

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار

محمد عزمي البكري

رئيس محكمة استئناف بني سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقا)

في

الأحوال الشخصية

المجلد الأول

الخطبة - أركان عقد الزواج - شروط انعقاد الزواج وصحته
ولزومه ونفاذه - إثبات الزواج - المهر - جهاز مسكن الزوجية.



9 شارع سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة

19 شارع بيرم التونسي - زينهم - السيدة زينب

ت: 23960443 - 23953301 - 23639556

Email- dar.mahmoud88@outlook.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾

صدقة الله العظيم

إلى كل من ينتمى إلى الأسرة القانونية أقوم بنشر هذا العمل لا سعيًا وراء كسب مادي، ولكن واضعاً نصب عيني أن يكون هذا العمل إحدى الشموع التي تضيء طريق العدالة الذي يخطو بنا نحو مجتمع أفضل. فهو بحق عمل جيد وضاء، وهذا ليس غريباً أو جديداً على أستاذنا المستشار / **محمد عزمى البكرى** الذى أثرى المكتبة القانونية بأهم الكتب وأكثرها إفادة ونفعاً لكافة المشتغلين بالقانون لاسيما رجال القضاء والمحاماة. ولا يفوتنى فى هذا المقام أن أقدم الشكر والثناء إلى معلمى الأول والذى المرحوم الحاج / **ربيع محمود خاطر** صاحب المكتبة القانونية.

الناشر

محمود ربيع خاطر



تقديم الطبعة الحادية والعشرين

يسعدنى أن أقدم للسادة رجال القانون والفقه الإسلامى الطبعة الحادية والعشرين من هذه الموسوعة بعد أن نفذت الطبعة السابقة عليها فى أشهر قليلة. وقد أضفنا إلى هذه الطبعة ما استجد من تشريع ومن قضاء المحكمة الدستورية العليا.

ويحدونى الأمل فى أن يكون هذا الجهد نافعا مثمرا.

والله ولى التوفيق،،

المؤلف

المستشار

محمد عزمى البكري

رئيس محكمة استئناف بنى سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقا)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة الطبعة الأولى

بعون الله ومشينته نضع أمام رجال القانون وكافة المهتمين بمسائل الأحوال الشخصية (موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية).

وهذه الموسوعة تحوى شرحا لمسائل الأحوال الشخصية للمسلمين الخاصة بالخطبة وآثارها والزواج وما يترتب عليه من حقوق وواجبات والفرقة بين الزوجين وآثارها، وحقوق الأولاد والأقارب، وكذلك شرح القواعد الإجرائية في مسائل الأحوال الشخصية.

وهذا الشرح يتناول نصوص التشريعات المعمول بها والآراء الفقهية فيما لم يرد بشأنه نص في التشريع معلقا على ذلك بفتاوى دار الإفتاء المصرية والأحكام القضائية الصادرة من المحاكم على اختلاف درجاتها.

وفى الآراء الفقهية أبرزنا - فى المقام الأول - رأى الراجح فى المذهب الحنفى المعمول به فيما لم يرد بشأنه نص تشريعى (م 6 من القانون رقم 462 لسنة 1955، م 280 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931)، والتزمنا عرض هذه الآراء بأسلوب سهل واضح لا يقتضى عناء فى الفهم أو جهدا فى الوصول إلى القصد.

أما عن أحكام المحاكم، فقد أولينا أحكام محكمة النقض اهتماما خاصا فأوردنا الأحكام الصادرة منها منذ إنشائها حتى أحدث أحكامها التى لم يتم نشرها بعد. وعن أحكام المحاكم الأخرى فقد حرصنا على نشر نماذج من الأحكام القديمة التى صدرت من القضاء الشرعى بجانب الأحكام الحديثة الصادرة من دوائر الأحوال الشخصية والتى لم يسبق نشرها من قبل حتى يقف الباحث على اتجاهات القضاء فى مراحلها المختلفة.

ولأن فتاوى دار الإفتاء المصرية تمثل رأى الفقهي الصادر من الجهة الرسمية المختصة بالبلاد، فضلا عن أهميتها المستمدة من المكانة الفقهية لمصدرها، فقد رأينا دعما للفائدة تزويد المؤلف بها.

وقد استهدفنا من ذلك كله، أن تكون هذه الموسوعة مرجعا فقهيا قضائيا متكاملًا يجمع للباحث شتات المسائل التي طوتها متون الفقهاء وحوتها مجموعات الأحكام، يجد فيها الباحث الغناء عن غيرها.

ولم نشأ أن نسلك في هذا المؤلف طريقة المشرح الفقهي التقليدي، إذ لم تعد هذه الطريقة محببة إلى المشتغلين بالقانون لاسيما في مجال القضاء والمحاماة فهي لا تسعف الباحث بما ينشده في سهولة ويسر. وفي ذات الوقت رأينا أن طريقة التعليق على النصوص التي سلكنها في مؤلفات سابقة لن تحقق في مسائل الأحوال الشخصية ما لها من ميزة في سهولة البحث ووضوح الفكرة وتقديم الحل دون بذل مزيد من الجهد، لأن هذه المسائل ليست جميعها مقننة وإنما يحكم بعضها نصوص تشريعية، وفيما لم يرد بشأنه نص يرجع فيه إلى الرأى الراجح في المذهب الحنفي، ولو اجتزأنا بالتعليق على النصوص القائمة دون بيان ما يكملها أو يرتبط بها من الرأى المذكور لكان قصورا، ولو أضفنا ذلك إليها لازدحم التعليق في غير تنسيق واضطراب أسلوب العرض، فنتعقد المسائل ويصعب الوصول إلى الحل، وتكون طريقة التعليق على النصوص قد فقدت ما لها من ميزة.

ومن أجل ذلك التزمنا في هذا المؤلف منهجا جديدا يجمع بين مزايا الطريقتين، ويدراً مثالب الشرح الفقهي التقليدي فقسنا المسائل التي يتناولها البحث إلى موضوعات مستقلة يحمل كل منها رقما خاصا وقسمنا الموضوع الواحد إلى بنود. وقد راعينا في ترتيب هذه الموضوعات تدرجها في حياة الفرد - في نطاق الدراسة - ولذلك بدأنا بموضوع (الخطبة) باعتبارها تمهيدا لعقد الزواج. ونأينا بذلك عن تقسيم المؤلف إلى أبواب وفصول ومباحث... وهو ما تسير عليه المؤلفات الفقهية.

وقد أوردنا في بداية كل موضوع النصوص التشريعية التي تحكمه إن وجدت. ثم تناولنا أجزاء الموضوع (بنوده) بالشرح والتعليق بآراء الفقه وفتاوى دار الإفتاء وأحكام المحاكم ومناقشات مجلس الشعب.

والمجلد الذى نقدمه الآن يشمل خمسة وعشرين موضوعا تبدأ (بالخطبة) وتنتهى (بمتمعة المطلقة فى القانون رقم 100 لسنة 1985).
أما باقى موضوعات الموسوعة فسنعالجها إن شاء الله تعالى فى القريب فى مجلد آخر أو أكثر.

والله ولي التوفيق،،،

المؤلف

المستشار

محمد عزمى البكري

رئيس محكمة استئناف بنى سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقا)



دراسة تمهيدية المقصود بالأحوال الشخصية

الأحكام التكليفية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية قسمان: أحدهما: يتعلق بالعقائد كالإيمان بالله تعالى وملائكته وكتبه ورسله وباليوم الآخر، وهذا يدخل في دراسة التوحيد. وثانيهما: يتعلق بأعمال الإنسان، وينقسم إلى عبادات ومعاملات. أما العبادات فهي الأعمال التي يتقرب بها الإنسان إلى الله كالصلاة والصوم والزكاة والحج، وأما المعاملات فهي تنظم علاقة الإنسان بغيره، كالعقود والتصرفات، سواء تعلقت بتنظيم الأسرة وتكوينها كالخطبة والزواج والفرقة والنفقة والرضاع والحضانة والنسب والموارث أو كانت متعلقة بالأموال من بيع وإجارة وهبة ووصية وأشباه ما ذكر أو كانت متعلقة بأنواع الجرائم وما يترتب عليها من العقوبات المختلفة، أو كانت متعلقة برفع الدعوى بالمال أو بغيره وبطرق إثباتها والحكم فيها، أو كانت متعلقة بتنظيم العلاقات بين الدول والحكومات بعضها مع بعض في حالتها الحرب والسلام⁽¹⁾.

فكان الزواج وما يتصل به يندرج ضمن المعاملات، وقد ذكر ابن عابدين أن المعاملات خمس: المعاوضات المالية، والأمانات، والزواج وما يتصل به، والمخاصمات، والتركات.

ولكن إذا كان الزواج يندرج في قسم المعاملات على النحو السابق، إلا أنه قد ألحق حكماً بالعبادات. وبذلك يدخل في المعاملات العلاقات المالية والعلاقات العائلية مع مراعاة ما يدخل منها في العبادات. ومعنى إلحاق الزواج حكماً بالعبادات أن لغير المسلمين أن يترافعوا إلى رؤسائهم الدينيين بالنسبة له، إذ القاعدة أن غير المسلمين مخاطبون بأحكام المعاملات، ومن المعروف أن الزواج يدخل في المعاملات ولكنه أخرج منها وألحق حكماً بالعبادات حتى لا يخاطب غير المسلمين

(1) الأستاذ عمر عبد الله أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية طبعة 1968،

بأحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة له. بل لهم أن يترافعوا إلى رؤسائهم الدينيين، كما أن لهم أن يترافعوا إليهم في كل ما يتصل بالعبادات والعقائد⁽²⁾.

ولذلك لم يعرف الكتاب القدامى اصطلاح الأحوال الشخصية وخلت منه مؤلفاتهم. أما اصطلاح الأحوال الشخصية فقد ابتدعه الفقه الإيطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر حين واجهته المشكلة التي يسميها فقه القانون الدولي الخاص مشكلة (تتازع القوانين). وكان يقوم في إيطاليا حينئذ نظامان قانونيان، الأول هو نظام القانون الروماني باعتباره القانون العام أو الشريعة العامة والتي تطبق على كل إقليم إيطاليا، والثاني النظام المحلى الذى لا يتعدى سلطانه حدود إقطاعية من الإقطاعيات أو مدينة من المدن. ولا يغيب عن البال أنه فى هذا العصر كان الكثير من المدن الإيطالية قد استقلت عن السلطة المركزية وأصبحت دويلات أو إقطاعيات.

ولما كان من الممكن أن يتمسك شخص بأن يحكم القانون الرومانى هذا النزاع، بينما يتمسك الآخر بتطبيق القانون المحلى، لجأ الفقه إذ ذاك - كى يفرق بين النظامين القانونيين - إلى إطلاق تسمية كل منهما، فأطلق على القانون الرومانى كلمة قانون بينما أطلق على القانون المحلى كلمة (حال) وجمعها أحوال ثم قسم هذه الأحوال إلى أحوال تتعلق بالأشخاص وأحوال تتعلق بالأموال.

وكان يعنى بالأولى القواعد القانونية التى غالبا ما تتبع الشخص أينما يكون ويعنى بالثانية القواعد القانونية التى يقتصر سلطانها على مكان معين، وتحكم ما يوجد فيه من أموال، ثم ذاعت التسمية والتقسيم.

ومع الزمن اختفت ظاهرة وجود قانون عام يمتد على إقليم الدولة وقانون محلى يقتصر سلطانه فقط على حدود ولاية من هذه الدولة، وأصبح لكل دولة قانون واحد فقط له صفة العموم. واستعار الفقه تقسيم الإيطاليين وأصبح القانون المدنى

(2) المقصود بالأحوال الشخصية مقال للمحامى العام أحمد خيرت، مجلة القضاء، العدد 8 سبتمبر

المقارن يقسم بالتالى إلى طائفتين من القواعد: الأولى تتعلق بالروابط الشخصية أو بالأشخاص، ويقصد بها عادة تلك القواعد الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم وجنسياتهم واحتفظ لها باصطلاح (الأحوال المتعلقة بالأشخاص). والثانية تتعلق بالروابط المالية أو بالأموال وتحكمها واحتفظ لها باصطلاح (الأحوال المتعلقة بالأموال) ثم اختصر كل من الاصطلاحين فأصبح يطلق على الأول: الأحوال الشخصية وأصبح يطلق على الثاني: الأحوال العينية.

أما فى مصر فإن مدلول الأحوال الشخصية تلقى نفس المدلول السابق بالنسبة لعلاقات الأجانب وتلقى بجانبه مدلولاً آخر بالنسبة للعلاقات الوطنية. فهى بالنسبة لهذه الأخيرة ليست تلك المسائل التى تقابل الأحوال العينية، وإنما هى تلك المسائل التى تتعدد القواعد القانونية التى تحكمها بالنسبة للعلاقات الوطنية.

وبناء عليه تتحدد مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب عن طريق معرفة ما إذا كانت تقابل الأحوال العينية، وتتحدد بالنسبة للوطنيين عن طريق معرفة ما إذا كان المشرع قد سمح بتعدد القواعد الداخلية التى تحكمها لأن القانون وضع قواعد مختلفة⁽³⁾.

ولا يمكننا أن نلتمس تحديداً دقيقاً للأحوال الشخصية فى تعريف فقهى واضح يتفق عليه كل الفقه أو أغلبه. ذلك أن تحديد المسائل التى تخضع للأحوال الشخصية كان دائماً مثار جدل فى الفقه. ولم ينته أحد من الفقهاء إلى معيار حاسم فى بيان ما يعتبر من هذه المسائل ولا يعتبر منها. وبعض تعريفاته لها لا يعدو أن يكون تعداداً لمسائل هذه الأحوال. وقد كانت صعوبة وضع تعريف شامل سبباً فى أن ينصرف الفقه عن محاولة التعريف مكتفياً بذكر أمثلة من مسائل الأحوال الشخصية لا تعتبر تعداداً كاملاً لها. وإنما يمكن أن يضاف إليها من مسائل الأحوال الشخصية ما تقتضى طبيعته باعتباره كذلك، على أساس

(3) الدكتور أحمد سلامه، الوسيط فى الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين، الطبعة

التحديد العام لهذه المسائل بأنها المراكز القانونية المتصلة بمصالح الأشخاص الناشئة عن ارتباطهم بأسرهم⁽⁴⁾.

وقد عرفت محكمة النقض المقصود بالأحوال الشخصية فى حكم لها صادر بتاريخ 1934/6/21 فى الطعن رقم 40 لسنة 30 ق بأنها:

«الأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا فى حياته الاجتماعية ككونه إنسانا ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية. أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هى من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه. غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية - وكلها من عقود التبرعات - تقوم غالبا على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة، فألجأ هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية فيما يخرجها عن اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نطاقها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها. على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شيء مما تختص به من تلك العقود، فإن نظرها فيه بالبداية مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها».

(4) المحامى العام أحمد خيرت، المقال المشار إليه ص 67. وقد عرف البعض الأحوال الشخصية بأنها القوانين التى تحكم علاقات الأسرة، أو بأنها المراكز القانونية التى تتصل بالمصالح غير المالية التى تنتج من ارتباط الشخص بأسرته، وقد تدارك أن مثل هذه التعريفات ليست تعريفا جامعا مانعا يسمح بتحديد دقيق لمسائل الأحوال الشخصية «الدكتور جميل الشرقاوى الأحوال الشخصية لغير المسلمين الكتاب الأول الزواج 1973 ص3».

وواضح أن هذا الحكم قد حاول أن يضع تعريفاً للأحوال الشخصية. فهي في نظره مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية. ولا شك أنه تعريف متأثر بالوضع في القانون الفرنسي الذي يعتبر مسائل الأحوال الشخصية هي فقط الحالة والأهلية.

لكن المحكمة رأت أن هذا التعريف لا يجمع كل ما استقر عليه الأمر في مصر بحسبانه محكوماً بالقانون الشخصي فاستدركت وأضافت «الوقف والوصية والهبة» ومن ثم فقد التعريف الذي وضعته المحكمة أهميته ولم يعد صالحاً بحسبانه أساساً علمياً لبناء تفرقة بين ما يحكمه القانون الشخصي وبين ما يحكمه غير هذا القانون.

كذلك يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يخص الأهلية بالذكر، بل اعتبرها تدخل في عموم الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً، مع أن هذا التعريف يصدق فقط على الحالة وأنه يجب التمييز بينها وبين الأهلية، ذلك أنه وإن كانتا ترتبطان معاً ارتباطاً وثيقاً، الأمر الذي يتمثل في أن الأهلية تتوقف إلى حد كبير على الحالة إلا أنه من الناحية الفنية البحتة يجب التمييز بينهما، لاسيما وأنه قد يختلف القانون الذي يحكم كل منهما.

ثم إن الإنسان يشعر حين يقرأ حكم النقض هذا أن الأحوال الشخصية والحالة اصطلاحان مترادفان مع أن الحالة تعتبر واحدة من مسائل الأحوال الشخصية.

وقد أسهم المشرع في جلاء ما يحيط بمصطلح الأحوال الشخصية من غموض وذلك في لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة الصادرة بالقانون رقم 49 لسنة 1937، إذ نص في المادة 28 من هذه اللائحة على أن: «تمثل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر (الدوطة) ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقات بين الأصول

والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالهبات والمواريث وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وبالغيبية وباعتبار المفقود ميتاً».

وبمناسبة إلغاء المحاكم المختلطة من جهازنا القضائي صدر القانون رقم 147 لسنة 1949 الخاص بنظام القضاء وتناولت المادتان 13 ، 14 منه ما يعتبر من مسائل الأحوال الشخصية.

فنصت المادة 13 على أن تشمل الأحوال الشخصية المنصوص عليها في المادة السابقة: «المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبية واعتبار المفقود ميتاً وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت» ونصت المادة 14 على أن: وتعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك.

ووضح أن قانون نظام القضاء أورد تعداداً لمسائل الأحوال الشخصية على النحو الوارد بالمادة 28 من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة، وإن كان قد زاد الولاية، وأخرج الهبة من مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين، وعلق اعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب على كون قانونهم الشخصي يعدها من بينها، بينما اعتبرت اللائحة الهبة من مسائل الأحوال الشخصية مطلقاً.

وقد ظل النصان السابقان معمولاً بهما بعد صدور القانون رقم 56 لسنة 1959 (المعدل) في شأن السلطة القضائية، لأن المادة الأولى فيه نصت على أنه لا يلغى من قانون نظام القضاء إلا ما يخالف أحكامه، وكان القانون رقم 56 لسنة 1959 لم يتضمن ما يقابل حكمي المادتين المشار إليهما فظلتا باقيتين.

ولما صدر بعد ذلك القانون رقم 43 لسنة 1965 فى شأن السلطة القضائية نص فى المادة الأولى من مواد إصداره على أن: «يلغى القانون رقم 56 لسنة 1959 فى شأن السلطة القضائية والقانون رقم 147 لسنة 1949 بشأن نظام القضاء والقوانين المعدلة لهما ويستعاض عنها بنصوص القانون المرافق، ويلغى كل نص يخالف أحكامه»، وعلى ذلك انسحب الإلغاء الكلى للقانون رقم 147 لسنة 1949 على نص المادتين 13، 14 سالفتي الذكر، رغم أنه لم يدر بخلد الشارع إلغاء هاتين المادتين ولم تكشف عنه الأعمال التحضيرية للقانون.

وبعد ذلك صدر القانون رقم 43 لسنة 1965 فى شأن السلطة القضائية، الذى حل محل القانونين 47 لسنة 1949، 56 لسنة 1959، إذ نصت المادة الأولى من مواد إصداره على أن: يلغى القانون رقم 56 لسنة 1959 فى شأن السلطة القضائية والقانون رقم 47 لسنة 1949 بشأن نظام القضاء والقوانين المعدلة لهما ويستعاض عنهما بنصوص القانون المرافق ويلغى كل نص آخر يخالف أحكامه - وواضح بذلك أن الإلغاء شمل المادتين 13، 14 من القانون رقم 47 لسنة 1949، فى الوقت الذى لم يتعرض فيه القانون رقم 43 لسنة 1965 لتعريف أو تحديد المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، ولما صدر القرار بقانون رقم 46 لسنة 1972 (المعدل) بشأن السلطة القضائية المعمول به الآن، حذا ذوو القانون السابق عليه والذى حل محله ولم يتناول مسائل الأحوال الشخصية واقتصر على النص فى المادة الأولى من مواد إصداره على أن يستبدل بأحكام القانون رقم 43 لسنة 1965 فى شأن السلطة القضائية والقوانين المعدلة له النصوص المرافقة وتلغى جميع الأحكام المخالفة لأحكام هذا القانون.

ولما كان القرار بقانون رقم 46 لسنة 1972 قد أغفل تحديد مسائل الأحوال الشخصية، فقد أصبح تحيدها مسألة فقهية تخضع للاجتهاد، وكان الأولى بالمشروع أن يتناول هذه المسألة إما بالتعريف أو التحديد استهداء بنص المادتين 13، 14 من قانون نظام القضاء رقم 147 لسنة 1949، وذلك للقضاء على ما يثور حولها من خلاف.

والشارع المصرى وإن كان قد ترك بصفة عامة حكم مسائل الأحوال الشخصية للمصريين لقانون الديانة إلا أنه قام بتنظيم بعض ما ذكرته المادة 13 من قانون نظام القضاء من مسائل الأحوال الشخصية بتشريعات مدنية موحدة تطبق على مسائل المصريين على اختلاف دياناتهم واستبعد بذلك تطبيق القانون الدينى فيها، وهى مسائل الأهلية والولاية على المال والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة (المواد من 44 - 48 من القانون المدنى والقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال)، ومسائل المفقود (القانون رقم 25 لسنة 1929 مكمله بقواعد الشريعة الإسلامية وفقا للرأى الراجح من المذهب الحنفى)، ومسائل المواريث (قانون رقم 77 لسنة 1943)، ومسائل النسب فقد ألحقها الفقه بمسائل الإرث، ومسائل الوصية (القانون رقم 71 لسنة 1946)، والهبة (المواد من 486 - 504 مدني)، والوقف (القانون رقم 48 لسنة 1946 المعدل بالقانون رقم 180 لسنة 1952 الخاص بإلغاء الوقف على غير جهات الخيرات والقوانين المعدلة له)⁽⁵⁾.

ويبنى على ذلك أن مسائل الخطبة والزواج والطلاق وآثارهما هى التى لا تزال محكومة بالقواعد الدينية، فيطبق أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص على المسلمين وقواعد اليهودية والمسيحية على اليهود والمسيحيين. أما عن نطاق بحثنا فى هذه الموسوعة فقد أوضحناه فى مقدمة هذا المجلد.



موضوع رقم (1)

الخطبة

1- تعريف الخطبة:

الخطبة هي تقدم الرجل إلى امرأة معينة لا يحرم عليه التزوج منها، أو إلى من ينوب عنها شرعاً، طالبا الزواج منها، فإذا وافقت المرأة أو وافق نائبها على طلب الرجل تمت الخطبة⁽⁶⁾.

وقد جرى العرف على أن الرجل هو الذى يخطب المرأة، غير أنه لا يوجد مانع شرعى من أن تخطب المرأة الرجل. وقد روى أن النبى عليه السلام جاءتة امرأة قالت: يا رسول الله إني وهبت نفسى لك، فقامت قياما طويلا، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، وبعد حديث دار بينه وبين النبى عليه السلام بخصوص مهرها زوجها له بما معه من القرآن.

وقد جرى العرف فى مصر، على قراءة الفاتحة بعد قبول الخطبة، والقصد من قراءة الفاتحة تأكيد قبول الخطبة من ناحية، والتيمن بها فى هذه المناسبة من ناحية أخرى، ولا تعتبر قراءة الفاتحة شرطا لصحة الخطبة.

والخطبة من مقدمات عقد الزواج، يتروى فيها الخاطبان قبل أن يقدموا على هذا العقد الخطير، إلا أنها ليست ركنا من أركان العقد وليست شرطا من شروط صحته، فلو تم العقد بدونها، كان عقدا صحيحا لا تشوبه شائبة⁽⁷⁾.

(6) والخطبة بكسر الخاء لغة مصدر بمنزلة الخطب وفى اشتقاقه وجهان: الأول أن الخطب هو الأمر والشأن، يقال ما خطبك أى ما شأنك، فقولهم خطب فلان فلانة أى سألها أمرا وشأنا فى نفسها، والثانى أن أصل الخطبة من الخطاب الذى هو الكلام يقال خطب المرأة خطبة لأنه خاطب فى عقد النكاح وخطب خطبة أى خاطب بالزجر والوعظ والخطب الأمر العظيم لأنه يحتاج فيه إلى خطاب كثير. (البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج4 للإمام الشيخ زين الدين الشهير بابن نجيم ص151).

(7) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، الجزء الثانى، طبعة خامسة 1981 ص3 - خطبة النكاح الدكتور عبد الرحمن عتر طبعة 1985 رسالة دكتوراه ص60.

وبهذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1979/6/4 فى الطلب رقم 196 لسنة 1979، إذ جاء بالفتوى:

«الخطبة وقراءة الفاتحة وقبض المهر والشبكة وقبول الهدايا من مقدمات الزواج ومن قبيل الوعد به مادام عقد الزواج لم يتم بأركانها وشروطه الشرعية....» - أيضا الفتوى الصادرة بتاريخ 2 يناير سنة 1980 فى الطلب رقم 331 لسنة 1979.

2- رؤية الخا ب للمخطوبة:

لما كان عقد الزواج أعظم العقود خطرا فى حياة الإنسان لأن موضوعه الإنسان نفسه، وهدفه الحياة السعيدة الدائمة بين الزوجين، والنسل الذى يبقى به النوع، فقد ندبت الشريعة الغراء إلى رؤية الخاطب للمخطوبة قبل الخطبة، حتى يكون على بينة من صفاتها الخلقية، خشية أن يفاجأ بعد عقده عليها بصورة غير التى رسمها لها فيكون ذلك سببا فى تعاسة الزواج وربما أدى إلى الطلاق وهو أبغض الحلال إلى الله.

فعن المغيرة بن شعبه رضى الله عنه أنه خطب امرأة، فقال له النبى عليه السلام: «أنظرت إليها؟ قال: لا، فقال عليه السلام: «أنظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما» أى يصلح وتكون به الألفة والوافق.

وعن جابر رضى الله عنه أنه قال: «قال رسول الله ﷺ: «إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل»، قال جابر: «فخطبت جارية، فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها بعض ما دعانى إلى نكاحها، فتزوجتها».

وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال: خطب رجل امرأة فقال النبى ﷺ: «انظر إليها فإن فى أعين الأنصار شيئا» يعنى ضيقا. ويجوز شرعا النظر إلى صورة المخطوبة، سواء كانت مطبوعة على ورق (فوتغرافية) أو كانت فى مرآة أو شاشة عاكسة فى الماء وذلك إذا كانت الصورة مقصورة على ما يظهر من المرأة فى أحوالها العادية، أما إذا كشفت الصورة عما لا يحل للرجل أن

ينظر من المرأة الأجنبية كصدرها عاريا فلا يجوز النظر إلى هذه الصورة، إلا أن تكون نظرة الفجأة أى وقع بصره عليها لأول مرة وفجأة، عليه غض البصر بعد هذه النظرة⁽⁸⁾.

وقد اختلف الفقهاء فيما يباح النظر إليه من المخطوبة بين موسع ومضيق. فذهب جمهور الفقهاء - الذين أجازوا النظر إلى المخطوبة - إلى أنه يجوز للخطاب النظر إلى الوجه والكفين لأنه يستدل بالنظر إلى الوجه على الجمال أو الدمامة وخفة الروح، وإلى الكفين على خصوبة البدن أو عدمها، وحال الجسم من النحافة والامتلاء. وزاد الحنفية - فى رواية - على الوجه والكفين، القدمين. وقد رجح محمد قدرى باشا فى كتابه الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية الرواية التى تتفق مع الجمهور.

فجاء بالمادة الثالثة من الكتاب:

«يجوز للخطاب أن يبصر المخطوبة وينظر إلى وجهها وكفيها». وزاد المالكية اليبدين فى رواية عندهم، وفى رواية أخرى أجازوا النظر إلى جميع البدن سوى السوءتين. وفى رواية فى المذهب الحنبلى جواز النظر إلى ما يغلب ظهوره من المخطوبة. وفى رواية أخرى جواز النظر إليها متجردة. ويبدو من كتب الفقه أن الرواية الأولى هى المعتمدة. وأجاز داود الظاهرى فى رواية عنه النظر إلى جميع البدن حتى السوءتين. فى رواية أجاز النظر إلى جميع البدن عدا السوءتين. وأجاز الأوزاعى النظر إلى مواضع اللحم. ويجوز أن يتكرر النظر إلى المخطوبة إذا كان ذلك لازما للتأكد مما ينظر إليه منها.

ومن ضيق فى تحديد المواضع التى يجوز رؤيتها استند إلى قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾، فبعد أن نهى الله جل شأنه

(8) الدكتور عبد الناصر العطار خطبة النساء فى الشريعة الإسلامية ص 69.

النساء عن إبداء زينتهن استثنى من ذلك ما ظهر من زينة المرأة. والمقصود بالزينة مواضعها من الجسم»⁽⁹⁾.

وموضع الزينة الظاهرة: الوجه والكف والقدمين - عند من قال بهما - لأن الخضاب والخاتم زينة الكف، والخلخال زينة القدمين، وقد جرت العادة على ظهور هذه المواضع لأن في سترها حرجا بينا على المرأة، فهي لا تجد بدا من استعمال يديها وكشف وجهها في بعض الأوقات ولاسيما عند أداء الشهادة وتضطر إلى المشي في الطرقات وظهور قدميها وخاصة الفقيرات منهن.

وقد روى عن ابن عباس أنه قال فيما يظهر منها أنه الوجه وبطن الكف، فالمرأة المسلمة لا يبدو منها إلا وجهها وكفاها، وحين أمر الرسول عليه السلام الصحابي أن ينظر إليها، فذلك حيث تمكنه هي من النظر، والمرأة المسلمة لا تمكنه أن ينظر منها إلا ما يبدو وهو الوجه والكفان.

والأصل في النظر إلى المرأة الأجنبية أنه حرام بالنص لقوله تعالى: ﴿قُلْ

لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾ وإنما أباح

لضرورة التعرف على المخطوبة ويمكن التعرف عليها بالنظر إلى المواضع السابقة، وبما أنها ضرورة فالضرورة تقدر بقدرها ولا يجوز تعديها.

ومن توسع في تحديد المواضع التي يجوز رؤيتها استند إلى أن الأحاديث التي وردت في إجازة الرؤية جاءت مطلقة ولم تحدد مواضع الرؤية، بل أطلقت الرجل في رؤية ما يدعوه إلى الزواج من المرأة.

وفي بيان أسانيد من ضيق في تحديد المواضع التي يجوز رؤيتها الرد على أسانيد هذا الرأي.

ولا مرأ أن التوسع في النظر إلى المخطوبة ابتذال ومجون يتنافى كلية مع أدب الإسلام وشرف المسلمة وحيائها.

(9) بداية المجتهد ص3 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2 طبعة 1927 ص215

- خطبة النكاح للدكتور عبد الرحمن العتر ص202 وما بعدها العطار ص69 - الأستاذ

سيد سابق فقه السنة المجلد الثاني 1986 طبعة مكتبة الخدمات الحديثة بجدة ص155.

وإذا كان الإسلام قد أجاز للرجل رؤية مخطوبته قبل ارتباطه بها بالعقد حتى لا يرى فيها بعد ذلك ما لا يحبه فتتهدد الحياة الزوجية بالتفكك والانحيار إلا أن جمال المرأة ليس هو كل شيء فيها وإنما تتكح المرأة لأمر آخر أعظم وأجدي. وقد أرشدنا الرسول عليه السلام إلى الطريق القويم في اختيار المرأة. فقال عليه السلام: «تتكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك».

ومعنى الحديث أن الناس يقصدون في اختيارهم المال والحسب والجمال، وآخر ما يقصدون إليه هو الدين، فبين الرسول عليه السلام خطأهم، وأرشدهم إلى أن يقصدوا الدين أولاً.

وقد أبان الرسول عليه السلام أن السعادة في صلاح الزوجة فقال: «ما استفاد المؤمن بعد تقوى الله عز وجل خيراً له من زوجة صالحة، إن أمرها أطاعته، وإن نظر إليها سرتة، وإن أقسم عليها أبرته، وإن غاب عنها نصحتة في نفسها وماله».

وعن أبي هريرة أن الرسول عليه السلام سئل أي النساء خير؟ قال: «التي تسره إذا نظر إليها، وتطيعه إذا أمرها، ولا تخالفه في نفسها ولا مالها».

3- رؤية المخطوبة للخاطب:

يحق للمخطوبة أن تنتظر إلى الخاطب قياساً على استحباب نظره إليها، لاتحاد العلة وهي أن تكون على بينة من خاطبها قبل الزواج ليكتمل رضاها به، بل إن هذا الحق ثابت بالطريق الأولى، فالعقد بالنسبة لها قيد لا تستطيع التخلص منه إلا بصعوبة بالغة، أما بالنسبة للرجل فيمكنه التخلص منه بطريق الطلاق الذي جعله الشارع بيده.

وعدم نص حديث المغيرة بن شعبه على الرؤية بالنسبة للمرأة لا يستفاد منه انتقاء حقها في الرؤية، لأن المرأة تستطيع النظر إلى الرجل ذلك أن حياته مبناها الظهور والبروز في شتى الأماكن بخلاف المرأة فإن القاعدة قرارها في البيت⁽¹⁰⁾.

(10) الدكتور عبد العزيز عامر الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (الزواج) الطبعة الأولى 1984 ص 19 - الأستاذ عمر عبد الله أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية 1968 ص 39.

وقد قال عمر: لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم، فإنه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن.

وللمخطوبة النظر إلى ما ظهر من الخاطب لا إلى ما بطن منه حتى لو خافت الشهوة - كما ذهب الأحناف - ولا يعد جسم الرجل عورة إلا ما بين الصرة والركبتين، وما ليس بعورة يجوز كشفه طالما كان في حال عادية وبحسن النية، ولا يعنى هذا أن يستعرض الخاطب جسده أمام المخطوبة فآداب الإسلام تنهى عن ذلك ولكن ما ظهر عرضاً منه جاز للمخطوبة النظر إليه عدا ما بين الصرة والركبتين⁽¹¹⁾.

ويجوز للمخطوبة أن تنظر إلى صورة الخاطب في الحدود التي يجوز لها أن تنظر إليه شخصياً.

4- وقت رؤية المخطوبة :

تكون رؤية المخطوبة عند الخطبة. وقد روى أن الشافعي رضى الله عنه يفضل أن تكون الرؤية قبل الخطبة عند نية الزواج من هذه المرأة حتى إذا أنتجت الرؤية قبولا أقدم وإن أنتجت رفضاً، لم يكن في إحجامه إيذاء لها أو حرجاً لأسرتها، وتكون الرؤية خفية أو فجأة من غير أن تعلم المخطوبة ولا ذويها من الأمر شيئاً وهذا الاستحسان له مكانه من اللياقة والعرف.

5- الخلوة بالمخطوبة :

الخلوة محرمة شرعاً باتفاق الفقهاء، ولم يحها الشارع لغير زوجين أو محرمين، فقد قال النبي عليه السلام: «لا يخلون أحدكم بامرأة إلا مع ذي محرم»، وقال: «ولا يخلون رجل بامرأة إلا كان الشيطان ثالثهما» ولم يرد نص يبيح الخلوة في رؤية الخاطب لمخطوبته، فبقى النهى العام قائماً.

وعلى ذلك تكون رؤية الخاطب لمخطوبته في حضور محرم من محارمها، كالأب والأخ والعم.

وكذلك تكون زيارة الخاطب والمخطوبة للأقارب. أما انفرادهما في هذه الزيارة فمفتاح للخلوة المحرمة.

(11) عبد الناصر العطار ص 67 وما بعدها.

6- من تجوز خطبتها من النساء؟

الخطبة تمهيد أو وسيلة لعقد الزواج، ولذلك لا يجوز خطبة امرأة إلا إذا كانت صالحة للزواج فى الحال، لأنه إذا كانت الغاية ممنوعة فالوسيلة غير جائزة.

ولذلك لا يجوز خطبة المرأة إذا كانت محرمة على الرجل حرمة مؤبدة، كالعمة والخالة وزوجة الأب، وأخته من الرضاع. أو إذا كانت محرمة على الرجل حرمة مؤقتة - كالمرأة المتزوجة. أما بالنسبة لخطبة المرأة المعتدة فتحتاج إلى تفصيل، نعرض له فيما يلي:

(أ) المعتدة من وفاة:

رغم أنه لا يجوز الزواج من معتدة الوفاة إلا بعد انقضاء عدتها، إلا أنه أجاز بالنص خطبتها تعريضا لا تصريحاً. وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ﴾⁽¹²⁾. والمراد بالنساء هنا معتدات الوفاة، لأن الكلام فى شأنهن⁽¹³⁾ حيث قال تعالى فى الآية التى سبقتها: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾. فيفهم من نفي الإثم والجناح عن التعريض بخطبة معتدات الوفاة أن الخطبة بالتعريض جائزة، أما الخطبة بالتصريح فهى غير جائزة.

والعلة فى ذلك هى أن الزوجية التى كانت بينها وبين زوجها قد انقطعت بوفاة زوجها مطلقاً، ولا يتصور عودتها مرة أخرى، وبالتالي لا يتصور حصول نزاع أو ضغينة بين الزوج المتوفى وبين الخاطب، كما أن عدة الوفاة تنقضى

(12) الآية 235 من سورة البقرة - ومعنى ﴿أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ﴾ أضمرتم فى

أنفسكم فلم تتطقوا به تعريضاً ولا تصريحاً.

(13) البحر الرائق ج4 ص152 - الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينأتى الطبعة

الأخيرة الجزء الثانى ص32.

بأجل معلوم محدد من الشارع مقدما، فهي إن كانت حاملا انقضت عدتها بوضع حملها، وإذا لم تكن كذلك انقضت عدتها بمضى أربعة أشهر وعشرة أيام، فليس هناك مجال لتلاعبها في انقضاء عدتها، بقصد تعجيل زواجها بآخر.

والخطبة بالتصريح تكون بأن يذكر الرجل لفظا يدل على إرادة الخطبة من غير احتمال لسواها ومثال ذلك أن يقول للمرأة: أنى أريد أن أتزوجك.

أما الخطبة بالتعريض فتكون بأن يطلب الرجل من المرأة الخطبة بلفظ لم يوضع لها حقيقة أو مجازا، وإنما يحتمل الخطبة ويحتمل غيرها غير أن دلالة الحال تكشف عن الرغبة في الخطبة. ومثل ذلك أن يقول الرجل للمرأة: (أنى بك معجب)، (إن الله سائق إليك خيرا ورزقا)، (من يجد مثلك؟). أو يمدح الرجل نفسه ويذكر مناقبه ومثال ذلك، ما روى من أن سكينه بنت حنظلة قالت: استأذن على محمد بن علي بن الحسين، ولم تنقض عدتي من مهلك زوج، فقال: «قد عرفت قرابتي من رسول الله «عليه السلام»، وقرابتي من علي، وموضعي من العرب». قلت: «غفر الله لك يا أبا جعفر، إنك رجل يؤخذ عنك، تخطبني في عدتي!! «قال»: إنما أخبرتك بقرابتي من رسول الله عليه السلام، ومن علي». وما روى من أن رسول الله (عليه السلام) دخل على أم سلمة وهي متأئمة من أبي سلمة فقال: «لقد علمت أنى رسول الله وخيرته، وموضعي من قومي» وكانت تلك خطبة.

ويجوز التعريض بالخطبة بالفعل، كأن يهدى الرجل الأرملة شيئا. وحرمت الخطبة بالتصريح، لأن التصريح يحمل معنى الابتهاج وفيه إيذاء لأولياء الزوج المتوفى، كما أنه قد يظن منه بالمخطوبة وخاطبها سوء.

(ب) المعتدة من طلاق رجعي:

لا يجوز خطبة المعتدة من طلاق رجعي سواء بطريق التصريح أو التعريض⁽¹⁾، لأن المطلقة رجعيًا تظل على ذمة زوجها خلال فترة العدة، ويجوز ويجوز له مراجعتها دون مهر أو عقد جديدين ودون رضاها، كما أنهما

(1) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروفة بحاشية ابن عابدين

يتوارثان.

وخطبة الغير للمعتدة رجعيًا قد تفسدها على مطلقها وتحرمه من حقه المقرر شرعًا إذا أراد مراجعتها لأنها قد تفضل من خطبها عليه، رغم أنه أولى الناس بها وقد يكون له أولاد منها وفي حاجة إلى جمع شملهما رأبًا للصدع الذي أصاب الأسرة. ومن ثم فإن إجازة خطبتها إلى الغير تؤدي إلى البغضاء بين الخاطب والمطلق وقد تمتد هذه البغضاء إلى ذويهما، فضلًا عن أنها تؤدي إلى تفكك الأسرة.

(ج) المعتدة من إلاق بائن:

اتفق الأئمة - عدا الشافعي - على أنه لا يجوز خطبة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى، تصريحًا أو تعريضًا⁽¹⁾.

وعلة التفرقة في الحكم بين المعتدة من طلاق بائن والمعتدة من وفاة، أن المعتدة من طلاق بائن إذا كانت عدتها بالحيض - وهذا هو الغالب - فقد يدفعها التعريض لها بالخطبة إلى الكذب في عدتها فتزعم - على غير الحقيقة - أنها انقضت لتعجل بزواجها.

وأنه يحق للمطلق العقد عليها من جديد، فيكون في خطبتها للغير اعتداء على حقه، وهو أولى الناس بها وقد تكون حاملًا أو له أولاد منها. كما أن بعض آثار الزوجية تظل في فترة العدة ومنها القرار بمسكن الزوجية، ولا سبيل إلى رؤيتها إلا بإذن زوجها.

أما الشافعي فقد أجاز خطبة المعتدة من طلائق بائن ثلاثًا تعريضًا لا تصريحًا، قياسًا على خطبة المتوفى عنها زوجها تعريضًا لأن الزوجية في كل منهما قد انقطعت إلى غير رجعة.

وقد ألحق بها بعض الشافعية المبانة لغير الثلاث، فأجازوا خطبتها تعريضًا لا تصريحًا.

وقد جاء بالمادة الثانية من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية

(1) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام، الجزء الرابع طبعة 1970 ص 342 - البحر الرائق

شرح كنز الدقائق ج 4 ص 150.

لمحمد قدرى باشا ما يأتي:

«تحرّم خطبة المعتدة تصريحاً سواء كانت معتدة لطلاق رجعي أو بائن أو وفاة ويصح إظهار الرغبة تعريضاً لمعتدة الوفاة دون غيرها من المعتدات ولا يجوز العقد على واحدة منهن قبل انقضاء عدتها».

والمرأة التي سبق خطبتها لآخر يحرم خطبتها، وذلك لقول الرسول عليه السلام: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك»، وقوله: (المؤمن أخو المؤمن، فلا يحل أن يبتاع على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، حتى يذر).

وأحوال الخاطب السابق تختلف من حيث رفضه وإجابته إلى ثلاث فروض: **الفرض الأول:** أن تلقى خطبته القبول. وقد اتفق الفقهاء في هذا الفرض على أنه لا يجوز لخطب آخر أن يتقدم للخطبة، لأن ذلك اعتداء صريح على حق الخاطب الأول، كما أنه يؤدي إلى العداوة والبغضاء بين الخاطبين وذويهما. **الفرض الثاني:** أن ترفض الخطبة. وقد اتفق الفقهاء على جواز تقدم آخر لخطبتها، لأن الأول لم يثبت له شيء ولا يحل له أن يغضب من تقدم خاطب آخر، وإلا ما تقدم أحد قط لخطبة من خطبت وترفض خطبة خاطبها.

الفرض الثالث: وهو تردد المخطوبة بين الرفض والقبول لحين التحري والمشورة كما هو معروف.

وقد اختلف الفقهاء في هذا الفرض. فبعض الفقهاء - وأكثر الحنفية من بينهم - يقولون بأنه لا يجوز تقدم آخر للخطبة، لأن ذلك اعتداء على الأول، إذ يكون ثمة احتمال للقبول فتقدم الثاني يقطعه.

وبعضهم يقول أنه يجوز أن يتقدم الثاني لأن السكوت في معنى الرفض الضمني، لأن خطبة الأول مع التردد لم تتم، فكانت الحال كالرفض، لأنه مع التردد لم يثبت له حق حتى يكون ثمة اعتداء عليه، فإن غضب فبغير حق⁽¹⁾.

وقد استند هؤلاء العلماء إلى ما روى عن قصة فاطمة بنت قيس، فقد خطبها

(1) الأستاذ محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية - قسم الزواج الطبعة الثالثة ص31 وما

بعدها - الدكتور عبد العزيز عامر ص23.

ثلاثة على عهد رسول الله عليه السلام، وهم معاوية وأبو جهم وأسامة بن زيد، فرجعت بالأمر إلى الرسول عليه السلام، فلم ينكر على أحد من الثلاثة خطبة إياها، ثم اختار لها أسامة ورضيت به.

وذهب بعض الفقهاء المحدثين إلى أنه لا حجة في هذا الحديث على جواز الخطبة على الخطبة، وليس فيه ما يفيد أن من خطبها ثانياً أو ثالثاً كان يعلم بخطبة من سبقه⁽¹⁾.

7- أثر الخطبة المحرمة:

إذا خطب الرجل من لا تحل خطبتها له، كان أثماً ديانة باتفاق الفقهاء. ولكن اختلف في الزواج المبني على هذه الخطبة.

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن عقد الزواج الذي يتم بناء على هذه الخطبة صحيح، طالما وقع يعد صحيحاً مستوفياً شرائطه، فإذا خطب الرجل معتدة غيره ولم يتزوجها إلا بعد انتهاء عدتها صح الزواج متى استوفى باقى شرائطه ففساد الخطبة لا أثر له على الزواج، لأن الخطبة لا تعد من أركان الزواج ولا من شروط صحته.

وقد جعلوا له نظيراً في عدم تأثيره في صحة العقد، هو من اغتصب ماء، ثم توضأ به، فإنه تصح الصلاة، ولكن يَأْثَمُ بالاغتصاب، فالإثم اتصل بالوسائل ولم يصب العقد.

وذهب داود الظاهري إلى أن هذا الزواج يكون غير صحيح، وأنه زواج فاسد ويجب فسخه، سواء أدخل الزوج بالمرأة أم لم يدخل لأن النهى عن الخطبة نهى عنها باعتبارها وسيلة للزواج فيكون نهياً عن الزواج المبني عليها.

وللماكية في هذا الشأن أقوال ثلاثة:

أولها: قول الجمهور **وثانيها:** قول الظاهرية **وثالثها:** أن الفسخ يكون قبل الدخول ولا يجوز بعده، لأنه بالدخول قد تأكد العقد⁽²⁾.

(1) الدكتور عبد الرحمن تاج الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية الطبعة الثانية 1952 ص7.

(2) راجع في هذا محمد أبو زهرة ص 32 - على حسب الله الزواج في الشريعة الإسلامية

8- الخطبة غير ملزمة:

الخطبة هي تمهيد لعقد الزواج وليست ركناً من أركانه، فهي وعد بعقد زواج⁽¹⁾، وليس للوعد بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء خلافاً لما لك في بعض أقواله، بل وفي بعض الأقوال المروية عنه أن الوعد يجب الوفاء به بحكم القضاء في بعض الأحوال، أنه لا يلزم الوفاء بالوعد في الخطبة.

ويعزى ذلك إلى ما لعقد الزواج من خطر في شئون المجتمع مما يوجب أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته، فلا يجوز أن يتقيد شخص - بعقد - أن يتزوج، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين، فمثل هذا التقيد يكون مخالفاً للنظام العام.

وعلى ذلك فإنه يجوز لأى من الخاطبين العدول عن الخطبة في أى وقت دون مسئولية عليه، وأياً كان سبب العدول، ولو كان العدول دون مبرر⁽²⁾.

ص 26 - عبد الرحمن عتر ص 357 وما بعدها.

(1) وقد جاء بفتوى دار الإفتاء المصرية المقيمة برقم 569 لسنة 1969 بتاريخ 1969/10/4 ما يأتي: «عن السؤال الأول: المقرر شرعاً أنه لكى تصبح المرأة زوجة للرجل شرعاً لابد أن يتم بينهما عقد شرعى مستوف لجميع الشروط والأركان التى اشترطها الفقهاء فى كتب الفقه، وأنه ما لم يتم العقد بينهما على الوجه المذكور لا تصبح زوجة له شرعاً، وبالتالي لا يحل له شرعاً أن يعاشرها معاشره الأزواج لأنها أجنبية عنه. أما الشبكة وقراءة الفاتحة فلا يتم بهما زواج شرعاً، وإنما هى مقدمات للزواج فقط».

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«من المقرر شرعاً أن الوعد والاستيعاد لا ينعقد به زواج وأن الزواج لا يصح تعليقه بالشرط ولا إضافته إلى المستقبل».

(طعن رقم 10 لسنة 39 قى أحوال شخصية جلسة 1962/1/17)

(2) المستشار صلاح الدين زغو القضاء الجزئى فى مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين الطبعة الأولى 1960 ص 16 - على حسب الله ص 27 - عمر عبد الله ص 49 وما بعدها - الدكتور عبد الرازق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى ج1 الطبعة

وهذا لا يمنع أن العدول عن الخطبة دون مبرر مكروه شرعا لما فيه من إخلاف للوعد والرجوع عن القول، لكنه غير محرم. والمكروه هو الفعل الذى لا يثاب فاعله ولا يَأْثَمُ بفعله وبالتالي لا يعاقب عليه بشيء⁽¹⁾.

وقد أخذت بالرأى المتقدم محكمة النقض وذهبت إلى أن:

«إن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه فى أى وقت شاء، خصوصا وأنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية فى مباشرته لما للزواج من الخطر فى شئون المجتمع... الخ».

(طعن رقم 13 لسنة 9 ق جلسة 14/12/1939)

هدايا الخطبة:

9- المقصود بهدايا الخطبة:

هدايا الخطبة هى ما يقدمه كل من الخاطب والمخطوبة إلى الآخر إبان فترة الخطبة، بقصد تودد كل منهما إلى الآخر وتأكيد الصلة الجديدة بينهما. والهدية مندوب إليها بشكل عام، لذلك نص الفقهاء على استحباب الهدية بمناسبة الخطبة أخذاً من عموم استحبابها⁽²⁾.

وتتمثل هدايا الطرفين عادة فى منقولات قابلة للاستهلاك أو غير قابلة له، كالحلى والملابس وأدوات الزينة والمأكولات وأحيانا يقدم الخاطب إلى مخطوبته مبالغ نقدية فى بعض المناسبات على سبيل الهدية.

10- هل تعتبر الشبكة من هدايا الخطبة؟

الشبكة هى ما يقدمه الخاطب إلى المخطوبة عند الخطبة وبمناسبتها من

الثانية 164 ص 937.

(1) العطار ص 100.

(2) راجع فى تفصيل ذلك رسالة الدكتور عبد الرحمن عتر خطبة النكاح ص 343 وما بعدها.

أشياء ذات قيمة غالبا ما تكون حليا، وتكون في بعض الحالات مبلغا من النقود. وتختلف قيمة الشبكة عادة باختلاف يسار الخاطب واستعداده، ومركز المخطوبة ومركز أسرتها.

والأصل أن الشبكة من هدايا الخطبة ولا تكون من المهر ولا تأخذ حكمه إلا في حالتين:

الأولى: أن يتفق عليها مع المهر.

الثانية: أن يجرى العرف على اعتبارها من المهر⁽¹⁾.

وقد جرى العرف في أغلب بلدان مصر على اعتبار الشبكة جزءا من المهر، بل تعارف الناس نقصان المهر بقدر قيمة الشبكة عند تقديمها، وزيادته بقدرها إذا لم تقدم، لأنها ستستترى منه بمعرفة المخطوبة⁽²⁾.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بما هو أبعد مدى من ذلك وبأن العرف جرى

(1) ذلك أن العرف له اعتباره في الشريعة الإسلامية، فالثابت بالعرف كالثابت بالنص، وقد

جاء بمجموعة رسائل ابن عابدين - الجزء الثاني ص 115 عن العرف ما يأتي:

«وأعلم أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقوله سبحانه وتعالى خذ العفو وأمر بالعرف وقال في الأشباه القاعدة السادسة العادة محكمة وأصلها قوله ﷺ ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، قال العلاني لم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال وإنما هو قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفا عليه أخرجه الإمام أحمد في مسنده (وأعلم) أن اعتباره العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة هكذا ذكر فخر الإسلام انتهى كلام الأشباه وفي شرح الأشباه للبيروني قال في المشرع الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي وفي المبسوط الثابت بالعرف كالثابت بالنص انتهى».

(2) الشيخ حسنين محمد مخلوف مفتي الديار المصرية سابقا فتاوى شرعية وبحوث إسلامية

الجزء الثاني ص 56 وما بعدها - الدكتور محمد علي محبوب، فيذهب في مؤلفه الشريعة الإسلامية 1987/1986 ص 120 إلى أن الراجح الآن أن الشبكة تأخذ حكم المهر لأن كثيرا من الناس يتفقون عليها في العقد وهذا يخرجها عن دائرة الهدايا ويلحقها بالمهر.

باعتبار الشبكة جزءا من المهر، دون أن تستثنى بعض الجهات من هذا العرف.

فقد أفتت بتاريخ 21 يناير سنة 1970 فى الطلب رقم 31 لسنة 1971

بأن:

«المقرر شرعا أن الخطبة ليست عقدا ولا زواجا، ولا يترتب عليها شيء من آثار العقد والزواج والشبكة التى تقدم للمخطوبة قد جرى العرف باعتبارها جزءا من المهر وقد جربنا فى الإفتاء على هذا وما دامت الشبكة قد اعتبرت عرفا جزءا من المهر فإنها تأخذ حكمه....» - أيضا الفتوى الصادرة بتاريخ 15/12/1965 فى الطلب رقم 772 لسنة 1965.

إلا أن البادى من قضاء محكمة النقض أنها لم تسلم بوجود العرف المشار إليه، واعتبرت الشبكة من قبيل هدايا الخطبة ويسرى عليها ما يسرى على هذه الهدايا من أحكام.

وهذا القضاء لا يسرى على الحالات التى يتفق فيها على الشبكة مع المهر، لأنها بحكم هذا الاتفاق تكون قد اعتبرت جزءا من المهر. (أنظر الأحكام المنشورة بالبند التالى).

حكم رد هدايا الخطبة عند العدول عن الخطبة:

أولا: الحكم قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.

11- (أ) مذهب محكمة النقض:

ذهبت محكمة النقض إلى أن الخطبة وإن كانت تمهيدا للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية إلا أن الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر ومنها الشبكة إبان الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل، وإنما تعد من قبيل الهبات وتخضع لأحكام الهبة المنصوص عليها فى القانون المدنى، وبالتالي يحكم رد هذه الهدايا الأحكام الواردة فى المادة (500) وما بعدها من التقنين المدنى.

وقد أوردت تفصيلا لذلك فى قضائها إذ ذهبت إلى أن:

1- «الخطبة وإن كانت تمهيدا للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية،

إلا أن الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر - ومنها الشبكة - إبان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل لأنها ليست ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً من شروطه إذ يتم الزواج صحيحاً بدونها ولا يتوقف عليها ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيداً عن المساس بعقد الزواج وما هو متعلق به ويخرج بذلك عن نطاق الأحوال الشخصية. وتعتبر هذه الهدايا من قبيل الهبات ويسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام في القانون المدني وقد أورد هذا القانون أحكام الهبة باعتبارها عقداً مالياً كسائر العقود واستمدت أحكامها الموضوعية من الشريعة الإسلامية. ومن ثم فالمعول عليه في حق الخاطب في استرداد تلك الهدايا هو أحكام الرجوع في الهبة الواردة في المادة 500 وما بعدها من القانون المدني».

(طعن رقم 302 لسنة 28 ق جلسة 1963/10/24)

2- «الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر إبان الخطبة ومنها الشبكة تعتبر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من قبيل الهبات فيسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام في القانون المدني، ولما كان السبب ركناً من أركان العقد وينظر في توفره أو عدم توفره إلى وقت انعقاد العقد وكان العقد قد انعقد صحيحاً بتوفر سببه فإنه لا يمكن القول بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده، ومن ثم فإذا كانت الخطبة هي السبب في هذا النوع من الهبات وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع فإن فسخها لا يمكن أن يؤدي إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الزواج».

(طعن رقم 62 لسنة 39 ق جلسة 1974/5/26)

وبالترتيب على القضاء السالف، فإن هدايا الخطبة تكون محكومة بالنصوص الواردة بالتقنين المدني.

وقد وردت أحكام الهبة باعتبارها عقداً مالياً في التقنين المدني في المواد (486 - 504)، وعلى ذلك فإنه يحكم رد هدايا الخطبة المواد 500 مدني وما بعدها التي أوردت أحكام الرجوع في الهبة.

وقد نصت المادة (500) على أن:

«يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك. فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع».

ونصت المادة (501) على أنه: «يعتبر بنوع خاص عذرا مقبولا للرجوع في الهبة:

(أ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب، أو نحو أحد من أقاربه، بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا من جانبه.

(ب) أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

(ج) أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع. أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حي».

ونصت المادة (502) على أن: «يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

(أ) إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته فإذا زال المانع عاد حق الرجوع.

(ب) إذا مات أحد طرفي عقد الهبة.

(ج) إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا. فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع في الباقي.

(د) إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية⁽¹⁾.

(1) «وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1979/2/25 في الفتوى رقم 394 لسنة 1978 بأن:

(هـ) إذا كانت الهبة لذى رحم محرم.
 (و) إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهالك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء، جاز الرجوع في الباقي.

(ز) إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة.

(ح) إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر».

وقد نصت المادة (1/503) على أن: «يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن»⁽¹⁾.

ودراسة المواد السابقة وإن كانت مما يدخل في دراسة التقنين المدني، إلا أننا سنلقى بعض الضوء عليها متناولين بعض موانع الرجوع في الهبة الشائعة في العمل في مجال دراستنا وذلك على النحو الآتي:

1- أنه يجوز للخاطب أن يلجأ إلى القضاء بطلب الرجوع في الهبة واسترداد ما وهبه المخطوبة، إذا كان يستند إلى عذر مقبول يبرر الرجوع في الهبة، ولم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة المنصوص عليها

«أما الشبكة فإنها بتسليمها للزوجة حال حياة الزوج قد صارت ملكاً لها حتى على فرض أنها هبة إذ أنه لا يصح الرجوع فيها بوفاة».

(أيضاً الفتوى رقم 812 لسنة 1963 بتاريخ 1964/1/18)

(1) أما الفقرة الثانية من المادة 503 فتتص على: «ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية، أما المصروفات النافعة فلا يجوز الرجوع فيها إلا بالقدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب».

وأما المادة 504 فتتص على أن: «إذا استولى الواهب على الشيء الموهوب، بغير التراضي أو التقاضي، كان مسؤولاً قبل الموهوب له عن هلاك الشيء سواء كان الهالك بفعل الواهب أو بسبب أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال أما إذا صدر حكم بالرجوع في الهبة وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد إعداره بالتسليم، فيكون الموهوب له مسؤولاً عن هذا الهلاك، ولو كان الهلاك بسبب أجنبي».

بالمادة، ويعتبر ذلك طلب فسخ قضائي للهيئة بأثر رجعي، يترك لتقدير القاضى شأن كل فسخ قضائي⁽¹⁾.

وهذا الحق كما يثبت للخاطب يثبت للمخطوبة إذا أرادت استرداد ما أهدته للخاطب، وإن كانت هذه الصورة نادرة فى العمل.

2- أن المشرع لم يذكر فى المادة (501) الأعذار التى تبرر الرجوع فى الهيئة على سبيل الحصر، وإنما خص هذه الأعذار بالذكر لأنها الأعذار الغالبة التى تبرر الرجوع فى الهيئة، وذلك لا يمنع من أن تقوم أعذار أخرى غير الأعذار المذكورة⁽²⁾. ومن ثم يجوز الرجوع فى الهيئة استنادا إلى أى عذر آخر يرى الواهب أنه يبرر الرجوع فى الهيئة على أن يقره القاضى على ذلك.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- «يشترط فى الرجوع فى الهيئة ما نصت عليه المادة 500 من القانون المدنى فى حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب فى الرجوع إلى عذر يقبله القاضى وألا يوجد مانع من موانع الرجوع، فإذا كانت محكمة الموضوع قد أعملت هذه المادة وانتهت إلى عدم أحقية الطاعن فى استرداد مبلغ الشبكة لما رأيته فى حدود سلطتها التقديرية وللأسباب السائغة التى أوردتها من انتفاء العذر المقبول الذى يبرر رجوع الطاعن فى هيبته فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون».

(طعن رقم 302 لسنة 28 ق جلسة 1973/10/24)

2- «وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه لما كان النص فى المادة الأولى من القانون المدنى على أن «تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فحواها فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف، مفاده - وعلى ما جرى به قضاء

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص297.

(2) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الخامس طبعة

هذه المحكمة - لا يجوز التحدى بالعرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعي، لما كان ذلك وكان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر ومنها الشبكة تعتبر من قبيل الهبات فيسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام القانون المدني، ومن ثم فإذا كانت الخطبة هي السبب في هذا النوع من الهبات باعتبارها الباعث الدافع على التبرع فإن العدول عنه من جانب الخاطب لا يمكن أن يؤدي إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الخطبة وإذ كان حق الخاطب في استرداد تلك الهدايا يخضع لأحكام الرجوع في الهبة الواردة في المادة 500 وما بعدها من القانون المدني وكانت المادة المذكورة تشترط للرجوع في الهبة في حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب في الرجوع إلى عذر يقبله القاضي، وكان الحكم المطعون فيه وإن انتهى صحيحاً إلى أن العدول عن الخطبة كان بسبب يرجع إلى المطعون ضده وقضى لذلك بعدم أحقيته في الرجوع في هبته التي تعلقت بها هدايا الخطبة مما كان لازمه والشبكة أيضاً من الهدايا على النحو السالف أن يقضى أيضاً بعدم أحقيته في استردادها، وإذ خالف هذا النظر واعتبر الشبكة جزءاً من المهر استناداً إلى عرف لم يبين مصدره وإلى ما ورد بمذكرة شقيق الطاعنة وقضى لذلك بأحقيته في استردادها مع أن ما ورد بتلك المذكرة لا يؤدي إلى ما استخلصه منها فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن».

(طعن رقم 8757 لسنة 64 ق جلسة 1996/5/15)

ومن الأعدار الأخرى المقبولة - التي لم ترد بالمادة 501 مدني - التي

تبرر للخاطب الرجوع في هدايا الخطبة ما يأتي:

1- عدول المخطوبة عن الخطبة بسبب لا يرجع إلى الخاطب كتغيير رأيها

بشأنه.

2- امتناع المخطوبة دون مبرر عن العقد عليها.

3- عدول الخاطب عن الخطبة لسبب يرجع إلى المخطوبة، ومثال ذلك أن

تعلن المخطوبة امتناعها عن الدخول بمسكن الزوجية الذي أعده الخاطب رغم

توافر شروطه الشرعية.

ويقع على الخاطب بوصفه مدعياً عبء إثبات العذر المقبول الذى يبرر الرجوع فى الهبة.

ومن موانع الرجوع فى الهبة التى يمكن أن تعرض فى هذا المجال ما يأتي:

1- تصرف الموهوب له فى الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً:

أوردت المادة (502 ج مدني) ضمن موانع الرجوع فى الهبة «إذا تصرف الموهوب له فى الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً. فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب، جاز للواهب أن يرجع فى الباقي».

فالتصرف النهائى فى الشيء الموهوب كالبيع أو الهبة يزيل ملك الموهوب له فى الشيء وتصبح الهبة لازمة لا يجوز الرجوع فيها لأن تملك الموهوب له الشيء للغير إنما حصل بتسليط الواهب، فلا يجوز له أن ينقض ما تم من جهته، ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها⁽¹⁾. أما إذا كان التصرف غير نهائى بأن فسخ عقد البيع أو الهبة أو أبطله وعاد ملك الشيء إلى الموهوب له، عاد للواهب حق الرجوع⁽²⁾.

وكذلك إذا كان التصرف فى بعض الشيء الموهوب، فإن حق الرجوع فى الهبة يظل قائماً فى الجزء الذى لم يتم التصرف فيه لأنه لا يوجد مانع من الرجوع فيه.

2- هلاك الشيء الموهوب:

أوردت المادة (502/و) مدنى ضمن موانع الرجوع فى الهبة: «إذا هلك الشيء الموهوب فى يد الموهوب له، سواء كان الهالك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع فى الباقي».

(1) الهداية شرح بداية المبتدى ج3 ص228.

(2) السنهورى ص197.

وعلة هذا الحكم أن الموهوب له لا يضمن الهلاك أو الاستهلاك لأن الهالك والمستهلك ملكه⁽¹⁾.

فإذا كان الشيء المهدى سيارة فأتلفت أو أطعمه فأكلت فإنه لا يجوز ردها إلى الخاطب.

ويلحق بهلاك الشيء الموهوب تغييره من حالة إلى حالة أخرى حتى تزول صورته الأولى، ذلك أن الشيء الموهوب قد زال بتغيير صورته، فأصبح الرجوع في الأصل متعذرا والموجود شيء آخر غير الموهوب.

فإذا كان الشيء المهدى قماشا خيط إلى ثياب أو حليا استبدلت بحلى أخرى، أو نقودا أنفقت في شراء بعض السلع، فإنه لا يجوز ردها إلى الخاطب.

3- موت الخاطب أو المخطوبة:

أوردت المادة (502/ب مدني) ضمن موانع الرجوع في الهبة «إذا مات أحد طرفي عقد الهبة»، فإذا كان العدول عن الخطبة بسبب المخطوبة ثم ماتت فلا يجوز للخاطب استرداد هديته، ذلك أن الشيء المهدى قد انتقل إلى ورثتها بمقتضى قواعد الإرث واطمأن الورثة إلى ذلك، فإذا تعارض حقهم مع حق الخاطب في الرجوع كان حقهم أقوى، وحال دون الرجوع وكذلك إذا كان العدول عن الخطبة بسبب الخاطب ثم مات فلا يجوز للمخطوبة استرداد هديتها.

12- (ب) رأينا الخاص في رد هدايا الخطبة:

ذكرنا في الطبقات السابقة من هذا الكتاب رأينا في أن هدايا الخطبة تعد من مسائل الأحوال الشخصية وبالتالي تسرى على ردها أحكام الشريعة الإسلامية ويحكمها تحديدا الرأي الراجح من مذهب أبي حنيفة، عملا بالمادة 280 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 - (الملغي) والتي حلت محلها المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 - التي كانت تجرى على أن: «تصدر الأحكام طبقا للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي

حنيقة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد».

وتفسير ذلك أن الخطبة - كما أوضحنا سلفاً - تمهيد لعقد الزواج، وهو من مسائل الأحوال الشخصية ولذلك تعد الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية - وهو ما أكدته محكمة النقض أيضاً - والهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر إبان فترة الخطبة سببها الخطبة ومقصود بها تأكيد معنى الخطبة، فهي هبات تتعلق بالخطبة والتي تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم فإنه عملاً بقاعدة الفرع يتبع الأصل، فإن هذه الهبات تعد من مسائل الأحوال الشخصية ولا ينال من ذلك أن هدايا الخطبة ليست ركناً من أركان عقد الزواج ولا شرطاً من شروط صحته⁽¹⁾ فالمهر ليس ركناً من أركان عقد الزواج ولا شرطاً من شروط صحته، ومع ذلك فإنه بإجماع الآراء من مسائل الأحوال الشخصية وبالتالي يتعين تطبيق حكم المذهب الحنفي على رد هدايا الخطبة⁽²⁾.

13- المحكمة المختصة بنظر دعاوى رد هدايا الخطبة:

رأينا فيما سبق أن محكمة النقض اعتبرت هدايا الخطبة من قبيل الهبات ويحكم ردها أحكام الرجوع في الهبة الواردة بالقانون المدني. وعلى ذلك فطلب رد هدايا الخطبة يعتبر طلب فسخ قضائي للهبة بأثر رجعي، وقد نصت المادة 7/37 من قانون المرافعات على أن الدعوى إذا كانت بطلب صحة عقد أو إبطاله أو فسخه تقدر بقيمة المتعاقد عليه، ومن ثم فإن قيمة الدعوى تقدر بقيمة الهدية المطلوب ردها. فإذا كانت قيمتها لا تتجاوز أربعين ألف جنيه اختصت بنظرها المحكمة الجزئية (م 42 مرافعات) - وإن جاوزت قيمتها مبلغ أربعين ألف جنيه اختصت بنظرها المحكمة الابتدائية (47 مرافعات).

(1) من هذا الرأي العطاء ص 107.

(2) أنظر في حكم هذا المذهب والمذاهب الأخرى بند (14)

ويكون الاختصاص المحلى للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه. فإن لم يكن للمدعى عليه موطن فى الجمهورية يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل إقامته. وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم (م49 مرافعات).

ثانيا: الحكم بعد العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية⁽¹⁾:-

14- حكم القانون:

رأينا سلفا فى بند (11) أن محكمة النقض ذهبت إلى أن الخطبة وإن كانت تمهيدا للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية إلا أن الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر ومنها الشبكة إبان الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل، وإنما تعد من قبيل الهبات وتخضع لأحكام الهبة المنصوص عليها فى التقنين المدني. وبالتالي يحكم رد هذه الهدايا الأحكام الواردة فى المادة (500) وما بعدها من هذا التقنين.

ولما صدر القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، نص فى مادته التاسعة الواردة بالباب الثانى الخاص بـ «اختصاص المحاكم بمسائل الأحوال الشخصية» - الفصل الأول «الاختصاص النوعي» على أن: «تختص المحكمة الجزئية والتى حلت محلها محكمة الأسرة، بنظر المسائل الواردة بهذه المادة..

أولا: المسائل المتعلقة بالولاية على النفس:

.....

4- دعاوى المهر والجهاز والدولة والشبكة وما فى حكمها.....الخ».

والمقصود بما هو فى حكم الشبكة هدايا الخطبة التى يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر إبان فترة الخطبة.

(1) الجريدة الرسمية العدد 4 (مكرر) فى 29 يناير سنة 2000- وعمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره (م6 من قانون الإصدار) أى اعتبارا من أول مارس 2000.

والنص السابق يتضمن إفصاحاً من المشرع على أنه اعتبر الشبكة وغيرها من هدايا الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، الأمر الذى ينبى عليه خضوع رد الشبكة وغيرها من هدايا الخطبة للرأى الراجح فى المذهب الحنفى طالما لم يرد فى شأنها نص خاص، وذلك عملاً بالمادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.

وبهذا الرأى قضت محكمة استئناف القاهرة (الدائرة 101 أحوال شخصية فى القضية رقم 6018 لسنة 125 ق لجلسة 2008/12/3 وقد جاء به ما يأتى: «حيث إنه عن الموضوع فإنه لما كان من المقرر قانوناً طبقاً للمادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 بتطبيق الراجح فى مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان فيما لم يرد فيه نص وكانت محكمة الأسرة طبقاً للمادة 9 فقرة 4 من القانون رقم 1 لسنة 2000 هى المختصة بنظر قضايا الشبكة وطبقاً لأحكام القانون رقم 10 لسنة 2004 وكان حكم الشبكة فى مذهب الإمام أبى حنيفة من الهبات ويحق للخطاب استردادها سواء كان الفسخ فى الخطبة راجعاً للخطاب أو المخطوبة وقد أقيم ذلك الرأى على الإفتاء بأن الشبكة جزء من مهر يحق للخطاب استردادها طالما لم يتم عقد القران وعليه ولما كان الثابت من شهادة شاهدهى المستأنف أمام محكمة أول درجة بتسليم المستأنف المستأنف ضدها الشبكة ولا يقدح فى ذلك كون شهادة أحدهما جاءت بالسمع من الأهل ذلك أن الراجح فى مذاهب الإمام أبى حنيفة أن الشهادة بالتسامع لا تجوز فى الطلاق والتطليق كما أن الإثبات يتحقق بتكامل الأدلة مع القرائن لتساند بعضها البعض فى تكوين عقيدة المحكمة وقد اطمأنت المحكمة لشهادة شاهدهى المستأنف أمام أول درجة إضافة إلى الفاتورتين المقدمتين كدليل آخر يدعم شهادة الشاهدين خاصة وأن محل الصاغة الذى قام ببيع أحد أجزاء الشبكة وقيمتها أربعة عشر ألف وثلاثمائة جنيهاً قد أقر فى 2007/4/11 بأن هناك خطأ مادى فى تاريخ الفاتورة صحته 2005/4/16 وهو يتفق مع تاريخ الخطوبة كما أن الفاتورة الأخرى والمؤرخة 2002/5/3 كان الثابت من شهادة الشاهدين أن المستأنف

اشتراها في تاريخ سابق إضافة إلى الصور الفتوغرافية المقدمة لحفل الخطوبة، الأمر الذي يكون معه قد وفر في عقيدة المحكمة تسليم المستأنف الشبكة المطالب بها للمستأنف ضدها بمناسبة الخطوبة ولما كان لم يتم عقد القران وتم فسخ الخطبة فإنه يحق للمستأنف استرداد الشبكة الأمر الذي تقضى معه المحكمة بالبناء على ما تقدم إلغاء الحكم المستأنف والقضاء بإلزام المستأنف ضدها برد الشبكة للمستأنف على نحو ما سيرد بالمنطوق».

إلا أن المحكمة الدستورية العليا ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ 2 مارس سنة 2008 في الطعن رقم 96 لسنة 28 قضائية «دستورية».

إلى عكس ذلك واعتنقت الرأي الذي أخذت به محكمة النقض قبل صدور القانون رقم 1 لسنة 2000 من أن أحكام رد الشبكة والهدايا التي تقدم من أحد الخاطبين للآخر أثناء فترة الخطبة لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم يكون النزاع بشأنها هو نزاع في مسألة مالية تعتبر من قبيل الهبات يسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام في القانون المدني⁽¹⁾.

(1) وننشر الحكم كاملاً فيما يلي:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد الثاني من مارس سنة 2008م الموافق الرابع والعشرين من صفر سنة 1429هـ.

برئاسة السيد المستشار/ ماهر عبد الواحد رئيس المحكمة

وعضوية السادة المستشارين/ ماهر البحيرى وعدلى محمود منصور ومحمد عبد القادر عبد الله وعلى عوض محمد صالح وماهر سامى يوسف ومحمد خيرى طه.

وحضور السيد المستشار: رجب عبد الحكيم سليم ... رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد/ ناصر إمام محمد حسن أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 96 لسنة 28 قضائية «دستورية».

المقامة من

- السيدة/ شيرين السيد إبراهيم حجاج.

ضد

- 1- السيد رئيس مجلس الوزراء.
- 2- السيد رئيس مجلس الشعب.
- 3- السيد وزير العدل.
- 4- السيد/ عمرو محمد فوزى معاذ.

الإجراءات

بتاريخ الرابع من يونيه سنة 2006 أودعت المدعية صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة، طالبة الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى. وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها. ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع -على ما يتبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق- تتحصل فى أن المدعى عليه الأخير، كان قد أقام الدعوى رقم 775 لسنة 2005 أحوال شخصية «نفس» أمام محكمة سيدى جابر لشئون الأسرة ضد المدعية ووالدها، طالبا الحكم بإلزامهما برد الشبكة «مشغولات ذهبية» المحددة وصفا وقيمة بصحيفة تلك الدعوى والبالغ قيمتها الإجمالية 21410 جنيه، وقال بيانا لذلك أنه قام بخطبة المدعية وقدم لها الشبكة والهدايا إلا أنها قامت بفسخ الخطبة وامتنعت عن رد الشبكة مما حدا به لإقامة دعواه تأسيسا على أن القانون رقم 1 لسنة 2000 المشار إليه نص صراحة فى الفقرة (4) من المادة (9) منه على اعتبار الشبكة وما فى حكمها من هدايا الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وتخضع لأحكامه أو لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة إعمالا لنص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من مواد إصدار هذا القانون، دون أحكام الهيئة المنظمة فى القانون المدنى التى كانت سارية قبل نفاذ أحكام هذا القانون. وأنشاء نظر الدعوى دفعت المدعية بعدم دستورية تلك الفقرة، فقررت المحكمة التأجيل لجلسة 2006/6/10، لتقيم المدعية دعواها الدستورية، فأقامت الدعوى الماثلة.

وحيث إن المدعية تتعى على النص المطعون عليه مخالفته لنصوص المواد (2)، 64، 188) من الدستور لما تضمنه من حكم موضوعي في شأن المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف، إذ فرق فيه المشرع بين المنازعات التي شرع لها قواعد خاصة في = القوانين المنظمة لهذه المسائل، وبين تلك التي لم يشرع لها مثل هذه القواعد، فأوجب الفصل في الأولى وفقا لما شرع من قواعد، وأوجب الفصل في الثانية طبقا لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة.

وحيث إن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة، يتغيا أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية، وليس من معطياتها النظرية، أو تصوراتها المجردة. وهو كذلك يقيد تدخلها في تلك الخصومة القضائية، ويحدد نطاقها، فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالقدر اللازم للفصل فيه، ومؤداه: ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين ينالهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم. ويتعين دوما أن يكون هذا الضرر منفصلا عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، مستقلا بالعناصر التي يقوم عليها، ممكنا تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته، عاندا في مصدره إلى النص المطعون عليه، فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلا على من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزياه، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة. ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها، لن يحقق للمدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية، عما كان عليه قبلها.

ولزام ذلك أن الدعوى الدستورية لا تكون مقبولة إلا بقدر انعكاس النصوص القانونية المطعون عليها على النزاع الموضوعي، فيكون الحكم في المطاعن الدستورية لازما للفصل في ذلك النزاع.

لما كان ذلك، وكانت أحكام رد الشبكة والهدايا التي تقدم من أحد الخاطبين للآخر أثناء فترة الخطبة، لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية لأنها ليست ركنا من أركان عقد الزواج ولا شرطا من شروطه، إذ يتم الزواج صحيحا بدونها ولا يتوقف عليها، ومن ثم يكون النزاع بشأنها هو نزاع في مسألة مالية استقر قضاء النقض في شأنها على اعتبارها من قبيل الهبات، يسرى عليها ما يسرى على الهيئة من أحكام في القانون المدني. ولا ينال من ذلك ما تضمنه نص المادة (9) من القانون رقم 1 لسنة 2000 من إسناد الفصل في منازعات الشبكة نوعيا ومحليا لمحاكم الأحوال الشخصية - والذي آل بمقتضى أحكام

14م- أحكام رد الشبكة وغيرها من هدايا الخطبة -بقا للرأى الراجع فى المذهب الحنفى:

ذهبنا فيما سلف إلى أننا نرى خضوع أحكام رد الشبكة وغيرها من هدايا الخطبة إلى الرأى الراجع فى المذهب الحنفى وليس لقواعد رد الهبات المنصوص عليها فى القانون المدنى. واستكمالا لهذا الرأى فإننا نورد رأى الأحناف فى ردها.

القانون رقم 10 لسنة 2004 إلى محاكم الأسرة - إذ إن ذلك لا يخرج عن كونه توزيعا للولاية القضائية وتحديد للمحكمة المختصة فى حدود ما يملكه المشرع من سلطة فى توزيع هذه الولاية على المحاكم المختلفة لاعتبارات عملية يقدرها، حتى لو خرجت هذه = المنازعات عن اختصاص المحكمة المختصة أصلا بنظرها بحسب القواعد العامة، فتحديد هذا الاختصاص لا يغير من طبيعة تلك المنازعة، ولا من القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق عليها. بما مفاده: أن إدراج المنازعات بالخطبة والشبكة ضمن الاختصاص القضائى لمحاكم الأحوال الشخصية بمقتضى القانون رقم 1 لسنة 2000، ومن بعدها محاكم الأسرة بمقتضى القانون رقم 10 لسنة 2004 لا ينطوى على مساس بطبيعتها أو تغيير للقواعد الموضوعية التى تخضع لها أصلا بوصفها منازعة مالية خاضعة لأحكام القانون المدنى.

إذ كان ذلك، فإن النص المطعون فيه يكون منبث الصلة بالنزاع الموضوعى، ولا يكون له ثمة انعكاس عليه بما مؤداه: افتقاد الدعوى الدستورية لشرط المصلحة الشخصية المباشرة مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى، وبمصادرة الكفالة وألزمت المدعية بالمصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

ولما كانت الفقرة الأولى من المادة 49 من القانون رقم 48 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا - التى صدر الحكم المذكور فى ظلها - تنص على أن: «أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة والكافة». وكانت المحكمة الدستورية العليا فى حكمها سالف الذكر لم تتصد لدستورية نص الفقرة (4) من المادة (9) من القانون رقم 1 لسنة 2000، ولم تصدر قضاء بالتالى بعدم دستوريته، فإن ما قضت به المحكمة فى أسبابها لا يحوز حجية قبل سلطات الدولة أو الكافة.

والأحناف يذهبون إلى هدايا الخطبة ومنها الشبكة تأخذ حكم الهبات ويجرى عليها حكم الرجوع في الهبات. فيجب رد الهدايا إلى الطرف الذى قدمها إذا فسخت الخطبة، ما لم يوجد مانع يمنع من الرجوع فيها.

وموانع الرجوع سبعة هي :

- 1- زيادة الموهوب.
- 2- موت الواهب أو الموهوب له.
- 3- إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة.
- 4- خروج الموهوب عن ملك الموهوب له.
- 5- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر.
- 6- إذا كانت الهبة لدى رحم محرم.
- 7- إذا هلكت العين الموهوبة فى يد الموهوب له⁽¹⁾.

وقد جاء بكتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا ما يأتي:

- (مادة 515) يصح الرجوع فى الهبة كلا أو بعضا ولو أسقط الواهب حقه ما لم يمنع مانع من الموانع المذكورة فى المواد السبعة الآتية.
- (مادة 516) إذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمتها امتنع الرجوع فيها ولا يمتنع لزيادة سعرها ولا يمتنع الرجوع بالزيادة المنفصلة المتولدة من العين الموهوبة أو غير المتولدة وإذا ارتفع مانع الزيادة عاد حق الرجوع.
- (مادة 517) إذا مات أحد العاقدين بعد قبض الهبة سقط الرجوع فيها.

(1) شرح فتح القدير جـ 8 طبعة 1970 ص 461 وما بعدها - حاشية ابن عابدين جـ 5 طبعة 1966 ص 698 وما بعدها - وقد جاء به قال الرملي: قد نظم ذلك والدى شيخ الإسلام محبى الدين فقال:

منع الرجوع من المواهب سبعة	فزيادة موصولة موت عوض
وخروجها عن ملك موهوب له	زوجية قرب هلاك قد عرض

- (مادة 518)** إذا خرجت العين عن ملك الموهوب له فإن كان خروجها من يده خروجاً كلياً امتنع الرجوع فيها وإن كان خروجها لا بالكليّة فلا يمتنع الرجوع فلو باع بعضه فللواهب الرجوع فى الباقي.
- (مادة 519)** إذا وهب أحد الزوجين بعد الزفاف أو قبله هبة للآخر فلا رجوع له فيها ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة وإذا وهبت المرأة لزوجها داراً بها متاع لها صحت الهبة وإن كانت مشغول بملكها.
- (مادة 520)** من وهب هبة لذى رحم محرم منه ولو ذمياً أو مستأماً أو غير مستأمن فلا رجوع له عليه فإن وهب لذى رحم غير محرم أو لمحرم غير ذى رحم أو لمحرم بالمصاهرة وأراد الرجوع فله ذلك.
- (مادة 521)** إذا هلكت العين الموهوبة فى يد الموهوب له أو استهلكت سقط حق الرجوع فيها فإن استهلك البعض فللواهب الرجوع فيما بقى.
- (مادة 522)** إذا أضاف الموهوب له بعد العقد عوضاً للهبة وقبضه الواهب مفرزاً مميزاً إن كان مما يحتل القسمة سقطت حق رجوعه بشرط أن لا يكون العوض بعض الموهوب فإن عوضه البعض عن الباقي فله الرجوع فى الباقي وإن عوض النصف فله الرجوع فى النصف ولا يضر الشيوع الحاصل بالرجوع. ولا يفرق الأحناف بين ما إذا كان العدول عن الخطبة من جانب الخاطب أو المخطوبة، وما إذا كان العدول بمبرر أو بغير مبرر⁽¹⁾.

(1) أما المذاهب الأخرى فحكمها كالآتي:

(أ) المذهب المالكي:

فى المذهب المالكى قولان:

- الأول:** أنه ليس للخاطب حق الرجوع على المخطوبة بشيء وليس له أن يسترد ما قدم من الهدايا، ولو كان العدول عن الخطبة من ناحيتها. وهذا أصل المذهب.
- الثاني:** أنه إذا وجد شرط بين الطرفين، أو عرف بين الناس عمل به، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. أما إذا لم يوجد شرط أو عرف، فإذا كان العدول من جانب المخطوبة، جاز للخاطب أن يرجع بكل هداياه سواء فى ذلك القائم منها أو الهالك.
- أما إذا كان العدول من الخاطب، فليس له أن يرجع بشيء من الهدايا والرأى الأخير هو المفتى به فى المذهب.

وموانع الرجوع في الهبة السبعة سالفة الذكر تطابق الموانع التي نصت عليها المادة 502 مدنى - عد المانع الأخير الوارد بها.

وكما ذكرنا سلفا أنه من موانع الرجوع في الهبة التي يغلب أن تثور في

التطبيق العملي:

1- تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا.

2- هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له.

3- موت الخاطب أو المخطوبة.

ونحيل في التفصيلات إلى الشرح الوارد ببند (11).

ونعرض فتوى صادرة من دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1960/6/27 فى

الطلب رقم 802 سنة 1960:

«إن المنصوص عليه شرعا في مذهب الحنفية المعمول به أنه لا رجوع فيما بعث به أحد الزوجين للآخر أثناء قيام الزوجية بينهما - أما إذا كان الإرسال قبل إتمام الزواج بينهما كما في الحادث موضوع السؤال فإنه له الرجوع فيما أرسله متى كان قائما، أما إذا كان هالكا أو مستهلكا فإنه لا يرجع بشيء منه لأنه في معنى الهبة، وهلاك الموهوب أو استهلاكه مانع من الرجوع فيه، هذا هو مذهب الحنفية المعمول به. أما على المفتى به من مذهب المالكية فإنه لا يخلو إما أن يكون الرجوع عن إتمام الزواج من قبل الزوج أو من قبلها،

(ب) المذهب الشافعي:

فى هذا المذهب يحق للمهدى استرداد هداياه سواء كان الخاطب أو المخطوبة، فإذا كانت قائمة ردت بذاتها، وإن كانت هالكة أو مستهلكة فإنه يرد المثل أو القيمة بحسب الأحوال.

=

(ج) المذهب الحنبلي:

أجاز هذه المذهب الرجوع في هدايا الخطبة إذا كان العدول من جانب المخطوبة لأن الخاطب إنما أهدى ليتزوج ولم يتحقق غرضه، أما إن كان العدول منه فلا رجوع أما إذا كان عدم إتمام الزواج بسبب خارجي - لا علاقة للخطيبين به - فلا يرجع في الهدية تمشيا مع المبدأ العام في المذهب وهو عدم الرجوع في الهدية، ومثل ذلك موت الخاطب أو موت المخطوبة.

فإن كان العدول من قبله لا يرجع بشيء من الهدايا باقية كانت أو هالكة، إن كان العدول من المخطوبة يرجع بكل الهدايا سواء كانت باقية أم هالكة، وإذا كانت هالكة يرجع ببديلها، إلا إذا كان هناك عرف أو شرط بخلافه فإنه يعمل به. وهذا التفصيل حسن ونرى الأخذ والإفتاء به وقد جرت فتوانا عليه. والله أعلم».

15- استرداد المهر أو قيمته :

ما ذكرناه سلفا يتعلق بالشبكة وهدايا الخطبة الأخرى. أما فيما يتعلق بالمهر فقد ذهب الأحناف إلى أنه في حالة فسخ الخطبة، فإن للخطاب أن يرجع بما قدمه من مهر قليلا كان أو كثيرا، لأن المهر وجب بالعقد فهو حكم من أحكامه وأثر من آثاره، ومادام الزواج لم يوجد فلا حق للمرأة في أخذ المهر بل هو حق خالص للزوج، فإن كان قائما أخذه بعينه، وإن هلك أو استهلك أخذ مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا⁽¹⁾.

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 21 يناير 1970 فى الطلب رقم 1970/31 بأن:

«المقرر شرعا أن الخطبة ليست عقدا ولا زواجا، ولا يترتب عليها شيء من آثار العقد والزواج، والشبكة التى تقدم للمخطوبة قد جرى العرف باعتبارها جزءا من المهر، وقد جرينا فى الإفتاء على هذا - ومادامت الشبكة قد اعتبرت جزءا من المهر فإنها تأخذ حكمه، والمهر لا يستحق شرعا إلا بعقد الزواج، فإذا لم يتم عقد الزواج سبب فسخ الخطبة أو وفاة المخطوبة مثلا كما فى الحادثة موضوع السؤال فإنه يكون للخطاب شرعا الحق فى أن يسترد ما قدمه لمخطوبته من شبكة، لأنها جزء من المهر كما سبق، ولا حق لورثة المخطوبة فى شيء من الشبكة المذكورة شرعا. ومن هذا يعلم الجواب عما جاء بالسؤال والله سبحانه وتعالى أعلم⁽²⁾».

16- هل يجوز التعويض بسبب العدول عن الخطبة؟

(1) حاشية ابن عابدين ج3 ص153 - الدكتور أحمد الحصرى ص72 - الدكتور محمد مصطفى شلبى ص 82.

(2) راجع ما ذكرناه عن الشبكة فى بند (10).

أوردنا سلفاً ببند (8) أن الخطبة غير ملزمة وأنه يجوز لأى من الطرفين العدول عنها، دون مسئولية عليه. فالعدول عن الخطبة فى ذاته ليس خطأ مستوجبا للتعويض، سواء كان ماديا أو أدبيا، ولو استطلال أمد الخطبة قبل العدول عنها لأن كلا من الطرفين يعلم أن هذه الخطبة غير ملزمة ويمكن العدول عنها فى أى وقت، وكان فى وسع الطرف المتضرر من ذلك أن يعدل عنها فيضع نهاية لها.

غير أنه إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة بذاتها عنه ألحقت ضرراً بأحد طرفى الخطبة، فإنه يجوز التعويض عن هذا الضرر.

ويكون أساس التعويض فى هذه الحالة المسئولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة 163⁽¹⁾ مدنى التى تجرى على أن:

«كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض»، ومعيار الخطأ هو المعيار المعروف، وهو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى فإذا انحرف من يعدل عن الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادى إذا وجد فى نفس ظروفه، وأدى هذا الانحراف إلى الإضرار بالطرف الآخر كان مسئولا عن تعويض الضرر.

ومثال الأفعال سالفه الذكر:

- 1- أن تكون المخطوبة طالبة علم أو عاملة - فيطلب منها الخاطب ترك الدراسة أو الاستقالة من عملها، فتقوم بذلك.
- 2- أن يطلب الخاطب من المخطوبة إعداد كسوة تتناسب مع احتفال العقد أو العرس فتقوم بذلك.
- 3- أن يطلب الخاطب من المخطوبة إعداد جهاز معين لا تضمن الانتفاع به على الوجه الصحيح، إذا لم يتم الزواج، فتعد هذا الجهاز.
- 4- أن تكون المخطوبة قد طلبت من الخاطب إعداد مسكن الزوجية خلاف مسكنه القديم الذى كان يليق بحال العزوبة، فيقوم بإعداده.

(1) الوسيط للدكتور السنهاورى الجزء الأول الطبعة الثانية 1964 ص 940 - عمر عبد الله ص 55 - عبد الرحمن العتر ص 408.

وقد سارت محكمة النقض فى قضائها على هذا الرأى فقضت بأن :

1- «إن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه فى أى وقت شاء، خصوصا وأنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية فى مباشرته لما للزواج من الخطر فى شئون المجتمع، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهتدا بالتعويض ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول، قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما - وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمن على من وقعت منه وذلك على أساس أنها هى فى حد ذاتها - بغض النظر عن العدول المجرد - أفعال ضارة موجبة للتعويض».

(الطعن رقم 13 لسنة 9 فى جلسة 14/12/1939)

2- «استطالة أمد الخطبة فى الزواج والإحجام عن إتمامه ثم العدول عن الخطبة، كل ذلك أمور لا تفيد سوى العدول عن إتمام الخطبة ولا تعد أفعالا مستقلة بذاتها عن هذا العدول ومجرد العدول عن الخطبة - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا يعد سببا موجبا للتعويض مهما استطالت مدة الخطبة إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت ضررا بأحد الخاطبين»⁽¹⁾.

(1) وينتقد الدكتور محمود جمال الدين زكى قضاء محكمة النقض فى مؤلفه مشكلات المسؤولية المدنية الجزء الأول طبعة 1978 ص 175 وما بعدها، إذ يذهب إلى أن محكمة النقض لا تتفق فى هذا القضاء مع قواعد القانون فقوام الخطأ فى المسؤولية التقصيرية، الانحراف عن سلوك الرجل العادى فى الظروف الخارجية التى وقع فيها الفعل الضار. ومادامت محكمة النقض قد سلمت بأن قواعد المسؤولية التقصيرية هى الواجبة التطبيق عن العدول عن الخطبة فكان يجب عليها أن تعترف بقيامها متى انحراف الخطيب، وهو يفسخ الخطبة، عن السلوك المألوف للشخص العادى فى مثل الظروف الخارجية التى أحاطت بالخطيب، وتكون إضافة قيود أخرى على هذا التحديد مخالفة للمادة 163 من المجموعة المدنية. ويعتبر عدول الخطيب، لعدم الاستجابة لمطالب مالية، انحرافا لا شك فيه عن سلوك الرجل العادى، الذى يقدم على الزواج لإقامة أسرة،

(الطعن رقم 174 لسنة 72 ق جلسة 1962/11/15)

موضوع رقم (2)

تعريف الزواج وحكمته ووصفه الشرعي

17- تعريف الزواج:

الزواج في اللغة (الاقتران) فهو اقتران أحد الشئيين بالآخر وارتباطهما بعد أن كان كل منهما منفصلا عن الآخر، ومنه قوله تعالى: ﴿وَزَوَّجْنَهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾⁽¹⁾، فمعناه: قرناهم بهن.

وقد ذاع استعمال كلمة (الزواج) في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام لتكوين المنزل والأسرة بحيث إذا أطلق (الزواج) لا يقصد منه إلا هذا المعنى⁽²⁾. والزواج شرعا هو عقد يقصد به حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر وائتناسه به، طلبا للنسل، على الوجه المشروع⁽³⁾. ويطلق على عقد (الزواج) أيضا عقد (النكاح)⁽⁴⁾.

18- حكمة الزواج:

لا لتحقيق مغنم مالية، كما أن الخطأ الذي يستوجب التعويض في حالة العدول، قد يقتصر بالخطبة ذاتها وخطبة الفتاة طمعا في ثروة أبيها تقترن قطعا بخطأ يقيم المسؤولية في حالة العدول عنها لعدم تحقق الأطماع المالية التي كانت الدافع إليها.

- (1) الآية 54 من سورة الدخان.
- (2) الدكتور عبد العزيز عامر ص 9.
- (3) على حسب الله ص 34 - ويعرفه صاحب فتح القدير بأنه: «عقد وضع لتملك المتعة بالأثني قصدا» ج3 ص186.

(4) وتطلق كلمة (النكاح) في اللغة على الوطء وعلى العقد، وعلى الضم حسبا كان أو معنويا كضم الجسم إلى الجسم والقول إلى القول، وقد ذهب الحنفية إلى أن لفظ (النكاح) حقيقة في الوطء ومجاز في العقد، وذهب الشافعية إلى العكس. وإذا ورد لفظ النكاح في الكتاب أو السنة مجردا عن القرينة يراد به الوطء عند الحنفية ويراد به الزواج عند الشافعية «شرح فتح القدير ج3 ص 184 وما بعدها - عمر عبد الله ص 23 هامش 1».

ليس الغرض من الزواج هو قضاء الوطر الجنسي فقط - بل للزواج أغراض أخرى تسمى على هذا الغرض نذكر منها ما يأتي:

1- أن الزواج رابطة روحية تجمع بين الزوجين أساسها المودة والرحمة إذ يسكن الرجل إلى امرأته فتكون أمينة على سره، وحافظة لماله في غيبته وصاحبته في خلواته، وهو ما يشيع الائتناس والبهجة في حياة الزوجين، ويكون ذخيرة لهما في مواجهة أعباء الحياة ومتاعبها.

وفى هذا يقول الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁽¹⁾.

وقد بنت محكمة الخليفة الجزئية قضاءها في الدعوى رقم 373 لسنة 1958 وهي دعوى طاعة، على ما تقدم، فقد دفعت فيها المدعى عليها بأنها طعنت في السن وانتابها الأمراض وتراكت عليها العلل وفقدت بصرها وشبابها وصارت حطاما باليا لا تصلح لأغراض الزوجية ومقاصدها الشرعية التي شرعها الله سبحانه وتعالى، وعلى ذلك فلا طاعة لزوجها (المدعي) عليها وصار من الواجب تسريحها بإحسان، وردت المحكمة بأسباب حكمها على هذا الدفع فقالت: «أن الزواج كما يقصد للمتعة وابتغاء النسل فمن مقاصده أيضا أن يأنس الزوج بزوجته - وأن تكون أمينة على سره وحافظة لماله في غيبته، وصاحبته في خلواته، وهذا المقصد متحقق، سواء كانت الزوجة شابة أم عجوزة، صحيحة أو مريضة، مبصرة أو عمياء».

وقد تأيد هذا الحكم استئنافيا بتاريخ 1959/11/16⁽²⁾.

2- الزواج هو الوسيلة المنظمة الدقيقة لإنجاب الأولاد وزيادة النسل حفاظا على استمرار النوع البشري، مع الحفاظ على الأنساب وقد نذبت الشريعة إلى النسل. فقد قال النبي عليه السلام: «تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم الأنبياء

(1) سورة الروم آية رقم 21.

(2) صلاح الدين زغو ص 11 وما بعدها - الهامش.

يوم القيامة».

ويروى أن الأحنف بن قيس دخل على معاوية، ويزيد بين يديه، وهو ينظر إليه إعجاباً به - فقال يا أبا عمر ما تقول في الولد؟ فلم ما أراد - فقال: «يا أمير المؤمنين هم عماد ظهورنا، وتمر قلوبنا، وقرّة أعيننا، بهم نصول على أعدائنا، وهم الخلف لمن بعدنا، فكن لهم أرضاً ذليلة وسماء ظليلة إن سألوك فأعطهم، وإن استعتبوك (طلبوا منك الرضى) فأعتبهم، لا تمنعهم رفقك (عطاءك) فيملوا قربك، ويكرهوا حياتك، ويستبطنوا وفاتك».

فقال: الله درك يا أبا عمر، هم كما وصفت.

3- الزواج هو أساس الأسرة، والأسرة هي الخلية الأولى في بناء المجتمع، وفي هذه الأسرة يتربى الفرد، ويعرف فيها ما له من حقوق وما عليه من واجبات، فإذا صلحت الأسرة صلح المجتمع كله لأنه يتكون من جماع ما به من أسر.

4- الزواج يكفل توزيع الأعباء بين الزوجين بما يحقق راحة كل منهما وانتظام معيشة الأسرة من ناحية، وانتظام العدل في المجتمع من ناحية أخرى. فالزوج يختص بالعمل خارج المنزل والحصول على المال اللازم للإنفاق، بينما تختص الزوجة برعاية منزلها وتربية أولادها وتهيئة الجو الصالح للرجل الذي يذهب بعنائه ويجدد نشاطه.

بل إن الزواج بما يربته من تبعات على الرجل في الحصول على النفقة اللازمة لزوجته وأولاده، يحفزه على المزيد من العمل، وهو ما يحقق زيادة في الإنتاج. ومن أجل هذه المعاني الطيبة للزواج حث الإسلام على الزواج في الكتاب والسنة:

فقال تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا

إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁽¹⁾.

وقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ

أَزْوَاجَكُمْ بَيْنَ وَحَفْدَةٍ وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَتِ^٤ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ
وَيَبْعَثَ اللَّهُ هُمْ يَكْفُرُونَ^(١).

وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ
وَأِمَائِكُمْ^٥ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ^٦ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ^(٢)﴾.

وقال النبي عليه السلام: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة^(٣)
فليتزوج ، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه
له وجاء»^(٤).

وقوله عليه السلام: «إذا تزوج العبد فقد استكمل نصف دينه، فليتق الله في
النصف الثاني».

وقوله عليه السلام: «الدنيا متاع، وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة».
وقوله عليه السلام: «ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء؟ المرأة الصالحة، إذا
نظر إليها سرته، وإذا غاب عنها حفظته، وإذا أمرها أطاعته».
وقد روى أن نفرا من أصحاب الرسول عليه السلام قال بعضهم لا أتزوج،
وقال بعضهم: أصلى ولا أنام، وقال بعضهم: أصوم ولا أفطر، فبلغ ذلك الرسول
عليه السلام فقال: «ما بال أقوام قالوا كذا، وكذا، لكنى أصوم وأفطر - وأصلى
وأنام، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني».

19- الوصف الشرعي للزواج:

المقصود بالوصف الشرعي، ما يسمى في اصطلاح الأصوليين بالحكم

(1) سورة النحل الآية 73.

(2) سورة النور الآية 32 - والأيمى جمع أيم، وهو الذى لا زوجة له، أو التى لا زوج لها.

(3) اختلف العلماء فى المراد بالباءة، فذهب البعض إلى أن المراد بها الجماع، فتقديره من
استطاع منكم الجماع لقدرته على مؤنة الزواج فليتزوج.... الخ، وذهب البعض الآخر
إلى أن المقصود بها تكاليفات الزواج من إعداد البيت والإنفاق عليه.

(4) أى قاطع لثوران الشهوة.

التكليفى، أى ما يحكم به الشارع على أفعال الإنسان أو أقواله: من وجوب، أو حرمة، أو نذب، أو إباحة. أو غير ذلك.

والوصف الشرعى للزواج يختلف باختلاف الزوج فى طبيعته البشرية وقدرته المالية.

فالزواج قد يكون فرضا، أو واجبا، أو حراما، أو مكروها.

ونتناول ذلك بالتفصيل الآتى:

1- يكون الزواج فرضا، إذا كان المكلف يتأكد الوقوع فى الزنا إذا لم يتزوج، وكان قارا على مطالب الزواج المالية من مهر ونفقة، وواتقا من العدل فى المعاملة مع زوجته إذا تزوج.

وأساس ذلك، أن ترك الزنى فرض، وعدم الزواج يوقع فيه حتما، فلزم الزواج، لأن من المقرر فى الشريعة أن ما لا يتحقق الفرض إلا به فهو فرض⁽¹⁾.

2- يكون الزواج واجبا إذا كان المكلف قادرا على مطالب الزواج المالية وإقامته العدل مع زوجته إذا تزوج، ويغلب على ظنه الوقوع فى الزنى إذا لم يتزوج.

والالتزام هنا دونه فى الحالة السابقة إذ للزوم فى الواجب أقل مرتبة من للزوم فى الفرض.

3- يكون الزواج حراما إذا كان المكلف غير قادر على مطالب الزواج المالية أو متيقنا أنه سيطلم زوجته إذا تزوج - والزواج حرام فى هذه الحالة لأنه سيؤدى إلى الإضرار بالزوجة والإضرار بالغير حرام شرعا، وكل ما يوصل

(1) جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الفرض والواجب إلا فى الحج. فما طلب الشارع من المكلف فعله على سبيل الإلزام يسمى واجبا أو فرضا. أما الحنفية

يفرقون بينهما، فالفرض عندهم ما طلب الشارع من المكلف فعله على سبيل الإلزام بدليل قطعى الثبوت، وقطعى الدلالة فيكفر جاحده، والواجب ما طلب الشارع من المكلف فعله على سبيل الإلزام بدليل ظنى الثبوت، أو ظنى الدلالة فلا يكفر جاحده وكثيرا ما يطلق الواجب ويراد به ما يشمل الفرض «عمر عبد الله ص 30 هامش رقم 1».

إلى الحرام فهو حرام.

وحرمة الزواج هنا ليست لذاته بل لغيره لأنه يؤدي إلى الحرام.

4- يكون الزواج مكروها، إذا كان المكلف قادرا على مطالب الزواج

المالية ويغلب على ظنه أنه يقع في الظلم في معاملة زوجته إذا تزوج.

5- يكون الزواج مندوبا، إذا كان المكلف في حال اعتدال، وقادرا على

مطالب الزواج المالية، ولا يقع في الظلم مع زوجته، ولا يقع في الزنى لو لم يتزوج ولا يخشى الوقوع فيه.

وهذه الحال هي الأصل، ولذلك قال فقهاء الحنفية أن الأصل في النكاح أنه

سنة أو مندوب أو مستحب - على اختلاف العبارات الواردة بالكتب، أما الفرضية والوجوب والكرهية والتحريم فتجئ لأمر نفسية عارضة ترفع النكاح إلى مرتبة للزوم أو تنزل به إلى درجة المحرم⁽¹⁾.

6- أما إذا تعارض ما يجعل الزواج فرضا، وما يجعله حراما، كما إذا تيقن

المكلف أنه سيرتكب معصية الزنى إن لم يتزوج، وتيقن أيضا أنه سيظلم زوجته

إن تزوج. في هذه الحالة يجب على المكلف أن يجاهد النفس لكي يعدل مع

زوجته إذا اختار الزواج، وعليه أن يجاهد نفسه ويكبح جماح شهوته إذا اختار

عدم الزواج، يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَيْسَتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا

حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾. وقول الرسول عليه السلام: «يا معشر الشباب

من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم

يستطع منكم فعليه بالصوم، إنه له وجاء»⁽²⁾.



(1) محمد أبو زهرة ص 33.

(2) الدكتور عبد العزيز عامر ص 16 وما بعدها.

موضوع رقم (3) أركان عقد الزواج

20- تعريف:

ركن الشيء⁽¹⁾، هو ما لا يوجد الشيء إلا به لأنه جزء منه، فالركن قوام الشيء، كالركوع والسجود بالنسبة للصلاة، وكالورق بالنسبة للكتاب. أما الشرط⁽²⁾ فهو ما يتوقف وجود الشيء عليه دون أن يكون جزءاً منه فالشرط خارج عن حقيقة الشيء، كالوضوء بالنسبة للصلاة، والكاتب بالنسبة للكتاب⁽³⁾.

وعلى هذا يكون ركن الزواج هو صيغة العقد والزوجان، ولما كان وجود الصيغة شرعاً يقتضى وجود الزوجين فقد اقتصر أكثر الفقهاء فى عدد أركان الزواج على الصيغة.

وتتألف صيغة عقد الزواج - كما تتألف صيغ كل العقود - من الإيجاب والقبول. والإيجاب عبارة تصدر من أحد المتعاقدين - سواء الرجل أو المرأة - يريد إنشاء الارتباط وإيجاده، والقبول عبارة تصدر من المتعاقد الآخر يريد بها الموافقة على الإيجاب - وباجتماع الإرادتين على المعنى المقصود وهو الزواج يتحقق العقد، أو بمعنى آخر ينعقد العقد.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- «عقد الزواج، عقد رضائى قوامه الإيجاب والقبول وملزم للولى. تطلب القانون توثيقه لا ينفى عنه طبيعته الأصلية ولا يمس القواعد الشرعية المقررة. عدم التعارض بين الشروط الموضوعية لصحته والشروط الشكلية لتوثيقه.

(1) ركن الشيء لغة: جانبه القوى.

(2) الشرط بسكون الراء لغة: ما يتقرر فى بيع ليلتزم، وبفتح الراء: العلامة، ومنها أشرط الساعة أى علاماتها (المعجم الوجيز ص 340).

(3) حاشية ابن عابدين ج3 ص9 - الدكتور محمد يوسف موسى الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى الطبعة الأولى ص 254 هامش (1).

علة ذلك. بحث الشروط الموضوعية وحسم الخلاف حولها منوط بالقضاء دون جهة التوثيق».

(طعن رقم 194 لسنة 64ق «أحوال شخصية» جلسة 1998/10/19)

2- «توثيق الزواج. عدم اعتباره من الأركان الموضوعية أو الشكلية للعقد. مؤداه. النعى بتزوير توقيع الطاعن على توثيق عقد زواجه بالمطعون ضدها الأولى رغم إقراره بالتوقيع على عقد الزواج، غير منتج في دعوى بطلان الزواج».

(طعن رقم 214 لسنة 65ق «أحوال شخصية» جلسة 1999/11/22)

21- ألفاظ العقد:

اتفق الفقهاء على أن الزواج يعقد بلفظ (النكاح)، كما يعقد بلفظ (الزواج) أو ما اشتق من هذين اللفظين، لأن اللفظين المذكورين هما الموضوعان له شرعا. غير أن هناك بعض الألفاظ التي لم توضع أصلا لإفادة معنى الزواج، ولكنها تدل عليه بطريق المجاز لا الحقيقة، لوجود العلاقة بين المعانى التي وضعت لها هذه الألفاظ، وبين المعنى المجازى وهو الزواج، وهذا المجاز إما أن يكون مشهورا وصل إلى درجة الحقيقة اللغوية، أو مجازا وضحت فيه القرينة على أن المقصود بالألفاظ إنشاء عقد الزواج، لا المعانى الحقيقية لها، كأن ينطق بهذه الألفاظ فى مجلس مهياً لعقد الزواج، أو أن يكون هناك خطبة أو تسمية مهر⁽¹⁾.

وقد اختلف الفقهاء فى شأن انعقاد العقد بهذه الألفاظ على التفصيل الآتى:

1- ألفاظ المجاز التي تدل على تمليك الأعيان فى الحال بغير عوض، كلفظ الهبة والصدقة، والتمليك والجعل، كأن يقول الأب للرجل جعلت بنتى لك بألف جنيه.

(1) العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين - الجزء الأول - الطبعة الثانية -

وقد أجاز الحنفية انعقاد العقد بهذه الألفاظ، وكذلك أجازها الإمام مالك وأحمد بن حنبل⁽¹⁾. وسندهم في ذلك أن هذه الألفاظ مجاز مشهور، وأن الكتاب والسنة يدلان على انعقاد الزواج بغير لفظي الزواج والنكاح.

وقد ورد في السنة لفظ الملك بمعنى الزواج، فقد قال النبي عليه السلام لمن رغب في الزواج ولم يجد مالا يتزوج به «ملكتكها بما معك من القرآن»، ومن ثم يأخذ حكم لفظي الهبة والتملك غيرهما من الألفاظ التي تفيد ملك العين في الحال دون عوض.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 14 ربيع ثان 1369هـ. فبراير 1950م بانهقاد النكاح بلفظ الهبة. فقد جاء بفتاوها:

«إن النكاح ينعقد بلفظ الهبة فإذا وهبت المرأة نفسها لرجل بحضور شاهدين كان عقد النكاح صحيحا متى استوفى شرائطه الشرعية فتحل به الزوجة لزوجها شرعا غير أنه يلزم إثباته رسميا تقاديا للأضرار التي تلحق الزوجين من عدم إثباته والله أعلم».

2- ألفاظ المجاز التي تدل على تملك الأعيان في الحال بعوض مثل (البيع) و (الشراء)، كأن تقول المرأة للرجل بعت نفسي لك، أو يقول الرجل لها: اشتريك لنفسي.

وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفي في انعقاد الزواج بها. والصحيح عندهم انعقاد الزواج بها، وذلك لأن اللفظ اقترن بما يدل على إرادة الزواج، وهو يفيد ملك العين التي تقتضى حل المتعة كان مستعملا في حقيقة معنى الزواج فيجوز.

(1) أما الشافعي فقد منع الزواج بغير لفظي الزواج والنكاح، فقد جاء بمختصر المزني، طبعة دار المعرفة ببيروت ص 167 أن: «قال الشافعي رحمه الله أسمى الله تبارك وتعالى النكاح في كتابه باسمين النكاح والتزويج ودلت السنة على أن الطلاق يقع بما يشبه الطلاق ولم نجد في كتاب ولا سنة إحلال نكاح إلا بنكاح أو تزويج والهبة لرسول الله ﷺ مجمع أن ينعقد له بها النكاح بأن تهب نفسها له بلا مهر، وفي هذا دلالة على أنه لا يجوز النكاح إلا باسم التزويج أو النكاح».

3- ألفاظ المجاز التي تدل على تملك المنفعة في الحال مثل لفظ الإجارة، والصحيح عند الحنفية أن الزواج لا ينعقد بهذه الألفاظ لمنافاة ما تدل عليه حقيقة الزواج لأن الإجارة لا تتعقد إلا مؤقتة وهو ما ينافي معنى الزواج لأنه يعقد للدوام⁽¹⁾.

ولا يعقد النكاح باتفاق الأحناف بألفاظ الإباحة والإحلال والإعارة والإيداع والرهن لأنها لا تفيد ملك العين ولا ملك المنفعة فلا تتحقق بها العلاقة. والنكاح لا ينعقد بفعل كالتعاطي، على خلاف العقود الأخرى كالبيع، فلو قالت امرأة بحضرة الشهود لرجل: زوجتك نفسى بمائة جنيه فسلمها المائة جنيه فى المجلس ولم يأت بلفظ معين يفيد القبول لم ينعقد⁽²⁾ هذا من ناحية الإيجاب، أما القبول فيتحقق بكل لفظ يدل على موافقة الطرف الثانى ورضاه بالإيجاب الذى صدر من الطرف الأول، لإتمام العقد. مثل: قبلت، ورضيت، وأجزت، ووافقت، وما إلى ذلك، بدون اشتراط لفظ معين، ولا مادة مخصوصة⁽³⁾.

22- انعقاد العقد بغير اللغة العربية :

اتفق الفقهاء على أن الزواج ينعقد بغير اللغة العربية إذا كان المتعاقدان أو أحدهما لا يفهم العربية.

أما إذا كان العاقدان يفهمان العربية، فقد ذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد إلى انعقاد العقد بغير اللغة العربية بالألفاظ الدالة عليه التى اختارها منها، لأن الإسلام لم يحرم التحدث بغير اللغة العربية، وربما كانت اللغة التى استعملها الطرفان فى العقد هى لغتهما الأصلية، كالتركية بالنسبة للأتراك، والأردية بالنسبة للهنود.

(1) راجع فى هذا شرح فتح القدير ج3 ص 193 وما بعدها - الأشباه والنظائر للشيخ زين العابدين نجيم - طبعة دار الكتب العلمية بجدة سنة 1985 ص 178 - محمد أبو زهرة ص 37 وما بعدها - عمر عبد الله ص 62 وما بعدها.

(2) عبد الرحمن تاج - ص 22 وما بعدها.

(3) الدكتور أحمد الحصرى النكاح والقضايا المتعلقة به - الطبعة الأولى سنة 1986، ص 78.

أما الشافعي فذهب إلى أنه إذا كان العاقدان يفهمان اللغة العربية، فإن العقد لا ينعقد بغيرها، مثل الصلاة لا تصح ممن يلم بالعربية بغير القراءة العربية.

23- انعقاد العقد بالإشارة أو الكتابة:

إذا كان العاقدان أو أحدهما غير قادر على التعبير بالألفاظ كالأخرس، فإنه يتعين التفرقة بين فرضين:

الأول: إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يعرف الكتابة، فقد أجمع الفقهاء على أن الإيجاب أو القبول ينعقد بإشارته إن فهمت وهي ما يطلق عليها الفقهاء الإشارة المفهمة⁽¹⁾.

الثاني: إذا كان العاقدان أو أحدهما يعرف الكتابة، وفي هذا الفرض انقسم الأحناف إلى رأيين:

الأول رواية الأصل، أن العقد لا يصح بالإشارة ويجب أن يحصل بالكتابة، لأن الكتابة أدل على المراد من الإشارة وأبعد عن الاحتمال، فالكتابة الطريق الثاني للدلالة على إرادة صاحبها دلالة لا شك فيها.

والثاني رواية الجامع الصغير، أن العقد هنا يجوز بالإشارة كما يجوز بالكتابة فكل منهما من أنواع الدلالات التي تقوم مقام الخطاب. والرواية الأولى هي الأرجح⁽²⁾.

هذا إذا كان الخرس أصليا أى خلقه، أما إذا كان الخرس عارضا طرأ على المتعاقد، فلا تفيد إشارته فى إنشاء العقد إلا إذا يئس من عودة النطق إليه وصارت إشارته مفهومة تدل على إرادته حقا⁽³⁾.

(1) العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية - الجزء الأول ص 17 فقد جاء بها:
«(سئل) فى رجل اخرس عقد نكاح بنته البالغة بإشارته المعهودة ورضيت البنت بذلك فهل نفذ النكاح وتكون إشارته مقام عباراته.
(الجواب) نعم والمسألة فى الأشباه».

(2) الدكتور عبد العزيز عامر ص 32 - محمد أبو زهرة ص 40 - الدكتور عبد الرحمن تاج ص 23 وما بعدها.

(3) الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى - الطبعة الأولى - محمد يوسف موسى - ص 268.

24- عقد زواج الغائب:

إذا كان أحد العاقدين غير حاضر مع الآخر فى مجلس واحد فإنه يمكن أن يتعاقد معه بواسطة رسول أو كتاب، أو عن طريق المحادثة بالمسرة (التليفون)، فتقوم عبارة الرسول، أو ما سطر بالكتاب أو حديث العاقد بالمسرة مقام إيجاب العاقد الحاضر، ويجب الطرف الآخر على الإيجاب بالقبول.

ويجب أن يسمع الشاهدان عبارة الرسول أو يقرأ الكتاب عليهما أو يسمعا المحادثة عن طريق المسرة، ويسمعا قبول العاقد الآخر، وأن يشهدا على الإيجاب والقبول معا⁽¹⁾.

وإن أنكر صاحب الكتاب أنه بعث بالرسول أو أرسل الكتاب أو تحدث بالمسرة، وأنكر بالتالى زواجه، فإنه لا يمكن إثبات الزواج بشهادة هذين الشاهدين، لأنه شهادتهما كانت بصدد ما أتى به الرسول أو ما سمعاه بالمسرة أو ما حمله الكتاب من إيجاب ادعى صدوره من الموجب.

25- صيغة الإيجاب والقبول:

الأصل فى جميع العقود أن تكون بالفعل الماضي، لأن الألفاظ الماضية تدل على حصول الحدث قطعا بغير احتمال قبل الإخبار به. وكان الناس يستعملون هذه الصيغة فى عقودهم، فلما جاء الإسلام أقرهم على ذلك، وكان الرسول عليه السلام يستعمله فى جميع العقود، ومثل ذلك أن يقول أبو المرأة: زوجتك ابنتى فيقول الرجل: قبلت الزواج.

غير أن هذا لا يمنع من انعقاد العقد بالفعل الحاضر أو المستقبل، ما دامت الحال والقرائن تدل بلا شك على أن المراد به إنشاء العقد وتحققه فى الحال، لا طلبا لإنشائه أو الوعد به.

وبالترتيب على ذلك ينعقد الزواج إذا كان أحد اللفظين بصيغة الأمر، والثانى بصيغة الماضي، كأن يقول الرجل لأبى المرأة: زوجنى بنتك، فيقول: قد زوجتك.

(1) الدكتور أحمد الحصرى - ص 91.

وينعقد الزواج إذا كان أحد اللفظين مضارعا مبدوءا بالهمزة، والثاني ماضيا، كأن يقول الزوج للمرأة: أتزوجك. فنقول: قبلت. أو تقول هي أزوجك نفسي فيقول: قبلت.

وينعقد الزواج باستعمال الجملة الإسمية، كقول الرجل أنا متزوجك على مهر مقداره كذا⁽¹⁾.

26- تولى عاقد واحد صيغة الزواج:

الأصل في العقود أن يتولى إنشاءها عاقدان، لأنها تنشأ عن إيجاب وقبول، كل منهما يعبر عن إرادة صاحبه، كما أن لكل عقد آثار يلتزم ببعضها الموجب ويلتزم ببعضها القابل.

وقد ذهب الطرفان - أبو حنيفة ومحمد - إلى أن هناك فرقا بين العقود المالية كالبيع ونحوه، وبين عقد الزواج، إذ في الضرب الأول من العقود ترجع حقوق العقد وآثاره للعاقد نفسه، على حين أنها ترجع لصاحب الشأن نفسه في الزواج، فلا يكون من تولى العقد إلا سفيراً ومعبراً عنه، والواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين بصفتين مختلفتين، ولهذا يجوز أن يتولى العقد شخص واحد عن الطرفين، ثم يرجع حكم العقد وحقوقه وآثاره إلى الأصليين الزوج والزوجة⁽²⁾.

ويستدل صاحباً هذا الرأي أيضاً لمذهبهما بما رواه البخاري، وهو أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارط: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم، قال: تزوجتك. فهذا عقد زواج تم بتعبير واحد، وكذلك بما رواه أبو داود في سننه عن عقبة بن عامر أن النبي عليه السلام قال لرجل أترضى أن أزوجك فلانة؟ قال: نعم، وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلانا؟ قالت: نعم فزوج أحدهما صاحبه.

(1) حاشية ابن عابدين ج2 ص9 وما بعدها - شرح فتح القدير ج3 ص190 وما بعدها

- الدكتور محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ص267.

(2) شرح فتح القدير ج3 ص305 وما بعدها - محمد يوسف موسى - ص280 وما بعدها.

وينعقد العقد بعبارة العاقد الواحد، سواء كانت ولاية العاقد أصلية، كالولاية الثابتة وبالقرابة، أم دخيلة كالولاية الثابتة بالوكالة. ويتحقق ذلك في صور خمس هي:

1- إذا كان للعاقد ولاية من الجانبين، كأن يزوج الجد الولي حفيده من ابن عمها الذى هو حفيده أيضا.

2- إذا كان وكيلا عن الجانبين: الرجل والمرأة.

3- إذا كان وكيلا من جانب وأصيلا من جانب آخر، كأن توكله المرأة فى أن يزوجه من نفسه.

4- إذا كان وليا من جانب ووكيلا من جانب آخر، كأن يوكله رجل فى أن يزوجه من امرأة فى ولايته، كابنته مثلا.

5- أن يكون وليا من جانب وأصيلا من جانب آخر، كأن يزوج نفسه من ابنة عمه التى هى فى ولايته.

إنما لا ينعقد بإرادته واحدة إذا كان العاقد فضوليا، ذلك أن الولاية أو الوكالة متى كانت ثابتة عند العقد دل ذلك دلالة مقارنة على أن العاقد قائم مقام الأصيل، وتتحل بسبب تلك القرينة إلى عبارتين تفيدان معنى الإيجاب والقبول وليس الأمر كذلك فى عقد الفضولى فليس فيه قرينة تدل على أنه قائم مقام الأصيل، وأنه يملك التعبير عنه، فعبارته لا تقوم مقام عبارتين ولا يتحصل بهذه العبارة عقد يمكن أن يكون موقوفا على إجازة الغائب، لأنها لا تفيد غير الإيجاب وهو وحده هدر لا يصلح معه قبول الغائب، فلا يتوقف عليه، لأن الذى يتوقف على إجازة الغائب إنما هو العقد الكامل بالإيجاب والقبول، فإذا كان فى مجلس هذا الفضولى من يقبل العقد فإنه يكمل العقد بعبارته وعبارة الأول، ويتوقف على إجازة الغائب، ولو كان القابل الحاضر فضوليا أيضا، فينعقد العقد بعبارة الاثنين وإن كانا فضوليين⁽¹⁾.

(1) عبد الرحمن تاج - ص 28 وما بعدها.

وينتفق أبو يوسف مع الطرفين في المسائل السابقة، إلا في مسألة عقد الفضولي، فإنه يقول بانعقاد عقد الزواج بعقد واحد ولو كان العاقد فضولياً، لأنه لا فرق بين عبارة الفضولي سواء كان فضولياً في جانب أو في أحدهما وبين عبارة ذي الصفة في العقد، ولا مانع أن تقوم عبارته مقام الإيجاب أو القبول من الأصل، ويكون العقد موقوفاً على إجازته، كما هو صحيح موقوف باتفاق علماء المذهب الحنفى إذا تولاها فضوليان، أحدهما عن الزوج والآخر عن الزوجة، وأن النكاح يشبه الخلع، والخلع قد يثبت من الزوج في غيبة زوجته وينفذ إذا أجازته وبذلك يكون قد قام بعبارة واحدة ولم يكن نائباً عن أحد⁽¹⁾.

وهذا الرأي هو الراجح في المذهب:

أما الإمام زفر، فيذهب إلى أن عقد الزواج لا ينعقد في جميع هذه المسائل بعبارة الشخص الواحد، لأن العقد اسم للإيجاب والقبول، وهما شطران مختلفان ومتقابلان، طبيعة أحدهما أنه جواب للآخر، وهذا يقتضى أنهما لا يتحققان إلا من عاقلين مختلفين، وعبارة العاقد الواحد ليست سوى الإيجاب، وقد استدل على ذلك بما جاء في الأثر المروى عن الرسول من أن: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: خاطب وولى وشاهداً عدل»⁽²⁾.

27- تنجيز العقد:

يجب أن تكون صيغة الإيجاب والقبول منجزة، أى غير مقيدة بأى قيد من القيود، لأن عقد الزواج يفيد ملك المتعة في الحال ولا يترأخى حكمه عنه، ومثال ذلك أن يقول الأب للخاطب: زوجتك ابنتي، فيقول الخاطب: قبلت، فهذا عقد منجز ومتى استوفى شروطه كان صحيحاً وترتبت عليه آثاره⁽³⁾.
والأصل في العقود أن تكون منجزة، عدا الوصية والإيصاء، فإنهما، بطبيعتهما، لا يكونان إلا مضافين إلى ما بعد الموت.

(1) عبد الرحمن تاج ص 28.

(2) شرح فتح القدير ج 3 ص 306.

(3) السيد سابق ص 168.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 12/11/1981 فى الطلب رقم 369 لسنة 1981 بأن:

«العقد المنجز والذى لم يضيف إلى المستقبل، ولم يعلق على شرط، لكنه قد يقترب بالشرط الذى لا يخرج عنه أنه حاصل فى الحال بمجرد توافر أركانه وشروطه الموضوعية».

ونعرض فيما يلى لحكم العقد المضاف، والعقد المعلق على شرط.

28- حكم العقد المضاف:

العقد المضاف، هو ما كانت صيغته مضافة إلى زمن مستقبل، كأن يقول الرجل للمرأة: «تزوجتك غدا أو بعد غد أو بعد شهر أو فى آخر هذا العام» فتقول له: «قبلت».

وحكم العقد المضاف أنه لا ينعقد لا فى الحال، ولا فى الزمن المضاف إليه، لأن إضافة العقد إلى زمن مستقبل تمنع من ترتب أحكامه عليه فى الحال. وهذا ينافى موجب عقد الزواج، وهو حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر بعد تمام العقد مباشرة وترتب سائر أحكامه عليه فورا، والزواج من عقود التملك وكل عقد وضع لإفادة التملك فى الحال لا تجوز إضافته إلى المستقبل لمنافاة ذلك طبيعة عقد التملك ومقتضاه⁽¹⁾.

29- حكم الزواج المعلق:

الزواج المعلق، هو ما علق حصوله على حصول شيء آخر فى المستقبل، كأن يقول الرجل للمرأة: تزوجتك أن نجحت فى امتحان آخر العام، أو تقول المرأة للرجل: تزوجتك إذا عاد أبى من السفر.

ويختلف حكم العقد المعلق على شرط على النحو الآتي:

1- إذا كان الشرط محققا، فإن العقد ينعقد صحيحا ما دام مستوفيا لباقي شرائطه لأن التعليق فيه صورى والعقد فى حقيقته منجز. ومثال ذلك أن يقول

(1) أحمد الحصرى ص 123 وما بعدها.

الخاطب للمخطوبة تزوجتك إن كان سنك عشرين سنة، فتقول قبلت، وكان سنها فعلا عشرين سنة.

2- إذا كان الشرط معلوما متوقعا وقوعه: فإن العقد لا ينعقد، ومثال ذلك أن يقول الخاطب: إن رضى أبى تزوجتك، فقبلت المخطوبة، فرضا الأب فى هذا المثال معدوم غير أنه قد يوجد وقد لا يوجد.

30- الشروط المقتترنة بالصيغة:

صحة العقد قد تكون منجزة غير مضافة إلى أجل مستقبل ولا معلقة على شرط، ولكن يقرن بها شرط زائد، يشترطه أحد المتعاقدين لتحقيق منفعة له ويقبله الطرف الآخر، ويسمى العقد فى هذه الحالة، بالعقد المقتترن بالشرط.

والفرق بين العقد المقتترن بشرط، والعقد المعلق على شرط من جهتين:

الأول: من حيث الصورة، فإن العقد المقتترن بشرط يكون خاليا من أداة الشرط، كأن، وإذا، ويسمى الشرط بالتقييدي، أما المعلق على شرط فإنه يكون بأداة من أدوات الشرط ويسمى الشرط التعليقي.

الثانية: من حيث المعنى، إذ المعلق على شرط يتوقف وجوده على وجود الشرط المعلق عليه. وبعبارة أخرى: أن الصيغة فى العقد المعلق لا تكون منشئة للعقد فى الحال بل عند وجود الشيء المعلق عليه إذا كان العقد مما يقبل التعليق. وأما فى العقد المقتترن بشرط، فالعقد منجز حاصل فى الحال، ولكن أعقب بشرط. ومن أمثلة الصيغة المقتترنة بشرط ما إذا قالت امرأة لرجل: تزوجتك بشرط أن تعجل لى المهر كله، أو على أن تطلق زوجتك الأولى، وقبل الرجل، أو قال الرجل للمرأة تزوجتك بشرط ألا أنفق عليك وقبلت المرأة إلى غير ذلك من الشروط التى يشترطها أحد العاقدين لتحقيق غرض من أغراضه.

وحكم العقد المقتترن بالشرط أنه ينعقد كحكم العقد المنجز غير المقتترن بشرط. لكن الشرط المقتترن به قد يحكم بإلغائه ولا تأثير له على العقد وقد يحكم بوجوب العمل بمقتضاه⁽¹⁾. وهذا ما سنتناوله بالشرح فى البند التالي:

(1) النكاح والقضايا المتعلقة به - الدكتور أحمد الحصرى - ص 126 وما بعدها.

31- الشروط الصحيحة والشروط الفاسدة:

يقسم الحنفية الشروط التي يقترن بها عقد الزواج إلى شروط صحيحة وشروط فاسدة أو باطلة.

ثم يقسمون الشروط الصحيحة إلى أربعة أنواع كالآتي:

1- الشروط التي يقتضيها عقد الزواج وتعد حكما من أحكامه، وأثرا من آثاره، مثل اشتراط المرأة أن يدفع لها الرجل مهرا، أو ينفق الرجل عليها أو أن يهيئ لها مسكنا، أو اشتراط الرجل على المرأة أن تطيعه، ولا تخرج من بيته إلا بإذنه.

فهذه الشروط لا تثبت شيئا جديدا غير الذي يقتضيه العقد لأن مضمونها ثابت يجب الوفاء به بمقتضى العقد، سواء شرطه أحد العاقدين أو لم يشترطه ولهذا كان الأفضل ألا يعتبر هذا النوع ضمن الشروط⁽¹⁾.

2- الشروط التي تؤكد مقتضى العقد: كاشتراط المرأة الكفالة فى المهر والنفقة، لأن الكفالة تؤكد الحصول على المهر والنفقة وكلاهما مما يقتضيه عقد الزواج.

3- الشروط التي ورد الشرع بجوازها ودل على اعتبارها وإن لم تكن من مقتضى العقد أو مؤكدة له: كاشتراط الرجل طلاق المرأة متى شاء، واشتراط المرأة أن تكون العصمة بيدها.

4- الشروط التي جرى العرف بها: كاشتراط المرأة تعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه.

أما الشروط الفاسدة أو الباطلة. فهي الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تؤكد ما يقتضيه، ولم يرد الشرع بجوازها، ولم يجر العرف بها، وهى تشمل نوعين:

النوع الأول: شروط تخالف أحكام الشريعة، وهذا كأن تشترط الزوجة على زوجها أن يبيع لها الخروج من البيت كلما تشاء فى أى وقت تريد، أو يطلق ضررتها أو أن يجرى التوارث بينهما مع اختلاف الدين.

(1) الدكتور محمد على محبوب - الشريعة الإسلامية 1987/1986 ص 185.

النوع الثاني: شروط سكت عنها الشارع ولم يرد عنه ما يدل على جوازها أو تحريمها، وإن كان فيها مصلحة لأحد العاقدين، تتناقض مقتضى العقد ولا تخل بالمقصود منه.

كأن تشترط المرأة على زوجها ألا يسافر بها، أو أن يسكنها مع أبويها⁽¹⁾. وحكم الشرط الصحيح أنه يلحق بأصل العقد، ويجب الوفاء به، أما إذا لم يف الملتزم بالشرط، أو لم يحقق مضمون الشرط، لم يكن لمن اشترطه الخيار في فسخ العقد.

أما الشرط الباطل أو الفاسد فلا يلزم الوفاء به فيلغى الشرط، ويبقى العقد صحيحاً تترتب عليه أحكامه لأن الزواج عندهم لا يفسد بالشروط الباطلة أو الفاسدة⁽²⁾.

(1) الدكتور عبد العظيم شرف الدين - أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية - الجزء الأول - الطبعة الثالثة 1987 ص 103.

(2) والشروط عند الحنابلة تنقسم إلى شروط صحيحة وأخرى غير صحيحة وتسمى فاسدة أو باطلة.

والشروط الصحيحة هي التي ورد بالشرع دليل على اعتبارها، أو سكت عنها ويكون فيها منفعة لأحد العاقدين سواء وافقت مقتضى العقد أو لم توافق ما دامت لم تخل بالمقصود منه، مثل اشتراط المرأة على الرجل ألا يخرجها من بيت أبويها أو ألا ينقلها من بلدنا أو لا يتزوج عليها أو اشتراط الرجل فيمن يتزوجها أن تكون بكرًا أو جميلة أو متعلمة أو نحو ذلك.

والشروط غير الصحيحة هي التي ورد عن الشارع النهي عنها أو التي تتناقض مقتضى العقد وتخل بالمقصود منه كأن تشترط المرأة على من يتزوجها أن تخرج من البيت كما تشاء وفي أي وقت تريد أو ألا يقسم في المبيت، أو يشترط الرجل على المرأة ألا مهر لها أو ألا ينفق عليها أو تتفق هي عليه.

والشروط الصحيحة يجب الوفاء بها، وإلا كان للمشتراط الحق في فسخ العقد لأن صاحب الشرط لم يرض بالعقد إلا على أساس الوفاء بالشرط فإذا لم يتحقق الوفاء به فات رضاه بالعقد. ومما تقدم يبين أن الحنابلة يوسعون في الشروط الصحيحة أكثر من الحنفية حيث أجازوا الشروط التي سكت عنها الشارع ولم يرد عنها ما يدل على جوازها أو تحريمها ما دامت لا تتناقض مقتضى العقد ولا تخل بالمقصود منه مثل اشتراط الزوجة على زوجها ألا ينقلها من منزل أبويها وألا يسافر بها وألا يتزوج عليها.

32- حكم اشتراط الزوجة على زوجها حق الدراسة والعمل :

(أنظر الكتاب الثانى - بند 158).

33- هل يتعين على المأذون إثبات شروط الزوجين بوثيقة عقد الزواج؟

لم يرد بلائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل بتاريخ 4 يناير سنة 1955 (المعدل) نص يخول المأذون أن يثبت بوثيقة عقد الزواج ما قد يكون الزوجان اتفقا عليه من شروط لهما أو لأحدهما، كما لم يرد بوثيقة الزواج بيان خاص بهذه الشروط فيما عدا المهر والكفالة. وبالبناء على ذلك فإنه كان لا يجوز للمأذون إثبات ما يتفق عليه الزوجان من شروط فى وثيقة العقد، ويكون للزوجين إثبات هذه الشروط فى محرر مستقل.

وقد أفتت بذلك دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1981/11/12 فى الطلب

رقم 369 لسنة 1981. وقد جاء بفتاها :

«.... ولما كانت لائحة المأذونين لم تبح للمأذون تدوين أى شروط للزوجين أو أحدهما مقترنة بعقد الزواج، يكون موقف المأذون صحيحا فى حدود اللائحة التى تنظم عمله، لاسيما ووثيقة الزواج قد أعدت أصلا لإثبات العقد فقط، حماية لعقود الزواج من الجحود، ذلك لخطورة آثارها ... ذاتها على المجتمع، على أنه يمكن كتابة هذا الشرط أو غيره مما يتفق عليه الزوجان، ويدخل فى نطاق الشروط الصحيحة شرعا فى أية ورقة أخرى غير وثيقة الزواج، التى لا يتسع نطاقها القانونى لغير بيانات عقد الزواج ذاته.

ومما تقدم يتضح أن الشرط الوارد فى السؤال من الشروط الخارجة عن ماهية عقد الزواج المقترنة به، وفيه نفع وفائدة للزوجة.

ويدخل بهذا ضمن الشروط الصحيحة التى يجوز اشتراطها، وإن لا يلزم الوفاء به فى رأى جمهور الفقهاء، ويجب الوفاء به فى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ومن وافقه.

والشرط في ذاته لا مخالفة فيه للدين، ولكن المأذون ممنوع وفقاً لللائحة المأذونين من تدوين أية بيانات لا تحوى الوثيقة موضعاً لها، ومن الشروط فيما عد الكفالة، وما يختص بالمهر وغيره من البيانات الواردة بها وقانون الأحوال الشخصية رقم 44 لسنة 1979 وإن أجاز للزوجة اشتراط العمل لمصلحتها ودرءاً للنشوز، لم يرتب على هذا الشرط جزاء على الزوج، سوى إجازته لها الخروج للعمل المشروط دون إذنه، ولا تعد ناشراً بهذا الخروج، وبالقيود التى وردت فيه. والله سبحانه وتعالى أعلم».

إلا أن لائحة المأذونين عدلت بقرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 (المنشور بالوقائع المصرية فى 15/8/2000 - العدد 184 والذى عمل به اعتباراً من اليوم التالى لتاريخ نشره (م6) وأوجبت على المأذون إثبات الشروط الخاصة التى يتفق عليها الزوجان بوثيقة الزواج بل أوردت أمثلة لهذه الشروط، وقد ورد ضمن النماذج المرفقة بالقرار الوزارى سالف الذكر نموذج جديد لوثيقة الزواج وآخر لوثيقة التصديق على الزواج وتضمنا مكاناً معداً لإثبات هذه الشروط تحت عنوان «الشروط الخاصة».

إذ نصت المادة (33) من اللائحة مستبدلة بالقرار الوزارى المذكور (م 1 من القرار الوزارى) على أن:

على المأذون قبل توثيق العقد أن:

.....

5- يبصر الزوجين أو من ينوب عنهما بما يجوز لهما الاتفاق عليه فى عقد الزواج من شروط خاصة، ومنها على سبيل المثال:

(أ) الاتفاق على من تكون له ملكية منقولات منزل الزوجية.

(ب) الاتفاق على من يكون له حق الانتفاع وحده بمسكن الزوجية فى حالتى الطلاق أو الوفاة.

(ج) الاتفاق على عدم اقتران الزوج بأخرى إلا بإذن كتابى من الزوجة.

(د) الاتفاق على رصد مبلغ مقطوع أو راتب دورى يدفعه الزوج لزوجته إذا طلقها بغير رضاها.

(هـ) الاتفاق على تفويض الزوجة فى تطليق نفسها.

وذلك كله فيما يزيد على الحقوق المقررة شرعا وقانونا، ولا يمس حقوق الغير.

وعلى المأذون أن يثبت ما تم الاتفاق عليه من المسائل السابقة، أو أى اتفاق آخر لا يحل حراما أو يحرم حلالا، فى المكان المعد لذلك بوثيقة الزواج..... الخ».

6- الخ».

34- زواج الشغار⁽¹⁾؛

صورة زواج الشغار هى أن يزوج رجل (موليته) أى من له الولاية عليها، كابنته أو أخته لآخر، مقابل أن يزوجه الآخر موليته، ومعنى ذلك أن كل من الزوجتين هى مهر الأخرى. ومثال ذلك أن يقول رجل لآخر (زوجتك أختى على أن تزوجنى أختك، ولا مهر لهما)، وقبل الآخر.

أما إذا قال رجل للآخر: «زوجتك أختى على أن تزوجنى أختك»، ولم يرد على ذلك، وقبل الآخر، لم يكن الزواج شغارا لأن كلا من الزوجتين لم تكن مهرا للأخرى.

والرأى عند الحنفية فى زواج الشغار، أنه زواج صحيح اقترن بشرط فاسد هو جعل كل من المرأتين مهرا للأخرى، ومن ثم فإن الشرط يلغى ويصح العقد ويجب لكل من المرأتين مهر المثل لخلو العقد من تسمية المهر تسمية صحيحة⁽²⁾.

(1) الشغار فى الأصل مصدر ومعناه: الخلو، ومن هذا القول وظيفة شاغرة أى خالية.

(2) شرح فتح القدير ج3 ص 338 وما بعدها - بداية المجتهد ص 57 وما بعدها - ويذهب جمهور الفقهاء إلى أن زواج الشغار باطل، واستندوا فى ذلك إلى أن النبى عليه السلام نهى عن الشغار فقد روى عن نافع ابن عمر قال: «أن النبى صلى الله عليه وسلم لعن الشغار» والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه آخر ابنته، وليس بينهم صداق». وما روى عن النبى عليه السلام من أنه قال: «لا جلب ولا جنب ولا شغار فى الإسلام»، ولأن العاقدین جعلاً نصف البضع صداقا والنصف منكوحة، لأنه لما جعل موليته منكوحة الآخر وصداق موليته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليها نصفين، =

وبهذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1947/5/11 فجاء في فتاوها :

«اطلعنا على هذا السؤال ونفيد أن هذين العقدين على الوجه الوارد بالسؤال من النكاح المعروف عند الفقهاء بنكاح الشغار. وهو أن زوجه بنته أو أخته على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته مثلاً معاوضة لعقدين.

وحكمه عند الحنفية أنه نكاح صحيح ويجب فيه مهر المثل لكل واحدة من الزوجتين على زوجها. لأن النكاح من العقود الشرعية التي لا تبطلها الشروط الفاسدة وإنما يبطل الشرط ويصح العقد، وهنا قد شرط العاقدان قيام أحد العقدين مقام الآخر معاوضة بلا مهر وهو شرط فاسد لأنه يترتب عليه خلو عقد النكاح مما يصلح مهراً إذ المسمى ليس بمال فيلغى هذا الشرط ويجب مهر المثل فقد جاء في شرح الزيلعي على كنز الدقائق في باب المهر ما نصه «أما نكاح الشغار هو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته أو أمته على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته أو أمته ليكون أحد العقدين عوضاً عن الآخر فلأنه سمي ما لا يصلح مهراً إذ المسمى ليس بمال فوجب مهر المثل كما إذا تزوجها على خمر أو ميتة الخ» وبذلك يعلم الجواب عن السؤال إذا كان الحال ذكر به. والله أعلم».

35- هل تثبت الخيارات في الزواج؟

الخيارات جمع خيار⁽³⁾، والمقصود بالخيار أن يكون لأحد العاقدين أو كليهما الحق في تخير أحد الأمرين. إما إمضاء العقد وتنفيذه أو فسخه ورفع من أساسه، وذلك إذا كان الأمر خيار شرط أو رؤية أو عيب.

وقد شرعت الخيارات لضمان رضا المتعاقدين وتأكد كل منهما أن العقد - حتى يتم ويمضى - يحقق رغبته ومصلحته، وهذه الحاجة هي التي دعت لشرعية هذه الخيارات مع أن مقتضى العقد أن يكون لازماً لا خيار فيه لاستقرار العقود والمعاملات بين الناس، ومن هذه الخيارات ما يرجع نشأته إلى

= فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف لموليته بحكم المهر فيلزم الاشتراك، والاشتراك في هذا الباب مبطل للإيجاب (شرح العناية على الهداية، شرح فتح القدير - ج3 ص 338).

(3) الخيار لغة: طلب أحد الأمرين أو الأمور.

اشتراط العاقد كخيار الشرط وخيار التعيين ومنها ما يرجع إلى الشرع نفسه كخيار الرؤية وخيار العيب⁽⁴⁾.

والخيار فى الفقه الإسلامى، هو ما يعبر عنه فى القانون المدنى بحق الفسخ.

والخيارات كثيرة، وقد اختلف الفقهاء فى عددها، والذى يعيننا هنا هو خيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية. وسنعرض لهذه الخيارات الثلاثة على التوالى.

36- (أ) خيار الشرط:

هى أن يكون لأحد العاقدين أو كليهما الحق فى إمضاء العقد أو فسخه فى مدة معلومة إذا شرط ذلك فى العقد⁽⁵⁾ وأجاز جمهور الفقهاء (أبو حنيفة والصاحبان ومالك وابن حنبل وأحد قولى الشافعى) الشرط لأجنبى يسميه أحد الطرفين، وخالف زفر فى ذلك وهو القول الآخر للشافعى.

ومثال خيار الشرط، أن يقول البائع للمشتري: بعت لك هذه الدار بألف جنيه على أننى بالخيار مدة ثلاثة أيام، وقبل المشتري، فعندئذ يكون للبائع الحق فى فسخ العقد فى هذه المدة، فإذا مضت المدة من غير أن يعلم رأيه فى الإمضاء أو الفسخ سقط حق الفسخ ولزم العقد.

واختلف فى مدة الشرط، فعند أبى حنيفة ثلاثة أيام وعند أبى يوسف ومحمد، يجوز أن تجاوز مدة خيار الشرط هذه الفترة باتفاق الطرفين.

ويذهب جمهور الفقهاء إلى أن هذا الشرط لا يثبت فى العقود اللازمة التى لا تقبل الفسخ، ومنها عقد الزواج، لأن مقتضاها ترتب آثارها عليها ولزومها بمجرد وجود العبارة الدالة على إنشائها، وخيار الشرط يؤخر ثبوت الآثار

(4) محمد يوسف موسى - ص 466.

(5) حاشية ابن عابدين ج4 ص 567 - محمد مصطفى شلبى - المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه 1983 - دار النهضة العربية - بيروت - ص

بالنسبة لمن يثبت له، أو يؤخر اللزوم على الخلاف، فهذه العقود بطبيعتها تأبى قبول الخيار للمنافاة التامة بينهما⁽⁶⁾.

فإذا اقترن عقد الزواج بالشرط صح الزواج لازماً وبطل خيار الشرط⁽⁷⁾.
ويقول كمال ابن الهمام في الخيارات: أن اشتراط الخيار في الزواج، كالهزل فيه، فإذا كان الهزل في عقد الزواج لا يمنع انعقاده للحديث: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة»، فشرط الخيار فيه أولى أن لا يمنعه. لأن الهازل قاصد العقد غير راض بحكمه في جميع الأوقات ومشتراط الخيار غير راض بحكمه في وقت مخصوص⁽⁸⁾.

37- (ب) خيار العيب:

يقصد بخيار العيب، أن يكون للمتعاقد الحق في إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد عيباً في محل العقد المعين بالتعيين إن لم يطلع عليه عند التعاقد.
فسبب هذا الخيار إذن ظهور عيب كان موجوداً بمحل العقد قبل أن ينتقل إلى المالك ولم يظهر ما يدل على رضاه به، ويثبت له حق الخيار في تلك الحالة لانعدام رضاه بالعقد حيث ينبغي السلامة في المعقود عليه ليكون انتفاعه به انتفاعاً تاماً.

(6) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج3 ص7 وما بعدها - محمد مصطفى شلبي في المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه - ص 601.

(7) جامع الفصولين - ج1 - الطبعة الأولى سنة 1300 هـ للإمام محمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماننة ص 237 - وقال الشافعي، يبطل النكاح بالشرط (راجع الأم للإمام الشافعي - المجلد 3 - جزء 5 - ص 81).

(8) وقد خالف الحنابلة الجمهور في خيار الشرط، فذهبوا إلى أن كل شرط يشترطه الزوجان أو أحدهما، شفاهة أو كتابة في عقد الزواج يجب الوفاء والعمل به، يثبت لمن اشترط الشرط لنفسه عند فواته حق فسخ العقد ما لم يقم على بطلانه دليل شرعي، واستندوا في ذلك إلى قول النبي عليه السلام: «أن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»، ويرون طبقاً لهذا الحديث أن الشروط في الزواج أكبر خطراً منها في البيع والإجارة ونحوها، فلهذا يكون الوفاء بما التزم منها واجباً وأوكد.

والعيب الذى يثبت به الخيار هو الذى يكون له أثر فى رضا العاقد. وقد اختلف الفقهاء فى تحديد هذا العيب، وعند الحنفية يجوز استعمال هذا الحق فى أى وقت طال أو قصر.

ويثبت هذا الخيار بلا شرط فى العقد⁽⁹⁾، لأن سلامة موضوع العقد مطلوبة للعاقد وإن لم ينص عليها صراحة فى العقد فصارت كأنها مشروطة فيه⁽¹⁰⁾.

وخيار العيب - باتفاق الفقهاء - لا يؤثر فى ترتيب أحكام العقد بل الأحكام تترتب عليه بمجرد تمامه لا يؤخرها ثبوت ذلك الخيار، وإنما يظهر أثره فى لزوم العقد، فيمنعه بالنسبة لمن يثبت له الخيار، وهو فى هذه الحالة مخير بين أمرين: إما إمساك المعقود عليه والرضا به كما هو فيلزم العقد فى جانبه، وإما رده إلى مالكه الأول فيبطل العقد ويصير كأن لم يكن⁽¹¹⁾.

ولا يثبت خيار العيب فى العقود التى لا تحتل الفسخ ومنها عقد الزواج، فلا ترد المرأة بعيب ما، بمعنى أنه إذا تبين للزوج بعد العقد أن المرأة عيوباً جسيمة أيا كانت، كالتشوه أو مرض أيا كان نوعه، فلا يملك الزوج فسخ العقد⁽¹²⁾.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الحنفية مع قولهم بعدم ثبوت الخيارات بأنواعها فى عقد الزواج، فإنهم يثبتون للزوجة خيار الفسخ لبعض العيوب، وهى العنة أو الجب أو الخصاص⁽¹³⁾، ولم يثبتوا هذا الحق للزوج إذا تبين أن زوجته

(9) حاشية ابن عابدين ج5 ص 3.

(10) محمد يوسف موسى - ص 487.

(11) محمد مصطفى شلبى فى المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه - ص 606 وما بعدها.

(12) جامع الفصولين ج1 ص 237 - وقد جاء فيه أن الشافعى قال: «له أن يرد المرأة بأحد العيوب الخمسة بجنون وجذام وبرد وقرن ورتق فإن ردها قبل الدخول سقط كل المهر وإن ردها بعده فلها كمال المهر» راجع أيضاً الأم للإمام الشافعى - المجلد الثالث - الجزء الخامس ص 84.

(13) العنة هى عدم الوصول إلى النساء، والجب هو قطع عضو التناسل، والخصاء هو نزع الخصية.

غير سليمة من العيب والأمراض والعاهات لأن الزوج فى استطاعته دفع الضرر عن نفسه بالتخلص من زوجته بالطلاق، وهو حق لا تملكه المرأة وذلك لقول ابن مسعود: «لا ترد الحرة عن عيب»، ولقول على بن أبى طالب: «إذا وجد بامرأة شيئاً من هذه العيوب، فالزواج لازم له، إن شاء طلق وإن شاء أمسك».

لكننا نؤيد ما ذهب إليه البعض⁽¹⁴⁾، من أن هذا لا يعد من التفريق لخيار العيب، وإنما يعد من التفريق للضرر، بدليل أن ذلك الحق لا يثبت فى العيب الذى كان قائماً وقت الزواج فقط، بل يثبت أيضاً فى العيب الذى يعرض بعد ذلك، مع أن الخيارات التى يثبتها الفقه الإسلامى يجب لتحقيق معناها أن يكون سببها قائماً وقت إنشاء العقد، فخيار العيب يوجب أن يكون العيب قائماً وقت العقد، ولا يعلمه المتعاقد، ولذلك يكون الفسخ بخيار العيب فى البيع ونحوه مستنداً إلى وقت العقد، أى أنه يعود عليه بالنقض لنقصان الرضا وقت الإنشاء، وليس الأمر كذلك فى التفريق للعيب فى الزواج لأنه يثبت من وقت حكم القاضي، فحتى على رأى من يقول أنه فسخ لا طلاق هو إنهاء للزواج وإن لم يعد فى الطلاقات، وهذا ظاهر كل الظهور بالنسبة للعيب الطارئ بعد تمام العقد. أما العيب الذى كان ثابتاً وقت العقد، فإن سبب الفسخ يكون قائماً من وقت إنشائه، إن تأخر العلم، ويكون العقد غير لازم بالنسبة لها، ولكن عند التفريق لا يكون التفريق مستنداً إلى وقت العقد كالتفريق لخيار العيب، بل يكون ثابتاً من وقت الحكم، ولذلك تترتب الآثار إلى ما قبل الحكم، فتجب النفقة اتفاقاً، ويثبت المهر كله بعد الدخول، أو بعضه قبله على قول الأكثرين.. وهكذا.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- «المقرر فى فقه الأحناف أنه لكى يكون الزواج صحيحاً له وجود يحترمه المشرع ويرتب آثاره الشرعية أن تكون المرأة محلاً لعقد الزواج عليها بالنسبة لمن يريد زواجها وأن يحضر زواجها شاهدان. وكان سبق عقد قرانها

على آخر أو عدم بكارتها إن ثبت لا يؤثر في محليتها لزوجها ولا يحرمها عليه أو يبطل عقد زواجها. وأن المقرر شرعا أن الزوج ليس له خيار الفسخ إذا وجد في امرأته عيبا ما لأنه يقدر أن يدفع الضرر عن نفسه».

(طعن رقم 760 لسنة 67ق جلسة 2002/2/9)

2- «المقرر في فقه الأحناف أنه لكي يكون الزواج صحيحا له وجود يحترمه المشرع ويرتب عليه آثاره الشرعية، أن تكون المرأة محلا لعقد لزواج عليها بالنسبة لمن يريد زواجها وأن يحضر زواجها شاهدان، وكان سبق عقد قرانها على آخر أو عدم بكارتها - إن ثبت - لا يؤثر في محليتها لزوجها ولا يحرمها عليه أو يبطل عقد زواجها، وأن المقرر شرعا أن الزوج ليس له خيار الفسخ إذا وجد في امرأته عيبا ما لأنه يقدر أن يدفع الضرر عن نفسه بالطلاق».

(طعن رقم 763 لسنة 68ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/3/10)

3- «المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الزواج الصحيح شرطه أن تكون المرأة محلا لعقد الزواج عليها بالنسبة لمن يريد زواجها وأن يحضر زواجهما شاهدان وسبق عقد قرانها على آخر أو عدم بكارتها، وإن ثبت لا أثر له في محليتها لزوجها ولا يحرمها عليه ولا يبطل عقد زواجهما وعلّة ذلك أنه ليس للزوج خيار الفسخ إذا وجد في امرأته عيبا لأنه يقدر أن يدفع الضرر عن نفسه بالطلاق».

(طعن رقم 629 لسنة 69ق «أحوال شخصية» جلسة 2009/11/14)

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 3 مارس سنة 2013 في القضية رقم 114 لسنة 30 قضائية (دستورية) بأن: «خلو القانون رقم 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية من تنظيم مسألة تخويل الزوج خيار فسخ عقد الزواج لعيب مستحكم في الزوجة أو للغش والتدليس والآثار المترتبة على ذلك. أثره. الرجوع إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة».

38- (ج) خيار الرؤية:

خيار الرؤية هو الحق الذى يثبت للعاقد فى فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية محل العقد المعين إذا لم يكن رآه عند إنشاء العقد أو قبله⁽¹⁵⁾.

وهذا الشرط يثبت بحكم الشرع، ولو لم يتفق عليه المتعاقدان.

فإذا باع شخص شيئاً معيناً مشخصاً كالدَّارِ التى فى جهة كذا والسيارة المملوكة له، وبين المبيع للمشتري بأوصافه من غير أن يراه ففى هذه الحالة يقال أن المشتري اشترى شيئاً معيناً لم يره وحينئذ يثبت للمشتري الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية محل العقد فى أى وقت، فهذا الخيار يثبت بسبب عدم الرؤية.

ويثبت خيار الرؤية مطلقاً، فليس له مدة محددة⁽¹⁶⁾ والحنفية من الفقهاء الذى يقولون بمشروعية خيار الرؤية.

وهذا الخيار لا يثبت إلا فى العقود التى تقبل الفسخ، ولما كان عقد الزواج غير قابل للفسخ فإنه لا يثبت فيه خيار الرؤية⁽¹⁷⁾.



(15) العقد من حيث الصحة والبطالان فى الفقه الإسلامى والقانون للأستاذ الصديق محمد الأمين الضرير والدكتور محمد الفاتح حامد - بحث مقدم للحلقة الدراسية الرابعة للبحوث فى القانون بالخرطوم من 5 - 10 مارس سنة 1972، منشور بمجموعة بحوث المؤتمر التى نشرتها الهيئة العامة للكتاب ص 141 وما بعدها.

(16) حاشية ابن عابدين ج 4 ص 595.

(17) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 2 ص 7 وما بعدها - جامع الفصولين ج 1 ص 237 - محمد مصطفى شلبى - فى المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية فيه ص 617 وما بعدها.

موضوع رقم (4) شروط انعقاد الزواج

39- تعريف:

شروط انعقاد الزواج هي تلك الشروط التي لا ينعقد الزواج إلا بها، فيجب أن تتحقق عند إنشائه، فإذا تخلف أحدها فإن العقد لا يكون له وجود شرعى فلا يترتب عليه أى حكم من أحكام العقد.

وهذه الشروط منها ما يجب توافره فى العاقدين، ومنها ما يجب توافره فى المعقود عليه⁽¹⁸⁾، ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل على النحو التالي:

40- أولا: الشروط الواجب توافرها فى العاقدين:

الشروط التى يجب توافرها فى العاقدين حتى ينعقد العقد أربعة شروط

هي:

- (أ) أن يكون كل من المتعاقدين مميزا.
- (ب) اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.
- (ج) سماع كل من المتعاقدين كلام الآخر وتفهم إرادته.
- (د) موافقة القبول للإيجاب.

ونعرض لهذه الشروط تفصيلا فيما يأتى:

41- الشرط الأول: أن يكون كل من العاقدين مميزا:

يجب أن يكون كل من العاقدين (الزوجين) مميزا أى بلغ السابعة من العمر، فلا ينعقد العقد بعبارة الصبى غير المميز، لأن العقد يعتمد الإرادة والرضا، والصبى غير المميز لا يتحقق منه ذلك.

فالمراد بالأهلية هنا الأهلية الأصلية، وهى محققة فى الصبى المميز وإن كانت غير كاملة.

أما الأهلية الكاملة التى تكون بالبلوغ فليست شرطا فى انعقاد الزواج ولا فى صحته وإنما شرط لنفاذه.

وهذا الشرط من الشروط العامة التي تلزم في إنشاء كل عقد. ويستوى في هذا أن يعقد العاقد لنفسه أو لغيره. ويقتضى هذا الشرط بيان حكم العقود التي يبرمها بعض الأشخاص، وهو ما نعرض له فيما يلي:

42- (أ) عقد زواج المجنون:

الجنون هو اختلال في العقل يفقد الإدراك تماما، ويصاحبه اضطراب وهياج غالبا.

والجنون إما أن يكون أصليا أو طارئا، كما يكون مطبقا أى مستمرا أو غير مطبق أى متقطع.

والرأى المفتى به في المذهب الحنفى أن الجنون يكون مطبقا إذا استمر بصاحبه شهرا فأكثر⁽¹⁹⁾.

وعقد الزواج لا ينعقد بإرادة المجنون جنونا مطبقا إطلاقا، وينعقد بإرادة المجنون جنونا غير مطبق في فترة إفاقته. فالجنون يجعل العاقد عديم التمييز. وعلى ذلك يكون عقد الزواج الذى يبرمه المجنون باطلا.

وفي هذا قضت محكمة النقض (دائرة أحوال شخصية) بأن:

1- «المجنون في فقه الشريعة الإسلامية، من أصيب باختلال في العقل يفقده الإدراك تماما وتكون حالته حالة اضطراب، وحكمه أن تصرفاته القولية تكون باطلة بطلانا كلياً فلا تصح له عبارة أصلا ولا يبنى عليها أى حكم من الأحكام».

(طعان رقما 57 ، 66 لسنة 49ق جلسة 1981/6/23)

2- «مباشرة المجنون عقد زواجه بنفسه. أثره. عدم انعقاد العقد بعبارة له وما ترتب عليه من آثار الزواج. مؤدى ذلك. اعتبار طلاقه للطاعة واردا على غير محل».

(طعن رقم 64 لسنة 54ق جلسة 1987/4/28 - طعن رقم 2511 لسنة 52ق جلسة 1986/4/15)

3- «مباشرة المجنون أو المعتوه عقد زواجه بنفسه. أثره. عدم انعقاد العقد فلا تترتب عليه آثار الزواج الشرعي. مؤداه. اعتبار طلاقه واردا على غير محل».

(طعن رقم 318 لسنة 69ق «أحوال شخصية» جلسة 2000/11/27)

43- (ب) عقد زواج المعتوه:

العتة آفة توجب خللا في العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام يشبه بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه كلام المجانين - وكذا سائر أموره، فالعتة بهذا المعنى لا يذهب العقل بالكلية بل يكون عند صاحبه بقية منه ولذلك ذهب كثير من الفقهاء إلى أن المعتوه يكون دائما مميزا، وبالتالي ينقذ الزواج بإرادته⁽²⁰⁾.

والواضح أن محكمة النقض تأخذ بهذا الرأي إذ قضت بتاريخ

1973/2/14 في الطعن رقم 7 لسنة 39ق (أحوال شخصية) بأن:

«الرأى في المذهب الحنفى أنه إذا زوج المعتوه نفسه أو زوجه وليه الأبعد مع وجود الأقرب فإن عقد الزواج يكون موقوفا على إجازة الولي الأقرب، فإن أجازته نفذ وإلا بطل».

44- (ج) عقد زواج المكره:

الإكراه فى الشريعة، هو دعوة الإنسان غيره إلى فعل من الأفعال أو قول من الأقوال بالإيعاز والتهديد وإنزال الأذى الشديد إن لم يجب داعيه⁽²¹⁾.

(20) لكن يرى بعض العلماء أن العتة نوعان: عتة تام وآخر غير تام، والأول يأخذ حكم الجنون لأنه نوع منه يسمى بالجنون الساكن، والثانى يأخذ حكم الصبى مع التمييز. وهذا الرأى هو الذى نؤيده (محمد يوسف مرسى ص 328 - فى هذا المعنى عمر عبد الله ص 71).

كما أخذت به دار الإفتاء فى فتاها الصادرة بتاريخ 1983/4/11 إذ ذهبت فيها إلى أن: «المعتوه من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاقد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون. وبذلك يكون المعتوه ناقص العقل فقط والمعتوه قسمان: مميز وغير مميز. فإذا كان مميزا فحكم تصرفاته حكم الصبى المميز وإن كان دون ذلك كانت أحكامه أحكام الصبى غير المميز..... إلخ».

(21) والإكراه فى اللغة عبارة عن إثبات الكره، والكره معنى قائم بالمكره ينافى المحبة والرضا ولهذا يستعمل كل واحد منهما فى مقابل الآخر، قال تعالى:

وهو نوعان:

1- إكراه تام أو ملجئ: وهو الذى يجد المكره نفسه مضطرا به لفعل الأمر المكره عليه. والتهديد فيه يكون بقتل النفس أو إتلاف عضو من الأعضاء أو ضرب مبرح شديد يخاف منه تلف النفس أو العضو أو إتلاف المال جميعه. وقد قدر بعض الفقهاء الضرب بعدد ضربات الحد، وذلك غير سديد لأن المعول عليه تحقق الضرورة فإذا تحققت فلا معنى لتعيين العدد⁽²²⁾.

2- إكراه ناقص أو غير ملجئ: وهو الذى تكون وسيلة الإكراه فيه دون ما ذكر فى النوع الأول، كإتلاف فى بعض المال أو ضرب لا يؤدى إلى تلف إلى الفعل الذى يستطيعه الشخص، سواء كان ذلك الفعل قولاً أو غير قول، فالاختيار فى العقود هو القصد إلى النطق بالعبارات التى تنشأ بها ما دام فى استطاعته النطق بتلك العبارات، قاصدا النطق بها متعمداً ذلك. أما الرضا فهو الارتياح إلى العقد والرغبة فيه، فهو لا يتحقق بمجرد القصد إلى العبارات المنشئة للعقد بل لا يتحقق إلا بالرغبة فيه، بحيث يحس العاقد بأن مباشرته للعقد قد أشبعت حاجة فى نفسه وملأت رغبة من رغباتها، ومعنى ذلك أن الاختيار يتحقق مجردا من الرضا وإن كان الرضا لا يمكن أن يتحقق من غير اختيار، وهناك من التصرفات ما لا يقبل النقص فى الجملة إن وجدت، وتظهر آثارها بمجرد انعقادها وتوجد أحكامها بمجرد وجود العبارات المنشئة لها، وهذه التصرفات تتعقد صحيحة إذا توافر فيها الاختيار ولو لم يتوافر فيها الرضا. ومن هذه التصرفات الزواج والطلاق والعق.

والإكراه بنوعيه يعدم الرضا، لأن الرضا رغبة فى النفس فى الفعل أو التصرف الشرعي، وليس مع الإكراه رغبة.

= ﴿وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَكُمْ﴾.

(22) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى الطبعة الثانية سنة 1982 ص 176 - محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ص 411 وما بعدها.

والإكراه الملجئ يمس الاختيار ولا يعدمه، أما غير الملجئ فلا يمس، لأن المكره ترك الخيار للمكره بين أمرين وإن كان أحلاهما مرا: فعل ما أريد منه فعله، أو معاناة ما هدد به.

ولما كان عقد الزواج من التصرفات التي لا تقبل النقص في الجملة وتظهر آثارها بمجرد انعقادها وتوجد أحكامها بمجرد وجود العبارات المنشئة لها- على نحو ما أوضحناه - فإنها تتعقد صحيحة إذا توافر فيها الاختيار ولو لم يتوافر فيها الرضا، والاختيار متوافر في الإكراه بنوعيه، لأن المكره قصد النطق بالعبارات التي ينشأ بها العقد ما دام في استطاعته النطق بها، قاصدا النطق بها متعمدا ذلك⁽²³⁾.

وعلى ذلك فالزواج الذي يبرمه المكره صحيح، سواء كان الإكراه الذي وقع عليه ملجئاً أو غير ملجئ، وسواء كان المكره هو الرجل أو المرأة⁽²⁴⁾.
وقد استند الأحناف في هذا الرأي إلى قول النبي عليه السلام: «كل طلاق جائز إلا طلاق من الصبي والمجنون»، أما حديث النبي عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، فقد قيل بأن الإكراه المقصود هو الإكراه على الكفر وقد كان شائع الوقوع من صناديد قريش على ضعفة المسلمين، وقد جاء عن ذلك في القرآن. «من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان، ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم»⁽²⁵⁾.

(23) محمد أبو زهرة الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ص 199 وما بعدها، ص 412 وما بعدها.

(24) ويلاحظ أن القانون لم يأخذ برأى الأحناف في طلاق المكره فنصت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على أن: «لا يقع طلاق السكران والمكره».

(25) ويرى جمهور الفقهاء أن الرضا والاختيار متلازمان، فما لم يتحقق الرضا لا يتحقق الاختيار، وعلى ذلك لا يتحقق قصد إلى العقد عند فقه الرضا فإذا كان ثمة إكراه لا يتحقق اختيار ولا قصد لإنشاء العقد، فالألفاظ تفقد معناها، فلا ينعقد العقد بها، لأن المكره ما قصد إلى إنشاء عقد، بل قصد إلى إنقاذ نفسه، وذلك معنى ثابت في التصرفات كلها.=

45- (د) عقد زواج الهازل:

الهازل هو الذى يدرك ما يقول، إلا أنه لا يعنيه ولا يريد أن يرتب عليه أى أثر.

ويرى الأحناف أن الهزل فى عقد الزواج لا يبطله. وتفسير ذلك أن للإرادة عنصرين: أحدهما الاختيار. وثانيهما الرضا، والاختيار هو القصد إلى الفعل الذى يستطيعه الشخص سواء كان ذلك الفعل قولاً أو غير قول، فالاختيار فى العقود هو القصد إلى النطق بالعبارات التى تنشأ بها ما دام فى استطاعته النطق بها قاصداً النطق بهذه العبارات متعمداً ذلك، ويكفى فى العقود التى لا تقبل النقض فى الجملة مثل الزواج توافر الاختيار ولو لم يتوافر الرضا، والهازل قصد النطق بالعبارات المنشئة لعقد الزواج، ما دام فى استطاعته النطق بها، قاصداً النطق بهذه العبارات متعمداً ذلك. (راجع فى التفصيل البند السابق).

وأضاف الأحناف إلى ذلك أن عقد الزواج فيه حق الله تعالى فلا يبطل بالهزل، وقد جاء فى الحديث: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة». وفى رواية (والعتاق) بدل (والرجعة)، وفى رواية أخرى (واليمين) بدل (والرجعة)⁽²⁶⁾.

أما إذا صدرت العبارة من الشخص مع قصد التلطف بها وفهم معناها، ولكنه أراد بها غرضاً آخر لا يحتاج هذا الغرض فى تحقيقه إلى التظاهر بإنشاء العقد، كما إذا ردد شخص عبارة تدل على إنشاء عقد من العقود بقصد حفظها أو الإخبار بها

= وقد استند الشافعى فى ذلك أيضاً إلى قول النبى عليه السلام «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه»، فالحديث يدل على رفع الحكم الشرعى بالنسبة للخطأ والنسيان والإكراه، وإذا رفع الحكم كان زواج المكره باطلاً. وإلى حديث الخنساء بنت خدام الأنصارية وفيه تقول: أن أباهاً زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك، فأتت رسول الله عليه السلام فرد نكاحها، وهذا يدل على أن الرضا فى الزواج أمر لابد منه فإذا انعدم الرضا انعدم الزواج لأنه لو كان صحيحاً لما رده الرسول عليه السلام.

(26) ومعهم فى هذا الرأي، رأى فى المذهب المالكى والحنبلية، أما الشافعية فيأخذون بعبارة الهازل فى كافة العقود.

عما حصل فى الزمن الماضى أو التعليم أو التمثيل أو غير ذلك من الأغراض، فلا يترتب عليها أى أثر من آثار العقد باتفاق الفقهاء، لا فرق بين عقد وآخر⁽¹⁾.
وآخر⁽¹⁾.

46- (هـ) عقد زواج السكران:

ذهب جمهور الفقهاء - ومنهم الأحناف - فى بيان حكم تصرفات السكران إلى التفرقة بين الحالة التى يكون فيها السكر بمحرم كالخمر ونحوه - والحالة التى يكون فيها السكر بمباح كالحاصل من الأدوية والأشربة المباحة. ففى الحالة الأولى تعتبر إرادته فى جميع العقود وتترتب عليها آثارها، وعلى ذلك يصح زواجه، ولأنه مخاطب حال سكره فى قوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَى﴾، ولأنه تسبب فى زوال عقله بسبب محظور فاعتبر عقله باقيا حكما زجرا له.

وفى الحالة الثانية لا تعتبر إرادته لعدم تحقق القصد منه، والعقود لا تنشأ وتترتب عليه آثارها بدون القصد إليها⁽²⁾.

47- (و) عقد زواج السفیه وذی الغفلة:

السفه هو تبذير المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا صحيحا، وهو فكرة معيارية تنبئ بوجه عام على إساءة استعمال الحقوق ومن ضوابطه أنه خفة تعتزى الإنسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل

(1) حاشية ابن عابدين جـ3 ص 21 - محمد مصطفى شلبى - التعريف بالفقه الإسلامى الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه - ص 455 وما بعدها.

(2) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 310 وما بعدها - محمد مصطفى شلبى فى التعريف بالتعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه ص 504 ، 456 - وقد ذهب الإمام أحمد وبعض فقهاء المالكية وبعض الحنفية كالكرخى ومحمد بن مسلمة إلى أن عبارة السكران لاغية، سواء كان السكر بمحرم أو بسبب مباح. وقد أخذ القانون رقم 25 لسنة 1929 بهذا رأى فى طلاق السكران فنصت المادة الأولى منه على أن: «لا يقع طلاق السكران والمكره».

والشرع⁽¹⁾.

أما الغفلة فهي ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير، ويترتب على قيامها بالشخص أن يغيب في معاملاته مع الغير⁽²⁾. فالسفه والغفلة يشتركان في معنى واحد هو ضعف الملكات الضابطة في النفس إلا أن ذا الغفلة يختلف عن السفه في أن الأول ضعيف الإدراك لا يقدر على التمييز الكافي بين النافع والضار فيغيب في معاملاته ويصدر في فسادته عن طوية وحسن نية، بينما الثاني كامل الإدراك مبصر بعواقب فسادته. ولكنه يتعمده ويقدم عليه غير آبه بنتيجته نظرا لتسلط شهوة الإتيان على إرادته⁽³⁾. وموضع الحجر في السفه وذى الغفلة هو التصرفات المالية، أما فيما عداها فهم كالرشاء إلا ما يمس جانب المال. ولذلك فزواج السفه وذى الغفلة صحيح.

ولما كان في الزواج جانب مالي هو المهر فإن المهر يخضع لأحكام الحجر، ومن ثم يحكمه المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال، وطبقا للمادة (39/سادس عشر) من المرسوم بقانون المذكور التي تسرى على المحجور عليه للسفه والغفلة عملا بالمادة 78 منه، يجب على القيم استئذان المحكمة (محكمة الأحوال الشخصية - ولاية على المال - محكمة الأسرة الآن) فيما يصرف في تزويج المحجور عليه، ويدخل في ذلك المهر الذي يدفعه للزوجة⁽⁴⁾. وعلى المحكمة في هذه الحالة أن تأذن للمحجور عليه بمهر المثل.

48- الشرط الثاني: اتحاد مجلس الإيجاب والقبول:

وهذا الشرط يعنى أولا أن ينعقد الزواج في مجلس، وعلى ذلك لا يجوز العقد إذا كان العاقدان يمشيان أو يركبان دابة أو دراجة مثلا - وإنما يجوز على

(1) نقض طعن رقم 30 لسنة 34 ق أحوال شخصية جلسة 1966/5/18.

(2) طعن رقم 90 لسنة 23 ق أحوال شخصية جلسة 1957/4/11.

(3) نقض طعن رقم 20 لسنة 40 ق أحوال شخصية جلسة 1957/5/14.

(4) الأستاذ محمد كمال حمدي الولاية على المال - الجزء الأول - الطبعة الأولى 1963 -

سفينة لأن السفينة فى حكم المكان الواحد⁽¹⁾.

واتحاد مجلس الإيجاب والقبول، يعنى بأن يكون مجلس الإيجاب وهو بعينه الذى صدر فيه القبول، وذلك بأن يصدر القبول عقب الإيجاب من غير تراخ، أما إذا تأخر القبول عن الإيجاب، وكان سبب التأخير الانشغال بأمور لا تمت لعقد الزواج بصلة فإنه لا ينعقد لأن ذلك إعراضاً عن الإيجاب.

كما يبطل الإيجاب إذا رجع الموجب عنه صراحة أو دلالة بإعراضه عنه، وانشغاله بأمر آخر قبل أن يصدر القبول⁽²⁾.

(راجع عقد زواج الغائب فى بند 24).

49- الشرط الثالث: سماع كل من العاقلين كلام الآخر وتفهم إرادته:

يجب أن يسمع كل من العاقلين كلام الآخر، ويفهم أن المقصود من الكلام هو إنشاء عقد الزواج، وإن لم يفهم كل منهما معانى مفردات العبارة - لأن العبرة بالمقاصد والنيات، فإذا كان الإيجاب بلغة والقبول بلغة أخرى، وكان كلا المتعاقدين لا يعرف لغة الآخر، ولا يفهم المعنى اللغوى لعبارته، ولكنه يعرف أن المقصود منها إيجاب العقد أو قبوله كان ذلك كافياً فى إنشاء الزواج.

ولا يعتبر استثناء من هذا الشرط، انعقاد الزواج بالكتابة، كأن يرسل الرجل لمن يريد الزواج منها خطاباً متضمناً الإيجاب فتشهد المرأة شاهدين وتقرأه عليهما أو تعيد مضمونه عليهما وتقبل الزواج، لأن قراءة الخطاب أمام الشاهدين أو علمهما بمضمونه يعتبر بمثابة الإيجاب وكأن الموجب قد صدر منه الإيجاب فى هذا المجلس وقبولها الزواج تم فى ذات مجلس وبذلك يتوافر اتحاد مجلس الإيجاب والقبول⁽³⁾.

50- الشرط الرابع: موافقة القبول للإيجاب:

يجب أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، وذلك لأن التراضى لا يوجد إلا

(1) حاشية ابن عابدين - ج3 - ص 14.

(2) محمد يوسف موسى - ص 259.

(3) صلاح الدين زغو - ص 21.

بوجود إرادتين متوافقتين متطابقتين فإذا قال ولى المخطوبة للخاطب زوجتك ابنتى فاطمة فيقول الخاطب قبلت زواج بنتك نفيسه لم ينعقد العقد.

وإذا كان القبول مخالفا للإيجاب فيما يختص بالمهر، فإن العقد ينعقد إذا كان الاختلاف لصالح الموجب، كأن يقول رجل لأمرأه زوجينى نفسك بمائة فتقول قبلت زواجك بخمسين، أما إذا كان العكس أى القبول فى غير صالح الموجب لا ينعقد العقد، كأن يقول الرجل للمرأة زوجينى نفسك بمائة جنيه فتقول قبلت زواجك بمائتين. ولا ينال من ذلك ما هو معلوم من أن المهر ليس من أركان العقد ولا من شروط صحته، لأنه إذا اشتملت عبارة الإيجاب على تعيين جنس المهر وقدره فإن ذلك يلتحق بالإيجاب ويعتبر جزءا منه فيجب أن يأتى القبول على وفق هذا الإيجاب حتى ينعقد العقد، أما إذا لم يتعرض فى العقد للمهر كان المتعاقدان راضيين بتحكيم مهر المثل فيكون هو الواجب⁽¹⁾.

وقد يحدث ألا يبقى الموجب أهلا للتعاقد بعد إيجابه، بأن يجن أو يموت قبل قبول الطرف الآخر، فى هذه الحالة يبطل إيجابه، فلو قبل الطرف الآخر لا يتم العقد لأن قبوله لم يلق إيجابا قائما⁽²⁾.

51- ثانيا : الشروط الواجب توافرها فى المعقود عليه :

المعقود عليه فى عقد الزواج هو المرأة، وقد اعتبرت المرأة محل العقد فى الزواج ولم يعتبر الرجل محلا له مع أن الزوجية مبناه على الزوجين، لظهور أكثر أحكام الزواج فى المرأة.

ويشترط لانعقاد الزواج أن تكون المعقود عليها محل العقد امرأة، فيخرج عن ذلك الجنية وإنسان الماء لاختلاف الجنس فالمقصود من قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا

مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾، الأنثى من بنات آدم⁽³⁾.

(1) عبد الرحمن تاج ص 38.

(2) محمد يوسف موسى - ص 262.

(3) حاشية ابن عابدين - ج3 - ص5.

وأن تكون المرأة محققة الأنوثة، فلا ينعقد الزواج بالخنثى المشكل، وهو الذى لا يستبين أمره، فلا هو رجل حتى يلحق بالرجال ولا أنثى فيلحق بالإناث. كما يشترط ألا تكون المرأة المعقود عليها محرمة على الرجل تحريماً قطعياً لا شبهة فيه ولم يخالف فيه أحد من العلماء، ويكاد العلم به يكون من الضروريات عند عامة الناس، سواء كان التحريم مؤبداً، كالأخت والعممة والخالة، أو مؤقتاً كزوجة الغير ومعتدته من طلاق رجعى والمسلمة لغير المسلم وغير الكتابية للمسلم⁽¹⁾.

وهذه الشروط هى ما يعبر عنه بمحلية المرأة للزواج وهى المحلية الأصلية أو العامة والتي تعتبر شرطاً لانعقاد الزواج بحيث إذا تخلفت كان العقد باطلاً، وهى تختلف عن المحلية الفرعية أو الإضافية التى هى شرط لصحة الزواج بحيث إذا تخلفت كان العقد فاسداً. (أنظر فى التفصيل بند 53).

51 مكرراً - لا عبرة بعدم توثيق عقد الزواج:

إذا استوفى عقد الزواج أركانه الشرعية فلا عبرة بعدم توثيقه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«إذا استوفى عقد الزواج أركانه الشرعية فلا عبرة بعدم توثيقه إذ أن التوثيق ليس من أركانه الشكلية أو الموضوعية».

(طعن رقم 463 لسنة 73 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/4/23)



(1) الدكتور عبد العظيم شرف الدين - أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية - الجزء الأول - الطبعة الثالثة 1987 - ص 366 - الدكتور عبد الرحمن تاج - ص 35 - وقارن نقض جنائى فى 1968/6/17 طعن رقم 1028 لسنة 38 ق فقد جاء به: «.... ولا فرق فى ذلك بين ما إذا كانت محلية المرأة فى عقد الزواج عامة أو أصلية كما فى الحرمة المؤبدة مما تعد شرطاً لانعقاد الزواج أو محلية خاصة أو فرعية كما فى الحرمة المؤقتة مما تعد شرطاً لصحته... الخ».

موضوع رقم (5) شروط صحة عقد الزواج

52- تعريف:

المقصود بشروط صحة عقد الزواج، الشروط التي لا يعتبر العقد بغيرها موجودا وجودا يعتبره الشارع وتترتب عليه الأحكام التي ناطها بالعقد.

ويشترط لصحة عقد الزواج توافر ثلاثة شروط:

1- محلية المرأة للعقد.

2- أن تكون صيغة العقد مؤبدة.

3- الشهادة على العقد.

ونعرض لهذه الشروط تفصيلا على النحو الآتي:

53- أولا: محلية المرأة للعقد:

المقصود بمحلية المرأة التي هي شرط لصحة العقد، ألا تكون المرأة من المحرمات على الرجل بدليل ظني أو كان تحريمهما مما يخفى أى لا يعلم تحريمه أو يشتبه فيه أو مما خالف فيه بعض العلماء. ومثل ذلك الجمع بين المرأة وعمتها وتزوج المعتدة من طلاق بائن، وتزوج أخت زوجته التي طلقت في أثناء عدتها.

وعدم بكاراة الزوجة رغم ادعاء الزوجة البكاراة لا أثر له في محليتها لزوجها ولا يحرمها عليه ولا يبطل عقد زواجهما وعلة ذلك أنه ليس للزوج خيار الفسخ إذا وجد في امرأته عيبا لأنه يقدر أن يدفع الضرر عن نفسه بالطلاق.

وفي هذا قضت محكمة النقض في حكم حديث لها بأن:

«وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الزواج الصحيح شرطه أن تكون المرأة محلا لعقد الزواج عليها بالنسبة لمن يريد زواجها وأن يحضر زواجهما شاهدان وسبق عقد قرانها على آخر أو عدم بكارتها،

وإن ثبت لا أثر له في محليتها لزواجها ولا يحرّمها عليه ولا يبطل عقد زواجها وعلة ذلك أنه ليس للزوج خيار الفسخ إذا وجد في امرأته عيباً لأنه يقدر أن يدفع الضرر عن نفسه بالطلاق. لما كان ذلك، وكان الحكم الطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض دعوى الطاعنة على ما أورده بأسبابه أن الطاعنة أدخلت الغش على المطعون ضده بإدعائها في وثيقة زواجها منه أنها بكر لا يصلح سبباً لرفض دعوى المتعة».

(طعن رقم 629 لسنة 69ق «أحوال شخصية» جلسة 2009/11/14)

وهذه المحلية يطلق عليها المحلية الفرعية أو الخاصة تمييزاً لها عن المحلية الأصلية أو العامة التي هي شرط لانعقاد العقد⁽¹⁾.
وسنعرض في موضوع (رقم 11) للمحرمات من النساء حرمة مؤبدة ومؤقتة.

54- ثانياً: أن تكون صيغة العقد مؤبدة:

ويقصد بهذا الشرط أن تكون صيغة العقد غير مؤقتة بمدة سواء كانت المدة قصيرة أم طويلة، لأن المقصود هو حل العشرة بين الزوجين ودوامها وإقامة الأسرة وتربية الأولاد والقيام على شؤونهم. وهذا ينافيه تأقيت عقد الزواج، ونعرض هنا لنوعين من عقود الزواج يتنافيان مع تأبيد العقد، هما زواج المتعة والزواج المؤقت.

55- زواج المتعة:

زواج المتعة هو الزواج المؤقت الذي تكون صيغته بلفظ التمتع أو الاستمتاع، أي بما اشتمل على مادة متعة. ومثال ذلك أن يقول الرجل للمرأة: أتمتع بك مدة كذا بكذا من المال، أو لا يذكر مدة. ولا يشترط في زواج المتعة حضور شهود⁽²⁾.

(1) الدكتور محمد مصطفى شلبى - أحكام الأسرة في الإسلام - الطبعة الرابعة 1983 -

ص 120 - عبد الرحمن تاج - ص 55.

(2) شرح فتح القدير - ج3 - ص 246.

وقد أجمع الفقهاء على تحريم زواج المتعة - وعلى أنه إذا انعقد كان باطلاً، ولا يترتب للزوجة حقوق الزوجية من نفقة وميراث وغير ذلك.

وكان زواج المتعة قائماً عند ظهور الإسلام، وقد أباحه النبي عليه السلام في بعض الغزوات لضرورة قاهرة طارئة من ضرورات الحرب ثم نهى عنه⁽³⁾ بعد ذلك.

فمن سيرة الجهنني: أنه غزا مع النبي عليه السلام في فتح مكة فأذن لهم رسول الله عليه السلام في متعة النساء.

قال: فلم يخرج منها حتى حرمها رسول الله عليه السلام. وفي لفظ رواه ابن ماجه أن رسول الله عليه السلام حرم المتعة فقال: «يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع، ألا وأن الله قد حرمها إلى يوم القيامة».

وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام نهى عن متعة النساء يوم خيبر.

وفي الصحيحين أن النبي عليه السلام حرمه يوم خيبر. ونقل عن جعفر بن محمد أنه سئل عن المتعة فقال: هو الزنى بعينه⁽⁴⁾.

(3) بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ج 2 - ص 58.

(4) وقد انفردت الشيعة الإمامية بالقول بجواز زواج المتعة، ومذهبهم هو السائد المعمول به في إيران، وسندهم في ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾، ووجه استدلالهم بهذه الآية أنه بلفظ الاستمتاع دون لفظ النكاح، والاستمتاع والمتعة بمعنى واحد، وأن الله تعالى أمر أن تعطى المرأة أجراً مقابل الاستمتاع وهو غير المهر الذي يؤدي في الزواج، كما استدلوا على أن النبي عليه السلام قد أباح المتعة وعمل بها الصحابة في حياته، وأن هذه الإباحة لم تتسخ حتى الآن.

(راجع في الرد على هذه الأدلة مؤلف الدكتور أحمد الحصري - النكاح والقضايا المتعلقة به ص 181 وما بعدها). أنظر أيضاً رأى الإمام زفر في النكاح المؤقت في البند التالي.

56- الزواج المؤقت:

الزواج المؤقت هو الزواج الذى ينقصد بالألفاظ الدالة على الزواج بالتفصيل السابق ذكره، ويحدد له مدة معينة طالت أو قصرت، وينقصد بحضور شهود. فهو يختلف عن زواج المتعة فى أن مدة الزواج فيه محددة، وينقصد بحضور شهود.

والجامع بين هذين النوعين من الزواج، أنه زواج مؤقت لا يقصد منه تحقيق معنى الزواج الشرعي.

ولذلك ذهب كمال بن الهمام صاحب فتح القدير إلى أن الزواج المؤقت يندرج فى زواج المتعة إذ قال: «والحاصل أن معنى المتعة عقد مؤقت ينتهى بانتهاء الوقت فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح المؤقت أيضا فيكون النكاح المؤقت من أفراد المتعة وإن عقد بلفظ التزويج وأحضر الشهود وما يفيد ذلك من الألفاظ التى تفيد التواضع مع المرأة على هذا المعنى»⁽⁵⁾.

وزواج المتعة يعتبر زواجا فاسدا، ولا يرتب للزوجة حقوق الزوجية من نفقة وميراث وغير ذلك.

وقد خالف زفر هذا الرأي، وذهب إلى أن هذا الزواج صحيح لأن التأقيت فى هذه الحالة يكون شرطا فاسدا والزواج لا تؤثر فيه الشروط الفاسدة، فيبطل الشرط الفاسد ويبقى العقد صحيحا.

ورأى زفر هو المفتى به فى المذهب الحنفى⁽⁶⁾.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن الزواج المؤقت باطل فقد جاء بفتاها الصادرة بتاريخ 1962/3/19 فى الطلب رقم 1962/217 بأن:

«قرر الفقهاء أن تأقيت النكاح بمدة معينة شهر أو سنة أو سنتين مثلاً يقتضى بطلان العقد لأن طبيعته الدوام والاستقرار فلا يقبل التأقيت فى العقد قصدا - ونصوا على أن من صور التأقيت أن يقال فى العقد - أنه يتزوجها مدة

(5) شرح فتح القدير - ج 3 ص 247.

(6) عمر عبد الله - ص 93.

بقائه في جهة كذا أو في الدراسة في الجامعة كما في مسألتنا. كما قرر الفقهاء أن الرجل إذا تزوج امرأة دون تأقيت، ولكن شرط في العقد أن يطلقها بعد مدة معينة - فإن العقد يكون صحيحا وشرط التطليق يعتبر باطلا لأن العقد قد خلا من صلبه عن التأقيت، ولكن جاء الشرط بعده وهو مناف لمقتضى العقد وهو دوام النكاح واستقراره، فيلغى هذا الشرط ويبقى العقد صحيحا، أما في صورة التأقيت السابقة فإن العقد قد اشتمل في صلبه على التأقيت فيقع باطلا. ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال».

ثالثا: الشهادة على عقد الزواج:

57- حكمة الشهادة على عقد الزواج:

ينفرد عقد الزواج من بين سائر العقود والتصرفات بلزوم الشهادة عليه ليقع صحيحا شرعا. أما غيره من تلك العقود والتصرفات فالشهادة فيه مندوبة في رأى أكثر العلماء.

فالأمر الوارد بالإشهاد على البيع في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ هو للندب، يراعى حفظا للحق وخوفا من النسيان.

وكذلك الأمر الوارد بالإشهاد على المداينة وكتابتها في قوله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾، هو أمر ندب للاستشهاد إلى ما ينبغي أن يكون فيها من الاحتياط والعمل على ما يحفظ الحق لصاحبه⁽⁷⁾.

والحكمة من اشتراط الشهادة على الزواج تتمثل فيما يأتي:

1- للزواج شأن عظيم في الإسلام وآثار جليلة، فهو جدير بأن يذاع أمره ويشهده الناس تكريما له وإعلاء لمكانته، وقد قال النبي عليه السلام: «أعلنوا النكاح ولو بالدف».

(7) عبد الرحمن تاج - ص 41 وما بعدها.

- 2- فى الشهادة على الزواج منع للظنون والشبهات، ودفع لقالة السوء عن الزوجين عند مشاهدة المرأة تقيم مع الرجل فى معيشة واحدة.
- 3- وجود الشهود يكشف الستار عن المعاشرة غير المشروعة التى تنشأ بين رجل وامرأة بادعاء وجود عقد زواج على غير الحقيقة، فالشهادة هى الفرق بين الحلال والحرام.
- 4- وجود الشهود لازم لإثبات الزوجية عند إنكارها من أحد الطرفين، ولاشك أن إثبات الزواج يترتب عليه آثار هامة فى حياة الأسرة.

58- أدلة اشتراط الشهادة فى الزواج:

اتفق الحنفية والشافعية والحنابلة⁽⁸⁾ على اشتراط الشهادة على الزواج واستدلوا فى ذلك بأحاديث الرسول عليه السلام ومنها «لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل، وما كان على غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا فالسلطان ولى من لا ولى له»، «لا نكاح إلا بشهود»، «البغايا اللاتى ينكحن أنفسهن بغير بيعة».

وما روى مالك فى الموطأ عن أبى الزبير المكى أن عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال: «هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت».

(8) وفى المذهب المالكى قولان:

الأول: أنه لا يشترط الشهادة عند إنشاء العقد، وإنما هى شرط لحل الدخول، وإن كان يندب حصولها عند إنشاء العقد.

فقد جاء بحاشية الدسوقي - ج2 - ص216 ما يأتي: «حاصله أن الإشهاد على النكاح واجب، وكونه عند العقد مندوب زائد على الواجب فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل الواجب والمندوب وإن لم يحصل عند العقد كان واجبا عند البناء».

وهذا القول هو المشهور فى المذهب.

الثاني: أن الإعلان وحده كاف لإنشاء العقد دون حاجة إلى تعيين الشهادة حدا مرسوما للإعلان.

وهذا قول أيضا عند الإمام أحمد بن حنبل وإن كان المشهور عنه - كما ذكرنا بالمتن - أنه مع الجمهور.

فمعنى ذلك أن الشارع رسم حدود طريق الإعلان عن الزواج بالشهادة عليه وقت العقد.

وضم شيء آخر من سبل الإعلان إلى الشهادة مندوب ومستحب.

59- نصاب الشهادة في الزواج:

نصاب الشهادة في الزواج شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لقوله تعالى في سورة البقرة (الآية 282): ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾، ولأنه إذا كان نصاب الشهادة في المسائل المالية التي لا تطلب فيها الشهادة إلا على سبيل النذب لا يقل عن رجلين أو رجل وامرأتين وجب ألا يكتفى بأقل من هذا في عقد الزواج، وهو أعلا شأنًا وأعظم خطراً. فلا تصح الشهادة بشهادة رجل وامرأة واحدة، ولا بشهادة النساء مهما كثر عددهن، لأن معنى الإعلان المطلوب لا يتوافر إلا بحضور الرجال أو بحضور النساء مع رجل، لأن الشأن في النساء ألا يغشين مجالس الرجال، فلا يتم معنى الإعلان بحضورهن منفردات.

وتصح الشهادة في المذهب الحنفي ولو اتفق العاقدان مع شهود العقد على كتمان النكاح وعدم إذاعة أمره بين الناس، لأن حضور الشهود والعاقدين يخرج الأمر عن السرية، لأن السر لا يكون بين أربعة أشخاص.

ويتوافر نصاب الشهادة في الحالتين الآتيتين:

- 1- إذا زوج الرجل ابنته البالغة وكانت البنت حاضرة بنفسها في مجلس العقد، انعقد الزواج بحضور شاهد واحد رجل أو امرأتين، ويكون الأب في هذه الحالة هو الشاهد الثاني لأن الأب وإن باشر العقد فإنه في هذا المقام لا يعدو أن يكون سفيراً ومعبراً عن ابنته فينقل عباراتها إليه وتكون وكأنها هي التي باشرت العقد⁽⁹⁾. وكذلك الشأن في الزواج الذي يعقده الوكيل في حضور الأصيل.

2- إذا تم العقد بحضور المأذون، وتولى كل من المتعاقدين العقد بنفسه، جاز اعتبار المأذون شاهدا يصح العقد بشهادته وشهادة رجل آخر أو امرأتين.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- «الزواج الصحيح. شرطه. أن تكون المرأة محلا لعقد الزواج عليها بالنسبة لمن يريد زواجها وأن يحضر زواجهما شاهدان. زنا الزوجة - وإن ثبت - لا أثر له في محليتها لزواجها ولا يحرمها عليه ولا يبطل عقد زواجهما الذي تم صحيحا».

(طعن رقم 14 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/1/15).

2- «الزواج الصحيح. شرطه. أن تكون المرأة محلا لعقد الزواج عليها بالنسبة لمن يريد زواجها وأنه يحضر زواجها شاهدان. عقد قرانها على آخر أو عدم بكارتها إن ثبت. لا يؤثر في محليتها لزواجها ولا يحرمها عليه أو يبطل عقد زواجها. علة ذلك. ليس للزوج خيار الفسخ إن وجد في امرأته عيبا لقدرته على أن يدفع الضرر عنه نفسه بالبطلان».

(طعن رقم 301 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/1/5).

(راجع أيضا طعن رقم 763 لسنة 68 ق «أحوال شخصية» جلسة

2007/3/10، طعن رقم 629 لسنة 69 ق «أحوال شخصية» جلسة

2009/11/14 منشورين ببند 37)

60- الشروط الواجب توافرها في الشهود:

يشترط في شاهدي عقد الزواج أو شهوده توافر الشروط الآتية:

1- الحرية: وقد أصبح لا مجال للتحدث عن هذا الشرط بعد زوال نظام

الرق.

2- البلوغ: ويتحقق البلوغ للغلام بالاحتلام مع الإنزال، أو الإحبال أو الإنزال

لأى سبب، وللبنات بالحيض أو الاحتلام مع الإنزال أو الحبل.

والحد الأدنى للبلوغ اثنتا عشرة سنة للولد وتسع سنين للبنات طبقاً لرأى
الصاحبين المفتى به⁽¹⁰⁾.

فإذا بلغا هذا السن وأقرا بالبلوغ صدقا، ما لم يكذبها الظاهر، والظاهر
يكذبهما إذا كانا بحال لا يحتلم مثلهما فيه.

ويقبل القول مع تفسير كل منهما كيفية بلوغه دون يمين⁽¹¹⁾.

أما إذا لم يتحقق ذلك فإن بلوغهما يتحقق إذا أتما خمس عشرة سنة وتحسب
السن طبقاً للتقويم الهجرى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 16/2/1982 فى الطعن رقم 1 لسنة 51 ق الأحوال الشخصية (غير منشور) بأن:

«... لما كان ذلك وكان المقرر فى فقه الشريعة الإسلامية أن الولد يبلغ
بالعلامات وهى تختلف بحسب الذكورة والأنوثة والنسبة للذكر يعرف بلوغه
بالاحتلام مع الإنزال أو الإنزال بأى سبب أو الاحبال والنسبة للأنثى يعرف
بلوغها بالحيض أو الحبل أو الاحتلام مع الإنزال فإذا ظهر شيء من هذه
العلامات حكم ببلوغ كل منهما وإن لم يظهر فلا يحكم ببلوغهما إلا بالنسبة وقد
اختلف الفقهاء فى مقدار ذلك السن فذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه ثمانى عشرة
سنة للغلام وسبع عشرة سنة للأنثى وقدره صاحبان بخمس عشرة سنة بالنسبة
لكل منهما وهو الراجح فى المذهب... الخ».

(راجع أيضا نقض: طعن رقم 44 لسنة 40 ق الأحوال الشخصية جلسة 29 يناير

سنة 1975)

وعلى ذلك لا يصح العقد بحضور الصبى المميز والذى لم يبلغ لأنه لا يتحقق
بحضوره الإعلان ولا التكريم الذى يكون بحضور الرجال البالغين.

(10) والحد الأدنى للبلوغ عند الإمام أبى حنيفة ثمانى عشرة سنة للولد وسبع عشرة سنة
للبنات - راجع أيضا الفوائد السمية فى شرح النظم المسمى بالفرائد السنية للكواكبى -
ج 2 طبعة أولى ص 456.

(11) ومن باب الاحتياط يستفسر منها تفصيلا فى كيفية البلوغ فقد يلقنا الإقرار بالبلوغ
كذبا «حاشية ابن عابدين - ج 6 - ص 154».

ولما كان الصبي المميز من أهل تحمل الشهادة شرعا، فإذا بلغ جاز له أن يشهد بالزواج شهادة الأداء وجاز للقاضي أن يحكم بشهادته لأنه كان وقت العقد من أهل التحمل ثم صار عند الخصومة أهلا للشهادة.

3- العقل: لا يصح العقد بشهادة المجانين ومن في حكمهم، لأنهم ليسوا أهلا لتحمل الشهادة، وحضورهم العقد لا يحقق معنى الإعلان، ولا يحصل به التكريم فهم لا يعون شيئا ولا يدرون بما يجرى في مجلس العقد.

4- الإسلام: إذا كان الزوجان مسلمين، فإنه يشترط في الشهود أن يكونوا مسلمين. لأن الشهادة من باب الولاية - ولا ولاية لغير المسلم على المسلم⁽¹⁾. ولأن شهادة غير المسلم على المسلم لا يتحقق بها معنى التكريم في الزواج، كما لا يتحقق بحضوره الإعلان المطلوب في ذبوع أمره في أهل الإسلام.

وقد أفتت بذلك دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1923/9/5 وقد جاء بفتاها:

«في متن التتوير وشرحه ما نصه: «وشرط حضور شاهدين حرين أو حر وحرتين مكلفين سامعين قولهما على الأصح فاهمين أنه نكاح على المذهب مسلمين لنكاح مسلمة» أ هـ - ومنه يعلم أن العقد المذكور باطل شرعا لكون أحد الشاهدين المذكورين غير مسلم. كما ذكر بالسؤال والله أعلم».

أما إذا كان الزوج مسلما والزوجة كتابية أى تدين بدين سماوى غير الإسلام فقد أجاز أبو حنيفة وأبو يوسف شهادة الكتابيين على عقد الزواج، لأن ولاية الشاهدين إنما تظهر في إثبات ملك المتعة للزوج على المرأة فهي ولاية عليها لا عليه⁽²⁾.

(1) وقد قضت محكمة النقض في الشهادة بصفة عامة بأن: «.... ويشترط في الشاهد الإسلام إذا كان المشهود عليه مسلما وعللوا ذلك بأن الشهادة فرع من نوع الولاية لما فيها من الإلزام بالحكم ولا ولاية لغير المسلم على مسلم».

(طعن رقم 16 لسنة 38 ق أحوال شخصية جلسة 1974/6/5)

(2) أما محمد وزفر والشافعى وأحمد بن حنبل فلا يجيزون شهادة الكتابيين ودليلهم أن الشهادة تتعلق بالزوجية، وإذا أجازت شهادة غير المسلمين، فقد كانت على المسلم وغير المسلم ولا

وهذا رأى هو المفتى به فى المذهب.

وقد أخذت به دار الإفتاء المصرية فقد أفتت بأن :

1- «... يجوز فى الشريعة الإسلامية تزوج المسلم بالكتابية مسيحية كانت أو موسوية متى كانا خاليين من موانع الزواج فإذا كان العاقدان فى حادثة السؤال المبينان فى صورة وثيقة الزواج المرافق للسؤال فى مجلس العقد أمام شهود سامعين معافهمين أن ما أجرياه أمامهم هو عقد زواج كان هذا العقد صحيحا وتترتب عليه آثاره ولا يشترط لصحته أن يكون الشهود فيه مسلمين كما لا يشترط أن يصدر منهما أمام قاض شرعى أو مأمور مختص ومن ملك عقده النكاح ملك حلها بالطلاق ومن ذلك يعلم أنه يسوغ للزوج المسلم المصرى فى حادثة السؤال أن يوقع الطلاق على زوجته المسيحية أمام المفوضين المصريين».

(فتوى صادرة بتاريخ 1925/1/11).

2- «يجوز فى الشريعة الإسلامية تزوج المسلم بالكتابية مسيحية كانت أو موسوية متى كان الزوجان خاليين من موانع الزواج مكلفين وأجريا عقد زواجهما بإيجاب من أحدهما وقبول من الآخر فى مجلس العقد أمام شاهدين سامعين فاهمين أن ما أجرياه أمامهم هو عقد زواج، كان هذا العقد صحيحا وتترتب عليه آثاره ولا يشترط لصحته أن يكون الشهود فيه مسلمين، ومن ذلك يعلم بأنه يجوز للمسلم أن يتزوج من كتابية يهودية كانت أو نصرانية، هذا إذا كان الحال كما ورد بالسؤال والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1990/3/5)

5- سماع كلام العاقلين وفهمه :

يشترط سماع الشاهد كلام العاقلين مع فهم المراد منه، لأن المقصود من الشهادة أن يسمع الشاهدان العبارة التى تدل على اجتماع الإرادتين على الزواج،

وليتحقق ذبوع ذلك بين المسلمين؁ ولذلك لا تجوز شهادة النائم أو السكران.

ولا يشترط الأحناف في الشاهد ما يأتي:

1- العدالة:

والعدل من لا يأتي بكبيرة ولا يصر على صغيرة، ويكون ستره أكثر من هتكه، وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة⁽¹⁾.

وما دامت لا تشترط العدالة في الشاهد، فإنه تجوز شهادة الفاسق، لأن الغرض من الشهادة الإشهار وهو يتحقق بغير العدول، ولأن الفاسق أهل لأن ينشئ عقد الزواج لنفسه فمن باب أولى تجوز شهادته على العقد⁽²⁾. ولا تنافي بين خطر العقد وفسق الشاهد، فمن الفاسقين من يعظمه الناس ويفخرون بقربه لماله أو منصبه أو جاهه.

2- عدم التواصي بالكتمان:

لا يشترط الأحناف في الشاهدين ألا يتواصيا بالكتمان. فالإعلان يحصل بالإشهاد ولا يضير بعده توصية الشاهدين بالكتمان⁽³⁾.

(1) المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم - طرق الإثبات الشرعية إعداد المستشار واصل علاء الدين طبعة 1985 - ص 152.

(2) حاشية ابن عابدين ج3 - ص23 - أما المالكية والشافعية ورواية عن أحمد، فيشترطون العدالة لحديث النبي عليه السلام «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، ولأن حضور الفاسق ينافي خطر العقد لأنه ليس من أهل الكرامة وشهادته لا تصلح لإثبات النكاح باتفاق، فلا يتحقق بها شرط إنشائه، ولأن الشهادة على الزواج لها فائدة غير الإشهار، وهي الإثبات عند إنكار العلاقة الزوجية، ولا تجوز شهادة الفاسق لاشتراط العدالة - إلا أن الشافعية يجيزون في - الأصح عندهم - شهادة مستور الحال وهو الذي لا يعرف بالفسق دون معرفة العدالة الباطنة.

وقد جاء في الأم للإمام الشافعي - المجلد الرابع - الجزء التاسع طبعة دار المعرفة ببيروت ص 156: «ولا يجوز النكاح إلا بولي وشاهدي عدل ورضا المنكوحة والناكح إلا في الأمة».

(3) شرح فتح القدير ج 3 ص200.

3- الإبصار:

فتجوز شهادة الأعمى، وعلى العكس من ذلك لا تجوز شهادة الأصم، لأنه يشترط السماع والفهم لتحقيق الإشهار وذيوع العقد بين الناس، ولا يتحقق ذلك بحضور الأصم.

4- ألا يكون من الأصول أو الفروع:

فتجوز شهادة الأصول للفروع، والفروع للأصول في عقد الزواج، لأن الشهادة للإشهار وليست للإثبات، ولئن كانت كل منهما من باب الولاية إلا أن الشهادة للإشهار ضعيفة لأنها تنفى التهمة عند جمهور الناس الذين يصدقون ما يذاع أو يبلغونه بتحفظ.



موضوع رقم (6)

آثار تخلف ركن العقد أو شروط انعقاده أو شروط صحته

(الزواج الباطل والزواج الفاسد)

61- آثار تخلف ركن العقد وشروط انعقاده:

إذا تخلف ركن العقد وهو صيغته أى الإيجاب والقبول، أو إذا لم تتوافر شروط انعقاد الزواج، بأن كان العاقدان أو أحدهما عديم التمييز، أو لم يتحد مجلس الإيجاب والقبول، أو لم يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر، أو تخلفت الشروط الواجب توافرها فى المرأة المعقود عليها بأن لم تكن محققة الأنوثة أى أنثى مشكل، أو كانت محرمة على الرجل تحريماً قطعياً لا شبهة فيه ولم يخالف فيه أحد من العلماء، ويكاد العلم به يكون من الضروريات عند عامة الناس، سواء كانت الحرمة مؤبدة أو مؤقتة، وكان العاقدان أو أحدهما عالماً بهذه الحرمة، كان عقد الزواج باطلاً⁽⁴⁾.
والفرق بين العقد الباطل لتخلف ركنه وبين العقد الباطل لتخلف شرط من شروط الانعقاد، أن العقد فى الحالة الأولى يكون معدوماً حقيقة، وفى الحالة الثانية يكون معدوماً حكماً.

62- آثار تخلف شروط صحة العقد:

إذا استوفى العقد ركنه وتوافرت له شروط انعقاده، ولكنه فقد شرطاً من شروط صحته، كما إذا تخلفت محلية المرأة الفرعية أو الخاصة للزواج بأن كانت محرمة على الرجل بدليل ظنى أو كان تحريمها مما يخفى أو يشتبه فيه أو مما خالف فيه بعض العلماء، أو كانت صيغة العقد غير مؤبدة، أو عقد العقد دون شهود، أو بشهود دون النصاب الشرعى، كان العقد فاسداً.
ويكون العقد فاسداً أيضاً إذا كانت المرأة محرمة على الرجل تحريماً قطعياً لا شبهة فيه ولم يخالف فيه أحد من العلماء، إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يعلم بالحرمة.

(4) أما إذا لم يكن عالماً بالحرمة فإن العقد يكون فاسداً.

63- رأى يذهب إلى عدم التفرقة بين الباطل والفساد في الزواج:

التفرقة السابقة بين الزواج الباطل والفساد قال بها بعض الفقهاء الأحناف، وإن كانوا لم يضعوا ضابطاً واضحاً صريحاً للتفرقة بينهما⁽⁵⁾ ومع ذلك يؤيدها الكثير من الفقهاء المحدثين⁽⁶⁾، وسارت عليها فتاوى دار الإفتاء، كما أخذت بها محكمة النقض في قضائها كما سنرى في موضعه من الكتاب.

إلا أن غالبية الأحناف ذهبوا إلى التفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد في العقود المالية، أما بالنسبة للزواج فذهبوا إلى عدم التفرقة بينهما وإلى القول بأن الباطل والفساد شيء واحد كما هو الحال في قسم العبادات⁽⁷⁾.

وهذا الخلاف لا تظهر أهميته من الناحية العملية إلا في تحديد آثار الدخول الحقيقي في الزواج الباطل والزواج الفاسد، أما بالنسبة لآثار الزواج الباطل والزواج الفاسد في ذاته، فقد اتفق الأحناف على أن الآثار التي تترتب عليها واحدة. وهذا ما نعرض له فيما يلي:

64- آثار عقد الزواج الباطل والفساد قبل الدخول:

تتفق آثار عقد الزواج الباطل وآثار عقد الزواج الفاسد قبل الدخول. فلا يترتب على العقد ذاته أى أثر من آثار الزواج الصحيح، فيحرم على كل من الزوجين الاستمتاع بالآخر، ولا تستحق الزوجة مهراً أو نفقة، ولا يثبت للزوج حق الطاعة، ولا يتوارث الزوجان، ولا تترتب عليه حرمة المصاهرة، ولا تترتب على الخلوة أية آثار للزوجين.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

1- «نفيد أنه قال فى متن التنوير وشرح الدر المختار من كتاب النكاح

(5) عبد الرحمن تاج - ص 32.

(6) عمر عبد الله - ص 124 - محمد على محبوب - ص 235 - عبد الرحمن تاج - ص 32 وما بعدها - محمد مصطفى شلبى - ص 144 وما بعدها.

(7) حاشية ابن عابدين - ج3 ص 516 - شرح فتح القدير - ج3 - 243 - الدكتور محمد سلام مذكور - أحكام الأسرة فى الإسلام - الجزء الأول - الطبعة الثانية 1969 - ص 215.

وشرط حضور شاهدين حرين أو حر وحرتين مكلفين سامعين قولهما معا على الأصح فاهمين أنه نكاح على المذهب إلى آخر ما به. ومن ذلك يعلم أنه متى كان عقد الزواج المذكور بحضور شاهد واحد فقط فهو فاسد شرعا. وقد نصوا على أن النكاح الفاسد بمجردة لا يوجب حرمة المصاهرة بل بالوطء أو ما يقوم مقامه من المس بشهوة أو النظر بشهوة. لأن الإضافة في قوله تعالى: ﴿وَأَمَّهَتْ

نِسَائِكُمْ﴾ لا تثبت إلا بالعقد الصحيح كما نص على ذلك في رد المحتار على الدر المختار بصحيفة 430 جزء ثان طبعة أميرية سنة 1286 - بناء على ذلك يجوز للرجل المذكور الذي عقد على البنت المذكورة نكاحا فاسدا كما ذكر أنه يتزوج بأمرها ما لم يوجد من الرجل المذكور وطء للبنت المذكورة أو ما يقوم مقامه من المس بشهوة أو النظر بشهوة .. والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1916/9/25)

2- «إن صحة عقد الزواج وبطلانه أو فساده أمر محكوم بأرجح الأقوال في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة، نفاذا لحكم المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 وللمادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955.

ومما اشترطه فقهاء هذا المذهب لانعقاد الزواج صحيحا مستتبعا آثاره أن يكون العاقدان كاملى الأهلية، وذلك بأن يكونا بالغين عاقلين وفرعوا على هذا: أن الزوجين إذا كانا عديمى الأهلية لجنون أو صغر أو عته أو قام أحد هذه الأعراض بواحد منهما، لم ينعقد الزواج إذا باشره فاقد الأهلية منهما بنفسه، فإذا باشره وهو بهذه الحال وقع العقد باطلا لانتهاء شروط الانعقاد، ووقوع الخلل في صلب العقد وركنه.

ومتى كان هذا: لم يترتب عليه شيء من آثار عقد الزواج الصحيح، فلا يحل به دخول بينهما، ولا يجب به المهر، ولا تستحق بمقتضاه نفقة، كما لا يستحق هو الطاعة، ولا يثبت به توارث إذا مات أحدهما، ولا نسب لمولود، ولا أحكام

المصاهرة⁽⁸⁾، ولا يقع فيه طلاق، لأن الطلاق فرع وجود الزواج الصحيح.... الخ».

(فتوى صادرة بتاريخ 1981/6/24 فى الطلب رقم 179 لسنة

1981):

ويجب على الزوجين الافتراق من تلقاء نفسيهما لأن الشرع يوجب عدم الاستمرار فى العقد الباطل والفساد فإذا لم يفترق الزوجان فرق القاضى بينهما دفعا للمعصية وإزالة للمنكر، ولكل واحد من المسلمين أن يرفع دعوى حاسبة أمام القضاء بطلب التفريق بين هذين الزوجين لأن هذا من باب الأمر بالمعروف وإزالة المنكر فهو فرض كفاية على الكافة إذا قام به أحدهم أو بعضهم سقط عن الباقي⁽⁹⁾. وبهذا أيضا قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ 1965/4/28 (منشور فى بند 6).

وقد أوردت وزارة العدل فى منشورها رقم 35 لسنة 1918 بشأن دعاوى التفريق حاسبة ما يأتى:

«إعلانات التفريق بين الزوجين بطريق الحسبة يجب أن تحال بمجرد تقديمها إلى المحكمة على وزارة الحفانية - وزارة العدل الآن - لتقوم بعمل التحريات التمهيديّة اللازمة فى ذلك، ثم تعاد الإعلانات إلى المحكمة مرفقة بأوراق التحريات لتستعين بها المحكمة فى تقدير النزاع المطروح أمامها حق قدره وفهمه على حقيقته من أن هذه الدعوى يراد بها حقيقة دفع المنكر، أو لا يراد منها إلا التشهير بالغير أو الانتقام منه أو غير ذلك من المقاصد التى لا تتفق مع مشروعية الحسبة كالتحايل لإعادة النظر فى قضية طلاق سبق الفصل فيها بين الزوجين».

غير أن دعوى الحسبة أصبحت من اختصاص النيابة العامة وحدها دون غيرها وعلى من يطلب رفع الدعوى أن يتقدم ببلاغ إلى النيابة العامة المختصة

(8) ويلاحظ ما ذكرناه سلفا أن حرمة المصاهرة تثبت عند الأحناف بالدخول فى العقد الباطل، لأن حرمة المصاهرة عندهم تثبت بالزنا.

(9) عمر عبد الله - ص 124 وما بعدها.

وذلك عملاً بالقانون رقم 3 لسنة 1996.

65- آثار الدخول في الزواج الباطل:

الدخول في الزواج الباطل زنا يوجب الحد، ولا تثبت به نفقة ولا عدة ولا نسب، لأن النسب لا يثبت من الزنا، ولا توارث بين الزوجين.

وإنما يترتب على الدخول في الزواج الباطل الآثار الآتية:

1- وجوب المهر: لأن المقرر فقها أن الدخول بالمرأة لا يخلو من عقر (بفتح العين)، أو عقر (بضم العين) أى حد أو مهر. فإذا كان المهر قد سمي في العقد، فللمرأة أقل المهرين: المهر المسمى ومهر المثل، أما إذا لم يسم المهر في العقد، فلها مهر المثل مهما بلغ.

2- حرمة المصاهرة: لأن حرمة المصاهرة تثبت عند الحنفية بالزنا.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 28 أبريل سنة 1949 في الطلب رقم 1882 بأن:

«اطلعنا على السؤال الوارد إلينا بتاريخ 1949/3/2 - 1882 المطلوب به معرفة الحكم الشرعى فيمن تزوجت بزواج وهى على عصمة زوج آخر هل تلزمها العدة بعد طلاقها من الزوج الثانى أم لا؟ وذلك للتصرف فى القضية رقم 11 سنة 1949 حصر تحقيقات الدرب الأحمر ونفيد:

أنه إذا كان زواج الثانى بهذه المرأة مع علمه بأنها زوجة للأول كان زواجه بها باطلا ولا عدة عليها ولو دخل بها لأن وطأها لها زنا والزنا لا حرمة له. وإن كان زواج الثانى بها مع عدم علمه بأنها زوجة للأول كان زواجه بها فاسدا تجب المتاركة فيه شرعا وعليها العدة إذا كان قد دخل بها محافظة على حقه فى نسب ولده لعذره بعدم علمه بنكاح الأول والله سبحانه وتعالى أعلم...».

كما قضت محكمة النقض فى الطعن رقم 6 لسنة 51 ق جلسة 1982/2/16 بأن:

«الدخول مع العقد على من هى فى عصمة آخر مع العلم بذلك لا يثبت به نسب للولد من أبيه لأنه لقاء جنسى محرم شرعا بغير شبهة حل، وتقدير توافر

هذا العلم من مسائل الواقع التى يستقل قاضى الموضوع ببحث دلائلها والموازنة بينها وترجيح ما يطمئن إليه منها واستخلاص ما يقتنع به ما دام يقيم حكمه على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى ينتهى إليها»⁽¹⁰⁾.

66- آثار الدخول فى الزواج الفاسد:

يترتب على الدخول فى الزواج الفاسد الآثار الآتية:

- 1- **المهر:** فقد أسلفنا أن الدخول لا يخلو من عقر أو عقر. فإذا كان المهر قد سمي فى العقد، فللمرأة أقل المهرين: المهر المسمى ومهر المثل، أما إذا لم يسم المهر فى العقد، فلها مهر المثل مهما بلغ⁽¹¹⁾.
- 2- **العدة:** وتبدأ العدة من وقت المتاركة إذا افترق الرجل والمرأة من تلقاء نفسيهما، ومن وقت تفريق القاضى بينهما إذا لم يفترقا، وعلة وجوب العدة هى منع اختلاط الأنساب.
- والمفارقة بعد الدخول لا تتحقق بعدم مجئ كل منهما إلى الآخر، وإنما تتحقق بقول الرجل.. (تركتك أو تركتها أو خليت سبيلك أو سبيلها)⁽¹²⁾.
- 3- **النسب:** ويثبت النسب بدون أن يدعى الرجل الولد⁽¹³⁾.
- 4- **حرمة المصاهرة:** فتحرم المرأة المدخول بها على أصول وفروع من دخل بها، وتحرم على الرجل أصولها وفروعها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

- 1- «وحيث إن هذا النعى فى محله - ذلك أن من شروط صحة الزواج محلية المرأة وأن لا يقوم بها سبب من أسباب التحريم ومنها الجمع بين أختين، والمحققون من الحنفية على أنه إذا تزوج إحداهما بعد الأخرى جاز زواج الأول وفسد زواج الثانية وعليه أن يفارقها أو يفرق القاضى بينهما، فإن فارقها قبل

(10) منشور بمجموعة القواعد القانونية للأستاذين على مجموع ومحمد حلمى هيكى - ص270.

(11) جامع الفصولين - ج2 ص 33.

(12) جامع الفصولين - ج2 ص 34.

(13) كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا مادة (341).

الدخول فلا مهر ولا عدة ولا تثبت بينهما حرمة المصاهرة ولا النسب ولا يتوارثان وإن فارقها بعد الدخول فلها المهر وعليها العدة ويثبت النسب ويعتزل من امرأته حتى تنقضى عدة أحبتها - وإذا كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن «... تزوج بحورية في أثناء زواجه بأختها... وليس بعد طلاقه من الأخيرة شرعا مما يعتبر أنه عقد زواج باطل قطعا ولا يثبت به نسب ولا تصححه الإجازة اللاحقة» فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه».

(طعن رقم 2 لسنة 33 ق - جلسة 1965/4/28)

2- «الزواج الذى لا يحضره شهود هو زواج فاسد تترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها النسب بالدخول الحقيقي».

(طعن رقم 14 لسنة 33 ق جلسة 1999/12/7)

3- «المقرر فى الفقه الحنفى أن الزواج الذى لا يحضره شهود هو زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها النسب بالدخول الحقيقى وكانت القاعدة فى إثبات النسب أنه إذا استند إلى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو الإقرار أو البينة الشرعية وهى على من ادعى.... الخ».

(طعن رقم 25 لسنة 46 ق - جلسة 1978/5/31)

4- «من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن النسب يثبت «بالفراش الصحيح» وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة، كما أن المقرر فى الفقه الحنفى أن الزواج الذى لا يحضره شهود هو زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها ثبوت النسب بالدخول الحقيقى».

(طعن رقم 100 لسنة 55 ق - جلسة 1986/5/27)

5- «زواج المطعون عليها المسلمة بالطاعن المسيحى وهى تجهل ذلك الزواج فاسد. مؤدى ذلك. جواز ثبوت النسب».

(طعن رقم 100 لسنة 55 ق - جلسة 1986/5/27)

67- تأصيل الوطاء بشبهة وآثاره:

نشير بادئ ذي بدء إلى أن هذه الشبهة قد تمحو وصف الجريمة (الزنا)، وقد تسقط حد الزنا فقط مع بقاء وصف الجريمة. والأصل في ذلك حديث النبي عليه السلام: «ادعوا الحدود بالشبهات».

ونعرض أولاً لتعريف الشبهة ثم لبيان أنواع هذه الشبهة.

68- المقصود بالشبهة:

الشبهة هي ما يشبه الشيء الثابت وليس بثابت. أو هي وجود المباح صورة، مع عدم حكمه أو حقيقته. والشبهة عند الحنفية ثلاثة أنواع هي:

(أ) شبهة المحل:

وتسمى أيضاً شبهة حكمية أو شبهة ملك أو شبهة حل.

ويقصد بكون الشبهة حكمية أنها ترد على حكم الشرع.

فتتحقق الشبهة في المحل إذا كان يوجد دليل قوى مثبت للملك لكنه عارضه دليل آخر أضعف منه، فأحدث هذا الدليل شبهة في المحل. وبتعبير آخر يكون المحل محرماً حقيقة، غير أن وجود الدليل الآخر يورث شبهة في حكم الشرع بتحريمه⁽¹⁴⁾.

ومثال ذلك في حد السرقة، أن يكون السارق أبو المجنى عليه، فرغم أن جريمة السرقة تكون تامة أي متوافرة الأركان مما يقتضى تطبيق الحد على السارق، إلا أنه يوجد دليل يعارض هذا التحريم وهو حديث الرسول عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك»، فإنه يفيد نوع ملكية للأب في مال الابن، والعادة جرت بسيطرة الأب على مال الابن للخلطة بينهما.

ومثال ذلك في جريمة الزنا، أن يظن الرجل مطلقة بائناً بالكنائيات، وأساس هذه الشبهة قبول عمر رضى الله عنه: «الكنائيات رواجع»، ومن يقدم على الزواج وهو لا يعلم سبباً محرماً، ويخبره الناس بعدم قيام هذا السبب كمن يتزوج زوجة الغير إذا أخبره اثنان بوفاته ثم تبين أنه حي، وكمن يتزوج امرأة

(14) حاشية ابن عابدين - ج 4 - ص 18 وما بعدها.

يظن بإخبار من حوله أو سكوتهم أنه لا علاقة تربطه بها، ثم تبين أن هناك علاقة محرمة. ففي هاتين الحالتين وأشباههما يوجد دليل الحل وهو إخبار من يكون من شأنهم أن يعلموا بالصلة المحرمة بأنه لا صلة محرمة، فإن هذا دليل يبيح وإن لم يثبت أمام الدليل المحرم⁽¹⁵⁾.

وحكم الدخول مع هذه الشبهة، أنه يسقط فيه الحد، ويمحو وصف الزنى، فيثبت المهر والعدة والنسب.

(ب) شبهة الفعل:

وتسمى أيضا شبهة اشتباه وشبهة مشابهة.

وتكون الشبهة في هذا النوع في حل الفعل ذاته، لا في حل المحل، فتكون حرمة المحل مقطوعا بها إذ لم يقدّم فيه دليل حل عارضه دليل آخر، وإنما يظن العاقد حل الفعل له، أي يظن أن الحرام حلال من غير دليل قوى أو ضعيف أو خبر من الناس اعتبر الشارع الأخذ به جائزا. فالشبهة هنا نتيجة جهل بأحكام الشرع⁽¹⁶⁾.

وواضح مما تقدم أنه لا بد من الظن ليتحقق الاشتباه.

ومثال ذلك:

- 1- الشخص الذي يظن بعض المحرمات عليه كأخته رضاعا، حالالا له وهو يعلم العلاقة التي تربطه بها، ولكنه يجهل التحريم.
- 2- أن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثا، أو أبانها على المال أو خالعها في العدة، إذ أنه وإن كانت الحرمة ثابتة بالإجماع في كل هؤلاء، لأن حرمتهم مقطوع بها، فالملك والحق غير ثابتين في حقهن، إلا أن فيهن بعض الأحكام رغم ذلك، منها النفقة والسكنى والمنع من الخروج وحرمة أختها أو أربع سواها، وعدم قبول شهادة كل منهما لصاحبه فحصل بذلك الاشتباه الذي أورد شبهة أن ظن حله لأنه في موضوع الاشتباه فيعذر⁽¹⁷⁾.

(15) محمد أبو زهرة في الأحوال الشخصية - قسم الزواج - ص 149.

(16) شرح فتح القدير - ج 5 - ص 250.

(17) الدكتور عبد العزيز عامر - ص 128.

وهذه الشبهة إن وجدت أسقطت الحد، ولم تمح وصف الزنى. وذهب البعض إلى أن العدة لا تثبت في الدخول مع هذه الشبهة لأنه لا عدة من زنى، كما لا يثبت بها النسب، وقد رجح الكمال بن الهمام ذلك. إلا أن هناك أقوالاً أخرى في المذهب تثبت العدة والنسب في هذه الشبهة احتياطياً لمصلحة الولد⁽¹⁸⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- «المقرر أن الوطء بشبهة الفعل يشترط لتحقيقه أن يظن الفاعل حل الفعل فإذا وطئ رجل مبانته ثلاثاً وهي في العدة سقط عنه الحد إن ظن حلها له أما إذا علم بالحرمة وجب عليه الحد، وفي الحاليين لا يثبت نسب الولد الذي جاءت به المرأة وإن ادعاه الرجل لأن هذا أمر متعلق بالفعل نفسه إذ الفعل في ذاته لا شبهة مطلقاً في أنه زنا - وكونه زنا في حقيقته في كل الحالات تستتبع عدم ثبوت النسب لأن الزنا لا يثبت به النسب».

(طعن رقم 182 لسنة 62 ق جلسة 1997/6/24).

2- (أ) - «المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الوطء بشبهة الفعل يشترط لتحقيقه أن يظن الفاعل حل الفعل فيسقط عنه الحد إن ظن حلها له أما إذا علم بالحرمة وجب عليه الحد، وفي الحاليين لا يثبت نسب الولد الذي جاءت به المرأة وإن ادعاه الرجل لأن هذا الأمر متعلق بالفعل نفسه إذ الفعل في ذاته لا شبهة مطلقاً في أنه زنا وكونه زنا في حقيقته في كل الحالات يستتبع عدم ثبوت النسب لأن الزنا لا يثبت به النسب، وقد حرم الشرع الحنيف الزواج بالربيبية بقوله تعالى: ﴿وَرَبِّبُكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ فالربيبية هي ابنة الزوجة لأنه يربّيها وهي حرام بنص الآية الكريمة سواء أكانت في الحجر أو لم تكن».

(18) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج 4 ص 146 - محمد أبو زهرة في الأحوال

الشخصية - قسم الزواج ص 148، 372.

(ب) - «لما كان الثابت من صحيفة افتتاح الدعوى والأوراق - أن المرحوم تزوج من السيدة.... - والددة الطاعنة - ودخل بها، ومن ثم تحرم الطاعنة عليه سواء كانت فى الحجر أو لم تكن فإن كان الحال كذلك ونتج عن هذه العلاقة أبناء فهم أبناء زنا لا يثبت نسبهم شرعا لذلك الرجل ولا يرثوا منه ويثبت نسبهم إلى أمهم لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعنة والمرحوم كانا على علم بحرمة تلك العلاقة وأنه لذلك لم يتم توثيق العقد بإقرار الطاعنة بصحيفة الدعوى ومن ثم فإن الأبناء الذين نتجوا من هذه العلاقة لا يثبت نسبهم إليه ولا يرثون فى تركته».

(طعن رقم 709 لسنة 67 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/2/28)

وقد اختلف الفقهاء فى الرجل الذى تزوج امرأة لم يرها عند العقد ثم زفت إليه امرأة غيرها وقيل له أنها زوجتك فدخل بها بناء على هذا القول، ثم تبين له أنها غيرها.

فذهب رأى إلى أن الدخول فى هذه الصورة يكون بشبهة فعل، ويثبت بها النسب بالدعوة استثناء. بينما ذهب رأى آخر إلى أن الدخول يكون بشبهة محل لأن إخباره بأنها زوجتك دليل شرعى مبيح للوطء لقبول قول الواحد فى أمور الدين والمعاملات، ومن ثم يثبت بها النسب طبقا للقاعدة التى ذكرناها فى شبهة المحل⁽¹⁹⁾.

(ج) شبهة العقد:

ويقول بهذه الشبهة أبو حنيفة وزفر، ووافقهما الثورى.

ويقصد بشبهة العقد أن صورة العقد، وهى الإيجاب والقبول إذا صدرا من عاقلين لعبارتهما اعتبار أى لهما أهلية كاملة، فإنها تكون شبهة فى ذاتها⁽²⁰⁾

(19) راجع فى هذا: حاشية ابن عابدين - ج4 - ص 23 - شرح فتح القدير - ج5 - ص258 - عبد العزيز عامر - الأحوال الشخصية (النسب - الرضاع - الحضنة - نفقة الأقارب - ص85).

(20) الهداية شرح بداية المبتدى - ج2 - ص 100 - محمد أبو زهرة فى الأحوال الشخصية - قسم الزواج - ص 146.

بحيث إذا حصل الوطء في هذه الصورة كان دخولا بشبهة حتى ولو كانا عالمين بالتحريم وحكم هذه الشبهة حكم شبهة الفعل.

وسندهما في ذلك أن المرأة من حيث أنها امرأة محل للزواج، بقطع النظر إلى خصوص عاقد معين، فالعقد عليها يورث شبهة تسقط الحد.

وهما وإن اسقطا الحد بهذه الشبهة إذ كانا عالمين بالتحريم، إلا أنهما يوجبان على القاضي أن ينزل بهما أقوى أنواع التعزير.

ومثل ذلك أن يعقد الرجل على امرأة محرمة عليه نسبا أو مصاهرة أو رضاعا أو على منكوحة الغير أو غير المسلم على المسلمة ثم يدخل الرجل بزوجه بناء على هذا العقد ولو كان عالما بالتحريم⁽²¹⁾.

أما صاحبان فقد خالفاهما في ذلك، واشترطا لوجود الشبهة ألا يكون العاقدان عالمين بالتحريم، كغير المسلم الذي أسلم حديثا ولا يعلم المحرمات في الإسلام إذ توجد في هذه الحالة شبهة فعل، أما إذا لم يكن جاهلا بالتحريم فإنه لا يكون هناك شبهة ولا يسقط عنه الحد.

وحجة صاحبين في ذلك أن المرأة وإن كانت محلا للزواج في الجملة، إلا أنها ليست محلا له بالنسبة لعقد هذا العاقد المعين. فعقده عليها لاغ فلا يورث شبهة مسقط للحد.

وقد اتفق الأئمة الثلاثة مع صاحبين في هذا الرأي.

والفتوى على رأى صاحبين⁽²²⁾.

وبهذا رأى سارت فتاوى دار الإفتاء وقضاء محكمة النقض (راجع بند 65).



(21) حاشية ابن عابدين - ج4 - ص 23.

(22) شرح فتح القدير - ج5 - ص 262 - حاشية ابن عابدين - ج4 - ص 23 وما بعدها.

موضوع رقم (7)

شروط نفاذ العقد

69- تعريف:

شروط نفاذ عقد الزواج، هي الشروط الذى تترتب عليها آثار العقد بالفعل رغم انعقاده صحيحا.

فالعقد غير النافذ قد استوفى ركنه وشرائط انعقاده وصحته، ولكنه يظل موقوفا فلا تترتب عليه آثار بالفعل إلا إذا تحققت شروط نفاذه التى تتمثل فى إجازة العقد ممن يملك إجازته.

وينبنى على ذلك أن العقد الذى ينشئه كاملا الأهلية لنفسيهما أو بموجب ولايتهما الشرعية أو الوكالة هو عقد نافذ.

70- الحالات التى يكون العقد فيها موقوفا (غير نافذ) :

الحالات التى يكون فيها عقد الزواج موقوفا أى غير نافذ يجمعها كلها نقص أهلية أو ولاية العاقدين أو أحدهما وذلك على التفصيل الآتى:

1- إذا كان العاقدان أو أحدهما ناقص الأهلية كالصبي المميز الذى لم يبلغ والمعتوه.

(راجع نقض 1973/2/14 المنشور ببند 43).

2- إذا كان العاقدان أو أحدهما كامل الأهلية، وعقد العقد آخر من غير ولاية كاملة عليه ولا وكالة، وهو الفضولي.

3- إذا كان العاقد وليا أبعد مع وجود الولي الأقرب، فإن نفاذ العقد فى هذه الحالة يتوقف على إجازة الولي الأقرب.

4- أن يكون العاقد وكىلا مخالفا أمر موكله، فلو وكل شخص غيره ليزوجه امرأة معلومة أو بمهر معلوم، فزوجه امرأة غيرها أو بمهر أكبر توقف العقد على إجازة الموكل.

إنما لا يعتبر موقوفا العقد الذى يبرمه السفیه وذو الغفلة ولو كان محجورا عليهما، لأن مجال الحجر عليهما هو التصرفات المالية دون التصرفات الشخصية كما أوضحنا سلفا.

71- حكم العقد الموقوف:

العقد الموقوف عقد صحيح، إلا أنه لا تترتب عليه آثار الزوجية، فلا يحل به الدخول بالزوجة، ولا يقع فيه طلاق، وإذا مات أحد الزوجين لا يرثه الآخر. فإذا أجاز له من له حق الإجازة نفذ وتثبت له جميع الأحكام، أما إذا رد العقد اعتبر باطلا من وقت إنشائه.

أما إذا حصل دخول في العقد الموقوف قبل الإجازة، ثم أجاز له من له الحق في ذلك بعد الدخول، يكون دخولا في عقد صحيح نافذ لأن الإجازة اللاحقة تجعل العقد الموقوف نافذا منذ إنشائه.

أما إذا لم يجزه بعد الدخول، فإن الدخول يكون مع شبهة قوية تسقط الحد وتمحو وصف الجريمة، فيثبت المهر (أقل المهرين: المسمى ومهر المثل)، والعدة والنسب، وإنما كانت الشبهة قوية، لأن العقد قد صدر من أهله مضافا إلى محله، فكان مثبتا للحل من وجه. وإن كان غير معتبر، ومثبتا للشبهة، وإن لم تكف فيه لإثبات الحل.

أما إذا كان الدخول بعد رد الزوج والعلم بالرد فإنه لا يكون هنا شبهة تسقط حدا، فلا يترتب على الدخول شيء من مهر أو عدة أو نسب⁽²³⁾.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 12/2/1973 في الطلب رقم 244 لسنة 1971 بأن:

«عقد الزواج المسئول عنه هو نوع من أنواع الزواج الموقوف وهو الذي يباشره من ليست له ولاية شرعية ينفذ بها عقده وتترتب بها الآثار عليه وإن كانت له الأهلية التي يصح بها العقد. وجاء في فقه الحنفية أن من يعقد لغيره من غير ولاية تامة ولا وكالة عنه كان فضوليا ويتوقف عقده على إجازة المعقود عليه - والعقد الموقوف قبل إجازته لا يترتب عليه شيء من آثار الزوجية فلا يحل فيه الدخول بالزوجة ولا يقع فيه طلاق وإذا مات أحد الزوجين في هذه الحالة لا يرث الآخر - فإذا أجاز له من له الإجازة نفذ وتثبت له جميع الأحكام -

(23) محمد أبو زهرة ص 149 وما بعدها - عبد الرحمن تاج - ص 67.

وعلى هذا فيكون عقد الزواج المسئول عنه هو عقد صحيح شرعا إلا أنه غير نافذ ولا يترتب عليه شيء من آثار الزوجية. فإذا أجازته المرأة أو وكيلها المفوض عنها نفذ وترتبت عليه آثاره وإن لم تجزه هي أو وكيلها بطل، هذا هو موضوع حكم الزواج الذي يجريه من ليس بوكيل (الفضولى) شرعا أما موضوع توقيع شخص على الوثيقة كوكيل وهو ليس بوكيل فهذا إن صح يرجع فيه إلى الجهة القضائية المختصة. ومن هذا يعلم الجواب عما جاء بالسؤال والله سبحانه وتعالى أعلم».



موضوع رقم (8)

شروط لزوم الزواج

72- تعريف:

المقصود بلزوم الزواج، دوامه واستقراره دون أن يكون لأحد - سواء من المتعاقدين أو غيرهما - حق الاعتراض عليه وفسخه.

وعقد الزواج فى أصله عقد لازم، لأن المقاصد الشرعية التى نيطت به لا يمكن تحققها إلا بلزومه، ولكن عقد الزواج عند إنشائه قد لا تتوفر فيه كل عناصر الرضا الصحيح، فيكون للعاقـد الذى لم يكن رضاه على أساس صحيح حق فسخ العقد - كما قد يثبت هذا الحق للولى وليس للعاقـد.

فالعقد هنا قد ينشأ صحيحاً وتترتب آثاره، ومع ذلك يكون غير لازم لثبوت الحق فى فسخه.

وأسباب الفسخ جميعها ترجع إلى وجود عيب من عيوب الرضا.

وتجب التفرقة بين الطلاق والفسخ. فالطلاق إنهاء لأحكام العقد، أما الفسخ فهو نوعان: أحدهما: ما كان سبب الفسخ فيه أمراً يتصل بإنشاء العقد كالفسخ بخيار البلوغ أو خيار الإفاقة أو لعدم الكفاءة على رأى. وهذا النوع ينقض العقد من أساسه فيعتبر كأن لم يكن. وثانيهما: ما كان لعارض يمنع بقاء الزواج كالفسخ بردة أحد الزوجين أو إباء الزوج عن الإسلام بعد إسلام الزوجة. والطلاق ليس فسخاً بالمعنى الأول لأنه ينهى العقد ولا يرفعه من أساسه.

73- شروط اللزوم:

شروط لزوم عقد الزواج فى المذهب الحنفى هي:

1- ألا يكون الولى الذى زوج فاقد الأهلية أو ناقصها غير الأب والجد والابن، سواء كان التزويج بالكفاءة، ومهر المثل أم لا، إذ يجوز لفاقد الأهلية أو ناقصها ذكراً أو أنثى فسخ العقد بخيار البلوغ أو بخيار الإفاقة بحسب الأحوال، إذا كان الولى الذى تولى التزويج غير الأب والجد والابن.

(أنظر فى التفصيل بندى 139، 140)

2- ألا تزوج المرأة العاقلة البالغة نفسها من غير رضا وليها، وكان الزواج من كفاء، ولكن بأقل من مهر المثل، فإنه عند أبي حنيفة خلافا لأبي يوسف، يكون العقد غير لازم وللولى العاصب حق طلب الفسخ إلى أن يرفع المهر إلى مهر المثل.

3- ألا يشوب العقد تغرير فيما يتعلق بالكفاءة، فإذا انتسب الزوج إلى غير نسبه فتزوجته المرأة بناء على ذلك، ثم تبين حقيقة نسبه وأنه دونها نسبا وليس كفئا لها من جهة النسب فالعقد غير لازم ولها حق الفسخ، كما يثبت هذا الحق لأوليائها لأنه يتعيرون بأن ينتسب إليهم بالمصاهرة من لا يساويهم نسبا. وإذا كان التغرير في النسب لا يؤدي إلى نقص الكفاءة ولكنها لا ترضاه بهذا النسب فلها الفسخ لأن الرضا لم يكن على أساس صحيح. (أنظر في التفصيل بند 162 - وأنظر حالات أخرى يكون العقد فيها غير لازم طبقا لظاهر الرواية في المذهب الحنفي، وهو غير الرأي الراجح في المذهب).



موضوع رقم (9)

إثبات الزواج شرعا

يثبت الزواج فى الفقه الحنفى بأحد الأدلة الآتية:

74- (1) البينة:

البينة حجة متعديّة، فالثابت بها ثابت على الكافة ولا يثبت على المدعى عليه وحده، وسبب ذلك أن البينة تعتبر حجة بالقضاء وللقاضى ولاية عامة فتتعدى إلى الكل، وذلك على خلاف الإقرار الذى لا يفتقر إلى القضاء وللمقر ولايته على نفسه دون غيره فيقتصر عليه كما سيلي (24).

ونصاب البينة فى إثبات الزواج، شهادة رجلين أو رجل وامرأتين (25).

ويشترط فى الشاهد، العدالة، والبلوغ، والحرية، والإبصار، والنطق، وألا يكون محدودا فى قذف، وألا يكون متهما فى شهادته بأن كان يجر لنفسه مغنما أو يدفع عنه مغرما، ويدخل فى ذلك ألا يكون الشاهد من أصول أو فروع المشهود له أو زوجا له، والعلم بالمشهود به ذاكرا له وقت الأداء، والقدرة على التمييز بالسمع والبصر بين المدعى والمدعى عليه.

وإن كان الأصل أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه أى لم يقطع به من جهة المعاينة أو السماع بنفسه، إلا أن الشهادة بالسمع أجازت استحسانا فى بعض المسائل منها إثبات الزواج، وذلك دفعا للرجح وتعطيل الأحكام إذ لا يحضر الزواج عادة إلا الخواص فلو لم يقبل فيه السماع أدى إلى الرجح وتعطيل الأحكام، فإذا اشتهر الزواج لدى الشاهد بأحد طريقى الشهرة الشرعية حل له أن يشهد به لدى القاضى.

فالشهرة الشرعية تنقسم إلى قسمين حقيقية وحكمية (26)، فالحقيقية تكون

(24) الفوائد السمية - ج2 - ص 290 وما بعدها.

(25) شرح فتح القدير - ج7 - ص 370 - نقض طعن رقم 1 لسنة 49 ق «أحوال شخصية» - جلسة 1977/10/26.

(26) الأصول القضائية فى المرافعات الشرعية - على قراة - ص 118 وما بعدها.

بالسماع من أقوام كثيرين لا يتصور تواطؤهم على الكذب ولا يشترط فيهم عدالة، والحكمة تكون بشهادة عدلين أو عدل وعدلتين بالشيء بلفظ الشهادة⁽¹⁾.
ولذلك ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لو رأى رجل، رجلاً يدخل على امرأة وسمع من الناس أن فلانة زوجة فلان وسعه أن يشهد أنها زوجته، وإن لم يعاين عقد النكاح، ويشهد من رأى رجلاً وامرأة بينهما انبساط الأزواج أنها عروسه⁽²⁾.
عروسه⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بصدد الشهادة بالتسامع في إثبات الزواج بأن:

1- «الأصل في الشهادة أنه لا يجوز لشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه - واستثنى فقهاء الحنفية من هذا الأصل مواضع منها النسب والنكاح أجازوا فيها الشهادة بالتسامع استحساناً إلا أنهم اختلفوا في شروط تحمل الشهادة بها، فعن أبي حنيفة لا يشهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار، وعلى هذا إذا «أخبره» رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول لا تحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر ويقع في قلبه صدق الخبر. وعن صاحبين إذا أخبره بذلك رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول يكفى وتحل له الشهادة والفتوى على قولهما، واشترطوا في الإخبار - هنا وعن العدلين - أن يكون بلفظ «أشهد» وبمعنى أن يشهدا عنده بلفظ الشهادة».

طعن رقم 12 لسنة 36 ق «أحوال شخصية» جلسة 1968/3/27

2- «العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلاً شرعياً - على قيام الزوجية والفراش، وإنما نص فقهاء الحنفية على أنه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح وإن لم يعاينه متى اشتهر عنده ذلك بأحد نوعي الشهرة الحقيقية أو الحكمة فمن شهد

(1) هذا قول صاحبين المفتى به، وقال أبو حنيفة: لا تجوز الشهادة بالتسامع ما لم يسمع يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر (طرق الإثبات الشرعية الشيخ أحمد إبراهيم - ص 123 هامش 21).

(2) أنظر حكم القانون في موضوع رقم (10).

رجلا وامرأة يسكنان فى موضع أو بينهما انبساط الأزواج وشهد لديه رجلان عدلان بلفظ الشهادة أنها زوجته حل له أن يشهد بالنكاح وإن لم يحضر وقت العقد، وهذا عند الصاحبين، أما عند أبى حنيفة فلا يجوز للشاهد أن يشهد على النكاح بالتسامع إلا إذا اشتهر شهرة حقيقية وهى ما تكون بالتواتر».

(طعن رقم 12 لسنة 36 ق «أحوال شخصية» جلسة 1968/3/27)

3- «لما كان ذلك وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلا شرعيا على قيام الزوجية والفراش، وكان ما أحله مذهب الحنفية للشاهد من أن من يشهد بالنكاح وإن لم يعاينه مشروط بأن يشتهر عنده ذلك بأحد نوعى الشهرة الحقيقية أو الحكمية على القول الراجح وهو رأى الصاحبين، فلا يجوز أن يكون مصدر الشهادة هو مدعى النكاح نفسه أو بناء على إخبار منه أو وليد استشهاده، وإذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الشاهد الثانى شهد بتلقيه خبر الزوجية عن المطعون عليها نفسها وبناء على إخبارها فإن شهادته تكون غير مقبولة شرعا.... إلخ».

(طعن رقم 1 لسنة 46 ق «أحوال شخصية» جلسة 1977/10/26)

4- «الأصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بنفسه، واستثنى فقهاء الحنفية من هذا الأصل مسائل منها ما هو بإجماع كالنسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى ومنها ما هو على الصحيح كأصل الوقف ومنها ما هو على الأصح كالمهر ومنها ما هو على أحد قولين صحيحين كشرائط الوقف ومنها ما هو على قول مرجوح كالعق والولاء فأجازوا فى هذه المسائل الشهادة بالتسامع من الناس استحسانا وإن لم يعاينها الشاهد بنفسه..... إلخ».

(طعن رقم 17 لسنة 50 ق «أحوال شخصية» جلسة 1981/2/17)

5- «النكاح جواز إثباته بالبينة. للشاهد أن يشهد به وإن لم يعاينه. شرطه».

(طعن رقم 437 لسنة 66ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/4/21)

75- (2) الإقرار:

الإقرار شرعا هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو فى المستقبل باللفظ أو ما فى حكمه، وبذلك يخرج عن مدلول معنى الإقرار ما يدعيه الخصم من حق له على الغير⁽¹⁾.

وإذا أقر الشخص بحق لزمه. ولكن الإقرار حجة قاصرة على المقر بخلاف البينة وذلك لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه.

وعلى ذلك إذا أقر أحد الزوجين بالزوجية كان إقراره هذا دليلا كافيا لإثباتها دون حاجة إلى دليل آخر⁽²⁾.

والسكوت فى بعض المواضع يجعل الساكت مقرا بالحق بسكوته عنه، وإن خالف القاعدة الفقهية لا ينسب لساكت قول، ومن بينها لو هنا الناس الزوج بزواجه فسكت، اعتبر هذا إقرارا منه بالزواج.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن الإقرار شرعا هو إخبار الإنسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه، والسكوت فى بعض المواضع يجعل الساكت مقرا بالحق بسكوته عنه كما يجعل المتكلم مقرا بالحق بكلامه، وإن خالف القاعدة الفقهية لا ينسب لساكت قول، ومن بينها لو هنا الناس الزوج بزواجه فسكت، لزمه الزواج، وليس له نفيه بعد أن أقر به، وأن الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة للإقرارات الصادرة من المورث ومن ثم تسرى عليه».

(طعن رقم 767 لسنة 74ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/4/16)

والإقرار بالزوجية ليس إنشاء لها كما فى صيغة العقد، ولذلك لا تشترط

(1) شرح فتح القدير - ج8 - ص 317 - نقض طعن رقم 16 لسنة 50ق «أحوال شخصية» جلسة 1981/6/16 - طعن رقم 767 لسنة 74ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/4/16.

(2) فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ أول أبريل سنة 1939.

الشهادة في صحة الإقرار بالزواج، كما تشترط في العقد الذي يفيد الإنشاء، ويشترط في صحة الإقرار بالزواج ونفاذه ما يأتي:

- 1- أن يكون المقر عاقلاً بالغاً.
 - 2- أن يكون الزواج ممكن الثبوت شرعاً، وذلك بألا يكون الرجل متزوجاً بمحرم للمرأة كأختها وعمتها، ولا بأربع سواها، وألا تكون هي متزوجة فعلاً برجل آخر أو في عدة فرقة منه، سواء أكان الإقرار من الرجل أم كان من المرأة.
 - 3- أن تصدق المرأة الرجل في إقراره إذا كان هو المقر، وأن يصدقها الرجل إذا كانت هي المقرّة، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر.
- والإقرار بالزوجية صحيح ونافذ، سواء كان في حال الصحة أو في مرض الموت، متى ورد عليه التصديق من الجانب الآخر، سواء كان المقر هو الرجل أو المرأة.
- وذهب صاحبان إلى أنه يصح التصديق من الطرف الآخر بعد موت المقر، سواء كان المقر هو الرجل أو المرأة، أما الإمام أبو حنيفة فيذهب إلى أنه إذا كان المقر هو الرجل فإنه يصح وينفذ لو صدقته المرأة بعد موته، فيكون لها حقها في الميراث، أما إذا كانت المرأة هي المقرّة فلا يصح تصديق الرجل بعد موتها، فلا تثبت به الزوجية ولا يستحق به الميراث، لأنه بموت المرأة تنقطع أحكام الزوجية ولذلك يحل للرجل أن يتزوج بأختها عقيب وفاتها وبأربع سواها، ولا يحل له أن يغسلها إذ صارت أجنبية عنه. أما بعد موت الرجل فللزوجة أحكام باقية كالعدة، ولذلك يحل لها أن تغسل زوجها⁽¹⁾.

76- (3) - النكول عن اليمين:

إذا لم يقر المدعى عليه بالزوجية، ولم يقدم المدعى بيينة عليها، وطلب المدعى من القاضي توجيه اليمين إلى المدعى عليه فوجهها، وحلف أن ليس بينه وبين المدعى زوجية، قضى برفض الدعوى، وكان هذا القضاء - على ما هو مقرر في

(1) عبد الرحمن تاج - ص 23 وما بعدها.

الفقه - قضاء ترك لا يمنع المدعى من تجديد الدعوى إذا وجد البينة⁽¹⁾.
 أما إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، فقد ذهب صاحبان إلى أن القاضى يحكم بثبوت الزوجية لأن النكول عن اليمين فى حكم الإقرار بما يدعيه المدعى.
 أما أبو حنيفة فيذهب إلى عدم تحليف منكر الزوجية، لأن النكول عنده بذل، وليس فى حكم الإقرار، والبذل لا يجرى فى الزواج، بل محله دعوى الأموال وما شابهها لأن كثيرا من الناس يتحاشى الحلف وهو فى الواقع صادق برئ مما يدعى عليه، فهو يفضل بذلك ما يدعى به على حلف اليمين فإنه قد يقع بالصادق البرئ بعد حلف اليمين البارة شيء من المكروه الذى تجرى به الأقدار فيظن الناس به السوء ويحكمون بأن ما أصابه كان أثرا ليمينه⁽²⁾.

ويلاحظ أن محكمة الأسرة هى المختصة بنظر طلب إثبات الزواج.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«اختصاص محكمة الأسرة بنظر دعوى طلب إثبات الزواج وفقا لنص

المادة 3ق 10 لسنة 2004».

(طعن رقم 175 لسنة 66ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/4/9)



(1) محمد أبو زهرة - ص 268.

(2) عبد الرحمن تاج - ص 204 وما بعدها.

موضوع رقم (10)

القيود الواردة فى القانون على قبول الدعاوى

الناشئة عن عقد الزواج

أولاً : عدم قبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج -

عند الإنكار - ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية

77- النص القانوني :

القانون الجديد :

المادة 2/17 من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية:

«ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج - فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة 1931 - ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطلق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة⁽¹⁾».

القانون الملغى :

المادة 4/99 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 (الملغى) المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها.

(1) وكان هذا النص كما ورد بمشروع القانون المقدم من الحكومة على النحو الآتى:
«ولا تقبل عند الإنكار دعوى الزوجية - فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة 1931 - ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطلق إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة».

فعدلته اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الدينية والاجتماعية والأوقاف بمجلس الشعب على النحو الراهن، وجاء هذا التعديل استجابة للتعديل الذى أجرته لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية بمجلس الشورى على النص.

«ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة 1931».

78- الحكمة من القيد:

من القواعد الشرعية أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص وأن لولى الأمر أن يمنع قضااته عن سماع بعض الدعاوى وأن يقيد السماع بما يراه من القيود تبعا لأحوال الزمان وحاجة الناس وصيانة للحقوق من العبث والضياع.

وقد درج الفقهاء من سالف العصور على ذلك وأقروا هذا المبدأ في أحكام كثيرة واشتملت لائحتا سنة 1897، سنة 1910 للمحاكم الشرعية على كثير من مواد التخصيص وخاصة فيما يتعلق بدعاوى الزوجية والطلاق والإقرار بهما وألف الناس هذه القيود الواردة بهما واطمأنوا إليها بعد أن تبين ما لها من عظيم الأثر في صيانة حقوق الأسر.

وقد دلت الحوادث على أن عقد الزواج وهو أساس رابطة الأسرة لا يزال في حاجة إلى الصيانة والاحتياط في أمره فقد يتفق اثنان على الزواج بدون وثيقة ثم يجده أحدهما ويعجز عن إثباته أمام القضاء. وقد يدعى بعض ذوى الأغراض الزوجية زورا وبهتانا أو نكابة وتشهيراً وابتغاء غرض آخر اعتمادا على سهولة إثباتها بالشهود خصوصا وأن الفقه يجيز الشهادة بالتسامع في الزواج. وقد تدعى الزوجية بورقة عرفية إن ثبتت صحتها مرة لا تثبت مرارا وما كان لشيء من ذلك أن يقع لو أثبت هذا العقد بوثيقة رسمية كما في عقود الرهن وحجج الأوقاف وهى أقل منه شأنا وهو أعظم منها خطرا فحملا للناس على ذلك وإظهارا لشرف هذا العقد وتقديسا له عن الجحود والإنكار ومنعا لهذه المفاصد العديدة وصيانة للحقوق واحتراما لروابط الأسرة، نص على الحكم الوارد بالفقرة الرابعة من المادة⁽¹⁾.

(1) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 (الملغي).

79- مضمون القيد:

القيد الوارد بالفقرة الثانية من المادة (17) سألقة الذكر متعلق بعدم قبول الدعوى فقط، بحيث إذا رفعت دعوى ناشئة عن عقد الزواج، وأنكرت الزوجية، ولم يقدم مدعى الزوجية وثيقة زواج رسمية، قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى.

وفى هذا قضت محكمة النقض - فى ظل المادة 4/99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة - بتاريخ 1992/6/23 فى الطعن رقم 189 لسنة 59ق «أحوال شخصية» بأن:

«الزوجية التى وقعت بعد أول أغسطس سنة 1931. شرط سماع دعواها أن تقدم الزوجة وثيقة رسمية تثبت زواجها أو أن يقر بها الزوج فى مجلس القضاء. تخلف ذلك. أثره. عدم سماع الدعوى. م99 الفقرة الرابعة من المرسوم بقانون 78 لسنة 1931».

كما قضت بأن:

«المنع من سماع الدعوى ليس مبنيًا على بطلان الحق وإنما هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - نهى للقضاء عن سماعها قصد به قطع التزوير والحيل، وعلى هذه الصورة لا أثر له على أصل الحق ولا يتصل بموضوعه وإنما يقتصر حكمه على مجرد سماع الدعوى أو عدم سماعها».

(طعن رقم 427 لسنة 74ق «أحوال شخصية» جلسة 2006/12/23)

إنما لا ينال هذا القيد من الزواج ذاته، فالزواج طالما استوفى ركنه وشرائط انعقاده وصحته ونفاذه ولزومه فهو زواج قائم ويرتب آثاره الشرعية، فالشرعية الإسلامية لا تتطلب إثبات عقد الزواج لا فى ورقة عرفية أو رسمية. ولذلك فالزواج العرفى زواج شرعى صحيح.

وخلاصة ما تقدم أن القيد الوارد بالنص ليس واردا على الزواج فى ذاته، وإنما قاصر على التقاضى فى شأنه.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

1- «ينعقد الزواج شرعا بين الطرفين (الزوج والزوجة) بنفسيهما أو بوكيليهما أو وليهما بإيجاب من أحدهما وقبول من الآخر متى استوفى هذا العقد جميع شرائطه الشرعية المبسطة في كتب الفقه، وتترتب على هذا العقد جميع الآثار والنتائج. ويثبت لكل من الزوجين قبل الآخر جميع الحقوق والواجبات دون توقف على توثيق العقد رسميا أو كتابته بورقة عرفية وهذا كله من الوجهة الشرعية. أما من الوجهة القانونية فإن المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 قد نص في الفقرة الرابعة من المادة 99 منه - على أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة 1931 - ومقتضى ذلك أن القانون لم يشترط لصحة عقد الزواج أن يكون بوثيقة رسمية، وإنما اشترط ذلك لسماع الدعوى...الخ».

(فتوى صادرة بتاريخ 1957/2/1 الطلب رقم 582 لسنة 1963)

2- «تنص الفقرة الأخيرة من المادة 99 من القانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة المحاكم الشرعية على أنه «لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة 1931 وعلى هذا فإذا كان عقد الزواج العرفي المسئول عنه قد صدر بعد أول أغسطس سنة 1931 وصادق عليه ورثة المتوفى فإن دعوى الزوجية والحالة هذه تكون مسموعة شرعا وتكون الزوجية ثابتة به ويكون للسانة الحق في ميراث زوجها المتوفى المذكور فتستحق هي والزوجة الأخرى الثمن بالتسوية بينهما فرضا لوجود الفرع الوارث - أما إذا لم يصدق ورثة المتوفى المذكور على هذا العقد وأنكروه فإن دعوى الزوجية لا تسمع به حينئذ ومن ثم لا تسمع دعواها الوراثية في تركته بسبب الزوجية طبقا للمادة المذكورة. ومن هذا يعلم الجواب إذا كان الحال كما ورد بالسؤال والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1977/5/7 الطلب رقم 254 لسنة 1976)

ويسرى القيد على الدعاوى التى يقيمها أحد الزوجين على الآخر، وعلى الدعاوى التى يقيمها ورثة أيهما على الآخر أو ورثته⁽¹⁾. وكذلك على الدعاوى التى يقيمها الغير أو النيابة العامة فى الأحوال التى تباشر فيها الدعوى كطرف أصيل قبل أيهما أو ورثته.

والقيد قاصر على الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج فلا يمتد إلى الدعاوى الناشئة عن النزاع فى ذات الزواج أى فى وجود الزوجية، فيجوز إذن للزوج أو الزوجة رفع الدعوى بإثبات الزوجية عند وجود نزاع فيها دون الاحتجاج عليها بهذا القيد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعة ببطلان عقد زواجها من المطعون ضده على سند من أنه لا يشترط أخذ رأى الولى وخاصة أنه لم يعترض على ذلك العقد فى حينه من حيث الكفاءة والمهر، كما أن الطاعة لم تطعن على توقيع الشاهدين المذيل بهما العقد بثمة مطعن، ولم تقدم ما يثبت عدم حضورهما، وهو من الحكم استخلاص موضوعى سائغ له أصله الثابت بالأوراق ويكفى لحمل قضائه، ولا ينال من ذلك ما تنثيره الطاعة من أن الحكم خالف نص المادتين 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، 17 من القانون رقم 1 لسنة 2000- بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية - والتفت عن طلبها بإحالة الدعوى إلى التحقيق ذلك أن القيد الوارد فى المادتين بشأن تقديم وثيقة زواج رسمية قاصر على الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج فلا يمتد إلى الدعاوى الناشئة عن النزاع فى ذات الزواج أو فى وجود الزوجية فيجوز للزوج أو الزوجة إثبات الزوجية عند الإنكار أو وجود نزاع فيها ولو لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية».

(طعن رقم 463 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/4/23)

(1) طرق الإثبات الشرعية للمرحوم أحمد إبراهيم - إعداد المستشار واصل علاء الدين - طبعة 1985 - ص 90 وما بعدها.

والمقصود بالدعوى الناشئة عن عقد الزواج، الدعوى التى تكون الزوجية سببا مباشرا للحقوق التى ترفع بها، كدعوى الطاعة أو النفقة أو الصداق أو الإرث.

وكذا دعوى إثبات الطلاق. وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«تنص الفقرة الرابعة من المادة 99 - من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة 1931 «ومفاد هذا النص أن دعوى الزوجية لا تسمع عند الإنكار بعد آخر يوليو سنة 1931 إلا بوثيقة رسمية صادرة من موظف مختص بتوثيق عقود الزواج أو يقر بها المدعى عليه بمجلس القضاء سواء أكانت دعوى الزواج مجردة أو ضمن حق آخر باستثناء دعوى النسب لورود النص عاما موجه الخطاب فيه للكافة فإن المنع يسرى على الدعوى التى يقيمها أحد الزوجين على الآخر، لما كان ذلك وكان ثبوت زواج الطاعن بالمطعون ضدها هو الأساس الذى يبنى عليه طلب المطعون ضدها بإثبات طلاقها فيعتبر الادعاء بالزوجية مطروحا، ومتى كانت هذه الزوجية منكرة من الطاعن وغير ثابتة بوثيقة رسمية فإن دعوى الطلاق المؤسدة عليها تكون غير مسموعة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بإثبات طلاق المطعون ضدها استنادا إلى سبق زواج الطاعن بها بعقد عرفي، فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه».

(طعن رقم 227 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/11/7)

فلا يسرى هذا القيد على الدعوى التى تكون الحقوق فيها ليست الزوجية سببا مباشرا لها. ومن ثم فإنه لا يسرى على الدعوى الآتية:

6- دعوى النسب: وقد ورد النص على ذلك فى المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 (الملغي) فقد جاء بها: «وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعا فى دعوى النسب بل هذه باقية على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغما من التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة 101 من اللائحة القديمة»⁽²⁾.

(2) ويرى بعض الفقهاء - بحق - أن عبارة المذكرة الإيضاحية والتى تجيز سماع دعوى النسب =

= عند الإنكار دون وثيقة زواج رسمية تكون في محلها إذا كان ثبوت النسب أساسه الدعوة أو نحوها ولم يكن أساس الإثبات فيه فراش الزوجية، وذلك لأن الدعوة وحدها كافية لإثبات النسب، فإذا أقام الدليل عليها فقد ثبت، وكذلك إذا كان أساس النسب دخولا بشبهة أسقطت الحد ومحت وصف الزنى فإن أساس النسب فيه واقعة لم تقيد اللائحة طريق إثباتها، بل تركته للمقرر في الفقه من طرق الإثبات، وعلى القاضي أن يراعى ملاسبات الأحوال.

أما إذا كان أساس النسب هو فراش الزوجية، فإن النسب لا يثبت إلا إذا ثبتت الزوجية، فالدعوى في هذه الحال تتضمن لا محالة دعوى الزوجية، فيجب أن يجرى إثباتها على ما سنته اللائحة وتتقيد بقيودها، إذ أن نص اللائحة يشمل كل دعوى الزوجية سواء أكانت ضمن حق أم لم تكن، بل أن غالب دعوى الزوجية تكون في ضمن حق آخر، كطلب المهر أو النفقة أو الطاعة أو الميراث أو النسب، وإذا كانت دعوى النفقة بسبب الزوجية ترفض إذا كانت الزوجية محل إنكار، ولم تثبت بوثيقة رسمية، فكذا ترفض دعوى النسب إذا كان بسبب فراش الزوجية، وأنكر الزوجية ولم تستطع إثباتها بوثيقة رسمية بمقتضى منطق القانون، ولا يجوز التفريق بين النسب وغيره من آثار الزوجية إذا كان أساس الدعوى فيه فراش الزوجية الصحيحة.

فإذا كانت عبارة المذكورة الإيضاحية مؤداها قبول إثبات النسب على فراش الزوجية بالبينّة، واليمين، والنكول فإنها تكون معارضة لنص القانون وعمومه، بل إنها تكون مناقضة لغرضه وممراته الذي بينته وذكرت أن منه - منع المفاصد وصيانة الحقوق، واحترام روابط الأسرة، وقطع السبيل على ذوى الأغراض الفاسدة، ومنع الزور والبهتان، ولا شك أن ذلك كله بالنسبة للنفقة والطاعة والمهر لا يعد شيئاً بالنسبة للنسب الدائم الثابت، وهو ثمرة الزواج وغايته، فإذا كان الاحتياط استلزم التشديد في إثبات الزوجية التي تثبت الطاعة والنفقة، فأولى أنه يجب التشديد في إثبات الزوجية التي تثبت النسب من تلقاء نفسها من غير دخول وإذا تقدمت امرأة تطلب النفقة لنفسها بسبب الزوجية لابنها الذي رزقته على فراش الزوجية فأنكر الرجل الزوجية وثبوت النسب، ووجوب النفقة ولا سبيل لإثبات النسب إلا بالزوجية، فهل تثبت الزوجية بشهادة الشهود، والنسب بناء عليها، ويقضى به، ولا تسمع دعوى هذه الزوجة نفسها بالنسبة لنفقتها، ويتم ذلك في قضية واحدة.

إن منطق القانون يوجب التسوية بين دعوى النفقة والطاعة والمهر والميراث بالزوجية، ودعوى النسب إذا كان أساسه الزواج الصحيح وحده، أما إذا كان سبب النسب غير ذلك، فإنه تجرى عليه وسائل الإثبات الشرعية، إذ لا نص يمنع.

وقد أفتت بذلك دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1957/2/1 فى الطلب رقم 582 لسنة 1963 (منشور سلفا بهذا البند).

كما قضت بذلك محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن:

1- «دعوى النسب لا تزال باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الإسلامية ويجوز إثباتها بالبينة».

(طعن رقم 14 لسنة 33 ق أحوال شخصية جلسة 1966/12/8)

2- «النسب يثبت شرعا عند الإنكار بالبينة».

(طعن رقم 11 لسنة 37 ق أحوال شخصية جلسة 1970/11/25)

3- «النسب كما يثبت بالفراش والإقرار يثبت بالبينة، فإذا ادعت امرأة على رجل أنها ولدت منه ولم تكن فراشا له فلها إثبات مدعاها بالبينة الكاملة أى بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول والبينة فى هذا المجال أقوى من مجرد الدعوى أو الإقرار، والشهادة المنصبة على النسب لا يشترط فيها معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد إن كان».

(طعن رقم 3 لسنة 45 ق أحوال شخصية جلسة 1967/12/29)

= وقد يقول قائل إن النسب يحتاط له لأجل الولد، والجواب عن ذلك: أن إثبات النسب وحده تتسع طرقه، ويكفى ذلك احتياطيا، ومن طرقه أن يثبت بالدخول الذى لا حد فيه، أما إذا أراد أن يثبت النسب بناء على أن العقد الصحيح وحده سبب ثبوته، فهنا لا تثبت الزوجة إلا بما أوجبه القانون.

وإن القوانين القائمة لا تجعل الزواج وحده سببا لثبوت النسب، فقد اشترطت المادة الخامسة عشرة من القانون رقم 25 لسنة 1929 لسماع دعوى النسب لولد الزوجة عند الإنكار ألا يثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من تاريخ العقد، وكذلك الحكم بالنسبة لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، فنجد هنا القانون لا يجعل العقد الصحيح وحده كافيا لثبوت النسب، بلا لابد من إمكان الدخول.

وإذا كان كذلك، فالاحتياط للنسب أن يبينه مدعيه على الدخول المسقط للحد الماحى للجريمة، لا على مجرد العقد الصحيح، فإذا أرادت الزوجة إثبات نسب ولدها فى عقد زواج لم يكن بوثيقة شرعية تدعى الدخول بناء على عقد صحيح شرعا، وتثبت دعواها، فتسمع على الدخول أو الخلوة دون الزواج.

(محمد أبو زهرة فى الأحوال الشخصية - ص 272 وما بعدها)

4- «عدم سماع دعوى الزواج أو الإقرار بها بعد أول يوليو سنة 1931 - عند الإنكار - إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية. م 99/4 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية. الاستثناء دعوى النسب. علة ذلك».

(طعن رقم 14 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/12/21)

5- «دعوى الزوجية. عدم سماعها عند الإنكار إلا بوثيقة رسمية أو إقرار المدعى عليه بها بمجلس القضاء. م 99/4 من م بق 78 لسنة 1931 لا عبرة بما إذا كانت الدعوى مجردة أو ضمن حق آخر. استثناء. دعوى النسب. سريان المنع سواء كانت الدعوى مرددة بين الزوجين أو ورثتهما أو النيابة العامة قبل أيهما أو ورثته. علة ذلك. إقامة الطاعة دعواها بإثبات زواجها بالمطعون ضده فى ظل المادة سألقة الذكر المنطبقة على الدعوى المرفوعة قبل سريان القانون رقم 1 لسنة 2000 قضاء الحكم المطعون فيه بثبوت الزوجية الواقعة بعد سنة 1931 رغم إنكار المطعون ضده لها وعدم ثبوتها بورقة رسمية. مخالفة للقانون وخطأ فى تطبيقه».

(طعن رقم 497 لسنة 64 ق «أحوال شخصية» جلسة 2000/4/10)

6- «دعوى الزواج. عدم ثبوتها بعد آخر يوليو سنة 1931 إلا بوثيقة رسمية أو يقر بها المدعى عليه بمجلس القضاء. م 99/4 من م بق 78 لسنة 1931. لا عبرة بما إذا كانت الدعوى مجردة أو ضمن حق مالى آخر. استثناء. دعوى النسب. سريان المنع سواء كانت الدعوى مرددة بين الزوجين أو ورثتهما أو النيابة العامة قبل أيهما أو ورثته. علة ذلك».

(طعن رقم 136 لسنة 6 ق «أحوال شخصية» 2000/5/29)

(أنظر أيضا نقض 1980/12/30 المنشور بالبند التالي)

2- إثبات الإرث بسبب البنوة:

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أنه لما كانت دعوى المطعون عليه هى دعوى إرث بسبب البنوة، وهى متميزة عن دعوى إثبات الزوجية أو إثبات أى

حق من الحقوق التي تكون الزوجية سببا مباشرا لها، فإن إثبات البنوة الذي هو سبب الإرث لا يخضع لما أورده المشرع في المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها، إذ لا تأثير لهذا المنع من السماع على دعوى النسب سواء كان النسب مقصودا لذاته أو كان وسيلة لدعوى المال، فإن هذه الدعوى باقية على حكمها المقرر في الشريعة الإسلامية حتى ولو كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة ولما كان إثبات البنوة وهي سبب الإرث في النزاع الراهن بالبينة جائزا فلم يكن على الحكم المطعون فيه أن يعرض لغير ما هو مقصود أو مطلوب بالدعوى، لما كان ذلك وكان الحكم قد أقام قضاءه بنسب المطعون عليه للمتوفى واستحقاقه الإرث فيه على البينة الشرعية التي اطمأن إليها، واستخلصت المحكمة في نطاق سلطانها المطلق من هذه البينة قيام الزوجية الصحيحة بين المتوفى ووالده المطعون عليه، وكان القول بأن والد المطعون عليه كانت زوجا لآخر وأنها ظلت في عصمته حتى وفاته أو أن قيد المطعون عليه بدفاتر المواليد تم بأمر من النيابة العامة هو دفاع يقوم على واقع لم يثبت سبق طرحه على محكمة الموضوع فلا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض، لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون يكون في غير محله».

(طعن رقم 21 لسنة 44ق - أحوال شخصية - جلسة 1976/4/7)

3- إثبات الرجعة:

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«الرأى عند الحنفية أن الرجعة هي استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة، فهي ليست إنشاء لعقد زواج بل امتداد للزوجية القائمة، وتكون بالقول أو بالفعل ولا يشترط لصحتها الإشهاد عليها ولا رضا الزوجة ولا علمها، كما لا يلزم لسماع الدعوى بها أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية على نحو ما استلزمته الفقرة الرابعة من المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالنسبة لدعوى الزوجية، وذلك تحقيقا لأغراض اجتماعية استهدفها المشرع من وضع هذا الشرط بالنسبة لعقد الزواج، وهو ما أفصحت عنه المذكرة

الإيضاحية لللائحة الشرعية بقولها: «إن الحوادث قد دلت على أن عقد الزواج وهو أساس رابطة الأسرة لا يزال في حاجة إلى الصيانة والاحتياط في أمره، فقد يتفق اثنان على الزواج بدون وثيقة، ثم يجده أحدهما، ويعجز الآخر عن إثباته أمام القضاء، وقد يدعى بعض ذوى الأغراض الزوجية زورا وبهتانا، أو نكاية وتشهيراً، أو ابتغاء غرض آخر اعتماداً على سهولة إثباتها بالشهود خصوصاً وأن الفقه يجيز الشهادة بالتسامع في الزواج، وقد تدعى الزوجية بورقة عرفية إن ثبتت صحتها مرة لا تثبت مراراً، وما كان لشيء من ذلك أن يقع لو أثبت هذا العقد دائماً بوثيقة رسمية... فحملاً للناس على ذلك وإظهاراً لشرف هذا العقد وتقديساً له عن الجحود والإنكار ومنعاً لهذه المفاصد العديدة وصيانة للحقوق واحتراماً للروابط الأسرة زيدت الفقرة الرابعة في المادة 99.....».

(طعن رقم 18 لسنة 38ق - أحوال شخصية - جلسة 1972/5/31)

(أنظر حكم المادة 22 من القانون رقم (1) سنة 2000)

بالكتاب الرابع

4- إثبات الزوجية التي من شرائط امتداد عقد الإيجار عملاً بالمادة 29 من القانون رقم 49 لسنة 1977 في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«الأصل في فقه الشريعة الإسلامية جواز الشهادة بالتسامع في الزواج إلا أن المشرع تدخل استثناء من هذا الأصل - احتراماً للروابط الأسرة وصيانة للحقوق الزوجية - فنص في الفقرة الرابعة من المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن «لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة 1931»، ولما كانت دعوى الطاعن هي طلب إنهاء عقد إيجار شقة النزاع باعتبار أن الشاغلة لها ليست زوجة للمستأجر الأصلي الذي ترك العين لعدم وجود وثيقة رسمية معها مثبتة للزواج - وهي دعوى متميزة عن دعوى الزوجية التي عنتها المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، فإن الزوجية

التي هي من شرائط امتداد عقد الإيجار عملاً بنص المادة 31 من القانون 52 لسنة 1969 لا يلزم لتوافرها ثبوت الزواج بوثيقة رسمية ولو قصد المشرع ذلك لنص عليه صراحة».

(طعن رقم 1535 لسنة 48 ق جلسة 1982/5/19 - ذات المبدأ طعن رقم 973 لسنة 49 ق جلسة 1984/12/20)⁽³⁾.

80- ورود القيد في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) على ذات الزوجية وفيما يترتب عليها من أحكام:

كان القيد المنصوص عليه بالفقرة الرابعة من المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة يرد على «دعوى الزوجية أو الإقرار بها» فكان القيد يشمل ما إذا كان النزاع في ذات الزوجية أو فيما يترتب عليها من أحكام أى الحقوق التي تكون الزوجية سببا مباشرا لها مثل النفقة والطاعة والصداق والميراث⁽⁴⁾. ولم يكن من المقبول القول بأن المشرع يقصد بهذا القيد مجرد دعوى عقد الزواج أو الإقرار بها دون ما يتفرع عليه من دعاوى أو ما يترتب عليه من أحكام لأن عقد الزواج غير مقصود لذاته بل لما يترتب عليه من آثار فمدعى الزواج لا يقصد بدعواه ولا يستفيد منها إلا آثاره المترتبة عليه وولى الأمر أبعد نظرا من أن يكون مقصده النهى عن سماع دعوى عقد الزواج فقط دون النهى عن سماع دعوى النفقة والطاعة والإرث وغير ذلك من الحقوق المترتبة على الزواج لأنه لو كان مقصده هذا أصبح نهيه عديم الأثر والقيمة إذ في استطاعة المدعى أن يترك دعوى عقد الزواج ويدعى بما يشاء من الآثار المترتبة عليه فتسمع دعواه ويحكم له بما طلبه وحسبه هذا، ثم هو في غنى عن الحكم له بثبوت عقد الزواج لنفسه مادام يستطيع الحصول على الحكم له بما يشاء من

(3) راجع أيضا مؤلفنا: موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية - ج2 - الطبعة الثانية عشرة سنة 2000 ص 47 وما بعدها.

(4) عمر عبد الله ص 106 - محمد على محبوب ص 223 - كمال البنا مرافعات الأحوال الشخصية للولاية على النفس الطبعة الأولى سنة 1987 ص 44.

آثار هذا العقد بدون استثناء ولا يتصور أن يكون الشارع قد قصد هذا العبث البعيد⁽⁵⁾.

وبالرأى المتقدم أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1957/2/1 فى الطلب رقم 582 لسنة 1963 وقد جاء بالفتوى:

«... المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 قد نص فى الفقرة الرابعة من المادة 99 منه - على أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة 1931 - ومقتضى ذلك أن القانون لم يشترط لصحة عقد الزواج أن يكون بوثيقة رسمية، وإنما اشترط ذلك لسماع الدعوى بين الزوجين فى الزوجية وآثارها كالطاعة والنفقة وغيرها ما عدا النزاع فى النسب - واشترط القانون ذلك فى حالة إنكار الزوجية وجودها، أما فى حالة الإقرار بها فلا يشترط لسماع الدعوى هذا الشرط - بل تسمع الدعوى الخاصة بالزوجية وآثارها ولو كان عقد الزواج عرفياً بورقة عرفية أو بدون أوراق، والمعتبر فى الإقرار والإنكار أن يكون بمجلس القضاء طبقاً للظاهر وما جرى عليه القضاء فى الغالب، أما النسب فإنه تسمع الدعوى بشأنه أمام القضاء فى جميع الأحوال ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال».

كما أخذت بهذا الرأى محكمة النقض إذ قضت بتاريخ 1980/12/30 فى الطعن رقم 3 لسنة 50 ق (أحوال شخصية) بأن:

«وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن الفقرة الرابعة من المادة 99 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية تنص على

(5) شرعى كلى مصر فى الدعوى 1940/61 بتاريخ 1941/3/19 - وكانت بعض الأحكام قد ذهبت إلى عكس ذلك وأخذت بظاهر النص وقصرت القيد الوارد به على دعوى الزوجية والإقرار بها فقط استناداً إلى أن الأخذ بالرأى

الوارد بالمتن توسع فى نص القانون الصريح وهو قد ورد استثناء من أصل جواز السماع فيجب الاقتصار فيه على موضع النص. (على سبيل المثال - المنيا الشرعية - الدعوى رقم 13 لسنة 1937 بتاريخ 1937/12/25).

أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة 1931 وورد بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون سالف الذكر ما نصه «وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعا في دعاوى النسب» ومفاد ذلك أن دعوى الزواج لا تثبت بعد آخر يوليو سنة 1931 إلا بوثيقة رسمية صادرة من موظف يختص بتوثيق عقود الزواج أو يقر بها المدعى عليه في مجلس القضاء سواء كانت دعوى الزواج مجردة أم ضمن حق آخر باستثناء دعوى النسب ولورود النص عاما موجهها الخطاب فيه للكافة فإن المنع يسرى على الدعاوى التي يقيمها أحد الزوجين على الآخر كما يسرى على الدعاوى التي يقيمها ورثة أيهما على الآخر أو ورثته ويسرى أيضا على الدعاوى التي يقيمها الغير أو النيابة العامة في الأحوال التي تباشر فيها الدعوى كطرف أصيل قبل أيهما أو ورثته. لما كان ذلك وكان ثبوت زواج المطعون ضده بالطاعة الأولى هو الأساس الذي بنى عليه المطعون ضده طلباته سواء الطلب الأصلي بإبطال عقد زواج الطاعنين أو الطلب الاحتياطي بالتفريق بينهما فيعتبر الادعاء بالزوجية مطروحا ضمن حق آخر ومتى كانت هذه الزوجية المدعى بها غير ثابتة بوثيقة رسمية ومنكورة من الطاعة الأولى فإن الدعوى المؤسسة على ثبوتها تكون غير مسموعة ولا يغير من ذلك طلب المطعون ضده في طلبه الاحتياطي - سماع الدعوى بصفته (محتسبا) لأن المحتسب هو من الغير فيشمله عموم الحظر على نحو ما سلف بيانه. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر. وأن الحكم المستأنف القاضى بالتفريق بين الطاعنين استنادا إلى أن الطاعة الأولى سبق لها الزواج بالمطعون ضده بعقد عرفي يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه. ولما كان الموضوع صالحا للفصل فيه ولما تقدم فإنه يتعين القضاء بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم سماع الدعوى»⁽⁶⁾.

(6) وكان يقصد بالإقرار بالزوجية الذي تسمع معه الدعوى - في ظل المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 (الملغي)، هذا الذي يصدر في مجلس القضاء أما الإقرار الذي يحصل خارج مجلس القضاء أو في ورقة عرفية أو أمام جهة رسمية غير مختصة بتوثيق عقد الزواج فلا يؤخذ به.

81- المقصود بالإنكار:

المقصود بالإنكار هو إنكار الزوجية الذى يحصل أمام القضاء. فإذا رفعت الدعوى الناشئة عن الزواج أمام المحكمة ولم يحضر الخصم أمام المحكمة فلا يعد ذلك إنكاراً إذ لا يمكن أن ينسب له قول ما.

وإذا حضر الخصم وسكت، فإن هذا السكوت لا يعتبر إنكاراً لأن القاعدة الفقهية أنه لا ينسب لساكت قول.

وإذا حضر الخصم ودفع سماع الدعوى بعدم تقديم المدعى وثيقة زواج رسمية عد ذلك إنكاراً منه للزوجية.

ولا يلزم أن يكون الإنكار صريحاً، فيجوز أن يكون الإنكار ضمنياً. ويعتبر تقدير الإنكار من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض.

«ذلك أنه فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة 1931 ووفقاً للفقرة الرابعة من المادة 99 من القانون رقم 78 لسنة 1931 لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية تصدر أو يصدر الإقرار بها من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها وطلب استخراج البطاقة العائلية لا يدخل فى هذا النطاق ولا يحمل معنى الرسمية. وإذا كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه والزواج مدعى بحصوله فى سنة 1955 «فلا تسمع الدعوى به إلا إذا كان ثابتاً بوثيقة زواج رسمية من موظف مختص بوثيق عقد الزواج سواء أكانت الدعوى فى حالة حياة الزوجين أم بعد الوفاة» والإقرار المعول عليه فى هذا الشأن «هو الإقرار الذى يحصل فى مجلس القضاء، أما الإقرار الذى يحصل خارج مجلس القضاء أو فى ورقة عرفية أو أمام جهة رسمية غير مختصة بوثيق عقود الزواج فلا يؤخذ به ولا يعول عليه» فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه».

(طعن رقم 25 لسنة 35 «أحوال شخصية» جلسة 1967/5/31)

ويجب أن يتوافر فى الإقرار شروطه الشرعية.

وإذا أقر شخص بالزوجية ثم عدل بعد ذلك عن إقراره فلا اعتبار شرعاً لإنكاره بعد ذلك.

(فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1929/12/17)

وترتيباً على ما تقدم قضت محكمة النقض بأن :

1- «تقدير إنكار الخصم للزوجية المدعاة - فى دعوى الوراثة- من عدمه من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع مما لا يجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض، مادام يقوم على أسباب مقبولة تكفى لحمله».

(الطعان رقما 39 ، 45 لسنة 40ق «أحوال شخصية» - جلسة

(1975/6/11)

2- «وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة 1931 ووفقاً للفقرة الرابعة من المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون 1931/78 لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية تصدر، أو يصدر الإقرار بها من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها، وكان المطعون ضدهما الأول والثانية قد دفعا - أمام محكمة الموضوع - بعدم سماع الدعوى لعدم تقديم الطاعن وثيقة زواج رسمية - بالمطعون ضدها الثانية - وهو منهما إنكار لتلك الزوجية فإن الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بعدم سماع دعوى الزوجية على ما أورده بأسبابه من أن الرسالة المرسلة للطاعن من المطعون ضدها الثانية لا ترقى إلى مرتبة عقد الزواج أو الوعد به ولم يقدم الطاعن مسوغ سماع الدعوى المنصوص عليه فى المادة سالفه الذكر، وهو وثيقة الزواج الرسمية والتى بدونها يكون القاضى منهياً عن سماع الدعوى فى مثل هذه الحالة، هو من الحكم ما يكفى لحمل قضائه، فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أساس».

(طعن رقم 26 لسنة 57ق «أحوال شخصية»

جلسة 1988/5/24 غير منشور)

3- «تقدير إنكار الخصم للزوجية المدعاة من عدمه من مسائل الواقع. استقلال محكمة الموضوع به. مؤداه. عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض».

(طعن رقم 462 لسنة 64ق «أحوال شخصية» جلسة 2000/2/15)

4- «المقرر أن النص في المادة 2/17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 ببعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، على أنه «ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج - فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة 1931 ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية» مفاده أنه يشترط لقبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج ألا يكون هناك إنكار للزوجية، وإلا فيجب أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية، ومن مقتضى ذلك أنه فى حالة عدم وجود هذه الوثيقة يكون قبول هذه الدعاوى مرهوناً بوجود عدم إنكار الزوجية والمقصود بهذا الإنكار هو الذى لم يوجد إقرار سابق ينافيه ولو لم يكن أمام مجلس القضاء مادام كان ثابتاً بالطريق الذى بينه القانون».

(طعن رقم 767 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/4/16)

82- المقصود بوثيقة الزواج الرسمية:

المقصود بوثيقة الزواج الرسمية، وثيقة عقد الزواج التى يحررها الموظف المختص بإبرام عقود الزواج. ونعرض فيما يلى لتحديد الموظف المختص بذلك بالنسبة لعقود الزواج التى تبرم داخل البلاد.

1- إذا كان الزوجان مسلمين ينتميان إلى جنسية جمهورية مصر العربية، كان الموظف المختص بتوثيق عقد الزواج هو المأذون، فقد نصت المادة 18 من لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل بتاريخ 4 يناير سنة 1955 (المعدل) على أن: «يختص المأذون دون غيره بتوثيق عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمسلمين من المصريين. ومع ذلك فللعلماء المقيدة أسماؤهم فى أحد المعاهد الدينية أن يتولوا تلقين صيغة العقد بحضور المأذون الذى يتولى توثيق العقد بعد تحصيل رسمه. وعلى المأذون فى هذه الحالة أن ينبه من يلقي صيغة العقد إلى ما قد يوجد من الموانع فإن لم يقبل امتنع المأذون عن توثيق العقد وأخطر المحكمة فوراً بذلك».

(أنظر أيضاً المادة الثالثة من قانون التوثيق رقم 68 لسنة 1947 المعدلة

بالقانون رقم 629 لسنة 1955 والواردة فى رقم 3)

ويقوم مقام الوثيقة الرسمية التي يحررها المأذون الصلح الذي يوثقه القاضي إذا أقر الزوجان بالزوجية أمامه وتصالحا وطلبا إثبات الصلح بمحضر الجلسة عملا بالمادة 103 مرافعات التي تجرى على أن⁽⁷⁾: «للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أية حال تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة ويوقع منهم أو من وكلائهم، فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ألحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه. ويكون لمحضر الجلسة في الحالتين قوة السند التنفيذي. وتعطى صورته وفقا للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام».

2- «إذا كان الزوجان غير مسلمين متحدى الطائفة والملة ينتميان إلى جنسية جمهورية مصر العربية، كان الموظف المختص بتوثيق العقد موثقاً منتدبا يعين بقرار من وزير العدل. (أنظر المادة الثالثة من قانون التوثيق رقم 68 لسنة 1947 المعدلة بالقانون رقم 629 لسنة 1955 الواردة في رقم 3».

وقد صدرت في هذا الشأن لائحة الموثقين المنتدبين الصادرة بقرار وزير العدل بتاريخ 1955/12/26 (المعدل) وقد نصت المادة (15) منها على أنه: «لا يجوز للموثق المنتدب أن يوثق غير عقود الزواج والرجعة والطلاق والتصادق على ذلك الخاصة بالأشخاص المصريين المتحدى الطائفة والملة التابعين للجهة الدينية التي يقوم بالتوثيق لها».

3- إذا كان أحد الزوجين غير مسلم ينتمى إلى جنسية جمهورية مصر العربية أو كان أجنبيا، أو كان الزوجان أجنبيين كان مكتب التوثيق هو المختص بتوثيق العقد.

ويعتبر أجنبيا كل من لا ينتمى إلى جنسية جمهورية مصر العربية، ولو كان ينتمى إلى جنسية إحدى الدول العربية، وكذا عديم الجنسية⁽⁸⁾.

(7) الأستاذ حامد الشريف - الزواج العرفي - الطبعة الأولى - ص33.

(8) وكانت المادة 27 من لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزارة الحقانية (العدل الآن) في 1915/2/7 (الملغاة) تجعل الاختصاص بتوثيق عقود الزواج التي يكون أحد طرفيها تابعا لدولة أجنبية أو كان غير مسلم من اختصاص القضاة. فقد جرت على أنه: «ليس للمأذون أن يباشر زواج من لا ولى له من الأيتام، ولا العقود التي يكون احد طرفيها تابعا لدولة أجنبية، أو كان غير مسلم وإنما ذلك كله من اختصاص القضاة».

وهذا الاختصاص مستفاد من نص المادة الثالثة من القانون رقم 68 لسنة 1947 بشأن التوثيق المعدلة بالقانون رقم 629 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية فقد جرت على أن:

«تتولى المكاتب «مكاتب التوثيق» توثيق جميع المحررات وذلك فيما عدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك الخاصة بالمصريين المسلمين وغير المسلمين المتحدى الطائفة والملة، ويتولى توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل ويضع الوزير لائحة تبين شروط التعيين فى وظائف الموثقين المنتدبين واختصاصاتهم وجميع ما يتعلق بهم.

ويستحق على عقود الزواج المذكورة رسم طبقا للقانون رقم 91 لسنة 1944 المشار إليه».

وكذلك من نص المادة 19 من لائحة المأذونين التى تجرى على أنه: «لا يجوز للمأذون أن يوثق عقد الزواج إذا كان أحد الطرفين فيه غير مسلم أو أجنبى الجنسية».

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«وثيقة الزواج الرسمية هى التى تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها. فقد نصت المادة 18 من لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل بتاريخ 4 من يناير سنة 1955 على أن: «يختص المأذون دون غيره بتوثيق عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمسلمين من المصريين. كما نصت المادة 96 من القانون رقم 45 لسنة 1982 بإصدار قانون نظام المسلك الدبلوماسى والقنصرلى على أن «يباشر أعضاء بعثات التمثيل القنصرلى - فيما يباشرون - الاختصاصات الآتية وذلك طبقا للاتفاقات والمعاهدات والقرارات على ألا تتعارض مع قوانين البلاد التى يؤدون فيها أعمالهم ويشترط اتباع أحكام القوانين واللوائح المصرية والتعليمات المنظمة لمباشرة هذه الاختصاصات.. إبرام عقود الزواج والتصادق عليه متى

كان أحد الزوجين أو كلاهما مصرى الجنسية وذلك طبقا للتعليمات المنظمة لذلك. وفى هذه الحالة يكون لأعضاء بعثات التمثيل القنصلية نفس السلطات والاختصاصات المخولة للموثقين والمأذونين الشرعيين فى مصر....».

(طعن رقم 523 لسنة 67ق «أحوال شخصية» جلسة 2002/7/6)

83- بعض المشكلات العملية التى تعرض بمناسبة توثيق عقد الزواج:

(أ) عدم توقيع ذوى الشأن على وثيقة الزواج لا يبطل الوثيقة:

إنه وإن كانت المادة 25 من لائحة المأذونين تنص على أنه يجب أن يوقع أصحاب الشأن والشهود على أصل وصور الوثائق بإمضاءاتهم، فإن كان أحدهم يجهل الكتابة والقراءة وجب أن يوقع بخاتمه وبصمة إبهامه... الخ - إلا أن اللائحة لم ترتب على عدم توقيع أصحاب الشأن على وثيقة الزواج بطلان الوثيقة. ومن ثم لا تبطل الوثيقة لخلوها من توقيع أصحاب الشأن.

وفى هذا قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن:

«لا تعد وثيقة الزواج أو الطلاق التى يحررها المأذون عملا بلائحة المأذونين الصادرة فى 7 فبراير سنة 1915 باطلة لخلوها من إمضاء أو ختم أصحاب الشأن إذ لم ينص على أن عدم التوقيع موجب للبطلان ولذلك فإن التزوير الواقع فى إشهاد طلاق يعاقب من أجله بعقوبة التزوير فى أوراق الأميرية ولو خلا الإشهاد من إمضاء أو ختم ذوى الشأن فيه».

(محكمة النقض والإبرام - حكم صادر بتاريخ 25 يوليو سنة 1916)⁽⁹⁾

(ب) تغيير الحقيقة فى إثبات خلو أحد الزوجين من الموانع الشرعية للزواج

بالوثيقة مع العلم بذلك يعد تزويرا فى محرر رسمي:

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن:

«عقد الزواج هو وثيقة رسمية يختص بتحريرها موظف مختص هو المأذون الشرعى وهذه الورقة أسبغ عليها القانون الصفة الرسمية لأنه بمقتضاها

(9) منشور بمؤلف التعليق على قانون العقوبات - القسم الخاص - الكتاب الثانى - طبعة

أولى سنة 1988 - للمستشار مصطفى مجدى هرجه - ص 197.

تقوم الزوجية قانونا بين المتعاقدين وتكون للآثار المترتبة عليه - متى تمت صحيحة - قيمتها إذا ما جد النزاع بشأنها، ومناطق العقاب على التزوير فى وثيقة الزواج هو أن يقع تغيير الحقيقة فى إثبات خلو أحد الزوجين من الموانع الشرعية مع العلم بذلك، فكل عبث يرمى إلى إثبات غير الحقيقة فى هذا الصدد يعتبر تزويرا لما كان ذلك، وكان الجمع بين المرأة وخالتها هو من الموانع الشرعية وذلك ثابت بالكتاب والسنة والإجماع كما سلف فإن الحكم إذ دان الطاعن بارتكابه جريمة الاشتراك فى تزوير وثيقة الزواج على أساس أنه حضر أمام المأذون وقرر أن زوجته خالية من الموانع الشرعية على خلاف الحقيقة مع علمه بذلك فإنه يكون صحيحا ويكون ما يثيره الطاعن من أن هذه الواقعة لا يعاقب عليها القانون فى غير محله. لما كان ما تقدم، فإن الطعن يكون على غير أساس متعينا رفضه موضوعا».

(طعن رقم 1028 لسنة 38 ق جلسة 1968/6/17)

وهناك من موانع الزواج فى المرأة ما يتعلق بذاتها كالحمل، فإذا أقر الزوج بالوثيقة بخلو الزوجة من الموانع الشرعية ثم تبين أنها حامل فإنه يجب لإدانتها فى تهمة الاشتراك فى التزوير أن يكون عالما بحملها.

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

«إذا أدانت المحكمة شخصا فى تزوير ما دون بوثيقة زواج خاصا بخلو الزوجة من الحمل وغيره من الموانع الشرعية فلا بد لها من أن تبين فى حكمها بيانا صريحا وجه اقتناعها بتوفير القصد الجنائى فى فعلته هذه ذلك بأن الحمل أمر متعلق بذات الزوجة ومن الجائز أن يجهله الزوج وقت تحرير الوثيقة فعدم اشتغال الحكم على الدليل المثبت لتوفر هذا العلم لدى الزوج عيب جوهري يوجب نقض الحكم».

(طعن رقم 138 لسنة 4 ق جلسة 1934/6/4)

(ج) إثبات أن الزوجة بكر على خلاف الحقيقة بوثيقة الزواج لا يعد تزويرا :

يشترط لقيام جريمة التزوير أن يتم تغيير الحقيقة فى بيان مما أعد المحرر لإثباته، ووثيقة الزواج لم تعد لإثبات هذه الصفة، فمناطق التزوير المعاقب عليه

بالوثيقة أن يقع تغيير الحقيقة في إثبات خلو أحد الزوجين من الموانع الشرعية مع العلم بذلك، كما أنه من المقرر شرعا - على نحو ما سلف بيانه - أن اشتراط بكاراة الزوجة لا يؤثر في صحة عقد الزواج بل يبقى العقد صحيحا ويبطل هذا الشرط.

وفي هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن:

1- «من المقرر أن التزوير في المحررات لا تكتمل أركانه إلا إذا كان تغيير الحقيقة قد وقع في بيان مما أعد المحرر لإثباته، وأن مناط العقاب على التزوير في وثيقة الزواج، هو أن يقع تغيير الحقيقة في إثبات خلو أحد الزوجين من الموانع الشرعية مع العلم بذلك. ولما كان القول بأن الزوجة بكر لم يسبق لها الزواج كما جاء بوثيقة الزواج يستوى في النتيجة مع القول بأنها مطلقة طلاقا يحل به العقد الجديد ما دام الأمران يلتقيان مع الواقع في الدلالة على خلو الزوجة من الموانع الشرعية عند العقد، وكان الثابت أن عقد الزواج قد انعقد في وقت كان قد صدر فيه حكم بطلاق الزوجة وأصبح نهائيا بعدم الطعن فيه، مما يجعل البيان مطابقا للواقع في نتيجته ويجعل بالتالي انعقاد العقد صحيحا، ولا يغير من الأمر أن يكون الطاعن قد لجأ بعد ذلك إلى المعارضة في حكم الطلاق لأن العبرة إنما تكون بوقت توثيق العقد».

(طعن رقم 2198 لسنة 32 ق جلسة 1963/4/9)

2- «لما كان ما أسنده المتهم إلى الطاعنين من أنهم أثبتوا في عقد زواجه بالطاعة الأولى على غير الحقيقة أنها بكر لا ينطوى على جريمة تزوير، إذ لم يعد عقد الزواج لإثبات هذه الصفة. كما أنه من المقرر شرعا أن اشتراط بكاراة الزوجة لا يؤثر في صحة عقد الزواج بل يبقى العقد صحيحا ويبطل هذا الشرط. ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا انتهى إلى أن ما أسنده المتهم إلى الطاعنين لا يستوجب معاقبتهم جنائيا أو تأديبيا لا يكون معيبا في هذا الخصوص».

(طعن رقم 2060 لسنة 33 ق جلسة 1964/3/9)

«راجع أيضا بند 37 والأحكام المنشورة به».

(د) الجهل بالموانع الشرعية ينفى القصد الجنائي فى جريمة التزوير بوثيقة الزواج:

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن:

«متى كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن المتهمين حين مباشرة عقد الزواج - وهو مشروع فى ذاته - قررا بسلامة نية أمام المأذون وهو يثبت لهما - عدم وجود مانع من مواعنه، كانا فى الواقع يجهلان وجوده وكانت المحكمة - بناء على وقائع الدعوى وأدلتها المعروضة عليها - قد اطمأنت إلى هذا الدفاع وعدتهما معذورين يجهلان وجود ذلك المانع وأن جهلهما فى هذه الحالة لم يكن لعدم علمهما بحكم من أحكام قانون العقوبات وإنما هو جهل بقاعدة مقررة فى قانون آخر هو قانون الأحوال الشخصية. وهو جهل مركب من جهل بهذه القاعدة القانونية وبالواقع فى وقت واحد مما يجب قانونا - فى المسائل الجنائية - اعتباره فى جملته جهلا بالواقع وكان الحكم قد اعتبر الظروف والملابسات التى أحاطت بهذه دليلا قاطعا على صحة ما اعتقده من أنهما كانا يباشران عملا مشروعا - للأسباب المعقولة التى تبرر لديهما هذا الاعتقاد - مما ينتفى معه القصد الجنائي الواجب توافره فى جريمة التزوير فإن الحكم إذ قضى ببراءة المتهمين يكون قد طبق القانون تطبيقا سليما».

(طعن رقم 746 لسنة 29 ق جلسة 1959/11/3)

إلا أنه لا يقبل الاعتذار بالجهل بمعرفة الموانع الشرعية إلا إذا أثبت المقر أنه قام بإجراء التحريات الكافية للوقوف على هذه الموانع.

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن:

«... ولكن مثل هذا الجهل لا يقبل الاعتذار به إلا إذا أقام المتهم الدليل القاطع على أنه تحرى كافيا، وأنه إذا اعتقد بأنه إنما كان يباشر عملا مشروعا كان لاعتقاده هذا أسباب مقبولة. فإن هذا هو المعول عليه فى القوانين الجنائية التى أخذ عنها الشارع أسس المسؤولية الجنائية. وهو المستفاد من مجموع نصوص القانون، إذ أنه مع تقريره قاعدة عدم قبول الاعتذار بعدم العلم بالقانون قال مثلا فى المادة 63 عقوبات:

«لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري إذا ارتكب الفعل تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه، أو إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أنه إجراء من اختصاصه. وأنه على كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري، وأنه كان يعتقد مشروعيته، وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة» كما قال في المادة 60 أن أحكام قانون العقوبات لا تسرى على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة أى القانون».

(طعن رقم 1068 لسنة 13 ق جلسة 1943/5/10)

84- قيد عدم قبول الدعوى يتعلق بالنظام العام؛

واضح مما سلف، أنه قصد من إيراد القيد المنصوص عليه بالفقرة الثانية من المادة 17 سالفه الذكر، حفظ حقوق الزوجين، وحماية مصالحهما الناشئة عن الزواج، بصيانة عقد الزواج الذى هو أساس رابطة الأسرة عن العبث والضياع بالجحود والإنكار إذا ما عقد الزواج بدون وثيقة رسمية وأنكره أحدهما، وعجز الآخر عن الإثبات، ومنع ذوى الأغراض السيئة من رفع دعاوى الزوجية أمام المحاكم زورا وبهتانا وهو ما يمس السمعة والاعتبار، وإذ كانت الأسرة هى الخلية الأولى فى المجتمع، فإن هذا القيد يكون قد قصد به مصلحة عامة، ويعد بالتالى متعلقا بالنظام العام، ويتعين على المحكمة التصدى له من تلقاء نفسها ولو لم يدفع به من الخصم.



ثانياً : عدم قبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج
إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية (ثمانى عشرة سنة الآن)
أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة ميلادية
وقت رفع الدعوى

85- النص القانوني :

القانون الجديد :

الفقرة الأولى من المادة 17 من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية:

«لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية، أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى».

القانون الملغى :

الفقرة الخامسة من المادة 99 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها:

«ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة هجرية أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة هجرية إلا بأمر منا».

86- الحكمة من القيد :

الحكمة من هذا دفع الأضرار الاجتماعية والصحية المترتبة على تزويج صغار السن، إذ قلما يحسن صغار السن القيام بما يتطلبه تكوين الأسرة، والمعيشة الزوجية، وتربية الأولاد، حيث لا يوجد لديهم فى الأعم الأغلب من الحالات الاستعداد الكافى للقيام بالحقوق والواجبات الزوجية، وتحمل أعبائها على الوجه المطلوب شرعاً، كما تنقصهم القدرة على العناية بالنسل، والقيام بتربية الأولاد، ورعايتهم على الوجه الأكمل⁽¹⁾. وقد رأى المشرع أن السن المحدد بالنص

(1) عمر عبد الله - ص 111.

بالنص يغلب عندها استعداد كل من الزوجين للحياة الزوجية وقدرتهما على تحمل أعبائها.

وقد استأنس المشرع في تحديد سن الزواج بما ذهب إليه ابن شبرمة⁽¹⁾ وأبو بكر الأصم⁽²⁾، من أنه لا ولاية في الزواج على الصغير والصغيرة، لعدم حاجتهما إليه، لأن الحاجة إلى الزوجة لا تكون إلا بعد البلوغ، وفي تزويجهما قبله إضرار بهما، إذ يبلغ الواحد منهما فيجد نفسه مربوطاً بعقد دائم لم يكن له رأى في إنشائه، وبما ذهب إليه ابن حزم من أنه لا ولاية في الزواج على الصغير (الذكر) للسبب المتقدم.

وكان المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 (الملغي) ينص على ألا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة هجرية أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة هجرية.

وكان القانون رقم 56 لسنة 1923 (الملغي) ينص على عدم سماع الدعوى إذا كان الزوجان أو أحدهما لم يبلغ السن المتقدمة وقت العقد، لا عند رفع الدعوى. وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 ما يأتى:

«كانت دعوى الزوجية لا تسمع إذا كان سن الزوجين، أو سن أحدهما وقت العقد أقل من 16 سنة للزوجة و18 سنة للزوج سواء أكانت سنهما كذلك وقت الدعوى، أم جاوزت هذا الحد، فرئى تيسيراً على الناس وصيانة للحقوق، واحتراماً لآثار الزوجية أن يقتصر المنع على حالة واحدة وهي: ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة».

87- مضمون القيد:

مضمون هذا القيد ألا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة ميلادية.

(1) ابن شبرمة - كان قاضياً بالكوفة في عهد الخليفة المنصور.

(2) أبو بكر الأصم كان من كبار شيوخ المعتزلة البصريين في صدر الدولة العباسية.

والعبرة بعدم بلوغ أحد الزوجين السن المذكورة وقت رفع الدعوى، وليس فى تاريخ عقد الزواج.

وكان النص - كما ورد بمشروع القانون المقدم من الحكومة - لا يتضمن عبارة (وقت رفع الدعوى) فأضافتها إليه اللجنة المشتركة بمجلس الشعب بناء على التعديل الذى أجراه مجلس الشورى.

وهذه العبارة لم ترد بنص الفقرة الخامسة من المادة 99 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة (1931) الملغى، ورغم هذا كان من المسلم به فى ظل ذلك النص أن العبرة فى الحكم بعدم سماع الدعوى بعدم بلوغ السن المنصوص عليها بها وقت رفع الدعوى.

وتعتبر الدعوى مرفوعة بإيداع صحتها قلم الكتاب عملاً بنص المادة 1/63 مرافعات التى تجرى على أن: «ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك». أما إعلان صحيفة الدعوى فهو شرط لانعقاد الخصومة ما لم يحضر المدعى عليه. وكانت السن تحسب فى ظل القانون الملغى طبقاً للتقويم الهجري، وقد نصت الفقرة الخامسة من المادة 99 على ذلك صراحة⁽¹⁾.

أما النص الحالى فقد نص على احتساب السن طبقاً للتقويم الميلادى والمعروف أن التقويم الهجرى يسبق التقويم الميلادى.

والقيد قاصر على الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج، فلا يمتد إلى الدعاوى الناشئة عن النزاع فى ذات الزوجية أى فى وجود الزوجية، فيجوز إذن لأى من الزوجين رفع الدعوى بإثبات الزوجية عند وجود نزاع فيها دون الاحتجاج عليها بهذا القيد.

والمقصود بالدعاوى الناشئة عن عقد الزواج، الدعاوى التى تكون الزوجية سبباً مباشراً لها كدعوى الطاعة أو النفقة أو الصداق أو الميراث.

(1) وكانت هذه الفقرة تستثنى من القيد صدور أمر خاص بغير ذلك أى سماع الدعوى ولو قل سن الزوجين أو أحدهما عن السن المحددة. والمقصود بالأمر الخاص - وقت صدور اللائحة - الأمر الملكى، والذى حل محل الأمر الذى يصدر من رئيس الجمهورية.

فلا يسرى القيد على الدعاوى التى تكون الزوجية سببا غير مباشر لها، ومثل ذلك دعوى النسب⁽¹⁾.

(راجع فى التفصيل بند 9 والنقد الوارد بهامش البند المذكور)

وكان القيد المنصوص عليه فى المادة 5/99 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 (الملغى) يشمل ما إذا كان النزاع فى ذات الزوجية أو فيما يترتب عليها من أحكام أو بتعبير آخر الحقوق التى تكون الزوجية سببا مباشرا لها مثل النفقة والطاعة والصداق والميراث، ولذلك أصدرت وزارة الحقانية (العدل الآن) المنشور رقم 29 فى 19 أكتوبر سنة 1931 قالت فيه: «تبين للوزارة أن بعض المحاكم الشرعية لا تحكم بعدم سماع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة بالتطبيق للفقرة الخامسة من المادة 99 من لائحة سنة 1931 المعدلة للمادة الأولى من القانون نمرة 56 سنة 1923 إلا إذا كان هناك نزاع بخصوص الزوجية فأما إذا كان فى أثر من آثارها فقط كالنفقة أو الطاعة فإنها تسمع الدعوى وسير فيها وبما أن الغرض من تحقيق سن الزواج لا يتحقق إلا بالمنع من سماع الدعوى مطلقا سواء أكان النزاع فى ذات الزوجية أم يما يترتب عليها من الآثار وقد تأيد ذلك بما أشير إليه فى المذكرة الإيضاحية للائحة سنة 1931 حيث بنى التعديل على ضرورة احترام آثار الزوجية فيما إذا كانت سن الزوجين معا وقت رفع الدعوى أزيد من السن المحددة وأبقيت الفقرة فى هذه الحالة على إطلاقها تحقيقا للغرض الذى من أجله شرع المنع من سماع الدعوى.

فتحقيقا لغرض الشارع تلفت الوزارة نظر المحاكم الشرعية إلى تطبيق هذه الفقرة على إطلاقها فيما إذا كانت سن الزوجين أو أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة».

وقد جاء بفتوى دارالإفتاء المصرية أنه :

«إن احتساب سن الزواج بالنسبة للزوجة بست عشرة سنة وبالنسبة للزوج بثمانى عشرة سنة قد تضمنه القانون وجاء مطلقا عن التقييد بالسنين الهجرية

(1) الدكتور محمد على محبوب ص323.

أو السنين الميلادية. والمبدأ المتفق عليه أن السنين متى أطلقت فى القوانين الشرعية يراد بها السنين الهجرية إلا إذا نص صراحة على اعتبار السنين الميلادية وعلى ذلك يكون المراد بالسنين فى تحديد سن الزوجين السنين الهجرية لا السنين الميلادية وتكون الفتاة المولودة فى 18/12/1948 قد تجاوزت السن المقررة قانوناً للزواج وهو ست عشرة سنة هجرية ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال».

ويسرى القيد على الدعاوى التى يقيمها أحد الزوجين على الآخر، وعلى الدعاوى التى يقيمها ورثة أيهما على الآخر أو ورثته. وكذلك على الدعاوى التى يقيمها الغير أو النيابة العامة فى الأحوال التى تباشر فيها الدعوى كطرف أصيل قبل أيهما أو ورثته.

(راجع فى التفصيل بند 79).

وهذا النهى غير مقيد بحالة إنكار المدعى عليه بل هو مطلق فلا يجوز سماع الدعوى سواء كان المدعى عليه منكراً للزوجية أو معترفاً بها لأن النهى عن سماع الدعوى فى هذه الحالة ليس الدافع إليه الرغبة فى محاربة التزوير والدعاوى الباطلة حتى يقيد بالإقرار كما هو الحال فى النهى المنصوص عليه فى الفقرة الرابعة من المادة 99، وإنما الدافع إليه هو أن ولى الأمر يرى أن عقد الزواج قبل بلوغ كل من الزوجين السن المحددة ينتج عنه مضار اجتماعية.

ولما كانت المادة 31 مكرراً من القانون رقم 143 لسنة 1994 فى شأن الأحوال المدنية المضافة بالقانون رقم 126 لسنة 2008 كما سنرى فى بند (89)، نصت فى فقرتها الأولى على أنه لا يجوز توثيق عقد زواج لمن لم يبلغ من الجنسين ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة»، وذلك أصبح لا يجوز توثيق عقد زواج للأنثى التى لم تبلغ الثمانية عشرة سنة ميلادية. فإن الاتساق فى التشريع كان يقتضى تعديل الفقرة الأولى من المادة 17 من القانون رقم (1) سنة 2000 ليكون عدم قبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كان سن أحد الزوجين - وليس سن الزوج فقط - يقل عن ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة.

88- قيد عدم سماع الدعوى يتعلق بالنظام العام :

القيد المنصوص عليه بالفقرة الأولى من المادة 17 من القانون (1) لسنة 2000 والذي يقضى بعدم قبول الدعوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة هجرية (الآن ثمانى عشرة سنة) أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة هجرية، قصد به - على نحو ما سلف بيانه - تخليص الأسرة من الأضرار الناجمة عن تزويج الصغار لإقامتها على أساس سليم إذ بلوغ السن المحددة يستطيع كل من الزوجين اختيار قرينة على أساس صحيح، ثم يكون قادرا على أداء واجبات الزوجية وتربية الأولاد القويمة ولا شك أن الأسرة هي أساس المجتمع فإن صلحت صلح المجتمع كله، وعلى ذلك يكون قيد عدم سماع الدعوى لعدم بلوغ أحد الزوجين السن المحددة مما يتعلق بالنظام العام ويجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى، كما يجب على المحكمة القضاء به من تلقاء نفسها ولو لم يدفع به أمامها.

وهذا القيد قاصر على عدم قبول الدعوى، أما الزوجية ذاتها فطالما استوفى الزواج ركنه وشروط انعقاده وصحته ونفاذه ولزومه فهو زواج قائم ومعتبر شرعا منتجا لكافة آثاره.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1980/10/27 فى الطلب رقم 290 لسنة 1980 بأن :

«..... والزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له، لإنشاء أسرة مرتبطة بحياة مشتركة متعاونة طلبا للنسل، ويتم بين البالغين بإيجاب وقبول مع توافر باقى الشروط التى تطلب الإسلام تحققها فى العاقدین، وفى صيغة العقد ومحلّه وصحته ونفاذه ولزومه. وليس من بين تلك الشروط التى أوجب الفقهاء توافرها استنباطا من المصادر الأصلية للشريعة الإسلامية، بلوغ الزوجين سنا معينة، ولا توثيق العقد فى ورقة رسمية، ولكن التنظيم القانونى المنوط بالسلطة التشريعية فى الدولة قد منع الموثق من مباشرة عقد الزواج والمصادقة عليه ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة، وسن الزوج ثمانى عشرة سنة وقت العقد:

«المادة 2/23 المضافة إلى لائحة المأذونين بالقرار الوزاري الصادر في 24 مايو سنة 1956».

وقد زيدت المادة 2/33 المشار إليها في لائحة المأذونين، بديلا للمادة 367 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 التي ألغيت ضمن المواد الملغاة من هذه اللائحة بالقانون رقم 629 لسنة 1955.

وكانت المذكرة الإيضاحية للمادة (367) الملغاة قد أفصحت عن أسباب تسريعها فقالت: إن عقد الزواج من الأهمية في الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقائها والعناية بالنسل أو إهماله، وقد تطورت الحالة بحيث أصبحت المعيشة المنزلية تتطلب استعدادا كبيرا لحسن القيام بها، ولا تتأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالبا قبل بلوغ هذه السن، غير أنه لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبي وما يلزم لتأهيل البنت للمعيشة الزوجية يتدارك في زمن أقل مما يلزم للصبي كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى 18 سنة وللفتاة 16 سنة.

وأضافت المذكرة الإيضاحية: أن هذا التحديد إنما تقرر بناء على أنه من القواعد الشرعية أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص، وأن لولى الأمر أن يمنع قضائه عن سماع بعض الدعاوى وأن يقيد السماع بما يراه من القيود تبعا لأحوال الزمان وحاجة الناس وصيانة الحقوق من العبث والضياع ولهذا المبررات جرت أيضا عبارة المادة 5/99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية سالفة الإشارة بأنه:

«ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة، أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة».

وذلك حملا للناس على التقيد بهذه السن حدا أدنى للزواج وعدم الإقدام على إتمام عقود الزواج قبل بلوغها.

لما كان ذلك: وكان البين أن النص الأول في لائحة المأذونين موجه أصلا إلى جهات التوثيق، وأن النص الآخر في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م5/99)

موجه للقضاء لمنع من سماع دعوى الزوجية وأنهما بهذا الاعتبار لا يمسان العقد إذا تم مستوفيا أركانه وشرائطه الشرعية لأن كلا منهما ليس نصا موضوعيا واردا في بيان ماهية عقد الزواج وكيفية انعقاده صحيحا، فلا يسوغ الإدعاء بأن مسألة السن أصبحت بمقتضى كل منهما ركنا أساسيا في عقد الزواج كما قد يتوهم، وإنما هو نهى موجه فقط إلى الموظف الذى يباشر تحرير وثائق عقد الزواج بحكم وظيفته بالألا يقوم بهذه المهمة إلا لمن يكونوا قد بلغوا تلك السن من الذكور والإناث، وموجه أيضا فقط بالألا يسمع الدعوى بالزوجية أو بأحد آثارها عدا النسب إذا كان الزوجان أو أحدهما دون تلك السن وقت رفع الدعوى.

وإذا كان مقتضى ما تقدم أن انعقاد الزواج شرعا، متى جرى بشروطه المفصلة في موضوعها من كتب الفقه الإسلامى والتي سبق التتويه بمجملها لا يتوقف على بلوغ الزوجين أو أحدهما سنا معينة، وأن تحديد سن الزوجة بست عشرة سنة، وسن الزوج بثمانى عشرة سنة، جاء فى لائحة المأذونين فى ذاته وبمبرراته، أمرا تنظيميا وليس حكما موضوعيا من أحكام عقد الزواج ولا من شروط انعقاده وصحته، وأن كل ما يمس موضوع العقد محكوم بأرجح الأقوال فى فقه مذهب الإمام أبى حنيفة إعمالا للمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

89- وضع حد أدنى لسن الزواج:

نصت المادة 33 (أ) فقرة ثانية من لائحة المأذونين على أنه: «ولا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على زواج مسند إلى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم يكن سن الزوجة ست عشرة سنة وسن الزوج ثمانى عشرة سنة وقت العقد».

وهذا النهى وارد على توثيق العقد فقط، أما الزواج ذاته إذا تم مستوفيا لشروطه الشرعية فهو زواج قائم ومعترف به شرعا.

وقد نصت المادة 34 من لائحة المأذونين على أن يعتمد المأذون فى معرفة بلوغ أحد الزوجين السن القانونية على شهادة الميلاد أو أى مستند رسمى آخر يثبت فيه تاريخ الميلاد على وجه اليقين أو شهادة طبية يقدر فيها السن ويبين فيها تاريخ الميلاد الاعتباري. وذلك إلا إذا كان طالب الزواج بحال تؤكد بلوغه السن القانونية.

ويشترط في الشهادة الطبية أن تكون صادرة من تفتيش الصحة أو المجموعة الصحية أو المركز الاجتماعي وأن تلتصق بها صورة شمسية لطالب الزواج يوقع عليها وعلى الشهادة بخاتم الجهة الرسمية التي صدرت عنها وبإمضاء الطبيب الذي أجرى تقدير السن ويصم على الشهادة بإبهام اليد اليمنى للطالب.

أما بالنسبة إلى أهالي النوبة ومحافظات الوادي الجديد والبحر الأحمر ومرسى مطروح وسيناء فيكتفى بتقديم شهادة ببلوغ السن القانونية من اثنين من الأقارب مصدقا عليها من العمدة أو نائبه.

ولما صدر القانون رقم 126 لسنة 2008 بتعديل بعض أحكام قانون الطفل الصادر بالقانون رقم 12 لسنة 1996 وقانون العقوبات الصادر بالقانون رقم 58 لسنة 1937 والقانون رقم 143 لسنة 1994 في شأن الأحوال المدنية. في 15 يونية سنة 2008 والمعمول به من اليوم التالي لتاريخ نشره (م6). جعل سن توثيق عقد الزواج للجنسين لمن بلغ ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة. إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (31 مكررا) من القانون رقم 143 لسنة 1994 في شأن الأحوال المدنية المضافة بالمادة الخامسة من القانون المذكور على أن: «لا يجوز توثيق عقد زواج لمن لم يبلغ من الجنسين ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة».

كما نصت المادة 33 (أ) فقرة أخيرة من لائحة المأذنين المستبدلة بقرار وزير العدل رقم 6927 لسنة 2008 على أنه: «لا يجوز مباشرة عقد الزواج أو المصادقة على زواج مالم يكن سن الزوجين ثمانى عشرة سنة وقت العقد».

ونصت الفقرة الثانية من المادة (31 مكررا) من القانون رقم 143 لسنة 1994 المشار إليه على أن: «ويشترط للتوثيق أن يتم الفحص الطبى للراغبين فى الزواج للتحقق من خلوهما من الأمراض التى تؤثر على حياة أو صحة كل منهما أو صحة نسلهما، وإعلامهما بنتيجة هذا الفحص، ويصدر بتحديد تلك الأمراض وإجراءات الفحص وأنواعه والجهات المرخص لها به قرار من وزير الصحة بالاتفاق مع وزير العدل⁽¹⁾».

قرار وزير الصحة والسكان

رقم 338 لسنة 2008 المعدل بالقرارين رقمي 475 لسنة 2010 ، 120 لسنة 2011

وزير الصحة والسكان:

بعد الاطلاع على القانون رقم 415 لسنة 1954 بشأن مزاوله مهنة الطب:
وعلى القانون رقم 126 لسنة 2008 بتعديل بعض أحكام قانون الطفل الصادر بالقانون
رقم 12 لسنة 1996 وقانون العقوبات الصادر بالقانون رقم 58 لسنة 1937 والقانون
رقم 143 لسنة 1994 فى شأن الأحوال المدنية:
وعلى قرار رئيس الجمهورية رقم 96 لسنة 1978 بإنشاء صندوق لتحسين الخدمة؛
وعلى قرار رئيس الجمهورية رقم 242 لسنة 1996 بتنظيم وزارة الصحة والسكان،
وعلى القرار الوزاري رقم 239 لسنة 1997 بإصدار اللائحة الأساسية للمستشفيات
والوحدات التابعة لوحدات الإدارية المحلية؛
وبعد الاتفاق مع وزير العدل؛

قرر

- مادة (1):** يتم إجراء الفحص الطبى للراغبين فى الزواج على كافة أجزاء الجسم شاملا
تقييم الحالة العقلية لكل منهما، وذلك للتحقق من خلوهما من الأمراض التى تؤثر على
حياتهما أو صحتهما أو صحة نسلهما.
- مادة (2):** يتم الفحص المشار إليه فى المادة السابقة بأى من الجهات الآتية:
- 1- المستشفيات العامة والمركزية.
 - 2- مستشفيات التأمين الصحي.
 - 3- الوحدات الصحية التى تطبق نظام طب الأسرة.
- مادة (3):** (مستبدلة بالقرار 475 لسنة 2010، والقرار رقم 120 لسنة 2011).
تحرر الجهة الفاحصة شهادة بنتيجة الفحص، ولا تسلم تلك الشهادة إلا لصاحب الشأن أو
وكيله، ويتم تحصيل مبلغ 40 جنيها (أربعون جنيها) نظير تكاليف استخراج هذه الشهادة
تورد لصالح صندوق تحسين الخدمة بالمنشأة التى تقوم بالفحص، ويزاد هذا المبلغ بنسبة
(10% سنويا).
- مادة (4):** وبحق للطبيب الذى يجرى الفحص ان يقرر عمل فحوصات إضافية إذا تطلبت
الحالة ذلك للوصول إلى تشخيص محدد، على أن يتحمل طالب الفحص كافة التكاليف
الخاصة بالبحوث الإضافية، وأن تتم هذه الفحوصات طبقا للسياسات والنظم فى إطار
القواعد المعمول بها فى هذا الشأن.

ونصت الفقرة الثالثة من المادة على أن يعاقب تأديبيا كل من وثق زواجا بالمخالفة لأحكام هذه المادة.

وواضح من ذلك أنه لا يترتب على توثيق عقد الزواج دون تحقق الفحص المشار إليه ثمة جزاء سوى معاقبة من وثق الزواج تأديبيا ولا يترتب على هذه المخالفة بطلان توثيق الزواج.

وتنص المادة 227 من قانون العقوبات على أن:

يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على ثلاثمائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانونا لضبط عقد الزواج أقوالا يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقا كذلك متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق. ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد زواج وهو يعلم أن أحد طرفين لم يبلغ السن المحددة في القانون.



= مادة (5): ينشر هذا القرار فى الوقائع المصرية، ويعمل به اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشره.

تحريرا فى 2008/8/4

وزير الصحة والسكان

أ.د. حاتم الجبلى

وقد أصدر السيد مساعد أول وزير الصحة تعليمات بعدم تحصيل الرسم المقرر بالمادة الثالثة وذلك بناء على حكم صادر من محكمة القضاء الإدارى بتاريخ 2011/3/8 بوقف تنفيذ قرار وزير الصحة رقم 475 لسنة 2010.

موضوع رقم (11)

المحرمات من النساء

90- تعداد:

أوضحنا بالتفصيل السابق أنه يشترط لصحة عقد الزواج أن تكون المرأة غير محرمة على الرجل، تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً، وقد بين الله تعالى المحرمات في قوله: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ (١٢) حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبنَاتُ الْأَخِ وَبنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضْعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَزَنَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَخَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿١٣﴾ * وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ كَتَبَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ ۚ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ ۚ﴾ (٢).

ويستخلص من هذه الآية أن المحرمات من النساء قسمان رئيسيان.
القسم الأول: المحرمات مؤبداً، وهؤلاء لا يحل الزواج بهن أبداً لأن سبب تحريمهن وصف غير قابل للزوال في أي حال من الأحوال.

والمحرمات مؤبداً ثلاثة أنواع:

- 1- محرمات بسبب النسب (القربة) أى سبب التحريم القربة القريبة ويعبر عن صاحبها بذى الرحم المحرم.
 - 2- محرمات بسبب المصاهرة. ويكون التحريم فى هذا النوع بسبب العلاقة الزوجية وما يلحق بها.
 - 3- محرمات بسبب الرضاع.
- القسم الثانى: المحرمات مؤقتاً - وسبب تحريم هؤلاء أمر قابل للزوال، فيكون التحريم ما بقى هذا الأمر، فإذا زال انتهى التحريم.**

ونعرض للمحرمات من النساء تفصيلاً على النحو الآتى:

القسم الأول: المحرمات مؤبداً

أولاً: المحرمات بسبب النسب

تنقسم المحرمات نسباً إلى ثلاث طوائف، نعرض لها فيما يأتى:

(أ) الأصول من النساء وإن علون:

فيشمل هؤلاء الأم، والجدة لأب، والجدة لأم، مهما علون.

(ب) الفروع من النساء وإن نزلن:

فيشمل هؤلاء البنت وبنت الابن وبنت البنت، وهكذا كل فرع يعتبر جزءاً منه أو جزءاً ممن يتصل به ذلك الاتصال.

(ج) فروع الأبوين وإن نزلن:

ويشمل هؤلاء الأخوات مطلقاً شقيقات أو غير شقيقات، وفروع الأخوة والأخوات كبنت الأخ وبنت الأخت وفروعهن مهما نزلن درجة.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 10/9/1955 بأن:

«.. كما يحرم على الأخ التزوج ببنت أخيه الشقيق أو لأب أو لأم يحرم عليه التزوج من بنتها وبنت بنتها وإن نزلت لقوله تعالى فى آية التحريم:

﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ

وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ ﴾ لأن اسم البنت يشمل بنت البنت وإن نزلت.

فقد جاء في شرح فتح القدير في بيان المحرمات من النسب ما نصه «فتحريم بنات الإخوة والأخوات وبنات أولاد الأخوة والأخوات وإن نزلن». وعلى هذا لا يحل لهذا الرجل أن يتزوج من بنت بنت بنت أخيه لأب. وبهذا علم الجواب على السؤال والله أعلم».

إنما يحل للرجل شرعا التزوج بالأخت لأب لأخيه لأمه، كما يحل له التزوج بالأخت لأم لأخيه لأبيه لأن أخت الأخ من النسب تحل شرعا.

وبهذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 13/10/1955 وجاء بفتاها:

«.. يحل للرجل شرعا التزوج بالأخت لأب لأخيه لأمه، كما يحل للرجل شرعا التزوج؛ بالأخت لأم لأخيه لأبيه لأن أخت الأخ من النسب تحل شرعا. قال صاحب الهداية «يجوز أن يتزوج بأخت أخيه من النسب وذلك مثل الأخ من الأب إذا كانت له أخت من أمه جاز لأخيه من أبيه أن يتزوجها» فإذا تزوج الرجل بواحدة ممن جاء ذكرهم في السؤال كان زواجه صحيحا وكان ما تناسل له من ذلك نسلا من نكاح صحيح وبهذا علم الجواب عن السؤال. والله أعلم».

(د) فروع الأجداد والجندات إن انفصلن بدرجة واحدة:

مهما تكن درجة الجد والجدة. فالعمات والخالات محرمات، وكذلك عمات وخالات الأب وعمات وخالات الجد.

أما بنات العمات والخالات فحلل لعدم ذكرهن في المحرمات، ولدخولهن بسبب هذا في قوله تعالى:

﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾⁽³⁾ ولقوله تعالى: ﴿ يَتَأَيَّهَا النَّبِيُّ إِنَّا

أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ الَّتِي ءَاتَيْتَ أَجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ

(3) الآية 24 من سورة النساء.

اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتٍ عَمَّكَ وَبَنَاتٍ عَمَّتِكَ وَبَنَاتٍ خَالَكَ وَبَنَاتٍ خَالَتِكَ أَلَّتِي

هَاجَرْنَ مَعَكَ ﴿٤﴾، وما يحل للرسول يكون حلالاً لأُمته ما لم يدل دليل على

اختصاصه بالحل.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 15/12/1966 فى الطلب رقم

634 لسنة 1966 بأن:

«المنصوص عليه شرعاً أنه لا يحل للرجل الجمع بين امرأتين كلتاهما محرم للأخرى بحيث لو فرضت أية واحدة منهما رجلاً لم يحل له الزواج بتلك المرأة - وتحريم الجمع ورد به الكتاب والسنة. وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها وردت به السنة. ففي الحديث قوله صلى الله عليه وسلم «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها» وكما يمتنع الجمع بين المحرمين إذا كانت الزوجية قائمة يمتنع أيضاً إذا كان قد طلق زوجته ولا تزال فى العدة سواء أكان الطلاق رجعياً أم بائناً، لأن للعدة حكم الزواج القائم من بعض الوجوه - وعلى ذلك فلا يحل للرجل أن يتزوج من بنت أخت مطلقته ما دامت مطلقته فى العدة، رجعياً كان الطلاق أم بائناً. وهذا وعدة المطلقة تنقضى برؤية المطلقة الحيض ثلاث مرات كوامل إذا كانت من ذوات الحيض. أو بانقضاء ثلاثة أشهر من وقت الطلاق إذا لم تكن من ذوات الحيض بأن كانت يائسة مثلاً وبوضع الحمل إن كانت حاملاً - وأقل مدة تصدق فيها المرأة بانقضاء عدتها بالحيض هى ستون يوماً. والمقرر فقهاً أنه إذا طلق الرجل امرأته ثم ادعى أن عدتها قد انقضت وكانت المدة تحتل ذلك. ولكن المرأة تكذبه فى دعواه فالحكم أنه يعامل كل منهما بحسب قوله فتستمر نفقة العدة للمرأة ويجوز للرجل أن يتزوج بأختها أو بإحدى محارمها. جاء فى فتح القدير جـ 3 ص 288 «وإذا قال الزوج أن الزوجة قد انقضت عدتها والمدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها وله أن يتزوج بأختها لأنه أمر دينى يقبل قوله فيه» وبما أن السائل يقرر أن

طلاق زوجة ابنه كان بتاريخ 1965/3/6 والمدة تحتل انقضاء المدة شرعا لمضى أكثر من تسعة عشر شهرا من وقت الطلاق فإذا قرر الزوج أن عدة مطلقة المذكورة قد انقضت حل له التزوج ببنت أختها لما سبق بيانه. ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال والله أعلم».

91- سند التحريم:

سند التحريم قوله تعالى في سورة النساء: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾.

فهناك سبع من المحرمات سأل في الذكر ورد تحريمهن بنص الآية هن:

1- الأم.

2- البنات الصليات.

3- العمات، وكل من تنفصل عن الجد بدرجة واحدة يطلق عليها عمة مهما تعلون ومهما يكون الجد الذي تنتمون إليه.

4- الخالات، وكل من تنفصل عن الجد بدرجة واحدة يطلق عليها خالة مهما تعلون ومهما يكون الجد الذي تنتمون إليه.

5- الأخوات.

6- بنات الأخ.

7- بنات الأخت.

أما تحريم الجدات، لأن كلمة الأمهات في الآية تتناول الجدات لغة، فإن الأم تطلق في اللغة على (الأصل)، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ﴾⁽⁵⁾.

فقد جعلت الآيات المحكمات، أما للكتاب أى أصلا وأساسا يرجع إليه في تأويل المتشابهات وبيان المراد منها، وقوله تعالى: ﴿وَعِنْدَهُ أُمُّ الْكِتَابِ﴾⁽⁶⁾.

(5) الآية 7 من سورة آل عمران.

(6) الآية 39 من سورة الرعد.

وقد انعقد الاجتماع على تحريم الجدات استنادا إلى هذه الآية. وبدلالة النص أو قياس الأولى، أو القياس الجلي، وهى دلالة الكلام على مسكوت عنه هو أولى بالحكم المنطوق به، كدلالة قوله تعالى فى شأن الوالدين: ﴿ فَلَا تَقُلْ هُمَا أَفِي ﴾⁽⁷⁾، على حرمة شتمهما أو ضربهما، وقد حرم الله العمات والخالات بالنص، وهن أولاد الجدات فتثبت حرمة الجدات من باب أولى - لأنهن أقرب⁽⁸⁾.

أما فروع البنات والأبناء فسنده ما يأتي:

- 1- إجماع العلماء على أن المراد بالبنات كل فرع مؤنث لأن كلمة البنت قد تطلق لغة على الفرع فالآية تتناول بنات الأولاد مهما نزلن.
 - 2- دلالة النص ذلك أن الله تعالى حرم بنات الأخ وبنات الأخت، ولا شك فى أن بنات البنات وبنات الأبناء وإن نزلن أقوى قرابة من بنات الإخوة وبنات الأخوات.
- وبنات بنات الأخ وبنات الأخت ثبت تحريمهن بالإجماع ودلالة النص على نحو ما سلف.

92- هل يثبت التحريم ولو كانت علاقة القرابة من الزنى:

اختلف العلماء فيما إذا كان التحريم ثابتا ولو كان سبب القرابة هو الزنا، كالبنات من الزنا، كأن يزنى الرجل بامرأة فتلد منه بنتا، فيتزوجها الرجل. فذهب الأحناف وأحمد بن حنبل ومالك، فيما رواه عنه ابن القاسم - إلى أن حرمة الزواج تثبت للقرابة من الزنى، لأنها ابنته حقيقة إذ هى مخلوقة من مائه، ثم هى لغة أيضا، والخطاب فى الآية باللغة العربية أيضا.

بينما ذهب الشافعى إلى عدم حرمتها عليه⁽⁹⁾، لأن البنوة التى تبني عليها الأحكام هى البنوة الشرعية لا الحقيقية، وهى منتفية هنا لقوله عليه السلام،

(7) الآية 23 من سورة الإسراء.

(8) على حسب الله ص 86 وما بعدها.

(9) شرح فتح القدير ج3 ص219.

«الولد للفراس وللعاشر الحجر»، ولا خلاف في هذا، ولا ولاية له عليها، ولا نفقة له عليها، ولا توارث بينهما.

ويقاس على ما تقدم سائر القريبات من الزنا، كالأخت وبنت الأخ وبنت الأخت من الزنا⁽¹⁰⁾.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 18/10/1989 بأن:

«إن زنا الرجل المكاف العاقل المختار بأجنبية من أفحش الكبائر التي نهى الله ورسوله عن ارتكابها وتوعد المقترفين لها بالعذاب الشديد قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزِّنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ الآية رقم 32 من سورة الإسراء، وزنا الرجل بإحدى محارمه كبيرة شنعاء أفضع في الإثم وأبلغ في العقاب ويجب على المسلم أن يبادر بالتوبة والإقلاع عنها وأن يعقد عزمه على عدم العودة إليها. لما كان ذلك فإن ما اقترفه السائل مع حماته لهو كبيرة وفاحشة عظيمة ولا نجاة من عقاب هذه الفاحشة إلا التوبة النصوح والندم على ما فعل.

أما عن موقفه من زوجته وأولاده فقد ذهب فقهاء الحنفية إلى أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة من أصول المزنى بها وفروعها وبين أصول وفروع من زنى بها ولا يوجب تحريمها على الزانى نفسه وتحرم على الزانى أم المزنى بها وبنتها لأن الوطء سببه الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف إلى كل واحد منهما كاملاً. فتصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه وعليه تكون زوجة السائل محرمة عليه بهذا الزنا بمقتضى أحكام هذا المذهب.

وذهب الشافعية ومن وافقهم إلى أن الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة أصلاً، لأنها نعمة فلا تنال المحذور.

وبناء على مذهب الشافعي ومن وافقه لا تحرم زوجة هذا الزانى عليه ويثبت نسب جميع أولادها منه لبقاء الزوجية على أصلها وهذا هو ما نختاره للفتوى، ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال.

والله سبحانه وتعالى أعلم.»

93- هل تأخذ بنت الملاعنة حكم البنت فى التحريم:

تأخذ بنت الملاعنة حكم البنت فى التحريم، فإذا نفى الزوج نسب بنته من زوجته، وتلاعن الزوجان أمام القاضي، فحكم بنفى نسبها منه وبإلحاقها بالأم، فهي محرمة على الزوج بسبب النسب والقرابة مع أن النسب والقرابة انتقيا بحكم القاضي. والعلة فى ذلك أنه يجوز للزوج أن يكذب نفسه بعد ذلك ويدعيها فيثبت نسبها منه.

ومن جهة أخرى، هى بنت زوجته المدخول بها، فتحرم عليه بسبب المصاهرة⁽¹¹⁾.

(انظر فى المقصود بالملاعنة بند 115).

94- حكمة التحريم:

ترجع حكمة تحريم المحرمات نسبا إلى ما يأتى:

1- ما تأباه الفطرة الإنسانية من أن يتصل ذوو القرابة القريبة من الرجال والنساء، كالأبناء مع الأمهات والبنات مع الآباء اتصال شهوة ومتعة جنسية، ولذلك نجد أكثر المحرمات فى الإسلام كانت محرمة فى الجاهلية.

2- أن الزواج من المحرمات وهن قريبات جدا إلى الرجل مما يفسد الروابط الوشيعة والعواطف النبيلة التى تجمع بينهما بحكم الفطرة، والتى أساسها الشفقة والمحبة البريئة وعمادها الاحترام والمودة الخالصة، ذلك أن أساس العلاقة الزوجية المتعة وهى تقتضى الابتذال والامتهان ويرتفع فيها الوفاق والاحتشام، كما تؤدى إلى المغاضبة والمخاشنة فخصائص كل من العلاقتين تتنافى مع الأخرى فيكون الفصل بينهما خيرا وأجدى من الجمع.

3- أنه لو أبيض الزواج بالمحرمات، لأدى ذلك إلى منع التلاقى بينهما وبين أقاربهم، فيمتنع لقاء الولد بأمه والأخ بأخته أو بعمته أو خالته وذلك درءا للطمع وخشية الحرج وتلافيا للمفسدة، فكان التحريم لمنع الحرج والضيق والحفاظ على الروابط العائلية.

4- ما ثبت علميا من أن الزواج من القرابة القريبة ينتج نسلا ضعيفا، فيكون في هذا التحريم درءا لضعف النسل.

ومصدق ذلك ما قاله عمر بن الخطاب رضى الله عنه لآل السائب: «اغتربوا لا تزسوا» أى تزوجوا الغرائب لئلا تجئ أولادكم نحافا ضعافا.
وعلى الغزالي ذلك بقوله:

«إن الشهوة تبعث بقوة الإحساس بالنظر أو اللمس وإنما يقوى الإحساس بالأمر الغريب الجديد.

فأما المعهود الذى دام النظر إليه، فإنه يضعف الحس عن تمام إدراكه والتأثر به ولا تتبعته به الشهوة».

وقد قيل: «بنات العم أصبر، والغرائب أنجب».

5- إن الزواج من غير الأقارب بصفة عامة من شأنه إنشاء علاقات جديدة بين الأسر، فتكون أساسا لتعاون مستمر بينها.
وهذا التحريم مطلق، ولم يستثن الله تعالى منه حالات الضرورة والاضطرار كما استثناهما فى مسائل أخرى⁽¹²⁾.

(12) فقد جاء بفتوى دار الإفتاء المصرية فى الطلب رقم 270 لسنة 1966 بتاريخ 1966/4/30 ما يأتى:

«شرح الله سبحانه وتعالى الزواج لتتكون الأسرة وهى أساس المجتمع واللبنة الأولى فى بنائه الراسخ، وليستقيم نظام العالم ويبقى الإنسان فى عمارة الكون إلى ما شاء الله له من مدى، وجعل الله جلت حكمته صلة الزوجية مبعث مودة ورحمة وسكن قال تعالى:

﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ

بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ ووضعت الشريعة الإسلامية السمحة الأسس القديمة ليتم هذا

النظام على الوجه الأكمل حتى لا يكون الزواج مبعث قلق وشحناء فتتهار دعائم الأسرة ويؤتى بنيانها من القواعد من حيث يراد تدعيمها وتقويتها والمحافظة عليها والقرابة فى جملتها رابطة تستدعى التكريم والاحترام، وهى إذا كانت قريبة وقوية فإنها تتطلب مع ذلك كل معانى العطف والحنو، فإحلال عاطفة المتعة بدافع الشهوة محل التكريم والاحترام فساد فى الوضع وانتكاس فى فهم معانى الإنسانية، وليست حياة الإنسان عاطفة تقوم على المادة، وللمادة، ولكنها المعانى الروحية السامية، وما حبا الله به الإنسان من عقل هى التى =

ثانياً : المحرمات بسبب المصاهرة

95- تعداد الطوائف المحرمة :

يحرم بسبب المصاهرة أربع طوائف هي:

1- زوجة الأصل وإن علا، سواء كان من العصابات كأبى الأب، أو كان من ذوى الأرحام كأبى الأم - سواء دخل بها الرجل أو لم يدخل.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1980/4/8 فى الطلب رقم 96 لسنة 1980 بأن:

«قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ الآية 22 من سورة النساء

= تنظم حياة الإنسان وتحد من سلطان المادة وتسمو به فى مدارج الكمال وتقتضيه رعاية الأسرة ورعاية المجتمع، ورابطة الزوجية حين تتخطى فيها حدود الله وينحرف بها عن نظام التشريع الإلهى العادل تكون مثار قلق واضطراب، ومبعث أثرة وأنانية يقويها تقارب المصالح، وتزكى نارها عوامل الحقد والبغضاء، فتقضى على الوفاق والمودة وعاطفة الرحمة والمحبة، وتتهار الأسرة من أساسها - تلك هى الحكمة التى من أجلها شرع تحريم النساء المذكورات فى الآية الكريمة، ولم يستثن الله سبحانه وتعالى من هذا التحريم حالات الضرورة والاضطرار كما استثناهما فى

آية تحريم بعض أنواع الأطعمة فى سورة البقرة، لأن الحكمة التى اقتضت التحريم فى النكاح قائمة فى جميع الأحوال والظروف ولا تتخلف مطلقاً، وحالات الضرورة والاضطرار التى اقتضت الاستثناء فى الآية الأخرى لا تتحقق أبداً فى تحريم الزواج، ولا مجال للقياس فى هذا الشأن مطلقاً، أما أمر العقوبة على مخالفة الحكم فى تحريم الزواج فهو مقرر وثابت فى نصوص أخرى، لأن الشارع لما قضى بتحريم زواج النساء المذكورات رتب على مخالفة الحكم بطلان هذا الزواج، وأن تكون المعاشرة فى هذه الحالة زناً، ويعاقب الفاعل عقاب مرتكب جريمة الزنا وعند من يرى أن العقد شبهة تدرأ الحد المقرر يجب أن يعاقب الشخص بعقوبة تردعه وتزجره - فليس صحيحاً أن الشارع لم يقرر عقوبة على مخالفة الحكم هنا - وإن فلا يحل زواج الشخص من خالته مطلقاً فى أية حال مهما كانت الأسباب والدواعى - ومما يذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال. والله سبحانه وتعالى أعلم».

وبمقتضى هذا النص القرآنى الكريم القطعى الثبوت والدلالة يحرم على الابن الزواج بمن كانت زوجة لأبيه مادام عقد هذا الأخير قد تم صحيحا شرعا، وسواء أدخل بها الأب أم لم يدخل بها لما كان ذلك. فإنه يحرم فى هذا الواقعة زواج الابن من مطلقة أبيه لأن زوجة الأب من المحرمات حرمة دائمة مستمرة، حتى ولو طلقت من الأب أو مات عنها. وهذا دون التقاف لما أثاره السائل من اعتبارات فى سبب تزوج الأب بهذه المرأة أو طلاقه إياها ولا فى سبق اتهام ابنه بها. ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ﴾ والله سبحانه وتعالى أعلم».

ولكن يجوز للرجل أن يتزوج أم زوجة أبيه، ما لم يكن هناك مانع آخر.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 4 يناير سنة 1945 وقد جاء بفتاها :

«اطلعنا على هذا السؤال ونفید أن مجرد زواج والد المسئول عنه ببنت المرأة التى يريد التزوج بها لا يحرمها عليه فقد نص الفقهاء على أن للرجل أن يتزوج أم زوجة أبيه فيحل له التزوج بها ما لم يكن هناك شيء آخر يمنع من هذا الزواج وبهذا علم الجواب عن السؤال حيث كان الحال كما ذكر والله أعلم».

2- زوجة الفرع وإن نزل، سواء كان من العصبات كإبن الابن أو من ذوى الأرحام كإبن البنت وسواء دخل بها الرجل أو لم يدخل.

3- أصول من كانت زوجته وإن علون كأُمها وأُم أبيها، سواء دخل بالزوجة أو لم يدخل.

4- فروع من كانت زوجته وإن نزلن، كالبنات وبنت البنت أو بنت الابن، بشرط الدخول بزوجه.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 12/6/1940 بأن :

«اطلعنا على هذا السؤال والمفهوم منه أن السائل يريد الإجابة عما إذا كان يحل للزوج الثانى أن يتزوج بواحدة من بناتى زوجته المتوفاة المرزوقة بهما من زوجها الأول أم لا فإذا كان الأمر كذلك وكان الحال كما ذكر بالسؤال لم يحل لهذا الزوج أن يتزوج بواحدة من البناتى المذكورتين لأنهما ربيبتاه من زوجته التى دخل بها وبهذا علم الجواب عن السؤال والله أعلم».

كما أفتت بتاريخ 1964/3/25 فى الطب رقم 176 لسنة 1964 بأن:

«يقرر السائل أن عقدا شرعيا صحيحا تم وإن كان عرفيا لم يوثق بصفة رسمية، وأن هذه الزوجة لا تزال فى عصمته، وقد عقد على ابنتها التى فى حجره ولم يدخل بها حتى طلقها وتزوجت بآخر، ويريد أن يعقد على زوجته التى فى عصمته عقدا رسميا - والمقرر شرعا أن العقد على المرأة والدخول بها يحرم بنتها على زوجها وأن العقد الصحيح على المرأة يحرم أمها على العاقد ولو لم يدخل بها - وهذا السائل قد عقد على بنت امرأته بعد أن تزوج بهذه المرأة. ودخل بها فوقع عقده على البنت غير صحيح. شرعا، وإذا فلا يترتب عليه تحريم أمها على السائل وتبقى زوجيته بها قائمة صحيحة، وبالتالي لا يكون هناك محل للعقد عليها مرة أخرى - أما إذا كل غرض السائل مجرد توثيق عقد زواجه بها رسميا لدى المأذون فإن سبيله إلى ذلك هو عمل تصادق على الزواج بها مستندا إلى تاريخ العقد العرفى الذى أجراه عليها أول الأمر فى 23 يولية سنة 1959. ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال. والله سبحانه وتعالى أعلم».

96- سند التحريم:

ثبت تحريم الطوائف الأربع السالفة بأدلة من الكتاب أو من السنة أو بإجماع فقهاء الإسلام الذى لا بد أن يستند إلى دليل.

فالطائفة الأولى: دليل تحريمها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾.

فدلت الآية على أنه يحرم على الرجل أن يتزوج بمن كانت زوجة لأبيه، وذلك يشمل زوجة الجد وأبى الجد مهما علا، لأن اسم الأب يطلق فى اللغة على الأصول كما يطلق على الأب المباشر. وقد دل الإجماع أيضا على حرمة زوجات الأجداد مهما علوا.

والطائفة الثانية: فقد ثبت تحريم زوجة الابن بالنص من عبارة: ﴿وَحَلَائِلُ

أَبْنَائِكُمْ﴾ فالحليلة هي الزوجة. أما زوجات ما عدا ذلك من الفروع، فذليله أن اسم الأبناء يطلق على الفروع الذكور مباشرة أو بالواسطة فيشمل أبناء وأبناء الأبناء، وفضلا عن ذلك فإن الإجماع انعقد على تحريم زوجة الفرع. وزوجة الفرع محرمة ولو لم يدخل بها لأن الله تعالى قال: «وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم» والحليلة من تحل سواء أحصل دخول أم لم يحصل.

والمقصود بزوجة الابن، زوجة الابن نسبا، فيخرج من دائرة التحريم زوجة الابن بالتبني، فالإسلام لا يعترف بالنسب بالتبني، وذلك واضح من تقييد الآية بعبارة «الذين من أصلابكم».

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1970/2/9 بأن:

«أولا: عن حل زوجة الابن لوالده: فالمقرر شرعا أنه يحرم على الأب أن يتزوج بامرأة ابنه سواء كان الابن قد دخل بزوجه أو لم يكن قد دخل بها - لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾. ثانيا...الخ).

والطائفة الثالثة: فقد ثبت تحريم أم الزوجة من النص لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ

نِسَائِكُمْ﴾. أما باقى الأصول، فتحريمها ثابت بدلالة النص أو بدلالة الأولى، فالمراد من الأمهات الأصول.

وقد انعقد الإجماع على تحريم كل أصول الزوجة.

والطائفة الرابعة: فقد ثبت تحريمها بقوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ الَّتِي فِي

حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا

جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾، وذلك عطف على قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾

والربائب جمع ربيبة، وربيب الرجل ولد امرأته من غيره، وسمى ربيبا، لأنه يربيه كما يربي ولده (أى يسوسه⁽¹³⁾).

والرأى عند جمهور الفقهاء التحريم سواء كانت فى الحجر أو لم تكن، أما قوله تعالى: ﴿الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ فهو وصف لبيان الشأن الغالب فى الربيبة، وهو أن تكون فى حجر زوج أمها، وليس قيذا⁽¹⁴⁾.

وهذا المعنى يدل عليه أن الآية نفسها قد أشارت بعد ذلك إلى عدم اعتبار هذا الوصف قيذا فى التحريم كما اعتبر قيذا للدخول بالأمهات إذ قالت: ﴿فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ فافتصرت فى بيان الحكم المقابل للأول على حالة تخلف الدخول ولم تتعرض لما يقابل ذلك الوصف من كون الربائب فى غير الحجور⁽¹⁵⁾.

(13) الشيخ سيد سابق ص2002.

(14) الشيخ عبد الرحمن تاج، ص 78.

(15) وعند الظاهرية أنه قيد، وأن الرجل لا تحرم عليه ربيبته إذا لم تكن فى حجره.

وروى هذا عن بعض الصحابة.

فعن مالك ابن أوس قال: «كان عندى امرأة فتوفيت وقد ولدت لى فوجدت (أى حزنت)

فلقبني على بن أبى طالب رضى الله عنه فقال: مالك؟

فقلت: توفيت المرأة.

فقال: ألها بنت؟

قلت: نعم، وهى بالطائف.

قال: كانت فى حجرك؟

قلت: لا.

قال: إنكحها.

قلت: فأين قول الله تعالى: ﴿وَرَبَّيْكُمُ اللَّيْ فِي حُجُورِكُمْ...﴾ ؟

قال: إنها لم تكن فى حجرك، إنما ذلك إذا كانت فى حجرك.

ورد جمهور العلماء هذا الرأى وقالوا: أن حديث على هذا لا يثبت، لأنه من رواية

إبراهيم بن عبيد، عن مالك بن أوس، عن على رضى الله عنه.

وذهب أبو حنيفة إلى أنه يقوم في التحريم مقام الوطء، لنظر إلى الفرج بشهوة أو لمسه بشهوة⁽¹⁶⁾ ويجب لكى يثبت التحريم أن تكون الشهوة وقت النظر أو اللمس، فإذا تم النظر أو اللمس دون شهوة ثم أتت الشهوة بعدهما لم يثبت التحريم⁽¹⁷⁾.

97- هل يوجب الزنا بالمرأة التحريم؟

اختلف الفقهاء فيما إذا كان الزنا بالمرأة يوجب التحريم كما يوجب الوطء أو ما دونه - بالتفصيل السابق - فى نكاح صحيح أو بشبهة أى الوطء الذى يدرأ فيه الحد.

فيذهب أبو حنيفة والثورى والأوزاعى إلى أن الزنا يحرم ما يحرمه النكاح.

بينما ذهب الشافعى إلى أن الزنا بالمرأة لا يحرم ما يحرمه النكاح⁽¹⁸⁾.

= وإبراهيم هذا لا يعرف، وأكثر أهل العلم قد تلقوه بالدفع والخلاف. (راجع الأستاذ سيد سابق ص 203).

(16) وقد ذهب مالك والثورى والأوزاعى والليث بن سعد إلى أن اللمس بشهوة يحرم الأم، وهو أحد قولى الشافعى، وقال داود والمزنى. لا يحرمها إلا الوطء وهو أحد قولى الشافعى المختار عنده، وقال داود والمزنى لا يحرمها إلا الوطء وهو أحد قولى الشافعى المختار عنده، والنظر عند مالك كاللمس إذا كان نظر تلذذ إلى أى عضو كان، وفيه عنه خلاف، وحمل الثورى النظر محل اللمس ولم يشترط اللذة، وخالفهم فى ذلك ابن أبى ليلى والشافعى فى أحد قوليه فلم يوجب فى النظر شيئاً، وأوجب فى اللمس. ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول فى قوله تعالى - اللاتى دخلتم بهن - الوطء أو التلذذ بما دون الوطء، فإن كان التلذذ فهل يدخل النظر أم لا.

(راجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد الجزء الثانى ص 33 وما بعدها)

(17) حاشية ابن عابدين ج3 ص33.

(18) أما مالك ففى الموطأ عنه مثل قول الشافعى أنه لا يحرم، وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبى حنيفة أنه يحرم، وقال سحنون: أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها، ويذهبون إلى ما فى الموطأ، وقد روى عن الليث أن الوطء بشبهة لا يحرم وهو شاذ.

(راجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص34 وما بعدها)

ونحيل فى تفصيل ذلك إلى فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1981/6/20 فى الطلب رقم 1981/192 التى جاء بها :

«تقضى المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 والمادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 بأن تصدر الأحكام طبقاً لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة، فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد، وقد نص فقهاء المذهب الحنفى على أن: من زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبناتها وجدتها، وتحرم المرأة المزنى بها على آباء الزانى وأجداده، وإن علواً، وعلى أبنائه وبناته وإن نزلوا (الهداية وشروحها ص 365 وما بعدها جـ2 وبدائع الصنائع جـ2 ص 256) وبهذا أثبت فقه الحنفيين الزنا حرمة المصاهرة كالزواج، وهذا رأى منقول عن عمر وابن عباس وابن مسعود وعمران بن الحصين وجابر وأبى وعائشة والحسن البصرى والسقبى والنخعى والأوزاعى وطاووس وعطاء ومجاهد وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والثورى وإسحاق بن راهوية، وهو مذهب أحمد بن حنبل فقد نص الخرقى على أن: «وطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة» - وقال ابن قدامة فى المغنى شرحاً لهذا: يعنى أنه يثبت به تحريم المصاهرة، فإذا زنى بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها (جـ7 مع الشرح الكبير ص 482 وما بعدها).

وفى بداية المجتهد لابن رشد المالكى جـ2 ص 28 فى المسألة الرابعة من مسائل حرمة المصاهرة قال: اختلفوا فى الزنا، هل يوجب من التحريم فى هؤلاء، ما يوجب الوطء فى نكاح صحيح أو شبهة، أعنى الذى يدرأ فيه الحد، فقال الشافعى: الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح أمها ولا ابنتها ولا نكاح أبى الزانى لها ولا ابنه، وقال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى يحرم الزنا ما يحرم النكاح، وأما مالك ففى الموطأ عنه مثل قول الشافعى أنه لا يحرم وروى ابن القاسم مثل قول أبى حنيفة أنه يحرم، وقال سحنون وأصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ويذهبون إلى ما فى الموطأ.

وقال ابن جزى المالكى فى القوانين الفقهية ص 231: يعتبر فى التحريم بالصهر النكاح الحلال أو الذى فيه شبهة أو اختلف فيه، فإن كان زنا محضاً لم تقع

به حرمة المصاهرة. فمن زنى بامرأة فإنه لا يحرم تزويجها على أولاده فى المشهور وفقا للشافعى خلافا لأبى حنيفة، إلا أن فى المدونة: من زنى بأم امرأته فارقتها، خلافا لما فى الموطأ.

وذهب الفقه الشافعى قولا واحدا إلى أنه لا حرمة لماء الزنا، بدليل انتفاء سائر أحكام النسب من إرث وغيره. ولكن يكره نكاحها خروجاً من خلاف من حرمها (ص 356 جـ3 من الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع مع حاشيته تحفة الحبيب فى المحرمات فى النكاح).

ونقل ابن قدامة فى المغنى (جـ7 ص15 مع الشرح الكبير) قال: وإذا زنت امرأة لم يحل لمن يعلم ذلك نكاحها إلا بشرطين: أحدهما: انقضاء عدتها، فإن حملت من الزنا، فقضاه عدتها بوضعه ولا يحل نكاحها قبل وضعه وبهذا قال مالك وأبو يوسف وهو إحدى الروايتين عن أبى حنيفة وفى الأخرى قال:

يحل نكاحها ويصح، وهو مذهب الشافعى، لأنه وطء لا يلحق به النسب فلم يحرم النكاح، كما لو لم تحمل.. والشرط الثانى أن تتوب من الزنا. وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى لا يشترط ذلك.

لما كان ذلك: وكان العقد المسئول عنه صحيحا وفقا لفقه مذهب الإمام الشافعى والمشهور عن مالك، باعتبار أنه يحل لوالد الزانى تزوج هذه الفتاة التى زنى بها ابنه، ولو كانت حاملا منه. ويقع العقد باطلا فى فقه مذهب الإمامين أبى حنيفة وأحمد ورواية عن مالك، ومن قال بذلك من الصحابة والتابعين على نحو ما سبق بيانه.

ومتى صح العقد كما يقول الشافعيون والمشهور عن مالك، كان الولد للفراس وإن كان الذى عليه القضاء هو فقه الحنفيين كما سبق.

ومن هنا.. يتعين الاحتياط بأخذ التعهد عليه بقبوله الزواج منها وفقا لمذهب الشافعى، وأن الأحوط والأولى تزويجها لمن زنى بها. والله سبحانه وتعالى أعلم).

(أيضا الفتوى الصادرة بتاريخ 10/2/1981 فى الطلب رقم 28 لسنة 1980 -

والفتوى الصادرة بتاريخ 3/1/1980 فى الطلب رقم 351 لسنة 1978)

(راجع أيضا بند 92).

98- حكمة التحريم:

الحكمة من التحريم بالمصاهرة، أن رابطة المصاهرة كرابطة القرابة، وقد جاء بحديث الرسول عليه السلام: (إن المصاهرة لحمة كلحمة النسب)، فالمرأة إذا تزوجت من الرجل صارت قطعة من نفسه، وصار هو قطعة منها ومصادقا لذلك قوله تعالى: ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾، ومن ثم فإن منطق الزواج أن تكون أم الزوجة كأم الرجل من النسب - وبنت زوجته كبنته من النسب وهكذا.. ومن ثم تحرم أمها عليه كما تحرم أمه، وتحرم بنتها كما تحرم ابنته وهكذا.

بل إن الشرائع السماوية قد اتفقت مع الشريعة الإسلامية في التحريم بسبب المصاهرة، لأن ذلك التحريم مشتق من الفطرة.

ولولا الحرمة بالمصاهرة لأبيح للرجل أن يتزوج أم زوجته وابنتها وأبيح للزوجة أن تتزوج أباه وابنه، ولأدى ذلك إلى حرج شديد في العلاقات الأسرية، وتباعد الابن عن أبيه أو والدته زوجته أو خالتها، وهذا ما يؤدي إلى تقطيع أوصال الأسر، وهو ما يتنافى مع الطبع البشري وما تدعو إليه الشريعة الغراء من المودة والرحمة والترابط.



ثالثاً: المحرمات

بسبب الرضاعة

99- وائف المحرمات بسبب الرضاعة:

(أ) الأصول من الرضاعة وإن علون:

فتشمل هذه الطائفة الأم التي أرضعت الرجل وجدته رضاعاً لأب أو لأم، كأم من أرضعته وأم أبي من أرضعته وأم أبيه رضاعة، والأب الرضاعي هو زوج المرضعة التي رضع من ثديها.

(ب) الفروع من الرضاعة وإن نزلن:

وتشمل هذه الطائفة بنات الرجل من الرضاعة، وهن من رضعن من لبن زوجته، وابنة بنته من الرضاعة، وهى التي رضعن من لبن ابنته الصلبية أو ابنته رضاعاً.

(ج) فروع الأبوين من الرضاعة وإن نزلن:

وتشمل هذه الطائفة أخوات الرجل من الرضاعة، وهن من رضعن من لبن أمه، وكذلك بنات أخواته وبنات أخوته من الرضاعة.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

1- «أطلعنا على هذا السؤال. ونفيد: أنه إذا كان اللبن الذى أرضعت به سدينة عبد الجليل من زوجها بأن كان هذا اللبن نزل منها بسبب ولادتها من الزوج المذكور. وكان اللبن الذى أرضعت به كاملة ابن أخيها من هذا الزوج بالصفة المذكورة، وكان رضاع عبد الجليل من سدينة ورضاع ابن أخ كاملة منها وهما فى سن الرضاع وهى سنتان على مذهب الصاحبين والأصح المفتى به. كان عبد الجليل وابن أخ كاملة الذى أرضعته أخوين من الأب رضاعاً. فلا يجوز أن يتزوج ابن أخ كاملة هذا من بنت عبد الجليل لأنها ابنة أخيه من الأب رضاعاً. وهذا على إطلاقه مذهب الحنفية القائلين بأن قليل الرضاع وكثيره سواء فى إيجاب التحريم. وبهذا علم الجواب عن السؤال والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1939/7/11)

2- «اطلعنا على هذا السؤال ونفید: أنه إذا كان رضاع سيدة أخت مصطفى من سعدة زوجة عمها من لبن نزل من سعدة بسبب ولادتها من ذلك العم وكان رضاع سيدة من سعدة وهى فى سن الرضاع وهى سنتان على قول الصحابين وهو الأصح المفتى به كانت سيدة هذه أختا من الأب لابن عمها الذى رزق به من زوجة أخرى. فإذا كان رضاع مصطفى من أخته سيدة وهو فى سن الرضاع التى بينها لم يجز لولد العم هذا أن يتزوج من ابنة مصطفى لأنها بنت ابن أخته من الأب رضاعا. وهذا على إطلاقه مذهب الحنفية القائلين بأن قليل الرضاع وكثيره سواء فى إيجاب التحريم. وبهذا علم الجواب عن السؤال. والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1939/7/11)

3- «إنه برضاع السائل وابن خالته الأكبر من جدتها لأمهها خمس رضعات فأكثر فى سن الرضاع وهو سنتان منذ ولادة الطفل على المفتى به صارت جدتهما أما لهما من الرضاع وصار أولادهما (أحوال وخالات السائل) إخوة وأخوات للسائل وابن خالته رضاعا.

وبناء على ذلك فإنه لا يحل شرعا للسائل ولا لابن خالته اللذين قد رضعا من جدتهما لأميتهما أن يتزوجا من بنات أحوالهما إن وجدن ولا من بنات خالاتهما لأنهن جميعا صرن بناتا لإخوتهما وأخواتهما رضاعا. لأن كما لا يحل للرجل أن يتزوج بنت أخيه أو بنته نسبا فلا يحل ذلك من الرضاع لقوله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» أما ابن خالة السائل الذى لم يرضع من جدته لأمه ويريد الزواج من بنت خالته من جدتهم قد جعل بنت خالته التى يريد الزواج منها أختا لأخيه من الرضاع وبنتا لأخت أخيه من الرضاع لأنه كما يحل للرجل أن يتزوج من أخت أخى أخيه وبنت أخت أخيه نسبا يحل له الزواج من أخت أخى أخيه وبنت أخت أخيه رضاعا والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1989/1/29)

(د) فروع الأجداد من الرضاعة إذا انفصلن بدرجة واحدة:

وتشمل هذه الطائفة العمات والخالات رضاعا.

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

1- «برضاع نعمات بنت علي ابن الحاج رزيقة من زوجة جدها الأخرى بلبنه صارت بنتا لجدها رزيقة ولزوجته الأخرى من الرضاع. وحينئذ فهي أخت من الرضاع لأبيها علي وعمته زنوبة. فيكون محمد خليل بن زنوبة بن أخت نعمات رضاعا. فلا يحل له التزوج بخالته رضاعا لأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. ومعلوم أن الخالة من النسب تحرم على ابن أختها منه والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1925/12/6)

2- «اطلعنا على هذا السؤال ونفيد: أنه متى كانت والددة السائل قد رضعت من والددة الفتاة، وهي - أي والدته - في سن الرضاع وهي سنتان على قول صاحبين وهو الأصح المفتى به كانت والدته بنتا لمن أرضعتها وكانت بنات من أرضعتها أخوات لها رضاعا وخالات رضاعا لجميع أولادها فلا يحل لولد من أولاد من رضعت أن يتزوج بأية بنت من بنات من أرضعتها لأنها خالته رضاعا. ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب كما جاء في الحديث الشريف. وحينئذ متى كان الحال كما ذكر لم يحل للسائل أن يتزوج بأية بنت من بنات من أرضعت أمه.

وهذا على إطلاقه مذهب الحنفية القائلين بأن قليل من الرضاع وكثيره سواء في إيجاب التحريم وبهذا علم الجواب عن السؤال حيث كان الحال كما ذكر والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1938/4/23)

(هـ) أصول الزوجة من الرضاعة وإن علون:

فتشمل هذه الطائفة أم الزوجة رضاعا أي الأم التي أرضعتها زوجته، وكذا جدتها من الرضاعة مهما علت، ومن أية جهة كانت الجدة - سواء أدخل بزوجته أو لم يدخل.

(و) فروع الزوجة من الرضاعة وإن نزلن:

فنتشمل هذه الطائفة بنت الزوجة وبنت بنتها وبنت ابنها من الرضاعة مهما نزلن.

ويشترط للتحريم في هذه الطائفة أن يكون الزوج قد دخل بزوجته.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

«المقرر شرعا أن العقد على المرأة والدخول بها يحرم بنتها على زوجها، وبما أن السائل قرر في طلبه أن... قد تزوج بفوزية زواجا شرعيا ثم قام بالزواج من بنتها حنان وأنجب منها ولدا فإن زواجه من حنان أحمد عبد العليم بنت زوجته غير صحيح شرعا لأنها من المحرمات عليه تحريما مؤبدا لقوله تعالى: ﴿وَرَبِّبُكُمْ أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ ويجب على الزوجين أن يتفرقا اختيارا وإلا فعلى من يهمله الأمر أن يرفع الأمر إلى القضاء ليفرق بينهما جبرا، ولما كان زواج الشخص ببنت زوجته يعتبر زواجا فاسدا، إلا أنه ترتب عليه بعض آثار النكاح الصحيح ومنها ثبوت نسب الأولاد إلى أبيهم، ومما ذكر يعلم الجواب عن السؤال.

والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1989/2/20)

(ز) زوجات الأصول من الرضاعة وإن علوا:

وتشمل هذه الطائفة زوجة الأب أو الجد رضاعة مهما علت درجته. ولا يشترط للتحريم دخول الزوج بزوجته.

(ط) زوجات الفروع من الرضاعة وإن نزلوا:

وتشمل هذه الطائفة زوجة الابن وزوجة ابن الابن، وزوجة ابن البنت رضاعا مهما نزلن.

ولا يشترط للتحريم دخول الزوج بزوجته.

ويبين من ذلك أن الطوائف الأربعة الأولى هي المحرمة بسبب النسب، والطوائف الأربعة الأخيرة هي المحرمة بالمصاهرة.

100- كيف تعرف قرابة الرضاع المحرمة؟

تعرف قرابة الرضاعة المحرمة كلها، بأن يفرض انتزاع الرضيع من أسرته النسبية، ويوضع في أسرته الرضاعية باعتباره ابناً لمن أرضعته ولزوجها الذي در لبنها بسببه، ثم يلحق به بعد ذلك كل فروعه، فكل صلة تنقرر له أو لفروعه بهذا الوضع الجديد فهي التي تجعل أساساً للتحريم أو التحليل بالرضاع.

أما صلة هذه الأسرة الرضاعية بأسرة الرضيع النسبية بسبب رضاعه، فلا أثر لها في تحريم أو تحليل. ولهذا لا تثبت لأقاربه النسبيين غير فروعه مثل ما يثبت له هو وفروعه بهذا الرضاع⁽¹⁹⁾.

فالعلة في التحريم بالإرضاع وهي الاشتراك في الجزئية بالإرضاع غير متوافرة بالنسبة لأقارب الرضيع النسبيين.

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

«المنصوص عليه فقها أن كل من أرضعت طفلاً ذكراً كان أو أنثى في مدة الحولين تثبت أمومتها له وبنوته للرجل الذي نزل اللبن بوطئه سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد أو بشبهة وثبتت أخوته لأولاد المرضعة الذين ولدتهم من هذا الرجل أو من غيره وأرضعتهم قبل رضاعه أو بعده، ولأولاد الرجل المولودين من صلبه من غير هذه المرضعة ولأولاده من الرضاعة، ومن ذلك يعلم أنه متى أرضعت زوجة والد السائل ابن عمته صار ابن هذه العمّة ابناً لهذه المرضعة وإبناً لزوجها الذي كان نزول اللبن بسببه وصار جميع أولادها وأولاد زوجها من غيرها إخوة وأخوات له رضاعاً وصارت بنات ابن هذه العمّة بنات إخوته من الرضاع، والمقرر شرعاً أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، وعلى ذلك لا يجوز للسائل أو إخوته أن يتزوج من بنات ابن عمته لأنهن صرن بنات أخيهن من الرضاع، ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال.

والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1990/3/11)

وينبنى على ذلك عدم ثبوت التحريم بسبب الرضاعة بالنسبة لكل من:

1- أم الأخ أو الأخت رضاعاً.

2- أخت الابن من الرضاعة⁽²⁰⁾.

3- أخت الأخ رضاعاً⁽²¹⁾.

وفى هذه الصورة قد لا توجد العلة التى من أجلها وجد التحريم أيضاً بالنسب، فيجوز للشخص أن يتزوج أخت أخيه من النسب، كما إذا كان له أخ لأب نسباً، ولهذا الأخ أخت نسباً من الأم فإنه يجوز لأخيه لأب نسباً أن يتزوجها لأنها أجنبية بالنسبة له، فلا تحرم عليه لعدم وجود سبب التحريم وهو القرابة النسبية مع أنها أخت أخيه من النسب.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1981/10/28 فى الطب رقم 1981/353 بأن:

«.. وغاية ما كان من تداول الإرضاع بين زوجة السائل وبين أخته لغير هذين الولدين أن يتزوج كل من هذين بأخ الأخ أو الأخت رضاعاً، وذلك جائز، لأنه يحل فى حكم الشرع أن يتزوج أخت أخته نسباً، وتبعاً لذلك يحل له تزوج أخت الأخ رضاعاً. وهذا ما لم يقم بهما مانع شرعى آخر والله سبحانه وتعالى أعلم».

4- جدة الابن أو البنت رضاعاً.

(20) فقد جاء فى العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ 1 ص 34 ما يأتى:

«سئل فى صبي ماتت أمه فوضع من خالته مع بنت لها فى مدة الرضاع ويريد أبوه أن يتزوج بنت خاله ابنه التى هى أخت أخت ابنه رضاعاً فهل له ذلك. (الجواب) نعم لأن أخت ابنه رضاعاً تحل له كما فى الدر المختار فبالأولى أخت أخت ابنه رضاعاً».

(21) وقد جاء فى العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ 1 ص 34 ما يأتى:

«سئل فى امرأتين أجنبيتين أرضعت كل واحدة منهما أولاداً معلومين للأخرى ثم ولدت أحدهما ذكراً والأخرى أنثى ولم يجتمعا على ثدى واحد بأن لم يرضع الذكر من أم الأنثى ولا الأنثى من أم الذكر أصلاً فهل يسوغ للذكر التزوج بالأنثى. (الجواب) نعم حيث لم يكن بينهما رضع وتحل أخت أخيه رضاعاً كما فى التنوير وغيره».

5- عمه الابن رضاعا.

6- أخت لخال رضاعا.

101- سند التحريم:

ثبت التحريم بالرضاع بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فمن قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضْعَةِ﴾.

فهذا نص في التحريم بالنسبة للأصول والأخوات، فقد سبق أن أوضحنا أن المقصود بالأمهات (الأصول).

ويفهم من الآية تحريم الباقي بطريق الدلالة، لأن الله تعالى لما سمي المرضع أما وابنة المرضع أختا فقد نبه بذلك إلى أنه أجرى الرضاع مجرى النسب، فيشير النص على الأمهات وعلى الأخوات إلى الباقي، لأن المحرمات بسبب النسب قسمان: قسم ولادة، وهو محصور في عمود النسب، وقسم حواشي وهو ما كان غير ذلك من أخ وعم وهكذا، وذكر الأخت من القسم الثاني فيه تنبيه إلى الحكم على الباقي بالتحريم.

أما في السنة، فقد روى عن الرسول عليه السلام أنه لما طلب إليه أن يتزوج ابنة حمزة قال: «لا تحل لي، أنها ابنة أخي من الرضاعة، ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب».

وروى أن عائشة كانت قد رضعت من امرأة أبي القعيس من ولادة منسوبة إليه، فجاء أفلح أخوه يستأذن عليها، فلم تأخذ له، وقالت: إنما أرضعتني امرأة أخيه، فلا أذن له، حتى استأذن رسول الله عليه السلام، فلما ذكرت ذلك لرسول الله عليه السلام قال: إيدني له، فإنه عمك تربت يداك).

وقد انعقد إجماع الفقهاء على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة⁽¹⁾.

(1) غير أن الفقيه ابن تيمية من فقهاء المذهب الحنبلي - كما روى تلميذه ابن القيم في زاد =

زاد=

= المعاد خالف الإجماع في إثبات المصاهرة المحرمة بالرضاع، كما ثبتت بالنسب، وقد استند في ذلك إلى أن الآية الواردة في التحريم بسبب الرضاعة، والأحاديث المبينة لذلك لم تذكر المصاهرة قط، والمعاني التي تكون في النسب وتثبت حرمة المصاهرة بسببها لا توجد في الرضاعة، فلا يمكن أن يقاس التحريم في المصاهرة بالرضاع على المصاهرة في النسب، إذ هناك فوارق عظيمة لطبيعة ما بين النسب والرضاع من تباين، وأحكام الشرع تقرر هذا التباين فالعلاقة بين الناس بالنسب والصهر، وهما سبب التحريم، والرضاع فرع على النسب، ولا تعقل المصاهرة إلا بين الأنساب وإذا حرمت عليه أمه وبنته وأخته وعمته وخالته من الرضاعة، لم يلزم أن تحرم عليه أم امرأته التي أرضعتها، فإنه لا نسب بينه وبينها ولا مصاهرة، ولا رضاع، والرضاعة إذا جعلت كالنسب في حكم لا يلزم أن تكون مثله في كل حكم، بل ما اختلف فيه من الأحكام أضعاف ما اجتمع فيه، فثبوت أحكام النسب من وجه لا يستلزم ثبوتها من كل وجه، ومما يدل على ذلك قوله تعالى ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾، ومعلوم أن لفظ الابن إذا أطلق لم يدخل فيه ابن الرضاع، فكيف إذا قيد بكونه ابن الصلب، وقصد إخراج ابن التبني بهذا لا يمنع إخراج ابن الرضاع. (محمد أبو زهرة ص 74 وما بعدها).

وقد أيد الأستاذ محمد أبو زهرة هذا الرأي في مؤلفه الأحوال الشخصية قسم الزواج ص 75 هامش (1) بقوله: «يبدو لنا أن نظر ابن تيمية وتلميذه (ابن القيم) نظر له وجهه إذا تلونا قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعُمَّتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضْعَةِ وَأُمَّهُتِ نِسَائِكُمْ وَزَوَّجْنَكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾.

فنرى من هذا أن الله سبحانه وتعالى ساق المحرمات بالنسب، ثم ساق المحرمات بالرضاعة رابطاً بينهما وبين النسبيات ثم المحرمات بالمصاهرة، ولم يشر بعدها للرضاعة، والمصاهرة لا تنصرف إلا إلى ما كان النسب سببها، ولو كانت الرضاعة

102- ثبوت التحريم من الرضاعة لزوج المرضعة:

يرى جمهور الفقهاء والصحابة والتابعين أنه إذا أرضعت امرأة بنتاً، فإن هذه البنت تحرم على زوج المرضعة الذى كان سبباً فى حملها ووضعها وإدراج لبنها الذى رضعته البنت، إذ يصبح الزوج أباً لها فلا تحل له ولا لأولاده أو أخوته أو آبائهم أو أعمامهم.

وينبنى على ذلك أنه إذا كان لرجل زوجتان: فأرضعت إحداهما طفلاً والأخرى طفلة فهما أخوان من الإرضاع لأن زوج المرضعة أب لهما من الرضاعة فلا يحل لهذا الطفل أن يتزوج بهذه الطفلة لأنها أخته من من الرضاع لأب. وتسمى هذه المسألة (بمسألة لبن الفحل)⁽¹⁾.

وحجة الجمهور فى التحريم حديث عائشة الذى ذكرناه فى البند السابق، وما رواه البخارى عن بن عباس رضى الله عنهما أنه سئل عن رجل له امرأتان، فأرضعت هذه غلاماً، وهذه جارية، هل يصح للغلام أن يتزوج الجارية، فقال: «لا، اللقاح واحد» فكان بين الولد والبنت علاقة أخوة بسبب هذا اللقاح. وحديث رسول الله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»⁽²⁾.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

1- «المنصوص عليه شرعاً أن عامة العلماء ومنهم الشافعى فى أحد قوليه

تثبت مصاهرة لعقب التحريم بالمصاهرة بها، أو أشار النص إليها بعدها».

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد الجزء الثانى ص 36 - شرح فتح القدير ج3 ص 448.

(2) وقد خالف رأى الجمهور من التابعين: سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار والنخعي، وهو

قول ضعيف للشافعى وسندهم أن علة التحريم بالرضاع أن لبن المرضعة الذى تغذى به الرضيع جزء منها فأورث ذلك شبهة البعضية واعتباره كقطعة منها، وهذا المعنى غير موجود بين الزوج وبين من أرضعته زوجته، وكون الرجل سبباً فى نزول اللبن من المرضعة سبب بعيد، فلا توجد الجزئية بين الزوج وبين من أرضعته زوجته، وأن حديث عائشة المذكور سلفاً شرع زائد على ما فى الكتاب، وهو قوله تعالى:

﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرِّضْعَةِ﴾ وعلى قول

الرسول عليه السلام «يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب».

ذهبوا إلى أن لبن الرجل يتعلق به التحريم وخالف نفر يسير منهم الشافعى فى أحد قوليهِ - فقد جاء فى الهداية «ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو أن ترضع امرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وأبنائه ويصير الزوج الذى نزل لها منه اللبن أبا للرضعة وفى أحد قولى الشافعى لبن الفحل لا يحرم» وعلق صاحب الفتح على هذه العبارة بقوله «يعنى اللبن الذى نزل من المرأة بسبب ولادتها من زوج يتعلق به التحريم بين من أرضعته وبين ذلك الرجل، بأن يكون أبا للرضيع فلا تحل له إن كانت صبية لأنه أبوها ولا لأخوته لأنهم أعمامها، ولا لأبائهم لأنهم أجدادها ولا لأعمامه لأنهم أعمام الأب ولا لأولاده وإن كانوا من غير المرضعة لأنهم أخوتها لأبيها» الخ، وقال صاحب مجمع الأنهر ضاربا المثل للتحريم بلبن المرأة «وصورته: أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها صاحب اللبن وعلى آبائه وأبنائه كما فى النسب، حتى لو كان لرجل امرأتان وولدتا منه فأرضعت كل واحدة منهما صغيرا صار الأخوين لأب فإن كان أحدهما أنثى لا يحل مناكتها الآخر وإن كانا أنثيين لا يحل الجمع بينهما»، فهذه النصوص تدل على أن الراضع من إحدى الزوجتين لرجل ما - ذكرًا كان الراضع أو أنثى - يصبح بالرضاع ابنا لزوجها رضاعا وأخا لجميع أولاده من الزوجتين من الرضاع. فإذا كان رضاع عبد الرحيم من زوجة جده لأب - زكية - فى سن الرضاع وهى سنتان على قول الصحابين والشافعى - الأصح المفتى به يصبح برضاعه منها ابنا لها ولزوجها من الرضاع وأخا لجميع أولاد زوجها رضاعا سواء من كان منهم من زوجته زكية ومن كان من زوجته الأخرى ومنهم حسن بن سليم عم عبد الرحيم الشقيق.

وبذا لا يحل لعبد الرحيم أن يتزوج من بنت عمه الشقيق حسن لأنها بنت أخيه رضاعا وهى محرمة عليه حرمة بنت أخيه نسبا. وهذا على إطلاقه مذهب الحنفية والمالكية القائلين بأن قليل الرضاع وكثيره سواء فى إيجاب التحريم وهو أيضا رواية عن الإمام أحمد، أما على مذهب الشافعية فى قوله بالتحريم بلبن الفحل والرواية الأخرى عن الإمام أحمد فإن الرضاع المحرم ما كان خمس

رضعات متفرقات مشبعات في مدة الرضاع السابقة فإذا كان رضاع عبد الرحيم من زكية بلغ خمس مرات فأكثر على الوجه السابق كانت بنت عمه حسن محرمة عليه أيضا على هذا المذهب، لأنها بنت أخيه رضاعا، أما إذا كانت رضاعته من زكية أقل من خمس رضعات أو كانت بعد تجاوز سن العامين فإنه لا يتعلق بها التحريم بناء على هذا المذهب الأخير الذي اخترناه للفتوى في هذا الأمر الذي عمت فيه البلوى بين الناس والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1959/9/12 فى الطلب رقم 2459 - أيضا: الفتوى

الصادرة بتاريخ 1916/5/5 والفتوى الصادرة بتاريخ 1917/10/7)

103 - حكمة التحريم بسبب الرضاعة :

يرجع تحريم الزواج بسبب الرضاعة إلى ما يأتي:

1- أنه بالرضاعة ينبت اللحم وينشز العظم، فالمرضع تغذى الرضيع بجزء من جسمها، لأن اللبن الذى تغذيه به إنما هو ناتج من دمها، فالأم الحقيقية تغذى الجنين بالدم وهو فى بطنها والمرضعة تغذيه بدمها بعد أن يولد، فإذا كانت الأم الحقيقية محرمة على ابنها حرمة مؤبدة لأنه جزؤها فكذلك التى أرضعته.

2- أن الرضاعة حنو وعطف، وتتنظر المرضع إلى من ترضعه من ثديها وكأنه بمنزلة ولدها، فالطفل يندمج فى أسرة مرضعته، كما تندمج المرضعة فى أسرة الطفل، فيكون هناك تشابك فى العلاقة، وإذا كانت العلاقة التى تكون من هذا النوع فى النسب موجبة للتحريم فى كثير من الأحوال، فينبغى أن تكون كذلك فى الرضاعة.

3- أن التحريم بسبب الرضاعة يشجع على الرضاعة، فتتحقق مصلحة الأطفال الذين لا أمهات لهم، أو لهم أمهات عاجزات عن الرضاعة، طالما أن الإسلام جعل للمرضع قداسة الأم وكرامتها فأنزلها منزلتها.

104 - المقصود بالرضاعة :

الرضاع والرضاعة فى اللغة: مص اللبن من الثدي. وشرعا: مص

الرضيع اللبن من ثدى المرأة فى وقت مخصوص وهو مدة الرضاع⁽¹⁾.
والرضاع يتحقق أيضا بشرب اللبن من المرأة فى المدة آنفة الذكر، وإنما اقتصر الفقهاء على تعريف الرضاع شرعا بأنه المص لأن هذا هو الغالب⁽²⁾.
والإرضاع المحرم هو الذى يدخل فيه اللبن إلى الجوف من الفم أو الأنف إذ بهذا يصل إلى المعدة فيغذى الجسم، بعكس اللبن الذى يقطر فى الأذن فإنه لا يصل إلى المعدة ولا يكون محرما⁽³⁾.
والحقن باللبن لا يوجب الحرمة⁽⁴⁾.

105- وصف المرضعة :

المرضعة التى يثبت بلبنها التحريم، هى كل امرأة در اللبن من ثديها.
والمرضعة التى يثبت بلبنها التحريم هى التى لا تقل سنها عن تسع سنين.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1949/6/20 بأن :

«والجواب - أن المنصوص عليه عند الحنفية أن اللبن المحرم هو لبن بنت تسع سنين فأكثر. ففى الدر المختار.. ولبن البكر بنت تسع سنين فأكثر محرم وإلا لا...».

ويستوى أن تكون المرضعة يائسة من المحيض أم غير ذلك.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1939/8/17 بأن :

«.. ومع هذا فمذهب الحنفية فى الحادثة أن الرضاع متى كان فى مدة السنتين محرم ولو بعد الفطام والاستغناء بالطعام لو كانت المرضعة آيسة على ما هو ظاهر المذهب وعلى ذلك الفتوى وهو المعتمد... الخ».

وسواء أكان نزول اللبن نتيجة وطء أم من غير ذلك، وسواء أكانت حاملا

(1) شرح فتح القدير ج3 ص 438.

(2) عبد العزيز عامر ص 58 - عمر عبد الله ص 108.

(3) يرى محمد أن التحريم يثبت بالقطر فى الأذن لأنه مغذ فى الجملة.

(4) شرح فتح القدير ج3 ص 455 - ويرى محمد أن التحريم يثبت بحقن الرضيع باللبن - المرجع المشار إليه ص 455.

أم غير حامل⁽¹⁾.

ويثبت التحريم - كما يذهب الأحناف والمالكية - باللبن النازل المرضعة عن طريق الزنا. وإذا طلق الرجل زوجته أو توفي عنها ولها لبن فتزوجت آخر، وولدت منه، فإن لبها يكون للزوج الثاني، وتثبت الحرمة بينه وبين من رضعه ويستوى في ذلك أن يكون اللبن قد زاد أو لم يزد، انقطع أو اتصل، لأن لبن الأول ينقطع بالولادة من الثاني، فإن حاجة المولود إلى اللبن تمنع كونه لغيره.

أما إذا كانت قد حملت من الزوج الثاني ولكن بقي اللبن بحاله، لم يزد ولم ينقطع، فإن اللبن يكون للزوج الأول حتى تلد، لأنه لم يحدث فيه تغيير يجعله للثاني فإذا كان لبن الزوج الأول مازال باقيا ولكنه زاد بالحمل من الثاني، فإن اللبن يكون من الزوج الأول ما لم تلد من الزوج الثاني⁽²⁾.

ولبن الميتة يثبت به التحريم، سواء حلب قبل موتها فشربه الصبي بعد موتها أو حلب بعد موتها لأن المقصود من اللبن التغذي والموت لا يمنع منه⁽³⁾.

106 - مقدار الرضاع المحرم:

يذهب الأحناف - المعمول برأيهم - والمالكية ورواية عن أحمد ابن حنبل، والثوري، والأوزاعي، وحمام، وبعض الصحابة والتابعين⁽⁴⁾، إلى أنه ليس للرضاع المحرم قدر معين، وأنه لا فرق بين قليل الرضاع وكثيره، فيتحقق التحريم ولو من مصة واحدة، ولو كانت غير مشبعة.

وسندهم في ذلك: أن النصوص الواردة بالتحريم جاءت مطلقة ولم تقيد به بقدر معين فقد قال تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾، وقال عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، فالشارع جعل الرضاع سببا في التحريم ولم يقيد ذلك بعدد معين من الرضعات ولا بكمية معينة، فحيث وجد

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص40 - سيد سابق ص 209.

(2) الدكتور أحمد الحصري ص 286.

(3) حاشية ابن عابدين ج3 ص218.

(4) على وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن.

اسمه وجد حكمه، ولأنه فعل يتعلق به التحريم فيستوى قليله وكثيره كالوطء الموجب للرجم، ولأن انتشار العظم وإثبات اللحم يحصل بقليله وكثيره. واستدلوا أيضا بما روى عن عقبة بن الحارث أنه قال: (تزوجت أم يحيى بنت أهاب فجاءت أمة سوداء فقالت: «قد أرضعتكما»، فأنتيت النبي عليه السلام فذكرت له ذلك، فقال: «وكيف، وقد قيل؟.. دعها عنك» فترك الرسول عليه السلام السؤال عن عدد الرضعات وأمره بتركها دليل على أنه لا اعتبار إلا بالإرضاع⁽¹⁾.

(1) أما الشافعية وأرجح الأقوال في مذهب الحنابلة وابن حزم الظاهري، فقد قالوا أن التحريم لا يثبت بأقل من خمس رضعات مشبعات في أوقات متفرقات. وسندهم في ذلك ما يأتي: (أ) ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: (كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن)، وما روى من امرأة أبي حذيفة قالت، يا رسول الله، إن سالما يدخل على وهو رجل، وفي نفس أبي حذيفة منه شيء، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أرضعيه، أى خمس رضعات حتى يدخل عليك.

(ب) أن علة التحريم كون الإرضاع منبئا للحم ومنشزا للعظم، وذلك لا يكون إلا برضاع يوم كامل على الأقل، ولا يكون عادة أقل من خمس رضعات مشبعات. ويرد على حديث عائشة رضى الله عنها، أن علماء الحديث قد ضعفوه وقد قال فيه الطحاوى أنه حديث منكر، وأن الرواية تنص على أن الخمس رضعات نص قرآنى وأن الرسول عليه السلام توفى وهن فيما يقرأ من القرآن، وهذا ادعاء غير سليم لأن هذا معناه. أن هناك نصوصا قد حذفت من

كتاب الله تعالى بعد وفاة الرسول عليه السلام وهو قول خطير لأنه نسخ بعد وفاة الرسول عليه السلام (الدكتور محمد على محبوب ص 262).

وذهبت طائفة (أبو عبيد وأبو ثور وداود الظاهري وابن المنذر، ورواية عن أحمد بن حنبل)، أن الرضاع المحرم هو ثلاث رضعات على الأقل واستندوا في ذلك إلى حديث الرسول عليه السلام: «لا تحرم المصة ولا المصتان»، وإلى حديثه: «لا تحرم الإملاجة ولا الإملجتان».

وذهبت طائفة ثانية إلى أن الإرضاع المحرم سبع رضعات، وذهبت طائفة ثالثة إلى أن الإرضاع المحرم عشر رضعات. والخلاف في تحديد عدد الرضعات المحرمة يرجع إلى التعلق بأخبار لم تثبت عند مخالفيهم، أو تعيينها للمراد. «راجع شرح فتح القدير

وقد جاء بفتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1939/7/11 أن:

«اطلعنا على السؤال. ونفيد: أن مذهب الحنفية أن قليل الرضاع وكثيره سواء في إيجاب التحريم متى كان الرضاع في مدته وهى سنتان على مذهب الصاحبين وهو الأصح المفتى به. ومذهب الإمام الشافعى رحمه الله أن المحرم من الرضاع ما كان خمس رضعات عرفا فى مدته وهى سنتان. ولابد من تيقن كون الرضعات لا تقل عن خمس. فلو شك فى كونها خمسا أو أقل فلا تحريم لأن الأصل عدم كونها خمسا. إلا أنه جاء فى تحفة المحتاج لابن حجر ما معناه أنه وإن كان لا تحريم عند الشك فيما ذكر فالزواج فى هذه الحالة مكروه تورعا. يراجع كتاب الرضاع من تحفة المحتاج لابن حجر. وبذلك علم الجواب عن السؤال على مذهب الإمام أبى حنيفة ومذهب الإمام الشافعى رحمهما الله والله أعلم».

ولا يشترط أن يحصل الإرضاع فى زمن واحد، فيتحقق التحريم لو حصل الإرضاع فى أزمان متباعدة، فمن رضع من امرأة صار أخا لأولادها ولو كانوا مولودين قبله أو مولودين بعده.

وإذا أدخلت المرأة حلمة ثديها فى فم الرضيع دون أن تدرى أدخل اللبن فى حلقه أم لا، لا يحرم النكاح لأن فى المانع شكا ولا تبنى الأحكام على الشك⁽¹⁾.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 20 يناير سنة 1981 فى الطلب رقم 363 لسنة 1980 بأن:

«نقل زين الدين بن نجيم المصرى الحنفى فى كتابه الأشباه والنظائر فى قاعدة: أن الأصل فى الإرضاع التحريم: أنه لو أدخلت المرأة حلمة ثديها فى فم رضيعه، ووقع الشك فى وصول اللبن إلى جوفها لم تحرم، لأن فى المانع شكا، كما فى الولوا لجية، وفى القنية: امرأة كانت تعطى ثديها صبية واشتهر ذلك فيما

ج3 ص438 وما بعدها - بداية المجتهد ج2 ص35 وما بعدها - المدونة الكبرى للإمام مالك - الجزء الخامس ص 87 وما بعدها - الأم للإمام الشافعى مجلد 3 - ج5 ص27 - الأستاذ سيد سابق ص 206 وما بعدها».

(1) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 63.

بينهم، ثم تقول لم يكن فى ثديى لبن حين ألقمتها ثديى، ولم يعلم ذلك إلا من جهتها جاز لابنها أن يتزوج بهذه الصبية. ونقل هذا أيضا فى الدر المختار وحاشيته رد المحتار فى الرضاع... الخ».

107- لبن المرضعة المخلوط بغيره:

إذا اختلط لبن المرضعة بسائل، كالماء أو الدواء أو لبن ماشية، وتناوله الرضيع، فإن كان الغالب لبن المرأة حرم، وإن لم يكن غالبا فلا يثبت به التحريم⁽¹⁾، لأن المغلوب فى مقابلة الغالب غير موجود حكما. وهذا مذهب الأحناف والمزنى وأبى ثور.

وإذا اختلط اللبن بالطعام فيتعين التفرقة بين أمرين:

الأول: إذا كان الطعام قد طبخ باللبن، ففى هذه الصورة لا يتعلق باللبن التحريم باتفاق الفقهاء⁽²⁾.

الثاني: إذا كان اللبن قد اختلط بالطعام دون طبخ.

فقد ذهب أبو حنيفة إلى أن اللبن لا يحرم فى هذه الحالة لأن الطعام أصل واللبن تابع له فى حق المقصود فصار كالمغلوب فلا تحريم، ولو تقاطر اللبن من الطعام لأن التغذى بالطعام فى الأصل.

وإذا اختلط لبن امرأتين، فإن التحريم يثبت بلبن المرأتين بدون اعتبار الأكثر أو الأقل لأن الجنس لا يغلب الجنس لأن الشئ لا يصير مستهلكا فى جنسه.

وهذا عند محمد وزفر وفى رواية عن أبى حنيفة، وهو الراجح فى المذهب الحنفى⁽³⁾.

وإذا تحول اللبن جبنا ثم أطعمه الصغير فى مدة الرضاعة، أو انتزع منه

(1) أما الشافعى فيرى أن اللبن يحرم فى هذه الحالة، لأن اللبن موجود حقيقة فيستلزم حكمه وهو

التحريم لأن الحرمة مبنية على الحقيقة، وذلك بشرط استيفاء عدد الرضعات وهى خمس.

(2) فتح القدير ج3 ص452 - أحمد الحصرى - النكاح والقضايا المتعلقة به ص294.

أما أبو يوسف ومحمد فيذهبان إلى أن اللبن إذا كان غالبا على الطعام تعلق به التحريم.

(3) وعند أبى يوسف وفى رواية عن أبى حنيفة أن الحكم للبن الغالب منهما فهو الذى يثبت

التحريم دون الآخر لأن الأقل يكون تابعا للأكثر فى بناء الحكم عليه.

الزبد، أو حول إلى سمن، ثم أطعم الصغير بالزبد أو السمن المنزوع منه، فإنه لا يثبت به التحريم لزوال الاسم عنه، عند الحنفية⁽¹⁾.

108- وقت الرضاعة المحرمة:

اتفق جمهور الفقهاء على أن وقت الرضاعة المحرمة هو الصغر وحجتهم في ذلك أن الرسول عليه السلام قال: «إنما الرضاعة من المجاعة» أى أن الرضاع المحرم هو الذى يدفع إليه الجوع، وهذا لا يكون إلا فى الصغر. وقوله عليه السلام: «لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم»⁽²⁾. وقوله عليه السلام: «الرضاع ما فتق الأمعاء»، وتفتق الأمعاء لا يكون إلا فى الصغر ذلك أن أمعاء الكبير متفتقة ولا تحتاج إلى لبن يفتحها، كما أن إنبات اللحم وانشاز العظم الذى يجعل الطفل جزءا ممن أرضعه إنما يكون فى الصغر⁽³⁾.

(1) ويثبت به التحريم عند المالكية والشافعية والحنابلة، استنادا إلى أنه غذاء واصل من الحلق إلى جوف الصغير.

(2) أنشز العظم أى رفعها إلى موضعها وركب بعضها على بعضها.

(3) وذهبت طائفة من السلف والخلف إلى أن رضاع الكبير - ولو كان شيخا كبيرا - يحرم كما يحرم رضاع الصغير، وهو رأى عائشة رضى الله عنها. ويروى عن على كرم الله وجهه، وعروة بن الزبير، وعطاء بن أبى رباح وهو قول الليث بن سعد، وابن حزم. وقد استدلوا على ذلك بحديث أمر الرسول عليه السلام سهلة بنت سهيل بأن ترضع سالما مولى أبى حذيفة خمس رضعات وهو كبير ففعلت فكانت تراه ابنا لها. وأن عائشة رضى الله عنها أخذت بذلك فيمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال، وبما روى عن ابن جريح أنه قال: «سمعت عطاء بن أبى رباح، وسأله رجل، فقال: سقتنى امرأة من لبنها بعد ما كانت عائشة تأمر بذلك بنات أخيها». وبما روى عن أبى عطية الوداعى من: «أن رجلا مص ثدى امرأته فدخل اللبن فى حلقه، فسأل أبا موسى الأشعرى عن ذلك، فقال أبو موسى: حرمت عليك امرأتك، ثم سأل ابن مسعود عن ذلك، قال أبو عطية ونحن عنده، فقام ابن مسعود، وقمنا معه، حتى أتى أبا موسى الأشعرى، فقال أرضيعا ترى هذا؟ إنما الرضاع ما أنبت اللحم والعظم، فقال أبو موسى «لا تسألونى عن شيء ما دام هذا الخبر بين أظهركم».

والظاهرية يقولون: إن هذه الرواية وأن أفاد آخرها رجوع أبى موسى الأشعرى عن القول بأن رضاع الكبير محرم، إلا أنه أثبت قوله بناء على دليل عنده، شككه فى بقاءه بلا نسخ أو فى صحته، وقول ابن مسعود، فرجع أبو موسى عن قوله لذلك.

وقد حدد الصحابان والشافعي وأحمد بن حنبل وجمهور أهل الظاهر⁽¹⁾، مدة الرضاعة المحرمة بالحولين الأولين من حياة الرضيع، وقد استندوا في ذلك إلى ما يأتي:

- 1- قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ﴾ - فقد جعل الله تمام الرضاعة بالحولين. ولا مزيد على التمام، وبقوله تعالى: ﴿وَفَصْلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾، ومدة الحمل أَدْنَاهَا ستة أشهر فيبقى للفصال حولان.
 - 2- بما روى عن الرسول عليه السلام أنه: «لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم»، وذلك لمن هو في سن الحولين ينمو باللبن عظمه وينبت عليه لحمه.
 - 3- ما قاله ابن عباس من أنه: «لا رضاع إلا في الحولين».
- وإذا حصل الرضاع في هذه المدة، ولو بعد فطام الصغير، تعلق به التحريم، ولا عبرة بالرضاع الذي يحصل بعدها.
- وقد حدد أبو حنيفة مدة الرضاع بسنتين ونصف، أي بثلاثين شهرا واستدل في ذلك بقوله تعالى: ﴿حَمَلَتُهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾.

كما استدلوا بما روى عن سالم بن أبي الجعد مولى الأشجعي من أنه: «أخبره أبوه بأنه سأل على بن أبي طالب قائلاً له: أنى أردت أن أتزوج امرأة وقد سقتني من لبنها وأنا كبير تداريت به فقال له علي: لا تتكحها ونهاه عنها».

(راجع الدكتور على الحصرى ص 276 وما بعدها - الأستاذ سيد سابق ص 210 وما بعدها).

(1) أما المالكية فيحددون مدة الرضاعة بحولين، وزيادة قليلة عليها قدرها البعض بشهر والبعض الآخر بشهرين، ورأى ثالث بثلاثة أشهر - وقد أخذت المدونة الكبرى للإمام مالك بالرأى الثاني (جزء 5 ص 89).

ووجه استدلاله بهذه الآية أن الله تعالى ذكر شيئين: الحمل والفصال، وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالأجل المضروب لدينين على شخصين، بأن قال الدائن أجلت الدين الذى لى على فلان والدين الذى لى على فلان سنة، فيفهم منه أن السنة بكمالها لكل⁽¹⁾. إلا أن الدليل قام على أن مدة الحمل أقل من ثلاثين شهرا⁽²⁾ ولم يقدّر الدليل على أن مدة الفصال أقل من ذلك فبقيت كاملة، وأنه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الغذاء باللبن، وذلك بزيادة مدة يتعود الصبى فيها غيره فقدرت بأدنى مدة الحمل لأنها قصيرة فإن غذاء الجنين يغير غذاء الرضيع كما يغير غذاء الفطيم. وأما قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَتُ يُرَضِعَنَّ

أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾، فالمراد به أن المدة التي تستحق المرضعة الأجرة على الإرضاع فيها هي سنتان والمراد بالوالدات المطلقات. ومعنى الآية: أن المطلقات يرضعن أولادهن حولين لمن أراد من الآباء أن يتم الرضاعة بالأجرة وهذا لا يقتضى انتهاء مدة الرضاعة بالحولين⁽³⁾. وإذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته امرأة فقد ذهب أبو حنيفة إلى أن الحرمة تثبت أما إذا تم الرضاع بعد مدة الرضاعة فلا تثبت الحرمة⁽⁴⁾. ورأى صاحبين هو الراجح فى المذهب الحنفى والمعمول به.

وبهذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1917/9/10 بأن:

«اطلعنا على هذا السؤال. ونفيد: أولاً أن الجدة المذكورة على فرض أنها

(1) حاشية ابن عابدين ج3 ص210.

(2) لما روى عن عائشة رضى الله عنها، أنها قالت: «الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بقدر فلانة مغزل» وفى رواية «ولو بقدر ظل مغزل»، كما روى عن الرسول عليه السلام أنه قال: «الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين».

(3) عمر عبد الله ص 159 وما بعدها - وقد ذهب زفر إلى أن مدة الرضاع ثلاثة أحوال، لأنه لا بد من مدة يتعود فيها الصبى غير اللبن بعد الفطام لينقطع اللبن باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود فيها الصبى تغير الغذاء.

(4) بداية المجتهد ج2 ص 47 - العقود الدرية ج1 ص35.

أرضعته من لبنها فقد أرضعته بعد انتهاء مدة الرضاعة. لأنها إما حولان على قول صاحبين الذى هو الأصح المفتى به أو حولان ونصف على قول الإمام أبى حنيفة، وإذن تكون مدة الرضاع قد انتهت باتفاق.... الخ».

(راجع أيضا الفتاوى الصادرة بتاريخ 1934/8/7 ، 1981/10/28 فى الطلب رقم 1981/353 ، 1980/11/5 فى الطلب رقم 1980/283)

109- (أ) الإقرار:

يتعين التفرقة بين إقرار الرجل وإقرار المرأة. فإذا أقر الرجل بأن امرأة معينة بنته أو أخته من الرضاعة مثلاً، وأصر على إقراره ثبت ما أقر به، فإذا كان الإقرار قبل الزواج فلا يحل له الزواج من هذه المرأة.

أما إذا كان الإقرار بعد الزواج كان العقد باطلاً، ووجب عليهما الافتراق من تلقاء نفسيهما، وإلا فرق القاضى بينهما معاملة له بإقراره، لأنه غير متهم فيه، لأنه أقر ببطلان الزواج، وهو يملك رفعه وإزالته بالطلاق. ويستوى فى ذلك أن تصدقه المرأة أو تكذبه فى إقراره. غير أنها إذا صدقته فلا شيء لها إذا حصلت الفرقة قبل الدخول، وإن حصلت الفرقة بينهما بعد الدخول فلها الأقل من المهر المسمى ومهر المثل ولا تجب لها نفقة العدة والسكنى. وإن كذبت فى إقراره، فلها نصف المهر المسمى قبل الدخول ولها كله بعده وتجب لها النفقة والسكنى فى العدة، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره إلا إذا صدقه ذلك الغير أو قامت البينة على صحة الإقرار فيتعامل المقر بإقراره فى حق نفسه فقط، ولا يسرى الإقرار على المرأة بإبطال حقها فى النفقة والسكنى فى فترة العدة.

وإذا لم يصر الزوج على إقراره بأن رجع فيه بأن قال: «أخطأت»، قبل رجوعه فلا يعتد بإقراره. ولا يفرق بينه وبين زوجته، لأن الرضاع مما يخفى فلا يضره التناقض إذ مبناه على السماع من الغير، فيجوز أنه لما تبين له كذب

من أخبره بالرضاع رجع عن إقراره⁽¹⁾.

ويقبل منه العدول ولو كان هذا الإقرار قد تكرر منه.

إنما لا يجوز الرجوع في الإقرار إذا كان قد أشهد على نفسه بذلك أو قال «هو حق» أو «كما قلت» أو ما في معناه كقوله «هو صدق أو صواب أو صحيح أو لاشك عندي»⁽²⁾.

أما إذا أقرت الزوجة بالرضاع. فالأمر لا يخلو من فرضين:

الفرض الأول: أن يصدقها الزوج في الإقرار، وفي هذا الفرض تعامل الزوجة بإقرارها والزوج بتصديقه، ويجب عليهما أن يفترضا وإلا فرق القاضي بينهما.

الفرض الثاني: أن يكذبها الزوج في الإقرار، فإذا كان الإقرار قبل العقد فلا يحل لهذه المرأة أن تتزوج بهذا الرجل. أما هو فيحل له أن يتزوج بها إذا وقع في قلبه أنها كاذبة في هذا الإقرار وقد جرت الفتوى على هذا لأن الحرمة لم يجعلها الله تعالى موكولة إليها وهي متهمة في هذا الإقرار لاحتمال أن يكون هناك غرض آخر لها لا تريد أن تفصح به فتدعى هذا الإدعاء.

وإن كان الإقرار بعد الزواج فهي حلال لزوجها، لأنها متهمة في إقرارها لاحتمال أنها أقرت بالإرضاع كذبا للتخلص من زوجها وهي لا تملك التخلص من الزواج بالطلاق، فلا تأثير لهذا الإقرار ولا يعول عليه⁽³⁾.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بصدد الإقرار بما يأتي:

1- «اطلعنا على هذا السؤال. ونفيد: أولا أن الجدة المذكورة على فرض أنها أرضعته من لبنها فقد أرضعته بعد انتهاء مدة الرضاعة. لأنها أما حولان على قول الصاحبين الذي هو الأصح المفتى به أو حولان ونصف على قول

(1) على حسب الله ص 93 - عمر عبد الله 168 وما بعدها.

(2) حاشية ابن عابدين ج 3 ص 233.

(3) عمر عبد الله ص 169 - محمد على محبوب ص 271.

الإمام أبى حنيفة، وإذن تكون مدة الرضاع قد انتهت باتفاق. والرضاع بعد انتهائها لا يحرم وثانياً أن خبرها على حسب المذكور بالسؤال لا يفيد أنها أرضعته من لبنها بل يفيد أنها كانت ترضعه من لبن حليب البقر. وثالثاً أن الزوج لم يصدق الأخ في دعوى التحريم. وحينئذ لا تحرم الزوجة المذكورة على زوجها المذكور بإخبار الجدة المذكورة ولا بمجرد دعوى أخى الزوجة المذكورة لأن الزوج نفسه لو قال لزوجته هذه رضيعتى ثم رجع عن قوله صدق شرعاً ولا تحرم عليه. وكذا لو أقر الزوج والزوجة بذلك ثم كذبا أنفسهما وقالا جميعاً أخطأنا ثم تزوجها جاز زواجه بها. كما يؤخذ كل ذلك من متن التتوير وشرحه في باب الرضاع».

(فتوى صادرة بتاريخ 1917/9/10)

2- «قال في متن التتوير وشرح الدر المختار ما نصه: «قال لزوجته هذه رضيعتى ثم رجع عن قوله صدق لأن الرضاع مما يخفى فلا يمنع التناقض فيه ولو ثبت عليه بأن قال بعده هو حق كما قلت ونحوه فرق بينهما» أ.هـ. ومن ذلك يعلم أنه حيث أقر الرجل المذكور بأنه رضع هو وهذه البنت من أمها وثبت على ذلك ولم يرجع فرق بينهما لأنهما أخوان من الرضاع والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 6 يناير سنة 1925)

3- «اطلعنا على السؤال المتضمن أن السائل قد أقر كتابيا برضاعه من خضرة الدسوقي أبو زيد التي يريد التزوج بابنتها فاطمة محمد إبراهيم أبو زيد ثم قرر أن هذا الإقرار غير صحيح وإنما قصد به إرضاء زوجته الأولى حيث غضبت حين علمت أنه يريد التزوج بفاطمة المذكورة. والدليل على عدم صحته أنه من مواليد فبراير سنة 1910 وخضرة الدسوقي من مواليد شهر مايو سنة 1906 كما تدل عليه شهادتا الميلاد الرسميتان المقدمتان مع السؤال ولا يعقل أن يكون لها لبن يرضعه وهي في هذه السن وطلب إفتاءه بالحكم الشرعى في حل زواجه بها أو حرمة. والجواب - أن المنصوص عليه عند الحنفية أن اللبن المحرم هو لبن بنت تسع سنين فأكثر. ففي الدر المختار «ولبن البكر بنت تسع

سنتين فأكثر محرم وإلا لا» والرضاع أنها يحرم إذا كان في مدته وهي سنتان على الأكثر في الأصح المفتى به. ولا يعقل أن يكون لخضرة المذكورة لبن وهي دون السابعة من عمرها حيث يكون السائل قد تجاوز سن الرضاع شرعا وعلى فرض وجوده فلا تأثير له في التحريم لما ذكرنا. ولا يعول على هذا الإقرار لأن الشارع قد كذبه فيه. فيحل للسائل التزوج من بنت خضرة الدسوقي المذكورة المدعوة فاطمة محمد إبراهيم أبو زيد إذا كان الحال كما ذكر بالسؤال. والله تعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1949/6/20)

110- (ب) البيئة :

نصاب الشهادة على الرضاع عند الأحناف، هو نصاب الشهادة في الأموال أى شهادة رجلين عدلين أو رجل عدل وعدلتين. ولا تقبل عندهم شهادة النساء وحدهن على الإرضاع، لأن إثبات الحرمة بالرضاع يستتبع وبطريق اللزوم زوال ملك الزوج لزوجته وزوال الملك لا تقبل فيه شهادة النساء منفردات⁽¹⁾.

وقد رد الأحناف على من يقول بأن الرضاع من المسائل التي لا يطلع عليها الرجال بأن المحارم من الرجال يحل لهم النظر إلى ثدى المرأة⁽²⁾. ويجوز أن يكون من بين العدلتين المرضعة، ولا يغير كون شهادتها على فعل نفسها لأنه لا تهمة في ذلك كشهادة القاسم والوزان والكيال، ولئن جاء ببعض الشروح (شرح الوهبانية) أنه لا تقبل شهادة المرضعة عند أبي حنيفة وأصحابه، فإن الظاهر أن المراد إذا كانت وحدها احترازا عن قول مالك⁽³⁾.

ومع هذا فهم يرون أنه إذا شهدت امرأة عدلة بالرضاع، فإنه يجب التتزه، وأن يفارق الرجل المرأة إن كان قد عقد عليها وألا يقدم على زوجها إذا لم يكن

(1) بداية المجتهد ج2 ص 465 - حاشية ابن عابدين ج3 ص 224.

(2) حاشية المحقق سعد الله بن عيسى الشهير بسعد جليبي وبسعد أفندي - على هامش شرح فتح القدير ج3 ص 461.

(3) حاشية ابن عابدين ج3 ص 224 وما بعدها.

قد عقد عليها⁽¹⁾.

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

1- «... وخلاصة ما ذكرنا من النصوص أن المعتمد عليه أنه لا تثبت الحرمة قبل النكاح بشهادة النساء وحدهن بل لابد من شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول. ويؤيد هذا ما أفتى به في تنقيح الحامدية حيث سئل في شهادة النساء وحدهن على الرضاع هل تقبل (فأجاب) بقوله حجة الرضاع حجة المال وهي شهادة عدلين أو عدل وعدلتين ولا يثبت بشهادة النساء وحدهن. لكن إن وقع في قلبه صدق المخبر تركه قبل العقد أو بعده كما في البزازية. قال ابن عابدين في التنقيح أقول - أي تركه احتياطياً... الخ. عن البحر مما أسلفنا بعضه - بناء على ذلك لا تثبت الحرمة في هذه الحادثة بشهادة المرأتين المذكورتين على ما قال صاحب البحر أنه المعتمد بل ولا تثبت الحرمة أيضاً على ما اختاره صاحب البزازية إذا لم تكن هناك المرأتان متصفيتين بالعدالة. ويحل لأحد أبناء الرجل من المرأة الأولى الذي لم يصادق امرأة أبيه وأختها على رضاع البنت المذكورة من امرأة أبيه أن يتزوج

(1) حاشية ابن عابدين ج3 ص 224 - الدكتور محمد على محبوب ص 273.

ونعرض فيما يلي لنصاب الشهادة على الرضاعة في المذاهب الأخرى:

(أ) المذهب الشافعي:

نصاب الشهادة، شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو أربع نساء، مثل الولادة لأنه لا يحل لغير ذى رحم محرم أو زوج أن ينظر إلى ثدى المرأة.

(ب) المذهب المالكي:

نصاب الشهادة، شهادة رجلين أو رجل وامرأة واحدة، أو امرأتين فقط بشرط أن يفشيا قولهما عند الأهلين والجيران قبل العقد لأن الغالب في الرضاع ألا يطلع عليه غير النساء فجازت = شهادتين لهذا السبب، وإنما اشترط لقبول هذه الشهادة الإظهار قبل الزواج لإبعاد التهمة التي قد تلحق الشاهد من وراء هذه الشهادة.

(ج) المذهب الحنبلي:

نصاب الشهادة، شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو شهادة امرأتين، أو شهادة المرضعة وحدها (راجع: الأم للإمام الشافعي ج5 ص 34 - المدونة الكبرى للإمام مالك ج5 ص 93 - صلاح الدين زغو ص 38 وما بعدها - محمد على محبوب ص 272 وما بعدها).

البنت المذكورة وهذا حيث كان الحال كما ذكر في السؤال والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ أول نوفمبر سنة 1928)

2- «اطلعنا على هذا السؤال. ونفيد: بأنه قد نص الفقهاء على أن الرضاع يثبت بما يثبت به المال - فيثبت بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين كذلك. فمتى ثبت أن المرأة الثانية أرضعت الأولى في مدته بهذه الحجة فرق بينه وبين كل منهما لحرمتها عليه. أما الأولى فلدخوله بالثانية التي هي أمها رضاعاً. وأما الثانية فلأنها أم امرأته رضاعاً، ولا تقع الفرقة إلا بتفريق القاضى لما نص عليه صاحب البحر من قوله: ثم أعلم أن الرضاع إذا شهد به رجلان عدلان لا تقع الفرقة إلا بتفريق القاضى لما فى المحيط ولو شهد رجل وامرأتان فالتفريق للقاضى لأن هذه فرقة وحرمة تتضمن إبطال حق العقد فلا يتعلق هذا الحكم بالشهادة إلا بانضمام القضاء عليها أ. هـ. وظاهر أن هذا النص كما يجرى فى الرضاع الطارئ جار أيضاً فى غير الطارئ لا كما استظهره صاحب البحر قبل عبارته السابقة من أن ذلك خاص بالرضاع الطارئ أما غيره فلا يحتاج إلى تفريق القاضى بل يرتفع النكاح بالكلية بدون تفريق. وهذا حيث كان الحال ما ذكر بالسؤال. والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 8 يناير سنة 1929)

3- «اطلعنا على هذا السؤال ونفيد: أنه إذا كان كل من الزوجين المذكورين قد رضع من نفيسة المذكورة فى مدة الرضاع وهى سنتان على ما هو الأصح المفتى به لم يحل له التزوج بها شرعاً لأنها أخته رضاعاً - لكن لا يثبت الرضاع على مذهب الحنفية إلا بإقرار الزوج. أو بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول فإذا ثبت الرضاع بالإقرار المذكور أو بهذه الشهادة تبين أن عقد الزواج عقد فاسد فيجب عليهما المتاركة بالقول. فإن لم تحصل هذه المتاركة وثبت هذا الرضاع عند القاضى بما ذكر وجب أن يفرق بينهما.

وبهذا علم الجواب عن السؤال حيث كان الحال كما ذكر.

والله تعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1942/7/2)

4- «إن الرضاع قضاء لا يثبت عند الحنفية إلا بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين كذلك ولا يقبل على الرضاع أقل من ذلك كما لا يقبل فى إثباته شهادة النساء بانفرادهن واحدة أو أكثر فإذا شهد به رجل واحد أو امرأة واحدة أو رجل وامرأة لم يثبت الرضاع بإحدى هذه الشهادات إلا بتصديق الراضع فإن صدق ثبت التحريم بتصديقه لأن تصديقه بمثابة إقراره به وإقراره به مع الإصرار عليه مثبت للحرمة وكذلك يثبت التحريم إذا لم يصدق وكان الخبر معروفا بالصدق والعدالة فإنه حينئذ لا يجوز النكاح...الخ».

(فتوى صادرة بتاريخ 1958/2/3)

القسم الثاني: المحرمات مؤقتا

111- تعداد:

سبق أن ذكرنا أن المحرمات مؤقتا، هن من كان سبب تحريمهن امرا قابلا للزوال، فيكون التحريم ما بقى هذا الأمر، فإذا زال انتهى التحريم، والمحرمات مؤقتا ستة أنواع هي:

- 1- المتعلق حق الغير بها بزواج أو عدة.
- 2- المطلقة ثلاثا حتى تتزوج غير مطلقها.
- 3- زواج الملاعنة ممن لاعنها حتى يكذب نفسه.
- 4- الجمع بين محرمين.
- 5- الجمع بين أكثر من أربع زوجات.
- 6- المرأة التي لا تدين بدين سماوي.

ونعرض لهذه الأنواع بالتفصيل على النحو الآتي:

112- أولا: المتعلق حق الغير بها بزواج أو عدة:

لا يحل لرجل أن يعقد على زوجة الغير أو معدته، لتعلق حق الغير بها، ويلحق بذلك من تعلق بها حق الغير بدخول في زواج فاسد أو دخول بشبهة، أو عدة فيهما.

وقد ثبت تحريم زوجة الغير في القرآن في تعداد المحرمات بقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾، فإن المراد بالمحصنات هنا المتزوجات. وقد استثنت هذه الآية المملوكات بملك اليمين، وهن المسيبات في الحرب وقد كن متزوجات إذا وقع السبي عليهن وحدهن من غير الأزواج، فالمرأة ذات الزوج في دار الحرب إذا سبيت وحدها فقد وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بسبب اختلاف الدار فيحل الزواج بها.

وثبت تحريم المطلقات في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ

ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾، ومعنى تربص المطلقة: انتظارها المدة المذكورة بدون أن تتزوج.

وقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحْضَنْ﴾. ومعنى الآية إن شككتم في عدة المرأة الآيسة وجهلتم ذلك فعدتها ثلاثة أشهر، ومثلها التي لم تحض في أن عدتها ثلاثة أشهر. وقوله تعالى: ﴿وَأُولَئِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، فإن وضع الحمل ينهى العدة، سواء كانت العدة لطلاق أو وفاة.

وثبت تحريم المعتدات من وفاة صراحة بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَتَّبْنَ أَنْفُسَهُنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾.

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾، والمقصود حتى تنتقضى العدة. وهذه الآية وإن وردت في المعتدة بسبب وفاة زوجها فهي تشمل المعتدة من طلاق وحكمة تحريم الزواج في العدة، هي المحافظة على الأنساب ومنع الخلط فيها، وهو أمر تحرص عليه الشريعة الإسلامية أشد الحرص.

كما أن الطلاق سواء كان رجعياً أو بائناً، تبقى فيه بعض آثار الزوجية، ويحق للرجل مراجعة زوجته دون عقد أو مهر جديدين، إن كان الطلاق رجعياً، وله الزواج بها بعقد ومهر جديدين إن كان الطلاق بائناً بينونة صغرى، وفي التزوج بها في فترة العدة اعتداء على حق الزوج وهو ما يدعو إلى البغضاء والكراهية بين المطلق والزوج الجديد وقد يمتد ذلك إلى أسرتهما.

ومادام المانع من زواج المعتدة هو تعلق حق الغير بها، فيجوز لمن فارق المرأة أن يتزوجها وهي معتدة منه.

وإذا تزوج الرجل من زوجة الغير أو معتدته من طلاق رجعى مع علمه بالتحريم، كان زواج باطلاً، فإذا لم يكن عالماً بذلك كان زواجه فاسداً.

أما إذا تزوج لرجل من معتدة الغير من طلاق بائن كان زواجه فاسداً، لأن في الزواج منها ما يدعو إلى الاشتباه.

(راجع في التفصيل بند 53).

113- ثانيا : المطلقة ثلاثا حتى تتزوج غير مطلقها :

قال تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكِ بِمَعْرِوفٍ أَوْ تَسْرِحِي بِإِحْسَانٍ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۚ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ۝﴾⁽¹⁾.

فمن طلق امرأته ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره زواجا صحيحا - ليس باطلا أو فاسدا - ويدخل بها، ثم يطلقها أو يموت عنها فتنتهي عدتها⁽²⁾. ولا بد من الدخول، حتى ولو كان الزوج الأول لم يدخل بها. وقد بينت السنة أن الزواج الثاني لا يحل للمرأة للزوج الأول، إلا إذا دخل بها دخولا حقيقيا⁽³⁾.

فقد روى عن عائشة رضی الله عنها أنها قالت :

جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى رسول الله ﷺ فقالت: إني كنت عند رفاعة، فطلقني فبت طلاقا⁽⁴⁾، فتزوجني عبد الرحمن بن الزبير وما معه إلا مثل هذبة⁽⁵⁾ (بضم الهاء وسكون الدال الثوب) فتبسم النبي عليه السلام وقال: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعه؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»⁽⁶⁾.

(1) سورة البقرة الآيتان 229 ، 230.

(2) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 331.

(3) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج4 ص 56.

ولم يخالف في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب وقال بقوله بشر المريسى ودادو الظاهري والشيعه وقد روى أن سعيد بن المسيب عدل عن هذا الرأي.

(4) أى طلقني ثلاثا.

(5) جاء بمختار الصحاح ص 691 أن هذب العين ما نبت من الشعر على أشفارها، وأهداف جمع هذب - فهي قد شبهت ذكره في الاسترخاء وعدم الانتشار عند الإفضاء بهذبة الثوب.

(6) قال في المصباح: العسل يذكر ويؤنث، وهو الأكثر ويصغر على عسيلة على لغة التأنيث =

ويكتفى فى الدخول، بالتقاء الختانين الذى يوجب الحد والغسل ولا يشترط الإنزال، لأن الشرط الذوق لا الشبع، وقد أشار الرسول عليه السلام فى الحديث بالتصغير لتقليل القدر الذى لابد منه فى حصول الاكتفاء به.

ويحل الجماع، ولو كان الذكر ملفوفا بخرقة، مادام الرجل يجد لذة حرارة المحل، فلو أوج الشيخ الكبير الذى لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لا يحلها إلا إذا انتعش وعمل⁽¹⁾، والمقصود بالعمل أن يكون له نوع انتشار يحصل به إيلاج كى لا يكون بمنزلة إدخال خرقة فى المحل.

ولا يثبت التحليل بجماع الصغير الذى لا يجامع مثله لأنه لا يجد لذة أصلا، وقدر سن الجماع بعشر سنين.

ويحل الجماع ولو فى حيض ونفاس أو صوم فرض أو إحرام، وإن كان حراما⁽²⁾.

وإن تزوجت مجنونا، فإنها لا تحل حتى تحبل لوجود الدخول حكما. ولو مات عنها زوجها قبل الوطء لا تحل، وإن كان الموت كالدخول فى إيجاب العدة وتقرير المهر المسمى، لأن الشرط هو الوطء⁽³⁾.

والحكمة من التحريم فى هذه الحالة، أن تطليق الرجل امرأته مرة ثالثة بعد مرتين سابقتين، يدل على استحكام الخلاف بينهما، وحاجتهما إلى علاج أنجح من مجرد الطلاق والرجعة، وذلك بمنع الزوج من مراجعتها حتى تجرب غيره من الرجال، فإما أن توفق إلى زوج يلائمها ويبحث هو عن امرأة تلائمه، وإما أن يطلقها الثانى فيستردّها الأول بزواج جديد، بعد أن تكون قد عرفت قدرها وعرفت فضله فتستأنف الحياة الزوجية من جديد على أساس من المحبة والوئام⁽⁴⁾.

= ذهابا إلى أنها قطعة وطائفة منه ثم ذكر الحديث المذكور، وقال بعده: وهذه استعارة لطيفة فإنه شبه لذة الجماع بحلاوة العسل أو سمى الجماع عسلا، لأن العرب تسمى كل ما تستحليه عسلا.

(1) البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ 4 ص 56.

(2) ومن هذا رأى الشافعية، ويخالفه المالكية.

(3) حاشية ابن عابدين جـ 3 ص 410.

(4) على حسب الله ص 109.

فضلا عن أن التحريم يدعو الرجل إلى التروى فى الطلاق، لأنه إذا علم أن المرأة لا تحل له بعد أن يطلقها ثلاث مرات إلا إذا نكحت زوجا غيره فإنه يتردد كثيرا فى الطلاق، لأن ذلك مما تأباه شهامة الرجال وعزتهم.

114- زواج المحلل:

المحلل هو الشخص الذى يتزوج المطلقة ثلاثا بعد انقضاء عدتها، ويدخل بها، ثم يطلقها ليحلها للزوج الأول. وقد اختلف الأحناف فى زواج المحلل. فذهب أبو حنيفة وزفر إلى صحة عقد زواج المحلل إذا اشترطت المرأة على الرجل أن يكون زواجها به زواج تحليل الغرض منه تمكنها من العودة إلى الزوج الأول، أو اشترط الرجل ذلك. لأن هذا الشرط فاسد، وعقد الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة، وإن كان ذلك مكروها كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب لقوله عليه السلام: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا بلى يا رسول الله قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له».

أما لو نوى التحليل ولم يقل به فلا عبرة به، ويكون الرجل مأجورا لقصد الإصلاح⁽¹⁾.

ويرى أبو يوسف أن عقد الزواج الثانى فاسد، لأنه زواج مؤقت ولا يحل المرأة على الأول لفساده.

(1) شرح فتح القدير - ج4 - ص181 - وقد جاء بحاشية ابن عابدين ج3 ص415 أن البزارى ذهب إلى أن أبى حنيفة قال إذا زوجت المطلقة نفسها من الزوج الثانى بشرط أن يجامعها ويطلقها لتحل للأول، فالنكاح والشرط جائزان حتى إذا أبى الزوج طلاقها أجبره القاضى على ذلك وحلت للأول، وقد عقب المؤلف على هذا رأى بأن: «قال فى النهر: قال الإمام ظهير الدين: هذا البيان لم يوجد فى غيره من الكتب كذا فى العناية وفى فتح القدير، هذا مما لم يعرف فى ظاهر الرواية، ولا ينبغى أن يعول عليه ولا يحكم به لأنه مع كونه ضعيف الثبوت تنبؤ عنه قواعد المذهب لأنه لا شك أنه شرط فى النكاح لا يقتضيه العقد وهما مما لا يبطل بالشروط الفاسدة، بل يبطل الشرط ويصح، فيجب بطلان هذا وأنه لا يجبر على الطلاق. أ.هـ».

ويرى محمد صحة العقد الثانى ولكنه لا يحلها للزواج الأول لأنه استعجل ما أخره الشارع فيجازى بمنع مقصوده كقاتل المورث، الذى يجازى بقصده بحرمانه من الميراث⁽¹⁾.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1971/10/9 فى الطلب رقم 481 لسنة 1971 بالرأى الذى ذهب إليه أبو حنيفة وزفر فقد جاء بفتواها أنه⁽²⁾ :

«اختلف علماء الحنفية فيما إذا شرطت المرأة على الزوج الثانى أن يكون زواجها به زواج تحليل الغرض منه تمكنها من العودة إلى الزوج الأول فقال أبو حنيفة وزفر أن هذا الزواج صحيح متى كان العقد مستوفيا لأركانها وشروط صحته، وشرط التحليل شرط فاسد لا تأثير له، لأن النكاح لا يفسد بالشروط الفاسدة، فيلغى الشرط ويبقى النكاح على الصحة، فإذا طلقها الزوج الثانى وانقضت عدتها منه فإنها تحل للأول، ولكنه يكون مكروها كراهة تحريرية بسبب ذلك الشرط، لأنه ينافى المقصود من الزواج فى نظر الشريعة. فاشتمال العقد على ذلك الشرط يورثه الكراهة، ويجعل زواج الأول بالمرأة بعد فراقها من الثانى مكروها أيضا، وعلى هذه الكراهة يحمل قول الرسول صلى الله عليه وسلم (لعن الله المحلل والمحلل له). فإن الكراهة التحريمية تستوجب العقوبة. وقال أبو يوسف أن نكاح التحليل فاسد ولو حصل فيه دخول، لأنه فى معنى النكاح المؤقت الذى اتفق على فساد أئمة المذهب ما عدا زفر، فلا فرق عنده بين النكاح المؤقت والنكاح بقصد التحليل. وقال محمد أن زواج التحليل فى ذاته زواج صحيح، ولكنه لا يحل المرأة لزوجها الأول معاملة لها بنقيض مقصودها. وبما أن السائل يقرر فى طلبه أن زوجته تزوجت بزواج آخر بقصد تحليلها،

(1) شرح فتح القدير - ج4 - ص 181 - وذهب الشافعى إلى أن المحلل إذا اشترط

التحليل فى العقد، فنكاحه فاسد.

(2) أصدرها الفتوى فضيلة الشيخ محمد خاطر.

وكان ذلك بعلمها، وأن الزوج الآخر دخل بها دخولا حقيقيا ثم طلقها، فإنه يصح له أن يتزوجها بعد انقضاء عدتها من الزوج الآخر ولكن يكون هذا الزواج مكروها، وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة وزفر هو ما نختاره للفتوى والله سبحانه وتعالى أعلم⁽¹⁾».

(1) قارن الفتوى الصادرة بتاريخ 1945/9/22 من فضيلة الشيخ عبد المجيد سليم، وقد جاء بها ما يأتي:

«اطلعنا على هذا السؤال ونفيد أنه متى كان الحال كما ذكر به وكان زواج الزوج الثانى زواجا صحيحا وقد دخل بها دخولا حقيقيا، حل للزوج الأول أن يتزوج بها ثانيا هذا وليس من الزواج الصحيح الزواج الذى قصد به تحليلها لمطلقها الأول على ما اخترناه للفتوى من أقوال العلماء وبهذا علم الجواب عن السؤال والله أعلم».

والفتوى الصادرة بتاريخ 1989/1/8 عن فضيلة الدكتور محمد سيد طنطاوى فقد تضمنت أن:

«المقرر شرعا أنه إذا طلق الزوج زوجته طلاقا مكملًا للثلاث - لا تحل له حتى تتزوج غيره زواجا صحيحا شرعا مقصودا به الدوام والاستمرار - ويدخل بها الزوج الثانى دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها وتتقضى عدتها منه شرعا - وحينئذ يجوز لمطلقها الأول أن يعيدها إلى عصمته بعقد ومهر جديدين بإنهائها ورضاها. أما الزواج بقصد التحليل فزواج غير صحيح سواء دخل بها دخولا حقيقيا أو لا ولا يترتب عليه أى أثر من آثار العقد الشرعى الصحيح. وقد جاء النهى عن زواج التحليل بقوله عليه الصلاة والسلام «لعن الله المحلل والمحلل له» وبقوله ﷺ «ألا أخبركم بالنئيس المستعار قالوا بلى يا رسول الله قال هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له» وصح عن عمر رضى الله عنه أنه قال: لا أوتى بمحلل ومحلل له إلا رجمتهما وقد نقل مثل ذلك عن الصحابة.

من ذلك ما روى عن ابن عمر أنه سئل عن تحليل المرأة لزوجها فقال: ذاك السفاح. وقال الإمام ابن تيمية (نكاح المحلل حرام بالإجماع). فليس من الزواج الصحيح الزواج الذى يقصد به تحليل المرأة لزوجها الأول ولم يقصد به الدوام والاستمرار وهذا هو ما يتفق مع روح الشريعة وما قصد إليه الشارع من عدم إباحة مراجعة الزوج لزوجته بعد أن استنفدت الطلقات الثلاث إلا إذا تزوجت غيره زواجا صحيحا قصد به الدوام والاستمرار ولم يقصد به إحلالها لزوجها الأول، وبناء على كل ما تقدم فإن هذه المطلقة موضوع الاستفتاء التى طلقت من زوجها ثلاث طلقات متفرقات وأصبحت بائنة منه بينونة كبرى. لا تحل لزوجها الأول بعد زواج قصد منه التحليل. لأنه زواج غير

كما أفتت بتاريخ 1969/10/12 فى الطلب رقم 532 لسنة 1969

بأن:

«اتفق فقهاء الحنفية على أن نية التحليل إذا كانت مجردة عن اشتراطه بالقول فى العقد فلا تفسد الزواج بل يكون صحيحا وتحل به المطلقة لزوجها الأول متى فارقتها زوجها الثانى بعد الدخول وانقضاء العدة ذلك لأن النية المجردة لا تأثير لها فى صحة العقود والتصرفات فنية التحليل الباطنية كنية التوقيت الباطنية ليس لشيء منهما أثر يمنع صحة الزواج. ولكن هذا إذا أضمر هذا الغرض فى النفس ولم يكن هناك ما يدل على أن التحليل متفق عليه بين الزوج والزوجة وأهلها. وعلى ذلك فيكون زواج السائلة بالزوج الثانى بعد انقضاء عدتها من زوجها الأول مع كتم نية التحليل فى نفسها زواجا صحيحا شرعا تترتب عليه آثاره ومنها حل المعاشرة التى تمت بينهما وبطلاقه لها وانقضاء عدتها منه أصبحت تحل لزوجها الأول ومن ثم يكون رجوعها لزوجها الأول رجوعا صحيحا شرعا تترتب عليه آثاره. ومما يذكر يعلم الجواب عن السؤال. والله سبحانه وتعالى أعلم».

115- ثالثا: زواج الملاعنة ممن لا عنها حتى يكذب نفسه :

الزوجة الملاعنة هى التى قذفها زوجها بالزنا، أو نفى نسبة ولدها إليه. وقد جاء فى سورة النور حكم اللعان فى قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ

صحيح شرعا. ولا يحلها لزوجها الأول.

وحينئذ يكون زواجها الأول زواجا غير صحيح شرعا والدخول فيه محض زنا لأنها مازالت

أجنبية عنه ويجب عليهما أن يفترقا طوعا - وإلا فعلى من يهمة الأمر أن يرفع =

أمرهما إلى القضاء فيفرق بينهما جبرا، ومما ذكر يعلم الجواب عن السؤال إذا كان الحال كما ورد به.

والله سبحانه وتعالى أعلم».

بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿١﴾، فإذا رمى الرجل امرأته بالزنا أو نفى نسبة ولدها منه، حلف أربع مرات أنه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين وأن تحلف المرأة عند تكذيبه أربع مرات، أنه لمن الكاذبين، والخامسة أن عليها غضب الله إن كان من الصادقين.

واللعان مأخوذ من اللعن، لأن الملاعن يقول في الخامسة: «أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين»، وقيل هو الإبعاد، وسمى المتلاعنان بذلك، لما يعقب اللعان من الإثم والإبعاد ولأن أحدهما كاذب فيكون معلونا، وقيل لأن كل واحد منهما يبعد عن صاحبه بتأبيد التحريم⁽¹⁾.

ويذهب أبو حنيفة ودาวود إلى أن الزوج إذا أقام شهودا على الزنا فليس له أن يلاعن لأن اللعان إنما جعل عوضا عن الشهود⁽²⁾.

وإذا تمت الملاعنة فرق بين الزوجين، ولا تقع الفرقة عند أبي حنيفة إلا حكم القاضي. والفرقة عنده طلاقه بائة⁽³⁾.

وإذا كان اللعان على نفى الرجل ابنه، انتفى نسب الولد من أبيه ولحق بأمه. والزوجة الملاعنة تحرم على زوجها، والسبب في ذلك أن الثقة بينها وبين

(1) السيد سابق ص 459 - والأصل في اللعان ما رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن هلال بن أمية قذف امرأته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بشريك بن سمحاء. فقال النبي ﷺ: «البينة، أو حد في ظهرك».

فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة؟! فجعل رسول الله ﷺ يقول:

«البينة، وإلا حد في ظهرك».

فقال: والذي بعثك بالحق أني لصادق، ولينزلن الله بما يبرئ ظهري من الحد، فنزل جبريل عليه السلام وأنزل عليه الآية الواردة بالمتن.

(2) وقال مالك والشافعي له أن يلاعن، لأن الشهود لا تأثير لهم في دفع الفراش.

(3) الهداية في شرح بداية المبتدئ - ج 2 ص 24 - ويرى زفر أن الفرقة تقع بتلاعنها لثبوت الحرمة المؤبدة من حديث الرسول عليه السلام: «المتلاعنان إذا افترقا لا يجتمعان أبدا».

زوجها قد فقدت، ولا يمكن أن يقوم زواج ليس أساسه الثقة واطمئنان الرجل إلى أهله في المحافظة على عرضها وعرضه⁽¹⁾.

فإذا كذب الرجل نفسه، فقال أبو حنيفة يجلد وجاز له أن يعقد على المرأة من جديد، لأن الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها، وبعد هذا الرجوع تكون الثقة قد عادت بين الزوجين فيمكن استئناف الحياة الزوجية بينهما من جديد.

أما الجمهور ومعه أبو يوسف، فيذهبون إلى أنه إذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان أبدا فتثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع وإذا كانت حرمة مؤبدة فلا تكون طلاقا بل فسحا، واستندوا في ذلك إلى حديث الرسول عليه السلام (المتلاعنان إذا افترقا لا يجتمعان أبدا)⁽²⁾.

116- رابعا: الجمع بين محرمين:

يقتضى تناول حرمة الجمع بين محرمين، أن نعرض للقاعدة في تحريم الجمع، وسند التحريم، وحكمته، ثم حكم الجمع بين محرمين.

117- (i) القاعدة في تحريم الجمع بين محرمين:

المقصود بالمحرمية أنه إذا فرض وكانت إحدى المرأتين رجلا حرمت على الرجل الأخرى، وكان التحريم متبادلا بينهما. ومثال ذلك المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها أو بنت أخيها أو بنت أختها، لأنها إذا كانت المرأة في هذه الأمثلة ذكرا حرمت عليه أخته وعمته وخالته وبنت أخته وبنت أخته، وكذلك لو كان كل من هؤلاء ذكرا حرمت تلك المرأة عليه، لأنها تكون أما أختا أو ابنة أو ابنة أخت أو خالة له.

أما إذا كان التحريم ثابتا من جهة واحدة أى غير متبادلة بين المرأتين، فلا تثبت حرمة الجمع⁽³⁾، ومثال ذلك المرأة وزوجة سابقة لأب، فلو فرض أن

(1) محمد أبو زهرة - ص 94.

(2) شرح فتح القدير - ج 3 - ص 288.

(3) ولم يخالف في التحريم إلا الخوارج وعثمان البتي وداود الظاهري، حيث ذهبوا إلى أن

المرأة ذكر لحرمت عليها زوجة أبيها السابقة، أما لو فرضت زوجة الأب السابقة ذكراً فإنها لا تحرم على البنت، لأنه لا يمكن اعتبارها في هذا الفرض زوجة أب، ومن ثم يجوز الجمع بين المرأتين وزوجة أبيها السابقة، وهو ما يعبر عنه بالجمع بين الربيبة وزوجة أبيها⁽¹⁾.

ويحرم الجمع بين المحارم، سواء كانت المحرمية سببها النسب أو كان سببها الرضاع⁽²⁾، فلا يجوز مثلاً أن يجمع الرجل بين أختين من الرضاع أو امرأة وابنة أخ لها من الرضاع لأنها عمتها، وكذلك كل محرمية من الرضاع ويحرم الجمع بين المحارم إذا كانت الزوجية قائمة، أو فارق الرجل زوجته، وكانت تقضى عدتها، سواء كانت معتدة من طلاق رجعى أو بائن، أما إذا انقضت العدة فإن المانع يكون قد زال ولا يوجد جمع بين محرمتين في عصمته، وكذلك إذا كانت الزوجة الأولى قد توفيت⁽³⁾.

118- (ب) سند التحريم:

الجمع بين المحارم فيما عدا الأختين والمرأة وابنتها ليس بحرام، وسندهم في ذلك أن الله تعالى ذكر المحرمات وضمنهن الجمع بين الأختين ثم أعقب ذلك بقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ ومن ثم فإن الجمع فيما سوى الأختين لم يدخل في التحريم فكان داخلاً في الإحلال، إلا أن الجمع بين المرأة وابنتها جاء عن طريق الأولى لأن قرابة الولد أقوى من قرابة الأخت.

(1) وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة لعل وبنته من غيرها، ولم ينكر عليه أحد من أهل زمانه وهم الصحابة والتابعون وهو دليل ظاهر على الجواز.

(2) وهذا رأى جمهور الفقهاء، وقد خالف في ذلك ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، فأجازوا الجمع بين المحارم رضاعاً لعدم ورود نص بالتحريم وأن النصوص الواردة في تحريم الجمع إنما هي فيما إذا كانت الصلات نسبية ولأن المعنى الذى كان من أجله التحريم لا يتحقق في الرضاع إذ المعنى الذى كان من أجله التحريم هو أن الجمع فيه قطع الأرحام. (محمد أبو زهرة في الأحوال الشخصية - قسم الزواج - ص 88).

(3) وقال المالكية والشافعية يحل الزواج بالمحرم أثناء عدة الزوجة من طلاق بائن، استناداً إلى أن الطلاق البائن يقطع الزوجية بدليل أن المطلقة لا تحل لمن طلقها إلا بعقد جديد.

ثبت تحريم الجمع بين المحارم بالكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ ، ومعنى العبارة الأخيرة إلا ما تقدم فى الجاهلية فإنكم لا تؤخذون بذلك.

وأما السنة فقوله عليه السلام: «لا تتكح المرأة على عمتها ولا على خالتها، ولا المرأة على ابنة أخيها، ولا ابنة أختها»، وزاد فى بعض الروايات، إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم.

فالآية تفيد حرمة الجمع بين الأختين والحديث يفيد حرمة الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، فضلا عن أن ذلك نهى مأخوذ من دلالة نص الآية السابقة، لأنه إذا كان الجمع بين الأختين حراما خشية إحاش قلبها بالعداوة فأولى أن يحرم الجمع بين المرأة وعمتها لأن كليتهما بمنزلة الأم والرحم بينهما واجبة الوصل⁽¹⁾.

وقد انعقد الاجتماع على تحريم الجمع بين سائر المحرم أما سند تحريم الجمع بين المحرمين بالرضاعة فهو قول الرسول عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

119- (ج) حكمة التحريم:

حكمة تحريم الجمع بين محرمين هى المحافظة على صلة الرحم ورابطة القرابة القريبة، لما هو معلوم من وقوع الخلافات والمنازعات والمشاجرات بين الضرتين⁽²⁾، ونشوء أساليب الكيد بينهما بدافع الغيرة. الأمر الذى يؤدى معه الجمع بين محرمين - وصلة القرابة وثيقة بينهما - إلى تفكك الرباط الذى يجمعهما وتفشى البغض والكراهية بينهما، وهو ما يمتد بطبيعة الأمور إلى ذويهما ويؤدى إلى قطع صلة الأرحام، وقد أوضح النبى عليه السلام هذه الحكمة بقوله فى الحديث السابق: (إنكم أن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم).

(1) محمد أبو زهرة - ص 82.

(2) حاشية ابن عابدين - ج3 - ص 39.

120- (د) : حكم الجمع بين محرمين :

إذا جمع الرجل بين محرمين في عقد واحد، كان عقد الاثنتين فاسداً، لأنه لا أسبقية لإحدى الزوجتين على الأخرى.

أما إذا كان متزوجاً بامرأة، ثم تزوج بمحرم بعدها، فزواج الثانية فاسداً⁽¹⁾.
وقد قضت محكمة النقض بجلسة 1965/4/28 في الطعن رقم 2 لسنة 33 أحوال شخصية بأن الجمع بين الأختين يجعل الزواج بالثانية فاسداً. (الحكم منشور ببند 64). كما أفتت بذلك دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1961/9/4 وقد جاء بفتواها.

«لا خلاف بين العلماء في حرمة الجمع بين الأختين لقوله تعالى: (وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف)، وإذا جمع الرجل بين أختين في عقدين فإن العقد الثاني فاسد، وتعبير بعض المؤلفين أن هذا العقد باطل يريد به الفساد لاتفاق الجميع على أن يترتب على هذا العقد أحكام النكاح الفاسد من وجوب العدة على المرأة عند الدخول وثبوت نسب الولد المتولد من هذا النكاح، ولو كان العقد باطلاً بالمعنى المعروف فقها لما ترتبت عليه هذه الأحكام. وإذا كان الأمر كما ذكر فإن عقد الرجل المذكور على أخت زوجته يكون عقداً فاسداً، ويثبت نسب البنات المتولدة منه من هذا الرجل، وتكون أختاً من الأب لبنته الأخرى المتولدة من زوجته الأولى وترثها شرعاً إذا لم يكن هناك وارث يحجبها طبقاً لأحكام المواريث والله أعلم).

ولكن إذا توفيت الزوجة جاز للزوج أن يتزوج بأختها دون انتظار مدة.

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1987/1/27 بأن :

«اطلعنا على هذا السؤال ونفید بأنه يحل لهذا الرجل أن يتزوج أخت زوجته المتوفاة بلا انتظار مدة. فقد جاء في الحامدية. رجل ماتت زوجته المدخول بها ولها أخت فهل له تزوج أختها بعد موتها بيوم.

الجواب: نعم كما جاء في الخلاصة عن الأصل للإمام محمد...الخ؟

(1) راجع في آثار الزواج الفاسد قبل الدخول وبعده - بندي (64 ، 66).

وبهذا يعلم أنه يجوز لهذا الرجل أن يتزوج بأخت زوجته المتوفاة عقب وفاتها دون انتظار مدة. والله سبحانه وتعالى أعلم».

121- خامسا - حرمة الجمع بين أكثر من أربع زوجات :

يحرم الجمع بين أكثر من أربع زوجات في عصمة الرجل، فإذا كان متزوجا من أربع وأراد الزواج من خامسة كان عليه أن يطلق إحدى زوجاته الأربع، ويتريث حتى تنقضى عدتها سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا. وحرمة الجمع بين أكثر من أربع زوجات ثابتة من القرآن والسنة والإجماع.

فقد قال تعالى في سورة النساء (الآية 3) ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبْعَ ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَلِكَ أَدْنَىٰ ۖ أَلَّا تَعُولُوا ۚ﴾.

وقد روى عن ابن عمر رضى الله عنه أن عيلان النخعي أسلم وتحتة عشرة نسوة في الجاهلية، فأسلمن معه، فأمره النبي عليه السلام أن يختار منهن أربعاً ويفارق البواقي.

وعن قيس بن الحارث أنه أسلم وعنده ثمان نسوة، فقال له الرسول عليه السلام: «اختر منهن أربعاً وفارق البواقي».

وعن نوفل بن معاوية أنه أسلم وتحتة خمس نسوة فقال له الرسول عليه السلام: «أمسك أربعاً وفارق الأخرى».

وقد انعقد إجماع المسلمين على إباحة التعدد قولاً وعملاً في حياة الرسول عليه السلام من بعده حتى الآن من جمع كبار الصحابة بين أكثر من واحدة ومنهم عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب ومعاوية بن سفيان ومعاذ بن جبل، وكذا فقهاء التابعين وغيرهم مما لا يعد كثرة، كما أقروا من جمع بالزواج بين أكثر من واحدة في عصمته⁽¹⁾.

ولا يصح الاستدلال على إباحة الجمع بين أكثر من أربع بتعدد أزواج النبي عليه

السلام، فإن الآية السابقة مع الوقائع المروية - تدلان على أن إباحة الزيادة على الأربع كانت خاصة به عليه السلام، فضلا عن أن خوف الجور منه غير موهوم⁽¹⁾.
والتعدد ليس واجبا ولا مندوبا، والإسلام عندما أباح التعدد لم يجعل هذا أمرا محتما يتقيد به المسلم، وإنما أراد بالتعدد أن يكون رخصة للمسلم.

وقد أباح الإسلام تعدد الزوجات لأسباب ملحة عديدة منها:

1- إشباع غرائز بعض الرجال الذين تأبى غريزتهم الاكتفاء بزوجة واحدة، فلا بد من أن يكون في الشريعة من السعة واليسر ما يرضى المعتدل

(1) وذهب الروافض ونقل ذلك عن (النخعي) و(ابن أبي ليلى) أنه يباح للرجل أن يتزوج أكثر

من أربع نساء بحيث لا يزيد على تسع، وقد احتجوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا

طَابَ لَكُمْ مِنْ آلِيسَاءٍ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ﴾ ، وزن الله ذكر هذه الأعمال بحرف الواو،

والواو للجمع وجملتها تسع، كما أن الرسول عليه السلام وهو قوة الأمة قد تزوج بتسع. =
= وذهب الخوارج وبعض أهل الظاهر إلى أنه يجوز الجمع بين ثمانى عشرة امرأة، ووجه الاستدلال أن المثنى ضعف الاثنين والثلاث ضعف الثلاث والرابع ضعف الأربع فجملتها ثمانى عشر. وقد رد على هذين الرأيين، بأنه لم يقصد من العطف بالواو بين هذه الأعداد: الجمع بينها لأن معنى إباحة التعدد للناس أن المتزوجين بأكثر من واحدة يجمعون بين اثنين أو بين ثلاث، أو بين أربع، وأن من جمع بين اثنين له أن يتزوج بثالثة أو رابعة، وله أن يعود إلى الاثنين أو الثلاث وهكذا، فالواو فى هذا الموضوع بدل أى انكحوا ثلاثا بدلا من مثنى ورباعا بدلا من ثلاث. وهذا هو المقصود بدل أى انكحوا ثلاث بدلا من مثنى ورباعا بدلا من ثلاث. وهذا هو المقصود بالآية، وقال الفراء: «لا وجه لحمل هذا على الجمع لأن العبارة على التسع بهذا اللفظ من الغى فى الكلام، والكلام المجيد منزعه عن ذلك».

ولم يعطف الله تعالى بين هذه الأعداد (بأو) التى تفيد التخيير بين المعطوفات إذ لو عطف (بأو) وقال: مثنى أو ثلاث، أو رباع، لدل ذلك على أن إباحة التعدد مقتصر على أحد هذه الأعداد بحيث يجب على المخاطبين أن يختاروا حالة واحدة من الجمع وأن من اختار منهم حالة واحدة من حالات الجمع التزمها ولا يعدل عنها فإن هذا غير مراد بالآية (راجع عمر بن عبد الله - ص 198 هامش (2) وما بعدها - سيد سابق ص244).

ويرضى المفرط الذى لو سدنا عليه باب التعدد لفتح لنفسه باب الزنا.

2- إتاحة فرصة الإنجاب، إذا كانت الزوجة الأولى لا تنجب لعقم أو مرض، فيستطيع الرجل التزوج بأخرى وهى فى عصمته فتتجنب الزوجة الأولى مغبة الطلاق.

3- حل مشكلة تعرض بعض الشعوب إلى نقص فى عدد الرجال بسبب الحروب، مما ينتج عنه وجود نساء لا أزواج لهن، فيكون فى إباحة التعدد تخليصهن من العزوبة وشروها.

وإباحة التعدد ليست مطلقة وإنما مقيدة بشرع أساسيين:

الأول: القدرة على الإنفاق، وهذا الشرط ليس مقصوراً على حالة التعدد بل هو شرط أساسى عام لمن يريد أن يتزوج، فمن عجز عن الإنفاق على زوجة واحدة لا يحل له شرعاً أن يتزوج بامرأة أخرى.

والثاني: العدل بين الزوجات. فإذا كان الرجل غير قادر على العدل بين زوجاته، فإنه يحرم عليه الزواج بأكثر من واحدة.

وقد قال تعالى: ﴿فَإِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ مَا طَافَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثَلٌ وَلَكُمْ زِينَةٌ وَتُمْتِلُونَ﴾ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿١٠﴾ أى أقرب ألا تجوروا.

وقال الرسول عليه السلام: «من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل» والعدل المطلوب بين الزوجات يكون فى المسائل التى تكون فى مقدور الإنسان، كالنفقة والمبيت، أما المسائل التى لا يملكها الإنسان ولا سيطرة له عليها - كالمحبة والمودة والجماع فلا يتطلب فيها العدل.

وكان الرسول عليه السلام يقسم فيعدل ويقول: «الله هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك».

وقد بين الله تعالى أن العدل فى الأمور التى لا يملكها الإنسان غير ممكن ولو حرص عليه أشد الحرص، ولكنه دعا إلى عدم الميل المحذور بحيث تكون

الزوجة كأنها معلقة لا هي مطلقة ولا هي ذات بعل.

فقد قال تعالى: ﴿ وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ^ط فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ^ع وَإِنْ تَصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا ⁽¹⁾ .

سادسا: حرمة الزواج من المرأة التي ليس لها دين سماوي:

122- (i) المقصود بالمرأة التي ليس لها دين سماوي:

لا يحل لرجل مسلم أن يتزوج من المرأة التي ليس لها دين سماوي. والمرأة التي ليس لها دين سماوي هي المشركة. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ ^ج وَلَا أُمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ^ط وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ^ع وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ^ط أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ ^ط ⁽²⁾ .

والمشركة هي من تعبد الأوثان أو الشمس أو النجوم أو الصورة ومن تعتقد بمذهب يكفر به معتنقه واختلف في حل الزواج من الصابئات. فأحل أبو حنيفة الزواج منهن لأنه يرى أن لهن كتابا هو زبور داود ولكنهم يعظمون الكواكب كتعظيم المسلمين للكعبة.

ويرى صاحبان عدم حل الزواج بهن لأنهن يعبدون الكواكب. والصحيح أنهم إن كانوا يعبدون الكواكب حقيقة فليسوا أهل كتاب وإن يعظمونها كتعظيم المسلمين للكعبة فهم أهل كتاب ⁽³⁾. والمجوس نسبة إلى مجوس، هم عبدة النار لا يجوز نكاحهم بإجماع الأئمة

(1) سورة النساء الآية 129.

(2) سورة البقرة الآية 221.

(3) حاشية ابن عابدين - ج3 - ص 46.

الأربعة⁽¹⁾.

فقد قال الله تعالى: ﴿وَهَذَا كِتَابٌ أَنْزَلْنَاهُ مُبَارَكٌ فَاتَّبِعُوهُ وَاتَّقُوا لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾ أن تقولوا إِنَّمَا أَنْزَلَ الْكِتَابَ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا وَإِنْ كُنَّا عَنْ دِرَاسَتِهِمْ لَغَنَفِيلِينَ ﴿⁽²⁾﴾، فقد أخبر الله سبحانه وتعالى أن أهل الكتاب هما طائفتان سابقتان على الإسلام، فلو كان المجوس من أهل الكتاب لكان أهل الكتاب ثلاث طوائف فيؤدى ذلك إلى الخلف فى خبره عز وجل، وذلك محال. على أن هذا الذى ورد فى الآية لو كان حكاية عن قول المشركين لكان دليلا أيضا على أن المجوس ليسوا كتابيين، لأنه حكى القول عنهم ولم يعقبه بالإنكار عليهم وتكذيبهم.

وقد قال عليه السلام «وسنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب، غير ناكحى نسائهم، ولا أكلى ذبائحهم»، وهذا دليل على أنهم ليسوا من أهل الكتاب. وحكمة التحريم هى أن التباين التام فى العقيدة بين المشركة وبين المسلم لا تحسن معه عشرة ولا يحقق السكن والمودة للذين هما من أهم مقاصد الزواج، كما أنه يخشى منه على النسل أن ينشأ على أخلاق أهل الشرك وعقائدهم. وقد بين الله تعالى علة التحريم بقوله: ﴿أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُوا إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ﴾.

123- (ب) حرمة الزواج من المرتدة:

تلحق بالمشركة فى حرمة الزواج منها، المرتدة على دين الإسلام، لأن الردة فى معنى الشرك، فالمرتدة لا تقر على الملة التى انتقلت إليها ولو كان خروجها عن الإسلام إلى اليهودية أو النصرانية، فحكمها أن تحبس حتى تتوب أو تموت.

(1) وقد خالفهم داود بناء على أنه كان لهم كتاب ورفع.

(2) سورة الأنعام - الآيتان 155 ، 156.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 23 يناير سنة 1950 فى » لب

صاحب العزة وكيل نيابة عابدين » الإفتاء عن امرأة مسيحية أسلمت » بأن :

«اطلعنا على كتاب عزتكم رقم 4573 وعلى الأوراق المرافقة له ونفيد أن هذه المرأة تعتبر مسلمة من وقت اعتناقها الدين الإسلامى الحنيف ومرتدة بعد إسلامها إذا كانت قد أقرت فى عقد زواجها بالمسيحى الصادر فى 1946/5/26 بأنها مسيحية وزواج المرتدة باطل فلا يعتد بعقد زواجها بالمسيحى لأنه عقد باطل كما أن زواجها بالمسلم باطل أيضا إذا بقيت على ردتها فإن أقرت حين زواجها بالمسلم بأنها مسلمة عدت مسلمة بهذا الإقرار وكان زواجها به صحيحا - وهذا حيث كان الحال كما جاء بالأوراق المنوه عنها آنفا. والله تعالى أعلم».

كما أفتت بأن :

1- «إنه نص فى الدر المختار فى آخر باب نكاح الكافر جـ2 ص 545 على أنه لا يصح أن ينكح مرتد أو مرتدة أحدا من الناس مطلقا وقال العلامة ابن عابدين فى رد المحتار تعليقا على قول الدر (مطلقا) أى مسلما أو كافرا أو مرتدا وهو تأكيد لما فهم من النكرة فى النفى أهـ. والذى يستفاد من النصوص الفقهية الأخرى أن الزواج بالمحرمة حرمة مؤبدة أو مؤقتة إن كانت هذه الحرمة معروفة وقت العقد فالعقد باطل وإن لم تكن معروفة وقت العقد فالعقد فاسد لا باطل. والعقد الفاسد يترتب عليه بعد الدخول الحقيقى وجوب العدة وثبوت النسب. وحينئذ فالذى نراه أن العقد الذى جرى بين هذين المتعاقدين بعد ارتداد هذه الزوجة عن الإسلام يعتبر فى نظر الشريعة الإسلامية عقدا باطلا إن كانت الحرمة معروفة وقته ولا يترتب عليه أى أثر من آثار الزوجية الصحيحة أما إذا كانت الحرمة غير معروفة وقت العقد فيكون العقد فاسدا لا باطلا ويترتب عليه وجوب العدة وثبوت النسب. هذا ما ظهر لنا ومنه يعلم الجواب عن السؤال والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1957/10/7)

2- «إن المنصوص عليه شرعا كما جاء فى الدر المختار والمنتقى شرح ملتقى الأبحر وغيرها من المعتبرات فى المذهب. أن المرتدة عن الإسلام لا يصح أن تتزوج أحدا من الناس مطلقا والحبس حتى تتوب وتعود إلى الإسلام فلو تزوجت المرتدة حال ردتها يعتبر زواجها باطلا شرعا ويجب التفريق بينها وبين من تزوجته جبرا عنهما ولا يترتب على هذا الزواج أى أثر من آثار الزواج الصحيح شرعا وهذا إذا كانت الحرمة بينهما معروفة لهما عند العقد وأما إذا كانت الحرمة غير معروفة عند العقد كان زواجها بالمسيحي فاسدا لا باطلا وبدخول زوجها المسيحي بها فإن هذا الزواج الفاسد يترتب عليه شرعا وجوب مهرها على الزوج وثبوت نسب الولد الذى تحمل به من الدخول فى هذا الزواج ووجوب العدة على الزوجة بعد التفريق بينها وحرمة المصاهرة ولا يترتب عليه غير ذلك من آثار الزواج الصحيح الشرعى فلا تجب به نفقة ولا طاعة ولا بتوارث الزوجان ولا يحل استمتاع أحدهما بالآخر مما سبق من النصوص يتضح أن زواج هذه المرأة بزواجها الرابع المسيحي وهو لا يعلم شيئا عن حقيقتها. زواج فاسد شرعا تترتب عليه الآثار السابقة ومنها عدم وجوب شيء من نفقة الزوجية لها عليه بسبب هذا الزواج وهى ما دامت مرتدة لا دين لها ولا يقبل منها شرعا غير التوبة والعودة إلى دين الإسلام لأن المرتد لا دين له حتى يتوب ويرجع إلى الإسلام والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1960/1/30)

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1975/12/24 فى الطعن رقم 9 لسنة 44 ق (أحوال شخصية) بأن:

«ولما كان من المقرر شرعا - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن زواج المسلمة بغير المسلم كتابيا كان أم غير كتابي حرام باتفاق ولا ينعقد أصلا، كما أن المرأة المسلمة إذا ارتدت ثم تزوجت لا ينعقد لها زواج، لما كان ذلك فإن معاشرة والد الطاعنين لوالد المطعون عليه سواء قبل ردتها أو بعدها محرمة شرعا لا تنتج فراشا ولا تثبت نسبا يتولد عنه أى حق فى الميراث

.....الخ».

ويعتبر اعتناق الديانة البهائية ردة عن الإسلام، ومن ثم يحرم الزواج من البهائية، ويكون عقد زواجها من المسلم وغيره باطلاً.

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1968/3/25 بأن:

«إن السيد - أ. س. ج. (موضوع السؤال) كان مسلماً من أبوين مسلمين وثابت في شهادة ميلاده وبطاقته الشخصية أنه مسلم ثم اعتنق الدين البهائي أو نسب إليه اعتناقه كما يقول هو - ومن اعتنق الدين البهائي يكون مرتداً عن الدين الإسلامي - وحكم المرتد شرعاً أنه يستتاب ويعرض عليه الإسلام وتكشف شبهته إن كانت فإن تاب فيها وإلا قتل شرعاً. وبما أن المذكور يريد التوبة والعودة إلى دينه الأصلي (الإسلام) وقد كان العمل جارياً قبل إلغاء المحاكم الشرعية على أن من خرج عن أحكام الدين الإسلامي ثم أراد التوبة يعمل له إشهاد توبة أمامها ويسجل في الدفاتر والمضابط الرسمية ولما ألغيت المحاكم الشرعية أحييت أعمال التوثيق بها إلى مصلحة الشهر العقاري والتوثيق، ولا مانع مطلقاً من إحالة الأوراق إلى مصلحة الشهر العقاري والتوثيق لعمل إشهاد توبة للشخص المذكور أمامها. والله أعلم».

(أيضاً الفتوى الصادرة بتاريخ 1981/12/8 في الطلب رقم 329 لسنة

1980)⁽¹⁾.

(1) وقد جاء بهذه الفتوى: «إن البهائية أو البابية طائفة منسوبة إلى رجل عربي - ميرزا علي محمد - الملقب بالباب، وقد قام بالدعوة إلى عقيدته في عام 1260هـ (1844م) معلناً أنه يستهدف إصلاح ما فسد من أحوال المسلمين

وتقويم ما اعوج من أمورهم، وقد جهر بدعوته بشيرازا في جنوب إيران، وتبعه بعض الناس، فأرسل فريقاً منهم إلى جهات مختلفة من إيران للإعلام بظهوره وبث مزاعمه التي منها أنه رسول من الله، ووضع كتاباً اسماءه (البيان) ادعى أن ما فيه شريعة منزلة من السماء وزعم أن رسالته ناسخة لشريعة الإسلام، وابتدع لأتباعه أحكاماً خالف بها أحكام الإسلام وقواعده، فجعل الصوم تسعة عشر يوماً وعين لهذه الأيام وقت الاعتدال الربيعي، بحيث يكون عيد الفطر هو يوم النيروز على الدوام، واحتسب يوم الصوم من

شروق الشمس إلى غروبها، وأورد في كتابه (البيان) في هذا الشأن عبارة: «أيام معدودات، وقد جعلنا النيروز عيداً لكم بعد إكمالها».

وقد دعى مؤسس هذه الديانة إلى مؤتمر عقد في بادية (بشت) في إيران عام 1264 - 1848م أفصح فيه عن خطوط هذه العقيدة وخطوطها، وأعلن خروجها وانفصالها عن الإسلام وشريعته، وقد قاوم العلماء في عصره هذه الدعوى وأبانوا فسادها وأفتوا بكفره واعتقل في شیراز ثم في أصفهان، وبعد فتن وحروب بين أشياعه وبين المسلمين عوقب بالإعدام صلباً عام 1265هـ. ثم قام خليفته - ميرزا حسين علي - الذي لقب نفسه بهاء الله ووضع كتاباً سماه الأقدس سار فيه على نسق كتاب البيان الذي ألفه زعيم هذه العقيدة ميرزا علي محمد، ناقض فيه أصول الإسلام بل ناقض سائر الأديان، وأهدر كل ما جاء به الإسلام من عقيدة وشريعة فجعل الصلاة تسع ركعات في اليوم والليلة، وقبله البهائيين =

في صلاتهم التوجه إلى الجهة التي يوجد فيها ميرزا حسين المسمى بهاء الله فقد قال لهم في كتابه هذا «إذا أردتم الصلاة فولوا وجوهكم شطرى الأقدس» وأبطل الحج وأوحى بهدم بيت الله الحرام عند ظهور رجل مقتدر شجاع من أتباعه.

وقال البهائية بمقالة الفلاسفة من قبلهم. قالوا: بقدم العالم «علم بهاء أن الكون بلا مبدأ زمني، فهو صادر أبدى من العلة الأولى، وكان الخلق دائماً مع خالقهم، وهو دائماً معهم» ومجمل القول في هذا المذهب - البهائية أو البابية - أنه مذهب مصنوع، مزيج من أخلاط الديانات البوذية والبرهمية الوثنية

والزرادشتية واليهودية والمسيحية والإسلام، ومن اعتقادات الباطنية. والبهائيون لا يؤمنون بالبعث بعد الموت ولا بالجنة ولا بالنار، وقلدوا بهذا القول الدهريين، ولقد ادعى زعيمهم الأول في تفسير له لسورة يوسف أنه أفضل من رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم وفضل كتابه البيان على القرآن، وهم بهذا لا يعترفون بنبوته سيدنا رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم وأنه خاتم النبيين، وبهذا ليسوا من المسلمين، لأن عامة المسلمين كخاصتهم يؤمنون بالقرآن كتاباً من عند الله وبما جاء فيه من قول الله سبحانه ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَكِن رَّسُولَ اللَّهِ

وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ.....﴾.

وقد ذكر العلامة لألوسى في تفسيره لهذه الآية أنه: قد ظهر في هذا العصر عصابة من غلاة الشيعة لقبوا أنفسهم بالبابية، لهم في هذا فصول يحكم بكفر معتقدها كل من انتظم في سلك ذوى القول. ثم قال لألوسى وكونه صلى الله عليه وسلم خاتم النبيين مما نطق به الكتاب، وصدعت به السنة وأجمعت عليه الأمة، فيكفر مدعى خلافه. ويقتل أن أصر.

وإذا كانت المرتدة متزوجة وقعت الفرقة بينها وبين زوجها وهذه الفرقة فسخ لا طلاق عند الإمامين أبي حنيفة وأبي يوسف المفتي برأيهما وفسخ النكاح هو رفعه من الأصل وجعله كأن لم يكن، فإذا عادت الزوجة إلى الإسلام، وجب تجديد عقد الزواج بينها وبين زوجها، لزوال العقد الأول وبطلانه بالردة⁽¹⁾.

ويسرى هذا الحكم على ردة الزوج.

124- (ج) حل زواج الكتابيات:

يجوز للمسلم الزواج من الكتابية.

والأصل في ذلك قوله تعالى:

ومن هنا أجمع المسلمون على أن العقيدة البهائية أو البابية ليست عقيدة إسلامية، وأن من اعتنق هذا الدين ليس من المسلمين، ويصير بهذا مرتدا عن دين الإسلام، والمرتد هو الذى ترك الإسلام إلى غيره من الأديان قال الله سبحانه: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ

وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ وأجمع أهل العلم بفقه الإسلام

على وجوب قتل المرتد إذا أصر على رדתه عن الإسلام للحديث الشريف الذى رواه البخارى وأبو داود «من بدل دينه فاقتلوه» واتفق أهل العلم كذلك على أن المرتد عن الإسلام إن زوج لم يصح تزوجه ويقع عقده باطلا سواء عقد على مسلمة أو غير مسلمة، لأنه لا يقر شرعا على الزواج، ولأن دمه مهدر شرعا إذا لم يتب ويعد إلى =

الإسلام ويتبرأ من الدين الذى ارتد إليه. لما كان ذلك وكان الشخص المسئول عنه قد اعتنق البهائية دينا كان بهذا مرتد عن دين الإسلام، فلا يحل للسائلة وهى مسلمة أن

تتزوج منه. والعقد إن تم يكون باطلا شرعا، والمعاشرة الزوجية تكون زنا محرما فى

الإسلام. قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي

الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ صدق الله العظيم. والله سبحانه وتعالى أعلم».

(1) فضيلة الشيخ حسنين محمد مخلوف فتاوى شرعية وبحوث إسلامية - الجزء الثانى -

﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ ۖ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ ۖ وَالْمَحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمَحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾⁽¹⁾.

والمراد بالمحصنات هنا العفيفات، وليست العفة شرطاً فى إباحة التزوج بالكتابيات، وإنما ذكرن بهذا الوصف حضا للمسلمين على اختيار ما هو الأصح منهن.

وإنما أبيح التزوج بالكتابية أولاً: لما بينها وبين المسلم من الملاءمة باعترافها بالله وإيمانها بالرسول إجمالاً وباليوم الآخر، وما فيه من حساب فمثلها يؤمن على النفس والمال وثانياً: لإزالة الحواجز بين أهل الكتاب وبين الإسلام، وقد يكون ذلك حافزاً للكتابية على الدخول فى دين الإسلام إذا أحسن زوجها عشرتها على الدين الإسلامى.

والكتابية هى التى تؤمن بنبى مرسل مقرة بكتاب منزل كصحف إبراهيم وشيث وزبور داود - أو مسيحية ولو اعتقدت أن المسيح إله، أو يهودية ولو اعتقدت أن عزيراً إله⁽²⁾.

(1) سورة المائدة - الآية رقم 5.

(2) ولا تشمل (كلمة المشركات) الواردة بالآية ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ

.... الخ﴾ الكتابيات لأن الكتابيات وإن كن على الحقيقة مشركات لكن هذا الاسم فى

متعارف الناس يطلق على المشركات من غير أهل الكتاب. قال تعالى: ﴿مَا يَوَدُّ

الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمُشْرِكِينَ﴾. وقال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ

كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ فِي نَارِ جَهَنَّمَ﴾ ففصل بين الفريقين فى

غير أنه يكره التزوج بالكتابية إلا للضرورة، لأن المحبة الصادقة والتعاون الوثيق والأمن على دين الولد لا تتم إلا باتحاد الزوجين في الدين، وخاصة في هذا الزمن الذي قوى فيه سلطان النساء على الرجال، ولأن يعول المسلم بماله مسلمة خير من أن يعول غيرها⁽¹⁾.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

1- «اطلعنا على هذا السؤال والجواب أنه يجوز للمسلم أن يتزوج بمسيحية ولو كانت له زوجة مسلمة إلا أن الأولى أن لا يقدم على ذلك إلا للضرورة منعا لما يتعرض له الولد من التأثير بعبادات أمه الدينية. ففي المبسوط للإمام السرخسي «وكذلك إن تزوج الكتابية على المسلمة أو المسلمة على الكتابية جاز» أ.هـ. وفي الهداية ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تعالى: (والمحصنات - أي العفاف - من الذين أوتوا الكتاب) قال في الفتح (والأولى أن لا يفعل إلا للضرورة). ومن هذا يعلم الجواب عن السؤال حيث كان الحال كما ذكر به. والله تعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1948/5/31)

2- «يجوز في الشريعة الإسلامية تزوج المسلم بالكتابية مسيحية كانت أو موسوية متى كان الزوجان خاليين من موانع الزواج مكلفين وأجريا عقد زواجهما بإيجاب من أحدهما وقبول من الآخر في مجلس العقد أمام شاهدين سامعين فاهمين أن ما أجرياه أمامهما هو عقد زواج، كان هذا العقد صحيحا وترتب عليه آثاره ولا يشترط لصحته أن يكون الشهود فيه مسلمين، ومن ذلك يعلم بأنه يجوز للمسلم أن يتزوج من كتابية يهودية كانت أو نصرانية، هذا إذا

والكتابيات وإن دخلن تحت عموم اسم المشركات، بحكم ظاهر اللفظ، ولكنهن خصصن

عن العموم، بقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾

(راجع الدكتور أحمد الحصري - ص 424).

(1) حاشية ابن عابدين - ج 3 ص 45.

كان الحال كما ورد بالسؤال. والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1990/3/5)

وقضت محكمة النقض بتاريخ 1977/4/27 فى الطعن رقم 19 لسنة

41ق (أحوال شخصية) بأن:

«عدم إسلام الزوجة الكتابية لا يعد مانعا شرعيا أو قانونيا فى معنى المادة 33 من لائحة المأذونين الصادر بها قرار وزير العدل فى 1955/1/4 يحول دون زواج المسلم بها بما لا يضافى على ما أورده المأذون فى وثيقة زواج المورث بزوجه من بيان يفيد خلوهما من الموانع الشرعية والقانونية حجية على إسلام الزوجة».

125- (د) بيانات وثيقة زواج المسلم بالكتابية:

ذكرنا سلفا أن توثيق زواج المسلم بالكتابية أصبح من اختصاص مكاتب التوثيق، وكانت وزارة العدل قد أعدت وثيقة خاصة بزواج المسلم بالكتابية دونت فيها بثلاث لغات: العربية والإنجليزية والفرنسية، أهم الحقوق والواجبات التى يرتبها العقد على الطرفين، وأوجبت على الموثق قراءة هذه البيانات على الطرفين قبل العقد حتى يكونا على بينة من الأمر عند الإقدام على الزواج، وقد نص فى هذه الوثيقة على ما يأتى:

- 1- أنه يجوز للزوج أن يتزوج بمتنى وثلاث ورباع فى آن واحد رغما من معارضة الزوجة التى تكون فى عصمته متى لم يكن هناك مانع شرعى.
- 2- وله أن يطلق زوجته متى شاء، قبلت ذلك الزوجة أو لم تقبل، وله أن يمنعها عن الخروج من منزله إلا بإذنه، وله أن يطلبها إلى مسكنه الشرعى ويلزمها بطاعته جبرا على الوجه الشرعى⁽¹⁾.

- 3- طلاق الزوج لزوجته إن كان رجعيا فله الحق فى مراجعته إياها بدون رضاها مادامت فى عدته، أما إذا كان الطلاق بائنا فليس له مراجعتها إلا

(1) وقد ألغى تنفيذ أحكام الطاعة بالقوة الجبرية كما سنرى فى موضعه من الكتاب.

برضاها وبعقد ومهر جديدين، وإذا كان الطلاق ثلاثاً فلا تجوز له حتى تنكح زوجاً غيره ثم يطلقها أو يموت عنها.

4- إذا طلق الزوج زوجته فإن كان سمى لها مهراً وكان الطلاق قبل الدخول بها فلا تستحق إلا نصف المهر المسمى، وإن كان الطلاق من بعد الدخول بها تستحق مهرها بتمامه، فإذا كان عجل لها منه شيئاً طالبت به بباقيها وإن لم يكن سمى لها مهراً 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. وكذلك تستحق نفقة العدة إن كان الطلاق بعد الدخول ولا تستحقها إن كان قبله وتقدير قيمتها يكون بمعرفة القاضي أو تراضي الطرفين.

5- إذا كان للزوجة من زوجها أولاد يكونون تابعين في الدين لمذهب الزوج المسلم، فإذا طلقها بئنا يكون لها الحق في إرضاع أولادها بأجرة على والدهم، وكذلك حضانة أولادها تكون من حقها بالقيمة التي قررها القاضي الشرعي أو يتفق عليها الطرفان وتكون مدة الحضانة سبع سنين للابن وتسع سنين للبنات ما لم ير القاضي خلاف ذلك لمانع⁽¹⁾.

6- أن اختلاف الدين مانع من موانع الإرث فلا يرث أحد الزوجين الآخر إذا مات.

126- حرمة زواج المسلمة بغير المسلم:

لا يحل للمسلمة أن تتزوج غير المسلم سواء كان مشركاً أو من أهل الكتاب لقوله تعالى⁽²⁾: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مِهْجِرَاتٍ فَاَمْتَحِنُوهُنَّ ۚ اللَّهُ اَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ ۚ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ

(1) تعدل سن الحضانة بالقانون رقم 100 لسنة 1985، ثم بالقانون رقم 4 لسنة 2005.

(2) سورة الممتحنة - آية 10.

إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ هُنَّ^ط (1) . وعلة التحريم أن المؤمنة إذا عاشرت الكافر كان له سلطان عليها وقد يتعرض لها بما يؤذيها أو يخضعها لسلطانه حتى تألف دينه وينشرح صدرها له فترتد عن دينها.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

1- «وسئل: مسلمة خالية من الأزواج. وقد تزوجت بغير مسلم بعقد فهل يكون هذا الزواج صحيحا أو يكون باطلا؟ ولا يترتب عليه أحكام الزواج الشرعية. أجاب:

نعم يكون هذا النكاح باطلا ويلزم التفريق بينهما ولا يترتب عليه شيء من أحكام النكاح الصحيح والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 26 من ذى القعدة سنة 1327هـ)

(أيضا الفتوى الصادرة بتاريخ 19/11/1928م - والفتوى الصادرة

بتاريخ 26/6/1957م فى الطلب رم 1663 لسنة 1957)

2- «إن زواج المسلمة من مسيحي باطل شرعا ويلزم التفريق بينهما ولا يترتب عليه شيء من أحكام النكاح الصحيح لأن هذه المرأة تعتبر مسلمة من تاريخ اعتناقها الدين الإسلامى الحنيف.

وتعتبر مرتدة إذا كانت قد أقرت فى عقد زواجها بالمسيحي الصادر سنة 1971م بأنها مسيحية. وزواج المرتدة باطل أيضا.

وعلى ذلك فلا يعتد بعقد زواجها بالمسيحي لأنه عقد باطل سواء أكانت مرتدة أم مسلمة. وبما أن السائلة تقول فى طلبها أنها مسلمة إلى الآن وأنها كانت تجهل أحكام الإسلام وأنها عرضت للإسلام على زوجها المسيحي فأبى. فإن زواجها هذا يقع باطلا ولا يترتب على هذا الزواج شيء من أحكام النكاح الصحيح ويجب التفريق بينهما شرعا. والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 15/4/1983م فى الطلب رقم 86 لسنة 1983)

(1) معنى الامتحان أن يسألوه عن سبب ما جاء بهن، هل خرجن حبا فى الله ورسوله وحرصا على الإسلام...؟ فإن كان ذلك قبل ذلك منهن.

127- إسلام الزوجين أو أحدهما :

إذا أسلم الزوجان المشركان أو الكتابيان، وكان زواجهما صحيحا فى حكم الإسلام، أقرأ على نكاحهما، لأنه لا يوجد ما يبرر التفريق بينهما⁽¹⁾.

أما إذا كان الزواج غير صحيح منذ إنشائه، ولم يكن فيه اعتداء على حق مسلم، ولكن وقت الإسلام كانا بحال يجوز إنشاء عقد الزواج فيها، كما إذا تزوجا بغير شهود أو فى عدة غير مسلم - على الخلاف فى ذلك - فإنهما يقران على نكاحهما، لأن الفساد لتخلف شرط للابتداء وليس شرطاً للبقاء ولأنهما يستطيعان إنشاء عقد الزواج فى الحال فيكون من العبث الفسخ ثم الإنشاء⁽²⁾.

وإذا كانا وقت إسلامهما بحيث لا يمكنهما إنشاء عقد الزواج بأن وجد مانع من ذلك، كأن تكون الزوجة من محارم الزوج نسباً أو مصاهرة أو رضاعاً، أو كانت مطلقة ثلاثاً فتزوجها قبل أن تتكح غيره ويدخل بها، كان زواجهما باطلاً واستمر سبب بطلانه، وتعين التفريق بينهما دون حاجة إلى قضاء.

وإذا أسلمت الزوجة وحدها، وكان فى الإمكان استئناف الحياة الزوجية بحكم العقد السابق، عرض الإسلام على الزوج كتابياً أو مشركاً، فإن أسلم بقى الزواج، وإلا فرق القاضى بينهما، فالزواج لا يفسخ بإسلام المرأة إلا بقضاء القاضى.

وهذه الفرقة طلاق بائن عند أبى حنيفة ومحمد، وفسخ عند أبى يوسف⁽³⁾.
أما إذا أسلم الزوجة وحده، وكان فى الإمكان استئناف الحياة الزوجية بحكم العقد السابق، وكانت الزوجة كتابية بقى الزواج لأنه يجوز للمسلم الزواج من

(1) محمد أبو زهرة ص 214 - الدكتور أحمد الحصرى ص 411.

(2) محمد أبو زهرة - ص 314.

(3) الفرقة بين الزوجين سنة 1968 - الأستاذ على حسب الله - ص 172 وما بعدها.

وقد ذهب إلى أن المادة 5 من القانون رقم 25 لسنة 1929 تقضى بعمومها أن يكون التفريق هنا طلاقاً رجعيّاً، لأنه ليس من المستثنيات فيها، وهذه غفلة من واضع القانون، إذ ليس من المعقول أن يمكن الزوج الذى أبى الإسلام من مراجعة امرأته التى أسلمت، وفرق بينها وبينه.

كتابية، وأن كانت مشركة عرض عليها الإسلام، فإن أسلمت أو اعتنقت ديناً سماوياً كالنصرانية أو اليهودية بقى الزواج، وإلا فرق القاضى بينهما، والفرقة بسبب إياها فسخ باتفاق.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

1- «إذا أسلم الزوج قبل أن يفرق القاضى بينه وبين زوجته التى أسلمت بقى الزواج ولا يحتاج إلى تجديد عقده لا أمام المأذون ولا أمام المحكمة.. الخ».

(فتوى صادرة بتاريخ 1945/7/13)

2- «المنصوص عليه فى مذهب الحنفية أنه إذا أسلمت المرأة وزوجها غير مسلم وكانا فى دار الإسلام عرض عليه الإسلام من القاضى فإن أسلم فهى امرأته وإن أبى فرق بينهما. أما إذا كانا فى غير دار الإسلام وأسلمت الزوجة وزوجها غير مسلم لم تقع الفرقة بينهما حتى تحيض ثلاث حيض إن كانت ممن تحضن. وإلا فبعد مضى ثلاثة أشهر. ثم تبين من زوجها إن لم يسلم قبل انقضاء هذه المدة. قال صاحب الهداية: وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض عليه الإسلام فإن أسلم فهى امرأته وإن أبى فرق القاضى بينهما. لأن المقاصد قد فانتت فلا بد من سبب تتبنى عليه الفرقة. والإسلام طاعة فلا يصح سببا فيعرض الإسلام لتحصل المقاصد بالإسلام أو تثبت الفرقة بالإلواء. ثم قال وإذا أسلمت المرأة فى دار الحرب وزوجها كافر لم تقع الفرقة بينهما حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها. وهذا لأن الإسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الإسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد. فأقمنا شرطها وهو مضى الحيض مقام السبب. ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها. وقال صاحب الفتوح. تعليقا على قول صاحب الهداية حتى تحيض ثلاث حيض إن كانت ممن تحضن. وإلا فتلاثة أشهر فإن أسلم الآخر قبل انقضاء هذه المدة فهما على نكاحهما. وإن لم يسلم حتى انقضت وقعت الفرقة. وقال صاحب تبينين الحقائق: ولو أسلم أحدهما فى دار الحرب لم تبين حتى تحيض ثلاثا. فإذا حاضت ثلاثا بانته. قال: وكذلك الحكم إذا خرج أحدهما إلى دار الإسلام بعد إسلام

أحدهما في دار الحرب لا تقع الفرقة بينهما حتى تحيض ثلاث حيض لعدم ولاية القاضي على من بقى في دار الحرب. فما لم يجتمعا في دار الإسلام لا يعرض على المصر سواء خرج المسلم أو الآخر. ثم إذا وقعت الفرقة بعد انقضاء الحيض الثلاث تلزمها العدة عند الصاحبين ولا تلزمها عند أبي حنيفة. وبما أن هذه المرأة قد أسلمت في النمسا بتاريخ 1965/11/15 وزوجها يهودى مقيم بالنمسا فلا تقع الفرقة بينهما إلا بعد مضي ثلاث حيض إن كانت ممن تحضن أو مضي ثلاثة أشهر إن كانت من غير ذوات الحيض من تاريخ إسلامها من غير حاجة إلى عرض الإسلام أو إلى حكمى القاضي. ثم إذا وقعت الفرقة بعد انقضاء الحيض الثلاث لزمها قبل أن تتزوج من آخر عدة عد الصاحبين ولا يلزمها عند أبي حنيفة. فيحل لها الزواج بعد انقضاء الحيض الثلاث الأول التى تقع بعدها الفرقة عنده وبعد انقضاء العدة عقب الفرقة عندهما. هذا ولا يحل لها أن تمكن زوجها اليهودى من أن يعاشرها معاشرة الأزواج من وقت إسلامها شرعا. كما أن خروجها إلى الجمهورية العربية المتحدة أو أى بلد إسلامى لا يغير الحكم بالنسبة لعدم وقوع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض من غير عرض الإسلام على الزوج لعدم ولاية القاضي على من بقى في غير دار الإسلام كما سبق بيانه. ويحل لها الزواج بعد مضي الحيض المذكورة سواء بقيت في النمسا أو خرجت وحدها إلى أى بلد إسلامى.. ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال. والله تعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1966/5/15)

2- «نفيد: أنه يحرم على المسلمة أن تتزوج غير المسلم أيا كانت ديانتها وهذا ثابت بقول الله تعالى في سورة الممتحنة في الآية رقم 10 ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَاِمْتَحِنُوهُنَّ ۚ اللَّهُ اَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ ۚ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ وبالأخبار الصحيحة التى استفاضت عن أصحاب رسول

الله صلى الله عليه وسلم فقد نقل عنهم أنهم كانوا يفرقون بين النصراني وزوجه إذا أسلمت وبقي هو على دينه وقد فعل هذا عمر بن الخطاب وانهقد الإجماع على ذلك فكان حجة دائمة مفسر، للآية الكريمة المتقدمة التى فيها قوله تعالى: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ.....﴾ وبناء على هذا اتفق فقهاء المسلمين على أن المسلمة لا ينعقد زواجها على غير المسلم ويقع العقد باطلا، وأنه إذا أسلمت الزوجة وزوجها باق على غير الإسلام يفرق بينهما. وإذا كان ذلك فماذا يجب توافره ليعتبر الشخص غير المسلم مسلماً؟ الأمر الذى لا مرأى فيه والجوهرى فى هذا المقام هو نطق غير المسلم بكلمة التوحيد (شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله) وأن يبرأ من كل دين يخالف دين الإسلام مع الإقرار بأن عيسى عليه السلام عبد الله ورسوله إذا كان الشخص مسيحياً وأن يظهر منه الإذعان لكل ما جاء فى القرآن الكريم وكل ما يثبت من الدين بالضرورة ومقتضى هذا أنه لا ينظر فى الحكم على الشخص بالإسلام إلا بالظاهر فإذا شهد الشخص بشهادة الإسلام فهو مسلم بشرط ألا يظهر منه فى عامة أحواله ما يناقض الإسلام إذ أن مجرد النطق بالشهادتين لا يثبت به الإسلام إذا كان ثمة ما يناقض معناهما أو ما يدل على أنه ما يزال على دينه القديم ولا حاجة متى ظهر إسلام الشخص إلى الإشهار الرسمى والتوثيق، لأن هذه وسيلة إثبات وإعلام فقط ويجوز إثبات اعتناق الإسلام بكافة طرق الإثبات الشرعية. وفى معنى ما تقدم من ضرورة أن يظهر على الشخص أمارات الإسلام وإلا يعمل ما يناقضه ما جاء فى حاشية العقائد العضدية «لما كان التصديق أمراً مبطناً اعتبر معه ما يدل عليه وهو التصديق اللسانى أى الإقرار. لأن التلطف بالشهادة فى الشرع قائم مقامه ما لم يظهر خلافه قولاً أو عملاً. وما جاء فى شرح العقائد النفسية للتفتازانى (لو فرضنا أن أحداً صدق بجميع ما جاء به النبى صلى الله عليه وسلم وأقر به وعمل به ومع ذلك شد الزنار.. «فى القاموس أن الزنار ما يشد على وسط بعض النصارى والمجوس» بالاختيار أو سجد للصنم بالاختيار نجعله كافراً لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل ذلك

علامة التكذيب والإنكار». وعلى هذا فإن من اتخذ الدين وسيلة لإشباع شهوة فقط دون أن تظهر منه أو عليه أية أمارات للمسلمين لا يعتبر مسلماً فما بال من لا تزال أوراقه ومظاهره الدينية شاهده على استمساكه بالمسيحية فوق ما قام به من تزوير في اسم هذه السيدة المسلمة التي أغواها وأضلها حتى نسبها في أوراقها إلى غير دين الإسلام؟ ثم أن هذه السيدة في حال ثبوت أن ما تم من تغيير اسمها إلى ليلي أنيس بولس وديانتها إلى المسيحية كان بطلبها وإرادتها تعتبر به مرتدة عن دين الإسلام والمسلمة المرتدة حكمها الشرعي أن تستتاب وتتصح وتزال شبهتها الدينية بواسطة أحد علماء المسلمين الفاهمين للعقيدة وأحكام الشريعة فإن لم تنب وتقلع عن ردتها وتعود للإسلام تحبس حتى التوبة أو الموت. وهذا الحكم لا يتنافى مع الحرية الشخصية في العقيدة لأن حرية العقيدة لا تستتبع الخروج عن الإسلام بمؤثرات المادة أو التضليل. وردة المسلمة مخالف للنظام العام في الدولة التي تأمر القوانين بالتزامه فقد نص في المادة الثانية من الباب الأول من الدستور على أن: «دين الدولة الإسلام وأن لغتها الرسمية هي اللغة العربية وأن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع» وهذا يقطع بأن نظام الدولة العام هو الإسلام وأن خروج المسلم أو المسلمة عن هذا الدين يعتبر خروجاً على النظام العام للدولة الأمر الذي يستتبع المساءلة التأديبية على هذا الجرم الذي ارتكبه هذه السيدة مادامت المساءلة الجنائية عن الردة متعذرة.

وخلاصة ما تقدم:

أولاً: أن معاشرة الطبيب المسيحي المشكو للمرأة المسلمة منذ عام 1969 زناً إلا إذا أثبت أنه أسلم حقيقة وعقد عليها عقد زواج صحيح شرعاً بعد الإسلام ولا يهم إن كان العقد عرفياً غير موثق أو موثقاً.

ثانياً: الطفل المولود بينهما إن كان في ظل عقد شرعي بعد الإسلام فهو ثابت النسب من أبيه ويكون مسلماً تبعاً لأبويه المسلمين، وإذا لم يثبت إسلام هذا الطبيب والمعاشرة الزوجية في ظل عقد صحيح بعد الإسلام فإن هذا الطفل ينسب لأمه ولا يثبت نسبه لهذا الرجل لأنه ثمرة سفاح لا نكاح شرعي ويثبت

النسب لهذه المرأة باعتبارها حالة ولادة طبيعية كأي لقيط حملت به أمه من الزنا وثبتت ولادتها إياه.

ثالثاً: أن المرأة المسلمة لا يقبل منها شرعا الردة عن الإسلام وتستتاب وتحبس حتى ترجع عن ردتها أو تموت، ومثل هذه إذا ثبتت ردتها أنصح بإنزال أقصى عقاب تأديبي عليها مع العودة بها في أوراقها إلى الإسلام واتخاذ كافة ما تخوله القوانين من عقوبات ضدها وضد من أغراها وأضلها بعقد زواج باطل شرعا.

رابعاً: عقد الزواج إن كان قد تم وهذا الطبيب على مسيحيته باطل لا أثر له ولا يرتب حل المعاشرة في نطاق أحكام الإسلام حسبما تقدم بيان سنده، ثم إذا كان العقد العرفي مكتوباً وفيه نطقه بالشهادتين وبحضور شاهدين مسلمين وتمت صيغته بإيجاب وقبول شرعيين فإنه يكون به مسلماً ولكنه يعتبر مرتداً عن الإسلام بما أعقب هذا من الإجراءات التي اتخذها من تغيير اسمه وديانته ومظهره الذي يدل على انتمائه للمسيحية كل هذا إذا قام الدليل على تمام العقد وهو مسلم بالمعيار سالف البيان. وبعد فإنه إذا قصرت أحكام القوانين العقابية القائمة عن حماية عقيدة بناتنا المسلمات من المغريات والمضلات فإننا يجب أن نوجه العناية لهؤلاء المضللين المستغلين لسلطان الوظيفة أو المال وأن ندخل الدين واحترامه ضمن واجبات الموظف يساءل عن الخروج عليه وظيفياً باعتبار أن الدين من قوام شخصية الإنسان في نطاق النظام العام للدولة ومنه أن دينها الإسلام».

(فتوى صادرة بتاريخ 1979/7/30)

ويراعى أنه يكفي لاعتبار الشخص مسلماً أن ينطق بالشهادة وهي شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله. ولا يجوز لقاضي الدعوى التطرق إلى بحث جديتها أو بواعثها ودوافعها، كما لا يلزم إشهار هذه الشهادة.

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

1- «الاعتقاد الديني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مسألة نفسانية وهو من الأمور التي تبني الأحكام فيها على الإقرار بظاهر اللسان والتي

لا يسوغ لقاضى الدعوى التطرق إلى بحث جديتها أو بواعثها ودوافعها. ولما كان والد المتوفاة قد أقر بأنه مسلم ونطق بالشهادتين بين يدي القضاء، فإنه لا يجوز التعرض لحقيقة إسلامه وصحة إيمانه».

(طعن رقم 44 لسنة 40 ق - جلسة 29 يناير سنة 1975).

2- «المقرر شرعا - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الاعتقاد الدينى من الأمور التى بنى الأحكام فيها على الأقوال بظاهر اللسان، والتى لا يجوز البحث فى جديتها ولا فى بواعثها ودوافعها، وأن نطق الشخص بالشهادتين كاف فى اعتباره مسلما».

(طعن رقم 51 لسنة 52 ق - جلسة 14/6/1983).

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 13/7/1945 بأن:

«.... إذا أسلم الزوج قبل أن يفرق القاضى بينه وبين زوجته التى أسلمت بقى الزواج ولا يحتاج إلى تجديد عقده لا أمام المأذون ولا أمام المحكمة...الخ».

128- الزواج من حبلى الزنا :

إذا كانت المرأة حبلى من الزنا فإنه يتعين التفريق في جواز العقد عليها والدخول بها بين فرضين:

الأول: أن يكون الحمل ممن يريد العقد عليها، ففي هذا الفرض اتفق فقهاء الحنفية على جواز عقده، ووطئه لها.

الثاني: أن يكون الحمل من غيره، وفي هذا الفرض اختلف فقهاء الحنفية. فذهب أبو حنيفة - في رواية - ومحمد إلى أنه يجوز العقد عليها من غير انقضاء عدة، ولكن لا توطأ حتى تضع.

وذهب أبو يوسف - ورواية عن أبي حنيفة - أنه لا يجوز العقد عليها حتى تضع الحمل لئلا يكون الزواج قد سقى ماؤه زرع غيره وقد نهى رسول الله عليه السلام (أن توطأ المسبية الحامل حتى تضع)، مع أن حملها مملوك له. والرأى الأول هو الراجح في المذهب⁽¹⁾.

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1955/4/5 بأن:

«... عن الثاني: أما العقد على من حملت سفاحا قبل الوضع، فإن كان ممن حملت منه جاز العقد وحل له وطؤها ودواعيه باتفاق أئمة مذهب أبي حنيفة، وإن كان من غيره جاز العقد على المفتى به في هذا المذهب وحرم على الزوج وطؤها ودواعيه حتى تضع حملها للحديث المذكور.

عن الثالث: أما المأدون فإنه متى ثبت لديه من تحرياته الخاصة أن الحمل ليس من زواج شرعى - فإنه يجوز له إجراء العقد من تلقاء نفسه دون استصدار أمر من القاضى الشرعى ولا تبعة عليه فى ذلك لأنه لم يخالف القواعد الشرعية كما ذكر - ونرى أن من الأوفق أن يشير فى إشهاد الزواج أنها بكر حكما. وبهذا علم الجواب عن هذه الأسئلة والله سبحانه وتعالى أعلم».

(أيضا الفتوى الصادرة بتاريخ 1929/8/19)

(راجع نقض 1991/1/15 طعن رقم 114 لسنة 58ق)

«أحوال شخصية» منشور ببند (59)

موضوع رقم (12)

الولاية في الزواج

129- المقصود بالولاية :

الولاية هي القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد.

والولاية قسمان :

ولاية على النفس، وهي في الزواج، القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير توقف على إجازة أحد.

وولاية على المال، وهي القدرة على إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال، نافذة من غير توقف على إجازة أحد.

والولاية على النفس تنقسم إلى نوعين :

ولاية قاصرة، وولاية متعدية.

والولاية القاصرة هي قدرة الإنسان على إنشاء العقد لنفسه وتنفيذ أحكامه.

والولاية المتعدية هي قدرة الإنسان على إنشاء العقد لغيره.

والولاية المتعدية تنقسم إلى قسمين :

ولاية إجبار: وهي الولاية على الصغير والصغيرة بكرا أو ثيبا ومن يلحق بهما من الكبار غير كامل الأهلية.

وولاية ندب أو استحباب أو اختيار عند جمهور الحنفية - أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف في ظاهر الرواية - وهي الولاية على البالغة العاقلة بكرا أو ثيبا.

وولاية مشاركة عند جمهور الفقهاء وهي الولاية على الثيب العاقلة البالغة، وولاية إجبار عند الشافعية والمالكية وأحمد في رواية على البكر البالغة العاقلة.

وتتولى دراسة الولاية في الزواج بالتفصيل على النحو الآتي:

130- الولاية القاصرة على النفس :

الولاية القاصرة على النفس - كما ذكرنا سلفا - هي قدرة الإنسان على

إنشاء العقد لنفسه وتنفيذ أحكامه. ولا خلاف بين الفقهاء في ثبوت الولاية على النفس للرجل البالغ العاقل، فله أن يزوج نفسه من يشاء، وزواجه نافذ، وليس لأحد أن يعترض عليه.

أما المرأة البالغة العاقلة، فقد اختلف في ولايتها في تزويج نفسها. فذهب جمهور الأحناف - أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف في ظاهر الرواية - إلى ثبوت الولاية لها في تزويج نفسها - سواء كانت بكرا أو ثيبا ويكون عقدها صحيحا، إلا أنه يستحب أن يقوم وليها بمباشرة العقد نيابة عنها، صونا لها عن التبذل إذا هي تولت العقد بمجلس الرجال، فذلك ما يخالف التقاليد المرعية ويعرض تصرف المرأة للاستتكار.

وليس لوليها العاصب الاعتراض على زواجها إلا في حالات معينة - سيرد ذكرها في موضعها من الكتاب - وهذه الولاية تسمى ولاية ندب أو ولاية استحباب أو ولاية اختيار.

وهذه الولاية في حقيقتها توكيل من المرأة للولى في عقد زواجها لأن الولي يباشر عقد زواج المرأة كاملة الأهلية باعتباره وكيلًا عنها وإنما سمي وليا لما له من القرابة⁽¹⁾.

وقد استدل جهور الحنفية على رأيهم بما يأتي:

1- دليل عقلي: وهو أن المرأة البالغة العاقلة إذا زوجت نفسها بنفسها فإنها تكون قد تصرفت في خالص حقها، وهي من أهل التصرف. وقد اتفق الفقهاء على أن لها حق التصرف في مالها، أما حق وليها العاصب في المهر فيكفله اشتراط أن يكون مهرها مهر المثل حتى يكون العقد لازما، وحقه في الكفاءة، يكفله اشتراط أن تكون قد زوجت نفسها من كفء لها، وإلا كان العقد أيضا عقد لازم.

2- الكتاب والسنة: فقد استدلوا على أن هناك من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية ما أسند فيها عقد الزواج إلى المرأة، والأصل في إسناد الشيء

(1) عمر عبد الله ص 215.

وإضافته إلى شخص، أن يكون مختصا به ومالكا له، إلا أن يقوم الدليل على خلافه.

ومن هذه الآيات القرآنية:

قوله تعالى:

1- ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ

بِالْمَعْرُوفِ ﴾⁽¹⁾، فإن المفهوم من الآية النهى عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن، وليس هنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا عقد النكاح⁽²⁾.

2- ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ

أَزْوَاجَهُنَّ ﴾⁽³⁾.

3- ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾⁽⁴⁾.

ومن الأحاديث النبوية قول النبي عليه السلام: «الأيّم أحق بنفسها من وليها» والأيّم المرأة التى لا زوج لها، بكرا أو ثيبا⁽⁵⁾.

(1) الآية رقم 234 من سورة البقرة.

(2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص11.

(3) الآية رقم 232 من سورة البقرة.

(4) الآية رقم 230 من سورة البقرة.

(5) أما جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة مالك والشافعى وأحمد فقد ذهبوا إلى أن عقد الزواج لا ينعقد بعبارة المرأة ولو كانت كاملة الأهلية، إنما يشترط لصحة الزواج أن يتولى ولى المرأة العقد، فإذا لم يكن لها ولى تولى القاضى عقد زواجها. وتشترك المرأة الكاملة الأهلية مع وليها فى اختيار زوجها قبل العقد إذا كانت ثيبا أما البكر فلوليها أن يستبد بتزويجها لأن الولاية عليها إجبارية عند مالك والشافعى وأحمد فى رواية وقد استدلوا على رأيهم بالمعقول والكتاب والسنة.

أما المعقول: فهو أن مباشرة المرأة لعقد الزواج لا يليق بمحاسن العادات، كما أن العقد له مقاصد شتى وهو رباط بين الأسر، وقلة التجربة عند المرأة ونقص اختيارها وميلها =

ونشير إلى ما ذكرناه سلفاً من أن بلوغ الفتى يتحقق بالاحتلام مع الإنزال أو الإحبال أو الإنزال لأى سبب، وبلوغ الفتاة يتحقق بالحيض أو الاحتلام مع الإنزال أو الحبل.

= إلى العاطفة يجعلها لا تحسن الاختيار، فقد تتحكم فيها عاطفتها ويخفى عليها وجه الحقيقة فتضيع عليها المصلحة.

أما الكتاب والسنة: فقد استدلوا بأن بعض الآيات القرآنية والأحاديث النبوية أضافت عقد الزواج إلى الأولياء وليس إلى المرأة ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ

وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ - سورة النور آية 32.

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ - سورة البقرة الآية 221.

ووجه الاستدلال أن الله خاطب بالنكاح الرجال ولم يخاطب النساء فكأنه يقول: لا تتكحوا أيها الأولياء موليائكم للمشركين.

أما عن قوله تعالى: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾، فقد قالوا أن هذا خطاب للأولياء ولو لم يكن لهم حق الولاية لما كان لعضله معنى ومن كان أمره إليه لا يقال أن غيره منعه.

وقد روى البخارى عن الحسن قال: حدثنى معقل بن يسار أن الآية السابقة نزلت فيه قال: زوجت أختاً لى من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك، وفرشتك، وأكرمتك، فطلقتها، ثم جئت تخطبها!! لا والله لا تعود إليها أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله هذه الآية..

أما عن الحديث، فعن عائشة رضى الله عنها أن الرسول عليه السلام قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشترجوا فالسلطان ولى من لا ولى له» وعن أبى موسى أن الرسول عليه السلام قال: «لا نكاح إلا بولي» واستدل مالك والشافعى وأحمد فى رواية على ثبوت الإيجابار على البكر البالغة بحديث الرسول عليه السلام: «الطيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها فى نفسها» فقد خص النبى عليه السلام الطيب بأنها أحق بنفسها من وليها فدل على ذلك أن البكر ليست أحق بنفسها من وليها فيكون وليها أحق منها وبالتالي تكون الولاية إجبارية، أما استئذانها فى الزواج فهو لإرضائها وتطبيب خاطرها، فضلاً عن أن البكر ولو كانت كبيرة تجهل أمر الزواج لعدم خبرتها فهى عاجزة عن إدراك مصلحتها فى الزواج وعن اختيار الزوج الملائم لها ولأسرتها.

والحد الأدنى للبلوغ اثنتا عشر سنة للفتى وتسع سنين للبنات طبقاً لرأى
الصاحبين المفتى به. وتحسب السن طبقاً للتقويم الهجري.
(راجع فى التفصيل بند 8).

131- الولاية المتعدية:

الولاية المتعدية هى قدرة الإنسان على إنشاء عقد الزواج نافذاً لغيره.
وتنقسم هذه الولاية عند جمهور الحنفية إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية
ندب أو استحباب أو اختيار.

وولاية الإجبار: هى التى يكون للمولى الحق فى أن يزوج من له الولاية
عليه بمن يختاره المولى - سواء رضى المولى عليه بذلك أو لم يرض، فالمولى
هنا يستبد بعقد الزواج، وهذه الولاية تعتبر ولاية كاملة.

وولاية الندب أو الاستحباب أو الاختيار: هى التى يكون فيها للمرأة البالغة
العاقلة أن تعقد زواجها بنفسها وبناء على اختيارها. وإنما يندب أو يستحب أن
تترك لوليها عقد الزواج نيابة عنها.

أما عند جمهور الفقهاء فهى ولاية مشاركة على النيب البالغة العاقلة، وولاية
إجبار - عند الشافعية والمالكية وأحمد فى رواية - على البكر البالغة العاقلة.
وقد سبق أن تناولنا بالشرح النوع الأخير من الولاية، ونتناول فيما يلى
النوع الأول وهو ولاية الإجبار.

132- من تثبت عليه ولاية الإجبار؟

تثبت ولاية الإجبار عند الحنفية ومعهم جمهور الفقهاء على الصغير
والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة⁽¹⁾.

(1) وقد استدلت الجمهور ومن بينهم الأحناف على إجازة تزويج الصغار بالمعقول وبأدلة من
الكتاب والسنة.

أما عن المعقول، فإن الحاجة إلى الزوج الكفء ثابتة، لأن مقاصد الزواج لا تتم إلا به،
والكفء لا يظهر فى كل الأوقات، وإنما فى وقت دون وقت، ولذلك أجاز للمولى تزويج
الصغير والصغيرة بالكفء خوفاً من فواته حتى لا تضيق مصلحة الصغير.
=

= أما عن الكتاب، فاستدلوا بقوله تعالى في بيان العدة: ﴿وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ﴾، فإنه يبين منه عدة الصغيرة التي لا تحيض، وهذا دليل على زواج الصغيرة إذ لا عدة إلا من فرقة في زواج صحيح.

وبقوله تعالى في سورة النساء: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنَّىٰ وَتِلْكَ وَرُتَبٌ﴾ - فوضح من هذه الآية أن الله منع الأولياء من نكاح اليتيمات عند خوف عدم العدل معهن، ومعنى ذلك جواز نكاحهن عند عدم الخوف. وقد قالت عائشة رضي الله عنها: «إن هذه الآية نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها، يرغب في مالها ولا يقسط في صداقها، فنهوا عن نكاحهن، حتى يبلغوا بهن سنتهن في الصداق».

وقوله تعالى في سورة النساء: ﴿فِي يَتَمَىٰ النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾، فقد نزلت الآية كما قالت عائشة رضي الله عنها في يتيمة تكون في حجر وليها، ولا يرغب في نكاحها، ولا يزوجه من غيره، حتى لا يشاركه في مالها.

وأما عن السنة، فقد استدلوا بما روى من أن النبي عليه السلام زوج أمانة بنت عمه حمزة من ابن أبي سلمة وهي صغيرة.

وأن أبا بكر زوج ابنته عائشة من رسول الله عليه السلام وهي صغيرة. وما روى عن ابن عباس من أن جارية بكرا أتت النبي عليه السلام فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي عليه السلام.

كما استدلوا في ذلك بأن ابن عمر زوج بنتا له صغيرة من عروة ابن الزبير. وقد ذهب ابن شبرمة وأبو بكر الأصبم، إلى أن مناط ثبوت الولاية الحاجة إلى الزواج مع العجز عن اختيار من يتحقق معه المقصود من الزواج، فثبتت على المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة، لحاجتهم إلى الزواج، ولا تثبت على الصغيرة والصغير لعدم حاجتهما إلى الزواج، لأن الحاجة إلى الزواج لا تكون إلا بعد البلوغ، وفي تزويجهما قبله إضرار بهما، إذ يبلغ الواحد منهما فيجد نفسه مربوطا بعقد دائم لم يكن له رأى في إنشائه، كما ذهب ابن حزم إلى أنه لا ولاية في الزواج على الصغير للسبب المتقدم. (راجع في التفصيل وفي مسلك التشريع بند 85 وما بعده).

وهذه الولاية، ولاية إجبار فالولى هو الذى يتولى تزويج هؤلاء دون إشراك المولى عليه فى ذلك. وقد قدمنا أن عقد زواج عديم الأهلية باطل وعقد زواج ناقص الأهلية موقوف حتى يجيزه الولي.

وعلة ثبوت الولاية - عند الحنفية - على الصغير والصغيرة هى الصغر، إذ الصغر هو سبب العجز عن اختيار الزوج الملائم، وبناء على ذلك لا تثبت هذه الولاية على البكر العاقلة البالغة، ومن باب أولى لا تثبت على الثيب البالغة، ولكن تثبت على الثيب الصغيرة لوجود العلة وهى الصغر - ولا شأن للبكارة والثبوبة فى هذا.

أما الشافعى ومالك وأحمد فى رواية، فمذهبهم أن العلة فى ثبوت الولاية على الصغير هى الصغر، أما بالنسبة للصغيرة فالعلة فى ثبوتها هى البكارة فطالما بقيت البكارة استمرت الولاية ولو بلغت المرأة، وإذا زالت البكارة ولو قبل بلوغها زالت الولاية، وذلك لأن البكر لا تعرف مصالح النكاح ولا تدرك التفاوت بين الأزواج، وفهم الرجال، وقد انبنى على هذا الرأي، أن الصغيرة إذا زوجت، ثم طلقت أو مات عنها زوجها قبل أن تبلغ، امتنع تزويجها حتى تبلغ وتستشار فى نفسها⁽¹⁾.

أما بالنسبة للولاية على المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة، فعلمتها - باتفاق - هو ضعف العقل الذى هو سبب العجز عن تولى عقد الزواج وإدراك المصلحة المرجوة منه.

وقد أصبحت مسألة الولاية فى الزواج فى مصر قليلة الأهمية، بعد أن نصت المادة 31 مكرراً من القانون رقم 143 لسنة 1994 فى شأن الأحوال المدنية المضافة بالقانون رقم 126 لسنة 2008 فى فقرتها الأولى على أنه لا يجوز توثيق عقد زواج لمن لم يبلغ من الجنسين ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة. إذ أصبحت الولاية فى الزواج لا تثور إلا فى حالة زواج المجانين

(1) غير أن بعض المالكية يذهبون إلى أن ولاية الإجبار تزول عن البكر إذا بلغت الثلاثين (راجع بحث الأستاذ محمد أبو زهرة فى الولاية على النفس المشار إليه).

والمعتوهين لأن الولي هو الذى يتولى زواجهم، أو حالة زواج الصغار زواجا عرفيا سواء كان شفهيًا أو ثابتًا بمحرر عرفي.

133- رضا المرأة بالزواج:

إذا كانت المرأة صغيرة، بكرا أو ثيبا فإنه لا يلزم - كما سلف بيانه - رضاها بالزواج، لثبوت ولاية الإجماع عليها. أما إذا كانت المرأة بالغة بكرا أو ثيبا، فهي التى تتولى عقد زواجها بنفسها - عند الأحناف - إلا أنه يستحب أن يتولى الولي تزويجها.

وقد أفتت دار الإفتاء بتاريخ 1989/4/3 بأن:

«... لما كان ذلك وكان عقد الزواج الذى تباشره المرأة بنفسها أصيلة عن نفسها أو وكيلة عن غيرها صحيحا شرعا متى كانت هذه المرأة بالغة عاقلة طبقا لأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة الذى عليه العمل بالمحاكم الشرعية، وهو لازم على الأولياء متى كان الزوج كفئا وكان المهر مهر المثل أما بالنسبة للنص الوارد فى الحديث الشريف لا نكاح إلا بولي وشاهدى عدل الذى رواه أبو داود وغيره، فالمراد به نفى الكمال لا نفى الصحة، وتحمل الولاية فى الحديث على النذب والاستحباب دون الحتم والإيجاب، أى يستحب للمرأة تفويض أمرها إلى وليها كيلا تنسب إلى الوقاحة، وهى فى الحقيقة ولاية وكالة، والله سبحانه وتعالى أعلم».

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- «وفقا للرأى الراجح فى المذهب الحنفى الواجب العمل به - إعمالا لنص المادة 280 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 الصادر بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية - أنه إذا أراد الولي تزويج المرأة البالغة العاقلة فلا بد لنفاذ هذا العقد عليها من طلب الإذن وحصول الرضا منها بالزواج، وكان البلوغ بالسن - على ما هو مقرر فى قضاء محكمة النقض - يكون ببلوغ خمس عشرة سنة بالنسبة للولد والبنات، لما كان ذلك وكان الطاعن قدر أقر بصحيفة طعنه بأن المطعون ضدها الأولى من مواليد 13 مارس 1970 - أى أنها كانت بالغة وقت

العقد عليها - فيشترط لنفاذ العقد عليها حصول الرضا منها، وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بفسخ العقد على ما استخلصه من أقوال شاهدي المطعون ضدها الأولى من عدم حصول هذا الرضا فإنه لا يكون قد خالف القواعد الشرعية».

(طعن رقم 56 لسنة 60 ق «أحوال شخصية» جلسة 1994/2/25)

2- «الراجح في المذهب الحنفي وفقاً لرأى أبى حنيفة وأبى يوسف أنه إذا تزوجت المرأة البالغة العاقلة بدون إذن وليها فإن العقد يكون صحيحاً سواء كانت بكراً أو ثيباً.... الخ».

(طعن رقم 194 لسنة 44 ق «أحوال شخصية» جلسة 1998/10/19)

3- «إن الراجح في المذهب الحنفي وفقاً لرأى أبى حنيفة وأبى يوسف أنه إذا تزوجت المرأة البالغة العاقلة بدون إذن وليها فإن العقد يكون صحيحاً - سواء كانت بكراً أو ثيباً.... الخ».

(طعن رقم 463 لسنة 73 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/4/23)

وعلى ذلك يجب رضا المرأة البالغة بكراً أو ثيباً بالزواج⁽¹⁾.
والتعبير عن الرضا يختلف فيما إذا كانت المرأة بكراً أو ثيباً.
والمقصود بالبكر، المرأة التي لم توطأ أى لم يدخل بها سواء أنزلت
وفارقت الزوج قبل الدخول، أم لم تتزوج. وسواء أبقيت عذريتها أم زالت بغير
الوطء كوثبة أو حيض أو جراحة أو تعنيس، أم لم تكن لها عذرة بأصل الخلقة
وهذا نادر⁽²⁾.

(1) ودليل ذلك حديث الرسول عليه السلام: «لا تتكح الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن..» الذي سيرد في المتن. وما روى عن حسناء بنت خدام: «أن أباهاً زوجها وهى ثيب فأنت رسول الله عليه السلام فرد نكاحها».

وما روى عن ابن عباس: «أن جارية بكراً أتت رسول الله عليه السلام فذكرت له أن أباهاً زوجها، وهى كارهة فخيرها النبي».

(2) حاشية ابن عابدين ج3 ص63- على حسب الله ص 135.

والبكر التى زالت بكارتها بالزنا إذا لم تحد أو لم يتكرر منها الزنا فهى عند أبى حنيفة بكر حكما، فتزوج كما يزوج الأبكار سترا عليها⁽¹⁾.
أما المقصود بالثيب فهى من زالت بكارتها بدخول فى زواج صحيح أو فاسد أو بشبهة، وكذلك من زالت بكارتها بالزنا وحدث أو تكرر منها الزنا عند أبى حنيفة.

ورضا البكر بالزواج لا يلزم أن يكون صريحا، لأن البكر يغلب عليها الحياء وتستحى عادة من التصريح بموافقتها على الزواج. فيعتبر سكوتها عند أخذ رأيها فى الزواج رضا به لقول الرسول عليه السلام: «الثيب أحق من وليها والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها» وفى رواية: «والبكر يستأمرها أبوها»، وفى رواية «الأيام أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها»⁽²⁾.

كما يعتبر رضا منها بالزواج تبسمها، أو بكاؤها بلا صوت لأن ذلك تعبير عن حزنها لمفارقة أهلها، أما إذا ضحكت استهزاء أو بكت بصياح كان ذلك رفضا⁽³⁾.

ومحل اعتبار السكوت وما يشابهه رضا أن يكون الولي الذى استأمرها هو وليها الأقرب الذى له الولاية الفعلية عليها بنفسه أو بواسطة رسول منه، أما لو استأذنها ولي بعيد مع وجود من هو أقرب منه لم يدل سكوتها أو ما يشابهه على الرضا بالزواج ولا يكتفى به، ولابد حينئذ من التصريح بالرضا، لأنه يحتمل أن

(1) الهداية شرح بداية المبتدى مع شرح فتح القدير ج3 ص 27 - وهى عند الصاحبين ومحمد والشافعى ثيب.

(2) وقد جاء بالأشباه والنظائر لابن نجيم ص 154 وما بعدها، أن قاعدة: «لا ينسب إلى ساكت قول» يخرج عنها سبعة وثلاثون مسألة يكون السكوت فيها كالنطق أولها «سكوت البكر عند استثمار وليها قبل التزويج وبعده» - راجع أيضا جامع الفصولين ج2 ص138.

(3) حاشية ابن عابدين ج3 ص59 - ويرى الشافعى أن السنة فى الاستئذان أن يرسل الولي إلى المرأة نسوة تقات ينظرن ما فى نفسها والأم بذلك أولى لأنها تطلع على ما لا يطلع عليه غيرها.

يكون سكوتها مثلاً لعدم التعويل على استئذان ذلك الولي البعيد الذي غيره أحق منه بالاستئذان.

أما الثيب فلا يعرف رضاها بالزواج إلا بالموافقة الصريحة إما بالقول كقولها: (نعم) أو (رضيت) أو (بارك الله لنا) أو (أحسننت) أو بالدلالة، كأن تطلب المهر أو النفقة أو تقبل التهنة.

والعلة في ذلك أن الثيب قد مارست الرجال وقل حياؤها بهذه الممارسة، فلا تخجل في إبداء رغبتها صراحة في الزواج⁽¹⁾.

ورضا المرأة بالزواج كما يكون قبل العقد، يكون أيضاً بعده، فإذا لم يستأذن الولي المرأة في زواجها قبل العقد، ثم أجازته المرأة بعد العقد نفذ الزواج.

134- الشروط الواجب توافرها في الولي:

يشترط فيمن تثبت له الولاية على غيره توافر الشروط الآتية:

1- **العقل:** فلا ولاية لمجنون على غيره، لأنه ليس له ولاية ينفذ بها عقده لنفسه فلا تكون له ولاية على غيره.

2- **البلوغ:** فلا ولاية للصبى غير المميز على غيره، لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال والصغير محتاج إلى من يقوم بأمره، فلا يصح أن يتولى أمر غيره. ويأخذ المعتوه حكم الصبى غير المميز.

3- **الحرية:** لأن العبد ليس له ولاية ينفذ بها عقد نفسه، فلا تكون له ولاية على غيره.

وقد زال الرق الآن.

4- **الإسلام:** فيجب أن يكون الولي مسلماً إذا كانت الولاية على مسلم أو مسلمة، لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم، ولأن غير المسلم لا يؤتمن على مصالح المسلم لما بينهما من خلاف ديني، كما أن الولاية في الزواج تتبع التوريث بالتعصيب ولا ميراث بين المسلم وغير المسلم.

(1) شرح فتح القدير وشرح العناية على الهداية بهامشه جـ 3 ص 270.

أما غير المسلم فتثبت ولايته على نفسه وعلى مثله أى غير المسلم، وذلك لقوله تعالى: ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁽¹⁾.

وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾⁽²⁾.

ولا يشترط فى ثبوت الولاية العامة للشخص كولاية القاضي: الاتحاد فى الدين لأن ولايته مستمدة من ولاية رئيس الدولة الذى هو ولى من لا ولى له من رعيته المسلمين وغيرهم⁽³⁾.

5- ألا يكون مشهورا بسوء الاختيار - عند الحنفية - فإذا عرف عنه ذلك، فلا يكون الزواج لازما إذا زوج من كان تحت ولايته بغير كفاء وبمهر المثل، ويكون لها الحق فى رد النكاح عند البلوغ أو الإفاقة من الجنون أو العته⁽⁴⁾.

(1) الآية 28 من سورة آل عمران.

(2) الآية 73 من سورة الأنفال.

(3) عمر عبد الله - ص 712 - على حسب الله - ص 127.

(4) ولا يشترط فى الولى العدالة - عند الحنفية والحنابلة فى رواية - فيصح أن يكون الولى فاسقا لأن له ولاية كاملة على نفسه، فلا مانع من أن يتولى أمر غيره، ولأن عماد هذه الولاية - كما سنرى - هو الشفقة ورعاية المصلحة وفق الفاسق لا يمنع شفته بآبائه، ولا يحول دون رعاية المصلحة لقريبه - والخطاب وارد لكل المكلفين بترويج من فى ولايتهم كقول الرسول عليه السلام: (زوجوا أبناءكم الأكفاء) وهو يشمل الفاسق والعدل. أما الشافعية والحنابلة - فى رواية - فقد اشترطوا العدالة فى الولى استنادا إلى حديث الرسول عليه السلام: (لا نكاح إلا بولى مرشد)، وما روى عن ابن عباس أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا نكاح إلا بولى وشاهد عدل، وأيما امرأة أنكحها ولى مسخوط عليه، فنكاحها باطل).

وقالوا إن المرشد معناه الرشيد، والفاسق ليس برشيد، فلا تكون له ولاية على غيره، وقد أجاب الحنفية عن ذلك الاستدلال بأن الحديث ضعيف مضطرب الإسناد اضطرابا شديدا فلا يصح الاستدلال به على أن هذا الاضطراب واقع فى رواية ليس فيها كلمة (مرشد) الذى يتعلق بها فى اشتراط العدالة فى الولى، فهى زيادة غير ثابتة حتى مع اضطراب الحديث، وعلى فرض ثبوتها فيه فالمرشد ليس معناه الرشيد، وإنما هو الذى يرشد غيره ويختار له وجه المصلحة. فالفاسق أهل لهذا المعنى بما له من العقل والشفقة والحرص على ما يصلح لابنه أو قريبه. (الدكتور أحمد الحصري، ص 503 وما بعدها - الدكتور عبد الرحمن تاج ص 93).

135- من تثبت له الولاية؟

اتفق جمهور الحنفية على أن ولاية الإجماع تكون للأب والجد ولغيرهما من العصباء.

وقال الإمام أبو حنيفة تثبت الولاية للأب والجد ولغيرهما من العصباء، وإذا لم يوجد أحد من العصباء تثبت لذوى الأرحام.

وقد استند جمهور الحنفية في رأيهم إلى الكتاب والسنة. أما الكتاب، فقوله

تعالى: ﴿وَسَتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ

فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَى النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُوْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ

تَنْكِحُوهُنَّ﴾⁽¹⁾، فقد ذكرت عائشة رضى الله عنها أن هذه الآية نزلت في اليتيمة

تكون في حجر وليها ويرغب في نكاحها ولا يقسط لها صداقها. والولى الذى

يتزوجها لا يمكن أن يكون الأب أو الجد، وإنما من غيرهما كابن العم مثلاً.

وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ

وَأِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾⁽²⁾،

فمن أنكح أيممة من نفسه برضاها فقد فعل ما أمره الله تعالى به، ولم يمنع الله

تعالى من يكون المنكح لأيممة هو الناكح لها.

أما السنة، فقد روى أن النبى عليه السلام زوج بنت عمه حمزة وهى

صغيرة، وجعل لها الخيار إذا بلغت، ولم يكن هذا إلا بالعصوبة، إذ لم يؤثر عنه

عليه السلام أنه زوج أحدا بولاية اقتضتها النبوة، ولو كان ذلك ما أثبت لها الخيار

إذا بلغت، لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ

أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْحَيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾⁽³⁾.

(1) سورة النساء الآية 127.

(2) سورة النور الآية 32.

(3) سورة الأحزاب - الآية 36.

وبما روى عن النبي عليه السلام أنه قال: النكاح إلى العصبات من غير فصل، وهو ما يفيد إطلاق الولي دون تفرقة بين الأب والجد وغيرهما⁽¹⁾. وقد استدل أبو حنيفة لرأيه، بأن الولاية إنما شرعت للنظر فى مصالح المولى عليه، وتقويض النظر فى مصلحته إلى ذوى الأرحام أولى من تقويضه إلى الإمام (القاضى الآن) لانشغاله، فضلا عن توافر الشفقة لديهن، وذوى الأرحام يعيرون بغير الكفاء كما يغير العصبات بل يكون ذلك أشد فى ذوى الأرحام إذا كانوا أقرب من العصبات.

كما أنه أثر عن الصحابى الفقيه عبد الله بن مسعود أنه أجاز لامرأته أن تتولى عقد زواج ابنه لها من غيره، وما كان لمثله أن يجيز دون أن يعلم مصدر ذلك فى الدين⁽²⁾.

(1) شرح فتح القدير وشرح العناية على هامشه ج3 ص 277.

(2) أما الصحابان فقد ذهبا إلى أن الولاية لا تثبت لذوى الأرحام وحجتهم فى ذلك أن سبب الولاية هو التعصيب، والعصبات هم قبيلة المولى عليه الذين ينالهم عار الزواج أو فخاره ولأن النبي عليه السلام قال: (النكاح إلى العصبات)، فإذا لم يوجد عاصب تكون الولاية لولى الأمر، ولما كان ولى الأمر لا يتولى بنفسه عقود الزواج فإن الولاية عليه تكون للقاضى.

وفى رواية أن أبا يوسف مع أبى حنيفة فى رأيه، وقد قال ابن عابدين إن هذا هو الأصح (حاشية ابن عابدين ج3 ص78).

أما باقى المذاهب الأخرى:

فقد ذهب مالك وأحمد بن حنبل إلى أن الولاية على الصغير والصغيرة تثبت للأب ولوصية فى التزويج إذا كان قد عين الزوج أما إذا كان الأب قد عين وصيا للتزويج ولم يعين الزوج فلا تثبت له وصاية التزويج.

وسندهما فى ذلك أن ثبوت الولاية على الغير خلافا للأصل لأن الأصل فى الإنسان ألا يكون لغيره سلطة عليه والولاية نوع من السلطة، إلا لحاجة ولا حاجة لكل من الصغير والصغيرة إلى الزواج لانعدام الشهوة وكان هذا يقتضى عدم ثبوت الولاية عليهما أصلا، غير أن ولاية الأب تثبت بنص من الشارع وما روى من أن أبا بكر رضى الله عنه زوج بنته عائشة وهى صغيرة من النبي عليه السلام، والجد ليس فى معنى الأب حتى يلحق به لقصور شفقتة بالنسبة إليه.

136- العصابات :

العاصب النسبي، هو القريب الذكر الذى لا تكون قرابته للمولى عليه بواسطة الأنثى وحدها. والعصبة بالنفس جهات أربع، وهى تقوم على الترتيب فى الميراث، ولا تثبت الولاية لمن يحجب فى الميراث، ولا يستثنى من هذه القاعدة سوى حالتين كانتا موضع خلاف سنعرض لهما فى البند التالى.

والجهات الأربع المشار إليها هي :

- 1- البنوة: وتشمل الابن، وابن الابن وإن نزل.
- 2- الأبوة: وتشمل الأب وأبو الأب وإن علا.
- 3- الإخوة: وتشمل الأخ الشقيق، والأخ لأب وأبنائهما وأبناء أبنائهما.
- 4- العمومة: وتشمل الأعمام، وأعمام الأب، وأعمام الجد الصحيح، وأبناء هؤلاء الأعمام سواء لأبوين أو لأب فقط.

137- المفاضلة بين الأولياء من العصابات :

إذا كان للمولى عليه عاصب واحد ممن سبق ذكرهم انفرد هذا العاصب بالولاية.

أما إذا كان للمولى عليه أكثر من عاصب، كانت المفاضلة بينهم بالجهة، فتقدم جهة البنوة على جهة الأبوة، وجهة الأبوة على جهة الأخوة، ثم جهة الأخوة على جهة العمومة.

وإن اتحدت الجهة، فضل أقرب الأولياء درجة، فيقدم مثلاً الابن على ابن الابن، والأب على الجد، والأخ ولو كان لأب على ابن الأخ الشقيق.

وإن اتحدت الدرجة قدم الأقوى قرابة، والقرابة الأقوى هى التى تكون من جهة الأب والأم، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب، والعم الشقيق على العم لأب وهكذا.

= وذهب الإمام الشافعى إلى أن الولاية تثبت للأب والجد.

وحجته فى ذلك أن النص أثبت الولاية للأب، والجد كالأب لتوافر الشفقة، وقد اعتبر الشارع الجد كالأب فى كثير من المسائل، أما غيرهما فلا تثبت لهما الولاية لبعدها القرابة وقصور الشفقة.

أما إذا اتحدت جهة القرابة والدرجة والقوة، كانت الولاية لكل منهم، لأن الولاية لا تقبل التجزئة، لأن سببها القرابة وهي لا تقبل التجزئة. فإن عقد أحدهم كان عقده صحيحا ولو لم يجزه باقى الأولياء⁽¹⁾.

وإن عقد أكثر من واحد منهم كان عقد الأسبق هو الصحيح، وإن تعذر تحديد الأسبق أو وقع العقدان فى وقت واحد، بطل العقدان لتعذر ترجيح أحدهما على الآخر.

وهناك مسألتان حدث فيهما خلاف فى المذهب الحنفى يتعارض مع قاعدة تفضيل الأولياء على أساس مرتبتهم فى الميراث هما:

1- الولاية على المجنونة:

فمقتضى القاعدة السابقة يفضل ابن المجنونة على أبيها فى الولاية عليها لأن جهة البنوة مقدمة على جهة الأبوة، لأن قوة التعصيب فى الابن أكثر من الأب وذلك هو ترتيب العصابات فى التوريث.

وبهذا رأى قال الشيخان (أبو حنيفة وأبو يوسف). غير أن محمدا يفضل الأب لأنه أوفر شفقة وأكثر خبرة فكانت ولايته أقوى، ولأن الأب له الولاية على النفس والمال معا، بينما لا تثبت ولاية الابن على المال، فصلة الأب من حيث الولاية أقوى، وإن كانت من حيث الميراث أقل والعرف فى كل الأمصار على ذلك⁽²⁾.

وروى عن أبى يوسف أنهما من حيث الولاية فى درجة واحدة، وأيهما زوج فزواجه صحيح.

(1) فقد جاء بالعقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية الجزء الأول ص 20 ما يأتى:
(سئل) فى يتيمة قاصرة ليس لها سوى أم وابنى عم عصبة وابن عم آخر عصبة والكل فى الدرجة والقوة سواء ولابن العم الآخر المذكور ابن صغير. كفى يريد عقد نكاحه على اليتيمة المذكورة بمهر المثل متبرعا لها به من ماله فهل له ذلك. (الجواب) نعم كما فى البحر والدرر ثم إذا اجتمع فى الصغير والصغيرة وليان فى الدرجة على السواء فزوج أحدهما جاز أجاز الآخر أو فسخ بخلاف الجارية... الخ).

(2) الولاية على النفس للأستاذ محمد أبو زهرة البحث المشار إليه - الهداية شرح بداية المبتدى ج 1 ص 200.

ويقول صاحب البدائع الأفضل أن يفوض الابن الإنكاح إلى الأب احتراماً له واحتراراً عن موقف الخلاف.

ورأى الشيخين هو المفتي به.

2- المفاضلة بين الأخ الشقيق والأخ لأب:

طبقاً للقاعدة السابقة في المفاضلة بين الأولياء، فإن الأخ الشقيق يفضل عن الأخ لأب، لأنه الأقرب درجة ويفضل في الميراث. وبهذا الرأي قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد.

إلا أن زفر جعل الولاية للثنتين، واعتبرهما في درجة واحدة، وحجته في ذلك أن سبب الولاية هو العصوبة لأب، وهما في درجة واحدة بالنسبة له، ولا عبرة بقرب الدم⁽¹⁾.

138- الأقارب من المحارم:

ذكرنا سلفاً أن قول أبي حنيفة وهو الراجح في المذهب، أنه إذا لم يوجد ولى من العصابات النسبية تثبت الولاية للأقارب من غير العصابات، أى من المحارم.

وترتيب هؤلاء في الولاية يكون بحسب درجة القرابة ثم بقوة القرابة، وقد اتفق الفقهاء على ترتيب الأولياء من المحارم على النحو الآتي:

1- الأم.

2- أم الأب (وقد قدمت على أم الأم مع أنهما في درجة واحدة لقوة القرابة لأنها تنتسب بالعاصب وهو الأب).

3- أم الأم.

4- البنت.

5- بنت الابن.

6- بنت البنت.

7- بنت ابن الابن.

(1) الولاية على النفس للأستاذ محمد أبو زهرة - البحث المشار إليه.

- 8- بنت بنت البنت.
- 9- الجد أبو الأم.
- 10- الأخت الشقيقة.
- 11- الأخت لأب.
- 12- الأخ والأخت من الأم على سواء.
- 13- أولاد الأقارب سالفى الذكر على الترتيب المذكور.
- 14- الأعمام لأم.
- 15- العمات.
- 16- الأخوال.
- 17- الخالات.
- 18- أبناء الأقارب سالفى الذكر على الترتيب المذكور⁽¹⁾.

139- ولاية القاضى فى التزويج:

إذا لم يكن للمولى عليه عصابات ولا أرحام انتقلت ولاية تزويجه إلى ولى الأمر يتولاها القاضى الذى ذكر له ذلك فى مرسوم تعيينه، ويقوم مقام النص على ذلك فى مرسوم تعيين القاضى - فى نظرنا - أى نص تشريعى يخول القاضى هذه الولاية.

وليس للقاضى الذى انتقلت إليه ولاية التزويج أن يزوج المولى عليه من نفسه ولا ممن لا تقبل شهادته له، كأصله وفرعه، لأن ما يصدر من القاضى بمقتضى وظيفته يعتبر حكماً، ولا يصح للقاضى أن يحكم لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له.

وقد نصت المادة التاسعة من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن تختص المحكمة الجزئية (لولاية على النفس) بالإذن بزواج من لا ولى له (فقرة أولاً/8)، وأصبح الاختصاص الآن لمحكمة الأسرة.

(1) راجع فى هذا الترتيب: الدكتور عبد الرحمن تاج ص 100 - الدكتور محمد محبوب ص 334.

وكانت المادة 28 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 (الملغاة) تنص على أن: «الإذن بالخصومة في غير الأوقاف بجميع مقتضياته الشرعية من اختصاص رؤساء المحاكم والقضاة الجزئيين في دائرة اختصاصهم وكذا تزويج من لا ولى له من الأيتام وغيرهم»، وبعد إلغاء المحاكم الشرعية بمقتضى القانون رقم 462 لسنة 1955 أصبحت المحكمة الجزئية (دائرة الأحوال الشخصية - ولاية على النفس) هي المختصة بتزويج الصغير والصغيرة اللذين لا ولى لهما.

وقد نصت المادة 33 (أ/1) من لائحة المأذونين على أنه لا يجوز مباشرة عقد زواج البتيمات القاصرات اللاتي لهن معاش أو مرتب في الحكومة أو لهن مال تزيد قيمته على مائتى جنيه إلا بعد صدور تصريح من محكمة الأحوال الشخصية المختصة ويجب إخطار الجهة التى تتولى صرف المرتب أو المعاش بالعقد. ويصدر هذا التصريح من دائرة الأحوال الشخصية للولاية على المال (محكمة الأسرة الآن).

140- غياب الولى؛

إذا كان الولى الأقرب غائبا غيبة منقطعة بحيث لا ينتظر الزوج الكفاء حضوره أو استطلاع رغبته، فقد ذهب أبو حنيفة والصاحبان إلى أن الولاية تنتقل إلى الولى الذى يليه حتى لا يفوت الزوج الكفاء ولا يجوز للولى الغائب الاعتراض على هذا الزواج بعد حضوره، وليس له الحق فى المطالبة بفسخه لأنه تولى العقد من له الحق الشرعى فيه⁽¹⁾.

141- عضل الولى؛

إذا كان الولى القريب حاضرا وامتنع عن تزويج المولى عليه بغير حق شرعى، كان عاضلا والعضل ظلم، وولاية رفع الظلم إلى القاضى ومن ثم لا تنتقل

(1) العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية ج1 ص 18 - الهداية مطبوعة مع شرح فتح القدير ج3 ص 288 وما بعدها - أما زفر فيقول باستمرار ولاية الغائب، وعلى الولى الذى يليه الانتظار لحين حضوره لأن ولاية الأقرب قائمة لأنها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته، وقال الشافعى أن الولاية تنتقل إلى السلطان.

الولاية إلى من يليه من الأولياء، بل إلى القاضى لقول النبى عليه السلام: «فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له» - فالمراد بالاشتجار هو منع الأولياء من العقد على المولى عليه، وهذا هو العضل. وجرت العادة على أن السلطان لا يتولى هذا الأمر بنفسه وإنما يتولاه القاضى نيابة عنه، وهذا هو المعمول به الآن⁽¹⁾.

ويكون تزويج القاضى للمولى عليه نيابة عن هذا الولى الظالم، ومن ثم فإن عقد القاضى يكون فى قوة عقد هذا الولى ويأخذ حكمه من لزوم العقد وعدم لزومه.

فإذا كان الولى هو الأب كان عقد القاضى فى قوة عقد الأب، وإن كان هو الأخ كان عقد القاضى فى قوة عقد الأخ وهكذا.

142- أحكام تزويج الأولياء:

مبنى ولاية الإجماع على فاقدى الأهلية وناقصيهما أمران:
الأول: الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه، وهذه الشفقة ليست على درجة واحدة عند الأولياء جميعاً، بل هم يختلفون فيها.
الثانى: حسن الرأى وتخير أوجه النفع، وهو ما يختلف فيه الأولياء أيضاً.
وعلى ذلك تختلف الولاية، فهى تكون كاملة إذا اجتمع للولى مع قوة الشفقة حسن الرأى وتخير أوجه النفع، وهى لا تكون كاملة وتكون مقيدة بالمصلحة الظاهرة إذا نقص أحد الأمرين المذكورين⁽²⁾.
وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم حكم تزويج الأولياء إلى ثلاث مراتب.

(1) الدكتور محمد على محبوب ص 245 وما بعدها - وقد جاء بالعقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية ج 1 ص 20 ما يأتى:

(سئل) فيما إذا عضل الأب عن تزويج صغيرته من كفاء بمهر المثل هل للقاضى أن يزوجه؟

(الجواب) نعم إذا عضل الأب فللقاضى تزويجها حيث لا ولى لها غيره لكن ينبغى أن يأمر الأب بتزويجها فإن امتنع ناب منابه فيه....(الخ).

(2) الدكتور عبد العزيز عامر ص 92.

المرتبة الأولى: الأب أو الجد أو الابن الذين لم يعرفوا بسوء الاختيار، ولم يشتهروا بالمجانة والفسق قبل العقد. ويكون عقدهم صحيحا نافذا لازما، فلا يثبت خيار فسخه للمولى عليه عند زوال الولاية، ولو كان الزواج من غير كفاء وبأقل من مهر المثل مما يتغابن فيه الناس أو لا يتغابنون إذا كان المولى أنثى، أو بأكثر من مهر المثل إذا كان المولى عليه ذكرا، وذلك لوفور شفقة هؤلاء وكمال عقلهم وشدة حرصهم على المولى عليه، لأن للزواج مقاصد أخرى أهم من الكفاءة والمهر منها توافق الأخلاق وتوسيع النفقة والمعاشرة بالمعروف ومن ثم فإن هؤلاء الأولياء قد يجدون هذه المصلحة أجدى للمولى عليه من الكفاءة ومهر المثل وهذا رأى الإمام أبى حنيفة، وهو المفتى به فى المذهب⁽¹⁾.

المرتبة الثانية: الأب أو الجد أو الابن، الذين عرفوا بسوء الاختيار أو اشتهروا بالمجانة والفسق. وهؤلاء لا يكون عقدهم صحيحا⁽²⁾ إلا إذا كان الزواج من كفاء وبمهر المثل سواء كان المولى عليه ذكرا أو أنثى، لأن هؤلاء وإن توفرت شفقتهم لم يعرف حسن رأيهم بل ساء تدبيرهم واشتهروا بذلك. فاشتراط الزوج الكفاء ومهر المثل للتقيد بالمصلحة الظاهرة. أما إذا زوج بكفاء ومهر المثل فإن العقد يكون صحيحا نافذا لازما.

المرتبة الثالثة: إذا كان الولي من غير هؤلاء، سواء من العصبات أو من ذوى الأرحام ولو كانت الأم، أو كان الولي هو القاضي، فالعقد لا يكون صحيحا إلا إذا كان التزويج بالكفاء ومهر المثل إذا كان المولى عليه أنثى، وبالكفاء وبمهر المثل لا يزيد بأكثر مما يتغابن فيه الناس إذا كان المولى عليه ذكرا وعلّة ذلك

(1) ويرى الصاحبان أنه لا بد من الكفاءة ومهر المثل لأنه يجب التقيد بالمصلحة الظاهرة، ولا مصلحة ظاهرة فى نقصان المهر أو عدم الكفاءة.

(2) ويذكر الأستاذ محمد أبو زهرة فى مؤلفه الأحوال الشخصية - قسم الزواج ص 116 هامش (1) أنه اختلفت عبارات الكتب فى فساد هذا العقد، فعبارة ابن عابدين أنه لا ينعقد فاسدا، ولكن يكون للمولى عليه إبطاله بعد زوال سبب القصر، ولكن جاء فى البحر ما نصه: «قد وقع فى أكثر الفتاوى فى هذه المسألة أن النكاح باطل، فظاهر أنه لم ينعقد، وفى الظهيرية يفرق بينهما، ولم يقل باطل، وهو الحق».

نقص شفقة الأولياء العصابات من غير الأب والجد والابن مما يقتضى التقيد بالمصلحة الظاهرة، وإن الأم وأن كانت موفورة الشفقة إلى أقصى حد إلا أن تدبيرها غير كامل فكانت ولايتها غير كاملة، ولأن الشفقة ناقصة لدى القاضي⁽¹⁾.

وإذا صح العقد للتزويج بالكفء ومهر المثل، فإنه لا يكون مع ذلك لازماً للمولى عليه ذكراً أو أنثى - على الراجح من المذهب الحنفى - وإنما يكون له حق الفسخ بخيار البلوغ إذا كان سبب الولاية الصغر وخيار الإفاقة إذ كان سبب الولاية هو الجنون أو العته وهذا ما سنعرض له تفصيلاً فى البند التالى.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 4 رمضان سنة 1321هـ بأن:

«سوء اختيار الأب ومجانبته تجعلانه بمنزلة غير الأب. فإن سوء الاختيار والمجانة مما يضعف رأى. وقد صرحوا فى تزويج الأم بأنه صحيح ويجوز للزوج أو للزوجة أن يختار الفسخ عند البلوغ. وعللوا ذلك بأن الشفقة وإن توفرت فالرأى غير كامل فضعف رأى فيها سوغ جواز الفسخ للصغيرة إذا بلغت. والوالد الماجن السيئ الاختيار قد يفقد الشفقة مع رأى خصوصاً من أهل زماننا الذين فشا فيهم فساد رأى وغلب على وجدانهم حتى إن الرجل الذى لا دين له لا يبالى بما يكون فى شأن بنته فى مستقبل قريب فضلاً عن بعيد وليس من الفقه أن يسوى بين كامل رأى حسن الاختيار وبين الماجن السيئ الاختيار فى لزوم العقد على أن الذى يظهر من كلام عم الزوج فى هذه الحادثة أن أباه مات ولا مال له فالوالد فقير لا يملك نفقة ولا مهراً. ولو بقيت البنت فى عصمته أصابها من الضرر ما هو معلوم فالزوج فى هذه الحالة غير كفء لشدة فقره. وفقر البنت لا مدخل له فى الكفاءة عند العجز عن النفقة بالفقر غير كفء وإن كانت الزوجة فقيرة بنت فقراء كما هو صوابه لأن لزوم النكاح يقضى بالنفقة. فالعاجز عنها عاجز عن توفية حق الزوجة فهو غير كفء لها على كل حال.

(1) حاشية ابن عابدين ج3 ص 84 - عمر عبد الله ص 243 - محمد أبو زهرة فى الأحوال الشخصية - قسم الزواج ص 117 وما بعدها.

فللبنات بعد أن اختارت فسخ النكاح أن ترفع الأمر إلى القاضى ليقضى به متى صح عنده جميع ما ذكر فى السؤال. والله أعلم».

143- خيار البلوغ وخيار الإفاقة:

خيار البلوغ هو الحق الذى يثبت للصغير والصغيرة عند بلوغهما فى إجازة أو فسخ عقد زواجهما الذى أبرمه الولى غير الأب أو الجد أو الابن، سواء كان من العصبات أو من ذوى الأرحام.

وخيار الإفاقة هو الحق الذى يثبت للمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة فى إجازة أو فسخ عقد زواجهما الذى أبرمه الولى غير الأب أو الجد أو الابن، سواء كان من العصبات أو من ذوى الأرحام.

وثبت خيار البلوغ وخيار الإفاقة هو رأى أبى حنيفة ومحمد وأبى وسف فى رأيه الأول، أما قوله الأخير والمشهور أن هذا الخيار لا يثبت، لأن الولى نائب بحكم الشارع عن المولى عليه فكأن المولى عليه هو الذى عقد، ولا يجوز له نقض ما قام به نائبه الذى كشخصه⁽¹⁾. والرأى الأول هو الراجح فى المذهب.

وإذا اختار المولى عليه عند بلوغه أو إفاقته فسخ العقد فلا بد من رفع دعواه إلى القاضى للقضاء به، أما قبل القضاء بالفسخ فالزواج قائم والحقوق المترتبة عليه قائمة، فللزوج على زوجته حق الطاعة ولها عليه حق النفقة، يتوارثان إن مات أحدهما، قبل القضاء بالفسخ، ويتأكد بموته وجوب المهر بتمامه.

والسبب فى وجوب القضاء بالفسخ، أن حق الفسخ بخيار البلوغ أو الإفاقة حق ضعيف لأنه مختلف فيه ومبنى على سبب خفى هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن فسخ العقد رفع له من أساسه، وهدم لأصله بعد أن كان صحيحا نافذا تترتب عليه جميع الأحكام، وهدم الأصل من أجل أمر هو من قبيل الأوصاف المتممة وهو اللزوم لا يملكه إلا القاضى بما له من الولاية العامة⁽²⁾.

(1) شرح فتح القدير - ج 3 ص 278.

(2) الأستاذ على حسب الله ص 141 - الدكتور عبد الرحمن تاج ص 109.

والخيار هنا ليس طلاقاً، لأن الخيار يصح من الأنثى وهى لا طلاق لها، ولا يرد على ذلك بأن النكاح لا يحتمل الفسخ لأن النكاح الذى لا يحتمل الفسخ هو النكاح بعد التمام أى الصحيح النافذ اللازم، أما قبل التمام فإنه يقبل الفسخ⁽¹⁾.

144- سقوط خيار البلوغ والإفاقة:

إذا بلغت الصغيرة البكر، وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا، وإن لم تعلم بالنكاح فيظل حق الخيار ثابتاً لها حتى تعلم فتسكت، فالعلم بالنكاح شرط لأنها لا تتمكن من التصرف إلا به والولى ينفرد به فعذرت بالجهل، ولا تعذر بجهلها أن لها خيار البلوغ شرعاً، لأنها تفرغ لمعرفة أحكام الشرع لأن الدار دار إسلام ووسائل التفقه فى الدين موفرة فيها⁽²⁾، بخلاف ما إذا لم تكن عالمة بالنكاح فسكتت فإنه يبقى لها حق الخيار.

ويجب على البكر أن تختار الفسخ بمجلس بلوغها أو مجلس علمها بالزواج إذا كانت قد علمت بالنكاح بعد البلوغ. والمراد بمجلس البلوغ، المجلس الذى رأت فيه الحيض، فإذا رأت الحيض وسكتت ولو برهة يسيرة غير مكرهة سقط الخيار، فلا يمتد الخيار إلى آخر مجلس البلوغ أو العلم، لأن سكوتها يعتبر رضا بالزواج.

ويجب على البكر أن تشهد شاهدين على اختيار الفسخ، وهذا الإشهاد ليس شرطاً لاختيارها الفسخ بل شرط لإثباته بالبينة ليسقط اليمين عنها وتحليفها على اختيارها الفسخ.

وإذا رأت الحيض فى وقت لا تتمكن فيه من الإشهاد على اختيارها الفسخ، وجب عليها أن تقرر نفسها اختيارها فسخ العقد بأن تقول: فسخت نكاحي، ثم تشهد على ذلك فى أول وقت تتمكن فيه من الإشهاد، وتقول للشهود رأيت الدم الآن⁽³⁾.

(1) الدكتور عبد العزيز عامر ص 95.

(2) وذلك بعكس المعتقة لأنها بانشغالها بالخدمة لا تنفرغ لمعرفة أحكام الشرع فكانت معذورة.

(3) وقيل لمحمد كيف وهو كذب، وإنما أدركت قبل هذا؟ فقال لا تصدق فى الإسناد فجاز لها أن تكذب كي لا يبطل حقها (شرح فتح القدير جـ 3 ص 282).

وإذا اختارت الفسخ وأشهدت فإنه لا يضيرها التأخر في رفع دعوى الفسخ. والرضا من الغلام يكون بالقول الصريح أو بفعل ما يدل على الرضا، كأن يقول: رضيت وأن يطلب زفاف امرأته إليه أو ينفق على امرأته، ولا يبطل خياره بالسكوت لأن سكوت الرجل لا يعتبر رضا بالعقد.

والثيب مثل الغلام في هذا، فلا يدل سكوتها على رضاها باستمرار الزواج كما لا يدل على الرضا به في الابتداء، وإنما يكون رضا الثيب بالقول الصريح أو بفعل ما يدل على الرضا، كأن تمكن الزوج من الوطء أو تطلب منه المهر. ومادام السكوت لا يعد رضا من الغلام إذا بلغ ولا من الأنثى التي بلغت وهى ثيب، فإن خيارهما يمتد إلى آخر المجلس وبعد انتهاء المجلس، ولا يقع خيارهما حتى يكون منهما ما يدل على الرضا بالزواج من قول أو فعل مهما طال الزمن.

وخيار الفسخ حق للصغيرين أثبته الشارع لهما بالبلوغ، لأنه هو الذى تتحقق به أهلية الاختيار، وعلى هذا إذا اختارا قبل البلوغ الاستمرار على الزواج، لم يكن اختيارا صحيحا، ولا يمنع من ذلك من ثبوت الخيار لهما عند البلوغ، فإن رضيا الزواج حينئذ لزمهما.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 12 رمضان سنة 1324 هجرية بأن:

«إذا كان الأمر كما ذكر فى هذا السؤال وقالت البنت المذكورة فور بلوغها لا أرضى به زوجها ولو قطع عنقى بالسيف وأشهدت على ذلك كان ما ذكر ردا للنكاح لكنه لا يفسخ إلا بقضاء القاضى كما يستفاد من كتب المذهب. ففى رد المحتار إذا كان المزوج الصغير والصغيرة غير الأب والجد فلهما الخيار بالبلوغ فإذا اختارا الفسخ لا يثبت الفسخ إلا بشرط القضاء انتهى ملخصا. وفى البحر ما نصه «وإذا اجتمع خيار البلوغ والشفعة نقول أطلب الحقين ثم تبتدئ

= وجاء بحاشية ابن عابدين جـ3 ص 74 وما بعدها: «... تشهد فى الصبح وتقول رأيت الدم الآن لأنها لو أسندت أفست وليس هذا بكذب محض بل من قبيل المعارض المسوغة لإحياء الحق لأن الفعل المعتاد لدوامه حكم الابتداء والضرورة داعية إلى هذا لا إلى غيره».

فى التفسير بخيار البلوغ» انتهى وكتب عليه بحاشية العلامة ابن عابدين ما نصه «قال الرملى هذا قول وقيل بالشفعة. وفى جامع الفصولين ولو ثبت للبكر خيار البلوغ والشفعة تقول طلبت الحقين ثم تفسر وتبدأ بالاختيار وقيل بالشفعة وقيل تطلب الشفعة وتبكى صراخا فيصير هذا البكاء ردا للنكاح على قول من يجعله ردا له أقول لا أدرى ما وجه تعين البدء بأحدهما فى التفسير بعد طلب الحقين جملة فإننا حيث اعتبرناه هو المانع من السقوط فلا يضر تقديم أحدهما على الآخر ولا يبطل المؤخر لأنه ثبت بالإجمال المتقدم والألف واللام فيه جامعة لهما. ولو قيل لا حاجة إلى التفسير بعده أصلا لكان له وجه وجيه وأيضا فيه تضيق وتفسير ونوع حرج وذلك مرفوع والظاهر أن متقدمى أئمتنا ذكروا المسألة ومنهم من قال على سبيل المثال تقول طلبتهما لنفسى والشفعة ومنهم من قال على سبيله الشفعة ونفس فتوهم بعض المتأخرين أن ذلك على سبيل الحتم واللزوم وليس كذلك بل تقدم فى التفسير أيا شاعت تأمل، انتهى ونحوه فى الدر وحواشيه وصرحوا أيضا بأن البكر إذا زوجها وليها فبلغها الخبر فقالت لا أرى كان ردا والله تعالى أعلم».

145- تحديد الأولياء ومراتبهم فى المرسوم بقانون رقم 118 لسنة 1952 بتقرير حالات سلب الولاية على النفس :

المرسوم بقانون رقم 118 لسنة 1952 بتقرير حالات سلب الولاية على النفس - كما يبين من تسميته - خاص بحالات سلب الولاية على النفس قد حددت المادة (12) منه الأولياء على النفس فى تطبيق أحكام هذا القانون، فقد جرى نصها على أن: «يقصد بالولى فى تطبيق أحكام هذا القانون الأب والجد والأم والوصى وكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص».

والواضح من المادة أنها تعين مراتب الأولياء على الترتيب الوارد بها، وعلى ذلك تكون قد حددت الأولياء على النفس وعينت مراتبهم على النحو الآتى:

1- الأب.

2- الجد.

3- الأم.

4- الوصي.

5- كل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص.
والمادة بنصها على الأم ضمن الأولياء تكون قد أخذت بأى الإمام أبى حنيفة الذى يجعل الولاية لذوى الأرحام بعد العصبات.

وقد قصرت المادة الولاية على الأب والجد دون باقى العصبات، ومن ثم لا يجوز الأخذ بالرأى الراجح فى المذهب الحنفى فى ترتيب الأولياء من العصبات بعد الجد، طالما أن المادة وضعت تحديدا وترتبا للأولياء يخالف هذا الرأى، وجعلت الولاية بعد الجد، للأم ثم للوصى⁽¹⁾.

والمقصود بالوصى، وصى المال، الذى يعين طبقا للمرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال.

ولم يشترط المرسوم بقانون المذكور أن يكون الوصى من عصبات الموصى عليه أو من ذوى أرحامه.

وقد جعلت المادة المرتبة الأخيرة فى الأولياء لكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص، ولم تشترط المادة أن يكون الشخص الذى يضم إليه الصغير من عصباته أو محارمه، وقد اتضح ذلك أيضا من نص المادة الخامسة فقرة أولى من المرسوم بقانون المذكور التى تنص على أنه إذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو بوقفها عهدت بالصغير إلى من يلى المحكوم عليه فيها قانونا فإن امتنع أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية لذلك جاز للمحكمة أن تعهد بالصغير إلى أى شخص آخر ولو لم يكن قريبا متى كان معروفا بحسن السمعة وصالحا للقيام على تربيته أو أن تعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض وفى هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تفوض من عهدت إليه بالصغير بمباشرة كل أو بعض حقوق الولاية.

(1) فى هذا المعنى: الأستاذ محمد أبو زهرة فى بحثه الولاية على النفس المشار إليه.

موضوع رقم (13)

الوكالة في الزواج

146- تعريف الوكالة :

الوكالة شرعا هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم قابل للنيابة شرعا⁽¹⁾.

وجواز الوكالة شرعا ثابت من الكتاب والسنة والإجماع.

ففي القرآن الكريم أن أهل الكهف بعد استيقاظهم من نومهم الطويل، وكلوا أحدهم في شراء ما هم في حاجة إليه من الطعام، وذلك حين يقول حكاية عنهم: ﴿فَابْتَغُوا أَحَدَكُمْ يَورِقْكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ﴾⁽²⁾.

وهذه الحكاية وإن كانت عن قوم سابقين إلا أنها لم تتكر في شريعتنا فتعتبر تشريعا لنا⁽³⁾.

وقد وكل النبي عليه السلام حكيم بن حزام في شراء الأضحية، ووكّل عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة وهي بالحبشة، وتزوج أم سلمة بوكالة ابنها عمر وهو صبي، كما وكل من يقوم بأعمال الدولة كجباية الزكاة وغيرها من

(1) وتطلق الوكالة لغة على الحفظ ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ

الْوَكِيلُ﴾ ، وقوله: ﴿لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ فَاتَّخِذْهُ وَكِيلًا﴾ .

وتطلق لغة أيضا ويراد بها الاعتماد وتفويض الأمر كقوله تعالى: ﴿وَعَلَى اللَّهِ

فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُؤْمِنُونَ﴾ ، وقوله: ﴿إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ رَبِّي وَرَبِّكُمْ﴾ . وقوله:

﴿وَمَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ﴾ .

(2) سورة الكهف الآية 19.

(3) الدكتور محمد مصطفى شلبي - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية

والعقود فيه - ص 524.

ضروب الأموال. وقد انعقد إجماع الفقهاء المسلمين في كل العصور على شرعية الوكالة، ولم يخالف في ذلك فقيه واحد منهم.

والزواج من التصرفات التي يجوز فيها الوكالة.

147- ممن تجوز الوكالة؟

القاعدة أن كل عقد جاز أن يعقده الإنسان لنفسه جاز أن يوكل غيره فيه⁽¹⁾ لأنه لا يعقل أن يكون له تمليك الغير ما لا يملك هو نفسه.

وعلى ذلك يجوز للرجل العاقل البالغ أن يوكل غيره في زواجه. أما إذا كان الرجل فاقد الأهلية أو ناقصها فإنه ليس له الحق في توكيل غيره كالمجنون والصبي والمعتوه لأنه ليس لواحد منهم الاستقلال في تزويج نفسه بنفسه⁽²⁾.

ولما كانت المرأة - عند الأحناف تستطيع عقد زواجها، فإنه يجوز لها توكيل الغير في زواجها.

ويجوز للولي على النفس وهو من يملك التزويج أن يوكل غيره في تزويج من له الولاية عليه.

ويجوز أن يوكل كل من الرجل والمرأة وكلا واحدا لتزويجهما فينعقد العقد بعبارة عن الطرفين.

148- من يجوز توكيله؟

يشترط في الوكيل أن تكون له عبارة معتبرة، بأن يكون مميزاً، وإلا كان التوكيل باطلاً.

وعلى ذلك يجوز توكيل كامل الأهلية وناقصها كالصبي المميز، سواء كان رجلاً أو امرأة، لأن البلوغ ليس شرطاً لصحة الوكالة عند الأحناف، ودليل ذلك أن الرسول عليه السلام تزوج من أم سلمة بوكالة ابنها عمر وكان صبياً لم يبلغ⁽³⁾.

(1) شرح فتح القدير ج7 ص 501.

(2) الأستاذ سيد سابق ص 276.

(3) وذهب الشافعية إلى عدم جواز توكيل ناقص الأهلية لأنه غير مكلف كالمجنون، إذ الشرط في الوكيل عندهم أنه يصح مباشرته التصرف الذي وكل فيه لنفسه.

149- انعقاد الوكالة :

الوكالة مثلها مثل سائر العقود ركنها هو الإيجاب والقبول. والإيجاب يكون بأى عبارة تدل على الإنابة كلفظ (وكلت) وأشباهه، أو ما يقوم مقامها من كتابة وإشارة.

والقبول يصدر من الوكيل سواء كان قولاً أو فعلاً يعتبر قبولاً ضمناً. ولا يشترط فى الوكالة اتحاد مجلس الإيجاب والقبول⁽¹⁾.
غير أنه لكل من طرفى عقد الوكالة الرجوع عنه وفسخه فى كافة الأحوال، فهو عقد جائز أى غير لازم⁽²⁾.

150- لا يلزم الإشهاد على الوكالة :

يصح التوكيل بالزواج شفاهة أو كتابة، ولا يلزم شرعاً الإشهاد عليه، لأن الوكالة عقد مستقل عن عقد النكاح، إلا أنه يستحسن الإشهاد عليه بشاهدين درءاً لحدوده عند النزاع⁽³⁾.

151- هل يجوز للوكيل فى الزواج توكيل غيره؟

إذا اشترط الموكل فى عقد الوكالة أن يقوم الوكيل بالتصرف بنفسه، فليس له توكيل غيره فيما وكل فيه، وإن أذن له الموكل أن يقوم بما وكل به على الوجه الذى يراه كان له توكيل الغير، ويكون هذا الغير حينئذ وكيلاً عن الموكل⁽⁴⁾.

(1) الأستاذ محمد مصطفى شلى ص 525.

(2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص302.

(3) حاشية ابن عابدين ج3 ص95.

(4) ويذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه ليس للوكيل أن يوكل غيره بلا إذن الموكل متى كان قادراً على ما وكل فيه، أما إذا لم يكن قادراً عليه لعجزه أو لكون ما وكل به لا يليق به القيام به، كان له أن يوكل غيره ويكون هذا الوكيل الثانى وكيلاً معه عن الموكل، أما إذا أذن الموكل للوكيل فى توكيل غيره عند الحاجة، فإن الوكيل الثانى يكون وكيلاً عن الموكل.

152- سلطات الوكيل :

(أ) إذا كان الموكل هو الرجل :

يتعين التفرقة بين الوكالة المطلقة والوكالة المقيدة.

ففى الوكالة المطلقة، وهى التى لا يضع فيه الموكل قيودا على سلطات الوكيل، سواء فيما يتعلق بالزوجة أو مقدار المهر، بأن يوكل الرجل الوكيل فى أن يزوجه دون أن يعين امرأة أو صفاتها أو يحدد له مهرا، فإنه يشترط لنفاذ عقد الزواج الذى يعقده الوكيل قبل الموكل، أن يكن الوكيل قد زوج الموكل بالمرأة الكفاء، الخالية من العيوب (كالعاهات والأمراض) وبمهر المثل، لا يزيد إلا بما يتغابن فيه الناس عادة، لأن التوكيل وإن كان مطلقا بحسب اللفظ، إلا أن العرف يقيدده، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا، فالمتعارف عليه بين الناس أن طالب الزواج إنما يريد الزواج بامرأة كفاء، سليمة من العيوب وبمهر المثل، لأن الشخص لا يعجز عن الزواج بمطلق الزوجة، ولا يكون فى حاجة إلى الاستعانة بوكيل ليعقد له على مثل هذه الزوجة.

وهذا هو رأى الصاحبين، وهو الرأى المفتى به فى المذهب الحنفى⁽¹⁾.

أما فى الوكالة المقيدة، هى التى يوكل فيها الرجل الوكيل بتزويجه ولكنه يقيدده بامرأة معينة، أو امرأة من أسرة معينة، أو بمقدار محدد من المهر، فإن العقد لا ينفذ فى حق الموكل، إلا إذا تقيد الوكيل بالقيود الواردة فى الوكالة ما لم يكن تجاوز الوكيل لقيود الوكالة أفضل لموكله كأن يزوجه بأقل من مهر المثل. وإذا كان تقيدد الوكالة فى مقدار المهر، وزوج الوكيل الموكل بزيادة على أن يقوم هو بدفعها، فلا ينفذ العقد إلا إذا قبل الموكل ذلك، لأن صاحب المروءة يستتف عن قبول التبرع ولا يرضى بتحمل منه الغير عليه خاصة فى مهر زوجته.

(1) أما الإمام أبو حنيفة فيذهب إلى أن الزواج ينفذ فى حق الموكل ولو كان من غير كفاء وبالمرأة عيوب أيا كانت وبما يزيد على مهر المثل ولو بغين فاحش لأن التوكيل مطلق غير مقيد بامرأة معينة ولا مهر معين، فلا يكون الوكيل قد جاوز حدود الوكالة، لا سيما وأنه من بين الناس من يفضل الزواج من غير كفاء حتى تكون أكثر طاعة له ممن تكافئه.

(ب) إذا كان الموكل هو المرأة:

إذا كان توكيل المرأة للوكيل مطلقاً، بأن لم تعين له رجلاً أو تحدد له مهراً، فإنه إذا زوجها بالكفء وبمهر المثل كان العقد نافذاً في حقها سواء كان لها ولي عاصب أم لا.

أما إذا زوجها من غير كفء، وكان لها ولي عاصب لم يوافق عليه قبل الزواج، فإن العقد يكون غير صحيح - على الرأي الراجح في المذهب الحنفي - لأن المرأة لا تملك تزويج نفسها بغير الكفء لو باشرت العقد بنفسها. وإذا زوجها بكفء وبأقل من مهر المثل بما لا يتغابن فيه الناس، فللولى الاعتراض وطلب تكملة المهر إلى مهر المثل أو فسخ العقد.

أما إذا لم يكن للمرأة ولي عاصب، فإن العقد يكون موقوفاً على إجازتها - باتفاق أبى حنيفة والصاحبين - لأن المرأة تغير بغير الكفء بعكس الرجل، ولذلك يجب تقييد إطلاق الوكالة بالكفاءة.

أما إذا زوجها بأقل من مهر المثل بما لا يتغابن فيه الناس، فقد ذهب صاحبان إلى أن العقد يكون موقوفاً على إجازتها، أما أبو حنيفة فالعقد لديه يكون نافذاً⁽¹⁾.

أما إذا كان توكيل المرأة للوكيل مقيداً، بأن عينت له الرجل والمهر، أو عينت أحدهما، وكان للمرأة ولي من العصبات، فإن العقد يصح وينفذ إذا كان الزواج من كفء وبمهر المثل، أما إذا كان الزواج من غير كفء لا يصح العقد - طبقاً للرأي الراجح في المذهب الحنفي - وإن كان الزواج من كفء ولكن بمهر يقل عن مهر المثل بما لا يتغابن فيه الناس، فالعقد صحيح نافذ إلا أنه غير لازم بالنسبة للولى إذ له أن يعترض عليه طالبا من القضاء رفع المهر إلى مهر المثل أو فسخ العقد.

أما إذا لم يكن للمرأة ولي من العصبات، فإن الزواج نافذ في حقها إذا كان موافقاً للقيد، ولو كان الزوج غير كفء أو كان بأقل من مهر المثل لأن الوكيل التزم حدود الوكالة.

(1) عمر عبد الله ص 252.

وإذا كان الزواج مخالفا لما جاء في التوكيل توقف نفاذ العقد على إجازتها، إلا إذا كانت مخالفة التوكيل أفضل للمرأة، كأن يكون زواجها بأكثر من مهر المثل.

153- هل يجوز للوكيل تزويج الموكل من نفسه أو ممن هو في ولايته؟

لا يجوز للوكيل أن يزوج الموكل (ذكرا أو أنثى) من نفسه، ولا ممن هو في ولايته في حالة إطلاق التوكيل، لأن من يوكل شخصا في عقد فإن التوكيل لا يفهم منه عادة أن العقد يكون معه، بل يكون مع عاقد آخر، ولأن الإطلاق يقتضى أن يكون الطرف الآخر غير معلوم، إذ لو كان معلوما لنص عليه، ولم يكن هناك ثمة داع لإطلاق الوكالة⁽¹⁾.

154- هل يجوز للوكيل تزويج الموكل بمن لا تقبل شهادته له؟

اختلف أبو حنيفة والصاحبان في هذه المسألة. فذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا زوج الوكيل الموكل بأحد ممن لا تقبل شهادته لهم وهم أصوله وفروعه، فإن العقد يكون موقوفا على إجازة الموكل ولو كان الزواج من كفاء وبمهر المثل لأن الوكيل متهم في محاباتهم.

وذهب الصاحبان إلى أن الزواج نافذ، لأن الزواج من كفاء وبمهر المثل ينفى التهمة عن الوكيل.

155- سلطة الوكيل إذا كان الولي هو الموكل :

إذا كان الولي هو الموكل ويملك التزويج بغير كفاء وبأقل من مهر المثل كالأب والجد فإن الوكيل يملك التزويج من غير قيد الكفاءة ومهر المثل عند أبي حنيفة لأن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل. أما إذا كان الولي لا يملك التزويج بغير الكفاءة ومهر المثل فإن الوكيل يكون - بالاتفاق - مقيدا بهما لأن موكله لا يملك غير ذلك.

156- انصراف حقوق عقد الزواج إلى الموكل :

الوكيل في الزواج سفير ومعبر، فإذا أتم عقد الزواج انتهت مهمته، ورجعت

(1) محمد أبو زهرة في الأحوال الشخصية - قسم الزواج ص 130 وما بعدها.

آثار العقد إلى الموكل وذلك بعكس عقد البيع فترجع آثار العقد إلى الوكيل لأنه مباشر وليس سفيراً ومعبراً⁽¹⁾.

وبناء على ذلك لا يجوز أن يطالب الزوج وكيل الزوجة بدخولها في طاعته، ولا يجوز للزوجة مطالبة وكيل الزوج بالمهر، إلا إذا كانت هناك كفالة صريحة من جابه، فيكون أساس المطالبة الكفالة دون الوكالة. والوكيل لا يقبض المهر إلا إذا كان مأذوناً بذلك صراحة أو دلالة كما سيأتي في موضعه من الكتاب.



(1) شرح العناية على الهداية هامش فتح القدير جـ 3 ص 307.

موضوع رقم (14)

الكفاءة في الزواج

157- تعريف الكفاءة في الزواج:

الكفاءة لغة: المساواة والمماثلة والكفاء هو النظير ومنه قول النبي عليه السلام: «المؤمنون تنكأ دماؤهم»، أى المؤمنون تتساوى دماؤهم فى الدية والقصاص فيقتص من الشريف للوضيع ومن الغنى للفقير. أما الكفاءة فى الزواج - فى اصطلاح الفقهاء - فهى مساواة الزوج للزوجة أو تقاربه منها فى أمور مخصوصة بحيث لا تعير الزوجة ولا أولياؤها بزواجها منه.

158- اشتراط الكفاءة فى الزواج:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الكفاءة شرط فى الزواج، وذلك لحديث النبى عليه السلام: «ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء» وحديثه: «يا على ثلاث لا تؤخرها: الصلاة إذا أتت والجنابة إذا حضرت والأيم إذا وجدت كفؤا».

ولما روته عائشة عن النبى عليه السلام أنه قال: «تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء».

وما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال: «لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء».

كما أن النكاح عقد يدوم بدوام الحياة، أساسه التوافق والانسجام وحسن العشرة، وتأكيد الروابط بين أسرتى الزوجين، وهذا لا يتأتى على الوجه الأكمل إلا بين الأكفاء، ذلك أن للزوج بحكم الشرع والعرف السلطان الأقوى فى أمور الزوجية مصداقا لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾، وقوله:

﴿وَالرِّجَالُ عَلَيْهِنَ دَرَجَةٌ﴾. والزوجة تتأذى أن يكون لزوجها سلطان وقوامه عليها حين أنه غير كفء لها، كذلك يأنف ذووها وأولياؤها من مصاهرة من لا يناسبهم فى

دينهم وجاههم ونسبهم⁽¹⁾، ويعيرون بذلك، فقد جرى العرف على تعبير الزوجة وأوليائها بالزواج من غير كفاء⁽²⁾.

159- عناصر الكفاءة في المذهب الحنفي:

لما أباح الحنفية للمرأة البالغة العاقلة أن تعقد زواجها بغير إذن وليها، احتاطوا للأولياء فتوسعوا في الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة أى في عناصر الكفاءة، حتى لا تسيء المرأة في زواجها إلى أوليائها فجعلوا الكفاءة في ستة أمور هي:

- (1) الدكتور عبد الرحمن تاج ص 113 وما بعدها.
- (2) وقد ذهب بعض الفقهاء منهم أبو حسن الكرخي وأبو بكر الرازي المشهور بالجصاص من الحنفية وسفيان الثوري إلى عدم اشتراط الكفاءة في الزواج مستندين في ذلك إلى أدلة من الكتاب والسنة ومن بعض الزيجات التي وقعت في عهد الرسول. ومن ذلك قوله تعالى: ﴿إِنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَنَّمُ﴾ وقول النبي عليه السلام: «الناس سواسية كأسنان المشط» وقوله: «لا فضل لعربي على عجمي إنما الفضل بالتقوى». وقوله: «يا بني بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه»، وأبو هند مولى بني بياضة وكان حجاما. وبأن الرسول عليه السلام خطب زينب بنت جحش لزيد بن حارثة فامتعت، وامتتع أخوها عبد الله، لنسبها في قريش وأنها كانت بنت عمه النبي عليه السلام، أمها أميمة بنت عبد المطلب، وأن زيدا كان عبدا، فنزل قول الله عز وجل: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا﴾. «سورة الأحزاب آية 36» فقال

أخوها لرسول الله عليه السلام مرني بما شئت فزوجها من زيد. وأن أبا حذيفة زوج سالما من هند بنت الوليد بن عقبة بن ربيعة وهو مولى لامرأة من الأنصار. وأن بلال - وهو حبشي - تزوج من أخت عبد الرحمن بن عوف وهي عربية حرة الأصل.

وقد رد جمهور الفقهاء على الرأي السابق بأن الآية القرآنية التي استدلت بها وحديثي الرسول عليه السلام عن المساواة يراد بهما أحكام الآخرة لا أحكام الدنيا، وأنه لا يصح الاحتجاج بالزيجات التي وقعت بين غير المتكافئين في عهد الرسول عليه السلام وبعلمه لأن الكفاءة حق للزوجة وللأولياء وليست حقا للشارع، فلو تجاوز صاحب الحق في الكفاءة عنها كان الزواج صحيحا.

1- النسب.

2- الإسلام.

3- الحرية.

4- المال.

5- الديانة.

6- الحرفة.

ونعرض لهذه الأمور الستة بالتفصيل على النحو الآتي⁽¹⁾:

1- النسب:

هو صلة الزوج والزوجة بمن ينتميان إليه من الآباء والأجداد. فمن كانت ذات نسب رفيع أو مشهور لا يكون كفئاً لها إلا من كان له نسب رفيع أو مشهور.

والكفاءة في النسب كانت معتبرة عند العرب، لأن العرف جعل النسب محلاً للتفاخر والتفاضل والهجاء والمدح بينهم ولكنها غير معتبرة عند غير العرب، لأن غير العرب لا يتفاخرون بالأنساب، ولا يجعلونها محل تفاخرهم وتفاضلهم وهجائهم ومدحهم.

(1) آراء المذاهب الأخرى في عناصر الكفاءة.

1- المذهب الشافعي:

تثبت الكفاءة في خمسة أمور هي: الدين، النسب، الحرية، الحرفة، الخلو من العيوب. وقد زاد عليها بعض المتأخرين من علماء المذهب تقارب الزوجين في السن.

2- المذهب المالكي:

الكفاءة لديه في الدين فقط أي التدين والتقوى.

المذهب الحنبلي:

في المذهب روايتان عن أحمد بن حنبل.

الأولى: أنه كالمذهب الشافعي عدا السلامة من العيوب.

الثانية: أنه لا كفاءة إلا بالتقوى والنسب فيكون المتفق عليه في الروايتين النسب والتقوى.

وتتفاوت الكفاءة عند العرب، فأرفعهم قریش، فالقرشية لا يكافئها إلا قرشى ولو كان غير هاشمي، فالقرشى غير الهاشمي كالتيمي والأموي والعدوي كفاء للقرشية الهاشمية⁽¹⁾.

والعرب بعضهم أكفاء لبعض، وغير العربي لا يكون كفئاً للعربية. وقد استثنى محمد بيت الخلافة، وكان هاشمياً عباسياً، فلم يجعل كفئاً لنسائه إلا الهاشمي.

وقد استند الحنفية في ذلك إلى حديث الرسول عليه السلام: «قریش بعضهم أكفاء لبعض بطن بطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة قبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل رجل»⁽²⁾.

وذهب أبو يوسف إلى أن غير العربي العالم كفاء لأي امرأة ولو كانت قرشية، لأن شرف العلم فوق شرف النسب والحسب⁽³⁾.

والعالم لا يقتصر على من يشتغل بعلم الفقه أو التفسير أو الحديث أو غيرها من العلوم الدينية، بل يمتد إلى من يشتغل بأي علم من العلوم المشروعة التي ليست محرمة ولا مكروهة والتي لا غنى للمجتمع عنها أو ندب الشارع إلى تعلمها.

وقد استند أبو يوسف في ذلك إلى قوله تعالى: ﴿يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ﴾، وقوله: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾، وقول النبي عليه السلام: «الناس معادن كمعادن

الذهب والفضة خيارهم في الجاهلية خيارهم في الإسلام إذا فقهوا»⁽⁴⁾

(1) قریش هم أولاد النضر بن كنانة وهو الجد الثاني عشر لرسول الله عليه السلام، فكل من دونه ويرتبط به نسبه فهو قرشى أما من يتصل بأبيه كنانة فمن فوقه فهو عربي غير قرشي. والهاشميون هم أولاد هاشم ابن عبد مناف الجد الثاني للرسول عليه السلام.

(2) الهداية جـ 1 ص 301.

(3) الولاية على النفس - بحث الأستاذ محمد أبو زهرة المشار إليه.

(4) وروى عن الشافعي وأكثر أصحابه أن الكفاءة معتبرة في أنساب غير العرب فيما بينهم

ورأى أبى يوسف هو الراجح فى المذهب الحنفى.

2- الإسلام:

المقصود هنا بالإسلام، إسلام آباء الزوج لا إسلامه هو، لأنه لو لم يكن مسلماً لا يجوز زواجه بالمسلمة.

والإسلام معتبر فى الكفاءة عند العرب، لأن العرب يتفاخرون بأنسابهم، فالإسلام عند غير العرب يقوم مقام النسب عند العرب فقد روى أن جماعة من الصحابة فيهم سلمان الفارسى جلسوا يتفاخرون بأنسابهم، فقالوا لسلمان: ابن من أنت؟ فقال رضى الله عنه (ابن الإسلام)، وبلغ ذلك عمر رضى الله عنه، فبكى قال: (وعمر ابن الإسلام).

فالعربى المسلم الذى ليس له أب مسلم كفاء لمن لها آباء من المسلمين. ويذهب الطرفان (أبو حنيفة ومحمد) إلى أن الكفاءة تتحقق عند غير العربى، إذا كان له أبوان فى الإسلام فصاعداً، إذ يكون كفاءاً للمرأة التى لها آباء فيه، لأن تعريف الشخص تعريفاً كاملاً يكفى فيه ذكر أبيه وجده. ومن أسلم بنفسه لا يكون كفاءاً لمن أبوها مسلم.

ومن كان أبوه مسلماً غير كفاء لمن لها أبوان أو أكثر فى الإسلام. أما أبو يوسف فيكتفى فى الكفاءة بإسلام الأب وحده، فمن كان له أب فى الإسلام فإنه يكون كفاءاً لمن لها أبوان أو آباء فى الإسلام. وهذا ما يتفق ومذهبه فى تعريف الشخص فى الشهادة، فلديه إذا ذكر الشاهد اسم الغائب واسم أبيه يحصل به التعريف ولا حاجة إلى ذكر الجد⁽¹⁾.

3- الحرية:

الحرية ضد الرق، والكفاءة فيها كالکفاءة فى الإسلام قاصرة على الموالى، لأن العرب لم يسترقوا، بل كان لا يقبل منهم إلا الإسلام أو القتل.

= وهذا رأى هو المعقول مادام الأساس فى الكفاءة هو العرف، فإذا كان العرف فى قوم من غير العرب على تفاخرهم بالنسب فإنه ينبغى جعل الكفاءة معتبرة لديهم فى النسب، لأن الشريعة الإسلامية تدفع الأذى وتجلب النفع لكل من ينضوى تحت لوائها بغض الطرف عن المكان والزمان.

(1) شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ج3 ص298.

4- الحرفة:

المراد العمل الذى يزاوله الإنسان لكسب رزقه، فتشمل الحرفة، الوظيفة وأى عمل آخر يمارسه الإنسان كالتجارة أو الزراعة أو الطب أو السباكة أو النجارة... الخ.

وقد قضى بأن:

«اشتغال الإنسان بموارد إيراده واكتسابه من أموال أوقاف يستحقها وتحت نظره تعتبر كأحسن الحرف».

«مصر الشرعية بتاريخ 1904/8/11».

وتتحقق الكفاءة فى الحرفة، إذا كانت حرفة الزوج مقاربة لحرفة الزوجة وحرفة أبيها، من حيث شرفها وضعتها، وإن لم تكن حرفة أحدهما متحدة مع حرفة الآخر. وعلة الكفاءة فى الحرفة، أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعبرون بدنائتها.

وقد يتحول المرء من حرفة دنيئة إلى حرفة شريفة، فيبقى عار الحرفة الأولى لاصقا به، فلا يكون كفئا للمرأة التى تكون حرفتها أو حرفة أبيها شريفة منذ الأصل.

وفى هذا قضت محكمة مصر الشرعية بتاريخ 1904/8/11 بأن:

«وحيث إن الغنى وبسطة المال من أجل ما يفتخر به فى العادة بل يكاد لا يفتخر الآن إلا به كما هو معروف وغير قابل للإنكار والمدعى عليه يعترف للمدعى بأنه نشأ فى الغنى وعاش فيه ولم يدع ذلك لنفسه ولم يجب لما سئل عنه عندما نسب له المدعى أنه نشأ فى الفقر لكونه فقيرا من أسرة فقراء حرفتها خدمة الغير وفقره فى بدئه وإن زال الآن باكتسابه الغنى لا يزول به عاره عنه عرفا فلا يكون المدعى عليه كفئا لبنت المدعي».

والمعتبر فى شرف الحرف ودنائتها العرف، وهو يختلف باختلاف الزمان والمكان، فقد تكون حرفة ما شريفة فى مكان ما أو زمان ما، هى دنيئة فى مكان أو زمان آخر (1).

(1) الأستاذ على حسب الله ص 121 - الأستاذ سيد سابق - ص 285.

والكفاءة معتبرة في كل الناس عربا كانوا أو غير عرب، وقد استدل على الكفاءة في الحرفة بقول الرسول عليه السلام: «العرب بعضهم أكفاء لبعض... إلا حائكا أو حجاما».

ويمكن القول أن النجار والسباك والميكانيكي والسائق أصحاب مهن متقاربة تتوافر فيها الكفاءة إذا تزوج أحدهم من ابنة أيهم، ولكن لا يعتبر هؤلاء أكفاء لابنة المهندس أو الطبيب أو المدرس.

ولا يعتبر الكاتب كفئا لابنة وكيل الوزارة أو أستاذ الجامعة.

وترتيب على ذلك قضت محكمة الجمالية الجزئية الشرعية بتاريخ 1930/9/6 بأن:

«وبما أنه ثبت من الأوراق المقدمة بملف القضية وشهادة الشهود أن المدعى عليه الثاني تزوج المدعى عليها الأولى في 1930/5/26 لدى مأذون عقود الزواج بقسم عابدين على صداق قدره 30 جنيها بدون علم من والد الزوجة وهي بنت عضو من أعضاء مجلس الشيوخ وأعمامها أعضاء بمجلس النواب وجدها كان عضوا بمجلس الشيوخ وقبل ذلك عضوا بالجمعية التشريعية وأن لها ريعا في وقف يزيد عن 50 جنيها شهريا وأن والدها يملك نحو 300 فدان وأن المدعى عليه الثاني كان سائقا لسيارة والدها بأجر شهري قدره أربعة جنيهاً وأنه بقي كذلك إلى أن عقد زواجه عليها ثم هرب بها من بيت والدها وأنه فقير ولا مال له وأن والده فراش بحانوت لبيع الورق وأن مهر مثلها نحو 500 جنية فيكون إذن الزوج المذكور غير كفء لها من جهة المال والحرفة ويكون المهر المتعاقد عليه أقل من مهر مثلها بكثير.. وأما عن عدم الكفاءة من جهة الحرفة فلأن حرفة قيادة السيارات بأجر لا تتناسب مع عضوية مجلس الشيوخ إذ الواقع أن الناس هنا ينظرون إلى سائق السيارات الخصوصية نظرتهم إلى الخادم ولا يمكن بحال أن يتصور أن الخادم يكون كفئا لبنت مخدومه والمرجح في الكفاءة من جهة الحرفة إلى العرف فقد جاء في حاشية ابن عابدين في باب الكفاءة وفي الفتح أن الموجب هو استتفاص أهل العرف فيدور معه... الخ».

واشتراط الحرفة فى الكفاءة على هذا النحو هو رأى الصاحبين، وهو الراجع فى المذهب الحنفى⁽¹⁾.

5- الديانة:

المراد بالديانة الصلاح والتقوى.

ويذهب الشيخان (أبو حنيفة وأبو يوسف) إلى اعتبار الديانة فى الكفاءة لأن الديانة من أعلا المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة النسب⁽²⁾. فلما كان النسب معتبرا فى الكفاءة، كانت الديانة أولى بالاعتبار فلا يكون الفاسق كفئا لصالحة بنت صالح وإنما يكون كفئا لفاسقة بنت فاسق، ولفاسقة بنت صالح، فليس لأبى الأخيرة حق الاعتراض لأن ما يلحقه من العار ببنته أكثر من العار بصهره⁽³⁾.

وذهب محمد إلى أن الديانة لا تعتبر فى الكفاءة، لأنها من أمور الآخرة فلا تبنى عليها أحكام الدنيا، إلا إذا كان الفاسق متهنكا لا يبالى بفسقه مجاهرا به بحيث صار الناس يهزأون به ويسخرون منه⁽⁴⁾، كالذى يسكر ويعربد فى الطرقات والذى يجاهر بمعاصيه كلعب القمار وترك الفرائض.

(1) أما عند أبى حنيفة ورواية عن أبى يوسف، أن الحرفة لا تعتبر فى الكفاءة إلا إذا تناهت فى الدناءة كالحجامة والحيابة والدباغة فى عصرهم، وكالبوابة والكناسة فى عصرنا وذلك استنادا إلى أن الحرفة ليست من الأمور الثابتة ويمكن للإنسان التحول من الحرفة الدنيئة إلى الحرفة الشريفة «شرح فتح القدير ج 3 ص 301».

(2) وفى رواية عن أبى يوسف أنه لم يعتبر الكفاءة فى الدين حيث قال إذا كان الفاسق ذا مروءة يكون كفوا وقال فى شرح الجامع الصغير أراد به أعوان السلطان إذا كانوا بحيث يكون لهم مهابة عند الناس - أى المقصود ان يكون ذا شوكة بين الناس تحموا عار فسقه.

(3) حاشية ابن عبادين ج 3 ص 89.

(4) فقد جاء فى الهداية ج 1 ص 201 عن عدم اعتبار محمد الديانة فى الكفاءة: «لا تعتبر لأنه من أمور الآخرة فلا تبنى أحكام الدنيا عليه إلا إذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران ويلعب به الصبيان لأنه مستخف به»، وقد روى عن أبى حنيفة أنه مع محمد ورجحه السرخسى وقال الصحيح من مذهب أبى حنيفة أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة. (شرح فتح القدير ج 3 ص 299).

والرأى الأول هو الراجح في المذهب الحنفي⁽¹⁾. ويرشد لهذا الرأى قول الرسول عليه السلام: «إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه».

6- المال:

الكفاءة في المال عند الأحناف تكون في المهر والنفقة، فإذا كان الزوج مالكا لمهر الزوجة ولنفقتها كان كفئا لها.

والمقصود بالمهر الجزء الذي تعارف الناس على تعجيله، فإذا تعارفوا على تعجيل المهر كله، كانت الكفاءة في المهر كله. ذلك أن المهر شرع لاستحلال النكاح والنفقة شرعت لتدفع بها الزوجة حاجتها وهي أحوج إليها من نسب الزوج⁽²⁾.

واختلف العلماء في مقدار النفقة التي اشترطت القدرة عليها في الكفاءة، فقليل المعتبر نفقة شهر، وقليل نفقة ستة أشهر. وقليل نفقة سنة، والذي اختاره البعض أن الزوج إن كان من أصحاب الحرف فالقدرة متحققة بكونه كسوبا ولو كان لا يكسب إلا ما ينفق منه يوما بيوم، وإن لم يكن صاحب حرفة فالمعتبر القدرة على نفقة شهر.

أما الكفاءة في الغنى، وهي التي تتحقق إذا كان الزوج في حال من اليسار تكون قريبة من حال الزوجة أو حال أسرتها، فلا يكون كفئا لمن هي ذات ثروة كبيرة، أو من أسرة ذات ثروة كبيرة، إلا من تكون ثروته أو ثروة أسرته قريبة من ثروتها أو ثروة أسرتها - فقد اختلف فيها فقهاء المذهب الحنفي، فقد اعتبرها أبو حنيفة ومحمد في الكفاءة، لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويتعبرون بالفقر وقد روى عن عائشة أنها قالت: «رأيت ذا المال مهيبا، ورأيت ذا الفقر مهينا»، وقالت: «إن أحساب أهل الدنيا بنيت على المال».

(1) المستشار صلاح الدين زغو ص 62 - وقد قيل أن الفتوى على رأى محمد (عمر عبد الله ص 264).

(2) وروى عن أبي يوسف أنه قال أن الكفاءة تكون في النفقة، فإذا كان الزوج مالكا لنفقة زوجته كان كفئا، لأن النفقة هي التي بها دوام العقد واستمراره غالبا، ولأن المهر تجرى فيه المساهلة والتأجيل ويعتبر الزوج قادرا على المهر بيسار أبيه وأمه وجدته، وقد جرت العادة بتحملهم المهر.

أما أبو يوسف فإنه لا يعتبر الكفاءة فى الغنى، لأن الغنى لا ثبات له، إذ المال غاد ورائح وغنى اليوم قد يكون فقير الغد.
ورأى أبى يوسف هو المعول عليه فى المذهب.

160- اشتراط الكفاءة فى جانب الزوج دون الزوجة:

تعتبر الكفاءة فى جانب الزوج فقط دون الزوجة، فيشترط أن يكون الزوج كفئاً للزوجة، أما الزوجة فلا يشترط فيها أن تكون كفئاً للزوج، وذلك للأسباب الآتية:

- 1- أن العرف جرى على أن الزوجة وأولياءها يعيرون بزواجها بمن هو أقل منها كفاءة، لأن أصحاب المنزلة الرفيعة ينتزهون عن مصاهرة الوضيع، ويأنفون من استفراشه لنسائهم⁽¹⁾. أما الزوج وأهله فلا يعيرون بزواجه ممن تقل عنه كفاءة، وزواج الشريف من الخسيسة يرفع خستها، ومن الناس من لا يرغب فى الزواج ممن تكافئه، حتى لا تترفع عليه، فتضطرب حياتهما الزوجية.
- 2- أن الزوج يملك الطلاق بإرادته المنفردة، فإذا تبين له أن زوجته دونه كفاءة وأن ضرراً وقع عليه بسبب زواجه، استطاع التخلص من الضرر بطلاق زوجته، أما الزوجة فلا تملك الطلاق إلا بحكم القاضى فى حالات استثنائية محددة.
- 3- أن اعتبار الكفاءة فى الزواج فى جانب الزوج دون الزوجة بحيث يكون الزوج كفئاً للزوجة، فيه تقدير للمرأة ورفع لشأنها إذ لا يتزوجها من دونها منزلة من الرجال.

إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة حالتان تعتبر الكفاءة فيهما فى جانب

الزوجة هما:

الحالة الأولى:

إذا زوج المجنون أو الصغير غير الأب أو الجد أو الابن، أو زوجه واحد من هؤلاء عرف عنه سوء الاختيار أو اشتهر عنه المجانة والفسق قبل العقد.

(1) فقد جاء بالهداية جـ 1 ص 200 وما بعدها: «لأن الشريفة تأبى أن تكون مستقرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها، بخلاف جانبها، لأن الزوج مستقرش، فلا تغيطه دناءة الفراش».

إذ يشترط لصحة عقد الزواج أن تكون الزوجة كفئا، فإذا كانت الزوجة غير كفء، كان الزواج غير صحيح طبقا للرأى المفتى به المذهب الحنفي. (راجع بند 142).

الحالة الثانية:

إذا وكل رجل غيره فى تزويجه، وأطلق التوكيل أى لم يقيده بامرأة معينة أو بمهر معلوم، فيشترط أن تكون الزوجة كفئا، وإلا كان العقد موقوفا على إجازة الموكل.

وهذا هو رأى الصاحبين المفتى به فى المذهب الحنفي.

(راجع بند 152).

161- وقت اعتبار الكفاءة:

المعتبر فى الكفاءة أن تتوافر وقت إنشاء عقد الزواج، فإذا كان الزوج كفئا لزواجه وقت تزوجه بها، كانت الكفاءة قائمة، ولا عبء بعد ذلك بما يحدث من تغيير حال قيام العلاقة الزوجية، فالكفاءة شرط ابتداء لا استمرار، فإذا كان الزوج وقت العقد صاحب حرفة شريفة ثم اتخذ بعد ذلك حرفة وضعية، أو كان ذا صلاح وتقوى ثم أصبح فاسقا فلا يجوز للزوجة أو لأوليائها طلب فسخ الزواج، والقول بغير ذلك يؤدى إلى فسخ كثير من الزيجات وانحلال الأسر وتشرذم الأولاد، فضلا عن أن الزوجة لا تعير عرفا إذا تغير حال زوجها بل إنها تكون محل تقدير الناس لأنها تحلت بالصبر واستمرت بجانب زوجها بعد عثرته، والحياة لا تدوم على حال، والزواج مشاركة فى الحياة سرائها وضرائها.

162- من له حق الكفاءة؟

الكفاءة حق للزوجة، وحق للأولياء من العصبات، ويترتب على ذلك أن الزوجة إذا أسقطت حقها فى الكفاءة، فإن حق الأولياء من العصبات فيها لا يسقط، وإذا أسقط حقهم فى الكفاءة فإن حق الزوجة لا يسقط.

وينبنى على هذه القاعدة ما يأتي:

1- أنه إذا زوجت المرأة العاقلة البالغة نفسها من غير كفاء دون رضا وليها العاصب، قبل العقد أو وقت إنشائه ولو كان الولي غير محرم عليها كابن العم، فإن رواية كتب ظاهر الرواية عن الإمام أبو حنيفة أن العقد صحيح نافذ إلا أنه غير لازم للولي، فيكون للولي الاعتراض عليه، وطلب فسخه ولا يفسخ العقد إلا بحكم القاضي، أما قبل القضاء بالفسخ فالزوجة قائمة تترتب عليها كافة آثارها، حتى إذا مات أحد الزوجين أثناء نظر دعوى الفسخ ورثه الآخر. ويسقط طلب الفسخ لعدم الكفاءة إذا ولدت الزوجة ويلحق بالولادة الحبل الظاهر.

أما طبقاً لرواية الحسن بن زياد اللؤلؤى عن أبي حنيفة، وهى الرواية المختارة للفتوى فى المذهب، فإن عقد الزواج غير صحيح⁽¹⁾. وذلك احتياطاً للعشرة الزوجية وصيانة للولد وروابط الأسرة، لأن العقد إذا كان صحيحاً ولكن غير لازم، فإن الدخول فيه يكون جائزاً، وقد ترزق الزوجة بأولاد ورغم ذلك يحكم بالفسخ، كما أن العار من عدم الكفاءة يتحقق بمجرد الدخول بالزوجة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- «الراجح فى المذهب الحنفى وفقاً لرأى أبى حنيفة وأبى يوسف أنه إذا تزوجت المرأة البالغة العاقلة بدون إذن وليها فإن العقد يكون صحيحاً سواء كانت

(1) مجموعة رسائل ابن عابدين جـ 2 ص 127 - عمر عبد الله ص 268 0 ويرى محمد أن العقد يكون موقوفاً على إجازة الولي، وهذا سير على مذهبه، وهو أن المرأة ليس لها أن تزوج نفسها بغير رضا وليها، وإذا زوجت نفسها بغير رضا وليها يكون العقد موقوفاً على إجازته، سواء كان الزوج كفئاً أو غير كفء.

(2) وقد رجح كمال بن الهمام هذه الرواية وقال فى ترجيحه: «واختيرت لما ذكر أن كم من واقع لا يرفع وليس كل ولى يحسن المرافعة والخصومة ولا كل قاض يعدل، ولو أحسن الولي وعدل القاضي فقد يترك أنفه للتردد على أبواب الحكام واستتقالات أنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفاعاً له وينبغى أن يقيد عدم الصحة المفتى به بما إذا كان لها أولياء أحياء لأن عدم الصحة إنما كان على ما وجه به هذه الرواية دفعاً لضررهم فإنه قد يتقرر لما ذكرنا» شرح فتح القدير جـ 3 ص 255.

بكراً أو ثيباً، ويكون نافذاً ولازماً متى تزوجت كفناً على صداق مثلها أو أكثر، رضى الولى أو لم يرض، وإذا تزوجت من غير كفء بمهر المثل أو من كفء على مهر أقل من مهر مثلها، ولم يكن وليها قد رضى بذلك، فالعقد غير لازم بالنسبة لوليها، فله حق الاعتراض على الزواج وطلب فسخه أمام القضاء، فإذا أثبت أن زوجها غير كفء لها فيما تعتبر فيه الكفاءة فى الزواج من حيث النسب والدين والحرية والمال والحرفة، وأثبت الولى أن مهرها ينقص عن مهر مثلها بما لا يتغابن فيه الناس، فإنه يقضى بفسخ العقد مراعاة لحق الولى العاصب إلا إذا رضى بالزواج أو لم يعترض عليه حتى ظهر الحمل على الزوجة أو ولدت بالفعل، فعندئذ يسقط حقه فى الاعتراض لأجل المحافظة على الولد حتى لا يضيع بالتفريق بين والديه، ولا يكون له حق الاعتراض إذا أكمل الزوج الكفء المهر إلى مهر المثل بعد العقد».

(طعن رقم 194 لسنة 64 ق «أحوال شخصية» جلسة 19/10/1998)

2- «إن الراجح فى المذهب الحنفى وفقاً لراى أبى حنيفة وأبى يوسف أنه إذا تزوجت المرأة البالغة العاقلة بدون إذن وليها فإن العقد يكون صحيحاً سواء كانت بكراً أم ثيباً، ويكون نافذاً ولازماً متى تزوجت بكفاء على صداق مثلها أو أكثر، رضى الولى أو لم يرض، وإذا تزوجت عن غير كفء بمهر المثل أو من كفء على مهر أقل من مهر مثلها، ولم يكن وليها قد رضى بذلك فالعقد غير لازم بالنسبة لوليها فله حق الاعتراض على الزواج، وطلب فسخه أمام القضاء، فإذا أثبت ذلك فإنه يقضى بفسخ العقد مراعاة لحق الولى إلا إذا رضى بالزواج أو لم يعترض عليه».

(طعن رقم 463 لسنة 73 ق «أحوال شخصية» جلسة 23/4/2005)

وقد أفتت دار الإفتاء بتاريخ 4/8/1958 بأن:

1- «إن كامل الأهلية وهو الحر العاقل البالغ هو ولى نفسه فى الزواج وليس لأحد ولاية تزويجه أو جبره عليه غير أنه إذا كان كامل الأهلية أنثى ولها ولى عاصب لا يكون تزويجها نفسها صحيحاً نافذاً لازماً إلا إذا كان الزوج الذى يريد التزوج بها كفناً لها والمهر المشروط هو مهر مثلها حتى لا يعير وليها العاصب بمصاهرة غير الكفاء أو بنقصها عن مهر مثلها ومهر المثل.... الخ».

2- أنه إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها من شخص دون أن تعلم شيئاً عن كفاءته، ولم يذكر لها شيئاً عنها ولم تشترط عليه أن يكون كفئاً، ثم تبين أنه ليس بكفء فإن حق الزوجة في الفسخ يسقط بتقصيرها في السؤال عنه واشتراط الكفاءة عليه، ولكن يثبت حق الفسخ للأولياء.

أما إذا وافق الولي على الزواج دون بحث حالة الزوج، سقط حقه في الفسخ لأن التقصير راجع إليه إذ لم يتم بالبحث والتحري عن كفاءته رغم عدم العلم بها فضلاً عن أن ذلك ينطوي على دلالة برضائه بالزوج غير الكفء.

أما إذا اشترطت الزوجة، أو ذكر لها الزوج كفاءته، أو انتسب الزوج إلى غير أسرته، ووافقت الزوجة على أساس ما ذكر، ثم ظهر نسبه الحقيقي، وأنه بهذا النسب غير كفء ثبت للزوجة وللولي حق فسخ العقد.

أما إذا تبين بعد ظهور نسبه الحقيقي، أنه كفء للزوجة بهذا النسب الحقيقي الذي أخفاه الزوج، فللزوجة وحدها حق فسخ العقد، لأنه غرر بها، وقد قبلته على أساس النسب الذي ذكره وتبين أنه غير حقيقي، فيكون رضاها قد شابته خلل⁽¹⁾.

3- إذا وكلت المرأة وليها العاصب في تزويجها، دون أن تشترط عليه أن يزوجه من كفء ثم تبين أنه زوجها من غير كفء، فإن العقد يكون موقوفاً على إجازتها، فلا ينفذ في حقها إذا لم تجزه. أما الولي فلا يجوز له طلب الفسخ لأنه أسقط حقه.

4- إذا وكلت المرأة وليها العاصب في تزويجها، واشترطت عليه أن يزوجه من كفء، ولم يشترط هو الكفاءة، فيكون لها حق طلب الفسخ أما الولي فلا يحق له ذلك.

وحق الزوجة والأولياء في الفسخ الذي تناولناه فيما تقدم إنما هو على أساس أن عقد الزواج صحيح ولكنه غير لازم طبقاً لرواية كتب ظاهر الرواية عن

(1) محمد أبو زهرة في الأحوال الشخصية - قسم الزواج ص 141 وما بعدها - عبد العزيز عامر ص 120 وما بعدها.

أبى حنيفة⁽¹⁾، أما طبقاً لرواية أبو الحسن ابن زياد اللؤلؤى عن أبى حنيفة - وهى المختارة للفتوى - فإن عقد الزواج يكون غير صحيح.

ويجدر التنويه إلى أنه إذا ثار نزاع بين ذوى الشأن حول صحة عقد الزواج أو نفاذه أو لزومه شرعاً كان القضاء هو المختص بالفصل فى صحة هذا النزاع ولا شأن لجهة التوثيق بذلك.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«عقد الزواج شرعاً عقد رضائى يقوم على الإيجاب والقبول، ويلزم الولى طبقاً للقواعد السالف بيانها، وتطلب القانون توثيق هذا العقد لا ينفى عنه طبيعته الأصلية، ولا يمس القواعد الشرعية المقررة، فإذا ثار بين ذوى الشأن نزاع حول صحة العقد أو نفاذه أو لزومه شرعاً كان لهم الحق فى الالتجاء إلى القضاء قبل توثيقه طبقاً للقانون، ولا تعارض بين الشروط الموضوعية لصحة الزواج والشروط الشكلية أو الإجرائية لتوثيق العقد، إذ أن بحث الشروط الموضوعية وحسم ما يثار حولها من خلاف منوط بالقضاء دون جهة التوثيق، وإذ أقيمت الدعوى بطلب إثبات العلاقة الزوجية بين المطعون ضدها الأولى

(1) والولى الذى يثبت له الحق فى طلب فسخ العقد هو الولى القريب دون الولى البعيد، أما إذا كان للزوجة أكثر من ولى فى مرتبة ودرجة واحدة، كأن يكونوا إخوة أشقاء أو أعمام، فقد اختلف فقهاء المذهب فيما يثبت له هذا الحق.

فذهب الطرفان (أبو حنيفة ومحمد) إلى أنه إذا رضى بعض الأولياء بالزوج غير الكفء سقط حق الباقيين فى طلب الفسخ لأن الولاية لا تقبل التجزئة لكون سببها وهو القرابة غير قابل للتجزئة، وقالوا أن نظير ذلك حق العفو عن القصاص فإنه ثابت لجميع الأولياء المتساوين، فإذا عفى عن القصاص أحد أولياء القتل سقط حق الباقيين فى المطالبة بالقصاص.

وذهب أبو يوسف وزفر إلى أن رضا بعض الأولياء بالزوج غير الكفء لا يسقط حق باقى الأولياء فى طلب الفسخ لأن الكفاءة حق لهم جميعاً فلا يسقط إلا برضاهم جميعاً ونظيره الدين المشترك بين جماعة، إذا تنازل أحد الدائنين عن حقه لم يسقط إلا حقه ويبقى حق الباقيين.

ورأى الطرفين هو الراجح فى المذهب.

السعودية الجنسية والثانى المصرى الجنسية ونازع الطاعن فى لزوم هذا العقد بالنسبة له كولى الزوجة، فإن لا على الحكم الابتدائى - المؤيد بالحكم المطعون فيه - إذ فصل فى الدعوى طبقا للقواعد الشرعية المقررة.. وفقا للتكيف الصحيح للدعوى على ضوء الطلبات المطروحة فيها».

(طعن رقم 194 لسنة 64ق - أحوال شخصية - جلسة 1998/10/19)



موضوع رقم (5)

المهر

163- تعريف المهر:

المهر هو المال الذى يجب على الرجل للمرأة فى عقد زواج صحيح أو دخول بشبهة أو دخول مبنى على عقد فاسد.. ومثل المال المنفعة التى تقوم بالمال. وللمهر أسماء أخرى منها: الصداق والنحلة والأجر والفريضة والعقر.

164- الدليل على وجوب المهر:

استدل الفقهاء على وجوب المهر للمرأة على الرجل بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب، فقوله تعالى فى سورة النساء: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ مِحْلَةً﴾ والمقصود بـ (نحلة) عطية دون مقابل، وقوله تعالى فى سورة النساء: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ ۚ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾.

أما السنة: فما روى من أن سائلاً سأل عبد الله بن مسعود عن امرأة مات عنها زوجها، ولم يكن قد فرض له شيئاً، فجعل يرده شهراً، ثم قال: أقول فيه رأى، فإن يك صواباً فمن الله ورسوله، وإن يك خطأ فمن ابن أم عبد، وفى رواية فمنى ومن الشيطان، والله ورسوله بريئان: أرى لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط، فقام رجلان، وقالوا: نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى امرأة يقال لها بروع بنت واشق بمثل قضيتك هذه، فسر ابن مسعود رضى الله عنه سروراً لم يسر قط مثله بعد إسلامه، لما وافق قضاؤه قضاء رسول الله عليه السلام.

وما روى من أن النبى عليه السلام قال للرجل الذى أراد الزواج بالمرأة التى ذهبت إلى رسول الله عليه السلام وعرضت نفسها عليه: «التمس ولو خاتماً من حديد» فلو كان المهر غير واجب لزوجه الرسول عليه السلام بدون مهر.

أما الإجماع: فقد انعقد المسلمون منذ عصر الرسول عليه السلام حتى الآن، على وجوب المهر على الزوج لزوجته.

165- حكمة وجوب المهر:

أوجب الشارع المهر على الزوج، هدية أو عطاء منه للزوجة، إظهاراً لشرف عقد الزواج وخطر مكانته، وتكريماً للزوجة، وتوثيقاً لعرى المحبة بين الزوجين حتى تدوم رابطة الزوجية بينهما، لأن ما يصعب طريق الوصول إليه يعز في الأعين ويحرص الناس على إبقائه بعد الحصول عليه ويصعب التفريط فيه، وما يتيسر الوصول إليه يهون في الأعين ويسهل التفريط فيه.

والمرأة بعقد الزواج تدخل في طاعة زوجها وتخضع لرياسته، وتنتقل من البيت الذي نشأت وتربت فيه وألفته إلى بيت جديد يكون لها وحدها إدارته، قد تشعر بالايحاش لهذه النقلة، فيكون في المهر دفعة معنوية لها وتطيب لنفسها مما يدفع عنها الوحشة ويجلب لها السرور والبهجة.

كما أن المرأة عند عرسها تكون في حاجة إلى بعض الثياب الجديدة والعطر والزينة، وفي المهر عون لها على شراء هذه الأشياء.

وقد فرض الإسلام المهر على الرجل دون المرأة لأن من سنن الحياة أن الرجل هو الذي يعمل ويكدح لكسب المال والإنفاق على أهله، أما المرأة فعملها أن تقوم على رعاية شئون البيت وخدمة الزوج وتربية الأولاد، وهذا هو الوضع الطبيعي لكل ربة بيت.

166- بيعة المهر:

المهر ليس ركناً من أركان عقد الزواج أو شرطاً من شروطه لأن النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين وتتحقق صيغة العقد بدونه فالزواج ينعقد صحيحاً نافذاً لازماً ولو لم يتفق فيه على المهر أو سمي المهر تسمية غير صحيحة أو نفى الزوجان المهر، وحينئذ يجب للزوجة مهر المثل.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ

تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾، فإن رفع الجناح عن الطلاق قبل الفرض

أى الاتفاق على المهر، دليل على صحة النكاح، لأنه لا طلاق إلا فى نكاح صحيح. ولما ورد عن النبى عليه السلام فى المفوضة التى مات عنها زوجها دون أن يدخل بها أو يسمى لها مهرا، فقد جعل لها الرسول مهر مثلها.

(راجع فى التفصيل بند 164).

وبالترتيب على ذلك، فإن المهر مجرد حكم من أحكام عقد الزواج، أى أثر من آثاره.

ويجوز للزوجة أن تمتنع عن أن تزف إلى زوجها والدخول فى طاعته، حتى تستوفى ما اتفق عليه من عاجل الصداق دون أن تعد بهذا الامتناع ناشزا عن طاعته. (أنظر فى التفصيل بند 170).

وفى هذا أفقت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 17/10/1981 فى الطلب رقم 304 لسنة 1981 بأن:

«.... إن تحديد الصداق ليس شرطا فى صحة عقد الزواج. وكذلك ليس من شرط صحته ونفاذه قبضه أو قبض جزء منه قبل الدخول. وإنما المطلوب شرعا فقط أن يكون للزوجة صداق، سواء قبضته جميعه وقت العقد أو قبضت جزءا منه، أو تأجل جميعه، وبقي دينا فى ذمة الزوج لميعاد محدد اتفقا عليه، أو أجلاه إلى أقرب الأجلين، الموت أو الطلاق، كل ذلك متروك للعرف والاتفاق، ولا دخل له فى صحة عقد الزواج لأن الله سبحانه أوجب للزوجة مهرا فى ذمة الزوج بقوله: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ والمقصود هنا الوجوب فى الذمة.

كما قضت محكمة النقض بتاريخ 21/2/1979 فى الطعن رقم 19 لسنة 48 ق (أحوال شخصية) بأن:

«... لما كان ذلك وكان الإجماع على أن أداء المهر واجب شرعا للزوجة على زوجها إبانة لشرف المحل وإن صح النكاح بدونه بحيث يجوز لها أن تمتنع عن أن تزف إلى زوجها، والدخول فى طاعته حتى تستوفى منه الحال من صداقها الذى اتفقا على تعجيله، ولا تعد بهذا الامتناع ناشزا عن طاعته».

167- مقدار المهر:

(أ) ليس للمهر حد أقصى:

ليس للمهر حد أقصى، فقد جاءت الآيتان الكريمتان اللتان أوجبتا المهر (راجع بند 164) مطلقتين من غير وضع حد أقصى له، ولم يرد في السنة ما يفيد وضع هذا الحد، ومن ثم فإن مقدار المهر يترك لاتفاق الزوجين على ضوء يسار الزوج وظروفه الاجتماعية، ومكانة الزوجة، وإلى ما يجرى به العرف. إنما حث الرسول عليه السلام على عدم المغالاة في المهور في حديثه: «إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة»، وفي حديثه: «أن من يمن المرأة تيسير خطبتها وتيسير صداقها»، ولاشك أن في اتباع ذلك إتاحة لفرص الزواج أمام الرجال مما ينأى بهم عن الوقوع في المفسدة.

وقد روى أن عمر بن الخطاب قال وهو على المنبر: «لا تزيدوا في مهور النساء على أربعين أوقية» (يعنى من الفضة) فمن زاد أوقية جعلت الزيادة في بيت المال» ثم نزل، فقالت له امرأة من قريش: ليس ذلك إليك يا عمر: قال: ولم؟ قالت: لأن الله تعالى يقول: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْبِغُوا زَوْجَ مَكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾. فقال عمر: اللهم عفوا، كل الناس أفقه عن عمر (وفي رواية أخرى: أصابت امرأة وأخطأ عمر)، ثم رجع إلى المنبر وقال: «إنى كنت نهيتكم أن تزيدوا في صدقات النساء على أربعمئة درهم، فمن شاء فليعط من ماله ما أحب».

(ب) الحد الأدنى للمهر:

ذهب الأحناف إلى أن أقل المهر عشرة دراهم من فضة وزن سبعة مثاقيل مسكوكة أو غير مسكوكة وهي تعادل ربع دينار. أما بالعملة المصرية فهي تعادل مبلغ خمسة وعشرين قرشا الآن⁽¹⁾.

(1) المثلقال أو الدينار هو العملة التي لا يختلف وزنها وهو من الذهب، ووزنه أكثر من نصف الجنيه بقليل جدا، أما الدرهم فمن الفضة.

وقد استندوا في ذلك إلى أن هذا القدر هو نصاب الحد (القطع) في السرقة⁽¹⁾، فإذا كانت سرقة هذا القدر تبيح القطع وهو أمر كبير، فإنه يكون الحد الأدنى للمهر في عقد الزواج الذي له شأن عظيم⁽²⁾، وإلى حديث الرسول عليه السلام: «ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجهن إلا من الأكفاء، ولا مهر أقل من عشرة دراهم»، وإلى ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال: «لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم».

= وكانت الدراهم في عصر عمر بن الخطاب رضي الله عنه ثلاثة أنواع:

(أ) دراهم كل عشرة منها تزن عشرة مثاقيل.

(ب) دراهم كل عشرة منها تزن ستة مثاقيل.

(ج) دراهم كل عشرة منها تزن خمسة مثاقيل.

فاختلف عمال بيت المال مع أرباب المال، فأراد عمال بيت المال أن يأخذوا الزكاة من النوع الأول وأراد أصحاب الأموال دفع الزكاة من النوع الثاني. ولما رفع الأمر إلى عمر رضي الله عنه جمع الأنواع الثلاثة وأخذ المتوسط وهو الثلث أي سبعة. فصار هذا المقدار عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل، وهو المعول عليه من ذلك الوقت في المقدرات الشرعية بالدراهم. (عمر عبد الله ص 280 هامش 3).

وقارن الدكتور أحمد إبراهيم والمستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم في أحكام الأحوال الشخصية 1994 ص 165 هامش (1) فيريان أن قيمة الحد الأدنى للمهر تتغير بتغيير قيمة العملة بالنسبة إلى الفضة وأن الحد الأدنى للمهر الآن (في سنة 1994 تاريخ طبع الكتاب) يعادل 16.5 جنيه تقريبا (جرام الفضة 50 قرشا).

(1) وإن كان يشترط في حد النصاب في السرقة أن تكون مسكوكة قليلا لوجود الحد.

(2) وقد انتقد ابن رشد في مؤلفه بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص19 وما بعدها هذا القياس بقوله: «... لكن لما التمسوا أصلا يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئا أقرب شبهها به من نصاب لقطع على بعد ما بينهما.. وذلك أن القياس الذي استعملوه في ذلك هو أنهم قالو: عضو مستباح بمال، فوجب أن يكون مقدرا أصله القطع، ضعف هذا القياس هو من قبيل الاستباحة فيهما هي مقولة باشتراك لاسم، وذلك أن القطع غير الوطاء وأيضاً فإن القطع استباحة على جهة العقوبة والأذى ونقص خلقه، وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة، من شأن قياس الشبه على ضعفه أن يكون الذي به تشابه الفرع والأصل شيئاً واحداً لا باللفظ بل بالمعنى، وأن يكون الحكم إنما وجد للأصل من جهة الشبه، وهذا كل معدوم في هذا القياس... الخ».

وقد رد الأحناف ما وجه إليهم من نقد بأنه لم يعتمدوا الحديث السابق فى شأن الولاية، بينما اعتمدوه فى المهر، إذ أعطوا المرأة البالغة العاقلة الحق فى عقد زواجها بنفسها، بأن عائشة رضى الله عنها عملت بخلاف هذا الحديث بالنسبة للولاية ولو لم تعرف نسخه فى الولاية ما فعلت ذلك فقام دليل النسخ فى حق الأولياء دون المهر، ولا يلزم من ترك العمل بما قام عليه دليل النسخ ترك العمل بما لم يقم عليه دليل النسخ، وأن هذا الحديث وإن كان بخبر واحد إلا أنه تقوى فى المهر بما روى على أنه قال: «.... ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم»، لأن هذا التقدير لا يدرك بالفعل وأنه لابد أن تكون هذه الرواية بناء على السماع من الرسول عليه السلام.

كما ردوا بأن التقيد لم يثبت أصالة بالحديث وإنما ثبت بقوله تعالى فى سورة الأحزاب: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾، فأصل التقدير ثابت بالآية ولكن مقداره قد ثبت بالحديث، والمهر ليس بدعا فى هذا فالزكاة والكفارة أوجبهما الشارع وعين مقدارهما.

وذهبوا إلى أن الأحاديث النبوية التى تفيد بظاهرها جواز التقدير بأقل من عشرة دراهم، يجب حملها على الخصوصية أو المعجل من المهر⁽¹⁾، لأن العادة كانت جارية على تعجيل بعض المهر قبل الدخول، وقد روى أن عليا لما تزوج بنت الرسول عليه السلام أراد أن يدخل بها، فمنعه الرسول عليه السلام حتى يعطيها شيئا، فقال: يا رسول الله ليس لى شيء، فقال: أعطها درعك، فأعطاهما درعه ثم دخل بها.

وقد نص فى المادة (70) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا على أن: «أقل المهر عشرة دراهم فضة وزن سبعة مثاقيل مضروبة أو غير مضروبة، ولا حد لأكثره بل للزوج أن يسمى لزوجته مهرا أكثر من ذلك على حسب ميسرته»⁽²⁾.

(1) حاشية ابن عابدين ج3 ص101.

(2) الحد الأدنى للمهر فى المذاهب الأخرى:

= 1- **المذهب المالكي:** المشهور في المذهب أن الحد الأدنى للمهر ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة. وقد بنى ذلك على أن هذا القدر هو نصاب حد السرقة في المذهب. «حاشية الدسوقي ج2 ص320».

2- **المذهب الشافعي والمذهب الحنبلي:** ليس للمهر حد أدنى في المذهبين، فكل ما جاز أن يكون ثمنًا في البيع ولو قليلا جاز أن يكون مهرًا، لأنه حق المرأة إذ جعل بدل بضعها ولذا تتصرف فيه إبراء واستيفاء فيكون التقدير إليها.

كما استند إلى ما روى من أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى النبي عليه السلام وبه أثر صغرة فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار فقال عليه السلام: (كم سقت إليها؟ فقال زنة نواة من ذهب، فقال عليه السلام: أولم ولو بشاة) والنواة خمسة دراهم على الأكثر وقيل ثلاثة دراهم وثلاث، وإلى ما روى من أن النبي عليه السلام قال للمرأة التي جاءت لتهب نفسها له وزوجها لآخر بما معه من القرآن: (التمس ولو خاتما من حديد)، وخاتم الحديد لا يساوي قريبا من الدرهم.

وأن النبي عليه السلام قال: «أدوا العلائق»، فقالوا: وما العلائق قال: (ما تراخى به الأهاون ولو قضيبا من أراك)، كما قال: «لا يضر أحدكم بقليل ماله تزوج أو بكثيره بعد أن يشهد». وأن النبي عليه السلام أجاز نكاحا على نعلين. وأن عمر بن الخطاب قال: «في ثلاث قبضات زبيب مهر».

وقد رد أنصار المذهبين على ما ذهب إليه الأحناف من وضع حد أدنى للمهر بقوله تعالى في سورة النساء: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِينَ غَيْرَ

مُسْفِحِينَ﴾، وبأن الآية ترشد إلى ابتغاء المرأة بالمال دو تحديد مقدار معين، وبذلك

يكون القول بوضع حد أدنى للمهر مخالفا لما تقتضيه الآية، وأن حديث النبي عليه السلام: «ألا لا يزوج النساء... الخ». خبر واحد والحنفية لم يأخذوا بهذا الحديث بالنسبة للأولياء فكان ينبغي ألا يأخذوا به في تحديد أقل المهر وذلك لأن الحديث إن كان صحيحا كان عليهم العمل به بالنسبة للأولياء وأقل المهر وإن كان غير صحيح وجب عدم العمل به بالنسبة للأمرين، أما العمل ببعض الحديث وترك بعضه فتحكم محض.

3- **ابن شبرمة:** خمسة دراهم.

4- **سعيد بن جبير:** 50 درهما.

5- **إبراهيم النخعي:** 40 درهما.

والآراء الثلاثة بنيت على موافقتها لبعض الوقائع التي حصلت في زمن النبوة.

(راجع بداية المجتهد ج2 ص18 وما بعدها - الأم للإمام الشافعي ج5 ص59 - على حسب الله ص159 وما بعدها).

168- ما يصلح مهرا:

يصلح مهرا كل مال متقوم معلوم، نقدا كان أو عقارا، أو منقولا قيميا، أو مثليا، وكذلك كل منفعة تقوم بمال.

ويشترط - عند الحنفية كما أوضحنا سلفا - أن تكون قيمة المال أو المنفعة عشرة دراهم أو يعادلها على الأقل. فما هو ليس بمال أصلا، كقطرة ماء أو حبة قمح أو الدم، لا يصلح مهرا.

وما هو بمال ولكنه غير متقوم، أى ليس له قيمة معتبرة فى نظر الشارع كالخنزير والخمر لا يصلح مهرا.

ولا اعتبار المال معلوما، يجب أن يعين إما بالإشارة إليه إن كان موجودا، وإما بتسميته بجنسه ونوعه ومقداره إذا كان مما يحتاج إلى بيان المقدار، وإن لم يسم بوصفه. لأن تسمية المال بجنسه فقط تجعله مجهولا جهالة فاحشة، وهذه الجهالة الفاحشة تقضى إلى النزاع. أما عدم تسمية المال بوصفه فتجعله مجهولا جهالة يسيرة، والجهالة اليسيرة مما يتسامح فيها فى الزواج، لأن المال ليس مقصودا أصليا فى الزواج كغيره من عقود المعاوضات كالبيع والتي تجرى على المشاحة وعدم التسامح.

فإذا كان المال قد سمي بجنسه ونوعه دون وصفه صحت التسمية، وفى هذه الحالة يخير الزوج بين أداء النوع الوسط أو قيمته.

أما إذا كان المال قد سمي بجنسه فقط فسدت تسمية المهر ووجب مهر المثل عند الأحناف ومالك وابن حنبل⁽¹⁾.

ومثال تسمية المال بجنسه فقط، أن يسمى المهر دابة، أو ألف كيلو دون تحديد نوع المسمى.

ومثال تسمية المال بجنسه ونوعه، أن يسمى المهر فرسا أو جملا أو بقرة، أو أن يسمى المهر ألف كيلو من القطن جيزة دون أن تذكر رتبته (أى وصفه)⁽²⁾.

(1) أما عند الشافعية فلا تصح التسمية فى الجهالة غير الفاحشة وهى جهالة الوصف.

(2) راجع حاشية ابن عابدين ج3 ص229 - على حسب الله ص157.

ويصح أن يكون المهر استيفاء من دين للزوج في ذمة الزوجة، فيتزوجها على دينه قبلها، ويصح أن يكون الدين على رجل آخر، فيتزوجها على مهر من ذلك الدين، وفي هذه الحالة يكون للزوجة الحق في مطالبة الزوج بالمهر ومطالبة المدين بقدره من الدين، فإن أرادت مطالبة المدين كان واجبا على الزوج أن يوكلها في قبض ذلك منه لأن تمليكها الدين الذي هو على غيره تمليك غير تام⁽¹⁾.

والمنفعة التي تصلح مهرا هي المنعة التي تقوم بمال، كأن يسمى لها إيجار عمارة أو سيارة أو قطعة أرض مدة معينة. أما إذا كانت المنفعة مما لا تقوم بمال، كأن يكون مهرها طلاق ضررتها أو ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من بلدها، فلا يصلح مهرا.

وصلحت المنفعة هنا مهرا لأن المنافع أموال أو ألحقت بالأموال شرعا في سائر العقود للحاجة، والحاجة في النكاح متحققة⁽²⁾.

ولما كان الرأي عند المتأخرين من علماء الحنفية، والمفتي برأيهم الآن، هو جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن وغيره من أحكام الدين للحاجة إلى ذلك بسبب تغير الزمن واشتغال الناس بشئون المعيشة، ولأن المعلمين كان لهم عطايا من بيت المال وانقطعت فلو لم يصح الاستئجار وأخذ الأجرة لضاع القرآن وفيه ضياع الدين لاحتياج المعلمين إلى الاكتساب⁽³⁾، فإنه يجوز أن يكون مهر الزوجة تعليمها بعض آيات من القرآن وأحكام الدين.

وإذا كانت المنفعة هي خدمة الرجل المرأة في بيتها مدة معينة فيما هو من خصائصها لا فيما هو من شئون الزوجية المشتركة، فقد ذهب الشيخان إلى أن هذا لا يجوز وتكون التسمية فاسدة فيجب مهر المثل لأن جعل المهر خدمة الزوجة زوجته فيه امتهان وتحقير له، وقلب للأوضاع الشرعية، فيكون حكم التسمية غير مقدور التسليم.

(1) الدكتور عبد الرحمن تاج ص 127.

(2) الدكتور عبد العزيز عامر ص 163.

(3) رسالة عقود رسم المفتي - مجموعة رسائل ابن عابدين ج 1 ص 13 وما بعدها.

وقال محمد: إن التسمية صحيحة ولكن يكون المهر هو قيمة هذه المنفعة المسماة لا المنفعة ذاتها.

أما إذا لم يكن في المنفعة التي سميت مهراً، مهانة للزوج، كأن تكون المنفعة زراعة أرض أو الإشراف على تنمية مال لها، فإن التسمية تكون صحيحة باتفاق.

وإذا جعل مهر الزوجة أن يتزوج وليها أخرى، وهذا في نكاح الشغار - والذي تتاولناه فيما سلف - وهو أن يزوج الرجل موليته لآخر على أن يزوجه الآخر موليته، فإن الزواج يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل. وهذا هو رأى الحنفية. (راجع في التفصيل بند 34).

169- الحقوق المتعلقة بالمهر:

يتعلق بالمهر في الابتداء أى عند وجوبه وتقريره ثلاثة حقوق، هى حق الشرع أو الله، حق الولي العاصب، حق الزوجة. كما أن للزوجة حق انتهاء على المهر.

ونذكر فيما يلي تفصيل ذلك:

1- حق الشرع أو حق الله، أن يكون هناك مهر فى الزواج، وألا يقل المهر عن عشرة دراهم - طبقاً للمذهب الحنفى المعمول به - فإذا سُمى المهر بأقل من عشرة دراهم وجب رفعه إلى هذا الحد، لأنه حق الشرع أو حق الله، ولا يملك أحد إسقاطه.

2- حق الولي العاصب، فى أنه إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة بكراً أو ثيباً نفسها من كفاء وبمهر يقل عن مهر المثل، أن يطلب من القضاء تكملة المهر إلى مهر المثل أو فسخ العقد، ويقضى بفسخ العقد ما لم يظهر بالمرأة حمل أو تلد، لأن إسقاط المرأة حقها فى المهر، لا يسقط حق وليها فيه.

3- وحق الزوجة ابتداء فى المهر، ألا يزوجه الولي إذا كانت بالغة عاقلة بأقل من مهر المثل، وإلا كان لها حق الاعتراض على العقد وطلب فسخه، لأن رضا وليها بما دون مهر المثل لا يسقط حقها فى الزواج بمهر المثل.

أما إذا زوج الولي العاصب غير الأصل والفرع، أو الأصل والفرع المعروفان قبل العقد بسوء الاختيار أو اشتها بالمجانة والفسق، فاقدة الأهلية بأقل من مهر مثلها، كان العقد فاسدا لأن مهر المثل حينئذ شرط فيه.

4- وحق الزوجة انتهاء في المهر، هو أن المهر بعد وجوبه وتقريره، حق خالص لها ولا يشاركها فيه أحد، فتستطيع التصرف فيه كما تتصرف في أموالها الأخرى المملوكة لها متى كانت بالغة عاقلة رشيدة، ويصح إبرؤها الزوج منه.

170- تعجيل المهر وتأجيله :

لا يشترط تقديم المهر عند إنشاء العقد أو قبل الدخول، بل إن المهر كغيره من الحقوق المالية، يصح تعجيله كله وتأجيله كله، أو تعجيل بعضه وتأجيل بعضه الآخر إلى أجل معلوم قريب أو بعيد، غير أنه يجب ألا يكون الأجل مجهولا جهالة فاحشة⁽¹⁾، وإلا كان التأجيل ملغى والمهر واجب التعجيل. ومثال ذلك أن يقال إن (المهر مؤجل) أو (مؤجل إلى وقت اليسار) أو (مؤجل إلى أن تمطر السماء).

ويصح جعل المهر أقساطا متساوية أو متفاوتة تؤدي في أوقات معينة، غير أنه لا يجوز الاتفاق على صيرورة ما قبضته الزوجة حقا لها مقابل تعويض وجزاء الإخلال بدفع أحد الأقساط في ميعاده لأن هذا الشرط فاسد لا يقتضيه العقد ولم يرد به شرع ولم يجر به عرف.

وفي هذا قضت محكمة كفر الزيات الجزئية الشرعية بأن :

«إن شرط صيرورة المبلغ الذي قبضته المدعية يوم الصلح حقا من حقوقها في مقابل تعويض وجزاء عند الإخلال بوفاء القسط الأول في ميعاده فهو شرط فاسد لأن العقد لا يقتضيه ولا يلائمه، ولم يرد به شرع، ولم يجر به عرف ويجعل المصالح عليه أكثر من المصالح منه هنا وتعذر حمله على استيفاء البعض وإسقاط الباقي وأمور المسلمين قدرا مع اتحاد جنسهما فلا يجوز لأنه

(1) حاشية ابن عابدين ج3 ص144.

ربا لحمل الصلح على المعاوضة محمولة على الصلاح والساد ما أمكن
(ص 43 جزء 6 من البدائع).

(الدعوى رقم 543 لسنة 1939 جلسة 1940/5/21)

ويجوز تأجيل المهر إلى أقرب الأجلين: الطلاق أو الوفاة.
والعبرة في ذلك بما يتفق عليه العاقدان، لأن الاتفاق شريعة المتعاقدين.
أما إذا لم يوجد اتفاق، فيذهب الأحناف إلى اتباع العرف. فإذا كان العرف
السارى على تعجيل المهر وجب تعجيله، وإذا كان على تعجيل جزء منه وتأجيل
جزء منه عمل بهذا العرف، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا.
وقد جرى العرف في بعض البلاد في مصر على تعجيل ثلث المهر وتأجيل
الثلثين، وفي بعضها على تعجيل النصف وتأجيل النصف الآخر، إلى أقرب
الأجلين: الوفاة أو الطلاق.

وتعجيل بعض المهر مستحب وليس واجبا فقد روى عن عائشة رضى الله
عنها أنها قالت: «أمرنى رسول الله عليه السلام أن أدخل امرأة على زوجها قبل
أن يعطيها شيئا».

وقضت محكمة بركة السبع الجزئية للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ 1987/10/20 فى الدعوى رقم 61 لسنة 1987 بأن:

«وحيث إنه من المقرر فى الأصول الشرعية أن المهر من أحكام الزواج
المرتبة عليه بعد تمامه وليس ركنا أو شرطا من شروط صحته ويجب المهر
بالعقد فى مقابل استحلال النكاح ويتأكد المهر كاملا لها بالوطء أى بالدخول
الفعلى وبالخلوة الصحيحة ويجوز تعجيل كامل المهر ويجوز للزوجة تأجيله إلى
أجل قريب أو بعيد وكذلك يجوز تعجيل البعض وتأجيل الباقي وفق ما يراه طرفا
العقد، وعند عدم النص يتبع العرف، وقد جرى العرف فى مصر على تعجيل
جزء من المهر وتأجيل الباقي إلى أقرب الأجلين هما الموت أو الطلاق البائن،
أو الطلاق الرجعى إذا انقضت العدة فيه».

(أيضا ذات المبدأ 1987/10/27 - الدعوى رقم 88 لسنة 1987)

وإذا لم يوجد اتفاق وعرف على التعجيل أو التأجيل، فالأصل هو التعجيل، لأن المهر حكم من أحكام عقد الزواج، ولا تتراخى أحكامه عنه إلا بالشرط وحيث لا يوجد شرط متفق عليه أو عرف تعجل بالأصل⁽¹⁾.

وإذا اتفق على تعجيل المهر كله أو بعضه كان لها الحق في الامتناع عن الزفاف حتى يدفع لها الزوج ما اتفق على تعجيله، ولها الحق كذلك في أن تمنع زوجها من التمتع بها في بيت أبيها سواء كان التمتع ناقصاً أو كاملاً. وهذا الامتناع لا يجعلها ناشراً لأنه يكون امتناعاً بحق شرعي⁽²⁾.

وبهذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 14/6/1955 وقد جاء بالفتوى:

«اطلعنا على السؤال ونفيد: بأن توثيق عقود الزواج أمام المأذون المختص موافق للسنة إذ هو تسجيل لعقد الزواج الذي أجراه العاقدان أمامه وفيه ضمان للحقوق المترتبة لكل من العاقلين عليه. ومذهب الحنفية الجارى عليه العمل يجيز تعجيل المهر كله وتأجيله. قال صاحب تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق فيما قاله في التعليق على قول صاحب الكنز «ولها منعه من الوطء والإخراج للمهر» إذا نصا على تعجيل المهر أو تأجيله فهو على ما شرطاً - وبهذا علم الجواب عن السؤال - والله تعالى أعلم».

كما قضت بذلك محكمة النقض (دائرة الأحوال الشخصية) بتاريخ

1979/2/21 في الطعن رقم 19 لسنة 48 ق (الحكم منشور ببند

(166).

وإذا سلمت المرأة نفسها لزوجها، فلا تسمع دعواها فيما شرط تعجيله من المهر على المفتى به، لأنها لا تسلم نفسها عادة إلا بعد دفع المعجل⁽³⁾.

(1) عمر عبد الله ص 285 - الدكتور عبد العظيم شرف الدين - أحكام الأحوال الشخصية

في الشريعة الإسلامية - الجزء الأول - الطبعة الثالثة 1987 ص 409.

(2) الهداية ج 1 ص 212.

(3) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ج 1 ص 22 - رسالة نشر العرف في بناء

وإذا كان المهر كله مؤجلاً إلى أجل معلوم، واشترط الزوج الدخول قبل هذا الأجل ووافقت الزوجة على ذلك، فليس لها الامتناع عن الدخول، لأنها تكون رضيت بإسقاط حقها في التأخير في الدخول⁽¹⁾.

أما إذا لم يشترط الدخول بها قبل أداء المهر كله، فلها أن تمنع نفسها عنه لأن طلب الزوج تأجيل المهر دليل الرضا بتأخير حقه في الانتفاع به. وهذا هو رأى أبى يوسف، المفتى به فى المذهب الحنفي⁽²⁾.

وإذا مكنت المرأة زوجها من الدخول أو الخلوة بها خلوة صحيحة قبل قبض معجل مهره، فقد ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه يحق لها أن تمنع نفسها منه بعد ذلك، لأنها أسقطت حقها فى الماضى حينما رضيت بالدخول أو الخلوة قبل القبض للمهر المعجل وإسقاط حقها فى الماضى لا يترتب عليه إسقاط حقها فى المستقبل، فيجوز لها أن تمنع نفسها من زوجها حتى يدفع لها ما عجل من مهرها، ولا تكون ناشزا بهذا الامتناع لأنه امتناع بحق شرعي.

ورأى الإمام أبو حنيفة هو الراجح فى المذهب⁽³⁾.

وعند الحنفية لا يكون للزوجة الحق فى فسخ العقد، إذا عجز الزوج عن دفع المعجل من المهر.

171- استحقاق مؤخر الصداق:

إذا اتفق على تأجيل بعض الصداق إلى أقرب الأجلين، فإن المقصود يكون هو التأجيل إلى الطلاق أو الموت.

والطلاق الذى يحل معه المؤخر من الصداق، هو الطلاق البائن لا الرجعي. فلا يستحق مؤخر الصداق للمطلقة رجعيًا إلا بانقضاء عدتها شرعاً⁽⁴⁾.

بعض الأحكام على العرف - مجموعة رسائل ابن عابدين جـ 2 ص 126.

(1) شرح فتح القدير جـ 3 ص 372.

(2) وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه ليس للزوجة أن تمتنع عن زوجها لأنها بقبولها التأجيل رضيت بإسقاط حقها فى منع نفسها منه، وليس هناك من دليل على إسقاط حق الزوج.

(3) شرح فتح القدير جـ 3 ص 372 - الدكتور محمد على محبوب ص 367.

(4) فقد جاء بال عقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ 1 ص 25 ما يأتي:

(سئل) فى رجل طلق زوجته الحامل طلبة واحدة رجعية ولها بزمته مؤخر صداقها تريد أخذه

والموت الذى يحل معه المؤخر هو موت الزوج أو الزوجة.

وترتيباً على ذلك قضى بأن:

1- «وحيث إن المقرر شرعاً وقانوناً أن مؤخر الصداق حق للزوجة المطلقة فيلزم الزوج المطلق بسداده، ولا تبرأ ذمته إلا بسداده أو الإبراء منه مادام ثابتاً بوثيقة رسمية وهو يعتبر إقراراً من الزوج قبل زواجه بالصداق المؤجل يلزم بسداده بعد الطلاق ومرور العدة الشرعية، ومن المستقر عليه أيضاً أن أجل الصداق لا يتعجل بمجرد الطلاق بل لأبد من انقضاء عدة المرأة».

(شبين الكوم الكلية بتاريخ 1986/10/25 - الدعوى رقم 537 لسنة 1985 -

أحوال شخصية - نفس)

2- «وحيث إن المقرر شرعاً أن دين أجل الصداق من الديون الصحيحة التى تحل بحلول أجلها وتقضى بأمثالها، وأنه بالطلاق الرجعى وانقضاء العدة فيه يصبح دين أجل الصداق واجب الوفاء».

(قسم أول بندر طنطا بتاريخ 1987/11/1 - الدعوى رقم 105 لسنة 1987 -

أحوال شخصية - نفس)

والعبرة فى استحقاق مؤخر الصداق فى الطلاق الرجعى بانقضاء عدة المطلقة شرعاً، فلا محل لإعمال المادة (1/17) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 فى هذا الخصوص والتى تنص على أن: «لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق»، ذلك أن هذا النص قاصر على النهى عن سماع دعوى نفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق، قصد

منه بعد انقضاء عدتها فهل لها ذلك؟. (الجواب) نعم ويتعجل المؤجل بالرجعى ولا يتأجل = برجعته خلاصة وفى الصيرفية لا يكون حالاً حتى تنقضى العدة، شرح التتوير ومثله فى البحر وقال فى الحاوى الزاهدى ولو طلقها رجعى لا يصير المهر حالاً حتى تنقضى العدة، وبه أخذ عامة المشايخ راجع أيضاً حاشية ابن عابدين جـ 3 ص 144 - واضح من عبارة العقود الدرية أن هناك رأياً فى المذهب الحنفى بحلول المؤجل بالطلاق الرجعى دون توقف على انتهاء العدة، وهو ما أشار إليه أيضاً ابن عابدين فى حاشيته ص 144.

به القضاء على احتيال بعض المطلقات للحصول على نفقة عدة مدة طويلة بمقولة عدم انقضاء عدتهن رغم انقضائها حقيقة، ولا شأن له بانقضاء العدة ذاتها والذي وضع الشرع أحكامه.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون المذكور فى هذا الصدد ما يأتى:

«..... كذلك بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن بمقتضى القانون رقم 25 لسنة 1920 تستطيع المطلقة أن تأخذ نفقة عدة مدة طويلة بدون حق فإنها إذا كانت مرضعة قد تدعى أن الحيض لم يأتها طوال مدة الرضاعة وهى سنتان ثم تدعى بعد ذلك أنه لا يأتىها إلا مرة واحدة كل سنة، وقولها مقبول فى ذلك وتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة خمس سنين وإذا كانت غير مرضع قد تدعى أن الحيض يأتىها مرة واحدة فى كل سنة، فتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة ثلاث سنين.

ولما كان هذا الإدعاء خلاف العادة الشائعة فى النساء كثرت شكاوى الأزواج من تلاعب المطلقات واحتيالهن لأخذ نفقة عدة بدون حق. فرأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى تعديل هذا الحكم بناء على ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعى وهو أن أقصى مدة للحمل سنة وعلى أن لولى الأمر حق منع القضاة من سماع بعض الدعاوى التى شاع فيها التزوير والاحتيال فوضعت الفقرة الأولى من المادة (17) من مشروع القانون»⁽¹⁾.

(1) ولذلك أخطأت محكمة شبين الكوم الكلية (نفس) فيما ذهبت إليه بحكمها الصادر بتاريخ 1986/10/25 فى الدعوى رقم 537 لسنة 1985 من أنه: «..... ولما كان الثابت للمحكمة أن المستأنف ضدها طلقت من المستأنف بتاريخ 1983/12/24 وأنها رفعت الدعوى بطلب رد مؤخر صداقها بتاريخ 1985/2/19 أى بعد مضى عام من تاريخ الطلاق وبذا تكون عدتها قد انقضت من المستأنف شرعا، ويكون طلبها على سند صحيح من القانون». كما أخطأت أيضا محكمة قويسنا الجزئية فى حكمها الصادر بتاريخ 19 يناير سنة 1988 فى الدعوى رقم 214 لسنة 1987 والذي قضى لمطلقة المدعى عليه بمؤخر صداقها تأسيسا على:

«.... ولما كانت المدعية قدمت وثيقة زواجها من المدعى عليه وثابت منها أن مؤخر

وإذا مات الزوج وفي ذمته مؤخر الصداق، كان للزوجة طلب مؤخر صداقها من تركته لأنه دين على التركة، والقاعدة الشرعية أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون.

وإذا مات الزوج وفي ذمته مؤخر الصداق، ثم ماتت بعده الزوجة، جاز لورثتها طلب مؤخر الصداق من تركته⁽¹⁾.

وإذا ماتت الزوجة، وفي ذمة الزوج مؤخر الصداق، جاز لورثتها طلب نصيبهم فيه، لأن الزوج وارث للزوجة، ومن ثم له نصيب في مؤخر الصداق.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

1- «اطلعنا على هذا السؤال ونفید أن المنصوص عليه شرعا أن صداق المرأة يعتبر ديناً وأن القول قولها إلى مقدار مثلها من غير بينة فتحاص الغرماء به في الديون التي على المتوفى ففي الفتاوى الانفروية من دعوى الدين في التركة ما نصه: مات وعليه ديون لا تفي التركة بها وادعت امرأته مهرها، فالقول قولها إلى مقدار مهر مثلها من غير بينة فتحاص الغرماء به كما إذا وقع الاختلاف بينها وبين الورثة أ.هـ. وهذا متى كانت الديون المذكورة ديونا صحيحا شرعية، وأما ما كان منها فوائظ (أي ربا) فلا يعتبر ديناً شرعياً، والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1916/3/12)

2- «المقرر فقها أن المهر يجب بالعقد ويتأكد جميعه بأمر منها وفاة أحد الزوجين وعلى هذا فب وفاة الزوجة موضوع السؤال تستحق الزوجة المذكورة جميع المهر مقدمه ومؤخره ويعتبر مؤخر الصداق ديناً في ذمة الزوج يضاف إلى تركتها ويقسم مع باقى تركتها على ورثتها الشرعيين.....الخ».

(فتوى صادرة بتاريخ 1975/8/17)

صداقها وقدره 200 جنيتها، كما قدمت إظهار طلاقها منه بتاريخ 1986/4/8 وانتهت عدتها منه لفوات أكثر من سنة على الطلاق».

(1) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج1، ص24.

3- «يتعلق بالتركة بعد وفاة صاحبها أربعة حقوق مرتبة بحسب القوة

وهي:

- 1- حق الميت فى تجهيزه من غسل وتكفين وحمل ودفن.
 - 2- ثم حق الدائنين فى إيفاء ديونهم.
 - 3- ثم حق الموصى له فيما تنفذ فيه الوصية.
 - 4- ثم حق الورثة. وفى موضوع السؤال تسأل السائلة هل لها الحق فى أخذ مؤخر صداقها من تركة زوجها المتوفى أم لا؟
- ونفيد بأن لها الحق فى أخذ مؤخر صداقها من تركة مورثها قبل توزيع التركة لأنها تعتبر دائنة لزوجها المتوفى بمؤخر الصداق الذى يحل بأقرب الأجلين الطلاق أو الموت ولا تركة إلا بعد سداد الديون والوصايا ومن الديون مؤخر الصداق كما هو وقد نصت المادة 4 من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943 بأنه يؤدى من التركة على الترتيب أولاً: ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن. ثانياً: ديون الميت. ثالثاً: ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية. ويوزع الباقي على الورثة.
- وعلى ذلك وطبقاً لما مر يكون للسائلة أخذ مؤخر صداقها أولاً قبل توزيع التركة وبعد ذلك توزع التركة على الورثة الشرعيين للمتوفى الموجودين على قيد الحياة وقت وفاته. ومما ذكر يعلم الجواب عن السؤال.

(فتوى صادرة بتاريخ 22 نوفمبر 1987)

وإذا سُمى فى المهر نقد يجرى به التعامل فى البلد ثم أبطل التعامل به فإنه يجب للزوجة قيمة ما سُمى من النقد يوم بطلان التعامل به.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1965/9/22 فى الطلب رقم 558 لسنة 1965 بأن:

«... وطبقاً لما جاء فى فتح القدير أنه إذا سُمى فى المهر نقد يجرى به التعامل فى البلد ثم بطل التعامل به. فإنه يجب للزوجة قيمة ما سُمى من النقد يوم بطلان التعامل به. وظاهر فى حادثة السؤال أن المهر المسمى جنيهاً ذهبية مصرية والجنيهاً الذهبية المصرية كانت عملة متداولة يجرى التعامل

بها بين الناس في البلد وقت العقد على أساس أن الجنيه يساوى مائة قرش من غير نظر مطلقا إلى أنها قطع ذهبية تساوى قيمتها قليلا أو كثيرا. وتتغير قيمتها وسعرها بتغيير الظروف والأزمنة والأمكنة والعوامل الاقتصادية، وقد استقر الأمر أخيرا على اعتبار الجنيه الذهب في التعامل عملة متداولة يساوى مائة قرش من غير نظر إلى قيمته كقطعة ذهبية وسلعة تباع في السوق كالذهب غير المضروب وتخضع لتقلبات الأسعار. ولا يزال التعامل به جاريا على هذا الأساس إلى الآن. ومن ثم يكون المستحق للزوجة في هذه الحالة هو المبلغ المسمى من الجنيهات على أساس أن الجنيه يساوى مائة قرش. ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال».

172- هل يجوز استصدار أمر أداء بمؤجل الصداق إذا كان ثابتا بالكتابة؟

تنص المادة الأولى من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى في مسائل الأحوال الشخصية على أن: «تسرى أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضى في مسائل الأحوال الشخصية والوقف. ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية وأحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتصفية التركات» - ولم يرد نص في القانون المذكور ينظم إصدار أوامر الأداء في مسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم فإنه يتعين الرجوع في ذلك إلى القواعد الواردة في قانون المرافعات في شأن أوامر الأداء⁽¹⁾.

(1) «وقبل صدور القانون (1) لسنة 2000 كان يرجع أيضا في شأن إصدار أوامر الأداء في مسائل الأحوال الشخصية إلى قانون المرافعات. ذلك أن القانون رقم 462 لسنة 1955 (بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المالية وإحالة الدعاوى التي تكون منظورة أمامها إلى المحاكم المختصة) ألغى المواد المنظمة لطرق التقاضى الواردة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 (بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها)، وبالتالي أصبح قانون المرافعات هو الذى يحكم إجراءات التقاضى بالمتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس عملا بالمادة الخامسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 التى جرت على أن: تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل

وقد نصت المادة 1/201 من قانون المرافعات على أنه :

«استثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى ابتداء تتبع الأحكام الواردة في المواد التالية إذا كان حق الدائن ثابتاً بالكتابة وحال الأداء وكان كل ما يطالب به ديناً من النقود معين المقدار أو منقولاً معيناً بنوعه ومقداره».

وقد بينت المواد 202 وما بعدها من القانون الإجراءات الواجب اتباعها في حالة توافر الشروط المنصوص عليها بالمادة سالفه الذكر، وهي إجراءات استصدار أوامر الأداء. وفي ذات الوقت لم يتضمن قانون المرافعات نصاً يحظر استصدار أوامر الأداء في مسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم فإنه يجب سلوك طريق أوامر الأداء في مسائل الأحوال الشخصية إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في قانون المرافعات.

والواضح من نص المادة 1/201 مرافعات المذكورة أنه يشترط لاستصدار أمر أداء بالدين، أن يكون الدين المطالب به ثابتاً بورقة عليها توقيع المدين وبين منها أو من أوراق أخرى موقع عليها منه أن هذا الدين معين المقدار وحال الأداء، فإذا لم يكن الدين معين المقدار أو حال الأداء في ورقة من هذا القبيل أو كان محل نزاع من المدين، فإن سبيل الدائن في المطالبة يكون هو الطريق العادي لرفع الدعوى ولا يجوز له في هذه الحالة أن يلجأ إلى طريق استصدار أمر بالأداء لأنه استثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى لا يجوز التوسع فيه⁽¹⁾، كما وأن هذه الإجراءات مما يتعلق بالنظام العام.

ولا يغنى وجود حكم بالحق أو ورقة رسمية مثبتة له، عن وجود ورقة موقع عليها من المدين⁽²⁾.

الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المليية عدا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكمل لها.

(1) نقض مدني طعن 293 لسنة 37 ق جلسة 1972/5/23 - طعن 27 لسنة 40 ق جلسة 1975/2/4 - طعن 508 لسنة 42 ق جلسة 1977/1/31.

(2) نقض مدني طعن رقم 263 لسنة 45 ق جلسة 1978/2/23.

وبالترتيب على ذلك إذا كان مؤخر الصداق ثابتاً بوثيقة عقد الزواج الرسمية الموقع عليها من الزوج أو وكيله، وكان أجل الصداق هو الموت، فلا يجوز استصدار أمر أداء به، لأنه لا يتأتى - بداهة - ثبوت الوفاة بكتابة موقع عليها من الزوج، ولا تقوم الشهادة الرسمية بوفاته مقام الورقة الموقع عليها من المدين التي هي من شروط استصدار أمر الأداء، فضلاً عن أن إصدار أمر الأداء في هذه الحالة يخل بالقاعدة الشرعية التي أجمع عليها فقهاء المذهب الحنفي، وهي أن كل من يدعى ديناً على الميت عليه أن يؤدي يمينا بالله أن دينه لازال قائماً لم يستوفه بعد، وهو ما يسمى بيمين الاستظهار (أنظر البند التالي)، لأن أمر الأداء يصدر بناء على عريضة يقدمها الدائن دون سماع مرافعة عملاً بالمادة 203 مرافعات.

وإذا كان الطلاق رجعياً، فلا يجوز استصدار أمر أداء بمؤخر الصداق، إلا إذا كان انقضاء العدة وصيرورة الطلاق الرجعي بائناً بالتالي، ثابتاً بورقة موقع عليها من الزوج، وهو أمر نادر الحدوث في العمل. أما إذا كان الطلاق بائناً لكونه قبل الدخول أو الخلوة، أو المكمل للثلاث، فإنه يجب استصدار أمر بالأداء بموجب وثيقة الزواج وإشهاد الطلاق، لأن إشهاد الطلاق يتضمن وصف الطلاق البائن ويوقع عليه من الزوج⁽¹⁾.

173- يمين الاستظهار:

(1) قارن:

الدكتور أمينة النمر في أوامر الأداء في القانون المصري والتشريعات الأجنبية طبعة 1969 ص 71، ص 80 وما بعدها، إذ ترى أنه يجب سلوك طريق الأمر بالأداء سواء كان أجل الصداق الطلاق أو الموت.

والمستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز في التعليق على قانون المرافعات الطبعة الثانية سنة 1982 ص 544، إذ يريان أنه يجب على الزوجة استصدار أمر بالأداء إذا كان أجل الصداق هو الوفاة بعد إرفاق شهادة وفاة الزوج بوثيقة عقد الزواج. وذات الرأي أورده المستشار مصطفى مجدى هرجه في مؤلفه أمر الأداء في ضوء الفقه والقضاء سنة 1984 ص 44.

المقرر في المذهب الحنفى أن من يدعى ديناً على الميت أى فى التركة وأثبتته بالبينة لا يحكم له القاضى بهذا الدين إلا بعد أن يحلف يميناً يسمى يمين الاستظهار، وصيغة اليمين كما وضعها العلامة ابن عابدين كالآتي:

«أحلف بالله أنى ما استوفيت دينى من المديون ولا من أحد أداه إلى عنه ولا قبضه قابض بأمره ولا أبرأته منه ولا شيئاً منه ولا أحلت بذلك ولا بشيء منه على أحد ولا عندى به ولا بشيء منه رهن».

وهذه اليمين ليست حقاً للوارث وإنما حق التركة لاحتمال أن يكون للميت دائن آخر أو موصى له فيحلف القاضى المدعى احتياطاً، وإن لم يطلب الخصم بل ولو أبى، فإذا لم يحلف القاضى المدعى هذه اليمين وقضى له بالدين كان حكمه باطلاً.

أما لو ثبتت الدعوى بإقرار الوارث أو نكوله عن اليمين، فإنه يتعين التفرقة بين حالتين.

الحالة الأولى: ألا تكون التركة مستغرقة بالدين. فلا يحلف القاضى الوارث اليمين، لأن التركة ملك الوارث خصوصاً عند عدم الدين على الميت وقد صادف إقراره ملكه فلا يرد والإقرار حجة منه على نفسه فلا يتوقف على شيء آخر بخلاف البينة فإنها حجة قائمة من الغير فيحتاج فيها.

الحالة الثانية: أن تكون التركة مستغرقة بالدين.

وهنا يجب أن يحلف القاضى المدعى اليمين، لعدم صحة إقرار الوارث فى التركة مع استغراقها بالدين، فإن أقام المدعى بينة حلفه القاضى بطلب الغرماء وبغير طلبهم⁽¹⁾.

**174 - إلغاء قيد عدم سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة
بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع**

(1) حاشية ابن عابدين ج5 ص425 - الأستاذ على قراءة الأصول القضائية فى المرافعات الشرعية سنة 1921 - ص 236 - الأستاذ أحمد إبراهيم - طرق الإثبات الشرعية - طبعة 1985 ص 379.

وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية :

كانت المادة 375 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها تنص على أن: «القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم إقامتها إلا فى الإرث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الإنكار للحق فى تلك الدعوى»، ولذلك ذهبنا فى الطبعة السابقة من الكتاب إلا أن هذا النص يسرى على دعاوى المطالبة بالصادق.

غير أن المرسوم بقانون المذكور ألغى بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، واقتصر القانون الأخير على النص فى الفقرة الثانية من المادة 8 منه على أن: «ولا تقبل دعوى الوقف أو الإرث عند الإنكار متى رفعت بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق، إلا إذا قام عذر حال دون ذلك». وبالتالي زال قيد عدم سماع الدعوى بمضى خمس عشرة سنة بالنسبة لدعاوى المطالبة بالصادق.

ونعرض ما ذكرناه فى الطبعة السابقة عن القيد الذى كان منصوصا عليه فى المادة 375 سالفه الذكر.

ذهبنا إلى أن الأصل أن الحق لا يسقط بتقادم الزمن، إلا أن السلاطين فى الأزمان السابقة جروا على النهى عن سماع الدعوى بعد مضى خمس عشرة سنة فيما عدا الوقف والإرث فقد نهوا عن سماعها بعد ثلاث وثلاثين سنة.

وهذا هو ما جرت به المادة سالفه الذكر. فما ورد بها مجرد نهى من المشرع عن سماع الدعوى بعد مضى المدة المذكورة قطعا للحيل والتزوير ولما هو مقرر أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والخصومة⁽¹⁾.

(1) حاشية ابن عابدين ج3 ص419 وما بعدها - وقد قضت محكمة النقض بتاريخ

وبناء على هذا النص فإنه يشترط لعدم سماع دعوى الصداق توافر الشروط الآتية:

(أ) أن يتحقق ترك الزوجة لدعواها لمدة خمس عشرة سنة هجرية. فإذا لم يتحقق هذا الترك بأن ادعت الزوجة بحقها قبل ذلك ولم يفصل القاضي في دعواها، ثم ادعت به ثانيا سمعت دعواها ما لم يكن بين الدعوى الأولى والثانية هذه المدة. وإذا كان متققا على تأجيل جزء من الصداق لأجل محدد وكانت الزوجية لا زالت قائمة، فإن المدة تبدأ من تاريخ حلول الأجل.

وإذا كان أجل الصداق هو تاريخ الوفاة، تبدأ المدة من هذا التاريخ. أما إذا كان أجل الصداق هو الطلاق، فإن المدة تبدأ من تاريخ الطلاق البائن، أو انقضاء العدة في الطلاق الرجعي.

(ب) أن تكون الزوجة متمكنة من رفع دعواها خلال المدة المذكورة حتى يحمل سكوتها على التقصير والتفريط فإذا كان لها عذر شرعى حال دون المطالبة بحقها، سمعت الدعوى منها بعد هذه المدة.

والأعذار المانعة من رفع الدعوى لم يذكرها الفقهاء على سبيل الحصر، وإنما جعلوا المدار فيها أن تكون مشروعة ومانعة للمدعى من رفع الدعوى وتركوا الأمر في تقدير قوتها وكونها مانعة أو غير مانعة لتقدير القاضي. ويعتبر الشخص معذورا إذا كان في وضع لا يتمكن معه من رفع دعواه بالحق المدعى به.

ومن هذه الأعذار أن تكون الزوجة غائبة أو جنت ولم يكن لها نائب شرعى يستطيع المطالبة بحقها، أو يكون الزوج ثابت الإعسار.

وقد نص الفقهاء على أن من بين الأعذار التي تمنع المطالبة أن يكون من عليه الحق ذا سلطان يخشى منه، ولا شك أن الزوج سلطان زوجته فالزوجة بحكم رغبتها في المحافظة على رابطة الزوجية كالمكرهة على ترك المطالبة

1984/11/27 في الطعن رقم 36 لسنة 53ق «أحوال شخصية» بأن: «الشريعة الإسلامية وإن كانت لا تعترف بالتقادم المكسب أو المسقط وتقضى ببقاء الحق لصاحبه مهما طال به الزمن، إلا أنه إعمالا لقاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان فقد شرع منع سماع الدعوى بالحق الذى مضت عليه المدة».

بحقها، وعلى ذلك فإن المدة المذكورة في حالة قيام الزوجية لا تبدأ إلا من يوم زوال العذر الشرعى وهو زوال رابطة الزوجية⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الشأن بأن:

1- «وحيث إن هذا النعى فى غير محله ذلك أنه بالرجوع إلى أقوال الفقهاء فى خصوص الدفع بعدم سماع الدعوى لمضى المدة المانعة من سماعها مع التمكن وعدم العذر وهو ما نصت عليه المادة 375 من اللائحة الشرعية الصادر بها القانون رقم 78 لسنة 1931 بقولها «القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكّن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى فى عدم إقامتها وهذا كله مع إنكار الحق فى تلك المدة» - يبين أنهم لم يوردوا الأعدار الشرعية على سبيل الحصر ولكن على سبيل المثال وجعلوا المدار فيها أن تكون مشروعة ومانعة للمدعى من رفع الدعوى وتركوا الأمر فى تقدير قوتها وكونها مانعة لفطنة القاضي، وإذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم سماع دعوى الطاعنة على «.. أن ما تدعيه المستأنف عليها من جهلها بأمر استحقاقها فى هذا الوقف مردود بأن إبداء الجهل قول ميسور لكل من يريد أن يطلقه مرسلًا بغير دليل فلا ينهض عذرا شرعيا للتوانى عن رفع الدعوى وإلا فإنه كاف لتعطيل حكم المادة 375 من اللائحة الشرعية - أما مرض المستأنف عليها فإنه كذلك غير مانع لها فى القعود عن رفع الدعوى طيلة المدة المانعة من سماعها شأنه فى ذلك شأن الفقرة الذى تقول بأنه حال دون استطاعتها أن ترفع الدعوى ذلك لأنه كان فى مقدورها شأن أى فقير أن تتقدم بدعواها عن طريق لجنة المساعدة القضائية فى كل محكمة فهمى التى تقرر الإعفاء من الرسوم...» وهى تقاريرات سائغة وفيها الرد الكافى على دفاع

(1) الشيخ جاد الحق على جاد الحق - أضواء على الإجراءات القانونية والقواعد الموضوعية لقضاء الأحوال الشخصية - إصدار المركز القومى للدراسات القضائية = ص 68 - المستشار صلاح زغو ص 99 - وقارن الأستاذ كمال البنا فى مؤلفه: مرافعات الأحوال الشخصية للولاية على النفس - الطبعة الأولى 1987 ص 34 إذ يرى أن قيام الزوجية ليس عذرا شرعيا ويستند إلى حكم محكمة ديروط الجزئية الشرعية فى 1927/3/19.

الطاعة، إذ كان ذلك، فإنه لا يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه أو انطوى على قصور يعيبه، ويتعين لما تقدم رفض الطعن».

(طعن رقم 38 لسنة 31 ق أحوال شخصية جلسة 1964/12/17 - ذات المبدأ
طعن 32 لسنة 29 ق أحوال شخصية جلسة 1962/5/2)

2- «مفاد المادة 375 من اللائحة أن المدة المقررة لسماع الدعوى ليست مدة تقادم يعمل في شأنها بقواعد التقادم الواردة في القانون المدني، وإنما مبناها مجرد نهى المشرع للقضاة عن سماع الدعوى بمجرد انقضاء المدة المقررة لسماعها ولا يقف سريانها إلا بقيام عذر شرعى بالمدعى يحول بينه وبين رفع الدعوى ما بقى هذا العذر قائماً، وأن المراد في اعتبار المدعى معذوراً - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يكون في وضع لا يتمكن معه من رفع الدعوى إن حقيقة أو حكماً».

(طعن رقم 27 لسنة 48 ق «أحوال شخصية» جلسة 1981/5/12)

3- «الأعذار الشرعية المانعة من سريان المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى متروك تقديرها لقاضى الموضوع مادام يقيم حكمه فيها على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى ينتهى إليها».

(طعن رقم 36 لسنة 53 ق «أحوال شخصية» - جلسة 1984/11/27)

4- «وحيث إن النعى مردود بأن محكمة النقض قررت في حكمها الصادر في الطعن رقم 27 لسنة 48 ق أن المادة 375 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تنص على أن «القضاة ممنوعون من سماع الدعاوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى فى عدم إقامتها وهذا كله مع إنكار الحق فى تلك المدة» وأن المدة المقررة لسماع الدعوى مبناها مجرد نهى المشرع للقضاة عن سماع للدعوى بمجرد انقضاء المدة المقررة لسماعها ولا يقف سريانها إلا بقيام عذر شرعى بالمدعى يحول بينه وبين رفع الدعوى ما بقى هذا العذر قائماً وأن المراد في اعتبار المدعى معذوراً - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون في وضع لا يتمكن معه من رفع الدعوى أن حقيقة أو حكماً».

(طعن رقم 20 لسنة 54 ق «أحوال شخصية» - جلسة 26 يناير سنة 1988 -

غير منشور)

(ج) أن يكون المدعى عليه غير منكر للحق فى كل المدة.

فإذا لم يكن ذلك، فإن الدعوى تسمع ولو مضت المدة المذكورة، لأنه لا تزوير مع الإقرار⁽¹⁾.

ولا تسمع دعوى ورثة الزوجة فى المطالبة بالمؤجل، سواء كان قد استحق قبل الوفاة ولم تطالب به الزوجة، أو استحق بالوفاة، بمضى خمس عشرة سنة، ولا يمكن القول بأن دعوى الوارث لا تسمع بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة باعتبارها من دعاوى الإرث لأن ذلك يتضمن الخلط بين دعوى الإرث وهى دعوى إثبات صفة وبين دعوى المال التى تشترط مسوغا لدعوى الإرث والأولى مدة عدم السماع فيها حددها المشرع بثلاث وثلاثين سنة والثانية بخمس عشرة سنة.

وفى هذا قضت محكمة أسوان الشرعية بتاريخ 1944/2/10 بأن:

«دعوى الورثة بنصيبهم فى مؤخر صداق مورثهم من قبيل دعوى المال وليس من قبيل دعوى الإرث فالمدة المانعة من سماعها خمس عشرة سنة. وأن دعوى الوراثة هى دعوى إثبات صفة لا مال واشتمالها على المال من مسوغات سماعها والأصل أن الدعوى تتكيف بالمطلوب فيها أصلا لا بشروط صحتها ومسوغات سماعها»⁽²⁾.

والدفع بعدم سماع الدعوى المنصوص عليه بالمادة لا يتعلق بالنظام العام، فلا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يدفع به الخصم أمامها.

175- أنواع المهر:

المهر الواجب فى الزواج نوعان:

1- المهر المسمى.

2- مهر المثل.

176- أولا: المهر المسمى:

هو المهر الذى اتفق عليه الطرفان وذكر فى العقد أو لم يذكر ولكنه حصل التراضى عليه بعده.

(1) الأستاذ على قراعة ص315.

(2) وقارن عكس ذلك بنها الشرعية فى 1942/12/16.

ويدخل في المهر المسمى ما جرى العرف بتقديمه للزوجة قبل الزفاف أو بعده على أنه جزء من المهر فإنه يعد ضمن المسمى عرفاً، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً⁽¹⁾.

ولما كان أقل المهر في المذهب الحنفي عشرة دراهم من الفضة مسكوكة أو غير مسكوكة أى ما يعادل خمسة وعشرين قرشاً من العملة المصرية، فإنه إذا كان المهر المسمى أقل من عشرة دراهم أو ما يعادلها تعين رفع المهر إلى هذا الحد، وذلك لحق الشرع وهو ألا يقل المهر عن هذا القدر ورضا العاقدین بما دونه لا يسقط حق الشرع إذ لا يملكان ذلك، كما لا يملكان جعل الزواج بدون مهر أصلاً⁽²⁾.

ويشترط لوجوب المهر المسمى ما يأتي:

1- أن يكون العقد صحيحاً: فإذا كان العقد فاسداً، كأن يكون قد عقد دون شهود أو كالزواج بالأخت في عدة الأخت، لم يجب بالعقد شيء، فإن حدث بعده دخول حقيقى وجب الأقل من المسمى ومهر المثل.

وهذا رأى أبى حنيفة وصاحبيه⁽³⁾.

(1) وقد جاء في حاشية ابن عابدين ج3 ص130: «ونظير ما في الخانية ما هو معروف بين الناس في زماننا من أن البكر لها أشياء زائدة على المهر: منها ما يدفع قبل الدخول كدراهم للنفس والحمام وثوب يسمى لفافة الكتاب وأثواب آخر يرسلها الزوج ليدفعها أهل الزوجة إلى القابلة وبلانة الحمام ونحوها. ومنها ما يدفع بعد الدخول كالإزار والخف والمكعب وأثواب الحمام، وهذه

مألوفة معروفة بمنزلة المشروط عرفاً، حتى لو أراد الزوج أن لا يدفع ذلك يشترط نفيه وقت العقد أو يسمى في مقابلته دراهم معلومة يضمنها إلى المهر المسمى في العقد».

(2) هذا رأى الإمام أبى حنيفة والصاحبين، أما زفر فيرى أن التسمية في هذه الحالة فاسدة، لأن المسمى لا يصلح مهراً فيكون حكمها حكم عدم التسمية فيجب مهر المثل.

(3) أما زفر فذهب إلى أنه في هذه الحالة يجب مهر المثل مهما بلغ لأن التسمية فسدت بفساد العقد. ولكن يرد على ذلك بأن ما وجب إنما وجب بالدخول بالعقد بعد العقد الفاسد ولم يجب بالعقد الفاسد، وإذا كان المسمى أقل من مهر المثل فإنه يجب بالدخول أيضاً وليس في هذا اعتراف بالعقد، وإنما وجب ما هو دون مهر المثل حينئذ لأنها رضيت به.

(الدكتور عبد العظيم شرف الدين ص382).

2- أن تكون تسمية المهر صحيحة، بأن يكون المسمى مالا منقوماً في نظر الشارع أو منفعة تقوم بالمال، وأن يكون معلوماً بأن يكون خالياً من الجهالة الفاحشة. (راجع في التفصيل بند 168). فإذا لم تكن التسمية صحيحة وجب مهر المثل.

177- ثانياً: مهر المثل:

هو مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد، من أسرة أبيها كأختها الشقيقة أو أختها لأبيها أو عمتها أو بنت عمها أو بنت أخيها. فإذا لم توجد المماثلة بينها وبين امرأة قريبة انتقلت المماثلة إلى امرأة أبعد منها تماثلها.

والمماثلة تكون في الصفات التي يرغب الناس فيها ويختلف المهر باختلافها، كالسن والحسب والجمال والمال والعقل والعلم والدين والبكارة والثبوبة وكونها ذات ولد أو ليست كذلك، وغير ذلك من الصفات المرغوبة.

ولا تتحقق المماثلة باختلاف المكان، فلو وجدت امرأة تماثلها من قوم أبيها لكن اختلف مكانها، لا يعتد بمهرها لأن البلدين تختلف عادة أهلها في المهر في غلائه ورخصه، فلو زوجت في غير البلد الذي زوج فيه أقاربها لا يعتد بمهورهن. كما لا تتحقق المماثلة باختلاف الزمان، فما يكون مهراً في زمن قد لا يصلح مهراً في زمن آخر⁽¹⁾.

وليس بلالزم في تحقق المماثلة بين امرأتين في الصفات المذكورة أن تتساويا في هذه الصفات مساواة تامة ومن جميع الوجوه، فإن ذلك غير ممكن بل يكفي أن تتقاربا فيها فلا يكون بينهما تفاوت يوجب تفاوت المهر عادة.

وإذا لم توجد امرأة من أسرة أبيها تماثلها في هذه الأوصاف يعتد في مهر المثل بمهر امرأة تماثلها في الأوصاف المذكورة من أسرة كأُسرة أبيها في المكانة والمنزلة الاجتماعية، ولا ينظر في ذلك إلى قرابة الأم⁽²⁾. وقد استند

(1) شرح فتح القدير ج3 ص 368 - الهداية ج1 ص 211.

(2) وذهب الشافعي إلى أنه إذا لم يكن من أسرة أبيها من تماثلها اعتبر من يماثلها من أقاربها ذوى رحمها أي كانت قرابتهم لأن القرابة ولو من الأم أدنى بالاعتبار.

الحنفية في ذلك إلى قول ابن مسعود: «لها مهر مثل نساءها لا وكس فيه ولا شطط»، لأن المقصود بلفظ «نساءها». أقارب الأب، ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه. ويجوز الاعتداد بمهر الأم في بيان مهر المثل إذا كانت الأم من قوم أبيها، بأن كانت بنت عمه.

ويعتبر في مهر المثل حال الزوج أيضاً، بأن يكون الزوج مثل أزواج أمثاله من قومها، والرجل ذو الحسب والنسب والعلم والتقوى يتسامح معه في المهر بما لا يتسامح مع غيره، لأن الناس يرغبون في مصاهرته⁽¹⁾.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1958/9/23 بأن:

«... ومهر المثل هو مهر امرأة من قوم أبيها كأختها وعمتها وبنت عمها تساويها وقت العقد سناً وجمالاً ومالاً وبلداً وعصراً وعقلاً وديناً وأدباً وخلقاً وعلماً وبكارة أو ثبوبة وعدم ولد فإن لم توجد واحدة من قوم أبيها تساويها في هذه الصفات ينظر إلى امرأة أجنبية تساويها في هذه الصفات.... الخ».

178- إثبات مهر المثل:

إذا اتفق الطرفان على مقدار مهر المثل، وجب القدر المتفق عليه، وإذا اختلفا بأن ادعى الزوج أن مهر مثلهما كذا وادعت الزوجة أنه أكثر من ذلك فمن أقام بينة على ما يدعيه أخذ بقوله. ونصاب البينة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين⁽²⁾. فإذا لم يوجد لهما بينة فالقول قول الزوج مع يمينه لأنه منكر للزيادة. وإن أقام كل منهما البينة على دعواه أخذ ببينة الزوجة لأنها تدعى الزيادة والزوج ينكرها، والبيانات شرعت لإثبات الدعاوى لا لدفعها، فالبينة على المدعى واليمين على من أنكر⁽³⁾.

(1) حاشية ابن عابدين ج3 ص138.

(2) شرح فتح القدير ج3 ص368.

(3) الدكتور محمد مصطفى شلبى - أحكام الأسرة في الإسلام - الطبعة الرابعة 1983 -

179- الحالات التي يجب فيها مهر المثل :

يجب مهر المثل فى الحالات الآتية:

1- إذا لم يسم الزوج لزوجته مهرا فى العقد أو بعده بأن تصدر صيغة العقد مجردة من ذكره أو نفيه، ثم دخل بها الزوج أو مات عنها. وفى هذه الحالة تسمى المرأة (المفوضة) لأنها فوضت أمر مهرها للزوج أو الولي.

ووجب مهر المثل لها فى هذه الحالة لأنه بالعقد وجب لها المهر، فإن كان هناك مهر مسمى ثبت، وأن لم تكن هناك تسمية اتجه الوجوب إلى مهر المثل، والدليل على ذلك قول ابن مسعود فيمن مات زوجها ولم يسم لها مهرا «إن لها مهر مثله لا وكس ولا شطط».

2- إذا سمي المهر فى العقد تسمية غير صحيحة، لأن التسمية غير الصحيحة تعتبر فى حكم الملغاة.

وتكون التسمية غير صحيحة، إذ كان المهر المسمى ليس بمال على الإطلاق كقطرة ماء، أو كان مالا غير متقوم فى حق المسلم كالخنزير والخمر أو مالا مجهولا جهالة فاحشة تؤدى إلى النزاع فيه بين الزوجين، كأن يتفقا على أن المهر ثوب دون أن يبينوا نوع هذا الثوب أو يكون المهر هو نكاح آخر وهو ما يسمى بنكاح الشغار⁽¹⁾.

فيجب مهر المثل فى هذه الحالة، لأنه هو الواجب الأصلى، والمسمى يقوم مقامه ومادامت التسمية قد فسدت وجب الرجوع إلى الأصل.

3- إذا نفى المهر بالعقد، بأن اتفق الزوجان على أن لا مهر للزوجة، كما إذا قال الرجل للمرأة: «تزوجتك على ألا مهر لك»، فقبلت الزواج.

ففى هذه الحالة يصح العقد لأن المهر ليس ركنا فى عقد الزواج وليس شرطاً فيه فيصح بدونه، أما شرط عدم دفع المهر الذى قبلته الزوجة، فهو شرط فاسد، والشرط الفاسد لا يبطل العقد بل يصح العقد ويفسد الشرط.

(1) الأشباه والنظائر لابن نجيم - ص366.

وإذا كان العقد صحيحاً فلا بد من المهر لأن فيه حق لله تعالى فلا يجوز الاتفاق على إبطاله، ويجب في هذه الحالة مهر المثل⁽¹⁾.

4- إذا حصل الاختلاف في المهر المسمى، ولم تثبت التسمية بالبينة، فإنه يجب مهر المثل.

وإذا كان الادعاء بوجود التسمية من قبل الزوجة وادعت أقل من مهر المثل، فإنه يحكم بما ادعته لأنها قبلت مهراً يقل عن مهر مثلها، فأسقطت حقها في الزيادة، وكذلك إذا كان الإدعاء من قبل الزوج وادعى أكثر منه فإنه يحكم بما يدعيه، لأنه قبل الزيادة على مهر المثل.

180- متى يجب الأقل من المسمى ومهر المثل؟

يجب الأقل من المسمى ومهر المثل في حالة واحدة، وهي إذا كانت التسمية صحيحة وكان العقد فاسداً، ودخل الزوج بزوجه دخولاً حقيقياً. لأن الزواج الفاسد لا يرتب الحق في المهر لأنه لا وجود له شرعاً، والمهر حكم من أحكام العقد الصحيح، ولما كان الدخول بالمرأة في نظر الإسلام لا يخلو من وجوب الحد أو المهر وحيث لا حد لوجود الشبهة المسقطة له فيجب المهر. والمهر هنا هو الأقل من المهر المسمى ومن مهر المثل فإذا كان مهر مثلها مائة والمسمى ثمانون وجب المسمى، وإن كان العكس وجب مهر المثل ووجب الأقل من المهرين لأن مهر المثل هو الواجب الأصلي، ولكنها رضيت بما دونه في حالة زيادة مهر مثلها عما سماه فكأنها أسقطت حقها في الزيادة فتؤخذ برضاها، كما أنه يمكن اعتبار التسمية تقديراً لمهر مثلها من جانبها وقد وافقها الزوج عليها فلا يصح النظر إلى ما وراء ما اتفقا عليه إن كان أقل، لا من حيث احترام الشارع للتسمية، بل من حيث التراضي على تقدير مهر المثل⁽²⁾.

وهذا هو رأى الإمام أبى حنيفة والصاحبين، وهو الراجح في المذهب⁽³⁾.

(1) الدكتور محمد على محبوب - ص 364 وما بعدها.

(2) محمد أبو زهرة في الأحوال الشخصية - قسم الزواج ص 180.

(3) أما زفر فيذهب إلى وجوب مهر المثل بالغا ما بلغ ولا اعتبار بالمسمى، لأن فساد العقد يسرى إلى التسمية فتكون فاسدة، وعند فسادها يجب مهر المثل، وقاس ذلك على البيع الفاسد =

اقتران المهر بشرط

181- صور اقتران المهر بشرط:

المهر المسمى فى العقد، إما أن يقترن بشرط، أو لا يقترن به، فإن لم يقترن بشرط وجب المهر المسمى فى العقد بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا. أما إذا اقترن المهر بشرط فإن هذا الشرط قد يكون منفعة للزوج أو للزوجة أو لأحد محارمها أو لأجنبي. وليبيان حكم اقتران المهر بشرط فإنه يجب التفريق بين صور أربع على التفصيل الآتى:

الصورة الأولى:

أن يسمى الزوج لزوجته فى العقد مهرا أقل من مهر المثل، ويشترط على نفسه فى نظير ذلك تقديم منفعة مباحة شرعا لها أو لأحد محارمها، سواء كانت المنفعة مما يقوم بالمال أم لا⁽¹⁾، كأن يشترط على نفسه أن يستغل أرضا معينة لها أو لأبيها، أو ألا يخرجها من بلدها، أو يلحق شقيقها بوظيفة.

ففى هذه الصورة يكون المهر مكونا من أمرين: ما سماه الزوج وما شرطه على نفسه من منفعة لزوجته أو لأحد من محارمها. فإن أوفى الزوج بالشرط وجب المهر المسمى لتحقيق ما نيظ به رضا المرأة، وإن لم يوف الزوج بالشرط وجب للزوجة مهر المثل، لأن الزوجة ما رضيت بالمهر المسمى وهو أقل من مهر مثلها إلا نظير الشرط، ولفوات رضاها يجب لها مهر المثل، فكأن التسمية صارت باطلة، كالشأن فى أى زواج لم يحصل فيه تراض على التسمية.

= فإن المبيع يملك بالقبض بإذن البائع ويجب على المشتري قيمة المبيع أيا كان قدرها ولا يلتفت إلى الثمن، وإننا لو أوجبنا الأقل من المسمى ومهر المثل لكان المسمى واجبا فى بعض الأحوال وكان ذلك اعترافا من الشارع بالعقد الفاسد وهو غير متصور.

(1) المهر فى أصله لا يكون إلا مالا أو شيئا يقوم بالمال، فإذا كانت المنفعة هى المهر وحدها لا بد أن تكون مما تقوم بالمال لتصح التسمية. أما إذا كانت مع مال مسمى فإن مالية المهر موجودة ولا يلزم فى المال المسمى أن يكون مساويا لمهر المثل فلا داعى لاشتراط كون المنفعة مما تقوم بالمال. (محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام ص 378 هامش 2).

أما إذا كانت المنفعة الواردة بالشرط غير مباحة شرعا، كاشتراط حفل فيه لهو محرم، أو اشتراط مجالسة زوجته للرجال الأجانب وشرب الخمر، أو كانت المنفعة لأجنبي عن الزوجة أى لغير ذى رحم محرم، وجب المهر المسمى لأنه لا يجوز شرعا الوفاء بالمنفعة غير المباحة، ولا يجوز للمسلم الانتفاع بها فلا يستحق عوضا عن فواه الانتفاع. ولأن المنفعة المشترطة لأجنبي عن الزوجة ليست منفعة مقصودة لأحد العاقدين فيكون اشتراطها لغوا لأن ذلك يكون شرطا فاسدا فيصح العقد والتسمية ويلغى ذلك الشرط.

فإذا كانت التسمية أقل من المهر المقرر شرعا، وجب تكملة المهر إلى هذا المقرر⁽¹⁾.

الصورة الثانية :

أن يسمى الزوج لزوجته فى العقد مهرا يساوى مهر المثل ويشترط على نفسه أيضا تقديم منفعة مباحة شرعا لها أو لأحد محارمها. وفى هذه الصورة يجب المهر المسمى سواء وفى المنفعة المشروطة أو لم يوف بها، لأنها وإن لم ترض إلا بمجموع الأمرين إلا أن عدم رضاها بالمال وحده لا يؤثر فى صحة التسمية لأن العدول إلى مهر المثل لا فائدة فيه لتساويه مع المسمى.

الصورة الثالثة :

أن يسمى الزوج لزوجته مهرا يزيد على مهر المثل ويجعل تلك الزيادة نظير أن يتحقق فى الزوجة وصف مرغوب فيه، كأن تكون بكرا أو جميلة أو متعلمة أو سليمة من الأمراض.

فإذا وجد بها هذا الشرط (الوصف) وجب المسمى، وإن لم يوجد وجب مهر المثل لأنه ما رضى بالزيادة على مهر المثل إلا لهذا الوصف المرغوب فيه، فطالما لم يتحقق فيها الوصف انعدم رضاها بما زاد على مهر المثل فلا يجب عليه إلا مهر المثل.

(1) وخالف زفر وقال إن المنفعة المشروطة التى يجب الوفاء بها هى المنفعة التى يمكن أن تقوم بالمال، وإلا كان الشرط لغوا ويكون الواجب هو المسمى فقط.

الصورة الرابعة :

أن تكون هناك تسميتان: إحداهما على تقدير، والأخرى على تقدير آخر، وبعبارة أخرى أن يسمى للزوجة مهرا على شرط ومهرا آخر على شرط آخر ويستوى في ذلك كون الشرط فيه منفعة للزوج أو الزوجة.

ومثل ذلك أن يجعل مهر الزوجة خمسمائة جنيه إن كانت بكرا أو إن أقام بها في بلدة غير بلدة أبويها، وثلاثمائة جنيه إن كانت ثيبا أو إن أقام بها في بلدة أبويها.

وقد اختلف الحنفية في حكم هذه الصورة.

فذهب أبو حنيفة إلى أن التسمية الأولى صحيحة لأنها صادفت محلا لوقوعها بدون أن يوجد ما يزاحمها فإذا تحقق شرطها وجب المشروط، والتسمية الثانية غير صحيحة لأنها لم تصادف محلا لوقوعها بعد التسمية الأولى الصحيحة فإذا تحقق شرط التسمية الثانية وجب مهر المثل لا المسمى ولا يزيد على الخمسمائة لرضاها به عند تحقق التسمية الأولى ولا ينقص عن الثلاثمائة رضا به عند تحقق شرط التسمية الثانية.

وذهب صاحبان إلى أن التسميتين صحيحتان، فإن تحقق الثاني وجب ما سمى عند تحققه، وذلك لأن هاتين التسميتين لحالتين وتكون إحداهما على طريق البذل، والحالتان لا تجتمعان لأنهما متضادتان أو شبه متضادتين، فكل حالة قد سمى لها قدر معلوم، فيمكن العمل بمقتضاه من غير نزاع ولا ضرر.

وذهب زفر إلى أن التسميتين فاسدتان، لأنه متردد بين شيئين والتردد يورث الجهالة، وتسمية المجهول في العقد تسمية غير صحيحة أو فاسدة، فيجب مهر المثل، غير أنه لا يزيد على الخمسمائة جنيه لأن الزوجة رضيت به عند تحقق شرط التسمية الأولى ولا يقل عن ثلاثمائة جنيه لأن الزوج رضى به عند تحقق شرط التسمية الثانية.

والرأى الراجح في المذهب رأى صاحبين⁽¹⁾.

(1) حاشية ابن عابدين ج3 ص123 وما بعدها - عمر عبد الله ص 219 وما بعدها - الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام ص378 وما بعدها.

الزيادة في المهر المسمى

182- المراد بالزيادة في المهر المسمى:

المراد بالزيادة في المهر المسمى، إضافة شيء إلى المهر بعد تمام عقد الزواج واتفق الطرفين فيه على مهر معين، سواء كان الشيء المضاف من جنس المهر أو من غير جنسه، كأن يكون المهر ألف جنيه فيضاف إليه مائة جنيه، أو يكون المهر سيارة فيضاف إليه خمسمائة جنيه.

183- حكم الزيادة في المهر:

إذا زاد الزوج لزوجته ما سماه لها من المهر قدرا آخر، سواء كانت الزيادة من جنس المهر أو من غير جنسه صحت الزيادة والتحت بأصل المهر، وأخذت حكمه في أغلب الأحوال، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِضَةِ﴾ فللزوجة أن تطالب زوجها بهذه الزيادة مع الأصل بالدخول والخلو وفي حالة الموت قبل الدخول والخلو.

إلا أن الزيادة تخالف أصل المهر في أنها لا تنتصف بالطلاق قبل الدخول أو الخلو، كما ينتصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول أو الخلو وقفا عند ظاهر النص هو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾، فإن الأحناف يقولون أن المراد بالمفروض في الآية هو ما فرض في العقد بشهادة العرف، فإن المتعارف عند الناس إذا قيل: «فلان فرض لزوجته كذا مهرا» أنه فرضه حين العقد أو كان شيئا متققا عليه من قبل العقد، فتحمل الآية على المعروف، فلا ينتصف ما يزيد على المهر بعد العقد، وإنما يكون الواجب لتلك المطلقة نصف ما سمي في العقد لا غير.

184- شروط صحة الزيادة:

يشترط لصحة الزيادة في المهر المسمى من جانب الزوج توافر الشروط الآتية:

1- أن يكون الزوج من أهل التبرع، بأن يكون عاقلاً بالغاً رشيداً، لأن الزيادة على ما تم التراضي عليه من المهر ضرب من التبرع. وأهلية الرشد في المسائل المالية تكون ببلوغ الزوج واحد وعشرين سنة ميلادية (م 18 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952).

ولكن تنفيذ الزيادة جميعها من غير توقف على إجازة الورثة يجب أن تكون في حالة صحته لا في مرضه مرض الموت.

وإذا كان الزوج قاصراً، وكان الولي هو الأب أو الجد غير المعروفين بسوء الاختيار، كان لهما أن يزيدا في مهر القاصر لأن لهما أن يزوجاه بأكثر من مهر المثل ابتداء عند أبي حنيفة (راجع في التفصيل بند 140).

2- أن تكون الزيادة معلومة، كأن يزيد مقداراً من المال محدداً، أو عيناً مالية معينة، أما لو قال لزوجته: «زدتك في مهرى». بدون تعيين الزيادة لم تصح الزيادة للجهالة لأن المجهول لا يصح أن يكون محلاً للعقد والتعامل.

3- أن تقبل الزوجة الزيادة في المجلس الذى حصلت فيه إذا كانت من أهل القبول، أو يقبل وليها الزيادة إذا لم تكن كذلك كأن تكون صغيرة أو مجنونة وذلك لأن الزيادة هبة وتمليك من الزوج لزوجته، وهو لا يصح إلا بالقبول فى مجلس الإيجاب.

4- أن تكون الزيادة حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً، أى أثناء عدة الطلاق الرجعي، لأن الزيادة تلتحق بأصل المهر وتستند إلى العقد وكأنها صدرت منه منذ أول الأمر، فيلزم أن يكون الزواج قائماً ولو حكماً.

وعلى ذلك لا تصح الزيادة إذا حصلت بعد الطلاق البائن ولو كانت المطلقة بائناً مازالت فى العدة، أو بعد انقضاء عدة المطلقة رجعيًا.

الحط من المهر المسمى

185- المراد بالحط من المهر المسمى :

المراد بالحط من المهر المسمى إسقاط بعض المهر، أو إسقاط المهر كله عن الزوج بعد إتمام عقد الزواج وانفاق الطرفين على مهر معين.

فالزيادة في المهر تكون من جانب الزوج، أما الحط في المهر فيكون من جانب الزوجة.

186- حكم الحط من المهر:

المهر عند إنشاء عقد الزواج يتعلق به حق الشارع والولى العاصب والزوجة، أما بعد العقد فإنه يكون حقا خالصا للزوجة، ومن ثم فلها بعد تمام العقد الحط من المهر.

187- شروط صحة الحط من المهر:

يشترط لصحة الحط من المهر توافر الشروط الآتية:

1- أن تكون المرأة بالغة عاقلة رشيدة، وسن الرشد المالى - كما أوضحنا سلفا - يكون ببلوغها واحد وعشرين سنة ميلادية، لأن حطها من المهر تبرع فيجب أن تكون من أهل التبرع.

وإذا كانت الزوجة صغيرة فلا يجوز لوليها أن يحط جزءا من مهرها حتى لو كان أباه أو جدها، لأن الحط يكون بمثابة الهدية، ولم تجر العادة بأن أهل الزوجة يقدمون الهدايا للزوج بل لو فعلوا ذلك تعيروا به.

3- ألا يرد الزوج الحط من المهر إذا كان المهر ديناً فى الذمة كالنقود والمثلثات، لأن الحط منه هنا إبراء، والإبراء عند الحنفية يتم بإرادة واحدة ولا يحتاج إلى القول بل يرتد بالرد، ومن ثم إذا قبل الزوج الإبراء أو سكت عن القبول والرد صح الإبراء، وقد اشترط عدم الرد لأن من الناس من لا يتحمل منة الإبراء من دين عليه خصوصا فى مهر زوجته.

أما إذا كان المهر عينا من الأعيان التى تتعين بالتعيين كمنزل معلوم أو قطعة أرض محددة، فإنه يجب أن يقبل الزوج الحط من المهر فى المجلس حتى يتم التملك كما فى حالة الزيادة فى المهر، ذلك أن الأعيان لا تقبل الإسقاط ومن ثم فليس للزوجة أن تبرئ الزوج منها لأن الإبراء إسقاط، فإذا أرادت الزوجة أن تنتازل عنها وهبتها له ولا بد من القبول فى الهبة.

مؤكدات المهر

188- (أ) الحالات التي يجب فيها المهر مؤكداً:

رأينا فيما سلف، أن هناك بعض الحالات يجب فيها المهر لا بالعقد الصحيح وإنما بالدخول الحقيقي، وحينئذ يكون المهر واجبا مؤكداً، ومعنى أن المهر مؤكد أن يكون غير قابل للسقوط كله أو بعضه، فالمهر يجب مؤكداً في حالتين هما:

1- الدخول في العقد الفاسد أى العقد غير الصحيح.

2- الوطء بشبهة.

(راجع بندى 64 ، 66).

والمهر يجب في هاتين الحالتين سواء افترق الرجل والمرأة من تلقاء نفسيهما أو فرق القاضى بينهما.

أما إذا وقعت المتاركة بينهما فى العقد الفاسد قبل الدخول الحقيقى فلا مهر للزوجة أصلاً ولو اختلى بها الزوج لأن المهر لا يجب إلا بالدخول الحقيقى.

189- (ب) مؤكداً المهر فى العقد الصحيح:

رغم أن المهر - كما رأينا سلفاً - حكم من أحكام عقد الزواج الصحيح، إلا أن هذا المهر يجب بالعقد وجوباً غير مستقر، سواء كان المهر مسمى أو غير مسمى، إذ قد يطرأ ما يسقط المهر كله أو نصفه، حتى يوجد ما يؤكده، فإذا وجد هذا المؤكد استقر وجوبه ولا يرد عليه السقوط كله أو نصفه، ولا تبرأ ذمة الزوج منه إلا بالأداء أو الإبراء.

ويتأكد المهر فى العقد الصحيح بأمور ثلاثة: الدخول الحقيقى والموت، والخلو الصحيح، ونعرض لهذه المؤكدات الثلاثة بالتفصيل فيما يلي:

190- (1) الدخول الحقيقى:

يتأكد المهر بتمامه بالدخول الحقيقى فى العقد الصحيح، وذلك باتفاق الفقهاء، والعلة فى ذلك أن الأمور المسقطه للمهر كله أو بعضه الواردة فى القرآن والحديث دلت على أن السقوط لا يكون إلا قبل الدخول، ولأنه بالدخول يكون الزوج قد استوفى المقصود من الزواج، فوجب أن تستوفى الزوجة حقوقها

مؤكدة وأولها المهر قبل الزواج، فضلا عن أن الدخول في العقد الفاسد يوجب الأقل من المسمى ومهر المثل غير قابل للسقوط فمن باب أولى يوجب الدخول في العقد الصحيح المهر مؤكدا غير قابل للسقوط.

ولا يشترط في الدخول الذي يؤكد المهر أن يكون حلالا، فحصوله مع المانع الشرعي كالحيض والنفاس أو كون أحد الزوجين صائما لفرض يتأكد به المهر.

191- (2) موت أحد الزوجين قبل الدخول والخلو:

إذا مات أحد الزوجين قبل الدخول وقبل الخلو سواء سمي المهر أو لم يسم⁽¹⁾ فإن الزوجة تستحق المهر كاملا، لما روى عن عبد الله بن مسعود أنه سئل في رجل تزوج امرأة فمات عنها زوجها ولم يدخل بها ولم يفرض لها صداقا قال - بعد زمن - أرى لها مثل مهر نسائها لا وكس ولا شطط، وشهد معقل بن سنان الأشجعي بأن النبي عليه السلام قضى في بروع بنت واشق الأشجعية بمثل ما قضى به ابن مسعود، وشهد بذلك ناس من أشجع، ففرح ابن مسعود بذلك فرحا لم يفرح مثله في الإسلام⁽²⁾.

وعلة ذلك أن عقد الزواج عقد للعمر وبموت أحد الزوجين انتهى عقد الزواج بينهما، وانتهاء العقد بانتهاء أمدّه لا يوجب سقوط شيء من المهر، ولأن بوفاة أحد الزوجين قبل الدخول والخلو يستحيل وجود ما يسقط المهر كله أو بعضه.

ويكون المهر عند وفاة الزوج دينا في تركته يقدم أدائه على تقسيم التركة بين الورثة.

ويكون المهر عند وفاة الزوجة، تركة عنها لورثتها ولهم مطالبة الزوج بمهرها بعد خصم نصيبه منه لأنه يرثها فيما تركته ومنه المهر الذي لم تقبضه.

(1) الهداية شرح بداية المبتدي، ج1 ص402 وما بعدها.

(2) ومذهب مالك وعدل إليه الشافعي أخيرا أن الموت يؤكد المهر المسمى أما إذا كان المهر غير مسمى فلا يجب للمرأة بالموت شيء.

وفي هذا أفتت دار الإفتاء بتاريخ 1979/2/25 بأن:

«أولا المنصوص عليه شرعا أن المهر يتأكد جميعه بأمر موت منها موت أحد الزوجين قبل الدخول والخلوة ويتقرر جميعه للزوجة وبموت الزوج المذكور فى حادثة السؤال قبل الدخول والخلوة فإن المهر يتقرر جميعه للزوجة فإن كان المبلغ المدفوع قدر المهر المسمى فى العقد كان هو الواجب الذى صار ملكا لها بمجرد القبض. وإن كان المسمى أكثر من المبلغ المدفوع فإن الباقي من المهر المؤجل منه يصير ديناً فى ذمة الزوج تستوفيه الزوجة من تركة زوجها قبل تقسيمها على الورثة».

ويستوى أن يكون أحد الزوجين هو الذى قتل نفسه، أو قتله الزوج الآخر، أو شخص من الغير.

وعلة تأكيد المهر بقتل الزوجة نفسها، رغم أن الموت بفعلها، أن المهر عند وفاتها يصبح حقا لورثتها فلا تستطيع إسقاطه بفعل منها، وهذا يخالف حال الردة وفعلها بأحد أصوله أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة، فإن المهر حينئذ يكون حقها فيسقط بفعلها.

وعلة تأكيد المهر فى حالة قتل الزوجة زوجها، أن القتل وإن كان جناية لها عقوبة، إلا أن إسقاط مهرها ليس ضمن هذه العقوبة⁽¹⁾.

(1) الدكتور عبد الرؤوف شرف الدين، ص 406 - وقد خالف زفر والأئمة الثلاثة فيما إذا كانت الزوجة هى التى قتلت زوجها، وقالوا إن حقها فى المهر يسقط بالموت، كما يسقط حقها فى الميراث.

وخالف زفر والشافعى فيما إذا قتلت الزوجة نفسها عمدا فبالا يسقط حقها فى المهر لأنها فوتت بفعلها على الزوج حقه فى الاستمتاع بها فيسقط ما يقابله، وتكون كالتى ارتدت بعد العقد وقبل الدخول، فإنه يسقط مهرها، لأن الفرقة قد حصلت بسبب من جهتها.

(على حسب الله ص 167 - محمد أبو زهرة فى الأحوال الشخصية - قسم الزواج ص 185 وما بعدها).

192- (3) الخلوة الصحيحة :

يتأكد المهر بتمامه بالخلوة الصحيحة.

والمراد بالخلوة الصحيحة، أن يجتمع الزوجان بعد عقد الزواج الصحيح بمكان يأمنان فيه من دخول أحد عليهما بلا إذن، أو إطلاعه على أسرارهما، دون أن يكون بأى من الزوجين مانع من موانع الاتصال الجنسي.

فإذا كان الزواج فاسدا كانت الخلوة بعده فاسدة.

وإذا كان مع الزوجين شخص ثالث رجل أو امرأة مبصرا أو غير مبصر، نائما أو مستيقظا، صغيرا أو كبيرا، فلا تتحقق الخلوة إلا أن يكون هذا الصغير لا يعقل، وإلا أن يكون الكبير مجنونا أو مغمى عليه لأن وجوده يكون كعدمه ولا يمنع من صحة الخلوة.

كذلك لا تتحقق الخلوة الصحيحة، إذا كان الزوجان فى مكان لا يأمنان فيه من دخول أحد عليهما دون إذن أو إطلاعه عليهما دون أن يدخل، كما لو كانا على سطح مكان لا ساتر له ولو فى ظلمه⁽¹⁾ لأنه يمكن الإحساس بهما وإن لم يمكن النظر إليهما، أو كان للمكان ساتر ولكنه رقيق بحيث إذا نظر إليهما إنسان رآهما، أو إذا اجتمعا فى طريق لأن الطريق ممر الناس عادة وذلك يوجب الانقباض فيمتنع الوطء.

وموانع الاتصال الجنسي التى تنتفى معها الخلوة الصحيحة ثلاثة، مانع حقيقى أو حسي، ومانع طبيعى، ومانع شرعي.

والمانع الحقيقى أو الحسي، يتحقق إذا كان بالزوجين أو بأحدهما مانع يمنع الدخول بالزوجة، كأن تكون الزوجة صغيرة لا تطيق الجماع. أو بها عيب أو مرض يمنع الدخول، كالرتقاء والقرناء⁽²⁾، أو كان الزوج مريضا بمرض يمنعه من الاتصال بزوجه، أو كان صغيرا لا ينتظر الدخول من مثله.

(1) شرح فتح القدير، ج3 ص333.

(2) الرتق: التحام فى العضو التناسلي، والقرن: عظم فيه.

ولا يعد مانعا من صحة الخلوة - عند أبي حنيفة - العنة والخصاء والجب، لأن كلا من العنة والخصاء لا يمنع من الوطء، ولتصور الإيلاء من الم محبوب، فلو جاءت امرأته بولد يثبت نسبه.

أما الصحابان فيذهبان إلى أن خلوة الم محبوب غير صحيحة لأنه أعجز من المريض لوجود آلة الجماع في المريض وقد يجمع بخلاف الم محبوب، والمريض مانع من الخلوة فالجب أولى.

والعنة لا تمنع من صحة الخلوة لأن الوقوف على حقيقة العنة متعذر والأصل في الإنسان السلامة، وعند أبي حنيفة لا مكان إنزاله بالسحاق⁽¹⁾.

والمانع الطبيعي، بأن يكون معهما ثالث، فإن الطبع يمنع الدخول مع وجوده، بل لا يوجد معنى الخلوة مع وجوده، وقد سبق تفصيل ذلك. وقد جعل البعض هذا المانع من الحسى⁽²⁾.

والمانع الشرعى هو الحيض والنفاس فإن الاختلاط فيه محرم شرعا لقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَأَعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾⁽³⁾، ومثل الحائض في هذا الحكم النفساء.

ويعد مانعا شرعيا من الخلوة صوم رمضان أو الإحرام بحجة فريضة أو نفل أو عمرة، لأن الإفطار في رمضان يستوجب القضاء والكفارة، وإفساد الحج ولو نقلا والعمرة يلزمه قضاؤه، وهى أمور شاقة تمنع الشخص من الإقدام عليها. أما صوم التطوع وقضاء رمضان والكفارات والنذور فتصح معها الخلوة لأن الإفطار فيها لا يترتب عليه شيء سوى القضاء.

وقد استدلت الحنفية على أن الخلوة الصحيحة تؤكد المهر بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ

أَرَدْتُمْ أَسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَاتٍ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا

(1) شرح العناية على الهداية فتح القدير، ج 3 ص 334.

(2) حاشية ابن عابدين، ج 3، ص 114.

(3) سورة البقرة، الآية 222.

مِنْهُ شَيْئًا ۖ أَتَأْخُذُونَهُ بِهَتْئِنًا وَإِنَّمَا مِثْلُنَا ﴿١٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ
بَعْضُكُم إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا ﴿١١﴾^(١).

فقد فسروا الإفضاء بالخلوة الصحيحة لأن الإفضاء مأخوذ من الفضاء وهو الخالي فكأنه قال: وقد خلا بعضكم إلى بعض.

وبما روى عن النبي عليه السلام أنه قال: «من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل».

وبما روى عن زرارة ابن أبي أوفى أنه قال: «قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه إذا أرخى الستور وأغلق الباب فلها الصداق كاملاً وعليها العدة دخل بها أو لم يدخل».

والخلوة الصحيحة تشارك الدخول الحقيقي في أحكام وتخالفه في أحكام أخرى ونعرض لذلك بالتفصيل على النحو الآتي:

193- (أ) الأحكام التي تشارك فيها الخلوة مع الدخول الحقيقي:

1- تأكيد المهر الواجب بالعقد.

2- وجوب العدة على الزوجة بعد الفرقة، ويترتب على وجوب العدة على الزوجة تحقق الأحكام التي تترتب على العدة وهي:

(أ) وجوب نفقة العدة للمطلة.

(ب) حرمة نكاح محرم للزوجة، بالنسب أو المصاهرة أو الرضاع خلال فترة عدتها.

(ج) حرمة تزوج أربع غيرها أثناء العدة.

(د) ثبوت نسب الولد من الزوج. فإذا اختلى الزوج بزوجه خلوة صحيحة، ثم جاءت بولد ثبت نسبه منه إذا توافرت فيه شروط ثبوت النسب الأخرى، وثبوت النسب في هذه الحالة من أحكام الزواج الصحيح، لا من أحكام الخلوة الصحيحة، كما سيأتي ذكره تفصيلاً عند تناول موضوع النسب.

194- (ب) الأحكام التي تختلف فيها الخلوة عن الدخول الحقيقي :

تختلف الخلوة الصحيحة عن الدخول الحقيقي فى أحكام أخرى منها:

1- الإحصان:

حد الزنى للمحصن من رجل وامرأة هو الرجم وحد غير المحصن هو الجلد مائة جلدة. والإحصان المقصود فى حد الزنى يكون بالزواج مع الدخول الحقيقي. أما الخلوة الصحيحة فلا يتحقق بها شرط الإحصان فى حد الزنى. وعلى ذلك فمن زنى بعد الدخول الحقيقى بزوجته، كان حده الرجم، ومن زنى بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول بزوجته، كان حده مائة جلدة، ما لم يكن قد دخل بزوجة أخرى.

2- حرمة الربيبة: ذكرنا فى المحرمات أن الدخول بالأمهات يحرم الربائب، والدخول المحرم هو الدخول الحقيقى، دون الخلوة الصحيحة. فمن اختلى بزوجته خلوة صحيحة ولم يدخل بها حتى ماتت أو طلقها وانقضت عدتها، يحل له الزواج بإحدى بناتها.

3- الرجعة: إذا طلق الرجل زوجته طلاقا رجعيا، ثم دخل بها كان ذلك مراجعة لها ولو لم يتلفظ بقول، أما إذا اختلى بها خلوة صحيحة فإن ذلك لا يتحقق به مراجعتها.

4- إمكان المراجعة بدون عقد جديد: فمن طلق امرأته بلفظ صريح فى الطلاق وكان ذلك بعد دخول حقيقى وقع طلاقه رجعيا ما لم يكن مكملًا للثلاث وله مراجعة زوجته دون عقد جديد، أما طلاقها بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول فيكون طلاقا بائنا ولا يجوز له مراجعتها إلا بعقد ومهر جديدين.

5- إحلال المطلقة ثلاثا لزوجها الأول: المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الأول إلا بعد أن تتزوج غيره ويدخل بها الثانى دخولا حقيقيا، ثم يطلقها. أما إذا تزوجها الثانى واختلى بها خلوة صحيحة دون أن يدخل بها ثم يطلقها فإنها لا تحل للزوج الأول.

6- الميراث: إذا طلق الرجل زوجته بعد الخلوة الصحيحة كان الطلاق بائنا، فإذا مات أحدهما فى أثناء العدة فلا يرث أحدهما الآخر، لأنه لا يرث فى

عدة الطلاق البائن بعد الخلوة الصحيحة يستوى في ذلك أن يكون طلاقها فرارا من الميراث وهو الطلاق في مرض الموت من غير رضاها. أو لم يكن كذلك. أما إذا طلق الرجل زوجته بعد الدخول بها طلاقا رجعيا، ومات أحدهما وهى فى العدة، فإن الآخر يرثه لقاء النكاح حكما فى عدة الطلاق الرجعي، بل يثبت للزوجة الميراث فى عدة الطلاق البائن إذا كان الطلاق فى مرض موته، لأنه يعتبر فارا من ميراثها فيعامل بنقض مقصوده.

7- فى حكم التزويج بعد الطلاق: إذا فارق الزوج زوجته بعد الدخول بها فإنها تزوج تزويج النثبات فلا يتحقق رضاها بالزوج إلا بالإذن الصريح، أما المختلى بها فقط تتزوج زواج الأبرار لأنها لازالت بكرا فيكتفى فى رضاها بمجرد السكوت.

195- إثبات الخلوة الصحيحة :

إذا اختلف الزوجان فى حصول الخلوة الصحيحة قبل الطلاق، كأن تدعى الزوجة أن الطلاق وقع بعد الخلوة وتستحق المهر بتمامه بينما يقول الزوج أنه وقع قبل الخلوة فلا تستحق إلا نصف المهر، كان على الزوجة البينة لإثبات دعواها لأنها تدعى خلاف الأصل إذ الأصل عدم الخلوة لأنها طارئة عليه، وعلى من يدعى خلاف الأصل إثبات دعواه.

أما إذا عجزت الزوجة عن إثبات الخلوة بالبينة، كان لها أن تطلب توجيه اليمين إلى الزوج فإن حلفها قضى بعدم الخلوة، وهذا ما يتمشى مع القاعدة القائلة «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»⁽¹⁾.

(1) الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام ص 402 وما بعدها- الدكتور عبد العظيم شرف الدين ص 405 - الدكتور محمد على محبوب - ص 384. وقارن ابن عابدين فقد رجح رأيا آخر مقتضاه أن اليمين يوجه إلى الزوج فإن حلف أنه طلقها قبل الخلوة قضى بقوله فلا تستحق إلا نصف المهر المسمى. وقد قال شرحا لذلك: «ذلك أن المهر يجب بنفس العقد والدخول أو الموت مؤكد له والطلاق قبلهما منصف له فسب وجوب الكل متحقق والمنصف له عارض، والمرأة تنكر العارض وتتمسك بالسبب المحقق الموجب للكل ولذا تثبت لها المطالبة بتمام المهر قبل الدخول، ولا يعود نصف المهر=

ونصاب البينة هنا، شهادة رجلين أو رجل وامرأتين. ويكفى في الشهادة أن يشهد الشاهدان باختلاء الزوجين في مكان يأمان فيه من دخول الغير عليهما بلا إذن، أو إطلاعهما عليهما، ولا يلزم شهادتهما على خلو الزوجين من الموانع التي تحول دون الاتصال الجنسي، لأن الأصل خلوهما منها فإن ادعى الزوج غير ذلك فعليه عبء الإثبات والقول في ذلك قول الزوجة بيمينها.

ولا مرأ أن العرف له اعتباره في تكوين عقيدة القاضي واطمئنانه لشهادة الشهود، والعرف الآن جرى على الخلوة بعد العقد وقبل الزفاف⁽¹⁾.

196- متى يسقط نصف المهر؟

يسقط نصف المهر، ويجب نصفه فقط للزوجة، إذا كان عقد الزواج صحيحاً، وسمى فيه المهر وقت العقد تسمية صحيحة، ثم وقعت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول والخلوة الصحيحة، بسبب يرجع إلى الزوج، سواء كانت الفرقة طلاقاً أو فسخاً، كالفرقة بلفظ الطلاق، أو التفريق بعيب فيه أو بسبب ارتداد الزوج عن الإسلام، أو إيبائه عنه إذا كان غير مسلم وأسلمت زوجته. أو ارتكابه ما يوجب حرمة المصاهرة مع أحد أصول الزوجة أو فروعها ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التي تكون فيها الفرقة بسبب خيار البلوغ للصغير إذا كان الولي الذي زوجه غير الأب والجد، وخيار الإفاقة للمجنون والمعتوه إذا كان الذي زوجهما غير الأب والجد والابن، فإنه لا يجب عليه شيء من المهر، لأنه لو وجب عليه نصف المهر ما كان لهذا الخيار الذي شرع له ثمة فائدة لأن له أن يطلق زوجته ويلزمه نصف المهر حينئذ، ولا يمكن أن يخلو إثبات الخيار له من فائدة وإلا كان عبثاً ينتزه عنه الشارع، وفائدته الوحيدة هي سقوط المهر

= المقبوض إلى ملكه بالطلاق قبل الدخول إلا بالقضاء أو الرضا ولا ينفذ تصرفه فيه قبل ذلك وينفذ تصرف المرأة فيه والزوج وإن أنكر الزيادة على النصف لكنه مقر بسببها، كما لو أقر بالغضب وادعى الرد وكذبه المالك فدعواه الرد إنكار للضمان بعد الإقرار بسببه فلا يقبل»

(حاشية ابن عابدين ج3 ص 121).

(1) المستشار صلاح الدين زغو ص 69 و ما بعدها.

عنه. كما أن فسخ العقد في هذه الحالة فسخ للعقد من كل الوجوه فيعتبر العقد كأن لم يكن.

أما إذا كانت الفرقة بسبب الزوجة كردها أو فعلتها مع أحد أصول الزوج أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة أو كالتفريق بسبب عدم الكفاءة، فلا تستحق الزوجة نصف المهر.

ودليل تنصيف المهر قوله تعالى في سورة البقرة:

﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾⁽¹⁾.

وبهذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 12/6/1975 في الطلب رقم 44 لسنة 1975 وجاء بالفتوى:

«المقرر فقها أنه إذا حصل طلاق قبل الدخول والخلو الصحيحة فإن المهر جميعه «عاجلة وآجله» ينتصف بين الطرفين، فيكون من حق الزوجة شرعا نصف جميع المهر، لقوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ إلى آخر الآية الكريمة».

والمهر الذى ينتصف هو المهر المسمى فى العقد الصحيح، فإذا كان العقد فاسدا، فإن المهر فيه لا يجب بالعقد وإنما بالدخول الحقيقي، وهو لا ينتصف. والعبرة بالمهر المسمى وقت العقد الصحيح، فلا ينتصف ما سمي بعد العقد سواء بالاتفاق أو بالقضاء، كأن يكون الرجل قد تزوج المرأة دون أن يسمى لها مهرا بالعقد، ثم اتفق معها على مهر بعد ذلك أو يحكم لها به ثم يطلقها قبل الدخول والخلو، وإنما يجب لها فى هذه الحالة المتعة كما سنرى. وحجة الحنفية فى ذلك أن المفروض فى عرف الناس هو المفروض وقت العقد، وكلام الشارع يفسره العرف بالمتعارف عليه وإن خالف المعنى اللغوى

وعلى ذلك فقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ هُنَّ فَرِيضَةً﴾ فتنصرف إلى المفروض وقت العقد⁽¹⁾.

وإذا كانت التسمية وقت العقد، ولكنها فاسدة لا ينتصف المسمى، لأنه يجب للزوجة مهر المثل وهو لا ينتصف فتجب لها المتعة.

وإذا زيد المهر من الزوج بعد تسميته وقت العقد، فإن هذه الزيادة لا تنتصف لأنها لم تكن مفروضة وقت العقد، فتسقط بالفرقة قبل الدخول والخلوة فلا تستحق الزوجة شيئاً منها⁽²⁾.

والحكمة في إيجاب صف المهر للزوجة في هذه الحالة هو التوفيق بين اعتبارين متعارضين.

الأول: أن الزوج هو سبب الفرقة، وقد فوت على نفسه الاستمتاع بزواجه دون دخل لها في ذلك، وهذا يقتضى إلزامه بالمهر بأكمله.

الثاني: أن الزوجة وهى المعقود عليها لا تزال سالمة لم تمس ولم يستوف الزوج شيئاً من حقه بمقتضى عقد زواجها، فحالتها بعد العقد كحالتها قبله، وهذا يقتضى إلا يلزم الزوج بالمهر.

فوفق الشارع بين هذين الاعتبارين المتعارضين ووضع حلاً وسطاً ففرض للزوجة نصف المهر وأسقط عن الزوج نصفه الآخر، وفي هذا تطييب لخطر الزوجة عما أصابها من ألم الفراق وتعويضاً لها عما لحق بها من أضرار، كما أنه دافع للزوج على التروى قبل الانفصال حتى لا يخسر نصف المهر.

(1) أما الجمهور فقد ذهب إلى أن ينصف للفروض سواء سمي وقت العقد أو بعده، لأن الفرض معناه التقدير وهو ما يشمل ما فرض في العقد وما فرض بعده. وعلى ذلك لا يمكن تقييد قوله تعالى: ﴿فَنَصِّفْ مَا فَرَضْتُمْ﴾ بالمفروض وقت العقد لتناوله المفروض مطلقاً، كما أنه لا وجه لهذا التقييد بدليل تساوى المفروض في العقد والمفروض بعده في سقوط المهر بتمامه إذا وجد ما يقتضى سقوط المهر كله وفي تأكيد المهر وتقريره إذا وجد أحد الأمور المؤكدة لوجوبه بتمامه.

(2) وذهب الجمهور إلى أن الزيادة في المهر تنتصف كالمهر.

عودة نصف المهر إلى ملك الزوج:**197- (أ) في حالة عدم قبض المهر:**

إذا كانت الزوجة لم تقبض المهر المسمى بالعقد قبل حصول الفرقة، عاد نصف المهر إلى ملك الزوج بمجرد وقوع الفرقة دون حاجة إلى تراض أو قضاء. وتنفذ تصرفات الزوج في هذا النصف، سواء كان المهر ديناً في الذمة كالنقود والمثلّيات عموماً أو من القيميات. لأن المهر إذا كان ديناً في الذمة فإن المطالبة بنصفه تكون قد سقطت ولا يجوز سوى المطالبة بنصفه، وإذا كان المهر قيمياً، فإن يده تكون ثابتة عليه، ولا حاجة للرضاء أو القضاء لتعود ملكيته إلى النصف، ولا يجوز للزوجة المطالبة إلا بنصف المهر.

198- (ب) في حالة قبض المهر:

إذا كانت الزوجة قد قبضت المهر قبل الفرقة، فإن النصف لا يعود إلى الزوج إلا بالتراضى أو بحكم القاضى لأن الزوجة بقبضها المهر قوى ملكها له، فلا يزول ملكها عن نصفه بمجرد الفرقة⁽¹⁾.

وعلى ذلك لا ينفذ تصرف الزوج في نصف المهر قبل التراضى أو حكم القاضى إلا بموافقة الزوجة لأنه يكون قد تصرف فيما لا يملك، فالزوج يعتبر فضولياً في تصرفه.

199- هل تنتصف الزيادة التي تحصل في المهر إن كان عقاراً أو منقولاً؟

قد يكون المهر عقاراً أو منقولاً، وقد تحصل فيه زيادة، فإذا حصلت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول والخلوة، ووجب للزوجة نصف المهر، فقد ثار البحث فيما إذا كانت هذه الزيادة تنتصف أم لا، ولبيان ذلك نقسم هذه الزيادة إلى أربعة أنواع ثم نتناول بيان حكمها في المسألة محل البحث.

(1) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وفي إحدى الروايتين عن أبي يوسف - أما زفر والرواية الأخرى عن أبي يوسف، أن النصف يعود لملك الزوج من غير حاجة للرضاء أو القضاء وحجتهم أن الطلاق قبل الدخول هو سبب عودة النصف إلى ملك الزوج ومتى وجد السبب وجد المسبب حتماً.

النوع الأول: زياد متصلة متولدة من الأصل، كثمار الأشجار قبل جنيها، ووبر الحيوان وصوفه.

النوع الثاني: زيادة متصلة غير متولدة من الأصل كالبناء والغرس فى الأرض، وكصبغ الثوب.

النوع الثالث: زيادة منفصلة متولدة من الأصل، كنتاج الحيوان وثمار الأشجار بعد انفصالها منها.

النوع الرابع: زيادة منفصلة غير متولدة من الأصل، كأجرة السيارة والأرض والدار.

وحكم الزيادة كالاتي :

إذا كانت الزيادة من النوع الثاني، وهى الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل، كالبناء أو الغراس فى الأرض أو صبغ الثوب، فإنها تكون إضافات أحدثت بالمهر، ويثبت الحق فيها لمن أحدثها، سواء كان الزوج أو الزوجة. ويستوى أن تكون هذه الزيادة حصلت قبل قبض الزوجة للمهر أو بعد قبضها له.

أما باقى أنواع الزيادات، فإنه يتعين لبيان حكمها التفرقة بين حالة وقوع الطلاق قبل قبض الزوجة للمهر وحالة وقوع الطلاق بعد قبضها له.

(أ) حالة وقوع الطلاق قبل قبض الزوجة للمهر :

تعد الزيادة فى هذه الحالة من المهر وتنتصف كما ينتصف المهر، لأنها نماء ملك الزوجين المشترك فتكون مشتركة بينهما مناصفة، وملكية الزوجة لها الثابتة بالعقد لم تنتقو بالقبض.

وهذا هو رأى صاحبين، وهو الراجح فى المذهب الحنفى⁽¹⁾.

(ب) حالة وقوع الطلاق بعد قبض الزوجة للمهر :

تكون الزيادة فى هذه الحالة للزوجة لأنها نماء ملكها بالقبض⁽¹⁾. أما إذا

(1) وذهب أبو حنيفة إلى أن الزيادة المتولدة بنوعها (الواردة بالنوعين الأول والثالث) تنتصف، أما غير المتولدة فإنها تكون ملكا للمرأة.

حصلت هذه الزيادة بعد القضاء أو التراضي على رد نصف المهر إلى الزوج فإن هذه الزيادة تنتصف بينهما لأنها نماء ملكها.

200- هل تنتصف الزيادة الحاصلة في المهر من الزوج؟

راجع بند (196).

متى تجب المتعة؟

201 (أ) تعريف المتعة:

المتعة والمتاع في اللغة: ما يتمتع به أى ما ينتفع به انتفاعاً قليلاً ينقص عن قرب، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتْنَعٌ إِلَىٰ حِينٍ﴾، ﴿وَمَا الْحَيَوةُ الدُّنْيَا إِلَّا مَتْنَعٌ الْغُورِ﴾.

وفى إصطلاح الفقهاء هى ما توصل به المرأة بعد طلاقها من ثياب وغيرها جبرا لوحشة الفراق، وهى كسوة كاملة للمرأة مما تلبسه عند الخروج من المنزل عادة أو قيمة ذلك من نقود وغيرها. وقد قدرها الفقهاء القدامى بثلاثة أنواع من كسوة مثلها، وهى درع وحمار وملحفة⁽²⁾.

وقد روى هذا التقدير عن عائشة رضى الله عنها وابن عباس ومن بعدهما سعيد بن المسيب والحسن وعطاء الشعبي. وهذا التقدير كان باعتبار عرف زمانهم بدليل أنهم نصوا على أن المعتبر عرف كل بلد فيها تكتسى به المرأة عند الخروج⁽³⁾. وتقوم قيمة هذه الكسوة مقامها، فإذا دفع الزوج القيمة أجبرت المرأة على قبولها.

(1) هذا رأى أبى حنيفة وأبى يوسف، وقد ذهب محمد إلى أن الزيادة تكون تابعة للمهر وتنتصف معه.

(2) الهداية جـ 1 ص 205 - شرح فتح القدير جـ 3 ص 326 - والدرع القميص والملحفة بكسر الميم ما تلتحف به المرأة من قرننها إلى قدمها والخمار ما تغطى به المرأة رأسها.

(3) حاشية ابن عابدين جـ 3 ص 110.

202- (ب) من تجب المتعة؟

أوجب الأحناف المتعة للزوجة المعقود عليها بعقد زواج صحيح، وفارقها زوجها قبل الدخول والخلوة بسبب من جهته، سواء كانت هذه الفرقة طلاقاً أو فسخاً إذا كان لم يسم لها مهراً وقت العقد، ولو سمي لها مهراً بعده، أو سمي المهر وقت العقد تسمية غير صحيحة أو اتفق على نفى المهر.

وعلى ذلك تجب المتعة إذا حدثت الفرقة بلفظ الطلاق، أو لعب في الزوج بسبب ارتداده عن الإسلام، أو إبانته عنه إذا كان غير مسلم وأسلمت زوجته، أو ارتكابه ما يوجب حرمة المصاهرة. ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التي تكون فيها الفرقة بسبب خيار البلوغ للصغير إذا كان الولي الذي عقد زواجه غير الأب والجد، وبسبب خيار الإفاقة للمجنون والمعتوه إذا كان الولي الذي عقد الزواج غير الأب والجد والابن.

(راجع بند 196).

وقد استدلت الأحناف على وجوب المتعة في هذه الحالة بقوله تعالى في سورة البقرة: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْخَيْرِينَ﴾، لأن الأمر بإعطاء المتعة جاء في المطلقات قبل الدخول وقبل تقدير المهر لهن، والأمر دليل الوجوب للمأمور به، والحق هو الأمر الثابت الذي لا ريب فيه والتعبير (بعلی) يدل على الإلزام وهي بديل لنصف المهر الذي يستحق عند تسمية المهر وقت العقد، وما يكون بدلاً للواجب فهو واجب.

لما كانت المتعة واجبة في هذه الحالة، فإن الزوج إذا لم يعط مطلقته المتعة، كان لها رفع دعاواها إلى القاضي.

ويرى الأحناف أن المتعة تكون مستحبة وليست واجبة. إذا طلق المرأة قبل الدخول والخلوة وكان قد سمي لها مهر وقت العقد، فتكون لها المتعة بجانب

نصف المهر المسمى الواجب لها، وكذلك إذا طلقت المرأة بعد الدخول، فيكون لها المتعة بجانب المهر سواء كان المهر مسمى أو مهر المثل، وذلك تطيباً لخاطرها تخفيفاً من وحشة الفراق عليها ومن قبيل التسريح بإحسان ويستثنى من ذلك أن تكون الفرقة بالردة أو إباء الإسلام، لأن الاستحباب فضيلة لا تطلب إلا من المسلم لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽¹⁾.

(1) الحالات التي تستحق فيه المتعة في المذاهب الأخرى:

1- المذهب الشافعي:

تجب المتعة للمرأة إذا طلقت قبل الدخول ولم يفرض لها مهر لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ

عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ﴾،

لأنه لحق المرأة بالنكاح ابتذال وقلت الرغبة فيها بالطلاق فوجب لها المتعة.

أما إذا كانت المرأة قد دخل بها، فقد قال في مذهبه القديم: لا تجب لها المتعة لأنها مطلقة من نكاح لم يخل من عوض، فلم تجب لها المتعة كالمسمى لها قبل الدخول.

قال في مذهبه الجديد: تجب لها المتعة لقوله تعالى في سورة الأحزاب: ﴿فَتَعَالَى

أُمِّيَعُكُنَّ وَأُسْرَحُكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾، وكان ذلك في نساء دخل بهن، ولأن ما

حصلت عليه المطلقة من مهر بدل عن الوطء وبقي الابتذال بغير بدل فوجب لها المتعة كالمفوضة قبل الدخول.

وتجب لها المتعة إذا وقعت الفرقة بسبب من جهة أجنبي، كما لو تبين أنها محرمة على الزوج بسبب الرضاع بشهادة أجنبي.

وكذلك إذا كانت الفرقة بسبب من جهة الزوج، كالإسلام والردة واللعان لأن الفرقة حصلت من جهته فأشبهت الطلاق.

وإن كانت بسبب من جهة الزوجة كالإسلام والردة والرضاع والفسخ بالإعسار والعيب بالزوجين جميعاً لم تجب لها المتعة، لأن المتعة وجبت لها لما يلحقها من الابتذال بالعقد وقلة الرغبة فيها بالطلاق وقد حصل ذلك بسبب من جهتها. أما إذا كانت الفرقة بخلع أو جعل الطلاق إليها فطلقت، وجب لها المتعة، لأن المغلب فيها جهة الزوج لأنه يمكنه أن يخالعه مع غيرها ويجعل الطلاق إلى غيرها فجعل كالمنفرد به.

=

والمتعة عند الشافعية يستوى فيها المسلم والذمي.

= 2- المذهب المالكي:

تجب المتعة ديانة لا قضاء لكل مطلقة قبل الدخول أو بعده، سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً. فيأثم المطلق بعد أدائها ولكنه لا يلزم بها قضاء. وقد استثنى المذهب من ذلك، المطلقة غير المدخول بها والمسمى لها مهراً، لأنه يجب لها نصف المهر، والمطلقة على مال، والتي فوض لها زوجها الطلاق، والتي أجازت فسخ عقد الزواج والتي اختارت المفارقة لزوجها لوجود عيب من العيوب التي تبيح لها طلب التفريق والملاعنة، سواء دخل بها أو لم يدخل.

وقد استند المالكية في وجوب المتعة ديانة لا قضاء إلى قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ وقوله: ﴿حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ﴾، وأن معنى ذلك أن الزوج إذا كان غير متق ولا محسن فليس عليه شيء قضاء.

3- المذهب الحنبلي:

ظاهر المذهب أن المتعة لا تجب إلا للمرأة التي لم يسم لها مهر وطلقت قبل الدخول لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ﴾.

وقد روى عن أحمد بن حنبل، وهو ما ذهب إليه بن حزم، أن المتعة واجبة لكل مطلقة مدخول بها أو غير مدخول بها فرض لها صداق أو لم يفرض، ولا متعة على من فسخ نكاحه بغير طلاق. واستند في ذلك إلى أن قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ جامع لكل مطلقة. وأن كل مسلم على الأرض

محسن متق من المحسنين. ولقوله تعالى: ﴿قُلْ لِأَزْوَاجِكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمْتِعْكُمْ وَأُسْرِحْكُنَّ﴾.

4- ابن حزم الظاهري:

المتعة عنده فرض على كل مطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً أو آخر ثلاث، دخل بها أو لم يدخل، فرض لها صداقاً أو لم يفرض لها شيئاً وكذلك المفتدية أيضاً ولا متعة على من انفسخ نكاحه منها بغير طلاق، وقد استدل على ذلك بآيتي سورة البقرة اللتين ذكرت =

203- (ج) مقدار المتعة :

لم يرد في القرآن أو السنة مقدار معين للمتعة. وقد جعل الأحناف لها حداً أعلى وحد أدنى.

فحدها الأعلى ألا تزيد على نصف مهر المثل. لأن مهر من لم يسم لها مهر هو مهر المثل، فيجب ألا تزيد المتعة على نصفه، فإن زاد المطلق على ذلك كان متبرعا.

وحدها الأدنى خمسة دراهم، لأنها قائمة مقام نصف المهر، وأقل المهر الواجب شرعاً عشرة دراهم ونصفه خمسة فيجب ألا تقل المتعة القائمة مقام النصف عن خمسة دراهم⁽¹⁾.

= المتعة فيهما، ويقول أن كل مسلم على الأرض محسن متق فلا فرق عنده بين قوله ﴿مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾ و ﴿مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ وقوله تعالى: ﴿مِنَ الْمُحْسِنِينَ﴾ و ﴿مِنَ الْمُتَّقِينَ﴾.

(راجع: الهداية - ج1 ص 206 - المدونة الكبرى للإمام مالك - ج5 ص 13 وما بعدها - الدكتور محمد بلتاجي - دراسات في الأحوال الشخصية - سنة 1980 ص 157 وما بعدها).

(1) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية - ج1 ص 25 - وقد ذهب الشافعية إلى أن الحاكم هو الذي يقدر المتعة باجتهاده، وقدرها الشافعي استحساناً بثلاثين درهماً. وفي المذهب المالكي ليس لها قدر معين.

وفي المذهب الحنبلي روايتان: الأولى: أن أعلا المتعة خادم إذا كان الزوج موسراً، وإن كان فقيراً أكساها ثلاثة أثواب (درعا وخماراً وثوباً تصلى فيه. والثانية: أنه يرجع في تقديرها إلى الحاكم لأنه أمر لم يرد به نص من الشارع وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد، فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدين.

وزهب بن حزم إلى أنه لم يجد في مقدار المتعة من رسول الله ﷺ حداً معيناً يلتزم به، ومن ثم فمقدار المتعة مردود إلى ما كان معروفاً عند الصحابة يومئذ، ويستخلص من مجموع ما أثار عنهم أنها على الموسر خادم سوداء وعلى المتوسط ثلاثون درهماً ثم هي دين على المقتِر.

(الدكتور محمد بلتاجي - ص 175 وما بعدها).

204- (د) كيفية تقدير المتعة:

ذهب رأى فى المذهب الحنفى - وهو قول الكرخى والقدرى - إلى أن المتعة تقدر بحسب حال الزوجة لقيامها مقام مهر المثل لأنها تجب عند سقوطه، ولأن مراعاة حال الزوج وحده يترتب عليه التسوية بين الغنية والفقيرة فى المتعة.

وذهب رأى ثان إلى أن المتعة تقدر بحسب حال الزوج عملاً بقوله تعالى: ﴿ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ ﴾ فالآية صريحة فى أن المتعة تقدر بحسب حال الزوج يسراً أو عسراً، ولأنه لو كان الزوج معسراً وقدرت نفقة المוסر لكان فى ذلك تكليفاً له بما ليس فى وسعه وظلماً له وقد قال تعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾.

وهو رأى أبى يوسف، وقد اختاره السرخسى وصححه فى الهداية. وذهب رأى ثالث إلى تقدير المتعة بحسب حال الزوجين معاً كالنفقة لأن الله تعالى قد اعتبر أمرين: أحدهما: حال الزوج فى يساره وإعساره فى قوله تعالى: ﴿ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ ﴾ . الثاني: أن يكون مع ذلك بالمعروف، لقوله تعالى: ﴿ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ ﴾، فبملاحظة هذين الأمرين تجب ملاحظة حالهما، فإذا كان أحدهما غنياً والآخر فقيراً كان الواجب متعة المتوسطين وإن كان أحدهما متوسط الحال والآخر فقيراً كان الواجب متعة المتوسطين، وإن كان أحدهما غنياً والآخر متوسطاً فالواجب متعة بين الأغنياء والمتوسطين.

والرأى الأخير هو رأى الخصاف، وهو الراجح المفتى به فى المذهب⁽¹⁾.

(1) حاشية ابن عابدين - ج3 ص 111 - العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية ج1 ص 25 - وقد جاء به: سئل فى امرأة زوجت بلا مهر ثم طلقها زوجها قبل الدخول والوطء والخلو طلفة واحدة فهل تجب لها متعة وما هى؟.

(أنظر متعة المطلقة في القانون رقم 100 لسنة 1985 - الكتاب الثالث

موضوع رقم 14).

205- متى يسقط كل المهر؟

هناك حالات يسقط فيها المهر كله عن الزوج بعد ثبوته بالعقد الصحيح، فلا

تستحق المرأة منه شيئاً، وهذه الحالات هي:

1- فسخ الزواج قبل الدخول أو الخلوة بسبب من جانب الزوجة. سواء كان

هذا السبب مشروعاً، كما إذا كان لها خيار البلوغ أو الإفاقة بأن زوجها غير

الأب والجد وهي صغيرة أو مجنونة أو معتوهة ثم بلغت أو أفاقت واختارت

فسخ عقد الزواج وقضى لها به.

وعلة سقوط المهر هنا، أن الفسخ في هذه الحالة يعتبر نقضاً للعقد من أساسه،

وإذا نقض العقد لا تترتب عليه أحكامه ومنها المهر. كما أن في طلب الزوجة فسخ

الزواج قبل أن يتأكد المهر لها ما يفيد تنازلها عنه.

أو كان هذا السبب غير مشروع كردتها عن دين الإسلام، أو إياؤها الدخول

فيه بعد إسلام زوجها إن كانت مشركة، لأن المهر نعمة من الله للمرأة، وردتها

أو امتناعها عن الدخول في الإسلام معصية والنعم لا تتال بالمعاصي⁽¹⁾.

ومثل الحالة الأولى إذا كان الفسخ من قبل وليها العاصب، كما إذا زوجت

نفسها بأقل من مهر المثل، واعترض الولي العاصب على ذلك، وطلب تكملته إلى

= (الجواب) حيث لم يذكر مهرها وطلقها قبل الدخول والخلوة تجب متعة وهي معتبرة

بحالهما كالنفقة به يفتى لا تنقص عن خمسة دراهم لو فقيراً ولا تزداد على نصف مهر

المثل ولو غنيا وهي درع وخمار وملحفة.

قد رجح أيضاً هذا الرأي محمد قدرى باشا في كتابه الأحكام الشرعية في الأحوال

الشخصية فنص في المادة (90) منه على أن: «المعتبر في المتعة عرف كل بلدة لأهلها

فيما تكتسب به المرأة عند الخروج واعتبارها على حسب

حال الزوجين ويجوز دفع بدل المتعة نقداً ولا تزيد على نصف مهر المثل إن كان الزوج

غنياً ولا ينقص عن خمسة دراهم إن كان فقيراً ولا تجب المتعة لمن طلقت قبل الدخول ولها

مهر مسمى ولا للمتوفى عنها زوجها وتستحب للمطلقة بعد الدخول سواء لها مهر أم لا».

(1) الدكتور محمد على محبوب ص 393.

مهر المثل، أو فسخ العقد وقضى له بالفسخ، وكذلك إذا زوجت نفسها بغير كفاء وطلب الولي فسخ العقد وقضى له بذلك على ظاهر الرواية عن الإمام أبي حنيفة (وهي غير الرواية المفتى بها).

(راجع بند 162).

لأن فسخ العقد وإن كان بناء على طلب وليها مباشرة إلا أنها هي التي تسببت فيه بتزويجها نفسها بمن يعترض الولي على المهر الذي اتفق عليه أو عليه نفسه، فكأنها هي التي فسخته.

2- إذا فسخ الزواج قبل الدخول والخلو بسبب مشروع من جهة الزوج، كاختياره الفسخ عند البلوغ أو الإفاقة لأن الفسخ يكون نقضا للعقد من أساسه، وإذا انتقض العقد لا يترتب عليه أحكامه ومنها المهر، وسبق أن ذكرنا أن سقوط المهر في هذه الحالة هي فائدة خيار الفسخ للصغير والمجنون.

والمعتوه، وإلا لما كان هناك فرق بين من يختار الفسخ للبلوغ أو الإفاقة ومن يطلق زوجته، وأن خيار الفسخ لا يمكن أن يخلو من فائدة وإلا كان ضرباً من العبث الذي ينتزه عنه الشارع.

3- إذا كانت الزوجة بالغة عاقلة رشيدة، وأبرأت زوجها من المهر كله إذا كان ديناً في الذمة وليس عينا من الأعيان، فالإبراء إسقاط للدين، والمهر بعد وجوبه حق خالص للمرأة لها التصرف فيه كما تشاء كسائر أموالها الأخرى.

4- إذا كانت الزوجة بالغة عاقلة رشيدة، ووهبت مهرها لزوجها سواء كان المهر مقبوضاً أو غير مقبوض، سواء كان ديناً في الذمة أو عينا من الأعيان وقبل الزوج الهبة في مجلس الهبة.

5- إذا تم الخلع مقابل المهر، سواء كانت الزوجة قد قبضت المهر أو لم تقبضه، فإذا كان غير مقبوض سقط عن الزوج وأن كان مقبوضاً ردت إليه الزوجة، وكذا إذا تم الخلع مقابل مال سوى المهر، فإنه يترتب عليه سقوط المهر، وكل حق ثبت للمرأة قبل الزوج بسبب هذا الزواج⁽¹⁾.

206- قبض المهر:

المهر بعد تمام العقد - كما أوضحنا سلفاً - حق خالص للمرأة فإذا ثبت لها الولاية على مالها بأن كانت بالغة عقلة رشيدة، كان لها ولاية قبضه، وإذا لم تكن لها الولاية على مالها قبضه وليها على مالها لا الولي على نفسها. وإذا كان للمرأة ولاية على مالها، فلها أن توكل غيرها في قبضه وكالة صريحة أو ضمنية.

وينظم الولاية على المال في مصر المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال وقد نصت المادة الأولى من المرسوم بقانون المذكور على أن الولاية «للاب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا للولاية على مال القاصر... الخ»⁽¹⁾.

وإذا قبض ولي المال المهر، كان للمرأة إذا بلغت أو أفأقت أو زال الحبر عنها بزوال السفه والغفلة مطالبة وليها بالمهر وليس لها مطالبة الزوج به. أما إذا قبض مهر المرأة غير ولي مالها ودون وكالة منها، كان لها مطالبة زوجها بالمهر، وللزوج الرجوع على من قبضه⁽²⁾.

وللاب أو الجد الصحيح قبض مهر البكر البالغة الرشيدة إذا كانت لم تنتهه صراحة عن قبضه، فسكوتها يعد وكالة ضمنية لها بقبض المهر، وقد جرت العادة على قبض الأب والجد مهر البنت أو الحفيدة، أما سكوت البكر البالغة الرشدية مع غير الأب والجد فلا يعتبر رضا منها لأنها تستحي التحدث في الزواج والمهر مع أبيها وجدها وليس ذلك مع غيرهما. ولأن الأمر مختلف فالأب أو الجد يأخذ المهر ثم يقوم بتجهيزها بما يضيفه إليه من مال بحسب يساره واستعداده، أما غيره فلا يضيف على المهر شيئاً. أما إذا نهته عن قبض المهر لم يكن له ولاية ضمنية لأن النهى الصريح أقوى من الإذن دلالة⁽³⁾ وذلك

(1) والولاية على المال عند الأحناف تكون للاب ثم وصيه إذا كان قد اختار وصياً، ثم للجد، ثم وصيه إذا كان اختار وصياً، ثم للقاضي ووصيه.

(2) جامع الفصولين - ج 3 ص 189.

(3) شرح فتح القدير - ج 3 ص 370.

لا يشترط عند أبي حنيفة - خلافاً لـ زفر وأبي يوسف في قوله الأخير - حضور الزوجة عند قبض الأب أو الجد مهرها.

وفي هذا قضت محكمة أجا الشرعية بتاريخ 1936/10/3 فى الدعوى رقم 439 لسنة 1935 بأن:

«حيث إن والد الزوجة قبضه معتبر شرعاً، تبرأ به ذمة الزوج، فقد صرح الفقهاء قاطبة بأن الأب يملك قبض صداق البكر البالغة والإقرار بقبضه لأن من ملك الإنشاء ملك الإقرار إلا إذا حصل منها نهى صريح عن قبضه، وظاهر أن هذا محله إذا لم يكن وكيلًا فى القبض، أما إذا كان وكيلًا فيه فإنه يملك القبض والخصومة فيه لأن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة فيه بخلاف الوكيل بقبض العين، نص على ذلك فى معتبرات الكتب».

أما بالنسبة للثيب، فلا يجوز للأب أو الجد أن يقبض مهرها إلا بوكالة صريحة لأنها تستقل بأمور نفسها، والسكوت منها لا يعتبر رضا بالعقد فأولى ألا يعتبر رضا بالقبض.

ولو قبض الولي مهر البكر البالغة ثم ادعى على الزوج أن رده إليه لا يصدق لأن له ولاية قبضه لا رده.

ويصدق فى الثيب لأنه أمين ادعى رد الأمانة.

والوكيل فى عقد الزواج سفير ومعبّر فقط، فلا يلتزم بتنفيذ أحكامه، والمهر من أحكام عقد الزواج، ومن ثم فليس له قبض المهر، إلا إذا وكلته المرأة فى قبض مهرها فيكون وكيلًا عنها فى هذه الحالة فى عقد الزواج وفى قبض المهر.

207- ضمان المهر:

إذا كانت الزوجة قد قبضت مهرها عند إنشاء العقد فإنها تكون قد استوفت حقها، وبرئت ذمة الزوج من المهر. أما إذا كانت الزوجة لم تقبض المهر، وكان المهر عينا ولم تتسلمها الزوجة فهو فى ضمان الزوج حتى يسلمه إليها.

وللزوجة، مادام المهر فى ذمة الزوج أو فى ضمانه أن تأخذ منه رهنا للاستيثاق من حصولها على حقها، ولها أن تطلب منه كفيلاً بالمهر، وهذا هو الغالب الأعم فى الحياة العملية.

ويستوى في ذلك أن يكون المهر مسمى أو مهر المثل.
وقد خصصت بوثيقة عقد الزواج الرسمية خانة خاصة بالكفالة، يثبت فيها
المأذون ما إذا كانت هناك كفالة في المهر أو النفقة من عدمه.
ونعرض فيما يلي لأحكام الكفالة في المهر بالتفصيل.

الكفالة في المهر:

208- شخص الكفيل:

تصح الكفالة في المهر من أى شخص، سواء كان قريباً للزوجين أو أحدهما
أو أجنبياً عنهما، وكذا من ولى المرأة الصغيرة أو المجنونة⁽¹⁾.

209- ركن الكفالة:

ذهب الطرفان وأبو يوسف في أول رأى له، أى أن الكفالة تتحقق بإيجاب
يصدر من الكفيل وقول يصدر من المكفول له، فقبول المكفول له وهو الدائن
ركن فيها، وبناء على ذلك لا تتم الكفالة بعبارة الكفيل وحده، بل لابد من قبول
المكفول له أو قبول أجنبى عنه في مجلس العقد لما صدر فيه من إيجاب بها
فيكون فضولياً في هذا القبول ويتوقف العقد حينئذ على إجازة المكفول له إذا
وصل إلى علمه⁽²⁾.

ويكون الإيجاب والقبول بكل لفظ يفيد الضمان وقبوله، فالإيجاب (كضمنت
وكفلت وتحملت وأنا بذلك كفيل وحميل وزعيم)، والقبول: (كرضيت وقبلت
وأنفذت)⁽³⁾.

وذهب أبو يوسف في رأيه الأخير إلى أن الكفالة تتم بإيجاب الكفيل وحده
دون قبول المكفول له، لأنها مجرد التزام وهو يتم بعبارة الكفيل، والمطالبة تثبت
للمكفول له نتيجة لالتزام الكفيل لا تملكا بعقد.

(1) شرح فتح القدير - ج3 ص368.

(2) الهداية شرح بداية المبتدى - ج3 ص93- الأستاذ على الخفيف - الضمان في الفقه
الإسلامي - القسم الأول سنة 1971 ص 17 وما بعدها.

(3) الأستاذ على الخفيف - مختصر أحكام المعاملات الشرعية - طبعة ثانية سنة 1950
ص 219.

وقد اختلف فى بيان هذا الرأى، فقليل أنه إذا صدر الإيجاب من الكفيل، ظلت الكفالة موقوفة على إجازة المكفول له، وقيل أن الكفالة تنفذ فيلزم الكفيل، ولكن للمكفول له حق ردها فإذا ردها بطلت. وإلى هذا الرأى ذهب الأئمة الثلاثة⁽¹⁾.

210- بيعة الكفالة:

الكفالة عقد التزام من جانب واحد فيه معنى التبرع. ولذلك تعتبر الكفالة من عقود التبرع. وهى تبرع للمكفول لها، لأن الأداء لها فكان الغنم لها. وهى تبرع المكفول عنه لأن الغنم آل إليه لأن الكفيل سدد ديناً كان واجباً عليه دون سواه، والكفيل لا يرجع عليه إذا لم تكن الكفالة بأمره، فهى تبرع ابتداءً لأن فيها يلتزم الكفيل بأداء ما على غيره، وفضلاً عن ذلك فقد يذهب دين الكفيل قبل الأصيل المكفول عنه إذا أفلس قبل الأداء. وينبنى على كون الكفالة من عقود التبرع، وجوب أن يكون الكفيل من أهل التبرع، بأن يكون قد بلغ من العمر واحد وعشرين سنة غير محجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952.

وأنه إذا كانت الكفالة فى حالة صحة الكفيل نفذت مهما كان مقدار المهر، وإذا نفذت فى مرض موته، نفذت فى ثلث تركته مع سائر تبرعاته سواء كان المكفول عنه أو المكفول له وارثاً أو غير وارث، أجاز الورثة أو لم يجزوا، وتوقف ما زاد على الثلث على إجازتهم وذلك عملاً بالمادة 37 من القانون رقم 71 لسنة 1946 التى تجرى على أن: «تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيرونه.

(1) حاشية ابن عابدين - ج5 ص283 ، 310 - الأستاذ على الخفيف فى مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص 217.

وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة».

أثر الكفالة:

211- (أ) فيما بين الزوجة والزوج والكفيل:

يترتب على الكفالة أن يكون للزوجة إذا كانت كاملة الأهلية أو لوليها أو وصيها على المال، أن ترجع على الزوج والكفيل معا بمهرها إذا شاعت لأن الكفالة شرعا تضامنية.

كما يكون للزوجة أن تطالب الزوج أو الكفيل وحده بالمهر⁽¹⁾.

212- (ب) فيما بين الكفيل والمكفول عنه:

إذا أدى الكفيل الدين، كان له حق الرجوع على الأصل (المكفول عنه) إن كانت الكفالة بأمره⁽²⁾ وكان أمره معتبرا بأن كان من أهل التبرع. وقد يكون الأمر صراحة كقوله: أكفلني، وقد يكون حكما، كما إذا كفل الأب ابنه الصغير لزوجته في مهرها فله الرجوع في ماله إذا أدى عنه - بالقيود الوارد بالبند التالي - لأنه ولي عنه فكانت كفالته كأنها بالأمر. وإن كانت الكفالة بغير أمر المدين لم يكن للكفيل حق الرجوع إذا أدى، لأنه يعتبر بأدائه متبرعا.

أما إذا أدى الأصل المهر، برئت ذمة الكفيل. وإذا أبرأت الزوجة الزوج برئ الكفيل تبعا له، لأن براءة الأصل تستلزم براءة الكفيل.

213- كفالة الأب لابنه:

إذا كفل الأب ابنه الصغير - ومن في حكمه - الذي في ولايته في المهر، وأدى المهر عنه فله الرجوع في مال ابنه إذا كان قد أشهد عند الكفالة أو الأداء أنه كفل أو أدى ليرجع على الابن ومن في حكمه، أما إذا لم يشهد لم يكن له حق

(1) الأستاذ على الخفيف في مؤلفه الضمان في الفقه الإسلامي - القسم الأول ص 102.

(2) الهداية - ج3 ص 91.

الرجوع، لأن العادة جرت بتحمل الآباء مهور أبنائهم، فإذا أراد غير ما جرت به العادة، كان عليه أن يشهد على ما أراد، فإن أشهد كان له حق الرجوع على الابن لأن دلالة الإشهاد على الرجوع أقوى من دلالة العرف على عدم الرجوع، فالصريح أقوى من الدلالة.

وإذا كفل الأب ابنه الصغير - ومن في حكمه - ثم مات قبل الأداء، أخذت الزوجة مهرها من تركته، ولباقى الورثة حق الرجوع على الزوج ويأخذون منه ما أخذته الزوجة من المهر بعد خصم نصيب الصغير - ومن في حكمه - منه، سواء كان الأب قد أشهد على أنه يريد الرجوع على ابنه بما يؤديه عنه أو لم يشهد، لأن التبرع المفروض من جانب الأب عند عدم الإشهاد على الرجوع لا يكون إلا إذا أدى بنفسه فإذا لم يؤد حتى مات فلا يسرى ذلك على الورثة فبموت الأب يزول معنى التبرع⁽¹⁾. والأم كالأب في هذا الحكم لأن العرف يقيد ضمانها بما يقيد به ضمانه⁽²⁾.

وإذا زوج الأب ابنه الصغير - ومن في حكمه - ولم يذكر أنه كفيل عنه بالمهر، فإذا كان الابن غنيا فللزوجة مطالبة أبيه بالمهر ليدفعه من مال الصغير - ومن في حكمه - لا من مال نفسه.

أما إذا كان الابن فقيرا فليس لها مطالبة أبيه بذلك لأن المهر حكم من أحكام عقد الزواج، وليس الأب هو الزوج حتى يلزم به، فالصداق على من أخذ الساق بالأثر⁽³⁾.

فإن كان الكفيل بالمهر عن الصغير - ومن في حكمه - غير أبيه كان له الرجوع عليه بما أدى مطلقا، أشهد على ذلك أو لم يشهد، لأن العادة لم تجر في غير الأب أن يتبرع بالمهر.

(1) حاشية ابن عابدين - ج3 ص 141 - الدكتور عبد الرحمن تاج - ص170 وما بعدها.

(2) محمد أبو زهرة في الأحوال الشخصية - قسم الزواج - ص 213.

(3) حاشية ابن عابدين - ج3 ص 140 - الأستاذ عبد الرحمن تاج - ص170.

وقد قضت محكمة كفر الزيات الشرعية بتاريخ 1930/1/29 فى الدعوى رقم 58 لسنة 1929 بأن :

«من حيث إنه على فرض صدق وقائع الدعوى فإن المدعى عليه لا يلزم بدفع المبلغ المذكور إلى المدعية لأن والد الصغير الفقير لا يلزم بمهر ابنه إلا إذا ضمنه والمدعى عليه لم يضمن هذا المهر بإقرار المدعية كما نص على ذلك فى باب المهر من متن الدر وشرحه وحاشية ابن عابدين».

214- هلاك المهر واستهلاكه واستحقاقه :

إذا هلك المهر قبل القبض بفعل الزوج أو بأفة سماوية أى دون أن يكن لأحد دخل فى هلاكه ضمن الزوج مثله إن كان مثليا، وقيمته إن كان قيميا، وإن هلك بفعل الزوجة كانت قابضة له بهذا الهلاك، وإن هلك بفعل أجنبى كانت الزوجة مخيرة بين تضمين الأجنبى وتضمين الزوج، والزوج يرجع على الأجنبى⁽¹⁾.

وإذا استحق المهر، بأن ظهر أن المهر المعين فى العقد لم يكن ملكا للزوج، فالزوج ضامن للمهر، سواء كان الاستحقاق قبل القبض أم بعده، لأنه لما استحق تبين أنه ملك لغيره من الأصل.

أما إذا استحق بعض المهر فقط، أخذت المرأة الجزء الباقي ورجعت على الزوج بمثل ما استحق منه إن كان مثليا، وأن كان قيميا فلها الخيار بين أخذ الباقي وحينئذ تكون شريكة للأجنبى فى الباقي وترجع على الزوج بقيمة الباقي وبين أن تأخذ قيمة المهر كله، فيصير الزوج شريكا للمستحق، وقد ثبت لها الخيار فى هذه الحالة لدفع الضرر عنها، لأنها قد تتضرر بالشركة فى العين. ومحل هذا الخيار إذا طلقت بعد الخلوة أو الدخول، أما إذا طلقت قبل ذلك وكان المستحق للغير نصف المهر فلا خيار لها لأن ليس لها إلا النصف الباقي غير المستحق لأن ضرر الشركة حاصل على كل حال إذ لا يستحق إلا نصف مهرها

(1) الدكتور عبد العظيم شرف الدين - ص 423.

المسمى والثانى أما للزوج بسبب الطلاق قبل الدخول والخلو وإما للمستحق فلا مناص من الشركة.

215- قضايا المهر:

لا شك أن المنازعات المتعلقة بالمهر كثيرة ومتشعبة إلا أن العلماء عتوا بدراسة أكثر القضايا التى تنور فى الواقع العملي. وإن كان يجدر التتويه إلى أن أغلب هذه القضايا قلت أهميتها فى مصر بعد أن نهت المادة 4/99 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 عن سماع دعوى الزوجية أو دعوى ما يترتب عليها من الأحكام كالمهر والنفقة والطاعة عند إنكار الدعوى إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة 1931 ومن بعدها المادة 2/17 من القانون رقم (1) لسنة 2000 التى استعملت تعبير «الدعوى الناشئة عن الزواج»، فأصبحت وثيقة الزواج دليلا على مقدار المهر المعجل والمؤجل منه.

ونتناول هذه القضايا فيما يلي:

الخلاف على أصل التسمية:

216- (أ) الخلاف بين الزوجين:

وذلك بأن يدعى أحد الزوجين تسمية مقدار معلوم مهرا كألف جنيه مثلا، بينما ينكر الآخر أصل التسمية أى ينكر وجود تسمية أصلا.

والقاعدة هنا أن البينة على من ادعى التسمية واليمين على من أنكرها عملا بالقاعدة المقررة: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر». فإن أقام مدعى التسمية البينة على دعواه قضى له بالمهر المسمى، وإن عجز عن إقامتها، وجه اليمين بناء على طلبه إلى المنكر، فإن نكل عن اليمين حكم بالمسمى لأن نكوله عن اليمين إقرار ضمنى بدعوى الخصم، أما إذا حلفها حكم للمدعى بمهر المثل بشرط ألا يزيد عما ادعته الزوجة لرضاها به، وألا ينقص عما ادعاه الزوج لرضاها بما ادعى⁽¹⁾، وذلك لأن مهر المثل هو الموجب الأصلى والمسمى من

(1) الهداية - شرح بداية المبتدى - ج2 ص213.

المهر يقوم مقامه عند صحة التسمية، وعند عدم ثبوت التسمية لا مناص من الرجوع إلى الأصل وهو مهر المثل.

هذا إذا وقع الخلاف أثناء قيام الزوجية، سواء حدث قبل الدخول والخلوة أو بعدهما. وكذا إذا وقع بعد الطلاق بعد الدخول والخلوة.

أما إذا وقع الخلاف بعد الطلاق قبل الدخول والخلوة، وثبتت التسمية بالبينة أو النكول وجب نصف المسمى، وإن لم تثبت التسمية وجبت المتعة على ألا تزيد على نصف ما ادعته إن كانت هي المدعية، وألا تنقص عن نصف ما ادعاه إن كان هو المدعي.

217- (ب) الخلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر:

يسرى على الخلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر، ما يسرى على الخلاف بين الزوجين، لأن ورثة أحدهما يقوم مقامه، ولأن المهر لا يسقط بالموت. غير أن المنكر إذا كان من الورثة فإنه لا يحلف على عدم التسمية، وإنما يحلف على نفى العلم بالتسمية، أى يقسم على أنه لا يعلم أن المهر سمي من الجانب الآخر.

218- (ج) الخلاف بين ورثة الزوجين:

إذا كان الخلاف بين ورثة الزوجين على أصل التسمية، فقد ذهب صاحبان إلى أنه يسرى على هذا الخلاف، ما يسرى على الخلاف القائم بين الزوجين، أو بعد موت أحدهما.

أما الإمام أبو حنيفة، فيذهب إلى أن التسمية إذا ثبتت حكم بالمهر المسمى، أما إذا لم تثبت، فلا يقضى بشيء لورثة الزوجة لأن التسمية لم تثبت، ومهر المثل ساقط الاعتبار لتعذر معرفته، لأن موت الزوجين دليل على وفاة أقرانهما ظاهراً، وتقادم العهد، ومهر المثل يختلف باختلاف الأوقات.

والراجح في المذهب رأى صاحبين⁽¹⁾.

(1) حاشية ابن عابدين - ج3 ص 150 - الدكتور محمد مصطفى شلبى - فى أحكام الأسرة - ص 424.

219- الخلاف فى مقدار المسمى :

صورة الخلاف فى مقدار المسمى، أن يتفق الزوجان على أصل التسمية، وإنما يختلفان فى مقدار المهر المسمى، كأن تدعى الزوجة أن المسمى ألفان بينما يدعى الزوج أن المسمى ألف.

وقد نصت المادة 19 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على حكم هذه الحالة بقولها.

«إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهرا لمثلها فيحكم بمهر المثل.

وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما».

ففى المثل السابق ادعت الزوجة أن مقدار المسمى ألفان بينما ادعى الزوج أنه ألف، فكان الألف متفقا عليه، وتكون الزوجة مدعية الزيادة، فإذا أقامت البينة على دعواها الزيادة حكم لها بمقتضاها، وإن عجزت عن إقامتها وجه اليمين إلى الزوج بناء على طلبها، فإن نكل حكم بدعواها لأن النكول عن اليمين إقرار بالدعوى، وإذا حلف الزوج اليمين حكم له.

ويستثنى من ذلك إذا كان ما ادعاه الزوج من مهر لا يصلح أن يكون مهرا لمثلها عادة، كما إذا كانت الزوجة من أسرة مهر مثل نسائها ألف جنيه فادعى الزوج أنه مائة، فيحكم بمهر المثل.

وإن كان الغالب أن الزوجة هى التى تدعى الزيادة، إلا أن هناك حالات يدعى فيها الزوج الزيادة فى حالة ما إذا كان قد طلقها قبل الدخول والخلوة، وكان دفع لها كل المهر المسمى، فمن مصلحته أن يدعى الزيادة لأن المطلقة لا تستحق إلا نصف مهرها المسمى.

والحكم الوارد بالمادة سالفة الذكر مستمد من رأى صاحبين.

220- الخلاف فى وصف المقبوض :

إذا أعطى الزوج زوجته قبل الدخول أو بعده شيئاً ثم اختلفا، فقالت أنه هدية حتى لا يرجع عليها لأن الزوجية مانع من موانع الرجوع فى الهبة، وقال هو أنه من المهر حتى يحتسبه من مهرها. فإن أقام أى منهما بينه على ما ادعى قضى له بطلباته.

وإن أقام كل منهما بينة رجحت بينة الزوجة وحكم بدعواها لأن بينتها تثبت خلاف الظاهر لأن المقرر شرعا أن البيّنات شرعت لإثبات خلاف الظاهر لأن الظاهر لا يحتاج إلى إثبات والظاهر فى جانب الرجل أنه يسعى لإبراء ذمته من المهر لا أن يهدى إلى الزوجة وهو مدين لها بالمهر لأن أداء الواجب مقدم على الهدية.

وإن عجز كل منهما عن إقامة البينة، كان المعول عليه هو العرف، فما جرى العرف باعتباره مهرا كالنقود يسمع فيه قول الزوج بيمينه لأن الظاهر يشهد له فهو المملك وهو أعرف بجهة التملك⁽¹⁾. وما جرى العرف باعتباره هدية كالمأكولات وما يقدم للزوجة فى المناسبات المختلفة يسمع فيه قول الزوجة بيمينها لأن الظاهر يشهد لها. فإذا لم يوجد عرف أو كان العرف مشتركاً لا يشهد لأحدهما، فالقول للزوج بيمينه لأن جهة الإعطاء تعلم منه لا من غيره إلا إذا كان الشيء الذى أعطاه لزوجته يستنكر عادة أن يكون من المهر كالطعام المعد للأكل، فيكون القول حينئذ قولها بيمينها لأن الظاهر يؤيد الزوجة ويكذب الزوج⁽²⁾.

أما إذا سلم الزوج زوجته شيئاً وادعى الزوج أنه وديعة وادعت هى أنه جزء من المهر. فإذا كان الشيء من جنس المهر يكون القول قول مدعى المهر لأن الظاهر معه، وتكون البينة على الزوج، وإذا كان من غير جنس المهر فالقول قول الزوج لأن الظاهر معه والبينة على الزوجة.

(1) العقود الدرية فى تنقيح فتاوى الحامدية - ج 1 ص 24.

(2) عمر عبد الله - ص 343.

ومن يكون القول قوله لا يقبل إلا بيمينه. وأن أقام كل من الزوجين بينة، والذي تسمع بينته هو من لا يشهد له الظاهر⁽¹⁾.

221- مهر السر ومهر العلن:

قد يتفق المتعاقدان سرا على مهر قبل العقد، ثم يعلنان عند العقد مهرا أكثر، وغالبا ما يكون الدافع إلى ذلك هو الشهرة والتفاخر.

والرأى الراجح في المذهب الحنفى هو رأى الإمامين أبى حنيفة ومحمد، أن العبرة بالمهر المعلن عنه إذا كان من ذات جنس المهر، لأنه هو الظاهر والأحكام تبني على الأسباب الظاهرة لا المقاصد والنيات، هذا إذا لم يقم الدليل على خلاف الظاهر بأن يقيم الزوج الدليل على أن حقيقة المهر هو مهر السر⁽²⁾.

أما إذا كان المهر المعلن من غير جنس المهر المسمى سرا، كأن يكون سمى سرا مبلغ من النقود وعند العقد يذكران شيئا آخر غير النقود كأن يسميان المهر سيارة، كانت العبرة بالمهر المعلن إلا إذا أقام الزوج بينة على أن مهر السر هو المهر الحقيقي لذكره في العقد ولا دليل على غيره.

أما إذا بينا عند العقد أن التسمية الأخيرة لأجل الشهرة والتفاخر كان الواجب هو مهر المثل وليس السيارة ولا المهر المتفق عليه في السر. وهذا هو ظاهر الرواية عن أبى حنيفة، لأن ما اتفقا عليه في السر لم يذكره في العقد، وما ذكره في العقد لم يتفقا على أن يكون هو المهر، فلم تصح التسمية، فيكون الواجب حينئذ هو مهر المثل⁽³⁾.

(1) رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف - مجموعة رسائل ابن عابدين - ج2 ص 135 - الأستاذ محمد أبو زهرة في الأحوال الشخصية - قسم الزواج - ص323.

(2) المستشار صلاح الدين زغو ص 94. وعند أبى يوسف - المهر الواجب هو الأول لأن التسمية الثانية جاءت لغوا ولأن هذا مقصد العقدين، وروى أن محمدا مع أبى يوسف.

(3) وهناك رواية أخرى عن أبى حنيفة أن الواجب هو ما ذكر في العقد وهو السيارة (عبد الرحمن تاج - ص134).

هذا إذا لم يكن هناك عقدان، فإن كان هناك عقدان الأول عقد سرا والثاني عقد علنا، فالمهر هو الذى نص عليه فى العقد الأول، لأنه هو العقد الصحيح، أما العقد الثانى فهو لاغ مع ما فيه من التسمية.

أما إذا كان المهر المعلن بالنقصان، ويدفع المتعاقدان إلى ذلك التخلص من دفع رسوم كبيرة للموظف المختص بتوثيق عقد الزواج، فالأصل أن تقاس هذه الحالة على نحو ما سبق بالتفصيل، إلا أن الفقه يرى أن العدل يقضى باعتبار مهر السر⁽¹⁾.

221م - قضاء المحكمة الدستورية العليا بالنسبة للمهر:

قضت المحكمة الدستورية العليا فى حكم حديث لها صادر بتاريخ الأول من شهر فبراير سنة 2009 فى القضية رقم 200 لسنة 25 قضائية «دستورية»⁽²⁾

(1) الدكتور عبد الرحمن تاج - ص135 - الدكتور محمد محبوب ص370.

(2) الجريدة الرسمية العدد 7 مكرر (أ) فى 15 فبراير سنة 2009 وننشر الحكم كاملا فيما يلي:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد الأول من فبراير سنة 2009م، الموافق السادس من صفر سنة 1430هـ.

برئاسة السيد المستشار/ ماهر عبد الواحد..... **رئيس المحكمة**
و**عضوية السادة المستشارين:** ماهر البحيرى وعدلى محمود منصور وعلى عوض
محمد صالح وماهر سامى يوسف ومحمد خيرى طه والدكتور عادل عمر
شريف..... **نواب رئيس المحكمة**

وحضور السيد المستشار الدكتور/ حمدان حسن فهمى **رئيس هيئة المفوضين**

وحضور السيد / ناصر إمام محمد حسن **أمين السر**

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 200 لسنة 25 قضائية «دستورية».

المقامة من

=

- السيد/ محمد إبراهيم أبو المجد.

ضد

- 1 - السيد رئيس الجمهورية.
- 2 - السيد رئيس مجلس الوزراء.
- 3 - السيد رئيس مجلس الشعب.
- 4 - السيد وزير العدل.
- 5 - السيدة/ سماح حامد عبد السلام.

الإجراءات

بتاريخ الثانى من يوليو سنة 2003 أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى، قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا طالبا الحكم بعدم دستورية المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية ، فيما نصت عليه من أن "تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة" .

أودعت هيئة قضايا الدولة مذكرة بدفاعها طلبت فى ختامها الحكم برفض الدعوى. وبعد تحضير الدعوى أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها . ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة .

حيث إن الوقائع - حسبما يتبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الأخيرة كانت قد أقامت ضد المدعى الدعوى رقم 6 لسنة 2003 شرعى جزئى ثالث الإسماعيلية بطلب إلزامه بأن يؤدى إليها مثل دين مؤخر صداقها الثابت بعقد الزواج لحلول أجله بالطلاق الحاصل فى 2002/1/12 ومحكمة أول درجة أجابتها إلى طلبها فاستأنف المدعى الحكم بالاستئناف رقم 304 لسنة 2003 شرعى مستأنف الإسماعيلية. وأثناء

نظره دفع بعدم دستورية المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، وإذ قدرت المحكمة جدية الدفع وصرحت له بإقامة الدعوى الدستورية. فقد أقام الدعوى الماثلة. وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة، وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية، مناطها: أن يكون - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة فى =

بأن النزاع بين طرفي التداعى حول المطالبة برد مؤخر الصداق الذى حل أجل أدائه لا يعدو أن يكون مطالبة بدين مدنى تخضع فى أحكامه إلى قواعد القانون المدنى، وإلى أحكام المادة 19 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية إذا ما وقع الخلاف بين الزوجين حول مقدار المهر.

= الدعوى الموضوعية، فلا تفصل المحكمة الدستورية العليا فى الخصومة الدستورية من معطياتها النظرية، أو تصوراتها المجردة، وإنما تتغيا الفصل فيها من جوانبها العملية، فلا تمتد لغير المطاعن التى يؤثر الحكم بصحتها، أو بطلانها على النزاع الموضوعى، وبالقدر اللازم للفصل فيه، فلا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين ينالهم ضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم. فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلا على من أدعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزياه، أو كان الإخلال بالحقوق التى يدعيها لا يعود إليه. دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة، ذلك أن إبطال النص التشريعى فى هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانونى بعد الفصل فى الدعوى الدستورية عما كان قبلها.

وحيث إن النزاع فى الدعوى الموضوعية يدور حول مطالبة المدعى عليها الأخيرة، برد مؤخر الصداق الذى حل أجل أدائه بالطلاق بين الزوجين. وهو لا يعدو أن يكون مطالبة بدين مدنى تخضع فى أحكامه إلى قواعد القانون المدنى، وإلى أحكام المادة 19 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية إذا ما وقع خلاف بين الزوجين حول مقدار المهر. بما مؤداه: أن الفصل فى النزاع الموضوعى على هذا النحو لا يستلزم الرجوع إلى أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة. ومن ثم لن يكون لقضاء هذه المحكمة بعدم دستورية النص المطعون عليه- بفرض حدوثه- أى أثر على النزاع المردد أمام محكمة الموضوع بما ينتفى معه شرط المصلحة الشخصية المباشرة، ويتعين القضاء بعدم قبول الدعوى.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى، ومصادرة الكفالة، وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

ونبنى على هذا القضاء تطبيق القانون المدنى والأحكام الموضوعية فى قانون الإثبات - باستثناء المادة 19 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 - على المنازعات المتعلقة بالمهر.

وهذا القضاء يعارضه ما استقر عليه الفقه من أن المهر حكم من أحكام عقد الزواج أى أثر من آثاره، والزواج باتفاق من مسائل الأحوال الشخصية فيكون المهر فرعاً لعقد الزواج - وهو من مسائل الأحوال الشخصية - والقاعدة أن الفرع ينبع الأصل، ويؤكد ذلك أن الشريعة الإسلامية - دون القانون المدنى - هى التى فصلت أحكام المهر، وأن المحاكم الشرعية - قبل إلغائها - درجت على اعتبار المهر من مسائل الأحوال الشخصية.

وما أفصح عنه المشرع بالمادة التاسعة من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الواردة بالباب الثانى الخاص بـ «اختصاص المحاكم بمسائل الأحوال الشخصية - الفصل الأول الاختصاص النوعى» من أو المهر من مسائل الأحوال الشخصية (راجع فى التفصيل بند 14).

يضاف إلى ما تقدم أن الحكم المشار إليه يناقض الحكم الصادر من ذات المحكمة بتاريخ 2001/1/6 فى القضية رقم 201 لسنة 20 قضائية «دستورية»، حيث سلمت المحكمة فى الحكم الأخير بأن الأحكام الموضوعية لجهاز مسكن الزوجية - وهو يسلم إلى الزوج بمناسبة عقد الزواج - من مسائل الأحوال الشخصية ويحكمها رأى الراجع فى المذهب الحنفى. (أنظر الحكم فى بند 227).



موضوع (16)

جهاز مسكن الزوجية

222- المقصود بجهاز مسكن الزوجية :

يقصد بجهاز مسكن الزوجية، ما يعد به مسكن الزوجية من أثاث وفرش وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة إلى زوجها.

223- من الملزم بتجهيز منزل الزوجية؟

أوضحنا سلفاً أن الشارع أوجب المهر للمرأة هدية أو عطاء من الرجل، إظهاراً لشرف عقد الزواج وخطر مكانته وتكريماً للزوجة، وأن المهر بعد وجوبه يعتبر حقاً خالصاً للزوجة لها التصرف فيه كما تريد كسائر أموالها الأخرى. وهى ليست مسئولة عن تجهيز مسكن الزوجية بالأثاث والأدوات والمفروشات اللازمة له، كما لا تجبر على تجهيزه بالمهر الذى تقبضه، وإنما يقع عبء ذلك على الزوج، لأنه يلزم بنفقة زوجته من طعام وكسوة ومسكن وغير ذلك من أنواع النفقة المقررة شرعاً وقانوناً، وأثاث مسكن الزوجية من المسكن، بل إن الزوجة لا تجبر على طاعته فى هذا المسكن إلا إذا كان قد أعد به الأثاث والمفروشات والأدوات اللازمة للمعيشة واللائقة بحاله، كما أن ولى المرأة ليس مسئولاً عن تجهيز مسكن الزوجية.

وينبنى على ذلك أنه إذا زفت المرأة إلى زوجها دون جهاز أو بجهاز قليل لا يليق بالمهر الذى دفعه الزوج، فليس له مطالبتها أو مطالبة وليها بشيء منه ولا بإنقاص شيء من مقدار المهر الذى تم التراضى عليه.

ولكن يستثنى من هذا الأصل :

أن يكون الزوج قد قدم للزوجة مالا فوق المهر نظير إعداد جهاز، أو إعداد جهاز من نوع خاص.

فإذا كان المال الذى دفعه منفصلاً عن المهر واشترط كونه مقابل الجهاز أو الجهاز الخاص، أو كان العرف قد جرى بذلك لأن المتعارف عرفاً كالمشروط

شرطاً. ففي هذه الحالة إذا زفت إليه بغير جهاز أو بجهاز يخالف المشترط أو الذي جرى به العرف فإن الزوج له أن يسترد المال الذي دفعه لإعداد الجهاز أو إعداد جهاز من نوع خاص.

ويكون تكيف هذا الإعطاء أنه هبة مشروطة بالعوض، فله الرجوع عنها إن لم يتحقق ما شرط أو ما جرى به العرف ولكن إذا زفت إليه امرأته بغير جهاز أو بجهاز غير المشروط أو غير ما جرى به العرف، وسكت الزوج على ذلك ولم يطلب جهازاً أو لم يطلب الجهاز المطلوب، فلا يكون له الرجوع عليه بشيء لأن سكوته دل على أنه دفع متبرعاً من غير عوض.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بهذا الرأي بتاريخ 1972/4/3 فى الطلب رقم 535 لسنة 1971 وقد جاء بفتاها.

«الأصل فى المهر أنه ملك للزوجة مهما كان عظيماً، فليس لأحد حق فى شيء منه، سواء فى ذلك الزوج أو الأب أو غيرهما. ولها وحدها ولاية التصرف بما تريد من أنواع التصرف، وأن المعجل منه مقابل بنفس المرأة، حتى ملكت حبس نفسها لاستيفائه، ومن ثم لا تجبر الزوجة على تجهيز نفسها من مهرها، ولا يجبر أبوها على تجهيزها من مالها ولا من مال نفسه لأن الشيء لا يقابله عوضان، وليس على الزوجة إلا تسليم نفسها فى بيت الزوج، وعليه لها جميع ما يكفيها بحسب حالهما من غذاء وشرب ولبس وفرش، ولا يلزمها أن تتمتع بما هو ملكها ولا أن تفرش له شيئاً من فرشها. غاية الأمر أن الزوج لو كان قد دفع لأبيها مبلغاً زائداً عن المهر بقصد الجهاز ولم يدرج على أنه من المهر، ثم زفها إليها بلا جهاز فللزوج أن يطالبه بجهاز، ويخاصم فيه على قدر العرف والعادة أو يطالبه برد ما دفعه زيادة على المهر، لأنه هبة بشرط العوض فله الرجوع بها عند عدم العوض، إلا إذا سكت بعد الزفاف عن المطالبة مدة تكفى للدلالة على الرضا وعدم الاعتراض، فإن ذلك المال يعتبر هبة غير مشروطة بشرط ولا يكون له بعد ذلك حق الاعتراض. ومما ذكر يعلم الجواب عن السؤال والله سبحانه وتعالى أعلم».

أما إذا لم يدفع المال منفصلاً عن المهر، بل زيد في المهر بقصد إحضار جهاز أو إحضار جهاز من نوع خاص، فقد اختلف الأحناف في حكم هذه الحالة:

فذهب رأى إلى أن الزوجة إذا لم تقم بالجهاز أو بالجهاز المتفق عليه، وجب مهر المثل بما لا يزيد على المسمى، لأن الزوج لم يرض بالزيادة في المهر - إلا في مقابل الجهاز، فإذا لم يتحقق الجهاز المطلوب انعدم رضاه بالزيادة على مهر المثل، وقال أصحاب هذا الرأي إن هذا نظير ما إذا زاد على مهر المثل على أساس وجود وصف معين بالزوجة فيه منفعة له كالبركة، فإن تخلف هذا الشرط وجب مهر المثل لا المسمى بشرط ألا يزيد على مهر المثل⁽¹⁾.

وذهب رأى آخر إلى أنه لا يجوز إلزام الزوجة بجهاز أو بجهاز معين، لأن المهر قل أو كبر ليس في نظير جهاز بل خالص حق الزوجة بعد تسميته مهما كان عظيماً لقوله تعالى: ﴿وَأَتَيْتُمُ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾⁽²⁾.

وقد رجح قدرى باشا رأى الأخير في كتابه الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، فنص في المادة (112) على أن:

«ليس المال بمقصود في النكاح فلا تجبر المرأة على تجهيز نفسها من مهرها ولا من غيره ولا يجبر أبوها على تجهيزها من ماله فلو زفت بجهاز قليل لا يليق بالمهر الذي دفعه الزوج أو بلا جهاز أصلاً فليس له مطالبتها ولا مطالبة أبيها بشيء ولا تنقيص شيء من مقدار المهر الذي تراضيا عليه وإن بالغ الزوج في بذله رغبة في كثرة الجهاز».

ERROR: syntaxerror
OFFENDING COMMAND: %ztokenexec_continue

STACK:

-filestream-

محتويات المجلد الأول

الصفحة	الموضوع	رقم البند
3	كلمة الناشر	-
5	مقدمة الطبعة الحادية والعشرين	-
7	مقدمة الطبعة الأولى	-
10	المقصود بالأحوال الشخصية	-
	موضوع رقم (1)	-
18	الخطبة	-
18	تعريف الخطبة.....	-1
19	رؤية الخاطب للمخطوبة.....	-2
22	رؤية المخطوبة للخطاب.....	-3
23	وقت رؤية المخطوبة.....	-4
23	الخلوة بالمخطوبة.....	-5
24	من تجوز خطبتها من النساء؟.....	-6
24	(أ) المعتدة من وفاة.....	-
25	(ب) المعتدة من طلاق رجعي.....	-
26	(ج) المعتدة من طلاق بائن.....	-
28	أثر الخطبة المحرمة.....	-7
29	الخطبة غير ملزمة.....	-8
30	هدايا الخطبة.....	-
30	المقصود بهدايا الخطبة.....	-9
30	هل تعتبر الشبكة من هدايا الخطبة؟.....	-10
32	حكم رد هدايا الخطبة عند العدول عن الخطبة.....	-

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	أولاً: الحكم قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.....	32
-11	(أ) مذهب محكمة النقض.....	32
-12	(ب) رأينا الخاص في رد هدايا الخطبة.....	39
-13	المحكمة المختصة بنظر دعاوى هدايا الخطبة.....	40
-	ثانياً: الحكم بعد العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.....	41
-14	حكم القانون.....	41
-14م	أحكام رد الشبكة وغيرها من هدايا الخطبة طبقاً للرأى الراجح فى المذهب الحنفى.....	46
-15	استرداد المهر أو قيمته.....	50
-16	هل يجوز التعويض بسبب العدول عن الخطبة؟.....	50
-	موضوع رقم (2)	
-	تعريف الزواج وحكمته ووصفه الشرعى	53
-17	تعريف الزواج.....	53
-18	حكمة الزواج.....	53
-19	الوصف الشرعى للزواج.....	56
-	موضوع رقم (3)	
-	أركان عقد الزواج	59
-20	تعريف.....	59
-21	ألفاظ العقد.....	60

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-22	انعقاد العقد بغير اللغة العربية.....	62
-23	انعقاد العقد بالإشارة أو الكتابة.....	63
-24	عقد زواج الغائب.....	64
-25	صيغة الإيجاب والقبول.....	64
-26	تولى عاقد واحد صيغة الزواج.....	65
-27	تتجيز العقد.....	67
-28	حكم العقد المضاف.....	68
-29	حكم الزواج المعلق.....	68
-30	الشروط المقترنة بالصيغة.....	69
-31	الشروط الصحيحة والشروط الفاسدة.....	70
-32	حكم اشتراط الزوجة على زوجها الدراسة والعمل.....	72
-33	هل يتعين على المأذون إثبات شروط الزوجين بوثيقة عقد الزواج؟.....	72
-34	زواج الشغار.....	74
-35	هل تثبت الخيارات في الزواج؟.....	75
-36	(أ) خيار الشرط.....	76
-37	(ب) خيار العيب.....	77
-38	(ج) خيار الرؤية.....	80
-	موضوع رقم (4)	
-	شروط انعقاد الزواج	
-39	تعريف.....	82
-40	أولاً: الشروط الواجب توافرها في العاقدین.....	82
-41	الشرط الأول: أن يكون كل من العاقدین مميزاً.....	82

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-42	(أ) عقد زواج المجنون.....	83
-43	(ب) عقد زواج المعتوه.....	84
-44	(ج) عقد زواج المكره.....	84
-45	(د) عقد زواج الهازل.....	87
-46	(هـ) عقد زواج السكران.....	88
-47	(و) عقد زواج السفیه وذی الغفلة.....	88
-48	الشرط الثاني: اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.....	89
-49	الشرط الثالث: سماع كل من العاقدین كلام الآخر وتفهم إرادته.....	90
-50	الشرط الرابع: موافقة القبول للإيجاب.....	90
-51	ثانياً: الشروط الواجب توافرها في المعقود عليه.....	91
51 م	لا عبرة بعدم توثيق عقد الزواج.....	92
-	موضوع رقم (5)	
-	شرط صحة عقد الزواج	
-52	تعريف.....	93
-53	أولاً: محلية المرأة للعقد.....	93
-54	ثانياً: أن تكون صيغة العقد مؤبدة.....	94
-55	زواج المتعة.....	94
-56	الزواج المؤقت.....	96
-	ثالثاً: الشهادة على عقد الزواج.....	97
-57	حكمة الشهادة على عقد الزواج.....	97
-58	أدلة اشتراط الشهادة في الزواج.....	98
-59	نصاب الشهادة في الزواج.....	99

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-60	الشروط الواجب توافرها في الشهود.....	100
-	موضوع رقم (6)	
-	آثار تخلف ركن العقد أو شروط انعقاده أو	
	شروط صحته (الزواج الباطل والزواج الفاسد)	106
-61	آثار تخلف ركن العقد وشروط انعقاده.....	106
-62	آثار تخلف شروط صحة العقد.....	106
-63	رأى يذهب إلى عدم التفرقة بين الباطل والفاسد في	
	الزواج.....	107
-64	آثار عقد الزواج الباطل والفاسد قبل الدخول.....	107
-65	آثار الدخول في الزواج الباطل.....	110
-66	آثار الدخول في الزواج الفاسد.....	111
-67	تأصيل الوطء بشبهة وآثاره.....	113
-68	المقصود بالشبهة.....	113
-	(أ) شبهة المحل.....	113
-	(ب) شبهة الفعل.....	114
-	(ج) شبهة العقد.....	116
-	موضوع رقم (7)	
-	شروط نفاذ العقد	118
-69	تعريف.....	118
-70	الحالات التي يكون العقد فيها موقوفا (غير نافذ).....	118
-71	حكم العقد الموقوف.....	119

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	موضوع رقم (8)	
-	شروط لزوم الزواج	121
-72	تعريف.....	121
-73	شروط اللزوم.....	121
-	موضوع رقم (9)	
-	إثبات الزواج شرعا	123
-74	(1) البينة.....	123
-75	(2) الإقرار.....	126
-76	(3) النكول عن اليمين.....	127
-	موضوع رقم (10)	
-	القيود الواردة في القانون على قبول	
-	الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج	129
-	أولا : عدم قبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج	
-	- عند الإنكار - ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة	
-	رسمية.....	129
-77	النص القانوني.....	129
-78	الحكمة من القيد.....	130
-79	مضمون القيد.....	131
-80	ورود القيد في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على	
-	ذات الزوجية وما يترتب عليها من أحكام.....	140
-81	المقصود بالإنكار.....	143

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-82	المقصود بوثيقة الزواج الرسمية.....	145
-83	بعض المشكلات العملية التي تعرض بمناسبة توثيق عقد الزواج.....	148
-	(أ) عدم توقيع ذوى الشأن على وثيقة الزواج لا يبطل الوثيقة.....	148
-	(ب) تغيير الحقيقة فى إثبات خلو أحد الزوجين من الموانع الشرعية للزواج بالوثيقة مع العلم بذلك يعد تزويرا فى محرر رسمى.....	148
-	(ج) إثبات أن الزوجة بكر على خلاف الحقيقة بوثيقة الزواج لا يعد تزويرا.....	149
-	(د) الجهل بالموانع الشرعية ينفى القصد الجنائى فى جريمة التزوير بوثيقة الزواج.....	151
-84	قيد عدم سماع الدعوى يتعلق بالنظام العام.....	152
-	ثانيا : عدم قبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية (ثمانى عشرة سنة الآن) أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى.....	153
-85	النص القانونى.....	153
-86	الحكمة من القيد.....	153
-87	مضمون القيد.....	154
-88	قيد عدم سماع الدعوى يتعلق بالنظام العام.....	158
-89	وضع حد أدنى لسن الزواج.....	160

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	موضوع رقم (11)	
-	المحرمات من النساء	
164		
164	تعداد.....	90-
165	القسم الأول : المحرمات مؤبدا	-
165	أولا : المحرمات بسبب النسب	-
165	(أ) الأصول من النساء وإن علون.....	-
165	(ب) الفروع من النساء وإن نزلن.....	-
165	(ج) فروع الأبوين وإن نزلن.....	-
166	(د) فروع الأجداد والجندات إن انفصلن بدرجة واحدة	-
168	سند التحريم.....	91-
	هل يثبت التحريم ولو كانت علاقة القرابة من	92-
169	الزنى؟.....	
171	هل تأخذ بنت الملاءنة حكم البنت فى التحريم؟.....	93-
171	حكمة التحريم.....	94-
173	ثانيا : المحرمات بسبب المصاهرة	-
173	تعداد الطوائف المحرمة.....	95-
175	سند التحريم.....	96-
178	هل يوجب الزنا بالمرأة التحريم؟.....	97-
181	حكمة التحريم.....	98-
	ثالثا : المحرمات بسبب الرضاعة	-
182	طوائف المحرمات بسبب الرضاعة.....	99-
182	(أ) الأصول من الرضاعة وإن علون.....	-

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	(ب) الفروع من الرضاعة وإن نزلن	182
-	(ج) فروع الأبوين من الرضاعة وإن نزلن	182
-	(د) فروع الأجداد من الرضاعة إذا انفصلن بدرجة واحدة	184
-	(هـ) أصول الزوجة من الرضاعة وإن علون	184
-	(و) فروع الزوجة من الرضاعة وإن نزلن	185
-	(ز) زوجات الأصول من الرضاعة وإن علوا	185
-	(ط) زوجات الفروع من الرضاعة وإن نزلوا	185
-100	كيف تعرف قرابة الرضاع المحرمة؟	186
-101	سند التحريم	188
-102	ثبوت التحريم من الرضاعة لزوج المرضعة	190
-103	حكمة التحريم بسبب الإرضاع	192
-104	المقصود بالإرضاع	192
-105	وصف المرضعة	193
-106	مقدار الرضاع المحرم	194
-107	لبن المرضعة المخلوط بغيره	197
-108	وقت الرضاعة المحرمة	198
-	إثبات الرضاعة	199
-109	(أ) الإقرار	201
-110	(ب) البينة	204
	القسم الثاني : المحرمات مؤقتا	207
-111	تعداد	207
-112	أولا : المتعلق حق الغير بها بزواج أو عدة	207
-113	ثانيا : المطلقة ثلاثا حتى تتزوج غيره	209

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-114	زواج المحلل	211
-115	ثالثا : زواج الملاعنة ممن لاعنها حتى يكذب نفسه.....	214
-116	رابعا : الجمع بين محرمين.....	216
-117	(أ) القاعدة فى تحريم الجمع بين محرمين.....	216
-118	(ب) سند التحريم.....	217
-119	(ج) حكمة التحريم.....	218
-120	(د) حكم الجمع بين محرمين.....	218
-121	خامسا: حرمة الجمع بين أكثر من أربع زوجات	219
-	سادسا: حرمة الزواج من المرأة التى ليس لها دين	
	سماوى.....	223
-122	(أ) المقصود بالمرأة التى ليس لها دين سماوى.....	223
-123	(ب) حرمة الزواج من المرتدة.....	224
-124	(ج) حل زواج الكتابيات.....	229
-125	(د) بيانات وثيقة زواج المسلم بالكتابية.....	232
-126	حرمة زواج المسلمة بغير المسلم.....	233
-127	إسلام الزوجين أو أحدهما.....	234
-128	الزواج من حبلى الزنا.....	241
-	موضوع رقم (12)	
-	الولاية فى الزواج	
-129	المقصود بالولاية.....	242
-130	الولاية القاصرة على النفس.....	242
-131	الولاية المتعدية.....	246
-132	من تثبت عليه ولاية الإيجاب.....	246

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-133	رضا المرأة بالزواج.....	249
-134	الشروط الواجب توافرها فى الولي.....	252
-135	من تثبت له الولاية؟.....	254
-136	العصبات.....	256
-137	المفاضلة بين الأولياء من العصبات.....	256
-138	الأقارب من المحرمات.....	258
-139	ولاية القاضى فى التزويج.....	259
-140	غياب الولي.....	260
-141	عضل الولي.....	260
-142	أحكام تزويج الأولياء.....	261
-143	خيار البلوغ وخيار الإفاقة.....	264
-144	سقوط خيار البلوغ والإفاقة.....	265
-145	تحديد الأولياء ومراتبهم فى المرسوم بقانون رقم 118 لسنة 1952 بتقرير حالات سلب الولاية على النفس.....	267
-	موضوع رقم (13)	
-	المحرمات من النساء	
-146	تعريف الوكالة.....	269
-147	ممن تجوز الوكالة؟.....	270
-148	من يجوز توكيله؟.....	270
-149	انعقاد الوكالة.....	271
-150	لا يلزم الإشهاد على الوكالة.....	271
-151	هل يجوز للوكيل فى الزواج توكيل غيره؟.....	271

رقم البند	الموضوع	الصفحة
152-	سلطات الوكيل	272
-	(أ) إذا كان الموكل هو الرجل	272
-	(ب) إذا كان الموكل هو المرأة	273
153-	هل يجوز للوكيل تزويج الموكل من نفسه أو ممن	
	هو في ولايته؟	274
154-	هل يجوز للوكيل تزويج الموكل بمن لا تقبل شهادته	
	له؟	274
155-	سلطة الوكيل إذا كان الولي هو الموكل	274
156-	انصراف حقوق عقد الزواج إلى الموكل	274
-	موضوع رقم (14)	
-	الكفاءة في الزواج	
157-	تعريف الكفاءة في الزواج	276
158-	اشتراط الكفاءة في الزواج	276
159-	عناصر الكفاءة في المذهب الحنفى	277
160-	اشتراط الكفاءة في جانب الزوج دون الزوجة	285
161-	وقت اعتبار الكفاءة	286
162-	من له حق الكفاءة؟	286
-	موضوع رقم (15)	
-	المهر	
163-	تعريف المهر	292
164-	الدليل على وجوب المهر	292
165-	حكمة وجوب المهر	293
166-	طبيعة المهر	293

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-167	مقدار المهر	295
-	(أ) ليس للمهر حد أقصى	295
-	(ب) الحد الأدنى للمهر	295
-168	ما يصلح مهرا	299
-169	الحقوق المتعلقة بالمهر	301
-170	تعجيل المهر وتأجيله	302
-171	استحقاق مؤخر الصداق	305
-172	هل يجوز استصدار أمر أداء بمؤجل الصداق إذا كان ثابتا بالكتابة؟	310
-173	يمين الاستظهار	312
-174	إلغاء قيد عدم سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية	313
-175	أنواع المهر	318
-176	أولاً: المهر المسمى	318
-177	ثانياً: مهر المثل	320
-178	إثبات مهر المثل	321
-179	الحالات التى يجب فيها مهر المثل	322
-180	متى يجب الأقل من المسمى ومهر المثل؟	323
-	اقتران المهر بشرط	324
-181	صور اقتران المهر بشرط	324
-	الزيادة فى المهر المسمى	327
-182	المراد بالزيادة فى المهر المسمى	327

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-183	حكم الزيادة فى المهر	327
-184	شروط صحة الزيادة.....	327
-	الحط من المهر المسمى	328
-185	المراد بالحط من المهر المسمى	328
-186	حكم الحط من المهر	329
-187	شروط صحة الحط من المهر	329
-	مؤكدات المهر	330
-188	(أ) - الحالات التى يجب فيها المهر مؤكدا	330
-189	(ب) - مؤكدات المهر فى العقد الصحيح.....	330
-190	(1) الدخول الحقيقى	330
-191	(2) موت أحد الزوجين قبل الدخول والخلوة	331
-192	(3) الخلوة الصحيحة.....	333
-193	(أ) الأحكام التى تشترك فيها الخلوة مع الدخول الحقيقى	335
-194	(ب) الأحكام التى تختلف فيها الخلوة عن الدخول الحقيقى	336
-195	إثبات الخلوة الصحيحة.....	337
-196	متى يسقط نصف المهر	338
-	عودة نصف المهر إلى ملك الزوج	341
-197	(أ) فى حالة عدم قبض المهر	341
-198	(ب) فى حالة قبض المهر	341
-199	هل تنتصف الزيادة التى تحصل فى المهر إن كان عقارا أو منقولا؟	341

رقم البند	الموضوع	الصفحة
200-	هل تنتصف الزيادة الحاصلة في المهر من الزوج؟	343
-	متى تجب المتعة؟	343
201-	(أ) تعريف المتعة	343
202-	(ب) لمن تجب المتعة؟	344
203-	(ج) مقدار المتعة	347
204-	(د) كيفية تقدير المتعة	348
205-	متى يسقط كل المهر؟	349
206-	قبض المهر	351
207-	ضمان المهر	352
-	الكفالة في المهر	353
208-	شخص الكفيل	353
209-	ركن الكفالة	353
210-	طبيعة الكفالة	354
-	أثر الكفالة	355
211-	(أ) فيما بين الزوجة والزوج والكفيل	355
212-	(ب) فيما بين الكفيل والمكفول عنه	355
213-	كفالة الأب لابنه	355
214-	هلاك المهر واستهلاكه واستحقاقه	357
215-	قضايا المهر	358
-	الخلاف على أصل التسمية	358
216-	(أ) الخلاف بين الزوجين	358
217-	(ب) الخلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر	359
218-	(ج) الخلاف بين ورثة الزوجين	359
219-	الخلاف في مقدار المسمى	360

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-220	الخلاف في وصف المقبوض	361
-221	مهر السر ومهر العن	362
-221م	قضاء المحكمة الدستورية العليا بالنسبة للمهر	363
-	موظفون رقم (16)	
-	جهاز مسكن الزوجية	
-222	المقصود بجهاز مسكن الزوجية	367
-223	من الملزم بتجهيز منزل الزوجية؟	367
-224	العرف الجارى فى جمهورية مصر بشأن جهاز مسكن الزوجية	370
-225	تجهيز الأب لابنته	370
-226	الخلاف على ملكية جهاز مسكن الزوجية	371
-227	(أ) الخلاف على ملكية الجهاز بين الأب وابنته	371
-227	(ب) الخلاف على ملكية الجهاز بين الزوجين	373
-228	ادعاء الزوجة تجديد الزوج جهاز المسكن وتملكيه لها	376
-229	تسليم الجهاز إلى الزوج يكون على سبيل عارية الاستعمال	377
-230	امتناع الزوج عن رد جهاز الزوجية	380
-231	متى لا يسأل الزوج عن جهاز الزوجية؟	381
-232	كفالة أعيان الجهاز	381
-233	هل يجب استصدار أمر أداء بتسليم أعيان الجهاز أو بأداء قيمتها؟	384
-234	التزام المحكمة بعرض الصلح على الخصوم فى الدعاوى المرفوعة أمامها	385

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	ملحق التشريعات	
-	قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.....	387
-	قانون رقم 91 لسنة 2000 بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2000.....	416
-	قانون رقم 10 لسنة 2004 بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة.....	418
-	قانون رقم 11 لسنة 2004 بإنشاء صندوق نظام تأمين الأسرة.....	426
-	قرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 (بتعديل لائحة المأذونين ولائحة الموثقين المنتدبين واللائحة التنفيذية للقانون رقم 68 لسنة 1947 فى شأن التوثيق).....	428
-	قرار وزير العدل رقم 5039 لسنة 2000 بتعديل بعض أحكام قرارى وزير العدل بلائحة المأذونين ولائحة الموثقين المنتدبين.....	443
-	قرار وزير العدل رقم 6927 لسنة 2008 بتعديل بعض أحكام لائحة المأذونين.....	445
-	قرار وزير العدل رقم 4054 لسنة 2015 بتعديل بعض أحكام لائحة المأذونين.....	447
-	الفهرس	453

