

أحكام الأفعال الشخصية في الشريعة الإسلامية

على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحكمة

تأليف

عبد الوهاب خلاف



حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الثانية
١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م

دار القلم للنشر والتوزيع

شارع السور - حارة السور - العليين الأول
هاتف: ٤٤٥٧٤٣ - ٤٤٨٩٧٨ - برقمها توزيعي
ص.ب. ٢٠١٦ - المنطقة ١٣٥٢ الكويت



أحكام والأحوال الشخصية
في الشريعة الإسلامية



المحتويات

الصفحة	الموضوع
	الزواج :
١٥	تعريفه
١٥	حكمة تشريعه
١٨	الخطبة - مقدمات الزواج
١٩	من نباح خطبتها
٢١	التهادي وقراءة الفاتحة
٢٢	أركان الزواج
٢٤	شروط انعقاده
٢٥	شروط صحته
٢٨	شروط نفاذه
٢٨	شروط نزومه
٢٩	شروط سماع الدعوى به قانونا
٣٠	تحديد السن لسماع دعوى الزواج
٣٢	تحديد السن لمباشرة عقد الزواج رسميا
٣٦	صفة للعقد إما مسجدة أو مطلقة أو مقترنة أو مصدقة
	حكم الزواج :
٣٨	الزواج إما فرض أو واجب أو مسنون
٣٩	حكم الزواج الباطل
٣٩	حكم الزواج المأسد
٤١	حكم الزواج المنقرف
٤١	حكم الزواج المتألف
	النجرات من النساء :
٤٣	حكمة تحريمهن
٤٤	النجرات تحريمها مؤبدا - سبب التمسك

المصنف

الموضوع

٤٥	المحرمات تحرماً مؤبداً بسبب المصاهرة
٤٧	المحرمات تحرماً مؤبداً بسبب الرضاع
٥١	المحرمات تحرماً مؤقتاً - زوجة الغير ومحلته
٥٢	الجمع بين محرمين
٥٣	الجمع بين أكثر من ٤
٥٤	المطلقة ثلاثاً
٥٥	من لا تدين بدين سماوي
٥٦	الأمة على امرأة

الولاية على الزواج :

٥٩	من تلت على نفسه الولاية
٥٩	من تلت ضم هذه الولاية وترتيبهم
٦١	شروط الولى
٦٢	غيبه الولى وعضله
٦٣	أحكام تزويج الأولياء

الوكالة بالزواج :

٦٥	منى بعد تزويج الوكيل عن موكله ومتى لا ينفذ
٦٨	الفرق بين توكيل الرجل بغيره وتوكيل المرأة بغيرها

الكفاءة في الزواج :

٦٩	ما يعتبر الكفاية فيه
٧١	من له حق في الكفاءة
٧٣	فيمس تعتبر ومتى تعتبر

حقوق الزوجة (٩) المهر :

٧٤	سبب وجوبه ودليله
٧٥	مقدار حده الأدنى
٧٦	ما يصح أن يسمى مهراً

الموضوع	الصفحة
من له الحق في المهر	٧٦
متى يكون المهر الواجب معشرة ذراهم	٧٨
متى يكون المهر الواجب مهر المثل	٨٠
متى يكون المهر الواجب المسمى في العقد	٨٠
متى يكون المهر الواجب الأقل منهما	٨٠
زيادة المهر والحفظ منه	٨٠
متى يكون للروحة مهرها بتمامه	٨٦
متى يكون للروحة نصف المهر	٨٤
متى يكون للروحة ائنة	٨٨
متى لا يجب للروحة شيء من المهر	٩٠
اقتران المهر بشرط	٩٠
قبض المهر والتصرف فيه	٩٢
صحة المهر	٩٤
هلاك المهر واستهلاكه واستحقاته	٩٦
فضايا المهر	٩٦
الجهاز وأثاث البيت والبراق بشأنهما	١٠٦

(٢) النفقة :

دليل وحربها وسب استحقاقها وشرطه	١٠٤
من تستحق النفقة من الزوجات ومن لا تستحق	١٠٥
تفسير النفقة وأساسه	١٠٨
نفقة زوجة الغائب	١١١
متى تكون نفقة الزوجة ديناً على الزوج	١١٣

(٣) عدم الإضرار بها :

دليله وما يترتب عليه	١١٧
----------------------	-----

(٤) العدل بين الزوجات

حقوق الزوج على زوجته (١) الطاعة	١١٩
(٢) ولاية الأناب	١٢٠

١٢٠	حسن العشرة	حرمة المضاهرة	التوارث
١٢١	زواج المسلم بالكتليات		
١٢٤	زواج غير المسلمين بعضهم ببعض		
	الطلاق		
١٢٨	تعريفه		
١٢٩	حكمة تشريعه والنظام الذي شرع عليه		
١٣١	من يقع منه الطلاق		
١٣٣	من يقع عنها الطلاق		
١٣٤	ما يقع به الطلاق		
١٣٥	عدد الطلقات		
١٣٧	صيغة الطلاق إما منكرة أو معلقة أو مصافاة أو بين		
١٣٩	متى يقع الطلاق رجعيا ومتى يقع بانئا		
	حكم الطلاق :		
١٤١	الطلاق إما محظور أو واجب أو مندوب		
١٤٤	حكم الطلاق الرجعي		
١٤٦	حكم الطلاق البائن بيونة صغرى		
١٤٦	حكم الطلاق البائن بيونة كبرى		
١٤٧	حكم طلاق المرضي بمرض الموت		
١٤٩	نفويض الطلاق إلى الزوجة		
١٥٢	إخلع		
	تطبيق المقاضي بناء على طلب الزوجة		
١٥٩	عدم الإنفاق		
١٦٢	للعيب		
١٦٤	للضرب		
١٦٤	لغيره الزوج ستة فأكثر بلا عذر		

الصفحة	الموضوع
١٦٥	خمس الزوج
١٦٥	ورقة الزواج والتفصيح
	العدة :
١٦٧	تعريفها ومب وجوبها
١٦٨	حكمة تشريعها
١٦٨	أنواعها - باغيضات
١٦٩	أنواعها بالأشهر
١٧٠	أنواعها بوضع الحمل
١٧٠	تحول العدة من نوع إلى نوع
١٧٢	مبدأ العدة
١٧٣	واجب المعتدة
	نفقة المعتدة - ميب وجوب - ومن يستحقها - ومن لا يستحقها
١٧٤	وأقصى مدة تستحقها

الأولاد

١٧٧	ثبوت النسب بالعرش - حال الزوجية بعد الفرفة
١٨٤	ثبوت النسب بالإقرار
١٨٦	ثبوت نسب بالهبة

اللقبط

١٨٧	التفاحه والولاية عليه ونسبه
-----	-----------------------------

الرضاعة :

١٩٠	الرضاعة من أسباب التحريم
١٩١	الرضاعة مني يجب على الأم
١٩٢	متى يستحق الأجر عليها

١٩٤	تعريفها ، ومن ضم الحق فيها ، وترتيبهم
١٩٥	شروط الحضانة ، والأجرة عنها ومدتها
١٩٩	مصر الحاضنة
٢٠٠	بعد انتهاء مدة الحضانة

النفقة الواجبة للفروع :

٢٠٢	على أبيهم
٢٠٣	على عمهم

النفقة الواجبة للأصول :

٢٠٦	على اقربهم
٢٠٧	نفقة دوى الأرحام
٢١١	نفقة زوجة المستحق للنفقة

مقارنة بين نفقة الزوجة ونفقة الأقارب :

٢١٢	من جهة عملة الزوجين
٢١٣	من جهة ضرورتها على من تجب عليه
٢١٤	من جهة الاختصاص القضائي
٢١٤	من جهة أساس التقدير

الحجر :

٢١٤	تعريفه ودليل شرعيه
٢١٥	حكمه شرعيه وأسبابه
٢١٧	تصرفات الصغير غير المنيز والمجنون
٢١٨	تصرفات الصغير المنيز والمنعوه
٢١٨	تصرفات السفيه ودوى النفقة
٢٢٠	تصرفات المدبر

الصفحة	الموضوع
٢٥٢	المدة بشرط العوض
٢٥٢	حكم المدة وموانع الرجوع فيها

الوصية :

٢٥٥	تعريفها ، ركبا
٢٥٧	شروطها - في الوصي
٢٥٧	في الموصى له
٢٥٩	في الموصى به
٢٥٩	نفاذ الوصية
٢٦١	المال الذي تنفذ به الوصية
٢٦٢	الوصية بالمنفعة
٢٦٣	حكم الوصية
٢٦٤	القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠
٢٠٧	القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اللهم لك الحمد . أقمت الدليل ، فأنرت السبيل . وأرسلت المرسلين .
مبشرين ومعتنرين . وقلت وفولك الحق ﴿ اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت
عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً ﴾ .

وهذه أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية جمعت فيها
بين مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم الشرعية المصرية من المذاهب
الأخرى . وراجعت قدر استطاعتي أن أبسط عبارة الحكم وأقرنه بدليله وحكمة
تشريعه . وأذكر مواد القوانين الموضوعية التي أخذت من المذاهب الأخرى
والأساليب الباعثة على الأخذ بها . وما صدر بشأنها من المنشورات والمذكرات
الإيضاحية .

وإني أعترف بالفضل للسابقين . وأسأل الله أن يجزيهم بحسب الجزاء ويوقني
إلى ما أتقنه . من خدمة الفقه الإسلامي ونفع طاليه ،
رجب سنة ١٣٥٥ هـ أكتوبر سنة ١٩٣٦ م

عبد الوهاب خلافي

الزواج

تعريفه : الزواج في اللغة هو الاقتران والازدواج يقال زُوج الرجل إله إذا قرن بعضها ببعض ومنه قوله تعالى : ﴿ أَحْسِرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجِهِمْ ﴾ أي وقرنائهم ، والمفعل يتعدى بنفسه وبالخرف يقال تزوجت فلانة وتزوجت بها ، وزوجنيها ونُيِّها وزوجني بها .

وفي الشرع هو عقد يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع . ويجعل لكل منهما حقوقاً قبل صاحبه وواجبات عليه ، فهو من عقود التملك وان ذلك فيه وارد قصداً على متعة كل واحد من الزوجين بالآخر ولذا عرفه بعض الفقهاء بقوله : هو عقد يرد على ملك المتعة قصداً .

فمضى تحققت أركان العقد وتوفرت شرائطه الشرعية حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر بعدما كان حراماً عليهما . واستحقت الزوجة على زوجها المهر ، والنفقة ، والعدل بينها وبين ضرائرها إذا تعددت الزوجات واستحق الزوج على زوجته الطاعة ، وولاية التأديب المشروع ، وعدم خروجها عن إذنه ، واستحق كل منهما على الآخر حسن المعاشرة ، وحرمة المصاهرة ، والتوارث ، وسين بالتفصيل حقوق الزوجية وواجباتها الخاصة المشتركة .

حكمة تشريعه : شرع الله الزواج وأحكامه لحكم عدة :

(أولها) - بقاء النوع الإنساني على أكمل وجوه البقاء إلى الأجل الذي قدر الله أن ينتهي بقاء الإنسان إليه ، وبيان ذلك أن مجرد بقاء النوع يتحقق بمجرد الاختلاط بين ذكوره وإناته وتوالدهما . كما بقيت أنواع الحيوانات بمجرد اجتماع ذكورها وإناتها . ولكن الله سبحانه تكميماً للنوع الإنساني شرع الزواج وأحكامه نظاماً لاجتماع أفرادهم ليكون بقاءهم على أكمل وجوه البقاء لأن موجب الزواج

الشرعى الاختصاص وأن تكون الزوجة حلالاً لزوجها وحده لا يملك غيره حق الاستمتاع بها . وهذا الاختصاص يجعل بقاء النوع الإنسانى على أكمل وجوه البقاء من ناحيتين : إحداهما أنه يحول دون تزاحم عدة من الرجال على امرأة واحدة فيأمن الناس النظام والنفقات اللذين يؤدي إليهما ذلك التزاحم . والثانية أنه يحفظ الأنساب ويجعل لأولاد كل زوجة أباً معروفاً يتكفل برعايته واحفاطة عليهم في طفولتهم وبعدها حتى يبلغوا أشدهم فيأمنوا الضياع والفناء .

ففى سد الذريعة إلى التفاتل والتظلم . وفى قيام كل أب باحفاطة على بنيه والعناية بهم بقاء لأفراد النوع على أكمل وجوه البقاء .

ولا كذلك إذا كان الاجتماع على غير نظام الزواج الشرعى ولم يكن الاختصاص بل كان الشبوع والأشراك فإن هذا يؤدي إلى التفاتل ولا يعرف معه نسب لمولود فينشأ الطفل لا يعرف له أب يندفع عنه عوامل الهلاك فى طفولته ويرعاه فيما بعد ذلك حتى يبلغ أشده فإن نجاً من الفناء يقى بقاء العمل .

فالتناسل : وتوزيع مسؤولية احفاطة على النسل والتقيام بشؤونه بين الآباء وتأمين أفراد النوع من النظام والتنفاتل هى أولى الأغراض من تشريع الزواج .

ومن هذا تفهم الحكمة فيما رواه أبو داود عن معقل بن يسار أن رجلاً جاء لى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله إفى أصبت امرأة ذات حسب ومنصب ومال إلا أنها لا تلد أفأ تزوجها . فنهاه . ثم أتاه الثانية فقال له مثل ذلك . ثم أتاه الثالثة فقال : « تزوجوا الولود فىأى مكاتر يكمن الأمم » .

(وثانيها) - تحديد العلاقة بين الزوجين وبيان حقوق كل منهما قبل الآخر وواجباته عليه . لأنه مادام اجتماع المذكور بالإناث من الضرورات التى اقتضتها الفطرة الجنسية لابد من تشبوع نظام يقوم على اساسه هذا الاجتماع حتى يأمن أحدهما عدوان صاحبه ويشمر الاجتماع ثمرته المقصودة من تعاون الزوجين وقيام الزوج بأعباء الحياة الخارجية وقيام الزوجة بالشئون المنزلية وسكون أحدهما إلى الآخر وأنسه به واحضنتانه إليه وتبادلها المودة والرحمة التى أشار الله سبحانه إليها بقوله فى سورة الروم : ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن فى ذلك لآيات لقوم يشكرون ﴾ .

(وثالثها) - تحصيل النفس وقضاء حاجاتها الجنسية من الطريق التي أحلها الله والبعد بها عن انتهاك الحرمات . وفي هذا حفظ الأخلاق والأعراض ووقاية من الشحناء والغصاء . قال الله تعالى في سورة النساء بعد بيان المحرمات : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم أن يفتخروا بأموالكم محصنين غير مسافحين ﴾ أي أن الله سبحانه أحل لكم من النساء ما عدا هذه المحرمات التي بينها لتفتخروا بأموالكم ومهوركم حلالا لكم فاصدقوا تحصيل أنفسكم من الوقوع في الخمر وغير زناة . وروى البخاري ومسلم عن عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله ﷺ : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » .

وروى البيهقي أن النبي ﷺ قال : « إذا تزوج العبد فقد استكمل نصف الدين فبئق الله في النصف الباقي » .

فالزواج نظام إلهي شرعه الله لمصلحة المجتمع الإنساني وسعادة أفرادِهِ وحفظ كيان الأسرة التي هي عماد الأمة ، ولهذا حث عليه رسول الله ﷺ ورغب فيه بعدة أحاديث صحيحة .

مما رواه مسلم والنسائي عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال : « الدنيا متاع وسفر متاعها المرأة الصالحة » .

وما رواه أبو داود والحاكم عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : « ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء - المرأة الصالحة . إذا نظر إليها سرته . وإذا غاب عنها حفظته . وإذا أمرها أطاعته » .

وما رواه ابن ماجه عن أنس بن مالك أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : « من أراد أن يلقى الله طاهرا مطهرا فليتزوج الحرائر » .

وما رواه ابن ماجه عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال : « لا تزوجوا النساء الحسنات ففسي حسنهن أن يردنهن . ولا تزوجوهن لأموالهن ففسي أموالهن أن تظننهن . ولكن تزوجوهن على الدين . ولأمة خرماء سوداء ذات دين أفضل » .

وليس شيء أضر بالأمة وأدعى إلى فنائها وانتشار المنسق والتفحور فيها من إعراض شملها عن الزواج . وإذا ربي أن الزواج بين بعض الأزواج مصدر للخصومات والمشقاء وتبادل الكيد والإضرار فليس منشأ هذا أن الزواج نظلم غير صالح وإنما منشؤه أن هؤلاء الأزواج أساءوا استعمال هذا النظام ولم يمسروا على سنن الدين لا في خطبة الزوجات ولا في العشرة الزوجية ولم يقفوا عند حدوده فكانت زوجيتهم مصدر شقائهم . وكذلك كل قانون عدل أو نظام صالح إذا أسيء تطبيقه أنتج نقيض ما شرع لأجله ولو أن الحياة الزوجية قامت على أساس ما شرعه الله من حسن المعاشرة وقيام كل واحد من الزوجين بواجبه ما كانت مصدر نزاع أو شقاء .

مقتضات الزواج : ولما كان الغرض من الزواج العشرة النائمة بين الزوجين للتوالد والتعاون على شؤون الحياة وحاجات الإنسان كان لا بد لمن أرادا الزواج أن يكون كل منهما على بينة من أمر الآخر قبل الارتباط بعقدة الزواج حتى لا يكون الاقتراض على عمى . ولهذا شرع الله أحكام الخطبة وهي أن يطلب الرجل المرأة للزواج بها . ومع كون الخطوبة أجنبية من حاضيتها ندم الشارح له أن يبصر وجهها وكفيها وقدمها . ويكرر هذا الإنصاف إذا دعت الخال . ولكن لا يباح له أن يبصر مخطوبته محتلبا بها بل لا بد أن يكون معها محرماً فمأ كآبها أو أخيها أو عمها .

والأصل في هذا ما روى من أن المغيرة بن شعبه خطب امرأة فقال له رسول الله - ﷺ - : أنظرت إليها . قال : لا فقال عليه السلام : انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما .

والحكمة في إباحة إصباح الوجه أنه جماع محاسن الإنسان الخلقية . وملاحظته وأسرته تم عن جملة الخال النفسية فإذا تراءى الخاطب ومخطوبته تعرف منها مثل ما تعرف منه ووقعت في قلب كل منهما للآخر إحدى المنزلتين من الميل أو التفور .

والحكمة في إباحة إبطار الكف والقدمين أيهما تيان عن حال الجسم
فإبطار الوجه والكفين والتقدمين وتكرير هذا الإبطار عند الاقتضاء يتعرف كل
منهما جملة حال صاحبه . وأما تعرف أخال الخلقية بالتفصيل فهذا سبيل التحري
من مخالطوا الأئنين بالمعاشرة أو الخوار ولا يجدي في معرفته اجتماع مرة أو مرات
في بضع ساعات قد يظهر كل واحد منهما فيها بغير نفسه الخفية كما قيل في أمثال
الناس « كل خاطب كاذب » .

والحكمة في حظر خلوة الخاطب بمخطوبته واشتراط أن يكون معهما محرم
فا هو سد الفرائع إلى الشر ومقاومة دواعي النفس الأمارة بالسوء .

وهذا السنن في الخطبة هو السنن المستقيم والوسط المعتدل بين إفراط من
علوا في الخجاب ومنعوا أن يبصر الخاطب بمخطوبته فيتم الزواج بين اثنين قد
لا تأتلف روحاهما ولا يؤدم بينهما وهذا مصدر للشقاء ، وبين تقريظ من أسرفوا
في الخيال وأباحوا للمخاطب الخلوة والخلطة فعرضوا الأعراض للأخطار ومقالة
السوء وخاصة إذا عدل الخاطب عن خطبته . فالإفراط والتفريط غير محمودي
العاقبة والخير في الاعتدال .

من تباح خطبتها : ولا يباح للمخاطب أن يخطب امرأة للزواج بها إلا إذا
توفر فيها أمران : أولاً أن تكون خالية من الموانع الشرعية التي تمنع زواجه بها في
الحال . وثانياً أن لا تكون مخطوبة لغيره خطبة شرعية .

فإن لم تكن خالية في الحال من الموانع الشرعية بأن كانت محرمة عليه بسبب
من أسباب التحريم المؤبدة كآخته نسباً أو رضاعاً أو المؤقتة كتزوجة غيره أو
معتدته فلا تباح له خطبتها لأن الخطبة وسيلة إلى العقد ومقدمة له وإذا كانت
النتيجة غير ممكنة الحصول في الحال فلا اشتغال بالتوسية عيب بصاد العاقل عنه .
ولأن في خطبة زوجه الغير أو معتدته إيذاء فذا الغير واعتناء عليه والله لا يحب
المعتدين . وهذا لا تحمل خطبة معتد الغير سواء كانت معتدته من وفاة أو طلاق
رحى أو ياتن بينونة صغرى أو كبرى لأنها مادامت في العدة فنحن زوجها متعلق
بها وفي خطبتها اعتناء عليه سواء كانت الخطبة بصريح العبارة أو بطريق التعريض .

واستثنى من هنا حال واحدة وهي ما إذا كانت المعتنة معتدة وفاة فإنه
تباح خطبتها بطريق التعريض فقط ولا تباح بالتصريح .

ودليل هذا الاستثناء قوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ
فِيمَا عَرَضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْتُمْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ
وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا فَوَلًا مَعْرُوفًا ﴾ .

المراد بالنساء في هذه الآية محدثات الوفاة لأن الآية التي قبلها في شأن الذين
يتوفون ويذرون أزواجهن والله نفي الجناح والإثم في التعريض بخطبتين فخطبة المتوفى
عنها زوجها بطريق التعريض مباحة . والحكمة في هذا الاستثناء أن الوفاة قطعت
رباط الزوجية لا إلى عودة وهذا من شأنه أن يجعل المرغب في زواج المتوفى زوجها
لا يخرج من خطبتها في عدتها وإلى هنا أشار الله سبحانه وتعالى بقوله : ﴿ عَلِمَ
اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ ﴾ ولكن لمراجعة جانب ورثة المتوفى وعدم إيذائهم بخطبة
زوجة مورثهم وهي لا تزال في عدته . ولحلل الحزن والحداد التي عليها المتوفى عنها
زوجها حظر التصريح بخطبتها واكتفى بإباحة التعريض بها فقط .

والفرق بين التصريح والتعريض أن التصريح هو أن تذكر كلاما صريحا
تقصد ما يدل عليه كأن يقول الخاطب أرغب في زواجك أو أريد أن تكوني
زوجة لي . وأما التعريض فهو أن تذكر كلاما لا تريد معناه الظاهر بل تريد به
معنى آخر يفهم منه بالقرائن كأن يقول الخاطب أمت خير زوجة أو وددت لو
أسرت لي زوجة صالحة والقرائن تدل على ما يريد من خطبتها وإن كانت ممن نحل
له ولكنها محظورة لعدم خطبة شرعية فلا تباح له خطبتها مادامت خطبة غيره قائمة
ولم يبت في أمرها لأن هذا اعتداء على الغير وقد قال رسول الله ﷺ : ه المؤمن
آخر المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه
حتى ينبر .

وإذا خطب خاطب امرأة لا تباح له خطبتها شرعا ثم ديانة ولكن لا أثر
لذا الإثم قضاء فلم يخطب معتدة غيره ثم بعد انقضاء عدتها عقد زواجه بها صح
العقد مادام قد استوفى شرائطه الشرعية . وإنما الذي ارتكبه بخطبتها خصية غير
مباحة لا أثر له في صحة العقد بعد أن صارت غير محرمة عليه .

ومن مقدمات الزواج التي اعتاد بعض الناس تقديمها عليه قراءة الفاتحة
للدلالة على التراضي به . وحصول الوعد به من الجانبين . وقبول كل منهما هدياً
الآخر . وقبول الزوجة أو وليها المهر كله أو بعضه .

وهذه المقدمات من الخطبة أو قراءة الفاتحة أو التواعد أو التهدي أو قبول
المهر أو بعضه لا تعتبر زواجا شرعاً ولا تربط أحدهما بالآخر برابط الزوجية
فللخطاب أن يعدل عن خطبته ويسخطوبة أن تعدل عن قوله ولكل منهما أن
ينقض وعده^(١) .

وإذا فسخت الخطبة سواء أكان بسبب عنون الخطاب أو المخطوبة أو
عنونهما معا فإن ما قدمه الخطاب من المهر نه الحق في استرداده فإن كان قائماً
يجب رده إليه بعينه وإن كان هالكاً أو مستهلكاً يجب رد مثله أو قيمته لأنه دفع على
أنه عوض للزواج ومادام الزواج لم يوجد فلا يستحق شيء من هذا العوض وهو
حق خالص للخطاب يجب رده إليه . وأما ما قدمه الخطاب من الهدايا فهو هبة
وحكم الهبة أن الواهب له حق الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من مواع الرجوع .
وعلى هذا إذا كان ما أهداه الخطاب لمخطوبته قائماً في يدها لم يضرأ عليه ما يمنع
الرجوع فيه كخاتم أو ساعة أو عقد لم يضرأ عليه طزىء فللخطاب الحق في
استرداده وأما إذا كان ما أهداه الخطاب شخصيته ليس قائماً عندها على حاله بأن
هلك أو استهلك أو تغير بالزيادة أو باعته كأن كان طعاماً فأكل أو خاتماً قضاع أو
قماشاً فخيظ ثوباً ففي كل هذا ليس للخطاب الحق في استرداد ما أهداه

(١) وهذا هو حكم الفقه والقضاء وهو مني على أنه مادام لا يوجد لعقد الزواج ولا التزام ، وأما
حكم الأطلاق فلا يسمى بالإسناد أن يخلو وعده ويرجع في عزمه ، فمن فسح الخطبة بعد صيرورة منجته
فقد ارتكب جريمة أخوة حنيا

وقد حكمت بعض المحاكم الأهلية واعتمده بالموهر على من فسح الخطبة لغير موهر . وبت حكمه .
على أن العتول عن الخطبة حق للخطاب والمخطوبة ولصاحب الحق أن يستعمل حقه ولكن إذا أوى استعمال
حقه إلى إهلاك الضرر جرد بدون مبرر فعلياً ، فيجوز عن هذا الضرر فله حق العتول وعليه تعريض الضرر
وقد نص المرجع السليح بحد أن لا وجه للإلزام بهذا التعويض . وعنوان مشهورة مجلة التجارة الشرعية ١١
من ٢ وهي مرسية النظر .

ولا استرداد يدل عنه لأن هلاك الموهوب وخروجه من يد الموهوب له والزيادة المتصلة فيه كلها من موانع الرجوع في اذية . على ما سيبين في موضعه . وإذا اختلف اخطاب والمخطوبة في أن ما قدم مهر أو هدية فسيبين الحكم في هذا في قضايا المهر .

وإنما الذي يربط أحدهما بالآخر هو عقد الزواج الشرعي الذي تحققت أركانه واستوفى شرائطه .

أركان الزواج : أركان كل عقد هي أجزاؤه التي يتركب منها وينتفق بها وجوده وانعقاده وهي العاقدان . والمعقود عليه . وصيغة العقد المكونة من الإيجاب والقبول . ولما كان وجود الصيغة يستلزم وجود العاقدين والمعقود عليه اقتصر آكل الفقهاء في بيان أركان الزواج على قوالم أركان الزواج الإيجاب والقبول .

فالإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين تعبيراً عن إرادته في إيجاد الارتباط وإنشائه ، والقبول هو ما صدر ثانياً من الآخر للدلالة على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول . وقد يكون اتوجب أي البادئ هو الزوج أو وكيله أو وليه . والقابل هو الزوجة أو وكيلها أو وليها . وقد يكون العكس . وقد يتولى صيغة العقد اثنان وهو الكثير الغالب . وقد يتولاها واحد قائم مقام اثنين كان يكون ولياً على الزوجين^(١) أو وكيلاً عنهما^(٢) أو أصيلاً من جانب وولياً أو وكيلاً من الجانب الآخر^(٣) فعبارة هذا الواحد بمنزلة عبارتين ، وهو تارة ذو صفة واحدة . وتارة ذو صفتين مختلفتين .

ولابد في الإيجاب والقبول من تحقق أمرين : أحدهما من حيث صورتها اللفظية . والثاني من حيث مادتها واشتقاقها .

(١) كرجل يزوج بنت أخيه الصغيرة من سحر هو ابن أخيه الآخر والصبيان وولاه .

(٢) كرجل يزوج موكته من موكته .

(٣) كرجل يزوج نفسه من بنت عمه الصغيرة انشركه بولائه أو يزوج نفسه من وكله بأن

بروحها نفسه .

فأما من حيث صورتها فلا بد أن يكونا بلفظين على صورة الفعل الماضي مثل زوجتك موكلتي . قبت . أو وهبت لك نفسي . قبلت . لأن الغرض من الصيغة التعبير عن حصول رضا من الطرفين وتوافق بين إرادتهما والذي يدل على حصول هذا فعلا وقت التعاقد هو ما كان على صيغة الماضي وأما ما كان على صيغة الحال أو المستقبل فلا يدل قطعا على حصول الرضا فعلا فهو قال أحدهما تزوجني موكلتك فمأل الآخر : أقبل . فلا تتكون بهذين اللفظين صيغة عقد الزواج لأنهما ما دلا قطعا على حصول رضا وقت التكلم ، لأنه يحتمل أن يراد باللفظ الأول الاستبعاد وبالتالي الوعد . والوعد بالزواج مستقبلا ليس عقدا نه في الحال . فعاديات الصيغة تحتمل معنى غير العقد لا يتعقد بها الزواج .

لهذا استعمل الشارع لإنشاء العقود الصيغة التي تدل على تحقق الرضا ووجوده فعلا وهي صيغة الماضي . لأنها قطعية في الدلالة على حصول الرضا من العاقدين ولا تحتمل معنى آخر .

ولو قال الخاطب مخطوبته زوجيني نفسك فقالت زوّجْتُكَ نفسي انعقد الزواج مع أن إحدى العبارتين على صيغة المستقبل لا الماضي ولكن ليس في هذا مخالفة لما تقدم لأن الحقيقة هي أن قوله زوجيني نفسك ليس هو الإيجاب وإنما هو توكيل لها في أن تزوجه نفسها ففرضا زوجتك نفسي هي عبارة قائمة مقام العبارتين وهي تولت طرفي العقد بالأصالة من جانبها والوكالة عنه وعبارتها على صيغة الماضي . وهذا توجيه قول الفقهاء ويتعقد بإيجاب وقبول وصعلا للمضى أو وضع أحدهما للمضى والآخر للاستقبال .

وأما من حيث مادتهما واشتقاقهما فالقبول لا يشترط اشتقاق لفظه من مادة خاصة بل يتحقق بأي لفظ يدل على الموافقة والرضا من أي مادة كانت مثل قبت . رضيت . وافقت . أجزت . نفذت . أمضيت . وأما الإيجاب فلا بد أن يكون بلفظ مشتق من الزواج . أو النكاح أو مشتق مما يدل على تمثيك العين في الحال مثل الهبة والتقليك والبيع . وما يرادف ذلك من أي لغة . أما ما لا يدل على التقليك أصلا كالإباحة والإحلال والإبداع . وما يدل على تمثيك المشقة لا العين كالإبحارة والإعارة . وما يدل على تمثيك العين لكن لا في الحال كالوصية

فلا يتحقق الإيجاب بلفظ منها لأن معانيها تنافي معنى الزواج الشرعي المقصود به
ملك امتعة في الحال على سبيل التأييد والتلويح .

وإذا كان العاقدان حاضرين تكون النسيئة منهما بالعبارة لأنها أدل طرق
الدلالة فحيث أمكنت لا يعتد عنها إلى غيرها ، وإذا كان أحدهما غائبا عن الآخر
تكون النسيئة بالكتابة لتعبر المشافهة ، وإذا كان العاقد أجنبي فإن كان يحسن
الكتابة عقد بها وإن كان لا يكتب عقد بإشارته المعهودة الدالة على قصده . فلا
يعقد بالكتابة إلا حيث تعلمت المشافهة بالعبارة . ولا يعقد بالإشارة إلا حيث
تعلمت بالدلالة على القصد بالكتابة . وفي هذا جمع بين الاحتياط واليسر . قال في
الرد المحتار : لو كتب الحاضر على شيء لامرأة زوجي نفسك فكاتب المرأة على
ذلك الشيء عقد زوجته نفسى منك لا يعقد الزواج .

شروط الزواج : للزواج خمسة أنواع من الشروط . شروط لانعقاده ، وشروط
لصحته ، وشروط لبقائه ، وشروط لزومه ، وشروط وضعه لتسامح الدعوى به
قانونا في محاكمنا الشرعية المصرية .

شروط الانعقاد : شروط انعقاد الزواج هي التي تنزم لتحقيق أركانها ويترب على
إحلال بواحد منها اختلال مركان من أركان الزواج فلا يعقد شرعا ولا تترب
عليه آثار الزواج الشرعي . وهي أربعة :

١ - أهلية العاقدين بالتمييز فإذا كان أحد العاقدين فانقد الأهلية لتعقد بنقده
التمييز بأنه كان مجونا أو صغيراً غير مميز فلا يعقد الزواج بعبارته .

٢ - انعقاد مجلس الإيجاب والقبول والمراد بانعقاد مجلسهما أنه إذا صدر
الإيجاب لا يوجد من العاقدين أو أحدهما ما يدل على الإعراض عنه والاشتغال
بغيره حتى يصدر القبول لأنه إن وجد ذلك بعد منبها للإيجاب فلا يصادف القبول
محلله - وليس المراد بانعقاد مجلسهما القبول وأن يكون القبول أثر الإيجاب عورا لأنه
لو طال المجلس وتراخى القبول عن الإيجاب ولم يصدر بينهما ما يدل على الاشتغال
والإعراض من مجلسهما متحد . وهذا إذا كان العقد بانشفاهة بين عاقدين
حاضرين . أما إذا كان العقد بين عاتين بطريق الكتابة أو الرسول فإن مجلس

الإيجاب هو مجلس قراءة الغائب للكتاب أمام الشهود أو إسماعهم رسالة الرسول . فإذا كتب الرجل إلى امرأة روحيني نفسك . أو أرسل إليها رسولا بذلك فلما وصل إليها الكتاب أو الرسول أحضرت الشهود وقراءت عليهم الكتاب أو عرفتهم مضمونه أو أبلغتهم رسالة الرسول وأشهدتهم أنها زوجت نفسها منه انعقد الزواج . فلا بد من القبول في مجلس قراءة الكتاب أو بلاغ الرسول بمحضرة الشهود ليتم عقد الإيجاب والقبول . ولا بد أن يسمح للشهود ما في الكتاب أو رسالة الرسول ثم يسموا القبول ليكونوا سمعوا شطرى العقد وشهدوا الإيجاب والقبول .

٣ - موافقة القبول للإيجاب ولو ضمنا فإذا خالف القبول الإيجاب كله أو بعضه لا انعقد الزواج إلا إذا كانت المخالفة إلى خير للموجب فإنها تكون موافقة ضمنية .

فإذا قال الموجب : روجتك ابنتي فلانة على مهر قدره ستون جنبا قال القابل : قبلت زواجها على المهر المسمى انعقد الزواج للموافقة الصريحة ، وكذا لو قال : قبلت زواجها على ثمانين للموافقة الضمنية أما لو قبل القابل زواج ابنته الأخرى أو على مهر أقل فلا انعقد الزواج إلا إذا قبل الموجب الريادة أو النقص في المجلس حينئذ تكون المخالفة في المهر .

٤ - سماع كل من العاقدين كلام الآخر مع عدم القابل أن قصد الموجب عبارته إنشاء الزواج وإيجابه وعلم الموجب أن قصد القابل الرضا به والموافقة عليه وإن لم يفهم كل واحد منهما معاني المفردات لعبارة الآخر لأن العبرة للمقاصد .

وهذه الشروط الأربعة ترجع عند التحقيق إلى شيء واحد وهو تحقق رضا الطرفين وتوافق إرادتهما لأن الشرط الأول وهو تمييز العاقدين إنما شرط لأن الرضا لا يكون إلا بمن له إرادة وفائدة التمييز لإرادة له فلا يتصور منه رضا . والشروط الثلاثة الباقية إنما شرطت ليتحقق ارتباط رضا كل من العاقدين برضا الآخر وتحقق إرادتهما على شيء معين ذلك عليه عبارتهما .

شروط الصحة : شروط صحة الزواج هي ما يتوقف عليها صحته بعد انعقاده وليست شروطاً لتحقيق أركانه وهي اثنان :

١ - أن تكون الزوجة غير محرمة على من يريد التزوج بها بأي سبب من أسباب التحريم المؤبد أو المؤقت لأن للمشرع حكمة في تحريم بعض النساء على الرجل فمن عقد على من لا تحل له فزواجه غير صحيح ولا يحل ما حرم الله .

٢ - أن يحضر عقد الزواج شاهداً رجلاً أو رجل وامرأتان لأنه عقد له خطرته وشأنه لما يترتب عليه من آثار وحقوق فهذا امتياز عن سائر العقود بأن اشترط لصحته حضور الشهود . ولأنه يترتب على عدم إعلانه بحضور الشهود أن يرتاب الناس ويسببوا الظن إذا رأوا رجلاً يتردد على امرأة من غير أن يكون قد أعلن زواجه بها ولذا ورد في الحديث « لا نكاح إلا بشهود » .

ويشترط في الشاهدين أن يكونا عاقلين بالغين حرين لأن هذا العقد الذي له خطرته وشأنه لا يعلن إلا عن طريق العقلاء الأحرار البالغين - وأن يسمعا معاً كلام العاقدين مع فهمهما أن الغرض منه إيجاب الزواج وقبوله وإن لم يفهما مفرداته لأنهما إن لم يسمعا معاً الصيغة بتمامها ففهمين المراد منها لم يشهدا العقد فالأصم والنائم والسكران الذي لا يعي ما يسمع لا يصح الزواج بحضورهم لأنهم لا سماع ولا فهم .

ولأن الغرض من حضور الشاهدين إعلان الزواج وإشهاره لا يشترط بهما العدالة ولا البصر ولا انتفاء التهمة فيصح الزواج بشهادة فاسقين أو أعميين أو ابني الزوجين أو أحدهما كما يصح بشهادة رجل وامرأتين . وإذا كان الزوجان مسلمين يشترط إسلام الشاهدين . أما إذا كان الزوج مسلماً والزوجة كفاية فيصح زواجهما بشهادة كتابيين .

وفي بعض الصور قد يصح عقد الزواج بحضور شاهد واحد في الظاهر كما إذا وكلت امرأة من زوجاتها زوج معين فزوجها الوكيل بمن عينته بحضور شاهد وحضورها صح العقد . وكذا إذا وكل الولي من يزوج موليته من معين فزوجها وكيل الولي بحضور شاهد وحضور الولي صح العقد .

والحقيقة أن الزواج صحيح في هاتين الصورتين بحضور شاهدين لا شاهد واحد لأن المصالح العام أنه كلما أمكن اعتبار الموكل مباشراً للعقد بأن كان حاضراً وقت إبرائه يعتبر هو المباشر للعقد ويعتبر الوكيل مجرد سفير ومعتبر وكأنه ليس أحد طرفي العقد فيقوم مقام شاهد ثان مع الشاهد الحاضر ولذلك إذا كان الموكل غير حاضر . بحيث لا يمكن اعتباره هو المباشر للعقد لا يصح إلا بحضور شاهدين .

عقد الزواج رضائي أو شكلي : الباحثون في نظرية العقد عرفوا العقد الرضائي بأنه ما يكفي في انعقاده اقراران القبول بالإيجاب ويكون رضا الطرفين وحده موجداً ومكوناً للعقد كالأجارة والوكالة وأكثر العقود وعرفوا العقد الشكلي بأنه ما يجب لتكوينه اتباع شكل مخصوص يحدده القانون كالهبة لا توجد قانوناً إلا إذا صدرت في ورقة رسمية أمام الموظف العمومي المختص . فبعد أن بنا شروط انعقاد الزواج وصحته بين هل هو رضائي أو شكلي .

إذا نظرنا إلى عقد الزواج نجد أن تكوينه وانعقاده يتم بتحقيق ركنه وشروط انعقاده وهذه الشروط مرجعها كما بينا إلى التحقق من تراضي الطرفين وتوافق إرادتهما على شيء واحد . وإذا كان انعقاد الزواج يكفي فيه تراضي الطرفين ولا يتوقف على شيء آخر غير رضاها وتوافق إرادتهما فهو من هذه الوجهة عقد رضائي .

لكن إذا نظرنا إلى أن مجرد انعقاده لا يترتب عليه كل آثاره الشرعية بل لابد لترتب آثاره الشرعية عليه من صحته بعد انعقاده . وأن من شروط صحته شرطاً زائداً عن رضا الطرفين وهو إعلانه بحضور الشهود ينتج أنه عقد شكلي لأنه لا يترتب عليه كل آثاره الشرعية إلا بتوفر شيء خارج عن رضا الطرفين وهو حضور الشهود . فهو من هذه الوجهة عقد شكلي . ولكنه ليس شكلياً بتمام المعنى الذي أرادوه لأن الشهود المشروط حضورهم يرجع اختيارهم إلى محض إرادة الطرفين .

شروط النفاذ : شروط نماذ الزواج هي التي تشترط لنفاذه وعدم توفقه على إجازة أحد بعد انعقاده وصحته وهي اثنان :

١ - أن يكون كل من العاقدين تام الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية . فإن كان واحد منهما ناقص الأهلية بأن كان معنوفاً أو صغيراً مميزاً أو عبداً فإن عقده الذي يعقده بنفسه إذا استوفى شروط الانعقاد والصحة ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة الولي أو ائمه فإن أجازته نفذ وإلا بطل . والمراد بالولي ولى النفس لا المال .

فلوجود أصل الأهلية بوجود التمييز كان العقد منعقداً ولتقصها بسبب العته أو الصغر أو الرق كان موقوفاً . ليسنى لولي عليهم أن يتدارك منع الضرر عنهم .

٢ - وأن يكون كل من العاقدين ذا صفة تحول له أن يتولى العقد وتجعل له الحق في مباشرته بأن يكون أحد الزوجين أو وكيلاً عنه أو ولياً عليه فلو كان أحد العاقدين فضولياً باشر انعقد لا بوكالته عن أحد الزوجين ولا بولاية عليهما . أو كان وكيلاً ولكن خالف فيما وكل فيه . أو كان ولياً ولكن يوجد ولى أقرب منه مقدم عليه فإن عقد أى واحد من هؤلاء إذا استوفى شروط الانعقاد والنصحة ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة صاحب الشأن^(١) .

شروط اللزوم : شروط لزوم الزواج يجمعها شرط واحد وهو أن لا يكون لأحد الزوجين ولا لغيرهما حق فسخ العقد بعد انعقاده وصحته ونفاذه فلو كان لأحد فسخه كان عقداً غير لازم .

وعلى هذا إذا تزوجت المرأة ووجدت بزوجها عيباً لا يمكنها أن تعاشره معه إلا بضرر فإن زواجها غير لازم لأن لها الحق في طلب فسخه سواء كان العيب قبل الزواج ولم تعلم به أم حدث بعده ولم ترض به .

(١) إذا تولى العقد المال وكان أحدهما أو كلاهما فضولياً كان العقد موقوفاً بالاتفاق أما إذا تزاه واحد هو فضولى من أحبتين أو من جانب واحد كان العقد موقوفاً أياً عند أو بوسطه وغير منعقد عند الطرفين لعدم اتحاد الجنس الايجاب والقبول ومشاغلة الخلاف هل جيرة ١٥٨ الواحد عقد تام أو شرط عقد .

وعلى مذهب أبى حنيفة لا يثبت لها هذا الحق إلا إذا كان العيب واحداً من ثلاثة الجب والبخل والنميمة . وعلى ما عليه العمل الآن بالمحاكم الشرعية المصرية يثبت لها هذا الحق إذا كان العيب مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر أبا كان هذا العيب ، مادة ٩ من القانون سنة ١٩٣٠ .

وإذا تزوجت الكبيرة العاقلة نفسها من زوج كفاء لها ولكنها على مهر أقل من مهر مثلها بدون رضا أقرب عصبتها كان زواجها غير لازم لأن لهذا العاصب حق طلب فسخ الزواج إن لم يتم الزوج مهر مثلها .

وإذا زوج الصغير أو الصغيرة أو من في حكمهما من الكبار غير المكلفين غير الأب والجد من الأولياء عند عدمهما وكان الزوج كفوفاً والمهر مهر المثل كان الزواج غير لازم لأن للصغير أو الصغيرة حق طلب فسخ الزواج إذا بلغ . وسبب كل هذا مفصلاً في مواضعه .

شروط سماع الدعوى به قانوناً : لما أثبتت الحوادث أن الزواج كثيراً ما يدعى زوراً . ضماً في المال أو رغبة في النكاح والتشهير . اشترط الشارع الوضعي في مصر لسماع الدعوى به وجود دليل كتافي يؤيدها على التفصيل الذي سنبيته . وكذلك لما رأى الشارع الوضعي في مصر أن في زواج صغار السن أضراراً صحية واجتماعية وأراد حمل الناس على عدم عقد الزواج قبل بلوغ الزوجين سناً معينة اشترط لسماع دعوى الزوجية أن لا تقل سن الزوجة عن ١٦ سنة و سن الزوج عن ١٨ سنة وقت الدعوى . كما اشترط لمباشرة العقد لدى الموظف الرسمي المختص أن لا تقل سن الزوجين عن هذه السن وقت العقد .

فالشرط القانوني لسماع دعوى الزوجية في المحاكم الشرعية المصرية أمران : الأول : وجود مسوغ كتافي على التفصيل الذي سنبيته . والثاني بلوغ الزوجين وقت الدعوى سناً حددها القانون ، واشترط لمباشرة عقد الزواج لدى الموظف الرسمي المختص بإجرائه هو بلوغ الزوجين وقت العقد السن المحددة .

ونحن بفصل هذه الشروط ونبين مصدرها من لائحة الإجراءات الشرعية وبعض ما صدر بشأنها من المنشورات والمذكرات الإيضاحية .

المسوغ الكتابي لسماع دعوى الزواج : يختلف المسوغ الكتابي لسماع دعوى الزواج باختلاف الوقت المدعى حصول الزواج فيه وذلك لأن لائحة إجراءات المحاكم الشرعية المنصبة التي نصت على عدم سماع دعوى الزوجية في بعض الحالات إلا بمسوغ كتابي صدرت سنة ١٨٩٧ م ثم عدلت تانياً في سنة ١٩١٠ م ثم عدلت ثالثاً في سنة ١٩٣٦ م وهو المعروف بالقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣٦ وفي كل تعديل زيدت قيود جديدة في المسوغ رغبة في سد الثغرة إلى دعوى الزواج زوراً . ومن هنا التفرج التشريعي المختلف المسوغ باختلاف الوقت المدعى أن الزواج وقع فيه .

فإذا كان الزواج مدعى حصوله قبل سنة ١٨٩٧ م . والدعوى مقامة من أحد الزوجين والمدعى عليه ينكره فلا يشترط وجود دليل كتابي لسماع الدعوى به قانوناً بل يكفي بشهادة الشهود بشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة . وهذا وارد بالفقرة ٢ من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣٦ ونصها :

« ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ١٨٩٧ فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة » .

وإذا كان الزواج مدعى حصوله في المدة من سنة ١٨٩٧ إلى سنة ١٩١١ م والمدعى عليه ينكره ، وأحد الزوجين متوفى . فلا تسمع الدعوى به إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تقل على صحتها سواء كانت الدعوى من أحد الزوجين أو من غيره ، وهنا وارد بالفقرة ١ من المادة ٩٩ المذكورة ونصها :

« لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ م سواء أكانت مقامة من أحد

الزوجين أم من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبه التزوير تدل على صحتها .

وإذا كان الزوج مدعى حصوله في المدة من سنة ١٩١١ إلى غاية يوليو سنة ١٩٣١ والمدعى عليه ينكره . وأحد الزوجين متوفى فلا تسمع الدعوى إلا إذا كانت ثلثة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاءه كذلك . سواء كانت الدعوى من أحد الزوجين أم من غيره وهذا وارد بالفقرة ٣ من المادة ٩٩ ونصها :

« ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كنه من أحد الزوجين أو من غيره في الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ م إلا إذا كانت ثلثة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاءه كذلك . »

وإذا كان الزوج مدعى حصوله في المدة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ م والزوجة منكرة . فلا تسمع الدعوى به إلا إذا كان ثابتاً بوثيقة زواج رسمية صادرة على يد الموظف المختص بمقتضى وظيفته بإصدارها سواء كانت الدعوى في حال حياة الزوجين أو بعد الوفاة . وهذا وارد بالفقرة ٤ من المادة ٩٩ ونصها :

« ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ م . »

ومن هنا يتبين أنه لا يشترط المسوغ الكفائي لسماع دعوى الزواج إلا عند إنكار الزوجية . أما إذا كان المدعى عليه مقراً بها فإن المقر يعامل بإقراره في أية مدة ادعى حصول الزواج فيها . ويتبين أن التدرج التشريعي بالمسوغ حصل في أمرين أحدهما : في نوع الدليل الكفائي فبعد أن كان يكفي أن يكون الدليل أية ورقة خالية من شبه التزوير صار لا بد أن يكون ورقة رسمية أو مكتوبة وممضاة بخط المتوفى ثم صار لا بد أن يكون وثيقة زواج رسمية . وتأتيها في حال المتداعين بعد أن كان لا يشترط المسوغ الكفائي إلا إذا كانت الدعوى بعد وفاة أحد الزوجين صار ابتداء من أغسطس سنة ١٩٣١ يشترط المسوغ عند الإنكار مطلقاً سواء كانت الدعوى في حياة أحد الزوجين أو بعد الوفاة .

والحكمة في هذا كما قدمنا سد الطريق في وجه من يحاول ادعاء الزوجية زورا وبهتانا ظمعا في المال أو رغبة في التشهير .

تحديد سن الزوجين لسماع دعوى الزواج : نصت الفقرة ٥ من المادة ٩٩ من لائحة الإجراءات الشرعية على أنه : لا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمان عشرة سنة إلا بأمر منا .

وعلى هذا إذا كانت سن أحد الزوجين وقت الدعوى أقل من هذه السن المحددة فلا تسمع دعوى الزوجية بينهما . والعرض من هذا حمل الناس على الامتناع من إجراء زواج لمن لم يبلغوا هذه السن . لأنه إذا علم أن الزوجية أقيمت بين من لم يبلغوا هذه السن لا يمكن سماع الدعوى بها قانوناً ولا المطالبة أمام القضاء بحق من حقوقها أو أي أثر من الآثار المترتبة عليها مادامت سن الزوجين أو أحدهما أقل من السن المحددة إذا علم ذلك كفف الناس من تلقاء أنفسهم عن الزواج الذي لم يبلغ فيه الزوجان السن المعنية فهذا تلافياً للأضرار الصحية والاجتماعية التي تنشأ من الزواج بين صغار السن .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية بشأن هذه الفقرة ما نصه :

« كانت دعوى الزوجية لا تسمع إذا كانت سن الزوجين وقت الدعا أقل من ١٦ سنة للزوجة و ١٨ للزوج سواء كانت سنهما كذلك وقت الدعوى أم تجاوزت هذا الحد فرق تسمرا على الناس وصيانة للمحقوق ، واحتراماً لآثار الزوجية أن يقصر المنع من السماع على حالة واحدة وهي ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة . »

وقد توهم بعض القضاة أن هذه السن المحددة شرط لسماع الدعوى إذا كان النزاع في ذات الزوجية أما إذا كان النزاع في الآثار المترتبة عليها فليست شرطاً . ودفعاً لهذا التوهم أصدرت وزارة الحفائية المنشور رقم ٢٩ لسنة ١٩٣١ تلتفت نظر القضاة إلى العمل بإطلاق هذه الفقرة وعدم سماع دعوى الزوجية ممن لم يبلغ السن المحددة مطلقاً سواء أكان النزاع في ذات الزوجية أم فيما يترتب عنها من الآثار كالنفقة والطاعة .

تحديد سن الزوجين لمباشرة عقد الزواج رسمياً : نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ من لائحة الإجراءات على أنه « لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا التصادق على زواج مسند إلى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة و سن الزوج ثمانى عشرة سنة وقت العقد » .

فإذا كانت سن أحد الزوجين وقت العقد أقل من هذه السن المحددة فلا يجوز للموظف الرسمي المختص بمباشرة عقد الزواج أن يجريه رسمياً بينهما . ومما جاء في المذكرة الايضاحية بشأن هذه الفقرة « أن عقد الزواج له من الأهمية في الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقاها والعناية بالنسل أو إهماله وقد تطورت الحال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعداداً كبيراً لحسن القيام بها ولا تستأهل الزوجة والزوج لذلك غالباً قبل سن الرشد المال (١) . غير أنه لما كانت بنية الأئضى نستحكم ونقوى قبل استحكام بنية المصبي . وما يلزم لتأهل البنت للمعيشة الزوجية يتدارك في زمن أقل مما يلزم للمصبي كان من المناسب أن يكون سن الزواج لثفتى ١٨ سنة وللقتلة ١٦ سنة فلهذه الأغراض الاجتماعية حدد الشارع المصرى سن الزواج لمباشرة العقد رسمياً كما حدد سننا لستماع دعوى الزوجية قانوناً .

غير أن تنفيذ هذا القانون لاقى صعوبات من جهة الطرق التى توصل إلى معرفة حقيقة سن الزوجين وقت العقد لأن كثيراً من الأزواج لا يظهرون شهادات الميلاد الرسمية أو لا تكون لديهم شهادات ميلاد ولذلك أصدرت وزارة الحفانية عدة منشورات بشأن ما يتبع لتعرف سن الزوجين وقت العقد من الاكتفاء بما ينل على السن من أوراق رسمية أو شهادات الأقارب أو من هم معرفة تامة بحال الزوجين . ثم أصدرت منشوراً بالاكتفاء بشهادة الطبيب . ثم أصدرت منشوراً بأن للمأفون أن يأخذ على مسئوليته بلوغ الزوجين السن القانونية عند

(١) كان ذلك حين كانت سن الرشد المال ١٨ سنة قبل أن يعدل بزادته إلى ٢١ تنقضى المادة ٢٩ من قانون انعالمس الحسة الصغير في أكتوبر سنة ١٩٢٥ ونصها « تنبى الوصاية أو الوالدة على المال حتى يبلغ القاصر من العمر إحدى وعشرين سنة ميلاده إلا إذا قرر المجلس استمرارها » .

عدم الاشتباه . وكان من نتائج ذلك أن هذا القانون قلل من مباشرة الزواج بين صغار السن ولم يمتعه بقائماً .

ومما زاد في صعوبة تنفيذ هذا القانون أن محكمة القضاة والإبرام لم تعتبر ذكر الشهود سناً غير حقيقية مع علمهم بالسن الحقيقية جنابة تزوير معنى معاقب عليه بمقتضى التزوير بناء على أن واقعة السن ليست ركناً أساسياً في عقد الزواج لأن الزواج شرعاً ببلوغها يصبح ويتفقد وترتب عليه آثاره الشرعية .

وقد جاء في حكم محكمة القضاة والإبرام الصادر في ٢٩ نوفمبر سنة

١٩٣٠ مائه :

« إن الزواج عقد قرره الأحكام المدنية أو المدنية تنظيمياً لأمر طبيعي لا يحصى عنه البتة وهو الضرورة الدافعة لتلاقي الذكر والأنثى متى بلغ أيهما حد الضموج الجنسي » .

وهذه الضرورة الدافعة يستحيل معها لأى شارع سياسى أن يمس أصل حليلة الزواج لأى ذكر وأنثى غير محرمين . وكل ما فى الأمر أن ما توجه الضرورات الاجتماعية من مراعاة الأفراد المتزوجين مراعاة صحية حميدة الأثر فى الأمة تبيح لأولى الأمر من طريق السياسة الشرعية أن يتدخلوا من التدابير ما به يقللون جهد الاستطاعة أن يحصل زواج بين فردين أحدهما أو كلاهما لم يبلغ سناً خاصة معها يغلب على الظن حيازته لدرجة كافية من الخبرة والأتقان العقلى اللازمين لحسن الحال فى المعيشة الزوجية ويترجح معها أن الزواج غير مؤذ به .

ولكن مهما تكن تلك التدابير فلا يجوز قطعاً أن تصل إلى تحريم الزواج على من لم يبلغ تلك السن إلا كان الشارع معانداً لتلطية فلا تلبث أن تتأثر لنفسها بإجباط عمله ومقابلته بعشو الزنا بين صغار السن وبصحة وقد وقع فيما يريد اتقاءه وزاد عليه كثرة النسل الضعيف من أولاده غير الشرعيين .

ولقد أدرك الشارع الوضعى المصرى هذه الحقيقة فلم يتعرض فقط لحللة الزواج بين صغار السن بل ترك الناس أحراراً يتزوجون كما يشاؤون فى حدود الأوضاع المدنية فى أية سن أرادوا وسلك إلى تحقيق غرضه طريقاً غير مباشر ذلك

بأن حرم على عماله قضاء شرعيين كانوا أو مأذونين أن يحرروا عقد زواج رسمي لمن لم تبلغ سن السادسة عشرة أو لمن لم يبلغ الثامن عشرة كما حرم على الخفكم الشرعية أن تسمع دعوى زوجية من لم يبلغوا هذه السن .

بهذه الطريقة السلبية غير المباشرة رجا الشارع أن يجعل الأفراد على ما يريد من تقليل الزواج بين الصغار جهد الاستطاعة .- ولكن بقي مع ذلك دائما أن من يعقد عقداً مستوفياً شروطه الشرعية الأساسية مهما تكن سنه فعقده صحيح ديانة بل وصحيح قانوناً و غير ما نص على عدم اعتباره فيه وهو مجرد عدم سماع الدعوى به لأنه لو لم يكن كذلك لاعتبرت مقارنة الزوج للزوجة الصغيرة هناك عرض يعاقب عليها بالمادة ٢٣٢ من قانون العقوبات وهذا لا يستطيع أن يقول به أحد .

وصيانة القانون تحديد السن لمباشرة العقد من التلاعب به صدر أخيراً القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣ ونص المادة ٢ منه ما يأتي :

مادة ٢ : يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بعرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانوناً لضبط عقد الزواج أقوالاً يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقاً كذلك متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق .

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

صيغة الزواج من حيث إطلاقها وتقييدها

إذا صدرت صيغة الزواج من العاقدین غير معلقة على شرط ، ولا مضافة إلى زمن مستقبل ، ولا مقترنة بشرط سمي العقد مطلقا ومنجرا ، ومتى استوفى شرائطه صح وترتبت عليه أحكامه في الحال .

وإذا صدرت الصيغة معلقة على شرط بأن جعل تحقق مضمون الإيجاب أو القبول أو مضمونهما معلقا على تحقق شيء آخر بأداة من أدوات التعليق سمي العقد معلقا .

فإن كان العقد معلقا على أمر معدوم في الحال لا ينعقد الزواج سواء كان المعلق عليه على خطر الوجود في المستقبل أو محقق الوجود في المستقبل . فلو قال لها إن نجحت في امتحان آخر هذه السنة تزوجتك فقالت قبلت . أو قال لها إذا جاء فصل الربيع تزوجتك فقالت قبلت لا ينعقد الزواج بصيغة منهما لأن المعلق عليه وهو النجاح في المثال الأول وجميء الربيع في المثال الثاني معدوم في الحال وانعلق على المعدوم في الحال معلوم في الحال فلا زواج : لأن الزواج عقد يفيد ملك المنعة في الحال ولا يتراخى حكمه عنه .

أما إذا كان التعليق على أمر محقق في الحال فإن الزواج ينعقد سواء كان محققا وقت التكلم بالصيغة أو تحقق في مجلس صدورها فلو قالت له إن كانت سني ست عشر سنة تزوجتك فقال قبلت وسنها في الواقع ١٦ سنة أو قالت له إن رضيت أني تزوجتك فقال قبلت وقال أبوها في المجلس رضيت . انعقد الزواج في صورتين لأنه مادام المعلق عليه محققا في الحال فالتعليق صوري والصيغة في الحقيقة منجزة .

وإذا صدرت الصيغة مضافة إلى زمن مستقبل لا ينعقد بها الزواج فلو قال لها تزوجتك في أول الشهر المقبل . أو بعد شهرين ، أو غدا ، فقالت قبلت لا ينعقد الزواج لا في الحال ولا عند حلول الزمر المضاف إليه لأن موجب عقد

الزواج تملك حق الاستمتاع في الحال ، والاضافة الى زمن مستقبل تنال هذا ولذا لا ينعقد الزواج بلفظ الوصية .

وإذا صدرت الصيغة مطلقة على التعليق والإضافة ثم قرنها أحد الزوجين باشتراط شرط له فيه مصدحة سمى الزواج مقترنا بالشرط . فإن كان الشرط صحيحا صح الزواج وصح الشرط وعمل الزوجان بمقتضاه . وإن كان الشرط غير صحيح صح الزواج ولغا الشرط ولا يعتد له . فلا يجب الوفاء به والشرط الصحيح هو ما يقتضيه العقد كاشتراط الزوجة أن لها على زوجها النفقة . أو يلائمه كاشتراط الزوجة أن يكفل والند زوجها نفقتها أو مهرها . أو ورد به الشرع كاشتراط الزوج أن له أن يطلقها متى شاء . أو جرى به العرف كاشتراط تعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه - وغير الصحيح وهو مالا يقتضيه العقد كاشتراط الزوجة أن تسكن في بيت أبيها . أو يأتاه الشرع كاشتراط الزوجين المختلفين ديناً أن يتوارثا .

وإذا فرمت الصيغة بتوقيتها بوقت معين كأن قال لها تزوجتك شهراً أو لمدة سنة أو مادمت مقيماً بيننا البلد فقالت قبلت لا ينعقد الزواج لأن اقتران الصيغة بالتوقيت يخرجها عن الدلالة على المعنى المقصود من الزواج وهو الأزواج والانضمام ودوام العشرة للتوالد والمحافظة على النسل ولذا لا ينعقد بلفظ الإجارة فالزواج المؤقت لا ينعقد ولا فرق بين ما إذا طال الوقت أو قصر .

ومثله زواج المتعة وهو الزواج الذي لا يراد به العشرة والقرار لتربية النسل بل يقصد منه مجرد الاستمتاع التوقيى كأن يقول لامرأة متعيتى نفسك مادمت مقيماً ببلدك أو مدة معينة فقالت قبلت لا ينعقد الزواج . فهو والزواج المؤقت سواء لا ينعقد واحد منهما وهذا مذهب الإمام أبى حنيفة وصاحبيه .

وقال زفر بن الزواج المؤقت زواج صحيح اقترن به شرط غير صحيح وهو التوقيت فيصح العقد ويلغو الشرط وإنما كان التوقيت شرطاً غير صحيح لأنه لا يلائم مقتضى العقد لما بينا أن الزواج للعشرة والقرار لا للمتعة التوقية - والصحيح مذهب الإمام وصاحبيه لأن الصيغة لما اقترنت بالتوقيت أو اشتمت من

مادة تفيد التوفيق لم تكن مما يعتمد به الزواج فيبطل لوجود الخلل في ركته .

ومن صور الزواج المقترون بشرط غير صحيح زواج الشغل وهو أن يزوج رجل مولته من آخر على أن يزوجه الآخر مولته بحيث تكون كل واحدة مهرا للأخرى فاشتراط أن يكون المهر ما ذكر شرط غير صحيح لأن المشروط لا يصلح مهراً لأنه ليس بمال متقوم وعلى ذلك يصح الزواج وينفرد الشرط ويعتبر خالياً من ذكر المهر ولهذا سمى زواج الشغل أى الخنو الخنوه من تسمية مهر صحيح ، ويجب فيه مهر المثل .

حكم الزواج : حكم التصرف أو العقد نارة يراد به وصفه الشرعي من الفرضية أو الوجوب أو الحرمة أو الكراهة كما يقال حكم البيع وقت التداء للصلاة الجمعة المحرمة . لقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تودى للصلاة من يوم الجمعة فاسهوا إلى ذكر الله وشروا البيع ﴾ . ونارة يراد به أثره المترتب عليه شرعاً كما يقال حكم البيع نقل الملكية في البديلين .

فأما حكم الزواج بمعنى وصفه الشرعي فإنه يكون فرضاً على المسنم إذا قدر على المهر والتنفقة وسائر واجبات الزوجية ويتيقن من حال نفسه أنه لو لم يتزوج وقع في معصية الزنا . ويكون واجباً عليه إذا قدر على ما ذكر وشئى أنه لو لم يتزوج وقع في معصية الزنا . ويكون سنةً له إذا قدر على ما ذكر وكان في حال اعتدال بحيث لا يتيقن الوقوع في الزنا لو لم يتزوج ولا يخشاه . ويكون حراماً عليه الزواج إذا تيقن أنه لو تزوج ظلم زوجته وجار عليها في المعاملة . ويكون مكروهاً شريعياً إذا خاف هذا الجور .

والأصل الذى نبت عليه هذه الأحكام أن ما لا يتوصل إلى ترك الحرام إلا به فهو فرض ، وأنه إذا تعارض خوف الجور لو تزوج وخوف الوقوع في الزنا لو لم يتزوج قدم الأول وحظر الزواج^(١) لأن الجور معصية متعلقة بالفساد والمنع من

(١) ولا يهجم من حظر الزواج في هذه الحال إلا نسبة الزنا فإذ الزنا حرام لا يباح في أى حال وعلى الإنسان في مثل هذه الحال أن يقوم بحلها ويقاوم شهواته .

الزنا من حقوق الله وحق العبد مقدم عند التعارض لاحتياجه وغنى المولى سبحانه وتعالى .

وأما حكم الزواج بمعنى أثره المترتب عليه فبما فإنه يختلف باختلاف العقد من حيث استيفاءه شرائطه الشرعية أو عدم استيفائها - وهذا البيان .

حكم الزواج الباطل : إذا حصل خلل في صيغة العقد كأن صدرت الصيغة بلفظين يعبر بهما عن المستقبل أو بما لا يدل على تمليك المتعة لا حقيقة ولا مجازاً . أو حصل خلل في أصل أعلية العاقد لفقده التمييز بسبب جنون أو صغر : أو فقد أي شرط من شرائط الانعقاد كان الزواج باطلاً . ولا يترتب على هذا العقد أثر ويعتبر وجوده كعدمه ويجب عليهما الافتراق وإن لم يفترقا فرق بينهما القضاء . وإذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقداً باطلاً كان هذا الدخول بمنزلة الزنا غير أن شبهة العقد تسقط الحد . ولا عدة على المدخول بها بعد المتاركة . ولا يثبت به نسب ولا توارث . ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة ولا أي حق من حقوق الزوجية وواجباتها . وعلى قول من أثبت حرمة المصاهرة بالزنا ودواعيه ثبت بهذا الدخول حرمة المصاهرة . وسنين هذا في الحرمات .

حكم الزواج الفاسد : إذا اختل شرط من شروط صحة الزواج كما إذا عقد الزواج بغير حضور الشهود كان الزواج فاسداً ، ويجب على الزوجين الافتراق وإن لم يفترقا فرق بينهما القضاء . ومجرد هذا العقد الفاسد لا يترتب عليه أثر بمعنى أن المتزوجين زواجاً فاسداً إذا افترقا قبل الدخول فلا عنة على الزوجية ولا مهر لها ولا تثبت بينهما حرمة المصاهرة ولا النسب ولا يتوارثان لو ملت أحدهما ولا يترتب على مجرد هذا العقد أي أثر .

أما إذا دخل الزوج دخولا حقيقيا عن تزوجها زواجاً فاسداً فإنه يترتب على هذا الدخول أربعة المثل من آثار الزوجية وهي :

(١) وجوب المهر على الزوج أما مهر المثل إن لم يكن سمي في العقد مهر أو الأقل من المسمى ومن مهر المثل إن سمي في العقد مهر وذلك لأن الدخول الحقيقي بالمرأة لا بد أن يترتب عليه في الشريعة الإسلامية أحد أمرين ، المهر أو

الحد . وحيث انتهى هنا الحد لشيبة العقد فوجب المنع وهذا معنى قول الفقهاء
الوطء شرعاً لا يخلو من عقر أو عقر أي من حد أو مهر .

(٢) وجوب العدة على الزوجة بعد التفريق بينهما ومبداؤها من وقت
التفريق وحكمة وجوبها اتقاء اختلاط الأنساب .

(٣) ثبوت نسب الولد الذي تحمل به من الدخول في هذا الزواج الفاسد
وذلك احتياطاً لإحياء الولد وعدم ضياعه .

(٤) حرمة المصاهرة يحرم على زوجها أصولها وفروعها وتحريم هي على
أصوله وفروعه .

وما عدا هذا من آثار الزواج الشرعي لا يترتب على الدخول بعد العقد
الفاسد فلا تحب به نفقة ولا طاعة ولا يتوارث الزوجان ولا يخل استمتاع أحدهما
بالآخر .

فعلی هذا يشترك كل من الزواج الباطل والفاسد في وجوب الافتراق على
الزوجين رفعاً لهذا البطلان أو الفساد فإن افرق الزوجان من تلقاء أنفسهما فيها
وإلا رفع الأمر إلى القضاء الشرعي ليحكم بالتفريق بينهما . وهذا من المواضع التي
ترفع فيها الدعوى حسبة لأنها من باب إزالة المنكر مع مراعاة ما نص عليه في
المشهور رقم ٣٥ سنة ١٩٦٨^(١) - وبشتركان أيضاً في أن مجرد العقد فيها
لا يترتب عليه أثر - ويختلفان فيما إذا دخل الزوج بزوجه على ما بينا .

وقد قلنا أن من شروط صحة الزواج كون الزوجة غير محرمة على زوجها
بأي سبب من أسباب التحريم المؤبد أو المؤقت . ومقتضى هذا أن الزواج الذي
فقد هذا الشرط يكون فاسداً ويكون حكمه كما ذكرنا من وجوب التفريق وعدم

(١) و إعلانات دعوى العرق بين الزوجين بتفريق الحاسبة بعد أن نحل نكحاً فسدته المحكمة على
وإرادة الحاقية بتحويل حسن التحريات التمهيدية اللازمة في ذلك ثم تعد الاعلانات إلى المحكمة مرفقة بأوراق
التحريات لتدوين بها اعماد في تقدير الزواج المطروح أمنها من قدره وقيمة على حقيقته من أن عدم الدعوى
برادها حقيقة رفع الشك أو لا يراد منها إلا الشهير بالغير أو الاغفلة . أو غير ذلك من الفاسد التي لا تتصل
مع سرديعية الحق كالمحتمل لإعادة النظر في قضية طلاق سنن الفصل فيها بين الزوجين . من المشهور ٣٥
سنة ١٩٦٨ .

ترتب أثر ما على مجرد العقد وترتب الآثار الأربعة على الدخول الحقيقي بعد العقد . ولكن يعترض هذا ما نص عليه فقهاء الحنفية من أنه إذا تزوج أحد إحدى محارمه نسباً أو رضاعاً أو مصاهرة أو زوجة غيره أو معتدنه ودخل بها علناً بالحرمة فلا عدة على المرأة بعد التفريق ولا يحرم وقاعها على الزواج الأول لو متزوج . وإن دخل بها غير عالم بالحرمة تجب عليها العدة ويحرم على زوجها الأول وقاعها قبل انفصالها . فمقتضى هذا أن زواج المحارم مع العلم بالحرمة يكون باطلاً ولا عدة في باطل - وزواجهن مع عدم العلم بالحرمة كما إذا تزوجها غير عالم أنها أخته رضاعاً أو غير عالم أنها معتدة غيره يكون فاسداً وتجب في الفاسد العدة بعد المشاركة والدخول .

فتكون الخلاصة من هذا أن الزواج الباطل هو ما حصل خلل في ركنه أو أهلية عاقديه أو فقد شرط من شروط انعقاده . ويلحق به في الحكم ما إذا حصل خلل في المعتقد عليها بأن كانت محرمة على زوجها معلوماً للعاقدين وقت العقد أنها حرام عليه .

وأن الزواج الفاسد هو ما لم تحضره شهود أو حصل خلل في المعتقد عليها ولكن لم يكن هذا الخلل معلوماً للعاقدين وقت العقد . بأن جهل أنها محرمة . وهذا يوفق بين الأحكام .

حكم الزواج الموقوف : قال ابن عابدين ، وحكم الدخول في الزواج الموقوف كالدخول في الفاسد فيسقط الخد ويثبت النسب ويجب الأقل من المسمى ومهر المثل ، وذلك لأن الزواج الموقوف استوفى شرائط انعقاده وصحته فما دام موقوفاً أي لم يجره المولى ولم يبطله يترتب على الدخول الحقيقي فيه الآثار الأربعة التي تترتب على الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد . فإذا زوج الممنوع متلاً نفسه وقبل أن يرد عليه هذا الزواج أو يجره دخل بروجته ترتب على هذا الدخول وجوب العدة على الزوجة بعد المشاركة ووجوب المهر على الزوج ، وثبوت النسب ، وحرمة المصاهرة .

حكم الزواج الصحيح الناقذ : أما عقد الزواج الصحيح الناقذ فيمجرد

تمامه تترتب عليه آثار الزوجية من حقوق وواجبات بدون توقف على دخول الزوج بزوجه حقيقة أو حكماً .

ففس العقد الصحيح النافذ يوجب للزوجة على زوجها ما يأتي :

(١) المهر إما المسمى إن سمي تسمية صحيحة وإما مهر المثل إن لم توجد تسمية صحيحة فيكون المهر بمجرد العقد ديناً واجباً لها في ذمته وجوباً على شرف التصريف أو السقوط حتى يوجد ما يقرره أي أنه واجب بالعقد ولكنه عرضة لأن يسقط أو ينصف . كما سيبين في أحكام المهر .

(٢) والنفقة بجميع أنواعها من طعام وكسوة ومسكن فتكون بالعقد حقاً واجباً لها عليه ما لم تمتنع من طاعته بغير حق .

(٣) والعدل بينها وبين ضرائرها إذا تعددت الزوجات .

ويوجب الزوج على زوجته :

(١) دخولها في طاعته في المسكن الشرعي الذي يبنيه لها متى أوفاهها معجل صداقها وكان أميناً على نفسها ومانحاً .

(٢) وثبوت نسب ولدها منه بالشروط الآتية في ثبوت النسب لأنه بمجرد العقد الصحيح يتحقق القرائن .

(٣) وقرارها في بيته وعدم خروجها منه بغير حق شرعي إلا بإذنه وامتنانها له فيما لا يمنع مانع شرعي من الامتنال فيه .

(٤) وولاية تأديبها بالمعروف شرعاً .

ويوجب لكل منهما :

(١) التوارث فإذا مات أحدهما بعد العقد وقيل الدخول ورثه المولى منهما ما لم يمنع من إرثه مانع شرعي .

(٢) وحرمة المضاهرة فبالعقد تحرم الزوجة على أصول زوجها وفروعها ويحرم على الزوج أصول زوجته وأما فروعها فلا تحرم عليه إلا إن دخل بها .

(٣) وحل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأثور به شرعاً ما لم يمنع مانع شرعي من حيض أو نفاس أو غيرهما .

(٤) وحسن معاشرته كل منهما لصاحبه .

المحرمات من النساء

قلنا أن من شروط صحة الزواج أن تكون المعفود عليها غير محرمة على من يريد الزواج بها بأي سبب من أسباب التحريم .

وهذا تفصيل المحرمات من النساء مؤبداً والمحرمات منهن مؤقتاً .

من النساء من يحرم على المسلم أن يتزوج بواحدة منهن حرمة مؤبدة دائمة على معنى أنها لا تحل أن تكون زوجة له في وقت من الأوقات . وهن النساء اللاتي تربطه بهن رابطة القرابة أو المصاهرة أو الرضاع . ومنهن من يحرم عليه أن يتزوج بواحدة منهن حرمة مؤقتة على معنى أنها لا تحل أن تكون زوجة له مادامت على حال خاصة قائمة بها فإن تغيرت الحال وزان سبب التحريم الوقتي صارت حلالاً له أن يتزوجها ، وهن من تعلق حق غيره بها بزواج أو عدة . ومطلقته ثلاثاً قبل أن تنكح زوجاً غيره ، ومن يكون في عصمته محرم لها . ومن يكون في عصمته أربع سواها ، ومن لا تلمين بدين محلوى ، والأئمة إذا كانت في عصمته حرة . ومن عدا ذلك من النساء يحل للمسلم أن يتزوج منهن لأن الله سبحانه يعد أن بين المحرمات قال عز شأنه : ﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وُورَاءَ ذَلِكَ ﴾ .

الحكمة في تحريم من حرم من النساء :

أما تحريم من حرم من النساء مؤبداً بسبب القرابة أو المصاهرة أو الرضا فحكيمته عدة أمور :

الأول : أن كل إنسان في هذه الحياة محتاج إلى الارتباط بأفراد نوعه وإلى عدة وسائل لهذا الارتباط بهم حتى يتبادل معهم الحاجات ويعملونوا على ما تتطلبه معيشتهم وفي صلة القرابة أو المصاهرة أو الرضاع ما يكفل إيجاد هذا الارتباط

ويحقق تعاون المرتبطين بها . لهذا جعل الله الزواج وسيلة لإيجاد رابطة أخرى تربط الزوج بمن تكون أجنبية عنه لا تربطه بها صلة قرابة أو مصاهرة أو رضاع حتى تكون الزوجية وصلة بين الأجنبي ، رغم أسر متباعدة صارت بالزواج أسرة واحدة .

الثاني : أن الإنسان كما أنه في حاجة إلى اكتساب رابطة تربطه بالأجانب عنه في حاجة إلى الاحتفاظ بصلات تربطه بهم من رابطة القرابة أو المصاهرة أو الرضاع ، وفي إباحة الزواج بمن تربطه بهم إحدى هذه الروابط تعريض الوصلة بهم إلى القطيعة لأن تبادل الحقوق والتواجبات بين الزوجين قد يؤدي إلى الخلف والخصومة فتتحول القرابة إلى عداوة ويفقد المرء آثار الارتباط بمن تربطه بهم تلك الصلات .

الثالث : أن للمرأة حقوقاً وللزوجة حقوقاً وقد تتناقض هذه الحقوق وتتعارض فتكون من يجب لها الطاعة واجباً عليها الطاعة ومن له الرياسة مرعوساً .

الرابع : ما قرره الأطباء من أن الزواج بالأقارب ينتج النسل الضعيف وأن مصلحة الطفل في أن يتولد من أبوين من أسرتين لأن هذا يعني له ما قد يكون فيه نماؤه وقوته على المعلومات وسلامته من الأمراض .

وأما تحريم من حرم من النساء لأسباب وقتية فكل سبب من أسباب هذا التحريم الوقتي يشعر بحكمته وهي ترجع إلى منع الإنسان من الاعتداء على غيره . والخروج عن حدود دمه . وقطعه الرحم بين القريبات . واتخاذ زوجة لا تأتلف به غالباً وليس من شأنها أن تتبادل معه ما تقتضيه الزوجية من مودة ورحمة وغير ذلك مما سيبين في تفصيل المحرمات .

المحرمات مؤبداً

(١) بسبب النسب (القرابة)

بين الله سبحانه المحرمات بسبب القرابة بقوله: ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم . وبناتكم وأخواتكم . وعماتكم وخالاتكم . وبنات الأخ وبنات الأخت ﴾ .

فيؤخذ من القرآن الكريم أن المسلم يحرم عنه بسبب القرابة أربعة أنواع من قريباته وهم :

(١) أصوله أي أمه وأم أمه وأم أبيه وإن علت لأن لفظ الأم معناه الأصل فيشمل الجميع . حرمت عليكم أمهاتكم .

(٢) وفروع أي بنته وبنت بنته وبنات ابنته وإن سفلت لأن لفظ البنت معناه الفرع فيشمل الجميع . وبناتكم .

(٣) وفروع أبويه أي أخواته وبنات إخوته وأخواته وإن تزلت لا فرق بين الشقيقة أو لأب أو لأم . وأخواتكم وبنات الأخ وبنات الأخت .

(٤) وفروع جديه إذا انفصلن بدرجة واحدة أي عماته وخالاته . أما فروع جد اللاتي انفصلن بأكثر من درجة فليست من المحرمات وهم بنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات وبناتهن . وعماتكم وخالاتكم .

(٢) بسبب المصاهرة

بين الله سبحانه المحرمات بسبب المصاهرة بقوله: ﴿ وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلن بهن فإن لم تكونوا دخلن بهن فلا جناح عليكم . وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ﴾ وقوله جل شأنه : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف ﴾ .

فيؤخذ من القرآن الكريم أن المسلم يحرم عليه بسبب المصاهرة أربعة أنواع

وهي :

(١) أصول زوجته أى أمها وأم أمها وأُم أبيها وإن عنت « وأمهات نسائكم » .

(٢) وفروع زوجته التى دخل بها أى بنتها وبنت بنتها وبنت ابنتها وإن سفلت « وربائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن » .

(٣) وزوجة أصله أى زوجة أبيه وجدته ووالده علا « ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء » .

(٤) وزوجة فرعها أى زوجة ابنه وابن ابنته وإن نزل « وحالات أبنائكم الذين من أصلابكم » .

فالدخول بالزوجة شرط لتحريم فرعها فقط . أما أصلها وزوجة الأصل وزوجة الفرع فتحريم بمجرد عقد الزواج ولو لم يحصل دخول ولذا قال الفقهاء :
العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات .

وعلى هذا لو عقد زواجه بامرأة ثم ماتت قبل أن يدخل بها أو طلقها قبل أن يدخل بها لا تحرم عليه بنتها ولا أى أنثى من فروعها . ولكن تحرم عليه أمها وكل أنثى من أصولها . ولو مات هو أو طلقها قبل الدخول تحرم هي على أصوله وفروعه .

ومن زنا بامرأة أو لمسها أو قبلها أو نظر إليها بشهوة ترتب على فعله حرمة المصاهرة فيحرم على الزانى أصول من زنى بها وفروعها وتحرم هي على أصوله وفروعه . ففى مذهب الحنيفة الزنا تثبت به حرمة المصاهرة ومثله مقدماته ودواعيه حتى لو زنى الرجل بأُم زوجته أو بنتها حرمت عليه زوجته حرمة مؤكدة وفى هذا أقوى ردع عن ارتكاب معصية الزنا ودواعيه مع أصول الزوجة أو فروعها . وأما فى مذهب الشافعية فلا تثبت حرمة المصاهرة بالزنا ودواعيه لأن حرمة المصاهرة رابطة تجعل الأجانب محارم كالأقارب وهذه الرابطة تصمة لا ترتب إلا على العقد أو الدخول الشرعيين ولا تنبى على المحظور .

(٣) بسبب الرضاع

بينت المحرمات بسبب الرضاع في القرآن بقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتِكُمُ
اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ﴾ وفي السنة بمولده ﷺ : « يحرم من
الرضاع ما يحرم من النسب » وألحق الفقهاء المصاهرة بالنسب فقالوا : كل من
تحرم بالنسب أو المصاهرة تحرم بالرضاع .

فإذا أرضعت الطفل امرأة وهو في سن الرضاع أي في الحولين الأولين من
عمره سواء رضع قليلاً أو كثيراً في مرة أو في عدة مرات صارت هذه التي
أرضعته أمّاً له من الرضاعة بمنزلة أمه من النسب ، وصارت أخواتها خالات له من
الرضاعة ، وزوجها الذي در الثلبين من ثديها بسببه أباً له من الرضاعة وأخوات
هذا الزوج عمات له من الرضاعة ، وأولادها الذين أرضعتهم من ثديها أخواته
وأخوته من الرضاعة سواء أرضعتهم معه أو قبله أو بعده وسواء كانوا أولادها من
هذا الزوج أو من غيره .

فكما يحرم على المسلم بالنسب أصوله ، وفروعه ، وفروع أبويه وإن نزلن
وفروع جديه إذا انفصلن بدرجة واحدة يحرم عليه بالرضاع :

- ١ - أصوله أي أمه رضاعاً وأمها وإن علت وأم أبيه رضاعاً وأمها وإن
علت .
- ٢ - وفروعه أي بنته رضاعاً وبنتها وإن نزلت وبنت ابنه رضاعاً وبنتها وإن
نزلت .
- ٣ - وفروع أبويه أي أخواته رضاعاً وبناتهن وإن نزلن ، وبنات أخوته
رضاعاً وبناتهن وإن نزلن .
- ٤ - وفروع جديه اللاتي انفصلن بدرجة واحدة أي عماته وخالاته رضاعاً
أما بنات عماته وأعمامه رضاعاً وبنات أخواله وخالاته رضاعاً فتحل له كما تحل له
نسباً .

وكما يحرم على المسلم بالمصاهرة أصول زوجته مطلقاً ، وفروع زوجته
المدخول بها ، وزوجات أصوله وزوجات فروعها يحرم عليه من الرضاعة .

- ١ - الأم الرضاعية لزوجته وأُمها وإن عنت .
 - ٢ - البنت الرضاعية لزوجته وبنتها وإن تولت وبنت ابنتها الرضاعية وبنتها وإن تولت بشرط أن تكون زوجته مذغولا بها .
 - ٣ - وزوجات أبيه الرضاعى وأى أبيه وإن علا .
 - ٤ - وزوجات ابنه الرضاعى وابن ابنه وإن نزل .
- فلحرمات من النساء بالرضاع ثمانية أنواع وهن الأربع المحرمات بالنسب والأربع المحرمات بالمصاهرة .

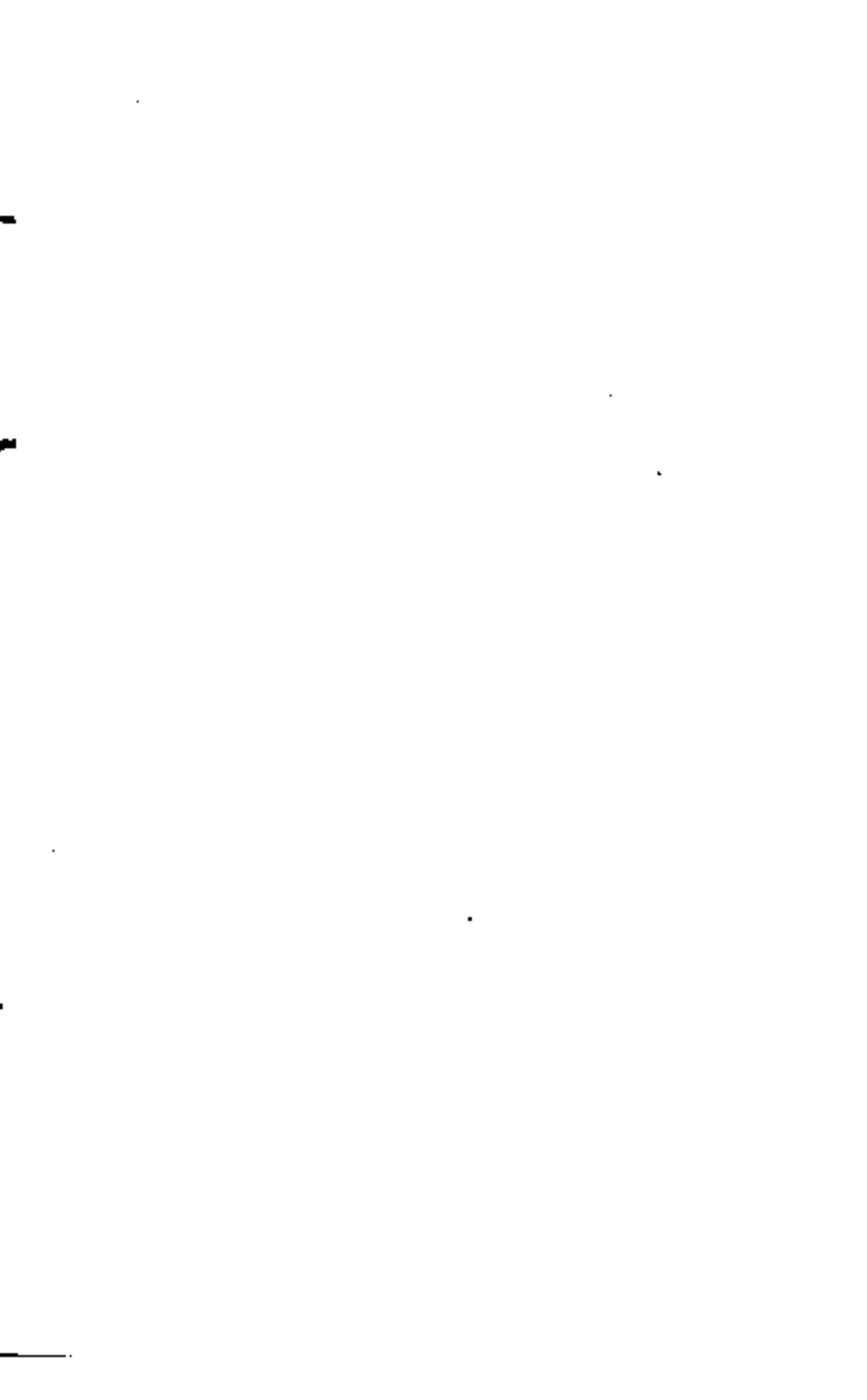
والدليل على تحريمهن قوله تعالى في بيان المحرمات : ﴿ وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْتِكُمْ وَأَخَوَاتِكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ ﴾ ، وهذه الآية الكريمة صريحة في تحريم خصوص الأمهات رضاعا والأخوات رضاعا ولكنها تشير إلى تحريم الباقيات لأنها أضلقت على التي أرضعت أنها أم وعلى أولادها أهم أخوة وأخوات فدل هذا الإطلاق على أن الرضاعة تصل الرضيع بمن أرضعته صلة المهرع بأصله لأنه بتغذيته من لبنها صار بعضها وبعض زوجها ، وعن هذه الفرعية والأصلية تنفرح سائر المحرمات وهذا الذى أشارت إليه الآية صرح به الحديث بحرم من الرضاع ما يحرم من النسب . وإذا كانت التي أرضعت كالتي ولدت كل منهما أم فأم الزوجة رضاعا كأنها نساء وبنتها رضاعا كبناتها سببا وإذا كان زوج المرضعة أبا للرضيع والرضيع فرع له فزوجة الأب الرضاعى كزوجة الأب النسبى وزوجة الابن الرضاعى كزوجة الابن النسبى ولهذا حرم من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة كما حرم من الرضاع ما يحرم بالنسب .

وقد توحد بعض صور ظاهرها أنها مستثناة من هذا النص ، يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، ولكن عند التأمل فيها وتحقق معنى النص يتبين أنه لا استثناء .

من ذلك أنه يحرم على المسلم أم أخيه نسبا لأنه إن كان أخاه الشقيق أو أخاه لأمه فهي أمه وإن كان أخاه لأبيه فهي زوجة أبيه ولا تحرم عليه أم أخيه رضاعا لأنها أجنبية منه ولم يتحقق فيها بالنسبة له سبب من أسباب التحريم . وكذلك يحرم على المسلم أخت ابنه نسبا لأنها إما بنته أو بنت زوجته المذحول بها

ولا تحرم عليه أخت ابنه رضاعاً لأنها أجنبية منه . كما لا تحرم عليه أخت أخيه رضاعاً وحنة ابنه رضاعاً .

والضابط العلم لهذه الصور أنها جزئيات في حال القرابة النسبية يتحقق فيها سبب من أسباب التحريم بأن توجد الأصلية أو الفرعية أو فرعية الأبوين أو الجددين .. وفي حال الرضاع لا يتحقق فيها سبب من ذلك فلا يوجد تحريم لأن معنى تحريم من الرضاع ما يحرم من النسب أنه إذا وجدت من الرضاع أصلية أو فرعية أبوين أو فرعية جددين .. فإنها تحرم كما في حال وجودها من النسب ، وعند تحليل هذه الصور يتبين أن ليس فيها سبب تحريم .



المحرمات موقفاً

١ - زوجة المغير ومعتدته : يحرم على المسنم أن يزوج بامرأة هي زوجة غيره أو معتدته فإذا كانت المرأة زوجيتها بغيره قائمة حبقبة بأن لم تقع بينهما فرقة بأي سبب أو قائمة حكماً بأن كانت في العدة بعد الفرقة فإنه يحرم عليه الزواج بها . تكن إذا انقضت هذه الزوجية بتاتا بأن طلقت الزوجة أو مات عنها زوجها وانقضت عدتها فإن هذا التحريم يزول لزوال سببه .

والدليل على هذا التحريم قوله تعالى في بيان المحرمات : ﴿ وَالْمَحْضَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ والمراد هنا بالمحضنات المتزوجات فهن من المحرمات . وقوله تعالى في شأن المعتدة من وفاة : ﴿ وَلَا تَزِمُوا عَقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ ﴾ أي ولا تزموا عقد الزواج حتى تنقضي العدة وقوله سبحانه في شأن المطلقات : ﴿ وَالْمَطْلُوقَاتُ يُتْرَبِعْنَ بَأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ أي ينتظرن ولا يزوجن ، والحكمة في هذا منع الإنسان من الاعتداء على غيره بالزواج من زوجته أو معتدته ، وحفظ الأنساب من الاختلاط والضياع ولهذا لم يفرق الشارع بين ما إذا كانت زوجة للمغير بزواج صحيح ، أو مدخولاً بها بعد زواج فاسد ، أو بناء على شبهة . لأنها في الحالات الثلاث قرائن يثبت نسب ولدها من زوجها أو ممن دخل بها .

وأما لو كانت المرأة حاملاً من الزنا فإنها لم يقم بها سبب هذا التحريم لأنها لا هي زوجة للمغير ولا معتدته فيحل التزواج بها من زنا بها ولغيره غير أنه إذا تزوجها من زنى بها فلا يحرم عليه قربانها في الحان . وأما إذا تزوجها غير الزاني بها فإنه يحرم عليه أن يدخل بها قبل أن تصح حملها لقوله عَلَيْهَا : لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي مائه زرع غيره .

٤ - الجمع بين محرمين : يحرم على المسلم أن يتزوج بامرأتين محرمتين أي تحرم إحداهما على الأخرى بأي سبب من أسباب التحريم . لو فرصت أحدهما رجلا .

فلا يحل له أن يجمع بين الأختين ولا بين البنت وأميها أو عمتها أو خالتها لقوله تعالى : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ ونقوله ﷺ : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أخيها فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » وذلك لأن العداوة بين الضرائر لا تخصي .

فالمرأتان المحرمتان لا يحل الجمع بينهما بالزواج لا حقيقة بأن يجعلهما معا في عصمتها ولا حكما بأن يتزوج الثانية وما تزاوج الأولى في عذته لأنها مادامت في عذته هي زوجته حكما . ولا فرق بين أن يكونا محرمتين بسبب النسب أو بسبب الرضاع فالأختان رضاعا كالأختين نسباً لا يحل الجمع بينهما لأن الشارع لا يبيح ما يقطع الصلة ويفسكك الروابط ويجعل نوات القرى ضرائر .

ولا بد أن تكون المحرمة بينهما ثابتة من الجانبين على معنى أن أية واحدة منهما لو فرضت رجلا حرمت عنده الأخرى فلو كانت المحرمة من جانب واحد جاز الجمع بينهما فيجوز الجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل لأنه لو فرضت البنت رجلا ما جاز له أن يتزوج بامرأة أبيه ، ولكن لو فرضت المرأة رجلا جاز له التزوج بالبنت لأنه لا صلة بينهما بقرباة أو رضاع فالمحرمة من جانب واحد وهذا جاز الجمع^(١) .

ولو أقدم رجل على الجمع بين المحرمين وتزوج الأختين مثلا فيما أن يتزوجهما بعقد واحد أو بعقدين فإن تزوجهما بعقد واحد وليس بواحدة منهما مانع فسد عقده عندهما ونجس على هذا انعقد أحكام الزواج الفاسد فيجب الاعتراق على المتعاقدين وإلا فرق بينهما القضاء وإذا حصل التفريق قبل المدخول فلا مهر لواحدة منهما ولا يترتب على مجرد هذا انعقد أثر وإن حصل بعد المدخول فللمدخول بها مهر المثل أو الأقل من مهر المثل والمسعى ويترتب على المدخول بها

(١) وقال رحمه الله في سبب تعدد سبب على الأسباب ولو من سبب واحد يجمع بينهما

سائر الآثار التي تترتب على الدخول بعد الزواج الفاسد ، أما إذا كان بإحدهما مانع شرعي بأن كانت زوجة غيره أو معدته متلا والأخرى ليس بها مانع فإن العقد بالنسبة للمخاليه من المانع صحيح وبالنسبة للأخرى فاسد تحرى عليه أحكامه .

وإن تزوجهما بعقدين متعاقبين واستوفى كل واحد من العقدين أركانه وشروطه وعلم أسبقهما فهو الصحيح واللاحق فاسد . وإن استوفى أحدهما فقط شروط صحته فهو الصحيح سواء كان السابق أو اللاحق .

وإن لم يعلم أسبقهما أو علم ونسى كأن يوكل رجلين بتزويجه فيزوجانه من اثنين يتبين أنهما أختان ولا يعلم أسبق العقدين أو علم ونسى فالعقدان غير صحيحين لعدم المرجح وتحرى عنهما أحكام الزواج الفاسد .

٣ - الجمع بين أكثر من أربع زوجات : يحرم على المسلم أن يجمع في عصمته أكثر من زوجات أربع . فس في عصمته أربع زوجات وعقد زواجه بخامسة فإن زواجه بهذه الخامسة فاسد لأنها محرمة عنه مادام في عصمته أربع سواها ولا فرق بين أن تكون الأربع في عصمته حقيقة بأن لم يطلق واحدة منهن أو حكما بأن طلق إحدهن ولكنها ما زالت في عدته .

والدليل على إباحة التزوج بأربع وتعميم مازاد عليهن قوله تعالى في سورة النساء : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَقْسُطُوا فِي الْيَمَانِي فَانكحُوا مَا طَاب لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثِي وَثَلَاثَ وَرِبَاعَ ، فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ وقوله ﷺ من أسلم وكانت له عشر نسوة في الجاهلية أسلمن معه : « أمسك أربعاً وفارق سواهن » .

والحكمة في إباحة تعدد الزوجات أمور :

منها : أن الرجل قد لا تحصن نفسه واحدة فصورنا له من الرنا واتخاذ الخليلات أباح الله له التزوج بأكثر من واحدة ، ولم يبيح للمرأة أكثر من زوج فلا تضيق الأولاد باختلاط الأنساب .

ومنها : أن عدد النساء في الغالب يزيد على عدد الرجال في أكثر الأمم فإذا لم يسمح للرجل إلا واحدة بقي عدد من النساء بلا عائل يقوم بشؤونهن ومن غير زوج يحصن نفوسهن فيكون عرضة لسقوط .

ومنها : أن الفرض الأول من الزواج وهو التوالد والتناسل يكون أكثر تحقفا بتعدد الزوجات .

ومنها : أن الزوج قد يجد زوجته عقيبا ولا يرضى أن يفارقها لعقمها ولا يرضى أن يعيش محروما من نعمة الأبوّة فأباح الله له أن يتزوج معها أخرى للحصول من هذا المخرج .

ومما يعترض على إباحة التعدد أنه يؤدي إلى عساد الأسر لأن العداوة بين المضراة لا تنقطع ولها أسوأ النتائج في حل الروابط بين أفراد الأسرة . ولأن أولاد الرجل الواحد من أمهات شتى ينشأون متعادين متباغضين . ولأن الرجل في الغالب لا يستطيع العدل بين الزوجات ولا القيام بشؤونهن جميعا فتكثر المحصومات والمنازعات .

ولكن الشارع رأى أن مضار إباحة التعدد أخف من مضار حظره . فاتقى أشد الضررين بإباحة أحدهما وأباح التعدد وقيد هذه الإباحة بالقدرة على العدل بين الزوجات فمن خلفه أن لا يعدل بين المتعددات فلا تباح له إلا واحدة .

وإن ما أباحه الشارع من التعدد مع تقييد العدد بقصره على أربع واشتراط القدرة على العدل بينهما هو وسط معتدل بين ما كانت عليه الجاهلية من إباحة التعدد إلى عمر حد . وما عليه بعض الأمم الآن من حظر التعدد مطلقا فإن لكل من هذين الطرفين أضرارا لا تخفى على من ينظر بعين النصفه ويتخى وجه الحق .

٤ - المطلقة ثلاثا : من طلق زوجته ثلاث تطليقات فقد استنفد ما يملكه من عند طلماتها وبانت منه بينونة كبرى وصارت لا تحل له إلا إذا انقضت عدتها منه ثم تزوجها زوج آخر وفارقها هنا الآخر بعد أن دخل بها وانقضت عدتها فحينئذ يحل لمصافها الأول أن يتزوجها ثانيا .

والدليل على هذا قوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ ثم قوله : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ وبينت السنة أن زواج الثاني لا يحلها للأول إلا بعد الدخول الحقيقي .
والحكمة في هذا أن الزوج إذا علم أنه بإيقاع الطلقات الثلاث تحرم عليه زوجته حتى تنكح غيره يتروى في إيقاع الطلاق ولا يتسرع في الإقدام عليه فيكون حل العصمة على أساس التفكير وتدبير العواقب .

وكذلك الزوجة إذا علمت أن وقوع الطلقات الثلاث عليها يحرمها على مطلقها ويضطرها إلى الزواج بغيره حملها ذلك على حسن العشرة واجتناب ما يؤدي إلى إيقاع طلاق عليها .

وحكمة ثانية : إن الروجة إذا عادت إلى مطلقها بعد أن تزوجت غيره تكون قد خبرت أخلاق الرجال وعادت إلى زوجها الأول بعد هذه التجربة بأخلاق غير الأولى فلا يعود الشقاق الذي كان قد استوجب وقوع تلك الطلقات .

٥ - من لا تدين بدين سماوي : يحرم على المسلم أن يتزوج امرأة لا تدين بدين سماوي ولا تؤمن برسول ولا كتاب إلهي بأن تكون مشركة من الوثنيات اللاتي يعبدن الأصنام أو المجوسيات اللاتي يعبدن النار أو الصابئات اللاتي يعبدن الكواكب ، وإنما يباح للمسلم أن يتزوج مسلمة أو كتابية ممن تؤمن برسول وكتاب كاليهودية التي تؤمن بموسى والتوراة ، والنسائية التي تؤمن بعيسى الإنجيل ، ولا يباح للمسلمة أن تتزوج إلا مسلما .

أما الدليل على أن المسلم لا يباح له زواج المشركة فهو قوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ﴾ وقوله ﷺ في شأن المجوس : « منوا هم سة أهل الكتاب غير ناكحني نسائهم ولا آكل ذبائحهم » .

وأما الدليل على أن المسلم يباح له زواج المسلمة والكتابية فهو قوله تعالى : ﴿ اليوم أحل لكم الطيبات . وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم . وطعامكم

حل لهم . والمحصات من المؤمنات . والمحصات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ﴿﴾ .

وأما اللبيل على أن المسلمة لا يباح لها أن تتزوج غير المسلم فهو قوله تعالى : ﴿﴾ ولا تكفوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم ﴿﴾ وقوله تعالى في شأن المهاجرات من دار الكفر إلى دار الإسلام : ﴿﴾ بأيتها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعهن إلى الكفار لا من حل لهم ولا هم يحلون لهن ﴿﴾ .

والحكمة في هذا أن أهم أغراض الزوجية من سكون أحد الزوجين للآخر واطمئنانه إليه وتعاونهما وتبادلها القوة والرحمة لا تتحقق غالباً إلا مع اتحاد الزوجين ديناً لأن اعتقادهما يكون واحداً وكذلك ما يجب عليهما وما يحرم وما يحل . ولكن لما كان المسلم والكتانية تجمعهما كلمة واحدة وهي كلمة التوحيد كان بينهما من التقارب ما يمكن أن تتحقق معه أغراض الزوجة .

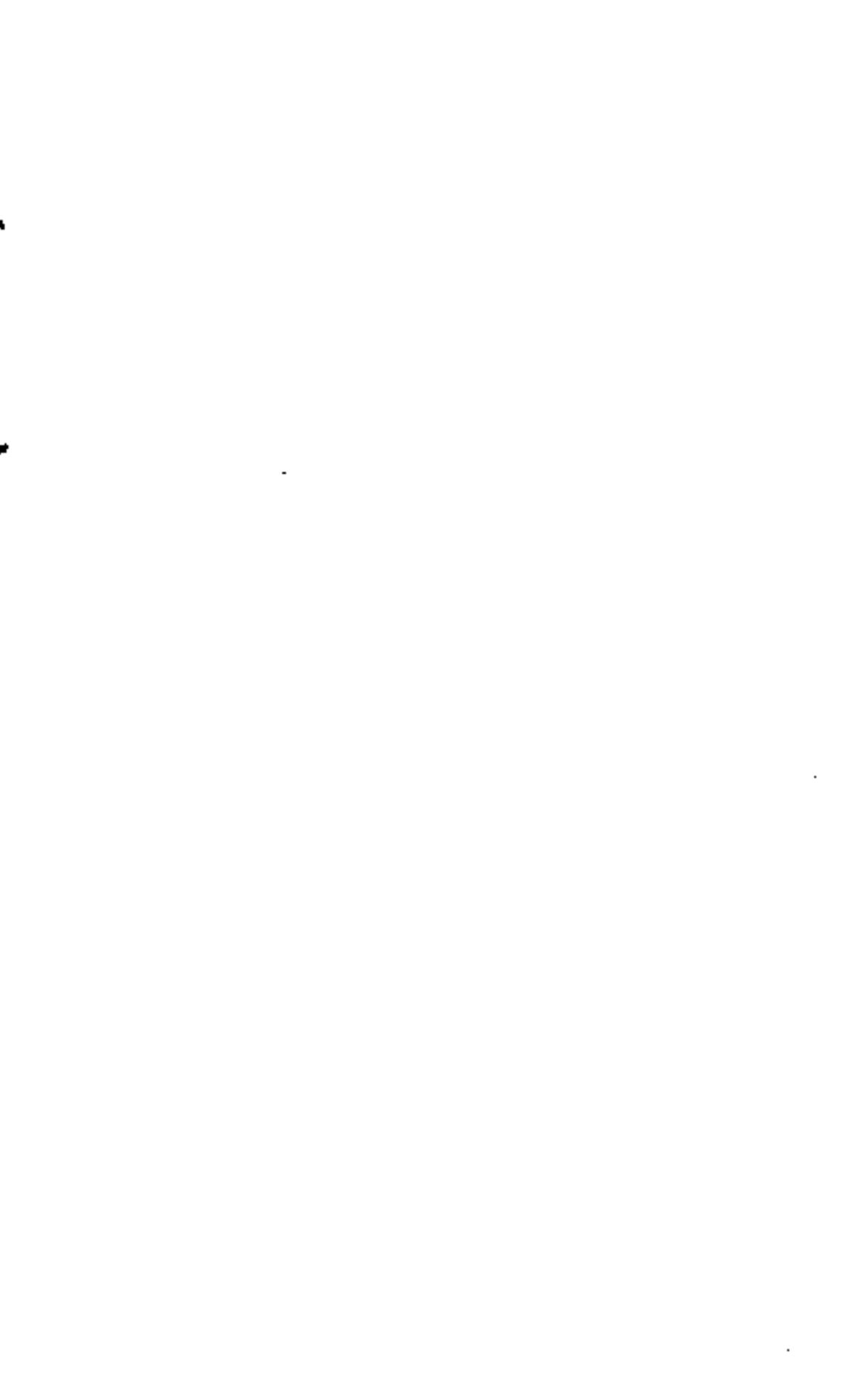
قال تعالى - ﴿﴾ قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم أن لا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من دون الله ﴿﴾ .

فهذه الكلمة السواء بين المسلم وأهل الكتاب قاربت بينهم وأحلت زواج المسلم بالكتانية . ولا كذلك المسلم والمشركة فإنهما لا تجمعهما كلمة وبينهما غاية البون وشدة الخلف ولا تتحقق بينهما أغراض الزوجية فهذا حرمت على المسلم المشركة .

ولما كان للزوج سلطان على زوجته وهي في الغالب عرضة لأن تتأثر به وتتابعه في دينه حرم على المسلمة أن تتزوج غير مسلم حتى لا تكون عرضة لتفارقها الإسلامية بتأثير زوجها وسلطانه لأن الدين لا يبيح للمتدين به ما يجعله عرضة للخروج منه .

٦ - الأمة على الحرمة : من في عصمته زوجة حرة يحرم عليه أن يتزوج معها زوجة غير حرة لقوله ﷺ : لا تنكح الأمة على الحرمة وتنكح الحرمة على

الأمة والحكمة في هذا عدم امتنان كرامة الحرة بتزوج الرقيقة عنها . والتبويه بشرف الحرية . ولهذا التبويه جعل الله إباحة زواج الأمة مقيدة بما إذا لم يستطع زواج الحرة قال تعالى : ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من حياتكم المؤمنات ﴾ ولكن الطول على مذهب أبي حنيفة يتحقق بوجود الحرة في عصمتها فعلا لا بمطلق القدرة المالية على زواج الحرة فمن في عصمتها حرة فهو مستطيع طولا زواج الخرائر فلا يحل له زواج الرقيقات .



الولاية على الزواج

من ثبت عليه هذه الولاية : قلما في شروط الزواج أن فاقد الأهلية وهو الصغير غير المميز والمجنون لا يتعقد زواجه بنفسه وإنما الذي يزوجه وليه ، وأن ناقص الأهلية وهو الصغير المميز والمعتوه والرقيق المملوك لا يتخذ زواجه بنفسه وإنما يتوقف على إذن وليه أو إجازته .

فمن هنا يؤخذ أن فاقد الأهلية ونقصها تثبت لغيرهما عليهما ولاية التزويج وهي التي تسمى الولاية على النفس ، فلمس له الولاية عليهما أن يزوجهما وينفذ عليهما تزويجهما جبراً عنهما وإذا عرف الفقهاء الولاية بأنها تنفيذ القول على الغير جبراً عنه . وليس لواحد منهما الولاية عن نفسه ، لأن فقد أهليته أو نقصها سلبه ولايته على نفسه .

والحكمة في هنا أن الزواج عقد له خطره وشأنه لما يترتب عليه من حقوق وآثار ، ووجه المصلحة فيه لا يدركها أصلاً فاقد الأهلية ، ولا يستغل بفهمها ناقصها ، وقد تدعو الحاجة إلى زواج واحد منهما لجلب منفعة أو دفع مضرة فدفعاً لما قد يطرأ من هذه الحاجات ، وتلافياً لما قد يلحق فاقد الأهلية أو ناقصها من مباشرته بنفسه زوجة لا مصلحة لهما فيها جعلت ولاية تزويجهما للمولى عليهما ليقدر برأيه ونظره وشغفته ما فيه المصلحة ويباشر ما يراه خيراً طالما تقوم إرادته ورضاه مقام إرادة المولى عليه ورضاه . وهنا يجمع بين دفع الحاجة وتلافى الضرر كما جعلت الولاية على مالهما للمولى المثل تحقيقاً لهذه الحكمة .

من ثبت له هذه الولاية : أما الرقيق المملوك فولاية تزويجه لمالكه سواء كان صغيراً أو كبيراً كامل العقل أو فاقدته أو ناقصه لأن رقه جعل مالكه هذا اختي عليه وسفه حتى ولايته على نفسه .

وأما آخر الصغير مميزاً كان أو غير مميز . والكبير المنحى به لجنون أو عته

فولاية تزويج كل منهما نعصته وسائر أقاربه ، فإن لم يوجد له ولي مستوف شروط الولاية من نعصته وسائر أقاربه فولاية تزويجه للقاضي .

وترتيب العصبة في الولاية كترتيبهم في الإرث فيقدم من كان من جهة البنوة أي الابن وابن الابن وإن نزل ، ثم من كان من جهة الأبوة أي الأب وأبو الأب وإن علا ، ثم من كان من جهة الأخوة أي الأخ الشقيق والأخ لأب وابن كل منهما وإن نزل ، ثم من كان من جهة العمومة أي العم الشقيق والعم لأب وابن كل منهما وإن نزل ويسمى هذا تقدماً بالجهة .

وبناء عليه إذا اجتمع للمستوفاة ابنها وأبوها وكل منهما مستوف شروط الولاية فالولاية لابنها لا لأبها .

وإذا اجتمع عدة عصبات من جهة واحدة واستوفى كل منهم شروط الولاية قدم أقربهم درجة إلى المولى عليه فيقدم الابن على ابن الابن ، والأب على الجد ، والأخ على ابنه ، والعم الشقيق على ابنه والعم لأب على ابنه ، ويسمى هذا تقدماً بقراب الدرجة .

وإذا اجتمع عدة عصبات من جهة واحدة ودرجة واحدة قدم أقواهم قرابة بالمولى عليه فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب وابن الأخ الشقيق على ابن الأخ لأب ويسمى هذا تقدماً بقوة القرابة .

أما إذا اجتمع عدة عصبات من جهة واحدة ودرجة واحدة وفي قوة قرابة واحدة كانوا أو أخوين شقيقين واستوفى كل منهما شروط الولاية فإن كل واحد منهما له ولاية التزويج لأنه لا مرجح لأحدهما على الآخر ، وأبى واحد منهما إذا انفرد بتزويج الصغير أو من في حكمه صح عقده .

وإذا لم يوجد له ولي عاصب من هؤلاء ولم يوجد له عاصب من طريق الولاء وهم المعتق وعصيته انتقلت الولاية إلى سائر أقاربه من أصحاب الفروض وذوي الأرحام ويقدم منهم من كان من جهة الأصول عدا المجد غير الصحيح أي تقدم الأم وأم الأب وأم الأم ثم من كان من جهة الفروع أي البنت وبنت الابن وبنت البنت ثم المجد غير الصحيح ثم من كان من فروع الأبوين أي الأخوات ثم

أولادهم ، ثم من كان من قروع الجدلين أى العمات والأعمام لأُم ثم الأخوال
والخالات .

وإذا اجتمع عدة من هؤلاء الأقارب من جهة واحدة يقدم أقربهم درجة
فتقدم الأم على أم الأب والبنت على بنت الابن ، وإن انحلت جهتهم واستوت
درجتهم يقدم أقواهم قرابة فتقدم أم الأب على أم الأم وبنت الابن على بنت الت
لأن من ينتسب بعاصب أقوى ممن لا ينتسب به ، وإن لم يوجد مرجح كأختين
شقيقتين ثبت لكل منهما الولاية منفردا كما تقدم في العمات .

وإذا لم يوجد له ولى مستوف شروط الولاية لا من عصبته ولا من سائر
أقاربه فولاية تزويجه للقاضي ، حسب الاختصاص المين بإضافة ٢٨ من لائحة
ترتيب المحاكم الشرعية ونصها ، إلا أن باخضومة في غير الأوقاف بجميع مقتضياته
الشرعية من اختصاص رؤساء المحاكم والقضاة الجزئيين في دائرة اختصاصهم .
وكذا تزويج من لا ولى له من الأيتام وعمرهم هـ

ونس لا أحد غير من ذكر ولاية التزويج ولا الوصى الذى أوصى إليه الأب
بذلك لأن الولاية لمن جعلها له الشرع لا غير ، وهذا هو مذهب أى حنيفة فيس
له ولاية التزويج .

ومذهب مالك أن ولاية التزويج للأب لا غير ، ومذهب الشافعى أن ولاية
التزويج للأب والجد الصحيح لا غير ، ومذهب الصاحبين أن ولاية التزويج
للعصبة لا غير ، فأوسع المذاهب فيمن هم الولاية على النفس مذهب الإمام ألى
حنيفة وأصيفها مذهب مالك .

شروط الولى : يشترط في الولى أن يكون كامل الأهلية بالحرية والعقل
والبلوغ لأنه إن كان فاقدا الأهلية أو ناقصها كان هو مسمولا بالولاية فلا تكون له
ولاية على غيره ولأنه لا يقدر المصلحة ويضطر في وجوه النفع والضرر إلا بكمال
أهليته ، وإن يكون متحدا في الدين مع المولى عليه فلو كان للصغيرة أخوان
شقيقتان أحدهما مسلم والأخر مسيحي فلو كانت هي مسلمة والولاية على تزويجها
لأخيها المسلم وإن كانت مسيحية فالولاية للمسيحي لأنه باخذ الدين تتحد

وجهة النظر في تقدير المصلحة وتقبله تعال : ﴿ ولئن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ .

غيبه الولي وتحصله : بما أن الأولياء مرتبون في استحقاق الولاية حسب جهاتهم ودرجاتهم وقوة قرابتهم كما بينا لا يكون للبعيد منهم ولاية مع وجود الأقرب منه المستوفى شروط الولاية فما دام الأب مثلا حاضرا مستوفيا شروط الولاية لا يكون للأخ أو لعم أو لعم ولادة التزوج فإذ باشر واحد منهما زواج الصهر ومن في حكمه بغير إذن الأب وتوكيله كان فضوئيا وعقدته معروف على إجارة من له الولاية وهو الأب .

أما إذا غاب الأقرب بحيث لا ينتظر المخاطب الكفء استطلاع رأيه فإن الولاية تنتقل إلى من يليه حتى لا تفوت المصلحة ، وليس للغائب بعد عودته أن يعترض على ما باشره من يليه لأنه كغيبه اعتبر كالمعلوم وصارت الولاية حق من يليه .

وأما إذا امتنع الأقرب من تزويج المولى عليه بغير عذر مقبول والزواج كفاء والمهر مهر المثل فإنه في هذه الحال بعد عاضلا أى ظانقا ولا تنتقل الولاية إلى من يليه بل تنتقل إلى القاضى لأن العضل ظلم وولاية رفع المظالم إلى القاضى . فإذا كان امتناعه لأن الزوج غير كفاء أو المهر أقل من مهر المثل أو لوجود مخاطب كفاء آخر يفضل الثاني بمزايا ، لا يعد في هذه الحال عاضلا ولا تنتقل الولاية عنه .

فالفرق بين الغائب والعاضل أن غيبه الغائب أمر حسي مادي لا يقع اختلاف في تحققه فبمجرد تحققه يعتبر كالمعلوم وتنتقل الولاية إلى الحاضر من غير حاجة إلى رفع الأمر للقاضى ، وأما عضل العاضل فهو أمر نظري تقديري وربما كان امتناعه الذي بعده المولى الذي يليه عاضلا وظلما ليس في الحقيقة كذلك بل هو للمصلحة فرفع الأمر إلى القاضى حتى إذا تبين أن المولى ظانم بامتناعه رفع الظلم وزوج بنفسه .

أحكام تزويج الأولياء : لما كان الأرياء ليسوا سواء في وفور
شفقتهم بالصغير ومن في حكمه وفي شدة حرصهم على مصلحته اختلفت أحكام
تزويجهم تبعاً لاختلاف شفقتهم ودرجات حرصهم .

فالأب وأبو الأب ومثله الابن وابن الابن بالنسبة للمجنونة أو المعتومة أو
الضنون أو المعتوه أو فر الأولياء شفقة وأشدهم حرصاً على مصلحة المولى فما دام
لا يعرف بسوء الاختيار لنفسه واستهتاره وعدم مبالاة فتزويجه المولى عليه صحيح
نافذ لازم سواء كان الزوج كفتاً أو غير كفاء وسواء كان انهر مهر المثل أو أقل
أو أكثر بغين فاحش أو بسير ، لأنه لو قور شفقتهم وشدة حرصه لا بد أن يكون
أعمن النظر واختار ما فيه المصلحة وعوض المولى عن الكفاية والنهر ما هو أنفع له
وأبقى .

وإذا كان معروفاً بسوء الاختيار وجب الاحتياط للمولى . فإن زوجه
بكفاء والمهر مهر المثل كان زواجه صحيحاً نافذاً لازماً وإن زوجه بغير كفاء أو
على مهر أقل أو أكثر من مهر المثل بغين فاحش فزواجه غير صحيح ، لأنه لسوء
اختياره لا يوثق بأنه فوت الكفاية أو مهر المثل إلى ما هو خير منه .

وغير الأب والجد والابن وابن الابن من العصبات وسائر الأقارب والقاضي
إذا زوج واحد منهم المولى عليه بغير كفاء أو بأقل أو أكثر من مهر المثل بغين
فاحش فزواجه غير صحيح ، وإذا زوجه واحد منهم بكفاء وبمهر المثل فالزواج
صحيح نافذ ولكنه غير لازم للمولى عليه أن يختار فسيخ الزواج عند بلوغه إذا بلغ
عالمًا به أو عند علمه إذا بلغ غير عالم به ، وذلك لأن هذا الفريق الثاني من الأولياء
نيس كالفريق الأول في الجميع بين وقور الشفقة وكال الرأي فلا بد أن تكون
المصلحة في تزويجه ظاهرة بأن يكون الزوج كفتاً والمهر مهر المثل وإذا تحققت
هذه المصلحة الظاهرة فلا بد من أن تناح للصغير إذا بلغ فرصة يتلافى بها ما قد
يكون لحقه من الضرر الخفي بتزويج أعيه أو أخته أو أمه أو القاضي فجعل له الخيار
إذا بلغ فإن شاء أمضى الزواج وإن شاء طلب فسخه ولو بعد الدخول .

والأصل في ذلك أنه لما زوج رسول الله أمامة بنت عمه حمزة بن
عبد المطلب من سلمة بن أبي سلمة قال عليه السلام : « ما الخيار إذا بلغت » .

ومن اختار فسخ الزواج عند بلوغه أو علمه لا يفسخ الزواج بمجرد اختياره بل لابد أن يرفع دعوى بطلب فيها الحكم بفسخ الزواج بناء على أن التولي الذي زوجه غير أبيه وجده وأنه لم يرض بهذا الزواج صراحة ولا دلالة ، وقبل أن يصدر الحكم بفسخ الزواج فهو صحيح نافذ ترتب عليه آثاره ، من لزوم المهر والتوارث ، أما إن رضى به حين بلوغه أو حين علمه صراحة أو دلالة فلا تسمع منه دعوى الفسخ .

ومن الرضا دلالة سكوت البكر عن احتيل نفسها عند بلوغها عامة بالزواج أو عند علمها به . وأما سكوت الشيب في هذه الحال فلا يعد رصا دلالة فلا أن ترضى بقول أو عمل كأن تقول رضيت أو تطلب النفقة أو المهر ، ومثل الشيب في هذا الغلام ، وكذلك إذا استؤذنت البكر من أقرب أقاربها في أن يزوجه فسكتت مخافة اعتبر سكوتها إذناً ، ولا كذلك الشيب (١) .

أما كامل الأهلية وهو الحر العاقل البالغ فهو ولي نفسه وليس لأحد ولاية تزويجه ولا جيره عليه . غير أنه إذا كان كامل الأهلية أنثى وطاوي عاصب ولا يكون تزويجها نفسها صحيحا نافذا لازما إلا إذا كان الزوج كفاً لها والمهر مهر مثلها حتى لا يعبر ولها العاصب بمصاهرة غير الكفاء أو بنقصها عن مهر مثلها فهو في ابتداء العقد له حق في الكفاءة ومهر المثل .

فإن زوجت نفسها بغير كفاء وبغير رضا ولها العاصب قبل الزواج فلا يصح العقد ولو رضى العاصب بعد ذلك لأن رضاه لا يجعل غير الصحيح صحيحاً (٢) .

وإن زوجت نفسها بمهر أقل من مهر مثلها يصح العقد ولا يلزم قتلون

(١) ووجه الفرق أن البكر تستحي عادة في أمر الزواج من أن تقول نعم ولا تستحي من أن تقول لا فإذا سكتت اعتبر سكوتها دليلاً على ما يقع لها من إصهاره وهو الرضا . وأما الشيب فليس عشرينها تزويجها لا بمعها مانع من الإصباح بقواضيم لو لا فسكتها لا اعتبر دليلاً على شيء .

(٢) وهذه رواية الحسن بن زياد عن الإمام وعليها العمل وبها الفتوى : وفي ظاهر الرواية يكون العقد صحيحاً غير لازم وشئ من الاعتراض عليه وطلب منه .

العاصب أن يطلب تمام مهر المثل فإن أتمه الزوج لزم العقد وإن لم يتمه رفع الأمر إلى القاضي ليحسمه .

وإن لم يكن لها ولي عاصب بأن كانت لا ولي لها أصلاً أو لها ولي غير عاصب فلا حق لأحد في الاعتراض على عقدها سواء زوجت نفسها من كفاء أو غير كفاء بمهر المثل أو أقل لأن الأمر في هذه الحال خالص حتمها .

ولا يتوهم أحد أن قانون تحديد سن الزواج الذي أشرنا إليه في شروط سماع الدعوى قانوناً بالزواج سلب الأولياء حق المولاية على الصغير والصغيرة لأن القانون المذكور إنما مع من سماع دعوى الزوجية قضاء من زوجين أحدهما أقل من السن المحددة وقت الدعوى ومنع المختص بتحرير عقود الزواج أن يباشر العقد إذا كانت سن أحد الزوجين أقل من السن المحددة وقت العقد ولم يمنع الولي من حقه الذي جعله الشارع له ، وإن كان ما نصر عليه من عدم تسجيل عقد زواج الصغار وعدم سماع الدعوى منهم مقصوداً به أن يمنع الأولياء من تلقاء أنفسهم أن يزوجوا الصغار ، فليست السن المحددة شرطاً شرعياً لانعقاد الزواج أو صحته أو بقاءه وإنما هي شرط لمباشرة الموظف المختص بتسجيله وسماع القضاة الدعوى به ، وعقد الزواج متى تحققت أركانه وشرائطه الشرعية فهو عقد صحيح شرعاً مهما تكن سن الزوجين أو أحدهما وترتب عليه جميع الآثار الشرعية .

الوكالة بالزواج

من القواعد الفقهية المقررة أن من ملك تصرفاً من التصرفات كان له أن يباشره بنفسه وله أن يوكل عنه غيره بمباشرة ومن لا يملك تصرفاً من التصرفات فليس له أن يوكل به غيره لأن فاقد الشيء لا يعطيه . وبما أن كامل الأهلية وهو الآخر العاقل البالغ يملك تزويج نفسه فله أن يوكل عنه من يقوم مقامه في تزويجه ، وفاقد الأهلية أو ناقصها لا يملك تزويج نفسه فليس له أن يوكل عنه من يزوجه .

والولي على كل واحد منهما له أن يزوجه فله أن يوكل من شاء بتزويجه . والتوكيل كما يكون شفوياً يكون كتابياً . ولا يشترط نصحة حضور شاهدين وقت صلوره بل يتم بين الموكل والوكيل وحدهما كسائر العقود عدا

الزواج ، ولكن الأحسن الإشهاد عليه احتياطاً خشية الجحود والنزاع .

وليس للوكيل بالزواج أن يوكل غيره لأنه يستمد ولايته من الموكل والموكل أعطاه وحده الولاية ورضى برأيه فقط . فإذا أعطاه الموكل حق توكيله غيره عنه بأن أذنه أن يوكل عنه في هذا التزويج من شاء ، أو وكله بصيغة التفويض بأن قال له : فوصت أمر زواجي إلى رأيتك في كل ما تقع به . ففي هاتين الحالتين للموكل أن يوكل غيره عنه .

ومهمة الوكيل بالزواج هي مباشرة التصيغة فقط لأنه سفير ومعبّر وبعد انتهاء التصيغة لا يطالب بأي حق من حقوق أحد الزوجين على الآخر فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا النفقة ولا بطالب وكيل الزوجة بإدخالها في طاعة الزوج لأن السفير لا يطالب بحقوق إلا إذا ضمن الموكل والتزم بشيء من الحقوق فإنه يطالب بمقتضى التزامه وضمنه لا بمقتضى وكالته .

وإذا تصرف الوكيل في حدود وكالته ولم يخالف فيما وكل فيه تعذر تصرفه على الموكل أما إذا جاوز حدود وكالته وخالف فيما وكل فيه فإنه يعتبر فضولياً ويتوقف نفاذ تصرفه على إجازة الموكل .

بناء على هذا ، إذا قال الموكل للوكيل : زوجني أو زوجني أمة امرأة فزوجه ينفذ زواجه على الموكل سواء كانت الزوجة سليمة من العيوب أو معيبة بأي عيب . نكاحه أو لا نكاحه . لأن التوكيل مطلق فيدخل في حدوده تزويج أمة امرأة تحمل للموكل - ولا يخرج عنه إلا تزويج من يمنع مانع شرعي من زواجها به لأن نحو المرأة من الموانع الشرعية قيد ملحوظ للموكل معنى وإن لم يصرح به لفظاً - ويخرج عنه أيضاً بنت الوكيل الصغيرة وأية صغيرة في ولايته للثمة فلو روجه الوكيل موليته توقف على إجازة الموكل لأنها لما اعتبرت خارجة عن حدود وكالته اعتبر فضولياً فيتوقف تزويجه .

وكذلك لو كان الوكيل بالزواج امرأة فزوجت موكلها من نفسها بمقتضى توكيله المطلق لها لا ينفذ الزواج عليه بل يتوقف على إجازته للثمة . ولأنه لو كان مراده أن يتزوجها هي لقال : زوجيني نفسك فالظاهر أنه يريد غيرها وهذا هو

مذهب الإمام . فمقتضى الإطلاق في التوكيل عنده أن ينفذ على الموكل تزويج
 وكيهه إياه من أية امرأة محل له شرعاً سواء كانت المرأة تكافئه أو لا تكافئه وسواء
 كانت معينة أو سليمة وسواء سمي لها مهر مثلها أو أكثر منه بعين فاحش أو يسير
 لأن الإطلاق بالنسبة للزوجة والمنهر يقتضي هذا ولو كانت لتسوم كل إرادة معينة
 بالنسبة لأحدهما لقيدها بها وكيهه ، ولا يخرج عن هذا الإطلاق إلا تزويج الوكيل
 موكله من بنته أو أية أنثى في ولايته ، وتزويج الوكيله موكلها من نفسها للتهمة في
 الصورتين . وموضع التهم مستثناة معنى وإن لم يصرح باستثنائها لفظاً .

وقال أصحابه : التوكيل المطلق يتقيد بالمتعارف والمتعارف أن يحتاج الموكل
 إلى الاستعانة بوكيل على أن يزوجه ممن محل له وتكافئه يعبر عن فاحش عنيه في
 تسمية مهرها لأن هذا هو الذي قد يحجز المرء عن أن يتدى إليه بنفسه ويحتاج
 فيه إلى معونة غيره وأما الزواج من أية امرأة بأى مهر فلا يعجز عنه أحد ولا
 يقصد إلى الاستعانة عليه بوكيل . فمعدوما كما يخرج عن حدود الوكالة المطلقة
 الزواج الذي فيه تهمة الوكيل بخروج عنه أيضاً تزويجه الموكل ممن لا تكافئه ،
 وتزويجه من تكافئه بأكثر من مهر مثلها بعين فاحش . فيكون العقد في هذه
 الحالات الثلاث موقوفاً على إجازة الموكل . وقول الناصحين هو الراجح وعليه
 العمل لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

وأما إذا لم يطلق الموكل توكيله بل قيده بزوجة معينة فإنه يتقيد بما قيده
 ويكون فضولياً فيما عداه ، فلو قيده بزوجة معينة بأن قال له : وكلتك في أن تزوجني
 فلانة فزوجه غيرها توقف على إجازته ، ولو قيده بمهر بأن قال له : وكلتك
 في أن تزوجني على مهر لا يزيد على مائة جنيه فزوجه على مهر قدره مائة وخمسون
 توقف أيضاً على إجازته ولو التزم الوكيل بدفع الخمسين الزائدة من ماله لأن
 صاحب المروعة يأتي أن يعبر بمئة غيره عنيه وخاصة في مهر الزواج . ولو قيده بأن
 يزوجه واحدة فزوجه بالثنتين فإن كان هذا في عقد واحد بأن قال الوكيل لاثنتين :
 زوجتكما موكل ففالت كل منهما قبلت توقف على إجازته . وإن زوجهما إياه في
 عقدين نفذ أوهما على الموكل لأنه بمقتضى الوكالة وتوقف الثاني على إجازته
 لخروجه عن حدود الوكالة لانتهاء مهمة الوكيل بنفاذ العقد الأول .

هذه أحكام توكيل الرجل غيره في أن يزوجه .

وأما إذا وكلت المرأة غيرها في أن يزوجه . فإن كان التوكيل مطلقاً بأن قالت لرجل : وكلتك في أن تزوجني ولم تقيد بزوجه ولا مهر يخرج عن حدود هذه الوكالة انطلقت الزواج الذي فيه تمعة لتوكيل فلو تزوجها من نفسه أو أصله أو فرعه لا ينفذ عنها بل يتوقف على إجازتها لاستثناء مواضع التهمة من الإطلاق ولأنها لو أرادت هو زوجها لتزوجه بدل أن توكله . ويخرج عن حدودها أيضاً بالاتفاق بين الإمام وصاحبه تزويجها من غير كفاء لها لأن كفاءة الزوج لزوجته وقت العقد شرط لصحته اتفاقاً فالتقييد بالكفاءة ملحوظ في الوكالة معنى وإن لم يصرح به لفظاً فلو تزوجها التوكيل من غير كفاء لها لا يصح العقد ولا تنحقه إجازة لأن الإجازة لا تلحق الفاسد . ويخرج عنها أيضاً تزويجها من كفاء لها بأقل من مهر مثلها بعين فاحش فلو تزوجها كذلك يكون موقوفاً على إجازتها وإجازة ولها .

فعلى هذا يكون تزويج وكيلها إياها نافذاً عليها إذا زوجها من أجنبي عنه يكون كفاء لها على مهر مثلها أو أقل منه بعين يسير لأن هذا هو الذي يدخل في حدود وكالة انطلقت .

ويكون فاسداً إذا زوجها من غير كفاء لها .
ويكون موقوفاً على إجازتها إذا زوجها من نفسه أو أصله أو فرعه .
ويكون موقوفاً على إجازتها وإجازة ولها الماصب إذا زوجها بأقل من مهر مثلها بعين فاحش .

وأما إذا كان توكيلها غيرها بتزويجها مقيداً غير مطلق فإن التوكيل يتقيد بما قيدته به ويكون فضولياً فيما عداه شأن كل توكيل مقيد .

الكفاءة في الزواج

الكفاءة شرعاً مساواة الزوج وزوجته في المنزلة بحيث لا تكون الزوجة ولا أولياؤها عرضة لتعور بهذه المصاهرة حسب العرف .

وقد خص الفقهاء أموراً ستة اعتبروا أن الكفاءة تتحقق بتحقيق المساواة فيها . وأن عدم المساواة فيها أو في أحدها مفوت للكفاءة . وهي التي جمعها بعضهم في قوله :

نسب وإسلام كذلك حرقة حرية وديانة مال فقط
ولتين معى التكافؤ في كل أمر من هذه الأمور الستة .

(١) النسب : - إذا كانت الزوجة نسبة أى معروفها لها نسب متصل بأصل معلوم لا يكون كفتا لها إلا نسب مثلها متصل نسبه بأصل معلوم - وشرف العلم فوق شرف النسب فالعالم غير النسيب كفاء لأية نسبة مهما شرف نسبها .

قال فقهاؤنا : وهذا التكافؤ في النسب خاص بما إذا كان الزوجان من العرب لأنهم هم الذين حفظوا أنسابهم وجعلوها من مفاخرهم وأسباب مجدهم ومدحهم فالعربية وهي التي يعرف اتصال نسبها بقبيلة من قبائل العرب لا يكون كفاء لها غير العربي وهو من لا يعرف اتصال نسبه بقبيلة من القبائل - وليس العرب كلهم متكافئين فغريش بعضهم أكفاء لبعض أى أن القرشية لا يكافئها إلا قرشى ، وسائر العرب بعضهم أكفاء لبعض أى أن العربية من غير قریش يكافئها أى عربى وإن اختلفت القبائل فالقرشى كفاء لأية عربية - وغير القرشى من العرب كفاء لغير القرشية منهم .

وأما غير العرب فلا أنهم لم يحفظوا أنسابهم ولم يعتنوه من مفاخرهم لا يعتبر بين الزوجين منهم التكافؤ في النسب .

وفيما قاله فقهاؤنا نظر لأنه إذا كان من غير العرب طبقات من الأشراف ذوى البيوتات العريقة الذين يفحرون بأصنامهم ويعبرون إذا تزوجت واحدة منهم زوجا غير أصل فلم لا يكون حكمهم حكم العرب . والعلة واحدة . والعرف له اعتبار .

(٢) الإسلام :- إذا كانت الزوجة مسلمة لها أب وأجداد مسلمون لا يكافئها المسلم الذى ليس له فى الإسلام أب ولا جد ، ومن لها أب واحد فى الإسلام يكافئها من له أب واحد فيه - ومن له أب وجد فى الإسلام فهو كفاء لمن لها أب وأجداد لأن تعريف المرء يتم بأبيه وجده فلا يلتفت إلى ما زاد .

وهذا التكافؤ فى إسلام الأصول إنما يعتبر فى غير العرب . أما العرب فلا يعتبر فيهم فالعربى المسلم الذى ليس له أب فى الإسلام كفاء للعربية المسلمة التى لها أب وأجداد مسلمون . لأن العرب اكتفوا فى التفاخر بأبائهم ولا يتفاخرون بإسلام أصوبهم أما غيرهم فيتفاخرون به .

(٣) الحرفة : إذا كانت الزوجة بنت صاحب حرفة شريفة لا يكون كفاها لها صاحب الحرفة الدنيئة - والمعتبر فى شرف الحرفة ودناءتها هو العرف . وثنا قال صاحب الفتح فيكون الحائك كفاء للعطار بالاسكندرية ما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدوها نقصا البتة . وإذا تشربت الحرف فلا عبرة بالتفاوت فيها . وهذا التكافؤ فى الحرف معتبر فى كل من يخترف من العرب وغيرهم .

(٤) الحرية : - إذا كانت الزوجة حرة لا يكون الرقيق كفاها لها وإذا كانت حرة الأصل لا يكون المعتق كفاها لها ومن لها أب وجد فى الحرية لا يكافئها من له أب فقط . ومن لها أب وأجداد فى الحرية يكافئها من له أب وجد فقط كما قيل فى إسلام الأسون - والحكمة فى هذا أن الرق منقصة والأحرار يعبرون بمصاهرة الأرقاء .

ولما كان العرب لا يسرقون لأنه لا يعمل منهم إلا أن يسلموا أو يقتلوا كان التكافؤ فى الحرية معتبرا فى غيرهم فقط لأنهم لا رقى فيهم .

(٥) **الديانة :** - المراد بها الصلاح والاستقامة فإذا كانت لزوجة من بنات

الأغنياء نوى الاستقامة لا يكون الفاسق كفتا لها لأنهم تتقواهم واستقامتهم يرون مصاهرة الفاسق عاراً لهم فلا يكون الفاسق كفتا لصالحة بنت صالح وإنما يكون كفتا لفاسقة بنت فاسق أو بنت صالح وهذا رأى الشيخين . وقال محمد لا عمرة بالديانة والصلاح في الكفاءة لأن الصلاح من أمور الآخرة التي بين المرء وربه والكفاءة من الأحكام الدنيوية التي ترجع إلى علاقة الناس في الدنيا بعضهم ببعض وكم من فاسق له بين الناس منزلة واعتبار ولا يعمر أي نفى بمصاهرته . لكن إذا كان الفاسق وصل به فسقه إلى أن صار سخرية بين الناس يصفق ويضحك منه فهذا هو العار كله ولا يكون كفتاً .

(٦) **المال :** - ليس المراد بالكفاؤ بين الزوجين في المال أنه يتساويا في

المعنى ودرجة اليسار وإنما المراد أن يكون الزوج قادراً على مقدم صداقها والإنفاق عليها شهراً . فمن كان قادراً على ذلك يعتبر كفتاً لها مالياً ولو كانت ثروتها وثمرتها أيها أضعاف ماله . أما من كان غير قادر على ذلك فهو ليس كفتاً لها مالياً . وهذا قول أبي يوسف وعليه الفتوى لأن المعنى لا يثبت له والمثل غاد يرتفع فلا اعتبار في الكفاءة لكثرة وقته . وقال الطرفان إنما تتحقق الكفاءة في المال بعدم التفلوت البين بينهما في المعنى واليسار حتى أن الفاتنة في اليسار لا يكافئها من لا يقدر إلا على المهر والنفقة الواجبة لأن الناس يتفاخرون بغنى الصهر ويعيرون بفقره .

من له الحق في الكفاءة : قدمنا في مبحث الولاية على الزواج أن الحرة

العاقلة البالغة إذا زوجت نفسها من غير كفاء لها بغير رضا وليها انعاصب قبل الزواج فزواجها غير صحيح مراعاة لحق وليها ، وأن الولي ما عدا الأب الذي لم يعرف بسوء الاختيار إذا زوج موليته من غير كفاء فتزويجه غير صحيح مراعاة لحق موليته .

فيؤخذ من هذا أن الكفاءة حق للزوجة والمولى معاً وأن رضا أحدهما تفويت حقه لا يفوت على الآخر حقه^(١).

وبناء على هذا إذا زوجت المرأة العاقلة البالغة نفسها من رجل ولم تبحث في أمره حتى تعلم أنه كفاء فما أو غير كفاء ثم تبين أنه غير كفاء فليس لها طلب فسخ هذا الزواج لعدم الكفاءة لأنها أسقطت حقها بتقصيرها في البحث مكانها رضيت به على أي حال.

ولكن أولياءها لم يسقطوا حقهم فلهم طلب الفسخ لأن الكفاءة حق الاثنتين وإسقاط أحدهما حقه لا يؤثر في حق الآخر.

وأما إذا زوجها ولها بعلها وإذها ورضاها رجلاً من غير عتق في كفاءه أو عدمها ثم تبين أنه غير كفاء فليس للأولياء ولا للزوجة حق طلب الفسخ لأنهم جميعاً بتقصيرهم أسقطوا حقهم وكانهم رضوا به على أي حال.

ولكن إذا شرطت في العقد كفاءة الزوج ثم تبين أنه غير كفاء أو حصل تعيير من الزوج بأن زعم أنه كفاء فإذا هو غير كفاء لم يسقط حقهما في الحالين لأنه مع الاشتراط أو تعيير الزوج لم يحصل تقصير ولا يعتبر واحد من الزوجية أو ولها مسقطاً حقه لأنه ما حصل رضا بزواجه إلا على أنه كفاء.

وإذا اختلفت مرتبة الأولياء فالكفاءة حق أقربهم فإذا رضي الأقرب بغير الكفاء فلا حق للبعيد في الاعتراض وطلب الفسخ، وإذا استنوا في الدرجة كأخوة أشقاء فهي حق لكل واحد منهم لا يتجزأ فإذا رضي أحدهم بغير الكفاء فقد سقط حقهم واعتبر رضاه رضا منهم فليس لأحدهم الاعتراض وطلب الفسخ.

(١) وليس في الكفاءة حق للشرع بحيث لو رضيت المرأة وولها بزوج غير كفاء لما لا اعتراض على هذه الزوجية. وإنما يجب الاحتراز من لم يرضي سبباً دعماً للمار والضرر عن نفسه وسبباً يبين خطأ القول بأن اعتبر الإسلام للكفاءة دعماً من الطوائف ويجعل من استنوا سبباً.

فيمن تعتبر الكفاءة : الكفاءة تعتبر من جانب الزوج فقط أي أنها تتحقق إذا لم يكن الزوج دون زوجه في أمر من أمورهما . أما إذا كانت الزوجة دون زوجها في تلك الأمور أو بعضها فهذا لا ينمى الكفاءة المطلوبة شرعاً ولا يمنع التزوج بها لأن العادة جرت بأن الزوجة الشريفة تعتبر هي وأوليائها بأن يكون زوجها المقوام عنها المنسوب إليه أولادها حسبما - أما الزوج الشريف فلا يعتبر بأن تكون زوجته خبيثة وكم ملوك وعلماء كانت زوجاتهم من الإماء .

ولا تعتبر الكفاءة من جانب الزوجة إلا في حالتين :
الأولى : فيما إذا وكل الرجل عنه من يزوجه امرأة غير معينة فإنه يشترط لبقاء تزويج الوكيل عن الموكل أن يزوجه ممن تكافئه على قول الصحاحين وهو الراجح عملاً بتفصيل العرف .

الثانية : فيما إذا كان الولي الذي زوجه الصغير غير الأب الذي لم يعرف بسوء الاختيار فإنه يشترط لصحة تزويجه أن تكون الزوجة كفاءاً له احتياطاً لمصلحة الصغير .

متى تعتبر الكفاءة : إنما تعتبر الكفاءة في ابتداء العقد على معنى أنه متى كانت أمور الكفاءة محققة وقت العقد فلا يضر فقد شيء منها بعد فلو كان صاحب حرفة شريفة ثم صار إلى حرفة دنيسة أو كان قادراً مالياً ثم أصبح فلا أثر لهذا في صحة العقد لأنه لو شرط بقاء الحال على ما كانت عليه وقت العقد لثال الناس من هنا حرج لأن دوام الحال من امثال .

وبعض الأئمة لا يعتبر الكفاءة مطلقاً لأن الناس سواء وقد قال عليه السلام :
« الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي إنما الفصل بالتقوى »
وقال : « يا بني هاشم لا يجيئني الناس بالأعمال وتحببوني بالأسنان إن أكرمكم عند الله أتقاكم » فكل مسلم كفء لأية امرأة مهما كان أصلها .

حقوق الزوجية

حقوق الزوجية على زوجها : تستحق الزوجة على زوجها حقوقاً مالية وهي المهر ، والنفقة ، وحقوقاً غير مالية وهي عدم الإضرار بها ، والعدل بينها وبين غيرها إن تعددت الزوجات ، وهذا تفصيل الأحكام لتلك الحقوق .

(١) المهر

سبب وجوبه ودليله : المهر هو العوض المثل الذي تستحقه الزوجة على زوجها بال عقد عليها ، أو الدخول بها ويسمى الصداق ، والفريضة ، والأجر ، والتعسر ، والسحلة .

ويؤخذ من هذا التعريف أن سبب وجوبه واستحقاقه واحد من أمرين إما مجرد العقد وهنا في الزواج الصحيح ، أو الدخول الحقيقي وهنا في الزواج الفاسد . فإذا فرق بين الزوجين زواجاً فاسداً أو افتراقاً من تلقاء أنفسهما أو مات أحدهما قبل الدخول الحقيقي فلا مهر للزوجة .

والدليل على وجوب المهر على الزوج قول الله تعالى في سورة النساء : ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً . وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ لِمَا تَرَضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ ﴾ .

والحكمة في أن الزوج تجب عليه لزوجه حقوق مالية كالنهر والنفقة وغير مالية كالعدل واجتناب الإضرار بها . وأما الزوجة فلا تجب عليها لزوجه حقوق مالية وجميع حقوقه عليها غير مالية . إن وظيفة الرجل في الحياة تمكنه من القيام

بالحقوق المالية كالمهر والنفقة لأنه يسمى للزوق وكسب المال الذي تقتضيه حاجات المعيشة ونفقات الأسرة .

وأما الزوجة فوظيفتها منولية وهي في شغل عن كسب المال بتدبير شؤون منزلها وإعداد وسائل الراحة فيه لأفراد أسرتها والقيام بما تتطلبه تربية أولادها وإذا كان هذا هو الشأن الغالب في المرأة فليس لها من الوسائل ما يمكنها من القيام بأعباء مالية للحياة الزوجية فلذا وجب للزوجة على زوجها حقوق مالية ولم يجب للزوج على زوجته أي حق مالي .

والنظام الذي تسير عليه بعض الأمم من إلزام الزوجة بالمهر موضع النقد من كثير من ناحيتهم لأنهم رأوه في بعض الأحيان وسيلة إلى زلل كثيرات من الفتيات الفقيرات فإن الواحدة منهن حريصة على أن تتزوج ولا سبيل إلى أن تتزوج إلا إذا جمعت مالا تمهيه للزوج فتأخذ في وسائل جمع هذا المال وكثيراً ما تهوى بها تلك الوسائل وإذا بنست من جمع المال فربما استعاضت عن الزواج بالتخاذل الأخدان وكلتا النتيجةين شر .

مقدار المهر : أقل المهر شرعاً عشرة دراهم فضة تزن سبعة مثاقيل وذلك لأن وزن الدراهم من الفضة كان في صدر الإسلام مختلفاً فمنها عشرة تزن عشرة مثاقيل ومنها عشرة تزن ستة مثاقيل ومنها عشرة تزن خمسة مثاقيل فاختار عمر بن الخطاب رضي الله عنه المتوسط بين هذه الأوزان وهو ما وزن العشرة منها سبعة مثاقيل وهي تساوي بالنقود المصرية خمسة وعشرين قرشاً صاعاً .

ولا حد لأكثره فلمتعاقدين أن يزيدا عن العشرة دراهم إلى ما شاءا .

أما الدليل على تحديد نهايته التصغيرى بعشرة دراهم فهو الحديث : « ولا مهر أقل من عشرة دراهم »^(١) ، وأما الدليل على أنه لا حد لأكثره فلا أنه لم يرد نص بتحديد نهايته الكبرى ولا تحديد إلا بنص ولما روى أن عمر رضي الله عنه

(١) روى البيهقي عن جابر أن النبي ﷺ قال : « ألا لا يزوج النساء إلا الأولاد ولا يزوجن إلا من لا يكفاه ولا مهر أقل من عشرة دراهم » .

قال في خطبة نه لا تغالروا في مهور النساء فقالت له امرأة ليس ذلك لك يا عمر إن الله تعالى يقول : ﴿ وَأَتِمُّوا حُرُومَاتِ اللَّهِ قِطْرًا ﴾ فقال عمر امرأة أصابت ورجل أخطأ .

ما يصح أن يكون مهراً : ولا يلزم أن يكون المهر دراهم مضروبة ولا أن يكون من الذهب أو الفضة بل يصح شرعاً أن يكون المهر من الذهب أو الفضة المضروبين وغير المضروبين ومن كل شيء معلوم له قيمة مالية من عقار أو مقول مكبل أو موزون أو حيوان . ومن منافع الأعيان التي يستحق في مقابلها أمثال كسكنى المنزل أو زراعة الأرض . فكل ما قيمته عشرة دراهم فضه فأكثر سواء أكان نقداً أم عيناً أم منفعة يصح شرعاً أن يسمى مهراً . والمعتبر أن تكون قيمته عشرة دراهم وقت العقد حتى لو كان المسمى قيمته عشرة وقت العقد ثم نقصت قيمته عنها عند التسليم ليس لها المطالبة بالنقص ولو كانت قيمته وقت العقد أقل فلها المسمى وما يكمل العشرة .

تعجيله وتأجيله : ولا يلزم أن يكون حالاً بل يصح أن يكون حالاً وأن يكون مؤجلاً كله أو بعضه إلى أي أجل يتفق عليه العاقدان أو إلى عدة أجال يدفع عند كل أجل قسط منه حسب عرف البلاد فيما يعجل وفيما يؤجل والمتعارف في القاهرة تعجيل الثلثي وتأجيل الثلث إلى أحد الأجلين الموت أو الطلاق - وفي بعض البلاد المصرية تعجل النصف وتأجيل النصف إلى أحد الأجلين . فإن اتفق العاقدان على المعجل والمؤجل عمل باتفاقهما وإن لم يتفقا عمل بما يقضي به عرفهما لأن المعروف عرفاً كأنشروط شرطاً .

من له الحق في المهر : المهر في ابتداء العقد يتعلق به حتمًا : حق الشرع ، وحق الزوجة وأولياتها . لأن الشرع جعل المهر حكماً وأثراً مترتباً حتماً على الزواج بحيث لا يكون إلا بمهر ولنا سماه الله فريضة في قوله : ﴿ فَأَتَوْهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ . ولا يكون مهر أقل من عشرة دراهم للحديث « ولا مهر أقل من عشرة دراهم » فوجوب مهر لا يقل عن عشرة دراهم هذا حق الشرع ولذا لا تملك الزوجة ولا أولياتها نفقاً وجوب المهر أصلاً ولا نقص مقداره عن

عشرة دراهم لأن المهر إلى عشرة حق الشرع والإنسان لا يملك إسقاط حق غيره .

وإبلاغ المهر إلى مقدار مهر المثل حق للزوجة وأوليائها ولذا لو زوجت المكلفة نفسها بأقل من مهر مثلها بغير رضا ونها العاصب كان لوليها طلب الفسخ لأنها برضاها أسقطت حقها هي ولكن بقى للولي حقه . ولو زوج الصغيرة الولي غير الأب بأقل من مهر مثلها لم يصح تزويجه مراعاة لحقها ، هذا في ابتداء عقد الزواج أما بعد أن يتم العقد وتقرر حقوقه فإن المهر يكون حقا خالصا للزوجة وحدها تتصرف فيه كما تتصرف في سائر أموالها فلو أبرأت زوجها منه كله أو بعضه بعد ما وجب له في ذمته بالعقد الصحيح أو بالدخول صح إبرازها ويرث ذمته منه . ولو قبضته ووجهه له صححت هبتها لأن هذا تصرف في خالص حقها ولذا قال الله تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم فيما تراضى به من بعد الفريضة ﴾ . ولا حق لزوجها ولا لغيره في الاعتراض على تصرفها في مالها الذي هو خالص حقها مادامت رشيدة لأن كل مالك رشيد رجلا أو امرأة متزوجة أو غير متزوجة يتصرف في ملكه كما يشاء .

المهر الذي يجب للزوجة

في بعض الأحوال يكون المهر الواجب للزوجة عشرة دراهم فقط .
وفي أحوال يكون المهر الواجب لها هو مهر مثلها .

وفي أحوال يكون المهر الواجب هو المسمى المتفق عليه في العقد بالتمام بلوغه .

وفي أحوال يكون المهر الواجب ما هو الأقل من المسمى ومن مهر مثلها .

(١) فإذا سمي في العقد مهر أقل من عشرة دراهم بأن سمي مثلاً عشرون قرشاً أو شيء قيمته وقت العقد عشرون قرشاً ففي هذه الحالة يكون المهر الواجب للزوجة عشرة دراهم فقط ، ٢٥ قرشاً ، أو الشيء المسمى وما يكمل العشرة وذلك لأن المهر إلى عشرة دراهم حق الشرع وما زاد إلى مهر المثل حق الزوجة وأولياتها فإذا رضيت بأقل من عشرة فقد أسقطت حقها وهذا تملكه وأسقطت حق الشرع وهذا لا تملكه فيكمل المهر إلى العشرة مراعاة لحق الشرع الذي لا يملك العاقدان تفويته كله أو بعضه^(١) .

ويراعى أنه إذا كان للزوجة ولي عاصب ولم يرض بهذا المهر عليه طلب الفسخ مادامت العشرة أقل من مهر المثل لأنها لا تملك إسقاط حقه .

(٢) وإذا لم يسم في العقد مهر أصلاً بأن صدرت الصيغة بدون تسمية مهر زوجيني نفسك - قيمته . أو كان الزواج على نفى المهر بأن صدرت الصيغة

(١) وغال برهنا في هذه الحالة مهر مثلها لأن نسبة مالا يصح مهرأ شرعاً كعدم التسمية وعند عدم التسمية الواجب مهر المثل .

هـ زوجيني نفسك على أن لا مهر لك - قيل هـ . أو سمي في العقد مهر لا تصح تسميته شرعاً كتسمية شيء مجهول أو شيء ليس له قيمة مالية ففي هذه الحالات الثلاث يكون المهر الواجب للزوجة هو مهر مثلها .

وذلك لأن المهر هو من أحكام الزواج وحقوقه المترتبة عليه وليس ركناً له ولا شرطاً من شروطه فالسكوت عن ذكره أو النص على نفيه لا أثر له في انعقاد الزواج ولا صحته فبصح العقد وترتب عليه وجوب مهر ولا عبرة بسكوت العاقدين عن ذكره أو نفيهما له لأن أثر العقد يترتب عليه ولا يتنفي بنفي العاقدين .

ولما كان الواجب الأصلي هو مهر المثل والمسمى يقوم مقامه فإذا لم يسمى مهرأ ، أو نقياه ، أو سميا ما لا تصح تسميته شرعاً ، يجب الموجب الأصلي وهو مهر المثل .

وتسمى من سكنت في العقد عن تسمية مهرها المفوضة لأنها بسكوتها عن تسمية مهرها كأنها رضيت بتفويض أمر تقديره إلى زوجها فلها بعد العقد وقبل الدخول بها أن تطالبه بفرض مهرها فإن تراضيا على مهر وجب وإن لم يتراضيا رضت أمرها إلى القضاء ليأمره بالفرض فإن لم يعمل فضى لها بمهر مثلها . وأما لو سكنت عن مطالبته بفرضه حتى دخل بها أو ملت أحدهما فالواجب لها مهر مثلها لأنه هو الموجب الأصلي للعقد في هذه الحالة وقد نفرد وجوبه وتؤكد بالدخول أو الموت^(١) .

(٣) وإذا سمي في العقد مهر تسمية صحيحة بأن سمي شيء معلوم له قيمة مالية في اعتقاد المتعاقدين يعادل عشرة دراهم فأكثر وكان العقد صحيحاً ففي هذه الحالة يكون المهر الواجب هو المسمى كأن يسمى نقوداً تعادل عشرة دراهم

(١) روى أصحاب السنن عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يعرض لها صداقاً ولم يدخل بها حتى ملت فلها مثل صداق نسائها لا وكس ولا شطط وما أدراك وعظما القيمة فقام رجل من بني الأسيدي فقال - نصي رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق مثل الذي نصبت فروح بها ابن مسعود .

فأكثر أو ختم ذهب كذلك أو عقاراً أو منقولاً معلوماً أو منفعة يستحق عليها الأجر .

أما إذا كانت التسمية غير صحيحة فانواجب مهر المثل كما قدمنا بأن كان المسمى لا قيمة له في دين المتعاقدين كالخمر والخنزير بالنسبة للزوج المسلم ولو كانت الزوجة مسيحية ، أو كانت له قيمة مالية ولكنه مجهول جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع بأن تزوجها على حلي ولم يبين جنسه ولا نوعه أو تزوجها على عشرة أرادب ولم يبين نوعها . فإن بين نوع المسمى كعشرة أرادب فصح كانت الجهالة بسيرة فتصح التسمية ويكون الواجب مقدار المسمى من النوع الوسط أو قيمته والخيار للزوج في ذلك . ولو تزوجها على مائة جنبه ودار أي على معلوم ومجهول فيها مهر مثلها لا ينقص عن مائة جنبه لأنه رضى بأدائها .

(٤) وإذا كانت التسمية صحيحة والعقد فاسد والزوج دخل بزوجه دخولا حقيقيا ففي هذه الحالة يكون المهر الواجب لها هو الأقل من المسمى ومهر مثلها فإن كان المسمى مائة ومهر مثلها مائتان فانواجب لها مائة لأنها رضيت بها . وإن كان المسمى مائة ومهر مثلها ثمانون فانواجب لها ثمانون لأن ما زاد عن مهر المثل إنما يجب بالعقد الصحيح ولا يصح العقد العاسد سببا لوجوبه .

ومهر المثل هو مهر امرأة من قوم أبي الزوجة كأختها وعمتها وبنات عمها تسلوبها وقت العقد سنا وجمالا ومالا وبلداً وعصراً وعقلاً وديناً وأدباً وخلقا وعلماً وبكارة أو ثبوتاً وعدمه ولأنه لم توجد واحدة من قوم أبيها تسلوبها في هذه الصفات ينظر إلى مهر زوجة أجنبية تسلوبها فيها .

وإذا اختلف الزوجان في مقدار مهر المثل ادعى الزوج أنه خمسون جنبها وادعت الزوجة أنه سبعون جنبها فإن أقام أحدهما بينة قضى له وإن لم توجد بينة فاليمين على من أنكر الزيادة وهو الزوج فإن حلف أن مهر مثلها كما ادعى قضى له وإن نكل قضى لها .

زيادة المهر والحظ منه : بعد تمام عقد الزواج وتسمية المهر فيه تسمية صحيحة يجوز للزوج إذا كان كامل الأهلية أن يزيد المهر الذي سماه في العقد بأن

يقومون بها : جعلت مهرك مائة وخمسين جنبها بدل مائة ، وهذه الزيادة نترمه وتعتبر ملحقة بالمهر وجزءاً مكتملاً له يشروط ثلاثة أن يكون معروفاً قدرها ، وأن تغلبها الزوجة أو ولها في المجلس ، وأن تكون الزوجية قائمة ، ويجوز للزوجة أيضاً في هذه الحالة إذا كانت كاملة الأهلية أن تحط عن زوجها كل مهرها أو بعضه إن كان من العقود . وإذا كان مهرها من الأعيان لا من النقود يجوز لها أن تبهه نه كله أو بعضه ، وعلته هنا واضحة لأن الزوج الكامل الأهلية له أن يتصرف في ماله كيف شاء ويزيد في مهر زوجته أية زيادة وكذلك الزوجة المكاملة الأهلية مهرها بعد العقد أصبح خالص حقها فنها أن تتصرف فيه بالإبراء أو الهبة كما نشاء .

قال فقهاؤنا ولأقنى الصغير أو جده أن يزيد في مهر زوجته بعد العقد من مال الصغير ويكون حكم هذه الزيادة كحكم زيادة الزوج كامل الأهلية وكذلك شروط لزومها ، ولكن ليس لأقنى الصغيرة أو جدها أن يحط عن زوجها شيئاً من مهرها بعد العقد وهذا التفريق موضع نظر وكان الظاهر أن يسوى بين الأمرين فيما أن لا يجوز للأب أو الجد زيادة في مهر الصغير ولا حط من مهر الصغيرة لأن هذا تبرع بمال المولى عليه وهو لا يملكه . أو يجوز له الأمران لأنه في انتهاء العقد يملك أن يزيد في مهر الصغير ويقص من مهر الصغيرة لمصلحة يراها تفوق المال فكذا بعده لأنه لو فور شفقتة لا يعمل إلا ما فيه المصلحة فالنسوية في الجواز أو المنع هو الظاهر وأما التفريق فلا يظهر له مبرر .

عنى يجب للزوجة مهرها بتامه

قدعنا أن المهر يجب بمجرد العقد في الزواج الصحيح ، وبالذخول الحقيقي في الزواج الفاسد .

فأما المهر الواجب بالذخول الحقيقي في الزواج الفاسد فهو واجب وجوبا مؤكداً مستقراً غير معرض لأن يسقط كله أو نصفه بأى عرقه سواء كان هذا الواجب هو مهر المثل عند عدم التسمية الصحيحة أو الأقل من المسمى ومهر المثل عند وجود تسمية صحيحة وذلك لأن الزوج بدخوله الحقيقي بالزوجة قد استوفى المتعة بها فتقرر عنيه مهرها فإذا افترقا من تلقاء نفسها أو فرق بينهما القضاء بعد الذخول الحقيقي فمهرها كاملاً حق لها عليه .

وكذلك المهر الواجب بالذخول الحقيقي بناء على شبهة كما إذا زفت امرأة لرجل وقيل له إنها زوجتك فدخل بها ثم تبين أنها ليست زوجته فإن المهر الواجب لهذه المرأة بسبب الذخول الحقيقي بها وهو مهر مثلها واجب لها بتامه وجوباً مؤكداً مستقراً لا يسقط كله أو نصفه بأى عرقه .

أما المهر الواجب بمجرد العقد في الزواج الصحيح فهو واجب وجوباً غير مستقر بل هو عرضة لأن يسقط كله أو نصفه .

وإنما يتأكد هذا الواجب بتامه إذا دخل الزوج زوجته حقيقة ، أو اختل بها خلوة صحيحة ، أو مات أحدهما ، وإذا وجد بعد العقد الصحيح واحد من هذه المؤكدات الثلاثة تأكد وجوب المهر لها بتامه وصار حقاً مستقراً للزوجة لا يسقط بأى عرقه من قبله أو من قبلها ، وذلك لأنه بالذخول الحقيقي قد استوفى حقه في المتعة فيتأكد للزوجة حقها في المهر كاملاً ، وبالخلوة الصحيحة قد مكنت

الزوجة زوجها من نفسها ولم يوجد ما يمنع أن يستوفى حقه ويستمتع بها فكونه مع ذلك لم يستوف حقه لا يمنع من تقرر حنفها في مهرها كاملاً لأنها أسلمت نفسها وأنت ما وسعها وهو الذي اقتصر على الاستمتاع بالخلوة بها وقد قال الله تعالى : ﴿لَمَّا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَلَأَنْتُمْ أَجُوزُهُنَّ أَجُوزَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ ، وبموت أحد الزوجين انتفى احتمال طرود فرقة من قبل الزوج تصف المهر أو فرقة من قبها تسقطه فتقرر الواجب بالعقد بتمامه فإذا كان الذي مات هو الزوج أخذت الزوجة مهرها أو ما بقى فإما من تركته قبل قسمتها بين ورثته لأنه دين يبدأ بسداده . وإذا كانت التي ماتت هي الزوجة أخذ ورثتها مهرها أو ما بقى منه من زوجها بعد خصم ما يخصه منه لأنه من ورثتها يستحق نصف تركتها أو ربعها .

والمراد بالخلوة الصحيحة أن يجتمع الزوجان منفردين في مكان آمن من اطلاع غيرهما عليهما بدون إذتهما وليس بأحدهما أى مانع حسي أو شرعى أو طبيعى يمنع من الجماع فإذا لم تتوفر هذه الشروط بان اختلها في مكان لا يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما أو اختلها وبهما أو بأحدهما مانع من الجماع شرعى كحيض أو صوم فرض ، أو طبيعى كوجود ثالث مميز ، أو حسي كصغر ومرض لا يستطاع معه الجماع فالخلوة فاسدة لا يتأكد بها وجوب المهر بتمامه .

وكما أن الخلوة الصحيحة في الزواج الصحيح تشارك الدخول الحقيقى في تأكيد وجوب المهر بتمامه ؛ فهي تشاركه أيضا في إيجاب العدة عليها بعد الفرقة وفي الآثار المترتبة على العدة من وجوب النفقة ، وحرمة الجمع بينها وبين محرمها ، وحرمة زواج أربع سواها مادامت في العدة ، وفي ثبوت النسب . ويتخلفان في الإحصان . فالدخول الحقيقى يحصن الرجل حتى إذا زنى بعده رجم والخلوة الصحيحة لا تحصنه حتى إذا زنى بعدها جند .

وفي حرمة البنات ، فالدخول الحقيقى بالأُم يحرم بنتها على الزوج الذى دخل بها وأما مجرد خلوته الصحيحة بها فلا يحرم عليه بنتها .

وفي حل المرأة نطقها ثلاثاً . فإذا تروجت المطلقة ثلاثاً بأخر واختل بها فقط حلوة صحيحة لا تحل لمطلقها الأول حتى يدخل بها الثانى دخولاً حقيقياً .

وفي الرجعة . فانطلاق بعد الدخول الحقيقي رجعي وبعد الخلوة الصحيحة دائم وكذلك الدخول الحقيقي بالمطلقة رجعياً يعتبر مراجعة ولكن الخلوة الصحيحة بها لا تعتبر مراجعة .

وفي الميراث . فلو طلقت بعد الدخول الحقيقي ثم مات وهي في العدة نزلت لأن طلاقها رجعي ولكن لو طلقت بعد الخلوة الصحيحة ثم ماتت وهي في العدة لا نزلت لأنها بائنة منه .

والخلوات الفاسدة والصحيحة في الزواج الصحيح تشتركان في إيجاب العدة بعد الفرقة احتياطاً في المحافظة على الأسباب وعدم اختلاطها .

ففي الزواج الصحيح الخلوة الصحيحة تشارك الدخول الحقيقي في بعض الأحكام وتخالعه في بعضها - وتشارك الخلوة الفاسدة فيه كذلك في إيجاب العدة .

وأما في الزواج الفاسد فالخلوة مطلقاً سواء أكانت صحيحة أو فاسدة لا توجب المهر بتمامه ، لأن الشأن أن فساد الزواج يكون مانعاً لتمام الجماع فلا تعتبر الخلوة تمكيناً من الاستمتاع ولا مظنة له .

حتى يجب للزوجة نصف المهر

إذا سمى في عقد الزواج الصحيح مهر تسمية صحيحة ثم انحلت عقدة الزوجية قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة بسبب من قبيل الزوج وجب للزوجة نصف مهرها فقط سواء كان سبب الفرقة الذي من قبله تظليماً أو فسحاً بغير اختياره نفسه عند البلوغ - والدليل على هذا قوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً مَخْصُوفَةً فَمَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يُعْطُوهُنَّ أَوْ يُعْفُوا الَّذِي يَدُهُ عَقْدَةُ النَّكَاحِ ﴾ .

دللت هذه الآية على أن الزوجة التي طلقها زوجها قبل أن يمسه أي قبل أن يدخل بها حقيقة أو حكماً وكان قد فرض لها مهراً فالواجب المستحق لها عليه نصف ما فرض لها . فإن كانت لم تقبض مهرها فلها مطالبة زوجها بعد الطلاق

ينصفه إلا أن تعفو وتتنازل عن مطالبته . وإن كانت قبضته فلزوجها الذي بيده عقدة النكاح مطالبها بعد الطلاق بأن ترد إليه نصفه إلا أن يعفو ويتنازل عن مطالبها برده .

ومثل المطلقة في هذا الحكم كل من فارغها زوجها قبل الدخول بها بسبب من قبله كما إذا ارتد عن الإسلام زوج المسلمة أو أتى الزوج غير المسلم أن يسلم بعد أن أسلمت زوجته . أما فسخه بخيار البلوغ فهو فسخ للعقد من أصله فلا يجب عليه شيء مادام لم يدخل بمن عقد عليها . لا حقيقة ولا حكما لأن العقد إذا انفسخ يحصل كأن لم يكن .

والحكمة في إيجاب نصف المهر في هذه الحال أن لها وجهين من النظر مختلفين فلو نظرنا من وجهة أن الزوج بالفرقة قبل الدخول حقيقة أو حكما لم يستمتع بزوجه أي نوع من الاستمتاع ولم تقم له بواجب من واجبات الزوجية وحالها بعد الفرقة على ما كانت عليه قبل العقد ينتج أن الزوج لا يجب عليه شيء من المهر أصلا . ولو نظرنا من وجهة أن الزوجة بالعقد منكت زوجها حتى المنعة بها ولم تمنعه أن يستوفي حقه وهو الذي قوت ملكه مختاراً بهذه الفرقة الآية من قبله ينتج أن عليه المهر كنه . فالشارع الحكيم وفق بين الوجهين وراعى الجانبين وأوجب على الزوج في هذه الحال نصف المهر المنسحق كعويض لها عما لحقها من الضرر بفرقة ليست من قبلها .

والمتبادر من قوله سبحانه وتعالى : ﴿ فَنَصِفْ مَا قَرَضْتُمْ ﴾ أن الذي يصف بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكما هو المهر الذي فرض حين العقد فرضا صحيحا لأن هنا هو الذي يفهم من إطلاق « ما قرضتم » (١) .

فإذا لم يكن فرض حين العقد مهر فرضا صحيحا بأن سكت عن تسمية المهر أصلا . أو نفى . أو سمى تسمية غير صحيحة ففي هذه الأحوال الثلاثة التي

(١) وهو مما أقل من عشرة دراهم ثم تلفها قبل الدخول وجبت لها بحصة دراهم لأنها لما لم تعتبر نسبة الأقل من العشرة جعل كأنه سمى العشرة بالفرقة قبل الدخول يجب عليه نصفها وهو خمسة .

يكون الواجب فيها مهر المثل لو فارق الزوج زوجته قبل الدخول بها حقيقة أو حكماً بسبب من قبله لا يجب لها نصف المهر لأن الذي ينصف هو ما فرض في العقد فرضاً صحيحاً بل الواجب لها في هذه الأحوال النصف كما سيحییء .

وكذلك الزيادة التي تزداد على المهر بعد العقد سواء رادها الزوج إن كان كامل الأهلية أو أبوه أو جده إن كان فاقدها أو ناقصها لا يجب للزوجة نصفها بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكماً بل تسقط عن الزوج لأن الذي ينصف هو ما فرض في العقد وهذه زیدت بعده .

وكذلك المهر الذي يفرض للمفوضة بعد العقد بتراضي الزوجين لا ينصف بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكماً لأنه فرض بعد العقد .

وهذا هو الجاري عليه العمل وهو مذهب الطرفين ومذهب أبي يوسف الأعمش . وكان رأيه أولاً أن الزيادة التي تزداد على المهر بعد العقد متى استوفت شروط لزومها واعتبرت مكسبة للمهر تنصف بالطلاق قبل الدخول كما ينصف أصل المهر . وكذلك ما فرض للمفوضة بعد العقد لأنه صار فرضها وكأنه فرض حين العقد . ولكن القول المفتى به يستند إلى إطلاق قوله تعالى : ﴿ فَنَصِّفْ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ ولا يتسارع إلى الذهن عند الإطلاق إلا المرض حين العقد فرضاً صحيحاً .

وإذا كان المهر لم يقبضه الزوجة ولا يزال في ذمة الزوج أو تحت يده فبمجرد وقوع الفرقة من قبله قبل الدخول حقيقة أو حكماً يصير نصفه ملكاً له يتصرف فيه كيف يشاء بحيث لو كان المهر عشرة أقدنة وطلقها قبل الدخول بها وقبل أن يسلمها لها فبمجرد الطلاق يكون له الحق أن يتصرف في خمسة منها بالبيع والهبة وسائر تصرفات المالك في ملكه بدون توقف على قضاء له بها . وأما إذا كان المهر قد قبضته الزوجة فلا يصير نصفه ملكاً للزوج بمجرد الطلاق قبل الدخول وإنما يصير ملكاً له إذا رده إليه بالتراضي أو قضى له به القاضي بحيث لو تصرف فيه قبل القضاء له به أو قبل رده إليه بالرضاء لا ينفذ تصرفه شأن تصرف الإنسان فيما لا يملكه .

والفرق بين الخالين أن المهر المستحق للزوجة بالعقد إذا قبضته تفوى ملكها فيه فلا يزول ملكها عن نصفه ويعود إلى ملك مطلقها بمجرد وقوع الفرقة بل لا بد من أن ترده إليه برضاها أو يقضى له به القضاء .. وأما إذا لم تقبضه فملكها فيه لم يفو قبسجرد الفرقة يزول ملكها عن نصفه ويعود إلى ملك مطلقها .

وإذا نما المهر وهو في يد الزوج بأن كان عروضاً فرسحت في تجارة . أو كان بقرات عجافاً فسنت أو ولدت فبالفرقة قبل الدخول حقيفة أو حكماً يكون هنا الغناء لها لأنه غناء ملكهما المشترك إلا إذا كانت الزيادة التي زيدت فيه ليست غناء له ولا متولدة منه كالبناء فهو لمن زاده . وكذلك الحكم إذا نما وهو في يد الزوجة وقد قضى بعد الفرقة بنصفه لمطلقها .

وأما إذا كان غناؤه وهو في يد الزوجة ولم يقض له بنصفه فالغناء كله لها لأنه غناء ملكها خاصة مادام لم يصدر حكم بنصفه للزوج وإذا كانت زيادة غير متولدة كالبناء فهي لها أيضاً إذ الظاهر أنها هي التي زادتها وهو في يدها .

حتى تجب للزوجة المتعة

في الحالات الثلاثة التي يجب فيها مهر المثل وهي ما إذا لم يسم في عقد الزواج الصحيح مهر ، أو نفى ، أو سمي تسمية غير صحيحة إذا طلق الزوج زوجته أو غارفها بأي سبب من قبله قبل الدخول حقيقة أو حكما وجبت لها المتعة . وكذلك إذا تراضى مع المفوضة على فرض مهر لها بعد العقد ثم طلقها أو غارفها بأي سبب من قبله قبل الدخول حقيقة أو حكما وجبت لها المتعة .

والدليل على هذا قوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ﴾ أي لا تبعة عليكم من إيجاب مهر أو نصفه إن طلقتم النساء قبل أن تمسوهن ولم تفرضوا لهن فريضة ومتعهن . والحكمة في إيجابها أن الزوجة تستحق تعويضا عما خفقها من الضرر بهذه العرقلة التي ليست من قبلها وليس في العقد مهر مفروض حتى يفرض لها نصفه فأوجب الشارع لها المتعة تعويضا لها كما عوضت من فرض لها بنصف المفروض .

والمراد بالمتعة ما تمتع به الزوجة وتعطاه تعويضا لها عن إباحتها بهذه العرقلة من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أو أي عوض وقول الفقهاء المتعة الثياب التي تكسى بها المرأة عند الخروج حسب عرف بلدها مراد به ما إذا كانت المتعة بكسوة وليس معناه أن المتعة لا تكون إلا بهذا .

ويراعى في تقدير المتعة حال الزوج انائية يسارا وإعسارا وتوسطا فتجب متعة الموسر أو المعسر بقوله تعالى : ﴿ ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ﴾ . وقيل يراعى في تقديرها حال الزوجة فقط لأنها قائمة مقام نصف مهر مثلها . ومهر مثلها يراعى فيه حالها فكذلك ما قام مقامه . وقيل يراعى في تقديرها حالها معا حتى لا يسوى بين الرفيعة والوضيعة ولا يرهق الفقير إذا

كانت مطلقة غنية . والقول الأول هو الأرجح لأنه صريح قول الله تعالى : ﴿ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ﴾ .

وعلى كل حال يشترط أن لا تزيد المتعة على مقدار نصف مهر المثل لأنها قائمة مقامه ولا تنقص عن خمسة دراهم لأنه أقل نصف المهر شرعاً ..

متى يسقط المهر ولا يجب للزوجة منه شيء

إذا حصلت الفرفة بين الزوجين قبل الدخول حفيقة أو حكماً وكان سبب الفرفة آتياً من قبلها سقط مهرها ولا حق لها في شيء منه فإن كانت لم تقبضه فليس لها مطالبة الزوج به وإن كانت قبضته فعليها رده وذلك كما إذا اختارت نفسها عند البلوغ في الحال التي لها فيها خيار الفسخ أو ارتدت عن الإسلام . فلا تستحق شيئاً من مهرها لأنها هي التي فوتت على الزوج حقه وحالت بينه وبين المتعة . ولأنها بإقدامها على سبب الفرفة مع علمها بأنه لم يوجد ما يؤكد لها مهرها تعتبر كأنها متنازلة عنه وباختيارها الفسخ بالبلوغ نقضت العقد من أصله فلا يستحق لها شيء .

اقتران المهر بشرط

إذا سمي المهر مطلقاً غير مقترن بشرط لأحد الزوجين أو محارمهما كان الواجب هو المسمى على ما بيننا .

أما إذا سمي المهر وقرن به شرط فهنا له أحوال ثلاثة :

الأولى : أن يسمى الزوج تزوجته مهراً أقل من مهر مثلها وبشروط لها على نفسه في نظر ذلك شرطاً فيه سفعة مباحة شرعاً . مقصودة هنا . يتوقف تحققها على فعله . سواء كانت المنفعة لشخصها أو لقريبها اعلم كأن يكون مهر مثلها مائة ويسمى لها ثمانين على أن لا يتزوج عليها أو لا يتنقها من بلدها أو أن يطلق ضربها .

ففي هذه الحالة يعتبر المهر الذي رضيت به الزوجة بمجموع الأمرين القدر المسمى والمنفعة المشروطة فإذا وفي الزوج بالشرط قلها المسمى الذي تراضيا به وإن لم يوف بالشرط تستحق مهر مثلها لا المسمى لأن هذا المسمى لم ترض به مع نقصه عن مهر مثلها إلا مع تحقيق المنفعة المشروطة لها فإذا فانت المنفعة فانت رضاها بالمسمى فيجب الموجب الأصلي لكل زواج لم يراض فيه على تسمية وهو

مهر المثل لأن المنفعة كانت عوضاً لها عن الفرق بين المسمى ومهر مثلها .
 وهذا إذا كان المسمى لا ينقص عن مهر مثلها فلا أثر للإخلال بهذا
 الشرط . كما لا يكون أثر للإخلال به إذا كان المشروط مضرراً لا منفعة . كأن
 يتزوج عليها . أو منفعة غير مباحة شرعاً كأن يسلمها محرماً . أو منفعة لأجنبي
 منها . ففى هذه الحالات يكون الواجب هو المسمى فالمراد أن تكون المنفعة
 المشروطة مباحة مقصودة يستحق بفواتها العوض وهو الفرق بين المسمى ومهر
 المثل .

الثانية : أن يسمى الزوج لزوجته مهراً أكثر من مهر مثلها ويشترط لنفسه عليها
 في نظر ذلك شرطاً فيه منفعة له كأن يكون مهر مثلها مائة ويسمى لها مائة
 ومهسين على أن تكون عنراء أو سليمة من الأمراض أو يضاء ففى هذه الحالة إذا
 تحقق المشروط للزوج فعليه المسمى وإن لم يتحقق فليس عليه إلا مهر مثلها لأنه إنما
 رضى بالزيادة على مهر مثلها في صابغة هذا الوصف الذى يرغب فيه فإذا فات
 ما يرغب فيه فات رضاه بما زاد عن مهر المثل فلا يجب عليه إلا مهر المثل .

هنا إذا كان في عبارة العاقدين ما يفيد أنهما تراضيا على جعل المنفعة
 المشروطة لها في مقابل النقص عن مهر مثلها في الحالة الأولى وجعل الوصف
 المرغوب فيه منه في مقابل الزيادة على مهر مثلها في الحال الثانية . وأما إذا شرط
 أحد الزوجين في العقد شرطاً فيه منفعة له ولم يجعل هذه المنفعة في مقابل نقص عن
 مهر المثل أو زيادة عليه بل كان اشتراطها للرضا بالزواج نفسه لا بمقدار المهر
 المسمى فيه فمذهب الحنفية أنه لا أثر لهذا الاشتراط ولا يترتب على الإخلال به
 شيء . لأن الزواج في مذهبهم لا يدخله خيار شرط ولا روية ولا عيب .

ومذهب الإمام أحمد بن حنبل أنه إذا شرط أحد الزوجين شرطاً فيه نفع
 مقصود له وفات الشرط فللمشروط له خيار الفسخ لأنه ما رضى بالزوجة إلا على
 هذا الشرط ولا يسقط حقه في الفسخ إلا إذا أسقطه أو رضى بمخالفة الشرط .
 ودليله أن الرضا بالزواج إنما تم على هذا الشرط فإذا فات الشرط فبات الرضا
 فيبت الخيار ولأن الحديث النصحيح صريح في أن أحق الشروط أن يوفى بها
 ما استحدثت به المنفعة بالزوجات .

الثالثة : أن يسمى الزوج لزوجته مهراً على شرط ومهراً آخر على شرط
آخر كأن يتزوجها على مائة إن كانت سليمة من الأمراض وعلى خمسين إن كانت
غير سليمة .

فعلى قول الصحاحين التسميتان صحيحتان فإن كانت سليمة فلها المائة وإن
كانت غير سليمة فلها الخمسون ووجه هذا ظاهر لأنهما تم تراضيهما عليه .

وعلى قول زفر التسميتان غير صحيحتين لأن المسمى مردد بين شيئين
والترديد مورث للجهالة وتسمية المجهول غير صحيحة فالواجب لها مهر مثلها
لا يزيد عن مائة لأنها رصيبت بها ولا ينقص عن خمسين لأنه رضى بها .

وعلى قول أبي حنيفة المسمى الأول على التقدير الأول صحيح فإن تحقق ،
أول الشرطين وجب المسمى له . وأما الثاني فغير صحيح لأنه ورد بعد الأول
الذى صح فلم يصادف محلاً فإن تحقق الشرط الثالث بأن عين أنها غير سليمة في
المثال المذكور فالواجب لها مهر المثل لا يزيد عن مائة والراجع قول
الصحاحين (١) .

قبض المهر وتصرف الزوجة فيه : قدما أن المهر بعد العقد يصير حقاً
خالصاً للزوجة فإن كانت كاملة الأهلية فهي التي تقبضه بنفسها أو بمن توكله عنها
في قبض مهرها سواء أكانت بكرًا أو ثيبًا ويرانخي أن توكيل الثيب لأبها أو جدها
في قبض مهرها لا بد أن يكون بتصريحها . وأما البكر فيكون توكيلها بتصريحها
ويسكتها نعم نبيه أن يقبض لأن العادة حارية بأن ولي البكر هو الذي يقبض
مهرها ويتولى تجهيزها فيكون سكوتها رضا بقبضه جريا على العرف . وأما الثيب
فالمشاعرف أنها تباشر شؤونها بنفسها فلا بد من إذنها له بالقبض بصريح القول أو
الفعل .

(١) قال في المهر لو تزوجها على ألف إن كانت فحصة وعن أبي حنيفة إن كانت حصة صح الشرط
لأنه في بين الإمام وسننه ورواه عبد الإمام أن أجهالة مهرها فاحصة لأنها وقت الشرط هو حصة واحدة
من الحمل لم يصح وجهل الزوج بصفته لا يوجد مهر (وفي هذا نظر)

وإن كانت غير كاملة الأهلية فأنذى يقبض مهرها هو ولي ماها .

والولي المالى هو واحد من ستة على هذا الترتيب : الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضى ووصيه ، وكل من الأب والجد له الولاية على نفس الصغيرة ومالها فله تزويجها وله قبض مهرها - ومن عدا الأب والجد من الأقارب له الولاية على نفس الصغيرة فقط فله تزويجها وليس له قبض مهرها إلا إذا كان مقاماً وصياً عليها - والوصى له الولاية على مال الصغيرة فقط فله قبض مهرها وليس له تزويجها إلا إذا كان قريباً لها ولا يوجد أقرب منه ، فمن له الولاية على النفس والمال معاً يملك التزويج وقبض المهر . ومن له الولاية على أحدهما فقط لا يتعداه إلى الآخر .

فإذا قبض مهر الصغيرة واحد من لهم الولاية على ماها فقبضه معتبر وثمراً به ذمة الزوج وليس للصغيرة بعد بلوغها أن تطالب زوجها بشيء منه وشأنها مع ولها ، وإذا قبضه واحد من ليست ضم الولاية على مالها فقبضه غير معتبر ولا ثمراً به ذمة الزوج فللزوجة بعد بلوغها أن تطالب زوجها به وهو يرجع على من أقبضه إياه . كما إذا قبض مهر الكبيرة أحد الولاة الماليين بدون توكيل منها .

وعما أن المهر يصير بعد العقد خالص حتى الزوجة فلها أن تنصرف فيه بكل التصرفات الجائزة لها شرعاً شأن كل مالك في ملكه فلها أن تشتري به وتبيعه وتبته لأجنبي أو تزوجها ، وليس لأحد أن يغيرها على قوات شيء منه لزوجها أو لغيره ولو كان أباًها أو أمها . وإذا ماتت قبل أن تستوفيه كان تركتها لها يستوفيه ورثتها مع مراعاة أن زوجها من ضمن ورثتها كما تقدم .

وإذا كان المهر من الأعيان التي تحين بالعين كعشرة فدادين محبوبة وورثتها الزوجة لزوجها أو وهبت له نصفها ثم طلقها قبل الدخول بها حقيقة أو حكماً فسواء كانت هبتها له بعد القبض أو قبله ليس له مطالبتها بشيء لأنه بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكماً يستحق خمسة فدادين من هذه العشرة وقد عادله عين ما يستحقه وإن كان عوده من طريق الهبة .

وكذلك إذا كان المهر مما لا يتعين بالتعيين كإائة جنيه أو عشرة أرادب قمح
هدى أو عشرة فاطم قطن أشعوى وقبل أن تقبضه وهبته له أو وهبت له نصفه ثم
طلقها قبل الدخول حقيقة أو حكماً فليس له مطالبتها بشيء لأنه بالطلاق قبل
الدخول وقبل تسليمها المهر يستحق براءة ذمته من نصف المهر وقد يرث ذمته
منه فقد استوفى حقه ، وأما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين كإائة جنيه وقبضته ثم
هبته له فطلبها قبل الدخول فإنه يطالبها برد نصف المهر إليه لأن المائة التي أخذها
بالهبة ليست هي التي أعطها لها مهرأ فكأنها وهبتة أى مائة .

فالأصل أنه إذا عاد للزوج بالهبة من زوجته عين ما يستحقه بالطلاق قبل
الدخول لا يطالب الزوجة بشيء . ولا عمرة بكونه عاد إليه من طريق الهبة وهو
استحقه من طريق الطلاق قبل الدخول لأن اختلاف الطريق لا يضر ملاك عين
الحق قد وصل .

فلو كانت إعادته إليه لا بطريق الهبة بأن باعته له فهنا لا يؤثر في استحقاقه
نصف المهر على أى حال لأن الذى يسقط حقه في مطالبتها هو عود عين حقه إليه
بغير عوض .

ضمان المهر : بما أن المهر يكون بالعقد الصحيح ديناً للزوجة في ذمة
زوجها فلها أن تستوفى لاستيفاء دينها بأخذ رهن منه تكون أحق به حتى تستوفى
مهرها . أو بأخذ كفيل يضمن لها مهرها ولا فرق بين أن يكون الزوج صغيراً أو
كبيراً وبين أن يكون الكفيل أجنبياً أو ولى أحد الزوجين .

ولهذا جعل في وثيقة الزواج الرسمية سطر خاص بالكفالة ليلتزم فيه ما إذا
كفل أحد الزوج في المهر والنفقة أو في أحدهما أو لم يتعرض لها .

وبما أن الكفالة عقد فهي كسائر العقود تتم بالإيجاب والقبول فإذا كفل
الزوج أبوه في مهر زوجته فلا بد لصحة الكفالة ونفاذها من أن تقبضها الزوجة في
مجلس إيجابها أو يقبلها عنها ولها إن كانت صغيرة ليست أهلاً للقبول . وإذا كفل
أبو الزوجة الصغيرة مهرها لها قامت عبارته مقام إيجابه وقبولها لها من الولاية
عليها .

وبما أن الكفالة من التبرعات لأنها التزام الكفيل بأن يطالب مع الأصيل
بدين على الأصيل لا عليه . والتبرعات في حالة صحة المتبرع نافذة أياً كان
الشخص المتبرع له ومهما بلغ مقدار التبرع به . وفي حال مرض الموت حكمها
حكم الوصية فإن كان المتبرع له وارثاً توقف نفاذ التبرع على إجازة سائر الورثة .
وإن كان غير وارث نفذ التبرع فيما يعادل ثلث تركة المتبرع وتوقف فيما زاد على
إجازة سائر الورثة .

بناء على هذا إذا كفل الزوج أبوه في مهر زوجته فهو متبرع لابنه بالكفالة
بهذا المهر . وإذا كفل أبو الزوجة مهرها لها فهو متبرع لسته بها . فإذا كان الكفيل
مهما في حال صحته فكفالاته صحيحة نافذة غير متوقفة على إجازة أحد . وإذا
كان في مرض موته فكفالاته في حكم الوصية والمتبرع له وارث وهو ابنه المكفول
عنه في الصورة الأولى وبنته المكفول لها في الصورة الثانية وهذا يتوقف نفاذ
الكفالة في الصورتين على إجازة سائر الورثة مهما كانت قيمة المهر المكفول .

وأما إذا كان الكفيل أجنبياً من المكفول له أو المكفول عنه إن كان في حال
صحته فكفالاته نافذة وإن كان في مرض موته فكفالاته نافذة فيما لا يتجاوز ثلث
تركته وتوقف على إجازة ورثته فيما زاد عنه .

ومتى تمت الكفالة كان للزوجة أن تطالب بمهرها الزوج أو الكفيل فإذا
أدى الأصيل وهو الزوج فقد برئت ذمته وإذا أدى الكفيل رجع بما أداه على
الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره وإذنه . وإلا فلا رجوع له على الأصيل .

وإذا كان الكفيل أباً الزوج والزوج كبير فهو على هذا الأصل العام إن
ضمه بإذنه رجع عليه بما أداه وإلا فلا رجوع . أما إذا كفل الأب ابنه الصغير
الفقير فليس له الرجوع عليه بالمهر الذي أداه عنه إلا إذا أشهد عند أدائه أنه أداه
لرجوع به عليه وذلك لأن العادة جارئة بأن الآباء يتفقون مهور أبنائهم الفقراء
فهى فريضة على أن الأب متبرع بما ضمن فإذا أراد خلاف المعتاد فلا بد أن يشهد
على ذلك .

وإذا لم يكفل الأب ابنه الصغير في مهره فليس لنزوجة مطالبة الأب به لأنه ليس مديناً ولا كفياً . تكن إذا كان الصغير عنياً فللزوجة مطالبة أبيه بأن يدفع لها مهرها من مال الصغير المشمول بولاية ولو لم يضمن .

ولو مات أبو الصغير الفقير قبل أن يدفع المهر الذي ضمنه لزوجته فللزوجة أخذه من تركته ولباق الورثة الرجوع به في نصيب الصغير من موات أبيه .

هلاك المهر . واستهلاكه . واستحقاقه : إذا قبضت الزوجة مهرها وهلك في يدها فهو ملكها وهلاكه عنها لا ترجع على الزوج بشيء وكذلك إذا استهلكته هي أو استهلكه غيرها كان ضمانه على من استهلكه .

وأما إذا هلك في يد الزوج قبل أن يقبضه منه فهو ضمان من مثله أو قيمته سواء هلك من نفسه أو بفعل الزوج إلا إذا كان هلاكه بعلم من الزوجة فإنها باستهلاكه تعتبر مستوفية له . وإذا كان هلاكه بفعل أجنبي فضمانه على من استهلكه . والزوجة بالخيار إن شاءت ضمنت هذا المستهلك وإن شاءت ضمنت زوجها وهو يرجع على المستهلك بما أدها .

وأما إذا استحق المهر بأن تبين أن المنزل المسمى مهراً ليس ملكاً للزوج بل هو ملك غيره فسواء أكان ثبوت استحقاقه قبل القبض أم بعده فالزوج ضامن لثمنه أو قيمته .

وإذا استحق بعضه كذلك أو نصفه وكان المهر من المثليات أخذت الزوجة الباقي ورجعت على الزوج بمثل المستحق وإن كان من القيميات كمنزل مثلا خبرت الزوجة بين أن تأخذ الباقي وقيمة المستحق من الزوج وتصير شريكة مع المستحق وبين أن تأخذ قيمة المسمى كله وتترك للزوج الباقي منه ليكون هو شريك المستحق . لأنها لا تجبر على شركة في مهرها قد لا ترضاها .

قضايا المهر : قضايا المهر والمنازعات بشأنه بين الزوجين أو ورثتهما ليست محصورة في مسائل معينة فقد يكون النزاع في أن المهر المستحق بالطلاق كل المسمى أو نصفه . وقد يكون النزاع في مقدار مهر المثل ما هو . وقد يكون

النزاع في أن صيغة الكفالة المدونة بالعقد تناول المهر أولاً . إلى غير ذلك من صور المنازعات . ولكن فقهاء الحنيفة اقتصروا في هذا البحث على ذكر قضايا أربع .

الأولى : إذا ادعت الزوجة بعد الدخول بها حقيقتاً أن مهرها جميعه باق في ذمة زوجها وأنها لم تقض شيئاً من مقدم صداقها والزواج ينكر ذلك فلا تسمع هذه الدعوى لأنها دعوى يكذبها الطاهر إذ الغالب أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا بعد قبض مقدم صداقها أو شيء منه .

فإن ادعت أنه باق لها بدمته بعض المقدم لا كله تسمع دعواها . وإن دفعها الزوج بأنه أوفاهها جميع المقدم فعليه إثبات ما دفع به - والمرجع في أن الظاهر يكذب دعواها أو لا يكذبها إلى العرف .

الثانية : إذا ادعى أحد الزوجين أنه سمى في العقد مهر تسمية صحيحة وأنكر الآخر حصول تسمية فالبينة على من ادعى التسمية واليمين على من أنكرها فإن أقام المدعى البينة قضى بالمسمى الذي ادعاه وإن عجز عن إقامة البينة وطلب تخليف المنكر وجهت إليه اليمين . فإن نكل عن الخلف حكم عليه بسبب نكوله لأنه بمثابة اعتراف منه بدعوى المدعى . وإن حلف أنه لم تحصل تسمية حكم برفض دعوى المدعى ويكون حينئذ الواجب مهر المثل لأنه هو الموجب الأصل لكل زواج لم يثبت حصول تسمية للمهر فيه على أن لا ينقص مهر المثل الواجب عما ادعاه الزوج إن كان هو مدعى التسمية ولا يزيد على ما ادعته الزوجة إن كانت هي مدعية التسمية لأن ادعاء واحد منهما مسمى معيناً بعد رضا منه به فالزوج راض بأن يزيد مهر المثل إلى ما ادعاه والزوجة راضية بأن ينقص إلى ما ادعته . وظاهر أنه إنما يكون الواجب مهر المثل إذا كان هذا النزاع في حالة تسحق فيها الزوجة انهر بتامه بأن كانت الزوجية الصحيحة قائمة أو حصلت فرقة ولكن بعد وجود ما يؤكد وجوب المهر بتامه من دخول حقيقي أو حكومي . أو موت أحد الزوجين .

وأما إذا كان النزاع بعد الفقرة وهبل وجود واحد من مؤكدات وجوب المهر بتمامه فإنه إذا حلف المنكر ترفض الدعوى ويكون الواجب المتعة لأنها هي التي تقوم مقام نصف مهر المثل على أن لا تنقص عن نصف ما سمى الزوج إن كان هو المدعى ولا تزيد على نصف ما سمته الزوجة إن كانت هي المدعية .

هذا إذا كان النزاع في أصل النسبة بين الزوجين أنفسهما ومثله ما إذا كان النزاع بين أحدهما وورثة الآخر أو بين ورثتهما . وهذا قول الصحاحين وبه يفتى .
وخالفهما الإمام فيما إذا كان النزاع بين ورثتهما وطال العهد بتوت الزوجين وموت أقرانها فقال : إنه في هذه الحال لا يمكن معرفة مهر المثل حتى نوجبه وعلى قوله هنا إذا حلف المنكر ترفض دعوى المدعى ولا يقضى بشيء لا بالمسمى لعدم ثبوته ولا بمهر المثل لعدم معرفته فإن لم يتقدم عهد موتها وأمكن معرفة مهر المثل فالإمام وصاحبه متفقون على وجوبه بعد الحلف .

الثالثة : إذا احتلف الزوجان في قدر المسمى بأن ادعت الزوجة أن المهر المسمى مائة جنيه وادعى الزوج أنه ثمانون فقال أبو يوسف أن الزوجة تدعى الزيادة والزوج ينكرها فإن أقامت البينة على ما ادعت قضى لها به وإن عجزت عن البينة وظنبت تخفيف الزوج وجهت إليه الجحيم فإن نكل قضى بما ادعته وإن حلف قضى بالقدر الذي ذكره هو إلا أن يكون قدراً أقل من مهر مثلها بحيث يستكر عادة أن يسمى مثلها فيحكم مهر المثل .

وقال الطرفان أن كل واحد منهما مدع ومنكر فالزوج يدعى أن مهرها ثمانون وينكر دعواها في زيادة العشرين وهي تدعى عليه بالبعشرين وتنكر أن له الحق في إدخالها في طاعته حتى تسلمها .

وإذا كان كل منهما مدعياً فمن أقام منهما بينة على دعواه قضى له وإن أقاما بينتين فإن كان مهر المثل يشهد لأحدى البينتين كانت مرحوحة والبينة الأخرى التي لا يشهد لها مهر المثل راجحة .

ففي المثل المذكور إذا أقام الزوج بينة على أن المسمى ثمانون وأقامت هي بينة على أنه مائة فإن كان مهر مثلها ثمانين أو ستين أو أقل رححت بينها هي

وقضى لها بأداة وإن كان مهر مثلها مائة أو مائة وعشرين أو أكثر رجحت بيته
هو وقضى بالثمانين .

وقالوا في تعليقه هذا أن البيئات شرعت لإثبات خلاف الظاهر والظاهر هنا
مهر المثل فالبيئة التي تخالفه راجحة .

وفي هذا التعليل نظر لأن كون البيئات شرعت أصلاً لإثبات خلاف
الظاهر لا يقتضي أن وجود قرائن وشواهد تعضدها يجعلها مرجوحة وبجمل
الأخرى التي تكذبها القرائن والشواهد راجحة مع أن الظاهر قد يكون وحده
شهادة فكيف إذا أيد بيته بضعفها .

وإذا كان مهر المثل لا يشهد لإحدى البيتين بأن كان تسعين في المثلان
المذكور أى أكثر مما قال وأقل مما قالت فلا مرجح لإحدى البيتين المتعارضتين
تسلفاً ويقضى بمهر المثل .

وإن لم يكن لأحدهما بيته فالقول لمن يشهد له مهر المثل يمينه فإن شهد
للزوج وجهت إليه اليمين بظلمها وإن شهد للزوجة وجهت إليها اليمين بظلمه فمن
نكل قضي عليه بما ادعاه خصمه ومن حلف قضي له بما ادعاه . وإن كان مهر المثل
لا يشهد لواحد منهما تخالفاً أى وجهت اليمين إلى كل منهما ليحلف على نفي
دعوى صاحبه فإن حلفاً جميعاً قضي بمهر المثل وإن نكل أحدهما قضي عليه بما
ادعاه خصمه ويبدأ بتحليف الزوج .

والعمل في المحاكم الشرعية المصرية بمذهب أبى يوسف فقد جاء في المادة ١٦
من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ما نصه :

١ إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبيته على الزوج . فإن عجزت كان
القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى مالا يصح أن يكون مهراً مثلها عرفاً فيحكم مهر
المثل . وكذلك المحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين
ورثتهما . والأخذ بقول أبى يوسف في هذا تعديل وتطبيقه قضاء أبسر لأن تحكيم
مهر المثل وترجيح البيته التي لا يشهد لها قد يكون متعديراً في بعض الحالات .

الرابعة : إذا أعطى الخاطب مخطوبته أو أعطى الزوج زوجته قبل الدخول بها أو بعده شيئاً من النقود أو الخلق أو الثياب أو الطعام أو غيرها ولم يعين وقت إعطائه أنه هدية أو من المهر ثم اختلفا فدعت هي أنه هدية وادعى هو أنه من المهر فإن أقام أحدهما ينة على ما ادعاه قضى له وإن أقامها جميعاً رجحت ينتها لأنها ثبتت بخلاف الظاهر إذا انظر أن المعطى أعطى ليبرىء ذمته من المهر الواجب عليه فإن الإنسان يعمل أولاً على تحليص ذمته مما عليه ثم يهدى ويتبرع . وإن عجزا عن إقامة البينة فالقول لمن يشهد له العرف يمينه فإن كان العرف جلياً بأن هذا المعطى يعتبر هدية فالقول فيه للمرأة يمينها وإن كان ثم يتعارف بأنه هدية فالقول فيه للرجل يمينه وإن لم يكن عرف فالقول للرجل يمينه لأنه هو المعطى وإليه المرجع في بيان على أى وجه كان الإعطاء لكن إذا كان ما أعطاه مما يستنكر أن يكون مهراً كطعام مهياً للأكل من سمنك أو شواء ونحوه فلا يكون القول له فيه وتصديق فيه هي يمينها لأن الظاهر أن مثل هذا من الهدايا .

وفي كل موضع يشك فيه أن المعطى مهر سواء كان ثبوته بالبينة أو باليمين فإن كان هذا المعطى موجوداً في يد الزوجة فهي بالخيار إن شاءت احتسبه من مهرها واستوفت ما بقي لها منه وإن شاءت رده واستوفت مهرها كاملاً ، وإن كان قد هلك في يدها أو استهلك احتسب عليها بقيته واستوفت الباقي لها من مهرها إن بقي لها منه شيء .

وإذا عدل الخاطب عن الخطبة بعد أن قدم مخطوبته نقوداً أو حلياً أو ثياباً أو طعاماً أو غير ذلك فما تبين أنه قدمه على أن يكون من المهر يسترده بنفسه إن كان قائماً ويسترد مثله أو قيمته إن كان هالكاً أو مستهلكاً لأنه قدمه على ذمة معاوضة ولم تنب ، وما تبين أنه قدمه هدية يسترده إن كان موجوداً على حاله وأما إن هلك أو استهلك فلا يسترد بدئه أى شيء وكذلك إذا منع من الرجوع له مانع مما يمنع رجوع الواهب في هته .

الجهاز وصاع البيت

إذا اشترى الأب جهازاً لابنته الكبرى من ماله فلا تملكه إلا إذا تسلمته لأن الأب متبرع بالشراء لها والتبرع لا يفيد المنكح إلا بالتبضع ومنى تسلمته وملكته فليس لأبيها ولا لغيره أن يسترده أو شيئاً منه لأن افة التقريب المحرم لا يصح الرجوع فيها .

وأما إذا اشترى جهازاً لابنته الصغرى من ماله فإنها تملكه بمجرد الشراء لها لأنها في ولايته ويده يدها . ومنى صار ملكاً لها بالشراء عليس لأبيها ولا لغيره استرداد شيء منه لأنه هبة للتقريب المحرم .

وبما أن هذا تبرع من الأب أفاد التملك بالتسليم أو بمجرد الشراء فإن كان الأب في حال صحته وقت التسليم لابنته الكبرى أو وقت الشراء لابنته الصغرى ملكت كل واحدة منهما ما تبرع به لها أبوها ملكاً نافياً غير متوقف على أجازة أحد شأن كل تبرع يصدر من صحيح أهل للتبرع ، وإن كان الأب وقت التسليم للكبرى أو الشراء للصغرى يصاب مرض الموت توقف نفاذ تبرعه عن إجازة سائر ورثته لأن التبرع في مرض الموت في حكم الوصية والوصية توارث لا تفقد إلا بإجازة سائر الورثة .

وبما أن الجهاز يصير بالتسليم أو الشراء ملكاً لابنته فتو كان باقياً من ثمنه شيء فهو عليه هو يطالب به في حياته ويستوفى من تركته بعد مماته وليس لورثته الرجوع على البيت بشيء .

والجهاز ملك خالص للزوجة سواء اشترته بمالها أو اشتراه فابنها من ماله ولا حق للزوج ولا لأحد غيره فيه . ولا تحجر على استعماله لزوجها أو لأحد من ضيوفه وإذا رضيت هي أن ينتفع به كان له الانتفاع وإذا لم ترض كان عليه أن يعد مسكنه إعداداً شرعياً ويجعله مستكماً كل ما ينزله من فرش وأدوات . وهي أيضاً لا تحجر على أن تجهز نفسها لا من مهرها ولا من غيرها فلو زفت بجهاز قبل

لا يتناسب مع المهر الكثير الذي دفعه الزوج أو بلا جهاز أصلاً فليس له مطالبها ولا مطالبة أيها بشيء ولا مقص شيء من المهر الذي تراضيا عليه وإن بالغ الزوج في زيادته رعية منه في كثرة الجهاز لأن المهر حق تستحقه الزوجة في مقابلة تمليكها حتى انقضت بها لا في مقابلة جهاز ترمي إليه .

قضايا الجهاز وأثاث البيت : قضايا الجهاز والأثاث ليست محصورة . فقد يقع النزاع بشأن امتناع الزوج من تسليم أعيان الجهاز أو بعضها لزوجته . وقد يقع النزاع بشأن قيمة هذه الأعيان إذا استهنكت وقد يكون في غير ذلك ولكن الفقهاء هنا اقتصروا على ذكر قضيتين الستين .

الأولى : إذا جهر الأب ابنته من ماله وزفها إلى زوجها بجهاز ولم يصرح بأنه ملك لها هنا الجهاز أو أعضائه لما ثم ادعى هو أو أحد ورثته بعده أن أعيان الجهاز التي زفت بها أو بعضها كانت عارية لا ملكاً للزوجة وطلبت الحكيم بردها فادعت الزوجة أو زوجها بعد وفاتها أن هذه الأعيان كانت ملكاً لا عارية ولا حق للأب أو ورثته في استردادها . فمن حيث أن وكل واحد من المتداعيين مدع فمس أقام منهما بينة على دعواه قضى له سواء كان هو مدعى التمليك أو مدعى الإعارة وسواء أشهد الظاهر له أم حالفه لأنه نور دعواه بخجة غير معارضة . وإن كان لكل منهما بينة رجحت بينة من يثبت خلاف الظاهر لأن البيئات لإثبات خلاف الظاهر . والظاهر هنا هو العرف فإن كان العرف يشهد أن مثل هذه الأعيان المتزاع فيها بجهاز الأب بها ابنته تمليكا فما رجحت بة مدعى الإعارة وهو الأب أو ورثته بعده . وأن كان العرف يشهد بأنها تجهز بها إعارة رجحت بينة مدعى التمليك وهو الزوجة أو زوجها بعدها . وإن كان العرف مشتركاً لا يشهد لواحد منهما ولا عليه رجحت بينة الأب أو ورثته لأن الأب هو الذي أعطى الجهاز وجهة الإعطاء تعلم منه ، وورثته خلفاؤه يعلمون جهة تصرفه

وإن لم يكن لواحد منهما بينة فالتقوى لمن يشهد له الظاهر بينة فإن كان الظاهر وهو العرف يشهدان مثل هذه الأعيان نسيم إعارة فالتقوى للأب أو ورثته باليمين وإن كان يشهد بأنها نسيم تمليكا فالتقوى للزوجة أو الزوج باليمين وإن كان

العرف مشتركاً لا يشهد لواحد منهما ولا عليه فالقول للأب أو ورثته باليمين لما قدمناه من أنه هو المعطى وإليه المرجع في بيان جهة الإعطاء ولأن ورثته من بعده هم خلفاؤه .. وكذلك يكون القول للأب أو ورثته باليمين إذا كانت أعيان الجهاز أكثر مما تجهز به مثل هذه الزوجة عادة لأن كثرت عن جهاز أمثلها ظاهر يشهد للأب بأنه أعلم ولم يملك .

والأم والجد كالأب في ذلك النزاع لأن العرف يحكم بأن تجهيز الأم لايتها والجد لبيت ابنه كتجهيز الأب لانتها لأبهما يفرمان مقامه .

القائمة : إذا اختلف الزوجان في أثاث البيت الذي يسكنانه فادعى الزوج أنه له وأدعت الزوجة أنه لها فمن حيث أن كلا منهما مدع فمن أقام اليقينة قضى له سواء كان الاختلاف حين قيام الزوجية أم بعد حصول عرقه وسواء كان البيت الذي يسكنان فيه ملكاً لأحدهما أم مستأجراً وسواء شهد الظاهر من أقام اليقينة أم يخالفه لأن بيته أثبت دعواه ، وإن كان لكل منهما بيته رجحت بيته من يشتر خلاف الظاهر لأن اثباتات كما قدمنا لإثبات خلاف الظاهر . والظاهر هنا هو صلاحية الشيء المتنازع فيه لأبهما فإن كان يصلح له خاصة كتيابه الخصوصية أو أدوات الرسم لمهندس أو العبادة تطيب رجحت بينها . وإن كان يصلح لها خاصة كتيابها الخصوصية وأدوات زينتها رجحت بيته وإن كان يصلح لهما كالسرر والبساط والأواني فلا مرجح لأحدى البيتين والقول قول الزوج يسميه لأن يده على البيت وما فيه ظاهر يشهد له بلا معارض . وإن لم يكن لواحد منهما بيته فالقول لمن يشهد له الظاهر يسميه فما يصلح لمرحاح خاصة القول فيه للزوج يسميه وما يصلح للنساء خاصة القول فيه للزوجة بينهما وهذا بالاتفاق بين الإلمم وصاحبيه .

وأما ما يصلح لهما ففيه خلاف قال الطرفان : يكون القول فيه للزوج يسميه لأنه صاحب اليد وظاهر يده شاهد له . وقال أبو يوسف : إن العادة جارية بأن الزوجة تزف إلى زوجها بشيء من الجهاز ولو قليل ويندر أن تزف الزوجة بلا جهاز أصلاً فهذه الأعيان الصالحة لهما من سرر ومرش وأواني وشبهها لا بد أن تكون الزوجة حسب الغالب زفت إلى زوجها بشيء منها فيجعل لها من هذه

الأعيان قدر ما تجهز به عادة ويكون القول بما فيه يمينها عملاً بشهادة العادة الغالبة وما زاد عن ذلك يكون القول فيه للزوج يمينه عملاً بشهادة اليد وأبو يوسف لم يفرق بين ما إذا كان الاختلاف في الصالح مما بين الزوجين أنفسهما أو بين أحدهما وورثة الآخر فجعل القول للزوجة أو ورثتها باليمين في قدر ما تجهز به عادة وجعل القول للزوج أو ورثته باليمين فيما زاد . ومحمد لم يفرق أيضاً فجعل القول فيها كلها للزوج أو ورثته باليمين لأنه صاحب اليد ورثته خلفاؤه . وأبو حنيفة فرق فقال : وإذا كان الاختلاف في الصالح مما بين الزوجين أنفسهما فالقول للزوج يمينه لأنه صاحب اليد وحده وإذا كان بين أحدهما وورثة الآخر فالقول للحق منهما يمينه سواء كان الزوج أو الزوجة لأن يد الخي منهما ظاهر شاهد له .

(٢) نفقة الزوجة

دليل وجوبها على الزوج : نفقة الزوجة هي ما تحتاج إليه من طعام وكسوة ومسكن وفرش وخدمة وكل ما يلزم لمعيشتها حسب المعروف . وهي حق واجب ما على زوجها لقوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ وقوله عز شأنه في سورة الطلاق : ﴿ اسْكُنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه مسلم في صحيحه : « اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله . ومن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

سبب استحقاتها : تستحق الزوجة النفقة على زوجها جزاء احتسابها وقصرها عليه حقه ومنفعته ، وذلك لأن موجب عقد الزوج الصحيح أن تصير الزوجة مقصورة على زوجها لا يحل لغيره أن يستمتع بها صيانة لنسب أولاده عن الاختلاص . وأن تحب عليها طاعته والفرار في بيته لتقيام بواجباته ، وإذا كانت الزوجة محبة على الزوج لحقه وواجبه فنفتها واجبة عليه عملاً بالأصل العنم . كل من احتسب لحق غيره ومنفعته فنفتته على من احتسب لأجله . ولهذا تستحق

النفقة الزوجة المسلة والكتانية والعنية والفقيرة لأن سبب الاستحقاق وهو الاحتباس متحقق فبين جميعاً ولو كان السبب هو الصلة ما استحققتها الزوجة بخلافه في الدين ولو كان السبب هو سد الحاجة ما استحققتها الزوجة العنية .

شروط استحقاقها : إذا تحقق بالعقد الصحيح سبب استحقاق النفقة وهو الاحتباس بشرط لترتيب المسبب عليه وهو وجوب النفقة أمران : أحدهما : أن يكون الاحتباس موصلاً للغرض الأول المقصود من الزواج وهو الشعة بالمباشرة الخنسية ودواعيها فإن كانت الزوجة طفلة لا تنسب للمباشرة الخنسية ولا لدواعيها فاحتباسها كعدمه ، وثانيهما : أن لا يفوت على الزوج حقه وواجبه من هذا الاحتباس بسبب يس من قبله فإن مات عليه ما يستحقه من هذا الاحتباس وكان ثبوته عليه من غيره فهو احتباس كعدمه ، وتفصيل هذين الشرطين يتبين فيما يأتي :

من تستحق النفقة من الزوجات ومن لا تستحقها : مما قدمنا في بيان سبب استحقاق النفقة وشرطه يؤخذ أن التي تستحق النفقة من الزوجات هي الزوجة التي تم عقد زواجها صحيحاً شرعاً . وكانت صالحة للمعاشرة الزوجية ولو لمجرد المؤانسة . ولم يفت على زوجها حقه في احتباسها بغير مرور شرعى . فاللازم توفره لوجوب النفقة للزوجة على زوجها أمور ثلاثة :

الأول : أن تكون زوجه بعقد زواج صحيح شرعاً . فالزوجة بعقد زواج فاسد ، والمدخول بها بناء على شبهة لا تجب لواحدة منهما نفقة ، لأن الزواج الفاسد والمدخول بشبهة لا يجعل للزوج حق احتباس . بل الواجب على الزوجين الانسراق رفعا للفساد ، وإذا لم يثبت حق الاحتباس للزوج لا تستحق الزوجة النفقة لعدم توفر سبب استحقاقها . حتى لو حكم بنفقة للزوجة زواجاً فاسداً قبل ظهور الفساد ثم أداها الزوج تنقلاً للحكم كان له بعد ظهور فساد العقد أن يسترد ما أداه ، وأما لو أنفق عليها بغير حكم فهو متبرع وليس له استرداد ما أنفق .

الثاني . أن تكون الزوجة صالحة نفقة الزوج ولو بالمؤانسة وتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها بأن تكون الزوجة كثيرة أو صغيرة تنتهي للأزواج . فإن كانت صغيرة دون سبع سنين لا تنتهي للأزواج بأي حال فلا نفقة لها لأن احتسابها كعدمه حيث لا يوصل إلى الغرض المقصود من الزواج .

وقال أبو يوسف : إذا استبقى الزوج هذه الصغيرة في بيته وأمسكها للاستئناس بها وجبت لها النفقة لرضاه هو هذا الاحتساب الناقص . وإن لم يمسكها في بيته فلا نفقة لها . وهذا القول هو المعنى به .

واختلف في الزوجة المريضة مرضاً يمنهما من مباشرة الزوج فما . هل تستحق معه النفقة على زوجها أو لا تستحقها ؟ والقول المعنى به : إنها تستحق النفقة عليه مطلقاً سواء مرضت عنده بعد زفافها إليه أو مرضت في بيت أبيها ولم تمتنع من الانتقال إليه لأن المرض طارئ وقتي كالحيض والنفس وليس من حسن المعاشرة الزوجية أن يكون طرؤه هذا الطارئ مفوتاً ما يجب لها من النفقة فلا فرق بين الصحيحة والمريضة على المعنى به الجاري عليه العمل .

وروي عن أبي يوسف أنه قال : إذا مرضت قبل زفافها وانتظمتها إلى منزل زوجها فلا نفقة فما مادامت مريضة ولم تنتقل إلى منزلها . وإن رقت إليه وهي مريضة فحكمتها حكم الصغيرة التي لا تنتهي إن أمسكها في بيته فلها النفقة وإن لم يمسكها فلا نفقة لها . وإن رقت إليه سليمة ثم مرضت في بيته فلها النفقة سواء بقيت مدة مرضها في بيته أو عادت إلى بيت أهلها بإذنه .

ومثل المرتضة المعية يعيب نسائي يمنع من مباشرة الزوج لها فالقول المعنى به لها النفقة مطلقاً ، وعلى ما روي عن أبي يوسف هي على التخصيل في المريضة لأن هذا العيب ما هو إلا نوع من المرض .

الثالث : أن لا يفوت على زوجها حقه في احتسابها بقدر ميرر شرعي وبسبب ليس من قبله .

فالزوجة الناشئة لا نفقة لها ، والناشئة هي التي خرجت من بيت زوجها بلا إذنه بقدر وجه شرعي . أو امتنعت عن الانتقال إليه بقدر حق . أو منعت من

الدخول عنها في بيتها المقيم معها فيه ولم تكن سأئته النفقة فأتى .

ففي كل حالة من هذه الثلاث تكون الزوجة ناشزة أي مستعصية عليه وخارجة عن طاعته ومفوتة حقه في الاحتباس فلا تستحق النفقة لأنها واجب في مقابلة حق ومادامت ناشزة فلا حق لها في النفقة فإن أقلعت عن نشوزها استحققت النفقة من حين إفلاعها عن نشوزها .

وكذلك الزوجة المحبوسة في جريمة أو دين أو ظلم لا تستحق النفقة مدة حبسها لأنها فوتت عليه حقه فيفوت عليها واجبها إلا إذا كان هو الذي حبسها في دين له لأنه هو الذي فوت حقه .

وكذلك الزوجة التي غصبها غاصب وحال بينها وبين زوجها لا تستحق النفقة عليه مدة غصبها لأن الغصب سبب ليس من قبله وقد فوت عليه حقه في الاحتباس فهو كحبسها ظلماً .

وكذلك الزوجة المسافرة ولو لأداء فريضة الحج مع محرم لها لا تستحق نفقة مدة سفرها . لكن إذا حجت مع زوجها نفسه استحققت نفقة المحضر لا نفقة السفر .

وكذلك الزوجة المخترقة التي تخرج نهاراً لحرقها إذا منعها زوجها فلم تمتنع لا تستحق نفقة .

والعلة في هذا كله أن نشوزها وحبسها وغصبها وسفرها واحترافها فيه تفويت لحق زوجها في احتباسها بغير وجه شرعي ، فلو كان تمويهها حقه لوجه شرعي كما إذا خرجت من طاعته لأن المسكن ليس شرعياً . أو لأن الزوج غير أمين على نفسها أو مالها . أو امتعت من الانتقال إلى منزله لأنه لم يوفها عاجل صداقها ولو بعد الدخول بها . فلا تعد في هذه الأحوال ناشزة وتجب لها النفقة ، وقال الصاحبان : إذا سلمت الزوجة نفسها إلى زوجها برضاها قبل أن تأخذ معجل صداقها أو ما بقي منه فليس لها بعد ذلك أن تمتنع عن تسليم نفسها إليه لاستيفائه

وإذا امتنعت تكون ناشزة ولا نفقة لها^(١) ، ونجب لها النفقة أيضا إذا كان فوت حقه في احتباسها بسبب من قبله هو بأن كان مريضا مرضا يمنعه من مباشرة النساء ، أو معيبا بعيب كذلك كعنة وجب وخصاء ، أو مجوسا في جريمة ارتكبا أو دين ماضل في أدائه ففي هذه الأحوال هو الذي فوت حقه على نفسه فتسقى نفقتها واجبة عليه .

فالخلاصة أن الزوجة بعقد صحيح إذا قات على زوجها حقه في احتباسها بغير وجه شرعى لا تجب لها عليه نفقة مادامت كذلك ، وإن لم يفت عليه حقه أصلا ، أو فوتته هي عليه بمرر شرعى ، أو فوتته هو على نفسه بسبب من قبله فنفتها واجبة عليه .

واختلف في سفر الزوج بزوجه إلى بلد غير البلد الذى كانت تقيم معه فيه هل هو حق للزوج بحيث إذا أبت أن تسافر معه تعد منقوطة حقه في احتباسها بغير حق فلا تجب لها النفقة أو ليس حقا له إذا كان السفر بعيدا بحيث إذا امتنعت لا تكون ناشزة ، وأصح الأقوال أن للزوج أن ينقل زوجته إلى أى بلد قريبة أو بعيدة متى كان مأمونا على نفسها ومالها . وأوطاها معجل صداقها ولم يقصد بنقلها الكيد لها والإضرار بها . فإذا أبت أن تسافر مع زوج هذه حاله فهى ناشزة ولا نفقة لها مادامت كذلك فإن كان غير مأمون على نفسها أو مالها أو كان قاصدا المضارة بنقلها أو لم يوفها معجل صداقها فلا يعد امتناعها عن السفر معه في هذه الحال نشوزا ونجب لها النفقة وهذا هو ما عليه عمل المحاكم الشرعية المصرية الآن .

تقدير النفقة : نفقة الزوجة تشمل طعامها وكسوتها ومسكنها وخدمتها وكل ما يلزم لمعيشتها حسب المعروف كما قدمنا .

وما دامت الزوجية قائمة والزوج معاشر زوجته فهو الذى يتولى الإنفاق عليها ويحجبها بما فيه كفايتها من طعام وكسوة وغيرهما وما دام متوليا هذا الإنفاق وقائما بالتواجب فليس للزوجة طلب فرض نفقة .

(١) وعلى قول الصحاح سرت بعض المحاكم الشرعية المصرية وهذا حسن في بعض قضايا تكون الذمعة بها بعدم استبعاد مبلغ الصداق جمعه ليس الفرض منه ولا الخروج عن ضيقة الزوج والكيد له .

فإذا شكك مطه في الانفاق وأنه تاركها بلا نفقة بعمر حق وطلبت فرض نفقة لها بأنواعها الثلاثة الطعام والكسوة والمسكن وثبت ذلك . فرض لها القاضي النفقة بأنواعها وأمر الزوج بإدائها ما فرض لها - ويصح أن تكون النفقة المفروضة أصنافاً بأن يفرض على الزوج أن يرتب لضعامها مقادير معينة من خبز ولحم وخضر وما يستلزمه طعامها . ويرتب لكسوتها شيئاً ثياباً معينة وصيفاً كذلك . ويصح أن يفرض لها بدل طعامها وكسوتها من النقود وهي تشتري بها ما يلزمها .
أساس تقدير النفقة : يراعى في تقدير النفقة بأنواعها أمران :

أولهما : حال الزوج المالية حين فرضها فإن كان موسراً فرضت لها نفقة اليسار ولو كانت هي معدمة ، وإن كان معسراً فرضت لها نفقة الإعسار ولو كانت هي ثرية ، وإن كان متوسط الحال فنفقة الوسط ، وهذا هو الخارى به العمل الآن في المحاكم الشرعية المصرية تطبيقاً للمادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ونصها : « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً ومعسراً مهما كانت حال الزوجة » . وهذا مذهب الشافعي وقول صحيح في مذهب الحنفية . وأما القول الآخر في مذهب الحنفية وهو الذي كان عليه العمل قبل سنة ١٩٢٩ فهو أن النفقة تقدر بحسب حال الزوجين معاً فإن كانا موسرين فنفقة اليسار وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار وإن كانا مختلفين فنفقة الوسط ويؤمر الزوج المعسر بإدائها ما في وسعه . والزائد دين عليه إلى اليسره .

ولكن ما عليه العمل الآن هو صريح القرآن الكريم في قوله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ . وَمَن قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فليُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْفُلُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مِمَّا آتَاهَا سيجعل الله بعد عسر يسراً ﴾ وقوله عز شأنه : ﴿ أسكنوهم من حيث سكنتم من وجهكم ﴾ .

وثانيهما : غلاء الأسعار ورخصتها حين العرض لأن المفروض إنما هو شن لشراء حاجيات ، والأثمان تختلف باختلاف الأسعار . فإذا تغيرت الأسعار عن وقت العرض إلى زيادة . أو تحسنت حال الزوج المالية عما كانت عليه حين العرض كان للزوجة أن تطلب زيادة نفقتها . وإذا تغيرت حال الأسعار إلى نقص أو حال الزوج المالية إلى أسوأ كان للزوج أن يطلب تخفيض النفقة .

ولا يترجم أن تفرض النفقة شهرية بل يصح أن تفرض يومية إذا كان الزوج من العمال الذين يقتضون أحرثهم يوماً فيوماً وطلب ذلك . وأن تفرض أسبوعية أو سنوية على حسب ما هو ميسور للزوج . وتعطى نفقة أية مدة مقدما حتى تستطيع الزوجة قضاء حاجاتها منها .

وإجاري عليه العمل الآن في المحاكم الشرعية المصرية فرض بدل طعامها شهرياً وبديل كسوتها عن ستة شهور على اعتبار أنها تحتاج في السنة إلى كسوتين واحدة لتصيف وأخرى للتشفاة . وبعض القضاة يفرض مبلغاً شهرياً لطعامها وكسوتها وسكها بدون تفصيل مراعي أن فيما يفرضه كفاية لها في الأنواع الثلاثة حسب حال زوجها .

وإذا تبين بعد فرض النفقة أن التقدير كان خطأ لا يقوم بكفاية الزوجة حسب حال زوجها لأن ما فرض لطعامها لا يسد حاجتها وما فرض لكسوتها كذلك مع أنها لم تستعمل ثيابها غير الاستعمال المعتاد عند القاضي المفروض لطعامها وكسوتها تعديلاً يتفق وكفايتها مع رعاية حال الزوج .

والمسكن الذي يهتبه لزوجته ويجب عليها أن تطعمه فيه بحيث إذا امتنعت من الطاعة فيه تعتبر ناشزة هو المسكن اللائق لحالة الزوج المالية سواء كان منزلاً مستقلاً أو شقة في منزل أو حجرة من شقة حسب مسرة الزوج بشرط أن يكون خالياً من أهله وأهلها وفيه المرافق الشرعية وبين حيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها فإذا أعد لها مسكناً مستكملاً هذه الشروط فقد قام بما يجب عليه .

وليس له أن يجبرها على إسكان أحد معها في مسكنها من أهله وأولاده من غيرها سوى ولده الصغير غير المميز . كما أنها ليس لها أن تسكن معها أحداً من أبنائها وأولادها من غيرهم ولا ولدها الصغير غير المميز والفرض من هذا مع إضرار كل واحد منهما بصاحبه وتوفير أسباب الراحة لهما .

وإذا كان في منزل شقق متعددة أو في دار بيوت متعددة والزوجة تسكن في إحداها ، وللزوج قريبات كأمه وأخته وبنته تسكن في الأخرى فليس لها أن تطلب التمتع إلى مسكن آخر إلا إذا آذيتها بفعل أو قول . وأما إذا كان في الشقة

الأخرى أو في البيت الآخر ضررها قلها أن تطلب النقلة إلى مسكن آخر بعيدا عنها
مطلقا لأن مجرد وجود العشرة يؤديها (١).

وإذا لم يهوى الزوج هذا المسكن الشرعى فرض القاضى لها بدل مسكنها
مراعيا حاله وأجور المساكن وأمره بأدائه إليها .

وإذا كان الزوج معسرا فلا يجب عليه نفقة خادما لأن الواجب على المعسر
نفقة الكفاية وهى تكفى بخدمة نفسها وإذا كان موسرا وجبت عليه نفقة ما تحتاج
إليه من خادما أو أكثر حسب يساره وحاجتها متى كان هذا الخادما مملوكا فما
ومتفرغا لخدمتها . فلو لم يكن لها خادما مملوك لا يلزمه إحضار خادما بخدمتها بل
يلزمه أن يحضر لها ما تحتاجه .

نفقة الزوجة الغائب : إذا طلبت الزوجة فرض نفقة لها على زوجها
الغائب فرض لها ولا تمنع غيبة الزوج من القضاء عليه بنفقة زوجته .

وإذا كان لهذا الغائب مال من جنس النفقة كالغلال والنفود وكان هذا المال
في يد الزوجة فرض القاضى لها النفقة وأمرها بأخذ المفروض لها مما في يدها من
ماله .

وإن كان مال الزوج الغائب الذى هو من جنس النفقة ودعته عند أحد أو
دينا في ذمة أحد وطلبت الزوجة فرض نفقة لها على زوجها وأمر المودع أو المدير
بأداء المفروض لها فإن كان كل من المودع أو المدير معترفاً بالزوجة وبالوديعة أو
الدين أمر بأداء المفروض لها لأنه معترف بأن لها حقا فيما عنده للغائب . وإن كانا
غير معترفين بهما أو بأحدهما والقاضى يعلم ما أنكره أمر بالأداء أيضا إعانة

(١) ذكر ابن عباس أن المسكر يراهجه يعرف وأن كل شئى أن ينظر إلى حال أمر زمانه ويبدو
فرض الناس من لا يسكنون في بيت من دار مشتملة على أسنان فدمون يدار من دأبهم من يسكنون
بدرجته في بيت من دار لو مع أهلهما وصرغها فبعض سرائر حال الأرواح والاختلاف الزمان وسكنة

لصاحبة الحق على وصولها إلى حقها . وإن كان كل منهما غير معترف بالزوجية ولا بالودعة أو الدين ولا عنم لتقاضى بهما تسمع الدعوى من الزوجة وتطلب منها البيعة على ما أنكرك فإذا أقامتها قضى لها بالنفقة وأمر المنكر بالأداء . وهذا قول زفر المقتضى به ووجهه أن القضاء هنا هو بمجرد النفقة سدا لحاجة الزوجة ولا ضرر فيه على الزوج لأنه يختاط لحقه بأخذ كفيل منها بما أخذت . وتحليفها اليمين على أنها تستحقه . وله المعارضة بعد عودته ودفعت دعواها بما يبطلها .

وقال الإمام وصاحبه لا تسمع دعواها على المودع أو المدين عند إنكارهما الزوجية والودعة أو الدين لأنه ليس واحد منهما خصما لها في إثبات ما أنكركه لأن إثبات الودعة أو الدين يكون من المودع أو الدائى . وإثبات الزوجية يكون في مواجهة الزوج . وإذا لم تكن خصومة فلا تسمع الدعوى .

وفي كل موضع يقضى على الغائب بنفقة لزوجته يختاط التقاضى لحقه بأخذ كفيل من الزوجة يكون ضامنا لما أخذته إن تبين أنها لا تستحقه . وتحليفها اليمين على أنها تستحق نفقة عليه .

وللغائب بعد عودته أن يعارض في الحكم ويدفع دعواها بما يبطلها كأن يدفعها بأنها مطلقة انقضت عدتها أو ناشئة أو إنه ترك لها قبل غيبته ما تنفق منه على نفسها وإذا ثبت ما دفع به بالنسبة وتقرر قبول الدفع ونقض الحكم المعارض فيه فنه الرجوع على زوجته أو كتميلها بما أخذت من ماله بغير حق - هذا إذا ترك الغائب مالا من جنس النفقة .

أما إذا ترك مالا ليس من جنس النفقة بأن كان ماله عقارات مثلا فلا يباع شيء من عقاراته تنفيذاً لنفقته بل تكون نفقتها في أجرة ما يؤجر منها لأن مال المدين لا يباع في دينه عند الإمام مطلقا . ولا يباع عند المصاحبين إلا إذا امتنع من أدائه ومع الغيبة لم يثبت امتناع .

وإذا لم يترك مالا أصلا لا من جنس النفقة ولا من غيره قضى القاضي لها بالنفقة وأمرها أن تستدينها وتجب الإداة على من تجب عليه نفقتها من أقاربها لو لم تكن متزوجة - ولو طلبت تطليقها منه لإعساره لا تجاب إلى طلبها . لأن إعساره

الزوج سواء كان غائباً أو حاضراً ليس مسوغاً لتطليق زوجته منه في مذهب الحنفية لأن العسر عرض يزول والمال غاد ورائح .

هذا ما كان عليه عمل المحاكم الشرعية المصرية قبل صدور القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ . أما بعد صدور هذا القانون فقد قضت المادة الخامسة منه بأن الغائب إذا كان له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة نفذ حكم النفقة فيه سواء كان هذا المال من جنس النفقة أو من غير جنسها . والمراد بالطرق المعتادة في التنفيذ ما ورد في لائحة التنفيذ من البدء بالتنفيذ على النقود الموجودة عينا ثم على المنقولات ثم على العقار في حالة عدم وجود منقولات أو عدم كفايتها . ولا يجوز بيع منزل السكنى . وإن لم يكن له مال ظاهر يمكنها أن تنفذ حكم نفقتها فيه وطلبت تطبيقها منه طلقها انقاضي منه في الحال . أو بعد إغثاره ومضى الأجل المضروب له على التفصيل بين الغائب غيبة بعيدة والغائب غيبة قريبة الذي يتبين في فرق الزواج كما سيتبين أن لزوجة الغائب إذا غاب سنة فأكثر بلا عذر أن تطالب تطبيقها منه ولو كان له مال ظاهر كما نص على هذا في القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

متى تكون النفقة ديناً على الزوج : نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالمقد الصحيح عليها ولكنها في مذهب الحنفية لا تصور ديناً في دمة الزوج بمجرد امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه بل هي على التفصيل الآتي :

النفقة المستحقة للزوجة إذا لم يصدر حكم بها أو لم يترأس الزوجان عليها وأنفقت الزوجة على نفسها من مالها أو مما استدانته من غيرها في مدة شهر أو أكثر لا تكون ديناً على الزوج بحيث إذا ضلبت الحكم لها بنفقتها عن مدة ماضية سابقة على وقت التقاضي أو التراضي شهر فأكثر لا تجب إلى طلبها لأن ما أنفقته على نفسها من غير قضاء أو رضاء لا ترجع به على زوجها ، غير أنه يجاب طلبها عن مدة سابقة على الحكم أقل من شهر لأن هذه المدة تعتبر فترة التقاضي ولا بد أن يمضي مثلها على المدعية قبل القضاء بها .

أما نفقة الزوجة التي صدر حكم بها أو تراضى الزوجان عليها ولكن لم يقرن الحكم أو التراضى بإذن الزوجة باستدانتها فإنها تكون ديناً للزوجة على زوجها تطالبه بما تجمد لها منه سواء أنفقت على نفسها من مالها أو مما استدانته من غيرها - ومثل ما أنفقته على نفسها من غير قضاء أو تراضى ولكن في مدة أقل من شهر - ولكنه دين ليس صحيحاً من كل وجه بل هو دين ضعيف ولهذا يسقط بما يسقط به الدين الصحيح وهو الأداء أو الإبراء ويسقط أيضاً بواحد من ثلاثة ، بنشوز الزوجة فإذا خرجت الزوجة عن طاعة زوجها يعبر حتى شرعي وكان لها منجمد من هذا الدين سقط بنشوزها ، وموت أحد الزوجين فإذا مات أحدهما وفي ذمة الزوج منجمد من هذا الدين سقط عنه فهو كان هو الذي مات ليس لها أن تأخذه من تركته ولو كانت هي التي ماتت ليس نورثها أن يطالبوا زوجها به ، وبطالقتها الذي بنى على سب من قبلها كسوء خلقها . فإذا طلقها سقط المنجمد لها عليه من هذا الدين إذا ثبت أنه كان له العذر في تطليقها لأنها هي التي اضطرت به إليه لسوء معاشرتها أو سوء سمعتها مثلاً - وقيل إن الطلاق أياً كان سبه لا يسقط هذا الدين . وقيل إن الطلاق أياً كان سبه يسقط هذا الدين - والخيار هو التمسيل المتقدم .

وأما نفقة الزوجة التي صدر حكم بها أو تراضى الزوجان عليها . وأذنت الزوجة من القاضي أو من زوجها باستدانتها . واستدانتها الزوجة فعلاً للانفاق على نفسها فهي دين صحيح لا يسقطه إلا الأداء أو الإبراء ولا يسقطه واحد من النشوز أو الموت أو الطلاق .

ففي مذهب الحنفية النفقة الواجبة للزوجة إذا لم يؤدها الزوج لها مع وجوبها قد لا تكون ديناً عليه أصلاً . وقد تكون ديناً ضعيفاً ، وقد تكون ديناً صحيحاً .

وكان عمل المحاكم الشرعية على هذا إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ونص في المادة الأولى منه على أن نفقة الزوجة المستحقة لها شرعاً تعتبر ديناً صحيحاً لها في ذمة زوجها من وقت امتناعه عن الانفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراضى منهما ولا يسقط هذا الدين إلا بالأداء أو الإبراء . ونص في المادة

الثانية منه على أن المطلقة التي تستحق نفقة العدة تعتبر نفقتها كذلك دينا صحيحا من تاريخ طلاقها (وهذا مأخوذ من مذهب الشافعي) .

وهنا نص المادتين المشار إليهما وتعليمات وزارة الحفانية بشأنهما

مادة ١ : تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوده بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينا إلا بالأداء أو الإبراء .

مادة ٢ : المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق .

٤ التعليمات : اشتملت هاتان المادتان على حكمين مخالفين لما كان العمل جاريا عليه قبل صدور هذا القانون وهما :

١ - إن نفقة الزوجة أو المطلقة لا يشترط في اعتبارها دينا في ذمة الزوج القضاء أو الرضا بل تعتبر دينا من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوده .
٢ - إن دين النفقة من الديون الصحيحة وهي التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ويرتب على هذين الحكمين :

(١) أن للزوجة أو المطلقة أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها من مدة سابقة على الترافع ولو كانت أكثر من شهر إذا ادعت أن زوجها تركها من غير نفقة مع وجوب الإنفاق عليها في هذه المدة طال أو قصرت ومنى أثبتت ذلك بطريق من طرق الإثبات ولو كان شهادة الاستكشاف المنصوص عليها في المادة ١٧٧ من اللائحة حكم لها بما طلبت .

(٢) إن دين النفقة لا يسقط بموت أحد الزوجين ولا بالطلاق ولو خلعا للمطلقة مطلقا الحق فيما تجمد لها من النفقة حال قيام الزوجية ما لم يكن عوضا لها عن الصفاق أو الخلع .

(٣) إن النشوز الطارىء لا يسقط متجمد النفقة وإنما يمنع النشوز مطلقاً من وجوبها لمداامت الزوجة أو المعتدة ناشزة .

وظاهر أن هذين الحكمين مما المنصوص عليهما في هاتين المادتين وأما ما عداهما من أحكام النفقة فالمرجع فيه إلى الأرجح من مذهب أي حنفية طبعاً لما نص عليه في اللائحة وعلى هذا يكون المرجع فيمن نجب لها النفقة ومن لا نجب هو « مذهب أي حنفية » .

ومن المقارنة يتبين أن ما كان عليه العمل قبل سنة ١٩٢٠ وهو مذهب الحنفية كان يفوت على الزوجات نفقتهن عن كل مدة سابقة على وقت الحكم شهر فأكثر . ولذلك ما كانت تصدر أحكام النفقات مستندة إلى تاريخ سابق على الحكم بأكثر من شهر . وما صار عليه العمل بعد سنة ١٩٢٠ وهو مذهب الشافعية جعل للزوجة الحق في أن تطلب الحكم لها بالنفقة عن كل مدة سابقة ظالت أو قصرت .

وقد تبين أن بعض الزوجات استغلت هذا التعديل لإرهاق الأزواج ببلغ باهظ متجمد عن عدة سنين ولهذا تدورك الأمر ونص في الفقرة ٦ من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، اللائحة « على ما يأتي » ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

وجاء في المذكرة الأيضاحية بشأن هذه الفقرة ما نصه :
أما الفقرة عن المدة الماضية فقد رتبنا أخذنا بقاعدة حواز تخصيص القضاء ألا تسمع الدعوى بها لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ قيد الدعوى ، ولما كان في إطلاق إجازة المطالبة بالنفقة المتجمدة عن مدة سابقة على رفع الدعوى احتمال المطالبة بنفقة سنين عديدة ترهن الشخص المثلزم بها رتبنا من العدل دفع صاحب الحق في النفقة إلى المطالبة بها أولاً فأولاً بحيث لا يتأخر أكثر من ثلاث سنين وجعل ذلك من طريق منع سماع الدعوى وليس في ذلك الحكم ضرر على

صاحب الحق في النفقة إذ يمكنه أن يطالب به قبل مضي الثلاث سنين (١) .
 وبما أن نفقة الزوجة التي تستحقها على زوجها تعتبر ديناً في ذمته من وقت
 امتناعه عن الإنفاق يصح أن تترتب الزوجة من دين نفقتها كله أو بعضه متى
 صادف الإبراء دينا في ذمته ، وبما أنها تعتبر ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء أو
 الإبراء فإذا كان للزوج دين في ذمته وطلب أحدهما مقاصة الدينين أوجب إلى طلبه
 لاستواء الدينين في القوة .

وإذا عجل الزوج لزوجته نفقة مدة مستقبله كشهري مثلاً ثم ضراً في أثناء
 المدة ما يجعلها لا تستحق النفقة بأن نشرت في نصف الشهر أو مدت أحد
 الزوجين فقال الشيخان : لا يسترد شيء مما عجل من النفقة لأنها وإن كانت جزء
 احتباس فيها شبهة الصلة والصلة بين الزوجين لا رجوع فيها وقال محمد والشافعي :
 يسترد من المعجل نفقة المدة التي لا تستحق نفقة عنها لأنها إنما أخذته جزء
 احتباسها ومتى فات الاحتباس فلا حق لها فيه فعليها أن ترده .

ومقتضى الأخذ بذهب الشافعي في اعتبارها ديناً صحيحاً من حين وجوبها
 أن يؤخذ بهذا فيكون له استرداد ما عجله مما تبين عدم وجوبه عليه .

(٣) علم الإضرار بالزوجة

من حق الزوجة على زوجها أن لا يضرها بقول أو فعل أو خلق قال تعالى :
 ﴿ فامسكوهن بمعرف أو سرحهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراً ولا تعذرنا ومن
 يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ﴾ فإذا لم يوفها زوجها هذا الحق وأضر بها كأن كان
 يضرها أو يؤذيها بأقواله أو أفعاله قضى مذهب الحنفية ليس لها أن تطلب تطلقها
 منه هنا وإنما ترفع أمرها للقاضي ليضجره ويعززه ليتدع عن الإضرار بها (١) .

(١) ولم تعرف المحكمة في تحديد مدة بصورة ثلاث سنين ولا ما استدل به في هذا التحديد . كأن

عص الباحثين يرى أنها كثيرة وسبل الإرفاق بما كانت النفقة المقررة بها شهرياً كثيرة .

(٢) نقل ابن عابدين أنها لو قالت : أنه يضرني ويؤذي ، منه أن يسكني بين جوان صالحين فإن علم

القاضي ذلك رحمه ومنعه من البعدى في جمعها ثم ذكر ما يفهم منه أنها لو طلت تعززه حرره بما يردعه

وتكن لما كانت أحكام مذهب الحنفية في هذا الباب ليس فيها مخلص من شفاء الزوجية وإضرار الروح بزوجه أخذ بمذهب مالك دفعاً للضرر فكان لها أن تتخلص من زوجيته وتطلب تطليقها منه وكما شرع لها أن تطلب التطبيق والتغيبه زوجها عنها سنة فأكثر بلا عدل وحبس وإعساره عن نفقتها ولامتناعه عن الإنفاق عليها مع قدرته ولو جرد عيب أو داء مستحکم به والفرض من هذا تمكينها من دفع الضرر عن نفسها وحمل زوجها عن عدم الإضرار بها وسرى كل هذا مفصلاً في كتاب الطلاق .

(٤) العدل بين الزوجات

من حق الزوجات على زوجهن أن يعدل بينهن لأن الله تعالى أمر بالاعتصام على زوجة واحدة عند خوف الجور وهذا يقتضى وجوب العدل بينهن إذا تعددن قال تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ ﴾ وقالت عائشة كان رسول الله ﷺ يقسم فيعدل ويقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تمني فيما تملك ولا أملك .

والواجب أن يعدل الزوج بينهن فيما يملك فيسوى بينهن في الإنفاق عليهن لأن النفقة حسب حاله هو على ما عليه العمل الآن . ويسوى بينهن في المبيت عدلهن بحيث يؤنس كل واحدة بابيت عندها عدداً من الليالي مثل عدد ليال الأخرى . أما ما لا يملك وهو ميل القلب فلا يكلف المساواة فيه لأنه لا تكلف نفس إلا وسعها وهو المراد بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَهْتَدُوا كُلُّ مِيلٍ فَجَدُّوْهَا كَالْمَلَقَةِ ﴾ .

فالعدل المشروط بإباحة التعدد هو القدر المستطاع من المساواة ، والذي نصبت استطاعته هو المثل الأعلى من العدل والمساواة في كل شيء بغاية الدقة بلا نقص أو زيادة فيه حتى في الود القلبي .

ومدة الإقامة عند كل واحدة يقدرها هو وينبغي أن لا تكون طويلة والرأي له فيمن يبدأ بها . وإذا كان ممن يشتغلون ليلاً تكون المتأوبة نهاراً ولا ينبغي أن يفرغ

عند واحدة أكثر من الأخرى إلا إذا رضيت إحداهن بذلك . ولا يدخل على عمر صاحبة النور إلا لعشر كعبياتها إن مرضت - ولا فرق في هذا كله بين الجديدة والقديمة ، والبكر والثيب ، والمسلمة والكتانية ، والمريضة والصحيحة - وإذا سافر فله أن يسافر عن شاء لأن السفر يحتاج إلى معونة قد تكون إحفاها من أقدر عليها من الأخرى والأولى أن يعمل قرعة بين تطيبا لقلوبهن .

والغرض من هذا أن لا يؤدي واحدة بإيثار الأخرى وأن يعمل ما في وسعه لرضين جميعا . وإذا كان العدل المطلق لا يستطاع فالعدل الممكن في استطاعته . وإذا جار بينهن في المعاملة ولمن ينحرفها الضرر بهذا الجور أن تطلب صلاحها منه دفعا للضرر عن نفسها على ما عليه عمل المحاكم الشرعية المصرية الآن . وأما على مذهب الخنفة لها أن تطالب من القاضي تعزيره زجراً له .

حقوق الزوج على زوجته

الأصل الذي نبت عليه حقوق الزوج على زوجته هو قوله تعالى في سورة النساء : ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم . فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله . واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴾ فتونه سبحانه الرجال قوامون على النساء أثبت للأزواج حتى الطاعة لأن القيم لا يكون فيما إلا إذا نفذت كلمته ووجبت طاعته . وقوله سبحانه : ﴿واللاتي تخافون نشوزهن ﴾ الآية أثبت للأزواج ولاية التأديب .

(١) الطاعة إذا أهد الزوج لزوجته المسكن الشرعي المستكمل للحاجات معيشتها الحلال من أهلها الذي تأمر فيه على نفسها ومالها وكان هو أمينا عليها وأوقافها معجل صداقها يجب عليها أن تقيم معه في هذا المسكن وإذا خرجت منه تعد ناشزا ، ويجب عليها أيضا أن تحتل أمره إلا فيما نهي الله عنه . وأن تقر في المسكن الذي أعده لها ولا تخرج منه بغير إذنه إلا لضرورة كزيارة أبيها في كل أسبوع مرة ومخارمها في كل سنة مرة ولا تبيت عند أحد منهم إلا بإذن زوجها كما لا تزور أي أحد آخر إلا بإذنه ولا تسمع بدخول أحد في بيته إلا بإذنه . وإذا

كان أبوها مريضا واحتاج إليها وليس له من يقوم بشأنه غيرها وأبى الزوج أن يأذنها بالذهاب إليه فلها أن تذهب إلى أبها المريض بغير إذنه ولا بعد هنا خروجها عن المطاعة الواجبة عليها لأن حق الوالدين مقدم على حق الزوج عند التعارض .

(٢) ولاية التأديب قال تعالى : ﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ لَعَنَهُنَّ وَأَهُجَرَهُنَّ فِي الْمُضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتُمُ فَلَا تَغْوُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾ فَإِنْ خَالَفت الزوجة فيما يحب عليها المطاعة فيه فنزوجها أن يؤذيها بادئاً بالوعظ الحسنة . ثم بالمعجر في انضجح بأن لا يبيت معها على فراش واحد . ثم بالضرب غير المبرح . وليس له أن يضربها ضرباً ألماً مبرحاً لأى سبب فإن فعل فهو إضرار بها يستحق عنه التعزير على مذهب الحنفية . ويحول لها أن تطلب التفريق على ما عليه العمل الآن ، وليس له أى ولاية على ماها فهو منك خالص لها تصرف فيه كما نشاء لا فرق بين مال زفت إليه به ومال تملكته بعد زفافها .

الحقوق المشتركة بين الزوجين

أما الحقوق المتبادلة بينهما فهي حرمة المصاهرة ، والتوارث ، وحل الاستمتاع . وحسن المعاشرة ؛ قال تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ .

وقال رسول الله ﷺ في خطبة يوم حجة الوداع :

« أَلَا وَاسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا فَإِنَّمَا هُنَّ عَوَارٍ مِّمَّنْكُمْ لَيْسَ لَكُمْ عَلَيْهِنَّ شَيْءٌ مِمَّا كَانَتْ لَكُمْ عَلَيْهِنَّ يَوْمًا فَاجَتْسِئْتُمْ بِنهَائِهِنَّ فَإِنِ أَطَعْتُمُ فَلَا تَغْوُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا . أَلَا إِن لَكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ حَقًّا وَنِسَائِكُمْ عَلَيْكُمْ حَقًّا فَحَقُّكُمْ عَلَيْهِنَّ أَلَّا يُوطئنَ فِرَاشِكُمْ مِنْ تَكْرِهٍ وَلَا يُأذِنَ فِي بُيُوتِكُمْ لِي تَكْرِهُونَ وَحَقُّهُنَّ عَلَيْكُمْ أَنْ يُحَسِّنُوا إِلَيْهِنَّ فِي كِسْمَتَيْنِ وَطَعَامَهُنَّ » .

وقال ﷺ : « اكْمَلِ الْمُؤْمِنِينَ إِيمَانًا أَحْسَنُهُمْ خَلْفًا وَخَيْرَكُمْ خِيَارًا وَمَنْ نَسِئْتُمْ » .

زواج المسلم بالكتائيات

بنا أنه يحل للمسلم أن يتزوج الكتائية التي تدين بدين إلهي وتؤمن برسول وكتاب منزل . وهذا الزواج مع إباحتها مكروه كراهة التنزيه لأن الأصل أن تبادل المودة والرحمة والنعونة والمواساة على وجه الأزواج إنما يكون بين الزوجين المتحدين في الدين ولذا قال في الفتح « ويجوز للمسلم تزوج الكتائيات والأولى أن لا يفعل إلا للضرورة » ، وكل الشروط التي تشترط لانقضاء الزواج وصحته ونفاذه كما يجب توفرها في عقد زواج المسلم بالمسماة يجب توفرها في عقد زواج المسلم بالكتائية . وجميع الأحكام والحقوق والواجبات التي ترتب على عقد زواج المسلم بالمسماة ترتب على عقد زواج المسلم بالكتائية . فالكتائيات المهرمتان لا يجوز للمسلم أن يجمع بينهما كالمسلمتين المحرمتين . والكتائية إن كانت كثيرة مكنته تباشر عقد زواجها بنفسها كالمسلمة وإن كانت صغيرة أو في حكمها لجنون أو عته يباشر عقد زواجها وليها المتخذ معها في الدين . وإذا تم عقد زواجها بالمسلم سواء أكان مباشرتها أم بمباشرة وليها وجب لها من المهر ، والنفقة ، وعدم الإضرار بها . والعنل بينها وبين ضرائرها ما يجب للزوجة المسلمة . ووجب لزوجه المسلم عليها من الحقوق والواجبات ما يجب له على الزوجة المسلمة فعليا طاعته وله ولاية تأديتها بالمعروف ومنعها عن الخروج من بيته إلا بإذنه . وله أن يطلقها متى شاء وأن يتزوج عليها واحدة أو اثنتين أو ثلاثا . وثبتت بينهما حرمة المصاهرة . ويجب نكل منهما على الآخر حسن العاشرة ولا فرق بين المسلمة والكتائية إلا في أمور .

(١) إن الزوجة المسلمة يشترط في الشاهدين اللذين يحضران عقد زواجها أن يكونا مسلمين ولكن الزوجة الكتائية لا يشترط في شاهدي عقد زواجها أن يكونا مسلمين بل يصح زواجها بشهادة المسلمين وبشهادة الكتائيين ولو كان مخالفين لها دينا كما إذا كانت يهودية وشاهدا عقدها مسيحيان .

(٢) إن من أحكام زواج المسلم بالمسلمة ثبوت التوارث بينهما إذا ملك

أحدهما والزوجية باقية ولكن زواج المسلم بالكفاية لا يثبت به التوارث إذا مات أحدهما وكل على دينه فلا يرث الزوج المسلم زوجته الكفاية إذا ماتت قبله ولا ترث الزوجة الكفاية زوجها المسلم إذا مات قبلها لأن اختلاف الدين من موانع الإرث على ما هو عين في موضعه .

(٣) الأولاد الذين يولدون للمسلم من زوجته الكفاية يكونون مسلمين تبعاً لدين أبيهم لا فرق بين ذكورهم وإناثهم ولا يتبع أحد منهم أمه في دينها ويرث على هذا أنهم يرثون أباهم ويرثهم أبوهم لانحدادهم وإليه في الدين ولا يرثون أمهم ولا ترثهم أمهم لاختلافهم معها في الدين وأما أولاد المسلم من المسنة فيتوارثون مع أبويهم لانحدادهم جميعاً في الدين .

وإذا تزوج المسلم كفاية ثم انتقلت بعد الزواج من دينها السملوى إلى دين سملوى آخر كما إذا كانت يهودية فتصرت مسنم زواجها على صحة لأن دينها الذي انتقلت إليه يصبح زواجها عليه ابتداءً فيصح بقاءه لأن القاعدة أن ما لا يمنع ابتداء العقد لا يمنع بقاءه لكن إذا ارتدت عن دينها السملوى ولم تعتق ديناً سملوياً آخر فهي لا دين لها ولا يحل زواجها بالمسلم ابتداءً فلا يحل أن تبقى زوجة للمسلم فيعطل العقد ويجب التفريق بينهما إن لم يفترقا من تلقاء أنفسهما .

وزواج المسلم بالكفايات في مصر ليس للمأذون الشرعي أن يباشره . وإنما يباشره القاضى الشرعى بعد تحريات وإجراءات خاصة وقد وضعت هنا الزواج وثيقة خاصة دون فيها أكثر حقوق الزوجية التى تقضى بها الشريعة الإسلامية . وعلى القاضى ألا يباشر العقد إلا بعد أن يفهم الطرفين أن الشريعة الإسلامية تقضى بهذه الأحكام وبعد تلاوتها عليهما وفهم كل منهما جميع ما اشتملت عليه وقبوضاً المعاملة بمقتضاه وبمقتضى باقى أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالزوجية وحضورها بحرى عقد الزواج بينهما .

وهذه هى الأحكام التى دونت فى الوثيقة المذكورة :

١- إنه يجوز للزوج أن يتزوج بمضى وتلاوتها وثلاثة ورباع فى آن واحد رغماً عن معارضة الزوجة التى تكون فى عصمته متى لم يكن هناك مانع شرعى .

٢ - وله أن يطلق زوجته متى شاء قبلت ذلك الزوجة أو لم تقبل . وله أن يمنعها عن الخروج من منزله إلا بإذنه . وله أن يظنها إلى مسكنه الشرعي ويؤزمها طاعته جبراً على الوجه الشرعي .

٣ - طلاق الزوج لزوجته إن كان رجعيًا فله الحق في مراجعتها إياها بدون رضاها مادامت في عدته . أما إذا كان الطلاق بائناً فليس له مراجعتها إلا برضاها وب عقد ومهر جديدين . وإذا كان الطلاق ثلاثاً فلا يجوز له حتى تكسح زوجها غيره ثم يطلقها أو يموت عنها .

٤ - إذا طلق الزوج زوجته فإن كان سمي لها مهرًا وكان الطلاق قبل الدخول بها فلا تستحق إلا نصف المهر التام . وإن كان الطلاق من بعد الدخول بها تستحق مهرها بتمامه . فإذا كان عجلًا فما منه شيئاً طالته بياقيه . وإن لم يكن سمي لها مهرًا وطلقها قبل الدخول بها فلا تستحق عليه سوى كسوة مبينة في الشرع . وإن كان الطلاق بعد الدخول تستحق على الزوج مهر مثلها بحسب تقدير القاضي أو اتفاق الطرفين . كذلك تستحق نفقة العدة إن كان الطلاق بعد الدخول ولا تستحقها إن كان قبله وتقدير قيمتها يكون بمعرفة القاضي أو تراضي الطرفين .

٥ - إذا كان للزوجة من زوجها أولاد يكونون تابعين في الدين فذهب الزوج النسلم فإذا طلقها بائناً يكون لها الحق في إرضاع أولادها بأجرة على والدهم وكذلك حضانة أولادها تكون من حقها بالقيمة التي يقررها القاضي الشرعي أو يرضق عليها الطرفان وتكون مدة الحضانة سبع سنين للامن وتسع سنين للنبس ما لم ير القاضي خلاف ذلك مانع .

٦ - إن اختلف الدين مانع من موانع الميراث فلا يرث أحد الزوجين الآخر إذا مات .

زواج غير المسلمين بعضهم ببعض

المراد بغير المسلمين ما يشمل أهل الكتاب والمشركين وكل من لا يدينون بالإسلام . والأساس الذي بنى عليه الإسلام معاملة المسلمين من في بلادهم من غير المسلمين أننا أمرنا بتركهم وما يدينون وعدم التعرض لهم فيما يعتقدون .

وعلى هذا الأساس كل زواج تم بين اثنين منهم صحيحا حسب دينهم لا يجوز للمسلم الاعتراض عليه ولا لتقضاء الإسلامى التعرض له سواء أكانا من أهل الكتاب أم من المشركين أم من غيرهم وسواء أكان هذا الزواج صحيحا في حكم الإسلام أم غير صحيح في حكمه لفقده أى شرط من شروطه .

فلو تزوج اليهودى إحدى محارمه نسبا أو رضاعا أو مصاهرة . أو تزوج المسيحية بغير حضور شهود . أو تزوج المجوسى معتدة مجوسى آخر وكان ذلك كله جائزا في دينهم فهم وما يدينون ولا يجوز التعرض لهم في زوجيتهم حتى لو اختصما إلينا في بعض آثار هذه الزوجية كأن ظلمت زوجة المسيحية من المفاضى الشرعى المحكم لها على زوجها المسيحية بنفقة . أو طلب هو المحكم له عليها بالطاعة تسمع الدعوى ويقضى بالنفقة أو الطاعة ولو كانت الزوجية غير صحيحة في حكم الإسلام مادامت صحيحة في دينهم ولم يختصما إلينا فيها لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون . ولكننا نتعرض لهم ونمضى حكم الإسلام في زوجيتهم في حالات ثلاث .

الأولى : أن يختصما في الزوجية ويرافعا إلينا طالبين حكم الإسلام فيها^(١)

فحيثما يفصل في هذه الزوجية بما تقضي به الشريعة الإسلامية عملاً بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ جَاءَوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ ولأنهما بالترافع إلينا رضياً بحكم شريعتنا وطنياً إرضاءه في زواجهما .

فإذا ثبت أن الزواج المتنازع فيه بينهما كان حين عقده مستوفياً للشرائط الشرعية وصحيحاً في حكم الإسلام قضى القاضي بصحته لأن كل زواج صحيح بين المسلمين فهو صحيح بين غيرهم .

وإذا ثبت أنه كان حين عقده غير صحيح في الإسلام لعدم حضور شهود أو لأن الزوجة حين العقد عليها كانت في عدة كثنائي كان زوجها من قبل قضى القاضي أيضاً بصحته مادام ذلك جائزاً في دينهم لأنهما ما رضيا بحكم الإسلام ثم يلتزموا بمذهب معين من مذاهب أئمة المسلمين وما دام الزواج بغير حضور شهود صحيحاً في بعض المذاهب الإسلامية وهو مذهب مالك لأن الشرط عنده إعلانه ولو بغير الشهود فإنه يقضى بصحته بينهم مادام متفقاً ودينهم .

وأما إذا ثبت أنه كان حين عقده غير صحيح في الإسلام لكون الزوجة إحدى محارم الزوج بنسب أو رضاع أو مصاهرة أو لتكونها كانت حين العقد عليها معتدة نسلم فإنه يقضى ببطلانه وبالتفريق بينهما لأنه بإجماع أئمة المسلمين زواج غير صحيح في حكم الإسلام فلا يقرهما عليه القضاء الشرعي .

الثانية : أن يكون في زوجيتهما اعتداه على حق مسلم كما إذا كانت كثنائية متزوجة بمسلم فطلقها فتزوجها كثنائي وهي في عدة المسلم فإن القاضي يفرق بينهما ولو لم يترافعا إلينا محافظة على حق المسلم .

الثالثة : أن يسلم الزوجان أو أحدهما .

فإن أسلما معا وكانت زوجيتهما مما يقرها الإسلام بأن كانت صحيحة في حكمه لاستيفائها شروطه . أو غير صحيحة لعدم حضور شهود . أو لأن الزوجة حين العقد عنها كانت معتدة لغير مسلم يقران على زوجيتهما ولا يتعرض لهما . وإن كانت زوجيتهما مما لا يقرها الإسلام بأن كانت غير صحيحة لأن الزوجة إحدى محارم الزوج . أو لأنها حين العقد عليها كانت معتدة لمسلم فلا يقران على

زوجيتهما . وإن لم يفترقا من تلقاء أنفسهما يقضى بالتفريق بينهما ولو لم يفترقا
بإتاهما بإسلامهما انترما إمضاء حكم الإسلام عليهما وهذه زوجية لا يقرها
الإسلام فيجب عليهما الافتراق وإلا فرق بينهما القضاء شأن كل مسلمين تعاشر
بزواج غير صحيح شرعا .

وإذا أسلم الزوج وحده وكانت زوجته كتائية فزواجها باق على حاله
مادامت زوجيتهما مما يقرها الإسلام لأن زواج المسلم بالكتائية يحل ابتداء فيحل
بقاء . وأما إذا أسلمت وكانت زوجته غير كتائية بأن كانت مشركة فإنه يعرض
عليها الإسلام فإن أبته أن تسلم أو تدين بأي دين إلهي فرق بينهما لأن زواج
المسلم بغير الكتائية لا يصح ابتداء فلا يصح بقاء . وإن أسلمت أو اعتقت أي
دين سمحوا فزواجها باق على حاله مادام مما يقره الإسلام .

وإذا أسلمت الزوجة وحدها فسواء أكان الزوج كتائيا أم غير كتائي يعرض
عليه الإسلام إن كان أهلا لعرض الإسلام عليه بأن كان بالغا عاقلا أو صبيا مميزا .
أو معتوها مميزا . فإن أئى أن يسلم فرق بينهما القضاء لأن المسلمة لا يصح أن
تكون زوجة لغير مسلم . وإن أسلم فزواجها باق على حاله مادام مما يقره
الإسلام^(١) .

وإن كان غير أهل لعرض الإسلام عليه بأن كان صبغرا غير مميز أو مجنوناً
ففي الصغر غير المميز ينتظر حتى يبلغ من التمييز فإن صار مميزاً عرض عليه
الإسلام كما تقدم . وفي المجنون يعرض الإسلام على أبيه فإن أسلم أحدهما تبعه ابنه
واستمرت زوجيتهما مادامت مما يقرها الإسلام . وإذا أئى كل من أبويه الإسلام
فرق القاضي بين الزوجين . وكذلك يفرق بينهما إذا لم يكن للمجنون أب ولا أم
بعد أن يقيم وصيا للمخسومة عن المجنون يكون حكم التفريق في مواجهته .

(١) إذا أسلمت الزوجة وكان زوجها غير المسلم مائياً غيبه منقطعاً لا يبرى مكاه حكم بالتفريق بها
وإنه يعرض الإسلام عليه لا يعلم أولاده التي تحكس من عرض الإسلام عليه . طرأ حكم محكمة الجسالية
الشرعية في مجلة القضاء الشرعي عدد ١ سنة أولى .

وإذا أسلمت وطلب زوجها للتصوير يعرض الإسلام عليه ولم يحضر ويكرر ذلك من اعتبر تحلفه
المكرر بعد طلقه إياه من وقرق بينه وبين زوجته وقد صوبت بهذا عدة أحكام من المحاكم الشرعية

وإنما فرق في الحكم بين الصغير غير المميز وبين المجنون لأن بلوغ الصغير من التمييز له أمد معلوم يمكن انتظاره . ولكن شفاء المجنون ليس له وقت معلوم وربما طان سنين عديدة فتتصرر الزوجة التي أسنمت فمعا للضرر عنها يعرض الإسلام على أبوي زوجها المجنون فرما يكونان حرصين على بقاء الزوجية وتبعتهما أو أحدهما الشفقة الأبوية على الإسلام فينبه المجنون ويبقى الرواح .

الطلاق

تعريفه : الطلاق في اللغة رفع القيد الحسي أو المعنوي فكما يطلق على فك عقل البعير يطلق على إباحة إبداء الرأي ومثله الإطلاق ، فالطلاق والإطلاق في اللغة يستعملان لحل القيد حسيا كان أو معنويا غير أن العرف قصر الإطلاق على رفع القيد الحسي وقصر الطلاق على رفع القيد المعنوي ففى العرف يقال : السجين مطلق سراحه ولا يقال طائق سراحه ويقال طلق الرجل زوجته ولا يقال: أطلقها ولهذا كان الإطلاق وما اشتق منه من الكتابات عن الطلاق لا من الصريح حكم العرف وسيتبين هذا .

وأما المطلاق شرعا فهو حل رباط الزوجية الصحيحة . في الحال أو المآل . بعبارة تفيد ذلك صراحة أو دلالة ، تصدر من الزوج ، أو من القاضى بناء على طلب الزوجة .

فإذا أراد أحد الزوجين التخلص من رابطة الزوجية لأسباب تحمله على ذلك فإن كان هو الزوج فله أن يستغل بحل هذه العقدة بعبارة تصدر منه مستندة إلى زوجته تدل على طلاقها منه ورفع القيد الذى يربطهما كأن يقول لها : أنت طائقة أو زوجتى فلانة طائقة . وإن كانت الزوجة فلها أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة تطليقها من زوجها للسبب الذى تستند إليه في طلبها ومنى أثبت سببا مسوغا شرعا لتطليقها حكم لها القاضى بما طلبت وطلقها من زوجها . *

وإذا كان الطلاق الذى صدر من الزوج أو حكم به القاضى رجعيا لم يحل به عقدة الزواج في الحال وإنما حل به في المآل أى إذا انقضت عدة المطلقة من غير أن يراجعها مطلقها في أثناءها ، وإذا كان بائنا حلت به عقدة الزوجية في الحال أى من حين صلوره بحيث لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدتين وبتراضيهما .

وقد تكون العبارة التى تصدر من المطلق صريحة في دلالتها على معنى التطلاق بحيث لا تختمل معنى آخر مثل أنت طائقة ، وقد تكون كناية عن الطلاق

بحيث تحتمله وغيره ولا تصعب له إلا بالقربة مثل أنت باتن أو أنت مظنفة .

حكمة تشريعية : شرع الطلاق في الإسلام ليستطيع الزوجان التخلص من رابطة الزوجية إذا نبين أنها مصدر الشقاء وأنه لا يمكن أن يتعاشر الزوجان بالمعروف ولا أن يقوم كل منهما بحقوق الزوجية ، وواجباتها وذلك لأسباب عدة :

منها أن الزوجين قد يتبين لهما بعد المعاشرة الزوجية أن بينهما تبايناً في الأخلاق وتنافراً في الطباع وأن ما بذلاه من السحت والنحرى في وقت الخطبة لم يظهر الحقيقة التي أظهرتها المعاشرة الزوجية وأنها مع هذا التباين والتنافر لا يتبادلان مودة ولا رحمة ولا يقوم واحد منهما بحقوق الزوجية وواجباتها . فرفع الحرج عنهما فتح الله لهما باباً للخلاص من هذا الشقاء والتباغض ليستبدل كل منهما زوجاً آخر قد يتأنف به ويتبادل معه المودة والرحمة ، وإن يفرقاً بين الله كلا من سعة .

ومنها أنه قد يتحقق الزوجان أن أهم مقاصد الزواج وهو التوالد والاستمتاع الجنسي لا توصل إليه هذه الزوجية لأن بعض النساء قد تكون عقيماً مع زوج وولوداً مع آخر وكذلك بعض الأزواج قد يولد له من زوجة ولا يولد له من أخرى وكم زوجين عاشا عقيمين فلما افترقا ولد له من زوجته الأخرى وولد لها من زوجها الآخر ، وكذلك الشهوة الجنسية قد تكون مفقودة لبعض النساء وغير مفقودة لأخرى فمن الحكمة أن شرع الله سبيلاً لتخلص مثل هذين الزوجين من زوجية لا تحقق أغراضها .

ومنها أن الزوج قد يرتاب في زوجته أو يجد فيها من العيوب الخلقية أو الخلقية ما لا يستطيع معه المعاشرة بالمعروف والقيام بحقوق الزوجية .

ومنها أن الزوجة قد تجرد من زوجها ما يجعلها على حل العقدة التي تربطها كأن يمرض بداء عضال لا يمكن البرء منه ولا معاشرته معه ، أو يضارها بأقواله أو أفعاله أو أخلاقه ، أو يكيدنها بعلم الإنفاق عليها . أو يعسر عن نفقتها أو يغيب عنها المنة العظيمة بلا عذر .

فلا ريب في أنه قد ندعو الحاجة القاهرة إلى حل عقدة الزواج وأن الحاجة قد تبعثهما معاً على الرغبة في الطلاق وقد تحمل أحدهما . فلو لم يشرع الله سبيلاً لحل عقدة الزواج عند الحاجة القاهرة لئلا ينعقد بعض الأزواج حرج وكانت بعض الزوجيات مصدر شقاء دائم ، مع أن الله شرع الزواج ليكون مصدر معونة متبادلة ورحمة ومودة .

وإنما أباح الله لكل واحد من الزوجين أن يخل عقدة الزواج وحده ولم يلزم تراضيهما وتوافق إرادتهما عليه كما لزم تراضيهما على عقده لأن الحاجة الملحة إلى الطلاق قد تدعو أحدهما إلى الخلاص ويتمت الآخر ولا يوافقه فزوجة المسئول تريد الخلاص من زوجيته وهو لا يرضى . وزوج المريبة يريد الخلاص من زوجيتها وهي لا ترضى . فلهذا لا يشترط تراضيهما على إيقاع الطلاق بل بكل منهما الانفراج به .

وإنما شرع للزوج أن يستقل بحل رباط الزوجية ويطلق بنفسه ولم يكن للزوجة أن تحل رباط زوجيتها إلا بواسطة القضاء لسببين :

الأول : إن المرأة في الغالب سريعة الانفعال شديدة التأثير تدفعها انفعالاتها إلى أبعد مدى فلو كان حل العقدة الزوجية بيدها كانت هذه الرابطة مهتدة بالحل وعرضة للخطر بأوهى الأسباب ، ولا ينقض هذا أن من النساء من هن ذوات عقل وأناة وقدرة على ضبط أنفسهن حين الغضب وأن من الرجال من يغضب عليهم الحق ويكفون سلطان الغضب لأن التشريع يبنى على الغالب وما هو الشأن في الرجال والنساء ولا يبنى على الأحاد والمجزئيات .

السبب الثاني : أن الطلاق يلزم الأزواج حقوقاً مائة لأنه يخل به الزوج من الصداق وتلزمه نفقة العدة ويضيق عليه ما أنفقه من مهر ونفقة ويحتاج إلى بدل مالي جديد لإيجاد زوجية جديدة وهذه التبعات المالية التي تترتب على الطلاق من شأنها أن تحمل الرجل على التروي في إيقاعه ، وأما الزوجة فلا يستحق عليها بالطلاق حق مالي يحصلها على التروي في إيقاعه .

وإنما شرع على ثلاث دفعات لتكون الأولى والثانية بمثابة إنذارين لثنيه

الزوج إلى أن يجرب نفسه ويروصها على العسر والاحتال ، وتسه الزوجة إلى أن تحسن العشرة وتجنب ما يدعو إلى الفرقة حتى إذا تم بعد الإنذار بعد الإنذار ووقعت الطلقة الثالثة عنه أنه ليس في زوجيتها حير ، وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى .

فالحقيقة أن الإسلام شرع الطلاق ليكون وسيلة إلى الخلاص من زوجية لا خير في بقائها ولا يمكن معها أداء حقوق ولا واجبات وشرع بإيقاعه عن سنن يكفل تبارك الخطأ فيه . ولو أن الناس ساروا على سنن الشرع ولم يتعدوا حدود الله وراعوا أن الطلاق أبغض إخلال بلى الله ولم يلجأوا إليه إلا للضرورة وأوقعوه على سننه المشروع ما كان هذا النظام موضع شكابة ولا مبعث شقاء للأسرة الإسلامية . لأن الأصل فيه الحظر وإباحته للضرورة والواجب أن تقدر الضرورة بقدرها .

من يقع منه الطلاق : الذي يقع طلاقه هو الزوج ، العاقل ، البالغ المختار اختياراً صحيحاً ، الذي يعي ما يقول سواء كان صحيحاً أو مريضاً .

فإذا توغرت في الزوج هذه الشروط فهو أهل لإيقاع الطلاق وإذا صدر الطلاق منه أو من رسوله أو وكيله وصادف محله وقع وانحل به رباط الزوجية .

أما غير الزوج أو رسوله أو وكيله فلا يملك إيقاع الطلاق فليس لمولى أن يطلق زوجة مولىه وليس للسيد أن يطلق زوجة عبده لأن الطلاق حق شخصي لتزوج لا يملكه غيره إلا بتوكيل منه أو تمويض .

وأما غير العاقل وهو المجنون والمعتوه ومن اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة فاجأته فلا يقع طلاق واحد منهم لعدم أهليتهم لإيقاعه لأنه تصرف لا يصح شرعاً إلا من كامل العقل الذي يقدر المصلحة من إيقاعه .

وأما غير البالغ سواء كان صبياً شميماً أو غير مميز فلا يقع طلاقه لأنه من التصرفات الضارة التي لا يكون الصبي أهلاً لها حتى يبلغ الخلق ويتم بلوغه عقله .

وأما غير اختيار وهو المنكره على الطلاق فلا يقع خلافه لأنه ما صدر منه عن إرادته والعبارة للقصد ، لا اللفظ . لأن المنكره لم يكن الباعث له على إيقاع الطلاق إرادته ورأيه وإنما حُمل عليه بإرادة المنكره ورأيه فهو خضوعاً لهذا الباعث الخارجى وتوقفاً من الخطر المهدد به أوقع طلاقاً لا يريدته فاختياره أهون الشرين اختيار غير صحيح وهو كعدمه .

وكذلك من لا يعي ما يقول وهو السكران وألثام لا يقع طلاق واحد منهما لأنه لا زيادة له .

سواء كان العمل جارياً على وقوع طلاق المنكره وانسكركان إذا سكر بشرب محرم باختياره طبقاً لمذهب الحنفية حتى صدر القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ونص في المادة ١- منه على أنه لا يقع طلاق السكران وانكره ، وهذا هو مذهب مالك والشافعي وأحمد وعليه عمل المحاكم الشرعية المصرية .

قال فقهاءنا ويقع طلاق الضجور عليه لنفسه وهو الذى يندر في ماله ويصرفه في غير مصلحة لعدم رشده ، واضراراً وهو الذى يلعب باللفظ ولا يقصد معناه ولا ترتيب حكمه عليه ، والمخطيء وهو من أراد التكميم بعير المضلاق فسبق لسانه إلى الطلاق ، والغافل والناسي وهو من صدر منه اللفظ عاقلاً عن أن معناه الطلاق لأن كل واحد من هؤلاء عاقل بالغ مختار يعي ما يقول فبمعامل عما يصدر منه . والسفه والطرل والخطأ والعنلة لا ينقص الأهلية ولا يعدونها .

ولكن في إيقاع الطلاق من كل واحد من هؤلاء نظر لأنه لا يتفق مع الحكمة التي من أجلها شرع الطلاق . فالسفيه ليس أهلاً للتصرف في قبيل ماله ولا كثيره لعدم رشده الذى يدل على اضطراب عقله وضعف إرادته فكيف يكون أهلاً للتصرف في عصمة زوجته وهي أولى بالأحتياط للتصرف فيها . على أن تطبيقه لا يتخلو من تبعات مالية ليس هو أهلاً للالتزامها لأنه يتخل عليه مؤجل الصداق وتلزمه نفقة العدة ويصحى ما اتفق في زوجته انبى حينها بطلاقه .

وكل من اضرار والمخطيء والغافل والناسي لم يرد واحد منهم الطلاق ولم يقصد إيقاعه وإنما جرى نفعه على لسانه لعباً أو خطأ أو نسياناً والعبارة للإرادة

والقصد لا مجرد حركة اللسان ولذا قال رسول الله ﷺ : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه » ولا لاحظ فقهاء الجنفية هذا قائلوا : من نطق بالطلاق خطأ يعامل به قضاء فقط . وأما ديانة أي فيما بينه وبين ربه فلا يقع عنيه طلاق وزوجته حلال له .

من يقع عليها الطلاق : بما أن الطلاق حل وباط الزوجية الصحيحة فهو لا يقع إلا على الزوجة القائمة زوجيتها الصحيحة حقيقة ، والمعتمدة من طلاق رجعي ، والمعتمدة من طلاق بائن بينونة صغرى ، والمعتمدة من فسخ الزواج بسبب إباء الزوجة المشتركة الإسلام إذا أسلم زوجها . وبسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام ، وذلك لأن الزوجة حلال قيام الزوجية قبل وقوع أي فرقة الرابطة بينها وبين زوجها متحققة بثبوت الملك واختل معا فبهي محل لوقوع الطلاق عنها . ومثلها المعتمدة من طلاق رجعي . وأما المعتمدة من طلاق بائن بينونة صغرى فملكها زال ولكن حلها باق وأثر الزوجية وهو العدة باق فهي محل لوقوع الطلاق عليها .

أما الأجنبية التي لم يربطها بالرجل عقد الزواج أصلاً ، والتي ارتبطت به بعقد زواج غير صحيح شرعاً ، والتي طلقت وزال أثر زوجيتها بانقضاء عدتها . والمعتمدة من طلاق بائن بينونة كبرى ، والمعتمدة من فسخ الزواج بسبب غير السببين السابقين كالفسخ بخيار البلوغ . أو لفحصان المهر عن مهر المثل^(١) فثبت واحدة منهن محلاً لوقوع الطلاق عليها فلو قال الرجل لواحدة منهن : أنت طالق فهو قول لغير بحيث لو عقد عليها ملك ثلاث طلاقات .

وبما أن المطلقة قبل الدخول تين ولا عدة عليها فتكون أجنبية من مطلقها بمجرد الطلاق فلا تكون محلاً لطلاقه بعد ذلك لأنها لا هي زوجته ولا معدته .

(١) فسخ الزواج بسبب عدم كتابة الزوج . أو لفحصان مهر عن مهر المثل . أو بخيار البلوغ . أو ظهور عدم صحة العقد شرط من شروطه يرجع كنه إلى نقض العقد من أصله فلا تكون المعتمدة منه محلاً لطلاق لأن الطلاق رفع العقد الثالث بالعقد الصحيح وأما فسخ الزواج بسبب ردة أحد الزوجين أو إباء الزوجة الإسلام فهو نصارى طراً مع فساد العقد بعد أن وقع صحيحاً وهذا فرق بين الفسخ بعد السنين والفسخ غيرهما

وعلى هذا لو قال الزوج لزوجته المدخول بها حقيقة : أنت طالق . أنت طالق . أنت طالق . وقعت عليها بثلاث طلقات لأن الأولى صادفتها والروحية قائمة حقيقة . والثانية والثالثة صادفتها وهي في العدة فكانت محلا لوقوع المطلقات الثلاث فوقع لأن كل جملة من هذه الثلاث صيغة زامة لإنشاء الطلاق صدرت مرة بعد مرة من زوج أهل لإيقاعه وصادفت محلا لوقوعه .

أما لو قال لزوجته غير المدخول بها حقيقة : أنت طالق . أنت طالق . أنت طالق . وقعت بالأولى فقط طلاقة بائنة لأنها صادفتها والروحية قائمة . أما الثانية والثالثة فهما لغو لا يقع لإيقاع شيء لأنهما صادفتها وهي ليست زوجة ولا معتدنة .

وقد أوجحت المادة ٣٢ من لائحة المأذونين على من يباشر إتهاد الطلاق أن يذكر في إتهاد المطلق تاريخ الزواج والمجهة التي حرر فيها والذي باشره وإلا وجب قيد تصديق على الروحية أولا ثم إثبات الطلاق بعد ذلك ، والعرض من هذا التحق قبل إيقاع الطلاق من أن المطلقة محل لوقوعه .

ما يقع به الطلاق : يقع الطلاق بكل لفظ يدل على حل عقدة الزوجية من أي لغة ، وما يقوم مقام اللفظ من كتابة وإشارة .

فاللفظ قد يكون صريحا إذا كان يفهم منه عند النطق به معنى الطلاق ولا يستعمل غيرها إلا فيه . مثل أنت طالق ومطلقة وكل مشتقات الطلاق والتضليق وكل لفظ استعمله الناس لرفع قيد الزواج مثل علي الحرام .

وقد يكون كتابة إذا كان يحمل معنى الطلاق وغيره ولم يتعارف في الاستعمال قصره على معنى الطلاق مثل أنت بائر - أنت على حرام - أمرك بيديك ، لأن بائر يحمل البينونة عن انفصامه والبينونة عن الشر ، وحرام يحمل حرمة المنع بها وحرمة إيدائها ، وأمرك بيديك يحمل تمليكها وعصمتها وتليكها حرية التصرف في شأنها وهكذا كل لفظ كتابي .

والصريح يقع به الطلاق بدون توقف على نيته لأنه ظاهر الدلالة ومعناه متمم وغير محتاج إلى نية تبيح المراد منه . حتى لو قال أنت طالق باللفظ الصريح لم أصرح

به الطلاق وإنما نويت معنى آخر لا يصدق قضاء ويقع عليه الطلاق . وأما الكتابة فلا يقع الطلاق بها إلا بيته لأن اللفظ يقتضيه معنى الطلاق وغيره والذي يعين إرادة الطلاق به هو نية انطلق حتى لو قال المناطق بالكتابة لم أبق الطلاق وإنما نويت معنى آخر يصدق قضاء ولا يقع عليه الطلاق .

وهذا هو الذي عليه العمل الآن وهو من مذهب مالك والشافعي وهو المخصوص عليه في المادة ٤ - من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٩ وصحتها ككتابات الطلاق وهي ما تحتل الطلاق وغيرها لا يقع بها الطلاق إلا بالنية . وعلى مذهب أبي حنيفة يقع الطلاق بها بالية أو دلالة الخال فعنده تقوم قرينة الخال مقام النية وعلى ما عنده العمل لأبداً من المدة حتى لو قال المناطق بالكتابة لم أبق الطلاق لا يقع مهما كانت الحال .

ويقوم مقام النية الكتابة ولو كان الكاتب قائماً على الصق فمن أراد أن يطلق زوجته فله أن يشافهها به وله أن يكتبه إليها .

والكتابة المستبينة المرسومة كالتقاط الصريح يقع بها الطلاق بدون توقف على نية ، والكتابة المستبينة غير المرسومة كالمفاد المكتوبات لا يقع الطلاق بها إلا بالية .

والكتابة غير المستبينة لا عبرة بها ولا يقع بها طلاق .

والمراد بالمستبينة التي أثرها حيث تقرأ في صحيفة ونحوها ، وغير المستبينة ما لا يبين لها أثر كالكتابة في الهواء أو على الماء .

والمراد بالمرسومة المكتوبة برسم الزوجة وعنوانها الخاص بها كأن يكتب إلى زوجتي فلانة أما بعد أن علمت من أمرك ما علمت فأنت طالق - وغير المرسومة ما لم تكن لعنوان خاص كأن توضع ورقة مكتوب فيها خطف فلانة صانق وفلانة اسم زوجته ولا يدرى أن كانت هذه العبارة كتبها لإيقاع الطلاق أو لتجربه قلم أو مناد فلانة من البية يتعين المقصود .

ويقوم مقام اللفظ أيضا إشارة الأعرس المعهودة في الدلالة على قصده لإيقاع الطلاق . والزاجح أنه لا يقع طلاقه بالإشارة إلا إذا كان لا يعرف الكتابة أما إذا كان قادراً على الكتابة فلا يكفى بالإشارة لأن الكتابة أدل على المراد والإشارة أداة تفهيم يكفى بها للضرورة ومع القدرة على الكتابة لا ضرورة .

ويشترط لوقوع الطلاق أن يكون لفظه مضافاً أى مستنداً إلى الزوجة إضافة حقيقية أو معنوية بالإضافة الحقيقية مثل أنت طالق أو زوجتي فلانة طالق ، والإضافة المعنوية مثل على الطلاق على رأى من يوقع به لأن معناه يلزمى طلاقك .

عدد الطلقات : يعتبر عند الطلقات بالزوجات لا بالأزواج فإذا كانت الزوجة حرة ملك عليها زوجها ثلاث طلقات سواء كان هو حراً أو عبداً .

وإذا كانت الزوجة أمة ملك عليها زوجها طقتين سواء كان هو حراً أو عبداً .

قال الله تعالى في سورة البقرة : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ إلى أن قال : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ دلت هذه الآية على أمرين :

أحدهما أن عدد الطلقات ثلاث فقط لأنها رتب على كل مرة من المراتب إمساكاً بمعروف أو تسريحاً بإحسان وإمساكاً بالمعروف يكون بالرجعة في العدة . والتسريح بالإحسان يكون بتركها حتى تنقضي عدتها ورتبت على الثالثة أنها لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فدل هذا على أنه بالثالثة انتهى منكه وحله فليس له إلا ثلاث طلقات .

ومقتضى إطلاق الآية أن لا يفرق بين الحرة والأمة ولكن الحديث المشهور وهو قوله ﷺ : « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حريضتان » قيد إطلاق الآية ودل على أنها خاصة بالحرمة معدد الطلقات ثلاث للحرة وهو ثابت بالقرآن وتنتان للرقبة وهو ثابت بالسنة .

ثانيتها أن هذه الطلقات الثلاث لا تقع إلا مرة بعد مرة ولا تقع دفعة واحدة لأن معنى قوله الطلاق مرتان التطلق مرة بعد مرة وعلى هذا لو أوقع المثلث مرة واحدة لا يقع الثلاث وإنما تقع طلقة واحدة فلم قال نزوجته أنت ضالقي ثلاثا . أو بالثلاث . أو هكذا وأشار بأصابعه الثلاث لا تقع إلا واحدة والمعد لغو وهذا هو ما عليه العمل الآن وهو الوارد بأفادة ٣- من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ونصها : الطلاق المقترن بعدد لفظ أو إشارة لا يقع إلا واحدة وهذا مخالف لمذاهب الأئمة الأربعة وموافق لمذاهب آئمة آخرين من فقهاء الصحابة ومجتهدى المسلمين وفي الأخذ به صيانة لرابطة الزوجية من المبعث وحمل الأرواح على اتباع السنن المشروعة لإيقاع الطلاق مرة بعد مرة

أحوال صيغة الطلاق : الطلاق من الإسقاطات كالعتق والإبراء وهي يصح تعليقها على الشرط وإضافتها إلى الزمن المستقبل ، ولا كذلك الزواج فهو من التلقيات كالبيع والهبة وهي لا يصح تعليقها على الشرط ولا إضافتها إلى الزمن المستقبل .

وعلى هذا فالطلاق إما متجز وهو ما كانت صيغته غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى زمن مستقبل وقصد به إيقاع الطلاق فوراً مثل أنت طالق . أنت حرام ، وحكم هذا أنه متى صدر من أهل لإيقاعه وصادف محلاً لوقوعه وقع في الحال وترتب عليه آثاره بمجرد صدوره .

وإما مضاف إلى زمن مستقبل وهو ما كانت صيغته مفروقة بوقت مستقبل قصد إيقاع الطلاق حين حلوله مثل أنت طالق غداً أو أول الشهر المقبل ، وحكم هذا أنه متى صدر من أهله وصادف محله انعقد في الحال سبباً للطلاق ولكنه لا يقع ولا ترتب عليه آثاره إلا حين حلول الزمن المضاف إليه الطلاق فلا يقع على زوجته الطلاق إلا إذا جاء انعقد أو أول الشهر المعين بشرط أن تكون حين حلول الوقت المضاف إليه لا تزال محلاً لوقوع الطلاق عندها حتى يصادف الوقوع محله .

وإما معق وهو كانت صيغته محققاً فيها حصول الطلاق على حصول شيء آخر بأداة من أدوات التعليق مثل إن خرجت من منزلي غير إذن وأنت طالق ، وحكم هذا أنه إن كان غرض المتكلم به التحويل أو الحمل على فعل الشيء أو

تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وضر له فيه فهو لغو لا يقع به الطلاق وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله مثل إن مرضت بالنسل فانت طالق فهذا يقع به الطلاق عند وجود الشرط المعلق عليه^(١) .

وقد يكون الطلاق على صيغة اليمين أى مقصوداً به تقوية العزم على فعل شيء مستقبل أو تركه أو تقوية تصديقه في الإخبار عن شيء مضي . مثل على الطلاق لأسافر غداً أو لا أسافر غداً أو ما سافرت أمس ، وحكم هذا الطلاق الوارد على صيغة اليمين أنه نعو لا يقع به شيء لأنه ليس الغرض به حل قيد الزواج بل حمل نفسه على فعل أو ترك أو حمل مخاطبه على شيء .

فالمتجز ، والمضاف إلى زمن مستقبل ، والمعلق الذى لا يقصد به مجرد التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه ، يقع بها الطلاق إما فوراً ، أو حين حلول الزمن ، أو عند وجود الشرط .

وأما المعلق المقصود به الحمل على فعل شيء أو تركه ، واليمين . فهما لغو لا يقع بواحد منهما الطلاق .

وهذا هو الجزئى عليه العمل الآن وهو الوارد بالمادة ٢-٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها : لا يقع الطلاق غير المنعرج إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير .

والتعليق المقصود به حصول الطلاق عند حصول المعلق عليه إنما يصح ويترتب عليه وفوق الطلاق بشرطين الأول أن يكون المعلق عليه معلوماً وقت التعليق على خطر التحقق في المستقبل لأنه إن كان محققاً وقت التعليق كان تعليفاً

(١) ويكون التعليق مقصوداً به مجرد التخويف والتهديد واخس على فعل شيء أو تركه أو مقصوداً به حل رابطة الزوجية إذا حصل المعلق عليه . يرجع في بيانه إن قصد المعلق ويزن مدة صفة الطلاق لأن مثل قوله : إن ماتت امسى فانت طالق لا يحصل قصد الحمل على فعل شيء أو تركه كما يحصله قوله : إن زورت فلانة فانت طالق .

صورها وكانت الصيغة منجزة ووقع بها الطلاق في الحال مثل قوله : إن كانت الشمس طائفة فانت طائفة والحال أنها طائفة .

وإن كان مستحيلا تحققه فهو نحو لا يقع به طلاق مثل قوله إن دخل الجمل في سم الحياض فانت طائفة لأن العرض من مثل هذا القول المنباعدة في نهي الطلاق لا يفتقح الطلاق .

الشرط الثاني أن يحصل التعليق ويوجد الشرط المعلق عبه وانفراد محل لوقوع الطلاق عنهما بأن كانت زوجة أو معتدة لعير بائن بينونة كبرى . فمن قال لأجبيه منه : إن مات أبوك فأنت طائفة ثم تزوجها ثم مات أبوها لا يقع عنهما الطلاق للمعلق لأنها وقت التعليق لم تكن محلا له . ومن قال تزوجته : إن مات أبوك فأنت طائفة ثم تزوجها خلافا وبعد انقضاء عدتها منه مات أبوها لا يقع عليها الطلاق المعلق لأنها وقت وجود الشرط لم تكن محلا له فلا بد أن تكون أنتعتي خلافا محلا للطلاق وقت انعقاد السبب وهو وقت التعليق ووقت نرسب الحكم وهو وقت وجود الشرط .

متى يقع الطلاق رجعا ومتى يقع بائنا

الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة يكون رجعا في حالة واحدة وهي ما إذا كان سبه عدم إنفاق الزوج على زوجته ، أو عمره .

ويكون بائنا فيما عدا ذلك من الأحوال التي يوقع فيها القاضي الطلاق كالنظير للضرر والمعيب والمرضى ونقص الزوج أو سجنه على ما سيبين بعد .

وأما انطلاق الذي يوقعه الزوج فيكون كنه رجعا إلا في حالات ثلاث : الطلاق قبل الدخول حقيقة ، والطلاق في مقابلة مال ، والطلاق المكمل للثلاث . فكل خلاص من الزوج رجعي إلا في هذه الثلاث ولا فرق بين صريح اللفظ وكنية إلا في أن الصريح لا يحتاج الوقوع به إلى نية والثاني يحتاج إليها وذلك لأن الله تعالى قال : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ عدلت هذه الآية على أن الطلاق المشروع مرة بعد مرة ورتبت عقب

الطلاق في كل مرة حقا للزوج في إمساك زوجته بمعروف . وإمساكها بالمعروف يكون عراجعتها في عدتها وإنما يكون له هذا الحق في مراجعتها إذا كان الطلاق رجعيا . فالطلاق انشروع هو الرجعي مرة بعد مرة وهذا معنى قول الفقهاء الطلاق شرع معفا للرجعة . واستثبت الحالات الثلاث التي وقع الطلاق فيها بالثنا بالنصر .

أما الطلاق قبل الدخول حقيقة فلقوله تعالى في سورة الأحزاب : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمِنْهُمْ وَسَرْحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ وإذا كانت المطلقة قبل الدخول بها لا عدة عليها فلا يكون الطلاق الواقع عليها رجعياً لأن المراجعة لا تكون إلا في العدة وبما أنه لا عدة عليها فلا مراجعة لها فطلاقها بانس ، والمطلقة بعد الخلوة طلاقها بانس أيضا والعدة الواجبة عليها للاحتياط لا للمراجعة .

وأما الطلاق في مقابل ما نطقه تعالى في سورة البقرة : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا يَقيِمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ سمي الله سبحانه إعطاء الزوجة مالا لزوجها في مقابل طلاقها افتداء . والافتداء إنما يتحقق بخلاصها منه والخلاص إنما يتحقق بالبانس . ولأن الزوجة إذا طلبت من زوجها أن يطلقها في مقابلة أن تحطه مائة جنية أو أن توره من مؤخر صداقها أو من نفقة عدتها فإنها إنما تنترم بالمعرض لتخلص لها عصمتها فإذا طلقها في مقابل ما التزمت به استحق هو المعرض وبانت هي منه لأن خلاص عصمتها ما لا يكون إلا بالبانس .

وأما انطلاق المكمل لثلاث فلأن الله سبحانه بعد أن رتب على الطلاق في كل مرة من المرتين الأوليين الإمساك بالمعروف رتب على الطلاق في المرة الثالثة نهي حلها له حتى تنكح زوجا غيره فقال سبحانه : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ فدل على أن الطلاق في المرة الثالثة يبين به المطلقة ، وتحرم به على مطلقها حرمة مؤقتة .

فكل طلاق من الزوج يكون رجعيا إلا في هذه الحالات الثلاث فإنه يكون بالثنا .

وكل طلاق من الفاضل بناء على طلب الزوجة يكون بائنا إلا في حالة واحدة وهي ما إذا كان سبب التطنيق عدم الإنفاق فإنه يكون رجعياً فهو أيسر الزوج واستعد للاتفاق فله مراجعتها مادامت في العدة .

وهذا هو الجارى عليه العمل الآن بأحكام الشريعة المصرية وهو مذهب مالك والشافعي وهو الوارد في المادة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها : كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث . والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

وأما مذهب الحنفية الذي كان عليه العمل قبل هذا القانون فكل طلاق من الزوج يقع رجعياً إلا في سبع حالات الطلاق قبل الدخول . والطلاق على مال ، والطلاق المكمل للثلاث ، والطلاق الموصوف بوصف يدل على النيونة مثل أنت طالق طنفة شديدة أو بائنة أو لا رجعة فيها ، والطلاق المقرون بأفعل تفضيل يدل على النيونة مثل أنت طالق أشد الصلح أو أكثره أو أسوأه . والطلاق المشبه بما يدل على النيونة مثل أنت طالق طنفة كالليل أو كأشد ما يكون من الطلاق . والطلاق بلفظ من ألتفاظ الكتابات إذا اقترنت به النية أو دلالة الحال مثل أنت بائن أو حلية أو ربة أو نية ، ففي هذه الحالات السبع يكون الطلاق بائناً عند الحنفية ودليلهم على وقوعه بائناً في الحالات الثلاث الأولى هو ما قدمناه من نصوص القرآن . ودليلهم على وقوعه بائناً في الحالات الأربع الباقية أن المطلق استعمل لإيقاع الطلاق صيغة لا تدل على الرجعي لأن اللفظ الذي عبر به أو الوصف الذي وصف به أو التشبيه الذي شبه به يناق الرجعي وعماً أن الطلاق يتنوع إلى رجعي وبائش وهو استعمل صيغة لا تحتل الرجعي فيتعين البائش .

ولكن ما عليه العمل الآن هو الذي تدل عليه نصوص القرآن والمطلق لا يملك تغير مشروع . والمشروع هو الطلاق الرجعي إلا فيما استثنى فكل لفظ أو وصف أو تشبيه يقصد به تغير المشروع فهو لغو وكأن الصيغة صدرت غير مقرونة به فيقع به الطلاق على ما شرع وهو الرجعي .

حكم الطلاق : أما حكمه بمعنى وصفه الشرعي من الحظر أو الإباحة فقال بعض العلماء إنه مباح لأن الله سبحانه في عدة آيات نهي الحجاج والإثم

عن المطلق قائل : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ﴾ ولأن الأصل في ما شرع الإباحة ، والذي حققه الكمال ابن الممام أن الأصل فيه المحظر ولا يباح إلا للضرورة وذلك لأنه قطع لرابطة الزوجية التي ارتبط بها الزوجان تعميماً نعتة مصالح دينية ودينية وأداء لما ظفبه الشارع على مسيل التلب أو الوجوب . وكل ما فيه تصحيح للمصالح وتفويت للواجب أو السنة فهو محظور ولكن لما كانت الحاجة قد تدعو إلى ارتكاب هذا المحظور اتقاء لما هو شر منه أباحه الشارع عند تحقق الحاجة إلى الإخلاء لأن الضرورات تبيح المحظورات (١١) .

(١١) وعلى هذا الاختلاف اختلفت وجهه نظر عماد الأهلية في قضايا التعويض التي ترفع إليها من بعض منظمات المحكم لمن يعرض عند خلع من الضرر بسبب الطلاق .

حتى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ في القضية رقم ١٢٨١ سنة ١٩٢٥ حكمت الباترة المدنية المتحربة بمحكمة مصر الابتدائية الأعبدة حضوراً بإلزام المطلق بأن يدفع للمطلقة تعويض قدره ألف جنيه ومؤخر صلتها وفرد مائة جنيه والمصاريف وألعاب الخمالة .

وبما جاء في أسباب حكمها أنه : قد تعزى الروحية أمور تكون فوق طاقة الزوجية وأمهات فضمت حكمه الموقر حل شأنه وجود مشروعية الطلاق فهو إنفاً حتى مشروع ولكن للضرورة وليس من المروءة والإسابة ولا من الإيمان أن يتزوج شخص امرأة ونهر سب يطبقها فهو استعماله ذلك الحق الذي أحصاه له قد أساء إلى الحق وإلى نفسه وإلى غيره وليس لصاحب الحق قلوباً أن يعيى إلى الغير باستعماله ما يحق له من الخفوق ، وأنه وإن كانت المحكمة لا تتابع في أن المدعي عليه له الحق في الطلاق في أي وقت يشاء ولكنها تفر مع قضاء الشرع الشريف في أنه يجب ألا يساء استعمال ذلك الحق المضمون وليس أدل على ذلك من قوله سبحانه : ﴿ فإن أظلمتكم فلا تبصروا عنهم سبلاً ﴾ .

وفي ٢٢ يناير سنة ١٩٢٦ في القضية رقم ٤٠٨ حكمت محكمة استئناف مصر العليا برهض دعوى صلاة التعويض عن طلاقها

وبما جاء في أسباب حكمها : أن الطلاق يباح فلا يرتب عليه في الشريعة الإسلامية أية مسئولية إلا المحقوق التي تخولها استرجح للمطلقة من حيث المهر وعقده العدة حتى لو كان الطلاق بلا سبب عيب عن المطلق من سراج إلا أن يكون يعرفها من الله كمن يرتكب معصية دينية لأن المحقوق التي بين الإنسان وربه لا يسأل عنها في الدنيا ولكن يسأل عنها في الآخرة .

أقول : والذي يؤخذ من نص من الشريعة أن من أوقع الطلاق نهر حاجة إلى الإخلاء فطلاقه واقع وهو أمر شرعي وإذنه دليل على أنه أساء استعمال الحق الذي جمعه له الشارع ولم يستعمله منه على وجهه المشروع وإذا كان يتم دليلاً على إساءته استعمال الحق فكل مطلق أم شرعاً بإيقاع طلاقه فهو مسيء استعماله حقه فإن ترتب ضرر للمطلقة يلزم بتعويض هذا الضرر إنما إذا خلق حاجة إلى الإخلاء أو لم يرتب للمطلقة ضرر فلا تعويض

. وقد يكون الطلاق واجبا إذا فات الإمساك بالعرف ولم يمكن أن يقيم الزوجان حدود الله سواء كان سبب من قبله أو من قبلها . وقد يكون مندوبا إليه إذا كانت المراجعة مؤذية أو تركت ما سبب الله عنه أو لا نطبعه فيما يجب عليها صاعته فيه . وقد يكون حراما إذا كان لغير حاجة تدعو إليه أو كان طلاق الصدقة ولم يكن على السنة .

والفرق بين طلاق السنة وطلاق الصدقة أن طلاق السنة هو ما كان على سنن الطلاق المشروع من جهة كيفية إيقاعه وإحال التي تكون عليها الزوجة وقت وقوعه . فالسنن المشروع لإيقاعه مبين في قوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك معروف أو تسريح بإحسان ﴾ أي التطبيق المشروع مرة بعد مرة يعقب كل مرة حق الزوج في الرجعة . والسنن المشروع لحال الزوجة وقت وقوعه عليها مبين في قوله تعالى في سورة الطلاق : ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ﴾ أي طلقوهن وهن مستقبليات لا اعتدادهن بأن يكن طاهرات في طهر ثم تحصل فيه مباشرة لأنها إن طلقت وهي حائض فتستظر حتى تطهر من حیضها وتتم مدة طهرها ثم تتدعى عدتها من الحيضة التالية ؛ وإن طلقت في طهر حصل فيه وقاع فلا يدري أذ كانت حملت أو لا ولا يعلم بم تعتد . ففي الحالين لا تستقبل عدتها إثر طلاقها ، فطلاق السنة أن يطلقها واحدة رجعية في طهر لم يمسه فيها .

وطلاق البدعة ما لم يكن على هذا السنن المشروع بأن يطلقها أكثر من واحدة دفعة واحدة أو يطلقها وهي حائض أو في طهر فد مسها فيه .

ومذهب الحنفية أن من طلق طلاق الصدقة فهو آثم بخالفته السنن المشروع ولكن طلاقه واقع ولا تنافي بين أن يكون في الفعل آثم وبين أن يترتب أثره عليه كالصلاة في ثوب مخصوب فيها إثم الغصب وتحريم عن الفرض ، والبيع وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة فيه الإثم بخالفته قوله تعالى وذروا البيع وبفقد التملك . هذا هو حكم الطلاق من حيث حظره وإباحته وندبه ورجوعه .

وأما حكمه بمعنى أثره المترتب عليه فإنه يختلف باختلاف نوع الطلاق

النواع وذلك لأن الصلّاق إما رجعي وهو الطلاق في غير حالة من الحالات للثلاث التي بينها وإما بائن بينونة صغرى وهو البائن غير المكمل للثلاث . وإما بائن بينونة كبرى وهو المكمل للثلاث ويسمى أيضا الطلاق البت . ولكل نوع من هذه الثلاثة حكم أي أثر يترتب عليه .

فأما الطلاق الرجعي فهو الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته التي دخل بها حقيقة إيقاعاً مجرداً عن أن يكون في مقابلة مال ، ولم يكن مسبوقاً بظقة أصلاً أو كان مسبوقاً بظقة واحدة . وحكمه سواء أكان أول الطلقات أم ثانياً أنه يترتب عليه أتران . أولها نقص عند الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته بمعنى أنه متى وقعت طلقة رجعية فإن كانت الأولى لم يبق للزوج إلا طلقتان وإن كانت الثانية لم تبق له إلا واحدة . والمراجعة لا تحو هذا الأثر .

وثانيهما : تخديد الرابطة الزوجية بانقضاء العدة بعد أن كانت غير محددة بمعنى أنه إذا وقع الرجعي وانقضت العدة من غير مراجعة بانت الزوجة بانقضاء العدة .

وهو لا يرفع قيد الزوجية ولا يزيل ملكاً ولا حلاً بمعنى أنه لا يزيل منك الاستمتاع الثابت بالزواج ولا يجعل المطلقة محرمة بسبب من أسباب التحريم على مطلقها فيحل له الاستمتاع بها ويصير بذلك مراجعاً . وإذا مات أحدهما قبل انقضاء العدة ورثه الآخر ، ونفقتها واجبة عليه ، ولا يحل به مؤخر الصداق المؤجل لأحد الأجلين انوث أو الصلّاق وإنما يحل بانقضاء العدة ، والسبب في هذا كنه أن الصلّاق الرجعي لا يرفع قيد الزواج . والزوجة بعده لا تزأ قائمة ونزواج مراجعة زوجته مادامت في العدة ، فهو يعقد سبياً للفرقة ولكن لا يترتب عليه مسببه مادامت المطلقة في العدة فإذا انقضت العدة من غير مراجعة ترتب أثره وبات منه .

والمراجعة هي استدامة الزواج القائم وإلغاء عمل السبب الذي حدد الزوجية بانقضاء العدة . وهي حق لنزواج مادامت مطلقة رجعياً في العدة لقوله تعالى بعد أن قال والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء : ﴿ وَيَعُولُنَّ أَحَقُّ يَرُدَّهُنَّ فِي ذَلِكَ ﴾ أي وأزواجهن أحق بإرجاعهن إلى عصمتهم في ذلك الوقت الذي

تربصته . ولكونها حقاً جعله الشرع للزوج لا يملك إسقاطه فهو قائل لا رجعة لي
 فيه الرجعة ، ولا يشترط لصحتها رضا الزوجة ولا علمها ، ولا حضور شهود
 لها ، وإنما ينسب له أن يشهد عليها خشية أن تنكرها الزوجة بعد انقضاء عدتها
 فيحجز عن إثباتها وينسب له أن يعلمها بها حتى لا تنزوج بغيره بعد انقضاء مدة
 العدة ظناً منها أنها بانث بانقضائها ، وكذا تكون بأي قول يصدر منه يدل على
 معناها مثل راجعتك أو راحمت زوجتي تكون بالعمل وهو الوفاق ودراعيه التي
 توجب حرمة المصاهرة سواء كانت منه أو منها ، ويشترط في الرجعة بالقول أن
 تكون متجزة لا معلقة على شرط ولا مضافة إلى وقت مستقبل لأنها كالزواج من
 بعض الوجوه ، والزواج لا يقبل الإضافة إلى الزمن المستقبل . ولا التعليق على
 شرط غير محقق في الحال .

وإذا انقضت عدة المطلقة رجعيًا بانث ولا تصح مراجعتها . بل لا يند
 لإعادة زواجها من عقد ومهر جديدين ، وأقل مدة تصدق فيها الزوجة أن عدتها
 انقضت ستون يوماً لأنها تحتاج إلى ثلاث حيض كاملة يتخللها طهران فللمحيضات
 الثلاث ثلاثون يوماً بمراعاة أكثر مدة للحيض وهي عشرة أيام وللمطهرين ثلاثون
 يوماً بمراعاة أقل مدة للطهر وهي خمسة عشر يوماً . فإذا مضى عليها من تاريخ
 طلاقها ستون يوماً فأكثر وادعت انقضاء عدتها صدقت بيمينها ولا تصح الرجعة
 بعد ذلك وإذا مضى عليها من تاريخ طلاقها أقل من ستين يوماً لا تصدق في
 دعواها انقضاء عدتها وتصح مراجعتها .

وإذا اختلف الزوجان في أصل الرجعة فادعى الزوج أنه راحمها وأنكرت
 الزوجة دعواه فإن كان هذا النزاع والنزوح لا تزال في العدة فالقول للزوج لأنه
 يخبر عن أمر يملك إنشائه في الحال فلا معنى لتكذيبه فيه . وإن كان هذا النزاع
 بعد انقضاء العدة فالبينة على مدعى الرجعة وهو الزوج فإن لم تكن له بينة فالقول
 للزوجة بلا بين .

وإذا اختلف الزوجان في صحة الرجعة فادعى الزوج أنها صحيحة لأنها
 وقعت قبل انقضاء العدة وأنكرت هي صحتها لأنها وقعت قبل انقضاء العدة
 فالقول للزوجة بيمينها إذا كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذي تدعى فيه

انقضاء عدتها بحتم ذلك بأن كان ستين يوماً فأكثر .

وأما الطلاق البائن بينونة صغرى فهو طلاق الزوج لزوجته قبل الدخول الحقيقي بها ، أو طلاقه إياها في مقابل مال تفدى به نفسها ولم يكن مسبقاً بطلقة أصلاً أو كان مسبقاً بطلقة واحدة ، وحكمه سواء أكان أول الطلقات أم ثانيها أنه يترتب عليه نقص عدد الطلقات ، وإزالة قيد الزوجية في الحال بمعنى أنه بمجرد صدوره يزيل منك الاستمتاع الذى كان ثابتاً بالزواج ولا يعود هذا منك إلا بعقد ومهر جديدين يراضى الزوجين في العدة وبعدها ولكنه لا يزول الحل بمعنى أن المطلق دائماً بينونة صغرى يحل له أن يعقد على مباتته في العدة وبعدها بدون حاجة إلى زوج آخر بخلافها لأنها بالبينونة الصغرى لم يقم بها سبب من أسباب الشرح المؤبدة أو المؤقتة .

وإذا كان البائن بينونة صغرى يرفع قيد الزواج بمجرد صدوره فلا يحل لأحد الزوجين الاستمتاع بالآخر ولا الخلوة به وتكون منه بمنزلة الأجنبية وإن مات أحدهما في العدة أو بعدها فلا يرثه الآخر إلا في حالة الفرار كما سيحىء .
ويحل به مؤخر الصداق المؤجل إلى أحد الأجلين الموت أو الطلاق .

وأما الطلاق السائر بينونة كبرى فهو ما كان مكتملاً للثلاث ، وحكمه أنه يزول في الحال بمجرد صدوره الملك والحل معا فلا يملك المطلق النعمة بمطلفته وتصير من المحرمات عليه مؤقتاً حتى تتزوج زوجاً غيره بزواج شرعى صحيح نافذ . ويدخل بها الزوج الثانى دخولاً حقيقياً ثم يطلقها وتنقض عدتها منه لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ . فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ﴾ .

ولا توارث بينهما إذا مات أحدهما سواء كانت العدة باقية أو انقضت ويحل به مؤخر الصداق المؤجل إلى أحد الأجلين الموت أو الطلاق لانقطاع رابضة الزوجية به في الحال .

فيؤخذ مما تقدم أن الطلاق الرجعى لا يزول منك ولا الحل . وأن البائن بينونة صغرى لا يزول الحل ويزيل الملك . وأن البائن بينونة كبرى يزول منك والحل معا .

بناء على هذا لو راجع الزوج زوجته بعد أن طلقها رجعيًا أو عقد عليها عقدًا جديدًا بعد أن بانت منه بينونة صغرى تعود إليه بما بقي له من الطلقات لأن الحبل الأول مازال وكأنه هو الذى عاد فيعود بما بقي من عدد الطلقات أما لو بانت بينونة كبرى ثم تزوجها عمره وبعد أن طلقها عقد عليها زوجها الأول تعود إليه بحبل جديد ويملك عليها ثلاث طلقات لأن الزوج الثانى أتى الحبل الأول فالتعد الجديد أنشأ حلاً جديداً كاملاً عدد الطلقات .

هنا متفق عليه ، والصورة اختلف فيها هي ما إذا بانت منه بينونة صغرى وانقضت عدتها ثم تزوجها عمره وبعد أن طلقها عقد عليها زوجها الأول . فالشيخان يقولان تعود إليه بحبل جديد لأن زواجها بالثاني قطع الحبل الأول وأنهاه فتعود بحبل مبتأ كالثانية بينونة كبرى . وعمد يقول : تعود إليه بما بقي لأن الحبل الأول لا يربله إلا الزوج الثاني بعد الطلاق الثلاث كما هو نص الآية ، والراجع قول الشيخين . وهذه المسألة هي التي يعبر عنها الفقهاء بمسألة الهدم أى هل الزوج الثانى يهدم ما دون الثلاث من الطلقات كما يهدم الثلاث أولاً .

طلاق المريض مريض الموت

مرض الموت هو المرض الذى يعجز الرجل عن القيام بمصالحه خارج البيت . ويعجز المرأة عن القيام بمصالحها داخل البيت أى يعجز كلا منهما عن القيام بما من شأنه أن يقوم به ، ويغلب فيه الهلاك ، ويتصل به الموت .

فإن كان المرض لا يعجز أحدهما عن ذلك . أو كان يعجزهما ولا يغلب فيه الهلاك . أو لم يتصل به الموت بأن برىء المريض منه لا يعتبر مرض موت وتكون التصرفات فى أثناءه كتصرفات الصحيح . فلا بد لاعتباره مرض الموت من تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به .

والحق بمرض الموت وجود الإنسان السليم فى حالة يغلب خوف هلاكه فيها ويتصل بها الموت كمن قدم تنفيذ حكم إعدامه أو خرج من صف القتال ليبارز أو كان فى سفينة اشتدت بها العاصفة وتلاطمت عنهما الأمواج وخيف غرقها

فهؤلاء وأمثالهم أصحابهم ولكنهم إذا تصرفوا أثناء هذه الخال الخطرة . ثم اتصل بها الموت تعتبر تصرفاتهم كتصرفات المريض مرض الموت . وإذا تقادم المرض المعجز بأن مضت على المريض سنة فأكثر ولم تتغير حاله فتصرفاته بعد السنة كتصرفات الصحيح فإذا ازداد ما به من مرض ثم اتصل الموت به فتصرفاته بعد الريادة تصرفات المريض مرض الموت .

فمن كان مريضاً مرض الموت أو ملحقاً به بأن كان في حال يضرب فيها خوف الهلاك وطلق امرأته بائناً وهو كذلك ، بلا رضاها ، ومات في مرضه أو في حاله الخطرة بهذا السبب أو بغیره ، والزوجة لا تزال في العدة فإن الطلاق البائن يقع على زوجته . وتبين منه من حين صلوره . ولكنها ترثه بشرط أن تكون أهلاً لإرثه من وقت إبانته إلى وقت موته .

وإنما وقع عليه الطلاق لأنه أهل لإيقاعه لأن الصحيح والمريض سيان في أهليتهما لايقاع الطلاق ، وإنما ورثته مع أن المطلقة بائناً لا ترث لانقطاع العصمة بمجرد الطلاق لأنه لما أبانتها في مرضه أو في حاله الخطرة اعتبر للاحتياط فأراً وهارباً من أن ترثه فورد عليه قصده السيء ويثبت لها الإرث .

فلو طلقها المريض رجعيلاً لا يعتبر فأراً لأنها ترثه في عدة الرجعي على كل حال ، ولو طلقها بائناً برضاها لا يعتبر فأراً ولا ترثه . وكذلك لا ترثه إذا مات بعد انقضاء عدتها لأنه لم يبق بينهما أية صلة . ولا ترثه أيضاً إذا قام بها مانع من إرثه كاختلافهما ديناً سواء قام بها المانع وقت الإبانة أو وقت الموت أو فيما بين ذلك فالشرط لإرثها أن تستمر أهليتها لإرثه من وقت إبانته إلى وقت موته .

وإذا حصل سبب الفرقة من قبل الزوجة وهي مريضة مرض الموت أو ملحقه بها بأن كانت في حالة يعلب فيها خوف الهلاك كأن اختارت نفسها بالبلوغ . أو فعلت ما يوجب حرمة المصاهرة مع أحد أصوله أو فروعها وماتت وهي في العدة فإن الزوج يرثها لأنها تعتبر للاحتياطات هاربة وفارة من إرثه فورد قصدها السيء عليها ، كم يرد قصده السيء عليه .

ويراعى أن طلاق العار على ما عليه العمل الآن من أن الطلاق لا يكون باتاً إلا في ثلاثة أحوال إما بتصور فيما إذا كان الطلاق الصادر منه في مرضه أو في حالته اخطرة مكملًا للثلاث والزوجة مدخول بها لأنه هو الذي تتحقق فيه الشروط السابقة أما لو أبانها بالطلاق قبل الدخول فإنه لا عدة عليها ولا ترث على أي حال . ولو أبانها بالطلاق على مال فإنه يكون يرضاها ويقبؤها التزام المال . وكذلك بتصور فيما إذا فعل وهو مريض ما يوجب التفريق كأن اختار نفسه بالبلوغ . أو فعل بأصوفاً أو فروعها ما يحرم المصاهرة ، ولم يشترط لتحقق العرار أن يكون المطلق طائعاً مختاراً لأنه لو كان مكرهاً لا يقع طلاقه أصلاً على ما عليه العمل الآن . وأما على مذهب الحنفية فيشترط لاعتبار المطلق فراً أن يكون قد أبانها طائعاً مختاراً فلا طلقها مكرهاً وقع الطلاق ولا يعتبر فراً ولا ترث منه .

تفويض الطلاق إلى الزوجة

قدما أن الطلاق حق بمنك الزوج . وكل من ملك حقاً كان له أن يباشره بنفسه وأن ينيب عنه غيره في مباشرته . فإذا أناب الزوج عنه غيره في تطلق زوجته كان هذا توكيلاً ، وإذا أناب عنه زوجته في تطلق نفسها منه كان هذا تفويضاً .

فالتفويض هو تمليك الزوج زوجته أن تطلق نفسها منه سواء أكان هذا التمليك حين عقد الزواج أي مفترفاً بإيجابه وقبوله أم بعده أي في أثناء قيام الزوجية .

وهذا التفويض ليس تمليكا من كل وجه ، ولا توكيلاً من كل وجه . بل يخالف التمليك في بعض أحكامه ويخالف التوكيل في بعض أحكامه .

فهو يخالف التمليك في أن التفويض لا يسلب المفوض حق التصرف فيما فوض فيه فلزوج أن يطلق زوجته بعد أن يفوض إليها تطلق نفسها مع أن المملك بعد التمليك لا يملك التصرف فيما ملكه غيره لانتهاء حقه فيه . كالتابع والواهب لا يملك واحد منهما التصرف فيما باعه أو وهبه ، ويخالفه في أن التفويض يتم من

جانب الزوج وحده ولا يتوقف تمامه على قول الزوجة مع أن التملك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول من المملك والمملك فلو رجع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر صح لأنه لما يتم العقد . ويخالفه في أنه يبقى إلى ما بعد مجلس الإيجاب إذا كانت الزوجة غائبة مع أنه في التملكات لابد من القبول في مجلس الإيجاب حتى إذا كان الإيجاب والقبول ليسا في مجلس واحد لا يتم عقد التملك^(١) .

ويخالف التوكيل في أن المفوض ليس له حق الرجوع عن التفويض ، ولا عن زوجته عنه مع أن الموكل له الرجوع عن الوكالة وعزل التوكيل وفي أن التوكيل لو صدر بصيغة مطلقة لا يتقيد التوكيل بالتصرف فيما وكل فيه لمجلس التوكيل مع أن المفوض إنها بصيغة مطلقة تتقيد بالمجلس .

فإعطاء الزوج زوجته الحق في أن تطلق نفسها هو تحريك خاص يشبه التوكيل من بعض الوجوه .

صفة التفويض : سواء كان التفويض حين عقد الزواج أو بعده في أثناء الزوجية فإن صيغته تكون عبارة من ثلاث ، أن يجعل لها اختيار نفسها . بأن يقول لها ذلك أن تختارى نفسك ، أو يجعل أمرها بيدها بأن يقول لها جعلت أمرك بيدي ، أو يجعل لها أن تطلق نفسها بأن يقول لها ذلك أن تطمقي نفسك .

ولابد من مراعاة أمرين : الأول أنه إذا كان التفويض بعبارة من هذه الثلاث في حين عقد الزواج أى مقترنا بالإيجاب والقول فلا يصح إلا إذا كان ابتدائياً بالإيجاب المقترن بشرط التفويض هو الزوجة كأن تقول امرأة لرجل زوجت نفسي منك على أن يكون أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد فيقول لها قبلت . فهذا القول يتم الزواج ويصح التفويض ويكون لها الحق في أن تطلق نفسها كلما أرادت لأن قبوله ينصرف إلى الزواج . ثم إلى التفويض .

(١) من المعهود على أن التملك إذا كان لعالم بمجلس الأتراك هو مجلس رسول الكتاب به أو الرسول إلى العالم . وعلى هذا فذلك المفوض فيها إيجاب مطلقه لأنه هو في الحقيقة مجلس التوكيل . فمجلس التفويض هو مجلس صدور الإيجاب للمعاصرة بمجلس التملك العدم .

أما إذا كان البادئ بالإيجاب المقترن بالتفويض هو الزوج كأن يقول رجل لامرأة تزوجتك على أن تكون عصمتك بيدك تطبقين نفسك كلما أردت فتقول قبلت بهذا يتم الزواج ولا يصح التفويض ولا يكون للزوجة أن تطلق نفسها . والفرق أنه في الصورة الأولى قبل الزواج التفويض بعد تمام العقد فكون قد ملك التصديق بعد أن منكه بتمام عقد الزواج . وأما في الثانية فإنه ملك التصديق قبل أن يملكه لأنه ملكه قبل تمام عقد الزواج إذ لم يصدر إلا بالإيجاب وحده .

الأمر الثاني : أن التبعزتين الأولين من عبارات التفويض الثلاث وهما جعله لها أن تختار نفسها وجعله أمرها بيدها هما من كنايات الطلاق فلا يثبت التفويض بهما إلا إذا نوى تفويض الطلاق - والعبرة الثالثة وهي جعله لها أن تطلق نفسها هي من الصريح لا يتوقف ثبوت التفويض بها على التبية .

وسواء أكان التفويض إليها بالصريح أم بالكناية فإنها إذا طنقت نفسها بمقتضى هذا التفويض أولى الطلقات أو الثانية وكانت مدخولا بها حقيقة تقع عليها طلقة رجعية وإن كانت غير مدخول بها حقيقة تقع عليها طلقة بائنة لأن المفوض لو طلق بعد الدخول بلفظ صريح أو كناية يقع طلاق رجعي ولو طلق قبل الدخول يقع طلاق بائن فهي تملك بالتفويض ما يملكه هو لأنها تستمد الحق منه .

وكل عبارة من عبارات التفويض الثلاث سواء كانت حين العقد أو بعده قد تكون مقرونة بما يدل على التسميم وعدم تقييد التفويض بوقت كأن يجعل لها أن تختار نفسها متى شاءت أو يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها كلما أردت . وفي هذه الحال للزوجة أن تطلق نفسها في أي وقت سواء أكانت حاضرة حين التفويض لها أم غائبة لأنه ملكها هذا الحق تملكها عاما فتملكه ملكا عاما في أي وقت شأنت .

وقد تكون العبارة مقرونة بما يدل على توقيت التفويض بوقت معين كأن يجعل لها أمرها بيدها مدة سنة معينة أو يجعل لها أن تطلق نفسها مادام مسافرا . وفي هذه الحال للزوجة أن تطلق نفسها في الوقت المعين فقط وأما بعد مصيبه فلا حق لها في التطلاق وحتى لو كانت غائبة حين التفويض ولم تعلم به إلا بعد فوات وقته المعين ليس لها أن تطلق نفسها لأن مالك الحق ملكه إياها على وجه خاص فلا تملكه و غيره .

وقد تكون عبارة التفويض مطلقة عن قيد يدل على التصميم وعن التوقيت بزمن معين كأن يجعل لها أمرها بيدها أو أن تختار نفسها أو تطلق نفسها ولم يزد على الصيغة شيئاً ، وفي هذه الحال للزوجة أن تطلق نفسها في مجلس التفويض فقط إن كانت حاضرة فيه وإن كانت غائبة عنه كان لها ذلك الحق في مجلس علمها به فقط حتى لو انتهي أو تغير مجلس التفويض . أو محسن العلم ولم تطلق نفسها ثم يكن لها هذا الحق بعد ذلك لأن الصيغة مطلقة فتصرف إلى المجلس فإذا فات فلا تملك^(١) .

المُخْلَع

تعريفه : الخلع هو حل عقدة الزوجية بلفظ الخلع أو ما في معناه . في مقابلة عوض تتنزم به الزوجة كأن يقول الزوج لزوجته خالعتك على مائة جنيه فتقول قبلت . فيمجرد قولها تطلق بائناً وتلزمها المائة وترتب سائر أحكام الخلع التي ستبين بعد . فلا يتحقق الخلع شرعاً وترتب عليه أحكامه إلا إذا استعمل لفظ الخلع أو ما في معناه وكان في مقابلة مال . فإذا قال خالعتك ولم يذكر عوضاً فعحكم هذا حكم ما إذا قال لها أنتك أو خلصتك أو حرمتك أو أي تفظ من ألفاظ الكتابات إن نوى به الطلاق وقعت طلقة رجعية على ما عليه العمل الآن ولا يلزمها مال ولا ترتب أحكام الخلع . وإن لم ينو الطلاق لا يقع شيء . وإذا حل عقدة الزوجية في مقابلة مال لكن لا بلفظ الخلع أو ما في معناه كان قال لها أنت طالق أو خالصة على مائة جنيه فقالت قبلت . فبمجرد قولها تطلق بائناً

(١) صدر من بعض أحكام الشرعية المصهوبة الجزئية حكم من عل أن التعويض إذا كان في حين عقد الزواج وصيغة مطلقة لا يقتيد بالمجلس وللزوجة أن تطلق نفسها متى شئت وإلا حلا التعويض من القائمة ، وأبد هذا الحكم استغناءً .

وهذا الحكم ظاهريه مخالف لما ذكر من أن صيغة التعويض المطلقة تملك التملك والتمسك إلا أن يقال إن التفويض إذا كان في حين عقد الزواج فهو مقنون بقرينة حالية تدل على التصيب إذ لا يمكن أن يقصد المعروض تملكها لتعلق نفسها في نفس مجلس رواحتها فالصيغة بدلالة الحال تفيد التصميم وهم لم يشترطوا أن يدل على صميم التفويض دليل لغيره فتمسك بدلالة الحال ودلالة الصيغة فتكون الصيغة المطلقة حين العقد في معنى صيغة التعويض المفرونة عما بعد التصميم فهي مطلقة نطقاً فقط . ولكنها تفيد التصميم بقرينة الحال .

وتلزمها المائة ولا تترتب سائر أحكام الخلع فلفظ الخلع مجرداً عن العوض إذا نوى به الطلاق كأنه الطلاق مجرداً عن العوض يقع به طلاق رجعي . ونقطة الخلع أو ما في معناه في مقابلة عوض هو الخلع الشرعي الذي تترتب عليه أحكامه . ولفظ الطلاق في مقابلة مال هو طلاق بائن يجب به المال على الزوجة .

شرطه : وشرطه أن يكون الزوج ائتمناً أهلاً لإيقاع الطلاق والزوجة محلاً لتوقعه لأنه كما نيين من تعريفه نوع من الطلاق على مال .

صفته : وصفته أنه من جانب الزوج بعين . ومن جانب الزوجة معاوضة ومعنى هنا أن الزوج يقصد منه تعليق طلاقها على قبولها إعطائه البذل فهو منه بمنزلة تعليق الطلاق على قبولها والتعليق بعين ، والزوجة تقصد اقتداء نفسها وتخليص عصمتها بالبذل الذي تدفعه فهو منها بمنزلة مبادئة ومعاوضة - وترتب على هذا أنه تراعى فيه أحكام البعنين من جانبه وأحكام المعاوضة من جانبها ويبين ذلك فيما يأتي :

١ - إذا ابتدأ الزوج بالخلع فقال فما خلعتك على عشرين جنباً لا يملك الرجوع عن هذا الإيجاب قبل قبولها ولا يبطل بإيجابه بقيامه أو قيامها من المجلس قبل القبول لأن البعنين تلزمه بمجرد صبورهما . ولكن إذا ابتدأت الزوجة بالخلع فعانت له اختلعت نفسها منك على عشرين جنباً أذفعتها لك قلها أن ترجع عن هذا الإيجاب قبل قبوله ويبطل بإيجابها بقيامها أو قيامه من المجلس قبل قبوله لأن المعاوضة مالم تتم بالإيجاب والقبول في المجلس فالواجب في حل من إيجابه .

٢ - وكذلك للزوج المخلع أن يعلق الخلع على شرط . وأن يضيفه إلى زمن مستقبل كأن يقول إن مبادرت فقد خلعتك على عشرين جنباً أو خلعتك على عشرين جنباً في آخر هذا الشهر لأنه من جانبه بعين والبعنون تقبل التعليق والإضافة إلى زمن مستقبل فلو قبضت الزوجة حين وجود الشرط المعلق عليه أو حلول الوقت المضاف إليه وقع الطلاق وتلزمها المال وترتب آثار الخلع . ولكن ليس للزوجة أن تعلق الخلع على الشرط أو تضيفه إلى الزمن المستقبل لأنه من جانبها تعليق والتعليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة .

٣ - وكذلك بشرط في الزوجة أن تكون في إيجابها الخلع أو قبولها له راضية غير مكرهة عليه وأن تكون عاتلة بمعنىه لأن شرط صحة المعاوضات التراضي والنعلم بمعنى عباراتها ، ويصح هنا أن تشترط الخيار لنفسها في إيجابه أو قبوله مدة معينة لأن المعاوضات يصح شرط الخيار فيها وأما الزوج فللكونه يمينا من جانبها لا يصح شرط الخيار له لا في إيجابه ولا في قبوله على مذهب الحنفية يعتبر منه تعليقا صحيحا ولو كان مكرها عليه لأن يمين المكره عندهم متعقبة .

أحوال صيغته : إذا خالعتها بقوله خلعتك بلا ذكر بدل ، كان هذا كقولها خلعتك ، لا يتوقف وقوع الطلاق به على قبولها بل إن نوى الطلاق وقع وإن لم يوه لم يقع فهو منجز من ألفاظ الكتابات .

وإذا خالعتها بقوله خلعتك على عشرين جنيه توقف وقوع الطلاق على قبولها لأنه كما تقدم بمنزلة طلاق معلق على شرط فلا يقع إلا عند قبولها دفع البدل . وإذا خالعتها بصيغة المعاوضة أو بصيغة الأمر بأن قال لها خالعتك أو اختلعي فسواء ذكر مالا مع صيغة منهما أو لم يذكر مالا لا يقع الطلاق إلا بقبوها ، أما في حالتها ذكر المال فالعنة واضحة لأنه علق خلعها على قبولها المال وأما في حالتها عدم ذكر المال فلأن الصيغة نفسها وهي المعاوضة أو الأمر تقتضي لزوم قبولها لأن المعاوضة تقتضي المشاركة وهي لا تتم بعبارة واحدة والأمر بمنزلة التخيير إنها فما لم تقبل فهي لم تباشر ما فوض إليها فلا يقع طلاق .

بدله : وبدل الخلع يصح من كل ما يصح تسميته مهرا أي من كل مال معلوم متقوم في حق الزوجين . وليس له نهاية صغيرة ولا نهاية كبيرة بل يصح الخلع ببذل قليل أو كثير سواء كان دون المهر الذي تزواها به أو مساويا له أو أكبر منه . فالبدل الذي يراضى عليه الزوجان أيا كان قدره يكون موكا للزوج ملزمة به الزوجة لأن الله تعالى قال : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفْقَهُوا حَدُودَ اللَّهِ فَلَاحِجَّاحِ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ أي فلا جناح ولا إثم على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت .

ففي القضاء يملك الزوج البدل بانفا قدره ما بلغ لأنه أسقط حقه في مقابل

عوض التزمت به الزوجة برضاها وهي أهل للتزامة ولا فرق بين أن يكون الشوز الذي أدى إلى الاختلاع من جهة الزوج أو من جهة الزوجة أو منهما ، وإما ديانة فإذا كان الشوز من جانب الزوج وهو الذي رغب في الفرة ليستبدل زوجة مكان زوجة فلا يجل له أن يأخذ منها شيئا في مقابل ضلقتها فإفلا ولا كثيرا حتى لا يجمع عليها بين إباحتها بفرقة ليست هي الباعثة عليها وبين أخذ بدل منها وهذا صريح قوله تعالى في سورة النساء : ﴿ وَإِن أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مِّمَّا كَانَ زَوْجٌ وَأَنْتُمْ إِحْسَانٌ فَلا تَأْخُذُوا بِهِ شَيْئاً . أَتَأْخُذُونَ بِنِجَابِنا وَإِنَّمَا بَيْنُنا وَبَيْنَ أَعْيُنِنا عَظِيمٌ ﴾ . وكيف تأخذونه وقد أفصى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا ﴿ .

وإذا كان الشوز منهما أو منها وحدها فلا جناح ولا إثم على الزوج في أن يأخذ منها عوضا لقوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ وَلا يَجْزِيكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلا أَنْ يَخْلِفَا أَنْ لا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ . وَإِن كُنْتُمْ مِنْهُمْ عَصَافاً فإنا نَحْنُ أَكْثَرُ عِلْفاً ﴾ . ولكن لا يجل له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه فإمهورا لما روى أن جميلة بنت عبد الله بن أبي كانت زوجة ثابت بن قيس بن شماس وكانت تبغضه وهو يحبها فأنت رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله لا أنا ولا ثابت لا يجمع رأسي ورأسه شيء ، والله ما أعيب عليه في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام . ما أطيعه بغضا . وكان قد أصدقها حديقة فقال أتردين عليه حديقه قالت نعم وزيادة فقال الرسول أما الزيادة فلا . فاختلعت منه بغيرها فقط .

فإذا أخذ أي عوض في الحال الأولى أو أخذ زيادة عما أمهرها في الحال الثانية فلا بطيب له ما أخذ ويملكه ملكا حينا .

ويصح أن يكون بدل الخلع إرضاع الطفل مدة الرضاعة كأن يقول فإ : خالعت على أن ترصمي ابني منك مدة السنين بلا أجر فنقول : قبلت لأن الرضاعة مفعلة متقومة يستحق في مقابلتها المال فعليا أن ترضعه بغير أجر المدة المحددة حتى لو لم ترضع لوفاة الطفل أو هربها أو وفاتها كان له الرجوع بقيمة الرضاعة عن المدة أو ما يقين منها .

وبصح أن يكون بدل الخلع نفقة ابنه الصغير منها كأن يقول لها : خالعتك على أن تنفقى على ابني من الآن حتى يبلغ سبع سنين فتقول : قبلت فيلزمها الإنفاق عليه في المدة المحددة حتى إذا لم تقم بالإنفاق بسبب وفاة الولد أو وفاتها أو امتناعها كان له أن يرجع عليها بمثل نفقته في المدة أو ما بقي منها وبصح أن يكون بدل الخلع حضنة ابنه منها مدة حضنته بلا أجر لأن حضنتها الصغير في مدة الحضنة منعمة متقومة يستحق في مقابلتها المال كإرضاعه وإذا لم تقم بحضنته لوفاته أو وفاتها أو خروجها عن أهلية الحضنة أو امتناعها رجوع عليها بقيمة الحضنة في المدة أو فيما بقي منها .

ولا يصح الخلع على أن تمسك الصغير عندها بعد تجاوز سن الحضنة إلى أن يبلغ الحلم لأن ذلك تراض على إضاعة حق الصغير لأن الشارع مراعاة فصلته جعل الحق في إمساكه بعد تجاوز سن الحضنة للأب لا للأم فالتراضي على أن يكون إمساك للأم لا للأب غير صحيح كما إذا تراضيا على أن يكون الصغير أو الصغيرة في مدة الحضنة بيد الأب لا الأم . أما إذا خالعت على إمساك بنتها عندها إلى أن تبلغ الحلم فلها ذلك لأنه ليس فيه إضرار بالبنت .

وهذا هو الوارد بأئدة ٢٨٧ من كتاب الأحوال الشخصية للمرحوم محمد قنبري باشا . ولكن الظاهر أن لا يفرق بين البنت والغلام فالإنفاق على إمساك أحدهما بعد تجلوزه سن الحضنة إلى بلوغ الحلم بيد الأم يكون باطلا كالإنفاق على إمساكها مدة الحضنة بيد الأب لأن الشرع جعل لكل مدة يدا بلا فرق بين بنت وغلام وقت الخلع لكل واحد من الزوجين قبل الآخر .

حكمه : وحكمه أنه متى تحقق معناه الشرعي بأن كان بلمظ الخلع أو مافي معناه في مقابلة بدل وقيلت الزوجة ترتبت عليه آثار ثلاثة : وفوق طلاق بائن لأن الطلاق في مقابلة المال بائن . ولزوم المال في ذمة الزوجة لأن الزوج على طلاقه على قبولها هذا الالتزام وقد رضيت به . وسقوط كل حق ثابت مما يتعلق بالزواج الذي وقع الخلع منه . فيسقط ما للزوجة من مهر لم تقبضه ونفقة متجمدة لم تستوفها استحقهما من هذا الزواج . ويسقط ما للزوج من نفقة عاجلها ولم تقض مدتها ومهر سنمه إليها ولم تستحقه بتمامه في هذه الزوجة .

وهذا هو قول الإمام وعليه الفتوى ولا فرق عنده في إسقاط هذه الحقوق بين لعظ الخلع وبين ما في معناه كالمبارأة . ووجه قوله أن الخلع ينبيء عن الفصل والمبارأة تنبيء عن براءة كل منهما عن الآخر وقد صدر كل من اللفظين بغير مقيد فينصرف إلى الانفصال التام والبراءة التامة وذلك إنما يكون بقطع آثار هذه الزوجية الحاصلة منها الخلع وسقوط الحقوق الثابتة بها . ولكن لا بدخل في هذه الحقوق نفقة العدة لأنها لم تكن حقا ثابتا وقت الخلع وإنما ثبت بعده فلا تسقط إلا إذا نص عليها صراحة في بدل الخلع . ولا يسقط ما لأحد من قبل الآخر من غير حقوق الزوجية الحالية كتمن مبيع أو دين قرض أو مؤخر صداق زوجية سابقة .

وقال محمد لا يسقط بالخلع والمبارأة شيء من الحقوق ويقتصر فيهما على ما سماه الزوجان لأن المعاوضات يقتصر فيها على ما تم التراضي عليه . فيقع عليه الطلاق البائن ويلزمها البذل المسمى فقط .

وأبو يوسف مع أفي حنيفة في المبارأة ومع محمد في الخلع .

وعلى ما عليه العمل الآن من أن نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكما تعتبر دينا صحيحا في ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الإنفاق مع وجوده ولا يسقطها إلا الأداء أو الإبراء وأنها لا تسقط بالطلاق ولو خلعا تكون النفقة المتجمدة للزوجة مثل نفقة عدتها إذا نص على أنها من بدل الخلع تسقط وإن لم ينص على أنها منه لا تسقط .

ومن حكم الخلع بين الفرق بينه وبين الطلاق على مال فالطلاق على مال يترتب عليه أضرار : وقوع البائن ونزوم المال . والخلع يترتب عليه آثار ثلاثة : هذان الاثنان وسقوط حقوق الزوجية على ما بينا .

خلع الزوجة التي ليست أهلا للتبرع : قدمنا أن الخلع من جانب الزوجة معاوضة ولكنه لما كان معاوضة مال بغير مال لأن الزوجة تدفع مالا هو بدل الخلع ولا بدخل في ملكها مال بل تخلص لما عصمتها احتجرت الزوجة كأنها متبرعة بالبذل الذي تلتزم به ولهذا لا يلزمها البذل ولا يتحقق معنى الخلع الشرعي المترتبة عليه آثاره الثلاثة إلا إذا كانت الزوجة المخالعة أهلا للتبرع أي بالغة عاقلة غير

محجور عليها تسعة أو مرض أو مريضة بمرض الموت .

فإن كانت الزوجة صغيرة مميزة وقال لها زوجها : خلعتك على مؤخر صدافتك أو على عشرين حبها فقالت : قبلت وهي مميزة وقع عليها طلاق رجعي لا يلزمها المال أما عدم لزوم المال فوجهه أنها صغيرة ليست أهلا للتبرع بهذا البدل الذي التزمته بقبوها . وقبوها لا يلزمها ، وأما وقوع الطلاق فلأن عبارة الزوج معناها تعليق الطلاق على قبوها وقد صح التعليق لصوره من أهله ووجد المعلق عليه وهو القبول ممن هي أهل له لأن الأهلية للقبول تكون بالتمييز وهي هنا صغيرة مميزة ومتى وجد المعلق عليه وقع الطلاق المعلق ، وكان رجعيا لأنه لما تم يصح التزام المال كان طلاقا مجردا ليس في مقابله مال فيقع رجعيا . فإن لم نقل الصغيرة أو قبلت وهي ليست أهلا للقبول بأن كانت غير مميزة فلا يقع طلاق أصلا لعدم وجود المعلق عليه وهو القبول ممن هو أهله .

وإذا جرى الخلع بين ولي الصغيرة وزوجها بأن قال زوج الصغيرة لأبيها : خالعت لبتك على مهرها أو على مائة جنيه من مهرها ولم يضمن الأب البدل له وقال : قبلت ، طلقت ولا يلزمها المال ولا يلزم أبيها . وأما وقوع الطلاق فلأن الطلاق المعلق يقع متى وجد المعلق عليه وهو هنا قبول الأب وقد وجد . وأما عدم لزومها المال فلأنها ليست أهلا لالتزام التبرعات . وأما عدم لزوم أبيها المال فلأنه لم يتبرع بالضمان ولا إلزام بدون التزام ولهذا إذا ضمنه لزمه . وقيل لا يقع الطلاق في هذه الحال لأن المعلق عليه قبول دفع البدل وهو لم يتحقق وهنا القول ظاهر ولكن العمل بالقول الأول .

وإذا كانت الزوجة محجورا عليها للسفه وخالعتها زوجها على مال وقبلت لا يلزمها المال ويقع عليها الطلاق الرجعي المعلق على قبولها لأنها ليست أهلا للتبرع كالصغيرة ولكنها أهل للقبول كالمميزة .

وإذا كانت الزوجة مريضة مرض الموت وخالعتها زوجها على مال وقبلت صح الخلع ويلزمها المال بشرط أن لا يزيد عن ثلث ما تحسبها لأنها متبرعة والتبرع في مرض الموت وصية والوصية لا تغذ إلا من اثبت للأجنبي . والتزوج بالخلع صار أجنبيا .

وإذا ماتت هذه المخالعة المريضة وهي في العدة لا يستحق زوجها إلا أقل هذه الأمور . بدل الخلع . وثالث تركتها . وميراثه منها . لأنه قد تتواضاً الزوجة مع زوجها في مرض موتها وتسمى له بدل خلع باهظاً يزيد عما يستحقه بالميراث فلاحلل الاحتياط لحقوق وراثتها وردا لقصد المتواضعي، عليه قلنا : إنها إذا ماتت في العدة لا تأخذ إلا أقل الأشياء الثلاثة . فإن برئت من مرضها ولم تمت منه فله جميع المبدل المسمى لأنه تبين أن نصرفها لم يكن في مرض الموت .

أما إذا ماتت بعد انقضاء عدتها فله بدل الخلع المتفق عليه بشرط أن لا يزيد عن ثلث تركتها لأنه في حكم الوصية كما قدمنا .

الحالات التي يطلق فيها القاضي

فقدنا أن الطلاق قد يكون من الزوج وقد يكون من القاضي بناء على طلب الزوجة وبيننا أن الزوج له حق الطلاق في أي حال مادام أهلاً لإيقاعه وأما القاضي فلا يطلق الزوجة بناء على طلبها إلا في خمس حالات نص القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ على اثنين منها وهما : التطلق لعدم الإنفاق . والتطلق للمعيب . ونص القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ على الثلاث الباقية وهي : التطلق للضرر . والتطلق نفية الزوج بلا عذر . والتطلق لحسه ، وهذا بيان حكم كل منها^(١) :

١ - التطلق لعدم الإنفاق : إذا كان للزوج مال ظاهر يمكن تنفيذ الفقة فيه بالطرق الميمنة بلائحة التنفيذ فللزوجة أن تستوفى نعمتها منه وليس لها أن تطلب تطلقها منه لعدم إنفاقه عليها سواء كان الزوج حاضراً أو غائباً قريب الغيبة أو بعيداً لأن غرضها وهو حصولها على نفقتها يتحقق بالتنفيذ في ماله الظاهر .
وإذا لم يكن للزوج مال ظاهر يمكنها أن تنفذ نفقتها فيه فإما أن يكون حاضراً أو غائباً . غيبة قريبة أو بعيدة .

(١) وستذكر خصوص هذه القوانين في آخر هذا الكتاب ليرجع إليها من أراد .

فإن كان حاصرا وادعت عليه زوجته أنه تركها بلا نفقة وليس له مال ظاهر تسمى نفقتها منه وطلبت تطليقها منه لذلك فإن قال : إني معسر وصادفته الزوجة على إعساره . أو لم تصادفه فأنبتة بالبينة . ففي هاتين الحالتين المثبت . فإن أنفق فيما إعساره بتصادفهما أو بيته يمهله القاضي مدة لا تزيد على شهر . فإن أنفق فلا تطلق وإلا طلقها منه القاضي بقوله : طلقك منه .

وإن اعترف بأنه معسر . أو سكت عن بيان حاله من يسار أو إعسار . أو قال : إني معسر ولم يثبت قوله بمصادفتها أو بيته وأصر في كل حالة من هذه الحالات الثلاث على عدم الإنفاق وأصررت هي على طلب التطليق طلق عليه القاضي في الحال بدون إمهال .

والفرق أنه في الحالتين المثبت ثبت فيهما إعساره بالتصادق أو البينة ظاهر حاله أنه غير متعنت ولا يقصد الإضرار بها وأنه ما منعه من الإنفاق عليها إلا عسره فيمهل مدة قصيرة لا تزيد على شهر لعل الله يجعل من عسره يسرا وأما في الحالات الثلاث التي اعترف فيها يساره أو لم يثبت ولا ضرر عن الزوجة في انتظار هذه المهلة القصيرة فيما إعساره فإن المظاهر من إصراره على عدم الإنفاق مع اعترافه باليسار أو عجزه عن إثبات الإعسار أنه يقصد العنت والإضرار بها فلا فائدة في إمهاله ويطلق عليه في الحال .

وإن كان الزوج غائبا غيبة قريبة وادعت عليه أنها زوجته وغاب عنها . وتركها بلا نفقة وليس له مال ظاهر تمتد فيه . وأثبتت وقائع دعواها جميعها بضرب القاضي هذا الغائب أجلا يقدر مدته بحسب ما يراه ويقرر أنه إذا لم يرسل الغائب في خلال تلك المدة ما تنفق الزوجة منه على نفسها الفقه الحاضرة التوجيه لها عليه أو لم يحصر للإنفاق عليها تطلق عليه ويكف عنه الكتاب إعلان الغائب بصورة من هذا القرار والأجل المضروب له . فإن مضت المدة وحل الأجل ولم يرسل زوجته ما تنفق منه على نفسها ولم يحضر للاتفاق عليها وتحققت المحكمة من حصول الإعلان إليه طلقها القاضي منه مادامت مصرة على طلبها .

ومثل الغائب غيبة قريبة المسجون إذا طلبت زوجته تطليقها مع عدم إنفاقه عليها وعدم وجود مال ظاهر له لا يضمنها القاضي إلا بعد ضرب أجل له وإعذاره

كما تقدم لأنه ما خرج عن كونه غائبا غيبة قريبة .

وإن كان الزوج غائبا غيبة بعيدة وادعت عليه أنها زوجته وغاب عنها وتركها بلا نفقة . وليس له مال ظاهر تنفذ فيه وأثبت وقائع دعواها جميعها بطلبها القاضي منه في الحال بدون ضرب أجل ولا إعدار .

ومثل الغائب غيبة بعيدة الغائب الذي لا ينرى مكانه ولا يعلم له محل إقامة وانفقوا الذي لا يعلم أحى هو أم ميت . فمتى أثبتت زوجة الواحد منهما وقائع دعواها التي بينها تطلق منه في الحال بدون ضرب أجل ولا إعدار والمراد بالغيبة القريبة أن يكون الغائب بمكان سهل وصول قرار المحكمة إليه بضرب الأجل في مدة لا تتجاوز تسعة أيام . وبالغيبة البعيدة ما ليست كذلك . ووجه الفرق بين الغائب غيبة قريبة ومن في حكمه وهو المسجون والغائب غيبة بعيدة ومن في حكمه وهما المجهون محل إقامته والمفقود . أنه في الحالة الأولى يمكن الاحتياط بإعدار الزوج قبل تطبيق زوجته منه ولا ضرر على الزوجة في هذا الاحتياط وأما في الحالة الثانية فلا يمكن هذا الاحتياط بغير إضرار بالزوجة لأن الفرض أنه بعيد الغيبة أو مجهول محله أو مفقود فإعداره متعذر أو يمكن ضررها حاجته إلى أمد طويل .

والطلاق الذي يوقعه القاضي لعدم الإنفاق في أي حال من هذه الأحوال السابقة رجعى مادام ابتاعه بعد دخول الزوج بزوجه فيجوز للزوج أن يراجع فيه زوجته مادامت في العدة بشرطين : أن ثبت قدرته على الإنفاق عليها . وأن يستعد للقيام بهذا الإنفاق فإذا لم يتوفر الشرطان لم تصح الرجعة لأن سبب التطلق قائم .

وأحكام التطلق لعدم الإنفاق التي بينها مأخوذة من مذهب الإمام مالك . ودليله أن الزوج عجز عن الإمساك بالمعروف فيجب التسريح بالإحسان ومادام الزوج لم يسرحها من تلقاء نفسه فإن القاضي يتوب عنه .

وإما على مذهب الحنفية فلا تطلق لعدم الإنفاق ولا للعجز عنه لأن الزوج إن كان ذا عسرة فنظرة إلى مسيرة وإن كان موسرا يحبس حتى ينفق على زوجته .
المواد ٤ ، ٥ ، ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

٢ - التطلق للمعيب : إذا وجدت الزوجة بزوجه عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجنون والبرص فلها أن تطلب من القاضي تطلقها منه سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجه عالمة بالمعيب . أو حدث العيب بعد العقد ورصيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فليس لها طلب التطلق لأجله .

وليست عيوب الزوج التي نسوغ طلب التطلق محصورة وإنما المدار على كون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا تستطاع العشرة معه إلا بضرر أيا كان نوعه .

ويستعان بأهل الخبرة من الأضياء في معرفة العيب وما إذا كان متحققا فيه هذه الأرصاف ومسوغا طلب التطلق أولا .

ومن العيوب التي تتحقق فيها هذه الصفات وتسوغ طلب التطلق العنة والخب والخصاص . والعين هو من لا يقدر على مباشرة النساء . والمحبوب هو الذي استوصل منه عضو التماسل . والخصي هو الذي سلبت خصيته .

فإذا تزوجت المرأة ووجدت زوجها عينا أو مجبوبا أو خصيا ولم تكن قد علمت حين العقد بحقيقة حاله ولم ترض بالمقام معه على ذلك صراحة أو دلالة وطلبت تطلقها منه ، فإن كانت دعواها أنه محبوب وثبت أنه محبوب فطلقها القاضي منه في الحال ولا فائدة في الانتظار لأن الحب أمر حسي يمكن تعرفه في الحال .

وإن ادعت عليه أنه عين أو مثله الخصي ، وطلبت تطلقها منه لأنه لم يصل إليها بسبب عنته سأله القاضي عن دعواها فإن أقر بها وصادقها على أنه لم يصل إليها يؤجله ستة فمرية ليتبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء تعارضا يزول أو لعيب مستحكم وهو العنة . ولا يختص من السنة أيام غيبها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضا لا تستطاع معه المباشرة وابتداء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضا أو به مانع شرعي أو طبعي يجمعه

من المباشرة فإن كان كذلك فيكون استثناء السنة من حين زوال المانع ، فإن مضت السنة وعادت الروجة إلى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها طبقها القاضى معه .

وأما إن سأنه القاضى عن دعواها فأكرها وقتل إنه وصل إليها فإن كانت ثيبا من الأصل فالقول المروج يمينه لأن الظاهر يشهد نه إذ الأصل في الإنسان السلامة فإن حلف أنه وصل إليها رفضت دعواها وإن نكل اعتبر نكونه مصادقة بما يؤجل سنة كما في حال انفصاله المسافة . وإن كانت بكرا من الأصل عين القاضى أمرأتين يتق بهما للكشف عليها فإن قالتا هي ثيب فالقول للمزوج يمينه لأن الظاهر يشهد له والقول نه يمينه أيضا في أنه أركان بكارتها بالواقع لا بالأصبع مثلا . وإن قالتا : هي بكر يؤجله سنة كما مر .

فإذا مضت السنة وعادت الروجة مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها أراها لامرأتين يتق بهما مرة ثانية فإن قررتا أنها ماتزال بكرا طبقها القاضى مه وإن قررتا أنها ثيب فالقول للمزوج يمينه .

والسبب في اتخاذ هذه الأحراءات نشأ عن عيب العنة خاصة أن الوقوف على حقيقة العنة متعذر وليس لأهل الخبرة من الأطباء في هذا العيب رأى قاطع وقد يكون عجز الرجل عن مباشرة زوجته لعراض سريع الزوال وليس عيبا مستحكما لا يمكن البرء مه وقد يعجز الرجل عن مباشرة امرأة دون أخرى أو في حين بدون آخر فلهذا إذا أقر أنه لم يصل إليها بمهل سنة حتى تستبين حاله وإذا ادعى أنه وصل إليها والظاهر يشهد له صدق يمينه . وإن كان الظاهر بكذبه بأن كانت ماتزال بكرا كما كانت بمهل والعرض من هذا ناء التطبيق على عيب مستحكم لا على مجرد عارض قد يكون سريع الزوال .

والفرقة بالعنة وبأى عيب من العيوب المستحكمة التي لا يمكن البرء منها طلاقا بالثبوت ، وإنما أخذ لأحكام التصريح بالعيوب هو مذهب محمد من أئمة الحنفية ومناصب الأئمة الثلاثة (المواد ٩ ، ١٠ ، ١١ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠) .

٣ - التطلاق للضرر : إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما كأن ادعت عليه أنه يضربها ضرباً مبرحاً أو أنه يسيبها أو يكرهها على محرم وطلبت من القاضي تطبيقها منه بناء على هذا الضرر . فإذا ثبت الضرر الذي ادعته سواء كان ثبوته بإقرار الزوج أو بيينة الزوجة وكان من أنواع الضرر الذي لا يستطيع معه العشرة بين أمثالهما وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها منه .

وإذا عجزت عن إثبات الضرر الذي ادعته قررت المحكمة رفض دعواها فإذا جاءت ثانية مكررة شكواها طالبة التطلاق لإضراره بها ولم تثبت ما تشكو منه فحينئذ يعين القاضي حكيمين رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بما لهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

وعلى الحكيمين أن يتعرفا أسباب انشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح . فإن أمكن على طريقة معينة قرراها وإذا عجزا عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بينهما بالطلاق . وأما إذا كانت الإساءة من الزوجة فلا تطلق ، وإذا اختلفا أمرهما القاضي بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما . وعلى الحكيمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقرراه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه ، والطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على الضرر الذي أثبتته الزوجة أو بناء على تقرير الحكيمين طلاق بائن . ومأخذ هذه الأحكام مذهب مالك ومستنده قوله تعالى في سورة النساء : ﴿ وَإِنْ عَفَقُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْغَوْا حُكْمًا مِنْ أَهْلِهَا وَحُكْمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ .

(المواد ٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ من القانون رقم ٢٥ سنة

١٩٢٩) .

٤ - التطلاق لعيبه الزوج : إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عاب عنها سنة فأكثر بلا عذر مقبول وضلبت تطبيقها منه لتضررها من بعده عنها هذه المدة الطويلة وأثبتت وقائع دعواها . فإن كان زوجها الغائب لا يمكن وصول الرسائل

إليه بأن كان غير معنوم محل إقامته أو معلوما ولا سبيل إلى مراسته طلقها القاضي
 مه في الخال وإن كان يمكن وصول الرسائل إليه ضرب القاضي له أجلا وأعذر إليه
 بأنه يطلقها عنه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطنفها فإذا انقضى الأجل
 ولم يفعل ولم يبد عذرا معيولا طلقها القاضي مه ولو كان له مال تستطيع أن تنفق
 على نفسها مه لأن هذا تطبيق لضرها بعنده عنها المدة الطويلة بلا عذر ونيس
 سبه عدم وجود ما تنفق مه : والتطبيق لهذه العيبة طلاق بائن لأنه من أنواع
 التطلاق للضرر ومآخذ مذهب الإمام مالك . والمراد بالسنة التي عدد أيامها
 ٣٦٥ يوما (المادتان ١٦ ، ١٣ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩) .

٥ - التطلاق لحبس الزوج : إذا صدر على الزوج حكم بسجنه ثلاث
 سنين فأكثر وصار هذا الحكم نهائيا فزوجته بعد مضي سنة من سجنه أن تطلب
 تطبيقها من تضررها من بعد عنها هذه المدة الطويلة ومضى سنت للقاضي أن يحكم
 صفر بالسجن لمدة ثلاث سنين فأكثر . وأنه أصبح نهائيا . ونفذ على الزوج
 وحضت سنة فأكثر من تاريخ تمديد طلقها القاضي مه .

والتطبيق لهذا الحبس طلاق بائن . لأنه أيضا من نوع التطلاق للضرر
 ومآخذ كذلك مذهب الإمام مالك والمراد بالسنة التي عدد أيامها ٣٦٥ .
 المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩

فسخ الزواج

الفرقة بين الزوجين قد تكون بانطلاق الذي يصدر من الزوج أو من
 القاضي بناء على طلب الزوجة وهذا تقدم بيانه .
 وقد تكون بفسخ العقد أي نقضه بسبب خلل وقع فيه . أو بسبب طارئ
 طرأ يمنع بقاءه .

فسخ الزواج لخلل وقع فيه يكون في حالات
 منها الفسخ بسبب ظهور أن العقد وقع غير صحيح كما إذا تبين أن الزوجة
 أحت زوحها رضاعا أو روجة غيره أو معتدنه .

ومنها الفسخ بخيار البلوغ سواء أكل من الزوج أم من الزوجة في الحال
التي يكون فيها الخيار لأحد الزوجين إذا بلغ .

ومنها الفسخ لعدم كفاية الزوج لزوجته وعدم رضا ولها العاصب به وقت
العقد .

ومنها الفسخ لتقصان مهر الزوجة عن مهر مثلها وعدم رضا ولها به
وامتناع الزوج عن إكمالها .

وفسخ الزواج لطاريء يمنع بقاءه يكون في حالات .

منها الفسخ بسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام .

ومنها الفسخ بسبب إباء الزوجة غير الكتائية أن تسلم بعد أن أسب
زوجها .

ومنها الفسخ بسبب فعل أحد الزوجين مع أصول الآخر أو فروعه ما
يوجب حرمة المصاهرة من الرنا ودواعيه .

فسواء أكانت الفرقة بسبب خلل في العقد أم بسبب طاريء يمنع بقاءه فإنها
في هذه الحالات جميعها تعتبر فسخا ولا تعتبر طلاقا .

والفرق بين الفرقة التي هي طلاق والفرقة التي هي فسخ من وجهين
أولهما أن الطلاق يتنوع إلى رجعي لا يحل عقد الزواج في الحال وإلى بائن يحل
عقده الزواج في الحال . وأما الفسخ فهو بجميع أسبابه يحل عقدة الزواج في
الحال . وثانيهما أن الفرقة التي هي طلاق تنقص عدد الطلقات التي يملكها
الزوج بحيث لو طلق الزوج زوجته طلاقا واحدة ثم راجعها وهي في عدتها أو عقد
عليها عقدا جديدا بعد انقضاء عدتها لا يملك عليها إلا طلقتين وتحسب عليه تلك
الواحدة . وأما الفرقة التي هي فسخ فلا تنقص عدد الطلقات بحيث لو فسخ
الزوج بخيار البلوغ مثلا أو لعدم الكفاية ثم تزوجا ثانيا ملك الزوج على زوجته
ثلاث طلقات ولا يحسب هذا الفسخ مما ينقص ما يملكه . وفي الطلاق بالمهر
قبل الدخول يمكن الفسخ بالخيار فلا يجب لها شيئا .

وقد يتوقف الفسخ على حكم القضاء بمعنى أنه ما لم يصدر حكم بالفسخ فالعقد باق وذلك في الحالات التي يبنى الفسخ فيها على أسباب تقديرية تكون موضع خفاء كالفسخ بعدم كفاية الزوج لأن الكفاية لا تعرف باخس وأسبابها مختلفة . وكالفسخ بنقصان المهر عن مهر المثل لأنه متوقف على تعيين المثل ومهر المثل ومقارنة المسمى به . والفسخ بخيار البلوغ لأنه مبني على قصور الشفقة في التولي وله شرائط . والفسخ بإباء الزوجة غير الكتابية الإسلام إذا أسلم زوجها لأنها قد لا تأتي فلا يفسخ العقد .

وقد لا يتوقف الفسخ على حكم القضاء بمعنى أنه على الزوجين أن يفسخا من تلقاء أنفسهما وذلك في الحالات التي يكون سبب الفسخ فيها جلياً ليس موضع خفاء ولا تقدير كالفسخ بسبب ظهور فساد العقد . أو بسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام . أو بسبب قتل أحدهما بأصول الآخر أو فروعه ما يوجب حرمة انصاهرة .

ومن استقراء أنواع فرق الزواج يبين الضابط العام لتمييز الفرقة التي هي طلاق من الفرقة التي هي فسخ وهو أن كل فرقة تكون من الزوج ولا يتصور أن تكون من الزوجة فهي طلاق . وكل فرقة تكون من الزوجة لا بسبب من الزوج . أو تكون من الزوج ويتصور أن تكون من الزوجة فهي فسخ .

المعدة

تعريفها : المعدة شرعاً أجل حدده الشارع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفرقة . فالزوجة المدخول بها بعد حل عقدة زواجها بأي سبب كان تبرصاً وتنتظر ولا تتزوج بغير زوجها الأول حتى تنقضي عدتها بانتهاء ذلك الأجل المحدود . أما الزوج إذا فارق زوجته بأي سبب فليس عليه أن يتبرص أي مدة ويمتنع عن الزواج فيها إلا إذا كانت من يريد الزواج بها محرماً لمن طلقها فإن عليه أن ينتظر حتى تنقضي عدة مطلقته لئلا يكون جامعاً بين المحرمين وكذلك إذا كانت له زوجات أربع وطلق واحدة منهن لا يحل له التزوج قبل انقضاء عدتها لئلا يكون جامعاً بين أكثر من أربع .

سبب وجوبها : وسبب العدة الذي يترتب عليه وجوبها أحد أمرين :
 أولهما وفاة الزوج مطلقاً أي سواء أكانت الزوجة مدخولاً بها حقيقة أو
 حكماً أم لا لإطلاق قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتَوَلَّوْنَ مَتَكُمْ وَيَدْرُونَ أَرْوَاجًا
 يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ بشرط أن تكون الزوجية صحيحة وأما
 وفاة الزوج من زوجية فاسدة فلا توجب عدة الوفاة فإذا لم يكن دخل بها بعد
 زواجه الفاسد ثم مات فلا عدة عليها أصلاً وإن كان دخل بها تعدت بالحيض
 لا بالأشهر .

وثانيهما حصول الفقرة بين الزوجين بأي سبب غير الوفاة بعد الدخول
 الحقيقي في زواج فاسد أو وطء بشبهة أو بعد الدخول حقيقة أو حكماً في زواج
 صحيح .

وأما الفقرة بغير الوفاة قبل الدخول حقيقة أو حكماً فلا توجب العدة لقوله
 تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ
 تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ .

ووجه الفرق بين الفقرة بالوفاة والفرقة بغيرها أن الغرض الأول من عدة
 الوفاة هو الوفاء للزوج المتوفى بالحناد عليه والأسف على موته وهنا واجب لكل
 زوج سواء دخل بزوجه أو لم يدخل ، وأما عدة غير الوفاة فالغرض الأول منها
 تعرف براءة الرحم والتحقق من أنها غير حامل معها لاختلاط الأنساب وهذا إما
 يكون إذا دخل الزوج بزوجه حقيقة أو حكماً في الزواج الصحيح أو دخل بها
 حقيقة في الفاسد أو بناء على شبهة .

حكمة تشريعها : وحكمة إيجاب العدة تعرف براءة الرحم حتى لا تختلط
 الأنساب . وإعطاء الزوج فرصة يتمكن فيها من إعادة زواجها كما أشار الله
 سبحانه إلى ذلك بقوله : ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهُ يَحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ . ويقول :
 ﴿ وَيَعْلَمَنَّ أَحْسَنُ بَرْدَهُنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾ . والحناد والأسف على
 الزوج المتوفى . فكل عدة أوجبت فهي لتحقيق حكمة أو أكثر من هذه .

أنواعها : أنواع العدة ثلاثة : حيض ، وأشهر ووضع حمل .

العدة بالحيض : إذا كانت المرأة من ذوات الحيض وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول بها حقيقة أو حكما بسبب غير الوفاة ولم تكن حاملا وقت الفرقة فعدتها تنقضي بثلاث حيضات كوامل بعد الفرقة لقوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ والقرء الحيض .

ويؤخذ من تقييد الحيضات بثلاث كوامل أنه لو كانت الفرقة في أثناء حيضها لا تحسب هذه الحيضة (حدي الثلاث لأنها ليست حيضة كاملة فلا بد أن تحيض ثلاث حيضات كاملة بعد ظهرها من هذه الحيضة التي وقعت الفرقة في أثناءها .

وتنقضي عدتها بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة . وإذا انقطع لعشرة أيام من رؤيته وهي أكثر مدة الحيض انقضت العدة بمجرد انقطاعه ، وأما إذا انقطع لأقل من عشرة أيام فلا تنقضي العدة بمجرد انقطاعه بل لابد أن يعقب انقطاعه اغتسالها أو مضي وقت صلاة عنها حتى يشفق من أنه انقطع لا إلى عودة ، وأقل مدة تصدق فيها المرأة أنها انقضت عدتها بحيضها ثلاث حيضات كوامل هي ستون يوماً من تلويح الفرقة وقدما توجبه ذلك في الرجعة .

العدة بالأشهر : اللاتي تعدن بالأشهر من النساء اثنتان :

الأولى : الزوجة التي ليست من ذوات الحيض بأن كانت صغيرة أو مراهقة أو بلغت بالسن وهي خمس عشرة سنة ولم تحض ، أو وصلت إلى سن الإنباس وهي خمس وخمسون سنة ولم تحض وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها بسبب غير الوفاة ولم تكن حاملا وقت الفرقة فعدتها تنقضي بثلاثة أشهر من تاريخ الفرقة لقوله تعالى : ﴿ واللاتي يئسن من الحيض من نسائكم إن لواتيهم فلعنتم ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن ﴾ .

الثانية : المتوفى عنها زوجها إذا لم تكن حاملا سواء أكانت من ذوات الحيض أم ليست منهن فعدتها تنقضي بأربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة لقوله تعالى : ﴿ والذين يتوفون منكم ويلذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾ إلا إذا كان زوجها قاسداً فعدتها ثلاث حيضات لا بالأشهر كما قدما .

العدة بوضع الحمل : إذا كانت الزوجة حاملاً وقت الفرقة فسواء أكانت الفرقة بالذات أم بعبرها وسواء أكانت الفرقة من زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة فإن عدتها تنقضي بوضع حملها ولو كان الوضع بعد الفرقة بلحظة بشرط أن يفصل الحمل ظاهراً كل خلقه أو بعضه حتى يصدق عليها أنها وضعت حملاً وتنقضي عدتها به قال تعالى : ﴿ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ أما إذا انفصلت منها علقه أو مضغه غير مخلقة فلا تنقضي عدتها به لأنه لا يصدق عليها أنها وضعت ولأنه لا جرم بأنها كانت حاملاً والعدة لا تنقضي بالشك .

تحول العدة من نوع إلى نوع : قد نجب العدة بالأشهر ثم بطراً ما يوجب الاعتداد بالحيض . وقد نجب بالحيض ثم بطراً ما يوجب الاعتداد بالأشهر . وقد يجب الاعتداد بثلاثة أشهر أو ثلاث حيض ثم بطراً ما يوجب الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام ويبين ذلك في المسائل الآتية :

(١) إذا كانت المعتدة ممن تعدد بالأشهر بأن كانت راهقة أو آيسة وبعد الفرقة بدأت عدتها بالأشهر ثم حاضت في أثناء مدة العدة وجب عليها أن تستأنف الاعتداد بالحيض ولا تنقضي عدتها إلا بثلاث حيضات كوامل ولا تعتبر المدة التي مضت بعد الفرقة من العدة ، لأنها كان قد وجب عليها الاعتداد بالأشهر على اعتبار أنها ليست من ذوات الحيض فلما تبين قبل تمام عدتها أنها من ذوات الحيض وجب عليها أن تبرهن ثلاثة قروء . لأنها الأصل في الاعتداد بالحيض والشهور حلف عنها .

وأما إذا حاضت بعد تمام عدتها بالأشهر فالعدة التي نجت قد انقضت وليس عليها أن تعد بدلها بثلاث حيضات ولكنها صارت من ذوات الحيض بحيث لو نجب عليها في المستقبل عدة تكون ثلاثة قروء .

(٢) إذا كانت المعتدة من ذوات الحيض ثم استمر نزول الدم عليها بدون انقطاع بحيث لا يمكن تمييز أيام طهرها من أيام حيضها ولا تحديد ثلاث حيضات كوامل بعد الفرقة وليس لها عادة معروفة لظهرها وحيضها أو لها عادة ونسيتها فهذه المتحيرة أو ممتدة الدم تنقضي عدتها بسبعة أشهر بعد الفرقة على اعتبار ثلاث حيضات في شهر لأن أكثر مدة الحيض عشرة أيام وثلاثة أشهر في ستة شهور

لكل طهر شهران للاحتياط فتلك سبعة أشهر وقيل تقضى عدتها بثلاثة أشهر ولكن المفتي به هو الأول وإن كان الظاهر هو الثاني .

(٣) إذا كانت المعتدة من ذوات الحيض ثم انقطع حيضها ولم تعد تراه فإنها تستمر معتدة حتى تحيض ثلاث حيضات أو تبلغ سن الإياس خمسا وخمسين سنة فصير من ذوات الأشهر وتعد بثلاثة شهور وتسمى هذه بمدة الطهر .

وهذا الحكم كان منار الشكاهات وكانت تستولى به المعتدة على نفقة العدة عدة سنوات ولكن هذا تنورك أخيراً بأمانة ١٧ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ التي نصت على أنه لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق بعد أن عولج أولاً بانقضاء عدتها بسنة بيضاء ولم تقطع الشكوى لأن بعض المعتدات كانت تأخذ نفقة لمدة خمس سنوات .

(٤) إذا طلقت الزوجة طلاقاً رجعياً ثم مات زوجها وهي في العدة يجب عليها أن تعد عدة الوفاة ويهدم عدة الطلاق لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملكاً ولا حلاً والزوجية بعلة قائمة مادامت الزوجة في العدة فيصدق عليها أنها متوفى عنها زوجها فتعد بأربعة أشهر وعشرة أيام .

أما إذا طلقت طلاقاً بائناً ثم مات زوجها في العدة فإنها ثم عدة خلاقها لأن الطلاق البائن قطع الزوجة من حين صدوره فقد توفي مطلقها وهي ميانة منه فلا تعد عدة وفاة إلا إذا كان طلقها بائناً وهو في مرض موته وتحققت الشروط التي يعد بها فإراً بحيث ترثه إذا مات وهي في العدة ففي هذه الحال متى مات وهي لا تزال في عدتها تعد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق فإنهما كانت أطول فهي عدتها وذلك لأننا إذا راعينا أنها ميانة كانت زوجيتها غير قائمة وليس عليها عدة وفاة وإذا راعينا أنها وارثة كانت زوجيتها قائمة وعليها عدة وفاة فمراعاة للاعتبارين قررنا أنها تعد العديتين عدة الطلاق وعدة الوفاة على أن تتدخل أفتيها في أطولهما وهذا معنى قولنا تعد بأبعد الأجلين من عدة الطلاق أو الوفاة . وقال أبو يوسف : تعد عدة الطلاق فقط ككل ميانة والفتوى بالأول .

(٥) إذا طلق الرجل زوجته المدخول بها طلاقاً بائناً بينونة صغرى ثم تزوجها وهي في العدة وبعد أن دخل بها في الزواج الثاني طلقها فعليها عدة مبتدأة بهذه الفرقة لأنها فرقة بعد الدخول ولها المهر الثاني كله لأنه تأكد بالدخول .

أما إن طلقها قبل أن يدخل بها في الزواج الثاني فمذهب الشيخين كذلك عليها عدة مبتدأة ولها المهر كاملاً لأنها لما عدلت إلى عصمتها بالعقد الجديد كأنها عدلت إلى حافها الأولى وحالها الأولى كانت مدخولاً بها فكأنها بعد العقد الثاني مدخول بها فإذا طلقت فعليها العدة ولها المهر الكامل وهذا هو المفتى به . ومذهب محمد علياً إن تمام العدة الأولى ولها نصف المهر لأنها طلقت قبل الدخول في الزواج الثاني فلا عدة عنها من فرقته فنستمر في إتمام عدتها الأولى حتى تنقضي ولها نصف المهر الثاني لأنه الواجب بالطلاق قبل الدخول . ومنه زفر لا عدة عليها أصلاً لأن العدة الأولى انهدمت بزواجه الثاني والفرقة من زواجه الثاني فرقة قبل الدخول لا توجب العدة . ولها نصف المهر لأنه الواجب بالطلاق قبل الدخول . وقول زفر مبني على مقدمة غير صحيحة لأن الزواج الثاني لم يهيم العدة مطلقاً بل هدمها في حق المطلق نفسه فقط فإذا انقطع هذا المهام عاد وجوبها .

مبدأ العدة : بما أن سبب وجوب العدة هو الفرقة فابتدؤها يكون من حين المعرفة فوراً من الزواج الصحيح سواء كانت الفرقة بطلاق أو فسخ ويكون ابتدؤها من حين المشاركة أو تفريق القاضى في الزواج الفاسد . ويكون ابتدؤها عقب الموت مطلقاً في زواج صحيح أو فاسد .

ولا يتوقف ابتدؤها على علم الزوجة لأن المسبب يترتب على سببه بلا توقف ولأن العدة أجل حدده الشارع بعد الفرقة فلا يشترط العلم بمضيه حتى لو لم تعلم الزوجة بالوفاة أو الطلاق إلا بعد مضي أجل العدة انقضت عدتها شرعاً .

وإذا ادعت الزوجة على زوجها أنه طلقها في وقت معين وأنكر الزوج دعواها فأثبتها الزوجة بالبينة وحكم لها القاضى بما ادعته شت الطلاق مسداً إلى الوقت المعين بدعواها ويكون ابتداء العدة من ذلك الوقت لا من وقت الحكم .

وأما إذا ادعت عليه أنه طلقها في وقت معين فأقر بدعواها أو أقر هو ابتداءً أنه طلقها منذ كذا من الزمن فإن العدة تبتدىء من وقت إقراره لا من الوقت المسند إليه الطلاق .

والفرق أنه لما ثبت بالبيبة المتصل بها القضاء إن الطلاق وقع في وقت معين كان ذلك الوقت هو وقت الفرقة حتماً فتبتدىء منه العدة . لكن لما كاد في الحالة الثانية سند الإضافة إلى الوقت المعين هو مجرد الإقرار احتمال أن يكونا متواطئين على الإضافة إلى زمن سابق لتقر بانقضاء عدتها حتى تصور أجنبية فتتقد وصيته فلا أو يصح إقراره لها بالدين أو غير ذلك فلا جزم بحصول الفرقة في الوقت المسند إليه فتبتدىء العدة من الوقت المقطوع بحصول الفرقة فيه وهو وقت الإقرار .

واجب المعتدة : يجب على المعتدة أمران :

الأول أن تفضى عدتها في المنزل الذي كانت تسكنه حال قيام الزوجية حتى إذا وقعت الفرقة وهي خارج هذا المنزل وجب عليها أن تعود إليه قال تعالى : **هُنَّ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبِينَةٍ كَمَا فَاعْتَدَادَ الْمُطَلَّغَةُ فِي مَنْزِلِ الْعِدَّةِ حَقَّ فَرَزِهِ الشَّارِعَ لِتَكُونَ الْمُطَلَّغَةُ عَلَى مَقْرَبَةٍ مِنْ مَطْلَقِهَا بِرَأْفَةٍ حَفِظَهَا وَصِيَّاتِهَا حَتَّى يَنْتَهَى مَا بَقِيَ مِنْ أَثَرِ زَوْجِيَّتِهَا بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا وَلَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا .** وتكون الأرملة على ذكر من زوجها المتوفى فتقوم بواجب الوفاء له ، وليس للمعتدة من طلاق أو وفاة أن تسكن في غير منزل العدة إلا إذا وجد عذر يمنع من إقامتها فيه كأن يهدم أو يحشى سقوطه أو يخاف فيه على نفسها أو مالها أو يخرجها الورثة منه أو يأتي مالكة أن يؤجره أو لا تقدر هي على دفع أجرته أو غير ذلك من الضرورات التي تبيح لها أن تفضى عدتها في غير هذا المنزل وإذا وجدت ضرورة تبيح لها الانتقال منه فإن كانت معتدة وفاة وجب عليها أن تسكن في أقرب منزل من مسكن العدة لتكون على ذكر من المتوفى ما أمكن وإن كانت معتدة طلاق تسكن حيث يسكنها مطلقاً .

وإن سكنت في غير منزل العدة بلا عذر يبيح لها الانتقال منه تعتبر ناشزة ولا تستحق نفقة العدة .

الثاني أن تحيد الميانة . والمتوفى عنها زوجها وهذا الحداد يكون بأن تترك الزينة ولا تلبس حلياً ولا تمس طيباً مادامت في عدتها إظهاراً للأسف على وفاة زوجها أو على انقطاع زوجيتها بهذه الإبانة وهذا واجب خلقي من باب الوفاء للعشير وخاص بالمتعنة من وفاة أو طلاق يائن أما المتعنة من طلاق رجعي فلم تنقطع زوجيتها حتى تلبس ثوب الحداد على فوات نعمة الزواج بل يستحب لها أن تنزه ليرجمها زوجها إلى عصمتها .

نفقة المعدة : المتعنة مادامت في العدة فهي محتسبة حق زوجها لا يحل لها أن تتزوج بغيره حتى تنقضي عدتها وهذا يجب لها على مطلقها النفقة بأنواعها الثلاثة من طعام وكسوة وسكنى وبراعى فيها ما روعى في نفقة الزوجة فتقدر بحسب حال الزوج يساراً وإعساراً وحال الأسعار غلاءً ورخصاً ، ويشترط لاستحقاقها أن لا يفوت احتباسها بسبب من قبلها كأن تخرج من مسكن العدة بغير علم يبيح لها ترك الإقامة فيه ، وتعتبر ديناً صحيحاً للمطقة التي تستحقها من تاريخ الطلاق فلا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ولا تتوقف على القضاء بها أو التراضي عليها .

من لا تستحق النفقة من المعتدات : ثلاث من المعتدات لا نفقة هن أصلاً وهن معتلة الوفاة ، والمعتلة بسبب فرقة جاءت من قبلها وهي معطوبة غير مشروعة ، والمعتلة من فرقة بعد زواج فاسد أو دحونٍ بشبهة ، وذلك لأن معتدة الوفاة لا سبيل لإيجاب نفقتها على أحد لا على الزوج لأنه بعد الوفاة لا ملك له وليس أهلاً للإيجاب عليه ولا على ورثته لأن نفقة الزوجية حق شخصي على الزوج لا ينوب عنه فيه ورثته . ولأن من جاءت الفرقة من قبلها بسبب محظور كان ارتدت عن دينها أو فعلت بأصول زوجها أو فروعه ما يوجب حرمة انصاهرة تستحق الزجر والعقاب بحرمانها من حقها في نفقة العدة . ولأن الزواج الفاسد والشبهة لا يفيد أحدهما الاحتباس شرعاً فالزواج الفاسد لا يفيد احتباساً شرعياً فلا يوجب النفقة لا قبل الافتراق ولا بعده .

من تستحق النفقة منهم : من عدا هذه الثلاث من المنتدات تستحق النفقة وهما المعتدة لفرقة من قبل الزوج سواء كانت طلاقاً أو فسخاً بسبب محظور أو غير محظور ، والمعتدة لفرقة من قبل الزوجة بسبب غير محظور كأن اختارت نفسها عند البلوغ أو فسخ الزواج لتقصان المهر عن مهر المثل .

والفرقة التي تصدر من القاضي في الأحوال التي يطلق فيها أو يفسخ العقد فيها تعتبر من قبل الزوج لأنه في الحقيقة ينوب عنه في تطبيق زوجته .

ويراعى في كل موضع تستحق فيه المعتدة نفقة عدة أنها إنما تستحقها إذا لم تكن ناشراً بأن لم تخرج من مسكن العدة بغير عذر :

ويراعى في كل موضع لا تستحق فيه المعتدة النفقة أن الذي لا يستحق إنما هو نفقة الطعام والكسوة . وأما السكنى في مسكن العدة فهو كما قدمنا حتى الشرع لا يسقط بأي حال إلا لعذر يتعذر معه السكنى فيه . ولهذا لو أهرأت مطلقها من نفقة عدتها صح عن طعامها وكسوتها لأنها حقها تنصرف فيهما ولا يشمل السكنى لأنها حق الشرع فلا تملك إسقاطه .

وعلى ما عليه العمل الآن بأحكام الشريعة تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ١٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لا تأخذ المعتدة نفقة عدة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق فإذا مصت عليها سنة بعد الطلاق تؤمر قضاء بالكف عن المطالبة بنفقة عدة لأنه لا حق لها فيها بعد ذلك . وهذا نص ما جاء في المذكرة الإيضاحية بشأن هذه الفقرة ، بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ تستطيع المطلقة أن تأخذ نفقة عدة مدة طويلة بلون حتى فإنها إذا كانت مرضعاً قد تدعى أن الحيض لم يأتها طول مدة الرضاعة وهي سنتان ثم تدعى بعد ذلك أنه لا يأتها إلا مرة واحدة كل سنة وبقوا مقبول في ذلك وتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة خمس سنين . وإذا كانت غير مرضع قد تدعى أن الحيض يأتها مرة واحدة في كل سنة فتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة ثلاث سنين . فقطعاً هذه الادعاءات الباطنة وبناء على ما قرره الأطباء من أن أكثر

مدة الحمل ستة وضعت الفقرة الأولى من المادة ١٧ ومنعت المعتدة من سماح دعواها نفقة العدة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق^(١).

الأولاد

قدمنا أن الحكمة الأولى في تشريع الزواج هي بقاء النوع الإنساني على أكمل وجوه البقاء ، وذلك بالتوالد بين الزوجين وانتساب كل مولود لأبيه والتزام كل أب بشؤون بنيه . وبعد أن فرغنا من بيان الزواج وحقوقه وواجباته ، وما يطرأ عليه من فرق ، وما يترتب على الفراق من آثار نذكر أحكام الأولاد الذين هم ثمرة الزواج ، والله سبحانه شرع الأحكام التي تكفل رعايتهم من مبدأ ولادتهم إلى أن يبلغوا سن رشدهم فشرع أحكاماً تثبت نسبهم وتدير رضاعتهم وحضانتهم ، والإنفاق عليهم حتى يبلغوا حد الكسب ، وتولي شؤونهم المالية حتى يبلغوا سن الرشده .

والحكمة الإجمالية في تشريع هذه الأحكام هي حماية الأنساب من الضياع والاختلاط حتى لا يسب إلى أب غير ولده . ولا يحرم ولد من عاطفة والده ورعاية الطفل حتى يبلغ السن التي يستطيع فيها أن يقوم بشؤون نفسه ويستغنى عن غيره ، وصيانة أمواله حتى يحسن التصرف فيها وحده .

(١) ملاحظ انحراف من انقضاء العدة شرعاً وبين استحقاق الحق المالي للمرأة عليها وهو النفقة . فانقضاء العدة شرعاً للنفقة هو ما يربط النكاح بوضع حملها وللمنفقة التي لم تحسن والآب التي انقضى حرمها ثلاثة أشهر . وكل تحسن ثلاث حقب . وفيه انقطع حبل واحد من ذوات الحيض انحراف من انحراف انظر العدة حتى انقضى ثلاث حقب أو تحسن في سن أبان وبعد ثلاثة أشهر ولكن ما شاع في النساء الكذب بإعادة انقطاع الحيض . المرأة على التحسن الحقة لإرهاق الرجال سفقة لعدة سن طويلة عرّف أحرأ أمر النساء بالنسبة للنفقة فقط مع العدة من استحقاق نفقة لعدة عدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق فهو تحسن تلك استحقاق النفقة فقط وليس تحسناً لأجل انقضاء العدة لأن هذا لا يملكه الشارع الوجوهي . وهو أن سفقة مفسد عقب سنة من تاريخ الطلاق ولو لم يرها العدة إلا مرة واحدة أو مرتين فهو شرعاً لا زمان معتده ولا بعد حال أن شرع مع مظهرها إن كانت غايه ليس لها بعد السنة أن تطالب سفقة عاقبة .

ثبوت النسب

النسب يثبت شرعاً بواحد من أمور ثلاثة : القرائن ، والإقرار ، واليمنة .

(١) القرائن

المراد بالقرائن كون أم الطفل حين حملت به زوجة حفيقة أو حكما . فمتى كانت أم الطفل في مبدأ حملها به زوجة لزوج أهل لأن تحملت منه بأن كان مراهقاً أو بالغا ثبت نسب طفلها من هذا الزوج لأن مقتضى عقد الزواج الاختصاص وأن تكون الزوجة محبوسة ومقصورة على زوجها لا يحل الاستمتاع بها إلا أنه ومقتضى هذا الاختصاص أن يكون حملها منه وأن يكون متعينا بثبوت نسب ولدها من زوجها وهذا معنى كونها قرائناً له ولذا قال رسول الله ﷺ في خطبته يوم حجة الوداع : « والولد للقراش ، وللماهر الحجر » أي أن الولد ثمرة للقراش ونتيجة لتزويجها وأما الماهر الذي لا يتخذ حليلة فلا ثمرة له ولا ينسب إليه مولود ، وكفى عن هذا بأنه له الحجر لأنه يقال لمن خاب ولم يكن ثمرة . بيده التراب أو له الحجر .

ومن المقرر شرعاً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وأكثرها سنتان والغالب فيها تسعة أشهر .

أما تحديد أقل مدته بستة أشهر فدليله قوله تعالى : ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ مع قوله سبحانه وتعالى في آية أخرى ﴿ وفصاله في عامين ﴾ فقد جعل مدتي الحمل والفصال أي الرضاع ثلاثين شهراً ونص على أن مدة الفصال وحده عامان فدل على أن الفرق وهو ستة أشهر مدة الحمل .

وأما تحديد أكثر مدته بستين فدليله ما روي عن عائشة رضي الله عنها من قولها : « ما تزيد المرأة في الحمل عن ستين قدراً ما يتحول ظل المنزل » أي مقداراً يسيراً ، وهذا بالتحديد لا مجال للرأى فيه فالظاهر أن عائشة قتله عن سماع .
وأما تحديد غالب مدته بتسعة أشهر عدليه الاستقراء .

بناء على ما تقرر من معنى الفرائش ، ومن تحديد أقل مدة الحمل وأكثره
تصريح الأحكام الآتية :

أ - ثبوت النسب حال قيام الزواج الصحيح : إذا ولدت الزوجة حال
قيام الزواج الصحيح ولماً لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد عليها لا يثبت نسب
ولدها هذا من زوجها لأنها ولدته لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد ومدة الحمل
لا تقل عن ستة أشهر فحين حملت به لم تكن روجة ولا فراشا لزوجها فلا يثبت
نسبه منه . ولكن إذا أقر الزوج أنه ابنه لا من رنا يثبت سبه منه بإقراره ويعمل
على أنه كان زوجها لها سرا قبل العقد العلني : لو أنه دخل بها بناء على شبهة
فحملت منه ، فحتملا لحال الزوجين عن الإصلاح ومعانئة لتتفر بإقراره وصيانة
للولد من المضايح أثبتا نسبه عن أقر أنه ابنه لا من زنا بالإقرار لا بالفرائش .

وبدا ولدت تمام ستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد الصحيح عليها ثبت نسب
ولدها هذا من زوجها لأنها حين حملت به كانت فراشا له بالعقد الصحيح والولد
للفرائش . فإذا نفى الزوج نسب هذا الولد منه فلا ينتفى إلا بشرطين .

الأول أن يسارع إلى نفيه بأن ينفيه ساعة ولادته أو في وقت شراء أدوائها
أو في أيام التهنئة المعتادة لأنه إن سكت عن نفيه في هذه الأوقات اعتبر سكوت
إقراراً بسبه فلا يقبل منه نفيه بعد ذلك . والثاني أن يلاعن زوجته لأنه بنفيه نسب
ولدها منه برمها بأنها زانية وهي ترميه بأنه فاذنهما فلا بد من شهادات مهما
مقرونات بالإيمان ندرأ حد الرما عنها وحد القذف عنه بأن يشهد الزوج أربع
شهادات بالله أنه من الصادقين فيما رماها به من الزنا والخامسة أن نعت الله عليه إن
كان من الكاذبين وتشهد الزوجة أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به
من الزنا والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين وهذه الشهادات
انقرونت بالإيمان هي اللعان ، فإذا بادر الزوج إلى نفي الولد ولاعن زوجته وهما
مستوفيان شروط اللعان بأن كان كل مهما أهلاً لأداء الشهادة وزوجيتهما
صحيحة والمرأة عفيفة عن الرما وقته . فغضى القاضى بالفرقة بين الزوجين بطلاق
بائن وحكم بنفى نسب الولد من أبيه وإحلاقه بأمه .

والأصل في هذا ما روى عن عبد الله بن مسعود قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة إذ دخل أنصاري فقال يا رسول الله أرأيتم الرجل يحد مع زوجته رجلا فإن قتله قتلتموه ، وإن تكلم جلدتموه ، وإن سكنت سكنت على غيظ ثم قال اللهم افتح فمزلت آية النعان في سورة النور وهي قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ . وَالْحَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ . وَيَسْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ . وَالْحَامِسَةُ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ .

ب - ثبوت النسب حال قيام الزواج الفاسد : إذا ولدت الزوجة المدخول بها بعقد زواج فاسد قبل مفارقة زوجها ولما لأقل من ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي بها فلا يثبت نسب ولدها هذا من زوجها لأنها حملت به قبل أن تكون فراشا له بالدخول بها ، وإذا ولدت بتمام ستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي بها ثبت نسب ولدها من زوجها لأنها حملت به بعد أن صارت فراشا له بالدخول بها ، ولا يمكنه أن ينفي نسب هذا الولد أصلا لأن النفي في حال قيام الزواج الصحيح إنما كان بعد اللعان ، ولا لعان بين الزوجين بزواج فاسد لأن الآية واردة في الذين يرمون أزواجهم والزواج عند إطلاق الشارع لا ينصرف إلا إلى الزواج بعقد صحيح .

ويؤخذ من هنا أمران : الأول أن الفرائض في الزواج الصحيح يتحقق بنفس العقد وفي الزواج الفاسد لا يتحقق إلا بالدخول الحقيقي بعد العقد الفاسد وهذا احتسب منة الحمل في حال الزوجية الصحيحة من تاريخ العقد وفي حال الزوجية الفاسدة من تاريخ الدخول لا العقد . الثاني أن الفرائض الثابت بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد أقوى من الفرائض الثابت بنفس العقد في الزواج الصحيح من جهة أن النسب الثابت بالفرائض الأول لا يمكن نفيه أصلا وأن النسب الثابت بالفرائض الثاني يمكن نفيه بالشرطين السابقين .

ج - ثبوت النسب بعد الدخول بشبهة : إذا دخل رجل على امرأة بشبهة ثم ولدت ولدا هل ادعى أنه ابنه ثبت نسبه بهذه الدعوة وإن لم يدع نسبه ولا

يثبت منه وذلك لأن الشبهة التي بنى عليها دخوله بها أثبتت شبهة فراش فلا بد لثبوت النسب أن تتضمن إليها الدعوة ، ولا فرق بين أن تكون الشبهة شبهة في الحكم وهي التي تسمى شبهة الملك وذلك بأن يشبه عليه الدليل الشرعي فيقهر منه الإباحة كما إذا واقع الأب جارية ابنه بشبهة الحديث ، أنت ومالك لأبيك ، أو واقع المطلق بلفظ من ألفاظ الكليات المطلقة وهي في العدة بشبهة الأثر ، الكليات راجع ،^(١) أو شبهة في العقد كما إذا عقد على امرأة ودخل بها ثم تبين أنها أخته رضاعاً ، أو شبهة في الفعل كما إذا زفت إلى الرجل امرأة على أنها زوجته ثم تبين أنها ليست زوجته .

فالدخول بأي شبهة من هذه لا يثبت النسب فيه إلا بادعاء الزوج للولد في أي وقت من تاريخ دخوله بمن اشبه فيها لأنه أعلم بحال نفسه فهو نسب ثابت بالإقرار لا بالفراش .

د - ثبوت النسب بعد الفرفة : إذا ولدت المطلقة قبل الدخول بها ولداً لأقل من ستة أشهر من تاريخ طلاقها وتقام ستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد عليها ثبت نسب ولدها من مطلقها لأنها حملت به قبل أن تطلق منه أي وهي فراش له بالعقد الصحيح وتعتبر هذه الولادة دليلاً على أن الطلاق كان بعد الدخول لا قبله . وإذا ولدت وتقام ستة أشهر فأكثر من تاريخ طلاقها فلا يثبت نسبه منه لاحتمال أنها حملت به بعد الطلاق وهي بهذا الطلاق قبل الدخول بانت لا إلى علة فلا تكون فراشاً لأنها لا هي زوجة ولا معتدة ومتى وجد احتمال أنها حملت به بعد انتهاء فراشها فلا يثبت نسبه .

وإذا ولدت المطلقة الكبيرة بعد الدخول بها التي لم تقر بانتضاء عدتها ولداً لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق ثبت نسب ولدها هنا من مطلقها سواء كان

(١) هذا عن مذهب الحنفية القائلين بأن الطلاق إذا كان بلفظ من ألفاظ الكليات يقع دائماً ولا محل لانتزاعه لفظها إلا بعد حديد . فإذا واقعها قبل أن يعقد عليها شبهة أو الطلاق الواقع وحسب كان دخولاً بشبه . وأما على ما عليه العزل الآن فلا فرق بين أندية الصريح وألفاظ الكليات والطلاق الواقع بالكليات وحسب ملاحه محرماً عن التعرض وبعد الدخول وليس مكيفاً للحالات فإذا واقع مطلقته في عدتها كان مراعاة لأصل حلان له عدات في العدة .

الطلاق رجعياً أو بائناً لأن أكثر مدة الحمل سنتان فيحتمل أن تكون حملت به قبل الطلاق أي وهي فراش مطلقها ، فإحياء للولد يثبت نسبه لهذا الاحتمال وبولادته تنهى عدتها . وإن ولدته تحمل سنتين فأكثر من تاريخ الطلاق فإن كان الطلاق رجعياً ثبت نسبه من مطلقها ولو ولدته بعد الطلاق بعنة سنتين لأن الفرض أن هذه المطلقة رجعياً لم تفر بانقضاء عدتها ، والمعنة من طلاق رجعي زوجها قسمة ، وفراشها ثابت ، ويجعل لزوجها أن يستمتع بها في أي وقت مادامت في العدة ، فيحمل على أن عدتها طالت لأنها كانت ممتدة الظهر . وأن مطلقها راجعها بوقوعها فحملت منه فثبت نسبه منه حملاً على هذا . وإن كان الطلاق بائناً لا يثبت نسبه من مطلقها لأن ولادته تمام سنتين فأكثر من تاريخ الطلاق دليل على أنها حملت به وهي مبانة أي بعد انتهاء الفراش بالطلاق البائن فلا فراش يكون هذا الولد له . لكن إذا ادعاه ثبت نسبه منه بلاعته معاملة له بإقراره وحملاً لحال الزوجين على الصلاح فيحمل على أنه دخل بها بناء على شبهة فحملت - ومثل المطلقة بائناً المتوفى عنها زوجها والتي فارقت زوجها أو فرق بينهما القاضي لضاد العقد إن وتلت إحداهما لأقل من سنتين من تاريخ الوفاة أو المشاركة ثبت نسب الولد من الزوج المتوفى أو المفارق وإن ولدت تمام سنتين فأكثر من تاريخ الوفاة أو المفارقة لا يثبت نسبه منه . وعلة هذا واضحة لأن الطلاق البائن والوفاة والمشاركة من الزواج الفاسد ترفع قيد الزواج في الحال ونهى الفراش فإذا جاءت بالولد تمام سنتين فأكثر بعده فقد حملت به وهي ليست فراشاً فلا يثبت النسب ، وإن جاءت به لأقل من سنتين من حين هذه الفرقة احتمل أن تكون حملت به قبلها أي وهي فراش فيثبت النسب بهذا الاحتمال لإحياء للولد .

ويؤخذ من هنا أنه في المطلقة قبل الدخول لا يثبت النسب بالاحتمال ولهذا لا يثبت نسب ولدها من مطلقها إلا إذا ثبت يقين أنها حملت به وهي فراش له بأن ولادته لأقل من ستة أشهر من تاريخ الطلاق . وإنه في المطلقة بعد الدخول يثبت نسب ولدها بالاحتمال ولهذا إذا ولدته لأية مدة بعد الطلاق الرجعي وإن طال ، ولأقل من سنتين بعد البائن أو الوفاة أو المشاركة ثبت نسبه لاحتمال أن تكون حملت وهي فراش فإذا انقطع الاحتمال وعلم يقيناً أنها حملت به بعد انتهاء

الفراش بأن ولدتته تمام سنتين فأكثر من تاريخ البائن أو الوفاة أو انفاركة فلا يثبت نسبه بالفراش .

وإذا أقرت المطلقة بانقضاء عدتها في مدة تحتمل انقضائها بأن مصى عليها من حين الطلاق ستون يوماً فأكثر ثم ولدت ولداً لتمام ستة أشهر فأكثر من تاريخ إقرارها فلا يثبت نسب ولدها من مطلقها سواء كان المطلق رجعياً أو بائناً لأنها من حين إقرارها بانقضاء عدتها في مدة تحتمل انقضاء عدتها وولادتها بعد انتهاء فراشها كانت لمدة كافية لتكوين الجنين بعده فلا جرم بأنها حملت به وهي فراش . وإذا ولدت لأقل من ستة أشهر من تاريخ إقرارها ظهر بهذه الولادة أنها محتاطة في إقرارها بانقضاء عدتها وأنها كانت حاملاً حين أقرت وأن انقضاء عدتها هو بوضع حملها ، ومتى تبين أن إقرارها بانقضاء عدتها غير صحيح فحكمها بحكم المطلقة التي لم تقر بانقضاء عدتها إلا كانت ولادتها لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق ثبت نسب ولدها من مطلقها سواء كان المطلق رجعياً أو بائناً أو كانت المعركة بالوفاة . وإن كانت تمام سنتين فأكثر من حين الطلاق أو الوفاة ففي الرجعي يثبت النسب ولو جاءت به لعدة سنين وفي البائن والوفاة لا يثبت ، وتعليل هذا قدمناه .

هذه هي أحكام ثبوت النسب بالفراش في مذهب الحنفية وهي مبنية على أن الفراش في الزوجية الصحيحة يثبت بمجرد العقد سواء ثبت تلاق الزوجين بعد العقد أو ثبت عدم تلاقيهما . وعلى أن أكثر مدة الحمل ستان ، وعلى أن النسب يثبت بمجرد احتمال وجود الفراش في مبدأ الحمل رعاية للأطمان .

ولكن الذي عليه العمل الآن بالمحاكم الشرعية المصرية طبقاً لقاعدة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يخالف بعض هذه الأحكام وهذا بيانه .

ففي حالة قيام الزوجية لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لو ولد زوجة ثبت عدم اتلاق بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا ولد زوجة أنت به بعد سنة من عيبة الزوج عنها . فإذا ادعت الزوجة على زوجها ثبوت نسب ولدها منه فأنكر الزوج النسب ودفع دعواها بأنه لم يتلاق بها أصلاً من حين عقد عليها . أو بأنها ولدت بعد سنة من تاريخ غيبته عنها وأثبت ما دفع به قررت المحكمة عدم حجاج دعواها وإذا لا يثبت نسب الولد له ولا يحتاج في نفيه إلى اللعان ، وهذا مبني

على أن الفراش إنما يثبت بالعقد مع التلاقي بين الزوجين بعده وهو رأى لبعض الفقهاء وهو وارد بالفقرتين ١ ، ٢ من المادة ١٥ المذكورة .

وفيما بعد الفرقة بين الزوجين سواء كانت بطلاق رجعي أو بائن أو وفاة أو مفارقة أو قسح في الزواج الغاسد إذا وندت انطلقت أو انتوفى عنها زوجها أو التي فرق بينها وبين زوجها لفساد زواجهما ولذا لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة أو الفرقة وادعت ثبوت نسبه من مطلقها أو زوجها المتوفى أو الذي فارقتها وأنكره الزوج أو ورثته لا تسع دعواها نسبه منه ، وهذا مبنى على ما قرره الطب الشرعي من أن أكبر مدة الحمل سنة فإذا وندت لأكثر من سنة دل هنا على أنها حملت به بعد وقوع الفرقة أي بعد انتهاء فراشها وعلى ما تقرر شرعا من جوار تخصيص الفاضي بالزمان والمكان والحادثه . وهذا وارد بالفقرة ٣ من المادة المذكورة ونصها : « ولا تولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أنت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة » .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية بشأن هذه المادة ما نصه :

بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن يثبت نسب ولد الزوجة في أي وقت أنت به مهما تباعد الزوجان . ويثبت نسب ولد المطلقة بائنا ، والمتوفى عنها زوجها إذا أنت به لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، ويثبت نسب المطلقة رجعيا في أي وقت أنت به من حين الطلاق ما لم تفر بانقضاء العدة . ولما كان العمل بهذه الأحكام مع شيوع فساد الذم وسوء الأخلاق أدى إلى الجرأة على إدعاء نسب أولاد غير شرعيين . وأقصى مدة الحمل ليس فيه نص من كتاب ولا سنة^(١) فلا مانع من الأخذ برأى الأطباء الذين رأوا أن أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوماً ليشمل الأحوال النادرة .

(١) أما ما روي عن عائشة من قولها ما يزيد امرأة في الحمل عن سنتين فإدعاء ما يتحول ظل الحمل فهي منه رواية عمولة وعلى من صححه وتصاهر أنها أحدثت عن بعض النساء لا عن الرسول وإنما لم يقبل لأنها على حسب التوراة في ولا يهض معلوماً ما ثبت باستفراء الأجنه في مختلف الأزمان والنساء وجه الشبهة في
هذا

فمنعاً لدعوى الاحتيال والتزوير وعملاً برأى أهل الذكر وضعت المادة
١٥ من القانون ٤ .

(٢) الإقرار

الإقرار بالنسب قد يكون فيه حمل النسب على المقر نفسه وقد يكون فيه
حمل النسب على غيره .

فإقرار الرجل لولد أنه ابنه ، وامرأة لولد أنه ابنها ، وإقرار الولد لرجل أنه
أبوه وامرأة أنها أمه كل هذا إقرار فيه حمل النسب على نفس المقر ولا يتضمن
حمل النسب على غير المقر ، أما قرار الرجل لآخر بأنه أخوه أو عمه أو ابن أخته
فكل هذا يتضمن حمل النسب على أبي المقر أو جده أو ابنه ، ولكل نوع من نوعي
هذا الإقرار حكم يخصه .

فأما الإقرار بالنسب الذي لا يتضمن حمل النسب على غير المقر فإنه يكون
حجة على المقر ويثبت به النسب المقر به :

فمن أقر بنته غلاماً أو بنته ، فإن المقر يكون إقراره حجة عليه ويثبت
بهذا الإقرار أنه أبو المقر له ، وإن المقر له ابنه ويكون لكل منهما على الآخر حقوق
الوالد على ولده والولد على أبيه بشرط توفر أمور ثلاثة : الأول أن يكون الولد المقر
له مجهولاً نسبه لأنه إن كان ثابتاً نسبه من غير المقر لا يصح الإقرار لأن النسب مما
لا يقبل الفسخ ، الثاني أن يولد مثله لمثل المقر لأنه إن كان لا يولد مثله لمثله كما أن
كان يساويه في السن أو يداينه كان الظاهر مكذباً بهذا الإقرار ، فلا يصح . الثالث
أن يصادفه الولد المقر له إن كان مميزاً أهلاً للمصادقة لأن هذا الإقرار في الحقيقة
هو اعتراف على نفس المقر بأنه أب . ودعوى على المقر له بأنه ابن ودعوى المدعى
على غيره لا تثبت بمجرد الإقرار لأن الإقرار حجة قاصرة فلا بد من مصادقة المقر
له إذا كان مميزاً وأما إن كان غير مميز فإنه يعتبر مصادقاً لأن الشأن الغالب أنه
بصادق على ثبوت نسبه لكي لا ينشأ مجهول النسب .

وكذلك إذا أقرت امرأة ليست متزوجة ولا معتدة بسوة غلام أو بنت لها وكان مجهولا نسبه ، ويولد مثله مثل المقر ، وصادفها إن كان محمرا فإنه يثبت بهذا الإقرار أمومة المقر للمقر له وبنوته لها ويكون لكل منهما على الآخر حقوق الأم على ولدها والولد على أمه ، فإن كانت زوجة أو معتدة وصادفها زوجها كانت هذه المصادقة بإقراراً منه بسبب هذا الوند فيثبت نسبه منه أيضاً متى توفرت الشروط . وأما إذا لم يصادفها مع أنها فراش له فإن أنكر عليها أصل الولادة أو عين هذا الولد اكتفى منها في الإثبات بشهادة الغابنة العادلة وإن أنكر نسبه منه مع قيام الزوجية الصحيحة قبله التلاعن كما تقدم .

ومثل هذا إذا أقر ولد مميز بأن رجلاً أبوه أو امرأة أمه وكان مجهول النسب ويولد مثله مثل المقر له وصادفه المقر له تثبت بهذا الإقرار بنوة المقر وأبوة أو أمومة المقر له معاملة للمقر بإقراره وللمصدق بمصادفه .

وأما الإقرار بالنسب الذي يتضمن حمل النسب على غير المقر كإقرار الرجل لآخر أنه أخوه أو عمه أو ابن ابنه فهذا لا يثبت به النسب عن حمل عليه فلا يكون المقر له بهذا الإقرار ابناً لأن المقر أو لجدته أو لابنه لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر وليس حجة على غيره وعلى هذا لا يكون حكم هذا المقر له بالأخوة أو العمومة حكم الأخوة والأعمام الثالث نسبهم من أبي المقر أو جده وإنما تكون نتيجة هذا الإقرار معاملة المقر بإقراره في حق نفسه فقط بشرط أن لا يكون لهذه المعاملة أثر في حق غيره . فنفرض على المقر للمقر له بالأخوة نفقة الأخ على أخيه . وإذا مات المقر وليس له وارث أصلاً أو له وارث هو أحد الزوجين فإن المقر له يستحق كل تركته أو ما بقي بعد نصيب أحد الزوجين لأنه مادام لا يوجد وارث يتأثر يكون هذا المقر له أولى بتركة المقر عملاً بالإقرار حيث لا إضرار بأحد . وإذا مات أبو المقر فإن ما يرثه المقر من التركة يشاركه فيه المقر له إما مناصفة أو للمذكر مثل حظ الأنثيين حسب الفريضة الشرعية لأن إقراره بالأخوة يتضمن أن للمقر له نصيباً من التركة مثل نصيبه وإنما أن إقراره ليس حجة على سائر الورثة فيعتبر ما في أيديهم بمنزلة المالك وكان تركة المتوفى هي ما في يده فقط فيشاركه فيه .

(٣) البينة

كما يثبت النسب بالفراش وبالإقرار على ما تقدم يثبت بالبينة فإذا ادعى أحد على آخر بنوة أو أبوة أو أخوة أو عمومة أو أي نوع من القرابة وأنكر المدعى عليه دعواه فإن للمدعى أن يثبت دعواه بالبينة الكاملة أي بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول ومنى صححت هذه الشهادة وحكم للمدعى بثبوت نسبه الذي ادعاه صارت له كل الحقوق والأحكام المقررة شرعاً بسبب البنوة أو الأبوة أو الأخوة أو العمومة أو غيرها من أنواع القرابة غير أنه إذا كانت الدعوى بالأخوة أو العمومة أو غيرها من أنواع القرابة التي فيها حمل النسب على الغير فلا تسمع هذه الدعوى إلا في ضمن دعوى حق آخر سواء كانت الدعوى حال حياة المدعى الانتساب إليه أو بعد وفاته وذلك لأن النسب المدعى في هذه الحالة لا يقصد لذاته ولا يكون نفسه موضوع الخصومة وإنما محل الخصومة هو ما يترتب عليه من حقوق كالنفقة والإرث فلاجل تحقق الخصومة بين المتداعين يجب أن تكون دعوى هذا النسب في ضمن دعوى حق آخر ، وأما إذا كانت الدعوى بسبب ليس فيه حمل النسب على الغير كالبنوة والأبوة فهذه في حال الحياة تسمع بمجرد عن حق آخر لأن النوة أو الأبوة في حال الحياة تقصد لذاتها ويدعى بها قصداً . وأما بعد الوفاة فلا تسمع إلا في ضمن دعوى حق آخر لأن النسب بعد الوفاة لا يقصد لذاته بل لما يترتب عليه من حقوق فلا بد من تحقيق الخصومة بدعوى حق يتضمن دعوى النسب .

وإذا ولدت الزوجة حال قيام الزواج ولداً لتمام ستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد . أو ولدت المطلقة رجعيًا نسيتين أو أقل أو أكثر من تاريخ الطلاق . أو ولدت المبانة أو المتوفى عنها زوجها لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، وأنكر زوجها أو مطلقها أو ورثة المتوفى عنها أنها ولدت بأن قال إن هذا الولد لغيره أو أنكروا أنها ولدت هذا المولود بعينه بأن قال إنها ولدت بنتاً وهذا غلام ، فلوالدة في هذه الأحوال أن تثبت ما أنكر من أصل الولادة أو تعيين المولود بشهادة امرأة حرة مسلمة معروفة بالعدالة ولا يلزم للإثبات بينة كاملة أي رجلان

عدلان أو رجل وامرأتان عدول وذلك لأن النواننة في هذه الأحوال هي فراش ونسب من نطفه ثابت بالفراش واليئة التي نفيها هي لإثبات أصل الولادة أو تعيين المولود وهما من الأمور التي لا يصلح عليهما إلا النساء فإذا كان يلزم لإثباتهما شهادة رجلين أو رجل وامرأتين نال النواننات من هذا حرج فدفعوا للمخرج قبلت شهادة القابضة العادلة في الحد التي يكون السب فيها ثابتاً بالفراش . وأما إذا اعترف بولادتها هذا الولد ولكن أنكّر نسه مع فسيله التلاعن كما تقدم .

وأما إذا ادعت امرأة على رجل أنها ولدت منه هذا المولد ، ولم تكن فراشا له بأن لم تكن بينهما زوجية أصلا ، أو كانت مبانة منه وولادتها لأكثر من سنتين من تاريخ الإبانة ، وأنكر الرجل هذه الدعوى قضى هذه الحال لا بد للإثبات من بيعة كاملة على الأصل المعام في إثبات الدعوى بالبيعات .

ويراعى في إثبات النسب بالبيعة عند الإنكار ما جاء بالمادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها : لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم الاتلاق بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من نكحة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة .

الملقيط

الملقيط مولود حديث العهد بالولادة عانيا رماه أهله فرارا من تهمة الزنا أو خوفا من الفقر أو لأي باعث حميم على هذا .

التقاطه : والتقاطه فرض عين على من وجده في مكان يغيب فيه هلاكه بحيث لو تركه كان آثما مضيعا نفسا حية ، ومن وجده في مكان لا يغلب فيه هلاكه يندب له التقاطه شفقة عليه .

وهو حر يعامل في نفسه وماله بأحكام الأحرار لأن الأصل في الإنسان الحرية ، ومسلم يعامل بأحكام المسلمين لأن الظاهر فيمن يوجد بيند إسلامي أنه

مسئله . إلا إذا وجد في علة هي مقر غير المسلمين وكان واجده غير مسلم فإنه يكون على دين واجده .

إمساكه : وملتقطه أحق بإمساكه^(١) لأنه هو الذي أحياه بالتقاطه وسبقت يده إليه فليس لأحد من حاكم أو غيره أن يأخذ منه جبراً عنه إلا إن وجد سبب يقتضي أخذه منه كأن يكون غير أهل الحفظه . وإن التقطه أكثر من واحد فالأحق بإمساكه منهم أرجحهم بالإسلام أو الحرية أو القدرة على الحفظ أو غير ذلك من المرجحات فإن استووا ولا مرجح فالرأى للقاضي يجعله عند أبيهم براد خيراً للقيط .

الولاية عليه : ولا ولاية على اللقيط لأحد في نفس ولا في مال ولا للملتقط ولا لغيره والولاية عليه للحاكم لأنه ولي من لا ولي له وإنما يكون ملتقطه الذي يسكنه ولاية المحافظة على نفسه وماله فيشترى ما لا بد له منه من طعام وكسوة ويتخذ ما يلزم لتعليمه علماً أو حرفة ويقبض ما يوهب له أو يتصدق به عليه . وإن وجد معه حين التقاطه مالا فهو ملك له ليس لأحد ولاية التصرف فيه وعلى الملتقط أن يحافظ عليه وليس له أن ينفق عليه منه إلا بإذن القاضي فإن أنفق على اللقيط بغير إذن القاضي ولم يشهد عند الإنفاق أنه أنفق لرجوع في مال اللقيط فهو متبرع . وإذا لم يوجد مع اللقيط مال ولم يوجد من ينفق عليه فنفتته في بيت المال .

نسبه : وما أن اللقيط مجهول النسب ومن مصنحته أن يثبت نسبه فإذا ادعى أي شخص سواه كان الملتقط أو غيره أنه ابنه ثبت نسبه منه بمجرد الدعوة . وإذا ادعاه الملتقط وغيره رجح الملتقط إلا إذا أقام الآخر بيعة على دعواه . وإذا ادعاه اثنان ليس أحدهما الملتقط رجحت دعوى أسبقهما إدعاء إلا إذا أقام الآخر البيعة وإن ادعياه معا فهو من أقام البيعة وإن لم تكن لأحدهما بيعة فهو لمن وصفه

(١) والفظه الشيخ الآن أن من وجد قميصاً منه إلى رجلين التبرير وهذا منسوبة إلى منسأ القميص . من أراد أخذ قيط منهم ليريه يسلم إليه بعد تحريات ونهديات تكفل مصلحة الفضل وترته وإحاطة عليه

بعلامة تين أنها فيه . وكذلك إذا ادعت امرأة أنه ابنها ثبت أمومتها له بمجرد الدعوة .

وكل موضع ثبت فيه نسب اللقيط ممن ادعاه يكون ابنا شرعا مدعيه ويكون لكل منهما على الآخر ما للأب على ابنه وما للابن على أبيه لأنه مجهول النسب وهذه الدعوى إقرار بسبه . بخلاف ما إذا كان ولد معروفًا نسبه وتبناه رحل غير أبيه فهذا النسي لا يثبت به نسب من المثني لأن النسب الثابت كما قدمنا لا يقبل الفسخ وعلى هذا لا يكون المثني ، ويسمى الذهبي ، ابنا لمن تبناه ولا يجب لأحد منهما على الآخر حق أبوة ولا بوة قال تعالى في سورة الأحزاب : ﴿ وما جعل أدعياءكم أبناءكم . ذلكم قولكم بأفواهكم . والله يقول الحق وهو يهدي السبيل . ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله ﴾ .

الرضاع

للرضاع أحكام من حيث هو سبب من أسباب تحريم الزواج . وأحكام من حيث هو واجب للطفل في أول حياته .

الرضاع الموجب للتحريم

فأما الرضاع الذي هو سبب من أسباب تحريم الزواج فهو مص الرضيع اللبن من ثدى آدمية في مدة الرضاع التي هي الحولان الأولان من حياته . لقوله تعالى : ﴿ وقصاله في عامين ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ والموالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾ فإذا رضع الطفل من المرأة في أثناء الحولين الأولين من عمره كانت هذه المرضعة أمه له من الرضاعة وأولادها أخوة له من الرضاعة سواء أَرْضَعْتَهُمْ قَبْلَ يُرْضَاعِهِ أَوْ مَعَهُ أَوْ بَعْدَهُ وَزَوْجُهَا الَّذِي كَانَ سَبَبًا فِي إِدْرَارِ لَبَنِهَا أَبًا لَهُ مِنَ الرضاعة وَحَرَمٌ بِهَذَا الرضاع مَا يَحْرَمُ بِالنَّسَبِ وَالْمَصَاهِرَةِ . على ما تقدم بيانه في المحرمات من النساء

وأما إذا رضع الطفل من المرأة بعد الحولين الأولين من عمره فهنا الرضاع لا يكون سببا من أسباب التحريم سواء كان الطفل قد فطم أو لم يفطم . وعلة هذا أن السبب في التحريم بالرضاع هو كون الإرضاع يجعل الرضيع كجزء من مرضعته فيكون بمنزلة المولود من والدته وهذه الجزئية إنما تتحقق إذا تعذى الطفل بهنا اللبن في الوقت الذي لا يثبت فيه لحمه وعظمه غالبا إلا به وهو الحولان الأولان من عمره فالرضاعة في الحولين الأخرين هي وحدها في الغالب سبب تكوين الطفل فتثبت بها البعضية والتحريم . وأما بعد الحولين فلا تكون في الغالب غذاء الطفل وحدها ولا تثبت بها البعضية ولا التحريم . ولا فرق بين قليل الرضاع وكثيره متى تحقق حصوله في مدة الرضاع لأن الله سبحانه قال في بيان المحرمات : ﴿ وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ وبالمرأة والمرات والقنيل والكتمر

يصدق أنها أرضعت فلا يشترط للتحريم عدد من الرضعات ولا مقدار من لبن
الرضعة وإنما الشرط للتحريم أن يتحقق من وصول لبن الرضعة إلى جوف الطفل
في مدة الرضاعة سواء كان بطريق امتصاصه ثديها . أو سقيه له ، فإذا لم يتحقق
من وصول اللبن إلى جوفه يأن التعم الثدي ولم يدر أَرْضَع أم لا فلا يثبت التحريم
لأنه لا يثبت بالشك .

وإذا اختلط لبن الأدمية بطعام وأنضح بالنار فلا يتعلق به تحريم . وأما إذا
خلط بسائل آخر من لبن أو ماء أو دواء فإن كان هو الغالب يتعلق به التحريم وإن
كان مغلوباً لا يتعلق به التحريم .

وإذا اختلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى تعلق التحريم بأغلبهما .
وإذا تزوج رجل امرأة ثم تبين أنها تحرم عليه رضاعاً وجب عليهما الافتراق
رضعاً لهذا المزواج الفاسد وإن لم يعترفا رفع أى انساب بطريق الحسبة دعوى
تفريق . فإذا افترقا أو حكم بالفرقة كان الحكم حكم أى فرقة بعد زواج فاسد .

الرضاعة

عنى تحجب على الأم الرضاعة : إرضاع الأم ولدها واجب عليها شرعاً تحجب
على القيام به إذا تعينت له بأن كان ولدها لا يقبل ثدي غيرها ؛ أو لا توجد من
ترضعه سواها ، أو لم يكن للولد ولا لأبيه مال تستأجر به مرضعة ، لقوله تعالى :
﴿ والموالدات يرضعن أولادهن ﴾ أى يجب عليهن الإرضاع كما في قوله
سبحانه : ﴿ والمطلقات يرضعن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ أى يجب عليهن
الرضع .

فإذا لم تتعين أم الطفل لإرضاعه بأن لم توجد حال من الحالات الثلاث
السابقة فلا يجب عليها إرضاعه ولا تحجب على القيام به إذا امتنع منه ، وعلى أبيه
في هذه الحالة أن يستأجر مرضعة له وأجرها عليه في ماله إذا لم يكن للطفل مال
لأنها من نفقته والأب ملزم بنفقة ابنه الصغير الفقير .

والمرضعة التي تستاجر لإرضاع الطفل تسمى الظئر ، وعقد الإجارة معها على إرضاعه عقد صحيح يلزم أباه الأجر المتفق عليه . ويلزمها أن ترضع الطفل في المدة المتفق عليها ، وعلى حسب الاتفاق يكون إرضاعها له . فإذا أن تقيم به عند حاضته أما كانت أو غيرها وإما أن ترضعه ثم تلعب وتعود وإما أن يحمل إليها في منزلها لترضعه . وإذا لم يتفق على شيء من هذا فعليها أن ترضعه عند حاضته حتى لا يفوت على الحاضنة حقها في حضائته . وإذا انقضت مدة إجارة الظئر والطفل لا يقبل ثدي غيرها تجبر على عدم مدة الإجارة حتى يقبل ثدي غيرها أو يستغنى عن لبنها بأية وسيلة صيانة له من الهلاك .

وإذا كان الطفل يقبل ثدي أمه وعمرها وأرادت أمه إرضاعه فهي أحق بإرضاعه وليس لأبيه أن يعطيه لغيرها ترضعه إلا عبر شرعى كأن توجد من تبرع بإرضاعه وتأبى أمه أن ترضعه إلا بأجر .

أجرة الرضاعة : إذا أرضعت الطفل أمه سواء كان إرضاعه واجبا عليها فيما إذا تعينت له أو غير واجب عليها فيما إذا لم تتعين له وكانت زوجيتها بأية قائمة حقيقة . أو كانت في عدة طلاقه الرجعي أو البائن . فلا تستحق أجرة على هذا الإرضاع لأن لها على أبيه نفقة الزوجية أو نفقة العدة فلا تستحق مع نفقتها أجرة لإرضاع ولدها . وفي المذهب قول آخر راجح يقضى بأن معتدة الطلاق البائن تستحق أجرة لإرضاع ولدها لأنها بالبائن انقطعت زوجيتها . ولكن عمل المحاكم الشرعية على الأول بلا فرق بين معتدة الرجعي والبائن لأن لكل منهما النفقة فلا تستحق معها أجرة رضاعه .

وأما إذا أرضعت الطفل أمه بعد انقضاء عدتها من أبيه استحققت أجرة على إرضاعه لأنها انقطعت زوجيتها ولا نفقة لها على أبيه قال تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ . والظاهر أن المعتدة التي مضت عنها سنة من تاريخ الطلاق وصارت لاحق لها في المطالبة بنفقة العدة حسب المادة ١٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تستحق بعد ثلم السنة أجرة الرضاعة لأنها عندها من المطالبة بنفقة العدة لمضى سنة صارت مثل التي انقضت عدتها في أنها لا نفقة لها .

وأما إذا أرضعت الطفل غير أمه سواء كانت قريبة له أو أجنبية منه فإنها تستحق الأجرة على إرضاعه في كل حال .

وأجرة الرضاع هي من نفقة الصغير والفصل فيها من اختصاص المحاكم الشرعية الجزئية ويكون حكمها فيها نهائياً إذا لم يزد ما يطلب الحكم به على مائة فرس في الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين . ويكون حكمها فيها ابتدائياً قابلاً للاستئناف إذا زاد المطلوب أو المحكوم به عن ذلك .

وفي الحالة التي تستحق فيها الأم أجرة الرضاع وهي فيما إذا انقضت عدتها تكون هذه الأجرة حقا لها من حين قيامها بالإرضاع ولا يتوقف استحقاقها لها على عقد إجارة مع الأب . وتكون من الديون الصحيحة التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء . ولا تسقط بموت الرضيع ولا بموت الأب . وتكون مستحقة دائمة له أسوة غرماته . ويصح لها أن تصالح أباه على شيء معين تأخذه بدلا عنها لأن هذه الأجرة المستحقة لها خالص حقها فنصطلح على أخذ بدل عنه كيفما نشاء وعلى الأب أن يؤدي لها البديل الذي اصطلاحا عليه .

أما في الخال التي لا تستحق فيها أم الطفل أجرة الرضاع وهي فيما إذا كانت زوجة لأبيه أو معتدته فلا يكون لها حق قبله على إرضاعه وإذا صالحها على بدل لا يصح الصلح ولا يلزم شيء .

الترجع بالرضاعة : إذا أبت الأم أن ترضع طفلها إلا بأجر معين ووجدت امرأة قريبة له أو أجنبية منه ترضعه مجانا أو يأقل من أجر أمه فالمتبرعة أو الراصية بالأجر الأقل أولى لأن الغرض تغذية الطفل بإرضاعه وفي إعطائه للمتبرعة تحقيق هذا الغرض من غير إضرار بالأب بالزامه أجراً لا تقتضيه ضرورة قال تعالى : ﴿ لا تضار والدها بولدها ولا مولود له بولده ﴾ وإذن فالأم تخير بين أن ترضعه تبرعاً أو بالأجر الأقل وبين أن تسلمه للمتبرعة وعلى المتبرعة أن ترضعه عندها حتى لا يقوت عليها حقها في حضانه . ومحل هذا إذا كانت الأم غير متممة لإرضاعه بأن كان الطفل يقبل ثديها وتلثي غيرها وستأتي مقارنة بين المتبرعة بالرضاعة والمتبرعة بالحضانه .

الحضانة

تعريفها : الحضانة شرعاً تربية الطفل والقيام بشؤونه في سن معينة عن له حتى في تربيته من محارمه .

من له حق الحضانة : لما كانت حاجة الطفل في أول أطوار حياته ترجع إلى تدبير طعامه وملبسه ونومه ونظافته وأمثال هذه الحاجات التي تقدر عليها النساء أكثر من الرجال لوفور شفقتين وصبرهن كان الأحق بحضانة الطفل محارمه من النساء . فإن لم توجد له محرم من النساء أو وجدت وليست أهلاً لحضانه انتقل الحق في حضانه إلى محارمه من الرجال العصبية ، فإن لم يوجد عاصب محرم له أو وجد وليس أهلاً لحضانه انتقل الحق في حضانه إلى محارمه من الرجال غير العصبية . ولما كانت أم الطفل أوفر محارمه شفقة به كانت أحق بحضانه مادامت أهلاً لها سواء كانت زوجة لأبيه أو مطلقة منه وكانت محارمه اللاتي ينتسبن إليه بأمه أحق بحضانه من محارمه اللاتي ينتسبن إليه بأبيه عند استواء المرتبة قرباً . وعلى هذا فترتيب أرباب الحق في الحضانة من المحارم كما يأتي :

أحق النساء المحارم بحضانه الصغير أمه^(١) . ثم أم أمه وإن علقت ، ثم أم أبيه وإن علقت ، ثم أخواته بتقديم الشقيقة فالأخت لأم فالأخت لأب . ثم بنت أخته الشقيقة ثم بنت أخته لأم ، ثم خلاته بتقديم الشقيقة فالخالدة لأم فالخالدة لأب ، ثم بنت الأخت لأب ، ثم بنات الأخوة بتقديم بنت الأخ الشقيق بنت الأخ لأم بنت الأخ لأب ، ثم عماته بتقديم العممة الشقيقة فالعممة لأم فالعممة لأب ، ثم خلات أمه ، ثم خلات أبيه ، ثم عمات أمه ثم عمات أبيه بتقديم الشقيقة في كل منهن فالتى لأم فالتى لأب :

(١) إذا انفصل الصغير سواء كان بنتاً أو غلاماً فلا فرق بين طفل وطفلة وصغير وصغيرة .

فإن لم توجد من هاته المحارم واحدة أو وجدت وليست أهلا للحضانة
انتقل الحق في حضانة الصغير إلى العصبة المحارم من الرجال على حسب ترتيبهم في
الإرث .

فالأحق بحضانة الصغير من عصته المحارم أبوه ثم أبو أبيه وإن علا ثم أخوة
الشقيق ثم أخوة لأب . ثم ابن أخيه الشقيق ، ثم ابن أخيه لأب . ثم عمه الشقيق
ثم عمه لأب ثم عم أبيه الشقيق ثم عم أبيه لأب .

فإن لم يوجد من عصبة الرجال المحارم أحد أو وجد وليس أهلا للحضانة
انتقل حق حضانته إلى محارمه من الرجال غير العصبة على هذا الترتيب .

تلجد لأم ، ثم للأخ لأم ، ثم لابن الأخ لأم ، ثم للعم لأم ، ثم للأخوال
بتقديم الشقيق فالخال لأب فخال لأم .

فمن هنا يبين أن الحق في حضانة الطفل لأقربائه المحارم من النساء
والرجال بتقديم محارمه النساء فمحارمه الرجال العصبة فمحارمه الرجال غير
العصبة على أن يرعى في الترتيب بين أفراد كل فريق ما قدمناه .

وبذا قريباته وأقاربه غير المحارم لا حق لهم في حضانته فلا حق لبي العم
والعمة والخال والخالة في حضانة الصبية لعدم الحرمة وهم الحق في حضانة
الصبي . ولا حق لبنات العم والعمة والخال والخالة في حضانة الصبي ولهن الحق
في حضانة الصبية . والمحارم غير القريبات كالأم رضاعا والأخت رضاعا لا حق
لهن في الحضانة .

الأهلية للحضانة : يشترط في الحاضنة أما كانت أو غير أم شروط ثمانية إذا
توفرت فيها مع توفر شققها بقرابتها المحرمة تحقق الغرض المقصود وهو تربية
الصغير والقيام بشؤونه خير قيام . وهي أن تكون حرة لأن المملوكة مشغولة
بخدمة مالكها عن تربيته ، عاقبة لأن غير العاقلة لا تحسن القيام بشؤونه ويغفلن
عليه منها ، بالغة لأن أخته الصغيرة مثلا في حاجة إلى انخضاعة قادرة على تربيته
والمحافظة عليه ، فلو كانت كفيفة أو مريضة أو مريضة بعجزها عن القيام بشؤونه
والمحافظة عليه لا تكون أهلا لحضانه ، أمينة عليه فلو كالت كثرة انعاده لمنزلة

ومهسلة شؤون الأولاد بحيث يترب على هذا خشية ضياعهم أو لحوق الضرر بهم لا تكون أهلاً للحضانة ، غير مرتدة لأن المرتدة عن الإسلام تحبس حتى تعود إليه فلا تقدر على الحضانة ، غير متزوجة بأجنبي من الصغير بأن تكون غير متزوجة أصلاً أو متزوجة بغير محرم من الصغير كصمة مثلاً لأن زوجها إذا كان أجنبياً منه لا يحفظ عليه ، ولا يمكنها من العناية بتربيته ، غير مقبضة في بيت فيه من يخضعه لأن في مقام الطفل مع من يخضعه تعريضه للخطر والضرر .

وكذلك إذا انتقل حق الحضانة إلى الرجال المحارم . سواء كانوا العصبة أو غيرهم لا يكون المحرم منهم أهلاً للحضانة الصغير إلا إذا كان أمينا عليه قادراً على تربيته فلو كان فاسقاً أو مفسداً أو غير قادر على تربية الجنون أو عته أو مرض ، فلا حق له في حضانه .

والحاضنة أما كانت أو غير أم ، لا يشترط في أهليتها لحضانة الصغير اتحادها معه في الدين ، فلو كانت أم الصغير المسلم غير مسلمة فهي أحق بحضانه لأن المشقة الباعثة على قيام الأم يشعرون أنها أو الأخت يشعرون أوجبها لا تختلف باختلاف الدين ؛ إلا إذا ظهر أن في وجوده معها خطراً على إسلامه فلا تكون أهلاً لحضانه ، وأما إذا انتقلت الحضانة للعصبة من الرجال المحارم فيشترط في أهلية العاصب منهم لحضانة الصغير اتحاده معه في الدين لأن حق حضانتهم يعتمد على التوارث ولا توارث مع اختلاف الدين .

وإذا وجد أكثر من واحدة أو واحد كنهم أهل للحضانة الصغير ودرجة قرابتهم به واحدة كعدة أخوات شقيقات أو عدة أخوة أشقاء فالأحق منهم بحضانه أصلحهم لتربيته فإن تساؤروا من كل جهة يختار القاضي من بينهم من يشاء .

وبجرد فسق الحاضنة أو سوء سلوكها لا يجعلها غير أهل للحضانة الصغير إلا إذا كان يؤدي ذلك إلى ضياع الولد أو تعويده أخلاقاً تضره .

مدة الحضانة : أصل المذهب أن مدة الحضانة للصغير والصغيرة تنتهي باستغنائهما عن خدمة النساء وفترة الواحد منهما على أن يقوم وحده بحاجاته

الأولية من أجل وليس ونظافة . ولم تقدر هنا من معينة ولكن مجتهدى المذهب قدروا من الاستعناء للغلام بسبع سنين ولينبت تسع سنين وهذا ما عليه الفتوى . وعنه تنهى مدة حضانه الغلام إذا أم سبع سنين وتنهى مدة حضانه البنت إذا أمث تسع سنين ، ولكن روى أن الحاجة داعية لأن يكون للقاضي حرية النظر في تقدير مصلحة الصغير بعد سبع والصغيرة بعد تسع فإن رأى مصلحتهما في بقائهما في حضانه النساء قضى بذلك إلى تسع في الصغير وإحدى عشرة في الصغيرة وإن رأى مصلحتهما في غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء وهذا وضعت المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها : للقاضي أن يأذن بحضانه النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع . وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك . وتقدير هذه المصلحة موكل إلى القاضي .

أجرة الحضانه : أجرة الحضانه . كأجرة الرضاعة لا تستحقها الأم حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً لأن ما نفقة الزوجية أو نفقة العدة وتستحقها بعد انقضاء عدتها أو منعها من المطالبة بنفقة عدتها لمضى سنة من تاريخ طلاقها على ما استظهرنا . وأما غير الأم فتستحق أجرة الحضانه مطلقاً . وهي أيضاً من نفقة الصغير كأجرة رضاعة والفصل فيها من اختصاص الأحكام الشرعية الجزئية نارة بصفة نهائية ونارة بصفة ابتدائية على ما بيناه وتكون حقاً مستحقها من حين قيامها بها . وتكون دينا صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء . ويصح لمن تستحقها أن تصالح أبا الصغير عنها على بدل تأعده ويلزم الأب بهذا البدل . ويراعى التفريق بين نفس الحضانه والأجرة عليها . فالحضانه بمعنى تربية الصغير ممن هي حفاها ليست حقاً خالصاً للحضانه بل فيها حق للولد أيضاً لأن الشارع قدر مصلحة الولد في أن تمسكه أمه في سن معينة هي أقدر على تدبير شؤونه فيها وفي أن يمسكه أبوه في سن بعد ذلك هو أقدر على تدبير شؤونه فيها . فليس لأبى العلف أن تصالح أباه على أن تتركه عندو في مدة حضانهه على بدل لأن هذا صلح منها على ما ليس حقاً خالصاً لها فلا يصح الصلح ولا يستحق البدل . ولو اختلعت على أن تترك ولدها عند أبيه مدة الحضانه فالصلح جائز والشرط باطل لأنه ليس خالص حقها .

وإذا امتنعت من الحضانة تجبر عليها مراعاة حق الولد وليس لأبي الطفل أن يصطلح مع أمه على تركه عندها بعد مدة حضنته . أما الأجرة على الحضانة فهي خالص حقها تصالح عليها وتحتلغ نفسها بها وتمازل عنها لأن صاحب الحق له التصرف فيه كيف شاء .

وإذا لم يكن للحضانة مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير فلها أن تطلب من الأب إعداد مسكن لحضنته فيه أو فرض أجرته . وإذا احتاجت في حضنته إلى خادم وأبوه موسر فلها أن تعاقبه بإحضار خادم أو فرض أجرته .

وعلى هذا فقد يحكم للصغير على أبيه بنفقة لإصلاحه ، وأجرة لرضاعه ، وأجرة لحضنته ، وأجرة مسكن لحضنته ، وأجرة خادم له ويبدل فراش وغطاء .

الترخ بالحضانة : إذا أثبت أم الولد أن تحضنه إلا بأجر ووجدت من محارمه من هي أقل تحضنته . كحادثه لأبيه أو عمته تبرع بحضنته فإن كان الأجر مستحقاً على الصغير في ماله بأن كان له مال ونفقته بأنواعها واجبة فيه فإنه يسلم للمترعة لأن في هذا صيانة ماله من غير إضرار به لأن المترعة بحضنته ليست أحسبه عنه بل هي من محارمه .

وإن لم يكن للصغير مال وكان أجر حضنته مستحقاً على الأب فإن كان الأب موسراً لا يعطى للمترعة بل يبقى عند أمه ويجبر الأب على دفع أجرها لأن حضانة الأم أصلح لنولد من حضانة غيرها لوقور شفقها ولا ضرر على الأب لأنه موسر . وإن كان معسراً يعطى للمترعة لأن في إلزامه بالأجر مع إعساره إضراراً به ولا تقتضيه ضرورة مع وجود المترعة من المحارم .

ومن المقارنة بين الترخ بالرضاعة والترخ بالحضانة يتبين أن بين أحكامهما فرقا من وجهين .

الأول أنه لا فرق في المترعة بالرضاعة بين أن تكون قريبة للطفل أو أحسبه منه . وقد اشترطنا في المترعة بالحضانة أن تكون من محارم الصغير التي هي أهل لحضنته بحيث إذا كانت المترعة بحضنته أحسبه منه أو محرماً فافقده شرطاً من شروط الحضانة لا يلتفت إليها وكأنه لم توجد مترعة .

والثاني أنه عند وجود متبرعة بالرضاعة يعطى لها سواء كان للطفل مال أو لا . وسواء كان الأب موسراً أو معسراً . وأما عند وجود متبرعة بالحضانه فلا ينزع من أمه وبعضى لها إلا إذا كان الصغير لا مال له والأب موسر . ومنشأ التفريق أن الغرض من الرضاعة تغذية الطفل وهو يتحقق من الأم كما يتحقق من غيرها قريبة أو أجنبية فلا فرق بين متبرعة وأخرى ولا مبرر لإلزام الصغير أو أبيه بمال لا ضرورة له . وأما الحضانه فالغرض منها التربية فمن هي أهل لها وهذه الأهلية لا تكون إلا بالقرابة الشرعية مع استيفاء الشروط فإذا لم تكن المترعة فيها هذه الأهلية فلت الغرض ولم يتحقق معنى الحضانه . ولا شك أن قيام الأم بهذه التربية خير للطفل من قيام حاضنة أخرى بها فلا يعدل عن خير الطفل إلا بوجوب وهو عسر الأب أو عدم إضاعة مال الولد .

وإذا أبت أم الصغير الحضانه إلا بأجر ولا توجد متبرعة من محارمه وليس للصغير مال والأب معسر تجبر الأم على القيام بحضانهه وتكون أحرمتها ديناً على أبيه . وكذلك الحال في أجرة الرضاعة إذا لم توجد متبرعة وليس للصغير ولأبيه مال .

سفر الحضانه بالولد : إذا كانت الحضانه الأم وزوجتها بأى الولد قائمه فليس لها الانتقال إلى أى بلد آخر إلا بإذن زوجها لأن قرارها فى المسكن الشرعى الذى أعده لها حتى له واجب عليها . وإذا كانت فى عدة طلاقه الرجعى أو البائن فليس لها الانتقال مطلقاً إلا بإذنه ولا يغير إذنه لأن اعتداده فى مسكن العده حتى للشرع واجب عليها . وإذا كانت مطلقه انفضت عدتها فلها أن تسافر بولدها بغير إذن أبيه إلى بلدها الذى هو وطنها وكان عقد زواجهما فيه سواء كان عدا البلد قريباً من بلد الأب أو بعيداً عنه وسواء كان مصرأ أو قرية لأن مقتضى عقده عليها فى بلد هو وطنها التزامه الرضا باقامتها فيه . وليس هذا أن تسافر به بغير إذن أبيه إلى بلد انتهى فيه الأمران أو أحدهما بأن كان لا هو وطنها ولا عقد عندها فيه أو كان وطنها ولم يعقد عليها فيه أو عقد عليها فيه وليس وطنها إلا إذا كان هذا البلد الذى انتهى فيه الأمران أو أحدهما مصرأ قريباً بحيث يمكن الأب أن يذهب إليه ويرى ولده ويعود قبل أن يدخل الليل . فإن كان مصرأ بعيداً أو قرية مطلقاً سواء كانت قرية أو بعيدة فليس لها أن تنتقل إليها إلا بإذن الأب .

وأما غير الأم من الحاضنات فليس لها الانتقال بالولد من محل حضنته إلا بإذن أبيه مطلقاً .

والحكمة في هذا مراعاة مصلحة الصغير بالجمع بين حضنته بواسطة أمه وقربائه المحرمين . وبين إشراف أبيه على تربيته حتى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ولا يحرم صغير من شفقة حاضنته ورعاية أبيه .

وغنن الحكمة نفسها ليس للأب أن يخرج الصغير من البلد الذي تقيم فيه أمه مادام في حضنتها التي هي أهل لها لأن في هذا الإخراج تفويت حقها وحتى الصغير فيمنع منه سواء كان البلد الذي يريد نقله إليه قريباً من أمه أو بعيداً . إلا إذا سقط حق الأم في الحضانة لسبب من الأسباب ولم يكن في البلد الذي هي فيه من يتقبل إليه حق حضنة الصغير فله أن ينقله من بلد أمه إلى البلد الذي فيه من لها الحق في حضنته . وإذا زال المانع من أهلية الأم للحضانة وعاد إليها استحقاقها وجب على الأب أن يعيده إليها حيث تقيم . ومثل الأم في هذا غيرها من الحاضنات .

وفي كل حالة لا يكون للحاضنة حق السفر بالصغير إذا أبت إلا أن تسافر سقط حقها في حضنته وانتقل الحق إلى من يليها من الحاضنات .

بعد انتهاء مدة الحضانة : الغلام إذا انتهت مدة حضنته بأن بلغت منه سبعاً أو تسعاً صار الأخت بإمساكه أبوه . فإن لم يكن له أب فالأخت بإمساكه جده لأبيه . فإن لم يكن له أب ولا جد فالأخت بإمساكه أقرب عصبة من الرجال سواء كانوا محارم كأخوته أشقائه أو غير محارم كأبناء عمه لأن الغلام بعد بلوغه هذه السن يستغنى عن خدمة النساء ويعصر في حاجة إلى التأديب والتشريف والتخلق بأخلاق الرجال والأخذ في أسباب الحياة . وأبوه وسائر عصبة من الرجال أقلر على تدبير هذا من أمه وسائر قريباته من النساء .

ولا خيار للغلام ولا لأبيه وعصبته في ذلك بل يجير الغلام على أن يكون عند أبيه أو عاصبه في هذا الظور من عمره ويجير أبوه أو أقرب عصبته على إمساكه إذا امتنع من طلبه وذلك لأن الشارع رأى مصلحة الصغير في أن يمسكه أبوه أو

عاصبه بعد تجاوزه سن الحضانة لهدبه ويريه فليس للغلام أن يختار غير ما رآه الشارع وليس لأبيه أو عاصبه أن يمنع عن الصيام به لأن حق الشرع لا يملك أحد تفويته . وإذا لم يكن للغلام أب ولا عاصب ولا وصى يبقى عند حاضنته إلا إذا رأى القاضى مصلحته فى إخذه منها وإبقائه عند غيرها .

فإذا بلغ العلام الحلم بأن بلغت سنه خمس عشرة سنة أو رأى أماره من أمارات البلوغ قبلها وكان عاقلاً ذا رأى يستغنى به صار أحق بنفسه وليس لأبيه ولا لأى واحد من عصبته إمساكه جبراً عنه بل يكون مخيراً إن شاء انفرد بإقامته وإن شاء أقام مع أبيه أو أمه أو غيرهما إلا إذا كان بعد بلوغه الحلم مفسداً لا يؤمن على نفسه فإن لأبيه أو عاصبه الحق فى إمساكه للمحافظة عليه ودفع الفتنة والعار وتأديبه إذا وقع منه شيء يستوجب التأديب .

وأما البنت فإذا انتهت مدة حضانتها بأن بلغت سنها تسعاً أو إحدى عشرة سنة صار لأحق بإمساكها أبوها ثم جدّها لأبيها ثم أقرب عصبتها من الرجال المحارم كإخوتها الأشقاء وأعمامها وليس لعصبتها من الرجال غير المحارم كأبناء عمها حق فى إمساكها لأن البنت بعد تجاوزها سن الحضانة واستغنائها عن خدمة النساء تكون حاجتها إلى المحافظة عليها وتأديبها وصونها وتحصينها . وعصبتها من الرجال المحارم أقدر على هذا من قريباتها من النساء . ولا خيار للبنت ولا لأبيها أو عاصبها المحرم فى ذلك بل تجبر هى على أن تكون عند عاصبها المحرم ويجبر عاصبها المحرم على إمساكها إذا امتنع لأن هذا حق الشرع لا يملك أحد تفويته .

ويستمر هذا الحق ناتياً على البنت لأبيها أو عاصبها المحرم إلى أن تتزوج فإذا تزوجت صار حق إمساكها لزوجها . لكن إذا بلغت البنت الحلم ولم تتزوج وكانت بكراً مسنة واجتمع لها رأى وعفة أو كانت ثيباً تؤمن على نفسها فإن كل واحدة من هاتين تكون أحق بنفسها وليس لعاصبها المحرم أن يجبرها على الإقامة عنده بل تكون فى هذا كالغلام إذا بلغ الحلم عاقلاً ذا رأى .

وفى كل موضع يكون للأب أو العاصب الحق فى إمساك الغلام أو البنت إنما يثبت له هذا الحق إذا كان أميناً غير مفسد لا يخشى على أحدهما منه فإن كان

غير مأمون عليهما لأنه مفسد مستهتر لا تتحقق مصلحة الصغير بإمساكه فلا حق له ويعتبر كعدمه وينتقل الحق إلى من يليه .

نفقة الأقارب

القرابة سبب لوجوب نفقة القربى على قريبه كما أن الزوجة سبب لوجوب نفقة الزوجة على زوجها .

ولا توجب القرابة النفقة إلا إذا كانت محرمة للزواج فإن كانت القرابة غير محرمة للزواج كقرابة أولاد الأعمام والحملات وأولاد الأخوال والخالات فلا توجب النفقة وعلى هذا لا تجب نفقة الفقير على ابن عمه أو ابن عمه .

وإذا كانت الصلة بين الأقارب جزئية بعضهم من بعض تسمى قرابتهم قرابة الولاد كقرابة الأصول والفروع المنحصرة في عمود النسب ، وإذا كانت الصلة ليست كذلك كقرابة الأقارب الخارجين عن عمود النسب تسمى قرابتهم قرابة غير الولاد أو قرابة الخواشي أو قرابة ذوى الأرحام وعلى هذا ينحصر بحث نفقة الأقارب فيما يأتي :

نفقة الفرع الواجبة له على أصله .

نفقة الأصل الواجبة له على فرعه .

نفقة الأقارب غير الأصول والفروع الواجبة لبعضهم عن بعض .

النفقة الواجبة للفرع على أصله

إذا كان الأب موجوداً غير عاجز عن الكسب فنفقة أولاده واجبة عليه وحده لا يشركه فيها غيره من أم أو جد أو سواهما .

دليل وجوبها : والدليل على وجوبها قوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ فقد أوجب سبحانه على المولود له رزق الوالدين وكنسوتهن وهذا الرزق وهذه الكسوة من نفقة الأولاد . وقد ورد

في الحديث أن زوجة أبي سفيان قالت يا رسول الله : إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف .

سبب وجوبها : وسبب وجوبها الجزئية أي كون الولد جزءاً من أبيه وكما تجب على الإنسان نفقة نفسه تجب عليه نفقة جزئه . وهذه الجزئية هي السبب في وجوب النفقة بين كل فرع وأصله ولهذا تجب نفقة الأصول على فروعهم والفروع على أصولهم ولو لم يتحقق التوارث كما إذا اختلفوا في الدين لتحقق الجزئية وهي سبب الوجوب .

شرط وجوبها : يشترط لوجوب نفقة الأولاد على أبيهم شرطان : الأول : أن يكون الأولاد فقراء عاجزين عن الكسب لأن الولد سواء كان صغيراً أو كبيراً غلاماً أو بنتاً إن كان له مال فنفته في ماله . والعجز عن الكسب يتحقق بكون الولد صغيراً ، أو بكونه كبيراً إذا عاذه تمنعه من الكسب ، أو بكونه أنثى لأن الشأن في الإناث أن لا يعملن للكسب .

الثاني : أن يكون الأب قادراً على نفقتهم بأن يكون غنياً أو كسباً يكسب من عمله ما يفي بحاجته وحاجتهم . بناء على هذا تنفرح الأحكام الآتية :

أ - إذا كان الغلام فقيراً صغيراً وأبوه غني أو كسباً تجب نفقته على أبيه بأنواعها من طعام وكسوة وسكنى وأجرة رضاع وحضانة وكل ما يحتاج إليه الصغير مما يقدر عليه أبوه .

فإذا بلغ الغلام الفقير سناً يكون فيها أهلاً للكسب سواء كانت سن البلوغ أو قبله فإن كان قادراً على الكسب وليس به مانع يمنعه منه فلا تجب نفقته على أبيه بل تكون نفقته في كسبه وللأب أن يضعه في عمل أو حرفة يكسب منه وينفق عليه من كسبه فإن لم يَفِ كسبه بنفقته فعلى الأب تكميل كفايته . وإن كان عاجزاً عن الكسب لشلل أو عاذه أو أي مرض يعجزه عن الكسب فنفته بأنواعها واجبة له على أبيه لأن عجز الكبير عن الكسب يجعله في حكم الصغير . ومن الكبار العاجزين عن الكسب أولاد الأشراف الذين لا يستأجرون للأعمال .

وظلة المعلم الذين يشغلهم تعلمه عن كسب الرزق ولا يبتدون إلى حرفة . فهو لاء
تجب لهم النفقة وهم كبار أصحاب وأما البنت فإذا كانت فقيرة صغيرة وأبوها غني
أو كسوب فنفتها بأبواعها واجبة لها على أبيها وكذلك إذا كبرت وهي فقيرة
فنفتها واجبة على أبيها سواء كانت قادرة على الكسب أو عاجزة عنه لكن إذا
اكتسبت فعلا من وظيفة أو حرفة فلا تجب نفقتها على أبيها بل تكون نفقتها فيما
كسبه لأنها استعتت به إلا إذا كان ما كسبه لا يفي بحاجتها فعلى أبيها تكميل
كفالتها .

فإذا تزوجت سقط وجوب نفقتها عن أبيها ووجبت نفقتها على زوجها فإذا
طلقت وانقضت عدتها من مطلقها وصارت لا نفقة لها على زوجها عدل وجوب
نفقتها على أبيها وكذلك إذا كانت زوجيتها قائمة وسقط وجوب نفقتها عن زوجها
بسبب نشوزها مثلا تجب نفقتها على أبيها مادامت ناشزا .

فنفقة البنت الفقيرة إما على أبيها أو على زوجها أو في كسبها إن كسبت
فعلا .

وإذا كان الأولاد ممن لا يستحقون النفقة على أبيهم بأن كان لهم مال أو
كسب أنفق عليهم أبوهم من ماله هو فهو متبرع ولا يرجع عن أحد منهم بما
أنفق إلا إذا استأذن القاضي في الإنفاق عنهم لرحم بما أنفق أو أشهد عند الإنفاق
أنه أنفق لرحم فهو أنفق الأب من ماله على ابنه الصغير الغني أو على ابنه الكبير
الكسوب أو على ابنة المدرسة فهو متبرع بما أنفق إلا إذا احتاط بالإشهاد عند
الإنفاق أو استعذان القاضي .

ب - فإذا كان الأب فقيراً وقادراً على الكسب ولكن لم يسر له عمل
يكتسب منه أو يسر له عمل يكتسب منه ولكن كسبه قليل لا يفي بحاجته وحاجة
من تحب عليه نفقتهم من أولاده ففي هذه الحالة تجب عليه النفقة لأولاده ولكن
لا يؤمر هو بأدائها بل يؤمر بأدائها لهم أهمهم إذا كانت موسرة ويكون ما يؤديه الأم
دينا فما يرجع به على أبيهم إذا أيسر وإذا كانت الأم غير موسرة أمر أبو الأب الموسر
بالأداء . ويكون ما يؤديه دينا على الأب إذا أيسر .

ج - وإذا كان الأب فقراً وعاجزاً عن الكسب لمرض أو كبير سن أو أي عاعة تعجزه عن الكسب يعتبر كالمعدوم ونحب النفقة على من عناه من أقارب الأولاد عند عدم أبيهم .

فتنبه للفرق بين أب فقير قادر على الكسب وأب فقير عاجز عن الكسب فإن الأول لا يسقط وجوب النفقة عليه بل يحكم عليه بالنفقة وإن كان لا يؤمر بأدائها وإنما يؤمر بأدائها الموسر من أقرب أقارب الأولاد . ليكون ديناً على الأب وأما الثاني فيعتبر كالمعدوم ويسقط وجوب النفقة عنه ولا يحكم عليه بها وإنما يحكم بها الأقارب عدا الأب على ما بين بعد .

وإذا لم يوجد للأولاد المستحقين للنفقة أب أو كان لهم أب ولكنه فقير وملحق بالمعدوم تعجزه عن الكسب وكان أقاربهم القاصرون على الإنفاق عليهم كلهم من أصولهم سواء كانوا أصولاً لهم من ناحية أبيهم أو من ناحية أمهم فوجوب النفقة عليهم على هذا التفصيل .

أ - إذا كان هؤلاء الأصول كلهم وارثين نحب عليهم النفقة جميعاً بنسبة لربهم سواء تساوت درجة قرابتهم أو اختلفت .

فمن له أم وأبو أب فنفته عليهما بنسبة الإرث . على الأم ثلث نفته وعلى الجد ثلثها .

ومن له أم أم وأم أب وأبو أب فنفته عليهم بنسبة الإرث على الجدتين سندسها وعلى الجد خمسة أسداسها إلا إذا كان أبو الأب قائماً فعلا مقام الأب بأن حجب من الإرث بعض العصبة الذين يحجبهم الأب فحينئذ يكون بمنزلة الأب ونحب عليه وحده النفقة ولا يشاركه فيها أحد . فمن له أم . وعم وأبو أب فنفته على جده وحده ولا شيء على الأم لأن الجد لما حجب العم في هذه الصورة من الإرث كان كالأب والأب لا يشاركه في الإنفاق على أولاده أحد .

ب - وإذا كان هؤلاء الأصول كلهم غير وارثين بأن كانوا من الأجداد أو الجدات غير الصحيحة نحب النفقة على أقربهم درجة للأولاد فإن تساوت درجاتهم وجبت النفقة عنهم جميعاً .

فمن له أبو أم . وأبو أم أب فنفته على أبي أمه لأنه أقرب درجة .
ومن له أبو أم أم . وأبو أم أم فنفته عيها معا بالتسوية لتساويهما في
الدرجة .

ج- وإذا كان هؤلاء الأصول بعضهم وارثاً وبعضهم غير وارث فإن
تسلوا في الدرجة تجب النفقة على الوارثين منهم بسبب إرثهم ولا تجب على غير
الوارثين منهم شيء .

فمن له أبو أب وأم أم وأم أم فنفته على أصوله الوارثين بسبب
إرثهم وهم جد الصحيح وجدته الصحيحتان على الجد خمسة أمهاتها وعلى
المجدتين سدسها ولا شيء منها على جده غير الصحيح وهو أبو الأم لأنه جد غير
وارث .

وإن اختلفوا في الدرجة تجب النفقة على أقربهم درجة ولو كان غير
انوارث .

فمن له أبو أب أب . وأبو أم فنفته على أقربهما درجة وهو أبو الأم وإن
كان الذي يرثه إذا مات هو أبو أبي الأب . والسبب لهذا أن سبب استحقاق الفروع
نفقة على الأصول هو الجزئية وكلما قربت الدرجة قوى السبب فترجح الأقرب في
الوجوب عليه وإن كان في مثل هذه الصورة الأخيرة لا يتفق حكمها مع قاعدة
الغرم بالنعمه لأن الذي يرث لا تجب عليه نفقة والذي تجب عليه النفقة هو من
لا يرث .

النفقة الواجبة للأصل على فرعه

إذا كان الأصل فقيراً سواء كان أباً أو أمّاً أو جداً أو حدة وله فروع
قادرون على الإنفاق عليه تجب نفقته على أقربهم له درجة . فإن تساؤروا في التقرب
فنفته عنهم جميعاً بالتسوية من غير نظر إلى الإرث لأن علة وجوب النفقة هنا
الجزئية فكلما تحقق السبب وهو الجزئية تحقق السبب وهو الوجوب بصرف النظر
عن الإرث وكلما قوى السبب بقرب الدرجة ترجح .

فمن له بنت وابن ابن فنفقته على بنته وحدها لقربتها .
 ومن له بنت وابن فنفقته عليهما بالسوية .
 ومن له بنت وابن ابن فنفقته عليهما بالسوية .
 ومن له ابنان مسلم وغير مسلم وهو مسلم فنفقته عليهما بالسوية .
 وإذا اجتمع للفقير أقارب قادرون من أصوله ومن فروعها تجب النفقة على
 أقربهم درجة . فإن تساؤوا في الدرجة تجب النفقة عنهم بالنسبة للإرث .
 فمن له أب وابن ابن فنفقته على الأب وحده تقربه درجة .
 ومن له أبو أب وابن ابن فنفقته عليهما معا بسبب الإرث على الحد سدسها
 وعلى ابن الابن خمسة أسناسها .

وكان مقتضى هذا أن من له أب وابن تكون نفقته على أبيه وأبيه بسبب
 الإرث لتساويهما في الدرجة . ولكن هنا تجب النفقة على الابن وحده لأن للأب
 شبهة في مال أبيه بمقتضى الحديث : أنت ومالك لأبيك . فمضى وجد الابن القادر
 تجب عليه وحده نفقة أبيه الفقير ولا يشاركه فيها أحد كما أنه إذا وجد الأب القادر
 تجب عليه وحده نفقة ابنه الفقير ولا يشاركه فيها أحد .

نفقة ذوي الأرحام بعضهم على بعض .

أ - إذا كان الفقير المستحق للنفقة أقربه القادرون كلهم من الخواشي أي من
 الأقارب الخارجين عن عمود النسب وليسوا من أصوله ولا فروعها كإخوته
 وأخواته وفروعهم وأعمامه وعماته وأحواله وإخواته دون فروعهم فهؤلاء تجب
 نفقته عليهم نسبة الإرث فالمتحجب من الإرث لا تجب عليه النفقة والوارث تجب
 عليه من النفقة بسبب نصيبه في الإرث .

وهذا مقتضى الآية الكريمة إذ قال الله سبحانه في سورة البقرة وعلى المولود
 له رزقهن وكسوتهن بالمعروف . لا تكلف نفس إلا وسعها . لا تضار والدة
 بولدها . ولا مولود له بولته . وعلى الوارث مثل ذلك . فقد أوجب سبحانه
 رزق المواتات وكسوتهن على الوارث إذا لم يوجد المولود له وغيره يوصف

الوارث إشارة إلى أن يرثه هو سبب وجوب النفقة عليه عملا بقاعدة « انعم بالنعيم » .

فمن له ثلاثة أخوة أشقاء قادرين فنفقته عليهم أثلاثا .
ومن له أخوات متفرقات شقيقة . ولأب . ولأم . فنفقته عليهن أخماسا
على الشقيقة ثلاثة أخماسها وعلى الأخت لأب خمسها وعلى الأخت لأم خمسها ومن
له عمة وخال فنفقته عليهما على العممة ثلثاها وعلى الخال ثلثها .

ومن له أخ لأم وخال فنفقته على الأخ لأم فقط لأنه الوارد وحده .

ب - أما إذا كان المستحق للنفقة أقرابه القادرون خليطا من أصوله
وحواشيه أو فروعه وحواشيه أو منهم جميعا فهذا تبين من نجب عليه النفقة منهم
من التقسيم الذي ذكره العلامة ابن عابدين في صفحة ٧٣٧ من الجزء الثاني من
حاشيته ونصه^(١) :

« لا يخلو إما أن يكون الموجود من قرابة الولاد شخصا واحدا أو أكثر
والأول ظاهر وهو أنه نجب النفقة عليه عند استيفاء شروط الوجود » .

والثاني لا يخلو إما أن يكونوا فروعا فقط أو فروعا وحواشي أو فروعا
وأصولا أو فروعا وأصولا وحواشي أو أصولا فقط أو أصولا وحواشي فهذه ستة
أنقسام وينبغي قسم سابع تنمى الأقسام العمالية وهو الحواشي فقط نذكره تسميها
للأنقسام وإن لم يكن من قرابة الولاد .

(القسم الأول) الفروع فقط والمعتبر فيهم القرب والجزئية أى القرب بعد
الجزئية دون الميراث كما عرفت . « ففى ٢ وتدين مسلم فقير ولو أحدهما نصرانيا
أو أنثى نجب نفقته عليهما سوية » ذخيرة « للتساوى فى القرب والجزئية وإن
اختلفا فى الإرث . وفى ابن وابن ابن على الابن فقط تقربه « بدائع » وكنا نجب فى
بنت وابن ابن على البنت فقط لتقربها « ذخيرة » ويؤخذ من هذا أنه لا ترجيح لابن
ابن على بنت بنت وإن كان هو الوارث لاسوائهما فى القرب والجزئية ولتصريحهم

(١) ذكرت نص هذا التقسيم ليرجع إليه من أراد .

بأن لا اعتبار للإرث في الفروع وإلا لوجبت أثلثا في ابن وبنت ولما لم يزم الابن
النصراني مع الابن المسلم شيء وبه ظهر أن قول الرملي في حاشية البحر أنها على
ابن الابن لرحمته مخالف لكلامهم .

(القسم الثاني) الفروع مع الحواشي وانعتر فيه أيضا القرب والجزئية دون
الإرث فهي بنت وأخت شقيقة على الست فقط وإن ورثنا بدائع وذخيرة ،
ونسقط الأخت بتقديم الجزئية . وفي ابن نصراني وأخ مسلم على الابن فقط وإن
كان التوارث هو الأخ ذخيرة أي لاختصاص الابن بالقرب والجزئية . وفي ولد
بنت وأخ شقيق على ولد الست وإن لم يرث ذخيرة أي لاختصاصه بالجزئية وإن
استويا في القرب لإدلاء كل مهما بواسطة . والمراد بالحواشي هنا من ليس من
عمود النسب أي ليس أصلا ولا فرعاً فيدخل فيه ما في الذخيرة لو أنه بنت ومولى
عنافة فعلى الست فقط وإن ورثنا أي لاختصاصها بالجزئية

(القسم الثالث) الفروع مع الأصول والمعتبر فيه الأقرب جزئية فإن لم
يوجد اعتبر الترجيح فإن لم يوجد اعتبر الإرث فهي أب وابن نجب على الابن
لترجيحه بأنت ومالك لأبيك ، ذخيرة وبدائع ، أي إن استويا في قرب الجزئية
ومثله أم وابن لقول المتن ولا يشارك الولد في نفقة أبيه أحد قال في البحر : لأن
هنا تأويلاً في من الولد بالنص ولأنه أقرب الناس إليهما . أه . فليس ذلك حاصلاً
بالأب كما يتوهم بل الأم كذلك وفي جد وابن ابن على قدر الميراث أسداساً
للتساوي في القرب وكذا في الإرث وعدم المرحح من وجه آخر بدائع وظاهره أنه
لو له أب وابن أو بنت بنت فعلى الأب لأنه أقرب في الجزئية فانتفى
التساوي ووجد القرب المرحح وهو داخل تحت الأصل المنزاع عن الذخيرة والبدائع
وكذلك تحت قول المتن ولا يشارك الأب في نفقة ولده أحد .

(القسم الرابع) الفروع مع الأصول والحواشي وحكمه كالثالث لما
علمت من سقوط الحواشي بالفروع لترجيحهم بالقرب والجزئية فكأنه لم يوجد
سوى الفروع والأصول وهو القسم الثالث بعينه .

(القسم الخامس) الأصول فقط وإن كان معهم أب فالنفقة عليه فقط

لفول المتون ولا يشارك الأب في نفقة ونده أحد وإلا فيما أن يكون بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث أو كلهم وارثين ففي الأول يعتبر الأقرب حزية لما في الفية له أم وجد لأم فعلى الأم أي لقبها ويظهر منه أن أم الأب كأم الأم وفي حاشية الرمل إذا اجتمع أحباء وحدث فعلى الأقرب وإن لم يدل به الآخر . أم . فإن تسلبوا في القرب فالفقهاء من كلامهم ترجع الوارث بل هو صريح قول اليدائع في قرابة الولاد إذا لم يوجد الترتيب اعتبر الإرث . أم . وعليه ففي جد لأم وجد لأب تحب على الجد لأب فقط اعتباراً للإرث وفي الثاني أعنى لو كان كل الأصول وارثين فكالإرث فعلى أم وجد لأب تحب عليهما أثلاثاً في ظاهر الرواية حاشية وغيرها .

(القسم السادس) الأصول مع الخواشي فإن كان أحد الصنفين غير وارث اعتبر الأصول وحدهم ترجيحاً للجزئية ولا مشاركة في الإرث حتى يعتبر فيقدم الأصل سواء كان هو الوارث أو كان الوارث الصنف الآخر مثال الأول ما في الحاشية لو له جد لأب وأخ شقيق فعلى الجد . أم . ومثال الثاني ما في الفية لو له جد لأم وعم فعلى الجد . أم . أي لترجحه في المتدلين بالجزئية مع عدم الاشتراك في الإرث لأنه هو الوارث في الأول والوارث هو العم في الثاني . وإن كان كل من الصنفين أعنى الأصول والخواشي وارثاً اعتبر الإرث فعلى أم وأخ عصبي أو ابن أخ كذلك أو عم كذلك على الأم الثلث وعلى العصبة الثلث بتمامه ، ثم إذا تعددت الأصول في هذا القسم بنوعيه نظرت إليهم ونعتبر فيهم ما اعتبر في القسم الخامس مثلاً لو وجد في المثال الأول آثار عن الحاشية جد لأم مع الجد لأب تقدم عليه أخذ لأب لترجحه بالإرث مع تساويهما في الجزئية ولو وجد في المثال الثاني آثار عن الفية أم مع الجد لأم تقدمها عليه لترجحها بالإرث وبالقرب وهذا يسقط الإشكال الذي سنذكره عن الفية كما ستعرفه وكذلك لو وجد في الأمثلة الأخيرة مع الأم جد لأم تقدمها عليه لما قلنا ولو وجد معها جد لأب بأن كان لتفسير أم وجد لأب وأخ عصبي أو ابن أخ أو عم كانت الثقة على الجد وحده كما صرح به في الحاشية ووجه ذلك أن الجد يحجب الأخ وانه وعم . التزيلة حيثما منزلة الأب وحيث تحقق تنزله منزلة الأب صار كما لو كان الأب موجوداً حقيقة وإذا كان الأب موجوداً حقيقة لا تشاركه الأم في وجوب الثقة فكذا إذا كان موجوداً حكماً فوجب على الجد فقط

خلاف ما لو كان للفقر أم جد لأب فقط فإن الجد لم ينزل منزلة الأب فلذا وجبت النفقة عليهما أثلاثاً في ظاهر الرواية كما مر .

(القسم السابع) الحواشي فقط وانعير فيه الإرث بعد كونه ذا رحم محرم وتمديره واضح في كلامهما كما سيأتي ثم هذا كله إذا كان جميع الموجودين موسرين فلو كان فيهم معسر فتارة ينزل المعسر منزلة الميت وتجب النفقة على غيره وتارة ينزل منزلة الحى وتجب على من بعده بقدر حصصهم من الإرث انتهى .
نسيم ابن عابدين .

زوجة المستحق للنفقة

إذا كان الأب مستحقاً للنفقة على ابنه فنفقة زوجته أيضاً تجب على ابنه إذا كان الأب في حاجة إليها ولا يمكنه أن يستغنى عنها وإذا كان غير محتاج إليها فلا تجب نفقتها على ابنه ولهذا لا يجب على الابن إلا نفقة زوجته وإنجدة لأبيه لأن الواحدة تندفع بها حاجته .

وأما إذا كان الابن مستحقاً للنفقة على أبيه فنفقة زوجته لا تجب على أبيه إلا إذا كان كعياً بها فإنها تجب نفقتها عليه بقتضى الكفاية وإنما يؤمر بأداء النفقة المفروضة لها على ابنه ليرجع بها عليه إذا أيسر .

ومثل زوجة الابن زوجة سائر من تجب لهم النفقة .
أما الخادم فإن كان ضرورياً لمستحق النفقة ومن تجب عليه النفقة موسر فهو من النفقة الواجبة لا فرق بين أب على ابنه وابن على أبيه .

مقارنة

بين نفقة الزوجة ونفقة الأقارب

الزوجة والأقربة كل منهما موحب للنفقة دائرية نحو نفقة الزوجة على زوجها وبالأقربة نحو نفقة القريب على قريبه .

ولكن الثقة الواجبة بإحدهما تخالف الواجبة بالأخرى من بعض الوجوه والأحكام .

أ - أولاً من جهة علة الوجوب وسببه فعلة وجوب الثقة بالزوجة هو احتباس الروجة لحق الزوج ومسفته . ولهذا تجب للزوجة الغنية والفقيرة وللمتحدة ديباً مع زوجها وللمخالفة له في الدين . وتجب على الزوج غنياً كان أو فقيراً قادراً على الكسب أو عاجزاً عنه لأنه حيث وجدت الروجة الصحيحة وحد الاحتباس فوجبت الثقة جزاء له . ويراعى فيه يسار الزوج وعصره لا حاجتها .

وأما علة وجوب الثقة بالقرابة فهي سد حاجة القريب ومنعه من السؤال صلة لرحمه ، ولهذا لا تجب لقريب إلا إذا كان محرماً محتاجاً إلى الثقة ولا تجب على قريب محرّم إلا إذا كان قادراً عليها بأن كان في ماله ما يفي بها لأنه إذا كان ماله أو كسبه لا يفي إلا بحاجته ثم يكن قادراً على الإنفاق على غيره . ويراعى فيها قدر الحاجة ، ولا تجب مع اختلاف الدين لأن الاختلاف في الدين يضعف صلة القرابة ولهذا كان من موانع التوارث كما هو من موانع وجوب الثقة ، واستثنى من هذا نفقة الأصول على الفروع ، والفروع على الأصول فإنها تجب مع الاختلاف في الدين لأن الله سبحانه وتعالى أمر المسلم أن يصاحب أبويه المشركين بالمعروف في قوله : ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفاً ﴾ ومن المصاحبة بالمعروف سد حاجتهما عند العفاة ، فلهذا تجب على الفرع نفقة أصله وإن خالفه في الدين . ولأن مال الولد لأبيه فيه شبهة ملك لما ورد في الحديث « أنت ومالك لأبيك » ، وأن ولد الرجل من كسبه ، وعلى أساس المسواة في تبادل الواجبات تجب على الأصل نفقة فرعه إن خالفه في الدين . بخلاف الأقارب غير الأصول والفروع . فلما كانت الجزئية هي سبب وجوب الثقة مع الاختلاف دينا لتحقق الجزئية وأما من عداهم من الأقارب فسبب وجوب الثقة بينهم الإرث ولا يرث مع اختلاف الدين قال تعالى : ﴿ وعلى المولود له .. ﴾ وقال : ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ فأشار إلى أن السبب في الأول التوالد وفي الثاني التوارث .

ب - ثانياً من جهة صيرورتها ديناً على من نجب عليه . فنفقة الزوجة التي سلمت نفسها ولو حكماً تعتبر ديناً صحيحاً في ذمة زوجها من وقت امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراضٍ منهما ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء . ولهذا كان لنزوجة أن تطالب الحكم لها بالنفقة على زوجها من مدة سابقة على الترافع إذا أثبتت أنه امتنع عن الإنفاق عليها في تلك المدة مع وجوبه ويقضى بها مستندة إلى مبدأ تلك المدة على أن لا تزيد المدة السابقة على ثلاث سنين نهايتها تاريخ رفع الدعوى . ودون نفقتها لا يسقطه إلا أداء أو الإبراء منه لأنه دين صحيح من كل وجه .

وأما نفقة الصغير فتعتبر ديناً على من نجب عليه من وقت القضاء عليه بها . وهذا لا يطالب الحكم بها عن مدة سابقة على وقت الترافع ولا يقضى بها مستندة إلى تاريخ سابق على القضاء . لأنها لا تصير ديناً إلا به ولا تكون بالقضاء ديناً صحيحاً من كل وجه بل كما يسقط المتجمد من النفقة المحكوم بها للصغير بالأداء أو الإبراء يسقط بحوته أيضاً . لأنها صلة والعلاقات تسقط بالموت .

وأما نفقة سائر الأقارب عند الصغير فلا تصير ديناً على من نجب عليه إلا إذا قضى بها وأذن القاضي باستدانتها واستدانها فعلاً المقضى له . ولهذا لا يطالب الحكم بها عن مدة سابقة على القضاء . وإذا قضى بها وتجمد من المحكوم به مبلغ لم يؤد للمحكوم عليه ولم يكن في الحكم إذن باستدانتها أو كان في الحكم إذن باستدانتها ولم يستدنه فعلاً المقضى له فإنه يسقط وليس للمحكوم له حق المطالبة .
٥

ومضاً هذا هو ما ذكر في الوجه الأول من أن علة وجوب نفقة الزوجة هو الاحتباس . وعلة وجوب نفقة القريب هو سد الحاجة . فإذا وجد السب وهو الاحتباس ووجدت الحاجة وجد السب وهو وجوب النفقة ووجود الاحتباس دليله العقد الصحيح ووجود الحاجة دليله القضاء بالنسبة للصغير . والقضاء مع الاستدانة المأذون بها بالنسبة لغيره .

ج - ثالثاً من جهة الاختصاص القضائي . الحكم في التفقات بأنواعها وأسبابها من اختصاص المحاكم الشرعية الجزئية المصرية ولكن حكمها في نفقة

الزوجة على زوجها ونفقة الصغير على أبيه قد يكون نهائياً إذ لم يرد ما يطلب الحكم به في كل نوع على مائة قرش في الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك وقد يكون ابتدائياً إذا زاد المحكوم به أو المطلوب الحكم به على ذلك . وأما حكمها في نفقة الصغير على غير أبيه كعمه وحده وأخيه وحكمها في سائر صفقات الأقارب فهو ابتدائي قابل للاستئناف في كل حال مهما كانت قيمة المحكوم به أو المطلوب ، والسبب في هذا أن صفقات الأقارب في شروط استحقاقها وتشعب أحكامها ووجوه الترجيح بين قريب وغريب ما يقضي ضمناً للعدالة بأن تكون قابلة للاستئناف مطلقاً ولا كذلك الختان و نفقة الزوجة على زوجها ونفقة الصغير على أبيه لأن الزوج والأب لا يشاركهما أحد في الإنفاق على الزوجة والأب .

د - رابعاً نفقة الزوجة تفرض على حسب حال الزوج يسيراً وإعساراً لأنها جزاء عليه براعى في فرضه حاله وأما نفقة من عدا الزوجة تفرض على قدر كفاية من نجب له لأنها لسد الحاجة براعى ما يسد الحاجة فقط مما يقدر عليه المحكوم عليه .

الخبر

تعريفه : الحجر لغة المنع . وشرعاً هو المنع من نفاذ العقود والتصرفات القولية . فمن قام به سبب من أسباب الحجر الستة الآتي بينها منع من أن يباشر عقداً أو تصرفاً قولياً بحيث إذا باشر شيئاً من ذلك لا ينفذ ولا يترتب حكمه على التفصيل الذي سيذكر لكان محجور عليه .

ومن هذا التعريف يتخذ أن الحجر إنما يكون عن التصرفات القولية لأنها هي التي يتصور الحجر فيها بالمنع من نفاذها وعدم ترتب حكمها عليها فكأنها شرعاً لم تكن . أما أفعال الجوارح فلا يتصور الحجر فيها لأن الفعل متى وقع لا يمكن رفعه . وبناء على هذا فالمحجور عليه بأي سبب من أسباب الحجر مؤاخذ بأفعاله وإن كانت لا تنفذ عليه تصرفاته القولية . فإذا أتلّف المجنون أو المصنوع أو النسي مائلاً أو نفساً أو ما دونها ضمنوا ما أتلّفوه لأن اعتبار الفعل لا يتوقف على

القصد كالإثم إذا انقلب على مال إنسان فأنتلفه ضمن وإن عدم القصد^(١) . ومتى لزمهم الضمان فإن كان للمتلف منهم مال أكرم الولي عليه بأن يؤدي الضمان من ماله وإذا لم يكن للمتلف مال لا يخاطب بأداء ضمان ما أنتلعه إلا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين إلا إذا أيسر .

وهذا إذا لم يكن صاحب المال المتلف هو الذي سلط المحجور عليه على ماله بدون إذن الولي أو الوصي عليه أما إذا أقرض إنسان ماله ليجنون أو معتوه أو صبي أو أي محجور عليه بدون إذن الولي عليه أو نودعه أو ودعة أو أعلاه عارية فهلك المقرض أو النودجة أو العارية أو استهلك في يد المحجور عليه فلا ضمان عليه وإنما لك هو المفترض لأنه عرض ماله للضياع وسلط عليه يدا لا تحفظه .

دليله : الأصل الذي نرى عليه الحجر هو قوله تعالى في سورة النساء : ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولَا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا . وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ .

نرى الله سبحانه الولاية أن يوتوا السفهاء أموالهم لأن في إعطائهم لهم تعريضها للضياع وهذا يدل على منع هؤلاء السفهاء من التصرف فيها لأنهم لو نفذت تصرفاتهم فيها لأضاعوها وهي في يد الولاية بيدها أو هبتها أو أي تصرف فيها فلا يكون لحبسها عنهم فائدة ولا نهي عن إيتائهم أموالهم ثمرة .

حكمة تشريعه : ما كان فاقد العقل وهو المجنون والصغير غير المتميز ليس أهلا للقصد ولا يتصور منه الرضا . وباقص العقل وهو المعتوه والصبي المتميز ليس أهلا لتقدير المصلحة حجر الشارع على كل واحد منهم ومنعه من التصرف في ماله حتى لا تضيق أموالهم وحتى يحمي بينهم وبين من يختارون عليهم لأخذ أموالهم بالباطل رحمة بهم وصيانة لما لهم وهذه الحكمة عينها حجر على السفهه وذو الغفنة رحمة بهما وحفظا لما هما . كما حجر على المدين دفعا للضرر عن دائته . وكما

(١) وهذا نص . على أن النصي أو المدين إذا قتل أسديهما إسهاما كان مؤاحدا عنه عم أن يس لو احد منهما عمد بل القتل بهما خير شعرا بوجوب الدنيا عن العفة

حجر على الضييب الجاهل بمنه من مزاوله مهته دفعا للضرر عن الأديان . وعلى المفتى الماخن أنذى يعلم الناس الحبل دفعا للضرر عن الأديان . وعلى المكثري المغلس صيانة للأموال ، ففي الحجر على كل من حجر عليهم مصنحة خاصة ومصالح عامة وكلها ترجع إلى حفظ مال من لا يستطيع المحافظة على ماله وإلى دفع الضرر عنهم وعن الناس . وليس في الحجر أضرار بأموال الحجور عليهم لأن الشارع جعل عليهم ولاية مائين يحفظون أموالهم ويستشرونها بالمعروف وبما فيه نفعهم . ومن لا ولي له من أب أو جد أو وصي أوجب الشارع على القاضي أن يدير شؤون أمواله بما يتفق ومصنحة .

أسبابه : أسباب الحجر ستة : الضعف ، الجنون ، والعتة ، والسفه ، والغفلة ، والدين . والأسباب الثلاثة الأولى ترجع إلى فقد الأهلية أو نقصها ولذا كان الحجر بها متفعا عليه بين الإمام وصاحبه . أما الأسباب الثلاثة الأخيرة فلا ترجع إلى فقد الأهلية أو نقص فيها لأن كلا من السفه والدين وذى الغفلة بالغ عاقل لا فصور في أهليته وإنما عرض فهم ما يقتضى الحجر عليهم دفعا للضرر عنهم وعن الناس . ولكونهم لا فصور في أهليتهم لم يتفق الإمام وصاحبه على الحجر عليهم فالإمام لا يرى الحجر عليهم . وصاحبه يرى أن الحجر عليهم .

استدل الإمام بأن الإنسان متى بلغ عاقلا فقد كملت أهليته وكان له بمقتضى كمال أهليته حرية التصرف في منكه فالحجر عليه بمنه من التصرف في منكه فيه إضاعة لأهليته وإهدار لآدميته وإلحاق له بالعجمونات وفاقدي الأهلية ولا ينبغي إهدار آدمية الإنسان خوفاً على ماله من الصباغ لأنه لا يرتكب الضرر الأعلى اتقاء للضرر الأدنى . فالإمام يعنى أهلية الإنسان وحرية تصرفه إلى أبعد مدى ويرى أن لا يحجر على السفه وذى الغفلة وإن أضاعا مائداً لأن المال عاد ورائع . كما لا يرى الحجر على المدمن ولا يباغ ماله عليه جبراً بل يلبجاً بالخمس إلى أن يبيع بنفسه ويسند دينه . ولهذا الفكرة نفسها لا يرى لزوم الوقف لأنه يسلب المالك حرية التصرف في ملكه .

أما الصحاحيان فاستدلا بقول الله تعالى : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم ﴾ وهذا النبي عن إعطاء

السفهاء أموالهم يدل على منعهم من التصرف فيها لأنهم لو أبيع لهم انصرف فيها
أضاعوها وهي في يد أوليائهم فضاقت حكمة النبي . وبأن الصبي المميز والمعنوه
حجر عليهما مع أن إضرارهما بما لهما محتمل فالسفيه ودو الغفلة أولى بالحجر عنهما
لأن إضرارهما بأموالهما محقق . ولأن في عدم الحجر على المدين إضاعة لحقوق
الدائنين وإضراراً بهم والضرر مدفوع شرعاً . وانفتي به مذهب الصاحبين .

والمحجور عليهم لعدم الأهلية أو نقصها أو للسفه أو الغفلة خاضعون الآن
بصرف في كل ما يتحقق بالحجر عليهم ويرقع الحجر عنهم وتدير شؤونهم المالية
للمجالس الحمية بمقتضى المادة ٣ من قانون المجالس الحمية الصادر في أكتوبر
سنة ١٩٢٥ . أما المدين فانظر في تصرفاته والفصل بطلانها أو عدمه من
احتصاص المحاكم الأهلية المدنية فهي التي يطلب منها الدائنون الحكم ببطلان
تصرف مدينهم الضار بحقوقهم ومن هنا ما نص عليه في المادة ٥٣ من القانون
المدني من أنه لا يجوز لأحد أن يوقف ماله أضراراً بمنايبيبه وأن وقف كان الموقوف
باطلاً .

أثر الحجر : يختلف أثر الحجر في تصرفات المحجور عليه باختلاف مه
معنى أن أثر الحجر في تصرف الصغير يخالف من بعض الوجوه أثره في تصرف
المجنون أو المعنوه أو السفيه وهذا البيان .

الصغير غير المميز والمجنون : الصغير غير المميز هو الطفل الذي لم تبلغ
سه سبع سنين ولا يفهم ما يترتب على العقود والتصرفات . ولا يميز الغبن
القاحش من اليسير . والمجنون جنوناً مطلقاً هو من فقد عقله واستوعب ذلك جميع
أوقاته ، هناك ذاقنا الأهلية وليس واحد منهما أهلاً لأي تصرف سواء كان نافعاً
أو ضاراً أو دائراً بين النفع والضرر فكل عقد أو تصرف يباشره أحدهما يكون
باطلاً غير منعقد لأن عبارة العاقد إنما تعتبر شرعاً لما تدل عليه من الرضا والقصد
وهذا لا تمييز عندهما فلا رضا لهما ولا قصد .

أما إذا كان المجنون جنونه غير مطبق بأن كان يذهب عقله في بعض
الأوقات ويعود إليه في بعضها فإن تصرفاته في وقت ذهاب عقله تكون باطلة

لصدورها من فاقد الأهلية . وتصرفاته في وقت عودة عقله إليه تكون صحيحة لصدورها من كامل الأهلية .

الصغير المميز والمعوه : الصغير المميز هو من بلغ سبع سنين . ويفهم ما يترتب على العقود والتصرفات . ويميز الغبن القاحل من اليسر . والمعته هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام سيء التدبير لاضطراب عقله ، هذان ناقصا الأهلية وليسا فاقديها لأن أصل الأهلية يكون بالمميز وهو متحقق فيهما ، ولوجود أصل الأهلية فيهما ونقصها كان حكم تصرف الواحد منهما على ما يأتي :

إن كان تصرفه نافعا له نفعاً محضاً كقبوله الهبة له أو الوصية صح ونفذ بدون توقف على إجازة وليه . وإن كان تصرفه ضاراً به ضرراً محضاً كترعه بشيء من ماله بطل ولا تصححه إجازة الولي لأن الإجازة إنما تلتحق التصحيح الموقوف ولا تلتحق الباطل . وإن كان تصرفه محتملاً النفع والضرر كبيعته وشرائه وتأخيره واستجاره وسائر معلوضاته صحت وكانت موقوفاً نفاذها على إجازة وليه فإن أحلها إجازة معتبرة شرعاً بأن كان التصرف الذي أحلها ليس فيه غبن قاحل نفذ وإن لم يجوز أو أحلها مع أن فيه غبناً قاحلاً لم ينعذ فلو حوّد أصل الأهلية صححتا التصرف الدائر بين النفع والضرر ولنقصها جعلناه موقوفاً نفاذه على إجازة الولي ليحجر برأيه وتقديره ما نقص من أهلية الصغير المميز أو المعته .

السفيه وذو الغفلة : السفيه هو من ينفق ماله ويضيعه فيما لا مصلحة له فيه ولا يرتضيه عقل ولا دين ، وذو الغفلة هو السليم القلب الذي يغيب في المبايعات ولا يهتدى إلى الزايج من التصرفات .

هذان بالغان عاقلان ليسا فاقدي الأهلية ولا ناقصيها وأحجر عليهما على مذهب الصاحبين ائفتى به ليس تقصير أهليتهما وإنما هو لدفع الضرر عليهما ودفع الضرر عن الناس بمعاملتها فإذا وجد من يتسام ما يدل على سفهه أو غفلته حجر عليه ، وتكتمان أهليتهما وتكون الحجر عليهما وإنما هو لحفظ ما هما كان حكمه تصرف الواحد منهما بعد الحجر عليه على ما يأتي :

إن كان تصرفه مما لا يقبل الفسخ ولا يبطله المزل كان صحيحاً نافذاً وإذا

كان زواج كل منهما وطلاقه صحيحاً نافذاً لصنوره من كامل الأهلية .

وإن كان تصرفه مما عدا ذلك من التصرفات فحكمه حكم تصرف الصبي المميز والمعنود فإن كان نافعاً له نفعاً محضاً صح ونفذ ، وإن كان ضاراً به ضرراً محضاً بطل ولا تلحقه إجازة ، وإن كان محتملاً للنفع والضرر صح وكان موقوفاً على إجازة القيم عليه فإن إجازة ولم يكن فيه غبن فاحش نفذ ، وإن لم يجزه أو إجازته وفيه غبن فاحش لا ينفذ .

مبدأ ثبوت الحجر : ومع اتفاق الصاحبين على الحجر على السفه وذى العفلة اختفاً أو أن الحجر هل يثبت بمجرد ظهور دلائل السفه والعفلة ويروى بزوالها أو لا يثبت إلا بصدور قرار بالحجر من الجهة المختصة ولا يروى إلا بصدور قرار منها برفعه .

قال محمد : إن السبب بظهور مع سببه وجوداً وعدمياً فإذا وجدت دلائل السفه أو العفلة يثبت الحجر من حين ظهورها سواء صدر قرار الحجر معها أو بعدها وإذا زالت هذه الدلائل ارتفع الحجر سواء صدر قرار رفعه معها أو بعدها .

وقال أبو يوسف : إن مجرد وجود وقائع السفه أو العفلة لا يثبت بها الحجر حتى يصدر قرار بالحجر بناء عليها فيكون محجوراً عليه من حين القرار وكذلك مجرد ظهور دلائل الرشد لا يرتفع بها الحجر حتى يصدر قرار برفع الحجر فيكون غير محجور عليه من حين القرار وذلك لأن وقائع السفه أو العفلة قد نشبت وقد تقدر وقائع سفه مع أنها ليست كذلك وكذا الحال في وقائع الرشد ، وإنما الذي يقدر هذه الوقائع ويحكم بأنها أمارات سفه أو أمارات رشد هو القضاء فينباط الحجر أو رفعه بقراره ، وكذلك الحجر بالسفه والعفلة يختلف فيه وإنما يرجحه قضاء المحاكم به . وكذلك إذا اعتبر محجوراً عليه قبل صدور قرار بالحجر عليه كان في هذا تحرير بالناس الذين يعاملونه بناء على أنه لم يقرر حجر عليه . والعمل جارٍ يذهب أبي يوسف لأنه أضيظ ووجهته أوضح .

وعلى هذا الخلاف فكل تصرفات السفه وذى العفلة بعد ظهور أمارات سفه وعفلة وقبل صدور قرار الحجر عليه تكون على قول أبي يوسف كتصرفات

المطلق غير المحجور عليه . وعلى قول محمد حكمها حكم تصرف المحجور عليه .
وتصرفات المحجور عليه للسفه أو الغفلة بعد ظهور إمارات رشده وقبل
صدور قرار برفع الحجر عنه هي كتصرفات الرشيد على قول محمد وتصرفات
السميه أو ذى الغفلة على قول آى يوسف .

المدين : إذا طلب الدائنون الحجر على مدينهم فعلى مذهب الصاحبين المفتى
به يجابون إلى طلبهم ويحجر على المدين أن يتصرف تصرفاً يضر بحقوق الدائنين
بمجرد لو باشر تصرفاً فيه إضرار بحقوقهم كان غير نافذ وتوقف على إجازتهم ولهذا
لو وقف المحجور عليه للمدين فوقه موقوف نفاذه على إجازه الغرماء فإن أجازوه
نعذ ولزم وإن لم يجزوه بطل . وإذا لم يؤد المدين المحجور عليه ما عليه من الديون
فصل قول الصاحبين للقاضي أن يبيع من أمواله ما يضى بالددين المطلوب منه مراعيماً
البده يبيع ما يخشى عليه التلف منها ثم يبيع سائر المنقولات ثم يبيع سائر العقار .
ويترك له ما يلزم له ولمن يحب عليه نفقتهم بقدر الكفاية من طعام وكسوة
وسكنى .

رفع الحجر : يرفع الحجر عن المحجور عليه متى زال السبب الذى بنى
عليه الحجر . فرفع الحجر عن السفه إذا ظهر رشده وإمارات حرصه على ماله .
ويرفع الحجر عن ذى الغفلة إذا ظهرت خبرته واهتدى إلى حسن التصرف . وعن
المجنون إذا شفى وعاد إليه عقله . وعن المنعوه إذا كملت قواه العقلية وزال
اختلاطه . وأما الصغير فما دام دون سبع سنين فهو غير مميز والحجر عليه كل
يشمل كل تصرف ، فإذا بلغ سبع سنين فأكثر فهو مميز والحجر عليه إنما هو فى
التصرفات الضارة والنائرة بين النفع والضرر فإذا بلغ الحلم عاقلاً وصار رشيداً
فلا حجر عليه وله حرية التصرف ولا ولاية لأحد عليه فى نفس ولا مال .

وبلوغ الحلم لبنت والغلام يكون بظهور علامة من علامات البلوغ
كالاختلام والأحيال والحيض فإن لم يظهر على أحدهما شيء من علامات البلوغ
فإنه يحكم ببلوغ كل منهما الحلم متى وصلت ستة خمس عشرة سنة على القول
المفتى به .

وأما بلوغ الرشيد فإنه على ما عليه العمل الآن يكون ببوغ القاصر أو القاصرة إحدى وعشرين سنة ميلادية وقد جاء في المادة ٢٩ من قانون الخصال الحسينية ما نصه ، تنتهي الوصاية أو الولاية على المال متى بلغ القاصر من العمر إحدى وعشرين سنة ميلادية إلا إذا قرر المجلس استمرارها . ومع ذلك فعنى بلغ القاصر ١٨ سنة ولم يجمع من التصرف جاز له تسلم أمواله ليديرها بنفسه ويكون للقاصر في هذه الحالة قبض دخله لمدة إدارته والتصرف فيه . والتأجير لمدة لا تتجاوز سنة وزراعة أطيانه . وإجراء ما يلزم للمعقورات من أعمال الحفظ والصيانة وبعد القاصر رشيداً بالنسبة إلى هذه التصرفات ويبقى قاصراً فيما عداها ويستمر الوصي في أداء وظيفته بالنسبة إليه .

تبيه : إذا بلغ الصبي الحنم غير رشيد بان قارن سفهه ببوغه منع عنه ماله بالانفاق بين الإمام وصاحبيه لأن الله سبحانه شرط لدفع أموال اليتامي إليهم شرطين بلوغ الحنم وإيناس الرشيد في قوله تعالى : ﴿ وَأَيْتُوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ فعنى بلغ الصبي الحنم سفياً لا يدفع إليه ماله حتى يرشد مهتماً من منعه ولو بلغ من السن أى مبلغ وهما قول الصحابين وأما الإمام فقال إذا بلغ سفياً لا يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة فإذا بلغها دفع إليه ماله لأنها مظنة رشده وكافية لتحريته ولا فائدة في الانتظار بعدها .

معلل مذهب الصحابين لا فرق بين من بلغ غير سفيه ثم طرأ عليه السفه وبين من بلغ سفياً كل منهما يمنع من ماله ويحجر عليه أن يتصرف فيه .

وأما عن مدعب الإمام فالذى بلغ غير سفيه ثم طرأ عليه السفه لا يمنع من ماله ولا يحجر عليه أن يتصرف فيه . والذى بلغ سفياً يمنع من ماله فهو يفرق بين السفه المقارن والسفه العطري .

الولاية على المال

الصغير والمجنون والمعتوه تثبت الولاية شرعاً على أموالهم لستة أشخاص بهذا الترتيب الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاصي ثم وصيه .

والسفيه وذو الغفلة تثبت الولاية على أموالهم للقاضي ثم للقيم الذي يعينه - فالصغير ومن في حكمه من الكبار غير المتكلفين لمجنون أو عته أو ولاية للقاضي ولا وصية على أموالهم إذا كان لأحدهم أب أو وصيه أو جد أو وصيه ، والسفيه وذو الغفلة الولاية على أموالهم للقاضي أو القيم الذي يعينه ولو كان لأحدهم أب أو جد .

والشرط العام في ولى المال أن يكون كامل الأهلية بالغاً وبالبلوغ والحرية وأن يكون متحلاً في الدين مع المولى عليه إلا إذا كان المولى القاصي فلا يشترط فيه اتحاد الدين لأن اتحاد الدين إنما يشترط في الولاية الخاصة أما الولاية العامة وهي ولاية القاضي فلا يشترط ثبوتها لاتحاد الدين .

والولاية الستة على أموال الصغار ومن في حكمهم لكل منهم حدود خاصة لولايته . وهذا البيان .

١ - ولاية الأب : إذا كان أبو الصغير ومن في حكمهم من الكبار غير المتكلفين معروفاً بالعدالة أو مستورا أخال لا يعرف عنه ما ينفي عدالة فله الولاية على أموالهم لا فرق بين ذكورهم وإناثهم ولا فرق بين أن يكونوا في حضنة حاضتهم أو في يده . وعليه أن يحفظ ما لهم ويستثمره . وله أن يتصرف فيه بكل ما فيه حفظه واستناره فله التجرارة فيه . ودفعه لمن يعمل فيه على سبيل المضاربة . وله أن يزرع منقولاته وعقاراته وأطيانه . وله أن يبيع مال الصغير عقاراً أو منقولاً ويشتري للصغير بماله عقاراً أو منقولاً بشرط أن لا يكون في البيع أو الشراء غبن فاحش فإن باع مال الصغير بغيب فاحش بطل البيع ولو أجازاه الصغير بعد بلوغه

لأن الإجازة لا تلحق الباطل . وإذا اشترى للصغير بعين فاحش نفذ الشراء ولكن عليه هو لا على الصغير لأن الشراء مني وجد نفذاً نفذ ولا ضرر على الصغير في نفاذه على الأب ، وله أن يرهن ماله الصغير بدين عليه أو على نفسه ، وله أن يودعه ويعيره لمن يحفظه ، وله أن يبيع ماله نفسه لولده ويشتري ماله ولده لنفسه ويهين ماله لولده ويهين ماله ولده لنفسه . ويتولى هو طرق العقد ، وليس له أن يتبرع بماله الصغير فلا يجوز له أن يهب شيئاً منه بغير عوض ولا أن يقرضه ولا يقرضه .

وكل التصرفات النافعة والبائرة بين النفع والضرر التي يقتضيها حفظ المال واستئثاره تجوز له مباشرتها في ماله ولده وأما التصرفات المضارة فليس له مباشرتها .

أما إذا كان الأب معروفاً بسوء الرأي وفساد التدبير فله الولاية أيضاً على أموال ولده الصغير ومن حكمه من الكبار غير المتكلمين ولكنه ليس مطلق التصرف كالأب العدل أو مستور الخلق بل لا يجوز تصرفه إلا إذا كان ظاهر النفع فله التصرف النافع نفعاً محضاً وله التصرف البائر بين النفع والضرر بشرط التحقق من نفعه بأن يبيع العقار بضعف قيمته ويشتريه بنصف قيمته ويبيع المتقوّل بزيادة نصف قيمته ويشتريه بنقص ثلث قيمته ، بأن يبيع ما يساوي عشرة خمسة عشر ويشتري ما يساوي خمسة عشرة بعشرة وهذا الاحتياط نتيجته في الحقيقة قصر تصرف الأب المعروف بفساد التدبير على النافع نفعاً محضاً لأنه في الغالب لا يتيسر له تحقيق هذا الشرط في بيع العقار أو التقوّل أما إذا كان الأب مبدراً متلعناً ماله ولده غير أمين على حمّله فإنه تسلب ولايته ويتبرع ماله ولده الصغير ومن في حكمه من يده ويعين بدله وصبي كما إذا لم يكن له أب .

وعلى هذا العمل الآن بالمجالس الحسينية فالولي الشرعي له سلطة التصرف في أموال الصغير ومن في حكمه حسبها هو سائق نه شرعاً إلا إذا كان سيء التصرف بحيث يلحق الضرر بماله الصغير فتحد سلطته ويلزم بالاستئذان في إجراء التصرفات المحتملة للنفع والضرر المنصوص عليها في المادة ٢٦ من قانون المجالس

الحسبية ، فإن بلغ سوء تصرفه إلى درجة انحرف على أموال ولده تسلب وراثته ويعين وصي بذله .

وهنا نص المادة ٢٨ من قانون المجالس الحسبية التي تقرر ذلك
« لا يجوز الحكم بسلب ما للأولياء الشرعيين من السنطة على أموال الأشخاص المشمولين بولايتهم إلا بناء على طلب النيابة العمومية . وبشرط أن يكون سوء تصرفهم في أموال المذكورين ملحقا بالغرر برأس ماضه نفسه فإذا رأى المجلس أن عدم الثقة بالولي لا يبلغ درجة يبرر سلب جميع سنطته على تلك الأموال ، فله أن يحظر عليه إجراء كل التصرفات ابينة بالمادة الحادية والعشرين أو بعضها بدون إذن خاص . »

٣ - ولاية وصي الأب : وهو المسمى الوصي المختار . وهو من يختاره الأب ويوصي إليه أن يكون خلفا عنه بعد موته على أولاده يدبر شؤونهم ، وهو بهذا الإيضاء تكون له على قصر الوصى ولاية مالية فقط ، ويكون مفدما على حدهم لأبيهم بحيث لو وجد أبو الأب ووصى الأب كانت الولاية على نفس القصر لجدهم وعلى ماضه لوصي أبيهم .

إقامته : الإيضاء عقد يتم بإيجاب من الوصى ، وقبول من الوصي ، والإيجاب يكون بأي نطق يدل عليه مثل : أوصيت لك بأولادي أو فلان وصي مالي .. والقبول يكون إما يدل على الرضا من قول كأن يقول الوصي : قبلت أو رضيت أو تعهدت ، أو فعل كأن يباشر شأنا من شؤون تركة الوصي بعد موته أو يشتري للورثة شيئا من حاجاتهم أو يقضي بعض ديون الوصي أو يقضي بعضها .

فتمت صلب الإيجاب من الوصي وهو أهل له باستكمال قواه العقلية تم الإيجاب من جابه سواء صدر منه في حال صحته أو مرضه ، ومتى قبل الوصي لزمته الوصاية ، فإن قبلها في حياة الوصي وعلم بقبوله ، واستمر على هذا القبول حتى مات الوصي كانت الوصاية لازمة له لقامها من جابه ، وليس أنه أن يخرج نفسه إلا إذا جعل له الوصي الحق في أن يخرج نفسه متى شاء وإن ردها في حياة الوصي وعلم برده لم يلزمه ويظل الإيجاب حتى لو قبل بعد ذلك لا يتم ، نعم مصادقة القول لإيجاب . وإن سكت في حياة الوصي ولم يقبل ولم يرد حتى مات

الموصى كان له بعد موته انقول أو الرد . وإذا لزم الوصي الوصاية بقبوله إياها يعلم الموصى فليس له أن يردها في حياته إلا بعلمه وليس له أن يردها بعد موته إلا إذا كان له الحق بمقتضى الإيصاء أن يخرج نفسه متى شاء والحكمة في هذا عدم التفرير بالموصى .

تشيت الوصي المختار : على ما عليه العمل الآن ليس مجرد اختيار الموصى للموصى المختار عاجلاً له حق التصرف في تركته بعد موته بل لا بد من عرض أمر هذه الوصاية على المجلس المحض ليقرر تشيت الوصي في الوصاية بعد أن ينحقق من لياقته لها واستيفائه الشروط الواجب توافرها في الوصي وإذا تبين للمجلس أن الموصى اختار للوصاية من لا يتيق لعدم استيفائه تلك الشروط يعتبر هذا الاختيار كأن لم يكن ويعين المجلس وصياً من قبله كما إذا مات الموصى ولم يعين وصياً . وإذا تبنته تم طراً عليه ما يخالف لياقته عزله وعين غيره وإن رآه عاجزاً عن القيام وحده بشؤون التركة ضم إليه غيره .
وأما شرعاً فالوصي المختار تكون له الولاية بمجرد قيام عقد الإيصاء .

شروط الوصي : يشترط في الوصي شرعاً أن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية متحداً في الدين مع المولى عليه . أميناً . حسن التصرف . قادراً على إدارة شؤون التركة . و زاد قانون الخنافس الحسينية ألا يكون محكوماً عليه في جريمة سرقة أو خيانة أمانة أو نصب أو تزوير ، أو في جريمة من الجرائم المنجزة بالأدب أو غير ذلك من الجرائم الماسة بالشرف أو النزاهة وألا يكون محكوماً بإفلاته إلى أن يحكم برد شرفه إليه . وألا يكون قد قرر الأب حرمانه من التعيين من قبل وفاته بإشهاد شرعي أو بكتابة صادرة بخطه . وهذه الشروط التي زيدت في قانون المجالس الحسينية هي تفصيل لشروط الأمانة وهي تشترط في الوصي المختار وفي الوصي الذي يعينه المجلس ما عدا الشرط الأخير فإنه خاص بالوصي الذي يعينه المجلس .

تخصيص الوصي المختار : إذا حصل الأب الوصي الذي اختاره بنوع خاص من التصرفات كان اختاره ليكون وصياً في زراعة أطيانه أو إجازة عقاراته أو تحصيل ديونه قتل أبو حنيفة : لا يقبل الوصي المختار التخصيص بل يكون وصياً

عاماً . ولو اختار عدة أوصياء وخصص كل واحد منهم بنوع كان كل منهم وصياً
عاماً . وقال أبو يوسف الوصي المختار يتخصص بما خصص به ولا تكون له ولاية
على غيره .

ووجه قول الإمام أن الولاية لا تنجزاً فمن ولي تصرفاً ملك الولاية كاملة في
كل أنواع التصرفات . وأن الوصي رضي برأى هذا المختار في بعض التصرفات
فيكون أولى ممن لم يرض بزايه في تصرف ما ، فتكون ولايته عامة ووجه قول أبي
يوسف أن تخصيص الوصي للوصي ببعض التصرفات دليل على أنه لا يثنى رأيه فيما
عداها ورب امرئ يحسن تصرفاً ولا يحسن آخر فجعله وصياً عاماً إهدار لعني
التخصيص وبعد عن غرض الوصي وهو أحرص الناس على شئون تركته -
والفتوى على قول أبي حنيفة والمظاهر قول أبي يوسف .

تعدد الوصي المختار : إذا أوصى الأب إلى أكثر من واحد فإن نص في
إيصائه على أن لكل منهم أن يتصرف بالتصرفات أو نص على وجوب الاشتراك اتبع
ما نص عليه ، وإذا أطلق ولم ينص على اشتراك أو انفرد فأبو يوسف يرى أن لكل
منهما أن يتصرف بالتصرفات لأن اختيار كل واحد منهما أكسبه ولاية كاملة .
والطرفان يريان أنه يجب عليهما الاشتراك في التصرفات وإلا ضاع غرض الوصي
من تعيين اثنين فأكثر فليس لأحدهما أن يتصرف بالتصرف إلا في المسائل التي
لا تقتضي الاشتراك وهذه المسائل ترجع إلى قسمين الأول التصرفات التي يخشى من
تأخيرها الضرر كبيع ما يخشى عليه التلف وشراء حاجات القصر الضرورية وتجهيز
المتوفى وتكفيله الثاني التصرفات التي لا يحتاج فيها إلى الرأي كرد الودائع المعروفة
إلى أصحابها . وقضاء الديون الناجبة المطلوبة . وتنفيذ الوصية المعينة الصحيحة
لعين .

تصرفات الوصي المختار : إذا كانت الشركة مشعولة بدين أو وصية فعليه أن
يسدد الدين وينفذ الوصية . وإذا كان الوفاء بالدين يقتضي بيع الشركة من منقول
وعقار فله بيعها ، لأنه في الحقيقة لا تركة إلا بعد أداء الدين وتنفيذ الوصية
الجائزة .

وإذا كانت الشركة غير مشغولة بدين أو وصية أو الورثة كمنه كبار
حاضرون فليس الوصي المختار ولاية عليهم لأنهم غير محجور عليهم وكل ما يملكه
مقتضى الوصاية أن يقتضى ديون الموصى . ويقضى حقوقه ويدفعها إلى ورثته .
وإن كانوا كلهم كباراً غير حاضرين فله أن يبيع المنقولات فقط إذا رأى أن أضرارها
أغنى منها ، وإذا كان المورث كمنه صغاراً فله أن يتصرف في أموالهم بما فيه
حفظها واستثمارها من إجازة ومصارفة ومزارعة . وليس له أن يتبرع بشيء منها
لا هبة ولا وصية ولا صدقة ولا وقفاً . وكل ما يملكه الأب من التصرف المالي بمسكه
وصيه لأنه قائم مقامه إلا أن الأب له أن يبيع مال الصغير عقاراً كان أو منقولاً
بشمن المثل أو بعين يسير ولو لم يوجد أحد المسوغات الشرعية لبيع العقار . وأما
وصيه فليس له أن يبيع العقار إلا بمسوع شرعي ، والمسوغات ترجع إلى قسمين .

الأول : أن يتعلق بالشركة حقوق لا يمكن استيفائها إلا ببيع العقار كأن
يكون على المتوفى دين أو في الشركة وصية ولا يخفى بذلك مع المنقولات .

الثاني : أن يكون بيع العقار حياً للصغير من بقاءه . كأن يوجد رغب فيه
بشتره بفضله قيمته أو أكثر . أو تكون ضررته وما يصرف عليه نصيباً أو
المراعاة تزيد على غلاته . أو يكون العقار ميبساً وسأله أبيل إلى السقوط ولا نفوذ
عند الوصي لترميمه وتلافى سقوطه . أو يحتاج القاصر إلى النفقة وليس في الشركة
نفوذ ولا عروض ولا سبيل إلى تدبير نفقته إلا ببيع عقاره . أو يخشى على العقار من
منسلط يعصبه ظلماً ولا يمكن دفعه عنه ولا استرداده منه بعد تحصيله . ففي هذه
الحالات وأمثالها يكون خير القاصر ومنفعته في بيع عقاره .

فالوصي المختار من الأب له أن يتصرف في أموال القصر التصرفات النافعة
نفعاً محضاً كقبض ما يوجب لهم أو يوصى إليهم به ، وقبض ديونهم وتحصيل
علاقتهم . وله أن يتصرف بالتصرفات النافذة بين نفع القصر وضررهم فله أن يتجر
ضم بأموالهم . وله أن يبيع منقولاتهم بمثل القيمة أو بعين يسير . وله أن يشتري لهم
عقاراً أو منقولاً بمثل القيمة أو بعين يسير . وله أن يؤجر ما لهم . وله أن يبيع مال
نفسه للبيوع ويشتري مال البيوع لنفسه ويتولى هو طرف العقد . ولا احتياط ودفع
التهمة اشترط في هاتين الحالتين أن يكون في البيع والشراء نفع ظاهر للقاصر بأن

يبيع للقاصر العقار بنصف قسته ويشتري منه العقار بضعف قسته . وفي غير
العقار بأن يبيع له ما يساوي خمسة عشر بعشرة ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة
عشر . وليس له أن يعصرف في أموالهم تصرفاً صارماً فلا يتبرع بشيء من مال
الصغار بأي نوع من التصرف ولا يتنازل عن حق ثابت لهم ولا يقر حق غير ثابت
عليهم وغير ذلك مما فيه إضرار ظاهر بالقصر .

ومن هذا يتبين أن تصرفات الوصي المختار تخالف تصرفات الأب في
مسألتين . الأولى أن الأب له بيع منقولات أولاده القاصر وعقاراتهم بثمان أمثال أو
بعين يسير وأما وصيه المختار فله بيع منقولاتهم فقط بثمان المثل أو بعين يسير . وأما
عقاراتهم فليس له بيعها إلا تسويع شرعي من التسويعات التي يساها . الثانية أن
الأب إذا تولى طرفي العقد بينه وبين ولده بأن يباع مال نفسه لولده أو اشتري مال
ولده لعه فلا يشترط تحقق النفع المظاهر في المدة بالمعنى الذي ينه بل يكفي
أن لا يكون في المبيعة عس فاحش . وأما الوصي فإذا تولى طرفي العقد بينه وبين
القاصر فلا بد من تحقق النفع على ما يساه . وعلة التفريق واضحة لأن شفقة الأب
وحرصه على مصدحة أولاده لا حاجة معهما إلى ضمان آخر ولا كذلك الوصي
فإنه قد يؤثر مصلحة نفسه على مصلحة القاصر ولذلك إذا كان يبيع مال القاصر
لأجنبي أو شراؤه له من أجنبي لم تشترط الخيرية بالمعنى السابق بل إن كان المبيع
منقولاً صح بثمان أمثال أو بعين يسير وإن كان عقاراً صح بوجود التسويع .

٢ - ولاية الجهد : إذا آتت الولاية للجهد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا
ملك التصرفات التي يملكها الوصي المختار من الأب . إلا أن الجهد ليس له أن يبيع
شيئاً من الشركة لا من عقاراتها ولا منقولاتها لتسديد دين على المتوفى أو تنفيذ
وصية له مع أننا قدمنا أن الوصي المختار له أن يبيع الشركة كلها من عقار ومنقول
إذا اقتضى ذلك إبعاء ما على المتوفى من ديون أو تنفيذ وصاياه . وإنما يملك الجهد بيع
الشركة لقضاء ديون القاصر أنفسهم . وبناء على هذا إذا كان على المتوفى دين أو في
تركة وصية والولاية للجهد فالدين أو الوصي له لا يعطى الجهد ببيع شيء من
الشركة لتسديد الدين أو تنفيذ الوصية وإنما يرفع الأمر إلى القاضي ليحري هو يبيع
ما ينهي بالتسداد أو التنفيذ . وهذا تفريق لا يظهر له وجه ولنا قال محمد الجهد يملك

عند عدم الأب أو وصيه كل ما يملكه الأب من التصرفات ولكن المنقضي به هو الأول .

٤ ولاية وصي الجهد : إذا اختار الجهد وصيا للنظر في الشؤون المالية لأولاد ابنه من بعده كان هذا الوصي مختار من الجهد له الولاية المالية التي كانت للجهد على ما ن أولاد ابنه وملك من التصرفات المالية ما يملكه الجهد لأنه مستمد ولايته منه . وأحكامه من حيث إقامته . والشروط الواجب توفرها فيه ، ونشئته من المجلس المحسى المختص ، وعدم تخصيصه بالتخصيص وما يجوز له عند التعدد من الأفراد أو عدم الأفراد هي الأحكام التي قررها للوصي المختار من الأب .

٥ - ولاية القاضي ووصيه : إذا كان فاقده الأهلية وناقصوها من التصرف ومن في حكمهم من الكبار غير المتكفلين لجون أو عته ليس لهم ولي شرعي لأب ولا وصيه ولا جند ولا وصيه يكون الولاية على أموالهم للقاضي وقد حل محل القاضي الآن المجلس المحسى فمن ليس له ولي شرعي على ماله من القصر ومن في حكمهم فالولاية الشرعية على أموالهم للمجلس المحسى المختص وبما أن القاضي قديماً والمجلس المحسى حالاً لا يستطيع أن يباشر شؤون هذه الولاية بنفسه ولا أن يتصرف في أموال القصر بيده كان لابد أن يعين عنه وصيا يدير شؤون القصر المالية نيابة عنه . وهذا هو الوصي المعين . وهو شرعاً مني عين وصارت له الولاية المالية ملك من التصرف المالي ما يملكه الوصي المختار من كل تصرف نافع نفعاً محضاً أو دائر بين النفع والضرر على ما فصلناه وليس له أن يتصرف أى تصرف مالى ضار بالقصر . إلا أن الوصي المعين يفرق شرعاً عن الوصي المختار في مسائل .

(١) الوصي المختار لا يقبل التخصيص على المفتى به ولكن الوصي المعين يقبل التخصيص فإذا عين وصي لإدارة شؤون الأيتام الزراعية فقط تخصص بها ولم تكن له ولاية على غيرها . لأن ولاية القاضي تخصص فكذلك ما استمد منها .

(٢) الوصي المختار له أن يبيع ما من نفسه ناقص ويشتري مال ناقص لنفسه بشرط أن تحقق الخيرية في المعايضة بالقدر الذي يراه ولكن ليس للوصي المعين

أن يعقد هذه المعارضة لا لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادتهم له كإبنته وأبيه لأنه نائب عن القاضى والقاضى لا يملك ذلك لأن فعله قضاء وهو لا يقضى لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادتهم له دفعا للتهمة فمثله من استمد الولاية منه .

(٣) الوصى اختارته ولاية التصرف بنفسه في حياته وله أن يوصى إلى غيره من بعده ويكون هنا الوصى الثالث وصيا في التركتين في تركة الوصى نفسه وفي التركة التي هو وصى فيها . ولكن الوصى المعين لا يملك أن يعين وصيا من بعده على التركة التي هو معين فيها إلا إذا جعل له الحق في هذا المعين . لأنه يتخصص بالتركة وينوع التصرف .

فكما تقدم يؤخذ أن ولاية الأب المالية أشمل من ولاية وصيه المختار . وأن ولاية وصيه المختار أشمل من ولاية الحد وأن ولاية الحد ووصيه حدودهما واحدة وولاية الوصى المعين أضيق الولايات حدوداً . ومنشأ هذا كما قدمنا الاجتياز لمصلحة القصر والتفريق بين ولاية الولي الشرعي ومن اختاره وبين ولاية الأجنبي المعين من قبل القضاء .

ويؤخذ أن تصرفات الولاية المائتين السنة مقيدة بالمصلحة ولنا حظر عليهم كل تصرف ضار بمصلحة التصغير ومن حكمه . وأبى لهم التصرف بالنافع والناثر بين النفع والضرر مع وجوه الاحتياط التي قصدها في ولاية كل منهم . والأصل في هذا قوله تعالى : ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ﴾ وقوله تعالى : ﴿ ولا يخس الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم فليستوا الله وليقولوا قولاً سديداً . إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيراً ﴾ .

ما عليه العمل الآن : كل ما قدمناه من الأحكام في الولاية على المال هو ما نقرر في مذهب الحنفية تحديداً لسلطان الولاية المائتين وبياناً للفروق بينهم .

وقانون المجالس الحسبية اجارى به العمل الآن وهو الصادر في أكتوبر سنة ١٩٢٥ قد بنى نظام الولاية المالية على أسس هذه الأحكام وزاد بعض ما اقتضته رعاية مصلحة القصر من الأحكام . ونحن نبين بالإجمال ما سنه قانون المجالس الحسبية المذكور . ومنه يتضح أن الخلاف إنما هو في وسائل الاحتياط .

إذا كان للقصر ولي شرعي أب أو جد صحيح فلا تكرر للمجالس الحسينية ولاية على أموال هؤلاء القصر وإنما الولاية لأولهم الشرعي أيهم أو جدهم . وليس للمجالس الحسينية سلطان على الولي الشرعي فله أن يتصرف في أموال القصر بكل ما يسوغ له شرعاً أن يتصرف فيه . وليس له أن يتصرف ما حظر عليه شرعاً . ولكن إذا أساء الولي الشرعي التصرف في أموال القصر بحيث تكون تصرفاته مضرة بهذه الأموال فإن المجلس يتدخل في ولايته فإن رأى تصرفات الولي تجمعه غير أمين وغير موثوق به قرر سلب ولايته على أموالهم وصار القصر كأنهم لا ولي لهم وعين المجلس الحسيني من يختاره وصياً عليهم . وإذا رأى أن تصرفاته لا تبلغ من السوء . درجة تجعله غير أمين وأن لا مبرر إلى سلب ولايته فله أن يتخذ الاحتياطات لتصرفه بحيث يحظر عليه التصرفات النائرة بين النفع والضرر ، وهي الواردة بالمادة ٢٦١ ككلها أو بعضها إلا بإذن المجلس ، المادة ٢٨ من قانون المجالس الحسينية ، أي أنه يعتبر الولي الشرعي الذي هذه حاله بمنزلة الوصي في التصرفات .

وإذا لم يكن للقصر ولي شرعي كانت الولاية على أموالهم للمجالس الحسينية غير أنه إذا كان الولي الشرعي قد احتل قبل وفاته وصياً على القصر المشمولين بولايته كان على المجلس أن يتظر في هذا الوصي المختار فإن تبين أنه لائق للوصاية بتوفر شروط الوصي فيه ثبته فيها وكانت له الولاية . وإن رآه غير لائق ها لعدم استيفائه الشروط عين وصياً من قبله وكان هذا الاختيار لم يكن وإذا لم يكن للولي الشرعي وصي مختار من قبله عين المجلس الحسيني من يشاء ممن استكمل الشروط الواجب توفرها شرعاً وقانوناً في الوصي .

والوصي المختار بعد تعيينه والوصي المعين بعد تعيينه سيان في الخضوع لرقابة المجلس الحسيني . ووجوب تقديمهما الحسب له . وما يجوزهما من التصرف في أموال القصر وما لا يجوز .

فالتصرفات المضارة ضرراً محضاً كالمية : والإقراض ، والإعارة ، والإفراز على التصغير بدين غير ثابت ، والتنازل عن حق ثابت ، وكل ما فيه إخراج شيء من ملك القاصر بغير عوض أو تعريض ماله أو حقه للضياع ليس للوصي مطلقاً مختاراً كان أو معيناً . ولا للقيم على المحجور عليه . ولا للموكيل عن الغائب أن

بإشراك شيئاً منها وإذا باشر شيئاً منها كان تصرفه باطلاً بطلاناً جوهرياً لا تنحصر
إجازة المجلس لو أجازته ولا إجازة القاصر بعد بلوغه ، مادة ٢٢ من قانون المجلس
الحسبية - وهذا يطابق الحكم الشرعي تمام المطابقة .

والصرفات النافعة نفعاً محضاً مثل قبول الهبات والوصايا له . وما يقتضيه
استئجار الأعميان وصيانتها وحفظها مثل التأجير كالمدة القصيرة التي تقل عن ثلاث
سنوات . وتخصيص الإيراد . ودفع الضرائب والديون الثابتة ، وبيع المنقولات التي
يكون حفظ ثمنها خيراً من بقائها . وتسجيل العقود وترميم البناء يجوز للوصي
مطلقاً أن يباشرها من غير توقف على إذن المجلس . وهذا أيضاً يطلق الحكم
الشرعي تمام المطابقة .

والصرفات النافعة بين النفع والضرر لا يجوز للوصي على القصر ولا للقيم
على المحجور عليه ولا للموكيل عن الغائب أن يباشر شيئاً منها إلا بإذن المجلس بحيث
إذا باشر شيئاً منها بدون إذنه كان تصرفه باطلاً ولكنه بطلان نسبي فلو أجازته
المجلس نفذ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق . وهذه التصرفات عندها اتقانون
في المادة ٢١ وهذا العدد ليس حصراً وإنما هو بيان لما يكثر وقوعه وهذا هو ما دون
بالمادة ٢١ المذكورة .

(١) شراء العقارات ، أو بيعها أو استبدالها ، أو ترتيب حقوق عينية
عليها .

(٢) التصرف بالبيع أو الرهن في الأوراق المالية .

(٣) تقليل التأمينات المقررة لمنفعة القاصر ، أو المحجور عليه ، أو الغائب .

(٤) الاعتراف بدين سابق على الوفاة ، أو الحجر ، أو الغيبة .

(٥) الصلح أو التحكيم .

(٦) إجراء القسمة بالتراضي .

(٧) طلب القسمة التضائية عند عدم الاتفاق .

(٨) قول الهبة إذا كانت مقترنة بشرط .

(٩) التأجير لمدة أكثر من ثلاث سنوات .

(١٠) الاقتراض .

- (١١) شراء شيء لأنفسهم من ملك القاصر ، أو المحجور عليه ، أو الغائب أو بيع شيء من ملكهم لواحد منهم .
- (١٢) استعجار ملك القاصر ، أو المحجور عليه ، أو الغائب .
- (١٣) قبول التنازل لهم عن حق أو دين على القاصر ، أو المحجور عليه ، أو الغائب .

ووجوب الحصون على إذن خاص لباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بخاير ما قدمناه من الحكم الشرعي الذي يسوغ هذه التصرفات للوصي المختار والوصي المعين بدون توقف على إذن . ولكن إذا روعي أن الوصي المعين من قبل المجلس الحسيني يستمد ولايته من المجلس وأنه يتخصص بما خصصه به وتنفيذ ولايته بالحدود الذي حددها له . وأن الوصي المختار لا يملك الولاية إلا بعد تثبيت المجلس له وهو هنا التثبيت بتقيد بما قيده به . وأن الشارع أباح التصرفات الدائرة بين النفع والضرر مع إيجاب احتياطات خاصة في التصرفات . وأن الغرض من توقف التصرف على إذن المجلس هو التحقق من رعاية هذا الاحتياط وتوفير مصلحة الصغير ومن في حكمه يبين أن توقف هذه التصرفات على الإذن لا يخرج عن حدود ما قرره الشريعة من اتخاذ الاحتياط لمصلحة القاصر وأن لا يقرب ماله إلا بالتي هي أحسن . فعمل أساس هذا الاحتياط نص القانون على مالا يجوز للوصي من التصرفات في المادة ٢٢ . وعلى ما يجوز له بإذن خاص في المادة ٢١ ، ومعهم أن ما عدا المنصوص عليه في المادتين المذكورتين يجوز له مباشرة بدون إذن خاص وهي التصرفات التي ترجع إلى حفظ التركة واستثمارها وجلب النفع للقاصر نفعاً محضاً .

محااسبة الوصي : إذا بلغ القاصر رشيداً فله أن يحاسب الوصي عن إدارته في مدة وصايته ومصروفات المحاسبة عليه لأنها في مصنحته . وإذا كان الوصي معروفاً بالأمانة اكتفى منه بالحساب الإجمالي وصدق بيمينه فيما يدعيه من إيراد أو مصروف إذا كان الظاهر لا يكذبه فإن كان الظاهر يكذبه فلا يصدق بيمينته بل لا بد من البينة إلا إذا بين سبباً مقبولاً لمخالفة الظاهر . مثلاً إذا قدم الوصي في الحساب أنه أنفق على القاصر في الشهر مائة جنيه في نفقته وكان الظاهر يكذبه فلا

يصدق يمينه إلا إذا بين سببا مقبولا بأن قال : إن ثيابه سرقت و جدد بدلها أو احتاج إلى علاج استفد مبالغ كبيرة أو غير ذلك مما يحتمل أن يصرف فيه هذا المقدر . وإن كان غير معروف بالأمانة فلا يكفي منه بالحسب الإجمال بل لابد من حساب تفصيلي لأبواب الإيراد وأبواب الصرف ويصدق يمينه فيما لا يكذبه فيه الظاهر من كل تصرف سائغ له شرعاً . وفيما عدا ذلك لا يصدق إلا بالينة . هذا هو الحكم الشرعي في محاسبة الوصي وهو ميني على أنه أمين والأمين يصدق .

أما الذي عليه العمل الآن بمقتضى المادة ٢٤ وما بعدها فإن كل وصي ملزم بأن يقدم حساباً تفصيلياً في آخر كل سنة إلى المجلس الخسبي التابع له وبأن يرفق بهذا الحساب جميع المستندات التي تؤيده . وملزم بأن يقدم الحسابات النهائية إلى المستحق أو الذي يولى إدارة الشركة بدله . فلا تفريق بين وصي مختار ومعين ولا بين معروف بالأمانة وغير معروف بها . واعتماد المجلس الخسبي للحساب المقدم من الوصي لا يمنع ذوى الشأن من الطعن فيه أمام المحاكم المختصة لأن نظر المجلس في الحساب وتصديقه من باب الرقابة لا من باب القضاء به فهو لا يأخذ قوة الشيء المحكوم به .

أجرة الوصي : للوصي أجرة مثل عمه إن كان فقيراً محتاجاً ، وإن كان عنيا فلا أجر له ، قال تعالى : ﴿ ومن كان عنيا فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ﴾ ولكن لتغير الأيام صار المقتضى به أن الوصي مطلقاً عنياً أو فقيراً له الأجر إذا أتى أن يعمل إلا بأجر .

والجاري عليه العمل الآن أن الوصي إذا طلب تقدير أجر على عمله يعين له المجلس الخسبي هذا الأجر بمراجعة قيمة الأموال التي يديرها . والعمل الذي استوجبه إدارتها . والفائدة التي عادت على القاصر منها ، ويكون ذلك بتقدير الإمكان بتقدير مبلغ معين في المائة من صافي الإيراد السنوي المنحصر على أن لا يزيد الأجر على كل حال عن ثمانية في المائة من صافي الربح أو من جملة الإيراد بعد خصم الأموال ومصاريف الزراعة ومصاريف صيانة العقار .

موت الأب أو وصيه مُبْتَهَلاً : المراد بموت أحدهما مجهلاً أن يموت من غير أن يبين ما للقاصر من عقار ومنقول ونقود وديون ونصرفاته بمقتضى ولايته بياناً

يجعل كل شيء للقاصر معروفاً محفوظاً . والقاعدة الفقهية أن الأمين ملزم بالحفظ وصاحب بالتعدي . وأن إهماله بتجهيله الأمانة نوع من التعدي يكون به ضامناً . ولكن الأب ووصيه مع كون كل منهما أميناً في مال القاصر الذي تحت يده مستثنيان من هذه القاعدة فإذا مات أحدهما مجهلاً مال القاصر فما وجد من هذا المال أخذ وما لم يوجد لا يكون مضموناً في تركة أحدهما وذلك لأن كل واحد منهما له ولاية التصرف في مال القاصر فيحتمل أنه انخرجه فيه فخرس . أو باع منه شيئاً فضاخ الثمن . أو تصرف أي تصرف من التصرفات الجائزة له فكانت سبباً في ضياع شيء منه . بخلاف سائر الأمتاء فإن عليهم الحفظ وليس لهم التصرف فما لم يوجد من المال الذي تحت يدهم بعد موتهم يكون مضموناً عليهم .

المفقود

تعريفه : المفقود شرعاً هو غائب لا يدري مكانه ولا يعلم أحي هو أم ميت .

إدارة شؤونه : إذا ترك المفقود وكيلًا كان قد وكله عنه قبل فقده نستمر وكالة هذا الوكيل ويكون له الحق بمقتضاها في حفظ أمواله واستثمارها والنظر في شؤونها من تحصيل غلات وقبض ديون وغير ذلك من كل تصرف يقتضيه الحفظ أو الاستئجار ، ولا يعتبر الوكيل بفقده موكلاً معزولاً من الوكالة بل يبقى نائباً عنه في إدارة شؤونه . وليس لورثة المفقود التعرض له ولا لتدبیر بيت المال عند عدم وجود ورثة له لأنه مادام لم يحكم بموت المفقود فما له باق على منكه ووكيله قائم به مقامه ولا حق فيه للورثة ولا لبيت المال . ولا يملك هذا الوكيل تعمير عقاراته إلا بإذن القاضي .

وإذا لم يترك المفقود وكيلًا عنه عين له المجلس الحسي وكيلًا يحفظ أمواله ويستثمرها بما فيه المصلحة .

والجائز الخسبية هي المختصة بتعيين الوكيل في مال المفقود ومراقبة الوكيل الذي أناب عنه المفقود قبل فقده وها الحق في عزله وتعيين غيره إن رآته غير صالح لإدارة المال ولها ضم غيره إليه إن رآته غير قادر عليها وحده . وشأنه في ذلك شأن الوصي على القاصر والقيم على المخجور عليه .

والتحاكم الشرعية هي المختصة بالحكم بموت المفقود وقسمة تركته بين ورثته وشؤون زوجته .

وتصرفات الوكيل في أموال المفقود حكمها حكم تصرفات الوصي في مال القاصر والقيم في مال المخجور عليه فلا يجوز له التبرع بشيء منه ولا تعبئة كالتصريح بذلك في المادة ٢٢ ويجب عليه استئذان المجلس لإجراء أي تصرف من التصرفات الواردة في المادة ٢١ وما عدا ذلك فهو سائغ له بغير استئذان لأن أنواع

المذكورة جعلت حكمها على الأوصياء والقامة ، والكلاء عن الغائبين بغير تفريق بين وصي مختار ومعين وبين وكيل مختار ووكيل معين .

أحكام المفقود : يعتبر المفقود حيا وترتب عليه أحكام الأحياء مادام لم يثبت موته ولم يحكم به . لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره . وعلى هذا لا يفرق بينه وبين زوجته ولا تحل لأحد غيره . ولا يقسم ماله بين ورثته . ولا تفسخ إجارته . ونجيب عليه في ماله النفقة لزوجه ولكل من تجب عليه نفقتهم شرعا . لأنه معتبر حيا في عينته فلا ترتب عليه أحكام الموتى فيبقى زوجته على عصمتها وماله على ملكه وإجارته قائمة ويبقى أهلا لوجوب النفقة عليه .

ونكن بما أن حياته هذه اعتبارية وليست محققة فلا ترتب عليه الأحكام التي شرطها التحقق من الحياة وعلى هذا لا يرث فعلا من غيره . ولا يستحق فعلا الموصى له به لأن الشرط لاستحقاق الإرث والوصية التحقق من حياة الوارث أو الموصى له بعد موت المورث أو الموصى وبما أن المفقود ليست محققة حياته بل هو معتبر حيا فقط فلا يرث فعلا ولا يستحق الموصى به فعلا ولكن لا احتمال حياته يوقف له نصيبه في الميراث الذي يستحقه لو كان محقق الحياة ويوقف له الموصى له به فإذا ظهر حيا أخذ الموقوف المحفوظ له لأنه نيين أنه استحققه وإذا لم يظهر حيا وحكم بموته يرد الموقوف من الميراث إلى ورثة المورث وترد الوصية إلى ورثة الموصى لأن المفقود بما لم تظهر حياته كان كأنه عند موت المورث أو الموصى غير موجود فلا حق له في الإرث ولا الوصية ويكون ما وقف له حقا لورثة المورث أو الموصى .

وهذا معنى قول الفقهاء : يعتبر المفقود حيا في الأحكام التي تضرب وترتب على ثبوت موته . ويعتبر ميتا في حق الأحكام التي تنفعه ونصر غيره وترتب على ثبوت حياته .

مضى بحكم بموته : أصل المذهب أن المفقود يحكم بموته بالسنة . فإن لم توجد هيئوت أقرانه أو بعضي تسعين سنة من تاريخ ولادته .

والجارى عليه العمل الآن في المخاتم الشرعية وهو مأخوذ من مذهب أبي حنيفة وأحمد ابن حنبل أن المفقود إذا فقد في حالة يظن معها موته كمن خرج ليغطي حاجة قريبة ويعود ففقده . أو خرج للقتال في الميدان ففقده فهذا يحكم بموته بناء على طلب ذى الشأن فيه إذا مضت عليه أربع سنين كاملة من حين فقده ولم يعد ويبحث عنه فلم يوجد . وإذا فقد في حالة يظن معها بقاءه حياً كمن سافر للسياحة أو التجارة أو طلب العلم ففقده فهذا يحكم بموته بناء على طلب ذى الشأن فيه إذا مضت عليه من حين فقده مدة لا يعيش مثل المفقود إلى غايتها وتجرى عنه بما يوصل إلى معرفة حاله فلم يوجد . وتقدير هذه المدة موكول إلى رأى القاضى بقدرها بمراعاة سن المفقود وحالته الصحية حين فقده وقد تكون أربع سنين أو أقل أو أكثر .

والفرق بين الحالتين أنه لما كان الفقد في الحالة الأولى على حال يغيب فيها اهتلاك حددت أربع سنوات يكون مضياً مرجحاً موته . ولما كان الفقد في الحالة الثانية على حال يظن معها بقاءه حياً ترك أمر تقدير المدة التي يحكم بموته إذا مضت إلى القاضى ليراعى سن المفقود وصحته وسائر أحواله . ولزم التجرد في الحالتين للاحتياط . وقبل صدور الحكم بموته يعتبر حياً على ما قدمنا مهما طالبت مدة فقده .

ومنى حكم بموته اعتدت زوجته عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الحكم بموته . وبعد انقضاءها نحل للأزواج . ونسبت تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم بموته . ورد الموقوف له من الإرث أو الوصية إلى ورثة مورثه أو الموصى كما قدما .

ومن هنا يتبين أن الحكم بموت المفقود لا يستند إلى تاريخ فقده بالنسبة لإرث غيره منه ولهذا لا يرثه إلا ورثته الموجودون وقت الحكم بموته . أما من ماتوا قبل الحكم فلا يرثون ولو ماتوا بعد فقده . ويستند إلى تاريخ فقده بالنسبة لإرثه من غيره ولهذا يرد التصيب الموقوف من الإرث أو الوصية إلى ورثة المورث أو الموصى كأن المفقود لم يكن موجوداً .

ظهور حياته : إذا حكم بموت المفقود على أى حال كان فقدته ثم جاء أو ظهرت حياته بأى دليل . فأما زوجته فهي له ما لم يتزوج بها آخر ويستمتع بها غير عام بحياة الأول . فإن وجدها كذلك أى تزوجت بأخر وتمتع بها غير عام بحياة الأول فهي لزوجها الثانى إلا أن يكون عقد عليها فى عدة وفاة الأول وأما ماله فلوجود منه فى أيدى ورثته يأخذ منه وأما ما استهلكه منه فهو غير مضمون عليهم لأنهم أخذوه بحكم القاضى . وكذلك الحكم فيما كان موقوفاً له من إرث أو وصية ورد إلى ورثة النورث أو الموصى بعد الحكم بموته بأخذ الموجود منه بأيديهم وأما المستهلك فلا ضمان له .

مادة ٢١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه اهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقدته وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى . وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً .

مادة ٢٢ من القانون نفسه : بعد الحكم بموت المفقود بالصفة الميينة فى ائلاة السابقة تعدد زوجته عند الوفاة وتقسّم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم .

مادة ٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ : إذا جاء المفقود أو لم يجيء وتبين أنه حي فروجته له ما لم يتمتع بها الثانى غير عام بحياة الأول فإن تمتع بها الثانى غير عام بحياة الأول كانت للثانى ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول .

المريض عرض الموت

فدعنا أن مرض الموت هو الذى يعجز الرجل عن القيام بمصالحه خارج بيته ويعجز المرأة عن القيام بمصالحها داخل بيتها . ويغلب فيه الهلاك . ويتصل به الموت . وأن من كان صحيحاً ولكن وجد فى حال يغلب هلاكه فيها ثم مات حكمه حكم المريض مرض الموت . ومن هنا يؤخذ أن المرض لو أعجز صاحبه عن القيام بمصالحه ولكن حصل الشفاء منه لا يعتبر مرض موت وتكون تصرفات

المريض فيه تصرفات الصحيح . وقالوا : إن المريض إذا طابت علته بأن مضت عليه سنة فأكثر من غير تغير وازدياد يعتبر مرضه مرضاً لا يغلب فيه الهلاك وتكون تصرفات المريض بعد تطاوله بمضي السنة عليه كتصرفات الصحيح . فلا يمكن الحكم على المريض بأنه مرض موت إلا بعد موت المريض ومذاوم حياً لا اعتراض لأحد على أي تصرف له لاحتمال أن يبرأ من مرضه فلا يكون مرض موت وتكون كتصرفات الأصحاء .

تصرفاته : بما أن المريض مرض الموت تتعلق بماله حقوق دائمة وورثته . وهو في مرضه عرضة للتهمة في تصرفه . فلا يكون حر التصرف في ماله بل تكون أحكام تصرفاته على هذا التفصيل المقصود منه المحافظة على حقوق الدائنين والورثة ونفي التهمة .

فأما تصرفاته الإنشائية التي هي معلوضات محضة ليس فيها محاباة في العوض ولا أي تبرع مثل البيع والإحارة ببدل انقل فهذه نافذة ولا حق لدائن أو وارث في الاعتراض على تصرف منها لأن ما يخرج عن ملك المريض يدخل في ملكه بدله وحققهم إنما تعلق بمالية ملكه لا بخصوص أعيانها فيبعه ويجارته وكل مبادلاته مادامت ضمن انقل فهي نافذة . لكن إذا كان يبيعه لأحد وورثته توقف نفاذ البيع على إحارة سائر الورثة نفياً للتهمة ولو كان البيع ضمن المثل^(١) .

وأما تصرفاته الانشائية التي هي تبرعات كالحبة والوقف والضمان والمحاباة في المعروضات فهي تصرفات تضر بحقوق الدائنين والورثة لأنها تخرج شيئاً من ملك المريض بغير عوض ولذلك يكون حكمها حكم الوصية وإن صدرت مسجزة . فإذا وهب المريض مرض الموت أو وقف أو ضمن أو حابى في مبادلة كان هذا التصرف منه بمنزلة الوصية فإن كان مديناً بدين مستغرق تركته توقف نفاذ تصرفه على إحارة دائنيه . وإن كان غير مدين وتبرعه لوارث توقف نفاذه على إحارة سائر الورثة أياً كان المقتار المتبرع به . وإن كان غير مدين وتبرعه لغير وارث نفذ في ثلث تركته وتوقف فيما زاد عنه على إحارة سائر الورثة .

(١) وهذا قول الإمام والعلامة لا يبعد عن تشبهات وهو يفتى بعض الورثة بعض الأعيان . وقد أو يوسف : البيع مورث ضمن المثل صحيح ما دام ضمن المثل فلا شبهة .

وإذا يؤخذ من هذا أن ترعات المريض مرض الموت سواء صدرت منجزة أو مضافة إلى ما بعد الموت حكمها حكم الوصية . وأما ترعات الصحيح فإن صدرت مضافة إلى ما بعد الموت فهي وصية . وإن صدرت منجزة فهي نافذة ولا يسرى عليها حكم الوصية .

وأما تصرفه الإخباري وهو إقراره بحق عني نفسه لغوره فإن صدر إقراره هذا لأحد ورثته كما إذا أقر لزوجه بأن لها عليه ألف جنيه أو أقر لأحد أبنائه بمثل ذلك يعتبر هذا الإقرار منه حكمه حكم ترعه فيتوقف على إحاطة سائر ورثته أنها كان مقدار المقر به لأحوال أنه أراد ينظر بعض المورثة على بعض وإنما لم يملك التشريع عمداً إلى صورة الإقرار فردد قصده عليه ويعتبر إقراره لورثته وصية دفعا للتممة ، وأما إن كان إقراره لأجنبي فهو صحيح نافذ لأنه لا تهمة فيعتبر مجرد إخبار عن ملك سابق للمقر له لا إنشاء تملك في الحاضر ويستثنى من عدم نفاذ إقرار المريض لوارث إلا إذا أجازته سائر الورثة ثلاث مسائل : الإقرار في كل واحد منها لم يحدث شيئاً جديداً يجعل المقر موضع تهمة .

الأولى إذ كان للوارث وديعة معلومة عند مورثه المريض فأقر المريض بها بعد إقراره لأنه لو لم يقر ومات مجهولاً للوديعة كانت مصعونة في تركته لأن الأمين بضمن يموت مجهولاً فلا إقرار لم يحدث شيئاً جديداً .

الثانية إذا كان الوارث عنده وديعة للمورث فأقر المورث في مرضه بأنه أخذها نقد لأن الوارث أمين ولو قال : رددتها له . يصدق .

الثالثة إذا كان الوارث وكيلاً عن المورث في قبض ماله من الديون فأقر المورث في مرضه بأنه أخذ الديون من وكيله نقد لأن الوكيل أمين ولو قال دفعت إليه ما قبضته يصدق .

ففي هذه المسائل الإقرار لم يحدث شيئاً . فعدم تنفيذه لا أثر له وإذا يكون نافذاً والمراد هنا بالوارث الذين لا ينفذ إقرار المريض به من قام به سب الإثراء وقت الإقرار ولم يتبع من إرثه مانع وقت الموت كما إذا أقر لزوجه ومات وهي على عصمتها ولم يمنعها من إرثها من اختلاف دين أو أي مانع . أو أقر لأخيه الشقيق

ولم يوجد عند الموت من يحجبه من الوارث . وغير الوارث هو من فقد فيه الأهران بأن كان أجنبياً وقت الإقرار والموت أو أحدهما بأن وجد فيه سب الإرث وقت الإقرار ولكن منع من إرثه مانع وقت الموت . أو ورث وقت الموت ولم يكن قام به سب الإرث وقت الإقرار وهذا بخلاف الوارث في باب الوصية فإن الوارث هناك من ورث فعلاً وقت موت الموصي سواء قام به السب وقت الوصية أم لا . وغير الوارث من لا يرث فعلاً وقت موت الموصي .

ديون الصحة وديون المرض : دين المرض هو الدين الذي ثبت على المريض بإقراره في مرضه بمعنى أنه لم يكن طريق لثبوته غير إقرار المريض به . أما الدين الذي يثبت على المريض بغير إقراره كأن يثبت بالينة . والدين الذي يثبت على الصحيح سواء كان بإقراره أو بالينة فهو دين صحة . فالدين يعتبر دين مرض في صورة ودين صحة في ثلاث صور .

وبما أن المريض مرض الموت إذا كان مديناً يتعلق حق دائنيه بأمواله فليس له أن يقضى دين بعض غرمائه دون بعض فإن قضى دين بعض دائنيه كان لباقيهم حق الاعتراض حفظاً لحقهم . وهذا إذا كانت الديون كلها ديون صحة أو كانت كلها ديون مرض . وأما إذا اختلفت بأن كان بعضها ديون صحة وبعضها ديون مرض فلا حتى لتدائن المرض في الاعتراض على قضاء دين الصحة لأن ديون الصحة مقدمة في الإيفاء على ديون المرض ولهذا إذا كانت تركة المريض بعد موته لا تفي بسداد جميع ديونه يبدأ بتسديد ديون الصحة فإن رقت بها وفيت . وإن لم تف بها فسدت بين دائنيتها قسمة تناسبية . وإن رقت بها وبقي بعد ذلك الإيفاء شيء بقي بديون المرض وفيت وأن لم يف قسم بين دائنيتها قسمة تناسبية .

والعلة في هذا أن دين المرض موضح اتهام فيقدم عليه دين الصحة الذي لا نية فيه . وأن الغرماء المتساوين في ديونهم تتعلق بحال المريض حقوقهم على السواء فلا يتغذ إقرار بعضهم إلا مرضاً الباقين .

الهبة

تعريفها : اضة في اللغة التبرع والتمنل بما ينفع الموهوب له مر. مال وغيره . قال تعالى : ﴿ رب هب لي حكماً ﴾ وقال سبحانه : ﴿ يب لمن يشاء إنانا رب لمن يشاء المذكور . أو يزوجهم ذكرانا وإنانا . ويجعل من يشاء عقيماً ﴾ .

وفي اصطلاح الفقهاء هي عمد يفيد تمليك العين في الحال بغير عوض . فهي من عقود التمليك المجاني والمالك وارد فيها قصداً على العين . ومنفعتها تمليك نعيما لها . بخلاف الإعارة فإنها تمليك بغير عوض ولكن للمنفعة لا العين . وبخلاف الوصية فإنها تمليك العين أو المنفعة بغير عوض ولكن لا في الحال بل فيما بعد موت الموصي . وبخلاف البيع والإجارة فإن التمليك للعين في البيع والمنفعة في الإجارة يس بائحان وإنما هو في مقابلة الثمن أو الأجرة .

ركبتها : ركنها ركن كل عقد الإيجاب والقبول . فالإيجاب ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين للدلالة على الرضا . والقبول ما صدر ثانياً من الآخر للدلالة على موافقته والرضا بما رضى به . وقد يكون إيجاب اضة بلفظ صريح لا يحتمل معنى غير الهبة كقول الواهب وهبتك . تبرعت لك . هذا لك . وقد يكون بلفظ غير صريح يحتمل الهبة وغيرها مثل أضعمت . تحلتك . فاللفظ الصريح يتم به إيجاب الهبة بدون توقف على نية الواهب أو دلالة الحال . وغير الصريح لا يعتبر إيجاباً للهبة إلا بالنية أو دلالة الحال ، وقد يكون التعميم باللفظ كقول الموهوب له قبلت . رضيت . وقد يكون بالفعل وذلك بأن يقبض الموهوب له العين الموهوبة فيقوم قبضه مقام قوله قبلت . غير أن هذا القبض إن كان في مجلس الإيجاب ثم به انعقد والمالك ولو لم يأذن به الواهب صراحة . وإن كان بعد مجلس الإيجاب لا يعتبر قبولاً إلا إذا أذن الواهب به صراحة . فإذا قال شخص لآخر : وهبتك هذا الكتاب فخذنه فإذا تناوله الموهوب له ملكه سواء كان التناول في مجلس الإيجاب أو

بعنه . وإذا قال : وهبتك هذا انكتاب ولم يقل : فخذته فإن تناوله في مجلس الإيجاب ملكه لأن سكوت الواهب إذن بالقبض دلالة . وإن تناوله بعد مجلس الإيجاب لا يملكه لأنه قبض بعير إذن صراحة ولا دلالة فهو غير معتبر شرعاً كما سبق .

وهل إيجاب الهبة مثل قبولها كما يكون بالقول يكون بالفعل بمعنى أن المالك إذا سلم شيئاً من ملكه إلى آخر أو أرسل إليه شيئاً منه ودلت القرائن على أنه يتبرع به هل يكون هذا الإرسال أو الإعضاء أو التسليم هبة بالفعل كالهبة بقول وهبت ؟ الذي يؤخذ من أقوال فقهاءنا أنه يكون هبة . فقد نصوا على أن الأب إذا سلم ابنته جهازها الذي جهزها به من ماله ولم يصرح بأنه وهبه فما يعتبر هبة إذا كان العرف يشهد بأنه يوهب . ونصوا على أن الخاطب إذا أرسل إلى عخطوبته حلية أو ثوباً ولم يصرح بأنه من مهرها أو هبة فما يعتبر هبة إذا كانت العادة أن مثل هذا يوهب . ونصوا على أن الأب إذا أنفق على أولاده الأغنياء المدين لا تجب نفقتهم عليه يعتبر متبرعاً ، فالذي يؤخذ من هذا أن إيجاب الهبة كقبولها كما يكون بالقول يكون بالفعل إذا دلت القرينة على زيادة الهبة بهذا الفعل . وهذا استحسان كما صرحوا في البيع بأنه ينعقد بالتعاطي . والقياس أن العقود إنما تكون باللفظ ولكن قد يقوم الفعل مقام اللفظ بدلالة الحال فيكون التسليم والتناول هبة وقبضاً كما يكون التعاطي بيعاً .

وقد يقوم إيجاب الواهب مقام قبول الموهوب له وقبضه فتتم به الهبة كما إذا وهب الأب لولده الصغير أو وهب أمي ولى لمن هو في ولايته فإن عبارة الولي بمنزلة إيجاب منه وقبول عن الولي عليه . ويده نائية عن يده فإيجابه هو في المعنى إيجاب وقبول وقبض .

شروطها

(٦) في الواهب : يشترط في الواهب شروط لصحة هبته وشروط لنفاذها بلون توقف على إجازة أحد .

فيشترط لصحة هبته أن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ . وأن يكون غير محجور عليه للسفه أو العقلة . وأن يكون مختاراً غير مكره .

فإن كان فاقد الأهلية وهو المجنون والصغير غير المميز . أو ناقص الأهلية وهو المعتوه والصبى المميز : أو محجوراً عليه للسفه أو العقلة ، أو مكرهاً فهية كل واحد منهم غير صحيحة لأنها صادرة من غير أهل لها لأنهم فريقان فريق لا يتصور منه الرضا أصلاً وهو فاقد الأهلية وفريق لا يتصور منه الرضا الصحيح الذى يعتبر شرعاً رضاء وهم الباقون . ولكون هبة الواحد منهم غير صحيحة لا تلحقها إجازة الولى أو القيم . ولا تلحقها إجازة الواهب نفسه بعد كمال أهليته أو رفع الحجر أو الإكراه عنه لأن الإجازة لا تلحق غير الصحيح . فبطلان هبتهم بطلان جوهرى .

ويشترط لنفاذ هبته أن يكون مع توفر شروط الصحة فيه غير محجور عليه للمدين . وأن يكون صحيحاً غير مريض مرض الموت . وأن يكون مالكا للمعين الموهوبة .

فإن كان محجوراً عليه للمدين فهية صحيحة موقوفة على إجازة دائيه مادامت نضر بحقوقهم فإن أجازوها نفذت وإن لم يجزوها بطلت . وإن كان مريضاً مرض الموت فهية حكمها حكم الوصية أن كانت لأحد ورثته توقفت على إجازة سائر الورثة أياً كان مقدار الموهوب . وإن كانت لغير وارث نفذت فيما يخرج من ثلث تركته فقط وتوقفت فيما زاد عنه على إجازة الورثة . وإن كان غير مالك لما وهب فهو فضولى وتصرف الفضولى يتوقف على إجازة المالك . ومن هنا هبة الرقيق لأنه غير مالك فتوقف هبته على إجازة المالك .

(٢) في الموهوب له : بشرط في الموهوب له أن يكون موجوداً تحقياً وقت الهبة له ، وأن يكون معيناً . فإن كان غير موجود كما إذا قال الواهب وهبت دارى لابن فلان ولم يولد لفلان ابن فالهبة باطلة . وكذلك إن كان الموهوب له غير معين معلوم كما إذا قال الواهب وهبت دارى لفلان أو أخيه فافية باطلة وذلك لأن الهبة تمليك العين في الحال ولا تمليك إلا الموجود معلوم يملك بنفسه أو بولي والمعلوم والمجهول لا يملكان بنفسهما ولا بوليهما لأنه لا ولاية لأحد عليهما فلا يتحقق معنى الهبة إذا كان الموهوب له واحداً منهما ، وعلى هذا فافية للحمل غير صحيحة لأن الحمل غير موجود تحقياً فلا يملك بنفسه ولا ولاية لأحد عليه وهو حل إذ الولاية عليه تبتدىء من حين ولادته . بخلاف الوصية للحمل فإنها صحيحة ، بسبب التفريق بينهما أن الهبة تمليك محض في الحال ولا تتم إلا بالقبض . والحمل لا يمكنه أن يملك في الحال ولا أن يقبض لا بنفسه ولا بولي عليه . وأما الوصية فهي تمليك من وجه واستخلاف من وجه ولذا قيل : إنها أخت الميراث ، ولا يشترط تمامها القبض .

فتى كان الموهوب له وجوداً تحقياً ومعلوماً صححت الهبة له غير أنه إن كان كامل الأهلية فهو الذى يقبل الهبة ويقبضها بنفسه أو بنائيه وإن كان غافداً الأهلية بأن كان مجنوناً أو طفلاً غير مميز فالذى يقبل الهبة له ويقبضها بنفسه أو بوكيله هو الولي المالى عليهما لأنهما ليسا أهلاً للقبول والقبض . وإن كان ناقص الأهلية وهو الصبي المميز والمعتوه أو مججوراً عنه لسفه أو عقلة فالذى يقبل الهبة ويقبضها هو الولي عنهم أو هم بأنفسهم لأن قبول الهبة من التصرفات النافعة بقعاً محضاً فيملكونها بأنفسهم .

(٣) في صيغة الهبة : يشترط في صيغة الهبة أن تكون متجزة لا معلقة على شرط ولا مضافة إلى زمن مستقبل لأن معناها التمليك في الحال . والتعليق يجعل التمليك عند وجود المعلق عليه لا في الحال . وكذلك الإضافة تجعل التمليك حين حلول الزمن المضاف إليه . فلو قال الواهب : وهبت لك كتاتى هذا إن نجحت في الامتحان فهي هبة باطلة ، وكذلك لو قال : وهبت لك كتاتى في أول السنة المقبلة . إلا إذا كان التعليق صورياً بأن كان المعلق عليه محققاً وقت التكلم كما إذا

قال : إن كان هذا الكتاب منكى فقد وهبه لك وهو في الواقع ملكه لأن هذه في الحقيقة صيغة منجزة في صورة معلقة .

وأما اقترانها بالشرط - فإذا اقترنت الصيغة بشرط صحيح يلائم مقتضى العقد صححت الهبة والشرط كما إذا وهبه كتاباً وشرط عليه أن يهبه هدية عينها .
وأما إذا اقترنت بشرط لا يلائم مقتضى العقد فالهبة تنصح والشرط يبطل كما إذا وهبه كتاباً بشرط أن لا ينتفع به أو بشرط أن لا يملكه ورثته من بعده .

والعسرى هي هبة مقرونة بشرط باطل ولذلك صححت وبطل الشرط .
وصورتها أن يقول شخص لآخر وهبتك دارى مدة عمرك أو حياتك فإذا مت أنت فهي رد على . أو وهبتك دارى مدة عمري أو حياتي فإذا مت أنا فهي رد على ورثتي . أو يقول : أعمرتك دارى ، أو دارى لك عمري فهذه هبة مقرونة بشرط وهو تعيين الملك المقصود بها بوقت هو مدة عمر الواهب أو الموهوب له وهذا الشرط لا يلائم العقد لأن مقتضى عقود التملك استفادة المالك مطلقاً ولذلك صححت الهبة وبطل الشرط فتكون الدار للمعمر له ولورثته من بعده وأما الرقبي فهي هبة معلقة على شرط غير المحقق في الحال ولذلك كانت باطلة وصورتها أن يقول شخص لآخر دارى لك رقبى إن مت قبلك فهي لك وإن مت قبلي فهي لي كأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه فهذه هبة معلقة على موت الواهب قبل الموهوب له فهي باطلة وحيث لا تفيد الملك للموهوب له . وبطل الشيء المرقب على ملك مرقبه ولورثته من بعده ويكون في يد المرقب له عارية .

في الشيء الموهوب : بشرط في الشيء الذي يوجب شروط لصحة هبته وشروط لتفادها . وشروط لتام ملكيته .

فيشترط فيه لصحة هبته أن يكون وقت عقد الهبة مالأ . متغوما . موجوداً . معلوماً . مملوكاً في نفسه . سواء كان من العقارات أو المتغولات .
ويشترط فيه لتفادها أن يكون وقت عقد الهبة مملوكاً للواهب .
ويشترط فيه تمام ملكيته أن يقبضه الموهوب له .
وهذا تفصيل الإجمال في هذه الشروط .

كونه مالاً : فلو كان الشيء الموهوب ليست له قيمة مالية أصلاً ولا يتحول
كأليته حتف أنفها والدم المسفوح فلا تصح هبته لأن الهبة تمليك ولا تمليك إلا ماله
قيمة مالية يمتلك .

كونه مقوماً : فلو كان الشيء الموهوب غير مقوم في حق العاقدين أو
أحدهما كاختر والخنزير بالنسبة للمسلمين فلا تصح هبتهما لأنهما في حق
المسلمين غير محل للملك والتملك والهبة عقد تمليك .

كونه موجوداً : فلو كان الشيء الموهوب معلوماً وقت عقد الهبة
فلا تصح الهبة لأنه لا محل للعقد فلو وهب إنسان لآخر فرساً ثم بين أنها ماتت قبل
العقد فالهبة باطية . ولو وهب لإنسان ما تضره خلقه هذه السنة . أو ما تلهه
نعجته هذه المرة . أو ما في بطن بقرته من حمل . أو ما في ضرعها من لبن .
فلا تصح الهبة في هذا كله لأن المعلوم في الحال لا يتحقق فيه معنى الهبة . وكذلك
لا تصح الهبة إذا كان الموهوب في حكم المعلوم فلو وهب لإنسان ما في هذا البر من
دقيق أو ما في هذا اللبن من سم . أو ما في هذا الفص من سكر فلا تصح الهبة
لأن عين الموهوب غير موجود بشخصه فهو في حكم المعلوم .

كونه معلوماً : وعلم الموهوب يتحقق بتعيين قدره كما إذا قال : وهبت لك
نصف منزلي . أو بتعيين شخصه كما إذا قال : وهبتك كناني هذا لأن الملكية لا ترد
إلا على معلوم فلو كان الشيء الموهوب مجهولاً قدره وشخصه فلا تصح هبته كما
إذا وهب إنسان لآخر جزءاً من داره ولم يبين قدره أو وهب له أحد فرسه ولم
يعين أحدهما أو شاة من عنقه ولم يبينها .

كونه مملوكاً في نفسه : والمراد بهذا كون الشيء الموهوب في ذاته مما ترد
عليه الملكية ويقبل التداول وانتقال ملكيته من يد إلى يد لأنه لو كان مما لا يمتلك
ولا يقبل التداول لا يتحقق معنى الهبة فيه فلو كان الشيء الموهوب من المباحات
كالماء في النهر والسمك في البحر والطر في الهواء فلا تصح هبته لأن المباح وهو
مباح لا ملكية لأحد له ولا يرد عليه التملك . ومن هنا لا تصح هبة المساجد
والزوايا لأنها بيناتها مساجد أو زوايا خرجت عن ملك بانها ولم تدخل في ملك
أحد فصارت غير مملوكة في نفسها وغير قابلة للتداول .

وأساس هذه الشروط الخمسة أن الهبة عقد تملك في الحال فلا بد أن يكون محل العقد وهو الشيء الموهوب مما يملك في وقت وجوده عقد الهبة وذلك بكونه وقت العقد مالا متقوما موجوداً معلوماً مما يملك ويملك .

كونه مملوكاً للواهب : هنا شرط لنفاذ الهبة لا لصحتها فلو وهب الإنسان ما هو مملوك لغيره فهو فضولي وهبته موقوفة على إجازة المالك فإن أجازها المالك وهو أهل لإجازتها بأن كان أهلاً للتبرع نفذت وإن لم يجزها بطلت وكذلك إذا كان المالك غير أهل للإجازة . ولهذا بطلت هبة الولي المملو أي شيء من مال من له الولاية عليه كهبة الأب أو الجد أو الوصي مال الصغير لأن المالك هو الصغير وهو ليس أهلاً للإجازة .

فيلاحظ الفرق بين اشتراط كون الموهوب مملوكاً في نفسه وبين اشتراط كونه ممنوكاً للواهب فإن الأول شرط صحة ويتفرع عليه أن هبة المباحات غير صحيحة . والثاني شرط نفاذ ويتفرع عليه أن هبة المملوك للغير صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة المالك .

قبض الموهوب : قبض الشيء الموهوب ليس شرطاً لانقضاء الهبة ولا لصحتها ولكنه شرط لانتقال الملكية من الواهب إلى الموهوب له فبمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له . واستيفاء الشروط التي بينها في العاقدين ، وفي صيغة العقد ، وفيما يوجب . بتعقد العقد ويصح . ولكن لا يترتب عليه أثره وهو انتقال الملكية إلا إذا قبض الموهوب له ما وهب له سواء كان عقلاً أو مقولاً . وقبل القبض تبقى العين الموهوبة ملكاً للواهب وأبى تصرف له فيها نافذ . ولا يتعلق بها حق للموهوب له . وعطلوا ذلك بما ورد من الأثر ، لا تجوز الهبة إلا مفيضة ، وبأنه لو ثبت الملك في الشيء الموهوب بمجرد الإيجاب والقبول قبل القبض ثبت للموهوب له حق المطالبة بتسليمه فينقلب عقد الهبة من عقد تبرع إلى عقد ضمان وفي هذا قلب للمشروع .

وإنما يكون القبض معتبراً شرعاً وتنتقل به الملكية بشرطين : أحدهما أن يكون القبض بإذن الواهب . فإن كان الإذن صراحة كما إذا قال الواهب للموهوب له : اقبض ما وهبت لك أو خذهُ أو تسلمه صح القبض في مجلس العقد وبعبء . وإن

كان الإذن دلالة كما إذا تلبون الموهوب له العين الموهوبة على مرأى من الواهب وهو ساكت عن نية صح القبض في مجلس العقد لا بعده . وثانيهما أن يتولى القبض الموهوب له إن كان ميمراً أو وليه إن كان غير مميز . أو زوج الصخرة بعد زفافها إليه لأنه بعد الزفاف يعولها ويقوم على حفظها فيقبض ما يوجب لها .

وقد ينوب القبض القائم وقت الهبة عن تجديد قبض بعدها فإذا لودع على عهد محمد وديعة أو أعار له عارية أو غصب محمد من علي عينا فقال علي : وهبت لك الوديعة أو العارية أو العين المضمومة وقال محمد : قبلت . فإن محمداً يملك ما وهب له مما تمت يده من وديعة أو عارية أو غصب بمجرد الإيجاب والقبول وينوب قبضه القائم عن قبض يجنده بعد الهبة .

والقبض نوعان : قبض كامل ، وقبض ناقص . فالقبض الكامل يتحقق بحيازة العين الموهوبة مفرزة غير شائعة في غيرها ولا متصلة به ، والقبض الناقص يتحقق بمجرد التخلية بين الموهوب له والشيء الموهوب . وفي بعض المهبات لا تنتقل الملكية إلا بالقبض الكامل . وفي بعضها قد يكفي بالقبض الناقص وتنتقل به الملكية . وهذا هو التفصيل .

هبة المفروز المنفصل عن غيره : فإذا كان الشيء الموهوب مفروزاً ليس شائعاً في غيره ولا متصلاً به كهبة دار مخلوذة ليست مشغولة بشيء للواهب أو هبة خاتم معين أو كتاب معين فلا تنتقل الملكية بالهبة فيه إلا إذا قبضه الموهوب له قبضاً كاملاً بأن يتسلمه ويحوزه لنفسه .

هبة المشاع : وأما إذا كان الشيء الموهوب مشاعاً في غيره كهبة نصف هذا المنزل أو ربع هذا الحمام أو ثلث هذه الأرض الزراعية . فإن كان المشاع الموهوب بعضه يقبل القسمة كخمسين فناتاً وهب خمسها أو منزل كبير وهب نصفه فإنه لا ينتقل الملك فيه إلا بالقبض الكامل أي بالقسمة وإفراز القدر الموهوب وتسليمه للموهوب له وحيازته لنفسه . وإن كان المشاع الموهوب بعضه لا يقبل القسمة كفارس أو منزل صغير فإنه يكفي بالقبض الناقص وتنتقل الملكية فيه بقبض الموهوب على الشئوع . ووجه التفرقة بين الحالين أنه لما كان المشاع يقبل القسمة كان القبض الكامل ممكناً بالإفراز والحيازة فلا تنتقل الملكية إلا به .

ولكن لما كان المشاع لا يقبل القسمة كان القبض الكامل غير ممكن فاكتمى
بالقبض الناقص الممكن وهو القبض على الشيوع والأصل في هذا أن النص شرط
القبض . والقبض عند الإطلاق يعبرف إلى القبض الكامل فحيث أمكن القبض
الكامل لا تنتقل الملكية إلا به وحيث لا يمكن يكتمى بالقبض الناقص .

والمراد بما يقبل القسمة ما يبقى متنعاً بأجزائه بعد القسمة الانتفاع الذي
كان متنعاً به قبلها كعشرة أفدنة من خمسين فدانا أو نصف منزل كبير يقبل أن
يقسم منزلين . والمراد بما لا يقبل القسمة ما لا يبقى متنعاً به بعد القسمة الانتفاع
الذي كان قبها بأن كان لا يبقى متنعاً به أصلاً كحبة من اللؤلؤ لو قسمت
لا ينتفع بها أو يبقى متنعاً به ولكن بغير الانتفاع الأول كحبرة أو منزل صغير .

ومن هنا يتبين أن المشاع سواء أكان يقبل القسمة أم لا يقبلها تصح هبة
جزء معين منه وأن شيوع الموهوب في غيره لا يبطل هبته غير أنه إن كان شائعاً
فما يقبل القسمة لا يملك إلا بالقبض الكامل أى بالإفراز ، والحيزة وإن كان شائعاً
فيما لا يقبل القسمة يملك بالقبض الناقص وهو قبضه على الشيوع .

هبة المتصل بغيره : إذا كان الشيء الموهوب متصلاً بغيره فلما أن يكون
اتصال ملاصقة أو اتصال جواز . واتصال الملاصقة إما أن يكون خلقياً كاتصال
الزرع بالأرض والتمر بالشجر أو صناعياً كاتصال البناء بالأرض . واتصال الجواز
كاتصال الدار بالأثاث الموضوع فيها واتصال الأثاث بالدار والهبه مع هذا الاتصال
بكل أنواعه صحيحة ولا تنتقل الملكية بها إلا بالقبض غير أنه في اتصال الملاصقة
بنوعيه الخلقى والصناعي وفي أحد نوعي اتصال الجواز وهو ما إذا كان الموهوب
مشغولاً بما اتصل به لا تنتقل الملكية إلا بالقبض الكامل أى يفصل الموهوب مما
اتصل به وتسليمه للموهوب له وحده . وأما في النوع الآخر من اتصال الجواز
وهو أن يكون الموهوب شاعلاً لما اتصل به فإنه تنتقل الملكية بالقبض الناقص أى
بمجرد التحلية بين الواهب والموهوب له . وعلى هذا لو وهب ما في الأرض من
زرع أو وهب الأرض بدون زرعها أو البناء القائم على الأرض أو الأرض المقام
عليها البناء ، أو الدار المشغولة بأثاثه أو المكتبة المشغولة بكتبه ففي كل هذا لا يملك
الموهوب إلا بفصله مما اتصل به وقبضه وحده . ولو وهب ما في داره من أثاث أو

في مكتبه من كتب ملك الموهوب له الموهوب بمجرد التخيبة بينه وبينه .

الهبة بشرط العوض : إذا اشترط الواهب على الموهوب له أن يعطيه عوضا عن هبته صح ذلك . ولا يقال إن هذا ينافي كون الهبة تمليكاً بغير عوض لأن معنى كونها بغير عوض أنه ليس شرطاً في تحققها وجود العوض كاليبيع . وهنا لا ينافي أنها في بعض حزنياتها بشرط فيها العوض . فإذا وهب واحد لآخر كتاباً على أن يهديه كتاباً صححت الهبة والتسقط وتكون هبة ابتداء ومعلووضة انتهاء فيشترط فيها ما يشترط في الهبة ولا تنتقل الملكية إلا بالقبض وإذا تمت روعي فيها أحكام البيع فيملك كل منهما ما أخذه ملكاً لازماً . وهذا هو مذهب الحنفية وأما غيرهم فقالوا : إن الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء فراعى فيها أحكام البيع من حين العقد لأن العبارة للمعاني لا الألفاظ .

حكم الهبة : إذا تمت الهبة مستوفية أركانها وشروطها وقبض الموهوب له العين الموهوبة ترتب عليها حكمها وهو نمذك الموهوب له للعين الموهوبة ولكنه ملك غير لازم لأن الواهب له أن يرجع في هبته ويعيد إلى ملكه ما وهبه ما لم يمنع من رجوعه أحد الموانع السبعة الآتية .

أما السبب في أن الواهب له حق الرجوع فلأنه قد يكون أخرج العين من ملكه بغير عوض رغبة في أن يحقق له غرض من الأغراض الدنيوية فإذا لم يحقق له هذا الغرض كان غير راض بالتخليك فيرجع فيه لأن أساس التملكيات الرضا . وهذا الحكم وتعليله موضع نظر لأن العبارة في كل عقود التملكيات الرضا وقت العقد وقد اعتبر صدور العقد اختياراً دليلاً على الرضا من غير نظر إلى ما تنطوي عليه نفس العاقد ، فتمت قال الواهب المستوفى الشروط : وهبت . اعتبر راضياً بإخراج العين الموهوبة من ملكه بغير عوض ولا عبارة بما ينويه ولا بما يطرأ بعد ذلك ولهذا كان الرجوع في الهبة من وجهة الدين والخلق رزيلة تأباها المروية وكرم الخلق لأن فيه تعبيراً بالموهوب له . ونقضاً لالتزام تم من الواهب .

وأما الموانع السبعة التي تمنع الواهب أن يرجع في هبته فهي المرموز لها بحروف « دمع خزقة » وهي :

(١) الزيادة المتصلة سواء كانت متولدة من الأصل أو غير متولدة فمن وهبت له دابة فسنت وتمت عنده ، أو وهبت له قطعة أرض فبناها منزلاً . أو وهب له منزل ذو طابقين فبنى عليهما ثلاثة فليس للواهب أن يرجع في هيبته لأن الزيادة التي تولدت من الأصل كسمن الدابة أصبحت ملك الموهوب له لأنها نماء ملكه . والزيادة التي زادها الموهوب له كالبنا ، هي ملكه أيضاً والواهب ليس له الرجوع إلا في منكه خاصة وهو الأصل . وفصل الأصل من الزيادة قد يتعذر كما في سمن الدابة أو بصر الموهوب له كما في البناء . وإذا فرجوع الواهب فيما وهب مع ظروف هذه الزيادة المتصلة بنوعها إما متعذر وإما مضر بالموهوب له . فلهذا امتنع رجوعه في هذه الحال إلا إذا زالت الزيادة فيقول المانع ويعود له حق الرجوع . ومن هنا التعليل يفهم أن الزيادة المتصلة لا تمنع الرجوع . كما إذا وهب له فرس فأسرجه .

(٢) موت أحد العاقدين الواهب أو الموهوب له فإذا مات الواهب ليس لورثته الرجوع في الهبة لأن الرجوع حق شخصي للواهب مبنى على عرضه وقصده من ائبة فما دام لم يظهر له عرض آخر حتى مات اعتبر راضياً تمام الرضا بما وهب . وإذا مات الموهوب له انتقل الملك في العين الموهوبة إلى ورثته وليس للواهب الرجوع عليهم لأنهم لم يتلقوا الملك منه بل من مورثهم .

(٣) العوض فإذا كانت الهبة بشرط عوض أداء الموهوب له فليس للواهب الرجوع لأن هذه في الحقيقة بيع لا هبة ، وكذلك إذا لم تكن الهبة بشرط العوض ولكن الموهوب له من تلقاء نفسه وبنون اشترط عليه بعد أن تمت الهبة أعطى الواهب شيئاً من ماله فأخذته فسواء كان العوض مشروطاً أو غير مشروط فهو مانع من الرجوع لخديث « الواهب أحق بهبته ما لم يشأ عنها » أي ما لم يعوض عنها .

(٤) خروج الموهوب من ملك الموهوب له بأي سبب كالخسة والبيع والوقف لأن الموهوب له تصرف في منكه انتصرف الجائر له والواهب ليس له نقض هذا التصرف ولا الرجوع إلا في ملكه على الموهوب له ومنكه الآن لغير الموهوب له .

(٥) الزوجية فإذا وهب أحد الزوجين للآخر شيئاً فليس له الرجوع في هبته لأن هذه الهبة في معنى الصلة للعلاقة الزوجية وفي الرجوع قطع هذه الصلة .

(٦) القرابة المحرمة فمن وهب لذي رحم محرم منه فليس له الرجوع حتى لا يكون بينا الرجوع قاطعاً لمن وصله من ذوى رحمه المحرم .

(٧) هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له لأن ملك الواهب زال بالهلاك وهو إنما يرجع في ملكه ولا يضمن الموهوب له مثلها أو قيمتها لأنها هلكت وهي على ملك الموهوب له والمرء لا يضمن ملك نفسه عند هلاكه .

المحاكم المختصة بقضايا الهبة : قضايا الهبة والوصية تتنازع اختصاصها في مصر المحاكم الشرعية والمحاكم الأهلية . ومنتشاً هنا النزاع أن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية نصت على أنه ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر في أمور منها : مسائل الهبة والوصية والموارث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية . فعلى هذا النص تستند المحاكم الشرعية في أن قضايا الهبة من اختصاصها ، ولكن روى أن القانون المدني نص على بعض أحكام الهبة في مبادئه وهنا يقتضى أن للمحاكم الأهلية اختصاصاً في قضايا الهبة تطبق فيه تلك النصوص .

لهذا جرى عمل كثير من المحاكم على توزيع الاختصاص والتفريق بين القضايا المتعلقة بأصل الهبة والقضايا المتعلقة بغير أصلها للتفريق بين هذه النصوص .

فإذا كان موضوع النزاع انعقاد الهبة وصحتها ونفاذها وأهلية الواهب وغير ذلك مما يرجع إلى أركان الهبة وشروطها فالمتخص بنظره المحاكم الشرعية . وأما إذا كان موضوع النزاع الإجراءات الشكلية والتسليم وغير ذلك مما يفرع من المتلزمات فالمتخص بنظره المحاكم الأهلية .

ولكون الهبة اعتبرت من الأحوال الشخصية من جهة أن الواهب في الغالب يتولى بيته التصديق والقرينة فالنرجع في أحكامها إلى الشريعة الإسلامية فيما لم ينص عليه القانون المدني . فالمتخص بقضاياها نوعان من المحاكم ومرجع القضاء الأهل في أحكامها إلى مصدرين .

الوصية

تعريفها : الوصية عقد يفيد تملك عين أو دين أو منفعة بلا عوض تملكها مضافاً إلى ما بعد موت الموصي . فهي كالتبعية في أنها من عقود التملك بغير عوض ولكنها تخالف الهبة من وجهين :

أولهما أن التملك يستفاد بالهبة في الحال وأما التملك المستفاد بالوصية فلا يكون إلا بعد موت الموصي . وثانيهما أن الوصية تكون بالعين وبالدين والمنفعة وافية لا تكون إلا بالعين وأما هبة الدين لمن عليه الدين فهي إبراء . وتملك المنفعة في الحال بلا عوض فهي إعارة .

ركبتها : ركبتها الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له . فالإيجاب من الموصي يكون بكل لفظ يفصح عنه بدل على التملك المضاف إلى ما بعد موته بغير عوض مثل أوصيت لفلان بناري أو بسكنائها أو بما لي على فلان من دين . أو وهبت له ذلك بعد موتي أو ملكته بعدى . والقبول يكون من الموصى له بعد موت الموصي لأنه مادام التملك مسنداً إلى ما بعد الموت فيكون ما بعد الموت هو وقت قبوله وأما في حياة الموصي فلا تملك فلا عبرة بالقبول أو الرد حال حياته .

وإذا صدر الإيجاب من الموصي لا يكون ملزماً له بل يكون له حق الرجوع عنه مادام حياً لأن الموجب له حق الرجوع عن إيجابه قبل القبول في عقود المعاوضات فبالأولى يكون له هذا الحق في عقود التبرعات .

وعلى هذا يجوز للموصي أن يرجع عن وصيته . وهذا الرجوع كما يكون صراحة بالقول مثل أن يقول : عدلت عن وصيتي أو أبطلتها أو رجعت فيها يكون دلالة بالفعل مثل أن يعتمد الموصي على الشيء الموصى به فيتصرف فيه تصرفاً يخرج عن ملكه كأن يبيعه أو يهبه . أو تصرفاً يغيره ويجعله شيئاً آخر كأن يبنى على قطعة الأرض الموصى بها منزلاً أو يخلط الشيء الموصى به بشيء آخر من ملكه بحيث لا يمكن تمييزه أو لا يمكن إلا بعسر كأن يخلط أردب القمح الموصى به بأردب آخر من نوعه أو بأردب من شعر . أو يزيد في الشيء الموصى به زيادة

لا يمكن تسليمه إلا بها كأن يوصى بدار من طيقتين ثم يبنى عليهما طبقة ثالثة .

فإذا رجع الموصى عن وصيته صراحة أو دلالة بطل إيجابه وليس للموصى له أن يبنى عليه قبلاً .

وأما إذا لم يرجع الموصى عن وصيته لا بقول ولا بفعل بل بغير مصرأ عليها حتى مات فإن للموصى له الحق في أن يقبلها وأن يردّها . فإن ردّها بطلت الوصية وبقي الموصى به على ملك ورثة الموصى . وإن سكّت فلم يقبل ولم يرد إلى أن مات اعتبر قابلاً وتمت الوصية وملك ورثته العين الموصى بها إلى مورثهم .

ومن هذا يؤخذ أن تمام عقد الوصية من جانب الموصى بأن يصدر منه إيجاب الوصية ويستمر على إيجابه من غير رجوع عنه حتى يموت . ومن جانب الموصى له بأن يقبلها بعد موت الموصى . أو يسكت عن الرد والقبول حتى يموت وهذا إذا كان الموصى له معيناً بالشخص حتى يتأني منه القبول أو الرد . أما إذا كان غير معين بالشخص كمن أوصى لفقراء بلده أو في أي سبيل للخير فهذه الوصية في الحقيقة صدقة تتم بالإيجاب وحده من الموصى .

شروطها

١ - في الموصى : يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى أهلاً للترع بأن يكون كامل الأهلية بالاعتقل والبلوغ والحرية . وأن يكون مختاراً غير محجور عليه لسهه أو غفلة لأن الترععات من غير هؤلاء باطلة لا تقبل الإحزاة كما بينا في الهبة . وتستثنى من هذا جزئيتان .

الأولى : تصح وصية الصغبر المميز الخاصة بأمر تجهيزه ودفنه مادامت في حدود المصلحة لأنها من حاجاته .

الثانية : تصح وصية المحجور عليه للسهه في وجه من وجوه الخير كبناء مستشفى أو تعليم فقراء . فإن كان له وارث وأجازها تغذت من كل ماله وكذا إذا لم يكن له وارث أصلاً . وأما إن كانت له ورثة ولم يجيزوا هذه الوصية فإنها تنفذ من ثلث ماله فقط . والسبب في صحة وصيته في سبيل الخير أن الحجر على السقيه إنما هو للمحافظة على ماله حتى لا يصرهه في غير مصلحة ويعيش عائلة على غيره وهو بالوصية لا يخرج شيئاً من ملكه حال حياته بل يخرجها بعد مماته إلى وجوه الخير التي يكون في أشد الحاجة إلى المثوبة عليها لا إلى المال . ولهذا السبب صح وقف المحجور عليه لسهه إذا وقف على نفسه ثم على أولاده لأن الحجر إنما هو للمحافظة على أمواله ووقفه بهذه الطريقة يحقق هذه المحافظة .

٢ - في الموصى له : إذا كان الموصى له معيماً يشترط نصحة الوصية نه أن يكون موجوداً وقت الوصية تحقياً أو تقديراً فإذا قال الموصى أوصيت بداري لفلان وكان فلان موجوداً وقت إيجاب الوصية صححة الوصية له بحيث إذا مات الموصى مصرأ عليها ولم يردها فلان بعد موته ملك الدار الموصى بها . وأما إذا كان فلان ميتاً وقت إيجاب الوصية نه فلا تصح الوصية .

وكذلك إذا قال الموصى . أوصيت لحمل فلانة وكان الحمل موجوداً في بطنها وقت إيجاب الوصية له صححت الوصية بحيث إذا مات الموصى مصرأ على وصيته ملك الحمل ما أوصى له به . وقدمنا في الهبة وجه التفريق بين الهبة للحمل والوصية للحمل .

وأما إذا لم يكن الموصي نه معيناً بالشخص فيشترط أن يكون موجوداً وقت موت الموصي تخفيفاً أو تقديراً ولا يشترط وجوده وقت الوصية فإذا قال الموصي : أوصيت بداري لأولاد أخى عني ولم يعين هؤلاء الأولاد ومات مصرأ على وصيته ملك الدار من يكوبون موجودين من أولاد علي وقت موت الموصي سواء منهم الموجود تخفيفاً أو تقديراً كالحمل ولو لم يكونوا موجودين وقت إيجاب الوصية .

والتحقق من وجود الحمل وقت الوصية أو وقت موت الموصي يكون بولادته لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو من وقت موت الموصي . وإذا كانت الحمل الموصي تحملها معتد من طلاق بائن أو وفاة فالتحقق من وجوده بولادته لأقل من سنتين من تاريخ المطلاق أو الوفاة لأنه مادام الشارع حكم بثبوت نسيه فقد حكم بوجوده وقت الوصية له .

ويشترط أيضاً في الموصي له أن يكون أجنبياً من الموصي وأما إذا كان أحد ورثته فيتوقف نفاذ الوصية له على إجازة باقي الورثة فهذا شرط نفاذ .

ويلاحظ أن المراد بالوارث هنا من يرث الموصي فعلا بعد وفاته ولو لم يتم به سبب الإرث وقت الوصية والأجنبي هو من لم يرث فعلا وقت موت الموصي ولو كان من الورثة وقت الوصية . فإذا أوصى لأجنبية ثم تزوجها ومات وهي على عصمتها فهي وارثة لا تنفذ الوصية لها . ولو أوصى لزوجته ثم طلقها وانقضت عدتها ومات وهي ليست على عصمتها فهي أجنبية والوصية لها نافذة . وهذا خلاف المراد بالوارث في إقرار المريض .

ويشترط أيضاً في الموصي له أن لا يقتل الموصي قتلاً محرماً مباشراً لقوله **عليه السلام** : لا وصية لقاتل ، فإذا قتل الموصي له الموصي لا تنفذ الوصية له إلا بإجازة الورثة^(١) بشرط أن يكون قتلاً مباشراً ومحرماً سواء كان عمداً أو خطأ وأما القتل بالسبب كما إذا حفر الموصي له بئراً في طريق عام فتردى فيها الموصي . والقتل

(١) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو مسمى على أنه حرمان القتل هو حق الورثة ، وقال أبو يوسف : القاتل تعلق الوصية به ولا تخلفها إجازة الورثة لأن ذلك من تعين الشيء قال أزه عرف ندمه فكذلك لا يرث لقاتل لا وصية لقاتل . وقول أبي يوسف هو المقتول . وعلى قوله يكون هذا الوجه شرط صحة لا ندمه نكاح كقولنا

دفاعاً عن النفس . واقتل من فقد الأهلية أو ناقصها كالمجنون والمصبي والمعتوه
فلا يجمع نفاذ الوصية .

ويشترط أيضاً في الموصى له أن لا يكون مجهولاً جهالة لا يمكن إزالتها لأنه
معها لا يمكن تسليم الموصى به ولا تنفيذ الوصية سواء كان معيناً بالشخص مثل
أوصيت لفلان أو بالزوج مثل أوصيت لغيره بلدي أو لطلبة اتعلم بمعهد كذا
ولا يشترط أن يتخذ الموصى له في الدين مع الموصى فتصح وصية المسلم للمسلم
ولغيره ، ولا يشترط أن يكون من أهل الاستحقاق فتصح الوصية للملأجيء
والمساجد والمدارس وسبل الخير والنفع وتكون الوصية في هذه الحال صدقة ثم
بإيجاب الموصى وحده كما تقدم .

٣ - في الموصى به يشترط في الموصى به أن يكون بعد موت الموصى قابلاً
للتملك بأي سبب من أسباب الملك فتصح الوصية بكل مال متقوم من الأعيان
لأنها تمكك بالبيع أو الهبة . ومن المنافع لأنها تمكك بالإجارة أو الإعارة وتصح
الوصية بما ينمره شجره لأنه يمكك بعقد المساقاة . وتما في بطن بقرته أو نعجته لأنه
يمكك بالإرث فما دام وجوده محققاً وقت موت الموصى استحققه الموصى له ،
وتصح بالدين لأنها في الحقيقة وصية بالعين التي تفتضي من المدين .

ولا تصح بما ليس مالا كالهيئة . وما ليس متقوماً في حق العاقدين أو أحدهما
كالخمر للمسلمين ولا بمعلوم لا يقبل التملك بأي عقد وقت الوصية كالوصية بما
ستلته غنمه .

وكما يصح أن يكون الموصى منه معلوماً كما إذا أوصى الموصى لفلان بألف
جنيه أو أوصى له بثلاث تركته يصح أن يكون مجهولاً كما إذا أوصى لفلان بجزء من
ماله ويكون بيان هذا الجزء حقاً للورثة بعد موت الموصى .

نفاذ الوصية : إذا استوفت الوصية شروطها ومات الموصى مصرأ عليها
فتفادها يختلف باختلاف حال الموصى . والموصى به . والموصى له .

فإن كان الموصى وقت الوصية مديناً بدين مستغرق تركته فلا تنفذ وصيته
في قليل من ماله ولا أكثر لا لوارث أو لأجنبي إلا إذا أجازها الدائون وذلك لأن

حق الدائن مقدم على حق الموصى له والوارث فما دامت التركة مستغرقة بالدين فالحق فيها للفراغ لأنه لا وصية إلا بعد سداد الدين ولا تركة إلا بعد سداد الدين وتنفيذ الوصية .

وإن كان الموصى مديناً بدين غير مستغرق تركته فما يعادل الدين من تركته فهو متعلق به حق للدائنين فلا تنفذ وصيته فيه إلا بإجازتهم : وما زاد يعتبر كأنه تركة مستقلة خالية من الدين فتسرى في تنفيذ الوصية فيه الأحكام الآتية :

وإن كان الموصى غير مدين وليس له وارث نفذت وصيته مطلقاً سواء كان الموصى به قليلاً أو كثيراً ولو استغرق جميع تركته لأنه ما دام لم يتعلق بالتركة حق لدائن ولا لوارث فوصية الموصى نافذة وليس لأحد الاعتراض على نفاذها وليس يثبت المأل اعتراض عليها لأن مرتبة في الاستحقاق بعد الموصى له . وعلى هذا إذا أوصى شخص لأحد أو لجهة ير بكل ماله ومات وليس عليه دين وليس له وارث استحق الموصى له كل تركته . وإذا أوصى أحد الزوجين للآخر بكل ماله ومات وليس عليه دين وليس له وارث آخر استحق الموصى له كل تركته .

وإن كان الموصى غير مدين وله ورثة فإن كانت وصيته لوارث فلا تنفذ إلا بإجازة سائر الورثة سواء كان الموصى به قليلاً أو كثيراً لقوله عليه السلام : « إن الله تبارك وتعالى أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » ولأن في إيثار بعض الورثة على بعض بطريق الوصية إيثاراً للصدور وتوليداً للأحقاق ونظيمة للمرحوم . ولكن إذا أجاز الورثة أو بعضهم الوصية لأحدهم نفذت في حق من أجازوا لأنهم تنازلوا عن حصصهم .

وإن كان الموصى غير مدين وله ورثة ووصيته لأجنبي فإن كان الموصى به لا يتجاوز ثلث تركته نفذت الوصية بدون توقف على إجازة أحد . وإن تجاوز الموصى به ثلث تركته نفذت في الثلث وتوقف نفاذها فيما زاد عنه على إجازة الورثة فإن أجازوا نفذت فيه أيضاً وإن ردوا بطلت فيه ولم يكن للموصى له غير الثلث . وإن أجازها بعضهم وردها بعضهم نفذت في حق الذي أجاز وبطلت في حق من لم يجز . فلو أوصى رجل لأجنبي بنصف ماله ومات وله إيمان فإن أجاز

الأبناك الوصية استحق الموصى له نصف الشركة وورث الأبناك النصف الباقي لكل منهما الربع . وإن لم يجر الأبناك الوصية استحق الموصى له ثلث الشركة وورث الأبناك الثلثين الباقيين لكل منهما الثلث . وإن أجازها أحدهما ولم يجرها الآخر استحق من أجاز ربع الشركة كما لو أجازا معاً واستحق من لم يجر ثلث الشركة كما لو لم يجرها معاً والباقي يكون للموصى له . فللمجيز ربع ولغير المجيز ثلث وللموصى له الباقي .

وإنما نعتت الوصية للأجنبي في الثلث فقط وتوقفت فيما زاد على إجازة الورثة لحديث سعد بن أبي وقاص حيث كان مريضاً بعاده الرسول ﷺ فقال : « يا رسول الله أوصى بكل مالي . قال : لا . قال : أوصى بالثلثين . قال : لا . قال : أوصى بالنصف . قال : لا . قال : أوصى بالثلث . فقال الرسول ﷺ : الثلث والثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أعياء خير من أن تدعهم عائلة يتكفون الناس » .

وكل موضع توقف نفاذ الوصية فيه على إجازة الورثة لا تكون هذه الإجازة صحيحة وينتدب عليها أثرها ، وهو نفاذ الوصية إلا بشرطين : الأول أن تكون الإجازة بعد موت الموصى لأنه قبل موته لم يثبت للمجيز حق فلا اعتبار لإجازته وعلى هذا لو أجاز بعض الورثة الوصية في حياة الموصى ثم ردها بعد موته فالعبرة لرده ولا اعتبار لإجازته ، الشرط الثاني أن يكون المجيز وقت إجازته من أهل التبرع بأن يكون كامل الأهلية غير محجور عنه لسفه أو غفلة لأن إجازته في حكم التبرع منه والتنازل عن حقه .

المال الذي تفتد فيه الوصية : إذا كانت الوصية بغير معين بأن أوصى الموصى بثلاث مائة أو ربعه مثلاً استحق الموصى له ثلث أو ربع مال الموصى الموجود عند وفاته سواء كان له هذا المال وقت الوصية أو لا لأن التملك في الوصية مضاف إلى ما بعد الموت فيعتق بالمال الموجود وقت التملك والتملك وإذا كانت الوصية بمعين بأن أوصى الموصى بهذا المنزل أو هذه المكتبة استحق الموصى له عين الموصى به بحيث لو هدم المنزل أو حرقت المكتبة في حياة الموصى بعثت الوصية لغوات محلها .

الوصية بالمنفعة : تبين من تعريف الوصية أنها كما تكون بالعين تكون بالدين وبالمنفعة ، والوصية بالمنفعة ثلثة تكون بأن ينتفع الموصى به بنفسه بالعين الموصى بها كما إذا أوصى له بسكنى داره أو بركوب فرسه أو بالقراءة فى كتبه وثارة تكون بأن ينتفع الموصى له بغلة العين الموصى بها كما إذا وصى بأن يستغل الموصى له داره أو أرضه أو أى عين يملكها .

والشرط لنقل الوصية بالمنفعة هو الشرط لنفاذ الوصية بالعين فإن كان الموصى له بالمنفعة وارثاً توقف نفاذ الوصية له على إحرازه سائر الورثة مهما كانت قيمة العين الموصى بمنفعتها . وإن كان غير وارث نفذت الوصية له بالمنفعة إذا كانت قيمة العين الموصى بمنفعتها لا تتجاوز ثلث التركة . فإن تجاوزت الثلث توقفت فيما زاد عن الثلث على إحراز الورثة وذلك لأن الوصية لغير الورثة تمنفعة عين من الأعيان تحول بين الورثة وبين الانتفاع بالعين الموصى بمنفعتها ولا يجوز للموصى أن يعطل انتفاعهم بأكثر من ثلث ماله إلا بإجازتهم .

وهنا فى الوصية بالمنفعة بحثان : الأول ما الذى يملكه الموصى له بالمنفعة من شروط الانتفاع . والثانى ما أمد هذا الانتفاع .

أما الأول فإذا نص الموصى فى وصيته على أن للموصى له الحق فى أن ينتفع بالعين الموصى بها بنفسه وأن يستغلها كان له الانتفاع والاستغلال فإن شاء سكن المنزل وإن شاء أجره وانتفع بأجرته .

وإذا نص على أن له السكنى فقط لم يكن له الاستغلال عملاً بنص الموصى فله أن يسكن المنزل وليس له أن يؤجره .

وإذا نص على أن له الاستغلال فقط قبل ليس له الانتفاع بنفسه لأن الموصى ملكه أن ينتفع على وجه خاص فليس له غيره . وقيل له الانتفاع بنفسه أيضاً لأن تملك الإنسان المنفعة لغيره فرع عن ملكيته ها إذ لو لم يملكها بنفسه ما أمكنه أن يملكها غيره وهذا رأى الثانى هو الراجح .

ومذهب الإمام أحمد أن من أوصى له بالانتفاع ملك الاستغلال ومن أوصى له بالاستغلال ملك الانتفاع وهذا مذهب معقول المعنى لأن الموصى ما أراد

بوصيته إلا نفع الموصي له وقد يعزى على الموصي له أن ينتفع بنفسه بعد الدار الموصى بها عن محل إقامته أو ضيقها عن حاجته أو لأى سبب فإذا لم يكن له الاستغلال بقيت الدار في مثل هذه الحالات معطلة وضاع غرض الموصي من نفع الموصي له . وهذا الخلاف جار أيضاً فيمن وقف داراً على فلان ليسكنها^(١) .

وأما المثلث فإذا أطلق الموصي بالمنفعة وصيته أو نص على الأبد كما إذا قال : أوصيت لفلان بسكنى منزلى أو بسكنى منزلى أبداً كان للموصي له الانتفاع مادام حياً فإذا مات ترد العين الموصى بمنفعتها إلى ورثة الموصي . وإذا حدد مدة كان للموصي له الانتفاع في المدة المحددة فقط فإذا قال : أوصيت لفلان بسكنى دارى أو محصول أرضى سنة فله ذلك بعد موت الموصي سنة فقط وإذا قال : أوصيت لفلان بسكنى دارى السنة الثالثة بعد مماتى فله السكنى تلك السنة وبعد انقضاء المدة المحددة تعود العين إلى ورثة الموصي . فالوصية بالمنفعة ينتهى أمدها بانتهاء المدة إذا حددت لها مدة وانتهاء حياة الموصي له إذا أطلقت عن تحديد مدة أو نص فيها على الأبد . ولا تنتقل المنفعة إلى ورثة الموصي له لأنهم غير موصى لهم بها ولأن المنافع لا تورث وحدها بل تورث تبعاً لإرث الأعيان

حكم الوصية : إذا تمت الوصية باستيفاء ركنها وشروطها ترتب عليها حكمها وهو ثبوت المثلث للموصي له فيما أوصى له به فإذا كان موصى له بالعين ملكها ملكية تامة وكان له حق التصرف فيها بجميع التصرفات التى للمالك في ملكه وتورث عنه بعد مماته . وإذا كان موصى له بالمنفعة ملكها على حسب نص الوصية من حيث نوع الانتفاع وأمدته على ما بينا وتكون رغبة العين الموصى بمنفعتها منكما لورثة الموصي ولكن ملكيتها ناقصة حتى يستوفى الموصى له حقه في منفعتها . وقد قلنا أن الموصى مادام حياً له الرجوع عن وصيته لأنه لم يحصل إلا الإيجاب وحده فله المثلث عنه لأنه لم يتم العقد . وهنا من الوجهة القضائية . أما من الوجهة الخلقية فمن شرع في خير فعليه أن يمضى فيه والله يحب العبد إذا عمل

(١) وقد أوردت بعض الإبداء أحمد في مشروع الإصلاح نص أحكام الوقف وبيان مدكرنا ما من الأبد به من مصاديق .

عملاً أن يتم وهو سبحانه يمد بمعونه من أراد ويوفقه إلى إتمامه .
والحمد لله على نعمة التوفيق .

قانون عمرة ٢٥ لسنة ١٩٢٠
خاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية
نحن سلطان مصر . بعد الديباجة - وصيماً بما هو آت

الباب الأول - في النفقة **القسم الأول - في النفقة والعدة**

مادة ١ - تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكما ديناً في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراص منهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء .

مادة ٢ - المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق .

مادة ٣ - من تأخر حيضها بغير رضاع تعتبر عدتها بالنسبة للنفقة بسنة يضاء لا ترى فيها الحيض فإن ادعت أنها رأت الدم في أثنائها أخرت إلى أن ترى الدم مرة أخرى أو إلى أن تمضي سنة يضاء وفي الثالثة إن رأت الدم انقضت عدتها وإن لم تره تنقضي العدة بانتهاء السنة .

فإن كانت مرضعاً وحاضت في أثناء الرضاع اعتدت بالأقراء وإن تأخر حيضها بعد انقضاء مدة الرضاع كان الحكم في تأخر حيضها هو ما تقدم . وفي الحائضين لا تسمع دعوى أن لها عادة في الحيض لأكثر من سنة^(١) .

القسم الثاني - في العجز عن النفقة

مادة ٤ - إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر تقلد الحكم عليه بالنفقة في ماله فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل إنه معسر أو

(١) لتبين هذه المادة القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى في الحال . وإن ادعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالاً . وإن أثبت أمهله مدة لا تزيد على شهر فإن لم يتفق طلق عليه بعد ذلك .

مادة ٥ - إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالتعفة في ماله وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عنها طلق عليه القاضى بعد مضي الأجل .

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المخل أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى .

ونسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالتعفة .

مادة ٦ تطبيق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعياً وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعد للإنفاق في أثناء العدة فإذا لم يثبت إيساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة

الباب الثاني - في المفقود

مادة ٧ - إذا كان للمفقود - وهو من انقطع خبره - مال تنفق منه زوجته جاز لها أن ترفع أمرها إلى القاضى وتبين الجهة التى يظن أنه سار إليها ويمكن أن يكون موجوداً بها وعلى القاضى أن يبلغ الأمر إلى وزارة الحفانية لتجرى البحث عنه بجميع الطرق الممكنة . فإذا مضت مدة أربع سنين من حين رفع الأمر إلى القاضى ولم يعد الزوج ولم يظهر له خبر يعلن القاضى الزوجة فتعد عدة وفاة أربع أشهر وعشرة أيام . وبعد انقضاء العدة يحل لها أن تتزوج بغيره^(١) .

مادة ٨ - إذا جاء المفقود أو لم يجيء وتبين أنه حي فزوجته له مالم يتزوج الثانى بها غير عالم بحياته الأول فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياته كانت للثانى مالم يكن عقده في عدة وفاة الأول .

(١) ثبتت هذه المادة بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٩ .

الباب الثالث - في التفريق بالعيب

مادة ٩ - للزوجة أن تطالب 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 والجنام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

مادة ١٠ - الفرقة بالعيب طلاق بائن .

مادة ١١ - يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها .

الباب الرابع - في أحكام مطرقة

مادة ١٢ - تسرى أحكام المادة الثالثة من هذا القانون على المعتدات اللاتي حكم لهن بنفقات عدة بمقتضى أحكام نهائية صادرة قبل تنفيذ هذا القانون^(١) .

مادة ١٣ - على وزير الحفانية تنفيذ هذا القانون ويسرى العمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

صدر بسرأى رأس الدين في ٢٥ شوال سنة ١٣٢٨ (١٢ يولييه سنة ١٩٢٠) .

فؤاد

بأمر الحضرة السلطانية

وزير الحفانية - أحمد ذو الفقار رئيس مجلس الوزراء - محمد توفيق نسيم

(١) ألغيت هذه المادة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

مرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية
نحس فؤاد الأول ملك مصر - بعد الديباجة - رسمياً بما هو آت

١ - الطلاق

- مادة ١ - لا يقع طلاق السكران والمكره .
مادة ٢ - لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير .
مادة ٣ - الصلح المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة .
مادة ٤ - كسايات الطلاق وهي ما تحتمل انطلاق وغيره لا يقع بها الصلح إلا هائية .
مادة ٥ - كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث . والطلاق قبل التحول وانطلاق على مال وما نص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون عمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ .

٢ - الشقاق بين الزوجين والتطليق للمضرر

مادة ٦ - إذا ادعت الزوجة لإضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثافها يجوز لها أن تطالب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائناً إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب لم تكرر الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماًين وقضى على الوجه المبين بالمواد (٢) و٨ و٩ و١٠ و١١) .

مادة ٧ - يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحافضاً وقدرة على الإصلاح بينهما .

مادة ٨ - على المحكمين أن يتعرفوا أسباب الشقاق بين الزوجين وبذلك جهنهما في الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرارها .

مادة ٩ - إذا عجز المحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو مبهما . أو جهل الحال . فورا التفريق بطنقة باتنة .

مادة ١٠ - إذا اختلف المحكمان أمرهما القاضي بمعلوذة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

مادة ١١ - على المحكمين أن يرفعوا إلى القاضي ما يقررانه وعلى القاضي أن يحكم بتنصاه .

٣ - التطلق لفية الزوج أو حليسه

مادة ١٢ - إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول حاز زوجته أن تطالب إلى القاضي بتطبيقها باتنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

مادة ١٣ - إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو يلقها إليه أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عنراً مقبولا فرق القاضي بينهما بتطبيقه باتنة . وإن لم يكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعدار وصره أجل .

مادة ١٤ - نروجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطالب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطبيق عليه باتنا للمضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

٤ - دعوى النسب

مادة ١٥ - لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة تبت عدم التلاق بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من

غية الزوج عنها . ولا لولد المطلقة والشرقى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة .

٥ - النفقة والعدة

مادة ١٦ - تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة .

مادة ١٧ - لا تسمع الدعوى تنفقة عدة لمدة تزيد عن سنة من تاريخ الطلاق . كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لطلقة توفى عنها زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق .

مادة ١٨ - لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد عن سنة من تاريخ الطلاق . ولا يجوز تنفيذ حكم صادر قبل العمل بهذا القانون لمدة بعد صلوره إلا بتقدير ما يكمل سنة من تاريخ الطلاق .

٦ - المهر

مادة ١٩ - إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج يمينه إلا إذا ادعى ما لا يصح أن يكون مهراً لملها عرفاً فيحكم مهر المثل .

وكذلك الحكم عن الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين وريثهما .

٧ - سن الحضانة

مادة ٢٠ - للقاصى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك .

٨ - المفقود

مادة ٢١ - يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الطلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده .

وأما في جميع الأحوال الأخرى فيقوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً .

مادة ٢٢ - بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المنية في المادة السابقة تعدد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم .

مادة ٢٣ - المراد بالسنة في المواد من (١٢ إلى ١٨ هي السنة التي عدد أيامها ٣٦٥ يوماً) .

مادة ٢٤ - تلغى المواد (٣ و٧ و١٢) من القانون لمرّة ٢٥ سنة ١٩٢٠ التي تتضمن أحكاماً بشأن النفقة ومسائل أخرى متعلقة بالأحوال الشخصية .

مادة ٢٥ - على وزير الحفانية تنفيذ هذا القانون ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

نأمر أن يصم هذا القانون بخاتم الدولة وأن ينشر في الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

صدر بسرّى عابدين في ٢٨ رمضان سنة ١٣٤٧ (١٠ مارس سنة ١٩٢٩) .

فؤاد

بأمر حضرة صاحب الجلالة

رئيس مجلس الوزراء

محمد محمود

وزير الحفانية

أحمد محمد خشبة .