التكليف؛

أي البلوغ والعقل؛ لأن الصغير والمجنون ليسا أهلاً للشهادة.

(٢) انظر: الأنكحة المهية عنها: ٣٧٠ - ٣٧٥.

٢- العدد:

شهادة رجلين.

وعند الحنفية شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

٤- الذكورة:

لا ينعقد النكاح بشهادة النساء ولا برجل وامرأتين عند الجمهور.

وينعقد بشهادة رجل وامرأتين عند الحنفية.

٥- العدالة:

ينعقد بمستوري الحال عند الشافعية والحنابلة؛ لصعوبة الاطلاع عليهم لأنها من الأمور

الباطنة.

أما عند المالكية فشهادة مستور الحال كالعدم عندهم.

وخالف الحنفية فقبلوا شهادة الفاسقين ولم يشترطوا العدالة؛ لأن الفاسق يصلح ولياً في

النكاح فيصلح شاهداً فيه؛ لأن الشهادة نوع ولاية.

٦- السمع:

لا ينعقد بحضور أصمين؛ لأن الأصم لا يسمع العقد ليشهد به.

٧- النطق:

لا ينعقد بحضور أخرسين؛ لأن الأخرس لا يتمكن من أداء الشهادة وجوده كعدمه.

٨- البصر:

وهو شرط انفرد به الشافعية فلا تكفي عندهم شهادة الأعمى؛ لأنه يشهد على إيقاع

الصيغة وهو لا يعرف الموجب من القابل ومثله من كان بظلمة شديدة.

ولم يشترط الجمهور هذا الشرط؛ لأن الأعمى من أهل الشهادة ويمكن أن يتيقن من الصوت

على وجه لا يشك فيه.

٩- معرفة لسان المتعاقدين:

لابد من فهم كلام المتعاقدين وسماع الصيغة بشكل جيد.

١٠- أن لا يكون محجوراً عليه بسفه وهو شرط عند الشافعية كما اشترطوا عدم اختلاط ضبطه

لخفلة أو نسيان فلا بد أن يكون ضابطاً جيد الحفظ^(١).

(١) تحفة الفقهاء: ١٩٥/٢ - ١٩٧/٢؛ بدائع الصانع: ٢٥٣/٢ - ٢٥٦/٢؛ المبسوط: ٣١١/٦ - ٣١١/٧؛ الشرح الكبير وحاشية السوقي: ٢١٦/٢ - ٢١٦/٣؛ روضة الطالبين: ٤٥/٧ - ٤٩/٧؛ مغني المحتاج: ١٤٤/٣ - ١٤٦/٣؛ حاشية الشراقي: ٢٣١/٢ - ٢٣١/٣؛ كشف القناع: ٦٥/٥ - ٦٦/٥.

إعلان النكاح وكتمانه (نكاح السر)؛

يستحب إظهار النكاح بالدف ليشتهر ويعرف.

كما يستحب إطعام الطعام عليه باتفاق الفقهاء الأربعة.

وعليه فيكره كتمان العقد أو التواصي بذلك عند جمهور الفقهاء.

ولا يبطل العقد لأنه مع الشهادة لا يكون مكتوماً.

وذهب المالكية إلى فسخ العقد الموصى بكتمه وأسموه نكاح السر.

ونكاح السر هو ما أوصى به الزوج أو الشهود أو الزوجة بإخفاء عقد زواجه.

فيفسخ العقد قبل الدخول وبعده ما لم يطل عرفاً مما يجعله مشهوراً^(١).

الأدلة:

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور على استحباب الإشهار والإعلان بأحاديث منها:

قوله ﷺ: «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف»^(٢).

قوله ﷺ: «فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح»^(٣).

ولما روي: «أن النبي ﷺ كان يكره نكاح السر حتى يضرب بدف ويقال: أتيناكم أتيناكم

فحيونا نحييكم»^(٤).

وبناء على الحديث الأول لا يبطل عقد الزواج بالكتمان؛ لأنه لا يكون مع الشهادة مكتوماً.

وتحمل الأحاديث الأخرى على الاستحباب وكراهة الكتمان وما حضره شاهدان لم يعد

نكاح سر؛ لظهوره بالشاهدين وذيوه^(٥).

(١) بدائع الصنائع: ٢٥٢/٢-٢٥٣ الشرح الكبير: ٢١٦/٢ و٢٣٦ معنى الاحتجاج: ١٤٤/٣ روضة الطالبين: ٣٦/٧ المعنى: ٤٣٤/٧ - ٤٣٥ كشف القناع: ٦٦/٥.

(٢) أخرجه الترمذي: كتاب النكاح باب ما جاء في إعلان النكاح ٣٩٩/٣ رقم ١٠٨٩.

(٣) أخرجه الترمذي: كتاب النكاح باب: ما جاء في إعلان النكاح ٣٩٨/٣ رقم ١٠٨٨. حديث حسن ولفظي: كتاب النكاح: باب إعلان النكاح بصوت ٤٥٨/٣ رقم: ٣٣٦٩، واللفظ له.

(٤) مسند أحمد: ١٢٩/١٣ رقم: ١٦٦٥٨.

(٥) تحفة الأحوذى: ١٧٨/٤.

أدلة المالكية؛

استدلوا بالأحاديث المتقدمة التي استدل بها الجمهور^(٦).

كما استدلوا بما روي أن عمر رضي الله عنه أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال: «هذا نكاح السر ولا أجزئه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت»^(١).

والمالكية يتفقون مع الجمهور في ندب إعلان النكاح.

ولكنهم يشترطون ترك التواطؤ على الكتمان مستدلين بقول عمر لتمييز العقد عن السفاح^(٢).

وواضح عدم الاعتداد به إذ لا بد في الشهادة على الأقل من رجل وامرأتين.

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

مادة /١٢/:

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

ويوافق هذا النص مذهب الحنفية في قبول شهادة الرجل مع المرأتين.

ولكنه يوافق مذهب الجمهور في اشتراط كون الشاهد مسلماً في زواج المسلم من الكتابية.

ويوافق مذهب عامة الفقهاء في قبول شهادة الكتابيين فيما بينهم.

وما سكت عنه النص في شهادة الأصول والفروع يرجع فيه إلى (مادة /٣٠٥/) من المذهب

الحنفي وهو يثبت الصحة للعقد وكذلك عند الشافعية.

المطلب الثاني - التأييد وعدم تاقيت عقد الزواج؛

إن عقد الزواج هو عقد الحياة ومقاصده لا تستقيم ولا تقوم إلا إذا كان القصد منه

الاستدامة لضرورة استقرار الحياة الزوجية لاستقرار الأسرة وليس القصد قضاء الشهوة والوطر.

ولهذا كان التأييد شرط صحة العقد.

(٦) الشرح الصغير وبلغة السالك: ٣٩١/١ - ٣٩٢ حاشية الدسوقي والشرح الكبير للدردير: ٢١٦/٢ و ٢٣٦.

(١) سنن البيهقي: كتاب النكاح باب: لا نكاح إلا بشاهدين عدلين ١٢٦/٧ الموطأ: كتاب النكاح باب جامع ما لا يجوز من النكاح ٣٨٨ رقم: ٢٦.

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

النكاح المؤقت ونكاح المتعة:

المتعة:

لغة^(١): مادة متع والمتاع هو: المنفعة والسلعة وكل ما انتفع به.

والمُتَعَةُ بالضم والكسر: اسم للتمتع كالمتاع بها أياماً.

اصطلاحاً: هو أن يتزوج امرأة إلى مدة علمت أو لا كالموسم أو قدوم الحاج كأن يقول لها: "أمتعيني نفسك" فتقول: "أمتعتك نفسي" بلا ولي ولا شاهدين.

النكاح المؤقت:

هو ما كانت صيغته بلفظ الزواج وما أشبهه مقترناً بما يدل على التأقيت مع وجود شاهدين.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم التفرقة بين النكاح المؤقت ونكاح المتعة.

والذين فرقوا بينهما هم الحنفية.

قالوا: "ما كان بلفظ الزواج مع التأقيت فهو نكاح مؤقت وما كان بلفظ التمتع فهو نكاح المتعة إضافة إلى أنه لا إسهاد في المتعة ويوجد في المؤقت الشهادة".

ولهذا فسد المؤقت وبطلت المتعة.

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

وخالف زُفر من الحنفية في النكاح المؤقت فقال: "يجوز النكاح ويبطل الشرط".

وذلك أنه قد ذكر النكاح مع شرطٍ فاسد ولا يبطل النكاح بالشروط الفاسدة فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحاً.

ورد جمهور الحنفية على زفر فقالوا: "إنه لو عد مؤقتاً فهو نكاح المتعة وهو حرام ولا سبيل إلى كونه مؤبداً لأنها لم ترضه"^(٢).

وذهب الشيعة الجعفرية إلى جواز النكاح المنقطع مطلقاً ومنه نكاح المتعة^(٣).

(١) القاموس المحيظ: ٦٨٦ المغرب: ٢٥٦/٢ الزاهر: ٢١٤.
(٢) لقيط: ٢٦٦/١ بنائع الصانع: ٢٧٢/٢ من الصانع: ١٤٢/٣ لغة السالك: ٣٩٣/١ كتاب النكاح: ٩٦/٥.
(٣) اللغة المنقطة: ٢٤٥/٥.

أدلة القائلين بالتحريم:

استدل جمهور الفقهاء على تحريم نكاح المتعة بأدلة كثيرة منها:

من الكتاب الكريم:

قال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَفِظُونَ ﴿٥﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴿٦﴾ [المؤمنون: ٥ و ٦].

فحرم الله عز وجل جميع الأبضاع إلا ما أحله سبحانه بعقد الزواج الشرعي أو بملك اليمين.

يقول ابن عباس: "فكل فرج سواهما حرام"^(١).

والمتمتع بما ليست واحدة من هذين فلا هي زوجة ولا هي مملوكة رقيقة.

أما أنها ليست بزوجة لأنه ليس لها حقوق الزوجة وليست برقيقة.

فالمنكوحة نكاح متعة محرمة بنص الآية المذكورة ويؤيده قوله تعالى في آخر الآية: ﴿ فَمَنْ

أَبْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴿٧﴾ [المؤمنون: ٧].

والله عز وجل قد سمى مبتغي وراء ما ذكره عادياً فدل على حرمة الوطاء دون هذين الشئيين.

وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُكْرَهُوا فَنَيْتِكُمْ عَلَىٰ الْإِنْعَاءِ ﴿٣٣﴾ [النور: ٣٣].

إذ كانوا يكرهون الإماء على الزنى بالأجرة فنهوا عن ذلك وسماه تعالى بغاء أي زنى فنكاح

المتعة حرام^(٢).

من السنة الشريفة:

ما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ: «نهي عن نكاح المتعة يوم خيبر

وعن لحوم الحمر الأنسية»^(٣).

وعن ربيع بن سبرة عن أبيه رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «يا أيها الناس إني قد

كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده

منهن شيء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً»^(٤).

روى إياس بن سلمة عن أبيه قال: «رخص رسول الله ﷺ عام أوطاس في المتعة ثلاثاً ثم نهى

عنها»^(٥).

(١) روافد البرقي: كتاب النكاح باب: ما جاء في تحريم نكاح المتعة ٤٣/٣ رقم: ١١٢٢.

(٢) بدائع الصالح: ٥٥٦/٢ - ٥٥٧.

(٣) إعراب العزوة: كتاب النكاح باب: في رسول الله ﷺ من نكاح المتعة ١٨٤١/٣ رقم: ٤٨٢٥ وسنن: كتاب النكاح باب: نكاح المتعة ويان أنه أبيع ثم نسخ ١٤٣١/٣ رقم: ١٤٠٦.

(٤) إعراب مسلم: كتاب النكاح باب: نكاح المتعة ويان أنه أبيع ثم نسخ: ١٤٣١/٣ رقم: ١٤٠٦.

(٥) إعراب مسلم: كتاب النكاح باب: نكاح المتعة ويان أنه أبيع ثم نسخ - ١٤٣١/٣ رقم: ١٤٠٥ وعام أوطاس هو عام فتح مكة.

أقوال الصحابة في ذلك:

عن ابن عمر قال: "لما ولي عمر بن الخطاب خطب الناس فقال: «إن رسول الله ﷺ أذن لنا في المتعة ثلاثاً ثم حرمها والله لا أعلم أحد يتمتع وهو محسن إلا رجتمه بالحجارة إلا أن يأتيني بأربعة يشهدون أن رسول الله ﷺ أحلها بعد إذ حرمها»^(٢).

وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول "المتعة منسوخة نسخها الطلاق والصداق والعدة والميراث"^(٣).

ولما سئلت السيدة عائشة رضي الله عنها عن متعة النساء فقالت: "بيني وبينكم كتاب الله تعالى" وقرأت هذه الآية: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَزْوَاجِهِمْ حَفِظُونَ ۗ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۗ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴿٧﴾﴾ [المؤمنون: ٥ - ٧] فمن ابتغى وراء ما زوجه الله أو ملكه فقد عدا^(٤).

وقد قال سعيد بن جبير لابن عباس: "قد سارت بفتياك الركبان وقالت فيه الشعراء" فقال: "سبحان الله والله ما بهذا أفتيت وما هي إلا كالميتة لا تحل إلا للمضطر"^(٥).

قال الحافظ ابن حجر: "وأما ابن عباس فروي عنه أنه أباحها وروي عنه أنه رجع عن ذلك"^(٦) وهذا يبين قطعاً تحريم نكاح المتعة ونسخ الترخيص بها.

المعقول:

إن مقاصد عقد الزواج من المودة والسكن والرحمة والعطف والحنان والرفق واللين والأنس وقبل ذلك كله الولد والأسرة كل ذلك ينفي نكاح المتعة.

إذ لا نفقة ولا نسب ولا إرث ولا طلاق ولا شهود.. إلا إذا اشترط ذلك.

وقد كان مجتمع الجاهلية ذا فنون عجيبة في الزنى فشاء التشريع أخذ الناس بالتدرج ولهذا قالت السيدة عائشة رضي الله عنها: «لو نزل: لا تزنوا لقالوا: لا ندع الزنى أبداً..»^(١) ثم لما استقر التشريع حرمت المتعة تأييداً.

(2) سنن ابن ماجه: - كتاب النكاح باب: النهي في نكاح المتعة ٦٣١/١ رقم: ١٩٦٣.

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

(4) سنن البيهقي: كتاب النكاح باب: نكاح المتعة ٢٠٦/٧.

(5) نصب الرأية: ١٨٠/٣ سنن البيهقي: كتاب النكاح ٢٠٧/٧.

(6) فتح الباري: كتاب النكاح ٢١٦/٩.

(1) أخرجه البخاري: كتاب فضائل القرآن باب: تأليف القرآن ١٨٠٣/٣ رقم: ٤٧٠٧.

أحكام نكاح المتعة عند الشيعة الجعفرية:

١- الانقطاع والانتهاؤ بانتهاؤ المدة المتفق عليها أو قبلها أو بعدها بحسب الاتفاق ولكن يحسم أو يزداد في الأجر وإذا انتهى الأجل ولم يمدداه ولم يفترقا انقلبت المتعة إلى زواج صحيح دون إشهداد.

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

٣- يشترط المهر ولا حد لأقله أو لأكثره.

٤- لا نفقة في المتعة لأن شرط وجوب النفقة العقد الدائم.

٥- لا يشترط وجود الشهود فيه وإن استحب في قول.

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

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

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

٩- لا يقع الطلاق وكذلك الإيلاء إذ ليس لها المطالبة بالوطء ولا حاجة للطلاق لانتهاء المتعة بانتهاؤ أجلها.

١٠- لا إرث بينهما إلا بشرطه.

١١- العدة كعدة الأمة بقريين وفي الوفاة بشهرين وخمسة أيام.

١٢- لا حصر لعدد النساء اللواتي يتمتع بهن^(١).

الأدلة التي ذكرها الشيعة الجعفرية ومناقشتها^(١)؛

استدل الإمامية على مشروعية النكاح المؤقت بما يلي:

بقوله تعالى: ﴿فَمَا أَسْتَمْتَعُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤].

والاستمتاع دون الزواج وهو المذكور والأجور دون المهور مما يدل على جواز المتعة.

ويرد هذا: بأن المراد بالاستمتاع النكاح؛ لأنه المذكور في سياق الآيات.

ففي سياق المحرمات نكاحاً من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ﴾ [النساء: ٢٢].

وبعدا مباشرة قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ

الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥].

(١) اللغة للدشقية: ١١٢/٥-٢٤٥٣٠٨-٤٦٥٣٠٨ الاستصار: ١٤٨/٣ الفهلب: ١٩٠/٢ الروضة البهية: ١٠٤/٢.
(١) المرجع السابق.

أما قوله الأجر: "فإن المهر في العقد الدائم يسمى أجراً" لقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ أي مهرهن [النساء: ٢٥].

وقال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِنْ أَحَلَّ لَكَ أَزْوَاجَكَ الَّتِي آتَيْتَ أَجُورَهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٥٠].
وقطعاً يراد المهر مقابل الزواج.

وثبت في السنة جواز المتعة في بعض الغزوات منها عام أوطاس في فتح مكة وفي عمرة القضاء وفي خيبر وفي تبوك.

قال ابن مسعود: "كنا نغزو مع رسول الله ﷺ ليس لنا نساء فقلنا ألا نستخصي؟ فبهانا عن ذلك ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل" ثم قرأ عبد الله بن مسعود: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحْرِمُوا طَبِيبَتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٨٧]^(٢).

وفي صحيح مسلم عن جابر: "كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق على عهد النبي ﷺ .. وأبي بكر حتى هي عنه عمر"^(٣).

وقد أجاب النووي على هذا الحديث: "أنه محمول على الذي استمتع في عهد أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم يبلغه النسخ"^(١).

عن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ هي عن نكاح المتعة وعن حوم الحمر الأهلية زمن خيبر^(٢).

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

أما ابن عباس فكان يجيز المتعة للمضطر فقط.

ومع ذلك فقد أنكر عليه الصحابة ذلك مما يجعل رأيه شاذاً تفرد به ثم نقل المحدثون عن ابن عباس^(٣) أنه رجع عن قوله.

وكل ذلك يدل على نسخ إباحة المتعة.

(2) أخرجه البخاري: كتاب التفسير باب: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحْرِمُوا طَبِيبَتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ﴾ ١٥٨/٣ رقم: ٤٣٣٩ ومسلم: كتاب النكاح باب: نكاح المتعة ١٤٢٩/٣ رقم: ١٤٠٤. واللفظ له.

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

(1) صحيح مسلم بشرح النووي: ١٤٣٠/٣.

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

(3) الاختيار لتعليل المختار ١٢٧/٣ الشرح الكبير: ٧٥٢/٧.

المطلب الثالث- عدم اmlانع من حليلة الزواج؛

وذلك بأن يكون التزوج بالمرأة المرادة جائزاً شرعاً لا يمنع منه مانع مؤبد متفق عليه كالمحرمات المؤبدة والمؤقتة والتي إن انتفت بطل العقد فلم يترتب عليه أثر أو موانع مختلف فيها ولكن وجودها يفسد العقد.

ولهذا درست كل الموانع هنا وإلا فبعضها يتبع شروط الانعقاد والآخر شروط الصحة مما اختلف فيه ولكن توحيداً لهذا المبحث موانع الزواج درست المتفق عليه والمختلف فيه معاً.

الفرع الأول- المحرمات المؤبدة من النساء؛

حرم الله تعالى التزوج بالنساء المذكورات في هذا البحث على التأيد فلا يجوز العقد عليهن ولا خطبتهن وذلك بقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبَاتُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِّنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٢٣﴾ [النساء: ٢٣].

وهن ثلاثة أقسام هي:

القسم الأول- المحرمات بسبب القرابة (النسب)؛

وهن أربعة أنواع:

النوع الأول- أصول الشخص وإن علون كالأمهات والجَدات؛

الأم هي أول المحرمات لأنها أغلظ حرمة فحرمها بقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ

أُمَّهَاتُكُمْ ﴿٢٣﴾

ضابط الأم:

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

النوع الثاني - فروع الشخص وفروع فروعه وإن نزلن كالبنيات وبنات الأولاد،
ضابط البنت؛

البنات جمع بنت وهي كل من ولدتها فبنتك حقيقة أو ولدت من ولدها ذكراً كان أو أنثى
كبنت ابن وإن نزلت وبنت بنت وإن نزلت فبنتك مجازاً أو هي كل أنثى ينتهي إليك نسبها
بالولادة بواسطة أو غيرها^(١).

وحرمت لقوله عز وجل: ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾ وكذلك بنات البنات والأبناء وإن سفلن لأن كلاً
منهن يسمى بنتاً أو بمعنى الاسم في وجود الولادة والبعضية^(٢).

النوع الثالث - فروع الأبوين وفروعهم الإناث وإن نزلن كالأخوات وبناتهن؛
ضابط الأخت؛

الأخوات جمع أخت وهي كل من ولدها أبواك أو أحدهما فأختك أي سواء كانت شقيقة أو
لأب أو لأم لقوله تعالى: ﴿وَأَخَوَاتُكُمْ﴾^(١).

أو هي كل امرأة شاركتك في رحم أو صلب أو فيهما معاً^(٢).

وكذلك بنات كل أخ وبنات كل أخت مهما نزلن فيشمل التحريم فروع الأخ والأخت
لقوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾.

ضابط بنات الأخ؛

هي كل امرأة لأخيك عليها ولادة فهي بنت أخيك سواء كان الأخ شقيقاً أو لأب أو لأم.

وضابط بنات الأخت هي كل امرأة لأختك عليها ولادة فهي بنت أختك سواء كانت
الأخت شقيقة أو لأب أو لأم^(٣).

(١) معني المحتاج: ١٧٥/٣.

(٢) الحاوي الكبير: ١٩٧/٩.

(١) معني المحتاج: ١٧٥/٣.

(٢) حاشية العلوي: ٥١/٢.

(٣) كشف القناع: ٦٩/٥.

النوع الرابع- فروع الأجداد والجدات لطبقة واحدة فقط وهنّ العمّات والخالات دون فروعهم؛
ضابط العمات؛

العمات جمع عمة وهي كل امرأة اجتمعت مع أبيك في رحم أو صلب أو فيهما معاً فهذه
عمة بلا واسطة حقيقية أو بواسطة كعمة أبيك فعمتك مجازاً أي عمة أصلك هي عمّتك.
ضابط الخالات؛

الخالات جمع خالة وهي كل امرأة اجتمعت مع أمك في رحم أو صلب أو فيهما معاً فهي
خالتك حقيقة أو بواسطة كخالة أمك خالتك مجازاً وكل خالة لأصلك من الإناث هي خالتك^(٤).
فتحرم عليه العمة وكل من يدلي إليه بالعمومة من أخوات الآباء والأجداد من الأب لقوله
تعالى: ﴿وَعَمَّتِكُمْ وَخَالَتِكُمْ﴾.

ويراد بقولنا لطبقة واحدة حرمة فرع كل جد فقط دون فرع فرع كل جد فهن بنات
العمات وبنات الخالات فلا يدخلن في التحريم^(١).

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٣٣/ إلى أنه:

«يجرم على الشخص أصوله وفروعه وأبويه والطبقة الأولى من فروع أجداده».

وقد شملت هذه المادة الأنواع الأربعة.

القسم الثاني- المحرمات بسبب المصاهرة؛

النوع الأول- زوجة أصل الشخص؛

فتحرم منكوحة الأب وأجداده من جهة الأب أو من جهة الأم.

فمنكوحة الأب تحرم بالنص وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ

النساء: ٢٢﴾ [النساء: ٢٢].

والنكاح يذكر ويراد به العقد سواء كان الأب دخل بها أو لم يدخل.

ولا يدخل في التحريم أصول زوجة الأصل ولا فروعها لأنهن غير محرمات على الفرع.

(٤) حاشية العدوي: ٥١/٢. معنى الخاط: ١٧٦/٣.
(١) المهذب: ٤٢/٢.

النوع الثاني - أصول الزوجة:

وهن كل امرأة لها على زوجتك ولادة فهي أم امرأتك^(٢).

فيحرم عليه كل من يدي إلى امرأته بالأمومة من الجدات من الأب أو الأم من نسب أو

رضاع لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

وتحرم بالإجماع بمجرد العقد دخل بها أو لم يدخل^(٣).

هذا ولا بد من العقد الصحيح إذ لا تثبت الحرمة بالعقد الفاسد إلا إذا اقترن بالدخول أو بما

أشبهه كلمس بشهوة^(٤).

النوع الثالث - فروع زوجة الشخص أي الريائب:

الريائب:

جمع ربيبة وهي بنت الزوجة^(١) ويحرم عليه كل من ينتسب إلى امرأته بالبنوة من بنات

أولادها وأولاد أولادها وإن نزلن.

فبنت المرأة تحرم بالدخول بأمرها فإن دخل حرمت عليه بنتها على التأيد لقوله تعالى:

﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم

بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]^(٢).

وعدوا الموت بمزلة الدخول في حق المهر وكذا في حق التحريم^(٣).

النوع الرابع - زوجة فرع الشخص:

فزوجة الابن محرمة على الأب تأييداً لعقد الابن عليها سواء دخل بها الابن أو لا لقوله تعالى:

﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُم﴾ [النساء: ٢٣].

والزوجة هي الحليلة وإذا حرمت حليلة الابن فكذلك حليلة ابن الابن وإن نزل تحرم على

الأب وإن علا^(٤).

(٢) حاشية العدوي: ٥١/٢.

(٣) نهایة المحتاج: ٢٦٨/٦.

(٤) بدائع الصنائع: ٢٥٨/٢.

(١) حاشية العدوي: ٥١/٢.

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

(٣) بدائع الصنائع: ٢٥٨/٢.

(٤) الحاوي الكبير: ٢٠٠/٩.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه من زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها ولم تحرم عليه بنتها ولا أمها ولا تحرم هي على أبيه أو ابنه^(٥).

واستدلوا لذلك بما روت السيدة عائشة عن النبي ﷺ أنه سئل عن رجل زنى بامرأة وأراد أن يتزوجها أو ابنتها فقال: «لا يحرم الحرام الحلال إنما يحرم ما كان بنكاح»^(٦).

وخالف الحنفية فقالوا: "من زنى بامرأة أو لمسها أو قبلها أو نظر إلى فرجها بشهوة حُرِّم عليه أصولها وفروعها وتحرم هي على أصوله وفروعه"^(١).

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٣٤/ إلى أنه:

«يحرم على الرجل:

١- زوجة أصله أو فرعه وموطوءة أحدهما.

٢- أصل موطوءته وفرعها وأصل زوجته».

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

القسم الثالث- المحرمات بسبب الرضاع:

المحرمات بسبب الرضاع هن المحرمات بسبب النسب والمحرمات بسبب المصاهرة.

ودليل ذلك قوله عز وجل: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾

[النساء: ٢٣].

وكذلك قوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٢).

إذن فالمحرمات بسبب الرضاع ثمانية أنواع أربعة محرمة من النسب وأربعة محرمة من

المصاهرة وهن:

(٥) المهذب: ٤٣/٢.

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

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

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

النوع الأول- أصول الشخص من الرضّاع مهما علوا؛

أي الأمهات اللاتي أرضعن وأمهاهن نسباً أو رضاعة^(٣).

ضابطها؛

كل من أرضعتك أو أرضعت من أرضعتك أو أرضعت من ولدتك بواسطة أو غيرها أو ولدت مرضعتك بواسطة أو غيرها أو ولدت صاحب لبنها وهو الفحل بواسطة أو غيرها.

حيث أن المرأة إذا أرضعت ولداً بلبن من زوج فالولد الرضيع ابن لها وللزوج لأن اللبن حادث عنه فينسب إلى الزوج.

فاقتضى أن يكون الرضيع ابناً لهما كالمولود منهما وإذا كان كذلك كانت المرضعة أمّاً له وكانت أمهاهما جداته من أم وآباؤها أجداده من أم^(١).

النوع الثاني- فروع الشخص من الرضّاع مهما نزلوا كالبنات من الرضّاع؛

ضابطها؛

هي كل امرأة ارتضعت من لبن الشخص أو لبن ولد الشخص بواسطة أو غيرها أي وبناتها من نسب أو رضاع وإن نزلن^(٢).

النوع الثالث- فروع الأبوين من الرضّاع أي الأخوات من الرضّاع؛

ضابط أخت الرضّاع؛

هي كل من أرضعتها أمك أو ارتضعت من لبن أبيك أو ولدتها مرضعتك أو ولدها الفحل ويجرم عليه بنات إخوته وأخواته رضاعاً مهما نزلن.

النوع الرابع- الفروع المباشرة للجد والجدة من الرضّاع؛

وهن العمات والخالات من الرضّاع مهما علا الجد أو الجدة.

ضابط عمّة الرضّاع؛

هي كل أخت للفحل من نسب أو رضاع فتكون أخت الأب من الرضّاع عمته سواء كانت أختاً من نسب أو رضاع.

(٣) الحاوي الكبير: ١٩٨/٩.

(١) الحاوي الكبير: ١٩٨/٩ معني المحتاج: ١٧٦/٣ مطالب أولي النهى: ٨٩/٥.

(٢) معني المحتاج: ١٧٦/٣.

وكذا أخت الجدة من الرضاع وأخت آبائه محرمة كالعممة سواء كانت أختاً من نسب أو رضاع.

ضابط خالة الرضاع؛

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

أما فروع العمات والخالات من الرضاع فلا يحرم من لأنه يحل الزواج بهن نسباً فلا حرمة بهن رضاعاً^(٣).

النوع الخامس- أصول زوجة الشخص من الرضاع؛

أي أم الزوجة وجداتها من الرضاع وإن علون.

النوع السادس- فروع زوجة الشخص من الرضاع؛

أي بنت الزوجة من الرضاع إلا أن الأم تحرم بالعقد نفسه والبنت لا تحرم إلا بالدخول وكذا تحرم بنات بناتها وأبنائها وإن نزلن من الرضاع.

النوع السابع- زوجة أحد أصوله من الرضاع؛

تحرم منكوحة أب الرضاع وأب أبيه وإن علا على ابن الرضاع وابن ابنه وإن نزل سواء دخل الأب أو الجد بها أو لم يدخل^(١).

النوع الثامن- زوجة أحد فروعها من الرضاع؛

تحرم حليمة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وإن نزلن على أب الرضاع وأب أبيه وإن علا^(٢).

لبن الفحل؛

إن الحرمة بالرضاع تثبت من جانب الآباء كما تثبت من جانب الأمهات وهو الزوج الذي نزل اللبن بوطئه فإن رسول الله ﷺ شبهه بالنسب في التحريم.

والحرمة بالنسب تثبت من الجانبين فكذلك بالرضاع^(٣).

(٣) معني الخناج: ١٧٦/٣.

(١) بدائع الصنائع: ٢٦٢/٢.

(٢) مطالب أولي النهى: ٩١/٥.

(٣) المبسوط: ١٣٢/٣.

وهذا ما اتفق عليه الفقهاء وأحد قولي الشافعية وسموه بلبن الفحل لأن سبب اللبن هو الفحل عند الجمهور.

فأي امرأة أرضعت طفلاً من وطء رجل حرم الطفل على أقارب الرجل الإناث كما يحرم ولده من النسب؛ لأن اللبن من الرجل كما هو من المرأة فيصير الطفل ولد الرجل والرجل أباه وأولاد الرجل إخوته سواء كانوا من تلك المرأة أو غيرها وإخوة الرجل وأخواته أعمام الطفل وعماته وآبأؤه وأمّهاته أجداده وجداته^(٤).

وكل طفل رضع ثدياً رضعته طفلة حرمت عليه سواء كان رضاعهما في زمن واحد أو كان بينهما سنون وكذا إن رضعا لبن امرأتين زوجتين لرجل واحد^(٥).

الاستثناءات التي تحرم بالنسب ولا تحرم بالرضاع؛

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

١- أم أخته وأخيه من الرضاع؛

فيجوز له أن يتزوج أم أخته أو أخيه من الرضاع.

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

٢- أخت ابنه من الرضاع؛

فيجوز أن يتزوجها.

ولا يجوز له أن يتزوج أخت ابنه من النسب لأنها تكون بنته أو ربيته بخلاف الرضاع^(١).

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٣٥/ إلى أنه:

«١- يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما قرر فقهاء الحنفية استثناءه».

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

(٤) المعني: ٥٧٢/٦.

(٥) القوانين الفقهية: - ١٧٨.

(١) الباب: ٣٦/٤.

القسم الرابع- المحرمة بسبب اللعان:

ويأتي بحثه في المحرمات المؤقتة مع عدّ الجمهور لها من المحرمات المؤبدة.

الفرع الثاني- المحرمات من النساء حرمة مؤقتة:

وهن المحرمات اللواتي يحرم من مدة قد تطول ولا تنتهي كالمتروجة من آخر إذا لم يطلقها.. وقد تنتهي كمعتدة الغير.. وبيانهن:
أولاً- زوجة الغير أو معتدته:

اتفق العلماء على حرمة التزوج بزوجة الغير لقوله تعالى: ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ [النساء: ٢٤] عطفاً على قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣].
والمحصنات مسلمات أو كتابيات هن ذوات الأزواج مسلماً كان الزوج أو كتابياً بالنسبة للكتابية.

كما اتفق العلماء على حرمة الزواج من المعتدة سواء كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن أو وفاة أو فسخ.

ودليل المنع من التزوج بالمعتدة قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعْرِضُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ [البقرة: ٢٣٥] أي حتى ينتهي وقت عدتها؛ وذلك لأن بعض آثار عقد النكاح لا تزال باقية من وجه والثابت من وجه ثابت من كل وجه في المحرمات^(١).

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٣٨/ إلى أنه:

«لا يجوز التزوج بزوجة آخر ولا بمعتدته».

نكاح الزانية:

ذهب الجمهور إلى كراهة نكاح الزانية المتربصة من الوطاء المحرم فأشبهت المعتدة.

وذهب الحنابلة إلى عدم جواز نكاحها حتى تتوب وتنقضي عدتها وذلك لقوله تعالى:

﴿ وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ﴾ [النور: ٣].

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

ثانياً- المطلقة ثلاثاً؛

لا يحل للزوج أن يعقد على مطلقة البائن بينونة كبرى إلى أن تنكح زوجاً آخر غيره وذلك لقوله تعالى: ﴿الطَّلُوقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

فإذا أراد الزوج أن يعقد عليها ثانية لزمه ما يلي:

١- دخول الزوج الثاني دخولاً حقيقياً؛

لما أخرج عن عائشة رضي الله عنها: أن رفاعة القرظي طلق امرأته فبت طلاقها فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير فجاءت النبي ﷺ فقالت: يارسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي وإني نكحت بعده عبد الرحمن ابن الزبير القرظي وإنما معه مثل الهدبة قال رسول الله ﷺ: «لعلك تريدان أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته»^(١) أي حتى يحصل الدخول تماماً.

٢- حصول الوطء المباح؛

فلو حصل في حيض أو نفاس أو من زنى أو إحرام لم تحل وفي زواج صحيح لا فاسد لقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

نكاح التحليل؛

اختلف الفقهاء في الزوج الثاني المتواطئ لأجل إحلالها لزوجهما الأول.

فذهب الحنفية والشافعية إلى صحة العقد وكراهته وحلها للأول وذلك لأن مجرد النية المخالفة لا يؤثر وكراهته لانعدام مقاصد الزواج وحدث ما تنفر منه الطباع من مضاجعتها غيره وعودها إليه.

وذهب المالكية والحنابلة إلى بطلان العقد هذا مع اعتبار نية الزوج دون الزوجة ولو قرنها بالاستمرار في العقد مع الإيجاب فرّق بينهما.

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

وذلك لما روي عن رسول الله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس المستعار قالوا: بلى يا رسول الله. قال: هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له»^(٢).

وعن ابن عمر أن رجلاً قال له: امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم يأمرني ولم يعلم قال: لا إلا نكاح رغبة إن أعجبتك أمسكها وإن كرهتها فارقها. قال: وإن كنا نعهده على عهد رسول الله ﷺ سفاحاً وقال: لا يزالان زانيين وإن مكثنا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها^(٣).

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٣٦/ إلى:

فقرة ١/: «لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلاً».

ثالثاً- الجمع بين الأختين أو من في حكمهما؛

وذلك لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] عطفاً على قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

فلا يجوز الجمع بين الأختين من زوج واحد ويعد محرماً على التأقيت.

إذ ليس له أن يعقد على الثانية إذا كانت الأولى في عصمة عقد نكاحه ما لم يطلقها بائناً وليس له العقد على الثانية في عدة الأولى.

وهو رأي الحنفية والحنابلة بخلاف المالكية والشافعية.

فذهبوا إلى الجواز في البيونة مع استحباب الشافعية انتهاء عدتها.

وفي حكم الأختين يحرم الجمع بين المرأة وعمتها أي بين المرأة وبنات أخيها وبنات أولاد أخيها.

ويحرم الجمع بين المرأة وخالتها أي بين المرأة وبنات أخيها وبنات أولاد أخيها سواء كان ذلك من جهة النسب أو الرضاع.

وذلك لقوله ﷺ: «لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها»^(١).

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

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

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

(١) أخرجه مسلم: كتاب النكاح باب: تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ١٤٣٥/٣ رقم: ١٤٠٨.

ضابط ذلك؛

كل امرأتين إذا افترض إحداهما ذكراً فلم يجز له التزوج بالأخرى منهما.
وأرادوا الاحتراز عن الجمع الجائز بين المرأة وأم زوجها أو بنت زوجها هذا مع حرمة تزوج
إحداهما فيما لو كان ذكراً من الأخرى.
وهذا من المصاهرة لا من القرابة أو الرضاع ولكنه لا رحم يحذر من قطعها فيما لو جمع
بينهما.

وذهب الجمهور إلى الجواز لأن الحرمة ليست ثابتة من الجانبين فجاز الجمع بينهما؛ لأن
التحريم ليس موجوداً حالة العكس إذ تكون المرأة المفترضة ذكراً غريبة عندئذ فيجوز مطلقاً^(١).
وذهب زفر إلى عدم جوازه لأن البنت لو كانت ذكراً لم يجز أن يتزوج من الأخرى لأنها:
في الأولى؛ تكون أم الزوج أب الزوج فليس له التزوج بمنكوحة ابنه بخلاف العكس.
في الثانية؛ لو افترضت بنت الزوج ذكراً كانت المرأة منكوحة أبيه فلا يجوز بخلاف العكس.
وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٣٩/ إلى أنه:

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

وهو ترجيح لمذهب الجمهور دون زفر في ثبوت حرمة الجمع بوجود الحرمة من الطرفين
وإلا بأن اقترنا كان العقد فاسداً ويجب التفريق بينهما (نقض ٢٤٦ - ٢٤٣ - ٥٩/٧/٦).
رابعاً- الخامسة لمن كان متزوجاً من أربع؛

لقد اتفق الفقهاء على حرمة الجمع بين أكثر من أربع نسوة لقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ
لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعًا﴾ [النساء: ٣].

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

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

من السنة:

أن غيلان الثقفي أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يتخير أربعاً منهن^(٢).

وللزواج أن يعقد على الخامسة بدل الرابعة التي بانت منه في مذهب المالكية والشافعية. بخلاف الحنفية والحنابلة الذين ذهبوا إلى أنه ليس للزوج إضافة واحدة بدل التي طلقها من الأربع حتى تنتهي عدتها لأن العدة أثر النكاح والمعتدة لا تزال في حكم الزوجية بخلاف موت واحدة منهن فله إضافة واحدة بدلها في الحال^(١).

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٣٧/ إلى أنه:

«لا يجوز أن يتزوج الرجل خامسة حتى يطلق إحدى زوجاته الأربع وتنقضي عدتها».

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

هذا وإن عامة الفقهاء رجحوا التزوج بالواحدة دون غيرها ولهذا قالوا: "تحرم خطبة المرأة على المرأة - مع أنه يجوز التعدد - إذا كان لا يرغب الرجل بأكثر من واحدة ولكن التعدد أمر مشروع لمن شاءه على وجه الإباحة".

وقد قال تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتًى وَتِلْكَ وَرِيعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾

[النساء: ٣].

وحريان الشرط لا يعني أن الأصل التعدد ولكن الأصل في المكلف العدالة على أي وجه كان وفي التعدد ينبغي تحقيقه بالعدل أكثر مما هي العادة فإن ظن عدم العدل فالأولى له عدم التعدد.

وقد حددت الشريعة الإسلامية التعدد بأربع نساء.

وقد كان قبل ذلك غير محدد وما يزال لدى كثير من الأمم غير محدد والأمم التي حددته تكثر في مجتمعاتهم الحدائن.

(٢) أخرجه الترمذي: كتاب النكاح باب: ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة/٤٣٥/٣ رقم: ١١٢٨ وابن ماجه: كتاب النكاح باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع ٦٢٨/١ رقم: ١٩٥٣.
(١) بدائع الصنائع: ٢٦٣/٢ بلغة السالك: ٤٠١/١ الشرح الكبير: ٢٥٥/٢ روضة الطالبين: ١٢١/٧ معني المحتاج: ١٨١/٣ - ١٨٢ كشف القناع: ٨١/٥ - ٨٢.

وقد نهى تعالى عن اتخاذ الخدائن فقال تعالى: ﴿فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرٍ مُسَفِّحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ﴾ [النساء: ٢٥].

لما في ذلك من إنكار حقوق الزوجة مطلقاً مما يقتصر على قضاء الوطر وحسب.

ولهذا كره جمهور العلماء نكاح السر بل منعه المالكية.

ولا يخفى ما في هذا النكاح من ظلم شديد للمرأة وإنكار لحقوقها.

وقد تقوم ظروف عديدة تسوغ التعدد كأن تكون المرأة عقيماً أو لا يجبهها زوجها أو تكثر النساء في المجتمع ولا أزواج لهن لأسباب عديدة ككثرة الحروب وموت الرجال وهن لا شك -
أنهن بشر - يحتجن قضاء الوطر.

أو أن يكون الرجل محتاجاً لامرأة أخرى إضافة إلى امرأته ولا يود ولا يرغب التخلي عن امرأته الأولى أو يكون الرجل ذا شبق - شهوة - شديدة أو ترغب الأسرة بكثرة النسل والولد.

وأول المشكلة في نظرة الناس غير السوية للمرأة التي تزوج زوجها ثانية.. مما يجعل هذه المرأة تحارب بكل قواها حصول مثل ذلك ثم سعي الثانية لتحل محل الأولى وإلغاءها.. أو العكس.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٧/ على أنه:

«للقاضي أن لا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي وكان الزوج قادراً على نفقتهما».

ومضمون هذه المادة شرطان:

١- اشتراط القدرة على النفقة؛

وهو أمر مطلوب للتزوج الأول ومن باب أولى يطلب للتزوج الثاني.

وقد فسرت هذا محكمة النقض بقولها: «الزواج من ثانية بحد ذاته قرينة على قدرة الزوج المادية على إعالة زوجته وهو يتيح للقاضي سلطة تقديرية في ذلك وهو مما ينافي أصل العقد في إباحته وعدم تقييده وذلك أن الناس متفاوتون في النفقة وفي تبعاتها».

٢- وجود المسوغ الشرعي؛

إن البحث عنه أمر قد يؤدي إلى كشف حرمان البيوت وأسرار الأسر مما لا يتناسب مع خصوصيات الأسرة وأسرارها.

إضافة إلى أن اشتراط المسوغ أمر يتنافى مع مبدأ حرية التعاقد.

وعلى كلٍّ فللحاكم تقييد المباح بما يحفظ المصلحة الشرعية.

ولكن كان الأولى في رأيي أن يلتفت إلى ما يعالج ويكبح مشاكل التعدد.

وقد ذهب فقهاء الحنابلة إلى أنه إن كانت العادة عند قوم أن لا يتزوجوا على نسائهم كان بمثلة الشرط بأن لا يتزوج عليها.

لذلك أرى أنه يستحسن موافقتها لا أن يشترط هذا لأجل تعدده ليبقى المباح مباحاً.

إلا إن تعينت المصلحة وخشي على نفسه الوقوع في الحرام فالأولى أن يعدد ولو دون موافقتها.

وهنا يقف التشريع موقفاً سامياً بمنعه المحرم مع الوصول إلى قضاء هذه الرغبة بطريق مشروع بخلاف غيره من النظم.

إذ تفتح كل سبل العيش المشترك غير المشروع أو المشروع بأوصاف مخترة مع عدم الاعتراف بآثار هذه التصرفات مما يعني كثرة الأولاد غير الشرعيين بل ووجود اللقطاء.

ثم يغلق هذا الباب لثلاث تنعم الثانية بشرعية مقبولة مع أولادها ويفضل أن يقال: خدينته وابنه أو ابنته من خدينته^(١).

خامساً- المرأة التي لا تدين بدين سماوي؛

وهي المرأة التي تعبد الوثن أو النار أو الأشجار أو الحيوان.. باتفاق جماهير علماء الأمة وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ﴾ [البقرة: ٢٢١].

وذهب البعض إلى استحباب التزوج بالكتابية لرجاء إسلامها بميلها إلى دين زوجها لأن الغالب على الزوجة الميل إلى الزوج ودينه وإيثاره على أهلها.

وتأكدت كراهية التزوج بمن في دار الحرب لذهاب ولده وخشية تربيتها له بما يخالفه.

ولهذا لا يجوز للمسلمة التزوج بغير المسلم بأي حال خوف ظلم المرأة من غير المسلم^(٢).

(١) ر: كشف القناع: ٣٨/٥ تعدد الزوجات: عبد الناصر العطار شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: ١٤١/١ وما بعدها.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٧٠/٢ الشرح الكبير: ٢٦٧/٢ مغني المحتاج: ١٨٧/٣ كشف القناع: ٨٤/٥ المغني: ٥٠٢/٧ - ٥٠٣.

سادساً- المرأة المفارقة باللعان؛

إن اتهام الزوج زوجته بالزنى أو بنفي نسبة ولدها إليه يستوجب اللعان إذا لم تعترف الزوجة بالزنى وهو شهادات مؤكدة بالأيمان واللعن بدل حدي القذف والزنى^(٣) هذا مع عدم وجود الشهود على ما قذفها به.

والقاذف بأدى ما يدل على الزنى من قول أو فعل يجب فيه الحد وهو ثمانون جلدة بقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ [النور: ٤].

ولكن حصل في عهد رسول الله ﷺ أن رجلاً من الأنصار جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقنته أم كيف يفعل؟ فأنزل الله في شأنه ما ذكر في القرآن من أمر المتلاعنين فقال النبي ﷺ: «قد قضى الله فيك وفي امرأتك» فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد فلما فرغا قال: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثاً.. فكان ذلك تفريقاً بين كل متلاعنين^(١).

وذلك بتزول قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَمْسَةَ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَمْسَةَ أَنْ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾ ﴾ [النور: ٦ - ٩].

و لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية السوري لهذه المسألة. وعليه فإنها تكون مسألة مسكوتاً عنها تدخل في المادة /٣٠٥/ والتي تقضي بتطبيق الراجح من مذهب الحنفية عند السكوت وهي فرقة مؤقتة عندهم. سابعاً^(٢) - نصت المادة /٤٨/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي:

«زواج المسلمة بغير المسلم باطل».

قال تعالى: ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾ [البقرة: ٢٢١]. وهو باتفاق العلماء.

(٣) انظر ص ٢٢٧.

(١) أخرجه البخاري: كتاب الطلاق باب: التلاعن في المسجد/٣/١٩٠٧ رقم ٥٠٠٣ واللفظ له. ومسلم: كتاب اللعان ١٥٤٣/٣ رقم: ١٤٩٢.

(٢) المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري: ١٢٨/١ - ١٣١ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للدكتور الصابوني: ١٥٦/١.

المبحث الرابع- شروط نفاذ عقد الزواج؛

ونعني بها الشروط التي يلزم وجودها لتترتب ثمرات العقد وآثاره وإلا كان العقد موقوفاً محتاجاً لإجازة صاحب الشأن فإن أجازته نفذ وإلا أبطله بعدم إجازته ما لم يتم محذور ما وهي:

١- مباشرة عقد الزواج.

٢- الوكالة في عقد الزواج.

٣- الولاية في عقد الزواج.

٤- تولي طرفي عقد الزواج.

المطلب الأول- مباشرة عقد الزواج^(١)؛

اتفق الفقهاء على أن الزوج البالغ العاقل يباشر عقد زواجه بنفسه دون توقف على إرادة أحد ودون شرطي الكفاءة ومهر المثل كما لا يحق لأحد إجباره على الزواج لاشتراط رضاه وقبوله في صحة النكاح.

وأما المرأة البالغة العاقلة البكر فقد ذهب الجمهور إلى أنها لا تباشر عقد زواجها لغلبة حيائها وعدم خبرتها بمدخل الرجال وما ينطوون عليه كما أنه لا يليق مع شدة حيائها أن تباشر عقد زواجها.

وذهب الحنفية إلى انعقاد نكاح المرأة البالغة العاقلة بمباشرتها وإن لم يعقد لها ولي أو باشره وليها لقوله ﷺ: «البكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»^(٢).

ولأنها تستحي عن إظهار الرغبة لا عن الرد فإن أرادت باشرته بشرطي الكفاءة ومهر المثل وإلا كان لأوليائها حق طلب الفسخ ما لم يظهر حبلها.

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة رقم ١٦/١ إلى أنه:

«تكمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من

العمر».

وهو تحديد للسن الذي يمكن معه مباشرة عقد الزواج.

(١) فتح القدير: ١٥٧/٣ الهداية: ٢١٣/١ الشرح الكبير: ٢١٤/٢ - ٢١٥ مغني المحتاج: ١٤٧/٣ و١٥٧ روضة الطالبين: ٩٤٥٠/٧ منار السبيل: ١٤٦/٢ - ١٤٧.
(٢) أخرجه مسلم في كتاب النكاح باب: استئذان التيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت ٣/١٤٤٣ رقم: ١٤٢١. وله أكثر من سياق.

و لم تقتصر المادة على المباشرة بل شملت الولاية.

إذ مفهومها يدل على أن من لم يبلغ هذه السن ليس أهلاً لمباشرة أو لتزويجه إلا ما نصت عليه المادة /١٨/ من جواز إذن القاضي للبالغ في الخامسة عشرة وللبالغة في الثالثة عشرة.

ولكن هذه تتعلق بمباشرة العقد لا بإجراء العقد ولاية مما يقصر ولاية الإجماع بل يلغيها.

لأنه إذا كان لا يتم التزويج إلا بإذن القاضي للفتى في /١٥/ وللفتاة في /١٣/ بشرط احتمال جسميهما مع صدق دعواهما البلوغ /١٨ - ١/.

وهذا في مباشرتهما مع اشتراط موافقة الأب أو الجد /١٨ - ٢/ مع أنه لا حاجة لموافقتهما إذا وجدت الكفاءة /٢٦/.

وكذلك إذا كان يصح مباشرة - أهلية التزويج - ولاية قاصرة أو متعدية - بالثامنة عشر للفتى وبالسابعة عشرة للفتاة /١٦/ فأين تبقى ولاية الإجماع!!؟

وهذا يخالف المذاهب الأربعة في صحة الإجماع وإن كان الأولى اليوم أن لا يتم هذا إلا بعد استئذناهما لحديث رسول الله ﷺ «البكر تستأذن...»^(١).

عقد المجنون والصغير غير المميز؛

ذهب جماهير العلماء إلى أن عقد نكاح المجنون وغير المميز منهما باطل لا ينعقد بالاتفاق.

لأنه لا يتأتى منهما إنشاء العقد إذ ليسا أهلاً للتصرف؛ وذلك لأن أهلية الأداء مناط انعقاد التصرفات والعقل مناط ثبوت أهلية الأداء والصغير والمجنون هما منعدا الأهلية فيبطل تصرفهما.

عقد الصغير المميز؛

اختلف الفقهاء في قبول عقد نكاح الصغير المميز بنفسه على أقوال:

ذهب الجمهور إلى صحة نكاح الصبي العاقل منه لنفسه لأنه من أهل العبارة لكن عقده موقوف على إجازة وليه.

لأن نفاذه يشتمل على وجه مصلحة والصبي لقله تأمله لاشتغاله باللهو واللعب لا يقف على ذلك فلا ينفذ تصرفه بل يتوقف على إجازة وليه.

(١) سبق ص ٨٥.

فالبلوغ عندهم من شرائط النفاذ لا من شرائط الانعقاد.

وذهب الشافعية إلى عدم صحة عقد النكاح من الصبي مطلقاً لأنه عقد معاوضة فلا يصح إلا من جازت التصرف وليس بأهل للتصرف.

أدلة الفريقين ومناقشتها:

استدل الجمهور بأن التمييز يدل على أهلية الصبي للعبارة ولكن لعدم اكتمال أهلية أدائه يتوقف نفاذ عقده على إجازة وليه فإذا أذن له وليه بالتصرف انعقد تصرفه موقوفاً.

أما الشافعية فعقد النكاح عندهم عقد معاوضة ولا يدرك الصبي ذلك فليس بأهل للعبارة ولا يجوز تصرفه^(١).

وهذه ما أراه راجحاً وهو أقرب للواقع وللمصلحة المعتبرة شرعاً وهو ما اتجه إليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة رقم ١٥/:

«١- يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ».

وهو ما أكدته محكمة النقض في أحكام عديدة وهو ما ذهب إليه الشافعية لاعتماد تصرفه حينه.

ولكن ذهبت المادة ١٨/ من قانون الأحوال الشخصية السوري إلى أنه:

«١- إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشر أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشر وطلبوا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواتهما واحتمال جسميهما».

وهذا يعني أن القانون قد أقر رأي عامة الفقهاء في جواز عقد البالغ والبالغة بعد التوثق من وجود ذلك وهذا يتعلق بمباشرة العقد منهما وهو هنا في البالغة أخذاً برأي الحنفية دون الجمهور في صحة العقد بعبارتها.

(١) بدائع الصنائع: ٢٣٣/٢ و ٢٣٧ و ١٣٥/٥ و ٢٢٦/٤ الميسوط: ٢٢٦/٤ الشرح الكبير: ٢٤١/٢ حاشية الدسوقي: ٢٤١/٢ المهذب: ٣٣/٢ المغني مع الشرح الكبير: ٣٩٣/٧ - ٣٩٤ كشف القناع: ٤٤/٥.

المطلب الثاني - الوكالة في عقد الزواج؛

الفرع الأول - تعريف الوكالة ومشروعيتها وشروطها؛

لغة: الاعتماد على الغير.

اصطلاحاً: الإذن للغير بالتصرف^(٢).

مشروعيتها من القرآن الكريم؛

قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾

[النساء: ٣٥].

فكل حَكَمٍ وكييل عمن بعثه وأرسله.

من السنة؛

توكيله ﷺ أبا رافع في قبول نكاح السيدة ميمونة^(٣).

أركان الوكالة؛

- الموكل.

- الوكيل.

- الموكل فيه.

- الصيغة.

شروط الوكالة؛

صحة مباشرة الموكل ما وكل به والوكيل ما وكل به.

فلا يوكل صبي ولا مجنون اتفاقاً.

ولا فاسق في نكاح ابنته إيجاباً عند الشافعية مع جوازه في القبول.

ولا يصح توكيل المرأة عند الجمهور؛ لأنها لا تزوج نفسها فلا يصح توكيلها.

والوكالة تصح عند الشافعية في حق الولي فله توكيل غيره بعقد النكاح في حق المولى عليه.

(2) معني المحتاج: ٢١٧/٢ مختار الصحاح: ٤٦٢.

(2) أخرجه الترمذي: كتاب الحج باب: ماجاء في كراهية تزويج المحرم ٣/٢٠٠ رقم: ٨٤١.

وليس للولي غير المَجْبِرِ حق الوكالة إلا بإذنها رغم أنها لا تباشر التصرف بنفسها في رأي الجمهور دون الحنفية.

ويشترط في الموكل فيه ملكه من الموكل حين التوكيل وقبول النيابة فيه. ويشترط حصول الوكالة بصيغة صريحة أو كناية تعلم رضا الموكل ولا حاجة لقبول الوكيل لفظاً.

ولا بد على الوكيل من تصرفه بما فيه مصلحة الموكل.

وقد تكون مطلقة أو مقيدة.

وقد تكون بأجرة أو لا فإذا كانت بأجرة فهي عقد لازم وإلا فهي عقد جائز^(٣).

ولا تشترط الشهادة أو الكتابة في الوكالة ويصح شفاهاً وإنما يستحب الإشهاد خشية الإنكار عند النزاع (م/ ٥٨/ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية - قدرى باشا).

الفرع الثاني - نوعا الوكالة:

١- الوكالة المطلقة:

وهي ما لا يذكر فيها قيد ما من شخص أو مهر أو وصف.

فيجوز التوكيل بالزواج من الولي والزوج عند عامة الفقهاء.

ويجوز توكيل المرأة عند الحنفية والمالكية دون الشافعية والحنابلة لقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»^(١) وقوله ﷺ: «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها»^(٢).

وعلى الوكيل رعاية النظر فلا يزوج من غير الكفاءة.

فلو زوج من غير الكفاءة لم يصح في مذهب الجمهور (الصاحبين والشافعي والحنابلة).

بخلاف أبي حنيفة فيصح حيث لا تهمه.

وقد اشترط المالكية تعيينه لها وإخبارها به.

ودليل الجمهور أن المطلق ينصرف إلى المتعارف والمتعارف الكفاءة وهو الاستحسان عندهما

ووجه الاستعانة بالوكيل للزوج بالكفاءة وهو ما رجحه النووي.

(٣) معنى الخناج: ٢١٧/٢ - ٢٣٧ المذهب: ٣٤٨/١ - ٣٤٩.

(١) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح باب: في الولي ٢٢٩/٢ رقم: ٢٠٨٥ والترمذي: كتاب النكاح باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي ٤٠٧/٣ رقم: ١١٠١ وابن ماجه في النكاح باب: لا نكاح إلا بولي ٦٠٥/١ رقم: ١١٨٠.

(٢) أخرجه ابن ماجه: كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولي ٦٠٦/١ رقم: ١٨٨٢ وتكملته: «فإن الزانية التي تزوج نفسها» والدارقطني: كتاب النكاح: ٢٢٧/٣ رقم: ٢٥.

واستدل أبو حنيفة باشتراك العرف بتزوج المرء من الكفء وغيرها لتخفيف المؤنة فلا يتقيد ولا يلغو إطلاقه إلا إذا وجدت التهمة فلا ينفذ.

ولو أذنت له بالتزوج من غير الكفء وكان الولي مجبراً صح عند الجمهور وفي الأصح عند الشافعية.

وإذا كان الولي غير مجبر فيحسب ما توكل به أو تأذن به.

فلو وكلته - وكان قريباً أو أجنبياً - بتزويجها مطلقاً فزوجها من نفسه لم يجز عند جمهور الفقهاء إلا في وجه هو الأصح عند الشافعية.

وذلك لأن إطلاق الإذن يقتضي غيره ولأن المصالح بين طرفي العقد مختلفة ولا ضرورة له إذ يمكنه أن يزوجه من ابن عم آخر لها.

وكذلك لو كان وكيلاً لا حاجة لعقده لنفسه عليها باعتبار التهمة عند أبي حنيفة والاستحسان عند الصحابين.

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٢٥/ إلى أنه:

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

وهو إعمال لرأي الجمهور دون الشافعية^(١).

٢- الوكالة المقيدة:

وذلك بأن يعين زوجة أو زوجاً أو وصفاً.. فيلزم الولي والوكيل ما عينه أو عينته وإلا لم يصح.

ولو حدد له امرأة فزوجها له بغبن يسير جاز اتفاقاً.

أو بغبن فاحش لم يجز عندهما للتقيد بالعرف.

بخلاف أبي حنيفة؛ لعدم التهمة لأنه لا يستطيع أن يستغني عن إضافته لموكله.

وكذلك إذا كان الولي غير مجبر أو كانت لا ولاية إجبار عليها فيحسب ما توكل به أو تأذن

به.

(١) ر: الدر المختار ورد المختار: ٣٢٧/٢.

أما لو وكلته بأن يزوجه من نفسه فقد اختلف الفقهاء في ذلك:

فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية إلى جوازه وذلك لإذنها له أن يتزوجها.

فقد أخرج البخاري عن عبد الرحمن بن عوف أنه قال لأم حكيم بنت قارظ: "أتجعلين أمرك إلي؟". قالت: "نعم". فقال: "قد تزوجتك"^(٢).

فعقد بلفظ واحد؛ وذلك لملكه الإيجاب والقبول فجاز توليه لهما ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي صحيح الولاية والقبول من زوج أهل للقبول فكان العقد صحيحاً كما لو وجد من اثنين. وذهب الشافعية والحنابلة في رواية إلى لزوم تنحيه وكذلك زفر من الحنفية ويعقد له ابن عم آخر لأنه عقد ملكه بالإذن فلا يجوز توليه طرفي العقد.

وذهب أبو يوسف إلى أنه إن عقد عليها ابن عم لها لنفسه دون إذنها صح العقد موقوفاً على رضاها وقبولها^(١).

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٨/ إلى:

«١- يجوز التوكيل في عقد النكاح.

٢- ليس للوكيل أن يزوجه من نفسه إلا إذا نص على ذلك في الوكالة».

وكما يلحظ فقد رجح القانون جواز التزويج من نفسه على سبيل الإذن وهو موافق لرأي الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية إلى عدم جواز تزويجها من نفسه إلا بإذنها.

كما ذهبت المادة ٩/ إلى لزوم امتثال الوكيل مضمون الوكالة.

(٢) صحيح البخاري: كتاب النكاح باب: إذا كان الولي هو الخاطب ٣/١٨٤٦.

(١) الهداية: ٢٢٠/١ - ٢٢١ حاشية ابن عابدين: ٣٢٥/٢ - ٣٢٨ فتح القدير: ١٩٦/٣ - ١٩٧ كتر الدقائق: ١٣٢/٢ - ١٣٥ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢٣١/٢ - ٢٣٣ الخروصي على مختصر خليل: ١٩٠/٣ الثمر الدان: ٤٣٦ - ٤٤٠ الفواكه البواني: ٢٢/٢ المذهب: ٣٨/٢ روضة الطالبين: ٧٢/٧ - ٧٧ معني المحتاج: ١٥٧/٣ و١٥٩ - ١٦٣ كشف القناع: ٥٦/٥ - ٥٨ المعني: ٣٥٤/٧ و٣٦١.

الفرع الثالث- أَلْفَاظُ الْوَكِيلِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ:

ينبغي على الوكيل أن ينسب قبول العقد لمن ناب عنه ووكله لا لنفسه.

وأن يوجب الموجب الولي للزوج مع وكيله فيقول الولي: "زوجتك بنتي فلانة" ويقول وكيل الزوج: "قبلت نكاحها له" فلو قال: " .. لك" فقال الوكيل: "قبلتها لفلان" لم ينعقد ولو قال: "قبلت" وقع العقد على الوكيل دون الأصيل.

ولو جرى العقد بين وكيلين فقال وكيل الولي: "زوجت فلانة فلاناً" وقال وكيل الزوج: "قبلت نكاحها لفلان" صح^(٢).

المطلب الثالث- الولاية في عقد الزواج:

الفرع الأول- تعريف الولاية:

تعريف الولاية:

لغة: التولي القُرب أو الدنو والمطر بعد المطر وجمعه أولياء.

الوليُّ: هو المحب والصديق والنصير ومنه قوله تعالى: ﴿اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ ءَامَنُوا﴾ [البقرة: ٢٥٧].

الولاية: بالفتح والكسر النصره وبالكسر السلطان^(١).

اصطلاحاً^(٢): هي تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو أبي.

ولاية الإجمار: تعني أن يباشر الولي عقد الزواج فينفذه على متوليه دون استشارته ورأيه.

ولا شك أن كثيرين يرجون أنهم قد زوجهم أوليائهم مع حسن اختيار ولكن دون تسلط أو إكراه.

(2) روضة الطالبين: ٧٤/٧ - ٧٥.

(1) القاموس المحيط: ١٢٠٩ مختار الصحاح: ٤٦٣.

(2) القاموس الفقهي: ٣٩.

الفرع الثاني - شروط الأولياء:

١- العقل:

فلا ولاية للمجنون والمعتوه للحجر عليهما وعدم الاعتداد بتصرفاتهما فأولى عدم الاعتداد بتصرفاته على المولى عليها.

٢- البلوغ:

فلا ولاية للصبي لأنه إما أن يكون غير مميز أو مميز فلا ولاية له على نفسه فمن باب أولى لا ولاية له على غيره لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

٢- القرابة والذكورة:

فلا بد من وجود القرابة وإلا بأن كان غير قريب فلا ولاية له على اختلاف في كون الولاية محصورة بالعصبات وهو رأي الجمهور.

وتنتقل إلى ذوي الأرحام ولو إنثاءً كالأم عند أبي حنيفة ثم تنتقل إلى الحاكم فلا ولاية للأوصياء.

٤- الرشد:

وهو كيفية معرفة الكفاءة ومصالح النكاح.

واشترط هذا الشافعية والحنابلة فلا ولاية للسفيه وكذلك مختل النظر لهرم وخبل لعجزه عن اختيار الكفاءة.

ولم يشترطه الحنفية ولكن قيده بالكفاءة ومهر المثل وهذا في الفاسق المتهتك الذي يهتك ستره ولا يبالي بافتضاح أمره وكذلك عند المالكية مشترطين أن يكون ذا رأي.

٥- اتحاد الدين:

فلا ولاية للمسلم على غير المسلمة في مذهب الحنفية وكذلك لا ولاية لغير المسلم على المسلمة.

٦- العدالة وعدم الفسق؛

لحديث: «لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد»^(١).

والفاسق من لم تغلب طاعته على معاصيه وهو شرط عند الشافعية والحنابلة.

وخالف فيه المالكية وقيده الحنفية بأنه لا ولاية له.

فإن زوج بشرطي الكفاءة ومهر المثل جاز موقوفاً على إجازتها.

٧- عدم الإحرام؛

فلا يجوز العقد من الولي والوكيل والزوج المحرم عند الجمهور وذلك لحديث رسول الله ﷺ:

«لا يَنْكِحُ المحْرَمُ ولا يُنْكَحُ»^(٢).

وذهب الحنفية إلى جواز العقد مع الإحرام دون الدخول^(٣).

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٢٢/:

«١- يشترط أن يكون الولي عاقلاً بالغاً».

وقد اقتصر هذه المادة على شرطين.

وبحسب المادة /٣٠٥/ في الرجوع إلى مذهب الحنفية فيما سكت عنه النص تعتبر بقية

الشروط.

الفرع الثالث- ولاية الإيجاب؛

المسالة الأولى- الأشخاص الذين تثبت عليهم ولاية الإيجاب؛

إن ولاية الإيجاب تثبت على القاصرين باتفاق الفقهاء فتلزم كلاً من:

١- المجنون والمجنونة؛

باتفاق إن كان هناك مصلحة لتزويجهم فتلزم ولاية الإيجاب عليهم^(٤).

وهو ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٥/:

«٢- للقاضي الإذن بزواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض

العقلية أن زواجه يفيد في شفائه».

(١) سنن البيهقي: كتاب النكاح باب: لا نكاح إلا بولي مرشد /٧/ ١٢٤.

(٢) أخرجه مسلم: كتاب النكاح باب: تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته /٣/ ١٤٣٦ رقم: ١٤٠٩.

(٣) بدائع الصانع: ٢/ ٢٣٩ رد المختار: ٢/ ٣٠٤ و٢٩٥ - ٣٠٦ الشرح الصغير: ١/ ٣٨٧ معنى الخناج: ٣/ ١٥٤ - ١٥٦ كشف القناع: ٥/ ٥٣ - ٥٤.

(٤) بدائع الصانع: ٢/ ٢٤١ و٢٤٥ الشرح الصغير: ١/ ٣٨١ - ٣٨٢ روضة الطالبين: ٧/ ٧٧ و ٩٤ - ٩٦ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: ٥/ ٥٥.

والمجنون لا يصدق اليوم إلا على المطبق.

لأن المجنون المتقطع هو مريض يمكن شفاؤه.

والتذكير والتأنيث لا دلالة له فيشمل النص الذكور والإناث.

كما أن ما ذهب إليه القانون ينسجم مع رأي المالكية والشافعية في وجود مصلحة في تزوجه لشفاؤه.

٢- الصغير؛

وتثبت عليه باتفاق الفقهاء ولاية الإجماع^(٢).

وذلك لأنه غير مكلف ولا يفهم المصلحة في ذلك وقد يكون في تزويجه مصلحة غالبية لما روي

أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصموا إلى زيد بن ثابت فأجازه^(٣).

وخالف ابن حزم فقال ببطان العقد للصغير لأنه لا حاجة له به.

٢- الصغيرة؛

فاختلف الفقهاء فيها بناءً على اختلافهم في علة إجبارها:

قال الحنفية: "يعد الصغر هو علة الإجماع في الصغيرة؛ لعجزها عن التصرف على وجه

النظر والمصلحة بنفسها".

واستدلوا على ما قالوا:

أ- بقوله تعالى: ﴿ وَالَّتِي بَيَّسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ

يَحْضُنَّ ﴾ [الطلاق: ٤].

والمقصود باللاتي لم يحضن: يعني الصغيرة فجعل الشارع لها عدة وهي ثلاثة أشهر^(٤).

وسبب العدة شرعاً هو النكاح وهذا دليل جواز نكاح الصغيرة^(٢).

(٢) المبسوط: ٢١٢/٤ بداية المجهتد ومهابة المقتصد: ٩/٢ المحلى: ٥٦٠/٩.

(٣) ذكره ابن قدامة في المغني: ٣٩٣/٧.

(٤) الجامع لأحكام القرآن: ١٤٨/١٨.

(٢) المبسوط: ٢١٢/٤ - ٢١٣.

ب- يعد النكاح من جملة المصالح لما فيه من أغراض ومقاصد لا تتوافر إلا بين الأكفاء.

والكفاء قد لا يوجد في كل وقت فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات الولاية للولي في صغرها لأنه لو انتظر بلوغها لفات ذلك الكفاء وهذا العقد عقد العمر فتتحقق الحاجة لإثبات الولاية للولي^(٣).

ج- ووافق ابن حزم على جواز تزويج الصغيرات للحاجة إليه ولوروده نقلاً عن الصحابة رضوان الله عليهم.

وقال المالكية والحنابلة: "علة ولاية الإجمار البكارة والصغر على الصغيرة كما يثبت على البكر فأيهما وجد في الفتاة صحت الولاية"^(٤).

وأضاف المالكية أن الولي إن عاملَ البكرَ كرشيدة وأطلق الحجر عنها فلا إجمار عليها^(٥).

وفي رواية عند أحمد لا إجمار على البكر البالغة العاقلة^(٦).

واستدلوا بما استدل به الحنفية في اعتبار الصغر وبما روته السيدة عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع^(٧).

واستدلوا بحديث ابن عباس فيما يرويه عن رسول الله ﷺ: «الأيّم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»^(٨).

فقالوا: "لما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما دل على نفيه عن الآخر وهي البكر"^(٩).

وقال الشافعية: "ثبت ولاية الإجمار على البكر سواء كانت صغيرة أو كبيرة لأن علة الإجمار عندهم هي البكارة فأينما وجدت وجد الإجمار معه"^(١٠).

ويسن في الصغيرة أن لا يزوجه حتى تبلغ إذا كانت بكراً.

(٣) المبسوط: ٢١٢/٤ - ٢١٣.

(٤) بداية الجتهد ونهاية المقتصد: ٩/٢ المتقى شرح الموطأ: ٢٧٢/٣.

(٥) الشرح الصغير: ٣٥٣/٢.

(٦) المغني: ٣٨٠/٧.

(٧) أخرجه البخاري: كتاب النكاح باب: إنكاح الرجل ولده الصغير ١٨٤٧/٣ رقم: ٤٨٤٠ ومسلم: كتاب النكاح باب: تزويج الأب البكر الصغيرة ٤٤٥/٣ رقم: ١٤٢٢.

(٨) أخرجه مسلم: كتاب النكاح باب: استئذان النيب في النكاح بالنطق بالبكر بالسكوت ١٤٤٣/٣ رقم: ١٤٢١٧.

(٩) كشف القناع: ٤٣/٥.

(١٠) روضة الطالبين: ٤٠١/٥ المجموع شرح المهذب: ٣٢١/١٥.

وأما إن كانت ثيباً وصغيرة فلا ولاية ولا إجبار عليها ولا تزوج حتى تبلغ وتستأذن لأنه بان عدم حسن تصرف الولي بتزويجها ثم تطليقها.

وأدلتهم:

قول النبي ﷺ: «الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها في نفسها»^(٣).

ويراد بالحديث أن الثيب أحق بنفسها من وليها بالرضا فلا تزوج حتى تنطق بالإذن وهذا خلافاً للبكر.

فلاستئذان للبكر مأمور به لكنه في حقها مندوب إليه تطبيقاً لحاظرها كما دل مفهوم قوله ﷺ: «الثيب أحق بنفسها» أي أن ولي البكر أحق بها.

فلو زوجها بغير استئذانها صح لكمال شفقتة عليها وهذا معنى ولاية الإجماع عليها^(٤).

والذي أراه أن الأب الشفوق المربي الفاضل الحريص على ولده لا يلقي به إلى أي تهلكة ولو كان في ذلك روجه.

فإذا أحسن التربية وخشي الله تعالى أحسن اختيار الزوج واستشار ابنته فيه وتداول معها أمرها.

فكأن الإجماع لا يتصور إلا إذا ساءت أخلاق الولي أو المولى عليها وعندئذ ربما كان الإجماع حلاً في بعض الحالات.

ولقد عضد الحنفية قولهم بأن "الولي لا يملك أن يتصرف في مال البكر البالغة إلا بإذنها فكيف يملك أن يخرجها إلى من لا تريده مما يخرج عن قواعد الشرع".

كما أن مقصود العقد هو انتظام المصالح بين الزوجين ولا يتحقق هذا مع النفرة فإذا انتفى مقصود الشرع في ذلك وجب أن لا يجوز لأنه عقد لا يترتب عليه فائدته^(١).

ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري فيمن تثبت عليه ولاية الإجماع:

إن قانون الأحوال الشخصية السوري لم يتعرض إلى من تثبت عليه ولاية الإجماع وإنما ذكر القانون من يمكنه مباشرة التصرف.

فجاء في المادة ١٨/ إلى أنه:

«إذن القاضي للمراهق البالغ والمراهقة البالغة مباشرة التصرف..».

(٣) أخرجه مسلم: كتاب النكاح باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق بالبكر بالسكوت: ١٤٤٣/٣٥ رقم: ١٤٢١.

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي: ١٤٤٤/٣ سنن النسائي بشرح السيوطي: ٨٦/٦.

(١) فتح القدير: ٣٩٦/٢ - ٣٩٧.

وجاء في المادة / ٢٠ / إلى أنه:

«مباشرة الكبيرة لعقد الزواج هي التي أتمت السابعة عشرة».

ويعني هذا أن من دونها سنأ لا مباشر العقد.

وجاء في المادة / ٢٦ / اشتراط الكفاءة في الزوج للزوم عقد الزواج ممن باشرته.

مما يدل على عدم ثبوت ولاية الإجمار على الصغار والصغيرات وهو مخالف لرأي الحنفية والمالكية.

ولا تثبت على الكبار من باب أولى ولو أبكاراً وهو مخالف لرأي الشافعية.

وبهذا يكون القانون قد ألغى ولاية الإجمار ولم يبقها إلا قليلاً في اللذين بلغا / ١٥ / في الذكر

و/ ١٣ / في الأنثى (م ١/١٨) مع أنهما يمكنهما مباشرة العقد بنفسيهما.

وهكذا جاءت قرارات محكمة النقض والتي تؤكد إمكان فسخ العقد قبل البلوغ ما لم تصدر

به إجازة استثنائية (٤١٦ - ٣٠٤ - ١٩٥٨/٩/٢٥).

المسألة الثانية- أولياء الإجمار وشروط ثبوت ولاية الإجمار لهم؛

اختلف العلماء في تحديد من له الحق في ولاية الإجمار على أقوال:

قال الحنفية: "تثبت الولاية لجميع العصابات"^(٢).

وهم: الأقارب من الذكور الذين ليس بينهم وبين الشخص أنثى ولم يقصروا الولاية على

الأب.

ولكنهم قالوا: "إذا زوج الأب أو الجد الصغير أو الصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما

لأنهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما".

وكذلك لا يشترط مهر المثل والكفء عند الإمام أبي حنيفة.

وذهب الصحابان إلى اشتراطهما طالما لم يُعرفا بسوء الاختيار.

أما إذا زوجهما غير الأب والجد من الأولياء فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ إن شاء أقام وإن

شاء فسخ فيكون العقد موقوفاً على إجازتهما.

(٢) فتح القدير: ٤٠٥/٢ - ٤٠٧ - المسبوط: ٢١٣/٤ - ٢١٥ - رد المختار: ٣٠٤/٢ - ٣٠٦ بدائع الصنائع: ٢٤٥/٢.

ولابد من شرطي الكفاءة ومهر المثل ولو كان المزوج وكيل الأب أو الجد وثبت الخيار لتدارك النقصان والخلل بقصور شفقتهم.

واستدلوا على ذلك بما يلي^(١):

قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَنْبَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣].

حيث دلت الآية على جواز نكاح اليتيمة إذا أقسط الولي في صداقها.

والأولياء هم العصبات فثبتت لهم الولاية في ذلك.

ويثبت خيار البلوغ للصغار في غير الأب والجد؛ لأن القرابة هنا ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة ويمكن تدارك النقصان بالخيار.

وقال المالكية والحنابلة^(٢): "لا تثبت ولاية الإجماع إلا للأب ووصيه فقط وليس لأحد من الأولياء غيرهم ولاية الإجماع".

كما تثبت عند الحنابلة للحاكم بعدهما إذا وجدت الحاجة.

فللأب الرشيد وكذلك السفية - من يسوء تصرفه في ماله ولكنه ذو عقل ودين - ولاية الإجماع على الصغيرة أو البكر ولو دون صداق المثل ولو لشخص أقل حالاً منها لما في التزويج من مصالح حجة لكن بشرط الكفاءة عند الحنابلة^(٣).

واستدلوا على ثبوت ولاية الإجماع للأب فقط بقوله ﷺ: «والبكر تستأمر وإذها سكوتها»^(٤).

فدل على أن للأب تزويج البكر بالإجماع وخص الأب بذلك لما فيه من وافر الشفقة والرحمة ويقوم الوصي مقامه نيابة.

وقال الشافعية: "تثبت ولاية الإجماع على البكر للأب والجد فقط دون غيرهما من الأولياء فللأب تزويج ابنته البكر بشرطي الكفاءة ومهر المثل ثم للجد ذلك عند عدم أهليته أو موته".

(١) فتح القدير: ٤٠٦/٢ - ٤٠٧ - الميسوط: ٤/٢١٤.

(٢) الفرج الصغير: ٣٨١/١ - ٣٨٢ للمنفى شرح الموطأ: ٣/٢٧٤ كشف القناع: ٤٥/٥ - ٤٦.

(٣) المغني: ٣٨١/٧.

(٤) سبق تخريجه ص ٨٥.

واستدلوا:

أ- بقوله عليه السلام فيما رواه ابن عباس: «الطيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صماتها»^(٣).

فدل الحديث بصريح لفظه على ولاية الأب على البكر.

ب- بأن الأب والجد عندهما من وفور الشفقة والرأفة والرحمة ما ليس عند غيرهما من الأولياء^(٤).

المناقشة وتحريم محل النزاع:

بعد عرض آراء الفقهاء نجد أن جميع الفقهاء بالإجماع متفقون على ثبوت ولاية الإجماع للأب.

ولذلك فإن القول بثبوت الولاية له فيه حرص واحتياط لمصلحة المولى عليهم.

بل إن ذلك يكلفه الكثير من المال ليزوج أبناءه وإذا لم يقترب ذلك بظلم وحيث فهو الأكثر تحقيقاً لمصلحة هؤلاء.

ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري في ولاية الإجماع:

ذهب القانون في المادة (٢/١٨) أنه إذا كان الولي هو الأب أو الجد اشترطت موافقته.

وفي هذا إشارة إلى ضرورة موافقتهم دون سواهما.

وإشارة أيضاً إلى ملكهما ولاية الإجماع بشرط الكفاءة (م/٢٦) ومهر المثل (م/٣٠٥).

المسألة الثالثة- ترتيب الأولياء عند الحذفية:

يرتب الأولياء في ولاية النكاح عند الحنفية كترتيبهم في الإرث^(١):

١- الابن مهما سفل ويصدق في المعتوهة.

٢- ثم الأب ثم الجد مهما علا.

٣- الأخ الشقيق ثم الأخ لأب وابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب.

٤- العم الشقيق ثم العم لأب وأبنائهما ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب وهذا عند أبي حنيفة.

(٣) سبق ص ٨٥.

(٤) المجموع شرح المهذب: ٣٢١/١٥.

(١) فتح القدير: ٤٠٧/٢؛ المبسوط: ٢١٩/٤؛ البحر الرائق: ١٢٧/٣.

وذهب أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف في قوله الأول إلى أنها ولاية ندب واستحباب.
 إذ ذهب الحنفية إلى أنه للمرأة الحرة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها وحدها دون وليها بمن
 أرادت وسواء تزوجت نفسها من كفاء أو غير كفاء بمهر المثل أو لا.
 غير أنها إن زوجت نفسها من غير كفاء فلأولياء حق الاعتراض ما لم يظهر حبلها.
 والفتوى على عدم جوازه لأنه لا يمكن تداركه.
 وكذلك لو زوجت نفسها دون مهر المثل فلأولياء حق الاعتراض عند أبي حنيفة لاستكمال
 المهر خلافاً لصاحبيه.
 ويستحسن منها أن تستشير وليها على سبيل الندب والاختيار ويقوم هو بإجراء عقد زواجها
 حتى لا توصف المرأة بالخروج عن العرف العام ولذلك سميت بولاية الاختيار.
 الأدلة والمناقشة:

احتج الحنفية من القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا
 غَيْرَهُ ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

لأن الخطاب موجه للمرأة فيقتضي تصور إنشاء عقد النكاح منها^(١).

من السنة النبوية:

قوله ﷺ: «الأيّم أحق بنفسها من وليها والبكر تُستأذن في نفسها وإذنها صماتها»^(٢).

فأمر زواج البالغة متروك لها وإذا كان لوليها هذا الحق أيضاً فهو من قبيل المشاركة بالرأي.

الأيّم: اسم المرأة التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً.

وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل ودليلهم ما روي عن ابن عباس أن رسول

الله ﷺ قال: «ليس للولي مع الثيب أمر»^(٣).

ولأنّ الخنساء بنت خدام الأنصارية روت أن أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت

رسول الله ﷺ فرد نكاحها^(٤) ولأنها رشيدة وعاملة بالمقصود من النكاح.

(١) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢٤٨/٢.

(٢) سبق تفريجه ص ٨٥.

(٣) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح باب: في الثيب ٢٣٣/٢ رقم: ٢١٠٠ والنسائي: كتاب النكاح باب: استئذان البكر ٤٠٠/٣ رقم: ٣٢٦٣.

(٤) أخرجه البخاري: كتاب النكاح باب: إذا زوج ابنته وهي كراهة فكلها مردود ١٨٤٨/٣ رقم: ٤٨٤٥.

واستدل الجمهور بقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَى﴾ [النور: ٣٢] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة: ٢٢١] فنسب العقد إلى الأولياء.

وبقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»^(١) وقوله ﷺ: «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها»^(٢) وهذا صريح في أن الولي هو عاقد الزواج لها. أما قوله ﷺ: «البكر تستأمر وإذها سكوتها»^(٣) فيحمل على الندب لأنها لم تمارس الرجال بالوطء فهي شديدة الحياء^(٤).

وتثبت ولاية الاختيار للثيب البالغ فليس لوليها الحق في أن يجبرها على الزواج بل لا بد من موافقتها ورضاها على أن يقوم هو بإنشاء العقد.

لذلك تدعى عندهم بولاية الشركة لحديث «الأيّم أحق بنفسها».

والإذن منها معتبر وذلك إما بسكوتها الدال على الموافقة بالقرائن الظاهرة الواضحة من حياتها وحجلها دون نفورها وإعراضها.

أو بصراحة قولها في القبول وإلا بأن ردت صراحة بقولها أو بإعراضها ونفرتها.

والسكوت معتبر بالنسبة للبكر قبولاً ورداً.

وأما الثيب فلا بد من صريح قبولها بلفظها أو بفعالها وإعراضها.

محل ثبوت ولاية الاختيار^(٥)؛

ذهب المالكية والشافعية إلى ثبوت ولاية الاختيار للثيب البالغ فليس لوليها الحق في أن يجبرها على الزواج بل لا بد من موافقتها ورضاها على أن يقوم هو بإنشاء العقد.

وذهب أبو حنيفة إلى ثبوت ولاية الاختيار للفتاة البالغة كما تملك عقد زواجها بنفسها بشرط الكفاءة ومهر المثل بكرةً كانت أو ثيباً مع ندب استشارة وليها.

(١) سبق تخريجه ص ٥٧.

(٢) سبق تخريجه ص ٨٩.

(٣) سبق تخريجه ص ٨٥.

(٤) انظر: بداية الجتهد: ٥/٢ نهاية المحتاج: ٢٢٣/٦ مغني المحتاج: ١٤٩/٣ المهذب: ٣٧/.

(٥) بدائع الصنائع: ٢٤٧/٢ - ٢٤٨ الهداية: ١٩١/١ البحر الرائق: ١١٧/٣ بداية الجتهد: ٩/٢ مغني المحتاج: ١٥٠/٣ - ١٥١ كشف القناع: ٥٤/٥.

الأولياء في ولاية الشركة والاختيار؛

قال الحنفية والمالكية: "إن الأولياء هم العصبات ويرتبون حسب الإرث وإذا لم يكن هناك عاصب انتقلت الولاية لذوي الأرحام".

أما عند أبي حنيفة فثبت الولاية عنده لكل قريب يرث ثم انتقلت إلى الحاكم.

أما الجمهور ومنهم الصحابان فقد قالوا: "إن الأولياء هم العصبات ثم للحاكم".

وقال الشافعية: "لا تنتقل للحاكم إلا بإذنها".

الفرع الخامس - ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية في تحديد الأولياء؛

ذهبت المادة / ٢١ / منه إلى أن الولي في الزواج هو العصبنة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرماً.

وهذا توسط في الأولياء بتحديدهم بجنس البنوة والأبوة والأخوة والأعمام دون أبناء الأعمام لأن هؤلاء هم المحارم.

وقد ذهب عامة الفقهاء إلى أن الأولياء هم العصبات مما يشمل ابن العم.

ووافق القانون مذهب الجمهور في عدم شمول الأولياء لذوي الأرحام واقتصره على العصبات.

ونقل القانون الولاية إلى القاضي بعد العصبات وهو مذهب الجمهور.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة / ٢٢ / إلى أنه:

«٢- إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشرائطه جاز».

وهو مذهب الحنفية ويعني تقديم الأسبق منهم وإلا إن جهل بطلت جميعها.

الفرع الخامس - غياب الولي؛

قال الحنفية والحنابلة^(١): "إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة - يفوت بها الكفاء - ولم يوكل بتزويجها جاز للأبعد أن يزوجهما لأن هذه الولاية تثبت نظراً لليتيمة حاجتها إليها".

وقال زفر: "لا يزوجهما أحد إن غاب الولي الأقرب حتى تبلغ وذلك لأن ولايته قائمة تثبت حقاً له صيانة للقرابة فلا تبطل".

(١) فتح القدير: ٤١٥/٢ و ٤١٦ و المسبوط: ٢٢٠/٤ - ٢٢٢ - كشف القناع: ٥٤/٥ - ٥٥.

وقال الشافعية: "إذا غاب الولي المجبر مسافة القصر يزوجه الحاكم إذا كانت بالغة عاقلة أو مجنونة أما إذا كانت صغيرة غير بالغة فلا تزوج حتى تبلغ"^(١).

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٢٣/ أنه:

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

ويستبين تطبيق القانون ومحكمة النقص لمذهب الحنفية والحنابلة.

ويلحظ أن المادة ٢٤/ أحوال شخصية جعلت الولاية للقاضي عند عدم وجود الولي إذ نصت على أنه:

«القاضي ولي من لا ولي له».

الفرع السادس - عضل المرأة^(٢) :

تعريف العضل لغة واصطلاحاً^(٣) :

لغة: أعضل الأمر اشتد واستغلق وأعضل المرأة يعضلها وعضلها وعضل ضيق ومنع التزوج ظلماً. اصطلاحاً: هو منع المرأة من التزويج بكفتها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه.

وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

ولقول معقل بن يسار: زوجت أختاً لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبداً وكان رجلاً لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله تعالى هذه الآية: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ فقلت: الآن أفعل يا رسول الله قال: «فزوجه إياه»^(٤).

ولهذا ذهب عامة الفقهاء - ومنها رواية عن الإمام أحمد - إلى انتقال الولاية إلى القاضي.

وفي رواية أخرى عن الإمام أحمد - رجحها الحرقي - تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد.

(١) المبسوط: ٢٢٢/٤، بدائع الصنائع: ٢٥٠/٢ مواهب الجليل: ٤٢١/٣ الشرح الصغير: ٣٨٤/١ - ٣٨٥ معنى المختار: ١٥٣/٣.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٢٢/٤، فروع الفروع: ١٤١/٢، حاشية الشارح: ١٤١/٢.

(٣) فروع الصنائع: ٢٢٢/٤.

(٤) شرحه الحرقي: كتاب النكاح باب من قال: لا نكاح إلا بولي ١٤١/٣ رقم: ١٤٢٧.

الفرع السابع- العقد بعبرة المرأة^(١) :

ذهب الحنفية إلى انعقاد العقد بعبرة المرأة البالغة العاقلة الحرة واستدلوا لذلك بقوله تعالى:

﴿وَأَمْرًا مُمَوَّنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا﴾ [الأحزاب: ٥٠] فالآية الشريفة نصت على انعقاد النكاح بعبرة المرأة.

ومن السنة النبوية قوله ﷺ: «الأيام أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها

صماها»^(٣) والأيام هي المرأة التي لا زوج لها بكرًا أو ثيبًا... .

فهذا الحديث يفيد أن أمر زواج البالغة متروك لها وإذا كان لوليها هذا الحق أيضاً فهو من قبيل

المشاركة بالرأي.

من المحقول:

أن المرأة حين تزوج نفسها بعد بلوغها وإنما لكمال عقلها تصير وليّة نفسها كالصبي العاقل إذا

بلغ وما ورد من الآيات في خطاب الأولياء بالنكاح فهو على عادة العرب والناس في تولي الآباء

عقد الزواج.

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يصح النكاح إلا بولي ولا

تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها.

واستدلوا من القرآن بقوله تعالى ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] فهو أصرح دليل على اعتبار

الولي وإلا فلا معنى لعضله إذا كانت تعقده بعبارتها.

إذ أن سياق الآية: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرْضَوْنَ

بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٢] فإن الله تعالى فهمى الأولياء عن منع النساء النكاح عند بلوغ

الأجل فلولا أن الولاية للرجل في العقد لما صح العضل والمنع من النكاح.

وأما السنة فاستدلوا من السنة بما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ: «لا تنكح المرأة المرأة ولا

تنكح المرأة نفسها»^(١) ولا يليق بمحاسن العادات استقلالها بالعقد.

ورد الحنفية بأن "الخطاب بالإنكاح إنما هو بحسب العادة والعرف فيحمل على الندب

والاستحباب وليس الحتم والإيجاب".

^(٢) يقع الصالح: ٢٤٧٢ - ٢٤٩ - لغة القاموس: ٢٤٢١ - ٢٤٢ - شرح الكون مع حاشية السنوسي: ٢٢١/٣ - ٢٢٣ - لغة السالك مع الفرج البغدادي: ٣٨١/١ - روضة الطالبين: ٤١/٧ - على الحاج: ١٤٧/٣ - كشاف القناع: ٤٨/٥ - ٤٩ -

^(٣) سنن ترمذ: ٣٥٨٤.

^(١) سنن الدار قطني: كتاب النكاح/٣/٢٢٨ رقم: ٣٠.

والدليل على ذلك ما ذكر سبحانه وتعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾ [النور: ٣٢] فلم يكن الصلاح شرط الجواز.

والذي يتحقق أن المرأة لا تباشر في بلادنا عقد زواجها بنفسها إلا في النادر.

ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري؛

ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٦/ إلى أنه:

«تكمل أهلية الزواج في الفتي بتمام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من

العمر».

وهو أخذ بمذهب الحنفية في صحة العقد بعبارة المرأة وبمباشرتها بنفسها.

ولكن حسناً ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري حيث نصت المادة /٢٠/ إلى

أنه:

«الكبيرة التي أتمت السابعة عشرة إذا أرادت الزواج يطلب القاضي من وليها بيان رأيه

خلال مدة يحددها له فإذا لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار يأذن القاضي

بزواجها بشرط الكفاءة».

وهذا يلزم الفتاة بأخذ إذن وليها وبيان رأيه خلال المدة المحددة من القاضي قبل أن تقدم على

عقد الزواج ومن ثم ليعترض عليه.

المبحث الرابع- تولي طرفي عقد الزواج^(١)؛

المطلب الأول- تولي طرفي العقد أو أحدهما ولاية أو وكالة؛

ذهب الجمهور إلى صحة الوكالة والولاية من الجانبين.

وأبطل الشافعي وزفر الجميع إلا للضرورة كالجدة.

واقصر الشافعي عليه إذ لا ضرورة له وكذلك الوكيل.

واحتج الأولون بأن كلام الواحد في عقد الزواج يقوم مقام الاثنین لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

المطلب الثاني- عقد الفضولي؛

وهو أن يعقد شخص ما لشخص على امرأة بمحض من الشهود دون إذنها أو بإذن أحدهما فيتولى طرفي العقد.

وهو عقد صحيح موقوف في رأي أبي يوسف.

وذهب أبو حنيفة ومحمد والمالكية والشافعية إلى بطلانه.

وقد ذهب الحنفية إلى أنه "إذا تولى فضوليان العقد صح موقوفاً".

وذهب المالكية إلى أنه "إذا قام بالعقد فضولي عن الزوج فقط أو الولي غير المجر عن الزوجة فقط دون إذنها فإنه يصح إن أذنت به دون أن يتأخر إذنها عن اليوم وهي بالبلد".

أما الشافعية والحنابلة فيبطلون تصرف الفضولي مطلقاً.

وحجة القائلين به صدور العقد من أهله وفي محله ولا ضرر في انعقاده.

وحجة الحنفية في جوازه من فضولين بأن العقد ينعقد في حق المتعاقدين وتعلق بإجازتهما

لشبهت الحكم بالإجازة بالعقد السابق^(١).

وحجة المبطلين له أنه لا يجوز عقد الزواج بعبرة واحدة من الجانبين إلا ضرورة كما في

الجد.

(١) الفدية: ٢٢٠/١ - ٢٢١ حاشية ابن عابدين: ٣٢٨ - ٣٢٥/٢ فتح القدير: ١٩٦/٣ - ١٩٧ كثر الدقائق: ١٣٢/٢ - ١٣٥ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢٢١/٢ - ٢٢٣ الخريشي على مختصر خليل: ١٩٠/٣ - الثمر الداني: ٤٣٦ - ٤٤٠ الفواكه الدواني: ٢٢/٢ المهذب: ٣٨/٢ روضة الطالبين: ٧٢/٧ - ٧٧ معنى الخناج: ١٥٧/٣ - ١٥٧/٤ و١٥٩ - ١٦٣ و١٥٩ كشف القناع: ٥/٥ و٥٨/٧ المعنى: ٣٦١ و٣٥٤/٧.
(٢) كثر الدقائق: ١٣٢ - ١٣٢/٢ بدائع الصنائع: ٢٣٣ حاشية ابن عابدين: ٢٢٥/٢ - ٢٢٧ الشرح الصغير: ٣٨٦/١ - ٣٨٧ روضة الطالبين: ٧٥/٧ معنى الخناج: ١٦٣/٣ - ١٦٣/٣ كشف القناع: ٥/٥ و٢٣٧/٥ و٢٣٧/٥ - ٥/٥ و٢٣٧/٥.

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري المادة /٩/ إلى أنه:

«إذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان عقده كعقد الفضولي موقوفاً على الإجازة».

وواضح ذهاب القانون إلى مذهب المصححين لعقد الفضولي وعده موقوفاً على الإجازة كما ذهب الحنفية والمالكية.

المبحث الخامس - شروط لزوم عقد الزواج؛

المطلب الأول - خيار البلوغ والإفاقة؛

إن لكلا الزوجين الصغيرين أو المجنونين حق فسخ العقد قضاءً إذا زوجهما غير الأب والجد عند البلوغ أو الإفاقة من الجنون.

وذهب الجمهور إلى أن غير الولي المجر ليس له ولاية التزويج مطلقاً على الصغيرة والبكر إلا بالإذن بعد البلوغ^(٢).

المطلب الثاني - التخيير في عقد الزواج؛

حرصاً على التوازن بين الحقوق والواجبات بين الزوجين لابد أن لا يرافق العقد أي غبن أو خداع أو غش بأوصاف الآخر وإلا كان العقد عرضة للإبطال.

أقسام التخيير؛

للتخيير أقسام عدة:

فمنها ما يشترطه في صلب العقد ويغير بوجوده من البكارة والشباب والجمال والنسب واليسار والاستقامة والخلق.

ومنها ما لا يشترطه ولكن يظن وجوده.

آراء الفقهاء؛

قال الحنفية: "إن فات الوصف المقابل بالزيادة لغت هذه الزيادة كأن يتزوجها بأكثر من مهر مثلها على أنها بكر فبانت ثيباً لم تجب الزيادة".

وذهبوا أيضاً إلى أنه "إن تزوجته على أنه صالح فبان ماجناً أو مدمناً وكان أبوها صالحاً فلها الخيار عند أبي حنيفة؛ لأن الفاسق لا يعد كفواً للعدل".

(٢) رد المختار على الدر المختار: ٣٠٤/٢ - ٣٠٦ الشرح الصغير: ٣٨٢/١ معني المختار: ١٦٤ و١٥٠/٣ - ١٦٥ كشف القناع: ٤٣/٥ - ٤٦.

وفصل الصحبان أنه "إذا كان يُسرّ فسقه فلا خيار وإلا بأن كان مجاهرًا بفسقه وشربه المسكر فلها الخيار ولها مهر المثل بعد الدخول".

وذهب الشافعية إلى قولين:

أصحهما: الصحة.

والثاني: يبطل العقد.

والقول بالصحة مثبت للخيار والقول بالبطلان مسقط للمهر قبل الدخول.

وبعد الدخول يجب مهر المثل.

ولا نفقة ولا سكنى إن كانت غير حامل وإن كانت حاملاً فالنفقة للحمل في الراجح.

ولا يرجع المغرور على الغار كما رجحه الشريبي.

ورجح النووي رجوع المغرور على الغار إن كان عالماً بما غر به وإلا لم يرجع.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٣٢/ إلى اعتبار التغير من الزوج في

الكفاءة دون غيرها من الأوصاف.

فنص على أنه:

«إذا اشترط الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفؤ ثم تبين أنه غير كفؤ كان لكل من

الولي والزوجة طلب فسخ العقد».

ويلحظ عدم اعتبار التغير من جانب الزوجة.

وكان الأولى اعتبار جميع الأوصاف المغرور بها وكذلك من جانب الزوجة كالزوج.

المطلب الثالث- تزوج البالغة العاقلة بغير الكفو؛

للفتاة البالغة العاقلة عقد زواجها عند الحنفية بنفسها وبعبارتها مع إمكان مباشرة وليها للعقد ندباً واختياراً عند الحنفية وشركة عند الجمهور - كما مر.

ولكنه قد لا يكون الزوج كفواً لهذه الفتاة وهنا للأولياء حق الاعتراض لأنه لا يمكن أن تدخل عليهم من لا يرغبون بدخوله في أسرهم.

وهذا كما يلحظ إذا كان لها ولي وإلا بأن لم يكن لها ولي فالعقد صحيح لازم؛ لأن وجه عدم اللزوم رفع الضرر عن الأولياء ولا وجود للأولياء وقد رضيت هي بإسقاط حقها^(١).
تعريف الكفاءة؛

شرعاً: المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة مما يوجب عدمها عاراً.

فضابطها مساواة الزوج للزوجة في الكمال أو النقص إلا فيما يتعلق بالعيوب كما سيأتي^(٢).

أقوال العلماء في اشتراط الكفاءة وأدلتهم؛

أولاً- ذهب أكثر الفقهاء إلى اشتراط الكفاءة في عقد الزواج وإن اختلفوا في تحديد عناصرها وصفاتها؛

وقالوا: "لابد للزوج من أن يكون مكافئاً للزوجة".

واستدلوا لذلك بالمنقول والمعقول.

من المنقول؛

قوله ﷺ: «يا علي ثلاثة لا تؤخرها: الصلاة إذا أتت والجنابة إذا حضرت والأيم إذا وجدت لها كفواً»^(٣).

من المعقول؛

إن دوام العشرة والاستقرار بين الزوجين ومصالح الزوجية تتوقف إلى حد كبير على تحقيق مساواة الزوج للزوجة^(٤).

(١) رد المختار والدر المختار: ٢٩٦/٢ - ٢٩٧.

(٢) إمامة الطالبين: ٣٣٠/٣ كتاب النكاح. فصل في الكفاءة.

(٣) سنن البيهقي: كتاب النكاح باب: اعتبار الكفاءة ١٣٣/٧.

(٤) بدائع الصنائع: ٣١٧/٢ رد المختار: ٢٠٩/٤٠ - ٢١٥ بلغة السالك: ٣٩٨/١ معني اغتاج: ١٦٥/٣ - ١٦٦ المعني: ٣٧٥/٧.

ثانياً- ذهب الثوري والحسن البصري والكرخي من الحنفية إلى أن الكفاءة ليست شرخاً أصلاً فاطمسلمون واطمسلمات أكففاء لبعضهم الآخر^(١).

واستدلوا:

بقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَنْتَقَكُمُ﴾ [الحجرات: ١٣] فالعبارة في الكرامة في الدنيا والآخرة للتقوى وحسب.

عن النبي ﷺ أنه زوج أبا هند وهو حجام فتاة من بني بياضة فقال: «يا بني بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه»^(٢) وحديث: «لا فضل لعربي على أعجمي... إلا بالتقوى»^(٣).

تحديد عناصر الكفاءة:

اختلف الفقهاء في تحديد عناصر الكفاءة فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنها: الدين والنسب والمال والحرفة^(٤).

وعند المالكية: التدين والسلامة من العيوب أما باقي الشروط فتندب المماثلة فيها فقط^(٥).
وعند الشافعية: الدين والعفة والنسب والحرفة والسلامة من العيوب المثبتة للخيار والأصح أن اليسار غير معتبر^(٦).

وهنا نلحظ اتفاقهم جميعاً على اعتبار التدين.

والجمهور عدا المالكية على اعتبار النسب والحرفة.

واتفاق المالكية والشافعية على اعتبار السلامة من العيوب.

واتفاق الحنفية والحنابلة في المال.

(١) بدائع الصنائع: ٣١٧/٢.

(٢) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح باب: في الأكفاء ٢٣٣/٢ رقم: ٢١٠٢.

(٣) مسند الإمام أحمد: ١٢/١٧ رقم: ٢٣٣٨١.

(٤) بدائع الصنائع: ٣١٨/٢ - ٣١٩ رد المختار على الدر المختار: ٢٠٩/٤ - ٢١٥ تحفة الفقهاء: ٢١٢/٢ - ٢١٥ الباب: ١٣/٣ كشف القناع: ٦٧/٥ - ٦٨ الإصناف: ١٠٧/٨ - ١١٠.

(٥) القوانين الفقهية: ٢٠٢ حاشية الدوسقي: ٢٤٩/٢ وما بعدها بلغة السالك لأقرب المسالك مع الشرح الصغير: ٣٧٠/١ - ٣٧١.

(٦) مغني المحتاج: ١٦٥/٣ - ١٦٧ إعانة الطالبين: ٣٣٠/٣ - ٣٣١ المهذب: ٣٩/٢.

آراء الفقهاء في عناصر الكفاءة:

١- التدين والعفة:

اتفق الفقهاء على أن التدين شرط في الكفاءة ما عدا محمد بن الحسن لأن هذه الصفة من أعلى الصفات التي تنعكس آثارها على جميع أفراد الأسرة.

فليس الفاجر والفاسق كُفُوًا لعفيفة أو صالحة سواء كان معلناً فسقه أو غير معلن لأن اختلاف السلوك يؤدي إلى التباين في طرق التربية وتنشئة الأولاد مما يخالف سلوك الفاجر وتصرفاته.

وقد قال تعالى: ﴿ أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ ﴾ [السجدة: ١٨].

وقال ﷺ: «إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض»^(١).

وقال محمد: "لا تعتبر الديانة إلا إذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران"^(٢).

ورجح جماعة من المالكية فسخ نكاح الفاسق^(٣).

والذي أرجحه أن أهم ما في الزواج العيش المشترك ولا يتم هذا إلا بخلق وعفة وورع وتقوى.. يدفع لصيانة الآخر ورعايته والحرص عليه ولذا فإني أرجح فسخ نكاح الفاسق كما ذهب إليه بعض من المالكية.

٢- الإسلام:

المراد هنا إسلام الآباء والأجداد لا إسلام أحد الزوجين وهذا خاص بغير العرب لأن أعرافهم تقتضي التفاخر بالأسبقيات والأقدمية وانفرد به الحنفية ولا أراه موجوداً اليوم.

٢- النسب:

ذهب الجمهور إلى اعتبار النسب في الكفاءة دون المالكية والحق أن اعتبار النسب دون التدين أبعد من مقاصد الزواج والشريعة في المساواة والمفاضلة في التقوى.

(١) أخرجه الترمذي: كتاب النكاح باب: ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه ٣٩٥/٣ رقم: ١٠٨٤.

(٢) رد المختار: ٢١٣/٤ الباب: ١٣/٣ تحفة الفقهاء: ٢١٢/٢ بدائع الصنائع: ٣١٨/٢ - ٣٢٠.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢٥١/٢ بلغة السالك ٣٩٨/١ - ٣٩٩ القوانين الفقهية: ٢٠٢.

٤- المال؛

ويراد به قدرة الزوج على المهر والنفقة وهذا قول أبي يوسف من الحنفية وحددها البعض بنفقة شهر.

واشترط اليسار في الكفاءة أبو حنيفة ومحمد وفي قول عند الشافعية والحنابلة.

ولم يشترط اليسار في الأصح عند المالكية والشافعية لأن المال غاد ورائح ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر^(١) وهو الراجح لأنه كم من فقير صار غنياً وكم من غني صار فقيراً نسأل الله تعالى العافية.

٥- الحرفة؛

اشترط الجمهور غير المالكية الحرفة من خصال الكفاءة لأنها ليست وصفاً لازماً للكمال فأشبهه المرض والعافية.

٦- السلامة من العيوب الملتبنة للخيار في النكاح.

ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٢٨/ إلى أنه:

«العبرة في الكفاءة لعرف البلد».

وقالت محكمة النقض: «العبرة في الكفاءة لعرف البلد وتقديرها يعود لقاضي الموضوع»
(ش - ٣٢٦ - ٣٢٥ - ١٩/١١/١٩٥٦).

صاحب الحق في الكفاءة؛

تعد الكفاءة في جانب الزوج فهي حق للزوجة وأوليائها لأن المرأة وأوليائها يتعيرون إن تزوجت من هو أدنى منها ومن لا يكافؤها أما الرجل فلا يتعير أن تكون تحته من لا تكافؤه.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٢٩/ على ما يلي:

«الكفاءة حق خاص للمرأة والولي».

ونصت محكمة النقض فقالت: «الفقهاء متفقون على أن الكفاءة إنما تشترط لمصلحة المرأة لا لمصلحة الرجل» (ش - ٢١٧ - ٣٨٣ - ١٥/٥/١٩٧٧).

(١) المراجع السابقة.

وكذلك نصت المادة /٢٧/ على أن الولي له حق التدخل لطلب فسخ العقد إذا لم يكن الزوج كفؤاً ونصها: «إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفؤاً لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح». تكييف شرط الكفاءة كشرط صحة أو لزوم؟

ذهب الجمهور إلى أن الكفاءة شرط لزوم في عقد النكاح.

وفي رواية عن الحنفية وقول عند الشافعية ورواية عن الإمام أحمد: "الكفاءة شرط لصحة عقد النكاح".

أي إذا تزوجت المرأة من غير كفؤ فالنكاح باطل أو فاسد؛ لأن في التزويج من غير الكفاء إلحاق العار بالمرأة وأولياتها ولا مهر لها بتفريق الولي ولو طلقها الزوج قبل الدخول فلها نصف المسمى^(١).

واستدل الأولون على ذلك بما يلي:

- أن النبي ﷺ أمر فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد فنكحته^(٢) وفاطمة قرشية وأسامة مولى للنبي ﷺ .

- أن ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب كانت تحت المقداد بن الأسود وكانت قرشية والمقداد ليس بقرشي^(٣).

وعليه فإن تزوجت المرأة من غير الكفؤ برضاها ورضا سائر الأولياء صح النكاح وقد تركوا حقاً لهم وكان ذلك نقصاً على الزوجة وأولياتها كمن رضي ببيع المبيع.

وكذلك لو تزوجت هي من غير الكفؤ من غير رضا الأولياء كان لهم حق الفسخ على أن الفسخ لا بد أن يكون بحكم القاضي وبناء على طلب الزوجة أو الولي^(٤).

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٢٦/ إلى ما ذهب إليه الجمهور ونصها: «يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة».

وبهذا حسم القانون الاختلاف باعتبار الكفاءة شرط لزوم لا صحة وهو الذي أراه راجحاً حملاً للمسلم على الصلاح ما أمكن.

(١) بدائع الصنائع: ٦٢٣/٢ رد المختار على الدر المختار: ٢٩٧/٢ والمبسوط: ٢٥٥/٥ بلغة السالك: ٣٩٩/١ معني الخناج: ١٦٤/٣ للهدب: ٤٩/٢ مجموع: ٢٧٥/١٧ المغني: ٤٨٠/٦ - ٤٨١.

(٢) أخرجه مسلم: كتاب الطلاق باب: المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها ١٥٢٦/٣ رقم: ١٤٨٠.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب النكاح: باب الأكفاء في الدين: ١٨٣١/٣ رقم: ٤٨٠١.

(٤) المبسوط: ٢٥٥/٥ - ٢٦ البدائع: ٦٢٤/٢ حاشية الدسوقي: ٥٨/٣ بلغة السالك: ٣٩٩/٢ مجموع: ٢٧٥/١٧ الأم: ١٥/٥ المغني: ٤٨١/٦.

وقت الاعتراض لحق الكفاءة:

اتفق الشافعية والحنابلة على أن حق الاعتراض على عدم الكفاءة عند ابتداء العقد فقط فلو زالت الكفاءة بعد ذلك فلا حق للأولياء في الاعتراض.

وقال المالكية: "للأولياء حق الاعتراض ما لم يدخل الزوج بزوجه فإن دخل سقط حقهم ولا يفسخ العقد".

وعند الحنفية في الرواية الأولى بأن الكفاءة شرط صحة في عقد الزواج فإن العقد فاسد أصلاً إذا كانت زوجت نفسها من غير الكفو.

وأما على الرواية الثانية بأن الكفاءة شرط لزوم فيبقى حق الاعتراض إلى أن تلد المرأة أو تحمل فإذا سكت الولي حتى ولدت ثم اعترض فلا عبرة لاعتراضه^(١).

وقد وافق القانون هذه الرواية الثانية عند الحنفية وأرى هذا توسطاً بين رأي الصحة ورأي اللزوم من حيث النظر إلى وجود الكفاءة إذا أعطي الولي هذا الوقت الذي ليس بالقصير للنظر في وجود الكفاءة أو لا.

حيث نصت المادة /٣٠/ أحوال شخصية على أنه:

«يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت المرأة».

كما وافق القانون رأي الجمهور في الوقت الذي يعتد فيه بوجود الكفاءة وهو عند التعاقد إذ ربما تزوج الشخص وهو كفو ثم زالت كفاءته لعارض ما.

وهذا الاعتبار عند التعاقد فقط فيه استقرار للأسرة وإلا لتعرضت الأسر للاضطراب الشديد عند كل طارئ.

وقد نصت المادة /٣١/ أحوال شخصية على ما يلي:

«تراعى الكفاءة عند العقد فلا يؤثر زوالها بعده».

(١) فتح القدير: ١٨٧/٣ جواهر الإكليل: ٢٨٨/١ إعانة الطالبين: ٥٥٤/٣ منار السبيل: ١٠٦/٢:

المبحث السادس- معاملات الزواج الإدارية؛

المطلب الأول- النصوص القانونية في معاملات الزواج الإدارية؛

أ- المعاملات التي تسبق العقد؛

مادة /٤٠/؛

«١- يقدم طلب الزواج لقاضي المنطقة مع الوثائق الآتية:

أ- شهادة من مختار وعرفاء المحلة باسم كل من الخاطب والمخطوبة وسنه ومحل إقامته واسم وليه وأنه لا يمنع من هذا الزواج مانع شرعي.

ب- صورة مصدقة عن قيد نفوس الطرفين وأحوالهما الشخصية.

ج- شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوّهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره.

د- رخصة بالزواج للعسكريين ولمن هم في سن الجنديّة الإجبارية.

هـ- موافقة مديرية الأمن العام إن كان أحد الزوجين أجنبياً».

٢- لا يجوز تثبيت الزواج المعقود خارج المحكمة إلا بعد استيفاء هذه الإجراءات على أنه إذا حصل ولد أو حمل ظاهر يثبت الزواج دون هذه الإجراءات ولا يمنع ذلك من إيقاع العقوبة القانونية».

مادة /٤١/؛

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

مادة /٤٢/؛

«إذا لم يُجر العقد خلال ستة أشهر يعد الإذن ملغى».

ب- معاملات العقد؛

مادة /٤٢/؛

«يقوم القاضي أو من يأذن له من مساعدي المحكمة بإجراء العقد».

«يجب أن يشمل صك الزواج:

- أ- أسماء الطرفين كاملة وموطن كل منهما.
- ب- وقوع العقد وتاريخه ومكانه.
- ج- أسماء الشهود والوكلاء كاملة وموطن كل منهم.
- د- مقدار المهر المعجل والمؤجل وهل قبض المعجل أو لا.
- هـ- توقيع أصحاب العلاقة والمأذون وتصديق القاضي».

مادة /٤٥/، (المعدلة بالمادة /٣/ من القانون /٣٤/ تا ٣١/١٢/١٩٧٥)

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

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

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

مادة /٤٦/:

«تعفى معاملات الزواج من كل رسم».

المطلب الثاني - المواد القانونية المتعلقة بإجراء عقد الزواج من قانون العقوبات وقانون خدمة العلم والزواج العرفي ومعاملات العقد،

وأتبع هذا البحث بعض المواد القانونية اللازمة والضرورية لاستكمال هذا البحث مما ينبغي

معرفته وهي:

الفرع الأول- إجراء عقد الزواج وقانون العقوبات المعدل:

مادة /٤٦٩/؛

«إذا عقد أحد رجال الدين زواج قاصر لم يتم الثامنة عشرة من عمره دون أن يدون في العقد رضا من له ولاية على القاصر أو أن يستعاض عنه بإذن القاضي عوقب بالغرامة من مائة إلى مائتين وخمسين ليرة».

مادة /٤٧٠/؛

«يستحق العقوبة نفسها رجل الدين الذي يعقد زواجا قبل أن يتم الإعلانات وسائر المعاملات التي ينص عليها القانون أو الأحوال الشخصية أو يتولى زواج امرأة قبل انقضاء عدتها».

مادة /٤٧١/؛

«أ- من تزوج بطريقة شرعية مع علمه ببطلان زواجه بسبب زواج سابق عوقب بالحبس من شهر إلى سنة.

ب- ويستهدف للعقوبة نفسها رجل الدين الذي يتولى عقد الزواج المذكور مع علمه بالرابطه الزوجية السابقة».

مادة /٤٧٢/؛

«يتزل متزلة رجال الدين لتطبيق الأحكام السابقة المتعاقدون وممثلوهم والشهود الذين حضروا الزواج بصفتهم هذه».

وبناء عليه أقول: إن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية ليس عقداً شكلياً وإن اشترط فيه الشهود فهم شروط صحة لا انعقاد.

والذي أرجحه أن حضور رجل العلم الشرعي (لا رجل الدين فهي تسمية ليست دقيقة) العقود شيء حسن ليذكر المتعاقدين والشهود أهمية هذا الميثاق العظيم ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْبَدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ أَحَدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتِنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۗ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذَتْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴿٢٠﴾﴾

[النساء: ٢٠-٢١].

ولأجل الاستمساك بأحكام العقود ولا ينبغي لأحد أن يخالف القانون ومنهم رجل العلم الشرعي وخاصة أن يعلم أن لا خطورة طبية في هذا العقد على أحد المتعاقدين^(١).
الفرع الثاني- إجراء عقد الزواج وقانون خدمة العلم؛
مادة /٨٤/؛

«لا يسمح بزواج من سيكلف بخدمة العلم إلا إذا تم تسجيل عقد الزواج لدى دوائر الأحوال المدنية قبل ستة أشهر من تاريخ دخوله سن التكليف.
أما المكلفون فلا يسمح بزواجهم إلا في الحالات التالية:
أ- إذا أعفوا من خدمة العلم.
ب- إذا أتموا مدة الخدمة الإلزامية.
ج- إذا دفعوا البدل النقدي.
د- إذا كانوا من طلبة التحصيل العالي.
هـ- إذا كانوا من المؤجل سوقهم لأسباب قانونية.
و- إذا مضى على تأجيل خدمتهم لأسباب صحية مدة ثلاث سنوات متتالية.
ز- إذا استحصلوا على رخصة زواج لوجود ظروف أخلاقية استثنائية مثبتة تضطرهم للزواج.

- يشترط في إعطاء رخص زواج للمكلفين الوارد ذكرهم في الفقرات (د هـ و ز) من هذه المادة تقديم كفالة قانونية بألفي ليرة سورية تأميناً للإعالة الناجمة عن هذا الزواج وفي هذه الحال لا تحول الإعالة دون سوق المكلف لأداء الخدمة.
- تعطى رخص الزواج من قبل دوائر التجنيد المختصة ولا يسمح للمحاكم الشرعية أن تقوم بإجراء عقود زواج من تشملهم أحكام هذه المادة ولا لدوائر الأحوال المدنية أن تسجل هذه العقود إلا بالاستناد للرخصة المنوه بها في هذه المادة».

(١) ر: درء المفسدة: ٣١١ وما بعدها.

الفرع الثالث- إجراء عقد الزواج وقانون الأحوال المدنية المعدلة؛
مادة /٢٩/؛

«ترسل السلطة المختصة التي عقدت الزواج أو حكمت بالطلاق إلى أمين السجل المدني في المكان الذي تم فيه العقد أو صدر فيه الحكم ضمن المهلة المنصوص عنها في المادة /٢٢/ ثلاث نسخ عن عقد الزواج أو الفقرة الحكيمة وذلك تحت طائلة غرامة قدرها خمسة وعشرون ليرة. وإذا كان المقصر موظفاً تفرض عليه إحدى العقوبات الخفيفة من مرجعه المختص وعلى أمين السجل المدني المختص تدوين الزواج والطلاق في السجل المدني فور استلام النسخ المذكورة»^(١).

الفرع الرابع- الزواج العرفي ومعاملات العقد؛

هو عقد زواج مستكمل لبعض شروطه دون توثيق.

وأغلب الزواج العرفي عدم موافقته للشروط الشرعية بانتفاء الولي والشهود والمهر وإذا وجدت كل هذه فيبقى عدم التوثيق أهم مزية له مما يعرض حقوق المرأة للضياع. وهو صورة من صور الصلات غير المشروعة إذا انتفى الولي أو الشهود^(٢).

(١) ر: المرشد في قانون الأحوال الشخصية: ١٠٢/١ - ١٠٤ وما بعدها...
(٢) انظر: الأنكحة المنهى عنها: ٣٧٣ - ٣٨٠.

الفصل الثالث: آثار الزواج.

المبحث الأول: حقوق الزوجين.

المبحث الثاني: الأوصاف الطارئة أو المقارنة لعقد الزواج.

المبحث الثالث: أحكام المهر.

المبحث الرابع: الذفقة الزوجية.

المبحث الخامس: الشروط في عقد الزواج.

المبحث الأول - حقوق الزوجين:

المطلب الأول - الحقوق المشتركة بين الزوجين:

١- حق الاستمتاع (حل الاستمتاع):

لكل من الزوجين أن يستمتع بالآخر ضمن الحدود التي شرعها الله تعالى وعلى كل واحد منهما أن يلي رغبة الآخر مراعيًا مستلزمات ذلك وآدابه.

قال رسول الله ﷺ: «يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل قلت: بلى يا رسول الله. قال: فلا تفعل صم وأفطر وقم ونم فإن لجسدك عليك حقاً وإن لعينك عليك حقاً وإن لزوجك عليك حقاً»^(١).

وعن رسول الله ﷺ: «إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فلم تأتِه فبات غضبان عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح»^(٢).

٢- حسن المعاشرة:

يجب على كل من الزوجين أن يعامل الآخر معاملة حسنة طيبة تزرع الود والرحمة والحب والحنان والعطف كل في نفس الآخر بالتسامح والتعاون على الخير ودفع الأذى والبعد عما يترتب عنه الشقاق والخلاف والتزاع.. امتثالاً لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩].

وتنصح الزوجة زوجها وينصح الزوج زوجته في الالتزام بطاعة الله تعالى فقد نقل عن السلف الصالح أن الزوجة كانت تقول لزوجها: "إياك وكسب الحرام فإننا نصبر على الجوع ولا نصبر على النار"^(٣).

(١) أخرجه البخاري: كتاب النكاح باب: لزوجك عليك حق ١٨٦٩/٣ رقم: ٤٩٠٣ فتح الباري: ٢٩٩/٩ ور: تفسير القرطبي: ٨٠/٣ وما بعدها ٤٢٤ وما بعدها..

(٢) أخرجه البخاري: كتاب النكاح باب: إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها ١٨٦٨/٣ رقم: ٤٨٩٧ ومسلم في النكاح: باب تحريم امتناعها من فراش زوجها ١٤٧٠/٣ رقم: ١٤٣٦ فتح الباري: ٢٩٣/٩ - ٢٩٩.

(٣) إحياء علوم الدين: حقوق الزوج على الزوجة ٥٨/٢.

ومن حسن العشرة: التعاون في بناء الأسرة ورعاية الأولاد واستشعار المسؤولية المشتركة كما قال رسول الله ﷺ: «والرجل راعٍ في أهله وهو مسؤول عن رعيته والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها»^(١).

ومن حسن العشرة: حفظ الأسرار وعدم ذكر الآخر بسوء وأن يُحفظَ ما بين الزوجين فلا يفشى ذلك لأحد مهما كان شأنه فقد قال ﷺ: «إن من أشر الناس عند الله منزلة يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته وتفضي إليه ثم ينشر سرها»^(٢).

٢- حرمة المصاهرة.

٤- الميراث.

٥- النسب.

٦- الاهتمام بين الزوجين لئلا يلتفت قلب أحدهما عن الآخر^(٣).

المطلب الثاني - حقوق الزوجة:

١- المهر:

هو المال الواجب على الزوج للزوجة في عقد الزواج تكريماً وتوقيراً.

وهو هدية كما ذكر القرآن الكريم بأنه نِحْلَةٌ وَالنِّحْلَةُ هِيَ الْهَدِيَّةُ خِلافاً لمن يقول بأنه ليس بنِحْلَةٍ بل مقابل المنفعة.

إذ أن هذا الرأي مخالف لصريح الآية ﴿وَأَنْتُمْ أَوْلَىٰ لِلنِّسَاءِ صَدَقْتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤].

كما أن منفعة المرأة يقابلها منفعة الرجل فكان المهر هدية خالصة.

وتحمل الآيات الواردة بما يتفق مع هذه الآية وذلك ممكن.

كما أن تعليل القوامة بأنها لسبب الإنفاق والإنفاق شامل للمهر وغيره... .

٢- النفقة:

وهي حق للزوجة على الزوج تثبت لها بالعقد الصحيح وهي شاملة لما تحتاج إليه من

مسكن وطعام وكسوة وخدمة إن كانت تحتاج للخدمة^(٤).

لقوله ﷺ: «خذني ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(٥).

(١) العروة البخرية: كتاب النفقة باب: النفقة في القرى والمدن ٢٩٦/١ رقم ٥٥٣.

(٢) العروة البخرية: كتاب النكاح باب: الحرمة بغير إفتاء من المرأة ١٤٧/٣ رقم ١٤٣٧.

(٣) زاد حقوق الأسرة: ٢٥٧ - ٢٥٨ أحكام الأسرة: ٣٤٧ خاتمة من طائفتين ٢٨٣/٣ و٢٨٤/٣ و٢٨٥/٣ و٢٨٦/٣ شرح الصغرى: ٣٩٨/٣ شرح الطهري: ٢٤٧/٣ المذهب ٢٥/٢ - ١٢٦/٢ - ١٢٧/٢ - ١٢٨/٢ - ١٢٩/٢.

(٤) زاد حقوق الأسرة: ٢٥٧ وما بعدها المذهب: ٥٥/٢ وروضة الطالبين: ٢٤٩/٧ الشرح الصغير: ٣٧٥/١ الفواكه الدواني: ٢٢/٢ الروض المربع: ٤١١ منار السبيل: ١٨٧/٢.

(٥) أخرجه البيهقي: كتاب النفقات باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة... ١٩٢٦/٣ رقم: ٥٠٤٩.

٢- حسن معاملة الزوج للزوجة:

لقوله ﷺ: «خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي»^(٣).

ويشمل ما يلي:

(١) التوسيع بالذفقة:

لقوله ﷺ: «إذا أنفق المسلم نفقة على أهله وهو يحتسبها كانت له صدقة»^(٤).

(٢) استشارة الزوجة في أمور الأسرة والبيت من إدارة البيت إلى تربية الأولاد وتنشئتهم إلى تزويجهم..

فقد قال ﷺ: «آمروا النساء في بناتهن»^(٥) أي: استشيروهن.

(٢) ممازحة المرأة وملاخفتها.

(٤) غض الطرف عن بعض أخطائها إذا كانت قليلة ومحاسنها كثيرة:

فقد قال ﷺ: «لا يَفْرُكُ مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقاً رضي منها آخر»^(٦) وَيَفْرُكُ بمعنى

يبغض.

(٥) مساعدة الزوجة:

وذلك بأن يعاون الرجل المرأة في أعمال البيت لاسيما عند الحاجة لذلك كوقت المرض وكثرة

الأعمال كما كان الرسول ﷺ يفعل.

فقد قالت السيدة عائشة رضي الله عنها عندما سئلت ما كان النبي يصنع في البيت؟

قالت: «كان عليه الصلاة والسلام يكون في مهنة أهله فإذا سمع الأذان خرج»^(١).

٤- العدل في المعاملة عند تعدد الزوجات.

٥- حماية الزوجة ووقايتها من معصية الله تعالى^(٢):

وذلك بأن يحصنها كما تحصنه فلا يذرها معلقة بل يجامعها ليبي شهوتها وينتظر قضاءها.

وقد قال علي رضي الله عنه في تفسير الآية: "علموهم وأدبوهم"^(٣).

(٣) أخرجه الترمذي: كتاب المناقب باب: خلقه وصبره ٧٠٩/٥ رقم: ٣٨٩٥.

(٤) أخرجه البخاري: كتاب النفقات باب: فضل النفقة على الأهل ١٩٢١/٣ رقم: ٥٠٣٦.

(٥) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح باب: في الاستسما ٢٣١/٣ رقم: ٢٠٩٥.

(٦) أخرجه مسلم: كتاب الرضاع باب: الوصية بالنساء ١٥٠٤/٣ رقم: ١٤٦٩.

(١) أخرجه البخاري: كتاب النفقات باب: خدمة الرجل في أهله ١٩٢٦/٣ رقم: ٥٠٤٨.

(٢) الهداية: ٢٤١/١ - ٢٤٢ الشرح الكبير: ٣٣٩/٢ - ٣٤٣ مغني المحتاج: ٢٥١/٣ - ٢٥٦ كشف القناع: ١٩٨/٥.

(٣) تفسير الطبري: ١٦٥/٢٨.

٦- الغيرة على الزوجة:

وذلك بأن يحفظ الزوجة في دينها وعرضها من نظرة أو كلمة أو مسّ.. فيأمرها بالحجاب والجلباب عند الخروج من بيتها وبغض بصرها وبعدهم إبداء زينتها إلا لزوجها ولحارمها^(٤).

المطلب الثالث- حقوق الزوج:

١- حق الطاعة:

إذا تم عقد الزواج صحيحاً وحب على الزوجة أن تطيع زوجها طاعة مطلقة فيما لا معصية فيه.

هذا وإن طبيعة الرجل التكوينية والجسمية تمنحه هذا الحق.

وإن الزوجة السليمة الطبع لتسعد أكثر بزوجها المتحقق برجولته وتسره به كذلك.. طالما لم يسيء استخدام هذا الحق.

وقد قال تعالى موضحاً ذلك: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَأَلْصَقَ لِحَنَّتْ قَنِينَتُ حَفِظَتْ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾ [النساء: ٣٤].

وقد قال ﷺ: «إذا صلت المرأة خمسها وصامت شهرها وحفظت فرجها وأطاعت زوجها قيل لها: ادخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت»^(١).

وقال ﷺ: «أيما امرأة ماتت وزوجها عنها راض دخلت الجنة»^(٢).

وقال ﷺ: «والذي نفس محمد بيده لا تؤدي المرأة حق ربها حتى تؤدي حق زوجها»^(٣).

هذا وإن حق الطاعة للزوج على الزوجة لا يتعلق بمال الزوجة.

فهي فقط صاحبة التصرف به دون غيرها ودون تدخل الزوج مادامت رشيدة بالغة عاقلة.

ويقتصر حق الطاعة على كل ما يتعلق بالحياة الزوجية^(٤).

وإن طاعة الزوجة لزوجها تبعث روح المحبة والود بين الزوج وزوجته وتعمق روابط الألفة والمودة في الأسرة وتجنب روح الجدل والعناد المؤدي إلى الشقاق الذي لا يرضاه الله تعالى^(٥).

(٤) روضة الإسلام بالنساء: ٤٩ - ٥٠.

(٥) مسند الإمام أحمد: ٣٠٧/٢ رقم: ١٦٦١.

(٦) إجماع الفقهاء: كتاب النكاح باب: ما جاء في حق الزوج على المرأة ٤٦٦/٣ رقم: ١١٦١.

(٧) إجماع ابن ماجة: كتاب النكاح باب: حق الزوج على المرأة ٥٩٥/١ رقم: ١٨٣٥.

(٨) أحكام الأسرة: ٢٤٧ - ٣٤٩ حقوق الأسرة: ٢٠٧ - ٢٠٨ آداب الخطبة والزفاف: ١٢٦ - ١٢٨.

(٩) آداب الخطبة والزفاف: ١٢٧.

٢-القرار في بيت الزوجية:

إذا تم عقد الزواج صحيحاً ودعاها إلى بيت الزوجية لزمها إجابته واستقرارها في بيت الزوجية الذي هيأه الزوج سكناً لهما.

ولكن إذا وجد مسوغ لخروجها وكان شرعياً فلا بأس بخروجها كأن تزور والديها فلها ذلك كل جمعة مرة ولها زيارة محارمها... .

وإذا احتاج أحد والديها لمن يطببه إذا مرض وليس له أحد يمرضه كان واجباً عليها رعايته والخروج لذلك.

وهل له منعها من ذلك؟

ذهب الشافعية إلى أنه يكره للزوج منعها من عيادة أبيها إذا أثقل عليه المرض وكذلك من حضور موته؛ لأن منعها من ذلك يؤدي إلى النفور ويغريها بالعقوق^(١).

وذهب الحنفية إلى أنه إذا منعها فإنها تخرج بلا إذنه^(٢).

٢- رعاية الزوج والأولاد وشؤون البيت:

ولا تعد خدمة البيت واجباً عليها وإنما تفعله متطوعة.

وإذا كانت ممن تُخدم أو ممن أهلها يخدمون كان لازماً على الزوج أن يأتيها بخادم يخدمها ويعينها على أداء واجبها^(٣) وعلى كل كما قال الرسول ﷺ: «والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها»^(٤).

٤- الاغتسال من الحيض والنفاس.

(١) المهذب: ٦٦/٢.

(٢) رد المحتار: ٣٥٩/٢ قال في رد المختار: «لو أرادت حج الفرض محرم أو كان أبوها زمناً مثلاً يحتاج إلى خدمتها ولو كان كافراً أو كانت لها نازلة ولم يسأل لها الزوج عنها من عالم فتخرج بلا إذنه في ذلك كله».

(٣) حقوق الأسرة ٢١٢ رحمة الإسلام بالنساء: ٥٧.

(٤) أخرجه البخاري: كتاب الجمعة باب: الجمعة في القرى والمدن ٢٩٦/١ رقم: ٨٥٣. ور: فتح الباري: ٣٨٠/٢ - ٣٨١.

5- حق القوامة والنصح والتوجيه والإرشاد.

وهو حق الأمر والنهي والتوجيه والتأديب^(٥).

ودليله من القرآن الكريم: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَنِينَاتٌ حَفِظْنَ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّي تَخَافُونَ ذُنُوهُنَّ فَتَعْظُمْنَ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾ [النساء: ٣٤]^(٦).

فيعظ الزوج زوجته بأسلوب لين فيه الحب والمودة.

فإذا كرر عليها الوعظ ولم تستجب انتقل إلى الخصام والمهران في منزل الزوجية بأن يوليها ظهره إذا كانا على سرير واحد أو على سرير آخر أو في حجرة أخرى وهذا هو العلاج الثاني للمرأة المعاندة التي عجز معها الوعظ والإرشاد^(١).

فإذا عجز الزوج كان له بعد ذلك أن ينتقل إلى وسيلة أخرى وهذه الوسيلة هي الضرب وهي الوسيلة الأخيرة في التأديب عند عجز الوسيلتين اللتين قبلها فلا يلجأ إليها إلا بعد استعمال الوسيلتين الأوليتين.

والضرب ليس مطلقاً بل محددًا بأنه صورة الضرب بالسواك وما أشبهه.

وبأن يقصد به التأديب لا غيره وأن لا يوالي الضربات على مكان واحد متقياً الوجه - مجمع المحاسن - والأماكن المؤذية دون سوط أو عصا.

بحيث يكون بسيطاً خفيفاً لا يخلف نُدباً أو أثراً غير معتاد وأن يغلب على ظنه حصول التأديب به لا زيادة الشقاق.

هذا وإن ترك الضرب هو الأفضل إذ أن كرام الناس يتورعون عن استعمال هذه الوسيلة متهمين أنفسهم بالتقصير بحقوق الزوجة وذلك اقتداء برسول الله ﷺ .

فعن عائشة: "ما ضرب رسول الله ﷺ خادماً له ولا امرأة ولا ضرب بيده شيئاً"^(٢).

وقد قال ﷺ عن الضرب: «ولا تجدون أولئك خياركم»^(٣).

^(٥) حقوق الأسرة: ١١٢ - ٢١٣ أحكام الأسرة: ٣٠ - ٣١.

^(٦) رواه الصهبي: ١٤٠/٨.

^(١) حقوق الأسرة: ٢١٤ - ٢١٦ أحكام الأسرة: ٣٥٠ - ٣٥٢.

^(٢) أخرجه ابن ماجه: كتاب النكاح باب ضرب النساء/١٥٣٨ رقم: ١٩٨٤.

ولهذا منع قانون العقوبات الضرب مطلقاً (مادة /١٨٥ و ٥٤٠/ عقوبات) وهو من تقييد مباح الضرورة.

فإذا تجاوز الزوج الحدود المشروعة لحقه وأساء استعماله فللزوجة رفع أمرها للقاضي فيعزره بما يزجره عن ذلك ولها إيقاع الطلاق للضرر عند البعض^(٤).

إذ أنه أمر علاجي استثنائي حرام في الأصل عند البعض رخص للضرورة لا أصلي ولا يصل إليه عامة الناس بل ينبغي لعامتهم أن لا يصلوا إلى العتاب... فكيف بغيره!؟

وهو لا شك أنجح من الطلاق ولكن الزوج المضار جزاؤه جهنم وبئس القرار.

٦- السفر بالزوجة.

٧- المحافظة على عرضه وماله.

٨- الحرص على كرامة الزوج وشعوره.

٩- يرأهل الزوج.

المبحث الثاني - الأوصاف الطارئة أو المقارنة لعقد الزواج وآثارها^(١)؛

إن للعقد أركاناً وشروطاً ينبغي وجودها ليتم عقد الزواج منعقداً صحيحاً نافذاً لازماً فنتج آثاره كلها وهو غير قابل للإبطال.

ولهذا أبدأ بتبيان العقد الصحيح النافذ اللازم ثم غير اللازم ثم الموقوف ثم العقد الفاسد وأخيراً الباطل.

المطلب الأول - العقد الصحيح النافذ اللازم وآثاره^(٢)؛

وهو العقد الذي تترتب آثاره عليه دون توقف على إجازة أحد.

وآثاره هي:

١- حل الوطء بين الزوجين إلا حالة الحيض والنفاس والظهار قبل التكفير وله مطالبتها بالوطء ولها حل النظر وأمس في الحياة دون أموت خلافاً للشافعي.

٢- ملك الاحتباس لمنفعتيه.

(٣) أخرجه ابن ماجه: كتاب النكاح باب ضرب النساء/١٦٣٩ رقم: ١٩٨٥.

(٤) حقوق الأسرة: ٢١٤ - ٢١٦ أحكام الأسرة: ٣٥١ - ٣٥٢ ور: فتح الباري: ٩/٣٠٢ - ٣٠٤.

(١) في قانون الأحوال الشخصية السوري سمي هذا: أنواع الزواج وفضلت تسميته بهذا المذكور أعلاه لأنه ليس للزواج أنواع وإنما هو شيء واحد وما قصد بالأنواع إنما هو من الحكم الوضعي وهو أوصاف للعقد.

(٢) بدائع الصنائع: ٢/٣٣٠ - ٣٣٤.

- ٢- وجوب المهر.
- ٤- ثبوت النسب.
- ٥- ثبوت النفقة والسكنى.
- ٦- حرمة المصاهرة.
- ٧- الإرث من الجانبيين.
- ٨- العدل في القسم للنساء إن كان له أكثر من واحدة وكذلك في النفقة والسكنى.
- ٩- خيانة الزوج.
- ١٠- ولاية التأديب على الترتيب من الوعظ والمجر والضرب ومنع الأخيرة (قانون العقوبات).
- ١١- المعاشرة بالمعروف.

وقد نصت المادة /٤٧/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي:

«إذا توفرت في عقد الزواج أركانه وسائر شرائط انعقاده كان صحيحاً».

وكذلك نصت المادة /٤٩/ منه على أنه:

«الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية كالمهر ونفقة الزوجة

ووجوب المتابعة وتوارث الزوجين ومن حقوق الأسرة كنسب الأولاد وحرمة المصاهرة».

ولهذا نصت محكمة النقض على سريان الآثار المترتبة على عقد الزواج على كل مواطن

سوري (ش - ٢١١ - ٢٠٩ - ١٩٧٣/٥/٨) وفقاً للمادة /١٤/ من القانون المدني والتي نصت

على سريان قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج في الآثار المترتبة عن عقد الزواج.

المطلب الثاني- العقد غير اللازم وأثاره:

فهو العقد المنعقد الصحيح النافذ ولكن انتفى فيه شرط من شروط لزومه مما يتعلق بتزويج

غير الأب.. أو الأب المعلوم سوء التصرف والفسق وبخيار البلوغ والإفاقة وبمهر المثل والكفاءة

وانتفاء الشرط المعتد به أو وجود التفويض أو العيب أو التغير فيمملك أحد الزوجين أو الولي

فسخه.

وهذا العقد يعد منعقداً صحيحاً نافذاً ولكنه غير لازم فيسقط حق الفسخ فيه بظهور الحمل

احتراماً لحق الولد.

وعليه لو توفي أحدهما قبل الفسخ ثبتت آثار العقد الصحيح.
وفسخه بعد الدخول لا يجعله كالموقوف بل تترتب آثاره اللازمة عن الدخول ولما يوجد الحمل.

وأما الموقوف فلا تترتب عليه آثار قبل الدخول بل هو كالفاسد بل كالباطل المنعدم.
المطلب الثالث- العقد الموقوف وآثاره:

وهو العقد المنعقد الصحيح ولكن تخلف فيه شرط من شروط النفاذ - مما يتعلق بتمام الأهلية وصحة النيابة والكفاءة على قول فيعد كالفاسد.

وكذلك الدخول في الموقوف كالدخول في الفاسد.

ويثبت النسب ويجب الأقل من المسمى مهر المثل وتجب العدة.

وكذلك كل نكاح اختلف في جوازه كان الدخول فيه موجباً للعدة مع وجوب التفريق بينهما.

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٥٢/ إلى أنه:

«الزواج الموقوف حكمه قبل الإجازة كالفاسد».

المطلب الرابع- العقد الفاسد وآثاره:

وهو كل عقد فقد شرطاً من شروط صحته وهي الشهود والتزوج بغير الكفو والتزوج بأخت المطلقة وبالخامسة في عدة الأخرى.

أو هو كل نكاح اختلف العلماء في جوازه.

وهو كالباطل قبل الدخول فإذا وجد فيه الدخول لزمّت بعض الآثار ولو وجدت الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا اعتبار لها لأنه عقد باطل مقارن بشبهة.

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٤٨/ إلى أنه:

«١- كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقَبول واختل بعض شرائطه فهو فاسد».

وذكرت المادة /٥١/ أنه:

«١- الزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل».

وأما الآثار المترتبة عن الدخول فهي:

١- المهر الأقل من المسمى والمثل^(١).

٢- النسب على الاحتياط في مدته.

٢- العدة من وقت الملتزكة.

٤- نفقة العدة.

ذهب الجمهور إلى أنه لا نفقة في عدة الفاسد.

٥- عدم الإرث؛

وإنما تثبت الآثار اللازمة للوطء الحاصل احتياطاً.

٦- حرمة المصاهرة؛

تثبت بالدخول فيه.

٧- النفقة الزوجية؛

ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري مادة /٥١/ إلى أنه:

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

وهو رأي عند الحنابلة يأتي توضيحه.

وقد نصت المادة /٥١/ على هذه الآثار ونصها:

«٢- ويترتب على الوطء فيه النتائج التالية:

أ- المهر في الحد الأقل من مهر المثل والمسمى.

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

ت- حرمة المصاهرة.

ث- عدة الفراق في حالتي المفارقة أو موت الزوج ونفقة العدة دون التوارث بين

الزوجين».

(١) الشرح الكبير: ٣٠٢/٢.

المطلب الخامس- العقد الباطل:

هو العقد الذي انتفى فيه أحد شروط انعقاده واتفق على بطلانه وعدم انعقاده.

كنكاح المحارم.

ويثبت فيه الحد بالوطء حالة ثبوته بالشهادة من أربعة.

ولا يترتب على هذه الواقعة أي أثر.

وتسميته بالعقد تجوزاً وإلا فلا يسمى عقداً.

وتعد هذه الصلة بين الرجل والمرأة محرمة قطعاً مثبتة للحد بالوطء^(١).

المبحث الثالث- أحكام المهر:

المطلب الأول- تعريف المهر وحكمه وتكليفه وأدلة مشروعيته وضوابطه ومقداره:

تعريف المهر وحكمه وتكليفه:

لغة: مَهْر المرأة وأمهرها: سمي لها مهراً وتزوجها به والمهيرة: الغالية المهر وهو صداق المرأة^(٢).

اصطلاحاً: مال يؤدي للزوجة لنكاح أو وطء أو تفويت بُضْع قهراً وهو نِحْلَة (هدية) لازمة إذ تستمتع المرأة كالرجل فكأنها هدية دون مقابل^(٣).

والمهر حق الشرع وحق الزوجة وحق الولي فإذا تنازلت المرأة عن مهرها بقي حق الشرع في وجود مهر وحق الولي في وجود مهر المثل.

ثم إن تنازل الولي بقي حق الشرع على الاختلاف في تقديره.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري وفق مذهب الجمهور حيث نصت المادة /٥٣/ منه على أنه:

«يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح سواء أسمى عند العقد أم لم يسم أم نفي أصلاً».

(١) رد المختار على الدر المختار: ٣٥٠/٢ - ٣٥٣ و٦٠٧ بدائع الصنع: ٣٣٥/٢ الشرح الكبير: ٣٠٢/٢ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: ٢٥٢/١ وما بعدها بحث: «خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل» للشيخ مصطفى الزرقا مجلة أبحاث الجامعة الأردنية: ٢٩ وما بعدها.

(٢) القاموس المحيط - ٤٣١ المغرب: ٢٧٩/٢ مختار الصحاح - ٤٠٤.
(٣) رد المختار على الدر المختار: ٣٢٩/٢ مغني المحتاج: ٢٢٠/٣ حاشية الجمل على شرح المنهج: ٣٥/٤ كشف القناع: ١٢٨/٥.

أدلة مشروعية المهر؛

من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤].

من السنة:

قوله ﷺ لمريد الزواج: «أذهب فاطلب ولو خاتماً من حديد»^(٢).

وما روى أنس بن مالك أن عبد الرحمن بن عوف تزوج فسأله رسول الله ﷺ: «كم سقت إليها» قال: زنة نواة من ذهب. قال: «أولم ولو بشاة»^(٣).

من الإجماع؛

أجمع المسلمون على مشروعية المهر في النكاح^(٤).

ضوابط مشروعية المهر؛

أن يكون المهر مالاً متقوماً - معتداً به شرعاً - معلوماً مقدوراً على تسليمه.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٥٤/٥ إلى أنه:

«٢- كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون مهراً».

مقدار المهر؛

يمكن أن يكون للمهر حد أقصى أو أقل (أدنى) وبيانه:

الحد الأقصى^(١)؛

اتفق العلماء على أنه ليس لأكثر المهر حد يقف الناس عنده لأنه لم يرد في الشرع ما يدل على

تحديده بحد أعلى والدليل على ذلك:

قوله تعالى: ﴿وَأَتَيْتُمُ إِحْدَنَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء: ٢٠].

فالمراد به المال الكثير فلما جاز أن يكون المهر قنطاراً دل على أنه يجوز بأي مقدار مهما بلغ

حداً من الكثرة^(٢).

(٢) أخرجه البخاري: كتاب النكاح باب: التزوج على القرآن وغير صدق ١٨٥١/٣ رقم: ٤٨٥٤.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب النكاح باب: الصغرة للتزوج ١٨٥٣/٣ رقم: ٤٨٥٨ ومسلم: كتاب النكاح باب: الصداق ١٤٥٣/٣ رقم: ١٤٢٦.

(٤) المغني: ٣/٨ الإجماع لابن المنذر: ٧٦.

(١) المراجع السابقة.

(٢) الجامع لأحكام القرآن: ٦٦/٥ - ٦٧.

الحد الأدنى؛

قال الشافعية والحنابلة: "لا حد لأقل المهر فصح كون المهر ما لا قليلاً أو كثيراً وضابطه كل ما صح كونه مبيعاً أي له قيمة صح كونه صداقاً وما ليس له قيمة فلا يصح أن يكون صداقاً ما لم ينته إلى حد لا يتمول وإلا فسدت التسمية ووجب مهر المثل"^(٣).

وقال النووي: "يستحب أن لا يقل المهر عن عشرة دراهم للخروج من خلاف أبي حنيفة لأنه لا يجيزه فيما دون ذلك"^(٤).

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٥٤/ إلى مذهب الشافعية والحنابلة فنصت على أنه:

«١- لا حد لأقل المهر ولا لأكثره».

وذهب الحنفية إلى أن أقل المهر عشرة دراهم أو قيمتها فإذا عقد بأقل من عشرة دراهم صححت تسمية المهر ووجب إكمال المهر عشراً.

وقال زفر: "لها مهر المثل"^(٥).

واستدل الشافعية والحنابلة على أن المهر ليس له حد أدنى بعدة أدلة منها:

من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ﴾ [النساء:

٢٤].

فقد ذكر المهر دون تحديده مما يصلح للقليل والكثير^(١).

من السنة:

قال رسول الله ﷺ: «انظر ولو خاتماً من حديد»^(٢).

وهذا يدل على أنه ليس لأقل المهر قدر محدد وإلا لبينه.

ويعد قوله ﷺ مبالغة في تقليل المهر لأن الخاتم من الحديد أقل الأشياء قيمة^(٣).

(٣) المراجع الفقهية السابقة.

(٤) روضة الطالبين للنووي: ٢٤٩/٧.

(٥) رد المختار على الدر المختار: ٣٢٩/٢.

(١) الجامع لأحكام القرآن: ٣/١٣٥/٨٤ - ٨٥ و ٩٤.

(٢) أخرجه البخاري: كتاب النكاح باب: النظر إلى المرأة قبل التزوج ١٨٤٣/٣ رقم: ٤٨٣٣ ومسلم: كتاب النكاح باب الصداق ١٤٤٩/٣ رقم: ١٤٢٥.

(٣) المنهاج شرح الجامع الصحيح: ١٤٤٩/٣ - ١٤٥٠.

واستدل الحنفية بالأدلة الآتية:

من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: ﴿ وَأَحْلَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ ﴾ [النساء: ٢٤].

واسم المال لا يطلق على أقل من عشرة دراهم فلم يصح أن يكون أقل من العشرة ابتغاء بمال^(٤).

من السنة:

روى جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال: « لا تُنكحوا النساء إلا الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء ولا مهر دون عشرة دراهم »^(٦).

والحديث نص في عدم صحة الزواج بأقل من عشرة دراهم من المهر.

والواقع أن آية ﴿ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ عامة وهي الأقوى دلالة.

المطلب الثاني - صور الاتفاق على المهر:

قد يتفق على المهر بين أطراف العقد فيكون المهر هو المسمى.

وقد يتفق الناس على مقدار المهر لفتاة بأوصاف ما فيكون المهر هو مهر المثل.

وقد يتفق على تعجيل المهر أو تأجيله وقد يكون الاتفاق على مهر سر وآخر في العلن وقد

يزاد المهر أو يحط منه وبيان ذلك في الآتي:

(٤) الجامع لأحكام القرآن: ٨٤/٥ - ٨٦.

(٦) سنن الدار قطني: ٢٤٥/٣ قال الدار قطني: وفيه مبشر بن عبيد مترك الحديث أحاديثه لا يتابع عليها.

المهر المسمى ومهر المثل؛

أولاً- المهر المسمى؛

ينبغي تسمية المهر في العقد فيعد هو المهر المسمى وإلا كره ويلزم تسليمه ولا يجوز تبديله إلا برضا المرأة لأنه قد تعين للعقد فتعلق حقها به.

وإلا بأن كان مجهولاً فيلزم مهر المثل بشرط أن تكون جهالة المسمى تزيد على جهالة مهر المثل^(١).

ثانياً- مهر المثل وأسباب وجوبه؛

مهر المثل؛

وهو المال الذي يرغب به في أمثالها ومثيلاتها في الأوصاف - كالدين والعفة والجمال.. - أخواتها وقربياتها من العصابات كعماتها وإلا فبنت الشقيقة وبنت العم..^(٢).

ولهذا ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٦٤/ إلى أنه:

«إذا تزوج الرجل في مرض موته بمهرٍ أزيد من مهر المثل يجري على الزيادة حكم الوصية».

والتصرف بالمال في مرض الموت يأخذ حكم الوصية^(٣).

أسباب وجوب مهر المثل؛

يجب مهر المثل في كل نكاح صحيح لم يسم فيه المهر وقت العقد أو نفيت التسمية.

ويجب حالاً دون تأجيل عند العقد من نقد البلد وإن رضيت بتأجيله.

ويستقر وجوبه بالدخول وبالاتفاق عليه.

وكذلك يقدر مهر المثل عند الدخول في العقد الفاسد^(١).

وقد نصت المادة /٦١/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي:

«١- يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر أو فساد التسمية».

(١) بدائع الصنائع: ٢٧٤/٣ و ٢٧٧ و ٢٨٢ - ٢٨٣ الشرح الكبير: ٢٩٧/٢ معنى المحتاج: ٢٢٠/٣ - ٢٢١ - ٢٢٢ كشف القناع: ١٤٠/٥ - ١٤١.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٧٤/٢ رد المختار على الدر المختار: ٣٥٤/٢ - ٣٥٦ مواهب الجليل: ٥١٧/٣ والشرح الصغير وبلغة السالك: ٤١٨/١ - ٤١٩ روضة الطالبين: ٢٨٦/٧ - ٢٨٨ معنى المحتاج: ٢٣١/٣ - ٢٣٢ كشف القناع: ١٥٩/٥ - ١٦٢.

(٣) رد المختار: ٣٥٦/٢ بدائع الصنائع: ٢٧٤/٢ رد المختار على الدر المختار: ٣٥٤/٢ - ٣٥٦ مواهب الجليل: ٥١٧/٣ والشرح الصغير وبلغة السالك: ٤١٨/١ - ٤١٩ روضة الطالبين: ٢٨٦/٧ - ٢٨٨ معنى المحتاج: ٢٣١/٣ - ٢٣٢ كشف القناع: ١٥٩/٥ - ١٦٢.

وتنص المادة /٦٣/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«إذا وقع الدخول بعد عقد فاسد لم يسم فيه مهر فللمرأة مهر المثل وإذا كان مُسمى فلها الأقل من المسمى ومهر المثل».

المهر المعجل والمهر المؤجل؛

إن عقد الزواج الصحيح يوجب المهر فإذا طالبت الزوجة بتسليمه لزم الزوج تسليمه وذلك ليتعين حقها فيه بالقبض ولها منع زوجها من الدخول لتسلم المهر.

قال عليه السلام: «من أصدق امرأة صداقاً وهو مجمع أن لا يوفيتها إياه لقي الله عز وجل وهو زان»^(٢).

المهر المؤجل؛

هو إذا اتفقا على تأجيل نصفه وتعجيل نصفه.

فذهب البعض إلى عدم جوازه ووجوبه حالاً.

وذهب الجمهور إلى جوازه ويحل أجله بالطلاق البائن أو الموت.

وذهب أبو يوسف إلى جواز منع نفسها إلى وقت أداء المهر لأنه حقها فلها الامتناع لأجله بخلاف ما لو أجله كله بشرط الدخول فلا تمنع نفسها.

ولو رضيت الدخول دون قبض المعجل وهي مكلفة ثم أرادت منع نفسها للمهر ومنعه من إخراجها من بلدها فلها ذلك في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: "ليس لها ذلك لأنها رضيت بتسليم نفسها برضاها وأبطلت حقها في المنع والساقط لا يعود".

حيث ذهبت محكمة النقض إلى قول أبي حنيفة دون صاحبين حيث نصت:

«يجق للزوجة حبس نفسها والامتناع عن متابعة زوجها وتستحق النفقة حتى تستوفي معجل صداقها»^(١).

(٢) رواه الطبراني في الكبير: ٣٥/٨ رقم: ٧٣٠١ واللفظ له والإمام أحمد نحوه: ٣٢٣/١٤ رقم: ١٨٨٣٤.
(١) بدائع الصنائع: ٢٨٨/٢ - ٢٨٩ - ٢٩٧ و ٢٩٨ - الشرح الكبير: ٣٠٣/٢ - ٣٠٤ - بلغة السالك: ٤١٧/١ مغني المحتاج: ٢٢٢/٣ - ٢٢٣ و ٢٣٠ و ٢٩٧ - ٢٩٨ كشف القناع: ١٣٤/٥ - ١٣٥.

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٥٥/ إلى أنه:
«بجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً وعند عدم النص يتبع العرف».
ونصت المادة /٥٦/ على أنه:

«التأجيل في المهر ينصرف إلى حين البيونة أو الوفاة ما لم ينص في العقد على أجل آخر».
وهو كما يلحظ ترجيح لرأي الجمهور في جواز التأجيل مع جريان العرف ولكن إلى
البيونة أو الوفاة.
التقادم والمهر؛

ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٦٠/ إلى أنه:
«٢- لا تسري على المهر المعجل أحكام التقادم ولو حرر به سند ما دامت الزوجية
قائمة».

وقد توسط القانون فحدد مدة التقادم بانتهاء الزوجية.
ومذهب الحنفية هو أن ترك المطالبة مدة طويلة بعد وجوبه بخمس عشرة سنة مسقط
لدعواها.

وهذا في المؤجل فالمعجل أولى بالسقوط فقالوا بالسقوط بالتقادم.
ولكن المالكية ذهبوا إلى عدم سقوط المطالبة بالتقادم^(٢).
مهر السر ومهر العلن؛

قد يتواضع بعض الناس - يتفقون - على تسمية للمهر للسمعة والرياء فيتفق على مهر في
السر يكون هو المهر الحقيقي وفي العلن مهر آخر يظهره.
حيث اختلف الفقهاء في ذلك وبيانه:

ذهب الجمهور إلى أن المهر هو مهر السر إن كانا من جنس واحد وأشهدا أن الزيادة سمعة.

(٢) أحكام التقادم: ٧١ و٩١.

وهذا ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٥٤/ حيث جاء أنه:

«٤- لمن يدعي التواطؤ أو الصورية في المهر المسمى إثبات ذلك أصولاً فإذا ثبت أحدهما حدد القاضي مهر المثل ما لم يثبت المهر المسمى الحقيقي».

فإذا لم يُشهدا كان المهر مهر السر عند صاحبين لأن العقد الثاني لغو.

وعند أبي حنيفة مهر العلقن ولو من غير جنسه؛ لأن الثاني وإن لغا لا تلغو الزيادة.

وهو الأظهر عند الشافعي.

فإذا لم يتفقا على المواضعة واختلف الجنس كان المهر هو المسمى في العقد.

فإذا اتفقا على المواضعة وكان الجنس مختلفاً ولم يُشهدا لزم مهر المثل عند الحنفية وهذا ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري ما لم يثبت المسمى.

وذهب الحنابلة إلى لزوم المهر المعلن بالغاً ما بلغ للحقوق الزيادة بالصدّاق بعد العقد وإن استحب ما وعدت به من مهر السر.

وفي قول عند الشافعية: "إن كان مهر السر شرطاً يسبق العقد صح العقد وفسد الشرط ولزم مهر المثل"^(١).

الزيادة في المهر والحط منه وإبراء الولي؛

لا يجوز للولي العفو عن الصّدّاق أو الحط منه لموليته وكذلك سائر ديونها وإلا فسد الصّدّاق.

وكذلك ليس للولي أن يفرط تجاه ولده الصغير.. فيقبل نكاحه بأكثر من مهر المثل وإلا فسد الصّدّاق وفيما لو أصدق عن ابنه بأكثر من مهر المثل من مال نفسه جاز.

ولو أرادت الحط من مهرها جاز إن كانت كبيرة.

ولو حط أبوها عنها لم يجز إن كانت صغيرة.

فلو كانت كبيرة كان حطه موقوفاً على إجازتها.

وكذلك لا يقبل الإسقاط في الأعيان لأنها لا تقبل الإسقاط فلها أن تسترده منه ما دام قائماً فإذا هلك سقط المهر عنه^(١).

(١) رد المحتار مع الدر المختار: ٣٣٧/٢ و ٣٧٠ بدائع الصنائع: ٢٨٦/٢ الشرح الكبير: ٣١٣/٢ روضة الطالبين: ٢٧٤/٧ - ٢٧٥ معنى المحتاج: ٢٢٨/٣ كشف القناع: ١٥٥/٥.
 (٢) رد المحتار على الدر المختار: ٣٣٦/٢ - ٣٣٨ الشرح الكبير: ٣١٩/٢ الشرح الصغير: ٤١٩/١ روضة الطالبين: ٢٧٣/٧ - ٢٧٤ معنى المحتاج: ٢٤٠/٣ - ٢٤١ كشف القناع: ١٥٥/٥.

ونصت المادة /٥٧/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

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

كما أن للفقرة /٤/ من المادة /٥٤/ أحوال شخصية أثراً هنا من حيث التواطؤ والصورية باعتبار أن الفقرة /٣/ من المادة نفسها /٥٤/ جعلت المهر ديناً ممتازاً حيث نصت على أنه:

«٣- يعتبر مهر المرأة ديناً ممتازاً يأتي في الترتيب بعد دين النفقة المستحقة المشار إليها في المادة /١١٢٠/ من القانون.

٤- لمن يدعي التواطؤ أو الصورية في المهر المسمى إثبات ذلك أصولاً فإذا ثبت أحدهما حدد القاضي مهر المثل ما لم يثبت المهر المسمى الحقيقي.

٥- يعتبر كل دين يرد في وثائق الزواج أو الطلاق من الديون الثابتة بالكتابة ومشمولاً بالفقرة الأولى من المادة /٤٦٨/ من قانون أصول المحاكمات^(٢) الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /٨٤/ لعام ١٩٥٢ ولا يعتبر المهر المؤجل مستحق الأداء إلا بانقضاء العدة وفق ما يقرره القاضي في الوثيقة».

إذ قد تكون الزيادة صورية للتهرب من الديون العادية باعتبار أن الدين الممتاز يتمتع بحق الأولوية والامتياز على بقية الديون.

فيقوم الزوج بزيادة المهر صورياً واتفاقاً مع زوجته يقوم بطلاقها بائناً فيجب لها قطعاً هذا المهر امتيازاً فيهرب من ديون دائنيه.

ولهذا اشترطت المادة /٥٧/ إثبات هذه الزيادة أمام القاضي.

واشترطت الفقرة /٤/ من المادة /٥٤/ أحوال شخصية إثبات الصورية أو التواطؤ وعندئذ يثبت مهر المثل فقط دون الزيادة.

وأرى أن التفرقة بين الدين الممتاز والعادي ليست دقيقة وإنما الدقيق كما قال تعالى: ﴿وَإِنْ

كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

فأرى أن يسجن على كل حال إن كان موسراً فقط لا لعدم سداد المال وحسب ولكن لظلمه وتهربه واحتياله بعدم سداد المال.

(٢) ونصها - ٤٦٨ - ف ١ - للدائن بدين من النقود إذا كان دينه ثابتاً بسند عادي أو ورقة من الأوراق التجارية القابلة للظهير أن يراجع دائرة التنفيذ ويطلب تحصيل دينه.
٢- لا يجوز سلوك هذه الطريقة إلا إذا كان للمدين موطن مختار أو سكن بذات البلدة التي فيها مقر الدائرة وكان الدين حالاً لأداء معين المقار.

المطلب الثالث- وجوب كامل المهر وبعضه وسقوطهما :

وجوب نصف المهر:

وذلك في الطلاق قبل الدخول مع تسمية المهر عند العقد.

أو في الطلاق قبل الدخول مع التسمية للمهر بعد العقد في مذهب الجمهور دون الحنفية فتجب المتعة الزوجية^(١).

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٥٨/ إلى أنه:

«إذا سمي مهر في العقد الصحيح ووقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة وجب نصف المهر» وأكدت ذلك محكمة النقض.

وجوب المهر بأكمله:

يستقر وجوب المهر بأكمله سواء كان مهر مثل أو المسمى في العقد الصحيح في عدة حالات هي:

- الدخول بالزوجة مطلقاً وسواء اتفق على المهر في العقد أو بعده ولو مع حرمة الوطء.

لأنه بالوطء قد استوفى منفعة البضع أو لعله قد تم العقد وتمت شروطه.

- موت أحدهما ولو قبل الوطء في العقد الصحيح.

إذ لا يبطل به النكاح لوجود التوارث.

ونهاية العقد بمتزلة استيفاء المعقود فلزم كامل المهر دون المفوضة بالمهر وقد مات أحدهما قبل

الفرض لها فلا شيء لها عند المالكية فقط.

وبعد الفرض كالمسمى ويثبت كاملاً عند الجمهور قبل الفرض وبعده.

ويستقر بالخلوة الصحيحة عند الحنفية والحنابلة.

وبإقامتها سنة عند الزوج دون الوطء وكذلك بخلوة الاهتداء - إغلاق الأبواب وإرخاء

الستور - عند المالكية.

وذلك كله دون الشافعية في الجديد.

وأضاف الحنابلة لزومه في الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد^(١).

(١) بدائع الصنائع: ٢/٢٩٦ و٣/٣٠٣ الشرح الصغير: ١/٤١٩ معني الختاج: ٣/٢٣٠ - ٢٣١ و٢٣٤ و٢٣٩ كشف القناع: ٥/١٤٨ - ١٥١ و١٥٧.
(١) بدائع الصنائع: ٢/٢٩٦ - ٢٩٥ الشرح الكبير: ٢/٣٠٠ - ٣٠١ معني الختاج: ٣/٢٢٤ - ٢٢٥ و٢٣١ كشف القناع: ٢/١٥٠ - ١٥٣ و١٥٧ و١٦٠.

أحكام الخلوة الصحيحة^(١) :

اصطلاحاً: ما يمكن الاستمتاع فيها مع انتفاء المانع وذلك بأن يجتمع الزوجان في مكان ما يأمنان فيه من اطلاع غيرهما عليهما كالدار والبيت إذا أرادا الوطء.

موانع الخلوة الصحيحة:

والمانع إما حقيقي أو شرعي أو طبيعي.

امانع الحقيقي: هو مرض أحد الزوجين مرضاً يمنع الجماع أو كون أحدهما صغيراً لا يمكنه الجماع.

امانع الشرعي: هو أن يكون أحد الزوجين صائماً رمضان أو محرماً بحجة فريضة أو نفل أو بعمره أو أن تكون الزوجة حائضاً أو نفساء لأن كل ذلك يحرم معه الوطء.

امانع الطبيعي: هو أن يكون معهما ثالث لأن الإنسان يكره أن يجامع امرأته بحضرة ثالث.

أحكام الخلوة الصحيحة:

١. المهر:

يتأكد المهر المسمى بالخلوة الصحيحة بين الزوجين وهذا هو مذهب الحنفية والحنابلة وعند المالكية بإقامة سنة بعد الدخول دون وطء.

وذهب الإمام مالك والشافعي إلى أنه لا تقوم الخلوة مقام الدخول فلا يستقر بها كامل المهر.

استدل الأولون بما يلي:

قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١].

والإفشاء هو الخلوة بين الزوجين كما قال الفراء سواء دخل بها أو لم يدخل.

روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصّدق -

المهر - دخل بها أو لم يدخل»^(١).

وهذا نص واضح العبارة في وجوب الصّدق بالنظر وكشف الغطاء الموصل للدخول.

(١) الدر المختار ورد اختار: ٣٣٨/٢ - ٣٤٢ وبدائع الصنائع: ٢٩١/٢ - ٢٩٣ فتح القدير: ٤٤٥ - ٤٤٦ الشرح الكبير وحنابلة الدسوقي: ٣٠٠/٢ - ٣٠١ معنى الخناج: ٢٢٤/٢ - ٢٢٥ المغني: ٦١/٨ - ٦٦ كشف القناع: ١٦٠ و١٥٢/٥.
(٢) رواه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٥٦/٧ وقال: هذا منقطع وبعض رواه غير محتج به وذكره أبو داود في المراسيل رقم: ٢١٤ ص ١٨٥ بلفظ آخر: «من كشف المرأة فنظر إلى عورتها فقد وجب الصّدق» وقال ابن الترمذاني فيه: سنده على شرط الصحيح ليس فيه إلا الإرسال الجوهر النقي: ٢٥٦/٢.

واحتج النافون لثبوت المهر بالخلوة الصحيحة بالأدلة التالية:

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

حيث أوجب الله تعالى عند عدم المس - الوطاء - نصف المهر المفروض عند الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية للمهر ولم يفصل بين حال وجود الخلوة وعدمها.

- إن تأكد المهر يتوقف على استيفاء المستحق بالعقد وهو منافع البضع واستيفاء منفعه يكون بالوطء - أي الدخول - ولا يحصل هذا الاستيفاء بمجرد الخلوة الصحيحة بين الزوجين بلا دخول فلا يتأكد المهر.

وأما الترجيح الذي أراه فهو رأي وسط بين هذه الآراء بأن تطول الفترة بين العقد وبين الدخول كسنة فيجب كامل المهر وهو قريب من رأي المالكية من أن الدخول دون الوطاء سنة موجب للمهر وهذا جانب.

وجانب آخر بأن يحدث شيء ما قبل الدخول كالقيلة.. فهذا ليس كالدخول فيكون رأي الشافعية في عدم لزوم المهر أولى وإن كان التقوى والورع دفعه والتزامه.

٢. ثبوت النسب:

بالخلوة عند أبي حنيفة وإن كان يثبت النسب بالعقد أيضاً.

٢. العدة.

٤. النفقة والسكنى.

ويأتي تفصيل النسب والعدة والنفقة.

٥. حرمة نكاح أختها والرابعة سواها في عدتها.

سقوط المهر كاملاً؛

يسقط المهر كاملاً بالأسباب التالية:

١. الفرقة بغير الطلاق قبل الدخول والخلوة؛

لأن فسخ العقد رفع له من الأصل وسواء كانت من قبل الزوج أو الزوجة.

٢. الإبراء من كامل المهر قبل الدخول وبعده إذا كان الإبراء صحيحاً من أهله؛

لأن الإبراء إسقاط.

٢. الخلع؛

قبل الدخول وبعده فإذا كان بعد القبض رده إلى الزوج.

٤. هبة المهر؛

وقال المالكية: "إن وهبته بقصد دوام العشرة فطلقها يردّه إليها كاملاً" وهو ما أراه راجحاً.

٥. الطلاق أو الموت قبل الدخول والفرس؛

فتجب المتعة دون المهر إذا لم يسمّ.

ورجح النووي في الموت أن الأظهر لزوم مهر المثل.

قال معقل بن سنان: "سمعت رسول الله ﷺ قضى به في برّوع بنت واشق" (١).

٦. الفسخ قبل الدخول للعيب الكائن فيها مسقط للمهر وكذلك اللعان والعيب والإعسار قبل الدخول.

٧. الفسخ للشرط عند عدم الوفاء به عند من قال بالإلزام به (١).

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٥٩/٥ إلى أنه:

«إذا وقعت البيونة بسبب من قبل الزوجة قبل الدخول والخلوة الصحيحة سقط المهر

كله».

(١) أخرجه أبو داود: كتاب النكاح باب: فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات ٢٣٧/٢ رقم: ٢١١٤ والترمذي: كتاب النكاح باب: ما جاء في الرجل يتزوج... ٤٥٠/٣ رقم: ١١٤٥ وقال: حسن صحيح.
(١) بدائع الصنائع: ٢٩٥/٢ - ٢٩٦ الشرح الكبير: ٣٢٤/٢ مغني المحتاج: ٣/٢٣١ و٢٤٠ و٢٤١ كشف القناع: ١٤٦/٥ - ١٤٩.

المطلب الرابع- ضمان المهر وقبضه وتجهيز الأب ابنته؛

ضمان الولي المهر؛

يصح ضمان الولي للمهر سواء كان ولي الزوج أو الزوجة وسواء كانا صغيرين أو كبيرين^(٢).

قبض المهر؛

قال الجمهور: "للأب والجد والقاضي والوصي ولاية قبض مهر الصغيرة والكبيرة".

وعند المالكية "للأب ووصيه".

ولكن إذا نمت الكبيرة البالغة عن قبض مهرها فليس لأحد ولاية قبضه فإن دفعه الزوج لأبيها دون إذنها ضمنه الزوج وللوصي ولاية قبض المهر لها دون غيرها^(٣).

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٦٠/ إلى أنه:

«المهر حق للزوجة ولا تبرأ ذمة الزوج منه إلا بدفعه إليها بالذات إن كانت كاملة الأهلية ما لم توكل في وثيقة العقد وكيلاً خاصاً بقبضه».

فقد حدد القانون أن قبض المهر إنما هو حق للزوجة فلا تبرأ ذمة الزوج منه إلا بأدائه إليها أو توكل في العقد وكالة خاصة من يقبض المهر لها.

وذهبت محكمة النقض إلى أن حكم قبض المهر من قبل الولي يختلف إذا كانت المرأة بكرًا أو ثيبًا.

إذ أنه سنداً للمادة /٩٥/ من كتاب الأحوال لقدرى باشا - المعمول بها بدلالة المادة /٣٠٥/ من قانون الأحوال الشخصية - "لا يجوز للولي قبض مهر الثيب البالغة إلا بتوكيل منها".

(ش ٣٤٤ - ٣٣٠ - تا ١٩٦٩/٨/٢٦).

وكذلك ذكرت محكمة النقض أنه:

«قبض الولي معجل ابنته البكر يُنفذ عليها ما لم تنه الزوج عن الدفع إليه».

(٢) الدر المختار ورد المختار: ٣٥٦/٢ منار السبيل: ١٩١/٢.

(٣) رد المختار: ٣٦٩/٢ الشرح الصغير: ٤٢٣/١ روضة الطالبين: ٣٣٠/٧ منار السبيل: ١٩١/٢.

تجهيز الأب ابنته:

إذا جهز الأب ابنته وسلم إليها الجهاز وهو صحيح غير مريض لم يكن له الاسترداد منها ولا لورثته باعتبار أن العرف جارٍ بتمليكها الجهاز لا على أنه عارية.

فإذا توفي لم يكن للورثة منازعتها في أنه هبة لو ارت فتحتاج إجازتهم فلا تحتاج. وكذلك إذا جهزها واشترها لها وهي صغيرة ولو كان مريضاً.

إذا تملكه بشراء الأب قبل التسليم ولو لم يدفع الأب الثمن فيرجع البائع على شركة المشتري لا عليها إلا إذا أشهد الأب أنه إنما اشترى ليرجع عليها وكذلك الحالة السابقة في الإشهاد.

وإذا ادعى الأب أو الورثة أن الجهاز عارية فالقول للزوج والزوجة إذا كان العرف جارياً بتجهيز الأب ابنته من ماله هبة لا عارية.

فإذا كان العرف مشتركاً بين الهبة والعارية.. فيكون القول للأب مع يمينه.

ويجري مثل ذلك فيما لو جهزها من مهرها بإذنها وزاد عليه فيكون حكم الزائد كما مر^(١).

المطلب الخامس - الإعسار في المهر:

ذهب المالكية والحنابلة إلى أن الإعسار بالمهر يطلق فيه القاضي على الزوج أو الزوج يطلق.

ويثبت نصف المهر ما لم يوجد الدخول وإلا فلا طلاق وذلك التطليق لأنه منعها حقها. وكذلك قال الصحابان.

ولكن الحنابلة قالوا: "يسقط مهرها كله لأنها فرقة جاءت من قبلها".

وذهب الحنفية إلى عدم الفسخ بالإعسار بالمهر وإنما لها المنع لنفسها منه.

وقال الشافعية: "لها طلب الفسخ قبل الوطء من القاضي أو يأذن لها فيه مع قدرتها على

الرفع إلى القاضي وإلا استقلت بالفسخ دون القاضي أو المحكم وكان نافذاً".

ولو رضيت بإعساره بالمهر سقط حقها في الفسخ لرضاها بإعساره.

وضررها بالمهر لا يتجدد فيسقط حقها في الفسخ^(١).

(١) رد المختار على الدر المختار: ٣٦٦/٢ الشرح الكبير: ٣٢٤/٢.

(١) الهداية: ٢٣٠/١ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢٩٩/٢ - ٣٠٠ مغني المحتاج: ٢٢٢/٣ - ٢٢٣ و٤٤٤ - ٤٤٥ روضة الطالبين: ٢٥٩/٧ كشف القناع: ١٤٨/٥ - ١٥٠.

المطلب السادس - الاختلاف في المهر وما يمكن أن يكون مهراً؛

لهذا صور عديدة بيّناها ما يأتي:

الاختلاف حال قيام الزوجية:

أ- أن يختلف في مقدار المهر حال قيام الزوجية على أي صفة كان نقداً أو مكيلاً أو موزوناً أو عيناً أو ديناً؛

فتقبل البينة إن وجدت في مذهب الحنفية.

وذهب المالكية إلى فسخ العقد قبل الدخول إن وقع التنازع في جنس المهر مطلقاً وبعد الدخول يرد الزوج إلى صداق المثل ما لم يزد عن دعواها أو ينقص عن دعواه وأما في القدر والصفة فيتوقف الفسخ على القضاء.

وقال الحنابلة: "يقبل قول الزوج مع يمينه أو قول وليه".

ب- أن يختلف في أصل المهر بان يدعي أحدهما تسمية المهر والآخر عدم التسمية ولم يأتيا بالبينة على قولهما حلف منكر التسمية.

فإذا حلف لزم مهر المثل وإلا بأن نكل ثبتت التسمية وإذا كان مهر المثل بينهما تحالفا فيقضى بالنكول على الناكل وإلا قضى بمهر المثل في مذهب الحنفية.

وعند الشافعية في الأصح يتحالفان ويجب مهر المثل.

وقال الحنابلة: "القول للزوج مع يمينه في رواية وفي أخرى القول للزوجة مع يمينها".

الاختلاف بين المهر والهدايا؛

إذا دفع الزوج مالاً وادعى كونه صداقاً وادعت الزوجة كونه هدية فالقول للزوج مع يمينه ولو كان المدفوع من غير جنس المهر.

لأن الزوج أعلم بكيفية إزالة ملكه بخلاف الطعام إذا أرسله إليها إذ يكذبه الظاهر إن ادعاه مهراً فلا يبعث عادة للمهر.

وذهب المالكية إلى عد الهدية من المهر لأنها تعد مشترطة حكماً وعرفاً⁽¹⁾.

والذي أرححه عد المصاغ عند عدم الدخول من المهر وكذلك ملبوس البدن أخذاً بمذهب المالكية تقليلاً ما أمكن من غلاء نفقات الزواج.

(1) رد المحتار: ٣٦٥/٢ بدائع الصنائع: ٣٠٨/٢ الشرح الكبير: ٣١٩/٢ - ٣٢٠ مغني المحتاج: ٢٤٤/٣.

التنازع في متاع البيت،

إن تنازع الزوجان فيه قضي بالبينة لمن شهدت له وإلا يفرق في النزاع حال قيام الزوجية أو بعد زوالها.

أما في حال قيام الزوجية فينظر:

- ما كان يصلح للرجال من اللباس وما يشبهه؛

فالقول فيه للزوج لشهادة ظاهر الحال له عند الحنفية ووافق المالكية مع اشتراط اليمين.

- ما كان يصلح للنساء من اللباس وما يشبهه؛

فالقول فيه للزوجة لشهادة ظاهر الحال لها عند الحنفية وكذلك عند المالكية مع يمينها.

- ما يصلح لكليهما من ائمال والعروض... .

فذهب أبو حنيفة ومحمد والمالكية إلى أن القول للزوج.

وأما اختلافهما بعد زوال الزوجية بطلاق.. فالقول قول الزوج وحده لأنها بالطلاق صارت

أجنبية فلا يد لها وقد زالت^(٢).

المبحث الرابع- النفقة الزوجية^(١)؛

المطلب الأول- تعريف النفقة ومشروعيتها؛

تعريف النفقة الزوجية؛

لغة: نَفَقَ البيع: راج وأنفق: ذهب ماله ومن النفقة^(٢).

اصطلاحاً: وهي كفاية الزوجة لاستقرار عيشها في كنف الزوجية أي: طعاماً وأدماً وخبزاً وكسوة ومسكناً وخادماً.

(2) الشرح الكبير: ٣٣٦/٢ بدائع الصنائع: ٣٠٨/٢.

(1) الهداية: ٣٢٠/١ بدائع الصنائع: ١٥/٤ - ٢٤١٦ حاشية الدسوقي: ٥١٣ و٥٠٩/٣ مغني المحتاج: ٤٢٦ - ٤٢٥/٣ روضة الطالبين: ٤٠/٩ - ٤١ كشف القناع: ٤٦٠/٥.

(2) مختار الصحاح: ٤٢٥.

مشروعية النفقة الزوجية:

قامت الأدلة الكثيرة على وجوب نفقة الزوجة على الزوج من القرآن الكريم.

قال تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ﴾ [البقرة: ٢٣٣] والمولود له الزوج^(٣).

وقال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ

أَمْوَالِهِمْ ۗ﴾ [النساء: ٣٤].

وهو دال على المتابعة الزوجية والقوامة مقابل النفقة^(٤).

ومن السنة قوله ﷺ: «أبدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلاهلك ..»^(٥).

وفيه تقديم نفقة نفسه وعياله لأنها منحصرة فيه بخلاف نفقة غيرهم وفيه الابتداء بالأهم فالأهم

في الأمور الشرعية.

وقد أجمعت الأمة على وجوب نفقة الزوجة على الزوج^(٦).

وقالت محكمة النقض: «من المقرر فقهاً واجتهاداً أن نفقة الزوجة على زوجها ويلزم بها إذا

امتنع عنها أو ثبت تقصيره ما لم تكن ناشراً» (ش - ٨٦٤ - ٨٨٠ - ١٢/٢٦ - ١٩٨٤).

المطلب الثاني - سبب وجوب النفقة وشروطها ووقت وجوبها^(١):

سبب وجوب النفقة:

ذهب الجمهور إلى أن سبب النفقة العقد الصحيح.

وذهب الحنفية إلى أن سبب النفقة احتباس الزوجة لمصلحة الزوج وهو الموجب للنفقة لأنه

لا يصح الاحتباس دون كون العقد صحيحاً.

ولم يعد الحنفية السبب هو العقد لمقابلته بالمهر.

بينما عده الجمهور سبب النفقة ومذهب الجمهور هو ما يرى راجحاً بديل أنها لو طالبتة

بالنقطة فلم ينقلها وجبت نفقتها مع أنه لا احتباس ولا نقلة.

(3) الجامع لأحكام القرآن: ١٠٦/٣ روح المعاني للأوسى: ١٤٦/٢.

(4) الجامع لأحكام القرآن: ١١١/٥.

(5) أخرجه مسلم: كتاب الزكاة باب: الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة ١٠٤٣/٢ رقم: ٩٩٧.

(6) الإجماع: ٨٤.

(1) الهداية: ٣١٩/١ - ٣٢٢ رد المختار: ٣٦٥/٢ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٥٠٨/٢ - ٥٠٩ مغني المحتاج: ٤٣٥/٣ - ٤٣٨ روضة الطالبين: ٦١/٩ كشف القناع: ٤٦٥/٥ - ٤٦٧ و ٤٧٠ - ٤٧١.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري إلى ما ذهب إليه الجمهور من وجوب النفقة
بالعقد فذكرت المادة /٧٢/:

«١- تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح ولو
كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالنفقة وامتنعت بغير حق».
شروط الذفقة:
الشرط الأول:

ذهب الجمهور إلى أن الشرط الأول هو تمكين الزوجة الزوج من نفسها.
بينما ذهب الحنفية إلى أن الشرط هو تسليم المرأة نفسها إلى زوجها بانتقالها إلى منزل
الزوجية.

ولا أرى فرقا بينهما لأنهما بمعنى واحد.

الشرط الثاني:

أن تكون الزوجة كبيرة سالحة للمعاشرة الزوجية.
ولكنها قد تكون صغيرة.

ففيه قولان:

عند الشافعية أحدهما: تجب النفقة لها؛ لأن تعذر وطئها ليس بفعالها فلم تسقط لذلك نفقتها
وهو قول أبي يوسف إن أمسكها لينتفع بها كخدمته فهو نوع استمتاع.

والآخر: لا تجب لها النفقة.

وبه قال أبو حنيفة ومالك والحنابلة وهو الصحيح عند الشافعية؛ لتعذر الاستمتاع فلا تجب
عليه النفقة.

وتعد الزوجة المريضة سالحة للمعاشرة.

وقد أكدت محكمة النقض ثبوت النفقة للزوجة المريضة بشرط إمكان انتقالها إلى منزل
الزوجية وعدم تمنعها ولو حملت حملاً (ش - ٣١٨ - ٣١٥ - ١٠/١١/١٩٥٦).

وجوب النفقة مع عدم التمكين أو الحبس لاستلام المهر المعجل؛

ولها الحق في الامتناع عن التمكين لتستلم مهرها المعجل أو المعين.

ولها النفقة من حين الامتناع لهذا الحق بالاتفاق.

فإذا مكنته فلها الامتناع أيضاً لاستلام المهر عند أبي حنيفة لأنه منع بحق.

وذهب الصحابان والشافعية والحنابلة إلى أنه لا نفقة لها لكونه منعاً بغير حق لتنازلها عن مهرها بتأجيله أو بتسليم نفسها إليه^(١).

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري إلى مذهب أبي حنيفة فنصت المادة (٧٢ - ٢):

«يعتبر امتناعها بحق ما دام الزوج لم يدفع معجل المهر أو لم يهيئ المسكن الشرعي».

المطلب الثالث - تقدير النفقة وأنواعها؛

تقدير نفقة الزوجة؛

ذهب الحنفية - في المفتى به - والمالكية والحنابلة إلى أن نفقة الزوجات تعتبر بحال الزوجين

كفاية.

واستدلوا بما يلي:

قول الله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧].

فلينفق بحسب الحالة من المنفق وحاجة المنفق عليه إن موسعاً عليه يوسع وإن فقيراً فعلى قدر

ذلك^(٢).

قول النبي ﷺ لهند زوجة أبي سفيان: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(٣).

فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير^(١).

وذهب الحنفية في رواية والشافعية إلى أن النفقة مقدرة بحال الزوج ويعرف ذلك بالعرف.

(١) بدائع الصنائع: ١٩/٤ الهداية: ٣٢٠/١ روضة الطالبين: ٥٨/٩ - ٥٩ معنى الخناج: ٤٣٥ و٢٢٣/٣ كشاف القناع: ٤٧٢/٥.

(٢) الجامع لأحكام القرآن: ١١٢/١٨.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب النفقات: باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة... ١٩٢٦/٣ رقم: ٥٠٤٩.

(١) منار السبيل: ٣٠١/٢ - ٣٠٢.

واستدلوا بقول الله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧].

فالغني ينفق على حسب حاله والفقير على حسب حاله^(٢).

ومن السنة قوله ﷺ: «اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله... ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»^(٣).

كما استدلوا بخبر هند زوجة أبي سفيان من وجه آخر فقالوا: "إن قوله ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(٤) والمعروف عند الناس يسار الزوج وإعساره ولم يقل خذي ما يكفيك بإطلاق".

تقدير النفقة في قانون الأحوال الشخصية السوري:

نصت المادة /٧٦/ على أنه:

«تقدر النفقة للزوجة بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة على أن لا تقل عن حد الكفاية للمرأة».

كما نصت المادة /٧٧/ من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه:

«١- تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حال الزوج وأسعار البلد.

٢- لا تقبل دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها

إلا في الطوارئ الاستثنائية».

ونصت المادة /٨١/ من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه:

«يقدر القاضي النفقة ويجب أن يكون تقديرها مستنداً إلى أسباب ثابتة وله الاستئناس برأي الخبراء وللقاضي عند تقدير النفقة لأولاد الشهداء ومن في حكمهم أن يستأنس برأي مكتب شؤون الشهداء في القيادة العامة للجيش والقوات المسلحة أو من يقوم مقامه ويكون تحديد الشهداء ومن في حكمهم وفق قوانين وزارة الدفاع وأنظمتها».

(٢) تفسير القرآن العظيم لابن كثير: ٤٤/٧.

(٣) أخرجه مسلم: كتاب الحج باب: حجة النبي ﷺ ١٢٦٩/٣ رقم: ١٢١٨.

(٤) سبق في الصحيفة السابقة.

أنواع النفقة الواجبة:

١- الإخجام:

ويراد به تملك الخبز ولها أخذ ما يقابل ذلك نقوداً وأكلها معه مسقط لطلبها النفقة.

ويعتبر اليسار وغيره كل يوم.

٢- الإدام:

ويقصد به تملكها ما جرت العادة بالاقتيات به من زيت ولحم وتمر وجبن.

٢- الكسوة:

وتقدر الكسوة بكفايتها وبحسب اختلاف البلاد.

٤- آلة التنظيف:

فيجب لها ما تنظف به نفسها من آلات وأشياء مستعملة في ذلك بحسب عرف بلدها تملكاً

لها.

٥- متاع البيت:

ويراد به ما يلزمها للأكل والشرب والغسل بحسب العرف ووفقاً لحال الزوج على جهة

التمليك لها.

٦- الخادم:

وذلك في الزوجات اللواتي يخدمن في بيوت آبائهن لكونها لا يليق بها خدمة نفسها في عاداتها

وعرفها^(١).

٧- السكنى^(٢):

يجب على الزوج تهيئة مسكن بحسب حالهما عند الجمهور.

وذهب الشافعية إلى ما يليق بها عادة لا تبعاً لحال الزوج لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ

سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] وهو في المطلقة فأولى به الزوجة.

ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِضَيِّقُوْنَ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٧].

(١) الهداية: ٤/٢٢ - ٣٢٤ - رد المحتار: ٦٦٢/٢ - بدائع الصنائع: ١٩/٤ - ٢٤ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٥١١/٥ - ٥١٣ - مواهب الجليل: ٥٤١/٥ - روضة الطالبين: ٤/٩ - ٥٣ - معني الخناج: ٤٢٦/٣ - ٤٣٥ - كشف القناع: ٤٦٠/٥ - ٤٦٨.
(٢) الدر المختار ورد المختار: ٦٦٢/٢ - ٦٦٣ الشرح الصغير وبلغه لسالك: ٥١٨/١ - معني الخناج: ٤٣٢/٣ - منار السبيل: ٢٩٧/٢ - ٢٩٨ - وقد فرق المالكية بين المرأة ذات القدر فليس له إسكان أحد معها وإلا فله. مواهب الجليل: ٥٤١/٥.

أنواع النفقة في قانون الأحوال الشخصية السوري؛
مادة /٧١/؛

«١- النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم ويدخل فيها نفقة الولادة ويعود تقديرها للقاضي».

(ش - ٧٣٦ - ٧٣٨ - ١٢/٢٩ - ١٩٧٥)

مادة /٦٥/؛

«على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله».

وهذا قياساً على النفقة الزوجية (الطعام) عند الجمهور دون الشافعية.
ولكن هذا يخالف رأي الجميع وإن كان الأولى أن المسكن بحسب حاله.

مادة /٦٦/؛

«على الزوجة بعد قبض معجلها أن تسكن مع زوجها».

وهو مطابق لمذهب أبي حنيفة.

مادة /٦٧/؛

«ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير رضاها».

مادة /٦٨/؛

«عند تعدد الزوجات يجب على الزوج التسوية بينهن في المساكن».

وهذا قياساً على نفقة الطعام.

مادة /٦٩/؛

«ليس للزوج إسكان أحد من أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز إذا ثبت

إيذاؤهم لها».

وهو مقتضى مذهب الجمهور دون المالكية الذين اشترطوا وجود حاضن له.

مادة /٧٠/؛

«تجبر الزوجة على السفر مع زوجها إلا إذا اشترط العقد غير ذلك أو وجد القاضي مانعاً

من السفر».

وهو إشارة إلى أنه شرط ملزم كما سيأتي لأنه لا يمس حقوق الزوج ولا يمس حقوق الغير

كما أن فيه مصلحة معتبرة لها وإلا فيلزمها المتابعة.

المطلب الرابع- معاملات النفقة:

نفقة زوجة الغائب أو الذي سيغيب وأخذ الكفيل منه ومنها:

للزوجة مطالبة الزوج بتعجيل نفقة المستقبل إلى حين قدومه في مذهب المالكية والشافعية دون الحنفية؛ لأن نفقة المستقبل غير واجبة للحال ولا يقضى على الغائب عندهم.

أو تطالب الزوج بإقامة كفيل بالنفقة مدة غيابه عند الجمهور دون الحنفية وإلا فرق بينهما عند الجمهور وزفر دون الحنفية.

وذهبت محكمة النقض إلى أنه:

«لا يحكم بنفقة سابقة للادعاء دون طلب».

(ش - ١١٣ - ١٣٣ - ٣٠/٤/١٩٦٢)

وذهب أبو يوسف إلى استحسان أخذ نفقة أشهر لها.

وبالاتفاق لو أعطها كفيلاً جاز أو يفرض القاضي لها النفقة من مال زوجها الغائب ما لم يدع مستقلاً للنفقة.
فإذا أثبتته سقطت.

ويشترط الحنفية كون المال المنفق منه من جنس النفقة وفي يدها فإذا كان عقاراً لم يبيع لأجل نفقتها.

ويختلف في العروض بين الجواز وعدمه بين الإمام والصاحبين.

إسلاف النفقة:

للزوج تسليف النفقة إلى الزوجة ولا يجبره القاضي عليها ولو أراد الغيبة ولا يجبره على الكفيل في مذهب الحنفية؛ لأن النفقة لم تجب عليه بعد في المستقبل.

وقال أبو يوسف: "استحسن أخذ كفيل بنفقة أشهر"^(١).

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري إلى مذهب أبي يوسف لكنه اقتصر على المشاهرة شهراً فشهر.

(١) بدائع الصنائع: ٢٨/٤ - ٢٩.

فنصت المادة /٨٢/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«١- للقاضي أثناء النظر بدعوى النفقة وبعد تقديرها أن يأمر الزوج عند اللزوم بإسلاف زوجته مبلغاً على حساب النفقة لا يزيد عن نفقة شهر واحد ويمكن تجديد الإسلاف بعده».

ويمكن إجراء المقاصة بدين النفقة إن طلبه الزوج عند الحنفية ومطلقاً عند الجمهور.

المطلب الخامس- دين الذفقة ومسقطاتها والقضاء بها:

تصير النفقة ديناً لها عند الحنفية بفرض القاضي أو بمصالحة الزوج لأن النفقة صلة لا عوض فتكون ديناً على الزوج يرجع عليه الدائن بها وإلا سقطت بمضي الزمان إذا لم ينضم القبض إليها أو الاستدانة عليه بإذن القاضي.

فلو فرضها القاضي لها ولم تستهلكها وأنفقت نفقة أخرى لم تسقط نفقتها لتلك المدة.

وذهب المالكية إلى سقوط النفقة بالإعسار وتبقى في ذمته بالإيسار.

وعند الشافعية والحنابلة إذا أعسر الزوج حقيقة بنفقة الزوجة المستقبلية وصبرت.

أو أنفقت على نفسها.

أو اقترضت صارت النفقة ديناً عليه إذا لم تمنع نفسها منه.

فإن منعت نفسها منه للنفقة لم تكن ناشزة ولم تعد النفقة ديناً عليه^(١).

وذلك لأن الأدلة المثبتة للنفقة مطلقة عن الزمان فلا تقيد به.

وما وجب على الشخص لا يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء ودليل عدم سقوطها بالإجبار على

أدائها أو الحبس بها.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٨٠/ إلى أنه:

«١- إذا حكم للزوجة بنفقة على الزوج وتعذر تحصيلها منه يلزم من يكلف بنفقتها فيما

لو فرضت غير ذات زوج أن ينفق عليها بالقدر المفروض ويكون له حق الرجوع على الزوج.

٢- إذا أذن لها بالاستدانة ممن ليس مكلفاً بنفقتها فله الخيار بين الرجوع على الزوج أو

الرجوع عليها وهي ترجع على زوجها».

(١) بدائع الصنائع: ٢٥/٤ - ٢٦ الهداية: ٣٢٢/١ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٥١٧/٢ مغني المحتاج: ٤٤٢/٣ كشف القناع: ٤٦٩/٥.

المبحث الخامس - الشروط في العقد؛

المطلب الأول - أقسام الشروط وحكمها وأثرها على عقد الزواج؛

إن الشروط التي تتعلق بآثار عقد الزواج تختلف أحكامها بحسب الشروط التي يطلبها أحد المتعاقدين وهي:

١- أن يكون الشرط مناقضاً لمقصود العقد وأثاره؛

كأن يشترط أن لا يأتيها إلا في وقت من النهار أو الليل أو كان الصداق فاسداً شرعاً أو كان يشترط أن لا يقسم لها في المبيت.

وكذلك نكاح النهاريات قديماً أو الليليات وهو يشبه زواج المسيار وكذلك نكاح الأصدقاء (زواج الفرند).

فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى صحة العقد وبطلان الشرط لأنه زائد على العقد ولو جهلت لا تؤثر فيه.

فلو رضيت بها بطيب نفس منها فهو جائز وإلا فلها المطالبة بحقها.

هذا إذا كان الشرط صحيحاً وإلا فسد أيضاً كأن لا يكون لها مهر أو نفقة.

وذهب المالكية إلى فسخ العقد قبل الدخول وجوباً.

وأما بعد الدخول فإن العقد صحيح ولكن بمهر المثل ويلغو الشرط.

وذهب النووي والرافعي من الشافعية إلى بطلان العقد في عامة هذه الشروط.

وذهبت محكمة النقض إلى أن قضايا النفقة من النظام العام وكل اتفاق يخالف شروطها لا

قيمة له (ش - ١٤٨ - ١٤٣ - ١٠/٥/١٩٦٢).

وهذا موافق لرأي الجمهور في بطلان الشرط وصحة العقد.

وأما زواج المسيار فأرى كراهته لخطورته في إنكاره وآثاره وإلا فلا كراهة.

ولو كان كتمان فهو كتمان لا يؤبه له لإمكان خشوه لتسجيله ووجود الشهود فيه وإلا إذا

التغى الشهود كان باطلاً^(١).

(١) انظر الأنكحة المنهي عنها: ٣٨١ - ٣٩٤.

وكذلك زواج الأصدقاء أرى كراهته لأن عدم الالتزام بالنفقات الأسرية ربما حمل البعض على التقصير في أداء الواجبات فإذا اتخذت الاحتياطات المانعة من تقصير الزوج فلا كراهة^(٢).

٢- أن يكون الشرط مكروهاً غير مناقض لآثار العقد؛

وهو كل شرط ليس من مقتضى العقد ولكنه لا ينافيه أيضاً.

واعتبر مكروهاً لأنه خلاف الأصل في حرية العاقدين في التصرف فيما وراء العقد وذلك كأن لا يتزوج عليها أو لا يخرجها من بلدها أو من مكان ما.

قال الحنفية: "إن كانت المنفعة لهما أو لأحدهما والشرط مباحاً لتوقفه على فعل الزوج ولا علاقة للشرط بالعقد فإن وفي به فلا شيء وإلا فلها مهر المثل".

وقال المالكية: "يستحب الوفاء بهذه الشروط وما أشبهها وإن كان لا يلزم الوفاء بها على سبيل الوجوب ولهذا لا يفسخ العقد لا قبل الدخول ولا بعده".

وذهب الشافعية إلى صحة العقد وبطلان الشرط ما لم يخل بمقصوده الأصلي الوطاء وأما الشرط فيبطل لأنه ليس مشروعاً ولقوله ﷺ: «أبما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»^(١).

ويرجع إلى مهر المثل لبطلان المسمى مع الشرط.

وذهب الحنابلة إلى لزوم الوفاء به وإلا كان لها خيار الفسخ مستدلين على رأيهم بقول النبي ﷺ: «إن أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحلتتم به الفروج»^(٢).

ولقول النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم»^(٣).

وهو قول كثير من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً.

وقد روي أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال: "لها دارها". فقال الرجل: "إذا يطلقنا". فقال عمر: "مقاطع الحقوق عند الشروط"^(٤).

ولكنها لو شرطت طلاق ضررها لم يصح الشرط فلا يلزم الوفاء به لقول رسول الله ﷺ: «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستكفيء إناؤها»^(٥).

وذهب بعض الحنابلة إلى لزومه لفائدته لها ورجح ابن قدامة فساد شرطها.

(٢) انظر الأذكرة المنهي عنها: ٣٩٥ - ٣٩٩.

(١) أخرجه البخاري: كتاب العلق باب: استغناء المكاتب وسؤاله الناس ٨٤٦/٢ رقم: ٢٤٢٤.

(٢) أخرجه البخاري: كتاب الشروط باب: الشروط في المهر عند عقدة النكاح ٩٠٨/٢ رقم: ٢٥٧٢ ومسلم في كتاب النكاح باب: الوفاء بالشروط في النكاح ١٤٤٢/٣ رقم: ١٤١٨.

(٣) أخرجه الترمذي: كتاب الأحكام باب: ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح ٦٣٤/٣ رقم: ١٣٥٢. وذكره البخاري تعليقاً في كتاب الأجرة باب: أجرة المسيرة: ٧٤١/٢.

(٤) أخرجه البيهقي في الصداق باب: الشروط ٢٤٩/٢.

(٥) أخرجه البخاري: كتاب الشروط باب: ما لا يجوز من الشروط في النكاح ٩٠٨/٢ رقم: ٢٥٧٤ ومسلم: كتاب النكاح - باب: تحريم الخطة على الخطة ١٤٣٩/٣ رقم: ١٤١٢.

٢- أن يكون الشرط جائزاً؛

وهو الشرط الذي يقتضيه العقد.

أو أن يكون أثراً له كحسن المعاشرة وعدم الإيذاء والضرب وإجراء النفقة وعدم البخل بها أو تشتت أن أمرها بيدها^(١).

وهذا الشرط واجب الأداء ولو لم يشترط ولهذا كان جائزاً.

وعده الشافعية لغواً لأنه محصل بالعقد إلا في مسألة التفويض الآتية ومثله ما لا يوافق مقتضى العقد ولا يتعلق به غرض كأن لا تأكل إلا كذا.

٤- أن يكون الشرط باخلاً مبطلاً للعقد من أصله؛

وذلك كتأقيت عقد النكاح ونكاح المتعة أو شرط طلاقها في وقت معين أو تعليق العقد على شرط كقوله: "زوجتك إن رضيت أمك" أو بشرط الخيار أو الشغار.

فتبطل هذه الشروط ويبطل العقد بالاتفاق إلا ما قاله طائفة من الشيعة في جواز المتعة والمؤقت وما قاله الحنفية في الشغار^(٢).

المطلب الثاني - قانون الأحوال الشخصية السوري والشروط؛

نصت المادة /١٤/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي:

«١- إذا قُيد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محظور شرعاً كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً.

٢- وإذا قُيد بشرط يلتزم للمرأة مصلحة غير محظورة شرعاً ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيّد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحاً ملزماً.

٣- وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيّد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها كان الاشتراط صحيحاً ولكنه ليس بملزم للزوج فإذا لم يف الزوج به فللزوجة المشتربة طلب فسخ النكاح».

(١) ويأتي بيانه في الجزء الثاني: تفويض الزوج لزوجته الطلاق.
(٢) حاشية ابن عابدين: ٢٩٣/٢ - ٣٤٤ و ٣٤٥ - الخريفي على مختصر خليل: ١٩٤/٣ - ١٩٦ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢٣٧/٢ - ٢٣٩ - ٢٣٧/٣ - ٢٢٧ - المعني: ٤٤٨/٧ - ٤٥٢ ور: كشف القناع: ٩٠/٥ - ٩٨

فجعل القانون الشروط ثلاثة أقسام هي^(١):

١- الشروط الباطلة غير المبطلة للعقد:

وهي الشروط المنافية لمقصود العقد ولنظامه الشرعي أو يكون في التزامها محذور شرعي.

ما ينافي مقصد العقد:

كأن يشترط عدم الولد أو عدم الاستمتاع.

الشروط المخالفة للنظام العام:

كعدم الإنفاق وعدم المهر أو شرط الإنفاق منها عليه أو شرطت تربية الأولاد لها دونه أو بشرط الشغار عند الجمهور دون الحنفية.

الشروط المحظورة المحرمة:

كمقاطعة الأرحام أو السفر وحدها أو أن تشترط عملاً منافياً للأخلاق والحشمة كموسسة ورقصة وبائعة هوى.. .

وتعد هذه الشروط باطلة ويبقى العقد معها صحيحاً.

وهذا كما مر معنا موافق لرأي جمهور الفقهاء - على تفصيل مر - دون الشافعية الذين

أبطلوا العقد والشروط.

ويلحظ أن هذه الشروط لا تؤثر في إنشاء العقد وولادته وإلا لبطلت جميعاً اتفاقاً.

ويلحظ هنا أيضاً أن مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد أضاف إلى الشروط الباطلة

ما يمس حقوق الغير.

٢- الشروط الصحيحة الواجبة الوفاء:

وهي - بحسب الفقرة الثانية - شروط فيها مصلحة معتبرة شرعاً تلتزم للزوجة ولا تمس

حرية الزوج في أعماله المشروعة ولا تمس حقوق الغير.

(١) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد: ١١٧ - ١٢٢ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للدكتور الصابوني: ٣٢٦/١ - ٣٢٧ المرشد في قانون الأحوال الشخصية: ٢٧٦/١ والمراجع السابقة.

أمثلة هذه الشروط:

كأن تشترط أن لا يسافر بها أو أن لا يخرجها من دارها أو أن يسكنها في منزل موصوف في مكان ما أو لا يمنعها من إتمام دراستها أو لا يمنعها من العمل في وظيفة ما ابتداءً أو استمراراً.

وتعد هذه الشروط صحيحة ملزمة يجبر الزوج على تنفيذها قضاءً وهي تتردد بين الشروط الجائزة والمكروهة - السابق ذكرها.

٢- الشروط الصحيحة غير الملزمة:

وهي الشروط التي تمس حرية الزوج في أعماله المشروعة وتمس حقوق الغير.

وخالف هنا مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد فاشترط لصحتها عدم المساس بحقوق الغير وإلا بطلت.

الشروط الماسة بحرية الزوج في أعماله المشروعة المقيدة له:

كأن لا يتزوج عليها وهو مخالف لحكم الإباحة في التعدد ومخالف كذلك لحكم الشارع في أصل الجواز أو لا يطلقها.

الشروط الماسة بحقوق الغير:

كأن تشترط عليه أن يطلق ضرثها.

وكما يلحظ من هذه الشروط أنها تخالف أحكام نظام الأسرة والنظام العام في حرية المتعاقدين وعدم تقييد إرادتهما.

وهنا تفرد الحنابلة بلزوم الوفاء بهذا الشرط وإلا كان لها خيار الفسخ - كما مر.

واقترب منهم المالكية باستحباب الوفاء به للحديث السابق: «المسلمون عند شروطهم» وغيره... .

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري إلى صحة الشرط دون الإلزام به مع منح الزوجة خيار الفسخ تماماً كما ذهب الحنابلة إلا في شرط طلاق ضرثها.

فالراجح عند الحنابلة عدم الإلزام به وإن ذهب البعض إلى صحته.

الباب الثاني: أحكام الطلاق وآثاره.

الفصل الأول: الطلاق والفسخ وأنواع الطلاق.

الفصل الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة.

الفصل الثالث: الطلاق باتفاق الزوجين (المخالعة).

الفصل الرابع: الطلاق بحكم القاضي.

الفصل الخامس: الطلاق بحكم الشرع والقانون.

الفصل السادس: آثار انحلال عقد الزواج.

الفصل السابع: العدة وأحكامها.

مقدمة في الطلاق:

الطلاق بغيب لا مناص وهو بعد ثلاث مراحل متكاملة من العيش المشترك لأسر تنعدم فيها معصية الله تعالى فأني لمثلها أن ينغص عيشها مع حسن المعاملة والمال الحلال وأداء حقوق كليهما. فإذا انعدم ذلك أو اضطرب أضربت الحياة الزوجية فهل يلجأ إلى الطلاق أم إلى الوعظ وإلى الهجر.

فإذا أعيت الأمور فهل يعطى الطلاق للزوجة أم للزوج أم للقاضي؟

ما أسرع الزوجة إلى الطلاق فالندم وما أشد فضائح العود للقضاء إذ لا بد من ذكر الأسباب.

وما أشد حماقة الأزواج المسارعين إلى الطلاق.

لذلك كان أبغض الحلال إلى الله الطلاق.

ولا سبيل لمنعه إذ ربما كانت النجاة به ولا سبيل لتقييده؟

إذ ربما كان هذا سبباً لظلمات كثيرة وجهالات...

إن تشريع الطلاق بأحكامه المختلفة وحالاته أعطى هذا الحق للزوج وللزوجة وللقاضي بحسب الظروف ونظم الحقوق والواجبات مما يقلل ويحسم مادة الفساد ما أمكن ويجعل الأسرة أكثر استقراراً وسعادة.

وإن الحل الأمثل باتباع شرع الله تعالى لتكوين عش الزوجية في أعلى عليين في أرض بني آدم.

وسأبحث في هذا الباب الطلاق وآثاره ملتزماً منهجاً علمياً استقرائياً مقارناً وباللغة التوفيق.

الفصل الأول: الطلاق والفسخ وأنواع الطلاق.

المبحث الأول: تعريف الطلاق والفسخ وحكم الطلاق من حيث الوصف الشرعي.

المطلب الأول - تعريف الطلاق والفسخ:

الطلاق:

لغة: وهو عدم القيد والوثاق^(١).

اصطلاحاً: رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص^(٢).

ويراد بالحال: الطلاق البائن وبالمآل: الطلاق الرجعي واللفظ المخصوص: ألفاظ الطلاق

الصريحة والكنائية فتخرج الفسوخ وكل ذلك يأتي تفصيله.

الفسخ لغة: يقال: انفسخ العزم والبيع والنكاح: انتقض^(٣).

الفسخ اصطلاحاً: قلت في تعريفه: رفع عقد النكاح وإلغاء آثاره^(٤).

أمثلة الفسخ:

إبء الزوجة الإسلام وردة أحد الزوجين وتباين الدارين حقيقة وحكماً وخيار البلوغ وعدم

الكفاءة ونقصان مهر المثل أو العلم بوجود الرضاع بين الزوجين بعد العقد.

المطلب الثاني - الفرق بين الفسخ والطلاق^(١):

١- في اللغة:

كلاهما لفظان يدلان على معنيين متقاربين.

فالطلاق في اللغة هو رفع العقد.

والفسخ قريب منه لأنه نقض وتفريق.

ولكن الفرق أن الفسخ إزالة تامة لأنه نقض.

والطلاق رفع للعقد مما يبقي بعض الآثار.

(١) القاموس المحيط: ٨١٤.

(٢) فتح القدير: ٣/٣٢٥ - ٣٢٦.

(٣) القاموس المحيط: ٢٣٤.

(٤) بدائع الصنائع: ٢/٣٣٦ الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٩٥/٢.

(١) فتح القدير: ٣/٣٢٥ - ٣٢٦ بدائع الصنائع: ٢/٣٣٦ - ٣٣٨ رد المحتار على الدر المختار: ٣٠٧/٢ - ٣٠٨ و٤٧٣ مواهب الجليل: ٤/١٨ الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢٠٤ و٤٠٢ الأشباه والنظائر للسيوطي: ٢٨٧ - ٢٨٩ و٢٩٢ شرح قانون الأحوال الشخصية: ٢/١٤ - ١٥ و٧١ - ٧٨ و٧٩ - ٩٣ و٩٤ و٩٦.

- ٢- الطلاق إيقاف لامتداد آثار العقد وإنهاؤه.
- أما الفسخ فهو حلٌ ونقضٌ للرابطة العقدية واعتبار العقد كأن لم يكن.
- ٢- الفسخ يكون نتيجة قيام سبب داعٍ إليه.
- أما الطلاق فسببه صدور اللفظ الموقوع له.
- ٤- الفسخ قد يقع بمجرد قيام سببه.
- أما الطلاق فلا يقع إلا بالفاظ مخصوصة صريحة أو كذائية.
- ٥- الطلاق أثر من آثار العقد الصحيح.
- أما الفسخ فهو نقض للعقد وهدم لآثاره.
- ٦- الطلاق يرد على عقد النكاح الصحيح.
- أما الفسخ فيرد على عقد النكاح الصحيح والموقوف وغير اللازم كما يرد على العقد الفاسد.
- ٧- يملك الزوج في الطلاق ثلاث تطليقات فإذا خلقها الثلاث لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره.
- أما الفسخ فلا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته.
- ٨- الطلاق لا يكون إلا من الزوج حقيقة أو تقديرًا.
- أما الفسخ فيكون من الزوج والزوجة ومن غيرهما ومن القاضي.
- المطلب الثالث- حكم الطلاق:
- اختلف العلماء في الأصل في الطلاق الإباحة أو الكراهة أو الحرمة.
- فذهب الجمهور إلى أن الأصل فيه عدم المنع أو خلاف الأولى.
- وذهب ابن الهمام من الحنفية إلى أن الأصل حرمة إلا الحاجة من ريبة وكبر سن.
- والراجح أنه تتعلق به الأحكام التكليفية الخمسة:
- فيكون مباحاً عند الحاجة إليه لسوء عشرتها ولضررها به دون انتفاعه منها ليدفع الضرر عن نفسه.
- وكذلك إذا كان لا يهواها ولا يجبها ولا تسمح نفسه بمؤنتها من غير استمتاع بها.

ويكون مكروهاً عند الجمهور عند عدم الحاجة إليه لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ أَطَعَنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾ [النساء: ٣٤] أي لا تفارقوهن وهي مستقيمة الحال.

ويحرم عند الحنفية الطلاق إن لم يكن له حاجة وفيه يتحقق حديث رسول الله ﷺ: «أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق»^(١).

ويكون محرماً أيضاً بالاتفاق إن طلقها في الحيض أو النفاس أو في طهر جامعها فيه مع وقوعه عليها إن طلقها وإثمه ولزوم تعزيره لمخالفة أمر الله تعالى بقوله:

﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي في ابتداء عدتهن في طهر لم يقربها فيه لثلاث يطيل عليها عدتها هو وقت إقبال الزوج عليها.

فإن طلقها فيه تأكد معه تصميمه على طلاقها.

ويكون الطلاق واجباً إن تركها كالمعلقة لا يقربها كما في الإيلاء.

ويكون الطلاق مستحباً لتفريطها في حقوق الله تعالى في دينها وخلقها^(٢).

المبحث الثاني - أنواع الطلاق؛

المطلب الأول - الطلاق السني والبدعي؛

الطلاق السني: هو أن يطلق الزوج زوجته المدخول بها طليقة رجعية واحدة في طهر لم يجامعها فيه ولا في الحيض قبله - مع عدِّ الجماع في الحيض معصية - لتستعقب الشروع في العدة وهو مذهب الجمهور وهذا هو الأحسن عند الحنفية.

ومن السني عند الشافعية جواز جمع الطلقات الثلاث طالما كانت في طهر لم يجامعها فيه ولكن يستحب الاقتصار على طليقتين في طهر لم يجامعها فيه.

ودليل ذلك سنة رسول الله ﷺ إذ أمر الرسول ﷺ ابن عمر بذلك لما طلق زوجته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ فقال: «مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً»^(١).

(١) أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق باب: في كراهية الطلاق ٢٥٤/٢ رقم: ٢١٧٨ وابن ماجه: كتاب الطلاق باب: حدثنا سويد ٦٥٠/١ رقم: ٢٠١٨.
(٢) رد المختار على الدر المختار: ٤١٥/٢ - ٤١٦ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٣٦١/٢ مغني المحتاج: ٢٧٩/٣ و٣٠٧ كشف القناع: ٢٣٢/٥ - ٢٣٣.
(١) أخرجه مسلم: كتاب الطلاق باب: تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ١٥٠٨/٣ رقم: ١٤٧١.

الطلاق البدعي: وهو ما فيه الندم والإثم والعبث ويقع به الطلاق وهو:

١- الطلاق المنجز في الحيض أو النفاس:

وهو حرام.

٢- الطلاق في الطهر بعد حصول الوطء فيه ولم يظهر الحمل لحصول الندم مع ظهور الحمل:

وهذا مكروه.

٢- الطلاق الثلاث المتفرقة والمجتمع أو الثنتان في خمر واحد للاكتفاء بالواحدة:

وهذا مكروه أيضاً ولا يجبر على الرجعة في المكروه وهذا عند الجمهور عدا الشافعية^(١).

والحكمة من ذلك في جواز الطلاق السني دون البدعي ليكون ذلك عن قرار هادئ يدل

على تمام الرغبة في إنهاء العلاقة الزوجية.

وقد سكت قانون الأحوال الشخصية السوري عن ذكر هذا فيرجع إلى المادة ٣٠٥/أحوال

وقد عد هذا الطلاق واقعاً كما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

المطلب الثاني - الطلاق الرجعي والطلاق البائن^(١) :

قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِحْسَنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

فيملك الزوج على زوجته ثلاث طلاقات فإن طلقها للمرة الأولى ثم الثانية دون وصف البيونة

كان الطلاق رجعياً وإلا كان بائناً وبيانه:

الطلاق الرجعي: هو الطلقة الأولى والثانية مع ملك الزوج إعادة المطلقة إلى الزوجية دون عقد

جديد ما دامت في العدة رضيت أو لا.

الطلاق البائن: إما بيونة صغرى أو كبرى.

البائن بيونة صغرى: فهو الطلاق المنهي لعقد الزواج في الحال أو بانتهاء العدة في الطلقة الأولى

والثانية وللزوج حق الرجعة إلى زوجته بعقد ومهر جديدين.

وهو الطلاق قبل الدخول أو على مال أو بالكناية عند الحنفية.

أو الذي يوقعه القاضي لعدم الإنفاق أو بسبب الإيلاء - كما سنين.

(٢) الدر المختار: ٤١٧/٢ - ٤١٩ - الشرح الكبير: ٣٦١/٢ - ٣٦٤ - مغني المحتاج: ٣٠٧/٣ - ٣٠٩ - ٣١١ والمغني: ٢٣٥/٨ - ٢٣٩ - كشف القناع: ٢٣٩/٥. وذهب للملكية إلى إجباره على الرجعة بالسجن والضرب وإلا راجع الحاكم بدله ولو دون نية الزوج وعجل للزوج بالرجعة هذه ما عجل بالزواج. الشرح الكبير: ٣٦٢/٢ - ٣٦٣. (١) رد المختار على الدر المختار: ٤٣٠/٢ - ٤٣١ - بدائع الصنائع: ١٠٩/٣ - ١١١ - الشرح الكبير: ٣٥٢ - ٣٥١/٢ - ٣٥٣ - روضة الطالبين: ٧٦/٨ - ٧٧ - كشف القناع: ٢٤٠/٥ - ٢٤٢ - ٢٥٨ و٣٤١.

البائن بينونة كبرى؛ هو الطلاق الثالث أو الثلاث المنهي لعقد الزواج حالاً دون آثاره.

ولا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزواج آخر زواجاً صحيحاً ويدخل بها دخولاً حقيقياً ثم يفارقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه.
وقد ثبتت مشروعية الطلاق الرجعي والبائن بالكتاب والسنة والإجماع.
من الكتاب:

قال تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَأَمَّا كُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

ثم قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

فبيّن الله تعالى أن الطلاق الذي يجوز به الرجعة مرتان فإن طلقها الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج بعد بزواج آخر.
من السنة:

أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخبره: أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر عمر لرسول الله ﷺ فتغيظ فيه رسول الله ﷺ ثم قال: «لِيرَاجِعَهَا ثُمَّ يُمَسِّكُهَا حَتَّى تَطْهَرُ ثُمَّ تَحِيضُ فَتَطْهَرُ فَإِنْ بَدَأَ لَهُ أَنْ يَطْلُقَهَا فَلْيَطْلُقْهَا طَاهِرًا قَبْلَ أَنْ يَمْسَهَا فَتَلِكِ الْعِدَّةُ كَمَا أَمَرَ اللَّهُ»^(١).
من الإجماع:

فقد اتفق العلماء على مشروعيته ولم يخالف منهم أحد^(٢).

حالات الطلاق الرجعي:

- ١- الطلاق بعد الدخول بلفظ صريح لمرة واحدة.
- ٢- الطلاق دون مقابل المال.
- ٣- الطلاق الأول والثاني غير المقترن بالبينونة أو بالثلاث لفظاً أو عدداً مقصوداً.
- ٤- الطلاق للإعسار عند المالكية وللإيلاء عند الجمهور دون الحنفية^(٣).

(١) أخرجه البخاري: كتاب التفسير باب: تفسير سورة الطلاق ١٧٥٧/٣ رقم: ٤٦٢٥ وأخرجه مسلم: كتاب الطلاق باب: تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ١٥٠٨/٣ رقم: ١٤٧١. واللفظ للبخاري.

(٢) الإجماع: ٨٨.

(٣) مغني المحتاج: ٣٥١/٣ المغني: ٣١٩/٧.

حالات الطلاق البائن بينونة صغرى^(٤) :

١- الطلاق قبل الدخول حقيقة؛

ولا عدة عليها لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

والأمر ظاهر لأنه مازال لم يعيش معها وطلقها فأحرى أن لا تعيش معه مستقبلاً لأنه لن يكون أحسن حالاً.

٢- الطلاق بعد الخلوة الصحيحة؛

وتجب العدة احتياطاً لثبوت النسب ولا داعي للرجعة لما سبق.

روي عن عمر أنه قال: "إذا أغلق باباً وأرخصى سترها فالها الصداق كاملاً وعليها العدة"^(١).
وقد تفرّد الحنابلة بعد الطلاق بعد الخلوة رجعيًا.

٢- الطلاق الرجعي؛

بعد انقضاء العدة يصبح بائناً.

٤- ألفاظ الكناية الدالة على تأكيد الطلاق وبينونته عند الحنفية.

٥- الطلاق على مال؛

يكون بائناً بينونة صغرى إن كان أول مرة وهو المخالعة.

٦- وصف الطلاق بما يدل على البينونة؛

مثل قوله: "أنت طالق بائناً" أو "البتة" أو "طلقة شديدة".

أو إذا وصف بأفعل التفضيل الدال على الشدة في الوصف أو الكمية مثل قوله: "أنت طالق أعظم الطلاق" أو "أشد الطلاق" أو "أنت طالق طلقة كالجبل".

٧- الفرقة بسبب الإيلاء ولم يفئ الزوج مدة الإيلاء؛

تطلق زوجته فيه طلقة بائنة بينونة صغرى بمضي المدة.

وهذا ما ذهب إليه الحنفية^(٢).

(٤) رد المختار والدر المختار: ٥٤٦/٢ كشف القناع: ١٥٢/٥ المباحث في الكتاب.

(١) سنن البيهقي: كتاب الصداق باب: من قال: من أغلق باباً وأرخصى سترها ٢/٣٥٥.

- ٨- الفرقة بسبب اللعان في مذهب أبي حنيفة ورواية عن الإمام أحمد.
- ٩- الفرقة بسبب الغيبة والحبس عند المالكية.
- ١٠- التفريق بسبب العيب عند الحنفية والمالكية.
- ١١- التفريق بسبب الشقاق والنزاع عند المالكية.
- ١٢- التفريق بسبب إباء الزوج الدخول في الإسلام عند إسلام زوجته عند أبي حنيفة ومحمد.
- حالات الطلاق البائن بينونة كبرى^(٢) :

١- الطلاق المكمل للثلاث بان تسبقه خ لقتان ثم يوقع الثالثة.

لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

أي فإن طلقها الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج بعده بزواج آخر.

٢- الطلاق المقترن بالثلاث لفظاً أو تكراراً أو إشارة.

٢- الطلاق باللفظ الصريح المقترن بنية الثلاث عند المالكية والشافعية وأحمد في رواية.

٤- الطلاق على مال (المخالعة) في المرة الثالثة سواء سبقه خلاق أو مخالعة لمرتين.

٥- خلاق الكناية عند المالكية والحنابلة يقع ثلاثاً ولو نواه واحداً.

قانون الأحوال الشخصية السوري والطلاق الرجعي والبائن؛

مادة /٩٤/؛

«كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وما

نص على كونه بائناً في هذا القانون».

مادة /١٠٨/؛

«التفريق للعلة طلاق بائن».

مادة /١١٢/؛

«٢- إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويُعدُّ هذا التطليق طلقة

بائنة».

(٢) رد المختار على الدر المختار: ٥٤٦/٢. (٣) رد المختار على الدر المختار: ٤٣٠/٢ - ٤٣١ - ٤٦٨ و٤٦٩ حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٣٦١/٢ - ٣٦٢ - ٣٧٧ - ٣٨٤ روضة الطالبين: ٢١٤/٨ وما بعدها كشف القناع: ٣٣٢ و٣٣٣ و٣٤١ و٣٤٣.

وبهذا يكون القانون قد نص على خمس حالات للطلاق البائن وما عداها يعد الطلاق رجعيًا وهي:

- ١- الطلاق الثالث وهذا يعد بائنًا بينونة كبرى دون ما عداه (مادة ٩١/أحوال).
 - ٢- الطلاق قبل الدخول.
 - ٢- الطلاق على مال أو أي بدل مالي.
 - ٤- الطلاق للعلة والمرض.
 - ٥- الطلاق للشقاق والضرر.
- المطلب الثالث - الطلاق الثالث^(١)؛

الفرع الأول - حكم الطلاق الثالث المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة ونية:

اتفق عامة أهل العلم والمذاهب على وقوع الطلاق الثالث على الزوجة وبينونتها بينونة كبرى.

وذهب ابن تيمية وابن قَيِّم الجوزية إلى أن الطلاق الثالث بكلمة واحدة لا يقع منها إلا واحدة رجعية وهو رواية عن ابن عباس.

وذهب بعض الجعفرية إلى أن الطلاق بلفظ الثالث حرام فلا يقع.

استدلال الجمهور:

حديث ابن عمر: «وأما أنتَ طلقته ثلاثاً فقد عصيت ربك وبانت منك امرأتك»^(٢).

استدلال القائلين بأنه خلاق واحد رجعي:

ما روي عن ابن عباس أنه قال: "كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثالث واحدة" فقال عمر بن الخطاب: "إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيته عليهم فأمضاه عليهم"^(٣).

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٤١٩/٢ - ٤٢١ و ٤٣٢ بدائع الصنائع: ١٠٩ و ١٠٩/٢ - ١١٣ حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٣٧٨/٢ - ٣٨٥ و ٣٨١ الحرضي على مختصر خليل: ٤٢/٤ - ٥٣ معنى الخناج: ٢٩٤/٣ - ٣٠١ - ٣٣٦ - ٣٣٨ روضة الطالبين: ٧٥/٨ - ٨٤ كشف القناع: ٢٥٩/٥ - ٢٦٢ للفي: ٢٤٠/٨ - ٢٤٤ - ٢٧٢ و ٢٧٤ - ٢٧٤ منار السبل: ٢٤٢/٢ - ٢٤٥ فتح الباري: ٤٤٩/٩ وما بعدها زاد المعاد: ٢٢٠/٥ و ٢٤٨ وما بعدها الخي: ٣٦٤/٩ - ٤٠١ للعبة الدمشقية: ٣٠٦ - ٣١.

(٢) صحيح مسلم: كتاب الطلاق باب: تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ١٥٠٨/٣ رقم: ١٤٧١.

(٣) أخرجه مسلم: كتاب الطلاق باب: طلاق الثالث ١٥١٠/٣ رقم: ١٤٧٢.

وجه الاستدلال:

أن الطلاق الثلاث كان واحداً على عهد رسول الله ﷺ لكن عمر هو الذي جعله ثلاثاً عقوبة لهم لإكثارهم منه.

فهو نوع تعزير واجتهاد من الأئمة كالزيادة على الأربعين في حد الخمر لما أكثر الناس منها. ورد هذا الاستدلال بأن ما فعله عمر إنما هو إمضاء النص التشريعي بعد أن كان الناس يكررون لفظ الطلاق قاصدين المرة الواحدة وإنما يكررون للتأكيد على عهد النبي ﷺ مع سلامة قصدهم وطويتهم فيصدقون في إرادة الواحدة.

فانتبه سيدنا عمر في زمانه إلى إرادتهم التكرار لا المرة فحملهم عليه وهو ما روي عن الخلفاء الأربعة وابن عباس⁽¹⁾.

استدلال القائلين بأنه لا يقع (بعض الجعفرية):

الطلاق بدعة محرمة ومنهي عنه والبدعة مردودة وغير مشروعة فلا يترتب عليها حكم.

وإن عامة الأحاديث تدل على أن حكم الشرع هو وقوع الثلاث.

الفرع الثاني - حكم الطلاق المكرر⁽²⁾:

وهو أن يطلق زوجته ثلاثاً بتكراره للفظ الطلاق بقوله: "أنت طالق أنت طالق أنت طالق".

فإن قصد بتكرار الثلاث - التأسيس - وقعن ثلاثاً بالاتفاق.

وأما إن نوى التأكيد،

فذهب الجمهور إلى أنه واحدة لقبول الكلام التأكيد.

وذهب الحنفية إلى أنه تقعن ثلاثاً نوى التأكيد أو لا لأن كل جملة إيقاع تام مع قبول المحل للوقوع ولو ادعى التأكيد لم يصدق قضاءً.

لأن هذه الألفاظ في استعمال اللغة والشرع لإنشاء الطلاق ولا يعدل عن هذا بإخباره ولا يصدق ولكنه يدين ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لوجود الاحتمال.

(1) زاد المعاد: ٢٢٧/٥ - ٢٢٩ و ٢٣٤ - ٢٣٦.

(2) بدائع الصنائع: ١٠٢/٣ رد المختار على الدر المختار: ٤١٩/٢ و ٤٦٠ فتح القدير: ٩٧/٣ حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٣٨٥/٢ منح الجليل: ٩٢/٤ - ٩٤ مغني المحتاج: ٢٩٦/٣ - ٢٩٧ المغني: ٨/٤٠٣ - ٤٠٤ منار السبيل: ٢٤٢/٢ - ٢٤٥.

أما إن طلق ولم ينو شيئاً؛

فذهب الجمهور إلى أنه يقع ثلاثاً لأن حمل التكرار على فائدة جديدة أولى من حملة على التأكيد فليس فيه معنى جديد.

وذهب الحنابلة إلى أنه تقع واحدة لعدم المغايرة فيما بينها.

وما سبق من آراء الآخرين في المقترن كذلك في المكرر وكذلك الأدلة والمناقشة والترجيح.

الفرع الثالث- قانون الأحوال الشخصية السوري والطلاق الثلاث؛

مادة /٩١/؛

«يملك الزوج على زوجته ثلاث طلاقات».

مادة /٩٢/؛

«الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً».

مادة /٩٤/؛

«كل طلاق يقع رجعيّاً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وما

نُصَّ على كونه بائناً في هذا القانون».

وقد عدت محكمة النقض الطلاق من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافه.

(ش - ١٢٩ - ١٢٠ - ١٤ /٣/ ١٩٦٧)

ومع هاتين المادتين يكون القانون قد أخذ برأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم تاركاً مذهب

الجمهور.

وكان الأولى لتقليل الطلاق الأخذ بمذهب الجمهور - في رأيي - طالما وصل الأمر إلى

القضاء.

فيعلم الناس ذلك فيقللون من الطلاق ويتعارفون فيما بينهم أمور الطلاق ويترك أمر التخفيف

إلى الفتوى.

إذ للمفتي ما ليس للقاضي من تقدير ظروف الفتوى بشق حالاتها مما لم ينصَّ عليه القانون.

ومع المادة /٩٤/ التي حددت الطلاق البائن ولم تذكر الثلاث المقترن بعدد أو المكرر يكون القانون قد أخذ بكامل رأي ابن تيمية في عده هذا الطلاق واحداً ورجعياً.

وهو ما صرحت به محكمة النقض حيث نصت: «الطلاق المقترن بالعدد يقع رجعياً».

(ش - ١٠٣ - ٧٦ - ١٩٦٣/٣/٧)

ولكن النص القانوني لم يشير إلى الطلاق المكرر.

فهل مراده شموله بالطلاق المقترن بعدد..؟ أم أن مراده الرجوع إلى المادة /٣٠٥/ حيث سكت القانون؟

ذهبت محكمة النقض إلى أنه غير بعيد شمول لفظ العدد للطلاق المكرر لما بين القوانين من تشابه في المعنى والقصد والغاية لأنه ينبغي الرجوع إلى قصد واضعي القانون في شرح مواده.

(ش - ١١٠ - ١٣٢ - ١٩٥٧/٤/١١)

وأقوى مرجع في ذلك الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية السوري ومنها في الفقرة /٧/:

«أن الطلاق لم يشرع إيقاعه دفعة واحدة وإنما شرع ليوقع على دفعات تتخللها تجربة الزوجين حياة الطلاق لأن الله تعالى قال: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

ولهذا نصت محكمة النقض في قرارها هذا على ما يلي:

«الطلاق المتكرر في المجلس قبل المرور بدور التجربة لحياة الطلاق هو طلاق واحد غير

متعدد».

الفصل الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة.

المبحث الأول: صيغ الطلاق.

المطلب الأول: الطلاق الصريح والطلاق الكنائي.

المطلب الثاني: الطلاق بالكتابة والإشارة وغيرهما.

المطلب الثالث: الطلاق المنجّز واملضاف إلى الزمن والطلاق المعلّق على شرط.

المبحث الثاني: القصد في الطلاق.

المطلب الأول: طلاق الهازل.

المطلب الثاني: طلاق السكران.

المطلب الثالث: طلاق المدهوش والغضبان.

المطلب الرابع: طلاق المكره.

المطلب الخامس: طلاق المخطئ.

المطلب السادس: قانون الأحوال الشخصية والقصد في الطلاق.

المبحث الثالث: شروط المطلقّ والمطلّقة والتفويض والنيابة في الطلاق.

المطلب الأول: شروط المطلقّ والمطلّقة.

المطلب الثاني: تفويض الزوج لزوجته الطلاق كناية وتصريحاً.

المطلب الثالث: التوكيل بالطلاق.

المطلب الرابع: الطلاق بالرسول والرسالة.

المطلب الخامس: قانون الأحوال الشخصية السوري والأردني وشروط المطلقّ والمطلّقة والنيابة في الطلاق.

المطلب السادس: الطلاق التعسفي.

المطلب السابع: طلاق المريض مرض الموت.

المبحث الأول - صيغ الطلاق:

إن الأصل وقوع الطلاق بكل ما يدل عليه لغة أو عرفاً احتياطاً للقاعدة الفقهية:

«الأصل في الأبضاع التحريم وإذا اجتمع الحاضر والمبيح قدّم الحاضر».

المطلب الأول - الطلاق الصريح والطلاق الكنائسي^(١):

إن استعمال اللفظ في إيقاع الطلاق إما أن يكون صريحاً وإما أن يكون كناية.

الصريح هو الذي لا يحتمل ظاهره غير معنى الطلاق لغةً أو عرفاً.

ذهب الجمهور إلى أنه يقصر الصريح على لفظ الطلاق ومشتقاته.

وذهب الشافعية إلى أن الصريح ثلاثة ألفاظ وهي: الطلاق والفراق والسراح وما اشتق منها وذلك لورود هذه الألفاظ في الشرع وهي معروفة باستعمال الشرع واللغة للدلالة على ذلك.

فقد وردت في القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿الطَّلَقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾

[البقرة: ٢٢٩].

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ يَنْفَرَا يُعْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ﴾ [النساء: ١٣٠].

وقال تعالى: ﴿وَأَسْرِحْهُمْ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨].

ولا يحتاج اللفظ الصريح إلى النية.

ويقع الطلاق بها رجعيًا وواحدًا إن تكن مدخولاً بها لاستعمالها.

ووضع الشارع لها للطلاق مع الرجعة.

فلو نوى الإبانة ردّت عليه في مذهب الحنفية والحنابلة دون الشافعية والمالكية فيقع بائناً

بنيته وأكثر من واحدة بنيته أيضاً^(٢).

(١) رد المحتار والدر المختار: ٤٦٦/٢ الهداية: ٢٥١/١ - ٢٥٣ - ٢٦٣ - ٢٦٥ بلفظ السالك: ٤٥٦/١ - ٤٥٧ تحفة المحتاج: ٧/٨ روضة الطالبين: ٢٣/٨ معنى المحتاج: ٢٨٠/٣ - ٢٨٣ كشف القناع: ٢٤٥/٥ - ٢٤٦ - ٢٥٠ - ٢٥٢.
(٢) الهداية: ٢٥١/١ بدائع الصنائع: ١٦١/٣ بلفظ السالك: ٤٥٦/١ - ٤٥٧ حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٣٧٨/٢ معنى المحتاج: ٢٨٠/٣ - ٢٨٢ المعين: ١٢١/٧ كشف القناع: ٢٥١/٥ - ٢٥٢.

اللفظ الكنائي؛

وهو ما يحتمل معنى الطلاق وغيره لغة وعرفاً.

وهي ألفاظ كثيرة منها؛

"أنت بائن" "أمرك بيدك" "الحقي بأهلك" "اذهبي" "أخرجني" "قومي" "خليفة" "برية" "بتلة"
"اعتدي" "استبرئي رحمك" "أنت واحدة".

فهذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره إذ يحتمل "أنت بائن" أنها مطلقة أو أنها جميلة.

وكذا "أمرك بيدك" يحتمل أنه طلقها أو أنها تتصرف في أمرها كيفما شاءت.

وذهب عامة الفقهاء إلى وقوع الطلاق بالكناية بشرط اقترانها بالنية.

وأضاف الحنفية والحنابلة دلالة الحال من خصومة وغضب فإن دلت على إرادة الطلاق وقع دون نية قضاءً ودين بينه وبين الله تعالى فلم يقع إلا إن نواه فيقع.

وقال الحنفية: "يكون الطلاق بائناً في الكنايات إن نوى الطلاق إلا في ثلاثة ألفاظ هي:

اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة".

وذهب الشافعية مطلقاً والحنابلة في الكناية الحنفية إلى أن طلاق الكناية لا يكون إلا رجعيًا

ولو وصفه بالبينونة وكذلك المالكية فيما عدا الكنايات الظاهرة.

قانون الأحوال الشخصية السوري ومحكمة النقض والطلاق الصريح والكنائي؛

مادة ٩٢/؛

«يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً دون حاجة إلى نية ويقع بالألفاظ الكنائية التي

تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية».

وتعد هذه المادة في مجملها إعمالاً لمذهب الشافعية في عد طلاق الكناية رجعيًا لأن الصريح

يكون رجعيًا إذا لم يقترن بالبينونة.

فمن باب أولى أن تكون الكناية - وهي خلفه - رجعيًا.

كما أن القانون لم يأخذ بمذهب الحنفية والحنابلة في اعتبار دلالة الحال.

المطلب الثاني - الطلاق بالكتابة والإشارة وغيرهما:

يمكن إيقاع الطلاق بالكتابة والإشارة وبالمُرسل وبيانه:

أولاً- الطلاق بالكتابة^(١)؛

يقع الطلاق بالكتابة إذا كانت الكتابة مستبينة ومرسومة.

ثانياً- الطلاق بالإشارة^(٢)؛

يعد وقوع الطلاق بالإشارة المعهودة والمفهومة من الأخرس واقعاً لاقتراثها بتصويت منه دفعاً للحاجة وتقوم مقام عبارة الناطق.

وفي ظاهر الرواية عند الحنفية: "إذا كان الأخرس يجيد الكتابة فلا يعتد بإشارته لأن الكتابة أبلغ من الإشارة".

وهذا خلافاً للجمهور إلا الحنابلة فعدوها أولى وحسب.

ثالثاً- قانون الأحوال الشخصية السوري والكتابة والإشارة:

مادة /٨٧/؛

«١- يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة».

رابعاً- الطلاق بالمُرسل^(٣)؛

يقع الطلاق بالرسول للمرأة الغائبة بمجرد إيقاعه بقوله: "أخبرها بطلاقها" ولو لم يصل إليها لأن كلام الرسول كلام المرسل إلا إذا علق طلاقها على وصول الرسول إليها.

وهذا أمر إجرائي يتعلق بإثبات وقوع الطلاق وإيقاعه.

وعلى ذلك قانون الأحوال الشخصية السوري.

مادة /٨٥/؛

«٢- يجوز للقاضي أن يأذن بالتطبيق أو يجيز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة

عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك».

وهذا ما قضت به محكمة النقض: «تثبيت واقعة الطلاق هو من النظام العام».

(ش - ٨٠ - ٧٩٣ - ٢٠/٩/١٩٨٠)

^(١) راجع دفتر العز: ٤٩٨/٢، يقع الصلح: ١٠٩٣، حلتة للسوري وشرح الفكر: ٣٨٤٢، من الطاج: ٢٨٤٣ - ٢٨٥ - كتاب الطاج: ٢٤٨٥ - ٢٤٩٠.
^(٢) راجع دفتر العز: ٤٩٨/٢، يقع الصلح: ١٠٩٣، شرح الفكر وحلتة للسوري: ٣٨٤٢، من الطاج: ٢٨٤٣ - كتاب الطاج: ٢٤٨٥ - ٢٤٩٠.
^(٣) يقع الصلح: ١٠٩٣، شرح الفكر: ٣٨٤٢، من الطاج: ٢٨٤٣ - كتاب الطاج: ٢٤٨٥ - ٢٤٩٠.

المطلب الثالث- الطلاق المنجَز والمُضاف إلى الزمن والطلاق المعلق على شرط:

يقسم الطلاق باعتبار صيغته إلى:

- المنجَز.

- المضاف إلى المستقبل.

- المعلق على شرط.

ويقع بها جميعاً عند الجمهور.

أولاً- الطلاق المنجَز^(١)؛

هو حل عقد النكاح في الحال كقوله: "أنت طالق" أو "أذهبني إلى بيت أهلك" ينوي طلاقها.

ثانياً- الطلاق المضاف إلى الزمن^(٢)؛

وهو حل عقد النكاح في وقت ما كقوله: "أنت طالق آخر الشهر القادم" أو "أنت طالق أمس".

ثالثاً- الطلاق المعلق^(٣)؛

هو ترتيب إيقاع الطلاق على شيء محتمل الوجود^(٤) باستخدام إن وأخواتها من أدوات الشرط سواء تقدم الشرط أو تأخر بشرط اتصاله ونيته.

وقد ذهب الجعفرية والظاهرية إلى عدم وقوع الطلاق بالتعليق لأنه ليس من الطلاق المشروع وإذا أتى به الشخص فهو ليس بطلاق كما أنه ليس بيمين^(١).

وفصل ابن تيمية ووافقه تلميذه ابن القيم بين حالتين:

١- أن يقصد باليمين الحث على فعل أو المنع منه بالحلف بإيقاع الطلاق؛

فله حكم اليمين وفيه عند الحنث كفارة اليمين ولا يقع الطلاق.

وسماه "صيغة القسم".

(١) رد اختار الدر المختار: ٤١٤/٢ - ٤١٥ - بدائع الصنائع: ١٢٦/٣ فتح القدير: ٣٢٥/٣ إمانة الطالين: ٢٢/٤ - ٢٣ الأضواء والظائر للسيوطي: ٤٧٧.
(٢) بدائع الصنائع: ١٢٦/٣ - ١٢٨ فتح القدير: ٣٥٢/٣ - ٣٦٨ و٣٥٣ - ٣٧١ رد اختار على الدر المختار: ٤٣٩/٢ - ٤٤٠ الهداية: ٢٧٣/١ الشرح الكبير: ٣٨٩/٢ - ٣٩٠ الشرح الصغير: ٤٦٢/١ - ٤٦٤ مغني المحتاج: ٣١٣/٣ - ٣١٥ المهذب: ٩٥/٢ كشف القناع: ٢٧٢/٥ - ٢٧٩ المغني: ٣١٧/٨ - ٣٢٨ دليل الطالب: ٢٧٣ منار السبيل: ٢٤٧/٢ صمغ الفتاوى: ٤٦/٣٣ - ٤٧ المغلي: ٤٧٦/٩.
(٣) البحر الرائق: ٢/٤ - ٧ تحفة الفقهاء: ٢٩٤/٢ - ٢٩٥ - ٢٩٤/٢ - ٢٩٥ بدائع الصنائع: ١٢٦/٣ - ١٢٨ رد اختار على الدر المختار: ٤٢٩/٢ - ٤٣١ الهداية: ٢٧٣/١ - ٢٧٥ الشرح الصغير: ٤٦٢/١ - ٤٦٥ الشرح الكبير: ٣٨٩/٢ - ٣٩٤ المهذب: ٨٨/٢ - ٨٩ مغني المحتاج: ٣١٦/٣ - ٣١٨ إمانة الطالين: ٢٢/٤ - ٢٣ دليل الطالب: ٢٢٣ المغني: ٣٢٤ و٣١١/٨ - ٣٢٤ كشف القناع: ٢٨٤/٥ - ٢٨٩ منار السبيل: ٢٤٩/٢ - ٢٥٢ المغني: ٣٣٤/٨ - ٣٣٥ المغلي بالآثار: ٤٧٦/٩ - ٤٧٩ زاد المعاد: ١٨٧/٥ - ١٨٨ إلام الموقعين: ٦٩/٣ - ٧١ اللعة الدمشقية: ١٦/٦ - ١٧.
(٤) رد اختار: ٤٣٩/٢ كشف القناع: ٢٨٤/٥.
(١) اللعة الدمشقية: ١٦/٦ المغلي: ٤٧٦/٩.

٢- أن يقصد إيقاع الطلاق فينظر:

إن كان الأمر المعلق عليه أشد كراهة عليه من الطلاق وقع الطلاق.

وإلا بأن كان الطلاق أشد عليه لم يقع الطلاق.

كقوله: "إن زنيته فأنت طالق" طلقت وسماه: "صيغة التعليق"^(٢).

رابعاً- قانون الأحوال الشخصية السوري والطلاق المنجز والمضاف والمعلق:

مادة ٩٠/:

«لا يقع الطلاق غير المنجز إذا لم يقصد به إلا الحث على فعل شيء أو المنع منه أو استعمال

استعمال القسم لتأكيد الإخبار لا غير».

ويعد الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني هذه المادة شاملة للطلاق المضاف والمعلق وأنه لا

يعد المضاف منجزاً لأن المضاف يدخل في قصد المطلق لأنه من الطلاق غير المنجز.

ويلاحظ هنا أن القانون ذهب مذهب ابن تيمية والجعفرية والظاهرية في عدم وقوع الطلاق

المعلق إلا إذا كان حقيقة قصد المكلف إرادة الطلاق.

كما ذهب مذهب أحد القولين عن الإمام أحمد والظاهرية والجعفرية في عدم وقوع الطلاق

المضاف.

المبحث الثاني- القصد في الطلاق:

إن اعتبار النية في التصرفات أصل معتبر شرعاً.

وهذه القصد والنوايا لا تدرك إلا من خلال التصرف الظاهر وهو الذي يدل عليها ويثبتها

باعتبار أن التصرف الظاهر من المكلف هو الذي يدل على نيته وقصده.

وإذا اختلفت نيته مع تصرفه قدم اعتبار تصرفه لأن تصرفه هو الدال على نيته ولا سبيل

لإدراكها بغير ذلك.

(٢) غاية المنتهى: ١٤٢/٣ - ١٤٣ زاد المعاد: ١٨٨/٥ مجموع الفتاوى: ٤٤/٣٣ - ٤٥ و٢٢٣.

المطلب الأول - طلاق الهازل^(١) :

الهازل المطلق: هو الزوج الذي يطلق دون قصد الطلاق بإجراء ألفاظ الطلاق على لسانه مع قصدها دون قصد أثرها.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاق الهازل لأنه لفظ صريح لا يحتاج إلى نية واستدلوا بقوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزهن جد: النكاح والطلاق والرجعة»^(٢).

المطلب الثاني - طلاق السكران^(٣) :

السكر: هو اختلال الوعي والإدراك مدة ما بسبب تناول المسكر حراماً أو حلالاً.

وقد اختلف العلماء فيه:

ذهب جمهور الفقهاء الأربعة إلى أن طلاق السكران واقع إذا سكر بمحرم أما لو سكر بغير محرم كما لو كان دواء فشرب منه وكان مسكراً فلا يقع طلاقه.

ووجد في مختلف المذاهب من عارض هذا الرأي وقال بعدم وقوع طلاق السكران لأنه فاقد الإرادة.

المطلب الثالث - طلاق المدهوش والغضبان:

المدهوش اصطلاحاً: هو الذي يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد أو ظن الصلاح^(٤).

الغضبان اختلال العقل بغلبة الهذيان واختلاط الجذ بالهزل^(١).

ويلحق بالدهش اختلال العقل لكبر أو لمرض أو لمصيبة فجأته^(٢).

آراء الفقهاء في طلاق المدهوش والغضبان^(٣) :

ذهب الجمهور إلى وقوع طلاق المدهوش.

وذهب الحنفية إلى عدم وقوع طلاق المدهوش.

وإذا نظرنا إلى كلام الجمهور مدققين فإننا نجدهم لا يوقعون طلاق زائل العقل.

ولكن الخلاف هل يعد المدهوش زائل العقل؟

(١) رد المختار على الدر المختار: ٤٢٣/٢ الخرشني على مختصر خليل: ٣٢/٤ مغني المحتاج: ٢٨٨/٣ منار السبيل: ٢٣٧/٢ - ٢٣٨.

(٢) أخرجه أبو داود كتاب الطلاق باب: في الطلاق على الغزل ٢٥٩/٢ رقم: ٢١٩٤ والترمذي: كتاب الطلاق باب: ما جاء في الجد والغزل في الطلاق ٤٩٠/٣ رقم: ١١٨٤.

(٣) إقضية: ٢٥٠/١ - ٢٥١ رد المختار: ٤٢٣/٢ - ٤٢٤ الخرشني على مختصر خليل: ٣١/٤ - ٣٢ مغني المحتاج: ٢٩٠/٣ - ٢٩١ الإيضاف: ٥٣٣/٨ - ٥٣٤ كشف القناع: ٢٣٤/٥.

(٤) فتح القدير: ٣٤٣/٣.

(١) رد المختار على الدر المختار: ٤٢٧/٢.

(٢) ولو زال عقل الشخص بالصناع لا يقع طلاقه لأنه لا يميز ما يقوم به الخطاب فلا يعد تصرفه وكذلك المسحور: رد المختار: ٤٢٤/٢.

(٣) رد المختار على الدر المختار: ٤٢٦/٢ - ٤٢٧ فتح القدير: ٣٤٢/٣ - ٣٤٤ بدائع الصناعات: ١٠٠/٣ حاشية الدسوقي: ٣٦٦/٣ روضة الطالبين: ٥٤/٨ كشف القناع: ٢٣٤/٥ - ٢٣٥ زاد المعاد: ١٩٥/٥.

قال الجمهور: "لا يعد".

وقال الحنفية: "الدهش ذهاب العقل بغلبة الهذيان واختلاط الجذد بالهزل فأشبه المعتوه قليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير الذي لا يعلم ما يقول مما لا يريد وهكذا الغضبان والمدهوش".

الغضبان:

ذهب عامة الفقهاء إلى وقوع طلاقه.

وفي رواية عن الإمام أحمد أنه لا يقع.

وعامة الفقهاء أن زائل العقل لا يقع طلاقه فإذا كان الغضبان قد زال عقله بأن أغمي أو أغشي عليه فلا يقع طلاقه.

الأدلة:

استدل من قال بعدم وقوع طلاق المدهوش والغضبان بأن رسول الله ﷺ قال: «كلُّ طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله»^(٤) ولقوله ﷺ: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»^(١).

قال أحمد: "الإغلاق: الغضب إذ لا يلزم في المعتوه أن يصل إلى درجة لا يعلم فيها ما يقول ولا يريد".

"وكذلك المدهوش والغضبان البالغ غضبه ولا يلزم فيهما عدم العلم بما يقولانه بل يكتفى بغلبة الهذيان" - كما قال ابن عابدين - لأن الجنون أنواع وهذا منها لأنه اختلال العقل^(٢).

وكذلك لقول رسول الله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن الجنون حتى يعقل»^(٣).

فكل زائل العقل لا يقع طلاقه ومن ذلك المدهوش وكذلك الغضبان أحياناً.

واستدل الجمهور على وقوع طلاق الغضبان بحديث خولة بنت الصّامت وفيه: غضب زوجها فظاهر منها فأنت النبي ﷺ فأخبرته بذلك وقالت: إنه لم يرد الطلاق فقال النبي ﷺ: «ما أراك إلا حرمت عليه»^(٤).

^(١) شرح الرملي: كتاب الطلاق، باب ما جاء في طلاق العدم ٤٤١/٣ رقم ١١٤ وأخرجه البخاري تعليقاً بصيغة الجزم قال عثمان: ليس يبرن ولا السكران طلاقه وقال علي: هو كل طلاق حار لا طلاق العدم وما لا يخال بالاجتهاد فيها حكم الرجع ١٨٢٧/٣ كتاب الطلاق باب الطلاق في الإجماع والكفر نص الرية: ٢٢١/٣.

^(٢) شرح أبو بؤبؤ: كتاب الطلاق باب في الطلاق على لفظ ٢٤١/٢ رقم ٢٤١٢ وابن منجد: كتاب الطلاق باب طلاق السكران والنسيء: ١/١٠٤٦ رقم ١٠٤٦.

^(٣) راجع على غير النسخ: ٤٤١/٤ كتاب الفلاح: ٢٢٤/٥ زاد المأثور: ١١٤/٥.

^(٤) شرح أبو بؤبؤ: كتاب الطلاق باب في العون بصرى لم يصب سناً ٣٢٨/٤ رقم ٤٤٠٣ والرملي: كتاب الفقيه ٢٢١/٤ رقم ١٤٤٣ والنسائي: كتاب الطلاق: باب من لا يقع طلاقه من الأرواح ٤٤٤/٢ رقم ٤٤٤٢.

^(٥) روافد ابن رجب الخليلي في جامع العلوم والمحكم: ١/٣٧٥.

وكان الظهار كالطلاق مما يدل على أن الطلاق مع الغضب واقع.
كما استدلوا بأن في تفسير الإغلاق بالغضب ضعفاً؛ لأن طلاق الناس لا يكون إلا في حالة الغضب.

فلو جاز عدم وقوع طلاق الغضبان لكان لكل أحد أن يقول: "كنت غضبان فلا يقع عليّ طلاق" وهو باطل.

وقد صحّ عن ابن عباس وعائشة أنه يقع طلاق الغضبان.

وأفتى به جمع من الصحابة^(٥).

والذي يترجح لدي أن الغضب إن وصل إلى الهذيان فينبغي أن لا يقع الطلاق لأنه ضرب من الجنون ولا يقع طلاق الجنون بالاتفاق.

وأما ما سواه فيقع طلاقه لأنه يتره كلام العاقل عن اللغو ما أمكن.

المطلب الرابع - طلاق المكره:

تعريف الإكراه:

الإكراه شرعاً: عرفه الحنفية بقولهم: "حمل الغير على فعل بما يعدم رضاه دون اختياره لكنه قد يفسده وقد لا يفسده"^(١).

أراء الفقهاء في خلاق المكره:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن طلاق المكره لا يقع لفقده الإرادة ولعدم النية والتصميم والاختيار.

ومن شروط المطلق أن يكون مختاراً فإذا أكرهه شخص بغير حق على طلاق زوجته فتلفظ بالطلاق وهو لا يقصده لم يقع طلاقه.

أما إذا كان الإكراه بحق كإكراه الحاكم المولي على الطلاق بعد التربص إذا لم يرجع فهو واقع.

وذهب الحنفية إلى وقوع طلاق المكره وصحته.

^(٥) كشف القناع: ٢٣٥/٥.
^(١) اللباب في شرح الكتاب: ١٠٧/٤.

استدل الجمهور بقوله تعالى: ﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ ﴾ [النحل: ١٠٦].

ودلالة الآية واضحة على أن الله رفع عن الناس إثم الكفر إذا نطقت به ألسنتهم وكانت قلوبهم مطمئنة بالإيمان وما هو أدنى من الكفر أولى بالسقوط ومنها الطلاق^(٢).

ولأنه - الإكراه - قول حمل عليه بغير حق فلا يثبت له حكم ككلمة الكفر إذا أكره عليها ولأنه قول لم يصدر باختياره وأكره عليه باطلاً فيلغو^(٣).

واستدل الحنفية بأن عمومات القرآن الكريم في الطلاق لم تفرق بين طلاق المكره والمختار فيعد واقعاً طلاق المكره كالمختار لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

وقوله تعالى: ﴿ فَطَلَّقُوهُنَّ إِعْدَتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: ١].

فلا يوجد إشارة إلى أن طلاق المكره يختلف عن طلاق غيره.

وإن المكره مختار فيما يتكلم به اختياراً كاملاً إلا أنه غير راض بالحكم فقد عرف الأمرين واختار أهونهما عليه فدل على أن إرادته صحيحة^(١).

مناقشة أدلة الجمهور والحنفية:

إن ما استدل به الحنفية من عموم قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ ﴾ [البقرة: ٢٣٠]

معارض لقوله تعالى: ﴿ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ قُلُوبِكُمْ ﴾ [البقرة: ٢٢٥].

والمكره لم يطلق قط واللفظ المطلق يقيد بالسنة.

فالحنفية قيدوا هذه العمومات فلم يوقعوا طلاق الصبي والمجنون مع أن الآيات مطلقة وقالوا

لا يقع طلاقهما لحديث رسول الله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل»^(٢) ولحديث «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه»^(٣).

(٢) الجامع لأحكام القرآن: ١١٨/١٠ - ١٢١.

(٣) مغني المحتاج: ٢٨٩/٣ المغني: ١١٨/٧.

(١) الهداية: ٢٣٠/١ فتح القدير: ٣٤٤/٣ - ٣٤٥.

(٢) سبق تخريجه ص ١٨٥.

(٣) سبق تخريجه ص ١٨٤.

والحديث يقول: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»^(٤) و«إن الله تجاوز عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(٥).

والآيات والأحاديث الدالة على عدم وقوع أثر الإكراه لا يمكن معارضتها.

المطلب الخامس - طلاق المخطئ^(٦)؛

قد يكلم الزوج زوجته كلاماً فيسبق لسانه إلى لفظ الطلاق من غير قصد أو يكون غافلاً أو ساهياً أو أنه يقصد بقوله الطلاق معنى آخر غير معنى حل العقد كأن يقول لزوجته الموثقة وهو يفكها: "أنت طالق" يقصد من القيد.

ذهب الأئمة الأربعة إلى أنه يدين بينه وبين الله فلا يقع الطلاق ديانة وفتوى.

وأما في حكم القضاء فإن الطلاق واقع لأن ظاهر الكلام الطلاق فلا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره.

لأن البالغ العاقل يتكلم بما يقصده إلا أن يثبت بالدليل ما يصرف كلامه عن إرادة الطلاق كأن يثبت أنه قاله لها وهو يفكها من القيد فعندها لا يقع ديانة ولا قضاء.

المطلب السادس - قانون الأحوال الشخصية السوري والقصد في الطلاق؛

مادة /٨٩/؛

«١- لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره.

٢- المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما يقول».

(٤) سبق تفريجه ص ١٨٥.

(٥) سنن ابن ماجه كتاب: الطلاق باب طلاق المكره والناسي: ٦٥٩/١. رقم: ٢٠٤٣.

(٦) رد المحتار على الدر المختار: ٤٢٥/٢ و ٤٣١ و ٤٣١ و ٤٦٢/٤ بدائع الصنائع: ١٠٠/٣ بلغة السالك: ٤٢٤/١ مواهب الجليل: ٤٤/٤ الشرح الكبير: ٣٦٦/٢ معني المحتاج: ٢٨٨ - ٢٨٧ و ٢٨٠/٣ غاية المحتاج: ٤١٩/٦ إمامة الطالبين: ٩/٤ - ١٠ كشف القناع: ٢٣٤/٥ و ٢٤٦.

المبحث الثالث- شروط المطلق والمطلقة والتفويض والنيابة في الطلاق؛

المطلب الأول- شروط المطلق والمطلقة؛

شروط المطلق^(١)؛

١- العقل؛

وذلك لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل»^(٢).

٢- البلوغ؛

وهو مناط التكليف لأنه دليل كمال العقل فلا يقع طلاق الصبي غير المميز بالاتفاق.

٢- الاختيار؛

فلا يقع الطلاق دون رغبة المطلق.

قانون الأحوال الشخصية السوري وشروط المطلق؛

مادة /٨٥/؛

«١- يكون الرجل متمتعاً بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره.

٢- يجوز للقاضي أن يأذن بالتطبيق أو يميز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة

عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك».

شروط المطلقة^(١)؛

أولاً- أن تكون المرأة زوجة حقيقية؛

بأن تكون المطلقة زوجة للمطلق بعقد صحيح بعد الدخول أو قبله فيقع الطلاق عليها إن

طلقها.

وعليه فلا يقع الطلاق المنجز على الأجنبية بالاتفاق.

ثانياً- أن تكون المرأة زوجة حكماً؛

وهي المعتدة من طلاق رجعي فيقع الطلاق عليها في عدتها في مذهب الجمهور.

(١) رد مختار على الدر المختار: ٤١٧/٢ و ٤٨١ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣٦٥/٢ و ٤١٣ معنى الاحتاج: ٣/٢٧٩ و ٢٨٥ كشف القناع: ٥/٢٣٣ المعنى: ٢٩٢/٨ - ٢٩٣ زاد المعاد: ١٩٥/٥.

(٢) تقدم تحريره ص ١٨٥.

(١) رد مختار على الدر المختار: ٤١٧/٢ الباب في شرح الكتاب: ١٧٤/٢ حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٣٦٧/٢ - ٣٧٠ معنى الاحتاج: ٣/٣٧٣ - ٣٧٤ كشف القناع: ٢٨٥/٥.

والمعتدة البائن بينونة صغرى ليست محلاً للطلاق عند الجمهور بخلاف الحنفية ويقع الطلاق عليها لبقاء بعض أحكام الزواج من وجوب النفقة والسكنى... لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا أَفْنَدْتُمْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وهو الخلع.

ثم قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

والفاء للوصل والتعقيب فيكون هذا نصاً على وقوع الطلقة الثالثة بعد الخلع.

قانون الأحوال الشخصية السوري وشروط المطلقة؛

مادة /٨٦/؛

«محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي ولا يصح على غيرها الطلاق ولو معلقاً».

كما نصت محكمة النقض: «الطلاق على بدل أو على سبيل المخالعة مقابل الحقوق الزوجية بائن ولا تكون المطلقة به محلاً لطلاق جديد».

(ش - ٦٤ - ٤٥ - ٢/٢٨ - ١٩٦٥)

وهو مذهب الجمهور دون الحنفية ويأتي في بحث الطلاق في العدة.

كما أن هذه المادة ذهبت إلى مذهب الشافعية والحنابلة في عدم وقوع الطلاق المعلق على تزوج امرأة فلا يقع عليها لأنه لا يملك حينها عند التعليق هذا الحق.

المطلب الثاني - تفويض الزوج لزوجته الطلاق كناية أو تصريحاً؛

إن الفقه الإسلامي أعطى المرأة وملكها حق الطلاق تبعاً لإرادتها وإرادة الزوج إن في ابتداء عقد الزواج أو أثناءه ووفقاً لما يملكها واحداً أو أكثر.

مما يريح المرأة ويخلصها في ظروف خاصة من تبعات هذا الزواج.

وغالباً ما يكون إذن الزوج بالتكليف في عقود لا يبدو الاستقرار فيها كبيراً مما يستدعي إذن الزوج وإلا فغرض الشارع بقاء الطلاق أبغض الحلال.

تعريف طلاق التفويض لغة واصطلاحاً وشموله؛

التفويض لغة: فوض إليه الأمر: رده إليه ويتصرف فيما للآخر والتفاوض: المساواة والمجاراة في الأمر^(١).

اصطلاحاً: هو تمليك الطلاق الزوجة صريحاً أو كناية مع كونها مكلفين - بالغين عاقلين - في رأي الجمهور.

الصريح بقوله: "ملكك طلاقك" أو يجعله إلى مشيئتها بقوله: "أنت طالق إن شئت" أو بقوله: "طلق نفسك".

الكناية: فجعل الأمر بيدها بقوله لها: "أمرك بيدك" أو "أبيني نفسك" أو إلى اختيارها بقوله لها: "اختاري".

وإن كان الأصل في التفويض الكناية عند الحنفية خلافاً للجمهور وإن صح التفويض بالصريح عند الحنفية أيضاً.

حكم التفويض من حيث الوصف الشرعي؛

وهو جائز بالإجماع^(٢) والأصل فيه من القرآن: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلُوبًا لَّأَزْوِجِكَ إِن كُنْتَن تَرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعَنَّ وَأُسْرِحَنَّ سَرًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨].

فجعل اختيارهن إيهن فأخبرهن ﴿بِذَلِكَ﴾^(٣).

(١) القاموس المحيط: ٥٨٥ - فوض.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) تفسير القرطبي: ١٠٦/١٤ - ١٠٧.

ودليله من السنة أنه ﷺ قال لعائشة رضي الله عنها: «إني أريد أن أعرض عليك أمراً أحب أن لا تعجلي فيه حتى تستشيرني أبويك» قالت: "وما هو يا رسول الله؟" فتلا عليها الآية قالت: "أفيك يا رسول الله أستشير أبوي؟ بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة" فندبها للمشورة ولم يعده طلاقاً إذا كانت قد اختارته^(١).

الواقع بهذه الألفاظ:

ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه بائن.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه رجعي إلا إن اقترن بما يدل على البينونة من عوض ولفظ.

واعتبر الحنفية والشافعية والحنابلة التفويض المطلق إن لم ينوه ثلاثاً واحداً وهو ظاهر لأنه لا وجود للعدد فيه.

ملك التفويض:

إذا فوض الزوج حق الطلاق وهي أهل لذلك لزمه ولم يمكنه عزلها عن الجواب عند الحنفية لأنه قد ملكها حق الطلاق.

ومضمون الملك لا يمكن للغير أن يتدخل فيه ولا يشمل الطلاق الرجوع والفسخ ولوجود معنى التعليق فيه فلا يحتل الرجوع عنه^(٢).

المطلب الثالث - التوكيل بالطلاق:

لغة: الوِكالَة ووكله توكيلاً^(٣).

اصطلاحاً: جعل إنشاء الطلاق بيد الغير باقياً منع الزوج من إيقاعه^(٤).

حكم الوكالة:

تصح وكالة الزوج بالطلاق لشخص ما غير الزوجة ويعتبره الجمهور وكالة لا تفويضاً.

(١) أخرجه مسلم: كتاب الطلاق باب: بيان أن تغيير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية ١٥١٩/٣ رقم: ١٤٧٨.

(٢) بدائع الصنائع: ١١٢/٣ - ١١٧ الشرح الكبير: ٤٠٥/٢ - ٤٠٦ و ٤١١ والشرح الصغير: ٤٦٩/١ الدسوقي على الشرح الكبير: ٤١١/٢ معني المحتاج: ٢٨٦/٣ كشف القناع: ٢١٧/٥.

(٣) القاموس المحيظ - وكل - ٩٦٣.

(٤) الشرح الكبير: ٤٠٦/٢.

المطلب الرابع- الطلاق بالرسول والرسالة^(١)؛

تعريف الرسالة: هو أن يبعث الزوج طلاق زوجته الغائبة مع إنسان ليبلغها فيقع الطلاق لأن كلامه ككلامه.

ووقوع الطلاق بالرسالة بأن يقول: "أعلمها بأني طلقها" فيقع الطلاق ولو لم يخبرها لأنه إخبار بوقوع الطلاق.

فالطلاق واقع أخبر أو لا.

ويمكن أن يكتب طلاقها ويبعث به مع أنه يشترط لوقوع الطلاق النطق به.

آراء الفقهاء في وقوع الطلاق بالرسالة:

ذهب الجمهور الحنفية والمالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة في رواية رجحها في الإنصاف إلى اشتراط نيته فيما كتب ليقع طلاقه.

وحجتهم أن الكتابة وسيلة مفهومة للمراد مقترنة بالنية وهي أحد الخطابين إضافة إلى اللفظ فيقع بها.

ولكن باعتبار أنها كناية وغير صريحة احتيج إلى النية فيها وإذا تكلم مع الكتابة كان صريحاً.

المطلب الخامس- قانون الأحوال الشخصية السوري وشروط المطلق والمطلقة والذيادة في الطلاق؛
مادة ٨٨/١^(٢):

«ب- للزوج أن يوكل غيره بالتطبيق وأن يفوض المرأة بتطبيق نفسها».

وأكدت محكمة النقض أن تطبيق المرأة نفسها بعد التفويض يكون رجعيّاً إلا ما كان بائناً مما نص عليه القانون.

(الغرفة الشرعية أساس ٣٩/ قرار ٤٣/ تاريخ ١٩٥٥/٢/٦) المادة ٩٤/٣^(٣)

فما ذهب إليه القانون من كون الطلاق رجعيّاً يتناسب مع غرض المقنن في التقليل من الطلاق ما أمكن.

ولكن غرض التفويض لا يتحقق هنا بجعله رجعيّاً إذ غرضه تخلص المرأة مما قد يعرض لها من مخاطر في عقود زواج غير مستقرة ولذا أقتراح جعله بائناً.

(١) بدائع الصنائع: ١٢٦/٣ حاشية ابن عابدين: ٤٢٥/٢ الشرح الكبير: ٤١٥/٢ الشرح الصغير: ٤٦٨/١ - ٤٦٩/١ - ٤٧١ معنى الخناز: ٢٨٤/٣ - ٢٨٥ كشف القناع: ٢٤٨/٥ - ٢٥٩ و٢٤٩/٨: ٤٢٢/٨.

(٢) رقمها في قانون الأحوال السوري ٨٧ قبل تعديل القانون ٣٤ تاريخ ٢٥/١٢/٣١ حيث دعت المادتان السابقتان ٨٧ - ٨٨ وجعلنا رقم ٨٨.

(٣) المرشد: ٣٢٧/١.

المطلب السادس - الطلاق التعسفي (الطلاق بلا سبب)؛

مذاهب الفقهاء في الطلاق بلا سبب؛

ذهب الجمهور^(١) وفي رواية عند الحنابلة إلى أنه مكروه لأنه يزيل النكاح المندوب إليه المشتمل على المصالح.

وذهب الحنفية^(٢) إلى أن الأصل في الطلاق هو الإباحة لإطلاق الآيات القرآنية الواردة فيه كقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦].

ولطلاق الرسول ﷺ لحفصة وقد فعله الصحابة ولو كان الطلاق محظوراً لما أقدموا عليه.

وقد ناقش الجمهور أدلة الحنفية هذه فقالوا: "الآية لبيان إباحة الطلاق قبل الدخول وقبل تسمية المهر وطلاقه ﷺ لحفصة وطلاق الصحابة من بعده لم يثبت أنه كان لغير حاجة أو سبب يدعو إليه والظاهر أنه كان حاجة لأن الطلاق لغير حاجة إنكار لنعمة الزواج وإيذاء لمشاعر الزوجة من غير ما سبب".

وعلى كلٍّ إذا حدث الطلاق من غير حاجة إليه أو سبب يدعو إليه فإنه يقع بالاتفاق^(٣) وتترتب عنه آثاره كذلك مما سيأتي في نفقة العدة والمتعة الزوجية.

قانون الأحوال الشخصية السوري والطلاق التعسفي؛

مادة ١١٧/ (المعدلة بالمادة ١١/ من القانون ٢٤/ لسنة ١٩٧٥)؛

«إذا طلق الرجل الزوجة وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال».

وبالنظر في هذه المادة يتبين أنها اشترطت شروطاً لاعتبار الطلاق تعسفياً وهو ما نصت عليه محكمة النقض:

أ- أن يكون بلا سبب معقول.

ب- أن يصيب الزوجة بسببه بؤس وفاقه.

(ش - ٥٣ - ٣٦ - ٣١/١/١٩٥٥)

(١) المجموع: ٧٤/١٧.

(٢) رد المحتار: ٤١٥/٢ - ٤١٦ فتح القدير: ٢١/٣ - ٢٢.

(٣) الباب: ٢١٩/٢ بداية الاجتهاد لابن رشد: ٦٥/٢ معنى المحتاج: ٢٧٩/٣ المجموع: ٧٦/١٧.

وحسناً فعلت محكمة النقض حينما اكتفت بعدم بيان سبب الطلاق موجباً للحكم للمتعة وهو مذهب الشافعية في جعل الأصل وجوب المتعة فقد نصت:

«عدم بيان الزوج سبب الطلاق يكفي لاعتباره تعسفياً ولا تكلف المطلقة إثبات عدم التعسف لأنه نفي مطلق لا يمكن إثبات البينة عليه».

(ش - ١٩٤ - ١٩٥ - ١٩٦٠/٥/٢٨)

المطلب السابع- طلاق المريض مرض الموت:

قد يلزم المرض بشخص ما ولا يرغب أن ترثه زوجته فيقوم بتطليقها بائناً.

وقد أسمى الفقهاء ذلك: "طلاق الفرار" لأن المطلق يقصد قصداً مخالفاً لقصد المشرع مما لا ينبغي أن يكون.

تعريف المطلق المريض ومن في حكمه:

هو العاجز عن إقامة مصالحه خارج البيت لمرض متواصل الازدياد يغلب به الهلاك ويتصل به الموت خلال سنة فأقل.

ويصح طلاقه لزوجته ولكن الزوجة تبقى وارثة له بطلاقها البائن عند المالكية والحنابلة.

وأطلق المالكية الإرث لها طالما طلقها هرباً من حقها وإرثها فتبقى وارثة له ولو تزوجت من غيره.

وقيدته الحنابلة ببقاء إرثها ما لم تتزوج معاملة له بنقيض قصده.

وذهب الحنفية والشافعية في القديم إلى إرثها ما لم تنته عدتها.

لأنه في الأصل إن طلقها رجعيّاً ورثت في العدة فإن طلقها بائناً فلا إرث لها ولكنها هنا ترثه لفراره لأن من أسباب الإرث الزوجية فترثه.

وذهب الشافعية إلى عدم إرثها في الطلاق البائن مطلقاً لانقطاع سبب الإرث ولا عبرة لقصده وحسابه على الله تعالى^(١).

(١) رد المختار على الدر المختار: ٥٢٠/٢ - ٥٢٤ الشرح الصغير مع بلغة السالك: ٥٠١/١ الفهر الداني: ٦٤٢ - ٦٤٣ مغني المحتاج: ٢٩٤/٣ دليل الطالب: ١٩٠ - ١٩١.

قانون الأحوال الشخصية السوري وطلاق المريض؛

مادة ١١٦/؛

«من باشر سبباً من أسباب البيونة في مرض موته أو في حالة يغلب مثلها الهلاك طائعاً بلا رضا زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في العدة فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت».

ويتضح جلياً اعتماد هذه المادة على مذهب الحنفية واقتباسها منه باعتمادها مدة العدة لبقاء

الإرث في الطلاق البائن من الفار^(٢).

الفصل الثالث: الطلاق باتفاق الزوجين (المخالعة).

المبحث الأول: تعريف الخلع وأدلة جوازه وحكمه.

المبحث الثاني: أركان الخلع.

المبحث الثالث: تكييف الخلع وآراء الفقهاء فيه.

(٢) ر: رد المحتار: ٥٢٠/٢ - ٥٢٤ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: ٤٩/٢ - ٥١.

الفصل الثالث- الطلاق باتفاق الزوجين (المخالعة)^(١)؛

المبحث الأول- تعريف الخلع وأدلة جوازه وحكمه؛

المطلب الأول- تعريف الخلع لغة واصطلاحاً؛

لغة: الخُلْع: الترع مع المهلة الخُلْع: طلاق المرأة ببدل منها أو من غيرها والمخالعة والتخالع والخُلعة^(٢).

اصطلاحاً: فرقة بقبول زوجة على عوض بلفظ مخصوص.

فلا بد من وجود الزوجية بينهما وقبول الزوجة للخلع دون اقتصار الزوج عليه وإلا صح طلاقاً دون قبولها إن نوى الطلاق ويكون طلاقاً بائناً لا خلعاً^(٣).

المطلب الثاني- الأدلة على جواز الخلع؛

من القرآن الكريم؛

قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٢٢٩﴾ [البقرة: ٢٢٩].

فلا بأس بالخلع عند الشقاق والخوف من عدم إنصاف المرأة للرجل لخلقه أو صورته فيما تفتدي به.

من السنة؛

أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال النبي ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم. قال: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»^(٤).

من الإجماع؛

أجمع المسلمون على جواز الخلع عند خوفهما ظلم الآخر منهما.

(١) الهداية: ٢٩٢/١ - ٢٩٣ بدائع الصنائع: ٤٤/٣ وما بعدها الشرح الكبير: ٣٤٩/٢ وما بعدها معني الخناج: ٢٦٢/٣ - ٢٦٣ و٢٧٧ وكشاف القناع: ٢١٢/٥ - ٢١٣ و٢١٩.

(٢) القاموس المحيظ: ٦٤٢.

(٣) الدر المختار: ٥٥٧/٢ معني الخناج: ٢٦٢/٣ وكشاف القناع: ٢١٢/٥.

(٤) أخرجه البخاري: كتاب الطلاق باب: الخلع وكيف الطلاق فيه ١٨٩٥/٣ رقم: ٤٩٧١.

من المعقول؛

أن الزوج يملك الانتفاع بالبضع بعوض فله أن يزيله بعوض أيضاً لأن الخلع فيه دفع الضرر عن المرأة غالباً فجاز لذلك.

المطلب الثالث- حكم الخلع (الوصف الشرعي)؛

الأصل فيه الكراهة لقوله ﷺ: «أبما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»⁽¹⁾.

وهو دونما سبب عبث يتره عنه العاقل فيكون مكروهاً.

ويستثنى من ذلك؛

حالة الخوف من عدم إقامة والتزام شرع الله تعالى فيما يطلبه الزوج إذا كان الغالب وجود الخوف فيكون حال الرضا أولى وذلك في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا﴾ [البقرة: ٢٢٩].

فيجوز الخلع ويكره أخذ المال إن كان هو سبب النشوز أو منه.

وذهب الحنابلة إلى بطلان الخلع إن ضارها لأجله وبقاء الزوجية بحالها لقوله تعالى: ﴿وَلَا

تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾ [النساء: ١٩].

ويكره له أخذ الزائد عن المهر في الخلع عامة.

المبحث الثاني - أركان الخلع؛

١- الزوج الملكلف؛

فيشترط كونه بالغاً عاقلاً مختاراً.

والمحجور عليه بسفه يصح خلعه إذا كان المهر مهر المثل أو أقل لأن له الطلاق مجاناً فإذا كان بعوض كان أولى.

ويستلم المهر الولي أو القيم وإلا لم تبرأ منه أو يبادر إلى استلامه منه إن سلمته إلى الزوج.

وإذا تلف في يد السفية ما استلمه من الزوجة لم يضمنه حالاً ولا بعد رشده.

(1) أخرجه ابن ماجه: كتاب الطلاق باب: كراهية الخلع للمرأة ٦٦٢/١ رقم: ٢٠٥٥ والحاكم في المستدرک: ٢١٨/٢.

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٩٥/ على أنه:

«١- يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له».

٢- الزوجة المكلّفة المطلقة التصرف في المال؛

بكونها بالغة عاقلة مختارة فلا يصح خلع المميرة إذ لا عبرة بعبارة الصغيرة والمجنونة لانتفاء الأهلية للقبول.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٩٥/ على أنه:

«٢- المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال».

ولهذا نصت محكمة النقض على أنه:

«إذا طلق الزوج زوجته الصغيرة المميرة على مهرها وقبلت تطلق ولا يسقط المهر».

(ش - ٢٣٥ - ٢٣٢ - ١٩٦٦/٦/٩)

٢- عوض الخلع؛

فينبغي أن يكون مالاً متمولاً متقوماً معلوماً مقدوراً على تسليمه.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٩٧/ على أنه:

«كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون بدلاً في الخلع».

المخالعة على حقوق الزوجية وقانون الأحوال الشخصية السوري؛

تجوز المخالعة على حقوق الزوجية والتي تتناول المهر والنفقة المفروضة والماضية والكسوة والمتعة ونفقة الولد وحضانتها والرضاع... .

فإذا مات الولد لزمها بدل نفقته... .

فإذا أعسرت أجبر على نفقته.

وهذا ما نصت عليه المادة /١٠٢/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«١- إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجره إرضاع الولد أو اشترط إمساك أمه له

مدة معلومة وإنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد يرجع الزوج على الزوجة بما يعادل أجره إرضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية.

٢- إذا كانت الأم معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد يجبر الأب على نفقة الولد

وتكون ديناً له على الأم».

ذكر بدل المخالعة وحده وقانون الأحوال الشخصية السوري.

إذا ذكرا بدلاً للمخالعة سقطت كل الحقوق عند الإمام أبي حنيفة ولزم العوض على الزوجة بقبولها.

وهذا ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٩٨/ على أنه:

«إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أدائه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية».

وقال محمد: "يسقط ما سمياه فقط" وهو مذهب الجمهور.

عدم ذكر بدل المخالعة وقانون الأحوال الشخصية السوري:

إذا كان مسكوتاً عنه ففيه روايتان عند الحنفية أصحابهما برىء كل منهما من الآخر فلا ترد عليه شيئاً إن قبضت من مهرها شيئاً ولا يطالبها بما بقي.

فإذا كانت قد قبضت كل المهر فأصح الروايات لا يطالبها بشيء أيضاً.

وهو ما نصت عليه المادة /٩٩/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برىء كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية».

نفي بدل المخالعة:

فإذا كان البدل منفيماً فلا يسقط شيء من الحقوق وكان الخلع بائناً.

وهذا ما نصت عليه المادة /١٠٠/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«إذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلاق رجعية».

ولا تسقط نفقة العدة وسكنها دون تسمية.

فإذا اتفقا على البدل لم يسقطا.

فإذا نص على النفقة سقطت دون السكنى فلا تسقط ولو نص عليها عند الحنفية والمالكية وبانت منه.

وهذا ما نصت عليه المادة /١٠١/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:
«نفقة العدة لا تسقط ولا يبرأ الزوج المخالعة منها إلا إذا نص عليها صراحة في عقد
المخالعة».

وكذلك لا يسقط حق الغير كحضانة الولد من أبيه بدل أمه فإذا عده بدلاً صح الخلع وبطل
الشرط^(١).

وهذا ما نصت عليه المادة /١٠٣/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:
«إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل
الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ويلزم أبوه بنفقته وأجرة حضنته إن كان الولد
فقيراً».

٤- الصيغة في الخلع؛

يمكن أن تكون الصيغة صريحة وذلك بلفظ الخلع والمفاداة عند الحنفية وفي الأصح عند
الشافعية وعند الحنابلة.

وأضافوا الفسخ إذا ذكر معه المال وذلك أن لفظ الخلع قد تكرر استعماله على لسان أهل
الشرع لإرادة الفراق فلا يحتاج إلى نية.

وكذلك لفظ المفاداة والمبارأة لوروده في القرآن في قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ
بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

ومن الصريح؛

اقتران لفظ الخلع بلفظ الطلاق على مال أو جرى لفظ الطلاق وحده على مال عند الشافعية
والمالكية دون الحنفية.

وقد نصت محكمة النقض السورية على أنه:

«الطلاق مقابل مال هو مخالعة لا تسمع فيها دعوى الرجعة».

(ش - ٢٠٢ - ٢٣٦ - ٢٢٠/٩/١٩٦٠)

(١) الدر المختار ورد المختار: ٥٦٥ و ٥٥٧/٢ - ٥٦٨ و ٥٦٦ - ٥٧٢ و ٥٧٠ - ٥٧٣ الشرح الكبير: ٣٤٩/٢ - ٣٥٠ و ٣٥٦ - ٣٥٧ مغني المحتاج: ٢٧٢/٣ كشف القناع: ٥/٢١٨ و ٢٢٠ - ٢٣٠ و ٢٢١.

وأما الكناية:

كقوله: "فسخت نكاحه بكذا".

إذا اعتبرنا لفظ الخلع صريحاً فيكون فسخت وما أشبهه من كل لفظ يراد به الخلع كناية عن
الفرقة بعوض مع كون هذا اللفظ وغيره من الألفاظ الكنائية في الطلاق محتاجاً للنية.
ولا يعد تخلل الكلام اليسير بين الإيجاب والقبول فاصلاً مبطلاً للإيجاب بخلاف ما إذا كثر فإنه
يضر^(١).

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٩٦/٩٦ على أنه:

«لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر».

التعليق والإضافة في الصيغة:

يمكن أن يتم الخلع بصيغة "متى" أو "متى ما" أو "أي وقت أعطيتني فأنت طالق".

وكذلك لو قال: "إذا" أو "إن أعطيتني كذا فأنت طالق" فمثل ما سبق ولكن يشترط الإعطاء
فوراً.

وكذلك إذا أضفت الطلاق المطلوب المقترن ببدل إلى زمن مستقبل فإنه يصح.

ولو بدأت الزوجة بطلب الطلاق تعليقاً بأن ومتى... كطلقتني على كذا فأجابها فوراً كانت
معاوضة من جانبه جعله في جانبها لبذلها المال مقابلة ما يستقل به الزوج.

ولها الرجوع قبل جوابه مع اشتراط فور جوابه إلا إن صرحت بالتراخي فلا يشترط^(١).

جواز الرجوع قبل القبول:

ذهب الحنفية والمالكية إلى عدم جواز الرجوع إلى جواب الزوجة بينما يجوز رجوعها هي
إذ يعد معاوضة من جانبها.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يجوز رجوع الزوج عن إيجابه قبل قبول الزوجة باعتبار
تكليف الخلع بأنه معاوضة وفي المعاوضة يجوز الرجوع عن الإيجاب قبل صدور القبول.

(١) الدر المختار: ٥٥٧/٢ الشرح الكبير: ٣٤٧/٢ معني المحتاج: ٢٦٨/٣ - ٢٧١.

(١) معني المحتاج: ٢٦٩/٣ - ٢٧٠ و٢٧٦ كشف القناع: ٢٢٨/٥.

وهو ما نصت عليه المادة /٩٦/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر».

وهذا أخذاً بمذهب الشافعية والحنابلة في جواز الرجوع قبل قبول الزوجة.

اشتراط قبول الزوجة لفظاً؛

لابد من قبول الزوجة باللفظ إذا كانت ناطقة فلا يتم بالفعل.

ولابد من اتصاله بالإيجاب دون أن يفصله كلام أجنبي عنه أو زمن طويل.

وأما الخرساء فتعد إشارتها المفهومة كافية^(٢).

توافق القبول مع الإيجاب؛

لا يجوز اختلاف القبول عن الإيجاب زيادة أو نقصاناً كقوله "طلقتك بألف" فقبلت بألفين

وعكسه وعد ذلك لغواً للمخالفة في المعنى.

فلم يكن جواباً بخلاف قوله: "إن أعطيتني ألفاً" فأعطته ألفين وذلك أن القبول جواب

الإيجاب فإذا خالفه في المعنى لم يعتد به ويعد الإعطاء فعلاً لا جواباً.

فالألف داخل بالألفين فقد أتت بألف ولا تعتبر الزيادة^(١).

المبحث الثالث - تكييف الخلع وآراء الفقهاء فيه؛

المطلب الأول - تكييف الخلع؛

يتوقف تحديد تكييف الخلع على عده طلاقاً أو فسخاً.

فإن عد طلاقاً كان معاوضة فيها شوب تعليق وذلك لأن فيه صيغة المعاوضة كما في قوله:

"طلقتك" أو "خالعتك بألف" فأجابت بالقبول لأن فيه أخذ العوض مقابل الملك بإخراجه عن

اختصاصه به.

وتبقى معاوضة مشوبة بالتعليق لأن الطلاق لا يقع إلا بقبول دفع المال.

وإن عد الخلع فسخاً فهو معاوضة محضة لا يؤثر التعليق فيها كابتداء البيع^(٢).

(٢) الدر المختار: ٥٥٨/٢ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٣٥١ و٣٤٧/٢ مغني المحتاج: ٢٦٩/٣ كشف القناع: ٢٢٧/٥.

(١) مغني المحتاج: ٢٦٩/٣.

(٢) مغني المحتاج: ٢٦٩/٣.

المطلب الثاني - آراء الفقهاء في عد الخلع طلاقاً أو فسخاً⁽³⁾؛

إذا كان الخلع بلفظ الخلع؛

فذهب الجمهور إلى أن الخلع طلاق بائن ينقص عدد الطلقات وذلك لأن الله تعالى ذكره بين طلاقين وذلك بعد قوله تعالى: ﴿أَطْلَقُ مَرَّتَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] مما يدل على إلحاقه بالطلاق.

وعند الحنفية لأنه كناية مقترنة بالمال مما أغنى عن النية ولتسلم لها نفسها بالبينونة.

كما أنه لو كان فسخاً لصح بالصداق فقط لأنه يجب في الفسخ بذل البدل وهو يصح بكل بدل.

وعدّ بائناً لأنها بذلت المال لتملك نفسها ولا تملكها مع الرجعة ولهذا إذا نفي البدل كان طلاقاً رجعياً.

ونصت محكمة النقض على عده طلاقاً بائناً فذكرت:

«المخالعة هي طلاق بائن لا تؤثر فيه الرجعة الوحيدة الطرف».

(ش - ٣٦٤ - ٣٤١ - ١٨/٩/١٩٦٦)

وذهب الحنابلة والشافعية في قول إلى أنه فسخ لا ينقص عدد الطلاق ويجدد عقد النكاح بتكرره دون حصر لأنها فرقة بمعاوضة فتكون فسخاً.

واشترط الحنابلة وقوعه بلفظ الخلع والفسخ والمفاداة ليكون فسخاً مع عدم نية الطلاق

واستدلوا بالآية: ﴿أَطْلَقُ مَرَّتَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

الفصل الرابع: الطلاق بحكم القاضي.

المبحث الأول: الطلاق والفسخ للعيوب والأمراض.

المبحث الثاني: التفريق للغيبة.

المبحث الثالث: التفريق للإعسار بالنفقة.

المبحث الرابع: التفريق للشقاق والضرر.

(3) الدر المختار: ٥٥٩/٢ الشرح الكبير: ٣٥١/٢ معني الخناج: ٢٦٨/٣ و٢٧١ كشف القناع: ٢١٦/٥.

الفصل الرابع- الطلاق بحكم القاضي؛

المبحث الأول- الطلاق والفسخ للعيوب والأمراض؛

إن الأصل في عقد الزواج خلوه عن كل ما يعكر صفوه شعوراً وحساً.

ولا يستقيم ذلك لما قد يطرأ من عيوب تحول دون استقرار هذا العقد.

وسوف أذكر هذه العيوب ثم آراء الفقهاء في ثبوت الخيار وحق الفسخ بها ثم أذكر العيوب

الحديثة وما يمكن أن يكون حكمها ثم أبين رأي القانون.

المطلب الأول- تعريف العيوب التي يفسخ بها؛

ونبدأ بتعريف العيوب الجنسية ثم الجسمية وسأكتفي بالتعريفات الاصطلاحية اختصاراً.

العيوب الجنسية؛

الرتق؛ انسداد مسلك الذكر بعظم أو لحم بحيث يكون ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه.

القرن؛ لحم أو عظم ينبت في الفرج يمنع دخول الذكر.

الإفشاء؛ اختلاط مسلك البول بمسلك الجماع وصيررتهما مسلكاً واحداً^(١).

العُنَّة؛ والعَيْن - كسكين - من لا يأتي النساء عجزاً فيعن يميناً وشمالاً ولا يقصد المأتي منهما.

ويلحق عند الشافعية بالعين قياساً؛ كبير الآلة بحيث لا تسع حشفته امرأة ويفضي كل امرأة

وتسمى عبالة الزوج^(٢).

الجب؛ هو مقطوع الذكر والخصيتين ويلحق به الخصي؛ وهو محبوب الخصيتين.

العيوب الجسمية؛

الجنون؛ استتار العقل بعلّة دائمة أو متقطعة والعتة والصرع والخبل والوسواس درجات من

الجنون.

الجدام؛ علة يحمر منها الجلد أو العضو ثم يسود ثم يتشقق وينتن ويتقطع ويتناثر.

البرص؛ بياض شديد مبقع إذا نَحَسَ بإبرة خرج منه ماء لا دم وهو أبيض أو أسود وهو أردأ من

الأبيض وهو مقدمة للجدام.

(١) القاموس المحيظ: ١١٨٩ حاشية الدسوقي: ٢٧٨/٢ ينظر بحث لي بعنوان: فسخ النكاح بالعيوب.

(٢) المجموع ٤٣٥/١٥ - معني المحتاج ٢٠٢/٣ - الهجة ٣١٢/١ - حاشية الدسوقي: ٢٧٨/٢ حاشية الطحطاوي: ٢٠٩/٢ ابن عابدين ٦١٣/٣ القاموس المحيظ ٩٢٦.

الباسور؛ داء في المقعدة ومنه ما هو ناتئ ومنه ما هو غائر وهو إما سائلاً أو غير سائل.
الناصور؛ هو قروح غائرة تحدث في المقعدة يسيل منها الصديد وقد تكون نافذة أو لا^(١).
المطلب الثاني - آراء الفقهاء في ثبوت الخيار؛

يثبت الخيار للزوج عند جمهور الشافعية والمالكية والحنابلة ومحمد من الحنفية بعيب الزوجة بشرط أن لا يعلم بمرضها ولا يرضى به.

وأما الحنفية فلا يثبت للزوج عندهم خيار بعيب الزوجة مطلقاً لأن انقطاع الزوجية كلها بالموت لم يوجب الفسخ مع أن المقصود من النكاح لم يحصل.

فاختلال المقصود بالعيوب من باب أولى لا يثبت الخيار ولأن المستحق عليها هو التمكين وهو حاصل واستيفاءه من الثمرات وهي ليست بواجبة.

ويثبت الخيار للزوجة بعيب الزوج بإجماع الأئمة الأربعة إلا عند ابن حزم فلا يثبت الخيار لها مطلقاً.

وتفصيل رأي الأئمة على حالتين قبل الدخول وبعده وهذا عند الشيخين - أبي حنيفة وأبي يوسف - في العيوب الجنسية دون الجسمية ومحمد مع الجمهور.

المطلب الثالث - الأدلة ومناقشتها؛

أدلة ثبوت الخيار للزوجة والزوج؛

من السنة؛

أخرج البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت: أن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي وإنما معه مثل الهدبة. قال: «لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى يدوق عسيلتك وتذوق عسيلته»^(١).

(١) مطالب أولي النهى: ١٤١/٥ المغني: ٥٨١/٧ الشرح الكبير: ٥٦٧/٧.
(١) أخرجه البخاري: كتاب الطلاق باب: من أحاز طلاق الثلاث ١٨٨٨/٣ رقم: ٤٩٦.

وجه الدلالة:

أنها ادعت عليه العنة فرد الرسول ﷺ كلامها بقرينة التحليل للرجوع إلى زوجها فلم يثبت لها الخيار لأن النكاح لازم ولأن المستحق بالعقد لم يفت^(٢) ولولا قرينة التحليل لأثبت لها الخيار. وعلى كل حال لم يستقم توجيه الاستدلال بهذا الحديث والأولى الاستدلال بآثار الصحابة أو بحديث الجونية وعند ذلك يلزمون برأي الجمهور لنفس الأدلة التي سيدكرونها في المعقول.

أخرج الإمام أحمد عن جميل بن زيد قال: "صحت شيخاً من الأنصار ذكر أنه كانت له صحبة يقال له: كعب بن زيد أو زيد بن كعب فحدثني: أن رسول الله ﷺ تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشْحها بياضاً فأنحاز عن الفراش ثم قال: «خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما آتاها شيئاً»"^(٣).

وجه الدلالة:

ثبت الرد بعيب البرص بالحديث فيثبت في سائر العيوب قياساً على البرص بجماع علة منع الاستمتاع وعدم تحقق مقصود النكاح^(٤).

إجماع الصحابة:

روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في العنين أن يؤجل سنة فإن قدر عليها وإلا أخذت منه الصداق كاملاً.

وعن ابن مسعود مثله وعن علي رضي الله عنهم مثله وكان قضاؤهم بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد منهم فكان إجماعاً وهذا ما نقله ابن المنذر من إجماع السلف الصالح على القول بذلك^(١).

المعقول:

يثبت الخيار للمرأة بتعين الزوج لأن الوطاء مرة واحدة مستحق بالعقد على الزوج للمرأة. والالتزام بالعقد عند تحقق العجز عن الجماع ظلم وضرر يجب رفعه لأن العجز يمنع المستحق بالعقد وقد قال تعالى: ﴿وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا﴾ [الكهف: ٤٩].

وقال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢).

(٢) بدائع الصنائع: ١٥٢٧/٣.

(٣) المسند: ٤٢٣/١٢ رقم: ١٥٩٧٤ الفتح الرباني السعدي: ١٩٨/١٩ - المرأة قبل: اسمها العالية وقيل: أسماء بنت النعمان قال الحاكم: هي الجونية وقال ابن حجر: الحق غيرها/الفتح الرباني.

(٤) المصادر السابقة.

(١) الإجماع: ٧٧ نصب الرية: ٢٥٤/٣ بدائع الصنائع: ١٥٢٧/٣.

(٢) أخرجه ابن ماجه: كتاب الأحكام باب: من بين في حقه ما يضر بجاره ٧٨٤/٢ رقم: ٢٣٤ وأخرجه مالك: كتاب الأفضية باب: القضاء في المرفق ص ٥٣١ رقم: ٣١.

المطلب الرابع- قانون الأحوال الشخصية السوري والعيوب:

مادة /١٠٥/:

«للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين:

١- إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها.

٢- إذا جن الزوج بعد العقد».

أعطى القانون حق الخيار للزوجة دون الزوج وهو مذهب الحنفية دون الجمهور.

وكان الأولى إعمال رأي الجمهور وإعطاء الخيار لكليهما تسوية بينهما في وجود الضرر والإيذاء.

كما أن القانون قد أثبت الخيار في العيوب المانعة من الدخول وهو العيب الجنسي وهو ما قاله الحنفية دون الجمهور.

واشترط القانون سلامة المرأة من العيب المانع من الدخول لطلبها التفريق وهو مذهب الجمهور في اشتراط سلامتها لثبوت الخيار لها في العيب المشترك.

فخص بعدم وجود ذات العيب المنفر فيها والأولى هو ثبوت الخيار بمطلق العلة لأن نفس الإنسان تعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه وهو وجه عند الشافعية.

وقد أخذ القانون بمذهب الجمهور ومحمد من الحنفية في الجنون دون الحنفية الذين لم يعدوه موجبا للفسخ.

ويلحظ هنا أن الجمهور أثبتوا الخيار لكليهما بالعيوب الجسمية والجنون منها.

فحبذا لو أخذ المشرع بمذهب الجمهور كاملاً لأن أمراضاً أخرى غير الجنون أشد خطورة منه وأدعى لطلب الفسخ لهذا العقد.

ونصت المادة /١٠٦/ على شروط حق التفريق للعللة فذكرت:

«١- يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة إذا علمت بما

قبل العقد أو رضيت بما بعده.

٢- على أن حق التفريق بالعنة لا يسقط بحال».

وهذه المادة في فقرتها الأولى مأخوذة من رأي الجمهور ومحمد من الحنفية في جانب منها وهو الجنون.

ومذهب الحنفية أنها لا يفوت بها مقصود النكاح وهو الوطء مع أنه يفوت بهذه العلة مقاصد مهمة أخرى من السكن والمودة... .

ومن تمام رأي الجمهور ثبوت الخيار بشروطي عدم العلم وعدم الرضا.

ثم أثبت لها الشافعية الخيار بعد العقد بشرط عدم العلم.

والمالكية ومحمد وقول عند الحنابلة أثبتوا الخيار بعد العقد مطلقاً.

وهذا يشير إلى أن هذه المادة قد أخذت بمذهب الشافعية هنا لأن الساقط لا يعود طالما علمت بالمرض ورضيت به فلا يمكن بعد ذلك أن تطالب به.

رغم أنني أرحح مذهب الجمهور القائلين بالفسخ مطلقاً لأن نفس الإنسان قد لا تصبر على ما وافقت على تحمله ابتداءً ولا يجبر أحد على تحمل ما لا يريده.

وأما التفريق بالعنة فقد قال به عامة الفقهاء.

وتفرد الشافعية بأن علم الزوجة بوجوده لا يسقط خيارها.

وقد أخذ القانون بهذا الرأي.

ولكن المادة مطلقة لم تفرق بين حصول الوطء ولو لمرة واحدة وهو مذهب عامة الفقهاء وبين عدم حصوله وهو أمر لم يخرج به القانون عن مذاهب الفقهاء.

ولكن يمكن القول أن القانون قد أخذ بالإطلاق وذلك أن الوطء حق لها بعد العقد كما هو قبل العقد أخذاً من الإيلاء وبرأي عند الحنفية بأن الامتناع عن الوطء أربعة أشهر يعد طلاقاً.

وقد حددت المادة /١٠٧/ الوقت للفسخ الذي يمكن أن يؤجل إليه أو لا فنصت:

«إذا كانت العلة المذكورة في المادة /١٠٥/ غير قابلة للزوال يفرق القاضي بين الزوجين

في الحال وإن كان زوالها ممكناً يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة فإذا لم تنزل العلة فرق بينهما».

وتعد هذه المادة تمييزاً بين الأمراض القابلة للزوال والشفاء وبين الأمراض المستعصية المزمنة التي

لا يمكن زوالها.

فعدت الفسخ ممكناً للحال في الأمراض التي لا تزول وقصر هذا في المادة /١٠٥/ على الأمراض المانعة من الدخول فتدخل الأمراض الجنسية والجسمية الحديثة والخطيرة والتي تمنع من الدخول كأضرار القلب الميتة.

وأما الأمراض التي يمكن زوالها فيؤجل فيها لسنة وهو أجل العنين بالاتفاق.

وعمم القانون هذا في الأمراض التي تمنع الدخول وهي الجنسية وما يشبهها ولكن في جانب المرأة وأضاف إليها الجنون.

ولتمام الأجل وضحت محكمة النقض هذا فنصت:

«يتوجب على الزوجة مساكنة زوجها خلال المدة الممنوحة بموجب المادة /١٠٧/ أحوال».

(ش - ٤٥٧ - ٤٥٠ - ١٩٧٠/١٠/٢٧)

المطلب الخامس - آثار ثبوت الخيار؛

١- الفسخ؛

إذا ثبت الخيار على الخلاف المتقدم كان أول أثر من آثار ثبوت الخيار ثبوت حق الفسخ لأحد الزوجين أو لكليهما.

٢- التأجيل؛

إذا ثبت الخيار فقط فقد لا يثبت حق الفسخ في بعض العيوب إلا بعد التأجيل فيؤجل العنين سنة عند أئمة المذاهب الأربعة.

وذلك بعد ثبوت العيب وعلّة التأجيل إنما هو لمعرفة حقيقة العنة.

٢- المهر؛

إن كانت الفرقة قبل الدخول فلا مهر عند الجمهور عدا الحنفية لعدم سلامة الأصل المعقود عليه ولعدم تحقق المقصود من العقد.

وعند الحنفية باتفاقهم:

قبل الخلوة؛

لها نصف المهر^(١).

بعد الدخول؛

فيجب كامل المهر المسمى عند أبي حنيفة والمالكية فيما إذا ردت هي لتعيبه بعد الدخول أو ما يقوم مقامه لأن المهر صحيح وقد وجب بالعقد الصحيح واستقر بالدخول فلا يسقط بما يستجد بعده وإلا ضاع حق المهر.

٤- تكيف التفريق؛

هذا يعني أنه يحتسب التفريق من الطلقات الثلاث فينقصها أو لا.

قال الحنفية والمالكية: "تقع الفرقة بين الزوجين طلاقاً بئناً يحسب من الطلقات الثلاث".

وقال الشافعية والحنابلة: "تقع الفرقة فسخاً لا طلاقاً فلا تحسب من الطلقات الثلاث".

نصت المادة /١٠٨/ من قانون الأحوال الشخصية السوري:

«التفريق للعلة طلاق بئناً».

والذي أرجحه عد هذا التفريق فسخاً لا طلاقاً لأنه لا يتوافر فيه معنى الطلاق وأحكامه وحكمه^(١).

المطلب السادس- الأمراض الحديثة والخيار بها في عقد الزواج؛

إن الأمراض الحديثة تكاد تكون فوق الحصر بل هي كذلك.

منها ما هو خطر يؤدي إلى الموت ومنها ما يؤدي إلى العدوى ومنها ما يؤدي إلى الضرر والألم.

ومن خلال موضوعنا هذا يهمننا من الأمراض الحديثة ما يقع على الجسم فيؤدي إلى تعذر

قيام الحياة الزوجية بحصول الضرر والعدوى وما يحصل نتيجة أسباب جنسية وبيانه:

إن الأمراض التي ليس لها ضرر يذكر فلا حكم لها إما لأنها يمكن علاجها أو لأنه لا يطول

(١) الشرح الصغير: ٤٧٥/٢ و٤٧٧/٢ فتح الرباني: ٤٢/٢ فتح القدير: ١٢٨/٤ بدائع الصنائع: ١٥٣٦/٣ حاشية ابن عابدين: ٦٠٩/٣.

(١) تراجع أدلة ذلك ومناقشتها والترجيح فيها في بحثي فسخ الزواج بالعيوب: أدلة الفقهاء في تكيف الفسخ.

أجلها.

ومنها ما خطره شديد وتؤدي إلى الموت؛

وهذه أرى فيها ثبوت الخيار إذا كانت قبل العقد واكتشفت عند العقد وقبله فيثبت الخيار فيها قبل الدخول.

وكذلك إذا لم تكن مميتة ولكنها تؤدي إلى الموت إن لم تعالج أو تكتشف.

أما بعد العقد فلا وجه لثبوت الخيار لأن الحياة الزوجية مبنية على حسن المعاشرة ويكون استمرارها حينئذ أكثر لزوماً من قبل وهذا من حيث المال.

أما من حيث حكم العقد فكان يلزم الفسخ بها ولكن يقدم المال على حكم العقد لوجود الضرر المترتب على الفسخ إذ بالفسخ نزيد استفحال المرض ونهدم معايير إنسانية مختلفة يكون عندئذ أحوج ما نكون إلى وجود العلاقة الزوجية ولكن ذلك بشروط:

١- يجب التوقف عن الجماع واللمس المباشر أو غير المباشر إذا كان الممرض معدياً.

٢- أن لا يطول زمن المرض؛

فإن طال كان لكلا الزوجين الخيار لتعذر وجود الحياة الزوجية وأرى تحديد الزمن بسنة إن رغب أحدهما بذلك.

وإضافة لذلك أرى أن تتخذ الإجراءات التالية للحيلولة دون انتشار المرض:

١- أن يسن تشريع يفرض على الزوجين التأكد من سلامة كل منهما قبل العقد كشهادة خبية.

٢- فرض الحجر الصحي التام على المريض بمرض لا يمكن الشفاء منه وهذا أفضل من إنهاء العلاقة الزوجية.

٢- أن يسن أو يشرع مؤيد جزائي على عدم تنفيذ الإجراء الأول - إبراز شهادة خبية - وأن يشرع عقوبة أو مؤيد جزائي على الذي تزوج وهو مصاب على أساس المسؤولية التقصيرية لتسببه بإصابة الطرف الآخر السليم وذلك إذا كان الممرض قبل العقد.

المبحث الثاني - التفريق للغيبة والفقد؛

المطلب الأول - تعريف الغائب؛

اختلف الفقهاء في تحديد الغائب؛

ذهب الشافعية إلى أنه ما كان على مسافة مسيرة يوم كامل من طلوع الشمس إلى الليل.

ومثل ذلك عند الحنابلة لكن على مسافة القصر.

وذهب الحنفية إلى أنه هو الغائب عن المجلس أو البلد ولا يعلم موضعه.

وذهب المالكية إلى عد الغائب الذي يقضى عليه هو الذي على مسيرة عشرة أيام وأكثر.

هذا والمفقود يدخل في هذا إلا أنه أخص إذ لا تعلم حياته من موته ولا يعلم مكانه⁽¹⁾.

المطلب الثاني - آراء الفقهاء في التفريق للغيبة والفقد؛

ذهب الحنفية والشافعية إلى عدم جواز التفريق للغيبة طالت المدة أو قصرت إلى أن يعود أو

يحكم القاضي بموته بعد الثمانين.

وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق للغيبة على تفصيل:

قال المالكية: "ينظر أربع سنين ثم تعدد عدة الوفاة فالغائب المفقود في دار الإسلام يؤجل".

وأما مفقود الأسر وأرض الشرك فيللى الثمانين ثم تعدد عدة الوفاة.

وفي الحرب بين المسلمين بعد انفصال الصفيين ثم تعدد عدة الوفاة.

وأما الحرب مع الكفار فتتربص سنة ثم تعدد عدة الوفاة.

وأما الغائب المعلوم المكان فيكتب إليه ليأتي أو لينقل امرأته إليه أو يفارقها أو يطلق عليه.

فإن بعث إليها بنفقة انتظر سنتين أو ثلاث سنين ثم طلقت وإن لم يبعث أعذر إليه وطلقت

طلقة رجعية فإذا أيسر فله مراجعتها وإلا بان.

وأما الحنابلة فقالوا: "تتربص امرأة المفقود في الغيبة التي ظاهرها عدم السلامة أربع سنين ثم

تعددت عدة وفاة".

(1) تبين الحقائق: ٣١٠/٣ الشرح الكبير: ١٦٢/٤ معني المحتاج: ٤٠٧/٤ كشاف القناع: ٣٥٣/٦.

وأما المفقود في الغيبة التي ظهرها السلامة كتجارة وطلب العلم وسجن فيلى التسعين ثم
تعدد عدة الوفاة.

وأما الغائب المعروف المكان القاصد للإضرار بها فلها الفسخ بعد أربعة أشهر.

وغير القاصد للإضرار بعد ستة أشهر لها الفسخ إذا لم تكن غيبته في حج أو رزق أو جهاد
وطلبت قدومه ولم يأت^(١).

وإذا عاد قبل انتهاء عدتها فهي زوجته وكذلك قبل تزوجها بعد انتهاء عدتها.

وأما إذا عاد بعد تزوجها وقبل دخول الثاني فهي زوجته اتفاقاً بين المالكية والحنابلة.

فإذا دخل بها فانت منه عند المالكية.

أما عند الحنابلة كان الأول بالخيار بين عودتها إليه بالعقد السابق أو يأخذ المهر الذي دفعه من
الثاني.

ولو تبين موته أثناء العدة أو بعدها فسخ نكاح الثاني ما لم يتلذذ بها ولم يعلم بحال الأول.

المطلب الثالث - الأدلة والمناقشة:

استدل الحنفية والشافعية بما رواه المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ قال: «امرأة المفقود امرأته
حتى يأتيها الخبر»^(٢).

وعن علي موقوفاً: «امرأة المفقود امرأة ابتليت فلتصبر لا تنكح حتى يأتيها يقين موته»^(٣).

واستدل المالكية والحنابلة بما روي عن عمر في امرأة غاب عنها زوجها فسأل حفصة فقال:

"يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت: "سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا" فقال: "لولا
أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك!" فقالت: "خمسة أشهر ستة أشهر".

فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهراً ويقيمون أربعة ويسيرون شهراً راجعين.

وهذا الرجوع إلى الأول بعد استتيان بقاء عقدها كما قال الإمام مالك: "ليس استحلال

الفروج بعد إعدار السلطان كعقد النكاح بعد مجيء وهو لم يطلقها ولم يم^(٤).

(١) مدائع الصالح: ٢٨/٤ - ٢٩ رد المحتار والدر المختار: ٦٦٥/٢ - ٦٦٦ مواهب الجليل: ١٥٦ - ١٥٧ شرح الكبير: ٤٧٩/٢ - ٤٨٣ النقي: ١٣٢/٤ المدونة الكبرى: ٤٤٨/٢ - ٤٤٩ معنى افتتاح: ٤٤٢/٣ - ٤٤٣ كشف القناع: ٤٢١/٥ - ٤٢٤.
(٢) سنن الدار فطن: باب المهر ٣١٢/٣ رقم: ٢٥٥.
(٣) سنن البيهقي: كتاب العدة باب: من قال بخير المفقود إذا قدم ٤٤٥/٧.
(٤) المدونة: ٤٤٩/٢ المغني: ١٤٣/٨.

المطلب الرابع- الحكم بالفسخ وأثره:

ذهب المالكية إلى حاجتها في الطلاق للقاضي فيضرب القاضي الأجل وبانتهاء الأجل تعدد عدة الوفاة دون إذن منه.

فإذا ما شرعت بعدتها لم يكن لها الرجوع إليه وقدر وقوع الطلاق عليها بشروعها بالعدة ويتحقق بدخول الثاني بها.

وذهب الحنابلة إلى أنه لا حاجة للقاضي لحصول الفسخ أو لتحديد بدء الغيبة أو بالتفريق والعدة فإذا مضت المدة والعدة فإن لها أن تتزوج^(٢).

وجعل المالكية هذا التفريق طلاقاً رجعياً تتحقق بينوته بدخول الثاني وبالنسبة لها بدخولها في العدة بينما عده الحنابلة فسخاً^(٣).

المطلب الخامس- قانون الأحوال الشخصية السوري والتفريق للغيبة،
المادة ١٠٩/؛

«١- إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

٢- هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها».

ويلحظ نص المادة: "جاز لزوجته..". وهذا يعني الجواز لا الوجوب ولا الوقوع بمجرد الغيبة.

وإنما لها هذا الحق بالخيار بين أعماله أو لا.

فإن اختارت المقام والصبر فلها النفقة ما دام حياً فإذا بان موته رجع الورثة عليها بما أنفق بعد موته^(١).

ويلاحظ أن القانون أخذ بالتفريق لأجل السجن باعتباره مستحقاً لهذا السجن فيعتبر نوع إضرار منه بها.

(٢) كشف القناع: ٤٢١/٥ - ٤٢٢.

(٣) الشرح الكبير: ٤٧٩/٢ - ٤٨٠ دليل الطالب: ٢٢١.

(١) كشف القناع: ٤٢٢ - ٤٢٤.

ولأن من غاب دون قصد الإضرار في غير حج وعمل وجهاد فلها حق الفسخ.
فمن باب أولى ثبوته لها في سجنه لأكثر من سنة.. ولكن لا شك أن من سجن مظلوماً ينبغي
اختلاف حكمه.

المبحث الثالث- التفريق للإعسار بالنفقة ولعدم الإنفاق⁽¹⁾؛

المطلب الأول- آراء الفقهاء في الفسخ للإعسار بالنفقة وأدلتهم:

إذا أعسر الزوج بالنفقة (الطعام وإدامه والكسوة والمسكن) فللزوجة فسخ النكاح على
مذهب المالكية والحنابلة والأظهر عند الشافعية.

ولابد أن تقيم البينة على إعساره أو أن يقر بإعساره بالنفقة ويثبت ذلك عند القاضي أو
المحکم لأن الفسخ محل اجتهاد فلا بد فيه من القاضي.

فإذا لم تستطع رفع أمرها إلى القاضي فإنها تستقل بالفسخ للضرورة.

وقال الحنفية: "لا يفرق بينهما ترجيحاً لبقاء عقد الزوجية ويجوز تأخير حقها وتستدين
عليه بأمر القاضي فتكون ديناً عليه ليعود الدائن على الزوج لا عليها".

المطلب الثاني- التفريق للإعسار طلاقاً أو فسخ:

لا يعد الفسخ للإعسار طلاقاً في مذهب الشافعية والحنابلة دون المالكية فيعد طلاقاً رجعيّاً
إن وجد يساره في العدة.

ولابد على القاضي من إمهاله ثلاثة أيام وإلا فسخ العقد.

ولها الخروج من بيتها زمن المهلة لتحصيل النفقة وليس له منعها.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١١١/ إلى أنه:

«تفريق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيّاً وللزوج أن يراجع زوجته في العدة بشرط أن
يثبت يساره ويستعد للإنفاق».

وتعد هذه المادة إعمالاً لمذهب المالكية إلا في شيء واحد وهو أنها إن رضيت وعلمت
بإعساره عند العقد يسقط حقها وهو الأولى في رأيي ترجيحاً لمصلحة بقاء العقد.

ونص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١١٠/ على أنه:

⁽¹⁾ الطهري، جامع الصحاح، ١٤١٤ هـ، ص ١٧١ و١٧٢ - روضة الطالبين، ١٤١٣ هـ، ص ١٧١ - ١٧٢ - كتاب الطلاق، ١٤١٤ هـ، ص ١٧١ و١٧٢.

« ١- يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة».

وهو كما يُرى اجتهاد المالكية في الإلزام بالنفقة فإذا لم يثبت عجزه ولم يُجب بشيء طلق عليه.

وإن أثبت عجزه أو كان غائباً أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما.

وقد جاء في تلوم الحاكم - أي إنظار القاضي للزوج عند المالكية - يتبع اجتهاده واجتهاده منوط بالعرف في تحديد المدة.

ولهذا جعل القانون هذه المدة ثلاثة أشهر جرياً مع العرف في إمكان تغير عسره وتبين حاله.

المطلب الثالث- حد النفقة اللازمة لنفي الإعسار الموجب للفسخ:

ذهب الجمهور من الفقهاء إلى أنه إذا أمكن الزوج أن يقدم للزوجة نفقة المعسر لفقره فلا فسخ لأن النفقة اللازمة عليه هي نفقة الفقير المعسر ولا تصير النفقة الزائدة عن هذا الحد ديناً عليه.

بخلاف الموسر والمتوسط إذا أنفقا أقل من حد نفقتهما فلا فسخ ويثبت الباقي في ذمتها لها.

فإذا عجز عن هذا الحد فقد أثبت الجمهور لها طلب الفسخ.

فإن أراد رجعتها عند المالكية فليس له إلا بقدرته على نفقتها وليس دونها.

فلو قدر على ما دون نفقتها فليس له الرجعة^(١) وهو ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية

السوري في المادة /١١١/.

^(١) بلغ الصالح ٤/ ٢٠١٢ - ٢١ - الفرح للفرز ١٢/ ١٩٨٥ - ١١ - روضة الطالبين ٧/٢١ - ١٢ - الفتح للفرز ٤/ ١٢١٢ - ٤ - كتاب الفتح ٥/ ٢٧٦.

المبحث الرابع- الطلاق للشقاق والضرر^(٢)؛
المطلب الأول- التعريف بالشقاق والضرر؛

والضرر إما أن يكون منه ومثاله: أن لا يتكلم معها أو يدير بوجهه عنها أو يسبها وأبيها أو يطأها في دبرها أو يضربها ضرباً مؤلماً ويؤدب على هذا.

وإما أن يكون منها: كإعراضها وعبوسها وتكلمها بكلام خشن منها بعد لين وخروجها من المنزل لا لحاجة لها وإما يكون منهما.

المطلب الثاني- آراء الفقهاء في الشقاق والضرر وأدلتهم؛

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه إن كان الشقاق من الزوج عزره وأدبه - كأن ضربها بلا سبب - مقتصرأ في البداية على النهي لعله يلتئم الحال بينهما.

فلا يستوحشا بتعزيره من القاضي وإلا عزره وأسكنه قرب ثقة يمنعه من التعدي عليها وإلا حال بينهما حتى يظن أنه عدل.

فإن اشتد الشقاق بعث القاضي الحكيم بوكالتهما وإذنهما بالطلاق أو بالخلع وإن لم يرضيا بالحكيم ولم يتفقا بحث القاضي عن الظالم منهما وأدبه.

وذهب المالكية إلى أن للزوجة الخيار بين الإقامة مع ظلمه أو تطليق نفسها طليقة بائنة برفع أمرها إلى القاضي إذا أثبتت الضرر مرة واحدة كأن ضربها ضرباً مبرحاً كما أن لها القصاص.

وفي قول عند الشافعية ورواية عن الإمام أحمد والحكمان موليان بمعنى لهما الطلاق إن قرراه. استدلال القائلين بالتفريق؛

قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ [النساء: ٣٥].

فيحكم الحكمان بما يريانه من المصلحة إما بالإصلاح وإما بالتفريق فهما موليان حكمان وليس بوكيلين.

(٢) الهداية: ٢٩٢/١ رد المحتار والدر المختار: ٥٥٨/٢ الشرح الكبير: ٣٤٣/٢ - ٣٤٧ والحري على مختصر خليل: ٨/٤ - ١٠ معني المحتاج: ٢٥٩/٣ - ٢٦١ كشاف القناع: ٢١١ - ٢١٠/٥ - ٢١١ المغني: ١٦٦/٨ - ١٧١ روح المعاني: ٢٦/٥ - ٢٧ الجامع لأحكام القرآن ١١٤/٥ - ١١٦.

استدلال القائلين بعدم التفريق:

إن مهمة الحكمين الإصلاح أو التفريق بوكالة الزوجين.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١١٢/ على أنه:

«١- إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق.

٢- إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التطليق طلاقاً بائناً.

٣- إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر كامل أملاً بالمصالحة فإن أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكمين من أهل الزوجين وإلا ممن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما وحلفهما يميناً على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة».

مادة /١١٢/:

«١- على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين وأن يجعاهما في مجلس تحت إشراف القاضي لا يحضره إلا الزوجان ومن يقرر دعوته الحكمان.

٢- امتناع أحد الزوجين عن حضور هذا المجلس بعد تبليغه لا يؤثر في التحكيم».

مادة /١١٤/:

«١- يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلاقاً بائناً.

٢- وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب ومدى الإساءة.

٣- للحكمين أن يقررا التفريق بين الزوجين مع عدم الإساءة من أحدهما على براءة ذمة الزوج من قسم من حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك وكان قد ثبت لدى الحكمين استحكام الشقاق بينهما على وجه تتعذر إزالته.

٤- إذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما أو ضم إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً وحلفه اليمين».

«على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي ولا يجب أن يكون معللاً وللقاضي أن يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير ويعين في هذه الحالة وللمرة الأخيرة حكمين آخرين».

الفصل الخامس: الطلاق بحكم الشرع والقانون.

المبحث الأول: الإيلاء.

المبحث الثاني: الظهار.

المبحث الثالث: اللعان.

المبحث الرابع: التفريق لتغيير الدين.

المبحث الأول - الإيلاء؛

المطلب الأول - تعريف الإيلاء وألفاظه وحكمه؛

شريعاً؛ الحلف بالله على ترك وطء الزوجة فوق أربعة أشهر.

وألفاظ الإيلاء هي:

الألفاظ الصريحة كقوله: "لا أجامعك" "لا أطوك" ... مع الحلف.

الألفاظ الكناية: ويفتقر فيها إلى نية عدم الوطاء كقوله: "لا ألامسك".

حكم الإيلاء؛

والإيلاء حرام لأن فيه ترك واجب.

وقد كان أهل الجاهلية يملفون أن لا يقربوا الزوجة لسنة وأكثر فيدعها كالمعلقة غير ذات زوج ولا ذات زوج.

فلما جاء الإسلام وقته الله تعالى بأربعة أشهر.

والأصل في حكم الإيلاء قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ

غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ [البقرة: ٢٢٦ و ٢٢٧].

المطلب الثاني - أركان الإيلاء وشروطه:

أركان الإيلاء خمسة هي:

١- الحالف؛

ويشترط أن يكون زوجاً بالغاً عاقلاً يتصور منه الجماع ومختاراً عند الجمهور خلافاً للحنفية.
ومسلماً عند المالكية والصاحبين خلافاً للجمهور فيصح إيلاء الذمي عندهم.

٢- المحلوف به؛

يشترط في المحلوف به أن يكون اسماً من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته.

٢- المحلوف عليه؛

وهو ترك جماع الزوجة.

٤- المدة؛

الإيلاء على ترك الجماع لأكثر من أربعة أشهر.

فلو حلف على ما دون أربعة أشهر لم يصح ولم يكن مولياً.

ولو حلف على أربعة أشهر كان مولياً أيضاً عند الحنفية دون الجمهور.

٥- الصيغة؛

أن يكون بلفظ دال على الإيلاء صريحاً كان أو كناية.

المطلب الثالث - آثار الإيلاء؛

١ - الحنث باليمين قبل مضي الأربعة أشهر:

فتلزمه كفارة اليمين.

٢ - البر باليمين والإمهال لأربعة أشهر:

فيأمره القاضي بالفيئة والكفارة أو بالطلاق.

٣ - إيقاع الطلاق من القاضي إن أبي الفيئة أو الطلاق:

وهذا عند الجمهور.

والمشهور عن مالك وفي قول عند المالكية: توقعه الزوجة مستدلين بدلالة الفاء ﴿فَإِنْ قَاءَ وَ﴾ [البقرة: ٢٢٦] تستلزم تأخر ما بعدها عما قبلها فيطالب بالفيئة أيضاً بعد الأربعة أشهر ولا يقع الطلاق بمجرد مضي المدة.

وقال الحنفية - وفي رواية عن مالك - : "يقع الطلاق بمضي أربعة أشهر لم يقربها فيها دون قضاء" وحملوا الفاء على السببية فلا يتأخر المسبب عن سببه بل الغالب المقارنة.

قلت: والراجح مذهب الجمهور لأن الفاء للتعقيب والتعقيب محتمل للمهلة بعيد السبب والمسبب.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق الواقع رجعي سواء طلق المولي أو الحاكم.

لأن الأصل في الطلاق أنه رجعي ما لم يدل على البينونة دليل ككونه مكماً للثلاث أو قبل الدخول.

وذهب الحنفية وفي رواية عند الحنابلة إلى أنه بائن لأنه دفع للظلم ورفع الضرر ولا يندفع إلا بالباين^(١).

المطلب الرابع- قانون الأحوال الشخصية السوري والإيلاء:

لم ينص القانون على أحكام الإيلاء وبدلالة عبارة المادة /٣٠٥/ يرجع إلى المذهب الحنفي عند السكوت.

وقد ذهب الحنفية إلى عد الإيلاء طلاقاً بائناً بمضي مدته أربعة أشهر.

ولكن صريح القانون في المادة /٩٤/ أحوال شخصية تنص على أنه:

«كل طلاق يقع رجعيّاً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وما نص على كونه بائناً في هذا القانون».

(١) الهداية: ٢٩٠/١ - ٢٩١ الشرح الكبير: ٤٢٦/٢ - ٤٣٨ الخرشي على مختصر خليل: ٨٨/٤ - ٩٨ معني المحتاج: ٣٤٣/٣ - ٣٥١ المعني: ٥٠٢/٨ - ٥٤٣.

المبحث الثاني - الظهار؛

المطلب الأول - تعريف الظهار وحكمه؛

اصطلاحاً، هو أن يشبه امرأته أو عضواً منها بمن تحرم عليه صراحة بلفظ لا يحتمل غير الظهار أو كناية بلفظ يحمل على الظهار بالنية^(١).

حكمه الشرعي؛

اتفق جمهور الفقهاء^(٢) على أن الظهار محرم وعده بعضهم من الكبائر وذلك لأنه منكر من القول وزور استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مَنْ نَسَاءِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّاتِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ ﴿٢﴾﴾ [المجادلة: ٢].

المطلب الثاني - أركان الظهار وشروطه؛

لا بد في الظهار من توافر الأركان التالية:

- مظاهر.

- مظاهر منها.

- صيغة.

- مشبه به.

١- المظاهر؛

اختلف جمهور الفقهاء في شروط المظاهر:

فقال الحنفية والمالكية^(٣): "يشترط في المظاهر أن يكون مسلماً فلا يصح ظهار الذمي".

وقال الشافعية والحنابلة بصحة ظهاره.

كما لا يصح ظهار المجنون والصبي لانعدام شرط التكليف وهو العقل.

٢- المظاهر منها؛

اشترط الحنفية والشافعية أن تكون المظاهر منها زوجة.

وقال المالكية والحنابلة يصح الظهار من الأجنبية أيضاً^(٤).

(١) فتح القدير: ٢٢٥/٣ حاشية الدسوقي: ٤٣٩/٢ معني المحتاج: ٣٥٢/٣ الروض المربع: ٤١٥.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) بدائع الصنائع: ٢٣٠/٣ القوانين الفقهية: ٢٤٠.

(٤) الهداية: ٢٩٨/١ الشرح الكبير: ٤٤٤/٢ - ٤٤٥ معني المحتاج: ٣٥٤/٣ المعني: ٥٧٧/٨.

٢- الصيغة:

تكون صيغة الظهار إما صريحة وإما كناية.

الصريحة: فهو اللفظ الذي ينصرف إلى الظهار مباشرة دون النظر إلى النية.

كقوله: "أنت علي كظهر أمي".

والأصل فيه: إتيانك علي (مني معي عندي) كركوب ظهر أمي بحذف المضاف: إتيان.

الكناية: فهو بحسب نيته فإذا كان قد أراد باللفظ الظهار انصرف إلى الظهار وإذا لم ينو الظهار لا يكون ظهاراً لأنه قد يراد باللفظ الكرامة والاحترام.

ومن ألفاظ الكناية قوله: "أنت مثل أمي" أو "كأمي" أو "كوجهها" أو "كروحها".

٤- المشبه به:

اشترط الفقهاء أن تكون من جنس النساء اللواتي يحرمن عليه على التأيد من النسب والمصاهرة والرضاع أي كأمه وبنته وأخته^(٢).

المطلب الثالث- آثار الظهار^(٣):

اتفق الأئمة الأربعة على أنه يحرم على المظاهر وطء زوجته قبل التكفير وكذلك يحرم عليه دواعي الجماع من مس وقبلة ونظرة بشهوة وما إلى ذلك عند جمهور الفقهاء خلافاً للشافعية.

واستدل جمهور الفقهاء على تحريم الوطء بقوله تعالى: ﴿ فَتَحَرِّبُ رَقَبَةً مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ۗ ﴾

[المجادلة: ٣].

وبقوله ﷺ لمن ظاهر من زوجته: «فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله به»^(٤).

وإن مطلق النهي للتحريم فيدل هذا على حرمة الجماع وما دونه قبل الكفارة.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٣١/٣ المهذب: ١١٢/٢ القوانين الفقهية: ٢٤٠ معني المحتاج: ٣٥٣/٣ - ٣٥٤ المعني: ٥٥٤/٨ - ٥٥٥.

(٣) بدائع الصنائع: ٢٣٤/٣ المهذب: ١١٤/٢ معني المحتاج: ٣٥٧/٣ حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٤٤٥/٢ الروض المربع: ٤١٦ المعني: ٥٥٣/٨ وما بعدها.

(٤) أخرجه الترمذي: كتاب الطلاق باب: ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر رقم: ١١٩٩ وقال حسن صحيح والنسائي: كتاب الطلاق باب: في الظهار ٥٠٨/٣ رقم: ٣٤٥٧.

المطلب الرابع- قانون الأحوال الشخصية السوري والظهار؛

لم ينص قانون الأحوال الشخصية السوري على حكم الظهار فيكون مشمولاً حكمه بدلالة المادة ٣٠٥/ أحوال والتي تقضي بالرجوع إلى مذهب الحنفية فيما سكت عنه القانون.

والظهار كما مرت أحكامه بحسب اختلاف وجهات الفقهاء وهو ليس بطلاق ولكن يلزم فيه الكفارة والعود وعدم إيذاء الزوجة.

المبحث الثالث- اللعان^(١)؛

المطلب الأول- تعريف اللعان؛

اصطلاحاً، شهادات مؤكدة بالإيمان واللعن بدل حدي القذف والزنا^(٢).

إذ تدفع عن نفسها بالإيمان حد الزنا ويدفع عن نفسه بالإيمان حد القذف عندما يرميها بالزنا دون شهود ويقترن ذلك بغضب ولعن الله تعالى لهما كما جاء في الآية.

المطلب الثاني- أدلة مشروعية اللعان؛

من القرآن؛

قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحْدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَمْسَةَ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَمْسَةَ أَنْ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾ ﴾ [النور: ٦-٩].

ودلالة الآية واضحة على أن من رمى زوجته بالزنا وليس معه شهود يكملون أربعة بشروطهم فإنه يلاعن زوجته كما نصت الآية.

من السنة؛

وهو سبب نزول الآية المذكورة: أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سمحاء فقال النبي ﷺ: «البينة أو حد في ظهرك» فقال يا رسول الله: إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل النبي ﷺ يقول: «البينة وإلا حد في ظهرك»

(١) بدائع الصنائع: ٢٣٧/٣ - ٢٤٩ الهداية: ٣٠٢/١ - ٣٠٤ مواهب الجليل: ١٣٢/٤ - ١٤٠ معنى الخناج: ٣٦٧/٣ - ٣٨٣ كشف القناع: ٣٨٩/٥ - ٤٠٥.

(٢) الهداية: ٣٠٢/١.

فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق فليترن الله ما يرىء ظهري من الحد فتزل جبريل

وأنزل عليه: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ﴾ .

والإجماع: منعقد على الأخذ باللعان فيما يجري بين الأزواج⁽²⁾.

المطلب الثالث- أركان اللعان وسببه:

أركانه أربعة عند الجمهور هي:

- المتلاعنان.

- الصيغة.

- السبب.

ركن واحد عند الحنفية هو:

- الشهادة المؤكدة باليمين.

وأما سببه فهو أحد أمرين:

الأول- قذف الزوج زوجته بما يوجب حد الزنا:

بأن يقول لزوجته: "يا زانية" أو "زنيته" أو "رايتك تزنين" أو الادعاء عند القاضي أنه رآها

تفعل الزنا ولا شهود له وهي منكرة للزنا.

الثاني- نفي النسب ولو من وطء شبهة أو نكاح فاسد:

بأن يقول: "هذا الولد ليس مني" أو "من الزنى" إما عقيب الولادة أو في أيام التهنئة.

وأما بعد ذلك فلا يصح النفي ويصح اللعان.

(2) الإجماع: ٩٤.

المطلب الرابع- حكم اللعان:

إن حكم اللعان هو التفريق بين الزوجين دون خلاف لقوله ﷺ: «المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً»⁽³⁾.

وقت التفريق:

قال الحنفية: "تقع الفرقة بتفريق القاضي بعد لعانها".

أما الحنابلة والمالكية وزفر فقالوا: "تقع الفرقة بإتمام اللعان".

وذهب الشافعية إلى حصولها بلعان الزوج وحده.

نوع الفرقة:

وهذه الفرقة مؤبدة عند الجمهور فقالوا: "هي فرقة مؤبدة فلا تحل له بعد ذلك لأنها فسخ لا طلاق".

وهي طلاق بائن عند أبي حنيفة ومحمد.

فإن أكذب الزوج نفسه فجلد الحد أو كذبت المرأة نفسها وصدفته جاز النكاح بينهما ويجتمعان.

المطلب الخامس- قانون الأحوال الشخصية السوري واللعان:

إن اللعان - وإن قل في المجتمعات الإسلامية كثيراً - هو أمر خطير في الأسرة ينبغي معالجته بتلافي أسبابه.

وقد تعرض له قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٢٩/ حيث نصت على أنه:

«١- ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين التاليين:

أ- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل.

ب- أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد معين أكثر من مدة الحمل.

٢- إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه.

٣- إذا توافر هذان الشرطان لا ينفي نسب المولود عن الزوج إلا باللعان».

(3) أخرجه الدارقطني: كتاب النكاح ٢٧٦/٣ رقم: ١١٦ البيهقي في السنن: كتاب اللعان الزوج ٤٠٩/٧.

إن هذه المادة قد اشترخت لثبوت النسب ثلاثة شروط:

١- النكاح الصحيح.

٢- مضي أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر.

٢- ثبوت التلاقي حساً بين الزوجين.

فإذا ثبتت هذه الشروط لا ينفي الولد إلا باللعان.

ويفهم من هذا أن القانون نص على اللعان لنفي النسب بهذه الشروط وسكت عن اللعان

لرمي الزوج زوجته بالزنى السبب الثاني للعان.

كما سكت عن التفريق وحكم التفريق.

وعمقتضى المادة /٣٠٥/ أحوال شخصية يكون القذف للزوجة سبباً للعان وهو باتفاق

الفقهاء ويرجع فيه إلى مذهب الحنفية.

المبحث الرابع- التفريق لتغيير الدين^(١)؛

المطلب الأول- التفريق للردة؛

تعريف الردة؛

اصطلاحاً، هي ترك دين الإسلام إلى غيره اعتقاداً أو قولاً أو فعلاً كمنكر الخالق ومستهتر بشعار

من شعارات المسلمين أو المستهزئ.

ثم عرض الحاكم عليه الإسلام وكشف شبهته وأجله ليستين شبهته ويكشفها له وحبس مع

المهلة وإلا قتله الحاكم دون المرأة فلا تقتل عند الحنفية وتقتل عند الجمهور^(٢).

(١) رد المختار على الدر المختار: ٣/٣٩٢ - ٣٩٤ و٢٩٩ و٣٠٣ - ٣٠٤ البحر الرائق: ٣/٢٣٠ - ٢٣٣ الشرح الكبير: ٤/٢٧٠ و٣٠١ - ٣٠٨ الشرح الصغير: ٢/٤١٩ مغني المحتاج:

٣/٢٠١ - ٢٠٢ و٢٣٤ و١٤٢/٤ - ١٤٣ المهذب: ٢/٢٢١ المغني: ٧/١٧٧ - ١٧٨ كشف القناع: ٥/١٢١ - ١٢٢ فسخ النكاح: ٢٤٢ وما بعدها.

(٢) رد المختار على الدر المختار: ٤/٢٨٣ و٢٩٨ الشرح الكبير: ٤/٢٠٤ المهذب: ٢/٢٢٢ المغني: ١٠/٧٤.

شروط المرتد:

يشترط شرطان في الردة:

١- العقل:

فلا يعتد بردة المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل من شرائط الأهلية في الاعتقادات. والسكران لا تصح رده لأنه زائل العقل وغير مكلف فلا تصح رده كالنائم والمجنون واستتيب ثلاثة أيام.

٢- الاختيار والطوعية:

فلا يعتد بردة المكره اتفاقاً إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان^(٣).

أراء الفقهاء في عقد زواج المرتد وأدلتهم:

ذهب الجمهور إلى فسخ عقد الزواج بردة أحد الزوجين ودون حاجة لقضاء قاضٍ قبل الدخول أو بعده.

وذهب الشافعية والحنابلة في أصح الروايتين إلى أن ردة أحد الزوجين قبل الدخول توقع الفرقة على الفور.

وأما بعد الدخول فتقع الفرقة موقوفة غير منجزة.

فإن عاد المرتد منهما أثناء العدة دام النكاح بينهما بسبب تأكيد عقد الزواج بالدخول.

وإن لم يعد حتى انتهت العدة فالفرقة واقعة من حين الردة.

وقد استدل الجمهور بأن الردة بمنزلة الموت فيستوي فيها ما قبل الدخول وما بعده والحرمة موجودة قبل الدخول وبعده.

واستدل الشافعية والحنابلة بأن الردة بعد الدخول لا توجب تعجيل الفسخ قياساً على إسلام أحد الزوجين وأيضاً لأنها ردة طارئة على نكاح مدخول بها فلا تقع الفرقة فوراً قياساً على ارتدادهما معاً.

(٣) جمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر: ٦٨٠/١ رد المختار والدر المختار: ٢٨٥/٤.

آثار الردة؛

١- تكييف التفريق؛

ذهب الجمهور إلى عد التفريق فسخاً وهو قول للمالكية.
وذهب الإمام محمد والمالكية إلى أن ردة الزوج طلاق بائن.

٢- المهر؛

اتفق جمهور الفقهاء على أن ردة الزوجة قبل الدخول يسقط مهرها كاملاً.
وأن ردة الزوج قبل الدخول توجب للزوجة نصف المهر.
وإذا ارتد الزوج أو الزوجة بعد الدخول فللزوجة المهر كاملاً.

٢- النفقة؛

إذا ارتدت الزوجة فلا نفقة لها أثناء العدة وإذا ارتد الزوج فلها النفقة.

٤- العدة؛

اتفق الفقهاء على لزوم العدة على الزوجة المدخول بها.
وذهب المالكية إلى أن عدة المرأة المرتدة حيضة واحدة لاستبراء الرحم لأنها ليست أهلاً
للتعبد.

أما إذا كان الزوج هو المرتد فإنها تعتد عدة كاملة.

المطلب الثاني - التفريق لإسلام أحد الزوجين أو عدمه؛

إسلام الزوجين معاً؛

إذا أسلم الزوجان معاً أقرا على عقد زواجهما ولو كانا قد أجريا عقدهما دون شهود أو كان
العقد أثناء العدة من زوج غير مسلم عند الجمهور.

وعند الصحابين لا يوافقان عليه وإنما يجددانه.

وبالاتفاق يقران على عقدهما إذا أسلما وقد انتهت عدتهما.

وهذا بشرط أن لا يكونا محرّمين كأخته وبنته... بالاتفاق^(١).

(١) رد المختار والدر المختار: ٣٨٧/٢ الشرح الكبير: ٢٦٨/٢ - ٢٧٠ - معني المحتاج: ١٩١/٣ و٢٠١ المهدب: ٢٢٣/٢ كشاف القناع: ١١٨/٥ - ١١٩.

إسلام أحد الزوجين:

ذهب الجمهور إلى أنه إذا أسلم أحد الزوجين وكانا غير كتابيين أو أسلمت امرأة الكتابي عرض الإسلام على الآخر منهما فإن أسلم استمرا على عقدهما.

فإذا أبا الآخر فرق بينهما إذا كانت مدخولاً بها وإلا بانت مباشرة لعدم العدة.

وذهب الحنفية إلى أنه يعرض على الآخر منهما الإسلام فإن أبا فرق بينهما.

ولو أسلم الزوج وكانت مجوسية فصارت كتابية استمر نكاحهما^(٢).

تكيف التفريق لإسلام أحد الزوجين:

ذهب الجمهور وأبو يوسف إلى أنه إذا أسلمت الزوجة وأبى الزوج الإسلام فرق بينهما وكان التفريق بينهما فسخاً قبل الدخول أو بعده لأنها فرقة ليس فيها لفظ الطلاق ولا نيته فكانت فسخاً.

وقال الحنفية: "يعد طلاقاً بائناً ولو أسلم بعد التفريق بينهما ثم عقد عليها بقي له طلقتان ولو أبت هي الدخول في الإسلام ولم تكن كتابية فرق بينهما وكانت الفرقة فسخاً" بالاتفاق مع الجمهور.

دليل التفريق:

قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ ۗ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَءَاتُوهُنَّ مَّا أَنفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنكِحُوهُنَّ إِذَا ءَانَبْتُمُوهُنَّ أَجْرَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ ۚ وَسْئَلُوا مَّا أَنفَقْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ أَنفَقُوا ذَلِكُمْ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿١٠﴾ [المتحنة: ١٠] وهو بإجماع المسلمين^(١).

المطلب الثالث- قانون الأحوال الشخصية السوري والتفريق لتغيير الدين:

المادة ٤٨/، «٢- زواج المسلمة بغير المسلم باطل».

وهذا يعني اشتراط أن يكون الزوج مسلماً ليتم استقرار زواجه وإلا كان عقده باطلاً.

فإذا كان الزوج مسلماً ثم ارتد فصار غير مسلم فسخ عقد زواجه.

(٢) الدر المختار مع رد المختار: ٣٨٨/٢ - ٣٩٢ الشرح الكبير: ٢٦٧/٢ - ٢٦٩ المهدب: ٢٢٣/٢ معني المحتاج: ١٩١/٣ كشف القناع: ١١٩/٥.
(١) البحر الرائق: ٢٢٦/٣ - ٢٢٧ رد المختار والدر المختار: ٣٨٩/٢ - ٣٩٠ الخرشني على مختصر خليل: ٢٢٩/٣ الشرح الكبير: ٢٦٩/٢ المهدب: ٥٢/٢ كشف القناع: ١١٩/٥.

الفصل السادس: آثار الطلاق.

المبحث الأول: آثار الطلاق بحسب أنواعه.

المبحث الثاني: الرجعة وأحكامها.

المبحث الثالث: العدة وأحكامها.

المبحث الأول- آثار الطلاق بحسب أنواعه:

المطلب الأول- الآثار المترتبة عن الطلاق الرجعي:

١- للزوج حق الرجعة بعد طلاق امرأته في الطلقة الأولى والثانية دون عقد ومهر جديدين في العقد الصحيح ودون رضا الزوجة ما دامت المرأة في العدة وإلا بأن لم يراجعها في العدة بانت منه بانتهاء العدة.

٢- يثبت لها النفقة والسكنى ما دامت في العدة لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِمَّنْ سَكَتُم مِّنْ

وَجَدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦].

٣- ثبوت الإرث بينهما بموت أحدهما أثناء العدة.

٤- حرمة الجمع بينها وبين عمته أو خالتها أثناء العدة.

٥- ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على الزوجة.

٦- الطلاق الرجعي لا يرفع الملك ولا الحل ولكنه لا يستمتع بها مطلقاً عند المالكية والشافعية.

وفي رواية عن أحمد فلا يجامعها ما لم يراجعها بالقول^(١).

وقد نصت المادة /١١٨/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي:

«١- الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية وللزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة...»

٢- تبين المرأة وتنقطع الرجعة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي».

(١) رد المختار والدر المختار: ٢/٢٨٤ و٤٤٩ و٤٥٠ و٤٥٧ و٤٦٨ و٤٧٣ و٤٧٤ و٤٧٥ و٥٣٠ و٥٣٦ الشرح الكبير: ٢/٢٥٥ - ٤١٦ و٤٢٢ روضة الطالبين: ٨/٢١٤ و٢٢٧ معني المحتاج: ٣/٣٣٧ - ٣٤٠ و١٨٠ - ١٨٢ و٣٩٤ كفاية الأخيار: ٤٩٠ كشف القناع: ٥/٣٤١ - ٣٤٣.

المطلب الثاني - آثار الطلاق البائن بينونة صغرى؛

- ١ - زوال ملك الاستمتاع بالمرأة في الحال بمجرد وقوعه فليس له الخلوة بها وعليها الاستتار منه.
- ٢ - بقاء حل العقد عليها عقداً جديداً مع مهر جديد.
- ٣ - نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج.
- ٤ - يحل مؤجل الصداق إن كان مؤجلاً كله أو بعضه.
- ٥ - عدم التوارث بينهما بموت أحدهما في عدة الطلاق البائن لانقطاع الحياة الزوجية إلا إذا كان الطلاق في حال مرض الموت فعلى تفصيل:

فترث عند الحنفية أثناء العدة وعند المالكية ولو تزوجت من الغير.

وعند الحنابلة تبقى وارثة ما لم تتزوج.

ولا ترث شيئاً عند الشافعية.

٦ - وجوب النفقة للبائنة إن كانت حاملاً وإن كانت غير حامل فلها النفقة والسكنى عند الحنفية.

وذهب المالكية والشافعية وأحمد في رواية عنه إلى أن لها السكنى فقط.

وعن أحمد في رواية أخرى ليس لها نفقة ولا سكنى^(١).

وقد نصت المادة /١١٩/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي:

«الطلاق البائن دون الثلاث يزيل الزوجية حالاً ولا يمنع من تجديد عقد الزواج».

المطلب الثالث - آثار الطلاق البائن بينونة كبرى؛

إن آثار الطلاق البائن بينونة صغرى تترتب هنا في الطلاق البائن بينونة كبرى.

ولكنه يفترق عنه في أنها لا تحل للزوج إلا بعد أن تتزوج بآخر دون قصد التحليل ثم يطلقها

وتمضي عدتها فتعود للأول بعقد ومهر جديدين.

إذ لا تنتهي الطلقات إلا بعد هدمها من الآخر^(٢).

(١) الدر المختار ورد المختار: ٥٣٧/٢ الشرح الكبير: ٤١٦/٢ - ٤١٧ - روضة الطالبين: ٢١٤/٨ - مغني المحتاج: ٣٣٧/٣ كفاية الأختار: ٤٩٠ - كشف القناع: ٣٤٤/٥ - ٣٤٨ - ٣٥٠.
(٢) رد المختار والدر المختار: ٥٣٧/٢ الشرح الكبير: ٣٥٢/٢ - ٣٥٣ - ٣٧٦ - كفاية الأختار: ٤٩٠ - ٤٩١ - كشف القناع: ٣٤٩/٥ - ٣٥٢.

وقد نصت المادة /١٢٠/ من قانون الأحوال الشخصية السوري:

«الطلاق المكمل للثلاث يزيل الزوجية حالاً ويمنع من تجديد العقد ما لم تتوافر الشرائط المبينة في المادة /٣٦/ من هذا القانون».

وهذا إشارة إلى المحرمات المؤقتة فإذا تزوجت من غيره جاز (١/٣٦).

ونصت المادة /٣٦/ من قانون الأحوال الشخصية السوري:

«١- لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل فيها فعلاً».

المطلب الرابع- الهدم للطلاق بالزواج من آخر^(١)؛

وهذا إذا طلقت المرأة من الثاني بعد طلاقها من الأول مرة أو مرتين ثم عادت إلى الأول.

فهل تعود إليه بحل جديد بثلاث طلاقات أم تعود إليه بما بقي من الطلاقات؟

ذهب الجمهور والإمام محمد من الحنفية ورواية راجحة عن الإمام أحمد يعود إليها بما بقي

له من طلاقات لأن الله تعالى في قوله: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] جعل الزوج بآخر غاية لانتهاء الحرمة الغليظة فيهدمها.

وذهب الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف وفي رواية عن الإمام أحمد إلى عودتها إليه بحل

جديد بثلاث طلاقات وذلك لأن الثلاث يهدمن بتزويجها من آخر ثم طلاقها وعودها إلى الأول وما دون الثلاث أولى بالهدم من الثلاث.

وهو ما نصت عليه المادة /٣٦/ من قانون الأحوال الشخصية السوري:

«٢- زواج المطلقة من آخر يهدم طلاقات الزوج السابق ولو كانت دون الثلاث فإذا

عادت إليه يملك عليها ثلاثاً جديدة».

(١) رد المختار: ٥٤٢/٢ الشرح الكبير: ٣٧٦/٢ معنى المحتاج: ٢٩٣/٣ كشف القناع: ٣٥٠/٥ المعنى: ٤٤٢/٨ - ٤٤٣ والمرجع السابقة.

المبحث الثاني - الرجعة وأحكامها؛

المطلب الأول - تعريف الرجعة ومشروعيتها؛

اصطلاحاً: رد الزوجة إلى عصمة النكاح قبل زوالها.

وذلك في العدة لأن عصمة النكاح تتعرض للزوال بإنشاء الطلاق الرجعي - غير البائن.

فإذا راجع الزوج زوجته خلال العدة في الطلقة الأولى أو في الثانية عادت إلى عصمة نكاحه

دون عقد ومهر جديدين^(١).

مشروعية الرجعة:

ثبتت مشروعية الرجعة بالأدلة:

من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي في العدة.

﴿إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي إن أردتم الرجعة^(٢).

وقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] والردّ

والإمساك هما الرجعة.

من السنة المشرفة:

قوله ﷺ للسيدة حفصة: «قال لي جبريل: راجع حفصة فإنها صوّامة قوّامة وإنها زوجتك في

الجنة»^(٣).

وأخرج الشيخان عن ابن عمر: أنه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله ﷺ عن

ذلك فقال رسول الله ﷺ: «مره فليراجعها»^(٤).

الإجماع:

أجمعت الأمة على مشروعية رجعة الزوج إلى زوجته في العدة في الطلاق الأول والثاني ما لم

تنته العدة^(٥).

(١) رد المختار والدر المختار: ٥٢٩/٢ الشرح الكبير: ٤١٥/٢ مغني المحتاج: ٣٣٥/٣ - ٣٣٦ كشف القناع: ٣٤١/٥ - ٣٤٣.

(٢) الجامع لأحكام القرآن: ٨٠/٣.

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک: ١٦/٤.

(٤) أخرجه البخاري: كتاب الطلاق ١٨٨٥/٣ ومسلم: كتاب الطلاق باب: تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ١٥٠/٣ رقم: ١٤٧١.

(٥) الإجماع: ٨٧.

المعقول:

جعل الله تعالى حكم الطلاق متأخراً ليجرب الزوج والزوجة الفرقة ليعرفا مدى الحاجة إلى عيشهما المشترك لدورتين فيمكن تدارك العيش المشترك فيهما.

فإن لم يفلحاً كان الفراق أولى^(٦).

المطلب الثاني - أركان الرجعة وسببها:

أولاً- سببها: يعد سبب الرجعة إيقاع الطلاق الرجعي الأول أو الثاني على الزوجة فيحق للزوج مراجعة الزوجة خلال العدة.

ثانياً- أركان الرجعة:

١- الزوج المرجع:

يشترط فيه أهلية النكاح: البلوغ والعقل.

وأن يكون مختاراً غير مرتد لأن الرجعة كإنشاء النكاح فلا تصح مع الردة ولا تصح من مكره أو مجنون ويراجع الولي بدلاً عن المجنون.

٢- الصيغة:

وقد تكون صريحة أو كناية.

ويحصل الصريح: بـ"راجعتك" و"رجعتك" و"استرجعتك" و"رددتك" و"أمسكتك" وما اشتق منها وما في معانيها.

مع الإضافة إلى الصيغة باسم ظاهر: كـ"راجعت فلانة" أو مضمراً: كـ"رجعتك" أو يشير إليها: أرجعت هذه.

وأما الكنائي: مثل النكاح والتزويج.

كما تصح بالإشارة المفهمة من الأخرس.

ولا تحصل بالفعل وحده دون نية الارتجاع عند المالكية.

ودون النية تحصل الرجعة بالفعل عند الحنفية والحنابلة وابن وهب من المالكية.

وقصر الحنابلة الفعل على الوطاء دون ما سواه.

(٦) تبين الحقائق: ٢/١٨٨ و٢٠١.

ولا تحصل الرجعة بالفعل أبداً عند الشافعية لأن الوطاء لا يدل على الرجعة لأنه لا يحصل به النكاح والوطء يوجب العدة فلا يقطعها.

لكنهم قالوا: "المخالطة للزوجة بالخلوة بها والأكل معها دون وطء يعد مستفرشاً لها فلا يحسب هذا الزمن من العدة".

واستدل الجمهور بأن الطلاق الرجعي لا يحرم الوطاء ويبقى الحل قائماً ما لم تنقض العدة.

٢- الزوجة المرترجة:

فيجب عند الجمهور أن تكون مطلقة طلاقاً رجعياً غير بائن ولم تستوف بعدد طلاقها^(١).

المطلب الثالث- قانون الأحوال الشخصية السوري والرجعة:

نصت المادة /١١٨/ على الرجعة:

«١- الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية وللزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة بالقول أو الفعل ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط».

ويتبين أن القانون قد أخذ برأي الجمهور في صحة الرجعة بالفعل.

ونصت الفقرة الثانية على انتهاء الرجعة بانتهاء العدة فذكرت:

«٢- تبين المرأة وتنقطع الرجعة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي».

(١) رد المختار والدر المختار: ٥٢٩/٢ - ٥٣٣ الشرح الكبير: ٤١٥/٢ - ٤١٩ روضة الطالبين: ٢١٤/٨ - ٢١٥ معني المحتاج: ٣٣٥/٣ - ٣٣٧ و٣٩٣ - ٣٩٤ كشف القناع: ٣٤١/٥ - ٣٤٤ المعني: ٤٧٠/٨ - ٤٨٥ وينبغي تزنيها له وتعرضها ليراجعها.

المبحث الثالث- العدة وأحكامها؛

المطلب الأول- تعريف العدة وأدلتها وحكمة مشروعيتها وسببها وبدؤها؛

تعريف العدة اصطلاحاً وحكمها وأدلتها؛

في الاصطلاح: تربص شرعي من طلاق أو موت أو فسخ أو وطء بشبهة^(١).

وهذا التربص هو مدة محددة شرعاً تنتظر فيها المرأة حداداً وبراءة رحم تعبداً^(٢).

حكم العدة وأدلة مشروعيتها؛

إن العدة واجبة شرعاً على المرأة المدخول بها أو المختلى بها عند الجمهور دون الشافعية أو

المتوفى عنها زوجها وأدلة وجوبها هي:

من القرآن الكريم؛

قوله تعالى في عدة الطلاق: ﴿ وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وقال تعالى في عدم العدة قبل الدخول: ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ

طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ [الأحزاب: ٤٩].

وفي عدة الوفاة: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾

[البقرة: ٢٣٤].

وفي عدة الصغيرة والأيسة والحامل: ﴿ وَالَّتِي بَسِئَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ

ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٤].

(١) رد المختار: ٥٩٨/٢ حاشية الدسوقي: ٤٦٨/٢ معني المختار: ٣٨٤/٣.
(٢) رد المختار: ٥٩٨/٢ وقد يكون للرجل عدة وعد ابن عابدين عشرين موضعاً وهن في الحقيقة من الجمع بين المرأة وأختها وعمتها وخالتها والخامسة وقد مضى ذلك في الخمرات الموقته.

من السنة المشرفة؛

عن أسماء بنت يزيد بن السكن الأنصارية رضي الله عنها: أنها طلقت على عهد رسول الله ﷺ ولم يكن للمطلقة عدة فأنزل الله عز وجل حين طلقت أسماء بالعدة للطلاق فكانت أول من أنزلت فيها العدة للمطلقات^(١).

وهذا إشارة إلى قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وأخرج البخاري أن سبيعة الأسلمية سئلت: "كيف أفتاها النبي ﷺ؟" فقالت: "أفتاني إذا وضعت أن أنكح"^(٢) أي وضعت حملها.

وقوله ﷺ: «لا يحل لامرأة مسلمة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً»^(٣).

الإجماع؛

أجمعت الأمة على وجوب العدة على الزوجة المتوفى عنها والمطلقة وانقضاء عدتها بمضي وقتها ولو دون علمها^(٤).

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١٢٦/:

«لا تلزم العدة قبل الدخول والخلوة الصحيح إلا للوفاة».

حكمة مشروعية العدة؛

إن المقصد الأول من العدة هو التبعد المحض لله تعالى في امتثال أمره.

إذ يمكن استبراء الرحم بحیضة واحدة وإن كان لا يخفى ما في القروء الثلاثة من حكم كثيرة من تفجع وعدم إثارة للريبة.

ومعرفة براءة الرحم لئلا تختلط الأنساب ببعضها وصيانة لها من الضياع وهو مما يحرص عليه الإنسان.

وهو توطین نفسي للزوجين على إدامة العقد وعدم تعريضه للاضطراب ليحصل مصالح النكاح.

حيث يجدا في العدة ما يؤلّهما وما يمكن أن يعانیا منه فيعودا عما وقعا فيه إن رأيا الخير في العود^(٥).

(١) أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق باب: في عدة المطلقة ٢٨٥/٢ رقم: ٢٢٨١.

(٢) في كتاب الطلاق باب: «وَرَبُّهُنَّ الْأَحْمَالُ أَنَّهُنَّ أَنْ يَسْتَمَنَّ حَمَلَهُنَّ» [الطلاق: ٤] ١٩١/٣ رقم: ٥٠١٣ ومسلم: كتاب الطلاق باب: القضاء عدة التوفى عنها زوجها. ١٥٣٦/٣ رقم: ١٤٨٤.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب الطلاق باب: الكحل للحداد ١٩١٧/٣ رقم: ٥٠٢٥ ومسلم: كتاب الطلاق باب: وجوب الإحداد في عدة الوفاة ١٥٣٧/٣ رقم: ١٤٨٦.

(٤) الإجماع: ٩٤ - ٩٥.

(٥) رد المحتار والدر المختار: ٥٩٩/٢ وما بعدها الشرح الكبير: ٤٦٨/٢ - ٤٧١ معنى الفتاوى: ٣٨٨/٣ و٣٨٨/٣ و٣٩٥/٨ - ٣٦٥/٨ كشف القناع: ٤١١/٥ - ٤١٣ للفتاوى: ٧٧/٩ - ٧٩.

سبب وجوب العدة^(٢) :

١- الفرقة بين الزوجين لطلاق أو فسخ بعد الدخول من زواج صحيح أو فاسد أو وطء شبيهة بالاتفاق.

أو بعد الخلوة الصحيحة عند الجمهور خلافاً للشافعية.

٢- وفاة الزوج في عقد نكاح صحيح سواء كانت الزوجة صغيرة أو كبيرة أو كان الزوج صغيراً.

٣- الزنا يوجب العدة عند الحنابلة.

وكذلك المالكية ولكن بحیضة واحدة.

ولا عدة عليها عند الحنفية والشافعية.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٢١/ إلى أنه:

«عدة المرأة غير الحامل للطلاق أو الفسخ كما يلي:

١- ثلاث حیضات كاملات لمن تحيض ولا تُسمع دعوى المرأة بانقضائها قبل مضي ثلاثة أشهر على الطلاق أو الفسخ.

٢- سنة كاملة لممتدة الطهر التي لم يجئها الحيض أو جاءها ثم انقطع ولم تبلغ سن اليأس.

٣- ثلاثة أشهر للآيسة».

المادة /١٢٢/:

«العدة في الزواج الفاسد بعد الدخول تجري عليها أحكام المادة السابقة».

بدء العدة:

ذهب عامة الفقهاء إلى مبدأ العدة الطلاق أو الفسخ أو الموت علمت المرأة به أو لا.

ولهذا إذا مضى وقت العدة ثم علمت بموته أو بطلاقه فقد انقضت عدتها.

(٢) حجة الله البالغة: ١٤٢/٢ معنى النكاح: ٣٨٤/٣.

في النكاح الفاسد:

إن بدء العدة هو في إحدى الحالات التالية:

- من وقت التفريق من القاضي.

- من وقت المتاركة بقوله بلسانه: "تركتك".

- بطلاقه.

- بإنكار النكاح بحضورها.

وإلا اكتفي بتفريق الأبدان^(١).

وقد نصت المادة /١٢٥/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«تبدأ العدة من تاريخ الطلاق أو الوفاة أو الفسخ أو التفريق القضائي أو المفارقة في

النكاح الفاسد».

المطلب الثاني - أنواع العدة:

العدة بوضع الحمل^(٢):

اتفق جمهور الفقهاء على أن المعتدة الحامل تنتهي عدتها بوضع الحمل بتمامه سواء كانت معتدة من طلاق أو وفاة ولو كان الوضع بعد الطلاق أو الوفاة بلحظة.

وذهب البعض إلى أنها تعتد بأبعد الأجلين من الوفاة أو الطلاق إعمالاً لكلا الدليلين.

دليل وجوب هذه العدة:

قوله تعالى: ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٤].

أي انقضاء عدتهن بوضع حملهن لحصول براءة الرحم بالوضع.

وهذه الآية مخصصة لقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ

أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ^ط ﴾ [البقرة: ٢٣٤].

ومخصصة لقوله تعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

إذ أخرجت الحامل فجعلت عدتها بوضع حملها دون تربصها للعدة المحددة للمتوفى عنها أو المطلقة.

^(١) الفقيه: ٣١/١ - حنفية الفقيه: ٣٦٨/٢ - الدر المختار: ٦١٠/٢ - ٦١٢ - بين الحقائق: ٣٢/٣ حاشية العوي على الخري: ١٤٦/٤ - الشرح الكبير: ٤٧٧/٢ - معني الفتح: ٣٩٧/٢ - كشف القناع: ٤٢٤/٥ - الإصناف: ٢٩٤/٩.
^(٢) رد المحتار والدر المختار: ٦٠٣/٢ - ٦٠٤ - الشرح الكبير: ٤٧٤/٢ - روضة الطالبين: ٣٧٣/٨ - ٣٧٥ - معني الفتح: ٣٨٨/٢ - كشف القناع: ٤١٣/٥ - المعني: ٧٩/٩ و ١١٠ - ١١١ - وقد روي عن ابن عباس وسيدنا علي رضي الله عنهم أن عدتها أبعدهم الأجلين وروي رجوعهما إلى قول الجماعة ولذا قال كثيرون بالإجماع على المذكور.

دليلها من السنة:

ما مضى في حديث سبيعة الأسلمية وما أمرها به النبي ﷺ .

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٢٤/ إلى أنه:

«عدة الحامل تستمر إلى وضع حملها أو إسقاطه مستيناً بعض الأعضاء»^(١).

العدة بالأقراء^(٢) :

القرء: الحيض أو الطهر وقرأ الكتاب قراءة وقرأ الشيء قرأناً جمعه وقرأ عليك السلام^(٣).

العدة بالأقراء: إنما هي للمعدات ذوات القرء المطلقات طلاقاً رجعيّاً أو بائناً أو فسحاً كالفرقة

بسبب خيار البلوغ أو عدم الكفاءة.... وهي ثلاثة قروء^(٤).

لقوله تعالى: ﴿وَأَمْطَلْتُ يُرَبِّصَ أَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وقد اختلف الفقهاء في تفسير القرء:

فسره الحنفية والحنبلة بأنه الحيض.

وفسره المالكية والشافعية بأنه الطهر.

استدل القائلين بأن المراد هو الحيض:

قوله تعالى: ﴿وَأَلَّتِي بَيْسَنَ مِنَ الْمَجِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْبَبْتُمْ فَعَدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ

يَحْضَنْ﴾ [الطلاق: ٤].

دلت الآية أن الآية والصغيرة تعتدان بالأشهر لعدم الحيض بالنص مما يدل على أن العدة

بالحيضات لا بالأطهار والصلاة إنما ترك في الحيض لا في الطهر^(٥).

واستدلوا بقوله ﷺ : «إذا أتى قرؤك فلا تصلي»^(٦).

وبراءة الرحم في العدة تعرف بالحيض لا بالطهر.

وفسروا المراد بقوله تعالى: ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ إِعْدَتَهُنَّ﴾ [الطلاق: ١] مستقبلات عدتهن فيطلقها

في الطهر لتستقبل عدتها بالحيض^(٧).

^(١) وهذا الرأي هو رأي الحنفية والحنبلة الذين اشترطوا استبراء بعض حقه كبدته ورحله بينما اكفى المالكية بكونه قطعة دم لا تنوب بآراء الجاهل وذكر الشافعية أنها تنهى بوضع مضعة فيها صورة آدمي نفس على غير القوايل أعضاؤها وأرى رجحان مذاهب الشافعية ظلماً يصدق عليه اسم الحمل المراجع السابقة.

^(٢) غير المختار ورد الطحاوي: ٥٩٩/٢ - ٦٠١ - ١٩٣/٣ - ١٩٥ الشرح الكبير: ٤٦٩/٢ - ٤٧٠ معنى الخناز: ٣٨٤/٣ - ٣٨٦ - ٣٨٤/٣ - ٣٦٧/٨ - ٣٦٦/٨ - ٨/٨ - ٨٥ - ٨٥ كشف القناع: ٤١٧/٥ - ٤١٨.

^(٣) مختار الصحاح: ٣٣٦.

^(٤) الجامع لأحكام القرآن: ٧٥/٣.

^(٥) جامع أحكام القرآن: ١٠٧/١٨ - ١٠٨.

^(٦) رواه: أن عطشة بنت حريش روت أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: «إذا أتى قرؤك فطهرى أو سلى ما بين القرء إلى القرء أمرجه أو ذود» كتاب الطهارة بأسد في الزكاة: ٧١/١ رقم: ٩٨٠ والشيخ: كتاب الطلاق باب الأقراء: ٥٦٠/٣ رقم: ٣٤٥.

^(٧) روح المعاني للألبوسي: ١٢٩/٢٨.

استدلال القائلين بان المراد بالقرء الطهر؛

بالقرآن الكريم مع تفسير السنة له بقوله تعالى: ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ إِعْدَتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١].

فطلقوهن في الوقت الذي يجل التطبيق فيه وهو الطهر^(٤).

ولأن الرسول ﷺ فسر القرء بالطهر في حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر عمر لرسول الله ﷺ فتعيط فيه رسول الله ﷺ ثم قال: «ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فإن بداله أن يطلقها فليطلقها طاهراً قبل أن يمسه فتلك العدة كما أمره الله»^(٥).

والحديث صحيح لا ريب فيه مما يؤكد أن المراد الطهر صراحة وهو الذي أراه راجحاً منسجماً مع الأدلة.

واستدلوا من اللغة بتأنيث لفظ العدد في «ثلاثة قروء».

فالعدد ثلاثة مؤنث مما يدل على أن المعدود قروء مذكر والطهر هو المذكر.

وأما لفظ الحيض فهو مؤنث.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٢١/ إلى أنه:

«عدة المرأة غير الحامل للطلاق أو الفسخ كما يلي:

١- ثلاث حيضات كاملات لمن تحيض...».

وهو مذهب الحنفية والحنابلة.

وأضافت المادة /١٢١/ «١- .. ولا تسمع دعوى المرأة بانقضائها قبل مضي ثلاثة أشهر

على الطلاق أو الفسخ».

إذ هو الغالب أن للمرأة في كل شهر حيضة ولا عبرة للنادر.

العدة بالأشهر؛

المعتدات بالأشهر قسمان من النساء:

- قسم تجب العدة بالأشهر بدلاً عن الحيض.

- قسم تجب العدة بالأشهر ابتداءً.

(٤) الجامع لأحكام القرآن: ١٠١/١٨.
(٥) أخرجه البخاري: كتاب التفسير باب: تفسير سورة الطلاق ١٧٥٧/٣ رقم: ٤٦٢٥.

القسم الأول - الصغيرة والآيسة:

فهي عدة من ليست من ذوات الحيض بأن كانت صغيرة دون البلوغ أو بلغت ولم تحض بعد أو كانت آيسة لا تحيض لكبر سنها فتعتدان بثلاثة أشهر من تاريخ الفرقة.

لقوله تعالى: ﴿ وَالَّتِي بَلَغَتْ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْبَتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ ﴾ [الطلاق: ٤].

فشملت الآية اليائسة الكبيرة والصغيرة المطيقة للوطء.

وقد نصت المادة /١٢١/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«عدة المرأة غير الحامل للطلاق أو الفسخ كما يلي:

٣- ثلاثة أشهر للآيسة».

وهذا يشمل الصغيرة التي لم تحض وإن كان القانون لم يسمح بزواجها ما لم يكن جسمها صالحاً (مادة /١٥/ و /١٦/ و /١٨/).

القسم الثاني - عدة المتوفى عنها زوجها غير الحامل^(١):

إن عدة المتوفى عنها زوجها غير الحامل أربعة أشهر وعشرة أيام.

سواء كانت الزوجة صغيرة أو كبيرة مدخولاً بها أو لا آيسة من الحيض أو من ذوات الحيض.

وليس هناك أدنى ريبة بحملها فلا عبرة للحيض في عدتها لقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ

وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبِّصْنَ أَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ [البقرة: ٢٣٤].

وهذا ما نصت عليه المادة /١٢٣/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام».

وتخرج الحامل المتوفى عنها زوجها بالمادة /١٢٤/.

وتلزم العدة قبل الدخول للوفاة فنصت المادة /١٢٦/ على أنه:

«لا تلزم العدة قبل الدخول والخلوة الصحيحة إلا للوفاة».

(١) الدر المختار: ٦٠٣/٢ - الشرح الكبير: ٤٧٥/٢ - ٤٧٦ - روضة الطالبين: ٣٩٨/٨ - المغني: ١٠٦/٨ - ١٠٨.

عدة ممتدة الطهر^(١)؛

ممتدة الطهر هي التي يتأخر حيضها كثيراً ولا تدري إلى متى يمتد طهرها أو التي لا تميز بين دمى الحيض والاستحاضة لمرض أو لغير سبب.

اختلف الفقهاء على التفصيل الآتي:

الفريق الأول:

ذهب المالكية والحنابلة إلى أنها إن لم تعرف سبب ارتفاع الحيض تعدت تسعة أشهر أولاً وهي لزوال الرية باحتمال وجود الحمل لأنها غالب مدة الحمل.

وثانياً ثلاثة أشهر كعدة اليائسة من الحيض فإذا حاضت قبل نهاية السنة بيوم استأنفت ما سبق أو انتظرت الحيضة الثانية.

وفي القول القديم عند الشافعي تتربص تسعة أشهر.

الفريق الثاني:

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن ممتدة الطهر تعدت بالقروء بالغاً ما بلغت أو تبلغ سن اليأس وهو خمس وخمسون أو ستون سنة ثم تعدت بثلاثة أشهر عدة الآيسة.

وكذلك عند الحنابلة إن عرفت سبب ارتفاع الحيض.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٢١/ إلى أنه:

«عدة المرأة غير الحامل للطلاق أو الفسخ كما يلي:

٢- سنة كاملة لممتدة الطهر التي يجيئها الحيض أو جاءها ثم انقطع ولم تبلغ سن اليأس».

عدة خلاق الفرار:

إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعيّاً ثم قبل أن تنتهي عدتها توفي الزوج.

اتفق الفقهاء أن عدتها تنتقل إلى عدة الوفاة مستأنفة لها.

أما إذا طلقها وهو في مرضه بائناً بغير رضاها ثم توفي في عدتها عد فاراً من إرثها في مذهب

الجمهور دون الشافعية.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٦٠١/٢ - ٦٠٢ البحر الرائق: ١٤٢/٤ تبين الحقائق: ٢٩/٣ الشرح الكبير: ٤٧٠/٢ مغني المحتاج: ٣٨٧/٣ روضة الطالبين: ٣٧١/٨ المغني: ٩٧/٩ كشف القناع: ٤١٩/٥ - ٤٢١ روح المعاني: ١٣٦/٢٨ - ١٣٧ الجامع لأحكام القرآن: ١٠٨/١٨.

وكانت عدتها وفق الآراء التالية:

ذهب أبو حنيفة ومحمد وأحمد في رواية وأصحاب مالك إلى أنها تعتد بأبعد الأجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة احتياطاً فتربص أربعة أشهر وعشراً بعد الموت وتتابع عدة الأقراء إن لم تكن قد انتهت في تلك المدة.

وذهب المالكية والشافعية وأحمد في رواية عنه إلى أنها لا تنتقل إلى عدة الوفاة بل تكمل عدة الأقراء.

وذلك لأنه مات عنها وهي ليست زوجة له بينونتها من النكاح.

ولأنها خرجت عن معنى حكم الزوجة بالبينونة ولو ماتت قبله لم يرثها^(١).

المطلب الثالث - نفقة العدة:

نفقة معتدة الطلاق الرجعي^(١) :

تعد المعتدة من طلاق رجعي زوجة لقيام عقد النكاح أثناء العدة فتبقى نفقتها كما هي قبل الطلاق باتفاق أهل العلم.

فلها السكنى والنفقة وكل ما يلزمها لمعيشتها سواء أكانت حاملاً أم لا لقوله تعالى:

﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا نَضَارُوهُنَّ لِنُضَيْقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

نفقة معتدة الطلاق البائن^(٢) :

إن المعتدة من طلاق بائن قد تكون حاملاً أو غير حامل:

فإن كانت حاملاً فلا خلاف بين الفقهاء في وجوب النفقة والسكنى لها لقوله تعالى:

﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا نَضَارُوهُنَّ لِنُضَيْقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

ولقوله ﷺ لفاطمة بنت قيس: «لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً»^(٣).

ولأن الحمل ولد له فيلزمه الإنفاق عليه ولا يمكنه الإنفاق عليه إلا بالإنفاق عليها فوجب.

(١) الهداية: ٣٠٨/١ رد المختار والدر المختار: ٦٠٥/٢ البحر الرائق: ١٤٨/٤ المدونة الكبرى: ٣٤/٣ - ٣٥ مغني المحتاج: ٣/٢٩٤ و٣٩٦ والإنصاف: ٢٧٦/٩ - ٢٧٧ غاية المنتهى: ٢١٠/٣ - ٢١١.
(٢) الدر المختار ورد المختار: ٦٦٩/٢ الخرشى على مختصر خليل: ١٩٢/٤ الشرح الكبير: ٥١٤/٢ - ٥١٥ مغني المحتاج: ٤٤٠/٣ روضة الطالبين: ٦٤/٩ - ٦٥ كشف القناع: ٤٦٤/٥ المغني: ٢٩٢/٩.
(٣) ويشمل البائن: الصغرى والكبرى الدر المختار ورد المختار: ٦٦٩/٢ - ٦٧٠ بدائع الصنائع: ٢٠٩/٣ - ٢١٠ و١٦/٤ الشرح الكبير: ٥١٥/٢ مغني المحتاج: ٤٠١/٣ - ٤٠٢ و٤٤٠ - ٤٤١ روضة الطالبين: ٦٦/٩ كشف القناع: ٤٦٥/٥ - ٤٦٦ المغني: ٢٨٨/٩ - ٢٩٠.
(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق باب: في نفقة الميتة ٢٨٥/٢ رقم: ٢٢٩٠.

فإذا كانت المعتدة من طلاق بائن حائلاً غير حامل وكذلك المعتدة من فسخ والمختلعة.

فقد اختلف الفقهاء في وجوب النفقة والسكنى لها إلى مذهبين:

الأول - مالك والشافعي وأحمد في رواية؛

لها السكنى وليس لها النفقة إلا المختلعة إذا كانت المخالعة على السكنى فلا شيء لها.

الثاني - أبو حنيفة وصاحباها؛

لها النفقة والسكنى ولا تجزي المخالعة على السكنى عندهم لأنها حق الشرع.

استدلال الجمهور القائلين بلزوم السكنى فقط:

من القرآن الكريم؛

بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِمَّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِضَعْفِهِنَّ عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ

فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

فقد أوجب الله تعالى السكنى لكل مطلقة وقيد النفقة بالحمل فدل على أنه لا نفقة للحائل

البائن ويبقى لها السكنى فقط.

من السنة المشرفة؛

ما روي عن فاطمة بنت قيس: أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها

وكيله بشعير فسخطته. فقال لها: والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك

له فقال: «ليس لك عليه نفقة»^(١).

من الملحقول؛

إن الزوجية قد زالت فوجب أن تسقط النفقة بزوالها كالوفاة والنفقة في مقابلة التمكين وقد

زال فتسقط النفقة.

(١) أخرجه مسلم: كتاب الطلاق باب: المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها ١٥٢٦/٣ رقم: ١٤٨٠.

واستدل الحنفية بما يلي:

من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾ [الطلاق: ٦].

والامتناع عن النفقة إضرار بمن وقد نهي عنه مما يدل على وجوبها لها^(٢).

من السنة المشرفة:

ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما بلغه أن فاطمة بنت قيس قالت: "ما جعل لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة" قال عمر: "لا نترك كتاب الله وسنة نبينا ﷺ لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت لها السكنى والنفقة"^(٣).

نفقة معتدة الوفاة^(٤)؛

اتفق الفقهاء على أن المعتدة من وفاة لا نفقة لها.

لأن النفقة إنما تجب إما للتمكين أو للعقد وقد زال بالموت وإما بسبب الحمل.

وبالموت قد زالت هذه الحقوق لأن الميت لا يتحمل شيئاً.

واختلفوا في سكنى المعتدة عن وفاة وفق ما يلي:

ذهب الحنفية والشافعية في قول وفي الأصح مما روي عن الحنابلة إلى أنه لا سكنى لها ولا نفقة.

وذهب المالكية والشافعية في الأظهر إلى أن لها السكنى واشتروا لهذا شرطين:

- دخول الزوج بها.

- وجود المسكن.

والبائن المتوفى عنها زوجها لها السكنى مطلقاً دون شرط.

(2) الجامع لأحكام القرآن: ١١٠/١٨ - ١١١.

(3) أخرجه مسلم كتاب الطلاق باب: المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها ١٥٣٢/٣ رقم: ١٤٨٠.

(4) الدر المختار ورد المختار: ٦٧٠/٢ بدائع الصنائع: ٢١١/٣ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٥١٤/٢ و٤٨٤/٢ - ٥١٥ مغني المحتاج: ٤٠١/٣ - ٤٠٢ و٤٤١ كشف القناع: ٤٦٧/٥ المغني: ٢٩١/٩.

استدلال القائلين بأنه لا نفقة ولا سكنى بما يلي:

حديث فاطمة بنت قيس أن النبي ﷺ قال: «إنما النفقة والسكنى للمرأة على زوجها ما كانت له عليها رجعة»^(١).

يقول ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ [البقرة: ٢٤٠].

نسخ متاعهن إلى الحول بآية المواريث بما فرض الله لهن من الربع والثلث ونسخ التبرص إلى الحول بأن جعل أجلهما أربعة أشهر وعشرًا.
استدلال المالكية والشافعية للزوم السكنى:

بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ [البقرة: ٢٣٤].
والتبرص للعدة إنما يكون في منزل الزوجية وإلا فلا معنى له في محل آخر ويسع الورثة الانتظار لانتهاؤ العدة.

وبقوله ﷺ للفريضة بنت مالك: «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله»^(٢).

نفقة معتدة الزكاح الفاسد والوطء بشبهة:

ذهب الجمهور إلى أن المعتدة عن فسخ من نكاح فاسد بعد الدخول دون حملها لا نفقة لها ولا سكنى لأنها لا تستحق النفقة حال الاجتماع فأولى أن لا تستحقها بعد الافتراق.

وذهب المالكية إلى إثبات السكنى فقط.

فإذا كانت حاملاً عند الفسخ فوجهان عند الشافعية:

الأصح لا نفقة لها.

وهو الأظهر من الروايتين عند الحنابلة.

وبالقول بلزومها تكون النفقة للحمل لا لها وهو بالاتفاق^(٣).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في المسند: ٤١٧/٦ والنسائي في الطلاق باب الرخصة في ذلك ٤٧٩/٣٦ رقم: ٣٤٠٢.

(٢) أخرجه أبو داود كتاب الطلاق باب المتوفى عنها تنتقل ٢٩١/٢ رقم: ٢٣٠٠ والترمذي كتاب الطلاق باب ما جاء أين تعد المتوفى عنها زوجها ٥٠٨/٣ رقم: ١٢٠٤.

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٦٦٩/٢ بدائع الصنائع: ٢١١/٣ حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٤٨٤/٢ و٥١٤ - ٥١٥ معنى الخناج: ٤٤١/٣ روضة الطالبين: ٦٧/٩ الغني: ٢٩٣/٩ كشف القناع: ٤٦٦/٥.

المطلب الرابع- المتعة الزوجية (متعة الطلاق)؛

وهي المال المدفوع للزوجة المفارقة في الحياة.

مذاهب الفقهاء في المتعة؛

ذهب الجمهور إلى استحبابها لكل مطلقة إلا المطلقة قبل الدخول ولم يفرض لها المهر فتجب لها المتعة.

وذهب الشافعية إلى وجوب المتعة لكل مدخول بها وكذلك المفوضة المطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها المهر فإذا فرض لها فلا متعة لها.

وبالاتفاق: إذا كانت الفرقة بسببها فلا متعة لها.

استدل الشافعية بقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتِ مَتْعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١].

وقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرَهُ مَتْعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

ودلالة الآيتين واضحة في وجوب المتعة لأن الأمر للوجوب ولم تجب للمطلقة المفوضة التي فرض لها لأن الله تعالى قال: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

فاشترط عدم الفرض لوجوب المتعة.

وحمل الجمهور الأدلة المذكورة على الاستحباب لقريظة: حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ فَإِنْ شَاءُوا اتَّقُوا فَدَفَعُوا وَمَتَّعُوا وَإِلَّا فَلَا.

والآية صريحة في وجوب المتعة للمطلقة المفوضة التي لم يسم لها المهر.

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٦١/ أنه:

«١- يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر أو فساد التسمية.

٢- إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة».

وهذا النص موافق لرأي الجمهور دون الشافعية في وجوب المتعة للمطلقة التي لم يسم لها المهر أو لفساد تسمية المهر قبل الدخول والخلوة.

قدر المتعة:

يجوز أن تبلغ في حدها الأعلى ما يشاء المطلق.

وذهب البعض إلى وجوب أن لا تزيد عن مهر المثل.

ويستحب أن لا تنقص عن نصف مهر المثل عند الحنفية والشافعية.

وقدرها الشافعية بأن لا تنقص عن ثلاثين درهماً أو ما يساوي ذلك.

وثن الشاة درهمان فتقدر بما يعادل هذا في زماننا.

وهو أقل المستحب أو ثوب وما يشبهه من الكسوة.

وقريباً من ذلك الحنابلة.

وقدر الحنفية أقلها بخمسة دراهم أي ما يعادلها ولو كان الزوج فقيراً.

وإذا وقع التنازع في قدرها:

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن القاضي يقدرها معتبراً حال الزوجين في اليسار والإعسار

والصفات لأن الله تعالى قال: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ التَّوَسُّعِ قَدْرُهُنَّ وَعَلَىٰ الْمُقْتَرِ قَدْرُهُنَّ﴾.

مع قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾.

وذهب المالكية والحنابلة إلى اعتبارها بحال الزوج للآية⁽¹⁾.

وقدرت المادة /٦٢/ من قانون الأحوال الشخصية السوري المتعة فنصت على أنه:

«المتعة هي كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها ويعتبر فيها حال الزوج على أن لا تزيد

عن نصف مهر المثل».

وهو إعمال لمذهب الحنفية والشافعية في عدم نقصها عن نصف مهر المثل.

وإعمال لمذهب المالكية والحنابلة في اعتبارها بحال الزوج.

(1) رد المختار على الدر المختار: ٣٣٥/٢ - ٣٣٦ المدونة الكبرى: ٣٣١ - ٣٣٢ الفهر الداني: ٤٦٩ روضة الطالبين: ٣٢٢/٧ معني المحتاج: ٣/٢٤١ - ٢٤٢ كشف القناع: ١٥٧/٥ - ١٥٨.

المطلب الخامس - نفقة المعتدات في قانون الأحوال الشخصية السوري؛
مادة ٨٢/؛

«تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو فسخ».

وهذا النص يشمل كل المعتدات: الرجعية والبائن والوفاء.

وقد خالفه قراران لمحكمة النقض فذهبت إلى أنه:

«لا نفقة للمتوفى عنها زوجها سناً للمادة ٣٣١/ من كتاب الأحوال لقدرى باشا

المعمول بها بدلالة ٣٠٥/ من قانون الأحوال الشخصية» (ش - ١٧٣ - ١٦٣ - ١٩٦٥/٤/٢٩).

وفيما يلي نص المادة ٣٣١/ من كتاب الأحوال لقدرى باشا:

«لا تجب النفقة بأنواعها للحررة المتوفى عنها زوجها سواء كانت حائلاً أو حاملاً».

وهذا القرار كما يرى مخالف لإطلاق المادة ٨٣/.

بينما ذهب قرار آخر إلى أنه:

«النفقة واجبة للمعتدة إطلاقاً» (ش - ٤٦٥ - ٤٤٧ - ١٩٥٤/١٢/٢٨).

والذي أرجحه ثبوت نفقة السكنى لعامة المعتدات طالما بقيت في سكنى الزوجية دون محذور
الخلوة إلا معتدة الوفاة فلا محذور من هذا لموت الزوج.

لأنه لا يعقل إخراجها من سكنها لمجرد وفاة زوجها ويمكن للورثة انتظار انتهاء عدتها.

ويبقى إشكال في تحديد مدة النفقة تبعاً لمدة العدة.

وقد ذكرت المادة ٨٤/ المدة الأقصى للنفقة في العدة وهي تسعة أشهر ونصها:

«نفقة العدة كنفقة الزوجية ويحكم بما من تاريخ وجوب العدة ولا يقضى بها عن مدة أكثر
من تسعة أشهر».

ولكن يمكن أن تكون العدة أطول من تسعة أشهر.

وقد أخذ القانون بمذهب المالكية والحنابلة فحدد العدة لمتدة الظهر بسنة (مادة ١٢١/٢).

فتبقى هذه المعتدة دون نفقة ثلاثة أشهر مع احتباسها في سكنى الزوجية فلا بد من تعديل هذه
المادة ٨٤/ ليقضى بها إلى سنة.

وتجبر المعتدة على قضاء عدتها في منزل الزوجية (نقض - ش - ٣٩٩ - ٣٨٨ - ١٩٥٤/١٠/٣١).

وهو مذهب الحنابلة في البائن الحائل من وجه في وجوب السكنى عليها إن شاء تحصين فراشه
في استبراء رحمها وتأكد من عدم حملها فلا بد حينها من النفقة لها.

الباب الثالث: الولادة وآثارها⁽¹⁾؛

الفصل الأول: النسب.

الفصل الثاني: الرضاع.

الفصل الثالث: الحضانه.

الفصل الرابع: نفقة الأقارب.

الفصل الأول: النسب.

المبحث الأول: إثبات النسب.

المطلب الأول: ثبوت النسب بالعقد الصحيح.

المطلب الثاني: ثبوت النسب بوجود مدة الحمل.

المطلب الثالث: ثبوت النسب في العقد الفاسد والوطء بشبهة.

المبحث الثاني: وسائل إثبات النسب.

المطلب الأول: إثبات النسب بالبينة.

المطلب الثاني: إثبات النسب بالإقرار.

المبحث الثالث: ثبوت النسب في العدة.

المطلب الأول: نسب حمل معتدة الطلاق. والوفاة قبل إقرارها انتهاء عدتها.

المطلب الثاني: نسب حمل معتدة الطلاق والوفاة الملقرة بانتهاء عدتها.

المطلب الثالث: نسب حمل الأيسة والصغيرة.

المطلب الرابع: نسب حمل امرأة مطلقة لا تلزمها العدة.

المطلب الخامس: نسب حمل زوجة الغائب بعد تزوجها من آخر.

المبحث الرابع: حالات نفي النسب.

المبحث الخامس: أحكام اللقيط.

(1) ومن آثار الولادة: الولاية على النفس أو المال ولم أضمها هنا لأنها تدرس تفصيلاً في مباحث الأهلية مقرر السنة القادمة.

المبحث الأول - إثبات النسب؛

تعريف النسب ودليله؛

النسب اصطلاحاً؛ قرابة ثابتة شرعاً إلى الأب ابتداءً.

وذلك أن الله تعالى هو الذي قدر هذه العلاقة الشرعية للزواج فاعتبرها قرابة ﴿أُولُوا الْقُرْبَىٰ﴾

[النساء: ٨].

وأثبتها الله تعالى للأب ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وله: الضمير للأب.

وقد اعترف بهذا القرابة إذا كانت بوجهها الشرعي ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا

وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤].

وقد امتن الله تعالى على الإنسان بالنسب دون سائر المخلوقات تكريماً لهذا الإنسان وربط

الكثير من الأحكام بهذا الإقرار الشرعي^(١).

المطلب الأول - ثبوت النسب بالعقد الصحيح^(٢)؛

ذهب عامة الفقهاء إلى ثبوت النسب بالعقد.

ولكن جمهور الفقهاء اشترطوا إمكان الدخول.

لأن العقد سبب لوجود النسب وشرطه الدخول ولا يتبين ذلك إلا بإمكانه فإذا انعدم

الإمكان قطع بأن العقد لم يعد مظنة للدخول.

وذهب الحنفية إلى الاكتفاء بعقد النكاح دون اعتبار لإمكان الدخول لقيام العقد مقامه مع

اشتراط تصور قيام الدخول والتصور ممكن في تزوج المشرقي بالمغربية وبينهما أكثر من مسيرة

سنة أشهر إثباتاً للكرامة أو المعونة أو الاستدراج.

واستدل الحنفية بقوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(٣).

(١) الجامع لأحكام القرآن: ٤٠/١٣ وعرف النسب ابن العربي: حلف الماء بين الذكر والأنثى على وجه الشرع. ور: زاد المسير: ٩٧/٦
(٢) البحر الرائق: ١٦٩/٤؛ المغنبة: ٣١٤/١؛ بدائع الصنائع: ٣٣١/٢ - ٣٣٢/٢ - ٢١١/٣ - ٢١٢ الشرح الكبير: ٤٦٠/٢؛ بلغة السالك: ٤٩٣/١؛ روضة الطالبين: ٣٧٤/٨ و٣٧٨؛ معني افتحاح: ٣٣٨/٣؛ زاد المعاد: ٣٧٢/٥؛ المغني: ٥٣/٩ - ١١٥ - ٥٥ - ١١٩ و١٩٨٣.
(٣) أخرجه البخاري في البيوع باب: تفسير المشبهات رقم: ١٩٤٨؛ ومسلم في الرضاع باب: الولد للفراش رقم: ١٤٥٧؛ واللفظ للبخاري.

وفي سبب ورود الحديث تنازع سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة فقال سعد: ابن أخي قد عهد إلي فيه فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة»^(١).

وفي هذا الحديث نفي النسب عن الزاني مع تحقق وطئه وإثبات للنسب بالعقد مطلقاً.

وذهب ابن تيمية إلى اشتراط الدخول المحقق وهو رواية حرب عن أحمد.

وذلك لنص أحمد فيمن طلق قبل البناء.

فأتت امرأته بولد فأنكره فينتفي عنه بغير لعان وذلك أنه لا يثبت النسب بمجرد إمكان العلق إذا ما قطع بانتفائه عادة ولا بد من الدخول المحقق لتكون المرأة فراشاً^(٢).

وهذا بشرط أن تأتي بالولد لأكثر من أقل مدة الحمل وهي في العقد.

وكذلك بشرط أن تأتي به لأقل من أكثر مدة الحمل من تاريخ الطلاق إذا كانت قد طلقت.

هذا ويعتد بالعقد الفاسد إذا اقترن بالدخول ولكن العبرة بتاريخ الدخول في حساب أقل مدة الحمل.

وبتاريخ المفارقة في حساب أقصى مدة الحمل.

وكذلك في الوطاء بشبهة كمن وطئ امرأة وظنها امرأته.

كما ويشترط أن يكون الزوج يتصور منه الإحبال عادة فلا يثبت النسب بالزوج الصغير

غير البالغ ولا يثبت النسب من المسوح والمجبوب.

وصرح المالكية^(٣) بأن ستة أيام فرق ذو بال يعتد به.

ومعناه: وما دونه قليل لا يعتبر كيوم أو يومين أو ثلاثة.

(١) السابق.

(٢) زاد المعاد: ٣٧٢/٥.

(٣) الشرح الكبير: ٤٦٠/٢.

المطلب الثاني - إثبات النسب بوجود مدة الحمل^(١) :

يثبت النسب إذا أتى الحمل في الفترة الواقعة بين أقل مدة الحمل وأقصاها.

أقل مدة الحمل:

اتفق الفقهاء أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر ثم اختلفوا في بداية مدة الحمل.

فذهب الجمهور إلى أنها من وقت الدخول وإمكان الوطء.

وذهب الحنفية إلى أنها من وقت العقد لعموم قوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»

والفراش هو عقد الزواج.

ودليل الجمهور أن المرأة ليست بفراش إلا بإمكان الوطء وهو مع الدخول.

واعتبر الحنفية العقد قائماً مقام الدخول لأن العقد مظنة الدخول وهو الذي يمكن معرفته

حسباً للجميع أو للبعض.

ودليل الجماهير على أن أقل مدة الحمل هو ستة أشهر هو إجماع الصحابة.

لما روي أن عمر رضي الله عنه أتى بامرأة قد ولدت لسته أشهر فهم برجمها فبلغ ذلك علياً

رضي الله عنه فقال: ليس عليها رجم فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه فأرسل إليه فسأله.

فقال: قال تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ ﴾

[البقرة: ٢٣٣] وقال: ﴿ وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ [الأحقاف: ١٥].

فسته أشهر حملة حولين تمام لا حد عليها أو قال: لا رجم عليها. قال: فخلى عنها ثم

ولدت^(٢).

فأخذ عثمان بقوله ودرأ عنها الحد فكان إجماعاً.

(١) الهداية: ٣١٤/١ - ٣١٥ البحر الرائق: ١٧٧/٤ و١٦٩/٤ تبين الحقائق: ٣٨/٣ - ٣٩ بدائع الصنائع: ٢١١/٣ رد المحتار والدر المختار: ٦٢٣/٢ الشرح الكبير: ٤٠١/٣ و٤٥٩/٢ بداية الختهد: ١١٠/٢ بلغة السالك: ٥٠٠/١ معني الختاج: ٣٣٨/٣ المهدب: ١٤٢/٢ روضة الطالبين: ٣٧٧/٨ المعني: ١١٥/٩ - ١١٧ منار السبيل: ٢٧٤/٢ كشف القناع: ٤٠٥ و٤١٤ المغلي: ١٣١/١٠ - ١٣٣.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن في كتاب العدد باب ماجاء في أقل الحمل ٤٤٢/٧.

أقصى مدة الحمل:

اعتمد العلماء على استقراء أحوال الناس ولو في القليل النادر لعدم وجود نص في ذلك.

فقدرها الجمهور بأربع سنين واستدلوا بحديث الوليد بن مسلم: «هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثني عشرة سنة تحمل كل بطن أربع سنين»^(١).

وقدراها الحنفية بستين واستدلوا بحديث عائشة: «ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل»^(٢).

وقدراها المالكية في قول آخر بخمس سنين وفي آخر ستاً أو سبعمائة والمشهور أربع.

وقدراها ابن حزم بتسعة أشهر لا تزيد عنها واستدل بحديث عن سيدنا عمر قال: «أيما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها فإن لم يستبين حملها في تسعة أشهر فلتعتد بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر عدة التي قعدت عن الحيض»^(٣).

نصت المادة /١٢٨/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً وأكثره سنة شمسية».

مادة /١٢٩/:

«١- ولد كل زوجة في النكاح الصحيح يُنسب إلى زوجها بالشرطين التاليين:

أ - أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل.

ب- أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين

سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل».

(١) أخرجه البيهقي في السنن كتاب العدد باب ما جاء في أكثر الحمل ٤٤٣/٧.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن السابق: ٤٤٣/٧.

(٣) ذكره ابن حزم: ١٣٣/١٠.

المطلب الثالث- إثبات النسب في العقد الفاسد والوطء بشبهة؛

النسب في الذكاح الفاسد؛

وذلك كأن تزوجت في عدتها من الثاني مع علمه بعدتها فجاءت بولد.

فيثبت من الأول إن جاءت به لأقل من سنتين.

أو من الثاني إن جاءت به لستة أشهر فأكثر مع كون النكاح الثاني فاسداً.

وذلك من تاريخ الوطء عند الجمهور وهو الأصح عند الشافعية.

وفي وجه آخر من وقت العقد.

وقال الشافعية: "دعوى الجهل بتحريم المعتدة لا يقبل ويعد زنا إلا من قريب عهد بالإسلام

وأما الجهل بكونها معتدة فيقبل مطلقاً"⁽¹⁾.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في النسب في الزواج الفاسد والدخول بشبهة:

مادة /١٢٢/؛

«١- المولود من زواج فاسد بعد الدخول إذا ولد لمئة وثمانين يوماً فأكثر من تاريخ

الدخول ثبت نسبه من الزوج.

٢- إذا كانت ولادته بعد متاركة أو تفريق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من

تاريخ المتاركة أو التفريق».

مادة /١٢٣/؛

«١- الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من

الوطء».

٢- متى ثبت النسب ولو بنكاح فاسد أو بشبهة ترتب عليه جميع نتائج القرابة ويمنع

النكاح في الدرجات الممنوعة وتستحق به نفقة القرابة والإرث».

(1) بدائع الصنائع: ٣/٢١٥ بلغة السالك: ١/٤٩٢ روضة الطالبين: ٨/٣٧٥ و٣٨٢ مغني المحتاج: ٣/٣٩١ و٣٩٤ كشف القناع: ٥/٤١٠ - ٤١١ المغني: ٩/٥٧.

إثبات النسب في الوطاء بشبهة:

ليبان ثبوت النسب في الشبهة لا بد من بيان الشبهة وثبوت النسب بحسب أنواعها:

والشبهة ثلاثة أنواع:

١- شبهة في العقد:

وهي ما وجد فيها العقد صورة لا حقيقة ويثبت فيها النسب.

ومن ذلك: كعقد مع وطء على خامسة فيجب الحد ولا نسب.

بخلاف أبي حنيفة فلا حد ويثبت النسب مع التعزير.

٢- شبهة في الفعل:

وهي الوطاء المظنون حله بادعائه.

كمن وطئ امرأة زفت إليه على أنها زوجة له وقيل له: "هي امرأتك" وتبين أنها ليست امرأته.

أو وطئ المعتدة ثلاثاً أو المختلعة.

ويثبت فيها النسب بشرط أن تأتي به لأقل من أقصى مدة الحمل.

فإذا انتهت مدة الحمل فلا يثبت إلا إن ادعاه.

وليس كل شبهة في الفعل تثبت النسب.

٣- شبهة في الملح:

فيوجد دليل مثبت للحل يعارضه مانع يورث شبهة في حلية الملح كالمعتدة في طلاق الكناية

بنيته ثلاثاً.

فلا حد بوطئها في عدتها ولو علم مجرمتها لتحقق الاختلاف في الحرمة وقيام دليل المخالف.

ولا يجب الحد في شبهة الملح ولو علم بالحرمة لثبوت الملك فيها من وجه فلم يبق معنى الزنا

كاملاً فلا يجب الحد مع الشبهة كما يثبت النسب بادعائه.

فإن أتت المرأة بالحمل لدون ستة أشهر من وطئها بشبهة لم يلحق النسب الواطئ وإنما

الزوج إن كانت متزوجة.

وإن وقع التنازع بين الواطئ والزوج مع إمكان كونه لهما كان الولد للزوج ترجيحاً للفراش

عند الحنفية والشافعية في قول.

وفي قول آخر عند الشافعية: "يعرض الولد على القائف فيلحقه بمن يغلب على ظنه أو

ينتظر بلوغه وانتسابه بنفسه"^(١).

(١) رد المحتار: ٢/٦٢٤ و ٣/١٥٠ - ١٥٤ المهذب: ٢/١٤٥ روضة الطالبين: ٨/٣٣٥ و ٣٧٥ - ٣٨٠ و ٣٨١ معني المحتاج: ٣/٣٩٣ - ٣٩٤ كشف القناع: ٥/٣٩٧ و ٤٠٧ المعني: ٩/٥٧.

المبحث الثاني - وسائل إثبات النسب؛

المطلب الأول - إثبات النسب بالبينة^(١)؛

البينة لغة: هي الظهور والوضوح^(٢).

اصطلاحاً: الشهود الذين يشهدون على ثبوت شيء ما^(٣).

إن الأصل في النسب الثبوت حيث توافر سببه وهو العقد الصحيح.

وشرطه إمكان الدخول - على ما بينته.

فإذا ادعى شخص نسبه من آخر أو ادعت امرأة نسب ولدها من رجل لم يثبت النسب إلا بالبينة.

والبينة هنا هي رجلان عند الجمهور سوى الحنفية فهي رجل وامرأتان أو رجلان وهذا ما يسمى الاستلحاق.

وتصوير ذلك: بأن يشهد للابن اثنان.. على إقرار الأب بأنه ابنه واستلحاقه له ثم رجوعه.

أو برؤية دخول امرأة وحدها دون ولد بيتاً ثم خروجها بعد زمن منه مع ولد وليس في البيت امرأة غيرها ويعلمون أنها ولده ولم يتعمدوا النظر إليها بل وقع اتفاقاً.

لأن نظرهم إليها لا يجوز وذلك كله لحمل حال المسلم على الصلاح ما أمكن.

فإذا شهدوا أو شهدا ثبت النسب.

وأما ثبوت النسب بالبينة على الولادة والاستهلال.

فقد اختلف الفقهاء في ذلك:

فذهب الحنفية والحنابلة إلى قبول شهادة المرأة الواحدة لتأييدها بمؤيد ظهور الحبل أو الاعتراف بالحبل مع إنكار الولادة ووجود الفراش أي العقد القائم أو آثاره ويتعين الولد بشهادتها.

وذهب المالكية إلى اشتراط شهادة امرأتين عدلتين.

وذهب الشافعية إلى اشتراط شهادة أربع نساء.

(٢) رد المحتار مع الدر المختار: ٢/٦٢٦ - ٦٢٨ بدائع الصنائع ٣/٢١٦ - ٢١٧ الباب شرح الكتاب: ٥٦/٤ شرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٤/١٨٦ و ١٨٨ و ٢١٥ روضة الطالبين: ٨/٣٧٩ و ٢٥٣/١١ و ٢٥٤ - المهذب: ٢/٣٣٣ - ٣٣٤ نهاية المحتاج ٨/٣١١ معنى المحتاج: ٤/٤٤٢ و ٤٤٣ - ٤٤٨ و ٤٤٩ تكملة المجموع شرح المهذب: ١٨/٤٩٦ منار السيل: ٢/٤٩٤ كشف القناع: ٥/٣٩٨.
(٣) مختار الصحاح: ٥٣.
(١) معنى المحتاج: ٤/٤٦١.

الأدلة والمناقشة والترجيح:

استدل الحنفية والحنابلة بما أخرجه البيهقي: «أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة القابلة». واستدل المالكية باشتراط امرأة ثانية في القرآن فكذلك يشترط هنا احتياطاً. واستدل الشافعية بما روي عن عطاء: «لا يجوز إلا أربع نسوة في الاستهلال». والذي أرجحه مذهب المالكية في اشتراط شهادة امرأتين على الولادة والاستهلال وهو أمر لا يعسر.

المطلب الثاني - إثبات النسب بالإقرار^(١)؛

القسم الأول - الإقرار بالنسب على نفس المقر:

وهو أن يقر شخص ما لأمريء غير معروف بالنسب بأنه ابنه أو أبوه.

ولصحة هذا الإقرار شروط هي:

- ١- أن يكون المقر له مجهول النسب لقوله ﷺ: «ملعون من انتسب إلى غير أبيه»^(٢).
 - ٢- أن يولد مثله لمثله بأن يكون الفرق بين سنيهما يحتمل فيه إنجاب ولد مثله لمثله.
 - ٣- تصديق المقر له المقر بما أقر به من النسب إن كان يعتد بقوله وإلا بأن كان صغيراً أو مجنوناً فلا يشترط تصديقه.
 - ٤- أن لا يدعيه المقر من الزنا لأنه لا يصلح مثبثاً للنسب وإنما للعقوبة.
 - ٥- أن يثبت النسب على نفسه لا غير فلو أقرت زوجة أو معتدة ببنوة غلام أو غيره لم يثبت نسبه من زوجها إلا بإقراره وموافقته لها لأن إقرارها تحميل للنسب على الغير.
- ولا يصح بحال إبطال أو نقض النسب بعد ثبوته ولا باللعان.
- نصت المادة /١٢٩/ من قانون الأحوال الشخصية السوري:
- «١- ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين التاليين:
- أ- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل.
 - ب- أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل.
 - ٢- إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه.
 - ٣- إذا توفر هذان الشرطان لا ينفي نسب المولود عن الزوج إلا باللعان».

^(١) يقع الصبيح: ٢١٧/٣ - ٢١٨ قبل النخل مع رد النظر: ٤٤٦/٤ - لغة السالك: ١٩٥/٢ الشرح الكبير مع حاشية السورقي: ٤١٦/٣ - ٤١٣ من الفتح: ٢٥٩/٢ - ٢٦٠ للذهب: ٣٥١/٢ للنبي: ٣٢٧/٥.

^(٢) انحصار علوم الحديث: ٤٢٩/١ كشف الخفاء رقم: ٣٣٣٣.

وجاءت الفقرة الثانية لتقيد الشرطين الواردين في الفقرة الأولى بإقرار الزوج بثبوت النسب وادعائه لثبوته وهو مذهب الجمهور دون المالكية بثبوت النسب بمجرد الإقرار به أو الادعاء به.

وقد نصت المادة /١٣٤/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«١- الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة.

٢- إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة لا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بمصادقته أو بالبيّنة».

القسم الثاني - الإقرار بنسب محمول على الغير^(١) :

وذلك بأن يقر الورثة بأبوة أبيهم أو قريتهم لهذا الشخص... .

هذا إذا كانوا ورثة وإلا بأن لم يكونوا من الورثة كانوا شهوداً على إثبات النسب.

ولا يشترط بلوغ المقرين نصاب الشهادة - في رواية الجامع الصغير - عند الحنفية والشافعية والحنابلة لأن تصديق الورثة يعد إقراراً لا شهادة.

ويعد شهادة عند الحنفية والمالكية فيشترط شروط الشهادة فيه فيثبت الحكم على الجميع.

وأما الإقرار فلا بد من مصادقة جميع الورثة للمقرين فيثبت النسب ويشاركهم جميعاً في الإرث ولا يشترط تعددهم.

أما إذا صدق البعض وحده آخرون ولم يبلغوا النصاب في الشهادة على الاختلاف فيثبت نسبه في حق البعض ويشاركهم حصتهم الإرثية دون غيرهم وذلك لأن الإقرار حجة قاصرة عليهم فلا تشمل سواهم.

وقال الشافعية: "لا يشاركه في الإرث لأن الإرث فرع النسب ولا يثبت النسب".

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٣٤/ على أنه:

«٢- إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة لا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بمصادقته

أو بالبيّنة».

(١) رد المختار على الدر المختار: ٦٢٧/٢ - ٦٢٩ - بدائع الصالح: ٢١٧/٣ - ٢١٨ - الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٤١٧/٨ - المهذب: ٣٥١/٢ - روضة الطالبين: ٣٧٩/٨ - ٣٨٠ - كشف القناع: ٤٠٥/٥ - المعنى: ٢٢٨/٥ - ٢٢٩.

ونصت المادة /١٣٥/ على أنه:

«إقرار مجهول النسب بالأبوة أو بالأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك».

ونصت المادة /١٣٦/ على أنه:

«الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه».

المبحث الثالث- ثبوت النسب في العدة:

المطلب الأول- نسب حمل معتدة الطلاق والوفاة قبل إقرارها بانتهاء عدتها:

إذا طلقت المرأة من ذوات الأقراء أو توفي عنها زوجها فجاءت بولد إلى أقصى مدة الحمل من تاريخ الطلاق ثبت النسب إلى هذا المطلق.

وهو الأظهر عند الشافعية دون تفريق بين المطلقة الرجعية أو البائن لأن العلوق من وطئه ولا يحتمل أن يكون من حادث بعد الطلاق.

وأما إذا جاءت به لأكثر من أقصى مدة الحمل من وقت الطلاق فلا يثبت النسب إن أنكره الزوج المطلق لليقين بأنه ليس له لإمكان العلوق من غيره.

إلا إذا ادعاه فيثبت ويحمل على أن الوطء بشبهة كان خلال عدة الطلاق الثلاث مع ظنه حل الوطء.

أو كان الطلاق رجعياً ووطئها في عدتها مراجعاً لها.

وربما كانت ممتدة الطهر فيثبت النسب طالما كان وطؤه في عدتها.

وإذا لم يدعه لم يثبت النسب إليه وحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة أشهر وإرجاع نفقة الستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد.

لأن الولد بعد مدة أقصى الحمل لا بد من كونه من وطء حادث فقد انقضت عدتها وتزوجت غيره فلزمها رد نفقة الأشهر الستة.

وذهب أبو يوسف إلى انقضاء عدتها بوضع الحمل ولا ترد شيئاً من النفقة لاحتمال وطئها بشبهة من الزوج نفسه أو من غيره بشبهة ولا تسقط النفقة بالاحتمال.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٣٠/ إلى أنه:

«إذا لم تقر المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا إذا ادعاه الزوج أو الورثة».

ويلحظ أن القانون قد قيد مدة الحمل بسنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة جرياً مع الواقع المعاش باعتبار أن ما قاله الفقهاء إنما بنوه على الاستقراء ويمكن أن يرد الاحتمال في ذلك.

المطلب الثاني - حمل معتدة الطلاق والوفاة المقرة بانتهاء عدتها:

إذا طلقت المرأة فأقرت بانقضاء عدتها بعد أن مضت مدة معقولة لانقضائها فجاءت بولد ولما تمض السنتان أو إلى سنتين من طلاقها ينظر:

إن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم إقرارها بانقضاء عدتها ثبت النسب لهذا الزوج.

أما إذا جاءت به لستة أشهر فأكثر من يوم إقرارها بانقضاء عدتها لم يثبت نسبه إلى هذا الزوج.

وذلك لأنها مصدقة بإقرارها بانقضاء عدتها وقد مضت ستة أشهر وهي كافية للعلوق من غيره ما لم يظهر كذبها أو غلطها في إقرارها بيقين كما لو جاءت بولدها لأقل من ستة أشهر من يوم إقرارها ويكون إقرارها غلطاً وكذباً.

وقال الشافعية: "لو أقرت بانتهاء عدتها ولم تتزوج وجاءت بولد إلى ما قبل انتهاء أقصى مدة الحمل ثبت النسب إلى الزوج أما إذا تزوجت وجاءت بولد بعد ستة أشهر فالحمل للثاني وإلا فما دون فهو للأول".

ولذا ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٣١/ على أنه:

«المطلقة أو المتوفى عنها زوجها المقترتان بانقضاء العدة يثبت نسب ولدهما إذا ولد لأقل من /١٨٠/ يوماً من وقت الإقرار وأقل من سنة من وقت الطلاق أو الموت».

المطلب الثالث- نسب حمل الأيسة والصغيرة؛

إذا كانت عدتها بالأشهر وكانت آيسة ثم جاءت بولد ولما تقر بعدُ بانتهاء عدتها أو أقرت بانتهاء عدتها.

فإذا جاءت بالولد إلى سنتين من وقت طلاقها ثبت نسبه إلى الزوج لأنها بولادتها علم عدم إياسها وأنها من ذوات الأقراء.

أو أقرت بانتهاء عدتها وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه أيضاً.

فإذا كانت صغيرة وأقرت بانقضاء عدتها بمضي ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ إقرارها ثبت النسب وإلا لم يثبت وذلك لظهور كذبها بانقضاء عدتها لأن الحمل لا تلده في أقل من ستة أشهر من زواج آخر.

فإذا لم تقر بانتهاء عدتها وأقرت بالحمل أثناء العدة فيثبت النسب إلى سنتين من وقت طلاقها البائن ويثبت إلى سبعة وعشرين شهراً من وقت طلاقها الرجعي.

لظهور أن العلوق كان في العدة والعدة ثلاثة أشهر قبل حيضها.

فإذا ولدت لأكثر من سبعة وعشرين شهراً تبين أن العلوق كان بعد مضي الثلاثة أشهر من غيره.

المطلب الرابع- نسب حمل امرأة مطلقة لا تلزمها العدة؛

إذا لم تجب العدة على المطلقة كالمطلقة قبل الدخول فنسب الولد لا يثبت من الزوج إلا إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق وبهذا يعلم يقيناً أنه من هذا الزوج الذي طلقها^(١).

المطلب الخامس- نسب حمل زوجة الغائب بعد تزوجها من آخر؛

إذا بلغ الزوجة موت الزوج أو طلاقه ثم اعتدت وتزوجت بآخر أو ادعت ذلك وتزوجت بآخر ثم جاء الزوج الأول وقد ولدت من الثاني أولاداً فيثبت نسبهم من الثاني لا من الأول وهو قول أبي يوسف.

وبيانه: أنه يكون للأول إن أتت به لأقل من ستة أشهر من عقد الثاني ليقين علوقه من الأول.

وإن كان ولد الحمل لأكثر من ستة أشهر فهو للثاني.

وهذا هو الأول الذي عليه الفتوى لأن الولد للفراس الحقيقي ولو كان فاسداً وهو ما رجع إليه الإمام ورجحه ابن عابدين^(١).

(١) بدائع الصنائع: ٢١١/٣ - ٢١٥ رد المحتار: ٦٢٣/٢ - ٦٢٥ روضة الطالبين: ٣٧٤/٨ - ٣٧٨ معني المحتاج: ٣٩٠/٣ - ٣٩١ كشف القناع: ٤٠٥/٥ - ٤٠٨.
(١) رد المحتار: ٦٣١/٢.

المبحث الرابع- حالات نفي النسب^(٢)؛

الحالة الأولى- نفي النسب بإنكار ولادة الولد؛

للزوج إنكار ولادة زوجته لنفي نسب الولد بشرط عدم علمه بحبلها والحبل ليس ظاهراً.
فللزوجة إثبات الولادة بشهادة القابلة أو غيرها في مذهب الصحابين لأن شهادة المرأة الواحدة في هذه الحالة تكفي.

وذهب أبو حنيفة إلى لزوم شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

ويشترط لإنكار الولادة:

١- عدم إقرار الزوج بالولادة صراحة أو دلالة كما لو تقبل التهنتة بالمولود أو أحضر القابلة.

٢- أن لا يؤخر نفي نسبه فإن أخره عد إقراراً منه بنسبه.

الحالة الثانية- نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب؛

إذا كان الزوج لا يتصور منه حدوث الحمل لصغره أو لعقمه أو لكونه ممسوحاً مما يحول دون التناسل فلا يثبت النسب لأن من شروط النسب ولادة مثله لمثله.. .

الحالة الثالثة- نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين؛

ذهب الجمهور دون الحنفية إلى أنه يمكن نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين.

الحالة الرابعة- نفي النسب لعدم مضي الفترة المحددة لأقل مدة للحمل أو لمضي أقصاها؛

يمكن للزوج أن ينفي الولد إذا جاءت زوجته بولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد أو لأكثر من أقصى مدة الحمل من تاريخ الطلاق.

ومع ذلك فإنه يمكن للزوج أن يقر بنسب الولد ما لم يدعه من الزنا.

الحالة الخامسة- نفي النسب عن خريق اللعان؛

إن نفي نسب الولد قسم من قسمي اللعان وذلك بأن يحلف كلا الزوجين فيحلف الزوج أربعة أيمان على نفي الولد وتحلف الزوجة على كذب الزوج في نفيه للولد^(١).

وقد ذكر قانون الأحوال الشخصية السوري ذلك في المادة /١٢٩/:

«٣- إذا توافر هذان الشرطان - أقل مدة الحمل واللقاء بينهما - لا ينفي نسب الولد

عن الزوج إلا باللعان».

(٢) بدائع الصنائع: ٢١١/٣ - ٢١١/٣ الهداية: ٣٠٦/١ - ٣٠٦/١ الدر المختار ورد المختار: ٦٢٣/٢ - ٦٣٠ بلغة السالك: ٤٩٢/١ - ٤٩٣ و٤٩٦ روضة الطالبين: ٣٢٨/٨ - ٣٣١ - ٣٥٦ - ٣٥٧ و٣٥٩ و٣٦١ و٣٧٤
معني المختار: ٣٨٠/٣ - ٣٨١ كشف القناع: ٣٩٠/٥ و٣٩٧ و٤٠١ - ٤٠٢.

(١) بداية الاجتهاد ونهاية المقتصد: ١٢١/٢ المقنع: ٢٥٧/٣ رد المختار على الدر المختار: ٦٨٠/٢ زاد المختار بشرح المنهاج: ٥٨٠/٣.

المبحث الخامس- أحكام اللقيط^(٢) والتبني؛
المطلب الأول- أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي؛
اللقيط: هو الطفل الذي لم يعلم أبواه^(٣).

فيجب على المسلمين التقاطه إعمالاً لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢].
ولما رواه سعيد بن منصور في سننه عن سنين أبي جميلة قال: "وجدت ملقوطةً فأتيت به عمر بن الخطاب" فقال عريفي: "يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح" فقال عمر: "أكذلك هو؟" قال: "نعم" فقال: "أذهب به فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته".
أحكام اللقيط.

١- حضانة اللقيط.

يجب على المسلمين - فرض كفاية - حضانته ورعايته والذي يجده ولا يلتقطه يعد آثماً وإذا تلف ضمنه إذا لم يكن المكان مطروقاً.
٢- نسب اللقيط:

إذا ادعى أحدهم نسبه قبل وإن أبطل حق الملتقط في بقاءه بيده ليتشرف بالنسب وخاصة إن ادعاه بدليل وعلامة في جسده أو كانت معه لشهادة الظاهر له.
فإن ادعاه آخر بعده لم يقبل لأن النسب إذا ثبت لا يقبل النقص إلا إذا أقام الآخر بينة على قوله فيقدم اعتباره.
ولهذا لا يثبت نسب بالتبني وإنما النسب حكم شرعي يقدر الشارع وجوده في الولد إن جاء عن طريق عقد صحيح.

فإن الله تعالى هو الذي جعله نسباً وصهراً وليس آحاد الناس إذ قال: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا﴾ [الفرقان: ٥٤].

ولهذا كان النسب لبني الإنسان بوجهه المشروع ولم يكن لغيره.

٢- دين اللقيط:

يعد اللقيط مسلماً إن وجد في محال المسلمين.

٤- الولاية على اللقيط:

لا يجوز التصرف بنفس اللقيط بالتزويج لأنه لا ولاية نفس عليه وكذلك لا يجوز التصرف بماله.

(٢) الفقه: ٤٦٧/١ - ٤٦٩ - الفروع الكبرى: ١٢٤/٤ - ١٢٦ - معني الفحاح: ٤٢٧/٢ - ٤٢٤ - مدار السيل: ٤٦٥/١ - ٤٦٧.
(٣) الفروع الكبرى: ١٢٤/٤.

وللملتقط ولاية جزئية بنفس اللقيط فله أن يؤجره ويعلمه حرفة وما أشبه ذلك من تعليمه وتثقيفه وحفظ حاله.

٥- مال اللقيط:

لا يجوز التصرف بماله ويعد المال الموجود مع اللقيط ملكاً له.

ويرجع الملتقط بالنفقة على أب اللقيط إن عرف فيحلف الملتقط المنفق أنه أنفق ليرجع لا حسبة.

المطلب الثاني - أحكام اللقيط في التشريع السوري:

نص المرسوم التشريعي رقم ١٠٧/ الصادر بتاريخ ١٩٧٠/٥/٤ على ما يلي:

المادة ٢/:

«على كل من يعثر على لقيط أن يسلمه إلى أقرب مخفر للشرطة مع الملابس التي كانت عليه وجميع الأشياء الأخرى التي وجدها معه أو بالقرب منه».

المادة ٥/:

«تتولى وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل رعاية اللقيط وكفالاته وتعليمه حتى يستطيع الاعتماد على نفسه وكسب عيشه».

المادة ٦/:

«تقوم وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل بالولاية على نفس اللقيط حتى إتمامه سن الثامنة عشرة».

المادة ٧/:

«يعامل اللقيط القاصر معاملة اليتيم فيما يتعلق بالوصاية على ماله وتسري على الوصية أحكام الوصية الواردة في قانون الأحوال الشخصية».

المادة ١٣/:

«يعتبر اللقيط مسلماً ما لم يثبت خلاف ذلك».

المادة ١٤/:

«تسري على كل من يدعي صلة نسب بلقيط الأحكام المتعلقة بالإقرار بالنسب الواردة في قانون الأحوال الشخصية»^(١).

(١) وهذا ما اختاره من هذا المرسوم الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني في كتابه شرح قانون الأحوال الشخصية: ١٩١/٢ ولم أعر على هذا المرسوم.

الفصل الثاني: الرضاع.

المبحث الأول: تعريف الرضاع ومقداره ومدته.

المطلب الأول: تعريف الرضاع وحكمه.

المطلب الثاني: مقدار الرضاع المحرم.

المطلب الثالث: مدة الرضاع المحرم.

المبحث الثاني: نفقة الرضاع.

المطلب الأول: أجرة الرضاع وإجبار الأم على الرضاع.

المطلب الثاني: التبرع بالرضاع.

المبحث الثالث: إثبات الرضاع.

المطلب الأول: ثبوت الرضاع بالشهادة.

المطلب الثاني: الإقرار بالرضاع.

المبحث الأول - تعريف الرضاع ومقداره ومدته؛

المطلب الأول - تعريف الرضاع وحكمه؛

اصطلاحاً؛ وصول لبن إلى الجوف^(١).

حكم الرضاع؛

إذا وجد الرضاع بشروطه كان مؤثراً في تحريم الزواج بمن صرن قريبات للرضيع.

ويعد الرضيع وذريته وهدمه - دون إخوته وأصوله ومن يليهم - من الأسرة التي ارتضع

منها.

فيصبح زوج المرضعة أباً وهي - المرضعة - أما وأبناؤها إخوة له.. وهكذا تنتشر الحرمة في

الأقارب كما قال رسول الله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٢).

فتباح الخلوة والنظر إن أمنت الفتنة وفيما يجوز النظر إليه.

ولا تثبت النفقة والإرث بالرضاع وكذلك لا تثبت الولاية ولا عقل الدية^(٣).

المطلب الثاني - مقدار الرضاع المحرم^(٤)؛

اختلف الفقهاء في مقدار الرضاع المحرم:

فذهب الحنفية والمالكية إلى أن مجرد الرضاع في وقته مفيد للتحريم ولو كان مصة واحدة

مستلدين بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

فإنه علق التحريم بمطلق الإرضاع.

وبقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

فذكر الحديث مطلق الرضاعة دون تقييد بعدد.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن التحريم بالرضاع يشب بخمس رضعات مشبعات يضبطهن

العرف.

(١) الشرح الكبير: ٥٠٢/٢.

(٢) سبق تخريجه ص ٧٣.

(٣) الهداية: ٢٤٤/١ - ٢٤٥ - كشف القناع: ٤٤٢/٥ - ٤٤٣.

(٤) الهداية: ٢٤٣/١ - ٢٤٤ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٥٠٢/٢ - ٥٠٣ - معني الخناج: ٤١٧ - ٤١٦/٣ - كشف القناع: ٤٤٥/٥ - ٤٤٦.

واستدلوا بما ورد عن عائشة قالت: «كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرّم ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن»^(١).

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٣٥/ إلى أنه:

«٢- يشترط في الرضعات للتحريم أن يكون في العامين الأولين وأن يبلغ خمس رضعات متفرقات يكتفي الرضيع في كلّ منها قلّ مقدارها أو أكثر».

المطلب الثالث- مدة الرضاع المحرم^(٢) :

ذهب جمهور الفقهاء ومعهم الصحابان من الحنفية وهو المفتى به عند الحنفية إلى أن مدة الرضاع المؤثر في التحريم هي حولان قمريان فلا يحرم ما بعد حولين.

واشترط المالكية عدم استغناء الرضيع عن الرضاعة بالطعام.

فإذا استغنى أثناء السنتين عن اللبن فلا تحريم بالرضاعة فيما بعد استغنائه.

كما قبلوا الرضاعة فيما زاد عن السنتين بشهر أو شهرين.

وذهب أبو حنيفة إلى حصول التحريم بالرضاع إلى ثلاثين شهراً.

استدلال الجمهور :

من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُرِيْمَ الرِّضَاعَةَ ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

والآية نص واضح في حصول التحريم بالرضاع إن تم في السنتين.

من السنة:

عن ابن عباس رضي الله عنهما: «ما كان في الحولين وإن كان مصّة واحدة فهو يحرم»^(٣).

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢/٣٥) إلى مذهب الجمهور في

حصول الرضاع المحرم خلال السنتين الأولين من سن الطفل.

(١) أخرجه مسلم في الرضاع باب التحريم بخمس رضعات: ١٠٧٥/٢ برقم: ١٤٥٠.

(٢) الهداية: ٢٤٣/١ حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير: ٥٠٣/٢ معني المحتاج: ٤١٦/٣ كشف القناع: ٤٤٥/٥.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ في الرضاع باب: رضاعة الصغير رقم: ٤.

واستدل أبو حنيفة بقوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣] فالآية مطلقة عن ذكر زمان التحريم.

ثم حدد ذلك بقوله تعالى: ﴿ وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ [الأحاف: ١٥] فمدة كلٍّ منهما ثلاثون شهراً وليست مدة الحمل ثلاثين لقيام الدليل على أنها سنتان عند الحنفية.
المبحث الثاني - نفقة الرضاع؛

المطلب الأول - أجره الرضاع وإجبار الأم على الرضاع؛

ذهب الجمهور إلى أن أجره الرضاع إنما تلزم الرضيع إن كان له مال.

فإن لم يكن له مال فالنفقة على من يجب عليه نفقته وهو الأب ابتداءً.

وللأم طلب أجره نفقة إرضاعها ولدها من أبيه ولها الامتناع لأخذ الأجره وإن وجب عليها الرضاع ديانة لا قضاء.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٥٢/ على أنه:

«١- أجره رضاع الولد سواء كان الرضاع طبيعياً أو اصطناعياً على المكلف بنفقته ويعتبر ذلك في مقابل غذائه».

كما وذهب الشافعية إلى إجبار الأم على إرضاع طفلها لبن اللبأ حتى يروى منه عرفاً وهي لبان الأيام الأولى من الولادة.

كما تجبر على إرضاعه إن تعينت ولم يوجد غيرها وتطلب أجرتها.

وكذلك قال الحنابلة.

وذهب الحنفية إلى عدم وجوب نفقة الرضاع لها ويجب عليها إرضاعه ديانة لا قضاء.

فإذا قبلت إرضاعه بالأجره بانت قدرتها على الإرضاع فيجب عليها إرضاعه قضاء.

ولا نفقة لها على الرضاع طالما كانت زوجة أو معتدة لوجوب نفقة الزوجية أو العدة لها وبعد البيونة وانتهاء العدة لها أجره الرضاع.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٥٢/:

«٢- لا تستحق الأم أجره الرضاع حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي».

المطلب الثاني - التبرع بالرضاع أو الأجرة أقل من أجرة رضاع الأم،

إذا وجدت متبرعة بالرضاع أو دون الأجر الذي تأخذه الأم كانت المتبرعة أولى عند الحنفية وفي قول عند المالكية والقول الأظهر عند الشافعية.

وذهب الشافعية في قول والحنابلة إلى أن الأم أحق برضاعه ما لم تطلب أكثر من أجر مثلها.

وهو ما رجحه المرغيناني وابن عابدين من الحنفية.

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٥٣/ إلى أنه:

«المتبرعة أحق بالإرضاع إن طلبت الأم أجرة وكان الأب معسراً على أن يكون الإرضاع في بيت الأم».

وهو مذهب الجمهور في كون المتبرعة أولى.

ولكن القانون قيد ذلك وهو أخذ بالمذهب الآخر في كون الأم أولى.

فاشترط عسر الأب وطلب الأم الأجرة إذ الغالب عدم طلب الأم الأجرة.

وعلى كل فالأصل في رضاع المتبرعة كونه في منزل الأم لأن لها الحضانة.

وقد نصت محكمة النقض على أنه:

«إذا رضيت الأجنبية بإرضاع الولد مجاناً وطلبت الأم أجر المثل فالأجنبية أحق منها

بالإرضاع» (ش - ٣٩٧ - ٣٩٠ - ١٧/١٠/١٩٧٠).

وذلك أنه لا يمكن أن يكلف الأب فوق النفقة التي يمكن أن يدفعها وإلا أصبح من المضارة

﴿وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يُولَدُ لَهُ﴾.

واستدل القائلون بأن المتبرعة أولى:

بأن تكليف الأب الزيادة أو الأجرة إضرار به ولا يجوز وقد قال تعالى: ﴿لَا تُضَاكِرْ وَاَلِدَةً﴾

﴿يُولَدُهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يُولَدُ لَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

بأن تمتنع عن إرضاعه مضارة بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها كما لا يحل للأب أن يضار

بأمه فيمنعها رضاعه مع رغبتها.

وقد أجاز الشارع أن يسترضع الأب غير أمه فقال: ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

أي تسترضعوا غير الأمهات لأولادكم فلا حرج عليكم.. فلا يكلف الأب نفقة الرضاع.
واستدل الآخرون القائلون:

بأن الأم أحق بقوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ ﴾ ويرضعن خبر يراد به الأمر ويعم كل والدة فتكون الأم أولى لما فطرت عليه من وفور شفقتها ما لم يتمحض إضرارها بأن تطلب أكثر من أجر المثل^(١).

المبحث الثالث- إثبات الرضاع:

المطلب الأول- ثبوت الرضاع بالشهادة^(٢)،

ذهب الحنفية والشافعية إلى ثبوت الرضاع بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

وعند الشافعية أو شهادة أربع نسوة.

ومحل شهادة الرجلين ما لم يتعمدوا النظر إلى ثدي المرأة.

فرد البعض شهادتيهما.

ورجح النووي أنه صغيرة تقبل معها الشهادة ما لم يصحبها الإصرار على النظر.

واستدل الحنفية بأن ما يقبل في العقد يشترط لزواله بإثبات الرضاع ويشترط فيه رجل

وامرأتان فلا بد منهما.

واستدل الشافعية بأن ما يقبل فيه النساء وحدهن يقبل فيه النوعان الرجل والمرأتان.. .

(١) الهداية: ٣٢٧/١ رد المختار والدر المختار: ٦٧٥/٢ - ٦٧٦ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٥٢٥/٢ - ٥٢٦ مغني المحتاج: ٤٥٠/٣ كشف القناع: ٤٨٧/٥ الجامع لأحكام القرآن: ١١٣/٣ - ١١٤.
(٢) الدر المختار ورد المختار: ٤١٣/٢ فتح القدير: ٣٢٤/٣ - ٣٢٥ الهداية: ٢٤٦/١ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٥٠٧/٢ - ٥٠٨ مغني المحتاج: ٤٢٤/٣ كشف القناع: ٤٥٦/٥.

المطلب الثاني - الإقرار بالرضاع؛

وهو الاعتراف بقراءة الرضاع لامرأة ما بنتاً أو أختاً أو أماً.

فإذا أقر بأنها قرييته لا يقبل رجوعه بحال عن إقراره عند الجمهور.

وإن كان صادقاً حرمت ظاهراً وباطناً.

وإن كان كاذباً حرمت باطناً ولا أثر له.

واشترط الحنفية ثباته على إقراره.

وثباته: أن يؤكد إقراره ثانية بأنه حق ونحوه بعد التروي.

فيفسخ بينهما وإن دخل بها وإلا لم يجز عقده عليها.

ولا يشترط تصديق الزوجة لزوجها المقر بأنها محرم عليه وإن أثر ذلك في وجوب المهر.

ويجب لها مهر المثل - عند الجمهور - إن ادعى الزوج الرضاع ووافقته وكان قد دخل بها.

وقال المالكية: "لها المسمى" وإلا لزم نصف المهر عند الحنفية والحنبلة إن لم يدخل بها بعد.

ولا يجوز له تزوجها ولا يبطل حقها في المهر.

وقال الشافعية: "سقط المهر كله فإن أنكرت الزوجة فرق بينهما ووجب لها المهر المسمى

إن كان العقد صحيحاً وقد دخل بها وإلا فمهر المثل".

فإن لم يكن قد دخل بها كان لها نصف المسمى.

أما إن ادعت الزوجة الرضاع فأنكره الزوج صدق بيمينه إن تزوجته راضية واستمرا على

عقدهما.

فإن تزوجت غير راضية فالأصح عند الشافعية تصديقها بيمينها ولم تمكنه من وطئها فإن

مكنته مختارة لم تصدق.

ولها مهر المثل إن دخل بها وهي التي ادعت الرضاع وإلا لم يجب لها شيء.

ولو شك في كونها محرماً له رضاعاً فلا عبرة له لأن اليقين لا يزول بالشك وأصل الحل هو

اليقين.

ولا بد من تحقق شروط الإقرار بحيث يولد مثله لمثله.. كالإقرار بالنسب^(١).

(١) فتح القدير: ٣/٢٢٤ - ٣٢٥ بدائع الصنائع: ١٤/٤ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٥٠٦/٢ - ٥٠٧ - ٥٠٧/٣ - ٤٢٣/٣ - ٤٢٤ كشف القناع: ٥/٤٥٧ - ٤٥٩.

الفصل الثالث: الحضانة.

المبحث الأول: تعريف الحضانة وحكمها والأجرة على الحضانة ونفقة المحضون والإجبار عليها.

المبحث الثاني: الحاضن من النساء والرجال وشروطهم.

المبحث الثالث: وقت الحضانة.

المبحث الرابع: مكان الحضانة.

المبحث الخامس: رؤية المحضون والسفر به ومرضه وتعليمه.

المبحث السادس: سقوط الحضانة وإقامة البالغ بعد الحضانة.

المبحث الأول - تعريف الحضانة وحكمها والأجرة على الحضانة ونفقة المحضون والإجبار عليها؛

المطلب الأول - تعريف الحضانة وحكمها وأدلتها؛

تعريف الحضانة اصطلاحاً: تربية الولد والقيام بمصالحه.

حكم الحضانة وأدلتها؛

وهي حق للصغير ولقربائه لأجل حفظه ورعايته.

وهي واجبة على الأمهات لأن الأصل فيها الإناث - وأولهن الأم - لمزيد شفقتهن وصبرهن

وحنانهن كما وتجب على الأولياء العصباء^(١).

ودليل ذلك:

من القرآن الكريم؛

قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنَ كَامِلَيْنِ ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

ولابد لأجل ذلك من بقاء الطفل عند الأم لما لها من حلم وأناة وشفقة وعطف على وليدها

فكانت أحق بحضانتها^(٢).

(١) البحر الرائق: ١٨٠/٤ بدائع الصنائع: ٤٠/٤ - ٤١ مواهب الجليل: ٢١٤/٤ معني المحتاج: ٤٥٢/٣ المعني: ٢٩٧/٩.

(٢) الجامع لأحكام القرآن: ١٠٦/٣ - ١٠٩.

من السنة المشرفة:

أن امرأة قالت: يا رسول الله! إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني فأراد أن ينتزعه مني فقال لها رسول الله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي»^(٣).

فهذا الكلام منها توسل إلى الرسول ﷺ باختصاصها بهذه الأمور الثلاثة التي ذكرتها من الحمل والرضاع وضم الأكناف.. مما لم يشاركها فيه الأب لتختص بحضانة الولد فأقر لها ذلك الرسول ﷺ^(٤).

والإجماع على ذلك لأنه مخلوق ضعيف مفتقر لكل أسباب الرعاية ولكافل يرعاه ويحضنه^(١).

المطلب الثاني - الأجرة على الحضانة ودفقة المحضون والإجبار عليهما،

الأجرة على الحضانة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن لها الأجرة على الحضانة إذا لم تكن منكوحة أو معتدة ينفق عليها غير أجرة الرضاع وهي على المكلف بنفقته.

وعلى ذلك القانون إذ نصت المادة ١٤٢/١ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير وتقدر بحسب حال المكلف بها».

وذهب المالكية إلى أنه لا أجرة لها على الحضانة مطلقاً وإن كانت نفقة سكنى الطفل فبالخاصة عليها وعليه أو على من تلزمه نفقته.

وذهب الشافعية إلى أنها إن طلبت أجرة لحضانتها ووجدت متبرعة أو من طلبت أجرة أقل منها لم تكن الأم هي الأولى.

وذهب الحنابلة إلى أحقية الأم مع الأجرة مطلقاً لأن أباه لا يتولى حضانته بنفسه وإنما يدفع الطفل لامرأة ما وأمه أحق به^(٢).

كما نصت المادة ١٤٣/١ على أنه:

«لا تستحق الأم أجرة للحضانة في حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق».

(٣) أخرجه أبو داود في الطلاق باب من أحق بالولد برقم: ٢٢٧٦ وأحمد في المسند برقم: ٦٧٠٧/٦ ٢٥٤/٦ والحاكم في المستدرک: ٢٠٧/٢ ووافقه الذهبي والجزء: أي كان يضمه ويجمعه ويغويه القاموس الخيط: ١١٥٠.

(٤) زاد المعاد: ٣٨٩/٥ - ٣٩٠ الجامع لأحكام القرآن: ١٠٩/٣.

(١) بدائع الصنائع: ٤٢/٤ مواهب الجليل: ٢١٤/٤ الإجماع: ٨٥.

(٢) البحر الرائق: ١٨٠/٤ - ١٨٣/١٨١ رد المحتار والدر المختار: ٦٣٤/٢ - ٦٣٥ بلغة السالك والشرح الصغير: ٥٣١/١ الترح الكبير: ٥٣٤/٢ تحفة المحتاج مع الحواشي: ٣٥٩/٨ ٣٥٣/٨ ٣٥٩/٥ كشف القناع: ٤٩٦/٥.

وقال الحنفية: "إذا كان الأب معسراً وتبرع بالحضانة متبرع محرم كالعمة كانت له وإلا فلا لأن الأم أولى إلا إذا رضيت مجاناً وتجبر عليها إن لم يكن متبرع"^(٣).

وهذا ما عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٤٤/:

«إذا كان المكلف بأجرة الحضانة معسراً عاجزاً عنها وتبرع بحضانة الصغير أحد محارمه خیرت الحاضنة بين إمساكه بلا أجرة أو تسليمه لمن تبرع».

ولم يُبقِ القانون المحضون بلا نفقة في حال عسر الأب.

فذهب في المادة /١٤٧/ على أنه:

«٢- وفي حال ضم الولد إلى الأم أو من تقوم مقامها تلزم بالنفقة ما دامت قادرة على ذلك».

ولا بد من الأخذ بعين الاعتبار المادة /١٤٢/ من قانون الأحوال السوري في نصها من أن النفقة على من يكلف بها.

فإذاً نفقة الصغير عليها عند عجز المكلف بها أو عسره.

وهو دلالة النص في المادة /١٤٤/ في تقديم المتبرع بالحضانة عند عسر الأب على الأم ما لم تتبرع الأم بها وهو ما ذكره الفقهاء^(١) وهو نص عبارة المادة (٢/١٤٧).

الإجبار على الحضانة:

لو امتنعت الأم عن حضنته هل تجبر عليها؟

ذهب الفقهاء إلى عدم إجبارها لاحتمال عجزها ولكونه حقاً لها فلا تجبر عليه.

بينما تجبر إذا لم يوجد غيرها أو وجد غيرها وامتنع الرضيع عن قبول ثدي غير أمه أو كان أبوه معسراً لا يستطيع أن يستأجر مريضاً ترضعه فتلزمها نفقته^(٢).

(٣) رد المختار: ٦٣٤/٢ - ٦٣٦.

(١) ر: رد المختار: ٦٣٥/٢ - ٦٣٦.

(٢) البحر الرائق: ١٨٠/٤ - ١٨١ بدائع الصنائع: ٤٠/٤ رد المختار والدر المختار: ٦٣٤/٢ - ٦٣٦ الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة: ٢٦٤ - ٢٦٥ مواهب الجليل: ٢١٨/٤ - ٢١٩ معنى المحتاج: ٤٥٦/٣ نهاية المحتاج: ٢٣١/٧ وذهب الشافعية في قول ثان إلى أن ولاية الحضانة تصحح للسلطان ورُد بأن القريب أشفق المعنى: ٢٩٧/٩.

المبحث الثاني - الحاضن من النساء والرجال وشروطهم:

المطلب الأول - الحاضن من النساء والرجال:

ذهب الجمهور إلى تقديم الأم وهي أحق النساء بالحضانة ثم أم الأم ثم أم الأب وأمها
المدليات بإناث لأن الأصل فيها الأم وكل من يدي بها لزيادة شفقتها.

وذهب المالكية إلى تقديم الأمهات من جانب الأم مطلقاً وهو رأي الشافعية في القديم ثم
الحالات ثم الجدة من قبل الأب ثم الأب ثم الأخوات ثم العمات.

أما الجمهور: فبعد الأم..: الأخوات ثم الحالات.

وفي رواية أخرى عند الحنفية: تقدم الحالة على الأخت لأب لقوله ﷺ: «الحالة أم»⁽¹⁾ ثم
بنات الأخت الشقيقة ثم لأم ثم لأب ثم العمات وهن آخر النساء حضانة ثم تصرف إلى الرجال.

وعند الحنفية: ثم تصرف إلى حالة الأم لأب وأم ثم لأم ثم حالة الأب ثم عمات الأمهات
والآباء.

وهنا تصرف الحضانة عند الحنفية إلى الرجال لأنهم أقدر حماية وإقامة لمصالح الصغار وذلك
حين بلوغه السن التي تكون حضانته فيها للرجال بحسب ما سنذكره وهي ثابتة للعصبات بحسب
قوتهم ثم إلى القاضي.

وأما المالكية: فتصرف بعد النساء إلى وصي الأب ثم الأخ ثم ابنه ثم العم ثم ابنه الأقرب
فالأبعد⁽²⁾.

وذهب قانون الأحوال السوري في المادة /١٣٩/ إلى رأي الحنفية حيث قال:

«١- حق الحضانة للأم فلأمها وإن علت فلأم الأب وإن علت فلأخت الشقيقة فلأخت
لأم فلأخت لأب فلبنات الشقيقة فبنات الأخت لأم فبنات الأخت لأب فللخالات فللعيمات
بهذا الترتيب ثم للعصبات من الذكور على ترتيب الإرث».

(1) أخرجه البخاري في الصلح باب: كيف يكتب هذا ما صالح فلان بن فلان.. رقم: ٢٥٥٢.

(2) بدائع الصنائع: ٤/٤١ - ٤٢ الشرح الكبير للدردير: ٢/٥٢٧ - ٥٢٨ مغني المحتاج: ٣/٤٥٢ - ٤٥٣ و٤٥٦ لحماية المحتاج: ٧/٢٢٦ المغني: ٩/٣٠٧ و٣٠٩ - ٣١٠.

وعلى الحاضنة طلب حضانتها فنصت المادة /١٣٩/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«٣- للحاضن أمماً كانت أو جدة لأم أن تطلب من القاضي تسليمها الصغير وعلى القاضي أن يقرر هذا التسليم دون قضاء خصومة بعد التأكد من قرابتهما بوثيقة من أمانة السجل المدني ويقرر أيضاً للصغير نفقة مؤقتة على من يراه مكلفاً بها ويجري تنفيذ قرار القاضي من قبل دائرة التنفيذ المختصة ولن يعارض في التسليم أو في النفقة وجوباً أو مقداراً أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بالادعاء للتظلم من هذا القرار وتخضع الدعوى لإجراءات وطرق الطعن في الأحكام الشرعية ولا يؤثر رفع هذه الدعوى على تنفيذ القرار المذكور إلا حين صدور حكم مبرم».

فإذا تعدد الحضنة من جنس واحد،

فذهب الحنفية إلى تقديم الأصلح فالأورع فالأكبر.

والمالكية الأكثر شفقة وإلا أقرع بينهم.

والشافعية والحنابلة يقرع بينهم^(١).

وذهب قانون الأحوال السوري إلى أن القاضي هو الذي يختار مقيداً بالأصلح حيث نصت

المادة /١٤٠/ إلى أنه:

«إذا تعدد أصحاب حق الحضانة فللقاضي حق اختيار الأصلح».

فإذا لم يكن حاضن حضنه المسلمون وعليهم نفقته^(٢).

المطلب الثاني - شروط الحاضن من النساء والرجال :

١- العقل والبلوغ؛

لأنها نوع ولاية ولتعهد الطفل ولو جن نادراً فلا عبرة له ويعد كالمرض.

وعلى ذلك قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٣٧/ حيث نصت على أنه:

«يشترط لأهلية الحضانة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً».

(١) الدر المختار: ٦٣٨/٢ البحر الرائق: ٤/١٨٢ و١٨٤ - ١٨٥ الشرح الكبير: ٥٢٨/٢ معني المحتاج: ٤٥٣/٣ - ٤٥٤ و٤٥٦ المعني: ٣١٠/٩.

(٢) معني المحتاج: ٤٥٥/٣.

٢- العدالة وعدم الفسق؛

وذلك بعدم الوقوع في الكبائر كالزنا مما يشغل الأم عن وليدها فيضيع.

وتكفي العدالة الظاهرة لأن الأصل العدالة والأمانة.

وعلى ذلك قانون الأحوال الشخصية السوري فاشترط القدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً (مادة /١٣٧/).

وذهب بعض من الفقهاء إلى عد كثرة الخروج وما أشبهه فسقاً مما فيه ضياع الولد.

وكذلك يعد ذلك في جانب الحاضن من الرجال بدءاً من الأب وغيره من العصابات.

فالفاسق والمعتوه لا حضانة لهم وعلى هذا نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة

/١٤٧/ على أنه:

«٣- إذا ثبت أن الولي ولو أباً غير مأمون على الصغير أو الصغيرة يسلمان إلى من يليه في

الولاية وذلك دون إخلال بحكم الفقرة الأولى من هذه المادة».

والذي أرجحه أن زنا الحاضنة مسقط مهما كانت سن المحضون.

٢- أن تكون ذات رحم محرّم وأن يكون عصبية؛

فلا حضانة لبنت العم والخال وبنت العمّة والخالّة لأن مبنى الحضانة على الشفقة والرحمة

والحارم أكثر شفقة مقدماً فيهن الأقرب فالأبعد.

ولا حضانة لابن العم إن كان المحضون بنتاً تشتهى فلا تسلم إليه اتفاقاً.

٤- أن لا تكون متزوجة باجنبي عن الصغير؛

لقوله ﷺ : «أنت أحق به ما لم تنكحي»^(١).

ولقضاء أبي بكر بابن عمر - عاصم - لأمه رضي الله عنهم.

٥- ضم الأم غير المسلمة إلى قوم المحضون وإبقاؤه عندها.

٦- رشد الأب لحفظ مال المحضون.

٧- القدرة على القيام بشؤون المحضون.

(١) مر تخرجه ص ٤٤.

٨- عدم المرض المعيق وعدم عاهته ولو بالولد مثلها.

٩- عدم الخرس والصمم معاً.

١٠- أمن الملاك والثلاثة الأخيرة عند المالكية وإلا بان استطاع بنظرة تدبير الولد فلا بأس به عند الشافعية.

١١- أن يكون لدى الأب وما أشبهه من يحضن من الإناث من زوجته أو مستاجرة أو متبرعة إذ لا صبر للرجال على أحوال الأخفال وإلا لم يكن له حق^(٢).

المبحث الثالث- وقت الحضانة:

المطلب الأول- حضانة النساء والرجال:

حضانة الغلام:

ذهب الحنفية إلى أن حضانتها للنساء إلى استغنائه بحيث يأكل ويشرب.. وحده أو سبع سنين أو ثمان ثم إلى أبيه.. فإذا بلغ خيراً.

وكذلك الشافعية والحنبلة إلا أنه يخير عندهما بعد التمييز فإذا بلغ تولى أمر نفسه.

والأولى كونه عند الأب للمجانسة وإن خيف عليه منع من مفارقة أبويه.

أما المالكية فقالوا: "يبقى عند أمه إلى البلوغ ثم إلى الأب".

وهذا في رواية عن الإمام أحمد أيضاً.

وأما البنت: فعند الحنفية تبقى الحضانة لأمها حتى تحيض أو تشتهي أو تبلغ إحدى عشرة سنة

لتتخلق بأخلاق النساء وأمورهن ثم إلى الرجال حيث تحتاج لحمايتهم ورعايتهم لثلا يتجرأ عليهن طامع.

وقال المالكية: "تستمر حضانة الأم حتى يدخل الزوج فيها".

وقال الشافعية والحنبلة: "تستمر إلى التمييز ثم تخير" عند الشافعية "بين أبيها وأمها".

وتكون للأب دون تخيير عند الحنبلة.

(٢) بدائع الصنائع: ٤٠/٤ - ٤٣ البحر الرائق: ١٨١/٤ - ١٨٦ الشرح الكبير: ٥٢٦/٢ - ٥٣١ مغني المحتاج: ٤٥٢/٣ - ٤٥٦ المغني: ٢٩٧/٩ - ٣٠٩ واشترط الشافعية في الحضانة أن لا تمتنع عن إرضاعه إن كان لها لبن فإن امتنعت ولها لبن سقطت حضانتها في الأصح. مغني المحتاج: ٤٥٥/٣ - ٤٥٦.

وما سبق من آراء عند الحنفية إذا كانت الحاضنة هي الأم أو إحدى الجدتين فإذا كن غيرهن:
فإن حضانة النساء تستمر عليهن إلى أن يقوما بشؤونهما أي إلى التمييز أو يستغنيا ثم تنتقل إلى
الأب لئلا يستخدموا من غير الأمهات ولا استخدام لغيرهن عليهما^(١).

الأدلة ومناقشتها:

استدل جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة الذين قالوا بحضانة الأم للصغير إلى
التمييز بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه
امراته الأنصارية - أم ابنه عاصم - فلقبها تحمله بمَحَسَّر ولقيه قد فطم ومشى فأخذ بيده
لينزعه منها ونازعها إياه حتى أوجع الغلام وبكى وقال: أنا أحق بابني منك فاختصما إلى أبي
بكر فقضى لها به وقال: ريجها وحرّها وفرشها خير له منك حتى يشب ويختار لنفسه»^(١).

وأضاف الحنفية أن العقل يقضي باستمرار الحضانة إلى البلوغ لأنها ولاية ثابتة للأم وتنتهي
بالبلوغ وهو محتاج للرعاية.. .

ولكن تركنا القياس في الغلام لما مر في حديث أبي بكر رضي الله عنه من قضائه بعاصم لأمه
ما لم يشب وكان ذلك بمحض من الصحابة ولم يخالف فيه أحد فكان إجماعاً^(٢).

وتقييدها بالسبع أو بالثمان.. فالأنة أول حال أمر الشرع حيث خوطب الصغير بالصلاة
ولشدة احتياجه إلى أمه قبل ذلك.

وأما الجارية فتبقى على أصل القياس إذ تمس الحاجة إلى بقائها لدى أمها إلى بلوغها لتتعلم
آداب النساء وأخلاقهن^(٣).

والمهم كما قال ابن عابدين: "المناط والعلة الحفظ وعدم التصنيع"^(٤).

(١) بدائع الصنائع: ٤٢/٤ - ٤٤ البحر الرائق: ١٨٤/٤ رد المختار: ٦٤١/٢ الشرح الكبير: ٥٢٦/٢ معني الخناج: ٤٥٦/٣ - ٤٥٧ و ٤٥٩ - ٤٦٠ المعني: ٢٩٩/٩ - ٣٠٤ زاد المعاد: ٤١٧/٥.

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه باب: أي الأيوين أحق بالولد؟: ١٥٤/٧ رقم: ١٢٦٠١ زاد المعاد: ٣٩١/٥.

وُمَحَسَّر: قرب المزدلفة. القاموس الخيط: ٣٣٩ معجم البلدان: ٦٢/٥.

(٢) انظر: الإجماع: ٨٥.

(٣) بدائع الصنائع: ٤٢/٤ - ٤٣.

(٤) رد المختار: ٦٣٤/٢.

وأما المالكية فقد استدلوا بحديث: «أنت أحق به...» وقد جعل الحضانة للأم دون تأقيت فتكون كذلك.

ولكن عندما تنتهي الحاجة لها ببلوغ الغلام فيكون للأب.

وأما الأنثى فالحاجة قائمة حتى تزوج وحسب الأب حق الإراءة بل عليه تعهدهما وزيارتهما⁽⁵⁾.

الترجيح:

إن الاختلاف بين الفقهاء منحصر في الغلام الذي لم يشب بعد.

فالجمهور قالوا بانتهاء حضانته بتمييزه.

والمالكية ببلوغه وبشكل أضييق في الصبية.

فالجمهور بتمييزها أو باشتهاؤها أو حيضها والمالكية إلى تزوجها.

والذي يعنى النظر في الأدلة وإطلاقها يرى أرجحية رأي المالكية في استمرار الحضانة إلى

البلوغ لحديث: «أنت أحق به...».

فهي أحق بالمحضون ولو بلغ ما لم تتزوج.

فإذا بلغ تصرف وحده أو ضمه الأب إليه لثلا يضيع.

وكذلك الفتاة ولكنها تبقى إلى تزوجها لاحتياجها ويحصل الأب حقه بالإراءة والتعهد بحسب

آراء الفقهاء.

لثلا يضيع حق الأبوة في الحضانة مع إعطاء القاضي سلطة تقديرية للنظر في كل حالة وهذا

مع الحرص على تحقيق ورعاية حق الإراءة.

(5) الجامع لأحكام القرآن: ١٠٨/٣ - ١٠٩ - زاد المعاد: ٤٠٢/٥ و ٤١٥.

المطلب الثاني - وقت حضانة الرجال وتخيير المحضون بين أبويه:

تبين لنا فيما سبق أن الحنفية والمالكية لم يقولوا بتخيير الولد عند بلوغه سن التمييز وإنما قال به الشافعية لكليهما والحنابلة في الغلام فقط.

بينما ذهب الحنفية إلى تخيير الصبي عند بلوغه إن بلغ عاقلاً واجتمع رأيه وإلا ضمه إلى نفسه وهو مذهب الشافعية والحنابلة إذا بلغ وعند المالكية مطلقاً هو إلى الأب.

وأما الفتاة البالغة فإن بكرة ضمها ولا تخيير لأنها مطمع ولم تختبر الرجال ولا يؤمن عليها الخداع.

وإن كانت ثيباً مأمونة لم يضمها وتركها حيث أحبت واختارت.

وأما إذا لم تكن مأمونة على نفسها ضمها إليه.

أدلتهم على تخيير الغلام فيما يلي:

من السنة:

ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن امرأة جاءت رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعني. فقال رسول الله ﷺ: «استهما عليه» فقال زوجها: من يحاقي في ولدي؟ فقال النبي ﷺ: «هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت» فأخذ بيد أمه فانطلقت به⁽¹⁾.

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ قد خير الولد بين أبويه وبين حق الحضانة على اختياره وقد عمل الصحابة بذلك فخيروا جميعهم من بلغ التمييز⁽¹⁾.

واستدل الشافعية على تخيير الفتاة بما رواه رافع بن سنان رضي الله عنه أنه أسلم وأبت امرأته أن تُسلم فأتت النبي ﷺ فقالت: ابنتي وهي فطيم وقال رافع: ابنتي فقال النبي ﷺ لرافع: «اقعد ناحية» وقال لامرأته: «اقعدي ناحية» قال: وأقعد الصبية بينهما ثم قال: «ادعواها» فمالت الصبية إلى أمها فقال النبي ﷺ: «اللهم اهدها» فمالت إلى أبيها فأخذها رافع بن سنان⁽²⁾.

وهذا دليل واضح على إثبات التخيير للصبية.

(1) أخرجه أبو داود في الطلاق باب: من أحق بالولد؟ رقم: ٢٢٧٧/٢ و٧٠٨/٢ واللفظ له والنسائي في كتاب الطلاق باب: إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد ١٨٥/٦. مثله والترمذي في الأحكام باب ما جاء في = تخيير الغلام.. رقم: ١٣٥٧/٥ و٣٨/٥ وابن ماجه في الأحكام باب: تخيير الصبي رقم: ٧٨٧/٢ ٢٣٥١.

(2) معني الخناج ٤٥٦/٣ - ٤٥٩ - ٤٦٠ المعني ٢٩٨/٩ - ٢٩٩ - زاد المعاد ٤١٥/٥ - ٤١٩.

(3) رافع بن سنان الأصمري يكنى أبا الحكم صحابي روى عن النبي ﷺ في تخيير الصغير بين أبويه. الاستيعاب ٦١/٢ والحديث أخرجه ابن ماجه في الأحكام باب: تخيير الصبي.. رقم: ٢٣٥١/٢ و٧٨٧/٢ والبيهقي في الشفقات باب: الأبوين إذا افرقا.. ٣/٨. زاد المعاد: ٤١٩/٥ وانظر: نصب الرية للزيلعي: ٢٧١/٣.

وقال الحنابلة في عدم تخير الفتاة: "إن الغرض من الحضانة الحفظ للفتاة وهذا يكون بإقامتها عند أبيها بعد السبع ولأنها قاربت صلاحية الزوج.. والولاية له لأن الفقه إنما هو تنزيل المشروع على الواقع".

ويبقى التخيير في الغلام دونها عملاً بأحاديث التخيير ولأن حديث التخيير الوارد كان المخير فيه غلاماً^(٣).

وعلى كل قال المرادوي من الحنابلة: "لا يقر الطفل بيد من لا يصونه ويصلحه"^(٤).

أما الحنفية فقد استدلوا على عدم التخيير مطلقاً بأن أحاديث التخيير لم يرد فيها سن المخير بل إن حديث بئر أبي عنبه يدل على أن المخير كان بالغاً.

فقال الحنفية: "التخيير إنما هو للبالغ إذ لا يمكن للصغير الاستقاء من البئر".

وأيضاً: "فإن التخيير لا حكمة فيه لاختيار الصغير شر الأبوين لغلبة هواه وميله إلى اللذة الحاضرة فيختار من يهمله ولا يؤدبه".

وأما المالكية فاستدلوا على عدم التخيير بما ورد في حديث البراء رضي الله عنه قال: خرج النبي ﷺ فتبعتهم ابنة حمزة: يا عم يا عم فتناولها علي فأخذ بيدها وقال لفاطمة عليها السلام: دونك ابنة عمك أحملها فاختصم فيها علي وزيد وجعفر فقال علي: أنا أحق بها وهي ابنة عمي وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي وقال زيد: ابنة أخي فقضى بها النبي ﷺ لخالتها وقال: «الخالة بمنزلة الأم»^(١).

ووجه الاستدلال: أن الرسول ﷺ جعل الحضانة للخالة وسمى الخالة أمّاً أي في حكمها ولم يقض بالتخيير كما قال للأُم في الحديث السابق: «أنت أحق...» فجعل الحضانة لها مطلقاً ودون تخيير^(٢).

(٣) المغني: ٣٠٢/٩ - ٣٠٣/٩ كشف القناع: ٥٠٢/٥ زاد المعاد: ٤٢٠/٥ - ٤٢٢ - ٤٢٤ و ٤٢٥. وأخرج الحديث عبد الرزاق في مصنفه رقم: ١٦٠/٧ ١٢٦١٦. وأخرجه الزيلعي في نصب الراية ٢٦٩/٣ - ٢٧٠.
(٤) الإنصاف ٤٣٢/٩. والمرادوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الصالح الحنبلي فقيه محدث أصولي ولد بفلسطين وتوفي في دمشق له: الإنصاف كنوز الحصون... وغيرها [٨١٧ - ٨٨٥ -] شذرات الذهب: ٣٤٠/٧ - ٣٤٢.
(١) انظر صفحة ٣١١.
(٢) الجامع لأحكام القرآن ١٠٩/٣.

الرأي الراجح؛

إن القول بالتخيير يعترضه كثير من المؤثرات مما يؤثره الطفل من الكسل والدعة وكذلك إبقاء الطفل عند الأم إلى البلوغ فيه تضييع لحق الأبوة.

مما أرجح معه بقاء الطفل إلى التمييز عند أمه ثم يكون إلى أبيه أو إلى الأحفظ له منهما.

المطلب الثالث- قانون الأحوال الشخصية السوري ووقت الحضانة:

لقد كان المرسوم التشريعي رقم /٥٩/ بتاريخ ١٧/٩/١٩٥٣ القاضي بتطبيق قانون الأحوال الشخصية السوري ينص على أن تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام السابعة من عمره والبنات التاسعة.

فعدلت بالمادة /١٩/ من القانون /٣٤/ بتاريخ ٣١/١٢/١٩٧٥ وصار نص المادة /١٤٦/:

«تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام التاسعة من عمره والبنات الحادية عشرة».

وهذا كما يرى هو تطبيق لمذهب الحنفية.

وقد جاءت أحكام المحاكم الشرعية وفق ذلك لأنه لا اجتهاد في مورد النص وكذلك جاءت أحكام محكمة النقض مع الأخذ بعين الاعتبار الشروط العامة للحضانة.

ثم عدلت هذه المادة بالقانون رقم /١٨/ تاريخ ٢٥/١٠/٢٠٠٣ فصار نص المادة /١٤٦/:

«تنتهي مدة الحضانة بإكمال الفتى الثالثة عشرة من عمره والبنات الخامسة عشرة من عمرها».

ثم جاءت المادة /١٤٧/ في الفقرة /١/ لتقول:

«إذا كان الولي غير الأب فللقاضي وضع الولد ذكراً أو أنثى عند الأصح من الأم أو الولي أو من يقوم مقامهما حتى تتزوج البنت أو تبلغ أو يبلغ الصبي سن الرشد».

وهذه الفقرة هي تطبيق جزئي لرأي المالكية في بقاء المحضون إلى البلوغ عند أمه إن كان ذكراً.

وهو مخالف لرأي المالكية في بقاءه عند أبيه إلى البلوغ.

وموافق لهم في بقاء البنت عند أمها إلى التزوج إن هي تزوجت.

ومخالف لرأيهم في تأقيت حضانتها للأم إلى بلوغها سن الرشد وحسب.

ومخالف لرأيهم في وضعها عند الأب.

وكذلك مخالف لرأيهم في تأقيت ذلك بسن الرشد إذ سن الرشد في تمام الثامنة عشرة (مادة ١٦٢/أحوال).

والذي أراه أن هذه المادة /١٤٧/ هي أكثر المواد عدالة لإنصاف جهة الأمومة والأبوة فلا سبيل لإضاعة حق الأمومة وكذلك حق الأبوة.

وإن إطالة الحضانة إلى الثالثة عشرة والخامسة عشرة فيه تضييع لحق الأبوة إذ لا يمكن للطفل أن يرتضي بعد هذه السن بحضانة الأب وبلوغهما يأنفان متابعة أبيهما.

ولهذا أرى تعميم هذه المادة في الأب وغيره وإعطاء القاضي سلطة تقديرية ينظر فيها نظرة موضوعية متكاملة لإنصاف الجميع.

المبحث الرابع- مكان الحضانة؛

يختلف حكم مكان الحضانة بالنسبة إلى الأم أو إلى غيرها.

فإن كانت الحضانة للأم فإن مكان الحضانة الأساسي هو مكان الزوجين حال قيام الزوجية.

ولو أراد الخروج وأخذ ولده معه فليس له ذلك حتى يستغني عنها.

وإذا أرادت هي الخروج فله منعها.

فإذا كانت معتدة فكذلك لا تخرج لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١].

فإذا انقضت العدة وأرادت الخروج إلى بلد آخر بينهما مسافة بعيدة فلا بد من اعتبار شرطين:

- الانتقال إلى بلدها.

- وقوع النكاح فيه إذ رضي بالتزوج بها في بلدها.

فالظاهر إقامته فيه والولد من ثمرات النكاح فكان راضياً بحضانة الطفل فيه.

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى اعتبار مكان العقد فقط.

ورجح الكاساني أن قول محمد هو السابق.

فإذا كانت المسافة قريبة بحيث يمكن للأب زيارة ولده والعودة قبل الليل فلها ذلك وهو بمتلة الانتقال من محلة إلى أخرى في بلدة واحدة.

والحكم سواء بالنسبة للقرية أو المدينة إلا إذا كان العقد في غير قرينتها وأرادت النقل إليها فليس لها ذلك ولو قريبة.

فإذا كانت الحضانة لغير الأم فليس لها الانتقال إلى بلد غير الأب^(١).

وذهب المالكية^(٢) إلى أنه للولي نزع الصغير إذا أراد السفر - نقلة - ولم توافق الحضانة على السفر معه وهو أولى بحضانته لكن بشرط قبول المحضون ثدي آخر وعدم الخوف عليه من السفر والأمن في البلد المقصود.

ولو أرادت هي السفر لأكثر من ستة برد^(١) فللولي نزعه إلا إذا كان سفرها للتجارة فلا يتزعه بشرط أمن الطريق والبلد المسافر إليه.

وعند الشافعية إذا كان سفرها نقلة أحذه الأب.

وعند الشافعية كالمالكية لكن في المميز وللأب والجد فقط ذلك.

لأنهما أصلان في النسب واعتناؤهما أشد وإن أقام غيرهما وإلا فمكان الحضانة مكان الأم.

وإذا أراد السفر أحد الأبوين فمكان الصغير المميز وغيره مكان المقيم منهما حتى يعود الآخر لما في السفر من المخاطرة.

ويضاف إلى أمن الطريق البرد والحر الشديدان إذا تضرر بهما وإلا بأن وقاه ذلك فلا.

وللأب أن يسافر بالولد إذا كان في إقامته مع أمه مفسدة أو ضياع مصلحة من تعليم أو حرفة وليس غير الأب يقوم مقامه^(٢).

وعند الحنابلة الأولى هو المقيم.

وأجاز القانون السفر للأم وللجدة لأم داخل القطر إلى مكان إقامتهما ولو لم يكن بلد نكاحهما السابقين وللبلد الذي تعمل فيه موظفة بشرط وجود محرم لها فيه^(٣).

(١) بدائع الصالح: ٤٤/٤ - ٤٥ البحر الرائق: ١٨٧/٤ - ١٨٨.

(٢) الفرح الكبير: ٥٣١/٢ - ٥٣٢.

(٣) والبريد: أربعة فراسخ والفرسخ ثلاثة أميال والميل: ثلاثة آلاف ذراع والذراع: ثمان وثلاثون إصباعاً والإصبع: ٢٠ ملم والذراع: ٤٨ سنتيمتر والبرد السنة تقرب من ١٢٠ كم. المقادير الشرعية: ٢٨٢ - ٣٠٠.

(٢) معنى الخناج: ٤٥٨/٣ - ٤٥٩.

(٣) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: ٢٦٢/٢ - ٢٦٣ واقترح المؤلف اعتبار العرف وتغيره في المسافة القريبة والبعيدة. السابق: ٢٧٠/٢.

المبحث الخامس- رؤية المحضون والسفر به؛

المطلب الأول- مذاهب الفقهاء في رؤية المحضون؛

مذهب الحنفية؛

١- ضرورة رؤية أحد الوالدين للمحضون الموجود عند الآخر منهما دورياً بل كل يوم.

٢- إذا كانت الحضانة للأم تتم الرؤية في كنفها وكذلك إن كانت للأب تتم في كنفه.

وفي رأي الحاوي بعكس ذلك على سبيل الإباحة يُرسل الولد إلى مكان الآخر غير الحاضن ليراه.

٣- تشمل الإراءة الرعاية والمتابعة (التعهد) والتعليم والتأديب مما فيه حفظ الولد.

مذهب المالكية؛

١- تتم الإراءة دورياً بما يناسب شمول الإراءة للتأديب.. في كل يوم أو في كل أسبوع أو في كل شهر..

٢- تتم الإراءة في منزل الأب بالنسبة للفتى وكذلك جميع أموره وأما البنت ففي منزل الأم.

مذهب الشافعية والحنابلة؛

١- تتم الإراءة دورياً في يومين فأكثر.. وإلا بأن قُرب المكان ففي كل يوم وهذا قبل التمييز.

أما بعده: فيخير الطفل وإذا خيّر فاختار أحدهما كان عند الآخر منهما إذا كان ذكراً.

فإذا اختارها فعندها في الليل وعنده في النهار.

وإذا اختاره وجب على الأب أن لا يمنعه زيارة أمه ولا يمنعه زيارتهما.

٢- تتم الإراءة بالنسبة للأنثى إن اختارت أحدهما وقبل الاختيار في مكان الآخر منهما الذي اختارته ولا تخرج من بيتها لئلا تألف كثرة الخروج والبروز.

أما بالنسبة إلى الذكر فإن الإراءة حاصلة بالنسبة للأب اختاره أو لا لضرورة التناوب في الليل والنهار بينهما.

وأما الأم إن اختار أباه فيخرج إليها زائراً ولها زيارته في بيته إذا رضي به الأب وإلا لزمه إخراجها إليها.

٣- تشمل الإراءة التأديب والتعليم والرعاية بل وتعليم الحرفة والصنعة.

٤- يجتنب في الإراءة أن لا يزعم الطرف الآخر بعدم إطالة المكث.

المطلب الثاني - حق الإراءة في قانون الأحوال الشخصية السوري:

ذهب القانون إلى إثبات هذا الحق في الفقرة ٥/ من المادة ١٤٨/ فقالت:

«لكل من الأبوين رؤية أولاده الموجودين لدى الآخر دورياً في مكان وجود المحضون وعند المعارضة في ذلك فللقاضي أن يأمر بتأمين هذا الحق وتعيين طريقة تنفيذه فوراً دون حاجة إلى حكم من محاكم الأساس وعلى من يعارض في الإراءة أو في طريقته أن يراجع المحكمة وتطبق على من يخالف أمر القاضي أحكام المادة ٤٨٢/ من قانون العقوبات».

ويستفاد من هذا النص ما يلي:

- ١- إن رؤية الولد حق للوالد الآخر بشكل دوري.
- ٢- تكون الرؤية في مكان وجود المحضون.
- ٣- عند رفض الحاضن رؤية المحضون من قبل الطرف الآخر يأمر القاضي بتأمين حق الرؤية ويحدد طريقة تنفيذه دون حاجة إلى حكم.
- ٤- عند الاعتراض في الإراءة وطريقته تراجع المحكمة.
- ٥- إن مخالفة أمر القاضي يستوجب عقوبة المخالف بحسب المادة (٤٨٢/ عقوبات) وهي تنص على ما يلي:

«الأب والأم وكل شخص آخر لا يمثل أمر القاضي فيرفض أو يؤخر إحضار قاصر لم يتم الثامنة عشر من عمره يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبالغرامة مائة ليرة».

ويلاحظ على النص ما يلي:

- ١- لم يحدد مقدار الرؤية من ساعة أو ساعتين من نهار أو ليل.. من يوم أو يومين في الأسبوع أو الشهر..

والأولى جعلها يوماً على الأقل كل أسبوع ومع البيتوتة أيضاً.

وقد أشارت إلى هذا محكمة النقض بقرارها رقم (٢٠٧/ تاريخ ١٥/٥/١٩٧١).

- ٢- لم يحدد مكان الرؤية بشكل دقيق ولا يكفي قوله: «مكان وجود المحضون» فيحتمل بلده.. قريته.. والمحضون صغير فمكان وجوده ينبغي كونه منزل حاضنه أمماً أو أباً.

٣- رغم سعة سلطة القاضي التقديرية في تأمين هذا الحق وتعيين طريقة تنفيذه وعلى الفور ووفق أوامره فإن القاضي أقصى ما يمكن أن يأمر به أن يُرى الطفل في دائرة التنفيذ التابع لها مكان الطفل.

(محكمة النقض قرار /٨٧٣/ تاريخ ١٢/٧/١٩٧٧)

مع أن محكمة النقض في قرار آخر لها قد أشارت إلى ضرورة مراعاة مصلحة الولد حيث ذكرت:

«وإذا لم يحدد الحكم يوماً لرؤية الولد يستطيع مأمور التنفيذ تحديده وفق مصلحة الولد»
(قرار /٢٠٥/ تاريخ ٢٧/٤/١٩٦٧).

المطلب الثالث- السفر بالمحضون؛

مذاهب الفقهاء في السفر بالمحضون؛

ذهب الجمهور إلى التفريق بين أنواع السفر:

- سفر الحاجة.

- سفر النقلة.

- السفر القريب.

فذهبوا إلى أن سفر النقلة ينتقل به الأب بالمحضون إلى مكان آخر ليستقر فيه مسافة قصيرة أو أكثر^(١).

أما سفر الحاجة كالسفر للتجارة أو للحج طال السفر أو قصر يملك المحضون عند المقيم من الأبوين ولم يُسافر به عند الشافعية والحنابلة إلا لمصلحة كبرى.

وذهب المالكية إلى أنها إذا أرادت سفرًا قريباً أخذته معها دون الولي لأن حق الحضانة لها.

ولو أراد كلاهما السفر لحاجة واختلف طريقهما فيبد من يقر؟

(١) البريد من مضاعفات الذراع وهو (٤٢٠٠٠) ذراع والذراع أربعة وعشرون أصبعاً معترضات والأصبع ست شعيرات معتدلات معترضات ويساوي البريد: ٢٠ كم. المقادير الشرعية: ٢٤٤ و ٢٥٠.

ذكر الرافي من الشافعية وجهين:

الأول: يدام حق الأم.

الآخر: يكون مع من مدة سفره أقصر أو مقصده أقرب.

والراجح استدامة حق الأم.

وذهب الحنفية إلى أنه ليس للأب السفر به حتى يستغني لما فيه من إبطال حق الأم في الحضانة وللأب منعها من السفر به إلا إن أرادت السفر إلى بلدها الذي وقع النكاح فيه فلها^(١).

قانون الأحوال الشخصية السوري والسفر بالمحزون:

جاء في المادة /١٤٨/ ما يلي:

«١- ليس للأم أن تسافر بولدها أثناء الزوجية إلا بإذن أبيه.

٢- للأم الحاضنة أن تسافر بالمحزون بعد انقضاء عدتها دون إذن الولي إلى بلدتها التي جرى فيها عقد نكاحها.

٣- ولها أن تسافر به داخل القطر إلى البلدة التي تقيم فيها أو إلى البلدة التي تعمل فيها لدى أي جهة من الجهات العامة شريطة أن يكون أحد أقاربها محارماً مقيماً في تلك البلدة.

٤- تملك الجدة لأم نفس الحق المعطى بالفقرتين ٢/ و٣/ السابقتين.

٥- لكل من الأبوين رؤية أولاده الموجودين لدى الآخر دورياً في مكان وجود المحزون».

يتضح من هذه المادة أنها تطبق لمذهب الحنفية دون الجمهور في السفر بالمحزون.

وقد أضافت المادة نفسها (ف٣) جواز السفر إلى بلدتها التي تقيم فيها باعتبار رضاه الضمني حين أجرى العقد في بلدها بإقامتها فيه أو إلى البلد التي تعمل فيها إن كانت تعمل لدى جهة عامة.

بشرط وجود محرم لها في تلك البلدة.. وإلا بأن الحاضنة غير الأم.

(١) بدائع الصنائع: ٤٤/٤ - ٤٥ رد المختار والدر المختار: ٦٤٣/٢ المدونة: ٣٥٨/٢ الخرشبي: ٢١٥/٤ - ٢١٦ معنى الخناج: ٤٥٨/٣ - ٤٥٩ كشف القناع: ٥٠٠/٥. والرافي: عبد الكريم بن محمد القزويني الشافعي فقيه أصولي محدث مفسر مؤرخ له: فتح العزيز شرح الوجيز شرح المغرر [٥٥٥ - ٥٦٢٣] سير أعلام النبلاء: ١٣/١٨٢.

فكما نصت المادة /١٤٩/ على أنه:

«إذا كانت الحاضنة غير الأم فليس لها السفر بالولد إلا بإذن وليه».

فجاءت هذه المادة قيماً على المادة السابقة كلها وبالأخص على الفقرة /٤/.

فلا بد من استئذان الجدة للولي في سفرها بالمحزون سواء كالولي ليس له السفر إلا بإذن حاضنته.

ونصت المادة /١٥٠/ على أنه:

«ليس للأب أن يسافر بالولد في مدة حضنته إلا بإذن حاضنته».

فيمنع السفر بالمحزون إذا كان دون سن الحضانة.

فإذا تجاوزها فللأب أن يسافر به أي شاء.

ومعنى هذا أن الأب يستطيع السفر بالمحزون الذي تجاوز سن الحضانة.

ولقد جاء في المادة /١٤٧/ أنه:

«إذا كان الولي غير الأب فللقاضي وضع الولد ذكراً أو أنثى عند الأصلح من الأم أو

الولي أو من يقوم مقامهما حتى تتزوج البنت أو تبلغ أو يبلغ الصبي سن الرشد».

ولقد أخذت هذه المادة من رأي المالكية في استمرار حضانة الأم على البنت إلى تزوجها

وعلى الغلام إلى البلوغ دون رأي الجمهور إلى التمييز.. أو ما أشبهه^(١) على تفصيل في هذا

وتحديد هذه السن بالنسبة لكليهما إذا كان الولي غير الأب.

مرض المحزون وتجهيزه:

إذا مرض المحزون كانت الأم أولى بتمريضه لأنها أكثر رقة وخبرة وصبراً.

فإذا رضي الأب أن يكون تمريضه في بيته فيجوز وإلا بأن لم يرض ففي بيتها دون أن يختلي

بها.

فإذا مات المحزون حضرت الأم تجهيزه ولو في بيته^(٢).

(١) بدائع الصنائع: ٤٢/٤ - ٤٤ الشرح الكبير: ٥٢٦/٢ مغني المحتاج: ٤٥٦/٣ - ٤٥٧- المعني: ٢٩٩/٩ - ٣٠٤.

(٢) مغني المحتاج: ٤٥٧/٣ - ٤٥٨- المعني: ٣٠٣/٩ - ٣٠٤.

تعليم المحضون؛

على الأب تعليم ابنه الكتابة والحرفة بما يليق بحال الولد ومصالحته وبما فيه حظ له ولا يكله إلى أمه^(٣).

ولذلك ذهب القانون إلى إلزام الولي تعليم ابنه المرحلة الإلزامية وإلا سقطت ولايته.

وكذلك معارضة الحاضنة أو تقصيرها في تعليم ابنها يسقط حضانتها^(١).

وذهب القانون في المادة /١٧٣/ إلى أنه للحاضنة رعاية مال القاصر إذا اقتضت مصالحته ذلك فتشارك الولي فيها^(٢).

المبحث السادس- سقوط الحضانة وإقامة البالغ بعد الحضانة؛

المطلب الأول- سقوط الحضانة؛

تسقط الحضانة بإسقاط الشارع إذا تزوجت بمجرد العقد.

وقد قال بعض الحنفية: "بل بالدخول".

هذا ما لم يكن للزوج حضانة - كعمه أو خاله.

وعند الحنفية: وليس مبغضاً له.

فلا تسقط لأنه محرم للمحضون عند الحنفية وعند الجمهور ولو غير محرم إذا كانت له الحضانة كابن العم فلا تسقط.

فإذا طلقت عادت الحضانة إليها فلا شغل لها بالزوج. بمجرد الطلاق لأنه إذا زال المانع عاد الممنوع.

إلا المالكية فقالوا: "تعود مطلقاً إذا سقطت بعذر لا تقدر معه على القيام بشؤون المحضون من مرض أو فقد لبن أو حج أو سفر ولي نقلة ثم زال هذا العذر.

ولا تعود إليها إذا تزوجت ثم طلقت إلا إذا كانت التي انتقلت إليها الحضانة قد سقطت حضانتها فتعود".

(٣) معني المحتاج: ٤٥٨/٣.

(١) ١٧.م شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: ٢٤٧/٢.

(٢) السابق: ٢٤٨/٢.

وقد نصت المادة /١٤١/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه».

واشترط الحنفية كون الطلاق بائناً.

واكتفى الشافعية بالرجعي.

وذهب المالكية إلى أنها وإن تزوجت فقد لا تسقط حضانتها وذلك كما لو لم يقبل غير حاضنته أو رفضت المرضعة إرضاعه إلا في بيت أمه أو لم يوجد من يحضنه أو كون الأب عاجزاً أو غائباً أو غير مأمون^(١).

وذهب الشافعية إلى أنها إن كانت ذات لبن وامتنعت عن إرضاعه ولها حق الحضانة سقط حقها في الصحيح عندهم.

وأما سقوطها بإسقاط من له حق الحضانة كالأم فإنها تسقط وتنتقل إلى من يليها.

فإذا شاءت أن ترجع عن إسقاطها رجعت لأنها من الحقوق المتجددة.

كما أن الأم لا تملك إسقاط حق الولد في الحضانة.

المطلب الثاني - سقوط حضانة الأم عند زواجها؛

ذهب عامة الفقهاء إلى سقوط حضانة الأم إذا هي تزوجت.

وذهب الحنفية إلى عدم سقوطها إذا هي تزوجت بمن له حضانة من الرجال المحارم.

وإلى هذا ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري (مادة /١٣٨/).

وقال المالكية: "إذا تزوجت بمحرم ولو لم يكن له حضانة كالجدة إذا تزوجت بالخال لم تسقط حضانتها".

وقال الشافعية والحنابلة: "إذا نكحت من له حق في الحضانة كعمه وابن عمه وابن أخيه لم تسقط حضانتها في الأصح محرماً كان أو لا".

وكذلك إذا تزوجت وكانت خالعت أباه مقابل الحضانة لم تسقط حضانتها.

ولكن ليس لاستحقاقها وإنما إجارة.

(١) البحر الرائق: ١٨٣/٤ بدائع: ٤٢/٤ الشرح الكبير: ٥٣٠/٢ - ٥٣٣ - ٤٥٥/٣ و٤٥٩ ونهاية المحتاج: ٢٣٠/٧ - ٢٣١ - المغني: ٣٠٦/٩٩ - ٣٠٧ - ٣١١.

أدلة المذاهب على سقوط حضانة الأم عند زواجها أولاً:

وأما أدلتهم على سقوط حضانة الأم بتزوجها فهي ما يأتي:

ذهبوا إلى سقوطها بالتزويج لحديث: «أنت أحق به ما لم تنكحي»^(٢).

وجه الاستدلال:

أن تزوجها يؤدي إلى انشغالها عن طفلها لقيامها بحقوق الزوج^(١).

وقد انعقد على ذلك الإجماع إذ كان هذا بمحضر من الصحابة ولم يخالف منهم أحد فكان

إجماعاً^(٣).

المطلب الثالث- قانون الأحوال الشخصية السوري وسقوط الحضانة لتزوج الأم بغير الأب:

ذهب قانون الأحوال الشخصية في المادة /١٣٨/ إلى ما يلي:

«زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها».

وهذه المادة صريحة في سقوط حق الحاضنة لتزوجها.

ويشمل هذا ما إذا كان زوجها أجنبياً غير محرم أو قريباً غير محرم كابن العم.

هل سقوط الحضانة يكون بمجرد العقد أو بالدخول؟

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن مجرد العقد يسقط الحضانة.

بينما ذهب المالكية إلى اشتراط الدخول لسقوطها^(٣).

وإن مقتضى المادة (/٣٠٥/ أحوال) لزوم سقوط حضانتها بمجرد العقد.

وذهبت محكمة النقض السورية إلى أن العم هو صاحب الولاية على الصغير المتزوجة أمه

بأجنبي (قرار /١٧٥/ تاريخ /١٤/٥/١٩٦٣).

أي أنها رجحت كون الاختيار حالة عدم تزوج الأم عند عدم الأب.

وهو يعنى تخصيص مادة /١٤٧/ بالمادة /١٣٨/ وإن كان الأولى في رأيي أن يبقى للقاضي

سلطة تقديرية حالة عدم وجود الأب بحسب مقتضى المادة /١٤٧/ ولو كانت الأم متزوجة.

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق باب من أحق بالولد برقم ٢٢٧٦ وأحمد في المسند برقم: ٦٧٠٧ /٦/ ٢٥٤/٦ والحاكم في المستدرک: ٢٠٧/٢ ووافقه الذهبي والحواء: أي كان يضمه ويجمعه ويغويه. القاموس المحيظ: ١١٥٠.

(١) المراجع السابقة.

(٢) الإجماع لابن المنذر: ٨٥.

(٣) رد المختار: ٦٣٩/٢ الشرح الكبير: ٥٢٩/٢ معنى المختار: ٤٥٥/٣ كشف القناع: ٤٩٩/٥ المعنى: ٣٠٧/٩.

لأن مقصد الحضانة رعاية المحضون وقد يكون في نقله إلى غير أمه نقيض مصلحته ولو كانت أمه متزوجة.

وحسناً ما ذهبت إليه الفقرة ٢/ (مادة ١٤٧/) حين قالت:

«٢- في حال ضم الولد إلى الأم أو من تقوم مقامها تلزم بالنفقة ما دامت قادرة على ذلك».

وذلك أنها إذا جعلت الحضانة لها ألزمتها بالنفقة حال قدرتها لئلا يضيع المحضون.

المطلب الرابع- الحضانة وعمل المرأة:

أذكر ما صرح به القانون في المادة /١٣٩/ من عدم سقوط الحضانة بعمل المرأة ونصه:

«٢- لا يسقط حق الحاضنة بحضانة أولادها بسبب عملها إذا كانت تؤمن رعايتهم والعناية بهم بطريقة مقبولة».

وهذا مذهب الشافعية في عدم منع الزوج الزوجة العاملة قبل النكاح من العمل - كما مر في عمل الزوجة والنفقة - وهنا لا تسقط حضانتها بعملها.

المطلب الخامس- الحضانة ونشوز المرأة:

نصت المادة /١٤٥/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«إذا نشزت المرأة وكان الأولاد فوق الخامسة كان للقاضي وضعهم عند أي الزوجين شاء على أن يلاحظ في ذلك مصلحة الأولاد بالاستناد إلى سبب موجب».

وقد مر في النشوز أن المرأة تسقط نفقتها بالنشوز لتركها دار الزوجية بلا مسوغ شرعي (مادة /٧٤ و ٧٥/ أحوال).

وعليه فإن موقف القانون في المادة /١٤٥/ هو بإعطاء القاضي سلطة تقديرية في وضع الأولاد بحسب مصلحتهم المعتبرة عند أي من الزوجين.

المطلب السادس- إقامة البالغ بعد الحضانة (وهل ينفرد بالسكنى؟)

إذا استغنى الصبي وعقل وبلغ فليس للأب ضمه إلا إذا لم يكن مأموناً على نفسه وليس عليه نفقته إلا أن يتبرع.

وهو رأي جمهور الفقهاء.

وقيل عند الشافعية والحنابلة: "تدوم حضانتها لأجل دينه لا ماله وكذلك إذا كان أمرد أو خيف عليه من انفراده".

ويستحب للولد أن لا ينفرد عنهما في إقامته ولا يقطع بره عنهما.

وأما البنت فعند الحنفية والحنابلة إن كانت بكرًا فعندهما إن مجتمعين وإلا ضمها الأب إلى نفسه ولو لم يخف الفساد عليها.

وإن ثيباً فليس له ذلك.

وإذا كانت ثيباً أو أسنت واجتمع رأيها ولا ربية فلا تضم وتزل حيث أحبت.

وإن ثيباً مخوفاً عليها فعند وليها وإلا وضعها القاضي عند امرأة ثقة مأمونة.

فإن لم تكن ربية حلالها^(١).

وعند المالكية والشافعية تنخير بين أبويها حتى تتزوج وتسكن حيث تشاء وإلا فتسكن عند أحد أبويها أو عصبتها أو في موضع لائق بها منعاً لعار النسب ويمنعها غير الكفاء وإن كان ربية ضمها إليه.

ونصت المادة /١٥١/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«لولي الأنتى المحرم أن يضمها إلى بيته إذا كانت دون الأربعين من العمر ولو كانت ثيباً فإذا تمردت عن متابعتة بغير حق فلا نفقة لها عليه».

(١) البحر الرائق: ٤/١٨٦ الشرح الكبير للدردير: ٢/٥٢٧ مغني المحتاج: ٣/٤٥٩ - ٤٦٠ كشف القناع: ٥/٤٩٩ - ٥٠٠.

الفصل الرابع: نفقة الأقارب.

المبحث الأول: مذاهب الفقهاء في نفقة الأقارب وأدلتهم.

المبحث الثاني: شروط ثبوت نفقة الأقارب وسببها وحد اليسار لوجوبها وكيفية وجوبها.

المبحث الثالث: مقدار نفقة الأقارب واستحقاقها وسقوطها.

المبحث الأول- مذاهب الفقهاء في نفقة الأقارب وأدلتهم:

المطلب الأول- مذاهب الفقهاء في نفقة الأقارب:

ذهب الحنفية إلى وجوب النفقة للأصول والفروع والحواشي من ذوي الأرحام المحارم كالإخوة والعمومة والخوالة دون أبنائهم جميعاً.

وذهب قانون الأحوال الشخصية في المادة /١٥٩/ إلى أنه:

«تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية على من يرثه من أقاربه الموسرين بحسب حصصهم الإرثية».

وهو موافق لرأي الحنفية.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى وجوب النفقة للأصول والفروع فتجب على الموسر منهم.

ونقل عن الحنابلة لزومها على الأخ الموسر لأخيه الصغير.

وذهب المالكية إلى وجوب النفقة للأبوين وخادمهما وللأبناء فقط على الأب دون الأم^(١).

(١) تحفة الفقهاء: ٢٤١/٢ بدائع الصنائع: ٣٠/٤ بلغة السالك على الشرح الصغير: ٥٢٦/١ مغني المحتاج: ٤٤٦/٣ - ٤٤٧ - المهذب: ١٦٥/٢ - ١٦٦ كشف القناع: ٤٨٠/٥ - ٤٨٢.

المطلب الثاني - الأدلة على ثبوت نفقة الأقارب:

ثبتت نفقة الوالدين بقوله تعالى: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ٢٣ ﴾ [الإسراء: ٢٣].

ولقوله تعالى: ﴿ وَصَاحِبَيْهِمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ١٥ ﴾ [لقمان: ١٥].

وذلك بالإتفاق عليهم والقيام بكفالتهم عند فقرهم وهو أحسن الإحسان والمعروف.

ولحديث رسول الله ﷺ: «إن من أطيب ما أكل الرجل من كسبه وولده من كسبه»^(١).

وثبتت نفقة الأولاد بقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ٢٣٣ ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

ولقوله ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(٢).

وثبتت نفقة ذوي الأرحام (الحواشي) عند القائل بها بقوله تعالى: ﴿ وَآتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ ٢٦ ﴾ [الإسراء: ٢٦] وأهم حقوقه النفقة عليه.

وأجمعت الأمة على لزوم نفقة الوالدين والأولاد.

وألحق الشافعية والحنابلة الأجداد والجدات بالوالدين والأحفاد بالأولاد^(٣).

(٢) أخرجه أبو داود: كتاب البيوع باب: في الرجل يأكل من مال ولده ٢٨٨/٣ رقم: ٣٥٢٨ والترمذي والنسائي وابن ماجه.

(١) أخرجه البخاري: كتاب النفقات باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها ١٩٢٦/٣ رقم: ٥٠٤٩.

(٢) بدائع الصنائع: ٣٠/٤ - ٣١ معني المحتاج: ٤٤٧/٣ كشف القناع: ٤٨٠/٥ - ٤٨١.

المبحث الثاني - شروط ثبوت نفقة الأقارب وسببها وحد اليسار لوجوبها وكيفية وجوبها:

المطلب الأول - شروط ثبوت النفقة على الأقارب وسببها:

(١) أن يكون قريباً فقيراً عاجزاً عن الكسب لصخر أو مرض.

دون الوالدين فيجب لهم النفقة مطلقاً لئلا يلحقهم تعب الكسب فيلزمه نفقتهما مع قدرتهما على الكسب عند الحنفية والشافعية.

واشترط المالكية عسر الوالدين وعجزهما ويجبران على الكسب إن قدرا.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٥٨/ إلى أنه:

«يجب على الولد الموسر ذكراً كان أو أنثى كبيراً كان أو صغيراً نفقة والديه الفقراء ولو كانا قادرين على الكسب ما لم يظهر تعنت الأب في اختيار البطالة على عمل أمثاله كسلاً أو عناداً».

ويظهر توسط القانون بين الرأيين الفقهيين السابقين فاكتفى لوجوب النفقة بفقر الوالدين دون اشتراط العجز عن الكسب.

أما إذا ظهر عنتهما في تكليفه فلا نفقة لهما وهو مذهب المالكية.

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٥٤/ إلى أنه:

«نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفتها على زوجها».

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٥٥/ إلى أنه:

«١- إذا لم يكن للولد مال فنفته على أبيه ما لم يكن فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية.

٢- تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى ويصل الغلام إلى الحد الذي يكتسب فيه أمثاله».

كما ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٥٦/ إلى أنه:

«١- إذا كان الأب عاجزاً عن النفقة غير عاجز عن الكسب يكلف بنفقة الولد من تجب

عليه عند عدم الأب.

٢ - تكون هذه النفقة ديناً للمنفق على الأب يرجع عليه بما إذا أيسر».

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٥٧/ إلى أنه:

«١- لا يكلف الأب بنفقة زوجة ابنه إلا إذا تكفل بها.

٢- يكون إنفاق الأب في هذه الحالة ديناً على الولد إلى أن يوسر».

(٢) اتحاد الدين مع المنفق؛

إذ لا توارث مع اختلاف الدين.

وكذلك النفقة لأنها فرع الإرث.

هذا بالنسبة للحواشي دون الوالدين والجد والجدة والأولاد للجزئية والبعضية فيهما وكذلك

الزوجة.

وقد نصت المادة /١٦٠/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

«لا نفقة مع اختلاف الدين إلا للأصول والفروع».

(٢) إيسار القريب المنفق؛

لوجوبها على وجه الصلة اللازمة على الغني وفي قرابة الأولاد والمنفق هو الأب ولا يشترط

يساره وإنما يشترط قدرته على الكسب ووجوب نفقتهم عليه إحياء لنفسه.

وأما سببها: فهو القرابة المحرمة القطع أو الولادة المثبتة للجزئية والبعضية ويجب على

الإنسان إحياء كله وبعضه^(١).

(١) بدائع الصنائع: ٣٥/٤ تحفة الفقهاء: ٢٤١/٢ - ٢٤٥ و ٢٤٨ الشرح الصغير: ٥٢٥/١ - ٥٢٧ مغني المحتاج: ٤٤٧/٣ - ٤٤٨.

المطلب الثاني - حد اليسار اللازم لثبوت وجوب النفقة:

ذهب أبو يوسف إلى أن حد اليسار هو نصاب الزكاة وإلا فلا يجبر على نفقة أقاربه لأن النفقة صلة على الأغنياء كالصدقة وحد الغني النصاب.

وذهب محمد إلى أن حده ما فضل عن نفقة شهر له ولعياله فيجبر وإلا فلا.

وأما المكتسب مياومة ويفضل عن نفقته شيء فيجبر على نفقته بما زاد.

وهو ما حدده الشافعية والحنابلة.

وذلك أن له كسباً مستمراً زائداً عن حاجته فيجب صرفه إلى أقاربه.

ولا يعد بالنصاب لاعتباره في وجوب الزكاة حق الله تعالى والنفقة حق العبد فيعتبر إمكان الأداء فيها.

واكتفى المالكية باليسار فيرجع فيه إلى العرف^(١).

المطلب الثالث - كيفية وجوب النفقة على الأقارب:

ذهب الجمهور إلى توزيعها على النحو الآتي:

- تلزم النفقة الأب للفروع.

وأما توزيعها على الفروع فيحسب ما يلي:

- تلزم النفقة الأقرب من الأقارب درجة إذا اجتمع الأصول والفروع مثل الأب وابن الابن فتلزم الأب.

- إذا اجتمع الأصول والحواشي كأم وأخ شقيق وأخ لأب كانت النفقة بحسب الإرث وهو ما نصت عليه المادة /١٥٩/ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

- إذا اجتمع الفروع والحواشي فالنفقة على الحواشي.

وذهب المالكية إلى أنها على الأولاد الموسرين بقدر اليسار.

وقيل: "بحسب الرؤوس".

وقيل: "بحسب الميراث"^(٢).

(١) بدائع الصنائع: ٣٥/٤ معني المحتاج: ٤٤٧/٣ كشف القناع: ٤٨١/٥.

المبحث الثالث- مقدار نفقة الأقارب واستحقاقها وسقوطها :

المطلب الأول- مقدار الواجب في نفقة الأقارب:

تشمل المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع والخدام المحتاج إليه وأجرة الطبيب وثن الأدوية لقيام الكفاية بذلك.

قال الجمهور: "تجب بتمام الكفاية لقوله ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»".

وقال الحنفية: تقدر بالحاجة.

ولا يبعد هذا عن قول الجمهور لأنهم عددوا أنواع النفقة كما ذكر⁽¹⁾.

المطلب الثاني- استحقاق النفقة وسقوطها:

اتفق الفقهاء على سقوط النفقة بمضي المدة.

ولكنهم اختلفوا في سقوطها إذا قضى القاضي بها:

فقال الحنفية: "ثبت نفقة الأقارب بالقضاء بها وكذلك بالتراضي.

وإذا لم تقبض فإنها تسقط أيضاً بمضي المدة لأنها تجب لسد الحاجة.

ولهذا لا تجب إلا مع الإيسار.

وإذن القاضي بالاستدانة على القريب واستدانته فعلاً".

وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٦١/ إلى أنه:

«يقضى بنفقة الأقارب من تاريخ الادعاء ويجوز للقاضي أن يحكم بنفقة الأولاد على أبيهم

عن مدة سابقة للادعاء على أن لا تتجاوز الأربعة أشهر».

وهو نظر وجيه حسن للحاجة والفقير والعجز.

وللوالد والجد والولد أخذ النفقة مطلقاً.

ولهذا قررت المادة /١٠٤/ من قانون الأحوال الشخصية السوري بأنه:

«لا يجري النقص بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على الحاضنة».

(2) بدائع الصنائع: ٣١/٤ - ٣٤ تحفة الفقهاء: ٢٤٥/٢ - ٢٤٦ الشرح الصغير: ٥٢٦ روضة الطالبين: ٩٠/٩ - ٩٤ كشف القناع: ٤٨٢/٥ - ٤٨٤.

(1) بدائع الصنائع: ٣٨/٤ الشرح الكبير: ٥٢٢/٢ معني المحتاج: ٤٤٧/٣ - ٤٤٨ المهذب: ١٦٧/٢ كشف القناع: ٤٨١/٥.

وذهب المالكية إلى عدم سقوطها بعد قضاء القاضي أو بإنفاق متبرع بشرط الرجوع ولا تجب للمستقبل لأنه بحسب الوقت الذي تجب فيه.

وإلى هذا ذهب الشافعية مع إذن القاضي بالاقتراض أو بالإنفاق ووجوبها في المستقبل أيضاً واقتراضه فعلاً.

وإلا فله الإشهاد والاقتراض ليرجع على المنفق كالجدي ينفق على حفيده والأب غائب.

وأما الأب فيأخذ نفقته من مال ابنه بحكم الولاية^(١).

(١) بدائع الصنائع: ٣٧/٤ - ٣٨ بلغة السالك والشرح الصغير: ٥٢٧/١ الشرح الكبير: ٥٢٤/٢ مغني المحتاج: ٤٤٩/٣.

القرآن العظيم		
المكتبة الإسلامية	محمد فؤاد عبد الباقي	فهرس ألفاظ القرآن
كتب التفسير		
دار الفكر	الخصاص	أحكام القرآن
		التسهيل لعلوم التنزيل
طبعة ايران	الرازي	التفسير الكبير
دار الكتب العلمية	القرطبي	الجامع لأحكام القرآن
دار الأندلس	ابن كثير	تفسير القرآن العظيم
دار إحياء التراث العربي	الآلوسي	روح المعاني
المكتبة الإسلامية	ابن الجوزي	زاد المسير
كتب السنة		
دار العلوم الإنسانية	د. مصطفى البغا	إتحاف الأملعي باختصار وشرح سنن الترمذي
دار إحياء التراث العربي	الغزالي	إحياء علوم الدين
مؤسسة الرسالة	ابن بلبان	الإحسان في ترتيب صحيح ابن حبان
ط- عزت عبيد الدعاس	الترمذي	الجامع
دار العلوم الإنسانية	الإمام مسلم	الجامع الصحيح
دار العلوم الإنسانية	الإمام البخاري	الجامع الصحيح
دار الحديث	النسائي	السنن
دار الفكر	أبو داود	السنن
عالم الكتب	الدارقطني	السنن
دار إحياء التراث العربي	ابن ماجه	السنن
دار المعرفة	البيهقي	السنن الكبرى
	ابن أبي الحاتم	العلل
ط- ١٣٧٢	الساعاتي	الفتح الرباني ترتيب مسند أحمد
مؤسسة الرسالة	أبو داود	المراسيل

المستدرک	الحاکم	مکتبة المطبوعات الإسلامية
المسند	الإمام أحمد	دار الحديث
المسند	أبو يعلى	
المصنف	ابن أبي شيبة	دار القلم
المصنف	عبد الرزاق	المكتب الإسلامي
المعجم الأوسط	الطبراني	دار الحديث
المعجم الكبير	الطبراني	مكتبة العلوم والحكم
المنتقى شرح الموطأ	الباجي	دار الكتاب العربي
الموطأ	مالك	دار الحديث
النهاية في غريب الحديث	ابن الأثير	دار المعرفة
تحفة الأحوذى	المباركفوري	
تلخيص الخبير	ابن حجر	الكليات الأزهرية
جامع العلوم والحكم	ابن رجب	مؤسسة الرسالة
سنن الدارمي	الداري	دار القلم
شرح الموطأ	الزرقاني	مصطفى الباي الحلبي
شرح النووي (المنهاج شرح صحيح مسلم)	النووي	دار العلوم الإنسانية
عمدة القاري	العيني	دار إحياء التراث العربي
عون المعبود شرح سنن أبي داود	الآبادي	دار الحديث
فتح الباري	ابن حجر	دار الفيحاء
كشف الخفاء	العجلوني	مؤسسة الرسالة
مصباح الزجاجاة	البوصيري	دار المعرفة
نصب الراية	الزيلعي	دار إحياء التراث العربي

كتب المصادر الفقهية		
الاختيار	عبد الله بن محمد بن	
إعانة الطالبين	الدمياطي	دار الفكر
إعلام الموقعين	ابن القيم	دار إحياء التراث العربي
الإقناع	الشريبي	دار القلم العربي
الإنصاف في مسائل الخلاف	المرداوي	دار إحياء التراث العربي
البحر الرائق شرح كتر الدقائق	ابن نجيم	دار المعرفة
البهجة شرح التحفة	التسولي	مصطفى البابي الحلبي
الثمر الداني في تقريب المعاني	الأزهري	المكتبة الثقافية
الحاوي الكبير		
الشرح الصغير على مختصر خليل	الدردير	مصطفى البابي الحلبي
الشرح الكبير	ابن قدامة	دار الكتاب العربي
الشرح الكبير	الدردير	فيصل عيسى البابي الحلبي
العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية		
الفواكه الدواني	الأزهري	مصطفى البابي الحلبي
القوانين الفقهية	ابن جزى	الدار العربية للكتاب
اللباب شرح الكتاب	عبد الغني الغنيمي	دار الكتاب الميسر
اللمعة الدمشقية	محمد مكى العاملي	دار إحياء التراث العربي
المبدع شرح المقنع	ابن مفلح	المكتب الإسلامي
المبسوط	السرخسي	دار المعرفة
المجموع شرح المهذب	النووي	زكريا علي يوسف

المحلى	ابن حزم	مصطفى الباي الحلبي
المدونة الكبرى	الإمام مالك	دار صادر
المغني	ابن قدامة	دار الكتاب العربي
المهذب	الشيرازي	دار الفكر
الهداية	المرغيناني	دار الكتب العلمية
بدائع الصنائع	الكاساني	دار الكتب العلمية
بداية المجتهد	ابن رشد	دار الكتب الإسلامية
بلغة السالك	الصاوي	مصطفى الباي الحلبي
تبيين الفائق شرح كثر الدقائق	الزيلعي	الأميرية
تحفة الفقهاء	السمرقندي	طبعة جامعة دمشق
تحفة المحتاج ومعه حاشية الشرواني	ابن حجر الهيتمي	دار صادر
جواهر الإكليل	صالح الآبي الأزهري	دار الفكر
حاشية ابن عابدين (رد المختار على الدر المختار)	ابن عابدين	دار إحياء التراث العربي
حاشية الجمل على شرح المنهج	المحلي	دار الفكر
حاشية الشرقاوي	الشرقاوي	دار إحياء التراث
حاشية الطحاوي على الدر المختار	الطحاوي	دار المعرفة
حاشية على الشرح الكبير	الدسوقي	فيصل عيسى الباي الحلبي
دليل الطالب	الشيخ مرعي الحنبلي	مؤسسة الكتب الثقافية
رسائل ابن عابدين (رسالة الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة)	ابن عابدين	
روضه الطالبين	النووي	المكتب الإسلامي

شرح الخرششي على مختصر خليل ومعه حاشية العدوي	الخرششي	دار صادر
غاية المنتهى	مرعي الحنبلي	نفقة الشيخ علي حاكم قطر
فتح الوهاب شرح المنهاج	زكريا الأنصاري	عيسى البابي الحلبي
فتح القدير	ابن المهم-ام	دار إحياء التراث العربي
فيض الإله المالك	بركات	المكتبة التجارية الكبرى
كشاف القناع	البهوتي	دار الفكر
كفاية الأختيار	تقي الدين الحصري	دار الخير
مجمع الأثر شرح ملتقى الأبحر	داماد أفندي	دار إحياء التراث العربي
مجموع الفتاوى	ابن تيمية	السعودية
مطالب أولي النهي		دار الفكر
مغني المحتاج شرح المنهاج	الشريبي	دار إحياء التراث العربي
منار السبيل	ابن ضويان	المكتب الإسلامي
مواهب الجليل شرح مختصر خليل	الخطاب	دار الفكر
نهاية المحتاج	الرملي	دار الفكر
المنهاج	النووي	مصطفى البابي الحلبي
المصادر القانونية والفقهية المعاصرة		
أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي	محمد مصطفى شلي	الدار الجامعية بيروت
أحكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين	د. توفيق فرج	الدار الجامعية
أحكام التقادم	صلاح أبو حشيش	رسالة ماجستير في الجامعة الأردنية
آداب الخطبة والزفاف	عبد الله علوان	دار السلام
الأحوال الشخصية	أبو زهرة	دار الفكر العربي

الأحوال الشخصية لغير المسلمين	جميل شرقاوي	دار النهضة العربية
الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين	أحمد سلامة	دار الفكر العربي
الأمراض الجنسية عقوبة إلهية عاجلة	عبد الحميد القضاة	
الأمراض الجنسية	البار	دار المنارة
التذكرة في القضاء الشرعي	سعدى ابو جيب	دار الفارابي
الفقه الإسلامي وأدلته	د. وهبة الزحيلي	دار الفكر
القانون الأردني للأحوال الشخصية		
المدخل الفقهي العام	مصطفى الزرقا	دار الفكر
المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية السوري		
المرشد في قانون الأحوال الشخصية	أديب استانبولي	المكتبة القانونية
المقادير الشرعية	محمد نجم الدين الكردي	١٩٨٤
تعدد الزوجات	عبد الناصر العطار	مؤسسة الرسالة
حجة الله البالغة	أحمد الدهلوي	دار المعرفة
حركة التقنين الوضعي	شهادة السويركي	رسالة ماجستير في الجامعة الأردنية
حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي	يوسف قاسم	دار النهضة العربية
رحمة الإسلام بالنساء	محمد الحامد	مكتبة المنار
الطلاق ومذاهبه	د. فوزي فيض الله	مكتبة المنار
حقوق الزوجين	أبو الأعلى المودودي	الدار السعودية
خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل	بحث للشيخ مصطفى الزرقا	مجلة الجامعة الأردنية
درء المفسدة في الشريعة الإسلامية	د. محمد الحسن البغا	دار العلوم الإنسانية

شرح الأحكام الشرعية	الأبياني	مكتبة النهضة
شرح قانون الأحوال الشخصية السوري	د. عبد الرحمن الصابوني	جامعة دمشق
شرح مجلة الأحكام العدلية	الأتاسي	مطبعة حمص
عقد الزواج وآثاره	أبو زهرة	دار الفكر العربي
فسخ الزواج	د. أحمد الحجي الكردي	اليمامة
قانون أصول المحاكمات		
مجلة الأحكام العدلية		
مدى حرية الزوجين في الطلاق	د. عبد الرحمن الصابوني	دار الفكر
شرح قانون الأحوال الشخصية السوري	مصطفى السباعي	المكتب الإسلامي
مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد	لجنة خاصة	دار القلم
مكافحة الأمراض	ويلكوكس	منظمة الصحة العالمية
موسوعة الأحوال الشخصية	نبيل الظواهره الصائغ	متري هاجي
وعاشروهن بالمعروف	أبو سريع محمد عبد الهادي	مكتبة التراث الإسلامي
كتب الأصول واللغة والتراجم والمصطلحات		
الإجماع	ابن المنذر	مؤسسة الكتب الثقافية
الإجماع	ابن المنذر	مؤسسة الكتب الثقافية
الأشباه والنظائر	ابن نجيم	دار الفكر
الأشباه والنظائر	السيوطي	دار الكتب العلمية
الاستيعاب	ابن عبد البر	دار الكتب العلمية
الباعث الحثيث	ابن كثير	دار العاصمة
الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي	الأزهري	طبعة بشير الإدلي

دار الفكر	أ. سعدي أبو جيب	القاموس الفقهي
دار الفكر	الفيروزآبادي	القاموس المحيط
مكتبة أسامة بن زيد	المطرزي	المغرب في ترتيب المغرب
مكتبة الرشد	ابن مفلح	المقصد الأرشد
مؤسسة الرسالة	الدريبي	المناهج الأصولية
دار صادر	المحي	خلاصة الأثر
مؤسسة الرسالة	ابن القيم	زاد المعاد
مؤسسة الرسالة	الذهبي	سير أعلام النبلاء
دار الفكر	ابن العماد	شذرات الذهب
مصطفى البابي الحلبي	المحلي	شرح جمع الجوامع
دار القلم	النسفي	طلبة الطلبة
الأميرية	ابن نظام الدين	فواتح الرحموت
مطبعة طهران	حاجي خليفة	كشف الظنون
دار صادر	ابن منظور	لسان العرب
دار العلوم الإنسانية	الرازي	مختار الصحاح
دار صادر		معجم البلدان
مؤسسة الرسالة	محمد رضا كحالة	معجم المؤلفين
دار الفكر	رواس قلعه جي	معجم لغة الفقهاء
مطبعة الصباح	ابن حجر	نزهة النظر
دار الكتب العلمية	ابن فارس	معجم مقاييس اللغة
مطبعة طهران	إسماعيل باشا	هدية العارفين