



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الحاج لخضر باتنة-1-



نيابة العمادة لما بعد التدرج
والبحث العلم والعلاقات الخارجية

كلية العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

التعسف في استعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية

- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري-

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية
تخصص: فقه وأصول

إشراف الأستاذ الدكتور :
صالح بوشيش

إعداد الباحث:
علاوة بوشوشة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د عبد المجيد بوكركب	أستاذ	جامعة باتنة -1-	رئيسا
أ.د صالح بوشيش	أستاذ	جامعة باتنة -1-	مشرفا ومقررا
أ.د منوبة برهاني	أستاذ	جامعة باتنة -1-	عضوا
أ.د إبراهيم رحمانى	أستاذ	جامعة الوادي	عضوا
أ.د محمد رشيد بوغزالة	أستاذ	جامعة الوادي	عضوا
د عبد الحليم بوشكيوة	أستاذ محاضر -أ-	جامعة جيجل	عضوا

السنة الجامعية: 1443/1442 هـ - 2021/2020

شكر وتقدير

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده.

أشكر الله عز وجل شكرا جزيلا، أهل المجد والثناء، أن من عليّ بإتمام هذا العمل وإخراجه على هذا النحو.

وأخص بالشكر الجزيل والتقدير الكبير وجميل العرفان كل من:

***أستاذنا الدكتور صالح بوبشيش** حفظه الله ورعاه، الذي تفضل بالإشراف على هذه

الرسالة، فكان لتوجيهاته ونصائحه الفضل الكبير والأثر البالغ في إخراج هذا العمل بهذه

الكيفية، كما هو ماثل بين أيدي حضراتكم، فجزاه الله خيرا عني وعن طلاب العلم

والإسلام والمسلمين خير الجزاء.

* **أعضاء لجنة المناقشة** على تفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة والحكم عليها رغم الأعباء

الملقاة عليهم، فجزاهم الله عني خير الجزاء.

* **جامعة باتنة 1- الحاج لخضر-** التي احتضنتني أستاذا وطالبا فيسرتلي تسجيل هذه

الرسالة، وكذا القائمين على كلية العلوم الإسلامية لما قدموه إليّ من تسهيلات ساعدتني

في إنجاز هذا البحث وإخراجه على هذا الوجه.

* كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل وأخص منهم/الدكتور: محمد بنبري الأستاذ المحاضر

بالكلية.

* **فإلى هؤلاء جميعا وغيرهم ممن قدم إليّ يد المساعدة أتقدم إليهم بأسمى آيات الشكر**

والتقدير، فجزاهم الله عني خير الجزاء، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

إهداء

أهدي هذا العمل إلى كل من

- * الوالدين العزيزين الكريمين اللذين رباني صغيرا.
- * زوجتي أم نسيم رفيقة العمر التي تحملتني وصبرت عليّ وساعدتني في إنجاز هذا العمل.
- * أولادي/ نسيم عبد الرحمان، دينا، مرام، محمد إياد.
- * روح الأب المربي الحنون الشيخ/ محمد الصالح رحاب- رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه-
- مدير مؤسسة دار القرآن الكريم بودي الزناتي بولاية قالمة.
- * إخواني وأخواتي الذين لبوا دعوتي وشرفوني بالحضور بالرغم من مشاغلهم الخاصة.
- * كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل.
- * إلى هؤلاء جميعا وغيرهم ممن قدم إليّ يد المساعدة أتقدم إليهم بأسمى آيات الشكر والتقدير، وجزاهم الله عني خير الجزاء، إنه وليّ ذلك والقادر عليه.

والحمد لله رب العالمين.

المقدمة

المقدمة:

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ثم أما بعد:

فإن الله سبحانه وتعالى خلق عباده ولم يتركهم سدى، بل وضع لهم أسسا يسيرون عليها، فنظم علاقاتهم فيما بينهم؛ حتى يتسنى لهم تكوين مجتمع سليم تسوده الرحمة والمحبة، فاستلزم ذلك وجود علاقة ما بين الرجل والمرأة لا يمكن الفرار منها بحسب الجبلة التي جبلا عليها، قال الله تعالى: ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفِي الْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِعَمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴾ (النحل: 27، وقال تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَبِرُونَ ﴾ (الروم: 21، وقال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾ (النساء: 1

الناظر في هذه الآيات الكريمة وغيرها يلحظ أن المولى عز وجل قد صبغ هذه العلاقة بالصبغة الشرعية، بل إنه وصف العقد الذي تتم بموجبه بالميثاق الغليظ تعظيما لشأنه في نفوس الناس؛ حتى يكون ذلك مدعاة للحفاظ عليه فقال جل شأنه: ﴿ وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ (النساء: 21، أي عظيمًا.

لهذا وجدنا الشريعة الإسلامية أكثر حرصا وعناية بهذه الأسرة ابتداء من الخطبة إلى أن تنتهي هذه العلاقة إما بالوفاة أو الطلاق، وما يترتب عليها من آثار، وما ذاك إلا لكونها أحاطتها بسلسلة من الضمانات حفاظا على العلاقات الأسرية من الشتات والضياع.

ولقد كان لهذه العناية البالغة أثر كبير في نفوس ولاة الأمور فعمدوا على مرّ السنين إلى تنظيم هذه العلاقة الأسرية في مواد قانونية حتى يسهل التعامل معها للمختصين، سواء كانوا قضاة، أو محامين، أو دارسين.

وبما أن موضوع بحثنا يتعلق بقانون الأسرة الجزائري في مسألة التعسف في استعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية فلا مانع من الإشارة إلى أن المشرع الجزائري بسنّه لهذا القانون الصادر سنة 1984م والمعدل في بعض مواده سنة 2005م - ولا ننسى أن هناك تشريعات سبقت هذا التشريع وذلك إبان الاستعمار الفرنسي والسنوات الأولى من الاستقلال وما بعدها - يكون قد خطى خطوة كبيرة في إيجاد الإطار القانوني المناسب للعلاقات الأسرية رغم بعض النقائص التي تعتريه، وهذا لا ينقص من شأنه و لا يحط من قدره ما دامت هناك مندوحة لتعديله وتصويبه فيما هو آت وفق ما تقتضيه الظروف والتغيرات الاجتماعية. ومن جهة أخرى فإن المشرع الجزائري بسننه لهذا التعديل الأخير لقانون الأسرة كان يقصد من ورائه تحقيق بعض الإصلاحات ومواكبة تلك التغيرات التي تحدث في المجتمع، وكما قيل لا بد للعالم أن يكون مدركا لشأنه عالما بزمانه.

أولاً: أهمية الموضوع

لما كان لموضوع الأحوال الشخصية صلة وثيقة بالأحكام الشرعية من حيث الحلال والحرام، وتعلقه بحياة الناس فقد ظهر اهتمام كبير بأحكامه شأنه في ذلك شأن باقي المعاملات التي حظيت أيضا بجملة من التشريعات.

ومن خلال النظر فيما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري في صياغة بعض مواده تبين لي ما يلفت النظر ويستدعي الوقوف عنده لمخالفته الأحكام الشرعية، وكذا القصور الوارد فيها، واشتمالها على أحكام وقواعد قانونية جاءت مبعثرة، وصيغت بأسلوب بعيد عن أسلوب القانونيين إلى غير ذلك من المآخذ.

أما من حيث المخالفة الشرعية فإنه على سبيل المثال ليس في القرآن أو السنة أو آثار الصحابة ما يدل دلالة قطعية على تقييد تعدد الزوجات بالقيود أو الشروط التي وضعها المشرع الجزائري، ألا وهو وجود المبرر الشرعي، وتوفير العدل، والقدرة على الإنفاق، والمعبر عنها بالشروط الضرورية للحياة الزوجية، وتخويل رئيس المحكمة التشريعية والتنفيذية والمعبر عنها أيضا بالإمكانية؛ لأنه ليس من حق رئيس المحكمة إبداء الرأي متى توفرت الشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى؛ ما دام النص واضحاً وصريحاً في دلالته،

وبالتالي لا يحتاج إلى اجتهاد في فهم المراد منه وتأويله، وتنصيب المشرع على ذلك مخالفة لما نص عليه القانون المدني؛ لأنه منع تنازل أي شخص عن حرته، فكان الأولى بالمشرع أن ينأى عن هذا اللفظ باستخدام لفظ آخر يبعد هذا الإيهام كأن يقول: "يرخص رئيس المحكمة بالزواج الجديد مع قيام الزواج القديم بالقيود السالفة الذكر".

يضاف إلى هذا أيضا مسألة عدم إثبات - أي اعتماد - الطلاق الواقع قبل رفع الأمر إلى المحكمة ذات الاختصاص، سواء من الزوجين معا أو أحدهما أو من له مصلحة في ذلك، حيث إنه نص في المادة "49" من القانون رقم 84 - 11 الصادر سنة 1984 م والمعدل بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م على عدم ثبوت الطلاق الواقع قبل ذلك إلا بناء على حكم من المحكمة وبعد محاولات صلح يجيرها القاضي، ويتضح هذا جليا فيما نص عليه في المادة " 50، 58" من القانون رقم 84 - 11 من عدم حاجة الزوج إلى عقد جديد أثناء محاولة الصلح بين الزوجين، وحاجته إلى ذلك بعد صدور الحكم بالطلاق دون اعتبار للطلاق الواقع قبل ذلك، سواء انتهت عدته أم لم تنته بعد، وكذلك الطلاق الصادر عن حكم المحكمة؛ لأنه إذا راجعها قبل انتهاء العدة لا يحتاج إلى عقد جديد فهي لا تزال امرأته، بخلاف لو تمت المراجعة بعد انتهائها لعدم وجود المحل الذي تتم فيه، فأين هذا مما قرره المشرع الجزائري في هذا القانون.

ومما يؤخذ على المشرع في هذه الجزئية أنه لم يبين ما إذا كانت المطلقة - أي كانت - مدخولا بها أو غير مدخول بها؛ لأن الحكم يختلف، ويرجع سبب هذه المؤاخذة إلى تفرقه بين عدة المدخول بها واليايسة من المحيض دون الحديث عن عدة غير المدخول بها في المادة "58"، والحقيقة أن المادة "49 و 50" بينهما تضارب يحتاج إلى بيان وتوضيح أكثر ليس هذا موطنه، بل يكون ذلك في ثنايا هذا البحث.

وأما القصور الذي اعترى تشريعه فنشير إلى بعض منه في النقاط التالية:

1- التعسف في إلزام الراغب في الزواج مرة أخرى لمن في عصمته امرأة غيرها بتقديمه المبرر الشرعي حتى يرخص له رئيس المحكمة بالزواج الجديد أمر عسير؛ لأن المشرع نفسه لم يحدد ماهيته - أي حقيقته - ولم يضرب ولو مثالا واحدا يبين لنا فيه ما هو المبرر

الشرعي في نظره، أو يضع معيارا يمكن من خلاله التفريق بين المبرر الشرعي وغير الشرعي، وهو بهذا التشريع الفضفاض يكون قد أعطى لرئيس المحكمة سلطة التقدير للمبرر الذي يقدمه الراغب في الزواج بأخرى، وما إذا كان هذا المبرر شرعيا أو غير شرعي، وبالتالي يتحكم في رغبات الناس وحررياتهم الشخصية التي كفلها لهم الدستور والقانون دون سبب مقنع.

2- الإلزام بنية العدل، هذا لا يصح أن يكون شرطا معنويا أو ماديا، فضلا أن يكون سببا مانعا من تعدد الزوجات؛ لأن نية العدل -أي بالنسبة للعاطفة- أمر مكنون في النفس لا يستطيع أي مخلوق تحقيقه تحقيقا مطلقا، وإنما المنهي عنه هو الميل الذي فيه جور، ولا يمكن لأحد الاطلاع عليه إلا علام الغيوب، فأئى للمشرع أن يعرف نيته، اللهم إلا أن يحلفه اليمين، وليس ثمة دعوى، وربما يحلف وهو كاذب أو يتغير حاله في المستقبل، فمن أين لنا الاستيثاق بذلك، وإذا تغير حاله فما موقف المشرع منه، ضف إلى هذا أنه لم يبين زمن وجودها - أي نية العدل - هل أثناء العقد أم بعده أم قبله، ولكل واحد منها حكمه الخاص.

أما إن كان قصده العدل الذي يمكن للحس أن يدركه كالنفقة والكسوة والسكن، فهذه الأمور وما شاكلها يكون العدل فيها بحسب كل امرأة - أي المستوى الاجتماعي وهو ما يعبر عنه بالحسب والنسب - وللفقهاء فيها كلام طويل ليس هذا هو موطن بسطه.

3- إلزام الراغب في التعدد بطلب يقدمه إلى رئيس المحكمة يطلب منه الترخيص بالزواج مرة أخرى دون أن يبين ما إذا كان الرفض أو القبول بالزواج سيسجل في سجل خاص، بحيث يكون دليلا حالة التنازع بين الزوجين.

يضاف إلى هذا أن المشرع لم يبين ما إذا كانت هناك شروط مسبقة قد اتفق عليها الزوجان قبل أو أثناء إبرام عقد الزواج أم لم تكن، وفي حالة عدم التنصيص عليها قبل ذلك وإلزام الزوج بها بعد العقد فيه مجانية للصواب؛ لأن الشروط بعد العقد ليس لها قوة الإلزام، والوفاء بها غير واجب، فهي من باب التبرع، والمتبرع أمير نفسه إن شاء وقى وإن لم يشأ لم يوف، فكيف للمشرع أن يلزم الزوج بذلك على وجه الإطلاق دون بيان أو تفصيل؟.

4- إلزام الراغب في التعدد إخبار كل من المرأة التي تحته والتي ينوي الزواج بها، دون أن يبين الكيفية التي يتم بها ذلك، هل يكتفي بالإخبار فقط، أو عن طريق محضر قضائي، أو شهود

حضرُوا الواقعة إلى آخره من الوسائل التي يمكن من خلالها معرفة طريق إيصال الخبر، وهو نفس الإشكال أيضا في كيفية إعلام رئيس المحكمة بما فعله مع الزوجة أو من ينوي الارتباط بها.

5- تعسف المشرع في الإقدام على فسخ عقد النكاح قبل الدخول إذا حصل تدليس على إحدى الزوجتين أو كليهما أو كلاهن فيه مخالفة للمشرع؛ لأن عدم الإخبار في حد ذاته مجرد عن أي ضرر أو أذى لا يكون سببا كافيا لطلب الطلاق أو فسخه بدون طلبه لا سيما وأنه وقع مستوفيا لكافة الشروط والأركان اللازمة للعقد، خصوصا وأن هناك طريقا آخر يمكن اللجوء إليه وهو الخلع، والسبب في هذا الكلام أنه خول للقاضي في الفقرة الثالثة من المادة الثامنة وكذا المادة الثامنة مكرر (1) السلطة التشريعية والتنفيذية معا.

6- لم يحدد المشرع في المادة السابعة السن التي لا يجوز للقاضي تجاوزها في هذا الاستثناء كما نص على ذلك القانون السوري بعد أن حدد السن القانونية للزواج ابتداء من 18 سنة للفتى و 17 سنة للفتاة ، وهو نفس النهج الذي سلكه أيضا القانون اللبناني في المادة الخامسة والسادسة والسابعة، غير أنه حدد ذلك ببلوغ سن المراهقة وشرط احتمال جسميهما ذلك وإذن القاضي لهما والولي بالنسبة للفتاة وبلوغهما.

يضاف إلى هذا أيضا أن المشرع الجزائري لم يبين المراد بالقدرة، هل القدرة الجسمانية أم المالية أم هما معا، وهو عكس ما ذهب إليه المقنن السوري واللبناني فقد حددا مفهومهما، فيترتب على هذا بطبيعة الحال التعسف في تفسير المراد بالقدرة.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يبين المراد بالقدرة فما الحكم لو تكفل أحد الأشخاص بالجانب المادي قبل بلوغ الزوجين السن القانونية للزواج- أي 19 سنة- فهل يُلزم بها إلى أن يبلغانها باعتبار أنه أقحمهما في ذلك، ويعتبر هذا باب الالتزامات أم أن ذلك موكول إليه؟

7- ولاية القاضي في الزواج عموما من باب الولاية العامة، لكن لا يلجأ إليها إلا عند عدم وجود ولي خاص، غير أن المشرع الجزائري لم يراع هذا من الناحية التطبيقية بقدر ما اهتم به نظريا - أي رسما- لأنه عندما خول للمرأة الراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، بل ألزمها بذلك بشرط حضور وليها، سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره لم يضع لذلك شروطا بحيث لا يتجاوز ولي إلى آخر إلا عند عدم وجوده أو فقدانه للأهلية، لا

أن يترك الأمر إلى اختيارها تنتقي من الرجال من تشاء، سواء كانوا من أقاربها أو غيرهم، خصوصا وأنه ألغى المادة "12" من القانون 84-11 لسنة 1984 بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 م.

فمع عدم وضع شروط تضبط هذه الولاية بين الأولياء في التقديم والتأخير، وكذا إلزام المرأة بعقد زواجها بنفسها، وإلغاء المادة التي كانت تجيز الوكالة، فهذا كله يؤدي إلى التنازع والتعسف بين الأولياء فيما بينهم من جهة، والمرأة من جهة أخرى.

ثانيا: إشكالية البحث

مما لا شك فيه أن كل امرئ له حقوق وعليه واجبات غير أنه غالبا يطالب بحقوقه ويتناسى واجباته، وذلك بحسب الجبله التي جبل عليها، فيترب على هذا بطبيعة الحال أحيانا التعسف في أخذ هذا الحق وفي استعماله، وبناء عليه فإن إشكالية البحث في هذا الموضوع تقوم على طرح سؤال رئيسي هو: **إلى أي مدى وفق الفقه الإسلامي في معالجة صور التعسف في استعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية ، وكذا التقنيات التي أدخلها المشرع الجزائري على قانون الأسرة للقضاء على التعسف أو الحد أو التقليل منه، وهل تفاعل المجتمع معها أم لا؟ ويتفرع عن هذا التساؤل العام مجموعة من الأسئلة على النحو الآتي:**

- 1- هل استطاع المشرع الجزائري التصدي فعليا لظاهرة التعسف في استعمال الحق أم لا ؟
 - 2- هل تتوافق التشريعات في هذا الإطار مع المبادئ السمحة للدين الإسلامي أم لا؟
 - 3- هل تكفي القوانين الوضعية لوحدها في معالجة ظاهرة التعسف في استعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية، أم لابد من توعية الأفراد وبيان المبادئ السمحة للشريعة الإسلامية؛ حتى تعيش الأسرة في وئام وإخاء؟
 - 4- هل وفق المشرع الجزائري فيما ذهب إليه في التعديل الأخير بما يخدم الأسرة ويسير بها إلى بر الأمان، وهل كان موافقا في ذلك كله للقواعد والضوابط الشرعية أم لا؟
- والإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها تكون إن شاء الله تعالى في ثنايا هذا البحث بحسب ما يتسع له المقام في كل مسألة أو جزئية.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

أ- أسباب موضوعية:

- من أهم الأسباب التي التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع أجملها في النقاط التالية:
- 1- بيان مظاهر التعسف وأسبابه وكيف تتم معالجته في ضوء الفقه الإسلامي والقانون والآثار المترتبة عليه.
 - 2- كثرة قضايا الأسرة المطروحة أمام دور القضاء الجزائرية بصفة عامة وقضايا الطلاق بصورة خاصة.
 - 3- محاولة البحث عن السبل الناجعة التي تحفظ الأسرة من الشتات والضياع وفق الضوابط الشرعية والقانونية.
 - 4- تعزيز الوعي الاجتماعي بمدى أهمية حفظ الأسرة والذود عنها؛ لأنها نواة المجتمع دون إفراط ولا تفريط .
 - 5- قلة الدراسات المتخصصة التي تناولت هذا الموضوع على وجه الخصوص بهذه الكيفية.
 - 6- انتشار الزواج العرفي بالمفهوم الحديث، والذي يعني إخفاء الزواج الجديد عن الزوجة وأقاربها وعدم تسجيله في سجلات الحالة المدنية قصدا، وهي ظاهرة غريبة عن المجتمع الجزائري عموما، وذلك بسبب التشدد في الشروط التي وضعها المشرع الجزائري، لا سيما شرطي موافقة الزوجة السابقة على ارتباط زوجها بغيرها، وموافقة اللاحقة على ذلك، وموافقة رئيس المحكمة على هذا الزواج، كما نصت عليه المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري والمعدلة بالمادة السادسة من الأمر رقم: 2/5 والمؤرخ في 2005/02/27 م.
 - 7- انتشار الرذيلة - أي فاحشة الزنا - لأنه إذا ضيقنا في جانب الحلال نكون بذلك قد فتحنا باب الحرام على مصراعيه لمن أراد الولوج فيه، وواقعنا خير شاهد على ذلك، وما جرائم الاختطاف والاعتداءات المتكررة على البنات وغيرهن، وأوكار الفساد عنا ببعيدة.
 - 8- ظهور مشكلة إثبات النسب بقوة جراء هذا الاتصال، سواء كان سببه الزواج العرفي أو الزنا.

ب- أسباب الشخصية:

1- استكمالا للدراسة التي بدأتها حول قانون الأسرة الجزائري وغيرها من الدراسات التي تطرقت لهذا القانون ولو إجمالاً، حيث إنني طرحت مسائل في رسالة الماجستير تحت عنوان "أحكام الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية دراسة تحليلية" في كلية دار العلوم جامعة القاهرة، وهي تحتاج إلى مزيد بيان وإيضاح، ف جاء هذا البحث مجليا لها ومجيبا عنها.

2- رغبة مني في التخصص أكثر في فقه الأسرة أو ما يعرف بالأحوال الشخصية.

وهذه الدراسة التي أطمح إليها تمس جانباً مهماً من حياة الفرد والأسرة والمجتمع، فهي حرية بالبحث، لما يترتب عليها من آثار.

لهذه الأسباب وغيرها أردت أن أقوم بدراسة تحليلية مقارنة لبيان مظاهر وأخطار وآثار التعسف في استعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

والغرض من هذه الدراسة هو بيان كيفية معالجة هذه الظاهرة - أي التعسف في استعمال الحق - في ضوء الفقه الإسلامي والقانون والسبل التي تقلل منها، وكذا تقديم بعض الإرشادات إلى صياغة أفضل تفي بالمطلوب مع موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية، خصوصاً وأن هذا القانون مستمد من الشريعة، وكل ما لم ينص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

فالواجب إذن أن تتطابق أحكام مواد هذا القانون تطابقاً تاماً مع أحكام الشريعة الإسلامية وتكون صياغتها خالية من كل نقص أو التباس أو اختلاف أو تناقض فيما بينها.

رابعاً: الدراسات السابقة

هذه الدراسة التي أطمح إليها هي امتداد لدراسات سبقتها؛ فمن ذلك:

1- رسالة الماجستير للباحث: العربي مجيدي بعنوان: "نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون" سنة 2001م، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر.

قسم الباحث بحثه إلى ثلاثة فصول، جعل الفصل الأول منه كمدخل مفاهيمي وضح فيه مفهوم الحق فكرة وتعريفًا والأسس التي تبنى عليها نظرية التعسف في استعمال الحق وحقيقتها، أما الفصل الثاني فتحدث فيه عن مؤيدات نظرية التعسف في التشريع الإسلامي ومعايرها بين الفقه والقانون، أما الفصل الثالث والذي يمثل الجانب التطبيقي للبحث فقد أوضح فيه أثر التعسف وتطبيقات النظرية في أحكام فقه الأسرة وذلك من خلال التعسف في: حق العدول عن الخطبة.

استعمال حق التأديب حال نشوز الزوجة.

إيقاع الطلاق.

الوصية.

غير أن هذه الدراسة تعترضها بعض الأمور؛ فمن ذلك:

- 1- التوسع في الجانب التأصيلي للنظرية، سواء ما تعلق بالمفاهيم أو الأدلة عليها، وكذا المسائل الأربعة التي بحث فيها "التعريف، الدليل، الحكمة، الشروط".
 - 2- الاقتصار على بعض المسائل فقط وتركه للكثير منها وبالأخص النيابة الشرعية فلم يتحدث عنها مطلقاً.
 - 3- عدم التعمق في الدراسة.
 - 4- عدم تدعيم هذه الدراسة ببعض الأحكام القضائية إلا نادراً ودون تحليل.
 - 5- عدم مناقشة المواد القانونية مناقشة جادة مكثفاً ببعض التعليقات عليها فقط.
 - 6- عدم اقتراح تعديل بعض المواد القانونية التي هي محل الدراسة إلا نادراً فضلاً عن إضافة مواد قانونية أخرى جديدة.
 - 7- عدم تدعيم هذه الدراسة ببعض الأحكام القضائية للدول العربية إلا نادراً، أما قوانين الأحوال الشخصية لهذه الدول فلم يستشهد بها إطلاقاً.
- ومع هذا كله تعتبر هذه الدراسة أيضاً تكملة لدراسة قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي كما سبق وأن أشرت قبل ذلك في أسباب اختيار الموضوع؛ حتى ينقى من كل الشوائب العالقة به ما أمكن ذلك.

2 - رسالة الماجستير للباحثة: عبير ربحي القدومي بعنوان: "التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية" سنة 1996م الجامعة الأردنية.

قسمت الباحثة موضوع بحثها إلى: مقدمة وتمهيد وخمسة فصول، تحدثت فيه عن الحق والتعسف كحدود، ثم تطرقت فيما بعد إلى الحديث عن التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج وآثاره، ثم الطلاق، ثم الولاية على المال، ثم الوصية والميراث.

الملاحظ على هذه الدراسة أنها اهتمت بالجانب التأصيلي للمسائل - التعريفات، الأدلة، آراء المذاهب الفقهية... إلخ - حيث إنها لم تتطرق إلى الجانب القانوني إطلاقاً.

وبهذا يتضح جلياً أن ما قمت به من معالجة في موضوع البحث يختلف تماماً عما قاما به الباحثان، وهذه الدراسة التي أرغب فيها تتميز عن سابقتها بعدة مزايا منها:

- 1- تتبع جميع الجزئيات التي لها علاقة بموضوع البحث.
- 2- تعضيد هذه الدراسة بما أقرته بعض قوانين الدول العربية طبقاً لآخر التعديلات كالقانون المصري والمغربي والتونسي والموريتاني والليبي والكويتي والسوري، وكذا الاجتهادات القضائية المحلية والإقليمية وغيرها.
- 3- التوفيق بين ما هو مسطور في الكتب والواقع الذي نعيشه من خلال تدخل بعض الأسر في الشؤون الخاصة بالأزواج ومحاولة التأثير عليهم في اتخاذ قرارات قد تكون غير صائبة، وبالأخص الأولياء استغلال لإيجاب الشرع طاعتهم، واقتراح الحلول اللازمة لذلك.

خامساً: منهج البحث

يتبين منهج البحث في الخطوات التالية:

- 1- اتبعت المنهج المقارن والاستقرائي مع الاستعانة بالتحليل والوصف، وهذا المنهج اقتضته طبيعة الدراسة التي بين أيدينا، كما يبدو جلياً من خلال خطوات البحث التالية.
- 2- أعرض المسألة الفقهية إذا كانت محل خلاف بين الفقهاء مبيناً آراءهم فيها مع ذكر أدلتهم فيما ذهبوا إليه دون إسهاب.

- 3- أبين محل الخلاف مع مناقشة وجه الدلالة من الأدلة التي وردت على أسنة الفقهاء في كتبهم، وقد أقف على الدليل في حد ذاته إذا كان مشكوكا في نسبه لقائله، ثم أرد على هذه المناقشة إذا لزم الأمر، وترجيح ما يمكن ترجيحه دون تعصب لمذهب أو رأي فقيه.
- 4- اعتمدت في هذه الدراسة على آراء الصحابة، والتابعين، والمذاهب السنية وغيرها من المذاهب الفقهية الأخرى، كالإباضية، والشيعية الإمامية، والزيدية، وكذلك آراء الفقهاء الذين بلغوا مرتبة الاجتهاد وليسوا من أتباع المذاهب الفقهية المعروفة.
- 5- أكتفي في تخريج الأحاديث من الصحيحين أو أحدهما إذا كان الحديث موجودا فيهما أو أحدهما، فإن لم يكن موجودا أخرجته من بقية المصادر الحديثية المعتمدة.
- 6- بعد الانتهاء من الدراسة الشرعية أذكر موقف القانون من ذلك ومناقشته فيما نص عليه بالبيان والتحليل وفق ما تقتضيه الدراسة الشرعية؛ لأنها هي الحاكمة عليه، خصوصا وأنه مستمد منها كما نصت على ذلك المادة "222" من قانون الأسرة.
- 7- أتناول المواد القانونية التي لها علاقة بالبحث بالتحليل، والنقد، وبيان على أي المذاهب أو الآراء الفقهية التي بنى المشرع الوضعي أحكامه عليها في بعض الأحيان.
- 8- أعرض هذه الدراسة القانونية للمواد بالأحكام القضائية وفقا لقرارات المحكمة العليا وبعض المحاكم الأخرى المتواجدة داخل القطر وخارجه، مع الاستشهاد ببعض قوانين الدول العربية والأجنبية في حدود الإمكان، سواء بذكرها كلها في كل المسائل أو بعضها فقط وبيان ما إذا كان قانون الأسرة الجزائري متوافقا مع ما ذهبت إليه هذه القوانين وأقرته في تشريعاتها أم أنه كان مخالفا لها، وهل كان مصيبا في ذلك أم مخطئا مع التعليق عليها أحيانا.
- 9- أتبع هذه الدراسة بالفهارس العلمية المتعارف عليها.

سادسا: خطة البحث:

قسمت هذا البحث إلى مقدمة ومبحث تمهيدي وبابين وخاتمة.
المقدمة: تناولت فيها أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، ومنهج البحث وخطته.

المبحث التمهيدي: مفهوم التعسف في استعمال الحق.

المطلب الأول: معنى التعسف.

المطلب الثاني: معنى الحق.

المطلب الثالث: معنى الظلم.

المطلب الرابع: التنازع في الحقوق وأثره على الأحكام.

الباب الأول: مظاهر التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج وانحلاله.

1- الفصل الأول: التعسف في الخطبة والزواج.

المبحث الأول: التعسف في العدول عن الخطبة.

المطلب الأول: العدول عن الخطبة.

المطلب الثاني: التعويض عن الأضرار.

موقف القانون الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته.

المبحث الثاني: التعسف في عقد الزواج.

المطلب الأول: الولاية في الزواج.

موقف قانون الأسرة الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته.

المطلب الثاني: تعدد الزوجات.

موقف قانون الأسرة الجزائري من التعدد وكيف عالجه وبعض القوانين لدى الدول العربية.

المطلب الثالث: الشروط الزوجية.

موقف قانون الأسرة الجزائري من ذلك ومناقشته والأحكام التطبيقية القضائية

المبحث الثالث: التعسف في اقتضاء الحقوق الزوجية.

المطلب الأول: التنازع في ملكية الصداق والتعسف في استعمال الحق.

المطلب الثاني: العدل بين الزوجات .

موقف قانون الأسرة الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته.

المطلب الثالث: الحقوق والواجبات الفردية.

موقف قانون الأسرة الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته مع بعض الأحكام القضائية.

2- الفصل الثاني: التعسف في حل الزواج وآثاره.

المبحث الأول: التعسف في الطلاق.

المطلب الأول: الطلاق وشروطه وأنواعه.

المطلب الثاني: حالات الطلاق.

المطلب الثالث: أنواع الطلاق.

المبحث الثاني: آثار الطلاق التعسفي.

المطلب الأول: نفقة ومسكن المطلقة.

موقف قانون الأسرة الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته مع بعض الأحكام القضائية.

المطلب الثاني: التعويض عن الأضرار بسبب الطلاق التعسفي.

البعد القانوني لآثار الطلاق التعسفي والتطبيقات القضائية.

المطلب الثالث: الحضانة.

الطبيعة القانونية لحقوق المحضون والتطبيقات القضائية.

الباب الثاني: حالات التعسف في النيابة الشرعية.

1- الفصل الأول: التعسف في الولاية.

المبحث الأول: الأهلية.

المطلب الأول: تصرفات ناقص الأهلية.

المطلب الثاني: تصرفات فاقد الأهلية.

المطلب الثالث: الحجر.

موقف قانون الأسرة الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته والتطبيقات القضائية.

المبحث الثاني: الولاية على الصغير.

المطلب الأول: الولاية على النفس.

المطلب الثاني: مسقطات الولاية عن النفس.

المطلب الثالث: الولاية على المال.

المطلب الرابع: مسقطات الولاية على المال.

موقف قانون الأسرة الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته والتطبيقات القضائية.

2- الفصل الثاني: التعسف في الوصايا والكفالة.

المبحث الأول: الوصايا والتقديم.

المطلب الأول: شروط الوصاية والتقديم.

المطلب الثاني: تعدد الأوصياء والمقدمين.

المطلب الثالث: مسقطات الوصاية والتقديم.

المطلب الرابع: الإضرار بالوصية.

موقف قانون الأسرة الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته والتطبيقات القضائية.

المبحث الثاني: الكفالة.

المطلب الأول: شروط الكفالة.

المطلب الثالث: التنازع في الكفالة.

المطلب الثالث: آثار الكفالة.

موقف قانون الأسرة الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته والتطبيقات القضائية.

الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج التي توصلت إليها، والتوصيات التي أراها جديرة بالتنويه

إليها مشفوعة بقائمة المصادر والمراجع والفهارس العلمية التفصيلية وملخص البحث.

المبحث التمهيدي: مفهوم التعسف في استعمال الحق

وأثرالتنازع في الحقوق على الأحكام، وفيه مطلبان.

المطلب الأول: معنى التعسف في استعمال الحق.

المطلب الثاني: التنازع في الحقوق وأثره على الأحكام.

المطلب الأول: معنى التعسف في استعمال الحق وفيه ثلاثة فروع.

قبل الشروع في تعريفه لابد من بيان أصل هذا المصطلح، وما الألفاظ المستخدمة نيابة عنه، باعتبار أن المدلول واحد وإن اختلفت التعبيرات أو المسميات، بتتبع ما نص عليه الفقهاء⁽¹⁾ والأصوليون نجد أنه لم يرد في ألفاظهم الدالة على التجاوز في استعمال الحق مع إلحاق ضرر بالغير⁽²⁾ كلمة تعسف أو إساءة، وإنما ورد في تعابيرهم كلمة تعنت، المضارة⁽³⁾ في الحقوق، الاستعمال المذموم⁽⁴⁾ إلى آخره، وإنما هو استخدام من قبل فقهاء القانون المحدثين في الغرب - الفرنسيين⁽⁵⁾ والإنجليز⁽⁶⁾ -.

بما أن هذه الألفاظ أو غيرها مما ورد على السنة فقهاء الفقه والأصول والقانون تؤدي نفس المعنى، وهو الإيذاء وإلحاق الضرر بالغير الناتج عن إساءة استعمال الحق أو التصرف فيه تصرفاً يخالف مقصد الشارع من تشريعه، فلا مشاحة إذا في اللفظ المستخدم⁽⁷⁾، غير أنني أرجح مصطلح التعسف؛ لأنه الأكثر رواجاً وشيوعاً وتداولاً لدى القانونيين والإعلاميين وغيرهما، بالإضافة إلى كونه أكثر وقعاً، بل أدق دلالة في التعبير عن التجاوز عمّا رسمه

(1) - سواء المتقدمون أو المعاصرون.

(2) - سواء قصد أو لم يقصده، وإن لم يلحق ضرراً بالغير في بعض الصور كتكاح التحليل، فليس فيه ضرر مباشر على أحد، ولكن بالنظر إلى الغرض من مشروعية النكاح نجده يخالف المقاصد الشرعية منه، وهي التنازل والمودة والألفة والسكن والاستقرار وغيرها من المقاصد.

(3) - وهذا اللفظ ورد استعماله في القرآن، فمن ذلك قوله تعالى: ﴿لَا تُضَاكِرْ وَالِدَةً بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُوداً لَهُمْ بِوَالِدِيهِمْ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ البقرة: 233.

(4) - راجع الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن القيم الجوزية، ص 132، 305 وما بعدها، ت. ق: عصام فارس الحرشثاني، حسّان عبد المنان، ط1 (1418هـ/1998م)، دار الجيل: بيروت لبنان، الموافقات، لأبي إسحاق الشاطبي، ج3/ص219، ت. ق: عبد الله دراز، ط2 (1416هـ/1996م)، دار المعرفة: بيروت، لبنان، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، محمد أحمد سراج ص279، ط3/1998م، دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية، مصر.

(5) - الفقهاء الفرنسيون يطلقون على التعسف "de là bus des droits" وهذه التسمية في الأصل هي عنوان لكتاب الفقيه الفرنسي المعاصر جوسران سنة 1905م، الموسوم ب: "التعسف في استعمال الحق". راجع الوسيط في شرح القانون المدني الجديد عبد الرزاق السنهوري ص 837، 838، دار إحياء التراث العربي: بيروت، لبنان.

(6) - الفقهاء الانجليز يطلقون على التعسف "the a bus of right"، راجع المرجع السابق الموضع نفسه.

(7) - هناك قاعدة عامة تقول: لا مشاحة في الاصطلاح إذا اتضح معناه.

الشرع، و سوء التعسف في استعمال الحق والانحراف به عن الجادة، ولا ضير في إطلاق بعض المعاصرين لفظ المضارة على التعسف (1).

بعد هذا البيان لأصل هذا المصطلح وما قيل فيه، وما المختار في الاستخدام، أعود مرة أخرى إلى تعريفه فأقول:

الفرع الأول: تعريف التعسف وفيه عنصران.

العنصر الأول: تعريف التعسف لغة

العسف: السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق، وكذا التّعسف والاعتساف، وقيل: عسف عن الطريق يعسف: مال وعدل، كاعتسف وتعسف، أو خطبه على غير هداية، والتعسف والاعتساف والعسوف: الظلوم (2).

العنصر الثاني: تعريف التعسف اصطلاحاً.

عرف بعدة تعريفات منها:

1- مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل (3).

2- استعمال الحق في غير ما شرع له (4).

3- هو التحايل على الوظيفة الاجتماعية للحق (5).

4- التحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحق لأجله (6).

بالنظر في هذه التعريفات للتعسف أجدها تشير إلى أمرين أساسيين هما:

الأمر الأول: المناقضة لقصد الشرع من التشريع، سواء كانت مقصودة أو غير مقصودة، منتفعا بهذا التصرف أم غير منتفع به ألحق ضرراً بالغير أم لم يلحق.

الأمر الثاني: لا بد أن يكون الفعل المأتي به مأذوناً فيه ومباحاً، فإن لم يتوفر فيه هذان الشرطان (1) اعتبر اعتداء لا تعسفاً؛ لأنه لم يستند إلى أمر مشروع ومقصود لذاته، وإن جرّ لصاحبه

(1)- انظر كتاب أسبوع الفقه الإسلامي للشيخ الإمام أبي زهرة، ص28، ط/المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، مصر، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهه الفقه الإسلامي، ص279.

(2)- لسان العرب، لابن منظور، باب العين، مادة: عسف، ج6/ص246، ط/مراجعة ومصححة، ط(1423هـ/2003م)، دار الحديث: القاهرة، مصر، القاموس المحيط، للفيروز آبادي، باب الفاء، فصل العين، ت. ق: مكتب تحقيق التراث بمؤسسة الرسالة، ص837، ط(1419هـ/1998م)، م/الرسالة: بيروت، لبنان، مختار الصحاح، لأبي بكر الرازي، باب العين، ص381، ط(1999م)، مكتبة لبنان: بيروت، لبنان.

(3)- نظرية التعسف في استعمال الحق، فتحي الدريني، ص91، ط3 (1429هـ/2008م)، م/الرسالة: بيروت، لبنان.

(4)- المصدر السابق، ص60.

(5)- روح الحقوق ونسبيتها نبذة، ص291 وما بعدها، نقلاً عن نظرية التعسف في استعمال الحق، ص58، هـ1.

(6)- الموافقات، ج2/ص655 وما بعدها.

لصاحبه أو لغيره نفعاً، وذلك لحرمة ارتكابه ابتداءً، وخروجه من دائرة الحقوق الدافعة لفعله، أو المباحات.

الفرع الثاني: معنى الحق وفيه عنصران.

بما أن الفرد لا يمكنه أن يعيش منعزلاً عن الآخرين بحكم الجبلية التي خلقه الله عليها، فهو كائن اجتماعي يألف ويؤلف، إلا أنه دائماً يُؤثر نفسه على الآخرين، فنتج عن هذا سلوك قد يكون سلبياً في بعض جوانبه دون بعض، مما يتطلب وضع قوانين، وتنظيمات تحدد العلاقات بين الأفراد، وتبين الحقوق والواجبات، وهذا ما اعتنى به فقهاء الفقه، والقانون؛ لأن عموم الاستعمال للحق دون تحديد معنى دقيق له يؤدي إلى نزاع وخلاف كبير بين الأفراد، والمتقاضين فيما بينهم، وهذا ما نلاحظه من خلال ما عرفه به أهل الاختصاص، فالوقوف على معنى دقيق له يجنبنا الكثير من الأوهام التي يستند إليها من يطلب حقوقاً ليست له.

العنصر الأول: تعريف الحق لغة: الحق نقيض الباطل، وجمعه حقوق وحقاق⁽²⁾.

العنصر الثاني: تعريف الحق اصطلاحاً.

أولاً: تعريفه لدى أهل الفقه: عرف بعدة تعريفات منها:

- 1- الحكم الثابت شرعاً⁽³⁾.
- 2- مصلحة مستحقة شرعاً⁽⁴⁾.
- 3- ما ثبت بإقرار الشارع وأضفى عليه حمايته⁽⁵⁾.
- 4- اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً⁽⁶⁾.

التعريف المختار: نستخلص من هذه التعاريف الشرعية تعريفاً جامعاً مانعاً للحق فنقول:

(1)- الشرطان هما: 1- أن يكون التصرف مأدونا فيه شرعاً.

2- أن يكون التصرف مباحاً ابتداءً لا اضطراراً كأكل الميتة.

(2)- مختار الصحاح للرازي، باب الحاء، مادة "ح ق ق"، ص 129، لسان العرب، ج 2/ص 525، المعجم الوسيط، ص 188، نفس الباب والمادة فيهما، مجمع اللغة العربية، ط 4 (1425هـ/2004م)، مكتبة الشروق الدولية: القاهرة، مصر.

(3)- الفقه الإسلامي و أدلته، وهبه الزحيلي، ج 4/ص 2838، ط 4 (1418هـ/1997م)، دار الفكر: بيروت، لبنان، نقلاً عن حاشية قمر الأقطار على شرح المنار للشيخ عبد الحلیم اللكنوي.

(4)- الحق والذمة وتأثيرات الموت فيهما وبحوث أخرى، علي الخفيف، ص 57، ط 1 (1431هـ/2010م)، دار الفكر العربي: القاهرة، مصر.

(5)- حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية لمولاي ملياني بغدادي، ص 76، ط (1997م)، قصر الكتاب: البليدة، الجزائر.

(6)- المدخل إلى نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي مصطفى الزرقا، ص 19، ط 1 (1420هـ/1999م)، دار القلم: دمشق، سوريا.

*"هو ما ثبت بإقرار الشارع سلطة أو تكليفا، وأضفى عليه حمايته".

*"هو اختصاص يقرر به الشارع سلطة أو تكليفا، وأضفى عليه حمايته".

ثانيا: تعريفه لدى أهل القانون: عرف بعدة تعاريف منها:

1- قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص، ويستمددها من القانون⁽¹⁾.

2- مصلحة يحميها القانون⁽²⁾.

3- سلطة إرادية ومصلحة يحميها القانون⁽³⁾.

4- ميزة يمنحها القانون لشخص ما، ويحميها بطريقة قانونية، ويكون له بمقتضاها الحق

في التصرف متسلطا على المال معترف له بصفاته مالكا أو مستحقا⁽⁴⁾.

5- هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون، فيكون لهذا الشخص أن يمارس

سلطات معينة يكفلها له القانون، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية⁽⁵⁾.

التعريف المختار: يمكن أن نستخلص من هذه التعريفات القانونية للحق تعريفا جامعا مانعا فنقول:

*"الحق هو الاستثناء الذي يقره القانون لشخص ما، ويكون له بمقتضاه إما التسلط على

شيء معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر".

*"الحق هو ميزة أو قدرة يقرها القانون ويحميها لشخص معين على شخص آخر، أو على

شيء معين - مادي أو أدبي-".

الاستنتاج:

نستخلص مما ذهب إليه أهل الاختصاص- اللغويون، والشرعيون، والقانونيون- في

تعريفهم للحق أنهم أثبتوا - أي أقروا- لصاحبه سلطة في اقتضاء ما وجب له، وتكليفا بأداء

ما وجب عليه نحو الآخرين في إطار قانون عام يحمي الحقوق والحريات بما لا يؤدي إلى

إلحاق ضرر أو إيذاء بالغير، مع الحرص على أداء الواجبات.

(1)- المذهب الشخصي " النظرية الإرادية" رائدها الفقيه "سافيني".

(2)- المذهب الموضوعي "نظرية المصلحة" رائدها الفقيه الألماني،"إهرينغ"

(3)- المذهب المختلط.

*التعاريف الثلاثة السابقة للحق منبثقة - أي مستخلصة- عن النظريات التقليدية في تعريف الحق.

(4)- نظرية دابان، وحمل لواءها الفقيه البلجيكي "دابان" فهي منسوبة إليه.

(5)- نظرية رويبيه.

*التعريفان الأخيران يعودان إلى النظريات الحديثة في تعريف الحق، راجع في هذا كله: مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، لحمزة

خشاب، ص 159...164، ط(2014م)، دار بلقيس: الجزائر.

غير أن هذا التقنين - تجاوزا في المصطلح المستخدم - لا يمكنه أن يحقق العدالة - أي الوسطية - المنشودة في أداء الواجبات، واقتضاء الحقوق إلا إذا كان مصدره الشرع؛ لأنه لا حاكم، ولا مشرع سواه؛ لأن الخلق خلقه، وهو أدرى بما يصلح شأنهم، مصداقا لقوله تعالى: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾⁽¹⁾، ولتنزهه سبحانه وتعالى عن كل عيب، أو نقص، أو شهوة، قال تعالى: ﴿مَا يَفْعَلُ اللَّهُ بِعَذَابِكُمْ إِنْ شَكَرْتُمْ وَعَآمَنْتُمْ وَكَانَ اللَّهُ شَاكِرًا عَلِيمًا﴾⁽²⁾.

وبهذا يتضح جليا أنه ليس في الشريعة الإسلامية حق مصدره الطبيعة، أو العقل البشري كما هو معروف لدى المعتزلة الذين يقولون بالتحسين والتقيح العقليين⁽³⁾، وإنما مصدره الشرع، غير أن وظيفة العقل هنا استنباط الأحكام من المصادر في ضوء الضوابط الشرعية، وتبسيطها - أي إنزالها - على الحقوق والواجبات، سواء كانت خاصة بالأفراد، أو الجماعة، أو الله عز وجل، وهذا المبدأ يخالف ما رأيناه في النظرية القانونية، سواء كانت التقليدية، أو الحديثة وما وجه إليها من انتقادات في تعريف الحق، نظرا لعدم إمامها بجميع الجوانب واقتصارها في معالجة الأمر على جانب دون آخر، اعتمادا على القناعات الشخصية للأفراد، واكتفاء بما تمليه عليه عقولهم وتوجهاتهم.

الفرع الثالث: معنى الظلم وفيه عنصران.

بما أنني تحدثت عن التعسف والحق وبينت ما فيهما من الأقوال أتكلم أيضا عن الظلم - وإن كان التعسف شبيه بالظلم في مجاوزة الحد - لما له من ارتباط وثيق بهما؛ حتى تكون الصورة أكثر وضوحا ودلالة لدى الباحث والقارئ معا؛ لأنه عندما يطلع أحد ما على معاني هذه المصطلحات يمكنه معرفة مواطن الحق فيطلبها، ومواطن الظلم فيجتنبها، ومواطن التعسف فيسعى جاهدا للابتعاد عنها.

(1) - الآية (14) من سورة الملك.

(2) - الآية (147) من سورة النساء.

(3) - راجع في علم الكلام دراسة فلسفية لآراء الفرق الإسلامية في أصول الدين "المعتزلة" أحمد محمود صبحي، ج1/ص 146، 153...156، ط5 (1405هـ/1985م)، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.

العنصر الأول: تعريف الظلم لغة.

وضع الشيء في غير موضعه، وأصله الجور ومجاوزة الحد⁽¹⁾.

العنصر الثاني: تعريف الظلم اصطلاحاً.

عرف بعدة تعريفات منها⁽²⁾:

1- وضع الشيء في غير موضعه انتقاصاً أو زيادة.

2- الانحراف عن الحق والعدل.

3- مجاورة الحق والإنصاف.

بالنظر فيما عرفه به أهل اللغة والشرع نجد أن معناه واحد؛ لأن مبناه الجور، والانحراف عن الحق والعدل، ومجاوزة الحد، إما بالانتقاص منه، أو الزيادة عليه، سواء كانت قليلة أو كثيرة. والظلم كما يرى الفقهاء ينقسم إلى ثلاثة أنواع⁽³⁾:

النوع الأول: ظلم الإنسان لخالقه، وذلك كالكفر والإشراك به، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ﴾⁽⁴⁾، وقال أيضاً: ﴿فَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ كَذَبَ عَلَى اللَّهِ وَكَذَبَ بِالصِّدْقِ إِذْ جَاءَهُ ۗ أَلَيْسَ فِي جَهَنَّمَ مَثْوًى لِّلْكَافِرِينَ﴾⁽⁵⁾.

النوع الثاني: ظلم الإنسان لنفسه، وذلك باقتراف المحرمات، والفواحش كالزنا، وشرب الخمر، والسرقة، والانتحار إلى غير ذلك، قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۗ﴾⁽⁶⁾، وقال أيضاً: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾⁽⁷⁾.

النوع الثالث: ظلم الإنسان لأخيه الإنسان، كالانتقاص من حقوق الآخرين، والتعدي عليهم، وعدم العدل والإنصاف فيما بينهم، وهضم حقوقهم، والإساءة إليهم إلى غير ذلك، وهو محل بحثنا في هذه الرسالة، قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا

(1)- مختار الصحاح، باب الظاء، مادة ظ ل م، ص 356، لسان العرب، ج 6/ص 23، المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية، ص 577، نفس الباب والمادة فيهما.

(2)- راجع في هذه التعريفات حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، لمولاي ملياني بغدادي، ص 78، 79.

(3)- راجع المصدر السابق الموضع نفسه.

(4)- الآية (13) من سورة لقمان.

(5)- الآية (32) من سورة الزمر.

(6)- الآية (231) من سورة البقرة.

(7)- الآية (29) من سورة النساء.

يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا⁽¹⁾، وقال أيضا: ﴿وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَحِيمٌ⁽²⁾﴾.

ويدل على هذه المظالم الثلاثة ما رواه عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: "الظلم ظلمات يوم القيامة"، وفي رواية: "إن الظلم..."⁽³⁾، حيث عبر فيه بلفظ العموم - "أل" الاستغراقية المفيدة للجنس الداخلة على المفرد - ليدل أن الظلم منشأه القلب.

المطلب الثاني: التنازع في الحقوق وأثره على الأحكام وفيه ثلاثة فروع.

الفرع الأول: الغرض من تشريع الأحكام وأي الحقين أحق بالتقديم.

الأصل العام الذي لا خلاف فيه أن الأحكام إنما شرعت لمصالح العباد، فإن أدت الأفعال المترتبة عليها إلى غير ما شرعت له، بأن ترتبت عليها مفسدة ما منعت؛ لأنها غير مقصودة لذاتها، وإنما قصد بها أمور أخرى هي معانيها، قال الإمام الشاطبي: "ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد عنها"⁽⁴⁾، وفي هذا إشارة إلى عدة قواعد فقهية منها: "درء المفسد أولى من جلب المصالح"⁽⁵⁾، وأن "الضرر الخاص يتحمل في سبيل الضرر العام"⁽⁶⁾، و"الضرر الأشد يزال بالأخف"⁽⁷⁾، و"الضرر يزال"⁽⁸⁾، ومحل هذا كله كون كون المفسدة مساوية للمصلحة أو تزيد عنها لا إن كانت أقل منها.

(1) - الآية (33) من سورة الإسراء.

(2) - الآية (12) من سورة الحجرات.

(3) - صحيح البخاري مطبوع مع فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، كتاب المظالم، باب الظلم يوم القيامة، ج5/ص120/ح2447، ت.ق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب.....، ط3(1407هـ)، دارالمطبعة السلفية: القاهرة، مصر، صحيح مسلم مطبوع مع شرح النووي، كتاب البر والصلة والأدب، باب تحريم الظلم، ج8/ص377/ح2578، 2579، ت.ق: عصام الصباطي، حازم محمد، عماد عامر، ط1(1415هـ/1994م)، دار الحديث: القاهرة، مصر.

(4) - الموافقات، ج3/ص257.

(2) - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، للسيوطي، ت.ق: محمد محمد تامر، حافظ عاشور حافظ، ج1/ص217، ط1(1418هـ/1998م)، دار السلام: القاهرة، مصر، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، لابن نجيم الحنفي، ص90، ط1(1413هـ/1993م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.

*متفرعة عن القاعدة الربعة الكبرى "الضرر يزال".

(6) - الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص87.

*متفرعة عن نفس القاعدة.

(7) - المصدر السابق، ص88.

(8) - المصدران السابقان - ابن نجيم ص55، السيوطي، ج1/ص219 - الأشباه والنظائر للسيوطي، ت.ق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، ج1/ص41، ط1(1411هـ، 1991م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.

وهذا يدل أن الحكم الشرعي في الإسلام غائي يستهدف تشريعه غرضاً مقصوداً، فلا يجوز لأي كان إفراغه منه أو تخليته، وإلا أدى ذلك إلى التداخل في أحكامه، ووقوع التناقض بين قصد الشارع وقصد المكلف⁽¹⁾.

إذا كان هذا هو موقف التشريع الإسلامي - من خلال تلك القواعد وغيرها - في تقديمه للحق الاجتماعي على الحق الفردي، فليس معنى هذا أن حق الفرد مهمل، بل إنه مضان، ولكنه نظر إلى الحق نظرة اجتماعية، باعتبار أن حقه مندرج فيه؛ لأنه أحد لبنات المجتمع، فالمقصود من ذلك هو المحافظة على المصلحة العامة؛ لأن بقاءها ضروري لاستمرار الحياة، وماذا إلا لكون الفرد كائناً اجتماعياً لا يمكنه العيش لوحده، وهو ما أرشدنا إليه الإمام الشاطبي وغيره، قال فتحي الدريني: "وإذا كانت المصلحة الفردية والمصلحة الاجتماعية هما غاية الفقه الإسلامي، وهي - كما ترى - غاية مزدوجة، فقد شرع الفقه الإسلامي الأحكام - وهي مناشئ الحقوق والإباحات - وسائل لتحقيق تلك الغاية المزدوجة، وبذلك يكون قد شرع الوسيلة والغاية معاً"⁽²⁾، وفي هذا رد لمذهب الفرديين الذين يجعلون الفرد هو محور التشريع كله، وكذا مذهب الاجتماعيين الذين يجعلون الجماعة هي محور القانون والتشريع معاً.

والدليل على ما قلناه قوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ ءَامَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ كَذَلِكَ نَفَصَلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْمُونَ﴾⁽³⁾، إلا أنه سبحانه وتعالى قيد حرية التصرف في التمتع بالطيبات بقوله في موضع آخر: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾⁽⁴⁾، وقوله: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾⁽⁵⁾، أي لا تتجاوزوا حدود ما رسم الله لكم من التمتع بما أنعم عليكم، فهذا يدل أن الحق المكتسب لا يستخدم على إطلاقه، بل إن استعماله مقيد بما لا يلحق ضرراً بالآخرين، أو بالفرد نفسه؛ لأن حقوق الفرد تنقسم إلى قسمين:

(1) - انظر نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، فتحي الدريني، ص 32.

(2) - المصدر السابق، ص 42.

(3) - الآية (32) من سورة الأعراف.

(4) - الآية (190) من سورة البقرة.

(5) - الآية (31) من سورة الأعراف.

القسم الأول: يجوز للفرد التصرف فيه بما يعود على النفس أو الغير بالنفع، كإنظار المعسر أو إسقاط بعض الدين إلى غير ذلك، لا إفساده أو إتلافه لغير مقصد شرعي، قال الإمام الشاطبي: "وأما المال فجار على ذلك الأسلوب- أي في جواز التمتع به وعدم إهداره بغير وجه حق، فيخل بمقصود الشرع منه- فإنه إذا تعين الحق للعبد فله إسقاطه، وقد قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرٍ فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾⁽¹⁾، بخلاف ما إذا كان في يده فأراد التصرف فيه وإتلافه في غير مقصد شرعي يبيحه الشارع، فلا"⁽²⁾.

القسم الثاني: لا يجوز للفرد التصرف فيه مطلقا وإن كان يملكه مجازا، وذلك كحق الحياة، أي بمعنى الاستمتاع بها، فلا يجوز له إزهاق نفسه أو إنهاء حياته؛ لأن الله مقصدا في خلقها، ألا وهو عبادته وإعمار الكون، فلا يحق له التعدي على ذلك المقصد العظيم، وكذا عدم إتلاف أي عضو من أعضائه، أو تمكين غيره من ذلك إلا بوجه حق، قال الله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾⁽³⁾، وقال أيضا: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَكُمْ بِهِمْ حَتَّىٰ يُضَاهُوا بِأَلْحَقِ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾⁽⁴⁾، وقال أيضا: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾⁽⁵⁾، وعن ابن مسعود- رضي الله عنه - قال: رسول الله ﷺ: "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأنني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، المفارق لدينه، والتارك للجماعة"⁽⁶⁾.

فهذه النصوص وغيرها واضحة الدلالة في حرمة الاعتداء على النفس بأي شكل من أشكال العدوان والظلم إلا بوجه حق؛ "لأن هذا الإنسان بنیان الله ملعون من هدم بنيانه"⁽⁷⁾.

(1)- الآية (280) من سورة البقرة.

(2)- الموافقات، ج2/ص654.

(3)- الآية (56) من سورة الذاريات.

(4)- الآية (33) من سورة الإسراء.

(5)- الآية (29) من سورة النساء.

(6)- صحيح البخاري، كتاب الديات، باب قوله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ...﴾، ج12/ص209، ح/6878، صحيح مسلم، كتاب القسامة، باب ما يباح به دم المسلم، ج6/ص179/ح1676.

(7)- الكشاف عن حقائق التنزيل وعلوم الأقاويل في وجوه التأويل، للزمخشري، ج1/ص454، ط/دار المعرفة: بيروت، لبنان.

وقال الإمام الشاطبي: "وأيضاً: ففي العادات - الحقوق والحريات - حق لله تعالى من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع؛ لأن حق الغير محافظاً عليه شرعاً أيضاً، ولا خيرة فيه للعبد، فهو حق لله تعالى صِرفاً في حق الغير، حتى يسقط حقه باختياره في بعض الجزئيات، لا في الأمر الكلي، ونفس المكلف داخله في هذا الحق، إذ ليس له التسليط على نفسه ولا على عضو من أعضائه بالإتلاف"⁽¹⁾؛ لأنه مؤتمن عليها، فلا يعمل فيها إلا الأصلاح، وإن كان له فيها حق ابتداء، للعلاقة التشاركية بينه وبين الله - باعتبار التسلط والخلق - وإلا ما كان للنهي عن إزهاقها بغير وجه حق وغيره محل، فدل هذا على ما قلناه.

وإذا كانت هذه هي نظرة التشريع الإسلامي لحقوق الفرد والمجتمع معا في مجال الموازنة بين المصالح، وما المقدم منها، ومتى يمنع الفرد أو المجتمع بصفة عامة من ممارسة بعض الحقوق أو إسقاطها، فإن هذا لا يعني إهدارا لكرامة الفرد أو المجتمع، بل المقصود من ذلك هو المحافظة على روح التشريع، وكذا حق الغير أثناء ممارسة حقوقه، و منعه أيضا من التعسف فيه، والموازنة بين النفع والضرر، إحقاقا لقاعدة "الضرر لا يزال بالضرر"⁽²⁾، وأن "درء المفاسد أولى من جلب المصالح"⁽³⁾.

الفرع الثاني: الضابط الذي يحدد به نوعية التصرف ومتى يوصف بالتعسف وغيره.

وما دمنا نتحدث عن التعسف في استعمال الحق فلا مانع، بل يجب علينا بيان متى يعد التصرف تعسفا فيمنع، ومتى لا يعد كذلك؛ أقول: لكي يوصم فعل الفرد الذي ترتب عليه إلحاق ضرر بالغير تعسفا لا بد أن يسبقه حق - أي استند عليه في مباشرته - مأذون فيه شرعا كالإيذاء بالثلث، أو دونه، أو التعالي في البنيان، حتى حجب الضوء عن جاره، سواء قصد، أو لم يقصد، فهذا التصرف فيه ضرر يجب منعه؛ لأنه يخالف الحكمة - أي مقصد الشارع - التي شرع من أجلها الفعل ابتداء على ما سيأتي بيانه في تعريفه.

أما الفعل الذي لم يستند على حق ابتداء كالإيذاء بما زاد على الثلث، سواء للوارث، أو غيره، قصد الضرر بالورثة أو لم يقصد، أو البناء في ملك الغير ولو لمنفعته - أي ذلك الغير - فلا يعد هذا التصرف تعسفا؛ لأنه لم يبين على حق، بل يعد تَعَدِيًا ومجاوزه، فهو لم يشرع من أصله، وما بني على باطل فهو باطل، وقد أكد ذلك الإمام الشاطبي بقوله: "كل من

(1) - الموافقات، ج2/ص604.

(2) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص214، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص87، الأشباه والنظائر، للسبكي، ج1/ص41.

(3) - المصدران السابقان، السيوطي ج1/ص217، ابن نجيم، ص90

ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له، فعمله باطل⁽¹⁾.

يضاف إلى ما ذكرناه نوع آخر من التعسف، وهو استعمال الحيل من أجل بلوغ أغراض غير مشروعة كمضارة المرأة، أو التضيق عليها لحملها على الإفتداء - أي المخالعة بالمال - أو التنازل عن حقوقها كلياً أو جزئياً، أو المفارقة القسرية، ويدل على هذا قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ

أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾⁽²⁾، وقوله: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾⁽³⁾، وقوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ

فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽⁴⁾، فهذا السلوك وما يماثله يعتبر تعسفاً في سوء استعمال الحق بطريق التحايل، والذي هو عبارة عن "تحايل لبلوغ غرض لم يشرع الحق لأجله"⁽⁵⁾.

ويلحق بهذا أيضاً نوع من التعسف، وهو إمكانية الوصول إلى الحق بوجه لا يلحق ضرراً بالغير، لكنه تركه وعمد إليه مباشرة، سواء كان في حاجة إلى هذا الحق أم لا⁽⁶⁾.

وبناء على هذه التفاصيل لا بد أن تكون التصرفات مبنية على أسس سليمة موافقة لمقصود التشريع، حفاظاً على المصلحة العامة "فالتصرف الجزئي يجب ألا يتناقض مع ما تقتضيه القاعدة الكلية"⁽⁷⁾، ومن ثم لا تناقض بين كون الفعل مأذوناً فيه أصلاً ثم وصفه بعد ذلك بالتعسف نظراً للمال؛ لأن إذن المشروعية منصب على ذات الفعل، أما التعسف فمنصب على كيفية استعماله⁽⁸⁾، ومن هنا افترقا لانفكاك الجهة، ومن ثم لا يعود على الإذن بالبطلان، ويدل على هذا ما قضى به الفاروق - رضي الله عنه - عندما سئل فقال: "ذاك على ما قضينا، وهذا على ما نقضي"⁽⁹⁾، فلم ينقض الاجتهاد الأول بالاجتهاد

(1) - الموافقات، ج 2/ص 615.

(2) - الآية (229) من سورة البقرة.

(3) - الآية (19) من سورة النساء.

(4) - الآية (229) من سورة البقرة.

(5) - الموافقات، ج 2/ص 655 وما بعدها، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 57.

(6) - راجع نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 63، 64.

(7) - المرجع السابق ص 54.

(8) - راجع المرجع السابق الموضع نفسه.

(9) - مع أن القضية واحدة إلا أن الزمان والحال وربما المكان تغير والحكم لم يتغير.

الثاني⁽¹⁾، بل جمع بينهما لاختلاف الزمان والحال، ويعد ذلك من باب الموازنات الفقهية الموضوعية التي تراعي روح التشريع الإسلامي.

وقد حمل هذ بعض فقهاء المذاهب الفقهية على سنّ أصول، أي مصادر تشريع شبيهة بالقواعد الفقهية من حيث الاختصار والإفادة كسد الذرائع، والاستحسان، والمصالح المرسلة ومراعاة الخلاف، والاستصلاح، وعمل أهل المدينة... إلخ، اعتمادا على أصل مهم هو: "جلب المصالح ودرء المفسد" وما ترتب عليه من مقررات شرعية⁽²⁾، مثل: "درء المفسد أولى من جلب المصالح"، "يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع ضرر عام" الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، "لا ضرر ولا ضرار"، "يختار أهون الشرين" إلى غير ذلك من المصادر والمقررات الشرعية.

بعد هذا البيان أقول: ما نوع التعدي الموجب للضمان، وهو ما نتعرض بالتفصيل في

الفرع التالي؟

الفرع الثالث: آثار التصرفات سواء كان مبناها التعسف أو التعدي أو المجاوزة.

سبق وأن بينت متى يعد التصرف تعسيفا، ومتى يعد تعدياً أو مجاوزة، والآن أتحدث عن

آثار هذا التصرف، فهل يُلزم من تسبب في إلحاق ضرر بالغير بالضمان أم لا، أقول:

إذا كان الضرر سببه تصرف ناتج عن استعمال حق غير أنه تعسف فيه، فهذا لا ضمان فيه على المباشر له، بناء على القاعدة الشرعية "الجواز الشرعي ينافي الضمان"⁽³⁾، غير أن هذه القاعدة يمكن تقييدها باعتبار أن المباحات أوردَ الشارع عليها بعض القيود، و بناء عليه فإن الجواز الشرعي إما أن يكون مقيدا فيجب الضمان، وإما أن يكون غير مقيد فلا ضمان فيه.

والشريعة بين هذا وذاك، ومحلّه - أي هذا التفصيل - إذا لم يكن الضرر فاحشا بحيث

لا يُتحمّل عادة، أو كان متيقنا من وقوعه، أو قاصدا ذلك، فيجب عليه الضمان حينئذ؛ لأنه في حكم الإلتلاف المباشر⁽⁴⁾.

(1) - لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، وإلا أدى ذلك إلى عدم استقرار الأحكام كما هو معروف لدى الأصوليين.

(2) - راجع المصدر السابق، ص 74.

(3) - الموجبات والعقود، صبحي المحمصاني، ج 1/ ص 175، 186، نقلا عن نظرية التعسف، ص 68.

(4) - الإلتلاف المباشر يوجب الضمان، سواء أكان صاحبه متعمدا أو متعديا أم لم يكن، بخلاف الضرر الناتج عن التسبب فلا ضمان فيه إلا إذا تعمد أو تعدى، ومن هنا افترقا.

أما إن كان الضرر سببه غير مشروع في ذاته فيضمن مرتكبه مطلقا - كان الضرر كثيرا أم قليلا- بقطع النظر عما ذكرناه آنفا⁽¹⁾؛ لأنه متعد فيه، ويتضح هذا جليا من خلال تعريف المحمصاني للتعدي بقوله: "العمل بدون حق، ولا جواز شرعي"⁽²⁾.

نستنتج من هذا كله أن الشريعة الإسلامية هي مصدر الحق ومنشؤه، وبالتالي لا يحق للفرد، أو المجتمع أن يتصرف كيف ما شاء، بل يجب عليه أن يكون قصده في التصرف موافقا لقصد الشارع؛ "لأن الحقوق ليست في الشرع غاية في ذاتها، بل هي مجرد وسائل شرعت لتحقيق المقاصد الضرورية في الخلق وما يتبعها من الحاجية والتحسينية، وبذلك يتقيد الحق بهذه المصالح"⁽³⁾.

وإذا كان التصرف مخالفا لهذا المقصد اعتبر تصرفا باطلا، وقد أكد هذا المفهوم الإمام الشاطبي بقوله: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل. أما أن العمل المناقض باطل فظاهر، فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة"⁽⁴⁾، سواء أفضى سوء استعمال الحق الفردي إلى إلحاق ضرر راجح بالغير أو المجتمع؛ لأنه لا فرق بينهما- من حيث تشريع الأحكام عموما- فالأحكام إنما شرعت لأجل تحقيق المصالح الراجحة بقطع النظر عن المستفيد منها، بناء على الأصل العام أن "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح"، قال الإمام الشاطبي: "وحق الله في العبادات من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع؛ لأن حق الغير محافظ عليه شرعا أيضا"⁽⁵⁾، وقال في موطن آخر: "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع"⁽⁶⁾.

فالارتباط بينهما إذا واضح من هذه الجهة، إذ العبرة ليست بصورة الفعل وهيئته الشرعية، وإنما العبرة بقصد المكلف في الفعل ومآله ونتيجته والباعث عليه وإن لم يقصد إلحاق الضرر بالغير.

(1)- انظر نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 69 وما بعدها.

(2)- الموجبات والعقود، ج 1/ص 175، 186، نقلا عن نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 68.

(3)- نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 85.

(4)- الموافقات، ج 2/ص 615.

(5)- المصدر السابق، ج 2/ص 604.

(6)- المصدر السابق، ج 2/ص 613.

وبهذا يتبين أن "التعسف في استعمال الحق إنما يكون على وجه يناقض مقصد الشرع من تشريعه"⁽¹⁾، وذلك باعتبار مآلات الأفعال؛ لأنها مقصودة شرعا، فلا يجوز إغفالها، فالتعسف إذا هو علة بطلان التصرف، ولو كان مأذونا فيه شرعا ابتداء، قال الإمام الشاطبي: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة"⁽²⁾.

ومما يجب التنويه إليه أن المصلحة التي اعتبرها الشارع ابتداء، ثم أهملها انتهاء بسبب ما آلت إليه من مفسد مساوية أو راجحة، سواء كانت عامة أو فرعية، ليس معنى هذا عدم اعتبار المصلحة المرجوحة بسبب انخراط مناسبتها للحكم، بل تبقى معلقة، فإذا ما سلمت من المعارضة أو ارتفع عنها المانع - أي زالت عنها أسباب عدم اعتبارها شرعا - عاد إليها اعتبار الشارع لها، وشرع الحكم المناسب لها⁽³⁾، تطبيقا للقاعدة الأصولية أن "الحكم يدور مع علته وجودا وعدما".

يرجع سبب البدء بهذا المبحث التمهيدي من أجل الوقوف على حقيقة كل من التعسف، والظلم، والحق الذي يطلبه كل فرد، وأثر ذلك في الأحكام؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره كما يقول الأصوليون، فإذا لم يكن لك تصور دقيق عن المسألة المبحوث فيها، ومن ثمَّ حكمها، فإنك لن تستطيع معالجتها من جميع جوانبها، وإنما يكون مبناه التخمين والظن الذي لا يغني عن الحق شيئا، ولا يفضي إلى حكم يرفع الاختلاف، ويدخل الراحة والسكينة على النفس فتطمئن لذلك.

(1) - نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 43.

(2) - الموافقات، ج 4/ص 552.

(3) - راجع نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 53 وما بعدها.

الباب الأول: مظاهر التعسف في استعمال الحق في

عقد الزواج وانحلاله، وفيه فصلان.

الفصل الأول: التعسف في الخطبة والزواج.

الفصل الثاني: التعسف في حل الزواج وآثاره.

الفصل الأول: التعسف في الخطبة والزواج، وفيه ثلاثة مباحث.

المبحث الأول: التعسف في العدول عن الخطبة.

المبحث الثاني: التعسف في عقد الزواج.

المبحث الثالث: التعسف في اقتضاء الحقوق الزوجية.

المبحث الأول: التعسف في العدول عن الخطبة،
وفيه مطلبان.

المطلب الأول: العدول عن الخطبة.

المطلب الثاني: التعويض عن الأضرار.

المطلب الأول: العدول عن الخطبة وفيه ثلاثة فروع

الفرع الأول: مفهوم الخطبة والحكمة منها وقراءة الفاتحة في الفقه والقانون

اعتاد الناس في معاملاتهم قبل إبرام العقود عموماً أن تكون هناك مقدمات تعبر عن حسن نياتهم ورغباتهم في هذا الأمر، والخطبة من هذا القبيل، فهي مجرد إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، وإعلام أهلها بذلك؛ لأنها - أي الخطبة - تكون بحضور العائلتين.

والحكمة من الخطبة هي مزيد من التعارف بين المخطوبين إذا لم يسبق لهما أن تعارفاً قبل ذلك، وكذا الأسرتين - أي أسرة الخاطب والمخطوبة - معاً؛ حتى يكونا على بصيرة بما هما مقبلان عليه، والخطبة تعتبر فرصة كبيرة للعائلتين من أجل وضع الأطر العامة للحياة الزوجية الجديدة؛ حتى لا يقع نزاع أو خلاف بينهما فيما بعد، فإذا توافق الطرفان تمت الخطبة، وانتقلا إلى مرحلة الجِدِّ، وهي إبرام عقد الزواج.

والخطبة لا تعدو إلا أن تكون وعداً بالزواج، سواء اقترنت بقراءة الفاتحة أم لم تقترن، ومن ثمَّ لا يلزم أيُّ من المخطوبين بإتمام بقية المراسيم المتعلقة بالزواج، فكلاهما في حِلِّ من أمره، وهذا في غير عرف الجزائريين، وهو ما أقرته المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري 84 / 11 والمعدلة بالأمر رقم: 2005/2/5م، والتي ورد في الفقرة الأولى والثانية منها:

- الخطبة وعد بالزواج.

- يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

يختلف مفهوم الخطبة عن مفهوم الفاتحة، سواء اقترنت في اللفظ بالقراءة - أي قراءة الفاتحة - أم لم تقترن، بل ذكرت مجردة عنها في عرف الشعب الجزائري، فالفاتحة بصيغتها المشار إليها أنفاً عبارة عن مجلس عقد شرعي مستجمع لجميع الأركان والشروط يحضره جمع من الأهل والأقارب والأصدقاء، سواء تمت في المسجد أو البيت.

تتمة:

يوجد لدى بعض أئمة المساجد سجل خاص يدونون فيه هذه العقود الشرعية - احترازاً عن العقود المدنية فإنها تتم في دار البلدية أو عند الموثق - حتى يستأنس به في المحاكم حالة وقوع نزاع أو خلاف بين العائلتين أو المخطوبين فيما بعد، ولأهمية هذا الأمر فإن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف أصدرت تعليمات وزارية تمنع من خلالها أئمة المساجد إبرام عقد الزواج الشرعي والمعروف لدى العامة بالفاتحة، أو قراءة الفاتحة إلا بعد إحضار المعني عقد

الزواج المدني - أي الدفتر العائلي- وهو إجراء مهم نظرا لكون ذمم الناس قد خرجت، فيشرع لهم بقدر ما أحدثوا من أمور، حتى تحفظ الحقوق، وتصان الأعراض.

مذكرة رقم: 08 بخصوص قراءة فاتحة خطبة الزواج

بناء على التعليمات الوزارية رقم: 60 المؤرخة في 2000/04/12م المتضمنة عمل المسجد وخاصة في مهام الإمام والنشاط المسجدي حيث جاء: إن قراءة الفاتحة تكون بعد أن يتم العقد الإداري.

وعليه نلفت انتباه كل الأئمة أن يشترطوا على من تقدموا إليهم لإجراء عقد النكاح "قراءة فاتحة النكاح" تقديم شهادة العقد الإداري للزواج كي يخول لهم إتمام مراسيم قراءة الفاتحة. كما يكلف كل إمام بوضع دفتر لتسجيل هذه العقود يتضمن: التاريخ/ اسم الزوج/ اسم الزوجة/ اسم وكيل الزوج/ اسم ولي الزوجة/ اسم الشاهدين.

وإذا كان مفهوم كل من الخطبة والفاتحة يختلف عن الآخر، فإنه يجب التنويه إلى إمكانية وقوعهما معا في مجلس واحد متحدين زمانا ومكانا من أجل تخفيف التكاليف المالية، وهو ما أقرته المادة السادسة من قانون الأسرة الجزائري 11/84 المعدلة بالأمر رقم: 2005/02/05م، والتي ورد فيها:

إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يُعدُّ زواجا.

غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا، وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون.

وقد أشارت إلى هذا بعض القوانين لدى الدول العربية، فمن ذلك:

- 1- قانون الأحوال الشخصية السوري، ورد في المادة الثانية منه: "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا
- 2- مدونة الأسرة المغربية، ورد في المادة الخامسة منها: "الخطبة تواعد امرأة ورجل على الزواج".

تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا.

بإجراء مقارنة بين ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري والقانونان المشار إليهما أجد المشرع الجزائري لا يعتبر الفاتحة المقترنة بالخطبة زواجا، وهو في هذا الاتجاه موافق لما

ذهب إليه القانونان صراحة، وإن أشارا لبعض مقتضيات الزواج كقبض المهر، وتقديم الهدايا للدلالة على جدية الأمر، غير أنه عدل عن هذا إلى القول باعتبارها عقدا متى توفر ركن الرضا المنصوص عليه في المادة التاسعة⁽¹⁾ من هذا القانون، وكذا شروط الزواج المنصوص عليها أيضا في المادة "9" مكرر⁽²⁾ من نفس القانون.

ومما يلاحظ عليه- أي قانون الأسرة الجزائري- أيضا أنه اعتبر "اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد زواجا متى توفر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة "9" مكرر من هذا القانون" يعد حشوا لا فائدة منه؛ لأنه إذا كان مجلس العقد قائما بجميع أركانه وشروطه المشار إليها فما فائدة الفاتحة التي نص عليها، اللهم إلا للتبرك، وقد أقر ذلك في الفقرة الأولى، إن دَلَّ هذا إنما يدل على عدم القدرة على التفرقة بين الفاتحة التي هي للتبرك والدعاء كما هو واضح في بعض القوانين العربية المشار إليها آنفا، والفاتحة التي هي العقد الشرعي في عرف الجزائريين، وهذا الإشكال وقع فيه أيضا رجال القضاء كما سيأتي بيانه في بعض الأحكام القضائية.

الفرع الثاني: الأحكام القضائية لمفهوم الخطبة وقراءة الفاتحة

وإذا كان هذا هو مدلول النصوص القانونية فما رأي رجال القضاء؟

بتتبع بعض أحكام القضاء أجد أن بينها اختلافا في اعتبار الفاتحة أو قراءتها المقترنة بالخطبة بمجلس العقد كما نص على ذلك قانون الأسرة الجزائري زواجا صحيحا، أم أنها من باب التبرك والدعاء فقط.

فمن هذه الأحكام:

1- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 17/03/1992م، ملف رقم: 81129 والذي جاء فيه: "ولما ثبت أن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم، سواء أمام القاضي الأول، أو أمام العضو المقرر يذكرون حضورهم لوليمة الخطبة أو فاتحة الخطبة، أن المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود، هل هو مجرد حضور خطبة على

(1)- المادة 9 من القانون 11/84 المعدلة بالأمر رقم: 2005/02/05م، والتي ورد فيها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

(2)- المادة 9 مكرر بالأمر رقم: 2005/02/05م، والتي ورد فيها: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

معنى المادة "5"⁽¹⁾ من قانون الأسرة، أم أنهم قد حضروا مجلس العقد على معنى المادة "9"⁽²⁾ من نفس القانون، بينما الفاتحة ليست ركنا من أركان الزواج، وليست شرطا لوقوع الخطبة، وإنما هي من باب التبرك والدعاء، وعلى ذلك وجب التفريق بين الفاتحتين⁽³⁾.

2- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 14/04/1992م ملف رقم: 81877، اعتبر اقتران الخطبة بالفاتحة زواجا صحيحا، وذلك لتوفر جميع الأركان والشروط فيه، فالفاتحة تعتبر عقدا شرعيا على هذا الأساس، وهذا نص القرار" من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد، وأنه تم اقتران الخطبة بالفاتحة وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول؛ لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل الطرفين بالعدول عنها.

إن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله فإنهم طبقوا صحيح القانون⁽⁴⁾.

3- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 04/04/1995م، والذي ورد في حيثياته ما يلي: "حيث إن المادة 6⁽⁵⁾ من قانون الأسرة تقضي بأنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، فإن سبقت الخطبة الفاتحة فتلك هي الخطبة المنصوص عليها بالمادة

(1) - هذا الحكم صادر قبل تعديل قانون الأسرة الصادر تحت رقم: 84/11/1984م، والتي كانت الفقرة الأولى من المادة الخامسة تنص على: "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها".

*المادة الخامسة المعدلة بالأمر رقم: 05/02/2005م، والتي ورد في الفقرة الأولى والثانية منها: الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".

(2) - المادة 9 من القانون 84/11/1984م، والتي ورد فيها: يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة، وشاهدين، وصداق.

* عدلت هذه المادة بالأمر رقم: 05/02/2005م، والتي ورد فيها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

*المادة 9 مكرر الصادرة بالأمر رقم: 05/02/2005م، والتي ورد فيها: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدين، انعدام الموانع الشرعية ".

(3) - الاجتهاد القضائي بغرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد خاص لسنة 2001م، ص 31

(4) - المرجع السابق، ص 33.

(5) - المادة السادسة من القانون رقم: 84/11/1984م، والتي ورد فيها: " يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة" تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه.

* عدلت هذه المادة بالأمر 05/2/2005م، راجع ص 34.

5⁽¹⁾ من نفس القانون، وهي التي تعتبر وعدا بالزواج، أما في حالة اقتران الخطبة مع الفاتحة حسب المادة السادسة المشار إليها، فهي زواج متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9⁽²⁾ من قانون الأسرة⁽³⁾. بالنظر في هذه القرارات أجدتها مضطربة فيما بينها، وهذا راجع ربما إلى عدم القدرة على التفريق بين الفاتحة التي تعتبر عقدا شرعيا تترتب عليه جميع الأحكام الشرعية كما هو الشأن في العقد المدني، وبين الفاتحة التي هي للتبرك والدعاء فقط، ومن ثم لا يترتب عليها شيء، ويمكن أن يعود سبب هذا الاضطراب إلى عدم وضوح الأمر جيدا لدى رجال القضاء، خصوصا وأن بعض القوانين العربية تنص صراحة على كون الفاتحة للتبرك والدعاء فقط، ولا يترتب عليها شيء من الحقوق أو الواجبات المنبثقة عن العقد.

ولرفع هذا الإشكال فإني اقترح إعادة صياغة هذه المادة على النحو التالي:

يمكن أن تقتنر الخطبة بالعقد الشرعي والمعبر عنه بالفاتحة أو تسبقها⁽⁴⁾ بمدة غير محددة. غير أن اقتران الخطبة بالفاتحة المشار إليها في الفقرة الأولى - أي العقد الشرعي - يُعدُّ زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون.

***يمكن صياغة الفقرة الثانية بأسلوب آخر فأقول:**

وفي حالة اقتران الخطبة بالفاتحة المشار إليها في الفقرة الأولى - أي العقد الشرعي - تسري عليها أحكام المادة 9 و9 مكرر أدناه.

وبهذه الصياغة نكون قد رفعنا الإشكال والغموض والالتباس الذي كان يسود هذه المادة قبل هذا الاقتراح، فيفرق بين ما هو خطبة فتسري عليه أحكام الخطبة، وبين ما هو عقد شرعي فتسري عليه أحكام عقود الزواج.

بعد هذا البيان لأحكام هذه المادة أعود مرة أخرى إلى أمر هو من مقتضيات الخطبة ألا وهو إباحة النظر إلى المخطوبة، سواء كان ذلك بعلمها أو بغير علمها، ولكن بشروط هي:

1- الرغبة الملحة في الزواج من المرأة المنظور إليها.

(1) - سبقت الإشارة إليها راجع ص 37، هـ 1.

(2) - سبقت الإشارة إليها راجع ص 37، هـ 2.

(3) - المجلة القضائية للمحكمة العليا عدد خاص لسنة 2001م، ص 31 وما بعدها.

(4) - أي تسبق الخطبة العقد الشرعي، والموسوم بالفاتحة.

- 2- ألا يتجاوز حدود ما أباحه الشرع في ذلك، وله أن يكرر النظر إليها ويصوبه حتى يقتنع بها، أو يجد ما يدعوه إلى نكاحها
- 3- ألا يتحدث بذلك في مجالسه الخاصة، فضلا عن العامة؛ لأنه ربما لا يتزوجها، فلا يشوش عليها، فيكثر عنها القيل والقال، فيدنس عرضها وإن لم يقصد إلحاق الضرر بها، فالضرورة تقدر بقدها، وما أبيح للضرورة يرتفع بارتفاعها.
- 4- عدم التشهي أثناء النظر إليها حقيقة أو بأبي وسيلة أخرى، وكذا إثارة هواجس النفس الكامنة، وإلا اعتبر متعسفا في استعمال حق النظر إلى المخطوبة، ومتى وجد ذلك وجب عليه إيقافه ومنعه؛ لأنه ينافي الغرض الذي من أجله أبيح النظر، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾⁽¹⁾، ولقوله ﷺ فيما رواه المغيرة بن شعبة - رضي الله عنه - أنه خطب امرأة فقال له النبي ﷺ: "انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"⁽²⁾، وقوله ﷺ فيما رواه جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل"⁽³⁾، وقوله ﷺ فيما رواه موسى ابن عبد الله عن أبي حميد - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا خطب أحدكم المرأة، فلا جناح عليه أن ينظر إليها إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة وإن كانت لا تعلم"⁽⁴⁾.

(1) - الآية (190) من سورة البقرة.

(2) - سنن الترمذي، أبواب النكاح، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة، ج2/ص275، ح/1093، ت. ق: عبد الرحمن محمد عثمان، ط2 (1403هـ/1983م)، دار الفكر: بيروت، لبنان، ابن ماجه، كتاب النكاح، باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، ج1/ص600، ح/1866، ت. ق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط (1395هـ/1975م)، دار إحياء التراث العربي: بيروت، لبنان، سنن النسائي، كتاب النكاح، باب إباحة النظر قبل التزويج، ج6/ص378، ح/3235، ت. ق: مكتب التراث بالدار، ط1 (1411هـ/1991م)، دار المعرفة: بيروت، لبنان، الدارمي، كتاب النكاح، باب الرخصة في النظر للمرأة عند الخطبة، ج2/ص134، ت. ق: محمد أحمد دهمان، دار إحياء السنة النبوية، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان، المسند للإمام أحمد، ج30/ص66، ح/18137، ص88، ح/18154، ت. ق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، محمد رضوان العرقسوسي.... وآخرون، ط1 (1420هـ/1999م) م/الرسالة: بيروت، لبنان، البيهقي - الكبرى - كتاب النكاح، باب نظر الرجل إلى المرأة يريد أن يتزوجها، ج7/ص135، 136، ح/13488، 89، 90، ت. ق: محمد عبد القادر عطا، ط1 (1414هـ/1994م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، للأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، كتاب النكاح، ذكر الأمر للمرء إذا أراد خطبة امرأة أن ينظر إليها قبل العقد، ج9/ص351، ح/4043، ت. ق: شعيب الأرنؤوط، ط3 (1418هـ/1997م)، م/الرسالة: بيروت، لبنان، المستدرک، للحاكم النيسبوري، كتاب النكاح، ج2/ص179، ح/26/2697، ت. ق: مصطفى عبد القادر عطا، ط1 (1411هـ/1990م)، دار الكتب العلمية: بيروت لبنان.

(3) - سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها، ج2/ص390، 391، ح/2082، ت. ق: عزت عبيد الدعاس، عادل السيد، ط1 (1418هـ/1997م)، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، المسند، ج22/ص440، ح/14586، ج23/ص155، ح/14869، المستدرک، كتاب النكاح، ج2/ص179، ح/25/2696.

(4) - المسند، ج39/ص15، ح/23602، ص16، ح/23603.

وجه الاستدلال:

هذه النصوص وغيرها واضحة الدلالة أن النظر إنما أبيض لغرض معين ألا وهو الرغبة في الزواج من امرأة معينة، فمتى انتفى عاد الحكم إلى أصله ألا وهو حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية، ويلحق بهذا الحكم أيضا النظر إلى الرجل الأجنبي؛ لأن الله سبحانه وتعالى سوى بينهما في وجوب غض البصر وحفظ الفرج فقال: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أَبْصَرِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ ﴿٣١﴾ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَرِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ ﴿٣٢﴾﴾⁽¹⁾.

بما أن الخطبة ما هي إلا وعد بالزواج على وجه العموم، فهل للخاطب أن يعدل عنها بصرف النظر عن الأسباب التي دفعته إلى ذلك، أم أنه لا بد أن يقدم سببا مقنعا يبرر به عزوفه عنها؟ بناء على الثوابت الشرعية فإن الشخص لا يعدل عن شيء إلى غيره إلا لأسباب وجيهة؛ لأنه ما أقبل عليه أولاً في الغالب إلا بعد تمحيص وتدقيق، فكيف له العدول أو الرجوع عنه مع إمكانية إلحاق ضرر بنفسه أو بغيره، سواء قصده أم لم يقصده، وفي هذا صيانة لأعمال العقلاء عن العبث.

إن إساءة استخدام ذلك الحق - وهو إمكانية الرجوع عن الخطبة باعتبارها وعدا لا يُلزم صاحبه به - مجردا عن أي قيد أو ضابط يعتبر تعسفا في استعمال الحق، خصوصا إذا كانت هناك وسيلة أخرى تمكنه من الوصول إلى ذلك الحق المزعوم، وتتضح آثار هذا الأمر جليا أثناء الحديث عن التعويض الناشئ عن الأضرار المادية والمعنوية- أي الأدبية- حالة العزوف عن الخطبة.

الفرع الثالث: أسباب العدول عن الخطبة

يمكن حصر أسباب العدول عن الخطبة في النقاط التالية:

- 1- عدم تقدير الأمور قدرها من المعرفة الحقيقية لما هما مقبلان عليه من تكوين أسرة وما يتبعها من مسؤوليات مادية وأعباء اجتماعية.
- 2- كثرة اللقاءات والاتصالات والاختلاط بين المخطوبين، سواء بحضور الأهل أو بغير حضورهم، وهو الغالب في المجتمع الآن، بل إنهم يشجعونهما على ذلك تصرّحا أو تلميحا،

(1)- الآية (30،31) من سورة النور.

أو بغض النظر عنهما بحجة التعارف أكثر، ومجاراة الواقع المعيش، تماشياً مع المدنية والتحضر دون الانزواء أو التحجج بالأوامر والنواهي الدينية.

فينتج عن ذلك تشبع كل منهما بالطرف الآخر، فلم يبق هناك داع للاستمرار في هذه العلاقة، وبالأخص الذكر إذا حصل على بعض ما يريد من مخطوبته، سواء برضاها أو بغير رضاها، وواقعنا خير شاهد على ذلك.

3- طول فترة الخطوبة ينتج عنه ملل وتضمر، وكشف بعض الحقائق التي يريد كل منهما إخفاءها؛ لأن ظهورها كفيل بإنهاء هذه العلاقة.

4- تنازع كل من المخطوبين، وبالأخص الذكر في ممارسة بعض الحقوق التي لم تثبت له بعد، كاستشارته في الدخول والخروج من بيت أهلها، وإعلامه بكل العلاقات التي تربطها بالآخرين، فيبقي على البعض دون الآخر بحسب قناعاته وانتمائه الفكري، وكذا عدم اتصال بالغير إلا بعد معرفته بذلك مسبقاً، وبالأخص إذا كان ذكراً إلى آخره مما يولد لدى الفتاة هاجس تعنت الخاطب وتسلطه بعد الدخول بها؛ لأنه إذا كان هذا هو حالة الآن، وهي لا تزال أجنبية عنه ولا سلطان له عليها، فماذا سيكون حالها فيما بعد عندما يعقد عليها ثم يبني بها.

5- الاستجابة لبعض رغبات الخاطب تحت ذريعة الخطبة أو الزواج الموعود؛ لأن هذا الأمر في نظره مجرد تسلية، فعدم حصول المراد يدفع صاحبه إلى البحث عن بدائل أخرى بحجة أن هذه الفتاة معقدة ولا تتكيف مع مقتضيات العصر، فهي غير متحضرة؛ لأنها لم تجاريه فيما يريد.

6- الغيرة المفرطة من كلا المخطوبين تدفعهما إلى العدول عن الخطبة، لغياب الثقة بينهما، وحلول الشكوك محلها.

7- استهتار الفتيان والفتيات عموماً بالقيم الاجتماعية والأخلاق الإسلامية الفاضلة وجعلها من الماضي السحيق، بحجة عدم صلاحيتها لهذا العصر الذي يعيشون فيه - أي عصر الحريات والانفتاح الثقافي - وبالتالي مجاراة المجتمعات الغربية في ثقافتها وسلوكياتها دون تمحيص أو تدقيق، سواء داخل الوطن أو خارجه.

8- اختلاف المخطوبين حول العرس ومسكن الزوجية، هل يستقلان بمسكن خاص قبل الدخول أم يكون ذلك فيما بعد، وكذا مكان تواجده.

المطلب الثاني: التعويض عن الأضرار، سواء أكانت مادية أم معنوية وفيه ثلاثة فروع

الفرع الأول: مفهوم العدول عن الخطبة الموجب للتعويض

من المعلوم فقها وقانونا وقضاء أن الخطبة ليست عقدا ملزما، وإنما هي وعد - أي تواعد بين المخطوبين - ومن ثمَّ يحق لكل واحد من المخطوبين العدول عنها، وإلا فقدت المقصد الحقيقي منها، وهو المزيد من التريث ومعرفة الطرف الآخر حق المعرفة؛ حتى يكون على بصيرة من أمره، ولكن يجب ألا تطول كثيرا؛ لأنه ربما يعدل عنها بعد زمن، فيلحق ضررا بالطرف الآخر خاصة المرأة؛ لأن الخطاب إذا عرفوا أنها مخطوبة يمتنعون عن خطبتها، وبذلك يُفوّت عليها فرصا كثيرة، وبالأخص إذا كان سنها متقدما، ومن ثمَّ تَقَلُّ رغبة الرجال فيها، لكن الإشكال يكمن في الأثر المترتب عن العدول، هل يؤاخذ به العادل أم لا إن ترتب عليه إلحاق ضرر بالغير استنادا للقاعدة الشرعية "الجواز الشرعي ينافي الضمان".

الحقيقة أن العدول في حد ذاته لا يعد موجبا للضمان - أي التعويض - لأن موجبه المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعاقد، وهنا لا تعاقد، وإنما هو وعد إلا إذا رافقته أفعال أخرى ألحقت ضررا بالغير، غير أن إخلاف الوعد عموما لغير مبرر وجيه يقبله الشرع والعقل يُعدُّ عملا قبيحا يَأْثَمُ صاحبه؛ لأنه يخالف أمر الله عز وجل وأمر الرسول ﷺ، قال الله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنََّّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾⁽¹⁾، وقال أيضا: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾⁽²⁾، وعن عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: "اضمنوا لي ستا من أنفسكم أضمن لكم الجنة: اصدقوا إذا حدثتم، وأوفوا إذا وعدتم، وأدوا إذا أؤتمنتم، واحفظوا فروجكم، وغضوا أبصاركم، وكفوا أيديكم"⁽³⁾ بل إنه ﷺ اعتبر إخلاف الوعد من علامات النفاق، فعن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: "آية المنافق ثلاثٌ إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان"⁽⁴⁾.

(1) - الآية: (34) من سورة الاسراء .

(2) - الآية: (1) من سورة المائدة.

(3) - المسند، ج37/ص417، ح/22757، البيهقي، كتاب الوديعة، باب ما جاء في الترغيب في أداء الأمانات، ج6/ص471، ح/12691، صحيح ابن حبان، كتاب البر والاحسان، باب الصدق والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ج1/ص506، ح/271، المستدرک، كتاب الحدود، ج4/ص399، ح/43/8066.

(4) - صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، ج1، ص111، ح/33، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، ج1/ص323، ح/59.

ومرد هذا الإشكال إلى اختلاف الفقهاء في تفسير مدلول الوعد، فمنهم من يرى أنه غير ملزم، و من نَمَّ يحق للمخطوبين معا أو أحدهما العدول عنه متى شاء؛ لأن المؤاخذه به تناقض مبدأ الرضا في عقد الزواج الذي يعتبر ركنا فيه، كما نصت على ذلك المادة: "9" من قانون الأسرة الجزائري 11/84 المعدل بالأمر رقم: 2005/02/05م، والتي ورد فيها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، فأغفاله يؤدي إلى عدم استقرار الحياة الزوجية فيما بعد. قال الجمل: "والظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي، وإن تخيل كونها عقدا فليس بلازم، بل جائز من الجانبين قطعا"⁽¹⁾، وهو ما أكده الحصكفي وابن عابدين، من أن الخطبة وعد بالعقد و ليست بعقد⁽²⁾.

ومنهم من يرى أن الوعد يلزم الوفاء به عموما؛ لأنه كان سببا في إلحاق الضرر بالغير، ويسمى هذا بمبدأ الالتزام في الفقه المالكي، وهو "إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء"⁽³⁾.

والوعد في الفقه المالكي على أربعة أقوال⁽⁴⁾، أشهرها أنه يقضى بتنفيذه على الواعد إن كان مبنيا على سبب ودخل الموعود له فيما وُعد له به بناء على ذلك السبب، كأن يقول: تزوج وأنا أقرضك مالا للزواج أو أساعدك على ذلك، فيتزوج الموعود له، قال ابن رشد: "وَالْعِدَّةُ إِذَا كَانَتْ عَلَى سَبَبٍ لَزِمَتْ بِحُصُولِ السَّبَبِ فِي الْمَشْهُورِ مِنَ الْأَقْوَالِ"⁽⁵⁾، قال الإمام القرافي: "وحيث نقول: وجه الجمع بين الأدلة التي يقتضي بعضها الوفاء به- أي الوعد- وبعضها عدم الوفاء به، أنه إن أدخله في سبب ملزم بوعده لزم كما قال مالك وابن القاسم

(1)- حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب، ج 6/ص273، ت. ق: عبد الرزاق غالب المهدي، ط1(1417هـ/1996م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.

(2)- راجع حاشية ابن عابدين على شرح علاء الدين محمد بن علي الحصكفي لمتن تنوير الأبصار لشمس الدين التمرتاشي، ج4/ص82.

(3)- رسالة الخطاب في الالتزام مضمنة ضمن فتاوي الشيخ محمد عليش، ج1/ص217، فتح العلي المالك، ط (1378هـ/1958م)، مصطفى البابي الحلبي: القاهرة، مصر.

(4)- القول الأول: يقضى بها مطلقا.

القول الثاني: لا يقضى بها مطلقا.

القول الثالث: يقضى بها إن كانت على سبب وإن لم يدخل الموعود بسبب العدة في شيء، سواء سأله أو قال ذلك من نفسه أنا أسلفك كذا أو أحب لك كذا لتقضي دينك أو تتزوج أو نحو ذلك، لا إن كانت على غير سبب كما إذا قلت أسلفني كذا ولم تذكر سببا، سواء كان ذلك بطلب منك أو قال هو من نفسه ولم يذكر سببا.

القول الرابع: يقضى بها إن كانت على سبب ودخل الموعود بسبب العدة في شيء، وهذا هو المشهور من الأقوال. فتح العلي المالك، ج1/ص217، 254، 255.

(5)- المصدر السابق، ج1/ص255.

وسحنون، أو وعده مقرونا بذكر السبب كما قال أصبغ⁽¹⁾، لتأكد العزم على الدفع حينئذ، ويحمل عدم اللزوم على خلاف ذلك"⁽²⁾.

يضاف إلى هذا المبدأ مبدأ آخر مهم، وهو إساءة استعمال الحق المقرر في الفقه المالكي والحنفي وغيرهما، والذي لا ينحصر في مسائل الأسرة فقط، بل يتعداه إلى فروع كثيرة في الفقه كالوكالة والإجارة والولاية والارتفاق وغيرها، بل إن كثيرا من القوانين الوضعية أخذت به في تشريعاتها، سواء العربية أو العالمية⁽³⁾.

لا خلاف في أن الخطبة ليست عقدا شرعيا بالرغم ما قيل حول الآثار المترتبة عليها، ومنها فسخ عقد الخاطب الثاني قبل الدخول بها بطلاق بائن، ولا مهر لها على الصحيح⁽⁴⁾، وهو المعتمد، أو بطلان العقد مطلقا دخل بها أم لا عند الظاهرية⁽⁵⁾، للنهي الصريح من النبي ﷺ فيما رواه عنه عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال: "لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له"⁽⁶⁾.

وحديثي عن هذا الموضوع يكون على ضوء هذين الأصلين وهما:

1- إساءة استعمال الحق.

2- مبدأ الالتزام بالوعد.

لكن قبل هذا لا بد من التفرقة بين الضرر الناتج عن المسؤولية التقصيرية، والضرر الناتج عن العدول فقط، وبناء عليه فالضرر قسمان:

القسم الأول: ضرر يكون للعادل - الخطاب أو المخطوبة - دخل فيه، سواء كان ماديا أو معنويا؛ لأن سببه التغرير، والتهور، واتباع الهوى، وكونه بغير مسوغ يقبله الشرع والعقل.

(1) - سواء تزوج الموعود له أم لا، مادام ذكر الواعد سبب الاستلاف، لا إن لم يذكر، كأن يقول: أسلفني كذا، فيقول: نعم أو أفعل، راجع الفروق، للقرافي، ج4/ص47، ت. ق: عمر حسن القِيَام، ط1(1424هـ/2003م)، م/الرسالة: بيروت، لبنان.

(2) - المصدر السابق، ج4/ص48.

(3) - راجع شرح قانون الأحوال الشخصية، مصطفى السباعي، ص62، ط9(1422هـ/2001م)، دار الوراق: بيروت، لبنان.

(4) - راجع الشرح الكبير، للدردير، ج2/ص217، إحياء الكتب العربية: القاهرة، مصر، الشرح الصغير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير مع بلغة السالك لأقرب المسالك، أحمد الصاوي، ج1/ص377، 378، ط(1372هـ/1952م) "مصطفى الباي الحلي: القاهرة، مصر، تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب السالك، شرح محمد الشيباني الشنقيطي، ج3/ص37، ط2(1995م) دار الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان.

(5) - المحلى، لابن حزم، ج9/ص478 وما بعدها، ت. ق: أحمد محمد شاكر، دار التراث: القاهرة، مصر.

(6) - صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع ج9/ص105، ح/5142، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن له أو يترك، واللفظ له، ج5/ص212، ح/1412.

أمثلة للضرر المادي:

- 1- أن يدفع لها المهر كله أو بعضه- وفي عرفنا يدفع كله- ويطالبها بتجهيز نفسها والإسراع في ذلك.
- 2- الاتفاق في الخطبة على انتظار أحدهما للآخر إلى حين إنهاء دراسته أو العودة إلى أرض الوطن إن كان يعمل خارجه أو يدرس فيه مع الاستعداد التام عند حلول الأجل؛ حتى لا تتأخر المراسم أكثر من ذلك.
- 3- كثرة الزيارات إلى بيت المخطوبة، وتقديم الهدايا لها في المواسم والأعياد.
- 4- مطالبة المرأة الرجل بإعداد مسكن الزوجية، وقد تشترط عليه فيه بعض المواصفات، فيثقل كاهله بالدين من أجل إنجازه حسب الطلب.
- 5- طلب الخاطب من المخطوبة ترك وظيفتها أو عدم إتمام دراستها، فتمثل لذلك بحجة أنه ليس في حاجة لمالها، وأن مستواها الدراسي يكفيها هنا أو يناسبها في هذه المرحلة من التعليم، لحاجة في نفسه لما يسمع ويراه في المؤسسات التعليمية أو أماكن العمل.

أمثلة للضرر المعنوي:

- 1- طول فترة الخطوبة لسنوات ثم يعدل الخاطب بعد ذلك لغير سبب وجيه، فيفوت على الفتاة خطابا كثر قد يكونون أكفاً منه، وأعظم مكانة اجتماعية.
 - 2- ضرب الخاطب أحيانا للمخطوبة وشتمها وتشويه سمعتها وابتزازها والتشهير بها حالة عدم الاستجابة لبعض نزواته.
 - 3- الانهيار العصبي والآلام النفسية التي قد تحدث للفتاة أحيانا بسبب العدول غير المبرر وألاً معقول من الخاطب.
- بعد هذه الأمثلة لا بد أن ننوه إلى أن المقصد من التعويض عن الضرر الأدبي - أي المعنوي - مرده إلى رد الكرامة النفسية، ومحو الأثر السيء الذي نتج عن العدول بسبب المسؤولية التقصيرية، ولا يقصد من وراء ذلك الإثراء.

القسم الثاني: ضرر لا يكون للعادل عن الخطبة دخل فيه، بل سببه الاغترار والتسرع والتساهل بالنسبة للفتاة في الخروج مع الخاطب والاختلاط به، وإن صاحبه استهواء جنسي؛ لأن المخطوبين يعلموا علم يقين أن لهما حق العدول عن الخطبة متى شاءا أو أحدهما، فعدم أخذ الحيطة وبالأخص إذا لم يقم الخاطب بأي عمل يدل على الجِدِّ في الأمر، كدفع المهر

مع الحث على الإسراع في التجهيز، لا يكون ذلك سببا موجبا للتعويض؛ لأنه راجع للمسؤولية التقصيرية في هذه الحالة، فالمعدول عنه يتحمل كل الآثار المترتبة على ذلك.

ويلحق بهذا القسم بعض الأضرار التي لا بد منها، لأنها من مقتضيات العدول، كخدش الشعور، والإحساس بالإحباط وغيرها، وكذا إذا كان العدول ناشئا عن أسباب أخرى أدت إليه وإن ثبتت براءة المعدول عنه لعدم وجود العلاقة السببية بين الضرر والعدول، كأن تتهم المخطوبة بفعل مذل بالحياء، أو تطعن في شرفها، فتلوكها الألسنة، فيصيبها بذلك آلام نفسية وانهيارات عصبية، فيعدل عنها الخاطب، ثم تظهر براءتها فيما بعد ولا يرجع إليها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الحكم المترتب عن العدول

بعد هذا البيان للقسمين معا أرى أن القسم الأول - وهو الضرر الذي يكون للعادل دخل فيه - يجوز للقاضي الحكم فيه بالتعويض عن الضرر الناتج عن التعسف في استعمال الحق، نظرا للعلاقة السببية، سواء قصد أم لم يقصد؛ لأنه ناتج عن المسؤولية التقصيرية التي من مقتضياتها الضمان، وفقا للقاعدة الشرعية "التسبب في الضرر يوجب الضمان إذا كان عمدا" و"الضرر يزال"، وإزالته هنا تكون بالتعويض، وهو ما أقره الإمام أبو زهرة⁽²⁾، ومحمد مصطفى شلبي⁽³⁾، ومصطفى السباعي⁽⁴⁾، ووهبة الزحيلي⁽⁵⁾، والإمام الأكبر محمود شلتوت شيخ جامع الأزهر الشريف⁽⁶⁾، وعبد الرزاق السنهوري⁽⁷⁾، وغيرهم، ويلحق بهذا القسم ما إذا حمل أحدهما الطرف الآخر عن العدول، فيتحمل هو أيضا المسؤولية، و بهذا المبدأ العام أخذت بعض المحاكم في الدول العربية، فمن ذلك ما قضت به كل من:

1- المحاكم المختلطة سابقا، أكثر المحاكم الوطنية المصرية كاستئناف مصر سنة: 1925م و1931م، ومحكمة الإسكندرية الكلية الوطنية 1929م و1930م، ومحكمة سوهاج

(1) - راجع شرح مدونة الأسرة، محمد الأزهر، ص46، ط13 (2013م)، م/دار النشر المغربية: الدار البيضاء، المغرب.

(2) - راجع الأحوال الشخصية، ص28، ط3، دار الفكر العربي: القاهرة، مصر.

(3) - راجع أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، محمد مصطفى شلبي، ص73، 72، ط2 (1397هـ/1977م)، دار النهضة العربية: بيروت، لبنان.

(4) - راجع شرح قانون الأحوال الشخصية، ص62 وما بعدها.

(5) - راجع الزواج و الطلاق، ج2/ص25، منشورات كلية الدعوة الإسلامية: طرابلس، لبنان.

(6) - راجع المصدر السابق، ص61.

(7) - راجع الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، ج1/ص827، ط1970، دار إحياء التراث العربي: بيروت، لبنان.

الكلية سنة 1948م، واستئناف مختلط 1930م و1932م و1935م و1936م، ومحكمة الفيوم⁽¹⁾، و محكمة النقض المصرية⁽²⁾ 1939/12/14م، وغيرها من الأحكام القضائية. وحثهم في ذلك إجمالاً أن "الحكمة في جواز العدول عن الخطبة هي تمكين طرفيها من تقادي الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المرجوة منه، فلا تحمي الشرائع عدولا طائشاً لا يبرره مسوغ يقتضيه"⁽³⁾.

2- المحكمة الابتدائية التونسية بصفاقس بتاريخ: 1986/03/17م فقد قضت بذلك أيضاً، والتي ورد في حكمها، "وحيث إن الوعد بالزواج يترك الحرية المطلقة للخاطبين لإتمام الزواج، لكن النكول وإن كان حقا لكل منهما، فإنه حق لا يمكن التعسف فيه، ويترتب عن التعسف بهذا الحق مسألة مدنية تخوله المطالبة بغرم الضرر من جراء عدم احترام الناكل لما التزم به"⁽⁴⁾. الملحوظ على ما قضت به المحاكم المصرية مبناه الأفعال المستقلة التي ألحقت ضرراً بالغير فأوجب التضمن، لا العدول في حد ذاته، فهو لا تترتب عليه أي آثار، ولا يطالب العادل بإبداء الأسباب التي دفعته إلى ذلك.

أما القضاء التونسي من خلال هذه القضية يلاحظ عليه أنه جمع بين الأمرين، حيث إنه أقر مبدأ العدول للخاطبين وفقاً للقواعد العامة، غير أنه أثبت للمتضرر منهما حق المطالبة بالتعويض عما لحق به، ومبنى هذا الحكم هو التعسف وعدم احترام الناكل لما التزم به اعتماداً على ما قال به الإمام أبو حنيفة وغيره بعدم الإساءة في استعمال الحق.

(1) - و التي ورد في حكمها " من المسلم به قانوناً اعتبار الزواج والوعد به من النظام العام، ومن المسلم به أيضاً أن العدول عن الوعد لا يترتب عليه أي مسؤولية إلا إذا كان في هذا العدول ما حمل أحد الطرفين ضرراً مادياً أو أدبياً بسبب خطأ وقع ممن عدل في حق الآخر "مجلة المحاماة المصرية، س11، ص181.

(2) - حيث إنها قررت أن الحكم بالتعويض للطرف المتضرر بسبب العدول لا بد أن يكون مبنياً على توافر شرائط المسؤولية التقصيرية؛ أي أن تكون الأفعال الخاطئة مستقلة عن العدول استقلالاً تاماً، راجع: أحكام الزواج والفرقة "دراسة فقهية مؤصلة" أحمد يوسف، ص42، 43، مكتبة النصر: جامعة القاهرة، مصر، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، "أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل"، عبد العزيز سعد، ص20، 21، ط2 (2009م)، دار هومة: الجزائر، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية" بن الشويخ الرشيد، ص37، ط1 (1429هـ/2008م)، دار الخلدونية: الجزائر، شرح مدونة الأسرة، محمد الأزهر، ص40، هـ/96، الطعن رقم: 13، السنة 9 بتاريخ: 1939/12/14م.

(3) - شرح قانون الأحوال الشخصية، مصطفى السباعي، ص68.

(4) - ابتدائية صفاقس "تونس" عدد: 12374 بتاريخ: 1986/03/17م، نقلاً عن شرح مدونة الأسرة، محمد الأزهر، ص43، هـ/105.

أما القضاء الفرنسي فقد أنكر مبدأ التعويض مطلقاً حالة العدول عن الخطبة في بعض أحكامه⁽¹⁾؛ لأنه يناهض المقصد منها، ويحد من الحرية التي يجب أن يتمتع بها كل من المخطوبين، وهو ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر بتاريخ: 1938/03/30م أن الخطبة لا صيغة إلزامية لها وأنها لا تعتبر عقداً، وإن الوعد بالزواج باطل؛ لأنه يحد من الحرية التي يجب أن يتمتع بها كل من الطرفين إلى آخر لحظة⁽²⁾.

أما القسم الثاني- وهو الضرر الذي لا يكون للعادل دخل فيه- فأرى أن الآثار المترتبة عليه يتحملها من عدلٍ عنه؛ لأنه لم يأخذ حذره في الاحتياط لنفسه، فالضرر النازل به هو المسؤول عنه بسبب تقصيره وإهماله واغتراره، ليعرف بذلك كل من الخاطب والمخطوبة ما له وما عليه، ويلحق بهذا الاستهواء الجنسي الناتج عن الرضا والرغبة والإغواء والاستسلام والتغريب؛ لأن الشريعة تعاقب عليه ولا عوض عنه، بخلاف الإكراه أو الضغط النفسي.

غير أن محكمة سوهاج الكلية قررت في: 1948/05/30م مبدأً جديداً خالفت فيه التشريعات الموجودة في الدول العربية والفقهاء القانوني الحديث، وذلك بجعلها الخطبة عقداً قائماً ملزماً، والعدول عنه يوجب الضمان إذا كان تعسفياً- تهور، عنف، مجرد هوى...- وهذا المبدأ يتفق مع المفهوم الغربي، والتشريع الكنائسي للطوائف المسيحية عموماً⁽³⁾.

وهذا نص قرار المحكمة: "الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها، كما لا يمكن إغفال اعتبارها ولا تجريدتها من أي تقدير قانوني، ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج، فهو ارتباط قانوني وعقد قائم، وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم، وإنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب وفاء الالتزام عينا أي

(1)- لأن هناك أحكام أخرى صدرت عن القضاء الفرنسي في ظروف معينة أوجبت التعويض عن الضرر الحاصل بسبب العدول من الخاطب وتحمله المسؤولية التقصيرية فمن ذلك:

- ترك الخاطب مخطوبته تنتظر أمام موثق العقد برفقة الشهود والأهل والأصدقاء، فكان الحكم بالتعويض إجباراً للضرر المادي والمعنوي الذي أصاب المخطوبة. حكم منشور بمجلة. P. 33. Le livre de mariage « par Josette MELEZE. Paris. 1979.

- عدول الخاطب عن الخطبة بواسطة برقية ساعة قبل إقامة الزفاف محكمة باريس 1957/11/08م، 1970/10/22م، راجع:

Cour de paris du 8/11/1957. Dalloz. 1958. P45 ، نقلاً عن شرح مدونة الأسرة ، محمد الأزهر ، ص 44 ، 107 ، 108.

(2) - Cass. - cour d'Appel Trief du 5 Février 1808 - cour d'Appel Toulouse du 16 Février 1813 .

CIV du 16 Mars 1955.

نقلاً عن المرجع السابق، ص 43هـ 106.

(3)- راجع شرح قانون الأحوال الشخصية، للسباعي، ج/1، ص 67.

إجراء هذا التعاقد النهائي؛ لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقا شخصيا، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض، وليس في هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقا، إذ لكل من الطرفين أصلا أن يعدل عن وعده، ولكن إذا جرى ذلك في تهور أو عنف أو خاليا عما يبرره أو بغير مسوغ مشروع أو لمجرد الهوى، فإن ذلك يوجب التعويض، والتعويض الأدبي لا يقصد به الإثراء، ولكن لرد الكرامة ومحو الأثر السيء الذي تخلف عن فعل المخطئ، و تستحق الخطيئة تعويضا ماديا عما لحقها من ضرر فيما تكفلته من معدات الزواج في مجموعها ما دامت لا تضمن الانتفاع بها على الوجه الصحيح⁽¹⁾.

غير أن القضاء في مصر استقر على ما قرره محكمة النقض في: 1939/12/14م أن التعويض عن الضرر ليس أساسه مجرد العدول عن الخطبة، بل مرده إلى المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية التي منشؤها الإخلال بالعقد؛ لأنه لا عقد ها هنا، وإنما هو وعد، والوعد لا يجب الوفاء به ابتداء، وبناء عليه قررت المحكمة "أن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، وخصوصا يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته، لما للزواج من خطر في شؤون المجتمع، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها - بغض النظر عن العدول المجرد- أفعال ضارة موجبة للتضمين"⁽²⁾.

الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته

بعد هذا العرض لبيان حكم خلف الوعد وآثار الأضرار المترتبة عليه عند الفقهاء والقضاء بقي أن أشير إلى الطبيعة القانونية للخطبة في قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين للدول العربية.

1- قانون الأسرة الجزائري: قرر المشرع الجزائري في الفقرة الأولى والثانية والثالثة من المادة

الخامسة من ق. أ. ج من القانون 11/84 المعدلة بالأمر رقم: 2005/2/5م والتي ورد فيها:

الخطبة وعد بالزواج

(1)- الوسيط في شرح القانون المدني "مصادر الالتزام"، ص 829.

(2)- المصدر السابق، ص 830.

يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.
بالنظر في فقرات هذه المادة يمكن ملاحظة مايلي:

1- الخطبة وعد بالزواج.

2- جواز العدول لكل من الخاطب والمخطوبة، وبالتالي فإن الوعد هنا غير ملزم الوفاء به.

3- جواز الحكم بالتعويض للطرف المتضرر من المخطوبين إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي.

4- تخويل المشرع للقاضي سلطة تقدير المسؤولية التقصيرية، ومقدار التعويض للمتضرر من المخطوبين حسب الأدلة الموجودة لديه، مع مراعاة الظروف الزمانية والمكانية للمخطوبين.
ما قرره المشرع هنا عين الصواب؛ لأنه يتوافق مع المبادئ العامة للفقهاء الإسلاميين والقانون، لكن هناك بعض الأمور يجب التنويه إليها في النقاط التالية:

1- استخدامه لفظ "الوعد" يحتاج إلى إعادة النظر خروجاً من الاختلاف، سواء الفقهي كما أشرنا إليه سابقاً⁽¹⁾، أو القانوني - ولا مشاحة في استخدام مصطلح الوعد، سواء في العقود، أو في الخطبة المنتهية بالزواج؛ لأن كليهما مرحلة من المراحل التمهيديّة السابقة على إبرام العقد النهائي - لأن هذا المصطلح له دلالاته من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني، باعتباره التشريع العام⁽²⁾، كما ورد في المادة "72" "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد".

والوعد في الحقيقة نوعان :

النوع الأول: الوعد بالتعاقد: هو عقد تام وكامل لا ينقصه سوى موافقة المستفيد لاستنائه جميع الشروط الشكلية المطلوبة، واتفق فيه الطرفان على جميع العناصر اللازمة لتنفيذه و انعقاده، ويسمى بالعقد الرضائي، فخلف الواعد بتنفيذ الموعد به يجيز للموعد له أن يطلب من القضاء تنفيذ الموعد به، ومحلّه إذا كان العدول من الواعد قبل انتهاء الأجل المبرم بينهما، وبالتالي لا يحق له الرجوع إلا بموافقة الموعد له، فإن انتهى الأجل ولم يبد - أي

(1) - أشرت إلى ذلك سابقاً أثناء الحديث عن الوعد وما يلزم فيه، راجع ص 43...49 من هذه الرسالة.

(2) - راجع شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شيوخ الرشيد، ص 30.

الموعد له - رغبة في إتمام التعاقد جاز حينئذ للواعد الرجوع في الوعد دون حاجة لموافقة الموعد له، لعدم وجود المحل ألا وهو الأجل.

النوع الثاني: العقد التمهيدي: هو عقد غير تام وغير ملزم، وهو ما لم تجتمع فيه شرائط الوعد بالتعاقد، وإن اتفق فيه الطرفان على بعض الأمور، سواء كانت جوهرية أم لا، فاتفقهم هذا ليس نهائياً؛ لأن لكل منهما المساومة والأخذ والرد إلى أن يتم إبرام العقد النهائي، و يسمى بالعقد الشكلي، فإذا تخلف المتعاقد عن إتمام العقد، فإن المتعاقد له - أي الموعد له - لا يستطيع إلزام الطرف الآخر بتنفيذ عقده⁽¹⁾.
والوعد بالزواج يعتبر من أفراد العقد التمهيدي.

2- إقرار المشرع للمخطوبين إمكانية العدول عن الخطبة يدل على أن الوفاء بها غير لازم مع جواز الحكم بالتعويض للمتضرر منهما إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي دون بيان ما إذا كان سببه - أي الضرر - مجرد العدول فقط أم أنه ناتج عن المسؤولية التقصيرية بسبب التعسف في استعمال الحق.

ومن أجل رفع التضارب المتبادر للذهن بين الفقرة الأولى من المادة الخامسة من ق. أ. ج والمادة 72 من ق. م. ج فإنني أرى تعديل هذه الفقرة من ق. أ. ج بما يزيل هذا الإيهام؛ لأن النصوص القانونية يخدم بعضها بعضاً، ويكمل كل منهما الطرف الآخر كما هو الشأن بالنسبة للقرآن الكريم مع السنة النبوية الشريفة عموماً، وربما يكون هذا من قبيل تقييد العام بالخاص، بمعنى أن قانون الأسرة خاص، والقانون المدني عام.

2- بعض التشريعات للدول العربية في هذه الجزئية، فمن ذلك:
- مدونة الأسرة المغربية:

المادة الخامسة: الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج.

تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا.

المادة السادسة: يعتبر الطرفان في فترة الخطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها.

(1) - راجع المصدر السابق، ص 30، 31، شرح مدونة الأسرة، محمد الأزهر، ص 39، هـ/95.

المادة السابعة: مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض.

- قانون الأحوال الشخصية السوري:

المادة الثانية: "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا".

المادة الثالثة: "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة".

- مجلة الأحكام العدلية التونسية:

الفصل الأول: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به".

- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي:

المادة السابعة عشر: "الخطبة طلب التزوج والوعد به، ولا يعد ذلك نكاحاً".

- قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

المادة الثانية: "الخطبة لا تلزم بالزواج، ومثلها الوعد به، وقبض المهر، وقبول أو تبادل الهدايا".

قانون الأحوال الشخصية الليبي:

المادة الأولى:

(أ) الخطبة طلب التزويج والوعد به.

(ب) يحق لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة.

(ج) فإن كان العدول لمقتضى فله أن يسترد ما أهده الآخر عينا أو قيمة يوم القبض، ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك.

(د) إذا سبب العدول عن الخطبة ضرراً تحمل المتسبب فيه التعويض عنه.

الملحوظة العامة على هذه القوانين:

1- إقرارها مبدأ عاماً وهو أن الخطبة لا تُعدُّ زواجا، وكذا الوعد به، سواء صاحب ذلك تقديم الهدايا أو الصداق أو قراءة الفاتحة - وهذا في غير عرفنا نحن الجزائريين؛ لأنها عندنا عقد شرعي استجمع جميع أركان النكاح، وبالتالي يترتب عليها جميع آثار الزواج- أم لم يحصل من ذلك شيء، وفقا للمادة السادسة من ق.أ.ج المعدلة بالأمر رقم: 2005/02/05م.

2- أن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للمطالبة بالتعويض إلا إذا صاحبه فعل تسبب في إلحاق ضرر بالغير، وهذا التنويه من المشرع المغربي والإماراتي، وهو في غاية الدقة؛ حتى تكون الأمور أكثر وضوحاً، وأن مبنائها المسؤولية التقصيرية، أما المشرع

الجزائري فلم ينص على ذلك صراحة، بل ترك المسؤولية التقديرية للقاضي كيفها وفق أدلة القضية التي بين يديه؛ لأنه عند التدقيق والتمحيص نجد القاضي هو الذي يقدر ما إذا كان الضرر سببه مجرد العدول فقط، أم أنه ناتج عن المسؤولية التقصيرية بسبب التعسف في استعمال الحق.

3- يأخذ المُسَبِّبُ للعدول أو المُتَسَبِّبُ فيه حكم العادل، وهذه إضافة من المشرع الإماراتي، وهي في غاية الأهمية؛ لأنه بهذا التشريع منع تملص أو تنكر المُتَسَبِّبِ في العدول من إخلاء مسؤوليته نتيجة للمكر الذي حاكه للعادل، فدفعه للعدول معاملة له بنقيض مقصوده، وذلك إعمالاً للقواعد العامة منها: "من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"، قال الإمام الشاطبي: "إيقاع السَّبَبِ بمنزلة إيقاع المُسَبِّبِ، قصد ذلك المُتَسَبِّبُ أولاً؛ لأنه لما جعل مُسَبِّبًا عنه في مجاري العادات⁽¹⁾، عُدَّ كَأَنَّهُ فاعل له مباشرة"⁽²⁾.

وبناء عليه أرى إعادة صياغة الفقرة الأولى والثانية والثالثة من المادة الخامسة من ق. أ. ج المعدلة بالأمر رقم: 2005/02/05م على النحو التالي:

الخطبة تمهيد للزواج.

يجوز للمخطوبين⁽³⁾ أو أحدهما العدول عنها

إذا ثبت للقاضي من تعسف أحد المخطوبين في سوء استعمال حق العدول عن الخطبة حصول ضرر مادي أو معنوي ناتج عن المسؤولية التقصيرية لا مجرد العدول، جاز الحكم عليه بالتعويض.

يأخذ المُسَبِّبُ للعدول حكم العادل.

أمّا ما يتعلق بالهدايا والصدقات المدفوع أثناء الخطبة أو بعدها وقبل إبرام عقد النكاح وما يتبعه، فقد تحدثت عنه بما يفى بالغرض في رسالة الماجستير⁽⁴⁾؛ لأنه خارج عن موضوع البحث هنا.

(1)- و ذلك في نظر الشخص العادي، لا المتسبب خاصة، انظر نظرية التعسف الدريني، ص32، ه/3

(2)- الموافقات، ج3/ص149.

(3)- استخدامنا للفظ المخطوبين في الصياغة أفضل من لفظ "الطرفين؛ لأنه أكثر وضوحاً ودلالة في أن العدول قد تم من صاحب الشأن دون غيره، وفيه أيضاً صيانة للحقوق المخطوبين وحماية لحريتهما الشخصية، وأن هذا الأمر قد تم بإرادتهما دون إرغام أو إكراه من أحد، بخلاف لفظ الطرفين فإنه ينطوي على عدة احتمالات، فقد يكون العادل هو الخاطب أو المخطوبة أو ولي المرأة المخطوبة أو الرجل الخاطب أو كليهما معاً دون علم المعني بذلك، أو بعلمه لكنه عاجز عن دفعه، وكما هو معلوم أن ما لا يدخله الاحتمال أولى في الاستعمال مما يدخله الاحتمال.

(4)- راجع رسالتي للماجستير، أحكام الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية "دراسة تحليلية"، ص61 وما بعدها.

المبحث الثاني: التعسف في عقد الزواج،

وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: الولاية في الزواج.

المطلب الثاني: تعدد الزوجات.

المطلب الثالث: الشروط الزوجية.

المطلب الأول: الولاية في الزواج وفيه ثلاثة فروع

الفرع الأول: الحكمة من تشريع الولاية

بما أن الولاية⁽¹⁾ هي النصرة والمحبة والحليف والظهير، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا وَكُفُّوا لِرَبِّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا﴾⁽²⁾، وقوله: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾⁽³⁾، وقوله: ﴿الْمُنَافِقُونَ وَالْمُنَافِقَاتُ بَعْضُهُم مِّنْ بَعْضٍ﴾⁽⁴⁾، فإن من مقتضياتها القدرة على تنفيذ القول على الغير دون توقف على إجازة أحد، وكذا الإشراف على إدارة شؤونه والنظر في مصالحه. فالولاية إذا شرعت لصيانة وحفظ حقوق من يكون عاجزا عن التصرف لسبب من الأسباب حتى لا تضيع؛ لأنه يدخل ضمن الكليات الخمس عموما التي أمر الشرع بحفظها والذود عنها ولو تطلب الأمر المقاتلة من أجلها، فعن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: "سمعت رسول الله ﷺ يقول: "من قتل دون ماله فهو شهيد"⁽⁵⁾.

والولاية إما أن تكون على النفس أو على المال أو عليهما معا، وبحكم الجبلة التي خلق عليها الإنسان وتعلقه الشديد بالمال والذود عما ولى عليه - لأن كل منقصة تنسب إليه، بل يعير بذلك - يجعله أكثر حرصا، فيدفعه ذلك إلى التعسف في استعمال الحق الذي ينشأ عنه أحيانا التعسف في ممارسة الحقوق؛ لأن لكل من الولي والمولى عليه حدودا يجب أن يتوقف عندها، فالمرأة سواء كانت قاصرا أو بكرا مرشدة أو ثيبا، فإنها لا تتفرد باختيار شريكها، وكذا الولي، والواجب عليهما أن يتشاورا فيما إظهارا واحتراما للرأي والرأي الآخر حالة عرض الخاطب نفسه عليه أو عليها؛ لأنه مدعاة لاستقرار الحياة الزوجية، لكن أن يتسلط أحدهما على الآخر بحجة أن الأمر يخصه هو دون غيره، فهنا مكنم الخطر وبداية المشكلة، وهذا يقودنا إلى الحديث عن أسباب تنازع الولي والمرأة في اختيار الزوج والانفراد بإبرام العقد.

(1) - مختار الصحاح ص650، باب الواو، مادة "و ل ي"، لسان العرب، ج9/ص405، نفس الباب والمادة، القاموس المحيط، ص1344، باب الواو والياء، فصل الواو.

(2) - الآية (55) من سورة المائدة.

(3) - الآية (71) من سورة التوبة.

(4) - الآية (67) من سورة التوبة.

(5) - صحيح البخاري، كتاب المظالم، باب من قاتل دون ماله، ج5/ص147، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه، ج1/ص441، ح/141/226.

الفرع الثاني: مواضع التنازع في الولاية والتعسف في استعمال الحق

يمكن حصر ذلك في:

1- العضل المنهي عنه: في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا أَجَلَهُنَّ فَلَا

تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرْضَوْنَ بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽¹⁾، نهى الله عز وجل الأولياء

عن منع من تحت ولايتهن من الزواج ممن يرغبن في الاقتران به ويرتضيانه زوجا لهن، ويدل على ذلك أسباب نزول الآية، حيث إن معقل بن يسار - رضي الله عنه - امتنع من تزويج أخته من زوجها المطلق لها بعد انقضاء عدتها منه، فعن الحسن قال: "فلا تعضلوهن" قال: "حدثني معقل بن يسار أنها نزلت فيه، قال: زوجت أختا لي من رجل فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك، وفرشتك، وأكرمتك، فطلقتها، ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبدا، وكان رجلا لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله هذه الآية "فلا تعضلوهن"، فقلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال: فزوجها إياه"⁽²⁾.

قال ابن العربي: "العضل يتصرف على وجوه مرجعها إلى المنع، وهو المراد هاهنا، فنهى الله تعالى أولياء المرأة من منعها عن نكاح من ترضاه، وهذا دليل قاطع على أن المرأة لاحق لها في مباشرة النكاح، وإنما هو حق الولي، خلافا لأبي حنيفة، ولولا ذلك لما نهاه الله عن منعها"⁽³⁾.

ما نص عليه ابن العربي في وجه الاستدلال من النص القرآني محل نظر؛ لأن الجصاص وغيره نص على أن "العضل يَعْتَوْرُهُ معنيان:

أحدهما: المنع، والآخر الضيق، يقال: عضل الفضاء بالجيش إذا ضاق بهم، والأمر المَعْضَلُ هو الممتنع، وداء عضال: ممتنع، وفي التضييق يقال: عَضَلْتُ عليهم الأمر إذا ضيقت وعَضَلَتِ المرأة بولدها إذا عسر ولأدها وَأَعْضَلْتُ"⁽⁴⁾، ومع هذا الضيق يمكن أن يحصل المراد مع بعض العنت والمشقة، بخلاف المنع فإن إمكانية حصول الأمر المرغوب فيه

(1) - الآية (232) من سورة البقرة.

(2) - صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي، ج9/ص89، ح/5130.

(3) - أحكام القرآن، لأبي بكر بن العربي، ج1/ص201، ت. ق: علي مجدي البيجاوي، دار الفكر العربي: القاهرة، مصر.

(4) - أحكام القرآن، لأبي بكر الجصاص، ج1/ص483، ت. ق: عبد السلام محمد علي شاهين، ط1(1415هـ/1994م)، دار الكتب

العلمية: بيروت، لبنان.

بعيد المنال إن لم يكن مستحيلا، يضاف إلى هذا أن الدليل المذكور آنفا جعله المخالف حجة له لا عليه، فكيف يكون دليلا قاطعا⁽¹⁾.

2- الأمر بنكاح البنات بإذن الولي وحضوره أو من ينوبه، والمنصوص عليه في عدة

نصوص منها:

أ- قال الله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾⁽²⁾، وقال: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا^٤ وَعَبَدُوا مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾⁽³⁾، وقال: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾⁽⁴⁾.

ب- عن أبي موسى - رضي الله عنه-: أن النبي ﷺ قال: " لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل"⁽⁵⁾، وعن عائشة- رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله- الله عليه ﷺ: " أيما امرأة نكحت بغير إذن موليتها فنكاحها باطل- ثلاث مرات- فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي"، وفي رواية " فإن لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له"⁽⁶⁾.

وجه الاستدلال من هذه النصوص:

أفادت هذه النصوص في مجملها أن للأولياء حقا في تزويج بناتهن وأن العقد لا يتم إلا بإذنهم وحضورهم، لكونهم طرفا في جانب منه، سواء كان الولي قريبا أم بعيدا أو سلطانا أو

(1)- وقع الاختلاف بين الفقهاء في مسألة اشتراط الولي في النكاح من عدمه استنادا إلى هذا الدليل وغيره، فكيف بالمخالف يجعله دليلا قاطعا له في الاستدلال به، وهو محل تنازع بينهم في الاحتجاج به .

(2)- الآية (25) من سورة النساء

(3)- الآية (221) من سورة البقرة

(4)- الآية (32) من سورة النور

(5)- أبو داود، كتاب النكاح، باب الولي، ج2/ص236، ح/2085، الترمذي، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ج2/ص280؛ ح/1107، ابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ج1/ص605، ح/1880، الدرامي، كتاب النكاح، باب النهي عن النكاح بغير ولي، ج2/ص137، ح/2228، المسند، ج32/ص280، ح/19518، ص482، ح/19710، ص522، ح/19746، البيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ج7/ص173، ح/13613، صحيح ابن حبان، كتاب النكاح، باب الولي، ج9/ص387، 388، 389، ح/4077، 4076، المستدرک، كتاب النكاح، ج2/ص184، ح/2710.

(6)- أبو داود، كتاب النكاح، باب في الولي، ج2/ص235، 236، ح/2083، الترمذي، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، بولي، ج2/ص280، 281، ح/1108، الدرامي كتاب النكاح، باب النهي عن النكاح بغير ولي، ج2/ص137، ح/2230، المسند ج40/ص435، ح/24372، ج42/ص199، ح/25326، الدر اقطني، كتاب النكاح، ج3/ص136، ح/3480، ط (1413هـ/1993م)، دار إحياء التراث العربي: بيروت، لبنان، البيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ج7/ص169، ح/13599، المستدرک، كتاب النكاح، ج2/ص182، 183، ح/2708، 2709.

من ينونه كالقاضي، بل إن بعض الآراء ممن اشترطت الولي في النكاح أقرت ببطلان العقد مع ثبوت مهر المثل جبراً لخاطر الولي أو من ينوبه حفاظاً على استقرار الأسرة وصلة الرحم التي أمر الله بها أن توصل في قوله: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتَقَطَّعُوا أَرْحَامَكُمْ﴾⁽¹⁾، وقد حثَّ على ذلك نبيه ﷺ في أكثر من موطن، فعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "من سره أن يبسط له في رزقه، وأن ينسأ له في أثره فليصل رحمه"⁽²⁾، وعنه - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: "خلق الله الخلق، فلما فرغ منه قامت الرحم فأخذت بحقو الرحمان، فقال له: مه، قالت: هذا مقام العائذ بك من القطيعة، قال: ألا ترضين أن أصل من وصلك وأقطع من قطعك؟ قالت: بلى يارب، قال: فذاك، قال أبو هريرة: اقرءوا إن شئتم: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتَقَطَّعُوا أَرْحَامَكُمْ﴾⁽³⁾.

فهذه النصوص وغيرها واضحة الدلالة في حرمة قطع الرحم وكل ما كان سبباً أو وسيلة لقطعها؛ لأنها على خلاف المقاصد العامة للشريعة الإسلامية من تقوية أصرة القرابة، وكذا بيان فضل وأجر تعظيم شأنها وشأن واصليها وعظيم جرم وإثم قاطعيها.

3- إضافة العقد إلى المرأة دون إشارة واضحة إلى اشتراط إذن الولي أو حضوره

لمجلس إبرام عقد النكاح، فمن ذلك:

أ- قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽⁴⁾، وقال: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽⁵⁾،

(1)- الآية (22) من سورة محمد.

(2)- صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب من يبسط له في الرزق بصلة الرحم، ج10/ص429، ح/5985، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والأدب، باب صلة الرحم، وتحريم قطيعتها، ج8/ص354، 355، ح/20/2557.

(3)- المرجعان السابقان، البخاري، كتاب التفسير، باب "وتقطعوا أرحامكم"، ج8/ص443/ح/4830، مسلم، كتاب البر والصلة والأدب، باب صلة الرحم، وتحريم قطيعتها، ج8/ص353، ح/16/2554.

(4)- الآية (230) من سورة البقرة.

بِالْمَعْرُوفِ ﴿⁽¹⁾﴾، وقال: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴿⁽²⁾﴾.

ب- عن ابن عباس- رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قال: "الأيام أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها"⁽³⁾، وعن أبي هريرة- رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قال: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: "أن تسكت"⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال من هذه النصوص:

دلت جميعها أن للمرأة سلطانا في اختيار زوجها، وربما إبرام عقد نكاحها دون الحاجة إلى إذن أحد ما دامت فعلت ذلك على الوجه المتعارف عليه بين الناس، بحيث لا تلحق ضررا بعائلتها، بل إن الحديث الأخير أقر لها مبدأ الاعتراض وفسخ عقد النكاح إن شاءت، إذا زوجت ممن لا تحبه، وهي كارهة أو مكرهة، وفي هذا تأكيد للنهي عن العضل؛ لأنه لا يمكن أن يكون له حق مطلق فيما نهى عنه لاعتقاده تملكه، وإلا أدى ذلك إلى التضارب بين النصوص والتنازع في الحقوق، فينشأ عنه التعسف في الفهم والممارسة.

4- استغلال الوالدين أو حدهما الأمر بوجوب طاعتها والامتثال لأوامرهما في

ممارسة الضغط على من يليا أمره أو من تكون لهما عليه ولاية، والتهديد بعدم المغفرة له- أي مسامحته- أو حرمانه من الميراث إلى آخره، والدليل على ذلك:

أ- قال الله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴿⁽⁵⁾﴾، وقال:

﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا ﴿⁽⁶⁾﴾، وقال: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ﴿⁽⁷⁾﴾.

(1)- الآية (232) من سورة البقرة.

(2)- الآية (234) من سورة البقرة.

(3)- صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ج5/ص220/ح4121.

(4)- صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، ج9/ص98، ح/5136، صحيح مسلم،

كتاب النكاح باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت ج5/ص218، 219، ح/64/1419.

(5)- الآية (23) من سورة الإسراء.

(6)- الآية (8) من سورة العنكبوت.

(7)- الآية (15) من سورة الأحقاف.

له: لقد اختار لي اسما قبيحا وأماً سوداء - أي أمة- فقال عمر لوالده لقد عققته قبل أن يعقك، ألا يكون حريا بنا أن نراجع أنفسنا ونصح من مفاهيمنا فيما يتعلق بهذه الممارسات الخاطئة دون الاكتفاء باللوم والعتاب فقط؟

بعد هذا البيان لوجه الاستدلال من بعض الأدلة التي يمكن أن تكون سبب التنازع بين الأولياء ومن لهم عليهم ولاية في هذا الشأن أقول:

إن أمر الولاية في النكاح وما يتبعه قد أخذ حظا وافرا من النقاش قديما وحديثا بين المختصين وغيرهم من المهتمين، فقهاء كانوا أو رجال قانون، وإن دل هذا إنما يدل على مدى أهميته وخطورته على الحياة المستقبلية والعلاقات الأسرية، سواء القديمة أو الحديثة.

ومن أجل القضاء على هذا النوع من التنازع الذي أصبح يؤرق مضاجع الأسر وانعكاسه سلبا على المجتمع بصفة عامة، لا بد من الأخذ بسماحة النصوص التشريعية وما ترمي إليه، سواء المتفق عليها بين أهل العلم أو المختلف فيها، ما دامت تساعد على حل المشاكل الاجتماعية وتراعي مصالحه دون الإخلال بالمقاصد، كما قال ابن القيم الجوزية- رحمه الله - "فحيث ما وجدت المصلحة فثم شرع الله؛ لأن الشريعة جاءت رحمة للعالمين وتيسيرا على الناس في معاشهم، فعن أبي هريرة- رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قال: "فإنما بعثتم ميسرين، ولم تبعثوا معسرين"⁽¹⁾، وعنه أن النبي ﷺ قال: "أحب الدين إلى الله الحنفية السمحة"⁽²⁾، وعن أنس- رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قال: "يسروا ولا تعسروا، وبشروا ولا تنفروا"⁽³⁾.

فهذه النصوص وغيرها واضحة الدلالة في التيسير عن الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم،

قال تعالى: ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾⁽⁴⁾، وقال: ﴿وَمَا جَعَلَ

عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽⁵⁾، وقال: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾⁽⁶⁾،

وهذا من أهم مقاصد البعثة المحمدية.

(1)- المصدران السابقان - البخاري، كتاب الوضوء، باب صب الماء على البول في المسجد، ج1/ص386، ح/220، مسلم، كتاب الطهارة، باب و جوب غسل البول وغيره من النجاسات، ج2/ص193، ح/284، 285-

(2)- ذكره البخاري تعليقا في كتاب الإيمان، باب الدين يسر وقول النبي ﷺ أحب الدين إلى الله الحنفية السمحة، ج1/ص116، ح/39.

(3)- صحيح البخاري، كتاب العلم، باب ما كان النبي ﷺ يتخولهم بالموعظة والعلم كي لا ينفروا، ج1/ص196، ح/69.

(4)- الآية (157) من سورة الأعراف.

(5)- الآية (78) من سورة الحج.

(6)- الآية (107) من سورة الأنبياء.

وبناء عليه أقول: إن الأخذ بفقهاء الموازنات والأولويات والواقع يتطلب منا الرجوع إلى مصادر التشريع لدى بعض فقهاء المذاهب الإسلامية السنية وغيرها والآراء الفقهية القديمة و المعاصرة المعتدلة من أجل الوصول إلى حل يرأب الصدع ويرضي جميع الأطراف المتنازعة - تجاوزا- دون تعنت أو جمود في فهم النصوص أو التوقع حولها دون الأخذ بروحها خدمة للمجتمع وإعجاب كل ذي رأي برأيه، بل الأدهى من ذلك اعتقاد البعض أن فهمه للنصوص ورأيه هو الصواب وأن غيره على خطأ وضلالة، ومن ثمّ الإفتاء بعدم قراءة كتبه فضلا عن الأخذ برأيه مع تجريحه، ولا يخفى ما يترتب على ذلك .

ومن أهم هذه المصادر العرف مصداقا لقوله: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾⁽¹⁾، وقوله ﷺ فيما رواه عنه عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - أنه قال: "فما رأى المسلمون حسنا، فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئا فهو عند الله سيء"⁽²⁾، يضاف إلى العرف أيضا التقاليد والمورثات الثقافية الموافقة للتشريع الإسلامي وسماحته.

فالمراة سواء كانت بكرا مرشدة أو قاصرا أو ثيبا لا بد أن يكون لها رأي صريح في بُضْعِهَا دون ضغط أو إكراه من أحد مهما كان، لا إبرام العقد فإنه موكول إلى وليها مادامت تعرف ما يضرها وما ينفعها، وما الهدف المقصود من هذا الزواج، وما الأعباء التي تنتظرها إلى غير ذلك دون شطط، قال ابن القيم: "فإن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من ملكها إلا برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، فكيف يجوز أن يرقها ويخرج بضعها منها بغير رضاها... ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها"⁽³⁾، وقال السباعي: "وإذا أجاز الشارع لهن أن يتصرفن بأموالهن من غير موافقة الولي، فذلك لأن شأن المال أن تبخل به المرأة، ولا يكون الهون في تبيذره، بل في إمساكه، بخلاف الزواج فإن الهون في الإسراع به، ثم الضرر

(1) - الآية (199) من سورة الأعراف

(2) - المسند، ج6/ص84، ح/3600، المعجم الكبير، للطبراني، ج9/ص112، 113، ح/8582، 8583، 8593، ت. ق: حمدي عبد المجيد السلفي، ط2 (1406هـ/1985م)، دار إحياء التراث العربي: بيروت، لبنان، مسند أبي داود الطيالسي، ج1/ص130، ح/243، ت. ق: محمد حسن إسماعيل، ط1 (1425هـ/2004م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.

(3) - زاد المعاد في هدى خير العباد، ج3/ص2، صححت من بعض العلماء، بحضرة حسن محمد المسعودي، دار الكتاب العربي: بيروت، لبنان.

في فقد المال وخسارته ضرر محتمل لا عار فيه، بخلاف الضرر في إساءة اختيار الزوج، فإن الفضيحة والشقاء والعناء لأهل الزوجة وأوليائها⁽¹⁾.

ويثبت حق إبداء الرأي للبكر المرشدة، والثيب على وجه الخصوص؛ لأن الزواج الآن أصبح فعليا يتم في حقهما- البكر المرشدة والثيب- أما القاصر بالمفهوم الشرعي، وهو ما دون سن البلوغ أو ما قاربه إن كانت الفتاة مشتتة، فربما يكاد يكون الآن منعدما في كثير من المجتمعات⁽²⁾، نظرا للتوصيات الأممية، والمنظمات المدافعة عن حقوق الإنسان، لا القانون وهو ما دون 19 سنة في حق الجنسين معا- الذكر والأنثى- وفق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة "7" من ق. أ. ج رقم: 11/84 المعدلة بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005م "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، بصرف النظر عن البلوغ الشرعي الفعلي أو سنه الذي أصبح الآن مهملًا تماما في التشريعات القانونية المنظمة للحياة الاجتماعية، وإن كان من مقتضياته الإلزام والالتزام بجميع التكاليف الشرعية والمحاسبة عليها والمؤاخذة على ما يرتكبه من المحظورات متى بلغ راشدا عاقلا.

وإذا كان هو شأن من يقع عليها عقد النكاح، فإن من يتولاه أو يكون وليا عليها لا بد أن تثبت له أيضا جميع الحقوق في ممارسة حق الولاية من اختيار الزوج وإبرام العقد وغيرهما؛ لأن هذا الزواج لا يجمع بين الزوجين أو الأسرتين فقط، بل يربط بينهما جميعا بالألفة والمحبة وحسن المعاملة، والشقاء والعناء فيه يصيب الزوجة وأهلها وأولياءها على السواء⁽³⁾، قال الكمال بن الهمام: "لأنهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار، فيخترن من لا يصلح، خصوصا عند غلبة الشهوة، وهو غالب أحوالهن"⁽⁴⁾؛ لأنهن ينخدعن بالكلام المنمق ويحكمن عواطفهن أكثر من عقولهن، بخلاف الرجل فإن حنكته وكثرة اختلاطه بالآخرين يجعله أكثر راحة وتحكما للعقل مع حرصه الشديد في الغالب الأعم على مصلحة مولاته، فيحسن لها الاختيار⁽⁵⁾، ولا يقدر في هذا ما وصلت إليه المرأة من فهم وفقه ووعي سياسي ومشاركتها في

(1)- شرح قانون الأحوال الشخصية ج1/ص131.

(2)- ولا يفند ما ذكرناه ما يقع في بعض دول المشرق العربي كالسعودية واليمن ومصر وإيران وغيرهن.

(3)- راجع شرح قانون الأحوال الشخصية، مصطفى السباعي، ج1/ص131.

(4)- شرح فتح القدير ج3/ص257، ط/دار الفكر: بيروت، لبنان.

(5)- راجع أحكام الزواج والفرقة "دراسة فقهية مؤصلة"، أحمد يوسف، ص115.

الحياة العامة وتوليبتها بعض المناصب في كثير من الإدارات والمؤسسات العامة والخاصة، فلا يكون ذلك سببا في تهميش أو إقصاء الولي أو جعل دوره أمرا ثانوي، ومن غير تعسف منه أيضا في سوء استخدامه حق الولاية، فالولي بصرف النظر عن درجة قرابته من المولى عليها، لا بد أن يكون واسع الأفق بعيد النظر يراعي في اختياره من يرضي كريمته ويلقى قبولا لديها، لا ما يحقق مصلحته - الولي - لأن هناك أمورا قد لا يعبأ لها أو لا يلقي لها بالا، لكنها في نظر موكلته هامة يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار، لما لها من آثار سلبية أو إيجابية على الحياة الزوجية فيما بعد، واحتراما أيضا لأدميتها وإقرارا لمبدأ الحريات مع حمل النفس على التحلي بالأخلاق الفاضلة والتكيف مع الواقع المعيش، والتخلي عن الأفكار البدائية التي لا زالت تعشش في أذهان بعض الأولياء ومن حدى حدوهم، بحجة أن المرأة تحتاج إلى رجل يسترها فقط، وغاب عن هؤلاء أن هناك جوانب أخرى منسية ومغفلة في العلاقات الزوجية يجب أن يتفطن لها؛ لأن الغرض من الزواج هو السكن والطمأنينة والراحة النفسية و المحبة... إلخ، بالإضافة إلى أمور أخرى جبلية، فكوننا نختزل الزواج في الستر وما يُشاكله، وهو من الموثيق الغليظة مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾⁽¹⁾، فهذا أمر خطير وفهم خاطئ ومغلوط، يجب أن يصحح؛ لأن تغير الزمان والمكان لهما اعتبار في إصدار أو استصدار الأحكام⁽²⁾.

ومما لا شك فيه أن الزمن الذي نحيا فيه والبيئة التي نعيش فيها قد تغيرا كثيرا عما كان عليه أسلافنا وأباؤنا، فالإنسان ابن بيئته وزمانه، فلا الأولياء يبقى لهم تسلط في ممارسة الحقوق المفضية أحيانا إلى التعسف في استعمال الحق كما كانوا من قبل، وكذا المولى عليهن اعتمادا على القوانين الوضعية المحلية والموثيق الإقليمية والدولية المصادق عليها و كذا الاستعانة بالمنظمات النسوية المدافعة عن حقوق المرأة، والمخرج من ذلك كله هو الوسطية؛ لأنها محمودة ومرغب فيها، بخلاف العنت، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَكَذَلِكَ

(1) - الآية (21) من سورة النساء.

(2) - فعدم الأخذ بهذه المبادئ يؤدي إلى التشنج في العلاقات الأسرية، مما ينتج عنه إما الانتحار أو الهروب - الفرار - نحو المجهول كما حدث في قصة منى عندما أكرهت على الزواج. راجع صحيفة الشروق اليومي، الثلاثاء 2018/12/18 الموافق 10 ربيع الثاني 1440هـ، العدد 602، ص6.

جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا ﴿١﴾ أي عدولا من غير شطط ولا إفراط ولا تفريط، وقوله أيضا: ﴿وَمَا جَعَلْنَا عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ ﴿٢﴾ أي مشقة وعنت وكلفة، وقول الرسول ﷺ فيما رواه أبو هرير - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: "إن الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا، وقاربوا، وأبشروا، واستعينوا بالغدوة، والروحة، وشيء من الدلجة" ﴿٣﴾.

بعد هذا البيان لأمر الولاية بقيت لنا جزئية مهمة يجب عدم إغفالها في هذا الباب تتعلق باستشارة أمهات المؤلّى عليهن فيما يخفى على الرجال؛ لأنهن يعلمن أمورا قد تغيب عن أوليائهن لما بينهن من المكاشفة وسقوط حجب الحياء، وإرضاء أيضا لهن - أي أمهاتهن - " لأنه أدعى للألفة وأطيب للنفس، إذ البنات للأمهات أميل، ولأن رضا البنت وأمها يحقق مبدأ الحرية والكرامة الآدمية ﴿٤﴾ والمساواة ﴿٥﴾، إعمالا لقوله ﷺ فيما رواه عنه عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: "آمروا النساء في بناتهن" ﴿٦﴾، أي شاورهن في تزويج بناتهن لما لهن من حق الولادة عليهن والتربية.

وقد أقر هذا الحق الإمام مالك عندما سألته امرأة في شأن ابنتها، قال ابن القاسم: "ولقد سألت مالكا امرأة ولها ابنة في حجرها، وقد طلق الأم زوجها عن ابنة له منها، فأراد الأب أن يزوجه من ابن أخ له، فأتت الأم إلى مالك فقالت له: إن لي ابنة، وهي موسرة مرغوب فيها، وقد أصدقت صداقا كثيرا، فأراد أبوها أن يزوجه من ابن أخ له معدما لا شيء له، أفترى لي أن أتكلم؟ قال: نعم إنني أرى لك في ذلك متكلما، قال ابن القاسم: فأرى أن إنكاح الأب إياها جائز إلا أن يأتي من ذلك ضرر، فيمنع من ذلك" ﴿٧﴾.

فهذه النصوص وغيرها من أقوال العلماء تفيد أن حق الولاية على النفس يجب أن يمارس على وجه النظر والمصلحة، فإذا استخدم على وجه لا يحقق الغرض الذي من أجله شرع اعتبر تعسفا في استعمال الحق ﴿٨﴾، ومن ثمّ وجب منعه.

(1) - الآية (143) من سورة البقرة

(2) - الآية (78) من سورة الحج

(3) - صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب الدين يسر، ج1/ص116، ح/39.

(4) - تزويجها لها عن البهيمية.

(5) - الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، وهبة الزحيلي، ص55، ط3/1427/هـ/2006م، دار الفكر المعاصر: بيروت، لبنان.

(6) - أبو داود، كتاب النكاح، باب في الاستئثار، ج2/ص397، ح/2095، المسند ج8/ص505، ح/4905.

(7) - المدونة للإمام مالك برواية سحنون عن ابن القاسم، ج2/ص155، دار صادر: بيروت، لبنان.

(8) - راجع نظرية التعسف في استعمال الحق، فتحي الدين، ص241.

الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته

بعد هذا البيان لأحكام الولاية في الجانب الشرعي - الفقهي - أذكر ما سنه المشرع الجزائري وغيره.

1- نص المشرع الجزائري في المادة "11" من القانون رقم: 11/84 المعدلة بالأمر رقم: 2005/2/5م على ما يلي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة⁽¹⁾7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له.

الناظر للوهلة الأولى في هذه المادة يلاحظ أن المقنن الجزائري أعطى للمرأة حق إبرام عقد زواجها بلفظ صريح لا يحتمل الشك أو التأويل؛ لأنه عبر بلفظ تعقد، فأسند الفعل إليها، لا إلى وليها، ضف إلى هذا أن الرضا نص عليه صراحة وأكد عليه في أكثر من موضع في المادة "13" و"33" من هذا القانون، وعدّ اختلاله أو خلو العقد منه مبطلا له، بخلاف غيره من الأركان أو الشروط مع بعض التفاصيل، فهو بهذا التشريع يكون قد جرد الولي من حق ممارسة الولاية على من وُلِّي عليها، وبذلك يكون قد جعلها - الولاية - من باب الاستشارة، لإفراغها من فحواها الحقيقي، المهم أن يحضر معها إلى مجلس العقد، سواء كان أبا أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره هي؛ لأن حرف "أو" في نص المادة تفيد التخيير، وبالتالي تستطيع أن تختار الولي الذي يروق لها ويلبي رغباتها وينزل عند نزواتها، فإن لم تجد لجأت إلى القاضي ليعقد لها، فهو مَنْ تفض عنده الخصومات وولي من لا ولي له، بصرف النظر عن أسباب عدم وجود الولي الأقرب، وهو خلاف ما عليه الفقه، وهذا أمر خطير وغريب جاء به المقنن؛ لأنه يتنافى مع ما تعارف عليه المجتمع الجزائري في هذا الشأن، ويعارض كذلك أصلا مهما من أصول التشريع الإسلامي لدى بعض فقهاء المذاهب الإسلامية، ولا يتحقق معه مدلول الولاية، ألا وهو النصرة والمحبة، بل يزيد في تصدع الأسرة واتساع الهوة بينها وتمسك كل طرف برأيه.

والمشرع الجزائري بهذا الصنيع يكون قد أقر مبدأ التعسف في استعمال الحق؛ لأنه ألغى جانبا مهما في عقد الزواج وجعله أمرا شكليا، اللهم إلا تزويج القصر مع ما يعتريه من

(1) - المادة 7 المعدلة بالأمر رقم: 2005/2/5م "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

قصور، حيث نقل جميع سلطاته لطرف واحد فقط، وهو المرأة المرشدة في العرف القانوني، وذلك ببلوغها 19 سنة فما فوق، سواء كانت بكرا أم ثيبا من نكاح لا من سفاح بإكراه أو اغتصاب أو برضاها، لأنه غير معتد به، ودليل على قصور عقلها وغلبة شهوتها.

ويدل على هذا- تغليب جانب المرأة على الولي- أكثر ما ورد في المادة "13"، "33" المعدلتان بالأمر رقم: 2005/2/5 م والتي ورد فيهما:

*المادة 13: لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها.

*المادة 33: يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

أكد في المادة "13" على عدم إمكانية جبر المرأة القاصرة على الزواج قبل بلوغها السن القانونية ولا بعده ولا يحق له تزوجه بدون موافقتها، وصرح بما لا يحتمل الشك ببطلان الزواج إذا اختل ركن الرضا- أي رضا المرأة بهذا الزواج- في الفقرة الأولى من المادة "33"، أما الفقرة الثانية منها فإنه نص فيها على أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه دون بيان لها؛ لأن هذه الأمور كلها من مقتضيات العقد، وبالأخص الشاهدين أو ما يقوم مقامهما، والولي عند من يشترطه، أما الصداق إذا سكت العاقدان عنه فإنه يثبت مهر المثل، وإلا ما أصبح هذا عقد زواج، فليبحث له عن مسمى آخر، لما فيه من التفكك بين أواصره، فكيف به يثبت بعد الدخول بصداق المثل مع ما فيه من الخلل البين الذي لا يرأب، ويعود سبب هذا التخبط لاعتماده الرضا كركن أساسي دون بقية الأركان الأخرى، وإن وقع الخلف في بعضها بين الفقهاء.

جاء في قرار للمحكمة العليا "إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج؛ لأنه عند التنازع يقضى للزوجة بصداق المثل.

ولذلك فقد أخطأ قضاة الموضوع لما قضاوا برفض دعوى المدعية الرامية لإثبات الزواج رغم توافر أركانه ما عدا الصداق الذي بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة مما عرض قرارهم للنقض والإبطال. "غ. أ. ش، ملف رقم: 210442، قرار بتاريخ: 1998/11/17م، ج.ق، ص 53".

إن إبطال المحكمة لقرار قضاة الموضوع برفضهم طلب إثبات الزواج من الزوجة لعدم تضمنه الصداق المؤجل حسب عادة المنطقة رغم توفر جميع الأركان الأخرى، دليل على أن الرضا ليس هو الركن الوحيد الذي يُعتدُّ به في صحة العقد ويكون له أثر عند فقده، وهو خلاف ما أقره المقنن.

وهذا دليل على أن المشرع الجزائري قد تعرض لضغوطات كبيرة وكثيرة حاول إرضاء جميع الأطياف، سواء المطالبين بالإلغاء وجود الولي في إبرام عقد النكاح بما في ذلك المنظمات الدولية، أو المطالبين بالإبقاء عليه، فسلك مسلكاً وسطاً، حيث إنه أبقى عليه صورة مع إفراغه لمحتوى الولاية وجعلها أمراً شكلياً، وهو بهذا الصنيع يكون قد أَرْضَى الطرف المطالب بالإلغاء أكثر من غيره، وكرس مبدأ الأحادية في اتخاذ القرار، مما يترتب عليه نصب العداوة والبغضاء بين أصحاب الحقوق، وهو على خلاف المقاصد الشرعية؛ لأنه لم يمنح الولي المُتَعَسِّف في حقه حق الاعتراض حالة تزويج المرأة نفسها من غير كفاء⁽¹⁾ - كأن يكون الزوج فاسقاً أو فاجراً أو عاجزاً عن توفير حياة كريمة لها... الخ- وهو عين التعسف؛ لأن هذا الأمر لا تؤثر به المرأة وحدها، بل تشاركها في ذلك أسرتها؛ لأنه مدعاة للاستقرار، وأن ما يصيبها من ضرر يصيبهم، وهو أيضاً مطية للتفاخر والمباهاة بمن ارتبط بكريمتهم إذا كان ذا واجهة. وبما أن الحياة حافلة بالأحداث فإذا وقع مشكل ما فإنها تلجأ إليها، فإذا تبرأت منها فإلى أين تذهب، إلى الشارع، وهو ما تريده تلك المنظمات ومن شربوا من معينها وينافحون عن أفكارها، فيلزم من ذلك فساد الأخلاق ووقوع الشقاق وكثرة الهرج في المجتمع وهو المبتغى، ثم بعد ذلك نتساءل عن أسباب هذه الفتن ونبحث عن الحلول لتلك المشاكل التي كنا نحن سبباً في إيجادها، وهذا من باب إشغال النفس بسفساف الأمور عن معاليها، فهل تفتن المشرع لتلك الأخطار المحدقة بالأسرة والمجتمع؟

(1) - لأن الذين أجازوا لها العقد على نفسها اشترطوا عليها أن تزوج نفسها من كفاء، وبمهر المثل، وإذن وليها، وإلا لم يصح العقد وتوقف على إذنه، مع بعض التفاصيل يرجع إليها في مصادرها. رجع: شرح فتح القدير، ج3/ص256 وما بعدها، حاشية ابن عابدين، ج4/ص149 وما بعدها، ت. ق: عبد المجيد طعمة حلي، ط1(1420هـ/2000م)، بيروت: لبنان، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، ج2/ص383، وما بعدها، ت. ق: محمد خير طعمة حلي، ط1(1420هـ/2000م)، دار المعرفة: بيروت، لبنان، المغني، لابن قدامة، ج9/ص345 وما بعدها، 355، ت. ق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، ط4(1419هـ/1999م)، دار عالم الكتب: السعودية، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، ج2/ص8 وما بعدها، ط9(1409هـ/1988م)، دار المعرفة: بيروت، لبنان.

قال المستشار عبد العزيز سعد في تعليقه على المادة "33" من ق.أ.ج: "إن هذه المادة وإن كانت من الممكن أن تتسجم مع التشريعات الفرنسية⁽¹⁾ في مجال عقد الزواج عندما تنص على أن عقد الزواج عقد مدني ينشأ عن اتفاق إرادتين اتفقا شخصيا حضوريا، فإنها لا تتسجم مع تقاليد وموروثات شعبنا كشعب مسلم متمسك بثقافته الإسلامية"⁽²⁾.

ما ذكره المستشار في غاية الأهمية؛ لأن الحكم عن الشيء فرع عن تصوره، فإذا كانت المعطيات واضحة أمكن الوصول إلى نتائج أكثر دقة، وبناء عليه ربما يكون السبب وراء سلوك المشرعين الجزائريين هذا المسلك، هو استنادهم إلى الاختلاف الفقهي وتأثرهم بحكام المادة "146" من القانون المدني الفرنسي، فأثروه على غيره من باب ولع المغلوب بسياسة الغالب، "فيكونون قد عملوا على تدمير قواعد التماسك العائلي، وعلى إيقاع الفتنة بين الفتيات وآبائهم، وبين النساء وأوليائهم"⁽³⁾.

2- بعض التشريعات العربية في هذه الجزئية:

1- مدونة الأسرة المغربية:

المادة 12: تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و 66 بعده.

المادة 13: يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- 1- أهلية الزوج والزوجة.
- 2- عدم الاتفاق على إسقاط الصداق.
- 3- ولي الزواج عند الاقتضاء.
- 4- سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه.
- 5- انتفاء الموانع الشرعية.

المادة 20: لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي. مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن.

(2)- راجع المادة "146" من القانون المدني الفرنسي.

(3)- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 42.

(3)- المصدر السابق، ص 43.

المادة 21: زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي.

تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد. إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع.

المادة 24: الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصحتها.

المادة 25: للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها.

المادة 63: يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض.

المادة 66: التدليس في الحصول على الإذن أو شهادة الكفاءة المنصوص عليهما في البندين 5 و6 من المادة السابقة أو التملص منهما، تطبق على فاعله والمشاركين معه أحكام الفصل 366 من القانون الجنائي بطلب من المتضرر.

يخول للمدلس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ مع ما يترتب عن ذلك من التعويضات عن الضرر.

2- قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

المادة 29: الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتام الخامسة والعشرين هو العصبية بالنفس حسب ترتيب الإرث، وإن لم توجد العصبية فالولاية للقاضي. ويسري هذا الحكم على المجنون والمعتوه ذكرا كان أو أنثى، بشرط اجتماع رأي الولي والمولى عليها.

المادة 30: الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها الرأي لها في زواجها، ولكن لا تباشر العقد بنفسها، بل ذلك لوليها.

المادة 31: إذا عضل الولي الفتاة فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج، وكذلك إذا تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة، وعضلوا جميعا أو اختلفوا.

3- مجلة الأحوال الشخصية التونسية :

الفصل الثامن: الولي هو العصب بالنسب، ويجب أن يكون عاقلا ذكرا رشيدا، والقاصر ذكرا كان أو أنثى وليه وجوبا أبوه أو من ينيبه.

والحاكم ولي من لا ولي له.

الفصل التاسع: للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلأ به من شاء أو⁽¹⁾

للولي حق التوكيل أيضا.

الفصل السادس: زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم، وإن امتنع الولي أو الأم على هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي، والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه.

4- القانون الإماراتي:

المادة 3/30: إذا طلب من أكمل الثامنة عشرة من عمره الزواج وامتنع وليه عن تزويجه جاز له رفع الأمر للقاضي، في هذه الحالة يحدد القاضي أجلا يعلن الولي به للحضور لسماع أقواله بشأن امتناعه عن تزويج طالب الزواج، فإن لم يحضر أصلا أو كان اعتراضه غير سائغ زوجه القاضي.

5- قانون الأحوال الشخصية السوري:

المادة 20: الكبيرة التي أتمت السابعة عشرة إذا أرادت الزواج يطلب القاضي من وليها بيان رأيه خلال مدة يحددها له، فإذا لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار يأذن القاضي بزواجها بشرط الكفاءة.

بالنظر في نصوص مواد هذه القوانين عامة يمكن ملاحظة ما يلي:

1- القانون المغربي والتونسي أجازا للمرأة أن تعقد لنفسها أو تقوض ذلك لوليها أو أحد أقاربها دون مراعاة لأي ترتيب في سلم الولاية، وللولي أيضا أن يوكل غيره، وهو نفس المنهج الذي سلكه المقنن الجزائري، أما القانون السوري فقد أعطاهم مطلق الولاية على نفسها في إبرام عقدها واختيار زوجها بشرط الكفاءة، وإنما يطلب من وليها إبداء رأيه فقط خلال مدة زمنية يحددها القاضي، فإن كان اعتراضه غير وجيه أذن القاضي بزواجها، أما القانون الكويتي فإنه اشترط اجتماع إرادتهما- أي رأي المرأة ورأي وليها وهو العاصب بالنفس حسب ترتيب الإرث- من سن البلوغ إلى تمام خمس وعشرين سنة، أما إن كانت ثيبا أو بكرا وبلغت تلك

(1)- أرى أن الأفضل في الصياغة أن يقال: "شاءا و" لأنه تكلم على الزوجين بصيغة المثني ثم عطف عليهما الولي، وليس التفاتا من المثني إلى المفرد، ومع هذا لن يستقيم التعبير بلفظ "أو" والصواب ما ذكرته.

السن فالرأي لها قط في زواجها ، لا في إبرام العقد فإن ذلك موكل لوليها في الحالتين معا، دفعا للتعسف في استعمال الحق وانفراد كل طرف برأيه.

2- إذا عضل - أي امتنع أو منع- الولي المرأة في الزواج، سواء كانت قاصرا أو غير قاصرة جاز لها أن ترفع أمرها للقاضي، فيعلم وليها بذلك، فإن امتنع عن الحضور أو حضر لكن اعتراضه عن الزواج كان غير وجيه أو غير سائغ زوج عليه وأذن به في حق غير القاصرة بشرط الكفاءة، لا إن كان اعتراضه وجيها، وأضاف القانون المغربي والتونسي قيادا مهما، وهو عدم إمكانية الطعن في الإذن بالزواج بأي وجه، حرصا منه على عدم طول فترة الخصومة في التقاضي وتيسيرا على الفتاة في أمر زواجها ومراعاة لمصلحتها؛ حتى لا يفوتها الزوج الكفء، وفقا للقاعدة الفقهية أن "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فإنه ألغى المادة "12" من القانون 1984/11/84م الدالة على العضل بالأمر رقم: 2005/02/05م، كان الأجدر به أن يهذبها بما يدفع الضرر ويحفظ الحقوق لا أن يلغيها، وبهذا يكون قد أحدث خلافا في نصوص القانون ألجأه إلى الأخذ بأحكام المادة "222" من نفس القانون، والتي ورد فيها " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" ممهدا بذلك الطريق أمام المتعسفين في فهم النصوص وتطبيقها تبعا للقناعات والتوجهات الإيديولوجية، فيجدون أرضا خصبة لبث سمومهم وتنفيذ مخططاتهم في ضوء القانون وحمائته، فلا ندري لماذا صنع ذلك؟ مع أن النص القانوني وضع لحماية المرأة عموما قاصرة كانت أم راشدة من تعسف الولي في استعمال حق الولاية في التزويج، وهو ما أقرته المحكمة العليا في حكم لها: "لا يجوز للأب أن يمتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بني عليها الامتناع، ولذلك فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون لا سيما المادتين 12/ و09 من قانون الأسرة."

"غ. أ. ش ملف رقم: 90468، قرار بتاريخ: 1993/03/30م، ا. ق، ص47".

ربما يكون السبب الذي دفعه إلى ذلك هو الضغوطات التي تعرض لها أثناء إعادة صياغة وتعديل بعض نصوص مواد هذا القانون من طرف المنظمات النسائية المدافعة عن حقوق المرأة، والتزاما منه أيضا بالاتفاقيات الإقليمية والدولية وتوصيات ما خلص إليه مؤتمر بكين والقاهرة للسكان وغيرهما.

(1)- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، للسيوطي، ج1/ص278، القاعدة الخامسة من القواعد الكلية.

وللخروج من هذا المأزق لابد من الأخذ فيه بفقهاء الموازنات، فإبرام عقد الزواج يكون للولي أو من يوكله نيابة عنه، أما اختيار الزوج لابد فيه من اجتماع إرادة الطرفين معا - المرأة ووليها- فإن وقع بينهما نزاع ما رفع الأمر للقضاء لفصل بينهما بالاستماع إلى حجة كل منهما دون تحييز، فمن قويت حجته كان الحكم له، مراعاة للمصلحة وحماية وصيانة للأسرة من التنازع والشقاق المفضي إلى قطع الصلات والأرحام، مما ينعكس سلبا على المجتمع بصفة عامة.

بل إن الفقه الحديث يؤيد ذلك التوجه، لكون ذم الناس قد خربت؛ لكثرة الغش والخداع والتدليس، ولأن هذا الأمر يحتاج إلى خبرة وسعة اطلاع بأحوال الرجال، ولا يمكن للمرأة الاضطلاع بذلك، للنهي عن مخالطتهم وإن وقع منها اليوم، فلا يُعدُّ أساسا أو دليلا يبنى عليه الحكم لمخافته الشرع، وفقا للقاعدة الفقهية "أن ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط"⁽¹⁾، والعرف والعادة على السواء.

ولا يضر في هذا مخالفة رأي من يجيز للمرأة إبرام عقد نكاحها أو نكاح غيرها أو أنه موقوف على إذن وليها، أو أن اشتراط الولاية سنة لا فرض⁽²⁾، لكثرة تعدد أقواله، وما ذكرناه هو الفقه.

وبناء عليه أرى إعادة صياغة المادة "11، 12، 13"، من هذا القانون بما يحقق العدالة بين المرأة ووليها أو من ينوبه، ويدفع حيف أو ظلم أحدهما للآخر على النحو الآتي:

المادة 11: لا تعقد المرأة زواجها مطلقا، سواء كانت بكرا أو ثيبا أو قاصرا، بل ذلك موكول لوليها، أو من يوكله أو وصية نيابة عنه، مع وجوب حضورها مجلس العقد للإمضاء عليه، والتأكد من إرادتها ورضاها بذلك.

تسري أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة على الذكر القاصر أيضا.

عدم الإخلال بأحكام المادة 7 أعلاه من هذا القانون، والقاضي ولي من لا ولي له.

المادة 12: لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغب فيه وكان أصلح له، وإذا وقع المنع جاز له⁽³⁾ رفع الأمر للقاضي، فإما يأذن به أو لا بعد الاستماع لوجهة نظرهما، فإن لم يحضر الولي بعد الأجل المحدد أو حضر لكن اعتراضه غير وجيه، جاز له الحكم بالتزويج، مع مراعاة أحكام المادة 9 و9 مكرر أعلاه من هذا القانون.

الإذن بالزواج من القاضي لا يقبل الطعن بأي وجه.

(1)- الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص332، القاعدة الخامسة والعشرون من القواعد الكلية.

(2)- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2/ص8 وما بعدها.

(3)- يعود الضمير على من وقع في حقه المنع، سواء كان ذكرا أو أنثى.

المادة 13: لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، أو يزوجها بدون موافقتها أو علمها.
يشترط في الزواج اجتماع رأي الولي والمؤمى عليها.
تسري أحكام الفقرة الأولى والثانية من هذه المادة على الذكر القاصر أيضا.

المطلب الثاني: تعدد الزوجات وفيه ثلاثة فروع

الفرع الأول: الغرض من تعدد الزوجات وضوابطه

إن ممارسة تعدد الزوجات لم يكن بدعا من هذه الأمة، بل قد مارسه كثير من الشعوب والقبائل قبل الإسلام وبعده إلى يوم الناس هذا⁽¹⁾، وإذا كان النبي ﷺ قد فعله، فالغرض منه نشر الدعوة الإسلامية بين القبائل العربية، والتأليف بينها، ومواساة بعض النساء اللاتي استشهد أزواجهن في ساحة الوغى، أو لأهداف أخرى، وهو ﷺ لم يفعله إلا بعد أن بلغ سن الثالثة والخمسين سنة من عمره، لظروف أشرنا إلى بعضها آنفا، ولم يكن شهوة كما ذهب إليه السابقون من الأمم ومن جاء بعدهم، وقد فند ذلك عباس العقاد بقوله: "إن المبشرين المحترفين لم يكشفوا من مسألة الزواج في السيرة النبوية مقتلا يصيب محمدا أو يصيب دعوته من ورائه، ولكنهم قد كشفوا منها حجة لا حجة مثلها في الدلالة على صدق دعوته، وإيمانه برسالته، وإخلاصه لها في سره كإخلاصه في علانيته، ولو لا أنهم يعولون على جهل المستمعين لهم لاجتهدوا في السكوت عن مسألة الزواج خاصة أشد من اجتهادهم في التشهير بها واللغظ فيها"⁽²⁾.

يعد تعدد الزوجات من الموضوعات الشائكة التي كثر حولها الحديث، وخاض فيها العام والخاص، سواء داخل الوطن أو خارجه في بعض البلدان العربية والإسلامية، لكونه موضوعا حساسا يتتافى مع المواثيق الدولية والمنظمات المدافعة عن حقوق المرأة التي تبيح اتخاذ الخليلات وتمنع تعدد الزوجات.

أما التشريعات لدى هذه البلدان فهي مختلفة ومتباينة، ويمكن حصر مواقفها في النقاط التالية:

- 1- جواز التعدد دون قيد أو شرط ماعدا العدد - أي أربع زوجات فما دون -.
- 2- جواز التعدد مع بعض القيود والشروط غير قيد العدد.
- 3- عدم جواز التعدد - أي يمنع ممارسته منعا صريحا - ومن يفعل ذلك يعاقب بالسجن والغرامة المالية.

ومع إباحة التعدد عموما، فهو قليل الحدوث، ويكاد يكون نادرا ما فوق الاثنين - أي ثلاث أو أربع - قال العز بن عبد السلام: "تزوج الضرات بعقد أو عقود مفسدة؛ لما فيه من الإضرار بالزوجات، لكنه جاز أن تضر كل واحدة منهن بثلاث نظرا لمصالح الرجال

(1) - أباحت الكنيسة في أيامنا هذه للإفريقيين المسيحيين تعدد الزوجات، راجع شرح قانون الأحوال الشخصية، مصطفى السباعي، ج1/ص167.

(2) - حقائق الإسلام وأباطيل خصومه، ص197، ط1 (1376هـ/1957م)، ط/ المؤتمر الإسلامي.

وتحصيلاً لمقاصد النكاح، فإن خيف من الجور عليهن استحب الاقتصار على واحدة أو سرية، دفعا لما يتوقع من مفسدة الجور، وحرمت الزيادة على الأربع نظراً للنساء، ودفعا لمظان جور الرجال على الأزواج" (1)، وهذا الأصل الذي قرره العز بن عبد السلام، فيه دفع للتعسف في استعمال الحق، منعا لحصول الضرر لما بينهما من الترابط، ويعد كذلك نبزاً للمجتهدين في التشريع.

إذا كانت هذه هي نظرة المشرعين في هذه البلدان، فما موقف المرأة من التعدد؟ المرأة ذات الفطرة السليمة لا يمكنها أن تنكر هذا الأمر، نعم قد تؤثر نفسها بزواج لا يشاركها فيه غيرها، وهذه طبيعة في الإنسان أن ما يملكه أو يخصه لا يحب أن يزاحمه فيه أحد إما غيراً أو لسبب آخر، لكن ليس تعدد الزوجات "مظهر من مظاهر حرية المرأة وتنفيذ إرادتها، فإن الرجل لا يستطيع تعدد زوجاته إلا بإرادة المرأة وموافقتها، ولو أن كل امرأة رفضت أن تتزوج رجلاً متزوجاً لما استطاع الرجل أن يتخذ إلى تعدد زوجاته سبيلاً" (2).

وإذا كان بعض المسلمين يسيئون استخدامه لأغراض شهوانية بحتة مع أنه أحد الأسباب في إباحته، ولكنهم لا يلتزمون بأحكامه، فليس معنى هذا أنه نظام قبيح وجائر وغير عادل، ويتنافى مع التطور الحضاري والرقى الاجتماعي، ويعود بنا إلى عصور التخلف والانحطاط، فالذي يقول بهذا يشبع شهوته الجنسية بطرق أخرى - كاتخاذ خلية أو صديقة أو يذهب إلى بيوت الدعارة فيقضي وطره، أو يغتصب إلى غير ذلك - دون التزامات أو أعباء تذكر، وهذا السلوك يعد امتهاناً واحتقاراً للمرأة، فأيهما أهدى سبيلاً، ولا يخفى ما تزخر به أوروبا وغيرها من التجارة في الدعارة بالنساء أو ما يعرف بالرقيق الأبيض القادم من أوروبا الشرقية.

فهذا المسلك السيئ في الكيفية التي يطبق بها التعدد يؤدي إلى التعسف في استعمال حق أباحه الإسلام، بل هو التعسف نفسه، مما نتج عنه مطالبة البعض بإلغائه أو وضع شروط صارمة تفضي إلى منعه تلقائياً أو التقليل منه مع أنه قليل الحدوث، وبالأخص في أيامنا هذه، نظراً للأعباء المالية والمشاكل الاجتماعية بين الأزواج والأولاد فيما بينهم.

وإصلاح هذا الخلل لا يكون بمنعه وإلا درأنا تعسفاً بتعسف، وإنما يجب وضع ضوابط أو نصوص تنظمه بشكل يمنع إساءة استعمال هذا الحق أو التقليل من آثاره ما أمكن؛ لأنه لا

(1) - قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 1/ص 81، ط/منقحة (1410هـ/1990م)، م/الريان: بيروت، لبنان.

(2) - أحكام الزواج والفرقة دراسة فقهية مؤصلة، أحمد يوسف، ص 95.

يمكن تطبيقه بجميع الحثيات المنصوص عليها شرعا وقانونا، بسبب الميولات الفطرية التي جبل عليها الإنسان، وقد بين ذلك الله عز وجل في قوله: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾⁽¹⁾، فعلى الزوج المعدد أن يكون متزنا في تصرفاته التي له مكنة فيها، أما غير ذلك فلا يؤخذ إلا بالقدر الذي يظهر الحيف-الزيف أو الظلم-البين⁽²⁾، المفضي إلى وقوع ضرر على الزوجة الأخرى لقوله ﷺ فيما روته السيدة عائشة أم المؤمنين- رضي الله عنها- قالت: "كان رسول الله ﷺ يقسم فيعدل، ويقول: "اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا املك"⁽³⁾.

وإذا كان هذا هو شأن النبي صلى الله عليه وسلم فما بالك بمن هو دونه، فالطبيعة الإنسانية تؤكد أن الحياة الزوجية المثالية أمر يصعب تحقيقه من جميع الجوانب، فالرجل يكون متزوجا بامرأة واحدة وله أولاد منها، ومع هذا تقع بينهما المشاكل والخلافات الزوجية المفضية أحيانا إلى قتل أحدهما للآخر، أو تشويهه أو تعذيبه إلى غير ذلك، فأين هذا من التعدد، فهل يمنع الزواج من أصله باعتبار ما يقع فيه أحيانا أم ماذا نفعل؟

الحقيقة التي يجب الوقوف عندها هي إعادة بناء الأسرة مجددا وزرع الوعي بين أفراد المجتمع في تحمل مسؤولياتهم، وتغيير الخطاب الديني والثقافي والاجتماعي والسياسي، وتحسيس المواطن بأن له مكانة اجتماعية ودور فعال في بناء المجتمع، شأنه شأن بقية المجتمعات الأخرى التي استثمرت في تكوين وبناء الفرد لا تدميره أو احتقاره، فوصلت إلى

(1)- الآية (129) من سورة النساء.

(2)- احترازا عن الضرر المترتب عن إباحة التعدد ابتداء، فهذا لا يضر ولا يعتد به؛ لأن وجود شريك آخر في نفس الشخص يُعد في حد ذاته ضررا، ولكنه من مقتضياته.

(3)- أبو داود، كتاب النكاح، باب القسم بين النساء، ج2/ص415، ح/2134، الترمذي، أبواب النكاح، باب التسوية بين الضرائر ج2/ص433، ح/1140، ابن ماجه، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، ج1/ص634، ح/1971، النسائي، كتاب عشرة النساء، ميل الرجل إلى بعض نساءه دون بعض، ج7/ص63، ح/3953، الدارمي، كتاب النكاح، باب في القسمة بين النساء، ج2/ص144، ح/2253، المسند، ج42/ص46، ح/25111، البيهقي، كتاب القسم والنشوز، باب ما جاء في قوله عز وجل: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾، ج7/ص487، ح/14745، صحيح ابن حبان، كتاب النكاح، باب القسم، ج10/ص5، ح/4205، المستدرک، كتاب النكاح، ج2/ص204، ح/2761.

مَصَافٍ الشعوب؛ لأن هذه المآسي التي نعيشها ما هي إلا انعكاس للحياة الاجتماعية التي يتخبط فيها المجتمع بكل أطيافه وتشكيلاته.

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة من التعدد وكيف عالجته

نص ق. أ. ج على نظام التعدد في المادة "8" المعدلة بالأمر رقم: 2005/05/2م والمادة 8 مكرر و8 مكرر 1 المنصوص عليهما أيضا بنفس الأمر على النحو الآتي:

1- المادة 8: يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

2- المادة 8 مكرر: في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

3- المادة 8 مكرر 1: يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه.

بالنظر في نصوص هذه المواد يمكنني استنتاج الشروط التي وضعها المشروع الجزائري لإمكانية التعدد.

أ- أن يكون التعدد في حدود ما تسمح به الشرعية الإسلامية.

ب- إثبات وجود المبرر الشرعي.

ج- وجوب إخبار الزوجة السابقة واللاحقة - الثانية وما بعدها - قبل الزواج عليها - الأولى - وبها - الثانية ومن تليها -.

د- وجوب توفر الشروط الضرورية للحياة الزوجية الكريمة ونية العدل.

هـ- وجوب طلب إذن الترخيص بالزواج من رئيس محكمة مقر مسكن الزوجية.

و- وجوب تأكد القاضي من موافقة الزوجة السابقة واللاحقة على التعدد.

ز- جواز رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق حالة التدليس لكل زوجة.

ح- وجوب فسخ الزواج الجديد إذا اطلع عليه قبل الدخول ولم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 8 من هذا القانون.

فمعنى هذا أن الزواج في هذه الحالة يثبت بعد الدخول ولا يفسخ لفواته؛ لأن الواقع لا يمكن رفعه، ولكن يحق لكل زوجة إذا لم تكن راضية أو تضررت من ذلك التصرف المطالبة بالتطليق والتعويض عن الضرر الذي أصابها وفق ما ينص عليه القانون.

إذا كان المشرع الجزائري قد وضع شروطاً للتعهد، فهل وفق في ذلك كله، أم أنه أصاب في بعضها دون البعض الآخر؟

الناظر في هذه الشروط يرى أنه وُفِّقَ في بعضها؛ لأنها تخدم المصلحة العامة للحياة الزوجية، سواء القديمة أو الجديدة، فهي تحافظ على استقرار الأسرة وتماسكها، وإن كان فيها نوع من التضييق على الحرية الشخصية للأفراد، مع عدم بيان الوسيلة التي يتم على ضوءها الممارسة الفعلية للحق المزعوم .

أما الشروط التي لم يوفق فيها - ب، د، ح- ففيها تعسف من المشرع في استعمال الحق من الناحية التنظيمية؛ لأن شرط إثبات المبرر الشرعي غير وجيه مع عدم تحديده- أي ذكر ماهيته وطبيعته- "لأن المبررات الشرعية كثيرة وتختلف بحسب الوجهة التي ينظر إليها"⁽¹⁾، يضاف إلى هذا تخويله لرئيس المحكمة في اعتبار المبرر الشرعي أو عدم اعتباره أو اكتفائه بما تعارف عليه الفقه والقضاء، فذلك كله مرده إلى قناعته ومطية للتعسف.

ليس من الضروري البوح بكل الأعذار، فهناك أمور لا ينبغي التصريح بها، فهي من الحريات التي كفلها القانون وتمس بحرية الأشخاص، فلو فرضنا أن الزوج لديه شبق ولا تكفيه زوجة واحدة مع ادعائها أنها توفر له كل شيء ولا تمنعه نفسها متى شاء إلا أنه أراد تغيير فراشه، فهل تمنعه من ذلك مع قدرته على توفير أسباب الحياة الزوجية الكريمة لها ولغيرها حفاظاً على شعورها، أم نجيبه لذلك، أم نتركه يلجأ لإشباع رغباته في الحرام، وهذا يتنافى مع ما نصت عليه المادة الثانية والثالثة والرابعة من هذا القانون.

المادة 2: الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة.

(1)- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، ص110.

المادة 3: تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن العشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية.

المادة 4: معدلة بالأمر رقم: 2005/02/5م والتي ورد فيها: الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

بما أن الشروط التي أوجبها المقنن الجزائري ليست كلها على درجة واحدة استلزم ذلك تخصيص شرط "وجوب توفر الشروط الضرورية للحياة الزوجية ونية العدل بين الزوجيات" بمزيد من الإيضاح والبيان، نظر لأهميته، فالشق الأول منه لا خلاف فيه، بل هو من مقتضيات الحياة الزوجية عموماً، سواء وقع تعدد أم لا، أما الشق الثاني وهو "نية العدل" كان حري به عدم التنصيص عليه؛ لأنه أمر كامن في النفس لا يطلع عليه أحد إلا الله عز وجل وإن أبان عن نيته بالعدل بين زوجاته، فلا يمكن التحقق من ذلك إلا بعد البناء بالزوجة لا قبله، يُضاف إلى هذا أنه يخضع لتقلبات الحياة الزوجية فيما بعد إن التزم به ابتداءً؛ "لأن ما لا يمكن إثبات وجوده مادياً قبل العقد، لا يمكن التسليم بأنه قيد أو شرط لإبرام العقد"⁽¹⁾.

ومراد هذا الشرط إلى الخوف من عدم العدل، فيكون استشرافاً من القاضي لما سيقع في المستقبل، وهو أمر غير مؤكد، والأصل أن يكون الإلزام بالعدل في حدود الأمر الظاهر، كالنفقة والمسكن وحسن المعاملة، اجتناباً للانغماس في التفكير الغيبي⁽²⁾؛ لأن الأحكام تبنى على الظاهر لا على التخمين، ضف إلى هذا أن الآية التي أباحت التعدد "لا تدل دلالة قطعية على أن نية العدل قيد أو شرط لتعدد الزوجات، مع العلم أن الصيغة التي جاءت عليها هذه الآية لا يفهم منها أنها تتضمن أمراً واضحاً أو نهياً صريحاً، باعتبار أن الخوف من عدم العدل المذكور فيها قد يتحقق أثره في الواقع وقد لا يتحقق، لذلك فإن ما يُشكك في إثباته وتحققه لا يمكن جعله شرطاً أو قيماً لما هو جائز شرعاً وواقع فعلاً"⁽³⁾.

أما إن كان قصده من نية العدل هو الميل القلبي أو العاطفي غير المكتسب نحو إحداها أكثر من الأخرى، فهذا غير واجب ولا يتعلق به تكليف فضلاً أن يُسنَّ فيه قانون، ويلحق به في الحكم عدم وجود العدل في الوطء أيضاً إذا كان من غير إضرار؛ لأنه يخضع

(1)- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 87.

(2)- للمزيد راجع شرح مدونة الأسرة، محمد الأزهر، ص 100.

(3)- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 87.

للحالة النفسية والمزاجية للزوج، فقد ينشط عند إحداها أكثر من الأخرى، بشرط ألا يكون فيه قصد الضرر بتركه وإلا أثم، كأن يكف عن وطء إحداها من أجل توفير الجهد ولذته للأخرى⁽¹⁾، وهذا الفتور يحصل من الزوجة أيضا في بعض الأحيان، خصوصا عند اقتراب الدورة الشهرية، فاشتراطه من المشرع يُعدُّ تعسفاً، والغرض منه منع-عرقلة- الزوج من الوصول إلى حقه المشروع في الزواج بامرأة أخرى مع احتفاظه بالأولى، بل إنه يتنافى مع صريح القرآن والسنة الشريفة؛ لأن الله عز وجل قرر ذلك بقوله: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلِّقَةِ وَإِنْ تَصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُورًا رَحِيمًا﴾⁽²⁾، وقد أكد النبي ﷺ بالسنة الفعلية والقولية فيما روته عنه أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - قالت: "كان النبي ﷺ يقسم فيعدل، ويقول: "اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"⁽³⁾.

فالله عز وجل نفى إمكانية العدل المطلق وعبر عن ذلك بالفعل المضارع ليدل أن هذا الأمر لا يمكن أن يتحقق لا في الحاضر أو المستقبل ولو كان الزوج حريصا على تحقيقه؛ لأنه يتنافى مع الجبلة التي خلق عليها الإنسان، وهو عدم القدرة على التسوية بين من يحب، ولو كانوا أقرب الناس إليه كأبنائه⁽⁴⁾ أو أبويه أو أحبائه وغيرهم، ويؤكد هذا اعجز الآية ﴿وَإِنْ تَصْلِحُوا وَتَتَّقُوا﴾ فقد عبر فيه المولى عز وجل بالإصلاح الذي سبقه خلل ولم يعبر فيه بالعدل؛ لأنه نفاه في صدر الآية، لإمكانية عوده - الخلل - مرة أخرى، ولكن المنهي عنه هو الميل الكلي الذي فيه جور ويتبعه ضرر على الزوجة المجحف في حقها، "والذي كان لا يملكه ﷺ هو قلبه، وكان أميل بقلبه إلى عائشة"⁽⁵⁾.

(1) - راجع المعلم بفوائد مسلم، للمازري، ج2/ص117، ت. ق: محمد الشاذلي النيفر، ط2(1992م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان، أحكام القرآن، لابن العربي، ج1/ص504،505، الفقه المالكي وأدلته، الحبيب بن طاهر، ج3/ص328، ط3(1426هـ/2005م)، م/ المعارف: بيروت، لبنان.

(2) - الآية(129) من سورة النساء.

(3) - سبق تخريجه راجع ص76 من هذه الرسالة.

(4) - فمن ذلك قصة النعمان بن بشير - رضي الله عنه - في إهدائه حديقة لأحد أبنائه دون بقية ولده.

(5) - المعلم بفوائد مسلم، ج2/ص117، أحكام القرآن، لابن العربي، ج1/ص504، وراجع أيضا: الفقه المالكي وأدلته، الحبيب بن طاهر، ج3/ص328.

أما إن كان قصده من نية العدل هو: العدل في النفقة والكسوة والمسكن وغيرها، فهذا محل خلاف بين الفقهاء، والمتفق عليه فيما بينهم هو أن يعطي لكل واحدة منهما أو منهن - إن كن أكثر من اثنتين - ما يلزمهما أو يلزمهن من المطعم والملبس وغيرها على قدر حالهما أو حالهن لا حاله؛ لأنهن ينسبن إليه جميعاً، وهو ما أكده المشرع نفسه في نهاية الفقرة الثالثة من المادة "8" وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية" وما زاد على ذلك فهو محل خلاف فيما بينهم، وهناك من يرى كابن رشد " أنه إذا أقام لكل واحدة من زوجاته ما يلزمه لها من المطعم والملبس على قدر حالها لم يكن عليه حرج في أن يوسع على من شاء منهن بما شاء من ماله، لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾⁽¹⁾؛ لأنها إنما تكون كالمعلقة إذا انفرد بغيرها دونها، لا إذا وسع عليها دونها أكثر من توسعته عليها، إذ ليس عليه أن يعدل بينهن إلا في الكون معهن والمبيت عندهن"⁽²⁾.
وهناك من يرى كابن نافع "أنه يجب عليه أن يعدل بينهن في ماله بعد أن يقيم لكل واحدة منهن ما يلزمه لها على قدر حالها"⁽³⁾.

الملحوظ على الرأي الثاني أنه أوجب العدل بين الزوجات في مال الزوج فيما زاد على أصل النفقة، أما ما يلزمه على قدر حال كل واحدة من زوجاته فلا تجب فيه المساواة، بل لكل واحدة منهن ما يلزمه على قدر حالها لا حاله هو، وهو ما أقره ابن رشد في الشق الأول بقوله: "هذا هو المعروف من مذهب مالك وأصحابه" وبه أفتى الإمام مالك عندما "سئل عن الرجل تكون له امرأتان فيكسو إحداهما الخرز ويحلّيها ولا يعطي الأخرى؟ قال: إن لم يكن ميلاً فلا بأس به، فإن الله يقول: ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ﴾⁽⁴⁾، وإنما الاختلاف بينهما في الزيادة على ما وجب عليه.

وبهذا يتضح جلياً أن المشرع الجزائري لم يراع التفرقة بين الأصل والزيادة، فأوجب المساواة في كل شيء، بصرف النظر عن الفوارق الاجتماعية، باعتبار أن النساء كلهن

(1) - الآية (129) من سورة النساء.

(2) - تصرف في النص المنقول تقديمًا وتأخيراً، راجع: البيان والتحصيل، ج4/ص317، ت. ق: أحمد الشرفاوي إقبال، ط2(1408هـ/1988م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان.

(3) - المصدر السابق الموضع نفسه.

(4) - الآية (129) من سورة النساء.

* البيان والتحصيل، ج4/ص317.

سوايات أمام القانون وفق ما نصت عليه المادة الأولى من هذا القانون" تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون".

ويضاف إلى ما ذكرناه أن الصيغة التي جاءت عليها الآية "لا تدل دلالة قاطعة على أن نية العدل قيد أو شرط لتعدد الزوجات"⁽¹⁾، فكيف بالمقنن يجعله كذلك مع ما فيه من الخلاف، ومن المعلوم أن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

أما فيما يتعلق بشرط فسخ الزواج قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا بذلك من رئيس محكمة مقر مسكن الزوجية وفق الشروط المنصوص عليها في المادة الثامنة أعلاه من هذا القانون، فإنه يؤخذ عليه فيه غفلته عن إقرار إمكانية طلب التعويض عن الضرر الذي ألحقه بإحدى زوجاته إن رغب في ذلك، بالإضافة إلى الفسخ؛ لأنه فعل عمدي، فيتحمل الأضرار المترتبة عليه، سواء قصده أولا.

ومما يؤخذ عليه أيضا في هذا الشرط أنه جعل نفسه طرفا مدنيا حل به محل الزوجات، فأوجب الفسخ قبل الدخول مطلقا، بصرف النظر عن آرائهن، حرصا منه على مصلحتهن، فلربما دلس عليهن فتضيع حقوقهن، والواجب عليه حمايتهن خصوصا بعد خراب الذمم وقلة الوازع الديني والقانوني، أو لسبب آخر كالتهديد بالقتل ونحوه، وهو ما قضت به المحكمة العليا، حيث إنها لم تكتف بالعلم، بل اشترطت الرضا الصريح مخافة التدليس؛ لأن العلم بالشيء لا يستلزم الرضا به، وإليك حيثيات الحكم: إن الطاعن لم يثبت رضا المطعون ضدها بزواجه الثاني؛ لأن العلم به شيء والرضا به شيء آخر، والمادة "08" من قانون الأسرة منحت للزوجة، سواء السابقة أو اللاحقة رفع دعوى قضائية ضد الزوج تطلب فيها التطبيق في حال عدم الرضا بزواجه الثاني.

"غ . أ . ش، ملف رقم: 334060، قرار بتاريخ: 2005/01/19م، م . ق لسنة 2005م، العدد 1، ص 325".

لكن الحقيقة التي يجب أن نقر بها هو أنه كلما ضيق في جانب الحلال إلا واتسعت رقعة الحرام وكثرت الحيل، لعدم قبول سلطانه على القلوب وإن تسلط على الأبدان؛ لأنه ما من قانون بشري إلا وله ثغرات قانونية يولج من خلالها مع النفاذ من العقوبة والآثار المترتبة على مخالفتها، وهذا دليل على قصور عقل المقنن، وأنه لم يحط بالمسألة من جميع الجوانب،

(1)- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 87.

وإنما عالج الأمور الظاهرة التي وصل إليها إدراكه على ضوء المعطيات التي بين يديه وما استشفه من الواقع المعيش، وشتان بين من يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، ومع هذا لم يذهب إلى ما ذهب إليه من لا يعلم ما بين السطور ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾⁽¹⁾. وهذا الصنيع من المشرع الجزائري أضحى أحد الروافد التي تغذي ما يسمى بالزواج العرفي الذي أصبح يورق المحاكم والمجتمع على السواء، نظرا لما يترتب عليه في صمت كغيره من الأمراض والآفات الاجتماعية الأخرى التي تتخر المجتمع، سواء استمر هذا الزواج العرفي على ما هو عليه أو ثبت بحكم قضائي تمهيدا لتسجيله في سجل عقود الزواج ليصبح أمرا واقعا ملموسا⁽²⁾؛ لأن ق. أ. ج لا يزال يعترف ويقر بالزواج الواقع خارج الدوائر الرسمية استنادا لما تضمنته المادتان "22 و 23 مكرر" من هذا القانون المعدلتان بالأمر رقم: 2005/02/5م والتي ورد فيهما:

المادة 3 مكرر: تعد النيابة العامة طرفا أصيلا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون.

المادة 22: يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة. ولكي نتجنب هذه الخلافات والإشكاليات لابد من وضع آليات جديدة تمكن كل طرف من ممارسة حقوقه المشروعة دون تعسف في استعمال الحق أو التسلط. لكن السؤال المطروح ما الذي حدى بالمشرع الجزائري إلى هذا السلوك في التقنين؟ ربما يرجع سبب ذلك إلى:

- 1- محاولة الجمع بين دعاة إلغاء التعدد والإبقاء عليه، فأراد من خلال هذا التشريع إرضاء جميع الأطراف فأبقى عليه؛ لأنه لا يمكنه إلغاؤه لمخالفته صريح القرآن والسنة، غير أنه قيده بشروط تكاد تكون تعجيزية، تفضي إلى منعه أو التقليل من ممارسته مع أنه قليل الحدوث عموما، وفي تناقض مستمر في المناطق التي يتواجد بها، نظرا لتغير النمط المعيشي والثقافي.
- 2- تأثره ببعض قوانين الأحوال الشخصية لدى الدول العربية الآتي ذكرها.

(1)- الآية (14) من سورة الملك.

(2)- راجع شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ابن شويخ الرشيد، ص 114.

الفرع الثالث: موقف بعض القوانين لدى الدول العربية

أ- قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل سنة 1975م.

المادة 17: للقاضي ألا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي، وكان الزوج قادراً على نفقتها.

ب- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم: 25 لسنة 1929م المعدل بالقانون رقم: 100 لسنة 1985م.

المادة 11 مكرر: على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول. ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها. فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلق عليه طلاقاً بائناً، ويسقط حق الزوجة في طلب التطلق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً، ويتجدد حقها في طلب التطلق كلما تزوج أخرى. وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطلق كذلك.

ج- مدونة الأسرة المغربية: نظمت موضوع أحكام التعدد ما بين المادة 40 إلى 46.

المادة 40: يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها.

المادة 41: لا تأذن المحكمة بالتعدد:

- إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي.

- إذ لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة.

المادة 42: في حالة عدم وجود شرط الامتناع عن التعدد، يقدم الراغب فيه طلب الإذن بذلك إلى المحكمة.

يجب أن يتضمن الطلب بيان الأسباب الموضوعية الاستثنائية المبررة له وأن يكون مرفقا بإقرار عن وضعيته المادية.

المادة 44: الفقرة الثانية

للمحكمة أن تأذن بالتعدد بمقرر معلل غير قابل لأي طعن إذا ثبت لها مبرره الموضوعي الاستثنائي، وتوفرت شروطه الشرعية، مع تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها وأطفالهما.

المادة 45: الفقرة الرابعة

فإذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها، ولم تطلب التطبيق طبقت المحكمة تلقائياً مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 بعده

المادة 46: في حالة الإذن بالتعدد لا يتم العقد مع المراد التزوج بها إلا بعد إشعارها من طرف القاضي بأن يريد الزواج بها متزوج بغيرها ورضاها بذلك.

يُضَمَّن هذا الإشعار والتعبير عن الرضا في محضر رسمي.

هـ - قانون الأسرة الموريتاني:

المادة 45: يسمح بتعدد الزوجات إذا توفرت شروط ونية العدل، ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة إن كان ثمة شرط.

- مجلة الأحوال الشخصية التونسية:

الفصل 18: نفع بالقانون عدد 70 لسنة 1958م المؤرخ في 4 جويلية 1958م وأضيفت إليه الفقرات 3 و 4 و 5 بالمرسوم عدد 1 لسنة 1964م المؤرخ في 20 فيفري 1964م المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964م المؤرخ في 21 أفريل 1964م.

تعدد الزوجات ممنوع.

كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبِحَظِيَّةٍ قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك، أو بإحدى العقوبتين ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون.

ويعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوجا على خلاف الصيغ الواردة بالقانون عدد "3" لسنة 1957م، والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية، ويبرم عقد زواج ثان ويستمر على معاشرته زوجه الأول.

ح- قانون الزواج والطلاق الليبي:

المادة 13⁽¹⁾: يجوز للرجل أن يتزوج بامرأة أخرى إذا وجدت أسباب جدية وبتوافر أحد

الشرطين الآتيين:

1- موافقة الزوجة التي في عصمته أمام المحكمة الجزائية⁽²⁾ المختصة.

2- صدور حكم بالموافقة من المحكمة الجزائية⁽³⁾ المختصة في دعوى تختصم فيها

الزوجة، ويترتب على عدم مراعاة أحد هذين الشرطين:

بطلان الزواج، وللمرأة الأولى أن تتقدم بدعوى شفوية أو كتابية ترفعها بطلب تطليق الزوجة الثانية لأقرب محكمة لها، كما يجوز لها أن تقدم شكواها عن طريق اللجنة الشعبية للمؤتمر الشعبي الأساسي أو أقرب مأذون أو إمام جامع أو نقطة أمن شعبي محلي أو أقرب نقابة أو جمعية نسائية، وعلى هؤلاء إحالة الشكوى في أقرب وقت للمحكمة المختصة للفصل فيها.

بعد هذا العرض لهذه القوانين ألاحظ ما يلي:

1- استهلال هذه القوانين موضوع تعدد الزوجات بلفظ السماح - الذي يقابله الجواز -

أو الإذن به ما عدا القانون المغربي والتونسي اللذين استهلاه بالمنع، وزاد التونسي العقاب المادي والمعنوي في حق كل من تزوج مرة أخرى قبل أن يفك عصمة الزواج السابق عليه.

2- لا بد في طلب التعدد من تضمين وجود مسوغ شرعي موضوعي مقبول لدى القاضي

حتى يأذن به، وهو ما ذهب إليه المشرع المغربي والسوري والليبي.

3- على طالب الإذن بالتعدد أن يكون قادرا على نفقة زوجاته بما في ذلك الإسكان

والمساواة في جميع أوجه الحياة مرفقا بإقرار عن وضعيته المالية، وهو ما أقره المقنن المغربي والسوري، غير أنه - السوري - نص على النفقة وحدها دون سواها.

4- على طالب الإذن بالتعدد أن تتوفر فيه شروط الزواج الضرورية، مع نية العدل

بينهن، ولا يؤذن به إلا بعد إعلام كل من الزوجة السابقة واللاحقة بذلك، وهل يوجد ثمة شرط

في عقد الزواج السابق أولا، وهو ما ذهب إليه المقنن المغربي والموريتاني والسوري فيما يتعلق

بالقدرة على الإنفاق على زوجته معا.

(1)- هذا النص صدر بمرسوم القانون رقم:9 لسنة 1423هـ، الصادر في 29 أي النار/1423هـ والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 5 بتاريخ 1991/11/9م.

(2)- الأصل الذي أخذت منه "الجزئية" ولعل الصواب ما أثبتته.

(3)- نفس الملاحظة السابقة.

5- يحق للزوجة التي تزوج عليها زوجها طلب الطلاق إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة، ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها، وهو ما أقره المشرع المصري والمغربي على وجه العموم مع بعض التفاصيل .

6- يجب على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية - متزوج أولاً- وعلى الموثق إخطار زوجاته باعتبار ما يكون إن كان متزوجاً قبل ذلك- أي الزواج الجديد- بكتاب مسجل مقرون بعلم وصول الإشعار إلى المعني به، وهو ما أقره المقنن المصري، أما المشرع المغربي فلم يكتف بهذا الإجراء، بل طلب من المحكمة استدعاء الزوجة المراد التزوج عليها المثل أمامها من أجل تسليمها استدعاء الحضور للجلسة التي ستعقد لاحقاً في غرفة المشورة بحضور الطرفين، حتى يتأكد من علمهما بهذا الأمر مع بعض التفاصيل الأخرى⁽¹⁾.

7- في حالة العجز عن الإصلاح بين الزوجين وإصرار الزوجة على المطالبة بالتطليق طلق عليه القاضي طلاقاً بائناً، ويكون هذا الحكم غير قابل للطعن في جزئه المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية فضلاً للخصومة، وهو ما أقره المقنن المصري مع سقوط حقها في طلب التطليق بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى إلا إذا كانت قد رضيت بذلك - الزواج- صراحة أو ضمناً، بأن علمت ولم تعترض أو ترفع أمرها للقضاء، فلا يشترط مضي السنة، مع عدم سقوط حقها في طلب التطليق كلما تزوج بأخرى بعدها؛ لأن رضاها بالأولى ضرة لها لا يستلزم منه رضاها بالثانية والثالثة، أما المقنن المغربي فبالإضافة إلى قراره أن الحكم بالطلاق غير قابل للطعن في إنهاء العلاقة الزوجية⁽²⁾، فقد اشترط على المحكمة أيضاً أن تحدد مبلغاً مالياً لاستيفاء كافة حقوق الزوجة المراد الزواج عليها وأولادهما الملزم الزوج بالإنفاق عليهم.

8- إذا تمسك الزوج بحقه في طلب التعدد ولم توافق الزوجة على ذلك ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائياً مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 إلى 97 من المدونة، وهذا الإجراء نص عليه المقنن المغربي فقط.

9- إذا وافقت الزوجة الأولى على الإذن بالتعدد لزوجها فإن الثانية لا يتم العقد عليها إلا بعد إعلامها بالحالة الاجتماعية للزوج ورضاها بذلك، على أن يُضمَّن هذا الإشعار

(1)- للمزيد راجع المادة "43" من مدونة الأسرة المغربية التي لم أذكرها لطولها.

(2)- نصت الفقرة الثالثة من المادة "45" على " تصدر المحكمة بمجرد الإيداع حكماً بالتطليق، ويكون هذا الحكم غير قابل لأي طعن

في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية."

والتعبير عن الرضا في محضر رسمي منعا للإنكار والتدليس والتعسف في استعمال الحق فيما بعد، وهذا الإجراء نص عليه المقنن المغربي.

10- يحق للزوجة الجديدة أن تطلب التطلق إذا دلس عليها زوجها ولم تكن على علم بأنه متزوج بسواها ولا يعد هذا تعسفا، وإنما فيه رد الحقوق لأصحابها، وهذا الإجراء نص عليه المقنن المصري.

11- للمحكمة أن تأذن بالتعدد إذا قَدَّمَ الزوج المبررات الكافية وتوفرت الشروط المنصوص عليها مع إمكانية تقييده بشروط لفائدة الزوجة المتزوج عليها وأولادها، ويكون هذا الإذن غير قابل لأي وجه من وجوه الطعن، وهو ما أقره المقنن المغربي. هذه هي مجمل النقاط التي أشارت إليها القوانين المذكورة آنفا، والملاحظ عليها أن القانون المغربي هو الأكثر تفصيلا للأحكام، حيث إنه أكثر من الشروط والضوابط المنظمة لهذه العملية، يليه في ذلك القانون المصري للمسلمين.

أما المقنن الجزائري فإنه لم يضع الضوابط الكافية من أجل الممارسة الصحيحة لهذا الحق، سواء من الزوج أو الزوجة، مما يتطلب منه إعادة النظر في صياغة هذه المواد بما يحقق التوازن بين مصلحة جميع الأطراف؛ لأن الزوجة قد تتعسف في عدم منح الموافقة بالزواج عليها مع تقديم الزوج جميع المبررات والضمانات التي يحق له بمقتضاها طلب التعدد - أي إعادة الزواج بامرأة أخرى - مع احتفاظه بالأولى في عصمته.

وفي نهاية هذا المطلب أقول: إن موضوع التعدد في الجزائر حُمِلَ ما لا يحتمل، وسبب هذا اللغط يعود إلى التجاذبات السياسية والثقافات والإيديولوجيات المختلفة؛ لأن نسبة الزواج باثنتين في المجتمع قليلة جدا، فما بالك بثلاث أو أربع، فربما تكاد تكون منعدمة، كما سبق أن أشرت إليه. ومعارضو نظام التعدد ليس لديهم إحصائيات دقيقة تبين نسبته الحقيقية، لعدم التصريح به أحيانا؛ لأنه يتم في السر، لكن الذي لا خلاف فيه، أن نسبة الإناث في المجتمع تفوق بكثير نسبة الذكور، يضاف إلى هذا مشكل الطلاق الذي يترك وراءه كل سنة عشرات الآلاف وربما مآت الآلاف من النساء المطلقات يضافن إلى قائمة العوانس، ضف إلى هذا الضائقة الاقتصادية والظروف الاجتماعية التي تمر بها أو تتخبط فيها الأسرة الجزائرية، فالزوج يكاد يكون عاجزا عن توفير ضروريات الحياة الزوجية لامرأة واحدة وأولادها، فما بالك بإضافة امرأة وأولاد آخرين إليهم، إذ يصعب عليه التكفل بهم جميعا إن لم يكن مستحيلا، اللهم إلا المقتدرين

منهم، وهم قلة قليلة، وفي هذا يقول عبد العزيز سعد: "إن من يشهر سيف العداة ضد تعدد الزوجات في زمن أصبح الرجال فيه عاجزين عن التكفل بامرأة واحدة بسبب البطالة وقلة ذات اليد يصبح كمن يمضغ الماء أو كمن يعزف على وتر مقطوع"⁽¹⁾.

المطلب الثالث: الشروط الزوجية وفيه سبعة فروع

الفرع الأول: الغرض من الشروط وأهمها وزمن اعتبارها

الاشتراط في العقود أمر جائز شرعا وقونا على وجه العموم ما دام يحقق مصلحة للمشرط ولا يؤدي إلى التضيق والعنت المفضي إلى المشقة أو إلحاق الضرر بمصلحة الغير، تماشيا مع المبدأ العام "العقد شريعة المتعاقدين"، وقد نبه على ذلك حجة الإسلام الإمام العزالي بقوله: "وإنما العدل لا يضر بأخيه المسلم، والضابط الكلي فيه أن لا يجب لأخيه إلا ما يجب لنفسه"⁽²⁾، فكل ما لو عومل به شق عليه وثقل على قلبه، فينبغي أن لا يعامل غيره به، بل ينبغي أن يستوي عنده درهمه ودرهم غيره"⁽³⁾.

وبناء عليه فإن حديثي هنا يكون عن الشروط التي لا يقتضيها⁽⁴⁾ العقد ولا تنافيه، ولكن فيها مخالفة لمقتضاه لمصلحة المشرط لها، غير أنه جاء النص من الشارع بجوازها ابتداء، أو كانت مخالفة لمقتضى العقد وإن لم ينص عليها الشارع، لكن تعارف عليها الناس، فمن أهم هذه الشروط التي قد يشترطها أحد الزوجين أو كلاهما على الآخر:

عدم تعدد الزوجات، أو عمل المرأة، أو إتمام دراستها، سواء كانت لا تزال تتناولها أولا، ألا يسافر بها إلى بلد أجنبي، أو ينقلها من مسكنها بين أهلها إلى مكان بعيد عنهم، أو عدم إسكانها قريبا من ضررتها، أو أهل زوجها، أو طلاق ضررتها، أو أن أمرها بيدها تتصرف فيه وقت ما تشاء، أو كونها بكرا إذا لم يسبق لها الزواج، أو تأجيل جزء من الصداق، أو

(1) - قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ص96.

(2) - هذا الكلام مستوحى من قول النبي ﷺ " لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه".

(3) - إحياء علوم الدين، للعزالي، كتاب آداب الكسب والمعاش - ما يخص ضرره المعامل - ج2/ص74، 75، ط/ دار المعرفة: بيروت، لبنان.

(4) - أما ما يقتضيها العقد كشرط طاعة الزوجة لزوجها فيما يرضي الله، أو نفقتها عليه، أو كان الشرط مؤكدا لمقتضى العقد، كأن تشترط عليه وجود كفيل يدفع الصداق إذا لم يكن هو البازل له أو النفقة، فهذا الشرط وما شاكله لا خلاف فيه؛ لأنه لا يعود على العقد بالبطلان أو فيه إلحاق ضرر بالطرف الآخر، بل هو مطلوب لما فيه من تحقيق مصلحة للغير معتبرة شرعا وقانونا وعرفا.

أما إن كان مخالفا لمقتضاه وغير مؤكد له كاشتراط إسقاط المهر، أو عدم الإنجاب، أو عدم التوارث بينهما، أو عدم الوطء، أو تطبيق الزوجة الأولى قبل الزواج بها، أو أن يكون الزواج مؤقتا، أو أن النفقة عليها أو كان الشرط محظور شرعا كأن تشترط عليه أن تسافر متى تشاء لوحدها أو لكون مؤسسة العمل لا تسمح بالمرافق، فهذا الشرط وما يماثله لا خلاف في فساده وأنه غير مشروع، وبالتالي لا يوفى به، سواء وقع قبل العقد أو أثناءه أو بعده، لمخالفته مقصد الشارع من مشروعية إباحة الزواج وإقرار الاشتراط فيه ابتداء.

استصدار وكالة مطلقة للزوج بمنحة حرية التصرف في مرتب الزوجة، أو إعطائه شيكا بنكيا كل شهر، أو منحه المرتب بعد قبضه، أو إلزامها بنفقة البيت، أو الاشتراك معا في ذلك، أو أن تكون موظفة، أو أن يكون الزوج موظفا في القطاع العام - أي كونه موظفا حكوميا لدى الدولة - خوفا مما يقع في المستقبل، بحجة أنه مؤمّن والقوت مضمون، بخلاف العمل الحر، وهذا السلوك يتنافى مع ما تصبوا إليه الدولة من تقليل الاعتماد عليها بتقليص مناصب الشغل تخفيفا على الموازنة العامة وتشجيعا للقطاع الخاص على تحمل الأعباء والمشاركة في التنمية الاقتصادية في شتى مناحي الحياة، بما تقدمه له من تسهيلات وتحفيزات.

ما ذكرته من الشروط - في الأصل لا في الهامش - المخالفة لمقتضى العقد محل اختلاف بين الفقهاء، فهناك من يدرج بعضها في الشروط المخالفة لمقتضاه، وليست مؤكد له، والعكس من ذلك، والذي أود الحديث عنه هو بعض الشروط الأكثر تداولاً وشيوعاً وانتشاراً بين الأزواج، والتي يكون فيها نوع من التعسف البين، حيث إنها تفضي إلى العنت والمشقة أحيانا، دون الحديث عن الآثار المترتبة عليها من حيث فسخ العقد قبل الدخول، أو الإبقاء عليه وتصحيحه قبله وبعده مع إسقاطها في الحالتين معا، فهذا شأن آخر ليس محل بحثنا.

قبل الحديث عن أهم هذه الشروط لابد من الإشارة إلى زمن وقوعها ومدى الالتزام أو الإلزام بها؛ لأن الحكم عن الشيء فرع عن تصوره، فالشرط إما أن يكون متقدما على العقد أو مقارنا له أو بعده، فالمتقدم منها على العقد كالمقترن به في ظاهر مذهب فقهاء الحديث كالإمام أحمد وغيره، وهو مذهب أهل المدينة، وإن كان الإمام مالك يكره الإقدام عليه ابتداء، وهو قول في مذهب الإمام الشافعي أيضا، أما مذهب الرأي كأبي حنيفة أن المتقدم منها لا يؤثر في شيء، بل يكون كالوعد المطلق، يستحب الوفاء به عندهم، وهو قول في مذهب الإمام أحمد⁽¹⁾.

أما ما وقع منها بعد العقد فلا يضر، لأنه يعتبر نافلة، والمرء فيه مخير بين الإيفاء به وعدمه كصوم التطوع⁽²⁾، سواء كان الشرط مخالفا لمقتضى العقد، كاشتراط الزوج أن تكون نفقته أو نفقته عليها أو لا يقسم بينها وبين ضررتها بالتساوي في المبيت والمكث عندها... الخ، أو كان الشرط لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة للمشرط كما مثلناه سابقا⁽³⁾.

(1) - راجع القواعد النورانية الفقهية، لابن تيمية، ص 152، 153، ت. ق: عبد السلام محمد علي شاهين، ط1 (1414هـ/1994م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.

(2) - وإن وقع فيه الخلف حالة التلبس به.

(3) - راجع ص: 89، 90 من هذه الرسالة.

الفرع الثاني: الشروط التي لا تناقض مقصود العقد ولكن فيها مصلحة للغير

من بين الشروط التي لا تناقض مقصود العقد ولا تنافيه ولا يقتضيها

- 1- عدم التعدد فلا يتزوج عليها إلا بإذنها ورضاها.
- 2- ألا يخرجها من بلدتها بعيدا عن أهلها أو السفر بها خارج الوطن إلا برضاها وموافقتها.
- 3- كونها بكرًا إذا لم يسبق لها زواج قبل ذلك وتم البناء بها، وهذا الشرط عرفي أكثر من كونه شرعيًا، لأن هذه الصفة غير ثابتة وغير مستقرة.
- 4- ألا يسكنها مع ضررتها في مسكن واحد أو قريب منه أو من أهله.
- 5- ألا يوقفها عن العمل أو إتمام دراستها.

هذه الشروط وما يماثلها مكروهة ابتداء؛ لأن فيها إشغالا للزوجة، وهي على خلاف البراءة الأصلية، وليست من أساسيات العقد، لكونه ينعقد بدونها، فما الفائدة من اشتراطها؛ لأنها تؤدي أحيانا إلى زرع بذور الخلاف والشقاق وسوء النية بين الزوجين وعدم الطمأنينة بينهما، فالنكاح مبني على المكارمة والمسامحة، وهذه الشروط تجعله شبيها بالبيع الذي مبناه المكايسة والمساومة والمشاحة، قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁽¹⁾.

والدليل على الكراهة ما روته أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها- أن رسول الله ﷺ قال: "أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق"⁽²⁾، وقوله ﷺ فيما رواه كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"، وفي رواية عن عائشة وأبي هريرة- رضي الله عنهما- " ما وافق الحق"⁽³⁾.

(1)- الآية (21) من سورة الروم.

(2)- صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل، ج4/ص440، ح/2168، صحيح مسلم، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، ج5/ص398، 399، ح/8/1504.

(3)- صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة، الجزء الأول من حديث الباب- المسلمون عند شروطهم- ج4/ص527، الترمذي، أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين المسلمين، ج2/ص403، ح/1363، الدار=

وجه الاستدلال من الحديثين:

فهذان الحديثان وما يماثلهما دلا دلالة واضحة أن ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وما دام أنه باطل فلا يجوز اشتراطه ولا يلزم الوفاء به؛ لأن العقد لا يقتضيها ولا هي من مصلحته، وهو عين التعسف في استعمال الحق، ويؤكد ذلك مبالغته صلى الله عليه وسلم في الإنكار بذكر المائة، فالعدد غير مقصود لذاته، وإنما هو لأجل البيان كما في قوله تعالى: ﴿عَلَيْهَا تِسْعَةَ عَشَرَ﴾⁽¹⁾، فالغرض منه إغواء واستدراج الكفار بضرب المثل بالعدد القليل؛ لأنهم في زعمهم يستطيعون التغلب عليهم، ويبين ذلك صدر الآية ﴿وَمَا جَعَلْنَا عِدَّتَهُمْ إِلَّا فِتْنَةً لِلَّذِينَ كَفَرُوا﴾⁽²⁾، أي اختبارا وتمحيصا لهم، ونظير ذلك قوله تعالى لنبيه ﷺ في المنافقين: ﴿أَسْتَغْفِرَ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرَ لَهُمْ إِنْ تَسْتَغْفِرَ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً فَلَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَهُمْ﴾⁽³⁾، فالقصد من ذلك المبالغة في عدم المغفرة لهم وقبول شفاعة الشافعين، ولهذا قال النبي ﷺ في معنى حديثه لو علمت أن الله يغفر لهم لزدت.

فالعقد الواقع على هذه الشروط وما يماثلها لا يفسخ قبل الدخول ولا بعده ولا يلزم الوفاء بها، وإنما يستحب ذلك، ما لم يلتزم بها في يمين، وإلا وجب الوفاء بها⁽⁴⁾، والدليل على ذلك الكتاب، والسنة، وبعض أصول المذاهب.

1- الكتاب: فمن ذلك، قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا

الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾⁽⁵⁾، وقوله: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽⁶⁾.

= قطني، كتاب البيوع، ج2/ص21، ح/2869، 2870، 2871، البيهقي كتاب الشركة، باب الشرط في الشركة وغيرها ج6/ص131، ح/11430، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، ج7/ص406، 407، ح/14433، 14434، 14435.
* قال الإمام الشافعي معلقا على ذلك: "في سنة النبي ﷺ أنه إنما يوفي من الشروط بما سن أنه جائز ولم تدل سنة على أنه غير جائز"، البيهقي ج7/ص405 نفس الكتاب والباب السابق.

(1)- الآية (30) من سورة المدثر.

(2)- الآية (31) من سورة المدثر.

(3)- الآية (80) من سورة التوبة.

(4)- راجع المنتقى شرح الموطأ، للبايجي، ج3/ص296، ط2/غير مؤرخة، دار الكتاب الإسلامي: القاهرة، مصر، المقدمات الممهديات، لابن رشد، ج1/ص484، ت. ق: سعيد أحمد أعراب، ط1/(1408هـ/1988م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان، المعلم بفوائد مسلم، ج2/ص141، الفقه المالكي وأدلته، ج3/ص238.

(5)- الآية (91) من سورة النحل.

(6)- الآية (1) من سورة المائدة

2- السنة: فمن ذلك، ما رواه عقبة بن عامر - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال:

"أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"⁽¹⁾.

وجه الاستدلال من النصين:

أفادت الآية وجوب الإيفاء بما تعاهد عليه المتعاقدون على وجه العموم، غير أن الحديث الشريف خص الشروط التي تقع بين الزوجين بمزيد من الاهتمام، نظرا لعظم عقد النكاح وقد سيته والآثار المترتبة عليه، ويدل على ذلك نهيه تعالى الأزواج أن يأخذوا صدق زوجاتهم بغير حق حالة الرغبة في طلاقهن بقوله: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَبْدَلُوا زَوْجًا مَكَانَ زَوْجٍ وَعَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۗ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ۗ﴾⁽²⁾.

3- بعض أصول المذاهب: فمن ذلك، مراعاة الخلاف، وهو أصل من أصول مذهب إمام أهل المدينة؛ لأن هناك من الفقهاء من يقول بوجوب الوفاء، ومن ثم يقضى بها على الملتزم، وهو مذهب أهل الحديث كالإمام أحمد، ويُعدُّ من أو سع المذاهب قبولا للشروط، خاصة ما كان فيه مصلحة لأحد طرفي العقد ولم يرد عن الشارع نهى عنه.

إذا كان هذا هو رأي الفقهاء في الشروط فلماذا يقدم عليها الأزواج مع ما فيها من التضيق والتقييد لحرية الطرف الآخر، وربما المخالفة غير الصريحة للأحكام الشرعية، وهذا السلوك يتنافى مع مبدأ حق الفرد في حرية التصرف الذي كفله الشرع والقانون معا.

للإجابة عن هذا التساؤل لابد من الرجوع إلى دنيا الناس والواقع الذي يعيشونه؛ لأن نهم الناس قد خربت وأصبحت تحكم علاقاتهم المصالح والقراءة الاستباقية لأفكار الآخرين وما يدور في خلجاتهم، اعتمادا إما على القيل والقال مع كراهة ذلك، لما رواه المغيرة بن شعبة عن النبي ﷺ قال: "إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات، ومنعا وهات، وواد البنات. وكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال"⁽³⁾، أو على ما سبق من أحداث، ضف إلى هذا أن الزمن

(1) صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، ج9/ص124، ح/5151، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، ج5/ص218، ح/1418

(2) الآية (20، 21) من سورة النساء.

(3) صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب عقوق الوالدين من الكبائر، ج10/ص419، ح/5975، كتاب الرقاق، باب ما يكره من قيل وقال، ج11/ص312، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة، ج6/ص251، 252، ح/1715.

تغير عما كان عليه أبائنا من قبل، فالإعلام بكل وسائله أضحى كالسيف البتار الذي لا يبقى ولا يذر، مع غياب الوازع الديني والأخلاقي بين أفراد المجتمع تشدقا بالحرية والدولة المدنية. الفرع الثالث: الشروط التي لا يقتضيها العقد ولكن فيها تضيق على الغير والآثار المترتبة عليها والحلول المقترحة لذلك، فمنها:

أولاً: أن تشترط المرأة ما يمس حقوق غيرها كاشتراطها أن يطلق زوجته الأخرى، فهذا الشرط فاسد وإن قال البعض بصحته⁽¹⁾؛ لأنه يخالف:

1- صريح السنة التي نهى فيها النبي ﷺ أن تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ صحتها في عدة أحاديث منها:

أ- عن أبي هريرة - رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قال: " لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحتها، فإنما لها ما قدر لها"⁽²⁾، وعنه قال: "وَلَا تَسْأَلِ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ الْأُخْرَى لِتُكْتَفِيَ مَا فِي إِنْأَيْهَا"⁽³⁾.

ب- عن عبد الله بن عمرو- رضي الله عنهما- أن رسول الله ﷺ قال: " لا يحل أن ينكح المرأة بطلاق أخرى"⁽⁴⁾.
وجه الاستدلال:

هذه النصوص وما يماثلها صريحة الدلالة في النهي وعدم جواز طلب المرأة طلاق أختها حتى يخلو لها المحل ويطيب لها المقام مع زوجها دون منغص، فاشتراطه بهذه الكيفية يعدّ تعسفاً في استعمال حق الشرط الذي أباحه الشرع من أجل الوصول إلى بعض المآرب ، بصرف النظر عن الآثار المترتبة عليها.

2- عدم الموافقة لمقصد الشرع في المحافظة على وحدة الأسرة وتماسكها، فاشتراطه بهذه الكيفية يؤدي إلى تمزيق هذا الكيان وتشتيته، مما ينعكس سلباً على المجتمع جراء تشرذم الأولاد وسوء أخلاقهم وانتشار الفواحش، وحياتنا حافلة بهذا السلوك السيئ الناتج عن الأنانية وحب النفس، والفهم الخاطيء لمرامي الشريعة السمحة، ويؤكد هذا ما تتداوله الصحف اليومية والقنوات

(1)- راجع الأسرة المسلمة في العالم المعاصر ، وهبة الزحيلي، ص64.

(2)- صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط التي لا تحل في النكاح ، ج9/ص126، ح/5152.

(3)- صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه، ج5/ص213، ح/1413، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها، ج5/ص206، ح/1408،

(4)- المسند، للإمام أحمد، ج11/ص227، ح/6647.

* وفي نسخة: "لا يحل أن تنكح امرأة بطلاق أخرى".

التلفزيونية والإذاعية مطلع كل فجر، فمن ذلك ما ذكرته جريدة الخبر اليومية أن الجانية التي عمدت إلى قتل - ذبح - الزوجة الأولى وابنتها هو الانتقام من زوجها بعد رفضه تطليق زوجته الأولى وأم أطفاله؛ لأنها كانت على أمل أن تقبل بها الضحية كزوجة ثانية، والإمضاء على ذلك لدى المحكمة كما ينص عليه ق. أ. ج حتى يتسنى لها الزواج وترسيم العلاقة معها إداريا كما وعدّها زوج الضحية - الزوجة الأولى - وهو ما رفضته الأخيرة مطلقا، فنمّى في نفسها حقدا دفينا دفعها إلى الانتقام دون مبالاة بالعواقب والآثار النفسية على الأبناء الناجين من الجريمة⁽¹⁾.

ثانيا: اشتراط الزوج أن تكون الزوجة بكرا، فهذا الشرط ليس من مقتضيات العقد ولا مؤكدا ولا مخالفا له، ولم يرد به نص، ولكن تعارف عليه الناس؛ لأنه رمز العفة والطهارة في نظرهم، فأضحى كالشرط الذي يُعدُّ من مقتضيات العقد وإن لم يتحدث عنه في حق البكر وفقا للقاعدة الفقهية "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"⁽²⁾، نظرا للأهمية التي يوليها له الناس والآثار المترتبة عليه حالة كون المرأة غير متزوجة قبل ذلك ولا مدخول بها في عقد رسمي أو عرفي - والمعروف بالفاتحة والحق أنه عقد شرعي غير موثق - مشفوعا بعرس، نعم شرط البكارة وصف قائم بالذات قابل للزوال بأي وسيلة كانت، فلهذا لم يعده الفقهاء من مقتضيات العقد ولم يبين عليه الشارع أحكاما⁽³⁾، وإن نص على إنكاح البكر والحث عليها في قول رسول الله ﷺ لجابر - رضي الله عنه - أنه ﷺ قال له عندما تزوج ثيبا: "فهلأ جارية تلاعبها وتلاعبك؟"، وفي رواية "فهلأ تزوجت بكرا تضاحكك وتضاحكها وتلاعبك وتلاعبها؟"، وفي رواية "فأين أنت من العذاري ولِعابِها"⁽⁴⁾؛ لأن البكر أنقى أفواها، وأرجى للإنجاب، والرغبة فيها أشد، والوفاق معها أقرب، وترضى بما يبذل لها في العلاقة الجنسية؛ لأنه ليس لديها معرفة بالرجال، ولعدم إمكانية إجراء المقارنة بين العلاقتين في شتى الأمور⁽⁵⁾، ومع هذا فقد وردت نصوص كثيرة تدل على الصفات التي يفضل أن تكون في المرأة المخطوبة يرجع إليها في مظانها.

إذا كان هذا هو رأي الشرع فما رأي المجتمع؟

(1)- راجع جريدة الخبر اليومية، العدد 7633، الجمعة 2014/12/5م، الموافق لـ 12 صفر 1436هـ، السنة الخامسة والعشرون.

(2)- الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص99، 100.

(3)- للمزيد من الأيضاح والبيان راجع هـ(1)، ص155 من هذه الرسالة، والبهجة في شرح التحفة، للتسولي، ج1/ص596 وما بعدها، ط(1412هـ/1991م)، دار الرشد الحديثة: الدار البيضاء، المغرب.

(4)- صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج الثيبات، ج9/ص24، ح/5079، 5080، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استحباب نكاح البكر، ج5/ص308 وما بعدها، ح/715.

(5)- راجع الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، وهبة الزحيلي، ص53.

الثقافة العامة التي يحظى بها المجتمع في هذه الجزئية - صفة البكارة - بصرف النظر عن انتماءاته وتوجهاته فإنه لا يقبل النقاش حولها إذا جدد الجد، أما المتشددون بالحريات فإن هؤلاء لا يؤمن لهم جانب ولا يستقر لهم حال، فصفة العذرية للمرأة أمر محسوم لا يقبل الجدل، فهناك من الزيجات من تغشل بسبب عدم كون الزوجة عذراء - بكرا - بعد البناء، فترد إلى أهلها في ليلتها، وتأكيدا لصدق ما قلناه انتشار ثقافة ترقيع غشاء البكارة داخل الوطن وخارجه، بل إن هناك من الأقوال من تتحدث عن البكارة الصينية، وهذا غش وخداع وتدليس لا يقره الشرع والقانون معا، وكذا ما يفعله المشعوذون الدجالون من أفعال وتعطيل بحجة حماية الفتاة من الفاحشة ثم دفنه بعد ذلك في المقابر وغيرها كما طالعنا به بعض الصحف والقنوات التلفزيونية الفضائية كالنهار وغيرها.

وهذا الفكر يدفع بالمرأة، بل بالمجتمع للحفاظ على شرف بناته؛ لأنهم يفتخرون بذلك، ولما لا والله عز وجل أمر نبيه ﷺ في قوله تعالى: ﴿ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ ﴾⁽¹⁾، ونهى أن يتزوج الرجل العفيف المرأة الزانية التي لم تتب بقوله: ﴿ الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ ﴾⁽²⁾، وهذا الحكم مبناه الزجر عن الاقتراب من الآثام واقترافها، وفي ذلك حماية وصيانة للمرأة بل للأسرة والمجتمع.

وهو ما نوه إليه المقنن الكويتي والإماراتي فنصا على ذلك ضمنا في:

1- الفقرة "ج، د" من المادة "40" من القانون الكويتي:

* الفقرة ج: وإذا اقترن بشرط لا ينافي في أصله ولا مقتضاه وليس محرما شرعا صح الشرط ووجب الوفاء به، فإن لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ.

* الفقرة د: ويسري حكم الفقرة السابقة عند فوات الوصف المشروط في أحد الزوجين.

2- الفقرة "5" من المادة "20" من القانون الإماراتي:

* 5- إذا اشترط أحد الزوجين في الآخر وصفا معيناً فتبين خلافه كان للمشترط طلب

فسخ الزواج.

(1)- الآية (31) من سورة النور.

(2)- الآية (3) من سورة النور.

فالوصف المشروط من أحد الزوجين على الآخر هو أن تكون المرأة بكرًا - عذراء - أو الرجل كذلك بحيث لم يسبق له الزواج، أو أنهما متحصلان على شهادة علمية معنية أو وصف خاص كالطول والقصر، والبياض والسواد إلى غير ذلك، قال ابن القيم: "وأما إذا اشترط السلامة، أو شرط الجمال فبانت شوهاء، أو شرطها شابةً حديثة السن فبانت عجوزاً شمطاء، أو شرطها بيضاء فبانت سوداء، أو بكرًا فبانت ثيبًا، فله الفسخ في ذلك كله" (1).

بالرجوع إلى هذه الجزئية - إرجاع المرأة إلى أهل بيتها بسبب فقدانها العذرية قبل البناء بها- يتضح جليا التعسف في استعمال حق الغيرة المفرط؛ لأن هناك وسائل أخرى يمكن التأكد بها في إثبات عفة المرأة وحفاظها على شرفها دون الفضيحة، وذلك كالاتعانة بالطبيب الشرعي؛ لأن غشاء البكارة بالنسبة للمرأة أنواع، فقد يتم الجماع دون أن يتمزق باعتباره كونه مطاطا ولا يفيض إلا بالممارسة المتكررة أو بالولادة، وقد يتمزق بنزول دم الحيض لغزارته أو بوثبة أو سقوط... الخ، ولا يعد نزول الدم في حد ذاته معيارا لوجود غشاء البكارة أو عدمه، فهذا نابع من الثقافة الخاطئة التي يدين بها المجتمع في هذا الأمر.

فهذا التصرف يؤدي أحيانا إلى هروب المرأة من بيت أهلها خوفا على نفسها من بطشهم أو تمردها عنهم، وفي ذلك تغذية لأوكر الفاحشة والفساد الذي أمرنا بتجفيف منابعها شرعا و قانونا، فأين هذا من ذلك؟

وتفاديا لهذا السلوك أقترح أن يُضَمَّن شرط البكارة أو العذرية نصا، سواء اشترطه الزوج أم لا؛ لأنه قد يغفل عنه في المادة 7 مكرر من الأمر 2005/2/5 المعدل للقانون 11/84 والمرسوم التنفيذي رقم: 154/6 المؤرخ في 2006/5/11م الذي يحدد شروط وكيفية تطبيق أحكام هذه المادة دون الاكتفاء بذكرها في النموذج المرفق بهذا المرسوم، على أن يكون تسليم ما يثبت براءة و سلامة بكارة- العذرية- المرأة في شهادة طبية خاصة لدى الطبيب الشرعي المختص ليلة البناء- الدخول- بالزوجة لا قبله مع حضور ولي المرأة والزوج، مع التنصيص على عقوبة صارمة أو الإحالة على قانون العقوبات حالة التدليس أو التقرير الكاذب المزور، تفاديا لتلك النهايات المأسوية.

ويرجع سبب اقتراح أفراد شرط العذرية- البكارة- بشهادة طبية خاصة في هذا التوقيت بالذات أن الوثيقة الطبية المقترحة في المادة "7 مكرر" من هذا القانون صلاحيتها أطول نسبيا؛ لأنها محددة بالألا تزيد على ثلاثة أشهر، بالإضافة إلى نوع الفحص؛ لأنه يتضمن الكشف عن

(1)- زاد المعاد في هدي العباد، لابن القيم الجوزية، ج5/ص168، 27(1415هـ/1994م)، م/ الرسالة: بيروت، لبنان، م/المنار الإسلامية، الكويت.

الأمراض المعدية والوراثية التي تشكل خطراً على صحة الزوجين والأولاد فيما بعد كإعاقة، وهي أمراض لا تحدث فجأة⁽¹⁾ بخلاف فقد العذرية- البكارة- وهو ما يستنتج من المادة "7 مكرر"؛ لأن عبارتها جاءت فضفاضة، وإن نص على بعض الأعراض كالسوابق الوراثية أو مرض الحميراء، فهي حمالة لأوجه عدة، ولهذا فالتصحيح عليها يكون أفضل، و إليك نص المادة والمرسوم التنفيذي.

1- المادة "7 مكرر": الصادرة بالأمر رقم: 2/5 المؤرخ في 27 فبراير 2005م.

يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة⁽³⁾ أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج. يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج، و يؤشر بذلك في عقد الزواج. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

2- المرسوم التنفيذي رقم: 154/06 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427هـ الموافق ل11 مايو سنة 2006م، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم: 11/114 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق ل9 يونيو سنة 1984م، والمتضمن قانون الأسرة (ج.ر. 31 مؤرخة في 14 مايو 2006م).

المادة الأولى: يهدف هذا المرسوم إلى تحديد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة "7 مكرر" من القانون 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق ل9 يونيو سنة 1984م والمذكور أعلاه.

المادة 2: يجب على كل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة⁽³⁾ أشهر تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم. يسلم الشهادة المنصوص عليها في هذه المادة طبيب حسب النموذج المرفق بهذا المرسوم.

(1)- يُعدُّ مرض المناعة المكتسب - الإيدز- من الأمراض التي قد تحدث بعد الفحص الطبي خلال المدة المنصوص عليها قانوناً "ثلاثة أشهر" إذا كان الزوج سيئ الخلق أو يرافق أصدقاء السوء أو بسبب عدوى كمنقل الدم أو التبرع به أو فحص طبي إلى غير ذلك، ويستوى في هذا الأمر الرجل والمرأة، فلا مانع من إدراجه ضمن هذا، فخطره لا يقل عن شرط العذرية - البكارة- بل هو أشد؛ لأنه يؤدي إلى إصابة غيره وانجاب أولاد مصابين بهذا الداء الخبيث المميت، ضف إلى هذا التكاليف والأعباء التي تتحملها الدولة لعلاجها.

المادة 3: لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة (2)

أعلاه، إلا بناء على نتائج:

- فحص عيادي شامل.

- تحليل فصيلة الدم (ABO+Rhésus)

المادة 4: يمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف

عن بعض العيوب و/أو القابلة للإصابة ببعض الأمراض.

وزيادة على ذلك يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء فحوصات للكشف عن

بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج و/أو الذرية، وذلك بعد إعلامه

بمخاطر العدوى منها.

المادة 5: يُبَلِّغُ الطبيب الشخص الذي خضع للفحص بملاحظاته ونتائج الفحوصات التي

تم إجراؤها طبقاً للمادة (3) أعلاه، ويتم إعداد شهادة طبية بذلك تسلم إلى المعني.

المادة 6: لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بعد أن يقدم

طالباً الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

المادة 7: يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا

الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأعراض أو

العوامل التي قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج.

لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافاً

لإدارة المعنيين.

المادة 8: ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

نستخلص مما سبق ذكره على وجه العموم أن تصور المجتمع للعفة والطهارة يكمن في

حفاظ البنت على سلامة بكارتها فقط، وما عداه مهدر أو مباح، نظرة قاصرة، وفهم خاطئ

وسقيم لمقاصد الشرعية وأدلتها؛ لأن المطلوب هو أن تكون الفتاة عفيفة الحواس كلها، مع

لباس محتشم يصون عرضها، أما أن تصاحب من تشاء، وتلبس ما تريد كما هو مشاهد،

وتكون أحياناً في أوضاع مخلة بالحياء، بحجة أنها حرية شخصية، فهذا أمر خطير تأباه

النفوس السوية، ومن ثمَّ يُعَدُّ هذا الفهم تحكما وتعسفاً في تفسير النصوص والعفة معا وما

يلحق بها، فلا نكن كبنِي إسرائيل نؤمن ببعض الكتاب ونكفر ببعض وإن لم نتلفظ به بألسنتنا لكننا تبنيناه بأفعالنا، وهي أَشَدُّ حُجَّةً من الأقوال⁽¹⁾.

بعد هذا البيان لبعض الشروط بقي أن أشير إلى إمكانية حدوث طارئ يمنع الملتزم من الوفاء بما التزم أو ألزم به أو أنها ترهق كاهله مع الضيق والعنت، فهل يقضى عليه بها أم أنه يخفف عنه من أعبائها، فلا يلتزم إلا بالقدر الذي يطيقه في الفرع الآتي؟
الفرع الرابع: الآثار المترتبة على عدم الوفاء بما التزم به المشترك لسبب ما

بالنظر في الأدلة الشرعية والقواعد العامة للفقهاء الإسلامي ومقاصد الشريعة نجد أنها بُنيت على التيسير والتخفيف على الناس، فمن ذلك:

1- الأدلة الشرعية:

أ- الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾⁽²⁾، وقال: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁽³⁾.
ب- السنة:

عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: " دعوني ما تركتكم، فإنما أهلك من كان قبلكم سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم"⁽⁴⁾.

2- القواعد الفقهية:

"الضرر يزال"، " يتحمل الضرر الأقل"، " الضرر لا يزال بالضرر"⁽⁵⁾.

فهذه النصوص وغيرها دالة على التيسير ورفع المشقة، ولكي يتحلل المُشْتَرَطُ عليه من هذه الشروط منحه الشرع إمكانية اللجوء للقضاء أو الصلح من أجل تبرئة ذمته أو التخفيف

(1)- المعروف عند الأصوليين أن الأفعال مقدمة في الاستدلال على الأقوال؛ لأنها أقوى منها وتلامس الواقع، وربما ترجح لدى الناقل ما هو أقوى مما قال، فعمل بخلافه، ونظير ذلك ما روي عن الإمام مالك - رحمه الله- أنه سئل عن أحاديث - أقوال - رواها في موطنه وعمل بخلافها فقال للسائل: حتى لا يظن جاهل مثلك أنني لا أعرفها، أو لا أعلمها، فقدم ما ترجح لديه من أفعال أهل المدينة على ما رواه، ولا يقدح فيما ذكرناه من تقديم بعض الأصوليين أيضا الأقوال على الأفعال.

(2)- الآية (16) من سورة التغابن.

(3)- الآية (286) من سورة البقرة.

(4)- صحيح البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ وقول الله تعالى: ﴿وَأَجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ

إِمَامًا﴾، ج13/ص264، ح/7288، صحيح مسلم كتاب الحج، باب فرض الحج مرة في العمر، ج5/ص111، ح/1337.

(5)- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، للسيوطي، ج1/ص210 وما بعدها، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص85، 87، الأشباه والنظائر، للسبكي، ج1/ص41، 42.

عنه أو تعديلها بما يوافق قدرته ومكنته، ما دامت الظروف التي جعلت التنفيذ العيني مرهقا قائمة⁽¹⁾، ويمكن أن يُلْحَقَ هذا بموضوع الإقالة في باب البيوع، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَزَّعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾⁽²⁾، وقال: ﴿فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾⁽³⁾، وهو ما أقره المقنن المغربي في المادة "48" تحت عنوان: الإعفاء من الشروط وتعديلها، والقانون المدني الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة "107".

هناك بعض الشروط السالف ذكرها أرجى الحديث عنها في الفصل الثاني.

"التعسف في انحلال الزواج وآثاره" فذكرها هناك أفضل، وهذه بعض نصوص القوانين

المشار إليها آنفا:

1- مدونة الأسرة المغربية:

المادة 48: الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم

بها من الزوجين.

إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشروط مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله، ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40⁽⁴⁾ أعلاه.

2- القانون المدني الجزائري:

المادة 3/107: غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها

وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

(1)- راجع شرح مدونة الأسرة، محمد الأزهر، ص108.

(2)- الآية (59) من سورة النساء.

(3)- الآية (65) من سورة النساء.

(4)- المادة 40: يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها.

هناك نكتة لطيفة نص عليها المقنن الجزائري وغفل عنها المقنن المغربي، وهي بطلان أي اتفاق يكون على غير المعهود و"يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، صيانة لأفعال العقلاء عن العبث؛ لأن المطلوب منه حماية الأفراد وتصويب تصرفاتهم وفقا للقاعدة الفقهية "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"⁽¹⁾، ويكون ذلك البطلان بقوة القانون، بخلاف المقنن المغربي فإنه أجاز للملتزم طلب إعفائه منه أو تعديله فقط، وفرض الشروط بهذه الكيفية يُعدُّ تعسفا في استعمال الحق.

الفرع الخامس: موقف القانون من ذلك ومناقشته

نص المقنن الجزائري على الشروط التي يجوز للزوجين أن يشترطها في المواد 19، 32، 37، من القانون 11/84 المعدلة بالأمر رقم: 2/05/ المؤرخ في 27/2/2005م، والمادة 35 من القانون 11/84 المؤرخ في 9/6/1984م غير المعدلة على:

1- المادة 19: للزوجين أن يشترطوا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.

2- المادة 32: يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

3- المادة 35: إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا.

4- المادة 37: لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما. بالنظر في نصوص هذه المواد يمكن ملاحظة ما يلي:

1- الواضح من نصوص هذه المواد أنها أجازت للزوجين أن يشترطوا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها أنها ضرورية وتحقق مصلحة مشتركة لهما أو لأحدهما، بشرط أن تكون معتبرة شرعا وقانونا وألا تتنافى مع مقتضى عقد النكاح في ضوء أحكام هذا القانون.

(1)- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، للسيوطي، ج 1/ص 278.

*القاعدة الخامسة من القواعد الكلية.

ومما يلاحظ على هذه المواد أيضا أنها أشارت إلى نوعين من الشروط على السبيل التمثيل لا الحصر لأهميتهما وهما: شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة بما في ذلك الأموال المشتركة بين الزوجين الناتجة عن الكسب، وتحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما، لكثرة الاختلاط والخلافات الزوجية بسبهما.

2- لم تحدد الآلية التي يتم على ضوءها تنفيذ هذه الاتفاقيات، حالة عدم كتابتها والاكتفاء بالاتفاق الشفوي فقط، كما هو واقع في دنيا الناس، نظرا للحائل الأدبي، وهو مخافة تخوين أحدهما للآخر ونزع الثقة منه، فكيف يتم الإثبات والفصل بينهما عند وجود التنازع من أجل تحميل كل طرف مسؤولية الإخلال بالشروط المتفق عليها والتبعات المترتبة على ذلك، فهل يمكن الإثبات بكل الطرق أم يُكتفى بما هو مسطور؟

بالرجوع للمادة "333" من القانون المدني نجدها منعت الإثبات - وجودا أو انقضاء - بشهادة الشهود في المعاملات غير التجارية بما تزيد قيمته على 1000 دينار جزائري أو غير محدد القيمة، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

ومن المعلوم أن المعاملات المالية التي تتم بين الزوجين تفوق النصاب المحدد للإثبات بالكتابة بكثير، ومع ذلك لا تتم كتابتها لما عللنا به آنفا، وهذا يقودنا إلى الحديث عن تحيين القوانين فيما يتعلق بالجانب المالي الذي غاب عنها في كثير من المجالات، والتي لا زالت تتعامل بمضامين القوانين القديمة بالرغم من تعديلها، وهذه مفارقة غريبة.

*المادة 333 من القانون المدني الجزائري رقم: 10/5 المؤرخ في 20/6/2005 المعدل للأمر رقم: 58/75، المؤرخ في: 26/9/1975م الفقرة الأولى "1/333":

في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز البيينة في إثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

وقد وجد نص يقضي بغير ذلك، وهو ما أشارت إليه المادة "336" من القانون المدني في تعديلها الجديد بنفس الأمر، فهي إما مقيدة أو مخصصة لها.

*المادة 336: يجوز الإثبات بالبيينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة.

- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج إرادته.

وما دام أن هذه القوانين يكمل بعضها بعضاً، فلا مانع من إحالة هذه الجزئية على القانون المدني كما هو الشأن في إجراءات تسجيل عقد الزواج وفق ما نصت عليه المادة "21" من ق. أ. ج: "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج؛ لأن فيها حلاً للإشكال المطروح، وبناء عليه تضاف فقرة للمادة "37" لتصبح صياغتها على النحو الآتي:

"مع مراعاة أحكام المادة "333 و 336" من القانون المدني".

وبالمقابل نجد المقنن المغربي نص في مدونة الأسرة في المادة "49" على الآلية التي يتم من خلالها تدوين هذه المعاملات المالية مستقلة بعد أن قرر أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر.

***المادة 49:** لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها. يُضْمَن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج. يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر.

إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتتمية أموال الأسرة.

3- التسوية بين الشروط المشروطة في عقد الزواج والشروط الواقعة بعده في عقد رسمي لاحق في القوة والإلزام، مع أن الأمر يختلف كما هو الشأن في الواقع منها قبل العقد، وقد بينت ذلك آنفاً⁽¹⁾، فما كان بعده فهو من باب الإحسان والمعروف فلا يُلزمُ به، لكن أدبيا يوفي به إذا كان مشروعاً وفي استطاعته دون كلفة أو مشقة أو عنت وإلا سَقَطَ.

4- الاضطراب وربما التناقض بين نصي المادة "32 و 35"؛ لأن المقنن نص في المادة "32" على بطلان الزواج إذا اشتمل على شرط أو مانع يتنافى ومقتضيات العقد، ونص في المادة "35" على صحة العقد وبطلان الشرط إذا كان ينافي عقد الزواج.

ويرجع سبب هذا الخلط ربما إلى اللبس أو عدم مكنة المقنن على التفرقة بين الشروط والموانع، فالشروط يمكن إسقاطها مع التصحيح، بخلاف الموانع فلا يمكن ذلك؛ لأنها متعلقة

(1)- راجع ص 86...96 من هذه الرسالة.

بالمهية، فالنكاح لا ينعقد معها بأي حال كالزواج بالخامسة أو المحارم أو الجمع بين الأختين⁽¹⁾، وهو ما أقرته المادة "23 و34" من القانون 11/84 المؤرخ في 09/06/1984م.

***المادة 23:** يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة.

***المادة 34:** كل زواج بإحدى بالمحرّمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت

النسب ووجوب الاستبراء.

5- إقرار المادة "35" ببطلان الشرط المنافي لعقد النكاح المقارن مع صحة العقد دون

الحديث عن الشروط الواقعة بعده أو قبله وهي أولى بالبطلان؛ لأن قوة الإلزام تكون أثناء إبرام العقد، ولا يخفى أن الشروط يكون لها أثر في قدر المهر زيادة ونقصانا بالإضافة إلى أمور

أخرى، وهذا خلل في الصياغة، وبناء عليه يمكن إعادة صياغتها على النحو الآتي:

إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي مقتضاه، سواء كان واقعا قبله أو أثناءه أو بعده،

بطل الشرط وصح العقد.

لا إن كان واقعا قبله أو بعده ولم ينافية كان المُلْتَزِمُ به مخيّرا بين الإيفاء وعدمه، لا إن

انعقد عليه العقد، فالإيفاء به واجب، مع مراعاة أحكام النقطة "9" من المادة "53"،

والمادة "53" مكرر المذكورتان أدناه من هذا القانون.

6- عدم التنصيص على الآلية التي يتم من خلالها تدوين الشروط الواقعة أثناء العقد أو

قبله، هل تكون مضمنة في وثيقة الزواج كما هو الشأن في الشهادة الطبية المشار إليها آنفا،

أم أنها تكون مرفقة بالدفتر العائلي، مع أنه لا توجد به خانة خاصة بالشروط ولا بالعقد

المستخرج منه، وهذا يضع الأزواج أمام إشكالية التنازع في إثبات الشروط حالة الخلاف أو

الخصام؛ لأنها في الغالب تكون شفوية، نظرا للحائل الأدبي، وغياب الوعي التام والثقافة

القانونية لدى الأزواج في هذا الجانب وغيره، كتابة الدين وأخذ الرهن وما إلى ذلك، لقوله

تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾⁽²⁾، وقوله: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ

عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾⁽³⁾.

(1)- للمزيد من الإيضاح والبيان حول هذه الجزئية وغيرها يرجع إلى رسالة الماجستير للمعني الموسومة بعنوان " أحكام الزواج بين قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية " دراسة تحليلية" ص 113 وما بعدها.

(2)- الآية (282) من سورة البقرة.

(3)- الآية (283) من سورة البقرة.

7- عدم التصييص في المواد التي تحدثت عن الشروط عن الآلية التي يتم بها تنفيذ الشروط المتفق عليها حالة المخالفة وعدم الالتزام أو الإيفاء بها والآثار المترتبة على ذلك أو الإحالة على غيرها، لكن المنتبِع لِمَوَادِّ هذا القانون يجد الفقرة التاسعة من المادة 53 من القانون 11/84 المعدلة بالأمر رقم: 2/5/2005 المؤرخ في: 27/2/2005م نصت على أنه: يجوز للزوجة أن تطلب التظليق للأسباب التالية:

8- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

أما التعويض عن الأضرار المترتبة على ذلك فقد نصت عليه المادة 53 مكرر المضافة بالأمر رقم: 2/5/2005 المعدل للقانون 11/84 وإليك نصها.

*المادة 53 مكرر: يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتظليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

وهو ما قضت به المحكمة العليا في بعض أحكامها، فمن ذلك:

1- يمكن تعويض الزوجة الطالبة للتظليق في حالة ثبوت تضررها فعلاً" غ. أ. ش، ملف رقم: 391655، قرار بتاريخ: 20/06/2000م، ا. ق، غ. أ. ش، ص 259".

2- من المقرر قانوناً أنه يحق للزوجة أن تطلب التظليق لكل ضرر معتبر شرعاً. ومن المقرر أيضاً أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر. ولما كان ثابتاً أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغاً فيه متعسفاً من طرف الزوج، فإن تظليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقوا أحكام المادة 55⁽¹⁾ من قانون الأسرة تطبيقاً سليماً.

"غ. أ. ش، ملف رقم: 181648، قرار بتاريخ: 23/12/1997م، م. ق، لسنة 1997م، العدد 1، ص 49، ملف رقم: 224655، قرار بتاريخ: 15/06/1999م، ا. ق، ص 129".

- الأسباب الكامنة وراء تعديل المادة 37:

يرجع سبب تعديل هذه المادة إلى تفادي المشاكل التي تطرح دائماً على القضاء حالة الانفصال بين الزوجين؛ لأن الزوجة تشارك في الغالب بمالها في تحمل أعباء الأسرة بصرف

(1)- المادة 55 من القانون 11/84 غير معدلة بالأمر رقم: 2/5/2005م "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

النظر عن مصدره، كما نجدها كثير من الأحيان تساعد زوجها في تسديد أقساط بيت الزوجية أو تشييده أو شراء سيارة إلى غير ذلك، بل الأكثر من هذا كله أنها أحيانا تباع مجوهراتها إذا احتاج زوجها إلى المال، وتتنازل له عن مسكنها الخاص، فتتقل ملكيته إليه إظهارا لحسن التبعل والعشرة. وعند الطلاق أو التطليق تطالب الزوجة باسترداد حقوقها المالية، فيتصل الزوج من ذلك كله لعدم وجود وثيقة إثبات بتلك الأموال المدّعى بها عليه؛ لأن القانون لا يعترف إلا بالوثائق والعقود الموثقة عموما، وما دام أن كل شيء باسم الزوج فلا حيلة لها إلا الصلح إن رضي بذلك، لقوله تعالى: ﴿أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾⁽¹⁾، وهذه مشاكل حقيقية تعاني منها الزوجات المطلقات على وجه الخصوص.

وهذا السلوك يعد تعسفا في استغلال العلاقة الزوجية، ومن ثمّ الاستيلاء على أموال الآخرين، وقال الإمام مالك: "ليس للزوج قضاء في مال امرأته، قبل دخوله بها ولا بعده"⁽²⁾.

الفرع السادس: الأحكام التطبيقية القضائية

المنتبغ لقرارات المحكمة العليا يجد عدة أحكام في هذا الشأن، فمن ذلك:

- 1- كقاعدة عامة تقيم الزوجة حيث يقيم زوجها، ويحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند أو بعد إبرام عقد الزواج وتقيم البينة على ذلك. "غ. أ. ش، ملف رقم: 358665، قرار بتاريخ: 2006/04/12م، م. ق، لسنة 2005م العدد 1، ص 491".
- 2- من المقرر شرعا أنه لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا، كالمترج مع أخته من الرضاع أو المترج بالخامسة ومثل ذلك. ومن ثمّ فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن تأسيسا على مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض. "غ. أ. ش، ملف رقم: 33715، قرار بتاريخ: 1984/06/25م، م. ق لسنة 1989م، العدد 4، ص، 99".
- 3- إن اعتراف الزوج بالدين اتجاه زوجته أمام قضي الأحوال الشخصية يجعل هذا الأخير مختصا للفصل في مبلغ الدين المتنازع عليه. "غ. أ. ش، ملف رقم: 279878، قرار بتاريخ: 2002/4/10م، م. ق لسنة 2003م، العدد 01، ص 378".

(1)- الآية (128) من سورة النساء.

(2)- المدونة الكبرى برواية سحنون من مقدمات، ابن رشد، ج4/ص260.

- 4- يمكن تعويض الزوجة الطالبة للتطبيق في حالة ثبوت تضررها فعلا. "غ. أ. ش ملف، رقم: 391655 قرار بتاريخ: 20/06/2000م، ا. ق، غ. أ. ش، ص 259، ملف رقم: 181648، قرار بتاريخ: 23/12/1997م، م. ق لسنة 1997، العدد 1، ص 49."
- 5- إن اشتراط الزوجة الأولى توفير سكن منفرد لها عن الزوجة الثانية للرجوع لا يشكل نشوزا "غ. أ. ش، ملف رقم: 364855، قرار بتاريخ: 12/07/2006م، م. ق لسنة 2006م، العدد 2، ص 469، ملف رقم: 315314، قرار بتاريخ: 22/09/2004م، ن. ق، العدد 65، ص 311، ملف رقم: 189226، قرار بتاريخ: 21/04/1998م، ا. ق، ص 144."
- 6- لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء إلا إذا كان الزوج قد اشترط ذلك في عقد الزواج. "غ. أ. ش، ملف رقم: 33715، قرار بتاريخ: 25/06/1984م، م. ق لسنة 1989م، العدد 4، ص 99."
- 7- يعد مخالفا للقانون حرمان الزوجة من التعويض عن الطلاق التعسفي مادام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة. "غ. أ. ش، ملف رقم: 480264، قرار بتاريخ: 11/02/2009م، م. ق لسنة 2009م، العدد 1، ص 283."
- 8- إن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج وأن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق وبحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبب. "غ. أ. ش، ملف رقم: 243417، قرار بتاريخ: 23/05/2000م، ا. ق، غ. أ. ش، عدد خاص، ص 109."
- ما قرره القضاء من أحكام قضائية فيما يتعلق بعدم الإيفاء بالشروط المتفق عليها التي لا تخل بأحكام عقد الزواج ولا تتناقض مقتضاه وكذا وجود مانع من موانع الزواج، سواء كانت دائمة أو موافقة لا خلف فيه لعدم عوده بالبطلان على الأصل، لكن يؤاخذ عليه شيئان: أولهما: عدم مراعاة ظروف ومكنة الملتزم بالشروط إذا تغير حاله وعجز عن الإيفاء، فقضى بالتعويض للطرف المتضرر جبرا لخاطره⁽¹⁾، وهذا يُعدُّ تعسفا في تطبيق القانون

(1)- وهو ما نصت عليه المادة "48" من مدونة الأسرة المغربية، وقد سبقت الإشارة إليه راجع، ص 101...106 من هذه الرسالة، وقضت به أيضا المحكمة الابتدائية المغربية بأبي الجعد بتاريخ: 07/03/8 في ملف العدد: 07/10، حيث إن المدعية التزمت بالسكن مع والدة المدعى عليه حسب رسم النكاح، لكن هذا الشرط وطبقا للمادة "48" من مدونة الأسرة قابل للمراجعة ومراقبة القضاء. وحيث إن الزوجة إن ادعت الضرر من السكن مع أهله، فإنها لا تجبر على السكن معهم، كما ذهبت إلى ذلك الأقوال المعتمدة في المذهب المالكي، ولا تكلف بالإثبات في قول الإمام مالك، راجع: مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، محمد بفقير، ص 67، ط3(1435هـ/2014م)، م/ النجاح الجديدة: الدار البيضاء، المغرب.

وتفسيره، وإن كان الغرض منه حماية حقوق الغير؛ لأن العلاقة بين الزوجين مبناها المسامحة والتمسك لا المشاحة والمساومة كالبائع، ضف إلى هذا أن التعويض المحكوم به على المحكوم عليه لم تكن ذمته مشغولة به ابتداء، وإنما هو ناشئ عن تقصيره أو مخالفته لما اتفق عليه، وهو أساس الحكم بالتعويض.

ثانيهما: عدم اعتباره لقاعدة مهمة من القواعد الفقهية فيما يتعلق بشرط البكارة - العذرية - في حق من لم تتزوج قبل ذلك أو تزوجت ولكن لم يدخل بها زوجها لسبب ما حصلت بينهما فرقة، ففرضي بأحقية الزوجة في التعويض بسبب الطلاق التعسفي ما دام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة، وأن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية⁽¹⁾، وهذا محل نظر؛ لأن "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، و"العادة محكمة"⁽²⁾، والعادة المعروفة عندنا⁽³⁾ أن المرأة

(1) - فرق القضاء المغربي بين البكارة والعذرية، فاشتراط الزوج كون البنت بكرا فقط لا يحق له ردها إذا وجدها ثيبا؛ لأنها قد تحصل بغير وطء كالسقوط والوثبة وغيرها؛ لأن المقصود بعبارة البكر المنصوص عليها في رسم النكاح، وهو أنه لم يسبق لها زواج قط، وليس المقصود أنها عذراء، والمستأنف عليه لم يشترطها عليها في حين العقد، فالعذراء هي التي لا زالت بخاتم ربها ولم تسقط بمزيل أصلا. قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 89/07/4 تحت عدد 1065 في الملف عدد 86/689، قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ: 86/07/18 تحت عدد 634 في الملف عدد 85/766 مجلة المحامي عدد 10 ص 86 وما يليها، راجع: الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية لإدريس بلحمجوب، ص 19، ط1 (1995م)، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع: الرباط، المغرب، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي محمد بفقير، ص 66، 67.

*ومراد هذه التفرة بين البكر والعذراء إلى ما قرره التسولي في شرحه على تحفة ابن عاصم لدى قوله "والزوج حيث لم يجدها بكرا لم يرجع إلا باشتراط عذرا"، والمعنى أن الزوج إذا تزوج امرأة فوجدها ثيبا فإنه لا يردّها بالثبوتية في حال من الأحوال، سواء لم يشترط شرطا أو اشترط أنها بكرا إلا في حال اشترط كونها عذراء، وهي التي لا زالت بخاتم ربها ولم تسقط بمزيل أصلا، فإن اشترط ذلك أو اشترط ما في معناه عرفا ولو بوصف الولي عند الخطبة كما في ابن عرفة كطفلة أو بنت أو كان العرف إطلاق البكر على العذراء كما عندنا اليوم فوجدها ساقطة العذرية بنكاح أو غيره من وثبة ونحوها كان له الرد على المشهور، خلافا للقباسي، والعرف كالشرط، فإذا أصدقها صداق البكر وصنع لها ما يصنع للبكر ثم وجدها ثيبا فله الرد وإن لم يشترط ثيبا، فهذا قال ابن عرفة: "لو شرط أنها عذراء فوجدها ثيبا فله الرد اتفاقا"، بخلاف فقد شرط البكارة فلا رد فيه على المعتمد إلا أن تكون ثيبت بنكاح وكتمو ذلك عنه، فالرد مستباح للزوج إذا شاء، والذي عليه ابن فرحون وأخذ به المتأخرون ورواه ابن حبيب عن مالك أن لا رد بذلك - أي بشرطها بكرا فوجدها ثيبا - ومقابلته أن اشترط البكارة كاشتراط العذراء لابن العطار، وبعض الموثقين.

الراجح عندي في هذه المسألة ما قرره ابن عرفة والتسولي وابن العطار وبعض الموثقين من اعتبار إطلاق لفظ العرف على البكر والعذراء على السواء؛ لأنه المتبادر للأذهان إلا إذا قيده صاحبه فيعمل بقيده.

راجع البيهجة في شرح التحفة، للتسولي، ج 1/ص 596 وما بعدها.

(2) - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، للسيوطي، ج 1/ص 221، الأشباه والنظائر، للسبكي، ج 1/ص 50، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص 93.

*القاعدة الخامسة من القواعد الكبرى.

(3) - المعروف عند المصريين أثناء إجراء عقد الزواج بعد تلقين المأذون الشرعي للولي الصيغة أن من جملة ما يقول: زوجتك ابنتي فلانة البكر الرشيد، وهو من الألفاظ المؤكدة عندهم، أما عندنا فلا يتلفظ بالبكر الرشيد.

التي لم يسبق لها زواج تعد عذراء، وبالتالي لا يسأل عن ذلك وإلا عد قدحا وذَا في حق المرأة وعائلتها، اللهم إلا أن تكون مومسة أو سيئت الخلق.

أما جعله البناء ينهي كل دفع بعدم العذرية فيه دعوة للممارسة الجنسية قبل البناء حتى يتأكد من عذريتها، وهذا على خلاف العرف أيضا؛ لأن هذا الأمر لا يتم إلا بعد البناء مشفوعا بعرس، بل هو مدعاة لإثارة المشاكل الزوجية، فكم من علاقة زوجية تمت فيها الممارسة قبل الدخول ثم تملص الزوج من فعلته وفك الرابطة بينهما تحت ذرائع، فأوقع البنت في حيرة من أمرها، فلاهي ثيب ولا بكر⁽¹⁾، ولا يخفى ما يقع لها في المستقبل عند ما تتزوج مرة أخرى، فماذا هي فاعلة؟

وبناء عليه يجب على من نصب نفسه حكما بين الناس أن يكون مطلعاً على أعرافهم المشروعة، مراعيًا تغير الزمان والمكان، وإلا عُدَّ متعسفاً في تفسير النصوص القانونية وتطبيقاتها، ولهذا قال الفقهاء: "كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة: يرجع فيه إلى العرف"⁽²⁾.

الفرع السابع: بعض التشريعات للقوانين العربية في موضوع الشروط فمن ذلك:

1- مدونة الأسرة المغربية:

المادة 40: يمنع التعدد إذ خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها.

المادة 47: الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلاً والعقد صحيحاً.

المادة 48، 49: سبقت الإشارة إلى مضمونها أثناء الحديث عن المواد المنظمة للتعدد⁽³⁾.

المادة 1/98: للزوجة طلب التظليق بناء على أحد الأسباب التالية:

(1) - فلا هي ثيب في أعين الناس؛ لأنه لم يبين بها بعد ولا بكر في نفسها؛ لأنها تعرف أنها ثيب، وهذا يخلق لها مشاكل عندما تتزوج مرة أخرى إذا أخفت الأمر ولم تبده لأهلها، فماذا هي فاعلة، أم أنها تلجأ إلى ترقيع غشاء البكارة والشعوة، من أجل دفع العار عن نفسها وأهلها.

قال المتيطي: "ينبغي لأولياء المرأة تذهب عذريتها بغير جماع - نكاح - أن يشيعوا ذلك ويشهدوا به، ليرتفع عنها العار عند نكاحها"، فما بالك إذا كان سبب إزالة العذرية ذلك الوطء المبني على عقد نكاح وإن لم يتم البناء بها كما هو معهود، فهذا أحرق بأن يُشاع ويُشَهَدَ عليه مع الاستئناس بشهادة طيبة لدى الطبيب الشرعي، راجع البهجة في شرح التحفة، ج1/ص601.598

(2) - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، للسيوطي، ج1/ص235.

(3) - راجع ص 84...86 من هذه الرسالة.

1- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج.

المادة 1/99: يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطب التطلاق.

المادة 101: في حالة الحكم بالتطلاق، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر.

2- قانون الأحوال الشخصية المصري للمسلمين:

الفقرة الثانية من المادة 11 مكرر: ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها، ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها.

3- قانون الأحوال الشخصية السوري:

المادة 14:

1- إذا قيد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي، أو ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محظور شرعا كان الشرط باطلا والعقد صحيحا.

2- وإذا قيد بشرط يلتزم فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعا، ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحا ملزما.

3- وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة، أو يمس حقوق غيرها، كان الاشتراط صحيحا ولكنه ليس بملزم للزوج، فإذا لم يف الزوج به، فللزوجة طلب فسخ النكاح.

4- قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

المادة 40:

أ- إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله⁽¹⁾ بطل العقد .

ب- وإذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه⁽²⁾، أو كان محرما شرعا بطل الشرط وصح العقد.

ج- وإذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه، وليس محرما شرعا⁽³⁾، صح الشرط ووجب الوفاء به، فإن لم يوف به كان للمشرط له حق طلب الفسخ.

(1)- كاشتراط الخيار أو التأقيت في الزواج.

(2)- اشتراط الزوج ألا ينفق عليها أو ألا يقسم لها مع ضررتها أو ألا ميراث بينهما.

(3)- كاشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها إلا برضاها وإذنها أو ألا يخرجها من دارها أو بلدتها.

د- ويسري حكم الفقرة السابقة عند فوات الوصف⁽¹⁾ المعين المشروط في أحد الزوجين.

المادة 41: يجب أن يكون الشرط مسجلاً في وثيقة العقد.

المادة 42: يسقط حق الفسخ إذا أسقطه صاحبه صراحة⁽²⁾ أو ضمناً⁽³⁾.

5- مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية:

المادة 28: للزوجة أن تشتترط على الزوج ألا يتزوج عليها أو يغيب عنها مدة معينة أو

يمنعها من دراسة أو عمل، وكل شرط لا ينافي المقصد من العقد.

6- مجلة الأحوال الشخصية التونسية:

الفصل 11: يثبت في الزواج خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفته

إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء.

7- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي:

المادة 20⁽⁴⁾ :

1- الأزواج عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو شرطاً حرم حلالاً.

2- إذا اشترط في عقد الزواج شرطاً ينافي أصله بطل العقد.

3- إذا اشترط فيه شرطاً لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه، أو كان محرماً شرعاً بطل

الشرط وصح العقد.

4- إذا اشترط فيه شرطاً لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرماً شرعاً صح الشرط

ووجب الوفاء به، وإذا أحل به من شرط عليه كان لمن شرط له طلب فسخ الزواج، سواء أكان من

جانب الزوجة أم من جانب الزوج، ويعفى الزوج من نفقة العدة إن كان الإخلال من جانب الزوجة.

5- إذا اشترط أحد الزوجين في الآخر وصفاً معيناً فتبين خلافه كان للمشروط طلب

فسخ الزواج.

6- لا يعتد عند الإنكار بأي شرط إلا إذا نص عليه كتابة في عقد الزواج الموثق.

(1)- كاشتراط الزوج كون البنت بكرًا أو عذراء أو طويلة أو لون عينيها أخضر أو أزرق...

(2)- بأن يقول: صاحب الشرط أسقطت أو تنازلت عن شروطي.

(3)- أن يرضى صاحب الشرط بمخالفة الشروط المتفق عليها أو عدم الإيفاء بها دون أن يتكلم، بشرط ألا يكون المانع قهري كالخوف

من الانتقام بسبب تهديد ونحوه، ويقام مرور سنة على العلم بالمخالفة مقام الرضا الضمني، وهو ما أقره المقنن المصري في الفقرة الثالثة

من المادة 11 مكرر: " ويسقط حق الزوجة في طلب التلطيح لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى".

(4)- جمعت هذه المادة بين طياتها ما قرره المقنن المصري والكويتي في هذه الموضوع، وفيه دلالة على التكامل بين القوانين العربية

فيما بينها؛ لأن المشكاة واحدة.

- 7- يسقط حق الفسخ بإسقاط صاحبه أو رضاه بالمخالفة صراحة أو ضمنا، ويعتبر في حكم الرضا الضمني مرور سنة على وقوع المخالفة مع العلم بها، وكذا بالطلاق البائن. من خلال مواد هذه القوانين يمكن ملاحظة ما يلي:
- 1- جواز اشتراط أحد الزوجين على الآخر ما فيه مصلحة بشرط ألا تتناقض أو تتنافى هذه الشروط مع العقد أو مقتضاه ما عدا القانون المصري فإنه لم ينص على ذلك- الشروط- صراحة إلا أنه أجاز العمل بها، وبالأخص شرط عدم تعدد الزوجات.
- 2- إذا اقترن الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد، أما إذا كان لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه بطل الشرط وصح العقد، أما إن كان لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرما شرعا صح الشرط ووجب الوفاء به، فإن لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ أو التطليق.
- 3- إذا قيدت المرأة الزوج بشروط تمس حريته الشخصية أو تحد منها أو حقوق غيرها، كان الاشتراط صحيحا والوفاء به غير لازم، فإذا لم يوف به فللزوجة طلب فسخ النكاح، وهذه إشارة من القانون السوري.
- 4- إذا فات الوصف المشروط من أحد الزوجين على الآخر كاللون والقامة والبكارة والعذرية والثيوبة فتبين خلافه، جاز للمشروط له الفسخ، وهذا التنبيه أشار إليه القانون الكويتي والإماراتي.
- 5- سقوط حق فسخ عقد النكاح حالة المخالفة من أحد الزوجين إذا أسقطه من اشتراطه صراحة كأن يقول: أسقطت شرطي أو أعفيتك من كل ما ألزمتك به من شروط، أو كان الإسقاط ضمنا بأن رأى المخالفة للشروط المتفق عليها أو علم بها ولم يتحرك أو يعترض على ذلك التصرف دون مانع، كأن يكون مسافرا أو خائفا بسبب تهديد بقتل أو نشر صور ونحو ذلك، ويدخل في الرضا الضمني أيضا مرور سنة على وقوع المخالفة مع العلم بها فتحل محله، وهذا تنبيه من القانون الكويتي والإماراتي والفقرة الأخيرة - الرضا الضمني...- من التشريع الإماراتي.
- 6- لا بد أن يكون الشرط مسجلا في وثيقة العقد، فإن لم يكن كذلك، فلا يعتد به حالة الإنكار والتنازع، وهذا تنبيه من القانون الكويتي والإماراتي حفظا للحقوق ومنعا للدعاء الكاذب.
- 7- إعفاء الزوج من نفقة العدة إذا كان الإخلال بالشروط من طرف الزوجة، حتى لا يجتمع عليه ألم الفراق والغرم من غير غنم، وهذا تنبيه من المقنن الإماراتي، وهو فعل حسن.

8- إذا وقع الطلاق قبل البناء بسبب المخالفة للشروط المتفق عليها أو عدم وجودها، فلا غرم على المشتراط له؛ لأن الزوجة لا زالت سلعتها قائمة ولم تُتَلَفْ من قبل الزوج، فيكون الغرم بالغنم، وهذا تنبيه من المقنن التونسي.

9- إذا أخل الزوج بالشروط المتفق عليها بعد الدخول، جاز الحكم عليه بالتعويض للزوجة حالة حصول الضرر، سواء كان ذلك نصاً أو ضمناً، وهو ما أشار إليه المقنن المغربي والتونسي والموريتاني.

10- لم تتعرض مواد هذه القوانين بما في ذلك ق. أ. ج إلى إمكانية إجبار المخالف على الوفاء بالشروط أمام القضاء حالة الامتناع عن التنفيذ لسبب غير قاهر، غاية ما في الأمر أنها أجازت طلب الفسخ أو التطليق، وكذا إمكانية المطالبة بالتعويض بسبب الضرر اللاحق، سواء كان مادياً أو معنوياً، وهذا مسلك خطير وتهرب من المسؤولية، وبالأخص إذا كان الزوجان أو أحدهما متمسكا بالآخر ولا يرغب في قطع الوصال وإفساد العلاقة، سواء كان مبناها القرابة أو غيرها، وإنما أراد تطبيق ما اتفقا عليه، كان حرياً بالمشرع أن يبحث عن صيغة مناسبة تزيل الإشكال وتعطي لكل ذي حق حقه؛ لأن تصرفه منوط بالمصلحة، وهو الحفاظ على تماسك الأسرة، عوض فتح الأبواب على مصراعيها للمبررات الموجبة للفرقة، وتمزيق كيانها، علماً أنه اعتبرها استثناء وليست أصلاً⁽¹⁾، وهو ما قام به القضاء الجزائري، حيث إنه أو جد حلاً توافيقاً للخروج من الإشكال المطروح، وهو ما قضت به المحكمة العليا، وهذا نص الحكم:

إن عدم رغبة الزوجة في البقاء مع زوجها يُعد سبباً لتطليقها منه وأن دافعها لذلك وهو منعها من طرف زوجها للسفر إلى فرنسا لزيارة أهلها لا يدخل في باب الضرر ولا تطلق لموجبها، بل يمكنها الرجوع إلى القاضي لإصدار أمر في شأنه يأذن فيه بالزيارة ويحدد عددها سنوياً. "غ. أ. ش، ملف رقم: 35891، قرار بتاريخ: 1985/02/25م، م. ق لسنة 1989م، العدد 1، ص 80."

11- إقحام المقنن المغربي نفسه في قضية التعدد كطرف ثالث غير محايد؛ لأنه لا يأذن بالتعدد في بعض الأحوال بحجج ضمنية أصاب في بعضها دون البعض الآخر.

الحالة الأولى: الخوف من عدم العدل بين الزوجات وإن لم تشترط الزوجة الأولى عدم الزواج عليها في العقد، وهذا التصرف يشوبه التعسف في استعمال حق الحفاظ على مصالح

(1)- راجع شرح مدونة الأسرة، محمد الأزهر، ص 165.

الأسرة واستقرارها، وهي حجة واهية؛ لأنها عملية احترازية واستباقية واستشرافية، إلا إذا وجدت قرينة دالة على ذلك أثناء تعامله مع الزوجة الأولى، لكن يشفع له في هذا المسلك الواقع الذي نعيشه، فكثير من الأزواج الذين يُعَدُّون يُجَحِّفُونَ في حق زوجاتهم ويلحقون بهن الضرر، فكم من قضايا مطروحة على القضاء بسبب هذا الحيف والتعسف في استعمال الحق، ومع هذا يبقى الاحتراز المشار إليه قائماً.

الحالة الثانية: أن يثبت الزوج الطالب للتعدد للمحكمة المبرر الموضوعي والاستثنائي وإلا لا تأذن به.

الحالة الثالثة: لا بد من أن تكون موارد الزوج الطالب للتعدد كافية لإعالة الأسرتين معا وتوفير الحياة الكريمة لهما أو لهن بالعدل مع إرفاق الطلب بإقرار عن وضعيته المادية، وهذا شرط وجيه في عمومها؛ لأنه إن لم يكن قادراً على الإعالة فسيؤدي إلى ضياعهم الذي تترتب عليه آفات اجتماعية كثيرة، تكلف الدولة أعباء مالية وأمنية، وهذا يتنافى مع مرامي الشريعة و مقاصدها لقوله ﷺ فيما رواه عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: "كفى بالمرء إثماً أن يحبس عمن يملك قوته"⁽¹⁾، و في رواية عن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - " كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت"⁽²⁾.

بل إن طلب التعدد في حقه يصبح حراماً وإن أذنت به زوجته الأولى ورضيت به الثانية؛ لأنه وسيلة إلى وقوعه أو غيره في المحذور، وكل ما كان وسيلة للحرام فهو حرام، وهو أحد أقسام الحكم الشرعي.

وأما اشتراطه إرفاق الطلب بإقرار عن وضعه المادي، فالغرض منه إلزام الزوج بما أقر به ابتداءً، ومنع تملصه فيما بعد أو تماطله، وهذا الشرط يصلح إذا كان الزوج يعمل في مؤسسة قارة، سواء كانت عامة - حكومية- أو خاصة، لكن الإشكال يمكن في حالة ما إذا كان يمارس أعمالاً حرة، فكيف يمكن ضبط ذلك، إلا إذا تعهد بتوفير حياة كريمة للأسرتين معا مهما كانت ظروفه، وإلا تعرض للعقوبات القاسية وفق ما ينص عليه القانون، حتى يكون ذلك رادعاً ومحفزاً له على التقاضي في العمل، ومبصراً له بما هو مقبل عليه، فإما أن يتقدم أو يُحجَم.

(1) - صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب فضل النفقة على العيال والمملوك وإثم من ضيعهم أو حبس نفقتهم عنهم، ج4/ص89/ح/996/40.

(2) - أبوداود، كتاب الزكاة، باب في صلة الرحم، ج2/ص136، ح/1692، المسند، ج11/ص36، ح/6495، ص424، ح/6828، ص431، 432، ح/6842، البيهقي، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة للزوجة، ج7/ص769، ح/15694، كتاب السير، باب الرجل لا يجد ما بنفق، ج9/ص43، ح/17823، صحيح ابن حبان، كتاب الرضاع، باب النفقة، ج10/ص51، 52، ح/4240.

12- إقرار المقنن المغربي دون غيره من المشرعين العرب المشار إليهم نظرية الظروف الطارئة في مدونة الأسرة⁽¹⁾ حالة تعذر الوفاء بالشروط المتفق عليها بين الزوجين لأسباب قاهرة، يصبح معها التنفيذ العيني للشروط مرهقا، وهذه نظرة ثاقبة من المقنن تدل على سعة اطلاعه وإحاطته بالأمر ومعايشته للواقع، وقد تحدثت عن ذلك آنفا بما فيه الكفاية⁽²⁾.

(1) قولنا مدونة الأسرة احترازا على تنصيب القانون المدني الجزائري على الظروف الطارئة في المادة 107/ف3، وقد سبق بيان ذلك، راجع: ص 101 من هذه الرسالة.

(2) راجع ص 101، 110...115 من هذه الرسالة.

المبحث الثالث: التعسف في اقتضاء الحقوق

الزوجية، وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: التنازع في ملكية الصداق والتعسف

في استعمال الحق.

المطلب الثاني: العدل بين الزوجات.

المطلب الثالث: الحقوق والواجبات الفردية.

المطلب الأول: التنازع في ملكية الصداق والتعسف في استعمال الحق وفيه ستة فروع

الفرع الأول: المقصد من اشتراط الصداق والدليل على مشروعيته ومن له حق ملكيته

الصداق هو ما يدفع نحلة للمرأة نظير الاستمتاع بها بالرغم من اشتراكهما في ذلك، ولكن غلب جانب الزوج باعتباره هو الطالب للنكاح، ولا يضر في ذلك كون البعض اعتبره إحلالاً لفرج المرأة واستباحته وجعله رمزا لرغبة الزوج في الاقتران بها في حياة شريفة توفر لهما الاطمئنان والسعادة لأسرتهم، وإيجاد أصرة قوية تتعاضد مكانتها في المجتمع، ولو كان عوضا لكان متجددا بتجدد المنافع على امتداد أزمانها، شأنه في ذلك شأن الأعراس الأخرى، لكن الله جعله هدية واجبة على الزوج إكراما للمرأة وإظهارا للرغبة الصادقة منه في حسن معاشرتها، وبناء حياة زوجية كريمة معها، ومساعدتها أيضا على تهيئة نفسها للزواج لما يلزمها من لباس ونفقات⁽¹⁾. وقد دلّ على مشروعيته الكتاب والسنة والأثر.

1- الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾⁽²⁾، وقال: ﴿وَأَجَلٌ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْلِفِينَ﴾⁽³⁾، وقال: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَكْفُرُوا إِذَا أَتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾⁽⁴⁾.

2- السنة:

عن الحسن - رضي الله عنه - أن الرسول ﷺ قال: " لا يحل نكاح إلا بولي وصداق و شاهدي عدل"⁽⁵⁾.

3- الأثر:

عن أبي سعيد - رضي الله عنه - قال: " لا نكاح إلا بولي وشهود ومهر إلا ما كان من النبي ﷺ"⁽⁶⁾.

(1)- راجع شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مصطفى السباعي، ج1/ص 185، المقدمات الممهدة، ج1/ص468.

(2)- الآية (4) من سورة النساء.

(3)- الآية (24) من سورة النساء.

(4)- الآية (10) من سورة الممتحنة.

(5)- البيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين ج7/ص203، ح/13720.

(6)- الدار قطني، كتاب النكاح، ج2/ص 136، ح/3479، البيهقي كتاب النكاح، ما أبيح له النكاح بغير ولي وبغير شاهدين، ج7/ص90، ح/13359.

وجه الاستدلال:

أفادت هذه النصوص في مجملها مشروعية الصداق للمرأة، بصرف النظر عن مسمياته وقدره، وهل هو أثر من آثار الزواج أو شرط أو ركن، وبالتالي لا يجوز إخلاء النكاح عنه بأي حال، سواء ذكر في العقد أم لا، اتفقا على إسقاطه أم لا.

وبناء عليه فإن المهر حق للزوجة تتصرف فيه كما تشاء، سواء أكانت ثيباً أم بكراً مرشدة ولا حق لأولياتها فيه إلا قبضه بإذنها أو جرى العرف بذلك، فإن ضاع برئت ذمة الزوج منه. الفرع الثاني: من له الرضا بما دون صداق المثل: الذي له الرضا بغير صداق المثل إما أن يكون:

أ- المرأة المرشدة: وهي التي رشدها مجبرها أو رشدت نفسها بأن حكم الشرع بترشيدها⁽¹⁾ لعموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَأْتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁽²⁾، والصداق يعتبر من جملة الأموال التي تملكها، فلها الرضا بما دون صداق المثل قل أو كثر، سواء في نكاح التفويض أو التسمية قبل البناء وبعده، فلهذا وقع الحبر على النساء في أبضاعهن فلا يزوجن إلا بولي⁽³⁾، ولم يقع عليهن الحبر في الأموال؛ لأن الأبضاع أشد خطراً، فناسب ألا تفوض إلا لِكامل العقل، فينظر في مصالحها، والأموال أقل خطراً بالنسبة لها ففوضت إليها؛ لأنه يمكن أن تتداركها حال ضياعها أو خسارتها فيما بعد، فتستوي هي وغيرها في ذلك، بخلاف الأبضاع لفوات المحل، يضاف إلى هذا أن شهوة الجماع وحب الرجال يغلب على العقل، فتقع في المحذور، لقوله ﷺ فيما رواه أبو الدرداء - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: "حبك الشيء يُعمي ويصم"⁽⁴⁾، فلهذا احتيج للولي في البضع وبقية الأموال على الأصل موكولة إلى نظرها، فالزواج بغير الكفاء مفسدة يتعدى ضررها للأولياء، بخلاف المفسدة

(1) راجع المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، ج/2، ص، 756، 757، ت. ق: حميش عبد الحق، ط(1415هـ/1995م)، دار الفكر: بيروت، لبنان، التبريع، لابن الجلاب ج2/ص51،50، ت. ق: حسين بن سالم الدهماني، ط1(1408هـ/1987م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان، شرح فتح القدير، ج3/ص317، 318، المجموع شرح المذهب، للشيرازي ج18/ص11، تكملة محمد نجيب المطيعي، م/الإرشاد: جدة، السعودية، المغني ج10/ص99، 107.

(2) الآية (6) من سورة النساء.

(3) وهذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء، وللمزيد راجع هذه المراجع السابقة وغيرها.

(4) - أبو داود، كتاب الأدب، باب في الهوى، ج4/ص336، ح/5130، المسند ج6/ص24، ح/21694.

المالية فيقتصر ضررها عليها، ومن هنا افترقا، فاغتفر في الأموال ما لم يغتفر في الأبخاع (1).
ب- الأب: للأب في ولاية الإيجابار الرضا بأقل من مهر المثل قبل الدخول وبعده، ما لم يكن متهما، بأن كانت بينهما خصومة أو طلق أمها وتنازعا في ذلك؛ لأن الأصل في الشخص أن يكون حريصا دائما على فعل ما يفيد ويصلح شأنه وشأن من يعول، فالنكاح مبناه المسامحة والمكارمة، فإذا وجد لها شخصا صالحا يعفها ويحافظ عليها وعلى دينها إلا أنه معسور الحال ولا قدرة له على أعباء الزواج، فله أن يرضى بأقل من صداق المثل ويحط عنه ما استطاع؛ لأنه يجوز له أن يعفو عن بعض الصداق حالة الطلاق قبل الدخول بالرغم مما يلحقها من ألم أو ضرر إذا كان الفراق من الزوج، فمن باب أولى تزويجها بأقل مهر المثل؛ لأنه مقبل على ما يدخل الفرح والسرور عليها وعلى أهلها إذا اطمأنَّ إليه، ولا يُعدُّ ذلك تعسفا في سوء استخدام الحق، نظرا للمصلحة، وهو ما نقله ابن القاسم في المدونة عن الإمام مالك - رحمه الله - "قلت: رأيت إن زوج الصغيرة أبوها بأقل من مهر مثلها، أيجوز ذلك عليها في قول مال؟ قال: سمعت مالكا يقول: يجوز عليها نكاح الأب، فأرى أنه إن زوجها الأب بأقل من مهر مثلها، أو بأكثر، فإن ذلك جائز إذا كان إنما زوجها على وجه النظر لها" (2)، ويُلحَقُ الجد بالأب في أحكامه حالة عدم وجوده.

ج- الوصي: للوصي الرضا بأقل من صداق المثل قبل الدخول لا بعده؛ لأنه يثبت لها به - أي بالدخول - وليس من النظر هنا أن يحط عن الزوج بعضه؛ لأن فيه إخراجا، فهو ليس كالأب والجد من جميع الوجوه (3).

الفرع الثالث: من يتولى قبض الصداق.

الصداق حق خالص للمرأة لاحق لأوليائها فيه إلا قبضه بناء على طلبها أو جرى العرف بذلك نيابة عنها، وقد سبقت الإشارة إليه، والدليل على ذلك أنهم يزيدون من أموالهم على ما أصدقها به زوجها؛ حتى تتمكن من تجهيز نفسها، وبالرغم من وجود هذه الشبهة لا يجوز لهم أن يتصرفوا في شيء منه إلا بإذنها وموافقتها وعلمها بذلك على وجه العموم، وإلا عدَّ تعسفا في سوء استعمال الحق على ما سيأتي بيانه في العنصر التالي، والذي يتولى قبضه إما أن يكون:

(1) راجع ترتيب الفروق واختصارها، لأبي عبد الله البقوري، ج2/ص49، ت. ق: عمر بن عباد، ط/(1416 هـ 1996م)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: المغرب.

(2) المدونة، ج2/ص155.

(3) انظر الفقه المالكي وأدلته، ج3/ص294.

أ- الأب المجرر أو وصيه، فإن لم يكونا فالجد أبو الأب أو وصيه، فإن لم يكونا كذلك فالقاضي أو مقدمه، ومحل تقديم الوصي يكون بشرطين:
أحدهما: ألا يوجد الولي أو الجد أو القاضي، وفي انتظارهم تفويت لمصلحة المرأة أو إلحاق ضرر بها جراء الانتظار.

ثانيهما: أن يأذن أحد من تم ذكرهم تصريحاً أو إيعازاً بذلك إن كانوا حضوراً.

ب- المرأة المرشدة التي رشدها وليها أو الشرع متى أونس منها رشد وحسن التصرف في أموالها، لعموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهَمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا﴾⁽¹⁾، فليس لأبيها أو غيره ممن تم ذكرهم حق في قبض صداقها إلا بإذنها أو توكيل منها، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا من نكاح صحيح لا فاسد؛ لأنه لا يُعتدُّ به في الأحكام⁽²⁾، فإن فعل بخلاف ذلك عدُّ متعسفاً في استعمال حق الولاية على النفس في النكاح عند من أثبتها؛ لأن هناك فرقا بين الولاية على النفس والولاية على المال.

الفرع الرابع: من له حق الزيادة عن الصداق المتفق عليه في العقد والخط منه.

الزيادة على المهر المسمى في العقد والخط منه ذلك إما أن يكون قبل الدخول أو بعده، وفي كل إما قبل الطلاق أو بعده، فإن كان الخط بعد الدخول فلا يجوز لأي ولي - أب، جد، قاض، وصي - كان العفو عنه، سواء كانت المرأة رشيدة أو صغيرة أو سفیهة؛ لأنه بالدخول وجب لها كله ولا سلطان له عليها في ذلك، لكونه أصبح حقا خالصا لها لا شائبة فيه للأولياء، يضاف إلى هذا أن الزوج قد استحلها وأفضى إليها إذا اعتبرنا أن الصداق الواجب مقابل الاستمتاع بالبضع تجاوزا، وقد تم ذلك، فالعفو عنه لا يجد محلا يقع فيه، لفوات السلعة. وبناء عليه فإن الولي لا يحق له أن يبرئ الزوج من الصداق المؤجل في هذه الحالة، أو يضع عنه جزءا منه لسبب ما، إلا في حدود ما رسمه الشرع، وهو الطلاق قبل المسيس - أي الدخول الحقيقي أو الخلوة الصحيحة وتسمى بخلوة الاهتداء - لعدم فوات سلعتها؛ لأن شروط تزويج الأبكار العذاري تختلف عن تزويج الثيبات؛ على ما سيأتي بيانه، وإلا اعتُبر متعسفاً في سوء استخدام حق الولاية بصفة عامة، ومتى وقع ذلك وجب إبطال تصرفه، لمنافاته الغرض

(1)- الآية (6) من سورة النساء.

(2)- انظر المصدر السابق، ج3/ص302، 304، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الرحمان تاج، ص159، ط(1374هـ/1955م)، م/ دار الكتاب العربي: مصر.

والمصلحة التي من أجلها شرع؛ "لأن قصد صاحب ذلك الحق في العمل هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع، ومعاودة قصد الشارع عينا باطلا، فيكون باطلا بالضرورة كل ما أدى إلى ذلك، ولا خلاف بين العلماء في هذا؛ لأنه تحيل على المصالح التي بنيت عليها الشريعة، وهدم لقواعدها"⁽¹⁾، إلا إذا وافقت المرأة على ذلك تصريحاً دون إكراه أو تهديد متى كانت أهلاً لذلك.

أما حطُّ ولي البكر المجبرة غير المرشدة - سواء كانت صغيرة أو كبيرة - من المهر قبل الطلاق والدخول بها، فهو محل خلاف بين الفقهاء، فمنهم من يرى عدم صحة ذلك؛ لأنه بالتسمية صار ملكاً خالصاً لها، فلا يجوز للأب أو غيره أن يتبرع من مالها إلا بإذنها متى كانت أهلاً لذلك، وقد سئل الإمام مالك - رحمه الله - عن هذه المسألة "أرأيت إن زوج ابنته وهي بكر ثم حطَّ الصداق أيجوز ذلك على الابنة في قول مالك؟ قال: قال مالك: لا يجوز للأب أن يضع من صداق ابنته البكر شيئاً إذا لم يطلقها زوجها"⁽²⁾، وخالفه في ذلك ابن القاسم فقال: "وأرى أن ينظر في ذلك، فإن كان ما صنع الأب على وجه النظر مثل أن يكون الزوج معسراً بالمهر، فيخفف عنه وينظره، فذلك جائز على البنت؛ لأنه لو طلقها ثم وضع الأب النصف الذي وجب للابنة من الصداق إن ذلك جائز على البنت، فأما أن يضع من غير طلاق، ولا على وجه النظر لها، فلا أرى أن يجوز ذلك له"⁽³⁾.

وإذا كان هذا هو رأي الفقهاء في الحط من الصداق فما رأيهم في التزويج بأقل من مهر المثل أو أكثر.

إذا زوج الولي موليته بأقل من صداق المثل أو أكثر منه، فإن ذلك جائز عليها بشرط أن يكون ما فعله على سبيل النظر والمصلحة ما لم يكن معروفاً قبل العقد بسوء الرأي والاختيار، سواء تعلق الأمر بالأقل بالنسبة للفتاة أو بالأكثر بالنسبة للفتى؛ لأنه بتزويجها بالأكثر لا يلحقها ضرر بذلك، وإنما يلحق بالزوج باعتباره البازل للمهر، ما لم تكن هذه الزيادة فاحشة والغرض منها معاقبة الورثة بحرمانهم من حقهم في المال فيما بعد أو الانتقاص منه، فهذا التصرف يعتبر تعسفاً في استعمال الحق المفضي إلى إلحاق الضرر بالغير وزرع بذور الشقاق والعداوة بينه وبين عائلته والمرأة المتزوج بها حديثاً، ويتأكد هذا إذا فعله في مرض الموت؛ لأنها أضحت وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة، لا إن صحَّ من مرضه فيلزمه ما

(1) - نظرية التعسف في استعمال الحق، فتحيي الدين، ص 240.

(2) - المدونة، ج 2/ص 159.

(3) - المصدر السابق الموضع نفسه.

فرضه لها مهما كان قدره ولو أضعاف مهر المثل⁽¹⁾؛ لأن " كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يشرع"⁽²⁾، وإلا اعتبر عبثاً، صيانة لأفعال العقلاء، فالوسائل تتبع المقاصد في الأحكام.⁽³⁾ جاء في المدونة: " قلت أرايت إن زوج الصغيرة أبوها بأقل من مهر مثلها، أيجوز عليها ذلك في قول مالك؟ قال: سمعت مالكا يقول: يجوز عليها نكاح الأب، فأرى أنه إن زوجها الأب بأقل من مهر مثلها أو بأكثر، فإن ذلك جائز إذا كان إنما زوجها على وجه النظر لها"⁽⁴⁾. فهذه الأقوال وغيرها تبين أن هذا الأمر جائز بشرط أن يكون فعله على وجه النظر والمصلحة، فإن لحق ضرر ما من ذلك التصرف بالغير، سواء في العاجل أو الآجل، امتنع لمخالفته مقصود الشرع، وعدم تحقق الغرض من تشريعه، فيكون تعسفاً.

الفرع الخامس: موقف القانون من ذلك ومناقشته.

لم يتحدث المقنن الجزائري عن هذه الجزئية، فكل ما تكلم عنه فيما يتعلق بالمهر باعتباره شرطاً في عقد الزواج ونحلة يدفع للمرأة من نقود وغيرها من كل ما هو مباح شرعاً تتصرف فيه كما تشاء، سواء حدد في العقد أو لم يحدد، على أن يفرض لها في هذه الحالة صداق المثل، وتستحقه كاملاً بالدخول أو بوفاة زوجها قبله، ونصفه بطلاقها قبل الدخول بها، وفي حالة النزاع بين الزوجين أو ورثتهما فيه، وليس لأحدهما بينة تثبت صدق دعواه، فإنه ينظر إلى وقت التنازع، فإن كان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإن كان بعد البناء، فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين عملاً بالبساط، ويفسخ عقد الزواج قبل الدخول إذا تمّ بدون صداق وقت إبرام العقد ولا صداق فيه، سواء اتقيا على إسقاطه أو تجاهلاً ذكره، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل لإمكانية تصحيحه.

وهذه نصوص المواد التي تحدثت عن الصداق وما يلزم فيه:

المادة 9 مكرر: صادرة بالأمر رقم: 2/05/المؤرخ في 27/02/2005م.

يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: الأهلية، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج.

(1)- انظر الفقه المالكي وأدلته، ج3/ص294، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الرحمن تاج، ص140، 141.

(2)- ترتيب الفروق واختصارها، ج2/ص46.

(3)- راجع المصدر السابق، ج2/ص26.

(4)- المدونة، ج2/ص155.

المادة 14: الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء.

المادة 15: من القانون 11/84، المعدلة بالأمر رقم: 02/5/المؤرخ في: 2005/02/27م. يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلا أو مؤجلا.

في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل.

المادة 16: تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول.

المادة 17: في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين.

المادة 33: من القانون 11/84، المعدلة بالأمر رقم: 2/05 المؤرخ في: 2005/02/27م. يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه.

ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

بالنظر في نصوص هذه المواد ألاحظ أنها لم تتطرق إلى الجزئيات الخاصة بقبض الصداق والتزويج بأقل من مهر المثل أو الزيادة عليه أو الحط منه، ويرجع سبب ذلك ربما إلى كون الولي هو الذي يدير شؤون موليته ويقبض الصداق نيابة عنها لجريان العرف به، والدليل على ذلك أنها لا تحضر المجلس الذي يتم فيه الاتفاق على كل شيء، وكذا مجلس العقد الشرعي الموسوم بالفاتحة في العرف الجزائري؛ لأنه يتم في الغالب في المسجد ولا يحضره إلا الرجال، وإن عقد أحيانا في البيت فإنها لا تحضره أيضا لخصوصيته وجريان العرف بذلك، وهو يسبق في الغالب العقد المدني، وإن وجدت تعليمة وزارية رقم: "60" المؤرخة في 2000/04/12م تمنع إجراء العقد الشرعي قبل المدني، فإنها لم تجد أذانا مصغية، نظرا للتقاليد والمعتقدات الشعبية أن الزواج لا يتم إلا بإجراء العقد الشرعي - الفاتحة - بصرف النظر عن العقد المدني الذي هو مجرد إثبات لحقوق الزوجين في معتقدتهم، وإن ألزم القانون الزوجين بحضور مجلسه - العقد المدني - حتى يوقعا على عقد الزواج وأنهما رضيا بذلك

الزواج دون إكراه أو تهديد، بل أنهما أقبلا عليه على قناعة خالصة، وما قيل في المرأة - الزوجة- يقال أيضا في الزوج أو موكله؛ لأنه في الغالب يوجب عنه لجريان العرف بذلك. وإذا كان هذا هو توجه المقنن الجزائري في هذا الأمر فإن معظم التشريعات العربية التي اطلعت عليها لا تكاد تختلف عما ذهب إليه المقنن الجزائري في عمومته، فيبدو أن المشكاة واحدة، اللهم بعض الإشارات من المقنن السوري والكويتي فقد نصا في قانون الأحوال الشخصية على الزيادة والحط من المهر وكذا قبضه من الولي أو من ينوبه، وتقرره كاملا بالبناء بالزوجة وبالخلوة الصحيحة إذا طلق الزوج قبل الدخول في نكاح التسمية في العقد الصحيح ووجوب نصفه بالطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، وسريان أحكام الوصية على القدر الزائد إذا تزوج الرجل في مرض موته بأكثر من مهر المثل، دفعا للتعسف على ما سيأتي بيانه لاحقا.

الفرع السادس: موقف بعض القوانين لدى الدول العربية.

وإتماما للفائدة أذكر بعض القوانين مقتصرًا فيها على ما لم ينص عليه المقنن الجزائري في عمومته، ومن ذلك:

1- قانون الأحوال الشخصية السوري:

المادة 57: للزوج الزيادة في المهر بعد العقد، وللمرأة الحط منه إذا كانا كاملي أهلية التصرف، ويلحق ذلك بأصل العقد إذا قبل الآخر.

المادة 58: إذا سمي مهر في العقد الصحيح ووقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة وجب نصف المهر.

المادة 59: إذا وقعت البينونة لسبب من قبل الزوجة قبل الدخول والخلوة الصحيحة سقط المهر كله.

المادة 60: ينفذ على البكر ولو كانت كاملة الأهلية قبض وليها لمهرها إن كان أبا أوجدا عصبيا ما لم تنه الزوج عن الدفع إليه.

2- قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

المادة 58: للزوج الزيادة في المهر بعد العقد، وللزوجة الحط منه إذا كانا كاملي أهلية التصرف، ويلحق ذلك بأصل العقد إذا قبل الآخر.

المادة 59: للأب ثم للجد العاصب قبض مهر البكر حتى الخامسة والعشرين من عمرها، ما لم تنه عن ذلك.

المادة 61: يتأكد المهر كله بالدخول الحقيقي، أو بالخلوة الصحيحة، أو بموت أحد الزوجين.

المادة 63:

أ- يجب للزوجة نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة.

ب- وإذا قبضت زيادة على النصف رجع عليها بالزيادة.

ج- وإذا وهبت لزوجها نصف مهرها أو أكثر، لا يرجع عليها بشيء في الطلاق قبل

الدخول أو الخلوة الصحيحة، وإن كان ما وهبته أقل من نصف المهر رجع عليها بباقي النصف.

المادة 65: يسقط المهر كله أو المتعة إذا وقعت الفرقة بسبب من الزوجة قبل الدخول أو

الخلوة الصحيحة.

المادة 66: إذا تزوج الرجل في مرض موته بأكثر من مهر المثل يجري على الزيادة

حكم الوصية.

بالنظر في نصوص مواد هذين القانونين أستنتج ما يلي:

1- اتفاقهما في كثير من المسائل كقبض المهر والحط منه والزيادة عليه، ووجوب

المهر كاملا بالدخول أو الخلوة الصحيحة⁽¹⁾ أو بوفاة أحد الزوجين⁽²⁾، ونصف المسمى

(1)- وهو ما أقرته محكمة النقض المغربية في عدة أحكام منها:

أ- حيث إن العادة محكمة وأن الدخول ثبت منذ زيارتها له في داره إذ مظنة الدخول هو الاختلاء، وليس مقصورا على وليمة الزفاف فحسب. قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 75/12/18 تحت عدد 226 في الملف عدد 47508، منشور بكتاب "الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية لإدريس بلحمبوب، ص19.

ب- مرافقة الزوجة في السفر والتنقل بها يعتبر شاهدا عرفيا يؤيد التلقية المدلى بها لإثبات الخلوة، والقول قولها في ادعاء المسيس بعد يمينها. بالمسيس بعد الخلوة تستحق المطلقة كامل المهر والمتعة، ويتعرض للنقض الحكم الذي اعتبر أن الخلوة وحدها كافية لاستحقاق المهر والمتعة دون أداء اليمين.

قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 77/5/26 تحت عدد 56358 في الملف الاجتماعي عدد 56358، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 ص 139 وما يليها، قرار آخر بتاريخ: 00/10/18، تحت عدد 971 في الملف عدد 26/346، منشور بمجلة المناهج القانونية عدد 5 و 6 ص 223 وما يليها، قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 09/06/17، تحت عدد 314 في الملف عدد 08/206، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والميراث ص 141 وما يليها.

ج- قضاء محاكم الاستئناف

*إذا حصلت الخلوة تصدق الزوجة مع يمينها في دعواها المسيس حتى ولو أفادت في أقوالها أنها عذراء، والطلاق الواقع في هذا

الحال يكون حاصلًا بعد البناء وتترتب عليه كل آثاره.

قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس بتاريخ: 11/12/19، تحت عدد 11/1135 في الملف عدد 7/10/347، منشور بمجلة المعيار عدد 48، ص 214 وما يليها. =

= د- قضاء المحاكم الابتدائية:

بالطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة وسقوطه كله بما في ذلك المتعة⁽¹⁾، إذا وقعت الفرقة من قبل الزوجة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة.

2- إشارة المقنن الكويتي إلى حكم تزوج الرجل بأكثر من مهر المثل في مرض موته، فأجرى على تلك الزيادة أحكام الوصية، فتكون وصية لوارث متوقفة على إذن الورثة، فعُدَّ هذا التصرف تعسفاً في سوء استخدام الحق، لتعلقه بحقوق الآخرين، لكن يؤاخذ عليه في هذه الجزئية أنه لم يشر إلى إمكانية إلزامه بتنفيذ ما أوجبه على نفسه إذا صحَّ من مرضه الذي زاد فيه على مهر المثل.

3- قد يوجد عيب بأحد الزوجين فيفسخ النكاح أو يرد بسببه، فهل يعوض المتضرر منهما؟ القواعد العامة تلزم من ألحق الضرر بالغير أن يُعَوِّضَ المتضرر منهما، إذا كان أخفى ذلك العيب، فيكون مسؤولاً عن تصرفه، ولما فيه من التغرير بالطرف الآخر، وتكلفه مؤنة التجهيز للعرس، وقد تطول فترة الخطوبة فيفوت عليه فرض الزواج، وبالأخص على المرأة، وهو ما أشار إليه المقنن المغربي؛ لأنه جعله سبباً مباشراً لعدم استحقاق الزوجة المهر إذا حصل المانع قبل البناء ورُدَّ عقد النكاح بسبب عيب في الزوجة، أو كان الرد من الزوجة بسبب عيب في الزوج أو فسخ عقد الزواج، أو حدث طلاق في نكاح التفويض دون الحديث عن الأضرار، ومن ثمَّ الإلزام بالتعويض كما بينته.

* عند ثبوت الخلوة القول قول الزوجة بالمسيب بيمينها. حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بوزان، بتاريخ: 00/6/27، في الملف عدد 99/411، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 23، ص 272 وما يليها. راجع في هذه الأحكام: مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، محمد بغير، ص 47، 48، 49.

* يلحق بأحكام الخلوة الصحيحة اختلاء الزوجين- اللذين يربط بينهما عقد نكاح ولم يتم البناء بينهما بعد، احترازاً عن المخطوبين فأحكامهما مختلفة- في أي مكان، سواء كان في بيته أو في بيتها أو في فندق، وسواء كان هناك مانع حسي كالصغر الذي لا يتأتى معه الوطء أو المرض الشديد الذي يمنع الجماع، أو طبيعي كالحيض أو النفاس، أو شرعي كصوم رمضان الحاضر أو الإحرام بأحد النسكين أو الاعتكاف، أو لم يكن، وكذا خروجهما إلى المنتزهات واختلاثهما في أماكن بعيدة، بحيث يأمنان من عدم الاطلاع عليهما، بصرف النظر عما يفعلان هناك والوسيلة المستخدمة، وأولى من ذلك كله السفر مع بعضهما دون محرم، فالتشديد في هذا الأمر ضروري اليوم، لكثرة الاختلاط وقلة الوازع الديني، إعمالاً للقواعد العامة: كسد الذرائع، وعموم البلوى، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا، للمزيد راجع: مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلتها، لعبد الله بن الطاهر، ج 1/ص 149 وما بعدها، ط 2 (1435هـ/2014م)، م/النجاح الجديدة: المغرب.

* قال ابن العربي: "والأصح استقراره بالخلوة مطلقاً". أحكام القرآن ج 1/ص 367.

(2)- هذه الزيادة من المقنن الكويتي، المادة "61"، والمقنن المغربي في الفقرة الأولى من المادة "32" تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله.

(1)- هذه الزيادة قررها المقنن الكويتي في المادة "65"

وهذا نص المادة 32 من مدونة الأسرة:

تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله.

تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى إذا وقع الطلاق قبل البناء.

لا تستحق الزوجة الصداق قبل البناء:

1- إذا وقع فسخ عقد الزواج.

2- إذا وقع رد عقد الزواج بسبب عيب في الزوجة، أو كان الرد من الزوجة بسبب

عيب في الزوج.

3- إذا حدث الطلاق في زواج التفويض.

وبناء عليه أرى إضافة بعض المواد لقانون الأسرة الجزائري بسبب القصور وتعديل بعضها.

المادة 15:

يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلاً أو مؤجلاً.

في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل.

لا يسقط الصداق بالتقادم.

المادة 16:

تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول أو الخلوة الصحيحة أو بوفاة أحد الزوجين .

تستحق الزوجة نصف الصداق في نكاح التسمية عند الطلاق قبل الدخول أو الخلوة

الصحيحة.

المادة المقترحة:

يسقط المهر كله قبل البناء والخلوة الصحيحة في الأحوال التالية:

1- فسخ عقد النكاح.

2- الطلاق في نكاح التفويض والتحكيم مع إمكانية فرض متعة للزوجة يراعي فيها

القاضي حال الزوج يساراً وإعساراً على ألا تزيد على نصف مهر المثل⁽¹⁾.

3- وفاة الزوج في نكاح التفويض أو التحكيم مع استحقاق الزوجة للميراث.

4- رد النكاح بسبب عيب في الزوجة، أو كان الرد من الزوجة بسبب عيب في الزوج.

(1)- نص المقنن الكويتي على ذلك في المادة 64: " تجب المتعة بقدرها القاضي بما لا يزيد على نصف مهر المثل، إذا وقعت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة في الحالات المبينة في الفقرة "ب" من المادة "55": "إذا لم يسم المهر، أو كانت التسمية غير صحيحة أو نفي أصلاً، وجب مهر المثل".

5- يمكن للقاضي الحكم بالتعويض إذا طلبه المتضرر بسبب إخفاء العيب متى ثبت لديه مسؤولية التقصير من المتسبب في فسخ عقد النكاح.

المادة 17:

في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء، فالقول للزوج أو ورثة مع اليمين، ما لم يكن ثمة دليل أو عرف مخالف⁽¹⁾.

المادة المقترحة:

ينفذ على البكر ولو كانت كاملة الأهلية قبض وليها لمهرها إن كان أبا أو جدا عصبيا، ما لم تنه الزوج عن الدفع إليه، أما الثيب فلا بد من إذن الصريح لوليها بقبضه.

المادة المقترحة:

إذا تزوج الرجل في مرض موته بأكثر من صداق المثل، يجري على الزيادة حكم الوصية، لا إن صحَّ من مرضه، فَيَلْزَمُهُ ما فرضه على نفسه فيه.

المطلب الثاني: العدل بين الزوجات وفيه فرعان.

تقدم الحديث عن تعدد الزوجات والشروط الزوجية وما يلزم فيها، وبينت أن التعدد نظام اجتماعي قد تُلجئُ إليه الحاجة أو الضرورة، فهو ليس اختياريا ابتداءً؛ لأن الأصل أن يتزوج الرجل بامرأة واحدة، ولكن قد تحدث ظروف تدفعه إلى الزواج مرة أخرى مع احتفاظه بزوجه السابقة من غير أن يكون هذا الفعل نكايه فيها، كما يحدث أحيانا تلميحا أو تصريحاً، كقوله لها: إما أن تستقيمي و إلا سأتزوج عليك، فهذا الأسلوب التهديدي المتضمن النكايه يعد تعسفاً في استعمال حق التعدد الذي أبيض لأغراض سامية وأهداف مشروعة، دفعا للتعارض والمنافاة للمبادئ العامة للحياة الأسرية التي مبناها المودة والرحمة والسكن لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ

(1)- قررت المحكمة العليا في حكمها ما يلي:

إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج؛ لأنه عند النزاع يقضى للزوجة بصداق المثل.

ولذلك فقد أخطأ قضاة الموضوع لما قضاوا برفض دعوى المدعية الرامية لإثبات الزواج رغم توافر أركانه، ما عدا الصداق الذي بقي مؤجلاً حسب عادة المنطقة، مما عرض قرارهم للنقض والإبطال.

"غ. أ. ش، ملف رقم: 210422، قرار بتاريخ: 1998/11/17م، ا. ق، ص 53."

*نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي على هذه الزيادة في المادة: "60" "إذا اختلف الزوجان في قبض خال المهر، فالقول للزوجة قبل الدخول، وللزوج بعده، ما لم يكن ثمة دليل، أو عرف مخالف".

أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿١﴾، فأين هي المودة والرحمة والسكن إذا كان غرضه مجرد إشباع رغباته الجنسية- وإن كانت مشروعة، حتى لا ينحرف إذا كان عنده شبق ولا تكفيه واحدة- والنكاح في زوجته الأولى، فإن هذا لا يُنتظرُ منه أن يلتزم بالشروط المبيحة للتعدد، نظرا لوضوح قصده، فَيُعَدُّ متعسفا لمخافته النصوص المجيزة والمنظمة له، كقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعًا فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ (2)، فالأمر بنكاح أكثر من امرأة محمول على الإباحة الذي لا يثاب على فعله ولا يعاقب على تركه، وتنظيما لما كان عليه أمر الناس في الجاهلية أنهم يتزوجون ما شاءوا من النساء، فعمد الشرع إلى تهذيبه بما يحافظ على حقوق الرجل بالزواج بأكثر من واحدة متى شاء مع بعض الضوابط، ويرفع من مكانة المرأة ويضع عنها الأغلال والاستغلال الجسدي؛ "لأن في تعدد الزوجات بالطريقة التي كان معمولا بها قبل الإسلام فيه إهدار لحقوق المرأة والانتقاص من كرامتها كإنسان له ما لغيره من حقوق ومن واجبات" (3)، فأباحه متى كان الزوج كفاً لذلك، فإن خشي على نفسه الجور والظلم اكتفى بواحدة، وإن خاف أن يظلمها فما ملكت يمينه، وإن كان ملك اليمين اليوم أصبح نادرا، فعليه بالصوم فإنه له وجاء، حتى لا يلحق الضرر بالآخرين وكسرا أيضا لشهوته، وفقا للقاعدة الفقهية "الضرر لا يزال بالضرر" (4)، أي لا يجوز أن تكون إزالة الضرر بإحداث ضرر مثله أو يزيد عليه للقاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام" فاحتباس مائه أقل ضررا من إلحاق ضرر بزوجه وأولاده فيما بعد وكل من له علاقة بهما، فيدفع الضرر بقدر الإمكان قبل وقوعه بكل الوسائل الممكنة، وفقا للقاعدة "الضرر يدفع بقدر الإمكان"، "بل" ورفع بعد الوقوع بالتدبير الممكن الذي يزيله ويمنع تكراره" (5).

(1)- الآية (21) من سورة الروم.

(2)- الآية (3) من سورة النساء.

(3)- حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، مولاي ملياني بغدادي، ص 98

(4)- الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص214، القاعدة الثالثة من القواعد الكبرى "الضرر يزال"، الأشباه والنظائر، لابن نجيم،

ص87، الأشباه والنظائر، للسبكي، ج1/ص41، 42.

(5)- قضايا الفقه والفكر المعاصر، وهبة الزحيلي، ج2/ص202، 203، ط3/3(1433هـ/2012م)، دار الفكر: دمشق، سوريا.

قال مولاي ملياني مبيِّناً لهذه الحقيقة بعد أن تحدث عن أمر رسول الله ﷺ المسلمين باختيار أربع زوجات وتطبيق ما زاد على ذلك بعد نزول الآية⁽¹⁾ المنظمة للتعدد وكيف يكون "وإن خفت أن لا تعدل في واحدة فما ملكت يمينك، أي أن الله يحرم على الرجل أن يتزوج امرأة واحدة إذا خاف أن لا يعدل معها ويرعاها الرعاية الإسلامية، فلا يجوز له أن يتزوج، ويكتفي بالأمة الموجودة لديه - ملك اليمين - وإذا لم يكن له ملك يمين فيحجم عن الزواج ويتعفف حتى يجعل له الله مخرجاً، أفضل ذلك بكثير من أن يتزوج امرأة ولا يعدل معها عدل الإسلام من حقوق وواجبات"⁽²⁾.

إذا كان هذا هو شأن من يتزوج بامرأة واحدة فما بالك بالذي يطلق العنان لنفسه في الزواج بأكثر من واحدة مع نية إلحاق الضرر بالغير أو اللامبالاة.

من خلال النص القرآني السابق وغيره نجد أن التعدد مقيد بشرطين نجلهما في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: فيما يكون فيه العدل بين الزوجات.

اختلف الفقهاء حول حقيقة العدل الواجب بين الزوجات، هل يقتصر فيه على الجانب المادي فقط أم يتعداه إلى الجانب المعنوي، مما لا شك فيه أن الشرط المادي يمكن تحقيق ذلك فيه مع شيء من التفصيل؛ النفقة مثلا تختلف باختلاف المكانة الاجتماعية للمرأة، فالشريفة وذات الجاه تكون نفقتها أكثر من الوضيعة وهكذا، وإن كان الفقهاء مختلفين في التسوية وعدمها مثل شرط الكفاءة في الزواج، المهم في ذلك كله أن يفرض لكل واحدة منهن ما يلي حاجياتها بحسب قدرته ومكانتها.

أما الجانب المعنوي كالحب والميل القلبي، فهذا أمر جبلي قهري لا تكليف فيه؛ لأنه خارج عن إرادته، بدليل ما روته أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ كان يقسم بين نسائه فيعدل ويقول: "اللهم هذا قسمني فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"⁽³⁾، ولا يقتصر ذلك على الزوجات، بل يتعداه للأبناء بالرغم من كونهم من صلب واحد،

(1)- الآية (3) من سورة النساء.

(2)- حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، ص98.

(3)- أبو داود، كتاب النكاح، باب القسم بين النساء، ج2/ص415، ح/2134، الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، ج2/ص304، ح/1149، ابن ماجة، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، ج1/ص633، ح/1971، النسائي، كتاب عشرة النساء، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض، ج7/ص75، ح/3953، الدارمي، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، ج2/ص144، المسند، ج42/ص46، ح/25111، البيهقي، كتاب القسم والنشوز، باب ما جاء في قول الله عز وجل: "ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء"، ج7/ص487، ح/14745، صحيح ابن حبان، كتاب النكاح، باب القسم، ج10/ص5، ح/4205، المستدرک، كتاب النكاح، ج2/ص204، ح/2761/90.

ومع هذا تكون المفاضلة وعدم التسوية بينهم كما حدث مع النعمان بن بشير - رضي الله عنه - بشرط أن لا يتخذ ذلك ذريعة وحجة للتملص من الواجب عليه؛ لأن المطلوب هو المعاشرة بالمعروف والإحسان للمرأة لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽¹⁾، ومن المعروف أن يحسن إليها في القول والفعل وألا يذكر أمامها محاسن ضررتها وحسن تبعلها له، فيخدش كبرياء أنوثتها ويوغر صدرها ويملاً قلبها حقدا وضغينة، فيكون سببا في تمرداها وسوء العلاقة معه ومعها، فيوقعها ذلك في المحذور من حيث لا يدري، وهذا السلوك سواء قصد ما يترتب عليه أو لم يقصد بأن أراد إثارة مشاعرها وتحفيزها على حسن التبعل له، أو يتخذ ذلك ذريعة للميل والانصراف عنها، فيكون بهذا السلوك متعسفا وجائرا وظالما وواقعا تحت التهديد، نظرا لما آل إليه فعله، لما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: "من كانت له امرأتان فمال إلى إحدهما جاء يوم القيامة وشقه مائل"، وفي لفظ "إذا كان عند رجل امرأتان فلم يعدل بينهما، جاء يوم القيامة وشقه ساقط"⁽²⁾.

وبهذا يتضح جليا أن المؤاخذة مرتبطة بالتعسف في استعمال الحق والتجاوز المبني على النية المسبقة بإلحاق الضرر بالغير، أو دل البساط عليه؛ حتى لا يكون هناك تضارب بين النصوص فيما بينها.

الفرع الثاني: القدرة على الإنفاق والمقدار الواجب.

يُعدُّ هذا الشرط من الحقوق الزوجية ومقتضياتها، ويتأكد أكثر في حق من يريد أن يتخذ زوجة ثانية أو أكثر لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾⁽³⁾، حيث أن الآية أباحت التعدد بقيد:

(1) - الآية (19) من سورة النساء.

(2) - أبو داود، كتاب النكاح، باب القسم بين النساء، ج2/ص415، ح/2133، الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، ج2/ص304، ح/1150، ابن ماجه، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، ج1/ص633، ح/1969، النسائي، كتاب عشرة النساء، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض، ج7/ص74، ح/3951، الدرامي، كتاب النكاح، باب في العدل بين النساء، ج2/ص143، المسند، ج13/ص320، ح/7936، ج14/ص237، ح/8568، ج16/ص107، ح/10090، البيهقي، كتاب القسم و النشوز، باب في الرجل لا يفارق التي رغب عنها ولا يعدل لها، ج7/ص485، ح/14738، صحيح ابن حبان، كتاب النكاح، باب القسم، ج10/ص7، ح/4207، المستدرک، كتاب النكاح، ج2/ص203، ح/88/2759.

(3) - الآية (3) من سورة النساء.

القيد الأول: العدل بين الزوجات بصرف النظر فيما يكون، فإن خاف الشخص على نفسه الحيف امتنع عن ذلك واكتفى بواحدة أو ما ملكت يمينه لنفس العلة السابقة.

القيد الثاني: المؤنة، لا بد لطالب التعدد أن يكون مقتدرا عنده من الإمكانيات ما يكفيه للعيش الكريم هو ومن يعول، ولا يفعل ذلك تواكلا؛ لأنه لو أحسن التوكل على الله لأحسن العمل كما قال الله تعالى: ﴿وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ﴾⁽¹⁾، وقال رسول الله ﷺ فيما رواه عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: "كفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول"⁽²⁾، وعن جابر - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ في حجة الوداع: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"⁽³⁾، وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال النبي ﷺ: "أفضل الصدقة ما ترك عني، واليد العليا خير من اليد السفلى، وبدأ بمن تعول، تقول المرأة: إما أن تطعمني وإما أن تطلقني، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الابن: أطعمني إلى من تدعني؟" فقالوا: يا أبا هريرة، سمعت هذا من رسول الله ﷺ؟ قال: "لا هذا من كيس أبي هريرة"⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال:

أفادت هذه النصوص في عمومها وجوب النفقة على الرجل لمن ثبتت - وجبت - عليه إعالتهم؛ فالمرأة احتسبت لمنفعة ومتعة زوجها، فوجبت عليه نفقتها، فإن عجز عن توفير ما يكفي حاجات زوجته مع علمه المسبق بذلك قبل الإقدام على التعدد يكون آثما وظالما ومتعديا؛ لأنه سيضيع من وجبت نفقته عليه، ويكون عالة على غيره، مما يترتب عليه حدوث مشاكل عائلية بين الأسرتين، وشقاق بين الزوجين، وظهور آفات اجتماعية نتيجة تقصيره في النفقة تضرُّ باستقرار المجتمع وازدهاره وتطوره، ومن ثمَّ وجب منعه من التعدد مهما كانت مبرراته ودوافعه، وفقا للقاعدة الفقهية "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام"، و"درء المفسد أولى من جلب المصالح"، و"الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، وبناء عليه لا تُعدُّ هذه الضرورة الخاصة ضررا يلزم إزالته، نظرا لما أفضت إليه من ضرر عام وهو مقدم؛ لأنه يمكن دفعها بوسائل أخرى.

(1) - الآية (105) من سورة التوبة.

(2) - سبق تخريجه راجع ص 115 من هذه الرسالة.

(3) - صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، ج 4/ص 432، ح/1218.

(4) - صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، ج 9/ص 410، ح/5355.

قال مولاي ملياني أثناء حديثه عن التعدد وأنه ليس ظاهرة إسلامية، وإنما كان موجودا قبل ذلك في المجتمعات على مر العصور والحضارات " لقد جاء الإسلام - إذن - والتعدد في الزوجات ظاهرة اجتماعية متحكمة جدا في المجتمع الجاهلي، وخارج الجزيرة العربية، فكان هذا التعدد أمرا مشروعاً لدى الديانات السماوية وغير السماوية... فعالج الإسلام المشكلة بما عُهِدَ فيه من واقعية ومنطقية وإمكانية إنسانية، وهكذا عالج الظاهرة ووضع قيوداً وحدوداً لا يجوز إطلاقاً تجاوزها من المسلم الذي يؤمن بالله وبرسوله، وشرَّع لها شروطاً وأحكاماً بحيث تجعل ظاهرة التعدد تضيق... وتضيق إلى أن تأخذ حجمها الذي أراده لها الله سبحانه و تعالى. ونخلص من هذا كله أن الإسلام لم ينشئ التعدد ولم يشرِّع له، وإنما نظمته للحد منه، و أباحه في حدود ضيقة جداً، وذلك لأسباب سامية... إذ أن الإسلام قد راعى ظروف وواقع المجتمعات، قديماً وحالياً ومستقبلاً، وعالج الظاهرة هذه على الأسس والمبادئ... ولم يسمح به إلا في حالات خاصة ومحددة قد ذكرها علماء الفقه على سبيل الحصر...؛ لأن تعدد الزوجات بالطريقة التي كان معمولاً بها قبل الإسلام فيه إهدار لحقوق المرأة والانتقاص من كرامتها كإنسان له ما لغيره من حقوق وواجبات"⁽¹⁾.

وهذا السلوك العملي يُعدُّ تعسفاً في سوء استعمال الحق؛ لأنه خرج بالتعدد عن الإطار الذي أبيع له، فلم يراع فيه الضوابط والمقاصد الشرعية اتباعاً للهوى واقتفاءً لآثار من سبقوه.

المطلب الثالث: الحقوق والواجبات الفردية وفيه اثنا عشر فرعاً.

بما أن الأسرة هي النواة الأساسية في تكوين المجتمع، فإن هذا يتطلب الرعاية التامة والتنشئة الصالحة، ولا يتم ذلك إلا بمعرفة كل فرد لحقوقه وواجباته، فيسود الاحترام المتبادل والشعور بالارتياح والاطمئنان، وتكون الأسرة سعيدة مستقرة، "وأساس وجود هذه الحقوق: هو العدل الذي به تقوم أنظمة المجتمعات كلها، ومحبة الخير، وتحقيق الوئام والصفاء، وإشاعة الحب والتعاون والإسلام والأمان، والتزام عفة اللسان"⁽²⁾.

(1) - حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، ص 97، 98.

*يرجع سبب نقلي لهذه الفقرة المطولة، نظراً لما اشتملت عليه من فوائد جمة يعسر العثور عليها في غيره.

*وللمزيد راجع أيضاً: تعدد الزوجات في الإسلام وحكمة تعدد زوجات النبي ﷺ، عبد الله ناصح علوان، ص 11 وما بعدها، ط 7 (1419هـ/1999م)، دار السلام: القاهرة، مصر.

(2) - الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، وهبة الزحيلي، ص 80.

وجملة هذه الحقوق أشار إليها القرآن الكريم في عدة آيات، سواء تعلق الأمر بالحقوق الزوجية أو الأولاد أو الأبوين، فمن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽¹⁾، وقوله: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽²⁾، وقوله: ﴿لَا تَضَارَّ وَاِلِدَةً بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهَا وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾⁽³⁾، وقوله: ﴿وَالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾⁽⁴⁾.

ومنشأ هذه الحقوق التي سوف أتحدث عنها إنما يكون في ضوء ما أقره الشرع، لا أن يتخذ ذلك ذريعة وحجة للتجاوز والتعسف في استعمال الحقوق، سواء ألحق ذلك ضرراً بالغير أم لم يلحق من أجل الوصول إلى بعض المآرب، وذلك في الفروع الآتية.

الفرع الأول: الطاعة بالمعروف.

من حقوق الزوج على زوجه طاعته بالمعروف فيما يأمر وينهى وفق ما أقره الشرع وأذن به، قال الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾⁽⁵⁾، وعن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال: "السمع و الطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره، ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية، فلا سمع ولا طاعة"⁽⁶⁾، وعن علي - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: "لا طاعة في معصية، إنما الطاعة في المعروف"⁽⁷⁾.

فهذه النصوص وغيرها أفادت في مجملها أن الطاعة تكون بالمعروف في غير ما نهى الله عنه، ومنشأ هذه الطاعة هو القوامة التي من مقتضياتها القيادة في التسيير، وتحمّل المسؤوليات وما ترتب عليها من آثار ونتائج، لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾

(1) - الآية (228) من سورة البقرة.

(2) - الآية (233) من سورة البقرة.

(3) - الآية (233) من سورة البقرة.

(4) - الآية (151) من سورة الأنعام، (23) من سورة الإسراء.

(5) - الآية (228) من سورة البقرة.

(6) - صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية ج 13/ص 130، ح/7144، صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتحريمها في المعصية، ج 6/ص 466، ح/1839.

(7) - المصدران السابقان - البخاري - كتاب أخبار الأحاد، باب ما جاء في إجازة خبر الواحد الصدوق، ج 13/ص 246، 245، ح/7257،

كتاب المغازي، باب سارية عبد الله بن حذافة السهمي وعلقة بن مجرّز المدلحي، ج 7/ص 655، ح/4340، - مسلم - الكتاب والباب السابق نفسه، ج 6/ص 467، ح/1840.

بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَيِمَّا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴿⁽¹⁾﴾، فيتخذ ذلك ذريعة للاستبداد والتعسف والتسلط دون وجه حق، اعتماداً على الفهم القاصر لبعض النصوص كقوله ﷺ فيما رواه عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا صلت المرأة خمسها وصامت شهرها، وحفظت فرجها، وأطاعت زوجها، قيل لها: أدخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت"⁽²⁾، وعن عبد الله بن أبي أوفى - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: "لو كنت امرأة أحدنا أن يسجد لغير الله، لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها، والذي نفس محمد بيده لا تؤدي المرأة حق ربها حتى تؤدي حق زوجها، ولو سألها نفسها وهي على قتب لم تمنعه"⁽³⁾.

ومن العوامل المغذية للتعسف في هذه الجزئية الموروثات الاجتماعية باعتباره رجلاً - ذكراً - وهي امرأة - أنثى - عليها فقط السمع والطاعة دون أن يكون لها رأي ولو كانت أحسن منه خلقاً وديناً، فإن أبت إلا أن تراجع أو أفصحت عن رأيها عدت غير متأدبة ولا متخلقة، فيكون مدعاة للفرقة أحياناً، وعلى وجه الخصوص قبل البناء⁽⁴⁾ نظراً للاحتكاك المستمر بين الزوجين بدعوى استجماع أكبر قدر ممكن من المعلومات والمعارف عن الآخر، فإن طابت نفسه أكمل وإلا فارق، ولهذا ننصح هؤلاء الأزواج بعدم الاتصال أو الاختلاط إلا للحاجة مع مراعاة الآداب الشرعية والأعراف الاجتماعية الصحيحة.

وإذا كان هذا هو شأن بعض الأزواج، فإن لهم في رسول الله ﷺ الأسوة الحسنة، فقد كان نساؤه يراجعنه في كثير من الأمور، فلماذا لا نقندي نحن برسول الله ﷺ والله تعالى يقول: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِّمَن كَانَ يَرْجُوا اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ﴾⁽⁵⁾، وقال: ﴿وَأْمُرُهُمْ سُورَى بَيْنَهُمْ﴾⁽⁶⁾، فالعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب في هذه الأخيرة -

(1) - الآية (34) من سورة النساء.

(2) - المسند، ج3/ص194، ح1661، صحيح ابن حبان، كتاب النكاح، باب معاشره الزوجين ج9/ص471، ح/4163.

(3) - الترمذي، أبواب الرضاع، باب ما جاء في حق الزوج على المرأة، ج2/ص314، ح/1169، ابن ماجه، كتاب النكاح، باب حق الزوج على المرأة، ج1/ص591، ح/1853، الدارمي، كتاب الصلاة، باب النهي أن يسجد لأحد، ج1/ص341، 342، المسند ج32/ص145، ح/19403، البيهقي، كتاب القسم والنشوز، باب ما جاء في بيان حقه عليها، ج7/ص477، ح/14711، صحيح ابن حبان، كتاب النكاح، باب معاشره الزوجين، ج9/ص479، ح/4171، المستدرک، كتاب النكاح، ج2/ص204، ح/92/2763.

(4) - احترازاً مما يفعله المطوبون أثناء الخطبة من اتصالات مباشرة، كالخروج إلى الأسواق والمنتزهات من غير محرم أو غير مباشرة، مباشرة، كالاتصال عبر الهاتف وغيره، فهذا السلوك يُعد خطأ ومحظوراً لكونهما أجنبيين عن بعضهما في الحال، ولا يتخذ ذلك ذريعة باعتبار المال إن تمَّ، فلا يقاس على من تمَّ بينهما العقد، سواء كان عرفياً أو مدنياً للفارق.

(5) - الآية (21) من سورة الأحزاب.

(6) - الآية (38) من سورة الشورى.

- وأمرهم ... - دون الاستبداد بالرأي وكذا الفهم القاصر الذي يُعدُّ تعسفاً في نفسه فرارا من المنطق الفرعوني قال الله: ﴿ مَا أُرِيكُمْ إِلَّا مَا أَرَىٰ وَمَا أَهْدِيكُمْ إِلَّا سَبِيلَ الرَّشَادِ ﴾⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التزيين.

من حقوق الزوجين على بعضهما أن يتزين أحدهما للآخر؛ لأن فيه اجتذابا وسكينة وإعفافا وتحصينا للنفس وغضا للبصر من الامتداد نحو الآخرين، فيقع الافتتان المفضي إلى الوقوع في المحذور، ولأهميته فقد كان النبي ﷺ حين مقدمه من الغزو يرسل رسوله قبل أن يصل إلى المدينة فيعلمهم بمقدمهم؛ حتى تكن النساء في أحسن صورة لاستقبال أزواجهن، لما رواه جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - قال: "كنا مع النبي ﷺ في غزوة، قال: فلما قدمنا ذهبنا لندخل، فقال: "أمهلوا حتى تدخلوا ليلا، لكي تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة"⁽²⁾؛ لأنه ربما رآها على تلك الهيئة فيشمئز منها، فينصرف إلى غيرها بسبب نفوره منها، ولا يقتصر التزيين على المرأة وحدها، بل يمتد ذلك إلى الرجل لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: "إني لأحب أن أتزين للمرأة كما أحب أن تتزين لي؛ لأن الله عز وجل يقول: "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف" وما أحب أن تستطف جميع حق لي عليها؛ لأن الله عز وجل يقول: "وللرجال عليهن درجة"⁽³⁾، ولما لا والله حث على ذمه بأسلوب استفهامي استنكاري بقوله: ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ ءَامَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ ﴾⁽⁴⁾.

وإذا كان التزين مطلوباً فإنه يجب أن تحده ضوابط شرعية، فالمرأة يجب عليها أن تتزين بجميع أنواع الزينة المشروعة لزوجها، فهذا حق له لا خلاف فيه، بل هو مطلوب ومرغب فيه كما ذكرنا، لكن الإشكال يكمن في مكان ووقت الزينة، ما نلاحظه اليوم على وجه العموم أن المرأة تُهملُ نفسها في بيتها ولا تغير ثياب المهنة، فتستقبل زوجها بها، ويزداد عدم الألبالة كلما امتدت فترة الزواج وطال بها العمر، ولا يخفى ما في هذه الثياب من روائح

(1) - الآية (29) من سورة غافر.

(2) - صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج الثيبات وتستحد المغيبة وتمتشط الشعثة، ج9/ص24، 254، ح/5079، 5247، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استحباب نكاح البكر، ج5/ص309، 310، ح/715/57.

*في مسلم: أمهلوا حتى ندخل.

(3) - البيهقي، كتاب القسم والنشوز، باب حق المرأة على الرجل، ج7/ص482، ح/14728.

(4) - الآية (32) من سورة الأعراف.

الطعام وغيرها، مما يجعله ينفّر منها، وقد يدفعه ذلك إلى التفكير في الزواج مرة أخرى إذا كان مقتدرا مع تكرر هذا الصنيع منها، لكنها عندما تخرج من بيتها، سواء للعمل أو الأفراح أو الزيارات أو التجول في المدينة أو المنتزهات... تتزين بأحسن الزينة وتتعطر بأحلى العطور، وتلبس أجمل الثياب لديها، بل ربما يكون ذلك بإيعاز من زوجها افتخارا ومباهاة بها، حتى إذا رآه أصدقاؤه أو مسؤوليه أو عامة الناس عَظُمَ ذلك في نفسه بحجة أنه غير متمت، بل هو عصري ومتحضر ومتحرر، والحقيقة أنه متفلت؛ "لأن التحرر إنما يكون بتحرر الفكر، ونبذ التبعية لغير الله تعالى، لا أن تملأ المجالس بالكلام اللغو، والجلسات المشبوهة، وتكون مصيدة فتنة وفساد واستغلال النظر إليها، وتغدوا وتروح في الشوارع والزيارات وغير ذلك؛ لأن حوائج البيت تقتضي التفرغ له.

قال الله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى﴾⁽¹⁾، وهذا وإن كان خطابا لنساء النبي ﷺ، فهو إرشاد لبقية نساء الأمة للتأسي بهن، والتأدب بأدبهن⁽²⁾. فهذا التصرف يعد تعسفا في سوء استخدام حق الزينة في غير المكان المناسب من الزوجين معا، ولا يقدح فيما ذكرناه من تحجج المرأة بكثرة الأعباء، وأن ذلك فيه كلفة ومشقة لتكراره، أقول لها ولكن ساعة وساعة.

وما قيل في الزوجة يقال أيضا في الزوج كما ذكرت آنفا في حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - فهناك من الرجال من لا يبالي بنظافة جسمه وملابسه بحجة أنه رجل لا يعاب عليه شيء، ومنهم من يبالي في التزين حتى يخرج به عن المعتاد للرجال، فيشبه النساء أو المخنثين، كما هو مشاهد في محلات الحلاقة المتخصصة.

ومما يجب التنويه إليه في مسألة الحقوق جزئية مهمة لابد من الإشارة إليها؛ لأن لها تعلقا بالآخرين عموما والزوجة خصوصا، وهي منفرة حقيقة ومن الخبائث، ألا وهي التبغ بنوعيه، أليس من حق الزوجة أن تشم رائحة فم زوجها طيبة زكية وهو نائم معها في فراش واحد، أم أن ذلك يُقْتَصَرُ عليه دونها؛ لأنه رجل، وهو الأمر والناهي في البيت، فلا يسأل عما

(1) - الآية (33) من سورة الأحزاب.

(2) - الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، وهبة الزحيلي، ص84، وراجع: أيضا أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الرحمن تاج، ص300.

يفعل وهم يسألون، فهذه قسمة ضيزى، ألم يقل الله عز وجل: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽¹⁾، فهذا السلوك يُعدُّ تعسفاً في ممارسة الحقوق، بل تعدياً.

ويرجع التنصيص على هذه الجزئية بسبب قضايا الخلع والمطالبة بالتطليق المطروحة أمام القضاء، إعمالاً للقواعد الفقهية "الضرر يزال" و "لا ضرر ولا ضرار".

الفرع الثالث: التأديب.

بما أن الحياة الزوجية مبناهما الاختلاط والاحتكاك، فإن هذا يؤدي أحياناً إلى سوء التفاهم أو وقوع بعض المخالفات أو ترفع أحدهما عن الآخر، مما يستوجب معه النصح والإرشاد، والزجر والنهر، والتهديد والوعيد.

إذا كان من حق الزوج على زوجته أن يؤدبها، فإن هذا التأديب لا بد أن يكون في ضوء النصوص الشرعية المنظمة للعلاقة الزوجية، حتى يؤتي ثماره، وإلا عد اعتداءً وجب إيقافه مع تحمل الزوج جميع الآثار المترتبة عليه، ولهذا لا بد أن يتدرج معها في التأديب بالموعظة الحسنة والتذكير كما نص على ذلك المولى عز وجل في قوله تعالى: ﴿وَأَلَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾⁽²⁾.

الخطوة الأولى: الموعظة الحسنة

لا بد على الزوج أن يعظ زوجته بلطف ويذكرها بما أوجب الله عليها من حسن معاشرتها وتبعلها لزوجها بالنصوص الشرعية الدالة على ذلك، ولو على وجه العموم إذا لم يكن له حظ في العلم، دون استخدام الألفاظ القبيحة كالشتم والسبب، والتوبيخ والتجريح، والإهانة والتعيير لها بأصلها ومنشئها، أو مقارنتها بالآخرين، فهذا الأسلوب لا يحقق الغرض، وهو إرجاعها إلى جادة الصواب، بل يزيد في الفرقة والتعنت، فيحدث مفسدة تزيد عن الأولى، نتيجة الباعث غير المشروع غالباً، ومن ثمَّ وجب عليه الكف عنه؛ "لأن كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يشرع"⁽³⁾، إعمالاً للقاعدة الفقهية "الضرر لا يزال بالضرر، فالأشدُّ يزال بالأخف"⁽⁴⁾، وإلا ما

(1)- الآية (228) من سورة البقرة.

(2)- الآية (34) من سورة النساء.

(3)- ترتيب الفروق واختصارها، ج2/ص46.

(4)- انظر الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص88.

صدق الضرر يزال، قال الإمام الشاطبي: "ولا مصحة تتوقع مطلقا مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد عنها"⁽¹⁾، وقال في موضع آخر: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة"⁽²⁾.

الخطوة الثانية: الهجر في المضاجع

إذا لم ينع الوعظ هجرها في فراشها بإدارة وجهه عنها في النوم، أو التحي عنها جانبا والمبيت في فراش آخر في نفس الغرفة، أو الانتقال إلى أخرى في نفس المسكن، بشرط ألا يطول ذلك كثيرا كالشهر مثلا، فلا يبلغ به حد الإيلاء؛ لأن فيه ضررا عليها، والغرض من ذلك كله هو إيلاها نفسيا وكبح جماحها وكسر شوكتها وسلاح الإثارة لديها، وذلك بالتخلي عن الاستمتاع بها ومضاجعتها وإن كان محتاجا إليها، والهجران هنا يقتصر فيه على الجماع وما يلزمه ولا يتعداه إلى الكلام الخالي عن الإثارة، بحيث يمتنع عن الحديث معها كليا؛ لأن النصوص الواردة في ذلك خصصت الهجران المشار إليه دون غيره بدليل صدر الآية: ﴿وَأَلَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ بالكلام المفضي إلى الإصلاح والإنابة، وكذا قوله عليه ﷺ فيما رواه عنه سليمان بن عمرو بن الأحوص - رضي الله عنه - عن أبيه أنه قال: "فإن فعلن فاهجوهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"⁽³⁾.

فالهجر بالكلام يزيد في الخصام ويؤجج نار الفرقة⁽⁴⁾، "وهنا يعلم الزوج أنه إذا كانت لديه محبة فإنه يشق ويصعب عليها الهجر، وإذا كانت تبغضه فيظهر له نشوزها بكل وضوح"⁽⁵⁾. ويرجع سبب التنصيص على كون الهجر يتم في بيت الزوجية فقط دون غيره، لما رواه معاوية القشيري - رضي الله عنه - عن أبيه قال: قلت يا رسول الله، ما حق زوجة أحدنا عليه؟

(1) - الموافقات، ج3/ص257.

(2) - المصدر السابق، ج4/ص552.

(3) - الترمذي، أبواب الرضاع، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، ج2/ص315، ح/1173، ابن ماجه، كتاب النكاح، باب حق المرأة على الزوج، ج1/ص594، ح/1851.

(4) - راجع الشك والغيرة في الحياة الزوجية، وفاء يوسف، ص139، 138، ط1 (2010)، دار الوليد: دمشق، سوريا.

(5) - حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، مولاي ملياني، ص129.

قال: "أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت- أو اكتسبت- ولا تضرب الوجه ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت"⁽¹⁾.
وجه الاستدلال:

أشار النبي ﷺ إلى الحقوق الموجبة للطاعة ابتداءً، ألا وهي الإطعام، والكسوة مع نهيهِ ضرب الوجه؛ لأنه مظهر الجمال وتصوير الخالق سبحانه وتعالى، وكذا قوله قبحك الله، وأن الهجر لا يكون إلا في بيت الزوجية مع ترك حرية اختيار الكيفية التي يطبقها؛ لأنه- الزوج- هو الأدرى بطبع زوجه وما يصلح شأنها ويؤثر فيها، فإن تجاوز ماخذَّ له، بأن هجرها في غير مسكن الزوجية في مكان آخر، أو أخرجها منه عدًّا متعسفاً في استعمال حق التأديب؛ لأنه يؤدي إلى تفاقم المشكلة وزيادتها مع اتساع الهوة بينهما بما يمكن إصلاحها، لعدم اقتصار الخلاف عليهما بدخول أطراف أخرى في ذلك النزاع، وبالتالي عدم تحقيق المقصد الذي من أجله شرع الهجر، فيمنع في غير ما أذن فيه.

الخطوة الثالثة: الضرب غير المبرح

إذا لم تعد الخطوة الأولى والثانية انتقل الزوج إلى هذه الخطوة علَّه يجد فيها العلاج المناسب لهذا النشوز، بشرط أن يلتزم فيها بما هو منصوص عليه، حيث إن الشارع أجاز له أن يضربها لأجل الأدب ضرباً خفيفاً غير مبرح، وهو الذي لا يشين جارحة أو لحماً- أي يترك أثراً كالزرقة والاخترار، ويعرف بالكدمات- ولا يكسر عظماً، ولا يسيل دماً،" ولو علم أنها لا تترك النشوز إلا به، فإن وقع فلها التخليق عليه والقصاص، ولا ينتقل لحالة حتى يظن أن التي قبلها لا تقيد كما أفاده العطف بثُمَّ، ويفعل ما عدا الضرب ولو لم يظن إفادته بأن شك فيه لعله يفيد، لا إن علم عدم الإفادة، وأما الضرب فلا يجوز إلا إذا ظن إفادته لشدته"⁽²⁾؛ لأنه يتنافى مع الكرامة الآدمية، فيكون من المعتدين، ومن ثمَّ وجب عدم الإقدام عليه ابتداءً، وإلا عدَّ جان، ولهذا وجب عليه القصاص، بخلاف الموعظة والهجران فليس فيهما اعتداء على النفس مباشرة وإن كان معنوياً، ومن هنا افترقا.

(1)- سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في حق المرأة على زوجها، ج2/ص419، ح/2142، ابن ماجه، كتاب النكاح، باب حق المرأة على الزوج، ج1/593.594/ح1850، المسند، ج33/ص213، ح/20011، ص217، ح/20013، ص225، ح/20022، ص232، ح/20030، ص244، ح/20045.

(2)- الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج2/ص343.

نص الفقهاء على أن الضرب المشروع يكون بنحو السواك أو بالكف ثلاث مرات على الكتف أو بالكرة ونحوها⁽¹⁾؛ لأن الغرض منه هو الإصلاح وعود الدفء بين الزوجين بعد الفتور الذي انتاب علاقتهما.

فعن جابر ابن عبد الله - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال في حجة الوداع: "ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح"⁽²⁾.
وجه الاستدلال:

أجاز النبي ﷺ الضرب، بل أمر به، والأمر هنا محمول على الإباحة والإرشاد، وهو إحدى وجوه صيغته على ما سيأتي بيانه في الأحاديث الدالة على النهي، أو استهجانه، وأن من يفعله ليس بالخيار، غير أنه قيده بأن لا يكون ضربا مبرحا، وأن تتوفر موجباته، وإلا عدّ متعديا لعدم مشروعيته ابتداء، ولهذا كرهه عطاء، قال القاضي: "هذا من فقه عطاء، فإنه من فهمه بالشريعة ووقوفه على مظان الاجتهاد علم أن الضرب ها هنا أمر إباحة، ووقف على الكراهية من طريق أخرى في قول النبي ﷺ في حديث عبد الله ابن زمعة - رضي الله عنه - "إني لأكره للرجل يضرب أمته عند غضبه، ولعله أن يضاجعها من يومه"⁽³⁾، وعنه أيضا - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: "لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها في آخر اليوم"⁽⁴⁾، وعن يحيى بن سعيد - رضي الله عنه - استؤذن النبي ﷺ في ضرب النساء فقال: "اضربوا ولن يضرب خياركم"⁽⁵⁾.

وجه الاستدلال:

أباح النبي ﷺ وسلم الضرب المباح وأشار إلى أنه لا يفعله خيار الناس، فمعنى هذا أنه مستهجن، وقبيح ومكروه، لانتفاء الخيرية فيه، ولكن أجاز للضرورة، فلهذا شنع به في قوله: "لا

(1) - راجع الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ج5/ ص113، ت. ق: سالم مصطفى البديري، ط2(1424هـ، 2004م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.

(2) - صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ ج4/ص432، ح/1218.

(3) - أحكام القرآن، لابن العربي، ج1/ص420.

(4) - صحيح البخاري، كتاب النكاح باب ما يكره من ضرب النساء، ج9/ص213، ح/5204، صحيح مسلم، كتاب الجنة، باب النار يدخلها الجبارون، ج9/ص203، ح/2855.

(5) - أبوداود، كتاب النكاح، باب ضرب النساء، ج2/ص252، ح/2146، ابن ماجة، كتاب النكاح، باب ضرب النساء، ج1/ص638، ح/1985، الدارمي، كتاب النكاح، باب في النهي عن ضرب النساء، ج2/ص147، المستدرک، كتاب النكاح، ج2/ص208، ح/103/2774.

يجلد أحدكم امرأته جلد العبد" تنفيذا منه، وصيانة له، حتى لا يكون سُبَّةً يُعَيَّرُ بها، وربما لا يزوج إذا خطب مرة أخرى، لاشتهاره بين الناس بضرب النساء أو احتقارهن أو الانتقاص من آدميتهن. إذ كيف به يعامل زوجه هذه المعاملة السيئة ويتناسى ما كنا بينهما من مودة ورحمة وميثاق غليظ، ثم يعاشرها في آخر اليوم دون خجل أو استحياء، وهي على تلك الحالة النفسية السيئة، ضف إلى هذا عدم رغبتها في المعاشرة بسبب تلك المعاملة، فكأنه يُكْرَهُها على ذلك، فليس هناك أقبح من هذا، قال ابن العربي: "فأباح وندب إلى الترك"⁽¹⁾.

ولأهمية هذه الخطوة فقد اشترط الفقهاء لجواز الإقدام عليها أن يظن إفادة الضرب والإيذاء، قال الشيخ عليش: "فإن تحقق - الزوج - أو ظن عدم إفادة الضرب أو شك فيها، فلا يضربها؛ لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها"⁽²⁾.

وذلك إقامة للمظنة مقام المنة عند الظن؛ لأنه على خلاف الأصل، فما بالك لو استيقنه اعتمادا على تجارب سابقة؛ "لأن الأعمال الشرعية غير مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور آخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشروعات"⁽³⁾؛ لأنه يؤدي إلى التناقض بين قصد الشارع من التشريع وقصد المكلف في التنفيذ والتطبيق⁽⁴⁾، ومن هنا يجب إبطال تصرفه منعا لتسببه في هذه المناقضة؛ لأن "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع"⁽⁵⁾، وهذا يخالفه، فيكون التصرف باطلا⁽⁶⁾ بداهة، حتى يتفادى التسبب في المآل الممنوع؛ لأنه مظهر من مظاهر التعسف، أو مناقضة مقاصد الشارع في المصلحة والعدل ولو كان التسبب في أصل تشريعه مشروعاً ولكنه منع نظراً لما أفضى إليه، فالعبرة بالمآل لا بالأصل. وهناك نقطة مهمة لها تعلق بما ذكرناه سابقاً يغفل عنها كثير من الأزواج، وبالأخص المتشاكسين منهم، ألا وهي عدم مراعاة شعور الأولاد، ينبغي على الزوجين المتخاصمين ألا يُظهِرَا خلافتهما أمام الأبناء، حتى لا ينعكس ذلك سلبا على سلوكهم في حياتهم اليومية، فالبنات

(1) - أحكام القرآن، ج1/ص420.

(2) - شرح منح الجليل على مختصر خليل، لمحمد عليش، ج2/ص176، ط. غ. م. دار صادر، بيروت، لبنان.

(3) - الموافقات، ج2/ص660.

(4) - راجع نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، ص243

(5) - الموافقات، ج2/ص613.

(6) - قال الإمام عز الدين بن عبد السلام: "كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل". قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج2/ص293.

* هذا القول عبارة عن قاعدة فقهية.

إذا رأت أمها يضربها أبوها أو يشتمها أو يوبخها... يَحْزُنُ ذلك في نفسها، و يولد لديها عقدة من الرجال، فتخشى أن يصيبها ما أصاب أمها من معاناة في يوم ما، فلا تُقبِلُ على الزواج، وقد يدفعها ذلك إلى التفكير في الانتقام إذا تكرر هذا السلوك أمامها عدة مرات، أو الفرار من البيت، أما الولد فإنه بين أمرين، فإما أن يتخذ ذلك قدوة في معاملة أخواته وزوجته مستقبلا، معتبرا ذلك رجولة وفحولة، وإما أن يعتبره احتقارا وإهانة لأمه وتسلطا من الأب، ومن ثمَّ يجب عليه التفكير في رفع الغبن والمعاناة عليها، بِكفِّ أذى أبيه بكل وسيلة ممكنة، فيوقعه ذلك في المحذور أحيانا، وهو العقوق، وهذا التصرف يُعدُّ تعسفا، لما ترتب عليه من إلحاق الضرر بالأسرة والأذى بالمجتمع. ولأهمية هذا الأمر نجد السلطات المحلية في البلدان الغربية تولي اهتماما كبيرا، فتنزع الأولاد من الأزواج المتخاصمين وتضعهم في دار الأمومة والطفولة، حتى يصطح أبواهما أو ينفصلا، حفاظا على الصحة النفسية للأبناء؛ لكي لا ينشأوا في مناخ عائلي مليء بالمشاكل، يؤثر على حياتهم اليومية ومردودهم الدراسي والاجتماعي؛ لأنهم رفعوا من قيمة الإنسان لديهم وأنزلوه المنزلة التي تليق به كما أقرها الإسلام، لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي عَادَ﴾⁽¹⁾، فاستثمروا فيه، والأولاد هم عماد المستقبل، يجب أن يحافظوا عليهم من أجل الاستدامة في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، فلماذا لا نكون نحن أولى بهذا السلوك من غيرنا أو مثلهم؟ لأن التشبه بالرجال فلاح.

الفرع الرابع: الغيرة.

الأصل في العلاقة الزوجية أن يسودها الاعتدال وعدم الإفراط أو التفريط؛ لأن المنبت لا أرضا قطع ولا ظهرا أبقى، فالغيرة أمر محمود يسعى إليه كل أمرئ ذي فطرة سليمة، وعلى قدر تحمسه لها تعلق نفسه وتركوا، قال المناوي: "فإن أشرف الناس وأعلامهم هممة أشدهم غيرة، فالمؤمن الذي يغار في محل الغيرة قد وافق ربه في صفة من صفاته، ومن وافقه في صفة منها، أخذت تلك الصفة بزمامه، وأدخلته عليه، وقربته من رحمته"⁽²⁾، وهذا الكلام فيه إشارة ضمنية إلى قول النبي ﷺ فيما رواه عنه المغيرة - رضي الله عنه - قال: قال سعد بن عباد: "لو رأيت رجلا مع امرأتي لضربته بالسيف غير مُصَفِّحٍ، فقال النبي ﷺ: "أتعجبون من غيرة سعد؟ لأنا أغير

(1) - الآية (70) من سورة الإسراء.

(2) - فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوي، ج6/ص253، ط1 (1356هـ)، تعليق: ماجد الحموي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، مصر.

منه، والله أغير مني"⁽¹⁾، وعن أبي هريرة- رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: "إن الله يغار، وغيره الله أن يأتي المؤمن ما حرم الله"⁽²⁾، وفي رواية "إن المؤمن يغار".
وجه الاستدلال:

أقر النبي ﷺ مبدأ الغيرة وجعلها من المثل العليا التي يجب على المرء أن يتصف بها؛ لأنها من صفات الله عز وجل، ومن تهاون فيها مقتته النبي ﷺ ونعته بأبشع وأقبح الصفات، بل إنه أخبر بعدم دخوله الجنة لأهمية الغيرة وخطورتها على الأسرة واستقرار المجتمع بصفة عامة، فعن ابن عمر- رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله ﷺ: "ثلاثة لا ينظر الله عز وجل إليهم يوم القيامة: العاق لوالديه، والمرأة المترجلة، والديوث"⁽³⁾، وفي رواية: "ثلاثة قد حرم الله عليهم الجنة: مدمن الخمر، والعاق، والديوث الذي يقر في أهله الخُبث"⁽⁴⁾.

إذا كان النبي ﷺ بين معنى الديوث بقوله: "الذي لا يبالي بمن دخل على أهله"، فهذا من جوامع كلمه ﷺ، وإنما نبه عليه لخطورته، وإلا فإن المرأة التي تتكسر في مشيتها وكلامها وتصافح الرجال وتخالطهم وتضحكهم وتلبس ملابس فاضحة كاشفة وتزين بكل أنواع الزينة وتتطر بأحسن العطور وزوجها لا يبالي بذلك، فهذا يُعدُّ ديوثاً، ومع حثِّ الإسلام على الغيرة فإنه وضع لها ضوابط وحدًّا لها حدوداً، حتى لا يتعسف الزوج في ذلك، أو يتخذها ذريعة للتشديد والتشدد، وبناء عليه فإن الغيرة تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الغيرة المحمودة

وهي التي تبنى على أسس صحيحة وسليمة، حيث إنها تجعل الحياة الزوجية حياة سعيدة مستقرة ملؤها المودة والرحمة مصادقا لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁽⁵⁾، وعن جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ كان يقول: "من

(1)- صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الغيرة، ج9/ص230، حديث الباب، كتاب الحدود، باب من رأى مع امرأته رجلاً فقتله ج12/ص181، ح/6846، كتاب التوحيد، باب قول النبي ﷺ لا شخص أغير من الله، ج13/ص411، ح/7416، صحيح مسلم، كتاب اللعان، ج5/ص384، ح/17/1499.

(2)- صحيح البخاري كتاب النكاح، باب الغيرة، ص230، ح/5223.

(3)- النسائي، كتاب الزكاة، باب المئان بما أعطى، ج5/ص84، ح/2561، المسند، ج10/ص321، 322، ح/6180، المستدرک، كتاب الإيمان، ج1/ص144، ح/244/244.

(4)- المسند، ج9/ص272، ح/5372.

(5)- الآية (21) من سورة الروم.

الغيرة ما يحبه الله، ومنها ما يبغضه الله، فأما التي يحبها الله، فالغيرة في الريبة، وأما الغيرة التي يبغضها الله، فالغيرة في غير ريبة⁽¹⁾.
وجه الاستدلال:

حدد النبي ﷺ معالم الغيرة المحمودة التي يحبها الله عز وجل بقوله: "فأما التي يحبها الله، فالغيرة في الريبة" المبنية على أسباب واضحة لا لبس فيها ولا إبهام، منعا للتعسف المترتب على الأوهام والشكوك، وذلك كأن يتغزل في زوجه أحد بكلمات تحمل في طياتها التلذذ والتشهي أو ينال من عرضها وشرفها بألفاظ نابية خادشة للحياء، أو تكون هذه الريبة مبنية على سلوكيات خاطئة منها، فيلحقه الضرر، ويكون أشد وقعا عليه منها؛ لأن مخالطته للناس أكثر من مخالطتها إياهم⁽²⁾.

وبناء عليه يجب على الزوج أن يتمسك بهذا الضابط الذي وضعه له النبي ﷺ ، حتى لا يقع في حيرة من أمره بسبب الشكوك والأوهام والالتهام، فيسقط في المحذور، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾⁽³⁾، فإما أن يُفْرِطَ أو يَفْرِطَ، وكلاهما سلوك قبيح أو سيء، نظرا لما يفضيا إليه، ويكفي أن يكون هذا التصرف تعسفا في حد ذاته بسبب ذلك السلوك.

القسم الثاني: الغيرة المذمومة

وهي المبنية على الأوهام والشكوك والظنون وما يشاع بين الناس عموما، ويتأكد هذا بقوة في المعاملات التي يكون فيها الاحتكاك أكثر مثل موظفي الإدارات والشركات وغيرهما، مما ينتج عنه غيرة مفرطة تؤدي إلى جلب متاعب نفسية للزوج ومفاسد محققة ومضرة باستقرار الأسرة، مبناها القيل والقال وتفسير فاسد للسلوكيات، وفهم خاطئ للنصوص، ومن ثمَّ وجب الرجوع إلى قول النبي ﷺ المبيِّن للغيرة التي في غير محلها بقوله: "وأما الغيرة التي يبغضها الله، فالغيرة في غير ريبة"، حيث إنه لم يصدر من الزوجة سلوك يفضي إلى هذه النتيجة، وهي الشك في تصرفاتها وتعاملها مع الآخرين، وما قيل في المرأة يقال أيضا في

(1) - أبو داود، كتاب الجهاد، باب في الخيلاء في الحرب، ج3/ص50، 51، ح/2659، النسائي، كتاب الزكاة، باب الاختيال في الصدقة، ج5/ص82، ح/2557، الدارمي، كتاب النكاح، باب في الغيرة، ج2/ص149، المسند، ج39/ص156، ح/23747، ص157، ح/23748، ص159، 160، ح/23750، ص161، ح/23752، صحيح ابن حبان، كتاب البر والإحسان، باب الصدق والأمر بالمعروف والنهي المنكر، ج1/ص530، ح/295.

(2) - راجع الشك والغيرة في الحياة الزوجية، ص 126.

(3) - الآية (12) من سورة الحجرات.

الزوج؛ لأن الحديث هنا عام ولم يخص واحدا بالذِّكْرِ، وإن كانت هناك أحاديث خصت الرجل بالنص عليه صراحة، فهذا لا يضر أو يمنع تعميم الحكم، لحصول فائدة لا تتم إلا به، ولاشتراكهما أيضا في نفس العلة، وإنما غُلِبَ جانب الزوج باعتبار القوامة والمسؤوليات الملقاة على عاتقه، وكذا إضافة الزوجة إليه وحملها لقبه كما هو محرر في بعض الوثائق الرسمية. ومع هذا كله فإنه يجب على الزوج اللبيب أن تكون له حصافة ورسانة ورجاحة عقل في إدارة شؤونه الداخلية والخارجية، فليس كل تصرف من الزوجة أو خطأ يُؤاخذُ عليه، فيقيم الدنيا ولا يقعداها؛ لأن الغيرة طبيعة من طبائع النساء، فتثور لأدنى أو أتفه سبب، فعن أنس رضي- رضي الله عنه- قال: "كان النبي ﷺ عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام، فضربت التي النبي ﷺ في بيتها يد الخادم فسقطت الصَّحْفَةُ فانفلقت، فجمع النبي صلى الله عليه وسلم فلق الصحفة ثم جعل يجمع فيها الطعام الذي كان في الصحفة ويقول: "غارت أمكم"، ثم حبس الخادم حتى أتى بصحفة من عند التي هو في بيتها، فدفح الصحفة الصحيحة إلى التي كسرت صحفتها وأمسك المكسورة في بيت التي كسرت فيه"⁽¹⁾، وعن عائشة - رضي الله عنها- قالت: "ما رأيت صانعا طعاما مثل صافية، صنعت لرسول الله ﷺ طعاما فبعثت به، فأخذني أفكَلٌ"⁽²⁾، فَكَسَرْتُ الإِنَاءَ، فقلت: يا رسول الله، ما كفارة ما صنعت؟ قال: "إِنَاءٌ مِثْلُ إِنَاءِ، وَطَعَامٌ مِثْلُ طَعَامٍ"⁽³⁾.

وجه الاستدلال:

لم يقم النبي ﷺ بزجرها أو تعنيفها فضلا عن ضربها، وإنما قال: "كلوا غارت أمكم" فالتمس لها العذر عند ما أبدت ندمها على ما فعلت، وَعَوَّضَ الطرف المتضرر بإتلاف ما له فقال: "إِنَاءٌ مِثْلُ إِنَاءِ وَطَعَامٌ مِثْلُ طَعَامٍ"، ليدل أن حقوق الناس لا تضيع وأن الضرر يجب إزالته، ولكن بضرر أقل منه، وإلا ما صدق الضرر يزال، ومن أجل هذا راعى تكوينها وطبيعتها والحالة التي كانت عليها، باعتبارها أنها سريعة الغضب ولا تقدر العواقب قَدْرَها، وهو ما أكده فيما رواه عنه أبو هريرة - رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: "واستوصوا

(1)- صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الغيرة، ج9/ص230، 231، ح/5225.

(2)- أخذتها رعشة من شدة الغيرة

(3)- أبو داود، كتاب البيوع، باب فيمن أفسد شيئا يغرم مثله، ج2/ص320، ح/3568، ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب الحكم فيمن كسر شيئا، ج2/ص781، 782، ح/2333، النسائي، كتاب عشرة النساء، باب الغيرة، ج7/ص82، ح/3967، المسند، ج/41، ص308، ح/24800، ج42/ص78، ح/25155، ج43، ص386، ح/26366، البيهقي، كتاب الغضب، باب رد القيمة إن كان من ذوات القيم، أو رد مثله إن كان من ذوات الأمثال إذا أتلغه الغاضب أو تلف في يده، ج6/ص159، 160، ح/11523.

بالنساء خيرا فإن هن خُلِقْنَ من ضلع أعوج، وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه، فإن ذهبت تقيمه كسرته، وإن تركته لم يزل أعوج، فاستوصوا بالنساء خيرا"⁽¹⁾، وفي رواية: "إن المرأة خلقت من ضلع لن تستقيم لك على طريقه، فإن استمتعت بها استمتعت بها وفيها عوج، وإن ذهبت تقيّمها كسرتها، وكسرها طلاقها"⁽²⁾، فيه إشارة إلى وجوب الرفق واللين واستعمال الحيلة في المعاملة، ولهذا أجاز الكذب عليها أحيانا من أجل الوصول إلى الهدف المنشود، وهو ما أشار إليه العز ابن عبد السلام في قوله: "الكذب مفسدة محرمة إلا أن يكون فيه جلب مصلحة أو درء مفسدة، فيجوز تارة ويجب أخرى وله أمثلة: أحدها: أن يكذب لزوجته لإصلاحها وحسن عشرتها فيجوز؛ لأن أقبح الكذب الذي لا يضر ولا ينفع يسير، فإن تضمن مصلحة تربي على قبحه أبيع الإقدام عليه تحصيلًا لتلك المصلحة، وكذلك الكذب للإصلاح بين الناس، وهو أولى بالجواز لعموم مصلحته"⁽³⁾، فإذا لم تأخذ بتلك الرخصة كنت متعسفا أو متعديا لمعرفتك المسبقة بالتركيب الفسيولوجي للمرأة، ومع هذا بالغت في القوامة، ف وقعت في المحذر منه، فتكون مسؤولا عن كل ما يترتب على ذلك، لعدم الامتثال لما أرشدت إليه، لقوله تعالى: ﴿ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾⁽⁴⁾.

ويضاف إلى ما قلنا أنفا مراعاة توترها والتغير الفسيولوجي أثناء فترة الحيض، فتصرفاتها تكون غير متزنة أحيانا، نظرا للوضع الذي هي فيه، لقوله تعالى: ﴿ وَسْئَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أذى ﴾⁽⁵⁾، حيث إنه عز وجل ذكر الأذى منكرًا حتى يستوعب جميع أنواعه، سواء ما تعلق بالمعاشرة الزوجية - الاتصال الجنسي - وما يخص المرأة، والنكرة كما هو معروف تفيد العموم، ولو عرفه لاقتصر فيه على الأذى المعروف، فتكون الآية غير جامعة لأفراد المعروف وهو ممتنع؛ لأنه يتعارض مع قوله تعالى: ﴿ أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴾⁽⁶⁾.

(1) - صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الوصاة بالنساء، ج9/ص161، ح/5186، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب الوصية بالنساء، ج5/ص313، 314، ح/1468/62.

(2) - صحيح مسلم، الموضع نفسه.

(3) - قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1/ص84.

(4) - الآية (7) من سورة الحشر.

(5) - الآية (222) من سورة البقرة.

(6) - الآية (14) من سورة الملك.

ويجب على الزوج كذلك أن يراعي البيئة التي نشأت فيها الزوجة، فيغير من سلوكياتها رويدا رويدا، دون أن يمارس عليها بعض الضغوط وأخذها بالشدّة والحزم فيما هو زائد على الواجب المتعين الذي لا خلاف فيه، سواء كان ملتزما بدينه أو كان متقلتا قبل ذلك وعاد إلى جادة الصوب، فيريد أن يحمل زوجه على هذا، وإنما عليه أن يتدرج معها في خطوات النصح والإرشاد مع ترتيب الأولويات، فيقدم الأصول على الفروع، حتى إذا ترسخت في نفسها وتمسكت بها انتقل إلى غيرها، وإن كان الكل مطلوبا لما بينهما من الترابط، ولكن فقه الأولويات يقتضي ذلك⁽¹⁾.

"والغيرة من الأبواب الحساسة التي تحتاج إلى قلوب شفافة تحسن وزنها؛ لأنها كثيرا ما تتداخل الأمور وتحتاج إلى طبع معتدل، وفقه دقيق بالشرع، وتَقْوَى تُمَيِّزُ بين المتداخلات دون جور ولا ظلم، ولا محاباة ولا مجاملة ولا تهور ولا برود، فالزوج المسلم الموفق هو الذي يحسن وضع الغيرة في منازلها ويتردد عن نفسه الشكوك والأوهام، فيشعر زوجته بالثقة ما دام سلوكها لا يتعارض مع الشرع، فيَقْوَى هذا الشعور أوامر المحبة والألفة"⁽²⁾.

الفرع الخامس: حق الاستمتاع الجنسي بين الزوجين.

بما أن حق طلب الاستمتاع من الأمور المشتركة بين الزوجين، ما لم يوجد مانع حسي كالصغر أو المرض الشديد، أو طبيعي كالحيض أو النفاس، أو شرعي كصوم رمضان الحاضر أو الإحرام بأحد النسكين أو الاعتكاف يمنع الاتصال بينهما، فإنه لا يختص به أحدهما دون الآخر، باعتبار الغريزة التي وضعها الله في خلقه من أجل إعمار هذا الكون الفسيح، فيؤدي إلى نشر الألفة والمحبة بينهما، وهو من ضمن الحقوق القائمة على مبدأ المساواة، قال الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽³⁾، وعن عائشة - رضي الله عنها - قالت: قال رسول الله ﷺ: "النساء شقائق الرجال"⁽⁴⁾، ولأهمية هذا الأمر فإن النبي ﷺ رتب عليه ثوابا إذا فعله الشخص ابتغاء مرضاة الله وتحسين نفسه وزوجه، فعن أبي ذر - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: "وفي بضع أحدكم صدقة، قالوا يا رسول الله، أيأتي

(1) - راجع الشك والغيرة في الحياة الزوجية، ص111 وما بعدها.

(2) - المصدر السابق، ص128.

(3) - الآية (228) من سورة البقرة.

(4) - أبو داود، كتاب الطهارة، باب في الرجل يجد البلية في منامه، ج1/ص111، ح/236، الترمذي، أبواب الطهارة، باب فيمن يستيقظ يستيقظ فيرى بللا ولا يذكر احتلاما، ج1/ص74، 75، ح/113، الدرامي، كتاب الطهارة، باب في المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل، ج1/ص195، المسند، ج43/ص264، ح/26195، ج45/ص85، ح/27118.

أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر؟ قال: "أرأيتم لو وضعها في حرام أكان عليه فيها وزر؟ فكذلك إذا وضعها في الحلال، كان له أجر"⁽¹⁾.

وهو ما قضى به كعب ورضيه عمر بن الخطاب - رضي الله عنهما - للمرأة التي جاءت تشكوه تقصير زوجها فقال له⁽²⁾:

إن لها عليك حقا يا بعل.

تصيبها في أربع لمن عدل.

فأعطها ذلك ودع عنك العلل.

وكذا مسألة القضاء بعود المقاتلين إلى زوجاتهم بعد قضائهم أربعة أشهر بعيدين عنهن، فهذا القضاء من حسن الفقه، بل هو فقه الفقه، لإدراكه الواقع، وفهم المقاصد الحقيقية من مشروعية النكاح، بصرف النظر عن أقوال الفقهاء في هذه المسألة⁽³⁾، وقضاؤه هذا مستنبط من قول النبي ﷺ فيما رواه عنه عبد الله ابن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: "يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟" فقلت: بلى يا رسول الله، قال: "فلا تفعل، صم وأفطر، وقم نم، فإن لجسدك عليك حقا، وإن لعينك عليك حقا وإن لزوجك عليك حقا، وإن لزورك عليك حقا"⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال:

نظم النبي ﷺ سلوك عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - في حياته، حتى لا يقع في الظلم والجور دون قصد منه، لانشغاله بعبادة ربه ليلا ونهارا، إعمالا للقاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار" منعا للتعسف.

ومن أجل إتمام هذه العلاقة على الوجه المطلوب وتحقيق الهدف المنشودة منها، يستحسن للزوجين وعلى وجه الخصوص الزوج أن يلاعب امرأته ويلاطفها، حتى تنهض

(1) - صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف، ج4/ص98، 99، ح/1006.

(2) - المغني، ج10/ص239، بدائع الصنائع، ج2/ص522.

(3) - من حيث عدد مرات الوطء، وهل يلزمه ذلك قضاء، راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2/ص339 وما بعدها، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل للأبي الأزهر، ج1/ص326، ط/دار المعرفة: بيروت، لبنان، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، لابن جزى الغرناطي، ص238، ت. ق: عبد الكريم الفيضلي، ط1(1420هـ/2000م)، المكتبة العصرية: بيروت، لبنان، فتح القدير، ج3/ص435، حاشية ابن عابدين، ج4/ص376، 377 وما بعدها، المجموع، للنووي، ج18/ص99، المحلى، لابن حزم، ج10/ص58 وما بعدها.

(4) - صحيح البخاري، كتاب الصوم، باب حق الجسم في الصوم، ج4/ص256، ح/1975، صحيح مسلم، كتاب الصيام، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به، ج4/ص296 وما بعدها، ح/182، 186، 188، 1159/193.

شهوتها، فإذا قضى منها وطره أمهلها قليلا، فلا يستعجل في النزاع حتى تقضي وطرها، وإلا كان أنانيا متعسفا في استخلاص حقه دون مراعاة لمشاعر زوجه وما يترتب على ذلك من آلام نفسية تعكر صفو العلاقة الزوجية بينهما، وبالأخص إذا تكرر ذلك، لما رواه أنس بن مالك - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: "إذا غشي الرجل أهله فليصدقها، فإن قضى حاجته ولم تقض حاجتها فلا يعجلها"⁽¹⁾، فهذا توجيه نبوي للزوجين معا في كيفية إسعاد بعضهما البعض دون إلحاق الضرر بالآخر، وعلى وجه الخصوص الزوجة لبطء شهوتها وربما استحيائها من إخبار زوجها بذلك، فيصيبها الضيق والحرَج.

ويرجع سبب هذه التوطئة نظرا للمشاكل التي تقع بين الزوجين أحيانا، نتيجة الممارسات الخاطئة منهما أو من أحدهما، اعتقادا منهما أن هذه خصوصية لهما كامل الحرية فيها، دون حدود أو ضوابط، اعتمادا على الفهم الخاطئ لقوله تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾⁽²⁾.

إذا كانت الزوجة مطلوب منها طاعة زوجها وتلبية رغباته الجنسية، والزوج مطلوب منه أيضا إعفاف زوجه وإبعادها عن براثن الرذيلة، متى كان قادرا على ذلك، صيانة للعرض، وحفظا للمجتمع، فهذا شيء محمود ومرغوب فيه كما مر ذكره، لكن الإشكال يكمن في الطريقة أو الكيفية التي يتم بها ذلك، فهل يستجيب أحدهما للآخر في كل ما يطلبه منه، أم أنه يحق أن يقول له لا متى كان ذلك فيه مخالفة للشرع، أو يتنافى مع الطبع السليم. هناك مبدآن عامان لا بد منهما:

المبدأ الأول: لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق مهما كان الطالب والمطلوب فعله، إلا إذا كان فيه هلاك للنفس، فيرتكب أخف الضررين وأهون الشرين؛ لأن حفظ النفس من الهلاك أولى من غيرها، فهي من الكليات الخمس التي أمر الإسلام بحفظها والذود عنها مهما كلف ذلك.

المبدأ الثاني: الفعل المحرم لا يصيره التراضي حلالا، ولو اتفق عليه الزوجان أو غيرهما، سواء في العلاقة الزوجية أو غيرها، وبناء عليه إذا طلب الزوج من زوجه الوطء في غير محل الولد لا المداعبة أو الاستمتاع فإنها جائزة مع الحيطة والحذر، وما دون ذلك فإن الزوجة

(1)- المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، كتاب النكاح، القول عند الجماع، وكيف يصنع، وفضل الجماع، ج6/ص194، ح/10468، ت. ق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط2(1403هـ/1983م)، المكتب الإسلامي: بيروت، لبنان.

(2)- الآية (223) من سورة البقرة.

لا تستجيب له مهما كانت الظروف ولو هدها بالطلاق، وفقا للقاعدة الفقهية "الرخص لا تناط بالمعاصي"⁽¹⁾، وقد يخدمها أو يوهمها بأن ذلك جائز اعتمادا على الآية السالف ذكرها؛ لأن هذا حرام وإثم كبير، لما روى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: "ملعون من أتى امرأته في دبرها"⁽²⁾، وعنه عن النبي ﷺ قال: "لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأته في دبرها"⁽³⁾، بل إن النبي ﷺ عده من الأفعال الموجبة للكفر للتسوية بينه وبين غيره في الحكم والذكر، فعنه عن النبي ﷺ قال: "من أتى حائضا أو امرأة في دبرها أو كاهنا فقد كفر بما أنزل على محمد"⁽⁴⁾، وعنه قال: "من أتى ذلك فقد كفر"⁽⁵⁾.

وجه الاستدلال:

بين النبي ﷺ أن هذا الفعل حرام، موجب لمقت الله وغضبه، ومخرج من الملة، وهناك نكتة لطيفة في قوله ﷺ: "امرأة" حيث إنه ﷺ ذكرها منكرة دون إضافتها إلى زوجها كقوله "امرأته أو نساءكم" فيكون هذا الفعل حراما في حد ذاته ولو استند في أصله إلى عقد زواج، وتزداد حرمة أكثر إذا كان مبناه المسافحة - بأن كان غير مستند إلى عقد شرعي كالزنا - ليدل أن النكحة هنا تفيد العموم، وإن كان من مقتضياتها التخصيص؛ لأنها جاءت في سياق الإثبات، فعن مجاهد - رضي الله عنه - قال: "من أتى امرأته في دبرها فهو من المرأة مثله من الرجل، ثُمَّ تَلَا ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَىٰ فَأَعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ أن تعتزلوهن في المحيض الفرج، ثُمَّ تَلَا ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ قائمة وقاعدة ومقبلة ومدبرة في الفرج، ونقل مثله عن عكرمة، فأتوا حرتكم قال: "يأتي أهله كيف شاء، هي قائمة أو

(1) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص312، القاعدة الرابعة عشرة من القواعد الكلية، الأشباه والنظائر، للسبكي، ج1/ص135.

(2) - سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في جامع النكاح، ج2/ص427، ح/2162، المسند، ج15/ص457، ح/9733، ج16/ص157، ح/10206.

(3) - ابن ماجه، كتاب النكاح، باب النهي عن إتيان النساء في أديارهن، ج1/ص619، ح/1923، الدارمي، كتاب الطهارة، باب من أتى امرأته في دبرها، ج1/ص260، المسند، ج13/ص111، ح/7684، ج14/ص214، ح/8532، صحيح ابن حبان، كتاب النكاح، باب النهي عن إتيان النساء في أعجازهن، ج9/ص517، 518، ح/4204.

(4) - أبو داود، كتاب الطب، باب في الكاهن، ج4/ص14، ح/3904، الترمذي، أبواب الطهارة، باب ما جاء في كراهية إتيان الحائض، ج1/ص90، ح/135، ابن ماجه، كتاب الطهارة وسننها، باب النهي عن إتيان الحائض، ج1/ص209، ح/639، الدارمي، كتاب الطهارة، باب من أتى امرأته في دبرها، ج1/ص259، المسند، ج15/ص164، ح/9290، ج16/ص142، ح/10167.

(5) - المصنف، لعبد الرزاق، باب إتيان المرأة في دبرها، ج11/ص443، ح/20958.

قاعدة ومن بين يديها ومن خلفها، ونقل عن طاووس وسعيد ومجاهد وعطاء أنهم كانوا ينكرون إتيان النساء في أدبارهن ويقولون هو الكفر⁽¹⁾، فهذا يدل أنه لا فرق بين إتيان الرجل الرجل وإتيان المرأة في دبرها، فعن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال: "تلك اللوطية الصغرى يعني إتيان المرأة في دبرها"⁽²⁾.

فهل بعد هذا البيان يبقى لمن يتحجج أو يتكأ بقوله تعالى: ﴿سَأْوَكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾⁽³⁾، عذر في إتيان النساء في إعجازهن مع أن المراد هو الكيفية وليس المحل، فله أن يأتيها قاعدة أو قائمة أو مستلقية على ظهرها أو بطنها أو جنبها أو من خلفها إلى غير ذلك من الهيئات التي يراها مثيرة له ولها، والمطلوب في هذا كله أن يكون الإتيان في محل الحرث الذي هو مستقر الولد لا غيره، والعدول عن هذا إلى غيره كالدبر يعد تعسفا في استعمال حق الاستمتاع، وسوء فهم للنص.

قال ابن عباس - رضي الله عنهما - في تفسير قوله تعالى: ﴿فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ

اللَّهُ﴾⁽⁴⁾، "أي جامعوهن، أو تأتيها من حيث أمرت أن تعتزلها يعني في المحيض، أو من

حيث رخص لكم الله قبل ذلك في الفروج، وقوله: ﴿فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ يعني الفرج ولا تتعداه إلى غيره أو قال: مزرعتكم كيف شئتم مقبلة أو مدبرة إذا كان في صمام واحد"⁽⁵⁾.

(1) - الدارمي، كتاب الطهارة، باب من أتى امرأته في دبرها، باب إتيان النساء في أدبارهن، ج1/ص261، 259.

* وهو ما أكده عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - عند ما سئل عن الذي يأتي امرأته في دبرها فقال: "هذا يسائلني عن الكفر".
المصنف، باب إتيان المرأة في دبرها، ج11/ص442، ح/20953.

* ربما الصواب، يسألني، بدل يسائلني"

(2) - البيهقي، كتاب النكاح، باب إتيان النساء في أدبارهن، ج9/ص320، 321، ح/14122، المصنف، لعبد الرزاق، باب إتيان المرأة في دبرها، ج11/ص443، ح/20956.

* لا يضر كونه سماه "اللوطة الصغرى" تصغيرا للفظ اللواط واحتقارا له باعتبار أنه يصدق على المرأة وواقع عليها، وفيه شبهة للزوج دون معاشرته الرجل للرجل؛ لأنه حرام ابتداء فاشتركا في الحكم، فالفعل المحرم لا يختلف حكمه، سواء كان صغيرا أو كبيرا، فما حرم قليله حرم كثيره، وما حرم أخذه حرم إعطاؤه وفقا للقاعدة الفقهية "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه". الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص333، القاعدة السابعة والعشرون من القواعد الكلية، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص158، القاعدة الرابعة عشر.

(3) - الآية (223) من سورة البقرة.

(4) - الآية (222) من سورة البقرة.

(5) - زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم الجوزية، ج4/ص240، ط1(1428هـ/2007م)، ت. ق: شعيب الأرنؤوط، عبد القادر القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة: بيروت، لبنان، تنوير المقباس من تفسير ابن عباس، إعداد مكتب التحقيق بالدار، ص39، ط1(1412هـ/1992م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان، وللمزيد راجع: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، للطبري، ج2/ص519 وما بعدها، ت. ق: مكتب الدار، ط1(1423هـ/2002م)، دار ابن حزم: بيروت، لبنان، دار الأعلام عمان: الأردن، الجامع لأحكام =

ولو كان الإتيان جائزا في أعجاز النساء - أدبارهن - لأمر بتحويل رحله إليه، حتى لا يتضرر باحتباس مائه؛ لأن الضرر يجب إزالته، ولكن بضرر أقل منه، وإلا ما صدق الضرر يزال، ولكنه لم يأمر به، فدل على حرمة، بدليل ما رواه ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: "جاء عمر إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، هلكت. قال: "وما أهلكك؟" قال: حولت رحلي الليلة، قال فلم يرد عليه رسول الله ﷺ شيئا، قال فأنزلت على رسول ﷺ الله هذه الآية ﴿نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾؛ "أَقْبِلْ وَأَدْبِرْ وَأَتَّقِ الدَّبِرَ وَالْحَيْضَةَ".⁽¹⁾

فمن زاع عن هذا فهو متعسف في استعمال حق المتعة الزوجية، بل متعد؛ لأنه لم يستند إلى دليل يقبله الشرع والعقل، وإنما ناتج عن أوهام وسوء فهم للنصوص الشرعية، نابع إما من المورثات القديمة، أو من المخلفات الاجتماعية، أو من خلال مشاهدته للأفلام الإباحية، فيريد أن يحاكيها تطبيقا على زوجه، بصرف النظر عن الضرر الذي يلحق زوجه أو يصيبه هو؛ لأن الحشى محل للأذى، وقد سئل الإمام القاضي الطوسي عن المسألة فقال: "لا يجوز وطء المرأة في دبرها بحال؛ لأن الله تعالى حرم الفرج حال الحيض لأجل النجاسة العارضة، فأولى أن يحرم الدبر بالنجاسة اللازمة"⁽²⁾، وفيه أيضا تقويت لحق المرأة في الاستمتاع بالوطء في فرجها، فوطؤها في دبرها لا يقضي لها وطرها ولا يحصل مقصودها، لعدم تهيئته لذلك.⁽³⁾

ومما يجب التنويه إليه أيضا هو العنف في الممارسة الجنسية عموما، وفي يوم البناء خصوصا، فكثيرا ما يستخدم الزوج مع زوجه العنف المفرط من أجل فض غشاء بكرتها دون مراعاة لآلامها، فيحدث لها نزيفا حادا تتقل على إثره للمستشفى، وربما أدى ذلك للإفشاء بين المحليين - محل الجماع والبول - فيترتب عليه إحداث عيب بالزوجة يؤدي إلى عدم الاستمتاع بها فيطلقها على إثر ذلك، فمن أجل هذه الآثار غير المرغوبة، والممارسات الخاطئة المؤدية إلى فك الرابطة الزوجية، يجب عليه أن تكون لديه ثقافة جنسية شرعية صحيحة، تمكنه من

= القرآن، للقرطبي، ج3/ص88 وما بعدها، ت. ق: عبد الرزاق المهدي، ط5(1423هـ/2002م)، دار الكتاب العربي: بيروت، لبنان، تفسير القرآن العظيم، لابن كثير، ج1/ص522 وما بعدها، ت. ق: عبد الرزاق المهدي، ط2(1423هـ/2002م)، دار الكتاب العربي: بيروت، لبنان.

(1) - الترمذي، أبواب تفسير القرآن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ومن سورة البقرة، ج4/ص284، ح/4064، النسائي، ج9/ص321، ح/14125، المسند، ج4/ص434، ح/2703، صحيح ابن حبان، كتاب النكاح، باب النهي عن إتيان النساء في أعجازهن، ج9/ص516، ح/4202.

(2) - أحكام القرآن، لابن العربي، ج1/ص174.

(3) - للمزيد راجع الشك والغيرة في الحياة الزوجية، ص161، 162، 167 وما بعدها.

تحقيق رغبته، دون إلحاق أذى أو ضرر بزوجه، ليس هو من مقتضيات الممارسة الجنسية، وفقا للأصل العام "لا ضرر ولا ضرار".

وإذا كان هذا هو الأصل في المعاشرة الزوجية، فما الحكم لو أثبت الطبيب الشرعي- المعتمد لدى الدولة- أن الزوج هو الذي أحدث عيبا بزوجه أثناء الممارسة الجنسية بسبب العنف المفرط، سواء كان جاهلا للآثار التي تترتب على ذلك أو متعمدا، كأن تكون بينهما خصومة مسبقة، فأراد الانتقام منها، ثم تطبيقها فيما بعد، بحجة عدم صلاحيتها للاستمتاع إن دل البساط على ذلك، فهل يُعدُّ هذا الفعل من قبيل الجناية، لكونه اعتداء أو تعسفا في استعمال الحق، وبالتالي هل لها الحق في المطالبة بالتعويض نظرا للمسؤولية المدنية أم لا؟

أرى أن العنف المفرط أثناء الممارسة الجنسية المؤدي أحيانا إلى إحداث عيب بالزوجة يوجب التعويض عموما وربما التعزير معه إن كان متعمدا لوجود الشبهة، وهي كون الاستمتاع لا يحصل إلا بالإفشاء، وذلك إعمالا للقواعد الفقهية "من أتلّف شيئا فعليه إصلاحه"، و"الضرر يزال"، وإزالته هنا أو إصلاحه يكون بالتعويض؛ لأن الأمر الواقع لا يمكن رفعه، وإنما يقطع استمراره واستدامته، وبهذا نكون قد حققنا مدلول القاعدة، ونظير هذا من كان ذا عبالة من الأزواج، فإنه يجب تحديد المقدار الذي يولجه من عضوه في فرج امرأته، حفاظا عليه من التلف، سواء كان فرج المرأة ضيقا أم لا، ولا يصح الاحتجاج بالقاعدة الشرعية "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، لأن الاستمتاع بالزوجة لا يحصل إلا بفض غشاء البكارة مع بعض الآلام ونزول قطرات من الدم كالجراحات الطبيعية، وهذا لا خلاف فيه، وإنما كلامنا عن العنف المفرط، سواء في ليلة البناء وما بعدها، والمفضي أحيانا إلى إلحاق الضرر بالزوجة، ومن هنا افترقا، احتراما لخصوصية وحرية الزوجين في الاستمتاع، ومن ثمّ عدم التنغيص عليهما في مسكنهما، فالجواز الشرعي المقيد لا ينافي الضمان، وإنما ينافيه الجواز المطلق، والشارع المقيد أورد قيودا على الإباحات عموما؛ لأنه ليس من المصلحة تمكين الناس منه منعا للتعسف⁽¹⁾، إذ الحق لم يشرع وسيلة إلى ذلك؛ بل شرع لمصلحة معتبرة شرعا، وليس الإضرار بالغير مصلحة مشروعة، أو يمكن أن يكون مقصدا للشارع، فالمناقضة ظاهرة⁽²⁾.

(1)- راجع نظرية التعسف في استعمال الحق، فتحي الدريني، ص69، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، مصطفى أحمد الزرقا، ج1/ص109، ط1(1418هـ/1998م)، دار القلم: دمشق، سوريا.

(2)- نظرية التعسف في استعمال الحق، ص43.

الفرع السادس: الإحسان للوالدين.

بما أن الحياة الاجتماعية قائمة في أصلها على الإحسان والمعاملة الحسنة ورد الجميل لصانعه، فإن هذا يتطلب إساءة المعروف لأهله مصداقا لقوله تعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَنِ إِلَّا الْإِحْسَنُ﴾⁽¹⁾، وقوله: ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾⁽²⁾، وقول الرسول ﷺ الله عليه وسلم فيما رواه شداد ابن أوس - رضي الله عنه - قال: ثنتان حفظتهما عن رسول الله ﷺ قال: "إن الله كتب الإحسان على كل شيء"⁽³⁾، وقديما قيل: صنائع المعروف تقي مصارع السوء، ومن هنا فإن فضل الوالدين على الولد كبير ولو لم تكن إلا الوالدة لكفى أن تكون سببا موجبا لطاعتها، وهي من الحقوق الواجبة للأباء على الأبناء، لكن هذه الحقوق لا بد أن تناط بحد شرعي يضبطها، حتى لا يقع فيها تجاوز أو تعسف في استعمال حق وجوب الطاعة استنادا لعموم النصوص الشرعية، دون الوقوف على المعنى الحقيقي والفهم السديد لها، وما ترمي إليه من دلالات.

ومن ضمن هذه الحقوق زيارة الزوجة لأبويها أو أحدهما أو استضافتهما أو تريضهما عندها أو في بيتها، وكذا الزوج، فهذا الحق واجب عليهما اتجاههما متى كان بالمعروف، بحيث لا يؤثر على علاقتهما الزوجية، فإذا تجاوز هذا الأمر حدود المعروف، بحيث أصبح فيه إحراج ومضايقه، مما يؤدي إلى تعكير صفو العلاقة الزوجية، وإثارة المشاكل بين الزوجين، بحجة أن كلا منهما له الحق في استضافة والديه أو أحدهما والمكوث عنده ما شاء، وتريضه دون أن يكون للطرف الآخر حق الاعتراض، وبالأخص إذا كانت الزوجة تشارك زوجها في نفقة البيت أو الإيجار، وإلا اعتبر كارها لأبويه، ولا يرغب في رؤيتهما أو زيارتهما، فهل هذا التصرف مشروع أم لا؟

الناظر في دنيا الناس اليوم يجد أن من ضمن أسباب المشاكل الزوجية، وروافد الطلاق، هو عدم المعرفة الجيدة للحقوق والواجبات وإمكانية التفرقة بينهما، فكل منهما يتمسك بما يراه أنه حق من حقوقه، بل يتعسف في استعماله، فزيارة الزوجة لأبويها أو أحدهما أو الاتصال بهما عبر الهاتف أو استضافتهما أو عيادتهما أو تريضهما أو حضور جنازتهما من الحقوق الواجبة عليها نحوهما، لكن ممارسة هذا الحق يجب أن يكون في حدود الشرع والعرف؛ حتى

(1)- الآية (60) من سورة الرحمن.

(2)- الآية (86) من سورة النساء.

(3)- صحيح مسلم ، كتاب الصيد والذبائح، باب الأمر بإحسان الذبح وتحديد الشفرة، ج/7ص/118، 119 ح/1955.

لا يلحق ضرر بالزوج، ويكون بإذنه أو ما يقوم مقامه كإيصالها بنفسه، وينبغي عليه ألا يمنعها من ذلك؛ لأن فيه قطيعة للرحم التي أمر الله أن توصل، قال تعالى: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتَقَطَّعُوا أَرْحَامَكُمْ﴾⁽¹⁾، وقال: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا يَاَهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾⁽²⁾، ومن الإحسان إليهما برهما، سواء كان ذلك بطاعتها فيما يرضي الله سبحانه وتعالى، أو صلتها، أو القيام على شؤونهما عند الحاجة وعجزهما عن ذلك وعدم وجود أحد سواها يقوم بذلك، فعن جبير بن مطعم - رضي الله عنه - أنه سمع النبي ﷺ يقول: "لا يدخل الجنة قاطع رحم"⁽³⁾، وعن أنس بن مالك - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "من أحب أن يبسط له في رزقه، وينسأ له في أجله فليصل رحمه"⁽⁴⁾، وعن أبي هريرة رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: "إن الرحم شجنة من الرحمن فقال الله: من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته"⁽⁵⁾، فكثرة توارد الأدلة على شيء واحد يدل على شرف وأهمية وعظم المدلول عليه، فمنع الزوج زوجته من ذلك أو التضييق عليها ربما يحملها على المخافة فيوقعها في المحذور، لما روي عن أنس - رضي الله عنه - أنه قال للمرأة التي منعها زوجها من زيارة أبيها وحضور جنازته: "انقي الله ولا تخالفي زوجك"⁽⁶⁾، فهل تصبر المرأة على ذلك وتحسب الأجر عند الله سبحانه وتعالى مع ضعفها، لا أظن ذلك وهي محقة، فإن تم المنع عدَّ هذا الصنيع تعسفا من الزوج في استعمال حق الطاعة والقوامة.

ومن حالات الضرورة أو الحاجة الملحة تريض أحدهما لأحد أبويه أو كليهما، سواء باستضافتهما عندهما، وهذا يترتب عليه أحيانا المكث الطويل إذا كان المرض مزمنًا أو في بيتتهما - بيت الأبوين - ويستلزم من ذلك كثرة تردد الزوجة عليهما على وجه الخصوص، ولا يخفى ما يحصل من تضاييق وتضمر أحد الزوجين بذلك، سواء أبدى ذلك صراحة أو دلت تصرفاته عليه، ومن أجل دفع هذا الضرر إعمالا للواعد الفقهيّة "الضرر يزال"، و"دفع أعظم

(1) - الآية (22) من سورة محمد .

(2) - الآية (23) من سورة الاسراء .

(3) - صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب إثم القاطع، ج10/ص428، ح/5984، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والأدب، باب صلة الرحم، ج8/ص354، ح/2556.

(4) - المصدران السابقان، البخاري، باب من بسط له في الرزق بصلة الرحم، ج10/ص429، ح/5986، مسلم، ج8/ص355، ح/2557.

(5) - المصدران السابقان، البخاري باب من وصل وصله الله، ج10/ص430، ح/431، ح/5988، مسلم، ج8/ص354، ح/2555.

(6) - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، للألباني، ج7/ص76، ط1/1399، 1979م، المكتب الإسلامي القاهرة، مصر.

الضررين" و " درء المفسد أولى من جلب المصالح" ...الخ لا بد من النظر إلى الحالة الاجتماعية للأبوين، فإن كان لهما أولاد آخرون غير أحد الزوجين وجب عليهم أن يتقاسموا الأعباء فيما بينهم تخفيفاً عليهم، حتى لا يقع العبء على واحد دون البقية، إعمالاً لقوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾⁽¹⁾، وقوله: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁽²⁾، وقول رسول الله ﷺ فيما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: "دعوني ما تركتكم، فإنما أهلك من كان قبلكم سؤالهم واختلافهم عن أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم"⁽³⁾.

فإذا لم يكن لهما غير أحد هذين الزوجين، فالواجب على الزوج أن يمرض أبويه بنفسه إن امتعت زوجته عن ذلك أو تضجرت، ولا يحق له أن يجبرها على خدمتهما، أو ينتقص من حقوقها بسبب امتناعها؛ لأن خدمتهما ليست واجبة عليها، وإنما ذلك حق له ولأولادهما دون غيرهما، وما دون ذلك فهو من باب المعروف، وإنما عليه فقط أن يحثها على فعل الخير ويبين لها فضله، وأنها تعلقو وتسموا في نفسه وتقر بها عينه كلما تفانت في خدمة أبويه وأحسننت تبعلها له، ولا يحق لها أن تمنعه من تريضهما في بيت الزوجية أو تخيره بينها وبينهما إذا لم يكن بمقدوره توفير مسكن لهما أو أن حالتها الصحية لا تسمح ببقائهما لوحدهما لفترة طويلة، فيحتاجان للرعاية المستمرة؛ لأن القوامة له، فمن أصر منهما - الزوجين - على ما ذكرناه اعتبر متعسفا في سوء استخدام الحق.

أما إن كان الممرض هو الزوجة فعليها أن تلاطف زوجها وتطلب منه ذلك بالحسنى، وعليه أن يستجيب لذلك تفضلاً لا إيجاباً، مراعاة لشعور زوجها، وتحقيقاً لمراد قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁽⁴⁾، ومقاصد الشريعة، فإن امتنع عن ذلك، فما عليها إلا أن تبحث لها عن مخرج تحافظ به على كيان أسرتها ورعاية أبويها.

(1) - الآية (16) من سورة التغابن.

(2) - الآية (286) من سورة البقرة.

(3) - المصدران السابقان - البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن ﷺ وقوله تعالى: ﴿وَأَعْلَنَّا لِلْمُؤْمِنِينَ إِمَامًا﴾، ج13/ص264، ح/7288، مسلم، كتاب الحج، باب فرض الحج مرة في العمر، ج5/ص111، ح/1337.

(4) - الآية (21) من سورة الروم.

وإذا كان هذا هو شأنها مع أبويها، فمن باب أولى غيرهما، فلا تدخل أحدا إلى بيته على وجه العموم إلا بإذنه، لما رواه عمرو بن الأحوص - رضي الله عنه - عن أبيه عن النبي ﷺ قال: في حجة الوداع: "ألا إن لكم على أنفسكم حقا، ولنسائكم عليكم حقا، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذنن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن"⁽¹⁾.

فهذا الحديث وضع الأسس التي تبنى عليها العلاقة الزوجية منعا للحييف والظلم، حتى لا يتسلط أحدهما على الآخر؛ لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات، إبراء للذمة، فمن عمل على غير هذا الهدى عُدَّ متعسفا في سوء استخدام حق القوامة وغيرها.

الفرع السابع: تأديب الولد وتعزيزه.

الولد هو ثمرة العلاقة الزوجية يحتاج إلى رعاية كاملة، حتى يشتد ساعده، ويخوض ضروب الحياة، فهذه المرحلة العمرية مرحلة صقل وبناء وتقويم وتهذيب وتعليم، وعلى قدر هذه العناية تكون النتائج التي من خلالها إما أن يرقى المجتمع فيزدهر ويكون في مصاف المجتمعات المتحضرة، أو يتقهقر ويكون في مؤخرتها، وكما قيل: "إذا أردتم مجتمعا فاضلا فربوا شبابه على الفضيلة"، وهذا يتطلب الحزم والعزم واللطافة وإخلاص النية، والمثابرة والديمومة؛ لأن من ضمن المشاكل التي نعاني منها في حياتنا اليومية هو النفس القصير والحماس الزائد الذي ما يلبث إلا أن يضمحل ويفتر، وهو خلاف الهدى النبوي الشريف، فعن عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال: "سددوا وقاربوا، واعلموا أن لن يدخل أحدكم عمله الجنة، وأن أحب الأعمال أدومها إلى الله وإن قل"⁽²⁾، وعن عائشة قالت: "كان أحب العمل إلى رسول الله ﷺ الذي يدوم عليه صاحبه"⁽³⁾.

لكن هذا لا يستلزم منه التعدي أو التعسف في التربية وما يتبعها، فعن أنس بن مالك - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ قال: "أكرموا أولادكم وأحسنوا أدبهم"⁽⁴⁾، وعن أيوب بن

(1) - الترمذي، أبواب الرضاع، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، ج2/ص315، ح/1173، ابن ماجه، كتاب النكاح، باب حق المرأة على الزوج، ج1/ص594، ح/1851.

(2) - صحيح البخاري، كتاب الرقاق، باب القصد والمداومة على العمل، ج11/ص300، ح/6464، 6465، صحيح مسلم، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب فضيلة العمل الدائم من قيام الليل وغيره، ج3/ص329، ح/783.

(3) - الموطأ، للإمام مالك، كتاب قصر الصلاة في السفر، باب جامع الصلاة، ج1/ص112، ح/90، ت. ق: هاني الحاج، ط. غ. م، المكتبة التوفيقية: القاهرة، مصر.

(4) - ابن ماجه، كتاب الأدب، باب ير الوالد والإحسان إلى البنات، ج2/ص1211، ح/3674.

موسى عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: "ما نحل والد ولدا من نحلٍ أفضل من أدب حسن"⁽¹⁾، ولأهمية التنشئة الصالحة قال الحكماء: "بادروا بتأديب الأطفال، قبل تراكم الأشغال، وتشتت البال"⁽²⁾.

وإذا كان من حق الوالد أن يؤدب ولده، سواء بالضرب غير المبرح الذي لا يشين لحما ولا يكسر عظما، أو غيره من الأشياء المحببة إليه كالمصروف اليومي أو اللعب أو التنزه... إلخ، فهذا أمر مشروع ومطلوب إذا صح القصد وصدقت النية، وإلا تمرد الولد؛ لأن سياسة الثواب والعقاب المعتدلة التي لا جور فيها ولا تعسف، تكون ناجعة وتؤتي ثمارها في كثير من الأحيان، لكن ما نلاحظه في حياتنا اليومية على وجه العموم يخالف المنهج الإسلامي والإنساني أحيانا في التعامل مع الأولاد، فكثير من الآباء يضربون أبناءهم ضربا مبرحا يؤدي أحيانا إلى تشويه أو كسر عظم... إلخ، مع الشتم والتوبيخ والتقبيح، وهو خلاف ما نص عليه النبي ﷺ بقوله: "ولا تقبح" - أي لا تقل قبحك الله، فما بالك بما هو أكثر من ذلك كاللعن - دون مراعاة لحالاتهم النفسية، وأن هذا يؤثر على سلوكهم بجعلهم أكثر عدوانية، فينتقمون من آبائهم، وينشئ فيهم أيضا خلقا سيئا ألا وهو الكذب الذي أضحى شائعا بين الكبير والصغير على السواء، وهو خصلة من خصال النفاق، وقد يدفع هذا السلوك الولد - نكرا كان أو أنثى - للهروب من البيت كما تطالعنا به الصحف، حيث إن الأب منع ابنته من إتمام الدراسة فتعرضت لضغط شديد غادرت على إثره البيت إلى وجهة مجهولة⁽³⁾، فكل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل".

ولأهمية هذا الموضوع نص المقتن الإماراتي على أنه حق من حقوق الزوجة على زوجها، فلا يحق له منعها من إتمام دراستها في الفقرة الثانية من المادة "55"، "عدم منعها من إكمال دراستها"، وهو ما أقرته المادة الأولى والثانية والخامسة والعاشر من قانون حقوق المرأة الصادر عن الأمم المتحدة والمصادق عليه من قبل الجزائر في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979م لما رآه المشرع من تعسف الزوج وغيره في ذلك، حيث إنه يشترط عليها أحيانا التوقف عن الدراسة الأكاديمية اعتمادا على حجج واهية ناتجة عن

(1) - الترمذي، أبواب البر والصلة، باب ما جاء في أدب الولد، ج3/ص227، ح/2018، المسند، ج24/ص128، ح/15403، ج27/ص265، ح/16710، ص274، ح/16717، البيهقي، كتاب الصلاة، باب وجوب تعلم ما تجزئ به الصلاة، ج2/ص28، ح/2273، كتاب الصلاة، باب ما على الآباء والأمهات من تعليم الصبيان أمر الطهارة والصلاة، ج3/ص120، ح/5097، المستدرک، کتاب الأدب، ج4/ص292، ح/7679.

(2) - مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلتها، عبد الله بن الطاهر التتاني، ج1/ص250.

(3) - راجع جريدة الشروق اليومي، العدد 4719، ص19، 7 رجب 1436 هـ الموافق لـ 2015/04/26م.

قصر الفهم وضيق الأفق، وهذا يتعارض مع صريح قوله تعالى: ﴿وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا﴾⁽¹⁾، فلم يحدد لذلك سنا معينة، فمن أراد أن يتعلم أو يكمل تعليمه، فالأبواب مفتوحة أمامه، سواء في الجامعة أو غيرها، وهو ما أكده الإمام أحمد بقوله: "مع المحبرة إلى المقبرة"، ويقال لذا المتقيهق: فمن يعالج زوجك وابنتك وغيرهما، أم أنك تذهب بهما إلى الرجال فيكشفوا عن عورتها مع أن البدائل موجودة، فيكون واجبا عليها أن تتعلم، حتى لا تكسف العورات لغير ضرورة، لكن يشترط أن تلتزم البنت أو المرأة بالآداب الشرعية وعدم ارتكاب محظور يخالف الدين والعرف، فإن منعها مع التزامها عُدَّ متعسفا، وكذا إن ترك لها الحبل على الغارب؛ لأنه استخدمه في الاتجاه السلبي، لعدم كفها ومنعها من هذا السلوك، والممارسات الخاطئة، وقد يجعل التصرف المشار إليه أنفا⁽²⁾ الولد انطوائيا منعزلا عن المجتمع، لما يلقاه من سوء المعاملة والتعسف في حق الأدب، ومن هنا وجب إيقافه منعاً لاستمراره وربما سلب حق الولاية منه على أبنائه؛ "لأن المشروع إذا أدى إلى محظور كان محظورا، والمباح إذا أدى إلى حرام كان حراما... وبناء عليه يكون المتعسف في استعمال الحق قد تسبب في أمر محظور متعديا بطريق التسبب؛ لتقصيره عند استعمال حقه، بقصد الضرر، أو بالسعي في حصول مفسد غالبية، أو في تحقيق أغراض غير مشروعة، فيكون مسؤولا عن هذا التقصير"⁽³⁾، وهو ما أشار إليه الإمام الشاطبي بقوله: "إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب، قصد ذلك المتسبب أولا؛ لأنه لما جُعِلَ مُسَبِّبًا عنه في مجاري العادات⁽⁴⁾ عُدَّ كأنه فاعل له مباشرة"⁽⁵⁾، ولكي لا تكون هناك مناقصة بين قصد الشارع من التشريع وقصد المكلف يمنع التسبب في ذلك ولو كان القصد حسنا درءا للتعسف "إذ لا مصلحة تتوقع مطلقا مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزويد عنها"⁽⁶⁾.

ولهذا قررت وزارة التربية والتعليم منع ضرب التلاميذ لما رأت من تعسف المشرف على المؤسسة التربوية أو المعلم في استخدام حق التأديب والخروج به عن الحد المشروع وما يتركه من آثار جانبية قد تصل أحيانا إلى حد الإعاقة على ضوء ما تظالعا به الصحف اليومية،

(1) - الآية(114) من سورة طه.

(2) - من الضرب والشم ونحوه.

(3) - أحمد أبوسنة في أسبوع الفقه الإسلامي، ص119، ط/المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، مصر.

(4) - أي في نظر الشخص العادي، لا المتسبب خاصة، بمعنى أن هذا الفعل عادة يؤدي إلى مثل هذه النتائج. راجع: نظرية التعسف

في استعمال الحق، فتحي الدريني، ه/3، ص32.

(5) - الموافقات، ج3/ص149.

(6) - المصدر السابق، ج3/ص257.

ويا حبذا لو فُعلَ هذا القانون حقيقة، ووضعت له الآليات الصحيحة لتطبيقه، منعا للتداخل والتعسف، مع حماية التلاميذ من انتقام بعض المعلمين، سواء في الامتحانات أو غيرها، لا أن يبقى حبرا على الورق كبقية القوانين، فمشكلتنا ليست في قلتها، بل هي كثيرة، وإنما مأساتنا في تطبيقها وتجسيدها على أرض الواقع، وفي هذا يقول سلطان العلماء العز بن عبد السلام: "فإن قيل: إذا كان الصبي لا يصلحه إلا الضرب المبرح، فهل يجوز ضربه تحصيلًا لمصلحة تأديبية؟ قلنا: "لا يجوز ذلك، بل لا يجوز أن يضربه ضربا غير مبرح؛ لأن الضرب الذي لا يبرح مفسدة، وإنما جاز لكونه وسيلة إلى مصلحة التأديب، فإذا لم يحصل التأديب سقط الضرب الخفيف، كما يسقط الضرب الشديد؛ لأن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد"⁽¹⁾، إذا غلب على الظن عدم تحقق الغرض من مشروعيتها، إقامة للمظنة مقام المنة فضلا عن تأكده، إذ لا عبرة بالوسائل إذا انتفى المقصد منها أو سقط ولو كان الاستعمال - الوسائل أو الحق - معتادا؛ لأنها تتبع المقاصد في الأحكام، فكل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يُشرع، كما أنه لا يجوز التأديب بالأغلظ إذا حصل بالأخف أو المغلظ⁽²⁾.

قال العز بن عبد السلام: "ومهما حصل التأديب بالأخف من الأفعال والأقوال والحبس والاعتقاد، لم يعدل إلى الأغلظ إذ هو مفسدة لا فائدة فيه؛ لحصول الغرض بما دونه"⁽³⁾، فإن فعل غُدّ متعد يحق لمن وقع عليه طلب التعويض عن الضرر إن كان له وجه.

نخلص من هذا أن الشرع لا ينظر إلى الفرد كوحدة مستقلة عن المجتمع، وأن حقوقه ليست غاية في ذاتها، بل هو وحدة إنسانية تعيش في إطار اجتماعي ترتبط بغيرها ممن يشاركونها في نفس العيشة برباط المصالح المتبادلة، فتجمع بين جنباتها بين الصفة الفردية والاجتماعية، تتعكس على الحقوق إيجابا وسلبا، فتتفي عنها صفة الفردية المطلقة لتعلقها بالحق الاجتماعي أو ما يعرف بالحق العام أو حق الشارع، كما تتفي عنها الصفة الاجتماعية المحضة؛ لأن ذلك هدر للحقوق الفردية⁽⁴⁾، ومن أجل دفع التضارب بين المصلحتين عمد الفقه الإسلامي إلى التنسيق بينهما رعاية للحقين معا ما أمكن، وفقا لعموم الحديث "لا ضرر ولا ضرار".

(1) - قواعد الأحكام، ج1/ص89، 90.

(2) - راجع نظرية التعسف في استعمال الحق، ص43، 43، 243، 244، 245، ترتيب الفروق واختصارها، ج2/ص46.

(3) - قواعد الأحكام، ج2/ص252.

(4) - انظر نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص42، 86، وما بعدها، ص277.

بالنظر في المجتمع نرى أن هذا النشأ الذي سيصبح في الغد القريب آباء وأمّهات ومسؤولين لا يملكون المقومات الأساسية التي تؤهلهم ليكونوا أكفاء أو تجعلهم على قدر المسؤولية في تكوين أسرة ملؤها الدفء والمحبة؛ لأن فاقده الشيء لا يعطيه، فقد يكون سوء الأبوين أو أحدهما سببا في سوء الأبناء والعكس كذلك، وكما قيل:

إن مثل الأب من الابن كمثل الظل من العود * * * ومتى استوى الظل والعود أعوج.

فالتربية التي نمد بها أبناءنا الذين هم جيل المستقبل وحاملو لواء الأمة ومشعلها وعليهم التكلان لا تسمن ولا تغني من جوع، فكيف بنا ننتظر منهم أشياء ونحن لم نعددهم الإعداد الحقيقي، فهذا ظلم في حقهم وتكليفهم بما لا يعلمون، بل هو عين التعسف؛ لأنه مطمع أو طموح في غير محله، وكما تقول الحكمة: "حال رجل في ألف رجل أنفع من قول ألف رجل في رجل"⁽¹⁾، وخير شاهد على ذلك قول الفاروق عمر - رضي الله عنه - للوالد الذي جاءه شاكيا عقوق ابنه، فعندما استفسر عن الأمر قال له: أنت عققته قبل أن يعقك؛ لأنك لم تحسن أدبه ولم تختار له أما واسما حسنا يُسر به عند المنادة، لا أن يخجل ويستحي منه، فكذا نحن ألا نخجل من أنفسنا ونستحيي من الله حق الحياء، قال الإمام الشاطبي: "إن الأب في طفله، أو الوصي في يتيمة، أو الكافل فيمن يكفله، مأمور برعاية الأصلح له"⁽²⁾.

وبناء عليه لا بد أن نعيد للتربية دورها الفعال في التنشئة الصالحة، من أجل تكوين مجتمع نافع ترتقي به أمته ويسعد به وطنه لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾⁽³⁾، وعن أنس بن مالك - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ قال: "أكرموا أولادكم وأحسنوا أدبهم"⁽⁴⁾؛ لأن الولد صفحة بيضاء وقلبه جوهرة نفيسة خالية من كل كدر، نخط فيها ما نشاء، قال حجة الإسلام الإمام الغزالي: "اعلم أن الطريق في رياضة الصبيان من أهم الأمور وأوكدها والصبيان أمانة عند والديه، وقلبه الطاهر جوهرة نفيسة ساذجة خالية عن كل نقش وصورة، وهو قابل لكل ما نقش، ومائل إلى كل ما يمال به إليه، فإن عود الخير وعلمه، نشأ عليه وسعد في الدنيا والآخرة، وشاركه في ثوابه أبوه وكل

(1) - مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، ج1/ص248.

(2) - الاعتصام، للشاطبي، ج2/ص380، ت. ق: عبد الرزاق المهدي، ط2(1418هـ/1998م)، دار الكتاب العربي: بيروت، لبنان.

(3) - الآية (2) من سورة المائدة.

(4) - سبق تخريجه راجع، ص159 من هذه الرسالة.

معلم له ومؤدب، وإن عود الشر وأهمل إهمال البهائم شقي وهلك، وكان الوزر في رقبة القيم عليه والوالي له⁽¹⁾؛ حتى لا يتملص الآباء أو القِيمُونَ على الأولاد من مسؤولياتهم وتعليق فشلهم في تربيتهم على المجتمع والدولة، وتناسى هؤلاء قوله ﷺ: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"، فالتخلي عنهم والانشغال عن سياستهم بالأمور المادية فقط إفساد لهم، ورحم الله من قال:

ليس اليتيم من انتهى أبواه من * * * هم الحياة وخلفاه ذليلاً.

إن اليتيم هو الذي تلقى له * * * أما تخلت أو أبا مشغولاً.

ومن أنواع التخلي أيضاً، انغماس الأبوين أو أحدهما في حياة الإثم والغواية تاركين الأبناء يصارعون ضروب الحياة، فلا شك أن انحرافهم يكون أبلغ وأخطر، ودرجة جرمهم أكد وأعظم؛ لانعدام الوازع الأخلاقي⁽²⁾، والله در من قال:

وليس النبت ينبت في جنان * * * كمثل النبت ينبت في الفلاة.

وهل يرجى لأطفال كمال * * * إذا ارتضعوا ثدي الناقصات.⁽³⁾

وخلاصة القول لا بد أن نربي أولادنا على منهج قويم صحيح سليم يعتمد على الفهم السديد للقرآن الكريم والسنة الصحيحة قبل الزواج، وذلك باختيار الأم الصالحة، لما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: "الدنيا متاع وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة"⁽⁴⁾، وقوله ﷺ فيما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: "تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك"⁽⁵⁾.

التنصيص على المرأة من النبي ﷺ ليس فيه منقصة أو تمييز لها عن الرجل، وإنما نص على ذلك لكونها مطية للافتتان وسريعة التأثر بأخلاقه عموماً، لكثرة المخالطة بينهما، وحق القومة له عليها، ولدفع هذا الإيهام فقد نص فيما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - قال: قال

(1) - إحياء علوم الدين، ج3/ص72، بيان الطريق في رياضة الصبيان.

(2) - راجع مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، ج1/ص248.

(3) - تربية الأولاد في الإسلام، عبد الله ناصح علوان، ج1/ص135، ط3، ط. غ. م، دار الشهاب: باتنة، الجزائر.

(4) - صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب خير متاع الدنيا المرأة الصالحة، ج5/ص313، ح/1467.

(5) - صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، ج9/ص35، ح/5090، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، ج5/ص307، 308، ح/1466.

رسول الله ﷺ: "إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض" (1).

وتزداد هذه الرعاية أكثر بعد تكونه جنينا في بطن أمه بالابتعاد عن المكسب الحرام، وإن كان مطلوباً في كل وقت، حتى لا يتغذى به، فينبت نباتاً سيئاً، وتستمر هذه الرعاية إلى سن البلوغ، ثم بعد ذلك على الولي النصح والإرشاد والتوجيه والمصاحبة والابتعاد به عن الرذائل وسفاسف الأمور، امثالاً لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا قَوْأ أَنفُسِكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾ (2)، وقول بعضهم: لا عبوهم لسبع وأدبوهم لسبع وصاحبوهم لسبع أو أخوهم لسبع ثم أطلقوا حبلم على الغارب، فالاستمساك بهذا التوجيه النبوي مطية لتكوين مجتمع صالح، تسود الرحمة والفضيلة بين أفرادها، لعدم التعدي على حقوق الغير، أو التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثامن: الإرضاع.

لقد خلق الله الإنسان وتكفل بما يبقي على استمرار حياته المقدره له إلى أن يحين أجله؛ لأن حفظ النفس يُعدُّ إحدى الكليات الخمس التي اعتنت الشريعة بحفظها والذود عنها، وخص لكل مرحلة عمرية غذاءها الذي يتناسب مع طبيعتها وظروفها الشخصية والصحية، ومن هذه المراحل حق الإرضاع الذي نص عليه في قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ (3)، وعبر عن ذلك بقوله: ﴿يُرْضِعْنَ﴾ بصيغة المضارع ليدل أن الإرضاع حق للولد منذ أن صار أمشاجاً، ويتأكد بعد الولادة مباشرة؛ لأنه من أسباب نموه وحفظ حياته في هذه المرحلة، دفعا للتنازع بين الزوجين، ومنعا للتعسف في استعمال الحق إذا حصل بينهما خلاف ما في أحقية كل منهما بالرضيع درءاً لتداخل الصلاحيات، فالزوج له حق الولاية على ابنه، والزوجة حق الإرضاع، ولهذا نص القرآن على من له حق الأولوية في رعاية الولد في هذه المرحلة، مراعاة لمصلحته، قال الجصاص في تفسير الآية السابقة: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ فجعل الأم أحق برضاع الولد هذه المدة، ثم أكد ذلك بقوله: ﴿لَا تَضَارَّ وَالدَّةُ بِوَالِدِهَا﴾

(1) - الترمذي، أبواب النكاح، باب ما جاء فيمن ترضون دينه فزوجوه، ج2/ص274، ح/1090، ابن ماجه، كتاب النكاح، باب الأكفاء، ج1/ص633، ح/1967، المستدرک، کتاب النکاح، ج2/ص179، ح/2695.

(2) - الآية (6) من سورة التحريم.

(3) - الآية (233) من سورة البقرة.

وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يُؤَلِّدُهُ ﴿١﴾ يعني - والله أعلم - إذا رضيت بأن ترضع بمثل ما ترضع به غيرها، لم يكن للأب أن يُضَارَّها فيدفعه إلى غيرها" (2)؛ لأنها أحن وأرق وأشفق عليه من غيرها بحكم الجبلة، وانتزاعه منها إضرار به وبها، وبالأخص إذا ألقها الولد وكان لبانها أفيد وأصح لتغذيته، فقدم حقها من هذه الناحية مراعاة لمصلحة الولد على حق الزوج إلا أن يثبت أن هناك ضرراً عليه، ولا يمكن دفعه عنه إلا بأخذه، فهنا ينزع منها لأجل ذلك فقط، كما قال ابن القيم: "فحيثما وجدت المصلحة، فثم شرع الله ودينه" (3)؛ لأنه ما شرع إلا لأجل تحقيق المصلحة والعدل الإلهي. ويدل على تأكيد هذا الحق ما رواه عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - أن امرأة قالت يا رسول الله، "إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: "أنت أحق به ما لم تنكحي" (4).

وإذا كان الرضاع حقاً للأم قضاء، فإنه واجب عليها ديانة وعرفاً في بعض الصور، نظراً لما فطرت عليه من الرحمة والشفقة وعاطفة الأمومة، ضف إلى هذا أن الله تعالى أضاف الولد إلى أبيه تارة وإليها أخرى استعطافاً لهما عليه، وتنبية منه على أنه حقيق وحري بهما أن يتفقا على استصلاحه والقيام بشؤونه والإشفاق عليه، فلا ينبغي أن يُضَرَّ به أو يتضاراً بسببه، وبالتالي فلا داعي لإجبار الأم على ذلك قضاء؛ لأنها تتاضل من أجل إبقاء ابنها معها في كنفها دون الالتفات إلى الحالات الشاذة التي قد تتخلى فيها الأم عن رضيعها بسهولة انتقاماً من زوجها (5)، وخوفاً من تعسف الأم في استعمال حق الرضاع في مضارة أبي الولد، قال الله تعالى: ﴿لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِبَوْلِدِهِ﴾ (6).

(1) - الآية (233) من سورة البقرة.

(2) - أحكام القرآن، ج 1/ص 490، وللمزيد راجع: ص 488، 489 - نفس المرجع - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ج 3/ص 152 وما بعدها، أحكام القرآن، لابن العربي، ج 1/ص 204، التحرير والتنوير، لمحمد الطاهر بن عاشور، ج 2/ص 430، ط (1997م)، دار سحنون: تونس.

(3) - نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 28.

(4) - أبو داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالطلاق، ج 2/ص 490، ح/2276، الدار قطنية، كتاب النكاح باب المهر، ج 2/ص 184، ح/3766، 3767، 3768، المسند، ج 11/ص 310، ح/6707، البيهقي، كتاب النفقات، باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد وينتقل إلى جدته، ج 8/ص 7، ح/15763، المستدرک، كتاب الطلاق، ج 2/ص 225، ح/2830، المصنف، لعبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب أي الأبوين أحق بالولد، ج 7/ص 153، ح/12596، 12597.

(5) - راجع بداية المجتهد، ج 2/ص 56، 57، تفسير البيضاوي، مطبوع مع حاشية الشهاب المسمى عناية القاضي وكفاية الرازي، لشهاب الدين الخفاجي، ج 2/ص 548، ت. ق: عبد الرزاق المهدي، ط 1 (1417هـ/1997م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ج 3/ص 152، 153، 159، 162، 164...، التحرير والتنوير، ج 2/ص 429...، 440.

(6) - الآية (233) من سورة البقرة.

سواء بالتخلي عنه قصد الإضرار بأبيه كما ذكرنا، أو المطالبة بنفقة - أي أجرة - فاحشة أكثر مما يجب لها أو نظيراتها، قال الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية "لا تأبى الأم أن ترضعه إضراراً بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها"⁽¹⁾، وهو ما أكده ابن رجب الحنبلي بقوله: "فإن طلبت زيادة على أجر مثلها زيادة كثيرة، ووجد الأب من يرضعه بأجرة المثل، لم يلزم الأب إيجابتها إلى ما طلبت؛ لأنها تقصد المضارة"⁽²⁾، وما قيل في أبي الولد يقال أيضاً في وراثته، فأحكامه تسري عليه عموماً استصحاباً للأصل، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾⁽³⁾.

وخلاصة القول في هذه المسألة أنه يجب على الأبوين أو من يحل محلها أن يحترم كل منهما الآخر دون مضارة به، حفاظاً على مصلحة الولد، ولا يتخذ وسيلة للابتزاز من أجل تحقيق بعض المآرب غير المشروعة، مما ينعكس سلباً عليه، وبالتالي إبطال ذلك التصرف لمعارضته لمصلحة هي أرجح منه؛ لأن "درء المفسد أولى من جلب المصالح" إذا كانت المفسد مساوية لها أو راجحة عنها وتعدر الدرء والتحصيل؛ لأن ما غلبت فيه المفسدة لا يشرع⁽⁴⁾، فيكون حينئذ استعمال الحق تعسفياً بالنظر إلى النتيجة التي أفضى إليها، وفي هذا المعنى يقول الإمام العز بن عبد السلام: "إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفسد فعلنا ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى فيهما، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾"⁽⁵⁾، وإن تعدر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة"⁽⁶⁾ الموهمة؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور آخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت

(1) - الجامع لإحكام القرآن، ج3/ص159.

(2) - جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، ج2/ص215، ت. ق: شعيب الأرنؤوط، إبراهيم باجس، ط7/1422هـ/2001م)، م/الرسالة: بيروت، لبنان، وراجع أيضاً: الكشاف عن حقائق التأويل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، للزمخشري، ج1/ص371، تفسير البيضاوي، ص52.

(3) - الآية (233) من سورة البقرة.

(4) - راجع نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص58.

(5) - الآية (16) من سورة التغابن.

(6) - قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1/ص84.

* - وهو ما أقره الإمام الشاطبي في مواضع كثيرة، راجع: الموافقات، ج2/ص660.

لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات⁽¹⁾، لانحرافه عن الغاية التي شرع من أجلها، فيكون هو التعسف بعينه.
الفرع التاسع: التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

الحياة الزوجية عبارة عن سفينة تحتاج إلى قيادة حكيمة تحافظ عليها من الغرق وتباين المصالح، وتدافع الحقوق ومعرفة كل ذي حق حقه، وما يجب عليه دون الاستئثار بتسييرها وتجاهل الطرف الآخر أو تهميشه، فيؤدي إلى الشقاق الذي يترتب عليه تصدع العلاقة بينهما، وربما أوصل ذلك إلى الفراق المفضي أحيانا إلى ضياع الأولاد وتشتت أمرهم، وقطع الرحم بينهما التي أمر الله أن توصل إذا كانا ذا قرابة، وهذا فيه مخالفة صريحة لقوله تعالى: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتَقَطَّعُوا أَرْحَامَكُمْ ۗ أُولَٰئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فَأَصَمَّهُمْ وَأَعَمَّى أَبْصَرَهُمْ ۗ﴾⁽²⁾، وقوله ﷺ فيما رواه جبير بن مطعم - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: "لا يدخل الجنة قاطع رحم"⁽³⁾، يضاف إلى هذا عدم الامتثال لأمر الله سبحانه وتعالى في قوله: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾⁽⁴⁾، وقوله: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾⁽⁵⁾، وقوله: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾⁽⁶⁾، فأين هو مدلول مدلول هذه الآيات في الحياة العملية، فهي عامة في شتى المجالات ولا يصح حصرها في مجال الحكم؛ لأن النبي ﷺ كان يستشير أصحابه في كثير من الأمور كما حدث في غزوة بدر، وأخذه بمشورة زوجه أم سلمة - رضي الله عنها - في صلح الحديبية في التحلل⁽⁷⁾، فمن باب أولى أن تكون هذه المشورة في نواة المجتمع وعماد الأمة، فالعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما يقول الأصوليون.

ومقتضى هذا أن تفسير النص، أو تطبيق حكمه أو استعمال ما ينشأ عنه من حق يجب أن يكون في ضوء حكمة تشريعه، منعا للتعسف ودفعاً للمناقضة بين قصد الشارع من تشريع

(1)- المصدر السابق، الموضع نفسه.

(2)- الآية (22،23) من سورة محمد.

(3)- سبق تخريجه راجع: ص157 من هذه الرسالة.

(4)- الآية (38) من سورة الشورى.

(5)- الآية (159) من سورة آل عمران.

(6)- الآية (2) من سورة المائدة.

(7)- صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في الجهاد والمصالحة مع أهل الحرب، ج5/ص388 وما بعدها، ح/2731، 2732.

الحكم وقصد المكلف في التطبيق، وهي علة بطلان تصرفه، درءا لتسببه في هذه المناقضة⁽¹⁾، قال الإمام الشاطبي: "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع"⁽²⁾؛ لأن الضرر الواقع بسبب هذا التصرف لا يشرع بأي وجه، فالأفعال محكومة بنتائجها سلبا وإيجابا حالا ومآلا ظاهرا وباطنا، وهو ما أشار إليه الإمام الشاطبي بقوله: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال موافقة أو مخالفة"⁽³⁾، تجنبنا للمآل الممنوع.

فمعنى هذا أن الحقوق الفردية ليست حقا خالصا يتصرف فيه المرء بإطلاق، بل يجب عليه أن يلاحظ حق الغير أثناء الممارسة، فحقه ينتهي عند بداية حقوق الآخرين أو تضررهم من تصرفه⁽⁴⁾، وهذا التصور لممارسة الحقوق قائم أساسا على حقيقة التعسف، هل هو مبني على تصرف الفرد في حقه تصرفا غير معتاد، أم أنه مرتبط أساسا بغاية الحق ونتيجة استعماله، بقطع النظر عن كونه معتادا أو غيره معتاد، بل العبرة بالمآل، فإن تصرف في حقه تصرفا معتادا ومع هذا كانت النتيجة غير مشروعة اعتبر متعسفا بالنظر إلى الأثر المترتب عليه، إعمالا للمبدأ العام "لا ضرر ولا ضرار" والمسألة محل خلاف بين الفقهاء⁽⁵⁾.

فمن أجل المحافظة على صحة المرأة وعدم إنهاكها بكثرة الإنجاب وتتابع الولادات، يكون التشاور بين الزوجين في تنظيم النسل أو ما يعرف بتباعد الولادات، وكذا الوسائل المستخدمة؛ حتى تتمكن الزوجة من تربية الأولاد تربية صحيحة ورعايتهم صحيا، خصوصا إذا كانت عاملة، وقد يكون هناك غرض آخر للزوجين أو أحدهما في التنظيم، كالاستمتاع الجنسي، أو المحافظة على المنظر الجمالي للمرأة، فلكل مقام مقال، ولكل وجهة هو موليها.

يضاف إلى هذا أن الرحم والعمود الفقري يحتاجان إلى فترة نقاهة أو الراحة من الحمل السابق والمقدرة بسنتين، وهي مدة الرضاع التي نص عليها الله عز وجل في قوله: ﴿وَالْوَالِدَاتُ

(1)- راجع نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص22.

(2)- الموافقات، ج2/ص631.

(3)- المصدر السابق، ج4/ص552.

(4)- للمزيد راجع: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص15، 16، 29.

(5)- اختلف الفقهاء في ذلك، فمنهم من يرى أن التصرف المعتاد في استخدام الحق لا يُمنع صاحبه منه وإن أدى إلى إلحاق ضرر بالغير، أو كانت النتيجة غير مشروعة، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وبعض المعاصرين وغيرهم، ومنهم من يرى المنع نظر للمآل، وهو قول أحمد ووافقه مالك في بعض لحديث "لا ضرر ولا ضرار"، أما إن كان التصرف في ملكه وتعدى ضرره إلى غيره بغير معتاد منع، كإشعال نار في ملكه في يوم عاصف فتعدت إلى غيره، فيضمن؛ لأنه متعد بذلك الفعل، راجع: جامع العلوم والحكم، ج2ص217 وما بعدها.

يُرِضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ^٤ (1)، وقد أشار إلى ذلك النبي ﷺ تلميحاً في قصة المرأة الزانية التي امتنع من إقامة الحد عليها، حتى تضع وليدها وتقطمه، وقد كان، وهو ما أقره الطب الحديث.

ومقتضى العدل والإنصاف ألا يتسلط أحد الزوجين على الآخر لما بينهما من الشراكة ولو لم يرد نص بذلك، وعلى وجه الخصوص الزوج، لما له من القوامة، بحجة أن التنظيم حرام، وفيه إقلال للنسل، ومخالفة للسنة، وأنه من توصيات المنظمات العالمية كالأمم المتحدة، ومؤتمرات السكان في كل من بكين والقاهرة وسوريا وغيرها، مستدلاً على ذلك ببعض الأحاديث النبوية الشريفة منها:

1- عن أبي أمامة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: "تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة ولا تكونوا كرهبانية النصارى"⁽²⁾.

2- عن معقل بن يسار - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم"⁽³⁾.

3- وعنه - رضي الله عنه - قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: "إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال، وإنها لا تلد، أفأتزوجها؟ قال: "لا"، ثم أتاه الثانية فنهاه، ثم أتاه الثالثة، فقال: "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم"⁽⁴⁾.
وجه الاستدلال:

أفادت هذه النصوص في مجملها الحث على الزواج بالمرأة التي تحسن التبعل - التودد - لزوجها وذات النسل، ويعرف ذلك من قريباتها أو كثرة أفراد أسرتها، والغرض من ذلك هو مباهاة الأنبياء والأمم بكثرة أمته ﷺ يوم القيامة.

(1) - الآية (233) من سورة البقرة.

(2) - البيهقي، كتاب النكاح، باب الرغبة في النكاح، ج7/ص125، ح/13457.

(3) - أبو داود، كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، ج2/ص374، ح/2050، النسائي، كتاب النكاح، باب كراهية تزويج العقيم، ج6/ص373، ح/3227، المسند، ج20/ص63، ح/12613، ج21، ص191، ح/13569، البيهقي، كتاب النكاح، باب استحباب التزوج بالودود الولود، ج7/ص131، ح/13475، صحيح ابن حبان، كتاب النكاح، ذكر العلة التي من أجلها نهى عن التبعل، ج9/ص328، ح/4028، كتاب النكاح، ذكر الزجر عن تزويج الرجل من النساء من لا تلد، ص364، 363، ح/4056، 4057، المستدرک، كتاب النكاح، ج2/ص176، ح/2685.

(4) - أبو داود، كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، ج2/ص374، ح/2050، النسائي، كتاب النكاح، باب كراهية تزويج العقيم، ج6/ص373، 374، ح/3227، البيهقي، كتاب النكاح، باب استحباب التزوج بالودود الولود، ج7/ص131، ح/13475.

وإذا كان الغرض هو المباهاة، فإن هذا يتحقق بتعدد الزوجات مثلما ذكرنا آنفاً، وفيه أيضاً قضاء على مشكلة العنوسة وتطهير للمجتمع من الرذيلة التي أضحت كالنار في الهشيم بسبب التفسخ والتبجح الأخلاقي، وعدم قيام الأسرة والمجتمع بواجباتهما، وبهذا نكون قد حافظنا على صحة المرأة والنشأة والمجتمع بصفة عامة.

وما ذكرناه يُعدُّ مطلباً أساسياً ومقصداً هاماً من مقاصد الشريعة، ومن قبيل الاستحسان الذي هو التفات إلى المصلحة والعدل.

ومن العدل أيضاً عدم التمسك بظاهر هذه النصوص، وإلا اعتبر تعسفاً في الفهم لمدلولها، بقطع النظر عن البواعث النفسية⁽¹⁾، فالأحكام والأعمال الشرعية - كما يقول الإمام الشاطبي - لم تشرع لأنفسها، بل شرعت لمعان⁽²⁾، أخرى هي المصالح⁽³⁾، فغياب هذا الفهم أو الإدراك الحقيقي لمقاصد التشريع يؤدي إلى التعدي، أو التعسف في استعمال الحق، سواء قصده صاحبه أو لا، وبالتالي "فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات"⁽⁴⁾، وهو ما يؤكد الواقع الذي نعيشه، فهل كثرة النسل يحقق المقصد الذي من أجله رُغِبَ فيه؟

الفرع العاشر: موقف القانون من ذلك ومناقشته.

الحقوق والواجبات تكون من آثار عقد الزواج الصحيح، ونكاح الشبهة أو الفاسد عموماً، فيترتب على ذلك حقوق للزوجة على زوجها والعكس من ذلك، وحقوق مشتركة بينهما، وهو ما أشار إليه المقنن في الفصل الرابع من الباب الأول - الزواج - تحت عنوان الحقوق وواجبات الزوجين في المادة "36" من قانون الأسرة الجزائري 11/84، المعدلة بالأمر رقم: 2005/2/5م، في الفقرات التالية:

المادة 36: يجب على الزوجين

- 1- المحافظة على الرابطة الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
- 2- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.
- 3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم

(1)- راجع نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 23.

(2)- يقصد بالمعاني: علل الأحكام التي هي مظان المصالح، راجع: المصدر السابق، ص 20.

(3)- بتصريف راجع الموافقات، ج 2/ص 660.

(4)- المصدر السابق الموضع نفسه.

- 4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.
- 5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.
- 6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.
- 7- زيارة كل منهما لأبوية وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.
- بالنظر في هذه المادة يمكن ملاحظة ما يلي:
- 1- جمعت بين طياتها الحقوق والواجبات الزوجية إجمالاً، عكس ما كان عليه الأمر قبل التعديل، حيث إنها - أي الحقوق والواجبات - كانت موزعة على المواد "37، 36، 38، 39"، غير أنه استقر الأمر بالمشروع الجزائري على توزيع هذه الحقوق والواجبات بين المادة "36" المشار إليها آنفاً، والمادة "37" المعدلتان، وخص هذه الأخيرة "37" بالعلاقات المالية وما يلزم فيها، وألغى المادتين "38، 39" بالأمر رقم: 2005/2/5م.
- المادة 37:** المعدلة بالأمر رقم: 2005/2/5م:
- لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.
- غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تقول إلى كل واحد منهما.
- 2- إعادة صياغة فقرات هذه المواد، سواء المحذوفة أو المعدلة وإخراجها في قالب جديد.
- 3- إلغاء بعض الفقرات في الصياغة الجديدة والاكتفاء فيها بالإشارات العامة للحقوق، كما هو الشأن في المادة "37" والتي كانت تنص على: يجب على الزوج نحو زوجته:
- 1- النفقة الشرعية حسب وسعة إلا إذا ثبت نشوزها.
- 2- العدل في حالة الزواج بأكثر من وحدة.
- 4- استخدام لفظ يجب على الزوجين في الحقوق والواجبات استعمال فيه تعسف؛ لأن هذا الوجود لا يتأتى في جميع فقرات هذه المادة وعلى وجه الخصوص الفقرة الخامسة و السابعة في بعض جوانبهما.
- وإذ كان الوجود يتأتى في الشرط الأول من الفقرتين وهو "حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم" و"زيارة كل منهما لأبويه"، فإنه لا يمكن فرضه في الشرط الثاني منهما "وزيارتهم" وكذا "وأقاربه واستضافتهم بالمعروف"؛ لأن عدم الامتثال لذلك يترتب عليه المؤاخذة وحق المطالبة به قضاء مع تأثيم صاحبه، وإنما يُعدُّ هذا من باب الإحسان

وحسن المعاملة والمحافظة على الروابط الاجتماعية والقرابة وأصرة النكاح، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾⁽¹⁾، ومن هنا افترقا.

يضاف إلى هذا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بعين الاعتبار درجة القرابة في تقريره للحقوق والواجبات، إما تجاهلا منه، أو أراد ضم بعضها لبعض فرارا من الإكثار للفقرات، أو رأى أن حقوق هذه القرابة على قدم المساواة، وبالتالي لا حاجة للتفرقة بينهما، أخذا بظواهر النصوص وعمومها، وهذا مسلك خاطئ وإن كان المقصد حسن؛ لأن القرابة تنقسم إلى قسمين أساسيين، قرابة محرمية، وقرابة غير محرمية، والحقوق المترتبة عليها تكون على ضوء هذه التفرقة، وهو ما أقره المشرع المغربي في الفقرة الخامسة من المادة "51" من المدونة.

الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف.

وبناء عليه أرى إعادة صياغة هاتين الفقرتين "5 و7" على النحو التالي:

5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم، وزيارتهم واستزارتهم

بالمعروف إن أمكن ذلك ولم يترتب عليه ضرر⁽²⁾.

7- زيارة كل منهما لأبويه وحسن معاملة أقاربهما ومحارمهما واستضافتهما بالمعروف

إن أمكن ذلك، ولم يترتب عليه ضرر⁽³⁾.

5- إقرار المشرع استقلال الذمة المالية للزوجين عن ذمة الآخر في الفقرة الأولى جائز

ابتداء ومشروع، إلا أن هذا الإطلاق يحتاج إلى قيد وإعادة النظر وعلى وجه الخصوص الذمة المالية للمرأة؛ لأن هناك غرضا للزوج في ترك زوجه تعمل أو يكون بينهما شروط مسبقة قبل أو اثناء إبرام عقد الزواج أو بعده، فلا بد أن تؤخذ هذه الاحترازا بعين الاعتبار.

وهذا الإطلاق من المقنن بهذه الكيفية فيه تعسف في استعمال حق التشريع، تماشيا مع

المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها الجزائر والتزمت ببندها، وكذا تأثره ببعض

التشريعات العربية والآراء الفقهية على ما ستأتي إليه الإشارة لاحقا.

(1)- الآية (6) من سورة الأحزاب

(2)- قولنا "لم يترتب على ذلك ضرر" خاص بالزيارة والاستزار، أما حسن المعاملة، فإنها تلزم فيهما لعدم ترتب أي ضرر عنها، ويرجع سبب هذه التفاصيل إلى عدم وجود مذكرة إيضاحية للقانون يرجع إليها لتوضيح المواد كما هو الشأن في قانون الأحوال الشخصية المصري والسوري والكويتي وغيرها.

(3)- نفس التعليق السابق ولنفس السبب.

وبناء عليه أرى إعادة صياغة هذه الفقرة على النحو التالي:
 "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر ما لم يوجد بينهما شرط⁽¹⁾،
 مع مراعاة أحكام المادتين 19 و35 المذكورتين أعلاه من هذا القانون.
 غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول
 الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول
 إلى كل واحد منهما".

الفرع الحادي عشر: موقف بعض التشريعات العربية وغيرها.

1- القانون المغربي:

المادة 49: لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز
 لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها.
 يُضْمَنُ هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج
المادة 51: الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

- 1- المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد
 وإحسان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل.
- 2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة.
- 3- تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال.
- 4- التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل.
- 5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف.
- 6- حق التوارث بينهما.

المادة 52: عند إصرار أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المشار إليها في المادة
 السابقة، يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به، أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق
 المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 بعده.

المادة 53: إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر تدخلت النيابة
 العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالا، مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته.

(1) - عدم تحديد وقت الاشتراط هل قبل العقد أو أثناءه أو بعده، مراعاة للخلاف الفقهي في ذلك؛ لأن هناك من يرى أن الشرط يلزم
 الوفاء به دون اعتباره لوقت وقوعه والاتفاق عليه.

المادة 54: للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:

- 1- حماية حياتهم وصحتهم منذ الحمل إلى بلوغ سن الرشد
 - 2- العمل على تثبيت هويتهم والحفاظ عليها خاصة بالنسبة للاسم والجنسية والتسجيل في الحالة المدنية.
 - 3- النسب والحضانة والنفقة طبقاً لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة.
 - 4- إرضاع الأم لأولادها عند الاستطاعة
 - 5- اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقاية وعلاجاً.
 - 6- التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم، وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل، واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل.
 - 7- التعليم والتكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية وللعضوية النافعة في المجتمع، وعلى الآباء أن يهيئوا لأولادهم قدر المستطاع الظروف الملائمة لمتابعة دراستهم حسب استعدادهم الفكري والبدني.
- عندما يفترق الزوجان، تتوزع هذه الواجبات بينهما بحسب ما هو مبين في أحكام الحضانة، وعند وفاة أحد الزوجين أو كليهما تنتقل هذه الواجبات إلى الحاضن والنائب الشرعي بحسب مسؤولية كل واحد منهما.
- يتمتع الطفل المصاب بإعاقة، إضافة إلى الحقوق المذكورة أعلاه، بالحق في الرعاية الخاصة بحالته، ولا سيما التعليم والتأهيل المناسبان لإعاقته قصد تسهيل إدماجه في المجتمع. تعتبر الدولة مسؤولة عن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ورعايتها طبقاً للقانون.

تسهر النيابة العامة على مراقبة تنفيذ الأحكام السالفة الذكر.

2- القانون الإماراتي:**المادة 55:** حقوق الزوجة على زوجها:

- 1- النفقة.
- 2- عدم منعها من إكمال تعليمها.

- 3- عدم منعها من زيارة أصولها وفروعها وإخوانها واستزارتهم بالمعروف.
 - 4- عدم التعرض لأموالها الخاصة.
 - 5- عدم الإضرار بها ماديا أو معنويا.
 - 6- العدل بينها وبين بقية الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة.
- المادة 56:** حقوق الزوج على زوجته⁽¹⁾.

1- طاعته بالمعروف.

2- الإشراف على البيت والحفاظ على موجوداته.

3- إرضاع الأولاد منها إلا إذا كان هناك مانع.

3- القانون الموريتاني:

المادة 56: الزوج هو قيم العائلة، ويقوم بذلك الدور في صالح العائلة.

المادة 57: تساعد الزوجة زوجها في إدارة شؤون العائلة.

للمرأة أن تمارس كل عمل خارج البيت في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.

المادة 58: للمرأة كامل التصرف في مالها الخاص، وليس للزوج أن يراقب تصرفاتها إلا

إذا تبرعت بما زاد على ثلث مالها.

4- الاتفاقيات الدولية للأمم المتحدة المصادق عليها من قبل الجزائر بخصوص

الحقوق الاجتماعية للمرأة من أجل القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979م
بمرسوم رئاسي رقم: 426/08 مؤرخ في 28 ديسمبر لسنة 2008م، يتضمن رفع تحفظ
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول المادة "9 و2" من اتفاقية القضاء على جميع
أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979م⁽²⁾.

المادة 5: تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يلي:

(1)- حقوق الزوج على زوجه في هذه المادة هي نفس الحقوق تقريبا المنصوص عليها في المادة "39" من ق. أ. ج من القانون 11/84
والمغاة بالأمر رقم: 2005/2/5م، والتي كانت تنص على:

يجب على الزوجة:

1- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة.

2- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم.

3- احترام والدي الزوج وأقاربه.

(2)- ج ر 05 مؤرخة في: 2009/01/21م.

أ- تعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على فكرة دونية أو تفوق أحد الجنسين، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة.

ب- كفيلة⁽¹⁾ أن تضمن التربية الأسرية تفهما سليما للأمومة بوصفها وظيفة اجتماعية والاعتراف بالمسؤولية المشتركة لكل من الرجال والنساء في تنشئة أطفالهم وتطورهم، على أن يكون مفهوما أن مصلحة الأطفال هي الاعتبار الأساسي في جميع الحالات.

المادة 13: تتعهد الدول الأطراف باتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في المجالات الأخرى للحياة الاقتصادية والاجتماعية لكي تكفل لها، على أساس تساوي الرجل والمرأة، نفس الحقوق ولا سيما.

أ- الحق في الاستحقاقات الأسرية.

ب- الحق في حصول على القروض المصرفية، والرهن العقاري وغير ذلك من أشكال الائتمان المالي.

ج- الحق في الاشتراك في الأنشطة الترويحية والألعاب الرياضية وفي جميع جوانب الحياة الثقافية.

المادة 16:

1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة:

أ- نفس الحق في عقد الزواج.

ب- نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل.

ج- نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه.

د- نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة، بغض النظر عن حالتها الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالها، وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة.

هـ- نفس الحقوق في أن تقرر بحرية وبشعور من المسؤولية عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق.

(1) - الأصل "كفالة"، والصواب ما أثبتناه.

و- نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة.

ز- نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة، والمهنة والوظيفة.

ح- نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحياسة الممتلكات، والإشراف عليها، وإدارتها، والتمتع بها، والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة.

2- لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية بما فيها التشريع لتحديد سن أدنى للزواج، ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا. بالنظر في نصوص هذه القوانين السالف ذكرها ألاحظ عموما أنها متشابهة في أسلوب صياغتها للحقوق والواجبات وإن اختلفت في بعض الجزئيات، لكن الذي يجب التنويه إليه هو أن مدونة الأسرة المغربية أكثر تفصيلا وتنظيما وبيانا وتدقيقا بتتبعها على:

1- الآليات التي يمكن من خلالها إلزام أحد الزوجين حالة الإصرار على الإخلال بالواجبات المشار إليها أو التجاوز في استعمال الحقوق، وذلك من خلال المادة "52 و53" من المذكرة، منعا للتعسف في سوء استخدام الحق.

2- التفرقة بين درجة القرابة في الحقوق الواجبة لها، فنصت في الفقرة الخامسة من المادة "51" على القرابة المحرمية دون سواها، لما لها من حق أكثر من غيرها، تمسكا بقوله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾⁽¹⁾، وهو ما لا نجده في غيرها.

3- إقرار لحقوق الأطفال وتنظيمها وتنظيما مفصلا في مادة مستقلة "54" وإن أشارت إلى بعضها - الحقوق - في المادة "51" لما بينهما من الترابط، ومنعا أيضا لطغيان الحقوق بعضها على بعض، أو التداخل فيما بينها، وحسنا فعل.

وبناء عليه أرى أنه حري بالمقنن الجزائري أن يسلك مسلك المقنن المغربي في هذه الجزئية، خدمة للأسرة ومسايرة للتطور الاجتماعي؛ لأن للحاكم أن يشرع للناس من الأحكام بقدر ما أحدثوا من أحداث.

(1)- الآية (6) من سورة الأحزاب

أما فيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية للأمم المتحدة التي وقَّعت عليها الجزائر والتزمت ببندوها دون تحفظ، فإن أثر الالتزام بها واضح من خلال صياغة بعض مواد هذا القانون، لا سيما المادة "5" من الاتفاقية والمادة "16" على وجه الخصوص التي نصت على كل ما يتعلق بالأسرة ابتداء من رقم "1" وانتهاء برقم "2" وما بينهما من تفاصيل دقيقة.

الفرع الثاني عشر: التطبيقات القضائية.

من الأحكام القضائية المبينة للتعسف في سوء استخدام الحق ما قضت به المحكمة العليا في القضية التي مَنَعَ فيها الزوج زوجه من السفر إلى فرنسا لأجل زيارة أهلها، وذلك بالرجوع إلى القاضي لإصدار أمر في شأنه يأذن فيه بالزيارة، ويحدد عددها سنويا، ولا يُعَدُّ منعها سببا مقنعا لتطبيقها منه. "غ. أ. ش، ملف رقم: 35891، قرار بتاريخ: 1985/02/25م، م. ق لسنة 1989م، العدد 1، ص 80".

الفصل الثاني: التعسف في حل الزواج وآثاره،

وفيه مبحثان

المبحث الأول: التعسف في الطلاق

المبحث الثاني: آثار الطلاق التعسفي

المبحث الأول: التعسف في الطلاق، وفيه

ثلاثة مطالب

المطلب الأول: الطلاق وشروطه

المطلب الثاني: حالات الطلاق

المطلب الثالث: أنواع الطلاق

المطلب الأول: الطلاق وشروطه وأنواعه وفيه ثلاثة فروع.

الفرع الأول: الطلاق.

جرت سنن الله في خلقه أن لكل بداية نهاية، وما من شيء أشرق شمسه إلا وغربت، والإنسان يُعَدُّ واحدا منها، فلا يمكنه الخروج عن ذلك النظام وإن أودع الله فيه ما يحافظ على نسله وبقاء وجوده إلى أجل مسمى، وهذا يقتضي أن توضع له ضوابط وأساسا تنظم علاقاته بجنسه، تنزيها له عن الحيوانية، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾⁽¹⁾، ومن تكريمه أن يكون نسله طاهرا نقيا خاليا من الشوائب، ومن أجل ذلك سُنَّ له الزواج كما ذكرنا سابقا، والذي من أهدافه تكوين مجتمع صالح نافع لوطنه وأمته.

لكن بما أن النفس البشرية تعثرها بعض الاضطرابات تؤثر على مزاجها وسلوكها، فيقع التدافع فيما بينها، فيمتد أثره إلى الآخرين، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ﴾⁽²⁾، وقوله: ﴿الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا﴾⁽³⁾، وقوله: ﴿وَلَكِنْ لِيَبْلُوَ بَعْضَكُمْ بِبَعْضٍ﴾⁽⁴⁾، فهذا يستلزم إعادة النظر في العلاقة التي تربط بين الأزواج، منعا للتخاصم أو طول أمده وما يترتب عليه، وبالتالي دفع التعسف في سوء استخدام الحق؛ لأنه إذا علم كل منهما أن العلاقة التي تربطهما ليست أبدية، بل يمكن إنهاؤها نظرا للمصلحة، فلا فائدة ترجى من بقاء استمرار الزواج، قال الكاساني بعد أن تحدث على "أن النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا والطلاق إبطاله، وإبطال المصلحة مفسدة، وقد قال الله عز وجل: ﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾⁽⁵⁾... إلا أنه قد يخرج من أن يكون مصلحة لعدم توافق الأخلاق وتباين الطباع، أو لفساد يرجع إلى نكاحها بأن علم الزوج أن المصالح

(1) - الآية (70) من سورة الإسراء.

(2) - الآية (251) من سورة البقرة.

(3) - الآية (2) من سورة الملك.

(4) - الآية (4) من سورة محمد.

(5) - الآية (205) من سورة البقرة.

تفوته بنكاح هذه المرأة، أو أن المقام معها سبب فساد دينه و دنياه، فتنقلب المصلحة في الطلاق ليستوفي مقاصد النكاح من امرأة أخرى⁽¹⁾، إذ لا مصلحة ترجى مع الخصام والشقاق المفضي إلى سوء الأخلاق من ترتيب المكائد وما شاكلها، وهو منهي عنه؛ لأنه من الفسوق، فتشريع الطلاق بآلياته - الطلاق من قبل الزوج والقاضي والخلع من المرأة - مدعاة للطمأنينة والراحة النفسية وعدم التسلط والتعسف في ممارسة الحقوق.

وهو عكس ما كانت عليه الديانات السابقة من يهودية ونصرانية، حيث إن الأولى منهما قضت بحل عقد النكاح حلا نهائيا أبديا بطلقة واحدة إذا تزوجت المرأة بعدها، إذ لا يحل للزوجين العودة إلى بعضهما بعد ذلك ولو تصالحا وأزالا ما بينهما من خلافات، أما الثانية منهما فهي على النقيض من الأولى، حيث إنها تمنع حل الرابطة الزوجية - أي إيقاع الطلاق - إلا في ظروف استثنائية، وفي نطاق ضيق جدا تختلف الطوائف المسيحية في تحديد نطاقه⁽²⁾، فمعنى هذا أن عقد الزواج أبدي، ويدل على ذلك إقرار الزوجين على ضوء ما يمليه عليهما باب الكنيسة أثناء المراسيم، وإن وجدت الآن دعوات تطالب بتشريع الطلاق قانونا حتى يتخلصوا من المعاناة التي يتخبطون فيها؛ لأنه على خلاف الطبيعة البشرية، ويتناقض مع المقاصد الحقيقية من تشريع الزواج.

أما الإسلام فقد سلك مسلكا وسطا في إنهاء العلاقة الزوجية؛ حيث إنه وضع لها آليات تحكمها، وتنظم مراحل إنائها بعد استقراغ الجهد وبذل الوسع في معالجة الخلافات العائلية بينهما عن طريق:

1- دعوة كل من الزوجين إلى حسن معاشرة وملاطفة الطرف الآخر، لقوله تعالى:

﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾⁽³⁾، وخص الأمر بالرجال دون النساء، باعتبار القوامة لهم عليهن، فيكون

(1)- بدائع الصنائع، ج3/ص152، وانظر أيضا شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي للمرغناني، وشرح العناية على

الهداية للبابرتي وحاشية المحقق سعدي حلي مطبوعان معه، ج3/ص471، 472، 473.

(2)- راجع شرح قانون الأحوال الشخصية، مصطفى السباعي ج1/ص213.

(3)- الآية (19) من سورة النساء.

ذلك سببا للتعسف في ممارسة حق القوامة، فأرشدهم إلى حسن المعاشرة، وهو أمر مطلوب منهما معا لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽¹⁾.

2- إرشاد وتوجيه الزوجين حالة اشتداد الخصام واتساع هوة الخلاف بينهما إلى تشكيل محكمة عائلية يكون فيها طرفاها أرجحهما عقلا وأكثرهما حكمة وحرصا وحكمة من أقربائهما، مع تفويض اختيارهما لهما حتى يلقي مساعهما القبول لدى الزوجين؛ لأنهما الأعم بالحديثات وأسباب الخلاف بينهما، والأقدر على حل مشاكلهما، نظرا للمكاشفة التي يبديها لهما الزوجان مع ثقتهما التامة في حفظ أسرارهما، ولهذا اشترط فيهما الإخلاص في السعي بينهما بالإصلاح؛ لأن الانفصال يؤثر عليهم جميعا، خاصة إذا كانت هناك قرابة بين الزوجين، ككونهما أبناء عمومة، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽²⁾، وقال: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾⁽³⁾، وهو ما أقره قانون الأسرة الجزائري في المادة "49" وغيره من القوانين العربية على ما سيأتي بيانه لاحقا في المعالجة القانونية.

3- إذا لم يفلح الحكمان في الإصلاح بين الزوجين ولم يبق هناك أمل في استدامة العلاقة بينهما بالمودة والرحمة أجاز لهما الشرع الحنيف إنهاء هذه الرابطة بينهما وفق ضوابط معينة لا تنتهي معها العلاقة الزوجية كلية، بل تترك لهما فرصة للتفكير وتصحيح الأخطاء ومراجعة النفس واستحضار الأيام الخوالي وما كان فيها من الليالي الملاح وتغليب العقل على شهوة النفس، ومن ثمَّ العود مرة أخرى إلى أحضانها، قال الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽⁴⁾، ولابن القيم الجوزية في حكمة تشريع الطلاق كلام نفيس حين قال: "لما كان إباحة فرج المرأة للرجل بعد تحريمه عليه ومنعه منه من

(1)- الآية (228) من سورة البقرة.

(2)- الآية (35) من سورة النساء.

(3)- الآية (128) من سورة النساء.

(4)- الآية (229) من سورة البقرة.

أعظم نعم الله عليه وإحسانه إليه، كان جديرا بشكر هذه النعمة، ومراعاتها، والقيام بحقوقها، وعدم تعريضها للزوال، وتنوعت الشرائع في ذلك بحسب المصالح التي علمها الله في كل زمان ولكل أمة، فجاءت شريعة التوراة بإباحتها له بعد الطلاق ما لم تتزوج، فإذا تزوجت حرمت عليه ولم يبقى له سبيل إليها...، ثم جاءت شريعة الإنجيل بالمنع من الطلاق بعد الزواج البتة، فإذا تزوج بامرأة فليس له أن يطلقها.

ثم جاءت الشريعة الكاملة الفاضلة المحمدية... وشرع له فراقها على أكمل الوجوه لها وله، بأن يفارقها واحدة، ثم تتربص ثلاثة قروء،...، فإن تآقت نفسه إليها وكان له فيها رغبة... فراجعها، واستقبل أمره،... ثم لا يؤمن غلبات الطباع ونزغات الشيطان من المعاودة، فمكّن من ذلك أيضا مرة ثانية،...، فإذا جاءت الثالثة جاء ما لا مرد من أمر الله، وقيل له: قد اندفعت حاجتك بالمرّة الأولى والثانية، ولم يبق لك عليها بعد الثالثة سبيل، فإذا علم أن الثالثة فراق بينه وبينها وأنها القاضية، أمسك عن إيقاعها...⁽¹⁾.

هذه هي الصورة العامة للشريعة الإسلامية في معالجة الخلافات الزوجية، فهي ليست كالمسيحية تمنع الفرقة الزوجية بناء على أنها علاقة أبدية، ولا كاليهودية التي ترى أن الفرقة أبدية لا يمكن أن يجتمع بعدها الزوجان مرة أخرى، فشريعة الإسلام دين الوسطية لمن تمسك بمبادئها وتعاليمها السمحة، قال الله تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا﴾⁽²⁾ أي عدولا و خيارا⁽³⁾.

(1) - إعلام الموقعين، ج2/ص56، 57، ت. ق: محمد عبد السلام إبراهيم، ط2(1414هـ/1993م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
*يرجع سبب نقل هذه الفقرة المطولة بالرغم من اختصارها، وهو على خلاف قواعد البحث، نظرا لما انطوت عليه من فوائد جمة قلّ أن يوجد مثلها في غيره.

(2) - الآية (143) من سورة البقرة.

(3) - مصداقا لقوله تعالى: "قال أوسطهم" أي أعدلهم رأيا وخيارهم وأرجحهم عقلا، راجع: عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ للسمين، باب الواو، فصل الواو والسين، مادة "وسط"، ج4/ص2846، 2847، ت. ق: عبد السلام أحمد التتويجي الحلبي، ط1 (1424هـ/1995م)، جمعية الدعوة الإسلامية العالمية: طرابلس ليبيا، المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني، كتاب الواو - نفس المادة السابقة - ص546، ضبط هيثم الطعيمي، ط1 (1423هـ/2002م)، دار إحياء التراث العربي: بيروت، لبنان، أحكام القرآن، لابن العربي، ج1/ص40، 41، لسان العرب، باب الواو، مادة "وسط"، ج9/ص300، القاموس المحيط، باب الطاء، فصل الواو، ص691.

ومنه قول الشاعر⁽¹⁾:

كانت هي الوسط المحمي فانكشفت * * * بها الحوادث حتى أصبحت طرفاً.
وقوله أيضاً:

إن لها فَوَارِسًا وَفَرَطًا * * * وَنُقْرَةَ الْحَيِّ وَمَرْعَى وَسَطًا.
ولا يخفى لذي لب أن المجتمع الغربي الآن يتخبط في مشاكل عدة ناتجة عن التفكك الأسري، نظراً للتعسف في سوء استخدام الحق في تسيير شؤون الأسرة، سواء من طرف الكنيسة أو غيرها، انتقاماً منها- أي الكنيسة- نظراً للقيود التي تفرضها على الأسرة أو الممارسات الخاطئة الناتجة عن التعسف بالرغم مما وصلوا إليه من تقدم علمي، وازدهار اقتصادي، ونضج فكري وسياسي، فنتج عن ذلك كله فقد الزواج لقدسيتها وهيبته، بل فقد الثقة في الكنيسة نفسها، فهي الآن تتن من قلة زوارها، بل إن بعضها أغلق أبوابه، ومنها ما بيع. فهم الآن يبحثون عن الحلول لمشاكلهم الأسرية من خلال الفقه الإسلامي، ومع هذا كله يريدون أن نعيش عيشتهم ونتخبط في مشاكلهم تحت مسميات عدة، كاحترام الحرية الفردية للأشخاص، وحقوق المرأة، والديمقراطية، والتنمية الاقتصادية والبشرية والاجتماعية، و ما أشبه ذلك، و شعارهم في ذلك إذا عمت المصيبة خفت.

الفرع الثاني: شروطه.

لكي يقع الطلاق وتترتب عليه آثاره لا بد أن تتوفر له شروط معينة، فإن فُقدَ واحد منها لم يعتد به، ويرجع سبب التنصيص عليها معرفة الطلاق المعتبر ابتداءً، ومن ثمَّ البحث في حيثياته وغير المعتبر؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، ومن أهم هذه الشروط:

1- أن يكون المطلق أهلاً لإيقاع الطلاق: وذلك بكونه عاقلاً غير مكره مع بلوغه سن الزواج المسموح به قانوناً وهو "19" سنة كما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة "7" من ق. أ. ج من القانون 11/84 والمعدل بالأمر رقم: 2005/2/5م، والفقرة الثانية من المادة "11" من نفس القانون والمعدلة بنفس الأمر، وينوب عن القاصر في إيقاع الطلاق وليه بإذن من القاضي كما هو الشأن في تزويجه قبل بلوغه السن القانونية، وفق ما نصت عليه

(1)-عمدة الحفاظ، لسان العرب، الموضع نفسه.

الفقرة الثانية من المادة "11" يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأوليين، والقاضي ولي من لا ولي له"، وكذا الفقرة الثانية من المادة "7" لأنها أقرت للزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بالآثار المترتبة على الزواج من حقوق والتزامات، " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"، دون بيان أحقيته أو أهليته في إيقاع الطلاق، اللهم إلا الإشارة السابقة في الفقرة المذكورة أعلاه، ومرد عدم اعتبار هذه التصرفات وما نتج عنها ما روي عن رسول الله ﷺ في عدة أحاديث منها:

- عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: "كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله"⁽¹⁾.

- عن أبي ذر - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: "إن الله تجاوز عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"⁽²⁾.

- عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "لا طلاق ولا عتاق في غلاق"، وفي رواية "إغلاق"⁽³⁾، نظرا للمانع الطبيعي.

فهذه النصوص وغيرها واضحة الدلالة في عدم اعتبار الطلاق الناتج عن تصرفات لم يقرها الشرع، نظرا للمانع، بصرف النظر عن وصفه، فالمسببات مرتبطة بمدى مشروعية أسبابها.

2- أن يكون المطلق قاصدا لفظ الطلاق: سواء قصد حل العصمة أو لا وإن لم يقصد معناه؛ لأن الأمور بمقاصدها، سواء نواه أو لم ينوه، احترازا عمّا إذا أخطأ أثناء التلفظ أو سبق لسانه به أو زلّ، كأن يكون كثير التهديد به لقوله ﷺ في الحديث السابق: "إن الله

(1) - سنن الترمذي، أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في طلاق المعتوه، ج2/ص331، ح/1203، البيهقي، كتاب الخلع والطلاق، باب لا يجوز طلاق الصبي حتى يبلغ، ولا طلاق المعتوه حتى يفيق، ج7/ص588، ح/15110.

(2) - سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، ج1/ص659، ح/2043، 2044، الدار قطني، كتاب الوكالة، ج4/ص83، ح/4037، البيهقي، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره، ج7/ص584، 585، ح/15094، 15096، المستدرک، كتاب الطلاق، ج2/ص216، ح/2801.

(3) - سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على غلط، ج2/ص446، ح/2193، ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، ج1/ص659، 660، ح/2046، المسند، ج43/ص378، ح/26360، الدار قطني، كتاب الطلاق، ج4/ص21، ح/3943، 3944، البيهقي، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره، ج7/ص585، ح/15097، 15098، كتاب الأيمان، باب جامع الأيمان من حنث ناسيا ليمينه أو مكرها عليه، ج10/ص105، ح/20015، المستدرک، كتاب الطلاق، ج2/ص216، 217، ح/2802، 2803.

تجاوز عن أمتي..."، لا إن كان هازلاً أو مستهزئاً بأحكام الشرع، فإنه يقع وتترتب عليه جميع الآثار، لما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة"⁽¹⁾، وروي ذلك عن علي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي الدرداء وسعيد بن المسيب - رضي الله عنهم - أنهم قالوا: "ثلاث لا لعب فيهن واللاعب فيهن جاد: النكاح والطلاق والعتاق"⁽²⁾؛ لأن فيه اتخاذاً لآيات الله هزواً، وعدم تعظيم شعائر الله التي من آثارها تقوى القلوب، قال تعالى: ﴿وَلَا تَسْخِذُوا عَايَاتِ اللَّهِ هُزْواً﴾⁽³⁾، أي "لا تأخذوا أحكام الله في طريق الهزء، فإنها جد كلها، فمن هزأ بها لزمته"⁽⁴⁾، وقال سبحانه وتعالى: ﴿ذَلِكَ وَمَنْ يُعْظِمِ شَعَائِرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِنْ تَقْوَى الْقُلُوبِ﴾⁽⁵⁾، وفيه أيضاً صيانة وتنزيه لأقوال وأفعال العقلاء عن العبث، وفقاً للقاعدة الفقهية "إعمال الكلام أولى من إهماله"⁽⁶⁾، ومزيد من الاحتياط في الفروج دون غيرها، وسد للذريعة لعظم خطرها، باعتبار أن الأصل فيها التحريم، فيقدم على الإحلال؛ لأن عقد النكاح سبب للإباحة، والطلاق سبب للتحريم والحظر وهو الأصل، فيعمد إليه دون غيره⁽⁷⁾.

قال الإمام الترمذي: "والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم."⁽⁸⁾

(1) - سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل، ج2/ص447، ح/2194، الترمذي، أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، ج2/ص328، ح/1195، ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا ج1/ص657، 658، ح/2039، الدار قطني، كتاب النكاح، ج3/ص157، ح/3593، 94، 95، 96، البيهقي، كتاب الخلع والطلاق، باب صريح ألفاظ الطلاق، ج7/ص557، ح/14993، المستدرک، كتاب الطلاق، ج2/ص216، ح/2800.

(2) - الموطأ، كتاب النكاح، باب جامع النكاح، ج2/ص67، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي ج3/ص150.

(3) - الآية (231) من سورة البقرة.

(4) - أحكام القرآن، لابن العربي ج1/ص200، وراجع أيضاً، الجامع لإحكام القرآن، للقرطبي ج3/ص149.

(5) - الآية (32) من سورة الحج.

(6) - الأشباه والنظائر، للسيوطي ج1/ص293، الأشباه والنظائر، للسبكي ج1/ص171.

(7) - راجع أحكام القرآن، لابن العربي ج1/ص200، 201، عارضة الأحوذني بشرح صحيح الترمذي، لأبي بكر محمد بن العربي، كتاب الطلاق واللعان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب الجد والهزل في الطلاق، ج5/ص126، وضع حواشيه: جمال مرعشلي، ط1 (1418هـ/1997م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان، الفقه المالكي وأدلته، ج4/ص44، الأشباه والنظائر، لابن نجيم ص67، الأشباه والنظائر، للسيوطي ج1/ص169.

(8) - سنن الترمذي، أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، ج2/ص328.

ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك فقال: "وأجمعوا على أن جد الطلاق وهزله سواء"⁽¹⁾. لكن السؤال المطروح هل نعاقب الزوجة والأولاد ومن ثم المجتمع نظرا للآثار المترتبة عليه- كالانحراف الأخلاقي وغيره- بسبب سلوك هذا الزوج المتهور والمستهزئ بشعائر الله، ومن ثم التعسف في سوء استخدام حق الطلاق على هذا الوجه السيئ، أرى أن المسألة تحتاج إلى إعادة النظر مراعاة للمصلحة لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽²⁾، وقوله: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾⁽³⁾، وقوله: ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا مَأْتَىٰ﴾⁽⁴⁾، واعتبار ذلك على إطلاقه فيه حرج ومشقة؛ لأنه فيه ضررا مباشرا على الأسرة الأسرة -أي الزوجة والأولاد معا- والمجتمع بصفة عامة، والضرر يجب إزالته؛ لأنه يتنافى مع المقاصد الشرعية من تشريع الزواج وإباحة الطلاق، خصوصا وأن هذه المسألة محل خلاف بين بعض فقهاء المذاهب الفقهية، فلماذا لا نأخذ بأيسرها، نظرا للأمية الدينية -الجهل بالأحكام الفقهية - دفعا للضرر، ما دام أن هناك مندوحة، وتيسيرا أيضا على الناس في معاشهم، وتطبيقا للقواعد الفقهية "الضرر يزال"، و"المشقة تجلب التيسير"، وملاك ذلك كله "فحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله ودينه"، وهذا ما جعل الشريعة صالحة لكل زمان ومكان؛ لأنها وُضِعَتْ لأجل المصالح، ودرء المفاسد ما أمكن ذلك.

حكى ابن عاصم في المسألة ثلاثة أقوال للمالكية⁽⁵⁾ فقال:

1- أنه يلزمه، وهو المشهور⁽⁶⁾؛ لأنه قصد التكلم بالطلاق، ومقابلة لا يلزمه وهو القول الأول.

الأول.

(1)- الإجماع، لابن المنذر ص147، دراسة وتحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، ط(1411هـ/1991م)، مؤسسة شباب الجامعة:

الإسكندرية، مصر، المغني، ج10/ص373.

(2)- الآية (78) من سورة الحج.

(3)- الآية (18) من سورة فاطر.

(4)- الآية (39) من سورة النجم.

(5)- راجع البهجة في شرح التحفة، ج1/ص666.

(6)- وهو ما اتفق عليه فقهاء المذاهب الثلاثة - الحنفية والشافعية والحنابلة وغيرهم- راجع حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ج2/ص366، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، للحطاب ج5/ص309، ت. ق: زكريا عميرات، ط(1416هـ/1995م)، دار

2- أنه يلزمه.

3- إن قام الدليل على أنه كان هازلاً لم يلزمه، وإلا لزمه.

قال ابن عاصم:

والخلف في مطلقٍ هزلاً وضَح * * * ثالثها إلا إن الهزلُ اتَّضح.⁽¹⁾

ونظير هذا ما نص عليه ابن حزم فقال: "ثم اختلفوا إن وقع ذلك- أي أن الزوج إذا أضر بامرأته ظلماً أو أوقع الطلاق على ذلك النحو- أينفذ ذلك الطلاق وذلك الفراق، أم لا يجوز شيء منه؟..."⁽²⁾، بجامع أن كلا منهما فيه إلحاق الضرر بالغير.

فالمصلحة تقتضي أن ننظر إلى حالة الزوج دون إغفال الخلف بين الفقهاء، هل هذا هو طلاقه الأول، أم أنه طلق قبل ذلك، فإن كان الأول ألزماه به؛ لأن إمكانية مراجعة الزوجة واردة ما دامت في العدة إذا رغب في ذلك، لا إن كانت الثانية أو الثالثة فإن الفرص تقل، والمحافظة على الأسرة من الشتات أولى من اعتباره، لعدم ائتمان جانبه في الصيانة،

الكتب العلمية: بيروت، لبنان، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، محمد يوسف الكافي، ص105، 106، شرح وتعليق: مأمون بن محي = الدين الجنان، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان، بدائع الصنائع، ج3/ص160، حاشية ابن عابدين، ج4/ص445، المهذب في فقه الإمام الشافعي، للفيروز أبادي الشيرازي، ج3/ص9، ت. ق: زكريا عميرات، ط1 (1416هـ/1995م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان، المغني، ج10/ص373، مختصر الفتاوى المصرية، لابن تيمية، لبدر الدين محمد بن علي الحنبلي البعلي، ج2/ص190، ت. ق: محمد صفوت الشواد، صلاح محمد عويضة، ط3(1421هـ/2001م)، دار ابن رجب: المنصورة، مصر.

(1)- إحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص106، البهجة في شرح التحفة، ج1/ص666.

* حكى البعض أن طلاق الهازل لا يلزمه إلا إذا قصده، اعتماداً على قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ الآية "227" من سورة البقرة، فالآية دللت على اعتبار العزم، والهازل لا عزم عنده، ومن ثم لا عبء بطلاقه، وهذا الإطلاق محل نظر؛ لأن فيه تعطيلاً للأحكام، ضف إلى هذا أن العزم أمر قبلي غير ظاهر، والأحكام لا تترتب إلا على العلة إذا كانت وصفاً ظاهراً منضبطاً، ولما كان العزم أمراً خفياً بنى الشارع الطلاق على أمر ظاهر في طلاق الهازل، وهو التلفظ به- أي إعمال اللفظ المنطوق به- جرياً على الأصل، أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، فلا يؤخذ إلا بما هو متحقق وواقع فعلاً. راجع: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، للشوكاني، كتاب الطلاق، باب ما جاء في كلام الهازل والمكروه والسكران بالطلاق وغيره، ج6/ص329، ت. ق: نصر فريد محمد واصل، ط. غ. م/التوفيقية: القاهرة: مصر، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، للصنعاني، كتاب الطلاق، ج3/ص368، ت. ق: فواز أحمد زمرلي، إبراهيم محمد الجمل، ط14(1422هـ/2002م)، دار الكتاب العربي: بيروت، لبنان، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، ج2/ص61.

(2)- مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، ص74، ط. غ. م/دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

ما لم يكن هذا دأبه- شأنه- فإننا نلزمه به، منعا لاتخاذ آيات الله هزوا وسدا للذريعة، ولا يحق المكر السيئ إلا بأهله، ومن تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه أو نقبض مقصوده؛ "لأنه لو قُبِلَ ذلك منه لتعطلت الأحكام، وقال كل مطلق أو ناكح: إني كنت هازلا، فيكون في ذلك إبطال أحكام الله تعالى، وذلك غير جائز، فكل من تكلم بالطلاق لزمه حكمه، ولم يقبل منه أن يدعي خلافه، وذلك تأكيد لأمر الفروج واحتياط له"⁽¹⁾.

وهذا التخريج لا يُعدُّ تحكما، بل هو الفقه إعمالا لروح الشريعة، ومراعاة لمقاصد تشريع الأحكام، فالفقيه لا بد أن يكون مدركا لشأنه عالما بزمانه.

3- أن يكون الطلاق الواقع بلفظ صريح أو كناية: تعتبر ألفاظ الطلاق- أي الصيغة المستعملة فيه- من المسائل المهمة والخطيرة؛ لأنه يترتب عليها إما إباحة الفروج أو حرمتها، ولهذا رأينا فقهاء المذاهب الفقهية والصحابة يختلفون فيها بين موسع ومضيق، ويرجع سبب ذلك إلى مبدئين أساسيين هما:

1- مبدأ الاحتياط للفروج، والمعبر عنه بسد الذرائع، فالقائلون به يفتون بإنهاء العلاقة الزوجية بكل صيغة تدل عليه لأدنى شبهة أو خلل يصيب عقد الزواج؛ لأنه ميثاق غليظ أحاطه الشرع بمجموعة من الشروط والقيود إعمالا للقواعد الشرعية، وأنه متى تعارض مانع ومبيح قدم المانع؛ لأنه أحوط، ويتأكد ذلك في باب النكاح، نظرا للأصل فيه، وهو التحريم في الأبضاع، لقوله ﷺ فيما رواه الحسن بن علي- رضي الله عنهما- أنه قال: "حفظت من رسول الله ﷺ "دع ما لا يريبك إلى ما يريبك، فإن الصدق طمأنينة وإن الكذب ريبة"⁽²⁾، وعن النعمان بن بشير- رضي الله عنه- قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام..."⁽³⁾.

(1)- مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، ج2/ص59.

(2)- سنن الترمذي، أبواب صفة القيامة، والرقائق والورع عن رسول ﷺ، ج4/ص77، ح/2637، النسائي، كتاب الأشربة، باب الحث على ترك الشبهات، ج8/ص732، ح/5727، الدارمي، كتاب البيوع، باب دع ما يريبك إلى ما لا يريبك، ج2/ص245، المسند، ج3/ص248، ح/1723، ص252، ح/1727، ج19، ص149، ح/12099، ج20/ص23، ح/12550، البيهقي، كتاب البيوع، باب كراهية مبايعة من أكثر ماله من الربا، ج5/ص546، ح/10819، الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان، كتاب الرقائق، باب الورع والتوكل، ج2/ص498، ح/722، المستدرک، كتاب البيوع، ج2/ص15، 16، ح/2169، 2170.

(3)- صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه، ج1/ص153، ح/51، مسلم، كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات، ج6/ص31، ح/1599، 107.

2- مبدأ رفع الحرج، يرجع سبب من أخذ بهذا المبدأ إلى التخفيف عن الناس، فرأى أن إنهاء العلاقة لا بد أن يكون بألفاظ صريحة أو قريبة منها، مع اعتبار قصده وإرادته ونيته، حفاظاً على استقرار الأسرة وسلامة أفرادها وتتيقن المجتمع من كل ما يؤدي إلى انتشار مظاهر الفساد؛ لأن الشريعة قائمة أساساً على دفع المفساد وجلب المصالح ومراعاة شؤون الناس⁽¹⁾.

4- أن تكون الزوجية قائمة بينهما حقيقة أو حكماً: لكي يصادف الطلاق الواقع محلاً يقع فيه لا بد من وجود زوج قائم حقيقة بين الزوجين، بحيث تكون في عصمته، أو حكماً ككونها معتدة من طلاق رجعي، فلا يقع على زوجة الغير اتفاقاً، أو غير المعقود عليها أصلاً⁽²⁾، أو البائنة منه بينونة كبرى، أو صغرى قبل الدخول أو بعده بعد انقضاء العدة أو من نكاح فاسد مجمع على فساده- ويعبر عنه بالنكاح الباطل كفقده ركناً من أركانه أو شرطاً من شروط صحته- لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما⁽³⁾.

يرجع سبب التعرّيج على هذه المسألة بصرف النظر عن كونها أركاناً للطلاق أو شروطاً له أو مزيجاً منهما بحسب ما يراه فقهاء المذاهب، وهذا من أجل الوقوف على حقيقة الطلاق وما الأدوات المستخدمة في ذلك؛ حتى يكون لنا تصور حقيقي، ومن ثمّ البحث عن حكم الطلاق الواقع على هذا النحو وحيثياته وما يترتب عليه؛ لأن الحكم عن الشيء فرع عن تصوره، فإذا لم تتحقق هذه الآليات فلسنا في حاجة للبحث عما يلزم أو ينجر عنه، لعدم اعتباره، ويُعدُّ هذا المطلب مُهمًّا للغاية في أحكام الطلاق وما يتبعه نظراً للمآلات.

(1)- راجع شرح الزرقاني على الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلية والبرية وأشبه ذلك، ج3/ص219، 220، ط1(1411هـ/1990م)، دار الكتب العلمية : بيروت، لبنان.

(2)- وقع الاختلاف فيما بين الصحابة والفقهاء قديماً حول الطلاق المعلق على فعل يحصل في الزمن المستقبل أو شرط، كأن يقول الرجل: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، أو إذا تزوجت فلانة فأنت طالق، سواء عينها بقوله أو أطلق في ذلك ولكل دليله، راجع: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج2/ص370...375، مواهب الجليل، ج5/ص316، 317، 318، المعونة، ج2/ص842، 843، التفرغ لابن الجلاب، ج2/ص109، 110، حاشية ابن عابدين، ج4/ص582...586، المحلى، ج10/ص205، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج4/ص42، 43، المختصر النافع، لأبي القاسم الحلبي، ص221، ط(1405هـ/1985م)، دار الأضواء، بيروت لبنان، تبين المسالك، ج3/ص140، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، كتاب الطلاق واللعان عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء لا طلاق من قبل النكاح، ج5/ص119...122.

(3)- القوانين الفقهية، ص251، 252، 253، 256، 257.

الفرع الثالث: أنواعه.

وبناء عليه فإن ألفاظ الطلاق عموماً تتحصر في أربعة أنواع:

النوع الأول: اللفظ الصريح: وهو ما تضمن لفظ الطلاق على أي وجه كان، حيث ظهر المراد منه وغلب استعماله فيه كقوله: أنت طالق، أو مطلقة، أو طليقة، أو أنا طالق منك، أو الطلاق لي لازم، أو طَلَّقْتِ مني، أو فارقتك، أو سرحتك، وما أشبه ذلك مما ينطق به من ألفاظ الطلاق وقع واحدة؛ لأن الأسباب لا تصنع شيئاً، إنما تصنعه الألفاظ، فهذا النوع من الطلاق يُلزمُ به صاحبه ولا يفترق فيه إلى نية إلا من جهة العدد فقط، إلا لقرينة دالة على ذلك ككونها موثقة فتسألُه إطلاقها من وثاقها فيقول لها أنت طالق⁽¹⁾.

النوع الثاني: الكناية الظاهرة: وهي اللفظ المحتمل للطلاق وغيره إلا أنه جرت العادة أو العرف أن يُعتدَّ بها في الطلاق في الشرع أو في اللغة كقوله: أنت بائن، أو بته أو خلية أو برية، أو حبلك على غاربك، أو أنت حرام، أو اعتدي، أو أنت عليّ كالدّم والميتة ولحم الخنزير، وما أشبه ذلك من الألفاظ قديمها وحديثها بحسب عرف الاستعمال، فهذا النوع من الطلاق كالصريح⁽²⁾، غير أن الإمام الشافعي رجح الرجوع إلى ما نواه المتلفظ وصدّق في نيته ودعواه عنده⁽³⁾.

النوع الثالث: الكناية المحتملة أو الخفية: وهي ما دل عليها اللفظ مع احتمال غيره كقوله: اذهبي وانصرفي وألحقي بأهلك وابتعدي عني، وما أشبه ذلك، فهذا النوع من الطلاق لا يلزمه إلا إذا نواه⁽⁴⁾، وقيل لا ينوي.

(1) - راجع كتاب الأم، للشافعي، ج6/ص405، ت. ق: أحمد بدر الدين حسون، ط2(1424هـ/2003م)، دار قتيبة: بيروت، لبنان، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج3/ص9، 13.

(2) - من حيث عدم قبول دعواه أنه لم يرد بها الطلاق، أما لزوم الثلاث بها، أو حملها عليها ففيه تفصيل يرجع إليه في أمهات كتب الفقه المشار إليها سابقاً وغيرها.

(3) - راجع المصدران السابقان - الأم/ج6/ص405، 406، 407، المذهب، ج3/ص10، 11.

(4) - راجع أحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص105، 106، شرح صحيح مسلم، لأبي عبد الله الأبي، كتاب الطلاق، باب الكناية في الطلاق، ج4/ص111، 112، ط. غ. م/مكتبة طبرية، الرياض، السعودية، كشف القناع، ج5/ص252، 253.

النوع الرابع: ما ليس بصريح ولا كناية محتملة: هو كل لفظ نوى به الطلاق وإن لم يستعمل في لازم معناه كقوله: اسقني الماء، صوت ساذج أو مزمار وما أشبه ذلك، فهذا النوع من الألفاظ يُعدُّ طلاقاً بالقصد، لا باللفظ، فأشبهه ما هو كناية.

والحقيقة أن هذه المسألة مبناها أن الطلاق فيها لا يقع بالنية المجردة، بل لا بد أن يقترب معها اللفظ، وذلك لضعفها وبعد استخدامها في غير ما وضعت له، وإنما قلنا به مع هذا القيد من باب التغليب والاحتياط، مراعاة لمصلحة الأسرة، وعدم الأخذ بالظن⁽¹⁾.

بنتبع الألفاظ المستعملة في الطلاق، سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة ودلت عليها القرائن ونص عليها الفقهاء قديماً، نجد أن الكثير منها هُجِرَ نظراً للبعد عن اللغة، وتغير الأعراف والعادات بتغير المكان وتطور الزمان، فالسائد الآن منها، سواء كانت صريحة أو كناية مثل: أنت طالق، أو بالحرام أو أمرك بيدك، أو اختاري بيني وبين أهلك، أو روي عند والديك، أو أهلك، أو لا أريد أن أراك، أو اغربي عن وجهي، أو اتصلي بوالديك أو أهلك ليأخذوك عني، أو أنت مصيبة ابتليت بها، وما أشبه ذلك، فهذا النوع من الألفاظ غير الصريح منها فيه تلبيس على المتلفظ بها والمرأة معاً؛ لأن الزوج أو من ينوبه عندما يسأل عن مقصده من ذلك يبقى متردداً بسبب عارض الغفلة وغيرها، فهل تبنى الأحكام على هذا بالرغم ما فيه من القصور والتشويش، أم أنه لا يُعْتَدُّ به وهو خلاف الواقع؛ لأنه - الواقع - لا يمكن رفعه، وإنما يُنظَرُ في أثره وهو محل الكلام.

ومن أجل دفع هذا التلبيس يُعاقَبُ المتلفظ بها وبأمثالها⁽²⁾؛ لأن له إيقاع الطلاق بألفاظ صريحة أو كنايات ظاهرة، ولهذا السبب اقتصر الظاهرية على ألفاظ ثلاثة وهي: "الطلاق، الفراق، السراح" فقط؛ لأنها الواردة في القرآن الكريم دون غيرها، فوجب الوقوف عندها⁽³⁾.
فهذا التصرف من المطلق يُعدُّ تلاعباً وتعسفاً في استعمال ألفاظ الطلاق بهذه الكيفية، وعلى هذا النحو؛ لأنه ربما يؤدي إلى انتهاك حرمة الفروج من حيث لا يدري، فسداً للذريعة يُعاقَبُ حتى يكون ذلك رادعاً له ولغيره، إقامة للمظنة مقام المئنة، نظراً لمآلات الأفعال

(1) - راجع المعونة، ج2/ص851، الفقه المالكي وأدلته، ج4/ص61.

(2) - راجع الفقه المالكي وأدلته، ج4/ص61.

(3) - المحلى، ج10/ص185، 186، مسألة رقم: 1956.

ونتائجها، بصرف النظر عن النية أو الإهمال أو التقصير، فهذا أمر ثانوي⁽¹⁾، وفي هذا يقول الإمام أبو زهرة: "إن أصل سد الذرائع لا تعتبر النية على أنها الأمر الجوهري في الإذن أو المنع، إنما النظر فيه إلى النتائج والثمرات، فإن كانت نتيجة العمل مصلحة عامة، كان واجبا بوجوبها، وإن كان يؤدي إلى فساد فهو ممنوع بمنعه، لأن الفساد ممنوع، فما يؤدي إليه ممنوع أيضا، والمصلحة مطلوبة، فما يؤدي إليها مطلوب، والنظر بنا في هذا الأصل ينتهي بنا إلى أنه ثبت لتحقيق الأصل السابق، وهو جلب المصالح ودفع المفاسد ما أمكن الدفع والجلب، ... فكل كما يؤدي إلى ذلك من الذرائع والأسباب يكون له حكم ذلك المقصد الأصلي، وهو طلب المصلحة، والمنع للفساد والأذى"⁽²⁾.

وهذا النظر كما ترى مبناه مآل الفعل - أي التصرف - المأذون فيه ابتداء المفضي إما لمصلحة أو مفسدة راجحة بالرغم من كونه مستندا إلى الحق، فمقتضى ذلك أن الحق وسيلة لتحقيق غاية الشرع ومقصده، والعمل على خلافه يؤدي إلى التناقض بينها - أي الوسائل من جهة والمقاصد والغايات من جهة أخرى - فيرجح جانب المفسدة على الأصل في الإذن؛ فيمنع لخروجه عن حدود الحق المأذون فيه⁽³⁾.

ويلحق بهذه الأنواع الطلاق بالكتابة والإشارة، سواء للعاجز أو غيره مع بعض التفاصيل ليس هذا محل بسطها.

المطلب الثاني: حالات الطلاق وفيه خمسة فروع.

الناظر في العلاقة الزوجية المستوفية للشروط والأركان يجد أن إنهاء الرابطة فيها يكون بأحد أمرين:

الأمر الأول: الوفاة، سواء كانت حقيقية أو حكما، وهذا لا دخل فيه للزوجين عموما، لقوله تعالى: ﴿قُلْ يَتُوبُكُمْ مَلِكُ الْمَوْتِ الَّذِي وُكِّلَ بِكُمْ﴾⁽⁴⁾، وقوله: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةٌ

(1) - راجع كتاب مالك، لمحمد أبي زهرة ص 412، ط1 (1946م)، م/الاعتماد، القاهرة، مصر.

(2) - المصدر السابق، ص 410.

(3) - للمزيد راجع نظرية التعسف، ص 75، 76، 86 وما بعدها.

(4) - الآية (11) من سورة السجدة.

الْمَوْتُ وَإِنَّمَا تُوَفَّتْ أَجُورَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ﴿١﴾.

وقد يقول قائل أرأيت لو أن أحد الزوجين قتل الآخر ألا يُعَدُّ طرفاً- أي سبباً- في إنهاء العلاقة الزوجية؟ والجواب على ذلك يكون بـ:

- 1- يُعَدُّ إنهاء أحدهما لحياة الآخر سبباً مباشراً في إنهاء العلاقة الزوجية تساوياً وجيهاً.
- 2- القابض لروح أحدهما هو ملك الموت بأمر من الله عز وجل، وإنما نسب ذلك لأحد الزوجين مجازاً باعتبار المباشرة للفعل لا القبض، وهذا ينطبق عليهما وعلى غيرهما، بل إن الله عز وجل يقول: ﴿إِنَّمَا تَكُونُوا يَدْرِكِكُمُ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بُرُوجٍ مُّشِيدَةٍ﴾ (2)، وكأن الموت هو الذي يترصد المتوفى وينتظر قدومه فيجهز عليه، ومن ثمَّ فليس للإنسان إلا التسبب فقط لا القبض.

الأمر الثاني: هو ما كان إنهاء العلاقة الزوجية فيه بالإرادة التامة، سواء من طرف الزوج، أو الزوجة، أو بطلب منهما بعبوض أو بغيره أو باتفاقهما أو بتدخل من القضاء، وهو ما نتعرض له بالتفصيل في الفروع الآتية.

الفرع الأول: الطلاق بإرادة الزوج.

الأصل في الطلاق أنه ملك للزوج متى كان أهلاً لذلك- بالغاً عاقلاً رشيداً- فله إيقاعه دون الحاجة إلى موافقة أيِّ كان، بناء على السلطة التي منحها إياه الشرع والقانون معاً، سواء استند فيه إلى أمر مشروع يقبله الشرع والقانون والعقل والعرف، أظهره أمام القضاء أو الحكيم أم أخفاه حفاظاً على أسرار الحياة الزوجية منعا للافتضاح، وذلك بعد التدرج في وسائل التأديب التي أقرها الشرع وأمر بها - الموعظة الحسنة، الهجر في الفراش، الضرب غير المبرح، تحكيم حكيم من أهله وأهلها- أم كان مبناه العصمة التي يملكها على زوجه دون مبررات مشروعة، سببها التهور والطيش وعدم تقدير الأمور حق قدرها، ففي هذه الحالة يُعَدُّ الزوج متعسفاً في استعمال حقه في الطلاق، ومع هذا لا يمكن منعه منه، لكن في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يحكم عليه بالتعويض نظير التعسف المفضي إلى إلحاق الضرر

(1)- الآية (185) من سورة آل عمران.

(2)- الآية (78) من سورة النساء.

بالزوجة، سواء أكان معنوياً أم مادياً، وهذا من باب السياسة الشرعية، وكما قال مصطفى السباعي: "لأن الشريعة تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج وظلمه في ذاك الطلاق"⁽¹⁾، خصوصاً إذا كانت فقيرة قبل ذلك، وسيأتي الحديث عنه لاحقاً⁽²⁾.
سُئِلَ الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: "هل للمرأة ضمان فيما أعطي الرجل من حق الطلاق، وهل هذا الحق بيد الرجل يوقعه على المرأة متى شاء وبلا حدود؟"
فأجاب: "إنه لا ضمان على الرجل في إيقاعه الطلاق على امرأته؛ لأن عصمة الزوجية مظنة الرغبة في دوام العشرة، فالزوج محمول على أنه ما طلق إلا حين لم يجد سبيلاً للمعاشرة. والأحكام في مثل هذا منوطة بالمظنة، ومشروعية الطلاق روعي فيها استراحة الزوجين في معاشرة غير هنيئة، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كِلَا مِّن سَعَتِهِ﴾⁽³⁾، وقال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾⁽⁴⁾.

هذا الجواب فيه نظر؛ لأن كون الشيخ أعطى حق إيقاع الطلاق للزوج ابتداء لا خلف فيه؛ لأنه الأحرص على بقاء العلاقة الزوجية التي دفع فيها أموالاً باهظة من مهر وغيره، بالإضافة إلى ما ينتظره من غرم إذا ما أقدم على إنهاؤها، لكن هذا لا يلغي الحرية المطلقة في استخدامه، سواء على الرأي القائل بأن الأصل فيه الحظر والمنع⁽⁵⁾، إذا كان لغير حاجة؛ لأن فيه إيذاء للغير من زوجة وأولاد وأهل، أو على الرأي القائل بأن الأصل فيه الجواز، إلا أن الإقدام عليه لغير مبرر يُعدُّ مكروهاً أو خلاف الأولى⁽⁶⁾، فلا بد من وجود

(1) - شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1/ص243.

(2) - المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا الفصل ص247.

(3) - الآية (130) من سورة النساء.

(4) - الآية (229) من سورة البقرة.

*فتاوى الشيخ الإمام محمد الطاهر بن عاشور، ص359، جمع وتحقيق: محمد بن إبراهيم بوزغيبية، ط1 (1425هـ/2004م)، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث: دبي، الإمارات المتحدة.

(5) - راجع شرح فتح القدير والهداية شرح بداية المبتدي، للمرعيناني وشرح العناية على الهداية للبايرتي مطبوعان معه، ج3/ص471، 472، 473، بدائع الصنائع، ج3/ص141، 142، 143، 152، المغني، ج10/ص323، 324.

(6) - راجع حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، ج2/ص361، كفاية الطالب الرباني، لعلي أبي الحسن مع حاشية العدوي مطبوعة معه، ج2/ص63، ط (1357هـ/1938م)، مصطفى البابي الحلبي وأولاده: القاهرة، مصر، المجموع، ج18/ص211، 212، روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ج3/ص419، 420، ت. ق: خليل مأمون شيجا، ط1 (1427هـ/2006م)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، المغني، ج10/ص323، 324، شرح فتح القدير، ج3/ص469.

مسوغات معتبرة، أو مبررات مشروعة تدفعه إلى ذلك، وإلا كان مستهزئاً بشعائر الله غير معظم لها؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿وَأَخَذَنَّا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾⁽¹⁾، وقال: ﴿ذَلِكَ عَلَىٰ وَمَنْ يُعْظِمُ شَعَائِرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِنْ تَقْوَى الْقُلُوبِ﴾⁽²⁾، وهو بهذا الصنيع لم يعط لهذا الميثاق ما يستحقه من قدسية وتعظيم، ولم يوقر شعائر الله، بل اتخذها هزواً، ويكفي أن يكون هذا تعسفاً في سوء استخدام الحق، ولا يُعدُّ ذلك تضييقاً عليه في ممارسة حقوقه، لعدم تحقق المقصد منه، وهو رفع الضرر عنه، مع إلحاقه أيضاً بالأذى بالغير، فيعتبر باطلاً؛ "لأنه يهدم الأصل الذي قامت عليه الشريعة، ويضاد مقصد الشرع من منح الحقوق"⁽³⁾.

وبالمقابل نجد الشيخ محمد العزيز جعيط سئل نفس السؤال: "هل للمرأة ضمان فيما أعطي الرجل حق الطلاق، وهل هذا الحق بيد الرجل يوقعه على المرأة متى شاء وبلا حد؟ فأجاب: ليس للمرأة ضمان مادي فيما أعطي الرجل من حق الطلاق، وإنما لها ضمان معنوي، وهو وقايتها من التعاسة التي تنتشر بإرغام الزوج على إمساكها لها، والطلاق بيد الرجل يوقعه على الزوجة متى شاء"⁽⁴⁾.

الملحوظ عليه أنه جعل الطلاق بيد الرجل يوقعه على المرأة متى شاء مع شغور ذمته من تحمل أدنى مسؤولية مادية، وإن أقرها لها مبدأ التعويض المعنوي بسبب إرغام الزوج على إمساكها مع كرهها لها، فلا يؤدي حقها، فتعيش معه في غمٍّ وهم، مما يسبب لها التعاسة في حياتها، فيكون هذا الصنيع تعسفاً في استعمال الحق، بصرف النظر عن الجهة التي أرغمت أو أجبرت الزوج على إمساكها لها، فتخلص منه، فيكون ذلك تعويضاً معنوياً لها عن الضرر الذي أصابها، وهذا هو الفرق في الفتيا بين الشيخين، فالإمام ابن عاشور لم يلتفت إلى ذلك، بخلاف الإمام جعيط وحسنا فعل " فوضح إذن أن ليست العبرة بصورة

(1)- الآية (21) من سورة النساء.

(2)- الآية (32) من سورة الحج.

(3)- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ص85.

(4)- فتاوى شيخ الإسلام في تونس محمد العزيز جعيط واجتهاداته وترجيحاته، ص85، جمع ودراسة وتحقيق: محمد بوزغيبية، ط2(1426هـ/2005م)، دار ابن حزم: بيروت، لبنان.

الفعل وهيئته الظاهرة، بل العبرة بقصد المكلف في العمل والباعث عليه، فإن قصد الشارع من المكلف أن يكون في العمل موافقا لقصد الله في التشريع⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي.

بما أن العلاقة الزوجية مبناها الشراكة، فإن هذا يقتضي إمكانية إنهاؤها بالتراضي على أساس إرادتهما المشتركة، أو بطلب من أحدهما والموافقة من الجانب الآخر، مما يسهل إجراءات الطلاق دون معوقات لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾⁽²⁾، وقوله: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾⁽³⁾، وهذا بعد محاولة الصلح التي يجريها الحكمان بناء على الأمر الإلهي، والقانوني الذي يمنع إيقاع الطلاق المباشر قبل الرفع للقضاء وإجراء التحكيم، مع عدم الاعتراف به وإن وقع إذا خالف النصوص القانونية المنظمة لإنهاء العلاقة الزوجية.

ومع هذا يجب أن تراعى رغبتهما في الانفصال، وإجبارهما على الاستمرار في حياة استحكمت فيها الخلاف والنفرة أو إطالة أمد الإجراءات الإدارية يُعدُّ تعسفاً؛ لأنه "لاشك أن العقول تتفق على أن الزوجين إن تراضيا الفراق يجب تقريره؛ لأنه من المقرر أن كل عقد يتفق الطرفان فيه على إنهائه يجب أن ينتهي، ولأنهما لا يتفقان إلا حيث تعذرت الحياة الزوجية، وإن كان ثمة ملاحظة، فهي أنه يجب ألا يكون لنوبات الغضب العارضة أثر في الحكم، ولكن ذلك أمر نفسي لا يناط بأحكام القضاء، وقد احتاط الإسلام لذلك"⁽⁴⁾.

والطلاق بالتراضي لا يعدو إلا أن يكون صورة ضمن الحالة الأولى - الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج - لأن الأصل في عقدة النكاح أنها بيد الزوج وله الإرادة الكاملة في إيقاع

(1) - نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 92.

(2) - الآية (130) من سورة النساء.

(3) - الآية (227) من سورة البقرة.

(4) - الأحوال الشخصية، لأبي زهرة، ص 281.

الطلاق وإنهائه- النكاح- دون الحاجة إلى موافقة الزوجة، وبناء عليه فإن الحاجة إلى رضاها به لا يغير في الأمر شيئاً إلا من جهة: (1)

1- تسريع إجراءات الطلاق الإدارية.

2- المحافظة على أواصر العلاقات الأسرية، خصوصاً إذا كانت تربطها قرابة، وفي هذا يقول رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، السيد الهاشمي هو يدي - رحمه الله- في توضيح له نشر بالمجلة القضائية لغرفة الأحوال الشخصية - العدد الخاص- "أن كثيراً ما يحدث الطلاق بالتراضي بين الأقارب والعائلات التي تفضل المحافظة على العلاقات التي بنيت بينهما، ويتم نتيجة تنازلات متبادلة بين الزوجين، ويضيف أنه على القاضي في هذه الحالة أن يحدد العناصر التي تمّ بشأنها الاتفاق؛ لأن هذا الأخير لا يثار بشأنه أي طعن باعتباره مجرد إسهام" (2).

3- الحفاظ على الأسرار الزوجية.

4- مراعاة الآثار النفسية للأولاد، والمحافظة على استقرار حياتهم الطبيعية.

5- تسهيل إجراءات الحضانة والزيارات المترتبة عليها.

6- توفير الجهد والوقت في محاولة الصلح بين الزوجين إذ لا فائدة ترجى منه بعد

اتفاقهما على إنهاء العلاقة بينهما بالتراضي.

الفرع الثالث: الطلاق بإرادة الزوجة.

الأصل في الطلاق أنه بيد الزوج يوقعه متى شاء دون الحاجة إلى إذن أحد كما هو الشأن في العقد الذي انبنى عليه وهو النكاح، متى كان أهلاً لذلك، ويلزم منه أن له الحق المطلق في إنابة غيره عنه في إيقاعه بكل الألفاظ المشار إليها آنفاً، بصرف النظر عن كون الزوج يمكنه عزل من أنابه عنه أم لا؛ لأن الحكم يختلف باختلاف الصفة المستعملة في ذلك، فالبعض يقبل العزل والبعض الآخر لا يقبل، ومن هنا يجب على الزوج أن يكون مدركاً وعالماً بالنيابة التي أناب غيره عنها فيها، تطبيقاً للقاعدة العامة: "أن كل حق ثبت

(1)- للمزيد راجع في هذا: صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، باديس ديابي، ص28 وما بعدها، ط1(2012)؛ دار الهدى: عين مليلة، الجزائر، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص، 124، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، ص 176.

(2)- صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، ص29.

لشخص ما إلا وله أن يستعمله بنفسه أو ينيب عنه غيره إن كان من الحقوق التي تقبل الإنابة في الممارسة"⁽¹⁾، والطلاق بطبيعة الحال من الحقوق التي تقبل الإنابة.

وبناء عليه تستطيع الزوجة أن تُطَلِّقَ نفسها دون الرجوع إلى زوجها اعتمادا على التفويض الذي منحها إياه، لكن الإشكال يكمن في استغلالها لهذا التمليك والتهديد به كلما وقع بينهما تنازع ما، كما هو الشأن بالنسبة للزوج، وربما أدى بها طيشها إلى إيقاعه من غير روية لخفة عقلها وغلبة شهوتها إذا دلَّ البساط على ذلك، وهذا التصرف يُعدُّ تعسفا في استعمال الحق، خصوصا إذا كان مبناه شرطا مسبقا ضمن شروط عقد الزواج، ولا يستطيع الزوج التملص منه؛ لأنه أضحى شريعة للمتعاقدين.

بالنظر في أصول الشريعة العامة نجد أن أساسها رعاية المصالح ودرء المفاسد، وأن الوسائل المقررة للوصول للحقوق لا بد أن تتوافق مع هذا الأصل العام، ومن ثمَّ وجب أن يكون قصد المكلف موافقا لقصد الشارع، ويتأكد هذا أكثر إذا لم يكن له غرض إلا استعمال الحق، سواء رجع عليه بالنفع أو لا.

وبهذا يتضح جليا أن استخدام الحقوق ليست غاية في حد ذاتها، بل هي مجرد وسائل شرعت لتحقيق مقاصد الخلق، فكل تصرف يناقض هذا المقصد يُعتبر باطلا؛ لأنه يعود عليه أيضا بالبطلان، فيلزم منه الدور؛ "فالحق إذا كان وسيلة لغاية أو مصلحة شرع من أجلها، فمن المنطلق التشريعي أن تكون الغاية الجزئية منسجمة في تحقيقها مع ذلك الأصل الكلي في الشرع؛ لأن الشريعة كُتِّبَتْ مَتَّسِقَةً لا تتناقض جزئياته مع كلياته"⁽²⁾، وقد أكد هذه الحقيقة الإمام الشاطبي بقوله: " كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل"⁽³⁾، ويقول في موضع آخر: " أما أن العمل المناقض باطل، فظاهر؛ فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك

(1)- الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، لمحمد الكشور، ص378، نقلا عن شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي و أدلته، ج2/ص111.

(2)- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص85.

(3)- الموافقات، ج2/ص615.

الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة⁽¹⁾، ومعنى كونه باطلاً أي لا يترتب عليه أي أثر، فكأنه لم يكن شيئاً فهو كالعدم.

ومن أجل صيانة هذا الأصل من التصرفات التعسفية التي مبناهها حقوق مشروعة أقر الفقهاء مبدأ سد الذرائع⁽²⁾؛ لاجتناب إلحاق الضرر بالغير، أو مخالفة مقاصد الشرع من التشريع، سواء قصده أم لا؛ لأن " قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع " ⁽³⁾.

ذكرنا فيما سبق أن إيقاع الطلاق من الزوج يُعد من الحقوق التي كفلها له الشرع و القانون معاً وأعطاه حرية التصرف فيه، وبالتالي له أن ينيب فيه غيره، لكن هنا نريد أن نبين هل له إمكانية الرجوع عن هذه الإنابة أم لا؟

الناظر في الفقه الإسلامي يجد أن الحكم فيها يختلف بحسب نوع الإنابة.

القسم الأول: يجوز له الرجوع فيه مطلقاً ألا وهو التوكيل إلا لشرط، كأن يقول لها مثلاً: إن تزوجت عليك فأمرك أو أمر الداخلة عليك بيدك توكيلاً، ففي هذه الحالة لا يجوز له أن يعزلها، أو الرجوع عنه؛ لأن الحق هنا تعلقت به مصلحة معتبرة للغير، وفيه أيضاً دفع للضرر - أي ضرر الضرة - عن الزوجة حتى لا تشاركها غيرها فيه.

القسم الثاني: لا يجوز له الرجوع فيه أو العزل⁽⁴⁾ ألا وهو التمليك أو التفويض أو التخيير؛ لأن الزوج تنازل عن حقه ابتداءً للزوجة ومكنها منه، والذي من مقتضياته حرية التصرف للطرف المتنازل له، كبقية العقود الأخرى وإلا عدَّ ناقصاً، ومن ثمَّ يبطل العقد لعدم كمال جريان يد المتنازل له في المعقود عليه بحرية تامة وعدم رفع يد المتنازل عليه؛ "لأن من مَلَكَ

(1)- المصدر السابق الموضوع نفسه.

(2)- وهو ما يعرف الآن باستباق الأحداث أو تجفيف المنابع أو قطع الدعم اللوجستي عن الخصم، أو ضرب نقاط القوة عنده من أجل إضعافه.

(3)- المصدر السابق، ص 613.

(4)- خلاف للشافعي، وقيده الشيعة الإمامية بالمجلس وإن طال ما لم تأت بفعل ينافي الاختيار أو التفويض، راجع: القوانين الفقهية، ص 258، المغني، ج 10/ص 381، 387، مغني المحتاج، محمد الشربيني الخطيب، ج 5/ص 16، صححه علي عاشور، ط . غ . م، ط 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، المجموع، ج 18/ص 234 وما بعدها، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، لأحمد بن يحيى بن المرتضى، ج 3/ص 162 وما بعدها، ت. ق: عبد الله بن عبد الكريم الجرافي، ط 1 (1366هـ/1947م)، دار الحكمة اليمانية.

غيره شيئاً فقد زالت ولايته عنه، فلا يملك إبطاله بالرجوع"⁽¹⁾، وبالتالي لا يزيل التمليك، بخلاف التوكيل غير المشروط⁽²⁾، قال الشيخ خليل: "إن فَوْضَه - أي الطلاق - لها توكيلاً فله العزل إلا لتعلق حق، لا تخبيراً أو تمليكا، وحيل بينهما حتى تجيب ووقفت"⁽³⁾.

وقبول رجوعه في ذلك دون توضيح أو قيد يؤدي إلى عدم استقرار الأحكام، بل إلى التنازع بين الزوجين مطلقاً، وهو خلاف ما قصده الشرع من الاستقرار، فيكون مخالفاً للحكمة الغائية التي قررت له، فالتعسف هنا مرده إلى المناقضة، سواء ترتب عليها إلحاق ضرر بالغير أو لا.

الفرع الرابع: الطلاق بالخلع.

إذا كان الطلاق من حق الزوج يوقعه متى شاء إذا تضرر من زوجته أو نفر منها لسبب ما، فإن هذا الأمر قد يحدث أيضاً للزوجة بنفس العلة، لما بينهما من الترابط الفسيولوجي باعتبارها جزءاً منه، فماذا هي فاعلة، أتصبر على ذلك أم أنها تبحث عن مخرج لها يرفع عنها الضرر؛ لأنه ربما أدى بها إلى ارتكاب أفعال محظورة أوجببت سخطا وغضباً، كما وقع للمرأة التي قالت: "أكره الكفر في الإسلام" بسبب بغضها لزوجها، فلا تؤدي حقه.

المتتبع لقواعد الشريعة ومقاصدها السامية في سياسة الخلق يجد قواعد مهمة ترفع عنها الغبن وتزيل عنها الضرر منها: "الضرر يزال" وقاعدة: "لا ضرر ولا ضرار" لأنها إنسان وتملك من الإحساس ما يملكه الزوج، بل هي أشد منه لضعفها وغلبة شهوتها ربما على عقلها وعدم تقديرها للأمور حق قدرها، فلا تصبر على تحمل الضرر، فيدفعها ذلك للانتقام وغيره، فشرع لها الخلع أو الطلاق بعوض إذا أحست بنفرتها من زوجها، تخليصاً لها مما تعانيه، فعن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: "جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى رسول

(1) - شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، ج2/ص114.

(2) - راجع المجموع، ج18/ص234 وما بعدها، القوانين الفقهية، ص258، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج2/ص405، 406، بدائع الصنائع، ج3/ص182 وما بعدها، 194، 195، حاشية ابن عابدين، ج4/ص541، المغني، ج10/ص381، 382، 387 وما بعدها، الإقناع لطالب الانتفاع، للحجاوي، ج3/ص475 وما بعدها، ت. ق: عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية بدار هجر، ط1(1418هـ/1997م)، دار هجر: الجزيرة، مصر.

*ورد في القوانين الفقهية ص258" لم يبطل تمليكها حتى يوقفها السلطان أو تتركه - أي الزوج - يطأها".

(3) - مختصر خليل مطبوع مع مواهب الجليل، ج3/387.

الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، إني لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق، ولكني لا أطيقه، فقال رسول الله ﷺ: " فتردين عليه حقيقته؟" قالت: نعم⁽¹⁾.

وجه الاستدلال:

راعى النبي ﷺ نفرة المرأة من زوجها لما رآته عليه من أوصاف ذميمة ذكرتها في بعض الروايات وإن كانت خَلْقِيَّة، فأقر لها مبدأ الافتداء، فعن ابن عباس - رضي الله عنهما - أول خلع كان في الإسلام، امرأة ثابت بن قيس، أتت النبي ﷺ فقالت: "يا رسول الله لا يجتمع رأسي ورأس ثابت أبدا، إني رفعت جانب الخباء فرأيته أقبل في عدة، فإذا هو أشدهم سوادا، وأقصرهم قامة، وأقبحهم وجها، فقال: " أتردين عليه حقيقته؟" قالت: نعم، وإن شاء زدته، ففرق بينهما⁽²⁾، فدل هذا أن الأحكام لا توقف على سلوكيات الغير، بل يكفي وجود أسباب مقنعة من الطرف المتضرر لاستصدار الأحكام، فبمجرد كراهيتها لزوجها كما هو الشأن هنا وعدم تحمل العيش معه وفقدان الراحة النفسية والسكينة بينهما يُعدُّ سببا كافيا لما يفضي إليه من كفران العشير وعدم تحقق المقصد من الزواج المشار إليه في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَبِرُونَ ﴾⁽³⁾، وهما الهدف الأسمى من الزواج لما يفضي إليه من استقرار في الأسرة ثم المجتمع على السواء.

ولا يضر في طلب الخلع كون الزوج صالحا ويبادل زوجه المحبة والاحترام، بدليل ما روى ابن عباس - رضي الله عنهما - " أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خُلُقٍ ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: "أتردين عليه حقيقته؟" قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: "أقبل الحديقة، وطلقها تطليقة"⁽⁴⁾.

(1) - صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ج9/ص307، ح/5275.

(2) - فتح الباري بشرح صحيح البخاري، نفس الكتاب والباب السابق ذكره في هـ 1 ص203، ج9/ص311.

(3) - الآية (21) من سورة الروم.

(4) - صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ج9/ص306، ح/5273، ص307، ح/5276.

وجه الاستدلال:

أباح النبي ﷺ للزوجة أن تفارق زوجها بمقابل مادي تدفعه له مع إلزامه بقبول ذلك العوض، ويرجع سببه أن الفرقة جاءت من قبلها دون أن يكون للزوج دخل فيه من تقصير ونحوه، وإن ورد في بعض الروايات أنه كسر يدها أو بعضها، لكنها لم تعب أو تشبكه واحة منهما بسبب ذلك بل وقع التصريح بسبب آخر وهو أنه كان دميم الخلقة، وهو وصف ثابت غير عارض، بخلاف الشدة في المعاملة، ومن هنا افترقا⁽¹⁾، فالغنم بالعزم؛ لأنها غنمت حرقتها فغرمت مقابل ذلك مالا، يضاف إليه أن فيه تخليصا للمرأة من الوقوع في المحذور، وهو سوء معاشرة الزوج والتقصير في حقوقه، وربما أدى ذلك إلى الاعتداء عليها من قبل الزوج ومعاملتها بقسوة لعدم طاعته وامتثال أوامره، فلا يقيم هو أيضا حدود الله فيقع في المحذور، قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾⁽²⁾. وفيه أيضا عدم إجبار المرأة على العيش مع من تكرهه فيكون ذلك تعويضا معنويا لها، وهو ما أشار إليه الشيخ جعيط في فتياه وقد سبق ذكره⁽³⁾.

والخلع بهذه الكيفية يحقق المقصد الذي من أجله شرع، وهو رفع الضرر عن الزوجة كبقية الطرق الأخرى التي تستطيع من خلالها ممارسة حق الفراق، لكن إذا كان المقصد منه هو التخلص من الزوج من غير مبرر معقول يقبله الشرع والعقل ولم تكن كارهة للعيش معه ودلّ البساط على ذلك، فإنها في هذه الحالة تكون آثمة وتعد متعسفة في استعمال حق الخلع، لما يترتب عليه من آثار نفسية سيئة على الزوج، خصوصا إذا كان متعلقا بها، وكذلك تفكيك الأسرة وإلحاق الأذى والضرر بالأطفال؛ لأن المرء يعيش لنفسه ولغيره، لا لنفسه فقط، قال عياض - رحمه الله - في بيان عظم أمر الفراق، سواء كان بالطلاق أو بالخلع وغيرهما "وفيه تعظيم أمر الفراق والطلاق وكثير ضرره وفتنته، وعظيم الإثم في

(1) - راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري، نفس الكتاب والباب السابق، ج/9 ص311.

(2) - الآية (229) من سورة البقرة.

(3) - راجع ص198 من هذه الرسالة.

السعي فيه، لما فيه من قطع ما أمر الله به أن يوصل وشتات ما جعل الله فيه رحمة ومودة، وهدم بيت بني في الإسلام، وتعريض بالمتخاصمين أن وقعا في الحرج والآثام⁽¹⁾.
 فعن ثوبان - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: " أئماً امرأة سألت زوجها طلاقاً من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة"⁽²⁾، قال الإمام الشوكاني - رحمه الله - تعليقا على قبح الفعل " فيه دليل على أن سؤال المرأة الطلاق من زوجها محرم عليها تحريماً شديداً؛ لأن من يرح رائحة الجنة غير داخل لها أبداً، وكفى بذنب يبلغ بصاحبه إلى ذلك المبلغ، منادياً على فظاعته وشدته"⁽³⁾، وعن شهر بن حوشب أن النبي ﷺ قال لرجل مطلق دون ما سبب: "إن الله لا يحب كل ذواق من الرجال، ولا كل ذواقه من النساء"⁽⁴⁾، لما فيه من اتخاذ آيات الله هزواً، وعدم تحقيق المقصد من تشريع الزواج.

ويتأكد تعسف المرأة حقيقة إذا خالعت من غير سبب وجيه وأرادت من وراء ذلك الاستحواذ على المهر المقدم لها وغيره إذا تعمدت عدم الموافقة على رد الصداق المقدم لها والاكتفاء برد قيمة صداق المثل وفق الحكم القضائي حالة التنازع بينهما إذا كان المهر المدفوع لها يتجاوز صداق المثل؛ لأن حكمه يرفع الخلاف، "وتصرفه على الرعية منوط بالمصلحة"، وفقاً للقاعدة الفقهية⁽⁵⁾، وهذا الصنيع يُعدُّ مطيةً للتحايل على أكل أموال الناس

(1) - إكمال المعلم بفوائد المسلم، كتاب صفات المنافقين وأحكامهم، باب تحريش الشيطان وبعث سرياه لفتنة الناس، وأن مع كل

إنسان قريناً، ج8/ص349، ح/67/2813، ت. ق: يحي إسماعيل، ط2(1425هـ/2004)، دار الوفاء: المنصورة، مصر.

(2) - سنن أبي داود، كتاب الطلاق باب في الخلع، ج2/ص463، ح/2226، الترمذي، أبواب الطلاق واللعان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في المختلعات، ج2/ص329، ح/1198، 1199 ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة، ج1/ص662، ح/2055، الدرامي، كتاب الطلاق، باب النهي أن تسأل المرأة زوجها طلاقها، ج2/ص162، المسند، ج37/ص62، ح/22379، ص112، ح/22440، البيهقي، كتاب الخلع والطلاق، باب ما يكره للمرأة من مسألتها طلاق زوجها، ج7/ص517، ح/14860، الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان، كتاب النكاح، باب معاشره الزوجين، ج9/ص490، ح/4184، المستدرک، كتاب الطلاق، ج2/ص218، ح/2908.

(3) - نيل الأوطار، كتاب الطلاق، باب جوازه للحاجة وكراهيته مع عدمها وطاعة الوالد فيه، ج6/ص311.

*قوله "منادياً" الأفضل أن يقال: "مشيراً إلى".

(4) - المصنف في الأحاديث والآثار، لابن أبي شيبة، كتاب الطلاق، باب من كره الطلاق من غير رغبة، ج4/ص172، ح/01، ت. ق: سعيد محمد اللحام، ط1(1409هـ/1989م)، دار الفكر: بيروت، لبنان.

(5) - " تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة "، نص عليها الشافعي بقوله: منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم". الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص278، القاعدة الخامسة من القواعد الكلية.

بالباطل، وقد نهانا الله عن ذلك بقوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾⁽¹⁾؛ لأنه قد يتزوج المرأة الرجل المليء ويفرض لها صداقا كبيرا ثم تختلع منه بحجج واهية وبصداق المثل دون المهر المقدم لها بغير رضاه، ضف إلى هذا كله التكاليف التي دفعها من أجل الزواج، فمن يعوضه؟ فإن قيل إن النكاح مبني على المكارمة لا المكايسة⁽²⁾، نقول: لا خلاف في ذلك، لكن المنتبغ للقواعد الشرعية يجد أنها دائما تأخذ بمبدأ ارتكاب أخف الضررين، وأن ما أدى إلى الممنوع أو الإفساد يكون ممنوعا سدا للذرائع، وأن "الرخص لا تناط بالمعاصي"⁽³⁾؛ لأنه لا يتماشى مع الحكمة التي شرع من أجلها، فينبغي عدم اللجوء إليه إلا إذا وُجِدَ سبب وجيه يبرر الإقبال عليه أخذا بقاعدة "ارتكاب أخف الضررين"، وبه قال الطاووس وأبو حنيفة وداود، واختاره ابن المنذر⁽⁴⁾، وقال ابن حزم: "هذا هو الحق لقوله تعالى الذي ذكرنا"⁽⁵⁾، وهو ما أكده الطاهر بن عاشور عندما تحدث عن الضابط الذي من خلاله يمكن اعتبار الوصف مصلحة أو مفسدة فقال: "إن ضابط تحقق ذلك الحد أحد خمسة أمور: الثاني: أن يكون النفع أو الضرر غالبا واضحا تتساق إليه عقول العقلاء والحكماء، بحيث لا يقاومه ضده عند التأمل، وهذا أكثر أنواع المصالح والمفاسد المنظور إليها في التشريع، وهو الذي لا حظه عز الدين - بن عبد السلام - والشاطبي" وقال في موضع آخر: "وخلاصة القول إن الشريعة تحافظ أبدا على المصلحة المستخف بها، سواء كانت عامة أم خاصة، حفظا للحق العام أو للحق الخاص الذي غلب عليه هوى الغير وهواه هو نفسه، ومتى

(1) - الآية (188) من سورة البقرة.

(2) - أصل هذه المقولة ما اشتهر عند الفقهاء: "النكاح مبني على المكارمة والبيع مبني على المكايسة" راجع: مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن عاشور، ص329، تحقيق ودراسة: محمد الطاهر الميساوي، ط1 (1320هـ/1999م)، دار النفائس: عمان، الأردن.

(3) - القاعدة الرابعة عشر من القواعد الكلية، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص312.

(4) - راجع الإشراف على مذاهب أهل العلم، لابن المنذر، ج1ص193، ت. ق: عبد الله عمر البارودي، ط(1414هـ/1993)، دار الفكر: بيروت، لبنان، القوانين الفقهية، ص257، 258، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي أبي محمد عبد الوهاب البغدادي، ج2/ص752، ت. ق: الحبيب بن الطاهر، ط1 (1420هـ/1999م)، دار بن حزم: بيروت، لبنان، شرح فتح القدير، ج4/ص211، أحكام القرآن، لابن العربي، ج1ص/ص194، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، لابن جرير الطبري، ج2/ص619، 620، تفسير القرآن العظيم، لابن كثير، ج1/ص548، وما بعدها، ت. ق: عبد الرزاق المهدي، ط2 (1423هـ/2002م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.

(5) - إشارة لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَخَافَ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ حَفِظْتُمُهَا لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾، المحلى، ج10/ص243.

تعارضت المصلحتان رجحت المصلحة العظمى...، فالشريعة تسعى إلى تحقيق المقاصد في عموم طبقات الأمة بدون حرج ولا مشقة، فتجمع بين مناحي مقاصدها في التكاليف والقوانين ما تيسر الجمع، فهي تترقى بالأمة من الأدون من نواحي تلك المقاصد إلى الأعلى بمقدار ما تسمح به الأحوال وتيسر حصولها، وإلا فهي تتنازل من الأصعب إلى الذي يليه، مما فيه تعليق الأهم من المقاصد⁽¹⁾، ومرد هذا التعارض بين المصلحة والمفسدة إلى الفطرة التي فطر عليها الإنسان⁽²⁾.

الفرع الخامس: الطلاق بحكم قضائي.

تحدثنا فيما سبق أن الأصل في الطلاق يكون بيد الزوج ومع هذا يمكن إيقاعه من طرف الزوجة أو غيرها في الحالات التالية:

الحالة الأولى: وجود شرط بينهما عند التعاقد أن طلاقها بيدها توقعه متى شاءت.

الحالة الثانية: تفويض أو تمليك الزوج الطلاق لزوجته.

الحالة الثالثة: توكيل الزوج غيره في إيقاع الطلاق.

الحالة الرابعة: الخلع⁽³⁾ من الزوجة وما في حكمه كالمبارأة⁽⁴⁾ والافتداء⁽⁵⁾ والصلح⁽⁶⁾.

(1)- مقاصد الشريعة الإسلامية، للشيخ الطاهر بن عاشور ص 206، 215، 217.

(2)- الفطرة: الخلقة، أي النظام الذي أوجده الله في كل مخلوق، وقيل: الخلقة والهيئة التي في نفس الطفل التي هي معدة ومهيأة لأن يميز بها مصنوعات الله تعالى، ويستدل بها على ربه جلا وعلا، ويعرف شرائعه ويؤمن به، وقيل: أنه خلقهم قابلين للتوحيد ودين الإسلام غير نائين عنه ولا منكرين له، لكونه مجابوا للعقل مساوقا للنظر الصحيح؛ حتى لو تركوا لما اختاروا عليه دينا آخر، ومن غوى فبإغواء شياطين الإنس والجن.

راجع في هذا كله: المصدر السابق ص191 وما بعدها، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لابن عطية ج12/ص258، 259، ت. ق: المجلس العلمي بمكناس، ط(1408هـ/1988م)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: المغرب، الكشاف، للزمخشري ج3/ص222.

(3)- بذل المرأة لزوجها جميع ما أعطها من الصداق أو التنازل عما يلزمه من النفقة على حملها إن كانت حاملا أو على الولد أو من النفقة عليها في العدة.

(4)- هي التي تبارى زوجها قبل البناء، فتقول له: خذ الذي لك وتاركني.

(5)- هي التي تقتدي ببعض ما لها وتحبس بعضه، وقيل: التي تعطي بعض الذي لها.

(6)- اتفاق الزوجين على الطلاق دون أن يعطي أحدهما للأخر شيئا.

قال ابن عاصم:

والخلع سائغ والافتداء * * * فالافتداء بالذي تشاء.

والخلع باللازم في الصداق * * * أو حمل أو عدة أو إنفاق.

قال التاودي: في المبارأة:

الحالة الخامسة: التطلاق بواسطة القضاء، وهو المقصود بهذا البحث، قال الشيخ الطاهر بن عاشور: " أن التطلاق لا يطرد كونه بيد الزوج، فإن القاضي يطلق عند وجود سبب يقتضيه"⁽¹⁾؛ لأن من صلاحياته فض الخصومات وفعل الأصلح.

قد يلجأ أحد الزوجين أو كلاهما حالة اشتداد الخصومة والشقاق واتساع هوة الخلاف بينهما إلى القضاء من أجل إنهاء العلاقة الزوجية فرارا من التبعات التي تترتب على هذا الفراق، فكل منهما يقدم الأسباب التي دفعته إلى هذا الطلب، بصرف النظر عن كونها مقبولة أم لا؛ لأن الذي يقرر ذلك هو القاضي بعد أن يمحص ويدقق في الأسباب المقدمة إليه بمساعدة الحكامين اللذين ينصبهما من أجل الصلح بينهما وكذا أعوانه⁽²⁾، قال ابن رشد: " اتفق العلماء على جواز بعث الحكامين إذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت أحوالهما في التشاجر"⁽³⁾، وعلى ضوء تلك الحثيات يحدد نوع الشقاق الواقع بينهما، فإن كان من الزوجة فهو نشوز وإن تبين أنه من الزوج فهو إضرار وتعد، وبالتالي تطلق عليه رفعا للضرر الواقع عليها؛ لأن الضرر يزال وفقا للقاعدة الشرعية إذا لم يفلح الحكمان في الصلح بينهما، على أن يتحمل الطرف المتسبب في الخلاف والخصام جميع التبعات والآثار المترتبة على ذلك إذا تبين أن الشقاق من أحدهما، لا إن لم يتضح أو تأكد أو ظهر له بما لا يدع مجالاً للشك من خلال الحثيات أن الشقاق الواقع بينهما منهما معاً، مع استحكام الخلاف وأن الصلح لم يعد مجدياً، نظراً لتسمك كل طرف برأيه، ففي هذه الحالة عليه أن يعجل بالفصل بينهما، إذ لا فائدة ترجى من بقائهما مع بعضهما إطالة لأمد الخصام؛ لأنه هذا يؤدي إلى مزيد من

= ودفعها قبل البناء ما أعطيت * * * هو المباراة على ما رويت.

راجع البهجة في شرح التحفة للتسولي مع حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، للتاودي، ج1/ص644، 645، التهذيب في اختصار المدونة، لأبي سعيد البراذعي، ج2/ص390، دراسة وتحقيق: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، ط1(1423هـ/2002م)، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث: دبي، الإمارات العربية المتحدة، إحكام الأحكام على تحفة الأحكام، ص104، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ج9/ص307، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، ج2/ص203، 204.

(1)- تفسير التحرير والتنوير، ج5/ص47.

(2)- راجع الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج2/ص724.

(3)- بداية المجتهد، ج2/ص98.

العداوة والبغضاء والشحناء والعصيان والتعسف في الممارسات العدائية من إيذاء للطرف الآخر أو حمله على ارتكاب مزيد من الحماقات من أجل إظهاره أنه المتسبب في النزاع، وبالتالي يخلي مسؤوليته، حتى لا يلزم بأي شيء بعد الحكم القضائي، وهي حيلة غير مشروعة يجب على القاضي التفتن لها بقطع أسبابها إذ لا فائدة في الإبقاء على هذه الرابطة مع استمرار روافد الشقاق بينهما.

يضاف إلى هذا الآثار النفسية التي يعاني منها الأولاد جراء هذه المحنة والصراع المحتدم، مما يؤثر على مردودهم الدراسي إن كانوا متدرسين وسلوكياتهم اليومية، خصوصا إذا كانوا في سن المراهقة التي تحتاج إلى مزيد من العناية الخاصة، ولا يخفى لذي لب ما تعانيه الأسر في تربية أولادها في هذا الزمن الذي تغير فيه كل شيء، فما بالك بمن كان هذا هو شأن أسرهم - من التشرذم - فكيف يكون حالهم؟ ولهذا قرر الفقهاء قواعد مهمة منها: "احتمال الضرر الأخف درءا للضرر الأشد"، و"يختار أهون الشرين"، فالقاضي هنا إذا مأمور بفعل الأصلح ورفع الضرر عن الكل، فإن تقاعس عن ذلك تحت أي ذريعة عدت متعسفا في استعمال الحق، وهو سلطان القضاء؛ "لأن هذا يتناقض مع قواعد الشريعة القاضية بدفع الضرر قبل وقوعه وبإزالته بعد الوقوع، بل يتناقض مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة وهو "جلب المصالح ودرء المفاسد"، وأن "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" إذا كانت المفاسد مساوية أو راجحة"⁽¹⁾.

قال العز بن عبد السلام: "إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى فيهما لقوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾"⁽²⁾، وإن تعذر الدرع والتحصيل فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة"⁽³⁾؛ لأن "كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يشرع، والوسائل تتبع المقاصد في الأحكام"⁽⁴⁾، ولهذا قال الشيخ الطاهر بن عاشور: "وخلاصة

(1) - نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 43.

(2) - الآية (16) من سورة التغابن.

(3) - قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 1/ص 74.

(4) - ترتيب الفروق واختصارها، للقرافي ج 2/ص 26، 46.

القول إن الشريعة تحافظ أبداً على المصلحة المستخف بها، سواء كانت عامة أم خاصة، حفظاً للحق العام أو للحق الخاص الذي غلب عليه هوى الغير وهواه هو نفسه، ومتى تعارضت مصلحتان رجحت المصلحة العظمى...، فالشريعة تسعى إلى تحقيق المقاصد في عموم طبقات الأمة بدون حرج ولا مشقة، فتجمع بين مناحي مقاصدها في التكليف والقوانين ما تيسر الجمع" (1)، وهذا هو الحق الذي لا مناص منه، لأن الشريعة تراعي مصالح العباد درءاً وجلباً، والله عز وجل يقول: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (2).

المطلب الثالث: أنواع الطلاق وفيه ثلاثة فروع.

الطلاق هو الحلقة الأخيرة من حلقات الزواج التي تربط الزوجين، فالإمضاء فيه يؤدي إلى قطعها، والإحجام عنه يحافظ على بقائها وديمومتها، ولا يشرع إلا للحاجة الداعية إليه، ولا يترك سدى بين يدي من له الحق في إيقاعه يتلفظ به متى شاء مصداقاً لقوله تعالى: ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى﴾ (3)، بل لا بد من حد حدود يجب الالتزام بها وعدم الخروج عن دائرتها، وذلك من حيث الصيغة- اللفظ- والتأقيت أو الوصف- الحالة التي تكون عليها الزوجة من طهر أو حيض- والعدد والتنجيز والتعليق والإضافة، وبهذا يتضح جلياً أن أنواعه أربعة، أتحدث عن كل نوع منها في الفروع الآتية بحسب الحاجة الداعية إليه في ضوء هذه الدراسة دون التعرض للفروع والغوص في التفاصيل؛ لأن لكل مقام مقال، ومن أراد ذلك فعليه بالرجوع إلى أمهات المصادر وغيرها من الكتب المتخصصة، فإن فيها ما يثجج الصدور ويريح العقول.

الفرع الأول: صيغ الطلاق: هي الألفاظ الدالة على إنهاء العلاقة الزوجية في الحال أو المآل، وهي على ضربين:

1- **اللفظ الصريح:** هو اللفظ الدال على الطلاق كقوله: أنت طالق، أو فارقتك، أو سرحتك، أو غلب استعماله عرفاً ولغة وشرعاً، كقوله: حبلك على غاربك، أو أنت عليّ حرام أو محرمة، أو اعتدى، أو بته وما أشبه ذلك مما يستعمله الأزواج في إيقاع الطلاق.

(1)- مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 215، 217.

(2)- الآية (78) من سورة الحج.

(3)- الآية (36) من سورة القيامة.

2- اللفظ غير الصريح - الكناية-: هي كل لفظ دلَّ على الطلاق وغيره، ولا يصرف إليه إلا بالبينة أو دلَّ عليه البساط - القرينة أو دلالة الحال - كقول الزوج لزوجته: ألحقني بأهلك، أو أمرك بيدك، أو أذهبني عني لا أريد أن أراك،... إلخ، فهذه الألفاظ وغيرها لا تصرف إلى الطلاق كما ذكرنا إلا بوجود بينة - النية أو القرينة-.

ويلحق بهما الطلاق بالكتابة - سواء عن طريق الرسالة أو إرسال الرسول- والإشارة، وقد تقدم الحديث عن ذلك في الألفاظ المستعملة في الطلاق⁽¹⁾.

بما أن الصيغة ركن رئيسي من أركان الطلاق فلا بد من التروي في التلفظ بها، مع استخدام الألفاظ الدالة عليه دون التقيُّه والتشدد بألفاظ مطاطة تحتل عدة معان؛ لأنها مطية للاختلاف في المراد منها، مما يعرض العلاقة الزوجية للاضطراب، وأن بقاءها مرهون بما تجود به نفس المتلفظ وتحده نيته، وربما يتملص مما نواه إن كان ليس له وازع ديني، فيؤدي إلى تكدير هذه العلاقة الشريفة، وتدنيس طهارتها، والطعن في النسب الناتج عنها، وبهذا يكون متعسفاً في سوء استخدام الحق لعدم اقتصاره على الألفاظ الصريحة أو ما قاربها، لقوله ﷺ: "دع ما لا يريبك إلى ما يريبك"⁽²⁾، وقوله: "فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرم"⁽³⁾.

فالصيغة هي الفيصل بين الحلال والحرام، ولهذا يحتاط فيها أكثر من غيرها، لقوله ﷺ فيما رواه جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - "واستحلتم فروجهن بكلمة الله"⁽⁴⁾، فإذا حصل فيها اشتباه أو التباس قدم الأحوط؛ لأنه الأبرأ للذمة، وكذا صيانة للفروج من السفاح، فمتى تعارض مانع ومبيح قدم المانع؛ لأنه الأحوط⁽⁵⁾، وهذا يُعدُّ من باب سد الذرائع، لكن هل يُسارُّ على هذا المبدأ دائماً في حل المسائل أم لابد من إعمال النظر في القضايا المطروحة؟ الناظر فيما ترمي إليه الشريعة من مبدأ التخفيف ورفع الحرج عن الناس، يدرك لا محالة أن الأخذ بالأحوط دائماً فيه عنت ومشقة، وإن كان الأسلم، ولا يخفى أن فيه تقويتنا للفرص

(1)- راجع، ص193، 194 من هذه الرسالة.

(2)- سبق تخريجه، راجع 191 من هذه الرسالة.

(3)- سبق تخريجه، راجع 191 من هذه الرسالة.

(4)- صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، ج4/ص432، ح/1218/147.

(5)- أنظر شرح الزرقاني على الموطأ، ج3/ص249.

على الغير، وربما يكون مطية للتعسف، ومن أجل درء هذا الاحتمال أو التوهم، يجب على الفقيه ومن تصدر للفتيا أن يكون ملما بجميع الحيثيات المتعلقة بالمسألة المطروحة أمامه، لا أن ينقل فيها آراء العلماء ويسقطها عليها فقط؛ لأن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان، وقد يكون مبناها بعض الأدلة ظنية الدلالة، وإن كانت قطعية الثبوت، فضلا عن ظنيته، فإن تجاهل ذلك عدّ متعسفا في استصدار الأحكام، لعدم قدرته على التمييز ومسايرة الأحداث والتكيف مع الزمان والمكان وإيجاد مخرج، سواء وافق مذهبه وقناعته أم لا؛ لأنه مأمور بفعل الأصلح والأصوب ما دام في إطار الفقه الصحيح، بصرف النظر عن ميولاته، وكما قال حجة الإسلام، الإمام الغزالي: "لا بد للعالم أن يكون مدركا لشأنه عالما بزمانه"، حتى تحظى أحكامه وفتياه بالقبول لدى الناس، ويكون لها الأثر البالغ في أنفسهم، ويتحقق المقصد منها، ولا يصير أضحوكة بين أقرانه وعرضة للغمز واللمز.

فالحفاظ على الأسرة من الشتات يقتضي التروي والتشديد في قبول الصيغة المستخدمة في الطلاق، "بحيث لا يحكم بحل الرابطة الزوجية إلا إذا عبر الزوج عن ذلك بتعبير⁽¹⁾ صريح أو قريب من الصريح⁽²⁾، وأن يكون ذلك موافقا لقصده ونيته وإرادته"⁽³⁾، حفظا للأسرة من التشرذم، وأن عرى هذه الرابطة لا تنقض إلا بأمر واضحة؛ لأنها بنيت على أسس سلمية، ويتأكد هذا أكثر إذا كان هناك أولاد بين الزوجين؛ لأن تشتت شملها يؤدي إلى تضييع الأولاد في كثير من الأحيان، مما يترتب عليه مضار كثيرة تلحق بهم وبالمجتمع، والشريعة كما ذكرنا سابقا مبناها رفع الحرج ودرء المفساد وجلب المصالح ما أمكن ذلك، وبهذا نقل روافد الطلاق الذي أضحى في المجتمع كالنار في الهشيم، وهو المبتغى.

الفرع الثاني: التأقيت.

إذا كان من حق الزوج تطليق زوجته، فليس معنى هذا إيقاعه متى شاء؛ لأنه قد يتنافى مع الغرض الذي من أجله شرع، وهو رفع الضرر بعد التحقق من أسبابه، وبالتالي التروي

(1)- أرى أن التعبير ب: ألفاظ صريحة أو لفظ صريح أفضل.

(2)- أرى استعمال الضمير "منه" أفضل من تكرار لفظ الصريح لعدم اللبس، ولأنه يعود على أقرب مذكور وهو "صريح"

(3)- مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، ج2/ص56.

فيه، مما ينتج عنه التقليل من فرص الطلاق، وهو ما تهدف إليه الشريعة الإسلامية، ومقصد من مقاصدها السامية، فاختيار الوقت المناسب، وعدم التسرع فيه، كفيلان بالحد منه. فالحيض يعتبر من الظروف الطارئة التي تنزل بالزوجة، وبالتالي تكون في مزاج سيئ، مع شبه انقطاع رغبتها الجنسية في هذه الفترة، فتبتعد عن زوجها، خصوصا إذا كانت فترة الزواج بينهما طويلة، وحصل لهما من التشبع ما يكفي لمدة زمنية معتبرة، فيقع بينهما الجفاء؛ لعدم وجود عوامل الاقتراب من بعضهما.

وتعد تصرفات الزوجة في هذه الفترة غير محسوبة أحيانا، بل تعتريها العشوائية، وقد يكون فيها استفزاز للزوج، مع انفعالها لأنفه الأسباب، بالإضافة إلى ما تعانيه من ضغوطات في العمل إن كانت عاملة أو مع أولادها في البيت، فاجتماع هذه العوامل كلها أو بعضها ربما يؤدي إلى الطيش أو التنافر، فلا يتمالك معه الزوج نفسه، فيسرع إلى إيقاع الطلاق لأنفه الأسباب، وقد لا يدري أنها حائض، ومن أجل هذا " اتجه الشارع إلى تحريم إيقاع الطلاق عندئذ كي يحصل اليقين عند إيقاعه، بأنه لم يكن صادرا عن هذه الظروف العرضية التي قد تقترن بالحيض"⁽¹⁾، يضاف إلى هذا أنه يؤدي إلى إلحاق الضرر بالزوجة؛ لأن فيه تطويلا لفترة العدة عليها؛ لعدم احتساب الحيضة التي أوقعها فيه.

أما النهي عن إيقاع الطلاق أثناء الطهر الذي جامع فيه فمرده إلى:

1- قلة - ضمور أو فتور أو تشبع - الرغبة في زوجه بعد الاشتياق، فيتأثر طلاقه بذلك، بخلاف ما لو طلقها قبل الجماع، فإن تصرفه يكون نابعا عن إرادة حقيقية غير متأثر بالنفور أو قلة الرغبة فيها⁽²⁾، بل هو دليل عن استحكام النفرة الباطنية بينهما، فكيف به يزهد في شيء ونفسه تشتتته، قال الإمام محمد أبو زهرة: " وإن كان ثمة ملاحظة فهي أنه يجب ألا يكون لنوبات الغضب العارضة أثر في الحكم، ولكن ذلك أمر نفسي لا يناط بأحكام القضاء، وقد احتاط الإسلام لذلك"⁽³⁾.

(1)- في أحكام الأسرة دراسة مقارنة، " الزوج و الفرقة " أحمد بلتاجي، ص435، ط1(1421هـ/2001م)، دار التقوى: القاهرة، مصر.

(2)- راجع المصدر السابق، ص435، 436، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان، ص383، 384، ط6 (1993م)، جامعة قار يونس: بنغازي، ليبيا، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون "الزواج والطلاق"، بدران أبو العينين بدران، ص، 342، 343، ط.غ.م، دار النهضة العربية: بيروت لبنان، الأحوال الشخصية، لأبي زهرة ص 311.

(3)- الأحوال الشخصية، ص280.

2- مدة التريص فإنها لا تدري هل تعتد بالأقراء أم بوضع الحمل، وهذا الأخير أصبح سهلا وميسورا لكل النساء، تستطيع المرأة معرفة ذلك بنفسها دون الحاجة إلى الطبيب وبأقل تكلفة مادية وأقصر مدة زمنية، وفيه تعريض للزوج للندم إذا تبين أنها حملت منه بجماعه لها في ذلك الطهر الذي طلقها فيه⁽¹⁾.

إذا كان الفقهاء اختلفوا في الطلاق الواقع في الحيض أو الطهر الذي لامس فيه، هل يُعدُّ على الزوج، وبالتالي ينقص عدد ما يملكه على زوجه من طلاقات، أم لا يُعدُّ عليه، فتبقى عنده على ما هي عليه من عصمة كاملة غير منقوصة؟ ومقابل هذا اتفقوا جميعا على حرمة هذا الفعل مع إثم صاحبه، وأنه طلاق بدعي؛ لمخالفة أمر الله تعالى ورسوله ﷺ، فمن ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ﴾⁽²⁾، أي إذا طلقتموهن فطلقوهن في طهر من غير مسيس وهن مستقبلات لعدتهن باعتبار ما سيكون من الحيض بعد الطهر الذي وقع فيه، والطلاق في الحيض لا يكون فيه استقبال للعدة؛ لأنها تنتظر حتى تطهر منه ثم تحيض.

قال ابن مسعود- رضي الله عنه- في تفسيرها: "طاهرا من غير جماع"⁽³⁾، وقال ابن قدامة: "فإن طلق للبدعة، وهو أن يطلقها حائضا أو في طهر أصابها فيه أثم ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم، قال ابن المنذر وابن عبد البر لم يخالف في ذلك إلا أهل البدع والضلال"⁽⁴⁾. وعن عبد الله ابن عمر- رضي عنهما- أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال رسول الله ﷺ: "مره فليراجعها، ثم

(1)- راجع في أحكام الأسرة، ص436، نظام الطلاق في الإسلام، أحمد محمد شاكر، ص27، ط(1354هـ) م/ النهضة: مصر، الفرقة بين الزوجين، علي حسب الله، ص29، ط(1387هـ/1968م)، دار الفكر العربي: القاهرة، مصر.

(2)- الآية (1) من سورة الطلاق.

(3)- السنن الكبرى، للبيهقي، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في طلاق السنة وطلاق البدعة، ج7/ص532، ح/14915، ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق السنة، ج1/ص651، ح/2020، المغني، ج10/ص325.

(4)- المغني، ج10/ص327، وراجع أيضا: مراتب الإجماع، لابن حزم ص71، الإجماع، لابن المنذر، ص145.

لئمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها للنساء" (1).

وجه الاستدلال:

هذا الحديث واضح الدلالة في عدم مشروعية إيقاع الطلاق أثناء الحيض، سواء احتسب عليه أم لا، ولو كان جائزا لما أمره بالمراجعة؛ لأن فيه إهدارا لأفعال العقلاء، و الواقع لا يمكن رفعه، وإنما يرفع أثره، والواجب هو صيانة أفعالهم وتصرفاتهم عن العبث. وبهذا يتضح جليا أن المطلق في هذه الحالة يكون متعسفا في استعمال حق الطلاق؛ لعدم إيقاعه على الوجه المشروع وما يترتب عليه من إلحاق الضرر والأذى بالزوجة، والضرر يجب إزالته، وهو ما حدى بالشيخ أحمد محمد شاكر - رحمه الله - بعد استعراض أدلة القائلين بوقوع الطلاق في هذه الحالة - أي في الحيض أو الطهر الذي أصاب فيه زوجه - والقائلين بعدم وقوعه، والموازنة بين الروايات والآثار الواردة فيه، خلص إلى أن هذا الطلاق مخالف لأمر الله تعالى، وبالتالي فإن " عمله غير صحيح ولا أثر له" (2)، وهو ما أقره الشيخ علي حسب الله - رحمه الله - وانتهى إلى القول بأن الراجح من هذه الأقوال هو عدم وقوع الطلاق في الحيض أو الطهر الذي لا مس فيه أو في طهر طلقها في حيض قبله، وأشار على القائمين بشؤون الأسرة بقوله: " ونرجو أن يوفق الله القائمين بإصلاح قوانين الأسرة إلى تقرير بطلان الطلاق في الحيض أو في الطهر بعد اللمس، لتتال الأسرة ما وراء هذا التشريع الحكيم من نفع وخير في ظل الشريعة العادلة" (3).

وقد استحسنت ذلك أستاذنا محمد بلتاجي - رحمه الله - هذا القول الأخير ورجحه ودعا إليه بقوله: " وهذا القول الأخير هو ما يبدو لنا راجحا لسببين: أولهما: قوة أدلته ورجحانها على القول بالوقوع، وثانيهما: أن فيه تحقيق مصلحة أكيدة للمجتمع، حيث يقلل ظروف إيقاع

(1) - صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ

رَبَّكُمْ﴾، ج9/ص258، ح/5251، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، ج5/ص317، ح/1471.

(2) - نظام الطلاق في الإسلام، ص30.

(3) - الفرقة بين الزوجين، ص43.

الطلاق إلى حد كبير، ويحقق غرض الشريعة الحكيم في تنحية العوامل العرضية بما تؤدي إليه من انفعالات مؤقتة تؤدي إلى التسرع في الطلاق⁽¹⁾.

وهو ما نقره وننادي به اليوم وغدا لما ذكرناه آنفاً، إذ ليس من الحكمة أن تعاقب الأسرة كلها بصنيع شخص متهور أو طائش غير مقدر للأمور قدرها، مادام أن هناك فسحة شرعية تعتمد على قوة الدليل وتحقيق المصلحة، فلم شمل الأسرة أفضل من تمزيقها وتشتييتها، ومن ثمّ الزج بها في الشارع، مما ينتج عنه آفات اجتماعية تؤثر على الحياة الخاصة والعامة، فَيُرْتَكَبُ أهون الشرين وأخف الضررين ما أمكن، وهو المقصود لموافقته مقاصد الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث: العدد.

نظمت الشريعة الإسلامية طرق إنهاء العلاقة الزوجية، فشرعت لها الطلاق وبينت الكيفية التي تتم بها، فمخالفتها تُعدُّ تعسفاً في استعمال الحق الذي كان بإمكان الموقع له أن يصل إليه على ضوء ما رسم له، لكن المخالفة هنا صيرته إلى البدعية؛ لمنافاته الغرض من إيقاعه على عدة مراحل، وهو إعطاء فرصة للزوجين من أجل مراجعة النفس وإصلاح الذات والابتعاد عن كل ما ينغص استقرار حياتهما وديمومة العلاقة بينهما، فأيقاعه على خلاف ذلك النهج لا يحقق الغرض الذي من أجله شرع، بل يعود عليه بالسلب، فكثير ما يصيب أحد الزوجين أو كليهما ندم وحسرة بعد الطلاق، فلو كانت الطلقة الواحدة تقطع العلاقة الزوجية، بحيث لا يستطيع الزوجان الرجوع إلى بعضهما كان في ذلك عنت ومشقة تلحق بهما، والإنسان بطبعه عرضة للتسرع والخطأ، لكن رحمه الله سبقت غضبه، فشرع لهما إمكانية تصحيح ما وقعا فيه من أخطاء بالعودة إلى بعضهما، متى أراد الزوج قبل انقضاء العدة دون الحاجة إلى موافقة الزوجة، باعتباره البازل للمهر والقيوم على الأسرة، فالغنم بالغرم، وذلك بنفس العقد السابق.

وهذا يقودنا إلى الحديث عن الكيفية المشروعة لإيقاع الطلاق إذا أراد الزوج أن يطلق زوجة، فعليه أن يطلقها طلقة واحدة في طهر لم يمسه فيها، فإن طلقها اثنتين أو ثلاثاً بلفظ واحد أو مكرر قبل أن يراجعها - في المكرر - أو طلقها بعد أن قضى منها وطره - الجماع -

(1) - في أحكام الأسرة، ص 439.

في نفس الطهر، فإن هذا الفعل يُعدُّ بدعة كما ذكرنا آنفاً؛ لأنه على خالف المنهج القرآني، قال الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ^طفَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾⁽¹⁾، فهذا النص القرآني يدل دلالة واضحة بمنطوقه أن الطلاق يقع على مراحل، يتخلل كل واحدة منها عدة، وهي ثلاثة قروء أو وضع الحمل؛ لأن من صيغ الأمر الجملة الخبرية المراد بها الطب، فكأنه قال: "طلقوا مرتين فأمسكوا بمعروف أو سرحوا بإحسان"، أو من قبيل الوجوب والمراد به الإرشاد الذي عبر فيه بالمصدر النائب عن الفعل؛ لأنه من صيغ الأمر ووجوه استعماله كذلك، فأرشدنا إلى أن الطلاق لا يكون إلا على هذا النسق، سواء كان هذا المعنى أو ذاك، فإنها مدة زمنية كافية لمراجعة النفس وإصلاح ذات البين، وتقرير مصير العلاقة الزوجية، فإن طلقها الثالثة حرمت عليه، ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، ومع اتفاق الفقهاء عموماً على تحريم⁽²⁾

(1) - الآية (229) من سورة البقرة.

(2) - راجع الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج1/ص737 وما بعدها، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2/ص361، 362، 364، 365، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ج4/ص83، ط . غ . م، ط/دار الفكر: بيروت، لبنان، تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، ج3/ص133 وما بعدها، حاشية ابن عابدين، ج4/ص44 وما بعدها، بدائع الصنائع، ج3/ص151 وما بعدها، المجموع، ج18/ص265، 229 وما بعدها، مغني المحتاج، ج5/ص53، 54، 53، المغني، ج10/ص331، 334، كتاب الفروع، لابن مفلح، ج5/ص372 وما بعدها، 395 وما بعدها، راجعه: عبد الستار أحمد فراج، ط4(1405هـ/1985م)، عالم الكتب: بيروت، لبنان، كشاف القناع، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، ج5/ص262، 261، ط . غ . م، عالم الكتب: بيروت لبنان، المحلى، ج10/ص167، للمعة الدمشقية، السعيد محمد العاملي، ج6/ص17، 31، 32، ط(1412هـ/1992م)، دار إحياء التراث العربي: بيروت، لبنان، المختصر النافع، ص222، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، محمد بن يوسف أطفيش، ج7/ص370، 372، 461، 462، ط3(1392هـ/1985م)، م/الإرشاد: السعودية، البحرالزخار، ج3/ص174، 175، الروضة الندية شرح الدرر البهية، لأبي الطيب صديق القنوجي البخاري، ج2/ص50 وما بعدها، ط . غ . م، دار الجيل: بيروت لبنان، دليل القضاء الجعفري، عبد الله نعمة، ص140، ط(1402هـ/1982م)، دار الفكر اللبناني: بيروت، اختلاف الفقهاء، لأبي عبد الله محمد المروزي، ص237، 238، ت. ق: محمد طاهر حكيم، ط1(1420هـ/2000م)، أضواء السلف: السعودية، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من جوز الطلاق الثلاث، ج9/ص275 وما بعدها، شرح صحيح مسلم، للنووي، كتاب= الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، ج5/ص324، شرح صحيح مسلم، للأبي، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، ج4/ص109، 110، المنتقى، كتاب الطلاق، باب ما جاء في البتة، ج2/ص4 وما بعدها، كتاب القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، لابن العربي، كتاب الطلاق، باب ما جاء في البتة، ج2/ص726 وما بعدها، ت. ق: محمد عبد الله ولد كريم، ط1(1992م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان.

هذا النوع من الطلاق وجعله بدعياً⁽¹⁾، فقد اختلفوا في إفادته - أي التحريم - الفساد، بناء على اختلافهم في مقتضى النهي، وبالتالي هل يعد عليه واحدة⁽²⁾، سواء كان العدد المتلفظ به اثنين أو ثلاثاً أم يعدُّ عليه كما نطق أو نوى، فإن طلق ثلاثاً دفعة واحدة وقع ثلاثاً، وإن طلق اثنتين وقع اثنتين⁽³⁾، أم لا يعد عليه أصلاً ويعتبر عمله لغواً؛ لأنه بدعة محرمة⁽⁴⁾، بكل قيل، ومبنى هذا الخلف الأدلة التي استند إليها كل فريق.

الترجيح:

الراجح من هذه الأقوال ما ذهب إليه القائلون بأن الطلاق المتعدد يقع طلاقاً واحدة رجعية، سواء كان في لفظ واحد، كقوله: أنت طالق اثنتين أو ثلاثاً، أو في مجلس واحد

(1) - وخالف في ذلك الشافعي - وهو المذهب - وأبو ذر والحسن بن علي وعبد الرحمن بن عوف، وابن حزم، وداود، والشعبي، وأبو ثور، وأحمد في إحدى روايته وغيرهم، واختاره الخريقي وابن سرين؛ لأنه ليس عندهم في عدد الطلاق سنة، وإنما السنة أثناء وقت إيقاع الطلاق، راجع في هذا: المحلى، ج 10/ص 167، 170، 173، 174، تبين المسالك شرح تدريب السالك، ج 3/ص 134، المغني، ج 10/ص 330، المجموع، ج 18/ص 220، 229، مغني المحتاج، ج 5/ص 53، 54، شرح كتاب النيل، ج 7/ص 462، الإتحاف بتخريج أحاديث الإشراف، للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، ج 3/ص 1385، خرجها ودرسها: بدوي عبد الصمد الطاهر صالح، ط 2 (1422هـ/2001م)، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث: دبي، الإمارات العربية المتحدة، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج 2/ص 737، اختلاف الفقهاء، للمروزي، ص 238، الإشراف على مذاهب أهل العلم، ج 1/ص 141، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، ج 5/ص 324، 325.

(2) - راجع تبين المسالك شرح تدريب السالك، ج 3/ص 135، المجموع، ج 18/ص 220، مغني المحتاج، ج 5/ص 54، المغني، ج 10/ص 334، 335، الروضة الندية، ج 2/ص 50، 51، 54، المحلى، ج 10/ص 167، اللعة الدمشقية، ج 6/ص 17، 31، 32، المختصر النافع، ص 222، شرح كتاب النيل، ج 7/ص 461، 462، دليل القضاء الجعفري، ص 140، البحر الزخار، ج 3/ص 174، 175، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج 2/ص 737، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 5/ص 218...240...279، أحكام القرآن، للجصاص، ج 2/ص 83...89، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من جوز طلاق الثلاث، ج 9/ص 276، شرح صحيح مسلم، للنووي، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، ج 5/ص 328، شرح صحيح مسلم، للأبي، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، ج 4/ص 109، المنتقى، كتاب الطلاق، باب ما جاء في البتة، ج 4/ص 3، القبس، كتاب الطلاق، باب ما جاء في البتة، ج 2/ص 726، 728، الاتحاف بتخريج أحاديث الإشراف، ج 3/ص 1385، 1386.

(3) - راجع المجموع، ج 18/ص 267، 277، 278، المحلى، ج 10/ص 174، الإشراف على مذهب أهل العلم، ج 1/ص 144، 145.

(4) - حُكي هذا الرأي عن ابن عليّة المعتزلي، وهشام بن الحكم، والباقر والهادي والقاسم والصادق والناصر من أهل البيت، وأبي عبيدة وبعض الظاهرية، وجميع الإمامية وابن مقاتل، ورواية عن محمد بن إسحاق، والرواية الأخرى أنه يقع واحدة، والحجاج بن أرطاه في المشهور عنه، أما غير المشهور فلا يقع إلا واحدة، راجع: المجموع، ج 18/ص 220، المغني، ج 10/ص 327، المحلى، ج 10/ص 167، الروضة الندية، ج 2/ص 50، اللعة الدمشقية، ج 6/ص 17، 31، المختصر النافع، ص 222، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من جوز الطلاق الثلاث، ج 9/ص 275، شرح صحيح مسلم للنووي، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، ج 5/ص 328، القبس شرح الموطأ، كتاب الطلاق، ما جاء في البتة، ج 2/ص 726، 727، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج 2/ص 737.

كقوله: أنت طالق، طالق، طالق، أو كرره في نفس الطهر الذي لم يراجع فيه وقبل انقضائه، ويرجع سبب ترجيح هذا القول إلى:

1- اختلاف الأدلة التي استدلت بها كل فريق مع عدم قوة المرجح بينها.

2- اختلاف النقل عن بعض الصحابة في نفس المسألة كابن عباس وعلي - رضي

الله عنهم -.

3- مراعاة الخلاف في المذاهب الفقهية، وكذا المنقول عن بعض الفقهاء المخالف

لمشهور المذهب الذي ينتمون إليه أو يتمذهبون به.

4- هذا الرأي قال به خلق كثير من الصحابة كابن عباس والزيبر بن العوام وعبد

الرحمن بن عوف وعلي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي موسى، وحكاه ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس وجابر بن زيد وأحمد بن عيسى وعبد الله بن موسى وزيد بن علي، ومن التابعين عكرمة وطاووس وعطاء وعمرو بن دينار، ومن تابع التابعين محمد بن إسحاق - ورواية عنه أنه لا يقع به شيء - وخلاس بن عمرو والحارث العكلي، ومن أتباع التابعين داود بن علي وأكثر أصحابه، وبعض أصحاب مالك، وبعض الحنفية، وبعض أصحاب أحمد، ونقل ذلك عن جماعة من مشايخ قرطبة كمحمد بن تقي بن مخلد ومحمد بن عبد السلام الخشني وابن زنباع وغيرهم، ورواية عن الحجاج بن أرطاه، والمشهور عنه أنه لا يقع به شيء، ومن المذاهب الفقهية الشيعية الإمامية وأكثر أهل البيت، غير أن الرواية الثانية عندهم عدم الوقوع مطلقاً لا واحدة ولا ما فوقها؛ لأنه بدعة محرمة⁽¹⁾.

5- اختلاف الفقهاء وغيرهم في هذا النوع من الطلاق مع أنه كان موجوداً في عصر

النبوة وما بعدها، وهم يعيشون نزول الوحي، ومع هذا يطلقون بهذه الصيغة والكيفية، ومن المعلوم أنه كلما تباعدت الأزمان قل ارتباط الناس بدينهم وأصبحوا يكتفون منه بالتدين السطحي، نظراً لانشغالهم بأمور دنياهم وزهدهم في دينهم، أو لقصور همتهم وخلودهم إلى الأرض، أنلزم الأزواج بعد ذلك بما يؤدي إلى تمزيق الأسرة مع هذا الخلف والضعف، أم أننا نفتيهم بما يحافظ على أصرة النكاح والأسرة معاً، مراعاة للمصلحة ما دام أن هناك رأياً له

(1) - راجع مراجع الهامش (2) ص 218 من هذه الرسالة.

دليله وحججته، والقائلون به ليسوا من أصحاب البدع والضلال، ولا يخفى أن الأدلة ظنية الدلالة، فهل مع هذا الاحتمال نُشِتَتْ ما أمكن جمعه أم أننا نحافظ عليه مع تعليم الأزواج على وجه الخصوص قبل الزواج وبعده ما يثبت لهم من حقوق وما يجب عليهم من واجبات، وكذا توعيتهم وإرشادهم بوجه عام لما يجب أن تكون عليه الحياة الزوجية والعلاقات الأسرية وكيف نحافظ عليها، دون الاكتفاء بنقل الأحكام وسردها، وهذا هو الرأي الحصيف، ويدل على هذا التوجه ما نص عليه ابن حجر في قوله: "وفي الترجمة- يقصد بذلك تبويب البخاري بقوله: "باب من جوز الطلاق الثلاث- إشارة إلى أن من السلف من لم يجز وقوع الطلاق الثلاث..." (1).

6- ما فعله عمر- رضي الله عنه- كان من باب السياسة الشرعية، وليس حكما بحيث لا يجوز الحياد عنه، فهذا يخضع للبيئة والظروف التي أُقِرَّ فيها، أما دعوى- أي ادعاء- الإجماع في ذلك، بحيث لا يجوز الخروج عنه، فهذا محل نظر؛ لأننا بتتبع الأقوال لاحظنا أن كثيرا من الصحابة فضلا عن التابعين وتابعيهم والفقهاء يعدون طلاق الثلاث واحدة، فدعوى الإجماع غير دقيقة مع هذا الاختلاف، فهي محل نظر.

7- الأحكام الشرعية تكون أحيانا بنت بينتها، بل الأصل فيها، مع اعتمادها على الأصول العامة الثابتة من أجل التأصيل، فتتغير بتغير الزمان والمكان والعرف، وما مذهب الإمام الشافعي عنا ببعيد، فله القديم بالعراق والجديد بمصر، فلو أننا اعتمدنا على نقل القديم في بيان الأحكام وإسقاطه على واقعنا دون معرفة الظروف أو الأسباب أو العلل التي أدت إلى مثلها- الأحكام- لما كان للاجتهاد مجال، وهذا يتنافى مع الأدلة الشرعية الآمرة بإعمال النظر، لما فيه من التعطيل وإلحاق الضرر بالأمة، ويحقق مقوله المتكلمين على الشريعة الإسلامية بأنها غير صالحة لكل زمان ومكان، لعدم قدرتها على حل مشاكل الناس والتكيف مع ظروفهم ومسايرة أحداث العصر، والأمر ليس كذلك، بل العيب فينا وما لشريعتنا عيب سوانا. ومما لا شك فيه أن أحوال الناس دائما في تغير مستمر واطراد تماشيا مع الواقع، أفنعكف على القديم مدارس وحفظا وسردا فقط، أم أننا نستفيد منه في حل مشاكلنا وفق

(1)- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من جوز الطلاق الثلاث، ج9/ص275.

الزمان والمكان الذي نعيش فيه؟ ويرحم الله حجة الإسلام الإمام الغزالي عندما قال: "لابد للعالم أن يكون مدركا لشأنه عالما بزمانه"؛ حتى لا تكون فتياه أضحوكة وسخرية بين الناس، فلا بد أن يكون مدركا للواقع الذي يعيش فيه دون تميع في بيان الأحكام؛ لأن الفقه الإسلامي هو القلب النابض لهذه الشريعة، فعليه أن يتطور ويساير الأحداث، فهو بمثابة العلوم التكنولوجية التي تتطور في كل حين من أجل إسعاد البشرية ورفاهيتها، ونزع الأغلال التي كانت تعاني منها، أم أننا نعود إلى عصر الجمود والتقليد ونقل الأحكام وشرح المتون واختصار الكتب واستنساخ ما هو منسوخ إلى آخره، وبذلك نبقي دور في حلقة مفرغة.

8- اختلاف المفسرين في مدلول قوله تعالى: ﴿أَطْلَقُ مَرَّتَانِ﴾ مطية للأخذ بهذا الرأي، قال الإمام الرازي: "وهو اختيار كثير من علماء الدين أنه لو طلقها اثنتين أو ثلاثا لا يقع إلا الواحدة، وهذا القول هو الأقيس؛ لأن النهي يدل على اشتغال المنهي عنه على مفسدة راجحة، والقول بالوقوع سعي في إدخال تلك المفسدة في الوجود وأنه غير جائز، فوجب أن يُحْكَمَ بعدم الوقوع"⁽¹⁾.

9- عدم تحقق الفائدة المرجوة من احتساب الطلاق على هذا النسق، حتى يمتنع الأزواج عن إيقاعه بهذا اللفظ، لكن ترتب على ذلك مفاصد جمة، سواء في العصور المتأخرة، أو غيرها، حيث لجأ الناس إلى حيل تخلصهم من آثار هذا الطلاق، سواء عن طريق المحلل السوري، أو البحث عن فتوى بفساد العقد⁽²⁾.

وبناء على ما قررناه أرى أن الرجوع إلى ما كان عليه العمل في عصر النبوة وخلافة أبي بكر وصدر خلافة عمر - رضي الله عنهما - أولى، حتى نتقضى هذه المفاصد والآثار السلبية وتلك الاختلافات، فعن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: "كان الطلاق على عهد

(1) - التفسير الكبير، فخر الدين الرازي ج5/ص83، طبعة جديدة: مصححة ومخرجة آيات الشواهد، ط1(1411هـ/1990م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان، وراجع أيضا: أحكام القرآن، لابن العربي، ج1/ص189 وما بعدها، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ج3/ص127، 128، أحكام القرآن، للجصاص، ج2/ص83...89، تفسير آيات الأحكام، للسايس، ج1/ص261، وما بعدها، أشرف على تنقيحه وتصحيح أصوله محمد علي السايس، عبد اللطيف السبكي وآخرون، ط1(1415هـ/1994م)، دار ابن كثير: دمشق، سوريا، بيروت، لبنان.

(2) - راجع الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، لعبد الهادي إدريس أبو إصبع، ص197، ط1(1404هـ/1994م)، دار الكتب الوطنية: بنغازي، ليبيا.

رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر، طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيته عليهم فأمضاه عليهم⁽¹⁾.

الواضح من الخبر أن طلاق الثلاث وما في حكمه لا يُعدُّ على المطلق إلا واحدة، وهذا أقوى مرجح، لسلامته من المعارضة، خلافاً لبقية الأدلة المستدل بها، وأن ما فعله عمر - رضي الله عنه - كان من باب المصلحة والسياسة الشرعية في سياسة الأمة بصفة عامة بحسب أحوال الناس وظروف المجتمع؛ لأن فعله قائم على المصلحة، ويحق له أن يسن من القوانين والمراسيم ما يؤدي إلى الحفاظ على سلامة وأمن المجتمع واستقراره بما لا يتعارض مع أصول الشريعة ومقاصدها، فالله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن، لقربه منهم وإمكانية محاسبتهم في الحين، ومن ثمَّ سنَّ العقوبة المناسبة للمخالفين.

والأحوال الاجتماعية قابلة للتغيير والتغير معاً، فيجوز الرجوع عن تلك الأحكام السابقة وإن اشتركت في العلة عند ما تكون المصلحة في غيرها، كما حصل في عام الرمادة عندما أوقف عمر - رضي الله عنه - العمل بحد السرقة مؤقتاً مع بعض الضوابط؛ لأن حفظ النفس ودفع المهج مقدم على حفظ المال؛ لأنه لولا الأنفس لما أمكن الذود عنه، فالمال بلا راعي له لا يمكن صيانته أو حفظه من التعدي عليه...، فحيثما وجدت المصلحة فثمَّ شرع الله ودينه، ولا يقدر في هذا الاختيار كونه يخالف ما عليه بعض الصحابة وجمهور فقهاء المذاهب الأربعة وغيرهم؛ لأن هذا مرتبط بقوة الدليل وتحقيق المصلحة، خصوصاً وأن الأدلة ظنية الدلالة، بصرف النظر عن كون فلان من الأئمة بعينه قد قال بهذا الاختيار للاعتبارين المشار إليهما أو لم يقل، فالرأي مشترك بشروطه، وليست هناك قداسة مطلقة لقول إمام أو مجتهد ما دام يطبق المنهج العلمي الصحيح بأدواته، وعلى فرض تكافؤ الأدلة في قوتها في مثل هذه المسائل يجب الميل إلى ما يضيق مجال ومسالك وقوع الطلاق درءاً للمفاسد وتحقيقاً للمصلحة في تماسك الأسرة، باعتبار أن ذلك مقرَّر إسلامي ومقصد شرعي دلت

(1) - صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، ج5/ص327، ح/1473.

عليه النصوص والقواعد الشرعية في مجملها⁽¹⁾، وكما قال ابن المنذر: "إذا ثبت الشيء عن رسول الله ﷺ استغنى به عما سواه"⁽²⁾.

ويلحق بهذه المسألة طلاق المعتدة من طلاق رجعي بعد الدخول أو بائن غير مكمل للثلاث، ويسمى بالطلاق الحكمي لعدم انقطاع العلاقة بينهما، ففي الأول ظاهر، أما في الثاني فمظهر لوجود آثاره من النفقة والمسكن وعدم حاجة الزوج لمحلل إذا أراد نكاحها مرة أخرى كالفرقة بسبب العسر بالنفقة أو الإيلاء إذا أبى الفيء، أو أمتع الزوج عن الإسلام إذا أسلمت زوجته... الخ، وقد تكون العدة من فسخ وذلك في صورتين فقط، الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين، امتناع المرأة المشتركة من الدخول في الإسلام، وذلك لأن الفسخ هنا بسبب طارئ - الردة أو الإباء - لا يَنْقُضُ العقد من أصله، بل يمنع استمراره، فلو زال المانع في العدة عاد الأمر إلى ما كان عليه قبل وجود الطارئ، وهو دليل على إمكانية إيقاع الطلاق على المرأة في هذا الحالة، وإلا ما كان للعود محل يقع فيه بعد ارتفاع المانع، وهو ما رجحه الشيخ علي حسب الله بعد عرضه لأدلة الفقهاء وتمحيصها، ودعوة القائمين على إصلاح قوانين الأسرة إلى النص صراحة على أن المعتدة، سواء من طلاق أو فسخ لا يقع عليها طلاق⁽³⁾، وهو ما اختاره أستاذنا محمد بلتاجي - رحمه الله - وانتهى إلى "ترجيح القول بأن محل إيقاع الطلاق إنما هو الزوجة في حال الزوجية الصحيحة القائمة حقيقة"⁽⁴⁾، احترازاً من الزوجية الحكمية كما ذكرنا آنفاً.

ومرد هذا كله إلى قوله ﷺ في بعض الأحاديث منها:

(1) - راجع في أحكام الأسرة، محمد بلتاجي، ص 439، 451، الفرقة بين الزوجين، ص 56...60، الأحوال الشخصية، لأبي زهرة ص 311..313، نظام الطلاق في الإسلام، ص 73، بداية المجتهد، ج 2/ص 61، 62، محاسن الإسلام، محمد بن عبد الرحمن البخاري ص 102، 105، ت. ق: محمد حريزي، ط 1 (1421هـ/2000م)، دار الرسالة: بوزريعة، الجزائر، البحر الزخار، ج 3/ص 174، 175.

(2) - الإشراف على مذاهب أهل العلم، ج 1/ص 138.

(3) - راجع في أحكام الأسرة، ص 451، الفرقة بين الزوجين، ص 56...60، نظام الطلاق في الإسلام، ص 73، الأحوال الشخصية، لأبي زهرة ص 311...313.

(4) - في أحكام الأسرة، ص 451.

1- عن أبي هريرة- رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: " فإنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين" (1).

2- عن عائشة- رضي الله عنها- أنها قالت: "ما خير رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بين أمرين إلا أخذ أيسرهما ما لم يكن إثما، فإن كان إثما كان أبعد الناس منه" (2).

3- عن أنس بن مالك- رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: " إن هذا الدين متين فأوغلوا فيه برفق" (3)، وفي رواية عن جابر بن عبد الله- رضي الله عنه- عن النبي ﷺ أنه قال: " إن الدين متين فأوغلوا فيه برفق، فإن المنبت لا أرضا قطع ولا ظهرا أبقى" (4).
وجه الاستدلال:

فهذه النصوص وغيرها واضحة الدلالة في الإرشاد إلى اتباع اليسر وترك العسر، مراعاة للمصلحة ورفع الحرج عن المكلفين، إعمالا للمقاصد الشرعية، فلا يكلف المرء نفسه ما لا تطيقه أو يكون فيه مشقة وعنت، فيعجز فيتترك الدين والعمل به، وهذا هو عين التعسف، ما لم يترتب على ذلك إفساد أو إلحاق ضرر بالغير، أو مضادة لأحد المقاصد الشرعية.

(1)- صحيح البخاري، كتاب الوضوء، باب صب الماء على البول في المسجد، ج1/ص386، ح/220، كتاب الأدب، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم يسروا ولا تعسروا، ج10/ص541، 542، ح/6128.

(2)- المصدر السابق، كتاب المناقب، باب صفة النبي صلى الله عليه وسلم، ج6/ص654، ح/3560، كتاب الأدب، باب قول النبي ﷺ يسروا ولا تعسروا، ج10/ص541، ح/6126، صحيح مسلم، كتاب الفضائل، باب مباحته ﷺ للأثام واختياره من المباح أسهله، ج8/ص91، 92، ح/77/2327، 78.

(3)- المسند، ج20/ص346، ح/13052.

(4)- سنن البيهقي، كتاب الصلاة، باب القصد في العبادة والجهد في المداومة، ج3/ص27، 28، ح/4743، 4744.

المبحث الثاني: آثار الطلاق التعسفي، وفيه ثلاثة

مطالب.

المطلب الأول: نفقة ومسكن المطلقة.

المطلب الثاني: التعويض عن الأضرار.

المطلب الثالث: الحضانة.

المطلب الأول: نفقة ومسكن المطلقة وفيه أربعة فروع.

الفرع الأول: حقوق المرأة أثناء العدة وما يجب عليها.

لما كانت العدة أثراً من آثار الطلاق الذي مبناه عقدة النكاح، والمرأة فيه محبوسة - أي ممنوعة من الزواج - لحق الزوج بأمر من الشارع، اقتضى هذا أن تكون نفقتها وسكنها على المحبوسة عليه عموماً، ما دامت متلبسة بها؛ لأن المعتدات يختلف سبب عدتهن، وبالتالي تكون الآثار متغايرة تبعاً لذلك، ومرد هذا الحق قوله تعالى: ﴿أَسْكُونَنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِلٍ فَلْيَضْحَكُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوا بِبَيْنِكُمْ بِمَعْرُوفٍ﴾⁽¹⁾.

غير أن وجوب هذه الأنواع الثلاثة من نفقة وكسوة وسكنى مرتبط بتوفر شروطها، فمتى فقد بعضها أو كلها سقطت؛ لأن الأسباب مرتبطة بمسبباتها، فالمعتدة عموماً، سواء كانت عدتها من طلاق أو وفاة أو فسخ أو شبهة⁽²⁾ يجب عليها أن تبقى مدة عدتها في بيت الزوجية التي كانت تعيش أو تقيم فيه وقت حصول الموجب لها، فإن أدركها ذلك خارجه وجب عليها العودة إليه متى أمكنها أو تيسر لها ذلك، فإن تأخرت لغير عذر شرعي اعتبرت متعسفة في استعمال الحق؛ لأن فيه مخالفة لأمر الله عز وجل، فكأنها خرجت منه ابتداء بعد الموجب لها لعدم امتثالها، ومن المعلوم أن النهي يقتضي التحريم عند عدم وجود قرينة صارفة له، فدلَّ هذا أن الملازمة لبيت الزوجية واجبة، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْضُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجَنَّ

(1) - الآية (6) من سورة الطلاق.

(2) - وهذا عند المالكية؛ لأنها محبوسة بسببه، فتثبت لها النفقة والسكنى، لا إن كانت غير حامل فتجب لها السكنى فقط، للمزيد في هذه المسائل وتفصيلها يرجع إلى كتب الفقه، كالشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج2/ص515، المعونة، ج2/ص932، 933، 934، شرح الزرقاني على خليل، ج2/ص251، سراج السالك شرح أسهل المسالك، عثمان بري الجعلي، ج2/ص116، 117، ط(1408هـ/1988م)، م/التقافية: بيروت، لبنان، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لابن شاس، ج2/ص604، دراسة وتحقيق: حميد بن محمد لحر، ط1(1423هـ/2003م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان، الفواكه الدواني، أحمد بن غنيم النفراوي المالكي على رسالة بن أبي زيد القيرواني، ج2/ص97، 98، 99، ط3(1374هـ/1955م)، مصطفى البابي الحلبي وأولاده: القاهرة، مصر، الفقه المالكي وأدلته، ج4/ص268، 269، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب فاطمة بنت قيس، ج9/ص390، 391، صحيح مسلم، بشرح النووي، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها ولا سكنى، ج5/ص359، 360.

إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ ﴿١﴾، حيث إن الله عز وجل نهى المعتدات من الطلاق على وجه العموم عن الخروج، والنهي يقتضي التحريم كما سبق ذكره، فيكون حق عليهن إلا حاجة أو ضرورة، وبالقدر الذي يحتج إليه، لأن "الضرورة تقدر بقدرها".

وما ذكرناه في جانب المعتدات ينسحب حكمه أيضا على أزواجهن، فلا يحل لأي منهن إخراج معتدته من بيتها إلا أن تأتي بفاحشة مبينة واضحة المعالم، احترازا عن أخذهن بالشبهة والريبة والشك، صيانة لشرفهن وأعراضهن من القيل والقال، ومخالفة ذلك تُعدُّ تعسفا في استعمال الحق، سواء من الزوج حتى يتملص ويبرئ ذمته من أي التزام اتجاه الزوجة المعتدة فيما هو حق عليه، وكذلك الزوجة إذا خرجت من بيت الزوجية بغير حق.

ولأهمية هذا الأمر اختلف العلماء في مدلول كلمة "الفاحشة" على عدة أقوال:

القول الأول: هي نفس الخروج قبل انقضاء العدة - أي أن الخروج في حد ذاته لغير سبب وجيه في نظر العقلاء يعد فاحشة مبينة - وهو قول إبراهيم النخعي وابن عمرو والسدي وابن السائب وأبي حنيفة⁽²⁾.

القول الثاني: الفاحشة المبينة هي الزنا، فإذا زنت أخرجت لإقامة الحد عليها، وهو اختيار الحسن، وزيد ابن أسلم وغيرهما⁽³⁾.

القول الثالث: الفاحشة المبينة البذاءة - أي كونها سليطة اللسان - فتؤذي أهله كمال قال ابن عباس - رضي الله عنهما - وغيره إلا أن تبذوا على أهله، فإذا فعلت ذلك حلَّ لهم أن يخرجوها، وقد أمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس بالانتقال حين بذت على أحمائها⁽⁴⁾.

القول الرابع: الفاحشة المبينة تطلق على النشوز، وهو الارتفاع أو عدم الطاعة والالتزام، وقيل إنه كل معصية، وهو اختيار الطبري وغيره⁽⁵⁾.

(1) - الآية (1) من سورة الطلاق.

(2) - راجع أحكام القرآن، لابن العربي، ج4/ص1831، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ج18/ص140، أحكام القرآن، للجصاص، ج5/ص349، مفاتيح الغيب، ج30/ص29، 30، تفسير آيات الأحكام، للسائيس، ج4/ص561، 562.

(3) - راجع المصادر السابقة، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد الرحمن السعدي، ص1033، اعتنى به تحقيقا ومقابلة: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، ط1 (1422هـ/2221م)، م/العبيكان: الرياض، السعودية.

(4) - راجع المصادر السابقة المواضع نفسها.

(5) - راجع المصادر السابقة المواضع نفسها.

الترجيح:

الراجح من هذه الأقوال ما قرره أصحاب القول الأول، قال ابن العربي: "وأما من قال: إنه الخروج بغير حق، فهو صحيح، وتقدير الكلام: لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن شرعا إلا أن يخرجن تعديا"⁽¹⁾، وإلا عُدَّ الفاعل منهما متعسفا في استخدام الحق، ويسري هذا الحكم على من تسبب - أي رفع - في ذلك من أجل إبراء ذمته وإخلاء مسؤوليته وإظهار الغير بمظهر سيء، وأنه هو المتعسف.

وهذا يقودنا إلى الحديث عن مسائل مهمة، وهي:

المسألة الأولى: هل ملازمة الزوجة لبيت الزوجية حق خالص لله تعالى وللزوجين، أم أنه حق مشترك بين الزوجين فقط، أم أنه حق للزوجة؟ بكل قيل⁽²⁾، وعلى الرأي الثاني - أنه مشترك بين الزوجين فقط - لا بد أن تتفق إرادتهما على ذلك، ولا يستبد أحدهما دون الآخر بتقدير ما يراه مناسبا، غير أن ابن العربي يرى أنه حق لله تعالى فقط، فقال: "جعل الله للمطلقة السكنى فرضا واجبا وحقا لازما هو لله سبحانه وتعالى لا يجوز للزوج أن يمسكه عنها، ولا يجوز لها أن تسقطه عن الزوج، وهذه مسألة عسيرة على أكثر المذاهب"⁽³⁾.

المسألة الثانية: جريان العرف الحالي في ظل الحريات المزعومة أن المرأة المعتدة من الطلاق على وجه الخصوص لا تبقى بعد طلاقها في منزل الزوجية، بل تنتقل إلى بيت أهلها مباشرة، فإن بقيت في بيتها بعد إيقاع الطلاق عليها عد ذلك منقصة في حقها، بل إن زوجها هو الذي يبادر أحيانا إلى ذلك أو أهلها.

الناظر في دنيا الناس اليوم يجد أن هذا الأمر - مغادرة منزل الزوجية إلى بيت أهلها - يقع لمجرد الشقاق أو أتفه الأسباب بينهما، فكيف إذا وقع الطلاق، هل يُعتدُّ بهذا العرف السائد، باعتبار أن العرف عموما مصدر من مصادر التشريع، وبالتالي فإن خروجها من بيت الزوجية إلى منزل أهلها لا يُعدُّ نشوزا، ومن ثمَّ تثبت لها نفقة العدة ولا تسقط، أم أن

(1) - أحكام القرآن، لابن العربي، ج4/ص1831.

(2) - الصحيح عند الحنفية أن للشارع حقا في ذلك أيضا، وعند الشافعية أن هذا الحق مشترك بينهما، فلا يستبد به أحدهما دون الآخر، ويرى الضحاك أن هذا الحق خالص لها، فلها أن تترك السكنى، راجع: المصدر السابق، ج4/ص1829، تفسير آيات الأحكام، للسائيس، ج4/ص561.

(3) - أحكام القرآن، لابن العربي، ج4/ص1829.

العرف المعتبر هو ما وافق أصول التشريع وقواعده، والعرف بهذه الكيفية يعارضها؛ لأن النصوص الشرعية على خلافه، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾⁽¹⁾، وعن أسامة عن هشام عن أبيه قال: "تزوج يحيى بن سعيد بن العاص بنت عبد الرحمن بن الحكم، فطلقها فأخرجها من عنده، فعاب ذلك عليهم عروة، فقالوا: إن فاطمة قد خرجت، قال عروة: فأتيت عائشة فأخبرتها بذلك فقالت: ما لفاطمة بنت قيس خير في أن تذكر هذا الحديث"⁽²⁾، وفي رواية: "فانقلها عبد الرحمن، فأرسلت عائشة أم المؤمنين إلى مروان، وهو أمير المدينة: اتق الله واردها إلى بيتها. قال مروان في حديث سليمان: إن عبد الرحمن بن الحكم غلبني"⁽³⁾.

الواضح من هذه النصوص أن المعتدة من الطلاق تثبت لها السكنى ولا يجوز إخراجها أو خروجها إلا بسبب مقبول شرعا، والعمل على غير ذلك يُعدُّ تعسفا، بدليل أن عائشة أم المؤمنين وعروة - رضي الله عنهما - أنكرا ذلك الصنيع من الزوج والأب معا، فدل على عدم مشروعيته وإن تنازعت الأئمة ورد الاعتبار للنفس؛ لأنه لا يحقق الفائدة المرجوة من إقرار العدة في مسكن الزوجية، خصوصا إذا كانت من طلاق رجعي، كما أنه يعارض إجماع المجتهدين من هذه الأمة أن المعتدة عموما يجب عليها أن تعتد في بيت زوجها⁽⁴⁾، وكذا بعض القواعد الفقهية منها: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"، ومن فروع هذه القاعدة: "إذا تعارض دليلان: أحدهما يقتضي التحريم والآخر الإباحة قدم التحريم في الأصح"⁽⁵⁾. وبناء عليه لا يعتد بهذا العرف الفاسد الذي يعارض مقاصد الشريعة.

(1)- الآية (1) من سورة الطلاق.

(2)- صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، ج5/ص358، 359، ح/1481.

(3)- صحيح البخاري مع فتح الباري، كتاب الطلاق، باب قصة فاطمة بنت قيس، ج9/ص387، ح/5322.

(4)- راجع المصدر السابق - فتح الباري - ص390، 391، صحيح مسلم بشرح النووي، ص359، 360، - نفس الكتاب والباب السابق - الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان ص547، 548.

(5)- الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص252، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص109، الأشباه والنظائر، للسبكي، ج1/380.

المسألة الثالثة: ما قررناه من أن المطلقة لا تخرج من بيت الزوجية إلا لعذر فإن هذا يحتاج إلى مزيد من البيان والإيضاح، والحكم فيه يختلف بحسب ظروف المسكن ونوع العدة، وذلك في صورتين:

الصورة الأولى: إن كانت العدة من طلاق رجعي فلا مانع من إبقاء المعتدة مع زوجها في بيت الزوجية، بل إن هذا الأمر يكون أشد تأكيداً، لعدم انقطاع الصلة بينهما كلياً مع ترغيبهما وحثهما على العودة إلى بعضهما وبيان المفسد المترتبة على ذلك الفراق، لقوله تعالى: ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾⁽¹⁾، ولهذا لا تؤمر بالاحتجاب منه كالرجال الأجانب؛ لأنها لا تزال زوجته، مع جواز التزين له من أجل إغوائه، ومن ثمَّ العودة إليها مرة أخرى، قال زكي الدين شعبان - رحمه الله -: "بل المستحب لها أن تتزين وتتجمل أثناء العدة حتى يرغب زوجها في إرجاع الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه"⁽²⁾

وهذا الحق يخول له الدخول عليها فجأة دون استئذان أو إعلامها بذلك لعل أن تقع عينه على شيء يحب أن يراه منها أو يثير شهوته فيراجعها أو يقع عليها فتتم المراجعة ولو لم تكن ثمة نية؛ لأن الفعل يقوم مقامها "مراعاة لقول ابن وهب والليث وأبي حنيفة بصحة رجعه بالوطء بدون نية؛ لأن الحكم للظاهر، فلا يصدق أنه لم يرد به الرجعة"⁽³⁾، وهو المقصود، لتشوف الشارع للصلح، ومن المعلوم أن الطلاق الرجعي لا يحرم المطلقة على من طلقها، فله أن يستمتع بها متى شاء ويكون ذلك مراجعة، ومحل ما ذكرناه إذا كان له نية المراجعة - أي يقصد مراجعتها - ماعدا المباشرة وإلا فلا " لأنه إذا دخل بدون علمها قد يقع نظره على شيء منها لو نظر إليه بشهوة يصير مراجعاً - وهذا عند الأحناف - فيحتاج إلى طلاقها ثانياً فتطول عليها العدة، وفي هذا إضرار بالمرأة وهو لا يجوز"⁽⁴⁾، والضرر يجب إزالته بمنع ما

(1) - الآية (1) من سورة الطلاق.

(2) - الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ص 549، راجع أيضاً: بداية المجتهد، ج 2/ص 85، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ج 3/ص 116، 117.

(3) - البهجة في شرح التحفة، ج 1/ص 634، راجع أيضاً: بداية المجتهد، ج 2/ص 85، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ج 3/ص 116، ج 18/ص 141.

(4) - البهجة في شرح التحفة، ج 1/ص 546.

يؤدي إليه، فلا ينظر إليها بشهوة إلا إذا نوى بها ارتجاعها، للقاعدة الفقهية: "الرجعية كالزوجة في كل الأمور ما عدا الاستمتاع ولو نظرة لذة فلا يجوز إلا إذا نوى بها ارتجاعها".⁽¹⁾ ويؤكد هذه القاعدة بن عاصم بقوله:⁽²⁾

وحال ذات طلقة رجعية * * * في عدة كحالة الزوجية.
من واجب عليه كالإنفاق * * * إلا في الاستمتاع بالإطلاق.
وحيث لا عدة للمطلقة * * * فليس من سكنى ولا من نفقة.

الصورة الثانية: لابد من تفقد مسكن الزوجية هل يصلح لإقامة الزوجين معا، أم أنه لا يصلح لذلك؟ فالحكم يختلف بحسب الحال، فإن اتسع لإقامتهما معا مع توفره على المرافق الأساسية لكل منهما احتياطا، لمنع اختلاطهما، إذ لا فائدة ترجى منه، فهو ليس كالرجعي مع كون المطلق ذا خلق حميد جاز لها حينئذ الاعتداد فيه وإلا فلا؛ لأن من مقتضيات الطلاق البائن حرمة الزوجة على زوجها باعتبار ما كان مباشرة بعد إيقاعه، وهنا أجزى للضرورة- الاعتداد في بيت الزوجية- فتقدر بقدرها، وما لا يدرك كله لا يترك جله.

أما إن كان المطلق غير ملتزم بدينه ويخشى منه الاختلاء بها مع توفر أسبابه بحجة أنهما كانا زوجين قبل ذلك أو كان المسكن لا يسعهما، وجب على الزوج في هذه الحالة الخروج منه وتركه لها؛ لأن اعتدادها فيه واجب عليها شرعا، فإن تعذر ذلك لأي سبب ما استأجرت مسكنا خاصا بها وألزم المطلق بدفع أجرته مدة عدتها⁽³⁾.

قال ابن عاصم:⁽⁴⁾

إسكان مدخول بها إلى انقضاء * * * عدتها من الطلاق مقتضا.
وفي الوفاة تجب السكنى فقد * * * في دراه أو ما كراهه نقد.

ما ذكرناه من وجوب دفع أجرة المسكن حالة يسر المطلق، لكن ما الحكم لو كان معسرا مع عدم اتساع المسكن لهما معا، أو كان غير مؤتمن عليها، فهل نلزمه بما ذكرنا بصرف

(1)- مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، ج2/ص102.

(2)- إحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص121.

(3)- راجع المصد السابق، ص120، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، ج2/ص101، 102.

(4)- إحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص120.

النظر عن حالته أم أنها تعتد في بيت أهلها أو تستأجر مسكنا خاصا لها مع دفعها أجرته إن كانت موسرة وتكون دينا في ذمة مطلقها إلى ميسرة؛ لأنها محبوسة عليه من أجل التأكد من براءة رحمها، فالغنم بالغرم، ولقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾⁽¹⁾، وقوله: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾⁽²⁾، وقوله: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁽³⁾، وقول رسول الله ﷺ فيما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه -: " فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم"⁽⁴⁾.

أرى أن الأخذ بمنطوق هذه النصوص هو الأولى، قياسا على النفقة؛ لأن الشريعة في أحكامها تراعي أحوال المكلفين، فلا تكلفهم بما لا يطيقون؛ حتى تبقى لها هيبتها واحترامها في أنفسهم، فيلتزمون منها ما يطيقونه، متى تيسر لهم ذلك، وفي هذا المسلك احتواء للقضية، ومن ثمَّ عدم إطالة أمد المشكلة، فدرء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وذلك بارتكاب أخف الضررين؛ لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات، والمصلحة فيه متوهمة، نظرا لما يلحق الغير من ضرر ومشقة، وملاك ذلك كله قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ الدِّينَ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽⁵⁾، وقوله: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾⁽⁶⁾.

ويرجع سبب التنصيص على هذه المسألة بصورتها؛ حتى تكون نبراسا للمجالس القضائية الخاصة بغرفة الأحوال الشخصية، فتصدر أحكامها على ضوء هذه المعطيات، فتكون ذات مصداقية مع السلامة من أي طعن أو معارضة بسبب ما رأيناه من أحكام قضائية جائرة لم تراع روح القانون، فألزمت الأزواج بما لا يطيقون، فإما أن يوفوا بما قضي

(1) - الآية (280) من سورة البقرة.

(2) - الآية (16) من سورة التغابن.

(3) - الآية (286) من سورة البقرة.

(4) - صحيح البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ وقوله تعالى: ﴿وَأَجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ﴾

(5) - الإماماً ﴿، ج 13/ص 264، ح/7288، صحيح مسلم، كتاب الحج، باب فرض الحج مرة في العمر، ج 5/ص 111، ح/1337.

(6) - الآية (78) من سورة الحج.

(7) - الآية (7) من سورة الطلاق.

عليهم به من قبل المجالس القضائية بصرف النظر عن ظروفهم الاجتماعية أو السجن، فيلجئون إلى سلوكيات غير شرعية من أجل الإيفاء بما أُلزموا به تجنباً لدخول السجن، فهذا المسلك القضائي يُعدُّ تعسفاً في تفسير النصوص القانونية، نظراً لما أفضى إليه، وهو ما أتعرض له بالتفصيل في المعالجة القانونية لهذه المسألة في الفرع التالي.

الفرع الثاني: موقف القانون من ذلك ومناقشته.

استحقاق النفقة بمفهومها الواسع من كسوة وطعام وعلاج ومسكن أو أجرته، وما يُعدُّ من ضروريات الحياة بحسب العرف والعادة تكون من مال مطلقها أو من كانت محبوسة بسببه- ليدخل نكاح الشبهة والزواج الفاسد بعد الدخول لا قبله- مدة عدتها، تحددها - النفقة- المحكمة - غرفة الأحوال الشخصية- سواء كان ذلك دفعة واحدة أم شهرياً، وهو ما أقرته المادة "79" من ق. أ. ج من القانون 11/84 غير المعدلة بالأمر رقم: 2005/2/5م "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

وقد لخص ذلك كله ابن عاصم بقوله: (1)

وكل ما يرجع لافتراض * * * مُوَكَّلٌ إلى اجتهاد القاضي.
بحسب الأقوات والأعيان * * * والسعر والزمان والمكان.

نصت المادة "61" من ق. أ. ج. غير المعدلة على حقوق المعتدة" لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

بتحليل هذه المادة يمكن ملاحظة ما يلي:

1- عدم جواز إخراج الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها من أيِّ كان أو خروجها بنفسها رغبة منها لغير عذر مقبول شرعاً وقانوناً، فإن فعلت ذلك عُدت ناشزاً، ومن ثمَّ يسقط حقها في النفقة إن كانت عدتها من طلاق.

(1)- إحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص123.

2- لم يفرق المقنن الجزائري بين أسباب العدة، فأوجب فيها حكما واحدا فيما يتعلق بالمسكن، والأمر ليس كذلك؛ لأن العدة قد تكون من طلاق أو وفاة، فإن كانت من طلاق وجب لها السكنى مطلقا، سواء أكان رجعيا أم بائنا مع كونها حاملا، لا إن كانت حائلا⁽¹⁾. يبدو أن المقنن الجزائري أخذ برأي الأحناف وغيرهم في هذه المسألة عندما ما أوجب لها السكنى دون قيد أو شرط. قال ابن عاصم⁽²⁾

وحال ذات طلقة رجعية * * * في عدة كحال الزوجية.
من واجب عليه كالإنفاق * * * إلا بالاستمتاع بالإطلاق

أما إن كانت العدة من وفاة فلا حق لها في النفقة- الطعام والكسوة- ولو كانت حاملا باتفاق الأئمة الأربعة؛ لأن المال المتروك أصبح تركة يشترك فيه كل الورثة، ولا مزية لأحدهم عن الآخر في الانفراد بالأخذ منه قبل قسمته بينهم تحت أي مسمى، ويستثنى من ذلك المسكن الذي هو محل الحديث، بشرط أن يكون ملكا للزوج المتوفى أو دفع كراهة قبل وفاته والمدة المتبقية منه تكفي للاعتداد فيه، وإلا فلا سكنى لها، وهو اختيار المالكية، إلا أن تكون معتدة من الطلاق فمات زوجها أثناءها فتجب لها السكنى مطلقا، سواء كانت حائلا أم حاملا استصحابا للأصل، بصرف النظر عن صفة المسكن، فإن لم يكن له أخذ ثمن

(1)- يرى الحنفية وعمر بن الخطاب - رضي الله عنه- وداود، وابن شبرمة، وابن أبي ليلى، والثوري، والحسن بن صالح، والبتي، والغنبري، وأهل الكوفة وغيرهم أن النفقة تجب لها بكل أنواعها، لكونها محبوسة لحق زوجها، وإن فرق البعض منهم بين العدة المترتبة على الطلاق الرجعي الذي يمكن معه الاستمتاع، فأوجب لها حقوقا، والمترتبة على البينونة فلم يوجب لها شيئا، لعدم إمكانية الاستمتاع بها، لكونها حقا لله تعالى، بينما يرى المالكية، والشافعية، وآخرون أن الواجب لها هو السكنى فقط، وقال ابن عباس وجابر - رضي الله عنهم- وعطاء، وطاووس، والحسين، وعكرمة واسحاق وميمون، بن مهران، وأحمد، وأبو ثور وآخرون لا سكنى لها ولا نفقة، راجع في هذا كله، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج2/ص515، المعونة، ج2/ص932، 933، 934، عقد الجواهر الثمينة، ج2/ص604، سراج السالك لأقرب المسالك، ج2/ص116، 117، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص120، حاشية بن عابدين، ج5/ص304، 344... بدائع الصنائع، ج4/ص26...30، مغني المحتاج، ج5/ص252، 253، 254، المجموع ج20/ص173...183، المغني ج9/ص254، 255، 288...292، شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، ج5/ص658، 659، 660، ت. ق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1 (1421هـ/2000م)، م/الرسالة: بيروت، لبنان، المحلى، ج10/ص282، 302... بداية المجتهد، ج2/ص95، 96، الروضة الندية، ج2/ص80، 81، 82، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب قضية فاطمة بنت قيس، ج9/ص390، 391، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، ج3/ص395.

(2)- إحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص121.

كرائه من ماله قبل قسمته إن لم يكن نقد أجرته؛ لأنه حق تعلق بذمته قبل وفاته كسائر الديوان، فلا يسقط بالموت، لقوله تعالى: ﴿أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾⁽¹⁾.
قال ابن عاصم:⁽²⁾

وفي الوفاة تجب السكنى فقد * * * في داره أو ما كراهه نقد.

وبهذا يتضح جليا أن المشرع الجزائري أخذ بمذهب السادة المالكية في هذا الجزئية، وإن لم يفرق بين كون المسكن العائلي ملكا خالصا للزوج أولا حق الانتفاع به فقط عن طريق الكراء مع دفع أجرته قبل وفاته، والمدة الزمنية المتبقية تكفي للاعتداد فيه أولا.

3- جوزا إخراج الزوجة المعتدة من بيت الزوجية إذا ارتكبت فاحشة مبينة واضحة

المعالم، حتى لا تؤخذ بالشبهة والريبة امتثالا لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾⁽³⁾، صيانة لهما من القيل والقال، وحفظا لشرفهما من الطعن فيه؛ لأنه أحد المقاصد الشرعية.

4- إثبات النفقة للزوجة المعتدة من طلاق بصرف النظر عن كونها من طلاق بائن أو رجعي، والأمر يحتاج إلى توضيح؛ لأن المعتدة إما أن تكون حاملا أو حائلا، فإن كانت حاملا وجبت لها النفقة الكاملة من كسوة وطعام ومسكن، حتى تضع حملها، سواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا لعموم لقوله تعالى: ﴿أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽⁴⁾.

أما إن كانت غير حامل فلا يخلو حالها من:

1- أن تكون عدتها من طلاق رجعي، فهذه لا خلاف في وجوب النفقة الكاملة لها؛

لأن الرجعية كالزوجية في كل شيء ما عدا الاستمتاع ولو بنظرة إلا إذ نوى بها ارتجاعها،

(1)- الآية (6) من سورة الطلاق.

(2)- المصدر السابق، ص120.

(3)- الآية (1) من سورة الطلاق.

(4)- الآية (6) من سورة الطلاق.

وقد سبق بيان ذلك، وهو ما أشار إليه ابن عاصم⁽¹⁾.

2- أن تكون عدتها من طلاق بائن، فهذه محل خلاف بين الفقهاء وقد تقدم الحديث عنه⁽²⁾.
قال ابن عاصم⁽³⁾:

إسكان مدخول بها إلى انقضا * * * عدتها من الطلاق مقتضا.

يبدو أن المشرع الجزائري أخذ في هذه الجزئية بمذهب الأحناف ومن قال بمثل قولهم، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في نفس النقطة⁽⁴⁾.

5- لم يوضح المشرع الجزائري حال الزوجة المعتدة هل تم البناء بها- الدخول- أم لا؟ لأن أحكامهما مختلفة، فإن كان مدخولا بها فقد تقدم بيان أحكامها، أما إن كانت غير مدخول بها فلا نفقة لها ولا سكنى لعدم وجود سببها وهو العدة؛ لأن المطلقة قبل البناء لا عدة عليها مطلقا، إلا إذا توفى عنها زوجها قبل الدخول، فهل تنزل منزلة المدخول بها أم لا؟ لأن الحي منهما يرث المتوفى قبل الدخول، ومن ثمّ تسري عليها أحكام النقطة الثانية⁽⁵⁾.

6- لم يوضح المشرع الجزائري ما المراد من لفظ الفاحشة المبينة، وإنما تركها للاجتهاد القضائي وما تعارف عليه الناس، وفي ذلك سعة ومرونة في تطبيق روح القانون، وهو الأصح، بشرط ألا يكون ذلك ذريعة أو مطية للتعسف في تفسير النص أو تطبيقه، سواء من الجهة التي لها حق النظر ابتداء والمنفذة، أو من له حق الاعتراض كالزوج وغيره.

7- فرق المشرع الجزائري بين حقي النفقة والمسكن فأسقط الثاني- حق المسكن- بمجرد ارتكاب الفاحشة المبينة، بينما أوجب لها النفقة دون الإشارة إلى إمكانية إسقاطها إذا أوجبت أسبابها كالمسكن، وهو بهذا الصنيع يكون قد جعلها حقا للشرع - أي لله تعالى - لا يجوز لهما أو لأحدهما التراضي على إسقاطها، والأمر ليس كذلك، بل هي حق خالص للزوجة يجوز لها التراضي مع الزوج أو وكيله إن كان حيا أو ورثته حالة وفاته على

(1)- راجع، ص230 وما بعدها، 233، 234 من هذه الرسالة.

(2)- راجع ص231 وما بعدها من هذه الرسالة.

(3)- إحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص120.

(4)- راجع، ص233، 234 من هذه الرسالة.

(5)- راجع ، ص233، 234، 235 من هذه الرسالة.

إسقاطها - النفقة- كما هو الشأن في الخلع، فلها أن تتصلح معه على إسقاطها، بخلاف السكنى فهي حق خالص لله تعالى على المختار، ومن هنا افتراقا.

الفرع الثالث: موقف بعض القوانين العربية من ذلك.

تعرضت بعض نصوص القوانين العربية لآثار العدة، فمن ذلك:

1- مدونة الأسرة المغربية:

المادة 84: تشمل مستحقات الزوجة: الصادق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومتى تعسف الزوج في توقيعه.

تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المالية للزوج، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكنى في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات، بكتابة ضبط المحكمة.

المادة 131: تعدد المطلقة والمتوفى عنها زوجها في منزل الزوجية أو في منزل آخر يخصص لها.

2- قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

المادة 161:

أ- على المعتدة من طلاق رجعي أن تقضي عدتها في بيت الزوجية إلا عند الضرورة، فتنقل إلى البيت الذي يعينه القاضي.

ب- وتعتبر ناشزة إذا خرجت من البيت بغير مسوغ.

المادة 162: تجب النفقة للمعتدة من طلاق أو فسخ أو من دخول في زواج فاسد، أو شبهة.

المادة 163: تعتبر نفقة العدة دينا في ذمة الرجل من تاريخ وجوبها، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، ويراعى في فرضها حاله يسرا وعسرا.

المادة 164: لا نفقة لمعتدة من وفاة ولو كانت حاملا.

النقطة الخامسة من الفقرة "ب" من المادة 165:

5- وفاة أحد الزوجين⁽¹⁾.

3- قانون الأحوال الشخصية المصري للمسلمين:

نص المقتن المصري على أحكام النفقة والمسكن مع أحكام الحضانة في نفس المواد لما بينهما من الترابط ابتداء من المادة 16 إلى المادة 18 مكررا ثالثا، وسوف اقتصر على ذكر بعض المواد فقط لما لها من علاقة مباشرة بما نحن بصدد الحديث عنه، فمن ذلك:

الفقرة الأولى من المادة 16: تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا

أو عسرا على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذي يفي بحاجاتها الضرورية.

المادة 18 مكررا⁽²⁾: الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها

ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط.

المادة 18 مكررا ثالثا⁽³⁾: على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم

المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة، استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة.

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيا

لهم السكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة.

ويخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن

مناسب للمحزونين ولها.

(1) - هذه النقطة من ضمن النقاط الأربعة الأخرى من الفقرة "ب" يستثنى من حكم الفقرة السابقة - أ- "إذا انحل الزواج الصحيح بعد الدخول تستحق الزوجة - سوى نفقة عدتها - متعة تقدر بما لا يتجاوز نفقة سنة حسب حال الزوج، تؤدي إليها على أقساط شهرية، إثر انتهاء عدتها، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك في المقدار أو الأداء".

(2) - مضافة بالقانون رقم: 100 لسنة 1985م، المعدل لمرسوم القانون رقم: 25 لسنة 1929م، الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية.

(3) - مضافة بالقانون رقم: 100 لسنة 1985م، والمعدل لمرسوم القانون رقم: 25 لسنة 1925م، الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، غير أن المحكمة الدستورية العليا حكمت بعدم دستورية المادة " 18 مكررا ثالثا " المضافة بذلك القانون، في القضية رقم: 5 لسنة 8 قضائية "دستورية" بجلسة 1/6/1996م.

فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا.

وللنيابة العامة أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها.

بالنظر في نصوص هذه المواد يمكن ملاحظة الآتي على وجه العموم:

1- المعتدة من طلاق رجعي وغيره تعتد في بيت الزوجية إلا للضرورة فتنقل إلى بيت آخر غير مسكن أهلها، امتثالا لأمر الشرع وتقريراً للمقصد من تشريعها تأمن فيه على نفسها، سواء بإرادتها، أو بأمر وتعيين من القاضي، مع مراعاة الوضعية المالية للزوج في تقدير الأجرة، ولضمان استمرار دفعها في وقتها المحدد توضع ضمن المستحقات بكتابة الضبط لدى المحكمة. غير أن المقنن المغربي أطلق في وجوب المسكن للمعتدة، دون بيان ما إذا كانت عدتها من طلاق رجعي أو بائن أو وفاة إلى غير ذلك في المادة "84" إلا أنه تدارك الأمر في المادة "131" فنص على المتوفى عنها والمطلقة دون بيان ما إذا كان الطلاق رجعياً أو بائناً، وهو نفس المنهج الذي سلكه المقنن الجزائري في المادة "61" من ق. أ. ج مع بعض التفاصيل، وقد سبقت الإشارة إليها، بخلاف المقنن الكويتي فقد حدد نوع المعتدة التي تجب لها السكنى ومتى تسقط، بل إنه توسع في ذلك فأدخل إيجاب حق النفقة لكل من المعتدة من طلاق سواء كان رجعياً أم لا أو فسخ أو من دخول في زواج فاسد أو بشبهة، وهو بهذا يكون متبعاً للمذهب المالكي في عمومه، لإقراره إيجاب العدة من كل نكاح فاسد غير مجمع على فساده أو شبهة، مراعاة للخلاف واحتياطاً للفروج واختلاط الأنساب، فالنفقة تتبع العدة في هذه الحالات بسبب الاحتباس على الغير.

وبالمقابل نجده نص على أنه لا نفقة للمعتدة من وفاة ولو كانت حاملاً، ومن باب أولى إذا كانت حائلاً، وهو ما أقره المشرع الجزائري وإن لم يفصّل في ذلك "ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق" بعد أن نص على وجوب المسكن للمعتدة ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، المادة "61" من ق. أ. ج

2- لم يتحدث المقنن المصري عن أنواع العدة وما يلزم لها كبقية القوانين المشار إليها، وخالصة ما تكلم فيه أو تحدث عنه كان خاصاً بتنظيم النفقة والآليات التي تتم بها مع مزجه

بينهما وبين بعض حقوق الأولاد على أساس أن المطلقة لها أولاد من مطلقها، سواء كانت هي الحاضنة أم غيرها، غير أنه تحدث عن جزئية مهمة وهي إيجابه المتعة للمطلقة المدخول بها في زواج صحيح إضافة إلى نفقة عدتها يراعى فيها حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية بينهما دفعا للضرر الواقع عليها الناتج عن التعسف في استعمال الحق إذا طلقها دون رضاها أو رغبة منها ولم تتسبب فيه، ومن أجل تحقيق ذلك الغرض وضمان تطبيقه واقعا مع الديمومة أوجب مراعاة ظروف حال المطلق مع إمكانية تسديد المتعة على أقساط؛ حتى لا يزال الضرر بالضرر، وبالتالي لا يصدق أن الضرر يزال، فيقع في التعسف من حيث لا يدري، فيكون مخالفا لما استقرت عليه القواعد الفقهية، وهو ما أشار إليه المقنن المغربي في المادة "84" من المدونة، مع تنصيصه على لفظ التعسف، والمقنن الكويتي في الفقرة "أ" من المادة "165" مع بعض التفاصيل عندهما.

وبهذا يتضح جليا أن القانون الكويتي أوسع وأشمل من غيره في هذه المسألة.

بقيت نقطة أخيرة مهمة تتعلق بتداخل العدد؛ لأنه يترتب عليها إما بقاء استمرار آثار العدة من نفقة ومسكن إن كانت من طلاق رجعي؛ لأنها في حكم الزوجية قبل انتهائها، وذلك لانشغال ذمة الزوج بهما قبل وفاته، وبالتالي يعتبران دينا كسائر الديون الأخرى، أو سقوطهما لانتهاء العلاقة الزوجية بينهما بالوفاة، بصرف النظر عن وقت ثبوتها.

نص المقننان المغربي والكويتي على ذلك:

1- مدونة الأسرة المغربية، الباب الثاني: تداخل العدد المادة 137: إذا توفي زوج

المطلقة طلاقا رجعيا وهي في العدة انتقلت من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة.

2- قانون الأحوال الشخصية الكويتي، الباب الرابع: آثار فرق الزواج: الفصل

الثاني: العدة.

المادة 158:

أ- إذا توفي زوج المطلقة رجعيا أثناء عدتها، تستأنف عدة الوفاة بتربص أربعة أشهر وعشرة أيام منذ وفاته.

بتحليل هاتين المادتين ألاحظ أنهما أقرتا مبدأ الانتقال من عدة الطلاق الرجعي قبل

انقضائها إلى عدة الوفاة الواقعة أثناءها، مع استثناءها من جديد كاملة من غير نقصان كما

حددها القرآن أربعة أشهر وعشرة أيام، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتُوفَوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾⁽¹⁾، بشرط ألا تكون من تطليق - من قبل القاضي - بسبب الشقاق وما تحمله هذه الكلمة من دلالات؛ لأن تطليق القاضي يُعدُّ طلاقاً بائناً لا يمكن للزوج مراجعتها لانتهاء العلاقة الزوجية بينهما، فرأب الصدع واستئناف العلاقة بينهما يحتاج إلى عقد جديد ما لم تكن الثالثة، ففيها تفصيل ليس هذا محله، وبالتالي تسري عليها أحكام المطلقة طلاقاً بائناً، فتستمر عدتها إلى وقت انتهائها المعتاد دون تداخل بين عدة الطلاق وعدة الوفاة.

ومرد هذه المسألة إلى اختلاف الفقهاء في من مات عنها زوجها أو طلقها ولم يبلغها الخبر حتى انقضت مدة عدتها، اختلف الفقهاء فيها على قولين:
القول الأول: لا عدة عليها ولا حداد، وإذا لم تعلم بأي منهما - الطلاق أو الوفاة - حتى مضى جزء من العدة فإنها تعتد بما تبقى لها من الأيام دون استئنافها من جديد، وهو ما عليه الجمهور من الصحابة والتابعين، وفقهاء المذاهب الأربعة وغيرهم⁽²⁾.
 وقد بين ذلك بعضهم بقوله⁽³⁾:

أَلَا قُلْ لِمَنْ تَأْتِيكَ تَسْأَلُ عِدَّةً * * * لموت مغيب أو طلاق ولم تدر.
 فَإِنْ فَاتَ قَبْلَ الْعِلْمِ مَقْدَارَ عِدَّةٍ * * * فيكفيها ذاك حَلَّ بُضْعُهَا عَنْ خُبْرٍ.
 وَإِنْ فَاتَ شَيْءٌ مِنْهَا تَمَكَّتْ مَا بَقِيَ * * * من العدد المعلوم في مقتضي الذكر.
 وسئل عن ذلك الإمام مالك في المدونة: رأيت المرأة إذا بلغها وفاة زوجها من أين تعتد؛ أمن يوم بلغها أو من يوم مات الزوج؟ قال: "من يوم مات الزوج" قلت: فإن لم يبلغها

(1) - الآية (234) من سورة البقرة.

(2) - راجع الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ج3/ص182، التهذيب في اختصار المدونة، ج2/ص415، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، ج2/ص230.

(3) - راجع المصدر السابق الأخير - مدونة الأسرة - الموضع نفسه.

حتى انقضت عدتها يكون عليها من الإحداد شيء أم لا؟ قال: " لا إحداد عليها إذا لم يبلغها إلا بعد ما تنقضي عدتها"⁽¹⁾.

القول الثاني: تبتدئ عدتها من يوم بلغها الخبر، روى ذلك عن الإمام علي- رضي الله عنه- وسليمان بن يسار⁽²⁾، والحسن البصري، وقتادة، وعطاء، فمعنى هذا أنها تعتد عدة كاملة غير منقوصة مهما طالت مدة الوفاة أو الطلاق، فالعبرة ببلوغ الخبر لا بتاريخ الوفاة أو الطلاق، وفيه دلالة أن الغرض من العدة ليس فقط براءة الرحم، وهو مقصد مهم، وقد تحقق ذلك بمضي مدة العدة بنوعيتها، ولكن يضاف إليه غرض آخر في الوفاة، وهو إظهار الأسى والحزن على المفقود والوفاء وحسن التبعل، وهذا غير مرتبط بطول المدة، وإنما متعلق بوقت سماع الخبر ووقعه على النفس، فيستوي فيه الحدث القديم في قالب جديد، والجديد نفسه، ونظير ذلك جواز التعزية فوق ثلاث لمن كان غائبا أو لم يسمع بالوفاة.

واعترض على هذا القول بأن الله تعالى علق العدة على الوفاة والطلاق لا على العلم بهما، وهو قول عبد الله بن عمر- رضي الله عنهما- وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز ويحيى بن سعيد وغيرهم، وبه قال مالك غير أنه قيد بأن يثبت على طلاقه إياها بينة غير القول، وإلا استقبلت عدتها ولا رجعة له عليها⁽³⁾، وهو اعتراض وجيه؛ لأنه قد يصادف من يرغب في نكاحها مباشرة دون تعريض أو انتظار انتهاء عدتها فتفتوتها الفرصة، وقد تأكدنا من براءة رحمها وهو المقصود ابتداء، فعلى ما تحبسونها؟

يجاب على هذا الاعتراض بأن الحكم هنا للغالب؛ لأن الشائع أن المتوفى عنها زوجها أو المطلقة تعلم بوفاة أو طلاقه وهو الأكثر، فسكت عن بيان حكم الأقل، فلا يعود عليه بالنفي أو البطان، فيثبت ما قرناه من وجوب ابتداء العدة من وقت بلوغها الخبر لا الوفاة أو الطلاق.

الفرع الرابع: التطبيقات القضائية لدى غرفة الأحوال الشخصية، فمن ذلك:

1- إن نفقة المطلقة ومسكنها أثناء العدة يقع على عاتق الزوج.

(1)- المدونة الكبرى، ج/3ص/429.

(2)- إلا أن يقيم على ذلك بينة، فمن يوم طلقها، وبه قال ابن شهاب، راجع المصدر السابق، ص/430.

(3)- راجع المصدر السابق، ص/429، 430، الجامع لأحكام، للقرآن، للقرطبي، ج/3ص/182.

ذلك أن نفقة العدة والمسكن التي منحها القرار المطعون فيه إنما المقصود منه أن المطلقة أثناء فترة العدة تقيم في مسكن الزوجية إلى غاية انتهاء عدتها كما تنص على ذلك الشريعة الإسلامية والمادة 61 " من قانون الأسرة، وليس المقصود من عبارة السكن ما هو منصوص عليه في المادة 72" من قانون الأسرة. " غ.أ. ش، ملف رقم: 390091، قرار بتاريخ: 2007/04/11م، م. ق لسنة 2008، العدد 1، ص 245."

2- لا طلاق بدون عدة وبدون منح نفقة عنها ما دامت العدة من النظام العام. " غ.أ. ش، ملف رقم: 358348، قرار بتاريخ: 2006/07/12م، م. ق لسنة 2006، العدد 2، ص 449. "

3- متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها، سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يُعدُّ خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيما قضى به، ومن ذلك تقدير نفقة عدة للزوجة، فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا، وأنه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية يكون غير مقبول فيما ذهب إليه حول حرمان المطلقة من تقدير نفقة العدة، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن. " غ.أ. ش، ملف رقم: 34327، قرار بتاريخ: 1984/10/22م، م. ق لسنة 1989، العدد 3، ص 69. "

4- من المقرر فقها وقضاء بأن نفقة العدة تمنح لكل زوجة مطلقة في جميع الحالات؛ لأنها مقررة شرعا. " م. ع، غ.أ. ش، ملف رقم: 40351، 1986/02/14م، غير منشور. "

الملحوظ على هذه الأحكام القضائية أنها أوجبت النفقة والمسكن على المطلق للمعتدة من طلاق، بصرف النظر عن المتسبب فيه وصفته - بائن أو رجعي - حتى وإن ارتكبت فاحشة الزنا واعترفت بذلك صراحة، ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع أو تصالحت هي مع زوجها بخلع ونحوه من غير إكراه؛ لأنها من قبيل النظام العام.

وبالمقابل نجد القضاء المغربي فرق بين أنواع العدة، فأبطلت محكمة النقض المغربية الحكم القضائي الذي أقر حق النفقة للمطلقة مطلقا، والذي ورد في حيثياته: المقرر فقها و قانونا وقضاء أن المطلقة في الطلاق البائن لا تستحق النفقة خلال العدة ما لم تكن حاملا، والمحكمة لما قضت بها تلقائيا بعلّة أنها من مستحقات الزوجة المنصوص عليها في المادة

"84" من مدونة الأسرة، ولكونها يقضى بها بقوة القانون استنادا لمقتضيات المادة "84" من نفس القانون، والحال أنها لا تستحقها ما لم تكن حاملا، وليس من بين وثائق الملف ما يفيد ذلك، تكون قد أساءت تطبيق القانون.

قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ: 13/01/22، تحت عدد 62 في الملف عدد 12/599، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد 76، ص 96 وما يليها⁽¹⁾.

بالرجوع إلى ما قرره فقهاء القول الأول في مسألة تداخل العدد وسقوطها بالتقادم لارتباطها بيوم إيقاع الطلاق أو حدوث الوفاة للزوج، يترتب عليها أيضا سقوط حق طلب النفقة والمسكن، نفوات محلها بانقضاء مدتهما، ما لم تكن هناك بقية من العدة بعد علمها بإحداهما، فإنه يثبت لها حق النفقة والمسكن، لارتباطهما بأسبابهما، بحسب حالة المعتدة، وفق ما بيناه قبل ذلك⁽²⁾.

وهو ما أقرته المحكمة العليا غير أنها قيدت التقادم المسقط للحقوق بمرور "15" سنة طبقا لأحكام المادة "308"⁽³⁾ من ق. م.

يخضع طلب توابع الطلاق للتقادم المسقط للحقوق بمرور 15 سنة طبقا لأحكام المادة "308" من القانون المدني. "غ. أ. ش، ملف رقم: 362531، قرار بتاريخ: 2006/05/17م، م. ق، لسنة 2006م، العدد 2، ص 455".

التقادم الذي أقرته المحكمة بمرور خمس عشرة سنة على إطلاقه دون قيد محل نظر؛ لأنه يتعارض مع ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة "316" من نفس القانون، والتي تعد من مستثنيات المادة "308"؛ لأنها قيدته بعدم وجود مانع معتبر شرعا، والتي ورد فيها: "لا يسري التقادم كلما وجد مانع مبرر شرعا يمنع الدائن من المطالبة بحقه كما لا يسري فيما بين الأصيل والنائب".

(1)- مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، ص 114، 115.

(2)- راجع ص 241، 242، من هذه الرسالة.

(3)- المادة "308" من ق. م. ج: يقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون، وفيما عدا الاستثناءات الآتية.

* هناك خطأ نحوي في "خمس عشرة سنة" الصواب أن يقال: خمس عشرة سنة" لأن العدد يخالف المعدود في الصدر تذكيرا وتأنينا، ويوافق في العجز في الأعداد المركبة.

وبالتالي يحق للمرأة المطالبة بالنفقة وما يلزم فيها مادام العذر قائماً، ولا يرجع عليها بما أنفقت من ماله بعد طلاقه قبل علمها؛ لأنه فرط⁽¹⁾، وكذلك ورثته، وينسحب هذا الحكم عليه وعليهم حالة وفاته، لاشتراكهما في نفس العلة، لكن هذا الحق قد يتعارض مع حق آخر، وهو النفقة الواجبة عليه ابتداء استصحاباً للأصل قبل وجود المانع، وهو عدم علمها بالطلاق أو الوفاة، وبهذا نكون قد جمعنا عليه حقين دون مغنم في أحدهما، وهو خلاف القاعدة "الغنم بالغرم" وفي ذلك ضرر، ودفعه يكون بالنظر إلى حال المرأة من انتهاء العدة أو بقاء جزء منها كما بيناه سابقاً⁽²⁾، وبذلك يصدق الضرر يزال لكن ليس بضرر مثله، وفي هذا دفع لعدم التعسف في تفسير النصوص أو العمل على غير مقتضاها.

وبناء عليه أرى تعديل هذه المادة وإضافة ثلاث مواد أخرى أغفلها المشرع الجزائري على النحو الآتي:

المادة 61:

أ- تعدد المطلقة والمتوفى عنها زوجها في منزل الزوجية إذا كانت مدخولاً بها دخولاً حقيقياً⁽³⁾ ولا تخرج منه إلا عند الضرورة إلى مسكن آخر تختاره هي أو يعينه القاضي بشرط أن يكون ملائماً لها ومناسباً للوضعية المادية للزوج، ما دامت في عدتها إلا في حالة ارتكاب فاحشة مبينة، مع مراعاة أحكام الفقرة "ب، ج" أدناه من هذه المادة.

ب- تسقط نفقة المعتدة من طلاق إذا خرجت من بيت الزوجية بغير مسوغ باعتبارها ناشزة.

ج- تعتبر نفقة المعتدة ديناً في ذمة الزوج من تاريخ وقوعها ولا تسقط عنه إلا بالأداء أو الإبراء، مع مراعاة أحكام المواد "78، 79، 80" من هذه القانون.

المواد المضافة:

المادة 61 مكرر:

تجب النفقة للمعتدة من طلاق أو فسخ أو من دخول في زواج فاسد أو بشبهة.

(1)- التهذيب في اختصار المدونة، ج2/ص415.

(2)- راجع ص241، 242 من هذه الرسالة.

(3)- احترازاً من الخلوة بقسميها، خلوة الاهتداء، والخلوة الناقصة، فلهما أحكامهما وإن اشتركت الأولى مع الدخول الحقيقي في بعض الأحكام، كإتمام المهر وثبوت العدة إلى غير ذلك.

لا نفقة للمعتدة من وفاة ولو كانت حاملا إلا السكنى في داره أو ما كراهه نقد إلا أن تكون معتدة من طلاق فمات زوجها أثناءها فتجب لها السكنى مطلقا، فإن لم يكن له أخذ ثمن كرائه من ماله قبل قسمته إن لم يكن نقد أجرته، سواء كانت حائلا أم حاملا.

المادة 61 مكرر 1:

إذا تُوفِّيَ زوج المطلقة طلاقا رجعيا أثناء عدتها استأنفت عدة الوفاة، تتربص أربعة أشهر وعشرة أيام من وفاته إلا أن تكون حاملا فبالوضع، وترثه في العدة المستأنفة ولا يرثها إن كان الطلاق تعسفا بشرط أن تستمر أهليتها للإرث إلى موته.

المادة 61 مكرر 2:

لا إعادة للعدة على المطلقة أو المتوفى عنها زوجها إذا لم يبلغها الخبر حتى انقضت عدتها. فإن مضى جزء من العدة اعتدت بما تبقى لها من الأيام دون استئنافها من جديد، مع مراعاة أحكام المادة "61" المذكورة أعلاه من هذا القانون.

المطلب الثاني: التعويض عن الأضرار بسبب الطلاق التعسفي وفيه خمسة فروع.
الفرع الأول: تعسف أحد الزوجين في إنهاء العلاقة الزوجية.

إذا كان الشرع والقانون قد كفلا للفرد بصرف النظر عن جنسه الحق في التعبير عن إرادته الشخصية تحت مسمى الحريات متى كان أهلا لمباشرة ذلك الحق، فإن هذا ليس معناه التصرف بحرية مطلقة دون قيد أو ضابط؛ لأن حريته تنتهي عند بداية حرية الآخرين، وما دام حديثنا هنا عن الزوجين فلا بد أن تكون تصرفات أحدهما أو كليهما على وفق الضوابط المنصوص عليها والمسموح بها، فإذا لم تراع أو لم يلتزم بها أحدهما في ممارسة حقه، وترتب على ذلك إلحاق الضرر بالآخر، سواء كان مباشرا أو غير مباشر، قصده أو لم يقصده، مبررا أو غير مبرر لزم من ذلك كله ابتداء تعويض جبرا للضرر الذي ألحقه بالطرف الآخر، سواء أكان ماديا أم معنويا، ومرد هذا كله إلى التعسف في سوء استخدام الحق المأذون فيه. عرفنا فيما سبق في تعريف التعسف أنه "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"⁽¹⁾، ومن المعلوم أن هناك ترابطا وثيقا بين نظرية التعسف ونظرية

(1) - نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 91.

الحق⁽¹⁾؛ لأن التجاوز في استعمال الحق على غير الوجه المشروع حين مزاولة الإنسان له يُعدُّ تعسفاً.

ولما كان الطلاق حقا للزوج يملك إيقاعه متى شاء بإرادة منفردة دون توقف على إذن الزوجة أو غيرها، فإنه يُعدُّ متعسفاً في ذلك، متى تجاوز حدود الحق المأذون فيه، بأن أوقعه مناقضا لقصد الشارع من تشريع إنهاء العلاقة الزوجية عن طريق الطلاق، دون إغفال استخدام الزوج للطلاق، هل هو حق مطلق أو مقيد؟

وهذا التصور ينطبق أيضا على الزوجة؛ لأن لها الحق أيضا في إنهاء العلاقة الزوجية عن طريق التخليق - بواسطة المحكمة - أو الخلع، سواء وافق الزوج على ذلك أو لم يوافق، بل إن القانون كرس لها حق طلب التخليق متى أثبتت المبرر أو الخلع دون الرجوع إلى الزوج أو أخذ الإذن منه أو استشارته، على ما ستأتي إليه الإشارة لاحقا في المعالجة القانونية لنصوص المواد المنظمة للرابطة الزوجية.

وبناء على ما سبق ذكره يمكن القول أن الطلاق التعسفي، هو كل طلاق يناقض مقصود الشارع في تشريعه - الطلاق - لأن الغرض منه أصلا هو دفع الضرر وتحقيق المصالح، وكل طلاق أو تشريع لا يحقق هذا المقصد يُعدُّ تعسفاً.

لكن السؤال المطروح من يتولى دعوى إثبات التعسف هل المدعي أم المدعى عليه؟ بحسب الأصول العامة أن إثبات التعسف في استعمال الحق يكون وفقا لنظرية الحق، وبالتالي على المدعي أو من لحقه الضرر باستخدامه حقيقة أو توهما إثبات ذلك، لا المدعى عليه؛ لأنه لا يمكن تحميل صاحب الحق - المدعى عليه - مسؤولية استعماله، ومن ثم لا يُعدُّ متعسفاً لمجرد أنه لم يقدم تبريرا لاستخدام حقه، تطبيقا للقاعدة الشرعية "أن الجواز الشرعي ينافي الضمان"، أم أن إثبات عدم التعسف في إيقاع الطلاق ملقى على عاتق الزوج

(1) - راجع المصدر السابق الموضوع نفسه.

-المدعى عليه- وليس على الزوجة أن تثبت تعسف زوجها في إيقاعه، والعكس من ذلك لو كانت الزوجة هي السبب في إنهاء العلاقة الزوجية⁽¹⁾.

وعلى كل فإن من رحمة الشريعة أن شرعت مبدأ التعويض للمتضرر جبرا لما أصابه، سواء كان الضرر ماديا أم معنويا، ومن أجل تحقيق هذا المقصد لا بد أن يكون التكليف بما يطاق، وهو نوع من أنواع التعزير⁽²⁾.

الفرع الثاني: أنواع الطلاق التعسفي.

من صور الطلاق التعسفي الموجب للتعويض:

الطلاق في الحيض أو بلفظ الثلاث، سواء بلفظ واحد أو بألفاظ متعددة، لكن بمجلس واحد لم يتخلله انقطاع، أو في طهر لامس فيه، وكذا طلاق الهازل والسكران، والطلاق بقصد الحرمان من الميراث، والردة، والايلاء، والظهار، والخلع، والطلاق من الزوج، أو طلب التطليق من الزوجة لغير سبب وجيه منهما، ونكاح التحليل.

بعد هذا العرض المختصر لبعض صورة الطلاق التعسفي يمكن تقسيمها إلى:

1- الطلاق البدعي: ويشمل صورتين:

الصورة الأولى: الطلاق في الحيض: يرجع سبب عده من الطلاق التعسفي، سواء قصد الزوج إيقاعه في تلك الفترة أم لم يقصده، كأن غلبه الغضب أو استحمق فأوقعه، ثم ندم بعد ذلك، بصرف النظر عن كونه علم بجرمته أم لا؛ لأن فيه تطويلا للمدة على الزوجة، فتكون الحيضة التي أوقع فيها الزوج الطلاق غير محسوبة من العدة⁽³⁾.

الصورة الثانية: الطلاق بلفظ الثلاث دفعة واحدة أو بألفاظ متعددة في مجلس واحد لم يتخلله انقطاع، أو في طهر لامس فيه: يرجع سبب جعله أيضا من الطلاق التعسفي إهمال الزوج أو غفلته عن الغرض الذي من أجله شرع الطلاق على مرات متعددة، وفي أوقات مختلفة وأزمنة

(1)- بتصريف راجع في هذا: صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، باديس ديابي، ص85، 86، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي "، ابن زينة عبد الهادي، ص122، 123، ط1(1428هـ/2007م)، دار الخلدونية: القبة، الجزائر، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص91.

(2)- راجع تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، ص39، 41.

(3)- سبق الحديث عن ذلك في هذه الرسالة، راجع ص213...216.

متباعدة، وتقويت مقصد الشارع من تشريعه على هذا النحو، وكذا فرصة المراجعة للزوجة، وتدارك الخطأ الناتج عن الإفراط والتسرع في إيقاعه ما دامت الزوجة في العدة.

وإيقاعه بهذه الكيفية فيه إهدار لمصالح كثيرة منها: "التتويه بفخامة أمر النكاح حيث لم يكن أمرا ينتظم إلا بجمع رجال، ولا ينفك إلا بانتظار طويل، ولو لا ذلك لكان بمنزلة لعب الصبيان ينتظم ثم يفك في الساعة، ومنها أن مصالح النكاح لا تتم حتى يوطنا أنفسهما على إدامة هذا العقد ظاهرا، فإن حدث حادث يوجب فك الناظم لم يكن بد من تحقيق صورة الإدامة في الجملة، بأن تتربص مدة تجد لتربصها بالآ وتقاسي لها عناء"⁽¹⁾، وفيه أيضا تقويت لمصلحة الأولاد، في جمع ما افترق من شمل الأسرة.

2- طلاق الهازل والسكران: تتجلى مظاهر التعسف في هذا النوع من الطلاق استخفاف المطلق بعقد الزواج، حيث إنه لا يُعرف مقصد الهازل من اللفظ، فيؤدي ذلك إلى التلبيس على الزوجة والقاضي والمستفتى منه⁽²⁾ والمستفتي نفسه، وبناء عليه هل تمكنه من نفسها وكأنه لم يقع شيء أم أنها تمتنع عنه، وبالتالي لا تُعد ناشزة، ومن ثم تثبت لها جميع حقوق المطلقة باللفظ الصريح أو الكناية- سواء كانت ظاهرة أم خفية مع اعتمادها على نية المطلق- وفي هذا صيانة لأفعال العقلاء عن العبث، إعمالا للقاعدة الفقهية " إعمال الكلام أولى من إهماله"⁽³⁾.

ويعد السكران أيضا متعسفا في إيقاع الطلاق حالة سكره بالمحرم أو الحلال عمدا إذا تناول المسكر بإرادة تامة دون إكراه أو خطأ، لاتخاذ آيات الله هزوا، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوا﴾⁽⁴⁾، وهو بهذا الصنيع يُعد مستهزئا بآيات الله، غير مقدر قدرها، ولا معظم لشأنها؛ لأن الشارع أباحه للحاجة والضرورة ووضع له نظاما خاصا، يجب على المباشر له أن يعرف طرائقه لا أن يتبع هواه وما تمليه عليه نفسه الأمانة بالسوء، فأثره يتعداه

(1)- حجة الله البالغة، أحمد الدهلوي ج2/ص142، ط1(1355هـ)، مراجعة وتصحيح: بعض علماء الهند، دار التراث: القاهرة، مصر، وللمزيد من الإيضاح والبيان، راجع: ص216،... 224 من هذه الرسالة، فقد تحدثت عن ذلك بما فيه الكفاية.

(2)- بفتح المثناة الفوقية الثانية، وهو المفتي.

(3)- الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص293، الأشباه والنظائر، للسبكي، ج1/ص171.

*القاعدة العاشرة من القواعد الكلية.

(4)- الآية (231) من سورة البقرة.

إلى غيره ولا ينحصر في ذاته، قال الله تعالى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَا جَا﴾⁽¹⁾، وشرع الله ومنهاجه أن يطلقها على ضوء ما شرع وارتضى، لا على ما ابتدع المطلق، وتستوي في ذلك كل المسكرات المغيبة للعقل أو المؤثرة عليه، بصرف النظر عن مسمياتها، فالعبرة بالآثار المترتبة عليها أو ما يعرف بالمآلات لا بالمسميات؛ لأنها قوالب لها.

3- الطلاق بقصد الحرمان من الميراث: تتجلى مظاهر التعسف هنا في اختيار المطلق الوقت المناسب لإيقاع الطلاق التعسفي بقصد حرمان زوجه من الميراث، بأن يطلقها في مرض مخوف⁽²⁾ يغلب على الظن أن من أصيب به هالك لا محالة طال زمن مرضه به أم قصر، ويُعدّ هذا الفعل تجاوزاً، لا يقره أصحاب الفطرة السليمة، قال مصطفى السباعي: "وهذا بلا شك عدوان لا يرضاه الله وتأباه المروءة"⁽³⁾، ومن أسباب التعسف هنا:

- 1- وجود شقاق مستمر بين الزوجين أسفر عن كره وبغضاء، فانتقاماً من زوجه يطلقها حتى لا ترثه، خصوصاً إذا كانت أصغر منه سناً ولا زالت مرغوباً فيها.
- 2- عدم وجود ذرية بينهما، فلكي يضمن عدم انتقال ماله إلى أهل زوجه يطلقها، خصوصاً إذا كان المال عبارة عن عقارات- دور أو أراضي- فيبقى عليه في عشيرته، صيانة لهم من دخول الغرباء إليها أو جولان أيديهم فيها.

أليس من التعسف أن يحرم زوجه تحت هذه الذرائع الواهية بعد أن عاشت معه حيناً من الدهر، صبرت على أذاه وبلواه وتكبدت معه عناء الحياة في جمع المال، ثم يفاجئها بهذه الفاجعة المؤلمة، والنهاية المأساوية المحزنة لها والمخزية له، لحيفه وانحرافه عن جادة الصواب.

كان حرياً به أن يعمل بقوله تعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَنِ إِلَّا الْإِحْسَنُ﴾⁽⁴⁾، فيرتقي بنفسه إلى العلى وينقيها من الدنس ويصفو مع خالقه، خصوصاً وأنه على فراش الموت، فيلقى ربه وهو راض عنه لا ساخطاً عليه، لكن اتباعه لهواه وما تمليه عليه هواجسه أعمى بصره وبصريته، ومن أجل دفع أثر- الأذى الذي لحق بالزوجة، وهو الحرمان من الميراث-

(1)- الآية (48) من سورة المائدة.

(2)- كل مرض أفعد صاحبه عن الدخول والخروج، وأنه مقدمة لثبوت الحقوق العينية من الدائنين والورثة في أموال المريض.

(3)- المرأة بين الفقه والقانون، ص100، ط1 (1418هـ/1998م)، دار السلام، القاهرة، مصر.

(4)- الآية (60) من سورة الرحمن.

هذا التعسف عوقب بنقيض مقصوده، فورثتها الشريعة السمحة منه⁽¹⁾ وحرمته هو، وفقا للقاعدة الفقهية "من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"، وحرمان الشريعة له هنا هو، عدم اعتبار طلاقه⁽²⁾ في هذه الحالة، وبالتالي توريث الزوجة منه؛ لأن الطلاق مظنة للضرر من توريثها، وهي - المظنة - تقوم مقام المنة إذا دلت القرائن على ذلك دفعا للفساد، قال فتحي الدريني: "ووجه التعسف أن الطلاق لم يشرع للزوج ليتخذ وسيلة للإضرار بزوجه و حرمانها من حقها في الإرث، فإذا كان الباعث على طلاقها هو حرمان زوجته من ميراثها، عومل بنقيض قصده، محافظة على حقها ودفعا للظلم والهضم عنها، ومرض الموت هو مظنة هذا القصد، وقرينته عليه"⁽³⁾ وإلا لماذا أقدم على هذا الفعل الشنيع وهو مقبل على لقاء ربه، وملاك ذلك كله قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِيقُ الْمَكْرُ السَّيِّئُ إِلَّا بِأَهْلِهِ﴾⁽⁴⁾.

ولكي يكون الطلاق طلاق ضرار لا بد أن تكون الزوجة مستحقة للميراث من زوجها منذ وقوعه إلى وفاته، فإن كانت غير مستحقة له وقت إيقاعه، كأن تكون كتابية ثم أسلمت ومات زوجها وهي مسلمة بعده - أي بعد إيقاع الطلاق - أو كانت مستحقة له وقت إيقاعه لكونها مسلمة، ولكنها لم تكن مستحقة له وقت وفاته لردتها⁽⁵⁾.

(1) - اختلفت آراء الفقهاء في هذه المسألة بين مضيق وموسع ومتوسط، فهناك من قال بمنع توريثها ولو كانت في العدة ما دام الطلاق بائنا لا إن كان رجعيًا؛ لأن طلاق المريض في الوقوع كطلاق الصحيح وهم الشافعية، وهناك من قال بتوريثها ما دامت في العدة، وهو مذهب الأحناف، وهناك من قال بتوريثها ولو انتهت عدتها، ما دام أنها لم تتزوج، وهو مذهب الحنابلة، وهناك من قال بتوريثها مطلقًا ولو تزوجت إذا مات المطلق في مرضه الذي طلق فيه، وهو مذهب المالكية، راجع: مغني المحتاج، ج5/ص28، 29، روضة الطالبين، ج3/ص459، 460، فتح القدير، ج4/ص145...157، حاشية ابن عابدين، ج5/ص5...25، المغني، ج9/ص194...198، الاقناع ج3/ص231...234، الفروع، ج5/ص45، 46، المعونة، ج2/ص790، 789، 788، عقد الجواهر الثمينة، ج2/ص523، 524، 525، المحلى، ج10/ص218...229.

(2) - محل عدم اعتبار طلاقه من حيث الأثر، أما وقوعه فهو واقع عند جمهور الفقهاء، ومعدود على المطلق، وإنما الخلاف بينهم في توريثها، خلافا للحسن البصري الذي يرى أن الطلاق غير واقع، وتسري عليهما أحكام الزوجية، فيرث أحدهما الآخر إن مات في مرضه - أي يرث الزوج زوجته إن ماتت هي في مرضه، والعكس من ذلك ترثه الزوجة إن مات هو في مرضه -.

(3) - نظرية التعسف في استعمال الحق، ص167.

(4) - الآية (43) من سورة فاطر.

(5) - راجع شرح قانون الأحوال الشخصية، لمصطفى السباعي، ج1/ص243.

والفرار كما يكون من الزوج يكون من الزوجة أيضا، كما لو ملكها طلاقها أو خيرها أو فوضها فيه، فأوقعته في مرضها الذي ماتت فيه، أو تسببت بتصرفاتها في سوء معاملتها فطلقها حالة مرضها، أو اختلعت منه كذلك.

4- طلاق المرتد: ألحق الفقهاء أحكام تصرفات المرتد بأحكام طلاق المريض مرض الموت، فترثه زوجته إذا مات أو قُتِلَ على رده أثناء عدتها منه؛ لاختلاف الدين بينهما، وانفساخ النكاح بسبب ذلك؛ لأنه بهذا الفعل يصير فارا وإن كان صحيحا وقت رده، فيرد عليه قصده⁽¹⁾.

والجامع بين طلاقي المريض والمرتد أن كليهما فارٌّ من توريث زوجه بقصد حرمانها من الميراث، وأما الفارق بينهما فإن المرتد ترثه زوجته أثناء عدتها فقط، أما المريض فترثه زوجته ولو انقضت عدتها منه على الخلاف المذكور آنفا⁽²⁾، وهو ما أقرته المحكمة المصرية الابتدائية الشرعية في حكمها" نص الفقهاء على أن المرتد ترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل على رده، وهي في العدة؛ لأنه يصير فارا، وإن كان صحيحا وقت رده"⁽³⁾.

وإذا كان هذا هو حكم المرتد، فإن ارتداد الزوجة مع بقاء زوجها على الإسلام تلحق بأحكامه- أي أحكام الزوج المرتد- إذا ماتت أثناء عدتها منه، أو قتلت حدا بسبب ردها، كما هو الشأن في طلاق الفرار منها، بناء على تمليك لها من قبيل الزوج أو تخيير أو تفويض؛ لاشتراكهما في نفس علة الحكم، وهي الردة.

5- الخلع: تتجلى مظاهر التعسف هنا في لجوء الزوجة إلى مخالعة زوجها ولو لم يرض بذلك، وبالأخص إذا دفعت ما أصدقها آنفا، سواء كانت الأسباب التي أبدتها وجيهة أم لا في ظل الحريات المزعومة المكفولة للأفراد من قبل القوانين المنظمة للعلاقات الزوجية، كقانون حماية المرأة، وصندوق المرأة المطلقة، والجمعيات النسوية المطالبة بحقوق المرأة و تحريرها إلى آخره، وهو ما حدى بفتحي الدريني إلى القول: "إن الدور الوقائي لنظرية التعسف يقوم

(1)- محكمة مصر الابتدائية الشرعية 16 أبريل 1948م، المحاماة س 19 ص316، أخذاً من كتاب: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " الزواج و الطلاق" بلحاج العربي، ج1/ص245، ط(2002م)، ديوان المطبوعات الجامعية: الجزائر.

(2)- راجع هامش (1) ص251 من هذه الرسالة.

(3)- حكم بتاريخ: 1948/04/6م، مجلة المحاماة، س 19، ص316.

على مبدأ سد الذرائع، أي منع اتخاذ الحقوق والحريات وسائل لتحقيق مصالح غير مشروعة أو لإلحاق الضرر الفادح⁽¹⁾ بالغير، بقصد الإضرار، أو بدون قصد⁽²⁾.

واستخدام المرأة لحق الخلع من غير سبب وجيه يُعدُّ تعسفاً منها؛ لأنه أبيض لها على سبيل الرخصة⁽³⁾؛ لا أنه حق مكتسب⁽⁴⁾ كالطلاق للزوج، و"ما أبيض للضرورة يقدر بقدرها"⁽⁵⁾، ولأنها سوف تلحق بالزوج ضرراً بالغاً لكونه أجهد نفسه في جمع المال من أجل تكاليف الزواج، وليس المهر فحسب، فمن يعوضه عن تلك المصاريف؟

المقررات الشرعية تلزم الطرف المتسبب في إلحاق الضرر بالغير تعويضه جراء ذلك جبراً له؛ لأن الضرر ي زال، ولكن ليس بضرر أشد منه أو مساوياً له، وإلا ما تحقق الضرر ي زال، لأن من فروع هذه القاعدة "الضرر لا ي زال بالضرر"⁽⁶⁾، فيحتمل الأخف من أجل دفع الأثقل - والأصغر في مقابل الأكبر - ومن فروع هذه القاعدة "يرتكب أخف الضررين"، و

(1) - تنصيصه على "الضرر الفادح" قيد لإخراج الضرر الذي لا يمكن دفعه أو التحرز منه، والذي يُعدُّ من الآثار المترتبة على أي تصرف، أو ما يعرف عند الفقهاء بعموم البلوى، فهذا معفو عنه ولا يُعتدُّ به في استصدار الأحكام؛ لأنه من مقتضياته، وهو فقه حسن.

(2) - نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 337.

(3) - وهو ما أقره القضاء الجزائري قبل تعديل القانون 11/84 الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، وإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون.

"غ. أ. ش، ملف رقم: 216239، قرار بتاريخ: 16/03/1993م، ج. ق، ص 138".

(4) - أما التعديل الجديد للقانون 11/84 بالأمر رقم: 2005/02/5 المعدل لبعض مواد "المادة 54": يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

فمعنى هذا أن الخلع للزوجة أصبح حقا مكتسبا كالطلاق للزوج، يمكنها إيقاعه متى شاءت دون توقف على أخذ الإذن من الزوج أو رضاه به، فلا يُعدُّ من العقود الرضائية، إلا فيما يتعلق بالثيق المالي، فلة تنظيم خاص، وهو ما أقره القضاء الجزائري في بعض أحكامه. * إن الخلع ليس بعقد رضائي وموافقة الزوج غير ضرورية فيه، وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي. أما عدم مناقشة الزوج لقيمة المبلغ المعروض فإنه لا يشكل مانعا للحكم بالخلع.

"غ. أ. ش، ملف رقم: 336380، قرار بتاريخ: 13/07/2007م، ن. ق، العدد 61، ج 1/ص 328".

* وهناك حكم آخر شبيه بما سبق والذي ورد فيه: "إن المادة 54 من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال... دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع، وأن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة زوجها طبقوا صحيح القانون".

"غ. أ. ش، ملف رقم: 83603، قرار بتاريخ: 21/07/1992م، ا. ق، ص 134".

(5) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج 1/ص 212، 213، القاعدة الثانية من القاعدة الرابعة "الضرر ي زال"، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص 86.

(6) - المصدران السابقان على الترتيب - السيوطي، ج 1/ص 214، القاعدة الثالثة من القاعدة الرابعة السابق ذكرها، ابن نجيم،

ص 87 - الأشباه والنظائر، للسبكي، ج 1/ص 41، 42.

"الضروريات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها"⁽¹⁾، ويلحق بهذا الآثار النفسية التي تصيب الأولاد جراء الخلع، وهو مقصد عظيم أولت له الشريعة عناية خاصة، ويكفي أن يكون هذا الأثر المترتب على الخلع غير المشروع جعله سببا للتعسف في استعمال الحق.

6- أن يطلق الزوج زوجته أو تطلب هي التطليق منه أو عن طريق القضاء لغير سبب وجيه منهما معا: يرجع سبب جعله من الطلاق التعسفي أنه لم يستند إلى سبب معقول أو وجيه تقبله الفطرة السليمة على وجه العموم مقارنة بالآثار المترتبة عليه، يضاف إليه أن الزوجة قد تكون غير مرغوب فيها من قبل الرجال لكبر سنها أو فقرها، ولا أمل لها في الزواج مرة أخرى، " فبقاؤها من غير زوج ينفق عليها إضرار بها ولؤم في معاملتها، وهو آثم بلا شك فيما بينه وبين الله تعالى"⁽²⁾، ويتأكد هذا أكثر إذا لم يكن لها مصدر تتفق منه على نفسها؛ لأن " ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها".

قال حجة الإسلام أبو حامد الغزالي: "وإنما العدل أن لا يضر بأخيه المسلم، والضابط الكلي فيه أن لا يحب لأخيه إلا ما يحب لنفسه، فكل ما لو عومل به شق عليه، وثقل على قلبه، فينبغي أن لا يعالم به غيره"⁽³⁾، وهو في الحقيقة اقتباس من قوله ﷺ فيما رواه أنس بن مالك - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: " لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه"⁽⁴⁾، لما فيه من منافاة لمقصد الشارع من تشريعه، وهو تحقيق المنافع لا المضار؛ لأن الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة هو جلب المصالح ودرء المفاسد والأضرار، فإذا لم يتحقق ذلك - الأصل - منع التصرف؛ لأنه يفضي إلى التعسف في الفعل، وهو مفسدة، والترجيح بين الأمرين يقتضي العمل بقاعدة: "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضررا

(1)- المصادر السابقة على الترتيب- السيوطي، ج1/ص211، القاعدة الأولى من القاعدة الرابعة المشار إليها سابقا، ابن نجيم، ص85، 89، السبكي، ج1/ص45-

(2)- المرأة بين الفقه والقانون، ص101.

(3)- إحياء علوم الدين، ج2/ص74، 75.

*كتاب آداب الكسب والمعاش، الباب الثالث في بيان العدل واجتناب الظلم في المعاملة، ما يخص ضرره المعامل.

(4)- صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب من الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه، ج1/ص73، ح/13، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من خصال الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه، ج1/ص291، 292، ح/45/71.

بارتكاب أخفهما"⁽¹⁾، وكذا قاعدة: "درء المفسد أولى من جلب المصالح"⁽²⁾؛ لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات⁽³⁾، ولذلك قال رسول الله ﷺ فيما رواه أبو هريرة -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ قال: "دعوني ما تركتكم، فإنما أهلك من كان قبلكم سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم"⁽⁴⁾. والكشف عن قصد الإضرار بالغير عسير، فيستعان بالقرائن الظاهرة الدالة عليه دون الاكتفاء بالتخمين أو الظن؛ لأنه لا يغني من الحق شيئاً، وإن بعضه إثم، وربما أدى إلى التعسف في استعمال الحق الذي فررنا منه، ولهذا يعتمد على الظاهر منها، كأن أن لا يكون له منفعة في استعمال حقه غير إلحاق الضرر، أو الأذى بالطرف الآخر، أو ترتب عليه إلحاق ضرر بغيره وإن لم يقصده، "فيمنع؛ لأن ذلك قرينة على تمحض قصده الإضرار، ويمنع من باب أولى إذا استعمل حقه على وجه سلبي"⁽⁵⁾ وكل ما كان وسيلة للتعبير عنه أو لتحقيقه، إعمالاً لمبدأ سد الذرائع.

7- نكاح التحليل: من خلال تعريف التعسف يتضح جلياً أن تصرف المحلل على خلاف الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع النكاح، فيكون مضاداً لقصد الشارع، مما يستلزم بطلانه- لعوده على قصد الشارع بالبطلان أيضاً- وفقاً للقاعدة الفقهية "كل عقد تقاعد عنه مقصوده بطل من أصله"⁽⁶⁾، "قال الإمام الشاطبي: "وقد تقدم أن مخالفة قصد الشارع مبطل مبطل للعمل، فعدم مطابقة الأمر مبطل للعمل"⁽⁷⁾؛ لأنه من الحيل المناقضة لمرامي الشريعة، بل يهدم قواعدها والأسس التي بنيت عليها أساساً، ويُعدُّ القاصد له مستهزئاً بآيات

(1)- الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص217، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص89.

*القاعدة الرابعة من القواعد المتفرعة عن القاعدة الكبرى "الضرر يزال".

(2)- المصدران السابقان- السيوطي الموضوع نفسه، ابن نجيم، ص90-.

(3)- المصدران السابقان الموضوعان نفسهما.

(4)- سبق تخريجه راجع ص232 من هذه الرسالة.

(5)- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص235.

(6)- الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص259.

(7)- الموافقات، ج2/ص601.

الله؛ "لأن من آياته أحكامه التي شرعها... ونكاح المرأة ليحلها لمطلقها وما أشبه ذلك" (1) من هذا القبيل، وهو عين التعسف لما أفضى إليه.

قال الإمام الشاطبي: "فتأمل (2) كيف كان القصد المشروع في العمل لا يهدم قصدا شرعيا، والقصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي" (3)؛ لأن النكاح إنما شرع لأجل إقامة علاقة وطيدة بين زوجين تسودها الرحمة والمحبة والسكينة، وكذا حفظ النسل، فأين هذا من ذاك القصد، قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَبِرُونَ﴾ (4).

وهذا يقتضي الديمومة والاستمرارية، وتزداد أصرتة كلما طال أمده، فأين هذا من نكاح التحليل الذي هو عبارة عن نكاح صوري لا يحقق الغرض الذي من أجله شرع، والواجب يقتضي أن نصون الأحكام الشرعية عن العبث، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا﴾ (5)، والنكاح آية من آيات الله تظهر قدرته وعظمته في مكونات ومكونات هذا الإنسان، ومن أي شيء خلق، قال الله تعالى: ﴿وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ﴾ (6).

ولا يقدح في هذا ما نص عليه الإمام الشاطبي (7) بقوله: "ولأن النكاح لا يلزم فيه القصد إلى البقاء المؤبد؛ لأن هذا هو التضييق الذي تأباه الشريعة، ولأجله شرع الطلاق، وهو كنكاح النصارى، وقد أجاز العلماء النكاح بقصد حل اليمين، من غير قصد إلى الرغبة

(1)- المصدر السابق، ج2/ص617.

(2)- يقصد بذلك هبة المال في آخر الحول هروبا من وجوب الزكاة عليه، ثم إذا كان في حول آخر أو قبل ذلك استوهبه - أي طلب هبته ممن وهبه له - فهذه الصورة تنافي قصد الشارع في رفع رذيلة الشح والبخل عن النفوس والإحسان إلى الناس.

(3)- المصدر السابق، ج2/ص661.

(4)- الآية (21) من سورة الروم.

(5)- الآية (231) من سورة البقرة.

(6)- الآية (21) من سورة الذاريات.

(7)- بعد أن تحدث عن جواز الحيل إذا كانت لا تناقض المصالح الشرعية، فمن ذلك نكاح المحلل فإنه تحيل إلى رجوع الزوجة إلى

إلى مطلقها الأول بحيلة توافق في الظاهر قول الله تبارك وتعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَيْثُ تَنَكَحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ الآية

(230) من سورة البقرة، ولو كان قصد التحليل معتبرا في فساد هذا النكاح لبينه عليه الصلاة والسلام، ولأن كونه حيلة لا يمنعه وإلا

لزم ذلك في كل حيلة...، فإذا ثبت هذا وكان موافقا للمنقول دل على صحة موافقته لقصد الشارع، راجع: الموافقات ج2/ص663،

664.

في بقاء عصمة المنكوحه، وأجازوا نكاح المسافر في بلدة لا قصد له إلا قضاء الوطر زمان الإقامة بها، إلى غير ذلك⁽¹⁾، لانتفاء التآقيت عنه صراحة لا ضمناً؛ لأنه يدخل في النيات، وهو محل خلاف بين الفقهاء، ومن هنا افتراقاً مع انتفاع صاحبه به من تحصين نفسه وغيره، ويكفي أن يكون هذا مقصداً مشروعاً؛ لأنه من أهدافه إعفاف النفس وحصينها وتكوين أسرة، وإن كان قضاء الوطر الجنسي مقصوداً فيه، ولكن هناك معان اجتماعية ونفسية ودينية يجب عدم إغفالها أو التواطؤ على تركها؛ لأنها من عمل الشارع لا تخضع لما يشترطه العاقدان أو أحدهما⁽²⁾، بخلاف نكاح المحلل فهذه المقاصد وغيرها غائبة عن ذهنه، فأين هذا من ذلك، وليس هو أرحم بالعباد ممن خلق العباد أنفسهم وسن لهم ما يدفع عنهم الأذى ويدخل عليهم الفرح والسرور، فما رآه الشارع حسناً فهو حسن، وهو عند القاصد ليس بحسن، وهذه مضادة ظاهرة، ومن ثمَّ وجب إبطالها، ويكفي تقيعاً له كونه موسوماً بالتيس المستعار، بل إن هذا الصنيع قد يلحق الضرر بالمرأة المحللة بعد تعلقها بالمحلل، خصوصاً إذا كان ذا خلق حسن أو مليء فلا تهنأ بعد ذلك مع المحلل له، فيترتب عليه إثارة المشاكل الزوجية، وقد يبقى المحلل متعلقاً بها أيضاً، لأن "في الاستئناس بالنساء من الراحة ما يزيل الكرب، ويُرَوِّحُ عن القلب"⁽³⁾، ضف إلى هذا أنه يرى بأن له فضلاً على المحلل له، له، ويمُنُّ عليه بذلك بين الفينة والأخرى، ولا يخفى لذي لب ما يترتب عليه من مفساد، وبالتالي يجب غلق هذا الباب من مبدأ سد الذرائع، لمناقضة قصد الشارع؛ لأنه ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له أصلاً، فيكون ذلك تعسفاً في استعمال الحق، ونظير ذلك نكاح المتعة والزواج بالمومسات والبغايا أو ما يعرف اليوم ببنات الملاهي⁽⁴⁾ وكيف يتخذها- يتخذها- يستغلها- من تزوجها وابنتها وسيلة لجلب المال والمتاجرة بالجنس وما يتبع ذلك من عقر للخمر وتعاط للمخدرات تحت غطاء قانوني يحميه من كل المتابعات القضائية أو مداهمات شرطة الآداب، نظراً لكونه يحوز على عقد مدني ولا يمكن لأي أحد أن يمنعه من

(1)- المصدر السابق، ص664.

(2)- راجع الأحوال الشخصية ، لأبي زهرة، ص20.

(3)- المصدر السابق الموضع نفسه.

(4)- راجع جريدة الشروق اليومي، الاثنين 27 نوفمبر 2017م الموافق 08 ربيع الأول 1439هـ، العدد 5649، ص17 - مجتمع-.

إدخال من شاء إلى بيته، لأن فيه مساسا بالحرية الشخصية للأفراد التي كفلها الشرع والقانون معا، فهل يُقَرُّ هذا النوع من الزواج الذي يشبه بعض أنكحة الجاهلية، أم يفسخ لعدم تحقيقه المقصد الأصلي الذي من أجله شرع، وما يترتب عليه من مفساد، جريا على الخلاف الواقع بين الأصوليين هل للحاكم أن يقيد المباح؟

ولا يعترض علينا بأن نكاح التحليل والمتعة مختلف فيهما، والثاني مجمع على صحته، ومن هنا افترقا، وبالتالي لا يصح القياس، أقول: إن القياس صحيح؛ لأن المقاصد من مشروعية النكاح غير موجودة في هذه الأنواع المشار إليها سابقا، وإن وجد النزر اليسير منها، وبالتالي يثبت ما قررناه.

مما لا شك فيه أني أميل إلى هذا الرأي؛ لأنه تعتريه الأحكام الشرعية الخمسة⁽¹⁾، الفرضية والوجوب والندب والتحریم والكرهة والإباحة، أو ما يعرف عند الأصوليين بالحكم التكليفي⁽²⁾؛ لأن الحاكم مأمور بفعل الأصلح وتصرفه منوط بالمصلحة وفقا للقواعد الفقهية. ويجلّي هذه الآية - الحكمة - أكثر ابن القيم الجوزية في قوله: "والله تعالى قد جعل كل واحد من الزوجين سكنا لصاحبه، وجعل بينهما مودة ورحمة، ليحصل بذلك مقصود هذا العقد العظيم، وتتم بذلك المصلحة التي شرع لأجلها العزيز الحكيم، فسَلَّ هذا التيسر المستعار⁽³⁾: هل له من ذلك نصيب؟ أو هو من حكمة هذا العقد ومقصوده ومصلحته أجنبيّ غريب"⁽⁴⁾، وهو في هذا يشير إلى قول شيخه ابن تيمية في تقريره للمحلل، وبيان وجه مناقضة قصده لقصده الشارع، وأن المناقضة هي علة إبطال نكاحه، لانحرافه بالحق عن الغاية التي شرع من أجلها، فقال: "وبهذا يظهر أن نكاح التحليل إنما بطل؛ لأن النكاح قصد

(1) قولنا خمسة وهذا عند جماهير الفقهاء، خلافا للحنفية فإنهم يفرقون بين الفرض وهو ما ثبت بدليل قطعي لا شبهه فيه، والواجب وهو ما ثبت بدليل ظني فيه شبهة، وكل منهما طلب الشارع فعله على وجه اللزوم يثاب فاعله ويعاقب تاركه.

(2) من كون الزواج فرضا أو واجبا أو مندوبا أو حراما أو مكروها أو مباحا.

(3) - إشارة إلى قوله ﷺ فيما رواه عقبة بن عامر - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: "ألا أخبركم بالنكاح المستعار؟ قالوا بلى يا رسول الله، قال: "هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له"، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، ج1/ص622، 623، ح/1936، الدار قطني، كتاب النكاح، باب المهر، ج3/ص154، ح/3576، البيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في نكاح المحلل، ج7/ص339، ح/14187، المستدرک، كتاب الطلاق، ج2/ص217، ح/2804.

(4) - إعلام الموقعين، ج3/ص37، وراجع أيضا: إغائة اللهفان من مصادد الشيطان، لابن القيم الجوزية ج1/ص242...249، ت. ق: محمد حامد الفقي، ط3(1425هـ/2004م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.

ما يناقض قصد النكاح؛ لأنه قصد أن يكون نكاحه لها وسيلة إلى ردها إلى الأول، والشيء إذا فعل لغيره كان المقصود بالحقيقة هو ذلك الغير، لا إياه؛ فيكون المقصود بنكاحه أن تكون منكوحة للغير، لا أن تكون منكوحة له؛ إذ الجمع بينهما متناف، وهو لم يقصد أن تكون منكوحة له بحال؛ حتى يقال: قصد أن تكون منكوحة له في وقت آخر؛ إذ لو كان كذلك، لكان يشبه قصد المتعة من غير شرط؛ لو فعله فقد قيل هو كقصد التحليل، وهو المشهور عندنا كما تقدم، وقيل ليس كذلك، وإذا لم يكن كذلك لم يصح إلحاقه بمن لم يقصد ما ينافي النكاح في الحال ولا في المآل بوجه، مع كونه أتى بالقول المتضمن في الشرع لقصد النكاح⁽¹⁾.

ولكي يكون التصرف سليماً وتترتب عليه آثاره ويُخلى من المناقضة "لأبد في صحة التصرف من رضى المتصرف وموافقة الشرع"⁽²⁾؛ حتى يُعتدُّ به وبكل ما ينتج عنه، لكن هل تحقق ذلك في النكاح باتخاذ الوسيلة الصحيحة للوصول لذلك الغرض؟ الناظر يرى أن "قصد المحلل في الحقيقة ليس بقصد الشارع، فإنه إنما قصد الرد إلى الأول، وهذا لم يقصده الشارع، فقد قصد ما لم يقصده الشارع، ولم يقصد ما قصده، فيجب إبطال قصده بإبطال وسيلته"⁽³⁾.

وبناء عليه فإن استعمال الحق في غير ما شرع له يُعدُّ تعسفاً؛ لمناقضة قصد الشارع ومخالفة الحكمة التي من أجلها شرع عقد الزواج ولو لم يترتب عليه إلحاق أي ضرر بأحد، بل فيه مصلحة ظاهرة للمحلل له، وهي إرجاع زوجته إليه، لكن هذا الفعل فيه مخالفة صريحة لمقصود الشارع؛ لاشتراطه الموافقة الظاهرة والباطنة، وبالتالي يُعدُّ غير مشروع وغير صحيح "لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية، فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات"⁽⁴⁾.

(1)- الفتاوى، ج3/ص49، ط (1328هـ) م/كرديستان العلمية: مصر.

(2)- المصدر السابق، الموضوع نفسه.

(3)- المصدر السابق، الموضوع نفسه.

(4)- الموافقات، ج2/ص660.

ولكي يكون الأمر كذلك لا بد من وضع ضوابط تحدده وتقيده من تصرفاته، بل تهذيبها تنزيها له عن التشبه بالبهيمية؛ لأن الله خلقه ويعلم ما يصلح شأنه، لا كما يدعه أصحاب الفكر التحرري ومن أصيبوا بالخبل، قال الله تعالى: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ﴾⁽¹⁾، فهذا التصرف يخرم قواعد الشريعة ومقاصدها ويكر عليها بالبطلان، ولو كانت فيه مصلحة متوهمة للمحلل له كما سبق ذكره؛ "لأنه قصد فيه الإصلاح بين الزوجين"⁽²⁾، سواء كان أثره ظاهرا أم لا، فالعبرة بمآلات الأفعال.

الفرع الثالث: البعد القانوني لآثار الطلاق التعسفي.

نص قانون الأسرة الجزائري على أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي في المواد التالية:

المادة 8 مكرر: الصادرة بالأممرقم: 2005/02/05م، المعدل للقانون 11/84.

في حلة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

المادة 8 مكرر 1: الصادرة بنفس الأمر السابق.

يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه.

المادة 52: المعدلة بنفس الأمر السابق

إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

المادة 53: المعدلة بنفس الأمر السابق

يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

(1) - الآية (14) من سورة الملك.

(2) - الموافقات، ج2/ ص664.

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستهيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعا.

المادة 53 مكرر: الصادرة بنفس الأمر السابق

يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

المادة 54: المعدلة بنفس الأمر، والصادرة بالقانون 11/84.

يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

المادة 55: الصادرة بالقانون 11/84

عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر.

بنتبع نصوص مواد هذا القانون يمكن ملاحظة ما يلي:

1- إشارة البعض منها إلى آثار الطلاق أو التطليق صراحة والبعض الآخر ضمنا،

باعتبار أن المشرع أعطى للزوجة حق طلب التطليق عند مخالفة بعض نصوص هذه المواد.

2- مراعاته لجانب الزوجة في حق طلب التعويض أو الحكم به أكثر من الزوج، ويرجع

سبب ذلك ربما إلى كونه هو الذي يمارس التعسف في استعمال حق التطليق أكثر من الزوجة،

باعتبار أن العصمة الزوجية بيده شرعا إلا لشرط، يضاف إليه أن جانبها أضعف منه، ومن ثمَّ

غلب في أحكام هذه المواد حق المرأة على حق الرجل، وهو تشريع حسن؛ لأن الواقع يشهد بذلك.

3- إغفال المواد المذكورة أنفا بعض المسائل المشار إليها في الدراسة الشرعية، والتي

قد يقع فيها التعسف، سواء أكان ذلك نسيانا أم قصدا منه، من أجل ربما تقليل حجم مواد

هذا القانون، لكن كان حريا به أن ينص عليها صراحة، سواء في مواد مستقلة أو ضمنا في غيرها ممن تشترك معها في نفس الآثار أو تشابهها؛ لأن التعسف يقع فيها كثيرا كما بيناه تحت ذرائع واهية، ولا يشفع له في ذلك كونه نص في المادة "222" من ق. أ. ج، والتي ورد فيها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، فالتصيص عليها أولى؛ لأن "تصرف الإمام منوط بالمصلحة"⁽¹⁾ وفقا للقاعدة الفقهية، وإلا أدى ذلك إلى اختلاف الأحكام القضائية، نظرا لاختلاف اجتهادات الفقهاء فيها، ولا مصلحة في ذلك، خصوصا وأنه ليس هناك بنك معلوماتي على المستوى الوطني باختلاف الغرف يضم جميع الأحكام القضائية ذات الموضوع الواحد يمكن الرجوع إليه أو الاستئناس به في فض الخصومات المتماثلة أو المتشابهة⁽²⁾، وإن اختلفت حيثياتها قليلا، فالعبرة للغالب؛ حتى تسلم من المعارضة والظعن والنقض، وكذا تقليص مدة التقاضي، وتمكين ذوي الحقوق من حقوقهم في أقصر مدة زمنية، وهذا الطرح يتناسب مع المساعي الحثيثة التي تبذلها الدولة من أجل تطوير المنظومة القضائية وتحديثها- أو ما يعرف بالعصرنة والرقمنة- حتى تتناسب مع العصر الذي نعيش فيه، وتخفيف الأعباء على المواطن أيضا، ويرجع سبب هذا الطرح التخوف من أن يكون ذلك مطية للتعسف في تفسير النصوص وتطبيقاتها لعدم وجود الآليات التي يرجع إليها، بسبب اختلاف الفهوم في استنباط الأحكام وتطبيقاتها.

بعد هذه الملاحظات العامة على نصوص المواد المذكورة آنفا أتعرض بالتفصيل إلى المواد التي نصت على التعويض صراحة وهي: المادة "52 و53 مكرر و55" لكن قبل هذا لابد من الإشارة إلى:

(1)- الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص278، القاعدة الخامسة من القواعد الكلية.

(2)- ماعد مسألة تقدير التعويض فتكون من اختصاص قضاة الموضوع، لارتباطها بأحوال المتقاضين، وهو ما نصت عليه المحكمة العليا في عدة أحكام قضائية، فمن ذلك:

*تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يُعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم غ. أ. ش، ملف رقم: 368660، قرار بتاريخ: 2006/07/12م، م. ق لسنة 2006م، العدد1، ص483 .

*إن تقدير الضرر عن إقدام المستأنف على طلب الطلاق قبل النحول مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع "غ. أ. ش، ملف رقم: 216865، قرار بتاريخ: 1999/03/16م، ا. ق، غ. أ. ش، ص256 .

1- قرر المقنن الجزائري في هذه المواد الحكم بالتعويض على وجه العموم للطرف المتضرر من الزوجين، إذا تبين له التعسف في استعمال الحق من أحدهما من خلال المبررات التي يعرضها كل طرف، أو دلت القرائن على ذلك، كأن لا تكون له حاجة للطلاق أو طلب التطلق إلا الرغبة في إلحاق الضرر بالغير.

2- يضاف إلى هذا عدم توضيحه لمعيار الطلاق التعسفي وتحديد حدا أقصى أو أدنى للتعويض وطرق تنفيذه - أي دفع التعويض جملة أو على أقساط أو إيرادا مرتبا حسب ظروف المتسبب في الطلاق التعسفي- كما فعل في النفقة في المادة "79" من القانون 11/84، والتي نص فيها: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، بل ترك ذلك كله لتقدير قضاة الموضوع يحكمون فيه بما يدفع الحاجة والحرمان ويرفع الغبن والضرر عن المتضرر منهما⁽¹⁾، إعمالا للقاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار"، مع مراعاة الوضع المالي للزوجين معا يسرا وعسرا، وهو تشريع حسن؛ لأن "الضرر لا يزال بالضرر" وإلا ما صدق الضرر يزال، لزواله بمثله أو أشد منه، وهو ما أقرته المادة "132" من قانون الحالة المدنية.

"يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا. ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير المشروع".

وللمزيد من الإيضاح والبيان يراجع المواد "127، 130، 131، 182" من نفس القانون "ق. ح. م"، والمادة 57 مكرر من ق. أ. ج، الصادرة بالأمر رقم: 2005/02/5م، والجامع بين نصوص هذه المواد- المدنية والأسرية - هو التقدير والتعويض عن الضرر؛ لأن أسبابها قانونية، أي أن القاضي هو الذي يحكم بها استنادا إلى تلك النصوص القانونية المنظمة

(1)- وهو ما أقره القضاء التونسي، راجع: محكمة استئناف تونس 30 نوفمبر 1965م. ت. ق 1968م، قضاء، ص 101، راجع: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، بلحاج العربي، ج 1/ص 244.

للعلاقة بين الأفراد، بخلاف الأسباب الشرعية فإن مبنائها ليس الضرر، وإنما أوجبها الشرع أو حث عليها كالمتعة.

والحكم بالتعويض لأحد الزوجين يجب أن تتوفر له الشروط؛ لأنه على خلاف الأصل، إذ الأصل براءة الذمة⁽¹⁾ حتى يثبت العكس، ومنها:

1- أن يثبت للقاضي أن المتسبب في الفرقة ليس له غرض أو مصلحة معتبرة شرعا كإجبار الزوجة مثلا على الظهور أمام الرجال الأجانب غير المحارم- بغير اللباس الشرعي- أو الجلوس مع أصدقائه في مجالس اللهو...إلخ.

2- أن يترتب عن التعسف في استعمال الحق إلحاق ضرر حقيقي بأحد الزوجين احترازا عن الأضرار الطبيعية التي تصيب الشخص للوهلة الأولى جراء سماعه لخبر الطلاق أو التطليق، والتي تُعدُّ من مقتضيات الطلاق بداهة، لكن المعتبر منها- الأضرار- ما يترك أثرا بالغا في النفس، ربما ترتبت عليه انتكاسة حقيقية أدت بصاحبها إلى الإصابة بعقل نفسية، أو التفكير في الانتقام من الطرف الآخر، سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، ومن الضرر المادي للزوجة ترك عملها إرضاء لزوجها وإظهارا لحسن تبعلها له أو لشرط بينهما، ومن الضرر المادي للزوج تهيئته مسكنا خاصا للاستقرار فيه كزوجين وفق رغبتها، أو إقامة حفل زفاف بموصفات معينة.

3- أن تكون الفائدة المرجوة قليلة مقارنة بالضرر الذي لحق الغير.

4- ألا يكون للمطلق أو طالب التطليق غرض سوى إلحاق الأذى والضرر بالغير انتقاما منه. ذكرت فيما سبق أن تنصيص المقنن الجزائري على الحكم بالتعويض في المواد 52 و 53 مكرر و 55 كان على وجه العموم، أما الآن فأحدث عنها بالنقصيل، بحسب الحاجة وما يقتضيه المقام.

1- المادة 52 و 53 مكرر: خص المقنن الحكم فيهما بالتعويض المطلق للزوجة فقط، نتيجة الضرر اللاحق بها من قبل الزوج، إذا تبين للقاضي تعسفه في الطلاق، وفق نص المادة 52"، بينما نص في المادة 53 مكرر " على الحكم بالتعويض بناء على الحكم بالتطليق في ضوء الأسباب التي نصت عليها المادة 53" والمادة " 8 مكرر 1" من نفس القانون.

(1)- القاعدة الثانية المتفرعة عن القاعدة الثانية الكبرى "اليقين لا يزال بالشك". الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج 1/ ص 151، 155، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص 59.

والمفارقة بين هاتين المادتين أن المشرع الجزائري في المادة "52" خول للقاضي حق التقدير وحرية ابداء الرأي في الطلاق الذي أوقعه الزوج، هل تعسف فيه، ومن ثمَّ يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها، أم أنه لم يتعسف في ذلك، وبالتالي لا يحكم لها بالتعويض، فهو بهذا التشريع لم يجعل الطلاق في حد ذاته كسبب من أسباب الحكم بالتعويض، بل ربط الحكم بالتعويض عن الضرر بالتعسف في استعمال حق الطلاق.

بينما نراه في المادة "53 مكرر" أنه جعل هناك ترابطا بين الحكم بالتطليق والحكم بالتعويض، وإن عبر عنه بالجواز، دون بيان لنوعية الضرر المعتبر شرعا وقانونا؛ لأنه ما من تصرف إلا ويترتب عليه ضرر ما كما سبق بيانه، وكلامنا هنا عن الضرر الذي يُعدُّ من مقتضيات التصرف أو لوازمه؛ حتى تكون الأحكام ذات مصداقية وأكثر انضباطا في نظر العقلاء، وتجد لها محلا دون التعسف في تطبيقها وإلزام الطرف الآخر بها، وهو بهذه الصياغة فكأنه جعل الحكم بالتطليق سببا قائما بذاته يوجب الحكم بالتعويض ولو لم يترتب عليه - الحكم بالتطليق - إلحاق ضرر بالزوجة، ومن هنا افترقا، وهذا يُعدُّ تعسفا في الصياغة القانونية للمادتين، ومن ثمَّ وجب إعادة صياغتهما لاحقا.

2- المادة 55: نصت هذه المادة على حكم ترَفُّع أحد الزوجين عن صاحبه، والمعروف بالنشوز، وما يجب على القاضي فعله، حيث إن المشرع أعطى للقاضي الحق المطلق في الحكم بالطلاق، وبالتعويض للطرف المتضرر، بناء على ما استجمع من أدلة، ولكن الملاحظ عليه أنه ربط بين الحكم بالطلاق والحكم بالتعويض للطرف المتضرر في زعمه، وبهذا يكون قد جعل الحكم بالطلاق بسبب النشوز سببا موجبا في حد ذاته للتعويض، سواء ترتب على ذلك - الحكم بالطلاق - ضرر حقيقي أم لا، وهي نفس الملاحظة السابقة⁽¹⁾، وهذا يُعدُّ تعسفا أيضا في الصياغة القانونية؛ لأنه كما ذكرنا أنفاً أن الطلاق أو الحكم بالتطليق لا يخلو عن أي ضرر، لكن المعتبر منها هو الضرر الحقيقي الذي يشق على النفس تحمله. وتقدير ذلك موكول للقاضي بمساعدة أعوان الضبط وما تعارف عليه الناس، وفقا للقواعد الشرعية، قال الفقهاء: "كل ما ورد به الشرع مطلقا، ولا ضبط له فيه، ولا في اللغة يرجع فيه

(1) - راجع المعالجة القانونية للمادة "53 مكرر" ص 264، 265 من هذه الرسالة.

إلى العرف"⁽¹⁾، وهو ما أشار إليه المقنن الجزائري في المادة "184" من ق. م "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"، والذي يجمع بين هذا وذاك أنه ليس كل ضرر يمكن أن يُعَوَّضَ صاحبه بسببه، بل لا بد من وجود ضرر حقيقي كما ذكرنا آنفاً، وبناء عليه أرى إعادة صياغة هذه المادة بإضافة بعض القيود لها لاحقاً. وما دام حديثنا هنا عن آثار وأحكام الطلاق أو التطليق التعسفي لا بد من الإشارة إلى ما ذهب إليه المشرع الجزائري في القانون المدني في هذه المسألة؛ لأن القوانين يكمل بعضها بعضاً، ووضعت من أجل خدمة الصالح العام والخاص، وأقرب هذه المواد إلى ما نحن فيه المادة "41، 124، 408".

المادة 41: يعتبر استعمال حقّ تعسفياً في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

المادة 124: كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً

في حدوثه بالتعويض.

المادة 408: إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره

باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال.

الملحوظ على المادة "41" أنها حُصِّصَتْ لبيان متى يعتبر استعمال الحق تعسفياً⁽²⁾، ومتى لا يعتبر، دون أن تتحدث عن أحكام وآثار التعسف، بينما تحدثت المادة "124" عن الآثار المترتبة عن أي عمل يقوم به الشخص دون قيد أو شرط، سواء كان هذا العمل مستنداً إلى استعمال الحق أو التعدي، متى ترتب على ذلك إلحاق الضرر بالغير، ومن هنا يتبين لنا ما يلي:

1- تسوية المقنن الجزائري بين الأعمال، سواء أكان سندها الحق أم لا، وفي هذا نظر.

(1) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص235، متفرع من القاعدة الخامسة العادة محكمة" ص221.

(2) - ويصح بلفظ "تعسفياً".

2- لم يفرق المقنن بين الأثر المترتب على استعمال الحق وإن لم يكن فيه تعسف في سوء استخدامه، وإنما هو من مقتضياته، وبين المسؤولية التقصيرية، سواء كان مبناهما التعدي أو التعسف، فهذه مغالطة كبيرة، بل هو عين التعسف، إذ كيف به يسوي بين هذه الأفعال وآثارها، ويطبق عليها نفس الأحكام، وإن أفضت إلى نفس النتائج وهو إلحاق الضرر بالغير.

الفرع الرابع: أحكام أضرار الطلاق التعسفي لدى بعض القوانين العربية.

بعد هذا العرض لما ذهب إليه المقنن الجزائري أشير إلى بعض التشريعات العربية التي عالجت هذا الموضوع من أجل إثرائه لأهميته، فمن ذلك:

1- مدونة الأسرة المغربية:

الفقرة الأولى من المادة 84: تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه.

الفقرة الأولى من المادة 97: في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83 و 84 و 85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر.

المادة 99: يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضرراً مبرراً لطلب التطليق.

يعتبر ضرراً مبرراً لطلب التطليق، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مذل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية.

المادة 101: في حالة الحكم بالتطليق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر.

المادة 117: للزوجة استرجاع ما خالعت به، إذا ثبت أن خلعه كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها، وينفذ الطلاق في جميع الأحوال.

المادة 118: كل ما صح الالتزام به شرعاً، صح أن يكون بدلاً في الخلع، دون تعسف ولا مغالاة.

2- قانون الأحوال الشخصية الكويتي:**المادة 130:** إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

- أ- فإن تبين أن الإساءة كلها من الزوج، وكانت الزوجة طالبة للتفريق اقترح الحكمان التفريق، وإلزامه جميع الحقوق المترتبة على الزواج والطلاق.
- وإن كان الزوج طالبا للتفريق، اقترح الحكمان رفض دعواه.
- ب- وإن كانت الإساءة كلها من الزوجة، اقترحا التفريق بين الزوجين، نظير ما قبضته من المهر، وسقوط جميع حقوقها المالية المترتبة على الزواج والطلاق.
- ج- وإن كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق دون عوض أو بعوض يتناسب مع الإساءة.
- د- وإن لم يعرف المسيء من الزوجين، فإن كان طالب التفريق هو الزوج اقترحا رفض دعواه، وإن كانت الزوجة هي الطالبة، أو كان كل منهما يطلب التفريق، اقترح الحكمان التفريق دون عوض.

المادة 165:

- أ- إذا انحل الزواج الصحيح بعد الدخول تستحق الزوجة - سوى نفقة عدتها- متعة تقدر بما لا يتجاوز نفقة سنة، حسب حال الزوج، تؤدي إليها على أقساط شهرية، إثر انتهاء عدتها، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك في المقدار أو الأداء.

ب- يستثنى من حكم الفقرة السابقة:

- 1- التطلاق لعدم الإنفاق بسبب إفسار الزوج.
- 2- التفريق للضرر إذا كان بسبب من الزوجة.
- 3- الطلاق برضا الزوجة.
- 4- فسخ الزواج بطلب من الزوجة.
- 5- وفاة أحد الزوجين.

3- قانون الزواج والطلاق الليبي:

المادة 39: (1) التطلاق بحكم القضاء.

(1) - عدلت هذه المادة بموجب القانون رقم: 22 لسنة 1991م المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد "39"، الصادر بتاريخ: 1991/11/9م.

أ- إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين تولت المحكمة الفصل في النزاع. وفي هذه الحالة تعقد المحكمة جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر عليها ذلك وثبت الضرر حكمت بالتطليق.

فإذا كان المتسبب في الضرر مادياً أو معنوياً هي الزوجة حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق والحضانة والنفقة والسكن مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر، أما إذا كان المتسبب في الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بالتعويض ومؤخر الصداق. وذلك كله مع عدم الإخلال بالحقوق الأخرى المترتبة على الطلاق.

ب- فإذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه واستمر الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه دوام العشرة حكمت المحكمة بالتطليق مع إسقاط حقوق طالب التفريق.

- الفقرة "ب" من المادة 49: فإن كان الرجوع من جانب الزوج تعنتاً، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب.

4- قانون الأحوال الشخصية المصري للمسلمين:

المادة 11: (1) على الحكّمين أن يرفعا تقديرهما إلى المحكمة... وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصررت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى.

المادة 18 مكرراً (2).

المادة 11 من قانون الميراث والوصية: للزوج فرض النصف عند عدم الولد... وتعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدته.

(1)- مستبدلة بالقانون رقم: 100 لسنة 1985، المعدل لمرسوم القانون رقم: 25 لسنة 1925، خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية.

(2)- سبق الحديث عنها راجع: ص 238 من هذه الرسالة.

5- قانون الأحوال الشخصية السوري:

المادة 116: من باشر سببا من أسباب البينونة في مرض موته، أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعا بلا رضا زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في العدة، فإنها ترث منه، بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت.

المادة 117: إذا طلق زوجته لغير سبب معقول وتبين للقاضي أن الزوجة فقيرة وأنها تتعرض للبوؤس والفاقة بسبب هذا الطلاق، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بالتعويض بنسبة التعسف ودرجته، بشرط ألا يتجاوز التعويض نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال. الناظر في نصوص هذه المواد يستخلص عدة نقاط .

النقطة الأولى: منح الفرصة لمساعي الحكيم من أجل تقريب وجهات النظر بين الزوجين والإصلاح بينهما ما استطاعا إلى ذلك سبيلا، ولو اقتضى الأمر تعزيزهما بطرف ثالث.

النقطة الثانية: وضع حد للتعسف الذي قد يمارسه أحد الزوجين على الآخر، مع تسريع التقاضي، فضا للخصومة والتنازع.

النقطة الثالثة: إذا ساءت العلاقة بين الزوجين ولم يمكن الإصلاح بينهما، وترتب على ذلك إلحاق ضرر بالطرف الآخر، سواء كان ماديا أم معنويا، جاز الحكم له بالتعويض.

النقطة الرابعة: تقدير التعويض عن الضرر موكول للسلطة القضائية، وبالتالي يجب عليها حالة الحكم به مراعاة نوعية الضرر - مادي أو معنوي - الذي أصابه، وكذا يسر وعسر المتسبب فيه، والمدة الزمنية للزواج، ولا يدخل ضمن مستحقات الزوجة حالة الحكم لها بالتعويض مؤخر صداقها؛ لأنه من مقتضيات عقد الزواج، وكذا نفقة عدتها؛ لأنها من آثار الطلاق إلا إذا تصالحت مع زوجها أو من ينوبه على ذلك حالة إصرارها على الطلاق، وقيل يسقط ذلك كله إذا كانت هي المتسببة في الضرر مع الحكم عليها بالتعويض له، أما المتعة فهناك من اعتبرها تعويضا عن التعسف في الطلاق ومنهم من لم يعتبرها.

النقطة الخامسة: إذا عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين، أو عجز طالب التفريق منهما عن إثبات دعواه - أي ادعاءاته - واستمر الشقاق والنزاع بينهما، وتؤكد للمحكمة استحالة التعايش مع بعضهما، حكمت المحكمة بالتطليق مع إسقاط حقوق طالب التفريق،

لعدم اتضاح الرؤية لديها، فالأموال لا تؤخذ إلا بحق بيّن دون الشبهة؛ لأن بها قوام النفس، ومبناها على المشاحنة، والمكايسة، والمضنة مع إمكانية إلزامه بالتعويض للمتضرر إن كان له مقتضى، وذلك للألم الذي أصابه نتيجة الفراق.

النقطة السادسة: جواز الحكم للزوجة المتضررة بنفقة زائدة عن نفقة عدتها لمدة سنة⁽¹⁾، أو متعة تقدر بنفقة سنتين⁽²⁾، مع إمكانية دفعها جملة أو على أقساط بحسب مقتضى الحال.

النقطة السابعة: إذا لم يُعرّف المسيء من الزوجين وكان الطالب للتفريق هو الزوج، فإن الحكمين يقترحان عدم قبول طلبه، بخلاف ما لو كانت المرأة هي الطالبة للتفريق؛ لأن الزوج له حق إيقاع الطلاق إذا كانت العصمة بيده حفاظاً على حقوق الزوجة من الإسقاط لو تمت الفرقة بتطليق القاضي في هذه الحالة، لا إن أصرر معا على طلب التفريق، فإن الحكمين يقترحان التفريق بينهما دون عوض⁽³⁾.

النقطة الثامنة: إذا اتفق الزوجان على المخالعة ثم نكث الزوج عهده قبل قبول الزوجة تعسفاً لا لغرض مشروع، بل من أجل إلحاق الضرر بها، حكم عليه القاضي بالمخالعة مقابل عوض مناسب⁽⁴⁾.

النقطة التاسعة: إذا ثبت للقاضي أن المخالعة التي تمت بين الزوجين كان سببها الإكراه من الزوج لزوجته، أو نتيجة الإضرار بها فحملها على الاختلاع منه نفذ عليه الخلع - الطلاق - مع أحقيتها في استرجاع ما بذلته، معاملة له بنقيض مقصوده، فيكون طلاقاً بلا عوض⁽⁵⁾، لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهُبُوا بِبَعْضِ مَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽⁶⁾

(1)- القانون السوري، المادة: 117، الكويتي، المادة: 165.

(2)- القانون المصري، المادة: 18 مكرر.

(3)- هذه الإشارة خاصة بالقانون الكويتي، المادة: 130.

(4)- هذه الإشارة خاصة بالقانون الليبي، الفقرة "ب" من المادة: 49.

(5)- هذه الإشارة من المشروع المغربي، المادة: 117.

(6)- الآية (19) من سورة النساء.

شريطة أن تثبت أن هذا الخلع كان نتيجة الإكراه؛ حتى لا تكون حيلة منها من أجل إسقاط حقه بعد المخالعة، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾⁽¹⁾.

النقطة العاشرة: من أجل تسريع الفرقة بين الزوجين تجوز المخالعة بكل ما يصلح التزامه شرعا تخفيفا على الزوجة، وبناء عليه لا يجوز للزوج المغالاة في طلب ما لا تطيقه الزوجة من عوض، وإلا عُدَّ متعسفا في استعمال الحق، وللقاضي في هذه الحالة أن يحكم بما يراه مناسبا ومقدورا للزوجة، إعمالا للقواعد الشرعية⁽²⁾، قال صاحب العمل السوسي⁽³⁾:

من رفعت إلى القضاة أمرها * * * ليكشفوا بعدلهم ما ضرها.

يلزمهم إسعافها ما أمكنا * * * ويُنفذون الحق إذ تبينا.

النقطة الحادية عشرة: من طلق زوجته في مرض موته، أو في حالة يغلب فيها الهلاك بلا رضا منها ومات وهي في عدة منه ورثته بشرط أن تستمر أهليتها لذلك من وقت الإبانة إلى موته⁽⁴⁾، وكذا الحكم إذا طلقها طلاقا رجعيا ومات وهي في العدة⁽⁵⁾.

النقطة الثانية عشرة: منحت هذه النصوص للزوجة مبدأ أفضلية التقاضي في التعويض عن الأضرار والآثار الناتجة عن الطلاق أو التطلاق أو الحكم به - التطلاق - على حساب الزوج

(1)- الآية (188) من سورة البقرة.

(2)- هذه الإشارة من المشرع المغربي، المادة:118.

(3)- المنهل العذب شرح نظم العمل السوسي، للأزرافي، ج1/ص234، نقلا عن مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، ج1/ص159.

(4)- يعتبر فارا في هذه الحالة، فيحكم عليه بثوريته منه، محكمة النقض السورية 31 ماي 1954م، محكمة استئناف المنصورة 2 يناير 1958م، نص عليه الصابوني "مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج1/ص115".

(5)- هذه الإشارة من المشرع السوري، المادة: 116، والمشرع المصري، المادة:11.

*اختلفت نظرة المحاكم لمرض الموت.

*اعتبر القضاء الجزائري أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجزئ إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ويجب على الطاعن إثبات ذلك وقت التصرف.

"م.ع.غ.أ.ش. بتاريخ: 9 جويلية 1984م، ملف رقم:33719، غير منشور".

*اعتبر القضاء المصري "مرض الموت هو الذي يعجز صاحبه عن مباشرة أعماله خارج البيت، ولا يعتبر كذلك إذا ثبت مزولة المتوفى لعمله خارج بيته، وبعد وقوع الطلاق، والطلاق الواقع في هذه الحالة لا يعتبر فرارا من الموت وإن أعقبته الوفاة"، محكمة استئناف طنطا 18 يناير 1962م، ق.أ.ش.ص20.

ولو تمسك بزوجه، وإن لم يكن هو الطالب له، بل إن بعضها⁽¹⁾، ألزمته بأغلب التعويضات حالة الحكم بالتطليق لاستحكام الشقاق بينهما، وهذا ليس عدلا، إذ كيف به يكلف بالإنفاق عليها، سواء كانت نفقة عدة أو متعة، وما إلى ذلك، وهي كارهة أو مبغضة له، ومرفوض من قبلها إما بالنشوز أو الطلاق، وهو عين التعسف.

كان بمقتضى القواعد العامة أن يعفى من بعض التبعات ما دامت هي الطالبة للطلاق أو المتسببة فيه، وهو متمسك بها، لكن لجوؤها إلى مسطرة الشقاق⁽²⁾، التي أنشئت أصلا من أجل رفع الظلم، والحييف، والممارسات التعسفية لبعض الأزواج على زوجاتهم، غير أن استخدامها على غير الوجه المشروع وعدم مراعاة روح القانون وليونته أضحى وسيلة من الوسائل التي تمارس من خلالها الزوجة شتى أنواع التعسف انتقاما من زوجها متى شاءت، خصوصا وأن نصوص طلاق الشقاق تتميز بليونته مسطرته من أجل تسريع الفصل في القضايا لكثرتها ولعامل الزمن، حيث يلزم القانون القاضي بالفصل في دعاوى الشقاق في أجل لا يتعدى ستة أشهر⁽³⁾.

وفي هذا مخالفة للقواعد الشرعية أن "الضروريات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها"، وأن "الضرر لا يزال بالضرر"، وهنا أزيل الضرر بأشد منه، فما صدق إذا "الضرر يزال"، وكذا "الغنم بالغرم" فأين هو الغنم الذي أصابه هنا مقابل الغرم الذي ألزم به؟. ويبدو أن هذه النقطة مشتركة بين نصوص التشريعات العربية المنظمة للأحوال الشخصية؛ لأنها راعت جانب الزوجة باعتبارها الطرف الأضعف حلقة، فأرادت أن يكون لها سند قانوني قوي، يفتك حقوقها ويحافظ على مكاسبها، تماشيا مع متطلبات القوانين والمنظمات الدولية والإقليمية والمحلية المدافعة عن حقوق المرأة والطفولة عموما.

(1)- المواد "83، 84، 85، 168، 189، 190، 191" من مدونة الأسرة المغربية.

(2)- المواد "45، 52، 94، 97، 100، 120، 124" من نفس المدونة.

(3)- للمزيد من الإيضاح والبيان راجع: مدونة الأسرة المغربية في إطار المذهب المالكي وأدلته، ج2/ص150، 151، شرح مدونة الأسرة، محمد الأزهر ص159، وما بعدها.

الفرع الخامس: التطبيقات القضائية.

- بعد هذا العرض لما ذهبت إليه التشريعات العربية المذكورة آنفاً وبيان مالها وما عليها، أذكر بعض الأحكام القضائية ذات الشأن، كممارسة فعلية لنصوص هذه المواد، فمن ذلك:
- 1- للمطلة في حالة وجود حكمين اثنين ناطقين بالطلاق بين الطرفين في زمنين مختلفين الحق في التعويض عن كل طلاق واقع بإرادة الزوج المنفردة. "غ. أ. ش، ملف رقم: 345709، قرار بتاريخ: 2005/10/12م، م. ق لسنة 2005م، العدد 5، ص 419".
 - 2- إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضاً⁽¹⁾، فإنه يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة، ويدفع مبلغاً آخر كتعويض. "غ. أ. ش، ملف رقم: 35912، قرار بتاريخ: 1989/04/08م، م. ق لسنة 1989م، العدد 1، ص 89".
 - 3- إن امتناع الزوجة عن السكن مع أقارب الزوج لا يُعدُّ نشوزاً، وأن القضاء بإيقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفاً في حقها وتستحق التعويض جبراً للضرر. "غ. أ. ش، ملف رقم: 251682، قرار بتاريخ: 2000/11/21م، م. ق لسنة 2001م، العدد 1، ص 290، ملف رقم: 224655، قرار بتاريخ: 1999/06/15م، ا. ق، ص 129".
 - 4- يحق للزوجة في حال الطلاق قبل الدخول بها الحصول على تعويض جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها. "غ. أ. ش، ملف رقم: 372290، قرار بتاريخ: 2006/11/15م، م. ق لسنة 2007م، العدد 1، ص 487".
 - 5- يُعدُّ مخالفاً للقانون حرمان الزوجة من التعويض عن الطلاق التعسفي مادام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة. "غ. أ. ش، ملف رقم: 480264، قرار بتاريخ: 2009/2/11م، م. ق لسنة 2009م، العدد 1، ص 283".
- إن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج وأن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق وبحرمانها من التعويض عرضوا قراراتهم للقصور في التسبب.

(1) - وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية بتاريخ: 1985/01/29م.

"غ. أ. ش، ملف رقم: 243417، قرار بتاريخ: 2005/05/23م، ا. ق لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 109".

6- لا يتحمل الزوج المصاب بمرض العقم مسؤولية تعويض الزوجة الطالبة للتطليق عن الضرر الحاصل لها بفعل عدم قدرته على الإنجاب، ذلك أن هذا العيب لا دخل لإرادة الزوج فيه. وإن قضاة الموضوع الذي قضوا بتعويض الزوجة تعويضاً عن التطليق استناداً فقط على الضرر الناجم عن العقم يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون. "غ. أ. ش، ملف رقم: 596191، قرار بتاريخ: 2011/10/13م، م. ق لسنة 2011م، العدد 2، ص 270".

- إن عقم الزوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يعد سبباً من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حق الطلاق بتظلم الزوجة. "غ. أ. ش، ملف رقم: 373707، قرار بتاريخ: 2006/11/15م، م. ق لسنة 2007م، العدد 1، ص 499".

7- من المقرر قانوناً أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً، ومن المقرر أيضاً أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان ثابتاً أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغاً فيه متعسفاً من طرف الزوج، فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقوا أحكام المادة "53" من قانون الأسرة تطبيقاً سليماً. "غ. أ. ش، ملف رقم: 181648، قرار بتاريخ: 1997/12/23م، م. ق لسنة 1997م العدد 1، ص 49⁽¹⁾".

8- لقد خالف قضاة الموضوع القانون عندما قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.

(1)- وهو ما قضت به بعض المحاكم العربية، فمن ذلك:

* محكمة مصر الكلية، 20 يناير 1926م، مجلة القضاء الشرعي السنة 3، عددان 7، 8، ص 389.

* محكمة استئناف مصر القاهرة، 23 فبراير 1958م، ق. أ. س، ص 198، 199، مجلة المحاماة، السنة الثالثة، ص 497، السنة الخامسة عشرة، ص 246.

* محكمة النقض السورية، 15، 28 ماي 1956م.

* ابتدائية فاس، حكم رقم: 2584، بتاريخ: 2005/05/23م، مجلة المعيار العدد: 34، ص 288، ابتدائية الدار البيضاء، حكم عدد: 196، بتاريخ: 2004/03/08م، غير منشور، نقلاً عن شرح مدونة الأسرة محمد الأزهر، ص 169، 172.

"غ.أ.ش، ملف رقم: 210451، قرار بتاريخ: 17/11/1998م، ا. ق لغرفة الأحوال الشخصية، ص 252".

9- من المقرر شرعا أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشزا نشوزا تحرم من أجله من حقوقها الواجبة لها شرعا جراء طلاقه لها، ومن المقرر أيضا أن النشوز لا يعمل به شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها.

ولما كان الثابت- في قضية الحال- أن الزوج لم يقيم بواجب الإسكان المنفرد عن الضرة لزوجته الطاعنة الذي تضمنه الحكم الصادر لصالحها، فإن قضاة الموضوع الذين اعتبروها ممتعة عن الرجوع ومؤاخذتها بحرمانها من حقوقها الواجبة لها شرعا يكونوا بقضائهم كما فصلوا خرقوا القواعد الشرعية. "غ.أ.ش، ملف رقم: 45311، قرار بتاريخ: 09/03/1987م، م. ق لسنة 1990م، العدد 3، ص 61⁽¹⁾".

10- إن المادة "54" من قانون الأسرة لا تشترط قبول الزوج لمبدأ الخلع ولا للمبلغ الذي يطلبه منها للابتزاز والاستغلال، وأن القرار المنتقد برفض طلب الطاعنة الرامي للخلع على أساس أنها لم تعرض مبلغا معيناً لا يقوم على أي أساس، والوجه غير مؤسس، ويتعين معه نقض وإبطال القرار. "غ.أ.ش، ملف رقم: 252994، قرار بتاريخ: 21/11/2000م، م. ق لسنة 2000م، العدد 1، ص 292".

- إن الخلع ليس بعقد رضائي، وموافقة الزوج غير ضرورية فيه، وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي.

أما عدم مناقشة الزوج لقيمة المبلغ المعروض، فإنه لا يشكل مانعا للحكم بالخلع. "غ.أ.ش، ملف رقم: 336380، قرار بتاريخ: 13/07/2005م، ن. ق، العدد 61، ج 1، ص 328".

- الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج، مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، وإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج، طبقوا صحيح القانون.

(1)- لا تعد كذلك الزوجة ناشزة إذا امتنعت من الرجوع إلى بيت الزوجية بعد إهانة زوجها لها وعدم توفير مسكن منفرد لها عن الزوجة الثانية أو غيرها فامتنع، بل يعد الزوج ناشزا بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة، مما يتطلب أيضا الحكم عليه بالتعويض لها. "غ.أ.ش، ملف رقم: 364855، قرار بتاريخ: 12/07/2006م، م. ق لسنة 2006م، العدد: 2، ص 469، ملف رقم: 189226، قرار بتاريخ: 21/04/1998م، ا. ق، ص 144، ملف رقم: 315314، قرار بتاريخ: 22/09/2004م، ن. ق، العدد: 65، ص 311، ملف رقم: 189324، قرار بتاريخ: 19/05/1998م، ا. ق، ص 147.

"غ.أ.ش، ملف رقم: 216239، قرار بتاريخ: 16/03/1993م، ا.ق، ص138".
 - إن تحديد مبلغ الخلع عنصر أساسي في الطلاق بالخلع يحدده القاضي وجوبا في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه.
 "غ.أ.ش، ملف رقم: 275497، قرار بتاريخ: 17/10/2001م، م.ق لسنة 2004م، العدد 1، ص353".

بعد هذا العرض لبعض الأحكام القضائية تبين لي ما يلي:

1- الحزم والصارمة في الأحكام القضائية تطبيقا لنصوص هذه القوانين مع وضوح الدلالة منها، مما يجنبها التعرض للطعن والنقض، وهو خلاف ما يشاع.
 2- إقرار القضاء للزوجة حق طلب الخلع ولو بدون موافقة الزوج، تطبيقا لما نصت عليه مواد القانون، سواء في الأحكام القضائية الصادرة قبل التعديل لبعض مواد القانون رقم: 11/84 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984م، أم بعد تعديله بالأمر رقم: 02/05/المؤرخ في 27 فبراير 2005م، فالمادة "54" قبل التعديل⁽¹⁾ وبعده⁽²⁾ أجازت للزوجة أن تختلع من زوجها، والفارق بينهما أن ما قبل التعديل أجاز ضمنا مع احتفاظ الزوج بأحقية الاعتراض على مبدأ الخلع ظاهرا وإلا أدى ذلك إلى تعرض الأحكام القضائية للنقض لمخالفة النص القانوني، أما بعد التعديل فقد نصت على جواز إمكانية مخالعة المرأة نفسها إن شاءت دون موافقة الزوج صراحة ما عدا المقابل المالي فلا بد من التوافق، سواء بالتراضي، أو عن طريق القضاء.
 وهذا يدل أن ما أثير حول تعديل نص هذه المادة على وجه الخصوص اعتراض في غير محله؛ لأن التطبيقات القضائية لم يقع فيما بينها اختلاف قبل التعديل وبعده كما ذكرنا، وإنما جهل الناس وعدم معرفتهم بالتطبيقات القضائية ومضامين القانون أدى بهم إلى هذا الاعتراض والبلبلة، ولو ترك الأمر على ما هو عليه لما انتفضوا، وربما يعذرون في ذلك لبعدهم عن الممارسات الفعلية والأمية القانونية.

(1)- المادة "54" قبل التعديل: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

(2)- المادة "54" بعد التعديل: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور لحكم".

أما رجال القانون الذين كرسوا أنفسهم في خدمته وأفنوا أعمارهم فيه، وتكبدوا عناء الدفاع عن حقوق الناس فلا عذر لهم؛ لأنهم يعلمون علم يقين ما يجري خلف أبواب المحاكم، فكان الأحرى بهم أن يرشدوا الناس إلا ما يدور في جلسات المحاكم، وإلا عدوا متواطئين، ولا عذر لهم في ذلك.

3- مخالفة بعض الأحكام القضائية لما تعارف عليه الناس، فمن ذلك؛ شرط البكارة، بحجة أنه لم ينص عليه في العقد، فالطلاق لهذا السبب - عدم العذرية- بالنسبة للبكر يُعدُّ تعسفاً، وبالتالي عدم تعويضها عن ذلك مخالفة للقانون، ما أقره القضاء هنا يصلح لو كان المجتمع الذي يقضي فيه بأحكامه غير مسلم وليس من عرفه الحفاظ على شرف البنت كالمجتمعات الأوروبية وما شاكلها ممن لا يلقون لهذا الأمر بالا ولا يلتفتون إليه، ولا يقيمون لطهارة المرأة والنود عن شرفها وزنا، أما وأنه في مجتمع يجعل لمثل هذه الأمور اعتباراً، ويعدّه من الثوابت الاجتماعية الدينية التي لا تقبل النقاش حولها أو المساومة فيها، بصرف النظر عن اخلاق الخاطب، ولو لم ينص على ذلك في العقد كما يفعل المصريون، فعرفهم ينص على ذلك الشرط صراحة في العقد، فيقال: زوجتك موكلتي أو ابنتي فلانه البكر الرشيد. والدليل على أهميته أن الشاب أحياناً يختلي بصديقه أو خطيبته، بل بمن عقد عليها عقداً شرعياً⁽¹⁾ - الفاتحة- قبل التوثيق في البلدية أو عند الموثق المعتمد، فيجري بينهما ما يجري بين الأزواج بحجة أنهما سوف يتزوجان في المستقبل، أو أنها زوجته معقود عليها كما ذكرنا، وهي غير مدخول بها، فإذا قضى وطره تملص منها وأنكر معاشرتها، فإذا أُخِذَ بالشدة والأدلة واعترف بذلك ادعى أن هذا الأمر كان برغبة منها ولم يخدعها أو يكرها، فإذا أراد الزواج حقيقة بحث عن غيرها - ولو كان ذا خلق سيء- ممن لم يطمئنها إنس قبله في إطار شرعي، فهل بعد هذا يقال ما قيل؟

لو كان الأمر كذلك فلما ذا تلجأ البنت أحياناً إلى ترقيع غشاء البكارة، أو تبحث عنه في الأسواق الخفية؛ لأنه يشاع أن هناك غشاء بكرة صيني كحال الدمية الجنسية، بل إن هذا الأمر أضحت الفتيات تستغنين فيه العلماء، فمن قائل بالجواز؛ لأنها صفة قابلة للتلف

(1)- هذا النوع من العقود تعثره صعوبات وعقبات كبيرة في إثباته لدى المحكمة حالة وقوع نزاع ما بين الزوجين قبل توثيقه؛ لأنه يمنع إجراءه قبل العقد المدني، ومن خالف ذلك يتعرض للمساءلة القانونية.

بأي وسيلة، وغير مقصودة للشارع في حد ذاتها، ومن قائل بالمنع، لأنه يدخل ضمن الغش والتدليس على الزوج، فيؤدي إلى اختلاط الصالحات بالطالحات، والعفيفات الشريفات بالفاسقات العاهرات، خصوصا المتخفيات منهن والمتنقلات من مكان لآخر.

والقواعد الشرعية وغيرها تقر ما تعارف عليه الناس من الأشياء الصالحة، فمن ذلك ما قاله عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن" (1)، ومن أهم القواعد الدالة على استحسان واعتبار ما تعارف عليه الناس في عاداتهم وأعرافهم القاعدة الخامسة من القواعد الكبرى "العادة محكمة"، وكذا قاعدة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، والعادة والعرف اعتمداً في الفقه الإسلامي في مسائل لا تُعدُّ لكثرتها، ومحل اعتبارها إذا اطردت أو غلبت لا إن اضطربت (2)، وهذا الأمر درج على الناس منذ زمن بعيد دون إنكار من أحد، بل ينعنون المفرط في عرضه بالديوث (3)، وهذا يتوافق مع مقاصد الشرعية التي جعلته أحد الكليات الخمس التي عنيت بحفظها.

ولهذا قال الفقهاء: "كل ما ورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف" (4)، أو ليس الشرع حث على الأخلاق الفاضلة وأمر الناس بها، وقد لخص النبي ﷺ رسالته ودعوته في قوله: "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق"، ومن هذه الأخلاق الحفاظ على عفة المرأة وشرفها، ولهذا قالت المرأة العربية قديما: "تموت الحرة ولا تأكل من لحمها"، وما المرأة الأوراسية الحرة العفيفة التي رمت بنفسها من قمة جبل شاهق فسقطت شهيدة، فرارا من أن يدنس شرفها جنود الاحتلال الفرنسي عنا ببعيدة.

لو كان الأمر كذلك فلماذا افتدت بنفسها من أجل شيء لا قيمة له، بل الحفاظ على النفس من الهلاك أولى من ذلك، فأين هذا مما ذهب إليه القاضي الجزائري يا ترى، أم أنه لا زال يغرد بعيدا ويقضي بين أناس لا نعرفهم وليسوا من بني جلدتنا؟

(1) - سبق تخريجه، راجع ص 62 من هذه الرسالة.

(2) - راجع الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج 1/ص 221، 224، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص 94.

(3) - وقد فسره النبي ﷺ فيما رواه عنه عبد الله ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: "الذي يقر في أهله الخبث" المسند، ج 9/ص 272، ح/ 5372، ج 10/ص 269، ح/ 6113، البيهقي، كتاب الشهادات، باب الرجل يتخذ الغلام والجارية المغنيين ويجمع عليهما ويغنيان، ج 10/ص 381، ح/ 21023.

(4) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج 1، ص 235، الأشباه والنظائر، للسبكي، ج 1/ص 51.

كان حريا به أن يكون الحامي والمدافع عن أعراض الناس وما تعارفوا عليه من الخصال الحميدة، لا المثبط، إعمالا للقاعدة الفقهية: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"⁽¹⁾، فيشرع لهم ما يحفظ حقوقهم ويصون أعراضهم، فالبنت التي فقدت بكارتها - أي عذريتها - في غير نكاح وإن بشبهة، كوثبة أو سقوط، لها أن تثبت ذلك في الحين بشهادة طبية معتمدة⁽²⁾، علما أن غشاء البكارة أنواع، فمنه ما هو مطاط لا يتمزق إلا بكثرة الممارسة الجنسية أو بالولادة، وبالتالي لا ينزل الدم كعلامة لعفتها وطهارتها، لعدم التمزق، فيدخل الشك في نفس الزوج، فيلجأ إلى الطلاق دون تروي، أو الاستعانة بالخبرة الطبية المتخصصة المعتمدة - الطبيب الشرعي - بل قد يشهر بالزوجة، فيدنس عرضها وشرفها من حيث لا يدري، وهذه حقيقة مأساوية عشناها وسمعنا بها، وهي نتاج الأمية الجنسية المبنية على المغالطات والخرافات، كان حريا بهؤلاء الأزواج الذين يقبلون على الزواج أن تكون لديهم الثقافة الجنسية السليمة في إطارها الشرعي بالقراءة لا الاكتفاء بما يسمع أو ينقل من المأثورات القديمة.

وحسنا فعلت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف عندما قامت بتنظيم دورة تثقيفية تعليمية للشباب والفتيات المقبلون على الزواج من أجل توعيتهم وتعريفهم بالحقوق والواجبات، حتى يتسنى لهم بناء أسرة قوية على دعائم سليمة، بعيدا عن الفكر الخرافي والموروثات القديمة، ويا حبذا لو قامت كذلك وزارة الثقافة بهذا الأمر مع الغوص قليلا في بعض الخصوصيات، حتى يكونوا على بصيرة من أمرهم في خضم العولمة التي لم يسلم منها شيء، فتجني عليهم، كما جنت الخرافة والموروثات، مع مراعاة الآداب العامة وفق ما ينص عليه الشرع والقانون. بعد هذه الدراسة والبيان لما اشتملت عليه الأحكام القضائية، والمواد القانونية أعيد صياغة بعضها وإضافة مواد أخرى كما ذكرت آنفا على النحو الآتي:

(1)- المصدر السابق للسيوطي، ص278، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص231.

(2)- وهو ما أقره القضاء عندما اعتمد الشهادة الطبية في الخصومة وإثبات الضرر، سواء بسبب الضرب والجرح وغيرهما.

* لا يعد شرطا في دعوى التطلق للضرر المعتبر شرعا إثبات الضرب والجرح بحكم جزائي فقط، بل يكفي الإثبات بالشهادة الطبية فحسب. "غ. أ. ش، ملف رقم: 572240، قرار بتاريخ: 2010/07/15م، م. ق لسنة 2010م، العدد 2، ص278".

المواد المعدلة:

المادة 52⁽¹⁾: إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها إذا كان غير مألوف وليس من مقتضيات العقد وآثاره الطبيعية. وكذا جواز الحكم بالتعويض للمطلق إذا كانت المطلقة هي المتسببة في الطلاق أو التطبيق، متى دلت القرائن على ذلك.

المادة 53 مكرر⁽²⁾: يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها مع مراعاة أحكام المادة 52 أعلاه.

المادة 54: يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

إذا تبين للقاضي وقت صدور الحكم بالخلع بمقدار صداق المثل أنه يقل عمّا دفعه الزوج أثناء العقد، قضى باستكمال الفارق بينهما دفعا للضرر. إذا كانت الزوجة موسرة جاز للقاضي الحكم بأكثر من صداق المثل تعويضا للزوج عن ألم الفراق وما أنفقه.

المادة 55: عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر إذا كان الضرر غير مألوف، وليس من مقتضيات العقد وآثاره الطبيعية. المواد المضافة:

المادة الأولى: يخضع تقدير دفع التعويض عن الضرر لتقدير القاضي، فله أن يجعله دفعة واحدة أو شهريا أو على أقساط، بحسب مقتضى الحال. المادة الثانية: للمحكمة أن تستعين بكل وسائل الإثبات لدفع الضرر بما فيها شهادة

(1) - معدلة بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005م.

(2) - معدلة بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005م.

الشهود العدول⁽¹⁾.

المادة الثالثة: إذا تسبب المتضرر بسوء نيته وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع بلا مبرر مقبول، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحكوم به أو يسقطه.

المادة الرابعة: من طلق امرأته في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طلاقاً بائناً من غير إكراه، ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة فإنها ترث منه، بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت، ولو انتهت عدتها منه مالم تتزوج.

المادة الخامسة: إذا أوقعت الممكئة أو المخيرة طلاقها في مرض موتها، أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك من غير إكراه، وماتت في ذلك المرض أو في تلك الحالة، فإن زوجها يرث منها، بشرط أن تستمر أهليته للإرث من وقت الطلاق إلى الموت، ولو انتهت عدتها منه، مع مراعاة أحكام المادة 408 من القانون المدني.

تسري أحكام الفقرة الأولى على المختلعة.

المادة السادسة: إذا ارتد الزوج فإن امرأته ترث منه مالم تنته عدتها منه، فإن انتهت فلا توارث بينهما.

وخلاصة القول في هذا الموضوع أن سبب التعويض يقوم أساساً على التعسف في استعمال الحق، والضرر الناتج عنه، سواء كان مادياً أم معنوياً، فإذا توفر هذان السببان - التعسف والضرر - استلزم ذلك الحكم بالتعويض للطرف المتضرر بضرر غير معتاد.

لكن لما كانت المرأة أكثر عرضة للأذى وإلحاق الضرر بها لضعفها ورقة طبعها وحنان قلبها خصها الإسلام بمزيد من العناية والرعاية، "فأنصف فيه المرأة من فوضى الطلاق التي كانت سائدة عند عرب الجاهلية، حيث لا عدد ولا عدّة ولا حقوق ولا التزامات، كما كانت سائدة في الشعوب التي تبيح شرائعها الطلاق.

(1) - يرجع سبب اقتراح هذه المادة حتى تكون مرجعاً للقضاة يهدفون بها في أحكامهم القضائية، تطبيقاً لأحكام المادة "222" من ق. أ. ج؛ لأن شهادة الشهود يؤخذ بها في كثير من المسائل الفقهية.

وبالمقابل نجد القضاء لم يأخذ بهذا المبدأ إلا مجاملة أو ما يعرف بالمجاراة.

* إن القاضي غير ملزم بالاستماع إلى تصريحات الشهود الذين شهدوا للزوج على أنه حاول إرجاع زوجته وأنها أهانته وشتمته، فإن ذلك لا يقيم دليلاً على امتناعها عن الرجوع، وأن أقوال الشهود وعلى فرض موافقتها مع ادعاءات المشهود له لا ترفع عنه مسؤولية الطلاق "غ. أ. ش، ملف رقم: 34397، قرار بتاريخ: 1984/12/3م، م. ق. لسنة 1989م، العدد 4، ص 104.

ونجد أيضا أن المرأة لم تعد تحت رحمة الرجل الذي يملك حق الطلاق، بل فتح لها الإسلام منافذ تتفد منها إلى حياة الراحة من زوجة⁽¹⁾ شقية بأئسة مع زوج قاس ظالم، فأعطاهم حق اشتراط أن يكون الطلاق بيدها عند عقد الزواج، ويسر لها الخلاص من الزوج برضاه ورضاها إذا كفلت له التعويض عن خسائره المادية بسبب الطلاق، وذلك عن طريق "الخلع" أو "المخالعة"، كما فتح لها الطريق إلى القضاء ليحكم بالتفريق بينها وبين زوجها في حالات لا تستطيع الحياة فيها مع زوجها.

وحتى في حالات الطلاق التعسفي من جانب الرجل، فقد ضمن لها الإسلام حقوقها كما رأينا، فلم يبق بعد ذلك مجال للشكوى إلا من حالات أساء فيها الزوج استعمال حق الطلاق، ومثل هذه الحالات لا يستطيع أي قانون في الدنيا أن يحتاط لمنع وقوعها، وإنما المدار في ذلك على التربية الدينية، ويقظة الضمير واستقامة الوجدان،...⁽²⁾.

وكأنني به اليوم يعيش الآن بين أظهرنا، فشخص الداء ووصف له الدواء، فالواقع إذا لم يتغير، بل ازداد سوء وانحدارا في المجال الأخلاقي والتفكك الأسري، والله در القائل:

نعيب زماننا والعيب فينا * * * وما لزماننا عيب سوانا.

وقال آخر:

يقولون الزمان به فساد * * * وهم فسدوا وما فسد الزمان.

المطلب الثالث: الحضانة وفيه سبعة فروع.

الفرع الأول: القصد من الحضانة وحق من ومن الأولى بها.

تعتبر الحضانة من أهم آثار الطلاق، لما أولتها إليها الشريعة الإسلامية من عناية خاصة بتبيين أحكامها وما يلزم لها، لما لها من تعلق مباشر بحياة الفرد والأسرة والمجتمع، فالطفل هو اللبنة الأولى في تكوين هذا الكيان، ولهذا لا تسند مهمة حضانته ورعاية شؤونه إلا لمن كان أهلا لذلك ولو كان أحد أبويه، فدرجة القرابة وحدها لا تشفع لصاحبها في

(1)- في الأصل "زوجية"، والأصح ما أثبتته؛ لأنه يتحدث هنا عن الزوجة وليس عن العلاقة الزوجية، بدليل ما بعدها.

(2)- المرأة بين الفقه والقانون، مصطفى السباعي ص101، 102، وراجع أيضا: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، عبد العزيز سعد ص306، ط3(1996م) دار هومة: الجزائر.

*يرجع سبب نقلي هذه الصفحة كاملة، لما انطوت عليه من أفكار، وتوجيهات، وتوضيحات، وإجابات عن بعض التساؤلات تقيد المتخصصين في حقل الدعوة إلى ترقية المرأة وإبراز محاسن الإسلام بها، ودحض حجج المشككين والمشاغبين الذين يقتنون عليها كالتفيليات.

استحقاق حضانتها، بل لا بد أن تتوفر شروط أخرى تعضدها، وذلك لعظم هذه الأمانة وثقلها، ولكون الأطفال شباب الأمة ومستقبلها، وهوما نوه إليه شيخ الإسلام أبو حامد الغزالي بقوله: "الصبيان أمانة عند والديه، وقلبه الطاهر جوهرة نفيسة ساذجة خلية من كل نقش وصورة، وهو قابل لكل ما نقش، ومائل إلى كل ما يمال به إليه، فإن عُوِدَ الخَيْرَ وَعَلَّمَهُ نَشَأَ عليه، وسعد في الدنيا والآخرة، وشاركه في ثوابه أبواه وكل معلم له ومؤدب؛ وإن عُوِدَ الشر وأهمل إهمال البهائم شقي وهلك، وكان الوزر في رقبة القيم عليه والوالي له"⁽¹⁾.

غير أن الشريعة الإسلامية والقوانين المنظمة للعلاقة الأسرية أعطت مبدأ الأفضلية للمرأة عموماً؛ لما جبلت عليه من الشفقة والرحمة والصبر على المحضون، وحسن القيام بشؤونهم، فقد ثبت في السنة عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهم - أن امرأة جاءت شاكية زوجها إلى الرسول ﷺ عندما أراد أن ينزع منها وليدها فقالت: "يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها الرسول ﷺ: "أنت أحق به ما لم تنكحي"⁽²⁾.

قال ابن عاصم :

صرفها إلى النساء أليق * * * لأنهن في الأمور أشفق⁽³⁾.

ولكي لا يقع التعسف في استعمال حق الحضانة، فيلحق الضرر بالمحضون، قال ابن عرفة: "في كون الحضانة حقا للحاضن، أو المحضون، أو لهُمَا؛ ثلاثة: الأولان روايتان،⁽⁴⁾ والثالث⁽⁵⁾ اختيار الباجي وابن محرز"، وقال ابن معجوز: "هذا هو الصواب"⁽⁶⁾، وهو الذي

(1) - إحياء علوم الدين، ج3/ص72، كتاب رياضة النفس، باب الطريق في رياضة الصبيان.

(2) - سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، ج2/ص490، ح/2276، المسند، ج11/ص310، 311، ح/6707،

الدار قطني، كتاب النكاح، باب المهر، ج3/ص184، ح/67/3766، 68، المستدرک، كتاب الطلاق، ج2/ص225، 226، ح/39/2830.

(3) - إحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص127، راجع أيضاً: مغني المحتاج، ج5/ص271، بدائع الصنائع، ج4/ص64، شرح

منتهى الإرادات، ج5/ص694.

(4) - أي كونها حقا للحاضن، وهو المشهور، أو المحضون، وبه قال ابن الماجشون، وهما روايتان عن الإمام مالك، راجع مواهب

الجليل، ج4/ص219، عقد الجواهر الثمينة، ج2/ص609، المعونة، ج2/ص940، القوانين الفقهية، ص250.

(5) - الرأي الثالث أنها حق مشترك بين الحاضن والمحضون معا راجع: التاج والإكليل، للعبدي، ج4/ص216، مواهب الجليل

ج4/ص215، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص127، البهجة في شرح التحفة وحلى العصم لفكر بن عاصم للتاودي مطبوعا

معه، ج1/ص755، 756.

(6) - أي كونها حقا للحاضن و المحضون معا، وهو القول الثالث في المسألة المشار إليه في الهامش السابق =

يؤيده النظر؛ لأنه لو اعتبرنا الحضانة حقا للحاضن، فربما تعسف في استعمال حقه هذا لمجرد إعنات خصمه الذي يطالب بالحضانة ممن هو أرغب منه فيها، وأقدر على الاعتناء بالولد، ولو اعتبرنا الحضانة حقا للمحضون فقط، فربما نلزم شخصا بحضانة ولد وهو لا يرغب في القيام بهذه المهمة، وذلك في غير صالح الولد⁽¹⁾.

لكن قد يتنازع الأب مع الحاضنة في استحقاق الحضانة، فيدعي أحدهما على الآخر سوء الخلق وعدم حسن القيام بشؤون المحضون، ويثبت ادعاءه، فهل تسقط الحضانة في هذه الحالة؟ المتتبع لما ذهب إليه الفقه المالكي يجد أن شهادة التعديل عندهم ترجح على شهادة التجريح؛ لأن الأصل براءة الذمة حتى يثبت العكس، "ولذلك لم يُقبل في شغل الذمة شاهد واحد، ما لم يَغْتَضِدَ بآخر أو يمين المدّعي، ولذا أيضا كان القول قول المدّعي عليه، لموافقته الأصل"⁽²⁾، وهو ما أقره المجلس الأعلى المغربي في قرار صادر بتاريخ: 9 فبراير 1982م "أن المحكمة بما لها من سلطة في تقييم الحجج رجحت التعديل؛ لأنها هي الأصل على حجة التجريح، بناء على قاعدة أن شهادة التعديل أولى من الأخذ بها من شهادة التجريح. وعليه فإن الحضانة لا تسقط إذا اقتضت المحكمة بحجة الحاضنة"⁽³⁾.

ومن أهم المسائل التي أتعرض لها في هذا المطب نفقة المحضون وسكناه، حق الزيارة، ويرجع سبب الاقتصار عليهما إلى:

1- أن مهجة المحضون لا تندفع إلا بالنفقة.

2- الاستقرار النفسي يؤدي إلى نمو جسم سليم للمحضون .

*= هناك قول رابع في المسألة أنها حق لله.

*حكى ابن عاصم القول الأول والثاني وما يتضمنه من أقوال فقال: الحق للحاضن في الحضانة *** وحال هذا القول مستبانة. لكونه يسقطها فتسقط *** وقيل بالعكس فما إن تسقط.

راجع إحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص127، البهجة في شرح التحفة وحلي المعاصم، ج1/ص755، 756.

(1)- أحكام الأسرة لمحمد بن معجوز، ج2/ص62، نقلا عن شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، ج3/ص70.

(2)- الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص155.

(3)- الطلاق والملاحظات العملية المثارة على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الإسلامي، عبد العزيز هديوي، ص 110، 111، ط1

(2014م)، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب.

- 3- الإحساس بالطمأنينة كلما كبر المحضون في السن يؤدي به إلى الاندماج في المجتمع وعدم النعمة عليه والتفكير في الانتقام منه.
- 4- تمكين من ثبت له حق الزيارة من رؤية المحضون يؤدي إلى الألفة والمحبة وعدم قطع الوصال بينهما.
- 5- إنبات المحضون نباتا حسنا يصيره فردا صالحا نافعا لدينه ووطنه وأمتة.
- 6- الزيارة تدخل في عموم البر والإحسان اللذان أمر الله بهما في قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾⁽¹⁾، وقوله: ﴿وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾⁽²⁾.
- 7- إشعار الوالدين المحضون بالحب والحنان، يولد في نفسه الطاعة والاحترام والإحسان إليهما بعد أن يكبر، والعكس من ذلك، فمن عق ابنه في صغره عقه في كبره، والجزاء من جنس العمل، فلا يلْمَنَّ إلا نفسه، قال الله تعالى: ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ^ص وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ﴾⁽³⁾، وقال: ﴿وَمَا ظَلَمْنَاهُمْ وَلَكِنْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ﴾⁽⁴⁾، وقال: ﴿مَنْ عَمِلَ سَيِّئَةً فَلَا يُجْزَىٰ إِلَّا مِثْلَهَا﴾⁽⁵⁾.
- 8- الزيارة عموما هي أحد أنواع الصلة⁽⁶⁾ بين الأقارب والمحضون على وجه الخصوص؛ لأنها تؤدي إلى تقوية الأصرة الأسرية والاجتماعية، قال الله تعالى: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتَقَطَّعُوا أَرْحَامَكُمْ﴾⁽⁷⁾، وعن جبير بن مطعم-

(1)- الآية (2) من سورة المائدة.

(2)- الآية (195) من سورة البقرة.

(3)- الآية (46) من سورة فصلت.

(4)- الآية (101) من سورة هود.

(5)- الآية (40) من سورة غافر.

(6)- قد تكون الصلة بينهما عن طريق الزيارة المباشرة أو إلقاء السلام، أو الإعانة بالمال، أو بتقديم خدمة للمحضون إلى آخره.

(7)- الآية (22) من سورة محمد.

مطعم-رضي الله عنه- أنه سمع النبي ﷺ يقول: " لا يدخل الجنة قاطع"، وفي رواية " قاطع رحم"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: نفقة المحضون وسكناه.

مما لا شك فيه أن نفقة المحضون وسكناه تجب على ولي أمره - سواء كان أباً أم غيره عند عجزه أو فقره- بدهاءة، متى كان موسراً، ومحل هذا القول إذا لم يكن للمحضون مال ينفق منه على نفسه أولاً يكفيه، وإلا وجبت عليه - أي المحضون- في ماله.

ولا يضر في كون لفظ النفقة شاملاً لكل ما يصلح شأن المحضون من طعام وكسوة وسكنى وآلة التنظيف والإدام والخادم⁽²⁾، كما قال ابن عابدين: " النفقة شرعا هي الطعام والكسوة والسكنى، وعرفا هي الطعام"⁽³⁾، فمعنى هذا أن العرف يقصر النفقة على الطعام فقط، بخلاف الشرع فإنه يجعله من ضمن أفرادها، أو أن لفظ النفقة والسكنى مصطلحان مختلفان، ولا تلازم بينهما كما قال خليل: "وللحاظنة قبض نفقته والسكنى بالاجتهاد"⁽⁴⁾.

وعلى كل فإن النفقة بمفهومها الواسع، حق ثابت للمحضون على وليه كما ذكرنا آنفاً، بصرف النظر عن إطلاقاتها لدى الفقهاء، ويتجلى مظهر التعسف هنا في المماطلة وعدم تنفيذ الأحكام القضائية بالإنفاق وتوفير المسكن للمحضون وتركه في ضنك من العيش تحت حجج واهية، كادعائه كون الأحكام غير نهائية، وأنه نقض الحكم، أو أنه يمر بضائقة مالية وأن معاشه ضعيف لا يفي بحاجياته اليومية، أو أنه بطال، وهو في الحقيقة يمارس نشاطاً تجارياً حراً يدر عليه أرباحاً معتبرة، وهو دأب الشباب اليوم، والعامل الجزائري بصفة عامة، لا اعتقاده أنه ما دام غير مسجل لدى الضمان الاجتماعي، أو ليس لديه سجل تجاري، أو لا يعمل في الوظيفة العمومي يصنف في هذه الخانة- أي البطالة- ويعضد ذلك أحياناً بتصريح كاذب من أجل التهرب الضريبي، مما يتسبب في إلحاق الضرر بالمحضون، سواء

(1)- صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب إثم القاطع، ج10/ص428، ح/5984، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والأدب، باب صلة الرحم وتحريم قطعيتها، ج8/ص354، ح/18/2556، 19.

(2)- راجع عقد الجواهر الثمينة، ج2/ص607، 612، المعونة، ج2/ص937، التفرغ، ج2/ص112، التاج والإكليل، ج4/ص182، بداية المجتهد، ج2/ص71، تبين المسالك شرح تدريب السالك، ج3/ص244، 262، 263.

(3)- حاشية ابن عابدين، ج5/ص283.

(4)- الشرح الكبير، ج2/ص533، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج1/ص410.

كان ذلك قصدا انتقاما من أمه ونكاية فيها، أو لأسباب أخرى، فهذا الصنيع يعد تعسفا؛ لأن مهجة المحضون يجب سدها ولا يجوز تأخيرها لما لها من أثر سيء على صحته، والضرر يزال، وإزالته تكون بدفع ما وجب عليه؛ لأن من حقه أن يعيش عيشة كريمة تطيب بها نفسه.

الفرع الثالث: حق الزيارة.

زيارة المحضون واستزاره ممن ثبت له الحق، يُعدُّ من الأمور المهمة التي كفلتها كل الشرائع والأعراف والقوانين؛ لأنها من الأمور التي تزيد في الترابط الأسري والاجتماعي لقوله تعالى: ﴿ فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتَقَطَّعُوا أَرْحَامَكُمْ ﴾ (٢٣) أُولَئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فَأَصَمَّهُمْ وَأَعَمَّى أَبْصَرَهُمْ ﴿١﴾⁽¹⁾، فعدم الصلة أو التسبب في قطعها يُعدُّ من موجبات غضب الله عز وجل، ولأهميتها جعلها النبي ﷺ علامة الإيمان بالله واليوم الآخر، ليدل على عظمتها، لما لها من أثر بليغ على السلوك الاجتماعي، فعن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليصل رحمه، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليصمت"⁽²⁾.

لكن هذا الحق الذي تم التكفل به قد يتنازع فيه الحاضن ومن ثبت له حق الزيارة، خصوصا إذا كانت الفرقة بين الزوجين تمت بالطلاق أو التطليق من غير تراض، ولم تكن العلاقة السابقة بينهما ملؤها المودة والرحمة، بل التوتر والشحناء والبغضاء هو السائد فيها، فيعمد كل منهما على تأليب المحضون على الآخر وإيذائه بكل الوسائل والطرق، فمن أجل هذا كله نظم الشرع حق الزيارة، حتى لا يحرم صاحب الحق من رؤية ولده والأنس به والاطمئنان عليه، وفق ضوابط معينة، منعا للتداخل وحفاظا على مصلحة المحضون، حتى لا يتخذ ذلك ذريعة لاستزاره أو زيارته كلما أراد بحجة أنه من حقه رؤية ولده متى شاء، أو أن الحاضن يمنعه كلية؛ لأنه هو المتسبب في هذا الفراق، وهو عين التعسف، لما فيه من إلحاق الضرر بالمحضون أيضا لحرمانه من أحد الأبوين، ومخالفته لصريح النهي القرآني الوارد في

(1) - الآية (22، 23) من سورة محمد.

(2) - صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب إكرام الضيف وخدمته إياه بنفسه، ج10/ص548.

قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدَيْهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾⁽¹⁾، والنهي هنا يقتضي التحريم، فيحرم على الأبوين أن يضار أحدهما الآخر باستغلال حبه وتعلقه بالولد، وكذلك الوارث.

وهذا الحق يحتاج إلى تنظيم؛ حتى لا يتعدى أحدهما على الآخر، فيتعسف في استعماله دون مراعاة لمصلحة المحضون وصاحب الحق.

فتنظيم حق الزيارة إذا تراضى عليه الزوجان أو من ينوبهما أو أحدهما يسهل عليهما أموراً كثيرة، وهو الأوفر حظاً للمحضون والأرْفَقُ به؛ حتى لا يتشتت بينهما، لما يراه من الشقاق، فيؤثر ذلك على سلوكه في الحال والمآل، بل إن هذا الاتفاق يُعَدُّ مظهرًا للتحضر والفقهِ والفهم السليم لمرامي الشريعة ومقاصدها، والاختلاف لا يفسد للود قضية؛ لأن العلاقة بينهما لا تتقطع البتة بالفراق، بل تبقى تربط بينهما أخوة الدين، ولربما عادًا إلى بعضهما إن كانت هناك نية صادقة للإصلاح وفسحة إن لم يكن الطلاق مكملًا للثلاث، أو تتزوج به بعد أن تُطَلَّقَ، أو تتطلق من غيره، أو يتوفى عنها، إن ظنا أن يقيما حدود الله كما قال الله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾⁽²⁾.

وتنظيم الزيارة عن طريق الاتفاق يجب تدوينه وتبليغه للمحكمة لكي تسجله في محضر أو مقرر إسناد الحضانة، كوسيلة إثبات، ليلتزم بها الحاضن والزائر معاً، منعا للتنازع في المستقبل، مراعاة لمصلحة المحضون، فإن لم يتوافقا على الزيارة تدخل القضاء لتنظيمها عدداً⁽³⁾، وكيفاً⁽⁴⁾، ووقتاً⁽⁵⁾، ومكاناً⁽⁶⁾.

(1)- الآية (233) من سورة البقرة.

(2)- الآية (230) من سورة البقرة.

(3)- من حيث عدد المرات التي تتم فيها الزيارة في الأسبوع أو في الشهر أو ساعات المكوث معه.

(4)- أي كيف تتم الزيارة هل مجرد لقاء فقط أو الخروج معه في الأماكن العمومية أو السفر به...إلخ.

(5)- المراد به وقت الزيارة على مدار السنة.

(6)- المراد به تحديد مكان الزيارة، سواء كانت استزاراً - أي المحضون هو الذي يزور صاحب حق الزيارة لعدم تمكنه من زيارته عند حاضنته لأي سبب من الأسباب- أو زيارة للمحضون عند حاضنته.

لكن السؤال: المطروح هل نظام الزيارة يبقى على ما هو عليه كما هو مقرر، أم أنه يمكن أن يعتريه التغيير والتبديل تبعا لظروف الحاضن والمحضون والزائر؟

مما لا شك فيه أن نظام الزيارة يقوم على هذه الأركان الثلاثة؛ لأنها هي العماد الذي بني عليه الحكم، فإذا تغيرت الظروف والمعطيات وجب أيضا تغيير ما بني عليها من نظام الزيارة بما يتلاءم والظروف الجديدة، أخذا بالقاعدة الأصولية: أن "الحكم يدور مع علته وجودا وعدما"، وتغيير نظام الزيارة إما أن يتم بالاتفاق، وهو الأفضل، فإن تعذر ذلك لجاء إلى القضاء، وهو خلاف الأولى، منعا للتعسف في سوء استخدام الحق وإطالة أمد النزاع في التقاضي.

الفرع الرابع: أسباب تغيير نظام الزيارة.

تعود أسباب تغيير نظام الزيارة كما ذكرنا آنفا إلى:

1- ظروف تتعلق بالمحضون، ككونه أصبح متمدرسا، وفي السابق كان غير ذلك، أو تغيير نظام الدوام لديه في المدرسة، أو أن مكان الزيارة أضحى غير مناسب له، أو أنه مرتبط ببعض المواعيد الطبية أو الرياضية إلى غير ذلك.

2- ظروف تتعلق بالحاضن كتغيير مكان الإقامة بسبب العمل، أو الانتقال إلى مكان آخر أكثر أمانا وسلامة للحاضن والمحضون معا، أو تضايق زوج الحاضنة من زيارة أبي المحضون إلى غير ذلك من الأسباب.

3- ظروف تتعلق بالزائر، ككونه غيّر مكان إقامته، فيصعب عليه الحضور في الوقت المتفق عليه والمكان المحدد للزيارة، أو أن مواعيد عمله تغيرت، أو أنه أصبح كثير السفر إلى غير ذلك.

فهذه الأعذار أو الأسباب لا بد أن تكون مشروعة، بحيث لا يمكن دفعها أو تحملها؛ حتى يتسنى تغيير أو تعديل نظام الزيارة حفاظا على استقرار الأحكام، وضمان ديمومة استمرار تنفيذها ومراعاة لمصلحة المحضون، ومن ثم إعطاء كل ذي حق حقه منعا للتعسف.

إذا كان نظام الزيارة أو تغييرها يخضع لضوابط معينة، سواء أثناء الاتفاق أو عن طريق القضاء، فإن التحايل أو الإخلال به يُعدُّ مخالفا للشرع، لقوله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ

والأخلاق الفاضلة، ويؤثر على نفسية المحضون وسلوكه، لما يراه إن كان مميزاً؛ لأنه يستقي منهما معارفه وأخلاقه ابتداءً، ومن ثم وجب التنزه والترفع عن مثل هذه الأخلاق وسفاسفها.

الفرع الخامس: الطبيعة القانونية لحقوق المحضون.

نص قانون الأسرة الجزائري على ذلك في المواد:

المادة 62: الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك.

المادة 64: المعدلة بالأمر رقم: 2005/02/05م.

الجزئية الأخيرة من المادة: وعلى القاضي عند ما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

المادة 66: يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون.

المادة 67: معدلة بنفس الأمر السابق

تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة "62" أعلاه.

ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة⁽¹⁾. غير أنه في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون.

المادة 68: إذا لم يطلب من له حق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.

المادة 69: إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها.

المادة 71: يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون.

المادة 72: معدلة بنفس الأمر السابق.

(1) - أرى إعادة صياغة الفقرة الثانية؛ لأن أسلوب صياغتها فيه ركاكة لغوية.

* لا يُعدُّ عمل المرأة سبباً من أسباب سقوط حق المرأة في ممارسة الحضانة.

في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية، حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن⁽¹⁾.

بالنظر في نصوص هذه المواد يمكن ملاحظة ما يلي:

1- مراعاة مصلحة المحضون هي الأولى بالاعتبار، والمقدمة على غيرها من حقوق الحاضن والزائر معا حالة التعارض.

2- لا بد أن يكون الحاضن أهلا لرعاية المحضون، فإن فقد الأهلية لذلك أو بعض شروطها سقط حقه في الحضانة وانتقلت إلى غيره، فإن زال عذره عاد الحق إليه إن كان السبب قهريا.

3- الترابط الوثيق بين الحكم بحق الحضانة والزيارة دفعا للتنازع بين الأبوين أو أحدهما أو من يحل محلها، تفاديا لكون الحكم بالحضانة مصدر حق يخول لمن ثبت له أن يجعله مصدر ابتزاز، أو يتعسف في منع غيره من زيارة المحضون أو استزاره⁽²⁾ بالمعروف إذا كانت ظروفه لا تسمح له بزيارته، فيستضيفه هو عنده وفق ظروف المحضون؛ لأن هذا الحق مشترك بينهما- أي بين الزوجين ومن يحل محلها من جهة والمحضون من جهة أخرى- على أن لا يتخذ حق الاستزارة ذريعة للتعسف في استعمال الحق تحت تلك الذريعة، وإلا منع؛ لأنه رخصة خلاف الأصل.

والحكم بحق الزيارة زمانا و مكانا وعددا وساعة موكول لتقدير القاضي، فيحكم بها وفق ظروف الأطراف الثلاثة مع تغليب مصلحة المحضون.

(1)- المادة المعدلة من القانون 11/84 بالأمر رقم: 2005/2/5م أكثر عدالة وإنصافا من المعدلة بهذا الأمر؛ لأنها لم توجب نفقة المحضون في مال والده مطلقا، بل بقيد، ضف إلى هذا عدم تحديثها - المعدلة- عن نفقة المحضون كما هو الشأن قبل التعديل، أو الإحالة على مواد النفقة من المادة 74 إلى 80 "الفصل الثالث، النفقة".

*المادة 72: قبل التعديل: "نفقة المحضون وسكنه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا، وإن تعذر فعليه أجرته".

(2)- إغفال المشرع الجزائري للاستزارة، أي استضافة المحضون عند وليه، يجعله مصدرا للتعسف في منع الحاضن ولي المحضون من رؤيته إذا كانت ظروفه لا تسمح له بزيارته كل مرة، بحجة أن هذا قد يضر بمصلحة المحضون، ضف إليه أن الحكم القضائي والقانون لم ينصا عليها- الاستزارة - ولو فعل ذلك القاضي في حكمه لُغدَّ مخالفا للقانون ومتجاوزا سلطاته؛ لخروجه عن القانون، وكان حريا به أن يصهر على تطبيقه لا أن يخالفه، مما يجعل حكمه وقراره عرضة للنقض والطعن، مما يحتم على المشرع إضافة لفظ الاستضافة وما في حكمها كالاستزارة ، درءا لهذا القصور في التشريع والتعسف في التطبيق معا.

وبناء عليه أرى إضافة حق الاستضافة إلى المادة "64" من القانون 11/84 المعدلة بالأمر رقم: 2005/02/05 م على النحو الآتي:

الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.
وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة والاستشارة، مع مراعاة أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة.

4- تتصيص المشرع على كون عمل المرأة لا يُعدُّ سببا من أسباب سقوط حق حضانتها ما دامت أنها قادرة على التوفيق بين عملها ومراعاة مصلحة المحضون⁽¹⁾، سواء بالرعاية المباشرة على مدار اليوم، أو وضعه في دور الحضانة أو عند المربيات، حتى تخرج من عملها أو تنتهي فترة دوامها بمقر العمل.

ووضعها للمحضون في هذه الأماكن - دور الحضانة أو عند المربيات- لا يكون سببا كافيا في رفع دعوى قضائية ضدها للمطالبة بإسقاط حق حضانتها، ما لم يتعضد بغيره؛ لأنه لو كانت الزوجية لا زالت قائمة بينهما وهي عاملة، فإن هذا هو السبيل الوحيد أمامهما دون اعتراض منه، أما وأنه قد حصل بينهما الانفصال، فإنه يبحث عن كل سبب يسقط به حقها في الحضانة خصوصا إذا تم ذلك- الانفصال وإسناد الحضانة- بالتنازع وعدم التراضي، وهذا هو عين التعسف في سوء استخدام الحق، ولو كان هو سبب الطلاق بينهما؛ لأن الأمور تتغير بعد التطليق أو الطلاق، فكل منهما يطالب بحقه، ويبحث عن مصلحته، ومن هنا افتراقا.

5- عدم إسقاط حق الحضانة لمن ثبتت له دون أن يطالب بها لمدة تزيد عن السنة تشريع صائب؛ لأن السنة بفصولها الأربعة كفيلة بتمكين من له حق الحضانة من استدراك ما فاتته؛ لأنه ربما يكون في فصل منها غير مهين لذلك لظرف ما، فمرور هذه الفصول

(1)- وهو ما نص عليه القانون السوري في المادة:139:"على أنه لا يسقط حق الحضانة بحضانة أولادها بسبب عملها إذا كانت تؤمّن رعايتهم والقيام بهم بطريقة مقبولة."

الأربعة عليه تعرفنا بأحواله⁽¹⁾.

وهذه المسألة شبيهة بمسألة الزوج الذي لم يقترب من زوجته فيضرب له أجل سنة، فربما يزول ما به من مرض أو عرض في فصل من فصولها، وبالتالي يسقط حقها في المطالبة بالطلاق أو التطليق، ونظيرها كذلك المستحاضة، وهي ما بها علة في دورتها الشهرية غير المنضبطة والمنتظمة.

غير أن مسألة عدم سقوط هذا الحق مقترن بمصلحة المحضون، فإن ألفت من كان في حضانتها، ونقله إلى غيره يلحق به ضررا، سقط من ثبت له حق الحضانة ابتداء، وإن كان عذره مقبولا؛ لأن " درء المفسد أولى من جلب المصالح"، فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة، قدم دفع المفسد غالبا، نظرا لما تقضي إليه، ولعدم اقتصار أثرها على صاحب الشأن، بل يمتد إلى غيره، و"لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات"⁽²⁾، وهو ما أقره النبي ﷺ فيما رواه عنه أبو هريرة - رضي الله عنه - أنه قال: "فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم"⁽³⁾.

ويلحق بهذه النقطة ما إذا تقاعست الحاضنة عن المطالبة بنفقة المحضون أو أجرة حضانتها مدة من الزمن لغير عذر، فتعتبر في حكم المتبرعة، ومن ثم يسقط حقها في المطالبة بها⁽⁴⁾.

6- عدم الحديث عن نفقة المحضون وما يتعلق بها، هل هي في ماله إن كان له مال، أم أنها على أبيه أو من ينوبه إن كان معدوما، أم عليه - أي الولي - مطلقا بصرف

(1) - وهو ما حكم به القضاء الليبي في عدة أحكام، منها: "إن الحق في الحضانة يسقط بسكوت من له الحق فيها مدة سنة كاملة من يوم علمه باستحقاقه لها"، وفي حكم آخر "إن الحق في طلب إسقاط ... من يوم علمه بقيام سببه". طعن شرعي رقم: 20/8 ق، جلسة 74/1/31 م، س10، ع3، ص19، أبريل 1974م، طعن شرعي رقم: 20/13 ق، جلسة 1974/2/7 م، طعن شرعي رقم: 20/24 ق، جلسة 1974/2/28 م، قانون الزواج والطلاق الليبي معلقا عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء ص131 وما بعدها.

(2) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص217، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص90.

(3) - سبق تخريجه راجع، ص232 من هذه الرسالة.

(4) - راجع قرار المجلس الأعلى بالمغرب، عدد 114، بتاريخ: 2011/03/22 م، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 73، سنة 2011 م، ص147، عن شرح مدونة الأسرة محمد الأزهر، ص241.

النظر عن صفته - أي المحضون - وهو خلاف القاعدة؛ لأن نفقة كل إنسان في ماله، إلا ما استثنى بنص ولسبب وجيه وإلا فلا؛ لأن المال مما تشح وتبخل به النفس⁽¹⁾.

7- إلزام الأب أو من ينوبه أو يكفله أن يوفر للحاضنة سكننا لائقا بها وبالمحضون من أجل راحتها، سواء كان هذا المسكن ملكا له أو مؤجرا مع تكليفه بدفع أجرته في حدود مكنته وإن وجدت من يوفره لها بالمجان كالسكنى مع أباؤها؛ لأنه حق خالص لها، ولمزيد الاحتياط أيضا، فربما نزع منها أو استقلت عن والديها أو من وفره لها إذا تضرر المحضون بذلك، أو حصل طارئ يمنعها من البقاء فيه، كوفاة أباؤها أو أحدهما، فيبيعه الورثة، أو تكون الحاضنة محتاجة للنفقة لفقرها؛ لأن ولي المحضون غير ملزم بالنفقة عليها.

وأفضل ما جادت به قريحة المشرع في هذه المسألة إقراره ببقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالمسكن، وفي هذا حماية لهما - أي الحاضنة والمحضون - من التشرذم والأمن من المعاناة، لكن ما أقره المشرع وسنه هنا هل يتم بالفعل تطبيقه في المحاكم وإلزام الزوج بذلك، وإن امتنع عوقب، أم أن هذه النصوص القانونية تبقى حبيسة الأدراج والأحكام القضائية لا تتعدى أسوار المحاكم وجدران غرف مجالسها القضائية؟

الواقع الذي نعيشه ينبئنا أن كثيرا من الأسر تعيش في محنة شاقة ومشاكل متعددة جراء عدم تطبيق الأحكام القضائية، وهو تعد صارخ على حقوق الآخرين، وتناسى هؤلاء ما كان بينهم من مودة ورحمة وفضل، والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿وَلَا تَسُواْ الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾⁽²⁾، وفيه دلالة واضحة أن العلاقة التي كانت تربطهما لم تكن على أسس سليمة، أو أن هذا المجتمع أصبح لادين له ولا خلاق، وهذا يقتضي المراجعة الضرورية وإعادة النظر في المعايير التي تبنى عليها العلاقات الأسرية والاجتماعية.

(1) - نصت المادة "72" من القانون 11/84 قبل تعديلها بالأمر رقم: 2005/02/05م على ما يلي: "نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكننا وإن تعذر فعليه أجرته".

*سبق التعليق على ذلك في هـ (1) ص 293 من هذه الرسالة.

* وهو ما أقره المقنن الليبي في المادة "69"، حيث أو جبهها في مال المحضون إن كان له مال، وإلا وجبت على أبيه الموسر... وهو العدل.

(2) - الآية (237) من سورة البقرة.

وبناء عليه أرى تعديل وإعادة صياغة المادة "72" من القانون 11/84 المعدلة بالأمر رقم: 2005/2/5 م على النحو الآتي:

في حالة الطلاق أو التطليق تكون نفقة المحضون في ماله إن كان له مال وإلا فهي على أبيه أو من يكلف⁽¹⁾ نيابة عنه.

يجب على الأب أن يوفر للحاضنة مسكناً ملائماً، فإن تعذر ذلك، فعليه دفع أجرته أو بدلها، مع مراعاة أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة.

تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالمسكن.

8- إلزام الحاضنة بتربية المحضون على دين أبيه⁽²⁾ من القضايا الشائكة إذا كان الزوجان مختلفي الديانة، أو متجنسين بالجنسية الجزائرية، وهما غير مسلمين، فتسلم الزوجة ويبقى الزوج على دينه وملته، فعند إسناد الحضانة للأم كيف تربيته، هل على دين أبيه، وهو غير مسلم، أم على دينها؟

كان حرياً بالمشروع أن يشير إلى تربيته على أشرف الدينين وأفضلهما إن كانا مختلفي الديانة، وهذه من أهم قواعد الإلحاق حالة الاختلاف في الديانة بين الأبوين، فهذه المسألة

(1)- ربما يقال "يُكَلِّفُهُ"

(2)- وهو ما حكمت به المحكمة العليا تطبيقاً لأحكام المادة "62" من ق. أ. ج والتي ورد في حكمها: "متى كان من المقرر شرعاً و قانوناً أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثمَّ فإنَّ القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يُعدُّ قضاءً مخالفاً للشرع والقانون".

"غ. أ. ش، ملف رقم: 59013، قرار بتاريخ: 02/19/1990م، م. ق لسنة 1991، العدد 4، ص 117".

* هذا الحكم محل نظر، لعدم بيان نوع ديانة الأب؛ لأن بطاقة التعريف الوطنية ليس فيها ما يشير إلى نوع الديانة التي يحملها صاحبها، كما هو الشأن في بعض الدول كمصر بسبب التركيبة الاجتماعية للسكان، وهذا غير مطروح في الجزائر عموماً، وليس من الضروري أيضاً كونها مقيمة ببلد أجنبي بعيد عن عين الأب أن تربيته تربية سيئة، فكم من مغتربين يعيشون بين أظهر الكفار ويتمتعون بكل الحقوق الدينية وغيرها، وإن وجدت بعض المضايقات في الأونة الأخير بسبب الحرب على ما يسمى بالإرهاب وما شاكله، ضف إلى هذا عدم تحديد البلد، فقد يكون إسلامياً أو عربياً، ومن ثمَّ فإنَّ هذا التخوف يكون في غير محله، وهو ما حكمت به المحكمة العليا: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى الزواج". "غ. أ. ش، ملف رقم: 52221، قرار بتاريخ: 03/13/1989م، م. ق لسنة 1993م، العدد 1، ص 48".

* وهو ما نص عليه القانون الكويتي في المادة "192"، والليبي في المادة "64" الآتي ذكرهما لاحقاً في ص 300، 301، وعلى فرض أن تخوف قضاة الموضوع في محله، فإن هذا الاحتراز يكون بعد أن يعقل المحضون الأديان لا قبله، أو يخشى عليه أن يألف غير الإسلام وإن لم يعقل أو يميز، وهو ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة: "192" من القانون الكويتي، أما بعد سن التمييز - أي بلوغ سن السابعة من عمره - فينزع منها للعللة السابقة، وهي كونه يعقل الأديان ويميز بينها، إقامة للمظنة مقام المئنة.

وغيرها من مسائل الحضانة كالنفقة والزيارة والمسكن من أهم عقبات الزواج المختلط، لعدم إمكانية إلزام جميع الأطراف بمواد هذا القانون عموماً، لما ذكرناه آنفاً؛ لأننا سنصطدم بما يعرف بتنازع القوانين من حيث المكان⁽¹⁾.

وبناء عليه أرى تعديل وإعادة صياغة المادة "62" من القانون 11/84 على النحو الآتي:
الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على أفضل دين أبويه: والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، مع مراعاة أحكام المواد⁽²⁾ "9، 11، 12، 13" من القانون المدني الجزائري.

يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بشؤون المحضون المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة.

الفرع السادس: حقوق المحضون لدى بعض التشريعات العربية ، فمن ذلك:

1- قانون الأحوال الشخصية المصري:

المادة 18: مكرراً ثانياً⁽³⁾، الفقرة الأولى: إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه.

(1)- المادة "9" من القانون المدني الجزائري: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه، وللمزيد راجع: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ابن شيوخ الرشيد، ص 263.
*حسم القانون المغربي هذه المسألة في المادة الثانية من مدونة الأسرة.
المادة 2: تسري أحكام هذه المدونة على:
1- جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى.
2- اللاجئين بمن فيهم عديموا الجنسية، طبقاً لاتفاقية جنيف المؤرخة بـ 28 يوليو لسنة 1951م المتعلقة بوضع اللاجئين.
3- العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغرباً.
4- العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.
أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية.
(2)- المادة 9: يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه.

المادة 11: الشروط الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين.
المادة 12: يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال.
المادة 13: يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين "11 و 12" إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج.
(3)- مضافة بالقانون رقم: 100 لسنة 1985م.

*تقدم ذكر المادة 18 مكرراً ثالثاً و بيان ما فيها أثناء الحديث عن حقوق الزوجة المطلقة، راجع ص 238، 239 من هذه الرسالة.

المادة 20: الفقرة الثانية والثالثة والرابعة.

ولكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة، وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين.

وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتِّفَاقًا، نظمها القاضي على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسها.

ولا ينفذ حكم الرؤية قهرا، ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أذره القاضي، فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها.

2- القانون المغربي:

المادة 167: أجرة الحضانة ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون، وهي غير أجرة الرضاعة والنفقة.

لا تستحق الأم أجرة الحضانة في حال قيام العلاقة الزوجية، أو في عدة من طلاق رجعي.

المادة 168: تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما.

يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه، مراعية في ذلك أحكام المادة "191" بعده.

لا يفرغ المحضون من بيت الزوجية، إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحضون. على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه.

المادة 170: تعود الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها.

يمكن للمحكمة أن تعيد النظر في الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون.

المادة 176: سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء يسقط حضانته إلا لأسباب قاهرة.

المادة 179: في حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب، يمكن اللجوء إلى قاض المستعجلات لاستصدار إذن بذلك.

لا يستجاب لهذا الطلب، إلا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر ومن عودة المحضون إلى المغرب.

المادة 180: لغير الحاضن من الأبوين حق زيارة واستئارة المحضون.

المادة 181: يمكن للأبوين تنظيم هذه الزيارة باتفاق بينهما يبلغانه إلى المحكمة، الذي يسجل مضمونه في مقرر إسناد الحضانة.

المادة 182: في حالة عدم اتفاق الأبوين، تحدد المحكمة في قرار إسناد الحضانة فترات الزيارة وتضبط الوقت والمكان بما يمنع قدر الإمكان التحايل في التنفيذ. تراعي المحكمة في كل ذلك ظروف الأطراف والملابسات الخاصة بكل قضية، ويكون قرارها قابلاً للطعن.

المادة 183: إذا استجبت ظروف أصبح معها تنظيم الزيارة المقررة باتفاق الأبوين أو بالمقرر القضائي ضاراً بأحد الطرفين أو بالمحضون أمكن طلب مراجعته وتعديله بما يلائم ما حدث من ظروف.

المادة 184: تتخذ المحكمة ما تراه مناسباً من إجراءات بما في ذلك تعديل نظام الزيارة، وإسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة. **المادة 185:** إذا توفي أحد والدي المحضون يحل محله أبواه في حق الزيارة المنظمة بالأحكام السابقة.

المادة 186: تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب.

المادة 187: الفقرة الأولى: نفقة كل إنسان في ماله إلا ما استثني بمقتضى القانون.

3- القانون الكويتي:

المادة 191:

أ- إذا تزوجت الحاضنة بغير محرم للمحضون ودخل بها الزوج، تسقط حضانتها.

ب- سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة- بلا عذر- بعد علمه بالدخول، يسقط حقه في الحضانة وادعاء الجهل بهذا الحكم لا يُعدُّ عذراً.

المادة 192: الحاضنة غير المسلمة تستحق حضانة الولد المسلم حتى يعقل الأديان، أو يخشى عليه أن يألف غير الإسلام وإن لم يعقل الأديان.

وفي جميع الأحوال لا يجوز إبقاء المحضون عند هذه الحاضنة بعد بلوغ السابعة من عمره.

المادة 193: لا يسقط حق الحضانة بالإسقاط، وإنما يمتنع بموانعه، ويعود بزوالها.

المادة 195:

أ- ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى دولة أخرى للإقامة إلا بإذن وليه أو وصيه.

ب- ليس للولي أبا كان أو غيره أن يسافر بالمحضون سفر إقامة في مدة حضانته إلا

بإذن حاضنته.

المادة 196:

أ- حق الرؤية للأبوين وللأجداد فقط.

ب- وليس للحاضن أن يمنع أحد هؤلاء من رؤية المحضون.

ج- وفي حالة المنع وعدم الرغبة في الذهاب لرؤية الولد عند الآخر، يعين القاضي

موعدا دوريا، ومكانا مناسباً لرؤية الولد يتمكن فيه بقية أهله من رؤيته.

المادة 197: للحاضنة قبض نفقة المحضون، ومنها أجره سكناه.

المادة 198: يجب على من يلزم بنفقة المحضون أجره مسكن حضانته إلا إذا كانت

الحاضنة تملك مسكناً تقيم فيه، أو مخصصاً لسكنائها.

4- القانون الليبي:

المادة 64: تستحق الأم الكتابية حضانة أولادها المسلمين ما لم يتبين منها تنشئة الأولاد

على غير دين أبيهم المسلم.

المادة 66: الفقرة ب، ج:

ب- كما تسقط الحضانة بسكوت من له الحق فيها سنة كاملة من تاريخ علمه إلا

لعذر قاهر يمنعه من المطالبة بحقه في الحضانة.

ج- تعود الحضانة لمن سقطت عنه متى زال سبب سقوطها إلا إذا رأت المحكمة

خلاف ذلك لمصلحة المحضون.

المادة 67:

أ- لا تسقط الحضانة بسكنى من له الحق فيها مع من سقطت حضانة⁽¹⁾، إلا إذا كان هناك ضرر للمحضون.

ب - لا يؤثر سفر الولي أو الحاضنة إلى أي بلد داخل الجماهيرية، سواء أكان السفر مؤقتاً أم على سبيل الاستيطان على حق الحاضنة في الحضانة إلا إذا أضر السفر بمصلحة المحضون.

ج - لا يسمح للحاضن بالسفر بالمحضون خارج الجماهيرية إلا بعد حصوله على إذن من ولي المحضون، فإذا امتنع الولي عن ذلك رفع الأمر إلى المحكمة المختصة.

المادة 68: إذا تنازع الحاضن وولي المحضون في زيارة الطفل تعين على القاضي المختص أن يصدر أمراً بتحديد موعد الزيارة وزمانها ومكانها، ويكون الأمر مشمولاً بالتنفيذ المعجل بقوة القانون.

المادة 69: لا تستحق الأم أجراً على حضانة ولدها ما دامت في عصمة أبيه، فإذا انفصلت منه، أو كانت الحاضنة غير الأم استحققت أجراً حضانة تكون في مال المحضون إن كان له مال وإلا وجبت على أبيه الموسر.

المادة 70:

أ- يحق للمطلقة الحاضنة أن تسكن في مسكن مناسب ما دام حقها في الحضانة قائماً.

ب- إذا انتهت الحضانة أو قام بالحاضنة مانع سقط حقها في السكن

الناظر في نصوص هذه القوانين يمكن ملاحظة ما يلي:

1- الاهتمام بمراعاة مصلحة المحضون وأنها مقدمة على حقوق الآخرين، وهو ما أقره

المشعر الجزائري في المواد "62، 64، 65، 66، 69" من ق. أ. ج.

(1)- وهذا على خلاف ما هو مقرر في المذهب المالكي من أن الحاضنة يشترط فيها أن لا تكون ساكنة مع حاضنة سابقة سقطت حضانتها دفعا للشبهة من جولان يد الحاضنة السابقة على المحضون، فيؤدي إلى التنازع بين الحاضنتين- السابقة والحالية- في الحضانة وتسيير شؤون المحضون، ومن جهة أخرى يكون سببا للتنازع بين ولي المحضون والحاضنة من جهة أخرى، وبالتالي الأخذ بما قرره المالكية في هذه المسألة يكون أولى، إعمالاً لقاعدة سد الذرائع، ومنعا للتعسف في استعمال الحق، خلافاً لما ذهب إليه المتيطي من عدم اعتبار ذلك الشرط- عدم السكنى مع من سقطت حضانته- راجع: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج2/ص527، جواهر الإكليل، ج1/ص408، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج2/ص264، الخرشي على مختصر خليل، ج4/ص208، ط. غ. م، ط/دار الفكر: بيروت، لبنان، تبين المسالك، ج3/ص257.

2- إمكانية عود الحضانة لمن سقطت عنه بعد مضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقها، ولكنه امتنع من طلبها لسبب وجيه أو عذر مقبول، كأن يكون مريضا ولا يقوى على رعاية المحضون وليس عنده من يقوم بشؤونه، أو كان مسافرا، أو مقيما على مسافة القصر بغرض الاستيطان إلى غير ذلك، فإذا زالت هذه الأعذار وغيرها عاد الحق لصاحبه، بشرط أن يكون لازال مستوفيا لشروط الحضانة.

وهناك فرق بين الإسقاط والسقوط والجهل، أما الأول فيكون بناء على حكم قضائي بعد التنازع غالبا، ولا يمكن العود فيه إذا كان الحكم نهائيا، وقد يكون- سبب الإسقاط - اختياريا، كأن تتزوج الحاضنة برجل أجنبي عن المحضون ويدخل بها⁽¹⁾، ثم يطلقها أو يتوفى عنها⁽²⁾، فلا عود للحضانة، وهو مذهب المالكية⁽³⁾، بينما يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة أن الحضانة تعود إليها؛ لأنهم لا يفرقون بين الإسقاط والسقوط،

(1)- احترازا من العقد عليها فقط دون البناء بها، فإنه لا يسقط حقها في الحضانة لعدم انشغالها عنه بحقوق الزوج، وهو ما نصت عليه الفقرة "أ" من المادة"191" من القانون الكويتي وحكم به القضاء الليبي "إن زواج المطلقة بشخص أجنبي عن المحضون لا يسقط حقها في الحضانة لمجرد العقد، بل لا بد من الدخول، والذي تتشغل به عن أولادها بزواجها، فوجب إسقاط حقها في الحضانة، وينزع الولد منها، ما لم يخف على الولد بنزعه منها الضرر، أو لم يقبل الولد غير أمه،" خلافا للشافعية والحنابلة فإنها تسقط بمجرد العقد. طعن شرعي رقم: 20/24 ق، جلسة 1974/02/28م، س10، ع3، ص36، أبريل 1974م، راجع: قانون الزواج والطلاق الليبي معلقا عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، ص132، مغني المحتاج، ج5/ص276، شرح منتهى الإرادات، ج5/ص696، 697، المغني، ج9/ص307، كشاف القناع، ج5/ص499، الفروع لابن مفلح، ج5/ص616.

(2)- جريا على الأصل، وإبقاء ما كان على ما كان من باب الاستصحاب، فلا يضر ما طرأ ولا يغير الحكم إلا للضرورة أو مصلحة أقوى منه، مراعاة لمصلحة المحضون، وهو ما قضى به القضاء الليبي، ومما ورد فيه: "لا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها إذا تأيمت، أي أطلقت أو مات زوجها، أو إذا أسقطت حقها لغير عذر بعد وجوبها، بناء على أن الساقط لا يعود إلا أن يكون الإسقاط بمعنى السقوط، كالمرض المانع من الحضانة أو عدم اللبن أو حج فرض أو سفر الولي بالمحضون سفر نقلة، فإذا زال العذر عادت الحضانة بزواله" طعن شرعي رقم: 20/24ق، جلسة 1974/2/28م، س10، ع3، ص36، أبريل 1974م. راجع: قانون الزواج والطلاق الليبي معلقا عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، ص133.

(3)- وهو ما أقره القضاء الليبي بقوله: "القول بأن الحضانة إذا سقطت عن الأم لا تعود إطلاقا قول مخالف للقانون "مذهب مالك" لأن الراجح في المذهب أن السقوط غير الإسقاط، وهي لا تعود في الحالة الثانية- الإسقاط- وتعود في الحالة الأولى- السقوط - و من الأعذار المسقط للحضانة والمبيحة لعودها إذا زال المرض والخروج لحجة الفرض وانتقال الأب أو الولي لمكان يزيد عن مسافة قصر الصلاة نقله بقصد الاستيطان والاستقرار، فإذا زال العذر عادت الحضانة للأم، متى كانت لا تزال مستوفية لشروطها". طعن شرعي رقم: 17/2 ق، جلسة 1971/01/3م، س7، ع2، ص57، يناير 1971م، المصدر السابق ص129.

ومن ثمَّ التسوية بين المانع الاختياري، والمانع الضروري أو القهري في الحكم⁽¹⁾، بخلاف الثاني - السقوط - فإنه لا يستلزم حكماً قضائياً لعدم التنازع فيه، ومن هنا افترقا، ومع هذا كله لأبد من مراعاة مصلحة المحضون؛ لأنه قد يألف ذلك الحاضن، وفي إسناده إلى غيره يضر به، ومن ثمَّ فللمحكمة الحق المطلق في تقرير ما تراه مناسباً مراعاة لمصلحة المحضون، أما الثالث - الجهل - فإنه يأخذ حكم الأول؛ لأن الجاهل لا يعذر بجهله، وهذا الأمر مما أصبحت تعم به البلوى لشيوعه بين الناس وكثرة النزاع فيه، فادعائه الجهل أو عدم العلم بأحقيقته للحضانة يكون في غير محله، ومن ثمَّ يُرفض طلبه⁽²⁾.

(1) - راجع الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج2/ص529، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج2/ص119، التفریح، ج2/ص70، 71، المعونة، ج2/ص940، 941، عقد الجواهر الثمينة، ج2/ص609، تبيين المساك، ج3/ص259، 260، 261، بدائع الصنائع، ج4/ص66، مغني المحتاج، ج5/ص276، 277، 278، روضة الطالبين، ج4/ص60، 61، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج3/ص164، 165، المجموع، ج20/ص219، 223، 224، الفروع، ج5/ص616، كشاف القناع، ج5/ص499، شرح منتهى الإرادات، ج5/ص696، 697، المغني، ج9/ص307، 310، 311، القوانين الفقيه، لابن جزي ص250، كتاب النفقات لأبي الحسن علي الماوردي، ص286، 287، 288، ت. ق: عامر سعيد الزبياري، ط1 (1418هـ/1998م)، دار ابن حزم: بيروت، لبنان.

(2) - وهو ما نصت عليه الفقرة "ب" من المادة "191" من القانون الكويتي المذكورة سابقاً، وهو خلاف ما أقره القضاء الليبي، حيث إنه سوى بين السقوط وجهل من استحق الحضانة أن سكوته يسقط حقه في المطالبة بها لخفائه في زعمه عن كثير من الناس، فهو من قبيل الأعدار غير المسقطه للحقوق، ومما ورد فيه: (7) إذا سكت من استحق الحضانة عن طلبها فإن حقه في الحضانة يسقط إذا كان يعلم باستحقاقه لها، فإذا انتفى العلم وسكت عن طلبها فإن سكوته لا يسقط حقه في طلب الحضانة مهما طال مدة سكوته.

(8) إذا كان من استحق الحضانة يجهل أن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن سكوته لا يبطل حقه في طلب الحضانة؛ لأن هذا الحكم مما يعذر الناس بجهله لخفائه على كثير من المسلمين. س10، ع3، ص13 - أبريل 1974م، طعن شرعي رقم: 7/20ق، جلسة 1974/01/31م.

(11) وهو ما حكمت به المحكمة في قضية عدم مطالبة من ثبتت له الأحقية في الحضانة دون أن يطالب بها لمدة سنة، فسكوته هذه المدة دون مبرر عدُّ مسقطاً للمطالبة بحق الحضانة ممن سقطت عنه، لكونها تقيم بعيداً عن ولي المحضون. س10، ع3، ص28، 29، أبريل 1974م، طعن شرعي رقم: 13/20ق، جلسة 1974/2/7م، راجع: قانون الزواج والطلاق الليبي معلقاً عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، ص131، 132.

*مما لا شك فيه أن هذا الأمر أضحى شائعاً بين الناس، وليس كما يدعيه القضاء وفق ما نص عليه في القضية (8) السالفة الذكر؛ لأن وسائل الإعلام والتثقيف تطورت كثيراً، والناس أصبحت لديهم الثقافة القانونية في هذا الشأن، وإن جهلوا تفاصيلها، خصوصاً وأن الطلاق لا يعترف به إلا أمام القضاء وبحكم منه بعد عدة إجراءات تنظيمية وفق ما ينص عليه القانون، مع ما يترتب عليه من آثار، ومن ثمَّ الفصل فيها، منعاً لتكرار النزاع أو إطالة أمده.

3- منع الحاضنة أو ولي المحضون من التعسف في استعمال حقه في السفر به، سواء خارج البلد أو داخله إذا كان سفر إقامة⁽¹⁾ إلا بإذن الحاضنة⁽²⁾ أو وليه⁽³⁾، وعلى المحكمة أن تتخذ كل الإجراءات اللازمة إذا كان السفر خارج الوطن، لما فيه من المخاطرة، ولمصلحة المحضون معاً، وكذا حق صاحب الشأن - سواء كان حاضناً أو ولياً - وذلك بإحالة القضية على قاضي الاستعجالات من أجل استصدار إذن به، مع ضمان عود المحضون إلى داخل الوطن بعد إنهاء الرحلة، حفظاً للحقوق والمصالح⁽⁴⁾.

4- يمكن للأبوين أن يتفقا على طرق تنظيم الزيارة وتحديد موعدها وزمانها ومكانها وعدد مراتها، وما يلزم فيها، مع إبلاغ الاتفاق للمحكمة ذات الاختصاص؛ ليتم تسجيله منعاً للتنازع أو الإنكار فيما بعد، حفاظاً على استقرار الأمور ومراعاة للمصلحة، وفي حالة عدم الاتفاق تقوم المحكمة المختصة بتنظيم الزيارة وما يلزم فيها، منعاً للتحايل في التنفيذ والتعسف في استعمال الحق.

وحق الزيارة مكفول للأبوين والأجداد فقط⁽⁵⁾، ولا يحق للحاضن أن يمنع أحد هؤلاء من زيارة المحضون وفق الحكم القضائي المنظم لها، ويكون هذا الحق محصوراً فيهما - الأبوين والأجداد - باعتبارهما أصلاً له وإن علا، بخلاف غيرهما كالأعمام والأخوال فهما من الحواشي، وحقهما مقدم كما هو الشأن في الميراث لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾⁽⁶⁾ حرصاً على مصلحة المحضون؛ لأن كثرة الزائرين له قد يؤثر عليه، خصوصاً إذا أصبح مميزاً.

(1) - وهو خلاف ما ذهب إليه المشرع الليبي في الفقرة "ب" من المادة "67" والمغربي في المادة "178"، حيث إنهما جعلاه حقا خالصا للحاضن أو وليه إلا إذا أضر بمصلحة المحضون فيمنع، مع مراعاة ظروف الأب، أو النائب الشرعي، والمسافة التي تفصل المحضون عن نائبه الشرعي، ومحل هذا الكلام إذا كان السفر داخلياً لا خارجياً.

(2) - وهو ما أشار إليه المقنن الكويتي في الفقرة "ب" من المادة "195" المذكورة سابقاً.

(3) - وهو ما نص عليه المقنن الكويتي في الفقرة "أ" من المادة "195" المنصوص عليها سابقاً.

(4) - إقرار الإذن مقرون بشرط عوده إلى الوطن نص عليه المشرع المغربي في الفقرة "3" و"4" من المادة "179" من المدونة، أما المقننان الكويتي والليبي فإنهما اشتراطا موافقة ولي المحضون فقط، فإن امتنع رفع الأمر للمحكمة المختصة.

(5) - وهو ما نص عليه القانون الكويتي دون قيد أو شرط في الفقرة "أ" من المادة "196"، والقانون المغربي في المادة "186"، و المصري في الفقرة الأولى من المادة "20"، غير أنهما قيدها - الزيارة - بعدم وجود الأبوين أو أحدهما، فالتوفى منها - الزوجان - يحل محله أبواه في حق الزيارة.

(6) - الآية (233) من سورة البقرة.

بما أن المحكمة هي الطرف الرئيسي في تنظيم شؤون المحضون، فقد يدفعها حرصها الشديد أو الإفراط في مراعاة مصلحته أو غيرهما إلى التعسف، فتقضي بما يلحق الضرر بالغير، وبالتالي يحق للمتضرر أن يطعن في حكمها، مطالباً بنقضه بما يزيل عنه الضرر، إعمالاً للقاعدة الفقهية "الضرر يزال".

يخضع نظام الزيارة وما يتبعه لظروف أطراف الحضانة، وبالتالي يمكن مراجعته كل فترة إذا جَدَّ جديدٌ بما يلائم ما حدث من ظروف معتبرة شرعاً وقانوناً، منعا للتلاعبات و أخذها كذريعة للابتزاز أو مضايقة الطرف الآخر.

إذا أخل أحد الطرفين - الحاضنة أو الولي - أو تحايل في تنفيذ الاتفاق أو الحكم المقرر لنظام الزيارة، أو تنازعا فيها، فللمحكمة الحق المطلق في اتخاذ ما تراه مناسباً ردًا للحقوق لأصحابها دون تعسف؛ حتى لا يزال الضرر بالضرر، مشمولاً بالإنفاذ المعجل بقوة القانون. ما تمّ ذكره من أحكام في هذه النقطة - الرابعة - لا بد فيه من مراعاة مصلحة المحضون أولاً على ضوء ما ذكرناه آنفاً؛ لأنه هو جوهر القضية ولئبها، فلا يترك لتجاوزات الأطراف المختلفة، فمن كان في حضانته يبقى عنده إلى أن يفصل في القضية نهائياً، استصحاباً للأصل، وإبقاء ما كان على ما كان؛ حتى يظهر خلافه، وهو الفقه⁽¹⁾؛ لأنه قد يكون الحق معه غير أن الخصم ذو نفوذ فيأخذه منه غلبة وقهراً، فيكون الحكم تعسفياً، وهو ما نصت عليه المادة "186" من المدونة المغربية " تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب."

5- نفقة الصغير تكون في ماله إن كان له مال وإلا وجبت على أبيه، أو من يكفله - النائب الشرعي- وهذا هو الأصل؛ لأن نفقة كل فرد تكون في ماله إلا أن يكون معسراً أو لا

(1)- أجاز القانون المصري للقاضي بحكم واجب الإنفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها، ومردّه - أي هذا الحكم- إن امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر، أئذره القاضي، فإن تكرر منه ذلك حكم عليه بما ذكرناه في صدر الكلام، غير أنه منع تنفيذ حكم الرؤيا قهراً حفاظاً على نفسية المحضون، أو أنه أراد أن يظهر للعالم حوله رقي المعاملة في تنفيذ القانون وأخذ الحقوق، تماشياً مع مطالب الجمعيات النسوية، والمنظمات العالمية المدافعة عن حقوق الإنسان، والمرأة على وجه الخصوص، نظراً لما كانت تلاقيه من معاملة سيئة قبل ذلك ولا زالت، خصوصاً عند الأسر المحافظة التي لا تحب أن يطلع على أسرارها أحد، وإنما تخضع لمجلس العائلة وما يمثله، وهو عين التعسف في تطبيق القانون والحكم القضائي لما له من تعلق بحقوق الآخرين.

تفي بحاجياته، فإنها تُكَمَّلُ من الغير بالقدر الذي يدفع عنه الحاجة، ويفي بنفقته⁽¹⁾، وهو ما صرح به القانون المصري في المادة"18 مكررا ثانيا" والمضافة بالقانون رقم:100 لسنة 1985م، والقانون الليبي في المادة"69، 71" ، والقانون المغربي في المادة"187"، لكنه في المادة"167" جعل "أجرة الحضانة ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجرة الرضاعة والنفقة"، وهو نفس الإجراء الذي اتخذه القانون الكويتي في المادة"197، 198" غير أنه أطلق فيها ابتداء عكس المشرع المغربي في المادة"187" "نفقة كل إنسان في ماله إلا ما استثنى بمقتضى القانون"، وهنا حصل استثناء بموجب المادة"167" - من نفس القانون- المشار إليه آنفا.

6- أجرة الحضانة ومصاريفها تكون على المكلف بنفقة المحضون حتى يبلغ السن القانونية، قادرا على الكسب، وللحاضنة قبضها وهي غير أجرة النفقة والرضاعة الواجبة عليه إذا لم يكن للمحضون مال كما أسلفنا ذكره.

غير أن استحقاق الحاضنة للأجرة مشروط بكونها غير زوجة لأب المحضون أو معتدته تستحق في عدتها نفقة منه⁽²⁾، أو أثناء مدة المتعة المحكوم بها للحاضنة على أبي الصغير؛ حتى لا يجتمع عليه غرمان⁽³⁾ - نفقتان - لما في أجرة الحضانة من شبه بالنفقة.

(1)- وهو ما نصت عليه الفقرة "ج" من المادة"71" من القانون الليبي، وإن قيدتها بكونه طالب علم، فالعبارة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، نظرا للاشتراك في العلة، وهي عدم إيفاء ما عنده من مال بنفقته.

ج: فإذا كان لطالب العلم مال لا يفي بنفقته ألزم المنفق عليه بما يكملها.

(2)- الاطلاق في العدة، سواء كانت من طلاق رجعي أو بائن نص عليه المشرع الكويتي في الفقرة "أ" من المادة"199"، والمنكرة الإيضاحية لنفس القانون ص295، "لا تستحق الحاضنة أجرة حضانة إذا كانت زوجة للأب، أو معتدة تستحق في عدتها نفقة" لأن لها نفقة الزوجية قبل انقضاء العدة من الطلاق الرجعي أو نفقة العدة بعد انقضائها.

بينما قيدها المشرع المغربي بكونها في طلاق رجعي، وهو ما نص عليه في المادة"167" من المدونة؛ لأنها في حكم الزوجة ما لم تنقض عدتها.

أما المقتن الليبي فإنه أوجب لها أجرة الحضانة في المادة"69" دون قيد أو شرط إذا انفصلت عن زوجها، بصرف النظر عن العدة المترتبة عليه، وهل وجبت لها النفقة أم لا؟

(3)- الغرم الأول: النفقة الواجبة عليه للزوجة إذا كانت الزوجية لا زالت قائمة بينهما.

الغرم الثاني: نفقة العدة والمتعة.

7- يجب على الأب أن يهيئ مسكناً لائقاً للمحضون أو حاضنته أو يؤدي أجرته إن عجز عن توفيره وفق ما تقدره المحكمة، إلا إذا كانت الحاضنة تملك مسكناً تقيم فيه أو مخصصاً لسكنائها، أو حل بها مانع يسقط حقها في المسكن.

إذا لم يوفر الأب المسكن الخاص لهما خلال فترة العدة إن كانت الزوجة المطلقة هي الحاضنة استمر في شغل مسكن الزوجية دون المطلق حتى ينفذ الأب الحكم القضائي الخاص بمسكن المحضون، ومن أجل ضمان استمرار دفع أجرته لا بد على المحكمة أن تتخذ كل الاجراءات الكفيلة بديمومتها كاقطاعها من مصدر الربح أو الأجر الذي يتقاضاه.

فإن وقع بينهما نزاع في حيازة المسكن، فإن النيابة العامة تقوم بإصدار قرار في هذا الشأن إلى أن تفصل المحكمة في القضية، بخلاف النفقة المتنازع في تقديرها، فإن الحكم السابق بها يبقى ساري المفعول إلى أن يصدر حكم آخر يحل محله بالإسقاط أو الإبقاء أو التعديل، مراعاة للمصلحة؛ لأنه ربما تطول فترة التقاضي فيلحق الضرر بالغير.

8- لا يقبل طلب مراجعة النفقة زيادة أو نقصاناً إلا بعد مضي سنة من إقرارها إلا في الظروف الاستثنائية، نظراً لكون السنة محطة لتقلب الأسعار، وهي كافية لمعرفة النفقة الواجب فرضها تقريباً؛ لأن مبنائها التقدير، لعدم انضباط الأسعار.

9- يمنع منعاً باتاً إجراء مقاصة بين نفقة المحضون المستحقة على أبيه ودين الأب على الحاضنة ولو كانت موسرة؛ لأن النفقة هنا متعينة للمحضون لا للحاضنة، ولهذا لا يشترط إعسارها، وإنما يتبعها في نمتها وأموالها الخاصة، فحفظ النفس من الكليات الخمس التي اهتمت بها الشريعة، وإن عُدَّ المال أحد أفرادها، فأحياء المهج وحفظها مقدم على المال شرعاً؛ لأنه يفتدى به، ونظير ذلك ما لو أحاط الكفار بالمسلمين ولا طاقة لهم بهم، جاز دفع المال إليهم، وكذا إنقاذ الأسرى منهم بالمال إذا لم يمكن بغيره؛ لأن مفسدة بقائهم بأيديهم أعظم من بذل المال، إعمالاً للقواعد الفقهية "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما"، وقاعدة "درء المفساد مقدم على جلب المصالح"؛ لأن النفس هي التي تستهلك المال وتنميه، فإن أزهقت فمن يفنيه ويقوم على شؤونه، لا إن كانت المقاصة ناتجة عن النفقة المحكوم بها مؤقتاً للزوجة ولصغارها على الزوج والمحكوم بها عليه نهائياً فتجوز بينهما المقاصة، بشرط أن لا يقل ما تقبضه هي وصغارها عن القدر الذي يفي بحاجاتهم

الضرورية، قال الإمام الشاطبي: "ومن ذلك الرشوة على دفع الظلم إذا لم يقدر على دفعه إلا بذلك، وإعطاء المال للمحاربين، وللكفار في فداء الأسرى"⁽¹⁾.

10- إذا توفرت أسباب النفقة وشروط وجوبها تعين على القاضي أن يفرض للزوجة ولصغارها فوراً نفقة تفي بحاجاتهم الضرورية إلى حين الحكم بها بحكم واجب النفاذ في مدى أسبوعين على الأكثر⁽²⁾ من تاريخ رفع الدعوى، حفاظاً على مصلحة المستحقين لها.

11- بما أن مسكن الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والمحضون ومن آثارها، لا بد أن يكون مهياً ومناسباً لهما ما دامت أسباب استحقاقه قائمة، فإذا انتهت الحضانة أو قام بالحاضنة مانع يمنعها من الاستمرار في مزاولتها سقط حقها في المسكن؛ لارتباط الأسباب بمسبباتها، فالحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا.

12- تُعدُّ الحضانة حقاً طبيعياً مكتسباً بالأبوة أو القرابة، ولهذا لا يحرم منها أحد متى توفرت فيه شروط استحقاقها، بصرف النظر عن معتقده، لكن قد يحدث طارئ يمنع إما استمرار استحقاقها أو عدم استحقاقها ابتداءً، والعدول عن هذا المسلك بشتى أنواع الوسائل من أجل إثبات الأحقية بها، يُعدُّ تعسفاً في استعمال الحق، لما فيه من التعدي على حقوق الآخرين، ومن ثمَّ إلحاق الأذى بهم، فالواجب إبطال ذلك التصرف، حفاظاً على مصلحة المحضون بقطع أسباب التنازع في أحقية الحضانة.

الفرع السابع: التطبيقات القضائية في بعض مسائل الحضانة، فمن ذلك:

- 1- إن زيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له وغير مرتبط بسن معين. "غ. أ. ش، ملف رقم: 350942، قرار بتاريخ: 2006/01/04م، م. ق 2006م، العدد 1، ص 455".
- 2- متى أوجبت أحكام المادة "64" من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحاضنة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً

(1)- الموافقات، ج2/ص631، 632.

(2)- نص المشرع المغربي في المدونة في الفقرة الثانية من المادة "190" على أجل أقصاه شهر واحد بقوله: "يتعين البت في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهر واحد".

* ما ذكرته هنا هو مما نص عليه المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة "16" "وعلى القاضي في حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة بحاجاتها الضرورية بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ".

وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع، لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.

ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون. "غ. أ. ش، ملف رقم: 59784، قرار بتاريخ: 16/04/1990م، م. ق، لسنة 1991م، العدد 4، ص126".

3- إن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة⁽¹⁾.

"غ. أ. ش، ملف رقم: 245156، قرار بتاريخ: 18/07/2000م، ا. ق، ص188".

الملحوظ على هذه الأحكام القضائية المتعلقة بحق الزيارة أنها جاءت منسجمة مع مواد ق. أ. ج فيما يخص هذه الجزئية، ما لم يوجد سبب آخر يسقط الحضانة عنها⁽²⁾، كما ستأتي الإشارة إليه لاحقا.

4- إن الطاعة عندما سلمت البنيتين لأبيهما مؤقتا من وقت الطلاق سنة 1988م لعدم وجود سكن لممارسة الحضانة ولم تطالب بهما إلى سنة 1993م، أي بعد خمس

(1) - بشرط أن لا يضر بمصلحة المحضون وإلا سقطت، وهو ما أقرته محكمة جنوب القاهرة بهيئة الاستئناف بجلسة 17/01/1985م، وفيه أسقطت المحكمة الحضانة على الأم لاحترافها وظيفية، ومما جاء فيه: "ولما كان ما تقدم، وكان الثابت لهذه المحكمة في اطلاعها على وركات الدعوى الماثلة وما قدم من مستندات، وما استبان لهذه المحكمة من مناقشة البنت... فيها أن البنت المذكورة من مواليد 14 يونيو 1971م، ومن ثم تكون قد بلغت سن الحضانة المقررة قانونا وإن والدتها المستأنف عليها محترفة لعمل مساعدة طبيب بعيادة خاصة يجعلها تترك منزلها وابنتها المذكورة طوال النهار ولوقت متأخر من الليل، وإنها بذلك منصرفه عن شؤون البنت المذكورة من حيث تربيتهما الحسنة وتقويمها ورعايتها على النحو الذي تقتضيه مصلحتها ومنفعتيها، كما أنها تسيء معاملتها وإهمالها، وأن والدها المستأنف عليها يحسن معاملتها، ويرعى شؤونها، ومن ثم فإن المستأنف عليها بهذه المثابة لا تكون أهلا للحضانة"، وهو ما أقره القضاء الليبي، طعن شرعي رقم: 24/14 ق، جلسة 19/01/1978م، س14، ع5، ص30، أبريل 1970م، قانون الزواج والطلاق الليبي معلقا عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، ص137.

* وانظر في هذا الصدد أيضا قرار المجلس الأعلى المغربي عدد: 33 بتاريخ: 10 فبراير 1975م، والذي جاء فيه: "وحيث إن الحاضنة إذا زولت وظيفة من الوظائف الإدارية أو التعليمية التي لا تستغرق إلا جزءا من يومها، لا يقوم بها مانع يمنعها من القيام بشؤون المحضون، وأن القول بخلاف هذا ادعاء لا تصدقه حالات الناس اليومية...."

قرار غير منشور، أشار إليه محمد الأزهر في شرح مدونة الأسرة ص247، 248، نقلا عن محمد الكشور "ملاحظات حول التطبيق في مدونة الأسرة" جريدة صوت الناس، العدد 55، بتاريخ 14 فبراير 2006م، ص8، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، ص475.

(2) - وهو ما أقرته المحكمة العليا "عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية".

"غ. أ. ش، ملف رقم: 274207، قرار بتاريخ: 03/07/2002م، م. ق لسنة 2004م، العدد 1، ص270".

سنوات، فإن طعنها استوجب الرفض اعتبار لمصلحة المحضون. "غ. أ. ش، ملف رقم: 134951، قرار بتاريخ: 1996/05/21م، م. ق لسنة 2007م، العدد 2، ص 86".

5- متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها، ولما ثبت أن الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب ما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة⁽¹⁾.

"غ. أ. ش، ملف رقم: 33636، قرار بتاريخ: 1984/06/25م، م. ق لسنة 1989م، العدد 3، ص 45".

مما يمكن ملاحظته على هذين الحكمين أنه في الحكم الأول منهما بيّن القضاء أسباب السكوت عن المطالبة بالحضانة، وحكم بعدم أحقية الطالبة بها مرة أخرى بعد زوال العذر، نظرا لكون المحضون ألف الحاضن الأول، وفي تغييره - الحاضن - وإعادته للمطالب به ضرر عليه، وبالتالي من المصلحة الإبقاء عليه عنده جريا على الأصل، وإبقاء ما كان على ما كان، لكن مما يؤخذ على هذا الحكم أنه لم يلزم الزوج بتوفير المسكن أو دفع أجرته وفق ما ينص عليه القانون في المادة "72" مما دفع بالحاضنة إلى التنازل عن حقها بالرغم من حاجة المحضون إليها، وهو عين التعسف، ومن أجل تدارك هذا النقص نص المشرع في التعديل الجديد بالأمر رقم: 2/5/ المؤرخ في 27 فبراير 2005م على إمكانية بقاء الزوجة في مسكن الزوجية إلى أن ينفذ الزوج الحكم القضائي المتعلق بتوفير المسكن.

أما الحكم الثاني فإنه لم يبين فيه أسباب عدم المطالبة بالحضانة، وإنما اعتمد في حكمه على مضي السنة فقط، وهذا فيه تعسف في تطبيق القانون؛ لأن الواجب أن يكون حكمه مرنا وفق ما تقتضيه المصلحة دون التمسك بحرفية النص، مما يعرض حكمه

(1) - وهو ما أقره القضاء الليبي: "قرر الفقهاء أن الحق في طلب الحضانة أو إسقاطها يسقط بالسكوت عليه سنة من تاريخ العلم بقيام سببه، ويختلف الأمر في هذا العذر الذي يقوم بالحاضن ويترتب عليه سقوط الحق في الحضانة، فإن كان قد أدخله على نفسه فلا تعود إليه الحضانة بعد زوال العذر، وإن كان لا دخل له فيه تعود الحضانة للحاضن بعد زوال العذر". طعن شرعي رقم: 1/16ق، جلسة 1970/03/29م، س 6، ع 4، ص 66، يوليو 1970م.

* إن الحق في طلب إسقاط الحضانة يسقط بسكوت من له الحق فيها مدة سنة كاملة من يوم علمه بقيام سببه. طعن شرعي، 7، 20/8 ق، جلسة 1974/01/31م، س 10، ع 3، ص 19، أبريل 1974م، راجع: قانون الزواج والطلاق الليبي معلقا عليه بأحكام القضاء وشرح الفقهاء، ص 128 وما بعدها.

للقض، إلا إذا كان سببه مراعاة مصلحة المحضون، لكن كان الأولى أن يصرح به في حكمه؛ لأن القضية محل نزاع، فلا بد أن تكون الأسباب التي تبني عليها الأحكام واضحة، حتى تسلم من المعارضة والطعن وتلقى القبول والرضا لدى الطرف الآخر؛ لأن تصرفه منوط بالمصلحة مع مراعاة الليونة في التطبيق.

6- من الثابت قانوناً أن للحاضنة الحق في المسكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة. "غ. أ. ش، ملف رقم: 339617، قرار بتاريخ: 2005/07/13، ن. ق، العدد 63، ص 343"⁽¹⁾.

7- إن قضاة الموضوع أخطأوا لما أشاروا في قرارهم إلى أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، وأن المادة "72" من قانون الأسرة لا يوجد بها هذا الشرط. "غ. أ. ش، ملف رقم: 112705، قرار بتاريخ: 1994/01/29م، م. ق لسنة 1995م، العدد 1، ص 140".

8- إن المادة "72" من قانون الأسرة لم تشترط وجود عدد من الأولاد المحضونين كي تستحق الحاضنة مسكناً تمارس الحاضنة به أو مبلغاً مالياً بدله. وأن الطاعن الذي ادعى أن لمطلقة ولها يقبل إيواها هي ومحضونها كان عليه أن يثبت ما يدعيه. "غ. أ. ش، ملف رقم: 348956، قرار بتاريخ: 2005/11/16م، م. ق لسنة 2005م، العدد 2، ص 425".

إن قضاة الموضوع بهذا الحكم يكونوا قد تعسفوا في فهم وتطبيق القانون كما هو وارد في نص الحكم؛ لأنه ليس هناك ما يشير إلى تعدد المحضون، حتى يتسنى للحاضنة المطالبة بالمسكن، فلا ندري الأساس الذي بنوا عليه حكمهم، فهل تترك الحاضنة ومحضونها يفترشون الأرض ويلتحفون بالسماء في ظل هذا الفهم القاصر، فيكونا بذلك عرضة لكل الآفات الاجتماعية، بل إنهما وغيرهما يشكلون عبئاً كبيراً على الدولة في رعايتهم والذود عنهم وصيانتهم من هذه المخاطر، ولهذا تم نقض حكمهم للقصور وعدم التأسيس.

(1)- راجع حكم محكمة الاستئناف بمكناس، قرار عدد 3519، بتاريخ: 2006/11/22م، المجلة القانونية، العدد 1 لسنة 2008م، ص 173، نقلاً عن محمد الأزهر، ص 242، مرجع سابق، طعن شرعي ليبي رقم: 38/1، جلسة 1991/05/8م، راجع: قانون الزواج والطلاق الليبي معلقاً عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، ص 149.

يضاف إلى هذا أن تعدد الأنفس وانفرادها لا يؤثر في الأحكام، إذ كل نفس يطلب صيانتها وحفظها على حدة، ومن ثم وُجِدَ حكم التماثل، وهو أخذ الجماعة بالواحد في القصاص، وبتتبنا للأحكام القضائية وجدنا حكماً قضائياً ينص على:

أ- السكن حق للمحزون حتى ولو كان المحزون وحيداً؛ لأنه من عناصر النفقة.

"غ. أ. ش، ملف رقم: 276760، قرار بتاريخ: 2002/03/13م، م. ق لسنة 2004م،

العدد 1، ص 274".

ب - متى قَدَّمَ الطاعن أمام القضاة محضر إثبات حالة موقع يوضح فيه بوجود شقة منعزلة ولانقطة لممارسة الحضانة وخصصها للمطعون ضدها وابنها، فكان على قضاة الموضوع أن يحكموا على الطاعن بتخصيص هذا السكن للحاضنة بدلاً من أن يخيره بتخصيص المسكن أو بدل الإيجار. "غ. أ. ش، ملف رقم: 474255، قرار بتاريخ: 2009/01/14م، م. ق لسنة 2009م، العدد 2، ص 267"

إن ادعاء الطاعن أن لمطلقة وليا يقبل إيواها هي ومحزونها من غير بينة واضحة ما هو إلا تملص من المسؤولية؛ لأن الإيواء يطالب به الزوج أو من ينبيه عنه متى توفرت أسبابه، ومن المعلوم أن نفقة الحاضنة لا تعود عليه - الولي - فمن باب أولى في زعمه توفير المسكن لها ولمحزونها بحكم قضائي، فالزوج بهذا المنطق يكون قد تعسف لعدم تقديره للأمور حق قدرها، مما عرض ادعاءه للإبطال والنقض لعدم التأسيس، وهو ما أقره القضاة في واقعة أخرى شبيهة بها في حكمهم القضائي: "إقامة الحاضنة عند أهلها لا يسقط الحق في مطالبة الوالد بالسكن أو بأجرته." "غ. أ. ش، ملف رقم: 282052، قرار بتاريخ: 2002/05/08م، م. ق لسنة 2004م، العدد 1، ص 276".

ويرجع سبب هذا الحكم وما ذكرناه إلى كون المسكن المذكور عرضة للتقلبات الأسرية، سواء بالبيع أو الإيجار أو يصبح ميراثاً، ولا يخفى على ذي لب ما يقع في هذا الشأن، فكيف بنا نضع الحاضنة والمحزون في هذا الوضع الصعب اتكالا على ملك الغير، وهذا يتنافى مع المقاصد الشرعية؛ لعدم انضباطه.

ومن أجل دفع هذا التضارب بين الأحكام القضائية في نفس الموضوع، اقترحنا في التوصيات في آخر الرسالة إنشاء بنك معلوماتي يستأنس به في معالجة الأحكام ذات الشأن الواحد لسببين:

السبب الأول: تسهيل عملية إنهاء الأحكام القضائية في أقصر مدة ما دامت الحثيات متشابهة أو نفسها؛ لأن النتائج تنبئ على المقدمات، وبالتالي نقضي على البيروقراطية في معالجة القضايا.

السبب الثاني: التناسق بين الأحكام القضائية ذات الموضوع الواحد في ظل التطور الذي تشهده وزارة العدل من أجل تقريب المواطن من الإدارة والقانون وإطلاعه على حيثياته؛ حتى يتسنى له معرفة حقوقه وواجباته، وهو ما تقوم به القنوات التلفزيونية والإذاعية، وكذا المؤسسات التربوية وجمعيات المجتمع المدني، تحت شعار تكريس دولة القانون.

9- يمكن إسناد حضانة الأبناء للأُم المقيمة خارج إقليم الجمهورية مراعاة لمصلحتهم.
"غ.أ. ش، ملف رقم: 426431، قرار بتاريخ: 2008/03/12م، م. ق لسنة 2008م، العدد 1، ص 271".

- تسقط الحضانة بسبب بُعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر. "غ.أ. ش، ملف رقم: 273526، قرار بتاريخ: 2001/12/26م، م. ق لسنة 2004م، العدد 1، ص 264".

- متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثمَّ فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يُعدُّ قضاء مخالفا للشرع والقانون⁽¹⁾. "غ.أ. ش، ملف رقم: 59013، قرار بتاريخ: 1990/02/19م، م. ق لسنة 1991م، العدد 4، ص 117".

(1)- هذا الحكم القضائي محل نظر، فكون الأم الحاضنة تقيم في بلد أجنبي بعيدة عن رقابة الأب أو من يحل محله قرينة كافية لإسقاط حقها في الحضانة ما لم يتعضد ذلك بقرائن أخرى، قضاء غير سديد، بل فيه تعسف في فهم وتطبيق المادة 62 " من ق . أ . ج، وقد سبق بيان ذلك أثناء المعالجة القانونية للمواد المتعلقة بهذا الشأن، وهو خلاف ما أقره المقنن الكويتي في المادة "192"، والليبي في المادة "64" حيث أنهما أقرتا مبدأ حق استحقاق الأم غير المسلمة - الكتابية- للحضانة مع بعض التفاصيل والقيود راجع: ه/2، ص 297 من هذه الرسالة.

10- إن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا، ذلك أن الأم لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر أيضا على كبح جماح المحضون ومراقبته وتربيته النظيفة⁽¹⁾. غ. أ. ش، ملف رقم:31997، قرار بتاريخ:1984/01/09م، م. ق لسنة 1989م، العدد 1، ص73 ."

- إن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مراعاة لمصلحة المحضون، وأن قضاة الموضوع عندما قضوا بإسناد حضانة الأبناء للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون.

" غ. أ. ش، ملف رقم:171684، قرار بتاريخ:1997/09/30م، ا. ق ، ص169."

- إن المادة"67" من قانون الأسرة قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون، وأن مصلحة البنت المحضونة " س" تقتضي بقاءها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة، لم تستغن عن خدمة النساء، وأن قضاة المجلس عندما قضوا بتأييد الحكم المستأنف فيه بإسنادهم حضانة البنت " س" لأمها رغم ارتكابها لجريمة الزنا طبقوا صحيح القانون. " غ. أ. ش، ملف رقم:564787، قرار بتاريخ:2010/07/15، م. ق لسنة 2010م، العدد2، ص262."

هذه الأحكام ونظيراتها في الموضوع الواحد تنبئ عن نفسها أنها متضاربة فيما بينها؛ لأن التكييف القضائي للقضية يختلف بحسب الحيثيات وقناعة القاضي بها، ومن الحيف أن تزر وزارة وزر أخرى إذ كيف به يحرم الجدة لأم من رعاية حفيدتها بسبب سوء أخلاق ابنتها - أم المحضونة - اللهم إلا إذا كانت تعيش معها تحت سقف واحد مخافة أن تؤثر على سلوكياتها، فتسقط حضانتها احتياطاً، ففي هذه الحالة يكون الحكم صائبا، وذلك من باب الاحتراز⁽²⁾؛ لأن أم الأم- الجدة - غير مسؤولة عن تصرفات ابنتها، وإن وجد من المذاهب الفقهية⁽³⁾- المذهب المالكي- من يرى أن من انتقلت إليها الحضانة وسكنت مع من سقطت

(1)- انظر أيضا: قرار المجلس الأعلى المغربي، عدد:20 بتاريخ:2009/01/14م، مجلة القصر، عدد:24 لسنة 2009م، ص155، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد: 72، ص96، سنة 2010م.

(2)- وهو ما أقره المقنن الليبي في الفقرة (أ) من المادة"67" "لا تسقط الحضانة بسكنى من له الحق فيها مع من سقطت حضانته، إلا إذا كان هناك ضرر للمحضون"، وهو تشريع حسن.

(3) - راجع الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج/2ص527، الخرشى على مختصر خليل، ج/4ص208، تبيين المسالك ج/3ص257.

حضانتها كالجدة مع الأم في هذه الصورة، فلاحق لها مادامت تسكن معها، سواء كانت متزوجة بمحرم للمحزون أم لا، ومع هذا فإن القضاء لم يعتبر هذا التفصيل، وإنما اكتفى بجعل العلة في سقوطها عن أم الأم- الجدة - فساد أخلاق الأم- البنت- دون قيد أو شرط، وهو عين التعسف في فهم أو التعامل مع آراء الفقهاء، ومن الأحكام الصائبة في هذه النقطة الحكم الثاني منها؛ لأنه لا يؤمن جانب الأم من تعويد الصغار على سوء الأخلاق، وهي المصلحة العظمى، ومن أجل دفع هذا التناقض أو التضارب في الأحكام القضائية لا بد من إعادة النظر في الآليات التي تتم بها العملية، حتى نصل إلى عولمة القضاء الجزائري، تسهيلا على القضاة والمتقاضين.

11- إن قضاة الموضوع الذين أسندوا حضانة الأبناء للحاضنة الفاقدة للبصر، والتي تُعدُّ عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها خالفوا القواعد الفقهية، ذلك أن المريض والأعمى والأصم والأخرس والمقعّد لا حضانة له⁽¹⁾. "غ. أ. ش، ملف رقم: 33921، قرار بتاريخ: 1984/07/09م، م. ق لسنة 1989م، العدد4، ص76"

- للقاضي أن يستعين بتقرير المساعدة الاجتماعية في حالة ما إذا لم يتمكن من التحقق من مصلحة المحزون من أجل إصدار حكمه. "غ. أ. ش، ملف رقم: 330566، قرار بتاريخ: 2005/05/18م، م. ق لسنة 2005م، العدد1، ص301."

وتأسيسا على هذه الأحكام يجب على الحاضن أن يكون أهلا للقيام بشؤون المحزون من مأكّل وملبس وعلاج وصيانته من كل مكروه، وما فيه ضرر عليه مع النصح له.

(1)- راجع في هذا أيضا: القضاء في الأحوال الشخصية، لأحمد نصر الدين الجندى، ص547، ط(1992م)، دار الحديث للطباعة: القاهرة، مصر.

*خالف القضاء المصري القضاء الجزائري في هذه الجزئية، حيث لم يعتبر العمى وحده سببا كافيا للمطالبة بإسقاط الحضانة في القرار: 43/1023، أمبابة، م. س271/15، والذي ورد فيه: "ليس فيما يشترط الفقهاء في الحضانة الإبصار، فلا يقبل الطعن بأنها فاقدة البصر، متى توفرت فيها صفات الأمانة والقدرة على تربية الصغير والمحافظة على مصلحته...". راجع مجد الأزهر، ص247، مرجع سابق.

الباب الثاني: حالات التعسف في النيابة الشرعية،

وفيه فصلان

الفصل الأول: التعسف في الولاية

الفصل الثاني: التعسف في الوصايا والكفالة

الفصل الأول: التعسف في الولاية، وفيه مبحثان

المبحث الأول: الأهلية

المبحث الثاني: الولاية على الصغير

المبحث الأول: الأهلية، وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: تصرفات ناقص الأهلية

المطلب الثاني: تصرفات فاقد الأهلية

المطلب الثالث: الحـجـر

بما أن الإنسان كائن حي يعتره ما يعترى بقية المخلوقات، فإنه يكون بالتالي عرضة للعوارض الأهلية التي تترتب عليها بعض الأحكام، وذلك لعدم تمحصها الخاص، لما لها من ارتباط بالآخرين، ولهذا لا بد من اتصافه ببعض الصفات تجعله أهلاً لقبول الأحكام الشرعية. والأهلية في الحقيقة تتنوع إلى نوعين إجمالاً، أهلية وجوب وأهلية أداء.

أولاً: أهلية الوجوب: هي "صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق له وعليه"⁽¹⁾، بمعنى أنه كما تثبت له حقوق، ومن ثمَّ يحق له المطالبة بها، تجب عليه أيضاً التزامات وحقوق للآخرين، وفي ذلك عدل وإنصاف، حتى يعرف أو يدرك المرء قيمة الحق الذي ثبت له، وأقره الشرع له أو عليه؛ لأن الإحساس بالشيء لا يشعر به الإنسان إلا بفقدانه أو بمقابله ما وجب عليه، وكما قيل تتمايز الأشياء بأضدادها.

ثانياً: أهلية الأداء: هي "صلاحية الإنسان لأن تصدر منه أفعال يُعتدُّ بها شرعاً"⁽²⁾، أي أن هذا الشخص أهل لأن يُعتدَّ بتصرفاته وممارسته لحقوقه، ومن ثمَّ نفاذها عليه ومؤاخذته بها، وما ذكرته إنما هو على سبيل الإجمال، وقد سبقت الإشارة إليه، وإلا فإن كلاً منهما تنقسم إلى قسمين: أهلية ناقصة، وأهلية كاملة، وهو ما أعرض له بالبيان في المطالب الآتي ذكرها.

المطلب الأول: تصرفات ناقص الأهلية وفيه فرعان.

الفرع الأول: عوارض الأهلية.

يُعدُّ ناقص الأهلية سواء بسبب صغر السن، أو عدم رجاحة العقل واكتماله وسلامته من العوارض المؤثرة في ممارسة الحقوق، بحيث يتوقف إمضاؤها على مدى نفعها لصاحبها، سواء من الولي، أو الوصي، أو الحاكم، أو مقدمه لأجل عوارض الأهلية الموجبة للنظر للمصلحة.

الناظر فيما ذهب إليه الفقهاء يجدهم قسموا هذه العوارض إلى خمس مراتب مرتبطة بمراحل تطور الإنسان⁽³⁾.

المرحلة الأولى: الجنينية: وهي التي يكون فيها الإنسان أهلاً لوجوب بعض الحقوق له، وتسمى بأهلية الوجوب الناقصة.

(1) - شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، لعبد الله السوسي التتاني، ج4/ص24، ط1، (1436هـ/2015م)، النجاح الجديدة: الدار البيضاء، المغرب.

(2) - المصدر السابق الموضوع نفسه.

(3) - راجع المصدر السابق، ج4/ص25، 24، شرح قانون الأحوال الشخصية، مصطفى السباعي، ج2/ص11، 10.

المرحلة الثانية: ما قبل التمييز إلى سن البلوغ: وهي التي يكون فيها الإنسان أهلاً لثبوت الحق له وعليه، وتسمى بأهلية الوجوب الكاملة.

المرحلة الثالثة: ما بعد التمييز إلى سن البلوغ: وهي التي يكون فيها الإنسان أهلاً للوجوب أيضاً والأداء، إلا أن أهليته للأداء تكون ناقصة نظراً للعارض.

المرحلة الرابعة: ما بعد البلوغ إلى سن الرشد المالي: وهي التي يكون فيها الإنسان مكلفاً بالأحكام الشرعية قابلاً لبعض أنواع الالتزامات، وله أهلية الأداء الكاملة، ما عدا فيما يتعلق بالجانب المالي، فإن كانت تصرفاته نافعة له صحت، وإن كانت ضارة أبطلت، وإن ترددت بينهما توقف إمضاءها على وليه، بصرف النظر عن كنهه.

المرحلة الخامسة: طور الرشد المالي: وهي التي يكون فيها الإنسان صالحاً لجميع الالتزامات مع الاعتداد بكل أنواع الأفعال الصادرة منه، دون توقفها على إذن أحد، وهي ثابتة له إلى الوفاة، وتسمى بأهلية الأداء الكاملة.

الفرع الثاني: الفرق بين هذه العوارض والآثار المترتبة عليها.

مما سبق ذكره يتضح لنا جلياً أن أهلية الوجوب ثابتة في جميع المراحل السالف ذكرها؛ لأنها مرتبطة بوجود الإنسان لا بصفته، بخلاف الأداء فإنها مرتبطة بالحالة التي يكون عليها الإنسان، فهي تدور بين الوجود والعدم، والنقصان والكمال، والذي يعيننا هنا في هذه الدراسة هو المرحلة الثالثة والرابعة، والتي يكون فيها الإنسان مميزاً وعارفاً بما يقوم به من أفعال وتصرفات، أما المرحلة الأخيرة فهي مرحلة الكمال التي يكون فيها المرء قد استجمع جميع المقومات المؤهلة للالتزام والاعتداد بكل ما صدر منه، لكونه قد أصبح إنساناً كاملاً، ولا تُزال عنه إلا إذا وجد عارض كالسفه، فيحجر عليه بمقتضاه، وهو ما نتعرض له بالبيان في المطلب الثالث من هذا الفصل.

تُعَدُّ المرحلة الثالثة وما بعدها من أهم مراحل تكوين الإنسان؛ لأنه يستطيع معرفة النافع من الضار والقبيح من الحسن، وما إلى ذلك، بل يُستَدَلُّ بها على مدى فطنته وذكائه ورجاحة عقله في المستقبل.

وما دام أنه ثبتت له بعض الحقوق أو كلها فإنه يطمح إلى استعمالها بصرف النظر عما يترتب عليها، والذي يعيننا أكثر هنا هو ما يتعلق بجانب التبرعات، أو المعاوضات المالية؛ لأنه قد يترتب عليها بعض الأضرار، ومقتضى الفقه يلزم النظر فيها، فإن ترددت بين النفع

والضرر أو تمحضت له امتنع إقراره عليها، ولو رضي بذلك وليه؛ لأن المال عصب الحياة، وبه قوام الناس، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا﴾⁽¹⁾، أي بها يكون معاشهم، يضاف إليه وجود شبهة للغير فيه، سواء كان الولي أو أحد ورثته، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽²⁾، ويدل على ما ذكرناه أنه إذا أتلّف شيئاً ما وجب عليه العوض في ماله إن كان له مال أو أتبع به وإلا التزم به وليه، والدليل على ذلك القسامة، فإن العاقلة تتعاون فيما بينها من أجل دفع الدية، قال الله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾⁽³⁾، وسيأتي مزيد الحديث عنه في آخر هذا المبحث، لما بين هذه المطالب الثلاثة من ترابط وثيق فيما بينها، منعا للتكرار.

لكن هناك إشكالية تعترض ولي الصبي بصرف النظر عن صفته- أي كونه أبا أو وصيا، أو مُقَدِّمًا- وهي ما إذا كان التصرف من الصبي مبناه الإذن أو الترشيد المسبق، فهل يحق لمن أذن له أو رشده أن يمنعه من مزاولته ما أذن له فيه قبل البلوغ، أمّا بعده فلا إذن إذا وجد موجبه أو سببه أم لا يحق له؟ اختلف الفقهاء في ذلك، وهو ما نتعرض له في المطلب الثالث من هذا المبحث.

أما المعتوه، وهو الذي به ضعف في عقله فإن تصرفاته تشبه تصرفات العقلاء أحيانا، وتصرفات المجانين أحيانا أخرى، وبناء عليه فإن كان العته فيه شديدا ألحق بالمجانين، وإن كان خفيفا ألحق بالصبي المميز⁽⁴⁾، وسبب هذا الإشكال اختلاف الفقهاء في تفسير مدلوله، قال الزيلعي: "واختلفوا في تفسيره اختلافا كثيرا، وأحق ما قيل فيه هو ما كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون"⁽⁵⁾، وقيل: "ضعيف العقل"⁽⁶⁾.

(1)- الآية (5) من سورة النساء.

(2)- الآية (6) من سورة النساء.

(3)- الآية (6) من سورة الأحزاب.

(4)- راجع شرح قانون الأحوال الشخصية، للسباعي، ج2/ص9، 10، 12، 22، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، عبد الله التتاني ج4/ص38.

(5)- شرح الكنز، للزيلعي، ج5/ص191، ط3 (1313هـ)، الأميرية: القاهرة، مصر.

(6)- الشرح الكبير على مختصر خليل، ج2/ص176، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج3/ص112.

* عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة "945" بأنه "هو الذي اختل شعوره بأن كان فهمه وكلامه مختلطا، وتدبيره فاسدا".

- عرفته مدونة الأسرة المغربية في المادة "216" بأنه "الشخص المصاب بإعاقه ذهنية، لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته".

نستخلص من هذا كله أن المعتوه هو ما كان به خلل في عقله استوجب التحفظ على بعض تصرفاته إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، أو إبطالها إذا تمحضت للضرر، لا إن كان فيها مصلحة له، وبهذا يكون في أحكامه كالصبي المميز.

المطلب الثاني: تصرفات فاقد الأهلية وفيه فرعان.

يُعد الشخص مسلوب الإدارة إذا كان متصفاً بواحدة من:

1- فقدان العقل، والموسوم بالجنون.

2- ما قبل سن التمييز.

الفرع الأول: تصرفات فاقد العقل بسبب الصغر قبل سن التمييز.

فقدان العقل وعدم بلوغ سن التمييز يعدان من الأسباب السالبة للإرادة، فلا تُسَلَّم إليهما أموالهما ولا يتصرفان فيها تصرف العقلاء، لكون الموصوف بإحدهما غير قادر على التمييز بين الضرر والنفع، والخير والشر إلا نادراً، والمعروف أن الأحكام تكون للغالب الأعم لا للناذر منها، فلا حكم له، وبالتالي فإن تصرفاتهما تكون باطلة، رعاية لمصالحهما وحفظاً لأموالهما.⁽¹⁾

الفرع الثاني: تصرفات فاقد العقل بسبب الجنون.

من المعلوم أن المجنون إما أن يكون جنونه مطبقاً، أي يستغرق الزمن كله، ويسمى بالمغلوب، فهذا تسري عليه أحكام الصبي غير المميز لفقدان عقله، ولقوله ﷺ فيما رواه عنه أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - عن النبي ﷺ قال: "رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق" وفي رواية: "عن المبتلى حتى يبرأ"⁽²⁾.

وجه الاستدلال من الحديث:

دل الحديث بمنطوقه غير الصريح وعمومه على عدم مؤاخذه المجنون فيما فعل من جهة رفع الإثم، لا الضمان فيما أتلّف فإنه يلزم في ماله إن كان له مال، وإلا أتبعته ذمته بذلك إلى

(1) - راجع بدائع الصنائع، ج7/ص274.

(2) - سنن النسائي، كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، ج6/ص468، ح/3432، أبو داود، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق، أو يصيب حداً، ج4/ص137، ح/4403، 4398، الترمذي، أبواب الحدود عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، ج3/ص93، ح/1423، ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه، والصغير، والنائم، ج1/ص658، ح/2041، الدارمي، كتاب الحدود، باب رفع القلم عن ثلاثة، ج2/ص171، المسند، ج41/ص224، ح/24694، ص231، 232، ح/24703، ج42/ص51، ح/25114، الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان، كتاب الإيمان، باب التكليف، ج1/ص355، ح/142، المستدرک، كتاب البيوع، ج2/ص67، 68، ح/2350.

ميسرة، أو وجب على وليه؛ لأن أموال الناس ودماءهم معصومة، هذا هو معنى الرفع، وهو عدم المؤاخذة لا الرفع؛ لأن الساقط أو الواقع لا يمكن رفعه، وهو من قبيل دلالة الاقتضاء⁽¹⁾. أما إن كان غير مطبق بحيث يفيد أحيانا ويجن أحيانا أخرى، فإنه حال إفاقته يعامل معاملة العقلاء، وفي حال جنونه يعامل كالصبي غي المميز، لفقدان عقله الذي هو مناط التكليف. ويرى بعض الفقهاء أن هذا التفصيل السالف ذكره يكون في حق من كان في جنونه وإفاقته منتظما، لا إن كان غير ذلك، فيعامل حال إفاقته كالصبي المميز، وحال جنونه كالصبي غير المميز لعدم الضبط، وهو توجيه حسن، رعاية لمصلحته وعملا بالأحوط، إقامة للمنظمة مقام المنة؛ لأننا لا ندري متى يفيد ومتى يُغلب على عقله، وهل ما فعله كان أثناء إفاقته أم جنونه⁽²⁾.

المطلب الثالث: الحجر وفيه خمسة فروع.

يرجع سبب تخصيص موضوع الحجر وما ينطوي عليه بمطلب مستقل مع أن أحكامه لا تختلف كثيرا عما سبقه، إلا أنني آثرت إفراده لما له من أهمية بالغة، نظرا لوجود الشبهة فيه، إذ كيف بإنسان أُذن له في التصرف في ماله وممارسة جميع حقوقه أو أكثرها، ثم يحجر عليه بسبب سوء تصرفه، إما استصحابا للأصل إذا كان ذلك قبل البلوغ وعدم أنس الرشد منه انتهاء، أو لطارئ ما بعد أن كان كامل الأهلية أداء وإيجابا، وفي ذلك إهدار لكرامته الأدمية. لكن قبل الشروع في بيان أحكامه لابد من الوقوف على حقيقته؛ لأن الحكم عن الشيء فرع عن تصوره.

الفرع الأول: مفهوم الحجر.

1- تعريفه لغة: الحجر مثلث الحاء: أي المنع، ومنه حجر عليه القاضي يَحْجُرُ حجرا إذا منعه من التصرف في ماله، ومنه أيضا حجر القاضي على الصغير والسفيه إذا منعهما من التصرف في مالهما، وقيل: أصل الحُجْر في اللغة ما حجرت عليه أي منعت من أن يوصل إليه، وكل ما منعت منه فقد حَجَرْت عليه، وكذلك حجر الحكام على الأيتام منهم⁽³⁾.

(1) - هي دلالة الكلام على معنى يتوقف على تقديره صدق الكلام أو صحته عقلا أو شرعا. راجع: تشنيف المسامع بجمع الجوامع، لتاج الدين السبكي، ج1/ص338، ت. ق: عبد الله ربيع، سيد عبد العزيز، ط2(1418هـ/1999م)، قرطبة: القاهرة، مصر، معجم مصطلح الأصول، هيثم هلال، ص 144، 145، مراجعة وتوثيق: محمد التنوحي، ط1(1424هـ/2003م)، دار الجيل: بيروت، لبنان.

(2) - راجع شرح قانون الأحوال الشخصية، للسباعي، ج2/ص21، 22.

(3) - لسان العرب، باب الحاء، مادة حجر، ج2/ص331، القاموس المحيط، باب الحاء، فصل الحاء، مادة حجر، ص371، 373،

مختار الصحاح، باب الحاء، ص109، المعجم الوسيط، باب الحاء، ص157.

2- تعريفه شرعا: عرف بعدة تعريفات منها:

- 1- منع المالك من التصرف في ماله لمنفعة نفسه أو غيره⁽¹⁾.
- 2- صفة حكيمة توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بماله⁽²⁾.
- 3- منع الإنسان من التصرف في ماله⁽³⁾.

بالنظر في هذه التعريفات اللغوية والشرعية ألاحظ أن هناك قاسما مشتركا بينهما، وهو منع الشخص من التصرف فيما له حق فيه من أموال وغيرها حفظا لممتلكاته، غير أن تعريف ابن عرفة أدق؛ لأنه جعل المنع مرتبطا بوجود الصفة الحكيمة غير القطعية للتقدير، ولا يكون ذلك إلا بحكم من القاضي لعدم انضباطها⁽⁴⁾، ضف إلى هذا أن الحجر من الأمور المختلف فيها، ولكون سببه أيضا أمرا خفيا يحتاج إثباته إلى الاجتهاد وإعمال النظر واختبار شأنه، ولوقوع التنازع فيه بين الحاجر والمحجور عليه، فحكم القاضي يرفع الخلاف⁽⁵⁾.

قال سحنون: "ويحجر على البالغ السفه في ماله وإن كان شيخا ولا يتولى الحجر إلا القاضي، قيل: فصاحب الشُّرط؟ قال القاضي أحب إلي⁽⁶⁾، قال القاضي عياض تعليقا على "أحب" ها هنا على الوجوب، وقد قال شيوخنا: إن الحجر مما يختص به القضاة دون سائر الأحكام؟ لأنه أمر مختلف فيه، فيحتاج إلى نظر واجتهاد"⁽⁷⁾.

(1)- مواهب الجليل، للحطاب، ج6/ص631، 632، الذخيرة، للقرافي، ج8/ص229، ت. ق: محمد حجي، ط1/1994م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان.

(2)- شرح حدود ابن عرفة، للرصاص، ج2/ص419، ت. ق: محمود أبو الأجنان، الطاهر المعموري، ط1/1993م)، دار الغرب الإسلامي : بيروت، لبنان.

(3)- الإقناع لطالب الانتفاع، ج2/ص387.

(4)- خلافا لمحمد بن الحسن الحنفي الذي يرى بأن الحجر يقع مباشرة بنفس السفه من غير الحاجة إلى حجر القاضي، وارتقاعه يكون بضده وهو رشده، وهو رأي الإمام الشافعي، والجعفرية أيضا راجع: بدائع الصنائع، ج7/ص273، 278، 279، الروضة البهية، ج1/ص361، المعونة، ج2/ص1175، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، ج10/ص304، ط3(1417هـ/1997م)، م/ الرسالة: بيروت، لبنان.

(5)- راجع المعونة، ج2/ص1175، بدائع الصنائع، ج7/ص272، المغني، ج4/ص525، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج10/ص304.

(6)- تهذيب المدونة، ج3/ص251.

(7)- التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، للقاضي عياض، ج3/ص1688، ت. ق: عبد النعيم حميتي، ط1 (1432هـ/2011م)، دار ابن حزم: بيروت، لبنان، مواهب الجليل، للحطاب، ج6/ص642.

الفرع الثاني: أنواع المحجور عليه.

المحجور عليه على ثلاثة أضرب:

الضرب الأول: المحجور عليه غير البالغ بعد الإذن.

الضرب الثاني: المحجور عليه بسبب بلوغه سفيهاً

الضرب الثالث: المحجور عليه بعد البلوغ والرشد بسبب طارئ من سفه، أو عته، أو

جنون، أو إفلاس، أو غفلة، أو مرض مفند متصل بالموت إلى غير ذلك.

الضرب الأول: المحجور عليه غير البالغ بعد الإذن.

يعتبر الإذن للصغير المميز قبل البلوغ وسن الرشد لإدارة شؤونه العامة والخاصة فكاً

للأغلال التي كانت عليه من قبل وليه، وتحريراً له من التبعية، وإحساسه بالرجولة، وفي

نفس الوقت إسقاط من الولي لحقه في الإشراف على الولد المأذون له في تسيير أحواله.

فهل يُعدُّ هذا الإذن إطلاقاً ليد المأذون له بحيث يتصرف كما يريد، ومتى وفيما شاء، أم أنه

مؤقت بزمان ومحدد بالمكان ومعين بالمعاملة؟ اختلف الفقهاء في ذلك بين موسع⁽¹⁾، ومضيق⁽²⁾.

لكن الذي يؤيده النظر الفقهي ويقبله العقل يقتضي التفصيل؛ حتى لا يترك الحبل على

الغارب، فيفعل المأذون له ما يشاء؛ لأن تصرفاته مهما يكن يعترئها بعض الخلل، منعا

للتعسف، ولا يقتصر الأمر على المحجور عليه، بل يتعداه أيضاً إلى البالغين المرشدين،

فيقع منهم ما يلحق بهم الضرر أحياناً، ولهذا رأينا فقهاء المذهب الموسع اختلفوا فيما بينهم

حالة الغبن الفاحش⁽³⁾، فأجازه أبو حنيفة؛ لأنه بالإذن رفع الحجر عنه، فأضحى كالبالغ

الراشد الذي تنفذ تصرفاته قولاً واحداً في المذهب، مع عدم إمكانية الحجر عليه مرة أخرى

(1) - راجع حاشية ابن عابدين، ج9/ص246، 247، 262 وما بعدها، بدائع الصنائع، ج7/ص275، 276، 277، ج8/ص9 وما بعدها، فتح القدير ج9/ص290، 310 وما بعدها.

(2) - راجع الشرح الكبير، ج3/ص294 وما بعدها، المعونة، ج2/ص1176، جواهر الإكليل، ج2/ص98، تبين المسالك، ج3/ص523، 524، المجموع، ج12/ص477، 478، مغني المحتاج، ج2/ص220، 221، 222، 223، 224، روضة الطالبين، ج2/ص251، 252، المغني، ج4/ص533، 534، الفروع، ج4/ص326، كشاف القناع، ج3/ص457، 458، الإقناع، ج2/ص414، 415، منتهى الإرادات، ج3/ص492...497، المحلى، ج8/ص324، 323، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ج4/ص103، 104، دليل القضاء الجعفري، ص195.

(3) - أما الغبن اليسير الذي يتغابن الناس فيه عادة فلا إشكال فيه، لعموم البلوى به، فيستوي في ذلك الأصحاء وغيرهم، واعتباره يؤدي إلى إحقاق العنت بالمكلفين، وهذا يتناقض مع مقاصد الشريعة التي مبناها رفع الحرج. راجع: المراجع السابقة عموماً، هـ(1، 2) من نفس

احتراما لأدميته، وخالفه في ذلك صاحباؤه - أبو يوسف، ومحمد بن الحسن - فلا ينفذ تصرفه عندهما؛ لأنه كالمتبرع، وهو لا يملك ذلك إلا بالإذن.

وإذا كان تصرف الصبي المميز مبناه الإذن فإن لوليه أو وصيه استرداده، ويكون ذلك حجرا مستأنفا عليه؛ لأن وليه ما أذن له فيه إلا لأجل مصلحة متوقعة أما وقد رأى من الخير له الحجر عليه مرة أخرى، سواء أوجب ما ينقض الإذن ويعود عليه بالبطلان إذ لا فائدة ترجى من إبقائه له أو إقراره عليه، نظرا للضرر الذي لحقه، والواجب عليه حمايته، يضاف إلى هذا عدم الطمأنينة إلى تكرار ذلك منه مرة أخرى، أم لم يوجب ما ينقضه، وإنما رأى وليه أن المصلحة تقتضي سحب الإذن منه لحصول المبتغى، وهو المخالطة، قال الإمام مالك: "إذا احتلم الغلام ذهب حيث يشاء إلا أن يخاف عليه فيُقصر حتى يؤمن أمره، ولأبيه تجديد الحجر عليه إن رأى خلا منه"⁽¹⁾.

لا يُعدُّ استخدام الصبي في قضاء الحاجات اليومية للبيت المعروفة الأسعار إذنا له بمزاولة التصرفات المالية التي تحتاج إلى مكايسة، لعدم انضباطها وتحديد أسعارها، وإنما تخضع للمساومة والمشاحة والمكايسة؛ لأن المراد منها هو الربح، بخلاف الاستخدام فإن القصد منه الاختبار، ومن بين الفروق بينهما أن الإذن عقوده متكررة، أما الاستخدام فهو السماح بإجراء عقد واحد⁽²⁾

الضرب الثاني: المحجور عليه بسبب بلوغه سفيها.

إذا بلغ الصغير سفيها حجر عليه استصحابا للأصل حتى يثبت رشده وإن بلغ من العمر ما بلغ، **وبه قال جمهور الفقهاء⁽³⁾ من المالكية والشافعية والحنابلة وصاحب أبي حنيفة**

(1) - أحكام القرآن، لابن العربي، ج1/ص321.

(2) - راجع الهداية وشرحي العناية والكفاية مطبوع مع فتح القدير، للكمال بن الهمام، ج7/ص219.

(3) - راجع المعونة، ج2/ص1172، تبيين المسالك ج3/ص516، حاشية الجمل على شرح المنهج، للجمل ج5/ص187، مغني المحتاج، ج2/ص222، 221، المهذب للشيرازي، ج2/ص132، المغني، ج4/ص511، 512، كشف القناع، ج3/ص443، 452، حاشية ابن عابدين، ج9/ص253، 254، فتح القدير، ج9/ص262، 261، بدائع الصنائع، ج7/ص275... 277، الروضة البهية شرح الممتع، ج4/ص106... 109، دليل القضاء الجعفري، ص204، الإشراف على مذاهب أهل العلم، لابن المنذر النيسابوري، ج1/ص128... 130، ت. ق. محمد نجيب سراج الدين، ط2(1414هـ/1993م)، دار الفكر: بيروت، لبنان، المحلي، ج8/ص323، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ج5/ص39، أحكام القرآن، لابن العربي ج1/ص322، 323، أحكام القرآن، للجصاص، ج1/ص62، 63.

والشيعة الإمامية والجعفرية والظاهرية، لقوله تعالى: ﴿وَاتْلُوا أَلْيَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهَمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁽¹⁾.
وجه الاستدلال:

أمر الله عز وجل الأوصياء باختبار الأيتام في أموالهم ابتداءً، وهذا لا إشكال فيه، وإنما يمكن أن يعترض علينا بأن ذلك خاص بالأيتام دون غيرهم، وكلامنا عن الصغير الذي بلغ سفيهاً أقول: العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما يقول الأصوليون، ومع هذا يرجع سبب التنصيص على الأيتام دون غيرهم؛ لأنه مظنة التعسف في حقهم من قبل الأوصياء، فأرشدهم إلى ذلك إقامة للمظنة مقام المئنة، بخلاف الأب مع ولده الصغير فإن الشبهة عنه مندفعة، فهو يحنو عليه بحكم الأبوة، فلا يحتاج إلى التنبيه؛ لأنه يعمد إلى الإصلاح في المال فيفعله.

قال بن العربي: "وجه تخصيص اليتامى، وهو أن الضعيف العاجز عن النظر لنفسه ومصالحته لا يخلو أن يكون له أب يحوطه أو لا أب له، فإن كان له أب فما عنده من غلبة الحنو وعظيم الشفقة يغني عن الوصية به والاهتبال"⁽²⁾ بأمره.

فأما الذي لا أب له فخص بالتنبيه على أمره لذلك والوصية به، وإلا فكذلك يفعل الأب بأولاده الصغار أو الضعفاء فإنه يبتليهم ويختبر أحوالهم"⁽³⁾.

ويتضح ذلك جلياً إذا بلغوا سن النكاح؛ لأنه مناط تحمل المسؤولية ومعرفة كثير من الأمور الدنيوية المبنية على المكايسة، فإذا أنس الأوصياء منهم حسن التصرف، وذلك ببلوغهم سن الوطء أو القدرة عليه، وكذا الرشد دفعوا إليهم أموالهم، ولا يقتصر على واحد منهما⁽⁴⁾، وعلى وجه الخصوص البلوغ وحده دون الرشد؛ لأنه غير كاف، فربما يتزوج أو يزوج وهو غير رشيد، قال القاضي عبد الوهاب تعليقا على الآية السالفة الذكر: "فعلق انفكاك الحجر بالبلوغ وإيناس الرشد"⁽⁵⁾، ولا يكون ذلك على سبيل اليقين؛ لأنه أمر نسبي، فالغبن أو الخلابة قد تقع من المرشدين بحكم الابتلاء والاختلاط بالآخرين، ومع هذا تصح تصرفاتهم، فالحكم دائما يكون للغالب، وبما تعم به البلوى.

(1)- الآية (6) من سورة النساء.

(2)- الاغتنام والاحتياط والاقتصاص، راجع: لسان العرب ج9/ص20، 21، مادة "هبل"، باب الهاء.

(3)- أحكام القرآن، ج1/ص319، 320.

(4)- راجع جواهر الإكليل، ج2/ص98، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج2/ص593، دليل القضاء الجعفري، ص196.

(5)- المعونة، ج2/ص1172.

قال ابن العربي: "دفع المال إلى اليتيم يكون بوجهين:

أحدهما: إيناس الرشد، والثاني بلوغ الحلم، فإن وجدنا أحدهما دون الآخر لم يجز تسليم المال إليه، كذلك نص الآية، وهي رواية ابن القاسم وأشهب وابن وهب عن مالك، في الآية أنه إذا احتلم الغلام أو حاضت الجارية ولم يؤنس منه الرشد فإنه لا يدفع إليه ماله، ولا يجوز له فيه بيع ولا شراء ولا هبة ولا عتق حتى يؤنس منه الرشد، ولو فعل شيئاً من ذلك قبل أن يدفع إليه ماله ثم دفع إليه ماله لم ينفذ عليه شيء منه"⁽¹⁾.

وهذا يقتضي استمرارية الحجر عليه مهما بلغ من السن إذا لم يثبت رشده، لما بينهما من الترابط⁽²⁾، فعن ابن عباس - رضي الله عنهما - في رده عن نجدة بن عامر الحروري الخوارجي: "وكتبت تسألني: متى ينقضي يتم اليتيم؟ فلعمرى إن الرجل لتتبت لحيته وإنه لضعيف الأخذ لنفسه، ضعيف العطاء منها، فإذا أخذ لنفسه من صالح ما يأخذ الناس فقد ذهب عنه اليتيم"⁽³⁾.
وجه الاستدلال:

لم يربط ابن عباس - رضي الله عنهما - رفع اليتيم عن الصغير بوجود علامة من علامات البلوغ، وهي إنبات شعر لحيته، وإنما ربطه بالرشد وحسن التصرف، قال الإمام النووي تعليقا على هذا الأثر "وفي هذا دليل للشافعي ومالك وجماهير العلماء أن حكم اليتيم لا ينقطع بمجرد البلوغ ولا بعلو السن؛ بل لا بد أن يظهر منه الرشد في دينه وماله"⁽⁴⁾.
وإذا كان هذا هو رأي جمهور الفقهاء فإن أبا حنيفة يرى أنه إذا بلغ الصغير سفيها مفسدا لم يحجر عليه وتنفذ تصرفاته القولية، ولكن لا يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة، و وافقه في ذلك أصحابه أبو يوسف ومحمد في عدم التسليم فقط، فإذا بلغ هذه السن ولم يؤنس منه رشدا دفع إليه ماله عنده؛ لأن المنع كان على سبيل التأديب والاحتياط لا

(1) - أحكام القرآن، ج1/ص322، وراجع أيضا: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي ج5/ص39، فصول الأحكام، للقاضي أبي الوليد الباجي، ص157، ت. ق: محمد أبو الأجنان، ط(1985م)، الدار العربية للكتاب: ليبيا، المختصر النافع، ص164، دليل القضاء الجعفري، ص196، بداية المجتهد، ج5/ص258، 259، المعونة، ج2/ص1172، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2/ص126.

(2) - للمزيد راجع: شرح قانون الأحوال الشخصية، للسباعي ج2/ص21.

(3) - صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب النساء الغازيات يرضخ لهن ولا يسهم، والنهي عند قتل صبيان أهل الحرب، ج6/ص429، ح/137/1812.

(4) - شرح النووي على صحيح مسلم، ج6/ص433، نفس الكتاب والباب السابق.

على سبيل الحجر، وفقا لأصل مذهبه في عدم جواز الحجر على السفية، خلافا لصاحبيه⁽¹⁾.
الترجيح:

الراجح من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم، نظرا لتوافقه مع مدلول الآية والأثر والقواعد ومقاصد الشريعة العامة، إذ لا معنى لمنعه من التصرف في ماله لفترة معينة بعد البلوغ مع نفاذ تصرفاته القولية، فإذا بلغ تلك السن دفع إليه ماله يتصرف فيه كما يشاء، علما أنه قد يجري من العقود ويُعْرَى من الديون والجنایات إلى غير ذلك ما يؤدي إلى إتلاف ماله أو استغراقه كله أو أكثره، فيكون بذلك أتلّف بلسانه ما منع عن يده قبل أن يسلم إليه⁽²⁾، فما الفائدة إذا في المنع إذا كان الغرض الذي منع من أجله لم يتحقق بحجة الجدودة، فما تنفعه جدودته إذا أتلّف ماله الذي به قوامه، قال ابن العربي في رده على ما استدل به أبو حنيفة⁽³⁾ " قلنا؛ هذا ضعيف؛ لأنه إذا كان جدا ولم يكن ذا جدّ - أي ذا حظ وبخت - فماذا ينفعه جدّ النسب وجدّ البخت فائت"⁽⁴⁾، وفيه أيضا تفريق بين الأحكام المتقنة في الصفة، وتقييد للشرع بلا دليل، وهو تحديده بسن خمس وعشرين سنة، وفيه نظر، فليس هناك ما يدل عليه، قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن الحجر يجب على كل مضيع لماله من صغير وكبير، وانفرد النعمان - أبو حنيفة - وزفر فقلا: لا يحجر على الحر البالغ، إذا بلغ مبالغ الرجال"⁽⁵⁾.

الضرب الثالث: محجور عليه بعد البلوغ والرشد بسبب طارئ.

اختلفت آراء الفقهاء⁽⁶⁾ في المراد بالسفه الذي يحجر بموجبه على من كان موسوما به، به، لكن الذي يعنينا هنا هو: تصرف الشخص في ماله على خلاف ما يقره الشرع ويقبله

(1) - راجع بدائع الصنائع، ج7/ص273، 275، 276، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج2/ص593، تبيين المسالك شرح

تدريب السالك، ج3/ص517، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي، عبد الله التتاني، ج4/ص50.

(2) - راجع تكملة فتح القدير، ج9/ص260، كتاب تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، لأبي الحجاج يوسف بن دوناس الفندلاوي ج5/ص465، ت. ق: أحمد بن محمد البو شيخي، ط(1419هـ/1998م)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: المغرب.

(3) - أن من بلغ خمسا وعشرين سنة صلح أن يكون جدًّا فيقبح أن يحجر عليه في ماله، راجع: بدائع الصنائع، ج7/ص273، 275، 276، أحكام القرآن، لابن العربي، ج1/ص322.

(4) - أحكام القرآن، ج1/ص322، 323.

(5) - الإجماع، ص169.

(6) - راجع الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ج5/ص30، 31، أحكام القرآن، لابن العربي، ج1/ص249، أحكام القرآن، للجصاص،

ج2/ص77، بدائع الصنائع، ج7/ص274، دليل القضاء الجعفري، ص204، المختصر النافع، ص165.

العقل السليم عموماً، بحيث يلفت تصرفه انتباه الآخرين ويثير فضولهم، سواء كان ذلك في المباحات أو المحرمات.

ويرجع سبب الاختلاف فيه بين الفقهاء ربما إلى مدلول القاعدة الفقهية "الزائل العائد هل هو كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد" (1) فمن رأى أنه كالذي لم يزل قال بعود الحجر عليه مرة أخرى حالة تلبسه به استصحاباً للأصل، ومن رأى أنه كالذي لم يعد قال: لا حجر عليه، ومن هنا جرى فيه الخلاف بين الفقهاء كما ذكرنا، فمذهب الجمهور (2) من المالكية والشافعية والحنابلة وصاحبي أبي حنيفة والزيدية والإمامية والجعفرية وغيرهم يرون عود الحجر على البالغ الرشيد إذا ظهر منه سفه كالصغير، واستدلوا على ذلك من الكتاب والأثر والقياس والمعقول.

1- الكتاب:

فمن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ (3)، وقوله: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيَهُ بِالْعَدْلِ﴾ (4)

وجه الاستدلال:

دلت الآية الأولى بلفظ عمومها ومنطوقها الصريح على نهي الأولياء عن إعطاء أموالهم للسفهاء منهم في قوله: ﴿وَلَا تَوْتُوا﴾، وهذا فيه إثبات للولاية عليهم بالمنطوق غير الصريح عن طريق دلالة (5) الإيماء أو الاقتضاء أو الإشارة؛ لأنهم أمروا أن يرزقوهم فيها ويكسوهم ويقولوا لهم قولا معروفا لا يخدش كرامتهم الإنسانية ولا يكسر من عزة أنفسهم وكبريائها، وفي نفس الوقت يعلو من شأنهم وقدرهم بين الناس ويحافظ على مكانتهم الاجتماعية، ضف إلى هذا عدم التفرقة بين سبب السفه ووقت اعتباره - أي ابتدائه - هل كان

(1) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص375، الأشباه والنظائر، للسبكي، ج1/ص276.

* القاعدة الرابعة عشرة من القواعد المختلف فيها.

(2) - راجع الهامش (3) ص327.

(3) - الآية (5) من سورة النساء.

(4) - الآية (282) من سورة البقرة.

(5) - "هي دلالة اللفظ على لازم مقصود للمتكلم، لا يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته عقلاً أو شرعاً؛ لأن الكلام فيه مرتبط بالوصف وجوداً وعدمًا - إيماء - أو ما يكون مقصوداً للمتكلم ويتوقف عليه صدق الكلام أو صحته عقلاً أو شرعاً - اقتضاء - أو دلالة اللفظ على لازم غير مقصود للمتكلم - إشارة - راجع: تشنيف المسامع بجمع الجوامع، ج1/ص338، 339، 340، معجم مصطلح الأصول، هيثم هلال، ص، 143... 146.

استصحابا للأصل أم استثناءفا بعد الإطلاق، قال ابن العربي: "ولم يفرق بين أن يكون محجورا سفيها أو يطرأ ذلك عليه بعد الإطلاق"⁽¹⁾.

أما كونه أضاف الأموال إليهم فإن ذلك على سبيل التَّجَوُّز؛ لأنها حقيقة لغيرهم، فكأن السفهاء أصبحوا غير مخاطبين لعدم معرفتهم بوجوه صرفها، فأوكل النفقة عليهم في أموالهم لأوليائهم، ولوجود أيضا الشبهة لأوليائهم في أموالهم، لما بينهم من التوارث وتحمل الجنايات، يضاف إلى هذا أنهم إذا أتلفوها عادوا على من كان وليا عليهم قبل البلوغ و الرشد، حتى لا يتركوا ومن يعولون ضائعين، فيكونوا بذلك عالة عليهم، ومن الحكمة حفظ أموالهم بالحجر عليهم تفاديا لهذا المآل السيئ، ضف إليه أنه إذا وقع نزاع ما بينه وبين خصومه فإنهم يلجؤون إلى وليه من أجل تسوية الأمور إما بالدفع عنه أو إجباره على ذلك من قبله، وخير شاهد على ما قلناه الأحكام القضائية وكيف يتولى أولياء المتهم بدفع الكفالة وغيرها والدفاع عنه تخليصا له مما هو فيه، سواء كان ظالما أو مظلوما، منعا من دخوله السجن أو إخراج منه، فأبي الشرين أشدُّ السجن الذي فيه تقييد للحرية الكاملة مشفوعة بالذل والصغار والهوان، أم الحجر الذي يكون فيه تقييد لبعض الحرية في شق واحد- المعاملات والتبرعات- مما لا شك فيه أن الحجر أهون الشرين، فيقدم وفقا للقاعدة الفقهية "يرتكب أخف الضررين وأهون الشرين"، و"المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة"؛ لأن الضرر لا يقتصر عليه وحده، بل يتعداه إلى عائلته وقد تُعير بذلك، ولا يخفى ما فيه من المفسدة، وهو خلاف مقاصد الشريعة التي من أحكامها وعللها جلب المصالح ودفع المفاسد **ما أمكن**.

ولا يقدح فيما ذكرته من الدلالات لهذه الآية ما نص عليه بعض المفسرين وغيرهم من أن المراد به هو نهي الأولياء عن إيتاء السفهاء أموالهم وإضافتها إليهم؛ لأن الأموال مشتركة بين الخلق تنتقل من يد إلى يد وتخرج من ملك إلى ملك، أو أنها بأيديهم- الأولياء- وهم الناظرون فيها فنسبت إليهم اتساعا⁽²⁾، وهذا أحد القولين في توجيه الآية، وفي ذلك سعة؛ لأنه يحتمل هذا وغيره، ولكونها أيضا من غير المحكم.

(1)- أحكام القرآن، ج1/ص323.

(2)- بتصرف راجع: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ج5/ص31، أحكام القرآن، لابن العربي، ج1/ص318، 319، أحكام القرآن، للجصاص، ج2/ص76.

أما الآية الثانية فإنها أطلقت في لفظ "السفه والضعف" فدل هذا على العموم، فشمّل الصغير والكبير، بل دلالتها في الحجر على الكبير أكد منها على الصغير؛ لأن الصغير محجور عليه ابتداء استصحاباً للأصل، فلا يحتاج إلى تنبيه إلا من باب النذب والاستحسان، بخلاف الكبير فيحتاج إلى التوجيه والإرشاد، لانفكاك الحجر عنه وضعف الشبهة؛ لأن في عوده من غير دليل عليه، فيه إهدار لأدميته وإنسانيته، وهذا يتنافى مع قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾⁽¹⁾، ومن التكريم الحفاظ على عقله واستقلاله في إدارة شؤونه إلا إذا وجد مانع، والحمل على هذا التأويل أولى من الاستصحاب؛ لأنه يعطينا فائدة لا تحصل بغيره، وفقاً للقاعدة الفقهية "التأسيس أولى من التأكيد"⁽²⁾.

ويدل على هذا التوجيه أيضاً عجز الآية الأولى: ﴿وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾، وكذا الثانية ﴿فَلْيَمْلِكْ وَرِيءُ بِالْعَدْلِ﴾ ليشمل الصغير والكبير، ومن ثمّ تَنَبُّتُ الولاية عليهما، والتي من مقتضياتها إمكانية إيقاع الحجر على الكبير الذي هو محل النزاع قولاً وفعلاً، مع شرط العدالة في ذلك، منعا للتعسف في استعمالها، حتى لا تتخذ ذريعة للحيف والظلم والاستبداد والاستيلاء على أموالهم.

2- الأثر:

عن عروة بن الزبير - رضي الله عنهما - أن عبد الله بن جعفر أتى الزبير فقال: "إني اشتريت بيع كذا وكذا، وأن عليا يريد أن يأتي أمير المؤمنين فيسأله أن يحجر علي فيه، فقال الزبير: فأنا شريكك في البيع، فأتى علي عثمان، فقال: إن جعفر اشترى كذا وكذا، فاحجر عليه، فقال الزبير: أنا شريكه في البيع، فقال عثمان: كيف أحجر على رجل في بيع شريكه فيه الزبير"⁽³⁾.

وجه الاستدلال:

لو لم يكن الحجر جائزاً ومعروفاً عندهم لما همّ علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - به معه أنه ابن أخيه، وفيه منقصة له، لكنه راعى مصلحته المالية، فبادر إلى ذلك، ولكن

(1) - الآية (70) من سورة الإسراء.

(2) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص302.

(3) - سنن الدار قطنية، كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، ج2/ص125، ح/4506، البيهقي، كتاب الحجر، باب الحجر على البالغين بالسفه، ج6/ص101، 102، ح/11336، المصنف لعبد الرزاق، باب المفلس والمحجور عليه، ج8/ص267، ح/15176.

حيلة ابن الزبير حالت دونه ، ويدل على هذا أكثر اختلاف الروايات التي يوضح ويعضد بعضها بعضاً، ومنها قول عثمان - رضي الله عنه - "ما يسرني أنها لي بنعلي" وقال لعلي - رضي الله عنه - "ألا تأخذ علي ابن أخيك وتحجر عليه فعل كذا"، فهذا استهجان من عثمان - رضي الله عنه - لما قام به عبد الله - رضي الله عنه - وتحضيض لعمه على الحجر عليه لما بينهما من القرابة، فيرفع أمره إليه فيقضي به، باعتباره الخليفة والحاكم العام للمسلمين. قال البيهقي: "قال الإمام الشافعي - رحمه الله - فعلي - رضي الله عنه - لا يطلب الحجر إلا وهو يراه، والزبير - رضي الله عنه - لو كان الحجر عليه باطلاً قال: لا يحجر علي بالغ حر، وكذلك عثمان، بل كلهم يعرف الحجر"⁽¹⁾، وهو ما أقره يعقوب بن إبراهيم⁽²⁾، فهذا يدل أن الحجر على الكبير كان معهوداً عندهم دون إنكار، خصوصاً وأنه قد عزم عليه خليفتان مهديان لولا مشاركة ابن الزبير لعبد الله ابن جعفر في المبتاع.

قال القاضي عياض: "وهذا يدل على استحقاق الحجر لولا أن شريكه ضابط لا يخاف منه الدخول فيما يتلف ماله ولم يظهر لهم مخالف، ولأن كل من في منعه من ماله صلاح له وفي تركه معه إتلافه وإضاعته له وخوف الفقر عليه، فإن الحجر عليه مستحق أصله الصغير، ولأن البلوغ لا يمنع الحجر مع تذيير المال وإضاعته أصله إذا بلغ مبذراً"⁽³⁾.

3- القياس:

الحجر على الصغير كان لمعنى التذير فيه، فالحجر على الكبير أولى؛ لأن الحجر في الأول لاحتمال التذير، وفي الثاني تأكد التذير وعدم التدبير، لكثرة مخالطته وجريان المال في يده أكثر من الصغير، فكان الحجر عليه أشد وآكد⁽⁴⁾.

4- المعقول:

"إن الشرع جاء بحسن النظر له، فوجب أن يجب الحجر عليه لأهل الإسلام"⁽⁵⁾.

(1) - السنن الكبرى ، نفس الكتاب والباب السابق، ج6/ص102، هـ(3)، ص333.

(2) - مع بعض التفصيل راجع: الدار قطنية، نفس الكتاب السابق ذكره، ج4/ص125، 126، هـ(3)، ص333.

(3) - المعونة، ج2/ص1172، 1173، راجع أيضاً: عقد الجواهر الثمينة، ج2/ص798.

(4) - راجع الهداية، للمرخيني، ج9/ص260، بداية المجتهد، ج2/ص279.

(5) - تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، ج5/ص463.

وإذا كان هذا هو رأى الجمهور، فإن أبا حنيفة وزفر وبعض الظاهرية وابن سيرين والنخعي يرون عدم جواز الحجر على السفية البالغ العاقل؛ لأنه مخاطب بالتكاليف الشرعية، بديل جواز قبول إقراره في الحدود والجنايات وإعتاقه وتدبيره وظهاره واستيلاده ووصاياه إلى غير ذلك⁽¹⁾. استدلو على ذلك من الكتاب والسنة والمعقول.

1- الكتاب:

فمن ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا...﴾⁽²⁾، وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾⁽³⁾.

وجه الاستدلال:

أفادت هاتين الآيتين بمنطوقهما وعموم الأولى وإطلاق الثانية جواز البدلين، حيث ندب الله عز وجل إلى الكتابة وأثبت الحق وأمر من عليه الحق بالإملاء، ونهى عن البخس عاما من غير تخصيص، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾⁽⁴⁾، فبيع مال المديون عليه تجارة لا عن تراض فلا يجوز، وبيع السفية ما له تجارة عن تراض فيجوز⁽⁵⁾.

2- السنة:

عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - "أن رجلا على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع وفي عقدته ضعف، فأتى أهله نبي الله ﷺ فقالوا يا نبي الله، احجر على فلان، فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف. فدعاه النبي ﷺ فنهاه عن البيع، فقال: يا نبي الله، إني لا أصبر على

(1)- راجع المصدر السابق، ج/5 ص/462، بدائع الصنائع، ج/7 ص/276.

(2)- الآية (275) من سورة البقرة.

(3)- الآية (282) من سورة البقرة.

(4)- الآية (29) من سورة النساء.

(5)- راجع بدائع الصنائع ج/7 ص/273.

البيع. فقال رسول الله ﷺ: "إذا كنت غير تارك البيع، فقل: هاء وهاء، ولا خلافة"⁽¹⁾، وعن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - "أن رجلاً ذُكِرَ للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال: "إذا بايعت فقل لا خلافة"⁽²⁾.

وجه الاستدلال:

أفاد الحديث في مجمله عدم جواز الحجر على الكبير، بدليل امتناع النبي ﷺ من الحجر عليه، بالرغم من سفهه وقلة كياسته في التجارة وطلب أهله من النبي ﷺ الحجر عليه، دليل على عدم جواز الحجر على البالغ العاقل، فلو ثبت ذلك لما جعل له مبدأ الخيار ثلاثة أيام، ويؤكد ذلك ما روي عن إبراهيم النخعي قال: "لا يحجر على حر"⁽³⁾، والحر إما أن يكون صغيراً أو كبيراً، فالصغير قد خصص الحجر عليه بأدلة أخرى، فيبقى الكبير بلا تخصيص لعدم الدليل عليه، وبالتالي لا حجر عليه⁽⁴⁾.

3- المعقول:

بما أنه عاقل بالغ فلا حجر عليه في التصرفات؛ لأنه مخاطب بالتكاليف الشرعية اعتباراً بالرشيد، وفي الحجر عليه إهدار لأدميته وإحاقه بالبهائم، وهو أشد ضرراً من إتلافه لماله بالتبذير ونحوه، فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى، إذ المال دون الكرامة الإنسانية⁽⁵⁾.
العقد يقبل أهلية التصرف، والملك محل التصرف، فإذا اجتمعت الأهلية والمحلية صح التصرف ولم يجز أن يمنع منه⁽⁶⁾.

(1) - سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في الرجل يقول في البيع "لا خلافة"، ج3/ص280، 281، ح/3501، الترمذي، باب ما جاء فيمن يخدع في البيع، ج2/ص361، ح/1268، النسائي كتاب البيوع، باب الخديعة في البيع، ج7/ص289، ح/4497، ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الحجر على من يفسد حاله، ج2/ص788، ح/2354، المسند، ج21/ص9، 10، ح/13276، الدار قطني، كتاب البيوع، ج3/ص42، ح/2989، البيهقي، كتاب الحجر على البالغين بالسفه، ج6/ص103، ح/11338، الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان، ج11/ص430، ح/5049، المستدرک، كتاب الأحكام، ج4/ص114، ح/7061.

(2) - صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، ج4/ص395، ح/2117، أطرفه، ح/2407، 2414، 6964، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع، ج5/ص438، ح/48/1533.

(3) - المصنف في الأحاديث والآثار، لابن أبي شيبه، كتاب البيوع والأفضية، من كره الحجر على الحر ومن رخص فيه، ج5/ص124.

(4) - للمزيد راجع: التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، عبير القدومي، ص285 ط1 (1428هـ/2007م)، دار الفكر: عمان، الأردن.

(5) - بتصرف رجع: تكملة فتح القدير، ج9/ص260، 261، تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، ج5/ص462، قانون الأحوال الشخصية، للسباعي، ج2/ص23.

(6) - تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، ج5/ص462.

الترجيح:

الراجح من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، نظرا لقوة ما استدلوا به، وإن كان دليل المخالف له وجاهته، إلا أن الأخذ برأي الجمهور أولى؛ لأنه يحقق مقصدا هاما عدته الشريعة من الأمور التي يجب الحفاظ عليها؛ لأن به قوام الإنسان، وبه تنمي الدول اقتصادها وتحمي أرضها وعرضها، وما غزوة تبوك عنا ببعيدة فقد جهز ثلث جيشها عثمان بن عفان- رضي الله عنه- فكيف يوضع في يد السفهاء، والله عز وجل أمر بالوسطية في إنفاق المال دون إسراف أو تقتير فقال جل شأنه: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾⁽¹⁾، كيف لا وقد مدح عباده الذين يحسنون التصرف في أموالهم وأخصهم بإضافتهم إلى نفسه في قوله: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا﴾⁽²⁾ بعد قوله: ﴿وَعِبَادُ الرَّحْمَنِ الَّذِينَ يَمْسُونَ عَلَى الْأَرْضِ﴾⁽³⁾، فهل يتحقق مع الأخذ بهذا الرأي ذلك الإرشاد والتوجيه والمدح؟

ضف إلى هذا أن منع السفه من التصرف في ماله حفظا لكرامته وإنسانية بعد إتلاف ما له من أن يصبح عالة على الناس، فيمنعه هذا ويعطيه هذا، فتذهب عزة نفسه وكرامته وماء وجهه، ومن ثم حياؤه، فهل تحقق ما كنتم تصبون إليه؟ بل إن الحجر عليه أولى لكثرة المخالطة قبل السفه، فيدفعه ذلك إلى عدم التروي في صرف الأموال، وعدم تحرز الآخرين أيضا من معاملته جريا على الأصل أو استصحابا له، فيوقعه في المهلكات، وفوق ذلك كله فإن الفتوى في المذهب الحنفي على قولي أبي يوسف ومحمد، وهو المختار والمعتمد، صيانة لما له⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: مظاهر التعسف في استعمال الحق.

لما كان المال عصب الحياة وبه ميزان الأمم والشعوب فعلى قدر قوة اقتصادها تكون لها الكلمة الأولى والأخيرة، فهل توضع تلك الأموال والمقدرات في يد من لا يحسن التصرف فيها، بحجة أحقيته في ذلك، بصرف النظر عما يترتب على هذا الاستعمال، إن هذا القول لم يبين على نظرة دقيقة، ولا حسن نظر لما تؤول إليه الأمور، حيث إنه فصل بين مرامي الشريعة

(1)- الآية(29) من سورة الإسراء.

(2)- الآية(67) من سورة الفرقان.

(3)- الآية(63) من سورة الفرقان.

(4)- راجع حاشية، ابن عابدين، ج9/ص250.

ومقاصدها في الأموال والواقع المعيش، فتركته يتصرف فيه كما يشاء اعتمادا على أحقيته فيه ابتداء هو عين التعسف في فهم الشريعة وقصرها فقط على جانب دون بقية الجوانب الأخرى، ولو كان الأمر كذلك ما عاب الله عز وجل على المبذرين لأموالهم؛ لأنه خلقهم ويعرف ما يصلح شأنهم، فيشرع لهم ما يحفظ عليهم أنفسهم وأموالهم قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الْمُبْدِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيْطَانِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا﴾⁽¹⁾، وقال أيضا: ﴿يَبْنِيْٓءَ آدَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾⁽²⁾، والتبذير حرام بالإجماع فيجب منعه، وفائدة الحجر هي المنع منه، ولا يتحقق ذلك إلا به، وما لا يتم إلا به فهو واجب. والتصرف في ماله بغير ما ألف من محاسن العادات يُعدُّ مبذرا ومسرفا له، ومن ثمَّ وجب الحجر عليه؛ لأن تصرفه هذا لا ينحصر أثره فيه، بل يتعدى إلى غيره، خصوصا إذا كان في جانب المحرمات الصريحة، ومن ثمَّ يلحق الأذى والضرر بالآخرين، والواجب إيقافه عن ذلك ومنعه من الاستمرار فيه؛ لأنه يعد من التعسف من حيث المآل؛ "لأن إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المُسبَّب، قصد ذلك المُتسبَّب أولا؛ لأنه لما جعل مُسبَّباً عنه في مجاري العادات عدُّ كأنه فاعل له مباشرة"⁽³⁾.

وحتى لا تكون هناك مناقضة بين قصد الشارع من التشريع وقصد المكلف الذي يُعدُّ تعسفا يُمنع التسبب في ذلك ولو كان القصد حسنا درءا للتعسف، إذ لا مصلحة تتوقع مطلقا مع إمكانية وقوع مفسدة توازيها أو تزيد عنها.

وبهذا يتضح جليا أن التعسف في سوء استخدام الحق هو علة بطلان التصرف ولو كان مأذونا فيه شرعا ابتداء "وبناء عليه يكون المتعسف في استعمال الحق قد تسبب في أمر محظور متعديا بطريق التسبب، لتقصيره عند استعمال حقه، بقصد الضرر أو السعي في حصول مفسدة غالبية، أو في تحقيق أغراض غير شرعية، فيكون مسؤولا عن هذا التقصير"⁽⁴⁾. فإذا علم هذا السفهيه وما شاكله ممن لا يحسن التصرف فيما ثبت له فيه الحق ابتداء ومن كان وليا عليه كف وانزجر، وبذلك تؤمن بوائقه، ويكون الحجر عليه وقاء له ولغيره،

(1) - الآية (27) من سورة الإسراء.

(2) - الآية (31) من سورة الأعراف.

(3) - الموقوفات، ج3/ص149، 257.

(4) - كتاب أسبوع الفقه الإسلامي، أحمد أبو سنة، ص119.

وعلى كل فإن العبرة بمآلات الأفعال، وعلى ضوءها يحكم على استعمال الحق بأنه تعسفي أو غير تعسفي، فإن أفضى إلى نتيجة ضارة أو مصلحة غير معتبرة شرعا أو كان ضررها أشد من نفعها عدّ استعمال الحق تعسفيا وإلا فلا، بصرف النظر عن أصل الفعل⁽¹⁾.

الفرع الرابع: موقف القانون الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته.

نص قانون الأسرة الجزائري في الكتاب الثاني "النيابة الشرعية" في الفصل الأول "أحكام عامة" على المواد المتعلقة بأحكام فاقد الأهلية أو ناقصيها وما يلزم فيها من المادة "81" إلى "86" والفصل الخامس منه على أحكام الحجر وما يلزم فيها من المادة "101" إلى "108".

نصوص مواد الفصل الأول:

المادة 81: من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي، أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون.

المادة 82: من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة "42" من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة.

المادة 83: من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة "43" من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء.

المادة 84: للقاضي أن يأذن لمن لم يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبطل ذلك.

المادة 85: تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه.

المادة 86: من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة "40" من القانون المدني.

بالنظر في نصوص هذه المواد يمكن ملاحظة ما يلي:

1- يبدو أن المشرع في قانون الأسرة استوحى عنوان النيابة الشرعية من القانون المدني المنصوص عليها في المواد "73" إلى "77" وهذا يدل على التكامل بين القانونين كما هو

(1) - أصل الفعل مشروع لاستناده إلى الحق، للمزيد راجع: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، ص292، 293.

منصوص عليه في المادة "79" "تسري على القصر والمحجور عليهم وغيرهم من عديمي الأهلية قواعد الأهلية المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية"، وكذا المواد "40، 42، 43، 44".

2- التوافق والتكامل بين نصوص المادتين "81" و"85" ومواد القانون المدني المشار إليها آنفا من جهة والشريعة الإسلامية من جهة أخرى بسبب فقدان الأهلية أو نقصانها لصغر سن، أو عته، أو جنون، أو سفه، فينوب عن من كان موصوفا بأحد هذه الأوصاف وولي، أو وصي، أو مقدم القاضي، وبالتالي تعد تصرفاته غير نافذة، بل موقوفة على إذن وليه، وهو ما أقره كل من: **أ- المقنن المصري:** المادة "12" من مرسوم القانون رقم: 118 لسنة 1952م الخاص بتقرير حالات لسلب الولاية على النفس "يقصد بالولي في تطبيق أحكام هذا القانون الأب والجد والأم والوصي، وكل شخص ضُم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص".

ب- المقنن المغربي: المادة: "230" من مدونة الأسرة "يقصد بالنايب الشرعي في هذا الكتاب:

1- الولي وهو الأب والأم والقاضي.

2- الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم.

3- المقدم وهو الذي يعينه القضاء.

ج- المقنن السوري: نصت المادة "170" في فقرتها الأولى على أن للأب ثم للجد

العصبي الولاية على نفس الصغير وماله، وأنهما ملزمان بالقيام بها؛ لأنها واجب شرعي بصلة الأبوة والبنوة فلا يمكن التخلي عنها.

كما نصت المادة "174" من نفس القانون على تعيين وصي مؤقت للقاصر إذا لم يكن ولي آخر حالة اعتبار الولي مفقودا، أو حجر عليه، أو اعتقل تعرضت مصلحة القاصر للضياع. بالنظر في هذه النصوص على سبيل العموم نجد أنها كلها متفقة على من له حق الولاية على النفس "الأب، الأم، الجد، القاضي، الوصي" ما عدا القانون المغربي فقد أسقط الجد من الولاية، وهو من الأصول كما هو بيّن من خلال المواد "230، 231، 236، 237، 238، 240، 243" من المدونة.

3- التسوية بين فاقد الأهلية أو ناقصيها في النيابة عنهم، وهذا لا إشكال فيه، لكن الإشكال يكمن في التفرقة بين تصرفات المجنون والسفيه والمعتوه من جهة، والصغير الذي لم يبلغ سن التمييز من جهة أخرى، حيث إنه في الشق الأول جعل تصرفهم غير نافذ إلا بإذن الولي، أما الثاني - أي الصغير - فجعل تصرفه باطلا، وشتان بين البطلان الذي مفاده

عدم اعتبار التصرف وكأنه لم يقع، وبين إقرار الفعل مع توقف تنفيذه على إذن الغير، وهذا محل نظر؛ لأنه لا فرق بين الصغير غير المميز والمعتوه والمجنون، وهو ما أقره الفقهاء⁽¹⁾، ونصت عليه المادة "42" من القانون المدني المحال عليها" لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون"، بخلاف السفية فهو محل خلاف، لكن عند التحقيق نجد بأنه لا فرق بينهم جميعاً؛ لأن السبب في منعهم من التصرف مرده إلى إتلاف المال وصرفه في غير محله، فيستون في الحكم لاتحاد العلة، وهي التبذير أو الإتلاف، ويكفي أن يكون هذا سبباً في سوء استخدام الحق، سواء قصده - أي التبذير أو الإتلاف - أولاً، فالعبرة بالمآلات كما ذكرنا آنفاً⁽²⁾، وهو ما أقره المقنن المغربي في المادة "212، 213، 217" من مدونة الأسرة والتي ورد فيها.

المادة 212: أسباب الحجر نوعان: الأول ينقص الأهلية والثاني يعدمها:

المادة 213: يعتبر ناقص أهلية الأداء:

1- الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد.

2- السفية.

3- المعتوه.

المادة 217: يعتبر عديم أهلية الأداء:

أولاً: الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز.

ثانياً: المجنون وفاقد العقل.

يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها.

الفقدان الإرادي للعقل لا يعفي من المسؤولية.

4- اعتبار سن التمييز ببلوغ 16 سنة شمسية، وقد نصت عليه الفقرة الثانية من المادة

"42" من القانون المدني "يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة"⁽³⁾، والقصد منه حماية الصغير؛ لأنه كلما ضاق عليه الأمر قلت الأخطار المحدقة به، وهذا لا ينفي

(1) - سبق بيان ذلك راجع ص 320...324 من هذه الرسالة.

(2) - راجع ص 330، 337 من هذه الرسالة.

(3) - نص الفقرة "السادسة عشرة سنة" بهذه الكيفية فيه خطأ لغوي؛ لأنه لا بد أن يقع خلف بين العدد والمعدود بحسب التنكير والتأنيث، مع التوافق بين العجز والمعدود إذا كان مركباً كما هو الشأن هنا، وبناء عليه فالكاتبة الصحيحة هي: "ست عشرة سنة".

الضمان عليه أو يسقطه إذا أتلّف مال الغير وفق ما نصت عليه المادة "124، 125" من القانون المدني.

المادة 124: كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.

المادة 125: يكون فاقد الأهلية مسؤولا عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز. غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على التعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعى في ذلك مركز الخصوم.

نص المادة الأول لم يفرق بين المميز وغير المميز فهو شامل للكل، أما نص المادة الثانية فإنه فرق بينهما من حيث تحمل التبعات، فألزم فاقد الأهلية الذي بلغ سن التمييز بكل الآثار المترتبة على أفعاله، أما غير المميز فإنه أخلّى مسؤوليته عن الآثار المترتبة على فعله إذا تحملها المسؤول عنه، لا إن تعذر ذلك أولم يوجد من ينوب عنه، فإنه يجوز للقاضي أن يحكم عليه بتعويض عادل جزاء ما قام به من أفعال ألحقت الضرر بالغير، وهذا يدل كله على أن أموال الناس وحقوقهم مصونة، وأن من ارتكب فعلا ألحق الضرر بالغير يُعد مسؤولا عن ذلك، ومن ثمّ يلزم بالتعويض جبراً للضرر بصرف النظر عن وصفه، وهو خلاف ما أقره المقتن المغربي، حيث أخلّى مسؤوليته في الفقرة الثانية من المادة "217"⁽¹⁾ حالة فقدان العقل، وإنما يؤاخذ حالة رجوع عقله إليه بين فترات الانقطاع، والصواب ما أقره المقتن الجزائري؛ لأنه يتماشى مع مقاصد الشريعة في رعاية الحقوق وحفظ الأموال.

لكن تحديد المقتن سن التمييز بست عشرة سنة مع إمكانية بلوغه سن التكليف الشرعي أثناءها أو قبلها إذا ظهرت عليه علامات البلوغ الجنسي، فيكون مخاطبا بفروع الشريعة كلها، ومع هذا لا يعد مميزا في نظر القانون، لكونه لم يبلغ "19" سنة وفق ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة "40" من القانون المدني "وسن الرشد تسعة عشر" "19" سنة⁽²⁾ كاملة".

(1) - يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها.

* فقدان الإرادي للعقل لا يعني من المسؤولية.

(2) - نفس الملاحظة المشار إليها آنفا فيما يتعلق بالعدد والمعدود، راجع ص44 من هذه الرسالة، والكتابة الصحيحة: "تسع عشرة سنة".

الناظر للوهلة الأولى يلحظ ذلك؛ لأنه على خلاف الواقع، لكن بالتدقيق في فلسفة التشريع الإسلامي ومقاصده يتأكد أن ما قام به المشرع في باب المعاملات يكون مستندا فيه إلى النصوص الشرعية، فمن ذلك قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ⁽¹⁾﴾، حيث ربط الله عز وجل دفع الأموال إلى القصر عموما بشرطين: أولهما: بلوغ النكاح، والمقصود به البلوغ الجنسي بحيث يلد، وليس القدرة على الوطء؛ لأن ذلك ممكنا قبل بلوغ النكاح في الذكر والأنثى إذا كانا مطيقين، فتنبه له فربما أشكل على كثير. ثانيهما: إيناس الرشد في حسن التصرف وإدارة الأموال دون أن يقيد بسن معينة، بل وكله إلى أولياء الأمور في تقديره وفق الظروف الاجتماعية والبيئية والزمنية حفظا لأموالهم، فيختلف ذلك من مصر أو قطر لآخر وفق ما يقتضيه المقام نظرا لفساد أخلاق الناس، وخراب ذممهم، وكثرة الاحتيالات والثغرات القانونية، وهذا يُعَدُّ من باب فقه سد الذرائع، وهو ما جعل الشريعة صالحة لكل زمان ومكان؛ لأنها تسايير من المهد إلى اللحد، بل من قبلهما ومن بعدهما.⁽²⁾

وبالمقابل نجد المقنن المغربي خفض سن التمييز إلى "12" سنة وفق ما نصت عليه المادة "214" من مدونة الأسرة والتي ورد فيها: "الصغير المميز هو الذي أتم اثنتي عشرة سنة شمسية كاملة".

أما سن الرشد فقد حددته المادة "209" من نفس المدونة والتي ورد فيها: "سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة"، وهو ما أقره المقنن المصري بالنسبة لسن التمييز في المادة "54" "للولي أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة "1027" من قانون المرافعات".

أما فيما يتعلق بسن الرشد فقد حددته المادة "18" بـ "21" سنة من نفس القانون، والتي نصت على: "تنتهي الولاية ببولوج القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه"

5- تصرفات المميز على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: تصرفات نافعة، حكمها النفاذ.

(1) - الآية (6) من سورة النساء.

(2) - للمزيد راجع شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، للسباعي، ج2/ص27، 28.

القسم الثاني: تصرفات ضارة، حكمها البطلان.

القسم الثالث: مترددة بينهما، يكون حكمها موقوف على إجازة الولي، أو الوصي، أو القاضي أو مقدمه.

بالنظر في هذه التقسيمات الثلاثة أرى أن هناك وسطية في استعمال الحقوق دون طغيان من أحد، لكن إذا وقع التنازع بينهما رفع الأمر للقاضي حسماً للخلاف، لأنه هو صاحب السلطة التقديرية، وحكمه كما معلوم يرفع الخلاف، منعا للتعسف في سوء استخدام الحق من أحدهما، وهو ما أقره المقنن المغربي في المادة "225" من مدونة الأسرة:

تخضع تصرفات الصغير المميز للأحكام التالية:

1- تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً.

2- تكون باطلة إذا كانت مضرة به.

3- يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب

المصلحة الراجحة للمحجور، وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب شرعي.

6- بحكم السلطة التقديرية للقاضي يحق له أن يأذن لمن بلغ سن التمييز حرية

التصرف في ماله كله أو بعضه من باب الابتلاء، مع المراقبة الدقيقة لتصرفاته، بناء على طلب من له مصلحة من ولي وغيره، وله الرجوع عن ذلك الإذن إذا رأى المصلحة في غيره وثبت لديه ما يبزر رجوعه عنه، إعمالاً للقاعدة الأصولية أن "الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً"؛ لأنها مرتبطة بأسبابها وموجباتها وجوداً وعدماً.

لكن الذي لفت انتباهي هنا أن المقنن أقر إمكانية جولان يد المميز في ماله كله أو بعضه بناء على طلب من له مصلحة في ذلك، وهذا فيه مخاطرة كبيرة، كان بإمكانه أن يخلي بينه وبين بعض المال فقط اختباراً له؛ لأنه في مرحلة التدريب حماية له ولماله معاً؛ لأن عقله لا يزال قاصراً لم يبلغ مرحلة النضج العقلي والكمال الفكري، بدليل قوله تعالى: ﴿عَٰثِمَةٌ مِّنْهُمْ

رُشْدًا﴾⁽¹⁾ أي اطمأننتم، فإذا أحلت به مصيبة في ماله لم تأت عليه كله فيبقى عالة على الآخرين، وفي ذلك مفسدة له، قال ابن العربي: "المسألة الرابعة في كيفية الابتلاء، وهو بوجهين: أحدهما: يتأمل أخلاق يتيمة، ويستمع إلى أغراضه، فيحصل له العلم بنجابته، والمعرفة بالسعي في مصالحه، وضبط ماله، أو الإهمال لذلك؛ فإذا توسم الخير قال علماؤنا: لا بأس

(1) - الآية (6) من سورة النساء.

أن يدفع إليه شيئاً من ماله، وهو الثاني، ويكون يسيراً، ويبيح له التصرف فيه؛ فإن نماه وأحسن النظر فيه فقد وقع الاختيار⁽¹⁾، فليسلم إليه ماله جميعه، وإن أساء النظر فيه وجب عليه إمساك ماله عنه⁽²⁾.

وبناء عليه أرى إعادة صياغة هذه المادة على النحو التالي:

للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز التصرف جزئياً في أمواله بناء على طلب من له مصلحة في ذلك مع الالتزام فيما أذن له فيه دون التعدي إلى غيره، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرره وطلبه الولي، أو الوصي، أو المقدم، أو النيابة العامة، مع إمكانية إلغاء الإذن تلقائياً دون الحاجة إلى طلب الغير، مراعاة للمصلحة إذا تأكد من سوء التدبير في إدارة ما أذن له فيه، مع عدم جواز إمكانية طلب الإذن مرة أخرى إلا بعد مضي سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بسحب الإذن منه.

يعتبر المحجور عليه كامل أهلية الأداء فيما أذن له فيه، وله التقاضي في ذلك، مع لزوم تصرفاته المأذون فيها.

وهو ما أقره المقنن المغربي والمصري

أ- مدونة الأسرة المغربية:

المادة 226: يمكن للصغير المميز أن يتسلم جزءاً من أمواله لإدارتها بقصد الاختبار.

يصدر الإذن من الولي أو بقرار من القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب من الوصي أو المقدم أو الصغير المعني بالأمر.

يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين إلغاء قرار الإذن بالتسليم بطلب من الوصي أو المقدم أو النيابة العامة أو تلقائياً إذا ثبت سوء التدبير في الإدارة المأذون بها.

يعتبر المحجور كامل الأهلية فيما أذن له وفي التقاضي فيه.

المادة 227: للولي أن يسحب الإذن الذي سبق أن أعطاه للصغير المميز إذا وجدت

مبررات لذلك.

ب- قانون الأحوال الشخصية المصري "الميراث والوصية والولاية على النفس والمال".

الفصل الثاني: في الوصاية، ثالثاً: في انتهاء الوصاية:

(1) - لعل الصواب الاختبار، الدال عليه لفظ "وابتلوا" أي اختبروا ولا يمنع أن يكون بمعنى الاختيار أي اختيار الأحسن مما اختير أو ابتلي فيه.

(2) - أحكام القرآن، ج 1/ص 320.

المادة 54: للولي أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر، مع مراعاة حكم المادة 1027 من قانون المرافعات.

المادة 55: يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصي أن تأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضي سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض.

المادة 56: للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة وله أن يفني ويستوفي الديون المترتبة على هذه الأعمال، ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة ولا أن يفني الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي فيما يملكه من ذلك.

فلا يجوز للقاصر أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً.

المادة 57: لا يجوز للقاصر سواء كان مشغولاً بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره و أذنته المحكمة في ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً.

المادة 59: إذا قصر المأذون له في الإدارة في تنفيذ ما قضت به المادة السابقة أو أساء التصرف في إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال في يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوي الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله.

المادة 61: للقاصر أهلية التصرف فيما سلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط.

المادة 62: للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي وفقاً لأحكام القانون، وللمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذي الشأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة.

المادة 63: يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعة.

ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر في التصرف في ماله المذكور، وعندئذ تجري أحكام الولاية والوصاية

المادة 64: يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه أو المحكمة أو نص القانون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفي التقاضي فيه.

المادة 67: يجوز للمحجور عليه لسفه أو للغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري في شأن القاصر المأذون. تعتبر نصوص مواد القانون المصري أكثر دقة وإثراء في هذه الجزئية؛ لأنها عالجت القضية من جميع الجوانب حماية للقاصر ولأمواله وللمن له حق عليه فيها من نفقة وغيرها، ومن ثمَّ يمكن أن يستأنس بها في الأحكام القضائية، أو في سن مواد قانونية خاصة بهذه المسألة؛ لأن القانون المصري يعد أبا القوانين، لكونه الأقدم ومصدراً لكثير من القوانين العربية.

7- إذا بلغ المرء سن الرشد و لم يحجر عليه بأي سبب من أسباب العوارض، سواء الناقصة أو الكاملة، يكون كامل الأهلية، وصالح للتصرف في مباشرة حقوقه المالية والمعنوية وجوباً وأداءً، دون توقف على إذن من غيره، وفق ما نصت عليه المادة "86" وما أحالت عليه. الملحوظ على المقنن أنه أنهى الولاية عن القاصر بمجرد بلوغه سن الرشد مع انعدام العوارض السالبة له أو للأهلية، دون الحاجة إلى إثباته - أي الرشد- اكتفاء بالظاهر درءاً للإجراءات البيروقراطية، التي قد ينشأ عنها التعسف في سوء استعمال الحق، فليحق الضرر به الناتج عن فوات مصلحة ما، سواء كانت مادية أو معنوية.

وقد تدارك ذلك المقنن المغربي في المادة "210 و 218" من مدونة الأسرة بالتفصيل.

- **المادة 210:** كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته.

- **المادة 218:** ينتهي الحجر عن القاصر إذا بلغ سن الرشد، ما لم يحجر عليه لداع آخر من دواعي الحجر.

يحق للمحجور بسبب إصابته بإعاقة ذهنية أو سفه أن يطلب من المحكمة رفع الحجر عنه إذا أنس من نفسه الرشد كما يحق ذلك لنائبه الشرعي.

إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده.

يمكن للنائب العام الشرعي أن يطلب من المحكمة ترشيد القاصر الذي بلغ السن المذكورة أعلاه، إذا أنس منه الرشد.

يترتب عن الترشيح تسلم المرشد لأمواله واكتساب الأهلية الكاملة في إدارتها والتصرف فيها، وتبقى ممارسة الحقوق غير المالية خاضعة للنصوص القانونية المنظمة لها. وفي جميع الأحوال لا يمكن ترشيح من ذكر إلا إذا ثبت للمحكمة رشده بعد اتخاذ الإجراءات الشرعية اللازمة.

8- تحدثت في النقطة السابقة عن بلوغ القاصر سن الرشد الحقيقي وهو "19" سنة، وفق ما نص عليه القانون المدني في الفقرة الثانية من المادة "40"، دون أن تكون هناك عوارض الأهلية، سواء كانت سماوية أو مكتسبة، فهل يلحق من رُشد بسبب الزواج قبل بلوغ سنه - أي الزواج- الحقيقي وهو "19" سنة - وفق ما نصت عليه المادة "7" من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم: 2/5 المؤرخ في 17 فبراير 2005م "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام" 19" سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"- بأحكام المادة "40" من ق. م، والمادة "86" من ق. أ. ج، أم لا؟

الناظر في هذه المسألة يرى أنه لا يلحق بهما؛ لأن الإذن هنا استثنائي، وهو خاص بالزواج لا التصرف في إدارة الأموال، بدليل ما نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة "7" من ق. أ. ج، حيث إنها خولته أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج دون بقية المعاملات الأخرى التي لا علاقة لها به كالبيع والشراء وغيرهما، وبالتالي يبقى تحت رعاية وليه أو الوصي أو مقدم القاضي فيما عدا ذلك، وفق ما نصت عليه مواد هذا القانون، وما أحيل عليه، فيخضع لنفس الأحكام كأبي شخص عادي لم يقع في حقه استثناء، ومن ثمَّ يكون الإذن بالزواج غير لاغ لبقية الأحكام المتعلقة بفاقد الأهلية أو ناقصيها، إلا إذا نص على ذلك صراحة، وهو ما أقره المقنن المصري في المادة "60" من أحكام الولاية "إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال كان ذلك إذنا له في التصرف في المهر و النفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق".

9- لم يفرق المقنن بين ناقص الأهلية وعديمها في مواد مستقلة، وإن نص على سبب منها، ألا وهو الصغر، والذي لم يبلغ من كان موسوماً به سن التمييز في المادة "82" من ق.أ.ج. وبناء عليه أرى إضافة مادة تفرق بين أسباب الحجر المفضية إلى فقدان الأهلية كاملة كانت أو ناقصة؛ لأن أحكامهما مختلفة.

• يعتبر ناقص أهلية الأداء:

- الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد.
- السفیه.
- المعتوه.

• يعتبر عديم أهلية الأداء:

- الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز.
 - المجنون ومن في حكمه بسبب فقدان العقل.
 - يلحق المجنون غير المطبق حالة إفاقته بالصبي المميز.
- وهو ما نص عليه المقنن الغربي في المواد "212، 213، 217".
- أ- المادة 212: أسباب الحجر نوعان: الأول ينقص الأهلية، والثاني يعدمها.

ب- المادة 213: يعتبر ناقص أهلية الأداء:

- 1- الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد.
- 2- السفیه.
- 3- المعتوه.

ج- المادة 217: يعتبر عديم أهلية الأداء:

- أولاً: الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز.
- ثانياً: المجنون وفاقد العقل.

يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها.

الفقدان الإرادي للعقل لا يعفي من المسؤولية.

10- لم يتعرض المقنن لبيان معنى كل من السفه والعتة والجنون وأهلية الوجوب والأداء، وفي ذلك مندوحة وسعة للقضاة في تكييف القضايا المطروحة أمامهم، لكن التخوف

أن يتخذ ذلك ذريعة للتعسف في تفسير النصوص، ومن ثمَّ اختلاف الأحكام القضائية المتشابهة أو المتماثلة المبنية على ضوء ذلك الاجتهاد، ولهذا أشرت في التوصيات إلى إنشاء بنك معلوماتي خاص بالأحكام القضائية يستأنس به القضاة في القضايا ذات الشأن الواحد؛ حتى تكون الأحكام متناسقة فيما بينها وسريعة.

وما ذكرته- من عدم تعرض المقنن لبيان معنى هذه الألفاظ- خاص بصفة كل من العته والسفه والجنون، أما أهلية الوجوب والأداء فلا لوضوح معالمها، وهو ما أوضحه المقنن المغربي بجلاء في المواد "206 و207 و208 و215 و216" من المدونة ما عدا الجنون. **المادة 206:** الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء.

المادة 207: أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها.

المادة 208: أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية و نفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها.

المادة 215: السفه هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه أو فيما يعده العقلاء عبثًا، بشكل يضر به أو بأسرته.

المادة 216: المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته.

وبناء عليه أرى إضافة مواد تبين تلك المعاني حفظًا للحقوق ودرءًا للتعسف في تفسير النصوص أحيانًا على النحو الآتي:

*أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، وهي ملازمة له طول حياته، ولا يمكن حرمانه منها وهي نوعان:

النوع الأول ناقصة⁽¹⁾: وهي التي يكون صاحبها أهلاً لثبوت الحق له لا عليه.

النوع الثاني كاملة⁽²⁾: وهي التي يكون صاحبها أهلاً لثبوت الحق له وعليه.

*أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية مع إمكانية نفاذها وفقا لنصوص هذا القانون، وهي نوعان.

(1)- خاصة بالجنين إلى ولادته.

(2)- خاصة بالصغير غير المميز والمجنون.

النوع الأول قاصرة⁽¹⁾: وهي صلاحية الشخص لممارسة بعض التصرفات، مع إمكانية توقفها على إذن الولي أو الوصي أو مقدم القاضي.

النوع الثاني كاملة⁽²⁾: وهي صلاحية الشخص لأن يكون أهلاً لصدور جميع الأفعال مع الاعتداد بها.

*السفيه: "السّفه" عبارة عن خفة تعرض للإنسان من الفرح والغضب فتحمله على العمل بخلاف طول العقل، وموجب الشرع، وقيل: هو الذي يصرف أمواله فيما لا فائدة فيه، أو ما زاد على الحد المعتاد عند العقلاء، بحيث يلحق الضرر به وبأسرته.

*المعتوه: هو الشخص المصاب بأفة ناشئة عن الذات توجب خللاً في العقل، فيصير صاحبه مختلط العقل، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء، وبعضه كلام المجانين.

*المجنون: هو من اختل عقله بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً، وقيل: هو الشخص الذي وقع له اختلال في العقل نشأ عنه اضطراب في الأفعال والأقوال، بحيث لا يميز المصاب به الأشياء الحسنة والقبيحة إلا نادراً، فتكون تصرفاته كتصرفات الصبي غير المميز⁽³⁾.

مع مراعاة أحكام المادة "82" المذكورة أعلاه.

نصوص مواد الفصل الخامس "الحجر"

المادة 101: من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه.

المادة 102: يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة.

المادة 103: يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر.

(1) - خاصة بالصبي المميز والمعتوه.

(2) - خاصة بالبالغ الرشيد.

(3) - راجع: التعريفات: للجرجاني، ص 69، 101، 102، 121، ت. ق: إبراهيم الإبياري، ط(1423هـ/2002م)، دار الكتاب العربي: بيروت، لبنان، التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي، ص 256، 407، 502، ت. ق: محمد رضوان الداية، ط(1410هـ/1990م)، دار الفكر المعاصر: بيروت، لبنان.

المادة 104: إذا لم يكن للمحجور عليه ولي، أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه، والقيام بشؤونه، مع مراعاة أحكام المادة "100" من هذا القانون.

المادة 105: يجب أن يمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه، وللمحكمة أن تعين له مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة.

المادة 106: الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن، ويجب نشره للإعلام.

المادة 107: تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها.

المادة 108: يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه.

بالنظر في نصوص هذه المواد يمكن ملاحظة ما يلي:

1- يحجر على من بلغ سن الرشد وهو موسوم بإحدى صفات النقص استصحابا للأصل، أو طرأ ذلك عليه بعده دون قيد أو شرط اتباعا لما ذهب إليه [جمهور الفقهاء](#) (1)، حفظا لحقوقه وصيانة لأمواله وإعمالا لقاعدة أن "ما جاور الشيء يأخذ حكمه".

لكن هذا الحجر لا بد له من أسس قانونية يعتمد عليها، فمن ذلك أن يكون هذا الأمر بناء على طلب أحد الأقارب أو من له مصلحة في ذلك للشبهة، فإن غفل هؤلاء أو تعذر عليهم الأمر لأي سبب ما تدخلت النيابة العامة وفرضت عليه الحجر؛ لأنها ولي من ولي له، وفقا للمادة "3" مكرر من هذا القانون الصادرة بالأمر رقم 2005/2/05م "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"، وكذا الفقرة الثانية من المادة "22" من القانون 11/84، والمعدلة بالأمر 2005/02/5م "يجب تسجيل تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"، وهو ما أقرته المادة "219" و"221" من مدونة الأسرة المغربية، وكذا المادة "65" من قانون الأحوال الشخصية المصري للمسلمين.

أ- مدونة الأسرة المغربية:

المادة 219: إذا رأى النائب الشرعي قبل بلوغ المحجور سن الرشد أنه مصاب بإعاقة ذهنية أو سفه، رفع الأمر إلى المحكمة التي تنتظر في إمكانية استمرار الحجر عليه، وتعتمد المحكمة في ذلك، سائر وسائل الإثبات الشرعية.

(1)- راجع ص 331 من هذه الرسالة.

المادة 221: يصدر الحكم بالتحجير أو برفعه بناء على طلب من المعني بالأمر، أو من النيابة العامة، أو ممن له مصلحة في ذلك.

ب- قانون الأحوال الشخصية المصري:

المادة 65: يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعتة أو للسفه أو للغفلة، ولا يرفع الحجر إلا بحكم، وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قِيَمًا لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة في هذا القانون.

2- إذا كان من حق من له ولاية أو وصاية أو مقدم من القاضي أن يقدم طلبا للحجر على من تحت رعايته، فإن هذا الأمر لا بد أن يتم تحت القضاء، وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة كالأطباء وسائر وسائل الإثبات الشرعية في إثبات أسباب الحجر، وهذا في حق من بلغ رشيدا ثم اعتراه عارض الأهلية، بصرف النظر عن صفة وليه.

أما قبل ذلك فيفرق بين صفة الولي، فإن كان أبا فلا يحتاج إلى حكم القاضي؛ لأن تصرفه مبني على الصلاح وحسن النظر والسداد لحنو الأبوة، بخلاف الوصي أو مقدم القاضي لوجود التهمة، فمن هنا افترقا، وهو ما أشارت إليه المادة "100" من ق. أ. ج "يقوم المقدم مقام القاضي ويخضع لنفس الأحكام"، وكذا المادة "222" من م. أ. م "تعتمد المحكمة في إقرار الحجر ورفعها على خبرة طبية، وسائر وسائل الإثبات الشرعية"، وكذا المادة "67" من ق. أ. ش. م "يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري في شأن القاصر المأذون.

3- بما أن تصرف الراعي على الرعية منوط بالمصلحة فإنه يجب عليه النظر في شؤونهم، فإن وجد خلا ما قام بتصويبه، وبناء عليه إذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي وجب عليه أن يعين له مقدما لرعاية شؤونه في نفس الحكم، حتى لا تتعطل مصالحه، مع تمكينه من الدفاع عن نفسه وحقوقه إذا شعر أو لم يقتنع بأن الحجر عليه في حقوقه فيه ظلم وتعسف، بل لم يكتف المقنن بذلك - أي بتعيين المقدم - فأجاز للمحكمة أن تعين له محاميا يبصره بالقانون وخبائاه ويترافع نيابة عنه في مسألة الحكم بالحجر عليه.

4- إقرار المقنن للمحكوم عليه بالحجر إمكانية استئناف الحكم الصادر في حقه منعا أو درءا للتعسف في استصدار الحكم لكونه قابلا للطعن، ومن أجل حماية حقوق المحجور عليه ينشر ذلك الحكم؛ حتى يعلم الناس بأمره، فيمتنعون عن التعامل معه، لعدم أهليته،

حفظاً لأموالهم وأمواله، وهو ما أشارت إليه م. أ. م في المادة "223" يشهر الحكم الصادر بالحجر أو برفعه بالوسائل التي تراها المحكمة مناسبة".

5- اعتبار المقنن تصرفات المحجور عليه لأي سبب ما، سواء كان فاقداً للأهلية أو ناقصها بعد الحكم باطلاً مطلقاً، وكذا ما صدر منه قبل الحكم به إذا كانت أسبابه - أي الحجر - ظاهرة للقاضي والداني وقت صدورهما منه⁽¹⁾، وهذا الإطلاق فيه نوع من التعسف؛ لأنه يؤدي إلى التناقض أو التضارب بين نصوص مواد هذا القانون؛ لأنه قبل ذلك فرق بين أسباب الحجر، فمن كان عديم الأهلية كالمجنون والصغير غير المميز تعتبر تصرفاتهما باطلة، لكونهما ليسا من أهل الأداء، أما إن كان المتصرف ناقص أهلية الأداء كالسفيه والمعتهو والصبي المميز فإنه ينظر في تصرفاته، فما كان منها نافعا أمضي، وما كان منها ضاراً أبطل، وما تردد بينهما توقف على إذن وليه، فكيف به يسوي بينهم في الحكم؟
وبناء عليه أرى إضافة فقرة لهذه المادة، لتصبح صياغتها كالآتي:

المادة 107: تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وكذا قبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما، مع مراعاة أحكام المواد "82، 83، 85"، المذكورة أعلاه من هذا القانون.

6- بما أن أسباب الحجر غير أبدية، بل ظرفية أجاز المقنن لمن كان متصفاً بوحدة منها أو أكثر من ذلك طلب رفع الحجر عنه إذا زالت أسبابه، وفي ذلك عدل وإنصاف، غير أن إقرار إمكانية رفع الحجر عن المحجور عليه يكون منه فقط دون غيره فيه قصور؛ لأنه في طلب الحجر أجاز ذلك للأقارب أو من له مصلحة فيه أو للنيابة العامة كما نصت عليه المادة "102" من نفس القانون، فبمقتضى المقابلة يكون رفع الحجر أيضاً، ولا يشفع له في ذلك كون المحجور عليه هو المتضرر والذي يلحقه الأذى قبل غيره؛ لأنه ليس النائحة كالثكلى، نعم لكن قد يتأذى أهله بالحجر عليه وربما يعيرون به، وهو ما تفتن له المقنن المغربي، فأشار إليه في المواد: "220، 221، 222" من م. أ. م.

(1) - اعتبار أسباب الحجر وحدها كافية في بطلان الأفعال قبل صدور الحكم بذلك دون تفصيل هل كان ذلك قبل سن البلوغ و التمييز أم بعده أم مصاحباً لهما فيه نظر؛ لأن الفقهاء مختلفون فيه، وعلى وجه الخصوص صفة السفه، فمنهم من يرى الأخذ بالاستصحاب فيبطل أفعاله متى تلبس بذلك، ومنهم من يرى عدم بطلان أفعاله إلا إذا صدر الحكم من القاضي بسفهه وبطلان تصرفه، وكذا الرفع، راجع: بدائع الصنائع، ج7/273، 278، 279، المعونة، ج2/ص1175، عقد الجواهر الثمينة، ج2/ص798، 799، تبيين المسالك، ج3/ص520، 521، الفروع، لابن مفلح، ج4/ص318، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج2/ص252، الاقناع لطاب الانتفاع، ج2/ص411.

المادة 220: فاقد العقل والسفيه والمعتوه تحجر عليهم المحكمة بحكم من وقت ثبوت حالتهم بذلك، ويرفع عنهم الحجر ابتداء من تاريخ زوال هذه الأسباب حسب القواعد الواردة في هذه المدونة.

المادة 221: يصدر الحكم بالتحجير أو برفعه بناء على طلب من المعني بالأمر، أو من النيابة العامة، أو ممن له مصلحة في ذلك.

المادة 222: تعتمد المحكمة في إقرار الحجر ورفعه على خبرة طبية، وسائر وسائل الإثبات الشرعية.

وبناء عليه أرى إعادة صياغة هذه المادة على النحو الآتي:

المادة 108: يرفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب من المحجور عليه أو من أحد أقاربه أو ممن له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة، مع مراعاة أحكام المادة "103" المذكورة أعلاه في رفع الحجر.

الفرع الخامس: التطبيقات القضائية، فمن ذلك:

1- يتم توقيع الحجر استنادا إلى خبرة طبية من طبيب مختص في الأمراض العقلية. "غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 365226، قرار بتاريخ: 2006/07/12م، المجلة القضائية لسنة 2006م، العدد 2، ص 477".

2- إن القرار الذي قضى باستبدال مقدم للمحجور عليه بعد تحقيق واف ومراعاة لمصلحته هو قرار صائب ومسبب تسببا كافيا ويتمشى وقانون الأسرة ولا يتعارض معه. "غ. أ. ش، ملف رقم: 262283، قرار بتاريخ 2001/07/18م، م. ق لسنة 2003م، العدد 01، ص 353".

3- يجب على القاضي أن يمكن الشخص المراد الحجر عليه من محام ليتولى الدفاع عن مصالحه. "غ. أ. ش، ملف رقم: 336017، قرار بتاريخ: 2005/07/13م، م. ق لسنة 2005م، عدد 1، ص 331".

4- إن رفض طلب تعيين خبير مقدم من قبل المحجور عليها للدفاع عن مصالحها بحجة أن هذا الطلب لا يوجد ما يبرره، وأن السلطة التقديرية في تعيين المحامين متروك

لقضاة الموضوع، يعد مخالفة صريحة⁽¹⁾ لأحكام المادة "105" من قانون الأسرة. "غ. أ. ش، ملف رقم: 336017، قرار بتاريخ: 2005/07/13م، ن. ق، العدد 59، ص240".

5- من المقرر أن التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه تعتبر باطلة بطلانا مطلقا. ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة المجلس قضوا بإبطال عقد الشهرة على اعتبار أن الواهب كان محجورا عليه ولا يجوز له إبرام التصرفات القانونية؛ فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا سليما. "غ. أ. ش، ملف رقم: 181889، قرار بتاريخ: 1998/03/17م، م. ق لسنة 1998م، العدد2، ص82".

*وعكس الحكم السابق قضى قضاة المجلس بصحة تصرف من لا يتمتع بقواه العقلية اعتمادا على المدة الفاصلة بين الهبة وموت المورث وإهمالهم الواجب على البت في هذا الدفع والقضاء بصحة الهبة عرضوا حكمهم للنقض. "غ. أ. ش، ملف رقم: 31833، قرار بتاريخ: 1984/10/22م، م. ق لسنة 1989م، العدد 3، ص65".

6- لا يجوز وفقا لمبدأ نسبية العقد طلب إبطال العقد إلا لمن كان طرفا فيه "البائع بعد رفع الحجر عليه أو الوصية". "غ. ع، ملف رقم: 335706، قرار بتاريخ: 2006/02/08م، م. ق، لسنة 2006م، العدد01، ص423".

7- إن ضرب الحجر على شخص سفيه لا يتم ولا يثبت إلا بحكم يعلق بمكاتب التوثيق في كامل التراب الوطني، وينشر في جريدة يومية بعد صيرورته نهائيا. "م. ع، غ. م، ملف رقم: 27711، قرار بتاريخ: 1982/11/24م، ن. ق لسنة 1983م، عدد 01 ص133". بالنظر في هذه الأحكام القضائية يمكن ملاحظة ما يلي:

1- التوافق بين نصوص القانون والأحكام القضائية في الاستئناس بالخبرة الطبية وسائر الوسائل الشرعية في إثبات الحجر، وهو ما أقره القضاء المغربي في قرارات صادرة عن المجلس الأعلى بتاريخ: 2000/9/27م تحت عدد 884، 02/2/13، تحت عدد 125، 03/12/3، تحت عدد 539 غير منشور، 06/01/4، ملف عدد 05/329، 07/6/20، تحت عدد 360، 11/09/06، تحت عدد 444، ملف عدد 10/296 منشور

(1)- ورد في الأصل "صحيحة" والصواب ما أثبتناه.

بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 75، ص 103 وما يليها، 06/12/21 تحت عدد 06/5631، المحكمة الابتدائية بوجده، 08/01/13، تحت عدد 191 (1).

2- تعيين مقدم للمجور عليه إذا لم يكن له ولي أو وصي يرضى شؤونه.

3- تعيين محام يتولى الدفاع عن المجور عليه، إذا رفض قضاة الموضوع ذلك بحجة أن هذا الطلب لا يوجد ما يبرره عُرِضَ قرارهم للطعن لمخالفته النصوص القانونية الصريحة في ذلك، وهذا يُعدُّ تعسفا في سوء التقدير.

4- إبطال التصرفات التي قام بها المجور عليه، أو سيقوم بها في المستقبل قبل رفع الحجر عنه لفقدانه الأهلية، وهو ما قضت به محكمة النقض المغربية في بعض أحكامها، فمن ذلك: قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 92/2/19، تحت عدد 472 في الملف المدني عدد 88/2212 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 64 و 65، ص 82 وما يليها، 98/10/7، تحت عدد 6026 في الملف عدد 93/3399، 00/10/18، تحت عدد، 3894 في الملف عدد 99/1798 (2).

5- إبطال الأحكام القضائية التي لم تلتزم بالنصوص القانونية المتعلقة بوسائل إثبات الحجر والاكتفاء بالاجتهادات غير المؤسسة، وهذا السلوك يُعدُّ تعسفا في استخدام الوسائل غير المشروعة.

6- طلب رفع الحجر أو إثباته أو تصحيح العقد أو إبطاله يختص به من كان له مصلحة في ذلك، دفعا للتزاحم وسوء استخدام الحق وفقا لما نص عليه القانون.

7- فرض الحجر على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لأي سبب من الأسباب يكون بحكم قضائي مع إمكانية نشره وتعليقه بمكاتب التوثيق على مستوى التراب الوطني، ولكن بعد صيرورته نهائيا غير قابل لأي شكل من أشكال الاستئناف وهو ما أقرته محكمة النقض المغربية عموما في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 05/02/16 في الملف عدد 04/606 (3).

(1)- راجع مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، لمحمد بفقير، ج 1/ ص 342 وما بعدها.

(2)- راجع المرجع السابق، ص 345، 346.

(3)- راجع المرجع السابق، ص 340.

يتضح جليا مما سبق ذكره أن قضاة الموضوع كانوا ملتزمين إلى حد بعيد بتنفيذ النصوص القانونية إلا في بعض القضايا، مما استلزم نقض تلك الأحكام، والعودة بها إلى جادة الصواب، درءا للتعسف في تفسير النصوص القانونية، سواء أكان ذلك قصدا أم سوء فهم للنص.

المبحث الثاني: الولاية على الصغير، وفيه

أربعة مطالب

المطلب الأول: الولاية على النفس

المطلب الثاني: مسقطات الولاية على النفس

المطلب الثالث: الولاية على المال

المطلب الرابع: مسقطات الولاية على المال

يتضح جليا من خلال العنوان أن الكلام ينحصر في الولاية على القاصر، سواء كان فاقد الأهلية كالصبي غير المميز أو ناقصها ابتداء من مرحلة التمييز إلى سن الرشد. والقاصر بطبيعة الحال يحتاج إلى من يسوسه ويقوم بإدارة شؤونه الشخصية والمالية، لهذا لا بد أن تتوفر فيمن أسندت إليه مهام القيام بالصغير الشروط اللازمة لذلك؛ لأن المفهوم اللغوي⁽¹⁾ للولاية، وهو النصرة أو السلطة⁽²⁾ يحتم عليه التحلي بها دون التوقف على إذن الغير كما هو بيّن من خلال التعريف الاصطلاحي لها "تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أو أبى"⁽³⁾، وقيل فيها: "القدرة على التصرف نيابة عن الغير دون توقف على إجازته"⁽⁴⁾. فالولاية بمفهومها العام نوع من أنواع النيابة التي أقرها الشرع والقانون، رعاية لمصلحة القاصر، سواء كانت اختيارية كالوكالة، أو إجبارية كما هو الشأن هنا، والتي من مقتضياتها نفاذ تصرف الولي على القاصر مطلقا إذا كانت مستوفية للشروط التي أقرها الشرع والقانون معا، فليس له نقضها ببلوغه سن الرشد، بل لا يُمكن من ذلك؛ لأن وقت نفاذها على النفس كان محجورا عليه، وإلا أدى هذا الصنيع إلى عدم استقرار الأحكام، فيناقض المقصد من تشريعها، فيعود عليها بالبطلان، فيقع الناس في مشقة وعنت، ومن ثم وجب إمضاؤها عليه. تحدثت فيما سبق عن الغرض من الولاية، وقلت هي إدارة شؤون القاصر الشخصية والمالية، وبناء عليه فالولاية تنقسم إلى قسمين:

الولاية على النفس، والولاية على المال، وهو ما أعرض له بالتفصيل في المطلبين التاليين.
المطلب الأول: الولاية على النفس وفيه فرعان.

المقصود بالولاية على النفس القدرة على تسيير شؤون القاصر المتعلقة بذاته، كالحضانة والتطبيب والتأديب والصيانة والتعليم والتزويج، وكذا تمكينه من تعلم حرفة تعينه على نوائب الدهر إذا لم يوفق في دراسته الأكاديمية، وكل ما من شأنه يصلح نفسه ويجعله فردا صالحا في المجتمع ويحي حياة سعيدة.

(1) - لسان العرب، ج9/ص405، باب الواو مادة "ولي"، مختار الصحاح، ص650، نفس الباب والمادة.

(2) - الأصل السلطان، وإنما أوردناها بلفظ السلطة باعتبار الممارسة، فهي مأخوذة إذا من ذلك الأصل المشار إليه.

(3) - التعريفات، ص246، التوقيف على مهمات التعاريف، ص734.

(4) - مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، عبد الله التتاني ج4/ص68.

الفرع الأول: من له حق الولاية على النفس.

بما أن الولاية لها ارتباط وثيق بالأسرة، فإنه يسري عليها أحكام الولاية في النكاح والحضانة والإرث، ويلحق بها ولاية القاضي لما روته عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: **"... فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"**⁽¹⁾، وما دام القاضي ولياً من لا ولي له فإنه ملزم بتسخير أو تخصيص من يقوم بشؤون القاصر حالة انعدام من يتولى أمره أو امتناعه عن ذلك؛ لأن الولاية في هذه الحالة تكون من حقوق المولى عليه لا الولي كما هو الشأن في الحضانة عند ما يمتنع الحاضن من حضانة الصغير، فيلزم الحاضن الممتنع بها إذا كان المحضون لا يقبل غيره أو لا يوجد، رعاية لمصلحة المحضون وتقديماً على حق الحاضن، وبالتالي لا يُمكن من التنازل أو التخلي عنه.

أما الحديث عن تفاصيل الولاية لدى الفقهاء فإن هذا ليس موطن بسطها ومن أراد المزيد فعليه بالرجوع إلى مضانها.

الفرع الثاني: سلطات الولي على النفس.

الواضح من مفهوم الولاية السابق ذكره أن الولي المشرف على شؤون القاصر لا بد أن يقوم بكل ما يؤدي إلى راحة الصغير ويساعد على التنشئة الصحيحة السليمة؛ لأنه أمانة عنده، فله سلطة التأديب والتوجيه والتعليم وكل ما من شأنه يصلح نفسه، لما رواه أيوب بن موسى الأنصاري عن أبيه عن جده - رضي الله عنهم - أن رسول الله ﷺ قال: **"ما نحل والد ولداً من نحل أفضل من أدب حسن"**⁽²⁾، وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال رجل: **"أدب ابنك فإنك مسؤول عن ولدك ماذا أدبته وماذا علمته، وأنه مسؤول عن برك وطواعيته لك"**⁽³⁾. سواء كان القاصر ذكر أو أنثى، مع تخصيص الأنثى بمزيد من العناية كلما كبرت في السن؛ لأنها عرضة للانحراف ومحل مطمع المنحرفين، فوجب عليه أن يصونها ويحميها مما يحمي نفسه وأهله.

(1) - سبق تخريجه، راجع ص 57 من هذه الرسالة.

(2) - سنن الترمذي، أبواب البر والصلة عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في أدب الولد، ج 3/ص 227، ح/2018، المسند، ج 24/ص 128، ح/15403؛ ج 27/ص 265، ح/16710، ص 274، ح/16717، البيهقي، كتاب الصلاة، باب ما على الآباء والأمهات من تعليم الصبيان أمر الطهارة والصلاة، ج 3/ص 121، ح/5097، المستدرک، كتاب الأدب، ج 4/ص 292، ح/7679.

(3) - سنن البيهقي، كتاب الصلاة، باب ما على الآباء والأمهات من تعليم الصبيان أمر الطهارة والصلاة، ج 3/ص 120.

المطلب الثاني: مسقطات الولاية على النفس وفيه فرعان.

الفرع الأول: المسقطات السماوية: تنتهي ولاية الولي بزوال أسبابها أو موجباتها، كالصغر والجنون والعتة والمرض إلى آخره، فإذا زالت تلك العوارض عمن كان موصوفاً بها، رفعت عنه ولاية الغير، فأصبح مكلفاً وله الحق المطلق في إدارة شؤونه النفسية.

الفرع الثاني: المسقطات المكتسبة: تكون نتيجة للتصرفات التي يقوم بها الولي كالإهمال للمؤلى عليه، أو عدم القدرة على إدارة شؤونه، أو التعسف في استعمال حق الولاية عليه، أو الفسق، أو الجهل، أو السفر المتكرر الذي يشغله عن القيام بشؤون القاصر، وكل ما من شأنه يلحق به الضرر، والضرر ي زال، وإزالته تكون بإسقاط حق ولايته عليه.

لا يقتصر إسقاط الولاية على ما تم ذكره، بل يشمل أيضاً العوارض السماوية، كأن يصاب الولي بالجنون، أو المرض، أو العتة، أو الموت، فمتى كان موسوماً بإحدى تلك الصفات وغيرها سقطت ولايته عن نفسه، فمن باب أولى لو اجتمعت فيه؛ لأن فاقده الشيء لا يعطيه، لغيب المقصد الأساسي منها ألا وهو إصلاح حال القاصر، ورعاية مصالحه⁽¹⁾، فإن تمسك بها بالرغم مما فيه يعد متعسفاً في استعمال الحق، قال ابن الأثير: "وكان الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيها لم ينطلق عليه اسم الوالي"⁽²⁾.

المطلب الثالث: الولاية على المال وفيه فرعان.

المقصود من الولاية القدرة على التصرف في إدارة أموال المؤلى عليه من صغير ومجنون وسفيه ومعتوه، وذلك بالاستثمار فيها وإبرام العقود المختلفة، كالبيع والإجارة والكرء، وكل ما يؤدي إلى تنميتها مما فيه مصلحة له، لما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده - رضي الله عنهم - أن النبي ﷺ خطب الناس فقال: "ألا من ولي يتيماً له مال فليتجر فيه ولا يتركه تأكله الزكاة"⁽³⁾، وكذا الإنفاق عليه من ماله دون إسراف ولا تقتير وفق ما تقتضيه حاجته ومصالحته إلى أن يرفع عنه الحجر.

(1) - للمزيد راجع: قانون الأحوال الشخصية، للسباعي ج2/ص32، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان ص647، 649، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، عبد الله السوسي التتاني، ج4/ص86، الأحوال الشخصية، لأبي زهرة، ص456 وما بعدها.

(2) - لسان العرب، ج9/ص404، 405، باب الواو مادة "ولي".

(3) - سنن الترمذي، كتاب الزكاة، باب ما جاء في زكاة مال اليتيم، ج2/ص76، ح/636، الدار قطني، كتاب الزكاة باب وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم، ج2/ص82، ح/1951.

*روي هذا من قول عمر - رضي الله عنه - "اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة".

الفرع الأول: من له حق الولاية على المال.

إذا كان المحجور عليه لأي سبب ما محتاجاً إلى من يدير شؤونه المالية، فإن الفقهاء اختلفوا فيمن له حق الولاية عليه بعد الأب، فالمالكية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ يرون أن الولاية تكون للأب ثم وصيه، بصرف النظر عن كنهه وإن بَعْدَ، ثم القاضي ثم مقدمه، ويرى الشافعية⁽³⁾ أن الولاية تكون للأب ثم الجد ثم وصي المتأخر منهما وفاة، ثم القاضي ثم مقدمه، ويرى الحنفية⁽⁴⁾ أن الولاية تكون للأب ثم وصيه ثم وصي وصيه، ثم الجد الصحيح - احترازاً عن الجد الفاسد أبي الأم - ثم الوالي - وهو من يتولى تقليد القضاء - ثم القاضي أو وصيه، ويرى الإمامية⁽⁵⁾ أن الولاية تكون للأب والجد على حد سواء حيث إنهما يشتركان فيها إن اجتمعا معاً، وإلا اعتمد عقد السابق منهما، ثم الوصي لأحدهما مع فقدهما، ثم الحاكم مع فقد الوصي، بينما يرى الجعفرية⁽⁶⁾ أنها تكون للأب، والجد، والوصي عليه من قبلهما أو قبل أحدهما مع فقدهما، والحاكم الشرعي⁽⁷⁾.

من خلال هذه الآراء يتبين لنا جلياً:

1- ولاية الأب ثابتة ومقدمة عن سائر الولايات الأخرى لدى الكل ما عدا الإمامية، وكذا ولاية القاضي ومقدمه أو الحاكم الشرعي عند البعض فإنها مؤخره عن باقي الولايات، وبهذا يتضح أن الخلف ثابت فيما بينهما - أي ولاية الأب، والقاضي ومقدمه - في ولاية وصي الأب ثم الجد ثم وصيه عند من أثبتته، وأعدل هذه الآراء كلها رأي الحنفية الذي جاء

= الموطأ، كتاب الزكاة، باب زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها، ج1/ص162، الدار قطني، كتاب الزكاة باب وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم، ج2/ص82، ح/1954، السنن الكبرى، للبيهقي، كتاب الزكاة، باب من تجب عليه الصدقة، ج4/ص179، ح/7339، 7340، كتاب البيوع، باب تجارة الوصي بمال اليتيم أو إقراضه، ج6/ص3، 4، ح/10982، 83، 84، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لابن حجر الكناي العسقلاني، كتاب الزكاة، باب صدقة الخلاء، ج2/ص352، 353، 354، ح/824، 825، ت. ق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ط2(1427هـ/2006م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.

(1) - راجع عقد الجواهر الثمينة، ج3/799، الشرح الكبير، ج3/ص299، 300، جواهر الإكليل، ج2/ص99، تبين المسالك، ج3/ص525، الفقه المالكي وأدلته، ج5/ص433، 434.

(2) - راجع المغني ج4/ص526، 527، الفروع ج4/ص316، كشاف القناع، ج3/ص446، 447، شرح منتهى الإيرادات، ج3/ص480، 481.

(3) - راجع المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2/ص126، مغني المحتاج، ج2/ص225، 226، روضة الطالبين، ج2/ص255.

(4) - راجع فتح القدير، ج9/ص312، حاشية ابن عابدين، ج9/ص292، 293.

(5) - راجع الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية، ج4/ص150، 151.

(6) - راجع دليل القضاء الجعفري، ص199، 202، 204.

(7) - المراد بالحاكم الشرعي هو الفقيه العدل الجامع لشرائط الفتوى. المصدر السابق، ص199.

وسطا بينهما؛ لأنه راعى حق الأب باعتباره الأصل، فأمكن وصيه ثم وصي وصيه بعده مباشرة لوفور شفقتة عليه⁽¹⁾، وأنه لا يختار له إلا الأصلح، ولو رأى الجد هو الأنفع لذلك لأمكنه منها، فدل هذا أن ما قام به الأب هو الأنفع، والأصلح للولد، ثم أكرم الجد باعتباره أصلاً للأب وأباً ثانياً للمحجور عليه، فقدمه على القاضي ونائبه، لما لديه من الشفقة مثل الأب، ولأن المحجور عليه يحتمى به إذا ألت به المحن واشتدت عليه الشدائد.

2- عدم ثبوت هذه الولاية لغير من تم ذكرهم ووقع الاختلاف فيهم تقديمًا وتأخيراً⁽²⁾، ومن ثم لا يحق لأي قريب مهما كانت درجته أن ينازع هؤلاء فيها، لعدم أحقيته فيها، وإلا عدّ متعدياً، لعدم استناده إلى دليل مشروع، إلا إذا كان وصياً أو مقدماً للقاضي.

ما ذكرناه من اختلاف الفقهاء إنما هو خاص بالصغير قبل البلوغ والرشد وبعده إذا بلغ سفيهاً أو مجنوناً أو معتوهاً؛ لأن الولاية على المال لا تسقط إلا باجتماع الشرطين معا البلوغ والرشد، لقوله تعالى: ﴿ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَأَسْتُم مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾⁽³⁾، ومن كان موصوفاً ولو بواحدة من هذه الأوصاف استمرت الولاية عليه استصحاباً للأصل وفقاً للقاعدة الفقهية "الأصل بقاء ما كان على ما كان"⁽⁴⁾، و أن "ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين"⁽⁵⁾ و"التابع تابع"⁽⁶⁾ لعدم تحقق ما تسقط به، فتبقى الأمور على ما كانت عليه إلى أن يحدث ما يرفعها ويزيل الحجر.

أما إذا بلغ عاقلاً رشيداً وسقطت الولاية عنه ثم طراً عليه ما يوجب عودها كالجنون والعتة، ومن ثم الحجر عليه مرة أخرى، فهل تعود عليه الولاية المذكورة آنفاً، أم أنها تسقط نظراً للوصف، اختلفت نظرة الفقهاء في ذلك، فمذهب المالكية⁽⁷⁾، والحنابلة⁽⁸⁾، والامامية⁽⁹⁾،

(1)- بخلاف المالكية والحنابلة فقد أطلقوا في الوصي ومن هنا افترقا.

(2)- وقع الاختلاف بين الفقهاء في ولاية الأم على الصغير ووصيتها، فأثبتها الشافعية فقط في غير الأصح، وهو قول الأصطرخي: "لها ولاية المال بعد الأب والجد، وتقدم على وصيهما؛ لأنها أحد الأبوين". راجع مراجع ص363 السابقة، الهامش (3) السالف ذكره.

(3)- الآية (6) من سورة النساء.

(4)- هذه القاعدة متفرعة عن القاعدة الأم الكبرى "اليقين لا يزال بالشك"، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص152.

(5)- المصدر السابق، ج1/ص158.

(6)- القاعدة الرابعة من القواعد الكلية، المصدر السابق، ج1/ص272.

(7)- راجع سراج السالك، ج2/ص150، تبيين المسالك، ج3/ص526، الفقه المالكي وأدلته، ج5/ص434.

(8)- راجع المغني، ج4/ص526، 527، كشف القناع، ج3/ص452، شرح منتهى الإرادات، ج3/ص486، الفروع، ج4/ص318. ج4/ص318.

والامامية⁽¹⁾، والجعفرية⁽²⁾ عدم عود الولاية لمن كانت ثابتة له، وإنما يختص بها القاضي أو الحاكم عند البعض فقط؛ لأنها سقطت والساقط لا يعود، ولا يرتفعها عنه بالرشد فلا تعود إليهم إلا بدليل وهو منتف، والقاضي أو الحاكم ولي عام لا تحتاج ولايته إلى دليل، وهو أحد قولي الحنفية

والشافعية، بينما يرى الحنفية⁽³⁾ في أرجح القولين والشافعية⁽⁴⁾ في أصحهما أن الولاية تعود لمن كانت له قبل موجبات رفعها، وهو قول في المذهب الحنبلي⁽⁵⁾؛ لأن سقوطها كان بسبب سبب أن المؤلّى عليه بلغ رشيدا عاقلا، أمّا وأنه قد حدث له ما يوجب عودها مرة أخرى فتعود لمن كانت له قبل موجبات إسقاطها؛ لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، ومبنى هذا الاختلاف بين الفقهاء مرده إلى القاعدة الفقهية "الزائل العائد هل هو كالذي لم يُزل أو كالذي لم يُعد"⁽⁶⁾.

الترجيح:

الراجح من هذه الأقوال هو رأي الحنفية والشافعية لما جبل عليه الأب والجد من الشفقة والحنان، فكيف يكون القاضي وليا لهما- أي المجنون والمعتوه- مع وجود من هو مقدم عليه مع صلاح حاله وفقا للقاعدة الفقهية "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"⁽⁷⁾، وهذا الترجيح يُعد من باب الاستحسان لا القياس؛ لأنه بمقتضى القواعد العامة أن الأخذ بالرأي الأول هو الأولى، وفقا لقاعدة الفقهية "الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن"⁽⁸⁾، وأقرب زمن للحجر كونه موصوفا بالبلوغ والرشد، ومن ثمّ لا ولاية عليه إلا من جهة القاضي ومقدمه؛ لأن "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"⁽⁹⁾.

(1)- راجع الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية، ج4/ص106.

(2)- راجع دليل القضاء الجعفري، ص203.

(3)- راجع حاشية ابن عابدين، ج9/ص293.

(4)- فرق الشافعية بين أسباب الحجر، فجعلوا ولايته في أصح القولين للأب ثم الجد إن كان سببه الجنون، وللقاضي إن كان سببه السفه في أصحهما أيضا، ومبنى هذا التفريق راجع إلى من يتولى أمر الحجر، هل القاضي أم أنه يصير محجورا عليه بنفس السفه. راجع المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2/ص132، 133، مغني المحتاج، ج2/ص222، روضة الطالبين، ج2/ص252.

(5)- انظر الفروع، ج4/ص318.

(6)- الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص375، الأشباه والنظائر، للسبكي، ج1/ص276.

(7)- المصدر السابق، للسيوطي، ج1/ص339، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص160.

(8)- الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص165.

(9)- المصدر السابق، ج1/ص278، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص123.

فإن كان الطارئ بعد البلوغ والرشد هو السفه فقط، فإن الولاية عليه تكون للقاضي أو مقدمه عند جمهور الفقهاء⁽¹⁾؛ لأن الغرض منها حماية أمواله، وحفظ الأموال وصيانتها موكول للقاضي، فيختص بها هو أو مقدمة دون غيره، منعا للتنازع أو التعسف؛ لأن حكمه يرفع الخلاف، وعنده تفض الخصومات، ولما لا وهو ولي على الأولياء؛ خلافا لمحمد بن الحسن الحنفي في أحد القولين أن الولاية يختص بها من كان وليا عليه قبل البلوغ والرشد⁽²⁾. والرشد⁽²⁾.

الفرع الثاني: سلطات الولي على المال.

يدل المعنى العام المستنبط من لفظ الولاية أن الواجب على الولي الشرعي القيام بكل ما فيه مصلحة للموئى عليه في أمواله المنقولة وغير المنقولة، وتخليص الوثائق التي فيها مصلحة له وكل ما من شأنه يؤدي التأخر فيه إلى ضياع حقوقه، ومن ثم إلحاق الضرر به. وبناء عليه فإن الولي ملزم بإدارة أموال وأملاك الموئى عليه بما يحقق له الفائدة بالبيع والشراء والإجارة والاستئجار، فإذا ترتب عليها إلحاق ضرر ظاهر فيما لا يتغابن فيه الناس عادة ولم تعم به البلوى، كانت تلك الإدارة أو المعاملات باطلة، ويلحق بهذا الحكم كل تصرف ليس فيه منفعة واضحة وإن كان مبناهما الثواب الأخروي، كالهبة أو الوصية أو القرض أو التبرع أو التصدق من مال الموئى عليه، سواء لنفسه أو لغيره أو لمؤسسة دينية ولو كانت بينهما قرابة؛ لأن هذه التصرفات فيها ضياع للمال وتعطيل له عن الاستثمار فيه، وهذا يتنافى مع غرض الولاية، وهو حفظ المال وكل ما يملكه، فهذه التعاملات عادة تكون من المال الخاص، وهو ليس ماله، وإنما هو مؤتمن عليه مع تخويله التصرف فيه على سبيل الإدارة بما فيه تحقيق المصلحة، حتى وإن أطلق يده الموئى عليه؛ لأنه لا يملك التصرف في نفسه، فمن باب أولى ما يملكه، فضلا أن يتصرف فيه كما يشاء، لشبهة الملك فيه، اعتمادا على قول النبي ﷺ فيما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى

(1) - راجع مراجع الهوامش (7،8،9) من الصفحة السابقة (364)، ومراجع الهوامش (1،2،3،4،5) من نفس الصفحة.

(2) - راجع حاشية ابن عابدين، ج9/ص293.

النبي ﷺ فقال يا رسول الله: "إن لي مالا وولدا وإن والدي يحتاج مالي قال: "أنت ومالك لوالدك، إن أولادكم من أطيب كسبكم، فكلوا من كسب أولادكم"، وفي رواية "اجتاح"⁽¹⁾.

فهذا الإذن محمول على الأكل منه بالمعروف بحسب الحاجة، وبما لا يلحق الضرر بمال المولى عليه جزاء تتميته وحفظه له، للقاعدة الفقهية: "الخراج بالضمان"⁽²⁾، و"الغنم بالغرم"، ولعموم البلوى أيضا بسبب جريان يده فيه، لما بينهما من الاحتكاك وكثرة الاختلاط، لا إن كان غنيا فلا يجوز له، لعدم الحاجة إليه؛ لأن "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها"⁽³⁾، ولقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ^ط وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ^ع﴾⁽⁴⁾.

قال ابن العربي في مدلول الآية بعد أن ذكر وجوب القضاء على من أكل مع الإشهاد عليه - القضاء - "والصحيح أنه لا يقضي؛ لأن النظر له، فيتعين به الأكل بالمعروف، والمعروف هو حق النظر، وقد قال أبو حنيفة: يقارض في مال اليتيم ويأكل حظه من الربح، فكذا يأخذ من صميم المال بمقدار النظر؛ هذا إذا كان فقيرا؛ أما إذا كان غنيا فلا يأخذ شيئا؛ لأن الله سبحانه أمره بالعفة والكف عنه"⁽⁵⁾.

وقد بين هذه الحقيقة أكثر الإمام البيهقي عندما نقل اختلاف العلماء في حكم أخذ الأب من مال ولده فقال: "من زعم أن مال الولد لأبيه احتج بظاهر هذا الحديث، ومن زعم أن له من ماله ما يكفيه إذا احتاج إليه، فإذا استغنى عنه لم يكن للأب من ماله شيء احتج بالأخبار التي وردت في تحريم مال الغير، وأنه لو مات وله ابن لم يكن للأب من ماله إلا السدس، ولو كان أبوه يملك مال ابنه لحازه كله"⁽⁶⁾، بدليل ما رواه ابن أبي جبلة عن النبي ﷺ قال: "كل أحد أحق بماله من والده وولده والناس أجمعين"⁽⁷⁾.

(1) - سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في الرجل يأكل من مال ولده، ج3/ص287، ح/3530، ابن ماجه، كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، ج2/ص769، ح/2292، المسند، ج11/ص261، 262، ح/6678، ص503، ح/6902، البيهقي، كتاب النفقات، باب نفقة الأبوين، ج7/ص789، ح/15750، 15751.

(2) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص303، القاعدة الحادية عشرة من القواعد الكلية، الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص151.

(3) - المصدران السابقان - السيوطي، ج1/ص212، القاعدة الثانية من القواعد المتفرعة عن القاعدة الرابعة الكبرى "الضرر يزال"، ابن نجيم، ص86.

(4) - الآية (6) من سورة النساء.

(5) - أحكام القرآن، ج1/ص326، راجع قبلها، ص324، 325، فقد ذكر فيهما أقوال العلماء في مدلول هذه الآية.

(6) - سنن البيهقي، كتاب النفقات، باب نفقة الأبوين، ج7/ص789.

(7) - المصدر السابق، ج7/ص790، ح/15753، نفس الكتاب والباب السابق.

وهو ما أكده أبو حاتم عندما تحدث عن مدلول الحديث، حيث إنه استخرج منه نكتا ولطائف تبين المقصد الحقيقي منه؛ لأن المرء متعلق بماله كثيرا ويضن به، ولا يحب أن تجول يد غيره فيه إلا بإذنه، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا﴾⁽¹⁾، فقال: "معناه أنه ﷺ زجر عن معاملته أباه بما يعامل به الأجنيبين، وأمره ببره والرفق به في القول والفعل معا، إلى أن يصل إليه ماله، فقال له أنت ومالك لأبيك، لا أن مال الابن يملكه الأب في حياته عن غير طيب نفس من الابن"⁽²⁾، وبهذا نكون قد وضعنا كل القيود والضوابط الأساسية في كيفية التعامل بين الولد ووليه منعا للحيث والجور و التعسف في استعمال الحق.

المطلب الرابع: مسقطات الولاية على المال وفيه ثلاثة فروع.

الفرع الأول: أحوال من يتولى الولاية على الصغير ومن في حكمه في أموالهم.

من المقررات الشرعية أن الحقوق دائرة بين الإثبات والإسقاط، فلا هي ثابتة مطلقا ولا ساقطة كذلك، وإنما هي مرتبطة بأسبابها وجودا وعدما، وفي ذلك مدعاة للحفاظ عليها بعد التمكن منها، بل السعي إليها قبل الحصول عليها من أجل الوصول إليها، ومن ثم فإن الصغير ومن في حكمه تثبت ولايته لوليه في إدارة أمواله، وكل ما يتعلق بها على الوجه المطلوب دون إخلال أو تقصير.

وثبت هذا الحق للأب يستلزم منه أن يكون كامل الأهلية⁽³⁾ أثناء ممارستها، ولكن بحكم الجبلة التي خلق عليها الإنسان عموما فإنه عرضة لبعض الأحداث التي قد تؤثر في تصرفاته بين النفع والضرر المحض والتردد بينهما.

فثبتت هذا الحق إذا مرتبط بصفة صاحبه الذي لا يخلو حاله من أن يكون:

1- معروفا بحسن الرأي والتدبير، وهذا لا إشكال في ثبوت الولاية له، فتصرفاته كلها نافذة إذا كان مبنياها العوض دون توقف على إجازة أحد، ولو كان فيها غبن يسير بما يتغابن فيه الناس عادة لعموم البلوى به، وعدم إمكانية التحرز منه.

2- معروفا بسوء الرأي والتبذير، ولكنه أمين على ما وُلي عليه، فهذا الوصف لا يمنع

الولاية ولا يسلبها منه لسببين:

(1) - الآية (20) من سورة الفجر .

(2) - الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان، كتاب البر والإحسان، باب حق الوالدين، ج2/ص143.

(3) - شروط كمال الأهلية هي: الإسلام، البلوغ، العقل، الرشد، وزيد شرط الحرية إلا أن هذا الشرط أصبح شبه معدوم في عصرنا، فلهذا لا ينكر ضمن الشروط لعدم الاعتداد به.

أولهما: أن فساد رأيه وتدبيره لا ينقص شيئاً من شفقتة وحنوه على ولده.

ثانيهما: تمكينه هو من إدارة أمواله بنفسه، وبالتالي تصح إدارته لأموال غيره؛ لأنه "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"⁽¹⁾، فالوسيلة وهي الولاية يغتفر فيها ابتداء؛ لأن المقصود هو حفظ المال، فالاعتبار بالمآلات "والميسور لا يسقط بالمعسور"⁽²⁾، لقوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾⁽³⁾، وقوله ﷺ: **"إِذَا نَهَيْتُمْ عَنْ شَيْءٍ فَاجْتَنِبُوهُ وَإِذَا أَمَرْتُمْ بِشَيْءٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ"**⁽⁴⁾.

لكن وجود هذه الشبهة - سوء التصرف - فيه يجعله محلاً للنظر في التصرفات التي يقوم بها، فإن كانت نافعة له نفذت عليه، وإن كانت متمحضة للضرر أبطلت، وإن تردت بينهما، فللقاضي أن ينظر فيما هو الأفضل له، فله حق الإمضاء والنقض.

3- مستور الحال: وهو الذي لا يعرف عنه شيء، لا حسن اختيار ولا فساد رأي، فهذا يلحق بمن ذكر قبله في أحكامه؛ لأن أفعاله محمولة على النظر والسداد⁽⁵⁾ إعمالاً للقاعدة الفقهية "هل العبرة بالحال أو بالمآل"⁽⁶⁾؛ لأن الأصل في الإنسان الصلاح وفقاً للقاعدة الفقهية "الأصل براءة الذمة"⁽⁷⁾.

4- معروفاً بفساد الرأي، والسفه، وسوء النظر، وعدم الأمانة، فمن كان موسوماً بهذه الصفات لا يستحق الولاية، نظراً لاحتياجه هو لمن يسوسه، فكيف تسند إليه أمور غيره، وكما قيل: "فاقد الشيء لا يعطيه"، بل للقاضي نزع الأموال من يده وإعطائها لوصي يتصرف فيها بما يعود على المولى عليه بالنفع؛ لأنه في هذه الحالة يعتبر بلا ولي حكماً، وينزل منزلة من لا ولي له حقيقة، والحاجة تقتضي أن يتدخل القاضي باعتباره ولياً عاماً لمن لا ولي له؛ لأن تصرفه منوط بالمصلحة⁽⁸⁾، وفقاً للقاعدة الفقهية "تصرف الإمام على الرعية

(1) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص346، القاعدة السابعة والثلاثون من القواعد الكلية.

(2) - المرجع السابق، الموضوع نفسه، القاعدة الثامنة والثلاثون من القواعد الكلية، الأشباه والنظائر، للسبكي، ج1/ص155.

(3) - الآية(16) من سورة التغابن.

(4) - سبق تخريجه راجع ص(233) من هذه الرسالة.

(5) - راجع شرح مختصر خليل، للخرشي، ج5/ص295.

(6) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص378، القاعدة الخامسة عشرة من القواعد المختلف فيها.

(7) - المصدر السابق، ج1/ص155، قاعدة منقوعة عن القاعدة الثانية من القواعد الكبرى "اليقين لا يزال بالشك".

(8) - راجع شرح مختصر خليل، للخرشي، ج5/ص297.

منوط بالمصلحة⁽¹⁾، إلا إذا كانت هناك محاباة لفساد أخلاقه، فهنا لابد من إبطال تصرفه - أي القاضي- بمن هو أعلى منه درجة، ولهذا قيل: "إذا كان الأب مبذرا متلفا مال ابنه الصغير، فالقاضي ينصب وصيا وينزع المال من يده"⁽²⁾، بل يحجر عليه هو نفسه لسفهه؛ لأنه وليٌّ على الأولياء، فلا تثبت الولاية له؛ "لأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة"⁽³⁾.

تتجلى مظاهر التعسف فيما تمّ ذكره عموما في التصرفات التي يقوم بها الولي لعدم تحقق الغرض المقصود منها، وتظهر أكثر إذا كان متمسكا بها صورة بحجة أحقيته بها؛ لكونه أبا مع تنصيب وكيل يدافع عنه، وربما يسلك المسالك الملتوية من أجل الاحتفاظ بها، وبالأخص إذا كان ينتفع من المال، فيضيق على المؤلّى عليه في النفقة تحت ذريعة ترشيد النفقات وعدم التبذير، مع أن هذا الأمر متروك للمستوى المعيشي للقاصر، فيصرف عليه من ماله بقدر حاله وشأنه، أو يتركه ضائعا في الشارع، فهذا التصرف وغيره مما يلحق الضرر بالمؤلّى عليه، ولا يحقق الغرض الأصلي الذي من أجله شرعت الولاية، يُعدّ تعسفا في استعمال الحق.

الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته.

نص قانون الأسرة الجزائري في الفصل الثالث من الكتاب الثاني النيابة الشرعية على الولاية ابتداء من المادة "87 إلى 91"، والتي جاءت نصوصها كالتالي:

المادة 87: معدلة بالأمر رقم: 2/5 المؤرخ في 27 فبراير 2005م.

يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.

المادة 88: على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.

(1)- الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص278، القاعدة الخامسة من القواعد الكلية، الأشباه والنظائر، لابن نجيم ص123، النوع الثاني من القواعد.

(2)- الأحوال الشخصية، لأبي زهرة، ص464.

(3)- الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان، ص654.

- 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- 3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض، أو المساهمة في شركة.
- 4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

المادة 89: على القاضي أن يراعي في الإذن:

حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني.

المادة 90: إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة.

المادة 91: تنتهي وظيفة الولي:

- 1- بعجزه.
- 2- بموته.
- 3- بالحجر عليه.
- 4- بإسقاط الولاية عنه.

بتحليل نصوص هذه المواد يمكن ملاحظة الآتي:

1- إقرار المادة "87" أحقية الأب قبل غيره من الأولياء في الولاية على أولاده القصر، مبدأ عام لا خلاف فيه بين الفقهاء، لكن بالمقابل نجد أنها أقرت أحقية الأم دون غيرها بالولاية مباشرة بعد وفاة الأب، أو حصول مانع له، أو كان غائبا في إدارة الأمور المستعجلة، وهذا على خلاف ما جرى به العمل عند **جمهور الفقهاء⁽¹⁾** من أن ولاية المال لا تكون للأم، وإنما تختص بالحضانة فقط.

لكن ربما يكون السند لهذا الإقرار ما نصت عليه المادة "65" من دستور 1996م المتعلقة بحماية الطفولة والتي ورد فيها "يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم" حيث إنها أطلقت في لفظ الآباء الذي يفيد العموم دون تخصيص أو تقييد، ولفظ الآباء إذا أطلق دون قيد أو شرط في عرف الاستعمال انصرف إلى الآباء والأمهات على السواء دون غيرهم من الأجداد والجندات، وإن كانوا آباء مجازا باعتبارهم أصولا؛ لأنه إذا تعارض العرف

(1)- راجع ص(363، 364) من هذه الرسالة، وقد أشرت فيها بإيجاز إلى آراء الفقهاء في هذه المسألة وما هو المعمول به.

مع الشرع، قدم عرف الاستعمال إذا لم يتعلق بالشرع بحكم⁽¹⁾؛ لأن "الأصل في الكلام على الحقيقة"⁽²⁾ أو أن "حمل اللفظ إلى ما يتبادر إلى الذهن أولى"⁽³⁾، وفقا للقاعدة الفقهية.

والدليل على تسمية الأجداد أباؤه قوله تعالى: ﴿وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾⁽⁴⁾، فقد سماهم يوسف-عليه السلام- آباء باعتبارهم أصولا له، مع أن أباه الحقيقي هو يعقوب-عليه السلام- ومنه قوله تعالى: ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمْ الْمُسْلِمِينَ﴾⁽⁵⁾، فإبراهيم-عليه السلام- ليس أبا مباشرا، وإنما هو جد للعرب على وجه الخصوص، والمسلمين بصفة عامة، لقوله تعالى: ﴿رَبَّنَا وَاجْعَلْنَا مُسْلِمِينَ لَكَ وَمِنْ ذُرِّيَّتِنَا أُمَّةً مُسْلِمَةً لَكَ وَإِرْنَا مَنَاسِكًا وَتُبَّ عَلَيْنَا إِنَّكَ أَنْتَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ﴾⁽⁶⁾، فالعرب من ذرية إسماعيل - عليه السلام- وهو ابنه، وبالتالي يكون أبا للجميع باعتبار الأصل لا باعتبار الولادة المباشرة، ومن الشعر قول الفرزدق للجرير:

أولئك آبائي فجئني بمثلهم *** إذا جمعنا يا جرير المجامع.

والمعروف أن الإنسان ليس له إلا أب واحد فقط منعم عليه بالولادة، وربما يرجع سبب حصر الولاية ابتداء في أحد الأبوين دون غيرهما، وعلى وجه الخصوص الأم إذا كان الأب متوفيا أو غائبا أو حصل له مانع يمنعه من إدارة شؤون القاصر أنها أكثر شفقة من غيرها، خصوصا وأن إمكانية نزع الولاية منها أو من غيرها قائم إذا وجبت أسبابه، وهو ما أقره المقنن المغربي في القسم الثاني "النيابة الشرعية" في المواد 230، 231، 236، 238 "من مدونة الأسرة المغربية، والتي جاءت نصوصها كالاتي:

المادة 230: يقصد بالنايب الشرعي في هذا الكتاب:

- 1- الولي وهو الأب والأم والقاضي.
- 2- الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم.

(1)- راجع الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص226.

(2)- المصدر السابق، ج1/ص172.

(3)- الأشباه والنظائر، للسبكي، ج1/ص274.

(4)- الآية (38) من سورة يوسف.

(5)- الآية (78) من سورة الحج.

(6)- الآية (128) من سورة البقرة.

3- المقدم وهو الذي يعينه القضاء.

المادة 231: صاحب النيابة الشرعية

الأب الراشد، الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته، وصي الأب، وصي الأم، القاضي، مقدم القاضي

المادة 236: الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرّد من ولايته بحكم قضائي، وللمأم أن تقوم بالمصالح المستعجلة لأولادها في حالة حصول مانع للأب.

المادة 238: يشترط لولاية الأم على أولادها:

1- أن تكون راشدة.

2- عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان للأهلية، أو بغير ذلك.

يجوز للمأم تعيين وصي على الولد المحجور، ولها أن ترجع عن إيصائها.

تعرض الوصية بمجرد وفاة الأم على القاضي للتحقق منها وتثبيتها.

في حالة وجود وصي الأب مع الأم، فإن مهمة الوصي تقتصر على تتبع تسيير الأم لشؤون الموصى عليه ورفع الأمر إلى القضاء عند الحاجة.

فهذه المواد جعلت الولاية محصورة في الأب والأم ووصيهما والقاضي ومقدمة، غير أنها أخرجت وصي الأب حالة وجود الأم، ويكون معها بمثابة المراقب لتسيير الأم لشؤون الموصى عليه، وإذا اقتضت الحاجة رفع الأمر للقضاء كما نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة "238" "في حالة وجود وصي الأب... عند الحاجة".

الملاحظ عليها أيضا أنها جمعت بين الولاية الخاصة والعامة في نفس الفقرة، كان الأولى أن تفصل بينهما؛ لأن أحكامهما مختلفة، وهو ما تفتن إليه المشرع فنص على أحكام كل واحد منهم في مواد مستقلة، ولعل السبب الذي حدى به إلى ذلك هو الإعلام العام لمفهوم النيابة الشرعية ومن له الحق فيها، ثم فصل أحكامها في مواد مستقلة من باب ذكر الخاص بعد العام للتخصيص ومزيد الاهتمام به وفق ما أقرته المادة "236 و 237" من الفرع الأول "الولي" أولا "الأب"، وكذا المادة "238 و 239" الخاصة بالعنصر الثاني ألا وهو "الأم"، ثم نص على الأحكام المشتركة بينهما في العنصر الثالث في المواد "240 و 241 و 242 و 243"، ثم أقر في الفرع الثاني "الوصي والمقدم" على الأحكام المتعلقة بهما ابتداء من المادة "244 إلى المادة 264".

وبالمقابل نجد القانون المصري والسوري أقر أن الولاية المالية تكون للأب ثم الجد فقط.

1- القانون المصري:

نص المقنن المصري في المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية على بعض أحكام الولاية على المال المرسوم بقانون رقم: 119 لسنة 1952م والتي ورد فيها: " للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة."

2- القانون السوري:

أ- نص المقنن السوري في الفقرة الأولى من المادة "170" على أن للأب ثم للجد العصبي الولاية على نفس الصغير وماله، وأنهما ملزمان بالقيام بها؛ لأنها واجب شرعي بصلة الأبوة والبنوة فلا يملكان التخلي عنها.

كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة المذكورة أعلاه على أنه ليس للأقرباء العصبات- ما عدا الأب والجد- إلا الولاية على النفس فحسب، أما الولاية المالية فلا.

ب- نصت المادة "172" على أن للأب والجد العصبي عند عدم الأب دون غيرها من الأقرباء الولاية المالية على القاصر في حفظ ماله والتصرف به واستثماره، ولا ينزع منه مال القاصر إلا إذا ثبتت خيانتة أو سوء تصرفاته فيه، وكذلك ليس له أن يتبرع بمال القاصر أو بمنافعه أصلاً، وليس له بيع عقاره أو رهنه إلا بإذن القاضي بعد تحقق المسوغ.

الواضح من هذه النصوص للقانونين المصري والسوري معاً، أنها حصرت الولاية في الأب والجد دن سواهما من الأقرباء، بل إن المقنن السوري نص على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادتين "170 و 172"، فمعنى هذا أن الجد عندهم يقدم على وصي الأب، وهو مذهب الشافعية، لكن المقنن المصري جعل وصي الأب مقدم على الجد، وهو مذهب الحنيفة، وعلى كل حال فإنهما متفقان على مبدأ عدم تولية الأم الولاية على أولادها القصر. لكن الذي أراه هنا جديراً بالاتباع هو النظر إلى مصلحة القاصر، فمن ثبتت حنكته وخبرته من الولاية في إدارة أموال القاصر وشؤونه أسندت إليه الولاية بعد الأب، بصرف النظر عن كونه وصياً أو جداً أو مقدماً على ما سيأتي بيانه، ما دام أن إسناد الولاية يرجع فيه إلى القضاء، وهو الذي يقرر من يصلح لذلك ومن لا يصلح بما لديه من الآليات.

بقيت نقطة أخيرة متعلقة بهذه المادة وهي أن الولاية على المال حالة الطلاق تسند لمن أسندت إليه الحضانة - الولاية على النفس - حتى لا يقع هناك تنازع بين الولايتين، فربما من أسندت إليه ولاية المال يمكر بالحاضن- الوالي على النفس- ويضيق عليه في النفقات الواجبة للمحضون والحاضن على السواء إذا كان يتقاضى أجره على ذلك، فنتعطل المصالح ويضيع المقصد منها، فمنعنا لهذه العراقيل وتيسيرا للأمر تسند الولاية المالية للحاضن استحسانا، وإلا فإنه لا ترابط بينهما، وهو فقه حسن، نظرا للواقع المعيش، منعا للتعسف في سوء استخدام الحق؛ لأن الأحكام تتغير بتغير الزمان والمكان، والمرأة بصفة عامة قد بلغت الآن من النضج الفكري والسياسي والمالي ما يؤهلها إلى تولي⁽¹⁾ هذا الأمر وغيره⁽²⁾ لسببين: أولهما: كثرة احتكاكها بالآخرين واندماجها في الحياة العامة عكس ما كانت عليه في السابق على وجه العموم.

ثانيهما: استقلال ذمتها المالية كما هو منصوص عليه في المادة "37" من هذا القانون، وهو رأي الشافعية والحنفية وغيرهم، فإدارتها لأموالها تؤهلها لاكتساب الخبرة، ومن ثم قدرتها على تولي شؤونها وشؤون الآخرين.

2- أوجبت المادة "88" على الأب بصفته الولي الشرعي أو الأم بعده أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص كما لو أنه يتصرف في ماله، فيبذل جهده في تنميته واستثماره فيما يعود عليه بالنفع، مع تحمله المسؤولية التامة إذا قصرَ في حفظ المال أو تنميته فيما لا يعود بالنفع على المولى عليه، وفقا للقانون العام، ومنعا للتعسف في استعمال الحق باعتباره وليا فيتخذ ذلك ذريعة للتصرف كيفما شاء، فأوجب عليه القانون مراجعة واستئذان القاضي في التصرفات التي ربما تكثر فيها المخاطرة، حفاظا على المال وحماية له من تحمل التبعات المترتبة على ذلك إذا أساء التصرف، وذلك مثل: بيع العقار، قسمته، رهنه، إجراء المصالحة فيه، بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، استثمار أموال القاصر بالاستقراض أو الإقراض، أو المساهمة في شركة ما، أو إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

(1)- سواء ذلك بنفسها أو أن تُؤلى من قبل غيرها.

(2)- ماعدا الولاية العامة فلا لورود النصوص الصريحة في هذا الشأن.

أراد المشرع بهذا التقنين الاحتياط أكثر في حماية مال القاصر من التعدي عليه تحت مسمى الولاية، فيعطله عن التنمية أو يضيعه إذا رهنه أو أقرضه أو أجره لمدة طويلة أو بدون وثائق؛ لأنه مأمور بذلك بحكم القانون، ولأن تصرفه منوط بالمصلحة، فيعتمد إلى كل التشريعات من أجل الحفاظ عليه، ومنعا أيضا للمحاباة، بدليل أنه أوجب على الولي استئذانه في إيجار العقار لأكثر من سنة مع بلوغ المولى عليه سن الرشد فيها، فيجد نفسه ملزما بتصرفات وعقود لم يبرمها بنفسه أثناء أهليته، فتكون عائقا أمامه في حرية التصرف في أمواله، خصوصا إذا وجد سعرا مغريا للبيع، أو أتاحت له فرصة للهجرة خارج البلاد فأراد بيعه لسداد تكاليف الرحلة، فيكون ذلك حائلا أو عائقا أمامه، فضلا عن هذا كله فيه انتقاص لكامل رشدده وفق ما نصت عليه المادة "86" من ق. أ. ج، والمادة "40" من ق. م. ج، وما ذهب إليه المشرع هنا له وجه من النظر الفقهي، بشرط أن تسير الأمور في سلاسة قانونية، لا أن تكثر فيها الإجراءات البيروقراطية الإدارية تحت ذريعة التحري والتأكد أكثر من مدى جدوى المعاملات التي يعترزم الولي القيام بها، وإلا درأنا التعسف بالتعسف، وفي هذا ما تحقق الضرر يزال؛ لأنه أزيل بضرر أكثر منه أو يساويه، وهو خلاف القواعد الشرعية، وهو ما أقره قانون الأحوال الشخصية المصري⁽¹⁾ ابتداء من المادة "4" إلى المادة "15" وفق ما نص عليه مرسوم القانون رقم: 119 لسنة 1952م المتعلق بأحكام الولاية على المال، وكذا قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة "172"، والقانون المغربي في المواد "235، 240، 241، 242، 243" غير أن حديثه عن ذلك كان على سبيل العموم.

الملاحظ على نصوص هذه القوانين أن أكثرها وأشملها أحكاما وأدقها إحكاما القانون المصري ثم يليه القانون السوري ثم القانون المغربي.

3- أطلق المقنن الجزائري في النقطة الرابعة في لفظ إيجار العقار لأكثر من ثلاث سنوات دون بيان كنهه وأنه يرجع فيه للقضاء، مع أن المنصوص عليه في المذهب الحنفي أنهم يفرقون بين العقارات، ففي الدور والحوانيت - المحلات التجارية- لا تزيد عن السنة، وفي الأراضي الزراعية والبساتين لا تزيد عن ثلاث سنين؛ لأن "الرسم- وهي المدة الطويلة

(1) - المادة 4: يقوم الولي على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون.

- المادة 5: لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة.

- المادة 6: لا يجوز للولي أن يتصرف في عقار القاصر نفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة، ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه.

للإيجار في العقد- فيها أن يُجْعَلَ شيء يسير من مال الإجارة بمقابلة السنين الأولى، ومعظم المال بمقابلة السنة الأخيرة... لا تصح في السنين الأولى؛ لأنها بأقل من أجر المثل...⁽¹⁾.

4- إذا كانت تصرفات الولي تخضع لسلطة المحكمة، فعلى القاضي، عندما يأذن في ذلك أن يراعي الضرورة والمصلحة للقاصر، فإذا كان عدم الإذن يلحق ضرراً بالمؤلى عليه أو أن المصلحة تقتضي الإذن له، فعلى القاضي أن يأذن في ذلك بصرف النظر عن الآثار المترتبة على المعاملة والعكس من ذلك؛ لأن حفظ المهج مقدم على حفظ المال، فإذا لم تكن هناك نَفْسٌ فمن الذي يحمي المال ويصونه؟ مع إلزام بيع العقار بالمزاد العلني منعا للمحسوبية والمحاباة، مراعاة لمصلحة المؤلى عليه، وهذا هو عين التعسف؛ لأن فيه استغلالاً للولاية.

5- بما أن القاضي هو الراعي لمصالح المؤلى عليه بما منحه القانون من سلطات وصلاحيات، فإذا تعارضت مصالح الولي والمؤلى عليه وخيف الحيف أو إهمال مصالحه تعين عليه- القاضي- تعيين متصرف خاص من تلقاء نفسه، بناء على ما وصله من معلومات أو بسبب طلب ممن له مصلحة في ذلك، وهو ما أقره المقتن السوري في المادة "175" "على المحكمة أن تعيين وصيا خاصا عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة وليه، أو عند تعارض مصالح القاصرين بعضها مع بعض".

ما نص عليه المشرع السوري هنا من تعارض مصالح القاصرين بعضها مع بعض في غاية الأهمية؛ لأن الوصي أو الولي الواحد قد يكون مشرفاً على أكثر من قاصر، فتتعارض مصالحه مع مصالحهم أو مصالحهم فيما بينهم، ولا يستطيع التوفيق بينها، فيفاضل فيما بينها، فيقع الحيف والظلم،⁽²⁾ والتقصير في حقوق البعض، فيكون ذلك مدعاة لتدخل القضاء من أجل التخفيف عليه بتعيين وصي أو مقدم أو ولي بعده يشاركه، ويرفع الظلم عن وقع عليه التقصير، وبهذا نحقق مدلول القاعدة الفقهية: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة".

6- إنهاء ولاية الولي يكون بوحدة من هذه الصفات:

أ- العجز: إذا كان الولي عاجزاً عن القيام بأمور نفسه، فمن باب أولى شؤون غيره؛ لأن فاقده الشيء لا يعطيه.

(1)- للمزيد من الإيضاح والبيان راجع: حاشية ابن عابدين، ج9/ص8، 9، 10، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5/ص542 وما بعدها.

(2)- قد يقع هو نفسه في الحيف والظلم بسبب ذلك السلوك.

ب- الموت: إذا توفي الولي انقطعت صلته بالدنيا، ومن ثمَّ سقط عنه كل شيء لعدم إمكانية التكليف.

ج- الحجر عليه: إذا حجر على الولي سقطت ولايته على الآخرين لعدم مكنته من إدارة شؤونه الخاصة فضلا عن إدارة أمور غيره؛ لأن في كليهما يشترط الأهلية التامة والأداء الكامل.

د- إسقاط الولاية: يتم سلب الولاية من الولي أو إسقاطها عنه بسبب سوء تصرفه، أو تعريض حياة القاصر للخطر، أو ارتكاب جريمة مخلة بالحياة، أو غياب، أو اعتقال، أو احتباس في جناية تزيد على السنة، فهذه الأوصاف وما شاكلها مما يلحق الأذى بالقاصر تُعدُّ من موجبات إسقاط الولاية عنه، لسوء التصرف وإلحاق الضرر بالمؤلى عليه، والذي يُعدُّ في حد ذاته تعسفا، نظرا للنتائج التي أفضى إليها تصرفه، ومن ثمَّ يجب على القاضي أن يُعيِّن وصيا أو مقدما من طرفه لإدارة شؤون القاصر إذا لم يكن له ولي يحل محله، ريثما يبيت في القضية حفاظا على مصالحه.

وهو ما أقره المقنن المصري في المواد: "20 و 21 و 22" من القانون رقم: 19 لسنة 1952م، وكذا القانون السوري في المادتين: "173 و 174".

1- القانون المصري:

المادة 20: إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر، فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها.

المادة 21: تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولي غائبا أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة تزيد عن السنة.

المادة 22: يترتب عن الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى المال.

2- القانون السوري:

المادة 173: إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر، أو خيف عليها، فللمحكمة أن تنتزع ولايته أو تحد منها.

المادة 174: يتم إيقاف الولاية إذا اعتبر الولي مفقودا أو حجر عليه أو اعتقل وتعرضت باعتقاله مصلحة القاصر للضياع، يُعيَّن للقاصر وصي مؤقت إذا لم يكن ولي آخر.

وهذا يفيد في إمكانية عود الولاية مرة أخرى لمن سلبت منه إذا زالت أسباب سحبها⁽¹⁾، لكن إشارة المقنن المصري له جاءت صريحة وفق ما نصت عليه المادة: "23" "إذا سلبت الولاية أو حد منها أو وقفت فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها. ومع ذلك لا يقبل طلب استرداد الولاية الذي سبق رفضه إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائي بالرفض".

يرجع سبب رفض طلب استرداد الولاية إلى عدم الطمأنينة من عود أسباب سلبها مرة أخرى، بخلاف القانون السوري فإن تنصيبه على ذلك كان ضمناً دون بيان المدة الزمنية التي لا يقبل فيها الطعن إلا بعد مرور فترة معينة، ويدل على ذلك قوله "ويعين للقاصر وصي مؤقت إذا لم يكن له ولي آخر". وبهذا يصدق قول من قال: القانون المصري أبو القوانين العربية، لما رأيناه من تفاصيل دقيقة أغفلتها كثير من القوانين العربية.

7- عدم تطرق المقنن إلى مسؤوليات النائب الشرعي وشروط الولاية، خلافاً لما ذهب إليه المقنن المغربي والمصري.

أ- مدونة الأسرة المغربية:

نصت الفقرة الأولى من المادة "235" على: "يقوم النائب الشرعي بالعناية بشؤون المحجور الشخصية من توجيه ديني وتكويني وإعداد للحياة، كما يقوم بكل ما يتعلق بأعمال الإدارة العادية لأموال المحجور".

ب- قانون الأحوال الشخصية المصري:

نصت المادة الثانية من مرسوم القانون رقم: 119 لسنة 1952م الخاصة بأحكام الولاية على المال والتي ورد فيها: "لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توفرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو".

بالنظر في هذين النصين ألاحظ ما يلي:

1- اهتمام كل منهما بشق معين، فالقانون المصري نبه إلى ما يجب توافره في الولي، وعبر عنه بلفظ الأهلية الذي يفيد العموم؛ لأنه مفرد محلي بأل التعريف التي تفيد الاستغراق،

(1)- راجع شرح قانون الأحوال الشخصية، لمصطفى السباعي، ج2/ص34.

أما القانون المغربي فنوه إلى كل ما يجب على النائب الشرعي القيام به اتجاه المحجور عليه- القاصر- مستعملا في المقطع الأخير من المادة لفظ " كل " الذي يفيد العموم أيضا.

2- يعد النص المصري أشمل فيما يتعلق بأفراد الأهلية، والتي من عناصرها شرط الإسلام، فأهلية الكافر في هذه الجزئية ناقصة وإن كانت كاملة من جوانب أخرى؛ لفقدها ذلك الشرط - الإسلام- بخلاف النص المغربي في قوله "توجيه ديني" فالدين يشمل كل ما يدين به الشخص لمعبوده، سواء كان مسلما أو غير مسلم، فهو راجع للجانب العقدي، ومن ثم افتراقا، نعم مدونة الأسرة المغربية خاصة بالمسلمين لكن قد يكون هناك مغاربة غير مسلمين، أو أن الزواج كان مختلطا بين المسلم والمسيحية أو اليهودية، فكيف يُربى الولد في ظل الحرية العقدية والشخصية والاتفاقيات الدولية، خصوصا إذا كان يعيش خارج بلاد المغرب كفرنسا أو إسبانيا أو غيرها، ولهذا كان حريا بالمقنن المغربي أن ينص على دين الأب المسلم صراحة حتى لا يبقى هناك لبس أو غموض، خصوصا وأنه في مقام التشريع.

وبناء عليه أرى إضافة بعض المواد وإعادة صياغة بعضها على النحو الآتي:

المواد المضافة:

المادة: إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر، سواء تعلق به أولا، فللمحكمة أن تسلب منه ولايته أو تحد منها.

المادة: يترتب على الحكم بسلب الولاية على النفس أو الحد منها سقوطها أو وقفها أيضا بالنسبة للولاية على المال وفق ما نصت عليه المادة 87 المذكورة أعلاه.

المادة: يحق لمن سلبت منه الولاية مطلقا أو مؤقتا أو حُدَّ منها لأي سبب ما المطالبة بها مرة أخرى، بعد زوال أسباب السلب، ولا يُمكن من ذلك إلا بعد مرور سنة كاملة من تاريخ الحكم النهائي بالرفض.

المادة: يشترط في الولي أن يكون:

1- كامل الأهلية للقيام بشؤون المولى عليه.

2- متحدا في الدين مع القاصر.

3- غير سفیه يخشى منه على مال القاصر.

المادة: لا يسأل الولي عما تعم به البلوى فيما يتغابن فيه الناس عادة، مع مراعاة أحكام المادة "98" المذكورة أدناه.

المادة: للولي أن ينفق من مال الصغير على نفسه وعلى غيره إذا كانت نفقتهم واجبة عليه واتسع ماله لذلك، وللقاضي حق الرفض والإذن به.

المادة: إذا اشترط المتبرع عند تبرعه بمال للمحجور عليه أن يديره هو أو ألا تجول فيه يد وليه أجيب لذلك، بشرط ألا يتعارض هذا الشرط مع مصالح القاصر، وللمحكمة أن تنصب وصيا خاصا لإدارة المال المتبرع به إذا كان ذا بال.

المادة: يقوم النائب الشرعي بكل ما يصلح شأن المحجور من:

تربيته على الإسلام، تكوينه، إعداده للحياة، إصلاح أمواله ورعايتها وتنميتها.

المادة: على الولي رد أموال القاصر إليه عند بلوغه سن الرشد إذا لم يحجر عليه وفقا لأحكام المادة "40" من القانون المدني، مع مراعاة أحكام المادة "97" المذكورة أدناه

المادة: لا يعود إنهاء الولاية على المحجور عليه مرة أخرى إلا إذا قام به سبب من أسباب الحجر⁽¹⁾.

المواد المقترحة تعديلها:

المادة 88:

5- التبرع من مال القاصر لوجوه البر والإحسان العامة والخاصة القريبة والبعيدة.

6- قبول الهبات والوصايا للقاصر إذا كان يترتب عليها التزامات معينة تلحق الضرر النفسي أو المالي بالقاصر.

المادة 89:

مع مراعاة أحكام مواد بيع العقار في المزد العلي وفق القانون.

المادة 91: إنهاء⁽²⁾ وظيفة الولي يكون:

5- ببلوغ القاصر 19 سنة راشدا مالم تحكم المحكمة عليه قبل بلوغ هذه السن باستمرار الولاية عليه، مع مراعاة أحكام المادة "86" المذكورة أعلاه.

المواد المقترحة إعادة صياغتها:

(1)- وهو ما أقره المقنن المصري في المادة "19" من مرسوم القانون رقم: "119" لسنة 1952م الخاص بأحكام الولاية على المال إذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود إلا إذا قام به سبب من أسباب الحجر.

* هذا النص يحتاج إلى إعادة الصياغة للفظ "انتهت" لأن الولاية لا تنتهي بنفسها، وإنما يتم إنهاؤها من قبل الغير، وبناء عليه تصبح صياغتها كالآتي: "لا يعود إنهاء الولاية على شخص إلا إذا قام به سبب من أسباب الحجر". أو "إذا أنهيت الولاية...أسباب الحجر"

المادة 90: إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر أو مصالح القاصرين بعضها مع بعض يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا، أو بناء على طلب من له مصلحة في ذلك.

الفرع الثالث: التطبيقات القضائية.

1- من المقرر قانونا يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. ولما كان- في قضية الحال- أن القضاة لما قبلوا استئناف أم المطعون ضدها وهي لم تكن طرفا في الخصومة، كما أن المطعون ضده لا زال قاصرا وأن أباه هو ولي عنه حسب القانون ولم يتوف بعد لكي تتوب عنه الأم، ومن ثمَّ فإنَّ القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خرخوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات والقانون، مما يستوجب نقض القرار⁽¹⁾.

"الغرفة المدنية، ملف رقم: 167835، قرار بتاريخ: 17/05/1998م، م. ق لسنة 1998م، العدد 02، ص77".

2- من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله، وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة. ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضاوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب ودون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي فإنهم خالفوا القانون. "غ. أ. ش، ملف رقم: 187692، قرار بتاريخ: 23/12/1997م، م. ق لسنة 1997م، العدد 1، ص53".

3- إن قضاة الاستئناف وعندما قضاوا بإسناد حضانة الطفل "ع" لأمه "الطاعنة" دون منحها الولاية عليه يكونوا قد خالفوا أحكام المادة "87" من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه. "غ. أ. ش، ملف رقم: 476515، قرار بتاريخ: 14/01/2009م، م. ق لسنة 2009م، العدد 1، ص265".

4- من المقرر شرعا أنه يجب على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، وعليه أن يستأذن العدالة عند بيع عقار القاصر.⁽²⁾

(1)- وهو ما قضت به محكمة النقض المغربية في قضية مشابهة لها، حيث إن الدعوى المرفوعة ضد أم القاصر بصفتها ولية شرعية له، مع أن الأب الذي له الولاية الشرعية موجود، تكون غير مقبولة طبقا لمقتضيات المادة "231" من مدونة الأسرة، قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 11/04/19 تحت عدد 185 في الملف عدد 09/296، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد 47، ص162 وما يليها، راجع: مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، ج1/ص349.

(2)- وهو ما قضت به محكمة النقض المغربية، حيث أجازت للمحجور عليه إذا ما رُشد أن يرجع على الخصم إذا صالح أبوه الغير بأقل ثمن إضرارا بمحجوره متى كان الحق ثابتا ولا يخشى فواته، قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 30/01/1990م، عدد=

" م . ع ، غ . أ . ش ، 29/03/1967م ، م . ج 1968م ، ج 1/ص 151 ."

5- من المقرر شرعا أنه يجب على الولي الحاضن أن يستأذن القاضي في تصرفات بيع وقسمة ورهن الأموال المتعلقة بحقوق القاصرين⁽¹⁾ .

" م . ع ، غ . أ . ش ، 24/02/1986م ، ملف رقم: 40651 (غير منشور) ، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قضايا شبيهة بهذه ، حيث إن الولي لم يستأذن المحكمة في تقسيم عقار القاصر أو تأجيرها ، " م . ع ، غ . أ . ش ، 30/06/1986م ، ملف رقم: 41470 ، م . ق ، عدد 2 ، ص 81 ، 1989 ، 19/12/1988م ، ملف رقم: 51282 ، م . ق ، 1991م ، عدد 2 ، ص 63 ."

6- من المقرر شرعا وقانونا أن حقوق القاصر والقواعد المنظمة للنيابة الشرعية هي من النظام العام ، ومن ثمَّ فإن قضاة الموضوع بعد فصلهم في مسألة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر وعدم قيامهم بتعيين متصرف خاص تلقائيا حادوا عن الصواب وأخطأوا في تطبيق أحكام القانون . " م . ع ، غ . ق . خ ، 29/11/1967م ، م . ج 1968م ، ج 3 ، ص 911 ."

=151 ، ملف رقم: 47749 ، منشور بكتاب عبد العزيز توفيق " قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار من سنة 1957م إلى سنة 2002م ، ص 225 وما يليها ، راجع: مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي ، ج 1/ص 354 .

(1) - وهو عكس ما قضت به محكمة النقض المغربية ، حيث إنها قررت في أحكامها أن الولي - أبا أو أما - لا يحتاج إلى إذن من القاضي في التصرفات التي يقوم بها أحدهما في أموال القاصر من بيع أو رهن بشرط أن تكون تصرفاته في مصلحة ولده القاصر ، وإلا تدخلت المحكمة لحماية مصالحه .

وإنما يكون الإذن من القاضي في حق الوصي والمقدم فقط ، وهذه مخاطرة كبيرة ؛ لأنه يتولد عليها كثير من المنازعات القضائية ، مما يعرض مصالح القاصر للخطر والتعطيل وإلحاق الضرر به .

ما أقره القضاء المغربي إنما هو اعتماد على منشور وزاري صادر عن وزارة العدل - وزير العدل - بتاريخ: 02/2/05 ، تحت عدد 52 حول تطبيق مقتضيات المواد 231 و 240 و 250 من مدونة الأسرة .

*المقدم والوصي هو الذي يحتاج إلى إذن القاضي بالنسبة لهذه التصرفات وليس الأب ، قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 14/05/91 تحت عدد 546 في ملف عدد 88/5433 ، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى أ . ح . ش 83 - 95 ، ص 90 وما يليها ، حكم آخر بتاريخ: 25/01/06 ، تحت عدد 290 ، في الملف المدني عدد 03/230 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 67 ، ص 42 وما يليها ، حكم آخر بتاريخ: 26/07/06 ، تحت عدد 2452 ، في ملف عدد 04/1810 ، منشور بمجلة محاكمه عدد 4/ص 228 وما يليها .

*رهن الأب لعقار ابنه القاصر غير مشروط بضرورة الحصول على إذن القاضي المختص ، قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 10/09/08 تحت عدد 1111 في الملف التجاري عدد 08/4 منشور بمجلة الملف عدد 16 ، ص 215 وما يليها .

*المنشور الوزاري " خضوع الولي لرقابة القضاء القبلية في إدارته لأموال المحجور .

يتبين من المادة 240 من المدونة أن الولي - أبا أو أما - لا يخضع لرقابة القضاء القبلية بصفة مطلقة ، بحيث يمكنه إدارة أموال ابنه القاصر ، والتصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات ، دون خضوعه للإذن المتعلق بالوصي أو المقدم المنصوص عليه في المادة " 271 " ، إلا أنه يتعين أن تكون تصرفاته في مصلحة ولده القاصر ، وإلا يجب تدخل القضاء لحماية مصالح هذا القاصر " راجع في هذا كله: مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي ، ج 1/ص 350 ، 353 ، 354 .

بالنظر في هذه الأحكام القضائية يمكن ملاحظة الآتي:

1- إبطال الأحكام القضائية المخالفة للقانون.

2- حرص قضاة المحكمة العليا على تطبيق القانون والشرع معا.

3- عدم الالتزام أحيانا من قضاة الغرف السفلى بتطبيق الإجراءات القانونية، فلا ندري

لماذا؟ هل تجاهل وتحايل وتعسف في استعمال الحق الذي مكنوا منه، وعلى كل حال فإن

الواجب على المحكمة العليا أن تصوب هذا الانحراف حفاظا على النظام العام ومصداقية

القضاء وإيصال الحقوق لأصحابها.

الفصل الثاني: التعسف في الوصايا والكفالة، وفيه مبحثان

المبحث الأول: الوصايا والتقديم

المبحث الثاني: الكفالة

المبحث الأول: الوصايا والتقديم، وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: شروط الوصاية والتقديم

المطلب الثاني: تعدد الأوصياء والمقدمين

المطلب الثالث: مسقطات الوصاية والتقديم

تعد الوصاية من باب النيابة الشرعية، فهي نوع من أنواع الولاية التي شرعت من أجل القيام بالشؤون الشخصية والمالية للقاصر، سواء أكانت هناك قرابة ما بينهما أم لا كان له أسرة ولكن فقد الراعي له أو أوصى به لغيره، أو لم تكن له أصلاً، فيتدخل القضاء ليعين له من يدير شؤونه، أو النظر في مدى أهلية من وُكِّلَ إليه الأمر في ذلك، وبناء عليه فإن حديثي هنا يدور حول الوصاية ومقدم القاضي - ويسمى أيضاً وصيه- لأن أحكامهما متداخلة وشروطهما متماثلة، وذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: شروط الوصاية والتقديم وفيه فرعان.

الفرع الأول: شروط الوصي والمقدم.

لكي يكون الشخص وصياً أو مقدماً على غيره لا بد أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط⁽¹⁾ إن فقد واحد منها سقطت ولايته، أو كانت محل نظر إن كان الشرط المفقود غير مضر بجوهر الولاية، وهذه الشروط يمكن إجمالها في النقاط التالية:

1- العقل: لا وصاية أو تقديم لمن كان مجنوناً أو معتوهاً؛ لأنهما يحتاجان لمن يقوم بشؤونهما، لعدم اهتدائهما إلى ما يعود بالنفع عليهما، فكيف يوكل إليهما رعاية مصالح غيرهما أو التصرف في أموالهما؟

2- البلوغ: يُعدُّ البلوغ والمعبر عنه بالتكليف من أهم الشروط التي يجب أن تتوفر

في الوصي أو المقدم، فالقاصر لا يهتدي إلى مواطن المنفعة لنفسه، فكيف يوكل إليه رعاية مصالح الآخرين، لذلك قال الفقهاء: "إن من لا ولاية له على نفسه لا ولاية له على غيره"⁽²⁾.

3- الإسلام: لا بد من اتحاد الدين بين الوصي أو المقدم والموصى عليه إن كان مسلماً؛ لأنها نوع من أنواع الولاية، ولا ولاية لكافر على مسلم، بخلاف العكس لعلو الدين؛ لأنها منقصة، ولاستحالة الاستقامة على التقوى، لعدم وجود الباعث، ولكونه غير عدل أيضاً، لوجود التهمة - تلبسه بالكفر - قال مالك: "لا يجوز ذلك إذا أوصى إلى غير عدل،

(1)- راجع الشرح الكبير، ج4/ص452، شرح الزرقاني على خليل، ج4/ص200، التاج والإكليل شرح مختصر خليل، ج5/ص471، عقد الجواهر الثمينة، ج3/ص1233، 1234، المعونة، ج3/ص1628، 1629، الذخيرة، ج7/ص158، 160، الفقه المالكي وأدلته، ج7/ص40، 41، بدائع الصنائع، ج6/ص10، 11، مغني المحتاج، ج4/ص230، روضة الطالبين، ج3/ص129، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2/ص363، كشاف الفناع، ج3/ص446، تبيين المسالك، ج4/ص565، 566، دليل القضاء الجعفري، ص267، 268، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج5/ص68، 69، 72، 79، المختصر النافع، ص188، 189.

(2)- الشافعي في شرح مدونة الأسرة، عبد الكريم شهبون، ج2/ص77، هـ "19" ط1 (1427هـ/2006م)، النجاح الجديدة: الدار البيضاء، المغرب.

فالنصراني غير عدل⁽¹⁾، وإن قال في بعض مجالسه " إلا أن يرى الإمام لذلك وجها"⁽²⁾،
 ولقوله تعالى: ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ
 فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ﴾⁽³⁾، وقوله: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁽⁴⁾،
 وقوله: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بَطَانَةً مِّنْ دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وَدُوا مَا
 عَنَتُمْ قَدْ بَدَتِ الْبَغْضَاءُ مِنْ أَفْوَاهِهِمْ وَمَا تُخْفِي صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ قَدْ بَيَّنَّا لَكُمُ الْآيَاتِ
 إِن كُنْتُمْ تَعْقِلُونَ﴾⁽⁵⁾، وقوله: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾⁽⁶⁾، فهذه
 النصوص القرآنية وغيرها تدل كلها على عدم إمكانية تولي الكافر الولاية على المسلم، بل
 فيها نهي صريح في عدم جواز اتخاذ المؤمن الكافر وليا، وأن الله لا يجعل للكافر على
 المؤمن سلطانا، ويؤكد هذا لفظ العموم الذي اقترنت به- كال تعريف الداخلة على الجمع
 المفيدة لاستغراق الجنس، وكذا النهي- بالإضافة إلى البغضاء البادية من أفواههم وما تكنه
 صدورهم أكبر مما تتلفظ به ألسنتهم، ومن فعل ذلك لم يبق له على الله حجة؛ لأنه يتنافى
 مع المقاصد الشرعية من إقرارها، قال الإمام مالك: "المسخوط لا تجوز الوصية إليه، فالذمي
 أخرى أن لا تجوز الوصية إليه"⁽⁷⁾.

وربما يرجع سبب منع ذلك أيضا إلى ضعف الباعث على بذل الجهد في رعاية
 القاصر والنظر في مصالحه للاختلاف في الدين، أو أنه لا يتحرى في جانب الحلال
 والحرام ولا يمتنع عن بعض الأخلاق، لكونها من الأمور المباحة عندهم، أو جرى بها
 عرفهم، فيريد أن يحمله عليها، فيصعب رده إلى جادة الصواب بعدها لتعوده وإفقه ذلك
 الخلق، وكما قيل من شب على شيء شاب عليه ومن شاب على شيء مات عليه، وخير
 شاهد على ذلك ما تعانيه كثير من الأسر المهاجرة من عدم تمكنها وتحكمها في تربية

(1)- المدونة، ج6/ص18، 19، كتاب الوصايا، "الوصية إلى الذمي والذمي إلى المسلم"

(2)- عقد الجواهر الثمينة، ج3/ص1234.

(3)- الآية (28) من سورة آل عمران.

(4)- الآية (141) من سورة النساء.

(5)- الآية (118) من سورة آل عمران.

(6)- الآية (71) من سورة التوبة.

(7)- المدونة، ج6/ص18، كتاب الوصايا، الوصية إلى الذمي والذمي إلى المسلم.

أبنائها، نظرا للتقاليد الاجتماعية في المجتمع الغربي والقوانين الصارمة اتجاه من يضايق الأبناء، مما اضطر بعضها إلى الرجوع إلى بلدانها الأصلية، فما بالك لو اسندت الوصاية إلى غير المسلم كيف يكون حال الموصى عليه؟

4- العدالة: والتي من معانيها الأمانة والحرز والرضا، وهي حفظ الشيء، فمن كان موصوفا بالخيانة أو الفسق أو غير مرضي الخلق كيف تسند إليه ولاية غيره، وإلا ضاعت الحكمة من الإيصال إليه أو تقديمه على غيره.

اختلفت نظرة الفقهاء في المراد منها هل المعنى اللغوي⁽¹⁾ أو الاصطلاحي⁽²⁾، الذي يعنينا هنا هو أن يكون الوصي أو المقدم متصفا بالأخلاق الحسنة، بصرف النظر عن مدلولها أو المراد منها؛ لأن ما يهمنا هنا هو رعاية مصالح الموصى عليه، وهذا يحتاج إلى شخص متزن في أخلاقه وتصرفاته، فمن كان فاسقا أو خائنا فإنه لا يمكن استئمانه على غيره، قال الإمام مالك: "ولا تجوز الوصية إلى ذمي أو مسخوط ومن ليس بعدل، ويعزل إن أوصى إليه، ولو وُلِّيَ العدل ثم طرأ الفسق عليه وجب عزله عنها"⁽³⁾ ومرد هذا الخلف في المراد منها إلى القاعدة الفقهية هل العبرة بالمعاني أو بالمباني والمعبر عنها بـ "هل العبرة بصيغ العقود، أو بمعانيها"⁽⁴⁾، والراجح منهما اعتبار المعنى؛ لأنه مقصود وعليه تبنى الأحكام لا المبني؛ لأنه

(1)- يرى المالكية أن المراد منها هو المعنى اللغوي، وهو الأمانة والرضا والستر فيما شرع فيه ويفعله بأن يكون حافظا لمال الصبي ويتصرف فيه بالمصلحة، وليس المراد منها عدالة الشهادة أو الرواية، راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4/ص452، حاشية البناني على شرح الزرقاني مطبوع معه، ج4/ص200، شرح حدود بن عرفة، ج2/ص685، عقد الجواهر الثمينة، ج3/ص1234، معين الحكام على القضايا والأحكام، لأبي إسحاق بن عبد الرفيق ج2/ص690، ت. ق: محمد بن قاسم بن عياد، ط(1989م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت لبنان، ديوان الأحكام "الكبرى النوازل والأعلام لابن سهل"، لأبي الأصمغ عيسى بن سهل الجياني ج1/ص335، ت. ق: رشيد حميد النعيمي ط(1417هـ/1997م)، شركة الصفحات الذهبية المحدودة: الرياض، السعودية، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج3/ص1628، 1629.

(2)- يرى الشافعية والحنابلة في رواية لهم أن المراد بها المعنى الاصطلاحي، وهي العدالة في الشهادة والرواية، ومما يدحض هذا التفسير أنهم يشترطون في الوصي الإسلام مع أن غير المسلم قد يكون عدلا في بعض الأمور الدنيوية، ومع هذا لا تقبل ولايته أو الإيصال إليه لتولي شؤون المسلم لعدم إسلامه؛ لأنه مناط قبول الأعمال، وهو يفقده، ومن هنا افترقا، وبهذا يترجح تأويل المالكية، راجع: مغني المحتاج، ج4/ص230، روضة الطالبين، ج3/ص129، 130، المغني، ج6/ص138.

(3)- المدونة، ج6/ص18، من كتاب الوصايا، الوصية إلى الذمي، والذمي إلى المسلم، عقد الجواهر الثمينة، ج3/ص1234.

(4)- الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص360، القاعدة الخامسة من الكتاب الثالث.

*وقريب من هذا ما نص عليه ابن نجيم في الأشباه والنظائر "الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض" متفرعة من القاعدة "الأمر بمقاصدها"، ص53.

لأنه قالب ووسيلة للقاعدة الفقهية: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"⁽¹⁾، فلا يضر.

وبناء عليه فالعبرة عموماً في العقود وغيرها بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، فهي قوالب لها، وفي هذا يقول ابن القيم - رحمه الله -: "فاعتبار القصد في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها، فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي تراد لنفسها كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره واعتبار لما قد يسوغ الإغائه، وكيف يقدم اعتبار اللفظ الذي قد ظهر كل الظهور أن المراد خلافه؟ بل قد يقطع بذلك على المعنى الذي قد ظهر، بل قد يتيقن أنه المراد... فعلم أن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها"⁽²⁾.

5- الرشد: يُعد الرشد من كمال الأهلية، ومن فقد رشده أولم يرشد أصلاً يعتبر تصرفه ناقصاً أو غير حسن، وبالتالي لا يُؤلى على غيره إيذاء أو تقديماً وإن اتصف بجميع الشروط المشار إليها آنفاً؛ لأنه هو نفسه يحتاج إلى من يرعاه، فمن لم تثبت ولايته لنفسه لا تثبت على غيره؛ لأن الولاية المتعدية فرع عن الولاية القاصرة، فبينهما عموم وخصوص، فكل ولاية متعدية قاصرة وليس كل قاصرة متعدية.

6- الكفاية: ويُعبّر عنها بالهداية في التصرف، وهي أن يكون الموصى إليه قادراً على القيام بأمور الموصى عليه، وبالتالي لا تصح إلى من لا يهتدي بسبب مرض يمنعه من القيام بشؤونه أو هرم أو غفلة، إذ لا مصلحة ترجى في توليته لعجزه وضعفه.

بقيت نقطة أشرت إليها فيما سبق وهي؛ هل تبطل الوصاية بفقد أحد شروطها أو لا؟ الناظر في شروط الوصاية أو التقديم المذكورة آنفاً يلحظ أن شرط العقل، والإسلام، والبلوغ، والرشد كلها شروط مؤثرة في نفسها ابتداءً، فتخلف أحدها يؤدي إلى وقوع خلل فيها، ضف إلى هذا أنه لم يقع فيها خلف بين الفقهاء في مدلولها، بخلاف العدالة فقد وقع فيها الاختلاف. وبناء عليه من كان فاقد العدالة يُعدُّ فاسقاً أو خائناً أو غادراً، ومع هذا فإن تلبُّسه بهذا الوصف لا يوجب عليه الحجر عند كثير من الفقهاء، وبالتالي يصح الإيذاء إليه أو تقديمه

(1)- المصدر السابق، للسيوطي، ص346، القاعدة السابعة والثلاثون، الكتاب الثاني "القواعد الكلية".

(2)- إعلام الموقعين، ج3/ص78، 79.

إذا كان مصلحا لمال القاصر ولا يخشى منه الخيانة، خلافا للشافعية⁽¹⁾ وأصحاب مالك⁽²⁾، الذين يعدون الفسق من موجبات الحجر، وهذا محل نظر، وإلا أدى ذلك للحجر على كثير من الناس، وبالأخص في أيامنا هذه، وهو خلاف ما ترمي إليه الشريعة من الحفاظ على حرية الناس في ممارساتهم إذا كانت لا تلحق الضرر بالآخرين؛ لأن تقييد الحريات الشخصية فيه منقصة آدمية، وتشبيه له بالبهيمية، خصوصا إذا كان بالغا مكلفا مرشدا.

علما أن الأمر في الفسق ليس على البتّ، بل هو موكول لنظر القاضي واجتهاده، فله العزل وإقامة وصي أو مقدم آخر يحل محله إذا رأى المصلحة في ذلك، وهي الرواية المعتمدة في المذهب الحنفي، وروي عن الإمام أحمد مثلها، والرواية الثانية في المذهب الحنفي وكذا عن الإمام أحمد أن الوصاية أو التقديم باطلة؛ لأنه لا يجوز أن يولى في حياة أبيه، فكذلك بعد موته؛ لأن الوصاية أو التقديم ولاية وأمانة، والخائن ليس أهلا لذلك⁽³⁾.

والراجع عندي هي الرواية الأولى؛ لأن هذا يُعدُّ من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لإمكانية ورود عزله، وبالتالي إبطال تصرف الولي أو القاضي ابتداء قبل التلبس بالفعل اعتمادا على المقدمات دون النظر إلى ما يفضي إليه تصرفه، خصوصا إذا كان حسن التصرف ولا يخشى منه الخيانة، فعزله فيه نوع من التعسف في استخدام الحق؛ لأنه ربما يحسن صنعا، فالحكم عليه يكون ظنيا لا قطعيا، ولهذا يتروى فيه حتى يظهر منه ما يدل على سوء تصرفه؛ لأنه مدعاة للتنازع، إعمالا للقاعدة الفقهية "الأصل بقاء ما كان على ما كان"⁽⁴⁾. قال الإمام الشافعي: "أصل ما انبنى عليه الإقرار أني أعمل اليقين وأطرح الشك، ولا أستعمل الغلبة"⁽⁵⁾، حتى يظهر خلافه إشارة إلى القاعدة الفقهية الكبرى "اليقين لا يزال بالشك"⁽⁶⁾، ضف إلى هذا أنه يمكن للقاضي أن يشرك معه من ينظر في الوصية، وبهذا

(1) - راجع: مغني المحتاج، ج4/ص230، روضة الطالبين، ج3/ص130.

(2) - ما عدا ابن القاسم فلا يقول بالحجر عليه لفسقه، أما الإمام مالك فيرى عزله عن الولاية إذا طرأ الفسق عليه بعد أن وُلِّي عدلا. راجع: التفرغ، ج2/ص256، الشرح الصغير، ج3/ص381، عقد الجواهر الثمينة، ج3/ص1234.

(3) - راجع حاشية ابن عابدين، ج6/ص700، المغني، ج6/ص138، شرح قانون الأحوال الشخصية، مصطفى السباعي، ج2/ص38، 39.

(4) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص152.

* هذه القاعدة متفرعة عن القاعدة الأم "اليقين لا يزال بالشك"، وهناك قاعدة أخرى قريبة منها "الأصل براءة الذمة"، ص155.

(5) - المصدر السابق، ص156.

(6) - المصدر السابق، ص151، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص56، الأشباه والنظائر، للسبكي، ج1/ص13.

تندفع الحاجة إلى عزله ابتداء نص عليه ابن عياض في جواب عن سؤال⁽¹⁾ والمخزومي⁽²⁾.
ولأهمية ما قررناه في عدم إبطال ولايته على الإطلاق دون قيد قال إصبغ: "إلا أن يكون هذا الوصي الذي ليس بعَدْلٍ مثل القريب والولي والزوجة ومن يرجى منه حسن النظر لولده لقربته أو لولايته، أو ما أشبه ذلك، فإني أرى أن يجعل معه غيره يكون المال بيده ولا يفسخه الآخر". وقاله مطرف وابن الماجشون⁽³⁾.

الفرع الثاني: الفرق بين الوصي ومقدم القاضي.

اختلف فقهاء المذهب المالكي في الفرق بينهما على قولين:

القول الأول: لا فرق بينهما على المشهور المعتمد في المذهب إلا في بعض المسائل

ينفرد بها الوصي دون المقدم منها:

1- توكيل أمور المحجور عليه للغير حالة الحجر، قال الشيخ أحمد الدردير "وإنما يوصي على المحجور عليه لصغر أو سفه أو رشيد أو وصيه أي الأب أو وصي وصيه ولا كلام لمقدم قاض"⁽⁴⁾.

2- إنكاح البكر⁽⁵⁾.

3- إجبار الصغير على الزواج لمصلحة⁽⁶⁾.

4- ترشيد المحجور بما يعرف من حاله دون الحاجة إلى إذن القاضي⁽⁷⁾.

5- ترشيد المحجور دون الحاجة إلى بيعة تشهد برشده وحسن تصرفه، اكتفاء بالإشهاد على نفسه أنه أطلق يده وفك عنه أغلال الحجر.

قال ابن عاصم:

(1)- راجع مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي عياض وولده محمد، ص181، ت. ق: محمد بن شريفة، ط1(1990م)، دار

الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان، عقد الجواهر الثمينة، ج3/ص1235.

(2)- معين الحكام على القضايا والأحكام، ج2/ص690.

(3)- المصدر السابق، ج2/ص690، 691.

(4)- الشرح الكبير، ج4/ص452، البهجة في شرح التحفة، ج2/ص150، 562، 563.

* خلافا لما نقل عن بعض الموثقين في الوصايا من المتبعية: "الذي جرى به العمل أن حكم مقدم القاضي حكم الوصي في جميع أموره". البهجة في شرح التحفة، ج2/ص150، 563.

(5)- انظر مواهب الجليل، للحطاب، ج6/ص653، المعونة، ج2/ص722، 723، 732، 733.

(6)- انظر المعونة، ج2/ص733، 734، الذخيرة، ج4/ص224، التلقين في الفقه المالكي، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، ص281، ط(1413هـ/1993م)، م/فضالة: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب.

(7)- انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3/ص297.

- ويكتفي الوصي بالإشهاد * * * إذا رأى مخايل الرشاد.⁽¹⁾
- 6- ترشيد البنت المجهولة الحال بعد بناء زوجها بها دون الحاجة إلى حجة أو بينة على المعتمد من المذهب.⁽²⁾
- 7- جواز إقامة الوصي وصيا آخر يحل محله بعد الوفاة إذا أطلق الولي في الإيضاء ابتداء دون تقييده بشخص معين.⁽³⁾
- 8- إمضاء عقود المعاوضة كالبيع والصلح دون الحاجة إلى إذن القاضي.
- قال السجلماسي في نظم العمل المطلق:
- وليس كالوصي ذا التقديم * * * فلا يبع رُبْعًا على اليتيم.
- إلا إذا ما أذن القاضي له * * * فيه وإلا فيردُّ فعله.⁽⁴⁾
- يرجع سبب تمايز وصي الولي عن مقدم القاضي إلى قوة الولاية- أي السلطة- فالوصي أخذ الوصاية ممن له حق الولاية مباشرة، فهو كالولي المفوض، وتسمى بالولاية الخاصة، أما المقدم فتعد ولايته نيابة عن القاضي، فهو كالوكيل المفوض، وهي من باب الولاية العامة، وكما هو معلوم أنها مؤخره عن الخاصة، وفق ما هو مقرر في القواعد الفقهية، "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"⁽⁵⁾، لهذا لا يتصرف القاضي مع وجود الولي الخاص المستجمع لشروط الولاية، فلو أن القاضي قدم ناظرًا على المحجور عليه ثم ظهر له وصي من قبل وليه- أي أبيه- كان له رد أفعال مقدم القاضي؛ لأنه أقوى منه من حيث جهة التولية⁽⁶⁾، فكذاك من نابا عنهما يأخذان نفس الأحكام عملا بالأصل، فالنتائج تبني على المقدمات.

(1)- إحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص243.

(2)- انظر، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، ج3/ص299.

(3)- انظر: التاج والإكليل، للمواق مطبوع مع مواهب الجليل للحطاب ج6/ص389، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4/ص452، الروض المبهج بشرح بستان فكر المهج في تكميل المنهج، محمد بن أحمد ميارة الفاسي ص474، دراسة وتحقيق: محمد فرج الزائدي، ط(2001م)، فالتا: مالطا.

(4)- البهجة في شرح التحفة، ج2/ص151، 152.

(5)- الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص339، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص160.

* هذه القاعدة تعد من القواعد الكلية.

(6)- انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4/ص452.

القول الثاني: لا فرق بينهما في جميع المسائل، قال سحنون: "وإن لم يكن للطفل اليتيم وصي فأقام له القاضي خليفة، كان كالوصي في جميع أمره"⁽¹⁾، وهو ما أقره بعض الموثقين على ما ورد في الوصايا من المتبوية "الذي جرى به العمل أن حكم مقدم القاضي حكم الوصي في جميع أموره"⁽²⁾.

ويرجع سبب ذلك لاشتراكهما في نفس العلة، وهي فساد الذمة وخرابها مما استوجب رفع الأمر للقاضي لينظر في حالهما، فالحكم كما هو مقرر عند الأصوليين يدور مع علته وجودا وعدما.

قال ابن عطية: "والصواب في أوصياء زماننا أن لا يستغنى عن رفعه إلى السلطان وثبوت الرشد عنده، لما حفظ من تواطئ الأوصياء على أن يرشد الوصي وبيراً المحجور لسفهه وقلة تحصيله في ذلك الوقت"⁽³⁾، وهو اختيار اللخمي حيث إنه عله بقوله: "لفساد حال الناس اليوم..."⁽⁴⁾، قال التسولي معلقاً على ذلك: "وعليه فالعمل الذي في مقدم القاضي يجري يجري في الوصي لاتحاد العلة بفساد الزمان؛ لأن ذلك إذا كان في زمان ابن عطية فكيف به في زماننا الذي هو بعده بقرون كثيرة؟ ولذا قال الشيخ الرهوني: "العمل بذلك متيقن في زماننا"⁽⁵⁾.

وإذا كان هذا هو حال القرون الغابرة على الرغم من تعلقهم الشديد بالدين وكثرة العلماء وقلة الفتن والتدليس مقارنة بحالنا اليوم، وعدم طغيان المادة عليهم واكتفائهم بما بين أيديهم، وعدم تطلعهم إلى ما في أيدي الغير على وجه العموم، فكيف يكون حال أوصياء زماننا

(1) - تهذيب المدونة، ج1/ص416، البهجة في شرح التحفة، ج1/ص361، الروض المبهج بشرح بستان فكر المهج، ص474.

(2) - البهجة في شرح التحفة، ج2/ص150.

(4) - المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لابن عطية ج2/ص11، ت. ق: عبد السلام عبد الشافي مجد، ط1(1422هـ/2001م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان، البهجة في شرح التحفة، ج2/ص563.

- هذه العبارة يبدو فيها خلل والصواب ما نقله التسولي صاحب البهجة: "الصواب في أوصياء زماننا أن لا يستغنى عن الرفع للسلطان وثبوت الرشد عنده، لما حفظ من تواطئ الأوصياء على ترشيد محاجيرهم وبيرائهم المحجور لسفهه وقلة تحصيله في ذلك الوقت".

(4) - البهجة في شرح التحفة، ج2/ص562، 563.

- تنمة لقول اللخمي: "لفساد حال الناس اليوم، إذ كثيراً ما يقدم غير المأمون فيتهم أن يقول رشيد فيمن ليس برشيد ليسامحه المؤلّي عليه، ويشهد له بالبراءة، فلا يؤتمن أحد اليوم إلا أن يثبت رشده".

(5) - المصدر السابق، ج2/ص563.

الذي قلَّ فيه الورع والوازع الديني، فضلا عن القانوني، وكثرت فيه الفتن والاستيلاء على حقوق الناس عدوانا وظلما، بل السطو عليها.

وأما وصي الأب فإنه يقوم مقامه في جميع التصرفات باستثناء ثلاث مسائل:

- 1- **بيع العقار:** لا يجوز للوصي أن يبيع عقار محجوره إلا لسبب من عدة أسباب⁽¹⁾.
- 2- **التعامل بالبعوض بينهما:** لا يجوز للوصي بيع ماله للمحجور أو الشراء منه لنفسه، لعدم توفر الشفقة لديه كالأب ولاتهامه.
- 3- **هبة الثواب:** لا يجوز للوصي الهبة من مال الموصى عليه نيابة عنه، سواء لنفسه أو لغيره؛ لأن فيها إخراجا بخلاف ردها أو قبولها فيجوز؛ لأنها تشبه قضاء الدين⁽²⁾.

المطلب الثاني: تعدد الأوصياء والمقدمين وفيه خمسة فروع.

قد تستدعي الحاجة توصية أو تقديم أكثر من وصي أو مقدم لإدارة شؤون الموصى عليه، والإيصاء في حد ذاته لأكثر من واحد قد يكون محدد المهام أو مشتركا أو مطلقا أو مقيدا أو مستغنيا به عن الأول منهما، وبناء عليه فإن الأوصياء أو المقدمين يكونون على خمسة أضرب نذكرهم في الفروع الآتية.⁽³⁾

الفرع الأول: محدد المهام: وهذا يقتضي أن كل واحد يقوم بما وُكِّلَ إليه من أعمال مع الاستقلال التام عن الآخر وعدم الاشتراك معه، كأن يُعَهَّدَ إليه بإدارة أمواله العينية والآخر

(1)- نظم العلامة الدماميني هذه الأسباب فقال:

إذا بيع ربع لليتيم فبيعه	***	لأشياء يحصيها الذكي بفهمه.
قضاء وإفناق ودعوى مشارك	***	إلى البيع فيما لا سبيل لقسمه.
وتعويض كل أو عقار مخرب	***	وخوف نزول فيه أو خوف هدمه.
وبذل الكثير الحل في يمن له	***	وخفة نفع فيه أو ثقل غرمه.
وترك جواز الكفر أو خوف عطله	***	فحافظ على فعل الصواب وحكمه.

راجع الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، عبد الهادي إدريس أبو إصبع، ص464، 465.

(2)- راجع المصدر السابق، ص464.

(3)- راجع عقد الجواهر الثمينة، ج3/ص1235، المعونة، ج3/ص1629، معين الحكام على القضايا والأحكام، ج2/ص692، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، ج4/ص453، 454، ديوان الأحكام الكبرى لابن سهل، ج1/ص315، 318، **التاج والإكليل، ج5/ص475، 474**، الفقه المالكي وأدلته، ج7/ص42، 43، حاشية ابن عابدين، ج6/ص646، 705، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي، ج6/ص209، ط (1315هـ)، م/ بولاق: القاهرة، مصر، المغني، ج2/ص607، مغني المحتاج، ج4/ص235، روضة الطالبين، ج3/ص133، 134، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج2/ص1016، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج5/ص73...77، المختصر النافع، ص189، دليل القضاء الجعفري، ص269...272.

بتسيير متاجره أو الإشراف على أراضيه أو مصنعه إلى غير ذلك، فتخصيص كل واحد منهما بشيء معين، قرينة صارفة على عدم الاشتراك في إدارة الأمور.

الفرع الثاني: الاشتراك: كأن يعهد إليهما معا ويشترط عليهما اجتماع إرادتهما في التنفيذ، فليس لأحدهما الانفراد عن الآخر إلا برضاه وإذنه؛ لأن الموصي لم يجعل ذلك إليه وحده، ولم يرض بنظره دونه، لما رواه سعيد بن أبي بردة عن أبيه عن جده "أن النبي ﷺ بعث معاذًا وأبا موسى - رضي الله عنهما - إلى اليمن قال: "يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا وتطوعا ولا تختلفا"⁽¹⁾، فقد جعل الرسول ﷺ العمل مشتركا بينهما وألزمهما بالمشورة، وهذا دليل لمن تأمله وألقى السمع وهو شهيد.

الفرع الثالث: المطلق: إذا أوصى رجلين مطلقا دون التقييد لا بالاستقلال ولا بالاشتراك حمل ذلك على التعاون وحماية المال والاجتماع؛ لأنه المتيقن، فلم يملك أحدهما التصرف فيما جعل إليهما إلا باجماع إرادتهما معا إلا بتوكيل منه أو رضي الآخر وأذن به، وذلك احتياطا؛ حتى لا يكون ذريعة للاستيلاء على حقوق الآخرين، وهو ما عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية، إلا أن أصحاب أبي حنيفة والشافعية استثنوا من ذلك بعض التصرفات حيث أجازوا فيها تصرف أحدهما دون إذن صاحبه، وهي: شراء كفن الميت وقضاء ديونه عنه وإنفاذ وصيته ورد الوديعة المعينة وشراء ما لا بد منه للصغير وقبول الهبة للصغير ورد المغصوب والخصومة للميت فيما يدعى عليه وفيما يدعيه له من حقوق، خلافا لأبي يوسف حيث إنه أجاز لكل منهما الانفراد بالتصرف فيما جعل إليهما⁽²⁾.

مما سبق يتضح أن الراجح من هذه الآراء هو ما ذهب إليه أصحاب أبي حنيفة والشافعية على وجه الخصوص، لما فيه من التيسير في قضاء بعض الأمور المستعجلة التي لا تحتمل التأخير، فضلا عن التفكير فيها، نظرا لكونها حقوقا محضة لا لبس فيها، وتأخيرها عن أصحابها حتى تجتمع إرادة الوصيين قد يلحق الضرر بالموصى عليه، أو يفوت مصلحة عليه، وإنما أُجيزت هذه التصرفات دون توقفها على اجتماعهما؛ لأنها ضروريات، و"الضروريات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها"⁽³⁾، والضرورة تقدر

(1) - صحيح البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب ما يكره من التنازع والاختلاف في الحرب، وعقوبة من عصى إمامه، ج6/ص188، ح/3038، صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب في الأمر بالتيسير وترك التنفير، ج6/ص283، ح/71733.

(2) - راجع مغني المحتاج، ج4/ص236، حاشية ابن عابدين، ج6/703، 705، تبين الحقائق، للزليعي، ج6/ص208، 209، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج2/ص1016.

(3) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص211، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص85، الأشباه والنظائر، للسبكي، ج1/ص45.

بقدرها كما هو معلوم، وفقا للقاعدة الفقهية "ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها"⁽¹⁾، ضف إلى ذلك أن هذا التصرف ليس فيه بغي ولا عدوان على حقوق أحد، بل فيه تخليص ورد الحقوق لصاحبها، ومن ثمَّ لا إثم على فاعله، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾.⁽²⁾ والأخذ بغير ذلك ربما يؤدي إلى مفسدة في بعض جوانبها؛ لأنها لا تحتل التأخير كما ذكرنا، وبناء عليه فإن انتظار اجتماع الرأيين معا أو القول باستقلال أحدهما عن الآخر في إدارة الشؤون قد يؤدي إلى التعسف في استعمال الحق، فلا يوافق هذا عمَّا أشار به الآخر، وقد يستفرد برأيه ورأي غيره أرجح منه احتجاجا بأحقيته في ذلك، إذ لا فرق بينهما، ولا يخفى ما يترتب على ذلك من مفسدة عظيمة يجب دفعها وفقا للقاعدة الفقهية "درء المفسد أولى من جلب المصالح"⁽³⁾، ولعدم موافقتها لمقاصد الشريعة في تشريع النيابة الشرعية.

الفرع الرابع: المقيد: ويكون بالتنصيص على استقلال كل منهما بالتصرف في نفس الشأن فيقول: أوصيت إلى كل منكما، أو كل واحد منكما وصي، أو أنتما وصيَّاي على ولدي أو أطفالي، فلكل واحد منهما في هذه الحالة الانفراد بالتصرف في نفس الأمر - أي الشأن - ومن محاسن هذا النوع من الوصية أو التقديم أنه إذا أصيب أحدهما بأي مكروه أو كان مسافرا أو امتنع من القيام بما أوصي إليه جاز للآخر منهما التصرف دون الحاجة إلى مشورة الآخر أو أخذ الإذن منه، مما يترتب عليه سهولة إدارة أمور الموصى عليه وعدم تعرضه إلى مفسدة أو إلحاق الضرر به، لكن هذا التصرف مشروط بأن يكون فيه منفعة له، لا أن يتخذ ذريعة لممارسة الحق أو سببا للتنازع والتدابير أو الابتدار لإدارة أمور الموصى عليه إظهارا للجد والحزم في تسيير الشؤون، بصرف النظر عما يترتب عليه، فهنا يحق للقاضي رد التصرف لما فيه من الضرر، باعتباره وليا عاما، إعمالا للقاعدة الفقهية "الضرر يزال"⁽⁴⁾، والقاضي ولي من لا ولي له؛ لأنه بهذا التصرف - أي الوصي - يُعدُّ كأنه معدوم الولاية، لعدم تحقق الغرض الذي شرعت من أجله الوصاية، ومن ثمَّ فهي كالعدم.

(1) - المصدران السابقان - السيوطي، ج1/ص212، وابن نجيم، ص 86.

(2) - الآية "173" من سورة البقرة.

(3) - المصدران السابقان - السيوطي، ج1/ص217، ابن نجيم، ص92.

(4) - المصدران السابقان - السيوطي، ج1/ص210، بن نجيم، ص85 - الأشباه والنظائر، للسبكي، ج1/ص41.

الفرع الخامس: الاستغناء: قد يوصي أحيانا الولي لشخص ثم يرى من المصلحة الإيصال لغيره مع التصييص على استغنائه عن الأول أو إسقاط وصيته كأن يقول: أسقطت وصية فلان أو تخليت عنه وعهدت إلى فلان، فالإيصال الثاني في هذه الحالة يُعدُّ لا غيا للأول، وبالتالي تكون الوصية للأخير منهما، فكأنه هو الموصى إليه أولا وأخيرا، ومن الإيصال أيضا أن يقيد الوصية بزمان محدد أو أداء عمل معين أو بهما معا فبانتهائهما تنتهي وصيته. ويمكن للقاضي إذا وقع خلل ما في الوصية أو التقديم أن يعين مساعدا أو شريكا أو مستشارا يعضد به الولاية أو يجعله محل من أسقط أو سقط حقه في الإيصال أو التقديم من أجل التيسير في أداء المهام، تطبيقا لفقهِ الموازنات⁽¹⁾.

المطلب الثالث: مسقطات الوصاية والتقديم وفيه فرعان.

الفرع الأول: أسباب مسقطات الوصاية والتقديم.

بما أن الوصاية والتقديم يرتبط وجودهما بأسباب، سواء كانت متعلقة بالوصي، أو المقدم، أو الوصي عليه، فإذا زالت تلك الأسباب، أو ارتكب ما يؤدي إلى إبطالها أنهيت، ومن أهمها⁽²⁾.

1- وفاة الموصى عليه.

2- بلوغ الموصى عليه سن الرشد عاقلا، بحيث يؤتمن عليه في إدارة أمواله وحسن

التصرف فيها.

3- موت الوصي أو المقدم أو فقدهما.

4- انتهاء العمل الذي أقيما من أجله أو انقضاء المدة التي حدد بها تعيينهما وفقا

للقاعدة القانونية "العقد شرعية المتعاقدين".

(1)- راجع مذهب الحكام في نوازل الأحكام، ص181، فتاوى البرزلي جامع مسائل الأحكام، ج5/ص550، ت. ق: محمد الحبيب الهيلة، ط(2002م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان، ديوان الأحكام الكبرى، ج1/ص313 وما بعدها، الشرح الكبير، ج4/ص454، مغني المحتاج، ج4/ص235، 236، روضة الطالبين، ج3/ص133، 134.

(2)- راجع الشرح الكبير، ج3/ص396، جواهر الإكليل، ج2/ص132، تبين المسالك، ج4/ص566، الفقه المالكي وأدلته، ج6/ص61، حاشيته بن عابدين، ج10/ص410...417، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، محمد بن حسين الطوري القادري الحنفي، ج7/ص317... 325، ضبط وخرج آياته وأحاديثه: زكريا عميرات، ط1(1418هـ/1997م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان، بدائع الصنائع، ج8/ص314، أحكام الصغار، محمد بن محمود الأستروشنى، ص262، ت. ق: مصطفى صميده، ط1(1418هـ/1997م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2/ص364، مغني المحتاج، ج2/ص293، 300، 301، روضة الطالبين، ج3/ص130، كشف القناع، ج3/ص468، 469، شرح منتهى الإرادات، ج3/ص514...519، القوانين الفقهية، ص348، المختصر النافع في فقه الإمامية، ص178، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج4/ص168، 370، 371، البحر الزخار، ج4/ص165، دليل القضاء الجعفري، ص269.

5- قبول استقالتهما في التخلي عنها.

6- زوال أهليتهما بسبب سفه أو جنون أو عته أو ردة أو فسق.

7- عزلهما أو إعفاؤهما من مهامها ممن ولاهما، أو من له مصلحة في ذلك، أو بسبب ارتكاب محذور كالسرقة، أو الخيانة، أو التزوير، أو جريمة مخلة بالحياء، أو جعلاً بيتهما وكراً للفاحشة ومحلاً للفساد، أو إخلالهما بشروط الوصية، أو تعريضهما حياة الموصى عليه للخطر، أو كثرة التنازع والاختلاف فيما بينهما، مما يؤدي إلى تعطيل مصالحه، أو التعسف في استعمال حق الوصاية والتقديم، أو سوء إدارتهما للأموال وعدم الرجوع للقضاء فيما يجب الرجوع فيه إليه وأخذ الإذن بالتصرف.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على إنهاء الوصاية والتقديم.

من البديهي أن إنهاء مهمة أي شخص كان مكلفاً بإدارتها أن يقدم تقريراً مفصلاً - ويسمى بالتقرير الأبوي - يبين فيه كيفية تسيير الأمور التي وكلت إليه، سواء تعلق ذلك بالجانب المالي أو غيره، مع تحمله جميع التبعات المترتبة عن تقصيره، أو تعسفه في استعمال الحق، مع تسليم الأموال التي بحوزته وكذا المحررات الرسمية إلى المحجور هعليه إن كان أهلاً لذلك وإلا إلى ورثته عند وفاته، أو من يحل محله - أي محل الوصي أو المقدم - إن كان المحجور عليه قاصراً لصغر أو فقد عقل، فإن فُقد الوصي أو المقدم أو توفي أو فقَدَ أهليته أُلزِمَ ورثته ومن يمثله تسليم الأموال التي عنده وتقديم الحساب، ومن باب الاحتياط تحول الديون والتعويضات المستحقة للمحجور على تركة الوصي أو المقدم ضماناً لاستيفائها، مع بعض الإجراءات يتخذها القاضي لحماية لمال المحجور عليه؛ لأن هذه الأموال وغيرها، تعد من الأمانات التي يجب أن تصان مع أعمال الوسع في حفظها وتنميتها لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾⁽¹⁾، وقوله: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِينَ أُؤْتِمِنَ آمَنَتُهُمْ وَلِيَّتِ اللَّهُ رَبَّهُمْ﴾⁽²⁾.

المطلب الرابع: الإضرار بالوصية وفيه خمسة فروع.

تحدثت فيما سبق عن الوصايا وما يلزم فيها، وإتماماً للفائدة أتكلم عن الوصية بشيء من الإيجاز غير المخل والتطويل غير الممل وفق ما يقتضيه المقام، أو ما تدعوا إليه الحاجة في الفروع التالية:

(1) - الآية (58) من سورة النساء.

(2) - الآية (283) من سورة البقرة.

الفرع الأول: ما المقصود بالإضرار بالوصية؟

يقصد بذلك أن يعمد الشخص إلى التصرف في ماله إيذاء على غير الوجه المشروع، سواء ترتب على ذلك إلحاق ضرر مباشر بأهله وأقاربه خصوصاً والمسلمين عموماً، أو كان الضرر غير مباشر، والدليل على قبح هذا الصنيع ما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: "إن الرجل ليعمل بعمل أهل الخير سبعين سنة، فإذا أوصى حاف في وصيته، فيختم له بشر عمله، فيدخل النار، وإن الرجل ليعمل بعمل أهل الشر سبعين سنة، فيعدل في وصيته، فيختم له بخير عمله، فيدخل الجنة"⁽¹⁾، وفي رواية: "إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيُضَارَّان في الوصية فتجب لهما النار"⁽²⁾.

وجه الاستدلال:

أفاد الحديث سوء خاتمة الشخص وإن قضى عمره في الطاعة بسبب قبح عمله، والعكس من ذلك حسن خاتمته وإن أسرف في حياته كلها بسبب عدله في وصيته، فهذا تنبيه بأن الظلم والجور من أقبح الأفعال وأشنعها على الإطلاق؛ لأنه يؤدي إلى زرع الحقد والبغضاء في النفوس، ونشر العداوة فيما بينهم، وقطع الأواصر التي أمر الله أن توصل، قال تعالى: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتَقَطَّعُوا أَرْحَامَكُمْ﴾⁽³⁾، وهذا يتنافى مع مقاصد الشريعة، فيُعدُّ تعسفاً في استعمال الحق، قال ابن عباس - رضي الله عنهما - "الإضرار في الوصية من الكبائر"⁽⁴⁾؛ لأنه موجب للعن وغضب الله تعالى، حيث

(1) - وفي رواية "إن العبد ليعمل بطاعة الله ستين سنة ثم يحضره الموت فيضار في الوصية فيدخل النار".

سنن ابن ماجه، كتاب الوصايا، باب الحيف في الوصية، ج2/ص902، ح/2704، المسند، ج13/ص167، 168، ح/7742، مصنف عبد الرزاق، كتاب الوصايا، باب الحيف في الوصية والضرار، ج9/ص88، ح/16455.

(2) - سنن أبي داود، كتاب الوصايا، باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية، ج3/ص113، ح/2876، الترمذي، أبواب الوصايا عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الوصية بالثلث، أو ما جاء في الضرر في الوصية، ج3/ص292، ح/2200، البيهقي، كتاب الوصايا، باب ما جاء في قوله عز وجل: ﴿وَلْيَحْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعْفًا خَافُوا عَلَيْهِمْ...﴾⁽³⁾ وما ينهى عنه من الإضرار في الوصية، ج6/ص444، ح/12585.

* وروى عن ابن عباس - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال: "الإضرار في الوصية من الكبائر"، وقيل أن هذا من قوله وليس من قول النبي ﷺ، وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: الحيف في الوصية والإضرار فيها من الكبائر"، ج6/ص444، ح/12586، 12587، نفس الكتاب والباب السابق من سنن البيهقي.

(3) - الآية (22) من سورة محمد.

(4) - جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، لابن رجب الحنبلي البغدادي ج3/ص913، ت. ق: محمد الأحمدى أبو النور، ط1 (1419هـ/1998م)، دار السلام: القاهرة، مصر.

قال سبحانه: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فَأَصَمَّهُمْ وَأَعَمَّى أَبْصَرَهُمْ﴾⁽¹⁾، ومن ثمَّ وجب الكف والابتعاد عنه وإن كان صاحب حق ابتداء لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ آلَا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾⁽²⁾، أي لا يحملنكم بغضكم وكرهكم وعداوتكم لهؤلاء القوم- الكافرين- على عدم العدل قضاء، بل العدل واجب كسائر الحقوق الأخرى؛ لأنه حق لله تعالى وهو الأصل، والوصية تدخل في هذا الباب، وإذا كان هذا في حق الكافر، فمن باب أولى من تربطه به صلة القرابة كما سبق بيانه. لكن بحكم تعلق الإنسان بالمال، والميل أحيانا إلى أشخاص معينين أكثر من غيرهم يحمله ذلك على تفضيل بعضهم على بعض، وهذا لا حرج فيه، وإنما الإشكال يكمن في المحاباة والتحايل، ويظهر هذا أكثر إذا كانت هناك خصومة ما فيما بينهم، فمن باب الانتقام يعمدُ إلى هذا الصنيع، بحجة حرية التصرف في ماله؛ لأنه غير محجور عليه، وهو في ذلك محق ظاهرا، لكن هذا الحق ليس هو غاية في حد ذاته حتى يكون لصاحبه مطلق التصرف فيه كما يشاء، بل جعل وسيلة لتحقيق مصالح ومقاصد مشروعة، وبهذا يصبح كل حق في الشرع مقيدا بغايته، والانحراف عن هذه الغاية أو المقصد هو عين التعسف؛ لأن "الحقوق مجرد وسائل"⁽³⁾ وفقا للقاعدة الفقهية "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"⁽⁴⁾، و الإضرار بالوصية يتخذ صوراً أذكرها في الفرع التالي.

الفرع الثاني: بعض صور الإضرار بالوصية.

1- الوصية بالثلث أو بما دونه لأجنبي.

هذه الصورة ظاهرها الجواز؛ لأنها ليست لوارث وليس فيها زيادة فوق الثلث المسموح به شرعا، فهي مشروعة ابتداء، وبالتالي لا مجال للاعتراض على تصرفه لعدم المخالفة، بل يشكر على ذلك؛ لأنه أخرج جزءا من ماله مع تعلقه الشديد به لما جبل عليه الإنسان من

= * وهو ما أقره الجصاص في أحكام القرآن، ج2/ص 127، 126، والقرطبي في جامعه، ج5/ص78.

(1)- الآية (23) من سورة محمد.

(2)- الآية (8) من سورة المائدة.

(3)- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص59 هـ1

(4)- الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص346، القاعدة السابعة والثلاثون من القواعد الكلية.

حبه الشديد له، وما ذلك إلا لأن به قوام الحياة لقوله تعالى: ﴿وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا﴾⁽¹⁾، وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: "إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم، بثلاث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم"⁽²⁾، حتى يتدارك الإنسان قبل وفاته ما فاته في حياته، لكن هذا المدح والمثوبة والتحريض قد يشوبها بعض التصرفات تجعلها محلا للسخط والتنفير منها، لما يترتب عليها من آثار قد تلحق الضرر بالغير إذا قصد ذلك، و بالتالي لا تحصل له زيادة في أعمال البر بقدر ما تحصل له زيادة في الوزر والإثم، لمناقضة قصد الشارع، ولقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾⁽³⁾، قال الإمام الألويسي في تفسيرها "وذكر عصام الملة: أن المفهوم من الآية أن الإيذاء والإقرار بالدين لقصد الإضرار لا يستحق التنفيذ وهو كذلك"⁽⁴⁾ لتنافيه مع مقاصد الشريعة وإن كان في حدودها المشروعة؛ لأنه على خلاف الغاية، لما فيه من المضارة، فيؤدي إلى بطلانها، وهو عين التعسف، وليس هناك ثمة تناقض بين الإذن في الفعل ووصفه بالمشروع ابتداء، ثم وصفه بعد ذلك بأنه متعسف فيه؛ لأن المشروعية منصبة على ذات الفعل، والتعسف منصب على كيفية استعماله، وذلك بالنظر إما إلى الباعث عليه أو مآله، ومن ثم افترقا، وعليه لا يلزم التناقض أو التضاد المتوهم، لتعدد الجهة وانفكاكها⁽⁵⁾.

2- الإقرار بالدين لبعض الورثة وغيرهم في الوصية.

من المقرر شرعا أن الدين هو أول الحقوق التي يجب إخراجها من التركة قبل قسمتها وتنفيذ الوصايا، بل إن بعض الفقهاء⁽⁶⁾ قدموه - أي الدين - على مؤن تجهيز الميت إذا كان سببه الرهن ولو كان كفن الميت نفسه، وليس له ما يكفن به سواه إبراء لذمة صاحبه

(1)- الآية (20) من سورة الفجر .

(2)- سنن ابن ماجه، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، ج2/ص904، ح/2709، المسند، ج45/ص475، ح/27482، الدار قطني، كتاب الوصايا، ج4/ص71، ح/4245.

(3)- الآية (12) من سورة النساء .

(4)- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، للسيد محمود الألويسي البغدادي، ج2/ص441، ضبطه وصححه: علي عبد الباري عطية، ط1(1415هـ/1994م)، دار الكتب العلمية : بيروت، لبنان.

* وهو ما أقره ابن القيم في إعلام الموقعين، ج3/ص79، 234، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي ج5/ص79، أحكام القرآن، للجصاص ج2/ص126.

(5)- راجع الموفقات، ج2/ص615، 616، 617.

(6)- راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4/ص457، المحلى، ج9/ص252.

وبيان خطورته؛ لأنه من الحقوق الآدمية التي لا تسقط بأي حال، فعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ " **نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه**"⁽¹⁾، ولأهمية توفيته لأصحابه لم تشفع للشهيد شهادته في سبيل الله الدخول إلى الجنة، بل يبقى معلقا حتى يقضى ما عليه من دين إبراء لذمته، فعن أبي قتادة - رضي الله عنه - أن رجلا قال لرسول الله ﷺ: "أرأيت إن قتلت في سبيل الله أتكفر عني خطاياي؟ فقال رسول الله ﷺ: " **نعم وأنت صابر محتسب، مقبل غير مدبر، إلا الدين، فإن جبريل - عليه السلام - قال لي "ذلك"**⁽²⁾، وعن عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: " **يفغر للشهيد كلُّ ذنب إلا الدين**"⁽³⁾، وفي رواية " **القتل في سبيل الله يكفر كل شيء إلا الدين**"⁽⁴⁾.

فيكون ذلك مدعاة للتحايل والمحاباة إذا كان تصرفه تشويه الشبهة أو دلَّ عليه البساط، كأن تكون هناك عداوة، أو خلاف مع ورثته، أو عدم وجود معاملة أصلا مع هؤلاء الذين اعترف لهم بالدين، أو صديق ملاطف، أو زوجة اعترف لها بمؤخر الصداق وهو عادة يُعَجَّلُ، مما يجعل الإقرار سوريا، ومع هذه الشبهة لا بد أن يتحرى القاضي في ذلك، إعمالا للقاعدة الفقهية "اليقين لا يزال بالشك"⁽⁵⁾.

فإذا أقر الموصي لبعض بنيه أو غيرهم بوجود دين عليه في ذمته لا حقيقة له قاصدا من ذلك الانتقاص من حق الورثة من التركة أو حرمانهم منها، خصوصا إذا كُنَّ بنات زيادة

-
- (1) - سنن الترمذي، أبواب الجنائز عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء أن نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه، ج2/ص270، 271، ح/1084، 1085، ابن ماجه، كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين، ج2/ص806، ح/2413، الدرامي، ومن كتاب البيوع، باب ما جاء في التشديد في الدين، ج2/ص262، المسند، ج15/ص425، ح/9679، ج16/ص137، 138، ح/10156، ص352، ح/10599، البيهقي، كتاب الجنائز، باب ما يستحب لولي الميت من الابتداء بقضاء دينه، ج4/ص101، ح/7099، 7100، كتاب التقليل، باب حلول الدين على الميت، ج6/ص82، ح/11267، كتاب الضمان، باب الضمان عن الميت ص125، ح/11411، ص126، ح/11412، الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان، كتاب الجنائز، فصل في الصلاة على الجنائز، ج7/ص331، ح/3061، المستدرک، كتاب البيوع، ج2/ص32، ح/2219، 2220.
- (2) - صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب من قتل في سبيل الله كفرت خطاياها إلا الدين، ج7/ص35، ح/117/1885.
- (3) - المصدر السابق، نفس الكتاب والباب، ج7/ص36، ح/119/1886.
- (4) - المصدر السابق، الموضوع نفسه، ح/120/1886.
- (5) - الأشباه و النظائر، للسيوطي ج1/ص151، الأشباه والنظائر، لابن نجيم ص56، الأشباه والنظائر، للسبكي ج1/ص13.

في نصيب المقر له يكون آثماً، ومن ثمَّ يجب عليه التراجع عن ذلك؛ لأنه مخالف لحدود الله،⁽¹⁾ لما فيه من "إثبات حق لا يثبت، كالوصية للوارث في قالب الإقرار بالدين"⁽²⁾.

قال ابن العربي: "وأما رجوع المضارة إلى الدَّين فبالإقرار في حالة لا يجوز فيها لشخص الإقرار له به، كما لو أقرَّ في مرضه لوارثه بدين، أو لصديق ملاطف له، فإن ذلك لا يجوز عندنا إذا تحققنا المضارة بقوة التهمة، أو غلب على ظننا... ومطلع النظر أننا لمحنا أن الموروث لمَّا علم أن هبته لوارثه في هذه الحالة أو وصيته له لا تجوز، وقد فاته نفعه في حال الصحة عمد إلى الهبة فألقاها بصورة الإقرار لتجوِّزها، ويعضد هذه التهمة صورة القرابة وعادة الناس بقلة الدَّيَانَةِ"⁽³⁾.

3- البيع الصوري لبعض الورثة مضمناً في الوصية.

يُعد البيع والشراء عنصران مهمان في حياة الإنسان، وهما من الأمور المباحة، لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾⁽⁴⁾، بل إن النبي ﷺ أكد بأن أرزاق أمته تسعة أعشار التجارة، فعن نعيم بن عبد الرحمان قال: بلغني أن رسول الله ﷺ قال: "تسعة أعشار الرزق في التجارة"⁽⁵⁾. التجارة"⁽⁵⁾.

لكن الإشكال يكمن في الحيل التي يسلكها الإنسان من أجل الوصول إلى بعض المآرب، بصرف النظر عن مدى مشروعيتها، وهل تحقق الهدف الذي أنشئت من أجله أم لا. يُعدُّ البيع الصوري إحدى الحيل⁽⁶⁾ التي تقتطع بها الحقوق؛ لأنه ليس فيها بيع وشراء حقيقي، وإنما هي مجرد محررات رسمية يُستشهدُ بها حالة النزاع، بدليل أن المشتري لا يحوز المبيع ولا تجول فيه يده حالة حياة الموصي - البائع - إلا بإذنه، والذي اشترط فيه لنفسه

(1) - ومن وجوه المضارة في الوصية: أن يقر باستيفاء دين له على غيره في مرضه لئلا يصل إلى وارثه، أن يبيع ماله من غيره في مرضه ويقر باستيفاء ثمنه، أن يهب ماله في مرضه أو يتصدق بأكثر من ثلثه في مرضه إضراراً منه بورثته، أن يوصي بأكثر مما تجوز له الوصية به زيادة على الثلث، للمزيد راجع: فتاوى البرزلي جامع مسائل الأحكام، ج5/ص528، 539، 555، 556، 584، 585، أحكام القرآن، للجصاص، ج2/ص126، 127.

(2) - الموافقات، ج2/ص656.

(3) - أحكام القرآن، ج1/ص351.

(4) - الآية (275) من سورة البقرة.

(5) - المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، لابن حجر العسقلاني، كتاب البيوع، باب النهي عن الغش، ج1/ص409، ح/1368، ح/1368، ت. ق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط (1414هـ/1993م)، دار المعرفة: بيروت، لبنان.

(6) - ويلحق بهذا النوع من العقود: زواج الميسار، نكاح الجهاد، نكاح النهاريات، وكلها عقود تشوبها الشبهة، لعدم تحقق الهدف

منها، وهو السكن والطمأنينة والرحمة والاستقرار، لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَكِرُونَ﴾ الآية: (21) من سورة الروم.

الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع بالشيء المباع مدى الحياة، سواء كان ذلك نصاً أو استعمالاً، فيكون ذلك تلويحاً وخدعة وفراراً من العاصبين ووصية لوارث مضافة لما بعد الموت وإن أقر بأخذه الثمن سورياً، ومع هذا لا يستطيع المتصرف له - صاحب المبيع المزعوم - منعه من التصرف أو تجريده منه إنشاءً وإن أقر بدفعه الثمن له مخافة أن يتراجع عما ألزم به البائع نفسه، وقد لا يعلم المُقَرُّ له بتلك المعاملة أصلاً، مما يدل أنها وصية، وهذا خلاف ما يقتضيه عقد البيع من إطلاق يد المشتري في المبيع حالاً ورفع يد البائع عنه، بخلاف الوصية فإنها تصرف مضاف لما بعد الموت، ومن هنا افترقا، مما يؤدي إلى بطلان هذا النوع من العقود الصورية⁽¹⁾.

فكم من أناس ضاعت حقوقهم بسبب هذه العقود الصورية، خصوصاً البنات، أو الأولاد الصغار الذين تزوج أبوهم مرة أخرى بسبب طلاق الأم، أو وفاتها، أو تعدد الزوجات، فهذا الفعل يُعدُّ من أقبح الأفعال وأشنعها؛ لأنه يؤدي إلى زرع العداوة والبغضاء بين الأفراد، وهي من الأمور المنهي عنها، وكذا قطيعة الرحم التي أمر الله أن توصل، فقال جلَّ شأنه: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتَقَطَّعُوا أَرْحَامَكُمْ﴾⁽²⁾، وفيها أيضاً أخذ لحقوق الناس والاستلاء عليها وأكل أموالهم من غير طيب نفس، لقوله ﷺ فيما رواه عمرو بن يثرب الضمري قال: "شهدت خطبة رسول الله ﷺ بمنى فكان فيما خطب به أن قال: "ولا يحل لا مرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه"⁽³⁾، وهؤلاء ما طابت أنفسهم بذلك، بل إنهم يرفعون دعاوى قضائية من أجل إبطال هذه التصرفات ورد الحقوق إلى أصحابها، فما فعله الموصي يُعدُّ تعسفاً في استعمال الحق" لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد، كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأنه مقصود الشارع منها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة، فالفعل

(1) - للمزيد راجع أعلام الموقعين، ج3/ص234، 235، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ج5/ص77، 78، أحكام القرآن، للجصاص، ج2/ص126، النوازل، للعلمي، ج2/ص5 وما بعدها.

(2) - الآية (22) من سورة محمد.

(3) - وفي رواية زيادة لفظ "شيء"، المسند ج24/ص239، ح/15488، ج34/ص560، ح/21082، ص561، ح/21083، ص299، ح/20695، الدار قطني، كتاب البيوع، ج3/ص19، 20، ج/2860، 2861، 2862، البيهقي، كتاب الغصب، باب لا يملك أحد بالجنانية شيئاً جنى عليه إلا أن يشاء هو والمالك، ج6/ص160، ح/11524، كتاب الغصب، باب من غصب لوجاً فأدخله في سيفه أو بنى عليه جداراً، ج6/ص165، ح/11542، كتاب الضحايا، باب تحريم أكل مال الغير بغير إذنه، ج9/ص601، ح/19645.

غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية غير مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أُخِرَ هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشروعات⁽¹⁾؛ لأن فيه قلباً و تزيفاً للحقائق، وعلى الجملة فهو تحيل على قلب الأحكام الثابتة شرعاً إلى أحكام آخر⁽²⁾.

الفرع الثالث: الضابط الذي يعرف به التعسف في حق الإيضاء.

تعدُّ الوصية من الحقوق التي أقرها الشرع مع إعطاء الموصي الحرية في مصارفها وفق شروط معينة، وقد يصبح الإيضاء واجبا إذا شُغلت ذمته بالحقوق، سواء كانت لله أو للناس، إبراء لذمته، وتحقيقاً للمثوبة، وتعظيماً لشعائر الله، وإرساء لأواصر المحبة والأخوة بين الأقارب والمسلمين فيما بينهم، لكن بحكم الجبلة التي خُلِقَ عليها الإنسان والمحيط الذي يعيش فيه قد يُلجئوه ذلك إلى بعض التصرفات تُخْرِجُ الوصية عن الإطار الذي شرعت لأجله، نظراً للنتائج العكسية- السلبية- التي أفضت إليها، فَيُعدُّ هذا الصنيع انحرافاً بالحق عن الغاية التي شرع من أجلها، وهو عين التعسف.

لكن المشكل يمكن في كيفية معرفة قصد المتبرع أو الموصي؛ لأنه من الأمور الخفية، مما جعل الفقهاء يعمدون إلى القرائن المصاحبة للتصرف، والظروف التي تَمَّ فيها، فيستأنسون بها في معرفة نية الموصي وقصده والباعث عليه، كأن لا تكون له منفعة أو غرض في الإيضاء سوى استعمال الحق، أو حرمان بعض الورثة أو الانتقال من نصيبهم، أو الإضرار بهم، أو يشترط لنفسه الاحتفاظ بحياسة العين التي تحت يده والانتفاع بها مدى الحياة. قال الشيخ أحمد إبراهيم في حكم وصية الضرار: "وظاهر الأدلة من الكتاب والسنة أنه لا ينفذ من وصية الضرار شيء، سواء كانت بالثلث، أو بما فوقه، أو بما دونه، بل هي رد على فاعلها، وعلى هذا تكون أحاديث الإذن بالوصية في حدود الثلث مقيدة بعدم الإضرار"⁽³⁾. وهو ما أقره فقهاء المذهب الحنبلي⁽⁴⁾، ورواية عن الإمام مالك⁽⁵⁾، إعمالاً لقاعدة "سد الذرائع" ولتعارضها أيضاً مع المقاصد الشرعية.

(1)- الموفقات، ج2/ص660.

(2)- المصدر السابق، ج2/ص656.

(3)- الوصية وبيان أحكامها في الشريعة الإسلامية، أحمد إبراهيم، ص26، 27، نقلاً عن نظرية التعسف في استعمال الحق، ص117.

(4)- راجع جامع العلوم والحكم، ج2/ص213.

(5)- راجع المصدر السابق الموضوع نفسه، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ج5/ص77، 78.

ما ذكرناه من الاستئناس بالقرائن والباعث والبساط في معرفة المقاصد يجب أن لا يتجاوز حدود المشروعية وإلا انقلبت سلبا؛ لأنها تؤدي إلى إبطال الوصية والتضييق على الحريات الشخصية، ومن ثمّ ربما الحجر على الموصي المتصرف في ماله بالوصية ونحوها، وهذا يؤدي بدوره إلى إزالة الضرر بالضرر، وبالتالي لم يتحقق الضرر يزال وفق ما هو مقرر في القواعد الفقهية.

وبما أنه ما من تصرف مجرد عن العوض كالهبة أو الصدقة أو الوصية إلا ويلحق ضررا بمن له حق في المال، فهل يُعدُّ هذا ضررا أم لا؟ الصحيح من النظر أنه يُعدُّ ضررا في الظاهر؛ لأنه يؤدي إلى إنقاص نصيب الورثة عادة، لكن هذا الضرر من مقتضيات التصرف⁽¹⁾، وبالتالي لا يُعتبرُ تعسفا في سوء استخدام الحق؛ لانفكاك الجهة وإن اتحدا معا في النتيجة لعدم التوافق في الباعث، ومن هنا افترقا.

الفرع الرابع: موقف القانون الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته.

نص قانون الأسرة في الفصل الثالث والرابع من الكتاب الثاني النيابة الشرعية على الوصاية والتقديم على الترتيب في المواد التالية:

1- الوصاية:

المادة 92: يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أمره أو تثبت⁽²⁾ عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء، فللقاضي اختيار الأصلح منهم، مع مراعاة أحكام المادة "86" من هذا القانون.

المادة 93: يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة.

المادة 94: يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها.

(1) - ونظير ذلك إباحة وطء المرأة بالرغم من أن وطئها يؤدي إلى تمزيق غشاء بكرتها، فيحدث لها ألما وربما ألحق بها ضررا ولو مؤقتا كالنزيف إذا استخدم زوجها معها القوة دون ملاحظة، ومع هذا أجزى؛ لأنه من لوازم العقد، وهو الانتفاع بالمعقود عليه، وكذا ختان الذكور والخفض للإناث والتطبيب للمريض، ومتاعب الحمل وآلام المخاض ومع هذا تكون مسرورة به إلى غير ذلك.

(2) - الأفضل أن يقال "ثبت لأن إثبات ذلك يكون من غيرها، بناء على التحريات التي تقوم بها الجهات القضائية المختصة أو من له مصلحة في ذلك؛ لأن هذا الحق مكتسب قانونا فلا تتنازل عنه بسهولة، إلا بناء على رفع دعوى قضائية، وإن صح ذلك اللفظ "ثبت" بناء على الممارسات التي تقوم بها، فيستأنس بها على عدم أهليتها في تولي أمور القاصر، ومن ثم تسقط وصايتها، والأفضل ما ذكرناه.

المادة 95: للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد "88، 89، 90" من هذا القانون.

المادة 96: تنتهي مهمة الوصي:

- 1- بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته
- 2- ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.
- 3- بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها
- 4- بقبول عذره في التخلي عن مهمته.
- 5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر.

المادة 97: على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رُشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته وأن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء.

المادة 98: يكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره.

بالنظر في نصوص هذه المواد يمكن ملاحظة ما يلي:

1- إذا كانت المادة "92" أجازت للأب أو الجد حق تعيين وصي للولد القاصر لإدارة أموره، فإن ذلك مقيد بأن لا يكون له أمٌّ أو كانت له ولكن ثبت عدم أهليتها بالطرق القانونية المشروعة، منعا للتعسف في حق الإيضاء، وجريا على أصله في الولاية أنها تكون بعد الأب للأُم وفق ما نصت عليه المادة "87" من هذا القانون.

وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي الحق المطلق في اختيار الأصلح والأنسب لأداء هذه المهمة، منعا للتنازع والتمسك بحق الإيضاء وإغفال مصلحة القاصر، مما يؤدي إلى إلحاق الضرر به، مع مراعاة بعض أحكام نصوص هذا القانون؛ حتى لا يقع بينها اضطراب أو يعود بعضها على بعض بالبطلان.

لكن الإشكال يكمن في إعطاء هذا الحق - الإيضاء - للجد وهو لا يملك حق الولاية أصلا مع أن الإيضاء مترتب عليها، وفق ما نصت عليه المادة "87" التي لم يرد فيها ذكر للجد إطلاقا، فكيف يحق له تملك هذا الحق لغيره وهو لا يملكه؛ لأن فاقده الشيء لا يعطيه، فهذه مفارقة غريبة وعجيبة أتى بها المقنن الجزائري.

كان بمقتضى النص القانوني للولاية أن يكون للأُم حق الإيضاء أيضا؛ لأنها تملكها ومقدمة على غيرها عند وفاة الأب، أو غيابه، أو حصول مانع له؛ لأن المشرع الجزائري لا يشترط الذكورة، وهو ما أقره المقنن المغربي في مدونة الأسرة وفق ما نص عليه في:

1- المادة 230: يقصد بالنايب الشرعي في هذا الكتاب:

1- الولي وهو الأب والأم والقاضي.

2- الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم

3- المقدم وهو الذي يعينه القضاء.

2- النقطة الرابعة من المادة 231: صاحب النيابة الشرعية:

وصي الأم.

3- الفقرة الأولى والثالثة من النقطة الثانية من المادة 238: يشترط لولاية الأم على

أولادها:

2- عدم وجود الأب بسبب وفاة، أو غياب، أو فقدان للأهلية، أو بغير ذلك⁽¹⁾.

يجوز للأم تعيين وصي على الولد المحجور، ولها أن ترجع عن إيصالها.

في حالة وجود وصي الأب مع الأم فإن مهمة الوصي تقتصر على تتبع تسيير الأم

لشؤون الوصي عليه ورفع الأمر إلى القضاء عند الحاجة.

المقنن المغربي هنا قدم الأم على وصي الأب باعتبارها طرفا أصيلا، فتقدم ولايتها

على غيرها وإن كان من عَيَّن الوصي - الأب - مقدما عليها؛ لأنها هي النايب الشرعي

الثاني بعد الأب، فيكون الوصي مراقبا لكيفية تسيير الأم لشؤون القاصر - الموصى عليه -

ومما يلاحظ أيضا على المقنن الجزائري أنه سوى بين الأب والجد في حق الإيضاء،

باستخدامه حرف "أو" والتي من معانيها التخيير والتسوية والتنويع، وهذا خطأ لا يمكن

تجاهله أو التغافل عنه؛ لأنه خلاف القواعد العامة، إذ كيف تتم التسوية بين من يملك ومن

لا يملك، ومن ثمَّ يجب مراجعة نص هذه المادة دفعا للإيهام الوارد فيها، وهو ما أقره بوضوح

المقنن السوري في قانون الأحوال الشخصية على ضوء ما نصت عليه الفقرة الأولى والثانية

(1) - نص في النقطة الثانية من المادة 231: صاحب النيابة الشرعية:

- الأم الراشدة عند عدم وجود الأب، أو فقد أهليته.

من المادة "176" والتي ورد فيها: "أنه يجوز للأب وكذا الجد عند فقد الأب أن ينصبا وصيا مختارا لولده القاصر والحمل".

أما المقنن المصري فقد حصر الإيضاء في الأب والمتبرع بالمال فقط وفق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة "28" الخاصة بتعيين الأوصياء من الفصل الثاني في الوصاية من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين، والتي ورد فيها: "يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن، ويجوز ذلك أيضا للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة "3"⁽¹⁾؛ لأن المتبرع قيد تبرعه بعدم جريان يد الولي أو الوصي أو المقدم فيما تبرع به للقاصر، ومن ثمّ فهو الذي يديره وله حرية الإيضاء، فهو يشبه الأب من هذا الجانب.

وبناء عليه أرى إعادة صياغة هذه المادة على النحو الآتي:

- يجوز للأب تعيين وصي مختار للولد القاصر إذا لم يكن له أم تتولى أموره، أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية.

- يجوز للأب تعيين وصي مختار بعد وفاة الأب، أو فقده، أو حصول مانع له.

- إذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم، مع مراعاة أحكام المادة "87" المذكورة أعلاه من هذا القانون.

2- تحدثت المادة "93" على الشروط التي يجب أن تتوفر في الوصي مع تخويلها للقاضي حق العزل إذا فقد الوصي الشروط المنصوص عليها، وهذا لا إشكال فيه ابتداء. لكن مما هو ملحوظ عليها:

أ- التصييص على حسن التصرف لا يلزم منه البلوغ الشرعي ولا القانوني، وهو "19" سنة شمسية، فقد يكون حسن التصرف ولم يرشّد بعد أو يبلغها، ولتفادي هذا الإشكال كان الأولى أن يحيل على أحكام المادة "86" من هذا القانون.

ب- يوجد غموض في قوله: "إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة" هل المقصود جميعها أو معظمها أو أكثرها، فالحكم يختلف تبعا لنوعية الشرط المفقود، إلا إذا كان يقصد بلفظ "ال" معنى العموم أو العهدية، ومع هذا يبقى التساؤل مطروحا.

نصت بعض القوانين العربية على شروط الوصاية، فمن ذلك:

(1) - المادة "3" من الفصل الأول الخاص بالولاية من الباب الأول المتعلق بالقصر والتي ورد فيها: "لا يدخل في الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك".

1- مدونة الأسرة المغربية:

المادة 246: يشترط في الوصي والمقدم أن يكون ذا أهلية كاملة حازما ضابطا أميناً⁽¹⁾.
للمحكمة اعتبار شرط الملاءة في كل منهما.

2- قانون الأحوال الشخصية المصري للمسلمين:

المادة 27: يجب أن يكون الوصي عدلاً كفؤاً ذا أهلية كاملة⁽²⁾.

3- قانون الأحوال الشخصية السوري:

الفقرة الأولى⁽³⁾ من المادة 178: يجب أن يكون الوصي عدلاً قادراً على القيام
بالوصاية ذا أهلية كاملة وأن يكون من ملة القاصر.

الملحوظ على نصوص هذه المواد أنها كلها تشترط نفس الشروط، وإنما الاختلاف فيما
بينها من حيث الإجمال والتفصيل فقط، باستثناء مدونة الأسرة المغربية حيث أقرت
للمحكمة صلاحية اعتبار شرط الملاءة، وهو الغنى.

فمعنى هذا أن للمحكمة أن تشترط على الوصي أو المقدم أن يكون غنياً، فلا أدري من
أين جاءت المدونة بهذا الشرط، فالفقهاء لم ينصوا على ذلك في حدود ما اطلعت عليه،
اللهم إلا أن يكون هذا الصنيع من باب الضرورة أو الحاجة إعمالاً للقاعدة الفقهية
"الضروريات تبيح المحظورات"⁽⁴⁾، و"الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو
خاصة"⁽⁵⁾، أو سد الذرائع؛ حتى لا تمتد يد الوصي أو المقدم إلى مال الموصى عليه، درءاً

(1)- أشارت المادة "247" على عدم جواز أن يكون وصياً أو مقدماً من كان موصوفاً ببعض الأوصاف، راجعها في موطنها.

(2)- هناك موانع متعلقة بالمادة لا يجوز بأي حال من كان موصوفاً بها أن يعين وصياً، راجعها.

(3)- نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه لا يجوز أن يكون وصياً من كان:

أ- المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة الائتمان أو تزوير أو جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة.

ب- المحكوم بإفلاسه إلا أن يعاد إليه اعتباره.

ج- من قرر الأب أو الجد عند عدمه حرمانه من التعيين قبل وفاته إذا ثبت ذلك ببينة خطية.

د- من كان بينه هو أحد أصوله أو فروعه أو زوجته وبين القاصر نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة القاصر.

* هذه الجزئية الأخيرة يعترتها الغموض واللبس في بعض جوانبها، والأفضل أن يقال في صياغتها "من كان بينه أو حد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر... إلخ أو" من كان بينه وأحد أصوله أو فروعه... إلخ.

(4)- الأشباه النظائر، للسيوطي، ج 1/ص 211، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص 85، الأشباه والنظائر، للسبكي، ج 1/ص 45.

* القاعدة الأولى المتفرعة عن القاعدة الكبرى "الضرر يزال".

(5)- المصدران السابقان - السيوطي، ص 218، ابن نجيم، ص 91-

* القاعدة الخامسة المتفرعة عن نفس القاعدة السابقة.

للمفسدة، وفقا للقاعدة الفقهية "درء المفساد أولى من جلب المصالح"⁽¹⁾، مع أنه يجوز فرض أجره مناسبة لهما، خصوصا إذا كانا فقيرين أو محتاجين جراء قيامهما بذلك العمل.

بقيت جزئية مهمة يعترها الغموض في نصوص هذه القوانين، وهي اتحاد الديانة بين الوصي أو المقدم من جهة، والموصى عليه من جهة أخرى، لم يتعرض لهذا الشرط صراحة المقنن المصري والمغربي؛ لأنهما نصا على شرط الأهلية الكاملة، فهل يدخل ضمنهما شرط الديانة أم لا؟ بخلاف المقنن السوري فقد نص على ذلك صراحة بقوله: "وأن يكون من ملة القاصر" لكي يكون ذلك حافزا على حسن القيام بشؤون القاصر، واحتياطا لمصلحته خوفا من الإضرار به، ضف إلى هذا أنها ولاية ولا ولاية للكافر على المسلم، لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁽²⁾.

وبناء عليه أرى إعادة صياغة هذه المادة على النحو الآتي:

يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغاً قادراً أميناً رشيداً حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه جميع الشروط المذكورة آنفاً، مع مراعاة أحكام المادة "86" المذكورة أعلاه من هذا القانون.

3- إيجاب المادة "94" عرض وصاية الوصي المختار على القاضي بمجرد وفاة الأب لتبنيها أو رفضها، مراعاة لمصلحة القاصر، وهذا الإجراء لابد منه؛ لأنه يصب في مصلحة الموصى عليه، وإن كان الأصل عدم التدخل في الشؤون الخاصة ما دام الذي اختاره هو الولي، سواء كان أباً أو أمّاً؛ لكمال شفقتة على الولد القاصر وانتفاء التهمة عنه وأنه لا يختار له إلا الأصلح، ولمعرفته أيضا بالوصي وتأكده من أهليته للوصاية، وإنما مهمة المحكمة أن تكون جهة رقابية لا طرفاً في القضية؛ لأنه ربما يصاب الوصي بخل ما بعد وفاة الولي فيحقق لها حينئذ التثبيت أو الرفض، ومن ثم استبداله بغيره؛ لأن القاصر أصبح بلا ولي، فيدخل تحت سقف الولاية العامة، والقاضي ولي من لا ولي له، فيجب عليه أن يفعل الأصلح له.

(1) - المصدران السابقان - السيوطي، ص 217، ابن نجيم، ص 90.

* القاعدة الرابعة المنقرعة عن نفس القاعدة السابقة.

(2) - الآية (141) من سورة النساء.

تنصيب المقنن على وفاة الأب بالرغم أن الأم لها حق الإيضاء أيضا مرده الخشية من عدم تطبيق نص المادة "87 و92" من هذا القانون؛ لأن الأب قد يتعسف في حق الولاية فيوصي بولده بالرغم من وجود الأم وأهليتها لذلك، وتقاديا لهذا التخوف كان بإمكانه الإحالة على المادتين المذكورتين آنفا.

وهذا الانشغال أشارت إليه بعض القوانين العربية، فمن ذلك:

1- مدونة الأسرة المغربية: نصت كلا من:

أ- الفقرة الثانية من المادة 237 من الفرع الأول: "تعرض الوصية بمجرد وفاة الأب على القاضي للتحقق منها وتثبيتها".

ب- الفقرة الثانية من الشرط الثاني من المادة 238: "تعرض الوصية بمجرد وفاة الأم على القاضي للتحقق منها وتثبيتها".

2- قانون الأحوال الشخصية المصري:

نصت الفقرة الرابعة من المادة "28" على: "وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها".

3- قانون الأحوال الشخصية السوري:

نصت الفقرة الثانية من المادة "177" على: "عرض وصاية الوصي المختار على المحكمة لتثبيتها".

فهذه النصوص القانونية متفقة كلها على هذه الجزئية؛ لأنها تعود بالمنفعة على الموصى عليه، ومع هذا لم تشر إلى المدة الزمنية التي يجب أن ترفع فيها الوصاية إلى المحكمة بعد وفاة الولي، وكذا ما يترتب على عدم الرفع أو التأخر فيه؛ لأن أهل الميت قد ينشغلون بالوفاة فيتماطلون أو يسوفون في الرفع، ضف إلى هذا ضعف الثقافة القانونية لديهم، بل انعدامها تقريبا، فتضيع حقوق الموصى عليه.

وبناء عليه أرى إعادة صياغة هذه المادة على النحو الآتي:

- يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب بعد ثلاثة أيام لتثبيتها أو رفضها، مع مراعاة أحكام المادتين "87 و92" المذكورتين أعلاه من هذا القانون.

- تحيل المحكمة ملف القضية فوراً على النيابة العامة لإبداء رأيها فيها في مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً، على أن تبت المحكمة في نفس الموضوع بناء على ما توصلت إليه النيابة العامة بنفس المدة الزمنية من تاريخ ابداء الرأي.

- يتحمل مسؤولية التأخير غير المبرر في رفع الوصاية إلى المحكمة وكل ما يترتب عليها من أضرار بالموصى عليه من كانت الوصاية في حوزته، مع مراعاة تطبيق أحكام المادة 3 مكرر المذكورة أعلاه من هذا القانون.

4- أنزلت المادة "95" الوصي منزلة الولي فمنحته نفس السلطات المخولة له في التصرف في مال الموصى عليه وفقا لأحكام المواد "88 و 89 و 90" من القانون، وهذا الصنيع يحتاج إلى إعادة النظر؛ لأن هناك فرقا بين الوصي والولي من حيث الشفقة والحرص على عمل الأصلح في مال القاصر؛ حتى إن بعض الفقهاء نصوا على بعض الفروق بينهما: فكيف أغفل ذلك أو غفل عنه وسوى بينهما، مع أن الولاية أقوى من الوصاية والتقديم معا كما سبق بيانه، وهو ما أقره المقنن المصري والسوري والمغربي مع بعض الاختلاف.

1- قانون الأحوال الشخصية المصري:

نصت كل من المواد "36 و 37 و 38 و 39 و 40 و 42 و 43 و 44 و 45"⁽¹⁾ على واجبات الأوصياء والصلاحيات المخولة لديهم في إدارة أموال القاصرين وشؤونهم.

2- قانون الأحوال الشخصية السوري:

نصت المادة "182" على أنه لا يجوز للوصي دون إذن من المحكمة مباشرة التصرفات الآتية:⁽²⁾.

3- مدونة الأسرة المغربية:

نصت الفقرة الثانية والثالثة من المادة "235" على:

- يجب على النائب الشرعي⁽³⁾ إبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوجود الأموال النقدية والوثائق والحلي والمنقولات ذات القيمة، وإذا لم يفعل يتحمل مسؤولية ذلك، وتودع النقود والقيم المنقولة بحساب القاصر لدى مؤسسة عمومية للحفاظ عليها بناء على أمر القاضي.

(1)- راجع نصوص هذه المواد في واجبات الأوصياء من الفصل الثاني الخاص بالوصاية.

(2)- راجع بنود نص هذه المادة في القانون.

(3)- يُعدُّ الوصيُّ نائباً شرعياً وفق ما نصت عليه:

أ- النقطة الثانية من المادة "230"؛ يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب:

الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم.

ب- الجزئية الثالثة والرابعة من المادة "231" صاحب النيابة الشرعية:

- وصي الأب.

- وصي الأم.

- يخضع النائب الشرعي في ممارسة هذه المهام للرقابة القضائية طبقاً لأحكام المواد الموالية.
5- جرت العادة أن تَوَلَّى مسؤولية ما لا بد وأن يأتي يوم وتُنْتَهَى فيه تلك المهام التي أسندت إليه، والإيحاء يُعد إحدى تلك المسؤوليات، فإذا وُجِدَ سببٌ من عدة أسباب أدى إلى إنهاء، أو إسقاط الوصاية، وهذه الأسباب نصت عليها المادة "96".
 بالنظر في هذه الأسباب أو المسقطات أرى فيها بعض النقص يمكن إجماله في النقاط التالية:

أ- عدم التصييص على فقد الوصي؛ لأنه قد يكون حياً ولكنه مفقود، فيعامل معاملة من غاب غيبة طويلة، سواء بمبرر أو بغيره دون أن يترك وكيلاً عنه إذا رضيه الموصى عليه إن كان أهلاً للأخذ برأيه، أو من له مصلحة في ذلك، مالم تكن الوصية مطلقة.
 ب- قد يكلف الوصي ببعض المهام مع تحديد المدة الزمنية لإنهائها، فيمضي الوقت دون إنهائها، فهل يتم عزله بناء على التأقيت، بصرف النظر عن إنهاء ما أسند إليه، أم أنه يستمر فيها لكونه لم ينجزها؟ الرأي عندي أنه يعزل لعدم الإيفاء لما طلب منه إذا كانت المدة الزمنية كافية للإنجاز ولم تُحَلْ دونها أسباب قاهرة، وإلا فلا، حفاظاً على مصالح القاصر في الحالتين معاً⁽¹⁾.

ج- قد تعود الولاية لمن ولاه إما بالعزل أو غيره.

وإليك نصوص بعض القوانين العربية التي تطرقت لهذه الجزئية، فمن ذلك:

1- مدونة الأسوة المغربية:

المادة 258: تنتهي مهمة الوصي أو المقدم في الأحوال التالية:

- 1- بموت المحجور أو موت الوصي أو المقدم أو فقدهما.
- 2- ببلوغ المحجور سن الرشد إلا إذا استمر الحجر عليه قضائياً لأسباب أخرى.

(1) - لو درجنا على هذا المسلك في إنجاز المشاريع وعدم إعادة التقييم لما كان هذا هو حالنا، فكثير من المشاريع تعطلت لسنوات دون أن تسحب من أصحابها- الفاشلين- مع تغريمهم جراء ذلك التأخر؛ لأنه ألحق أضرار كبيرة وكثيرة، سواء بالمؤسسات العمومية أو الأفراد، ولا يُعد ذلك تعسفاً؛ لأنه تطبيق للقانون، والمسلمون عند شروطهم، بل عدم التطبيق هو عين التعسف؛ لأن فيه غضا للطرف عن الفساد والإفساد والمفسدين ومساعدة للمقصرين في الاستمرار فيما هم فيه تحايلاً واستغلالاً للنفوذ أو المنصب، بل الأدهى من ذلك إبقاء تلك المشاريع تحت أيديهم، ومنحهم صفقات أخرى تكريساً للرداءة ومكافأة لهم للأسف.

3- بانتهاء المهمة التي عين الوصي أو المقدم لإنجازها، أو انقضاء المدة التي حدد بها تعيين الوصي أو المقدم.

4- بقبول عذره في التخلي عن مهمته.

5- بزوال أهليته أو إعفائه أو بعزله.

2- قانون الأحوال الشخصية المصري:

المادة 35: تنتهي مهمة الوصي الخاص والوصي المؤقت بانتهاء العمل الذي أقيم لمباشرته أو المدة التي اقتضت بها تعيينه

المادة 47: تنتهي مهمة الوصي:

1- ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه.

2- بعودة الولاية إلى الولي.

3- بعزله أو قبول استقالته.

4- بفقد أهليته أو ثبوت غيبته أو موته أو موت القاصر.

المادة 48: إذا توفرت أسباب جدية تدعو للنظر في عزل الوصي أو في قيام عارض من العوارض التي تزيل أهليته أمرت المحكمة بوقفه.

المادة 49: يحكم بعزل الوصي في الحالات الآتية:

1- إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقا للمادة "27" ولو كان هذا السبب قائما وقت تعيينه.

2- إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح في بقاءه خطر على مصلحة القاصر.

المادة 59: إذا قصر المأذون له في الإدارة في تنفيذ ما قضت به المادة السابقة أو

أساء التصرف في إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال في يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوي الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله.

3- قانون الأحوال الشخصية السوري:

المادة 189: تنتهي مهمة الوصي في الأحوال التالية:

أ- بموت القاصر.

- ب- ببلوغه ثماني عشرة سنة إلا إذا قررت المحكمة قبل بلوغه هذه السن استمرار الوصاية عليه أو بلغها معتوها أو مجنوناً.
- ج- بعودة الولاية إلى الأب أو الجد.
- د- بانتهاء العمل الذي أقيم الوصي الخاص لمباشرته أو انقضاء المدة التي حدد بها تعيين الوصي المؤقت.
- هـ- بقبول استقالته.
- و- بزوال أهليته.
- ز- بفقده.
- ح- بعزله.

المادة 190: نصت هذه المادة في فقرتها الأولى على أن الوصي يعزل في الحالات الآتية:

أ- إذا تحقق فيه سبب من أسباب الحرمان من الوصاية المبينة في المادة "178" من هذا القانون.

- ب- إذا حكم عليه بالسجن خلال وصايته حكماً مبرماً عن جريمة أخرى لمدة سنة فأكثر، ويجوز للقاضي في هذه الحالة الاكتفاء بتعيين وصي مؤقت.
- ج- إذا رأت المحكمة في أعمال الوصي أو إهماله ما يهدد مصلحة القاصر أو ظهرت في حسابه خيانة.

بالنظر في مضامين نصوص هذه القوانين أرى أن القانون المصري والسوري تعرضا لمسألة إنهاء الوصاية بشيء من التفصيل والبيان أكثر من غيرهما، وحسناً فعلاً؛ لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة كما هو مقرر.

وبناء عليه أرى إعادة صياغة المادة "96" على النحو الآتي:

تنتهي⁽¹⁾ مهمة الوصي:

(1) - التعبير بلفظ "تنتهي" هنا أفضل من لفظ "إنهاء أو تنهى" لعدم ارتباطها بالحكم القضائي، فإلغاء مهمة الوصي يكون بمجرد وجود سبب إنهائها من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى الرفع إلى المحكمة، بناء على أن الحكم يدور مع عاتق وجودها وعدمها، بخلاف الإنهاء فإن فيه منازعة تحتاج إلى حكم قضائي من أجل فض الخصومة، ومن هنا افتراقاً، وما ذكرناه إنما هو على وجه العموم؛ لأن بعض الأسباب تحتاج إلى حكم قضائي؛ لأنها مطية للنزاع والاختلاف كالقصد والغيبة... وغيرهما، وهو ما عبرت به تلك القوانين المشار إليها آنفاً.

- 1- بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته أو فقده أو غيبته لمدة تزيد عن السنة مطلقا إذا لم يترك وكيفا ورضيه القاصر إن كان أهلا لقبول رأيه أو من له مصلحة في ذلك، ما لم تكن وصية الولي مطلقة، مع مراعاة أحكام الوصاية الواردة في هذا القانون.
- 2- ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من المحكمة بالحجر عليه.
- 3- بإنهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها أو انقضاء المدة التي حدد بها انجاز العمل.

4- بقبول عذره في التخلي عن مهمته.

- 5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة في ذلك إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر.

6- بعودة الولاية إلى الأب أو الأم.

- 6- من مقتضيات إنهاء مهمة الوصي أن يقدم تقريرا أدبيا يبين فيه كل ما يتعلق بما وُلِّيَ فيه مع تسليمه ما تبقى من أموال ومستندات في عهده بمحضر إلى من يخلفه أو القاصر إذا رُشِدَ أو ورثته حالة وفاته؛ حتى لا تبقى عرضة للتلف أو الفساد أو الضياع، لعدم وجود من يشرف عليها أو يراها في تلك الفترة الانتقالية، مع تقديم استبيان خاص مرفوق بصور من الحساب المذكور ومحضر تسليم الأموال السابق إلى القضاء باعتباره الجهة الرقابية التي يحق لها مسألتته، فإذا فقد الوصي أو مات فإن ورثته ملزمون بتسليم أموال القاصر إلى المعني بالأمر أو ورثته عند وفاته بواسطة القضاء، منعا للتنازع والاختلاف، وفقا للقاعدة الفقهية "الغنم بالغرم" و"الخراج بالضمان"⁽¹⁾ في مدة لا تتجاوز الشهرين من تاريخ انتهاء مهمته، حرصا على مصلحة القاصر وإبراء للذمة، إذ ليس هناك مصلحة في إبقاء تلك الأموال بحوزته بعد إنهاء المهمة، فيكون محلا للشبهة والتهمة، وقد أمرنا باتقاء الشبه استبراء لديننا وعرضنا، لقوله ﷺ فيما رواه عنه النعمان بن بشير - رضي الله عنه - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه"⁽²⁾، وهو ما أكدته كل من:

(1) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص303، القاعدة الحادية عشرة من القواعد الكلية، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص151.
 (2) - صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه، ج1/ص153، ح/52، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات، ج6/ص31، ح/107/1599.

1- مدونة الأسرة المغربية:

المادة 259: إذا انتهت مهمة الوصي أو المقدم بغير وفاته أو فقدان أهليته المدنية وجب عليه تقديم الحساب مرفقا بالمستندات اللازمة داخل مدة يحددها القاضي المكلف بشؤون القاصرين، دون أن تتجاوز ثلاثين يوما إلا لعذر قاهر.

تبت المحكمة في الحساب المقدم إليها.

المادة 262: في حالة وفاة الوصي أو المقدم أو فقد أهليته المدنية يتخذ القاضي المكلف بشؤون القاصرين الإجراءات اللازمة لحماية وصيانة أموال المحجور.

تخول الديون والتعويضات المستحقة للمحجور على تركة الوصي أو المقدم المتوفى امتيازاً يرتب في المرتبة المنصوص عليها في المقطع الثاني مكرر من المادة 1248 من الظهير الشريف المؤرخ في 12 غشت 1913 المكون لقانون الالتزامات والعقود.

2- قانون الأحوال الشخصية المصري:

الفقرة الثالثة من المادة 45: وفي جميع الأحوال يجب على الوصي الذي يستبدل بغيره أن يقدم حساباً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء وصايته.

المادة 50: على الوصي خلال ثلاثين يوماً التالية لانتهاء الوصاية أن يسلم الأموال التي في عهده بمحضر إلى القاصر متى يبلغ سن الرشد أو إلى ورثته أو إلى الولي أو الوصي أو الوصي المؤقت على حسب الأحوال، وعليه أن يودع قلم الكتاب في الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال.

المادة 51: إذا مات الوصي أو حجر عليه أو اعتبر غائباً التزم ورثته أو من ينوب عنه على حسب الأحوال تسلماً⁽¹⁾ أموال القاصر وتقديم الحساب.

3- قانون الأحوال الشخصية السوري:

المادة 191: على الوصي الذي انتهت وصايته أن يسلم خلال ثلاثين يوماً من الانتهاء الأموال التي في عهده، ويقدم عنها حساباً مؤيداً بالمستندات إلى من يخلفه، أو إلى القاصر الذي بلغ سن الرشد أو إلى ورثته إن توفى - القاصر - وعليه أيضاً أن يقدم صورة عن الحساب إلى المحكمة وإلى الناظر إن وجد.

(1) - ربما يكون القصد تسليم أموال القاصر إلى الجهة المختصة بالصيانة، ويصح لفظ "تسلم" الأموال ثم إدارتها فيما بعد مع تقديم الحساب قبل مباشرة العمل فيها.

إذا توفي الوصي أو حجر عليه أو فقد، فعلى ورثته تسليم أموال القاصر وتقديم الحساب. الملحوظ على هذه القوانين أنها كلها اتفقت على وجوب تسليم الأموال المتبقية في عهده، سواء للقاصر إذا بلغ سن الرشد مرشداً أو وليه أو ورثته... في غضون ثلاثين يوماً مرفقاً بصورة من الحساب ومحضر التسليم إلى المحكمة إبراءاً للذمة، سواء من الوصي أو ورثته إذا حصل له مانع، مع الاختلاف في بعض التفاصيل والتطبيقات.

7- من المسلم به أن من التزم بإدارة شيء ما الرضا بما يترتب عليه، إعمالاً للقاعدة الفقهية "الرضا بالشيء رضا بما يتولد عنه"⁽¹⁾، فيجب عليه المحافظة عما وُلِّيَ عليه مع مطالبته بالاستثمار في المال لجلب المنافع لصاحبه ما أمكنه ذلك، وهذا يتطلب منه الحذر والحيطه في التعامل مع الأخذ بالأسباب، فإن أصاب مال المحجور عليه ضرر ما نظرنا إلى العوامل التي أدت إلى هذا، فإن لم يكن للوصي تقصير في حفظ المال والتنمية وفق ما طُلبَ منه فلا يسأل عن ذلك؛ لأنه أمين، وبالتالي لا ضمان عليه لعدم التفريط، لا إن أخلَّ بواجب من الواجبات المفروضة عليه في مال المحجور عليه، وثبت بما لا يدع مجالاً للشك أو الريبة أنه مفرط ومقصر؛ حتى لا يؤخذ بالشبهة، إعمالاً للقاعدة الفقهية "اليقين لا يزال بالشك"⁽²⁾، وقول الإمام الشافعي: "أصل ما انبنى عليه الإقرار، أنني أعمل اليقين، وأطرح الشك، ولا أستعمل الغلبة"⁽³⁾، فيكون حينئذ مسؤولاً ويضمن صونا للأموال، ومرد ذلك كما ذكرت إلى التقصير والتفريط لا لكونه أميناً، مع ترك تقدير العقوبة ونوعها للقاضي جراء الإخلال بما وُكِّلَ إليه، وفق ما ينص عليه القانون عموماً والمادة "98" خصوصاً، منعا للتعسف في استعمال الحق وسوء تفسير النصوص، وقد أشارت إلى ذلك بعض القوانين العربية، فمن ذلك:

1- مدونة الأسرة المغربية:

المادة 257: يسأل الوصي أو المقدم عن الإخلال بالتزاماته في إدارة شؤون المحجور، وتطبق عليه أحكام مسؤولية الوكيل بأجر ولو مارس مهمته بالمجان، ويمكن مساءلته جنائياً عند الاقتضاء.

(1) - الأشباه والنظائر، للسيوطي ج1/ص316، "القاعدة السادسة عشرة من القواعد الكلية".

(2) - المصدر السابق، ج1/ص151، "القاعدة الثانية من القواعد الكبرى"، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص56، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص13.

(3) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص156، هذه القاعدة مرجعها إلى أن "الأصل براءة الذمة" وهي متفرعة عن القاعدة الأم المشار إليها.

المادة 260: يتحمل الوصي أو المقدم مسؤولية الأضرار التي يتسبب فيها كل تأخير غير مبرر عن تقديم الحساب أو تسليم الأموال.

2- قانون الأحوال الشخصية السوري:

المادة 192: كل وصي انتهت وصايته وامتنع دون عذر عن تسليم أموال القاصر لمن حل محله في الوصاية في المدة المحددة في المادة السابقة⁽¹⁾ أحيلت قضيته إلى النيابة العامة بعد إنذاره بعشرة أيام لإقامة الدعوى عليه بإساءة الائتمان.

المادة 193: إذا أخل الوصي بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون كان مسؤولاً عما يلحق القاصر من ضرر بسبب تقصيره وضامناً له كالوكيل. للقاضي أن يلزمه بتعويض للقاصر لا يتجاوز خمسمائة ليرة سورية وبحرمانه من أجره كله أو بعضه وبغزله أو بإحدى هذه العقوبات، وذلك ما عدا الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة، ويجوز إعفاء الوصي من ذلك كله أو بعضه إذا تدارك ما قصر فيه.

3- قانون الأحوال الشخصية المصري:

المادة 24⁽²⁾: لا يسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم، أما الجد فيسأل مسؤولية الوصي. الملحوظ على هذه النصوص أنها ألزمت الوصي أو المقدم بضمان ما يترتب على تقصيره إذا ألحق ذلك ضرراً بالقاصر في ماله أو أموره الأخرى، مع إمكانية معاقبته بعدة عقوبات منها: المطالبة بالتعويض والعزل من الوصاية والحرمان من الأجر كله أو بعضه إذا كان يتقاضى أجراً على القيام بالوصاية أو بإحدى هذه العقوبات.

ومن باب العدل والإنصاف ودفعا للتعسف في استعمال الحق يمكن للقاضي التغاضي عن تلك العقوبات كلها أو بعضها إذا استدرك - من وكّل إليه الأمر - ما قصّر فيه في جانب الوصاية، لأن الغرض من العقوبة هو الردع وإرجاع الحقوق لأصحابها، أما وقد حصل المراد، فلا يبقى للعقوبة محل، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿مَا يَفْعَلُ اللَّهُ بِعَذَابِكُمْ إِنْ شَكَرْتُمْ وَعَآمَنْتُمْ³ وَكَانَ اللَّهُ شَاكِرًا عَلِيمًا﴾⁽³⁾، أي أنه إذا حصل المقصود وهو شكر

(1) يقصد المادة "191" والتي نصت في فقرتها الأولى: على الوصي الذي انتهت وصايته أن يسلم خلال ثلاثين يوماً من الانتهاء الأموال التي في عهده، ويقدم عنها حساباً مؤيداً بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي بلغ سن الرشد أو إلى ورثته إن توفي القاصر، وعليه أيضاً أن يقدم صورة عن الحساب إلى المحكمة وإلى الناظر إن وُجِدَ.

(2) هذه المادة منصوص عليها في الفصل الأول في الولاية من الباب الأول في القصر.

(3) - الآية (147) من سورة النساء.

المنعم والإيمان به والعمل بما أمر، فلماذا يعذبه، بل يشكر له صنيعه ويجازيه على ذلك، لتتزهه سبحانه وتعالى عن النقص، واتصافه بصفات الكمال والجمال، وتحقيقاً كذلك لقوله تعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَنِ إِلَّا الْإِحْسَنُ﴾⁽¹⁾.

وللمزيد من العناية ببال القاصر أن الوصي أو المقدم الذي أنهيت مهامه - أي وصايته - وامتنع أو تأخر في تقديم الحساب وتسليم أموال القاصر لمن يحل محله لغير عذر مقبول يتحمل مسؤولية الأضرار التي قد تلحق بالقاصر جراء التأخير مع إحالته على النيابة العامة بتهمة إساءة الائتمان.

هناك نقطة مهمة يجب التنويه إليها ذكرها المقنن السوري، وهي تحديد مقدار العقوبة ونوعها، ويُعدُّ هذا من باب التعزيم بالمال، حيث حددها بخمسمائة ليرة سورية، والتنصيص منه على العقوبة أو التعزير بالمال لا إشكال فيه؛ لأنه يُعدُّ إحدى الوسائل التي يمكن أن تستخلص بها الحقوق أو يعاقب بها المقصر أو المعتدي، لكن تحديده للمقدار محل نظر؛ لأن القيمة السوقية للنقود عرضة للانخفاض، نتيجة للتقلبات السوقية جراء عدة عوامل، فيصبح العقاب بذلك القدر من النقود غير مجدي، فنحتاج إلى تشريع جديد كل فترة - ويعبر عنه بالتحيين - وهذا فيه مشقة وعدم استقرار في التشريع، فالأولى التنصيص على العقوبة المالية مع ترك تقديرها إلى القاضي وفق ظروف الوصي أو المقدم وحجم الضرر الذي تسبب فيه تقصيره، ولا يكون ذلك ذريعة للقاضي في التعسف في استعمال الحق، فيحكم بعقوبة يصعب الإيفاء بها، أو بحكم هزيل لا يرتدع به المقصر ولا يغطي حجم الأضرار التي أصابت مال الموصى عليه، فتضيق الحقوق في الحالتين معا.

بعد هذا العرض للنصوص القانونية وبيان ما فيها من أحكام أرى إضافة نصوص أخرى قد تقتضيها الحاجة والمصلحة على النحو الآتي:

1- يجوز للولي أو المحكمة عند الضرورة وغيرها تعيين أكثر من وصي مع عدم إمكانية الانفراد إلا إذا خُصَّ كل واحد منهم بأداء عمل معين في قرار تعيينه أو في قرار لاحق، ومع ذلك يجب على الأوصياء اتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة لنفع القاصر⁽²⁾.

(1) - الآية (60) من سورة الرحمن.

(2) - نص على ذلك الاقتراح كل من:

أ- قانون الأحوال الشخصية المصري:

2- على الولي أن يقدم تقريراً سنوياً مدعماً⁽¹⁾ - أي مؤيداً - بالمستندات اللازمة عن كيفية إدارته لأموال المحجور عليه وعن العناية بتوجيهه وتكوينه. للمحكمة اتخاذ كل الإجراءات اللازمة التي تراها مناسبة وملائمة للمحافظة على أموال القاصر ومصالحه المادية والمعنوية بما في ذلك الاستعانة بمحاسبين معتمدين للتأكد من سلامة الحسابات المقدمة⁽²⁾.

2- التقديم:

المادة 99: المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها، بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة.

المادة 100: يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام.

= المادة 30: يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصي واحد، وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصاً لكل منهم في قرار تعيينه أو في قرار لاحق، ومع ذلك لكل من الأوصياء اتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمخضة لنفع القاصر.

* قوله "التمخضة" ربما كان ذلك خطأ مطبعياً، والأصح "التمحضة" بحاء مهملة أي خالصة لنفع القاصر.

ب- مدونة الأسرة المغربية:

نصت الفقرة الثانية من المادة "244": للمحكمة أن تشرك شخصين أو أكثر إذا رأت مصلحة المحجور في ذلك، وتحدد في هذه الحالة صلاحية كل واحد منهم.

(1)- يرجع سبب التنصيص على التقرير السنوي دون غيره، إعطاء مزيد من الوقت لمن وُكِّل إليه الأمر في الاستثمار، وكذا الاطلاع على مدى جدية الولي أو الوصي أو المقدم في تنمية مال المحجور، فإن كان هناك خلل ما أمكن تاركه، وتكون الأضرار قليلة، بخلاف ما لو ترك دون حساب إلى أن تنتهي أو تنتهي وظيفته أو مهمته لسبب ما، فيكون الأمر قد فات.

(2)- نص على ذلك كل من:

أ- القانون المصري:

الفقرة الأولى والثانية من المادة "45": على الوصي أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة. ويعفى الوصي عن تقديم الحساب السنوي إذا كانت أموال القاصر لا تزيد عن خمسمائة جنيه ما لم ترى المحكمة غير ذلك.

ب- القانون المغربي:

المادة 243: في جميع الأحوال التي يفتح فيها ملف النيابة الشرعية يقدم الولي تقريراً سنوياً عن كيفية إدارته لأموال المحجور وتنميتها وعن العناية بتوجيهه وتكوينه.

للمحكمة بعد تقديم هذا التقرير اتخاذ كل الإجراءات التي تراها ملائمة للمحافظة على أموال المحجور ومصالحه المادية والمعنوية المادة 255: يجب على الوصي أو المقدم أن يقدم إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حساباً سنوياً مؤيداً بجميع المستندات على يد محاسبين يعينهما القاضي.

لا يصادق على هذه الحسابات إلا بعد فحصها ومراقبتها والتأكد من سلامتها.

وعند ملاحظته خلافاً في الحسابات يتخذ الإجراءات الكفيلة بحماية حقوق المحجور.

ج- القانون السوري:

نصت الفقرة الأولى من المادة 185: على الوصي أن يقدم حساباً سنوياً مؤيداً بالمستندات وفقاً للأحكام المقررة في هذا القانون.

يُعدُّ المقدم نائباً عن القاضي أو المحكمة في إدارة شؤون القاصر؛ لأنه - القاضي أو المحكمة وهي شخص اعتباري- لا يمكنه مباشرة الأمور بنفسه، لكثرة انشغالاته وعلو شأنه ومنزلته وإلا تعطلت المصالح، وإنما يَعْهَدُ بذلك لغيره، وهو ما يعرف بمقدم القاضي حالة عدم وجود ولي أو وصي على القاصر حقيقة أو حكماً، بناء على طلب أحد أقاربه، أو من له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة، وفق ما نصت عليه المادة "99" والمادة "3" مكرر بالأمر رقم: 02/05/المؤرخ في: 27 فبراير 2005م باعتبارها الراعي الرسمي الساهر على تطبيق القانون "تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون". فإذا تمَّ هذا الأمر يبقى للمحكمة دور الإشراف على سير الأمور باعتبارها الجهة الرقابية الوحيدة التي يحق لها العزل والمحاسبة وفق ما نص عليه القانون، دون تعسف في استصدار الأحكام وتنفيذها، وهو ما أقرته بعض القوانين العربية، فمن ذلك:

1- مدونة الأسرة المغربية:

المادة 244: إذا لم توجد أم أو وصي عينت المحكمة مقدماً للمحجور، وعليها أن تختار الأصلح من العصابة، فإذا لم يوجد فمن الأقارب الآخرين وإلا فمن غيرهم. للمحكمة أن تشرك شخصين أو أكثر في التقديم إذا رأت مصلحة المحجور في ذلك، وتحدد في هذه الحالة صلاحية كل واحد منهم. لأعضاء الأسرة وطالبي الحجر، وكل من له مصلحة في ذلك ترشيح من يتولى مهمة المقدم. يمكن للمحكمة أن تعين مقدماً مؤقتاً عند الحاجة.

2- قانون الأحوال الشخصية المصري: المواد: 29، 30، 31، 32، 33⁽¹⁾.

3- قانون الأحوال الشخصية السوري:

المادة 177: إذا لم يكن للقاصر أو الحمل وصي مختار تعين المحكمة العليا وصياً⁽²⁾

أشارت هذه النصوص التنظيمية مجتمعة إلى عدة نقاط:

1- وجوب تعيين مقدم إذا لم يكن للقاصر ولي أو وصي يدير شؤونه.

(1)- راجع نصوص هذه المواد في تعيين الأوصياء في الفصل الثاني في الوصاية، فقد نصت هذه المواد على وجوب تعيين وصي من قبل المحكمة إذا لم يكن للقاصر أو الحمل وصي مختار، كما يجوز لها أن تعين أكثر من وصي مع بعض الإجراءات التنظيمية لأداء عملهم، كما يجوز لها أن تقيم وصياً خاصاً تحدد مهمته في عدة أحوال، ولها أيضاً أن تقيم وصياً مؤقتاً إذا حُكِمَ بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولي آخر، وكذلك إذا أوقِفَ الوصي أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته، ولها أن تقيم وصي خصوصية ولو لم يكن للقاصر مال.

(2)- هناك بعض النصوص التنظيمية الأخرى أشارت إليها المادة: "178، 179، 188" تتعلق بالوصي المؤقت وفق ما أقره المقتن المصري، وقد سبق التنويه إليه في الهامش السابق فليرجع إليه للفائدة، ففيه ما يغني عن غيره.

2- يجوز للمحكمة أن تشرك شخصين أو أكثر في إدارة شؤون القاصر مع عدم جواز الانفراد في أداء المهام، منعا للتعسف في استعمال الحق إلا إذا خصت كل واحد منهم بأداء شيء معين وحددت صلاحياته.

3- يمكن للمحكمة أن تعين مقدما مؤقتا إذا لم يكن للمحجور ولي أو وصي أو مقدم، ويسمى بالوصي الخاص حالة وجود تعارض بين مصالح القاصر ومصالح الوصي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو من يمثلهم الوصي، أو حالت ظروف طارئة مؤقتة دون أدائه لواجباته، أو توقيفه عن أداء مهامه.

ومما انفرد به المقنن المغربي أنه وسع دائرة من له الحق في ترشيح المقدم بإشراك أعضاء الأسرة وطالبي الحجر، وكل من له مصلحة في ذلك من أجل اختيار الأفضل منهم وفق القدرات التي يتمتع بها، منعا للتنازع والشقاق، ومراعاة لمصلحة المحجور عليه، وحسنا فعل ، حتى يحظى برضا الجميع، ومن ثمَّ يلقي تعاوننا منهم ومساعدة في أداء مهامه.

ومما يؤخذ عليه هنا أنه لم ينص على حالة وقوع الاختلاف بينهم في اختيار المقدم، فمن يكون له الحق في حسم الأمور وتعيين من يراه مناسبا، بصرف النظر عن المرشح من قبل الجميع، أم أنه يترك القاصر دون مدير؟ الذي له الحق في ذلك بداهة هو المحكمة؛ لأن حكمها يرفع الخلاف، وكان بإمكانه أن يحيل على الفقرة الرابعة من المادة "244" يمكن للمحكمة أن تعين مقدما مؤقتا عند الحاجة"، وهذا يُعدُّ واحدا منها - أي من الحلول المؤقتة- إلى أن يفيض النزاع في اختيار المقدم، وبهذا يسلم من المعارض، إلا إذا كان غرضه من التشريع هو إشراك الكل في التقديم، فيكون لكل جهة مقدم خاص من باب فقه الموازنات، تطبيقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة "244"⁽¹⁾، وإذا كان هذا هو غرضه فقد يلحق الضرر بالقاصر؛ لأن كثرة المقدمين مطية لوقوع الاختلاف وإن حددت مهام كل واحد منهم، لكثرة جولان أيديهم في شؤون القاصر بسبب شبهة التقديم.

4- إذا فقد الولي أو الوصي أو كان غائبا غيبة بعيدة أو منقطعة أو حصل لأحدهما مانع يمنعه من ممارسة الولاية أو الوصاية، فإنه يحل محله مقدم القاضي ويقوم بنفس المهام التي يقوم بها مع بعض التفاصيل في التطبيقات القضائية، وما دام أنه يحل محل أحدهما، فإنه يخضع لنفس الأحكام والشروط التي تنطبق عليهما.

(1)- سبقت الإشارة إلى ذلك في ص422، 423 هـ2 (ب) من هذه الرسالة.

فمرتبة المقدم لا تقل شأنًا عن مرتبة الوصي؛ لأن كليهما معين، وإنما الاختلاف بينهما يكون من حيث قوة الجهة، فالوصي المختار جهته أقوى؛ لأنه عُيِّنَ بالولاية الخاصة، بخلاف المقدم فإنه عين بالولاية العامة، وكما هو معلوم في القواعد الفقهية أن "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"⁽¹⁾، ولهذا السبب وقع الاختلاف بين الفقهاء في التسوية بينهما⁽²⁾ - الوصي والمقدم - وهو ما أقرته بعض القوانين العربية في تشريعاتها، فمن ذلك:

1- قانون الأحوال الشخصية المصري:

المادة 34: تسري على الوصي الخاص والوصي المؤقت ووصي الخصومة أحكام الوصاية الواردة في هذا القانون، مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة مهمة كل منهم.

2- قانون الأحوال الشخصية السوري:

- نصت الفقرة الثانية من المادة "188" على: تسري على الوصي المؤقت أحكام الوصاية الواردة في القانون.

- نصت المادة "206" على أن القيم والوكيل القضائي يسري عليهما ما يسري على الوصي من أحكام إلا ما يستثنى بنص صريح.

من خلال هذين النصين يتضح أنه لا فرق بينهما وبين ما أقره المقتن الجزائري، فالكل أحال على أحكام المواد المتعلقة بالوصاية تجنبًا للتكرار، لاشتراكهما في كثير من الأمور كما ذهب إليه بعض الفقهاء في عدم التفرقة بينهما، فيخضعان لنفس الأحكام. بعد هذا العرض لبيان ما استقر عليه التشريع لبعض القوانين العربية⁽³⁾، أرى إضافة مادة لقانون الأسرة الجزائري في هذا الشأن قد تدعو إليها الحاجة أو الضرورة أو المصلحة.

(1) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص339، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص160.

* القاعدة الثانية والثلاثون من القواعد الكلية - السيوطي -

(2) - راجع الدراسة الشرعية من هذه الرسالة - مبحث الوصايا - ص387...399.

(3) - فمن ذلك :

أ- مدونة الأسرة المغربية:

المادة 264: يمكن للوصي أو المقدم المطالبة بأجرته عن أعباء النيابة الشرعية، تحدها المحكمة ابتداء من تاريخ المطالبة بها.

ب- قانون الأحوال الشخصية المصري:

المادة 46: تكون الوصاية بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصي أن تعين أجرًا أو تمنحه مكافأة عن عمل معين.

ج- قانون الأحوال الشخصية السوري:

نصت المادة 187: على أن الوصاية على أموال القاصر تكون بغير أجر، إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصي أن تحدد له أجرًا ثابتًا أو مكافأة عن عمل معين.

- يمكن للوصي أو المقدم المطالبة بأجرة مقابل القيام بأعباء النيابة الشرعية تقدرها المحكمة ابتداء من تاريخ المطالبة بها لا قبلها.

قال ابن عبد الرفيح: "ولا بأس للناظر للأيتام بالأجرة، ومن تطوع خيرا فهو خير له، ولا أجرة لحاضنة المحضون على حضانتهم، وإنما لها الأجرة إن خدمته"⁽¹⁾.

الفرع الخامس: التطبيقات القضائية، فمن ذلك:

1- يصبح الجد بحكم المادة "92" من قانون الأسرة وصيا على الولد القاصر اليتيم الأبوين. "غ. أ. ش، ملف رقم: 363790، قرار بتاريخ: 2006/05/17م، م. ق لسنة 2006م، العدد 2، ص 461".

- من المقرر قانونا أنه يستوجب على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده إلى القاصر الذي رشد ويقدم عنها حسابا بالمسندات في مدة لا تتجاوز شهرين ابتداء من تاريخ انتهاء مهمته.

2- من المقرر قانونا أنه يستوجب على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده إلى القاصر الذي رشد ويقدم عنها حسابا بالمسندات في مدة لا تتجاوز شهرين ابتداء من تاريخ انتهاء مهمته.

ولما تبين- من قضية الحال- أن المطعون ضده كان وصيا على أخته- الطاعنة- بعد وفاة أبيها، فكان يستوجب عليه- بعد بلوغها سن الرشد- أن يسلمها حقها في الأرض، و بالتالي فلا مجال لتطبيق أحكام التقادم المكسب عكس ما ورد في القرار المطعون فيه؛ لأن وضع اليد في هذه الحالة لم يكن بنية الحيازة وإنما باعتباره وصيا. "غ. أ. ش، ملف رقم: 85520، قرار بتاريخ: 1996/11/24م، م. ق لسنة 1996م، العدد 2، ص 65".

3- إن الحكم بالحجر على زوج المطعون ضدها وتعيين والده مقدا عليه لا يلزمه بالإنفاق في مكانه وتسديد ديونه؛ لأن الحلول في النيابة الشرعية بصورها الثلاث- الولاية، الوصاية، التقديم- يجب أن لا تتجاوز حدود تسيير شؤون فاقد الأهلية لتصل إلى تسديد ديون المحجور عليه وتسيير أمواله إن كانت له أموال. "غ. أ. ش، ملف رقم: 754961، قرار بتاريخ: 2011/09/15م، م. ق لسنة 2011م، العدد 2، ص 308".

لا يجوز فرض أجرة عن مدة سابقة على الطلب.

(1)- معين الحكام على القضايا والأحكام، ج2/ص713، مسألة رقم: 1288.

4- من المقرر قانوناً أن يراعي القاضي عند تعيينه المقدم لرعاية شؤون المحجور عليه الشخص الأصلح، وأنه ثبت- من قضية الحال- أن قضاة الموضوع سببوا قرارهم تسبباً قانونياً سليماً عند ما أكدوا أن حفيده المحجور عليه أصلح للقيام بمهمة المقدم، لكونها تعيش معه باعتباره جدها وأنها متعودة على القيام بشؤونه الخاصة والمالية منها. وأن الطاعن- ابن المحجور عليه- لم يقدم ما يثبت أنه متعود على تسيير شؤون والده وأنه متواجد بعيداً عنه بحكم إقامته وعمله في ولاية أخرى. "غ. أ. ش، ملف رقم: 577743، قرار بتاريخ: 2010/10/14م، م. ق لسنة 2010م، العدد 2، ص 285".

الملحوظ على هذه الأحكام القضائية ما يلي:

- 1- وقوع قضاة الموضوع فيما وقع فيه المقنن حيث إنهم أسندوا الوصاية للجد إذا كان القاصر يتيم الأبوين، وقد فصلت القول في ذلك أثناء المعالجة القانونية لهذه المادة وبيت ما فيها من المؤاخذات، والحق أن قضاة الموضوع لا يلامون في ذلك؛ لأنهم يطبقون نصوص قانون الأسرة، وليس من مهامهم إبداء الرأي في مدى تطابق نصوص القانون فيما بينها، وإلا عد ذلك تعسفاً في سوء استخدام الحق وتجاوزاً للقانون، مما يعرض حكمهم للطعن والنقض.
- 2- قرار المحكمة العليا بنقض حكم قضاة الموضوع الذين طبقوا أحكام التقادم نقض صحيح وسليم؛ لأن التقادم لا يكون هنا لكون واضع اليد على الأرض وصياً وأميناً على القاصر، فمهما طال الأمر لا يخول له ذلك الاستيلاء على الأرض بحجة وضع اليد وأن المالك الأصلي لها- الأخت- لم تطالب بها؛ لأن العرف السائد في المجتمع الريفي على وجه الخصوص أن العصابة الذكور هم الذين يقومون بخدمة الأرض بما في ذلك نصيب البنات لسنوات طويلة مع إعطائهم جزءاً من الغلة، وفقاً للقواعد الشرعية" أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً "وأن "العادة محكمة"⁽¹⁾، واستغلال الأخ لذلك يُعدُّ تعدياً على حقوق الآخرين،

(1)- الأشباه والنظائر، للسيوطي ج 1/ص 221، الأشباه والنظائر، لابن نجيم ص 93، 99.

*تعد هذه القاعدة من القواعد الخمس الكبرى.

وبناء عليه فإن قرار المحكمة العليا قرار سليم⁽¹⁾ وتطبيق أحكام المادة "97" من قانون الأسرة. 3- إن قضاة الموضوع لما قضوا بالحجر على زوج المطعون ضدها وتعيين والده مقدما عليه في إدارة شؤونه والتزامه بما يجب عليه فعله دون المسؤولية في الإنفاق عليه من ماله الخاص- مال المقدم- وكذا سداد ديونه؛ لأن هذه الأمور تتم من مال المحجور عليه وفق ضوابط معينة، وهو ما أقره القضاة في حكمهم؛ لأنهم طبقوا المادة "99" من التقديم والمادة "95" من الوصاية وما أحالت عليه من المادة "88 و 89 و 90" من الولاية من هذا القانون تطبيقا حسنا، فسلم حكمهم من المعارضة والنقض⁽²⁾.

4- إن قضاة الموضوع لما قرروا تعيين حفيدة المحجور عليه كمقدم لرعاية شؤونه، لكونها تعيش معه وأنها متعودة على القيام بأمره الخاصة والمالية منها، ولم يثبت ما يسيء تصرفها في ذلك وأن الطاعن وهو ابن المحجور عليه طلب الولاية عليه مع عدم تقديم ما يثبت أنه متعود على تسيير شؤون والده وأنه يعيش معه، بل الواقع أنه متواجد بعيدا عنه بحكم إقامته وعمله في ولاية أخرى، وهذا يتعارض مع النيابة الشرعية، لكونه غير قادر على رعاية والده بحكم ظروفه الاجتماعية، وتمسكه بأحقيته في ذلك باعتباره ابنا مباشرا للمحجور عليه فقط، يُعدُّ مبررا غير كاف، بل يُعدُّ تعسفا في استعمال حق البنوة، لعدم تحقق المقاصد الشرعية من الولاية، ضف إلى ذلك أن هذا تقديم من المحكمة، وليس وصاية تراعى فيها رغبة الموصي، وهي الأجدر باتخاذ القرار المناسب، وأن القضاة بحكمهم طبقوا صحيح القانون وفق ما نصت عليه المادة "88، 90، 92، 93" من قانون الأسرة، مما استوجب رفض الطعن المذكور لعدم التأسيس.

(1)- وهو ما قضت به محكمة النقض المغربية أن سكوت المحجور عليه بعد الرشد ولو طال لا يجعل الحاجر- الوصي- في حل من المسؤولية الملقاة على كاهله، بل يحاسب على ذلك. قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 69/1/4، تحت عدد 113، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى أ. ح. ش 83- 95 ص 97 وما يليها، عن مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، ج 1/ص 361، 362. (2)- وهو ما حكمت به المحكمة الابتدائية بطنجة- المغربية - بتاريخ 05/07/26، تحت عدد 1635 في الملف عدد 05/1114، والمحكمة الابتدائية بسلا - المغربية- بتاريخ: 07/12/18 في الملف الشرعي عدد 10778، منشوران على التوالي بكتاب: العمل القضائي الأسري لإدريس الفاخوري، ج 1/ص 524 وما يليها، ص 516 وما يليها، نقلا عن مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، ج 1/ص 355.

المبحث الثاني: الكفالة، وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: شروط الكفالة

المطلب الثاني: التنازع في الكفالة

المطلب الثالث: آثار الكفالة

تُعَدُّ الكفالة أحد أفراد النيابة الشرعية، وهي آخر حلقة فيها في ضوء دراستنا، والحقيقة أن الكفالة هي امتداد للحضانة في عمومها؛ لأنها تبتدئ بها وتنتهي بهذه الأخيرة، فابتدؤها يكون من وقت ولادة المولود، أما انتهائها فيختلف بحسب اختلاف نوع جنس المحضون من حيث الذكورة والأنوثة.

فالذكر تستمر حضانته حتى يبلغ سنا معينة⁽¹⁾ يستغني فيها عن خدمة النساء، فيستطيع القيام بأموره الخاصة من مأكّل ومشرب وملبس ونظافة لجسمه، فإذا تم له ذلك احتاج إلى من يسوسه تأديبا وتعلّما، والأب وغيره من الرجال أقدر على ذلك من النساء، ورد في شرح

(1) - اختلفت آراء الفقهاء في ابتداء سن الكفالة بناء على اختلافهم في انتهاء سن الحضانة؛ لأنها مترتبة عليها، وهي المرحلة الثانية من الرعاية على النحو الآتي:

أ- مذهب الحنفية: المفتى به عندهم أن سن الحضانة ينتهي ببلوغ الصغير سبع سنين، وقيل ثمان وقيل تسعا؛ لأن الاستغناء عن الآخرين يكون غالبا في هذه السن - أي هو الغالب - راجع: بدائع الصنائع، ج4/ص66، حاشية ابن عابدين، ج5/ص274، تكملة فتح القدير، ج4/ص371، تبيين المسالك، ج3/ص252، المغني، ج9/ص300.

ب- مذهب المالكية: تنتهي حضانة الصغير بالبلوغ على المشهور، وقيل حتى يتغر. راجع: الشرح الكبير، ج2/ص526، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج2/ص941، عقد الجواهر الثمينة، ج2/ص609، تبيين المسالك، ج3/ص252، شرح السالك، ج2/ص118، 119، المغني، ج9/ص300.

* قال في التحفة: وهي إلى الإثغار في الذكور - وهو ضعيف - والاحتلام الحد في المشهور. البهجة في شرح التحفة، ج1/ص758. * الإثغار هو سقوط الأسنان ثم نباتها بعد سقوطها، وقيل: تُغَرُّ الغلام تُغَرُّ سقطت أسنانه الرواضع، فهو مثغور، وأثَغَرُ: نبتت أسنانه. راجع: لسان العرب، ج1/ص677، باب الثاء، مادة تُغَرُّ، القاموس المحيط، ص359، باب الراء، فصل الثاء، المعجم الوسيط، ص97، باب الثاء.

ج- مذهب الشافعية: ينتهي حد حضانته ببلوغ المحضون ذكرا كان أو أنثى سن التمييز، وهو ما بين سبع سنين غالبا أو ثمان تقريبا، وقد يتقدم على السبع، وقد يتأخر عن الثمان، والحكم مداره على التمييز لا على السن، لعدم انضباطه، راجع: مغني المحتاج، ج5/ص278، روضة الطالبين، ج4/ص62، 63، المجموع، ج20/ص235، 237، 238، تبيين المسالك، ج3/ص252، المغني، ج9/ص300.

د- مذهب الحنابلة: لا يختلف رأيهم عما ذهب إليه الشافعية، فبسن إنهاء حضانة الغلام يكون ببلوغه سبع سنين، راجع: المغني، ج9/ص300، الفروع، ج5/ص619، كشاف القناع، ج5/ص501، تبيين المسالك، ج3/ص252.

ه- مذهب الجعفرية: تنتهي حضانة الذكر ببلوغه سنتين وهي مدة الرضاع، فإذا تم الفصال انقضت حضانته. راجع: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، للحلي، ج2/ص345، 346، ط. غ. م.

و- مذهب الظاهرية: تنتهي حضانة الذكر بالبلوغ أو الإنبات - لشعر العانة - مع التمييز وصحة الجسم. راجع: المحلى، ج10/ص323.

ز- مذهب الزيدية: لم يحدوا لإنهاء حضانة الصغير سنا معينة وإنما ربطوا ذلك بالاستغناء، فمتى استغنى الصبي بنفسه أكلا وشربا ولباسا ونوما انتهت حضانته، ويكون أبوه أولى به. راجع: شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار، لابن مفلح، ج2/ص531، ط. غ. م.

م، البحر الزخار، ج3/ص286، 287.

ح- مذهب الإمامية: لا يختلف رأيهم عما ذهب إليه الجعفرية فإنهاء الحضانة مرتبط بمدّة الرضاع وهي سنتان فإذا فصل عنه - أي الرضاع - فأبوه أولى به، وقيل: بل الأم أحق به إلى أن يبلغ سبع سنين. راجع: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج5/ص458، 459.

المجمع: "وإذا استغنى الغلام عن الخدمة أجبر الأب أو الوصي أو الولي على أخذه؛ لأنه أقر على تأديبه وتعليمه".⁽¹⁾

أما الأنثى فإن حضانتها تستمر حتى تبلغ سن المراهقة⁽²⁾، وهي السن التي تشتهي فيها عادة، ويرجع سبب زيادة سن حضانتها عن حضانة الولد أنها بعد الاستغناء عن خدمة

(1) - رد المحتار على الدر المختار، ج5/ص274.

(2) - كما اختلفت آراء الفقهاء في الذكر اختلفت أيضا في الأنثى على النحو الآتي:

مذهب الحنفية: تنتهي حضانة الجارية إذا بلغت المحيض؛ وقيل حتى تبلغ - والبلوغ إما أن يكون بالحيض أو الإنزال أو السن - أو تشتهي على ما حكاه هشام عن محمد، ومحل ما ذكرناه إذا كانت الحاضنة الأم أو الجدة لأم أو لأب، أما غيرها فانتهاؤها يكون ببلوغها حد الاشتهاء، وقيل بتسع سنين وبه يفتى، وبنيت الإحدى عشرة سنة مشتهة اتفاقا، راجع: بدائع الصنائع، ج4/ص66، 67، رد المحتار على الدر المختار، ج5/ص274، 275، فتح القدير، ج4/ص371، 372، تبيين المسالك، ج3/ص252، المغني، ج9/ص302، 303، البحر الزخار، ج3/ص286، 287.

ب- مذهب المالكية: تستمر حضانة الأنثى حتى تنكح ويدخل بها زوجها ولا يكفي الدعاء له في إنهاؤها، ويلحق بهذا الحكم أيضا المُشكَلُ، فلا تسقط حضانته ما دام مُشكلا حتى يتبين أمره تغليباً لجانب الأئمة فيه، راجع: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج2/ص526، المعونة، ج2/ص941، عقد الجواهر الثمينة، ج2/ص610، جواهر الإكليل، ج1/ص408، تبيين المسالك، ج3/ص252، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج2/ص119، المغني، ج9/ص303، البحر الزخار، ج3/ص287.

ج- مذهب الشافعية: سبق وأن تحدثت عن عدم التفرقة في المذهب بين الذكر والأنثى، فالمعتمد هو بلوغها حد التمييز، قال صاحب مغني المحتاج في شرح متن المنهاج: "والمميز" الصادق بالذكر والأنثى، راجع: مغني المحتاج، ج5/ص278، روضة الطالبين، ج4/ص62، 63، المجموع، ج20/ص237، تبيين المسالك، ج3/ص252، المغني، ج9/ص302، البحر الزخار، ج3/ص287.

د- مذهب الحنابلة: لا يفرق المذهب بين الذكور والأنثى في وقت إنهاء مدة الحضانة فانتهاؤها يكون ببلوغ الأنثى سبع سنين قال الإمام الخرقي: "وإذا بلغت الجارية سبع سنين فالأب أحق بها"، وقال صاحب الكشاف "والجارية إذا بلغت سبع سنين فأكثر فعند أبيها إلى البلوغ" وجوبا، وقيل غير هذا. راجع: المغني، ج9/ص302، الفروع، ج5/ص620، كشاف القناع، ج5/ص502، تبيين المسالك، ج3/ص252، البحر الزخار، ج3/ص287.

ه- مذهب الجعفرية: لا يفرق المذهب أيضا بين الذكر والأنثى في وقت إنهاء الحضانة، فهي مرتبطة بمدة الرضاع، وهي حولان كاملان، لكن الحكم يختلف بعد الفصال، فالوالد - الأب - يكون أحق بالذكر والأم أحق بالأنثى حتى تبلغ سبع سنين، وقيل تسعا، وقيل الأم أحق بها ما لم تنزوج، والأول أظهر، فمعنى هذا أن إنهاء مدة حضانة الأنثى حقيقة يكون بعد بلوغها سبع سنين لا بعد الفصال، ثم يكون الأب أحق بها بعد ذلك أي بعد سبع سنين - راجع: شرائع الإسلام، ج2/ص345، 346.

و- مذهب الظاهرية: لا يفرق المذهب بين الذكر والأنثى في إنهاء مدة الحضانة، فهي مرتبطة بالبلوغ، سواء المحيض للأنثى والاحتلام أو الإنبات للذكر مع التمييز وصحة الجسم، قال ابن حزم: الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض أو الاحتلام أو الإنبات مع التمييز وصحة الجسم". راجع: المحلى، ج10/ص323.

ز- مذهب الزيدية: لم يحدد المذهب سنا معينة لإنهاء مدة حضانة الأنثى كما فعل في الذكر، وإنما جعل البلوغ علامة على ذلك، والذي من أماراته الحيض والاحتلام، ولهذا قالوا "والأم أولى بالأنثى إلى البلوغ". رجع: شرح الأزهار ج2/ص531، البحر الزخار، ج3/ص286.

ح- مذهب الإمامية: تكررت فيما سبق أن رأيهم لا يختلف عن الجعفرية في إنهاء حضانة الذكر وكذا الأنثى، فهي مرتبطة بمدة الرضاع، فبعد الفصال يكون الأب أولى بالذكر مع مراعاة الاختلاف السابق في المذهب، والأم أولى بالأنثى حتى تبلغ سبع سنين، وقيل إلى تسع، وقيل ما لم تنزوج الأم، والأول - سبع سنين - أولى، أما بعد سبع فالأب أحق بها من الأم، أمّا الخنثى المشكَل فهو =

حاضنتها تحتاج إلى معرفة آداب النساء، والمرأة أقدر على بيان وتزويد الأنثى بذلك أكثر من الرجال؛ لأن هذا مما تختص به النساء، أما بعد بلوغها سن الاستغناء فتحتاج إلى التحصين والحفظ والأدب، والرجال فيه أقوى وأقدر على ذلك من النساء؛ لأن "الأزواج يرغبون فيمن يكنفها أبوها وأمها ومن لم تخرج عن حضانتها ومراعاتها أكثر من رغبتهم في المتخلية بنفسها، فكانت المصلحة لها في تبقية حق الحضانة عليها"⁽¹⁾.

المطلب الأول: شروط الكفالة وفيه فرعان.

الفرع الأول: شروط الكافل.

ذكرت فيما سبق أن الكفالة هي امتداد للحضانة، وبالتالي فإن شروطها تنسحب عليها، ويرجع سبب ذلك إلى اختلاف الفقهاء في السن التي يميز فيها بينهما، فمنهم من جعل ما قبل التمييز وما بعده سواء بسواء، ومنهم من فرق بينهما، فما قبل التمييز يُعدُّ حضانة وما بعدها كفالة، فمع هذا الاختلاف السوري أرى أن شروط الحضانة هي نفسها شروط الكفالة؛ لأن الذي يجمع بينهما هو رعاية مصلحة المحضون أو المكفول، والواجب على الكافل أو الحاضن أن يكون مستجمعا لعدة شروط تجعله أهلا للقيام بهذا النوع من النيابة الشرعية. وبناء عليه فهي لا تختلف أيضا عن الولاية أو الوصاية أو التقديم في الشروط، وإن اختلفت الألفاظ⁽²⁾ المستخدمة في ذلك أحيانا⁽³⁾، فالمدلول واحد؛ لأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني؛ فهي قوالب لها، وقريب منه ما نصت عليه القاعدة الفقهية "هل العبرة بصيغ العقود، أو بمعانيها"⁽⁴⁾، ومن هذا المنطلق فالشروط العامة⁽⁵⁾ للكفالة⁽⁶⁾ هي:

1- البلوغ.

= كالأنثى استصحابا للأصل، وهو ولاية الأم الثابتة عليه ابتداء إلى أن يثبت المزيل، ولا يكون ذلك قبل السبع، لعدم العلم بالذكورية التي هي مناط زوال ولايتها عنه بعد الحولين، راجع: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج5/ص458، 459.

(1) - المعونة، ج2/ص941.

(2) - يعبر عنها أحيانا بالمسميات، أو القوالب.

(3) - ذكر الفقهاء من شروط الكافل، قيامه بحفظ المكفول، وصيانته، وعدم إفساده، وهذا الشرط يقابله في شروط الحاضن من كونه أمينا في الدين غير فاسق، مأمونا على المحضون، قادرا على القيام بمتطلبات ومقتضيات الحضانة. راجع: المفصل في أحكام الأسرة، ج10/ص95.

(4) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص360، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص53.

* القاعدة الخامسة من القواعد المختلف فيها.

(5) - احترازا عن الشروط الخاصة لكل من الرجل والمرأة.

(6) - من أراد المزيد في بيان هذه الشروط فعلية بالرجوع إلى شروط الوصي، فقد بينت القول فيها بما تدعو إليه الحاجة، راجع: ص387...390 من هذه الرسالة.

- 2- العقل.
- 3- القدرة على تربية المحضون⁽¹⁾ -المكفول-.
- 4- الأمانة على الأخلاق⁽²⁾.
- 5- الإسلام⁽³⁾.
- 6- الخلو من الأمراض المعدية والمضرة، كالجذام والبرص وسيئ الأسقام.
- 7- الرشد⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الغرض من شروط الكفالة.

الغرض من التنصيص على هذه الشروط وغيرها هو الحرص على رعاية مصلحة المكفول وبذل الوسع في ذلك؛ لأن الكافل قد تسند إليه الكفالة ويفقد بعضها بعد أن كان متصفاً بها أو فاقداً لها ابتداءً مع تمسكه بحقه فيها، فتضيع مصالح من يكفله أو يلحق به ضرراً، سواء في نفسه أو ماله، وهو عين التعسف، ومن أجل دفع ذلك الضرر المتوقع، يلزم خلوه من كل نقص؛ لإمكانية إحلال آخر محله دون التمسك ببعض الاختلافات الصورية خروجاً من الخلاف متى أمكن ذلك، وفقاً للقاعدة الفقهية "الخروج من الخلاف مستحب"⁽⁵⁾ لعدم الاختلاف في القصد، وهو حماية المكفول.

المطلب الثاني: التنازع في الكفالة وفيه فرعان.

الفرع الأول: ما يجب على الكافل اتجاه المكفول ووليّه.

إذا كان الفقهاء اتفقوا على أن الحضانة تبتدئ من أول الولادة، فإنهم اختلفوا فيما بعد الفصال بين موسع ومضيق، وكذا في بقائها وتسميتها بعده، هل هي حضانة استصحاباً للأصل وإبقاء ما كان على ما كان، أم أنها كفالة نظراً للحال والمآل، باعتبار أن الولد انتقل من مرحلة إلى أخرى، فيكون ذلك مطية للتنازع في أحقية الرعاية، مما ينتج عنه التعسف في استعمال الحق جرياً على الأصل، فتضيع أو تتضرر مصالح القاصر جراء ذلك الاختلاف.

(1) - يعبر عنه أيضاً بالكفاية، أي القدرة على القيام بشؤون المحضون.

(2) - يعبر عنه أيضاً بالأمانة في الدين أو العدالة.

(3) - هذا الشرط محل اختلاف بين الفقهاء: اعتبره الشافعية والحنابلة والجعفرية، أما الحنفية فلمهم فيه التفصيل.

(4) - هذا الشرط محل اختلاف بين الفقهاء: اعتبره المالكية والشافعية.

(5) - الأشباه و النظائر، للسيوطي، ج1/ص305.

* القاعدة الثانية من القواعد الكلية.

وبناء عليه فإن الولد المكفول إما أن يكون له أبوان حيّان أو أحدهما أو فاقدا لهما، فإن كانا حيّين وغير منفصلين فإنه يجب عليهما معا التعاون في تربيته وصيانته وتأديبه وتعليمه وكل ما من شأنه أن يصلح نفسه بحسب جنس المكفول، فكل منهما يقوم بالدور المنوط به دون إفراط أو تفريط، وكلاهما خُلِقَ سيء؛ لأنه يعود بالضرر على المكفول، وهو التعسف بعينه، لما فيه من سوء استعمال الحق.

أما إن كان الأبوان منفصلين والولد في كفالة أحدهما بصرف النظر عن الكيفية التي تمت بها، هل هي اختيارية أو إجبارية على قول ابن بري أنه لا قول ولاختيار للمكفول لعدم معرفته وتقديره للأمور حق قدرها لغلبة شهوته على عقله، فالواجب عليهما تمكينه من حقوق الزيارة والتمريض وغيرهما، وكذا من وجبت له من الأولياء على وفق ما يقتضيه العرف والشرع، وكذا القيام بواجب الأمومة والأبوة في تحقيق المصلحة دون التَّسَوُّرِ على حقوق الآخر، فليس لأحدهما الامتناع مما وجب عليه أو منع الآخر من ممارسة حقوقه في ضوء ما تعارف عليه الناس وأقره الشرع بحجة انشغاله، أو أنه صاحب الحق، فيحدد الوقت الذي يراه مناسباً له، بصرف النظر عن كونه يتوافق مع ظروف الآخر أم لا.

قال في أحكام الصغار: "إذا كان الغلام والجارية عند الأم فليس لها أن تمنع الأب من تعاقدتهما، وإن صار إلى الأب فليس له أن يمنع الأم من تعاقدتهما والنظر إليهما"⁽¹⁾، وقال المواق: "قال الباجي: إذا كان الابن في حضانة أمه لم يمنع من الاختلاف لأبيه يعلمه ويأوي لأمه؛ لأن للأب تعليمه وتأديبه وإسلامه للمكتب والصنائع"⁽²⁾، فهذه الحقوق يجب أن تصان، فمن عمل على خلاف هذا يُعَدُّ متعسفاً في استعمال الحق؛ لأنه على غير ما شرع، وكما هو معلوم أن "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، باعتبار أن العرف أحد مصادر

(1) - أحكام الصغار، ص 103.

*نقل مثله عن الفتاوى الهندية والتي جاء فيها، "الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر عن النظر إليه وعن تعاقده" ج 1/ص 533، راجع أيضاً المغني، ج 9/ص 303.

(2) - التاج والإكليل، للمواق، ج 4/ص 215.

*نقل مثله عن مواهب الجليل للحطاب، ج 4/ص 215، وفي المدونة: "يؤدبه بالنهار ويبعثه إلى الكتاب وينقلب إلى أمه بالليل في حضانتها ويؤدبه عند أمه ويتعاقد عند أمه ولا يفرق بينه وبينها إلا أن تتزوج". المدونة، ج 2/ص 356، ومثله عن الشرح الكبير، ج 2/ص 526، مغني المحتاج، ج 3/ص 599، 600، سراج السالك، ج 2/ص 119، 118، المغني، ج 9/ص 303، 304، حاشية ابن عابدين، ج 5/ص 268؛... 274.

التشريع الإسلامي، فما بالك إذا كان منصوصا عليه شرعا وفق ما أقرته القواعد الفقهية أن "ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط" (1).

فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "سمعت امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ وأنا قاعد عنده فقالت يا رسول الله: "إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة، وقد نفعتني، فقال رسول الله ﷺ: "استهما عليه"، فقال زوجها: من يحاقتني في ولدي؟ فقال النبي ﷺ: "هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت". فأخذ بيد أمه فانطلقت به" (2)، وروي أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - طلق زوجته أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذها منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر - رضي الله عنه - فقال له أبو بكر: "يا عمر، مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار، وفي رواية "هي أعطف وألطف وأرق وأرضى وأرحم" (3).

فهذه النصوص وغيرها تثبت أحقية الكافل والمكفول في المطالبة بحقه وأنه محفوظ ويُمكن منه بشرط أن يكون استخدامه فيه مصلحة ومنفعة للمكفول على وجه الخصوص؛ لأنه هو المقصود، فإن تبين أو ثبت من خلال سلوكه بما ليدع مجالاً للشك سوء استعماله للحق وجب تجريده منه، لعدم اهتدائه إليه - للحق - ولا يكون ذلك مدعاة للتجسس وتتبع العورات وترصد العثرات وأنه بمجرد وقوع الزلل يطالب من له الحق في الكفالة بإسقاطها عن وجبت له؛ لأن هذا مما تعم به البلوى، فلا تخلوا أي مسؤولية من الهفوات، فلا يجاب لذلك إلا إذا كان الضرر فادحا والنقصير فيه واضحا، وإلا عُدَّ متعسفا في استعماله لحق الإسقاط. وإنما المضر أن يتركه يلهو ويلعب وقت ما شاء دون ضبط أو تنظيم؛ لأن هذا يلحق به الضرر في التربية والتعليم، والضرر يزال بنزعه منه.

ويمكن الاستدلال بمنهج الأبوين في التربية، فمن عُلِمَ عنه الجدية في الأمور وحسن الضبط أُسِنِدَتْ إليه الكفالة وأقِرَّ المكفول على اختياره، لا إن كانا مستوري الحال بأن جهل

(1) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص332، الأشباه والنظائر، للسبكي ج1/ص149.

* القاعدة الخامسة والعشرون من القواعد الكلية - الأشباه والنظائر -.

(2) - سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد ج2/ص490، 491، ح/2277، النسائي، كتاب الطلاق، باب في تخير الصبي بين أبويه، ج6/ص496، 497، ح/3495، المسند، ج15/ص480، ح/9771، البيهقي، كتاب النفقات، باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها مالم تنزوج، ج8/ص5، ح/15758، 15759، المستدرک، كتاب الأحكام، ج4/ص108، 109، ح/7039.

(3) - البيهقي، كتاب الطلاق، ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير، ج4/ص161، 162، ح/19107، 19116.

حالهما، فالمعول عليه هنا- بعد التساوي- هو ما وقع عليه اختيار المكفول إلى أن يثبت العكس⁽¹⁾.

أما إن كان الولد يتيم الأبوين فإن كفاله تكون لمن يقوم مقامهما من الأولياء الأقرب فالأقرب، وعلى من ثبت له حق الكفالة أن يحسن أدبه وتعليمه ويمنعه مما يمنع منه نفسه وولده، وأن يراعي مصلحته ماديا ومعنويا ويخالطه في المأكل والمشرب حتى تقر عينه ولا يشعر بالغرابة بينهم ويحس كأنه واحد من أفراد الأسرة، فقد روي أن عبد الله بن عمر- رضي الله عنهما- كان لا يأكل طعاما إلا على خوانه يتيم، ومبالغة منه في إكرامه حدث ذات مرة أن جاء بعدما فرغ ابن عمر فدعا بطعام ولم يكن عندهم، فجاءه بسويق وعسل، فقال: "دونك هذا فوالله ما غبنت"⁽²⁾.

الفرع الثاني: فضل كفالة اليتيم.

ولأهمية كفالة اليتامى جعل الشارع الاعتناء بهم من أفضل القربات، فكافل اليتيم يكون في منزلة عليا قريب من النبي ﷺ بل إن بيته يعد من أفضل بيوت المسلمين، فعن سهل بن سعد- رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: "وأنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى، وفرج بينهما شيئا"⁽³⁾، وبالمقابل يكون بيت فيه يتيم يساء إليه من شر وأقبح بيوت المسلمين، فعن أبي هريرة- رضي الله عنه- عن النبي ﷺ قال: "خير بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يحسن إليه، وشر بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يساء إليه"⁽⁴⁾. فهذه النصوص وغيرها تبين مدى أهمية وفضل حسن معاملة اليتيم المكفول، وبالمقابل سوء خاتمة الاساءة إليه، فيكون ذلك مدعاة للحفاظ عليه وبره والسهر على حمايته ورعاية مصالحه، وهو المطلوب، وفقا للقاعدة الأصولية "ما لا يتيم الواجب إلا به فهو واجب"، والحيد عن هذا الأصل يُعدُّ تعسفا في سوء استخدام الحق، ومن ثمَّ وجب إبطاله.

(1)- للمزيد راجع: المفصل في أحكام الأسرة، ج10/ص76 وما بعدها، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10/ص7323 وما بعدها.

(2)- الأدب المفرد، للبخاري، باب فضل من يعول يتيما من بين أبويه، ص53، ح/134، ت. ق: محمد عبد القادر عطا، ط(1417هـ/1996م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.

(3)- صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب اللعان، ج9/ص349، ح/5304، كتاب الأدب، باب فضل من يعول يتيما، ج10/ص450، ح/6005، صحيح مسلم، كتاب الزهد والرقائق، باب الإحسان إلى الأرملة والمسكين واليتيم، ج9/ص339، ح/2983/42.

(4)- سنن ابن ماجة، كتاب الأدب، باب حق اليتيم، ج2/ص1213، ح/3679، الأدب المفرد للبخاري، باب خير بيت فيه يتيم يُحسن إليه، ص53، ح/137.

المطلب الثالث: آثار الكفالة وفيه أربعة فروع.

الفرع الأول: أنواع آثار الكفالة.

من الآثار المترتبة على الكفالة:

1- حسن التدبير في أموال المكفول المكتسبة، سواء كانت من إرث، أو وصية، أو صدقة، أو هبة، أو غير ذلك، مصداقا لقوله تعالى على لسان أخت موسى عليه السلام: ﴿فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَصِيبٌ﴾⁽¹⁾، أي مخلصون له في الكفالة والرعاية.

2- تمتع الكافل بكل الحقوق التي يتمتع بها أصحاب النيابة الشرعية كالوصي والمقدم.

3- معاملة المكفول كالابن الصلبي فيما ثبت له من حقوق.

4- يحق للأبوين أو أحدهما إن كانا حين طلب عودة المكفول إلى ولايتهما بشرط أن لا يترتب على ذلك إلحاق ضرر به، مع مراعاة رغبته في العودة أو البقاء مع الكافل، نظرا للتعود عليه وعلى أولاده إن كان مدركا ومميزا لا إن كان غير مميز فلا يسلم إلا بإذن من القاضي، لعدم القدرة على الاختيار المناسب، مع مراعاة مصلحة المكفول في ذلك كله.

5- جواز إمكانية التخلي عن الكفالة إذا وجد الكافل من يكفل الولد ويقبله - المكفول - ولم يتعلق به، وإلا ألزم بها إلى أن يجدَّ جديد، مراعاة لمصلحة المكفول.

الفرع الثاني: موقف القانون من الكفالة ومناقشته.

نص القانون في الفصل السابع من الكتاب الثاني النيابة الشرعية على الكفالة ابتداء من المادة 116 إلى المادة 125، وإليك نصوص هذه المواد.

المادة 116: الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي.

المادة 117: يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان.

المادة 118: يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا، أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته.

(1) - الآية (12) من سورة القصص.

المادة 119: الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب.

المادة 120: يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة "64" من قانون الحالة المدنية.

المادة 121: تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي⁽¹⁾.

المادة 122: يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول.

المادة 123: يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة.

المادة 124: إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول.

المادة 125: التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة، وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك، وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية.

بالنظر في هذه النصوص القانونية يمكن ملاحظة ما يلي:

1- تعد الكفالة وفق ما نصت عليه المادتين "116 و 117" من أعمال البر التي مبناها التسامح والمكارمة إذ لا مشاحة ولا مكايسة ولا مضنة فيها، ولا تخضع للفتنة لعدم وجود العوض المادي، ومن مقتضياتها القيام بشؤون الولد القاصر قيام الأب بابنه من نفقة في ماله إن كان له مال وإلا وجبت عليه بشروط⁽²⁾ أو على عصبته، وكذا تربيته ورعايته والإخلاص له في ذلك، وحفظا للحقوق وإبراء للذمة تتم بعقد شرعي، سواء أمام المحكمة

(1) - الأفضل أن يقال في صياغتها: "تخول الكفالة الكافل حق الولاية القانونية على جميع...الأصلي". أو "تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية على جميع...الأصلي".

(2) - أحدها: أن يكون لأبيه مال أو يكون للطفل مال إذا كان يتيما أم لا وتعذر عليه الإنفاق منه بأن كان عقارا أو عرضا لبيع أو عينا لا يمكن التوصل إليها في الحال. ثانيها: أن يكون المنفق عالما بالمال المنكور سلفا وقت الإنفاق عليه لا بعده وإلا عُذَّ متبرعا. ثالثها: أن يحلف أنه أنفق عليه ليرجع عليه في المال الذي علمه لا متبرعا. فإذا أنفق عليه معتقدا أنه معدوم أو ملي وقصد بالإنفاق عليه وجه الله تعالى فلا رجوع له، وإن كان الطفل أو أبوه مليا. سراج السالك، ج2/ص118.

ذات الاختصاص التي أقرت الكفالة، أو الموثق مع اشتراط رضا من له أبوان أو أحدهما، حتى إذا أراد أخذه من له الحق في رعايته أمكن الرجوع للمحكمة لتزى هل من المصلحة الموافقة على طلب استرداد المكفول أم أن طلبه يُرْفَضُ لما فيه من إلحاق الضرر به، درءا للتعسف في استعمال الحق.

2- من شروط الكفالة وفق ما نصت عليه المادة "118" أن يكون الكافل متصفا بعدة شروط، حتى يكون أهلا لممارسة هذا الحق، بكونه مسلما إذا كان المكفول كذلك، عاقلا، أهلا للقيام بشؤونه، قادرا على رعايته، فمن كان ناقص الأهلية لصغر، أو سفه، أو فاقدها بسبب جنون فلا كفالة له، لعدم قدرته واحتياجه إلى من يرضى مصالحه، فكيف يقوم بشؤون الآخرين وفاقد الشيء لا يعطيه.

الملحوظ على المقنن أنه لم ينص على الرشد وفق ما أقره المالكية والشافعية، وهو في ذلك متبع لما ذهب إليه الحنفية والحنابلة والجعفرية والزيدية، وأرى أن التنصيص على الرشد أولى؛ لأنه ربما يكون متصفا بالسفه فيلحق الضرر بالمكفول فيما يتعلق بالجانب المالي، اللهم إلا أن يكون هذا الشرط مضمنا في قوله "أهلا للقيام" كما ذكرته آنفا، لكن التنصيص عليه أولى؛ لأنه في مقام البيان والحاجة والتشريع رفعا للبس ودفعاً للتعسف في تفسير النصوص وفهمها، وما لا يحتاج إلى تأويل أولى مما يحتاج إلى تأويل، كذلك عدم الحديث عن الخلو من الأمراض المعدية والمضرة بالمكفول، كالجذام والبرص وغيرهما.

3- المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهولا وفق ما نصت عليه المادة "119"، فمن كان معلوم النسب فلا إشكال فيه؛ لأنه ينسب إلى أبيه وفق ما نصت عليه المادة "120" ولقوله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾⁽¹⁾، ولوجود أيضا المحررات الرسمية التي تثبت ذلك، لكن الإشكال يمكن في مجهول النسب أو ما يعرفون في القانون بأبناء الطفولة المسعفة، فهؤلاء مطية للاعتداء على نسبهم لعدم وجود من يطالب به وينافح عنهم؛ لأنهم يولدون في كثير من الأحيان خارج المصحات العامة، مما يسهل تبنيهم وإحاقهم بنسب من يكفلهم، خصوصا إذا كان عقيما، فمنعا لهذا التصرف نصت المادة "120" على

(1)- الآية (5) من سورة الأحزاب.

وجوب تطبيق المادة "64" من قانون الحالة المدنية، منعا للتبني الذي حرمه الإسلام حفظاً للأنساب، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾⁽¹⁾.

فإن عُلِمَت أمه نُسِبَ إليها وإلا فلا؛ لأن فيه تزويراً وقلبا للحقائق وإدخالاً لوارث بغير وجه حق، وربما حرمان وارث آخر بغير مسوغ، وتشجيعاً على ارتكاب الفواحش ما دام إمكانية إلحاقه بأي شخص واردة، ومن ثمّ تبنيه واعتباره كالابن الصلبي، فلا تقتضح أمه، وبهذا تضيع إحدى الحُكْم من حرمة هذا الصنيع، منعا للاقتراب من الزنا؛ لأنه كما قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَةَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾⁽²⁾.

ولو لم تكن غير هذه الأوصاف لكفت، وهو عين التعسف في استعمال حق الكفالة للوصول إلى بعض المآرب، وهو ما أقره المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية- في التبني- في الفصل 8...17، وكذا قانون عدد 75 لسنة 1998م مؤرخ في 28/10/1998م يتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب في الفصل 1...6 من المجلة، حيث إنه أجاز التبني مطلقاً، سواء كان مجهول النسب أو معلومه.

4- بما أن الكافل يحل محل الولي الأصلي وفق ما نصت عليه المادة "125"، فإنه يتمتع بكثير من حقوقه المدنية والقانونية، ومن بينها تحويل المنح العائلية والدراسية والإعانات إليه فيأخذها نيابة عنه ويصرفها عليه- المكفول- ولا حق له فيها؛ لأنه أمين وحارس على المال والمصالح؛ فإن أخذ شيئاً من ذلك عدّ متعدياً لا متعسفاً في استعمال الحق؛ لأنه لم يستند فيه إلى حق أصلي يخوله ذلك التصرف، إلا إذا أذنت له المحكمة في ذلك، فعندئذ يأخذ منه بالمعروف، حتى لا يلحق الضرر بالمكفول، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ^ط وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽³⁾، وقوله: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾⁽⁴⁾، فهو على خلاف الولي الأصلي- الأب- لعدم وجود شبهة البنوة بينهما وإن جالت يده في مال المكفول، فمن هنا افترقا.

(1)- الآية (5) من سورة الأحزاب.

(2)- الآية (32) من سورة الإسراء.

(3)- الآية (6) من سورة النساء.

(4)- الآية (58) من سورة النساء.

5- من مقتضيات الكفالة وفق ما نصت عليه المادة "122" رعاية مصالح المكفول وأمواله بما ينميها ويحفظها، بصرف النظر عن أسباب اكتسابها، سواء كانت من ميراث، أو صدقة، أو هبة، أو وصية فإن غاب ذلك الغرض عن ذهنه أو ذهل عنه بطلت الكفالة في حقه، لعدم تحقق ما شرعت من أجله.

6- قد تدفع الشفقة والرحمة والحنان الكافل أن يوصي أو يتبرع بأمواله للمكفول تعويضا له عن فقد الأبوين إن كانا ميئين أو حرمانه منهما لسبب ما، ومن أجل تنظيم هذا التصرف حتى لا يلحق ورثة الكافل ضرر اعتمادا على حرية التصرف في ماله نصت المادة "123" على كيفية التبرع أو الوصية للمكفول بأن لا تتجاوز الثلث إلا بإذن من ورثته، وإلا بطل الزائد لقوله ﷺ "والثلث كثير"، وكذا أقوال فقهاء المذاهب الفقهية المختلفة دفعا للتعسف في استعمال حق الملكية، ومن ثم حرية التصرف فيما يملك.

ما أقره المشرع هنا في التسوية بين الوصية والتبرع يُعدُّ صوريا للفرق بينهما، فالوصية تمليك مضاف لما بعد الموت، بخلاف التبرع فإنه قد يكون تمليكا في الحال، سواء بالصدقة، أو الهبة، أو الوقف، والدليل على ذلك التعبير ب " أو" التي تفيد هنا التخيير، والتي من معانيها التسوية والتنويع.

وبناء عليه فإن أحكامهما مختلفة وإن كانت الوصية تعد من أفراد التبرع، فبينهما عموم وخصوص، وبالتالي لاحق للورثة في الاعتراض على الكافل إذا تبرع للمكفول بأكثر من ثلث المال؛ لأنه ليس وصية كما ذهب إليه المشرع.

7- إذا كان من حق الأبوين أو أحدهما طلب عودة المكفول إلى ولايتهما فإن ذلك متوقف على وجود شرطين إن فُقد أحدهما رفض طلب العودة إليهما.

أ- أن يكون المكفول قد بلغ سن التمييز حتى يتمكن من التخيير بين البقاء مع الكافل والعيش في كنفه أو العودة إلى وليه.

ب- أن يغلب على الظن عدم تضرر المكفول بالعودة إلى وليه إذا تعضد ذلك بقرائن أو أسباب؛ لأن الحكم للغالب، واليقين متعذر في هذه الحالة، فهي أمور نسبية، أما إذا كان غير مميز فإن طلب العودة يعرض على المحكمة للنظر، فإن تبين لها أن فيه مصلحة للمكفول أذنت في ذلك وإلا فلا، أما الكافل فليس له كلام؛ لأنه مؤتمن من قبل المحكمة ولا يحق له أن يحرض المكفول أو يستغل نفوذه في المحكمة فتقضي له بحسب رغبته، أو

يبغضه في والديه، أو يخوفه من العودة إليهما حتى يبقى في كفالته، خصوصا إذا كان يستفيد من جرائها، فيتخذها وسيلة للضغط عليه والابتزاز، فهذا السلوك من قبل الكافل يُعدُّ تعسفا في استعمال حق الكفالة للوصول إلى مآرب نفسية، ومن ثمَّ يقضى ببطلان كفالته معاملة له بنقيض مقصوده، وفقا للقاعدة الفقهية "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"⁽¹⁾، فالوسيلة هنا هي التزام الكافلة، والمقصود هو التزام حفظ المكفول ورعايته و تعويده على الأخلاق الفاضلة وتأديبه، وهذا يتناقض مع قصده، وقد نصت المادة "41" من القانون المدني على الأحوال التي يُعتَبَرُ فيها استعمال الحق تعسيفا فقالت: يعتبر استعمال الحق تعسيفا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

بقيت جزئية لها تعلق بهذه المسألة، وهي سنُّ التمييز، المعروف عند الفقهاء أنه يبدأ من السنة السادسة أو السابعة على اختلاف بينهم، لكن المعمول به في قانون الأسرة الجزائري أنه يبدأ من السنة السادسة عشرة، وفق ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة "42": "يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة"⁽²⁾

ربما يرجع سبب اعتماد المقنن الجزائري لهذه السن أنه نظر إلى النضج العقلي والفكري لدى الصغير، فهذه السن تؤهله لأن يدرك الأشياء على حقيقتها لا مجرد تخيلات أو تهيؤات، وذلك بحكم الاختلاط والاحتكاك بالآخرين، فيكسبه ذلك خبرة، ويولد في نفسه القوة الكامنة للتمييز بين الأشياء الضارة والنافعة حقيقة؛ لأنه ربما يكون قد بلغ عضويا، ومن ثم يكون مكلفا بالتكاليف الشرعية، ويجري عليه القلم بالثواب والعقاب، أما كونه استغنى في سن السادسة أو السابعة عن خدمة الآخرين في تنظيف نفسه أثناء قضاء حاجته، وأكله وشربه وارتداء ملابسه، وتمييزه بين الضار والنافع عموما، فهذا لا يُعدُّ معيارا يُعتمَدُ عليه في بناء الأحكام.

(1) - الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص346.

* القاعدة السابعة والثلاثون من القواعد الكلية.

(2) - بحسب القاعدة اللغوية أن الأعداد المركبة يختلف صدرها مع المعدود تذكيرا وتأنينا، ويتفق عجزها مع المعدود تذكيرا وتأنينا، وبناء عليه تصبح صياغة الفقرة هكذا: يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادس عشرة سنة.

ومن جهة أخرى أرى أن هناك تضارباً أو التباساً أو غموضاً بين أحكام المادة "124" و"65" من ق. أ. ج؛ لأن المقتن نص في المادة "124" على أحقية المكفول في التخيير بين العودة إلى أبويه أو أحدهما إذا طلبا عودته إليهما متى بلغ سن التمييز وفق ما نصت عليه المادة "124" من نفس القانون، والمادة "42" من ق. م. ج، وفي المقابل نجده نص في المادة "65" على انقضاء مدة حضانة الذكر ببلوغه سن عشر سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج وهو تسع عشرة سنة وفق ما نصت عليه المادة السابعة من هذا القانون المعدلة بالأمر رقم: 2/5 المؤرخ في 27 فبراير 2005م، وهذا يقتضي ما يلي:

أ- أن مرحلة الحضانة تنتهي بالنسبة للذكر في سن العاشرة وتبدأ بعدها مرحلة الكفالة، وإن نص على إمكانية أن يمدد القاضي حضانته إلى السنة السادسة عشرة من عمره، فهذا الحكم استثنائي، وكلا منا إنما هو على الحالات العادية، وإلا أصبح الاستثناء أو التخصيص أصلاً، وهو خلاف الأصل.

ب- لا معنى للتخصيص على انتهاء مدة الحضانة ببلوغ الذكر عشر سنوات ثم حرمانه من حق الكفالة، ومن ثم اختيار الكفيل إذا لم يبلغ السادسة عشرة من عمره، فمعنى هذا أن سن الحضانة لا ينتهي إلا ببلوغه سن التمييز، فبعد هذا حشوا ما دام الأمر موكولاً للقاضي، وربما يدفعه ذلك للتعسف في استعمال حق إنهاء الحضانة أو تمديدتها أو الإذن بالعودة للولي أو عدمه.

ج- إطلاق لفظ الولد في المادة "124" يشمل الذكر والأنثى، وهذا غير مقصود؛ لأنه نص في المادة "65" أن حضانة الأنثى تستمر حتى تبلغ سن الزواج وهو تسع عشرة سنة وفق ما نصت عليه المادة "7" المشار إليها سابقاً، ومن ثم فإن الأنثى لا تطولها يد الكفالة إطلاقاً ولا تدخل في عباؤها، وهذا خلاف ما نص عليه الفقهاء في أحكام الكفالة. وبناء عليه أرى إعادة صياغة المادة "65" وتعديل المادة "124" حتى تكون أحكامهما متناسقة.

المادة 65: تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 16 سنة والأنثى ببلوغها سن الزواج.
المادة 124: إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الذكر المكفول إلى ولايتهما يخير في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزاً لا يُسَلَّم إلا بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول وأحكام المادة "65" المذكورة أعلاه من هذا القانون.

8- إذا كان من حق الإنسان أن يتنازل عما ألزمَ به نفسه فإن ذلك يتم أمام الجهات التي أقرته على ذلك، وهنا يكون التنازل عن الكفالة أمام المحكمة، أو الموثق وفق ما نصت عليه المادة "117" باعتبارهما الهيئتين المخولتين لإبرام مثل هذه العقود، مع مراعاة مصلحة المكفول ويكون بعلم من النيابة العامة على ضوء ما قرره المادة "125" حتى لا يلحق المكفول ضرر أو تتعرض مصالحه للخطر جراء هذا القرار، وجبرا لخاطر المكفول واعترافا بفضل الكفيل تُنقل الكفالة إلى ورثته إذا رغبوا فيها والتزموا ببندوها، وإلا تحتم على القاضي أن يسند كفالة القاصر إلى الجهة التي يراها مناسبة لاستكمال رعايته.

الفرع الثالث: أحكام الكفالة لدى بعض التشريعات العربية.

بالمقابل نجد بعض القوانين العربية اختلفت تشريعاتها في هذه الجزئية السالف ذكرها بين مضيق نسبيا وموسع، فمن ذلك:

1- مدونة الأسرة المغربية: نصت الفقرة الأولى والثانية من المادة "166" على:

تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء.
بعد انتهاء العلاقة الزوجية يحق للمحضون الذي أتم السنة الخامسة عشرة أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمه.

2- قانون الأحوال الشخصية المصري للمسلمين: نصت الفقرة الأولى من المادة "20" على:

ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة ويخير القاضي الصغير أو الصغيرة بعد بلوغه هذه السن في البقاء في يد الحاضنة دون أجر حضانة، وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة.

3- قانون الأحوال الشخصية السوري: نصت الفقرة الأولى من المادة "146" على:

تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام التاسعة من عمره والبنت الحادية عشرة سنة.

4- قانون الأحوال الشخصية الكويتي: نصت المادة "194" على: تنتهي حضانة

النساء للغلام بالبلوغ، وللأنثى بزواجها ودخول الزوج بها.

5- قانون الزواج والطلاق الليبي: نصت الفقرة الأولى من المادة "62" على:

أ- الحضانة حفظ الولد وتربيته ورعاية شؤونه وتوجيهه من حين ولادته إلى أن يبلغ الذكر ويتم الدخول بالأنثى، وذلك بما لا يتعارض مع حق الولي.

ما يمكن ملاحظته على هذه التشريعات:

1- التوافق الكبير بين القانون المغربي والمصري في:

أ- السن التي يخير فيها المحضون وهي خمس عشرة سنة .
ب- إمكانية تمديد الحضانة بعد هذه السن إلى سن الرشد للذكر والزواج بالنسبة للأنثى وفق ما نص عليه المقنن المصري، أما المقنن المغربي فلم يفرق بينهما فجعل انتهاءها مرتبطاً ببلوغهما سن الرشد معاً على السواء.

ج- إذا بلغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة واختار الحاضنة، فليس لها الحق في المطالبة بالأجرة نظير حضانتها؛ لأنها أضحت من العمل التطوعي القائم على الاختيار دون الإكراه، ولاستغناء الصغير أو الصغيرة عن الحضانة في كثير من الأمور، إذ يمكنهما القيام بشؤونهما الخاصة دون الحاجة لمساعدة أحد، اللهم إلا أن يكونا مصابين بإعاقة ما فلها أحكامها الخاصة، فلا يقاس عليها غيرها لعدم اتحاد العلة التي هي شرط في القياس وسبب في الحكم، وفق القاعدة الأصولية أن "الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا" .

2- التفرقة بين الذكر والأنثى في القانون السوري، إذ جعل سن التاسعة هي السن التي تنتهي فيها حضانة الغلام، أمّا الجارية فتنتهي حضانتها ببلوغها سن الحادية عشرة ، وهي السن التي تشتهي فيها عادة أو ما قرابها إذا كانت بنيتها قوية.

3- التوافق التام بين القانون الكويتي والليبي في إنهاء مدة الحضانة للذكر بالبلوغ والأنثى بالدخول بها- البناء- وهذا التوافق مرده إلى اتباع المذهب المالكي حرفياً في هذه الجزئية.

4- عدم التنصيص في هذه القوانين على موضوع الكفالة إطلاقاً.

5- إطالة أمد الحضانة، وبالتالي استغراقها لفترة الكفالة.

الفرع الرابع: التطبيقات القضائية.

فمن ذلك ما قضت به المحكمة العليا:

1- يجب على الكافل القيام بالإنفاق على الطفل المكفول وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه، باعتباره ولياً قانونياً ما لم يثبت قانوناً تخليه عن الكفالة. "غ.أ. ش، ملف رقم:369032، قرار بتاريخ:2006/12/13م، م. ق لسنة 2007م، العدد 2، ص443".

2- إن أم البنت مجهولة الأب والتي تم التكفل بها من طرف الغير بعد ولادتها تُعدُّ أولى بحضانتها من غيرها، وأن قضاة الموضوع عندما قضوا بخلاف ذلك أساءوا تقدير

الوقائع مما يتعين النقض. "غ.أ. ش، ملف رقم: 582813، قرار بتاريخ: 2010/11/11م، م. ق لسنة 2010م العدد 1، ص 262".

3- من المقرر أنه يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بما له في حدود الثلث.

وعقد الهبة المبرم بين الكافل للمكفول يدخل ضمن عقود التبرع.

والثابت- من قضية الحال- أن الواهب إذا كان بإمكانه أن يهب كل ممتلكاته وفقا لنص المادة 205 من قانون الأسرة، فإن ذلك مقيد بأن لا يكون الواهب كافلا والموهوب مكفولا كون الكافل مقيدا اتجاه المكفول بأن لا يزيد التصرف بالوصية أو التبرع عن حدود الثلث، طبقا للمادة 123 من قانون الأسرة إلا إذا أجازته الورثة، ويكون بذلك عقد التبرع المبرم مخالفا لنص المادة 123 وقابلا للطعن فيه بالإبطال فيما زاد عن الثلث لمن لهم مصلحة في ذلك.

"غ.أ. ش، ملف رقم: 620402، قرار بتاريخ: 2011/05/12، م. ق لسنة 2011، العدد 2، ص 283".

4- من المقرر قانونا أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة.

"م.ع، غ.أ. ش، ملف رقم: 40651، غير منشور، قرار بتاريخ: 1986/02/24م، م.ع، غ.م، قرار بتاريخ: 1968/03/20م، م.أ، ج1، ص21، ن.س1968م، ص104".

5- من الثابت- في قضية الحال- أن المجلس لما قضى بإلغاء عقد الكفالة والتصريح بعودة المكفولين إلى ولاية أمهما بناء على رغبتهما، ومراعاة لمصلحتهما فإن القرار عندئذ يكون خاليا من أي قصور أو تناقض في الأسباب. "غ.أ. ش، ملف رقم: 184712، قرار بتاريخ: 1998/03/17م، م. ق لسنة 1998م، العدد2، ص89".

6- من المقرر قانونا أن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص خاص.

ومن ثَمَّ فإن قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنات من دون سماع رأيها وتخييرها بين البقاء عند مربيتها أو الذهاب لوالدها رغم أنها تجاوزت سن التمييز، فإنهم بذلك خرقوا القانون. "غ.أ. ش، ملف رقم: 71801، قرار بتاريخ: 1991/05/21م، م. ق لسنة 1996م، العدد 1، ص 105".

7- من المقرر قانونا أن عودة الابن المكفول غير المميز لا يسلم إلا بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن البنت المكفولة غير مميزة وقضاة الموضوع قضاوا بإلحاقها، مراعاة لمصلحتها يكونون قد طبقوا القانون ولم يخالفوه. "غ. أ. ش، ملف رقم: 367977، قرار بتاريخ: 2006/10/11م، م. ق لسنة 2007م، العدد 1، ص 473".

بالنظر في هذه الأحكام القضائية يمكن ملاحظة ما يلي:

1- من مقتضيات الكفالة القيام بشؤون المكفول من إنفاق وتربية ورعاية لمصالحه كالابن الصلبي باعتباره وليا له، فالمطلوب منه فعل الأصلح.

2- الولد المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهولا، فمجهول النسب تقوم المحكمة بتعيين من يكفله ولا يحق لها تحويله إلى غيره- الكفيل الأول- خصوصا إذا كان متمسكا به ولم يصدر منه ما يسيء إليه، أو ثبت قانونا تخليه عنه، ولهذا فإن قضاة الموضوع عند ما قضاوا بخلاف هذه المبادئ الشرعية والقانونية أساءوا التقدير، مما استوجب نقض حكمهم؛ لأن فيه تعسفا في التكليف واستعمال الحق.

3- يرجع سبب منع الكافل من التبرع للمكفول بأكثر من الثلث لوجود التهمة - كونه في كفالته ورعايته- ولكونه يدخل ضمن الوصايا، ومعروف أن الوصية لا تزيد على الثلث إلا بإذن من الورثة، وهو خلاف الأصل؛ لأن الإنسان له حرية التصرف في ما له وفقا لما نصت عليه المادة "205" من ق. أ. ج" يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا، أو منفعة، أو دينا لدى الغير"، لكن باعتبار الأصرة فإنهم يتناصرون فيما بينهم، فيكون الغنم في مقابل الغرم، وفقا للقاعدة الفقهية "الخراج بالضمان"⁽¹⁾.

فمنعا للتعسف في سوء استخدام حق التصرف في الأموال والمنافع يقيد ذلك بما لا يلحق الضرر بالغير ويحقق في نفس الوقت مصلحة المتبرع لتدارك ما فاتته، لما رواه عبادة بن الصامت - رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قضى أن " لا ضرر ولا ضرار"⁽²⁾.

(1)- الأشباه والنظائر، للسيوطي، ج1/ص303، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص151.

* القاعدة الحادية عشرة من القواعد الكلية.

(2)- سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ج2/ص784، ح/2341، 2342، الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، ج2/ص184، ح/31، المسند، ج5/ص55/ح/2865، الدار قطني، كتاب البيوع، ج3/ص77/ح/288، السنن الكبرى للبيهقي، كتاب إحياء الأموات، باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم، ودفع الضرر عنهم على الاجتهاد، ج6/ص258، ح/11877، 11878، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، ج6/ص114، 115، ح/11384، 85، 86، المستدرک، كتاب البيوع، ج2/ص66/ح/216/2345.

4- من المقرر قانونا أن الأحكام لا تنبى على الأهواء والعواطف، وإنما مبناها المصلحة وفقا للمقررات الشرعية والقانونية، وللمقولة المشهورة " فحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله ودينه"، وهو المبتغى، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا الأصل يُعدُّ تعسفا في استعمال الحق، ولَمَّا كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسندوا كفالة البنت لوليها الأصلي دون استشارتها والأخذ برأيها في ذلك، بالرغم من كونها تجاوزت سن التمييز التي تستطيع بعده التفريق بين ما فيه مصلحة لها وما ليس كذلك، بل إن فيه إهدارا لكرامتها الآدمية وحدا لحريتها الشخصية، وهو خلاف ما يدعوا إليه القانون من تكريس مبدأ الحريات، وبهذا يكون القضاء قد أساءوا التقدير واستخدام حق القضاء، مما استوجب تعريض حكمهم للنقض.

5- من المقرر قانونا أن المكفول إذا لم يكن مميذا لا يخير ولا يؤخذ برأيه، وإنما قضاة الموضوع هم الذين يقررون إما إلحاقه بولييه أو إبقاءه عند الكافل مراعاة لمصلحته منعا للتعسف في تفسير النصوص وفهمها، وهو تطبيق صحيح لنص المادة "124" من ق. أ. ج. بينما نجد في قضية أخرى أن قضاة الموضوع لم يبينوا لنا سن المكفول، حتى يكون لنا تصور للقضية، بناء على أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، ففوضوا كما هو بين في قضية الحال بإلغاء عقد الكفالة والتصريح بعودة المكفولين إلى ولاية أمهما، باعتبارها الولي الشرعي بعد وفاة الأب، بناء على رغبتهما ومراعاة لمصلحتهما، فهذا الحكم فيه قصور على ضوء ما ذكرناه آنفا، مما يعرضه للنقض، وهو عين التعسف.

في المقابل نجد قضاة المحاكم الابتدائية في المغرب قضاوا بأحكام مخالفة للنصوص القانونية مبناها اتباع الأهواء والعواطف، وهو خلاف الأصل كما ذكرت آنفا، حيث ورد في حكم المحكمة الابتدائية: "يمكن للمحكمة مراعاة لمصلحة المحضون واستجابة لرغبة هذا الأخير أن تسند الحضانة إلى الشخص الذي يختاره ولو لم يبلغ السن القانوني الذي يسمح له بممارسة حق الاختيار.

"حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بوزان بتاريخ: 01/12/19 تحت عدد 577 في الملف عدد 01/115 منشور بمجلة القصر عدد: 3/ص 168 وما يليها"⁽¹⁾.

بينما نجدها في حكم آخر لا تسمح للمحضون الذي أتم 15 سنة أن يختار من يحضنه بعد ذلك إلا في حالة وجود الأبوين معا أو عدمهما تطبيقا لأحكام مدونة الأسرة، فقررت الآتي:

(1) - راجع مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، ج 1/ص 250.

إن مقتضيات المادة "166"⁽¹⁾ من مدونة الأسرة لا تخول للولد الذي أتم 15 سنة التخيير إلا في حالة وجود الأبوين معا أو عدم وجودهما.

"حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، بتاريخ: 08/03/06، تحت عدد 1798 في الملف عدد 06/5616 منشور بمجلة المقال عدد 2/ص 195 وما يليها⁽²⁾.

يرجع سبب حصر الاختيار بين الأبوين حالة حياتهما دون غيرهما أن كلا منهما أصيل في نفسه، فالتخيير يكون بين متكافئين في الولاية، ضف إلى هذا أنهما يكتان نفس المودة للمكفول، فلا مزية للتفريق بينهما، فإذا فُقد أحدهما فلا معنى للتخيير؛ لأن الحي منهما أولى من غيره برعاية المحضون وفق ما نصت عليه مواد المدونة المذكورة سابقا.

وهذا المنحى من المقنن المغربي محل نظر؛ لأن فيه تحجيرا على من بلغ سن التمييز، فقد يرى أن راحته وسعادته لا تتم إلا إذا كان في كفالة شخص معين، فحرمانه من ذلك يسبب له أزمات نفسية، وهذا يتناقض مع المقاصد العامة؛ لأنه يتعارض مع مصلحته، وهو عين التعسف.

ولكي لا يُعترض علينا بأن الأبوين أو أحدهما يكونان أكثر شفقة ورحمة من غيرهما عليه، أقول هذا لا اختلاف فيه، ولكن أحيانا يكونان أشد قسوة وغلظة وجفاء من غيرهما، خصوصا إذا كانت علاقتهما سيئة بسبب كثرة المشاكل العائلية مع انفصالهما وانشغال كل منهما بأحواله الخاصة، فيضيع بينهما، أو يَصْبَانِ جَمًّا غضبهما عليه، أو نكاية في الطرف الآخر، ضف إلى هذا أن فيه إهمالا لرغبة الولد وكسرا لإرادته وشخصيته، والله تعالى يقول: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾⁽³⁾، فأين هو التكريم مع هذا التضييق وسوء المعاملة والإهدار للكرامة الأدمية.

(1)- تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء بعد انتهاء العلاقة الزوجية، يحق للمحضون الذي أتم السنة الخامسة عشرة أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمه.

في حالة عدم وجودهما، يمكنه اختيار أحد أقاربه المنصوص عليهم في المادة "171" بعده، شريطة أن لا يتعارض ذلك مع مصلحته، وأن يوافق نائبه الشرعي.

وفي حالة عدم الموافقة، يرفع الأمر إلى القاضي ليبت وفق مصلحة القاصر.

(2)- راجع مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، ج 1/ص 250

(3)- الآية (70) من سورة الإسراء.

ومما لا يخفى أنه قد يكون بالغاً مكلفاً شرعاً إذا بلغ تلك السن - خمس عشرة سنة - فكيف يعامل على ذلك النحو.

وبناء عليه أرى تعديل - إعادة النظر - تلك المادة بما يحقق مصلحة المكفول، ويحفظ حقوق غيره، ويزيل عنه تلك الأغلال تماشياً مع الأحداث والتطور الاجتماعي، حتى يحظى بالقبول لدى المشرع لهم، فلا يتحايلون عليه؛ لأن كثيراً من التشريعات، سواء فيما يتعلق بالأسرة أو غيرها لا تتوافق مع أحوال الناس ومعاشهم، وبالتالي يتملصون منها متى سنحت - أتاحت - لهم الفرصة، سواء بالاتفاق عليها، أو بالالتفاف، أو بغير ذلك، وهذا يدل أن المشرع ليس له الدراية التامة بفقهِ الواقع الذي هو أساس التشريع، وأن القانون لا سلطان له على القلوب وإن تسلط على الأبدان، مما يتولد عنه المداهنة والنفاق في الأقوال والأفعال، ويكفي أن يكون هذا سبباً للرد أو إعادة النظر؛ لأنه مطية للتعسف، نظراً لما أفضى إليه.

الخاتمة

الخاتمة:

تشتمل على أهم النتائج التي توصلت إليها والتوصيات التي أراها جديرة بالتبويه عليها.

1- النتائج :

بعد هذه الدراسة الشاملة لأحكام الزواج والطلاق والنيابة الشرعية وما يتبعها في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين لدى الدول العربية والاجتهادات القضائية توصلت إلى النتائج التالية.

أ- النتائج العامة:

1- غياب الوازع الديني والأخلاقي وروح المسؤولية لدى الأزواج أو المقبلين عليه بصفة خاصة، والأسرة والمجتمع بصفة عامة، مع عدم تقدير الأمور حق قدرها، وما يترتب عليها بعد ذلك من آثار.

2- إهمال الأسرة لواجباتها اتجاه أبنائها وتركهم فريسة سهلة المنال أمام التجاذبات الاجتماعية والقنوات الفضائية والشبكة العنكبوتية، والاكتفاء فقط بالحالة البدنية وما يلزم لها غالبا، مع ضمور واضمحلال الخطاب الديني لدى المؤسسات الدينية على وجه الخصوص، والتربوية و المجتمع المدني بصفة عامة في التوعية وبيان المخاطر المحدقة بالأسرة وأثرها على المجتمع والوطن فيما بعد.

3- عدم البحث عن آليات جديدة من أجل التحكم في هذا الانفلات الأسري، والاكتفاء فقط ببعض الخطابات الضحلة - الاعتيادية- في مجال الوعد والوعيد، وتبادل الاتهامات بين أصحاب الشأن دون الاقتراب من الشباب و الشابات من أجل سماع انشغالاتهم وحل مشاكلهم والاكتفاء فقط بالخطاب العلوي الفضفاض، أو الحديث عن الجانب المادي في بعض المناسبات، لأغراض حزبية أو انتخابية.

4- عدم تغيير الذهنيات في معالجة المشاكل المطروحة، مما ترتب عليه اتساع الهوة بين المخاطب والمخاطبين وفقدان الثقة في المؤسسات، ومن ثمّ الخروج عن السلطة والوقوف في وجهها والمطالبة بإصلاحات جذرية تمس كل مؤسسات الدولة والمجتمع؛ لأن الأفراد تغيرت ذهنيًا تهتم بما كان عليه آباؤهم وأجدادهم، فلا بد من المواكبة إذا أردنا مجتمعا متحضرا متقدما في شتى المجالات، فلماذا بقي المعنيون بذلك على حالهم؟

5- فقدان الثقة بين الفرد والأسرة من جهة، والمجتمع من جهة أخرى، وكذا عدم الاستمرارية وطول النفس في معالجة القضايا المطروحة والاكتفاء من ذلك ببعض التحسينات فقط، خصوصا إذا تعلق بالمناسبات، التي ما تلبث أن تزول بزوال أصحابها، وربما قبل ذلك لكونها ظرفية.

6- عدم تقدير الأمور حق قدرها وما يترتب عليها من مخاطر محددة بالفرد والأسرة و المجتمع بعد ذلك، ومن ثمَّ وضع الآليات التي تقلل منها أو تحدها، سواء كان ذلك على المدى القريب أو المتوسط أو البعيد.

7- ترك الأمور على ما هي عليه دون البحث عن إيجاد حلول جذرية لها في الوقت المناسب، بل الاكتفاء من ذلك بترحيلها إلى أوقات أخرى كبقية القضايا، مما يزيد من تفاقم المشاكل وصعوبة حلها كما تطالعنا به الصحف، وما حياتنا اليومية عنا ببعيدة، سواء تعلق الأمر بالجانب الفردي أو الأسري أو الاجتماعي أو السياسي تحت ذرائع وأسباب واهية، نظرا لعدم وجود دراسات استشرافية استباقية بصفة عامة، تنتبأ بما يمكن وقوعه، وكيفية إيجاد الحلول المناسبة لذلك قبل وقوع الداء، وكما يقولون: "الوقاية خير من العلاج".

ب- النتائج الخاصة:

1- تباهي الأفراد والأسر بما يقومون به من تصرفات مرده إلى الاعتزاز بالنفس والكرامة- أي الرجولة- بصرف النظر عن صوابها وخطئها، وهل هي مبينة على أسس قوية وصحيحة، أم أن مبنائها أمور تافهة وطائشة، لا تستحق النظر فضلا عن المعالجة القانونية، وهذا جزء مما يشكي منه القضاة، بل يصرحون، وهو مما تطالعنا به المحاكم والصحف كل يوم، وهذا الصنيع يُعدُّ من أنواع التعسف في استعمال الحق.

2- عدم المكاشفة الحقيقية بين الزوجين قبل العقد و الدخول، ومعرفة خبايا كل منهما للآخر، ضف إلى هذا الجهل بالمقصد الحقيقي من الزواج، مما يترتب عليه سوء الاختيار من الجانبين، مع الاكتفاء بمعرفة بعض الحقوق والواجبات، فينتج عنه غالبا التعسف في الممارسة.

3- عدم اقتصار المرأة على عمل يناسب فيسولوجيتها، ومزاحمتها للرجال في كثير من الأعمال التي لا تتناسب مع تركيبتها، أكسبها جرأة و استقلالاً لدمتها المالية مما أشعرها بعدم الحاجة إلى الطرف الآخر، أو الرغبة فيه، وكذا مشاركتها في كثير من المجالات الاجتماعية والسياسية وغيرها، فأهملت واجباتها الأسرية تحت ذريعة المشاركة في العمل الاجتماعي، وهو

في الحقيقة قصور في الفهم، و تعسف في ممارسة الحق نظرا للمآل، وعدم فقهِ فقهِ الأولويات أو الجهل به كليا.

4- اختلاط المفاهيم لدى المرأة في عدم التفرقة بين حقوقها وواجباتها بسبب التجاذبات المحلية والإقليمية والدولية والتشويش الذي يمارس عليها تحت ذريعة حقوق المرأة ، أوقعها في التعسف في ممارسة الحقوق.

5- عدم معرفة أو فهم أو نضج فكرة الحق لدى الفرد و المجتمع لمقاصد الشريعة وما ترمي إليه من مصالح اجتماعية حالة إقرارها حق استعمال الحق ابتداء، ترتب عنه عدم الرضا الحقيقي بالأحكام الشرعية التي لا تتوافق مع الأهواء والمصالح الشخصية، وإن بدا الظاهر بخلاف ذلك.

6- انحصار مفهوم العفة في المحافظة على الشرف-غشاء البكرة- من الاعتداء عليه بافتضاض ونحوه دون استناده على العقد، أمّا ما عداه من أجزاء البدن فمباح التمتع به، سواء بالنظر أو اللمس ونحوه، وهذا ناتج من سوء استعمال مفهوم حق الحرية لدى الأفراد، وهو عين التعسف.

7- التداخل في الحقوق، سواء من الزوجين أو الأقرباء كالوالدين من أسباب التعسف في استعمال الحق؛ لأن كل واحد يريد أن يبسط سيطرته في إدارة شؤون الأسرة، مستغلا الظروف الاجتماعية للطرف الآخر أو ما يمليه العرف والشرع أو الهوى.

8- التعسف في استعمال الحق من الأسباب الرئيسية في ازدياد نسبة الطلاق في المجتمع وفسخ الخطوبة بسبب التداخل في المسؤوليات، وعدم معرفة الزوجين أو المخطوبين حدود الحقوق والواجبات من جهة، والغيرة وكثرة الاحتكاك والاختلاط بينهما قبل الدخول- بناء على العقد المبرم - أو في مرحلة الخطوبة بحجة مزيد من التعارف من جهة أخرى، مما يؤدي إلى نشوب الخلافات بينهما وتشعب أحدهما بالآخر.

9- يعد التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، سواء ما تعلق بالطلاق أو الخلع أو الشروط وغيرها من أهم روافد الآفات الاجتماعية.

10- التذبذب أحيانا في الأحكام القضائية مع عدم المواءمة بينها وبين قانون الأسرة في بعض الأحكام، ربما يكون بسبب القصور في بعض النصوص القانونية مقارنة بالقوانين العربية كالمصري و السوري و المغربي والكويتي، مما ينتج عنه بداهة الاختلاف في الأحكام القضائية ذات الموضوع الواحد، ومن ثمَّ عدم التناسق فيما بينها.

11- التقارب الشديد في كثير من المسائل بين التشريعات العربية في مجال الأحوال الشخصية، وهذه أمانة على أنها تأخذ من بعضها البعض ومن معين واحد إلا في أحكام متفرقة، نظرا للعرف وما اختص به كل إقليم أو مجتمع.

2- التوصيات:

كان ما تقدم يمثل أهم النتائج التي توصلت إليها في دراسي لموضوع التعسف في استعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية اقتضى ذلك أن تكون هناك توصيات لا تقل أهمية عن النتائج المتوصل إليها، بل هي أولى بالتنويه إليها والتنبيه عليها؛ لأن فيها توجيهها وتصويبها وإرشادها وإدراكا لما يمكن إدراكه في التعديلات القادمة، وذلك على النحو الآتي:

1- تفعيل القانون دون إفراط للتقليل من ازدياد نسبة التعسف في ممارسة الحقوق، وذلك لقلّة الوازع الديني والأخلاقي وعدم الاقتناع بالقانون وإن تسلط على أبدانهم، فإنه لا سلطان له على قلوبهم بالرغم من الاحترازات التي وضعها المشرع، وكذا صور العقوبات الردعية التي سنّها.

2- لابد على الجهات الوصية و المختصة من إعادة النظر في الوسائل المستخدمة في معالجة الأمور، دون الاكتفاء ببعض التحسينات المحتشمة والتميمات إرضاء لبعض الأطراف، مما يزيد من طول عمر الأزمة، وكما قالوا: "خير الدواء الكي".

وذلك بتشكيل لجنة مختصة لتقصي آثار تلك التشريعات والوقوف على إيجابياتها وسلبياتها.

3- لكي توتى تلك الإصلاحات أكلها وما ترتب عليها من تشريعات وتوصيات لابد أن تسبقها دراسات معمقة من لجان متخصصة غير متحيزة أو متشعبة بإيديولوجيات معينة، مع إعطائها الوقت الكافي لبيان الإيجابيات والسلبيات والآثار المترتبة عليها، مع الحذر الشديد من القرارات المبنية على الأمزجة والارتجالية والعشوائية؛ لأنها تؤدي إلى مصائب ومحن وكوارث تساهم في ازدياد عمق جراح المشكلة لا حل لها، وواقعنا خير شاهد على ذلك.

4- غرس ثقافة روح المسؤولية في نفوس الأفراد من قبل المؤسسات الدينية والاجتماعية والثقافية، وذلك بوضع برامج هادفة تتماشى مع قيم المجتمع الصالح، تسهر على تجسيدها لجان متخصصة بدلا من البرامج الهدامة أو غير الهادفة التي هي مضيعة للمال وإفساد للأخلاق.

5- سن قوانين تتماشى مع القيم الاجتماعية، مع الصبر والصرامة في تطبيقها دون التدخل أو الضغط من جهات أخرى؛ حتى يكون لها احترام في نفوس الأفراد وديمومة في المستقبل وأثر في الواقع.

6- يجب على المخطوبين المقبلين على الزواج وأسرتيهما أن يتقصى كل منهما أخبار الطرف الآخر على تودة؛ حتى يكونوا على بينة من أمرهم، لا الاكتفاء بالمظاهر والأخبار العامة، أو ما استقر عليه الفتى والفتاة؛ لأنه يغلب عليهما شهوة النفس على العقل تحت دعوة الحب وما شاكل ذلك، فالأمر لا يخصهما لو حدتهما، بل يتعدى إلى الأسرة والمجتمع معا، نظرا للآثار المترتبة على ذلك الزواج فيما بعد، فالإسراع في إتمام مراسمه دون التعارف التام بينهما، تترتب عليه مفسد جمة، نظرا للتغيرات الاجتماعية، ولا يشفع في ذلك ما تمر به الفتاة من كبر سن أو عنوسة، إعمالا للمقاصد والأدلة الشرعية التي تحث على ذلك.

7- عدم إطالة فترة العقد قبل الدخول أو الخطبة بين المخطوبين، وكذا الاتصال المتكرر بينهما؛ لأن هذه كلها أسباب لإثارة المشاكل بينهما، بحجة أن كلا منهما له الحق في متابعة ومراقبة الطرف الآخر، وبالأخص الزوج، باعتبار أن القوامة له، وأنه هو السيد.

8- إعادة النظر في الاتفاقيات المصادق عليها المتعلقة بحقوق المرأة، وكذا مفهوم الحرية لدى المرأة، والدعاوى المنادية بمساواتها بالرجل في الحقوق والواجبات، اتباعا للمجتمعات الغربية، ونزولا عند رغبات وتوصيات المنظمات الإقليمية والدولية، والتيارات التغريبية.

9- إعادة الاعتبار للعرف المعتبر شرعا وقانونا في المسائل التي يقع فيها الخلاف بين الزوجين، خصوصا المتعلقة بعقد الزواج والخطبة والطلاق بما يخدم المصلحة الخاصة والعامة معا، دون التقيد بالأعراف الفاسدة أو الفهم الخاطئ للتشريع الإسلامي من أجل تخفيف العبء على المحاكم في معالجة القضايا المطروحة أمامها وتسريعها، ولا مانع من سن مواد قانونية تبين كيفية الاستئناس بالعرف عند عدم وجود بينة لدى الطرفين المتنازعين، ومنعا أيضا للتلاعبات والاستغلال السيئ له، وواقعا خير دليل على ذلك؛ لأن التشريع الناجع والناجح لا بد أن يلقي القبول لمن يشرع لهم حتى يكون فعّالا ويحترم، ولما لا وهو أحد مصادر التشريع الإسلامي عند أحد المذاهب الفقهية السنية التي يتمذهب بها المجتمع الجزائري عموما، بل إنه المذهب المعتمد لدى الدولة الجزائرية.

والعمل بالعرف لا يقتصر الأخذ به على مسائل الأحوال الشخصية فقط بل يتعدى إلى غيرها من المعاملات المالية والعقود التجارية وبالأخص سوق العقار.

10- وضع تشريعات عامة واضحة المعالم والدلالات لمجابهة الظروف الطارئة والنوازل تحقق مصالح الناس، فتحول دون اعتساف جادة المصلحة والعدل المنشود.

11- عقد يوم تحسيبي بين الفينة والأخرى، سواء في المساجد أو دور الثقافة وغيرها، يحاضر فيه المختصون من أهل الشرع والقانون والطب النفسي، من أجل بيان المقصد من الزواج والطلاق وكذا الحقوق والواجبات، وكيفية التعامل حالة وقوع نزاع ما بين الزوجين، وعدم التسرع في الطلاق، أو طلب الخلع، إلى غير ذلك، مع إشراك القنوات الإعلامية بكل أنواعها، نظرا للإقبال عليها، وما تملكه من آليات وتأثيرها على الفرد.

12- بما أن من أهم النتائج التي خلص إليها الباحث أن القوانين العربية تتفق في معظم مسائل الأحوال الشخصية، أو ما يعرف بالأسرة لدى البعض منها إلا ما اختص به كل مجتمع تبعا للأعراف والعادات، فإن هذا مدعاة للمطالبة بإحياء وثيقة السودان للتكامل العربي في مجال الأحوال الشخصية - الأسرة - مع إعطاء فسحة فيه لبعض الخصوصيات.

13- وضع مذكرة إيضاحية يستأنس بها القضاة و غيرهم من رجال القانون المهتمين بشؤون الأسرة في معالجة القضايا المطروحة، تكون عوناً لهم في حل المشاكل الأسرية كما هو الشأن في بعض الدول العربية.

14- إعادة النظر في بناء المجتمع، وذلك من خلال الاهتمام بتكوين الفرد الذي يمزج فيه بين الأصالة والحداثة والعصرية، وبهذا نكون قد جمعنا بين الحسنيين متجنبين التوقع حول الماضي أو الانسلاخ من هويتنا والذوبان في الحضارة المادية إذا أردنا مجتمعاً راقياً مفيداً لوطنه وأمتة.

15- ضرورة إصدار قائمة موسعة بالأمراض التي يتضمنها الفحص الطبي قبل الزواج، والتي يمكن أن تشكل خطراً على صحة الأسرة، مع ترك القائمة مفتوحة لإضافة أمراض أخرى متى دعت الحاجة لذلك.

وبهذا أكون قد أنهيت هذه الرسالة سائلاً الله عز وجل أن يتقبلها مني ويجعلها في ميزاني حسناتي ومن علمني، والحمد لله رب العالمين الذي بنعمته تتم الصالحات، وسبحانك اللهم لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم، وصلى اللهم وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين آمين.

الفهارس العلمية

فهرس أطراف الآيات القرآنية

فهرس أطراف الأحاديث النبوية

فهرس أطراف آثار الصحابة والتابعين

فهرس أطراف القواعد الفقهية

فهرس المصادر والمراجع

فهرس قائمة الرموز

فهرس المحتويات

1- فهرس أطراف الآيات القرآنية

السورة	الآية	رقمها	الصفحة
البقرة	﴿أَفَتُؤْمِنُونَ بِبَعْضِ الْكِتَابِ وَتَكْفُرُونَ بِبَعْضٍ...﴾ ^٤	85	60
	﴿رَبَّنَا وَاجْعَلْنَا مُسْلِمِينَ لَكَ وَمِنْ ذُرِّيَّتِنَا أُمَّةً...﴾	128	373
	﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا...﴾	143	64،185
	﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ...﴾	173	398
	﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...﴾	188	207،273
	﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾	190	24،39
	﴿وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾	195	287
	﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾ ^٥	205	182
	﴿وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا...﴾	221	57
	﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَدْنَى...﴾	222	148
	﴿فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ...﴾	222	153
	﴿نِسَاءُكُمْ حَرَّتُمْ لَكُمْ فَأَتُوا حَرَثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ.﴾	223	151،153
	﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾	227	199
	﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾	228	135،139،149،184
	﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا...﴾	229	27،205
	﴿إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ...﴾ ^٦	229	197
﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فِيمَا سَأَلَ بِمَعْرُوفٍ...﴾	229	27،184،218	
﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ...﴾	230	58	

290	230	﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا ... ﴾ ^ف
22	231	﴿ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ... ﴾
188,250,257	231	﴿ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا ... ﴾ ^ع
56,58	232	﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ ... ﴾
135,165,166,290	233	﴿ لَا تَضَارَّ وِلْدَانُكُمْ بِوَالِدِهِمْ وَلَا يَأْتُواكُم مِّنْهُنَّ مَسَاجِدَ اللَّهِ مَخْفَفًا ... ﴾ ^{هـ}
135	233	﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ مِمَّا رَزَقْنَاهُ رِزْقًا مِّنْهُنَّ ... ﴾ ^و
165, 169	233	﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ... ﴾ ^ط
167,306	233	﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ... ﴾ ^ظ
58	234	﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ... ﴾
242	234	﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَضَّعْنَ ... ﴾
297	237	﴿ وَلَا تَنسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ... ﴾ ^ح
182	251	﴿ وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ ... ﴾
336,405	275	﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ... ﴾ ^د
25,233	280	﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ... ﴾
105,336	282	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ ... ﴾
332	282	﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا ... ﴾
105	283	﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا ... ﴾
400	283	﴿ فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ ... ﴾ ^ط
100,158,233	286	﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ... ﴾ ^ع

389	28	﴿ لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ... ﴾	آل عمران
389	118	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بَطَانَةَ... ﴾	
168	159	﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ... ﴾	
195	185	﴿ كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ... ﴾	
2	1	﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ... ﴾	النساء
130,132	3	﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتَى... ﴾	
118	4	﴿ وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً... ﴾	
323,332	5	﴿ وَلَا تُوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلْتُمْ... ﴾	
119,121,345	6	﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ... ﴾	
329	6	﴿ وَابْتُلُوا الَّتِي تَمَنَّى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ... ﴾	
344,365	6	﴿ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ... ﴾	
368,442	6	﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ... ﴾	
323	6	﴿ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾	
403	12	﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا... ﴾	
272	19	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ... ﴾	
27	19	﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا... ﴾	
132,183	19	﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾	
93	20	﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ... ﴾	
93	21	﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى... ﴾	
2,64,198	21	﴿ وَأَخَذَنْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾	

118	24	﴿ وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا ... ﴾	
57	25	﴿ فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ ... ﴾	
336	29	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا ... ﴾	
25،22	29	﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ ... ﴾	
135	34	﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا ... ﴾	
139،140	34	﴿ وَالَّتِي تَخَافُ تَخَافُونَ نُسُوزَهُنَّ ... ﴾	
184	35	﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا ... ﴾	
400،442	58	﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ ... ﴾	
101	59	﴿ فَإِنْ نَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ... ﴾	
101	65	﴿ فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ ... ﴾	
196	78	﴿ أَيُّنَمَا تَكُونُوا يُدْرِكُكُمُ الْمَوْتُ ... ﴾	
156	86	﴿ وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا ... ﴾	
184	128	﴿ وَإِنْ أَمْرَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ ... ﴾	
107	128	﴿ أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ... ﴾	
76،80،81	129	﴿ وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ ... ﴾	
197،199	130	﴿ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كِلَا مِنْ سَعَتِهِ ... ﴾	
389،413	141	﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ ... ﴾	
21،422	147	﴿ مَا يَفْعَلُ اللَّهُ بِعَدَائِكُمْ إِنْ شَكَرْتُمْ ... ﴾	
42،92	1	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ... ﴾	المائدة
163،168،287	2	﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾	
402	8	﴿ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَى ... ﴾	
251	48	﴿ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَا جَا ﴾	
55	55	﴿ إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا ... ﴾	

135	151	﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا... ﴾	الأنعام
339	31	﴿ يَبْنِيْءَ آدَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ... ﴾	الأعراف
24	31	﴿ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا... ﴾	
24،137	32	﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ... ﴾	
61	157	﴿ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَعْلَالَ الَّتِي... ﴾	
62	199	﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ... ﴾	التوبة
55	67	﴿ الْمُنْفِقُونَ وَالْمُنْفِقَاتُ بَعْضُهُمْ مِّنْ بَعْضٍ... ﴾	
55،389	71	﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ... ﴾	
92	80	﴿ اسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ... ﴾	
133	105	﴿ وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ... ﴾	هود
287	101	﴿ وَمَا ظَلَمْنَاهُمْ وَلَكِنْ ظَلَمُوا... ﴾	
373	38	﴿ وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ... ﴾	يوسف
2	72	﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا... ﴾	النحل
92،292	91	﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ... ﴾	
59،157	23	﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ... ﴾	الاسراء
135	23	﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا... ﴾	
339	27	﴿ إِنَّ الْمُبْدِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيْطَانِ... ﴾	
338	29	﴿ وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ... ﴾	
442	32	﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً... ﴾	
25	33	﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ... ﴾	
22	33	﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا... ﴾	
42،291	34	﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾	
،182،334،451	70	﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ... ﴾	
144			

161	114	﴿ وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا ﴾	طه
61	107	﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً... ﴾	الأنبياء
188،198	32	﴿ ذَلِكَ وَمَنْ يُعْظِمِ شَعَائِرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا... ﴾	الحج
61،64،189،211،2 33،373	78	﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ... ﴾	
96	3	﴿ الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً... ﴾	النور
96،40	30	﴿ قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أَيْدِيهِمْ... ﴾	
40،96	31	﴿ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَعْضُضْنَ مِنْ... ﴾	
57	32	﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ... ﴾	
338	63	﴿ وَعِبَادُ الرَّحْمَنِ الَّذِينَ يَمْشُونَ عَلَى الْأَرْضِ.. ﴾	الفرقان
338	67	﴿ وَالذَّيْتِ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ... ﴾	
439	12	﴿ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ... ﴾	القصص
59	8	﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا... ﴾	العنكبوت
2،91،129،145،15 8،204،257	21	﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ... ﴾	الروم
22	13	﴿ إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ ﴾	لقمان
195	11	﴿ قُلْ يَتُوبُكُمْ مَلِكُ الْمَوْتِ الَّذِي... ﴾	السجدة
441	5	﴿ أَدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ... ﴾	الأحزاب
442	5	﴿ فَإِنْ لَمْ تَعْمُوا ءِآبَاءَهُمْ فَاخْوَانِكُمْ... ﴾	
173،178،323	6	﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ... ﴾	
136	21	﴿ لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ... ﴾	
138	33	﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ... ﴾	
189	18	﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ... ﴾	فاطر
252	43	﴿ وَلَا يَحِيْقُ الْمَكْرُ السَّيِّئُ إِلَّا... ﴾	

22	32	﴿ فَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ كَذَبَ عَلَى اللَّهِ... ﴾	الزمر
137	29	﴿ مَا أُرِيكُمْ إِلَّا مَا أَرَى... ﴾	غافر
287	40	﴿ مَنْ عَمِلَ سَيِّئَةً فَلَا يُجْزَى... ﴾	
287	46	﴿ مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ... ﴾	فصلت
136,168	38	﴿ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ... ﴾	الشورى
59	15	﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا... ﴾	الأحقاف
182	4	﴿ وَلَكِنْ لِيَبْلُؤْا بَعْضَكُمْ بَعْضًا... ﴾	محمد
58,157,168,287, 289,401,406	22	﴿ فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا... ﴾	
168,402	23	﴿ أُولَئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فَأَصَمَّهُمْ ﴾	
23	12	﴿ وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا... ﴾	الحجرات
146	12	﴿ إِنْ بَعْضُ الظَّنِّ إِتَمَّ... ﴾	
257	21	﴿ وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ ﴾	الذاريات
25	56	﴿ وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴾	
189	39	﴿ وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ﴾	النجم
156,251,423	60	﴿ هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ ﴾	الرحمان
148	7	﴿ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ... ﴾	الحشر
118	10	﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكُوهنَّ إِذَا... ﴾	الممتحنة
100,158,167,21 0,233,370	16	﴿ فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ وَأَسْمَعُوا... ﴾	التغابن
215,227	1	﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ... ﴾	الطلاق
230,236	1	﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا... ﴾	
231	1	﴿ لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾	
227,236	6	﴿ أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمُ مِنْ وَجْدِكُمْ... ﴾	

233	7	﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ^ط وَمَن قُدِرَ... ﴾	
165	6	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ... ﴾	التحريم
182	2	﴿ الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ... ﴾	الملك
21,83,148,261	14	﴿ أَلَا يَعْلَمُ مَن خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴾	
92	30	﴿ عَلَيْهَا تِسْعَةَ عَشَرَ ﴾	المدثر
92	31	﴿ وَمَا جَعَلْنَا عِدَّتَهُمْ إِلَّا فِتْنَةً لِلَّذِينَ... ﴾	
211	36	﴿ أَيَحْسَبُ الْإِنسَانُ أَن يُتْرَكَ سُدًى ﴾	القيامة
368,403	20	﴿ وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا ﴾	الفجر

2- فهرس أطراف الأحاديث النبوية الشريفة

الصفحة	الراوي	طرف الحديث
144	سعد بن عبادة	أتعجبون من غيرة سعد
61	أبو هريرة	أحب الدين إلى الله الحنفية
93	عقبة بن عامر	أحق ما أوفيتم من الشروط
347	عبد الله بن عمر	إذا بايعت فقل لا خلاية
39	جابر بن عبد الله	إذا خطب أحدكم المرأة فإن
39	موسى بن عبد الله	إذا خطب أحدكم المرأة فلا
165	أبو هريرة	إذا خطب إليكم من ترضون
136	عبد الرحمن بن عوف	إذا صلت المرأة خمسها وصامت
151	أنس بن مالك	إذا غشي الرجل أهله فليصدقها
337	أنس بن مالك	إذا كنت غير تارك البيع، فقل: هاء وهاء
133	أبو هريرة	أفضل الصدقة ما ترك غني
204	ابن عباس	أقبل الحديقة، وطلقها تطليقة
154	ابن عباس	أقبل وأدبر واتق الدبر والحیضة
159،163	أنس بن مالك	أكرموا أولادكم وأحسنوا أدبهم
159	عمرو بن الأحوص	ألا إن لكن على أنفسكم حقا
363	عمرو بن شعيب	ألا من ولي يتيما له مال
60	أبو هريرة	أمك. قال: ثم من؟ قال: "أمك"
137	جابر بن عبد الله	أمهلوا حتى تدخلوا ليلا
65	عبد الله بن عمر	أمرو النساء في بناتهن
56	معقل بن يسار	الآن أفعل يارسول الله
147	عائشة	إناء مثل إناء
166،285	عمرو بن شعيب عن أبيه	أنت أحق به مالم تتكحي
42	أبو هريرة	آية المنافق ثلاث
141	معاوية القشيري	أن تطعمها إذا طعمت
64	أبو هريرة	إن الدين يسر

157	أبو هريرة	إن الرحم سُحِجَّةٌ من الرحمن
401	أبو هريرة	إن الرجل ليعمل بعمل أهل الخير
401	أبو هريرة	إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة
187	أبو ذر	إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان
403	أبو هريرة	إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم
93	المغيرة بن شعبة	إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات
156	شداد بن أوس	إن الله كتب الاحسان على كلِّ
206	شهر بن حوشب	إن الله لا يحب كل ذواق من الرجال
145	أبو هريرة	إن الله يغار
367	عمرو بن شعيب	أنت ومالك لوالدك
148	أبو هريرة	إن المرأة خلقت من ضلع لن تستقيم
225	أنس بن مالك، جابر بن عبد الله	إن هذا الدين متين فأوغلوا فيه برفق
142	عبد الله بن زمعة	إني لأكره للرجل يضرب أمته عند
59	ابن عباس	الأيام أحق بنفسها من وليها
57	عائشة	أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها
206	ثوبان	أيما امرأة سألت زوجها طلاقا
170	أبو أمامه	تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم
170	معقل بن يسار	تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم
405	نعيم بن عبد الرحمن	تسعة أعشار الرزق في التجارة
153	عبد الله بن عمر	تلك الويطة الصغرى
164	أبو هريرة	تنكح المرأة لأربع
188	أبو هريرة	ثلاث جدهن جد وهزلهن جد
145	ابن عمر	ثلاثة قد حرم الله عليهم الجنة
145	ابن عمر	ثلاثة لا ينظر الله عز وجل إليهم
119	أبو الدرداء	حبك الشيء يُعمي ويُصم
58	أبو هريرة	خلق الله الخلق فلما فرغ منه قامت الرحم
438	أبو هريرة	خير بيت في المسلمين بيت فيه يتيم
191،212	الحسن بن علي	دع ما لا يربيك إلى ما يربيك

100,158,256	أبو هريرة	دعوني ما تركتكم
164	عبد الله بن عمرو بن العاص	الدنيا متاع
324	عائشة	رفع القلم عن ثلاث
159	عائشة	سددوا وقاربوا
135	عبد الله بن عمر	السمع والطاعة على المرء المسلم
59	عبد الله بن مسعود	الصلاة على وقتها
292	أبو هريرة، كثير بن عبد الله	الصلح جائز بين المسلمين
42	عبادة بن الصامت	اضمنوا لي ستا أضمن لكم الجنة
142	يحيى بن سعيد	اضربوا ولن يضرب خياركم
233,296,370	أبو هريرة	فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه
362	عائشة	فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لاولي
204	ابن عباس	فتردين عليه حديثه
140	سليمان بن عمرو بن الأحوص	فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع
61,225	أبو هريرة	فإنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين
95	جابر بن عبد الله	فأين أنت من العذاري ولِعَابِهَا
337	أنس بن مالك	فقل هاء وهاء ولا خلافة
95	جابر بن عبد الله	فهلا تزوجت بكرا تضاحكك وتضاحكها
95	جابر بن عبد الله	فهلا جارية تلاعبها وتلاعبك
62,280	عبد الله بن مسعود	فما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله
191,212,419	النعمان بن بشير	فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه
404	عبد الله بن عمرو بن العاص	القتل في سبيل الله يكفر كل شيء إلا الدين
222	ابن عباس	كان الطلاق على عهد رسول الله
115	عبد الله بن عمر	كفى بالمرء إثما أن يحبس عمن يملك
115	عبد الله بن عمر	كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت
133	عبد الله بن عمر	كفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول
368	ابن أبي جبلة	كل أحد أحق بماله من والده وولده
187	أبو هريرة	كل طلاق جائز
59	أبو هريرة	لا تتكح الأيم حتى تستأمر

449	عبادة بن الصامت	لا ضرر ولا ضرار
135	علي بن أبي طالب	لا طاعة في معصية إنما الطاعة
187	عائشة	لا طلاق ولا عتاق في غلاق
57	أبو موسى	لا نكاح إلا بولي
118	أبو سعيد	لا نكاح إلا بولي وشهود ومهر
76,80,131	عائشة	اللهم هذا قسمي فيما أملك
136	عبد الله بن أبي أوفى	لو كنت أمرا أحدا أن يسجد لغير الله
255	أنس بن مالك	لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب
142	عبد الله بن زمعة	لا يجلد أحكم امرأته جلد العبد
94	عبد الله بن عمرو بن العاص	لا يحل أن ينكح المرأة بطلاق أخرى
25	ابن مسعود	لا يحل دم امرئ مسلم
94	أبو هريرة	لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها
118	الحسن بن أبي الحسن	لا يحل نكاح إلا بولي وصداق
157,168,288	جبير بن مطعم	لا يدخل الجنة قاطع رحم
152	أبو هريرة	لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأته في
149	عائشة	النساء شقائق الرجال
91	عائشة	ما بال رجال يشترطون شروطا ليست
225	عائشة	ما خير رسول الله ﷺ بين أمرين إلا
160,362	أيوب بن موسى الأنصاري	ما نحل والد ولدا من نحل أفضل من
91	عائشة وأبو هريرة	ما وافق الحق
215	عبد الله بن عمر	مره فليراجعها
91,292	كثير بن عبد الله المزني	المسلمون عند شروطهم
152	أبو هريرة	ملعون من أتى امرأته في دبرها
152	أبو هريرة	من أتى حائضا أو امرأة في دبرها
152	مجاهد	من أتى امرأته في دبرها فهو من المرأة
157	أنس بن مالك	من أحب أن يبسط له في رزقه وينسأ له
58	أبو هريرة	من سره أن يبسط له في رزقه وأن ينسأ
145	جابر بن عبد الله	من الغيرة ما يحبه الله ومنها ما يبغضه

132	أبو هريرة	من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما
55	عبد الله بن عمر	من قتل دون ماله فهو شهيد
289	أبو هريرة	من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه
437	أبو هريرة	هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت
438	سهل بن سعد	وأنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا
212	جابر بن عبد الله	واستحلتم فروجهن بكلمة الله
147	أبو هريرة	واستوصوا بالنساء خيرا
149	أبو زر	وفي بضع أحدكم صدقة
142	جابر بن عبد الله	ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه
133	جابر بن عبد الله	ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف
94	أبو هريرة	وَلَا تَسْأَلِ الْمَرْأَةَ طَلَاقَ الْأُخْرَى
406	عمرو بن يثرب ضميري	ولا يحل لا مرئى من مال أخيه إلا ما طابت
150	عبد الله بن عمرو بن العاص	يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم
397	سعد بن أبي بردة	يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تتفرا
61	أنس	يسروا ولا تعسروا
404	عبد الله بن عمرو بن العاص	يغفر للشهيد كل ذنب إلا الدين
23	عبد الله بن عمر	الظلم ظلمات يوم القيامة
39	المغيرة بن شعبة	انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما
44	عبد الله بن عمر	لا يبيع الرجل على بيع أخيه
147	أنس	غارث أمكم
255	أنس بن مالك	لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب
25	عبد الله بن مسعود	لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله
404	أبو هريرة	نفس المؤمن معلقة بدينه
404	أبو قتادة	نعم وأنت صابر محتسب

3- فهرس أطراف آثار الصحابة والتابعين

الصفحة	قائله	طرف الأثر
362	ابن عمر	أدب ابنك فإنك مسئول عن ولدك
401	ابن عباس	الإضرار في الوصية من الكبائر
335	عثمان ابن عثمان	ألا تأخذ على ابن أخيك وتحجر عليه
334	عروة ابن الزبير	إني اشتريت بيع كذا وكذا
230	عائشة	اتق الله واردها إلى بيتها
157	أنس	اتق الله ولا تخلفي زوجك
438	عبد الله بن عمر	دونك هذا فو الله ما غبنت
27	عمر بن الخطاب	ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضي
159	عائشة	كان أحب العمل إلى رسول الله ﷺ الذي يدوم
222	ابن عباس	كان الطلاق على عهد رسول الله
118	أبو سعيد	لا نكاح إلا بولي وشهود ومهر
144	سعد بن عباد	لو رأيت رجلا مع امرأتي لضربته بالسيف
337	إبراهيم النخعي	لا يحجر على حر
62،280	عبد الله بن مسعود	ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن
230	عائشة	ما لفاطمة بنت قيس خير
335	عثمان ابن عفان	ما يسرنى أنها لي بنعلي
437	أبو بكر الصديق	هي أعطف وألطف وأرق وأرضى وأرحم
330	ابن عباس	وكتبت تسألني: متى ينقضي يتم اليتيم؟
437	أبو بكر الصديق	يا عمر مسحها وحجرها وريحها خير له

4- فهرس أطراف القواعد الفقهية والأصولية والقانونية

الصفحة	القاعدة
210	احتمال الضرر الأخف درءا للضرر الأشد
255	إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا
230	إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام
207	ارتكاب أخف الضررين
296	اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات
188،250	إعمال الكلام أولى من إهماله
265،286،370	الأصل براءة الذمة
365،392	الأصل بقاء ما كان على ما كان
373	الأصل في الكلام على الحقيقة
200	أن كل حق ثبت لشخص ما إلا وله أن يستعمله بنفسه
366	الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن
334	التأسيس أولى من التأكيد
365	التابع تابع
46	التسبب في الضرر يوجب الضمان إذا كان عمدا
72،102،206،263،281،370،366	تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة
28،42،155	الجواز الشرعي ينافي الضمان
412	الحاجة تنزل منزلة الضرورة
30،291،345،439	الحكم يدور مع علته وجودا وعدما
373	حمل اللفظ إلى ما يتبادر إلى الذهن أولى
368،419،449	الخراج بالضمان
435	الخروج من الخلاف مستحب
23،26،28،133،158،167،210،256	درء المفسد مقدم على جلب المصالح
398،413،	
157	دفع أعظم الضررين
232	الرجعية كالزوجة في كل الأمور

152،207	الرخص لا تناط بالمعاصي
421	الرضا بالشيء رضا بما يتولد عنه
332،366	الزائل العائد هل هو كالذي لم يُزل أو كالذي لم يُعد
28،133،23	الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف
23	الضرر الخاص يتحمل في سبيل الضرر العام
23،26،100،130،139،254،264،274	الضرر لا يزال بالضرر
228	الضرورة تقدر بقدرها
255،274،397،412	الضروريات تبيح المحظورات
203، 189،157،155،139،46،11 307،398، 274،	الضرر يزال
130	الضرر يدفع بقدر الإمكان
109،429	العادة محكمة
399	العقد شرعية المتعاقدين
274،368،419	الغنم بالغرم
148	الكذب مفسدة محرمة إلا أن يكون فيه جلب مصحة أو درء
123	كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يشرع
256	كل عقد تقاعد عنه مقصوده بطل من أصله
110،266،280	كل ما ورد به الشرع مطلقا
28،139،155،169،203،264	لا ضرر ولا ضرار
254،255،368،398	ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها
73،437	ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط
365	ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين
189	المشقة تجلب التيسير
353	ما جاور الشيء يأخذ حكمه
333	المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة
95،109،436	المعروف عرفا كالمشروط شرطا
438	ما لا يتيم الواجب إلا به فهو واجب
155	من أتلف شيئا فعليه إصلاحه

252	من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه
369	الميسور لا يسقط بالمعسور
370	هل العبرة بالحال أو بالمآل
390،434	هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها
366،394،427	الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة
28،130،133	يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام
100	يتحمل الضرر الأقل
28،210	يختار أهون الشرين
333،254	يرتكب أخف الضررين
369،391،402،444	يغتنر في الوسائل ما لا يغتنر في المقاصد
392،404،421	اليقين لا يزال بالشك

5- فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم: اعتمدت مصحف المدينة المنورة للنشر الحاسوبي، مجمع الملك فهد بن عبد العزيز لطباعة المصحف الشريف.

أ- كتب التفسير:

- 1- أحكام القرآن، أبوبكر ابن العربي، تحقيق: علي مجدي البيجاوي، دار الفكر العربي: القاهرة، مصر.
- 2- أحكام القرآن، أبو بكر الجصاص، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، ط1(1415هـ/1994م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 3- التحرير والتتوير، محمد الطاهر بن عاشور، ط(1997م)، دار سحنون: تونس.
- 4- تفسير آيات الأحكام، للسايس، أشرف على تنقيحه وتصحيح أصوله محمد علي السايس، عبد اللطيف السبكي وآخرون، ط1(1415هـ/1994م)، دار ابن كثير: دمشق، سوريا، بيروت، لبنان.
- 5- تفسير البيضاوي، مطبوع مع حاشية الشهاب المسمى عناية القاضي وكفاية الرازي، لشهاب الدين الخفاجي، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، ط1(1417هـ/1997م) دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 6- تفسير القرآن العظيم لابن كثير، ج1/ص 522 و ما بعدها، تحقيق عبد الرزاق المهدي، ط2(1423هـ/2000م)، دار الكتاب العربي: بيروت، لبنان، ط2(1423هـ/2002م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 7- التفسير الكبير والمعروف ب: مفاتيح الغيب، فخر الدين الرازي، طبعة جديدة: مصححة ومخرجة آيات الشواهد، ط1(1411هـ/1990م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 8- تنوير المقباس من تفسير ابن عباس، إعداد مكتب التحقيق بالدار، ط1(1412هـ/1992م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 9- تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد الرحمن السعدي، اعتنى به تحقيقا ومقابلة عبد الرحمن بن معلا اللويحق، ط1(1422هـ/2221م)، م/العبيكان: الرياض، السعودية.
- 10- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، تحقيق عبد الرزاق المهدي، ط5 (1423هـ/2002م)، دار الكتاب العربي: بيروت، لبنان.

- 11- جامع البيان عن تأويل آي القرآن، لابن جرير الطبري، تحقيق مكتب الدار، ط1(1423هـ/2002م)، دار ابن حزم: بيروت، لبنان، دار الأعلام عمان: الأردن.
- 12- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، للسيد محمود الألوسي البغدادي، ضبطه وصححه علي عبد الباري عطية، ط1(1415هـ/1994م)، دار الكتب العلمية : بيروت، لبنان.
- 13- عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ للسّمين، تحقيق عبد السلام أحمد التتويجي الحلبي، ط1(1424هـ/1995م)، جمعية الدعوة الإسلامية العالمية: طرابلس، ليبيا.
- 14- الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل لجار الله الزمخشري، دار المعرفة: بيروت، لبنان.
- 15- المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لابن عطية، تحقيق المجلس العلمي بمكناس، ط(1408هـ/1988م)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: المغرب، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، ط1(1422هـ/2001م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- ب - كتب الحديث الشريف:**
- 16- الإتحاف بتخريج أحاديث الإشراف، للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، خرجها ودرسها بدوي عبد الصمد الطاهر صالح، ط2(1422هـ/2001م)، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث: دبي، الإمارات العربية المتحدة.
- 17- الأدب المفرد، للبخاري، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط(1417هـ/1996م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 18- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لأبي عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني، ط1(1339هـ/1979م)، الناشر: المكتب الإسلامي، القاهرة، مصر.
- 19- إكمال المعلم بفوائد المسلم، تحقيق يحي إسماعيل ط2(1425هـ/2004)، دار الوفاء: المنصورة، مصر.
- 20- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لابن حجر الكناي العسقلاني، تحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ط2(1427هـ/2006م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 21- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، لابن رجب الحنبلي البغدادي ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، إبراهيم باجس، ط7(1422هـ/2001م) م / الرسالة: بيروت، لبنان، تحقيق محمد الأحمد أبو النور، ط1(1419هـ/1998م)، دار السلام: القاهرة، مصر.

- 22- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، للصنعاني، تحقيق فواز أحمد زمرلي، إبراهيم محمد الجمل، ط14/ (1422هـ/2002م)، دار الكتاب العربي: بيروت، لبنان.
- 23- سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط5 (1395هـ/1975م)، دار إحياء التراث العربي: بيروت، لبنان،
- 24- سنن أبي داود ، تحقيق: عزت عبيد الدعاس، عادل السيد، ط1 (1418هـ/1997م) دار ابن حزم، بيروت، لبنان.
- 25- سنن الترمذي، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، ط2 (1403هـ/1983م)، دار الفكر: بيروت، لبنان.
- 26- سنن الدار قطني، ط (1413هـ/1993م)، دار إحياء التراث العربي: بيروت ، لبنان.
- 27- سنن الدارمي، تحقيق: محمد أحمد دهمان، دار إحياء السنة النبوية، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 28- السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط1 (1414هـ/1994م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 29- سنن النسائي، كتاب النكاح، تحقيق: مكتب التراث بالدار، ط1 (1411هـ/1991م) ، دار المعرفة: بيروت، لبنان.
- 30- شرح الزرقاني على الموطأ، ط1 (1411هـ/1990م)، دار الكتب العلمية : بيروت، لبنان.
- 31- شرح صحيح مسلم، لأبي عبد الله الأبي، كتاب الطلاق، ط/مكتبة طبرية، الرياض، السعودية.
- 32- شرح صحيح مسلم للنووي، مطبوع مع الصحيح، دار الحديث، القاهرة، مصر.
- 33- صحيح البخاري مع فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، تحقيق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب..... ، ط3 (1407هـ)، دار المطبعة السلفية: القاهرة، مصر.
- 34- صحيح مسلم بشرح النووي، تحقيق: عصام الصبا بطي، حازم محمد، عماد عامر، ط1 (1415هـ/1994م)، دار الحديث: القاهرة، مصر.
- 35- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، للأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط3 (1418هـ/1997م)، م/الرسالة: بيروت، لبنان.
- 36- عارضة الأحوذني بشرح صحيح الترمذي، لأبي بكر محمد بن العربي، وضع حواشيه جمال مرعشلي، ط1 (1418هـ/1997م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.

- 37- فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني، مطبوع مع الصحيح، دار المطبعة السلفية، القاهرة، مصر.
- 38- فيض القدير شرح الجامع الصغير، لزين الدين محمد الحدادي المناوي، تعليق: ماجد الحموي، ط1 (1356هـ)، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، مصر.
- 39- كتاب القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، لأبي بكر بن العربي المعافري، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، ط1 (1992م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان.
- 40- الموطأ للإمام مالك، تحقيق: هاني الحاج، ط / غير مؤرخة، المكتبة التوفيقية: القاهرة. مصر.
- 41- المستدرک على الصحيحين للحاكم النيسابوري، كتاب البيوع، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط1 (1411هـ/1990م)، دار الكتب العلمية: بيروت لبنان.
- 42- مسند أبي داود الطيالسي، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، ط1 (1425هـ/2004م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 43- مسند الإمام أحمد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، محمد رضوان العرقسوسي..... وآخرون، م/الرسالة: بيروت، لبنان.
- 44- المصنف في الأحاديث و الآثار، لابن أبي شيبعة، تحقيق سعيد محمد اللحام، ط1 (1409هـ/1989م)، دار الفكر: بيروت، لبنان.
- 45- المصنف ، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق، حبيب الرحمن الأعظمي، ط2 (1403هـ/1983م) المكتب الإسلامي: بيروت، لبنان.
- 46- المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، لابن حجر العسقلاني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ط (1414هـ/1993م)، دار المعرفة: بيروت، لبنان.
- 47- المعجم الكبير للطبراني، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، ط2 (1406هـ/1985م)، دار إحياء التراث العربي: بيروت، لبنان.
- 48- المعلم بفوائد مسلم، للمازري، تحقيق: محمد الشاذلي النيفر، ط2 (1992م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان.
- 49- المنقذ شرح الموطأ، لأبي الوليد الباجي الأندلسي، ط2/ غير مؤرخة، دار الكتاب الإسلامي: القاهرة، مصر.

50- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، للشوكانى، تحقيق نصر فريد محمد واصل، ط(غير مؤرخة) م. التوفيقية: القاهرة: مصر.

ج - كتب الفقه:

51- الإجماع لابن المنذر، دراسة وتحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، ط(1411هـ/1991م)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر.

52- إحكام الأحكام على تحفة الحكام، محمد يوسف الكافي، على منظومة فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب الإمام مالك بن أنس للقا ضي محمد بن عاصم الأندلسي، شرح وتعليق: مأمون بن محي الدين الجنّان، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.

53- أحكام الصغار، محمد بن محمود الأستروشنى، تحقيق: مصطفى صميده، ط1(1418هـ/1997م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.

54- الإشراف على مذاهب أهل العلم، لابن المنذر، تحقيق عبد الله عمر البارودي، ط1(1414هـ/1993)، تحقيق محمد نجيب سراج الدين، ط2(1414هـ/1993م)، دار الفكر: بيروت، لبنان.

55- الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي أبي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي، تحقيق الحبيب بن الطاهر، ط1(1420هـ/1999م)، دار بن حزم: بيروت.

56- الإقناع لطالب الانتفاع، لشرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، ت. ق عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية بدار هجر، ط1(1418هـ/1997م)، دار هجر: الجيزة، مصر.

57- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، لأحمد بن يحيى بن المرتضى، تحقيق عبد الله بن عبد الكريم الجرافي، ط1(1366هـ/1947م)، دار الحكمة اليمانية، تحقيق محمد طاهر حكيم، ط1(1420هـ/2000م)، أضواء السلف: السعودية.

58- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، تحقيق: محمد خير طعمة حلبي، ط1(1420هـ/2000م)، دار المعرفة: بيروت، لبنان.

59- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، ط9(1409هـ/1988م)، دار المعرفة: بيروت، لبنان.

60- البهجة في شرح التحفة، للتسولي، ط(1412هـ/1991م)، دار الرشاد الحديثة: الدار البيضاء، المغرب.

- 61- البيان والتحصيل، لأبي الوليد بن رشد القرطبي، تحقيق: أحمد الشراوي إقبال، ط2(1408هـ/1988م)، دارا لغرب الإسلامي: بيروت لبنان.
- 62- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لعثمان بن علي الزيلعي، ط (1315هـ)، م/بولاق: القاهرة، مصر.
- 63- تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب السالك شرح محمد الشيباني الشنقيطي، ط2(1995م) دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- 64- التاج والإكليل، للمواق مطبوع مع مواهب الجليل للحطاب.
- 65- التفريع لابن الجلاب ج2/ص50، 51، تحقيق: حسين بن سالم الدهماني، ط1(1408هـ/1987م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان.
- 66- تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، محمد بن حسين الطوري القادري الحنفي ، ضبط وخرج آياته وأحاديثه: زكريا عميرات، ط1(1418هـ/1997م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 67- التلقين في الفقه المالكي، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، ط(1413هـ/1993م)، م/فضالة: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب.
- 68- التنبيهات المستتبطة على الكتب المدونة والمختلطة للقاضي عياض، تحقيق: عبد النعيم حميتي، ط1(1432هـ/2011م)، دار ابن حزم: بيروت، لبنان.
- 69- التهذيب في اختصار المدونة، لأبي سعيد البراذعي القيرواني، دراسة وتحقيق محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، ط1(1423هـ/2002م)، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث: دبي، الإمارات العربية المتحدة.
- 70- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل للأبي الأزهر ط/دار المعرفة: بيروت، لبنان.
- 71- حاشية ابن عابدين، تحقيق: عبد المجيد طعمة حلي، ط1(1420هـ/2000م)، بيروت: لبنان.
- 72- حاشية البناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل مطبوع معه.
- 73- حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب، تحقيق: عبد الرزاق غالب المهدي، ط1(1417هـ/1996م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 74- اختلاف الفقهاء، لأبي عبد الله محمد المرزوي، دراسة وتحقيق وتعليق محمد طاهر حكيم، ط1(1420هـ/2000م)، أضواء السلف: الرياض، السعودية.
- 75- الخرشى على مختصر خليل، ط/ دار الفكر: بيروت، لبنان.
- 76- دليل القضاء الجعفري، عبد الله نعمة، ط(1402هـ/1982م)، دار الفكر اللبناني: بيروت، لبنان.

- 77- ديوان الأحكام الكبرى "النوازل والأعلام لابن سهل"، لأبي الأصبح عيسى بن سهل الجياني، تحقيق: رشيد حميد النعيمي ط1(1417هـ/1997م)، شركة الصفحات الذهبية المحدودة: الرياض، السعودية.
- 78- الذخيرة شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، ط1(1994م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان.
- 79- روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، تحقيق: خليل مأمون شيحا، ط1(1437هـ/2006م)، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- 80- الروض المبهج بشرح بستان فكر المهج في تكميل المنهج، لمحمد بن أحمد ميارة الفاسي، دراسة وتحقيق: محمد فرج الزائدي، ط(2001م)، فالياتا: مالطا.
- 81- الروضة الندية شرح الدرر البهية، لأبي الطيب صديق القنوجي البخاري، ط/غير مؤرخة دار الجيل: بيروت لبنان.
- 82- سراج السالك شرح أسهل المسالك، عثمان بري الجعلي المالكي، ط(1408هـ/1988م)، م/الثقافية: بيروت، لبنان.
- 83- شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، للحلي، ط/غير مؤرخة.
- 84- شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار، لابن مفلح، ط/ غير مؤرخة.
- 85- شرح حدود ابن عرفة، للرصاع، تحقيق: محمود أبو الأجفان، الطاهر المعموري، ط1(1993م)، دار الغرب الإسلامي : بيروت، لبنان.
- 86- شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ط/ دار الفكر: بيروت، لبنان.
- 87- الشرح الصغير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير مع بلغة السالك لأقرب المسالك، أحمد الصاوي، ط(1372هـ/1952م) مصطفى البابي الحلبي: القاهرة، مصر.
- 88- شرح فتح القدير، كمال الدين ابن الهمام، ط/دار الفكر: بيروت ، لبنان.
- 89- الشرح الكبير، سيدي أحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي: القاهرة، مصر.
- 90- شرح كتاب النيل وشفاء العليل، محمد بن يوسف أطفيش، ط3(1392هـ/1985م)، م/الإرشاد، السعودية.
- 91- شرح الكنز، للزيلعي، ط3 (1131هـ)، الأميرية: القاهرة، مصر.
- 92- شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1(1421هـ/2000م)، م/ الرسالة: بيروت، لبنان.
- 93- شرح منح الجليل على مختصر خليل، محمد عليش، ط/غير مؤرخة، دار صادر، بيروت، لبنان.

- 94- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، جلال الدين عبد الله بن شاس، دراسة وتحقيق حميد بن محمد لحر، ط1(1423هـ/2003م)، دار الغرب لإسلامي: بيروت، لبنان.
- 95- فتاوى البرزلي جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام، لأبي القاسم بن أحمد التونسي المعروف بالبرزلي، تحقيق: محمد الحبيب الهيلة، ط(2002م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان.
- 96- الفتاوى، نقي الدين أحمد بن تيمية الحراني، ط (1328هـ) م/كردستان العلمية: مصر.
- 97- فتاوى الشيخ الإمام محمد الطاهر بن عاشور، جمع و تحقيق محمد بن إبراهيم بوزغيبية، ط1(1425هـ/2004م)، مركز جمعة الماجد للثقافة و التراث: دبي، الإمارات المتحدة.
- 98- فتاوى شيخ الإسلام في تونس محمد العزيز جعيط واجتهاداته وترجيحاته، جمع ودراسة وتحقيق، محمد بوزغيبية، ط2(1426هـ/2005م)، دار ابن حزم: بيروت، لبنان.
- 99- فتح العلي المالك، الشيخ محمد عيش، ط (1378هـ/1958م)، مصطفى البابي الحلبي: القاهرة، مصر.
- 100- فصول الأحكام، القاضي أبو الوليد الباجي الأندلسي، تحقيق: محمد أبو الأجنان، ط(1985م)، الدار العربية للكتاب: ليبيا.
- 101- الفقه الإسلامي و أدلته، وهبه الزحيلي، ط(1418هـ/1997م)، دار الفكر: بيروت، لبنان.
- 102- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، مصطفى أحمد الزرقا، ط1(1418هـ/1998م)، دار القلم: دمشق، سوريا.
- 103- الفقه المالكي وأدلته، لحبيب بن طاهر، ط3(1426هـ/2005م)، مؤسسة المعارف: بيروت، لبنان.
- 104- الفواكه الدواني، أحمد بن غنيم النفراوي المالكي الأزهري على رسالة بن أبي زيد القيرواني المالكي، ط3(1374هـ/1955م)، مصطفى البابي الحلبي وأولاده: القاهرة، مصر.
- 105- القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ابن جزى الغرناطي، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، ط1(1420هـ/2000م)، المكتبة العصرية: بيروت، لبنان.
- 106- كتاب أسبوع الفقه الإسلامي، ط/المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، مصر.
- 107- كتاب الأم، محمد ابن إدريس الشافعي، تحقيق: أحمد بدر الدين حسون، ط2(1424هـ/1995م)، دار قتيبة: بيروت، لبنان.
- 108- كتاب تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، أبو الحجاج يوسف بن دوناس الفندلاوي، تحقيق: أحمد بن محمد البو شيخي، ط(1419هـ/1998م)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: المغرب.

- 109- كتاب الفروع، محمد بن مفلح المقدسي، راجعه عبد الستار أحمد فراج، ط4(1405هـ/1985م)، عالم الكتب: بيروت، لبنان.
- 110- كتاب مالك، محمد أبو زهرة، ط1(1946م)، مطبعة الاعتماد، القاهرة، مصر.
- 111- كتاب النفقات، علي بن محمد الماوردي، تحقيق: عامر سعيد الزبياري، ط1(1418هـ/1998م)، دار ابن حزم: بيروت، لبنان.
- 112- كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، ط/غير مؤرخة، عالم الكتب: بيروت لبنان.
- 113- كفاية الطالب الرباني، علي أبو الحسن مع حاشية العدوي مطبوعة معه، ط(1357هـ/1938م)، مصطفى البابي الحلبي و أولاده: القاهرة، مصر.
- 114- اللعة دمشقية، السعيد محمد العالمي، ط(1412هـ/1992م)، دار إحياء التراث العربي: بيروت، لبنان.
- 115- المجموع شرح المهذب، الشيرازي، تكملة محمد نجيب المطيعي، م/الإرشاد: جدة، السعودية.
- 116- المحلى، محمد بن حزم الأندلسي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار التراث: القاهرة، مصر.
- 117- مختصر الفتاوى المصرية، تقي الدين أحمد بن تيمية، لبدر الدين محمد بن علي الحنبلي البعلبي، تحقيق: محمد صفوت الشواد، صلاح محمد عويضة، ط3(1421هـ/2001م)، دار ابن رجب: المنصورة، مصر.
- 118- المختصر النافع، أبو القاسم الحلبي، ط(1405هـ/1985م)، دار الأضواء، بيروت لبنان.
- 119- المدونة الكبرى، الإمام مالك ابن أنس برواية سحنون عن ابن القاسم، دار صادر: بيروت، لبنان.
- 120- مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، القاضي عياض وولده محمد، تحقيق: محمد بن شريفة، ط1(1990م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان.
- 121- مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، محمد بن حزم، ط/دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 122- المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، تحقيق: حميش عبد الحق، ط(1415هـ/1995م)، دار الفكر: بيروت، لبنان.
- 123- معين الحكام على القضايا والأحكام، أبو إسحاق بن عبد الرفيع التونسي، تحقيق: محمد بن قاسم بن عياد، ط(1989م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت لبنان.

- 124- المغني، ابن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، ط4(1419هـ/1999م)، دار عالم الكتب: السعودية.
- 125- المقدمات الممهدهات، ابن رشد الجد، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، ط1(1408هـ/1988م)، دار الغرب الإسلامي: بيروت، لبنان.
- 126- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الشربيني، صححه علي عاشور، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 127- المهذب في فقه الإمام الشافعي، الفيروز أبادي الشيرازي، تحقيق: زكريا عميرات، ط1(1416هـ/1995م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 128- مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الخطاب، تحقيق: زكريا عميرات، ط1(1416هـ/1995م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.

د - كتب الأصول والمقاصد والقواعد الفقهية:

- 129- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ابن نجيم الحنفي، ط1(1413هـ/1993م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 130- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، جلال الدين لسيوطي، تحقيق: محمد محمد تامر، حافظ عاشور حافظ، ط1(1418هـ/1998م)، دار السلام: القاهرة، مصر.
- 131- الأشباه والنظائر، السبكي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، ط1(1411هـ، 1991)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 132- ترتيب الفروق واختصارها، أبو عبد الله البقوري، تحقيق: عمر بن عباد، ط(1416هـ 1996م)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: المغرب.
- 133- تشنيف المسامع بجمع الجوامع، تاج الدين السبكي، تحقيق: عبد الله ربيع، سيد عبد العزيز، ط2(1418هـ/1999م)، قرطبة: القاهرة، مصر.
- 134- الفروق، القرافي، تحقيق: عمر حسن القيام، ط1(1424هـ/2003م)، مؤسسة الرسالة: بيروت، لبنان.
- 135- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز ابن عبد السلام، ط(1352هـ)، م/الحسينية: القاهرة، مصر، ط /منقحة(1410هـ/1990م)، مؤسسة الريان: بيروت، لبنان.
- 136- القواعد النورانية الفقهية، تقي الدين أحمد بن تيمية، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، ط1(1414هـ/1994م) دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.

- 137- مقاصد الشريعة الاسلامية، محمد الطاهر بن عاشور، تحقيق ودراسة: محمد الطاهر الميساوي، ط1(1320هـ/1999م)، دار، النفائس: عمان، الأردن.
- 138- الموافقات، أبو إسحاق الشاطبي، تحقيق: عبد الله دراز، ط2(1416هـ/1996م)، دار المعرفة: بيروت، لبنان.
- هـ - كتب الدراسات الفقهية والقانونية المعاصرة:**
- 139- الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، ط3، دار الفكر العربي: القاهرة، مصر.
- 140- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الرحمان تاج، ط(1374هـ/1955م)، م/دار الكتاب العربي: مصر.
- 141- أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، محمد مصطفى شلبي، ط2(1397هـ/1977م)، دار النهضة العربية: بيروت، لبنان.
- 142- أحكام الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية "دراسة تحليلية" علاوة بوشوشة - رسالة ماجستير- كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر.
- 143- أحكام الزواج و الفرقة "دراسة فقهية مؤصلة" أحمد يوسف، مكتبة النصر: جامعة القاهرة، مصر.
- 144- الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية زكي الدين شعبان، ط6 (1993م)، جامعة قار يونس: بنغازي، ليبيا.
- 145- الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، عبد الهادي إدريس أبو إصبع، ط1(1404هـ/1994م)، دار الكتب الوطنية: بنغازي، ليبيا.
- 146- الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، وهبة الزحيلي، ط3/1427هـ/2006م، دار الفكر المعاصر: بيروت، لبنان.
- 147- تعدد الزوجات في الإسلام وحكمة تعدد زوجات النبي صلى الله عليه وسلم عبد الله ناصح علوان، ط7 (1419هـ/1999م)، دار السلام: القاهرة، مصر.
- 148- التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، عبيد القدومي، ط1(1428هـ/2007م)، دار الفكر: عمان، الأردن.
- 149- تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي" ابن زينة عبد الهادي، ط1(1428هـ/2007م)، دار الخلدونية: القبة، الجزائر.
- 150- الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية لإدريس بلحجوب، ط1(1995م)، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع: الرباط، المغرب.
- 151- حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، مولاي ملياني بغدادي، ط(1997م)، قصر الكتاب: البليدة، الجزائر.

- 152- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، عبد العزيز سعد، ط3(1996م)، دار هومة: الجزائر.
- 153- الزواج و الطلاق، وهبة الزحيلي، منشورات كلية الدعوة الإسلامية: طرابلس، لبنان.
- 154- الشافي في شرح مدونة الأسرة، عبد الكريم شهبون، ط1(1427هـ/2006م)، م/النجاح الجديدة: الدار البيضاء، المغرب.
- 155- شرح قانون الأحوال الشخصية مصطفى السباعي، ط9(1422هـ/2001م)، دار الوراق: بيروت، لبنان.
- 156- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل " دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية"، بن الشويخ الرشيد، ط1 (1409هـ/2008م)، دار الخلد ونية: الجزائر.
- 157- شرح مدونة الأسرة، محمد الأزهر، ط6 (2013م)، م/ دار النشر المغربية: الدار البيضاء، المغرب.
- 158- شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، عبد الله بن الطاهر السوسي التتاني، ط1 (1436هـ/2015م)، النجاح الجديدة: الدار البيضاء، المغرب.
- 159- صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة باديس ديابي، ط1(2012)؛ دار الهدى: عين مليلة ، الجزائر.
- 160- الطلاق والملاحظات العملية المثارة على ضوء مدونة الأسرة و التشريع الإسلامي، عبد العزيز هودي، ط1(2014م)، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش، المغرب.
- 161- الفرقة بين الزوجين، علي حسب الله، ط (1387هـ/1968م)، دار الفكر العربي: القاهرة، مصر.
- 162- الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري والقانون "الزواج والطلاق" بدران أبو العينين بدران، طبعة غير مؤرخة، دار النهضة العربية: بيروت، لبنان.
- 163- في أحكام الأسرة دراسة مقارنة "الزوج و الفرقة" أحمد بلتاجي، ط1(1421هـ/2001م)، دار التقوى: القاهرة، مصر.
- 164- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد" أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل" عبد العزيز سعد، ط2 (2009م)، دار هومة: الجزائر.
- 165- القضاء في الأحوال الشخصية، أحمد نصر الدين الجندي، ط (1992م)، دار الحديث للطباعة: القاهرة، مصر.
- 166- قضايا الفقه والفكر المعاصر، وهبة الزحيلي، ط3 (1433هـ/2012م)، دار الفكر: دمشق، سوريا.
- 167- مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، حمزة خشاب، ط(2014م)، دار بلقيس: الجزائر.
- 168- مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، محمد بفقير، ط3(1435هـ/2014م)، م/ النجاح الجديدة: الدار البيضاء، المغرب.
- 169- المرأة بين الفقه والقانون، مصطفى السباعي، ط1(1418هـ/1998م)، دار السلام، القاهرة، مصر.

- 170- المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، ط3(1417هـ/1997م)، مؤسسة الرسالة: بيروت، لبنان.
- 171- نظام الطلاق في الإسلام، أحمد محمد شاكر، ط(1354هـ)، م/النهضة: مصر.
- 172- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج و الطلاق" بلحاج العربي، ط(2002م)، ديوان المطبوعات الجامعية: الجزائر.
- 173- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي: بيروت، لبنان.
- 174- الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، ط(1970م)، دار إحياء التراث العربي: بيروت، لبنان.

و- القوانين:

- 175- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي
- 176- قانون الأحوال الشخصية السوري
- 177- قانون الأحوال الشخصية الكويتي
- 178- قانون الأحوال الشخصية الليبي
- 179- قانون الأحوال الشخصية المصري للمسلمين
- 180- قانون الأسرة الجزائري
- 181- القانون المدني الجزائري
- 182- مجلة الأحكام العدلية التونسية
- 183- مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية
- 184- مدونة الأسرة المغربية

ز- المراجع العامة:

- 185- إحياء علوم الدين، محمد الغزالي، دار المعرفة: بيروت، لبنان.
- 186- إعلام الموقعين، ابن القيم الجوزية، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ط2(1414هـ/1993م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 187- إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، ابن القيم الجوزية، تحقيق: محمد حامد الفقي، ط3(1425هـ/2004م)، دار الكتب العلمية: بيروت، لبنان.
- 188- تربية الأولاد في الإسلام، عبد الله ناصح علوان، دار الشهاب: باتنة، الجزائر.

- 189- حجة الله البالغة، أحمد شاه ولي الله بن عبد الرحيم الدهلوي، ط1(1355هـ)، مراجعة وتصحيح بعض علماء الهند، دار التراث: القاهرة، مصر.
- 190- الحق والذمة وتأثيرات الموت فيهما وبحوث أخرى، علي الخفيف، ط1(1431هـ/2010م)، دار الفكر العربي: القاهرة، مصر.
- 191- زاد المعاد في هدى خير العباد، ابن القيم الجوزية، صححت من بعض العلماء، بحضرة حسن محمد المسعودي، دار الكتاب العربي: بيروت، لبنان، ط27(1415هـ/1994م)، مؤسسة الرسالة: بيروت، لبنان، م/المنار الإسلامية، الكويت، ط1(1428هـ/2007م)، تحقيق، شعيب الأرنؤوط، عبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة: بيروت، لبنان.
- 192- الشك والغيرة في الحياة لزوجية، وفاء يوسف، ط1 (2010م)، دار الوليد: دمشق، سوريا.
- 193- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن القيم الجوزية، تحقيق: عصام فارس الحريستاني، حسان عبد المنان، ط1(1418هـ/1998م)، دار الجيل: بيروت لبنان.
- 194- الاعتصام، أبو إسحاق الشاطبي، تحقيق، عبد الرزاق المهدي، ط2(1418هـ/1998م)، دار الكتاب العربي: بيروت، لبنان.
- 195- في علم الكلام دراسة فلسفية لآراء الفرق الإسلامية في أصول الدين "المعتزلة"، أحمد محمود صبحي، ط5(1405هـ/1985م)، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.
- 196- محاسن الإسلام، محمد بن عبد الرحمن البخاري، تحقيق: محمد حريزي، ط1(1421هـ/2000م)، دار الرسالة: بوزريعة، الجزائر.
- 197- المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى الزرقا، ط1(1420هـ/1999م)، دار القلم: دمشق، سوريا.
- 198- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، فتحي الدريني، ط3 (1429هـ/2008م)، مؤسسة الرسالة: بيروت، لبنان.
- 199- نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من جهة الفقه الإسلامي، محمد أحمد سراج، ط3 (1998م)، دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية، مصر.

ح- المعاجم اللغوية والأصولية

- 200- التعريفات، الجرجاني، تحقيق: إبراهيم الإبياري، ط(1423هـ/2002م)، دار الكتاب العربي: بيروت، لبنان.
- 201- التوقيف على مهمات التعاريف، المناوي، تحقيق: محمد رضوان الداية، ط(1410هـ/1990م)، دار الفكر المعاصر: بيروت، لبنان.

- 202- لسان العرب، ابن منظور، ط/ مراجعة ومصححة، ط(1423هـ/2003م)، دار الحديث: القاهرة، مصر .
- 203- القاموس المحيط، الفيروز آبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث بمؤسسة الرسالة، ط6(1419هـ/1998م)، مكتبة الرسالة: بيروت، لبنان.
- 204- مختار الصحاح، أبو بكر الرازي، ط(1999م)، مكتبة لبنان: بيروت، لبنان.
- 205- معجم مصطلح الأصول، هيثم هلال، مراجعة وتوثيق: محمد التنوحي، ط1(1424هـ/2003م)، دار الجيل: بيروت، لبنان .
- 206- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط4(1425هـ/2004م)، مكتبة الشروق الدولية: القاهرة، مصر .
- 207- المفردات في غريب القرآن، الراغب الأصفهاني، ضبط: هيثم الطعيمي، ط1(1423هـ/1994م)، دار إحياء التراث العربي: بيروت، لبنان.

ط - المجلات والنشرات والصحف اليومية

1- المجلات:

- 208- المجلة القانونية المغربية
- 209- مجلة القصر المغربية
- 210- مجلة قضاء المجلس الأعلى المغربية
- 211- المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية
- 212- مجلة المحمأة المصرية
- 213- مجلة المعيار المغربية
- 214- مجلة المناهج القانونية المغربية

2- النشرات:

- 215- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية الجزائرية
- 216- النشرة السنوية
- 217- نشرة قرارات المجلس الأعلى المغربية
- 218- نشرة القضاة الجزائرية

3- الصحف اليومية :

219- جريدة الخبر اليومية الجزائرية

220- جريدة الشروق اليومي الجزائرية

221- جريدة صوت الناس المغربية

6- فهرس قائمة الرموز الوارد ذكرها في الرسالة

- أ . ق : أحكام قضائية
ا . ق : اجتهاد قضائي
ت . ق : تحقيق، تطبيقات قضائية
ج : جزء
ح : حديث رقم
د : دكتور
س : سنة
ص : صفحة
ط : طبعة
ط . غ . م : طبعة غير مؤرخة
ع : عدد
غ . أ . ش : غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا
غ . ق . خ : غرفة القانون الخاص للمحكمة العليا
غ . م : الغرفة المدنية للمحكمة العليا
ق : قضاء
ق . أ . ج : قانون الأسرة الجزائري
ق . أ . ش . م : قانون الأحوال الشخصية المصري
ق . م . ج : القانون المدني الجزائري
م : ميلادي، مؤسسة، مطبعة
م . أ . م : مدونة الأسرة المغربية

م . أ : مجموعة الأحكام

م . ج : المجلة الجزائرية

م . ع : المحكمة العليا الجزائرية

م . ق : المجلة القضائية

ن . س : النشرة السنوية، وزارة العدل، الجزائر

ن . ق : نشرة القضاة، وزارة العدل، الجزائر

هـ : هجري

7- فهرس المحتويات:

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة.....	1.....
أهمية الموضوع.....	3.....
إشكالية البحث.....	7.....
أسباب اختيار الموضوع.....	8.....
الدراسات السابقة.....	9.....
منهج البحث.....	11.....
خطة البحث.....	12.....
المبحث التمهيدي: مفهوم التعسف في استعمال الحق	16.....
المطلب الأول: معنى التعسف.....	17.....
الفرع الأول: تعريف التعسف.....	18.....
الفرع الثاني: معنى الحق.....	19.....
الفرع الثالث: معنى الظلم.....	21.....
المطلب الثاني: التنازع في الحقوق وأثره على الأحكام.....	23.....
الفرع الأول: الغرض من تشريع الأحكام وأي الحقين أحق بالتقديم.....	23.....
الفرع الثاني: الضابط الذي يحدد به نوعية التصرف ومتى يوصف بالتعسف وغيره.....	26.....
الفرع الثالث: آثار التصرفات سواء كان مبناهما التعسف أو التعدي أو المجاوزة.....	28.....
الباب الأول: مظاهر التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج وإنحلاله	31.....
الفصل الأول: التعسف في الخطبة و الزواج	32.....
المبحث الأول: التعسف في العدول عن الخطبة	33.....
المطلب الأول: العدول عن الخطبة.....	34.....
الفرع الأول: مفهوم الخطبة والحكمة منها وقراءة الفاتحة في الفقه والقانون.....	34.....

36.....	الفرع الثاني: الأحكام القضائية لمفهوم الخطبة وقراءة الفاتحة.....
40.....	الفرع الثالث: أسباب العدول عن الخطبة.....
42.....	المطلب الثاني: التعويض عن الأضرار، سواء أكانت مادية أم معنوية.....
42.....	الفرع الأول: مفهوم العدول عن الخطبة الموجب للتعويض.....
46.....	الفرع الثاني: الحكم المترتب عن العدول.....
49.....	الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته.....
54.....	المبحث الثاني: التعسف في عقد الزواج.....
55.....	المطلب الأول: الولاية في الزواج.....
55.....	الفرع الأول: الحكمة من تشريع الولاية.....
56.....	الفرع الثاني: مواضع التنازع في الولاية والتعسف في استعمال الحق.....
65.....	الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته.....
74.....	المطلب الثاني: تعدد الزوجات.....
74.....	الفرع الأول: الغرض من تعدد الزوجات وضوابطه.....
77.....	الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة من التعدد وكيف عالجه.....
84.....	الفرع الثالث: موقف بعض القوانين لدى الدول العربية.....
89.....	المطلب الثالث: الشروط الزوجية.....
89.....	الفرع الأول: الغرض من الشروط وأهمها وزمن اعتبارها.....
91.....	الفرع الثاني: الشروط التي لا تتناقض مقصود العقد ولكن فيها مصلحة للغير.....
94.....	الفرع الثالث: الشروط التي لا يقتضيها العقد ولكن فيها تضيق على الغير والآثار المترتبة عليها والحلول المقترحة لذلك.....
100.....	الفرع الرابع: الآثار المترتبة على عدم الوفاء بما لزم به المشتري لسبب ما.....
102.....	الفرع الخامس: موقف القانون من ذلك ومناقشته.....
107.....	الفرع السادس: الأحكام التطبيقية القضائية.....
110.....	الفرع السابع: بعض التشريعات للقوانين العربية في موضوع الشروط.....
117.....	المبحث الثالث: التعسف في اقتضاء الحقوق الزوجية.....
118.....	المطلب الأول: التنازع في ملكية الصداق و التعسف في استعمال الحق.....
118.....	الفرع الأول: المقصد من اشتراط الصداق والدليل على مشروعيته ومن له حق ملكيته.....

119.....	الفرع الثاني: من له الرضا بما دون صداق المثل
120.....	الفرع الثالث: من يتولى قبض الصداق
121.....	الفرع الرابع: من له حق الزيادة عن الصداق المتفق عليه في العقد والحط منه
123.....	الفرع الخامس: موقف القانون من ذلك ومناقشته
126.....	الفرع السادس: موقف بعض القوانين لدى الدول العربية
129.....	المطلب الثاني: العدل بين الزوجات
131.....	الفرع الأول: فيما يكون فيه العدل بين الزوجات
132.....	الفرع الثاني: القدرة على الإنفاق والمقدار الواجب
134.....	المطلب الثالث: الحقوق والواجبات الفردية
135.....	الفرع الأول: الطاعة بالمعروف
137.....	الفرع الثاني: التزيين
139.....	الفرع الثالث: التأديب
144.....	الفرع الرابع: الغيرة
149.....	الفرع الخامس: حق الاستمتاع الجنسي بين الزوجين
156.....	الفرع السادس: الإحسان للوالدين
159.....	الفرع السابع: تأديب الولد وتعزيزه
165.....	الفرع الثامن: الإرضاع
168.....	الفرع التاسع: التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات
171.....	الفرع العاشر: موقف القانون من ذلك ومناقشته
174.....	الفرع الحادي عشر: موقف بعض التشريعات العربية وغيرها
179.....	الفرع الثاني عشر: التطبيقات القضائية
180.....	الفصل الثاني: التعسف في حل الزواج وآثاره
181.....	المبحث الأول: التعسف في الطلاق
182.....	المطلب الأول: الطلاق وشروطه وأنواعه
182.....	الفرع الأول: الطلاق
186.....	الفرع الثاني: شروطه
193.....	الفرع الثالث: أنواعه

195.....	المطلب الثاني: حالات الطلاق.....
196.....	الفرع الأول: الطلاق بإرادة الزوج.....
199.....	الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي.....
200.....	الفرع الثالث: الطلاق بإرادة الزوجة.....
203.....	الفرع الرابع: الطلاق بالخلع.....
208.....	الفرع الخامس: الطلاق بحكم قضائي.....
211.....	المطلب الثالث: أنواع الطلاق.....
211.....	الفرع الأول: صيغ الطلاق.....
213.....	الفرع الثاني: التأقيت.....
217.....	الفرع الثالث: العدد.....
226.....	المبحث الثاني: آثار الطلاق التعسفي.....
227.....	المطلب الأول: نفقة ومسكن المطلقة.....
227.....	الفرع الأول: حقوق المرأة أثناء العدة وما يجب عليها.....
234.....	الفرع الثاني: موقف القانون من ذلك ومناقشته.....
238.....	الفرع الثالث: موقف بعض القوانين العربية من ذلك.....
243.....	الفرع الرابع: التطبيقات القضائية لدى غرفة الأحوال الشخصية.....
247.....	المطلب الثاني: التعويض عن الأضرار بسبب الطلاق التعسفي.....
247.....	الفرع الأول: تعسف أحد الزوجين في إنهاء العلاقة الزوجية.....
249.....	الفرع الثاني: أنواع الطلاق التعسفي.....
261.....	الفرع الثالث: البعد القانوني لآثار الطلاق التعسفي.....
268.....	الفرع الرابع: أحكام أضرار الطلاق التعسفي لدى بعض القوانين العربية.....
275.....	الفرع الخامس: التطبيقات القضائية.....
284.....	المطلب الثالث: الحضانة.....
284.....	الفرع الأول: القصد من الحضانة وحق من ومن الأولى بها.....
288.....	الفرع الثاني: نفقة المحضون و سكناه.....
289.....	الفرع الثالث: حق الزيارة.....
291.....	الفرع الرابع: أسباب تغيير نظام الزيارة.....

293.....	الفرع الخامس: الطبيعة القانونية لحقوق المحضون
299.....	الفرع السادس: حقوق المحضون لدى بعض التشريعات العربية
310.....	الفرع السابع: التطبيقات القضائية في بعض مسائل الحضانة
318.....	الباب الثاني: حالات التعسف في النيابة الشرعية
319.....	الفصل الأول: التعسف في الولاية
320.....	المبحث الأول: الأهلية
321.....	المطلب الأول: تصرفات ناقص الأهلية
321.....	الفرع الأول: عوارض الأهلية
322.....	الفرع الثاني: الفرق بين هذه العوارض والآثار المترتبة عليها
324.....	المطلب الثاني: تصرفات فاقد الأهلية
324.....	الفرع الأول: تصرفات فاقد العقل بسبب الصغر قبل سن التمييز
324.....	الفرع الثاني: تصرفات فاقد العقل بسبب الجنون
325.....	المطلب الثالث: الحجر
325.....	الفرع الأول: مفهوم الحجر
327.....	الفرع الثاني: أنواع المحجور عليه
338.....	الفرع الثالث: مظاهر التعسف في استعمال الحق
340.....	الفرع الرابع: موقف القانون الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته
356.....	الفرع الخامس: التطبيقات القضائية
360.....	المبحث الثاني: الولاية على الصغير
361.....	المطلب الأول: الولاية على النفس
362.....	الفرع الأول: من له حق الولاية على النفس
362.....	الفرع الثاني: سلطات الولي على النفس
363.....	المطلب الثاني: مسقطات الولاية على النفس
363.....	الفرع الأول: المسقطات السماوية
363.....	الفرع الثاني: المسقطات المكتسبة
363.....	المطلب الثالث: الولاية على المال
364.....	الفرع الأول: من له حق الولاية على المال

- 367..... الفرع الثاني: سلطات الولي على المال
- 369..... المطلب الرابع: مسقطات الولاية على المال
- 369..... الفرع الأول: أحوال من يتولى الولاية على الصغير ومن في حكمه في أموالهم
- 371..... الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته
- 383..... الفرع الثالث: التطبيقات القضائية
- 386..... الفصل الثاني: التعسف في الوصايا والكفالة**
- 387..... المبحث الأول: الوصايا والتقديم**
- 388..... المطلب الأول: شروط الوصاية والتقديم
- 388..... الفرع الأول: شروط الوصي والمقدم
- 393..... الفرع الثاني: الفرق بين الوصي ومقدم القاضي
- 396..... المطلب الثاني: تعدد الأوصياء و المقدمين
- 396..... الفرع الأول: محدد المهام
- 397..... الفرع الثاني: الاشتراك
- 397..... الفرع الثالث: المطلق
- 398..... الفرع الرابع: المقيد
- 399..... الفرع الخامس: الاستغناء
- 399..... المطلب الثالث: مسقطات الوصاية والتقديم
- 399..... الفرع الأول: أسباب مسقطات الوصاية والتقديم
- 400..... الفرع الثاني: النتائج المترتبة على إنهاء الوصاية والتقديم
- 400..... المطلب الرابع: الإضرار بالوصية
- 401..... الفرع الأول: ما المقصود بالإضرار بالوصية؟
- 402..... الفرع الثاني: بعض صور الإضرار بالوصية
- 307..... الفرع الثالث: الضابط الذي يعرف به التعسف في حق الإيضاء
- 308..... الفرع الرابع: موقف القانون الجزائري والعربي من ذلك ومناقشته
- 428..... الفرع الخامس: التطبيقات القضائية
- 431..... المبحث الثاني: الكفالة**
- 434..... المطلب الأول: شروط الكفالة

434.....	الفرع الأول: شروط الكافل.....
435.....	الفرع الثاني: الغرض من شروط الكفالة.....
435.....	المطلب الثاني: التنازع في الكفالة.....
435.....	الفرع الأول: ما يجب على الكافل اتجاه المكفول وولييه.....
438.....	الفرع الثاني: فضل كفالة اليتيم.....
439.....	المطلب الثالث: آثار الكفالة.....
439.....	الفرع الأول: أنواع آثار الكفالة.....
439.....	الفرع الثاني: موقف القانون من الكفالة ومناقشته.....
446.....	الفرع الثالث: أحكام الكفالة عند بعض التشريعات العربية.....
447.....	الفرع الرابع: التطبيقات القضائية.....
453.....	الخاتمة.....
460.....	الفهارس.....
503.....	الملخصات.....

ملخصات البحث

ملخص البحث باللغة العربية

ملخص البحث باللغة الإنجليزية

ملخص البحث باللغة الفرنسية

ملخص البحث باللغة العربية

التعسف في ممارسة الحقوق لا يقتصر على الأحوال الشخصية، بل يعم جميع مناحي حياة الانسان اليومية؛ لأنه متعلق به وبالمحل الذي يحل به، بصرف النظر عن أماكن تواجده، لكن لما كان موضوع البحث متعلق بالأحوال الشخصية فإنني أقتصر في الحديث عنه دون غيره. الأسرة هي اللبنة الأولى في تكوين المجتمعات، فالعناية بها يترتب عنها بناء مجتمع تسوده الرحمة والمودة، سليم السريرة، قوي البنيان كالشجرة الطيبة أصلها ثابت وفرعها في السماء تؤتي ثمارها كل حين، أما إهمالها أو التعسف في إدارتها يؤدي لا محالة إلى هدم قواعد المجتمع وكثرة الفتن، فتصبح مصدرا للآفات الاجتماعية كالشجرة الخبيثة.

لذلك عمدت إلى البحث في هذا الموضوع محاولة مني كشف اللثام عن حقيقته ومتى يعتبر تعسفا ومتى لا يعتبر، نظرا للمآلات التي آل إليها استخدام الحق وما نتج عنه، وما مدى نجاعة التقنيات التي أدخلها المشرع الجزائري على قانون الأسرة في القضاء على التعسف في استعمال الحق أو التقليل منه في مسائل الأحوال الشخصية، وهل تفاعل المجتمع معها أم لا، وهل وفق المشرع في القضاء عليه أو التقليل منه؟ فهو إذا من الموضوعات الجديرة بالدراسة، خاصة في هذا الوقت الذي كثرت فيه آليات المعرفة وسهولة الوصول إليها دون ضابط، فأدى ذلك إلى تشويش الأفكار، وعموم فوضى الفهم والإفتاء، وإعجاب كل ذرأى برأيه، فجاء هذا البحث المسوم ب: **التعسف في استعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"** مجليا لهذا الأمر وضابطا له ومجيبا عن كثير من التساؤلات وفق المنهج الآتي:

المقدمة: تحدثت فيها عن أهمية وإشكالية وأسباب اختيار الموضوع ومنهج البحث والدراسات السابقة وخطته.

المبحث التمهيدي: تحدثت فيه عن معاني بعض المفاهيم - التعسف، الحق، الظلم، التنازع في الحقوق وأثره على الأحكام-.

الباب الأول: مظاهر التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج وانحلاله: قسمته إلى فصلين، تحدثت في الفصل الأول منه عن الخطبة والزواج، وفي الفصل الثاني عن التعسف في حل الزواج وآثاره.

الباب الثاني: حالات التعسف في النيابة الشرعية: قسمته إلى فصلين، تحدثت في الفصل الأول منه عن التعسف في الولاية، وفي الفصل الثاني تحدثت عن التعسف في الوصاية والكفالة. أما من حيث المنهج المتبع في معالجة ومناقشة المسائل المبحوث فيها، فإنني أبين مظاهر التعسف فيها، ثم أناقشها بعد ذلك من الناحية الشرعية، ثم القانونية وفق ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين لدى الدول العربية، وفي نهاية المناقشة أقترح مواداً قانونية جديدة أو استكمالاً لما هو موجود أو تصويبا له، وذلك إثراء للقانون وتدعيماً له، ثم أختتمها بالتطبيقات القضائية المختلفة - المحلية المحكمة العليا، والأجنبية- وهذا المسلك اتبعته في جميع ثنايا البحث.

علماً أن هذه الدراسة التي قمت بها لم تكن سردية، بل كان يعترئها التحليل والمناقشة والنقد البناء في جميع المسائل المبحوث فيها، مع اقتراح تعديلات لبعض المواد القانونية وإضافة مواد أخرى إثراء للدراسة، وفي النهاية أقول:

1- إن إهمال الأسرة لواجباتها اتجاه أبنائها جعلهم فريسة سهلة المنال أمام التجاذبات الاجتماعية والفنوت الفضائية والشبكة العنكبوتية، لاكتفائهم فقط بالحالة البدنية وما يلزم لها غالباً، مع ضمور واضمحلال الخطاب الديني لدى المؤسسات الدينية على وجه الخصوص، والتربوية والمجتمع المدني بصفة عامة في التوعية وبيان المخاطر المحدقة بالأسرة وأثرها على المجتمع والوطن فيما بعد.

2- عدم اقتصار المرأة على عمل يناسب فسيولوجيتها، ومزاحمتها للرجال في كثير من الأعمال التي لا تتناسب مع تركيبتها، أكسبها جرأة واستقلالاً لذمتها المالية، مما أشعرها بعدم الحاجة إلى الطرف الآخر، أو الرغبة فيه، وكذا مشاركتها في كثير من المجالات الاجتماعية والسياسية وغيرها، فأهملت واجباتها الأسرية تحت ذريعة المشاركة في العمل الاجتماعي، وهو في الحقيقة قصور في الفهم، و تعسف في ممارسة الحق نظراً للمال، وعدم فقه فقه الأولويات أو الجهل به كلياً.

3- اختلاط المفاهيم لدى المرأة في عدم التفرقة بين حقوقها وواجباتها بسبب التجاذبات المحلية والإقليمية والدولية والتشويش الذي يمارس عليها تحت ذريعة حقوق المرأة ، أوقعها في التعسف في ممارسة الحقوق.

إن ما تعانيه الأسرة من التجاذبات وكذا المجتمع بصفة عامة من انحلال أخلاقي وفساد للذمم ناتج عن الحلول المستوردة التي جنت على أمتنا؛ لأنها لا تتناسب مع طبيعة المجتمع، أما أن لنا أن نبحث عن الحلول من خلال شريعتنا السمحة الصالحة لكل زمان ومكان، وتراثنا الوطني، مع مراعاة التغيرات الاجتماعية المحلية والإقليمية والدولية.

4- عدم معرفة أو فهم أو نضج فكرة الحق لدى الفرد والمجتمع لمقاصد الشريعة وما ترمي إليه من مصالح اجتماعية حالة إقرارها حق استخدام الحق ابتداء، ترتب عنه عدم الرضا الحقيقي بالأحكام الشرعية التي لا تتوافق مع الأهواء والمصالح الشخصية، وإن بدا الظاهر بخلاف ذلك.

Research Summary:

Arbitrary exercise of rights is not limited to personal status, but pervades all aspects of a person's daily life ; Because it is related to him and the place he is in, regardless of his whereabouts, but since the topic of the research is related to personal status, I limit myself to talking about it exclusively.

The family is the first building block in the formation of societies, so taking care of it entails building a society that is dominated by mercy and affection, a sound family, strong in structure like a kind tree, its origin is fixed and its branch in the sky bears fruit at all times. Then, it becomes a source of social pests such as a tree.

Therefore, I have researched this subject in an attempt by me to uncover its truth, when is it considered arbitrary, and when it is not considered, given the consequences to which the use of the right and the resulting consequences are, and how effective are the codes that the Algerian legislator introduced to the family law in eliminating abuse in the abuse of the right Or reducing it in matters of personal status, and did society interact with it or not, and did the legislator agree to eliminate it or reduce it? Therefore, it is one of the topics worth studying, especially at this time when the mechanisms of knowledge have abounded and can be accessed without control. Personal status issues “A comparative study between Islamic jurisprudence and Algerian family law”, clarifying this matter, controlling it, and answering many questions, according to the following approach:

Introduction : I talked about the importance, problematic and reasons for choosing the topic, research methodology, previous studies, and its plan.

The introductory topic : I talked about the meanings of some of the concepts - arbitrariness, truth, injustice, conflict of rights and its impact on judgments -.

The first chapter: The manifestations of abuse of the right to the marriage contract and its dissolution: I divided it into two chapters. In the first chapter I talked about engagement and marriage, and in the second chapter about the abuse in dissolving marriage and its effects.

Chapter Two: Cases of Abuse in the Legal Prosecution: I divided it into two chapters. In the first chapter, I spoke about abuse in the state, and in the second chapter I talked about abuse in guardianship and bail.

As for the approach followed in dealing with and discussing the issues discussed in it, I show the manifestations of abuse therein, and then discuss them from the legal point of view, then the legal ones according to what is stipulated in the Algerian family law and some laws in the Arab countries, and at the end of the discussion I propose new legal articles or complement For what is there, or correcting it, and that is to enrich the law and support it, then I conclude it with various judicial applications - domestic, the Supreme Court, and foreign - and this approach I followed in all folds of the research.

Note that this study that I undertook was not narrative, rather it was subject to analysis, discussion and constructive criticism in all the issues discussed, with the suggestion of amendments to some legal articles and the addition of other materials to enrich the study, and in the end I say:

1- The family's neglect of its duties towards its children has made them easy prey in the face of social interactions, satellite channels and the Internet, because they are satisfied only with the physical condition and what is often required of it, with the atrophy and

decay of the religious discourse of religious institutions in particular, and educational and civil society in general in raising awareness and indicating risks Staring at the family and its impact on society and the nation later.

2- Not limiting the woman to a job that suits her physiology, and her competition with men in many jobs that do not suit her composition, earned her boldness and independence for her financial responsibility, which made her feel that she did not need or desire the other party, as well as her participation in many social, political and other fields. She neglected her family duties under the pretext of participating in social work, which is, in fact, a lack of understanding, poor abuse of the right to exercise due to money, and lack of jurisprudence of priorities or ignorance of it completely.

3- The mixing of concepts among women in not differentiating between their rights and duties due to the local, regional and international disputes and the confusion that is practiced on them under the pretext of women's rights, which led them to abuse their rights in the exercise of their rights.

The moral degeneration and corruption of the family resulting from the imported solutions that reaped the benefit of our nation, as well as society in general from the tensions. Because it does not fit with the nature of society, or it is time for us to search for solutions through our tolerant law that is valid for every time and place, and our national heritage, taking into account the local, regional and international social changes.

4- Lack of knowledge, understanding, or maturity of the idea of the right in the individual and society of the purposes of the Sharia and the social interests aimed at it, if it is approved of the right to use the right in the first place, resulting in real dissatisfaction with the legal rulings that do not coincide with personal desires and interests, even if it appears otherwise.

ملخص البحث باللغة الفرنسية

Résumé de la recherche :

L'exercice arbitraire des droits ne se limite pas au statut personnel, mais imprègne tous les aspects de la vie quotidienne d'une personne ; Parce que c'est lié à lui et à l'endroit où il se trouve, peu importe où il se trouve, mais comme le sujet de la recherche est lié au statut personnel, je me limite à en parler exclusivement.

La famille est le premier élément constitutif de la formation des sociétés, donc en prendre soin implique de construire une société dominée par la miséricorde et l'affection, une famille saine, forte dans sa structure comme un arbre aimable, son origine est fixe et sa branche en le ciel porte des fruits à tout moment, puis devient une source de ravageurs sociaux comme un arbre.

Par conséquent, j'ai recherché ce sujet dans une tentative de ma part de découvrir sa vérité, quand est-il considéré comme arbitraire, et quand il n'est pas pris en compte, compte tenu des conséquences auxquelles l'utilisation du droit et des conséquences qui en découlent sont, et de son efficacité. les codes que le législateur algérien a introduits dans le droit de la famille en éliminant les abus dans les abus de droit Ou en les réduisant en matière de statut personnel, et la société a-t-elle interagi avec elle ou pas, et le législateur a-t-il accepté de l'éliminer ou de la réduire? Par conséquent, c'est l'un des sujets à étudier, en particulier à cette époque où les mécanismes de la connaissance ont abondé et sont accessibles sans contrôle, ce qui a conduit à la confusion des idées, au chaos général de la compréhension et des fatwas, et à l'admiration pour tous ceux qui a une opinion sur son opinion, c'est pourquoi cette recherche a vu le jour: abus du droit au statut personnel «Une étude comparative entre la jurisprudence islamique

et le droit de la famille algérien», clarifiant cette question, la contrôlant et répondant à de nombreuses questions, selon ce qui suit approcher:

Introduction : J'ai parlé de l'importance, de la problématique et des raisons du choix du sujet, de la méthodologie de recherche, des études antérieures et de son plan.

Le sujet d'introduction : j'ai parlé de la signification de certains des concepts - arbitraire, vérité, injustice, conflit de droits et son impact sur les jugements -.

Le premier chapitre : Les manifestations de l'abus du droit au contrat de mariage et sa dissolution : je l'ai divisé en deux chapitres. Dans le premier chapitre, j'ai parlé des fiançailles et du mariage, et dans le deuxième, de l'abus dans la dissolution du mariage et ses effets.

Chapitre deux : Les cas d'abus dans les poursuites judiciaires : Je l'ai divisé en deux chapitres : dans le premier, j'ai parlé des abus dans l'État et dans le deuxième, j'ai parlé des abus en matière de tutelle et de mise en liberté sous caution.

Quant à l'approche suivie pour traiter et discuter des questions qui y sont abordées, j'y montre les manifestations de maltraitance, puis j'en discute du point de vue juridique, puis du point de vue juridique selon ce qui est stipulé dans le droit de la famille algérien et quelques lois dans les pays arabes, et à la fin de la discussion je propose de nouveaux articles juridiques ou un complément Pour ce qui est là, ou le corriger, et c'est-à-dire enrichir le droit et le soutenir, puis je le conclus par diverses applications judiciaires - nationale, la Cour suprême et étrangère - et cette approche que j'ai suivie dans tous les volets de la recherche.

Notez que cette étude que j'ai entreprise n'était pas narrative, mais a fait l'objet d'une analyse, d'une discussion et d'une critique constructive dans toutes les questions abordées, avec la suggestion

d'amendements à certains articles juridiques et l'ajout d'autres matériaux pour enrichir l'étude, et en la fin je dis :

1- La négligence de la famille envers ses devoirs envers ses enfants en a fait des proies faciles face aux interactions sociales, aux chaînes satellites et à Internet, car elles ne se contentent que de la condition physique et de ce qui est souvent exigé d'elle, de l'atrophie et décadence du discours religieux des institutions religieuses en particulier, et de la société éducative et civile en général pour sensibiliser et signaler les risques. Regarder la famille et son impact sur la société et la nation plus tard.

2- Ne pas limiter la femme à un travail qui convient à sa physiologie, et sa concurrence avec les hommes dans de nombreux emplois qui ne correspondent pas à sa composition, lui a valu l'audace et l'indépendance de sa responsabilité financière, ce qui lui a fait sentir qu'elle n'avait ni besoin ni désir l'autre partie, ainsi que sa participation à de nombreux domaines sociaux, politiques et autres. Elle a négligé ses devoirs familiaux sous prétexte de participer à des activités sociales, ce qui est en fait un manque de compréhension, un mauvais abus du droit d'exercer en raison de l'argent, et du manque de jurisprudence des priorités ou de l'ignorance totale de celui-ci.

3- Le mélange de concepts chez les femmes en ne faisant pas la différence entre leurs droits et devoirs en raison des conflits locaux, régionaux et internationaux et la confusion qui se pratique sur elles sous prétexte des droits des femmes, qui les a conduites à abuser de leurs droits dans l'exercice de leurs droits.

La dégénérescence morale et la corruption de la famille résultant des solutions importées qui ont récolté le bénéfice de notre nation, ainsi que de la société en général, des tensions. Parce que cela ne correspond pas à la nature de la société, ou qu'il est temps pour nous de rechercher des solutions à travers notre loi tolérante qui est valable pour chaque moment et lieu, et notre patrimoine

national, en tenant compte des changements sociaux locaux, régionaux et internationaux.

4- Manque de connaissance, de compréhension ou de maturité de l'idée du droit dans l'individu et la société des buts de la charia et des intérêts sociaux qui y sont visés, si elle est approuvée du droit d'utiliser le droit dans l'en premier lieu, entraînant un réel mécontentement vis-à-vis des décisions de justice qui ne coïncident pas avec des désirs et des intérêts personnels, même s'il apparaît le contraire.