الباب الثانى : أركان الزواج وشروطه وأقسامه

الفرق بين الركن والشرط

الركن فى اللغة [1] ، هو أحد الجوانب القوية التى يستند إليها الشيء ويقوم به . و هو أقوى جوانب الشيء .

وفى اصطلاح الأصوليين ، هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ، ولا تتحقق ماهيته إلا به ؛ لأنه جزء منه ، كالنية والركوع والسجود بالنسبة للصلاة .

والشرط فى اللغة [2] . هو العلامة المميزة ، أو ما يتقرر فى العقود ليلتزم به المتعاقدان .

وفى اصطلاح الأصوليين ، هو ما يتوقف عليه وجود الشيء . وكان خارجا عن حقيقته ؛ كالوضوء والطهارة بالنسبة للصلاة .

ويتفق الركن مع الشرط فى أن تخلف جميع الأركان مثل تخلف جميع الشروط ، يترتب عليه عدم وجود العقد كلية ، فيكون العقد والعدم سواء . ولكنهما يختلفان فى أنه إذا تخلف فى العقد أحد أركانه ، ترتب على ذلك عدم وجود العقد فى الحقيقة ، حتى لو توافرت فيه باقى أركانه ، أما إذا فقد العقد أحد شروطه فقط ، وتوافرت فيه باقى الشروط الأخرى ، فإنه يكون موجودا فى الحقيقة والواقع ، ولكن يلحقه وصف آخر قد يبطل أو يعطل أو يوقف أثره .

وقد قسمتُ هذا الباب إلى خمسة فصول :

الفصل الأول : أركان الزواج .

الفصل الثانى : شروط الزواج .

الفصل الثالث : أقسام الزواج .

الفصل الرابع : المحرمات فى الزواج .

الفصل الخامس : الولاية فى الزواج .

* * *

(١) المعجم الوسيط ص ٢٥٥ .

(٢) المعجم الوجيز ص٣٤٠ .

الفصل الأول

أركان الزواج

ركن الزواج ، هو ما كان لازما لانعقاد الزواج ؛ ولا يصح إلا به . فإذا توافرت جميعها ، وجد العقد وترتبت عليه آثاره الشرعية قِبَل طرفيه ، وفى مواجهة الكافة . وإذا تخلف أحد هذه الأركان أو بعضها ، كان العقد معدوما لا وجود له ، وبالتالى فليس له أى أثر .

وأركان الزواج ثلاثة ، أولهما الإيجاب ، وثانيهما القبول ، والثالث الصيغة .

أولاً : الإيجاب

الإيجاب ، هو ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين للدلالة على رغبته فى إنشاء الزواج . ولا يهم إذا كان قد صدر من جانب الرجل أو وليّه ، أو من جانب المرأة أو وليّها . فإذا قال الرجل للمرأة : زوجينى نفسك ، أو قالت المرأة للرجل : زوجنى نفسك ، فإن كلاهما يعتبر إيجابا طالما صدر أولاً من أحد المتعاقدين للتعبير عن الرغبة فى إنشاء الزواج . وكذلك الأمر بالنسبة لولىّ كل من الرجل والمرأة . فيكون قوله بشأن رغبته فى إنشاء الزواج إيجابا إذا صدر منه أولاً .

ثانيًا : القبول

القبول ، هو ما يصدر ثانيا من أحد الطرفين للدلالة على رضائه بإنشاء الزواج ، وموافقته على إيجاب الطرف الآخر . سواء صدر من الرجل أو المرأة ، أو وليّهما ، أو الممثل القانونى لكل منهما . فإذا رد كل من الرجل والمرأة أو وليه على الإيجاب السابق بالموافقة ، أو الإجازة على رضائه بإنشاء الزواج من الطرف الآخر ، عُدَّ ذلك قبولا ، طالما صدر ثانيا جوابا على طلب الطرف الآخر .

شروط الإيجاب والقبول :

لكى ينعقد الزواج صحيحًا لابد أن يتوافر فى الإيجاب والقبول الشروط الآتية :

١ ـ اتحاد المجلس

فيجب أن يصدر الإيجاب والقبول فى مجلس واحد حتى ينعقد الزواج . فلو انصرف الموجب من مجلس العقد ثم صدر الإيجاب فلا ينعقد الزواج لانتهاء الإيجاب بانصرافه من المجلس . ويعتبر إعراض أحد العاقدين أو كلاهما بعد صدور الإيجاب انفضاض للمجلس فلا ينعقد بعده الزواج حتى لو حصل القبول بعد الإعراض . وبالتالى إذا تحدث أى من المتعاقدين بكلام خارج عن موضوع الزواج بعد صدور الإيجاب فإن ذلك يعتبر إعراضًا عن الإيجاب ورفضًا له فلا ينعقد العقد بعده ولو تلاه القبول .

٢ ـ اتصال الإيجاب بالقبول

يجب أن يظل القبول قائمًا حتى يتصل به الإيجاب . فإذا رجع الموجب عن إيجابه أو فقد أهليته قبل صدور القبول من الطرف الآخر فلا ينعقد العقد حتى لو تلاه القبول لأن القبول فى هذه الحالة يكون قد صدر على غير إيجاب قائم .

٣ ـ موافقة القبول للإيجاب

يشترط لانعقاد الزواج ، أن يتفق الإيجاب مع القبول اتفاقا صريحا أو ضمنيا . فإن اختلف أى منهما مع الآخر ، سواء فى محل العقد ، أو فى جنس المهر ، فلا ينعقد الزواج .

فإذا قال الرجل لآخر : زوجنى ابنتك فلانة ، فيقول له الآخر : قبلتُ زواجك من بنت أخرى ، فلا ينعقد الزواج لاختلاف الإيجاب والقبول فى محل العقد . وكذلك إذا قال له : زوجنى ابنتك فلانة على مهر ألف جنيه ، فيقول له الآخر : قبلتُ زواجها على مهر مائة ناقة، أو إردب قمح أو شعير ، فلا ينعقد الزواج فى هذه الحالة أيضا ، لاختلافهما فى جنس المهر .

أما إذا قال له : زوجنى ابنتك فلانة على مهر ألف جنيه ، فقال له : قبلتُ زواجها على ألف جنيه ، أومائة جنيه ، فإن العقد ينعقد لاتفاق الإيجاب والقبول صراحة فى الحالة الأولى ، وضمنا فى الحالة الثانية .

وإذا قال له : زوجنى إبنتك فلانة على مهر ألف جنيه ، فقال له : قبلتُ على مهر ثلاثة آلاف جنيه ، فلا ينعقد الزواج ، لاختلاف الإيجاب والقبول فى مقدار المهر . ولكنه ينعقد ،

إذا رد الزوج فى هذه الحالة الأخيرة وقال : قبلتُ زواجها على مهر خمسة آلاف جنيه ، لأنه يكون قد اتفق الإيجاب مع القبول ضمنا .

ثالثاً : الصيغة

يشترط فى صيغة عقد الزواج ما يأتى :

١ـ أن تكون بلفظ فيه معنى الزواج بقصد الاستمتاع والتناسل على وجه الدوام والاستمرار ، ويدل على الرضا بالزواج فى الحال .

وقد اشترط بعض الفقهاء ، أن يكون الإيجاب بلفظ الزواج أو النكاح وما اشتق منهما ، لأنهما اللفظان اللذان وضعا فى اللغة ليقصد بهما الزواج .

وذهب الأحناف ، إلى أن الإيجاب يصح أن يكون بلفظ الزواج أو النكاح ، كما يصح أن يكون بغيرهما من الألفاظ التى تدل على التمليك فى الحال ، كالهبة والبيع وما يرادفهما ، طالما وجدت القرينة التى تدل على أن القصد من هذه الألفاظ هو الزواج . واستدلوا على ذلك بقول الله تبارك وتعالى : ﴿ وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ (١) . وكلمة " وَهَبت " فى الآية الكريمة معناها " زَوَّجَت نفسها بنفسها "، وكذلك قول الرسول ﷺ لرجل ليس لديه مال يتزوج منه : " مَلَّكْتُكَها بما معك من القرآن " (٢) (أى زوجتها لك بما تحفظه من القرآن الكريم) .

أما الألفاظ التى لا تدل على التمليك أصلا ، مثل الإباحة أو الإحلال أو الإيداع ، وكذلك ما يدل على تمليك المنفعة فقط ، كالإيجار والإعارة . أو ما يدل على التمليك فى المستقبل كالوصية ، فلا ينعقد بأى منها الزواج ، لتنافيها مع مقتضى عقد الزواج ، وهو التأبيد دون التأقيت .

والقبول لا يشترط فيه لفظ معين ، بل يتحقق بكل لفظ يدل على الموافقة والرضا بما صدر من الإيجاب . مثل قَبِلتُ ، أو رَضِيتُ ، أو أَجَزتُ .

---

(١) سورة الأحزاب الآية رقم ٥٠

(٢) نيل الأوطار للشوكانى الجزء السادس ص ١٧٠ وحاشية قليوبى وعميرة ص١٦ وصحيح البخارى الجزء الثالث ص٦٣

٢ـ أن تكون ألفاظ الزواج إيجابا وقبولا بصيغة الماضى . مثل أن يقول الإيجاب : زوجتُك نفسى ، أو زوجتُكَ إبنتى ، فيقول القبول : قبلتُ ، أو رضيتُ ، فإن هذه الصيغة تفيد أن المقصود هو إنشاء الزواج فى الحال .

أما إذا كان أحدهما بصيغة المضارع والآخر بصيغة الماضى ، مثل أتزوجُك ، فتقول له : قبلتُ ، أو كان الإيجاب بصيغة الأمر ، والقبول بصيغة الماضى كأن يقول : زوجينى نفسك ، فتقول له : قبلتُ . فجميع هذه الصيغ يتحقق بها معنى الزواج وحصوله فى الحال إذا وجدت قرينة تدل على أن المقصود هو إنشاء الزواج . مثل أن يُدعى الناس لحضور العقد والشهادة عليه. فإن ذلك قرينة على أن المقصود بالصيغة هو إنشاء الزواج فى الحال لا فى الاستقبال .

وغير ذلك من الصيغ ، مثل صيغة الحال أو المستقبل ، كأن يقول الإيجاب : أتزوج إبنتك ، فيقول القبول : أقبل . أو سأتزوج إبنتك ، فيقول القبول : سأقبل ، فلا ينعقد بهما الزواج ، لأنهما تفيد الوعد والاستيعاد بالزواج لا إنشائه فى الحال [1] .

تولى العاقد الواحد صيغة الزواج

الأصل أن عقد الزواج يتولاه شخصان ، احدهما الإيجاب ، والآخر القبول . إلا أنه عند أبى حنيفة ومحمد من الأحناف ووافقهما فى ذلك كثير من الفقهاء ، فإنه يجوز أن يتولى عقد الزواج شخص واحد ، بشرط ألا يكون فضوليا ، ويتحقق ذلك فى الحالات الآتية :

١ـ أن يكون الرجل أصيلا عن نفسه ، ووليا عن المرأة ، كأن يتزوج الرجل من بنت عمه التى فى ولايته .

٢ ـ أن يكون الرجل أصيلا عن نفسه ووكيلا عن المرأة ، كأن يتزوج الرجل من امرأة وكّلته فى تزويجها منه .

٣ـ أن يكون العاقد وليا على أحد الزوجين ووكيلا عن الآخر ، كأن يزوج الأب ابنته التى فى ولايته إلى رجل سبق أن وكل هذا الأب فى الزواج من هذه البنت .

---

(١) نقض جلسة ١٩٦٢/١/١٧ ، الطعن رقم ١٠ لسنة ٢٩ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٧٢ ص ١٣ . ونقض جلسة ١٩٧٨/٥/٣١ ، الطعن رقم ٢٥ لسنة ٤٦ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٩ ص ١٣٧٩ الجزء الأول . ونقض جلسة ١٩٩٧/٦/٢٤، الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٦٣ق لم ينشر بعد .

٤ـ أن يكون العاقد وليا عن الزوجين ، كالجد الذى يزوج ابن ابنه إلى بنت ابنه الآخر ، وكلاهما فى ولايته . أو أن يزوج الأب بنته لإبن أخيه الذى فى ولايته .

٥ـ أن يكون العاقد وكيلا عن الزوجين ، بأن يوكل الزوجان رجلا ثالثا فى إتمام زواج كل منهما بالآخر .

واستدلوا على رأيهم بما يأتى :

أولاً ـ أن النبى صلوات الله عليه تزوج من مولاته لنفسه . كما أعتق صفية وتزوجها ، وجعل صداقها عتقها .

ثانيًا ـ ما روى أن رسول الله ﷺ قال لرجل : أترضى أن أزوجك فلانة ؟ فقال الرجل : نعم ، ثم قال للمرأة : أترضين الزواج من فلان ؟ فقالت المرأة : نعم . فزوجهما .

ثالثًا ـ ما روى أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم : أتجعلين أمرك إلى؟ قالت : نعم . فقال لها : قد تزوجتك .

وتؤكد الأسانيد السابقة ، صحة الزواج بالوكالة عن أحد الزوجين أو كليهما ، ويقاس عليها الولاية فى الزواج ، فيجوز للشخص الواحد أن يكون وليا عن أحد الزوجين أو كليهما ، لأن الولاية أقوى من الوكالة ، فإذا جاز ذلك للوكيل فإنها تجوز للولى من باب أولى .

العقد بغير اللغة العربية

الأصل أن يتم عقد الزواج باللغة العربية ، ولكن اتفق الفقهاء على جواز العقد بغيرها إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يحسن اللغة العربية .

أما إذا كان المتعاقدان يعرفان العربية ويجيدان التحدث بها وفهمها ، فقد اختلف الفقهاء فى هذا الشأن على النحو التالى :

قال جمهور الفقهاء : أنه يجوز أن يكون عقد الزواج بأى لغة يختارها المتعاقدان طالما تدل على الزواج ، لأن الحديث بغير العربية ليس حراما شرعا .

بينما ذهب الشافعى فى إحدى الروايات عنه : إلى عدم صحة ذلك . والأصح فى مذهبه هو صحة الزواج بغير اللغة العربية لمن يجيدها .

والزواج باللغة العربية الفصحى ، غير لازم فى عقد الزواج . فيجوز أن يتم باللغة العامية ، ما دامت متعارف عليها ، ويفهم منها كل متعاقد كلام الآخر ، وقصده فى إتمام الزواج .

الزواج العرفى

والزواج العرفى بمعناه الشرعى ، هو الزواج الذى استوفى جميع أركانه وشروطه ، ولكنه لم يدون فى محرر رسمى[1] بمعرفة الموظف المختص بإبرام وتوثيق عقود الزواج طبقا للقانون [2] .

وقد يتم الزواج العرفى بين المرأة والرجل شفاهة ، أو مدوّنا فى ورقة عرفية ، سواء شهد عليه شاهدان أو أكثر ، أو تم بدون شهود على الإطلاق .

ولم يكن نظام توثيق عقد الزواج معروفا من قبل ، إذ كان الزواج يتم بمجرد الإيجاب والقبول . ولكن ظهرت الحاجة إلى توثيقه عندما خربت ذمم بعض الأفراد من الرجال والنساء على السواء ، فأنكروا هذا الزواج الشفوى كلية ، أو أتلفوا المحرر العرفى [3] المكتوب بينهما ، أو قام أحدهما بسرقة عقد الزواج العرفى من الآخر حتى لا يكون تحت يده محرر مكتوب يفيد قيام الزوجية بينهما ، وذلك كله بغرض التحلل من آثار الزواج وتبعاته . ففى هذه الحالة ، لا يجد الطرف الآخر ما يحفظ به حقوقه وحقوق أبنائه أمام المجتمع .

لذلك ، اشترط القانون السابق توثيق عقد الزواج ، حماية للمرأة والرجل والأسرة بأكملها . ورتب القانون جزاء على عدم توثيق عقد الزواج ، هو عدم سماع الدعوى عند إنكار الزوجية . وتضمنت هذا الجزاء المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

---

(١) المحرر الرسمى ، هو الورقة الصادرة من موظف عام أو من فى حكمه وكان مختصا بإصدارها وفقا للأوضاع المقررة قانونا ، وهذا المحرر يكون حجة بما تضمنه من بيانات أعد لإثباتها ، ولا تنتفى هذه الحجية إلا بالطعن عليه بالتزوير .

(٢) الموظف المختص بتوثيق عقود الزواج ، هو المأذون إذا كان الزواج بين مسلمين وطنيين وتم الزواج فى مصر ، أو مكتب الشهر العقارى عند زواج المسلم بالكتابية ، أو كان أحد الزوجين أجنبيا وقت الزواج ، أوالقنصل فى سفارات مصر إذا انعقد الزواج فى خارج الإقليم المصرى .

(٣) المحرر العرفى ، هو الورقة التى يحررها الأفراد فيما بينهم دون توسط أحد الموظفين المختصين بتحريرها . وهو حجة على الموقعين عليه ما لم يحصل إنكار للكتابة أو الإمضاء .

وبالرغم من ذلك ، انتشر الزواج العرفى ، وقد لجأ إليه بعض الناس فى الوقت الراهن لأسباب كثيرة أهمها :

١ـ رغبة الرجل فى عدم إعلان هذا الزواج إلى زوجته الأخرى ، خشية طلبها الطلاق .

٢ ـ رغبة المرأة فى عدم توثيق عقد الزواج ، حتى لا ينقطع معاشها من زوجها المتوفى .

٣ ـ رغبة الزوجين فى إخفاء هذا الزواج عن أهليهما أو أهل أحدهما ، خشية رفضه أو عدم الموافقة عليه .

٤ـ التحايل على القوانين الوضعية للدول التى تشترط عند زواج أحد مواطنيها بأجنبى شروطا قد يصعب عليه تحقيقها ، أو يعرضه الزواج الموثق إلى مشاكل هو فى غنى عنها ، فيجد هذا الشخص فى الزواج العرفى ، الحل الأمثل للتحايل على قوانين بلده الوضعية .

وفى جميع هذه الحالات وغيرها ، قد يتم الزواج العرفى مستوفيا كافة أركانه وشروطه الشرعية ، وقد يتخلف بعض أو كل منها . وبالتالى فإن لهذا الزواج العرفى عدة أنواع هى :

أولاً ـ زواج بين رجل وامرأة بموافقة الولى القريب ، وفى حضور شهود ويتم الإعلان عنه للكافة دون تمييز ، ولكنه لا يوثق لدى الموظف المختص بالتوثيق ، أى يفقد شرط الرسمية فقط . وهذا الزواج صحيح شرعا ، لأنه انعقد مستوفيا لكافة أركانه وشروطه الشرعية . ولكن يترتب عليه فى مصر أثرا قانونيا ، هو عدم سماع دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما عند إنكار هذا الزواج العرفى عملا بالمادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ . وما يترتب على ذلك من آثار قانونية أخرى سيرد ذكرها فى حينه .

ثانيًا ـ زواج بين رجل وامرأة بموافقة الولى ، ووجود شهود ، ولكن لم يتم الإعلان عنه للكافة ، كما لم يوثق لدى الموظف المختص بالتوثيق . وهذا الزواج صحيح أيضا من ناحية الشرع ، ويترتب عليه ذات الآثار القانونية المشار إليها فى الزواج السابق بشأن عدم السماع .

ثالثًا ـ زواج بين رجل وامرأة دون علم الولى أو موافقته ، ودون إعلان عنه للكافة ، وبغير توثيق لدى الموظف المختص ، مع وجود شهود عليه من الأصدقاء أو المعارف أو المأجورين للشهادة . ولا يكون الغرض من وجودهم ، هو الإعلان عن الزواج بمعناه الشرعى ، ولكن مجرد إعطاء العقد الشكل المطلوب فقط .

فيرى أبو حنيفة ، وأبو يوسف [1] . ومحمد [2] من الأحناف : أن هذا الزواج صحيح ، ولكنه غير نافذ في حق الولي إلا بإجازته طبقا لرأى أبي حنيفة وأبي يوسف ، أو موقوف على إجازة الولي طبقا لرأى محمد من الأحناف

بينما يرى جمهور الفقهاء مالك ، والشافعي ، وابن حنبل : أنه زواج غير صحيح . لأن الزواج لا يتم عندهم بعبارة المرأة مطلقا .

رأينا الخاص في هذه المسألة :

نشير صراحة ، إلى أن الزواج العرفي بمعناه الشرعي الصحيح ، هو الزواج الذى استوفى جميع أركانه وشروطه ، ولكنه فقد فقط شرط التوثيق المقرر قانونا . ذلك أن العرف يجب أن يتفق مع التشريع ، وإذا خالفه أصبح غير دستوري في حكم القانون .

أما من الناحية الشرعية ، فالعرف هو ما تعارف عليه الناس وألفوه ، وارتضاه المجتمع ، وأقره أهل الحل والعقد . ويجب ألا يخالف القرآن أو السنة وإلا كان باطلا . والزواج العرفي بهذا المعنى ، لا جدال في أنه زواج صحيح ومطابق للشرع الحنيف .

ونشير في هذا المقام ، إلى أن عدم منع الزواج العرفي بمعرفة المشرع الوضعي ، وكذا عدم تقريره عقوبة جنائية عليه ، لا يفيد أنه حلال شرعا ، فكثيرا من المحرمات يقيدها القانون الوضعي بقيود لا وجود لها في الشريعة الإسلامية لمصلحة يقدرها المشرع الوضعي ، وليس معنى ذلك أنها حلال . مثل حالة ضبط الزوجة متلبسة بجريمة الزنا ، أو ثبوت هذه الجريمة في حق الزوجة ، فلا يجوز تحريك الدعوى الجنائية قبلها إلا بموافقة الزوج . وله أيضا التنازل عن شكواه بعد تقديمها في أي مرحلة من مراحل الدعوى وحتى يصدر فيها حكما باتا أي غير جائزا للطعن فيه بالنقض ، ورتب المشرع الوضعي على ذلك انقضاء الدعوى الجنائية عملا بالمادة السابعة من قانون

---

(١) أبو يوسف ، هو يعقوب بن إبراهيم أخذ عن أبي حنيفة ومالك وكبار المحدثين . ولد سنة ٧٣١م وتوفى سنة ٧٩٨م . وتولى منصب كبير القضاة في عهد الرشيد .

(٢) محمد ، هو محمد بن الحسن البلشيباني ، فارسي الأصل ، شيباني النسبة ، ولد سنة ٧٤٩م ، وتوفى سنة ٨٠٥م ، وتتلمذ على يد الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف من الأحناف ، كما تلقى عن الإمام مالك ثلاث سنوات ، وتولى منصب القضاء في حياة أبي يوسف وصار كبير القضاة بعده .

الإجراءات الجنائية . بل أعطى المشرع الوضعى للزوج أيضا إيقاف تنفيذ العقوبة المقضى بها بعد توقيعها وقيام الزوجة بتنفيذها عملا بالمادة ٢٧٤ من قانون العقوبات .

وقد أساء بعض العاهرات استغلال هذه النصوص الوضعية فتعقدن زواجا عرفيا مع أى من الرجال أرباب السوابق ، تدفع له مبالغ دورية مقابل استمتاعه بها فى أى وقت ، والسماح لها بمضاجعة غيره بأجر . لحمايتها من العقوبة الجنائية إذا ما ضبطت متلبسة بجريمة الزنا ، فيكون فى مكنة الزوج - بموجب هذا الزواج العرفى - ألا يقيم عليها دعوى الزنا أصلا لأنها من الدعاوى التى تحتاج إلى شكوى من الزوج ، كما يستطيع أيضا إذا ما تقدم بشكواه أن يوقف محاكمتها فى أى مرحلة من مراحل الدعوى وكذا إيقاف تنفيذ العقوبة عليها فى أى وقت يشاء . ومثل هذا الزواج لا يعد زواجا شرعيا ولو شهد عليه مائة شاهد ولكنه زنا محرم شرعا ، وإن استطاعوا بموجبه أن يتحايلوا على القوانين الوضعية ويفلتوا من العقاب القانونى ، إلا أنهم سينالون حتما عقابهم من الله سبحانه وتعالى فى حياتهم الدنيا ، وفى الآخرة مثواهم جهنم وبئس المصير .

ولا ، ولن يقل أيا من فقهاء الشريعة الإسلامية أو شراح القانون الوضعى أو واضعيه أن الزنا حلال شرعا ، وإنما أجمع الكافة على تحريمه ، عملا بصريح النص على التحريم فى القرآن الكريم لقوله تعالى : ﴿ وَلاَ تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً ﴾ (١) .

وكذلك الأمر بالنسبة للزواج الذى يطلق عليه البعض فى الآونة الأخيرة لفظ " الزواج العرفى " ، وهو الزواج الذى يتم بين الزوجين بدون علم الولى أو رضائه ، مع وجود شهود عليه من الأصدقاء أو المعارف أو المأجورين للشهادة ، ولا يكون الغرض من وجودهم ، الإعلان عن الزواج بمعناه الشرعى ، لكن مجرد إعطاء العقد الشكل المطلوب فقط ، ونقصد بهذا النوع من الزواج ، هو الزواج الذى يتم الآن بين القلة القليلة من طلبة المدارس والجامعات ، ورجال الأعمال ، وأصحاب المهن الحرة .

فإن إطلاق لفظ " الزواج العرفى" على مثل هذا الزواج هو قول باطل ألبسوه توب الحق ، كما أنها مغالطة اصطلاحية لكلمة الزواج العرفى بمعناه الشرعى ، أو هو جهل بأحكام الدين الحنيف . وفى جميع الأحوال فإن مرتكبه آثم أمام الله سبحانه وتعالى ، ومعاقب على فعله شرعا .

---

(١) سورة الإسراء . الآية رقم ٣٢ .

ونحن نؤيد جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه من أن مثل هذا الزواج غير صحيح . ذلك أنه - فى حقيقته - زواج سرى بالرغم من الإشهاد عليه . وقد أبرمه الطرفان بهذه الطريقة للتحايل على أحكام الشرع الحنيف ، ويؤيد ذلك حرصهم على إخفاء هذا العقد العرفى عن الولى والأهل والكافة . ولا يظهرونه إلا أمام أمثالهم الذى سلكوا مسلكهم ، وتزوجوا بنفس الطريقة .

وقد لجأ هؤلاء إلى مثل هذا الزواج ، لإشباع رغباتهم الجنسية تحت مسمى الزواج العرفى ، وليسبغوا عليه نوعا من الشرعية حتى لا يلاموا وسط الأصدقاء الذين يعرفون هذه العلاقة ، أو الأهل إذا علموا بها بأى طريق ، أو فى حالة حدوث حمل نتيجة هذه العلاقة ولم يتمكنوا من الخلاص منه ، وفى النهاية حتى يسهل عليهم التخلص من هذا الزواج وقت اللزوم .

والزواج بهذه الطريقة السرية ، أقرب الشبه بزواج المُتعة أو الزواج المؤقت ، وهى كلها زيجات محرمة شرعا وإن كان يثبت بموجبها نسب الأولاد .

ومثل هذا الزواج مفسدة للشباب من الجنسين ، وضرره أكيد بمن يُقدِم عليه وبالأسرة والمجتمع الإسلامى . لذلك نهيب بكل مسلم ومسلمة ، أن يخشى الله سبحانه وتعالى فى حق نفسه ، وفى حق غيره من المسلمين ، ويغار على دِينه الحنيف ، ويلتزم بأحكامه النبيلة ، ويبتعد عن هذا الزواج ، ولا يلجأ إليه مطلقا ، لما فيه حرمة شرعية ، ومفسدة للولد والبنت على السواء ، وضرره أكيد بالمجتمع بأسره . ونرى أنه من الضرورى أن يسعى كل من الرجل والمرأة إلى توثيق زواجهما لدى الموظف المختص ، حتى ينأى بنفسه عن الشبهات .

كما أنه من الأفضل للبنت ، والأكرم لأهلها ، أن يتم زواجها برضاء وليها وإذنه حتى لا ترتكب الحرام ، ولا تُعيِّر هى أو أهلها بهذا الزواج مستقبلا .

كما أنه من الأنسب أيضا للولد ، إذا رغب فى تكوين أسرة إسلامية ، أن يخطب البنت من أبيها وأسرتها ، ويدعو إلى زواجه أهله وعشيرته ، حتى يتم الإعلان عنه طبقا للشرع الإسلامى الحنيف .

وأناشد الآباء والأمهات ، أن يتقوا الله فى أولادهم ، ويحافظوا عليهم ، لأنهم أمانة فى أعناقهم ، سوف يسألون عنها يوم القيامة . فيجب عليهم أن يتقربوا من أبنائهم بنين وبنات ، ويشملوهم باهتمامهم ورعايتهم ، وأن يبثوا فيهم مبادئ الدين والأخلاق الحميدة ، ويكونوا قدوة حسنة لهم ، وألا يغالوا فى المهور ومطالب الزواج الأخرى التى يمكن الاستغناء عنها ، أو على الأقل تأجيلها .

وأرى حلا لمشكلة الشباب غير القادر على أعباء الزواج المالية . وليس فى مكنته الصوم ، التخفيف على كاهلهم ، بالرجوع بالأسرة الإسلامية إلى سابق عهدها ، من زواج الإبن بمنزل أبيه ، حتى تتيسر أحواله المادية ، وبعد ذلك يمكنه الاستقلال عن والديه ، والانفراد مع زوجته وأولاده فى معيشتهم .

الزواج المؤقت

الزواج المؤقت ، هو الزواج الذى ينعقد بلفظ الزواج أو النكاح أو غيرها من الألفاظ الصالحة لإنشاء عقد الزواج الصحيح ، كما يتم بحضور الشهود إلا أن الصيغة فيه تدل على التأقيت . كأن يقول الرجل للمرأة : أتزوجك مدة سنة أو شهر ، أو أتزوجك وأطلقك بعد سنة أو شهر مثلا ، فتقول له : قبلت .

وهذا الزواج باطل عند جمهور الفقهاء ، لأن الزواج شُرع ليكون مؤبدا .

وقد خالفهم فى ذلك زفر من أئمة الحنفية ، فقرر أنه زواج مستوفى لجميع أركانه وشروطه ، ولكنه اقترن بشرط باطل هو التأقيت ، فيصح العقد ويبطل الشرط فقط ، لأن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة .

زواج المتعة

زواج المتعة ، هو الزواج الذى يعقد بلفظ التمتع أو الاستمتاع ، ويحصل بين الرجل والمرأة بدون شهود ، سواء ذكرت فيه المدة أو لم تذكر ، كأن يقول الرجل للمرأة : أتمتع بك مدة كذا ، أو دون تحديد مدة ، فتقول له : قبلت .

وقال بعض الفقهاء ، أن زواج المتعة هو نوع من الزواج المؤقت ، الذى تكون صيغته بلفظ التمتع أو الاستمتاع . وذلك كأن يقول الرجل للمرأة : أتمتع بك مقابل إعطائك مبلغ كذا . فتقول له المرأة : قبلت .

وقد اختلف الفقهاء بشأن الحكم الشرعى لزواج المتعة ، فيرى جمهور الفقهاء ، بطلان وفساد زواج المتعة . وقد استندوا فى ذلك على الأدلة الآتية :

١ ـ أن المتعة كانت موجودة فى أول الإسلام ، حتى نزل قول الله سبحانه وتعالى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (٥) إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾ (١) .

(١) سورة المؤمنون ، الآيتان رقما ٥ ، ٦ .

وكل فرج غير ما ذكر فى الآية الكريمة حرام . كما أن المستمتع بها لا تعد زوجة بدليل أنها لا تطلق ولا ترث .

٢ـ ما ورد عن على رضى الله عنه أنه قال : " أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم موقعة خيبر وعن أكل لحوم الحمر الأهلية " .

٣ ـ ما روى أن رسول الله ﷺ قال فى فتح مكة : " إنى كنت قد أذنت لكم فى الاستمتاع فى النساء . وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده منهن شيئا ، فليخل سبيله . ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا " [١] . وما روى أيضا أن رسول الله ﷺ فى حجة الوداع قد نهى عن زواج المتعة .

فهذا الأحاديث تدل على أن زواج المتعة قد أحل فى أول ظهور الإسلام فى بعض الأحيان للضرورة ، ولكنه نسخ بعد ذلك بالأحاديث التى رويت عن رسول الله ﷺ فى آخر حياته .

بينما يرى طائفة الشيعة [٢] والإمامية الإثنا عشرية [٣] ، أن زواج المتعة مباح وجائز شرعا . ودليلهم فى ذلك ما يأتى :

---

(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، الجزء التاسع ، ص ٧٤ .

(٢) الشيعة ، هم قوم جعلوا الإمامة ركنا من أركان الدين ، وقد تفرقوا إلى عدة شيع وفِرَق بسبب الخلافة ، فمنهم من قال أن الرسول صلى الله عليه وسلم أوصى بالخلافة من بعده إلى على رضى الله عنه ومن ثم فإن على أولى بالخلافة من أبى بكر وعمر بن أبى طالب رضوان الله عليهما ، كما اختلفوا أيضا فيمن هو أحق بالخلافة بعد على رضوان الله عليه ، هل أولاده من فاطمة واحدا تلو الآخر، أو بالاختيار فيما بينهما أو لأولاده منها ومن غيرها . وعموما فقد انقرضت كل هذه الفرق ولم يبق منها إلا الإمامية الإثنا عشرية (الجعفرية) ، والزيدية (الذين ينتسبون إلى زيد بن على زين العابدين بن الحسين بن على بن أبى طالب رضوان الله عليهم جميعا وينتشر الآن فى بلاد اليمن) ، وأخيرا الإسماعيلية أو الباطنية(وهم فرقة من الإمامية ظهرت فى العصر العباسى تنسب إلى إسماعيل بن جعفر الصادق ، ومن زعمائهم أغا خان وله مقبرة مشهورة فى غرب أسوان وي نشر هذا المذهب فى الهند وباكستان .

(٣) الإمامية الإثنا عشريه (الجعفرية) ، هم فرقة من فرق الشيعة ، يعتقدون أن النبى صلوات الله عليه قد أوصى بالخلافة من بعده إلى على بن أبى طالب ومن بعده لولده ، وأن الأئمة عندهم إثنا عشر إماما جميعهم معصومون من الخطأ لأنهم يحى إليهم عن طريق الإلهام الصادق . وتبدأ الخلافة من على بن أبى طالب ومن بعده لولديه من فاطمة وهما الحسن والحسين ومن يليهما من الأبناء حتى الثانى . عشروهو محمد المهدى ولا تنتقل من بعده إلى أحدلأنه لم يمت ولكنه اختفى عن الدنيا سنة ٢٦٠ هـ وسوف يظهر فى آخر الزمان ويلقب بالمهدى المنتظر . والموطن الأصلى لهذه الفرقة هو إيران وأغلب العراقيين وله أتباع فى سوريا ولبنان والهند وباكستان .

١ـ قول الله تبارك وتعالى : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[١] .

٢ـ أن النبى ﷺ أباح زواج المتعة فى بعض الغزوات ، وقد أجازها بعض الصحابة بعد وفاة رسول الله عليه أفضل الصلاة والسلام .

رأينا الخاص فى هذه المسألة

نرى موافقة جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه من تحريم زواج المتعة وبطلانه . وما ذكره الإمامية الإثنا عشرية من أدلة مردودة بما يأتى :

١ـ أن نسخ الأحكام جائز عقلا ، وواقع شرعا بإجماع المسلمين . ولا خلاف أيضا . فى أن القرآن ينسخ بعضه بعضا . مثل نسخ الاتجاه فى الصلاة من بيت المقدس إلى الكعبة ، وحظر ادخار لحوم الأضاحى فوق ثلاثة أيام إلى ادخارها دون تحديد مدة . والنهى عن زيارة القبور إلى السماح بها للعظة والاعتبار . كما أخذت الشريعة الإسلامية بمبدأ التدرج فى الأحكام الفقهية لتساير مصالح المسلمين ، وليسهل على الناس ولا يشق عليهم اتباعها . مثل الخمر ، فلم يأت تحريمها دفعة واحدة ، ولكن جاء على دفعات متتالية . فبعد أن قرر الله سبحانه وتعالى أن فى الخمر نفع وضرر ، وأن ضررها أكبر من نفعها ، جاء سبحانه بعدها بأحكام تفيد عدم الاقتراب من الصلاة فى حالة السكر . وبعد ذلك تلاها جل شأنه بآية تفيد تحريم الخمر تحريما مطلقا .

ولا جدال فى أن النبى صلوات الله عليه أباح المتعة فى بعض الغزوات ، ولكنه حرمها بعد نزول الآية الكريمة : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (٥) إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾[٢] . وهذا النسخ جائز شرعا كما سلف القول .

٢ ـ أن المقصود بالتمتع فى الآية التى ذكرها الإمامية هو إباحة التمتع بالزوجات أو ما ملكت اليمين ، وليس معناه إباحة زواج المتعة .

٣ ـ أن المتمتع بها ليست زوجة حتى عند الشيعة الإمامية أنفسهم ، إذ لا يعطونها أى من حقوق الزوجة ، فيحرمونها من النفقة والميراث .

٤ ـ أن زواج المتعة قريب الشبه بالزنى المحرم شرعا . كما أنه يتنافى مع الفطرة السوّية .

---

(١) سورة النساء ، الآية رقم ٢٤ .

(٢) سورة المؤمنون ، الآيتان رقما ٥ ، ٦ .

٥ ـ أن من أجازها بعد وفاة رسول الله صلوات الله عليه مثل ابن عباس ، ومن أجازها من الصحابة يُحْمَل على أنه عمل بالمنسوخ وأفتى به قبل وصول الناسخ إلى علمه ، فلا يحتج به على المسلمين كافة . ويؤيد ذلك رجوع ابن عباس عن فتواه بإباحة زواج المُتعة ، وقال : والله ما بهذا أفتيت وما هي إلا كالميتة لا تحل إلا للمضطر [١] .

من أجل ذلك كله ، ولما ذكره جمهور الفقهاء من أسانيد ، نؤيدهم فما ذهبوا إليه ، ونرى معهم أن زواج المُتعة حرام شرعا ، ولا يصح للمسلم أن يوافق أو يقدم عليه ، مهما كانت الأسباب أو المبررات التي يسوقها المؤيدون لهذا النوع من الزواج .

* * *

(١) فتح الباري ، الجزء التاسع ، ص ٧٦ .

الفصل الثاني

شروط الزواج

الزواج كأى عقد من العقود ، له شروط يتعين توافرها فيه ، ويختلف حكم الزواج تبعا لتوافر هذه الشروط بأكملها ، أو تخلف إحداها على التفصيل الذى سيرد فيما بعد ، وتنقسم شروط الزواج إلى : شروط تتعلق بانعقاد الزواج ، وشروط أخرى تتعلق بصحته ، أو نفاذه ، أو لزومه ، فضلا عن الشروط القانونية ، وسوف نخصص لكل منها فرعا مستقلا .

الفرع الأول : شروط انعقاد الزواج .

الفرع الثانى . : شروط صحة الزواج .

الفرع الثالث : شروط نفاذ الزواج .

الفرع الرابع : شروط لزوم الزواج .

الفرع الخامس : الشروط القانونية لعقد الزواج .

* * *

الفرع الأول : شروط انعقاد الزواج

إنعقاد الزواج ، هو ارتباط كلام أحد المتعاقدين بكلام الآخر لتكوين عقد تترتب عليه أحكام الزواج الشرعية [1] .

ويشترط لانعقاد الزواج عدة شروط يلزم توافرها فيه ، وهى تلك الشروط التى تتعلق بأركان عقد الزواج ، أو الأسس التى تقوم عليها تلك الأركان ، فإذا تخلف أحد هذه الشروط كان العقد باطلا ، أى معدوما لا وجود له شرعا ، ولا تترتب عليه أية آثار شرعية . وبالتالى فإنه

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام ، الجزء الثانى ، ص٣٤٤ .

يمكن تعريف عقد الزواج الباطل ، هو ذلك العقد الذى فقد أحد الشروط التى تتعلق بركن من أركان عقد الزواج ، أو فى الأساس الذى تقوم عليه تلك الأركان ، ومن هذه الشروط ما يتعلق بالعاقدين ، ومنها ما يخص المعقود عليها ، أو صيغة العقد .

أولاً : شروط العاقدين

يشترط فى العاقدين ، أن يكون كل منهما أهلا لإبرام عقد الزواج ، وأن يتصل الإيجاب والقبول فى مجلس واحد ، وأن يسمع كل متعاقد كلام الآخر ويفهمه . وذلك على التفصيل الآتى :

١ـ الأهلية فى التعاقد

يلزم ألا يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية أو معدومها عند إبرام عقد الزواج ، فإذا كان الزوج أو الزوجة صغيرا غير مميز [١] ، أو مجنونا [٢] ، يكون زواجه المنعقد بإرادته باطلا ، ولا يترتب عليه أى أثر من آثاره الشرعية . لأنه منعدم الإرادة والقصد ، وعبارته ملغاة لا أثر لها ، فلا يجوز له إبرام أى من العقود ومنها عقد الزواج .

أما الصبى المميز [٣] ، فهو ناقص الأهلية ، ولديه قصد وإرادة ناقصتين ، فينعقد الزواج بعبارته ، ولكن يلزم إجازة وليه للزواج حتى يصبح هذا الزواج نافذا . والبالغ [٤] ، له الإرادة

---

(١) الصبى غير المميز فى الفقه الإسلامى ، هو الذى لم يبلغ السابعة من عمره ويكون خلالها الإنسان منعدم الإرادة ، فتكون جميع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا هى والعدم سواء . ولا يختلف القانون الوضعى مع الفقه فى هذا الشأن ، فقد عرف المشرع الوضعى فاقد التمييز فى المادة ٢/٤٥ من القانون المدنى بأنه من لم يبلغ السابعة من عمره .

(٢) المجنون فى فقه الشريعة الإسلامية ، هو من أصيب باختلال فى العقل يفقده الإدراك تماما فعبارته ملغاة ، وبالتالى فجميع تصرفاته تكون باطلة بطلانا مطلقا.

(٣) الصبى المميز فى الفقه الإسلامى ، هو الذى بلغ سن السابعة ولم يصل بعد إلى سن البلوغ . وهى فترة اختبار له على إبرام التصرفات تحت إشراف ورقابة شخص آخر حتى لا ينتقل الإنسان دفعة واحدة من طور لا عبارة له مطلقا إلى طور يكون له مطلق الحرية فى إبرام التصرفات والالتزام بها ببلوغه عاقلا . أما المشرع الوضعى فقد عرف الصبى المميز فى المادة ٤٦ من القانون المدنى بأنه من بلغ سن التمييز (أى السابعة من عمره) ولم يبلغ سن الرشد (أى إحدى وعشرون سنة من عمره) .

(٤) البالغ لم يحدد الفقه الإسلامى سنا للبلوغ بل يعرف عندهم بالعلامات . وهى بالنسبة للولد يكون بالاحتلام والإنزال والإحبال ، وبالنسبة للبنت يكون بالاحتلام والحيض والحبل . فإذا لم يوجد فيهما شىء من ذلك فحتى يبلغ كل منهما خمسة عشر سنة من عمره على قول الصاحبين والشافعى وبن حنبل وهو المفتى به وعليه العمل فإذا بلغها عاقلا يخاصَم ويخاصِم بنفسه ، بينما يرى أبو حنيفة ببلوغ الفتى السابعة عشرة من عمره وبلوغ الفتاة الثامنة عشرة مِن عمرها ، أما المشرع الوضعى فقد حدد سن البلوغ أى سن الرشد القانونى فى المادة ٢/٤٤ من القانون المدنى بإحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .

والقصد الكاملين ، فيمكنه إبرام عقد الزواج لنفسه ولغيره ما دام عاقلا . وينفذ عقده بمجرد توقيعه عليه ، ولا يحتاج إلى إجازة من غيره .

والسفيه يأخذ حكم كامل الأهلية بالنسبة لعقد الزواج ، فيصح زواجه بنفسه ، لأن الحجر عليه يتعلق بتصرفاته المالية فقط ، وليس الزواج منها .

والمعتوه زواجه بنفسه أو بوليه الأبعد ، يكون موقوفا على إجازة الولى صاحب الحق فى الإجازة ، فإن أجاز الزواج نفذ وإلا بطل ، لأن الولى هو أقدر الناس معرفة بالمصلحة الحقيقية لمن هو فى ولاينه . وتثبت الإجازة من الولى بالصريح وبالضرورة وبالدلالة قولا أو فعلا [1] .

٢ـ أن يسمع كل منهما كلام الآخر ويفهمه

يجب فى الزواج ، أن يسمع كل متعاقد كلام المتعاقد الآخر ويفهمه ، فإن كان أحدهما أو كليهما أخرسا ، أى لا يستطيع السمع والكلام ، أو أبكما ، أى لا يستطيع الكلام ، فقد اتفق الفقهاء ، على أن تقوم إشارته الواضحة الصريحة مقام الكلام الدال على إنشاء الزواج إذا كان لا يحسن الكتابة ، لأنها الطريقة الوحيدة المتاحة له لإظهار رغبته ، والتعبيرعن إرادته . فإن كان يحسن الكتابة ، فقد اختلف الفقهاء بين جواز العقد بالإشارة وبين عدم جوازه على تفصيل فى المذاهب ليس مجاله هذا البحث . ويكفينا الإشارة إلى أن جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) ، يرون أن زواج الأخرس ينعقد بإشارته الدالةعلى مراده ومقصده .

٣ـ أن يكون أحد العاقدين رجلا والآخر امرأة

من شروط العاقدين فى الزواج ، أن يكون أحد الزوجين رجلا والآخر امرأة ، فلا ينعقد الزواج بين رجلين ، ولا بين امرأتين . إذ لابد أن يكون أحد العاقدين رجلا ، والآخر إمرأة . وذلك لقول الله سبحانه وتعالى مخاطبا الرجال : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ [2] .

ثانيا : شروط المعقود عليها

يشترط فى عقد الزواج ، أن تكون المعقود عليها محققة الأنوثة ، وألا تكون محرمة على الرجل ، وتفصيل ذلك :

---

(١) نقض جلسة ١٩٧٣/٢/١٤ ، الطعن رقم ٧لسنة٣٩ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة٢٤ص٢٥١ .

(٢) سورة النساء ، الآية رقم ٣ .

١ـ أن تكون المعقود عليها أنثى حقيقة

يجب أن تكون المعقود عليها فى الزواج محققة الأنوثة ، فإذا كانت المعقود عليها خنثى مشكل (أى لا يمكن الجزم والقطع بأنها أنثى أو رجل) ، كان العقد عليها باطلا .

٢ـ ألا تكون المعقود عليها محرمة على الرجل تحريما مؤبدا

يجب ألا تكون المعقود عليها فى الزواج ، محرمة على الرجل تحريما مؤبدا بدليل قطعى لا شبهة فيه ، ولا خلاف بشأنه بين الفقهاء . كأمه أو بنته أو أخته أو عمته أو خالته فإذا تم الزواج مع وجود هذه الحرمة المؤبدة ، كان عقد الزواج باطلا .

أما إذا كانت محرمة بدليل ظنى فيه شبهة ، أو خلاف بين الفقهاء ، أو كان هناك جهل بسبب التحريم ، فإن الزواج يكون فاسدا وليس باطلا . وسيأتى تفصيل ذلك عندما نتناول شروط صحة الزواج .

ثالثا : شروط ألفاظ الزواج

لابد أن ينعقد الزواج بألفاظ معينة ، ويشترط فى هذه الألفاظ ما يأتى :

١ـ أن تكون ألفاظ الزواج منجزة

يجب فى عقد الزواج أن تكون ألفاظه منجزة ، أى خالية من أى قيد ، بمعنى أن تكون غير معلقة على شرط ، أو مضافة إلى المستقبل . لأن عقد الزواج لا تتراخى أحكامه عن أسبابه ، فتترتب آثاره بمجرد وجود سببه ، والإضافة والتعليق يؤخران أثر عقد الزواج وهو ما يتنافى مع مقتضاه .

٢ـ أن يتصل الإيجاب والقبول فى مجلس واحد

إذا كان المتعاقدان حاضرين فى مجلس عقد الزواج ، فيلزم ألا يفصل بين الإيجاب والقبول أى كلام أجنبى عن الزواج . أو بمعنى آخر ، يجب يتصل الإيجاب بالقبول فى مجلس العقد .

أما إذا كان أحدهما غائبا عن المجلس ، فيجب أن يصدر الإيجاب فى مجلس سماع القبول ، أو العلم به . لأن الفصل يفيد الإعراض عن الإيجاب ورفضه ، فإن قبل بعد ذلك ، فيكون قد ورد القبول على غير إيجاب فلا ينعقد العقد . كما يلزم أن يكون الإيجاب والقبول فى مجلس واحد ، لأنه لو تفرقت المجالس بعد الإيجاب بطل ذلك الإيجاب ، فإن قبل بعد ذلك ، فيكون قد ورد

القبول على غير إيجاب ولا ينعقد العقد أيضا . ويلاحظ أن الإيجاب إن كان برسالة مع رسول أو بكتاب مكتوب ، فالقبول مقيد شرعا بمجلس العقد ، وهو وقت وصول الرسالة أو الكتاب إليه .

٣ـ أن يتفق الإيجاب والقبول ، ويتطابقا على موضوع عقد الزواج

يجب أن يرد الإيجاب والقبول متفقان ومتطابقان على موضوع عقد الزواج ، فإن اختلفا بطل العقد . كأن أن يقول الإيجاب : زوجنى إبنتك فلانة ، فيقول القبول : قبلتُ زواجك من أخرى . ففى هذه الحالة لا ينعقد الزواج ، لعدم تطابقهما ، واختلافهما فى محل العقد ، وإذا انعقد كان باطلا .

* * *

الفرع الثانى : شروط صحة الزواج

يشترط لصحة عقد الزوج ثلاثة شروط ، إذا فقد العقد إحداها كان العقد فاسدا ، وشروط صحة الزواج هى :

أولا : محلية المرأة للزواج .

ثانيا : الشهادة على الزواج .

ثالثا : الصيغة المؤبدة .

أولاً : محلية المرأة للزواج

يجب أن تكون المرأة محلا لعقد الزواج بالنسبة لمن يريد زواجها [1] . أى ألا تكون محرمة على الرجل تحريما فيه شبهة أو خلاف بين الفقهاء ، مثل عقد الرجل على أخت مطلقته ، أو عمتها ، أو خالتها وما زالت مطلقته فى عدته من طلاق بائن . أو كان هناك جهل بسبب الحرمة ، مثل زواج الرجل من أخته الرضاعية مع جهلهما بأمر الرضاع . فإن الزواج فى الحالتين يكون فاسدا ، ولا يترتب عليه أى أثر من آثار الزواج قبل الدخول ، أما بعده فتترتب بعض آثار الزواج دون بعضها الآخر على تفصيل سيأتى فى موضعه عند الكلام عن الزواج الفاسد .

(١) نقض جلسة ١٩٩١/١/١٥ ، الطعن رقم ١١٤ لسنة ٥٨ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٢ ص ٢٠٢ .

ثانيًا : حضور الشهود

إختلف الفقهاء بشأن الشهادة على الزواج .

فقال الجمهور ، إن الشهادة شرط من شروط صحة الزواج ، واستدلوا على ذلك بالآتى :

١ـ عن عائشة رضى الله عنها، أن رسول الله ﷺ قال : " لا نكاح إلا بولى مرشد ، وشاهدى عدل ، وما كان من نكاح غير ذلك فهو باطل " (١) .

٢ـ وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : أن رسول الله ﷺ قال : " لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هى التى تزوج نفسها "(٢) .

٣ـ وعن عائشة رضوان الله عليها قالت : " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها وشاهدى عدل فنكاحها باطل ، باطل ، باطل " .

وقال الشيعة الجعفرية : إن الشهادة ليست شرطا فى عقد الزواج ، ويكون العقد صحيحا بدونها . ولكن يستحب الشهادة على الزواج ، واستدلوا على ذلك بأن آيات الزواج وردت فى القرآن الكريم غير مقيدة بوجود الشهادة ، وأن الأحاديث التى استند إليها الجمهور هى من أخبار الآحاد .

ويرى المالكية : أن الشهادة على الزواج ليست من شروط صحته ولكن يجب الإعلان عنه بأى طريقة من طرق الإعلان المقررة شرعا . واستدلوا على ذلك ما ورد عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : " أعلنوا الزواج ولو بالدف " .

كما اختلف الفقهاء أيضا بالنسبة لوقت الشهادة ، فقال الجمهور : أنها لازمة عند إجراء العقد ، فإذا أجرى العقد بدونها كان فاسدا ، ولو تحققت بعده وقبل الدخول .

وقال المالكية : أن الشهادة تلزم عند الدخول فقط ، وإذا تم الدخول دون شهادة على الزواج كان العقد فاسدا ، والدخول بالمرأة معصية .

وقد استقرت الأحكام القضائية ، على أن الزواج الذى لا يحضره شهود ، هو زواج فاسد (٣) .

---

(١) حاشية قليوبى وعميرة على شرح المحلى على النهاج للإمام النووى ، الجزء الثالث ،ص٢١٩ وقليوبى ، هو شهاب الدين بن أحمد بن سلامة المتوفى سنة ١٣٠٩هـ ، وعميرة ، هو شهاب أحمد البلسى المتوفى سنة ٩٥٧هـ . والمحلى هو جلال الدين المحلى المتوفى سنة٨٦٢هـ . والإمام النووى ، هو محيى الدين أبو زكريا بن يحيى النووى المتوفى سنة٦٧٦هـ . وجميعهم من فقهاء الشافعية .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى ، الجزء السادس ، ص ١١٨

(٣) نقض جلسة ١٩٧٨/٥/٣١، الطعن رقم ٢٥ لسنة٤٦ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٩ ص ١٣٧٩.

الشروط التى يجب توافرها فى الشهود

حرصت الشريعة السمحاء ، على تكريم عقد الزواج وتبجيله ، لتعلقه بمصلحة الفرد والأسرة والمجتمع . وحرص على إعلانه وإظهاره . فأمرنا بذلك رسول الله ﷺ عندما قال : " أعلنوا عن النكاح ، واجعلوه فى المساجد واضربوا عليه بالدفوف " (١) .

ومن هذا المنطلق الشرعى ، ندب الإطعام فى الزواج كل حسب حاله ، كما ندب الغناء بشرط ألا يكون فيه مفسدة ، أو تحريضا على الشر فيكون حراما . والإشهاد على الزواج فيه إعلان له وتوثيق ، حتى لا يستطيع أحد إنكاره فى المستقبل . ولذلك يشترط فى الشهود ما يأتى :

١ـ العدد

لا يصح عقد الزواج إلا إذا تعدد الشهود . تنفيذا لقول الله تبارك وتعالى : ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى﴾ (٢) .

ويرى الحنفية ، أن الشهادة شرط من شروط صحة الزواج ، ولا تصح إلا برجلين أو رجل وامرأتين قياسا على الشهادة فى الأمور المالية .

بينما يرى الشافعية ومن وافقهم ، على عدم جواز الشهادة فى الزواج إلا برجلين ، ولا تصح شهادة النساء فى الزواج .

٢ـ البلوغ والعقل

الشهادة نوع من الولاية ، فلا تجوز كل منهما لغير البالغ أو غير العاقل ، فالصبى ، والمجنون ، لا يتولى أى منهما أمر نفسه ، وبالتالى فلا يجوز له من باب أولى ، تولى أمر غيره ، أو الشهادة عليه .

٣ـ الحرية

وهى شرط للشهادة عند جمهور الفقهاء ، لأن العبد ليس من أهل الولاية ، فولايته لسيده ، ومن كان فاقد الولاية على نفسه ، فلا يجوز له أن يتولى أمر غيره .

---

(١) سبل السلام ، ص ١٢٦ .

(٢) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٨٢.

وقد ذهب الإمام أحمد بن حنبل ، إلى جواز شهادة العبد فى الزواج . واستدل على ذلك بأنه لا يوجد فى النصوص الشرعية ما ينفيها ، أو يجعلها غير مقبولة .

٤ـ الإسلام

إذا كان الزواج بين مسلمين ، فقد اتفق الفقهاء على اشتراط أن يكون الشاهد مسلما . لأن الشهادة فرع من فروع الولاية ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم لقوله تعالى : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾ [١] . وتقبل شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض .

أما إذا كان الزواج بين مسلم وكتابية ، فقال جمهور الفقهاء ، أن شهادة غير المسلم لا تجوز فى هذه الحالة أيضا . تأسيسا على أن الزواج نوع من الولاية التى لا تجوز لغير المسلم على المسلم .

بينما يرى أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، أن ذلك أمر جائز ، واستندوا فى ذلك على أن الشهادة فى الزواج ، هى شهادة على المرأة وليست على الرجل ، لأنها الجانب الضعيف فى العقد ، وما دامت المرأة كتابية ، فيجوز أن يكون الشاهد عليها كتابى . وهو ما يجرى عليه العمل فى المحاكم .

٥ـ العدالة

العدالة فى اللغة [٢] ، هى الاستقامة والإنصاف ، وهو إعطاء المرء ما له ، وأخذ ما عليه ، وفى اصطلاح الفقهاء ، هى أن يكون الشاهد مجتنبا للكبائر ، ولا يصر على الصغائر ، ويتجنب ما يخل بالمروءة والشهامة .

وقد اختلف الفقهاء بشأن توافر العدالة فى الشهود على التفصيل الآتى :

قال البعض ، أنها شرط لصحة الزواج فلا تجوز شهادة الفاسق . واستدلوا على قولهم بحديث رسول الله ﷺ : " لا نكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل " . كما أن القصد من الشهادة تكريم الزواج ، ولا يتحقق ذلك بشهادة الفاسق الذى لا يصلح للشهادة ولا تقبل منه شرعا .

ويرى الحنفية ، قبول شهادة الفاسق . واستدلوا على ذلك ، بأن الفاسق أهل لإنشاء عقد زواجه لنفسه ، فيكون أهلا للشهادة على غيره ، كما أن الفاسق يصلح للولاية العامة ، فيصلح

---

(١) سورة النساء ، الآية رقم ١٤١ .

(٢) المعجم الوجيز ، ص ٤٠٩ .

للشهادة وهى نوع من الولاية الخاصة . وأخيرا فإن الإعلان عن الزواج يتم بشهادة الفاسق كما يتحقق بشهادة العاقل .

ويجوز أن يكون الشهود على الزواج من الأصول أو الفروع للزوجين أو غيرهم من الأقارب عند الحنفية . بينما منع الحنابلة ذلك لمظنة التهمة ، واشترطوا أن يكون الشهود من غير الأصول أو الفروع ، كالأخ أو العم أو الخال .

كما اختلف الفقهاء أيضا بشأن إبصار الشاهد ، فقال بعض الشافعية بضرورة ذلك ، بينما قرر الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة ، ويوافقهم بعض الشافعية ، فى جواز شهادة الأعمى فى الزواج .

ثالثاً : أن تكون الصيغة مؤبدة

من شروط صحة عقد الزواج ، أن تكون الصيغة مؤبدة ، أى غير مؤقتة بمدة محددة ، طالت هذه المدة أم قصرت . ذلك أن تأقيت الزواج يتنافى مع الغرض الأساسى منه ، وهو حل العشرة ودوامها ، وتكوين الأسرة . ومن ثم يؤدى إلى بطلان الزواج طبقا لرأى جمهور الفقهاء .

* * *

الفرع الثالث : شروط نفاذ الزواج

شروط نفاذ الزواج ، هى تلك الشروط التى يجب توافرها لكى يرتب عقد الزواج جميع آثاره الشرعية ، وذلك بعد توافر باقى الشروط الأخرى كشروط الانعقاد والصحة .

وشروط نفاذ عقد الزواج هى البلوغ . والصفة فى التعاقد . فإذا فقد العقد إحداها ، كان موقوفا على إجازة الولى أو صاحب الصفة .

أولاً : البلوغ

يجب أن يكون كل من الزوجين كامل الأهلية عند توليه عقد زواجه بنفسه . ويتحقق ذلك بأن يكون بالغا ، وعاقلا ، وحرا . فإن كان أحدهما أو كلاهما صبيا مميزا ، أو معتوها ، أو عبدا ، وتزوج بنفسه ، يكون الزواج موقوفا على إجازة الولى صاحب الحق فى الإجازة ، لأنه أقدر الناس معرفة بالمصلحة الحقيقية لمن هو فى ولايته .

وتثبت الإجازة من الولى باللفظ الصريح ، وبالضرورة ، وبالدلالة قولا أو فعلا [1] ، فإن أجاز العقد أصبح نافذا وترتبت عليه جميع آثاره الشرعية . أما إذا كان معدوم الإرادة ، كالصبى غير المميز ، أو المجنون ، فزواجه بنفسه باطل .

ثانيًا :الصفة فى التعاقد

يجب أن يكون كل من المتعاقدين له صفة فى إبرام عقد الزواج ، بأن يكون أصيلا أو وليا قريبا ، أو وكيلا ملتزما حدود وكالته .

أما إذا كان فضوليا ، أو وليا بعيدا ، أو متجاوزا حدود وكالته بما يضر بموكله ، كأن يزيد فى المهر الموكّل فيه ، أو يزوّجه بغير من وكّله فى الزواج منها ، فإن العقد يكون صحيحا وغير نافذ ، أى موقوف على إجازة صاحب الحق ، وهو الأصيل أو الولى القريب ، سواء أكانت الإجازة صريحة أو ضمنية .

وإذا جاوز الوكيل حدود وكالته بما يحقق مصلحة الموكّل ولا يضر به ، كأن يزوجه بأقل من المهر الموكّل فيه ، فإن العقد فى هذه الحالة يكون نافذا ولا يحتاج إلى إجازة الموكّل .

* * *

الفرع الرابع : شروط لزوم الزواج

الزواج شرع ليكون عقدا لازما ، أى ليس لأحد العاقدين الحق فى نقضه من أصله ، ولكن قد ينشأ عقد الزواج دون أن يكون مستوفيا لجميع عناصر الرضا الصحيح ، كأن يتم الزواج بناء على خديعة من أحد المتعاقدين للآخر ، أو لم تكن الزوجة ووليها على علم بحال الزوج ، ثم يكتشف بعد العقد عدم كفاءة هذا الزوج . ففى هذه الأحوال يجوز للعاقد الذى لم يكن رضاءه بالعقد قائما على أساس صحيح الحق فى فسخ العقد . وذلك عملا بالقاعدة الشرعية المتضمنة أن " كل عيب فى الرضا عند إنشاء العقد يعطى لصاحبه الحق فى فسخ هذا العقد " .

وشروط اللزوم فى المذهب الحنفى هى :

١ـ أن يكون مُبرِم عقد الزواج عن فاقد الأهلية أو ناقصها هو أصله مثل الأب أو الجد ، أو فرعه كالإبن أو الحفيد .

---

(١) نقض جلسة ١٩٧٣/٢/٢٤ ، الطعن رقم٧ لسنة ٣٩ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة٢٤ ص٢٥١ .

فإذا كان أحد الزوجين مجنونا ، أو معتوها ، وتولى عقد زواجه شخصا آخر غير أصوله أو فروعه المذكورين سلفا . فيكون لهذا الزوج الحق فى فسخ العقد عند إفاقته . وهو ما يسمى " خيار الإفاقة ".

٢ـ أن يكون الزوج كفئا للزوجة ، فى حالة زواج البالغة العاقلة نفسها بنفسها .

فإذا زوجت البالغة العاقلة نفسها دون علم وليّها ، وكان الزوج غير كفء ، فيكون لوليّها الخيار بين إجازة الزواج صراحة أو ضمنا أو فسخه .

٣ـ أن يكون الزواج بمهر المثل إذا زوجت البالغة نفسها .

فإذا زوجت المرأة نفسها بأقل من مهر المثل ولو كان الزوج كفء ، فلا ينفذ الزواج إلا بإجازة الولى . ولكن يجوز للزوج فى هذه الحالة زيادة المهر إلى مهر المثل ما دام الزواج بكفء. وعند ذلك يسقط حق الولى فى الاعتراض على الزواج .

٤ـ ألا يشوب العقد تغرير من جانب الزوج بشأن كفاءته .

فإذا تبين أن الزوج فى حقيقته غير كفء لهذا الزواج ، فيكون للزوجة ووليها الحق فى فسخه ، لأنهما يُغَرّان به .

وقد أضاف البعض ، شرطا آخر للزوم عقد الزواج ، هو ألا يكون بالزوج عيبا لا تستمر الحياة الزوجية معه إلا بضرر . فيكون للزوجة الحق فى الالتجاء إلى القضاء بطلب التفريق ، فإن ثبت العيب ، فرق القاضى بينهما ، وسيأتى تفصيل ذلك عند الحديث عن التطليق للعيب .

المهر

المهر ليس ركنا من أركان عقد الزواج ، ولا شرطا من شروط صحته، أو نفاذه ، أو لزومه. لقوله تعالى : ﴿ لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾[1] . بل هو أثر من آثار عقد الزواج .

(١) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٣٦ .

الكفاءة فى الزواج

الكفاءة فى اللغة [1] ، هى المساواة والمماثلة . يقال فلان يتكافأ مع فلان ، أى يناظره ويساويه . وفى الزواج ، أن يكون الرجل مساويا للمرأة فى حسبها ودينها وغيرها من الأمور الشرعية ، ومن ذلك قول رسول الله ﷺ : " المسلمون تتكافأ دماؤهم " . أى تتساوى فى الدية والقصاص .

والكفاءة فى اصطلاح الفقهاء ، هى مساواة الرجل مع زوجته فى أمور معينة بحيث لا تكون هى ولا أولياؤها عرضة للتعيير بهذا الزواج .

والأصل أن الكفاءة فى الزواج ، ينظر إليها من جانب الزوج فقط ، ولا عبرة بجانب الزوجة . ذلك أن الزوجة هى التى تتبع الزوج وليس العكس . وبالتالى يجب أن يكون هو كفئا ومساويا لها ، أو أعلى منها حتى يرفع من شأنها ، وقد تعارف الناس أن الرجل لا يعير بزوجته ، أما إذا كان أقل منها كفاءة ، فقد تعير هى وأسرتها بهذا الزواج .

والعبرة بالكفاءة وقت إنشاء عقد الزواج ، ولا عبرة بما يطرأ عليها بعد الزواج . فالكفاءة شرط من شروط إنشاء عقد الزواج ، وليست شرطا لبقائه ، لأنه لو اعتبرت بعد العقد أيضا ، لأدى ذلك إلى هدم واضطراب أحوال الأسرة خاصة بعد الدخول والولادة ، وعدم استقرار الحياة الزوجية ، وهو ما تأباه الشريعة الإسلامية السمحاء .

إختلاف الفقهاء فى اشتراط الكفاءة

ذهب بعض الفقهاء : إلى أن الكفاءة ليست شرطا فى الزواج ، فيصح ويكون لازما رغم عدم الكفاءة ، إذ لا تفاضل بين الناس إلا بالتقوى . ولا عبرة بالحسب ، أو النسب[2]، أو الحرفة، أو المال . واستندوا فى ذلك إلى قول الله تبارك وتعالى : ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾ [3] . وكذلك قول الرسول ﷺ : " الناس سواسية كأسنان المشط ، لا فضل لعربى على أعجمى إلا بالتقوى " . وقوله أيضا ﷺ : " إن الله لا ينظر إلى أحسابكم ، ولا إلى أجسامكم ، ولا إلى أموالكم ، ولكن ينظر إلى قلوبكم ، فمن كان له قلب صالح تحنن الله إليه ، وإنما أنتم بنى آدم

---

(١) المعجم الوجيز، ص ٥٣٦ .

(٢) النسب ، هو قرابة الدم . المعجم الوسيط ، ص ٦٥٦ .

(٣) سورة الحجرات ، الآية رقم١٣ .

أحسبكم إلى الله أتقاكم " . وقد أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بإتمام بعض الزيجات رغم عدم الكفاءة ، كما قيل ذلك أيضا بعض الصحابة . ومن الأمثلة على ذلك أنه عندما تقدم بلال لخطبة إحدى نساء الأنصار ، ورفض أولياؤها ، قال له رسول الله ﷺ : " قل لهم : إن الرسول يأمركم أن تزوجونى . فزوّجوه . كما أمر الرسول صلوات الله عليه أيضا بنى بياضة أن يزوجوا أبا هند وكان حجاما ، كما قام أبو حذيفة بتزويج بنت أخيه الوليد بن عتبة لمولاه سالم . وتزوج المقداد ابن الأسود وهو غير قرشى بضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب وهى قرشية . وهذا كله يدل على عدم اعتبار الكفاءة فى الزواج ، لأنه لو كان لها اعتبار لما أمر رسول الله صلوات الله عليه بإتمام زواج بلال . ولما زوج الصحابة من لا يكافئهم .

وذهب جمهور الفقهاء : إلى أن الكفاءة شرط من شروط اللزوم فى الزواج ، ولكنهم اختلفوا فى الأمور التى تقاس بها الكفاءة .

ويرى المالكية فى رواية عنهم : أن الكفاءة تكون فى أمور ثلاثة ، هى الدين ، والحرية ، والسلامة من العيوب التى لا تستمر الحياة الزوجية معها إلا بضرر .

وذهب أحمد بن حنبل - فى رواية عنه - : إلى أن الكفاءة تكون فى الدين ، والحسب . وفى رواية أخرى أضاف الحرية ، والحرفة ، واليسار .

ويرى الشافعى : أن الكفاءة تكون فى الدين فقط .وفى رواية أخرى عنه أضاف الحرية ، والحرفة ، والحسب ، واليسار ، والعيوب الجنسية . وزاد بعض فقهاء الشافعية تقارب الزوجين فى السن .

ويرى فقهاء الحنفية : أن الكفاءة تكون فى أمور سبعة ، هى إسلام الأصول ، والحَسَب ، والحرية ، والمال (مالكا للمهر والنفقة) ، والغِنى ، والتّدَيّن (الصلاح والتقوى) ، والحرفة . وهذا هو الرأى الراجح الذى عليه العمل بالمحاكم [1] .

من له الحق فى الكفاءة

الكفاءة فى الزواج حق للزوجة ، ولوليها العاصب . ويثبت لكل منهما على حدة ، فإذا أسقط أحدهما حقه ، فلا يسقط حق الآخر إلا بإسقاطه . فإن رضيت الزوجة الزواج بغير كفء

(١) نقض جلسة ١٩٩٨/١٠/١٩ ، الطعن رقم ١٩٤لسنة ٦٤ق ، لم ينشر بعد .

لا يسقط حق وليها فى طلب فسخ الزواج لعدم الكفاءة ، وكذلك الأمر فإن رضاء الولى لا يسقط حق المرأة فى طلب فسخ العقد إذا كان الزواج بغير كفء .

والولى الذى له طلب الفسخ أو الاعتراض على الزواج عند عدم توافر الكفاءة ، هو الولى العاصب القريب ، وليس لمن يليه هذا الحق . ومن ثم فإذا أجاز الأب عقد الزواج فليس للاخوة حق الاعتراض عليه ، وإن تساوى الأولياء فى درجة القرابة كالإخوة الأشقاء مثلا ، فالراجح أن إجازة أحدهما تسقط حق الباقين فى الاعتراض ، لأنه حق لا يتجزأ .

ويرى المالكية : أن الحق فى طلب فسخ الزواج لعدم الكفاءة ، يظل قائما ما دام لم يدخل الزوج بزوجته .

بينما يرى الحنفية : أن هذا الحق ، يظل باقيا رغم الدخول إلى أن تحمل المرأة .

* * *

الفرع الخامس : الشروط القانونية لعقد الزواج

من المعروف أن الشروط القانونية لعقد الزواج ، هى قيود دعت إليها حاجة المجتمع ، وقد وردت فى القانون بغرض ترتيب بعض الآثار عليها حفاظا على حقوق أفراد الأسرة المصرية ، وتحقيقا للتوازن بين مصلحة الأفراد من ناحية ومصلحة المجتمع من ناحية أخرى . ولكنها رغم ذلك لا تعتبر ركنا من أركان عقد الزواج ، ولا شرطا من شروط انعقاده ، أو صحته ، أو نفاذه ، أو لزومه المقررة شرعا . لأن المشرع الوضعى : لا يملك إنشاء حكم دينى يحلل به حراما ، أو يحرم حلالا . ومن ثم فلا يترتب على مخالفتها أى حكم شرعى ، ولكن يترتب عليها فقط جزاء قانونى ، هو عدم قبول الدعوى إذا ما رفع النزاع إلى المحكمة وأنكر أحد الزوجين هذا الزواج .

فقد نصت المادة ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه :

" لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ستة عشرة سنة ميلادية ، أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى .

ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج – فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ – ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية ، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ حسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة .

ولا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين متحدى الطائفة والملة إلا إذا كانت شريعتهما تجيزه " .

يقصد بالدعاوى الناشئة عن عقد الزواج ، هى تلك الدعاوى التى تتضمن منازعة فى مسألة متعلقة بالآثار التى يرتبها عقد الزواج ومنها دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة [1] ، والطلاق والفسخ والنفقات والمتعة والمهر.

ومما يجدر الإشارة إليه فى هذا المقام ، أنه لا يسرى قيد عدم القبول المنصوص عليه فى المادة ١٧ سالفة البيان على دعاوى النسب ، إذ يختلف حكمها عن دعوى الزوجية وباقى الحقوق الأخرى المترتبة عليها . فتقبل الدعوى فى النسب ولو كان الزواج عرفيا سواء دُوِّن أم لم يدوَّن فى أى ورقة ، أو كان سن أحد الزوجين أو كليهما يقل عن السن المحدد قانونا . وذلك لتعلقة بحق الله سبحانه وتعالى ، وكذلك حق المولود .

ويستفاد من نص المادة ١٧ سالفة الذكر ، أنها قد اشترطت لقبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج عدة شروط منها ما يتعلق بسن الزوجين ، وبعضها يتصل بتوثيق الزواج ، والباقى بشأن الزواج بين غير المسلمين . وذلك على التفصيل التالى :

أولاً : سن الزوجين

اشترطت المادة ١٧ المشار إليها سلفا ، ألا يقل سن الزوجة عن ستة عشرة سنة ميلادية ، وألا يقل سن الزوج عن ثمانى عشرة سنة ميلادية . والعبرة بهذا السن وقت رفع الدعوى . لا فرق فى ذلك بين النزاع بينهما بشأن الزوجية أو غيرها من الحقوق الأخرى المترتبة عليها أو الناشئة عن عقد الزواج .

أما سن الزوجين وقت الزواج ، فلم ينظمه المشرع بقواعد خاصة ، وبالتالى يسرى بشأنه أرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة عملا بالمادة الثالثة من مواد إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ .

ويلاحظ فى هذا الشأن أن لائحة المأذونين الصدرة بقرار وزير العدل المؤرخ ٤ يناير سنة ١٩٥٥ وكذا لائحة الموثقين المنتدبين الصادرة بقرار وزير العدل المؤرخ ٢٦ من ديسمبر سنة ١٩٥٥ والمعدلتين بقرار وزير العدل رقم ١٧٢٧ لسنة ٢٠٠٠ قد اشترطت لتوثيق عقد الزواج

(١) نقض جلسة ١٩٩٦/٥/٢٠، الطعن رقم ٢٢٥لسنة ٦٢ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة٤٧ ، ص٨٣٢.

أو المصادقة على زواج سابق ، أن يكون سن الزوج ثمانى عشرة سنة ميلادية ، وسن الزوجة ست عشرة سنة ميلادية وقت العقد . ولا يترتب على مخالفة ذلك أى حكم شرعى طالما كان الزواج مستوفيا لكافة أركانه وشروطه الشرعية ، ولكن يترتب على مخالفته جزاء قانونى ، هو عدم قبول الدعوى إذا ما رفع النزاع إلى المحكمة سواء كان الزواج معترفا به من الزوجين أو أنكره أحدهما . كما يترتب عليه أيضا محاسبة المأذون أو الموثق المنتدب إداريا لمخالفته القرارا الوزارى المعمول به فى هذا الخصوص .

ويعتمد الموثق فى معرفة سن الزوجين على شهادة ميلادهما ، فإذا تعذر الحصول عليها لأى سبب ، فلابد من إحضار شهادة رسمية صادرة من طبيب مختص بتحريرها ، وتلصق عليها صورة طالب الزواج ، ويوقع على الصورة والشهادة الرسمية من الطبيب الذى أصدرها ، وتختم بخاتم الجهة التابع لها الطبيب ، ويثبت فيها السن ، ويوضح بها تاريخ الميلاد الاعتبارى ، وتبصم الشهادة بإبهام اليد اليمنى لطالب الزواج . وعلى الموثق التأكد من استيفاء الشهادة الرسمية لبياناتها سالفة البيان ، ولا يغنى عنها أى ورقة رسمية أخرى ، إلا إذا كان طالب الزواج بحال تؤكد بلوغه السن القانونية للزواج .

ثانيًا : توثيق عقد الزواج

يستفاد من نص المادة ١٧ سالفة البيان ، أن عدم قبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، يكون فقط فى حالة إنكار الزوجية .

أما إذا كانت الزوجية معترفا بها ، وأقرها الزوجان فى مجلس القضاء ، وكانت غير ثابتة بأى كتابة ، فإن دعوى الزوجية تكون مقبولة شأنها فى ذلك شأن الزوجية الثابتة فى وثيقة رسمية ، ما دام هذا الزواج قد استوفى باقى أركانه وشروطه الشرعية التى يراعيها الموثق فى عقد الزواج المحرر بمعرفته ، لا فرق بينهما على الإطلاق .

وفى الوقائع السابقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١م ، فإنها لا تخضع لقيد الإثبات فى وثيقة رسمية ، أو أن يكون الزواج ثابتا بأى كتابة ، لأن التوثيق لم يكن ضروريا قبل هذا التاريخ . وبالتالى أعفى المشرع هؤلاء الأزواج من قيد التوثيق المذكور .

ولا يسرى هذا القيد على دعاوى النسب وذلك لتعلقة بحق الله سبحانه وتعالى ، وكذلك حق المولود . على النحو المذكور آنفا .

وقد اشترطت المادة ١٧ سالفة الذكر ، أن يكون الزواج ثابتا فى أى ورقة رسمية سواء أكانت هذه الورقة وثيقة الزواج أو غيرها من الأوراق الرسمية الأخرى التى يتدخل موظف عام فى تحريرها أو إثبات مضمونها ، كمحضر الشرطة أوالمحررات العرفية الموثقة لدى مكاتب التوثيق أو السفارات والقنصليات فى الخارج . وقد رتب المشرع جزاء على مخالفة هذا الشرط هو عدم قبول الدعوى عند إنكار الزوجية .

ووثيقة الزواج الرسمية ، هى التى تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته بتوثيق وإثبات عقود الزواج ، والموظف المختص بتوثيق عقود الزواج . هوالمأذون إذا كان الزواج بين مسلمين وطنيين وتم الزواج فى مصر ، أو مكتب الشهر العقارى عند زواج المسلم بالكتابية أو كان أحد الزوجين أجنبيا وقت الزواج ، أوالقنصل فى سفارات مصر بالخارج إذا انعقد الزواج خارج الإقليم المصرى .

ولم يكتف المشرع بالشرط السابق الخاص بإثبات الزواج ، بل أورد حكما بمقتضاه تستطيع الزوجة التى لم يوثق عقد زواجها فى محرر رسمى ، أن تطلب التطليق من المحكمة المختصة إذا كان الزواج ثابتا بأى كتابة سواء أكانت موثقة أو غير موثقة .

والغرض من نص المادة ١٧ سالفة البيان ، كما ورد فى المذكرة الإيضاحية تعليقا عليها من أنه :

" يفتح بهذا الحكم المستحدث بابا للرحمة بالزوجات اللاتى وقعن فى مشكلة الزواج العرفى ولا يجدن مخرجا منه ، بسبب عدم سماع دعوى الزوجية المستندة إليه ، فأتاح لهن سماع دعواهن بطلب التطليق ، وواجه بذلك أمرا واقعا فيه إعنات المرأة يتمثل فى تعليقها على ذمة زوج عقد عليها بزواج عرفى ثم هجرها وأهملها أو غاب عنها إلى حيث لا تعلم ولا تجد فكاكا من وصمة مثل هذا الزواج ، فيجوز لها رفع دعوى التطليق عليه وتسمع دعواها هذه إذا كان زواجها ثابتا بأى كتابة ، وفى هذا الأمر عدل ، وفيه تصفية لمثل هذه الأوضاع المجحفة بالمرأة . وغنى عن البيان أن الحكم بالتطليق فى مثل هذه الحالات لا يترتب عليه سوى إنهاء رابطة الزواج العرفى بما يحرر الزوجة منه ، ويفتح لها آفاق الدخول فى زوجية شرعية موثقة ، ولا يترتب على ذلك الحكم بالتطليق ما يترتب من الآثار الأخرى للحكم بالتطليق فى زواج رسمى موثق " .

ومن ثم فإن الزواج غير المكتوب ، لا يتمتع صاحبه بأى حقوق من الحقوق المترتبة أو الناشئة عن عقد الزواج سوى الحق فى إنهاء عقد الزواج بالطلاق .لأنه قد أضاع حقوقه بيده نتيجة عدم كتابة هذا الزواج فى أى ورقة وبالتالى فلا يلومن إلا نفسه.

وحسنا فعل المشرع عندما تخلص من شرط أن يكون الزواج ثابتا فى وثيقة زواج رسمية عملا بما كانت تقضى به المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قبل إلغائها [١] .

* * *

(١) تنص المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على أنه :

" لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ أفرنكية سواء أكانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها

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

ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيرهما فى الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ الإفرنكية إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك

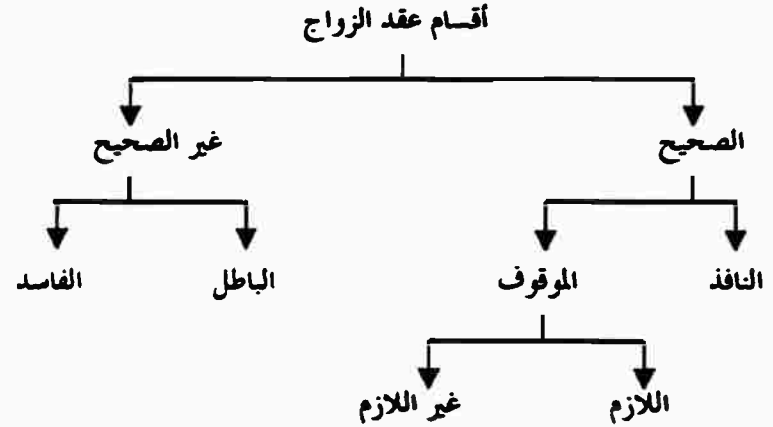
ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١

ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كان سن الزوجة تقل عن ستة عشرة سنة هجرية أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة هجرية إلا بأمر منا ....."

الفصل الثالث

أقسام الزواج

ينقسم الزواج من حيث آثاره إلى : صحيح ، وغير صحيح . والزواج الصحيح ، قد يكون موقوفا أو نافذا ، والزواج النافذ ، إما أن يكون لازما أو غير لازم . أما الزواج غير الصحيح ، فقد يكون باطلا أو فاسدا . ونوضح ذلك بالبيان التالى :



أولاً : الزواج الصحيح

الزواج الصحيح ، هو الزواج الذى استوفى جميع أركانه وشروطه ، وينقسم إلى : الزواج النافذ ، والزواج الموقوف .

١ـ الزواج النافذ

الزواج النافذ ، هو الزواج الذى استوفى جميع أركانه وشروط انعقاده وصحته ونفاذه . وينقسم من حيث توافر شروط لزومه إلى :

(أ) الزواج اللازم (التام)

الزواج التام ، هو الزواج الذى استوفى جميع أركانه وشروط انعقاده ، وصحته ، ونفاذه ، ولزومه . وهو الوضع الأمثل للزواج ، ولذلك سمى بالزواج التام .

وهذا الزواج يترتب عليه جميع آثار الزواج . وهى حقوق كل زوج قِبل الآخر ، وكذلك الحقوق المشتركة بينهما . فيثبت به حِل الاستمتاع ، والمهر ، والطاعة ، والنفقة ، والعدة ، ونسب الأولاد ، وحرمة المصاهرة ، والتوارث .

(ب) الزواج غير اللازم (الجائز)

الزواج الجائز ، هو الزواج الذى استوفى جميع أركانه وشروط انعقاده وصحته ونفاذه ، ولكنه فقد شرطا من شروط اللزوم . مثل زواج البالغة العاقلة نفسها واشترطت الكفاءة ثم تبين أنه غير كفء ، أو إذا زوجت نفسها من غير رضاء وليها وكان الزواج من كفء ولكن بأقل من مهر المثل .

وهذا الزواج حكمه هو نفس حكم الزواج اللازم من حيث ترتيب جميع آثار الزواج ، إلا أنه فى غير اللازم يثبت حق فسخه أو الاعتراض عليه ممن يملك هذا الحق .

٢ـ الزواج الموقوف (غير النافذ)

الزواج الموقوف ، هو الزواج الذى استوفى أركانه وشروط انعقاده وصحته . ولكنه فقد شرطا من شروط نفاذه . مثل زواج الولى البعيد مثل (الأخ) مع وجود الولى القريب وهو (الأب) ، وتزويج الفُضولى لكامل الأهلية .

وهذا الزواج ينعقد صحيحا ، ولكن لا يترتب عليه آثاره قبل إجازته ممن له الحق فى الإجازة ، فإن أجازه أصبح نافذا ، وإن لم يجزه صار باطلا . وإذا حدث دخول قبل الإجازة كان معصية ، ولكن تترتب عليه الآثار التى تترتب على الدخول فى الزواج الفاسد ، وهى وجوب العدة ، ومهر المثل ، وثبوت نسب الولد ، وحرمة المصاهرة .

أما الخَلْوَة الشرعية فى هذا الزواج فلا يترتب عليها أى أثر من الآثار السابقة التى تترتب على الدخول .

ثانيًا : الزواج غير الصحيح

ينقسم الزواج غير الصحيح إلى نوعين : الزواج الفاسد ، والزواج الباطل .

١ـ الزواج الباطل

الزواج الباطل ، هو الزواج الذى فقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط انعقاده . مثل الزواج المؤقت ، وزواج الصبى غير المميز والمجنون .

وهذا الزواج لا يترتب عليه أى أثر ، ويجب أن يفترق الزوجان فى الحال برضائهما ، وإلا فرق القاضى بينهما لأنه حرام . فلا يثبت به عدة ، ولا نسب ، ولا أى من حقوق الزوجية . وإن حدث دخول كان بمنزلة الزنى فيجب الحد ، ولا يثبت به حرمة المصاهرة عند الأئمة الثلاثة الشافعى ومالك وابن حنبل ، ويسقط به الحد لشبهة العقد كما يثبت به حرمة المصاهرة عند الحنفية لشبوتها عندهم بالزنى .

٢ـ الزواج الفاسد

الزواج الفاسد ، هو الزواج الذى استوفى جميع أركانه وشروط انعقاده ولكنه فقد شرطا من شروط صحة الزواج . مثل الزواج بغير شهود ، أو الزواج من المحارم دون علم بسبب التحريم .

وهذا الزواج لا يترتب عليه أى أثر قبل الدخول الحقيقى ، ويجب على الزوجين الافتراق بإرادتهما فى الحال ، وإلا فرق القاضى بينهما دفعا للمعصية .

والدعاوى التى ترفع بشأن هذا الزواج من دعاوى الحسبة [1] . وإذا حصل دخول ، فلا يترتب عليه إقامة حد الزنا لوجود الشبهة ، لقول رسول الله ﷺ : " إدرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ فى العفو خير

---

(١) نقض جلسة ١٩٩٦/٨/٥ ، الطعون أرقام ٤٧٥ ٤٧٨ ٤٨١ لسنة ٦٥ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٧ ص ١١٣٤ الجزء الثانى . وقد ورد فى هذا النقض ما يلى :

" دعاوى الحسبة – على ما جرى قضاء محكمة النقض – وفى اصطلاح الفقهاء هى فعل ما يحتسب عند الله من أمر بمعروف ظهر تركه أو نهى عن منكر ظهر فعله وهى من فروض الكفاية وتصدر عن ولاية شرعية أصلية – أو مستمدة – أضفاها الشارع على كل من أوجبها عليه وطلب منه القيام بها وذلك بالتقدم إلى القاضى بالدعوى أو الشهادة لديه أو باستعداء المحتسب أو والى المظالم "النيابة العامة" ودعوى الحسبة تكون فيما هو حق لله أو فيما كان حق الله فيه غالبا كالدعوى بإثبات الطلاق البائن أو بالتفريق بين الزوجين زواجهما فاسد أو بسبب ردة أحدهما برجوعه عن دين الإسلام وجمهور الفقهاء على عدم تقيدها بشرط الإذن أو التفويض من ولى الأمر ، وإذا ترك المسلمين الحسبة باعتبارها واجبا كفائيا أثموا جميعا بل إنها تكون فرض عين على المسلم القادر عليها إذا لم يقمها غيره فى شأن أمر لا يعلم به إلا هو ، فلا يقبل القول بانتفاء مصلحة رافع هذه الدعوى طالما تحققت شروط الحسبة لأنه مطلوب منه شرعا الاحتساب فيكون شاهدا فيها على إثباتها وقائما بالخصومة فى آن واحد ، وله ما للخصوم من حق إبداء الطلبات والدفوع وأوجه الدفاع ومتابعة السير فى الدعوى حتى ينحسم النزاع الدعاوى التى ترفع دون أن يكون لرافعها مصلحة شخصية ولكنها ترفع ابتغاء وجه الله لإزالة المنكر وقد نظم دعاوى الحسبة واجراءاتها القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٦ الصادر فى ٩ رمضان سنة ١٤١٦هـ الموافق ١٩٩٦/١/٢٩ ونشر فى الجريدة الرسمية فى ١٩٩٦/١/٢٩ ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره وتنظيم هذا القانون لدعوى الحسبة يعد إقرارا من المشرع بوجودها ولا يغير من هذا النظر أن القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ المعدل لنص المادة الثالثة من قانون المرافعات قد اشترط فى المادة الأول منه لقبول الدعوى أن يكون لرافعها مصلحة شخصية ومباشرة وقانونية يقرها القانون ، وقد اعتبر المصلحة من النظام العام وأوجب على جميع المحاكم بما فى ذلك محكمة النقض أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى إذا لم تتوافر شروط المصلحة فيمن أقامها" .

من أن يخطئ فى العقوبة " . ويجب على القاضى تعزير الزوجين أى تأديبهما بما يراه حتى لا تتفشى المفاسد بين المسلمين [1] ، ولكن يترتب على هذا الزواج وجوب مهر المثل ، وثبوت نسب الأولاد ، وعدّة الطلاق حتى فى حالة وفاة الزوج . كما تثبت به حرمة المصاهرة ، ولا تثبت به النفقة ، ولا الطاعة ، ولا التوارث .

* * *

مبادئ محكمة النقض

١ ـ الزواج الصحيح ، شرطه أن تكون المرأة محلا لعقد الزواج بالنسبة لمن يريد زواجها ، وأن يحضر زواجهما شاهدان ، زنا الزوجة وإن ثبت لا أثر له فى حلها لزوجها ، ولا يحرمها عليه ولا يبطل عقد زواجهما الذى تم صحيحا .

* نقض جلسة١٩٩١/١/١٥ ، الطعن رقم ١١٤لسنة٥٨ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة٤٢ص٢٠٢ ، العدد الأول .

٢ ـ الزواج الذى لا يحضره شهود ، زواج فاسد ، يثبت به النسب ، شرط ذلك ، أن يكون الزواج ثابتا بالفراش أو بالإقرار أو بالبيّنة الشرعية .

* نقض جلسة١٩٧٨/٥/٣١ ، الطعن رقم ٢٥لسنة ٤٦ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٩ص١٣٧٩ ، الجزء الأول .

٣ ـ الزواج الذى لا يحضره شهود هو زواج فاسد ، وبالدخول الحقيقى تترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها النسب .

* نقض جلسة١٩٦٦/١٢/٧ ، الطعن رقم ١٤لسنة ٣٣ق٠ ، مجموعة المكتب الفنى السنة ص١٨٤٧ .

٤ ـ من المقرر شرعا أن الوعد والاستيعاد لا ينعقد بهما زواج ، علة ذلك ، أن الزواج لا يصح تعليقه على شرط أو إضافته إلى مستقبل .

* نقض جلسة١٩٩٧/٦/٢٤ ، الطعن رقم ١٩٤لسنة ٦٣ق ، لم ينشر بعد .

---

(١) قليوبى وعميرة الجزء الثالث ص ٢٢٢

* نقـض جلسة١٩٧٨/٥/٣١ ، الطعن رقم ٢٥لسنة ٤٦ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٩ص١٣٧٩ ، الجزء الأول .

* نقـض جلسة١٩٦٢/١/١٧ ، الطعن رقم ١٠لسنة ٢٩ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ١٣ص٧٢ .

٥ ـ زواج المعتوه بنفسه أو بوليه الأبعد ، يكون موقوفا على إجازة الولى صاحب الحق فى الإجازة ، فإن أجازه نفذ وإلا بطل ، لأنه أقدر الناس معرفة بالمصلحة الحقيقية لمن هو فى ولاينه . وتثبت الإجازة بالصريح وبالضرورة وبالدلالة قولا أو فعلا .

* نقض جلسة١٩٧٣/٢/١٤ ، الطعن رقم ٧لسنة٣٩ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٤ص٢٥١ .

٦ ـ من شروط صحة الزواج ، محلية المرأة ، وألا يقوم بها سبب من أسباب التحريم ، ومنها الجمع بين الأختين .

* نقض جلسة١٩٦٥/٤/٢٨ ، الطعن رقم ٢لسنة٣٣ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ١٦ص٥١٥ .

٧ ـ من المقرر فى فقه الأحناف أنه لكى يكون الزواج صحيحا ، له وجود يحترمه الشارع ، ويترتب عليه آثاره الشرعية ، أن تكون المرأة محلا لعقد الزواج عليها بالنسبة لمن يريد زواجها ، وأن يحضر زواجهما شاهدان . زنا الزوجة وإن ثبت ، لا يؤثر فى محليتها لزوجها . ولا يحرمها عليه ، كما أنه لا يبطل العقد .

* نقض جلسة١٩٩١/١/١٥ ، الطعن رقم ١١٤لسنة ٥٨ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٢ ص ، ٧٨ الجزء الأول .

* نقض جلسة١٩٩١/٥/٥ ، الطعن رقم ٢١٤٩ لسنة ٥٣ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة٤٢ ص٦٧٩ ، الجزء الأول .

٨ـ الإياس هو عند جمهور الفقهاء هو بلوغ المرأة خمس وخمسون سنة وعليه الفتوى ، وقيل خمسون سنة ، وفى ظاهر الرواية لا تقدير فيه ، أو أن تبلغ المرأة من السن ما لا تحيض مثلها فيه ،

ويعرف ذلك بالاجتهاد والمماثلة فى تركيب البدن والسمن والهزال ، والقول قولها قياسا على قبول قولها بالبلوغ بعد الصغر ، لاتحادهما فى العلة وهو الحيض الذى لا يعرف إلا من جهتها .

* نقض جلسة ١٩٦٢/٥/٢٣ ، الطعن رقم ٣٩ لسنة ٢٩ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ١٣ ص٦٦٢ .

٩- الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده ، بشرط ألا يكذبه ظاهر الحال .

* نقض جلسة١٩٩٦/١٢/٣٠ ، الطعن رقم ٤٦ لسنة ٦٢ ق ، لم ينشر بعد .

١٠- تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها وسلطة الترجيح بين البينات واستظهار واقع الحال فيها هو مما تستقل به محكمة الموضوع طالما لم تخرج عن مدلولها .

* نقض جلسة ٢/١٦ / ١٩٩٣ ، الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٥٩ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٤ ص ٦٠٩ .

* نقض جلسة ٢/١٦ /١٩٩٣ ، الطعن رقم٣٤ لسنة ٦٠ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٤ ص٦١٧ .

* نقض جلسة ٢/٢٣ /١٩٩٣ ، الطعن رقم ٦٨ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٤ ص ٧٠٩ .

* نقض جلسة١٩٩٧/١٢/٢٣ ، الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٦٣ق ، لم ينشر بعد .

١١- لا يجوز للشاهد أن يشهد بشىء لم يشاهده بنفسه عيانا أو سماعا . وأن من يشهد بالنكاح وإن لم يعاينه مشروط بأن يشتهر عنه ذلك بأحد نوعى الشهرة الحقيقية أو الحكمية - على القول الراجح فى المذهب الحنفى وهو قول الصاحبين - فلا يجوز أن يكون مصدر الشهادة مدعى النكاح نفسه ، أو وليد استشهاده .

* نقض جلسة ١٩٩٧/٢/٢٤ ، الطعن رقم ٦٢لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .

١٢- الشهادة على الزواج فى المذهب الحنفى ، شرط صحتها ، ألا يكون مصدرها مدعى النكاح نفسه ، أو إخبار منه ، أو وليد استشهاده .

* نقض جلسة ١٩٧٧/١٠/٢٦ ، الطعن رقم ١ لسنة ٤٦ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٨ ص١٥٨٣ ، الجزء الثانى .

١٣ـ العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلا شرعيا على قيام الزوجية والفراش .

* نقـض جلسة١٩٧٧/١٠/٢٦ ، الطعن رقم ١لسنة ٤٦ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٨ص١٥٨٣ ، الجزء الثانى .

* نقـض جلسة١٩٧٦/١٢/٢٩ ، الطعن رقم ٣ لسنة ٤٥ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ص١٨٣٤ ، المجلد الثانى .

١٤ ـ نصاب الشهادة وفقا للراجح فى المذهب الحنفى ، رجلان عدلان ، أو رجل وامرأتان عدول .

* نقـض جلسة١٩٩٠/٦/١٦ ، الطعن رقم ٢٦لسنة ٥٨ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤١ص ١٥٢ . الجزء الأول .

* نقـض جلسة١٩٨٣/٦/٢٨ ، الطعن رقم ٥٠لسنة ٥٢ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٤ص١٤٩٥ ، الجزء الثانى .

* نقض جلسة١٩٩٦/١٢/٣٠ ، الطعن رقم ١٠٢لسنة ٦٣ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ١٩٩٧/٢/٢٤ ، الطعن رقم ٦٢ لسنة ٦٣ق ، لم ينشر بعد .

١٥ ـ إختلاف الشاهدين فى زمان ومكان النكاح ، مانع فى الأصل من قبول شهادتهما ، إلا أن العبرة فى الأخذ بالشهادة أو إطراحها هو بالمعنى لا باللفظ ، فليس بشرط أن يحدد الشاهدان الزمان والمكان بألفاظ واحدة ، بل يكفى أن تتطابق جماع أقوالهما على قيام فراش صحيح بين الزوجين ، ولا يؤثر فى شهادتهما ، ما قرره أولهما من تحديد يومه ، وإغفال الآخر هذا التحديد طالما اتفقت أقوالهما على حصول العقد بمجلس بعينه .

* نقـض جلسة ١٩٧٧/١٢/٧ ، الطعن رقم ٦لسنة ٤٦ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٨ص١٧٦٤ ، الجزء الثانى .

١٦ ـ من المقرر فى فقه الأحناف ، أنه إذا أقام المدعى البيّنة على دعواه ، ثم طلب المدعَى عليه بعد ذلك يمينه ، على أنه مُحق فى دعواه ، أو أن الشهود مُحقون فى الشهادة ، فلا يجاب إلى طلبه ، لأن اليمين حق للمدعِى على المدعَى عليه ، لقول رسول الله ﷺ : " البَيِّنَة على من ادعَى، واليمين على من أنكر " . فحق طلب اليمين لا يستوفى إلا بطلب المدعِى إذا عجز عن إقامة البيّنة . لقول رسول الله ﷺ فى قضية الحضرمى والكندى : ألكَ بيّنة ؟ قال : لا ، فقال صلى الله عليه وسلم : لك بيمينك .

١٧ ـ الشهادة إخبار صدق لإثبات حق ، وهى حجة لها قوة الإظهار ، لأنها كلام من ليس بخصم ، فى حين أن اليمين لا تصلح حجة مظهرة للحق . إلا أنها حجة للمدعى عليه إذا وجهها له المدعى الذى لا بيّنة له . إذ أنه فى هذه الحالة يكون الظاهر مع المدعى عليه فتكون يمينه حجة على المدعى الذى لم يثبت خلاف الظاهر . لذا ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يجوز اللجوء إلى اليمين إذا كان للمدعى بيّنة حاضرة .

* نقض جلسة ١٩٩٧/٥/٢٦ ،الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٦٣ق ، لم ينشر بعد .

١٨ ـ دعاوى الحسبة ـ على ما جرى قضاء محكمة النقض ـ وفى اصطلاح الفقهاء هى فعل ما يحتسب عند الله من أمر بمعروف ظهر تركه ، أو نهى عن منكر ظهر فعله . وهى من فروض الكفاية وتصدر عن ولاية شرعية أصلية ـ أو مستمدة ـ أضفاها الشارع على كل من أوجبها عليه وطلب منه القيام بها ، وذلك بالتقدم إلى القاضى بالدعوى أو الشهادة لديه أو باستعداء المحتسب أو والى المظالم "النيابة العامة" ودعوى الحسبة تكون فيما هو حق لله أو فيما كان حق الله فيه غالبا كالدعوى بإثبات الطلاق البائن أو بالتفريق بين الزوجين زواجهما فاسد أو بسبب ردة أحدهما برجوعه عن دين الإسلام ، وجمهور الفقهاء على عدم تقيدها بشرط الإذن أو التفويض من ولى الأمر . وإذا ترك المسلمين الحسبة باعتبارها واجبا كفائيا أثموا جميعا ، بل إنها تكون فرض عين على المسلم القادر عليها إذا لم يقمها غيره فى شأن أمر لا يعلم به إلا هو ، فلا يقبل القول بانتفاء مصلحة رافع هذه الدعوى طالما تحققت شروط الحسبة ، لأنه مطلوب منه شرعا الاحتساب ، فيكون شاهدا فيها على إثباتها وقائما بالخصومة فى آن واحد ، وله ما للخصوم من حق إبداء الطلبات والدفوع وأوجه الدفاع ومتابعة السير فى الدعوى حتى ينحسم النزاع .الدعاوى التى ترفع دون أن يكون لرافعها مصلحة شخصية . ولكنها ترفع ابتغاء وجه الله لإزالة المنكر . وقد نظم دعاوى الحسبة واجراءاتها القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٦ الصادر فى ٩ رمضان سنة ١٤١٦ هـ الموافق ١٩٩٦/١/٢٩ ونشر فى الجريدة الرسمية فى ١٩٩٦/١/٢٩ ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره . وتنظيم هذا القانون لدعوى الحسبة يعد إقرارا من المشرع بوجودها ، ولا يغير من هذا النظر أن القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ المعدل لنص المادة الثالثة من قانون المرافعات قد اشترط فى المادة الأولى منه لقبول الدعوى أن يكون لرافعها مصلحة شخصية ومباشرة وقانونية يقرها القانون . وقد اعتبر المصلحة من النظام العام وأوجب على جميع المحاكم بما فى ذلك محكمة النقض أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى إذا لم تتوافر شروط المصلحة فيمن أقامها .

* نقض جلسة ٥/ ٨ /١٩٩٦ ، الطعون أرقام ٤٧٥ ، ٤٧٨ ، ٤٨١ لسنة ٦٥ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٧ ص ١١٣٤ ، الجزء الثانى .

* * *

الفصل الرابع

المحرمات فى الزواج

حرّم الله سبحانه وتعالى على الإنسان الزواج من بعض النساء ، فلا يحل للرجل الزواج منهن . وبعضهن جاءت حُرمتهن على وجه التأبيد ؛ أى لا يتغير هذا التحريم فى أى وقت من الأوقات بل يظل باقيا إلى الأبد ؛ والأخريات حرم الله الزواج منهن مؤقتا ، أى لوصف معين فيهن قابل للزوال والتغيير ، إن بقى هذا الوصف بقى التحريم ، وإن زال زال التحريم وحل الزواج بهن .

الفرع الأول : المحرمات حرمة مؤبدة

يحرم على الإنسان الزواج من بعض النساء مطلقا لوصف فيهن لا يزول ولا يتغير أبد الدهر ، وتنحصر أسباب هذه الحرمة المؤبدة فى النسب ، والمصاهرة ، والرضاع .

أولاً : التحريم المؤبد بسبب النسب

النسب فى اللغة [1] هو القرابة ، ويقصد به فى هذا الخصوص ، القرابة القوية جدا التى لا تتغير أبدا ، ويقال لها قرابة الرحم المحرم . والزواج منه محرم حرمة أبدية ، أى أن صاحبها يحرم عليه الزواج من هذا القريب مطلقا . والمحرمات مؤبدا بسبب النسب أربع شُعَب هى :

١ـ أصول الرجل من النساء وإن علون

والأصول من النساء ، هو كل امرأة كان الرجل جزءٌ منها ، أو أصلا لهذا الجزء مثل أمه ، وجداته لأمه ، وجداته لأبيه وهكذا . ودليل تحريمهن ، قول الله سبحانه وتعالى فى آيات التحريم : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ . وهذه الآية حَرَّمت الأم صراحة ، أما تحريم الجدات وإن علون

(١) المعجم الوجيز، ص٦١٢ .

فثبت بالإجماع ودلالة النص . لأن لفظ الأم يطلق عليها وعلي أصلها ، كما أن الله حرّم العمة والخالة وهن أولاد الجدات فمن باب أولى تُحَرّم الجدات .

٢ـ فروع الرجل من النساء وإن نزلن

الفروع من النساء ، هو كل فرع يكون جزءً من الرجل ، أو فرعا لهذا الجزء مثل بنته ، وبنت ابنه ، وبنت بنته وهكذا . فيحرم الزواج منهن ، ودليل تحريمهن ، قوله الله تبارك وتعالى فى آيات التحريم : ﴿ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ . وهذه الآية حرمت البنت صراحة ، أما بنات الإبن وبنات البنت فقد ثبت تحريمهن أيضا بالإجماع ودلالة النص . لأن الله حرم بنات الأخ وبنات الأخت صراحة . ولا شك ، أن بنات الأولاد ذكورا وإناثا وإن نزلن ، أقوى قرابة ، فيكون تحريمهن من باب أولى .

٣ ـ فروع أبويه من النساء وإن نزلن

يحرم الزواج من فروع الأبوين من النساء ، مثل الأخوات جميعا سواء شقيقات ، أو لأب ، أو لأم ، وكذلك بنات الإخوة الذكور والإناث ، وبنات أبناء الإخوة والأخوات وفروعهم مهما بعدت الدرجة . لقوله تعالى فى آيات التحريم : ﴿ وَأَخَوَاتُكُمْ ﴾ ، ﴿ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ ﴾ .

٤ ـ الفروع المباشرة للأجداد والجدات

يحرم الزواج من فروع الأجداد والجدات المباشرين ، مثل العمات والخالات لقوله تعالى فى آيات التحريم : ﴿ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاَتُكُمْ ﴾ . أما بنات كل منهما ، وكذلك بنات الأعمام والأخوال ، فلا حرمة فى الزواج بهن .

الحكمة من التحريم

١ـ أجمعت الشرائع السماوية على تحريم الزواج ممن ذكروا ، لأن الزواج أساسه المُتعة ، واللذة ، وقضاء الشهوة البهيمية ، وهذا يتنافى مع طبيعة العلاقة التى تربط الرجل بهؤلاء المحرمات ، والتى يجب أن تقوم على التعظيم والاحترام والألفة .

٢ـ أثبتت التجارب العلمية ، أن الزواج من الأقارب ينتج عنه نسلا ضعيفا . ولذلك حرم الزواج من أقرب الأقارب للرجل لتقوية النسل .

٣ـ الزواج من هؤلاء يترتب عليه عدم الانفراد بهن ، وقد يؤدى ذلك إلى البعد وعدم المودة ، مما يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء التى تحث على صلة الرحم .

ثانيًا : التحريم المؤبد بسبب المصاهرة

المصاهرة فى اللغة[١] هى القرابة بالزواج .

وفى اصطلاح الفقهاء ، هى تلك القرابة التى تنشأ نتيجة للزواج . ويحرم بسبب المصاهرة حرمة مؤبدة أربع أصناف هى :

١ـ زوجة الأصل وإن علا

الأصل فى اللغة[٢] ، هو الأساس الذى يقوم عليه الشىء ، ومنشؤه الذى ينبت منه . وهو الأب والجد ، سواء أكان الجد من جهة الأب أو من جهة الأم ، فيحرم الزواج بزوجة الأصل ، سواء دخل الأصل بها أم لم يدخل ، فيثبت التحريم بمجرد العقد عليها لقوله تعالى : ﴿ وَلاَ تَنكِحُوا ما نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلاً ﴾ [٣] . والمقصود بالآباء فى الآية الكريمة ، هم الآباء والأجداد وإن علون على النحو المذكور سلفا

٢ ـ زوجة الفرع وإن نزل

الفرع ، هو كل ما يولد أو يتولد من الشىء ، وهو الابن وابنه ، وابن البنت وإن نزلوا ، ويحرم الزواج بزوجة الفرع بمجرد العقد عليها ، لقوله تعالى فى آيات التحريم : ﴿ وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمْ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ ﴾[٤] . والحليلة هى الزوجة، وقد حرم النص الزواج من زوجة الفرع سواء نسبا أو رضاعة . أما أصول زوجة الفرع ، فغير محرمات ، ويحل الزواج منهن .

٣ـ أصول الزوجة من النساء وإن علون

أصول الزوجة من النساء ، مثل أمها وجدتها وإن علت ، سواء أكانت من جهة الأب أم من جهة الأم . ويحرم الزواج بهن بمجرد العقد على الزوجة ، لقوله سبحانه وتعالى فى آيات

(١) المعجم الوجيز، ص٥٢٧ .
(٢) المعجم الوسيط ، ص٢٠ .
(٣) سورة النساء ، الآية رقم ٢٢ .
(٤) سورة النساء ، الآية رقم ٢٣ .

التحريم : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾ . ولقول رسول الله ﷺ : " أيما رجل نكح امرأة فدخل بها أو لم يدخل ماتت عنده فلا تحل له أمها " [1].

٤ ـ فروع الزوجة من النساء وإن نزلن بشرط الدخول بالزوجة دخولا حقيقيا

فروع الزوجة من النساء ، هن بناتها وبنات أبنائها وبنات بناتها . ولا يحرم الزواج بهن بالعقد على الزوجة فقط ، وإنما بالدخول بها . لقوله تعالى فى آيات التحريم : ﴿ وَرَبَائِبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾[2]. والربيبة هى بنت الزوجة .

والحكمة فى التفرقة بين تحريم الزواج من أم الزوجة وبنتها ، فاشترط لتحريم البنت الدخول بالأم ، واكتفى بالعقد على البنت لتحريم أمها ، لأنه إذا طلق الرجل البنت قبل الدخول بها وتزوج أمها ، فإن ذلك يشعل نار الغيرة والعداوة فى قلب البنت ، وليس لديها من دواعى المحبة ما يجعلها تؤثر أمها على نفسها بهذا الزوج . بينما فى قلب الأم بحكم فطرتها ، وفرط محبتها لبنتها ، ما يطفئ نار الغيرة فى قلبها ، مما يجعلها تؤثر بنتها على نفسها . أما إذا حدث الدخول بالأم تكون قد استوفت حظها من الزواج فتحرم به البنت . وفى هذا المعنى قال الفقهاء : " العقد على البنات يحرم الأمهات ، والدخول بالأمهات يحرم البنات " .

حكمة التحريم

المصاهرة كالنسب ، تجعل هناك رابطة بين الرجل وأصول وفروع زوجاته من النساء ، تبيح له الاختلاط بهن والاجتماع معهن فى مكان واحد ، فلو أبيح له الزواج منهن ، لكان فى ذلك مجال للطمع فيهن ، والتطلع إليهن ، مما يدعو إلى الفساد وهدم الأسر ، وهذا ما يأباه الإسلام الحنيف .

التحريم بسبب الزنى

اختلف الفقهاء بشأن حرمة المصاهرة بسبب الزنى إلى رأيين :

أولهما الأحناف ، فيرون أن الزنى يحرم به ما يحرم من القرابة الحقيقية ، وأن أساس التحريم هو الوطء بصفة عامة ، سواء أكان فى نكاح صحيح ، أو نكاح فاسد ، أو وطء بشبهة ، فلو زنا

(١) بداية المجتهد ، ص ٣٤ .

(٢) سورة النساء ، الآية رقم ٢٣ .

رجل بامرأة حرمت مؤبدا هذه المرأة على أصول الرجل وفروعه ، كما يحرم الرجل على أصول المرأة وفروعها حرمة مؤبدة . كما يحرم على الرجل أن يتزوج ابنته من الزنى ، وكذلك بنت أخيه ، أو بنت أخته ، أو بنت ابنه من الزنى . وكذلك يحرم على المرأة الزواج من ولدها من الزنى لثبوت النسب والوراثة بينهما [1] .

واستدلوا على ذلك بما روى أن رجلا ذهب إلى رسول الله ﷺ وقال له : يا رسول الله ، إني زنيت بامرأة في الجاهلية ، هل أنكح إبنتها ؟ . فقال له ﷺ : " لا أرى ذلك ، ولا يصح أن تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها " .

والرأى الآخر هو جمهور الفقهاء (الشافعية ، والمالكية ، والحنابلة) فيذهبون إلى أن الزنى لا تثبت به حرمة المصاهرة ما عدا إبن الزنى ، فإنه يحرم عل أمه ، لأنها أمه الحقيقية ، وقد نهى الله سبحانه وتعالى عن الزواج بالأمهات [2] . كما يحرم على الرجل الزواج من ابنته من الزنا لأنها إبنه حقيقة ومخلوقة من مائه فيحرم عليه الزواج منها .

واستدلوا على مذهبهم بما روى أن رسول الله صلوات الله عليه قد سُئِل عن رجل زنى بامرأة وأراد الزواج من بنتها أو أمها فقال له ﷺ : " لا يحرم الحرام الحلال ، وإنما يحرم ما كان من نكاح " [3] .

وردوا على الحديث الذى استدل به الأحناف أنه منقطع ، فلا يحتج به ، كما أنه يدل على الكراهة وليس التحريم . ويفهم ذلك من قول رسول ﷺ الله عليه " لا أرى ذلك " . كما أن الله سبحانه وتعالى قال بعد ذكر المحرمات من النساء : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ ﴾ [4] . ولم تُذكر المزنى بها ضمن المحرمات ، فتدخل فى عموم النص ، ويثبت حل الزواج بها .

وقد جرى العمل بالمحاكم على مذهب الأحناف ، المنتهى إلى أن الزنى يحرم به ما يحرم من القرابة الحقيقية .

---

(١) قليوبى وعميرة ، الجزء الثالث ، ص ٢٤١ .

(٢) كتاب الأم للإمام الشافعى ، الجزء الخامس ، ص ٣٢ .

(٣) نيل الأوطار للشوكانى ، الجزء السادس ، ص ٣٤٥ .

(٤) سورة النساء ، الآية رقم ٢٤ .

حُكم اللمس والنظرة بشهوة

وهو التمتع بالمرأة فيما دون الوطء ، مثل التقبيل واللمس والنظر بشهوة .

فيرى الأحناف ، أن التمتع الناقص يأخذ حكم التمتع الكامل ، فيترتب عليهما حرمة المصاهرة ، وتشددوا فى ذلك وقالوا : بتحريم الزوجة على زوجها إذا مس الزوج يد أمها بشهوة ، أو إذا مس يد إبنتها بشهوة [1] .

بينما قال جمهور الفقهاء ، أن التمتع الكامل هو السبب الذى تترتب عليه حرمة المصاهرة ، أما ما عداه فلا يترتب عليه ذات الحرمة ، أى أنهم يرون أن اللمس والنظرة بشهوة لا تترتب عليهما حرمة المصاهرة ، واستدلوا على ذلك بقول الله تبارك وتعالى : ﴿ وَرَبَائِبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ [2]. فالتحريم عندهم سببه الدخول الحقيقى وليس بمقدماته مثل التقبيل أو اللمس بشهوة .

ثالثاً : التحريم المؤبد بسبب الرضاع

الرضاع هو مص الثدى أو الضرع[3] ، ويحرم من الرضاع ثمانية أصناف ، هى الأصناف الأربعة للتحريم بسبب النسب ، وذلك لقول رسول الله ﷺ : " يحرم من الرضاع من يحرم من النسب " [4] . والأربعة أصناف الأخرى للتحريم بسبب المصاهرة .

ولتوضيح التحريم بسبب الرضاع ، يفترض انتزاع الرضيع من أسرته النسبية ، ووضعه هو وفروعه فقط فى أسرته الرضاعية باعتباره ابنا لمن أرضعته ولزوجها الذى دَرَّ لبنها بسببه . فيحرم من هذه القرابة الرضاعية ما يحرم من قرابة النسب ، ويستثنى من ذلك بعض الصور التى يترتب عليها الحرمة من النسب ولا يترتب عليها الحرمة من الرضاع وهى :

١ـ أم الأخت أو الأخ من الرضاع لا يحرم الزواج بهما . لأنه لا تربطه بهما أى علاقة . أما أم الأخت أو الأخ نسبا ، إما أن تكون أمّه إذا كان الأخوان شقيقين ، أو أخوان لأم . أو تكون زوجة لأبيه ، إذا كانا أخوان لأب . وفى الحالتين يحرم الزواج منهما ، ولا يتوافر هذا المعنى فى حالة الرضاع .

---

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام ، الجزء الثانى ، ص ٣٦٧ .

(٢) سورة النساء ، الآية رقم ٢٣.

(٣) المعجم الوسيط ، ص٣٥٠ .

(٤) نيل الأوطار للشوكانى ، الجزء السادس ص٣١٧ . وصحيح البخارى ، الجزء السادس ص١٢٥ .

٢ـ أخت الإبن أو البنت من الرضاع ، لا يحرم الزواج منهما . لأنه لا علاقة تربطهما بالأب . أما فى النسب فلا يخرجان عن أحد احتمالين لا ثالث لهما ، إما أن تكون بنته ، أو بنت زوجته التى دخل بها ، وفى كلتا الحالتين يحرمان نسبا .

٣ـ جدة إبنه أو بنته من الرضاع لعدم وجود علاقة تربطه بها . أما فى النسب فيحرم الزواج بها ، لأنها إما أن تكون أمّه ، أو أم زوجته ، وكلتاهما يحرم الزواج بهما .

٤ـ أخت أخيه من الرضاع الذى لم يجتمع معها على ثدى واحد ، يجوز الزواج منها ، لعدم وجود علاقة بينهما تستوجب التحريم . أما أخت الأخ الشقيق نسبا فهى إما أخت شقيقة ، أو أخت لأب ، أو أخت لأم ، فيحرم الزواج منها . أما إذا لم توجد بينهما علاقة كأن يكون أخوين لأب ، ولأحدهما أخت لأمه . أو إذا كانا أخوين لأم ولأحدهما أخت لأبيه ، فإنه لا علاقة بينه وبين أخت أخيه تحرم الزواج فى هذين المثالين ، وبالتالى فلا يوجد تحريم ، ويجوز الزواج منهما .

ويجدر الإشارة إلى أن الأب الرضاعى ، هو زوج الأم الرضاعية الذى كان سبب وجود اللبن الذى رضع منه الطفل . وهو ما يطلق عليه لبن الفحل والابن الرضاعى للرجل هو الصغير الذى رضع من زوجة هذا الرجل . ويلاحظ فى هذا الصدد أنه يجوز للرجل الزواج من أم ابنه الرضاعى ، وكلك يجوز للأم الرضاعية الزواج من أب ابنها الرضاعى .

ويحرم من الرضاع الصور الثمان الآتية :

١ ـ الأصول من الرضاع وإن عَلَوْنَ . كأمه التى أرضعته ، وأمها ، وأم أبيها ، وكذلك أم أبيه رضاعا . وذلك لقوله تعالى فى آية التحريم : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ (١).

٢ ـ الفروع من الرضاع وإن نَزَلْنَ . كبنته رضاعا وهى التى رضعت من اللبن الذى كان السبب فى وجوده، وبناتها، وكذلك الابنة الرضاعية لبنته وهى البت التى أرضعتها إبنته الصلبية.

٣ ـ فروع أبويه من الرضاع وإن نزلن . سواء كان صلتهم من جهة الأب أو من جهة الأم . فيشمل أخته الرضاعية التى أرضعتها أمه ، وفروعها ، كما يشمل أخته التى رضعت من امرأة كانت زوجة لأبيه وكان أبوه سبب هذا اللبن ، وفروعها كذلك . لقوله سبحانه فى آية التحريم : ﴿ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ ﴾ .

---

(١) سورة النساء ، الآية رقم ٢٣ .

٤ ـ الفرع المباشر للأجداد والجدات من الرضاع . سواء من جهة الأم أو من جهة الأب . وهى الخالات والعمات من الرضاع أى أخت أمه الرضاعية وأخت أبيه الرضاعى .

٥ ـ زوجة الأصل من الرضاع وإن علا . والأصل الرضاعى ، هو من كان أبا لمن أرضعته ، أو كان هو سبب اللبن الذى رضع منه .

٦ ـ زوجة الفرع من الرضاع وإن نزل . مثل زوجة ابنه الرضاعى ، أو زوجة إبن بنته الرضاعى أو زوجة ابن ابنه الرضاعى .

٧ ـ الأصول الرضاعية لزوجته . فالأم التى أرضعت زوجته ، وكذلك جدة زوجته الرضاعية يحرم عليه الزواج منهما .

٨ ـ فروع الزوجة من الرضاع إن دخل بالزوجة . فيحرم عليه بنتها رضاعا ، وحفيدتها رضاعا .

مقدار الرضاع المحرم ووقتها

بالنسبة لمقدار الرضاع المحرم ، فقال أبو حنيفة وأصحابه ، ومالك وطائفة كبيرة من التابعين والصحابة ، أن الرضاع المحرم ليس له مقدار ، فيحرم قليلا كان أو كثيرا ، ولو كان مصّة واحدة . واستدلوا على ذلك بأن النصوص الواردة بتحريم الرضاع جاءت عامة دون تخصيص بالقليل أو الكثير ، كما أن سبب التحريم هو مجرد الإرضاع ، فكلما وجد ذلك السبب وجد الحكم . فضلا عن ذلك فإن الحكمة من التحريم هو أن الرضيع يصبح جزءا ممن أرضعته ، ويتحقق ذلك فى القليل والكثير على السواء .

وقالت طائفة أخرى من التابعين ، أنه لا تحريم لأقل من ثلاث رضعات مشبعات .

وقالت طائفة ثالثة ومنها الشافعى ، وأرجح الأقوال عند الحنابلة ، أنه لا يحرم أقل من خمس رضعات ، وقال آخرون سبع رضعات ، وقيل كل رضاع أقل من عشر لا يحرم الزواج .

وقت الرضاع

يرى أبو حنيفة أن هذه المدة ثلاثون شهرا ، وذهب زفر من الأحناف أنها ثلاث سنوات . وقيل أنه ليس للرضاع المحرم مدة معينة .

ويرى الصاحبان ، والمالكية ، و الشافعية ، أن الرضاع المحرم هو ما كان فى السنتين الأولتين من حياة الطفل ، لأن القرآن الكريم والسنة المطهرة حددت هذه المدة بسنتين كاملتين لمن أراد أن يتم الرضاعة . وبالتالى فإن إرضاع الصغير الذى تجاوز العامين ، أو الكبير لا يترتب عليه أى تحريم ، ومنها إذا رضع الرجل من ثدى زوجته ، فلا تحرم عليه رضاعا .

إثبات الرضاع

إذا كان الرضاع معروف ومشهور بين الناس ، فلا يحتاج إلى ما يثبته . أما إذا كان غير ذلك فيثبت الرضاع بالبيّنة ، أو الإقرار ، ولا يثبت باليمين عند أبى حنيفة ، بينما يثبت به عند الصاحبين .

والإقرار ، هو اعتراف الشخص على نفسه بوجود الرضاع ، وهو حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره ، إلا إذا صدقه هذا الغير . فإن كان من جانب الرجل قبل الزواج ، وكذبته المرأة ، يحرم الزواج منها . وإن كان بعد الزواج ، وجب عليه المفارقة إختيارا ، وإلا أجبر بحكم القاضى . وإذا كان الإقرارقبل الدخول ، يكون للزوجة نصف المهر . وإن كان بعد الدخول ، وجب لها المهر كله ، ولها النفقة والسكنى فى العدة .

وإن كان الإقرار صادرا من جانب المرأة ، وكذبها الرجل ، وأصر على تكذيبها ، فإن كان قبل العقد فيحرم عليها الزواج منه ، أما إذا كان بعد الزواج ، فهى حلال لزوجها . لأنها تكون فى هذه الحالة متهمة فى إقرارها ، لاحتمال أن يكون الإقرار بقصد التخلص من هذا الزوج .

أما البيّنة ، فتكون بشهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين . ولا تقبل بشهادة النساء وحدهن على رأى أبى حنيفة ، بينما يرى المالكية إلى قبول شهادة النساء على الإرضاع ، بل قبل بعض المالكية شهادة امرأة واحدة إن انتشر هذا الرضاع قبل الشهادة .

والرضاع مما تقبل فيه الشهادة حسبة لوجه الله ، لما يترتب عليه من حرمة تتعلق بحق الله تعالى .

الحكمة من التحريم بسبب الرضاع

١ـ الرضاع ينبت لحم الطفل ، وينشز عظامه ، ولبن المرأة يدرّ من دمها . فإذا كانت الأم النسبية قد غذت الطفل من دمها وهو فى بطنها ، فإن الأم الرضاعية غذته من دمها بعد ولادته ، وبالتالى تصبح كالأم النسبية محرمة على التأبيد .

٢ـ يندمج كل من الطفل والمرضعة فى أسرة الآخر ويصبح جزءا منها ، وإذا كانت العلاقة النسبية من هذا النوع توجب التحريم ، فينبغى أن تكون كذلك علاقة الرضاع موجبة للتحريم .

٣ـ الرضاع فيه إحياء للطفل المسلم الذى فقد أمه ، فيلزم تشجيع المرضعات على الإقدام عليه دون غضاضة ، فإذا أحست المرضعة أن الشريعة الإسلامية أعطتها ما أعطته للأم النسبية من تقديس واحترام ، وحرمة أبدية فى الزواج ، فلن تتردد أى امرأة فى الإقدام على إرضاع أطفال غيرها .

الفرع الثانى : المحرمات حرمة مؤقتة

الحرمة المؤقتة ، هوالتحريم الذى يرتبط بسبب معين ، إذا بقى السبب بقى التحريم ، وإذا زال السبب زال التحريم ، وأنواعه هى :

أولاً : المتزوجة من الغير ومن فى حكمها

يحرم الزواج بزوجة الغير ، أو مطلقته التى ما زالت فى عدته . لتعلق حق الغير بها . ودليل تحريمها قوله سبحانه فى آيات التحريم : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنْ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ ﴾[1].

ثانيًا : المطلقة ثلاثا بالنسبة لمطلقها

المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها إلا بعد أن يتزوجها غيره زواجا صحيحا ، ويدخل بها ، ثم يطلقها وتنتهى عدتها منه شرعا . وذلك لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ [2].

فيشترط لكى تحل المرأة لزوجها بعد أن يطلقها ثلاثا توافر الشروط الآتية :

١ـ أن تتزوج زوجا آخر زواجا صحيحا مستوفيا لجميع الأركان والشروط .

٢ـ أن يكون زواجها الثانى . زواجا حقيقيا ، وعن رغبة فى الزواج من كلا الطرفين .

٣ـ أن يدخل بها الزوج الثانى . دخولا حقيقيا بعد العقد، ويذوق عسيلتها وتذوق عسيلته.

---

(١) سورة النساء ، الآية رقم ٢٤ .

(٢) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٣٠ .

زواج المحلل

زواج المحلل ، هو أن يتزوج الرجل بمن طلقها زوجها ثلاث طلقات، ليحلها لزوجها الأول. وهذا الزواج الأخير لا يقصد منه الدوام والاستمرار ، وإنما الغرض منه تحليل الزوجة لمطلقها ثلاثا ، وقد اختلف الفقهاء بشأن حكم هذا الزواج إلى ثلاثة آراء وذلك على التفصيل الآتى :

الرأى الأول : هو رأى الأحناف ، المشتمل على أن زواج التحليل صحيح إذا لم يرد شرط التحليل فى العقد ، لأن صيغة العقد ليس فيها ما يؤدى إلى بطلانه .

وإن ذكر شرط التحليل فى العقد ، فيرى أبو حنيفة وزفر من الأحناف ، أن العقد صحيح والشرط باطل ، لأن بطلان الشرط ، لا يترتب عليه بطلان العقد . ومع ذلك يكون العقد مكروها . لقول رسول الله ﷺ : " لعن الله المحلل والمحلل له " . وقوله صلوات الله عليه أيضا ﷺ : " ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا بلى يا رسول الله . قال : هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له "[1] . وأنها تحل لزوجها الأول بعد طلاقها من الزوج الثانى ، أو وفاته ، وانقضاء عدتها منه شرعا .

ويرى محمد من الأحناف ، أن العقد الثانى . يكون صحيحا ، ويبطل الشرط فقط ، ولا تحل لزوجها الأول .

الرأى الثانى : هو رأى الشافعى ، المنتهى إلى أن الزواج الثانى . يكون صحيحا إذا خلا من شرط التحليل ، ويكون باطلا إذا تضمن هذا الشرط ، لأنه ضرب من نكاح المتعة .

الرأى الثالث : هو رأى المالكية ، والحنابلة ، وأبو يوسف من الأحناف ، المتضمن بطلان زواج المحلل مطلقا ، أى سواء ورد بشأنه شرط فى العقد ، أو جاء العقد خاليا من هذا الشرط ، ولكنه شرط قبل العقد أو بعده ، أو كان منويا عليه فقط دون اشتراط . وعلى هذا ، فلا يحق للزوج الثانى الدخول بهذه المرأة من أجل حلّها لزوجها الأول ، كما أنها لا تحل لزوجها الأول . بعد الطلاق من الثانى وانتهاء عدتها . معاملة له بنقيض قصده . واستندوا فى ذلك إلى حديث رسول الله ﷺ : " لعن الله المحلّل والمحلّل له " . واللعن يفيد النهى قياسا على لعن شارب الخمر وساقيها وبائعها .

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى ، الجزء السادس ، ص ١٣٨ وما بعدها .

رأينا الخاص فى زواج المحلل

نرى ، أن هذا الرأى الأخير وهو رأى المالكية والحنابلة وأبو يوسف ، المتضمن بطلان زواج التحليل مطلقا ، هو الأولى بالإتباع ، إستنادا إلى أدلتهم ، بالإضافة إلى أن هذا الرأى يؤدى إلى سد الذرائع بين المسلمين ، ودرء المفاسد بينهم . كما أن الغرض من الزواج ، هو السكن والسكينة ، والمودة والتراحم ، فضلا عن التناسل وتربية الأولاد ، وجميعها لا تتحقق فى زواج التحليل ، بافضلاً عما تقدم ، فإن زواج التحليل ، فيه كذب وخداع وتحايل على شرع الله سبحانه وتعالى . فهو أقرب إلى الزنى منه إلى الزواج ، وقريب الشبه بزواج المتعة ، والزواج المؤقت ، وجميعهم حرام شرعا . والله أعلم .

ثالثاً : من لا تدين بدين سماوى

لا يجوز للمسلم أن يتزوج من الملحدة التى لا تدين بدين سماوى ، كالوثنية التى تعبد الأصنام ، والهندوكية التى تعبد البقر ، والمجوسية التى تعبد النار ، والصابئة التى تعبد الكواكب ، وكذلك البوذية ، والبهائية والزنديقة والمرتدة عن دين الإسلام ، لأنها لا دين لها ، وذلك لقوله سبحانه: ﴿ وَلاَ تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ﴾[1].

أما الكتابية ، وهى التى تؤمن بكتاب سماوى ، وبرسول من عند الله ، كالنصرانية واليهودية فيحل الزواج منهن . إذ أن عدم إسلام الزوجة الكتابية لا يعد مانعا شرعيا أو قانونيا يحول دون زواج المسلم بها [2] . وذلك لقول الله تبارك وتعالى : ﴿ الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾[3].

زواج المسلمة بغير المسلم

من المتفق عليه ، أن المسلمة لا يجوز لها أن تتزوج إلا مسلما ، وزواج المسلمة بغير المسلم حرام [4] ، سواء كان كتابيا ، أو غير كتابى ، وإذا تزوجت المسلمة بغير المسلم فالزواج باطل ،

---

(١) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٢١ .

(٢) نقض جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧ ، الطعن رقم ١٩ لسنة ٤١ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٨ص١٠٨٤.

(٣) سورة المائدة ، الآية رقم ٥ .

(٤) نقض جلسة ١٩٦٧/٣/٨ ، الطعن رقم ١٦لسنة ٣٥ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ص٦٥٨ .

ويجب التفريق بينهما فى الحال ، وذلك لقوله سبحانه : ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلاَ تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لاَ هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلاَ هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾ (١) .

ومن أسباب التحريم أيضا ، أن غير المسلم لا يؤمن بالقرآن كتابا منزلا من عند الله ، ولا بسيدنا محمد نبيا ورسولا ، ومن ثم فقد لا يتحرج من إيذاء زوجته المسلمة حتى يفتنها فى دينها ، وربما تدفعها الرغبة فى إرضائه لاستمرار حياتهما الزوجية ، فترتد عن دين الإسلام ، وفى ذلك شر مستطير . وقد قامت وزارة العدل بإعداد وثيقة زواج خاصة تستعمل لزواج المسلم بالكتابية ، موضحا بها أهم أحكام الزواج فى الإسلام ، كما يتولى توثيق مثل هذا الزواج مكاتب الشهر العقارى ، لا المأذون الذى يتولى توثيق عقود زواج المسلمين .

وزواج المرتدة عن الإسلام بغير المسلم ، قبل ردتها أو بعده لا يعقد أصلا ، ولا ينتج فراشا ، ولا يثبت نسبا ، كما لا يولد حقا فى الميراث(٢) .

رابعًا : الجمع بين المحارم

يحرم على المسلم أن يجمع فى الزواج بين امرأتين محرمين فى وقت واحد . ويقصد بالمحرمة، هى كل قرابة محرمة بين المرأتين ، بحيث لو فرض أن إحداهما ذَكَر ، حُرِّمَت عليه الأخرى . كما هو الحال فى الأختين ، والعمة ، والخالة ، وبنت الأخ ، وبنت الأخت ... إلخ . وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ (٣) . وقول رسول الله ﷺ : " لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن "(٤). وهذه الحرمة تتحقق سواء كانت المحرمة بسبب النسب ، أو الرضاع . وقد اتفق رأى الفقهاء على أن ثبوت الحرمة سواء كانت المرأة الأولى زوجة ، أو معتدة من طلاق رجعى .

---

(١) سورة الممتحنة ، الآية رقم ١٠ .

(٢) نقض جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤ ، الطعن رقم ٩ لسنة ٤٤ق ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ٢٦ ص ١٦٩٢.

(٣) سورة النساء ، الآية رقم ٢٣ .

(٤) نيل الأوطار للشوكانى ، الجزء السادس ، ص ١٤٦ . والموطأ ، ص٣٢٩ .

أما إذا كانت معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى . فذهب المالكية و الشافعية والجعفرية والظاهرية ، إلى عدم الحرمة ، لانقطاع الزوجية بالطلاق البائن ، فلا يتحقق الجمع بين المحرمين . بينما يرى الحنفية ، حرمة الجمع بين المحرمين فى هذه الحالة أيضا . لأن العدة رغم الطلاق البائن يبقى لها بعض الآثار ، مثل النفقة وثبوت نسب الولد . فضلاً عن ذلك فإن الزواج بين المحارم فى العدة يوغر الصدور ، ويؤدى إلى قطع الرحم الذى أمر الله أن يوصل . وعلى هذا الرأى سارت المحاكم .

خامسًا : من لاعنها زوجها وفرّق القاضى بينهما

من يلاعن زوجته أى يرميها بالزنى ، ويفرق القاضى بينهما ، بمعنى أن يصر الزوج على اتهام زوجته بالزنى ، يحرم عليه الزواج منها . لأن الثقة انعدمت بينهما ، وحُسْن العشرة لن يتحقق أبدا بعد أن طعنها فى شرفها .

سادسًا : الزواج بخامسة

أباح الإسلام للرجل الزواج من أربع نساء . وأن يجمع بينهن . وذلك لقوله سبحانه : ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا ﴾ [1]. ومن ثم فإن زواج الرجل بخامسة وفى ذمته أربع محرم شرعا .

سابعًا : الزواج بالأَمَة وعنده الحرة

حَرَّم الإسلام على الرجل الزواج من الأَمَة وفى عصمته حرة ، لأن الزواج من الإماء مقرر شرعا لمن لا يستطيع الزواج بالحرة ، لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ [2]. كما أن فى إدخال الأمة على الحرة إيذاء لها ، وإضرار لها وهو ما لا يجوز شرعا .

ولم يعد لزواج الأَمَة وجود فى عصرنا الحاضر خاصة فى مصر ، وبالتالى أصبح غير ذى موضوع الآن ، ولكننا ذكرناه تتمة لهذا البحث .

* * *

(١) سورة النساء الآية رقم ٣

(٢) سورة النساء ، الآية رقم ٢٥ .

١ ـ زواج المرتدة عن الإسلام بغير المسلم قبل ردتها أو بعدها حرام ، لا ينعقد الزواج أصلا ، ولا ينتج فراشا ، ولا يثبت نسبا ، ولا يولد حقا فى الميراث .

* نقض جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤ ، الطعن رقم ٩لسنة٤٤ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة٢٦ص١٦٩٢ .

٢ ـ عدم إسلام الزوجة الكتابية لا يعد مانعا شرعيا أو قانونيا ولا يحول دون زواج المسلم بها . كما أن إثبات المأذون فى وثيقة التصادق على الزواج خلو الزوجين من الموانع الشرعية لا حجية له فى إسلام الزوجة .

* نقض جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧ ، الطعن رقم ١٩لسنة ٤١ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٨ص١٠٨٤ ، الجزء الأول .

٣ ـ الطاعة حق للزوج على زوجته ، بشرط أن يكون قد أوفاها عاجل صداقها ، وأن يهيئ لها مسكنا شرعيا لائقا بحاله . إمتناع الزوجة عن طاعته فى المسكن الذى أعده لها ، أثره اعتبارها ناشزا .

* نقض جلسة ٧ / ٤ /١٩٩٧ ، الطعن رقم٢٢ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .

٤ ـ الأصل فى إعلان أوراق المحضرين أن يصل علم المعلن إليه يقينا بتسليم صورة الإعلان إلى ذات المعلن إليه أو نائبه ، وهذا ما نصت عليه المادة ١١ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، والمادة العاشرة من قانون المرافعات . إلا أن المشرع اكتفى بالعلم الافتراضى إذا تعذر الإعلان لشخص المراد إعلانه أو نائبه إذا سلمت صورة الإعلان لصاحب صفة فى تسلمه غير المراد إعلانه بجهة الإدارة ومن ذلك حالة توجه المحضر لسكن المعلن إليه فوجده مغلقا . وكان التخصيص بالذكر لا ينفى الحكم عما عداه ، فإن نص المادة ١١ مكررا ثانيا من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على تسليم الإعلان للزوجة بدعوتها للدخول فى طاعة زوجها لشخصها أو من ينوب عنها . لا ينفى إعمال القواعد العامة فى قانون المرافعات وذلك إعمالا للمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (المادة الأولى من مواد أصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) التى أوجبت إتباع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف عند عدم وجود نص فى لائحة المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها (القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) .

* نقض جلسة ١٩٩٦/١١/١١ ، الطعن رقم ٩٥لسنة ٦٢ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ١٩٩٨/٣/٣٠ ، الطعن رقم ٣٢٦لسنة ٦٣ق ، لم ينشر بعد .

٥ ـ إجراءات دعوة الزوج زوجته للعودة لمنزل الزوجية واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية وفقا لنص المادة ١١ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، سريانه على جميع منازعات الطاعة حال قيام الزوجية سواء دخل بالزوجة أم لا . علة ذلك أنه لما كان النص عاما وصريحا فى دلالته على مراد الشارع منه ، فلا محل لتقييده أو تأويله . فضلا عن أنه لا تلازم شرعا بين ما يولده عقد النكاح الصحيح من حق الزوج على زوجته فى الطاعة عند عدم قيام المانع ، وبين الدخول الصحيح فى الزوجية استيفاء لحق مقصود بالنكاح . ولا يؤثر فى صحته عدم حصوله فى منزل الزوجية .

* نقض جلسة ١٩٩٣/٢/١٦ ، الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٥٩ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٤ص ٦٠٩ .

* نقض جلسة ١٩٩٨/١/٥ ، الطعن رقم ٣١٨لسنة ٦٣ق ، لم ينشر بعد .

٦ ـ حق الزوج فى تأديب زوجته بالضرب ، لا يلجأ إليه إلا بعد سلوك طريق الموعظة الحسنة والهجر فى المضاجع .

* نقض جلسة ١٩٧٧/١١/٩ ، الطعن رقم ٥لسنة ٤٦ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٨ص ١٦٤٤ ، الجزء الثانى .

* * *

الفصل الخامس

الولاية فى الزواج

الولاية فى الزواج ، هى من له السلطة الشرعية فى إنشاء عقد الزواج ، وترتيب كافة آثاره . وتثبت الولاية على الصغير ، أو الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا لنقص أهليته ، كما تثبت أيضا لمن هو فى حكم الصغير ، كالمجنون ، أوالمعتوه ذكرا كان أو أنثى لانعدام أهليته . لأن نقص الأهلية أو فقدها ، يجعلان صاحبهما غير مدرك لمصلحته فى عقد زواجه ، فلايبرمه بنفسه ، ولكن يتولاه وليّه الشرعى .

وتنقسم الولاية فى الزواج إلى : قاصرة ، ومتعدية .

أولاً : الولاية القاصرة

الولاية القاصرة ، هى سلطة تزويج الإنسان نفسه ، دون توقف على إجازة غيره ، وقد اتفق الفقهاء على ثبوتها للرجل البالغ العاقل الحر . فيستطيع أن يزوج نفسه ممن يشاء ، وليس لأحد حق الاعتراض ، فزواجه بنفسه صحيح ونافذ ولازم ، سواء من كفء أو غير ذلك ، أو بمهر المثل أو أقل منه . ومن تثبت له الولاية القاصرة بمعناها سالف البيان تثبت له الولاية المتعدية ، فمن يملك من الرجال تزويج نفسه يملك تزويج غيره .

أما المرأة البالغة العاقلة ، فقد اختلف الفقهاء بشأن توليها أمر زواجها بنفسها ، مع علم الولى بهذا الزواج سواء أذن به أو لم يأذن ، وتفرع اختلافهم إلى ثلاثة أقوال :

القول الأول :

يرى جمهور الفقهاء وهم المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، إلى أنه ليس للمرأة أن تتولى عقد زواجها بنفسها ، ولا أن تتولى عقد زواج غيرها . وإنما يزوجها وليها . فالزواج عندهم لا ينعقد بعبارة النساء مطلقا . واستدلوا على ذلك بما يأتى :

١- قول الله سبحانه وتعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ ﴾ [١]. وقوله جل شأنه : ﴿ وَلاَ تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾[٢] . فتدل الآيتين الكريمتين على أن المخاطب بالنكاح هو الولى ، وليس النساء .

٢- قول رسول الله ﷺ : " لانكاح إلا بولى مرشد " . وقوله صلوات الله عليه أيضا : " لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هى التى تزوج نفسها " [٣] .

٣- الزواج يحتاج إلى خبرة لمعرفة أحوال الرجال ، كما يحتاج أيضا إلى تحكيم العقل ، والبعد عن العواطف . فمن المصلحة إعطاء هذا الحق إلى الرجال ، لأنهم على ذلك أقدر من النساء .

القول الثانى . :

ذهب أبو ثور ، والشافعى ، إلى أنه لابد من رضاء وموافقة كل من المرأة البالغة العاقلة ، ووليها على الزواج ، سواء أكانت بكرا أم ثيبا ، لما لعقد الزواج من أهمية خاصة فى العلاقات الأسرية . وليس لأحدهما الانفراد به دون الآخر ، ويستحب أن يبرم الولى عقد الزواج ، احتراما له ، وصيانة للمرأة وحفظا لحيائها . وحق المرأة أقوى من حق الولى فى هذا الخصوص ، فليس للولى إجبارها على الزواج بمن لا ترضاه زوجا ، وإذا رفض زواجها بمن اختارته ، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضى لرفع الظلم عنها إن كان قد وقع من وليها ثمة ظلم . ويأذن لها القاضى بالزواج .

القول الثالث :

وهو رأى أبو حنيفة ، وزفر ، وأبو يوسف من الأحناف ، أنه يجوز للمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواج نفسها بنفسها ، ولا يجوز لأحد من أوليائها الاعتراض طالما كان الزواج من كفء ، وبمهر المثل . ويجوز للمرأة أيضا أن توكل غير وليها فى زواجها ، كما يجوز لها تزويج غيرها . ومع ذلك يستحب مباشرة الولى عقد الزواج ، وتسمى هذه الولاية ولاية استحباب . وقد استندوا فى ذلك على ما يأتى :

---

(١) سورة النور ، الآية رقم ٣٢ .

(٢) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٢١ .

(٣) سبل السلام ، الجزء الثالث ، ص ١٢٧ . ونيل الأوطار للشوكانى، الجزء السادس ، ص ١١٨.

١ـ أن آيات القرآن الكريم أسندت نكاح المرأة إليها دون حاجة إلى إذن وليها ، والإسناد لا يكون إلا لصاحب الحق . فقال تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ (١) . وقوله سبحانه : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾(٢) .

٢ـ قال رسول الله ﷺ : " الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن فى نفسها ، وإذنها صُماتُها " (٣) أى سكوتها .

٣ـ أن رسول الله ﷺ بعث إلى أم سلمة يخطبها لنفسه ، فقالت ليس أحد من أوليائى شاهدا ، فقال عليه الصلاة والسلام : " ليس أحد من أوليائك شاهدا أو غائبا يكره ذلك " (٤) .

٤ـ أعطى الشرع الحنيف للمرأة البالغة العاقلة حق التصرف فى مالها دون إذن وليها ، ولا يجوز لوليها التصرف فى مالها إلا بإذنها ، فلا يجوز للولى من باب أولى ، التصرف فى نفسها دون رضاها ، ويحق لها التصرف فى أمر نفسها .

وقد أخذ القانون ، وسارت المحاكم على هذا الرأى الأخير ، فأجازت للمرأة تزويج نفسها ، مع حفظ حق الولى فى الاعتراض على الزواج إن كان من غير كفء ، أو بأقل من مهر المثل .

زواج المرأة البالغة العاقلة نفسها دون علم وليها

ونشير بداءة إلى أن هناك فرق بين علم الولى بالزواج ، وإذنه به . فعلم الولى بالزواج هو معرفته به ، ولكنه لا يفيد موافقته عليه أو الإذن به ، أما إذن الولى بالزواج فإنه يؤكد علمه به والموافقة عليه .

يرى الإمام أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وزفر من الأحناف ، أن زواج البالغة العاقلة نفسها صحيح ، سواء أذن به الولى ، أم لم يأذن . لأن إذنه ليس شرطا لصحة زواجها ، ويستوى فى ذلك إن كانت المرأة بكرا أو ثيبا . والولاية بالنسبة لها ولاية ندب واستحباب ، فيكون توليها عقد زواجها بنفسها دون رضاء وليها صحيح ، ونافذ فى حق الولى ، ولازم له متى توافرت فيه مصلحتها بأن كان من كفء ، وبمهر المثل .

---

(١) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٣٠ .

(٢) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٣٢ .

(٣) صحيح البخارى ، الجزء السادس، ص١٣٥ .

(٤) نيل الأوطار للشوكانى ، الجزء السادس ، ص ١٢٤ .

أما إذا كان الزواج من غير كفء . أو كان المهر أقل من مهر المثل ، فعقد الزواج يكون غير لازم للأولياء إلا إذا رضوا به صراحة أو ضمنا ، بأن سكتوا حتى ولدت المرأة أو كان بها حمل ظاهر . وفي رواية أخرى لأبي حنيفة أنه إذا كان المهر أقل من مهر المثل . يكون الزواج باطلا من أول الأمر ، ولا يصححه الإجازة اللاحقة .

بينما يرى محمد من الأحناف ، أن إذن الولي شرط في نفاذ العقد لا في صحته ، فإذا زوجت البالغة العاقلة نفسها دون إذن وليها انعقد الزواج صحيحا موقوفا على إجازة الولي . لأن الولاية بالنسبة لها ولاية شركة ، فلا يستبد أحدهما بالعقد ، بل يتوقف العقد من أحدهما على إجازة الآخر .

واستدلوا جميعا على ذلك ، بما رواه ابن عباس عن رسول الله ﷺ أنه قال : " الأيِّم[1] أحق بنفسها من وليها ، والبِكْر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها " (أي سكوتها) . وقوله صلوات الله عليه وسلامه : "ليس للولي مع الثيب أمر " [2] .

بينما يرى جمهور الفقهاء مالك والشافعي وابن حنبل ، أن رضاء الولي وإذنه ، شرط في صحة الزواج ، وأن المرأة البالغة العاقلة إن كانت بكرا ، فالولاية عليها ولاية إجبار ، فيكون أمر زواجها إلى الولي وحده ، وإن كان يندب أخذ رأي المرأة . وإن كانت ثيب ، فالولاية عليها ولاية شركة ، فلا بد من إذن الولي ورضائه . واستدلوا على ذلك بالكتاب الكريم والسنة النبوية الشريفة .

ودليلهم من الكتاب الكريم ، قول الله تبارك وتعالى : ﴿ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ [3] .

ومن السنة النبوية الشريفة قول رسول الله ﷺ : " لا نكاح إلا بولي ... "، وكذلك قوله ﷺ : " لا تزوج المرأة المرأة ، ولا المرأة نفسها ، أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له " [4].

---

(١) امرأة أيم ، أي غير المتزوجة بكرا كانت أو ثيبا ، وجمعها "الأيامى" وهم الذين لا أزواج لهم من الرجال أو النساء سواء كان متزوجا من قبل أو لم يتزوج أصلا . مختار الصحاح ، ص٣٦ .

(٢) سبل السلام ، الجزء الثالث ، ص١٢٩ .

(٣) سورة البقرة ، الآية رقم ٣٣٢ .

(٤) سبل السلام ، الجزء الثالث ، ص١٢٧ . ونيل الأوطار للشوكاني ، الجزء السادس ، ص١١٨ .

وقد استقرت الأحكام القضائية ، على الأخذ بأرجح الأقوال فى المذهب الحنفى وهو قول أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر ، فجرى العمل باخاكم على أنه ، إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها بدون إذن وليها ، فإن العقد يكون صحيحا سواء أكانت بكرا أو ثيبا . ويكون نافذا ولازما ، متى تزوجت بكفء ، وعلى صداق مثلها أو أكثر ، رضى الولى أم لم يرض . وإذا تزوجت من غير كفء ولكن بمهر المثل ، أو من كفء على مهر أقل من مهر مثلها ، ولم يكن وليها قد رضى بذلك ، فالعقد غيرلازم بالنسبة لوليها ، وله حق الاعتراض على الزواج ، وطلب فسخه أمام القضاء . ويسقط حق الولى ، برضائه بالزواج ، أو عدم اعتراضه عليه حتى ظهور الحمل على الزوجة ، أو ولادتها ، أو إذا أكمل الزوج المهر إلى مهر المثل[1] . كما أن تزويج الولى المرأة البالغة العاقلة . شرط نفاذه الإذن والرضا وبلوغ السن . والقضاء بفسخ عقد زواج ـ البالغة خمس عشرة سنة وقت العقد عليها ـ استنادا إلى أقوال شاهديها من عدم الرضا . لا مخالفة فيه للقواعد الشرعية [2] .

ثانيًا : الولاية المتعدية

الولاية المتعدية ، هى أن يكون للشخص حق تزويج غيره جبرا عنه . وتسمى أيضا ولاية الإجبار . وأسبابها :

١ـ الملك : وهو حق السيد فى تزويج مملوكه ذكرا كان أو أنثى جبرا عنه .

٢ـ القرابة النسبية : وهى الصلة التى تربط بين الإنسان وأقاربه ، كولاية الأب ، أو الأخ .

٣ـ الإمامة : وهى ولاية الحاكم أو من ينيبه كالقضاة فى تزويج أفراد رعيته ذكورا كانوا أو إناثا . كما أن له تزويج المرأة إذا تعنّتَ وليها فى تزويجها دون مسوغ . وهو ما يسمى عاضلا ، فللمرأة رفع أمرها إلى القاضى ليأمره بتزويجها لرفع الظلم عنها ، فإن لم يمتثل ، زَوَّجَها القاضى ، ولا تنتقل الولاية فى هذه الحالة إلى الولى الأبعد .

من يثبت له الولاية المتعدية

يرى مالك ، وأحمد ، ثبوت ولاية الإجبار للأب فقط ، ويقوم مقامه وكيله حال حياته ، ووصيه بعد وفاته .

---

(١) نقض جلسة ١٩٩٨/١٠/١٩ ، الطعن رقم ١٩٤لسنة ٦٤ق لم ينشر بعد .

(٢) نقض جلسة١٩٩٤/٢/١٥ ، الطعن رقم ٥٦لسنة ٦٠ق ، غير منشور .

وذهب الشافعى ، إلى ثبوتها للأب ، والجد فقط للصلة والجزئية ، وثبوت الرحمة والعطف منهما على من هم فى ولايتهم .

ويرى الحنفية ، ثبوتها للأب والجد . وغيرهما من العصبات[1] النسبية بحسب ترتيبهم فى الميراث ، وتقدم جهة البنوة ، فالأبوة ، فالأخوة .

وإن تعدد العصبات من جهة واحدة ، يقدم الأقرب درجة ، فيقدم الإبن على إبن الإبن ، والأب على الجد ، والأخ ولو كان لأب على إبن الأخ ولو كان الأخ شقيقا ، والعم على إبن العم .

فإن تساووا فى الجهة والدرجة ، قدم الأقوى قرابة ، فيقدم القريب من جهة الأبوين عن القريب من جهة الأب فقط ، أى يقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب ، كما يقدم إبن الأخ الشقيق على إبن الأخ لأب .

فإن تساووا فى الجهة والدرجة وقوة القرابة ، يجوز لأيهم أن يبرم العقد إذ لا مرجح لأحدهم على الآخر . وإذا زوج إثنان منهما الصغيرة كل بعقد مستقل عن الآخر ، كان عقد الأول صحيحا ويبطل عقد الثانى . لوروده على غير محل . إذ أن الصغيرة بزواجها الأول ، أصبحت زوجة فلا يجوز الزواج بها . وفى ذلك يقول رسول الله ﷺ : " أيما امرأة زوجها وليان فهى للأول منهما " [2] . فإذا لم يمكن معرفة أى العقدين أسبق ، كان العقدان باطلين . إذ لا يمكن القول بصحة أحدهما ، وبطلان الآخر ، لعدم وجود المرجح بينهما ، فيلزم بطلانهما معا .

غيبة الولى الأقرب

إذا غاب الولى الأقرب ، ولم يشأ الخاطب الكفء الانتظار ، كان لمن يَلى الغائب فى الولاية من العصبات إبرام عقد الزواج ، ويكون العقد صحيحا ، نافذا ، لازما ، فى حق الجميع بما فيهم الولى الغائب . فإذا لم يوجد أحد من الأولياء العصبات مطلقا ، أو كان الموجود منهم لا تتوافر فيه الأهلية للولاية ، انتقلت الولاية إلى الأقارب من غير العصبات . فإذا لم يوجد قريب أصلا كانت ولاية التزويج للحاكم .

وقد أعطى المشرع الوضعى للقاضى كل فى دائرة اختصاصه ، تزويج الصغيرة التى لا ولى لها .

---

(١) عصبات جمع عصب ، وعصب الرجل هم بنوه وقرابته لأبيه . مختار الصحاح ، ص٤٣٥ .

(٢) سبل السلام ، الجزء الثالث ، ص ١٣٥ .

عضل الولى

إذا امتنع الولى القريب عن تزويج من هى فى ولايته مع وجود الخاطب الكفء الذى يدفع مهر المثل أو أكثر ، كان الولى عاضلا أى ظالما . وقد نهانا الله سبحانه وتعالى عن ذلك فى قوله سبحانه : ﴿ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ (١) . وقوله جل شأنه أيضا : ﴿ وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ ﴾ (٢) . وفى هذه الحالة ، تنتقل الولاية إلى القاضى حتى يمكن رفع الظلم عن الصغيرة . ويرى بعض الفقهاء ، إنتقال الولاية إلى من يلى الولى العاضل فى ترتيب الولاية قياسا على حالة الغيبة .

الوكالة فى الزواج

عقد الزواج من العقود التى تقبل الإنابة ، فيجوز التوكيل فيه من صاحب الشأن أو وليه . ويصح التوكيل من الرجل والمرأة على السواء عند أبى حنيفة ، لأنه يجيز لها أن تنشئ عقد زواجها بنفسها .

أما عند جمهور الفقهاء ، فإن وليها هوالذى يتولى عقد زواجها من غير توكيل ، لأنه يملك إنشاء عقد زواجها ويلزم فقط رضاها بالزواج .

والتوكيل فى الزواج ، قد يكون مطلقًا من أى قيد ، أو مقيدًا بأى شرط ، ولا يجوز للوكيل أن يخالف حدود وكالته ،وعليه الالتزام بما ورد بها من شروط . فإن خالفها ، فلا ينفذ العقد فى حق الأصيل إلا باجازته .

والوكيل فى جميع الحالات ، سفير ومعبر فقط عن إرادة الأصيل ، فلا يرجع على الوكيل بأى شىء من حقوق الزواج أو التزاماته . كما أنه لا يضمن أيا من متعلقات الزواج إلا إذا كانت هناك كفالة صريحة من جانبه .

زواج الفضولى

الفُضولى - بضم الفاء - هو كل شخص يتولى عقد الزواج دون أن تكون له ولاية التزويج وقت العقد .

---

(١) سورة البقرة . الآية رقم ٢٣٢ .

(٢) سورة النساء ، الآية رقم ١٩ .

أما الفَضولى - بفتح الفاء - فهو صاحب الفضل والإحسان . وكلما وردت كلمة فضولى فى هذا البحث ، فيقصد بها المعنى الأول - بضم الفاء - .

وقد يكون الشخص فى عقد الزواج ، فُضوليا بالنسبة للرجل والمرأة ، وقد يكون فُضوليا بالنسبة لأحدهما دون الآخر . وقد اختلف الفقهاء بشأن عقد الفضولى .

فيرى الأحناف أن عقد الزواج الذى يبرمه الفُضولى فى جميع الأحوال لا ينعقد ، لعدم ولايته فى التزويج وقت إبرام العقد .

بينما يرى آخرون ، أنه عقد صحيح غير نافذ وموقوف على إجازة صاحب الولاية فى الزواج .

الاختصاص القضائى بالإذن بالزواج

ترفع دعوى الإذن بالزواج من القاصر الذى لا ولى له ويرغب فى الزواج . سواء أكان هذا القاصر ذكرا أو أنثى . ويشترط لقبول هذه الدعوى ألا تقل سن القاصر عن ثمانى عشرة سنة ميلادية إن كان ذكرا ، أو ست عشرة سنة ميلادية إن كانت أنثى . والعبرة بهذا السن وقت رفع الدعوى عملا بالمادة ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ . وفى هذه الحالة يكون القاصر أهلا للتقاضى لتجاوزه سن الخامسة عشرة ميلادية المنصوص عليها فى المادة الثانية من القانون المذكور . ويختصم فيها النيابة العامة باعتبارها الممثل العام للمجتمع .

ودعاوى الإذن بالزواج وإن كانت قليلة الحدوث من الناحية العملية إلا أن وقوعها متصور لذلك حدد المشرع المحاكم المختصة بنظرها .

وينعقد الاختصاص النوعى بنظر الدعاوى المتعلقة بالإذن بزواج القاصر الذى لا ولى له للمحكمة الجزئية . عملا بالمادة التاسعة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

كما ينعقد الاختصاص المحلى بنظرها إلى المحكمة الكائن بدائرتها موطن القاصر . لأن المدعى عليه فى هذه الحالة هو النيابة العامة ، ولها موطن معلوم فى جميع أنحاء الجمهورية ، وبالتالى فإن أى موطن للقاصر سوف يكون بالضرورة هو موطن للنيابة العامة .

* * *

١ ـ بلوغ الولد أو البنت خمس عشرة سنة ، أثره ، أن يخاصم ويخاصم بشخصه فيما يتعلق بشئون نفسه .

* نقض جلسة ١٩٩١/٢/٥ ، الطعن رقم ٦٠لسنة٥٩ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٢ص٣٩٨ ، العدد الأول .

٢ ـ إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها بدون إذن وليها ، فإن العقد يكون صحيحا سواء أكانت بكرا أو ثيبا . ويكون نافذا ولازما ، متى تزوجت بكفء ، وعلى صداق مثلها أو أكثر ، رضى الولى أم 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 ، وله حق الاعتراض على الزواج ، وطلب فسخه أمام القضاء . ويسقط حق الولى ، برضائه بالزواج ، أو عدم اعتراضه عليه حتى ظهور الحمل على الزوجة ، أو ولادتها ، أو إذا أكمل الزوج المهر إلى مهر المثل .

* نقض جلسة١٩٩٨/١٠/١٩ ،الطعن رقم ١٩٤لسنة ٦٤ق ، لم ينشر بعد .

٣ـ تزويج الولى المرأة البالغة العاقلة . شرط نفاذه الإذن والرضا وبلوغ السن . قضاء الحكم المطعون فيه بفسخ عقد زواج المطعون ضدها البالغة خمس عشرة سنة وقت العقد عليها ـ استنادا إلى ما استخلصه من أقوال شاهديها من عدم الرضا . لا مخالفة فيه للقواعد الشرعية .

* نقض جلسة١٩٩٤/٢/١٥ ،الطعن رقم ٥٦لسنة ٦٠ق ،غير منشور .

* * *