

رَفَع

عبد الرحمن النجدي
أسكنم الله الفردوس
www.moswarat.com

حقوق المرأة في الإسلام

في ضوء الشريعة الإسلامية الغراء
والقوانين الإسلامية الحديثة

بقلمه

الدكتور جمال ناصر

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

حقوق المرأة في الاسلام

في ضوء الشريعة الاسلامية الغراء
والقوانين الاسلامية الحديثة

بقلم
الدكتور جمال ناصر

حقوق المرأة في الاسلام

في ضوء الشريعة الاسلامية الغراء
والقوانين الاسلامية الحديثة

بقلم

الدكتور جمال جميل احمد ناصر
بكالوريوس في القوانين بمرتبة الشرف
دكتور في القانون (لندن)

- وزير العدل الاردني سابقا
- محام امام محاكم انكلترا وويلز
- عضو نقابة محامي انكلترا وويلز (بارستر)
- عضو نقابة المحامين الاردنيين
- عضو اتحاد المحامين العرب
- عضو محكمة نيجيريا الاتحادية
- محاضر في القانون الدولي سابقا

المحتويات

٩	تصدير بقلم حضرة صاحب السمو الملكي الامير الحسن بن طلال - ولي عهد المملكة الاردنية الهاشمية
١١	تقريظ
١٣	الاهداء
١٥	المقدمة
الفصل الاول - الزواج	
١٧	١ - تعريف
١٨	٢ - مقدمات الزواج
٢١	٣ - الايجاب والقبول
٢٥	٤ - الولاية في الزواج
٢٩	٥ - شروط انعقاد الزواج صحيحا
٢٩	أ - الشهود
٣١	ب - حل المرأة للزواج
٣١	ج - الصيغة
٣٤	٦ - الزواج الدائم والمؤقت وزواج المتعة
٣٦	٧ - الكفاءة في الزواج
٣٧	٨ - في موانع النكاح الشرعية وبيان المحرمات من النساء
٣٨	أ - المحرمات على التأيد
٤٥	ب - المحرمات تحريما مؤقتا
٥٥	٩ - اجراءات الزواج
٦٦	١٠ - احكام الزواج

الفصل الثاني - المهر

- ١ - تعريف المهر ٧٩
- ٢ - في ما يصلح تسميته مهراً وما لا يصلح ٨١
- ٣ - مقدار المهر ٨٢
- ٤ - في تعجيل المهر وتأجيله ٨٤
- ٥ - المهر المسمى ومهر المثل ٨٥
- ٦ - احوال استحقات المهر ٨٩
- أ - احوال وجوب المهر بتمامه للمرأة ٨٩
- ب - احوال وجوب نصف المهر ٩٢
- ج - احوال سقوط المهر كله ٩٥
- ٧ - قضايا المهر ٩٦
- أ - الاختلاف في تسمية المهر اصلاً ٩٧
- ب - الاختلاف في قدر المسمى ٩٨
- ج - الاختلاف في قبض المهر ٩٨

الفصل الثالث - النفقة

- ١ - تعريف ١٠١
- ٢ - في بيان من تستحق النفقة من الزوجات ومن لا نفقة لهن ١٠٣
- ٣ - في تقدير النفقة ١٠٨

الفصل الرابع - فُرق الزواج

- ١ - مقدمة ١١٥
- ٢ - الطلاق ١١٥
- أ - محل الطلاق ١١٦
- ب - في من يقع طلاقه ومن لا يقع ١١٨
- ج - ما يقع به الطلاق ١١٩
- د - عدد الطلقات: الطلاق الرجعي والطلاق البائن ١٢٢

١٢٧	٣ - الخُلْع
١٣٢	٤ - التفريق القضائي
١٣٣	أ - التطلاق لعدم الانفاق
١٣٧	ب - التطلاق للعب
١٤٤	ج - التطلاق للضرر
١٥٥	د - التطلاق للغيبة او الحبس
١٥٩	٥ - التفريق بحكم الشرع بلا قضاء
١٦٢	٦ - متعة المطلقة

الفصل الخامس - العدة

١٦٩	١ - مقدمة
١٦٩	٢ - من تجب عليها العدة من النساء
١٧١	٣ - كيف تحسب العدة
١٧١	أ - العدة بالقروء
١٧٣	ب - العدة بالاشهر
١٧٤	ج - العدة بوضع الحمل
١٧٦	٤ - ما يجب على الزوج والزوجة وما يجب لهما اثناء العدة
١٧٧	أ - في نفقة المعتدة
١٧٨	ب - لزوم بيت الزوجية والاحداد على الزوج المتوفى

الفصل السادس - النسب

١٨١	١ - مقدمة
١٨١	٢ - ثبوت النسب بالفراش
١٨٢	أ - الفراش في العقد الصحيح
١٩٠	ب - الفراش في العقد الفاسد والنسب في الوطاء بشبهة الجِل

١٩٢	٣ - ثبوت النسب بالاقرار
١٩٣	أ - الاقرار بالبنوة والابوة
١٩٣	ب - الاقرار بالبنوة والامومة
١٩٩	ج - الاقرار غير التبني
٢٠٥	٤ - ثبوت النسب بالبيّنة

الفصل السابع - الرضاع والحضانة

٢٠٧	١ - الرضاع
٢١٠	٢ - الحضانة
٢١١	أ - ترتيب استحقاق الحضانة
٢١٤	ب - شروط الحضانة
٢١٧	ج - مدة الحضانة
٢١٩	د - مكان الحضانة
٢٢٢	هـ - أجر الحضانة
٢٣٩	مراجع البحث

تصدير

بقلم حضرة صاحب السمو الملكي الامير الحسن بن طلال ولي عهد المملكة الاردنية الهاشمية المعظم .

تمس الحاجة في عالمنا الاسلامي المعاصر الى دراسة عميقة جادة للقضايا التي احبطت مطامح الامة الاسلامية الى التقدم في كل الميادين، سياسية كانت ام اقتصادية ام اجتماعية. ومن بين هذه القضايا الحيوية حقوق النساء والتزاماتهن بموجب الشريعة الاسلامية، وهي قضية تستلزم بحثا واعيا ينطوي على خير اعظم بكثير من الحكم المبني على الجانب الانفعالي. ولا بد لنا من تحسين فهمنا للجوانب الكثيرة في منظورها الصحيح، وهذا واجب علينا لاننا مسلمون بوجه خاص، وبحكم انتمائنا الى المجتمع الانساني الدولي بوجه عام.

بل تزيد القضية اهمية على اهميتها اذا تذكرنا ما يكتنفها من ضلالات وسوء فهم، ضلالات منتشرة لسوء الحظ وتزايدها انتشارا اجهزة الاعلام الجماعية المكتوبة والالكترونية.

وما اغنى تراثنا الاسلامي العربي بالتقدير الكامل للنساء ومحبتهم والتعاطف معهن. اذ يقول المولى عز وجل في محكم قرآنه الكريم ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً، إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ سورة الروم، الآية (٢٠).

وانه ليسعدني كثيرا ان اقدم هذا السفر المهم الذي يتناول بالذات الحقوق والالتزامات القانونية للنساء استنادا الى الشريعة الاسلامية الغراء والاحكام المستمدة منها في التشريع الاسلامي العربي المعاصر. واود ان اثني على صديقي الدكتور جمال ناصر لما تمسك به من روح موضوعية في ثنايا البحث بأسره، وما اورده من شروح واضحة لكل جوانب الموضوع الجوهرية.

وهذه الدراسة تكملة لبحث اسبق نشره الدكتور جمال ناصر بالانكليزية بعنوان «قوانين الاحوال الشخصية الاسلامية». ولا اشك في انها ستكون اضافة قيمة الى مكتبة

البحوث الاسلامية من مؤلف مرموق . وقد انتفع الدكتور ناصر بمعلوماته الواسعة التي حصلها بخبرة طويلة، حيث كان وزيرا للعدل في المملكة الاردنية، وبمواهبه العلمية الممتازة سلط اضواء قوية على قضية قديمة ذات اهمية معاصرة جلى .

الحسن بن طلال

ولي عهد المملكة الاردنية الهاشمية

تقريظ

قوبل هذا الكتاب حين نشر بالانكليزية بترحيب واهتمام من كبار رجال القضاء والقانون وكليات الحقوق من كبريات جامعات اوربا وامريكا ومنها كمبردج وهارفارد. كما اثنى عليه الكثيرون من اعلام القانون ومن بينهم اللورد دنغ وهو عميد للقضاء البريطاني وعضو في مجلس اللوردات. وفيما يلي نص خطابه الى المؤلف:

«مجلس اللوردات

١٣ نيسان ١٩٩٠

عزيزي الدكتور جمال ناصر

شكرا لكم على اهدائي نسخة من كتابكم «منزلة المرأة في ظل الشريعة الاسلامية والتشريع الاسلامي المعاصر».

ان هذا المؤلف اسهام عظيم. فقد كنت انا وكثير من الاخرين ننطوي على انطباع خاطيء جدا. وقد وضعتم الان هذا الامر في منظوره الصحيح. وقد شاقني الكتاب خاصة لانني قمت بدور في تحقيق المساواة للنساء في القانون الانكليزي. وتم ذلك حتى اصبحت النسوة مساويات للرجال في كل الجوانب الاجتماعية والقانونية.

وآمل ان يساعد مؤلفكم على الوصول الى النتائج نفسها في القانون الاسلامي. وتضم كل فصول كتابكم معلومات قيمة.

أهنئكم على معرفتكم وبحوثكم، وعلى عرضكم الواضح لهذا الموضوع المهم. وينطوي كتابكم على اهمية وقيمة دائمة، لا للاسلام فقط، بل للعالم اجمع.

مع اخلص التحية.

توم دنغ

الاهداء

روى البخاري في صحيحه عن قتيبة بن سعيد عن جديد عن عُمارة بن القعقاع بن شبرمة عن ابي زرعة عن ابي هريرة رضي الله عنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله من احق الناس بحسن صحابتي؟ قال أمك، قال ثم من؟ قال أمك، قال ثم من؟ قال أمك، قال ثم من؟ قال ثم ابوك وقال ابن شبرمة ويحيى بن أيوب حدثنا ابو زرعة مثله .

وها انذا أهدي هذا المجهود المتواضع الى ذكرى أمي الحبيبة الحاجة عائشة رحمها الله إعرابا عن اعمق المحبة والامتنان ، والى اسرتي .

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الانبياء والمرسلين، أما بعد فقد اردت لهذا الكتاب ان يسد ثغرة في المراجع الفقهية حيث كرسته خاصة لحقوق النساء والتزاماتهن في ضوء شريعتنا المحمدية الغراء وتابعت فيه ما اخذته منها احدث التشريعات العربية الاسلامية في مجال الاحوال الشخصية.

ولقد طوّرت فيه قسماً من مؤلّف نشرته بالانكليزية بعنوان «قوانين الاحوال الشخصية الاسلامية» وكان أوسع نطاقاً وألممت فيه بقوانين بعض الدول الاسلامية غير العربية، مثل إيران. ولكن هذا لم يتيسر هنا. فاقترضت على عالمنا العربي املا ان اتوسع في طبعة ثانية ان شاء الله، خاصة وان مبادئ الشرع الاساسية واحدة في دار الاسلام.

وقد انتحيت في الكتابة بالاضافة الى منحى الفقهاء، منحى المحامي المتمرس بالخبرة العملية. كما امدتني خبرتي كوزير سابق للعدل في المملكة الاردنية الهاشمية باستبصار في تطبيقات الشريعة والقوانين العربية المعاصرة في هذا الموضوع بالذات.

ولم ادخر وسعا في النهل من مناهل الفقه الاسلامي العذبة وحاولت ما استطعت الالتزام بأسلوبها البليغ مع الابقاء على الوضوح والتقريب الى الافهام.

والله سبحانه من وراء القصد، وهو ولي التوفيق.

الدكتور جمال جميل احمد ناصر

الفصل الأول الزواج

١ - تعريف

يعرف الزواج شرعا بأنه عقد وضعه الشارع ويفيد حلَّ استمتاع الرجل بامرأة لم يمنع من العقد عليها مانع شرعي . وهذه العبارة بلغة الفقه نجد لها مقابلا عاطفيا بلغة تشبه الشعر في التشريعات العربية المعاصرة .

فيعرفه الفصل الاول من مدونة الاحوال الشخصية المغربية بانه « ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء، غايته الاحصان والعفاف، مع تكثير سواد الامة بانشاء اسرة تحت رعاية الزوج على اسس مستقرة تكفل للمتعاقدين تحمل اعبائها في طمأنينة وسلام وود واحترام» .

وتصفه المادة (١) من القانون الكويتي رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤ في شأن الاحوال الشخصية بأنه «عقد بين رجل وامرأة، تحل له شرعا، غايته السكن والاحصان وقوة الامة» .

وتقول المادة (٤) من قانون الاسرة الجزائري رقم (٨٤) لسنة ١٩٨٤ «الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من اهدافه: تكوين اسرة اساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الانساب» .

ويجب ان ننوه هنا بان جمال هذه العبارات يرجع الى قبسها من آي الذكر الحكيم قوله تعالى ﴿وَمَنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾^(١) .

(١) سورة الروم / ٢٠ . وهذه الآية الكريمة تتوج وثيقة عقد الزواج في دولة الامارات العربية المتحدة .

فالزواج الاسلامي اذن عقد مدني لا تدخل فيه فكرة « السر المقدس » المسيحية. (٢)
ولكنه عقد ليس كغيره من العقود :

اولا : لان الحقوق والالتزامات التي تترتب عليه يملكها الشارع ولا يملك الطرفان الاتفاق
على ما يخالفها ، في حين ان العقود الاخرى شريعة المتعاقدين .

ثانيا : على الرغم من طابعه المدني فانه يعقد في الاغلب في جو ديني يضيف على
احكامه قدسيته فيتقبلها الطرفان برضا وايمان .

٢ - مقدمات الزواج

الخطبة مقدمة عقد الزواج وهي ان يطلب الرجل يد امرأة معينة يتغني زواجها ، ويتقدم
اليها او الي ذويها ببيان حاله ، ويتباحث معهم في امر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه .
ويحذ الشرع ان يعرف كل من الخطيبين احوال الآخر واخلاقه وصفاته ليكون على بينة
من امره قبل الاقدام على ارتباط المفروض ان يدوم عمرا . لذلك اباح الشارع للخاطب ان
يصر المخطوبة وينظر الي وجهها وكفيها ، كما اباح للمخطوبة النظر الي الخاطب ايضا
من باب اولي لانه ان لم يحسن في عينها فلا يمكنها مفارقتها في حين انه هو يمكنه
طلاقها ان لم تحسن في عينه ، ولذا قال النبي ﷺ للمغيرة ابن شعبة حين خطب امراة
« انظرت اليها؟ » قال « لا » فقال عليه الصلاة والسلام « انظر اليها فانه احرى ان يؤدم
بينكما » . (٣)

على انه لا تجوز الخلوة بالمخطوبة الا اذا كان معها محرم لها كأبيها او اخيها او
عمها .

فإذا قبلت المرأة او من له حق القبول بالنيابة عنها طلب الرجل ، تمت الخطبة ، وهي
بالمعنى الدقيق ليست عقدا بل وعدا متبادلا بعقد الزواج في المستقبل . وبمجرد اتمامها

(٢) في نظام سر الزواج المعمول به في الطوائف الكاثوليكية الشرقية لسنة ١٩٤٩ القانون ١/١ قد رفع السيد
المسيح الي مقام سر ، عقد الزواج المبرم بين المعتمدين .

(٣) من « لدم بينهما يؤدم ايداما : اصلح وألف .

على هذا النحو لا تجوز خطبة المخطوبة للغير التزاما بقوله عليه الصلاة والسلام « لا يخطب احدكم على خطبة اخيه حتى ينكح او يترك ». ولا يرتفع هذا القيد الا بفسخ الخطبة .

ولان الخطبة مقدمة للعقد فلا تصح الا اذا كانت المخطوبة سالحة لان تكون زوجة في الحال والا كانت الخطبة عبثا . فلا تجوز خطبة امرأة متزوجة في ذمة رجل اخر . ولا تجوز خطبة المطلقة لا تصريحاً ولا تعريضاً اذ يجوز للزوج مراجعتها ما دامت في العدة^(٤) بلا عقد ولا مهر جديدين ، رضيت ام لم ترض . اما المعتدة لوفاة فتحرم خطبتها تصريحاً لا تعريضاً . والتصريح مثل ان يقول رجل مخاطباً اياها « اريد ان اتزوجك » ، والتعريض مثل ان يقول لها « اريد التزوج بامرأة سالحة » وهو يقصدها .

ومع ان الخطبة المحرمة ممنوعة دينا فانه اذا خطب رجل مخطوبة غيره ثم تزوجها ، او معتدة وتزوج بها بعد انقضاء عدتها ، كان عقد الزواج صحيحاً من كل وجه ، وان بقي الاثم في عنق صاحبه .

ولا تعدو الخطبة ان تكون وعدا بالزواج بين الطرفين . ولا تشكل عقد نكاح وبالتالي فانها غير ملزمة لاي منهما . ويُجمع ائمة الفقه المتقدمون والشارعون المحدثون على ان لكل من طرفي الخطبة حقاً لا ينكر في فسخها ، وانها لا تملك قوة الزام ولا التزام ، صونا للحرية المطلقة الواجبة في انشاء عقد الزواج او عدم انشائه ، وهو ارتباط يؤمل ان يدوم عمراً كاملاً فلا يجوز القسر فيه . وهناك نصوص صريحة بهذا المعنى في القوانين العربية الحديثة . ومنها القانون التونسي الذي يستهل بالفصل الاول « كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به » والقانون المغربي « الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا . » (الفصل الثاني) و « لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة وللخاطب ان يسترد الهدايا الا اذا كان العدول عن الخطبة من قبله » (الفصل الثالث) .

(٤) العدة هي الزمن الذي يعقب الفرقة بين الزوجين ، وهي عدتان عدة طلاق وعدة وفاة وهي ثلاثة قروء او وضع الحمل وسيأتي تفصيل ذلك في باب العدة .

ويقول القانون الاردني : « المادة ٣ - لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بالوعد ولا بقراءة الفاتحة ولا قبض اي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية . » (المادة ٤ - لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة) .

وينص القانون السوري على ان « الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا » (المادة ٣) . كما يبيح للخطيبين العدول عن الخطبة .

ومع ان فسخ الخطبة حق مطلق للطرفين في رأي الفقهاء والقانون ، فانه يمكن ان يسبب الما او ضررا للطرف الاخر الذي لم يقم بالعدول . ويذهب بعض الفقهاء من كل المدارس الى استبعاد اي تعويض للضرر الناجم ، إعمالا للقاعدة الفقهية العامة القاضية بان « الجواز الشرعي ينافي الضمان » . الا ان فقهاء محدثين يستندون الى القاعدة الشرعية بانه « لا ضرر ولا ضرار ، والضرر يزال » ويرون ان التعويض واجب ، لا بسبب الفسخ في حد ذاته بل بسبب ضرر ينال الطرف الذي لم يعدل ، كأن تكون المرأة اعدت الجهاز مثلا او المسكن ولحقها ضرر نتيجة عدول الرجل .^(٥)

ويأخذ القانون المغربي برأي مالك فيقضي بأن للخاطب ان يسترد الهدايا الا اذا كان العدول عن الخطبة من قبله ، ويقتفي الشارع التونسي ذلك الدرب ما لم يوجد شرط خاص .

ويُفصّل القانون السوري (المادة ٤) ذلك على النحو الآتي :

- ١ - اذا دفع الخاطب المهر نقدا واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين اعادة مثل النقد او تسليم الجهاز .
- ٢ - اذا عدلت المرأة فعليها اعادة مثل المهر او قيمته .
- ٣ - تجري على الهدايا احكام الهبة .

والهبة شرعا عقد موضوعه تمليك الانسان ما له لغيره في الحياة بلا عوض . ويرى الشافعية انه ان كان الرد من اولياء المخطوبة رُجع عليهم ، لانه لم يُهد لهم الأبناء على

(٥) انظر ابو زهرة الأحوال الشخصية - دار الفكر العربي ، القاهرة ص ٣٤ وما بعدها
وعمر عبد الله : احكام الشريعة الاسلامية ، الاسكندرية ١٩٦٨ ، ص ٥٣-٥٥ .

الوعد بالزواج الذي لم يتم، اما ان كان الرد منه فلا رجوع له، بدليل الحديث النبوي « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه »

ويذهب الحنفية الذين تعمل المحاكم في معظم الدول الاسلامية برأيهم الى ان هدايا الخطبة تسري عليها احكام الهبة، فلا تسترد اذا هلكت او استهلكت او خرجت من يدها او زادت قيمتها.

٣ - الايجاب والقبول

ينعقد الزواج بركنيه: بايجاب من احد الطرفين وقبول من الاخر هما شخصيا او ممن يقوم مقامهما، وذلك مشافهة بالفاظ تفيد معنى النكاح لغة او عرفا.

كما يمكن ان ينعقد الزواج بالكتابة او بواسطة رسول بين الغائبين، او عند العجز عن النطق، فان تعذرت الكتابة فبالاشارة المفهومة.

ويشترط لصحة انعقاد الزواج اتحاد مجلس الايجاب والقبول ان كان العاقدان حاضرين. فلو تفرق المجلس بعد الايجاب وقبل القبول بطل الايجاب.

ولا يجوز ان يرجع الموجب في ايجابه بعد قبول الطرف الآخر. ولكن يجوز للموجب ان يرجع في ايجابه قبل القبول، وفي هذه الحالة لا ينعقد عقد ولا ينشأ التزام، لان الالتزام لا يتأتى الا بارتباط الايجاب والقبول.

واذا جرى الايجاب بواسطة رسول او كتاب، بدأ مجلس العقد بسماع المخاطب بلاغ الرسول او اطلاعه على الكتاب، ووجب القبول في ذلك المجلس بعينه. فإن جاء في مجلس بعده بطل القبول.

ويشترط لانشاء عقد الزواج ان يسمع كل من العاقدين كلام الآخر وان يفهم ان المقصود به هو الزواج، ولا يشترط ان يكون الفهم بالتفصيل بل يكفي فهم المراد اجمالا. فان انتفى السماع والفهم لم ينعقد عقد يربط بين الايجاب والقبول ولم تثبت موافقة القبول للايجاب.

ويشترط لصحة الزواج تحقق اهلية كلا الطرفين للنكاح. ويبطل العقد ان كان احد

الطرفين او كلاهما فاقد الاهلية تماما نتيجة الجنون او العته او صغر السن مع عدم التمييز، وفي هذه الحالة لا ينعقد العقد حتى ولو اجازته من له حق اجازته. اما ناقص الاهلية كالمعتوه المميز او الصبي المميز فان زواجه يكون صحيحا ولكن نفاذه يكون موقوفا على اجازة من له حق اجازته. وبعد المحجور عليه للسفه كامل الاهلية لعقد النكاح بلا توقف على اجازة احد، لان الحجر محله التصرفات المالية، والزواج تصرف شخصي لا يتأثر بالحجر. ولكن التصرفات المالية في الزواج تتأثر به. فاذا كان الرجل هو المحجور عليه للسفه فلا يثبت للزوجة اكثر من مهر مثلها ولو رضی الرجل باكثر من ذلك، واذا كان الحجر على المرأة ثبت لها مهر مثلها ولو رضيت باقل منه.

ويُلاحظ ان اهلية النكاح ليست مرادفه للاهلية المدنية الكاملة. ولذا يحرص الشارع التونسي (الفصل ٥) على اشتراط ان يكون كل من الزوجين بالغاً (لا راشداً) ويقدر سن البلوغ للمرأة بتمام الخامسة عشرة وللرجل بتمام الثامنة عشرة. وفي الفصل ١٥٧ يحدد اتمام العشرين عاما مع عدم سبق صدور حكم حجر شرطا لصيرورة الصغير وجوبا رشيدا له كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية ونفاذ كل تصرفاته. ويتوقف الزواج دون السن المقرر على اذن خاص من الحاكم بعد ثبوت البلوغ الطبيعي. الا ان الزواج دون سن الرشد القانوني يتوقف على موافقة الولى فان امتنع وتمسك كل برغبته رفع الامر الى الحاكم (الفصل ٦).

وفي مصر ينص القانون على ان كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد هي احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة. ولكن بلوغ العاقد - وهو شرط في نفاذ عقد الزواج - يكون ببلوغ الحد الذي ذكرته الشريعة، وهو دون الحادية والعشرين بيقين. ويحدده صاحبان بخمس عشرة سنة للفتى والفتاة معا، بينما يحدده ابو حنيفة بثمانية عشرة سنة للصغير وسبع عشرة للأنثى^(٦). وهذا ما تطبقه محاكم الاحوال الشخصية في مصر.

وفي لبنان تختلف احكام اهلية النكاح عند السنة والشيعية والدروز. فيأخذ السنون

(٦) ابو زهرة: المرجع المذكور، ص ٤٤٢.

بمذهب ابي حنيفة ويشترطون ان يكون سن الرجل (١٨) سنة وسن الفتاة (١٧) لبلوغ تلك الاهلية. لكن للمحكمة سلطة الموافقة على زواج احدثا تقل سنهم عن ذلك الحد اذا تطلبت حالتهم ذلك. ويقضي المذهب الجعفري اثبات البلوغ الطبيعي للطرفين مع اشتراط عدم السماح بزواج صبي دون الخامسة عشرة ولا فتاة دون التاسعة من العمر.

ويفرد قانون الاحوال الشخصية للطائفة الدرزية في لبنان فصله الاول (المواد ١ الى ٨) لاهلية الزواج. فينص على ان الخاطب يحوز على اهلية الزواج باتمامه الثامنة عشرة والمخطوبة باتمامها السابعة عشرة من العمر (المادة ١). ويُجيز لقاضي المذهب، الاذن بزواج مراهق اتم السادسة عشرة ولم يتم الثامنة عشرة اذا تيقن من ان حاله يتحمل ذلك، مع توقف اذن القاضي على اذن ولي المراهق (المادة ٢). كما يجوز له الاذن بزواج مراهقة اتمت (١٥) سنة ولم تتم (١٧) اذا ثبت طبييا ان حالها يتحمل ذلك واذن وليها (المادة ٣). فان اذن القاضي بزواج مراهق ومراهقة بلا اذن الولي حق لكل منهما طلب فسخ الزواج خلال (٦) اشهر تبتدىء من تاريخ بلوغ سن اهلية الزواج (المادة ٤). ولا يجوز لاحد اصلا ان يزوج الصغير الذي لم يُتم السادسة عشرة ولا الصغيرة التي لم تتم الخامسة عشرة (المادة ٥).

ويحدد القانون المغربي سن اهلية النكاح في الفتى بتمام الثامنة عشرة فإن خيف العنت رفع الامر الى القاضي وفي الفتاة بتمام الخامسة عشرة من العمر (الفصل ٨). ويتوقف الزواج دون سن الرشد القانوني على موافقة الولي فان امتنع وتمسك كل برغبته رفع الامر الى القاضي (الفصل ٩).

ويشترط قانون الاحوال الشخصية الاردني في اهلية الزواج ان يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين وان يتم الخاطب السنة السادسة عشرة والمخطوبة الخامسة عشرة من العمر (المادة ٥). ولكن القانون المدني يحدد سن الرشد اللازم لكمال الاهلية المدنية بشماني عشرة سنة شمسية كاملة (المادة ٤٣ من القانون المدني الاردني).

ويقضي الشارع السوري لاكتمال اهلية الزواج في الفتى اتمامه (١٨) سنة وفي الفتاة اتمامها (١٧) سنة (المادة ١٦). ومع ذلك فاذا ادعى المراهق البلوغ بعد اتمامه الخامسة عشرة او المراهقة بعد اتمامها الثالثة عشرة وطلبا الزواج فان القاضي يأذن به ان تبين له صدق دعوتهما واحتمال جسيهما (المادة ١٨). ولكن سن الرشد لمباشرة

الحقوق المدنية هي ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة (المادة ٤٦ من القانون المدني).

ويشترط القانون العراقي في تمام الاهلية للزواج العقل واكمال الثامنة عشرة من العمر (المادة ١/٧ قانون الاحوال الشخصية المعدل). وهذه ايضا سن الرشد (المادة ١/٤٦ مدني). ومع ذلك فاذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج، فللقاضي ان يأذن به اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي، فان اعترض بلا وجه حق أذن القاضي بالزواج (المادة ٨ / احوال شخصية).

ويشترط الشارع الكويتي في اهلية الزواج العقل والبلوغ، ويجوز للقاضي ان يأذن بزواج المجنون او المعتوه، ذكراً كان ام انثى، اذا ثبت بتقرير طبي ان زواجه يفيد في شفائه ورضي الطرف الاخر بحالته (المادة ٢٤ / أ و ب). ويحرم توثيق عقد الزواج او المصادقة عليه ما لم تتم الفتاة الخامسة عشرة ويتم الفتى السابعة عشرة من العمر وقت التوثيق (المادة ٢٦).

واستنّ التشريع السوري والاردني والمغربي والكويتي سنّةً جديدةً بتنظيم فارق السن بين الخاطبين. فيقضي القانون السوري بانه اذا كان الخاطبان غير متناسبين سنا ولم يكن مصلحة في هذا الزواج فللقاضي أن لا يأذن به (المادة ١٩). لكن الشارع الاردني ادق تحديدا واقوى نصا حيث يقول «يُمنع اجراء العقد على امرأة لم تكمل ثماني عشرة سنة اذا كان خاطبها يكبرها باكثر من (٢٠) عاما الا بعد ان يتحقق القاضي رضائها واختيارها وان مصطلحتها متوفرة في ذلك» (المادة ٧). اما المدونة المغربية والقانون الكويتي فيعتبران التناسب العرفي في السن بين الزوجين حقا للزوجة وحدها (الفصل الخامس عشر والمادة ٣٦ على الترتيب).

وهنا نأتي الى قضية زواج الاطفال وهي مشكلة مشحونة بالانفعال ويقابلها المحامون المسلمون العاملون في الغرب في حالات كثيرة. ويتضح من النصوص القانونية التي سقناها الى الان ان ادنى سن قانونية للمخطوبة هي (١٥) سنة بوجه عام، ما لم تأذن المحكمة في حالات خاصة. ولكن لا يمكن انكار ان هناك حيلة كثيرة يتوصل بها اهل المخطوبة، ولا سيما في مناطق الريف والبادية، الى اقناع السلطات بان الفتاة اكبر سنا من الحقيقة. وهناك دراستان تشير اليهما دائرة المعارف البريطانية، خلصتا الى ان متوسط عمر الفتاة عند الزواج في ٤ قرى قرب شيراز يتراوح بين (١٣) و (١٥) سنة،

وان ٨٠٪ من زوجات الطبقة العامة في اصفهان تزوجن بين التاسعة والسادسة عشرة من العمر. ومقابل هذا يعاقب قانون ايران اي شخص مسؤول عن تزويج اية فتاة يقل عمرها عن (١٥) سنة، وهو الحد الادنى لزواج المرأة، بالحبس مدة لا تقل عن (٦) اشهر ولا تزيد على سنتين، مع رفع الحد الاقصى للعقوبة الى (٣) سنوات ان قل عمر البنت عن (١٣) سنة. ومع ذلك يجوز للقاضي ان يأذن بزواج فتاة عمرها ١٣ سنة^(٧).

وبالاضافة الى السن، تضمنت مواد القوانين التي اوردناها اشتراط العقل للاهلية. الا انه يجوز للمحكمة ان تأذن بزواج من به جنون او عته بناء على شهادة طبية بأن الزواج يمكن ان يساعد على الشفاء. ويضيف القانونان العراقي والمغربي اقتضاء اطلاع الطرف الاخر على ذلك ورضاه به (المادة ٧/٢ والفصل ٧ على الترتيب). وبموجب الشريعة يكون عقد الزواج باطلا اذا كان احد طرفيه مجنوناً وفاقد التمييز معتوها او قاصراً. لانعدام الارادة والرضا في هذه الحالة. ولا يجيز قانون الطائفة الدرزية تزويج المعتوه ولا المعتوهة.

٤ - الولاية في الزواج

الولاية لغة هي النُصرة وهي فقها حق تنفيذ القول على الغير رضی أم أبي . وهي نوعان : عامة وخاصة . والخاصة قسمان : ولاية على النفس وولاية على المال . والولاية على النفس قسمان :

- أ - ولاية إجبار وهي الولاية على الصغير والصغيرة بكرا كانت ام ثيبا ومن يلحق بهما من الكبار غير المطلقين، ولا يصح عقد زواج هؤلاء الا بالولي .
- ب - ولاية نُدب او استحباب، وهي الولاية على البالغة العاقلة بكرا كانت ام ثيبا، وعقدتها صحيح تباشره بنفسها او تأمر من يقوم مقامها في ذلك، مراعاة للتقاليد والأعراف الاجتماعية. وهذه في الواقع توكيل اكثر منها ولاية. ويسميتها بعض الفقهاء ولاية شركة لاشترك المرأة الثيب ووليها في اختيار الزوج ثم يباشر وليها العقد وكيلا عنها.

(٧) انظر فصل Iranian Culture في Encyclopedia Britannica Volume 9, P. 865.

وتثبت الولاية أولاً للعاصب النسبي بنفسه^(٨) على الترتيب الآتي في رأي أهل السنة:

- أولاً: جهة البنوة وتشمل الابن وابن الابن وان نزل،
ثانياً: جهة الأبوة وتشمل الأب والجد الصحيح وهو أب الأب - وان علا،
ثالثاً: جهة الأخوة وتشمل الأخ الشقيق والأخ لاب وابن الأخ الشقيق وابن الأخ لاب وان نزلاً.
رابعاً: جهة العمومة وتشمل العم الشقيق والعم لاب وابن العم الشقيق وابن العم لاب وان نزلاً.

فان وجد واحد من هؤلاء ثبتت ولايته، فان وجد أكثر قدمت الجهة بالترتيب المذكور، وعند اتحاد الجهة يقدّم الأقرب درجة.

فان لم يوجد عاصب انتقلت الولاية الى الأقارب غير العصابات. فان عدت الأقارب كانت الولاية للسلطان بدليل قوله ﷺ «السلطان ولي من لا ولي له» ويتولاها عنه القاضي فنوابه المأذونون.

أما الشيعة الاثنا عشرية فعندهم ان الولي شرط لصحة نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما من الكبار غير المكلفين (الذين اهليتهم معدومة او ناقصة). والولي في النكاح هو الأب والجد لاب وان علا، فولى المجنونة في النكاح ابوها دون ابنها عند الاجتماع (على خلاف أهل السنة). فاذا فقد الأب والجد فالوصي لاحدهما. فان عدم الوصي فالحاكم دون الام ولا ام الأب ولا العصابة ولا سائر الارحام. والحاكم وحده ولي نكاح من بلغ صحيح العقل ثم جن^(٩).

هذه هي احكام الشريعة العامة ويأخذ بها معظم المشرعين المحدثين، ويراعون الترتيب بدقة، ويجعلون القاضي او الحاكم ولي من لا ولي له.

(٨) العاصب مفرد عصبية، وعصبية الرجل بثؤه وقرابته لايه، العاصب بنفسه هنا هو كل ذكر لا تدخل انثى في نسبته الى المولى عليها. وينحصر كالمبين اعلاه في اصناف اربعة: البنوة (الجزء) والأبوة (الاصل) والأخوة (جزء الأب) والعمومة (جزء الجد).

(٩) انظر الاحكام الجعفرية للشيخ عبد الكريم رضا الحلبي.

وتجعل المدونة المغربية الولاية حقا للمرأة فلا يعقد عليها الولي الا بتفويض منها على ذلك الا في حالة الاجبار وفيها لا تباشر المرأة العقد ولكن تفوض لوليها ان يعقد عليها. وتوكل المرأة الوصية ذكرا تعتمد عليه لمباشرة العقد على من هي تحت وصايتها. ومع ذلك فلا يسوغ للولي، ولو ابا، ان يجبر ابنته البالغة ولو بكرا على النكاح الا باذنها ورضاها الا اذا خيف عليها الفساد وهنا يحق للقاضي اجبارها حتى تكون في عصمة زوج كفاء يقوم عليها (الفصل الثاني عشر).

وبالمثل يحرم قانون الأسرة الجزائري (رقم ١٩٨٤/٨٤) على الولي ان يمنع من في ولايته من الزواج اذا رغبت فيه وكان اصلح لها. واذا وقع المنع فللقاضي ان يأذن بالزواج. غير ان للاب ان يمنع ابنته البكر من الزواج ان كان في المنع مصلحة لها (المادة ١٢). ولا يجيز للولي، ابا كان أو غيره، ان يجبر من في ولايته على الزواج ولا ان يزوجه بدون موافقتها (المادة ١٣).

ويمضي الشارع العراقي الى حد ابعد فيقول «لا يحق لاي من الاقارب او الاغيار اكراه اي شخص، ذكر كان ام انثى، على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلا اذا لم يتم الدخول. كما لا يحق لاي من الاقارب او الاغيار منع من كان اهلا للزواج، بموجب احكام هذا القانون، من الزواج.» (المادة التاسعة / الفقرة ١).

ويسلك قانون الاحوال الشخصية الكويتي (رقم ١٩٨٤/٥١) مسلكا وسطا فيمنع على ان الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتام الخامسة والعشرين هو العصبية بالنفس حسب ترتيب الارث (كما تقدم اعلاه) فان لم توجد العصبية فالولاية للقاضي - ويسري هذا الحكم على المجنون والمعتوه ذكرا كان او انثى، مع اشتراط اجتماع رأي الولي والمولي عليها (المادة ٢٩). اما الثيب او من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها فالرأي لها في زواجها ولكنها لا تباشر العقد بنفسها، بل ذاك لوليها (المادة ٣٠).

وفي لبنان يميز السنة بين القُصّر الذكور والاناث. فلا يحتاج القاصر الى موافقة وليه ولكنه لا يحصل على اذن من القاضي الا اذا اثبت بلوغه ومقدرته على الزواج. ولا يجوز بحال ما تزويج صبي سنه دون (١٧) عاما ولا الاذن بزواجه. ولا يجوز تزويج صبية سنها دون (٩) اعوام. وبين التاسعة والسابعة عشرة تستطيع أن تتزوج باذن المحكمة أن اثبتت انها بلغت وفي حالة تصلح للزواج وحصلت على موافقة وليها. وطالما كانت البنت دون

سن الرشد فانها تحتاج الى موافقة وليها ولكن يجوز للقاضي الاستغناء عن هذا الشرط اذا كان رفض الولي غير مقبول .

ومارس اهل السنة اللبنانيون حق ولاية الاجبار على المذهب الحنفي الى ان تَفَدَّ مفعول قانون حقوق العائلة الذي حرم زواج القاصر في كل الحالات الا قلة استثنائية، وقصّر ممارسة حق الاجبار على زواج المجنون او المجنونة شريطة ان يكون ضروريا لخيرهما وان يأذن به قاضي الشرع .

لكن هذا الحق احتفظ به الجعفريون اللبنانيون . اذ يجوز للولي ان يجبر القاصر على الزواج بلا رضا من المولى عليه او عليها . ولكن للقاصر الخيار بين اجازة الزواج او رفع الامر الى الحاكم لفسخه بعد البلوغ لعدم رضاه او رضاها به . ولا يفرق المذهب الجعفري بين القاصر والقاصرة من حيث الحاجة الى موافقة الولي واذن القاضي لزواجهما . ومن ناحية اخرى فاذا عضل الاب او الجد وامتنع عن تزويج الصغيرة فليس لغيرهما من الاقارب ولا للحاكم ولاية تزويجها ولو لم يكن عضله بسبب مقبول . فلو زوجها الحاكم والحالة هذه اوقف على اجازتها بعد البلوغ^(١٠) .

رأينا اذن ان رضا الطرفين لا بد منه لعقد الزواج، بموجب احكام الشريعة والقوانين الحديثة المبنية عليها . فكيف يتمشى هذا مع الزواج الذي يُتفق عليه بين اباء صغيرٍ وصغيرة وهما في نعومة اظفارهما؟ من الواضح ان هذه الزيجات لا يسوغها الشرع ولا القانون ان لم تقترن بموافقة الزوجين المعنيين . فحرية كل طرف في اختيار الشريك مصونة لا تمس، في حدود القانون طبعاً . ولا ترمي الولاية، حتى مع حق الاجبار، الى اكراه اي طرف على قبول الزواج بطرف اخر بالذات، بل تستهدف مصلحة المولى عليه او عليها . وحتى في هذه الحالة فان سلطة الولي ليست مطلقة بل يمكن تحديدها امام الحاكم الذي يضع مصلحة المولى عليه او عليها فوق كل اعتبار وقد رأينا كيف تعاقب بعض القوانين العربية الاسلامية على اي انتهاك لهذه القاعدة بالسجن والغرامة .

(١٠) المرجع نفسه ص ١١

٥ - شروط انعقاد الزواج صحيحا

بعد ان يستوفي عقد النكاح الشروط المتعلقة بالايجاب والقبول واهلية النكاح الخ، يجب ايضا لصحته بموجب الشريعة والقوانين الحديثة ان يفي باشتراطات اخرى تتعلق بالشهود وحل المرأة وصيغة العقد.

أ - الشهود

يجمع فقهاء السنة على مر العصور على ان الزواج لا ينعقد الابينة ولا ينعقد حتى يكون الشهود حضورا حالة العقد لاعلانه واطهار امره بين الناس. ويستدلون باحاديث الرسول ﷺ حيث قال «اعلنوا النكاح ولو بالدف»، وقال «البغايا اللاتي ينكحن انفسهن بغير بينة» رواه الترمذي، وقوله «لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل، فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» روته عائشة رضي الله عنها.

وتجب الشهادة برجلين او رجل وامرأتين ويشترط في الشهود الحرية والبلوغ والعقل. ويجب سماع الايجاب والقبول وفهم المقصود بهما، فلا يصح الزواج بحضور الاصم ولا النائم لعدم سماع كل منهما، ولا السكران الذي لا يعي ما يسمع ولا يذكره. ويشترط ايضا اسلام الشهود ان كان كل من الزوجين مسلماً، فان كانا غير مسلمين او كانت الزوجة غير مسلمة والزوج مسلما فلا يشترط اسلام الشاهدين، عند ابي حنيفة وابي يوسف، على خلاف محمد وزفر والشافعي واحمد الذي لا يجيزون شهادة الكتابي، لان الشهادة ولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم.

ولا يشترط الحنفية العدالة في شهود النكاح لان غاية الشهادة هي الاعلان ويتحقق بحضور الفساق كما يتحقق بحضور البررة، ولان الفاسق اهل لانشاء عقد زواجه او زواج من هو وليه او وليها فاولى ان يشهد عليه لان الشهادة دون الانشاء، ولانه اهل ليتولى امر العامة والشهادة اقل من ذلك. لكن الشافعي واحمد يرفضان شهادة الفاسق لاسباب ثلاثة: اولها الحديث المنقول عن السيدة عائشة رضي الله عنها وينص على عدالة الشهود، والثاني ان الشهادة في النكاح مراعاة لكرامة العقد، ولا كرامة لفاسق، والثالث ان الشهادة ضرورة للاثبات عند الجحود، والفاسق غير اهل للشهادة امام القضاء

بالاتفاق .

وتأخذ القوانين العربية الحديثة بهذه الاحكام عامة بالتفصيل الآتي :-

تنص المادة (١٢) من القانون السوري على انه : « يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين او رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين الايجاب والقبول فاهمين المقصود بهما » . وتقترب المادة (١٦) من القانون الاردني كثيرا من هذا النص الا انها لا تشترط الاسلام الا اذا كان الزوجان مسلمين وتضيف اجازة شهادة اصول الخاطب والمخطوبة وفروعهما على العقد . ويشترط الشارع العراقي لصحة العقد، بين امور أُخر، شهادة شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية (المادة ٦ / ٥) .

وتشترط المدونة المغربية في صحة عقد الزواج « حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد الايجاب والقبول من الزوج او نائبه ومن الولي بعد موافقة الزوجة وتفويضها له » (الفصل ١ / ٥) .

وتكتفي المجلة التونسية باشتراط « اشهاد شاهدين من اهل الثقة وتسمية مهر للزوجة » لصحة الزواج (الفصل ٣) . ونجد المشرع الكويتي يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين، اخذاً من مالك - ويقبل شهادة كتابيين في زواج المسلم بالكتابية، كما يفعل الحنفية، تيسيرا ودفعاً للحرج ومراعاة للمصلحة، وبمقولة ان الشهادة في عقد الزواج يقصد بها الاعلان عن العقد لا اثباته .

اما عند الشيعة فانه يصح عقد النكاح بلا حضور شاهدين . وليست الشهادة شرطا فيه عندهم بل مندوب اليها شرعا حذرا من الجحود . والافضل ان يكون الشهود حائزين شرائط القبول . ولو كانا فاسقين صح العقد كما يصح لو فقدا سائر شرائط القبول (١١) .

وتحتم المادة (١٤) من قانون الاحوال الشخصية للطائفة الدرزية في لبنان ان يتم عقد الزواج بالايجاب والقبول من الفريقين في مجلس العقد بحضور شهود، وتجزى ان يكونوا من اصول وفروع الخاطب والمخطوبة على الا يقل عددهم عن الاربعة، وتوجب اتمام العقد كتابة وان يوقع عليه الزوجان وشهودهما .

(١١) المرجع نفسه، صفحة ٥ .

ب - حِلُّ المرأة للزواج

هذا هو الشرط الثاني لصحة عقد النكاح، وهو ان تحل المرأة شرعا للزواج بها في الحال. وقد سبقت الاشارة الى ذلك عند الكلام عن تجوز خطبتها من النساء. وبالإضافة الى ما تقدم يجب الا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا ولا مؤقتا، لا من جهة القرابة ولا المصاهرة ولا الرضاع، ولا بسبب الوضع الاجتماعي: كالزواج القائم من الغير او عدم انقضاء العدة او التفاوت او اختلاف الدين. وبالنظر الى اهمية هذا الموضوع سنفرد له بابا خاصا بعنوان «المحرمات».

ج الصيغة

يشترط فقهاء الشرع ان تكون صيغة عقد النكاح منجزة أي قاطعة في الانشاء في الحال، والا تكون معلقة ولا مضافة الى زمن في المستقبل، والعقد المنجز الصادر بصيغة مطلقة غير مقيدة بشيء ما صحيح بالاجماع بعد استيفائه الشروط المتقدمة. وابطس مثال له ان يقول رجل لامرأة «تزوجتك» فقالت «قبلت». فهذان ايجاب وقبول صريحان متطابقان.

اما العقد المعلق على شرط باداة شرط فهو صحيح ان كان الشرط التعليقي موجودا حال العقد كقول الرجل للمرأة «تزوجتك ان كنت بلغت السن القانونية» وقبلت ذلك وكانت بالفعل قد بلغت تلك السن. فهذا عقد مُنجز في الواقع وان بدت صيغته شرطية.

فاذا كان الشرط المعلق عليه الزواج مستقبلا محققا او معدوما يتوقع وجوده او استحيل الوقوع فلا ينعقد الزواج. وامثلة ذلك على الترتيب ان يقول الرجل للمرأة «تزوجتك ان جاء الغد»، و «إن رضي ابي تزوجتك» و «تزوجتك اذا دخل الجمل في سُم الخياط» وقبلت ذلك منه.

ويمكن ان تكون صيغة العقد منجزة ولكنها مقرونة بشرط حيث يصدر الايجاب غير مقيد بشيء اولا ويتلوه شرط فيه منفعة لاحد الطرفين. وحكم العقد هنا كحكم العقد المنجز غير المقرون بشرط، اي انه ينعقد صحيحا اذا استكمل شروطه الشرعية. وينظر في الشرط، فان كان صحيحا وجب الوفاء به، وان كان غير صحيح كان لغوا وضح العقد.

ومثال الاول ان تشترط المرأة تعجيل كل مهرها او بعضه . ومثال الثاني ان يقول الرجل للمرأة تزوجتك بشرط الا ادفع لك مهرا - فان الزواج صحيح والشرط باطل ويثبت مهر المثل .

والعقد المضاف الى زمن مستقبل هو ما لم يقصد حصوله فورا بل بعد زمن معين ، كقول رجل لامرأة « تزوجتك بعد شهر » وهنا لا ينعقد الزواج حتى ولو جاء الزمن المضاف اليه .

ويأخذ الشيعة الجعفريون بهذه الاحكام فيطلبون النكاح المعلق بشرط غير كائن او حادثة غير حاصلية . ويجيزون النكاح المقرون بشرط فاسد حيث يبطل الشرط ويصح العقد ، مثل اشتراط الزوج في العقد عدم المهر . ولكنهم يثبتون خيار شرط سائغ وخيار عيب في الجملة للزوج وللزوجة ، كأن يشترط الزوج في العقد بكارة المرأة وتشترط المرأة سلامته من العاهات فالعقد صحيح فان ثبت انتفاء الشرط قبل العقد فللطرف المعني الخيار في فسخ النكاح (١٢) .

اما الحنفية فيعتبرون هذا الشرط الاخير باطلا والعقد صحيحا . اما مذهب الامام احمد في عقد النكاح المقرون بشرط فهو اعدل المذاهب واثقها صلة بروح الشريعة ، واحراها بنفع الزوجين . اذ يرى اصحاب الامام ان كان شرط يشترطه الزوجان او احدهما شفاها او كتابة ولا يدل على بطلانه دليل شرعي فهو واجب الوفاء ويحق لصاحبه فسخ العقد عند فواته بدليل الآية ﴿واوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا﴾ (١٣) وقوله ﷺ « احق الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج » . فان قام دليل شرعي على بطلان الشرط فلا يعمل بالشرط ويصح العقد ، ومثله اشتراط المرأة على الرجل ان يطلق ضرثها بدليل الحديث الشريف « لا يحل ان تُنكح امرأة بطلاق اخرى » . رواه احمد . وتثبت المجلة التونسية (الفصل ١١) خيار الشرط في الزواج وتجزئ عند فواته او مخالفته طلب الفسخ بطلاق اي عزم ان كان الطلاق قبل البناء .

ويوجب الشارع العراقي (المادة السادسة الفقرة ٣) الوفاء بالشروط المشروعة ضمن

(١٢) المرجع نفسه ص ٦

(١٣) سورة الاسراء الآية ٣٤ .

عقد الزواج، وفي الفقرة التي تليها (٤) يجيز للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم وفاء الزوج بما اشترطته .

وتوجب المادة (١٩) من القانون الاردني مراعاة كل شرط نافع لاحد الطرفين وليس منافيا لمقاصد الزواج ولم تلتزم فيه بما هو محظور شرعا وسجل في وثيقة العقد وفقا لما يلي :

١ - اذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطا تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعا ولا يمس حق الغير كأن تشترط عليه ان لا يخرجها من بلدها او ان لا يتزوج عليها او ان يجعل امرها بيدها تطلق نفسها اذا شاءت او ان يسكنها في بلد معين كان الشرط صحيحا وملزما فان لم يف الزوج، فسخ العقد بطلب الزوجة ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية .

٢ - اذا اشترط الزوج على زوجته شرطا تتحقق له به مصلحة غير محظورة شرعا ولا يمس حق الغير كأن يشترط عليها ان لا تعمل خارج البيت او ان تسكن معه في البلد الذي يعمل هو فيه كان الشرط صحيحا وملزما فان لم تف به الزوجة فسخ النكاح بطلب من الزوج واعفى من مهرها المؤجل ومن نفقة عدتها .

٣ - اما اذا قيد العقد بشرط ينافي نظامه الشرعي او ينافي مقاصده او يلتزم فيه بما هو محظور شرعا كأن يشترط احد الزوجين على الاخر ان لا يساكنه او ان لا يعاشره معاشرة الأزواج او ان يشرب الخمر او ان يقاطع والديه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا .

وبالمثل تنص المادة (١٤) من القانون السوري على انه :

١ - اذا قيد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي او ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محظور شرعا كان الشرط باطلا والعقد صحيحا .

٢ - واذا قيد بشرط يلتزم للمرأة مصلحة غير محظورة شرعا ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج في اعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحا ملزما .

٣ - واذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في اعماله الخاصة او يمس حقوق غيرها كان الاشرط صحيحا ولكنه ليس بملزم للزوج، فاذا لم يف الزوج به فللزوجة المشتربة طلب فسخ النكاح .

- ويورد الشارع الكويتي في المادة (٤٠) الاحكام الآتية بشأن اقتران العقد بالشروط :
- أ - اذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي اصله بطل العقد، ومنه زواج الشغار وهو ان يتزوج رجلان كل منهما قريبة الآخر على ان يكون مهر كل امرأة بضع الأخرى .
- ب - واذا اقترن بشرط لا ينافي اصله، ولكن ينافي مقتضاه، او كان محرما شرعا بطل الشرط وصح العقد . ومنه ان يشترط احدهما عدم ميراث الآخر منه .
- ج - واذا اقترن بشرط لا ينافي اصله ولا مقتضاه، وليس محرما شرعا صح الشرط ووجب الوفاء به، فان لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ، ومنه اشتراط الزوجة مزاولة عمل مشروع واتمام الدراسة .
- د - ويسري حكم الفقرة السابقة عند فوات الوصف المعين المشروط في احد الزوجين . ويوجب ان يكون الشرط مسجلا في وثيقة العقد (المادة ٤١) .
- ويسقط حق الفسخ اذا اسقطه صاحبه صراحة او ضمنا . (المادة ٤٢) .

٦ - الزواج الدائم والمؤقت وزواج المتعة

يختلف فقهاء السنة والشيعة على صحة صيغة توقيت عقد النكاح بوقت معين .

فالفقهاء السنيون يجمعون تقريبا على بطلان ذلك العقد واستدلوا على ذلك بانه لا تتعلق به الاحكام الواردة في القرآن بشأن الزواج والطلاق والعدة والميراث، وبالاحاديث النبوية المصرحة بتحريمه ومنها قوله عليه الصلاة والسلام « يا ايها الناس اني كنت اذنت لكم في الاستمتاع، ألا وان الله قد حرّمها الى يوم القيامة » . ثم انه في رأي اهل السنة يقصد به قضاء الشهوة، لا التناسل ولا رعاية الاولاد وهي مقاصد الزواج الاصلية، فاشبه الزنى . ويعرف هذا العقد بنكاح المتعة وكان معروفا في الجاهلية واذن له النبي في فتح مكة فلم يخرج منها حتى حرمه . وتحريم المتعة كالاجماع بين اهل السنة ما عدا زفر بن الهبيل الحنفي الذي يرى أنه اذا نص على توقيته بمدة وحصل العقد بلفظ التزويج فانه يصح النكاح ويسقط شرط التوقيت، أما ان حصل بلفظ المتعة فان زفر يتفق مع الجماعة على بطلان النكاح . ففي الحالة الاولى يعد العقد مقرونا بشرط كما تقدم فيصح العقد ويبطل الشرط الفاسد .

وينفرد قانون الاحوال الشخصية الاردني دون غيره من التشريعات العربية الحديثة

المناظرة بالنص صراحة على زواج المتعة، ويعتبره فاسداً هو والزواج المؤقت (المادة ٦/٣٤). ويلاحظ انه لا يعده باطلاً، وبالتالي تسري عليه احكام الزواج الفاسد، فثبت المهر والعدة والنسب وحرمة المصاهرة ان وقع به دخول ولا تلزم بقية الاحكام (المادة ٤٢) اما ان لم يقع به دخول فهو كالباطل لا يفيد حكماً اصلاً، وفي كلتا الحالتين يمنع بقاء الزوجين على الزواج الفاسد (المادة ٤٣).

اما الشيعة الاثنا عشرية فتجيز زواج المتعة ويستدلون بقوله تعالى ﴿فَمَا آسَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾^(١٤)، فوجب الآية على الرجل ان يعطي المرأة اجرا نظير الاستمتاع بها والاجر غير المهر والاستمتاع غير الزواج المعهود. كما يحتجون بان المتعة اباحها الرسول عليه الصلاة والسلام وعمل بها الصحابة في حياته. وعندهم ان حكم تحليلها ما زال قائماً غير منسوخ.

ويعرفون نكاح المتعة بانه عقد الرجل على امرأة الى اجل معين ولا يتوارث به الزوجان، وينعقد هو والنكاح المؤقت بلفظ زوجتك وانكحتك ومتعتك ولا ينعقد غيرها.^(١٥) ويحل نكاح الكتابيات المؤمنات بكتاب منزل وتعتبر المجوسيات بحكمهن، نكاحا الى اجل لا نكاحا دائماً على الاصح^(١٦). ولكن لا يجوز لمسلمة شيعية ان تعقد نكاح متعة على غير مسلم.

ولا بد في النكاح المنقطع، مؤقتاً كان ام متعة، من تعيين المهر والمدة والا بطل. ويجوز للزوجة فيه ان تشترط على زوجها عدم الدخول بها، فلا يجوز له مقاربتها، ولا طلاق فيه، بل يهب الزوج مدة زوجته المنقطعة، ويلزمه مع ذلك تمام المهر^(١٧). وينتهي زواج المتعة بانقضاء مدته. ولا يحق للزوجة في المتعة اكثر من نصف المهر ان لم يقع دخول.

ولا نفقة للزوجة في المتعة. ومع عدم التوارث بين الزوجين في المتعة فإن اولادها منه

(١٤) سورة النساء الآية ٢٤.

(١٥) الحلي ص ٦.

(١٦) المصدر نفسه ص ٩.

(١٧) المسائل المتخبة، ص ٢٥٢/٢٥٣.

ان حملت اثناء المدة يثبت نسبهم ويرثون منهما كليهما .

٧ - الكفاءة في الزواج

تختلف المذاهب بشأن الكفاءة في الزواج من حيث الامور التي يعتد بها فيها وحكمها بصدد العقد ومن له حق الفصل فيها . فهي في رأي الحنفية مساواة الرجل للمرأة في ستة امور هي النسب والاسلام والحرفة والحرية والديانة والمال . ويعتبرها بعضهم شرطا لنفاذ العقد ولزومه بينما يراها حنفيون آخرون شرطا لصحة العقد ، فيقع العقد باطلا ان كان الرجل غير كفاء ولم يرض الولي بالنكاح قبل العقد . والفصل فيها حق للزوجة والولي . ويقول المالكية انها المماثلة في امرين : التدين والسلامة من العيوب وهذا الامر الثاني حق المرأة لا الولي - وهي شرط للزوم الزواج .

ويعتبر الشافعية الكفاءة في اربعة امور : النسب والدين والحرية والحرفة ، وهي شرط لصحة النكاح حيث لا رضا ، ومن حق المرأة والولي معا .

ويقول الحنابلة ان الكفاءة في المساواة في خمسة امور : الديانة والصناعة واليسار والحرية والنسب .

والشيعة الجعفرية تتفق مع مذاهب السنة الاربعة في اعتبار الكفاءة من جانب الزوج لا من جانب المرأة . وعندهم انها حق المرأة دون الولي ما عدا الاسلام فهو حق الله وهو شرط في صحة العقد فلا يصح ان تتزوج المسلمة بغير المسلم^(١٨) . وليست الكفاءة فيما عدا ذلك شرطا في الصحة بل للزوم النكاح . فيجب ان يكون الزوج كفؤ للزوجة نسبا واسلاما ومالا وصلاحا وحرفة ، فان لم يكن فالنكاح صحيح ولكن يثبت للصغيرة خيار الفسخ عند بلوغها ان كان ابوها او جدها قد زوجها ، كما يثبت ذلك للكبيرة ان كان وليها او وكيلها قد زوجها من غير كفاء من غير علمها . ويضعون شرف العلم فوق شرف النسب ، ولا يعتدون بكثرة المال في النكاح فالقادر على المهر المتعارف على تعجيله وعلى نفقة المرأة ولو بتكسبه كل يوم فهو كفاء لها .

(١٨) الحلبي ص ١٦٠ / ١٧

وتُجمع المذاهب على اعتبار الكفاءة عند ابتداء العقد فلا يضر زوالها بعده .

واخذت التشريعات العربية الحديثة في الاحوال الشخصية بهذه الاحكام عامة .

فالقانون الاردني يشترط في لزوم الزواج ان يكون الرجل كفوءاً للمرأة في المال : اي قادرا على المهر المعجل ونفقة الزوجة وتراعى الكفاءة عند العقد فاذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج . (المادة ٢٠) . وتنص المادة (٢١) على انه اذا زوج الولي البكر او الثيب برضاها لرجل لا يعلمان كلاهما كفاءته ثم تبين انه غير كفوء فلا يبقى لاحد منهما حق الاعتراض . اما اذا اشترطت الكفاءة حين العقد او اخبر الزوج انه كفوء ثم تبين انه غير كفوء فلكل من الزوجة والولي مراجعة القاضي لفسخ الزواج . أما اذا كان كفوءا حين الخصومة فلا يحق لاحد طلب الفسخ . واذا نفت البكر او الثيب التي بلغت الثامنة عشرة من عمرها وجود ولي لها وزوجت نفسها من اخر ثم ظهر لها ولي ينظر ، فاذا زوجت نفسها من كفوء لزم العقد ولو كان المهر دون مهر المثل ، وان زوجت نفسها من غير كفوء فللولي مراجعة القاضي بطلب فسخ النكاح . (المادة ٢٢) . وللقاضي عند الطلب فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج ، ما لم تحمل الزوجة من فراشه ، ولا يفسخ الزواج بعد الحمل (المادة ٢٣) .

ويأخذ الشارع الكويتي بهذه الاحكام (المادة ٣٩) وينص على ان العبرة في الكفاءة بالصالح في الدين (المادة ٣٥) . ويتفق مع المشرع الاردني والمشرع السوري (المادة ٢٦) في اعتبار الكفاءة شرطا في لزوم الزواج . وترك المادة (٢٨) من القانون السوري العبرة في الكفاءة لعرف البلد ومثلها الفصل الرابع عشر (ب) من المدونة المغربية .

٨ - في موانع النكاح الشرعية وبيان المحرمات من النساء

من الشروط الجوهرية لصحة عقد النكاح جلُّ المرأة للزواج بمعنى الا تكون من المحرمات على رجل لاي سبب من الاسباب . فلا بد من انتفاء الموانع الشرعية والقانونية دون زواج امرأة معينة لرجل معين .

وموانع النكاح إما مؤبدة او مؤقتة . فالمؤبدة تبني على ثلاثة اسباب : النسب

والمصاهرة والرضاع. والمؤقتة تقع في خمسة انواع: حرمة الجمع بين المحارم، وحرمة الجمع بين الاجنبيات زيادة على الرابع، وتعلق حق الغير بزواج او عدة، والتطبيق ثلاثا، وعدم الدين السماوي. واذا ارتفعت اسباب التحريم المؤقت، حل النكاح.

أ - المحرمات على التأيد

جمع القرآن الكريم بيان المحرمات على التأيد في الآيتين الآتيتين من سورة النساء. قال تعالى:

﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحْشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ (٢٢) حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضْعَةِ وَأُمَّهُتِ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ يَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ (٢٣)

ففي هذا النص الشريف نجد التحريم على التأيد بسبب القرابة النسبية ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾، وبسبب المصاهرة ﴿مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾، وبسبب الرضاع ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضْعَةِ﴾. كما نجد تحريما مؤقتا ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾.

وينبأ بالقرابة النسبية حيث يحرم على الرجل امه وبنته واخواته وعماته وخالاته وبنات اخيه وبنات اخته. ويشمل هذا التحريم صراحة او ضمناً اصول الرجل وفروعه وإن سفلوا وفروع ابويه وان نزلوا وفروع اجداده وجداته اذا انفصلوا بدرجة واحدة. وتأخذ قوانين سورية والعراق والمغرب وتونس والكويت والجزائر بهذه الاحكام ويفصلها القانون الاردني في المادة (٢٤) ونصها:

« يحرم على التأييد تزويج الرجل بامرأة من ذوات رحم محرم منه وهن اربعة: -

- ١ - امه وجداته .
- ٢ - بناته وحفيداته وان نزلن .
- ٣ - اخواته وبنات اخوته وبناتهن وان نزلن .
- ٤ - عماته وخالاته . »

كما يأخذ الشيعة الاثنا عشرية بهذا التحريم ويحرمون على المرأة ايضا التزوج بالرجال نظائر النسوة المذكورات ويحللون لها ابناء الاعمام والعمات والاحوال والخالات كما يحللون بنات هؤلاء للرجال^(١٩) .

وتنص المادة (١٢) من قانون الاحوال الشخصية اللبناني للدروز على ان تزوج النساء ذوات الرحم المحرم برجل بينه وبينهن قرابة نسبية ممنوع وباطل وتفصل النساء المذكورات كما تقدم .

اما المحرمات على التأييد بسبب المصاهرة فهن على اصناف اربعة :

- ١ - زوجة الاصل - اي الاب والجد وان علا سواء كان من العصبات ، كأبي الاب ، او من ذوي الارحام ، وسواء أدخل بها الاصل ام لم يدخل ، بدليل الآية الكريمة : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ، إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ سورة النساء ، الآية (٢٢) . ولفظ الآباء يتناول الآباء والاجداد .
- ٢ - زوجة الفرع وان نزل سواء كان من العصبات كابن الابن او من ذوي الارحام كابن البنت بدليل النص القرآني ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ . ونص على الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني حيث تحرم زوجات الابناء لا المتبنين . ولفظ الابناء يشمل ابناء الاولاد وان سفلوا .
- ٣ - أم الزوجة وجدتها من اي جهة كانت وان علت سواء دخل الرجل بزوجه او لم يدخل لاطلاق قوله تعالى ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾ ولفظ الامهات يتناول الجدات كما تقدم .

(١٩) المرجع نفسه ، ص ٩ .

٤ - فروع الزوجة وان سفلن بدليل النص السابق ﴿وَرَبِّكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَاَنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ ويلاحظ هنا ان التحريم - على خلاف اصول الزوجة - مشروط بالدخول، والربائب جمع ربيبة وهي ابنة الزوجة .

فهذه احكام الشريعة في المحرمات بسبب المصاهرة ويأخذ بها مذاهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية وقوانين الاحوال الشخصية في سورية والعراق والاردن والمغرب وتونس والجزائر والكويت ودروز لبنان .

وإذا كانت المصاهرة والدخول بالزوجة بعقد نكاح صحيح يثبتان هذه الحرمة بلا نزاع، فهل يثبتها العقد الفاسد او الوطء بشبهة او زنا؟ هنا تختلف المذاهب .

اذ يقول الشافعية ان العقد الفاسد يوجب حرمة المصاهرة فيمن اشترط في تحريمها الوطء، اما التي تحرم بمجرد العقد فيجب ان يكون العقد صحيحا . والزنا لا يوجب حرمة فتحل للرجل ابنته سفاحا كما تحل لاصوله وفروعه ولكن يكره له نكاحها، بخلاف الام الزانية فتحرم على ابنائها(٢٠) .

وعند المالكية، تُثبِت حرمة المصاهرة بالوطء بالعقد المجمع على فساده . اما الزنا فلا ينشر الحرمة ولكن تحرم على الزاني واصوله وفروعه بنته المتخلقة من زنا، ومثلها ابن الزنا تحرم عليه اصول ابيه وفروعه . وتجاوز للاخ المتخلقة من ماء زنا اخيه(٢١) .

ويرى الحنابلة ان حرمة المصاهرة تثبت بالعقد الفاسد وبوطأً بشبهة والزنا بشروط(٢٢) .
والعقد الفاسد عند ابي حنيفة وصحبه لا يوجب حرمة المصاهرة بل يوجبها الوطأً اطلاقا والمس والنظر بشهوة . ويحرمون على الزاني التزوج بفروع المزني بها واصولها ويحرمون المزني بها على اصول الزاني وفروعه . ولكنهم يجوزون اصولها وفروعها لاصول الزاني وفروعه(٢٣) .

(٢٠) الفقه على المذاهب الاربعة للجزيري، الجزء الرابع، ص ٦٥/٦٦ .

(٢١) المصدر نفسه ص ٦٦/٦٧ .

(٢٢) الموضوع عينه .

(٢٣) المصدر نفسه ص ٦٣/٦٥ .

ويقول الشارع السوري، متابعا مذهب ابي حنيفة، «يحرم على الرجل:

- ١ - زوجة اصله او فرعه وموطوءة احدهما .
- ٢ - اصل موطوءته وفرعها واصل زوجته .» (المادة ٣٤)

اما الشارع الكويتي فقد راعى ما في الاجتهاد الحنفي من حرج ، ومثله الحنبلي ، ولكنه انتبه ايضا الى ان مذهب الشافعي ومن وافقه يؤدي الى بشاعة حل الزواج بالفرع من الزنا . ولذا جمع موقفا بين المذاهب فحرم الفرع مهما نزل كما اجتهد الحنفية واخذ بمذهب الشافعي ومعتمد المالكية فيما سواه ف قضى في المادة (١٥) بانه «يحرم على الشخص فرعه من الزنى وان نزل ، ولا يحرم سواه بسبب الزنى .»

ويقترّب الشيعة الاثنا عشرية من الحنفية فيحرمون على الرجل زواج اصل مزنيته وفرعها وتحرم المزني بها على اصوله وفروعه ولا تحرم عليهم اصولها وفروعها . (٢٤)

السبب الثالث للتحريم المؤيد هو الرضاع والقاعدة الشرعية العامة هي انه يحرم بالرضاع كل من حُرِّم بالنسب والمصاهرة وهن أمه وبنته واخته ، وبنات إخوته وأخواته ، وعمته وخالته وام إمرأته وبناتها وامرأة ابيه وامرأة ابنه ، بدليل نصه تعالى في الآية الشريفة ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضْعَةِ﴾ وقوله ﷺ (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) . فلو ارضعت امرأة صبيا حرمت عليه زوجة زوج المرضعة لأنها امرأة ابيه من الرضاع كما تحرم على هذا الزوج امرأة هذا الصبي الذي غدا ابنه من الرضاع ، كما تحرم على الصبي بنات المرضعة وبناتهن وهكذا .

لكنَّ لهذه القاعدة العامة استثناءات لانعدام سبب التحريم بالنسب فيها . فمثلا تحل أم الاخ بالرضاع ، فان ارضعت امرأة صبيا وكان لها ابن من النسب جاز لهذا الابن ان يتزوج من أم الصبي اخيه رضاعا ، لان ام الاخ من النسب حرّمت لكونها امه ان كانا شقيقين او زوجة ابيه ان كانا لاب- وهذا السبب منعدم في الرضاع . ويمكن وضع قاعدة اخرى عامة لهذه الاستثناءات وهي «كل مسألة وجد فيها التحريم بالقرابة لعله

(٢٤) الحلّي: المرجع المذكور ص ٨ .

وانتفت هذه العلة في المسألة التي تماثلها في الرضاع، يحكم بالحل في الرضاع» (٢٥).
واخذت قوانين الاحوال الشخصية العربية الاسلامية الحديثة بهذه الاحكام عامة، على
التفصيل الآتي :

سورية: يُحرّم من الرضاع ما يحرم من النسب الا ما قرر فقهاء الحنفية استثناءه (المادة
١/٣٥).

الاردن: «يحرم على التأيد من الرضاع ما يحرم من النسب الا ما استثنى مما هو مبين
في مذهب الامام ابي حنيفة» (المادة ٢٦).

العراق: «كل من تحرم بالقرابة والمصاهرة تحرم بالرضاع الا فيما استثنى شرعا» (المادة
١٦).

تونس والمغرب: نصاب متشابهان يحملان قاعدة الاستثناء «يحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب والمصاهرة ويقدر الطفل الرضيع خاصةً - دون إخوته وأخواته - ولداً للمرضعة
وزوجها». (الفصل ١٧ التونسي و ٢٨ - ١ / ٢ المغربي).

الجزائر: نص قريب من ذلك «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (المادة ٢٧).
«يعد الطفل الرضيع وحده دون اخوته وأخواته ولداً للمرضعة وزوجها وأخا لجميع اولادها
ويسري التحريم عليه وعلى فروعه». (المادة ٢٨).

اما الشارع الكويتي فيرى ان الاستثناءات الحنفية صورية فقط وليست استثناء لانقطاع
الصلة الحقيقية بين الطرفين فيها (المذكرة التفسيرية). ولذا تكتفي المادة ١٦ بالنص
على انه :

أ - يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

ب - وتثبت حرمان المصاهرة بالرضاع .

وفي الفقه الجعفري، يفصل الحلّى المحرمات بالرضاع وغير المحرمات على الوجه
الآتي :-

(٢٥) الايباني شرح الاحكام الشرعية، ص ٣٢٥.

يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب والمصاهرة فلا يحل للرجل ان يتزوج اصوله وفروعه من الرضاع واخته الشقيقة رضاعا واخته من ابيه واخته من امه و بنت اخته و بنت اخيه وعمته وخالته وحليمة ابنه رضاعا وحليمة ابيه كذلك ولو لم يدخل بها ويحل للاب الرضاعي ان يتزوج اخت ولده و بنت اخيه واخته ولا يحل للاب النسبي للمرتضع ان ينكح اولاد المرضعة ولا اولاد الفحل ويحل للشخص ان يتزوج من الرضاع ام اخيه وام اخته سواء كانت الام نسباً والاخت رضاعا او بالعكس وهكذا فيما بعده وتحل له جدة ابنه وجدة بنته وعمة ابنه وعمة بنته و بنت عمه ابنه و بنت عمه بنته والام الرضاعية لولد ابنه او لولد بنته النسبي . واخت اخيه واخت اخته واما ام عمه او عمته او خاله او خالته رضاعا فالظاهر تحريمها لانها منكوحة الجد الرضاعي ويحل للمرأة من الرضاع الاب الرضاعي لانها النسبي واخو ابنها وجد ابنها وابو عمها وابو خالها وخال ولدها وابن خالة ولدها وابن اخت ولدها. (٢٦)

ويشترط لتحقيق الرضاع الشرعي الموجب لتحريم النكاح كما تحرمه القرابة والمصاهرة شروط تتعلق بالزمن والمقدار على اختلاف بين المذاهب. فيرى ابو حنيفة ان زمن الرضاع حولان ونصف حول ويراها الصاحبان حولين فقط وهذا ايضا رأى الشافعية والحنابلة بدليل الاية ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ (٢٧). ويزيد المالكية شهرين احتياطاً. فان وصل اللبن الى جوف الطفل ابان تلك المدة كان ذلك رضاعاً شرعياً يوجب التحريم، والا لم يحرم النكاح.

اما من حيث المقدار فهو عند ابي حنيفة ومالك ومن وافقهما ما وصل الى الجوف وان قل ولو كان قطرة واحدة. ويقول الشافعية والحنابلة ان الرضاع لا يحرم الا اذا كان خمس مرات، وهذا ايضا قول التشريعات العربية الحديثة بالتفصيل الاتي:

سورية: « يشترط في الرضاع للتحريم ان يكون في العامين الاولين وان يبلغ خمس

(٢٦) الحلبي: مرجع المذكور ص ٩٥/٩٦.

(٢٧) سورة البقرة، الآية ٢٣٣

رضعات متفرقات يكتفي الرضيع في كل منها قل مقدارها او اكثر». (المادة ٢/٣٥).

تونس: «.. ولا يمنع الرضاع من الزواج الا اذا حصل في الحولين الاولين». (الفصل ١٧).

المغرب: «لا يمنع الرضاع من الزواج الا اذا حصل في الحولين الاولين خمس مرات يقيناً والرضعة لا تحسب الا اذا عدت في العرف رضعة كاملة». (الفصل ٣/٢٨)

الجزائر: «لا يحرم الرضاع الا ما حصل قبل الفطام او في الحولين سواء كان اللبن قليلا او كثيرا». (المادة ٢٩).

الكويت «يشترط في التحريم بالرضاع ان يكون في الحولين الاولين وان يبلغ خمس رضعات متيقنات مشبعات». (المادة ١٧).

وفي المذهب الجعفري: يثبت تحريم النكاح بالرضاع اذا حصل في مدة الحولين المقدرة له ولو بعد استغناء الطفل بالطعام فيهما لا يكفي في التحريم الا ما انبت اللحم وشد العظم او رضاع وليلة او خمس عشرة رضعة بشرط ان لا يفصل بين الرضعات في الاحوال الثلاث برضاع امرأة اخرى وفي قول يثبت التحريم بعشر رضعات متوالية ولا يثبت تحريم لو وصل الى جوفه بغير الرضاع كما لو وجر في حلقه او وصل الى جوفه بالحقن والاقطار في الاذن والجائفة والآمة ولا يثبت التحريم ايضا مع اختلاف الفحل فلو ارضعت اثنين بلبن فحلين فلا يحرم احدهما على الاخر.

وكل من ارضعت طفلا ذكرا كان او انثى في مدة الحولين ثبتت امومتها له وبنوته للرجل الذي نزل اللبن بوطئه سواء كان وطئها بنكاح صحيح او فاسد او بشبهة ولا يثبت لو كان عن زنا وتثبت اخوته لاولاد المرضعة الذين ولدتهم من هذا الرجل او من غيره وارضعتهم قبل ارضاعه او بعده واولاد الرجل المولودين من صلبه من غير هذه المرضعة واولاد من الرضاعة ولا تثبت اخوته لاولادها رضاعا من غير لبن فحله (٢٨).

(٢٨) الحلبي: المرجع المذكور ص ٩٧.

وقد تقدم ان الدرور في سورية ولبنان يحرمون تزوج النساء ذوات الرحم المحرم برجل تربطه بهن قرابة نسبية او مصاهرة. ولكن المادة (٣٠٧) من قانون الاحوال الشخصية السوري تعفيهم من احكام الرضاع. ويخلو قانونهم اللبناني من اي تحريم بالرضاع.

ب - المحرمات تحريماً مؤقتاً

اسباب التحريم المؤقتة تنحصر في خمسة انواع: -

(أ) حرمة الجمع بين المحارم .

(ب) حرمة الجمع بين الاجنبيات زيادة على الاربع .

(ج) تعلق حق الغير بزواج او عدة .

(د) التطلاق ثلاثا .

(ر) اختلاف الدين .

(أ) حرمة الجمع بين محرمين :

يحرم على الرجل ان يجمع في عصمته بين امرأتين أيتهما فرضت مذكرا حرمت الاخرى عليه بعلقة قطيعة الرحم سواء كان في النسب او الرضاع، بدليل قوله تعالى في اية التحريم ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ . وقد فصل الرسول ﷺ ما اجملته الآية الكريمة بقوله « لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها فانكم ان فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم » .

ويشرح الامام فخر الدين الرازي في تفسيره (مفاتيح الغيب) الآية الكريمة وتفصيل الرسول عليه الصلاة والسلام بهذا النص: «إن حرمة الجمع بين المرأة، وعمتها او خالتها: مذكورة في الآية بالمعنى، وان لم تذكر باللفظ. وبيان ذلك: ان الله تعالى حرم الجمع بين الاختين، وكونهما اختين يناسب هذه الحرمة، لان الاختية قرابة قريبة، والقرابة القريبة تناسب مزيد الصلة، والشفقة، والكرامة. وكون احدهما ضرة الاخرى، يوجب الوحشة العظيمة، والنفرة الشديدة. وبين الحالتين منافرة عظيمة. فثبت ان كونها أختا لها يناسب حرمة الجمع بينهما في النكاح. وقد ثبت في اصول الفقه: أن ذكر الحكم مع الوصف المناسب له يدل بحسب اللفظ، على كون ذلك الحكم معللا بذلك الوصف. فثبت

ان قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ يدل على كون القرابة القريبة مانعة من الجمع في النكاح. وهذا المعنى حاصل بين المرأة، وعمتها، وخالتها. فكان الحكم المذكور في الاختين المذكورا في العممة والخالدة، من طريق الدلالة، بل هنا أولى. وذلك لأن العممة والخالدة، تشبهان الام لبنت الاخ، ولبنت الاخت. وهما تشبهان الولد للعممة، والخالدة. واقتضاء مثل هذه القرابة لترك المضارة اقوى من اقتضاء قرابة الاختية لمنعها. فكان قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ مانعا من العممة والخالدة، بطريق الأولى. »

ولكن هذه حرمة مؤقتة، وهي حرمة الجمع بين هؤلاء المحرمات. فاذا ماتت المرأة المانعة حل للرجل ان يتزوج بالاخري في الحال لعدم اقتضاء عدة. واذا وقعت الفرقة بينهما بطلاق او فسخ او نحوه، زال المانع وجاز له بعد انقضاء عدتها ان يتزوج اختها او غيرها من محارمها المذكورات.

ويأخذ الشارع بهذه الاحكام في قوانين سورية (المادة ٣٩) والعراق (المادة ١٣) والجزائر حيث تنص المادة (٣٠) على انه «يحرم الجمع بين الاختين وبين المرأة وعمتها او خالتها سواء كانت شقيقة او لاب او لام من الرضاع.»

ويخص الشارع الاردني مادتين لهذه الحرمة:

«(٢٩) يحرم على الرجل الذي طلق زوجته التزوج بذات محرم لها ما دامت في العدة.

(٣١) يحرم الجمع بين امرأتين بينهما حرمة النسب او الرضاع بحيث لو فرضت واحدة

منهما ذكرا لم يجز نكاحها من الاخرى.»

ويدخل الشارع المغربي استثناءين من هذه القاعدة العامة هما الجمع بين المرأة وام زوجها والمرأة وبنت زوجها فلا يحرم هذا الجمع (الفصل ٢٩/١).

ويغفل القانون التونسي هذه الحرمة لتحريمه تعدد الزوجات اطلاقا ومثله الدرور في سورية ولبنان.

اما الاثنا عشرية فيجمل الشيخ عبد الكريم الحلبي موقفهم كما يلي:

«لا يحل للرجل ان يتزوج اخت امرأته التي في عصمته ولا اخت معتدته الرجعية ولا بنت اخيها ولا بنت اختها إذا لم تكن العممة او الخالدة راضية بذلك. أما ادخال العممة والخالدة عليهما فالمشهور عندنا جوازها فاذا ماتت المرأة المانعة او وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بطلاق او خلع او فسخ زال المانع وجاز له بعد انقضاء عدتها الرجعية ان يتزوج اختها أو

غيرها من محارمها المتقدم ذكرهن ولو لم تكن عدتها رجعية جاز له العقد في الحال على كراهة قبل انقضاء عدة اختها لو كانت ذات عدة بائنة. «(٢٩).

(ب) حرمة الجمع بين الاجنبيات زيادة على الاربعة

لا يجوز للرجل ان يجمع في عصمته بين اكثر من اربع. فاذا تزوج اربعا بعقود صحيحة فليس له ان يتزوج خامسة حتى يطلق احداهن ويتربص حتى تنقضي عدتها سواء كان الطلاق رجعيا او بائنا.

ودليل ذلك قوله تعالى ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبْعًا فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ سورة النساء، الآية (٣) فالنص على العدد يمنع الزيادة عليه. والتزمت بهذا الحكم قوانين الاحوال الشخصية في سورية والمغرب والعراق والاردن والجزائر والكويت، كما يلتزم به الشيعة الاثنا عشرية وان اختلفوا بشأن عدة الطلاق البائن. يقول الحلبي:

«من له اربع نسوة بنكاح صحيح بالعقد الدائم فلا يجوز له ان ينكح خامسة حتى يطلق احدى الاربعة ويتربص حتى تنقضي عدتها ان كانت رجعية ولو كان الطلاق بائنا جاز بمجرد الطلاق». (٣٠)

اما في تونس وبين الدرور فتعدد الزوجات ممنوع وباطل ويعاقب عليه في تونس بالسجن وخطية (الفصل ١٨).

هذا وبدأ النزاع على تعدد الزوجات في اوائل هذا القرن حين فتحت مصر والشرق الاوسط الباب امام اوروبا. ونادى مصلحون دينيون عصريون بزعامة الامام الشيخ محمد عبده مفتي الديار المصرية الى تقييد تعدد الزوجات بمقولة انه ظلم للمرأة. وجادل مصلحون اخرون بوجوب تحريم التعدد مستندين الى الآية (١٢٩) من سورة النساء (التي أحل فيها التعدد) ونصها ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ...﴾

(٢٩) المرجع نفسه ص ٩.

(٣٠) المرجع نفسه.

بالإضافة الى الآية (٣) من السورة نفسها ونصها ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَمِينِ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلثَ وَرُبْعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً...﴾

ورد السلفيون بقوة محتجين بان هذا التفسير يجعل قوله تعالى ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلثَ وَرُبْعَ﴾ عبثا لكونه إباحة لامر مستحيل الوقوع وغير مستطاع. فهذا التشريع لا يمكن ان يصدر عن عاقل فضلا عن ان يصدر من الله العليم الحكيم^(٣١). بل يقولون إن العدل في الآيتين المستشهد بهما نوعان: عدل مستطاع وهو العدل الظاهر وهو القسم بين الزوجين والمساواة في الإنفاق والمساواة في المعاملة الظاهرة، وبه يمكن التعدد. وعدل غير مستطاع وهو العدل في المحبة الباطنة فانه لا يستطيعه احدٌ «لا يكلف الله نفسا الا وسعها». ويستشهدون بان النبي ﷺ كان لا يُسوي بين ازواجه في المحبة القلبية ويقول عن قسمه بين ازواجه «اللهم ان هذا قسمي فيما املك، فلا تؤاخذني فيما تملك ولا املك». ومثله ما روى عن امير المؤمنين عمر ابن الخطاب رضي الله عنه اذ كان يقسم بين نسائه ويقول: «اللهم قلبي فلا املكه، واما ما سوى ذلك فارجو ان اعدل فيه». ونجح السلفيون في منع تقييد التعدد بقيدي العدل والقدرة على الانفاق فلم تنجح في مصر محاولات بهذا المعنى خلال العشرينيات والاربعينيات والخمسينيات من هذا القرن.

ولكن الاتجاه التشريعي السائد يميل على ما يظهر الى تقييد التعدد ان لم يكن تحريمه اطلاقا.

ففي العراق، تتضمن المادة الثالثة من القانون ١٨٨ / ١٩٥٩ المعدل القيود الآتية.

«٤- لا يجوز الزواج باكثر من واحدة الا بإذن القاضي ويشترط لاعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين:

أ - ان تكون للزوج كفاية مالية لاعالة اكثر من زوجة واحدة.

ب - ان تكون هناك مصلحة مشروعة.

(٣١) الشيخ عمر عبد الله (احكام الشريعة الاسلامية) ص ٢٠٢/٢٠٣ وانظر ايضاً الشيخ أبا زهرة - المرجع المذكور ص ٨٨ وما بعدها.

- ٥ - اذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي .
٦ - كل من اجرى عقدا بالزواج باكثر من واحدة خلافا لما ذكر في الفقرتين (٤ و ٥) يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة او بالغرامة بما لا يزيد على مائة دينار او بهما .»

وذهب الشارع السوري مذهباً مماثلاً وان لم يمض الى حد العقاب حيث تنص المادة (١٧) وفق تعديلها بالمادة (٢٥) من القانون (١٩٧٥/٣٤) على ان للقاضي الاً يأذن للمتزوج بان يتزوج على امرأته الا اذا كان لديه مسوًغ شرعي وكان الزوج قادراً على نفقتهما .

ومع ان التشريع الاردني لا يفرض قيوداً ظاهرة على التعدد فانه يسمح للزوجة ان تشتري على زوجها ان لا يتزوج عليها ويعتبر هذا الشرط صحيحاً وملزماً فان لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية .
ونجد السماح بهذا الشرط ايضاً في السدونة المغربية مع تقييد التعدد كما سبق :

«الفصل الثلاثون

- ١ - اذا خيف عدم العدل بين الزوجات لم يحل التعدد .
٢ - للمتزوج عليها اذا لم تكن اشترطت الخيار ان ترفع امرها للقاضي لينظر في الضرر الحاصل لها ولا يعقد على الثانية الا بعد اطلاعها على ان يريد الزواج منها متزوج بغيرها .

الفصل الواحد والثلاثون

للرأة الحق في ان تشتري في عقد النكاح ان لا يتزوج عليها زوجها وانه اذا لم يف الزوج بما التزم به يبقى للزوجة حق طلب فسخ النكاح .»

ويسلك القانون المصري هذا المسلك ايضاً فقد اضافت المادة الاولى من القانون (١٩٨٥/١٠٠) المادة الآتية الى القانون رقم (١٩٢٩/٥٢) .

«مادة ١١ مكرراً (٢)- على الزوج ان يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فاذا كان متزوجاً فعليه ان يبين في الاقرار اسم الزوجة او الزوجات اللاتي في عصمته ومحال اقامتهن، وعلى الموثق اخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول .

ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها ان تطلب الطلاق منه اذا لحقها ضرر مادي او معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين امثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد الا يتزوج عليها» .

فاذا عجز القاضي عن الاصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة . ويسقط حق الزوجة في طلب التطلاق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج باخرى ، الا اذا كانت قد رضيت بذلك صراحة او ضمنا . ويتجدد حقها في طلب التطلاق كلما تزوج باخرى .

واذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم انه متزوج بسواها ثم ظهر انه متزوج فلها ان تطلب التطلاق كذلك .

(ج) تعلق حق الغير بزواج او عدة

يحرم على الرجل ان ينكح زوجة غيره او معتدته من وفاة او طلاق او دخول في زواج فاسد او دخول بشبهة الحل . وقد ثبت ذلك بقوله تعالى في آية التحريم ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ سورة النساء الآية (٢٤) وذلك عطفاً على الآية التي قبلها وابدائها ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ ويجمع العلماء على ان المراد بالمحصنات هنا ذوات الأزواج . وثبت تحريم المعتدة من وفاة بقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ سورة البقرة، الآية (٢٣٤) . والمعتدة من طلاق ثبت بقوله تعالى : ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ . سورة البقرة، الآية (٢٢٨)

وهذا الحكم بتحريم نكاح زوجة الغير او معتدته مأخوذ به في قوانين سورية والاردن والعراق والمغرب وتونس والكويت ، وفي المذهب الجعفري .

وهناك حالة خاصة في هذا السياق هي زوجة الغائب او المفقود . إذ ينص القانون المصري رقم (٢٥ / ١٩٢٠) في المادة (٨) على انه اذا جاء المفقود او لم يجيء وتبين انه حي فزوجته له ما لم يتمتع الثاني بها غير عالم بحياة الأول فتكون للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول . ويحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد اربع سنين من تاريخ فقده على انه بالنسبة الى المفقودين من افراد القوات المسلحة اثناء العمليات الحربية يصدر وزير الحربية قرارا باعتبارهم موتى بعد مضي الاربع السنوات ، ويقوم هذا

القرار مقام الحكم .

واما في جميع الاحوال الاخرى فيفوض امر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها الى القاضي وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة الى معرفة ان كان المفقود حيا او ميتا . (المادة ٢١) .

ويأخذ القانون السوري (المادة ٢٠٥) بحكم موت المفقود بسبب العمليات الحربية او ما ماثلها، ويعتبر فقدان منتهيا بعودة المفقود او موته او الحكم باعتباره ميتا عند بلوغه الثمانين من عمره .

اما المشرع الاردني فهو اكثر توضيحا حيث ينص في المادة (١٧٧) على ان المفقود الذي فقد في جهة معلومة ويغلب على الظن موته يحكم بموته بعد مرور اربع سنين من تاريخ فقدته ما لم يكن فقدته اثر كارثة كزلزال او غارة جوية او في حالة اضطراب الامن وحدث الفوضى وما شابه ذلك فيحكم بموته بعد سنة من فقدته. اما اذا فقد في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظن هلاكه فيفوض امر المدة التي يحكم بموته فيها الى القاضي على ان تكون تلك المدة كافية في ان يغلب على الظن موته. وفي كل الاحوال لا بد من التحري عليه بالوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل الى معرفة ما اذا كان حيا او ميتا. وبعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة في المادة السابقة تعتد زوجته اعتبارا من تاريخ الحكم عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم (المادة ١٧٨) . واذا تزوجت المرأة التي حكم بوفاة زوجها ثم تحققت حياة الزوج الاول لا يفسخ النكاح الثاني بعد الدخول واما قبل الدخول فيفسخ (المادة ١٧٩) .

ويعرف القانون التونسي (الفصل ٨١) المفقود بانه كل من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه حيا . واذا فقد في وقت الحرب او حالات يغلب فيها الموت فان الحاكم يضرب اجلا لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقده - والا فوض امر المدة التي يحكم المفقود بعدها الى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة الى معرفة حياته او موته (الفصل ٨٢) .

وفي الفقه الجعفري، يعتبر المفقود حيا في الاحكام التي تضره وتتوقف على ثبوت موته . فلا يتزوج عرسه احد ان كان هناك من ينفق عليها، ولا يقسم ماله على ورثته، ولا تفسخ اجارته، ولا يفرق بينه وبين عرسه الا اذا لم يكن من ينفق عليها ولم تصبر، بل رفعت امرها الى الحاكم، فيؤجلها الحاكم اربع سنين قبل ظهور الحال، ويفحص عنه في الجهات

المحتمل كونه فيها. فاذا لم يعلم حاله في مدة الاجل طلقها الحاكم او الوكيل وامرها ان تعتد عدة الوفاة. فاذا انقضت العدة حلت للزواج. ويحكم بوفاة المفقود اذا انقضت مدة لا يعيش مثله اليها عادة وهي لا تزيد على تسعين سنة من حين ولادته. (٣٢)

هذه الحالات الثلاث من التحريم المؤقت تقوم كلها على وضع الزواج الموجود فعلا او حكما. ويضيف اليها الشارع الكويتي حالة اخرى ينفرد بها فيحرم في المادة (٢٣) على الرجل ان يتزوج امرأة افسدها على زوجها الا اذا عادت الى زوجها الاول ثم طلقها او مات عنها.

ويعلل ذلك في المذكرة الايضاحية بالحرص على ما في التشريع القائم من صيانة الاسرة، فأبطل عمل الذين يسعون في التفريق بين المرء وزوجه، بتحريض الزوجة على مضارة زوجها، او اغرائها بمال او سواه، حتى يتوصلوا الى الزواج بمن تقع في حبالهم. وعلى اساس المشهور في المذهب المالكي اخذ الشارع الكويتي بالقول بعدم تأييد تحريم الزواج الثاني استنادا الى حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: «الذي يفسد المرأة على زوجها حتى يتزوجها، فقيل: يتأبد فيها التحريم وقيل: لا يتأبد فيها التحريم، وانما يفسخ نكاحه فاذا عادت لزوجها وطلقها، او مات عنها جاز لذلك المفسد نكاحها، وهذا هو المشهور».

(د) التطليق ثلاثا

يجوز للرجل اذا طلق زوجته طلاقا رجعيا او بائنا سواء كان واحدة او اثنتين ان يراجعها في الطلاق الرجعي بلا عقد ومهر جديدين ما دامت في العدة. فان خرجت من العدة فلا بد من العقد والمهر. ويجوز له ردها في البائن بينونة صغرى بعقد ومهر جديدين سواء كانت في العدة او بعدها لقوله تعالى ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِحْسَانٍ﴾ سورة البقرة الآية (٢٢٩). اما ان طلقها ثلاثا فلا يحل له التزوج بها الا اذا انقضت عدتها منه وتزوجت بغيره ودخل بها هذا الغير دخولا حقيقيا وحصلت الفرقة بينهما باي سبب كان سواء كان بالطلاق او بالموت وانقضت عدتها من هذه الفرقة

(٣٢) الحلبي: المرجع المذكور، ص ١٤٠/١٤١.

لقوله تعالى بعد الآية السابقة وهي الطلاق مرتان ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ سورة البقرة، الآية (٢٣٠).

هذا هو حكم الشرع عامة، ويراعيه أهل السنة والشيعة. ويستثنى الطائفة الدرزية التي تحرم عودة المطلقة ولو مرة واحدة الى عصمة مطلقها (المادة ٣٠٧ من قانون الاحوال الشخصية السورية والمادة ١١ من قانون دروز لبنان)، كما يستثنى التشريع التونسي الذي يحجر على الرجل على التأييد التزوج بمطلقة ثلاثا (الفصل ١٩) ويعلق الفقيه التونسي محمد الطاهر السنوسي على ذلك بقوله:

« منع هذا الفصل تزوج الانسان بمطلقة ثلاثا ووجب التفكير وراء اسباب هذا المنع. فظهر ان المشرع قصد ابعاد الناس من الوقوع في المحرم المحقق لما هو معلوم من زمن بعيد ان مسألة المطلق ثلاثا لا خلاف ان فصلها انما كان يقع بحيل شرعية اعتاد الناس ارتكابها وهي نوعان اولاهما كدنا نعبر عنها بمهزلة الا وهي عملية التياس التي لم يُرمها التونسي فيعوضها بعملية المراهق وهو ما خالف النصوص الشرعية بعضه لا غبار عليها. والثانية هي ان الذي لا يرضى بالمراهق ولا بغيره فيقيم بينة (يعلم الله مقدار ما تشهد به) ويحلف باغلظ الايمان انه كان في حالة غير عادية وحكمه حكم المجنون ويحكم له بارجاع زوجته واعتبار ان طلاقه لا يعتد به واصبحنا نخير في هذه الحالة منع الرجل من التزوج بمفارقه ثلاثا على استعمال حيل صرنا نعيش بها في بحر الخيال غير مبالين بارتكاب المحرم الذي نستره ظاهريا باحكام لا تنجينا من عقاب الرب سبحانه وصار الانسان يمثل هذا الفعل في حالة اجبارية لقيد لسانه حتى لا يسقط في الجب ولا ان يكون قد ذرى الرماد في اعين المخلوق تسترا عن اعين البشر غير مبال بما سيناله من عقاب العالم بالسرائر الذي كما جاء في الحديث انه صلى الله عليه وسلم امر بان يحكم بالظاهر وان الله سبحانه يتولى السرائر وبدليل ما جاء في آية من البقرة قوله تعالى: ﴿... وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُورٌ حَلِيمٌ﴾. وقد قرر صاحب اعلام الموقعين ان نكاح المحلل لعنه رسول الله صلى الله عليه وسلم. وكيف يلعن الرسول نكاحا مباحا فاللعن الوارد على لسانه يشعر بانه غير شرعي. وقد قال سيدنا عمر ابن الخطاب رضي الله عنه « لو بلغني ان احدا فعله لرجمته » وقال بن القيم ان هاته العملية هي من الشريعة المبدلة

وعلى كل مسلم ان يمنعها خصوصا اولو الامر» (٣٣).

(ر) اختلاف الدين

تميز الشريعة بين الرجل والمرأة من حيث مانع اختلاف الدين . اذ يجمع فقهاء السنة والشيعه على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم سواء كان مشركا او من اهل الكتاب بدليل قوله تعالى :

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَاْمْتَحِنُوهُنَّ ، اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ ، فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تُرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ ، لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾ . سورة الممتحنة ، الآية (١٠) .

واخذت بهذا التحريم تشريعات الاحوال الشخصية الحديثة في سورية والاردن والعراق والمغرب والكويت ، ويسري على كل المسلمين حتى وان لم ينص عليه صراحة . وزواج المسلمة بغير المسلم باطل بالاطلاق سواء وقع فيه دخول ام لم يقع ويجب التفريق بينهما فورا .

ولا يحل للمسلم ان يتزوج بمشركة بدليل قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَنَّ ﴾ . سورة البقرة ، الآية (٢٢١) ، والمشرك في لغة القرآن وعرف الشارع هو كل من يعبد غير الله ولا يدين بدين سماوي .

ولكن يجوز للمسلم ، على خلاف المسلمة ، ان ينكح امرأة من اهل الكتاب لانها تقرر بدين سماوي بدليل قوله عز وجل :

﴿ الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾ . سورة المائدة ، الآية (٥) .

وتختلف المذاهب في اباحتهم وتصنيفهم : فالاحناف يحرمون نكاح الكتابية اذا

(٣٣) محمد الطاهر السنوسي ، مجلة الاحوال الشخصية ، هامش ص ٢٨ / ٢٩ .

كانت «حربية» - اي مقيمة في غير ديار الاسلام اما ان كانت ذمية في ديار الاسلام فيباح نكاحها ولكن مع الكراهة^(٣٤). ويضمون الى الكتابيات كل من يعتقد دينا سماويا وله كتاب منزل كصحف ابراهيم وشيت وزبور داود.

وللمالكية قولان: احدهما ان نكاح الكتابية مكروه سواء كانت ذمية او حربية، والثاني انه مباح مطلقا بلا كراهة عملا بظاهر الآية.

وقال الشافعية ان زواج الكتابية في دار الاسلام مكروه وتشتد الكراهية اذا كانت في دار الحرب، ولكن الكراهة مقيدة بشروط فاذا ترتبت مصلحة على الزواج بها كان الزواج ممدوحا، واذا ترتبت عليه مفسدة كان مكروها^(٣٥).

اما الحنابلة فيحلون نكاح الكتابية بلا كراهة.

اما فقهاء الشيعة الامامية على المذهب الجعفري فيختلفون عن اهل السنة من وجهين: الاول انهم يحلون نكاح الكتابية على سبيل المتعة لا العقد الدائم والثاني انهم يدرجون المجوسية في عداد اهل الكتاب وفي ذلك يقول الحلبي:

«يحل نكاح الكتابيات المؤمنات بكتاب منزل الى اجل سواء كن ذميات او غير ذميات مستأمنات او غير مستأمنات مع الكراهة وقال جماعة بالصحة مطلقا لكن المشهور عدم الصحة في الدائم. لا يحل نكاح الوثنيات ولا الصائبات اللاتي يعبدن الكواكب ولا يؤمن بكتاب منزل، اما المجوسيات فالاصح انهن بحكم اهل الكتاب»^(٣٦).

٩ - اجراءات الزواج

بموجب احكام الشريعة بدقة، عند اهل السنة والشيعة معا، يكون عقد الزواج

(٣٤) الجزيري: الفقه على المذاهب الاربعة الجزء الرابع ص ٧٦.

(٣٥) المرجع نفسه ص ٧٧.

(٣٦) الحلبي: المرجع المذكور، ص ٩.

صحيحاً وناظاً وملزماً ان استوفى كل الاشتراطات السابقة. ولا توجب الشريعة بالمعنى الدقيق ان يكون احد الطرفين او كلاهما رشيداً، اذ يصح للقصر ان يتزوجوا ان كانوا قد بلغوا الحلم. بل لا تشترط الشريعة كتابة عقد النكاح في مستند رسمي او عرفي. بل لا تقتضي كتابته اطلاقاً. وهذا الوضع ما زال قائماً في كل الدول الاسلامية التي لم تدون تشريعاً حديثاً.

ومع ذلك ففي مصر قضى المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بالا تسمع عند الانكار دعوى الزوجية او الاقرار بها الا اذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من اول اغسطس لسنة ١٩٣١، وبألاً تسمع دعوى الزوجية اذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة هجرية او كانت سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة هجرية «الا بامر منا» (المادة ٩٩).

لكن القانون المصري يفرض اجراءات خاصة يجب مراعاتها عند نكاح مسلم لامرأة كاتبية. اذا تمنع المادة (٢٧) من لائحة المأذونين التي اصدرتها وزارة العدل - الحقانية - في ٧/٢/١٩١٥ الموثق المعين لمباشرة عقد الزواج، وهو المأذون، من اجراء عقد زواج المسلم بالكتابية، وجعلت ذلك من اختصاص القاضي الشرعي حيث تقول «ليس للمأذون أن يباشر زواج من لا ولي له من الايتام، ولا العقود التي يكون احد طرفيها تابعا لدولة اجنبية، او كان غير مسلم، وانما ذلك كله من اختصاص القضاة». وبعد صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية، صارت مكاتب التوثيق التابعة لوزارة العدل هي المختصة في مباشرة عقد زواج المسلم بغير المسلمة وبقي المأذون الشرعي ممنوعاً من مباشرة هذا العقد بمقتضى المادة (١٩) من لائحة المأذونين الصادر بقرار وزير العدل في يناير سنة ١٩٥٥، ونصها: «لا يجوز للمأذون: ان يوثق عقد الزواج اذا كان احد الطرفين فيه غير مسلم او اجنبي الجنسية».

كما وضعت وزارة العدل المصرية وثيقة خاصة، بزواج المسلم بالكتابية، دونت فيها بثلاث لغات، العربية، والانكليزية، والفرنسية، اهم الاحكام وحقوق الطرفين وواجباتهما ومنها حق الرجل في الزواج مثنى وثلاث ورباع، وفي الطلاق متى شاء، وحقوق المرأة المترتبة على العقد من حيث المهر او النفقة او المتعة، ووجوب ان يتبع الاولاد دين أبيهم

الاسلامي ، وعدم التوارث بين الزوجين ان بقيا على اختلاف في الدين الخ .

وفي لبنان ينظم قانون حقوق العائلة وتنظيم القضاء الشرعي السني والجعفري عقد زواج المسلمين. وتنحصر صلاحية عقده في المحكمة الشرعية التي يقع في نطاق صلاحيتها محل اقامة احد الزوجين . وكذلك فان دوائر الاحوال الشخصية لا تسجل الا عقود الزواج وفقا للاصول وتحمل تصديق الرئيس الديني الذي تم على يده العقد ، ولكن ليس في هذه النصوص ما يفرض بطلان زواج المسلم الذي يجري خلافا لهذه القاعدة ، وكل ما هنالك هو ان السلطات المدنية والدينية لا تعترف بمثل هذا الزواج الا اذا صدر حكم بثبوتة عن المحكمة الشرعية المختصة بنتيجة دعوى اثبات الزوجية .

أما فيما يتعلق بالطائفة الدرزية فتقول المادة (١٦) من قانون ٢٤ شباط لسنة ١٩٤٨ المعدلة بقانون ٢ تموز ١٩٥٩ : « لا يكون عقد الزواج صحيحا الا اذا أجراه أحد شيعي العقل او قاضي المذهب او من انابه عنه لاجرائه » .

وفي سورية ، يتثبت القاضي من اهلية العاقدين وصحة الزواج قبل عقد نكاح اعضاء الطائفة الدرزية (المادة ٣٠٧ / أ) .

وينظم القانون السوري ايضا (المادة ٤٠) المعاملات التي تسبق عقد الزواج لبقية السوريين كما يلي :

١ - يقدم طلب الزواج لقاضي المنطقة مع الوثائق الآتية :

- أ - شهادة من مختار وعرفاء المحلة باسم كل من الخاطب والمخطوبة وسنه ومحل اقامته واسم وليه وانه لا يمنع من هذا الزواج مانع شرعي .
- ب - صورة مصدقة عن قيد نفوس الطرفين واحوالهما الشخصية .
- ج - شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الامراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج . وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره .
- د - رخصة بالزواج للعسكريين ولمن هم في سن الجندية الاجبارية .
- هـ - موافقة مديرية الامن العام ان كان احد الزوجين اجنبيا .

٢ - لا يجوز تثبیت الزواج المعقود خارج المحكمة الا بعد استيفاء هذه الاجراءات . على انه اذا حصل ولد او حمل ظاهر يثبت الزواج بدون هذه الاجراءات ولا يمنع ذلك من ايقاع العقوبة القانونية .

ويأذن القاضي باجراء العقد فوراً بعد استكمال هذه الوثائق وله عند الاشتباه تأخيره
لاعلانه مدة عشرة ايام والقاضي يختار طريقة الاعلان (المادة ٤١). واذا لم يجر العقد
خلال ستة اشهر يعتبر الاذن ملغى (المادة ٤٢). اما من حيث معاملات العقد نفسه
فيقوم القاضي او من يأذن له من مساعدي المحكمة باجراء العقد (المادة ٤٣) ويجب
ان يشمل صك الزواج:

أ - اسماء الطرفين كاملة وموطن كل منهما.

ب - وقوع العقد وتاريخه ومكانه.

ج - اسماء الشهود والوكلاء كاملة وموطن كل منهم.

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

هـ - توقيع اصحاب العلاقة والمأذون وتصديق القاضي (المادة ٤٨).

ويسجل المساعد الزواج في سجله المخصوص ويبعث بصورة عنه لدائرة الاحوال
المدنية خلال عشرة ايام من تاريخ الزواج. وتعني هذه الصورة عن اخبار الطرفين دائرة
الاحوال المدنية والزواج ويكون المساعد مسئولاً عن اهمال ارسال الصورة.
وتعفى معاملات الزواج من كل رسم المادة (٦ ٤).

وفي الاردن، تنص المادة (١٧) من قانون الاحوال الشخصية على الاجراءات
الآتية:-

أ - يجب على الخاطب مراجعة القاضي او نائبه لاجراء العقد.

ب - يجري عقد الزواج من مأذون القاضي بموجب وثيقة رسمية وللقاضي بحكم وظيفته
في الحالات الاستثنائية ان يتولى ذلك بنفسه باذن من قاضي القضاة.

ج - واذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية فيعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود
بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الاردني وبغرامة على كل منهم لا تزيد
عن مائة دينار.

د - وكل مأذون لا يسجل العقد في الوثيقة الرسمية بعد استيفاء الرسم يعاقب
بالعقوبتين المشار اليهما في الفقرة السابقة مع العزل من الوظيفة.

هـ - يعين القاضي الشرعي مأذون عقود الزواج بموافقة قاضي القضاة ولقاضي القضاة
اصدار التعليمات التي يراها لتنظيم اعمال المأذونين.

ح - يتولى قناصل المملكة الاردنية الهاشمية المسلمون في خارج المملكة اجراء عقود الزواج وسماع تقرير الطلاق للرعايا الاردنيين الموجودين في خارج المملكة وتسجيل هذه الوثائق في سجلاتها الخاصة .

ط - تشمل كلمة القنصل وزراء المملكة الاردنية الهاشمية المفوضين والقائمين بأعمال هذه المفوضيات ومستشاريها او من يقوم مقامهم .

وفي العراق توجب المادة العاشرة من قانون الاحوال الشخصية ان يسجل عقد الزواج في المحكمة المختصة بدون رسم ، في سجل خاص وفقا للشروط الآتية : -

١ - تقديم بيان بلا طابع يتضمن هوية العاقدين وعمرهما ومقدار المهر وعدم وجود مانع شرعي من الزواج على ان يوقع هذا البيان من العاقدين ويوثق من مختار المحلة او القرية او شخصين معتبرين من سكانها .

٢ - يرفق البيان بتقرير طبي يؤيد سلامة الزوجين من الامراض السارية والموانع الصحية وبالوثائق الاخرى التي يشترطها القانون .

٣ - يدون ما تضمنه البيان في السجل ويوقع بامضاء العاقدين او بصمة ابهامهما بحضور القاضي ويوثق من قبله وتعطى للزوجين حجة بالزواج .

٤ - يعمل بمضمون الحجج المسجلة وفق اصولها بلا بينة وتكون قابلة للتنفيذ فيما يتعلق بالمهر ، ما لم يعترض عليها لدى المحكمة المختصة .

٥ - أ - يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر ، ولا تزيد على سنة او بغرامة لا تقل عن ثلثمائة دينار ، ولا تزيد على الالف ، كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ، ولا تزيد على خمس سنوات ، اذا عقد خارج المحكمة زواجا اخر مع قيام الزوجية .

ويعرض الباب الثامن من مدونة الاحوال الشخصية في المملكة المغربية للاعمال الادارية التي تسبق الزواج فينص الفصل الحادى والاربعون على ان يتولى العقد عدلان منتصبان للاشهاد وذلك بعد توفر الاسباب الآتية :

١ - شهادة من ممثل السلطة الادارية باسم كل من الخاطب والمخطوبة وسنه ومحل اقامته واسم وليه .

٢ - ما يبين حالة الزوج الشخصية .

٣ - ما يثبت انفصام الزوجية بالنسبة لمن سبق زواجها للتحقق من انقضاء عدتها وخلوها من مانع شرعي .

وينظم الفصل الثاني والاربعون رسم الزواج الذي يجب ان يتضمن ما يلي :-

١ - اسم الزوجين ونسبهما وموطن كل منهما وسنهما وتعريفهما واثميتها مثلا واسم الولي .

٢ - وقوع العقد وتاريخه ومكانه ومعرفة قدره من طرف الزوجين والولي .

٣ - بيان شامل عن حالة الزوجة من حيث كونها بكر ام ثيبا يتيمة ام ذات أب واليتيمة مهملة ام عليها وصي او مقدم من قاض - والثيب مطلقة او متوفي عنها وانقضت عدتها .

٤ - الاشارة الى شهادة ممثل السلطة الادارية مع النص على الرقم الذي تحمله .

٥ - مقدار المهر التنصيص فيه على المعجل منه والمؤجل وهل قبض عيانا او اعترافا .

٦ - توقيع العدلين بشكلهما واداء القاضي مع طابعه .

ويوجب الفصل الثالث والاربعون ان يسجل نص العقد بسجل الانكحة لدى المحكمة وترسل نسخة منه الى ادارة الحالة المدنية وتحوز الزوجة او من ينوب عنها الرسم الاصيلي في اجل لا يتعدى (١٥) يوما من تاريخ العقد كما للزوج الحق في اخذ نسخة منه .

وفي الجمهورية التونسية صدر القانون رقم ٣ لسنة ١٩٥٧ المتعلق بمجلة الحالة المدنية ويقع في سبعة ابواب الثالث منها في عقود الزواج وفي ترسيمها، وندرج نصه فيما يلي :

«الفصل ٣١ - يبرم عقد الزواج بالبلاد التونسية امام عدلين او امام ضابط الحالة المدنية بمحضر شاهدين من اهل الثقة، ويبرم عقد زواج التونسيين بالخارج امام الاعوان الدبلوماسية او القنصليين التونسيين او يبرم العقد طبق قوانين البلاد التي يتم فيها .

الفصل ٣٢ - ينص عقد الزواج على :-

١ - اسماء ولقب وحرفة وسن وتاريخ ومكان الولادة وموطن ومحل الاقامة وجنسية الزوجين .

- ٢ - اسماء ولقب وحرقة وموطن وجنسية الوالدين .
 ٣ - تصريح الشاهدين بكون كل واحد من الزوجين في حل من الروابط الزوجية .
 ٤ - اسماء ولقب الزوج السابق لكل من الزوجين مع تاريخ الوفاة او الطلاق الذي نشأ عنه انفصام عقدة الزواج .
 ٥ - اذا اقتضى الحال الرضى او الاذن اللذين اشترطهما القانون والتنصيب على المهر .

الفصل ٣٣ - (الجديد) - يجب على العدول ان يوجهوا في ظرف شهر من تاريخ تحرير العقد الى ضابط الحالة المدنية بمنطقتهم اعلام زواج مطابق للمثال الملحق بهذا القانون قبل ان يسلموا نسخة من عقد الزواج لمن يهمهم الامر . وتعاقب كل مخالفة لاحكام الفقرة السابقة بخطية مقدارها عشرة الاف فرنك (٣٧) .

الفصل ٣٤ - يرسم ضابط الحالة المدنية بمكان تحرير العقد محتوى الاعلام بالزواج بالدفتر المعد لذلك بمجرد اتصاله بالاعلام ويعلم بالزواج ضابط الحالة المدنية بمكان ولادة كل من الزوجين .

الفصل ٣٥ - على ضابط الحالة المدنية بمكان ولادة كل من الزوجين ان يلاحظ على عقد الزواج برسم ولادة كل من الزوجين .

الفصل ٣٦ (الجديد) - يعتبر الزواج المبرم خلافا لاحكام الفصل (٣١) اعلاه باطلا ويعاقب الزوجان زيادة على ذلك بالسجن مدة ثلاثة اشهر .

واذا وقعت تبعات جزائية بمقتضى احكام الفقرة السابقة يقع البت بحكم واحد في الجريمة وابطال الزواج .

واذا استأنف او استمر الزوجان على المعاشرة رغم التصريح بابطال زواجهما يعاقبان بالسجن مدة ستة اشهر . ولا ينطبق الفصل (٥٣) من المجلة الجنائية على المخالفات المقررة بهذا الفصل (٣٨) .

(٣٧) اقرأ: مليم . نُقح بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٥٨ المؤرخ في ١٦ ذي الحجة ١٣٧٧ (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد ٥٣ المؤرخ في ١ و ٤ جويلية ١٩٥٨) .

(٣٨) نُقح حسب المرسوم عدد ٢ لسنة ١٩٦٤ المؤرخ في ٧ شوال ١٣٨٣ (٢٠ فيفري ١٩٦٤) والمصادق عليه بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٦٤ المؤرخ في ٩ ذي الحجة ١٣٨٤ (٢١ افريل ١٩٦٤)

الفصل ٣٦ مكرر (الجديد) - لا ينتج عن الزواج المصرح بابطاله بمقتضى احكام
الفصل السابق الا النتائج الاتية :

- ١ - ثبوت النسب .
- ٢ - وجوب العدة على الزوجة وتبتدىء هذه العدة من تاريخ صدور الحكم .
- ٣ - موانع الزواج الناتجة عن المصاهرة .

الفصل ٣٧ - يجب ترسيم كل عقد زواج للتونسيين حرر بالخارج طبق قوانين البلد
المحرر به الرسم بدفتر الزواج للقنصلية التونسية الاقرب من غيرها وذلك في طرف الثلاثة
اشهر التي تلي تاريخ تحريره بسعي من الزوجين وتعاقب كل مخالفة لهذا الالتزام بخطية
قدرها عشرة الاف فرنك (اقرأ : مليم) .

الفصل ٣٨ - يحرر عقد زواج الاجانب بالبلاد التونسية طبق القوانين التونسية استنادا على
بينة من قنصلهم تشهد لهم بامكانية عقد الزواج ويمكن لاجنبيين من جنسية واحدة ان
يتزوجا امام الاعوان الدبلوماسيين والقناصل الممثلين لبلادهما بتونس وفي هذه الصورة يعلم
العون الدبلوماسي او القنصل ضابط الحالة المدنية الذي بمنطقته بانعقاد الزواج .

الفصل ٣٩ - يرسم ضابط الحالة المدنية عقد الزواج بدفتر معد لذلك في الصورة التي
تعرض لها الفصل السابق . «

وفيما يلي نماذج من المستندات المشار اليها في القانون .

<p>الجمهورية التونسية كتابة الدولة للعدل الحمد لله اعلام باتمام الزواج</p> <p>عدد الاعلام</p> <p>يعلم العدلان (1) ضابط الحالة المدنية (2) بان : المسمى الساكن ب المولود في جنسيته صناعته اسم الاب اسم الام قد عقد زواجه ب اسم المرأة المولود في جنسيتها اسم الاب اسم الام الحرفة بمقتضى عقد مؤرخ في ومضمن بدفتر العدل الاول تحت عدد امضاء العدلين : امضاء الزوج او وكيله : امضاء الزوجة او وكيلها :</p>	<p>الجمهورية التونسية كتابة الدولة للداخلية مصلحة البلديات</p> <p>يشهد ضابط الحالة المدنية بانه اتصل باعلام الزواج المنعقد بين السيد و وان العقد حرر من طرف (1) بتاريخ</p> <p>الامضاء والطابع</p>	<p>الجمهورية التونسية كتابة الدولة للداخلية الحمد لله اعلام باتمام الزواج</p> <p>عدد الاعلام</p> <p>يعلم العدلان (1) ضابط الحالة المدنية (2) بان : المسمى الساكن ب المولود في جنسيته صناعته اسم الاب اسم الام قد عقد زواجه ب اسم المرأة المولود في جنسيتها اسم الاب اسم الام الحرفة بمقتضى عقد مؤرخ في ومضمن بدفتر العدل الاول تحت عدد امضاء العدلين : امضاء الزوج او وكيله : امضاء الزوجة او وكيلها :</p>
<p>1 (اسم العدلين وعنوانهما 2 ضابط الحالة المدنية بمكان عقد الزواج</p>	<p>1 (اسم وعنوان العدلين</p>	<p>1 (اسم العدلين وعنوانهما 2 ضابط الحالة المدنية بمكان عقد الزواج</p>

واتماما للفائدة نورد ادناه نص القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج ونشر في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في ٣ نوفمبر لسنة ١٩٦٤ .

«الفصل ١ - لا يمكن لضابط الحالة المدنية او العدول الذين وقع اختيارهم لتحرير عقود الزواج ان يقوموا بابرام الزواج الا بعد ان يتسلموا من كلا الشخصين العازمين على الزواج شهادة طبية لا يزيد تاريخها على الشهرين تثبت ان المعني بالامر قد وقع فحصه قصد الزواج بدون ان تذكر بها اشارة اخرى . ويكون تسليم الشهادة الطبية المنصوص عليها اعلاه اجباريا في الحالات التي سيقع ضبطها بقرار مشترك من كاتبى الدولة للداخلية وللصحة العمومية والشؤون الاجتماعية حال ما تتوفر الشروط الفنية لذلك .

الفصل ٢ - يجب ان توجه بصفة خاصة عناية الطبيب اثناء الفحص المنصوص عليه بالفصل السابق الى الاصابات المعدية والاضطرابات العصبية ونتائج الادمان على المشروبات الكحولية وغيرها من الامراض الخطرة وخاصة مرض السل ومرض الزهري بالنسبة للقرين وللذرية .

الفصل ٣ - ينبغي ان لا يسلم الطبيب الشهادة المنصوص عليها بالفصل الاول اعلاه الا بعد الاطلاع على نتيجة :

- ١ - فحص طبي عام .
- ٢ - فحص الرئتين بالاشعة وتصويرها اذا اقتضى الحال ذلك .
- ٣ - فحص الدم .

ويجب على الطبيب ان يطلع المعني بالامر على ملاحظاته ويبين له مدى اهميتها

ويمكنه ان يرفض تسليم الشهادة ان تبين له ان هذا الزواج غير مرغوب فيه وان يؤجل تسليم هذه الشهادة الى ان يزول خطر العدوى من المريض او تصير حالته الصحية غير مضرّة لذريته .

الفصل ٤ - يمكن للفحص المنصوص عليه اعلاه ان يقع حسب اختيار المعنيين بالامر اما لدى الاطباء وبمخابر التحليلات الطبية المقبولة لهذا الغرض من طرف كتابة الدولة للصحة العمومية او بالمستشفيات العمومية .

ويكون الفحص والتحليلات وكذلك تسليم الشهادة الطبية مجانيا اذا وقع القيام بها بالمستشفيات العمومية .

الفصل ٥ - يمكن للحاكم في الحالات الاستثنائية اعفاء الشخصين العازمين على الزواج او احدهما من تقديم الشهادة الطبية .

ولا تطلب الشهادة من كلا الشخصين العازمين على الزواج اذا كان احدهما في حالة احتضار .

الفصل ٦ - يقع ضبط مثال للشهادة الطبية السابقة للزواج بقرار من كاتب الدولة للصحة العمومية والشؤون الاجتماعية .

الفصل ٧ - يقع تتبع ضباط الحالة المدنية والعدول الذين لا يمثلون لاحكام الفصل الاول من هذا القانون امام المحكمة الابتدائية ذات النظر ترايبا ويعاقبون بخطية قدرها مائة دينار .

الفصل ٨ - ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

ويورد قانون الاسرة الجزائري رقم ٨٤ لسنة ١٩٨٤ الاحكام الآتية بشأن عقد الزواج واثباته :-

« المادة ١٨ - يتم عقد الزواج امام الموثق او امام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة ٩ من هذا القانون . (٣٩)

المادة ١٩ - للزوجين ان يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون .

المادة ٢٠ - يصح ان ينوب عن الزوج وكيله في ابرام عقد الزواج بوكالة خاصة .

المادة ٢١ - تطبق احكام قانون الحالة المدنية في اجراءات تسجيل عقد الزواج .

(٣٩) ونصها : يتم عقد الزواج برضا الزوجين ، وبولي الزوجة ، وشاهدا وصادق .

المادة ٢٢ - يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم اذا توافرت اركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية.

١٠- احكام الزواج

حكم العقد فقها له معان ثلاثة: الاول صفته الشرعية، اي طلب الشارع فعله أو تركه على سبيل الالتزام والترجيح على درجات كالوجوب والحرمة والكراهة والاباحة وهذا هو الحكم التكليفي.

والمعنى الثاني هو اعتداد الشارع به تبعا لاستيفاء العقد اركانه وشروطه او عدم استيفائه لها. وبذا يوصف العقد بالصحة او الفساد او البطلان، وهذا هو الحكم الوضعي. والمعنى الثالث هو الاثر المترتب على العقد شرعا، وهذا هو ما يسمى بمقتضى العقد، ويشار اليه احيانا بمفاعيل العقد.

والمعنيان الثاني والثالث مترابطان، اذ ان الاثار المترتبة على العقد تتوقف على كونه صحيحا او فاسدا او باطلا. ويعتبر الشيعة الاثنا عشرية الزواج الفاسد كالباطل ولا تترتب عليه احكام النكاح. (٤٠)

اما العقد الصحيح فهو ما استوفى كل اركانه وشرائط صحته وانعقاده. وهذا التعريف الشرعي وارد ايضا في قوانين سورية والاردن والمغرب والكويت. والعقد الصحيح، فقها، اما نافذ لازم، او نافذ غير لازم، او غير نافذ اطلاقا. فالعقد نافذ لازم اذا كان العاقد يتمتع باهلية كاملة وعقد لنفسه او لمن هو في ولايته او من وكله في انشاء العقد، او بعبارة اخرى فهو عقد لا يتوقف على اجازة احد ولا يقبل الفسخ. والعقد النافذ غير اللازم هو الذي يثبت لاحد الزوجين او غيرهما حق فسخه. فاذا تزوجت امرأة من غير كفاء بمهر المثل، او من كفاء على مهر اقل من مهر المثل، من غير رضا وليها العاصب فان له حق الاعتراض على الزواج وطلب فسخه امام القضاء، فالعقد هنا غير لازم. وكذلك اذا

(٤٠) الحلبي: المرجع المذكور ص ٧.

كان احد الزوجين عديم الاهلية او ناقصها وتولى عقد زواجه ولي غير الولي العاصب، وتحققت الكفاءة بين الزوجين واتفق على مهر المثل، فالعقد صحيح نافذ غير لازم ويحق لفاقد الاهلية او ناقصها حق فسخه عند زوال سبب الولاية عليه من صغر او جنون او عته. وكذلك اذا صاحب العقد تغريراً بالزوجة من حيث كفاءة الزوج لها نسباً ثم ثبت انه دونها فان العقد غير لازم ويحق لها هي واوليائها طلب فسخه. وموجز القول ان عقد النكاح لازم متى تحقق الرضا الكامل من الطرفين ولم يلحق ضرر باولياء الزوجة ولا بها لزواجه ممن هو دونها كفاءة او بمهر اقل من مهر مثلها.

اما الزواج الصحيح غير النافذ اصلاً فهو ما انعقد موقوفاً على اجازة من له حق الاجازة. ويتولاها ذو اهلية لا يملك ولاية انشاء العقد، بأن يعقد لغيره دون ان يكون له ولاية شرعية عليه، او من غير ان يستمد منه الولاية بوكالة، ومنه تزويج الفضولي وتزويج الولي البعيد مع وجود القريب الصالح للولاية، ومنه تزويج ناقص الاهلية نفسه بمهر المثل والكفء. وفي كل هذه الاحوال يتوقف العقد على اجازته من قبل الولي او الاصيل والا عد كالعقد الفاسد. وهذا هو نص المادة ٥٢ من القانون السوري:

« مادة ٥٢ - الزواج الموقوف حكمه قبل الاجازة كالفاسد. »

اما عقد النكاح الفاسد فهو عقد استوفى اركانه وشروط انعقاده ولم يستوف شروط صحته، لعدم وجود شاهدين مثلاً (عند اهل السنة)، او لزواج الرجل من اخته في الرضاع من غير علمهما. ويورد القانون السوري التعريف الآتي :-

« مادة ٤٨ - ١ - كل زواج تم ركنه بالايجاب والقبول واختل بعض شرائطه فهو فاسد. »

ولا يورد المشرع الاردني تعريفاً بل يحصى حالات الزواج الفاسد فيقول :-

« الزواج الفاسد :

المادة ٣٤ - يكون الزواج فاسداً في الحالات التالية :

- ١ - اذا كان الطرفان او احدهما غير حائز على شروط الاهلية حين العقد.
- ٢ - اذا عقد الزواج بلا شهود.
- ٣ - اذا عقد الزواج بالاكراه.

٤ - اذا كان شهود العقد غير حائزين للاوصاف المطلوبة شرعا .
٥ - اذا عقد الزواج على إحدى المرأتين الممنوع الجمع بينهما بسبب حرمة النسب او الرضاع .

٦ - زواج المتعة ، والزواج المؤقت . «

ويعرف القانون التونسي الزواج الفاسد على النحو الآتي :-

« الفصل ٢١ (الجديد) - الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد او انعقد بدون مراعاة احكام الفقرة الاولى من الفصل الثالث والفقرة الاولى من الفصل الخامس والفصول (١٥ و ١٦ و ١٧ و ١٨ و ١٩ و ٢٠) من هذه المجلة . واذا وقعت تبعات جزائية تطبيقا لاحكام الفصل (١٨) اعلاه فانه يقع البت بحكم واحد في الجريمة وفساد الزواج . ويعاقب بالسجن مدة ستة اشهر الزوجان اللذان يستأنفان او يستمران على المعاشرة رغم التصريح بفساد زواجهما . «

وفيما يلي الاجزاء المعنية من النصوص المشار اليها :-

« الفصل ١٥ : المحرمات بالقرابة : اصول الرجل وفصوله وفصول اول اصوله واول فصل من كل اصل وان علا .

الفصل ١٦ : المحرمات بالمصاهرة : اصول الزوجات بمجرد العقد وفصولهن بشرط الدخول بالام ، وزوجات الآباء وان علوا وزوجات الاولاد وان سفلوا بمجرد العقد .

الفصل ١٧ : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة ويقدر الطفل الرضيع خاصة - دون اخوته واخواته - ولدا للمرضعة وزوجها ولا يمنع الرضاع من النكاح الا اذا حصل في الحولين الاولين .

الفصل ١٨ (الجديد) : تعدد الزوجات ممنوع .

فكل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان واربعون الف فرنك او باحدى العقوبتين ولو ان الزواج الجديد لم يبرم طبق احكام القانون .

الفصل ١٩ : يحجر على الرجل ان يتزوج مطلقته ثلاثا .

الفصل ٢٠ : يحجر التزوج بزوجة الغير او معتدته قبل انقضاء عدتها.»

ويعرف عقد الزواج الباطل بانه ما حصل خلل في ركنه او فقد احد شروط انعقاده، مثلا ان لم تُفد صيغة الزواج انشاءه وايجاده، او كان العاقد فاقد الاهلية، أو لم يطابق القبول الايجاب، أو العقد على محرمة مع العلم بالتحريم.

والمماثلة واضحة بين العقدین الفاسد والباطل. ومع ان الاحناف يفرقون عامة بين كلا العقدین، مع عدم صحتهما كليهما، في المعاملات المالية فان المحققين منهم لا يفرقون بين النكاح الباطل والفاسد، بل يقول كمال الدين بن الهمام في فتح القدير «ان العقد الباطل والفاسد في النكاح سواء». فهم اذاً قريون من الامامية.

ولكن جمهرة الفقهاء والمشرعين تميز بين العقدین من حيث آثارهما ان جرى دخول. ويورد المشرع السوري حالة واحدة للعقد الباطل هي زواج المسلمة بغير المسلم (المادة ٤٨ / ٢). ومع ذلك فالمفهوم، بلا حاجة الى نص صريح، ان اي عقد لا يفي بشرائط الصحة والانعقاد فهو باطل.

ويحصى الشارع الاردني حالات الزواج الباطل صراحة فيقول: -

«المادة ٣٣ - يكون الزواج باطلا في الحالات التالية:

- ١ - تزوج المسلمة بغير المسلم.
- ٢ - تزوج المسلم بامرأة غير كتائية.
- ٣ - تزوج الرجل بامرأة ذات رحم محرّم منه.»

ويقسم الشارع الكويتي الزواج الى نوعين:

صحيح او غير صحيح. ويعرف الصحيح بانه ما توافرت اركانه وجميع شرائط صحته وفق القانون وما سواه فهو غير صحيح وهو اما باطل او فاسد (المادة ٤٣، أ/ب).

ويكون الزواج باطلا:

- أ - اذا حصل خلل في الصيغة، او في اهلية العاقد يمنع انعقاد العقد.
- ب - اذا كانت الزوجة من المحارم قرابة، او رضاعا، او مصاهرة، او زوجة للغير، او معتدته، او مطلقة الزوج ثلاثا، او لا يحل الجمع بينها وبين من في عصمته، او لا تدين بدين سماوي.

ج - اذا كان احد الزوجين مرتدا، او كان الزوج غير مسلم والمرأة مسلمة .

ويشترط في الفقرتين ب و ج السابقتين ثبوت العلم بالتحريم وسببه، ولا يعتبر الجهل عذرا اذا كان ادعاؤه لا يقبل من مثل مدعيه . (المادة ٤٩) .

وكل زواج غير صحيح سوى المذكور في المادة السابقة يعتبر فاسدا، ويترتب على الدخول فيه :-

أ - وجوب الاقل من المهر المسمى ومهر المثل عند التسمية، ومهر المثل عند عدمها .

ب - ثبوت نسب الاولاد بشرائطه .

ج - وجوب العدة عقب المفارقة، رضاء، او قضاء، وبعد الوفاة .

د - حرمة المصاهرة . (المادة ٥٠) .

والزواج الفاسد لا يترتب عليه اي اثر قبل الدخول . (المادة ٥١)

ويبقى الفرق الاساسي بين العقد الباطل والفاسد أن الباطل لا يترتب عليه اي اثر حتى بعد الدخول، بينما يوجب العقد الفاسد بعد الدخول مهرا وعدة وحرمة مصاهرة ويثبت النسب . وفي كلتا الحالتين يجب التفريق حكما . وقد تقدمت النصوص القانونية في التشريع الكويتي . وفيما يلي حكم القانون السوري :

« المادة ٥٠ - الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول .

المادة ٥١ - ١ - الزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل .

٢ - ويترتب على الوطاء فيه النتائج التالية :-

أ - المهر في الحد الاقل من مهر المثل والمسمى .

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

*- نص المادة ١٣٣ «١- الموطوءة بشبهة اذا جاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطيء . -٢- متى ثبت النسب ولو بنكاح فاسد او بشبهة، ترتب عليه جميع نتائج القرابة ويمنع النكاح في الدرجات الممنوعة وتستحق به نفقة القرابة والأرث .»

ج - حرمة المصاهرة .

د - عدة الفراق في حالتي المفارقة او موت الزوج ونفقة العدة دون التوارث بين الزوجين .

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

وتتضمن المجلة التونسية الحكم الآتي :-

«الفصل ٢٢ : يبطل الزواج الفاسد وجوبا بدون طلاق ولا يترتب على مجرد العقد أي أثر ويترتب على الدخول الآتية التالية فقط :

أ - استحقاق المرأة المهر المسمى او تعيين مهر لها من طرف الحاكم .
ب - ثبوت النسب .

ج - وجوب العدة على الزوجة وتبتدىء هذه العدة من يوم التفريق .

د - حرمة المصاهرة . «

وفي الفصل الثالث ، تحت عنوان «النكاح الفاسد والباطل» يورد القانون الجزائري المواد الآتية :-

«المادة ٣٢ - يفسخ النكاح اذا اختل احد اركانه او اشتمل على مانع او شرط يتنافى ومقتضيات العقد او ثبتت ردة الزوج .

المادة ٣٣ - اذا تم الزواج بدون ولي او شاهدين او صداق ، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل اذا اختل ركن واحد ، ويبطل اذا اختل اكثر من ركن واحد .

المادة ٣٤ - كل زواج باحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ، ووجوب الاستبراء .

المادة ٣٥ - اذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا . «
ويقضي القانون الاردني بالاحكام التالية :-

« حكم الزواج الباطل :

المادة ٤١ - الزواج الباطل سواء وقع به دخول او لم يقع به دخول لا يفيد حكما اصلا

وبناء على ذلك لا تثبت به بين الزوجين احكام الزواج الصحيح كالنفقة والنسب والعدة وحرمة المصاهرة والارث .

حكم الزواج الفاسد :

المادة ٤٢ - الزواج الفاسد الذي لم يقع به دخول لا يفيد حكما اصلا اما اذا وقع به دخول فيلزم به المهر والعدة ويثبت النسب وحرمة المصاهرة ولا تلزم بقية الاحكام كالارث والنفقة قبل التفريق او بعده .

بقاء الزوجين على الزواج الباطل والفاسد ممنوع :

المادة ٤٣ - بقاء الزوجين على الزواج الباطل او الفاسد ممنوع فاذا لم يفترقا يفرق القاضي بينهما عند ثبوت ذلك بالمحاكمة باسم الحق العام الشرعي ولا تسمع دعوى فساد الزواج بسبب صغر السن اذا ولدت الزوجة او كانت حاملا او كان الطرفان حين اقامة الدعوى حائزين على شروط الاهلية . »

وتقضي مدونة الاحوال الشخصية المغربية باحكام مماثلة فتقول في الفصل السابع والثلاثين : « النكاح الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده وفيه المسمى بعد الدخول والفاسد لصداقه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل .

٢ - كل زواج مجمع على فساده كالحُرمة بالصهر منفسخ بدون طلاق قبل الدخول وبعده ويترتب عليه تعيين الاستبراء وثبوت النسب ان كان حسن القصد . اما اذا كان مختلفا في فساده فيفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق ويترتب عليه وجوب العدة ، وثبوت النسب ويتوارثان قبل وقوع الفسخ . »

ويجمع الامامية في الحكم بين العقدين الفاسد والباطل فكل عقد نكاح فقد شرطا للصحة فهو فاسد لا تترتب عليه احكام النكاح ويجب التفريق بين الزوجين ان لم يفترقا ولا تثبت به حرمة المصاهرة اذا وقع التفريق او المُتاركة قبل الوطاء ولا يتوارث فيه الزوجان وبالوطء يجب مهر المثل ولا يجب قبله وإن سمي لها مهرا . (٤١)

(٤١) الحلبي : المرجع المذكور ص ٧ .

اما الزواج الصحيح النافذ اللازم فتترتب عليه كل اثاره من الحقوق الزوجية كالمهر ونفقة الزوجة ووجوب المتابعة والتوارث بين الزوجين وحقوق الاسرة لثبوت النسب وحرمة المصاهرة .

وبالنظر الى اهمية المهر والنفقة فسنفرد لكل منهما فصلا خاصا . وتتناول هنا الآثار الاخرى وفقا للشريعة والقوانين الحديثة ان وجدت .

اول الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين حل العشرة الزوجية بينهما والعفة والاحصان بدليل قوله تعالى في سورة (المؤمنون) :

﴿ قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ (١) الَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَاشِعُونَ (٢) وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ (٣) وَالَّذِينَ هُمْ لِلزَّكَاةِ فَاعِلُونَ (٤) وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (٥) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٦) فَمَنْ آتَبَعَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (٧) ﴾

ويترتب على ذلك حرمة المصاهرة، فتُحرّم الزوجة على اصول الزوج وفروعه كما يحرم هو على اصولها وفروعها، كما تقدم ذكره في بيان المحرمات . ويسري ايضا منع الجمع بين محرمين .

وبمجرد اتمام العقد يثبت التوارث بينهما حتى وان مات احدهما قبل ان يتم الدخول . ويستمر هذا الحق ما بقي العقد قائما فعلاً او حكماً . ويثبت نسب الولد من الرجل صاحب الفراش كما سنفصل في باب خاص .

ويجب على كلا الزوجين ان يعاشر الآخر بالمعروف صدعاً بأمره تعالى ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ سورة النساء، الآية (١٩) .

وفيما يلي نصوص قوانين الاحوال الشخصية العربية الحديثة في هذا الباب :-

المجلة التونسية :

« فيما يجب لكل من الزوجين على صاحبه

الفصل ٢٣ - على الزوج ان يعامل زوجته بالمعروف ويحسن عشرتها ويتجنب الحاق

الضرر بها وان ينفق عليها وعلى اولاده منها على قدر حاله وحالها في عامة الشؤون المشمولة في حقيقة النفقة . والزوجة تساهم في الانفاق على العائلة ان كان لها مال ، وعلى الزوجة ان ترعى زوجها باعتباره رئيس العائلة وتطيعه فيما يأمرها به في هذه الحقوق وتقوم بواجباتها الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة .

الفصل ٢٤ - لا ولاية للزوج على اموال زوجته الخاصة بها . «

قانون الاحوال الشخصية لدروز لبنان :

« المادة ٢٣ - الزوج مجبر على حسن معايشة زوجته ومساواتها بنفسه ، والزوجة مجبرة ايضا على اطاعة زوجها في الحقوق الزوجية المشروعة . «

المدونة المغربية :

« الفصل الرابع والثلاثون -

الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين :

- ١ - المساكنة الشرعية .
- ٢ - حسن المعاشرة وتبادل الاحترام والعطف والمحافظة على خير الاسرة .
- ٣ - حق التوارث بين الزوجين .
- ٤ - حقوق الاسرة كنسب الاولاد وحرمة المصاهرة .

الفصل الخامس والثلاثون -

حقوق المرأة على الزوج :

- ١ - النفقة الشرعية من طعام وكسوة وتمريض واسكان .
- ٢ - العدل والتسوية اذا كان الرجل متزوجا باكثر من واحدة .
- ٣ - السماح للزوجة بزيارة اهلها واستزارتهم بالمعروف .
- ٤ - للمرأة حريتها الكاملة في التصرف في مالها دون رقابة الزوج اذ لا ولاية للزوج على مال زوجته .

الفصل السادس والثلاثون -

حقوق الرجل على المرأة :

- ١ - صيانة الزوجة نفسها واحسانها .
- ٢ - طاعة الزوجة لزوجها بالمعروف .
- ٣ - ارضاع اولادها عند الاستطاعة .
- ٤ - الاشراف على البيت وتنظيم شؤونه .
- ٥ - اكرام والدي الزوج واقاربه بالمعروف . «

قانون الاسرة الجزائري .

« الفصل الرابع :

حقوق وواجبات الزوجين -

المادة ٣٦ : يجب على الزوجين :

- ١ - المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة .
- ٢ - التعاون على مصلحة الاسرة ورعاية الاولاد وحسن تربيتهم .
- ٣ - المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والاقربين بالحُسنى والمعروف .

المادة ٣٧ : يجب على الزوج نحو زوجته :

- ١ - النفقة الشرعية حسب وسعه الا اذا ثبت نشوزها .
- ٢ - العدل في حالة الزواج باكثر من واحدة .

المادة ٣٨ : للزوجة الحق في :

- ١ - زيارة اهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف .
- ٢ - حرية التصرف في مالها .

المادة ٣٩ : يجب على الزوجة :

- ١ - طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة .
- ٢ - ارضاع الاولاد عند الاستطاعة وتربيتهم .
- ٣ - احترام والدي الزوج واقاربه . «

يلاحظ ان بعض هذه النصوص القانونية تشير الى المساكنة الشرعية واسكان المرأة

وان كان ذلك يدخل ضمن حق النفقة . ويستند حق المرأة في توفير الرجل سكنا لها الى النص في سورة الطلاق ، الآية (٦) :

﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾

ويجب ان يكون المسكن الشرعي خاليا من الضرة لما في وجودها من ايداء للزوجية . وان يكون خاليا من اهله لانها تتضرر بذلك فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع ، الا ان تختار ذلك وبذا تكون قد رضيت بانتقاص حقها .

ويجب ان يكون المسكن على ما يليق بالرجل ، وان يزود بالمرافق الشرعية ، وان يكون بين جيران صالحين . ومقابل ذلك يجب على الزوجة ألا تُسكن معها احدا من اهلها ولا من اولادها من غير الزوج من غير اذنه وبلا رضاه . وعليها ايضا الا تمتنع عن الاقامة فيه بغير سبب شرعي والا عُدَّت ناشرة كما سيرد بيانه تفصيلا في باب النفقة .

وفيما يلي تفصيل هذه الاحكام في النصوص القانونية العربية الحديثة :

قانون الاحوال الشخصية السوري

«المسكن -

- المادة ٦٥ - على الزوج اسكان زوجته في مسكن امثاله .
المادة ٦٦ - على الزوجة بعد قبض معجلها ان تسكن مع زوجها .
المادة ٦٧ - ليس للزوج ان يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير رضاها .
المادة ٦٨ - عند تعدد الزوجات يجب على الزوج التسوية بينهن في المساكن .
المادة ٦٩ - ليس للزوج اسكان احد من اقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز اذا ثبت ايدأؤهم لها .
المادة ٧٠ - تجبر الزوجة على السفر مع زوجها الا اذا اشترط في العقد غير ذلك او وجد القاضي مانعا من السفر .»

قانون الاحوال الشخصية لدروز لبنان

«المادة ٢٢ - تجبر الزوجة بعد استيفاء المهر المعجل واجراء عقد الزواج الشرعي على الاقامة في بيت زوجها اذا كان مسكنا شرعيا ، وكذا على الذهاب معه اذا اراد الذهاب

الى بلدة اخرى ولم يكن هنالك مانع جدي . والمسكن الشرعي هو المسكن الذي يمكن ان يسكن فيه امثال الزوجين . »

قانون الاحوال الشخصية العراقي

« المادة ٢٦ - ليس للزوج ان يسكن مع زوجته ضررتها في دار واحدة بغير رضاها وليس له اسكان احد من اقاربه معها الا برضاها سوى ولده الصغير غير المميز . »

قانون الاحوال الشخصية الاردني

« المسكن -

المادة ٣٦ - يهيء الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله وفي محل اقامته وعمله .

وجوب الاقامة في مسكن الزوج -

المادة ٣٧ - على الزوجة بعد قبض مهرها المعجل الطاعة والاقامة في مسكن زوجها الشرعي والانتقال معه الى اية جهة ارادها الزوج ولو خارج المملكة بشرط ان يكون مأمونا عليها وان لا يكون في وثيقة العقد شرط يقتضي غير ذلك واذا امتنعت عن الطاعة يسقط حقها في النفقة .

انفراد الزوجة في المسكن -

المادة ٣٨ - ليس للزوج ان يسكن اهله واقاربه او ولده المميز معه بدون رضا زوجته في المسكن الذي هياؤه لها ويستثنى من ذلك ابواه الفقيران العاجزان اذا لم يمكنه الانفاق عليهما استقلالاً وتعين وجودهما عنده دون ان يحول ذلك من المعاشرة الزوجية كما انه ليس للزوجة ان تسكن معها اولادها من غيره او اقاربها بدون رضا زوجها . »

القانون الكويتي

« المادة ٨٤ -

أ - على الزوج اسكان زوجته في مسكن امثاله .

ب - وعليها بعد قبض معجل المهر ان تسكن معه .

المادة ٨٥ - ليس للزوج ان يسكن مع زوجته ضررة لها في مسكن واحد بغير رضاها .

المادة ٨٦ - ليس للزوج ان يسكن احدا مع زوجته سوى اولاده غير المميزين . ومن تدعو الضرورة الى اسكانه معه من اولاده الآخرين ووالديه ، بشرط الا يلحق الزوجة من هؤلاء ضرر .»

ويوجب الشيعة الاثنا عشرية السكنى للمرأة على زوجها في دار على حدة ان كان ذلك هو اللائق بحالها والا فعليه اسكانها في بيت من دار على حدة به المرافق الشرعية وله جيران بحسب حال الزوجة . وليس للزوج ان يجبر المرأة على اسكان احد معها من اهله ولا من اولاده الذين من غيرها سوى الولد الصغير الغير المميز ان لم تتضرر به وكان ذلك موافقا لعادة امثالها وليس لها ان تسكن معها في بيت الزوج أحداً من اهله ولو ولدها الصغير من غيره ولا يكون ذلك الا بالرضى .

الفصل الثاني المهر

١ - تعريف المهر

يعرف المهر بانه المال الذي يجب بالزواج في مقابلة منافع البضع اما بالتسمية او بال عقد. وله عدة اسماء: المهر والصداق والنحلة والفريضة والاجر والعقر. وهو واجب بالنص القرآني حيث يقول عز وجل:

﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ سورة النساء آية (٤).

وقوله تعالى ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾ سورة الاحزاب الآية (٥٠) وهو هدية لازمة وعطاء واجب من الرجل للفوز بقلب الزوجة وللتعبير عن شرف الزواج. ومن هنا يعرف الشارع المغربي المهر بقوله:

«الفصل السادس عشر - الصداق ما يبذله الزوج من المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج لانشاء اسرة وتثبيت اسس المودة والعشرة.»

فليس المهر ثمنا للعروس، على خلاف ما يتوهم البعض ولا سيما في الغرب، بل تنص المدونة المغربية صراحة على تحريم ذلك:

«الفصل التاسع عشر - يمنع ان يأخذ الولي - اب او غيره - من الخاطب شيئا لنفسه مقابل تزويجه ابنته او من له الولاية عليها.»

ويذهب الشارع الاردني هذا المذهب فيقول:

«المادة ٦٢ - لا يجوز لابوي الزوجة او احد اقاربها ان يأخذ من الزوج دراهم او اي

شيء مقابل تزويجها او تسليمها له وللزوج استرداد ما اخذ منه عينا ان كان قائما او قيمته ان كان هالكا. »

ويعبر الفقيه الحنفي كمال الدين بن الهمام في كتابه «فتح القدير على الهداية» عن هذا المعنى اجمل تعبير بقوله ان المهر «شرع ابانة لشرف العقد واطهار خطره... اذ لم يشرع بدلا، كالثمن والاجرة، والا لوجب تقديم تسميته... فتحصل ان المهر حكم العقد ولا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه، كالمملك لا يشترط لصحة البيع ذكره. » (٤٢)

ولذا فليس المهر ركنا ولا شرطا في عقد النكاح من حيث الصحة والالزام والنفاد ولا يذكر بهذه الصفة في اي تشريع اسلامي حديث. ويعد العقد صحيحا حتى وان خلا من اي ذكر للصداق. ويستدل الفقهاء على ذلك بالنص القرآني الكريم:

﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾
سورة البقرة الآية (٢٣٦)

ومعنى الآية انه لا اثم على من طلق زوجته قبل المسيس وقبل ان يفرض لها مهرا، والطلاق لا يكون الا من زواج صحيح، وبالتالي فان هذه الآية تثبت امكان صحة عقد نكاح من غير ذكر المهر.

المهر اذن أثر وحكم لعقد النكاح وليس ركنه ولا شرطا فيه. ولكن هذا لا يؤثر في كونه حقا للمرأة لا يمكن انكاره ولا يسقط بمضي المدة. ويرى الامامية انه اذا اشترط الزوج في العقد عدم المهر فشرطه فاسد والعقد صحيح (٤٣). ويوجب الشارع الكويتي المهر للمرأة بمجرد العقد الصحيح (المادة ٥٢). ويضيف الشارع السوري:

«مادة ٥٣ - يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح سواء أُسْمِيَ عند العقد ام لم يسم ام نفي اصلا.»

(٤٢) الكمال بن الهمام: «فتح القدير على الهداية» ج ٣ ص ٢٠٥.

(٤٣) الحلبي: المرجع المذكور، ص ٦.

ويقضي بان المهر حق للزوجة ولا تبرأ ذمة الزوج منه الا بدفعه اليها بالذات ان كانت كاملة الاهلية، ما لم توكل في وثيقة العقد وكيلا خاصا بقبضه. (م ٦٠ المعدلة). ويوجب القانونان السوري (م ١/٦١) والعراقي (م ١/١٩) وقانون دروز لبنان (م ٢٤) للزوجة مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر او فساد التسمية.

وينص القانون الاردني (م ٦١) على ان المهر مال للزوجة فلا تجبر على عمل الجهاز منه. وبالمعنى نفسه تنص المدونة المغربية (الفصل الثامن عشر) على ان المهر ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت ولا حق للزوج في مطالبته لها باثاث او مفروش او لباس عوضا عن الصداق الذي اصدقه اياها.

وتنحو المجلة التونسية (الفصل ١٢) نحو المدونة.

فهذا هو حكم الشرع والقانون في كون المهر حقا للمرأة لا سبيل الى انكاره. وهو ايضا حق لا يسقط بالتقادم. فيقول المشرع السوري (م ٢/٦٠) ان المهر المعجل لا تسري عليه احكام التقادم ولو حرر به سند ما دامت الزوجية قائمة. ولا تسمح المجلة التونسية (الفصل ١٣) ولا المدونة المغربية (الفصل ٢١) للزوج ان يجبر زوجته على البناء حتى يمكنها من حال صداقها، إلا ان المهر يعتبر بعد البناء دينا في الذمة لا يتسنى للمرأة الا المطالبة به فقط ولا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق.

٢ - في ما يصلح تسميته مهرا وما لا يصلح

يُجمع اهل السنة والشيعة على ان كل ما كان مالا او مقومًا بمال يصلح تسميته مهرا، من العقار كقطعة من ارض او بيت، او من العروض كقطعة من حرير او صوف، او من الأنعام والمكبيلات والموزونات ومنافع الاعيان التي يستحق بمقابلتها المال. كما يصح ان يكون المهر دينا للرجل على الغير.

اما ما ليس مقومًا بمال في ذاته او في حق المسلم فلا يصلح تسميته مهرا، كالدوم المسفوح، ولحم الميتة حتف أنفها، والخمر والخنزير. فاذا سُمي ذلك مهرا فالعقد صحيح والتسمية فاسدة ويجب مهر المثل.

وتأخذ التشريعات العربية الحديثة بهذا الحكم . فيقول الشارعان السوري (م ٥٤ / ٢)
والمغربي (الفصل ١٧ / ١) ان كل ما صح التزامه شرعاً صلح ان يكون مهراً . وتقول
المجلة التونسية (الفصل ١٢) ان كل ما كان مباحاً ومقوماً بالمال تصلح تسميته مهراً .
وتضيف المادة (٥٤) من القانون الكويتي ان المهر يمكن ان يكون مالا او عملاً او
منفعة بشرط الا ينافي قوامه الزوج . وتورد المذكرة الايضاحية مثالين : فإدارة اعمال الزوجة
والإشراف على أملاكها، وتعليمها، يمكن ان يكون مهراً . ولكن لا يجوز ان يكون مهراً
خدمة الزوج زوجته لما فيها من امتهان له ومنافاتها لقوامته عليها . كما يحدد المنفعة
بوجوب ان تقابل بمال ، فلا تصح تسمية طلاق الزوجة السابقة مهراً للزوجة الجديدة .

ويجب ان يكون المال المسمى مهراً معلوماً علماً نافياً للجهالة بالإشارة اليه وتعيين
جنسه ونوعه ومقداره ان كان معدوداً او مكياً او موزوناً . ويُتسامح في الجهالة اليسيرة .
ولا تصح الجهالة الفاحشة ، كتسمية المهر حيواناً او بيتاً او ثوباً .

٣ - مقدار المهر

يجمع فقهاء السلف والشارعون المُحدثون على انه لا حدّ لكثر المهر . فعن عمر
رضي الله عنه ، انه نهى ، وهو على المنبر ، ان يزداد في الصداق على اربعمائة درهم . ثم
نزل . فاعترضته امرأة من قريش فقالت : اما سمعت الله يقول : ﴿وَأَتَيْتُمُ إِحْدَاهُنَّ
قِنطَارًا﴾ (٤٤) .

فقال : « اللهم عفواً ، كل الناس أفقهُ من عمر » ، ثم رجع ، فركب المنبر ، فقال :
«إني كنت قد نَهَيْتُكُمْ ان تزيدوا في صدقاتهن على اربعمائة درهم ، فمن شاء ان يعطي

(٤٤) من سورة النساء الآيتين ٢٠ و ٢١ : ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا
مِنْهُ شَيْئًا ، أَن تَأْخُذُوهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا ؟ ... وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذن منكم ميثاقاً
غليظاً ، ؟﴾

من ماله ما احب» .

رواه سعيد بن منصور، وابو يعلى بسند جيد .

وعن عبد الله بن مصعب ان عمر قال : « لا تزيدوا في مهور النساء على اربعين اوقية من فضة ، فمن زاد اوقية جعلت الزيادة في بيت المال » . فقالت امرأة : « ما ذاك لك » . قال : « ولم ؟ » فقالت : « لأن الله تعالى يقول : ﴿ وَأَتَيْتُمَّ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا ﴾ » . فقال عمر : « امرأة أصابت ، ورجل أخطأ » .

إلا أن هناك أحاديث نبوية توحى بكراهة المغالاة في المهر .

فعن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال : « إن أعظم النكاح بركة ، أيسره مؤنة » . وقال : « يمن المرأة خفة مهرها ، ويسر نكاحها ، وحسن خلقها . وشؤمها غلاء مهرها ، وعسر نكاحها ، وسوء خلقها » .

ويذهب الأحناف الى ان اقل المهر عشرة دراهم فضة وزن سبعة مثاقيل ، بينما يقدره المالكية بثلاثة دراهم من الفضة او ربع دينار من الذهب . ولكن الجمهور من الصحابة والتابعين والمتجهدين لا يضعون حداً لأقل المهر ، ومنهم الشافعية والحنابلة ، بدليل قوله تعالى : ﴿ وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ﴾ من سورة النساء ، الآية (٢٤) . ومن السنة قوله ﷺ « التمس ولو خاتماً من حديد » .

وهذا مذهب المشرعين المحدثين الذين ينصون على انه لا حد لأقل المهر ولا لأكثره ، وان كانت المجلة التونسية أميل الى التحديد حيث توجب ألا يكون المهر تافهاً (الفصل ١٢) .

ويقول الإمامية إن اقل المهر ما تراضى عليه الزوجان وكان مقوماً وان كان دون عشرة دراهم ولا حد لاكثره بل للزوج ان يسمي لزوجته ما شاء على حسب ميسرته . (٤٥)

(٤٥) الحلبي ، المرجع المذكور ، ص ١٨ .

٤ - في تعجيل المهر وتأجيله

لما كان المهر حكماً لعقد النكاح وليس من أركانه ولا شروطه، فإنه يصبح حق المرأة بمجرد العقد الصحيح. إلا أنه يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كله أو بعضه. ويتوقف ذلك على اتفاق الطرفين، فإن لم يوجد اتفاق، احتُكِمَ إلى العرف تطبيقاً للقاعدة الشرعية العامة: أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف فإنه يجب الرجوع إلى الأصل وهو تعجيل المهر كله باعتباره من أحكام العقد ولا تتراخى أحكامه عنه.

فإذا أُجِّلَ بعض المهر أو كُله إلى أجل قريب أو بعيد فإنه يجب إداؤه في موعد استحقاقه المتفق عليه، إن لم يُستَحَقَّ قبل ذلك بالوفاة أو الطلاق، أيَّ الأجلين كان أقرب. ولا يجوز أن يكون الأجل مجهولاً أو غير معين.

هذه هي أحكام الشرع عامة وبها أخذت التشريعات العربية الحديثة على التفصيل الآتي:

سورية: «المادة ٥٥ - يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً وعند عدم النص يُتَّبَعُ العرف.

المادة ٥٦ - التأجيل في المهر ينصرف إلى حين البيونة أو الوفاة ما لم يُنص في العقد على أجل آخر.»

المغرب: «الفصل العشرون

١ - يجوز تعجيل المهر أو تأجيله لأجلٍ مسمًى كلاً أو بعضاً حين العقد.

٢ - يجب المهر كله أو بعضه عند الدخول.

٣ - يستحق المهر كله بالموت أو بالدخول.»

الأردن: «المادة ٤٥ - يجوز تعجيل المهر المسمًى وتأجيله كله أو بعضه على أن يؤيد ذلك بوثيقة خطية وإذا لم يصرَّح بالتأجيل يعتبر المهر معجلاً.

المادة ٤٦ - إذا عُيِّنَت مدة للمهر المؤجل فليس للزوجة المطالبة به قبل حلول الأجل ولو وقع الطلاق. أما إذا تُوفِّيَ الزوج فيسقط الأجل. ويُشترط في الأجل أنه

إذا كان مجهولاً جهالة فاحشة، مثل إلى الميسرة، أو إلى حين الطلب، أو إلى حين الزفاف، فالأجل غير صحيح ويكون المهر معجلاً. وإذا لم يكن الأجل معيناً اعتبر المهر مؤجلاً إلى وقوع الطلاق أو وفاة أحد الزوجين.»

العراق: «المادة ٢٠ -

١ - يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلياً أو بعضاً. وعند عدم النص على ذلك يتبع العرف.

٢ - يسقط الأجل المعين في العقد لاستحقاق المهر بالوفاة أو الطلاق.»

الكويت: «المادة ٥٦ -

١ - يجوز تأجيل بعض المهر، وعند عدم النص يتبع العرف.

٢ - يسقط الأجل المعين في العقد لاستحقاق المهر بالبينونة، أو الوفاة.»

وعند الإمامية يصح تعجيل المهر كله وتأجيله كله إلى أجل قريب أو بعيد وتعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر على حسب ما تراضى عليه الزوجان^(٤٦).

٥ - المهر المسمى ومهر المثل

يمكن أن يتفق الطرفان على مهر في العقد، وهو المهر المسمى. ويلتزم به الزوج إذا كان العقد صحيحاً، واستوفى الشروط التي أوردناها بشأن المقدار وما يصح تسميته مهراً وما لا يصح.

فاذا لم يُسمَّ الزوج أو وكيله أو وليه مهراً وقت العقد، أو كانت التسمية فاسدة لأن المسمى ليس مالاً أصلاً أو في حق المسلمين، أو لجهالة نوعه جهالة فاحشة الخ، أو إذا اشترط الزوج في العقد ألا مهر لها، ففي كل هذه الأحوال يكون عقد النكاح صحيحاً والتسمية أو الشرط فاسداً، وهنا يجب مهر المثل.

ويُقَدَّر مهر المثل باعتبار قريبات الزوجة من جهة أبيها كالإخوات والعمات وبنات

(٤٦) الموضوع عنه.

الاعمام، ولا تُمثّل بأمرها ولا خالتها ان لم تكونا من عشيرة أبيها، كينت عمه مثلاً. ويُعتبر في مهر المثل ان تتساوى المرأتان المَقِيَسَة والمَقِيَس عليها وقت العقد سناً وجمالاً ومالاً وبلداً وعصراً وصلاحاً وعقلاً وعفةً وبكارةً وثبوبةً وعلماً وأدباً وعدمَ ولد. ويُعتبر ايضاً حال الزوج بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نساءها اي في المال والحسب وعدمهما لان لهما مدخلا في غلو المهر ورخصه. وكذا للجمال والعقل والتقوى والسن مدخل من جهة الزوج ايضاً فينبغي اعتبارها في حقه. واذا سُكِت في العقد عن المهر او نُفي فان المرأة تسمى «المفوّضة» لانها فوّضت نفسها الى الزوج بلا مهر. ويجب لها مهر المثل في هذه الحالة لان المهر في الابتداء ليس خالص حقها بل فيه حق الله تعالى الى العشرة دراهم (عند الأحناف الذي يضعون حداً ادنى للمهر)، وفيه حق الاولياء الى مهر المثل، وفيه حقها ابتداءً وبقاءً فليس لها ان تسقطه في الابتداء. وبالتالي، فان لها ان تطلب من الزوج فرض مهر لها ولو قبل الدخول ومتى طلبت منه ذلك يجب عليه ان يفرض لها. فان قام بهذا الواجب واتفق معها على شيء فيها، ولو كان أقل من مهر المثل، الا اذا كان هناك ولي عصبية فله حق الاعتراض. وان امتنع فلها ان ترفع امرها الى الحاكم لأنه وليّ من لا وليّ له. والحاكم يحضره ويأمره بفرض شيء لها فان امتثل ورضيت بما فرضه فيها، وان لم يمتثل ناب منابه وفرض لها مهر مثلها بالنظر الى من تماثلها من قوم أبيها، وحينئذ يلزم الزوج بما فُرض لها في هذه الحالة سواء كان المفروض بالتراضي او بأمر القاضي.

ويجوز زيادة المهر المسمّى أو إنقاصه بشروط مُعَيَّنَة. فيجيز فقهاء السنة والشيعه جميعاً للزوج، ان كان بالغا عاقلاً، ولأبيه وجده فقط، ان كان قاصراً - ولا يجوز لغيرهم ذلك - الزيادة للمهر بعد العقد وتلزمه الزيادة بشروط ثلاثة: معرفة قدرها وقبول الزوجة او وليها في المجلس وبقاء الزوجية.

وكما يجوز للزوج الزيادة في المهر للزوجة، يجوز للزوجة ان تحط كلّ المهر او بعضه عن زوجها ان كان مثلياً معرّفًا بالوصف بان تقول له أبرأتك من كل المهر او من نصفه. ويشترط في صحة هذا الحط شروط أربعة: الأول ان تكون بالغة عاقلة لانها والحالة هذه تكون لها الولاية في مالها فلها ان تتصرف بما شاءت. فلو كانت صغيرة فليس لها ذلك لعدم ولايتها على مالها. وليس لاحد من الاولياء ذلك ايضاً ولو كان اباً او جداً لان تصرف كل منهما في مال الصغيرة مقيد بالمصلحة ولا مصلحة في ترك شيء من

مال الصغيرة بعد ثبوته بالعقد. وكذا لو كانت كبيرة لانها هي ولية مالها، لا الأب ولا الجد، فاذا حط كل منهما شيئاً من مهرها فان كان باذنها صحّ لانه وكيل، وان كان بغير اذنها توقّف على إجازتها فان أجازته نفذ وان ردته بطل. الشرط الثاني ان تكون راضية مختارة بحيث أنه لو كانت مكرهة لم يصح. الشرط الثالث ان تكون في حال صحتها، فان كانت في مرض الموت عدّ ابرؤها زوجها من مهرها وصيةً فينفذ او لا ينفذ تبعاً لقانون الوصية. الشرط الرابع ان يكون المهر مثلياً معرفاً كالنقود والمكيات والموزونات، فان كان من الاعيان لم يصح الحط، لان الاعيان التي تتعين بالتعيين، كقطعة ارض بالذات او دار معلومة لا تقبل الاسقاط بالحط. فان ارادت الزوجة ان تملكها لزوجها كان ذلك هبة لا حطاً وسرت احكام الهبة من حيث الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له.

هذه هي أحكام الشريعة وفيما يلي النصوص القانونية الواردة بصددها:

سورية: «(المادة ٥٧) لا يُعتدّ باي زيادة او انقاص من المهر او ابراء منه اذا وقعت اثناء قيام الزوجية او في عدة الطلاق، وتُعتبر باطلة ما لم تجر امام القاضي، ويُلحق اي من هذه التصرفات الجارية امام القاضي بأصل العقد اذا قبل به الزوج الآخر.»

الأردن: «المهر المسمى ومهر المثل: -

المادة ٤٤ - المهر مهران: مهر مسمّى وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد، قليلاً كان او كثيراً، ومهر المثل وهو مهرٌ مثل الزوجة واقرانها من اقارب ابيها واذا لم يوجد لها امثال من قبل ابيها فمن مثيلاتها واقرانها من اهل بلدتها.

الزيادة في المهر والحط منه: -

المادة ٦٣ - للزوج الزيادة في المهر بعد العقد وللمرأة الحط منه اذا كانا كاملي اهلية التصرف ويُلحق ذلك باصل العقد اذا قبل به الطرف الآخر في مجلس الزيادة او الحط منه.»

الكويت:

«المادة ٥٥ - أ - يجب المهر المسمى تسمية صحيحة في العقد.

ب - اذا لم يُسمَّ المهر، او كانت التسمية غير صحيحة، او نُفي أصلاً، وجب مهر المثل .»

ويقول الاثنا عشرية انه اذا لم يُسمَّ الزوج او وليه مهراً وقت العقد وجب عليه ان يفرض لها بعد طلبها ما تقترحه اذا لم يزد عن مهر المثل وكذا لو سُمِّي تسمية فاسدة او حيوانا مجهول النوع او مكيفاً او موزوناً كذلك او نُفي المهر اصلاً ويصح ان يجعل تعليم القرآن مهراً .

ومهر المثل للحره هو مهر امرأة تماثلها من قوم ابيها كأختها او عمتها او بنت عمها او عمتها ولا تمثل بأماها او خالتها اذا لم يكونا مساويين لها في الشرف وتعتبر المماثلة وقت العقد سناً وجمالاً ومالاً وبلداً وعصراً وعقلاً وصلاً وعفة وبكارة وثيبوبة وعلماً وأدباً وعدم ولد ولا يبعد أن يعتبر أيضاً حال الزوج فالشريفة الأصل مهرها بالنسبة لشخص من أهل العلم والتقوى لا يماثل مهرها بالنسبة لمن لا يماثله في كماله فان لم يوجد من يماثلها من أقربائها في هذه الأوصاف كلها أو بعضها فمن قبيلة أخرى تماثل قبيلة أبيها ويشترط في ثبوت مهر المثل أخبار رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول واذا طلبت المفوضة التي زوجت بلا مهر من الزوج أن يفرض لها مهراً بعد العقد وقبل الدخول فامتنع، رفعت المرأة أمرها إلى الحاكم فيأمره بالفرض فان لم يفعل ناب منابه وفرض لها مهر مثلها بالنظر إلى من يماثلها من قومها بناء على شهادة الشهود ويلزم الزوج ما فرض لها سواء كان بالتراضي أو بأمر القاضي .

ويجوز للزوج وأبيه أو جده الزيادة في المهر بعد العقد وتلزمه الزيادة بشرط الاقباض وقبول الزوجة أو وليها وعدم بقاء العين بحالها لأنها هبة تجري عليها أحكامها نعم لو كان لهم عليها دين كفى العفو لأنه ابراء .

وكما يجوز للزوج الزيادة في المهر يجوز للمرأة البالغة أن تحط برضاها في حال صحتها كل المهر أو بعضه عن زوجها وإن كان من الاعيان ويلزم مع الاقباض وفيما إذا كان بيد الزوج مع عدم بقاء العين قائمة أو كون الزوج ذا رحم. وليس لابي الصغيرة أن يحط شيئاً من مهرها إلا مراعاة المصلحة لها بذلك ولا من مهر بنته الكبيرة إلا برضاها. ونسب إلى المشهور أنه لا يجوز للأب أو الجد أن يحط من مهر الصغيرة في الطلاق قبل الدخول ولو مع عدم المصلحة لها بذلك لكنهم قيدهم بالعفو عن البعض دون

٦ - احوال استحقاق المهر

قلنا ان المهر يجب للزوجة بمجرد عقد النكاح الصحيح . ولكن المرأة يجب لها الصداق ايضا بالدخول بها في عقد نكاح فاسد او بوطئها بشبهة الحل . وفي حالة البناء بالمرأة بموجب عقد فاسد او شبهة حل الوطاء، تستحق المرأة الصداق المسمى او مهر المثل، ايهما اقل . فان كانت التسمية فاسدة كان للمرأة مهر المثل . وتأخذ قوانين الاحوال الشخصية في سورية والعراق والأردن والكويت بهذه الأحكام (وان اغفلت الوطاء بشبهة الحل) .

ومع ان الشيعة يعتبرون عقد النكاح الفاسد في حكم الباطل فانهم يوجبون مهر المثل بعد الوطاء في العقد الفاسد وان سُمّي لها مهر^(٤٨) .

ورغم ان المهر يصبح حقا للمرأة بموجب عقد النكاح الصحيح فان وجوبه غير مستقر اذ يمكن ان يجب كله او يسقط نصفه او كله، حسب الأحوال .

أ - احوال وجوب المهر بتمامه للمرأة

يجمع فقهاء السنة على ان المهر بتمامه يجب للمرأة بأحد امرين في عقد نكاح صحيح:

١ - الدخول الحقيقي، او

٢ - موت احد الزوجين ولو قبل الدخول .

فاذا ماتت الزوجة فان مهرها يستحق الاداء فوراً الى ورثتها بعد خصم فريضة زوجها لانه وارث بسبب الزواج . ويجمع الفقهاء على ان المهر كله يجب للمرأة اذا مات زوجها حتف أنفه او بجناية عليه من اجنبي او قتل الزوج نفسه .

(٤٧) المرجع المذكور ص ٢٠ / ١٩ .

(٤٨) المرجع المذكور ص ٨ و ٢١ .

كما يجب المهر كله للزوجة، ويقول الى ورثتها، ان قتلها الزوج . ويوجب ابو حنيفة وصاحباها دون غيرهم المهر كله للزوجة حتى وان قتلت زوجها بمقولة ان الموت يؤكد المهر في كل صورته، وهذا هو الرأي المعمول به في مصر (٤٩).

لكن الائمة الثلاثة مع زفر يقولون ان الزوجة اذا قتلت زوجها قبل الدخول سقط مهرها كله، لأن قتلها زوجها جنائية، وما عُهدت الجنائيات مؤكدة للحقوق . ولأنها تحرم من الميراث شرعا، ومن باب اولى من المهر . ولأن قتلها زوجها كَرَدَتها . ومن حيث انها أنهت الزواج بمعصية فان المهر يسقط كله ان كان ذلك قبل الدخول .

ويأخذ الشارع الكويتي بهذا الحكم بالنص الآتي :

« المادة ٦٢ - اذا قتلت الزوجة زوجها قتلاً مانعاً من الإرث قبل الدخول، استرد منها ما قبضته من المهر، وسقط ما بقي منه . واذا كان القتل بعد الدخول فلا تستحق شيئا من الباقي .»

ويوجب الاثنا عشرية لزوم كل المهر بالدخول او وفاة احد الزوجين بشروط معينة، وفي ذلك يقول الحلبي : « بالوطء يتأكد لزوم كل المهر المسمى والزيادة التي زيدت فيه بعد العقد اذا استجمعت لشرائط اللزوم في النكاح الصحيح ومهر المثل في الفاسد والوطء بشبهة وعدم صحة التسمية وما فرض للمفوضة بعد العقد بالتراضي او بفرض القاضي . ولا يسقط المهر بعد الدخول ولو كانت الفرقة من قبل الزوجة ما لم تبرئه . وكذا لا يسقط شيء من المهر بموت أحد الزوجين قبل الدخول في النكاح الصحيح . إلا أنه إذا مات قبل الدخول ولم يسم لها مهرا ولا فرض لها بعد العقد فلا مهر عليه ولا متعة (٥٠) .»

وإلى الوطاء وموت احد الزوجين يضيف الاحناف امرا ثالثا هو الخلوة الصحيحة بين الزوجين ويعتبرونها دخولا حكما ان لم يكن حقيقيا، استنادا الى الآية الكريمة ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُم إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ سورة النساء آية (٣١) حيث يفسرون « الافضاء » بالاختلاء . كما يستدلون بحديث يروي عن رسول الله

(٤٩) ابو زهرة، المرجع المذكور ص ١٨٩ .

(٥٠) الحلبي، المرجع المذكور ص ٢١ .

صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق ، دخل بها او لم يدخل » .

والخلوة الصحيحة التي تقوم مقام الدخول الحقيقي وتوجب المهر كله هي ان يجتمع الزوجان في مكان ، آمنين من اطلاع الغير عليهما بلا اذنهما ، والأى يكون بأحد منهما مانع من الوطأ ، شرعياً كان ، كصوم فرض ، او حسياً ، مثل مرض لا يمكن من الدخول الحقيقي ، او طبيعياً كوجود ثالث معهما .

وتوجب الخلوة الصحيحة المهر كاملاً للمرأة في مصر ، حيث يُعمل بالمذهب الحنفي ، وفي سورية ، حيث يُرجع الى القول الارجح في هذا المذهب ، وفي الأردن ، بالطلاق بعد الخلوة ، وفي الكويت بمقتضى المادة (٦١) ونصها : « يتأكد المهر كله بالدخول الحقيقي ، او بالخلوة الصحيحة ، او بموت احد الزوجين » .

ويتفق الامام احمد مع الاحناف في مؤكدات المهر الثلاثة هذه بل يزيد عليها رابعا هو ما يُعدّ مقدمات الدخول . ويوجب ان النظر بشهوة او التقبيل او اللمس بشهوة يؤكد تمام المهر كالدخول ، ولو حصل من غير خلوة بل أمام جمع الناس^(٥١) .

ولكن الشافعي يرى ان الدخول الحقيقي والموت دون غيرهما يؤكدان المهر بتمامه ولا تؤكد الخلوة الصحيحة . ويوافقه مالك في ذلك إلا انه يعتبر من مؤكدات المهر انتقال الزوجة الى بيت الزوجية واقامتها فيه سنة بلا دخول حقيقي مع تهيؤ كل اسبابه ، فالمالكية اذن ينهجون نهجا وسطا ويجيزون ان تؤكد الخلوة المهر مع البقاء سنة .

وليست الخلوة الصحيحة كالوطء في كل الاحكام بل في بعضها ، مثل تأكد لزوم كل المهر عند الحنفية والحنابلة ، وثبوت النسب ، وهو من احكام العقد الصحيح ، والنفقة ، والسكنى ، وحرمة الجمع بين محرمين وبين اكثر من اربع ، وكل هذه من احكام العدة التي توجبها الخلوة الصحيحة .

اما الاحكام التي تختلف فيها الخلوة الصحيحة عن الدخول الحقيقي فهي :

١ - الإحصان : فلو زنى رجل بامرأة بعد الخلوة بزوجة فلا يُرجم لفقد شرط

(٥١) ابو زهرة : المرجع المذكور ص ١٩٣ .

الإحصان، وهو الوطاء. اما بعد الدخول الحقيقي بزوجته فان حد الرجم يقام عليه ان زنى بامرأة اخرى .

٢ - حرمة البنات: فعلى خلاف الوطاء، لا تحرم عليه بنات زوجته ان خلا بها بلا وطاء ولا مس بشهوة .

٣ - الرجعة: فلو طلق رجل امرأته طلاقاً رجعياً فلا تعد الخلوة اثناء العدة رجعة، على خلاف الوطاء .

٤ - حل المطلقة ثلاثاً للزوج الاول: فاذا تزوجت بغيره واختلى بها خلوة صحيحة فلا تحل للاول، بل لا بدّ من الدخول الحقيقي للحل .

٥ - الطلاق: فهو بائن بالضرورة بعد الخلوة الصحيحة، ولكنه قد يكون رجعياً او بائناً بعد الدخول الحقيقي .

٦ - الميراث: فلا توارث بين الزوجين بعد الطلاق في عدة الخلوة، بينما يرث احدهما الآخر اثناء عدة الطلاق الرجعي ان مات احدهما خلالهما .

وفي مذهب الشيعة الاثنا عشرية لا تقوم الخلوة الصحيحة مقام الوطاء ولا تؤكد لزوم كل المهر وهي ان يجتمع الزوجان في مكان آمنين من اطلاع الغير عليهما بغير اذنهما وان يكون الزوج بحيث يتمكن من الوطاء بلا مانع حسي او طبيعي او شرعي . ولا يكون حكم الخلوة الصحيحة المجردة عن الوطاء كحكم الوطاء في ثبوت النسب ولا في العدة وتوابعها مثل حرمة نكاح اخت الزوجة واربع سواها في عدتها اذ لا عدة لغير المدخول بها ولا في الإحصان وحرمة البنات وحل المرأة للزوج الاول بالرجعة ولا في الميراث من الزوج اذا مات بعد الطلاق ولكن تجب لها النفقة والسكنى لانهما يجبان بالتمكين (٥٢).

ب - احوال وجوب نصف المهر

يجب للمرأة نصف المهر المسمى اذا طلق الرجل امرأته قبل حدوث الوطاء أو الخلوة الصحيحة عند اصحابها او موت احد الزوجين، إعمالاً لقوله تعالى:

﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (سورة البقرة - آية ٢٣٧)

(٥٢) الحلبي: المرجع المذكور، ص ٢٢ .

ومن هذا النص الصريح يستنبط الفقهاء الشروط الاربعة التالية وبها تستحق المرأة نصف المهر :

- ١ - ان يكون الزواج بعقد نكاح صحيح .
- ٢ - ان يكون الصداق صحيح التسمية في العقد .
- ٣ - ان يقع الطلاق قبل الدخول الحقيقي او الخلوة الصحيحة .
- ٤ - ان تكون الفرقة من قبل الزوج إلا ان تكون بسبب خيار البلوغ او الإفاقة من الجنون او العته .

وفصّل الشارع الأردني ذلك بقوله :

« المادة ٤٨ - اذا سُمي مهر في العقد الصحيح لزم ادائه كاملا بوفاة احد الزوجين او بالطلاق بعد الخلوة الصحيحة . أما إذا وقع الطلاق قبل الوطء والخلوة الصحيحة لزم نصف المهر المسمى .

المادة ٥١ - الفرقة التي يجب نصف المهر المسمى بوقوعها قبل الوطء حقيقة او حكما هي الفرقة التي جاءت من قبل الزوج سواء كانت طلاقا او فسخا كالفرقة بالابلاء واللعان والعنة والرد وبإبائه الاسلام اذا اسلمت زوجته وبفعله ما يوجب حرمة المصاهرة . »

هذا اذا كان المهر مسمى في العقد . فان لم يسم في العقد اصلا او كانت التسمية غير صحيحة ، او نُفي المهر او لم يُذكر في العقد ثم فُرض بعده فلا يجب نصف المهر للزوجة بل يجب لها المتعة استنادا الى النص القرآني الشريف :

﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾ سورة البقرة آية (٢٣٦)

فوجب اذن الرجوع الى العرف في مقدار المتعة . وهي عند الاحناف كسوة كاملة تلبسها المرأة عند الخروج حسب عرف بلدها ، او قيمتها بشرط الا تزيد عن نصف مهر مثلها ، باعتبار المتعة عوضا عنه ، ولا تقل عن خمسة دراهم وهي نصف ادنى المهر عند الحنفية . ويذهب فقهاء السنة عامة الى وجوب مراعاة حال الزوجين معا والاخذ بالوسط بينهما غنى وفقراً . ويتمسك فقه الشيعة بحرفية النص فيقول الحلبي : «المعتبر في المتعة

عرف كل بلدة لاهلها فيما تكتسي به المرأة عند الخروج واعتبارها على حسب حال الزوج خاصة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره. ويجوز دفع بدل المتعة نقدا وله ان يتمتعها بالدار والدابة او بشيء من الاثاث البيئية. ولا تجب المتعة لمن طلقت قبل الدخول ولها مهر مسمى، ولا المتوفى عنها زوجها. وتستحب للمطلقة بعد الدخول سواء سمي لها مهراً ام لا. ويجوز زيادتها على نصف مهر المثل. «(٥٣)

ويذهب الشارع السوري هذا المذهب نفسه فيقول:

«المادة ٦٢ - المتعة هي كسوة المرأة عند الخروج من بيتها، ويعتبر فيها حال الزوج على ان لا تزيد عن نصف مهر المثل».

ويحذو حذوه الشارع الاردني فيقول:

«وجوب المتعة -

المادة ٥٥ - اذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة، والمتعة تعين حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج على ان لا تزيد عن نصف مهر المثل.»

ويجب التنبيه الى ان نصف المهر المستحق للزوجة عند الفرقة قبل الوطاء (او الخلوة الصحيحة عند اصحابها) لا يحسب الا للمهر المسمى تسمية صحيحة.

اما الزيادة عليه من قبل الزوج بعد العقد فان لها احكاما مختلفة تتوقف على ما اذا كانت الزيادة في يد الزوج او الزوجة وعلى طبيعتها.

فاذا كانت الزيادة في المهر وهو في يد الزوج ووقعت الفرقة قبل الدخول او الخلوة فينظر: ان كانت متولدة من المهر كثمر بستان تنتصف الزيادة مع المهر - البستان - الذي يصبح بعد الفرقة ملكا مشاعا بين الطرفين لكل منهما النصف في الاصل وفي النماء.

(٥٣) المرجع عينه، ص ٢٣.

وإن كانت الزيادة غير متولدة من المهر فينظر ان كانت متصلة به كالبناء في أرض سميت مهراً في العقد فهي لمن أحدثها وإن كانت منفصلة عنه كريع دار فإنها تنصف كما سبق .

وإن كانت الزيادة في المهر بعد ان قبضته الزوجة وقبل ان يسترد الزوج نصفه رضاً او قضاءً فهي للزوجة ولا عبرة بحصولها قبل الطلاق او بعده لأنها نماء ملكها بالقبض .
اما اذا حصلت الزيادة والمهر في يد الزوجة بعد رد نصفه الى الزوج رضاً او قضاءً فانها تنصف .

وفي الحالتين الأخيرتين يُستثنى الزيادة غير المتولدة من المهر والمنفصلة عنه - كالبناء فوق ارض ما- ، فانها تعود الى من أحدثها .

ج - أحوال سقوط المهر كله

يسقط كل المهر الواجب للزوجة بالعقد، مسمىً كان ام مهر المثل، اذا وقعت الفرقة بين الزوجين في إحدى الحالتين الآتيتين :

١ - إذا كانت الفرقة فسخاً للعقد من قبل الزوج قبل الوطاء (او الخلوة الصحيحة عند القائلين بها) بممارسة خيار البلوغ او الإفاقة من الجنون او العته . فاذا كان ولي ، غير الاب والجد ، قد زوج من له ولاية الاجبار عليه بسبب الصغر او الجنون او العته ، وزال السبب ، ولم يصر دخول (ولا خلوة) فان للزوج ان يطلب ، بناء على حق خيار البلوغ او الافاقة ، الفرقة بينه وبين امرأته امام المحكمة . فإن اجاب القاضي طلبه كانت الفرقة نقضاً للعقد من اصله ، واعتبر العقد كأن لم يكن ، وسقط المهر كله .

٢ - اذا فُرق بين الزوجين قبل الوطاء (او الخلوة عند القائلين بها) بسبب من جهة الزوجة ، مشروعاً كان او غير مشروع . فإن اختارت نفسها عند البلوغ او الافاقة من جنون او عته ، او طلقت نفسها قبل الدخول ان كانت العصمة بيدها ، فهذه اسباب مشروعة . أما الأسباب غير المشروعة فمنها الردة او عدم الدين السماوي بعد اسلام الرجل ، او ارتكابها مع أصول زوجها او فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة . ففي كل هذه الاحوال يسقط مهرها كله .

ويأخذ الشارع الاردني بهذه الاحكام ويزيد عليها :

«المادة ٤٩ - اذا وقع الافتراق بطلب من الزوجة بسبب وجود عيب او علة في الزوج او طلب الولي التفريق بسبب عدم الكفاءة وكان ذلك قبل الدخول والخلوة الصحيحة يسقط المهر كله .

المادة ٥٠ - اذا فُسخ العقد قبل الدخول والخلوة فللزوجة استرداد ما دفع من المهر .

المادة ٥٢ - يسقط المهر كله اذا جاءت الفرقة من قبل الزوجة كردتها او ابائها الاسلام اذا أسلم زوجها وكانت غير كتابية او بفعلها ما يوجب حرمة المصاهرة بفرع زوجها او بأصله ، وان قبضت شيئاً من المهر ترده .

المادة ٥٣ - يسقط حق الزوجة في المهر اذا فُسخ العقد بطلب من الزوج لعيب او لعدة في الزوجة قبل الوطء وللزوج ان يرجع عليها بما دفع من المهر .»

وبالمثل يرى الشيعة الامامية انه اذا تزوج صبي محجور عليه امرأة بلا اذن وليه ودخل بها فرد الولي نكاحها فلا مهر لها عليه ولا متعة مع علمها بحاله . اما اذا غرها فيحتمل ان لها الرجوع عليه بمهر المثل بسبب جنائته كاتلافه مال الغير ، وكذلك اذا بلغت الصبية التي زوجها غير الاب والجد من الاولياء زوجاً كفواً لها وبمهر المثل واختارت نفسها بالبلوغ قبل الدخول بها حقيقة فلا مهر لها على زوجها ولا متعة^(٥٤) .

٧ - قضايا المهر

تتعلق معظم قضايا المهر بالمنازعات على تسمية المهر اصلاً ، ومقدار المهر المتعاقد عليه ، وقبض شيء من الصداق . وقد تقع هذه المنازعات اثناء قيام الزواج او بعد الفرقة . وقد تنشأ بين الزوج الباقي على قيد الحياة وورثة الزوج المتوفي او بين ورثتهما ان كانا كلاهما قد توفيا .

(٥٤) المرجع عينه ، ص ٢٣ .

أ - الاختلاف في تسمية المهر اصلاً

إذا اختلف الزوجان في اصل التسمية فادعى احدهما تسمية قدر معلوم وانكر الآخر حدوث اية تسمية اصلاً، فان المحكمة تطبق القاعدة الشرعية الكلية: «البينة على من ادعى واليمين على من انكر». فان وجدت بينة من المدعي امر القاضي بالمهر المسمى فيها. وان لم تكن هناك بينة فان له تحليف المنكر. فان وُجِّهت اليه اليمين فامتنع عنها ثبتت دعوى المدعي. وان حلف انه لم يحصل تسمية اصلاً، يُقضي بمهر المثل بشرط ألا يزيد على ما ادعته المرأة ان كانت هي المدعية للتسمية لرضاها بما ادعته، وإلا ينقص عما ادعاه الزوج ان كان هو المدعي للتسمية لرضاها باعطائها ما ادعاه.

وفي هذا يقول الشارع الأردني في المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية رقم (١٩٧٦/٦١): «اذا وقع خلاف في تسمية المهر ولم تثبت التسمية يلزم مهر المثل. ولكن اذا كان الذي ادعى التسمية هي الزوجة فالمهر يجب ان لا يتجاوز المقدار الذي ادعته. أما اذا كان المدعي هو الزوج فالمهر لا يكون دون المقدار الذي ادعاه.»

ويجمع الشارع الكويتي بين كل هذه الاحكام ويزيد عليها حيث يقول:

«المادة ٦٨ -

أ - اذا اختلف الزوجان في اصل تسمية المهر بعد تأكيده، وعجز المدعي عن الاثبات، قُضي بالمسمى عند النكول، وبمهر المثل عند الحلف، بشرط الا يزيد على ما ادعته الزوجة، ولا ينقص عما ادعاه الزوج.

ب - ويسري ذلك عند الاختلاف بين احد الزوجين وورثة الاخر.

ج - واذا كان الاختلاف بين ورثة الزوجين قُضي بالمسمى ان ثبتت التسمية، والا فبمهر المثل.

د - واذا كان الاختلاف قبل تأكيد المهر قُضي بنصفه ان ثبتت التسمية، وبالمتعة ان لم تثبت، بشرط الا تزيد على نصف ما تدعيه الزوجة، ولا تنقص عن نصف ما يدعيه الزوج.»

وبصدد الفقرة الاخيرة «د» يجب التنبيه الى ان البت في النزاع بين الزوجين في تسمية المهر اصلاً على النحو المبين اعلاه انما يسري في احوال تأكيد المهر بالدخول او الخلوة قبل الفرقة او بعدها . ففي كل هذه الاحوال يجب للمرأة المهر كله كما تقدم . اما ان كان لا يجب لها الا النصف ، اي قبل الدخول ، فان القاضي يحكم بنصف المهر المسمى إن ثبت ، فان لم يثبت فلا رجوع الى مهر المثل ، لانه لا يتنصّف ، فيجب عليه حينئذ ان يأمر بالمتعة .

ب - الاختلاف في قدر المسمى

اذا لم ينكر اي من الزوجين وقوع تسمية المهر ولكنهما اختلفا على مقداره ، تطبق القاعدة الشرعية اعلاه ، فيطلب ممن يدعى المبلغ الاكبر - سواء كان المرأة او الرجل - ان يقيم البينة على دعواه . فإن فعل لزم الطرف الآخر ما يدعيه . وإن عجز كان له ان يطلب تحليف الآخر اليمين فان نكل فان نكوله اقرار بدعوى الطرف الآخر ، وإن حلف حُكِمَ له ، هذا مع الاستنارة بمهر المثل .

وهذا أيضاً في حالة وجوب المهر كله للمرأة بالدخول حقيقة او حكماً . أما ان وقع النزاع بعد الطلاق قبل الدخول فإنه يُحَكَمُ بمتعة المثل .

ويصوغ الشارع المصري في القانون رقم (١٩٢٩/٢٥) المادة (١٩) هذا الحكم بالنص الآتي : « اذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة فان عجزت كان القول للزوج بيمينه ، الا اذا ادعى ما لا يصلح ان يكون مهراً لمثلها عرفاً فيحكم بمهر المثل . وكذلك الحكم عند الاختلاف بين احد الزوجين وورثة الاخر او بين ورثتهما » .

ويكرر الشارع الاردني (م ٥٨) هذا الحكم نصاً تقريبا ، ويتابعه الشارع الكويتي (م ٦٩) مع اشتراط ألا يزيد مهر المثل على ما ادعته الزوجة .

ج - الاختلاف في قبض المهر

يحق للزوجة شرعاً ان تحرم الزوج من البناء بها وتمتنع عن الدخول في طاعته حتى تستوفي منه المهر المعجل المتفق عليه . وبهذا قضى الشارع المغربي في الفصل الحادي

والعشرين حيث يقول: «ليس للزوج ان يجبر زوجته على البناء حتى يمكّنها من حال صداقها». والى هذا ذهب الشارع التونسي أيضا (الفصل الثالث عشر).

ويحكّم الاحناف العادة في البت في الخلاف على قبض المعجل، فيقولون انه اذا سلمت المرأة نفسها لزوجها ثم ادعت بعد ذلك انها لم تأخذ شيئا من مهرها اصلا وهو ينكر ذلك فانه لا تسمع دعواها اذا كانت العادة الجارية هي ألاّ تسلم الزوجة نفسها للزوج إلاّ بعد ان تأخذ شيئا من المهر. أمّا إذا كانت العادة الجارية على خلاف ذلك فانه تُسَمَع دعواها بلا نزاع^(٥٥).

وتثبت الدعوى او تسقط بتطبيق القاعدة الشرعية المتقدمة، فيطالب الزوج بتقديم البينة على ادائه المعجل لانه هو الذي يدّعي الدفع. فان عجز فله أن يحلّف الزوجة التي تنكر القبض، فإن نكلت حُكِم بدعواه، وان حلفت رُفِضت. والاختلاف فيما ذكر بين احد الزوجين وورثة الآخر او بين ورثتهما كليهما كالاختلاف بين الزوجين حال حياتهما.

وهناك ثلاثة نصوص قانونية بهذا الشأن: اذ يقول الشارع المغربي (في الفصل الرابع والعشرين) «ان اختلف الزوجان في قبض حال الصداق فالقول قول الزوجة قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول». ويذهب الشارع الجزائري مذهبا مماثلا اذ يقول (المادة ١٧) «في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين او ورثتهما وليس لأحدهما بيّنة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة او ورثتها مع اليمين، واذا كان بعد البناء فالقول للزوج او ورثته مع اليمين». وتورد المادة (٦٠) الكويتية حكما مطابقاً وتردّفه بالقيد «ما لم يكن ثمة دليل او عُرفٌ مخالف».

(٥٥) الايباني، المرجع المذكور، ص ١١١.

الفصل الثالث النفقة

١ - تعريف

النفقة الزوجية هي تزويد المرأة بحاجتها من طعام وكسوة وسكنى وتطبيب وخدمة وما يلزمها من فرش وغطاء وسائر ادوات البيت على ما تعارف عليه الناس .

وهي حكم من احكام عقد النكاح الصحيح وحق للمرأة وواجب على الزوج على قدر سعته بمقتضى القرآن والحديث والاجماع . فيقول عز وجل :

﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ سورة البقرة، آية (٢٣٣)

وقوله تعالى في سورة الطلاق، آية (٦) : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾ ومن الحديث ان رسول الله ﷺ قال في خطبته في حجة الوداع فيما رواه مسلم في صحيحه : « اتقوا الله في النساء فانكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهنّ عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف » .

وتردد كل قوانين الاحوال الشخصية العربية الحديثة حكم الشريعة العام هذا .

ففي قوانين العراق والاردن وسوريا والكويت والجزائر نجد النص على ان النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم .

والى هذه القائمة يضيف الشارع المصري « وغير ذلك بما يقضي به الشرع . »

(م ٢ - قانون رقم ١٠٠/١٩٨٥). وينص قانون دروز لبنان في المادة (٢٨) على أن «النفقة هي ما ينفقه الانسان على عياله وزوجته ويشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب وخدمة الزوجة ذات الكرامة او العاجزة او المريضة، وهي لازمة الاداء بتراضي الفريقين او بحكم القاضي».

وتوجب المادة (٧٨) من قانون الاحوال الشخصية الاردني ما يلي: «اجرة القابلة والطبيب الذي يستحضر لأجل الولادة عند الحاجة اليه وثمان العلاج والنفقات التي تستلزمها الولادة على الزوج بالقدر المعروف حسب حاله سواء كانت الزوجية قائمة او غير قائمة».

ويجب التنويه بأن نفقة الزوجة على زوجها حق شرعي لها، بغض النظر عن غناها أو فقرها وعن ديانتها، لأن سبب استحقاقها الاحتباس وليس سد الحاجة، وإلا لما استحققتها الزوجة الغنية، ولا الصلة، والا لاستبعدت المخالفة ديناً. وهذا حكم يجمع عليه تقريباً فقهاء السلف والشارعون المحدثون ولا يُستثنى الا الظاهرية ومنهم الفقيه ابن حزم الاندلسي الذي يقول ان نفقة الزوجة تسقط عن زوجها اذا اعسر وتلزم هي بالانفاق عليه.

واستدل ابن حزم على هذا الرأي بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ، لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا، لَا تُضَارَّ وَاَلِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ، وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾. سورة البقرة، (آية ٢٣٣).

فقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ دليل على ان الغرم بالغنم فكما تراث الزوجة زوجها يجب عليها الانفاق عليه ان احتاج للنفقة. ويقول ابن حزم: الزوجة وارثة فعليها نفقة الزوج بنص القرآن (٥٦).

كما ان الشارع التونسي يوجب على الزوجة الاسهام في الانفاق على العائلة ان كان لها مال (الفصل ٢٣). ولا يُلزم الزوج بالنفقة اذا أعسر، إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين، فان عجز بعد اتمامهما عن الانفاق، طُلِّقت عليه زوجته. واذا كانت الزوجة عالمة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق. (الفصل ٣٩)

(٥٦) المحلي: ج ١ ص ٩٢.

٢ - في بيان من تستحق النفقة من الزوجات ومن لا نفقة لهن

تجب النفقة على الزوج لزوجته اذا توافرت الشروط الآتية :

أ - ان يكون عقد النكاح صحيحا .

ب - ان تكون الزوجة سالحة لاستمتاع الزوج بها بموجب العقد لبلوغ المقصود بالزواج .

ج - الا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بلا مسوّغ شرعي ولا بسبب من جهته .

ويحكم الشرع هذا اخذ الشارع في قوانين الاحوال الشخصية في مصر والاردن والعراق والكويت وسورية، وكلها توجب النفقة للزوجة على الزوج، ولو مع اختلاف الدين، من حين العقد الصحيح، ولو كانت مقيمة في بيت اهلها، إلا اذا طالبها بالنفقة وامتنعت بغير حق شرعي . ولها حق الامتناع عند عدم دفع الزوج لها مهرها المعجل ام عدم تهيئته مسكنا شرعيا لها .

فاذا سقط اي من هذه الشروط الثلاثة، سقط معه حق النفقة للزوجة، على ما نفصل

فيما يلي :

أ - العقد غير الصحيح

لا يعتد إطلاقا بالعقد الباطل ولا بالعقد الفاسد (قبل الدخول)، ولا يترتب عليهما اي حكم . ولا يجب للمرأة نفقة في عقد زواج فاسد حتى بعد الوطء لعدم وجود حق احتباس شرعي، ويحرم بقاؤهما معاً . فإن لم يفترقا يفرّق القاضي بينهما . وحتى إن صدر حكم بنفقة للمرأة قبل ظهور فساد عقد الزواج بناء على شبهة صحته، كالزواج بأخت بالرضاع من غير العلم بذلك، وأداها الزوج تنفيذاً للحكم، فان له ان يسترد ما دفع بعد ظهور فساد العقد . أمّا إن أنفق عليها بغير حكم فهو متبرع ولا يحق له استرداد ما بذل . ويوجب الشارع الاردني ألا يرث ولا نفقة في الزواج الفاسد الذي وقع به دخول، سواء قبل التفريق او بعده (م ٤٢) . ويوجب الشارع السوري للزوجة النفقة الزوجية ما دامت جاهلة فساد النكاح (م ٣/٥١) .

ب - عدم صلاحية الزوجة للاستمتاع بها

هذا موضوع لم تتناوله التشريعات العربية الحديثة ولكن تناوله فقهاء السلف، ويعبر عنه أحياناً بالتمكين. فلا تصلح الزوجة للاستمتاع بها في حالتين: صغر السن والمرض. ويذهب الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة الى ان الصغيرة التي لا تطبق الوطاء لا تجب لها نفقة الا اذا كانت تصلح للخدمة والاستئناس بها وأمسكها الزوج في بيته.^(٥٧)

اما الشيعة الاثنا عشرية فعندهم انه اذا كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للرجال فلا نفقة لها على زوجها ولو امسكها في بيته للاستئناس بها^(٥٨).

الحالة الثاني هي الزوجة المريضة مرضاً يحول دون مباشرة الزوج لها. والرأي المأخوذ به ان النفقة تجب لها سواء مرضت عنده بعد الزفاف، او في بيت ابوها قبل الزفاف ولم تمتنع عن الانتقال الى زوجها بغير حق. وهذا هو رأي الطرفين. أما اذا كان مرضها قبل الزفاف ولم تستطع الانتقال الى بيت الزوجية فلا نفقة لها باتفاق، لعدم إمكان الاحتباس، وعدم تأتّي الاستعداد له. ويرى الامامية ان المريضة التي لم تُزَف الى زوجها ولم يمكنها الانتقال اصلاً ولم يتحقق منها ما يصدق عليه التمكين عرفاً لا نفقة لها^(٥٩).

ج - فوات حق الزوج في الاحتباس بلا مسوّغ شرعي ولا سبب من جهته

هناك خمس حالات لفوات حق الزوج في الاحتباس بلا عذر شرعي ولا لسبب من جهته وهي حالات المرأة الناشرة والمحبوسة والمسافرة والمحترفة والمغصوبة.

١ - الناشرة: نجد المعنى الجامع للنشوز في المادة (٩٩) من مشروع قانون الاحوال الشخصية الذي وضعته اللجنة العلمية الفقهية التي ألفت لذلك سنة ١٩١٥ في مصر، ونصها كما جاء في الطبعة الثانية: «الناشرة: هي التي خرجت من بيت زوجها بلا اذنه بغير وجه شرعي، او امتنعت عن النقلة اليه بغير حق، أو منعت من الدخول عليها في بيتها

(٥٧) انظر تفصيل ذلك في الجزيري «الفقه على المذاهب الاربعة» الجزء الرابع ص ٥٦٥ وما بعدها.

(٥٨) الجَلِّي، ص ٤٤.

(٥٩) الموضوع عينه.

المقيمة معه فيه، ولم تكن قد سألته النقلة فأبى. وان منعه من الاستمتاع بها وهي في بيته فلا تكون ناشرة نشوزا موجبا لسقوط النفقة». ففيما عدا الحالة الأخيرة تفوت الناشرة على الرجل حق الاحتباس فتفقد حقها في النفقة، ولكنها اذا امتنعت بعذر شرعي او بوجه حق وجبت لها النفقة.

ويورد الشارع الكويتي هذا الحكم وأمثلة على الامتناع بحق فيقول في المادة (٨٧):
«أ - اذا امتنعت الزوجة عن الانتقال الى منزل الزوجية بغير مسوّغ، او منعت الزوج ان يساكنها في منزلها، ولم يكن أبى نقلها، سقط حقها في النفقة مدة الامتناع الثابت قضاء.

ب - ولا يثبت نشور الزوجة الا بامتناعها عن تنفيذ الحكم النهائي بالطاعة.
ج - ويكون امتناعها بمسوّغ اذا كان الزوج غير امين عليها، او لم يدفع معجل المهر، او لم يُعد المسكن الشرعي، او امتنع عن الانفاق عليها، ولم تستطع تنفيذ حكم نفقتها، لعدم وجود مال ظاهر له.»

ويورد الشارع الأردني حكماً مشابهاً ومثلاً آخر:

«المادة ٦٩ - اذا نشرت الزوجة فلا نفقة لها والناشر هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوّغ شرعي او تمنع الزوج من الدخول الى بيتها قبل طلبها النقلة الى بيت آخر. ويعتبر من المسوّغات المشروعة لخروجها من المسكن إيذاء الزوج لها بالضرب او سوء المعاشرة.»

ويردد قانون الأحوال الشخصية لدروز لبنان ذلك:

«المادة ٣٦ - اذا تركت الزوجة بيت زوجها بدون سبب مشروع، او كانت في بيتها ومنعت زوجها من الدخول اليه قبل طلب نقلها لبيت آخر، تسقط نفقتها مدة دوام هذا النشور.»

ويتفق الشيعة الامامية مع هذه الاحكام اذ يرون أن «الناشرة، وهي التي خالفت زوجها وخرجت من بيته بلا اذنه بغير وجه شرعي، يسقط حقها في النفقة مدة نشوزها. وان كانت لها نفقة مفروضة متجمدة لا تسقط بنشوزها، وكذا المستدانة بغير أمر الحاكم وأمر الزوج فضلاً عن المستدانة بأمرهما. وتكون ناشرة ايضاً اذا كان البيت المقيم به

ملكاً للزوجة ومنعته من الدخول عليها ما لم تكن سألتها النقلة منه فلم ينقلها . فإن عادت الناشئة الى بيت زوجها ولو بعد سفره ، او دعتة يدخل عليها ، اذا كان المنزل لها عاد حقها في النفقة ولا يعود ما سقط منها بنشوزها . وإن منعته من الاستمتاع بها وهي في بيته تكون ناشئة نشوزاً موجباً لسقوط النفقة» (٦٠).

٢ - المحبوسة : اذا حبست الزوجة عن جريمة او دين فلا نفقة لها على زوجها حتى لو كان حبسها ظلماً ، لانها قوتت عليه حقه بلا سبب من جهته . الا أنه اذا كانت محبوسة في دين عليها له فيكون السبب من جهته وتجب عليه نفقتها .

وهذا هو قول الائمة الاربعة وقول الشيعة ايضا كما يبين الحلبي :

« اذا حبست المرأة في دين تقدر على ايفائه فلا يلزم زوجها نفقتها مدة حبسها الا اذا كان الزوج هو الذي حبسها في دين له ولا تسقط النفقة مع عجزها عن التخلص من الحبس» (٦١) .

وينص عليه الشارع العراقي في المادة (٢٥) -

« لا نفقة للزوجة في الأحوال الآتية :-

(١) اذا تركت بيت زوجها بلا اذن وبغير وجه شرعي .

(٢) اذا حبست عن جريمة او دين .

(٣) اذا امتنعت عن السفر مع زوجها بدون عذر شرعي .»

٣ - المسافرة : لا نفقة للزوجة المسافرة من غير زوجها مدة سفرها سواء اكانت وحدها او مع محرم لها ولو لاداء فريضة الحج . ولكنها تستحق نفقة السفر ، لا الإقامة ، ان سافرت مع زوجها للحج بناء على رغبته هو ، وتشمل اجرة السفر ومصاريفه اللازمة . اما ان كانت هي التي ارادت الحج وصحبها زوجها فان لها نفقة الإقامة . ويوجب لها ابو يوسف نفقة الحضر لا السفر ان سافرت مع محرم لها لاداء فريضة الحج . وبهذا الرأي اخذ الشارع الكويتي (م ٩١) . ويوجب الامامية للزوجة التي تسافر الى الحج لأداء فريضة

(٦٠) الموضع عينه .

(٦١) الموضع عينه .

بدون ان يكون معها زوجها، والتي تسافر سفرا مندوبا او مباحا بإذن زوجها، نفقة عليه مدة غيابها. وإن سافرت بغير اذنه لا لأداء واجب سقطت نفقتها لأنها ناشئة(٦٢).

٤ - المحترفة: تسقط نفقة الزوجة المحترفة، كالمدرّسة او المحامية او الطيبة، ان كانت تعمل خارج البيت نهائياً وتعود إليه ليلاً، إن منعها زوجها من الخروج ومزاولة مهنتها، لفوات الاحتباس ولعصيانها زوجها بلا وجه حق. وتجب لها النفقة ان سمح لها بالخروج والعمل. ولكنه لا يملك منعها من الاشتغال في البيت بالحياكة، مثلاً ما دام ذلك لا يتنافى مع حقوق الزوجية وواجباتها.

ويرى الاثنا عشرية ان الزوجة المحترفة التي تكون خارج البيت نهائياً وعند الزوج ليلاً اذا منعها من الخروج وعصته وخرجت فلا نفقة لها ما دامت خارجة عن طاعته(٦٣).

ويقول الشارع السوري:

«المادة ٧٣- الزوجة التي تعمل خارج البيت نهائياً وعند الزوج الا اذا منعها من الخروج وخرجت فلا نفقة لها».

ويقول الشارع الاردني:

«المادة ٦٨- لا نفقة للزوجة التي تعمل خارج البيت بدون موافقة الزوج.»

لكن الشارع المصري يبدي تعاطفا اقوى مع قضية المرأة العاملة فيقول في المادة (١) من القانون (٢٥/١٩٢٠) المعدل بالقانون (١٠٠/١٩٨٥):

«ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية دون اذن زوجها في الاحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص او جرى به عرف او قضت به ضرورة، ولا خروجها للعمل المشروع، ما لم يظهر ان استعمالها لهذا الحق المشروط مشوّبٌ باساءة استعمال الحق، او مناف لمصلحة الاسرة، وطلب منها الزوج الامتناع عنه».

(٦٢) الموضوع عنه.

(٦٣) الموضوع عنه.

ويتابعه الشارع الكويتي فلا يعتبر نشوزا خروج الزوجة لما هو مشروع او لعمل مباح ما لم يكن عملها منافيا لمصلحة الاسرة (م ٨٩).

٥ - المغصوبة: لا نفقة للزوجة التي غصبها رجل آخر وحال بينها وبين زوجها، لفوات حق الزوج في الاحتباس من غير سبب منه حتى وان لم يكن لها دخل فيه، فأشبهه حبسها ظلما.

٣ - في تقدير النفقة

المرجع الاسمي الموجب للنفقة حقا للمرأة على زوجها، وهو النص القرآني وسنة الرسول، لم يبحثها تفصيلا بل اكتفى بالزام الزوج بالانفاق على قدر حاله.

فمن ذلك قوله تعالى في سورة الطلاق: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ، وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾. آية (٧).

كما ورد في السنة النبوية أن هند امرأة أبي سفيان جاءت رسول الله ﷺ تشكو شح زوجها فقالت: «يا رسول الله.. ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني». فقال ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».

ولذا أخذ الفقهاء على عاتقهم يجتهدون لتقدير النفقة. ونقتبس هنا ما ورد في المذكرة الايضاحية للقانون المصري رقم (١٠٠ / ١٩٨٥) بهذا الصدد:

«كان المتبع الى الآن في تقدير نفقة الزوجة على زوجها ان يراعى في ذلك حال الزوجين معا يساراً واعساراً وتوسطاً. فان اختلفت حال الزوجين بأن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً قُدِّرَ للزوجة نفقة المتوسطين. فاذا كان الزوج هو الموسر أمر بأداء ما فُرِضَ، واذا كان هو المعسر أمر بأداء نفقة المعسرين، والباقي يكون ديناً عليه يؤديه اذا أيسر. ربما ان الحكم ليس متفقاً عليه بين مذاهب الائمة الاربعة فمذهب الشافعي ورأي صحيح في مذهب ابي حنيفة لا تقدر نفقة الزوجة الا باعتبار حال الزوجة مهما كانت حالة الزوجة استنادا الى صريح الكتاب الكريم ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا— اسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾. وبما انه لا يجب ان تأخذ الزوجة من

زوجها اكثر مما يقدر عليه لانها تعاقدت معه على ان ينفق عليها مما يستطيع حسب اختلاف الازمان والأحوال فكان من المصلحة الاخذ بمذهب الشافعي والرأي الآخر من مذهب أبي حنيفة في تقدير نفقة للزوجة على زوجها ولذا وضعت المادة (١٦) من المشروع» .

وتقدر هذه المادة نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا او عسرا على ألا تقل في حالة العسر عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية .

وإذا أمّد الزوج امرأته بكفائتها من الطعام والكسوة والضروريات الأخرى واعد لها المسكن اللائق فهذه «طريقة التمكين» وهي الاصل في النفقة الزوجية، والعرف بين الناس .

وهناك طريقة اخرى للإفناق على الزوجة هي «طريقة التملك» وفيها تُفرض نفقة للزوجة باتفاق الزوجين او بقضاء الحاكم .

ويمكن ان تكون هذه النفقة المفروضة عينا: كأصناف من الطعام وانواع من الثياب تشكّل عادة كسوتين سنويا، ويكفّل الزوج بتدبير ذلك، او ان تكون نقودا يدفعها الزوج الى امرأته لتنفق على نفسها .

وفي تقدير القاضي للنفقة يجب عليه ان يحتسب وضع الرجل المالي بغض النظر عن حال المرأة وان يعيد تقديره بناءً على طلب الزوج او الزوجة .

ويجب ان يكون المسكن الشرعي لائقا بحالة الزوج المالية، وخاليا من سكنى الغير حتى من أهل الزوج واولاده من غيرها ما عدا غير المميز، وان يشتمل على كل المرافق والادوات المنزلية المناسبة، وان يقع بين جيران صالحين تأمن الزوجة وسطهم على نفسها وما لها .

أحكام الشرع العامة هذه ترد في القوانين الحديثة في مصر (وقد تقدم النص) والأردن حيث يقول الشارع نصا:

«المادة ٧٠ - تفرض نفقة الزوجة بحسب حال الزوج يسرا وعسرا وتجاوز زيادتها ونقصها تبعا لحالته على ان لا تقل عن الحد الأدنى من القوت والكسوة الضروريين للزوجة وتلزم النفقة اما بتراضي الزوجين على قدر معين او بحكم القاضي وتسقط نفقة المدة التي

سبقت التراضي او الطلب من القاضي .»

وفي سورية، حيث تقول المادة ٧٦ - (المعدلة بالمادة ٨ من القانون ٣٤ ت ١٢ / ١٩٧٥) : «تقدر النفقة للزوجة بحسب حال الزوج يسراً وعسراً، مهما كانت حالة الزوجة . على ان لا تقل عن حد الكفاية للمرأة .»

ولكن الشارع العراقي يقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتها يسراً وعسراً (٢٧م).

وعلى الضد، يعتد الشيعة الجعفرية بحال الزوجة فيقول الحلّي في تقدير نفقة الطعام: «تقدر نفقة الطعام في حال الزوجة تبعاً لعادة أمثالها من أهل البلد ولا يعتبر في تقديرها حال الزوج ولو كان الزوج فقيراً لا يخاطب الا بقدر وسعه والباقي دين عليه الى الميسرة^(٦٤)»

ويقول في تقدير الكسوة: «كسوة المرأة واجبة على الزوج من حين التمكين منها ويفرض لها، كسوتان في السنة: كسوة للشتاء وكسوة للصيف ويعتبر في تقديرها حال الزوجية تبعاً لعادة أمثالها من أهل البلد ولا يعتبر حال الزوج اعساراً ويساراً.»^(٦٥)

وفيما يلي النصوص القانونية الخاصة بتعديل مقدار النفقة صعوداً او هبوطاً:

القانون السوري -

«المادة ٧٧ -

١ - تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حال الزوج واسعار البلد .

٢ - لا تقبل دعوى الزيادة او النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة اشهر على فرضها في الطوارئ الاستثنائية .»

القانون العراقي -

«المادة ٢٨ -

١ - تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حالة الزوجين المالية واسعار البلد .

(٦٤) الحلّي: المرجع المذكور ص ٤٦ .

(٦٥) المصدر عينه ص ٤٨ .

٢ - تقبل دعوى الزيادة او النقص في النفقة المفروضة عند حدوث طوارئ تقتضي ذلك .»

القانون الاردني -

«المادة ٧١- لا تسمع دعوى الزيادة او النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة اشهر على فرضها ما لم تحدث طوارئ استثنائية كارتفاع الاسعار .»

ويتفق الشارع الكويتي مع هذه الاحكام عامة سوى انه لا يجيز سماع هذه الدعوى قبل مضي سنة (٧٧ م) .

وعند امتناع الزوج عن الانفاق وتطلب الزوجة نفقة لها، تتفاوت القوانين في تقدير المحكمة ومتى يبدأ فرض النفقة . ففي القانون السوري يُحكّم للزوجة من تاريخ الامتناع على ألاّ يحكّم باكثر من نفقة اربعة اشهر سابقة للدعاء (م٧٨) . وفي العراق تقضي المادة (٢٩) بأنه إذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة واختفى او تغيب او فُقد، حكم القاضي لها بالنفقة من تاريخ اقامة الدعوى بعد اقامة البينة على الزوجية وتحليف الزوجة بأن الزوج لم يترك لها نفقة وانها ليست ناشرا ولا مطلقة انقضت عدتها . ويأذن لها القاضي بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة .

وبالمثل يورد قانون الاحوال الشخصية لدروز لبنان المواد الآتية :

«المادة ٣٠- اذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة، فالقاضي يقدر النفقة حسب حال الفريقين اعتبارا من يوم الطلب، وله ان يأمر باعطائها سلفة عن المدة التي يغيبها .

«المادة ٣١- اذا عمز الزوج عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة، فالقاضي يقدر النفقة اعتبارا من يوم الطلب، على ان تكون دينا بذمة الزوج ويأذن للزوجة ان تستدين باسمه .»

«المادة ٣٢- اذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة واختفى او تغيب بذهابه لمحله بعيد او فقد، فالقاضي يقدر النفقة اعتبارا من يوم الطلب بعد اقامة البينة على الزوجية والغيبة وعلى كونه مفقوداً، وبعد تحليف الزوجة بأن الزوج لم يترك لها نفقة وبأنها غير مطلقة، ويأذن للزوجة لدى الحاجة بالاستدانة باسم الزوج .»

وفي القانون الأردني تقول المادة (٧٣): «إذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة، يقدر القاضي نفقتها اعتباراً من يوم الطلب ويأمر بدفعها سلفاً للأيام التي يعينها.»

وتنص المادة (٧٨) الكويتية على ما يلي:

أ - «تعتبر نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع عن الانفاق، مع وجوبه، ديناً على الزوج لا يتوقف على القضاء أو التراضي، ولا يسقط إلا بالاداء أو الإبراء مع مراعاة الفقرة التالية.

ب - ولا تُسمع الدعوى بها عن مدة سابقة تزيد على سنتين نهايتها تاريخ رفع الدعوى، إلا إذا كانت مفروضة بالتراضي.

ج - وإذا كان الزوج غير مقر بهذا التراضي فلا يثبت إلا بالكتابة.»

والمقتضى المادة (٨٠) من القانون الجزائري: «تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى. وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءً على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.»

وتقضي المادة (١) من القانون المصري رقم (٢٥/١٩٢٠)، المعدلة بالقانون رقم (١٠٠/١٩٨٥)، بأن تُعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الانفاق مع وجوبه، ولا تسقط إلا بالاداء أو الإبراء. ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى. ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفي بحاجتها الضرورية. ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج، ويتقدم في مرتبه على ديون النفقة الأخرى.

وتنص المادة (٨٠) من القانون السوري على ما يلي:

«المادة ٨٠ -

١ - إذا حكم للزوجة بنفقة على الزوج وتعذر تحصيلها منه، يلزم من يكلف بنفقتها فيما لو فرضت غير ذات زوج بأن ينفق عليها بالقدر المفروض ويكون له حق الرجوع على الزوج.

٢ - إذا اذن لها بالاستدانة ممن ليس مكلفاً بنفقتها، فله الخيار بين الرجوع على الزوج أو الرجوع عليها وهي ترجع على زوجها.»

وتورد المادة (٧٥) من القانون الأردني حكماً مطابقاً للفقرة (١) اعلاه .

اما المادة (٣٣) من قانون الاحوال الشخصية لدروز لبنان فتزيد قليلاً وتشير الى المواد التي اوردناها اعلاه، وفيما يلي نصها :

«المادة ٣٣- اذا اذن القاضي للزوجة المعسرة بالاستدانة عملاً باحكام المواد السابقة واستدانت من قريب تلزمه نفقتها، فلهذا القريب حق الرجوع على الزوج فقط . اما اذا استدانت من غريب، فللدائن الخيار في ان يطالب الزوج او الزوجة .»

وتسمح قوانين سورية والعراق والكويت ومصر، للقاضي اثناء نظر الدعوى بتقرير نفقة مؤقتة بالتفصيل الآتي :

القانون السوري : «مادة ٨٢ -

١ - للقاضي اثناء النظر بدعوى النفقة وبعد تقديرها، أن يأمر الزوج عند اللزوم باسلاف زوجته مبلغاً على حساب النفقة لا يزيد عن نفقة شهر واحد ويمكن تجديد الاسلاف بعده،

٢ - ينفذ هذا الأمر فوراً كالأحكام القطعية .»

القانون العراقي

«المادة الحادية والثلاثون

١ - للقاضي اثناء النظر في دعوى النفقة ان يقرر تقدير نفقة مؤقتة للزوجة على زوجها ويكون هذا القرار قابلاً للتنفيذ .

٢ - يكون القرار المذكور تابعاً لنتيجة الحكم الاصلية من حيث احتسابه أو رده .»

القانون الكويتي

«المادة ٧٩ -

١ - للقاضي في اثناء نظر دعوى النفقة ان يأمر الزوج بأداء نفقة مؤقتة الى الزوجة اذا طلبت ذلك، وتتجدد شهرياً، حتى يُفصل نهائياً في الدعوى .

ويكون هذا الامر واجب التنفيذ فوراً .

٢ - وللزوج ان يحط او يسترد ما أذاه، طبقاً للحكم النهائي .»

القانون المصري رقم ٢٥/١٩٢٩، معدلاً بالمادة (٣) من القانون رقم ١٠٠/١٩٨٥.

«المادة ١٦ - تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا او عسرا على الا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية .

وعلى القاضي في حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوافر شروطه ان يفرض للزوجة في مدى اسبوعين على الاكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة تفي بحاجتها الضرورية بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً الى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

وللزوج ان يجري المقاصة بين ما اذاه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية .»

ويوجب القانونان السوري (م ٨٣) والأردني (م ٧٩) على الزوج نفقة معتدته من طلاق او تفريق او فسخ . ويقضيان بأن نفقة العدة كنفقة الزوجية ويُحَكَمُ بها من تاريخ وجوب العدة . ويختلفان بعد ذلك فتنص المادة (٨٤) السورية على ألا يُقْضَى بتلك النفقة عن مدة اكثر من تسعة اشهر ، بينما تمضي المادة الأردنية (٨٠) فتضيف شروطاً واحكاماً اخرى وهذا نصها .« .. اذا لم يكن للمطلقة نفقة زوجية مفروضة . فاذا كان لها نفقة فانها تمتد الى انتهاء العدة على ان لا تزيد مدة العدة عن سنة . وللمطلقة المطالبة بها عند تبليغها وثيقة الطلاق فاذا بُلِّغَت الطلاق قبل انقضاء العدة بشهر على الاقل ولم تطالب بها حتى انقضت عدتها يسقط حقها في النفقة .»

وتضيف المادة ٨١ - «ليس للمطلقة في نشوزها نفقة عدة» .

لكن الشارع العراقي يوجب نفقة العدة للمطلقة على زوجها الحي ولو كانت ناشزاً (المادة ٥٠) ولا يوجب نفقة لعدة الوفاة . وبهذا الحكم الأخير اخذ الشارع الكويتي (م ١٦٤) ولو كانت المعتدة حاملاً .

الفصل الرابع فُرْقَ الزواج

١ - مقدمة

ينحل عقد النكاح، وتحل الفرقة بين الزوجين، في الحال او المال، بأحد أمور ثلاثة: بالطلاق او الفسخ او الموت.

والطلاق لغة، هو رفع القيد مطلقا حسيا كان ام معنويا، وهو، في اصطلاح الفقهاء، رفع قيد النكاح في الحال او في المال بلفظ مخصوص. فهو اذن بائن ان ازال الزوجية حالاً، وهو رجعي ان كان يزيلها بعد انقضاء العدة.

اما الفسخ فهو نقض العقد، اما من اصله عند عدم لزومه، لعدم الكفاءة او نقصان المهر عن المثل وما اليه، او بسبب عارض يمنع بقاء العقد شرعا، كردة الزوج مثلاً. ولا يقع الطلاق ولا الفسخ الا في عقد صحيح.

وقد يكون الطلاق بايقاع الزوج وحده، كما قد يكون بتراضي الزوجين بأن تفتدي الزوجة نفسها من عصمة زوجها بعوض تعطيه إيّاه ويخلعها به، وهذا هو الخلع وهو الطلاق على مال في قول.

وفي الفقرات التالية سنتناول الطلاق فالخلع فالتفريق القضائي فالتفريق بحكم الشرع بلا حاجة الى القضاء.

٢ - الطلاق

يعرّف الشارع العراقي الطلاق بالعبارة الآتية:

« المادة ٣٤ - الطلاق رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج او وكيله او من الزوجة ان وُكِّلت به او فُوِّضت او من القاضي ولا يقع الا بالصيغة المخصوصة له شرعاً » .

ونجد تعريفاً قريباً من هذا في المدونة المغربية ويؤخذ به حتى ان لم ينص عليه صراحة بما يجعل الطلاق بايقاع من الزوج بالاصالة او الإنابة . الا ان هناك استثنائين هما تونس والدروز في لبنان وسورية . ففي تونس ينص الفصل (٣٠) على انه « لا يقع الطلاق الا لدى المحكمة » .

وفي قانون الاحوال الشخصية لدروز لبنان تقول المادة ٣٧ -

« لا ينحل عقد الزواج بالطلاق إلا بحكم قاضي المذهب »

وتقضي المادة (٣٠٧) من القانون السوري بالأبّ يقع الطلاق بالنسبة للطائفة الدرزية الا بحكم القاضي وتقرير منه .

وفي الفقرات التالية سنعرض للطلاق من حيث المحل ، ومن يقع منه ومن لا يقع وصيغته وعدده واقسامه .

أ - محل الطلاق

محل الطلاق هو الزوجة في نكاح صحيح ، اذ لا طلاق في عقد غير صحيح كما تقدّم . وعلى هذا تجمع قوانين الاحوال الشخصية الحديثة ولكنها تختلف من حيث كون المرأة معتدة او غير معتدة . فتقول المدونة المغربية في نص يطابق المادة (٨٦) القانون السوري

« الفصل الخامس والاربعون - محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح او المعتدة من طلاق رجعي ولا يصح على غيرهما الطلاق ولو معلّقاً » .

بينما تقضي المادة (١٠٣) من القانون الكويتي ان تكون الزوجة غير معتدة ايضاً ، أخذاً بصحيح مذهب أحمد ومن وافقه ، وقطعاً للاحتيال على ايقاع الطلقات الثلاث في ساعة من نهار بانشاء طلاق المعتدة مرة ثانية ثم أخرى ولو في مجالس متعددة .

ويضيف الشارع المغربي في الفصل السابع والاربعين :

« إذا وقع الطلاق والمرأة حائض أجبر القاضي الزوج على الرجعة » .

ويقترّب الشيعة الجعفرية من ذلك فيقول الحلي : « محل الطلاق المرأة الطاهرة من الحيض والنفاس المستبرأة بأن يطلقها في طهر لم يواقعها فيه . واما المعتدة من طلاق رجعي فان رجع بها ثم طلق صح وبدون الرجعة يلغى الطلاق الثاني . وأما من انفسخ نكاحها بالعنة أو بإبَاء أحد الزوجين عن الاسلام والمعتدة من طلاق بائن فلا يقع عليهن طلاق . ولو جدد نكاحهن فله الطلاق حينئذ . واذا انقضت مدة الايلاء فلا تبين منه عندنا بل يلزمه الحاكم أما ان يفيء او يطلق ولو طلقها فطلاقها رجعي فلو راجعها صح طلاقها مرة اخرى » (٦٦) .

وهذا مأخوذ من الطلاق السني الواقع على الوجه المندوب شرعا وهو ان يطلق الزوج زوجته المدخول بها طليقة واحدة في طهر لم يمسه فيها بدليل قوله تعالى في سورة البقرة ، الآية (٢٢٩) :

﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ، فإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ... ﴾

أي أن الطلاق المشروع يكون مرة يعقبها رجعة ، ثم مرة ثانية يعقبها رجعة كذلك ، ثم إن المطلق بعد ذلك له الخيار ، بين أن يمسكها بمعروف ، أو يفارقها بإحسان .
ويقوله تعالى :

﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ .

أي فطلقوهن مستقبلات العدة ، وإنما تستقبل المطلقة العدة إذا طلقها بعد أن تطهر من حيض ، أو نفاس ، وقبل أن يمسه .

وحكمة ذلك أن المرأة إذا طلقت وهي حائض لم تكن في هذا الوقت مستقبلات العدة ، فتطول عليها العدة . لأن بقية الحيض لا يحسب منها وفيه إضرار بها .

وإن طلقت في طهر مسها فيه ، فإنها لا تعرف هل حملت أو لم تحمِل ، فلا تدري بِمَ تَعْتَدُ ، أتعَتدُ بالإقراء أم بوضع الحمل ؟

(٦٦) الحلي : المرجع المذكور ، ص ٥٩ .

وعن نافع عن عبد الله بن عمر، رضي الله عنه أنه طلق امرأته وهي حائض، على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ، عن ذلك؟ فقال رسول الله ﷺ:

«مُرَّةٌ فَلْيُرْجِعْهَا، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله سبحانه أن تطلق لها النساء».

وضده الطلاق البدعي وهو ان يطلق الرجل امرأته المدخول بها او غير المدخول بها بأكثر من طلقة واحدة، بلفظ واحد مثلاً ثلاث طلقات غير متفرقات، عند القائلين بجواز ذلك، او ان يطلق المدخول بها طلقة واحدة في الحيض او في طهر جامعها فيه. وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في عدد الطلقات.

ويجمع العلماء على ان طلاق البدعة معصية ولكن الجمهور يعتبره واقعا ما عدا الامامية كما تقدم والظاهرية وبعض ائمة الحنابلة واحد وجهين في مذهب احمد واختاره ابن تيمية.

ب - في من يقع طلاقه ومن لا يقع

الاجماع معقود، ما عدا في التشريعين التونسي والدرزي (كما سلف بيانه)، على ان الزوج يملك ايقاع الطلاق اذا كان مكلفاً، كما تقول المادة ٨٣ من القانون الاردني، اي عاقلاً بالغاً مختاراً يعي ما يقول. وبالتالي فلا يقع طلاق المجنون ولا السكران ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم. وتورد المادة (٨٨/ب) الاردنية هذا التعريف: «المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب او وله او غيرهما فلا يدري ما يقول». وتضيف المادة (١٠٢) الكويتية المخطىء.. والغضبان اذا غلب الخلل في اقواله وافعاله». وبالمثل تقول المدونة المغربية، الفصل التاسع والاربعون: «لا يقع طلاق السكران الطافح والمكره وكذا الغضبان اذا كان مطبقاً او اشتد غضبه».

ويضيف الشارح العراقي «من كان فاقد التمييز من غضب او مصيبة مفاجئة او كبير او مرض، والمريض في مرض الموت او في حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في

ذلك المرض او تلك الحالة وترثه زوجته . « (المادة ٣٥) .

ويجمع فقه السنة على وقوع طلاق الهازل بدليل الحديث الشريف : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والعتاق » .

ولكن فقه الشيعة لا يأخذ به . ويوجز الشيخ الحلي احكام الوقوع وعدم الوقوع في النص الآتي : « للزوج دون المرأة ان يرفع قيد النكاح الصحيح بالطلاق ويقع طلاق كل زوج بالغ عاقل مختار قاصدا للطلاق بحضور شاهدين ظاهرهما العدالة يسمعان الانشاء ولو كان محجورا عليه لسفه او مريضا غير مختل العقل . ولا يقع طلاق المكره ولا الهازل الذي لم يقصد الطلاق ولا بشهادة عدل واحد او فاسقين . لا يقع طلاق السكران سواء سكر طائعا مختارا ام كان مكرها او مضطرا . يقع طلاق الاخرس بإشارته المعهودة الدالة في قصده الطلاق .

لا يقع طلاق النائم والمجنون ومن اختل عقله لكبر او مرض او مصيبة فاجأته . ولا يقع طلاق المجنون اذا علقه بشرط وهو عاقل ثم جُنَّ ووجد الشرط وهو مجنون . اما المعتوه (السفيه) فيصح طلاقه . لا يقع طلاق ابي القاصر على زوجته ولا طلاق القاصر ولو كان مراهما « (٦٧) .

والاصل ان تكون سلطة الطلاق بيد الزوج ، ولكن يمكن ان ينيب عنه وكيفا لايقاعه بشرط ان يتصرف ضمن حدود ولايته ، كما يمكن ان يفوض الزوجة بتطبيق نفسها ، وان اشترط الشارع الاردني اثبات ذلك خطيا (م ٨٧) ، كما يمكن ان يوقعه القاضي بمقتضى ولايته العامة ، بناء على طلب الزوجة .

ج - ما يقع به الطلاق

يقع الطلاق باللفظ الصريح للمصدر بصيغة اسم الفاعل مثل انت طالق او اسم المفعول مثل انت مطلقة او الماضي مثل طلقتك .

(٦٧) المرجع المذكور ، ص ٥٨/٥٩ .

كما يقع بلفظ الكناية بشرط تحقق النية مثل قول الرجل لأمراته «اعتدى» او «استبرئي رحمك» او «انت واحدة» .

وعند العجز عن النطق به يقع بالكتابة، وعند العجز عنهما يقع بالإشارة المفهومة .
ويجب ان يكون اللفظ مضافا الى الزوجة .

وبهذه الأحكام أخذ الشارع في سورية (م ٨٧) والمغرب (ف ٤٦) والاردن (م ٨٦) والكويت (م ١٠٤) . وتقول المادة (٩٥) الاردنية: «يقع الطلاق بالالفاظ الصريحة وما اشتهر استعماله فيه عرفا دون الحاجة الى نية، ويقع بالالفاظ الكنائية والتي تحتل معنى الطلاق وغيره بالنية» .

ومن حيث الصيغة، يشترط الشارع الكويتي (م ١٠٥) ان يكون الطلاق منجزا اخذا بقول الامام على وشريح وطاووس وابن حزم وداود وجميع اصحابه واختيار بعض اصحاب الشافعي . وتنبه المذكرة الايضاحية الى ان التعليق على شرط محقق الحصول صوري وصيغته تنجيز في الحقيقة . وبذا الغى الطلاق المضاف والمعلق واليمين بالطلاق في جميع الصور .

ويذهب الشارع العراقي مذهبا شبيها حيث يقول في المادة ٣٦ -

« لا يقع الطلاق غير المنجز او المشروط او المستعمل بصيغة اليمين » .

والشارع المغربي « الفصل الخمسون :

الحلف باليمين او الحرام لا يقع به الطلاق »

الفصل الثاني والخمسون :

« الطلاق المعلق على فعل شيء او تركه لا يقع »

ويكتفي الشارع المصري (م ٢ قانون ٢٥ / ١٩٢٠) بأن الطلاق غير المنجز لا يقع اذا قصد به الحمل على فعل شيء او تركه لا غير .

ويذهب الشارع السوري الى ابعد من ذلك فيقول :

المادة ٩٠ - « لا يقع الطلاق غير المنجز اذا لم يقصد به الا الحث على فعل شيء او

المنع منه او استعمال استعمال القسم لتأكيد الإخبار لا غير . «
وفيما يلي احكام القانون الاردني بهذا الشأن :

«المادة ٨٩ - لا يقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء او تركه .

المادة ٩٢ - اليمين بلفظ ، «عليّ الطلاق» «وعليّ الحرام» وامثالهما لا يقع الطلاق بها ما لم تتضمن صيغة الطلاق مخاطبة الزوجة او اضافته اليها .

المادة ٩٦ - تعليق الطلاق بالشرط صحيح وكذا اضافته الى المستقبل ورجوع الزوج عن الطلاق المعلق والمضاف الى زمن مستقبل غير مقبول . «

وتتفق أحكام الشيعة الامامية مع التشريعين العراقي والكويتي من حيث ضرورة الانجاز ولكنها اشد ترمتا من حيث العبارة المستخدمة في الطلاق
وفيما يلي بيان ذلك على وجه التفصيل :

« يقع الطلاق لفظا وبالكتابة المرسومة المستيينة من العاجز عن النطق وكما يجوز للزوج ان يوقعه بنفسه يجوز له ان يوكل غيره به وان يأذنها بايقاعه تفويضا على نفسها وتوكيلا على غيرها من ضرائرها وغيرهن» (٦٨).

« لا يصح وقوع الطلاق الا بصيغة مخصوصة هي انت طالق او هذه او فلانة او ماشا كلها من الالفاظ الدالة على تعيين المطلقة دون غيرها من الصيغ . فلا يقع بقوله : «انت مطلقة» ولا بقوله : «طلقت فلانة» وإن قصد الإنشاء . ويقوم مقام الصيغة الصريحة اشارة الاخرس ولا يقع الطلاق بلا نية ولا بد لوقوعه من اضافة اللفظ الى المرأة المراد تطليقها والكناية وهي الالفاظ التي لم توضع للطلاق وتحتمله وغيره لا يقع بها الطلاق ولو مع النية والقربة» (٦٩).

«الطلاق لفظيا كان او بالكتابة من العاجز عن النطق يكون منجزا ومعلقا فالمنجز ما كان بصيغة طالق غير مقيدة بشرط ولا مضافا الى وقت وهذا يقع في الحال والمعلق ما

(٦٨) المرجع المذكور ص ٥٩

(٦٩) المرجع عينه ص ٦٠ .

كان معلقا بشرط او حادثة او مضافا الى وقت وهذا فاسد عندنا ولا يقع به طلاق الا اذا كان الشرط حاصلًا حال انشاء الصيغة كقوله لمن علم انها زوجته انت طالق ان كنت زوجتي او كان الشرط مما يقتضيه الطلاق او كان التعليق منفصلا» (٧٠).

ويشرح الحلّى ذلك بقوله:

«الصور الثلاث التي حكمنا فيها بصحة التعليق يقع فيها الطلاق منجزا ومعنى الحكم بصحة التعليق فيها هو ان التعليق لا يفسدها كما يفسد غيرها فمن طلق امرأته ثم بعد مدة اتبعه بشرط منفصل فطلاقه صحيح وشرطه لغو ومن علق طلاق امرأته على امر محقق الوقوع حال الطلاق او على امر يقتضيه الطلاق فطلاقه منجز ايضا فالمدار في فساد الطلاق المعلق على منافاته للتنجيز فالطلاق الاحتياطي صحيح لانه منجز ايضا». (٧١)

د - عدد الطلقات : الطلاق الرجعي والطلاق البائن

يملك الرجل على زوجته ثلاث طلقات اذا كان قد بنى بها، استنادا الى قوله تعالى في سورة البقرة، آية (٢٢٩):

﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾

ويرى الجمهور وأئمة المذاهب الاربعة انه اذا طلق الزوج زوجته ثلاثا لزمه ما نطق به سواء اقترن لفظ الطلاق بالعدد المذكور نصا، كانت طالق ثلاثا، او اشارة بالاصابع. كما يوقعون الطلاق ثلاثا بالفاظ في مجلس واحد.

وخالفهم في ذلك بعض المجتهدين كطاووس وعكرمة وابن اسحاق وقالوا انه يقع به واحدة لا ثلاثا، بدليل ما رواه مسلم عن ابن عباس. قال: «كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وابي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر: الناس قد استعجلوا في امر كان لهم فيه اناة فلو مضيناه عليهم، فأمضاه عليهم.»

(٧٠) المرجع المذكور ص ٦٥/٦٦.

(٧١) المرجع المذكور ص ٦٦.

وروى النسائي من حديث محمود بن لبيد قال :

«أخبرنا رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً . فقام غضبان . فقال : «أُلَيْعَبُ بكتاب الله وأنا بين أظهركم، حتى قام رجل فقال : يا رسول الله ، أفلا أقتله» ...»

ويقول ابن القيم في إغاثة اللهفان معلّقاً : «فجعله لاعباً بكتاب الله ، لكونه خالف وجه الطلاق وأراد به غير ما أراد الله به ، فإنه تعالى أراد أن يطلق طلاقاً يملك فيه رد المرأة إذا شاء ، فطلق طلاقاً يريد به ألا يملك فيه ردها .

وأيضاً فإن إيقاع الثلاث دفعة مخالف لقول الله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٌ﴾ .

والمرتان والمرات في لغة القرآن والسنة ، بل لغة العرب ، بل لغة سائر الأمم ، لما كان مرة بعد مرة . فإذا جمع المرتين والمرات في مرة واحدة فقد تعدى حدود الله تعالى ، وما دل عليه كتابه . فكيف إذا أراد باللفظ الذي رتب عليه الشارع حكماً ضد ما قصده الشارع ؟»

وأخذ الشارع في قوانين الاحوال الشخصية العربية الحديثة بأن الطلاق المقترن بعدد لفظاً او اشارة او كتابة لا يقع الا واحدة (المواد : ٣ (مصر ٢٥ / ٢٩) ، ٩٢ (سورية) ، ٩٠ (الاردن) ، ٣٧ / ٢ (العراق) ، ١٠٩ (الكويت) ، ٥١ (المغرب) .

كما يقول الشارع الاردني :

«المادة ٨٥ - يملك الزوج على زوجته ثلاث طلاقات متفرقات في ثلاثة مجالس .»

ويرتبط عدد الطلاقات بتكليف الطلاق بالرجعة او البيونة . فالاصل ان كل طلاق فهو رجعي : اي لا يتحقق في الحال بل بعد حين . وبالتالي فلا يترتب عليه رفع القيد ولا زوال الملك ولا انتهاء حل الاستمتاع . بل يبقى كل ذلك طيلة العدة وخلال مدتها يستطيع الزوج ان يراجع امرأته ويعيدها الى عصمته بلا مهر ولا عقد جديد ، اي بلا توقف على رضاها .

والاستثناء هو الطلاق البائن ، وهو في مذهب المالكية والشافعية وما اخذ به المشرعون في مصر والاردن وسورية والمغرب : الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول

والطلاق على مال وتطليق القاضي الزوجة على زوجها، بناءً على طلبها.

والبائن قسمان:

- أ - بائن بينونة صغرى - وهو ما جاز فيه للزوج التزوج بمطلقة بعد عقد جديد .
ب - بائن بينونة كبرى - وفيه تحرم المطلقة على مطلقها تحريماً مؤقتاً ان كانت مطلقة ثلاثاً فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ويدخل بها دخولا حقيقياً ثم يفارقها بطلاق او موت وتنقضي عدتها منه بدليل الآية:

﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾ البقرة، آية (٢٣٠)

وقد تقدم ان القانون التونسي يحرم المطلقة ثلاثاً على مطلقها (الفصل ١٩).

كما ان قانون الدرود ينص على ألا تحل للرجل مطلقته ابداً بعد صدور حكم القاضي بالتفريق بينهما (قانون الدرود اللبناني، المادة ٣٨) ويقول الشارع السوري في المعنى نفسه بصدد الدرود «لا يجوز عودة المطلقة الى عصمة مطلقها» (٣٠٧/ز)

لكن التشريعات العربية الأخرى تجيز الحل بعد الزواج بثانٍ والفرقة منه: فيقول الشارع الاردني:

المادة ١٠٠ - تزول البينونة الكبرى بتزوج المبانة التي انقضت عدتها زوجاً آخر لا يقصد التحليل ويُشترط دخوله بها وبعد طلاقها منه وانقضاء عدتها. تحل للاول .
ويقول الشارع الجزائري:

«المادة ٥١ - لا يمكن ان يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية الا بعد ان تتزوج غيره وتُطلق منه او يموت عنها بعد البناء.»

والرجعة حق للرجل لا يسقط بالاسقاط بدليل الآية ﴿وَيُعَوِّتُهُنَّ أَحَقُّ بِرِدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ البقرة، آية (٢٢٨) بعد قوله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ .

ويقول الشارع الاردني شارحاً:

«المادة ٩٧ - الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية في الحال وللزوج حق مراجعة زوجته اثناء العدة قولاً او فعلاً وهذا الحق لا يسقط بالاسقاط . ولا تتوقف الرجعة على رضاء الزوجة ولا يلزم بها مهر جديد» .

وتكون المراجعة بالقول الدال عليها كقوله لها « راجعتك » ويشترط ان تكون صيغتها منجزة غير معلقة على شرط ولا مضافة الى المستقبل، فهي كعقد الزواج من هذه الناحية .

كما تكون بالفعل الموجب لحرمة المصاهرة .

ولكن الشافعي يرى انها لا تكون الا بالقول الصريح ، ولا تصح بالوطء ودواعيه لان الطلاق يزيل النكاح . ويقول ابن حزم :

« فإن وطئها لم يكن بذلك مراجعاً لها حتى يلفظ بالرجعة ويُشهد ، ويعلمها بذلك ، قبل تمام عدتها . فإن راجع ولم يشهد . فليس مراجعاً لقول الله تعالى :

﴿ فَإِذَا بَلَغَ الْأَجَلْنِ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ، وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ .

ففرّق عز وجل بين المراجعة ، والطلاق ، والأشهاد . فلا يجوز افراد بعض ذلك عن بعض . وكان من طلق ولم يشهد بذوي عدل ، أو راجع ولم يشهد بذوي عدل ؛ متعدياً لحدود الله تعالى . »

وبهذا اخذ الشارع الكويتي حيث اشترط في الرجعة بالقول :

أ - ان تكون منجزة .

ب - ان تكون بحضور شاهدين : رجلين او رجل وامرأتين او بإشهاد رسمي .

ج - ان تعلم بها الزوجة .

ومع ان الاثنا عشرية يلزمون ان تكون الرجعة منجزة في الحال ، فلا يصح اضافتها الى وقت مستقبل ، ولا تعليقها بشرط ، فانهم يعتبرون الرجعة صحيحة بلا شهود وبلا علم المرأة . إلا انه يُندب للمراجع ان يُعلم المرأة بها اذا راجعها قولاً وأن يشهد شاهدين

عدلين عليها بعد حصولها فعلا^(٧٢) .

ومع أن الطلاق البائن يرفع قيد الزواج في الحال فتصبح المطلقة اجنبية عن زوجها، يجب عند الطلاق فانه يعتد بها عند حساب الطلقات. اذ انها لا تهدم الطلقات السابقة، وبالتالي يستطيع الزوج ان يراجع زوجته بعد الطلقتين الاولى والثانية، فاذا اوقع عليها الثالثة زال ملكه وحلها له كما تقدم في البيونة الكبرى .

فاذا انتهت العدة بلا رجعة وجب للمرأة المؤجل من صداقها فوراً واصبح الطلاق بائناً فلا توارث بين الزوجين بعد ذلك .

ومع الطلاق البائن يرفع قيد الزواج في الحال فتصبح المطلقة اجنبية عن زوجها، بحيث أن لا يحل له الاستمتاع بها. ولا يرث احدهما الآخر اذا مات قبل انتهاء العدة او بعدها، فان هناك استثناء في حكم طلاق المريض مرض الموت .

ويعرف القانون المدني الاردني مرض الموت بأنه «المرض الذي يعجز فيه الانسان عن متابعة اعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فان امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة او اكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح» (م ١/٥٤٣) و «يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالانسان فيها خطر الموت ويغلب في امثالها الهلاك ولو لم يكن مريضاً» (م ٢/٥٤٣).

ولم يثبت في القرآن الكريم ولا في السنة حكم طلاق المريض مرض الموت. ولكن من الثابت ان عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر طلاقاً مكماً للثلاث في مرض موته فحكم لها امير المؤمنين عثمان بميراثها منه قائلاً «ما اتهمته ولكن اردت السنة» .

كما قضى امير المؤمنين علي لام البنين بميراثها من عثمان الذي طلقها وهو محاصر في داره حتى قتل. وقال علي «تركها حتى اذا اشرف على الموت فارقتها» .

ولذا اختلف الفقهاء في طلاق المريض مرض الموت. فأوجب الاحناف ان ترث منه

(٧٢) المرجع المذكور، ص ٦٢ .

امراته اذا طلقها بائنا ومات في مرضه قبل انقضاء عدتها. وكذلك اذا بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ان مات او قتل بسبب ذلك. لكنها لا ترثه ان طلقها ثلاثا بأمرها او قال لها اختاري فاخترت نفسها. لانه في الوجه الاول يشعر بأن طلاقه اياها كان بقصد حرمانها من ميراثه فيعامل بنقيض قصده وهذا هو طلاق الفرار. اما في الوجه الثاني فالفرقة برضاها وطلبها.

وقال احمد وابن ابي ليلى: ترث بعد انقضاء عدتها ما لم تتزوج بغيره.

وقال مالك والليث: بل ترث سواء في العدة او بعدها، وسواء تزوجت ام لم تتزوج. وقال الشافعي انها لا ترث اصلا، وبذلك افتى ابن حزم الذي يعتبر طلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق.

ويأخذ الشارع السوري بقول الاحناف:

«المادة ١١٦ - من باشر سببا من اسباب البينونة في مرض موته او في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعا بلا رضی زوجته ومات في ذلك المرض او في تلك الحالة والمرأة في العدة فانها ترث منه بشرط ان تستمر اهليتها للإرث من وقت الإبانة الى الموت».

وبه أخذ الشارع المصري (م ١١ من قانون الموارث ٤٣/٧٧) والكويتي (م ٢٩٩ ب).

٣ - الخلع

الخلع لغة الإزالة مثل خلع فلان ثوبه اذا ازاله عنه، وخلع زوجته اذا ازال عصمتها، وهو في اصطلاح الفقهاء ازالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع او ما في معناه كال مبارأة. وهو جائز اذا تشاق الزوجان مثلاً وخشياً الاً يقوما بما يلزمهما من حقوق الزوجية بدليل قوله تعالى في سورة البقرة، الآية (٢٢٩):

﴿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﴾

وتشير إليه الآية الكريمة بفعل «افتدت» ولذا يسمى أيضا بالفداء. فان لم يُستخدم اي من هذه الالفاظ فقال الزوج، مثلا: «طلقتك او أبنتك على مبلغ كذا» كان هذا طلاقا على مال.

ويشترك الخلع والطلاق على مال في امور هي وقوع الطلاق البائن بكل منهما، ووجوب العوض الذي اتفق عليه الطرفان مقابل الخلع او الطلاق، وتلزم به الزوجة ان كانت مكلفة.

ويختلفان في امور هي:

أ - اجماع الفقهاء على ان الطلاق على مال طلاق ينقضي به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته. في حين ان هناك خلافا على الخلع اذ يعتبره الحنابلة فسحا لا يُنقص عدد الطلقات بينما يراه الأحناف طلاقاً يحتسب.

ب - اجماع الحنفية على ان الطلاق على مال لا يسقط أي حق ثابت لزوج قَبْل الآخر بمقتضى عقد النكاح الا اذا نص على اسقاطه، واختلافهم على سقوط تلك الحقوق في الخلع. اذ يرى الامام ابو حنيفة ان الخلع يسقط كل حق مالي ثابت لكل من الزوجين وقت الخلع. فيسقط المهر المؤجل ويسقط متجمد نفقتها عليه التي لم تستوفها منه.

بينما يرى تلميذه محمد هو والمالكية والشافعية ان الخلع لا يسقط إلا ما أُتفق على إسقاطه سواء بلفظ المخالعة ام المبارأة، مثل الطلاق على مال، لان اثر المعاوضة ليس الا في وجوب المسمى لا في اسقاط غيره، وما دامت الحقوق المالية قد ثبتت بالزواج الصحيح فانها لا تسقط بالفاظ تحتل الإسقاط كالخلع، لان الثابت بيقين لا يزول بالشك والاحتمال.

ج - اذا كان العوض في الخلع لا يتقوم بمال، كالخمر او لحم الخنزير، وقع طلاق بائن عند الأحناف لان لفظ الخلع كناية عن الطلاق، والطلاق بلفظ كنائي بائن عندهم، ولا يجب للرجل شيء على زوجته. اما اذا بطل العوض في الطلاق على مال فلا يجب للرجل شيء بالمثل ولكن يقع به طلاق رجعي.

ويحل الشارع الكويتي هذه المشكلة بتعريف الخلع بأنه طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع او الطلاق او المبارأة او ما في معناها.

(م ١١١/أ).

وبذا جعله يتناول المبرأة والطلاق على مال (المذكرة الايضاحية).

وبالتالي يوجب الشارع الكويتي العوض المتفق عليه في الخلع، من غير ان يسقط به شيء لم يُجعل عوضا عنه (م ١١٥).

ويشترط في الخلع ما يشترط في الطلاق: اي ان يكون المخالع أهلاً لايقاع الطلاق وتكون الزوجة محلاً له.

ويشترط الشارعان المغربي (الفصل ٦٣) والكويتي (المادة ١١٦) لاستحقاق الزوج ما خولع به ان يكون خلع المرأة اختيارا منها لفراق الزوج من غير اكراه ولا ضرر

ومع ان الخلع عقد ينعقد بايجاب وقبول فان تكييفه الفقهي يختلف بالنسبة الى الرجل والمرأة عند الاحناف. اذ يعتبرونه، من جانب الرجل، تعليقا للطلاق على قبول المال، ومن جانب المرأة معاوضة لها شبه بالتبرعات. وبالتالي

(أولاً) فإذا كان الزوج هو الذي صدر عنه الايجاب، فلا يجوز له الرجوع فيه قبل قبولها، لأن التعليق لا يجوز الرجوع فيه. فاذا قال لها خلعتك على مائة فسكتت ولم تقم من مجلسها، واستمرت مترددة بين القبول والرد، فليس له في تلك الفترة ان يرجع، واذا قام هو من المجلس لا يبطل الايجاب، ولكن يبطل بقيامها هي من غير رد او قبول. لان المعاوضات والعقود المالية عامة تبطل اذا تفرقت المجالس بعد الايجاب وقبل القبول. وان كان ايجابه وهي غائبة، فانها تنقيد بمجلس علمها، فان قامت من مجلس علمها قبل القبول بطل الايجاب، ولم يعد لها الحق في القبول، لأن ذلك حكم العقود المالية.

وإذا كانت هي الموجبة، بأن قالت مثلاً: لك مبلغ كذا إن طلقنتي. فإن لها أن ترجع في إيجابها هذا قبل قبوله وإذا قامت من مجلسها أو قام هو، بطل الإيجاب. وذلك لأن عقود التمليكات لا يتم الالتزام فيها إلا بقبول الطرف الآخر، فلا يلزم الموجب بإيجابه فيها قبل قبول الآخر. وتفرق المجلس فيها يبطل الإيجاب لانه دليل على الاعراض أو الرجوع في القبول، فيبطل الإيجاب بقيامها أو قيامه، إذ قيامه إعراض، وقيامها رجوع عن الإيجاب.

(ثانياً) يجوز للزوج أن يعلق إيجابه على أمر من الأمور فيقول لها مثلاً: خلعتك على مائة إن قبل أبوك، لأن التعليق يجوز على أمر آخر. ولكن لا يجوز لها أن تعلق إيجابها

على أمر من الأمور، لأن عقود التمليكات لا يجوز تعليقها بل لا تكون إلا بصيغة منجزة. والخلع تملك مال بالنسبة لها، فيأخذ كل أحكام التملك.

(ثالثاً) ولما كان العقد بالنسبة لها معاوضة في معنى التبرع فقد اشترط في الخلع بالنسبة لها أن تكون أهلاً للتبرع، بالإضافة إلى كونها محلاً للطلاق. ولذا فلا بد لثبوت بدل الخلع عليها من أن تكون بالغة عاقلة رشيدة، لأن من لا تستوفي هذه الشروط ليست أهلاً للتبرع.

وإنما اعتبر من جانبها معاوضة في معنى التبرع لأن بدل الخلع لا يوجد مال في نظيره. وإنما هو افتداء نفسها بهذا المال. فلا يمكن اعتباره معاوضة خالصة لأن المعاوضة الخالصة تكون في نظير مال أو ما في معناه.

هذا هو رأي الاحناف ولكن الحنابلة نصوا على جواز الرجوع في الايجاب قبل القبول لكل من الرجل والمرأة، وأطلق القول في فقه اليزيدية بجواز الرجوع من الموجب قبل القبول. وبهذا الاجتهاد اخذ الشراخ المحدثون في الدول العربية المسلمة. فتقول المادة (٩٦) من القانون السوري «لكل من الطرفين الرجوع عن ايجابه في المخالعة قبل قبول الآخر».

ومثلها المادة ١٠٣ (الأردن) والمادة ١١٣ (الكويت).

وبدل الخلع كالمهر فكل ما صح التزامه شرعا صلح ان يكون بدلا في الخلع، (المواد ٩٧ (سورية)، ٦٤ (المغرب)، ١٠٤ (الأردن)، ١١٤ (الكويت)).

ويوجب الشارعان السوري (م ٩٨) والاردني (م ١٠٥) انه اذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم ادائه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر ونفقة الزوجية.

وينصان (م ٩٩ و م ١٠٦ على الترتيب) على انه عند عدم التسمية في المخالعة اذا لم يُسَمَّ المتخالعان شيئاً وقت المخالعة بريء كل منهما من حقوق الآخر المتعلقة بالمهر والنفقة الزوجية.

ويمضيان فيقولان (م ١٠٠ و م ١٠٧ على الترتيب) إنه عند نفي البديل اذا صرح المتخالعان بنفي البديل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقعت بها طلاقة رجعية، الا ان نفقة العدة لا تسقط الا اذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة

(م ١٠١ و م ١٠٨ على الترتيب).

لكن الشارع الجزائري يذهب مذهبا مغايرا فيقول :

« المادة ٥٤ - يجوز للزوجة ان تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم » .

ويورد الشارع في سورية (م ١٠٢-١٠٣) والاردن (م ١٠٩ ، ١١٠ ، ١١١) والكويت (م ١١٧-١١٨) احكاما متماثلة بشأن الاولاد بعد تخالع الأبوين وهذا نصها :

- اذا اشترط في المخالعة اعفاء الزوج من اجرة ارضاع الولد او حضائته او اشترط امساكها له بلا اجرة مدة معلومة او انفاقها عليه فتزوجت او تركت الولد او ماتت يرجع الزوج عليها بما يعادل اجرة ارضاع الولد وحضائته ونفقته عن المدة الباقية اما اذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت .
- إذا كانت الأم المخالعة معسرة وقت المخالعة او أعسرت فيما بعد يجبر الأب على نفقة الولد وتكون دينا له على الأم .
- اذا اشترط الرجل في المخالعة امساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية اخذه منه ويلزم ابوه بنفقته فقط ان كان الولد فقيرا .

وبينما يقضي الشارع السوري (م ١٠٤) بالأب يجري التقاص بين نفقة الولد المستحقة على ابيه ودين الأب على الخاضنة، يمضي الشارع المغربي (الفصل ٦٥) فيحرّم الخلع بشيء تعلق به حق الاولاد اذا كانت المرأة معسرة .

ولما كان الخلع من جانب المرأة معاوضة في معنى التبرع كما تقدم فانه يشترط بالنسبة اليها الاهلية للتبرع اي العقل والبلوغ وعدم الحجر لسفه او مرض .

ومن هنا يوجب الشارعان السوري (م ٩٥ / ٢) والاردني (م ١٠٢ / ب) ان المرأة التي لم تبلغ سن الرشد اذا اختلعت لا تلتزم ببذل الخلع الا بموافقة ولي المال .

ويقول الشارع المغربي بالمعنى نفسه الفصل الثاني والستون : - « تخالع الرشيدة عن نفسها والتي دون سن الرشد القانوني اذا خولعت وقع الطلاق ولا تلزم ببذل الخلع الا بموافقة ولي المال » .

ويجيز الشارع الكويتي (م ١١٩) خلع المريضة مرض الموت فيقول: «يصح خلع المريضة مرض الموت، ويعتبر العوض من ثلث مالها عند عدم اجازة الورثة. فان ماتت وهي في العدة، فللمخالع الأقل من ميراثها، ومن العوض، ومن ثلث المال. وإن ماتت بعد العدة، او قبل الدخول، فله الاقل من العوض، ومن ثلث المال».

بهذا ينتهي بحثنا في فرقة الزواج بارادة الزوج وحده، إما ابتداءً، وهذا هو الطلاق عند من يجيزونه من غير رجوع الى المحكمة، او بالتراضي بين الزوجين بأن تفتدي الزوجة نفسها، وهذا هو الخلع. وقد تقدم في تعريف الطلاق انه يكون بايقاع الزوج نفسه او وكيله او من الزوجة ان وكلها وفوضها به. والطلاق الصادر من الزوجة بموجب التفويض من الزوج وفي حدوده لا يختلف عن الطلاق بايقاع منه، فيمكن ان يكون رجعيًا ان وقع بعد البناء بها وكان اقل من ثلاث، ويقع باثنا ان كان قبل الدخول، وتكون بينونة كبرى ان كان مكملًا للثلاث.

والان ننتقل الى التفريق القضائي.

٤ - التفريق القضائي

تقدم ان الشارعين التونسي (الفصل ٣٠) والدرزي اللبناني (المادة ٣٧) قصر سلطة ايقاع الطلاق على المحكمة او قاضي المذهب. كما يوجب الشارع العراقي (م ٣٩) على من يريد الطلاق اقامة الدعوى في المحكمة الشرعية لاستحصال حكم به، ولا يثبت الطلاق في التشريع الجزائري (م ٤٩) الا بحكم.

لكننا نعالج هنا ايقاع القاضي للطلاق بناء على طلب الزوجة ويسمى في هذه الحالة تفريقًا. واختلف فقهاء الشرع فيه. فأبو حنيفة يعتبر الطلاق حقا للرجل وحده. ولكنه اجاز هو وابو يوسف التفريق لعيب في الزوج كالعنة والجنون وزاد محمد جواز التفريق للجذام وامراض اخرى. ولا يجيز الشيعة الاثنا عشرية الفرقة من قبل الحاكم الا اذا وجدت المرأة زوجها عيننا بشرط الا تكون عالمة بحاله وقت النكاح وان تطالب بالتفريق على الفور^(٧٣). بل ان الطائفة الجعفرية في لبنان لا تجيز حل النكاح عن طريق

(٧٣) المرجع المذكور ص ٧٦.

التفريق. (٧٤) لكن الائمة الثلاثة الآخرين مالك والشافعي واحمد يعترفون بحق المرأة في اللجوء الى القضاء لتطليقهن. وفي هذه الحالة يكون القاضي نائبا عن الزوج الذي امتنع ظلما عن تطليقها، فللقاضي بحكم ولايته العامة رفع الظلم واحقاق الحق.

وبهذا الاجتهاد أخذ قانون حقوق العائلة العثماني المطبق على المسلمين السنيين في لبنان، كما اخذ به الشارعون المحدثون في مصر وسورية والمغرب والعراق والاردن والجزائر والكويت باعتبار الترتيب الزمني.

وتجيز هذه التشريعات للقاضي ان يطلق الزوجة بناء على طلبها في خمس حالات نص القانون المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠ على اثنتين منها: التطليق لعدم الانفاق والتطليق للغيب، ونص القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ على الثلاث الأخرى: التطليق للضرر ولغيبة الزوج بلا عذر ولحبسه. وستتناول هذه الحالات بهذا الترتيب فيما يلي: -

أ - التطليق لعدم الانفاق

يختلف الفقهاء على إجازة تطليق القاضي للزوجة على زوجها لعدم الانفاق. فلا يقبل الاحناف ذلك استنادا الى قوله تعالى:

﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ ، وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ سورة الطلاق آية (٧)

فلا تطليق عندهم لعدم الانفاق ولا للعجز عنه، لان الزوج اذا كان ذا معسرة فنظرة الى ميسرة. اما اذا كان الامتناع مع القدرة ظلما فان سبيل رفع الظلم هو بيع ماله للانفاق منه او حبسه حتى ينفق عليها فلا يتعين التفريق ما دام هناك طرق اخرى لالزامه بالانفاق، والتفريق ابغض الحلال عند الله.

اما الائمة مالك والشافعي واحمد فيجيزون التفريق لعدم النفقة بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾. سورة البقرة، آية (٢٢٩).

(٧٤) البيهقي: قوانين الاحوال الشخصية في لبنان ص ١٣٤.

وليس الامتناع عن الانفاق إمساكا بمعروف . كما أن ترك الانفاق على المرأة إضرار بها وقد نهى الرسول عن ذلك في حديث مشهور « لا ضَرَرٌ ولا ضَرَارٌ » .

واخذ الشارع المصري (القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، المواد ٤ و ٥ و ٦) بأحكام الامام مالك في التفريق لعدم الانفاق وهاك نصها :

«المادة ٤ - اذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضي في الحال . وان ادعى العجز فإن لم يثبت عليه حالا . وان أثبتة أمهله مدة لا تزيد على شهر ، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .»

«المادة ٥ - إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله . وان لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا . فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل .

فان كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول اليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقودا وثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة ، طلق عليه القاضي .

وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة .

«المادة ٦ - تطليق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعيا . وللزوج أن يراجع زوجته اذا ثبت إيساره واستعد للانفاق في أثناء العدة . فان لم يثبت إيساره ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة .»

وبهذه الاحكام او ما يقاربها اخذ الشراخ في سورية والمغرب والعراق والاردن والكويت مع شيء من التفصيل .

فيجيز الشراخ السوري (م ١١٠-١/٢) للزوجة طلب التفريق اذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة . فإن اثبت عجزه او كان غائبا امهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة اشهر فان لم ينفق فرق القاضي بينهما .

ويحذو حذوه الشارع المغربي (الفصل ٥٣ / ١).

ويحوّل الشارع العراقي (م ٤٣ / أولاً) للزوجة طلب التفريق عند توفر اسباب منها:

١ - اذا امتنع الزوج عن الانفاق عليها دون عذر مشروع، بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوماً.

٢ - اذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغييه او الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنتين.

٣ - اذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها، بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوماً من قبل دائرة التنفيذ.

ويورد الشارع الأردني الأحكام الآتية:

«التطليق للعجز او الامتناع عن دفع النفقة»

المادة ١٢٧ - اذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها فان كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وان لم يكن له مال ولم يقل انه معسر او موسر او قال انه موسر ولكنه اصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضي في الحال واذا ادعى العجز فان لم يثبت عليه حالاً وان اثبتته امهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة اشهر فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك.

الزوج الغائب وطلب التطليق

المادة ١٢٨ - اذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فان كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ حكم النفقة في ماله وان لم يكن له مال اعذر اليه القاضي وضرب له اجلاً فان لم يرسل ما تنفق منه الزوجة على نفسها او لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضي بعد الاجل وان كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول اليه او كان مجهول المحل وثبت انه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي بلا اعدار وضرب اجل وتسري احكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة.

التطليق لعدم الانفاق يقع رجعيا

المادة ١٢٩ - تطليق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول اما اذا كان قبل الدخول فيقع بائنا واذا كان الطلاق رجعيا فللزوج مراجعة زوجته اثناء العدة اذا اثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة اشهر مما تراكم لها عليه من نفقتها وباستعداده للانفاق فعلا في اثناء العدة فاذا لم يثبت يساره بدفع النفقة ولم يستعد للانفاق فلا تصح الرجعة .

ويقول الشارع الكويتي :

« المادة (١٢٠)

أ - اذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته ، وليس له مال ظاهر ، ولم يثبت إعساره ، فلزوجته طلب التطليق ، ويطلق القاضي عليه في الحال وله ان يتوقى التطليق بدفع نفقتها الواجبة من تاريخ رفع الدعوى .

ب - اذا اثبت الزوج اعساره ، أو كان غائبا في مكان معلوم أو محبوسا ، وليس له مال ظاهر ، أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ، ولا تجاوز ثلاثة أشهر ، مضافا اليها المواعيد المقررة للمسافة ، ليؤدي النفقة المذكورة ، فان لم ينفق طلقها عليها .

ج - اذا كان الزوج غائبا في مكان مجهول ، أو مفقودا ، وليس له مال ظاهر ، طلق عليه القاضي بلا امهال .

المادة (١٢١)

تطليق القاضي بعدم الانفاق يقع رجعيا .

وللزوج أن يراجع زوجته في العدة اذا اثبت للمحكمة ايساره بحيث يقدر على مداومة نفقتها ، واستعد للانفاق .

المادة (١٢٢)

اذا تكرر رفع الدعوى لعدم الانفاق أكثر من مرتين وطلبت الزوجة التطليق لضرر طلقها القاضي عليه بائنا .

ويجيز القانون الجزائري (٥٣م) للزوجة طلب التطليق بسبب عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة باعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد (٧٨

ب - التطليق للعيب

اختلف الفقهاء في التفريق بين الزوجين بحكم القاضي لوجود عيب في احدهما. فالظاهرية لا يجيزون التفريق لاي عيب في الرجل ولا في المرأة، فيقول ابن حزم: «لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا بيرص كذلك، ولا بجنون كذلك ولا بأن يجد بها شيئاً من هذه العيوب، ولا بعنائة، ولا بداء فرج ولا بشيء من العيوب»^(٧٦). وعلى نقيض ذلك الموقف يجيز ابن قيم الجوزية طلب التفريق بناء على اي عيب مستحکم في الرجل او المرأة. وفي «زاد المعاد» يجمل اختلاف اقوال الفقهاء ثم يعرض رأيه هو: «... وأما الاقتصار على عيبين او ستة او سبعة او ثمانية دون ما هو أولى منها او مساو لها فلا وجه له. فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين او الرجلين او أحدهما او كون الرجل كذلك من اعظم المنفرات والسكوت عنه من اقبح التدليس والغش وهو مناف للدين والاطلاق انما ينصرف الى السلامة، فهو كالمشروط عرفاً. وقد قال امير المؤمنين عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له «اخبرها انك عقيم وخيرها». ماذا يقول رضي الله عنه في العيوب التي هذا عندها كمال بلا نقص؟ والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار وهو أولى من البيع، كما ان الشروط المشروطة في نكاح اولى بالوفاء من شروط البيع. وما لزم الله ورسوله مغروراً قط ولا مغبوناً بما غر به وغبن به ومن تدبر مقاصد الشرع في

(٧٥) فيما يلي نص المواد المذكورة:

«المادة ٧٨: تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

المادة ٧٩: يراعى القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقدير قبل مضي سنة من الحكم.

المادة ٨٠: تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.»

(٧٦) المحلّي: ج ٧، ص ١٠٩.

مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة» (٧٧).

وبين هذين الطرفين توسط اقوال الفقهاء. فأبو حنيفة وصحبه لا يجيزون التفريق من قبل القاضي لعيب في الزوجة، بمقولة ان الرجل يملك الطلاق فلا وجه لمراجعة القاضي. ويجيزون التفريق لاحد العيوب التناسلية الثلاثة في الرجل: وهي العنة والجب والخصاء، ويضيف محمد اليها البرص والجنون والجذام.

ويوجب الائمة مالك والشافعي واحمد خيار الفسخ والرجوع الى القضاء للرجل والمرأة ان وجدت هذه العيوب في الزوج الآخر، ويضيفون الى العيوب التناسلية في الرجل نظائرها في المرأة كالرتق والقرن.

واختلف الفقهاء في وصف هذا التفريق. فقال الاحناف والمالكية انه طلاق بائن فينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج بينما يراه الشافعية والحنابلة فسحا للنكاح لا ينقص عددها.

ويجمع الشراخ العرب المحدثون ما عدا الكويتي على اعتبار هذا التفريق طلاقا بائنا ويأخذون بأقوال الجمهور بجواز التفريق لعيب في اي من الزوجين على التفصيل الآتي:

القانون المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠

«الباب الثالث - في التفريق بالعيب»

مادة ٩ - للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به. فان تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها. فلا يجوز التفريق.

مادة ١٠ - الفرقة بالعيب طلاق بائن.

(٧٧) زاد المعاد، ج ٤، ص ٣٠/٣١.

مادة ١١ - يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها» .

القانون السوري

« التفريق للعلل

المادة (١٠٥)

للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين :

١ - اذا كان في احدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها .

٢ - اذا جن الزوج بعد العقد .

المادة (١٠٦)

١ - يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة اذا

علمت بها قبل العقد أو رضيت بها بعده .

٢ - على أن حق التفريق بسبب العنة لا يسقط بحال .

المادة (١٠٧)

اذا كانت العلل المذكورة في المادة (١٠٥) غير قابلة الزوال يفرق القاضي بين

الزوجين في الحال وان كان زوالها ممكنا يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة فاذا لم تزل العلة فرق بينهما .

المادة (١٠٨)

التفريق للعلة طلاق بائن .»

المدونة المغربية

« الفصل الرابع والخمسون

التطليق للعيب :

١ - اذا وجدت الزوجة بزوجها عيبا مستحكما لا يكن البرء منه او يمكن بعد زمن يزيد

على سنة ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص والسل - فلها

ان تطلب من القاضي تطليقها منه سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم

تعلم به ام حدث بعد العقد ولم ترض به ويؤجله القاضي سنة فان برىء والا طلقها عليه .

- ٢ - يستجاب لطلب المرأة التطلق بدون تأجيل في عيوب الفرج التي لا يرجى برؤها .
- ٣ - اذا تزوجته عالمة بالعيب او حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة او دلالة بعد علمها فليس لها طلب التطلق لاجله .
- ٤ - اذا كان بالزوجة عيب كالجنون والجذام والبرص والسل وداء الفرج المانع من الوطاء او لذته وعلم الزوج به قبل الدخول فله الخيار ان شاء طلق ولا شيء عليه وان شاء دخل ولزمه الصداق كاملاً فان لم يعلم الا بعد الدخول ابقى عليها ان شاء وان شاء ردها واسترد ما زاد على اقل المهر عرفاً منها ان كانت هي التي غرتة وان كان الغار وليها رجع عليه بما دفعه .
- ٥ - يستعان بأهل الخبرة من الاطباء في معرفة العيب .

الفصل الخامس والخمسون

الطلاق الذي يوقعه القاضي لعله من العلل المذكورة في الفصل السابق طلاق بائن»

- وتنص المادة ٤٣ - أولاً - من القانون العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ على ان للزوجة طلب التفريق عند توفر أسباب من بينها :
- ٤ - اذا وجدت زوجها عنيئاً او مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية ، سواء كان ذلك لاسباب عضوية او نفسية ، او اذا اصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم امكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة ، على انه اذا وجدت المحكمة ان سبب ذلك نفسي ، فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة ان تمكن زوجها من نفسها خلالها .
 - ٥ - اذا كان الزوج عقيماً ، او ابتلى بالعقم ، بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة .
 - ٦ - اذا وجدت بعد العقد ، ان زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر ، كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون ، أو انه قد اصيب بعد ذلك بعلة من هذه العلل او ما يماثلها على انه اذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي ، ان العلة يؤمل زوالها ، فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة ، وللزوجة ان تمتنع عن

الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل، اما اذا وجدت المحكمة ان العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها، فيحكم القاضي بالتفريق .

وينص الشارع الأردني (قانون رقم ٦١/١٩٧٦) على ما يلي :

« العلة المجيزة لطلب فسخ الزواج

المادة ١١٣ - للمرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها ان تراجع القاضي وتطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا علمت ان فيه علة تحول دون بنائه بها كالجيب والعنة والخصا ولا يسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب كالترق والقرن .

علم الزوجة بالعيب قبل العقد

المادة ١١٤ - الزوجة التي تعلم قبل عقد الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول او التي ترضى بالزوج بعد الزواج مع العيب الموجود يسقط حق اختيارها ما عدا العنة فان الاطلاع عليها قبل الزواج لا يسقط حق الخيار .

طلب التفريق لعدة غير قابلة للزوال

المادة ١١٥ - اذا راجعت الزوجة القاضي وطلبت التفريق لوجود العيب ينظر، فان كانت العلة غير قابلة للزوال يحكم بالتفريق بينهما في الحال وان كانت قابلة للزوال كالعنة يمهل الزوج سنة من يوم تسليمها نفسها له او من وقت براء الزوج ان كان مريضا واذا مرض احد الزوجين اثناء الاجل مدة قليلة كانت او كثيرة بصورة تمنع من الدخول او غابت الزوجة فالمدة التي تمر على هذا الوجه لا تحسب من مدة الاجل لكن غيبة الزوج أيام الحيض تحسب فاذا لم تزل العلة في هذه المدة وكان الزوج غير راض بالطلاق والزوجة مصرة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق فاذا ادعى في بدء المرافعة او في ختامها الوصول اليها ينظر فاذا كانت الزوجة ثيبا فالقول قول الزوج مع اليمين وان كانت بكرا فالقول قولها بلا يمين .

العدة في الزوج التي لا يمكن المقام معها بلا ضرر

المادة ١١٦ - اذا ظهر للزوجة قبل الدخول او بعده ان الزوج مبتلى بعدة او مرض لا

يمكن الإقامة معه بلا ضرر كالجدام او البرص او السل او الزهري او طرأت مثل هذه العلل والأمراض فلها ان تراجع القاضي وتطلب التفريق ، والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والفن ينظر فان كان لا يوجد امل بالشفاء يحكم بالتفريق بينهما في الحال وان كان يوجد امل بالشفاء او زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة فاذا لم تزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق واصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق ايضا اما وجود عيب كالعمى والعرج في الزوج فلا يوجب التفريق .

للزوج طلب الفسخ لوجود علة بالزوجة لا يمكن المقام معها

المادة ١١٧ - للزوج حق طلب فسخ عقد الزواج اذا وجد في زوجته عيبا جنسيا مانعا من الوصول اليها كالرتق والقرن او مرضا منفرا بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد او رضي به بعده صراحة او ضمنا .

لا تسمع من الزوج دعوى الفسخ اذا طرأت العلة على الزوجة بعد الدخول

المادة ١١٨ - العلل الطارئة على الزوجة بعد الدخول لا تسمع فيها دعوى طلب الفسخ من الزوج .

اثبات العيب

المادة ١١٩ - يثبت العيب المانع من الدخول في المرأة او الرجل بتقرير من القابلة او الطبيب مؤيد بشهادتهما .

التفريق للجنون

المادة ١٢٠ - اذا جن الزوج بعد عقد النكاح وطلبت الزوجة من القاضي التفريق يؤجل التفريق لمدة سنة فاذا لم تزل العلة في هذه المدة واصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق .

حق تأخير الزوجة لطلب الفسخ

المادة ١٢١ - للزوجة في الاحوال التي تعطيها حق الخيار ان تؤخر الدعوى او تتركها مدة بعد اقامتها .

تجديد العقد بعد التفريق للعلة مانع من طلب التفريق

المادة ١٢٢ - اذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق وفقا للمواد السابقة فليس لاي

منهما طلب التفريق» .

ويجيز الشارع الجزائري (قانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٨٤) للزوجة أن تطلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق هدف الزواج (م ٥٣/٢).

وينص الشارع الكويتي (قانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤) باعتبار التفريق للعيوب قسماً لا طلاقاً بائناً ويوجب الاحكام الآتية:

«المادة (١٣٩)

لكل من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج إذا وجد في الآخر عيباً مستحكماً من العيوب المنفردة أو المضرة، أو التي تحول دون الاستمتاع سواء أكان العيب موجوداً قبل العقد أم حدث بعده .

ويسقط حق كل منهما في الفسخ إذا علم بالعيوب قبل العقد، أو رضي به صراحة بعده .

المادة (١٤٠)

استثناء من المادة السابقة لا يسقط حق الزوجة في طلب الفسخ، بسبب عيوب الرجل التي تحول دون الاستمتاع، كالعنة، أصلية أو طارئة، ولو رضيت بها صراحة .

المادة (١٤١)

إذا كانت العيوب المذكورة غير قابلة للزوال تفسخ المحكمة الزواج في الحال وإن كان زوالها ممكناً تؤجل القضية مدة مناسبة فإذا لم يزل العيب خلالها، وأصر طالب الفسخ، حكمت به المحكمة .

المادة (١٤٢)

يستعان بأهل الخبرة من الأطباء المسلمين في تحديد المدة المناسبة وفي معرفة العيوب التي يطلب الفسخ بسببها .

ونختتم بأحكام قانون الأحوال الشخصية لدرور لبنان :

«المادة ٣٩ - إذا ظهر للزوجة السالمة من عيوب المقاربة قبل أو بعد الزواج ان زوجها

مصاب بعلة لا يمكنها معها مساكنته بلا ضرر كالجذام والبرص والزهري وما شابهها، فلها ان تراجع القاضي وتطلب التفريق. فاذا كانت العلة غير قابلة الشفاء، فيحكم القاضي بالتفريق في الحال، واذا كان من أمل بزوال العلة، فيؤجل القاضي التفريق سنتين على أن يقرر في الحال الفصل المؤقت بين الزوجين، واذا لم تزل العلة خلال هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق، وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق. أما العاهات كالعمى والعرج فليست سببا للتفريق. »

المادة ٤٠ - اذا كان الزوج مصابا بالعنة فللزوجة ان تطلب التفريق متى ثبت طبياً أن هذه العنة غير قابلة الشفاء.

المادة ٤١ - إذا جن الزوج بعد عقد الزواج وراجعت الزوجة القاضي طالبة التفريق، فالقاضي يؤجل النظر بالطلب مدة سنة، واذا لم يزل الجنون في خلال هذه المدة وأصرت الزوجة، حكم بالتفريق. »

ج - التطليق للضرر

اختلف الفقهاء في حق المرأة في مطالبة القاضي بالتفريق بينها وبين زوجها ان ادعت انه يؤذيها ايداء غير مشروع. فينكر الاحناف والشافعية والظاهرية والشيعة الامامية عليها هذا الحق. فاذا طلبت من المحكمة تطليقها لان زوجها يضارها ويؤذيها بالقول او الفعل فعلى القاضي ألا يجيبها، لامكان رفع الضرر عنها بغير الطلاق. بل يأمر القاضي الزوج بحسن المعاشرة فان لم يمثل عزه لردعه الى ان يمسكها بالمعروف.

اما المالكية والحنابلة في اصح القولين فيوجبون للزوجة حق طلب التفريق امام القضاء من زوجها ان اذاها ايداء غير سائغ له شرعا. فان أثبتت الايداء زجره القاضي واكتفى بذلك ان ارادت البقاء. وان عجزت عن الاثبات وتكررت الشكوى اسكنها بين قوم صالحين. واذا ادعى كل واحد منهما اضرار الاخر به، وعجز كل واحد منهما عن الاثبات وأشكل الأمر على القضاء بعث حكيمين عدلين رشيدين من اهلها إن أمكن، وإلا فمن غيرهما، وأصلحا بينهما إن أمكن الإصلاح. فان لم يمكن الإصلاح كان لهما التفريق بخلع على المهر إن تبين لهما ان الأذى او النشوز من جانبها، وبغير خلع ان تبين لهما ان الأذى من جانبه، ويقدران الأمر إن جهلت الحال، او تبين أنه من جانبها،

ويقع الطلاق ولو لم يطلب الزوجان أو أحدهما الطلاق .

والتمييز بعمل الحكيم في هذه الحال يكون للشقاق في ذاته . وان لم يثبت الاذى . وإن اذاها وأثبتت الإيذاء وطلبت التفرقة بناء عليه طلق القاضي عليه ، وإثباتها الضرر يكون بالشهادة عليه ، وان لم تكن الشهادة على تكراره . وان لم تستطع الإثبات رُفِضَتْ دعوها . فان تكررت الشكوى ، حكم القاضي حكيم ليصلحا . فان لم يمكن الإصلاح طلقا بخلع على المهر ، ان كان الاذى من جانبها ، وتقدير مال مناسب أن كان الاذى من جانبها ، او جهلت الحال للضرر او للشقاق معه . وفي كلتا الحالتين يعين الحكمان عند تكرار الشكوى والعجز عن الاثبات . والاصل في بعث الحكيم قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾ . سورة النساء ، آية (٣٥) .

وباجتهاد الفقه المالكي هذا اخذ شرع الاحوال الشخصية المسلمون المحدثون في مصر وسورية والمغرب والعراق والاردن والجزائر والكويت على التفصيل الآتي :

القانون المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ معدلا بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ :

« المادة ٦ - اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفرقة وحينئذ يطلقها القاضي طليقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكيم وقضى على الوجه المبين بالمواد (٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١) .

المادة (٦ مكررا) - على الزوج أن يقدم للموثق اقرارا كتابيا يتضمن حالته الاجتماعية فإذا كان متزوجا فعليه أن يبين في الاقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته وقت العقد الجديد ومحال اقامتهن وعلى الموثق اخطارهن بالزواج الجديد بكتاب موصى عليه .

ويعتبر اضرارا بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن اشترطت عليه في عقد زواجها عدم الزواج عليها وكذلك اخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج بسواها .

ويسقط حق الزوجة في طلب التفرقة بمضي سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر ، ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا .

المادة - (٦ مكررا ثانيا) إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجية من تاريخ الأمتناع .

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة على يد محضر وعليه أن يبين في هذا الاعلان المسكن .

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية في خلال عشرة أيام من تاريخ هذا الاعلان وعليها أن تبين في صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التي تستند اليها في امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها .

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم في الميعاد . وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لانتهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، فإذا بان لها أن الخلاف مستحکم وطلبت الزوجة التطلق اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحة في المواد (من ٧ إلى ١١) من هذا القانون .

المادة ٧ - يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين ان أمكن والا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهم .

المادة (٨)

(أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على أن لا تتجاوز مدة ستة شهور وتخطر المحكمة الحكمين والخصوم بذلك . وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وبأمانة .

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة شهور فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين .

المادة ٩ - لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره .

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الاصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة .

المادة ١٠ - إذا عجز الحكمان عن الاصلاح :

- ١ - فان كانت الاساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .
 - ٢ - وإذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة .
 - ٣ - وإذا كانت الاساءة مشتركة اقترحا التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الاساءة .
 - ٤ - وإن جهل الحال فلم يعرف المسمى منهما اقترح الحكمان تفريقا دون بدل .
- المادة ١١ - على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بني عليها . فإن لم يتفقا بعثهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الاصلاح وحلفته اليمين المبيّنة في المادة (٨) .

وإذا اختلفوا أو لم يقدموا التقرير في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الاثبات. وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها التعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى .»

وبلاحظ هنا تجديد الشارع المصري حيث اعتبر وجود زوجة أخرى في ذمة الرجل اضراً بالزوجة يخولها حق طلب التفريق .

ولكنه مع ذلك يقصر حق طلب التفريق على المرأة بينما يساوي الشارع السوري بين الزوجين في ذلك الحق فيقول :

«المادة ١١٢ -

- ١ - اذا ادعى احد الزوجين اضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له ان يطلب من القاضي التفريق .
- ٢ - اذا ثبت الاضرار وعجز القاضي عن الاصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التطليق طلقة بائنة .
- ٣ - اذا لم يثبت الضرر او كان المدعي الزوج يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل

عن شهر املا بالمصالحة فان اصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكمن من اهل الزوجين والا فمن يرى القاضي ان له قدرة على الاصلاح بينهما، وحلفهما يمينا على ان يقوما بمهمتهما بعدل وامانة .

المادة ١١٣ -

- ١ - على الحكمين ان يتعرفا اسباب الشقاق بين الزوجين وان يجمعاهما في مجلس تحت اشراف القاضي لا يحضره الا الزوجان ومن يقرر دعوته الحكمان .
- ٢ - امتناع احد الزوجين عن حضور هذا المجلس بعد تبليغه لا يؤثر في التحكيم .

المادة ١١٤ -

- ١ - يبذل الحكمان جهدهما في الاصلاح بين الزوجين فاذا عجزا عنه وكانت الاساءة او اكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة بائنة .
- ٢ - وان كانت الاساءة او اكثرها من الزوجة قررا التفريق بينهما على تمام المهر او على قسم منه على ان تدفعه قبل حكم القاضي بالتفريق .
- ٣ - واذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما او ضم اليهما حكما ثالثا مرجحا وحلفه اليمين .

المادة ١١٥ - على الحكمين ان يرفعا تقريرهما الى القاضي ولا يجب ان يكون معللا وعليه ان يحكم بمقتضاه اذا كان موافقا لاحكام هذا الفصل .»

ويعود الشارع المغربي إلى ايجاب حق المرأة وحدها في طلب التفريق فيقول :

«الفصل السادس والخمسون

التطليق للضرر :

- ١ - اذا ادعت الزوجة على زوجها اضراره بها باي نوع من انواع الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالها وثبت ما ادعته وعجز القاضي عن الاصلاح بينهما طلقها عليه .
- ٢ - اذا رفض طلب التطليق وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمن للسداد بينهما .
- ٣ - على الحكمين ان يتفهما اسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في

الإصلاح فان امكن على طريقة معينة قرراها واذا عجزا من الإصلاح رفع الامر الى القاضي لينظر في القضية على ضوء تقريرهما .»

ويقر الشارع العراقي حق الزوجين كليهما في طلب التفريق أمام القضاء، ويقرب من الشارع المصري من حيث قبول الزيجة الثانية سبباً لذلك الطلب فيقول:

«المادة الاربعون - لكل من الزوجين، طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الآتية :-

- ١ - اذا اضر احد الزوجين بالآخر ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية .
- ٢ - اذا ارتكب الزوج الآخر، الخيانة الزوجية .
- ٣ - اذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال احد الزوجين الثامنة عشرة، دون موافقة القاضي .

- ٤ - اذا كان الزواج، قد جرى خارج المحكمة عن طريق الاكراه، وتم الدخول .
- ٥ - اذا تزوج بزوجة ثانية بدون اذن من المحكمة، وفي هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية، بموجب الفقرة (١) من البند (أ) من المادة الثالثة من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١، بدلالة الفقرة (٦) من المادة الثالثة من هذا القانون .»

المادة الحادية والاربعون :-

- ١ - لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما، سواء كان ذلك قبل الدخول ام بعده .
- ٢ - على المحكمة اجراء التحقيق في اسباب الخلاف، فاذا ثبت لها وجوده تعين حكما من اهل الزوجة وحكما من اهل الزوج - ان وجدا - للنظر في اصلاح ذات البين، فاذا تعذر وجودهما كلفت المحكمة الزوجين بانتخاب حكمين، فاذا لم يتفقا انتخبتهما المحكمة .
- ٣ - على الحكمين ان يجتهدا في الإصلاح، فان تعذر عليهما ذلك، رفعوا الامر الى المحكمة موضحين لها الطرف الذي ثبت تقصيره، فان اختلفا ضمت المحكمة لهما حكما ثالثا .

٤ - أ - اذا ثبت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين وعجزت عن الاصلاح بينهما وامتنع الزوج عن التطلق، فرقت المحكمة بينهما.

ب - اذا تم التفريق بعد الدخول، يسقط المهر المؤجل، اذا كان التقصير من جانب الزوجة، سواء كانت مدعية ام مدعي عليها. فاذا كانت قد قبضت جميع المهر، تلزم ما لا يزيد على نصفه، اما اذا ثبت ان التقصير واقع من الطرفين، فيقسم المهر المؤجل بينهما بنسبة التقصير المنسوب لكل منهما.

المادة الثانية والاربعون - اذا ردت دعوى التفريق لاحد الاسباب المذكورة في المادة الاربعين من هذا القانون لعدم ثبوته واكتسب قرار الرد درجة البتات، ثم اقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب، فعلى المحكمة ان تلجأ الى التحكيم، وفقا لما ورد في المادة الحادية والاربعين. »

ويقول الشارع الأردني بمزيد من التفصيل :

« التفريق للنزاع او الشقاق »

المادة ١٣٢ - اذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما ان يطلب التفريق اذا ادعى اضرار الآخر به قولاً او فعلاً بحيث لا يمكن مع هذا الاضرار استمرار الحياة الزوجية .

أ - اذا كان طلب التفريق من الزوجة واثبتت اضرار الزوج بها بذل القاضي جهده في الاصلاح بينهما فاذا لم يمكن الاصلاح انذر الزوج بأن يصلح حاله معها واجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر فاذا لم يتم الاصلاح بينهما احال الامر الى الحكمين .

ب - اذا كان المدعي هو الزوج واثبت وجود النزاع والشقاق بذل القاضي جهده في الاصلاح بينهما فاذا لم يمكن الاصلاح اجل القاضي دعواه مدة لا تقل عن شهر املا بالمصالحة وبعد انتهاء الاجل اذا اصر على دعواه ولم يتم الصلح احال القاضي الامر الى حكمين .

ج - يشترط في الحكمين ان يكونا رجلين عدلين قادرين على الاصلاح وان يكون احدهما من اهل الزوجة والآخر من اهل الزوج ان امكن. وان لم يتيسر ذلك حكم القاضي رجلين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الاصلاح .

د - يبحث الحكمان اسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين معهما او مع جيرانهما او مع

اي شخص يرى الحكمان فائدة في بحثهما معه وعليهما ان يدونا تحقيقاتها
بمحضر يوقع عليه فاذا رأيا امكان التوفيق والاصلاح على طريقة مرضية اقراها .

ه - اذا عجز الحكمان عن الاصلاح وظهر لهما ان الاساءة جميعها من الزوجة قررا
التفريق بينهما على العوض الذي يريانه على ان لا يقل عن المهر وتوابعه واذا كانت
الاساءة كلها من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة على ان للزوجة ان تطالبه
بسائر حقوقها الزوجية كما لو طلقها بنفسه .

و - اذا ظهر للحكمين ان الاساءة من الزوجين قررا التفريق بينهما على قسم من المهر
بنسبة اساءة كل منهما وان جهل الحال ولم يتمكننا من تقدير نسبة الاساءة قررا
التفريق بينهما على العوض الذي يريان اخذه من ايهما .

ز - اذا حكم على الزوجة بأي عوض وكانت هي طالبة التفريق فعليها ان تؤمن دفعه قبل
قرار الحكمين بالتفريق مالم يرض الزوج بتأجيله . وفي حالة موافقة الزوج عن
التأجيل يقرر الحكمان التفريق على البدل ويحكم القاضي بذلك . اما اذا كان الزوج
هو طالب التفريق . وقرر الحكمان ان تدفع الزوجة عوضا فيحكم القاضي بالتفريق
والعوض وفق قرار الحكمين .

ح - اذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما او ضم اليهما ثالثا مرجحا وفي الحالة
الاخيرة يؤخذ بقرار الاكثرية .

ط - على الحكمين رفع التقرير الى القاضي بالنتيجة التي توصل اليها وعلى القاضي ان
يحكم بمقتضاه اذا كان موافقا لاحكام هذه المادة .

المادة ١٣٣ - الحكم الصادر بالتفريق يتضمن الطلاق البائن . «

ويورد الشارع الكويتي الأحكام الآتية لتلافي عيوب طريق التحكيم :

«المادة (١٢٦)

لكل من الزوجين قبل الدخول أو بعده، ان يطلب التفريق، بسبب اضرار الآخر به
قولاً أو فعلاً، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما .

المادة (١٢٧)

على المحكمة أن تبذل وسعها للاصلاح بين الزوجين، فاذا تعذر، عينت حكيم

للتوفيق أو التفريق .

المادة (١٢٨)

يشترط في الحكمين : ان يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، والا فمن غيرهم ممن يتوافر فيهم حسن التفهم، والقدرة على الإصلاح .

المادة (١٢٩)

على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق، ويبدلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين بأي طريقة ممكنة .

المادة (١٣٠)

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح :-

أ - فان تبين أن الاساءة كلها من الزوج، وكانت الزوجة طالبة للتفريق اقترح الحكمان التفريق، والزامه جميع الحقوق المترتبة على الزواج والطلاق .

وان كان الزوج طالبا للتفريق، اقترح الحكمان رفض دعواه .

ب - وان كانت الاساءة كلها من الزوجة، اقترحا التفريق بين الزوجين، نظير رد ما قبضته من المهر، وسقوط جميع حقوقها المالية المترتبة على الزواج والطلاق .

ج - وان كانت الاساءة مشتركة اقترحا التفريق دون عوض أو بعوض يتناسب مع الاساءة .

د - وان لم يعرف المسيء من الزوجين، فان كان طالب التفريق هو الزوج اقترحا رفض دعواه، وان كانت الزوجة هي الطالبة، أو كان كل منهما يطلب التفريق، اقترح الحكمان التفريق دون عوض .

ه - التفريق للضرر يقع طلاقة بائنة .

المادة (١٣١)

أ - على الحكمين أن يرفعا الى المحكمة تقريرهما مفصلاً وللقاضي ان يحكم بمقتضاه، اذا كان موافقاً لاحكام المادة السابقة .

ب - واذا اختلف الحكمان، ضمت المحكمة اليهما حكما ثالثا مرجحا من غير أهل الزوجين قادراً على الإصلاح .

المادة (١٣٢)

أ - يرفع المحكمون الثلاثة تقريرهم بالاتفاق، أو بالأكثرية الى المحكمة، لتفصل في الدعوى، وفق المادة (١٣٠).
ب - واذا تفرقت آراؤهم أو لم يقدموا تقريرا، سارت المحكمة في الدعوى بالاجراءات العادية.

المادة (١٣٣)

يثبت الضرر بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين.

المادة (١٣٤)

يكفي في اثبات الضرر والشهادة بالتسامع المبني على الشهرة في نطاق حياة الزوجين، ولا تقبل هذه الشهادة على نفي الضرر.

المادة (١٣٥)

تقبل شهادة القريب، ومن له صلة بالمشهود له، متى كانوا أهلا للشهادة.

ويجيز الشارع الجزائري (م ٣/٥٣) للزوجة ان تطلب التطلق بسبب الهجر في المضجع فوق اربعة اشهر وبذا يقترب من الشارعين المغربي والكويتي في احكام التطلق للإيلاء. اذ ينص الفصل الثامن والخمسون من المدونة المغربية على ما يلي: «التطلق للإيلاء او الهجر: اذا آلى الزوج او حلف على هجر زوجته وترك المسيس جاز للزوجة أن ترفع امرها الى القاضي الذي يؤجله اربعة اشهر فان لم يفء بعد الأجل طلقها عليه وهذا الطلاق رجعي».

بينما يقول الشارع الكويتي ويزيد عليه: «الفصل الثاني - التطلق للإيلاء.

المادة ١٢٣ - اذا حلف الزوج على ما يفيد ترك مسيس زوجته مدة اربعة اشهر فأكثر، او دون تحديد مدة، واستمر على يمينه حتى مضت اربعة أشهر، طلقها عليه القاضي طلقة رجعية بطلبها.

المادة ١٢٤ - اذا استعد الزوج للفيء قبل التطلق، اجله القاضي مدة مناسبة، فان لم يفيء طلق عليه.

المادة ١٢٥ - يشترط لصحة الرجعية في التطليق للايلاء ان تكون بالفيء فعلا اثناء العدة، الا ان يوجد عذر فتصح بالقول .»

ولا تشير التشريعات الاخرى الى هذا التطليق وان تناولته كتب الفقه المحدثه (٧٨). وقد اخذ الشارعان المغربي والكويتي بقول المالكية برجعية الطلاق بالايلاء على خلاف الاحناف القائلين ببيئوته .

ونختتم هذا الفصل ببيان حكمى المجلة التونسية وقانون دروز لبنان وكلاهما لا يسمح بالطلاق الا امام المحكمة . فبعد ان يوجب الشارع التونسي الحكم بالطلاق (الفصل ٣١) بناء على طلب احد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر (٢) او بناء على رغبة الزوج انشاء الطلاق او مطالبة الزوجة به . يقضي (الفصل ٣٢) بأنه : لا يحكم بالطلاق الا بعد ان يجري رئيس المحكمة او من ينوبه محاولة صلح بين الزوجين ويعجز عن الاصلاح بينهما .

وينص قانون الاحوال الشخصية لدروز لبنان على ما يلي :

«المادة ٤٧ - اذا وقع نزاع او شقاق بين الزوجين وراجع أحدهما القاضي، يعين القاضي حكما من اهل الزوج وحكما من اهل الزوجة، وان لم يكن بين اهلها من توفرت فيه اوصاف الحكم اختار القاضي حكما من غير اهلها .

المادة ٤٨ - على الحكمين ان يتعرفا اسباب الشقاق بين الزوجين وان يجتهدا في اصلاح ذات البين، واذا لم يمكن التوفيق بينهما، وكان القصور والاضرار من جهة الزوج، يفرق القاضي بينهما ويحكم للزوجة بكامل المهر المؤجل او بعضه واذا كان من جهة الزوجة، يحكم القاضي باسقاط المهر المؤجل كلا او بعضا، وللقاضي ان يحكم في كلا الحالين على غير المحق من الزوجين بما يستحق الآخر من عطل وضرر .

المادة ٤٩ - اذا ظهر للقاضي ان الطلاق لا يبرره سبب شرعي، يحكم للزوجة بالعطل

(٧٨) انظر مثلا: «الاحوال الشخصية» لابي زهرة ص ٣٤٢/٣٤٤ و «الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون» لاحمد الغندور ٢٤٩-٢٥٦ .

والضرر علاوة على مؤجل المهر على ان يؤخذ بعين الاعتبار الضرر المعنوي والمادي .»

د - التطلق للغيبة او الحبس

عالجنا في الفصل السابق التطلق بسبب ايداء الزوج لزوجته بالقول او الفعل ، حتى بالزواج بأخرى في قول بعض الشرايع المحدثين . ونعالج الان ايداء بصورة اخرى هي غيبة الزوج عن زوجته بالاقامة في بلد آخر غير بلدها ، اما غيبته عن بيت الزوجية مع الاقامة في بلد واحد فهي من الاحوال التي يتناولها التطلق بالضرر ، كما تقول المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ الصادر في مصر . وتمضي المذكرة فتقول : «والزوج الذي حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنين فأكثر يساوي الغائب الذي طالت غيبته سنة فأكثر في تضرر زوجته من بعده عنها كما يساوي الاسير في ذلك فيجوز لزوجته طلب التطلق عليه بعد سنة من سجنه اذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والاسير لأن المنط في ذلك تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها ولا دخل لكون البعد باختياره او قهرا عنه بدليل النص على ان لزوجته الأسير حق طلب التطلق اذا تضررت من بعد زوجها عنها» .

والتطلق للغيبة هو مذهب مالك الذي يعتبره طلاقاً بائناً ، ومذهب أحمد الذي يعتبره فسحاً . ويختلف الإمامان ايضا في مدة الغيبة التي تجيز طلب التفريق : فيقدها مالك بسنة هلالية ويقدها أحمد بستة اشهر . ويقضي مالك بأن تكون غيبة الزوج مسوغة للفرقة بين الزوجين سواء كانت بعذر او من غيره بينما يرى أحمد ان القاضي لا يفرق بين الزوجين للغيبة الا اذا كانت بلا عذر مقبول . والمحجوس والأسير يدخلان في هذا الباب ايضا .

وبهذه الاحكام اخذ الشرايع المسلمون المحدثون على التفصيل الآتي :

فالقانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ / ١٩٨٥ يأخذ بقول الامام مالك بان هذا التطلق واحدة بائنة :

« التطلق لغيبة الزوج او لحبسه

المادة ١٢ - اذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته ان تطلب الى

القاضي تطليقها بائنا اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

المادة ١٣ - ان امكن وصول الرسائل الى الغائب ضرب له القاضي أجلاً واعذر اليه بأنه يطلقها عليه ان لم يحضر للاقامة معها او ينقلها اليه او يطلقها . فاذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبدِ عذراً مقبولاً فرّق القاضي بينهما بتطليقة بائنة . وان لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعدار وضرب اجل .

المادة ١٤ - لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر ان تطلب الى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطلاق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .»

لكن الشارع السوري يعتبره رجعياً :

« التفريق للغبية :

المادة ١٠٩ -

١ - اذا غاب الزوج بلا عذر مقبول او حكم بعقوبة السجن اكثر من ثلاثة سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب او السجن ان تطلب الى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

٢ - هذا التفريق طلاق رجعي فاذا رجع الغائب او أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها .»

وتعود المدونة المغربية الى رأي مالك :

« الفصل السابع والخمسون -

التطليق لغبية الزوج

١ - اذا غاب الزوج في مكان معروف مدة تزيد على سنة بلا عذر مقبول جاز لزوجته ان تطلب الى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

٢ - ان امكن وصول الرسائل الى الغائب ضرب له القاضي اجلا واعذر اليه بانه يطلقها عليه ان لم يحضر للاقامة معها او ينقلها اليه ويطلقها . فاذا انقضى الاجل ولم

يفعل ولم يُبدِ عذراً مقبولاً تأكد القاضي من استمرارها على طلب الفراق ثم قضى بينهما بطلقة بائنة. وان لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب عين القاضي عنه وكيلا وتلوم له باجتهاده فان حضر والا طلقها القاضي بلا اعدار وضرب اجل» .

- وفي العراق تجيز المادة الثالثة والاربعون، المشار اليها من قبل، للزوجة طلب التفريق:
- ١ - اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة الحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه . أو
 - ٢ - اذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع، وان كان الزوج معروف الاقامة، وله مال تستطيع الانفاق منه .
- ويعتبر ذلك طلاقاً بائناً بينونة صغرى (م ٤٥) .

والى هذا يذهب الشارع الاردني ايضا:

«التفريق للغبية والضرر

المادة ١٢٣ - اذا اثبتت الزوجة غياب زوجها عنها او هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول وكان معروف محل الاقامة جاز لزوجته ان تطلب من القاضي تطليقها بائنا اذا تضررت من بعده عنها او هجره لها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

غياب الزوج مع امكان وصول الرسائل اليه

المادة ١٢٤ - اذا امكن وصول الرسائل الى الغائب ضرب له القاضي اجلا واعذر اليه بأنه يطلقها عليه اذا لم يحضر للاقامة معها او ينقلها اليه او يطلقها فاذا انقضى الاجل ولم يفعل ولم يبدِ عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة بعد تحليفها اليمين .

غياب الزوج بمكان معلوم وعدم امكان وصول الرسائل اليه او كان مجهول محل الاقامة

مادة ١٢٥ - اذا كان الزوج غائبا في مكان معلوم ولا يمكن وصول الرسائل اليه او كان مجهول محل الاقامة واثبتت الزوجة دعواها بالبينة وحلفت اليمين وفق الدعوى طلق القاضي عليه بلا اعدار وضرب اجل وفي حالة عجزها عن الاثبات او نكولها عن اليمين ترد الدعوى . «

ثم يورد حالة خاصة للتفريق للاعسار والغيبة، وهو فسخ:

« فسخ النكاح للاعسار في دفع المهر قبل الدخول

المادة ١٢٦ - اذا ثبت قبل الدخول عجز الزوج باقراره او بالبينة عن دفع المهر المعجل كله او بعضه فللزوجة ان تطلب من القاضي فسخ الزواج والقاضي يمهلها شهرا فاذا لم يدفع المهر بعد ذلك يفسخ النكاح بينهما، اما اذا كان الزوج غائبا ولم يعلم له محل اقامة ولا مال له يمكن تحصيل المهر منه فانه يفسخ بدون امهال . «

وينص بشأن المحبوس والمفقود على الآتي :

« التطليق للسجن ثلاث سنين يقع بائنا

المادة ١٣٠ - لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية لمدة ثلاث سنوات فأكثر ان تطلب الى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حرته التطليق عليه بائنا ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

تفريق زوجة المفقود للضرر

المادة ١٣١ - اذا راجعت زوجة المفقود القاضي وكان زوجها الغائب قد ترك لها مالا من جنس النفقة وطلبت منه تفريقها لتضررها من بعده عنها فاذا يئس من الوقوف على خبر حياته او مماته بعد البحث والتحري عنه يؤجل الامر اربع سنوات من تاريخ فقده فاذا لم يمكن اخذ خبر عن الزوج المفقود وكانت مصرة على طلبها يفرق القاضي بينهما في حالة الامن وعدم الكوارث اما اذا فقد في حالة يغلب على الظن هلاكه فيها كفقده في معركة او اثر غارة جوية او زلزال او ما شابه ذلك فللقاضي التفريق بينهما بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقده وبعد البحث والتحري عليه . «

ويقضي الشارع الكويتي بأحكام مماثلة:

« التفريق للغيبة أو الحبس

المادة ١٣٦ - اذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول، جاز لزوجته أن تطلب تطليقها، اذا تضررت من غيبته، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

أ - ان امكن اعلان الغائب، ضرب له القاضي أجلا، وأعذر اليه بأنه يطلقها عليه، ان لم يحضر للاقامة معها، أو ينقلها اليه، أو يطلقها، فاذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا، فرق القاضي بتطبيقه بائنة.

ب - وان لم يمكن اعلان الغائب، فرق القاضي بلا اعدار ولا أجل.

المادة ١٣٨ - اذا حبس الزوج، تنفيذاً لحكم نهائي بعقوبة مقيدة للحرية، مدة ثلاث سنين فأكثر، جاز لزوجته أن تطلب التطلاق عليه بائنا بعد مضي سنة من حبسه، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .»

ويقيد الشارع الجزائري الحبس الذي يجيز للزوجة طلب التطلاق بأن يكون شائنا ويربط بين الغيبة والنفقة فيقول (م ٥٣) إن من أسباب الطلب الجائزة:

«٤- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج مدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الاسرة تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،

٥ - الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة» ،

ويشترط الشارع الدرزي حداً أدنى لعقوبة الحبس:

«المادة ٤٤ - اذا حكم على الزوج بعقوبة الحبس لمدة عشر سنوات فأكثر وقضى منها خمس سنوات متتالية، كان للزوجة ان تطلب التفريق في ختام هذه المدة .

المادة ٤٥ - اذا اختفى الزوج أو تغيب مدة ثلاث سنوات، وتعذر تحصيل النفقة منه فالقاضي يحكم بالتفريق بطلب الزوجة، اما اذا تيسر تحصيل النفقة فلا يجاب طلبها إلا إذا مر على الغيبة خمس سنوات بدون انقطاع، واذا حكم على الزوج الحاضر بالنفقة وتعذر تحصيلها منه مدة سنتين فللزوجة أيضاً أن تطلب التفريق .

المادة ٤٦ - اذا حكم بفسخ زواج امرأة لغيبة الزوج وتزوجت بآخر ثم ظهر الزوج الاول، فظهوره لا يوجب فسخ الزواج الاخير .»

٥ - التفريق بحكم الشرع بلا قضاء

عالجنا حتى الان صورتين لفرق الزواج: الاولى بارادة الزوج (الطلاق)، او الزوجين معا (الخلع)، والثانية بقضاء القاضي، ونعالج الان الصورة الثالثة والاخيرة وهي التفريق بقوة

الشرع .

وتشترك كل صور فرق الزواج هذه، كما قدمنا، في انها لا تقع الا في نكاح صحيح . ففي العقد الباطل والعقد الفاسد قبل الدخول لا يعتد بالعقد ولا حكم له اصلا . ويجب ان يفترق الزوجان تلقائيا والا فرق القاضي بينهما . فليس هذا ما نعينه هنا . والذي نعينه هو عقد نكاح صحيح ونافذ ولازم ثم طرأ عليه خلل بعد تمامه يمنع بقاءه واستمراره بلا حاجة الى قضاء، وبلا طلب من الزوجة : والفرقة هنا فسخ لعقد النكاح . وهناك حالتان لذلك : الفسخ لاختلاف الدين والفسخ لارتكاب احد الزوجين ما يوجب حرمة المصاهرة مع أحد أصول الآخر أو فروعه .

وينفرد القانون الكويتي بنصوص الفسخ لاختلاف الدين ، حيث يقول الشارع :

« الفصل السادس - الفسخ لاختلاف الدين :

المادة ١٤٣ -

- أ - اذا كان الزوجان غير مسلمين ، وأسلما معا ، فزواجهما باق .
ب - واذا اسلم الزوج وحده وزوجته كتابية ، فالزواج باق ، وان كانت غير كتابية ، عرض عليها الاسلام ، فان اسلمت او صارت كتابية ، بقي الزواج ، وان ابت فسخ الزواج .
ج - واذا اسلمت الزوجة وحدها يعرض الاسلام على الزوج ، ان كان اهلا للعرض فان اسلم بقي الزواج ، وان ابى فسخ الزواج .

وان لم يكن اهلا للعرض فسخ الزواج في الحال ، ان كان اسلامها قبل الدخول ، وبعد انقضاء العدة إن أسلمت بعد الدخول .

المادة ١٤٤ -

- أ - يشترط لبقاء الزوجية في الاحوال السابقة ، ألا يكون بين الزوجين سبب من اسباب التحريم المبينة في هذا القانون .
ب - في جميع الاحوال لا يجوز البحث في صدق من يعلن اسلامه ، ولا في الباعث على اعتناق الاسلام .

المادة ١٤٥ -

- أ - اذا ارتد الزوج فسخ الزواج ، لكن اذا وقعت الردة بعد الدخول ، وعاد الى الاسلام خلال العدة ، لغا الفسخ ، وعادت الزوجية .

ب - وإذا ارتدت الزوجة فلا يفسخ الزواج . »

ويورد الحلبي أحكام المذهب الجعفري في الفرقة بالردة :

« إذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام انفسخ النكاح بلا توقف على القضاء فان كانت الردة قبل الدخول حصلت البيونة في الحال وان كانت بعده فالبيونة باستمراره على الردة الى انقضاء العدة الا اذا كان المرتد هو الزوج الذي ولد عن فطرة فتقع البيونة في الحال وهذه الفرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق . الحرمة بالردة ترتفع بارتفاع السبب الذي أحدثها فاذا جدد المرتد إسلامه جاز له أن يجدد النكاح إن كانت الردة مما توجب البيونة في الحال وإلا فلا تحتاج إلى تجديد النكاح نعم يحتاج اليه بعد انقضاء العدة ولا يحتاج إلى محلل وتجبر المرأة المرتدة على الاسلام لا على تجديد النكاح بمهر يسير بعد البيونة .

إذا ارتد الزوجان معا أو على التعاقب بعد الدخول ولم يعلم الأسبق منهما ثم أسلما كذلك في العدة يبقى النكاح قائما بينهما وإنما يفسد إذا كان قبل الدخول إلا إذا كان ارتداد الزوج عن فطرة فتحصل البيونة في أول زمن الردة ولو بعد الدخول .

إذا وقعت الردة بعد الدخول بالمرأة حقيقة فلها كامل مهرها سواء أكانت الردة منها أو من زوجها .

إذا وقعت الردة قبل الدخول فان كانت من قبل الزوج فلها نصف المهر المسمى أو المتعة إن لم يكن مسمى وإن كانت من قبلها فلا شيء لها من المهر ولا من المتعة .

إذا مات أو قتل المرتد في عدة المرأة المسلمة فانها ترثه سواء ارتد في حال صحته أو مرض موته .

إذا ارتدت المرأة المدخول بها في الصحة أو في مرض موتها وماتت وهي في العدة يرثها زوجها المسلم . » (٧٩)

(٧٩) الحلبي : المرجع المذكور ، ص ٧٨ .

اما التفريق بسبب اقرار احد الزوجين مع أحد أصول الآخر او فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة فلا نجده في التشريعات الحديثة اذ يبدو اوضح من ان يحتاج الى البيان . واقرب اشارة اليه نجدها في القانون الجزائري الذي يجيز للزوجة ان تطلب التطبيق بسبب « ارتكاب فاحشة مبينة » (م ٥٣/٧)، مع ان هذا الفعل كما قدمنا لا يحتاج الى طلب من الزوجة لفسخ الزواج ، ناهيك بقضاء القاضي .

٦ - متعة المطلقة

يقال « متع الرجل مطلقة » : أعطاها المتعة بعد الطلاق ، وهي مال او نحوه ، لتنتفع به . وفي القرآن الكريم : «

﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ . أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ، وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ ، مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾ سورة البقرة ، آية (٢٣٦)

وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ، فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً ﴾ (٣) . سورة الاحزاب آية (٤٩)

وعلى هذين النصين الشريفين استند القائلون بتعويض المطلقة بالمتعة . فيوجبها الامام على كرم الله وجهه حيث يروي عنه قوله « لكل مطلقة متعة » ، وتابعه في ذلك الزهري وسعيد بن جبير وعطاء والثوري وابن حزم .

ويقوم الإمام ابن جرير الطبري : « المتعة حق للمرأة واجب على مطلقها ، لا يبرئها منها الا اداؤه اليها او براءة منها له . وأرى أن يحبس إن طلقها في المتعة لأن الله أمر بالمتعة وأمره تعالى فرض . »

ويذهب الاحناف وقول مشهور للحنابلة الى ان المتعة نوعان : متعة يُقضى بها واخرى لا يُقضى بها وان كان يستحب ان يعطيها المطلق للمطلقة . فتجب للمطلقة قبل

الدخول ان لم يكن قد سمي لها مهر . اما ان سمي لها مهر فلا تستحق الا نصفه فلا متعة لها . اما المتعة المستحبة فهي للمطلقة المدخول بها ، سُمِّي لها مهر ام لم يُسَمَّ .

ويرى المالكية ان المتعة مندوب اليها بلا اجبار على المطلق ، وإنما أمر بها تطبيقاً لنفس المرأة من ألم الطلاق ، وتسرية لها على الفراق . ولا متعة عندهم بالتالي لمختلعة ولا مصالحة ويُروى عن مالك قوله بالمتعة للمخيرة والمملّكة .

ويرى الشافعية أن المتعة تجب لكل مطلقة إلا المطلقة قبل الدخول مع تسمية مهر .

ويوجب الظاهرية المتعة على المطلق سواء أكان طلاقه قبل الدخول ام بعده او فُرِضَ للمطلّقة مهرٌ ام لم يُفَرَض .

والاصل ان الطلاق حقٌ للزوج شرعاً والقاعدة الشرعية العامة تقضي بان الجواز الشرعي ينافي الضمان . واستناداً الى هذا المبدأ قضت محكمة استئناف مصر سنة ١٩٣١ برفض دعوى لطالبة للتعويض عن طلاقها . ولم يكن القانون في مصر ولا في غيرها يقضي بتعويض عن الطلاق .

لكن هذا الوضع تغير الان وفي ذلك تقول المذكرة الايضاحية للقانون المصري رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الذي أضفى على متعة المطلقة قوة القانون :

«وإذ قد تراخت المروءة في هذا الزمن وانعدمت لا سيما بين الأزواج إذا انقطع حبلى المودة بينهما وأصبحت المطلقة في حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق وفي المتعة ما يحقق المعونة، وفي الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع في الطلاق .

ولما كان الأصل في تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة وكانت مواساتها من المروءة التي تطلبتها الشريعة وكان من أسس تقديرها قول الله تعالى ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَبِّحِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ﴾ من الآية (٢٣٦) من سورة البقرة وكان ايجاب المتعة هو مذهب الشافعي الجديد حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها أو بسببها وهو قول لأحمد اختاره ابن تيمية كما أن ايجابها مذهب أهل الظاهر وهو قول لمالك أيضا (المهذب للشيرازي فقه شافعي ج ٢ ص ٦٧-٦٨ والمحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٤٥-٢٤٩) .

وعلى هذا وضع نص المادة (١٨) مكررا بمراعاة ضوابط أقوال هؤلاء الأئمة وللقاضي أن ينظر في تقديرها عدا ما سبق إلى ظروف الطلاق وإلى اساءة استعمال هذا الحق ووضعها في موضعه ولا تقل في تقديرها عن نفقة سنتين وتخفيفا على المطلق في الأداء أجاز النص الترخيص له في سداد جملة المقرر للمتعة على أقساط. »

والواقع ان الشارع المصري هو آخر من اخذ بهذا الحكم انتصارا لحق المطلقة وجبرا لإيحاش الزوج لمن فارقتها.

وكان قانون الاحوال الشخصية لدرروز لبنان لسنة ١٩٤٨ هو أول من اخذ بهذا المبدأ وان ترك تقديره للقاضي، فيقول:

« المادة ٤٩ - اذا ظهر للقاضي ان الطلاق لا يبرره سبب شرعي، يحكم للزوجة بالعتل والضرر علاوة على مؤجل المهر على ان يؤخذ بعين الاعتبار الضرر المعنوي والمادي. »

واستناداً الى هذا المبدأ - اي تقييد الحق بايجاب عدم التعسف فيه قال الشارع السوري:

« المادة ١١٧ - اذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي ان الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وان الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي ان يحكم لها على مطلقها بحسب حالته ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي ان يجعل دفع هذا التعويض جملة او شهريا بحسب مقتضى الحال. »

وجدير بالذكر ان هذا نص للمادة معدل سنة ١٩٧٥ حيث كان الحد الاعلى للتعويض مبلغ نفقة سنة، فزيد الى نفقة ثلاث سنوات.

ويلتزم الشارع المغربي بالنص القرآني فيقول من غير تحديد المبلغ في الفصل الستين: « يُلْزَمُ كُلُّ مُطْلَقٍ بِتَمْتِيعِ مُطْلَقَتِهِ إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ مِنْ جَانِبِهِ بِقَدْرِ يَسْرِهِ وَحَالِهَا إِلَّا الَّتِي سُمِّيَ لَهَا الصِّدَاقُ وَطُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ ». »

ولما كان الطلاق في تونس لا يقع الا من قبل الحاكم فان نصاً جديداً للمجلة نُفِّح سنة ١٩٨١ يبيح التعويض لاي من الزوجين:

« الفصل (٣١ جديد) - يحكم بالطلاق

١ - بتراضي الزوجين

٢ - بناء على طلب احد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر

٣ - بناء على رغبة الزوج انشاء الطلاق او مطالبة الزوجة به ويقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة اعلاه .

وبالنسبة للمرأة يعوض لها عن الضرر المادي بجارية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وبالحلول على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن. وهذه الجارية قابلة للمراجعة ارتفاعا وانخفاضا بحسب ما يطرأ من متغيرات وتستمر الى ان تتوفى المفارقة أو يتغير وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن الجارية. وهذه الجارية تصبح دينا على التركة في حالة وفاة المفارق وتصفي عندئذ بالتراضي مع الورثة او على طريق القضاء بتسديد مبلغها دفعة واحدة يراعى فيها سنها في ذلك التاريخ. كل ذلك ما لم تخيّر التعويض لها عن الضرر المادي في شكل رأس مال يسند لها دفعة واحدة . »

ويعود الشارع الاردني (سنة ١٩٧٦) الى التقدير الاسبق في القانون السوري :

« طلاق التعسف موجب للتعويض على المطلقة

المادة ١٣٤ - اذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسبا بشرط ان لا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة ويدفع هذا التعويض جملة او قسطا حسب مقتضى الحال ويراعى في ذلك حالة الزوج يسرا وعسرا ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة . »

ويأخذ الشارع الكويتي بهذا التقدير ايضا مع إيراد استثناءات معقولة :

« التعويض بسبب الفرقة

المادة ١٦٥ -

أ - اذا انحل الزواج الصحيح بعد الدخول تستحق الزوجة - سوى نفقة عدتها -

متعة تقدر بما لا يجاوز نفقة سنة، حسب حال الزوج، تؤدّي إليها على اقساط شهرية، اثر انتهاء عدتها، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك في المقدار او الاداء.

ب - يستثنى من حكم الفقرة السابقة :-

١ (التتطبيق لعدم الانفاق بسبب اعسار الزوج .

٢ (التفريق للضرر اذا كان بسبب من الزوجة .

٣ (الطلاق برضا الزوجة .

٤ (فسخ الزواج بطلب من الزوجة .

٥ (وفاة احد الزوجين . »

ويأخذ الشارع المصري بتقدير وسط بين هذا والقانون السوري المعدل فينص المرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ :

«المادة ١٨ مكررا (٢) - الزوجة المدخول بها في زواج صحيح اذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز ان يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على اقساط . »

ويعود الشارع الجزائري الى ترك تقدير الضرر والتعويض للقاضي :

«المادة ٥٢ - اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها . واذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل ايواها، يضمن حقها في السكن مع محضونيتها حسب وسع الزوج . ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية اذا كان وحيدا . وتفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها . »

ونختتم بقول المذهب الجعفري ويعود الى ظاهر النص القرآني فيقول الشيخ عبد الكريم الحلبي نضا :

« اذا بلغت الصبية التي زوجها غير الاب والجد من الأولياء زوجا كفواً لها وبمهر المثل واختارت نفسها بالبلوغ قبل الدخول بها حقيقة فلا مهر لها على زوجها ولا متعة . والمعتبر في المتعة عرف كل بلدة لأهلها فيما تكتسي به المرأة عند الخروج واعتبارها على حسب حال الزوج خاصة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره . ويجوز دفع بدل

المتعة نقدا وله أن يمتعها بالدار والدابة أو بشيء من الأثاث البيتية ولا تجب المتعة لمن طلقت قبل الدخول ولها مهر مسمى ولا المتوفى عنها زوجها وتستحب للمطلقة بعد الدخول سواء سمي لها مهرا أم لا ويجوز زيادتها على نصف مهر المثل . « (٨٠)

(٨٠) الحلبي : المرجع المذكور ص ٢٣ .

الفصل الخامس العدة

١ - مقدمة

العدة لغة الاحصاء فيقال «عَدَّ الشيء عِدَّةً» أحصاه إحصاءً. ومن هنا عدة المرأة اي ايام اقرائها او احدادها على زوجها .

وهي شرعا كما جاء في فتح القدير «أجل حدده الشارع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفرقة، او هي تربص يلزم المرأة عند زوال الزواج وشبهه المتأكد بالدخول، او ما يقوم مقامه من الخلوة والموت» .

وخلال هذا الأجل لا يحل لها أن تتزوج بغير زوجها الأول، وإن حل للرجل أن يتزوج بغيرها اثناء تلك المدة ما لم يكن متزوجا بثلاث غيرها، او كان يبغى الزواج بمعدة الغير او كان زواجه بغيرها خلال العدة جمعا بين محرمين .

وأوجب شرع الاسلام العدة على الزوجة لغايات ثلاث :

أ - تعرّف براءة رحم المرأة من الحمل ، صوناً للانساب من الاختلاط .

ب - إتاحة الفرصة للزوج لمراجعة زوجه من الطلاق الرجعي .

ج - التعبير عن الحداد على وفاة الزوج .

وفي الفقرات الآتية سنتناول اولا متى تجب العدة، ثم طرق حساب اجلها، ونختتم بما يجب على الزوج والزوجة ولهما اثناء بقائهما .

٢ - من تجب عليها العدة من النساء

تجب العدة على المرأة اذا وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بطلاق او وفاة او فسخ، فان

كانت لوفاة وجبت على المرأة ولو لم تكن مدخولا بها بدليل قوله تعالى :
﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ سورة
البقرة، آية (٢٣٤)

فهذا إطلاق للعدة غير معلق على الدخول .

وتجب العدة لفرقة بين الزوجين من زواج صحيح اذا كانت الزوجة مدخولا بها حقيقة
او حكما - اي بالخلوة الصحيحة ، في فقه السنة ، بينما يوجب فقه الشيعة الدخول فعلاً
ولا يكتفي بالخلوة . فيقول الشيخ عبد الكريم :

« فيمن تجب عليها العدة من النساء ومن لا تجب

العدة من موانع النكاح لغير الزوج وتجب على كل امرأة وقعت الفرقة بينها وبين زوجها
بعد الدخول بها حقيقة في النكاح الصحيح والفساد سواء اكانت عن طلاق رجعي او
بائن بينونة صغرى او كبرى او تفريق بعيب او خيار بلوغ او فسخ او متاركة في النكاح
الفساد او وطء بشبهة . ولا تجب العدة بالخلوة المجردة عن الوطاء ، ولا على من فُرق
بينهما بالعنة قبل الوطاء . وتجب أيضا على كل امرأة توفي عنها زوجها ولو قبل الدخول
بها في النكاح الصحيح » . (٨١)

وسند وجوب العدة هنا هو النص القرآني :

﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...﴾ سورة البقرة ، آية (٢٢٨)

اما الزوجة غير المدخول بها ، حتى في نكاح صحيح ، فلا عدة لها باتفاق بدليل قوله
تعالى :

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ
فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ . سورة الاحزاب ، آية (٤٩)

ولا عدة على المرأة من فرقة بعد زواج غير صحيح ، الا بالبناء بها حقيقة بعقد فاسد

(٨١) الحلبي : المرجع المذكور ص ٧٩ .

او بالوطء بشبهة الحل . فان وقعت الفرقة قبل الدخول فلا عدة .

ويجمل الشارع الكويتي احكام الشرع هذه كما يلي :

«المادة ١٥٥ - تجب العدة على المرأة

أ - بالفرقة بعد الدخول او الخلوة صحيحة او فاسدة لمانع شرعي في الزواج الصحيح ،
وبعد الدخول في الزواج الفاسد .

ب - بوفاة الزوج في زواج صحيح .

ج - بالدخول بشبهة .»

٣ - كيف تحسب العدة

تحسب العدة بالحيض او بالأشهر او بوضع الحمل . ولا تحتسب الشيعة الحيضات
بل الأطهار . ويقول الشارع العراقي بشأن بدئها :

«المادة ٤٩ - تبتدىء العدة فوراً بعد الطلاق او التفريق او الموت ولو لم تعلم المرأة
بالطلاق او الموت .»

وهذا ايضا هو حكم الشارع السوري (م ١٢٥) والمغربي (الفصل ٧٨) والأردني
(م ١٤١) . ولا يدع الشارع الكويتي شاردة ولا واردة :

«المادة ١٥٦ - تبدأ العدة :

أ - في الزواج الصحيح من تاريخ وقوع الطلاق ، او وفاة الزوج .

ب - في الزواج الفاسد من تاريخ المتاركة ، او وفاة الرجل .

ج - في الدخول بشبهة من تاريخ آخر مسيس .

د - في التفريق القضائي من تاريخ الحكم النهائي به .»

أ - العدة بالقروء

تقدم النص الشريف ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ والقروء جمع قرء
وهي لغة الحيض والظهر الذي يتخلل بين حيضين . ولهذا اختلف الفقهاء في حساب

القروء وان اتفقوا على ان العدة بها واجبة على ذوات الحيض من النساء . فيقول الاثنا عشرية انها ثلاثة اطهار ويفصل الحلى ذلك بقوله :

«عدة الطلاق أو الفسخ بجميع أسبابه أو الانفساخ بمثل الردة والرضاع أو المتاركة في النكاح الفاسد ووطء الشبهة في حق المرأة الحرة الحائل المدخول بها حقيقة ولو كتابية ثلاثة أطهار ان كانت من ذوات الحيض وكذا من وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد عدتها بالأطهار لموت الواطئ فيهما وتحسب طهر وقعت فيه الفرقة بأي نوع ولا بد من طهرين كاملين غيره فاذا رأت الدم الثالث تملك المرأة عصمتها وتحل للزواج وان حرم وطئها ما دامت حائضاً.» (٨٢)

بينما يقول فقهاء الحنفية إن ذات الحيض التي حصلت الفرقة لها من زوجها بعد الدخول حقيقة او حكما ولم تكن حاملا تعدد ثلاث حيضات كوامل، وتنقضي العدة بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة، مع عدم احتساب الحيضة التي وقع فيها الطلاق البدعي المكروه .

ويقول الشافعية والمالكية بحساب الاطهار .

ويحتفظ الشارعان في العراق (٤٨ / ١) والجزائر (٥٨ م) بكلمة «القروء» كما يفعل الشارع الاردني ويقول مضيفاً :

«مدة العدة: المادة ١٣٥ - مدة عدة المتزوجة بعقد صحيح والمفترقة عن زوجها بعد الخلوة بطلاق او فسخ ثلاثة قروء كاملة اذا كانت غير حامل وغير بالغة سن الاياس . واذا ادعت قبل مرور ثلاثة اشهر انقضاء عدتها فلا يقبل منها ذلك .»

ويقتررب الشارع السوري من هذا الحكم ولكنه اكثر تحديدا :

«المادة ١٢١ - عدة المرأة غير الحامل للطلاق او الفسخ كما يلي :

أ - ثلاث حيضات كاملات لمن تحيض ولا تسمع دعوى المرأة بانقضائها قبل مضي ثلاثة اشهر على الطلاق او الفسخ .»

(٨٢) الموضع عينه .

ويعود الشارع المغربي الى عد الاطهار :

«الفصل ٧٣ - المطلقة بعد المسيس غير الحامل ان كانت تحيض عدتها ثلاثة اطهار واليايسة والتي لا تحيض تعتدان ثلاثة اشهر ومتأخرة الحيض او التي لم تميزه من غيره تتريص تسعة اشهر ثم تعتد بثلاثة اشهر .»

ب - العدة بالاشهر

يعتد بالاشهر ففتان من النسوة :

(أولاً) غير ذوات الحيض، كالصغيرة دون البلوغ، او البالغة التي لم تحض بعد، او من بلغت سن اليأس، وهي الآيسة. بدليل قوله تعالى :

﴿وَاللَّائِي يَكْسَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ﴾ سورة الطلاق، آية (٤).

ولا يوجب الاثنا عشرية العدة على غير ذوات الحيض لصغر او كبير تحقق معه بلوغها سن اليأس إلا للوفاة. ويوجبون ثلاثة اشهر كاملة عدة طلاق او فسخ لمن لا تحيض خلقة او لرضاع او مرض او غير ذلك وهي في سن من تحيض. (٨٣)

وإذا وجبت العدة في غرة الشهر تعتبر الشهور بالأهله ولو نقص عدد ايام بعضها عن ثلاثين يوماً. واذا وجبت في خلاله تعتبر العدة بالأيام في الشهر المنكسر خاصة فتكمله من الشهر الرابع ثلاثين يوماً.

(ثانياً) الحائل المتوفى عنها زوجها في زواج صحيح وعدتها اربعة اشهر وعشرة ايام بدليل قوله تعالى :

﴿وَالَّذِينَ يَتُوفَوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ سورة البقرة، آية (٢٣٣)

(٨٣) الموضع عينه.

هذا بشرط ان يكون الزواج صحيحا. اما في الزواج الفاسد فعدة الوفاة بعد الدخول الحقيقي ثلاثة قروء او ثلاثة اشهر، لان المقصود بعبارة ﴿الَّذِينَ يَتُوفَوْنَ مِنْكُمْ﴾ هم الأزواج في النكاح الصحيح، بالاتفاق. ويوجب الشارعان التونسي (الفصل ٣٦) والجزائري (م ٥٩) عدة الوفاة هذه على زوجة المفقود من تاريخ الحكم بفقده.

ج - العدة بوضع الحمل

تسري الاحكام السابقة على الحائل - اما الحامل وقت الفرقة، سواء كانت من زواج صحيح او فاسد او دخول بشبهة، فان عدتها تنقضي بوضع الحمل، عملا بقوله عز وجل:

﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ سورة الطلاق، آية (٤).

ولا عبرة بالمدة بين الوفاة والوضع فقد قال عمر «لو وضعت وزوجها على سريره لم يدفن بعد لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج».

ويشترط في الوضع ان ينفصل الحمل جميعه مستبيننا بعض خلقه او كله.

فهذه إذن أنواع العدة. إلا أنه يجوز أن تتحول العدة من نوع إلى آخر: فالمرأة التي في سن من تحيض ولا تحيض عند الطلاق سواء أكانت تحيض قبله ام لا، اذا اعتدت بالاشهر ثم حاضت قبل تمامها وجب عليها ان تكمل العدة بالقروء. والآيسة المرتاب فيها التي دخلت العدة بالاشهر إذا رأت الدم على العادة قبل تمام الأشهر وجب عليها اكمال العدة بالقروء. فإذا رأت الدم على العادة بعد تمام الأشهر فقد انقضت عدتها ولا تستأنف غيرها. وممتدة الدم التي تحيرت إذا لم تكن لها عادة او نسيت عادتها تنقضي عدتها بعد مضي ثلاثة أشهر من وقت الطلاق او الفسخ اذا لم يمكنها تمييز دم الحيض عن دم الاستحاضة. أما إذا أمكنها التمييز أو كانت لها عادة، فانها تعتد بالاقراء كما أنها لو كانت لها عادة سابقة رجعت إليها واعتدت بالاقراء.

والمعتدة بالقروء اذا لم تر حيضا او رآته مرة او مرتين ثم انقطع ينظر، فاذا بلغت سن الإياس تعتد ثلاثة اشهر من زمن بلوغها اليه، وان لم تكن بلغت الإياس تتربص تسعة اشهر تنمة للسنة. واذا توفي زوج المعتدة في طلاق رجعي تهدم عدة الطلاق وتلزمها

عدة الوفاة اما اذا كانت مطلقة طلاقا بائنا فلا تلزمها عدة الوفاة بل تكمل عدة الطلاق .

ولا يوجب الشارع التونسي الا العدة بالأشهر او بوضع الحمل فيقول :

« الفصل ٣٤ - يجب على كل امرأة فارقتها زوجها بطلاق بعد الدخول او مات عنها قبل الدخول او بعده ان تتربص مدة العدة المبينة بالفصل الآتي :

الفصل ٣٥ - تعتد المطلقة غير الحامل مدة ثلاثة اشهر كاملة . وتعتد المتوفى عنها زوجها مدة اربعة اشهر وعشرة ايام كاملة اما الحامل فعدتها وضع حملها واقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق او تاريخ الوفاة . »

والى مثل هذا ذهب قانون الاحوال الشخصية لدروز لبنان مع خلاف في عدد الأشهر :

« المادة ٥٠ - مدة العدة اربعة اشهر تبدأ من تاريخ الطلاق او التفريق او وفاة الزوج ، وعدة الحامل تنتهي بالوضع او بسقوط الجنين .

المادة ٥١ - لا تلزم العدة اذا وقع الطلاق او الفسخ قبل الاجتماع والمقاربة .

المادة ٥٢ - تبدأ العدة من تاريخ وقوع الطلاق او الفسخ او وفاة الزوج ، وان لم تطلع الزوجة على الوفاة . »

ويوجز الشارع الكويتي احكام العدة السابقة فيحسن الاجاز وبه نختم هذا الفصل :

« المادة ١٥٧ -

أ - تتربص المتوفى عنها زوجها في زواج صحيح اربعة اشهر وعشرة ايام منذ وفاته ، ان لم تكن حاملا .

ب - عدة الحامل تنقضي بوضع حملها ، او سقوطه مستبينا بعض اعضائه .

ج - عدة غير الحامل ، في غير حالة الوفاة :

١ - ثلاث حيضات كوامل في مدة لا تقل عن ستين يوما لذوات الحيض .

٢ - تسعون يوما لمن لم تر الحيض أصلاً ، او بلغت سن اليأس ، وانقطع

حيضها ، فان جاءها الحيض قبل انقضائها ، استؤنفت العدة بثلاث حيضات .

- ٣ - تسعون يوماً لمعتدة الدم، ان لم تكن لها عادة معروفة، فان كان لها عادة تذكرها اتبعها في حساب العدة.
- ٤ - اقل الاجلين من ثلاث حيضات، او سنة لمن انقطع حيضها قبل سن اليأس.
- ٥ - ابعد الاجلين من عدة الطلاق، او عدة الوفاة للمبانة بطلاق الفرار من الارث، اذا توفي مطلقها قبل تمام عدتها.

المادة ١٥٨ -

- أ - إذا توفي زوج المطلقة رجعيًا اثناء عدتها، تستأنف عدة الوفاة بتريص أربعة اشهر وعشرة ايام منذ وفاته.
- ب - في البينونة من طلاق، او فسخ، إذا توفي الرجل اثناء العدة، تتم المرأة عدتها، ولا تنتقل إلى عدة الوفاة. وذلك مع مراعاة حكم الحالة (٥) في الفقرة (ج) بالمادة السابقة.
- ج - المدخول بها بشبهة في عقد فاسد، او دون عقد، اذا توفي عنها الرجل فعدتها عدة الفرقة لا عدة الوفاة.

المادة ١٥٩ - المرأة التي بانت من زوجها بعد الدخول، اذا تزوجها اثناء العدة، ثم طلقها قبل دخول جديد، تتم عدتها السابقة.

المادة ١٦٠ - في جميع الاحوال لا تزيد العدة على سنة واحدة. «

٤ - ما يجب على الزوج والزوجة وما يجب لهما اثناء العدة

لما كانت العدة فترة تربص بين الانفصال الفعلي وانحلال الزواج بموجب طلاق رجعي، فانها تنشئ اثناء بقائها حقوقاً لكلا الزوجين والتزامات عليهما، ومنها حرمة تزوج المرأة بغير زوجها، وحق التوارث وحق النفقة للزوجة ووجوب مكوثها في بيت الزوجية وحدادها على زوجها.

وقد سبق القول في تحريم زواج المعتدة طيلة عدتها بغير زوجها، وزواج الرجل اثناء عدتها من خامسة أو محرم لها.

اما التوارث فانه اذا توفي احد الزوجين اثناء عدة طلاق رجعي فان الزوج الباقي على

قيد الحياة يرث، لكن الحي لا يرث في عدة الطلاق البائن الا إذا اعتُبر الميت فارساً من الميراث باحداث الفرقة. ومثله المريض مرض الموت يطلق زوجته بائناً بغير رضاها، فترثه الزوجة ان مات اثناء عدتها بابعده الاجلين: الطلاق او الوفاة.

ونبحث الآن في نفقة الزوجة المعتدة وسكناها.

أ - في نفقة المعتدة

تستحق المعتدة النفقة في حالتين:

١ - إذا كانت الفرقة من قبل الزوج، سواء أكانت طلاقاً أم فسحاً، بسبب محظور او غير محظور.

٢ - إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة بسبب غير معصية، كأن طلّقت نفسها لوجود العصمة بيدها، او اختارت نفسها عند البلوغ، او فسّخ العقد بطلب وليها العاصب.

ولا تستحق نفقة في الحالات الآتية:

١ - وفاة الزوج، ولو كانت حاملاً.

٢ - المعتدة لفرقة من قبلها بسبب هو معصية، كالردة، أو إتيانها مع أحد أصول زوجها أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة.

٣ - المعتدة من عقد غير صحيح لانعدام حق الاحتباس للرجل حتى قبل التفريق، ناهيك بعده.

إلا أن الشارع الكويتي يقول بهذا الشأن:

«المادة ١٦٢ - تجب النفقة للمعتدة من طلاق، او فسح، او من دخول في زواج فاسد، او بشبهة.

المادة ١٦٣ - تعتبر نفقة العدة ديناً في ذمة الرجل من تاريخ وجوبها، ولا تسقط الا بالاداء أو البراء، ويراعي في فرضها حالته يسراً وعسراً.

المادة ١٦٤ - لا نفقة لمعتدة من وفاة، ولو كانت حاملاً.

ويكتفي الشارع التونسي بهذا الحكم العام :

«الفصل ٣٨ - يجب على الزوج ان ينفق على زوجته المدخول بها اثناء مفارقتها اياها مدة عدتها.»

وينص قانون دروز لبنان على ما يلي :

«المادة ٥٣ - تجب نفقة العدة للمرأة المطلقة على زوجها، ولا تجب للمرأة التي توفي زوجها سواء كانت حاملا ام غير حامل.»

ب - في وجوب لزوم بيت الزوجية والحداد على الزوج المتوفى .

يجب على المعتدة أمران : أحدهما لكل معتدة، والآخر على معتدة الوفاة والطلاق البائن .

الاول : لزوم بيت الزوجية مهما كان سبب الفرقة : طلاقا او فسخا او وفاة بل يجب عليها ان وقعت الفرقة وهي بعيدة عن البيت ان تعود اليه فورا بدليل الآية :

﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحْشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾^(١) سورة الطلاق الآية، (١)

وبهذا اخذ الشارع الاردني موضحاً ان هذا واجب على معتدة الطلاق الرجعي او الوفاة مع شيء من التفصيل :

«اعتداد المطلقة في بيت الزوجية

المادة ١٤٦ - تعدد معتدة الطلاق الرجعي والوفاة في البيت المضاف للزوجين بالسكنى قبل الفرقة وان طلقت او مات عنها وهي في غير مسكنها عادت اليه فورا . ولا تخرج معتدة الطلاق من بيتها الا لضرورة ولمعتدة الوفاة الخروج لقضاء مصلحتها ولا تبني خارج بيتها . واذا اضطر الزوجان للخروج من البيت فتنقل معتدة الطلاق الى

حيث يشاء الزوج. واذا اضطرت معتدة الوفاة الى الخروج فتنقل الى اقرب موضع منه.»

ويقول الشارع الكويتي على عهدنا به ايجازا مع الوفاء:

«المادة ١٦١ -

أ - على المعتدة من طلاق رجعي ان تقضي عدتها في بيت الزوجية إلا عند الضرورة، فتنقل الى البيت الذي يعينه القاضي.

ب - وتعتبر ناشرة اذا خرجت من البيت بغير مسوغ.»

وينقل الشارع الجزائري حكم الآية الكريمة:

«المادة ٦١ - لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها او وفاة زوجها الا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق.»

ويقول الشيخ الحلبي عرضا لمذهب الاثنا عشرية ويتناول ايضا معتدة الطلاق البائن: «تعتد معتدة الطلاق الرجعي وجوباً ومعتدة الوفاة استحباباً في البيت المضاف الى الزوجين بالسكنى قبل الفرقة. وان طلقت او مات عنها وهي في غير مسكنها عادت اليه فوراً. ولا تخرجان منه الا ان يصير اخراجهما ضرورياً او يهدم او يخشى انه يهدم او تلف مال المرأة او لا يمكن كرا المسكن فتنقل معتدة الوفاة الى حيث تشاء ومعتدة الطلاق الى حيث يشاء الزوج. ولا تخرج معتدة الطلاق رجعياً من بيتها الا لضرورة واذا كانت الضرورة تندفع بخروجها بعد انتصاف الليل ورجوعها قبل الفجر فاللازم مراعاة ذلك. ولمعتدة الوفاة الخروج لقضاء مصالحها ولا تبت خارج بيتها استحباباً ومعتدة الطلاق البائن تعتد حيث شاءت» (٨٤).

والامر الثاني الواجب على المعتدة من وفاة هو الإحداد: اي ترك الزينة والحريز والتطيب أسفاً على وفاة زوجها او انتهاء زوجيتها. لكن الشافعي لا يوجب الاحداد على المطلقة بائناً، بمقولة انها لا يجب ان تأسف على فراقه بعد أن آذاها بطلاقه البائن.

(٨٤) الشيخ الحلبي: المرجع المذكور، ص ٨٢.

الفصل السادس النسب

١ - مقدمة

تترتب على الزواج حقوق - لا للزوجين وحدهما بل ايضا لثمرته وهم الاولاد . فهي حقوق تقابلها واجبات ، بعضها على احد الوالدين وبعضها عليهما كليهما .

وتثبت بعض هذه الحقوق حتى للجنين في الرحم - الذي يرث من ابيه المتوفي قبل مولده بما لا يزيد على (٢٧٠) يوما بسبب القرابة .

ولذا فان اول ما يثبت للولد من حقوق هو النسب - وهذا حقه وحق ابيه . ويتلوه حق التربية ، ويتعين على الاب ، للامداد بالنفقة ، وعلى الام ، بالقيام بالرضاع والحضانة ان عُيِّنَتْ لهما . وبعد تجاوز سن الرضاعة يكون للقاصر حق الولاية على النفس واجبا على العصبات وحق الولاية على المال ان كان له مال .

وستتناول في هذا الفصل حق النسب ، وفي الفصل التالي حقوق الرضاع والحضانة والولاية .

٢ - ثبوت النسب بالفراش

الاولاد ثمرة الحياة الزوجية ، وثبوت نسبهم هو من اهم الحقوق المترتبة على الزواج . ولا يثبت النسب الا للابوين الحقيقيين ، فلا يعترف الاسلام بالتبني ، ولا يلبي رغبة « من يريدون ان يخلقوا لانفسهم اُبوَّةً او اُمومةً مصنوعة » على حد تعبير المذكرة الايضاحية الكويتية . وستتناول هذا في حينه .

ويثبت نسب الولد من امه بمجرد ولادته ، ولا يمكن نفيه اطلاقا سواء كانت الولادة من نكاح صحيح او عقد فاسد او وطء بشبهة الحل او من سفاح .

وتضوغ المدونة المغربية هذا الحكم الشرعي في الفصل (٢ / ٨٣) :

« البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للاب فلا يترتب عليها شيء من ذلك اطلاقا وهي بالنسبة للام كالشرعية لانه ولدها » .

وبأتي هذا بعد الفقرة الاولى التي تعرف البنوة الشرعية ونصها :

« البنوة الشرعية هي التي يتبع الولد فيها أباه في الدين والنسب ويبنى عليها الميراث وينتج عنها موانع الزواج ويترتب عليها حقوق وواجبات ابوية وبنوية » .

ويثبت نسب الولد الى ابيه بأحد ثلاثة : الفراش والاقرار والبينة . وفي هذا القسم سنتناول الفراش في العقد الصحيح والفساد والوطء بشبهة الحل ، ثم نعالج الاقرار والبينة كل منهما على حدة .

أ - الفراش في العقد الصحيح

حد الفراش كما ورد في تعريفات الجرجاني هو « كون المرأة متعينة لشخص واحد . وهو في العقد الصحيح الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة ، وبه وحده ، بلا حاجة الى اقرار ولا بينة ، يثبت نسب الولد اليهما اذا توافرت شروط الثبوت بدليل قول الرسول ﷺ « الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

اما شروط الثبوت فهي : إمكان الحمل من الزوج ، واقل مدة للحمل واقصى مدة له .

١ - فيشترط ان يكون الزوج بالغا او مراهقا والّا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين ، وان اكتفى ابو حنيفة بالعقد الصحيح وحده ولو لم يلتق الرجل بالمرأة قط « وكانت هي في اقصى المغرب وهو في اقصى المشرق » . بينما يشترط الشافعي ومالك وقول لأحمد إمكان الدخول بالاضافة الى العقد الصحيح .

وقضى ابن تيمية بان النكاح الصحيح سبب لثبوت النسب بشرط الدخول الحقيقي ويقول تلميذه الامام ابن قيم الجوزية (في زاد المعاد في هدى خير العباد ج ٤ ص

(١١٠): «واختلف الفقهاء فيما تصير به الزوجة فراشا على ثلاثة اقوال: احدها انه نفس العقد وان علم انه لم يجتمع بها بل لو طلقها عقبيه في المجلس وهذا مذهب ابي حنيفة رحمه الله. والثاني انه العقد مع امكان الوطاء وهذا مذهب الشافعي واحمد. والثالث انه العقد مع الدخول المحقق لا امكانه المشكوك فيه وهذا اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية. وقال ان أحمد اشار اليه في رواية حرب، فإنه نص في روايته فيمن طلق قبل البناء وأتت امرأته بولد فانكر انه ينفي عنه بغير لعان. وهذا هو الصحيح المجزوم به، وإلا فكيف تصير المرأة فراشا ولم يدخل بها الزوج ولم يبين بها بمجرد امكان بعيد؟ وهل يعد اهل العرف واللغة المرأة فراشا قبل البناء بها؟ وكيف تأتي الشريعة بالحاق نسب من لم يبين بامراته ولا دخل بها ولا اجتمع بها بمجرد امكان ذلك؟ وهذا الامكان قد يقطع بانتفائه عادة. فلا تصير المرأة فراشا الا بدخول محقق. وبالله التوفيق.»

٢ - اقل مدة الحمل واقصاها: يجمع فقهاء الشريعة على ان اقل مدة الحمل ليولد حيا هي ستة اشهر، استدلالاً بأيتين كريمتين:

الآية الأولى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا^(١)﴾ سورة الاحقاف، آية (١٥).

والآية الثانية: قول الله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ^(٢)﴾ سورة لقمان، آية (١٤).

فبطرح الفصال، وهو الفطام، وأمدته عامان، من الحمل والفصال معا، وامدهما ثلاثون شهرا، تكون مدة الحمل ستة اشهر هي اقل مدة. وتعتبر مذاهب السنة الاربعة كل مولود لأقل من ستة اشهر من وقت العقد غير شرعي. ولكن الائمة يجيزون ثبوت النسب ان جاءت به لاقل من ستة اشهر اذا ادعاه الزوج، ولم يقل انه من الزنا، ولم يُعلم كذبه. وهذا قول الامامية ايضا^(٨٥).

(٨٥) الحلبي: المرجع المذكور، ص ٨٥.

اما من حيث اقصى مدة الحمل فاختلف في تقديرها الفقهاء وتتراوح من خمس سنوات عند الامام مالك الى تسعة اشهر عند داود الظاهري والامامية وبين هذين الطرفين اربع سنوات عند الشافعي وستان عند الاحناف وسنة هلالية عند الفقيه محمد بن عبد الحكم المالكي . وسبب الخلاف هو عدم وجود نص قرآني ولا نبوي كما هو الحال في ادنى مدة الحمل .

ويقول «ابن رشد» في هذه المسألة: «وهذه المسألة مرجوع فيها الى العادة، والتجربة. وقول ابن عبد الحكم، والظاهرية هو اقرب الى المعتاد. والحكم انما يجب ان يكون بالمعتاد، لا بالنادر» (٨٦).

هذا هو فقه النسب من الفراش، فلنورد الان احكام التشريعات العربية المحدثه:

المادة ١٥ من القانون (رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) المصري:

«لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها . من حين العقد، ولا لولد زوجة اتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد مطلقة والمتوفي عنها زوجها اذا اتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق او الوفاة» .

المرسوم التشريعي السوري رقم ١٩٥٣/٥٩:

«النسب من الزواج الصحيح

أ - في نسب المولود حال قيام الزوجية:

المادة ١٢٨ - اقل مدة الحمل مائة وثمانون يوما واكثرها سنة شمسية .

المادة ١٢٩ -

١ - ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب الى زوجها بالشرطين التاليين:

أ - أن يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل .

(٨٦) «بداية المجتهد» (ج ٢ ص ٣٠٠)

- ب - ان لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان احد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل .
- ٢ - اذا انتفى احد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج الا اذا اقر به او ادعاه .
- ٣ - اذا توافر هذان الشرطان لا ينفي نسب المولود عن الزوج الا باللعان .
- ب - نسب المولود بعد الفرقة او وفاة الزوج .
- المادة ١٣٠ - اذا لم تقر المطلقة او المتوفي عنها زوجها بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها اذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق او الوفاة . ولا يثبت لاكثر من ذلك الا اذا ادعاه الزوج او الورثة .
- المادة ١٣١ - المطلقة او المتوفي عنها زوجها المفرقان بانقضاء العدة يثبت نسب ولدهما اذا ولد لاقبل من (١٨٠) يوماً من وقت الاقرار واقل من سنة من وقت الطلاق او الموت . «
- مجلة الأحوال الشخصية. التونسية لسنة ١٩٥٦
- « الفصل ٦٨ - يثبت النسب بالفراش او باقرار الاب او بشهادة شاهدين من اهل الثقة فاكتر .
- الفصل ٦٩ - لا يثبت النسب عند الانكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها ولا ولد زوجة اتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها او من وفاته او من تاريخ الطلاق .
- الفصل ٧١ - اذا ولدت الزوجة لتمام ستة اشهر فاكتر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحاً او فاسداً يثبت نسب المولود من الزوج . «
- مدونة الاحوال الشخصية المغربية لسنة ١٩٥٧
- « الفصل ٨٤ - اقل مدة الحمل ستة اشهر واكثرها سنة مع مراعاة ما ورد في الفصل ٧٦ - فيما يخص الرية (٨٧) .

(٨٧) ينص الفصل السادس والسبعون على ما يلي :

« اقصى امد الحمل سنة من تاريخ الطلاق او الوفاة فاذا انقضت السنة وبقيت الرية في الحمل رفع من يهمله الامر امره الى القاضي ليستعين ببعض الخبراء من الاطباء على التوصل الى الحل الذي يفضي الى الحكم بانتهاء العدة او الى امتدادها الى اجل يراه الاطباء ضروريا لمعرفة ما في البطن هل علة ام حمل . «

الفصل ٨٥ - الولد للفراش ان مضى على عقد الزواج اقل مدة الحمل وامكن الاتصال والا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق»

قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ / ١٩٥٩

«الفصل الاول / في النسب

المادة الحادية والخمسون - ينسب ولد كل زوجة الى زوجها بالشرطين التاليين :-

١ - ان يمضي على عقد الزوج اقل مدة الحمل .

٢ - ان يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً .»

قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم ٦١ / ١٩٧٦

«(الفصل الرابع عشر / النسب)

الحالات التي تسمع فيها دعوى النسب

المادة ١٤٧ - لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة اتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفي عنها زوجها اذا اتت به لاكثر من سنة من وقت الطلاق او الوفاة .

نسب المولود من نكاح فاسد

المادة ١٤٨ - ولد الزوجة من زواج صحيح او فاسد بعد الدخول او الخلوة الصحيحة اذا ولد لسته اشهر فاكثر من تاريخ الدخول او الخلوة الصحيحة يثبت نسبه للزوج واذا ولد بعد فراق لا يثبت نسبه الا اذا جاءت به خلال سنة من تاريخ الفراق .»

القانون الجزائري رقم ٨٤ / ١٩٨٤

«المادة ٤١ - ينسب الولد لايه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة. (٨٨)

(٨٨) المقصود بالطرق المشروعة اللعان - ويرجع في وصفه الى شرح الحلبي لمذهب الامامية الوارد في المتن .

المادة ٤٢ - أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة (١٠) أشهر .

المادة ٤٣ - ينسب الولد لآبيه اذا وضع الحمل خلال عشرة (١٠) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة .»

القانون الكويتي رقم ١٩٨٤/٥١

«المادة ١٦٦ - أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية، وأكثرها خمسة وستون وثلاثمائة يوم .

المادة ١٦٨ - لا يثبت النسب من الرجل اذا ثبت أنه غير مخصب، أو لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرضي، وللمحكمة عند النزاع في ذلك أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين .

المادة ١٦٩ -

أ - ينسب ولد كل زوجة في الزواج الصحيح الى زوجها بشرطين :-

١ (مضي أقل مدة الحمل على عقد الزواج .

٢ (ألا يثبت انتفاء امكان التلاقي بين الزوجين بمانع حسي من تاريخ العقد الى الولادة، أو حدث بعد الزواج واستمر أكثر من خمسة وستين وثلاثمائة يوم .

فاذا زال المانع، يشترط انقضاء أقل مدة الحمل من تاريخ الزوال .

ب - اذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت النسب الا باقرار الزوج .

المادة ١٧٠ -

أ - اذا ولدت المعتدة رجعيًا في أثناء عدتها ثبت النسب من المطلق .

ب - وان ولدت بعد انقضاء عدتها بمضي المدة أو باقرارها بالانقضاء لا يثبت النسب الا اذا ولدت قبل مضي ستة أشهر قمرية من تاريخ اعتبار العدة منقضية .

وتكون الولادة حينئذ دليل الرجعة، واستمرار الزوجية .

المادة ١٧١ -

أ - معتدة البائن أو الوفاة اذا لم تقر بانقضاء عدتها، يثبت نسب ولدها اذا جاءت به خلال سنة، خمسة وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ البينونة او الوفاة .

ب - ومع مراعاة أحكام الاقرار بالنسب اذا جاءت به لأكثر من هذه المدة لا يثبت

نسبه .

ج - وإذا أقرت بانقضاء عدتها في مدة تحتمله ، يثبت النسب اذا ولدت لأقل من ستة أشهر قمرية من وقت اقرارها ، ولأقل من خمسة وستين وثلاثمائة يوم من وقت البيونة أو الوفاة . »

ويورد الحلي أحكام الامامية في ثبوت نسب الولد المولود حال قيام النكاح الصحيح فيقول :

« أقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة أشهر وأكثرها سنة في قول لبعض أصحابنا إذا ولدت الزوجة حال قيام النكاح الصحيح لتمام ستة أشهر فصاعدا إلى أقصى مدة الحمل من حين الوطء ثبت نسبه من الزوج فان جاءت به لأقل من ستة أشهر أو لأكثر من تسعة أشهر منذ وطئها فلا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه ولم يقل إنه من الزنا ولم يعلم كذبه .

إذا نفى الزوج الولد المولود لتمام ستة أشهر من إمكان الوطء عادة فلا ينتفي إلا إذا نفاه في الاوقات المقررة في المادة التي بعد الآتية وتلاعن مع المرأة لدى الحاكم .

لا يتلاعن الزوجان إلا إذا اجتمعت فيهما أهلية اللعان وشرائطه وهي أن يكون النكاح صحيحا والزوجية قائمة ولو في عدة الرجعي هذا في لعان القذف أما اللعان على نفى الولد فيصح مع الطلاق البائن ومع تزويجها بغيره وأن يكونا عاقلين بالغين ولا يشترط في المتلاعنين الاسلام ولا الحرية ولا كون الزوجين غير محدودين في قذف ويشترط في لعان الأخرس أن تكون إشارته معقولة يفهم منها نفى الولد ومعاني الشهادات وأن تكون المرأة مدخولا بها عفيفة عن الزنا أما غير العفيفة فيلاعنها زوجها على نفى الولد لا على القذف ويشترط أيضا سلامتها من الصمم والخرس فاذا استجمعت الشروط وتلاعنا يفرق الحاكم بينهما ويقطع نسب الولد من أبيه ويلحقه بأمه وإن لم يتلاعنا أو لم تتوفر فيهما أهلية اللعان فلا ينتفي نسب الولد وكذا إذا كذب الزوج نفسه قبل اللعان أو في اثناؤه ولو كذب نفسه بعد اللعان لحقه الولد فيما عليه لا فيما له فيرثه الولد ولا يرثه هو ولا من يتقرب به وإذا قذفها بحد حد القذف إذا كذب نفسه قبل اللعان وإن كذب نفسه بعد

اللعان سقط عنه الحد .

انما يصح نفي الولد في وقت الولادة أو عند شراء أدواتها ولا يضر التأخير بمقدار السعي إلى المحاكم ونحوه مما لا ينافي الفورية كما لا يضر التأخير لعذر كحبس ومرض وإذا كان الزوج غائبا عن الولادة فحالة علمه كحالة ولادتها وله نفي الحمل قبل وضعه إذا تحقق ولو أمسك عن نفيه حتى وضعته جاز له نفيه بعد الوضع ولا يكون سكوته عنه وهو حمل مثبتا لنسبه منه .

لا ينتفي نسب الولد في الصور الآتية وإن تلاعن الزوجان وفرق الحاكم بينهما :

(الأولى) إذا نفاه بعد مضي الأوقات المبينة في المادة السالفة بلا عذر ولو كان في أيام التهنتة المعتادة .

(الثانية) إذا نفاه بعد الاقرار به صراحة أو دلالة .

(الثالثة) إذا ولدت المرأة بعد التفريق وقطع نسب الولد الأول وولدت ولداً آخر من حمل واحد فأقر بالثاني واستلحقه به ففي هذه الصورة يلزمه الولدان ويبطل الحكم الأول .
(الرابعة) إذا مات الزوج أو المرأة بعد نفي الولد قبل اللعان أو في أثناءه قبل أن يكمله وأما إذا نفاه بعد الحكم بثبوت نسبه شرعا كأن انقلب الطفل على طفل آخر فقتله وحكم بالارش على عاقلته فينتفي بلعانه إذا لم يكن تأخير النفي بلا عذر وكذا إذا نزل الولد ميتا ثم نفاه أو نفاه ثم مات قبل اللعان فانه ينتفي عنه بلعانه ولا يلزمه مؤنة تجهيزه .

قطع الولد عن نسب أبيه يخرج من العصبية ويسقط حقه في النفقة والارث وغيرهما ولا يبقى النسب متصلا بين الولد وأبيه الملاعن في الحقوق التي تعود إلى الملاعن أو تكون عليه كالشهادة والقصاص فتقبل شهادة الابن على أبيه ويجب على الأب القصاص بقتله وأما الأحكام الشرعية وحقوق غير الملاعن فالظاهر عدم سقوطها لثبوت حكم الفراش ظاهراً كما إذا كان لابن الملاعنة ابن ولنا فيه بنت فلا يجوز للابن أن يتزوج تلك البنت وإذا ادعاه غير الملاعن لا يلتحق به ولا يجوز صرف زكاة مال أحدهما للآخر .

إذا مات ابن اللعان عن ولد فادعاه الملاعن فلا يقام عليه الحد ولو مع القذف ولا يرث من الولد ولا من أبيه والولد يرث منه وكذلك لو ماتت بنت اللعان عن ولد فادعاه الملاعن فيرثه الولد ولا يرث الملاعن منه ولا من أمه .

الفرقة باللعان فسخ لا طلاق بائن وتحصل الفرقة المؤبدة وينتفي الولد إذا تم تلاعنها عند الحاكم ولو لم يفرق الحاكم بين الزوجين بعد اللعان ولا يجري التوارث بينهما بعد اللعان إذا مات أحدهما وكان الآخر أهلاً للميراث ويحرم على الملاعن وقاع المرأة والاستمتاع بها وحرمة الفرقة باللعان تدوم وإن خرج كل من الزوجين أو أحدهما عن أهليته . « (٨٩)

ب - الفراش في العقد الفاسد والنسب في الوطء بشبهة الحل

تحتسب مدة الحمل في الزواج الفاسد من وقت الدخول الحقيقي وليس من وقت العقد، على خلاف العقد الصحيح . فلا فراش في العقد الفاسد الا بالوطء الحقيقي . وتراعى احكام الثبوت في العقد الصحيح .

وبالتالي فلا يثبت نسب الولد من الزوج بالفراش في العقد الفاسد الا اذا وضعت المرأة حملها بعد الدخول لمدة لا تقل عن ستة اشهر . ولا ينتفي نسب هذا الولد اطلاقاً لان الطريق الاوحد للنفي هو اللعان ولا لعان في عقد فاسد ومن هنا يقول الفقهاء « الفراش في الزواج الفاسد اقوى من الفراش في الزواج الصحيح » .

وان كانت المدة اقل من ستة اشهر فلا ينسب الولد بالفراش وان جازت نسبته بالاقرار كما تقدم بصدد اقل مدة الحمل في النكاح الصحيح .

وبالمثل يجب الا تزيد المدة بين الفراق او التفريق والولادة عن اقصى مدة الحمل، وهي في التشريع المصري سنة شمسية .

بقي النسب في الوطء بشبهة الحل، ولا فراش هنا، ولكن يثبت النسب بالاقرار كما سنبين ادناه .

ومن الفقه ننتقل الى القوانين المحدثه في هذا الباب :

القانون السوري :

« النسب في الزواج الفاسد والدخول بشبهة

(٨٩) الحلبي المرجع المذكور، ص ٨٦/٨٧

المادة ١٣٢ -

- ١ - المولود من زواج فاسد بعد الدخول اذا ولد لمئة وثمانين يوما فاكثر من تاريخ الدخول ثبت نسبه من الزوج .
- ٢ - اذا كانت ولادته بعد متاركة او تفريق لا يثبت نسبه الا اذا جاءت به خلال سنة من تاريخ المتاركة او التفريق .

المادة ١٣٣ -

- ١ - الموطوءة بشبهة اذا جاءت بولد ما بين اقل مدة الحمل واكثرها يثبت نسبه من الواطيء .
 - ٢ - متى ثبت النسب ولو بنكاح فاسد او بشبهة ترتب عليه جميع نتائج القرابة فيمنع النكاح في الدرجات الممنوعة وتستحق به نفقة القرابة والارث .
- المدونة المغربية :

« الفصل ٨٦

- ١ - ولد الزوجة من زواج فاسد بعد الدخول اذا ولد لسته اشهر فاكثر من تاريخ الدخول يثبت نسبه الى الزوج حسب الفصل ٣٧ (٩٠) .
- ٢ - واذا ولد بعد فراق لا يثبت نسبه الا اذا جاءت به خلال سنة من تاريخ الفراق مع مراعاة ما ورد في الفصل ٧٦ (٩١) .

الفصل ٨٧

الخالية من الزوج اذا وطئت بشبهة وجاءت بولد ما بين اقل مدة الحمل واكثرها يثبت نسبه من الواطيء .

الفصل ٨٨

متى ثبت النسب ولو بنكاح فاسد او بشبهة ترتب عليه جميع نتائج القرابة فيمنع

(٩٠) يشترط الفصل ٣٧ لثبوت النسب في الزواج المجمع على فساد ان يكون حسن القصد .

(٩١) انظر الهامش ٨٤ .

النكاح في الدرجات الممنوعة وتستحق به نفقة القرابة والارث

الفصل ٨٩

يثبت النسب بالفراش او باقرار الاب او بشهادة عدلين او بينة السماع بانه ابنه ولد على فراشه من زوجته

الفصل ٩٠

لا ينتفى الولد عن الرجل او حمل الزوجة منه الا بحكم القاضي

الفصل ٩١

يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب . «

القانون الكويتي :

« الفصل الثالث

النسب في الزواج الفاسد والدخول بشبهة

المادة ١٧٢ -

أ - يثبت نسب الولد من الرجل في الزواج الفاسد، أو الدخول بشبهة اذا ولد لستة أشهر قمرية فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي .

ب - واذا ولد بعد المتاركة أو التفريق لا يثبت نسبه الا اذا كانت الولادة قبل مضي خمسة وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ المتاركة أو التفريق . «

٣ - ثبوت النسب بالاقرار

بالاضافة الى النكاح الصحيح والوطء بعقد فاسد او بشبهة الحل، يمكن ثبوت النسب بالاقرار . والاقرار نوعان : اقرار بنسب على المقر نفسه بالبنوة او الأمومة او الأبوة، وبه يثبت النسب معاملةً للمُقر باقراره، ولا يجوز الرجوع عنه وينشئ كل الحقوق والواجبات المترتبة على النسب المُقرّبه . والثاني اقرار بنسب على غير المُقر، وفيه يكون النسب بواسطة بين المُقر والمُقر له كاقرار شخص لآخر بأنه أخوه اذ يتضمن هذا ان المقر له ابن لأبي المُقر، ولا يثبت به النسب ويجوز الرجوع عنه وفيه ايضا يعامل المُقر

باقراره فيصح في حقه هو .

أ - الاقرار بالبنوة والابوة

يشترط لصحة اقرار رجل بأن اخر ولده، سواء كان الرجل صحيحاً او مريضاً، وكان الولد صغيراً او كبيراً، حياً او ميتاً، خمسة شروط:

- ١ - ان يكون المُقر له مجهول النسب. فان كان معروف النسب لغير المُقر بطل الاقرار لثبوت نسب المُقر له والنسب ان ثبت لا يقبل الابطال .
- ٢ - ان يكون المُقر له ممن يولد مثله لمثل المُقر . فان كان المُقر اسن من المُقر له بالبنوة او يقاربه سنا كذب العقل هذه البنوة .
- ٣ - الآ تكذبه العادة، كاقرار رجل لم يعلم انه تزوج اطلاقاً، او استلحاق ولد من بلد بعيد عُرف ان المُقر لم يدخله قط .
- ٤ - الا يصرح بأن الولد من الزنى لان هذا نفي للفراس .
- ٥ - ان يصادق المُقر له ان كان اهلا على اقرار المُقر بالنسب، إذا كان الولد بالغاً مكلفاً في قول الامامين الشافعي واحمد، بينما يشترط الاحناف مصادقة المميز ايضاً .

ويجب ان تتوافر هذه الشروط ايضاً في اقرار مجهول النسب بالابوة .

ب - الاقرار بالبنوة والامومة

يشترط في اقرار الام بنسب الولد توافر شروط اقرار الرجل بالولد، ويضاف اليها الا تكون ذات زوج ولا معتدة وقت الولادة، وبذا تعامل باقرارها هي دون ان تلزم زوجها به، ويشترط ذلك ايضاً في اقرار الولد بالام فيكون اقراره ملزماً له هو ولا يتضمن تحميل النسب على الغير .

ولا يختلف المذهب الجعفري عما تقدم الا من وجهين:

الاول: انهم لا يقتضون مصادقة المُقر له بالبنوة حتى وان كان مكلفاً بالغاً. والثاني: انهم يجيزون للام بعد وفاة رجل ان تدعي انها كانت زوجته وان الولد ولده . وتصديق دعواها ان وافق عليها الورثة وتسقط ان انكروا زوجيتها للمتوفي او ان لم تكن مسلمة عند وفاته .

وفيما يلي تفصيل ذلك نقلا عن الحلبي :

في دعوى الولادة

والاقرار بالأبوة والبنوة والاخوة وغيرها واثبات ذلك

إذا ادعت الزوجة المنكوحه الولادة وجحدها الزوج تثبت بشهادة اربع من النساء او بشهادة رجل وامرأتين او رجلين كما لو انكر تعيين الولد فإنه يثبت تعيينه بشهادة من ذكر .

إذا ادعت معتدة الطلاق الرجعي او البائن او معتدة الوفاة الولادة لتسعة اشهر فما دونها من وقت الوطاء وجحدها الزوج او الورثة فلا تثبت الا بحجة تامة وهي اربع نسوة او رجل وامرأتان او رجلان وان اقر الزوج او الورثة بالحبل او كان الحبل ظاهرا غير خاف وجحدوا تعيين الولد يثبت بما ذكر ايضا ولا يثبت بشهادة القابلة وحدها .

إذا اقر الرجل بينة غلام غير بالغ مجهول النسب وكان في السن بحيث يولد مثله لمثله وصدقه الغلام ان كان مميزا يعبر عن نفسه او لم يصدقه يثبت نسبه منه ولو أقر بينوته في مرضه . واذا كان بالغاً فيعتبر تصديقه له في ثبوت نسبه وتلزمه نفقته وتربيته ويشارك غيره من ورثة المقر ولو جحدوا نسبه . ومن اطلق من الأصحاب عدم ارث المقر له بالنسب مع وجود وارث سواه فاطلاقه مقيد بالاقرار بغير الولد . وقرائن التقيد كثيرة . فالظاهر انه لا خلاف بينهم في مشاركة الولد لغيره وحجبه للأبعد منه ، لا سيما الولد الصغير . ويرث ايضا من ابي المقر وسائر انسابه وان جحدوه . وان كان للغلام ام وادعت بعد موت المقر انها زوجته وان الغلام ابنها منه فان نازعها الورثة وقالوا انها لم تكن زوجة لأبيهم او انها كانت غير مسلمة وقت موته ولم يعلم اسلامها وقتئذ او انها كانت زوجة له وهي أمة فلا ترث ولو صدقوها في دعواها ورثت .

إذا اقرت المرأة بالأبوة لصبي غير بالغ يولد مثله لمثلها وصدقها ان كان مميزا او لم يصدقها صح اقرارها عليها ويرث منها الصبي وترث منه فان كانت متزوجة او معتدة لزوج فلا يقبل اقرارها بالولد في حق زوجها الا أن يصدقها الزوج .

إذا أقر ولد مجهول النسب ذكراً كان أو أنثى بالأبوة لرجل أو بالأبوة لامرأة

وكان يولد مثله لمثل المقر له وصدقه فقد ثبتت أبوتهما له ويكون عليه ما للابوين من الحقوق وله عليهما ما للابناء من النفقة والحضانة والتربية .

من مات أبوه فافر بأخ مجهول النسب لا يقبل إقراره إلا في حق نفسه فلا يسري على بقية الورثة الذين لم يصدقوه ويشاركه المقر له في نصيبه ويأخذ نصفه في قول الصحيح أنه يأخذ من حصة المقر ما زاد عن حصته بمقتضى إقراره فلو كان للميت ولدان وأقر أحدهما بثالث وأنكره الآخر أخذ المنكر النصف والمقر الثلث والمقر له السدس نعم لو لم يكن له ولد سوى المقر أخذ المقر له النصف .

الداعي ليس ابنا حقيقيا فمن تبني ولداً معروف النسب فلا تلزمه نفقته ولا أجره حضانتة ولا تحرم عليه مطلقته ويتصاهران ولا يتوارثان .

تثبت الأبوة والبنوة والاخوة وغيرها من أنواع القرابة بشهادة رجلين عدلين وبالاستفاضة ولا تثبت بشهادة رجل وامرأتين عدول .

ويمكن إثبات دعوى الأبوة والبنوة مقصودة بدون أن تكون في ضمن دعوى حق آخر معها سواء كان الأب أو الابن المدعي عليه حيا حاضراً أو نائبه أم كان ميتا وكذلك دعوى الاخوة والعمومة وغيرها تثبت بالبينة وإن لم تكن في ضمن دعوى حق على الوارث أو الوصي أو غيرهما لأن هذه الدعوى تتضمن دعوى لوازمتها فلا تكون عبثاً وحيث لم يكن للمدعي خصم فلا يجب على الحاكم سماعها لكنه لو سمعها ترتبت الآثار . (٩٢)

وفيما يلي النصوص القانونية الحديثة :-

القانون السوري

« الاقرار بالنسب

المادة ١٣٤ -

١ - الاقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر اذا

(٩٢) الحلبي : المرجع المذكور ، ص ٩٠ - ٩٢ .

كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة .

٢ - اذا كان المقر امرأة متزوجة او معتدة لا يثبت نسب الولد من زوجها الا بمصادقة او بالبينة .

المادة ١٣٥ - اقرار مجهول النسب بالابوة او بالامومة يثبت به النسب اذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك .

المادة ١٣٦ - الاقرار بالنسب في غير البنوة والابوة والامومة لا يسري على غير المقر الا بتصديقه .

المجلة التونسية

« الفصل ٧٢ - انقطاع الولد من نسب ابيه يخرج من العصابة ويسقط حقه في النفقة والارث .

الفصل ٧٣ - لو اقر انسان بنسب فيه تحميل على غيره كالاخ والعم والجد وابن الابن فان هذا الاقرار لا يثبت به النسب ويصح في حق نفس المقر ان تصادقا على الاقرار ولم يكن للمقر وارث غير المقر به والا فلا ارث والمعتبر في ثبوت الوارث وعدمه يوم موت المقر لا يوم الاقرار .

الفصل ٧٤ - اذا استلحق الرجل ولدا ثم انكره فان مات المستلحق قبل الولد ورثه الولد بالاقرار الاول وان مات الولد قبل الاب لم يرثه الاب ووقف المال فان مات هذا المستلحق صار هذا المال لورثته .

الفصل ٧٥ - اذا نفى الزوج حمل زوجته او الولد اللازم له فلا ينتفي عنه الا بحكم الحاكم وتقبل في هاته الصورة جميع وسائل الاثبات الشرعية .

الفصل ٧٦ - اذا اثبت الحاكم نفى الابوة طبق احكام الفصل السابق فانه يحكم بقطع النسب والفراق الابدي بين الزوجين .

المدونة المغربية

« الباب الثاني

الاستلحاق

الفصل ٩٢

الاقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر

بالشروط الآتية :

١ - ان يكون المقر ذكرا

٢ - ان يكون عاقلا

٣ - ان يكون الولد المقر به مجهول النسب

٤ - ان لا يكذب المستلحق - بكسر الحاء - عقل او عادة

الاقرار بما فيه تحمیل النسب كابن الابن والجد والاحوة والمومة وبنوة العم لا يثبت به النسب وانما يؤخذ به المال بعد الثاني مع اليمين وبيان الوجه من اشقيه وغيرها .

الفصل ٩٤ - تحتفظ المرأة المتزوجة باسمها العائلي وتوقع به وليس للزوج ان يلزمها بحمل اسمه او نسبه

الفصل ٩٥ - يثبت الاستلحاق باشهاد رسمي او بخط يد المستلحق الذي لا يشك فيه .

الفصل ٩٦ - متى ثبتت بنوة ولد مجهول النسب بالاستلحاق او بحكم القاضي اصبح الولد شرعيا يتبع اباه في نسبه ودينه ويتوارثان وينتج عنه موانع الزواج ويترتب عليه حقوق وواجبات الابوة والبنوة .

القانون العراقي :

« المادة الثانية والخمسون -

١ - الاقرار بالبنوة - ولو في مرض الموت - لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له اذا كان يولد مثله لمثله .

٢ - اذا كان المقر امرأة متزوجة او معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها الا بتصديقه أو بالبينة .

المادة الثالثة والخمسون - اقرار مجهول النسب بالأبوة او بالأمومة يثبت به النسب اذا صدق المقر له وكان يولد مثله لمثله .

المادة الرابعة والخمسون - الاقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والامومة لا يسري على غير المقر الا بتصديقه .

الأردن

« الإقرار بالبنوة لمجهول النسب »

المادة ١٤٩ - الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة مع تصديق المقر له ان كان بالغاً وإقرار مجهول النسب بالابوة أو الأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك . «

الجزائر

« المادة ٤٤ - يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الابوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة .

المادة ٤٥ - الإقرار بالنسب في غير البنوة، والابوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه . «

الكويت

« الإقرار بالنسب »

المادة ١٧٣ -

أ - إقرار الرجل ببنوة مجهول النسب، ولو في مرض الموت، يثبت به النسب ان لم يكذبه العقل أو العادة، ولم يقل انه من الزنى، ولا يشترط تصديق المقر له الا اذا كان مكلفاً .

ب - وإقرار مجهول النسب بأبوة رجل له يثبت به النسب، متى توافرت الشروط المذكورة في الفقرة السابقة .

المادة ١٧٤ -

أ - يثبت نسب الولد من الأم باقرارها، متى توافرت شروط اقرار الرجل بالولد ولم تكن متزوجة أو معتدة وقت ولادته .

ب - ويثبت نسبه من الأم باقراره اذا توافرت الشروط الواردة في الفقرة السابقة .

المادة ١٧٥ - الإقرار بما فيه تحميل النسب على الغير لا يثبت به النسب . «

ج - الإقرار غير التبني

اقرار الاب او الام بينوة ولد مجهول النسب يختلف بالطبع عن التبني وهو اتخاذ ولد معروف نسبه للغير او مجهول النسب واستلحاقه كولده او ولدها مع ثبوت انه ليس ولده او ولدها .

وكان التبني منتشرا في الجاهلية فكان الرجل يتخذ ابن غيره المعروف النسب او مجهوله ولدا له فينتسب اليه ويرثه كاحد ابنائه الحقيقيين . واستمر زمنا في صدر الاسلام الى ان نسخ بالنص القرآني الكريم :

﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ . ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ، فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ سورة الأحزاب، الآيتان (٤ و ٥)

ومنذئذ ، لا تعترف الشريعة بالتبني ، ولا ترتب عليه اية حقوق ثابتة بين الآباء والأبناء ، فلا نفقة لأحدهما على الآخر ، ولا توارث بينهما ، ويصح الزواج بين الرجل والبنت التي تبناها وبين المتبني والمرأة التي تبنته ما لم يحل مانع شرعي .

وتنص المدونة المغربية صراحة على هذه الاحكام .

« ٣ / ٨٣ - والتبني العادي ملغى لا ينتج عنه اثر من اثر البنوة اما تبني الجزاء او الوصية ويعرف بالتنزيل منزلة الولد فلا يثبت به نسب ويجري على احكام الوصية . »
ويقول الشارع الجزائري :

« المادة ٤٦ - يمنع التبني شرعا وقانونا . »

والشارع الكويتي :

« المادة ١٦٧ - لا يثبت النسب بالتبني ، ولو كان الولد المتبني مجهول النسب . »

وينفرد الشارع التونسي بالاعتراف بالتبني ويحاول ان يسلك نهجا وسطا بين متطلبات المجتمع ومقتضيات الشريعة . ونورد فيما يلي شرحا من كتابة الدولة للعدل وضحت فيه اسباب الاعتراف بالتبني وتلوه بنص قانون التبني مع احدث تعديلاته :

آثار سيئة

وقد كانت للاعتداءات على القاصرات اثار سيئة في المجتمع اذ كثيرا ما تعمد الحامل من سفاح الى اسقاط حملها او قتله اثر ولادته فيؤول امرها الى المحاكمة وقضاء فترة شبابها بالسجون او انها تعمد الى التخلص من المولود بوضعه قرب مدخل المستشفيات او محلات الرضاعة فتحترضه هذه المصالح الا ان وضعيته القانونية بقيت الآن غامضة لعدم وجود قانون ضابط لقواعد حفظه وتحمل مسؤولياته لان قانون الاحوال الشخصية الصادر به التشريع المؤرخ في - ١٣ - اوت من سنة ١٩٥٦ لم يتعرض لمن تكون له الولاية العمومية بالنسبة للاطفال اللقطاء والمهملين عند فقد الولي القانوني وقد تكون لهذا فقدان آثار في بعض الصور فيما اذا احتيج لاجراء عملية جراحية على الطفل او عند بلوغه سن التجنيد وقد اثبتت الاحصائيات وجود العدد الكثير من الاطفال بالمستشفيات او معاهد الرضع سواء من اللقطاء او الذين تشرذوا اثر الاعتداء الشنيع على قرية ساقية سيدي يوسف او اثر وفود اللاجئين الجزائريين فكانت الحكومة في حاجة ملحة الى معالجة الحالة بسن قانون لهؤلاء الاطفال وجعلهم تحت نظر من يتولى حفظهم والقيام بشؤونهم وادارة مكاسبهم على غرار ما هو موجود بكل التشاريع المقارنة فالشريعة الاسلامية مثلا جاءت بمبدأ الولاية العامة التي جعلت من اول الامر لنظر الاب او وصيه وعند فقدانهما فللعاصب بالنسب وعند فقدانه فللسلطة الى ان يقوم من يتولى بشؤون القاصر فجاء التشريع الجديد الصادر به القانون المؤرخ في شعبان ١٣٧٧ (١٩٥٨) يجعل الولاية العامة على اللقطاء والمهملين لمتصرفي المستشفيات والمأوى ومعاهد الرضع ومديري الاصلاحيات ومأوى الاطفال عندما يكون هؤلاء الاطفال تحت نظرهم وان لم يكونوا تحت نظر هذه المؤسسات وفي كل الصور الاخرى تكون الولاية العامة للوالي والدولة هي المتحملة بالمسؤولية المدنية في جميع تلك الصور .

لمن تمنح الولاية؟

على انه يمكن منح الولاية بطريق المراضاة الى الاشخاص العاديين حسب الشروط الواردة بالقانون الجديد بالنسبة لكل الاطفال سواء اكانوا لنظر ولي أم لا وذلك بوجه الكفالة التي كانت تحكم بها المحاكم الشرعية السابقة وذلك بان يتولى الاولياء العموميون

من متصرفي المستشفيات والاباء وغيرهم تسليم الطفل القاصر الى من يكفله من الاشخاص الحسنيين او المعنويين للقيام بادارة شؤونه وتحمل مسؤولياته ويكون التسليم بحجة رسمية يحررها عدلان ويصادق عليها حاكم الناحية بعد التحقق من توفر الشروط الواردة بالقانون الجديد ويكون للكفيل والمكفول نفس الحقوق والواجبات المتعلقة بالحضانة من غير ان يكون لها تأثير على النسب والميراث وتستمر الى سن الرشد ما لم تقتض مصلحة المكفول خلاف ذلك فيمكن حينئذ فسخ العقد بمقتضى حكم من المحكمة الابتدائية .

موضوع التبني

هذا وقد اظهر الكثير من المواطنين رغبتهم في قبول القيام بشؤون اولئك الاطفال على شرط تبنيهم تبنيًا كاملاً ومن المعلوم ان التبني معمول به في جل القوانين المقارنة وله نظام قائم الذات ضابط لقواعده وشروطه وقد اعتاده كثير من مساكنينا الذين كانوا راجعين بالنظر للمحاكم الفرنسية السابقة فاضطرت الحكومة ازاء جميع ذلك الى سد هذه الثلمة من التشريع المحلي حتى يكون مستوفى الاحكام في مادة الحالة الشخصية وذلك بجواز التبني في دائرة الشروط والاحكام الواردة بهذا التشريع وبمقتضاه اصبح في امكان كل شخص رشيد ان يتبنى بصفة باثة طفلاً قاصراً ذكراً كان او انثى بمقتضى حكم نهائي يصدره حاكم الناحية سواء كان ذلك باتفاق مع ابويه او احدهما او باتفاق مع الولي العمومي كمتصرفي المستشفيات او الاصلاحيات او ماوى الاطفال الموجود بها الطفل المراد تبنيه ويكتسب هذا الطفل لقب المتبني ويكون لكل من المتبني والمتبني له نفس الحقوق والواجبات التي بين الاباء وابنائهم الحقيقيين من نفقة وحضانة وميراث وتحمل بالمسؤولية المدنية الا انه في الصورة التي يكون فيها اقارب الطفل المتبني معروفين تبقى موانع الزواج المنصوص عليها بقانون الاحوال الشخصية قائمة واذا اظهرت التجربة عدم قيام المتبني بالواجبات المفروضة عليه نحو المتبني فيمكن نزع الحضانة منه واسنادها الى شخص اخر حسب مصلحة الطفل بدون مس بالحقوق الاخرى .

ولعل باحداث هذا التشريع المتعدد الفروع تكون الحكومة قد قامت بما يفرضه الواجب الاجتماعي نحو حماية الاخلاف من التدهور ووقاية الطفولة من خطر التشرذم والاجرام .

الولاية والتبني

قانون - عدد - ٢٧ لسنة ١٩٥٨ مؤرخ في ٤ مارس ١٩٥٨ (١٢ شعبان ١٣٧٧)
يتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني^(١)

الولاية العمومية

الفصل ١ - يعتبر وليا عموميا للاطفال اللقطاء والمهملين :

١ - متصرفو المستشفيات والمآوي ومعاهد الرضع ومدبرو الاصلاحيات ومآوي الاطفال
عندما يتعهدون بحفظهم .

٢ - الولاية في جميع الصور الاخرى .

الفصل ٢ - للولي العمومي نفس الحقوق التي للولي الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات .

وتكون الدولة او البلدية او المؤسسة العمومية حسب الحال مسؤولة مدنيا عن اعمال
الاطفال المشار اليهم بالفصل السابق .

في الكفالة

الفصل ٣ - الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية
او هيئة بر بكفالة طفل قاصر .

الفصل ٤ - يبرم عقد الكفالة لدى عدلين بين الكفيل من جهة وبين ابوي المكفول او
احدهما اذا كان الآخر ميتا او مجهولا أو عند الاقتضاء الولي العمومي او من يمثله من
جهة اخرى ويصادق حاكم الناحية على عقد الكفالة .

الفصل ٥ - يكون للكفيل والمكفول نفس الحقوق والواجبات المنصوص عليها
بالفصل - ٥٤ - وما بعده من مجلة الاحوال الشخصية .

والكفيل علاوة على ذلك مسؤول مدنيا على اعمال مكفوله مثل أبويه .

(١) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد ١٩ بتاريخ ٧ مارس ١٩٥٨ .

الفصل ٦ - يحتفظ المكفول بجميع حقوقه الناتجة عن نسبه وبالأخص لقبه وحقوقه في الارث .

الفصل ٧ - تنتهي الكفالة عند بلوغ المكفول سن الرشد ويمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من الكفيل او من اولياء المكفول او من النيابة العمومية فسخ عقدة الكفالة حسبما تقتضيه مصلحة الطفل .

في التبني

الفصل ٨ - يجوز التبني حسب الشروط المبينة بالفصول الآتية :

الفصل ٩ (الجديد) - ينبغي ان يكون المتبني شخصا رشيدا ذكرا او انثى متزوجا متمتعا بحقوقه المدنية ذا اخلاق حميدة سليم العقل والجسم وقادرا على القيام بشؤون المتبني . ويمكن للحاكم اعفاء طالب التبني الذي فقد زوجه بالموت أو بالطلاق من شرط التزوج اذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك .

وفي هذه الصورة للحاكم سماع كل من يرى فائدة في سماعه لتحقيق الظروف والاسباب التي تضمن المصلحة المذكورة^(١) .

الفصل ١٠ - ينبغي ان يكون الفرق بين عمر المتبني وعمر المتبني خمس عشرة سنة على الاقل الا في الصورة التي يكون فيها المتبني ابن زوج المتبني . وللتونسي ان يتبنى اجنيا .

الفصل ١١ (الجديد) - يجب في جميع الصور مصادقة زوج المتبني مع مراعاة الفقرة الثانية والثالثة من الفصل ٩^(٢) .

الفصل ١٢ (الجديد) - يجب ان يكون المتبني طفلا قاصرا ذكرا او انثى .

غير انه يرخص بصفة انتقالية لمدة لا تتجاوز موفى ديسمبر ١٩٥٩ التبني للابناء

(١) و (٢) نصح هذان الفصلان بمقتضى القانون عدد ٦٩ لسنة ١٩٥٩ المؤرخ في ١٢ ذي الحجة ١٩٧٨ (١٩ جوان ١٩٥٩) والصادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد ٣٤ تاريخ ٢٣ و ٢٦ جوان ١٩٥٩ .

الرشداء اذا ثبت انهم كانوا مكفولي طالب التبني من قبل رشدهم الى الآن وصرحوا بموافقتهم على تبنيهم^(١).

الفصل ١٣ - يتم عقد التبني بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه بمحضر المتبني وزوجه او عند الاقتضاء بمحضر والدي المتبني او من يمثل السلطة الادارية المتعده بالولاية العمومية على الطفل الكفيل .

ويصدر حاكم الناحية حكمه بالتبني بعد التحقيق من توفر الشروط القانونية ومن مصادقة الحاضرين وحكمه هذا يكون نهائيا .

ويحال مضمون من الحكم بالتبني في ظرف ثلاثين يوما على ضابط الحالة المدنية ذي النظر وهذا يرسمه بطرة رسم ولادة المتبني .

الفصل ١٤ - يحمل المتبني لقب المتبني ويجوز ان يبدل اسمه وينص على ذلك بحكم التبني بطلب من المتبني .

الفصل ١٥ - للمتبني نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني ازاء المتبني نفس الحقوق التي يقرها القانون للابوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما .

الا انه في الصورة التي يكون فيها اقارب المتبني معروفين تبقى موانع الزواج المنصوص عليها بالفصول (١٤ ، ١٥ ، ١٦ ، ١٧) من مجلة الاحوال الشخصية قائمة .

الفصل ١٦ - يمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من وكيل الجمهورية ان تحكم بنزع الحضانة من المتبني واسنادها الى شخص آخر حسبما تقتضيه مصلحة المتبني وذلك ان اتضح ان المتبني احل بواجباته اخلا لا فادحا

الفصل ١٧ - ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

(١) نصح هذا الفصل بمقتضى القانون عدد ٦٩ لسنة ١٩٥٩ المؤرخ في ١٢ ذي الحجة ١٣٧٨ (١٩ جوان ١٩٥٩) والصادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد ٣٤ بتاريخ ٢٣ و ٢٦ جوان ١٩٥٩ .

٤ - ثبوت النسب بالبينة

البينة هي السبيل الثالث، بعد الفراش والاقرار، لثبوت النسب. وبها تثبت القرابة بكل درجاتها: أصلية كالبنوة والأبوة، او فرعية كالأخوة والعمومة.

والبينة الشرعية شهادة رجلين عدلين او رجل وامرأتين عدول. ونص عليها الشارعون التونسي والمغربي والجزائري. ويكتفي الشارع التونسي باشتراط ان يكون الشاهدان او اكثر من اهل الثقة (الفصل ٦٨). بينما يثبت الشارع المغربي النسب بالفراش او باقرار الاب او بشهادة عدلين او بينة السماع بانه ابنه ولد على فراشه من زوجته (الفصل ٨٩).

الفصل السابع الرضاع والحضانة

١ - الرضاع

النسب حق للولد وللاب . وبشوته يثبت حق الولد في التربية ، وهو حق يفرض واجباً على الاب ، هو النفقة ، وآخر على الأم ، هو الرضاع والحضانة إلى أن يشب عن حضانة النساء .

وحق الرضاع للولد ينشئ التزامات على الوالدين :

اذ يحتاج الطفل في اولى مراحل عمره الى التغذية بالرضاعة . ويجب على الام شرعا ان ترضع ولدها ، سواء كانت في عصمة ابيه او مطلقة في عدتها او منقضية العدة ، بدليل الآية الكريمة ﴿والوالدات يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ سورة البقرة ، آية (٢٣٣) . ويجمع الفقهاء على ان الآية وان صيغت خبرية تفيد الامر وتفرض واجبا دينيا .

ولكنهم يختلفون في إجبار الأم قضاءً ، على اداء هذا الواجب . فالاحناف يجيزون أن يجبر الأب الأم على ارضاع ولدها إن لم توجد امرأة أخرى لترضعه ، أو إن لم يكن للأب ولا للرضيع مال لاستئجار مرضعة له ، أو إن لم يقبل الرضيع إلا ثدي الام .

وبهذا الرأي اخذ الشارع الاردني :

« الزام الام بارضاع ولدها

المادة ١٥٠ - تتعين الام لارضاع ولدها وتجبر على ذلك اذا لم يكن للولد ولا لايه

مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة، أو إذا لم يجد الأب من ترضعه غير امه، أو إذا كان لا يقبل ثدي غيرها.»

ويقول الامامية بهذا أيضا ولكنهم يجيزون إعفاء الأم من الرضاع إذا تبرعت امرأة ثالثة باستئجار مرضعة للطفل على نفقتها.

ويوجب المالكية على الأم ارضاع ولدها كواجب ديني وقانوني إن كانت متزوجة بأبيه أو في عدة رجعية منه، ما لم يكن من عادة مثيلاتها ارضاع اولادهن. ولكنهم يستثنون حالة رفض الرضيع كل ثدي عدا أمه، ويجيزون لها في هذه الحالة أجرة كالثي تتقاضاها أم مطلقة.

ويذهب بعض الظاهرية إلى إجبار الأم على إرضاع ولدها سواء شاءت هي أو زوجها ذلك أو أباها، ما لم تكن مطلقة، أو جف لبنها أو لم يصلح للولد.

ويوجب الشارع العراقي على الام ارضاع ولدها الا في الحالات المرضية التي تمنعها من ذلك (المادة ٥٥).

ويقضي الشارع السوري بالأحكام الآتية:

«المادة ١٥٢ (المعدلة بالمادة ٢٢ من القانون ٣٤ لسنة ١٩٧٥):

١ - أجرة رضاع الولد سواء اكان الرضاع طبيعيا او اصطناعيا، على المكلف بنفقته ويعتبر ذلك في مقابل غذائه.

٢ - لا تستحق الأم أجرة الرضاع حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي.

المادة ١٥٣ - المتبرعة أحق بالارضاع إن طلبت الأم أجرة وكان الأب معسرا على ان يكون الإرضاع في بيت الام.»

وشبيهة بذلك المادة السادسة والخمسون من القانون العراقي: «أجرة رضاع الولد على المكلف بنفقته ويعتبر ذلك في مقابل غذائه.»

وبالمثل يقول الشارع الاردني:

«المادة ١٥٢ - لا تستحق أم الصغير حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أجرة على ارضاع ولدها وتستحقها في عدة الطلاق البائن بعدها.

المادة ١٥٣ - الأم أحق بإرضاع ولدها ومقدمة على غيرها بأجرة المثل المتناسبة مع حال المكلف بنفقته ما لم تطلب أجرة أكثر ففي هذه الحالة لا يضار المكلف بالنفقة .
وتُفرض الأجرة من تاريخ الإرضاع إلى إكمال الولد سنتين إن لم يُفطم قبل ذلك .»

ويؤفق الشارع الكويتي بين ضرورة وقاية الرضيع من المرض والحفاظ على حياته من ناحية ، واحترام ارادة الام من ناحية اخرى فيقول :

« المادة ١٨٦ - يجب على الأم إرضاع ولدها إن لم يمكن تغذيته من غير لبنها» .

أما واجب الأب فتدبير نفقة الرضاعة وقد تقدم هذا في المادتين السورية (١٥٢ / ١) ، والعراقية (٥٦) . ويقول الشارع الأردني بعبارة اوضح :

« استتجار الاب لمرضعة

المادة ١٥١ - إذا أبت الام إرضاع ابنها في الأحوال التي لا يتعين عليها إرضاعه فعلى الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عندها .»

ويلاحظ أن التشريعات الحديثة أخذت بحكم الشريعة في عدم استحقاق الأم أجرة الرضاع حال قيام الزوجية ولا في عدة الطلاق الرجعي ، لاستمرار نفقتها آنذ .

والاثنا عشرية وحدهم هم الذين يجيزون للأم إذا أرضعت ولدها حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أو البائن أو بعد العدة ان تطالب بأجرة ارضاعه ويصح ان يستأجرها الزوج لارضاع ولدها حال قيام الزوجية وفي العدة وبعد انقضائها .

ولكن مذاهب السنة تجيز للمطلقة التي انقضت عدتها وانقطعت نفقتها من زوجها السابق أن تنال أجرة الرضاع ولو كانت متعينة لارضاع ولدها، استناداً إلى قوله تعالى : ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَى حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ سورة الطلاق - آية (٦) .

ولا تستحق الام اجرة رضاع بعد ان يتم الولد حولين بدليل قوله تعالى : ﴿والوالدات يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ سورة البقرة، آية (٢٣٣) .
ويأخذ الشيعة والسنة بهذا الحكم وتنص عليه المادة (١٨٨ / ب) من القانون الكويتي

الذي توجب المادة (١٨٧) منه أن اجرة الرضاع تستحق من وقت الإرضاع ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

٢ - الحضانة

الحضانة هي الطور الأول من ولاية التربية الواجبة للولد منذ الولادة. وهي، لغةً، مصدر لفعل حضن، فيقال «حضن فلان الصبي حضنا وحضانة» فهو حاضن والصبي محضون إذا جعله في حضنه وهو صدر الانسان. ويقال حضنت المرأة ولدها إذا ضمته الى نفسها وتولت تربيته ويقال لها «حاضنة». وهي، شرعاً، تربية الولد ورعايته والقيام بجميع شؤونه في سن معينة ممن لها الحق في ذلك.

وهي في المحل الأول حق للأم ومن بعدها لمحارمه من النساء، لورود الأثر الصحيح بأنهن أحق بالحضانة.

فإنه يروى ان امرأة جاءت الى النبي ﷺ وقالت: «يا رسول الله هذا ابني، كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وإن أباه طلقني، واراد ان ينزعه مني.» فقال رسول الله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تتزوجي.» ويروى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصمًا. فرآه في الطريق وأخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه، وتنازعا بين يدي ابي بكر الصديق فأعطاهما إياه، وقال لعمر الفاروق: «ريحها ومسّها ومسحّها وربيقها خيرٌ له من الشهد عندك».

وإذا كانت الحضانة حقا للام دون الاب، فقد اقتضى القياس ان يكون للنساء اولاً دون الرجال، واقتضى ان تكون قرابة الأم مقدمة على قرابة الاب.

ولا تثبت حضانة لامرأة من النساء الا اذا كانت محرمة، لأن القرابة المحرمة هي التي تناط بها الحقوق والواجبات في اكثر الأمور الشرعية، ولأنها اوثق واعطف، ولذلك كانت سببا في التحريم في الزواج، وقد قال في ذلك الكاساني: «إن مبنى الحضانة على الشفقة، والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة».

الا ان المذاهب تختلف في ترتيب استحقاق الحضانة وفي شروطها ومدتها ومكانها واجرتها.

وفي هذا الفصل سنتناول هذه المباحث بهذا الترتيب في فقهي السنة على المذاهب الاربعية والشيعة على المذهب الإمامي، ثم نختتم بالنصوص القانونية العربية الحديثة في هذه المسألة. والعمدة في فقه السنة على كتاب الجزيري «الفقه على المذاهب الاربعية» وفي الفقه الجعفري على كتاب الحلبي.

أ - ترتيب استحقاق الحضانة

اولا: في فقه السنة:

الحنفية - تثبت الحضانة عندهم للأقارب من النساء والرجال، على الترتيب الآتي: فأحق الناس بالحضانة الأم، سواء كانت متزوجة بالأب، أو مطلقة، ثم من بعدها أمها، وأم أمها، وهكذا. ولا بد أن تكون أم الأم صالحة للحضانة. وليس لأم الأم الحق في أن تحتضن ابن بنتها المتزوجة في بيت زوجها، لأنه عدو له، فلأب في هذه الحالة أن يأخذه منها. فاذا ماتت أم الأم أو تزوجت بغير محرم للصغير انتقل حق الحضانة لأم الأب وان علت. أما اذا كانت متزوجة بمحرمه. كما اذا كانت جدة متزوجة بجده، فان حضانتها لا تسقط. فان ماتت أو تزوجت انتقل الحق للأخت الشقيقة، فان ماتت أو تزوجت انتقل الى الأخت لأب. ثم من بعدها الأخت الشقيقة، ثم من بعدها بنت الأخت لأم.

وهذا الترتيب لا خلاف فيه عند الحنفية، واختلفوا فيما وراءه، كما اذا اجتمعت خالة وأخت لأب، فقيل: الأخت لأب أولى، وقيل: الخالة أولى، أما بنت الأخت لأب مع الخالة، فان الصحيح أن الخالة أولى، وتقدم الخالة لأب وأم وهي شقيقة الأم ثم من بعدها الخالة لأم، ثم من بعدها الخالة لأب، وبنات الاخوة أولى من العمات، وتقدم العممة الشقيقة، ثم العممة لأم ثم لأب، ثم بعد هؤلاء يدفع الى خالة الأم الشقيقة. ثم الى خالتها لام، ثم لأب، ثم الى عممة الأم، على هذا الترتيب.

وبالجملة فجهة الأمهات مقدمة على جهة الآباء، أما بنات العم وبنات الخال وبنات العممة وبنات الخالة، فلا حق لهن في الحضانة.

فاذا لم يكن للصغير امرأة من أهله المذكورات تستحق الحضانة، انتقلت الحضانة -

الى عصبته من الرجال، فيقدم الأب، ثم أبو الأب، وان علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الاخ لأب، وكذا أبناء أبنائهم، وان سفلوا، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب، بشرط أن يكون المحضون ذكرا، أما الأنثى فلا تدفع الى أبناء الأعمام، لأنها ليست محرما بالنسبة لهم، فاذا لم يكن للصغيرة الا أبناء الأعمام فالنظر في ذلك للقاضي، فان شاء دفعها اليهم، والا دفعها عند امرأة أمينة.

واذا كان للصغيرة عدة اخوة، فانها تدفع للاصلح منهم، وان تساوا في الصلاحية فانها تدفع للأسن، وكذا اذا كان لها عدة أعمام. فاذا لم يكن لها عصبية، فان حضانتها تكون للأخ لأم، ثم من بعده لابنه، ثم للعم لأم، ثم للخال لأب وأم، ثم للخال لأب، ثم للخال لأم، واذا كان لها جد لأم كان أولى من الخال ومن الأخ لأم.

المالكية - قالوا: يستحق الحضانة أقارب الصغيرة من اناث وذكور على الترتيب الآتي ذكره: فأحق الناس به أمه، ثم أمها، يعني جدته لأمه وان علت، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم خالة الأم، ثم عممة الأم، ثم أم الأب، ثم أم أمه، وأم ابيه. والقربى منهن تقدم على البعدى. والتي من جهة أمه تقدم على التي من جهة أبيه. ثم بعد الجدة من جهة الأب تنتقل الحضانة الى الأب، ثم الى الأخت، ثم الى عممة الصغير أخت أبيه، ثم الى عممة أبيه - أخت جده - ثم الى خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق، ثم لأم، ثم لأب، ثم الى بنت الأخت كذلك. واذا اجتمع هؤلاء يقدم منهن الأصلح للحضانة، وبعضهم رجح تقديم بنات الأخ على بنات الأخت، ثم بعد هؤلاء تنتقل الحضانة الى الوصي سواء كان ذكرا أو أنثى ثم الأخ الصغير، ثم ابن الأخ، ويقدم عليه الجد من جهة الأم، ثم العم ثم ابنه، ويقدم الأقرب على الأبعد ثم المعتق أو عصبته نسبا.

الشافعية - قالوا: للمستحقين في الحضانة ثلاثة أحوال: الحالة الأولى: أن يجتمع الأقارب الذكور مع الاناث. الحالة الثانية: أن يجتمع الأناث فقط، الحالة الثالثة: أن يجتمع الذكور فقط.

فأما الحالة الأولى: فتقدم الأم على الأب، ثم أم الأم، وان علت، بشرط أن تكون وارثة، فلا حضانة لأم أبي أم، لأنها غير وارثة، ثم بعدهن الأب، ثم أمه، ثم أم أمه وان علت، اذا كانت وارثة، فلا حضانة لأم أبي أم أب، لأنها لا ترث، فاذا عدمت هذه

الأربعة وهي الأم وأمهاتها ولأب وأمهاته ، وإذا اجتمع ذكور واناث ، قدم الأقرب فالأقرب من الاناث ثم الأقرب من الذكور ، مثلاً اذا اجتمع اخوة وأخوات ، وخالة وعمة ، قدمت الاخوات الاناث ، لانهن أقرب وأولى بالتقديم من الذكور ، ثم الاخوة الذكور ، لأنهم أقرب من الخالة والعمة ، ثم العمة ، وعند الاستواء في القرابة والذكورة والأنوثة ، كأخوات بنات واخوة ذكور ، فانه يفرع بين البنات ، فمن خرجت القرعة عليه قدم على غيره .

وأما الحالة الثانية ، وهي اجتماع الاناث فقط ، فتقدم الأم ، ثم أمهاتها ، ثم أمهات الأب ، ثم الأخت ، ثم الخالة ، ثم بنت الأخت ، ثم بنت الأخ ، ثم العمة ، ثم بنت الخالة ، ثم بنت العمة ، ثم بنت العم ، ثم بنت الخال ، وتقدم الشقيقات على غير الشقيقات ، وتقدم من كانت لأب على من كانت لأم .

أما الحالة الثالثة ، وهي ما اذا اجتمع الذكور فقط ، فيقدم الأب ، ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ الشقيق أو لأب ، ثم العم لأبوين ، ثم العم لأب ثم ابن العم كذلك ولكن لا تسلم له مشتةا لأنه غير محرم ، وانما تسلم لثقة يعينها هو ، كبنته . فان كانت مجنونة كبيرة ، ولها بنت فانها تقدم بعد الأم على الجدات ، وان كانت صغيرة لها زوج ، فانه يقدم في الحضانة على كل هؤلاء ، بشرط أن تكون مطيقة للوطء .

الحنابلة - قالوا : أحق الناس بالحضانة الأم ، ثم أمها ، ثم ام امها ، وهلم جرا ، ثم الأب ، ثم أمهاته وان علت ، ثم الجد ثم أمهاته ثم أخت لأبوين ، ثم أخت لأم ، ثم أخت لأب ، ثم خالة لأبوين ، ثم خالة لأم ، ثم خالة لأب ، ثم عممة لأبوين ، ثم عممة لأم ثم عممة لأب ، ثم خالات أمه ، وتقدم الشقيقة ، ثم التي لأم ، ثم التي لأب ، ثم خالات أبيه كذلك ، ثم عمات أبيه كذلك ثم بنات اخوته . ثم بنات اخواته ، ثم بنات أعمامه ، ثم بنات عماته ، ثم بنات أعمام أمه وبنات أعمام أبيه كذلك ، فتقدم في ذلك كله الأشقاء ، ثم الذين لأم ، ثم الذين لأب . ولا حضانة عليها لمحرم . كابن العم ، وابن عم الأب ، وكذا لا حضانة عليها لمحرم برضاع .

ثانياً : في فقه الشيعة :

الأم النسبية أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة إذا اجتمعت فيها شرائط أهلية الحضانة .

الحاضنة الذمية أحق بحضانة ولدها الكافر تبعاً لأبويه ولا حضانة للكافرة على ولدها المسلم تبعاً لأبيه إذ يخشى عليه أن يألف غير دين الاسلام .

الأم أحق بحضانة الولد الذكر مدة الرضاع وإذا انقضت مدة الرضاع فالأب أحق به والأم أحق بالبنت إلى سبع سنين وبعدها يكون الأب أحق بها فإذا ماتت الأم أو لم تكن أهلاً للحضانة ينتقل حقها إلى الأب فان لم يكن أو كان ليس أهلاً للحضانة فلللجدات والأجداد والاحوة والأخوات للصغير ويقدم الجد للأب على غيره وتقدم الأخت الشقيقة على الأخت للأب ثم لأولاد الاحوة والأخوات بتقديم بنت الأخ والأخت للابوين عليها لاب ثم لخالات الصغير وخولته وعماته وأعمامه وتقدم الخالة وعمة لابوين على الخالة وعمة لاب ثم لأولاد الاعمام والاقوال ثم لخالة الام وخالة الاب وعمتها وعمته وهكذا .

إذا تساوى المستحقون للحضانة في درجة واحدة وكان الجميع أهلاً لها يقرع بينهم ولا يراعى الترجيح بكون أحدهم أروع أو أكبر سنًا وفي قول تقدم الانثى ويقرع بين المتساوين في الانوثة والذكورة .

إذا لم يوجد محرم مستحق للحضانة أو وجد من ليس أهلاً لها بأن كان معتوهاً أو غير مأمون يسلم الطفل لذي رحم غير محرم كبنات العم وعمة والخال والخالة وعلى الحاكم إن رآهم غير صالحين أن يسلم الطفل لامرأة ثقة أمينة .

إذا امتنعت التي لها حق الحضانة عنها فلا تجبر عليها إلا إذا تعينت عليها بأن لم يوجد للطفل حاضنة غيرها متبرعة ولا مال للطفل ولا لأبيه يستأجر به حاضنة ولم يكن الأب أهلاً للحضانة فحينئذ تجبر وفي قول تكون حضانته حينئذ واجبة كفاية لا تختص بذوي الحق .

ب - شروط الحضانة

يجمع الفقهاء على وجوب توافر شروط العقل والبلوغ والمحرمية للصغير، وهناك شروط أخرى يتفاوتون فيها على التفصيل الآتي :

أولاً : فقه السنة :

يشترط الحنفية في الحضانة اموراً : أحدها، ألا ترتد الحاضن، فان ارتدت سقط

حقها في الحضانة . سواء لحقت بدار الحرب أولا . فان تاب رجوع لها حقها .

ثانيها: أن لا تكون فاسقة غير مأمونة عليه، فان ثبت فجورها بفسق، أو بسرقة، أو كانت محترفة حرفة دنيئة، كالنائحة، والراقصة، فان حقها يسقط . ثالثها: أن لا تزوج غير أبيه، فان تزوجت سقط حقها، الا أن يكون زوجها رحما للصغير، كأن يكون عما له، فان تزوجت أجنبيا سقط حقها، فان طلقها الزوج الثاني عاد لها حقها في الحضانة . رابعها: أن لا تترك الصبي بدون مراقبة، خصوصا اذا كانت أنثى تحتاج الى رعاية، فان كانت أمها من النساء اللاتي يخرجن طول الوقت وتهمل في تربيتها، فان حقها يسقط بذلك . خامسها: أن لا يكون الأب معسرا، وامتنعت الأم عن حضانة الصغير الا بأجرة، وقالت عمتها: أنا أربيه بغير أجرة، فان لها ذلك، ويسقط حق أمه في الحضانة . سادسها: أن لا تكون أمه أم ولد، فانه لا حضانة لها . ولا يشترط الاسلام فان كان متزوجا بدمية فان لها أن تحضن ابنها منه، بشرط أن يأمن عليه الكفر والفساد، فاذا لم يأمن، كأن رآها تذهب به الى الكنيسة، أو رآها تطعمه لحم الخنزير، أو تسقيه الخمر، فان للأب أن ينزعه منها، فاذا ماتت الأم الحاضنة، أو لم يتوفر فيها شرط من هذه الشروط انتقلت الحضانة الى من يليها، حسب الترتيب المتقدم، أما العقل فهو شرط مجمع عليه .

الشافعية - قالوا: يشترط للحضانة سبع شروط: أحدها: أن يكون عاقلا، فلا حضانة للمجنون، الا اذا كان جنونه قليلا نادرا، كيوم واحد في السنة كلها . ثانيها: الحرية، فلا حضانة لرقيق . ثالثها: الاسلام، فلا حضانة لكافر على مسلم، أما حضانة الكافر للكافر، والمسلم للكافر، فانها ثابتة . رابعها: العفة، فلا حضانة لفاسق، ولو تارك صلاة، أو تاركة صلاة، خامسها: الأمانة فلا حضانة لخائن في أمر من الأمور . سادسها: الإقامة من بلد المحضون اذا كان مميزا، وسيأتي بيانه قريبا . سابعها: أن لا تكون أم الصغير متزوجة بغير محرم، فان تزوجت بمحرم، كعمه فان حضانتها لم تسقط اذا رضى زوجها بضمه .

الحنابلة - قالوا: يشترط للحضانة: أولا: أن يكون الحاضن عاقلا، فلا حضانة لمجنون . ثانيها: أن لا يكون رقيقا . ثالثا: أن لا يكون عاجزا، كأعمى، لعدم حصول المقصود به، ومثل الأعمى ضعيف البصر . رابعا: أن لا يكون أبرص، أو أجدم، والا سقط حقه في الحضانة، خامسا: أن لا تكون متزوجة بأجنبي من الطفل، فان كان غير

أجنبي كجده وقريبه ، فان لها الحضانة .

المالكية - قالوا: يشترط في الحاضن ذكرا كان أو أنثى شروط: الأول: العقل، فلا حضانة لمجنون، ولو يفيق في بعض الأحيان، ولا لمن به خفة عقل وطيش. الثاني: القدرة على القيام بشأن المحضون، فلا حضانة للعاجز، كما مرأة بلغت سن الشيخوخة، أو رجل هرم الا أن يكون عندهما من يمكنه القيام بالحضانة تحت اشرافهما، ومثلهما الأعمى، والأصم، والأخرس، والمريض، والمقعّد، الثالث: أن يكون للحاضن مكان يمكن حفظ البنت فيه التي بلغت حد الشهوة من الفساد، فاذا كان في جهة غير مأمونة، فان حضانته تسقط. الرابع: الأمانة في الدين، فلا حضانة لفاسق يشرب الخمر، ومشتهر بالزنا، ونحو ذلك. الخامس: أن لا يكون الحاضن مصابا بمرض معد يخشى على الطفل منه، كجذام، وبرد. السادس: أن يكون الحاضن رشيدا فلا حضانة لسفيه مبذر، لثلا يتلف مال المحضون: ان كان له مال. الشرط السابع: الخلو عن زوج دخل بها، الا اذا تزوجت بمحرم، أو علم من له حق الحضانة بعدها بتزوجها وسكت مدة عام بلا عذر فان حضانته تسقط بذلك. ولا يشترط في الحاضن أن يكون مسلما، ذكرا كان أو أنثى. فان خيف على الولد من أن تسقيه خمرا، أو تغذيه بلحم خنزير ضمت حاضنته الى مسلمين ليراقبوها ولا ينزع منها الولد، ولا فرق في ذلك بين الذمية والمجوسية، وان كان الحاضن ذكرا فيشترط أن يكون عنده من يحضن من الأناث، كزوجة، أو سرية، أو خادمة ولا يصح أن يحضن غير محرم بنتا مطيقة للوطء، كابن عمها- الا اذا تزوج بأمها- ولو كان مأمونا.

ثانياً: في فقه الشيعة

يشترط أن تكون الحاضنة حرة بالغة عاقلة أمينة لا يضيع الولد عندها قدرة على تربيته وصيانته ولو بالاستعانة بغيرها ولا يضر امساكها له في بيت المبغضين له بعد أن تكون قادرة على صيانته ويشترط أيضاً أن لا تكون مرتدة ولا متزوجة ولو بمحرم للصغير ولا فرق في ذلك بين الأم وغيرها من الحاضنات وتشترط هذه الشروط في حضانة الرجل حيث يكون له الحضانة إلا عدم التزويج .

إذا تزوجت الأم مع وجود الأب وأهليته بزواج ولو محرماً للصغير سقط حقها من الحضانة سواء دخل بها الزوج أم لا ومتى سقط حقها انتقل إلى الأب ولا يسقط حق الأم

بالتزويج إذا لم يكن للطفل أب بل هي أولى من الجد وإن تزوجت ومتى زال المانع يعود حق الحضانة للحاضنة التي سقط حقها بالتزويج أو غيره .

ج - مدة الحضانة

تقدم أن الحضانة هي الطور الأول من ولاية التربية للولد حيث لا يستغنى عن النساء ذكراً كان أم انثى . ويختلف الأئمة في طول هذا الدور على التفصيل الآتي :

أولاً: مذاهب السنة :

يقول الحنفية - : مدة الحضانة للغلام قدرها بعضهم بسبع سنين ، وبعضهم بتسع سنين ، قالوا : والأول هو المفتى به ، ومدتها في الجارية ، فيها رأيان : أحدهما : حتى تحيض . ثانيهما : حتى تبلغ حد الشهوة ، وقدر بتسع سنين ، قالوا : وهذا هو المفتى به ، فإذا كان الولد في حضانة أمه فلائيه أن يأخذه بعد هذا السن ، فإذا بلغ الولد عاقلاً رشيداً كان له أن ينفرد ولا يبقى في حضانة أبيه الا أن يكون فاسد الأخلاق ، فلائيه ضمه وتأديبه ، وإذا لم يكن له أب ، فلاأحد أقاربه أن يضمه اليه ويؤدبه متى كان مؤتمناً ، ولا نفقة للبالغ الا أن يتبرع والده بها : والا أن يكون طالب علم ، كما تقدم في مباحث النفقة .

أما الأنثى فان كانت بكراً ضمها الأب الى نفسه ، ومثل الأب الجد ، فان لم يكن لها أب ولا جد ، فان كان لها أخ ضمها اليه بشرط أن لا يكون مفسداً ، والا فان كان لها عم غير مفسد ضمها اليه . والا فان كان لها عصابة ذي رحم محرم ضمها اليه . وان لم يكن وضعها القاضي عند امرأة ثقة ، الا اذا كانت مسنة عجوز ، ولها رأي ، فانها تكون حرة ، فتسكن حيث أحببت أما اذا كانت ثيباً فليس له ضمها ، الا اذا لم تكن مأمونة على نفسها ، وفي هذه الحالة يكون للأب والجد ضمها جبراً ، فان لم يكن لها أب ولا جد ، ولها أخ ، أو عم ، فله ضمها ما لم يكن مفسداً فان كان مفسداً ضمها القاضي عند امرأة ثقة .

المالكية - قالوا : مدة حضانة الغلام من حين ولادته الى أن يبلغ ، فان كان له أم حضنته حتى يبلغ ، ثم تسقط حضانتها ، ولو بلغ مجنوناً ، ولكن تستمر نفقته على الأب اذا بلغ مجنوناً ، ومدة حضانة الأنثى حتى تتزوج ، ويدخل بها الزوج بالفعل .

الشافعية - قالوا: ليس للحضانة مدة معلومة، فان الصبي متى ميز بين أبيه وأمه، فان اختار أحدهما كان له، وكذا يخير بين أم وجد او غيره، أو بين أب وأخت له من أم أو خالة، وله بعد اختيار احدهما ان يتحول للآخر وان تكرر منه ذلك، وللأب اذا اختارته بنته أن يمنعها من زيارة أمها، وليس له أن يمنع أمها من زيارتها على العادة، واذا زارت لا تطيل المكث، واذا مرضت كانت أمها أولى بتمريضها في منزله اذا رضى، والا مرضتها في منزلها ويعودهما، بشرط أن لا يخلو بها في الحاليتين، وان اختارها ذكر مكث عندها بالليل وعند أبيه بالنهار كي يقوم بتعليمه، أما اذا اختارته أنثى فتستمر عندها دائما، وان اختارهما معا أقرع بينهما، واذا سكت ولم يختار أحدا كان للأم.

الحنابلة - قالوا: مدة الحضانة سبع سنين للذكر والأنثى، ولكن اذا بلغ الصبي سبع سنين، واتفق أبواه أن يكون عند أحدهما فانه يصح، وان تنازعا خير الصبي، فكان مع من اختار منهما، بشرط أن لا يعلم أنه اختار أحدهما لسهولته وعدم التشدد عليه في التربية واطلاق العنان له فيشب فاسدا، فاذا علم أن رغبة الولد هكذا فانه يجبر على البقاء عند الأصلح، فان اختار أباه كان عنده ليلا ونهارا، ولا يمنع من زيارة أمه، وان مرض الغلام كانت أمه أحق بتمريضه في بيتها، أما اذا اختار أمه فانه يكون عندها ليلا، ويكون عند أبيه نهارا ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه، فان عاد واختار الآخر نقل اليه، وهكذا أبدا، فان لم يختار أحدهما، أو اختارهما معا أقرع بينهما، ثم ان اختار غير من أصابته القرعة رد اليه، ولا يخير الا اذا كان أبواه من أهل الحضانة، فان كان أحدهما غير أهل وجب أن يحضنه الكفاء، وقيل سبع سنين يكون عند صاحب الحق في الحضانة، وعلى الوجه المتقدم، فاذا زال عقل الصبي كان من حق أمه، أما الأنثى فانها متى بلغت سبع سنين فأكثر كانت من حق أبيها - بلا كلام - الى البلوغ، ثم الى الزفاف ولو تبرعت الأم بحضانتها، لأن الغرض من الحضانة الحفظ، والأب أحفظ لعرضه واذا كانت عند الأب، كانت عنده دائما ليلا ونهارا، ولا تمنع أمها من زيارتها، وكذلك اذا كانت عند الام فانها تكون عندها ليلا ونهارا، ولا يمنع الأب من زيارتها، وان مرضت فالأم أحق بتمريضها في بيت الأب، بشرط أن لا يخلو الأب بها.

ثانيا: في فقه الشيعة

قال بعض الفقهاء انه تنتهي مدة حضانة الام للغلام إذا بلغ سبع سنين وتنتهي مدة

حضانة الصبية ببلوغها تسع سنين وللاب حينئذ أخذها منها ولكن المشهور أن تنتهي حضانة الأم للصبى بانقضاء مدة الرضاع وللأم بعد سبع سنين كما تقدم ولا شك أن قول المشهور مقيد بعدم الضرر على الطفل بأخذه بعد السنتين أو السبع وعلى كل حال إن لم يطلبهما الاب بعد المدة يجبر على أخذهما إذا أبت الام بقائهما عندها أو كان في بقائهما عندها ضرر عليهما وإذا انتهت مدة حضانة الام ولم يكن للولد أب فهي أحق به من الجد والوصي وكذا هي أحق به لو كان الاب فاقداً للشروط ولو فقد الابوان بعد المدة يدفع إلى أولى الارحام الأقرب فالأقرب كما تقدم فان لم يكن أرحام فيدفع إلى الوصي ولو لم يكن وصي فعلى الحاكم أن يسلمه إلى ثقة .

د - مكان الحضانة

مكان الحضانة للمتزوجة والمعتدة هو مسكن الزوجية بلا خلاف ويجب على الزوجة أن تلتزمه صدوعاً بأمره تعالى :

﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحْشَةٍ مُّبِينَةٍ ﴾ سورة الطلاق ، آية (١) .

وإنما يدور الخلاف حول الحاضنة إن كانت مطلقة منقضية العدة أو كانت غير الأم، فهل يجوز لها الانتقال إلى غير بلدة الأب؟ هاك تفصيل المذاهب :

أولاً: في فقه السنة

الحنفية - قالوا لهذه المسألة ثلاث صور :

الصورة الأولى: أن تكون الحاضنة اما مطلقة وأن يكون الأب موجودا وتريد الأم أن تنتقل بابنها الى بلدة أخرى، وفي هذه الحالة لا يجوز لها الانتقال الا بشرطين :

الشرط الأول: أن تكون مطلقة طلاقاً بائناً، أو طلاقاً رجعياً، وقد انقضت عدتها، أما اذا لم تنقض عدتها فانها لا يجوز لها الانتقال ولا الخروج حتى تنقضي العدة .

الشرط الثاني: أن لا تكون البلدة التي تريد الانتقال إليها بعيدة ليس بينها وبين البلدة

القائم بها أبوه تفاوت، بحيث يمكنه أن يزور ولده ويرجع في يومه، بصرف النظر عن سرعة المواصلات ويجوز لها أن تنتقل الى بلدة بعيدة بشرطين:

أحدهما: أن يكون قد عقد عليها في هذا البلد. ثانيهما: أن تكون هذه البلدة وطنا لها

الصورة الثانية: أن يكون الأب موجودا، وتكون الحاضنة غير الأم، فالجدة، والخالة، ونحوهما من الحاضنات، وهؤلاء لا يجوز لهن الانتقال بالولد المحضون عن البلدة التي بها أبوه بدون اذنه مطلقا، لأنك قد عرفت أن الذي برر انتقال الأم الى وطنها عقد الزوج عليها فيه، لأن رضاه بالعقد فيه، رضا بالاقامة، وكذا يمنع الأب من اخراج الولد من بلدة الام ما دامت حضانتها قائمة، فاذا تزوجت غيره فللأب أن يسافر بابنه ما دامت متزوجة، فاذا عاد لها حقها رجع، وبعضهم يقول: لا يجوز له الخروج بولده الا اذا انتهت مدة حضانتها.

الصورة الثالثة: أن يكون أبوه متوفي، وهي في عدة الوفاة، وفي هذه الحالة لا يجوز لها الخروج به الا باذن وليه الذي حل محل أبيه، أما بعد انقضاء عدتها فقد توقف المفتون في المسألة، وبعضهم قال: للأولياء منعها، والظاهر أنه ينبغي أن يترك الأمر في هذه الحالة لاجتهاد القاضي ليرى ما فيه مصلحة الصغير، فان كان من مصلحته عدم الانتقال منعها وإلا فلا.

المالكية - قالوا: ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون الى بلدة أخرى ليس فيها أب المحضون أو وليه الا بشروط:

الأول: أن تكون المسافة أقل من ستة برد، فان كانت أقل فانه يصح لها أن تستوطن فيها، ولا يسقط حقها في الحضانة، والبريد: أربعة فراسخ، والفرسخ ثلاثة أميال: فالمجموع (٧٢ ميلا)، وقدر الميل: بأربعة آلاف ذراع، بذراع الانسان المعتدل، فللحاضنة أن تنتقل به الى بلد دون ذلك، وليس له نزعها منها.

الثاني: أن لا يكون السفر للاقامة والاستيطان، كما ذكرنا، أما اذا كان للتجارة أو لقضاء حاجة، فان لها أن تسافر به ولا يسقط حقها في الحضانة، بل تأخذه معها، وللولي أن يحلفها بأنها ما أرادت بالسفر الانتقال والاستيطان، وانما أرادت سفر التجارة

مثلا، وانما يصح أن تسافر به مسافة قليلة بشرط أن تكون الطريق مأمونة، وأن يكون المكان الذي تريد السفر اليه مأمونا، أما الولي، فانه اذا أراد السفر من بلدة الى بلدة أخرى ليقيم بها وينتقل اليها مستوطنا اياها، فان له أن يأخذ المحضون من حاضنته، ولو كان طفلا، متى قبل ثدي مرضعة غير حاضنته، ويسقط حق الحاضنة في الحضانة الا اذا رضيت أن تسافر معه، فان حضانتها لا تسقط بانتقاله، وانما يكون له حق أخذ المحضون منها، ويسقط حقها في الحضانة بشرطين: أحدهما: أن يكون الولي قاصدا السفر الى بلد تبعد عن بلد الحاضنة مسافة ستة برد فأكثر، أما اذا كانت دون ذلك فليس له أخذه منها، لأنه يمكنه أن يشرف على الصغير في هذه الحالة. الشرط الثاني: أن يكون قاصدا الانتقال والاستيطان، أما اذا كان قاصدا التجارة. ونحوها، فانه لا يأخذه منها ولا يسقط حقها في الحضانة. ولها أن تحلفه على أنه أراد سفر الانتقال لا سفر التجارة.

الشافعية - قالوا: اذا أراد الحاضن أو الولي سفرا لحاجة أو لتجارة، بقي الولد بيد المقيم حتى يرجع من سفره، ثم ان كان مميزا يخير في البقاء مع أيهما شاء، على الوجه المتقدم، أما اذا أراد سفر نقلة واستيطان، فان الولد يتبع العاصب من أب أو غيره، سواء كان مسافرا أو مقيما، بشرط أن لا يكون ببلدة الحاضن عاصب آخر مقيم، والا خير الولد المميز في الإقامة مع أيهما شاء، ولا حق للعاصب المسافر في أخذه، مثلا اذا انتقل الأب من بلدة الأم الحاضنة الى بلدة أخرى ليقيم بها، ولكن جده لا يزال مقيما مع الحاضنة فليس للأب أخذه معه، وكذا اذا كان جد وأخ وسافر الجد وأقام الأخ، أو سافر الأخ، وأقام العم فانه يبقى مع المقيم، ويشترط للسفر بالصغير أن تكون الطريق مأمونة، وأن يكون المكان المسافر اليه مأمونا، والا فأمه أحق به.

الحنابلة - قالوا: اذا أراد أحد الأبوين السفر الى بلدة أخرى، فان الولد يبقى مع الأب، سواء كان هو المسافر أو المقيم، بشروط: أحدها: أن تكون المسافة بين البلدين مسافة قصر فأكثر. ثانيها: أن تكون الطريق مأمونة، وتكون البلدة المنقول اليها كذلك. ثالثها: أن يكون السفر سفر نقلة واستيطان، فان كان لتجارة أو حج كان الولد من حق المقيم. رابعها: أن لا يريد بالسفر مضارة الآخر وانتزاع الولد من يده، فان أراد ذلك فلا يجاب الى طلبه، واذا انتقلا جميعا الى بلدة واحدة فالأم باقية على حضانتها، واذا أخذه الأب لافتراق البلدين، ثم عادت الأم عادت لها الحضانة.

ثانياً: في فقه الشيعة

يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه بلا رضاها ما دامت حضانتها .
فإن أخذ المطلق ولده منها لتزوجها جاز له أن يسافر به إلى أن يعود حق أمه في
الحضانة .

ليس للام المطلقة أن تسافر بالولد الحاضنة له قبل انقضاء العدة ولا بعد انقضائها من
مصر إلى مصر ولا من قرية إلى مصر ولا من قرية إلى قرية إذا كان ذلك ضرراً على الولد
أو الوالد وإن لم يتضرر أحدهما بذلك فلها الانتقال بالولد من غير رضا أبيه مدة
حضانتها ولو كان ما تريد الانتقال إليه بعيداً عن محل إقامته إذ حق الحضانة مختص بها
وليس مشتركاً بينها وبين الأب وقال الشيخ في المبسوط ليس لها الانتقال بالولد إلى محل
تقصر فيه الصلاة ولا الانتقال به من مصر إلى قرية لأن في السواد يقل تعليمه .
غير الام من الحاضنات لا تقدر بأي حال أن تنقل الولد من محل حضانتها إلا باذن
أبيه .

هـ - أجرة الحضانة

لا أجرة للأم المتزوجة أو المعتدة على الحضانة عند مذاهب السنة وإن أجاز الشيعة
لها المطالبة بها، على التفصيل الآتي:
أولاً: في فقه السنة

الحنفية - قالوا: أجرة الحضانة ثابتة للحاضنة، سواء كانت أما أو غيرها، وهي غير
أجرة الرضاع، وغير نفقة الولد، فيجب على الأب، أو من تجب عليه النفقة ثلاثة: أجرة
الرضاع، وأجرة الحضانة، ونفقة الولد، فإذا كان للولد المحضون مال أخذه من ماله،
والأفعلى من تجب عليه نفقته، كما ذكرنا، وهل تشمل أجرة الحضانة النفقة بجميع
أنواعها، حتى المسكن أو لا مسكن لها؟ والجواب: أن الحاضنة إذا كان لها مسكن
ويسكن الولد تبعاً لها، فلا يقدر لها أجرة مسكن، وإن لم يكن لها مسكن قدر لها أجرة
مسكن، لأنها مضطرة إلى ايوائه وهذا هو الذي ينبغي العمل به، وإذا احتاج الصغير إلى
خادم، فإنه يقضي له به على أبيه الموسر .

وانما تثبت أجره الحضانة للأم إذا لم تكن الزوجية قائمة، أو لم تكن معتدة، فإن كانت زوجة أو معتدة لأب الطفل فإنه لا حق لها في أجره الرضاع، ولا في أجره الحضانة، أما حال قيام الزوجية بينهما، فالأمر ظاهر، لأن نفقتها واجبة عليه بطبيعة الحال، وأما حال العدة فكذلك، لأن لها نفقة العدة، فهي في حكم الزوجة، فإذا انقضت عدتها كان لها الحق في طلب أجره الحضانة، ولا تجب الأجره على أبيه إلا إذا كان الطفل فقيراً لا مال له، والا فمن ماله .

هذا كله إذا لم يوجد متبرع يتبرع بحضائته مجاناً، فإن وجد متبرع، وكان أجنبياً عن الصغير، وكان للصغير مال . فإنه لا يعطى للأجنبي، ولكن يعطى لمن هو أهل للحضانة بأجره المثل من ماله . أما ان كان المتبرع من أقارب الصغير، كالعمة مثلاً فإن الأم في هذه الحالة تخير بين امساكه مجاناً، وبين أخذه منها واعطائه لعمته لتحضنه مجاناً، إلا إذا كان الأب موسراً . ولا مال للصغير فإن الأم أولى بحضائته بالأجره، أما إذا كان الأب معسراً، والصغير موسراً، أو كان الأب موسراً، والصغير موسراً، فإنه يعطى لعمته مجاناً، وذلك لأن نفقة أمه في هذه الحالة تكون من مال الصغير، وهو ضرر عليه، كما لا يخفى، وإذا امتنعت الأم عن حضائته الصغير، فهل تجبر على حضائته أولاً؟ والجواب : أنه إذا كان للصغير ذو رحم محرّم صالح لحضائته غيرها لا تجبر على الصحيح، ولا أجبرت، كي لا يضيع الولد، أما الأب فإنه يجبر على ضمه بعد بلوغ مدة الحضانة .

المالكية - قالوا: ليس للحاضن أجره على الحضانة، سواء كانت أما أو غيرها، بقطع النظر عن الحاضنة، فإنها إذا كانت فقيرة ولولدها المحضون مال فإنه ينفق عليها من مال ولدها لفقرها لا للحضانة أما الولد المحضون فله على أبيه النفقة والكسوة والغطاء والفرش، والحاضنة تقبضه منه وتنفقه عليه، وليس له أن يقول لها: أرسله ليأكل عندي ثم يعود، وتقدر النفقة على والده باجتهاد الحاكم حسبما يراه مناسباً لحاله، كأن يقدر له شهرياً، أو كل جمعة، أو نحو ذلك، مما تقدم في باب النفقة، وهل للحاضنة السكنى؟ والجواب: أن الصحيح تقدير السكنى باجتهاد الحاكم، فينظر إلى حال الزوجين، فإن كانت موسرة، فلا سكنى لها على الأب، وإن كانت معسرة وجب عليه لها السكنى .

الشافعية - قالوا: أجره الحضانة ثابتة للحاضن حتى الأم، وهي غير أجره الرضاع،

فاذا كانت الأم هي المرضعة وطلبت الأجرة على الرضاع والحضانة أجيبت، ثم ان كان للصغير مال كانت الأجرة في ماله، والا فعلى الأب. أو من تلزمه نفقته، ويقدر لها كفايتها بحسب حالها.

الحنابلة- قالوا: للحاضنة طلب أجرة الحضانة، والأم أحق بحضانته ولو وجدت متبرعه تحضنه مجاناً، ولكن لا تجبر الأم على حضانة طفلها، وإذا استؤجرت امرأة للرضاع والحضانة لزمها بالعقد، وان ذكر في العقد الرضاع لزمها الحضانة تبعاً، وان استؤجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع، وإذا امتنعت الأم سقط حقها، وانتقل الى غيرها، على الوجه المتقدم.

ثانياً: في فقه الشيعة

أجرة الحضانة غير لازمة لكنه لا يجب على الأم الحضانة مجاناً فلها طلب الأجرة وللأب الخيار حينئذ بين دفع الأجرة وأخذه منها ولو لم يكن شأن الأب الحضانة ولم يحصل متبرع وطلبت الأم ما يطلبه غيرها من الأجرة فلا يبعد وجوب إجابتها ولو طلبت أكثر مما يطلب غيرها فلا تجاب إلى ذلك والأجرة تلزم أبا الصغير إن لم يكن له مال فان كان له مال. فلا يلزم أباه شيء منها إلا أن يتبرع.

إذا كانت أم الطفل هي الحاضنة له ولم يكن لها مسكن تمسك فيه الصغير الفقير فعلى أبيه سكنهما جميعاً وإن احتاج المحضون إلى خادم وكان أبوه موسراً يلزم به وغير الأم من الحاضنات لها الأجرة إذا أبت حضانته مجاناً ولم يحصل متبرع.

لو أبت أم الطفل حضانته مجاناً ووجدت متبرعة أهل للحضانة ولو أجنبية أو كان الأب قادراً على حضانته ولو بالاستعانة بغيره من خادمة أو زوجته تخير بين إمساكه مجاناً ودفعه للمتبرعة أو للاب فان لم تختار إمساكه مجاناً ينزع منها ويسلم للمتبرعة أو للاب ولا تمنع من رؤيته وتعهده.

هذا إذن هو فقه الحضانة ومنتقل الآن إلى احكامها في القوانين الحديثة للأحوال الشخصية للدول العربية بترتيبها الزمني.

المرسوم المصري بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ معدلاً بالقانون رقم ١٠٠ لسنة

١٩٨٥:

« سن الحضانة »

المادة ٢٠ - ينهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنة ويجوز للقاضي بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة بدون أجر حضانة اذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك .

ولكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة وللإجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين .

وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً، نظمها القاضي على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً .

ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أذره القاضي فان تكرر منه ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها . ويثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء، مقدماً فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي :-

الأم، فأم الأم وان علت فأم الأب وان علت فالأخوات الشقيقات فالأخوات لأم، فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المتقدم في الأخوات، فبنت الأخت لأب، فبنات الأخ بالترتيب المذكور، فالعمات بالترتيب المذكور فخالات الأم بالترتيب المذكور، فخالات الأب بالترتيب المذكور فعمات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور . فاذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء، أو لم يكن منهن أهل للحضانة أو أنقضت مدة حضانة النساء، انتقل الحق في الحضانة إلى العصابات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الارث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الاخوة .

فان لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصابات على الترتيب الآتي :

الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأم .

قانون الأحوال الشخصية لدروز لبنان ١٩٤٨:

«المادة ٥٤ - الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة إذا اجتمعت فيها الأهلية المطلوبة.

المادة ٥٥ - يشترط في الحاضنة ان تكون بالغة عاقلة أمينة صحيحة الجسم قادرة على تربية الولد وصيانتته، وان لا تكون متزوجة بغير محرم للصغير، ولا فرق في ذلك بين الأم وغيرها من الحاضنات.

المادة ٥٦ - اذا تزوجت الحاضنة أما كانت أم غير أم بزواج غير محرم للصغير، سقط حقها في الحضانة وانتقل الى من يليها في الاستحقاق من الحاضنات، فان لم توجد مستحقة اهلا للحضانة، فلولي الصغير اخذه، ومتى زال المانع يعود حق الحضانة للحاضنة المستحقة.

المادة ٥٧ - حق الحضانة يستفاد من قبل الأم، فيعتبر الأقرب فالأقرب من جهتها، ويتقدم المدلي بالأم على المدلي بالأب عند اتحاد المرتبة قراباً. فاذا ماتت الأم او تزوجت بقريب أو لم تكن أهلا للحضانة ينتقل حقها الى أمها، فان لم تكن او كانت ليست اهلا للحضانة تنتقل الى أم الأب وإن علت عند عدم أهلية القريبى، ثم لأخوات الصغير، وتقدم الاخنت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لاب ثم لبنات الأخوات بتقديم بنت الاخنت لأبوين ثم لام، ثم لخالات الصغير، وتقدم الخالة لأبوين ثم الخالة لأم ثم لأب ثم لبنت الاخنت لأب ثم لبنات الأخ كذلك، ثم لعلمات الصغير بتقديم العمة لأبوين ثم لام ثم لأب ثم خالات الام ثم الاب ثم عمات الأمهات والآباء بهذا الترتيب.

المادة ٥٨ - اذا فقدت المحارم من النساء او وجدت ولم تكن اهلا للحضانة، تنتقل للعصبات بترتيب الارث. فيقدم الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم الاخ لأب ثم بنو الأخ الشقيق ثم بنو الاخ لأب ثم العم الشقيق ثم العم لأب، فاذا تساوى المستحقون للحضانة في درجة واحدة، يقدم أصلحهم ثم أكبرهم سناً.

المادة ٥٩ - اذا لم توجد عصابة مستحقة الحضانة أو وجد من ليس أهلا لها، فلا تسلم اليه المحضونة، بل تدفع لذي رحم محرم. ويقدم الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابنه ثم العم لأم ثم الخال لأبوين ثم الخال لأب ثم الخال لأم. ولا حق لبنات العم والعمة والخال والخالة

في حضانة الذكور، ولهن الحق في حضانة الاناث ولا حق لبني العم والعمة والخال والخاله في حضانة الاناث. وإنما لهم حضانة الذكور، فان لم يكن للانثى المحضونة إلا ابن عم كان للقاضي ان يوليه حضانتها إن رآه صالحاً. وإلا سلمها لامرأة ثقة أمينة.

المادة ٦٠ - اجرة الحضانة غير بدل النفقة وكلها تلزم الاب ان لم يكن للصغير مال، فان كان له مال فلا يلزم اباه منها شيء الا ان يتبرع.

المادة ٦١ - اذا كانت ام الطفل هي الحاضنة له وكانت مطلقة او متزوجة بمحرم للصغير او معتدة له فلها الأجرة. وان لم يكن للحاضنة مسكن تمسك فيه الصغير الفقير. فعلى ابيه سكناهما. وان احتاج المحضون الى خادم وكان أبوه موسراً يلزم به. وغير الام من الحاضنات لها الأجرة.

المادة ٦٢ - اذا أبت ام الولد ذكراً كان أم انثى حضانته مجاناً ولم يكن له مال وكان ابوه معسراً ولم توجد متبرعة من محارمه تجبر الام على حضانته وتكون اجرتها ديناً على ابيه ولها ان تستدين باذن القاضي اذا كانت معسرة.

المادة ٦٣ - إذا وجدت متبرعة أهل للحضانة من محارم الطفل، وكان الاب موسراً ولا مال للصغير فالأم وان طلبت اجرة احق من المتبرعة. اما اذا كان الأب معسراً وللصبي مال او لا مال له تخير الأم بين إمساكه مجاناً ودفعه للمتبرعة فان لم تختَر إمساكه مجاناً، ينزع منها ويسلم للمتبرعة، وللأم رؤية الولد وتعهده. وإذا كان الاب موسراً وللصبي مال، وكانت المتبرعة غريبة، فلا يدفع اليها الصبي بل يسلم لأمه بأجرة المثل ولو من مال الصغير.

المادة ٦٤ - تنتهي مدة حضانة الصبي عند اتمامه السنة السابعة من العمر، وتنتهي حضانة الصبية عند اتمامها السنة التاسعة.

ويجبر الاب على اخذ الولد. فإذا لم يكن للولد أب أو جد، يدفع للأقرب من العصابة اذا كان صيباً، اما الصبية فلا تسلم لغير محرم، فان لم يكن عصابة يترك المحضون عند الحاضنة إلا اذا رأى القاضي غيرها أولى له منها.

المادة ٦٥ - يمنع الاب من اخراج الولد من بلد أمه بلا رضاها ما دامت حضانتها، فان أخذ المطلق ولده منها لتزوجها بغريب ولم يكن له حاضن غيرها، جاز له ان يسافر به الى

ان يعود حق امه او من يقوم مقامها في الحضانة .

المادة ٦٦ - ليس للأم المطلقة ان تسافر بالولد الحضانة له من بلد أبيه الى بلد بعيد بغير اذن أبيه وليس لغير الأم من الحاضنات بأي حال نقل الولد من محل حضانته إلا بإذن أبيه أو بإذن القاضي اذا لم يكن له أب .»

المرسوم التشريعي السوري رقم (٥٩ لسنة ١٩٥٣):

«الحضانة»

المادة ١٣٧ - يشترط لاهلية الحضانة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقا .

المادة ١٣٨ - زواج الحضانة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها .

المادة ١٣٩ - حق الحضانة للام، فلأمها وان علت، فلأم الاب وان علت، ففلاخت الشقيقة، ففلاخت أم، ففلاخت لأب، فلبنت الشقيقة، فبنت الاخت لام، فبنت الاخت لاب، ففلاخالات، فللمعات، بهذا الترتيب، ثم للعصابات من الذكور على ترتيب الارث .

المادة ١٤٠ - اذا تعدد اصحاب حق الحضانة فللقاضي حق اختيار الاصلح .

المادة ١٤١ - يعود حق الحضانة اذا زال سبب سقوطه .

المادة ١٤٢ - اجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير ولا تزيد عن نصف نفقته .

المادة ١٤٣ - لا تستحق الام اجرة للحضانة في حال قيام الزوجية او في عدة الطلاق .

المادة ١٤٤ - اذا كان المكلف باجرة الحضانة معسرا عاجزاً عنها وتبرع بحضانة الصغير أحد محارمه خيرت الحضانة بين امساكه بلا اجرة وتسليمه لمن تبرع .

المادة ١٤٥ - اذا نشرت المرأة وكان الاولاد فوق الخامسة كان للقاضي وضعهم عند اي الزوجين شاء على ان يلاحظ في ذلك مصلحة الاولاد بالاستناد الى سبب موجب .

المادة ١٤٦ -

١ - تنتهي مدة الحضانة باكمال الغلام السابعة من عمره والبنت التاسعة .

٢ - اذا ثبت ان الولي ولو ابا غير مأمون على الصغير او الصغيرة يسلمان الى من يليه في الولاية .

المادة ١٤٧ - للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير الى تمام تسع سنين والصغيرة الى احدى عشرة .

المادة ١٤٨ -

١ - ليس للام ان تسافر بولدها اثناء الزوجية الا باذن ابيه .

٢ - لها ان تسافر به بعد انقضاء العدة دون اذن الاب الى بلدتها التي جرى فيها عقد نكاحها .

المادة ١٤٩ - اذا كانت الحاضنة غير الام فليس لها السفر بالولد الا باذن وليه .

المادة ١٥٠ - ليس للاب ان يسافر بالولد في مدة حضانته الا باذن حاضنته .

المادة ١٥١ - لولي الانثى المحرم ان يضمها الى بيته اذا كانت دون الاربعين من العمر ولو كانت ثيبا، فاذا تمردت عن متابعتة بغير حق فلا نفقة لها عليه .

المجلة التونسية لسنة ١٩٥٦ :

« الكتاب الخامس

في الحضانة

الفصل ٥٤ - الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته .

الفصل ٥٥ - اذا امتنعت الحاضنة من الحضانة لا تجبر عليها الا اذا لم يوجد غيرها .

الفصل ٥٦ - مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله ان كان له مال والا فمن مال أبيه واذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الاب اسكانها مع المحضون .

الفصل ٥٧ - الحضانة من حقوق الأبوين ما دامت الزوجية مستمرة بينهما^(٢) .

الفصل ٥٨ (جديد) - يشترط في مستحق الحضانة ان يكون مكلفا أميناً قادرا على القيام بشؤون المحضون سالما من الامراض المعدية ويزاد اذا كان مستحق الحضانة ذكرا

(٢) هكذا نصح بالقانون عدد ٤٩ لسنة ١٩٦٦ المؤرخ في ٣ جوان ١٩٦٦ (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد ٢٤ الصادر في ٣ جوان ١٩٦٦)

ان يكون عنده من يحضن من النساء وان يكون محرما بالنسبة للأنثى واذا كان مستحق الحضانة انثى فيشترط ان تكون خالية من زوج دخل بها ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون او اذا كان الزوج محرما للمحضون او وليا له او يسكت من له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقه فيها او انها كانت مرضعا للمحضون او كانت أما وولية عليه في آن واحد^(١).

الفصل ٥٩ - اذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها الا اذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره وان لا يخشى عليه ان يآلف غير دين ابيه، ولا تنطبق احكام هذا الفصل على الام ان كانت هي الحاضنة.

الفصل ٦٠ (جديد) - للاب وغيره من الاولياء النظر في شأن المحضون وتأديبه وارساله الى اماكن التعليم لكنه لا يبيت الا عند حاضنته كل ذلك ما لم ير الحاكم خلافه لمصلحة المحضون^(٢).

الفصل ٦١ - اذا سافرت الحاضنة سفر نقلة لمسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها.

الفصل ٦٢ - يمنع الاب من اخراج الولد من بلد امه الا برضاها ما دامت حضانتها قائمة وما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك.

الفصل ٦٣ - من انتقل لها حق الحضانة بسبب غير العجز البدني بالحضانة الاولى لا تسكن بالمحضون مع حاضنته الاولى الا برضى ولي المحضون والا سقطت حضانتها.

الفصل ٦٤ (الجديد) - يمكن لمن عهدت اليه الحضانة ان يسقط حقه فيها ويتولى الحاكم في هذه الصورة تكليف غيره بها.

الفصل ٦٥ - لا تأخذ الحاضنة اجرة الا على خدمة شؤون المحضون من طبخ وغسل ثياب ونحو ذلك بحسب العرف.

(١) و (٢) نقحا بمقتضى القانون عدد ٧ لسنة ١٩٨١ المؤرخ في ١٨ فيفري ١٩٨١ والمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد ١١ بتاريخ ٢٠ فيفري ١٩٨١ ص ٣٥٨.

الفصل ٦٦ - الولد متى كان عند احد الابوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهده واذا طلب نقله اليه للزيارة فكلفة الزيارة عليه .

الفصل ٦٧ (الجديد) - اذا انفصمت الزوجية بموت عهدة الحضانة الى من بقي حيا من الابوين .

واذا انفصمت الزوجية وكان الزوجان بقيد الحياة عهدة الحضانة الى أحدهما او الى غيرهما .

وعلى الحاكم عند البت في ذلك ان يراعي مصلحة المحضون . »

المدونة المغربية ١٩٥٨ :

« الباب الثالث

الحضانة

الفصل ٩٧ - الحضانة حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه .

الفصل ٩٨ - يشترط لاهلية الحضانة

١ - العقل

٢ - والبلوغ

٣ - والاستقامة

٤ - والقدرة على تربية المحضون وصيانتهم صحة وخلقا

٥ - والسلامة من كل مرض معد او مانع من قيام الحاضن بالواجب .

الفصل ٩٩ -

١ - الحضانة من واجبات الابوين ما دامت الزوجية قائمة بينهما فاذا انفكت فالام اولى بحضانة ولدها من غيرها ثم امها ثم ام امها ثم اخت الام الشقيقة ثم التي للام ثم للاب ثم ام الاب ثم جدة الاب من امه او ابيه وان علت ثم اخت المحضون ثم عمته ثم عممة الاب ثم خالة الاب ثم الاخ ثم ابنة الاخت ثم اخو المحضون ثم الجد من قبل الاب ثم ابن الاخ ثم العم ثم ابنه ويقدم في الجميع

الشقيق ثم الذي للام ثم الذي للاب .

٢ - الوصي مقدم على سائر العصابات في المحضون الذكر وفي الانثى حال صغرهما مطلقا وفي حال كبرها ان كان محرما او كان امينا متزوجا .

الفصل ١٠٠ - يراعى هذا الترتيب ان كان الاول مستحقا للحضانة والا انتقلت الى الذي يليه وكذلك ان سقطت حضانتها ار كان معدوما .

الفصل ١٠١ - اذا تساوى مستحقو الحضانة في الرتبة فللقاضي حق اختيار الاصلح .

الفصل ١٠٢ - تمتد الحضانة حتى تدخل الانثى ويبلغ الذكر

الفصل ١٠٣ - اجرة الحضانة ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون وهي غير اجرة الرضاعة والنفقة .

الفصل ١٠٤ - لا تستحق الام اجرة للحضانة في حال قيام الزوجية او في عدة الطلاق الرجعي .

الفصل ١٠٥ - زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون أو وصي عليه يسقط حضانتها ما لم تكن وصيا أو مرضعا لم يقبل غيرها .

الفصل ١٠٦ - سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالدخول يسقط حضانتها

الفصل ١٠٧ - اذا استوطنت الحاضنة ببلدة أخرى يعسر فيها على أبي المحضون أو وليه مراقبة احوال المحضون والقيام بواجباته سقطت حضانتها .

الفصل ١٠٨ - اذا كانت الحاضنة على غير دين ابي المحضون ولم تكن اما لم يكن لها حق الحضانة الا في السنين الخمس الاولى من عمر المحضون فاذا كانت الحاضنة أما صحت حضانتها بشرط ان لا يتبين استغلالها للحضانة لتنشئة المحضون على غير دين ابيه .

الفصل ١٠٩ - للاب وغيره من اولياء المحضون حق العناية بشؤونهم في التأديب والتوجيه لاماكن الدراسة ولكنه لا يبيت الا عند حاضنته الا اذا رأى القاضي مصلحة المحضون في غير ذلك .

الفصل ١١٠ - تعود الحضانة لمستحقها اذا ارتفع عنه العذر غير الاختياري الذي منعه منها .

الفصل ١١١ - اذا كان الولد محضونا لاحد الوالدين فلا يمنع الآخر من زيارته وتعهد احواله واذا طلب نقله اليه للزيارة فله ذلك على الاقل مرة في كل اسبوع ما لم ير القاضي مصلحة المحضون في غير ذلك .»

القانون العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل :

« المادة السابعة والخمسون -

- ١ - الام احق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية، وبعد الفرقة، ما لم يتضرر المحضون من ذلك .
- ٢ - يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانتهم، وغير متزوجة بأجنبي عن المحضون .
- ٣ - اذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقة المحضون في اجرة الحضانة قدرتها المحكمة، ولا يحكم باجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة، او كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي .
- ٤ - للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، حتى يتم العاشرة من العمر، وللمحكمة ان تأذن بتمديد حضانة الصغير، حتى اكماله الخامسة عشرة، اذا ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية، ان مصلحة الصغير تقتضي بذلك، على ان لا يبيت الا عند حاضنته .
- ٥ - اذا أتم المحضون الخامسة عشر من العمر، يكون له حق الاقامة مع من يشاء من ابويه او احد اقاربه لحين اكماله الثامنة عشرة من العمر، اذا انست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار .
- ٦ - للحاضنة التي انهيت حاضنتها بحكم، ان تطلب استرداد المحضون ممن حكم له باستلام المحضون منها، واذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه .
- ٧ - في حالة فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها، تنتقل الحضانة الى الاب الا اذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك، وعندها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير .

٨ - اذا لم يوجد من هو اهل للحضانة من الابوين، تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة او حاضن امين، كما يجوز لها ان تودعه الى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها.

٩ - اذا مات ابو الصغير او فقد احد شروط الحضانة، فيبقى الصغير لدى امه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة، دون ان يكون لا قاربه من النساء او الرجال حق منازعتها فيه لحين بلوغه سن الرشد. «

القانون الأردني المؤقت رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ :

«الفصل السادس عشر / الحضانة

صاحب الحق في الحضانة من النساء

المادة ١٥٤ - الام النسبية احق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ثم بعد الام يعود الحق لمن تلي الام من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الامام ابي حنيفة.

المادة ١٥٥ - يشترط في الحاضنة ان تكون بالغة عاقلة امينة لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه قادرة على تربيته وصيانه وان لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير وان لا تمسكه في بيت مبغضيه.

سقوط الحضانة

المادة ١٥٦ - عقد زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها.

اختيار الاصلح للمحضون

المادة ١٥٧ - اذا تعدد اصحاب حق الحضانة الذين هم في درجة واحدة فللقاضي حق اختيار الاصلح للمحضون.

عودة الحضانة

المادة ١٥٨ - يعود حق الحضانة اذا زال سبب سقوطه.

المادة ١٥٩ - اجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير وتقدر بأجرة مثل الحاضنة على ان لا تزيد على قدرة المنفق.

المادة ١٦٠ - لا تستحق الام اجرة للحضانة حال قيام الزوجية او في عدة الطلاق الرجعي .

المادة ١٦١ - تنتهي حضانة غير الام من النساء للصغير اذا اتم التاسعة وللصغيرة اذا اتمت الحادية عشرة .

المادة ١٦٢ - تمت حضانة الام التي حبست نفسها على تربية وحضانة اولادها الى بلوغهم .

المادة ١٦٣ - يتساوى حق الام وحق الاب او الجد لاب في رؤية الصغير عندما يكون في يد غيره ممن له حق حضانته .

المادة ١٦٤ - لا يؤثر سفر الولي او الحاضنة بالصغير الى بلد داخل المملكة على حقه في امساك الصغير ما لم يكن لهذا السفر تأثير على رجحان مصلحة الصغير معه فان ثبت تأثير السفر على مصلحة الصغير يمنع سفر الصغير ويسلم للطرف الآخر .

المادة ١٦٥ -

أ - للولي المحرم ان يضم اليه الانثى البكر اذا كانت دون الاربعين من العمر والثيب اذا كانت غير مأمونة على نفسها ولم يقصد بالضم الكيد والاضرار بها .

ب - اذا تمردت الانثى المحكوم عليها بالانضمام للولي عن الانضمام اليه بغير حق فلا نفقة لها عليه .

المادة ١٦٦ - لا يسمح للحاضنة ان تسافر بالمحضون خارج المملكة الا بموافقة الولي وبعد التحقق من تأمين مصلحته .

قانون الاسرة الجزائري رقم ٨٤ لسنة ١٩٨٤ :

« الحضانة »

المادة ٦٢ - الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا .

ويشترط في الحاضن ان يكون أهلا للقيام بذلك .

المادة ٦٣ - في حالة اهمال العائلة من طرف الاب او فقدانه يجوز للقاضي قبل

أن يصدر حكمه أن يسمح للام بناء على طلبها بتوقيع كل شهادة ادارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب الوطني .

المادة ٦٤ - الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الاب ثم أم الاب، ثم الاقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم باسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة .

المادة ٦٥ - تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (١٠) سنوات، والانشى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى (١٦) سنة اذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية .

على أن يراعى في الحكم بانتهاؤها مصلحة المحضون .

المادة ٦٦ - يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون .

المادة ٦٧ - تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة (٦٢) أعلاه .

غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق بالفقرة أعلاه .

المادة ٦٨ - اذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها .

المادة ٦٩ - اذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الامر للقاضي في اثبات الحضانة له أو اسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون .

المادة ٧٠ - تسقط حضانة الجدة أو الخالة اذا سكنت بمحضونها مع ام المحضون المتزوجة بغير قريب محرم .

المادة ٧١ - يعود الحق في الحضانة اذا زال سبب سقوطه غير الاختياري .

المادة ٧٢ - نفقة المحضون وسكناه من ماله اذا كان له مال، والا فعلى والده أن يهيء له سكنا وان تعذر فعليه أجرته . «

القانون الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ :

« المادة ١٨٩ -

- أ - حق الحضانة للأم ثم لأمها وإن علت، ثم للخالة، ثم لخالة الأم، ثم عمه الأم، ثم الجدة لأب، ثم الأب، ثم الأخت، ثم العمه، ثم عمه الأب، ثم خالة الأب، ثم بنت الأخ، ثم بنت الأخت، بتقديم الشقيق، ثم لأم، ثم لأب في الجميع.
- ب - إذا لم يوجد مستحق للحضانة من هؤلاء، انتقل الحق في الحضانة الى الوصي المختار، ثم الأخ، ثم الجد العاصب، ثم الجد الرحمي، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابنه، بتقديم الشقيق، ثم لأم، ثم لأب، متى أمكن ذلك.
- ج - إذا تساوى المستحقون للحضانة اختار القاضي الأصلح منهم للمحضون.

المادة ١٩٠ -

- أ - يشترط في مستحق الحضانة، البلوغ، والعقل، والأمانة، والقدرة على تربية المحضون، وصيانته صحيا، وخلقيا.
- ب - ويشترط في الحاضن أن يكون محرما للأنتى، وعنده من يصلح للحضانة من النساء.

المادة ١٩١ -

- أ - إذا تزوجت الحاضنة بغير محرم للمحضون، ودخل بها الزوج، تسقط حضانتها.
- ب - سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة - بلا عذر - بعد علمه بالدخول، يسقط حقه في الحضانة وادعاء الجهل بهذا الحكم لا يعد عذرا.

المادة ١٩٢ - الحاضنة غير المسلمة تستحق حضانة الولد المسلم، حتى يعقل الأديان، أو يخشى عليه أن يألف غير الاسلام، وان لم يعقل الأديان.

وفي جميع الأحوال لا يجوز ابقاء المحضون عند هذه الحاضنة بعد بلوغ السابعة من عمره.

المادة ١٩٣ - لا يسقط حق الحضانة بالاسقاط، وانما يمتنع بموانعه، ويعود بزوالها.

المادة ١٩٤ - تنتهي حضانة النساء للغلام بالبلوغ، وللأنتى بزواجها، ودخول

الزوج بها .

المادة ١٩٥ -

أ - ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون الى دولة أخرى للاقامة الا باذن وليه ، أو وصيه .

ب - ليس للولي أبا كان أو غيره أن يسافر بالمحضون سفر اقامة في مدة حضائته الا باذن حاضنته .

المادة ١٩٦ -

أ - حق الرؤية للأبوين وللأجداد فقط .

ب - وليس للحاضن أن يمنع أحد هؤلاء من رؤية المحضون .

ج - وفي حالة المنع ، وعدم الرغبة في الذهاب لرؤية الولد عند الآخر ، يعين القاضي موعدا دوريا ، ومكانا مناسباً لرؤية الولد يتمكن فيه بقية أهله من رؤيته .

المادة ١٩٧ - للحاضنة قبض نفقة المحضون ، ومنها أجرة سكناه .

المادة ١٩٨ - يجب على من يلزم بنفقة المحضون أجرة مسكن حضائته ، الا اذا كانت الحاضنة تملك مسكناً تقيم فيه ، أو مخصصاً لسكناها .

المادة ١٩٩ -

أ - لا تستحق الحاضنة أجرة حضائته ، اذا كانت زوجة للأب ، أو معتدة تستحق في عدتها نفقة منه ، أو في أثناء مدة المتعة المحكوم بها للحاضنة على أبي الصغير .

ب - تجب للحاضنة اجرة حضائته حتى يبلغ الصغير سبع سنين ، والصغيرة تسعاً . «

مراجع البحث

أولاً: المراجع الدينية

١ - القرآن الكريم

٢ - السنة النبوية الشريفة:

صحيح البخاري، للإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن إبراهيم البخاري الجعفي المتوفي سنة ٢٥٦ هجرية. في ٩ أجزاء. دار مطابع الشعب - القاهرة - بلا تاريخ.

صحيح مسلم، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، المتوفي سنة ٢٦١ هجرية في ٨ أجزاء - المطبعة المصرية - القاهرة - سنة ١٣٤٩ هجرية.

ثانياً: البحوث

أ - فقه المتقدمين

«المحلى بالاثار في شرح المجلى بالاختصار»، للإمام فخر الاندلس أبي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم، المتوفى سنة ٤٥٦ هجرية. في ١٠ أجزاء - طبع القاهرة سنة ١٣٥٢ هجرية.

«زاد المعاد في هدى خير العباد» - للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية والمتوفى سنة ٧٥١ هجرية. في ٤ أجزاء - طبع القاهرة سنة ١٣٦٩ هجرية.

«فتح القدير على الهداية» للإمام كمال الدين محمد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي والمتوفى سنة ٨٦١ هجرية وهو تعليق على كتاب الهداية للإمام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني شيخ الاسلام. طبع القاهرة سنة ١٣٨٩ هجرية - ١٩٧٠ م.

ب - فقه المحدثين

«مختصر شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية» لمحمد زيد الاياني بك وهو

تعليق مادة فمادة على كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية لمحمد قدرى
باشا- الطبعة الرابعة، القاهرة، سنة ١٣٤٢ هجرية- ١٩٢٤ ميلادية .

« الفقه على المذاهب الاربعة » للشيخ عبد الرحمن الجزيري - في ٥ اجزاء . الجزء الرابع
ويضم كتابي النكاح والطلاق - الناشر : دار احياء التراث العربي - بيروت ، طبعة سنة
١٩٦٩ .

« الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية » للشيخ عبد الكريم رضا الحلبي ، نشر مكتبة
المثنى في بغداد ، طبع القاهرة ، سنة ١٣٦٦ هجرية الموافقة ١٩٤٧ .

« كتاب الاحوال الشخصية (الزواج) » للامام محمد ابو زهرة ، الطبعة الثالثة - دار الفكر
العربي - القاهرة سنة ١٩٥٧ .

« دائرة التشريع التونسي - مجلة الاحوال الشخصية » للسيد محمد الطاهر السنوسي -
وهو شرح وتعليق على قانون الاحوال الشخصية التونسي وما يتعلق به - تونس سنة ١٣٧٧
هجريه - ١٩٥٨ ميلادية .

« الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون - بحث مقارن » للدكتور احمد الغندور -
الطبعة الاولى - القاهرة سنة ١٣٨٧ هجرية - ١٩٦٧ ميلادية .

« احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية » للاستاذ الشيخ عمر عبد الله -
الطبعة السادسة - دار المعارف - الاسكندرية ، سنة ١٩٦٨ ميلادية .

« قوانين الاحوال الشخصية في لبنان » للدكتور بشير البيلاي - الناشر : معهد الدراسات
العربية - القاهرة ، سنة ١٩٧١ .

« الزواج المسيحي في التشريع الكاثوليكي الجديد للكنيسة اللاتينية » عربي عن الاصل
اللاتيني المونسنيور د . رؤوف نجار ، عمان ، سنة ١٩٨٦ .

ثالثا : القوانين العربية

جمهورية مصر العربية

١ - المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة

- ١٩٢٩ خاص باحكام الفقه وبعض مسائل الاحوال الشخصية .
- ٢ - المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٨٥
خاص ببعض احكام الاحوال الشخصية مع المذكرة الايضاحية .
- ٣ - المذكرة الايضاحية لقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل
بعض احكام قوانين الاحوال الشخصية .
- ٤ - القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض احكام قوانين الاحوال الشخصية .

الجمهورية اللبنانية

قانون الاحوال الشخصية للطائفة الدرزية في لبنان الصادر بتاريخ ٢٤/٢/١٩٤٨ معدلا
بالقانون الصادر في ٢ تموز سنة ١٩٥٩ .

الجمهورية العربية السورية

المرسوم التشريعي رقم ٥٩ الصادر في ١٧/٩/١٩٥٣ - قانون الاحوال الشخصية
معدلا بالقانون رقم ٢٤ تاريخ ٣١/١٢/١٩٧٥ مع المذكرتين الايضاحيتين .

الجمهورية التونسية

مجلة الاحوال الشخصية الصادرة في ١٧/٨/١٩٥٦ معدلة بالقانون رقم ٧٠ المؤرخ
في ٤/٧/١٩٥٨ والقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٥٩ والمرسوم رقم ٢١/٢١/١٩٦٢ والمرسوم
رقم ١ لسنة ١٩٦٤ المؤرخ في ٢٠/٢/١٩٦٤ والقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٤ والقانون
رقم ٤٩ لسنة ١٩٦٦ والقانون رقم ٧ لسنة ١٩٨١ . قانون الولاية والتبني رقم ٢٧ لسنة
١٩٥٨ .

المملكة المغربية

المدونة - قانون الاحوال الشخصية لسنة ١٩٥٨ .

الجمهورية العراقية

قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ مع تعديلاته بالقوانين ١١/١٩٦٣ و ٢١/١٩٧٢ و ٧٢/١٩٧٩ .

المملكة الاردنية الهاشمية

القانون المؤقت رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ - قانون الاحكام الشخصية .

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

القانون رقم ١١/٨٤ المؤرخ في ٩ رمضان عام ١٤٠٤ الموافق ٩ يونيو سنة ١٩٨٤ ويتضمن قانون الأسرة .

الكويت

القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الاحوال الشخصية مع المذكرة الايضاحية للمشروع يوليو ١٩٨٤ .

رَفَعُ

عبد الرحمن العجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

www.moswarat.com

رَفَع

جهد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

هذا الكتاب

دراسة موضوعية تمس الحاجة اليها منذ وقت طويل لحقوق المرأة والتزاماتها بمقتضى احكام الشريعة الاسلامية الغراء والقوانين الاسلامية الحديثة. ويهدف هذا البحث الى الوفاء بهذه الحاجة فيتناول احوال المرأة في ميادين الزواج والمهر والنفقة والطلاق والعدة والحضانة، وبذا يسد ثغرة في الدراسات الاسلامية القانونية متابعا لحدث التطورات.

والمأمول من وراء هذا الجهد ان يُدرد هذا البحث الموضوعي الواضح كثيرا من الاوهام والضلالات حول منزلة المرأة المسلمة في العالم المعاصر، والا يقتصر على اجتذاب الممارس القانوني بل ان يُثير ايضا اهتمام القاريء العام، وخاصة بين الجاليات الاسلامية في الدول غير الاسلامية، والنساء المسلمات اينما كن، بل غير المسلمات المتزوجات بالمسلمين.

وقد نشر معظم هذا الكتاب من قبل باللغة الانكليزية على جمهور الغرب لتبيان حقوق المرأة ومنزلتها في ظل الاسلام. فأثار اهتماما بالغا واستدر تعليقات وتقریظات من كبار القضاة ورجال القانون في المملكة المتحدة واوروبا واميركا، وكان من بينهم حجة القانون اللورد دنغ الذي ارتقى الى أعلى مناصب القضاء واصدر احكاما ومؤلفات تُعد مراجع قيمة في القانون الانكليزي (انظر ترجمة نص كتابه الى المؤلف). ولكن هذا الكتاب الذي يستهدف الجمهور العربي والاسلامي الاكبر زاد كثيرا بما ضم من نصوص كاملة من آي الذكر الحكيم واحكام القوانين العربية الحديثة حتى اصبح مرجعا لا غنى عنه لاي محام او قانوني يعمل في مجال الاحوال الشخصية.