

**ما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري
في الزواج والطلاق وآثارهما
ويحتاج إلى تقنين
دراسة قانونية فقهية مقارنة**

**دكتور
أسامة الحموي**

مقدمة البحث

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

لقد كان أول تدوين حديث لأحكام الأسرة تم العمل به في الجمهورية العربية السورية والعالم العربي قانون حقوق العائلة العثماني، الذي صدر في عام ١٩١٧م^(١)، وذلك في أثناء الخلافة العثمانية التي حكمت هذه البلاد.

وقد استمر العمل بهذا القانون حتى صدور قانون الأحوال الشخصية السوري في ١٧/٩/١٩٥٣م، وهو القانون المطبق حالياً، ثم عدلت بعض مواد القانون رقم (٣٤) عام ١٩٧٥م، وقد تم وضع هذا القانون على أساس الانتقاء من المذاهب ودون التقيد بمذهب معين.

وقد استمد القانون السوري أحكامه كما ورد في المذكرة الإيضاحية له من:

- ١- قانون حقوق العائلة العثماني.
 - ٢- القوانين المصرية التي سبقته مع بعض التعديل أحياناً ومخالفته أحياناً أخرى.
 - ٣- مدونة الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للفقهاء المصري محمد قذري باشا.
 - ٤- المشروع الذي وضعه الأستاذ علي الطنطاوي.
- وقد نصت المادة (٣٠٥) أحوال من القانون السوري، على أن القاضي يرجع فيما لا نص فيه إلى الراجح من المذهب الحنفي:
- كما تم وضع قانون الأحوال الشخصية السوري على أساس الانتقاء

(١) صدر هذا القانون في عهد السلطان محمد رشاد في ٨ محرم عام ١٣٣٦هـ الموافق ٢٥ تشرين أول/ ١٩١٧ م.

من المذاهب الإسلامية بما رأته اللجنة الموقرة من العلماء التي قامت به متفقاً مع قواعد الشريعة التي بُنيت عليها الأسرة، ومحققاً لمصلحة الأسرة، ومتفقاً مع الأعراف السائدة في بلادنا.

والآن وبعد مرور أكثر من نصف قرن على هذا القانون، فقد علت الأصوات مطالبة بتعديله، ولكن هذا الدعوات تنقسم إلى نوعين، دعوات تطالب بتعديل مواد تتعلق بأحكام ثابتة بأدلة قطعية الثبوت والدلالة، وهذا لا يصدر إلا عن أمة جاهل لا يعلم بحقائق وقواعد التشريع الإسلامي ومصادره التي بنيت عليه، فمثل هذه الأحكام تعتبر من النظام العام التي لا يجوز تعديلها أبداً، وهي خارجة عن دائرة الاجتهاد، لأنها ثبتت بأدلة قطعية الثبوت والدلالة، وتتعلق بمصالح ثابتة لا تتغير بتغير الأعراف والأزمان، كالمطالبة بإباحة التبني، وإلغاء تعدد الزوجات، ومساواة المرأة بالرجل في الميراث، و... إلخ.

وهناك دعوات تطالب بتعديل بعض مواد القانون والتي تتعلق بأحكام فرعية عملية اجتهادية بحتة، ولم تثبت بأدلة قاطعة، وتختلف حولها الأفهام، وتتعدد المصالح وتبديل باختلاف الأعراف والأزمان، وهذه الدعوات صحيحة، يوافق عليها أهل العلم والاختصاص، لأنها قائمة على أساس علمي وموضوعي صحيح، إذ من المعروف أن الأحكام الاجتهادية لا ينكر تغيرها بتغير الأزمان إذا تغيرت الأعراف والمصالح المرتبطة بها.

ولتحقيق هذا الهدف يجب تشكيل لجنة من العلماء أصحاب الاختصاص لمراجعة قانون الأحوال الشخصية السوري من أجل تعديله، والأخذ بالاجتهاد الذي يتفق مع أعراف الناس وروح العصر اليوم، ولتحقيق المصالح التي قام عليها نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية.

وهذا البحث الذي بين أيدينا هو مساهمة في وضع لبنة في مشروع لتعديل قانون الأحوال الشخصية السوري، ولكن ليس عن طريق تعديل

الأحكام التي تحتاج إلى تعديل، وإنما بدراسة ما سكت عنه القانون ويحتاج إلى تقنين، واقتصرت الدراسة على أحكام الزواج والطلاق وآثارهما حتى لا يكون البحث كبيراً.

وما سكت عنه القانون ويحتاج إلى تقنين كثير، وهو أمر موضوعي وعلمي توجبه الكثير من المبررات، وهي:

إما بسبب حاجة القضاة لتقييدهم بحكم منصوص عليه في القانون، بسبب كثرة الدعاوى المقدمة في مثل هذه المسائل، وإما بسبب عدم كفاية المذهب الحنفي كمرجع للقضاة في كل ما سكت عنه القانون لتحقيق مصالح وأعراف الناس، وتحقيق المقاصد التي بُنيت عليها الأسرة، كما أن العمل بالراجح من المذهب الحنفي في ما سكت عنه القانون لا يستقيم دائماً في كل المسائل المسكوت عنها، وإنما يستقيم فقط في المسائل التي استمد منها القانون الحكم من المذهب الحنفي، أما المسائل التي اعتمد فيها القانون على غير المذهب الحنفي فينبغي الرجوع فيها إلى تلك المذاهب، لأنها هي المصدر التاريخي للقانون، وإلا وقعنا في تناقض لا يتفق مع أحكام الشرع أبداً.

كما أن في الرجوع للمذهب الحنفي في كل ما سكت عنه القانون عيباً موضوعياً، وهو أن العمل بمذهب أبي حنيفة قد كشف عن مسائل ليس في العمل بها ما يتفق مع أعراف زماننا وروح العصر فيه، وفي غيره من المذاهب ما يوافق روح العصر أكثر منه، وليس في ذلك قدح لأبي حنيفة وأصحابه والمخرجين في مذهبه، فإنهم مجتهدون متأثرون بأزمانهم، والفتاوى إذا لم تعتمد على نص تكون أقيستها مستمدة من حكم العرف في كثير من الأحوال، وإن الاجتهاد في هذه الحال رأي، والرأي قد يخطئ ويصيب⁽¹⁾.

(1) انظر الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة، ص 9.

وإما بسبب ضعف ما ذهب إليه الحنفية في مثل هذه المسائل التي سكت عنها القانون، أو مصادمتها للمصلحة الكبرى التي تؤكدتها أحكام نظام الأسرة في الشريعة، والتي تهدف بشكل أساسي إلى الحفاظ على كيان الأسرة وبقائه قائماً ما استطعنا لذلك سبيلاً، بشرط أن يكون هذا السبيل صحيحاً ومتفقاً مع رأي معتمد من المذاهب الإسلامية، وبحيث يتم الأخذ من كل مذهب ما يكون أصلح للناس وأقرب إلى الأعراف الحالية وروح العصر.

ولذلك كله وقع اختياري لهذا البحث من أجل الإسهام في وضع لبنة في مشروع لتعديل قانون الأحوال الشخصية السوري في هذا الجانب، أي فيما سكت عنه القانون ويحتاج إلى تقنين.

أهمية البحث وأسباب اختياره :

انطلاقاً من أن الأسرة هي طليعة المجتمع وللبنة الأولى فيه، وتكفلت الدولة بحمايتها بنص للدستور، وأخذت على عاتقها حماية الزواج وتشجيعه، وإزالة العقبات المادية والاجتماعية التي تعوقه، وحماية الأمومة والطفولة، فإن قانون الأحوال الشخصية السوري الحالي والصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣م للمنظم لقضايا الأسرة، والمعدل في بعض جوانبه بالقانون رقم (٣٤) تاريخ ١٩٧٥/١٢/٣١م، أصبح واجب التعديل بما يتفق وما وصل إليه ركب الحضارة بشكل يؤمن العلاقة العائلية بأحسن صورها وأرفعها.

وإن أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع، تبقى منبعاً لا ينضب وتصلح أساساً لتنظيم روابط الأسرة إذا ما اختير منها من أقوال الفقهاء ما هو أكثر موافقة للعرف ومطابقة للمصلحة الزمنية، وهي أسس اعتمادها قانون الأحوال الشخصية الناقد حالياً في أسبابه الموجبة.

لذلك جاءت هذه الدراسة لوضع لبنة في مشروع لتعديل قانون

الأحوال الشخصية النافذ حالياً وفق الأسس المشار إليها، وقد أخذت هذه الدراسة بقواعد ملائمة للعصر دون تعارض مع الحكم الشرعي مع عدم الالتزام بمذهب معين.

وقد اقتصرَت هذه الدراسة على ما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق وأثارهما، لتتبعها إن شاء الله تعالى دراساتٍ يتم بها هذا العمل في المسكوت عنه في بقية القانون.

ولما تغيّرت كثير من الأعراف وجدَّ كثير من الحوادث، دعت الضرورة للأخذ فيها بغير ما استقر عليه القانون الحالي، والمذهب الحنفي فيما سكت عنه القانون، الذي بنى حكمه في أمثال هذه المسائل على عرف ذلك العصر وحوادثه.

ويهدف البحث لتحقيق عدة أهداف ، ولعل من أهمها ما يلي:

١- يُعدُّ البحث لبنة وخطوة في مشروع لتعديل قانون الأحوال الشخصية السوري.

٢- يساعد القضاة في تحديد وفهم ما سكت عنه القانون وما يجب العمل به.

٣- يُعدُّ هذا البحث شرحاً للقانون في المسكوت عنه.

ملاحظة : لن يتعرض الباحث لبعض المذاهب التي لم يأخذ منها القانون السوري، كالمذهب الظاهري والزيدي والجعفري والإباضي.

منهج البحث:

اتبعت في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن ثم المنهج الاستنتاجي، وذلك باستقراء مواد القانون السوري في أحكام الزواج والطلاق وأثارهما، لاستقراء كل المسائل التي سكت عنها القانون، وقد حرصت أن يكون الاستقراء تاماً، وليس بالضرورة أن يكون تاماً. ثم قمت بشرح وتحليل مواد القانون التي لها علاقة بما سكت عنه القانون؛ لبيان آراء الفقهاء في تلك المواد القانونية والمقارنة بينها، وبيان الرأي

الفقهي الذي اعتمد عليه القانون وأخذ به، ثم الوصول إلى ما سكت عنه القانون، وبيان آراء الفقهاء فيه. ثم اعتمدت أخيراً على المنهج الاستنتاجي، وذلك بصياغة ما سكت عنه القانون ويحتاج إلى تقنين فقط في مواد قانونية تتفق مع الرأي الذي يراه الباحث راجحاً، ويتفق مع المصدر التاريخي للقانون في المسألة المسكوت عنها، وبما يتفق مع المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية السوري.

وهذا الراجح الذي رآه الباحث راجحاً لا يشمل إلا المسائل المسكوت عنها والتي يشكل السكوت عنها نقصاً في القانون، أو لا يفي بالغرض العمل بالراجح من المذهب الحنفي فيها بمقتضى المادة ٣٠٥ أحوال، إما لأن القانون اعتمد فيها على غير المذهب الحنفي، وإما لأن المذهب الحنفي لا يتفق أحياناً مع مقاصد الشارع في نظام الأسرة، أو لا يتفق مع أعراف الناس وروح العصر في زماننا.

كما أن الباحث لم يتعرض للمواد التي لا يرى فيها سكوتاً عن حكم من الأحكام التي تتعلق بالزواج والطلاق وأثارهما.

ولقد كان من الواجب والضرورة في أكثر الأحيان شرح وبيان بعض الأحكام التي تعرض لها القانون مما له علاقة بالبحث، ليصل الباحث للكشف عما سكت عنه القانون وفهمه؛ حتى لا يظن المطلع على هذا البحث أن في ذلك خروجاً عن البحث أو استطراداً لا فائدة منه.

كما أنه ليس بالضرورة كل ما سكت عنه القانون يحتاج إلى تقنين، وإنما يكفي فيه الرجوع للمذهب الحنفي كما نصت المادة (٣٠٥) أحوال.

وقد جاء البحث وفق الخطة الآتية:

خطة البحث

وتتألف من بابين ، وتحت كل باب عدة فصول.

الباب الأول: ما سكت عنه القانون في الزواج وأثاره
الفصل الأول: ما سكت عنه القانون في تعريف الزواج

وأحكام خطبة النكاح

المبحث الأول: في تعريف الزواج

المبحث الثاني: في خطبة النكاح

المبحث الثالث: حكم التعويض في حال العدول عن الخطبة

الفصل الثاني: ما سكت عنه القانون في عقد الزواج

المبحث الأول: في شروط الانعقاد في عقد الزواج

المبحث الثاني: في شروط صحة عقد الزواج

المبحث الثالث: في المحرمات من النساء

المبحث الرابع: في شروط نفاذ عقد الزواج

المبحث الخامس: أنواع عقد الزواج

الفصل الثالث: ما سكت عنه القانون في آثار الزواج

المبحث الأول: في أحكام المهر

المبحث الثاني: في أحكام النفقة الزوجية

المبحث الثالث: في الشروط المقترنة بعقد الزواج

المبحث الرابع: فوات خيار الوصف

الباب الثاني: ما سكت عنه القانون في الطلاق وأثاره

الفصل الأول: ما سكت عنه القانون في الطلاق

المبحث الأول: في أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة

المبحث الثاني: في أحكام الخلع

المبحث الثالث: في التفريق القضائي

المبحث الرابع: في الطلاق بحكم الشرع والقانون

الفصل الثاني: ما سكت عنه القانون في آثار الطلاق

المبحث الأول: في أحكام العدة

المبحث الثاني: في حق النسب

المبحث الثالث: في حق الرضاع

المبحث الرابع: في حق الحضانة

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات

الباب الأول ما سكت عنه القانون في الزواج آثاره

وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول
ما سكت عنه القانون في تعريف الزواج وأحكام الخطبة

الفصل الثاني
ما سكت عنه القانون في عقد الزواج

الفصل الثالث
ما سكت عنه القانون في آثار الزواج

الفصل الأول

ما سكت عنه القانون في تعريف الزواج

وأحكام خطبة النكاح

المبحث الأول: في تعريف الزواج

عرف القانون السوري الزواج في المادة الأولى منه بما يلي:

م ١- الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل.

ذكر التعريف طرفي العقد في الزواج وهما الرجل والمرأة، وقيد التعريف المرأة بمن تحل للرجل شرعاً، لإخراج مَنْ لا تحل له، وهن النساء اللاتي يحرم الزواج بهن.

وقد بين التعريف الغاية من عقد الزواج بأنه رابطة للحياة المشتركة والتناسل^(١). إلا أن التعريف سكت عن ذكر محل العقد وآثاره القانونية أو الشرعية. ومحل العقد في عقد الزواج هو الاستمتاع على الوجه المشروع، وأثره هو الإباحة، فمحل العقد هو حل الاستمتاع، والذي هو حق للزوجين.

وقد أشار لذلك تعريف الأستاذ محمد أبو زهرة، حيث عرفه فقال: الزواج عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكلية من حقوق، وما عليه من واجبات^(٢).

(١) انظر شرح التعريف في: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: د. مصطفى السباعي ٣٢/١ والتي بعدها.

وشرح قانون الأحوال الشخصية السوري: د. عبد الرحمن الصابوني ٧٨/١.

وشرح القانون: د. محمد الحسن البغا ص ٩١.

(٢) الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ١٧.

وللفقهاء تعريفات كثيرة تدور حول نفس المعنى تقريباً، ويترتب على انعقاد هذا العقد آثار قانونية تلزم الطرفين من توارث ومهر ونفقة وثبوت نسب و.... إلخ.

إذن يلاحظ على التعريف أنه غير جامع، ويجب تعديله ليصبح حداً جامعاً مانعاً، وذلك بإضافة الضوابط التي سكت عنها التعريف في القانون بالتعريف المقترح الآتي:

م ١- الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، يفيد حل الاستمتاع على الوجه المشروع، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة، وآثار تلحق الطرفين.

المبحث الثاني: في خطبة النكاح

نصت المادة (٣) لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة. ونصت المادة (٤) ف ١- إذا دفع الخاطب المهر نقداً واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز.

ف ٢- إذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته.

ف ٣- تجري على الهدايا أحكام الهبة.

١- نلاحظ في المادة (٣) أن القانون أجاز لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عن الخطبة، لأن الخطبة وعد بالعقد وليست عقداً، والوعد غير ملزم قضاءً إلا في قول عند المالكية، وإن كان ملزماً ديانة^(١). والقانون أخذ برأي جمهور العلماء، وهذا أمر حسن؛ لئلا يؤدي

(١) انظر: شرح القانون: د. مصطفى السباعي ٦٢/١، والأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبو زهرة ص ٣٥، وشرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فير شقفة ١١٧/١.

الإلزام بالوعد في الخطبة إلى عقد زواج دون رضا الطرفين، وهو باطل باتفاق العلماء.

٢- كما نلاحظ أن القانون جعل المرأة المخطوبة بالخيار بعد العدول عن الخطبة إذا قبضت المهر واشترت به جهازها في رد مثل النقد أو تسليم الجهاز، إذا كان العدول من طرف الخاطب، لئلا يقع عليها الضرر بالعدول إذا اشترت الجهاز من المهر، وأما إن كان العدول من طرف المخطوبة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته حتى لا يتضرر الخاطب.

وهذا النص من القانون لم يأخذ من أي مذهب فقهي على ما يبدو، وإنما اقتضته قواعد العدالة، وخاصة إذا علمنا أن الفقهاء لم يفرقوا فيما إذا كان العدول من جهة الخاطب، أو من جهة المخطوبة في رد المهر^(١). ولكن نلاحظ على القانون بعض النقص هنا، إذ سكت ولم يفرق بين العدول إن كان بسبب الخاطب أم بسبب المخطوبة. فقد يكون العدول من جانب الخاطب ولكن بسبب نشأ من المخطوبة أو العكس. ولذا يجب أن يُعطى العدول من الخاطب إن كان بسبب من المخطوبة حكم العدول من جانب المخطوبة. والأسباب يقدرها القاضي، ولكن لا يمكن حصرها في قانون؛ لأنها تخضع لاعتبارات وتقديرات كثيرة^(٢).

كما أوجب القانون على المرأة المخطوبة في حالة العدول عن الخطبة إعادة المهر إلى الخاطب إذا تم قبضه خلال الخطبة، وذلك لأنه دفع على أساس إتمام الزواج، والمهر أثر من آثار العقد ولم يتم، فيجب رده باتفاق العلماء^(٣). ولكن نص القانون سكت ولم يتعرّض صراحة لحالة موت أحد

(١) انظر: شرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فهد شقفة ص ١٢٧.

(٢) انظر: شرح القانون: د. عبد الرحمن الصابوني ٥٥/١، وشرح القانون: د. مصطفى السباعي ٦٠/١.

(٣) انظر: شرح القانون: د. السباعي ٦٣/١ وما بعدها، وشرح القانون: د. عبد

الخطابين، أو العدول برغبة الطرفين وتراضيهما.

والمرأة المخطوبة لا تنتضرر إذا كان العدول من طرفها وبسبب منها، فتلترزم عندئذ أن تعيد المهر أو قيمته إلى الخطيب كما مر معنا.

أما في حالة الوفاة أو العدول برغبة الطرفين فهي بالخيار بين إعادة مثل النقد، أو تسليم الجهاز فيما إذا كان قد اشترى من المهر^(١).

وهذا ما أخذت به المادة الثانية من قانون حقوق العائلة العثمانية فقد نصت على أنه في حال وفاة أحد الخطابين فإن كان ما أعطاه الخطيب من أصل المهر موجوداً يجوز استرداده عيناً، وإن كان قد تلف يجوز استرداده بدلاً... إلا أنه لم يتعرض للأشياء الجهازية، والملاحظ أنها تأخذ حكم المهر العيني.

٣- كما أن الفقرة الثالثة من المادة (٤) صريحة في أن الهدايا في الخطبة تأخذ أحكام الهبة، وفي حال العدول عن الخطبة هل يجوز للخطيب استردادها؟.

لقد سكت القانون عن حكم الرجوع بالهدايا في حال العدول، والفقهاء قد اختلفوا في حكم الرجوع عن الهبة. وقد نص الحنفية في كتبهم على إعطاء الهدايا في الخطبة حكم الهبة^(٢).

والحنفية يقولون بجواز استرداد الهبة والرجوع فيها إذا كانت قائمة غير مستهلكة أو هالكة، ولذا يجوز استرداد الهدايا في حال العدول عن الخطبة إن كانت قائمة، ولا يجب ضمانها إن كانت هالكة أو مستهلكة؛ لأن ذلك من موانع الرجوع في الهبة عندهم^(٣).

الرحمن الصابوني ١/٤٤، ونظام الأسرة وحل مشكلاتها: د. الصابوني ص ٤٨.

(١) انظر: شرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فهد شقفة ص ١٢٧.

(٢) انظر الفتاوى الأنقروية ١/٤٨.

(٣) موانع الرجوع بالهبة عند الحنفية هي:

وبما أن المنازعات على الهدايا تُنظر أمام المحاكم المدنية، وأحكام
الهيئة قد قننها القانون المدني، فلا بد من أن يطبق القاضي ما ورد في هذه
المسألة في القانون المدني دون أن يعمد إلى تطبيق المادة ٣٠٥ أحوال
التي توجب الرجوع إلى الراجح في المذهب الحنفي في المسألة
المسكوت عنها؛ لأن الهيئة قد أخرجها المشرع من قضايا الأحوال
الشخصية للمسلمين^(١).

وقد أخذت المادة ٤٦٨ من القانون المدني برأي الحنفية في حكم
الرجوع بالهيئة والذي ذكرناه سابقاً.

وبناءً على ذلك: يجوز للخاطب الرجوع بالهدايا بعد فسخ الخطبة إذا
كانت عينها قائمة كالذهب والأقمشة، إلا إذا وجد مانع يمنع من هذا
الرجوع كالهلاك أو الاستهلاك، كما لو كان طعاماً فأكل، أو بالزيادة
المتصلة كما لو كان قماشاً فخاطته، فليس للخاطب أن يسترد مثله أو
قيمه^(٢).

لكن هذا الرأي لا يتفق مع قواعد العدالة والإنصاف، إذ قد يكون
العدول من طرف الخاطب ودون سبب مبرر...

-
- ١- زيادة الموهوب. ٢- موت الواهب أو الموهوب له. ٣- خروج الموهوب
عن ملك الموهوب له. ٤- دفع الموهوب له عوضاً عن الهيئة. ٥- الزوجية
القائمة بين الواهب والموهوب له. ٦- القرابة المحرمة بينهما.
 - ٧- هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له. انظر: فتح القدير: ابن الهمام
١٢٩/٧.

- (١) تجدر الإشارة هنا إلى قرار محكمة النقض السورية الذي يبين اختصاص المحاكم
في النظر في قضايا المهر والهدايا " أن الاختصاص ينعقد للمحاكم الشرعية
للنظر في الخلاف حول المهر، وللمحاكم العادية فيما يتعلق بالهدايا في حال
العدول عن الخطبة" انظر مجلة القانون عام ١٩٥٦ العدد ٧ ص ٦٢٨.
- (٢) انظر: شرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فهد شقفة ص ١٢٩-١٣٠.

ولو نظرنا في بقية آراء الفقهاء لوجدنا ثلاثة آراء أخرى وهي

١- رأي المالكية: حيث فرق المالكية بين عدول الخاطب وعدول

المخطوبة، فإن كان العدول من الخاطب فليس له الحق في الرجوع بالهدايا، وله الرجوع فيها إن كان العدول من طرف المخطوبة^(١).

٢- وذهب الشافعية إلى جواز استرداد الهدايا سواء كانت قائمة أو

مستهلكة، برد عينها إن كانت قائمة، وضمانها إن كانت هالكة أو مستهلكة^(٢).

٣- أما الحنابلة فقالوا: لا يجوز الرجوع بالهدايا سواء أكانت موجودة

أم هالكة؛ لأنهم منعوا الرجوع بالهبة^(٣).

والذي أراه الأنسب والأقرب إلى قواعد العدالة والشريعة أن تعدل هذه

المادة ويطبق فيها المذهب المالكي. وهو ما أخذ به القانون المغربي

والتونسي^(٤) وأخذ به القانون الإماراتي لعام ٢٠٠٥م. فلا يجوز أن يجمع

على المهدي إليه بين ألم العدول وألم الاسترداد، إن لم يكن هو الذي عدل

عن الخطبة، ولا يجمع على المهدي ألم العدول والغرم المالي إن كان

العدول من الجانب الآخر كما قال الشيخ محمد أبو زهرة^(٥). وبهذا أخذ

(1) انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣٤٥/٢.

(2) انظر: حاشية الجمل ١٢٩/٤، حاشية البجيرمي على الخطيب ٤٠٩/٣.

(3) الروض المربع شرح زاد المستقنع: منصور البهوتي، ٤٩٥/٢، بداية المجتهد ٣٣٢/٢

(4) انظر شرح القانون: د. مصطفى السباعي ٦٦/١، جاء في المادة الثالثة من

القانون المغربي " أن للخاطب أن يسترد الهدايا إلا إذا كان العدول من قبله"، وفي

المادة الثانية من القانون التونسي "يسترد الخاطب الهدايا التي قدمها لخطيبته إلا

إذا كان العدول من قبله أو وجد شرط خاص".

(5) الأحوال الشخصية ص ٤٠، وانظر شرح أحكام الأحوال الشخصية ص ١٢٩-

أيضاً المشروع الذي أعد برياسة الجمهورية في مصر بناءً على اقتراح اللجنة التي ألفت في سنة ١٩١٥م في مشروعها لوضع قانون للأحوال الشخصية.

التعديل المقترح: مادة (٤) ف٣- للخاطب أن يسترد الهدايا إلا إذا كان العدول عن الخطبة من قبله ودون سبب مبرر.

وأضفنا إلى عدم كون العدول من طرف الخاطب ألا يكون العدول من طرفه لسبب مبرر، لأن وجود سبب مبرر للعدول لا يجعله متعسفاً في هذا العدول، فلا يسقط حقه في استرداد الهدايا. على أن تحل هذه الفقرة المعدلة محل الفقرة (٣) من المادة (٤)، وتصبح المادة (٤) كما يلي: م٤ ف٣- معدلة: للخاطب أن يسترد الهدايا إلا إذا كان العدول عن الخطبة من قبله ودون سبب مبرر.

وهذا التعديل يتفق مع قرار محكمة النقض السورية والذي ينص: ((يجوز الرجوع في الهدايا المقدمة أثناء الخطبة إذا رفضت المخطوبة إتمام الزواج))^(١).

وقرار محكمة النقض: ((فسخ الخطوبة بدون ذنب يوجب على الخاطب أن يبصر طلبه استرداد الهدايا))^(٢).

٤- ويلاحظ أيضاً في أحكام الخطبة التي نص عليها القانون في المواد (٢-٣-٤) عدم ذكره لشروط الخطبة، ومن تجوز خطبتها ومن لا تجوز، وهذا متروك للمذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥ أحوال)، فيما سكت عنه القانون^(٣).

(1) قرار رقم (٢٨٦) تاريخ ١٢/٦/١٩٦٨م.

(2) قرار رقم (٧٠٦) قرار رقم (٦١٧) تاريخ ٥/١٢/١٩٦٧م. انظر موسوعة

الأحوال الشخصية: للمحامي نبيل الظواهرة الصايغ ص ٤٥ والتي بعدها.

(3) انظر: شرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فخر شقفة ص ١٢٠.

وقد رأى بعض شراح القانون^(١) أن هذا يشكل نقصاً في القانون، وأنه من الضروري الإشارة إلى ذلك صراحة.

وفي رأبي لا داعي لأن ينص القانون على شروط الخطبة، ولا يُعد هذا نقصاً فيه؛ لأن القانون نص صراحة على المحرمات من النساء اللاتي لا يجوز العقد عليهن في المواد (٣٣-٣٤-٣٥-٣٨) ومؤدى هذا عدم جواز خطبة هؤلاء النساء؛ إذ من لا يحل له الزواج بها لا يحل له خطبتها.

وأما كون المرأة غير مخطوبة للغير فهو أمر ديني ولا علاقة له بالقضاء.

المبحث الثالث: حكم التعويض في حال العدول عن الخطبة

لم ينص القانون السوري على أحكام تفصيلية بشأن الخطبة كما مر معنا، وقد جاء في المادة (٣) لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة. وهذه المادة تدل على أن حق العدول جائز للطرفين - الخاطب والمخطوبة- وهذا يدل على أن التكييف القانوني الذي أعطاه القانون للخطبة أنها وعد بالزواج لا عقد، وهي وعد غير ملزم قضاء عند الجمهور من العلماء عدا المالكية كما مر معنا سابقاً. وهذا ما يفهم من نص المادة (٢) التي نصت على أن ((الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا)).

ومؤدى ذلك أن حق العدول جائز لهما متى أرادا، وإذا تم العدول عن الخطبة من الخاطب فإنه يكون قد باشر تصرفاً مآذوناً فيه.

ولكن قد يترتب على العدول عن الخطبة بعض الأضرار المادية أو

(1) شرح القانون: د. عبد الرحمن الصابوني ٥٧/١.

المعنوية في بعض الأحيان، فقد تستمر الخطبة لسنوات، ويفوت على المخطوبة خطاباً آخرين، وفرص زواج أخرى، كما قد يطلب الخاطب من المخطوبة الاستقالة من وظيفتها أو ترك دراستها. ومن الأضرار المعنوية ما تلوكه الألسنة عن أسباب العدول مما يؤدي سمعتها.

فلو ترتب على هذا العدول ضرر لحق بالمخطوبة فهل يجب التعويض بسبب ذلك...؟ سكت القانون عن هذه المسألة، ولم يتعرض الفقهاء القدامى لهذه المسألة لأسباب عديدة^(١). ولكن للعلماء المعاصرين عدة آراء:

الرأي الأول: للشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية، ذهب فيه إلى عدم التعويض؛ لأن العدول عن الخطبة حق مأذون له فيه، وإذا مارس الخاطب حقاً مأذوناً له فيه فلا يجب التعويض^(٢).

الرأي الثاني: للشيخ محمود شلتوت شيخ الأزهر، وذهب فيه إلى وجوب التعويض للطرف الآخر مطلقاً^(٣).

الرأي الثالث: للشيخ محمد أبو زهرة، وقد ذهب فيه إلى أن العدول يستوجب التعويض في حالة وقوع ضرر مادي فقط، أما في حالة عدم وقوع ضرر، أو كان الضرر معنوياً فلا تعويض^(٤).

وحقيقة رأي الشيخ محمد أبو زهرة أن الضرر الذي ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل فلا يستوجب التعويض، أما إذا نشأ الضرر وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول فيجب

(1) انظر هذه الأسباب في شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي ٦٧/١ وما بعدها.

(2) انظر مجلة المحاماة الشرعية/العدد الأول/السنة الثانية ص ٥٤.

(3) انظر فصول اجتماعية ص ٣٢١، وشرح القانون للسباعي ٦٩/١.

(4) انظر الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٣٧، وشرح القانون للسباعي

٦٩/١، وشرح القانون للصابوني ٤٧/١.

التعويض؛ لأن في ذلك تغريراً، والتغريير يستوجب التعويض، كما لو طلب الخاطب نوعاً من الجهاز، أو تطلب هي إعداد البيت ثم يقع العدول والضرر.

فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة فيعوض^(١).

يقول أبو زهرة: ((وعلى هذا يكون الضرر قسمين: ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، فالأول يعوّض والثاني لا يعوّض، إذ الأول كان تغريراً، والتغريير يوجب الضمان، كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفي وغيره، وفي قضايا العقل والمنطق، وقد أخذت بهذا النظر محكمة النقض))^(٢).

الرأي الرابع: وهو للدكتور مصطفى السباعي، حيث ذهب إلى وجوب التعويض في حالة وقوع ضرر مادي أو معنوي لحق بالمخطوبة بسبب العدول، وهو يوجب التعويض بشروط ثلاثة: ١- أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة.

٢- أن يقع ضرر مادي أو معنوي بسبب العدول غير الاستهواء الجنسي.

٣- أن يؤكد الخاطب على رغبته في الزواج من المخطوبة^(٣). ويستثنى من ذلك الضرر الأدبي أو المعنوي المتمثل في الاستهواء الجنسي؛ لأن الضرر الأدبي الذي ينشأ عن مخالفة أحكام الشريعة

(1) انظر الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٣٧.

(2) نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩، الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٣٧.

(3) شرح القانون: مصطفى السباعي ٧٣/١.

والوقوع في المحرم لا يستحق تعويضاً؛ لأن الشريعة لا تحترم الأفعال المخالفة لأحكامها، بل توجب العقوبة عليها، فلا يتفق مع قواعد الشريعة وأحكامها أن نحكم للفتاة بالتعويض عن وقوعها في الحرام نتيجة نزوات طائشة مخالفة لحدود الشريعة ومبادئ الأخلاق^(١).

الرأي الخامس: وذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري^(٢) إلى أن فسخ الخطبة يترتب عليه تعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، لا على أساس المسؤولية العقدية؛ لأن الخطبة وعد وليست عقداً، فالخطأ الذي يرتكبه العادل هو الانحراف عن السلوك المعروف للشخص العادي بالنظر إلى الظروف التي رافقت هذا العدول.

يقول الدكتور السنهوري^(٣) ((والذي يمكن تقريره في هذا الشأن وما استقر عليه هو ما يأتي: ١- الخطبة ليست بعقد ملزم.

٢- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض.

٣- إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية)). وهذا ما استقر عليه القضاء المصري وقررته محكمة النقض المصرية في قرارها المؤرخ في ١٤ ديسمبر عام ١٩٣٩م^(٤).

والذي نراه راجحاً هو القول بالتعويض عند العدول إذا نشأ عنه ضرر تسبب به الطرف العادل، وهذا التعويض توجبه قواعد الشريعة وأحكامها في أصليين اثنين:

(١) انظر شرح القانون: مصطفى السباعي ٧٢/١.

(٢) الوسيط: السنهوري ٦٨٩/١-٦٩٠، نظرية الالتزام.

(٣) الوسيط: السنهوري ٦٩٠/١، نظرية الالتزام.

(٤) انظر شرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فهد شقفة ص ١٣٦، والوسيط:

الأصل الأول: مبدأ منع أو تحريم التعسف أو الإساءة في استعمال الحق، ومن المعروف أن الفقهاء قالوا بهذا المبدأ وأقروه.

الأصل الثاني: الإلزام بالوعد قضاءً عند المالكية، حيث ذهب المالكية إلى أن القضاء بالوعد فيه أربعة أقوال^(١) والمشهور المعتمد منها عندهم أن الوعد إذا لزم منه ارتباط الموعد بعمل، ومثله إذا ما ارتبط بعقد أو قول كان سببه ذلك الوعد، ونشأ عن تخلف الواعد بتنفيذ وعده ضرر ما، حُكم عليه قضاءً بتنفيذ ذلك^(٢)، وهذا القول ناشئ عن مبدأين في الشريعة: الأول: قوله تعالى [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ] المائدة/١، ومثله كل وعد صدر من الإنسان.

الثاني: قوله p: ((لا ضرر ولا ضرار))^(٣)؛ ولذلك كله كان لا بد من اعتبار الضرر الناشئ عن النكول عن الخطبة، والتي هي وعد بالعقد، فلا بد من القول بوجود التعويض عنه^(٤)، ثم إن القول بالتعويض ليس سببه حق العدول، فممارسة الحق لا يترتب عليه تعويض، وإنما سببه الإساءة والتعسف في استعمال هذا الحق بحيث أدى إلى ضرر بالغير.

ولهذا كله نرجح أن يُعطى القاضي حق الحكم بالتعويض عند العدول إذا ترتب عليه ضرر، وبالشروط التي ذكرها الدكتور مصطفى السباعي. والخلاصة: أن الحكم بالتعويض لم ينشئ عن مجرد العدول عن الخطبة، بل عن الأضرار التي نجمت عن ذلك مادية أو معنوية.

(1) انظر الالتزامات للحطاب ١٨٠/١ مطبوعة مع فتاوى الشيخ عليش.

(2) انظر الفروق للقرافي ٢٥/٤ .

(3) رواه ابن ماجه: باب إذا تشاجروا في قدر الطريق ٧٨٤/٢ ، والدارقطني: كتاب البيوع ٧٧/٣ ، و البيهقي في السنن الكبرى: باب لا ضرر ولا ضرار ٦٩/٦ ، والحاكم في المستدرک: كتاب البيوع ٦٦/٢ ، و مالك في الموطأ: باب القضاء في المرفق ٧٤٥/٢ ، و أحمد في المسند: مسند عبد الله ابن عباس ٣١٣/١ .

(4) انظر شرح القانون: د. مصطفى السباعي ٧١/١-٧٢.

وتجدر الإشارة هنا إلى إن عبء إثبات الضرر يقع على عاتق المتضرر، والتعويض الذي يحكم به للطرف المتضرر يخضع لسلطة القاضي التقديرية.

ويرى الدكتور عبد الرحمن الصابوني أنه يجب تقييد القاضي في تحديد التعويض بما لا يتجاوز نصف المهر؛ لأن الزوج في حالة الطلاق قبل الدخول يجب عليه دفع نصف المهر لزوجته، وذلك خشية تعسف القاضي في تقدير هذا التعويض^(١).

والحقيقة أن هذا الرأي محل نظر؛ لأن الأمر إنما يتصل بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية، الناشئة عن عدول أحد الخطيبين، والتعويض ينبغي أن يزيل الضرر المباشر بكليته، سواء كان أقل من نصف المهر أم أكثر منه، ثم إنه قد يكون العدول من جانب المخطوبة فكيف سيقدر التعويض؟! وما هو السند الشرعي عندئذٍ للقول بتحديد بنصف المهر؟^(٢)

كما يرى الدكتور عبد الرحمن الصابوني أن الاختصاص في النظر في دعاوى التعويض للعدول عن الخطبة يجب أن يُعطى للمحاكم الشرعية^(٣)، لكن هذا يتعارض مع قرار محكمة النقض السورية والذي ينص على: ((دعوى الضرر الناجمة عن العدول عن الخطبة ليست من اختصاص المحاكم الشرعية))^(٤)، ولذلك فإن الدكتور الصابوني قد جانب الصواب، وتنبه لذلك الدكتور السباعي، وذكر أن ذلك من اختصاص

(1) انظر: شرح القانون: د. الصابوني ٥٣/١، وانظر نظام الأسرة وحل مشكلاتها:

د. الصابوني ص ٥٠.

(2) انظر: مصادر الالتزام: د. أيمن أبو الغيال، ٣٤/٢

(3) انظر: شرح القانون: الصابوني ٥٣/١.

(4) قرار رقم ٣٧٢ تاريخ ١١/٣٠/١٩٦٠.

القضاء المدني^(١)، فالاجتهاد مستقر في سورية على أن دعاوى الهدايا بين الخاطبين هي من اختصاص المحاكم المدنية^(٢)

وكذلك دعاوى التعويض، والقانون المطبق في الموضوعين هو القانون المدني، وليس قانون الأحوال الشخصية^(٣).

وإذا كان الخاطبان قاصرين ووقع الضرر، تولى التعويض أولياء الخاطب المسؤول عن فسخ الخطبة، والمتسبب في وقوع الضرر على الطرف الثاني.

وبما أن وقوع الضرر بسبب العدول عن الخطبة يتكرر كثيراً في الواقع الاجتماعي، فسكوت القانون عن الحكم بالتعويض يشكل نقصاً وقصوراً في القانون، خصوصاً إذا علمنا أن القضاء السوري والمصري وقع فيه خلاف كبير حول الحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عن العدول^(٤)، ولذلك نرى وجوب النص في القانون على التعويض لحسم الخلاف وسد النقص فيه.

المادة المقترحة تقنينها:

الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة واجب التعويض على الطرف المتسبب فيه.

(1) انظر: شرح القانون : السباعي ٧٣/١-٧٤ .

(2) القرار المؤرخ في ١٤/٣/١٩٦٤م.

(3) القاعدة ١١٦٠ من مجموعة القواعد القانونية السورية للأحوال الشخصية، وانظر

شرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فهد شقفة ص ١٣٧.

(4) انظر الوسيط : السنهوري ٦٨٨/١-٦٨٩ نظرية الالتزام .

الفصل الثاني

ما سكت عنه القانون في عقد الزواج

المبحث الأول: في شروط الانعقاد في الزواج

عقد الزواج كباقي العقود، يُشترط فيه شروط انعقاد وصحة ونفاذ ولزوم، وهو كباقي العقود عقد رضائي، ركنه الأساسي هو التراضي بين العاقدين، ويُعبر عنه بصيغة العقد-الإيجاب والقبول-عند الحنفية.

يقول صاحب البدائع: ((وأما ركن النكاح فهو الإيجاب والقبول بألفاظ مخصوصة، أو ما يقوم مقام اللفظ))^(١)، وعند جمهور الفقهاء أركان العقد هي: العاقدان، ومحل العقد، والصيغة، ويضيفون لذلك الولي. ويشترط في كل ركن شروط خاصة لانعقاد العقد، وإلا كان باطلاً^(٢).
و أضاف المالكية المهر^(٣).

وقد جرى قانون الأحوال الشخصية السوري في شرائط الانعقاد على مذهب الحنفية، ونص على شرائط الانعقاد في المادة (١١) والتي تنص:

مادة (١١)

ف١- يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا متفقين من كل وجه، وفي مجلس واحد، وأن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخر، وفاهماً أن المقصود الزواج، وأن لا يوجد في أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب.

(١) البدائع: الكاساني ٢٩٩/٣.

(٢) انظر مواهب الجليل ٤١٩/٤، المهذب ٣٦/٢ وما بعدها، ومغني المحتاج

١٣٩/٢ وما بعدها، والمغني ٤٥٠/٦ وما بعدها.

(٣) انظر القوانين الفقهية: ابن جزئيء ص ٢٠٧.

ف٢- ويبطل الإيجاب قبل القبول بزوال أهلية الموجب، وبكل ما يفيد الإعراض من أحد الطرفين.

مما سبق نلاحظ أن القانون السوري ذكر في المادة (١١) بعض شرائط الانعقاد، وسكت عن البعض الآخر. فنص على أربعة شروط وهي:

١- أن يتفق الإيجاب والقبول من كل وجه.

٢- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

٣- أن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ويفهمه.

٤- أن لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب^(١)

وسكت القانون فلم يذكر شرطين آخرين، وهما:

أ - أن يتولى العقد كل من العاقدين أصالة أو وكالة أو ولاية، ممن تحققت فيه الأهلية الكاملة لعقد الزواج.

ب - أن يكون الزوج مسلماً بالنسبة للمسلمة، فلا ينعقد زواج المسلمة بغير المسلم، بل هو عقد باطل^(٢).

إلا أن القانون استترك هذا النقص في موضع آخر فذكر هذين الشرطين، فذكر الشرط الأول في فصل الأهلية، والشرط الثاني ضمناً في الباب الثالث في أنواع الزواج في المادة (٤٨) ف٤ .

المبحث الثاني: شروط صحة عقد الزواج^(٣):

أخذ القانون السوري بمذهب بعض الحنفية في تقسيم عقد الزواج إلى

(١) انظر لبيان وشرح هذه الشروط: البدائع ٢٣٢/٢ وما بعدها، والفتاوى الهندية ٢٦٩/١، والهداية: للمرغيناني ٤٥٩/٢ وما بعدها، وانظر شرح القانون: د. السباعي ١٠٤/١ وما بعدها، وشرح القانون: د. الصابوني ٨٤/١ وما بعدها.

(٢) انظر شرح القانون: د. السباعي ١٠٧/١.

(٣) انظر شرح هذه الشروط في: شرح القانون: للسباعي ١٠٧/١ وما بعدها، وشرح القانون: للصابوني ٩٨/١ وما بعدها، وشرح القانون: للبغا ص ٢٩ وما بعدها.

صحيح وفساد وباطل^(١)، وأما جمهور الفقهاء فلا يفرقون بين الباطل والفساد.

وشروط صحة العقد هي التي لا بد من توافرها ليكون العقد صحيحاً، غير أنها لا تعتبر جزءاً من ماهية العقد، وإذا فقدت كان العقد موجوداً ولكنه فاسد، وأهم هذه الشروط هو شرط الإشهاد. وعقد الزواج هو العقد الوحيد في الشريعة الإسلامية الذي اشترط الشارع فيه الإشهاد من أجل توثيقه وعدم إنكاره والإعلان به كي لا يبقى سراً؛ وذلك نظراً لخطورة هذا العقد وخطورة آثاره؛ ولأنه عقد مقدس وميثاق غليظ.

وقد اشترط الحنفية لصحة هذا العقد ثلاثة شروط:

١- الإشهاد على العقد.

٢- حل المرأة للرجل، وذلك بأن لا تكون المرأة مختلف في حرمتها

أو توجد فيها شبهة^(٢).

٣- عدم التأقيت في صيغة العقد؛ لأن هذا العقد هو عقد العمر، وشرع ليكون عقداً مؤبداً؛ لأن المصالح التي أراد الشارع تحصيلها من هذا العقد لا يمكن أن تتحصل إلا إذا كان هذا العقد مؤبداً من إقامة أسرة وتربية الأطفال؛ وليكون سكوناً روحياً ونفسياً.

وشروط الإشهاد لا بد منه لصحة هذا العقد عند جمهور الفقهاء^(٣)، وأما المالكية: فاشترطوا الإعلان عند العقد دون إشهاد، وهذا لا يعني أنهم لا يقولون بالإشهاد ولكنهم يجعلونه شرطاً عند الدخول^(٤).

(1) انظر شرح القانون: د. الصابوني ٢٥٢/١، والأحوال الشخصية: محمد أبو

زهرة ص ٥٨.

(2) انظر شرح القانون: د. الصابوني ١٨٨/١، وشرح القانون: د. البغا ص ١٤٤.

(3) انظر بداية المجتهد ١٤/٢، فتح القدير ٤٥٢/٦، البدائع ٢٥٣/٢، نهاية المحتاج

٢١٣/٦، المغني: ابن قدامة ٣٤١/٧

(4) انظر حاشية العدوي على الخرشي ١٦٧/٣، دار صادر. والمدونة ١٢٨/٢، دار

واستدل جمهور العلماء على شرط الإشهاد بأحاديث متعددة تفيد
بمجموعها وجوب الإشهاد على عقد الزواج، منها قول الرسول ρ " لا
نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" (١) ، وعن عائشة قالت: قال رسول الله ρ :
لا بد في النكاح من أربعة، الولي والزوج والشاهدان" (٢).
شروط الشهود:

- اشترط الفقهاء في الشهود لصحة الشهادة في عقد الزواج مايلي:
- ١- البلوغ ٢- العقل ٣- الإسلام إذا كان الزوجان مسلمين، وأجاز
أبو حنيفة وأبو يوسف أن يكون الشهود غير مسلمين إذا كانت الزوجة
كتابية (٣)، وذلك خلافاً لجمهور العلماء (٤).
 - ٤- اشترط الجمهور العدالة في الشهود (٥)، خلافاً للحنفية (٦).
 - ٥- واشترط الشافعية والحنابلة الذكورة في الشهود فلا يصح بشهادة
النساء مع الرجال، ويصح بشهادة رجلين ، أما الحنفية فأجازوا شهادة
النساء مع الرجال في عقد الزواج، ولكنّه

صادر. بداية المجتهد ١٧/٢، دار المعرفة-بيروت.

(1) رواه أحمد والدارقطني وابن حبان، انظر نيل الأوطار ١٣٥/٦. ابن حبان: كتاب
النكاح، ذكر نفي إجازة عقد النكاح بغير ولي وشاهدي عدل ٣٨٦/٩ رقم
(٤٠٧٥)، والبيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين ١٢٥/٧،
والدارقطني ٢٢٥/٣، رقم (٢٣).

(2) رواه الدارقطني: كتاب النكاح ٢٢٥/٣ رقم (١٩).

(3) انظر تحفة الفقهاء ١٩٦/٢، الهداية ٤٦٢/٢.

(4) انظر الخرشي على خليل ١٩٤/٣، فتح القدير ١١٣/٣، المهذب ٤١/٢، المغني
٣١٤/٧.

(5) المراجع السابقة، وبداية المجتهد ١٧/٢، دار المعرفة-بيروت.

(6) انظر الهداية ٤٦١/٢، فتح القدير ١٢٣/٣، والأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة
ص ٥٥ والتي بعدها.

لا يصح عندهم بشهادة أربع نسوة^(١).

٦- سماع صيغة العقد وفهماها^(٢).

٧- وانفرد الشافعية بشرط الرؤية، وانفقوا على شرط النطق، فلا

ينعقد بحضور أخرسين؛ لأن الأخرس لا يتمكن من أداء الشهادة^(٣).

وأجاز الحنفية في عقد الزواج شهادة الفروع للأصول، وشهادة

الأصول للفروع^(٤)، وقد ذكر بعض الحنفية ضابطاً لمن تقبل شهادته في

الزواج ومن لا تقبل وهو: كل من جاز الحكم بشهادته في قول بعض

الفقهاء، ومن لا يجوز الحكم بشهادته عند أحد لا ينعقد بحضوره^(٥).

موقف القانون: أخذ القانون بمذهب الحنفية في شروط الشهادة

ونصت المادة (١٢) على أنه: ((يشترط في صحة عقد الزواج حضور

شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين الإيجاب

والقبول فاهمين المقصود بهما)).

أولاً: نلاحظ في المادة (١٢) أن القانون نص على بعض شروط

صحة عقد الزواج، وهي الإشهاد، بينما سكت القانون عن بقية الشروط،

ومنها عدم التأقيت، وهذا الشرط أساسي وهام، وسكوت القانون عنه يُعدُّ

نقصاً كبيراً. وهو شرط متفق عليه بين الفقهاء، والعقد المؤقت باطل عند

الجمهور، وهو فاسد عند الحنفية^(٦)، فالنص عليه قانوناً أمر ضروري

لاستدراك هذا النقص أولاً، ولأن القانون أخذ برأي بعض الحنفية في تقسيم

(١) انظر الهداية ٤٦١/٢، البدائع ٥٥/٢ وما بعدها، المهذب ٤١/٢.

(٢) انظر رد المحتار ٢٤٠/٢، والبدائع ٥٥/٢.

(٣) انظر الفقه على المذاهب الأربعة: للجزيري ٢١/٤ وما بعدها.

(٤) انظر فتاوى قاضيخان ١١٤/٣.

(٥) وهو قول لأبي يوسف، انظر البدائع ٢٥٣/٢.

(٦) انظر الهداية ٤٧٢/٢، الفقه على المذاهب الأربعة: للجزيري ٢١/٤، وانظر

القوانين الفقهية ٢٢٠/٢، المهذب ٤٧/٢.

العقد إلى باطل وفساد ثانياً؛ ولكي يتفق مع ما نص عليه القانون من آثار للعقد الفاسد بعد الدخول عملاً بمذهب الحنفية في المادة (٥١)، وحسناً ما فعل القانون عندما أخذ بهذا الرأي؛ لأن العقد الفاسد يختلف عن الباطل إذا حصل دخول، فتثبت به بعض آثار العقد الصحيح، كثبوت النسب، والعدة، وحرمة المصاهرة، والمهر. وفي ذلك حفاظ على حقوق المرأة والطفل معاً.

ولذلك أرى من الضروري أن ينص القانون على هذا الشرط الهام وذلك في المادة (١٢) على أن تجعل هذه المادة على فقرتين، الأولى ما نصت عليه المادة (١٢) على حالها، والفقرة الثانية تنص على شرط عدم التأقيت على النحو الآتي.

مادة (١٢) ف٢- يشترط لصحة عقد الزواج عدم التأقيت. وقد جاء في المادة (١٣) من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قنري باشا مايلي: ((لا ينعقد النكاح المؤقت على الصحيح كنكاح المتعة)). والملاحظ أن هذه المادة أخذت برأي جمهور الحنفية في جعل النكاح المؤقت باطلاً. ولكن هذا لا يتفق مع القانون السوري؛ لأنه أخذ برأي بعض الحنفية وجعل العقد المؤقت فاسداً؛ ولذا جعلناه شرط صحة لا انعقاد؛ لئلا يقع التناقض في القانون.

ثانياً: كما سكت القانون عن شرط حل الزوجة، وهذا الشرط استدركه القانون عندما تحدث عن المحرمات من النساء في الفصل الثاني.

ثالثاً: كما نلاحظ أن المادة (١٢) ذكرت شرط الإشهاد وشروط الشهود، وذكرت بعض شروط الإشهاد، ولكن سكت القانون عن بقية الشروط، ولاستكمال النقص في القانون في بقية الأحكام التي تتعلق بالإشهاد على العقد يُرجع إلى المذهب الحنفي بمقتضى المادة (٣٠٥) أحوال والذي نص على جواز شهادة الأصول للفروع والعكس، وفي قبول

شهادة الرجل مع المرأتين^(١)، مادة (٧) أحوال قدري باشا، وإن اشترط النص على إسلام الشهود في المادة (١٢) يوافق مذهب الجمهور في اشترط كون الشاهد مسلماً في زواج المسلم من الكتابية، وبما أن القانون أخذ في ذلك برأي جمهور الفقهاء، فمن الأولى أن يأخذ برأيهم في اشترط العدالة. وقد سكت القانون عن شرط العدالة، وهذا قصور في القانون من الواجب تداركه^(٢).

ونحن لسنا مع رأي الحنفية الذين أجازوا شهادة الفاسقين^(٣)، وحتهم في ذلك أن المقصود من الشهادة إعلان الزواج، وهذا يتحقق بحضور الفاسق، كما يتحقق بحضور الأبرار؛ إذ كيف نأتمن الفاسق على عدم تزوير الشهادة، والفاسق كما هو معروف لا يؤتمن، وعقد الزواج من أخطر العقود..؟! كما أن المقصود من الإشهاد الإعلان وتوثيق العقد معاً.

المبحث الثالث: في المحرمات من النساء^(٤):

نص القانون السوري على المحرمات من النساء اللاتي يحرم الزواج بهن، وهن على نوعين، محرمات مؤبدة؛ لأن سبب التحريم لا يمكن زواله. ومحرمات مؤقتة؛ لأن سبب التحريم مؤقت قد يزول، فإن زال سبب التحريم عاد الحل.

والمحرمات المؤبدة ثلاثة أنواع:

-
- (1) انظر شرح القانون: للصابوني ١٠٦/١، وشرح القانون: للبغا ص ١٣٦.
 - (2) انظر شرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فخر شقفة ١٦٥/١.
 - (3) انظر حاشية ابن عابدين ٢٨٠/٢، والهداية ٤٦١/٢.
 - (4) انظر: مواهب الجليل ٤٦٠/٣ وما بعدها، فتح القدير ٣٥٨/٢ وما بعدها، والهداية ٤٦٢/٢ وما بعدها، والبدائع ٢٥٧/٢، المهذب للشيرازي ٤٣/٢، المغني ٤٨٣/٧ وما بعدها، وانظر أيضاً في بيان المحرمات من النساء: شرح القانون للسباعي ١٨٣/١ وما بعدها، وشرح القانون للصابوني ١٨/١ وما بعدها، وشرح القانون للبغا ص ١٤٤ وما بعدها.

- ١- محرمات بسبب القرابة أو ((المحرمات بالنسب)) .
 - ٢- محرمات بسبب الرضاع ((المحرمات بالرضاع)) .
 - ٣- محرمات بسبب المصاهرة ((بسبب عقد الزواج)) .
- وقد نص القانون السوري في المادة (٣٣) على المحرمات بالنسب.
مادة (٣٣) يحرم على الشخص أصوله وفروعه وفروع أبويه والطبقة الأولى من فروع أجداده.

فالمحرمات بالنسب كما هو ظاهر من المادة (٣٣) هن أربع:

- أ- أصول الشخص من الإناث مهما علون، سواء من جهة الأب أم من جهة الأم، كالأُم والجدة من جهة الأم أو الأب مهما علون.
 - ب- فروع الشخص من الإناث مهما نزلن، كالبننت، وبننت البننت، وبننت الابن مهما نزلن.
 - ج- فروع الأبوين من الإناث وفروع فروعهن مهما نزلن، كالأخت، وبننت الأخت، وبننت الأخ، والأخت شقيقة أم لأب أم لأم.
 - د- فروع الأجداد والجندات لطبقة واحدة: وهن العمات والخالات، سواء كن عمات وخالات الشخص، أم عمات وخالات لأب أم لأم.
- ودليل حرمة هؤلاء النساء من النسب هو قوله تعالى: [حَرَّمْتُ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَأَخَوَاتِكُمْ وَعَمَّاتِكُمْ وَخَالَاتِكُمْ] النساء/ ٢٣ .
- ونصت المادة (٣٤) من القانون السوري على المحرمات بسبب المصاهرة.

- مادة (٣٤) يحرم على الرجل ١- زوجة أصله أو فرعه وموطوءة أحدهما. ٢- أصل موطوءته وفرعها وأصل زوجته.

فالمحرمات بالمصاهرة كما هو ظاهر في المادة (٣٤) هن:

- ١- زوجة أصل الشخص مهما علا، سواء دخل بها أم لا، وسواء من جهة الأب أم الأم، لقوله تعالى: [وَلَا تَتَكَحَّوْا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ] النساء/ ٢٢ .

٢- زوجة فرع الشخص، أي زوجة الإبن مهما نزل، سواء دخل بها أم لا. لقوله تعالى: [وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْنَابِكُمْ] النساء/٢٣ عطفاً على قوله تعالى: [حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ] النساء/٢٣.

٣- أصول زوجة الشخص من الإناث، سواء دخل بزوجه أم لا، لقوله تعالى: [وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ] عطفاً على قوله تعالى: [حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ]، وتشمل أم الزوجة وجداتها وإن علون من جهة الأب أو الأم.

٤- فروع زوجة الشخص وهن ((الربائب)) وهن بنات الزوجة وبنات بناتها مهما نزلن، ولا بد من الدخول لثبوت التحريم ولا يكفي العقد، لقوله تعالى: [وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ] النساء/٢٣ .

والملاحظ أن القانون أخذ برأي الحنفية والذي وافقهم عليه الحنابلة^(١) في ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا في المادة (٣٤)، وذلك خلافاً للشافعية، والمشهور عند المالكية^(٢).

ونصت المادة (٣٥) من القانون السوري على المحرمات بسبب الرضاع.

م (٣٥) ف ١ - يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما قرر فقهاء الحنفية استثناءه.

ف ٢ - يشترط في الرضاع للتحريم أن يكون في العامين الأولين، وأن يبلغ خمس رضعات متفرقات يكفي في كل منها، قل مقدارها أو أكثر.

(١) انظر الهداية ٤٦٥/٢، والبدائع ٢٥٧/٢، المغني ٤٨٤/٧.

(٢) انظر: القوانين الفقهية ٢١٨، بداية المجتهد ٣٣/٢، مواهب الجليل ٤٦٢/٣،

المهذب ٤٣/٢، مغني المحتاج ١٧٨/٣، وانظر الفقه على المذاهب الأربعة:

الجزيري ٦٦/٤ وما بعدها .

فالمحرمات بالرضاع كما هو واضح في المادة (٣٥) سايلى:

١- يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. وهن أربعة أصناف:

أ - أصول الشخص من الإناث من الرضاع.

ب - فروع الشخص من الإناث من الرضاع.

ج - فروع الأبوين من الإناث من الرضاع.

د - فروع الأجداد والجذات من الرضاع لطبقة واحدة.

وما استثناه الحنفية من المحرمات بالرضاع، يستثنى قانوناً من التحريم^(١).

ودليل حرمة الرضاع في الأصناف السابقة قوله تعالى: [وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرِّضَاعَةِ] النساء/٢٣. وقوله p: ((يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب))^(٢).

والملاحظ أن القانون أخذ برأي الجمهور في شروط الرضاع أن يكون في العامين الأولين^(٣)، وأخذ برأي الشافعية والحنابلة في عدد الرضعات التي يثبت بهن التحريم، وهن خمس رضعات مشبعات^(٤).

وذهب جمهور الفقهاء^(٥) إلى أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من

(١) انظر مستثنيات الرضاع، الهداية ٥٢٥/٢ والتي بعدها، وشرح القانون للسباعي ١٨٦/١-١٨٧، وشرح القانون: د. الصابوني ١٢٦/١.

(٢) رواه البخاري: كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب ٨٧٥/٢ رقم (٢٥٠٢)، ومسلم: كتاب الرضاع، باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ١٠٧٠/٢ رقم (١٤٤٥).

(٣) انظر الفقه على المذاهب الأربعة: : الجزيري ٢٤٣/٤

(٤) انظر المذهب ١٥٧/٢، منتهى الإرادات ٣٦٢/١، بداية المجتهد ٣٥/٢، والفقه على المذاهب الأربعة: : الجزيري ٢٤٧/٤ والتي بعدها.

(٥) انظر المراجع السابق، وشرح القانون: الصابوني ١٢٥-١٢٦، وشرح القانون: السباعي ١٨٦/١.

طريق المصاهرة أيضاً، وهن أربعة أصناف، واستلوا على ذلك بإجماع العلماء، وبالقياس على النسب.

وذهب ابن القيم إلى أنه لا يحرم من الرضاع ما يحرم من طريق المصاهرة^(١).

أما المحرمات المؤقتة فقد نص عليهن القانون في المواد الآتية:
(٣٦-٣٧-٣٨-٣٩).

م (٣٦) ف١- لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر ودخل بها فعلاً.

ف٢- زواج المطلقة من آخر يهدم طلاقات الزوج السابق ولو كانت دون الثلاث، فإذا عادت إليه يملك عليها ثلاثاً جديدة.

م (٣٧): لا يجوز أن يتزوج الرجل خامسة حتى يطلق إحدى زوجاته الأربع وتنقضي عدتها.

م (٣٨): لا يجوز التزوج بزوجة آخر ولا بمعدته.

م (٣٩): لا يجوز الجمع بين امرأتين لو فرضت كل منهما ذكراً حرمت عليه الأخرى، فإن ثبت الحل على أحد الفرضين جاز الجمع بينهما.

فالمحرمات المؤقتة كما ورد في القانون هن:

زوجة الغير أو معدته، م (٣٨) لقوله تعالى: [وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ] النساء: ٢٤ عطفاً على قوله تعالى: [حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ] النساء: ٢٣ ولقوله تعالى: [وَلَا تَعْرِمُوا عُقَدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ] البقرة- ٢٣٥

١- المطلقة ثلاثاً بالنسبة لمن طلقها، م (٣٦) ف١- لقوله تعالى: [فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ] البقرة- ٢٣٠.

(١) انظر زاد المعاد: ابن القيم ٤/١٦٨.

٢- الزواج بالخامسة لمن كان متزوجاً من أربع: م (٣٧) لقوله تعالى: [فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ] النساء-٣.

٣- الجمع بين الأختين ومن في حكمهما، م (٣٩) لقوله تعالى: [وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ] النساء-٢٣، ولقوله ٤: ((لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها))^(١).

وقد أخذ القانون في المادة (٣٦) ف٢- برأي أبي حنيفة وأبي يوسف بأن زواج المطلقة من زوج آخر يهدم الطلقات الأولى من زواجها الأول، ويرجع إليها زوجها بحل جديد^(٢).

(1) رواه مسلم: كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين امرأة وعمتها أو خالتها
١٤٣٥/٣، رقم (١٤٠٨).

(2) انظر الهداية ٥٩١/٢، وشرح القانون للصابوني ١١٨/٢.

ما سكت عنه القانون في المحرمات من النساء

أولاً: سبق أن أشرنا إلى أن القانون أخذ بمذهب الحنفية في ثبوت حرمة المصاهرة عن طريق الزنا في المادة (٣٤) ولكنه سكت عن توضيح حكم اللمس أو النظر بشهوة، حيث أعطى الحنفية ذلك حكم الوطء في ثبوت حرمة المصاهرة^(١)، ولعل السبب في ذلك راجع إلى صعوبة إثبات ذلك في القضاء، وتطبيق ذلك في زماننا عسير جداً؛ حيث انهارت الأخلاق، ومقتضى ذلك عدم ضبط المحرمات بالمصاهرة عن طريق مقدمات الزنا ودواعيه قضاءً.

ولكن أرى من الأنسب لزماننا قصر التحريم قضاءً على أصول وفروع المزني بها؛ تطبيقاً للمذهب الحنفي وما عدا ذلك نرى أن الأوفق العمل بالمذهب الشافعي في عدم التحريم تليقاً بين المذهبين؛ إذ إن من البشاعة والقبیح بمكان أن نقول بحل زواج الرجل بابنته من الزنا كما ذهب لذلك الشافعية، وإن نصوا على كراهة هذه الصورة. وفي المذهب الشافعي رأي بأن الزاني لو تيقن أن البنت منه ولو من زنا حرمت عليه، كما قالوا إن ولد المزني بها يحرم على أمه وعلى سائر محارمها^(٢)

ثانياً: نص القانون السوري في المادة (٣٥) على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما استثناه فقهاء الحنفية، إلا أن القانون السوري سكت عن بيان حكم الرضاع من طريق المصاهرة، فهل يجب الرجوع إلى المذهب الحنفي تطبيقاً للمادة (٣٠٥) أحوال والقائل بثبوت التحريم، وهو رأي الأئمة الأربعة^(٣)، أم أن نص القانون على ثبوت

(١) انظر الهداية ٤٦٦/٢.

(٢) انظر: رد المحتار ٥٥٨/٢، ومغني المحتاج ١٧٨/٣، الفقه على المذاهب الأربعة

للجزيري ٢٥٦/٤.

(٣) نظر الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري ٢٥٦/٤.

تحريم الرضاع من النسب فقط هو دلالة على عدم تحريم الرضاع من المصاهرة، وهو رأي ابن القيم^(١).

اختلف شراح القانون حول هذه المسألة لاختلافهم في تفسير نص المادة (٣٥)، فذهب الدكتور عبد الرحمن الصابوني، ورجح هذا الرأي محمد أبو زهرة إلى أنه لا مجال للرجوع إلى المذهب الحنفي في تلك المسألة لأن النص صريح في تحديد حرمة الرضاع بالنسب فقط^(٢)، والقانون اختار أحد الرأيين في المسألة وهو رأي ابن القيم، فالنص قاصر على تحريم الرضاع بالنسب دون المصاهرة.

وقد سكت أيضاً قانون حقوق العائلة العثماني عن حكم المحرمات من الرضاع بالمصاهرة، واقتصر على ذكر محرمات الرضاع بالنسب.

كما أخذ مشروع قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية المتحدة بهذا الرأي صراحة في المادة (١٢) والتي نصت في الفقرة الثانية منها على ما يلي: ((لا تثبت حرمة المصاهرة من طريق الرضاع))^(٣).

وذهب بعض شراح القانون كالدكتور مصطفى السباعي ورجح هذا الرأي الدكتور محمد الحسن البغا إلى أن هذا الموقف من القانون هو سكوت عن حكم الرضاع من طريق المصاهرة، فيطبق المذهب الحنفي في ثبوت الحرمة تطبيقاً للمادة (٣٠٥) أحوال^(٤) وأميل إلى ترجيح هذا الرأي

(1) انظر زاد المعاد ١٦٨/٤ ابن القيم، والأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٧٨.

(2) انظر الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٨٤، وشرح القانون للصابوني ١٤٨/١.

(3) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد/٥٧.

(4) انظر شرح القانون للسباعي ١٨٦/١، وشرح القانون للبغا ص ١٥٣، يقول الدكتور البغا: ((ويبدو أن سكوت النص اكتفاء بنص الحديث، ولا يراد الأخذ بما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم من أن المحرمات بالمصاهرة لا يدخلن في المحرمات بالرضاع)) ص ١٥٤.

للأسباب الآتية:

١- لو أراد القانون عدم ثبوت التحريم لنص على ذلك صراحة، ويدعم هذا سكوت المصدر التاريخي للقانون السوري وهو قانون حقوق العائلة العثماني.

٢- إن العمل برأي الجمهور أقوى لقوة أدلتهم وهي الإجماع والقياس على المحرمات بالرضاع من النسب. ولذلك أرى ضرورة بيان ذلك صراحة بالنص عليه في القانون؛ لأن هذا يُعدُّ نقصاً في القانون، وحسماً للخلاف الذي وقع بين شراح القانون. وقد أخذ بهذا قانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٢٨) لعام ٢٠٠٥ في المادة (٤٦) والتي نصت: ((يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب أو المصاهرة إلا ما استثنى شرعاً)).

ثالثاً: سكت القانون عن بيان نوع العدة التي إذا انقضت محت آثار الزوجية من حيث حل الزواج بالأخت أو العممة أو الخالة أو الزواج من الخامسة، هل هي عدة الطلاق الرجعي أم عدة الطلاق البائن، والمرجع في ذلك المذهب الحنفي بمقتضى المادة (٣٠٥) أحوال، والذي يعتبر المعتدة من طلاق بائن لا تنقطع بينها وبين زوجها الزوجية تماماً؛ لبقاء بعض آثار الزواج قائمة خلال العدة، كنفقة العدة وثبوت النسب، ولذلك لا يجوز على رأي الحنفية أن يعقد على أخت زوجته ومن في حكمها حتى تنقضي عدتها، ووافقهم على ذلك الحنابلة^(١)، وخالفهم في ذلك المالكية والشافعية^(٢). وأما المعتدة من طلاق رجعي لا يجوز ذلك لأن الزوجية لا تنقطع فيها باتفاق العلماء.

(١) انظر الهداية ٤٦٦/٢، البدائع ٢٦٤/٢، المغني ٢٨٧/٦.

(٢) انظر حاشية الدسوقي ٢٥٥/٢، مغني المحتاج ١٨٢/٣، وانظر شرح القانون

للصابوني ١٣٤/١، وشرح القانون للبغا، ص ١٦٠ وما بعدها.

والعمل بالمذهب الحنفي أوفق وأرجح؛ لبقاء بعض آثار الزواج السابق كما قالوا؛ ولأن العرف يستتبع الزواج من الأخت ومن في حكمها عقب الطلاق مباشرة إذا كان الطلاق بائناً، والأفضل أن ينص القانون على هذا الأمر صراحة في المادة (٣٧) منه؛ لأن هذه المسألة من المسائل التي تقع كثيراً، والمقترح وضع فقرة ثانية في المادة (٣٧) تنص على مايلي:

م (٣٧) ف٢- العدة التي إذا انقضت جاز الزواج من الخامسة ومن في حكمها هي عدة الطلاق البائن.

رابعاً: سكت القانون السوري في شأن المحرمات عن حكم الزوجة الملاعنة، هل تحرم بعد الملاعنة حرمة مؤقتة وهو مذهب أبي حنيفة ومحمد^(١)، أم تحرم على زوجها حرمة مؤبدة وهو مذهب الجمهور، ومنهم أبي يوسف والحسن وزفر من الحنفية^(٢).

وبتطبيق المادة (٣٠٥) أحوال يُرجع للمذهب الحنفي قضاءً، ويجب تطبيق رأي الحنفية بجعل حرمة الزوجة الملاعنة مؤقتة، فإذا كذب الزوج نفسه فيما رماها به، وأقيم عليه حد القذف، فإنه يجوز له أن يعقد عليها من جديد برضاها وبمهر جديد^(٣).

وإذا كان السبب في جعل الفرقة مؤبدة عند الجمهور انعدام الثقة بين الزوجين، فإن توبة الزوج بعد رجوعه عن القذف، وإقامة الحد عليه، ورضا الزوجة بالرجوع إلى زوجها، كل ما سبق يعني عودة الثقة بينهما من جديد ورأب للصدع في الأسرة.

وإن سكوت القانون عن حكم الفرقة باللعان لا يشكل نقصاً في

(١) انظر الهداية ٦١٥/٢، فتح القدير ٢٥٥/٣، مجمع الأنهر ٤٦٤/١.

(٢) انظر القوانين الفقهية ٢٥٦/٤، بداية المجتهد ١٢٢/٢، نهاية المحتاج ١٩٣/١، الهداية ٦١٥/٢، الإنصاف ١٢١/٢.

(٣) انظر شرح القانون: د. البغاص ١٦٧.

القانون، وخصوصاً إذا علمنا أنه لم يحدث التفريق باللعان بين الزوجين في القضاء إلى تاريخ يومنا؛ بسبب جهل أكثر المسلمين بحكم اللعان.

خامساً: سكت القانون السوري ولم يتعرض لأمر هام ألا وهو مانع الزنا، لقوله تعالى: [وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ] [النور: ٣.

فذهب جمهور العلماء إلى جواز نكاح الزانية، وحملوا معنى الآية على الذم وليس على التحريم، وحملوا قوله تعالى: [وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ] على الزنا لا على النكاح.

وذهب الحنابلة إلى تحريم نكاح الزانية مالم تتب. وانفق أبو حنيفة ومحمد والشافعي على جواز العقد على الزانية قبل انتهاء عدتها من الزاني، وإن كانت حاملاً على أن يتم الدخول بعد انتهاء العدة. وأما الإمام مالك فذهب إلى منع العقد على الزانية قبل انتهاء عدتها، وأما إذا عقد عليها من قبل الزاني بها فلا مانع من الدخول بها قبل انتهاء عدتها^(١).

وبما أن القانون السوري قد سكت عن هذه المسألة فيرجع إلى المذهب الحنفي الذي يجيز العقد عليها وإن كانت في العدة، على أن يكون الدخول بعد انقضاء العدة.

وقد نصت المادة (٢٩) من أحوال قدري باشا على ما يلي: ((يحرم نكاح الحامل الثابت نسب حملها، ويصح نكاح الحامل من الزنا، ولا يواقعها حتى تضع حملها مالم يكن الحمل منه)).

وأما إذا زنت المرأة بعد الزواج فقد اتفق العلماء على أنه لا يفسخ

(1) انظر النهاية ٤٧١/٢، البدائع ٢٦٨/٢، المغني ٦٠٣/٦، بداية المجتهد ٤٠/٢، منح الجليل ٩/٢، وانظر شرح القانون للصابوني ١٣٠/١، وشرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فهر شقفة ٣٠٣/١-٣٠٤.

نكاحها.

المبحث الرابع: شروط نفاذ عقد الزواج

يقصد بشروط نفاذ عقد الزواج الشروط التي يلزم وجودها لتترب آثار العقد عليه وإلا كان العقد موقوفاً، ولا تلزم آثاره إلا بإجازة صاحب الحق في إجازته، فإن أجازته نفذ، وإن لم يجزه بطل^(١).

وتتمثل شروط نفاذ العقد بوجود الأهلية الكاملة المطلوبة لإجراء عقد الزواج ممن يتولاه، أو النيابة الشرعية، وكالة كانت أم ولاية. وهذا يقتضي بيان حكم إنشاء عقد الزواج أصالة أو وكالة أو ولاية.

وقد تعرّض القانون السوري لذلك في المواد (١٥-١٦-١٨-٢٠)

مادة (١٥) ف١- يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ.

ف٢- للقاضي الإذن بزواج المجنون والمعتوه إذا ثبت

بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه.

مادة (١٦) تكمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشرة، وفي

الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر.

مادة (١٨) ف١- إذا ادّعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة

والمراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة وطلبوا الزواج، يأذن به القاضي إذا

تبين له صدق دعوتهما واحتمال جسميهما. ف٢- إذا كان الولي هو

الأب أو الجد اشترطت موافقته.

مادة (٢٠) 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.

موقف القانون: إن اشتراط العقل والبلوغ في الزوجين مختلف فيه

(1) انظر شرح القانون للصابوني ٨٢/١، والأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص

عند العلماء، فذهب جمهور العلماء ومنهم الأئمة الأربعة إلى أن البلوغ والعقل ليس شرطاً، فيصح زواج الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة إذا زوجهما الولي أو وكيله. وخالف في ذلك ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصم فقالوا باشتراط البلوغ، فزواج الصغار عندهم باطل من غير تفریق بين الصغير والصغيرة، وبين الأب وغيره من الأولياء^(١).

وإن القانون السوري قد أخذ برأي أبي بكر الأصم وابن شبرمة وعثمان البتي بعدم صحة العقد على الصغار لعدم فائدته، وهذا ما نصت عليه المادة (١٥) ف١- يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ.

والقانون السوري أخذ بهذا الرأي وترك رأي جمهور العلماء؛ مراعاة للأوضاع الاجتماعية التي تجعل من هذا الزواج عبثاً وعبثاً^(٢). ولا شك أن حكمة التشريع من الزواج تؤيد هذا الرأي^(٣)، ولكن القانون السوري جعل ابتداء الأهلية للزواج في الفتى والفتاة بالبلوغ، وجعل اكتمال الأهلية بإكمال الفتى ثمانية عشر عاماً، والفتاة سبعة عشر عاماً، وجعل المدة الواقعة بين بدء الأهلية واكتمالها مرحلة صالحة للزواج بإذن القاضي وموافقة الأب أو الجد إذا ادعى الفتى بلوغه في الخامسة عشرة، والفتاة بلوغها بالثالثة عشرة، وكان جسمهما يحتمل ذلك.

أما في المجنون أو المعتوه، فقد ذهب القانون إلى خلاف ما ذهب إليه جمهور العلماء، فلم يصحح زواجه مطلقاً، ولكن أجاز للقاضي الإذن بذلك

(1) انظر الفقه على المذاهب الأربعة ٣٥/٤ وما بعدها، وشرح القانون للصابوني

١٨٦/١، وشرح القانون للسباعي ١٣٣/١-١٣٤.

(2) انظر شرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فخر شقفة ٢١٩/١-٢٢٠.

(3) المرأة بين الفقه والقانون: د. مصطفى السباعي ص ٥٧.

إذا ثبت طبيياً أن زواجه يفيد في شفائه بتقرير من هيئة الأطباء^(١)

ما سكت عنه القانون السوري:

أولاً: سكت القانون عن بيان نوع الجنون في المادة (١٥) ف٢- وبما أن الجنون المطبق هو الذي تزول معه أهلية الأداء، فالراجح أن المقصود بالجنون هو المطبق^(٢).

ثانياً: إن القانون السوري في المادة (٢٠) منه بيّن حكم نوع زواج الفتاة البالغة العاقلة إذا أتمت السابعة عشرة، فالقانون أجاز لها تزويج نفسها عملاً بمذهب أبي حنيفة، إلا أن القانون أعطى للولي حق الاعتراض، لكن لم يبين الأسباب التي تبرر للولي حق الاعتراض فسكت عنها، ولكن المادة (٢٧) حددتها بعدم الكفاءة^(٣)، فنصت المادة (٢٧) على ما يلي: ((إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي، فإن كان الزوج كفواً لزم العقد، وإلا فللولي طلب فسخ النكاح)). ثم إن أبا حنيفة الذي أجاز لها أن تعقد زواجها بنفسها دون إذن الولي، قال: يستحب لها أن تستأذنه دفعاً للضرر وجمعاً بين النصوص التي تصحح العقد من دون ولي، والنصوص التي تشترط موافقته، لكنه بيّن أن عقدها مقيد بشرطين، وهما أن تزوج نفسها بالكفاءة ومهر المثل، فإن زوجت نفسها من غير الكفاءة، أو بأقل من مهر المثل، جاز للولي الاعتراض وفسخ العقد^(٤)؛ لأن عقدها في هذه الحالة غير لازم، فإن زوجت نفسها بأقل من مهر المثل كان لوليها حق الاعتراض وطلب فسخ العقد، فإن اعترض فأما يكمل الزوج المهر إلى

(١) انظر شرح القانون للسباعي ١٣٧/١.

(٢) انظر أصول السرخسي ٣٣٨/٢، والتقرير والتحرير: ابن أمير الحاج ٢٣١/٢، وشرح القانون للصابوني ١٨٧/١.

(٣) انظر شرح القانون للصابوني ١٨٩/١.

(٤) انظر الهداية ٤٨٤/٢، وشرح القانون للسباعي ١٥٢/١-١٥٣.

مهر المثل أو يُفسخ العقد^(١).

ولذلك فإن القانون في المادة (٢٧) والتي حدد فيها حق الاعتراض للولي بشرط الكفاءة فقط، وسكت عن الشرط الثاني، وهو أن تزوج نفسها بمهر المثل، وبالرجوع للمذهب الحنفي مصدر هذه المادة بمقتضى المادة (٣٠٥) أحوال، نرى وجوب إضافة الشرط الثاني حتى يأتي موافقاً لرأي أبي حنيفة وهو المفتى به^(٢).

والاقتراح إضافة شرط مهر المثل في تزويج الكبيرة نفسها دون إذن الولي. فتصبح المادة بعد التعديل كما يلي:م (٢٧): ((إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي، فإن كان الزوج كفواً وزوجت نفسها بمهر المثل لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح)) وهو ما نصت عليه المادة (٥١) من أحكام قدرتي باشا كما يجب تعديل المادة (٢٠) انسجاماً مع المادة (٢٧)، فيتقيد إذن القاضي للكبيرة بالزواج بشرط الكفاءة ومهر المثل أيضاً؛ وذلك حرصاً على مصلحة الفتاة في حال تزويجها نفسها بإذن القاضي.

ولقائل أن يقول: إن اشتراط الكفاءة في تزويج الفتاة نفسها يُعني عن شرط مهر المثل، لأن من صفات الكفاءة المال واليسار عند الحنفية، وفسره أبو يوسف بالقدرة على دفع المهر والنفقة على الزوجة. والجواب على ذلك: أن شرط المال واليسار من صفات الكفاءة مختلف فيه، وقد اشترطه في الكفاءة الحنفية والحنابلة وهو قول الشافعية^(٣).

(1) انظر الهداية ٤٨٤/٢، البدائع ٣٢٢/٢، وشرح القانون للصابوني ١/١٩٦، الأحوال

الشخصية: محمد أبو زهرة/ ص ٦٠ .

(2) انظر الهداية ٤٨٦/٢.

(3) انظر الهداية ٤٨٥/٢، المهذب ٤٠/٢، شرح القانون للسباعي ١/١٧٦، وشرح القانون

للصابوني ١/١٠٠، وشرح القانون للبيضا ص ٢١٨، وقد روي عن أبي يوسف أيضاً أن قدرة الزوج على المهر ليست شرطاً إذا كان أبوه أو جده يستطيع دفع = = المهر نيابة

ولذلك من الأفضل النص عليه في القانون صراحة وحسماً للخلاف بين الشراح، خصوصاً إذا علمنا أن المرجع في تحديد صفات الكفاءة إلى العرف، وهو ما نصت عليه المادة (٢٨) : ((العبرة في الكفاءة لعرف البلد)). وإن العرف في بلادنا قد جرى في الغالب على عدم التهاون في طلب مهر المثل للفتاة؛ لأن الأولياء يفتخرون بالمهر ويتعبرون بنقصانه.

ونصت المادة (٢١) على ما يلي: ((للولي في الزواج هو العصبية بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرماً)). هذه المادة عمل بمذهب الحنفية في أولياء الزواج وهم العصابات بالنفس بنفس ترتيب الإرث وهم: البنوة ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة. وقد اشترط القانون السوري في الولي أن يكون محرماً، وهذا شيء حسن احتياطاً للزوجة خشية المحاباة في مثل هذه الحالة، وعلى ذلك لا يجوز لابن العم أن يكون ولياً^(١).

وإن الاقتصار على العصابات بالنفس في ولاية الزواج هو مذهب أبي يوسف ومحمد، وخالفهما أبو حنيفة الذي يقول بانتقال الولاية إلى نوي الأرحام بعد العصابات^(٢).

ونصت المادة (٢٢) ف١- يشترط أن يكون الولي عاقلاً بالغاً.

ف٢- إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى

الزواج بشرائطه جاز.

ما سكت عنه القانون:

أولاً: اقتصر القانون في صفات الولي على شرط البلوغ والعقل،

عنه، بل يكفي القدرة على التفقة، أي القدرة على الكسب، وإن كان لا يملك إلا قوت نفسه، وحدد البعض القدرة بنفقة شهر. انظر البدائع ٢/٢١٩، والهداية ٢/٤٨٥، شرح القانون للصابوني ١/١٠٠.

(١) انظر الهداية ٢/٤٨٠، شرح القانون للصابوني ١/١٨٩.

(٢) انظر الهداية ٢/٤٨٣.

وسكت عن اشتراط العدالة وعدم الفسق، فاشتراطه الشافعية والحنابلة، وأضافوا إليه ألا يكون سفيهاً^(١)، واستدلوا بقوله ٤: ((لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل))^(٢)، ولم يشترطه الحنفية والمالكية؛ لأن مناط الولاية عندهم هي التعصيب لوفرة الشفقة، وهذه لا يختلف أمرها بين العدل وغيره، ولأن اشتراط ذلك يؤدي إلى حرج كبير^(٣). وبمقتضى المادة (٣٠٥) أحوال، ينبغي الرجوع للمذهب الحنفي الذي لا يشترط العدالة في الولي كما يقول الدكتور حسن البغا^(٤)، ولكن أرى ترجيح العمل بمذهب الشافعية والحنابلة في اشتراط العدالة في الولي، إذ لا يكفي أن يكون أهلاً لأن يتولّى عقد الزواج ألا يكون صغيراً أو مجنوناً؛ لأن ولايته منوطة بالمصلحة، والمصلحة في التزويج تقتضي أن يكون الولي عدلاً ليكون حسن الاختيار، فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لا يختار لها الكفاءة^(٥)، وإن وفرة الشفقة وحسن الاختيار يختلان مع وجود الفسق، والاحتياط واجب في إجراء مثل هذا العقد الخطير. وإن اشتراط العدالة ضروري لحسن الاختيار، وانتقاء الصالح من الأزواج والزوجات للعاجزين عن الانتقاء، والفاسق قاصر النظر بحق نفسه، فكيف يكون بعينه في حق من هم تحت ولايته، وكم من سكير فاسق زوج ابنته لسكير مثله طمعاً في مال يزيد به فسقه وفجوره، وكم من أولياء زوجوا بناتهم وهن في ريعان الصبا من ابن ستين أو سبعين طمعاً في مال أو جاه يشبع شهواتهم، مما يجعل شرط

(١) انظر المهذب ٣٧/٢، نهاية المحتاج ١٨١/٥.

(٢) أخرجه البيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي مرشد ١٢٤/٧.

(٣) انظر الهداية ٤٨٢/٢، بداية المجتهد ١٢/٢، القوانين الفقهية ص ٢١١، الفقه

على المذاهب الأربعة ٢٢/٤، وشرح القانون للسباعي ١٦٤/١.

(٤) شرح القانون للبغا ص ١٨١.

(٥) بداية المجتهد ١٢/٢.

العدالة شرطاً هاماً كان من الواجب أن ينص عليه القانون^(١) وهو أفضل للفتاة؛ لأن القانون وإن أجاز حق الاعتراض إذا أساء الولي الاختيار، أو طلب تزويجها عند العضل من وليها، فإن قلة من الفتيات من تعلم بهذا الحق، ومن يلجئن إلى القاضي.

ثانياً: كما أن القانون سكت في المادة (٢٢) عن ذكر شرط ضروري نص عليه الفقهاء، وهو شرط اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه. ويعتبر هذا نقصاً في القانون؛ لأن القانون ذكر صراحة شروط الولي، وحصرها في العقل والبلوغ ولم يسكت عنها، ولو سكت عنها إطلاقاً لرجعنا في ذلك إلى المذهب الحنفي، ولذلك يجب إضافة هذا الشرط صراحة لنص المادة (٢٢) من القانون، علماً بأن هذا الشرط قد اتفق عليه الفقهاء^(٢).

والمقترح كما يلي: م (٢٢) ف١- يشترط أن يكون الولي عاقلاً بالغاً عدلاً واتحاد الدين بينه وبين من تحت ولايته.

ثالثاً: وكان من الأفضل أن يقدم القانون عقد أحد الوليين إذا استويا في القرب بناء على من كان أوفر شروطاً من الآخر؛ لأنهما وإن استويا في القرب فقد يكون أحدهما مستكماً لكل شروط الولاية على النفس، والآخر أنقص منه في هذه الحالة، وهو ما سكت عنه القانون.

ولذلك أرى تعديل الفقرة الثانية من المادة (٢٢) والتي تنص: ((إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشرائطه جاز)) وذلك بتقييد هذه الفقرة بشرط تساويهما أيضاً بشروط الولاية، وإضافة تنمة لهذه المادة بإضافة فقرة ثالثة على النحو الآتي:

م (٢٢) ف٣- وإذا استوى وليان في القرب واختلفا في كمال

(1) انظر شرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فخر شقفة ص ٢٤٢.

(2) انظر المراجع السابقة، والفقهاء على المذاهب الأربعة ٢٤/٤ وما بعدها، والقوانين

الفقهية ص ٢١١، وشرح القانون للصابوني ١/١٩٠.

شروط الولاية، فيقدم الأكمل شروطاً في مباشرة العقد.

رابعاً: وتجدر الإشارة هنا إلى أن القانون قد سكت هنا أيضاً عما إذا

وليان

استوى

في الجهة والدرجة وقوة القرابة، وعقد كل منهما العقد كالأخوين الشقيقين أو العمين، فالراجح عند أبي حنيفة أن كلاً منهما يكون ولياً، وأيهما عقد الزواج أو وافق على عقده جاز، فإذا زوج كل منهما على انفراد، فإن علم المتقدم منهما كان هو الصحيح وألغى المتأخر، وإن لم يعلم لم يصح؛ لأنه لا وجه لترجيح أحدهما على الآخر، وبتطبيق المادة (٣٠٥) أحوال يكون الحكم ما ذكرناه^(١).

خامساً: وسكت القانون عن ولاية وصي الأب بالتزويج مما يوجب

الرجوع إلى القول الراجح في المذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥) أحوال.

وقد جاء في المادة (٣٨) لقنري باشا أنه: ((ليس للوصي أن يزوج

اليتيم واليتيمة مطلقاً، وأن أوصى إليه الأب بذلك مالم يكن قريباً لهما أو حاكماً يملك التزويج ولم يكن ثمة من هو أولى منه))^(٢).

المبحث الخامس: أنواع عقد الزواج

تحدث القانون السوري عن أنواع عقد الزواج، والأحكام التي تترتب

على كل نوع من المادة (٤٧) حتى (٥٢) كالاتي:

مادة (٤٧) إذا توافرت في عقد الزواج أركانه وسائر شرائط انعقاده

كان صحيحاً.

مادة (٤٨) ف١- كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختل بعض

شرائطه فهو فاسد.

(١) انظر الهداية ٤٨٣/٢، شرح القانون للسباعي. ١٦٥/١.

(٢) انظر شرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فخر شقفة ٢٣٦/١.

ف٢- زواج المسلمة بغير المسلم باطل.

مادة (٤٩) الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية، كالمهر، ونفقة الزوجة، ووجوب المتابعة، وتوارث الزوجين، ومن حقوق الأسرة كنسب الأولاد، وحرمة المصاهرة.

مادة (٥٠) الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول.

مادة (٥١) ف١- الزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل.

ف٢- ويترتب على الوطء فيه النتائج التالية:

أ- المهر في الحد الأقل من مهر المثل والمسمى.

ب- نسب الأولاد بنتائج المبينة في المادة (١٣٣) من هذا القانون.

ج- حرمة المصاهرة.

د- عدة الفراق في حالتي المفارقة أو موت الزوج ونفقة العدة دون

التوارث بين الزوجين.

ف٣- تستحق الزوجة النفقة الزوجية مادامت جاهلة بفساد

النكاح.

مادة (٥٢) الزواج الموقوف حكمه قبل الإجازة كالفاسد.

ما سكت عنه القانون:

أولاً: من الملاحظ أن القانون جرى في تقسيم عقد الزواج غير الصحيح إلى فاسد وباطل وفقاً لمذهب بعض الحنفية، ثم إن القانون تعرض لتعريف عقد الزواج الصحيح في المادة (٤٧) كما تعرض لتعريف الزواج الفاسد، لكنه لم يتعرض لتعريف الزواج الباطل، بل سكت عنه، وكان من الأولى أن يتم تعريفه مع أن القانون قد تعرض للحديث عن حكم الزواج الباطل في المادة (٥٠)، وكان من الواجب أن يتعرض لتعريفه في فقرة مستقلة في نفس المادة، وهذا ما تعرض له وذكره القانون الإماراتي في المادة (٦١) والتي نصت على ما يلي:

م (٦١) ف١- الزواج الباطل ما اختل ركن من أركانه.

ف٢- لا يترتب على الزواج الباطل أي أثر مالم ينص هذا

القانون على خلاف ذلك.

وقد ذكرت المادة (٣٨) من القانون الإماراتي أركان العقد وهي:

١- العاقدان. ٢- المحل. ٣- الإيجاب والقبول.

ثانياً: نص القانون في المادة (٤٨) فقرة ٢ على ما يلي: زواج

المسلمة بغير المسلم باطل.

والقانون السوري اقتصر على ذكر هذه الحالة الوحيدة من حالات

العقد الباطل، وهي زواج المسلمة بغير المسلم، وسكت عن باقي الحالات

الأخرى، والذي يفهم من ترتيب مواد القانون من المادة (٤٧) إلى المادة

(٥٢) أن ما عدا هذه الحالة من حالات عقد الزواج غير الصحيح يُعد فيها

فاسداً لا باطلاً. وهذا ما فهمه أكثر شراح القانون.

يقول الدكتور مصطفى السباعي: ((ويجب أن نلاحظ أن القانون

نص على حالة واحدة من حالات البطلان، وهي زواج المسلمة بغير

المسلم، وهناك حالة أخرى شديدة الخطر على المجتمع وهي العقد على

المحارم كالبنات أو الأم أو الأخت، ويظهر أن هذا العقد يعتبره القانون

فاسداً بحيث يثبت النسب فيه بعد الدخول، والقول بهذا شديد الخطورة وفيه

من الغرابة مالا ينكر وإن قال به إمام كأبي حنيفة^(١). فسكوت القانون

عما عدا هذه الحالة يعني فساد جميع الحالات الأخرى في عقد الزواج

غير الصحيح^(٢)، والذي يجب ملاحظته في القانون تحديد كل الحالات التي

يكون فيها العقد باطلاً بالنص عليها بشكل واضح وصريح، وكذلك حالات

الفساد نظراً لخطورة الموضوع بسبب الآثار الخطيرة التي تترتب على

(1) شرح القانون للسباعي ١/١٩٨.

(2) انظر شرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فخر شفقة ١/٣٢٤.

حياة الأسرة والمجتمع. وفرق كبير بين الفاسد والباطل من حيث الآثار التي تترتب عليهما إذا حصل دخول، وبما أن القانون أخذ برأي الحنفية في تقسيم العقد إلى باطل وفاسد، فينبغي تحديد حالات الفساد والبطلان في القانون بشكل واضح بتطبيق رأي الحنفية الذين قالوا ببطلان العقد على المحرمات المؤبدة والمؤقتة، وهو رأي جمهور العلماء وجمهور الحنفية.

يقول الأستاذ محمد فخر شقفة: ((ولنا ملاحظة أخرى على القانون وهي أن القانون اعتبر العقد على المحرمات فاسداً كالعقد على الأم والأخت والعمة والخالة، وهو من أشد المحرمات وأخطر الأمراض الاجتماعية التي تهدد كيان الأسرة والمجتمع على حد سواء، وكان الأجدر اعتباره باطلاً، ولو قال بفساده بعض فقهاء الأحناف))^(١)

وهذا ما تلافاه القانون الإماراتي في المادة (٤٠) والتي نصت: ((يشترط لانعقاد الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً دائماً أو مؤقتاً)).

وعلى هذا نقترح النص صراحة على أن يكون العقد على المحرمات المؤبدة بسبب القرابة أو الرضاع أو المصاهرة باطلاً، وكذلك العقد على المحرمات المؤقتة المجمع على تحريمها.

وأما العقد الفاسد فهو كل عقد اختلف منه شرط من شروط الصحة، كالنكاح المؤقت ونكاح المتعة، أو بلا شهود، أو المرأة المحرمة حرمة مؤقتة إذا اختلف الفقهاء فيها، عملاً بمذهب الحنفية الذي أخذ به القانون.

وقد اقترح الدكتور عبد الرحمن الصابوني أن ينص القانون على بطلان عقد الزواج في الحالات الآتية:

١- الزواج من المحرمات المؤبدة بالقرابة أو الرضاع أو المصاهرة.

(1) شرح أحكام الأحوال الشخصية ٣١٧/١.

- ٢- زواج المسلمة من غير المسلم.
- ٣- الزواج الذي لم تتوافر فيه شروط الإيجاب والقبول.
- ٤- الزواج من زوجة الغير أو معتدته.
- ٥- زواج الزوج من مطلقته ثلاثاً.
- ٦- زواج الخامسة لمن كانت في عصمته أربعاً.
- ٧- زواج المسلمة بالمرتد.
- ٨- العقد على الخنثى المشكل.

وأما باقي الحالات لعقد الزواج غير الصحيح فيعتبر العقد فيها فاسداً، فلا يترتب أي أثر على العقد فيها قبل الدخول، ويجب التفريق فيها بين الزوجين. أما بعد الدخول، فبسبب واقعة الدخول المادية وحرصاً على حقوق المرأة في هذه الحالة، وحقوق الطفل تثبت بعض الآثار التي تترتب على العقد الصحيح، فيجب لها المهر؛ لأنه في هذه الحالة يعتبر تسوية حقوقي أو أرش، أي تعويض لما لحقها من ضرر بزوال بكارتها، وتجب عليها العدة حرمة للنسب، ويثبت النسب حرصاً على الطفل من الضياع لو حدث حمل بسبب واقعة الدخول، وتثبت حرمة المصاهرة، ويُدرأ الحد بسبب شبهة العقد؛ لأن الحرمة قد تلتبس على الزوج أو على الزوجين ويظن الحل.

أما في العقد الباطل فلا تعتبر شبهة العقد^(١)؛ لأن الجهل بالقانون والأحكام الأساسية للشريعة مما هو معلوم بالضرورة خصوصاً لا يعتبر مخففاً ولا مقبولاً.

يقول الدكتور عبد الرحمن الصابوني: ((والذي نقترحه أمام الخلاف الكبير بين الفقهاء حول تحديد ما هو فاسد وما هو باطل أن تنص

(1) اعتبر أبو حنيفة العقد الباطل شبهة عقد تدرأ الحد، وخالفه باقي الحنفية وجمهور الفقهاء معهم وذهبوا إلى أنها شبهة باطلة ولا تدرأ الحد.

التشريعات العربية بكل صراحة ووضوح على حالات بطلان عقد الزواج وحالات فساد؛ نظراً لأهمية الموضوع، ولما يترتب عليه من آثار خطيرة جداً في حياة الأسرة والمجتمع^(١).

ويقول الدكتور الصابوني: ((لقد حاول المشرع السوري أن يبتعد عن موضوع اضطربت فيه أقلام الفقهاء قديماً وحديثاً، ولكنه لم يوفق حين نص على حالة واحدة من حالات العقد غير الصحيح، وجعل العقد فيها باطلاً، لأن الذي يفهم من سياق وترتيب مواد القانون أن ما عدا هذه الحالة من حالات عقد الزواج غير الصحيح يعتبر العقد فيها فاسداً وليس بباطل^(٢))).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القانون الأردني نص صراحة على اعتبار نكاح المحرمات بالقرابة والمصاهرة والرضاع نكاحاً باطلاً، فضلاً عن بطلان زواج المسلمة بغير المسلم^(٣).

وأشار إلى ذلك أيضاً القانون الإماراتي لعام ٢٠٠٥م في المادة (٤٠) حيث نصت على ما يلي: يشترط لانعقاد الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً دائماً أو مؤقتاً.

ثالثاً: سكت القانون السوري في المادة (٥١) منه والتي تحدث فيها عن حكم العقد الفاسد قبل الدخول وبعده، فلم ينص على إلزام القاضي بالتفريق بين الزوجين إن لم يفترقا، وهذا قصور خطير في القانون كان من الواجب النص عليه صراحة^(٤)، وهذا ما جاء في المادة (١٣١) من أحكام الأحوال الشخصية لقنوني باشا.

(١) شرح القانون ٢٦١/١.

(٢) شرح القانون للصابوني ٢٥٩/١.

(٣) قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٦١) الصادر عام ١٩٧٦م.

(٤) انظر شرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فخر شقفة ٣١٦/١.

رابعاً: سكت القانون السوري عن حكم العقد غير اللازم، كما سكت عن بعض الحالات التي يرتفع فيها اللزوم عن العقد. ومعنى لزوم العقد أن لا يملك أحد طرفيه أو كلاهما أو الولي حق فسخه بعد تمامه^(١).

وقد بين الحنفية الحالات التي يرتفع فيها اللزوم عن عقد الزواج، فيرجع إليها القاضي بمقتضى المادة (٣٠٥) أحوال، وهذه الحالات ما يلي:

١- إذا رافق عقد الزواج تغرير من أحد طرفي العقد.

٢- إذا وجد عيب أو مرض من الأمراض التي تبيح فسخ العقد لأحد الزوجين (م ١٠٥ أحوال).

٣- إذا أخل أحد الزوجين بشرط صحيح اشترطه الآخر عليه عند العقد.

٤- إذا زوجت الفتاة البالغة العاقلة نفسها من غير كفاء أو بمهر أقل من مهر المثل دون موافقة وليها. (م ٢٧ أحوال)

٥- إذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصها غير الأب أو الجد أو أحدهما وكان معروفاً بسوء الاختيار^(٢).

٦- إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أقر الزوج أنه كفؤ ثم تبين أنه غير كفاء، فإنه يحق لكل من الولي والزوجة طلب فسخ العقد. (م ٣٢ أحوال)

وحكم العقد غير اللازم أنه إذا تم فسخه بعد الدخول قبل الحمل أوجب النفقة والإرث وحرمة المصاهرة، وإذا حملت سقط حق الفسخ كما نصت على ذلك المادة (٣٠) ^(٣).

(١) شرح قانون الأحوال: د. الصابوني ١/١٩٣.

(٢) انظر شرح القانون: للصابوني ١/١٩٣ والتي بعدها.

(٣) انظر شرح القانون: للسباعي ١/٢٠٧، وشرح القانون: للصابوني ١/٢٥٥،

خامساً: نصت المادة (٥٢) من القانون على أن الزواج الموقوف حكمه قبل الإجازة كالفاسد.

ونلاحظ أن هذه المادة التي تعرضت لحكم العقد الموقوف لم تبين حكم الدخول بعد الرفض والعلم به، فسكت القانون عن هذه الحالة مما يعتبر قصوراً في القانون، وقد كانت المادة (٥٥) من المشروع الخاص بالأحوال الشخصية المصري قد نصت على أن حكم الزواج الموقوف قبل الإجازة كالفاسد إلا إذا حصل الدخول بعد الرفض والعلم به فلا يترتب عليه أثر ما^(١).

وبمقتضى المادة (٣٠٥) أحوال تطبق تلك الأحكام، ولو نص عليها القانون لكان أفضل؛ خشية أن يلتبس حكم العقد غير اللازم بغير النافذ. وقد بين الدكتور الصابوني الفرق بينهما فقال: ((والفرق بين العقد الموقوف والعقد غير اللازم في الزواج هو أن الفسخ في عقد الزواج غير اللازم لا يقتضي برفع العقد أي بعدم وجوده، بخلاف الإجازة في العقد الموقوف، فإن الرفض فيه يلغي وجود العقد، فلو مات أحد الزوجين في عقد الزواج غير اللازم قبل الحكم بالفسخ فللطرف الآخر حق الميراث لأن الزوجية قائمة))^(٢).

سادساً: تحدث القانون في المادة (٤٩) عن آثار الزواج الصحيح فذكر منها: المهر، ونفقة الزوجة، ووجوب المتابعة، وتوارث الزوجين، وثبوت النسب، وحرمة المصاهرة.

ويلاحظ على القانون هنا أنه سكت عن باقي الآثار الأخرى، حيث جاء

وشرح القانون للبغا ص ٢٨٠، وشرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فهد شقفة ٣٤٣/١ والتي بعدها.

(1) انظر شرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فهد شقفة ٣٤٣/١.

(2) انظر شرح القانون للصابوني ٢٥٥/١، و انظر لذلك أيضاً شرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فهد شقفة ٣٤٤/١.

خالياً من ذكر الحقوق الأدبية والمعنوية للزوجين، وهذا قصور من القانون يتوجب تداركه؛ وذلك لأن الحقوق الأدبية لاتقل شأنًا عن الحقوق المالية، بل هي على العكس أرفع منها وأجل، وهي من الغايات التي يسعى لها المشرع بإباحتها عقد الزواج بينما الحقوق المادية أثر من الآثار، والغاية أسمى من الأثر^(١).

وقد تعرض لها المرحوم قدري باشا في أحكامه، كما تعرض لذكرها مفصلاً القانون الإماراتي في المواد (٥٤-٥٥-٥٦)^(٢) كما يلي:

م (٥٤) الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

- ١- حل استمتاع كل من الزوجين بالزوج الآخر فيما أباحه الشارع.
- ٢- المساكنة الشرعية.
- ٣- حسن المعاشرة وتبادل الاحترام والعطف، والمحافظة على خير الأسرة.

٤- العناية بالأولاد وتربيتهم بما يكفل نشأتهم تنشئة صالحة.

م (٥٥) حقوق الزوجة على زوجها.

- ١- النفقة. ٢- عدم منعها من إكمال تعليمها. ٣- عدم منعها من زيارة أصولها وفروعها وإخوتها واستزارتهم بالمعروف. ٤- عدم التعرض لأموالها الخاصة. ٥- عدم الإضرار بها مادياً ومعنوياً. ٦- العدل بينها وبين بقية الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة.

م (٥٦) حقوق الزوج على زوجته:

- ١- طاعته بالمعروف. ٢- الإشراف على البيت والحفاظ على موجوداته.

(1) انظر شرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فخر شقفة ٣١١/١-٣١٢.

(2) ملحق مجلة الشريعة والقانون- العدد الخامس والعشرون/ذو الحجة ١٤٢٦هـ—

ص ٢٩ القانون الإتحادي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥م.

٣- إرضاع أولاده منها إلا إذا كان هناك مانع.

الفصل الثالث

ما سكت عنه القانون في آثار الزواج

تمهيد: آثار الزواج هي الأحكام التي تترتب على عقد الزواج الصحيح وتلزم الزوجين، وهذه الأحكام منها ما هو من الحقوق المشتركة للزوجين، ومنها ما هو حق خاص بالزوج على زوجته، ومنها ما هو حق خاص بالزوجة على زوجها.

ولن نتعرض في هذا الفصل إلا للحقوق والآثار التي نص عليها القانون السوري من مهر ونفقة، وميراث، ونسب، وعدة، وحرمة مصاهرة.

وقد نصت المادة (٤٩) على الآثار التي تترتب على العقد الصحيح فجاء فيها:

م (٤٩): الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية كالمهر، ونفقة الزوجة، ووجوب المتابعة، وتوارث الزوجين، ومن حقوق الأسرة كنسب الأولاد، وحرمة المصاهرة.

المبحث الأول: في أحكام المهر

نظم القانون السوري أحكام المهر في المواد (٥٣ إلى ٦٤) م (٥٣): يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح سواء سُمي عند العقد أم لم يُسمَ أو نفي أصلاً.

م (٥٤): ف١- لاحد لأقل المهر ولا لأكثره.

ف٢- كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون مهراً.

م (٥٥): يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً وعند عدم النص

يتبع العرف.

م (٥٦): التأجيل في المهر ينصرف إلى حين البيونة أو الوفاة مالم ينص في العقد على أجل آخر.

م (٥٧):^(١) لا يعتد بأي زيادة أو انقاص من المهر أو إبراء منه إذا وقعت أثناء قيام الزوجية أو في عدة الطلاق، وتعتبر باطلة مالم تجر أمام القاضي، ويلتحق أي من هذه التصرفات الجارية أمام القاضي بأصل العقد إذا قبل به الزوج الآخر.

م (٥٨): إذا سُمي مهر في العقد الصحيح، ووقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة وجب نصف المهر.

ما سكت عنه القانون:

أولاً: أخذ القانون السوري بمذهب الحنفية في جعل الخلوة الصحيحة كالدخول الحقيقي، فمفهوم المادة (٥٨) من القانون يدل دلالة واضحة على ذلك، فهو يدل على وجوب نصف المهر قبل الدخول والخلوة الصحيحة، وكامل المهر بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة. ولكن القانون لم ينص على الآثار التي تترتب على الخلوة الصحيحة، والتي تشارك الدخول الحقيقي فيها سوى ما يتعلق بالمهر في المادة (٥٨) وما يتعلق بوجوب العدة في المادة (١٢٦) والتي نصت على: لا تلتزم العدة قبل الدخول والخلوة الصحيحة. وسكت عن بقية الآثار، فيرجع في سد هذا النقص إلى المذهب الحنفي بمقتضى المادة (٣٠٥) أحوال، وهذا يعني وجوب العدة ونفقتها بعد الفرقة، وثبوت حرمة المصاهرة، وثبوت النسب بالخلوة الصحيحة كالدخول الحقيقي. وتخالف الخلوة الصحيحة الدخول الحقيقي فيما سوى ذلك من أحكام^(٢)، وقد نصت على ما سبق المادة (٨٣) من أحكام قنري

(1) وفق التعديل الجاري بالمادة الخامسة من القانون (٣٤) تاريخ ١٩٧٥/١٢/٣١.
(2) انظر البدائع ٢/٢٩١، الهداية ٢/٤٦٠-٤٩٣، البحر الرائق ٣/١٥١ وما بعدها، وشرح القانون للسباعي ١/٢١٧-٢١٨، وشرح القانون للصابوني ١/٢٧٩ والتي بعدها، وقد وافق الحنابلة الحنفية في رأيهم، انظر المغني ٦/٧٢٤ وما بعدها.

باشا كما يرجع في بيان معنى أو ضابط الخلوة الصحيحة من الفاسدة إلى المذهب الحنفي لضرورة بيان الأحكام التي تترتب على كل منهما، وقد تعرض لها قدرتي باشا في المادة (٨٢) من أحكامه، والتي نصت على مايلي: ((الخلوة الصحيحة التي تقوم مقام الوطاء، وتؤكد لزوم كل المهر هي أن يجتمع الزوجان في مكان آمنين من اطلاع الغير عليهما بغير إذنهما، وأن يكون الزوج بحيث يتمكن من الوطاء بلا مانع حسي أو طبيعي أو شرعي)).

ثانياً: وقد تعرض القانون السوري لأحكام المتعة في المادتين (٦١) - (٦٢) فنصت المادة (٦١) ف١- يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر أو فساد التسمية.

ف٢- إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة. المادة (٦٢) المتعة هي كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها، ويعتبر فيها حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل.

نلاحظ أن القانون في الفقرة الأولى من المادة (٦١) سكت عن حالة من الحالات التي يجب فيها مهر المثل وهي ما لو نفى المهر عند العقد، وعلى ذلك يجب إضافة هذه الحالة إلى المادة (٦١) فتصير كالاتي:

م (٦١) ف١- يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر أو فساد التسمية أو نفى التسمية.

وقد ورد في المادة (٧٤) من أحكام قدرتي باشا: ((يجب للزوجة المهر شرعاً بمجرد العقد الصحيح عليها سواء سمي الزوج أو الولي مهراً عند العقد أو لم يسم أو نفاه أصلاً)).

وقد ذكره القانون الإماراتي أيضاً في المادة (٥١) ف١- إذا لم يسم لها في العقد مهر أو سمي تسمية غير صحيحة أو نفى أصلاً وجب لها مهر المثل.

ثالثاً: كما نلاحظ أن القانون في الفقرة الثانية من المادة (٦١) بيّن أن

المتعة تُعدّ واجبة على الزوج في الطلاق قبل الدخول إذا لم يتم تسمية مهر عند العقد، أو كانت التسمية فاسدة، بل نستطيع القول: إن كل الحالات التي يجب فيها مهر المثل إذا تم الطلاق قبل الدخول وجبت للمتعة^(١)، ودليل ذلك قوله تعالى: [لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرَبُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرَهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ] البقرة/ ٢٣٦ .

ولكن القانون سكت عن باقي حالات الطلاق، هل تجب فيها المتعة أم تستحب، وبمقتضى المادة (٣٠٥) أحوال يرجع للمذهب الحنفي الذي يقول باستحباب المتعة لكل مطلقة سوى المطلقة قبل الدخول دون تسمية مهر^(٢)، وذلك خلافاً لبعض الفقهاء الذين يرون وجوبها في باقي الحالات كالشافعية^(٣).

رابعاً: نصت الفقرة الخامسة من المادة (٥٤) في نهايتها على ما يلي: ((ولا يعتبر المهر المؤجل مستحق الأداء إلا بانقضاء العدة وفق ما يقرره القاضي في الوثيقة)).

لقد أضاف التعديل الجاري على القانون عام ١٩٧٥ إلى المادة (٥٤) ثلاث فقرات برقم (٣-٤-٥) على النحو الآتي:

م (٥٤) ف٣- يعتبر مهر المرأة ديناً ممتازاً يأتي في الترتيب بعد دين النفقة المستحقة المشار إليها في المادة (١١٢٠) من القانون المدني.

ف٤- لمن يدعي التواطؤ أو الصورية في المهر المسمى إثبات ذلك أصولاً، فإذا ثبت أحدهما حدد القاضي مهر المثل مالم يثبت المهر المسمى الحقيقي.

(١) انظر الهداية ٤٩٤/٢، وشرح القانون للصابوني ٢٨٢/١.

(٢) انظر الهداية ٤٩٤/٢، البحر الرائق ١٤٧/٣، البدائع ٢٩٧/٢.

(٣) انظر المهذب ٦٤/٢، مغني المحتاج ٢٤١/٣.

ف-٥- يعتبر كل دين يرد في وثائق الزواج أو الطلاق من الديون الثابتة بالكتابة، ومشمولاً بالفقرة الأولى من المادة ٤٦٨ من قانون أصول المحاكمات الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٨٤) لعام ١٩٥٢م، ولا يعتبر المهر المؤجل مستحق الأداء إلا بانقضاء العدة وفق ما يقرره القاضي في الوثيقة.

لقد سكت القانون في نهاية الفقرة الخامسة من المادة (٥٤) التي أشرت إليها عن نوع العدة التي يستحق بانقضائها مؤجل المهر، وبما أن الطلاق الرجعي لا تنقضي فيه الزوجية إلا بانقضاء العدة فينبغي أن ينصرف هذا إلى عدة الطلاق الرجعي، ولأن الطلاق البائن تنقضي به الزوجية مباشرة قبل انقضاء العدة، ويستحق به مؤخر المهر بمجرد الطلاق^(١).

وقد جاء في المادة (٢٣٨) من كتاب الأحوال لقنري باشا المعمول به بدلالة المادة (٣٠٥): ((يتعجل المؤجل من المهر بانقضاء العدة في الطلاق الرجعي فمن طلق زوجته رجعيًا وانقضت عدتها صار ما كان مؤجلًا في نتمه من المهر حالًا فتطالبه به))

خامسًا: نصت المادة (٥٧) من القانون وفق التعديل الجاري عام ١٩٧٥م على ما يلي: ((لا يعتد بأي زيادة أو إنقاص من المهر أو إبراء منه إذا وقعت أثناء قيام الزوجية، أو في عدة الطلاق، وتعتبر باطلة ما لم تجر أمام القاضي، ويلتحق أي من هذه التصرفات الجارية أمام القاضي بأصل العقد إذا قبل به الزوج الآخر)).

وكان نص المادة في القانون السابق هو: ((للزوج الزيادة في المهر بعد العقد وللرأة الحط منه إذا كانا كاملي أهلية التصرف، ويلتحق ذلك بأصل العقد إذا قبل الآخر)).

(1) انظر شرح القانون للصابوني ٢٨٩/١.

نلاحظ أن التعديل الجديد الذي طرأ على هذه المادة وهي حق الزوجة بالتصرف في مهرها فلها الحظ منه كما نشأ فهو حق خالص لها، كما أنه يجوز للزوج حق الزيادة فيه. فالشيء الجديد أن هذا جائز بشرط أن يتم هذا التراضي بشأن زيادة أو إنقاص المهر أمام القاضي، أما إذا وقع الاتفاق خارج المحكمة فيعد باطلاً، وهذا ما سكت عنه القانون القديم، لكن التعديل الجديد لم يلاحظ أمر جوهري وضروري، وهو أن يكون كل من الزوج والزوجة كاملتي الأهلية عند تعديل المهر كشرط ضروري لصحة التعديل، فقد تكون الزوجة في سن الزوجية القانوني ولكنها دون سن الأهلية المالية فلا يعتبر انقاصها من مهرها صحيحاً⁽¹⁾.

فالقانون في التعديل الجديد سكت تماماً عن هذا الشرط الضروري لصحة التعديل الطارئ على المهر، وكان ينبغي أن لا يقع في ذلك، ويجب تعديل المادة (٥٧) بإضافة ذلك إليها صراحة.

سادساً: كما أن التعديل الجديد في هذه المادة جاء ناقصاً في شيء آخر قد سكت عنه أيضاً، وهو أنه لم يوضح أي العديتين يصح فيها إجراء تعديل المهر، فقد جاء النص مطلقاً على جواز التعديل في أثناء الزوجية أو في عدة الطلاق، والإطلاق يعني جواز إجراء التعديل في العدة سواء كانت رجعية أم بائنة. ولكن وبما أن الطلاق البائن يقطع الزوجية من بداية العدة، وتستحق به الزوجة كامل المهر بمجرد الطلاق، فلا يبقى مجال للزيادة أو النقصان، وينصرف النص حتماً على جواز حق التعديل لكل من الزوجين في أثناء عدة الطلاق الرجعي؛ لأنه لا يقطع الزوجية. وهذا ما أشارت إليه المادة (٧٩) من أحكام قدرتي باشا. والخلاصة التي نصل إليها مما سبق أنه يشترط لإجراء التعديل على

(1) انظر شرح القانون للصابوني ٢٨٩/١-٢٩٠.

المهر بين الزوجين شرطين.

١- أن يكون كل من الزوجين كامل الأهلية وسليم الإرادة.

٢- أن يتم هذا التعديل بحضور القاضي.

وأضاف الدكتور الصابوني شرطين آخرين نوافقه عليهما وهما:

٣- ألا يكون أحدهما في مرض الموت، وإلا أخذ التصرف حكم

الوصية، ولا وصية لو ارث إلا إن أجاز الورثة.

٤- واقترح الدكتور الصابوني تكملة للنص السابق أن نجيز للزوجة

الرجوع فيما أبرأت به زوجها من المهر إذا أقدم الزوج على طلاقها بعد ذلك.

واستدل على ذلك بأن الإبراء أو الإنقاص من المهر يُعدُّ هبة من

الزوجة لزوجها، وسبب هذا العقد (الهبية) قد بطل؛ لأن سبب الهبة هو استدامة الحياة الزوجية، فيجوز لها لأجل ذلك الرجوع في هبتها^(١).

سابعاً: سكت القانون السوري عن حكم الجهاز الذي يجهزه الأب

لابنته لو كان أكثر من مهرها، فهل يعتبر ذلك تبرعاً من الأب، أم ديناً في ذمتها يسترده الأب متى أراد.

وبالرجوع للمذهب الحنفي بمقتضى المادة (٣٠٥) أحوال نجد ما يلي:

١- يعتبر هذا التبرع هبة.

٢- إذا كانت الزوجة صغيرة فتعتبر الهبة صحيحة بمجرد الشراء ولو

لم تقبضه، ولا يجوز للورثة مطالبة الصغيرة به إذا مات الأب قبل أن يدفع ثمن الجهاز الذي اشتراه وهو صحيح غير مريض؛ لأنه أصبح ملكاً لها بمجرد الشراء.

وإذا كانت الزوجة كبيرة فليس لها الحق في المطالبة به؛ لأن الهبة لم

تتم، إذ لا يكفي الشراء بل لا بد من القبض ولم يحصل.

(1) انظر شرح القانون: د. الصابوني ص ٢٩٠.

٣- إذا قبضت الزوجة الجهاز وادّعى الأب أنه عارية وليس هبة فيطالب بالبينة، ويجوز له الرجوع به، أما إن عجز عن البينة فالعبرة بالعرف السائد في البلد^(١).

والأحكام السابقة نصت عليها المادتان (١١٣ و ١١٤) من أحكام قنوني باشا. فقد جاء في المادة (١١٣) من أحكام قنوني باشا: ((إذا تبرع الأب وجهد ابنته البالغة من ماله، فإن سلمها الجهاز في حال صحته ملكته بالقبض، وليس لأبيها بعد ذلك ولا لورثته شيء منه، وإن لم يسلمه إليها فلا حق لها فيه، ولو سلمه إليها في مرض موته فلا تملكه إلا بإجازة الورثة)).

ونصت المادة (١١٤) من أحكام قنوني باشا: ((إذا اشترى الأب من ماله في حال صحته جهاز ابنته القاصرة ملكته بمجرد شرائه سواء قبضته بنفسها وهي مميّزة في حال صحته أو في مرض موته أو لم تقبضه في حياته، وليس له ولا لورثته أخذ شيء منه، ولو مات قبل دفع ثمنه يرجع البائع على تركته ولا سبيل للورثة على القاصرة)).

المبحث الثاني: في أحكام النفقة الزوجية

نظم القانون السوري أحكام النفقة الزوجية في المواد (٧١ إلى ٨٢) ومن المعروف عند الحنفية أن النفقة الزوجية واجبة على الزوج من تاريخ العقد سواء كانت الزوجة فقيرة أو غنية، مسلمة أم كتابية، وذلك لقاء احتباسه لها عن الزواج بغيره، لقوله تعالى: [وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ] البقرة/٢٣٣.

وتشمل النفقة الزوجية الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف، وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم.

(1) انظر المبسوط ٦٥/٥، البدائع ٣٠٤/٢، رد المحتار ٣٧٠/٢، وشرح القانون:

للصابوني ٢٩٥/١ والتي بعدها.

وقد استقر الاجتهاد على أن نفقات الولادة معتبرة من جملة للتطبيب
الواجب على الزوج^(١).

ويشترط لوجوبها أن يكون الزواج صحيحاً، وألا تكون الزوجة
ناشزة. وصالحة للمعاشرة الزوجية^(٢).

وقد نصت الفقرة ٣ من المادة (٥١) على استحقاق الزوجة النفقة
الزوجية في النكاح الفاسد إذا كانت جاهلة بفساد النكاح. وحسناً فعل
القانون، لأن العقد الفاسد لا يوجب نفقة قط.

وقد نص القانون على الأحكام السابقة في المواد (٧١-٧٢)
وقد جاء في المادة (٧٤) ((إذا نشزت المرأة فلا نفقة لها مدة
النشوز)).

والمادة (٧٥) ((الناشزة هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ
شرعي، أو تمنع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت
آخر)).

ما سكت عنه القانون

أولاً: سكت القانون عن حكم النفقة للزوجة المحبوسة، وتعتبر الزوجة
التي سجنّت في جريمة في حكم الناشزة، فتسقط نفقتها مدة سجنها، ولم
يخالف في ذلك إلا أبو يوسف^(٣). وقد نصت المادة (١٧٠) من أحكام
قُدري باشا المعمول بها بدلالة المادة (٣٠٥) أحوال على ما يلي: ((إذا
حبست المرأة ولو في دين لا تقدر على إيفائه فلا يلزم زوجها بنفقتها مدة

(1) القاعدة (٢٢٨) من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية.

(2) انظر الهداية ٢/٢٤٤ وما بعدها، وشرح القانون للصابوني ١/٣٠٠ وما بعدها، شرح

القانون للسباعي ١/٢٨٨ وما بعدها، ونظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام ٨٠

وما بعدها، والأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٢٣٣ وما بعدها.

(3) انظر الهداية ٢/٦٤٥، فتح القدير ٣/٣٢٦، والأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة

ص ٢٣٨ وما بعدها، والأحوال الشخصية: عبد الوهاب خلاف ص ١٠٧.

حبسها إلا إذا كان هو الذي حبسها في دين له ((.

ثانياً: وسكت القانون أيضاً في أحكام النفقة عن الزوجة التي تسافر دون إذن زوجها، وهي في حكم الناشئة، فقد ورد في المادة (١٦٨) من أحكام قنوني باشا ما يلي: ((الزوجة التي تسافر إلى الحج ولو لأداء فريضة بدون أن يكون معها زوجها لا نفقة لها عليه مدة غيابها وإن سافرت مع محرم لها)) وقد جاء في اجتهاد لمحكمة النقض بدمشق مايلي: ((لما كانت النفقة الزوجية إنما تفرض على الزوج لزوجته جزاء احتباسها في مسكنه ولمصلحته، وكان لا نفقة للزوجة إن فوتت على زوجها حقه في الاحتباس بغير مبرر شرعي، وبسبب ليس من عنده كأن تسافر تاركة زوجها، ولو كان سافراً في طاعة كحج أو اغتصاب لها أو إكراه لها من قبل الغير، المادة (١٦٨) قنوني باشا المعمول بها بدلالة المادة (٣٠٥) أحوال، ولما كان ثابتاً أن الطاعنة عندما سافرت إلى ألمانيا لم تستحصل على إذن من زوجها، وقد كان أعد لها سكناً شرعياً وأوفاهها معجل مهرها، فلا نفقة لها مدة السفر غير المأذونة به))^(١)

ثالثاً: ولم ينص القانون على حكم الصغيرة، لأن زواج الصغيرة التي لا تقوى على النكاح ممنوع في القانون، فيتوجب الرجوع للمذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥) أحوال، وقد جاء في المادة (١٦٦) أحكام قنوني باشا: ((إذا كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للرجال، ولا تشتهي للوقاع ولو فيما دون الفرج، فلا نفقة لها على زوجها إلا إذا أمسكها في بيته للإستئناس بها، أما إذا كانت الزوجة كبيرة ووقعت بمرض يمنع نكاحها فلا يسقط ذلك حقها في النفقة))^(٢).

(١) القاعدة (٢٨٦) من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية. وانظر شرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فخر شقفة ٢٨٨/١ والتي بعدها.
(٢) القاعدة (٢٥٣) من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية.

رابعاً: وقد استقر الاجتهاد على أن زنى الزوجة لا يؤدي إلى سقوط نفقتها^(١).

خامساً: نصت المادة (٧٣): ((يسقط حق الزوجة في النفقة إذا عملت خارج البيت دون إذن زوجها))^(٢)، وهذا يعني أن الزوجة التي تعمل خارج بيت زوجها دون إذن زوجها تُعدُّ ناشزة، وكذلك إن منعها فلم تمتنع.^(٣)

ولكن ما هو الحكم فيما لو اشترطت الزوجة على زوجها ألا تترك العمل ورضي بذلك، هل يعد عملها نشوزاً وتسقط نفقتها أم لا؟ سكت القانون السوري عن حكم هذه المسألة، والذي ذهب إليه بعض شراح القانون أن رضا الزوج بهذا الشرط يسقط حق الزوج في جزء من الاحتباس في البيت، فلا تسقط نفقتها^(٤).

لكن محكمة النقض السورية ذهبت إلى ما يلي: ((لا مانع يمنع الزوج عن الرجوع عن الإذن لزوجته بالعمل خارج البيت نهياً))^(٥). لكن الدكتور الصابوني يرى أن الشرط الذي تشترطه الزوجة في هذه الحالة شرط صحيح فيه منفعة للزوجة ولا يخالف مقتضى العقد، وأن إعطاء الحق للزوج بمنع زوجته عن العمل بإسقاط نفقتها قد يعرضها للضرر فيما لو تركت وظيفتها ثم طلقها بعد ذلك، وأن رجوع الزوج عن موافقته لعمل زوجته يعتبر تعريضاً بها وظلماً لها.

وكذلك المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فإذا كانت الزوجة موظفة عند زوجها وسكت زوجها عن ذلك فهو كاشتراطها عليه أن تبقى في وظيفتها. وهذا كله مقيد بالعمل المشروع والشريف، وإلا كان للزوج كامل

(1) القاعدة (٢٨٠) من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية.

(2) وفق التعديل الجاري بالمادة (٧) من القانون (٣٤) تاريخ ١٢/٣١/١٩٧٥م.

(3) انظر الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٢٣٩.

(4) انظر شرح القانون: للصابوني ٣٠٧/١.

الحق في قطع نفقة زوجته لمنعها عن العمل^(١).

وقد وافق الدكتور السباعي الدكتور الصابوني فيما ذهب إليه^(٢). وما ذهب إليه الدكتور الصابوني صحيح إذا عرفنا أن القانون السوري توسع في تصحيح كل شرط فيه مصلحة الزوجة إذا لم يناقض مقتضى العقد عملاً بالمذهب الحنبلي^(٣)، ولأن مقاطع الحقوق عند الشروط فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٤): ((وإذا قيد بشرط يلتزم فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعاً ولا تمس حقوق غيرها، ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحاً وملزماً)). والشرط إذا صح وصار لازماً لا يجوز الرجوع عنه إلا برضا الزوجة.

سادساً: سكت القانون عن مسألة المقاصة بين دين النفقة ودين الزوج على زوجته، وقد رأى بعض شراح القانون الرجوع إلى المذهب الحنفي وتطبيقه في القضاء عملاً بالمادة (٣٠٥) أحوال^(٤)، إلا أن القانون أخذ برأي جمهور العلماء وترك المذهب الحنفي في الأحكام التي تخص دين النفقة حيث نصت المادة (٧٩): النفقة المفروضة قضاء أو رضاء لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

فجمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن دين النفقة دين قوي، وبما أنه دين قوي فلا يسقط عندهم إلا بالأداء أو الإبراء، ويصير ديناً بمجرد امتناع الزوج عن الأداء بعد وجوبها^(٥).

(١) انظر شرح القانون للصابوني ٣٠٧/١، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام: د. الصابوني ص ٨٢.

(٢) انظر شرح القانون للسباعي ١٢٨/١-١٢٩.

(٣) انظر المغني ٤٤٩/٧.

(٤) انظر شرح القانون للصابوني ٣١٨/١.

(٥) انظر حاشية الدسوقي ٤٦٠/٢، المهذب ١٦٤/٢-١٦٥، ومغني المحتاج

وأما الحنفية: فذهبوا إلى أن دين النفقة دين ضعيف يسقط بالبينونة أو النشوز أو الموت، ولا يصبح دين النفقة قوياً عند الحنفية إلا إذا أمر القاضي الزوجة بالاستدانة واستدانت فعلاً^(١).

وعلى ذلك إذا طلبت الزوجة إجراء المقاصة لا يُجاب لطلبها عند الحنفية، وإذا طلب الزوج إجراء المقاصة أُجيب لطلبه. والذي ذهب إليه الحنابلة أنه تجوز المقاصة بطلب من الزوجة ولا يجاب الزوج إلى طلبه بدون رضا للزوجة، وسبب ذلك أن كلا الدينين دين قوي.

والأخذ برأي الجمهور في هذه المسألة أوفق وأرفق بالزوجة؛ لأن المقاصة قد يكون فيها إضرار بالزوجة، فقد تكون بحاجة إلى النفقة لأنها معسرة فإذا أجرينا المقاصة فمن أين تتفق على نفسها، وقد يستغل الزوج إفسارها فيطلب إجراء المقاصة لقطع نفقتها. كما أن الأخذ برأي الجمهور يتفق مع ما ذهب إليه القانون في المادة (٧٨) والمادة (٧٩) اللتان عملتا بمذهب الجمهور خلافاً للحنفية.

وبناء على ما سبق أرى إزاء سكوت النص تطبيق رأي الجمهور والحنابلة خاصة، فرأي الحنابلة معقول، ولذا اقترح العمل به في مشروع القانون الذي اقترح سنة ١٩١٥ في جمهورية مصر العربية في نص المادة (١٢٤) منه، والتي نصت على ما يلي: ((إذا طلبت الزوجة مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها أُجيب إلى طلبها إلا إذا كانت الزوجة موسرة قادرة على أداء الدين من مالها، فإن لم تكن كذلك فلا يحتسب عليها بدينه

٤٣٠/٣، زاد المعاد ٢٩٢/٤.

(١) انظر الهداية ٦٤٧/٢-٦٤٨، رد المحتار ٨٨٦/٢، والأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٢٥٠، والأحوال الشخصية: عبد الوهاب خلاف ص ١١٣ والتي بعدها.

شيئاً من نفقتها)).

ولكن هذا المشروع لم ير النور، ولا يزال العمل في مصر على جواز جريان المقاصة إن طلب أحدهما^(١).

المبحث الثالث: في الشروط المقترنة بعقد الزواج

اتفق الفقهاء على مشروعية الشروط التي ورد النص بمشروعيتها، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن يعاملها بالمعروف أو يسكنها في مسكن لائق. كما اتفق الفقهاء على منع الشروط التي ورد النص الشرعي بتحريمها ومنعها، كأن تشترط أو يشترط عدم التوارث بينهما مع اتحاد الدين مثلاً^(٢).

وأما الشروط التي لم يرد النص بمشروعيتها أو تحريمها، فهي من الشروط المباحة التي اختلف الفقهاء في درجة تأثيرها على صحة العقد، والفقهاء مابين مضيق وموسع فيما يلزم من هذه الشروط، فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الشروط الصحيحة هي التي تتفق مع مقتضى العقد، كما لو اشترطت تقديم كفيل بالمهر أو النفقة^(٣).

وقال الحنابلة^(٤): كل شرط صحيح ما لم يأت في كتاب الله أو سنة رسوله دليل على بطلانه؛ لقوله صلی الله علیه وسلم: ((المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً))^(٥).

(1) انظر الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٢٥٨.

(2) انظر بداية المجتهد ٥٩/٢، القوانين الفقهية ص ٢٢٩، الفتاوى الهندية ٣٩٦/٤،

مغني المحتاج ٢٦٦/٣، كشاف = القناع ٧٦/٥، زاد المعاد ١٠٥/٤.

(3) انظر المراجع السابقة.

(4) انظر كشاف القناع ٧٦/٥، المغني ٥٧٣/٧.

(5) أخرجه الترمذي: كتاب الأحكام، باب ما نكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

في الصلح ٦٣٤/٣ رقم (١٣٥٢)، ونكره البخاري تعليقاً في كتاب الأجرة، باب

أجرة السمسة ٧٤١/٢.

موقف القانون

تعرض القانون السوري للشروط المقترنة بعقد الزواج ونص على أحكامها في المادة (١٤) والتي نصت على مايلي:

ف١- إذا قيد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محظور شرعاً، كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً.

ف٢- وإذا قيد بشرط يلتزم للمرأة مصلحة غير محظورة شرعاً ولا تمس حقوق غيرها، ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحاً ملزماً.

ف٣- وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة، أو يمس حقوق غيرها، كان الاشتراط صحيحاً ولكنه ليس بملزم للزوج، فإذا لم يف الزوج به، فللزوجة المشترطة طلب فسخ العقد.

ما سكت عنه القانون

نلاحظ من قراءة المادة (١٤) أن القانون السوري قسم الشروط المقترنة بالعقد إلى نوعين، شروط باطلة، وأخرى صحيحة، كما نلاحظ أن القانون أخذ بالمذهب الحنبلي من ناحية التوسع في جواز الشروط الصحيحة.

أولاً: الشروط الباطلة: نص القانون السوري على نوع واحد من الشروط الباطلة في الفقرة الأولى من المادة (١٤)، وهي الشروط الباطلة التي تبطل وحدها ولا تؤثر على صحة العقد، وهي الشروط التي تنافي نظام العقد الشرعي أو مقاصده، كاشتراط عدم المهر أو التزام ما هو محظور شرعاً، كأن تسافر الزوجة وحدها دون محرم، وقد اتفق الفقهاء على بطلان هذه الشروط، وعدم وجوب الوفاء بها، وأنها لا تؤثر على

صحة العقد، فيلغو الشرط وتنفذ أحكامه^(١).

وأما النوع الثاني من الشروط الباطلة: وهي الشروط الباطلة التي يبطل العقد معها، وهي الشروط التي تغير من نظام العقد، وتفسد صيغته فتجعلها غير صالحة لإنشاء العقد بالشكل الشرعي المنتج لآثاره الشرعية المقررة، كاشتراط تأقيت العقد^(٢).

والقانون سكت عن هذا النوع من الشروط وعن حكم العقد معها، وهذا النوع من الشروط متفق على بطلانه وبطلان العقد معه. ولذلك نرجع للمذهب الحنفي بمقتضى المادة (٣٠٥) أحوال، وقد جاء في المادة (١٣) من أحكام قدرى باشا ما يلي: ((لا ينعقد النكاح المؤقت على الصحيح كنكاح المتعة)).

ثانياً: الشروط الصحيحة: قسم القانون السوري الشروط الصحيحة في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (١٤) إلى نوعين:

١- نوع يلزم الزوج بالوفاء بها، وهي الشروط التي يكون للمرأة فيها مصلحة مشروعة ولا تمس حق غيرها، ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة (ف٢ من المادة ١٤)

٢- ونوع لا يلزم الزوج الوفاء بها، وهي الشروط التي تمس حقوق الغير أو تقيد الزوج في أعماله الخاصة، كأن تشترط عليه عدم التزوج عليها، أو طلاق ضررتها أو ترك وظيفتها.

(ف٣ من المادة ١٤)، والزوج إذا لم يف لها بشروطها، لها حق الفسخ في الحالتين، مع أن القانون لم يصرح بإعطائها حق الفسخ في

(1) انظر القوانين الفقهية ص ٢٢٩، بداية المجتهد ٥٩/٢، شرح القانون للصابوني ٣٢٦/١.

(2) انظر القوانين الفقهية ص ٢٢٩، وشرح أحكام القانون: محمد فخر شققة ص ١٨٢ والتي بعدها، وشرح القانون للصابوني ٣٢٥/١.

الحالة الأولى بل سكت عن هذا الأمر الهام، إلا أن هذا الحق مقرر للمرأة في المذهب الحنبلي الذي أخذ عنه القانون، كما أن إعطاء القانون للمرأة حق الفسخ في حالة عدم وفاء الزوج في الشروط غير الملزمة يجعل لها من باب أولى هذا الحق عند عدم وفائه بالشروط الملزمة^(١).

ثالثاً: سكت القانون أيضاً فلم ينص على الشروط التي تلتزم بها المرأة لزوجها عند العقد، كأن تترك وظيفتها وتتفرغ لتربية الأولاد، أو تلتزم بأن تعطيه راتبها إن كانت موظفة، وهذا نقص في القانون يجب تداركه، لأنه يلزمنا في هذه المسألة الرجوع إلى المذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥) أحوال، إلا أن القانون اعتمد على المذهب الحنبلي، فهو المصدر في إباحة الشروط العقدية في عقد الزواج فيلزم الرجوع إليه في سد هذا النقص وتداركه^(٢).

وقد أخذ القانون المصري بمذهب أحمد بن حنبل في الشروط العقدية في مشروع قانون عام ١٩٢٦م، وقد نصت المذكرة التفسيرية بأنها اقتصرت فيما أخذت على المرأة دون الرجل؛ لأن الرجل يمكنه التخلص من عقدة النكاح متى أراد^(٣).

لكن هذا خطأ، وخطأ فاحش وقع فيه واضعوا القانون في مصر؛ وذلك لأن لجوء الرجل إلى التخلص عن طريق الطلاق تترتب عليه آثار مادية كبيرة كان من العدل أن تتحملها الزوجة التي أخلت بما ارتضت من شروط، والأولى في نظري أن يُعطى هذا الحق (حق الفسخ للزوج أيضاً) مع الرجوع بالمهر أو بقسم منه عند إخلال الزوجة بشروطها^(٤).

(1) انظر شرح أحكام القانون: محمد فهد شقفة ١/١٨٠.

(2) انظر شرح أحكام القانون: محمد فهد شقفة ١/١٨١.

(3) انظر الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ١٦٨.

(4) انظر شرح أحكام القانون: محمد فهد شقفة ١/١٨٢.

المبحث الرابع: فوات شرط الوصف

لو اشترط الزوج على الزوجة في عقد الزواج أن تكون بكرًا أو سالمة من عيوب معينة مثلاً ثم ظهر بعد العقد أنها بخلاف ذلك، كأن يتبين أنها ثيب أو مريضة، فهل يجوز للزوج عندئذٍ فسخ النكاح، وكذلك الأمر فيما لو اشترطت الزوجة على زوجها عند العقد، فهل لها الخيار مع فوات الوصف. اختلف الفقهاء حول المسألة، فذهب الحنفية إلى عدم ثبوت خيار الشرط أو العيب أو الرؤية في عقد الزواج سواء كان الخيار للزوج أو للزوجة، والعقد مع خيار الشرط صحيح والشرط باطل، وليس لمن له الخيار أو الشرط الحق في فسخ العقد، ويثبت للزوجة الخيار بشروطه إذا وجدت زوجها عنيماً أو مجبواً. (م ١٦ قدرى باشا) (١).

وذهب الشافعية إلى التفصيل بين الشرط والظن، فإن اشترط أحدهما صفة معينة فبان خلاقها بطل النكاح؛ لأن النكاح يعتمد الصفات عندهم، وتبدلها كتبدل العين، وهذا القول الراجح من قولين في المذهب (٢). وقالوا ببطلان العقد مع شرط الخيار؛ لأنه عقد يبطله التوقيت فيبطل بالخيار (٣). أما إذا لم يشترط أحدهما صفة معينة في الآخر، وإنما ظن تلك الصفة، كأن يظنها بكرًا فتخرج ثيباً، ففي هذه الحالة لا خيار له لتقصيره في البحث (٤).

وذهب الحنابلة إلى صحة خيار الشرط في عقد الزواج، وأن النكاح يفسخ لفوات الشرط، فلو تزوج امرأة على أنها بكر ثم تبين أنها ثيب، فله الحق في فسخ العقد، ولا يصح الفسخ

(1) انظر شرح أحكام القانون: محمد فهد شقفة ١/١٨٣.

(2) انظر نهاية المحتاج للرملي ٦/٢١٠، والمهذب ٢/٥١، والمرجع السابق ١/١٨٤.

(3) المهذب ٢/٤٨.

(4) نهاية المحتاج ٦/٢١١.

إلا عند الحاكم عندهم .

وإن تم الفسخ قبل الدخول فلا مهر، وإن تم بعد الدخول فلها مهرها المسمى، ويرجع به على المُغرر، فإن كان المُغرر وكيلًا أو ولياً ضمن المهر، وإن كانت هي الغارة سقط كل المهر ورجع عليها به إن كانت قبضته^(١).

وقد سكت القانون عن هذه المسألة، وسكوته يشكل نقصاً كبيراً يجب سدّه واستدراكه. وعندئذٍ يجب الرجوع إلى المذهب الحنفي بموجب المادة (٣٠٥) أحوال.

يقول الأستاذ محمد فهر شقفة: ((ومن المؤسف أن يسكت القانون عن هذا الأمر الحيوي الهام))^(٢). ولكن تطبيق المذهب الحنفي بمقتضى المادة (٣٠٥) أحوال فيه مجافاة لقواعد الشريعة ومقاصدها في عقد النكاح مع ما فيه من بعد عن القياس.

والأولى أن ينص القانون على حكم هذه المسألة مستمدة من المذهب الحنبلي والشافعي لكونه أكثر اتفاقاً مع روح الشريعة وقواعدها.

وقد أخذ القانون التونسي بهذا الرأي في الفصل الحادي عشر من مجلة الأحوال الشخصية التونسية فنص على: فصل ١١ 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.

ويعتبر هذا النص أفضل ما ورد في قوانين البلاد العربية من نصوص تتعلق في الشروط العقدية. فإنه بالإضافة إلى إثبات حق خيار الشرط، لم يفرق كما فعل القانون السوري والعراقي والأردني بين

(1) انظر غاية المنتهى ٤٩/٣، وشرح أحكام الأحوال الشخصية: محمد فهر شقفة

١٨٥/١

(2) شرح أحكام الأحوال الشخصية ١٨٥/١.

التزامات الزوج والتزامات الزوجة.فتلك القوانين أعطت الزوجة فقط حق طلب الفسخ إذا لم يف لها الزوج بشرطها (انظر م ١٤ من القانون السوري)، (وم ٢١ قانون حقوق العائلة الأردني، وم ٦ ف ٣-٤ من القانون العراقي) (١).

(1) انظر شرح أحكام القانون ١٨٥/١-١٨٦ محمد فهد شقفة.

الباب الثاني ما سكت عنه القانون في الطلاق وآثاره

وفيه فصلان:

الفصل الأول ما سكت عنه القانون في الطلاق

الفصل الثاني ما سكت عنه القانون في آثار الطلاق

الفصل الأول

ما سكت عنه القانون في الطلاق

المبحث الأول: في أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة

أولاً: طلاق الهازل والمخطئ

نصت المادة (٨٩) أحوال سوري:

ف١- لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره.

ف٢- المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري

مايقول.

أخذ القانون في المادة (٨٩) في عدم وقوع طلاق السكران برأي بعض العلماء في كل مذهب خلافاً لرأي الأئمة الأربعة الذين قالوا بوقوع طلاقه إن سكر بمحرم عمداً. وحجة الذين قالوا بعدم وقوع طلاقه لأنه فاقد الإرادة كالمجنون، ومن هؤلاء الإمام ابن رشد، والكرخي والطحاوي من الحنفية، والمزني وأبو ثور من الشافعية، وقول عند الشافعي، وابن عقيل، وأبو بكر الأثرم، وابن القيم من الحنابلة. كما قال بعدم وقوع طلاقه الظاهرية^(١).

إلا أن القانون لم يبين درجة السكر التي تفقد التصرفات أثرها عند السكران، هل هي مجرد شرب المسكر حتى يصدق عليه اسم السكران، أم وصول السكران بعد الشرب إلى درجة عدم التمييز بين الأشياء حتى يصبح كالمجنون؟

(١) انظر القوانين الفقهية ٢٣٩، وشرح الخرشي ١٧٢/٣، والهداية ٥٣٦/٢، وفتح القدير ٤١/٣، ومغني المحتاج ٢٧٩/٣، المغني ٢٥٥/٨، الإنصاف ٤٣٤/٨، المهذب ٧٨/٢، مختصر الطحاوي ص ٢٨٠، والمحلّى ٢٠٨/١٠، وزاد المعاد ٤٠/٤.

والجواب هو أن يصل السكران بسكره درجة فقدان العقل. قال ابن جزيء المالكي: ((قال ابن رشد: إن كان بحيث لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة فهو كالمجنون، فإن كان سكره دون ذلك فهو الذي ينفذ طلاقه))^(١).

وحسناً ما ذهب إليه القانون في عدم وقوع طلاق السكران، ولكن كان من الأفضل إتماماً لهذا الحكم أن ينص القانون على درجة السكر التي لا يقع معها طلاقه، وهو ما سكت عنه القانون فلم يبينه.

وإن قرائن الأحوال هي التي تدل على وصوله لدرجة زوال العقل أم لا. وإن كان مرجع القاضي فيما سكت عنه القانون المذهب الحنفي بمقتضى م (٣٠٥) أحوال، فإن القانون لم يأخذ برأي الحنفية في هذه المسألة.

ثانياً: طلاق الهازل والمخطئ

أخذ القانون برأي الحنفية في عدم وقوع طلاق المدهوش^(٢)، وهو كما عرفه في القانون في المادة (٨٩) من فقد تمييزه بسبب الغضب أو غيره. كما أخذ القانون برأي الجمهور في عدم وقوع طلاق المكره خلافاً للحنفية الذين يقولون بوقوع طلاقه^(٣).

ولكن القانون سكت عن بيان حكم طلاق المخطئ والهازل. أما المخطئ فهو من سبق لسانه إلى لفظ الطلاق دون قصد، أو قصد به معنى آخر غير الطلاق، فهو لا يقصد لفظ الطلاق ولا معناه.

(١) القوانين الفقهية ص ٢٣٩.

(٢) انظر حاشية ابن عابدين ٤٠/٤.

(٣) انظر القوانين الفقهية ص ٢٣٩، الهداية ٥٣٦/٢، المهذب ٧٩/٢، الفقه على

المذاهب الأربعة للجزيري ٢٧٥/٤، بداية المجتهد ٨١/٢.

وسكوت القانون هنا عن بيان حكم المخطئ يعتبر نقصاً في القانون يجب تداركه، وذلك بتطبيق رأي جمهور العلماء الذين قالوا بعدم وقوع طلاق المخطئ.

وأرى عدم الرجوع للمذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥) أحوال؛ لأن القانون أخذ برأي جمهور العلماء في عدم وقوع طلاق المكره، والخلاف بين الجمهور والحنفية في طلاق المخطئ كالخلاف بينهما في طلاق المكره، فينبغي انسجاماً مع رأيهم أن يأخذ به أيضاً في عدم وقوع طلاق المخطئ، وحرصاً على بقاء الزوجية قائمة، وهو مقصد للشارع ملاحظ في أحكام الطلاق بشكل كبير، ولقوة أدلة الجمهور في هذه المسألة، ولأن المخطئ لم يقصد اللفظ ولا المعنى خلافاً للهازل الذي يقصد اللفظ ولا يقصد المعنى أو الأثر، فقياسه على الهازل كما هو واضح قياس مع الفارق.

يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف: ((ولكن في إيقاع الطلاق من كل واحد من هؤلاء نظر - السفيه، الهازل، المخطئ، الغافل - لأنه لا يتفق مع الحكمة التي من أجلها شرع الطلاق، فالسفيه.... وكل من الهازل والمخطئ والغافل والناسي لم يرد واحد منهم الطلاق ولم يقصد إيقاعه وإنما جرى لفظه على لسانه لعباً أو خطأً أو نسياناً، والعبرة للإرادة والقصد لا لمجرد حركة اللسان))^(١).

ويقول الأستاذ محمد أبو زهرة بعد أن رجح عدم وقوع طلاق السكران والمكره الذي أخذ به القانون المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م: ((وإن هذا الاختيار حسن، حتى لا تكون الأسرة في اضطراب، ولكي يكون الطلاق في دائرة الحاجة التي لم يشرع إلا لها))^(٢). ثم يقول

(1) أحكام الأحوال الشخصية: عبد الوهاب خلاف ص ١٣٢ والتي تليها.

(2) الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبو زهرة ص ٢٩١.

أبو زهرة بعد أن ذكر رأي الحنفية في وقوع طلاق المخطئ: ((وما زال ذلك هو المعمول به، ومن المستحسن أن يغير ذلك أيضاً ليتم العمل بالحديث "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"))^(١).

ثالثاً: طلاق الثلاث

نصت المادة (٩٢) أحوال سوري: ((الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً)) . تعرضت هذه المادة لحكم الطلاق الثلاث، وحكم الطلاق الثلاث اختلف فيه العلماء إلى رأيين:

الأول: لجمهور العلماء ومنهم الأئمة الأربعة الذين يقولون بوقوعه ثلاثاً، سواء كان بلفظ واحد أو متكرراً، ولا فرق في الحكم عندهم سواء كان بعدد الثلاث لفظاً أو إشارة إن نوى به الثلاث^(٢).

والرأي الثاني: أنه يقع واحدة، وهو رأي متأخري الحنابلة ابن تيمية وتلميذه ابن القيم^(٣).

والملاحظ من نص المادة (٩٢) أن القانون ذهب إلى رأي ابن تيمية وابن القيم بأن طلاق الثلاث يقع واحدة، ولكن صياغة المادة (٩٢) فيها خلل أو نقص؛ لأنها ذكرت حكم صورتين من صور الطلاق الثلاث وسكتت عن صورة ثالثة، فذكرت حكم الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث دفعة واحدة أو بالإشارة، هذا ما يفيد نص المادة (٩٢) ، بينما سكت القانون عن الصورة الثالثة وهي طلاق الثلاث المكرر ثلاث مرات. ولا شك في أن الخلاف في حكم الطلاق الثلاث

(١) المرجع السابق ص ٢٩١.

(٢) انظر القوانين الفقهية ٢٤١، بداية المجتهد ٦١/٢، الهداية ٥٥٠/٢، فتح القدير

٢٦/٣، المهذب ٨٥/٢، المغني ٢٦/٣.

(٣) فتاوى ابن تيمية ١٧/٣، زاد المعاد ٦١/٤، الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة

ص ٣٠٦، شرح القانون للسباعي ٢٤٧/١.

لا يفرق العلماء في حكمه بين الصور الثلاث.

لكن اختلف شراح القانون في تفسير نص المادة (٩٢) فذهبت هيئة محكمة النقض السورية إلى اعتبار الطلاق المتتابع وطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع واحداً^(١)، وهذا ما ذهبت إليه المحاكم المصرية والأستاذ محمد أبو زهرة^(٢)، حيث نصت المادة (٣) من القانون المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩: الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة. وكذلك وافقهم الدكتور محمد الحسن البغا^(٣)، واستدلوا على ذلك بما يلي:

١- بقياس الطلاق المتكرر على حكم الطلاق المقترن بعدد.

٢- أن المذكرة الإيضاحية للقانون السوري لم تميز بين الطلاق المقترن بعدد والطلاق المتتابع، وذكرت صراحة أنها أخذت في المادة (٩٢) بمذهب ابن تيمية، وأنه رأي كثير من الصحابة والتابعين^(٤).

٣- أن قصد المشرع من وضع هذه المادة هو القضاء على تكرار الطلقات الثلاث، وأنه لا فرق بين قول الرجل لزوجته أنت طالق ثلاثاً، وقوله أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق^(٥).

ولكن الدكتور عبد الرحمن الصابوني يرى أن الطلاق المتكرر أو المتتابع يقع أكثر من طلقة قانوناً، وهذا يعني أنه يرى وقوع طلاق الثلاث المتكرر ثلاثاً؛ لأن القانون في المادة (٩٢) سكت عن حكم هذه الصورة،

(١) في قرارها رقم (١٣٢) تاريخ ١١/٤/١٩٥٧، المتضمن: إن الطلاق الموصوف بعدد والذي تكرر لفظه يعتبر طلاقاً رجعيّاً.

(٢) انظر الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٣٠٨ والتي بعدها.

(٣) شرح القانون: د. محمد الحسن البغا ص ٤١٠ والتي تليها.

(٤) انظر المذكرة الإيضاحية ص ٩ قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، طبع نقابة المحامين ١٩٩٧م.

(٥) انظر شرح القانون للصابوني ١٩/٢، الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص

وأن نص المادة (٩٢) لا غموض فيها حتى نرجع إلى المذكرة الإيضاحية، وإنما يجب الرجوع إلى المذهب الحنفي بمقتضى المادة (٣٠٥) أحوال، ومذهب أبي حنيفة يقضي بوقوع الطلاق الثلاث المكرر ثلاثاً.

ثم إن الدكتور الصابوني يرى أن القول بوقوع الطلاق المتكرر واحدة يتناقض مع حكم المادة (٨٦) التي تنص على أن: محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي.

فالمعتدة من طلاق رجعي يقع عليها الطلاق، فإذا قال الزوج لزوجته: أنت طالق فقد اعتدت منذ وقوع هذا الطلاق، فإذا عاد الزوج وقال لها: أنت طالق، سواء في نفس المجلس بعد ساعة من وقوع الطلاق الأول أو بعد شهر، فإن الطلاق الثاني يقع عليها مادامت في العدة تطبيقاً لنص المادة (٨٦)، وبالتالي يعتبر الطلاق الثاني والثالث في حال تكرره واقعاً، ولا موجب للترقية كما يقول الدكتور الصابوني بين التكرار في مجلس واحد أو مجالس متعددة؛ لأن الذين قالوا بوقوع الطلاق طليقة واحدة لم يفرقوا بين الحالتين.

ولكل ما سبق يقترح الدكتور الصابوني لصحة تطبيق ما ذهب إليه محكمة النقض، تعديل المادتين (٩٢) و(٨٦) وجعل الطلاق المتكرر لا يقع إلا طليقة واحدة مادام لم يتخلل بين الطلقات رجعة سواء أكان في مجلس واحد أم في مجالس متعددة^(١).

والباحث يقترح تطبيقاً لرأي الدكتور الصابوني الذي يوافق عليه أن تصبح المادة (٩٢) بعد التعديل كما يلي: ((الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة، والطلاق المكرر في مجلس واحد يقع واحدة))، وهذا ما ذهب إليه القانون الأردني في المادة (٩٠) والتي نصت على ما يلي: ((الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة، والطلاق المكرر في مجلس واحد

(١) انظر شرح القانون للصابوني ٢١/٢-٢٢.

لا يقع بهما إلا طلاقة واحدة)).

وكذلك ذهب القانون الإماراتي في الفقرة الثالثة من المادة (١٠٣) والتي نصت على مايلي: ((لا يقع بالطلاق المتكرر أو المقترن بالعدد لفظاً أو كتابة أو إشارة إلا طلاقة واحدة))^(١).

والملاحظ أن القانون الأردني والإماراتي قد حسم الجدل الدائر حول تفسير هذا الحكم الوارد في القانون السوري بشكل واضح وصريح، إلا أن القانون الأردني فرق بين تكرار الطلاق في المجلس الواحد، وبين تكرارها في عدة مجالس، وهذا لا يوافق مذهب من المذاهب الفقهية، لأن الفقهاء الذين أجازوا تكرار الطلقات لم يفرقوا بين مجلس واحد أو أكثر مالم تتخلله رجعة، بينما لم يقع القانون الإماراتي في هذا الإشكال، ولذا نرى رجحان ودقة ما ذهب إليه القانون الإماراتي وموافقته تماماً للرأي الفقهي الذي يقول بوقوع الطلاق الثلاث واحدة.

رابعاً: الإنابة في الطلاق

نصت الفقرة الثانية من المادة (٨٧) على مايلي: ((للزوج أن يوكل غيره بالتطبيق وأن يفوض المرأة بتطبيق نفسها))^(٢).

إن الأصل في الطلاق أن يكون بيد الزوج ومن فعله، إلا أنه يجوز للزوج أن ينيب غيره في إيقاع الطلاق، فإن كانت الإنابة للزوجة سُمي تفويضاً، وأن كانت الإنابة لغير الزوجة سُمي توكيلاً. ويجوز التفويض أثناء إنشاء العقد بأن تشترط الزوجة أن تكون عصمة الطلاق بيدها ويرضى الزوج بذلك، وقد يكون التفويض بعد إنشاء العقد بأي عبارة تفيد

(1) القانون الاتحادي الإماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥م.

(2) وفق التعديل الجاري بالمادة (١٠) من القانون (٣٤) تاريخ ١٢/٣١/١٩٧٥م، والتي بموجبها دمجت المادتان (٨٧-٨٨) وأصبحت مادة واحدة.

ذلك^(١).

فكل من التفويض والتوكيل إنابة في الطلاق من صاحب الحق فيه وهو الزوج، ولكن الفرق الجوهرى بينهما أن التوكيل يصح الرجوع عنه من الزوج، أما التفويض فلا يصح الرجوع فيه من الزوج لأنه تمليك^(٢)، وقد بينت المادة (٨٧) جواز التوكيل والتفويض في الطلاق.

وقد سكت القانون السوري عن بيان أحكام التوكيل والتفويض في الطلاق، فيطبق المذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥) أحوال.

وأرى من الضروري إضافة فقرة إلى المادة (٨٧) من القانون تبين الفرق الذي أشرت إليه بين التوكيل والتفويض على النحو الآتي :

مادة (٨٧) فقرة ج: يملك الزوج الرجوع في التوكيل بالطلاق خلافاً للتفويض.

وقد جاء في م (٢٦٠) من أحكام قدرى باشا: ((للزوج أن يفوض الطلاق للمرأة ويملكها إياه إما بتخييرها نفسها أو جعل أمرها بيدها أو بتفويضه لمشيئتها ولا يملك الزوج الرجوع عن التفويض بعد إيجابه قبل جواب المرأة)).

المبحث الثاني: في أحكام الخلع

الخلع: هو أن يتفق الزوجان على الطلاق بالتراضي مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها بلفظ الخلع أو مافي معناه^(٣). فإذا اتفق الزوج مع زوجته على أن تدفع له مبلغاً من المال مقابل طلاقها فقبلت، وتم ذلك بإيجاب وقبول سُمي ذلك خلعاً، وتقع الفرقة بين الزوجين، وتكون الفرقة بانئنة.

(1) انظر شرح القانون للصابوني ٤٦/٢، وشرح القانون للسباعي ٢٤٥/١.

(2) انظر الهداية ٥٦٤/٢، وشرح القانون للصابوني ٤٦/٢.

(3) انظر القوانين الفقهية ص ٢٤٤، الهداية ٥٩٧/٢، شرح القانون للسباعي ٢٥١/٢،

أحكام الأحوال الشخصية لعبد الوهاب خلاف ص ١٥٢.

وبما أن الخلع طلاق على مال، فيشترط فيها ما يشترط في الطلاق من شروط وأركان، ويشترط في الزوجة أن تكون قد بلغت سن الرشد الذي يصح لها فيه التصرف في مالها^(١).

فالخلع عقد يتم بإيجاب وقبول، وفيه بدل، وهذا البديل يجوز بكل ما يصح أن يكون مهراً، أي مالاً متقوماً^(٢).

والأحكام السابقة نص عليها القانون السوري في المواد (٩٥-٩٦-٩٧).

وإذا اتفق الزوجان في بدل الخلع على مال غير المهر، لزم دفع البديل بعد المخالعة، ويسقط المهر والنفقة الزوجية التي في نعمة الزوج لزوجته، وهو ما أخذ به القانون السوري في المادة (٩٨)، وهو مذهب أبي حنيفة وعليه الفتوى^(٣).

وذهب القانون السوري في المادة (٩٩) إلى أن الزوجين المتخالعين إذا لم يتفقا على بدل في الخلع وقعت المخالعة برئ كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية.

وأما إذا نفيا بدل الخلع صراحة، كان الخلع في حكم الطلاق المحض، ويقع رجعيًا وهو مضمون المادة (١٠٠).

ولكن السؤال هنا هل يجوز شرعاً أن يكون بدل الخلع إرضاع الولد أو الإنفاق عليه. والجواب نعم، فإذا تم الخلع بين الزوجين على أن ترضع الزوجة الطفل بلا أجر صحت المخالعة، ووجب على الزوجة إرضاع طفلها دون أجر لأن الرضاعة منفعة متقومة. كما يصح الاتفاق على أن يكون بدل الخلع أن تتفق الزوجة على الطفل مدة حضانتها حتى يكبر، لكن

(١) انظر المراجع السابقة، وشرح القانون للصابوني ٥٩/٢ والتي بعدها.

(٢) انظر الهداية ٥٩٩/٢، أحكام الأحوال الشخصية: عبد الوهاب خلاف ص ١٥٤.

(٣) انظر الهداية ٦٠١/٢، والأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٣٣٥.

لا يجوز أن يكون بدل الخلع إسقاط حق الحضانة وانتقاله للآخر؛ لأنه اعتداء على مصلحة الطفل المقصودة من حق الحضانة^(١). وهذا مضمون ما جاءت به المادة (١٠٣).

ما سكت عنه القانون

نصت المادة (١٠٢) والتي تم تعديلها^(٢) على ما يلي:

١- إذا اشترطت في المخالعة إعفاء الزوج من أجره إرضاع الولد أو اشترطت إمساك أمه له مدة معلومة وإنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد، يرجع الزوج على الزوجة بما يعادل أجره الرضاع أو نفقته عن المدة الباقية.

٢- إذا كانت الأم معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد، يجبر الأب على نفقته وتكون ديناً على الأم.

وقد سكت القانون في المادة (١٠٢) المعدلة عن حالتين من الحالات التي تجبى للزوج الرجوع على زوجته المطلقة بنفقة ولده المحضون وهما: وفاة الزوجة، ووفاة الولد، والتي نص عليها القانون القديم، فقد كان نص المادة (١٠٢) قبل التعديل كما يلي:

— إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجره إرضاع الولد أو اشترط إمساكها له مدة معلومة وإنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت أو مات الولد يرجع الزوج بما يعادل أجره رضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل موت الزوجة أو الطفل يبقى معه

(١) انظر المبسوط ١٩٦/٦، الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٣٣٣ والتي

بعدها، وشرح القانون للصابوني ٦٢/٢-٦٣، وشرح القانون للسباعي ٢٥٣/٢-

٥٢٤، وأحكام الأحوال الشخصية: عبد الوهاب خلاف ص ١٥٦.

(٢) وفق التعديل الجاري بالمادة (١٢) من القانون. (٣٤) تاريخ ١٢/٣١/١٩٧٥م.

الالتزام قائماً ويحق للزوج المطالبة به أم لا.

والذي يراه شراح القانون أن هذا الالتزام المالي الذي تعهدت به الأم مقابل المخالعة يبقى قائماً بموت الزوجة أو الطفل، ويحق للزوج المطالبة به، لأنه التزام بنفقة مادية وليس بعمل حتى ينقضي بموت الزوجة أو الطفل ولا يسقط أبداً. والقانون بنصه القديم كان ضمن القواعد الشرعية والقانونية ولم يخرج عنها^(١).

وأرى أنه لا مبرر لحذف هاتين الحالتين في التعديل الجديد.

المبحث الثالث: في التفريق القضائي

أولاً: التفريق للإعسار أو عدم الإنفاق:

للفقهاء أربعة آراء في هذه المسألة:

الأول: رأي الحنفية^(٢) الذين ذهبوا إلى عدم جواز التفريق بين الزوجين للإعسار أو عدم الإنفاق، بل تنفق الزوجة على نفسها إن كان لها مال، أو تستدين على أن يكون الدين في ذمة زوجها. أما إذا تبين أن الزوج له مال ولكنه يمتنع عن الإنفاق ظلماً، أدبه القاضي بالحبس إذا لم يتمكن من التنفيذ الجبري عليه، واستدل الحنفية بقوله تعالى: **«لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا»** [الطلاق/٧].

الرأي الثاني: لجمهور الفقهاء^(٣)، والذي أخذ به القانون السوري، وهو

جواز التفريق للإعسار في جميع الحالات التي يمتنع الزوج عن الإنفاق

(١) انظر شرح القانون للصابوني ٦٥/٢، وانظر أحكام الأحوال الشخصية: عبد الوهاب خلاف ص ١٥٥ والتي بعدها.

(٢) انظر الهداية ٦٤٦/٢-٦٤٧، رد المحتار ٦٧٤/٢، المبسوط ١٨٧/٥.

(٣) انظر القوانين الفقهية ص ٢٢٦، مواهب الجليل ١٩٦/٤، بداية المجتهد ٥٢/٢، المهذب ١٦٤/٢، الإنصاف ٣٩/٩، وانظر في تفصيل أدلة الحنفية والجمهور الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٣٤٩ وما بعدها.

لقوله تعالى: [وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا] البقرة/٢٣١، وقوله تعالى: [فَاِمْسَاكًا بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحًا بِإِحْسَانٍ] البقرة/٢٢٩. وليس من الإمساك بالمعروف أن يمتنع عن الإنفاق عليها.

الرأي الثالث: لابن القيم^(١)، والذي يرى جواز التفريق للإعسار في حالتين فقط وهما:

١- في حالة التغيرير بالزوجة عند العقد على أنه غني والواقع أنه فقير.

٢- في حالة يسار الزوج وامتناعه عن ذلك لظلمه.
الرأي الرابع: للظاهرية، والذين يرون عدم جواز التفريق للإعسار، ويجب على الزوجة الإنفاق من مالها على نفسها وزوجها إن كانت غنية^(٢).

موقف القانون: نصت المادة (١١٠-١١١) على أحكام لتفريق للإعسار.

م (١١٠) ف١- يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة.
ف٢- إن أثبت عجزه أو كان غائباً أمهله القاضي مدة

مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما.
م (١١١): تفريق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيًا، وللزوج أن يراجع زوجته مادامت بالعدة بشرط أن يثبت يساره ويستعد للإنفاق.

أخذ القانون السوري برأي جمهور الفقهاء في التفريق للإعسار أو عدم الإنفاق، فإذا طلبت الزوجة التفريق، فإن كان للزوج مال ظاهر، نفذ

(١) انظر زاد المعاد ١٥١/٤.

(٢) انظر المحلى ٩٢/١٠، وقد ذكرت هنا رأي الظاهرية لأنه رأي حسن؛ فالحياة الزوجية حياة مشتركة.

الحكم عليه بالإففاق من ماله؛ لأن النفقة واجبة عليه ولا حاجة للتفريق في هذه الحالة. أما في حالة إعسار الزوج حقيقة بأن لم يكن له مال، فإن كان الزوج حاضراً أو غائباً أمهله القاضي ثلاثة شهور، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما. والتفريق للإعسار في القانون هو طلاق رجعي عملاً برأي المالكية^(١)، فيستطيع الزوج مراجعة زوجته مادامت في العدة، بشرط أن يثبت يساره واستعداده للإففاق^(٢).

ما سكت عنه القانون

١- سكت القانون السوري في المادة (١١٠-١١١) عما إذا راجع الزوج زوجته وهو ما يزال معسراً، ورضيت بذلك الزوجة، فما هو الحكم؟. إن القانون السوري قد أخذ برأي الجمهور في هذه المسألة وتحديداً برأي المالكية في جعل الفرقة للإعسار طلاقاً رجعياً فينبغي الرجوع للمذهب المالكي لا للمذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥) أحوال، لأن المذهب المالكي هو المصدر التاريخي لهذه المسألة قانوناً، والمالكية يجيزون هذه الرجعة؛ لأن النفقة من حقوق الزوجة، فهي من حقوق العبد^(٣).

٢- سكت القانون أيضاً عن تحديد مقدار النفقة التي إن أعسر الزوج عنها فرق القاضي بينهما، وفي هذه المسألة نرجع لرأي جمهور الفقهاء مصدر المادتين (١١٠-١١١) ولا نرجع للمذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥) أحوال. وجمهور الفقهاء اعتبروا نفقة الضرورة في هذه المسألة،

(١) انظر القوانين الفقهية ص ٢٢٦ والتي بعدها، وشرح الخرخشي ٣/٣٣٨، والأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٣٥٣.

(٢) انظر القوانين الفقهية ص ٢٢٦-٢٢٧، وشرح القانون للصابوني ٢/٨١-٨٢، وشرح القانون للسباعي ٢/٢٦٧، وشرح القانون للبخاري ص ٥٢٧. والأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٣٤٨.

(٣) انظر شرح الخرخشي ٣/٣٣٨، وشرح القانون للصابوني ٢/٨٣.

فما دام الزوج قادراً على نفقة الضرورة، فلا يجوز للقاضي التفريق بينهما بدعوى الزوجة إعسار زوجها، ولا تعتبر نفقة الموسرين أو نفقة أمثاله قبل الإعسار^(١). وتجدر الإشارة هنا بعد ذلك إلى أن التفريق للإعسار، وإن عدّه القانون طلاقاً رجعيّاً مشروطاً بالقدرة واليسار على النفقة للرجعة، إلا أن اليسار والقدرة على النفقة هنا هي القدرة على نفقة الموسرين أمثال الزوج قبل الإعسار، لا نفقة الضرورة كما في التفريق؛ لأن الرجعة يشترط فيها اليسار الكامل كما كان عليه الحال قبل التفريق والإعسار^(٢).

٣- سكت القانون السوري عما إذا علمت الزوجة عند العقد بإعسار زوجها ورضيت بذلك. والمرجع التاريخي لما ذهب إليه القانون المذهب المالكي كما ذكرنا، والمالكية ذهبوا إلى سقوط حقها في طلب التفريق للإعسار بعد ذلك^(٣). ولا يجوز للقاضي الرجوع للمذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥) أحوال. فالحنفية لا يرون جواز التفريق للإعسار أصلاً. يقول الأستاذ محمد أبو زهرة: ((وإذا كان التفريق لعدم الإنفاق مأخوذاً من مذهب مالك، فهو المصدر التاريخي له ويجب الرجوع إليه في تفصيل مجمله، وتقييد مطلقه، وقد نص في مذهب مالك على أن الرضا بالإعسار عند العقد يمنع التفريق بعد ذلك، وهكذا كل مطلق وكل مجمل يفسر بمذهب مالك))^(٤)، وقد جاء هذا البيان من الشيخ محمد أبو زهرة تعليقاً على مواد القانون المصري (٤-٥-٦) رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠، والتي

(1) انظر القوانين الفقهية ص ٢٢٦، وشرح الدردير ٦٠٨/٢، المهذب ١٦٤/٢،

كشاف القناع ٣٩٠/٥، الإنصاف ٣٨٧/٩.

(2) انظر شرح الخرشي ٣٣٨/٣، المهذب ١٦٤/٢، وشرح القانون للصابوني ٨٥/٢.

(3) انظر القوانين الفقهية ص ٢٢٦.

(4) الأحوال الشخصية ص ٣٥٤.

ذهب فيها القانون إلى ما ذهب إليه القانون السوري في مسألة التفريق للإعسار^(١).

ثانياً: التفريق للغيبة أو السجن^(٢):

نص القانون السوري في المادة (١٠٩):

١- إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول، أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات، جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

٢- هذا التفريق طلاق رجعي، فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها.

أخذ القانون السوري في هذه المادة بمذهب الإمام مالك وأحمد بن حنبل^(٣) في جواز طلب التفريق للزوجة من زوجها بسبب الغياب الطويل، سواء كان معلوم المكان أم مجهولاً، وذلك لأن الزوجة قد تتضرر ضرراً قد يدفعها إلى الانحراف، ولكن جواز طلب التفريق مشروط بما يلي: ١- أن تكون الغيبة طويلة، وحددها القانون بسنة فأكثر عملاً بالمذهب المالكي. ٢- أن يكون الغياب لعذر غير مقبول، لأنه بذلك يكون قد تعمد الإضرار بها. فإن كان الغياب بعذر شرعي مقبول كطلب العلم أو التجارة فلا يحق لها طلب التفريق؛ لأنه في هذه الحالة نتحقق من عدم وجود قصد

(١) انظر نص المواد في هامش ص ٣٤٨ وشرحها في متن الكتاب الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة.

(٢) انظر شرح القانون للسباعي ٢٦٣/١ والتي بعدها، وشرح القانون للصابوني ٧٨/٢، وشرح القانون للبغا ص ٥٢٢ وما بعدها، والأحوال الشخصية: لمحمد أبو زهرة ص ٣٦٦ وما بعدها.

(٣) انظر القوانين الفقهية ص ٢٢٧-٢٢٨، منح الجليل ٣١٣/٢، والمغني ١٣٢/٨، بداية المجتهد ٥٢/٢.

الإضرار بها، وهذا عمل بالمذهب الحنبلي. ويبقى حق الزوجة في طلب التفريق قائماً، سواء ترك لها مالا تنفق منه أم لا، لأن الضرر هنا للغيب الطويل لا لترك الإنفاق عليها. فإن كان الزوج في مكان معلوم تصل إليه الرسائل فلا بد من إعداره من قبل القاضي، فإن أعذره وضرب له أجلاً فلم يعود ولم يضم إليه زوجته، فرق القاضي بينهما بعد انتهاء المدة، وأما إن كان الزوج في مكان مجهول أو لا تصل إليه الرسائل فرق القاضي بينهما بمرور سنة فأكثر حالاً.

كما أجاز القانون لزوجات المسجون إن كانت مدة سجنه ثلاث سنوات فأكثر طلب التفريق بعد مرور سنة من السجن.

والتفريق للسجن مأخوذ من المذهب الحنبلي، فقد نص ابن تيمية أن حكم المحبوس والأسير كحكم الغائب^(١).

والتفريق للغيبه أو السجن فسخ عند أحمد، وطلاق بائن عند مالك، والقانون ذهب إلى أن التفريق هنا طلاق رجعي.

ما سكت عنه القانون

يلاحظ على نص المادة (١٠٩) من القانون مايلي:

١- سكت القانون فيها فلم يبين ما إذا كان غياب الزوج في مكان معلوم أم لا، ولم يذكر وجوب إنذار الزوج وترك مدة كافية له ليرجع إلى زوجته أو يضمها إليه، فإذا انتهت تلك المدة ولم يعد إلى زوجته أو يضمها إليه فرق القاضي بينهما^(٢)، وهذا نقص في القانون، وقد كان ذكر

هذا واجباً عملاً بالمذهب المالكي الذي أخذ به القانون هنا، ولا يجوز الرجوع في المسكوت عنه هنا إلى المذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥) أحوال؛ لأن القانون لم يأخذ برأي الحنفية الذين قالوا بعدم جواز الفرقة

(1) انظر الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٣٦٨.

(2) انظر شرح القانون للسباعي ٢/٢٦٤-٢٦٥.

للغيبية أصلاً. و بإعذار الزوج نتأكد من قصده الإضرار بزوجته بالغيبية عنها الذي هو مناط التفريق هنا.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القانون المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م قد نص صراحة على وجوب إنذار الزوج وترك مدة كافية له^(١)، ولذلك يجب استدراك ذلك في القانون السوري.

٢- إن القانون السوري جعل التفريق للغيبية طلاقاً رجعيّاً، وهذا الأمر لا تقره المذاهب الاجتهادية التي أخذ عنها القانون هذه الأحكام، وهي المذهب المالكي الذي جعل التفريق هنا طلاقاً بائناً، ولا المذهب الحنبلي الذي جعله فسحاً.

وقد تنبه لذلك القانون المصري لسنة ١٩٢٩ الذي جعل الفرقة هنا طلاقاً بائناً عملاً بالمذهب المالكي.

ولا شك أن هذا الأمر يُعدّ خللاً في القانون السوري ونقصاً فيه؛ لأن هذا يتناقض مع مناط الحكم الذي لأجله حكمنا بالتفريق للغيبية، وهو تعمد الضرر بالزوجة، ولا يرتفع الضرر إلا بالطلاق البائن، إذ قد يعود الزوج بعد التفريق والزوجة في العدة، فيراجع زوجته للإضرار بها ثم يغيب مرة أخرى. ولذلك يجب تعديل القانون والأخذ برأي المالكية الذي أخذ به

(١) انظر الأحوال الشخصية ص ٣٦٦ للأستاذ محمد أبو زهرة، وانظر أحكام الأحوال الشخصية: عبد الوهاب خلاف ص ١٦٤-١٦٥. وقد نصت المادة (١٢) من القانون المصري على ما يلي: إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

ونصت المادة (١٣) قانون مصري: إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له أجلاً وأعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فارق القاضي بينهما بتطبيقه بائنة، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي بلا إعذار وضرب أجل.

القانون المصري يجعل الفرقة هنا طلاقاً بائناً، ولأن هذا فيه زجر للزوج عن غيابه الذي لم يكن إلا بقصد الإضرار.

وهذه المسألة وإن لم تكن داخلة في البحث ولكن أشرت إليها لأهميتها، لأن القصد من هذا البحث تعديل القانون في مواضع النقص أو الخلل فيه.

ثالثاً: التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين^(١):

عالج القانون السوري هذا الموضوع في المواد (١١٢-١١٣-١١٤-١١٥)، وقد أخذ القانون السوري أحكام التفريق للشقاق والضرر من المذهب المالكي^(٢)، وأعطى هذا الحق للزوجين، وهذا أمر حسن؛ لأن الشقاق والضرر كما يقع من الزوج فهو يقع أيضاً من الزوجة. وقد خالف القانون المصري الذي أعطى هذا الحق للزوجة فقط.

وقد نصت المادة (١١٢) ف١- من القانون السوري: إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق.

ف٢- إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما، ويعتبر هذا التطلاق طلاقاً بائناً.

ف٣- إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة، فإن أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكمن من أهل الزوجين، وإلا فمن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما، وحلفهما يميناً على أن يقوموا بمهمتهما بعدل وأمانة.

— الملاحظ أن القانون السوري في المادة (١١٢) اشترط كون

(1) انظر شرح مواد القانون في التفريق للشقاق والضرر، شرح القانون للسباعي ٢٦٨/٢ وما بعدها، شرح القانون للصابوني ٨٦/٢ وما بعدها، شرح القانون للبيضا ص ٥٣٣ وما بعدها، أحكام الأسرة في الإسلام: د. محمد مصطفى الشلبي ص ٦٠١ وما بعدها.

(2) انظر شرح الخرشي ١٤٨/٣، مواهب الجليل ١٧/٤.

الضرر كبيراً بحيث لا يستطيع معه الزوجان دوام العشرة بينهما، إلا أن هذا الشرط لم يذكره المالكية مصدر هذه الأحكام، بل نص المالكية على عدم اشتراط هذا الشرط، فقد نقل عن الإمام مالك قوله: ((وليس عندنا في كمية الضرر وكثرته شيء معروف))^(١).

فمجرد ادعاء الضرر وثبوته عند القاضي يجب أن يكون سبباً مبرراً للتفريق^(٢).

ونصت المادة (١١٣) ف١- على الحكّمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين، وأن يجمعاهما في مجلس تحت إشراف القاضي لا يحضره إلا الزوجان ومن يقرر دعوته الحكّمان.

ف٢- امتناع أحد الزوجين عن حضور هذا المجلس بعد تبليغه لا يؤثر في التحكيم.

ما سكت عنه القانون

١- نلاحظ في المادة (١١٢) ف٢- أنه إذا ثبت الضرر لدى القاضي وعجز عن الإصلاح فرّق بين الزوجين دون بعث حكّمين، حيث سكت القانون عن ذلك، وهذا نقص في القانون، لأن تعيين حكّمين في هذه الحالة أمر ضروري، إذ قد يفشل القاضي في الإصلاح ولا يفشل الحكّمان. وأما إذا لم يثبت الضرر لدى القاضي، وتكررت الشكوى عندئذ يعين القاضي حكّمين من أهل الزوجين لمعرفة أسباب الشقاق.

يقول الشيخ محمد أبو زهرة: ((وهناك نقص وهو أنه لم يأخذ بنظام التحكيم في كل الدعاوى التي تكون بين الزوجين مع أن المقدمة التي ساققتها المذكرة الإيضاحية لتبرير ما اقتبسه من مذهب مالك توجب جعل

(١) البهجة شرح التحفة ٣٠٢/١.

(٢) انظر شرح القانون للصابوني ٨٨/٢.

التحكيم أساساً في كل دعاوى الزواج))^(١).

ويقول أيضاً: ((والحق أن تحكيم الحكمين واجب عند كل خلاف بين زوجين، وذلك نص القرآن الكريم، " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها"^(٢).

ونصت المادة (١١٤) ف١- يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين، فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة بائنة.

ف٢- وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب ومدى الإساءة.

ف٣- للحكمين أن يقررا التفريق بين الزوجين مع عدم الإساءة من أحدهما على براءة ذمة الزوج من قسم من حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك، وكان قد ثبت لدى الحكمين استحكام الشقاق بينهما على وجه يتعذر إزالته.

ف٤- إذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما، أو ضمَّ إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً وحلفه اليمين.

ونصت المادة (١١٥) على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي ولا يجب أن يكون معللاً، وللقاضي أن يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير ويعين في هذه الحالة وللمرة الأخيرة حكمين آخرين.

نلاحظ من المادة (١١٤): أنه إذا عجز الحكمان عن الإصلاح فرقاً بين الزوجين، وهذا عملاً بالمذهب المالكي الذي يرى أن الحكمين لهما صفة الحاكم لا الوكيل، والحاكم يملك حق التفريق إذا رأى المصلحة في

(١) الأحوال الشخصية ص ٣٦٥.

(٢) الأحوال الشخصية ص ٣٦٥.

ذلك بعد استحكام الشقاق واستحالة الإصلاح^(١). فإن كانت الإساءة من الزوج قررا التفريق بطلقة بائنة، و تأخذ الزوجة مهرها كاملاً بعد الدخول، ونصفه إن كان التفريق قبل الدخول.

وإن وجد الحكمان أن الإساءة من جانب الزوجة قررا التفريق بينهما، ولا تأخذ الزوجة مهرها، وإن وجد الحكمان أن الإساءة من الطرفين فللحكّمين التفريق على جزء من المهر يتناسب مع درجة الإساءة من كل منهما^(٢). وإن حكم المحكّمين لا يشترط فيه أن يكون معللاً، وللقاضي الجرية في الأخذ بحكم الحكّمين أو رفضه وتعيين حكّمين آخرين لمرة واحدة.

وأما إذا لم يتفق الحكمان فللقاضي أن يختار حكّمين آخرين أو حكماً ثالثاً مرجحاً.

والتفريق بسبب الشقاق والضرر يعتبر طلاقاً بائناً لا يجوز فيه للزوج أن يراجع زوجته في العدة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن جمهور الفقهاء لم يقولوا بجواز التفريق للشقاق والضرر^(٣)، وقد أخذ القانون السوري هذه الأحكام من المذهب المالكي كما ذكر سابقاً.

ما سكت عنه القانون

٢- سكت القانون عن الشروط التي يجب توافرها في الحكّمين، وقد نص المالكية في كتبهم على هذه الشروط^(٤)، وهي أن يكونا رجلين عدلين عالمين بأحكام النسوز وإلا علمهما القاضي، وأن يكونا في سن الرشد. وقد ذكر القانون

(1) انظر الجامع لأحكام القرآن ١٧٦/٥، دار الشعب- القاهرة.

(2) انظر شرح القانون للصابوني ٨٨/٢-٨٩.

(3) انظر فتح القدير ٢٢٣/٣، المهذب ٧١/٢، المغني ١٦٨/٨، وانظر مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني ٧٤٨/٢.

(4) انظر حاشية العدوي ١٤٩/٣، مواهب الجليل ١٧/٤.

المصري هذه الشروط صراحة في المادة (٧) منه: ((يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم، فمن له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما)). ويجب الرجوع لاستكمال هذا النقص للمذهب المالكي المصدر لهذه الأحكام، ولا يجوز الرجوع للمذهب الحنفي بمقتضى المادة (٣٠٥) أحوال لأن القانون لم يأخذ عنه، وهو لا يرى التفريق بين الزوجين للضرر مهما كان شديداً أصلاً.

٣- كما سكت القانون عن الوقت الذي يتم فيه دفع المهر أو جزء منه للزوج إذا كان تقرير الحكمين قد حدد الإساءة من الزوجة أو أكثرها، وهذا نقص في القانون، فيجب تقييد الدفع صراحة بالنص عليه في القانون قبل الحكم بالتفريق لتعذر تحصيله فيما بعد، ولقد حذف التعديل الجديد في القانون عبارة وردت في القانون السابق وهي: ((على أن تدفعه قبل الحكم بالتفريق))، وهذا أمر ضروري لمساعدة الدائن للوصول إلى حقه، ولذلك أرى ضرورة الرجوع إلى النص القديم للقانون. كما يجب اعتبار هذا الدين الذي وجب للزوج على الزوجة هنا من الديون الممتازة؛ إذ لا يجوز أن نعتبر المهر ديناً ممتازاً إلا إذا كان للزوجة في ذمة الزوج، وغير ممتاز إذا كان هذا الدين للزوج بذمة الزوجة^(١).

٤- سكت القانون السوري عن تكرار الضرر كشرط للتفريق، وهذا يعني أن للقاضي السلطة في التفريق بين الزوجين ولو ثبت الضرر لمرة واحدة، ولا يشترط تكرار الضرر، وهو المشهور في المذهب المالكي^(٢)، وهو ما أخذ به القانون السوداني في المادة (١٥)^(٣)

٥- كما سكت القانون عن عقم أحد الزوجين، هل يعتبر مبرراً لطلب

(١) انظر شرح القانون للصابوني ٩٤/٢ والتي بعدها.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) القانون السوداني الصادر بالمشور رقم (٧١) عام ١٩١٥م، راجع الأحوال

الشخصية في السودان للدكتور الصديق الضيرير ص ١٠٠.

التفريق أو ضرراً يَجِيزُ التفريق، وقد ذهب القضاء السوري إلى أن عقم الزوجة يعتبر سبباً مبرراً للطلاق ينفي عن الزوج قصد التعسف، فيقاس عليه طلب التفريق، ولذلك يعتبر عقم أحد الزوجين سبباً مبرراً لطلب التفريق من باب أولى^(١)

المبحث الرابع: الطلاق بحكم الشرع والقانون

سكت القانون السوري عن بيان أحكام الإيلاء والظهار واللعان، وحسب المادة (٣٠٥) أحوال ينبغي تطبيق الراجح من المذهب الحنفي في القضاء في الأحكام التي تخص هذه الأمور ما عدا الإيلاء فإن فيه رأياً آخر أوفق وأيسر للعمل به سنينه فيما يلي:

الإيلاء لغة: هو الحلف^(٢)

وشرعاً: هو أن يحلف الزوج بالله تعالى على عدم قربان الزوجة أربعة شهور فأكثر^(٣).

ولقد بين القرآن أحكام الإيلاء في قوله تعالى: [لِلَّذِينَ يُؤْتُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِن اللّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ] البقرة/٢٢٦-٢٢٧.

كان الإيلاء في الجاهلية طلاقاً ولما جاء الإسلام حرّمه القرآن؛ لأن فيه إضراراً بالزوجة، ولم يجعله طلاقاً، وأمهل الزوج أربعة شهور ليرجع عن ظلمه ويعاشر زوجته لتحقيق مقاصد الزواج^(٤) فإن فعل ذلك وكفر عن يمينه فيها ونعمت، وبقيت الزوجية قائمة، وإلا كان ظالماً، ولرفع هذا الظلم عن الزوجة حدد الشارع هذه المدة للإيلاء، فإذا مضت المدة دون

(١) انظر شرح القانون للصابوني ٩٧/٢.

(٢) انظر مختار الصحاح ص ٢٣.

(٣) انظر القوانين الفقهية ص ٢٥٣، الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٣٤٢.

(٤) انظر شرح الخرشي ٢٢٩/٣، مغني المحتاج ٢٦١/٢، المغني ٥٠٦/٨.

فيء من الزوج وقعت الفرقة بين الزوجين عند الحنفية دون حاجة لحكم من القاضي، وتكون الفرقة طلاقاً بائنة^(١)، في حين ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا انقضت مدة الإيلاء دون فيء من الزوج، جاز للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي الذي يأمر الزوج بالفيء والتكفير، فإذا امتنع عن ذلك أمره بالطلاق، وإلا طلق القاضي بينهما، وتكون الفرقة طلاقاً رجعية^(٢). إلا أن الإمام مالك لا يعتبر الرجعة تامة إلا إذا حصل دخول فعلاً، لأن التفريق كان لسبب وهو الامتناع عن المعاشرة، فإذا أراد أن يزيل التفريق فلا بد من إزالة سببه، وهو الامتناع عن معاشرة زوجته، الذي يلحق الأذى بها بسببه^(٣).

والفيء هو الجماع باتفاق العلماء، ثم إن الحنفية قالوا: لا يكون الإيلاء إيلاءً إلا إذا حلف الزوج على هجران زوجته أربعة شهور أو أكثر^(٤). وقال الجمهور: لا يعتبر إيلاءً إلا إذا حلف ألا يقربها مدة أكثر من أربعة شهور^(٥).

وذهب المالكية إلى أن هجران الزوجة دون حلف يُعدُّ إيلاءً^(٦). وبما أن مرجع القانون فيما سكت عنه المذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥) أحوال، فإن الزوجة تطلق طلاقاً بائنة بعد مرور مدة الإيلاء دون حاجة لحكم من القاضي، أي أن الفرقة بسبب الإيلاء عند الحنفية هي فرقة

(1) انظر الهداية ٥٩٢/٢، تنوير الأبصار ٥٦٢/٢.

(2) انظر القوانين الفقهية ص ٢٥٣، بداية المجتهد ١٠٠/٢، المهذب ١١١/٢، مغني المحتاج ٣٥١/٣، المغني ٥٤/٨.

(3) انظر القوانين الفقهية ص ٢٥٣، الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٣٤٣.

(4) انظر الهداية ٢٥٣/٢، مجمع الأنهر ٤٤١/١.

(5) انظر بداية المجتهد ١٠١/٢، المهذب ١٠٧/٢، مغني المحتاج ٣٤٣/٣، الانصاف ١٧٢/٩.

(6) انظر القوانين الفقهية ص ٢٥٣، بداية المجتهد ١٠١/٢.

بحكم الشرع. وقال الجمهور: لا تقع الفرقة بانقضاء المدّة بل لا بد من رفع دعوى من الزوجة للقاضي.

وحرصاً على بقاء الأسرة قائمة، وهو مقصد للشارع ملاحظ في أحكام الزواج والطلاق،

فإن العمل بمذهب الجمهور يتفق مع هذا المقصد، وهو أوفق للمصلحة، إذ فيه متسع من الوقت للزوج للتفكير في فصم عرى الزوجية وإنهاؤها بعد رفع الزوجة دعوى للقاضي.

لذلك فإن سكوت القانون السوري عن أحكام الإيلاء يُعتبر نقصاً وخللاً يجب سدّه، ويجب النص صراحة على أحكام الإيلاء مأخوذة من مذهب الجمهور حرصاً على بقاء الأسرة، وذلك في أمور ثلاثة.

١- ألا يقع الطلاق أو الفرقة بالإيلاء بمجرد مضي المدّة، بل لا بد من أن تتقدمه دعوى من الزوجة، حيث يأمر القاضي الزوج بالفيء أو الطلاق فإن أبى طلق عليه القاضي.

٢- الطلاق الذي يقع بالإيلاء طلاق رجعي، وهو رأي المالكية^(١)، مع ملاحظة رأي المالكية بأن الزوج لو راجع زوجته خلال العدة، فلا تُعد الرجعة تامة إلا إذا حصل دخول فعلاً، وقد سبقت الإشارة لذلك.

٣- هجر الزوجة أكثر من أربعة أشهر بدون حلف يُعدّ إيلاء عملاً بمذهب المالكية. وهذا ترجيح للمذهب المالكي على مذهبي الشافعية والحنابلة؛ لأن علة الضرر الذي يقع على الزوجة بالهجر دون حلف هي نفسها التي تقع بالهجران مع الحلف، فلا داعي للفرقة بينهما في الحكم.

ثم إن تطبيق رأي الجمهور في أحكام الإيلاء أوفق وأرفق بالأسرة، لأن كثيراً من الزوجات تصبر على هذا الظلم ولا تطلب الفرقة من

(١) انظر القوانين الفقهية ٢٥٣، بداية المجتهد ٢/١٠٢.

القاضي وفاءً للأولاد، أو لأمر اجتماعي آخر، وهذا الأمر حق للعبد، وما هو حق للعبد جاز له المطالبة به أو المسامحة.

وحالات الهجر تقع كثيراً في الواقع بين الزوجين بحلف أو بدون حلف، وقد يطول هذا الهجر أكثر من مدة الإيلاء، وتبقى الزوجة صابرة ولا تطلب الطلاق، ولو قلنا بالمذهب الحنفي لوقع الفراق بين الزوجين دون رضا الزوجة في بعض الأحيان.

النص المقترح للقانون: مادة رقم () ف ١- إذا حلف الزوج على عدم قربان الزوجة أو هجرها دون حلف أكثر من أربعة شهور سُمي إيلاءً.

ف ٢- لا يقع الطلاق بالإيلاء بمجرد مضي أربعة شهور.

ف ٣- إذا مضت مدة الإيلاء، وطلبت الزوجة من القاضي الطلاق، أمر القاضي الزوج بالنفيء أو الطلاق، فإن أبى طلق عليه.

ف ٤- الطلاق الذي يقع بالإيلاء طلاق رجعي، ولا تصح الرجعة إلا بالدخول.

الفصل الثاني

ما سكت عنه القانون في آثار الطلاق

المبحث الأول: في أحكام العدة

نص القانون السوري على أحكام العدة في المواد (٨٣-٨٤-١٢١-١٢٢-١٢٣-١٢٥-١٢٦-١٢٧).

م (٨٣): تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ.
م (٨٤): نفقة العدة كنفقة الزوجية، ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة، ولا يقضى بها عن مدة أكثر من تسعة أشهر.

م (١٢١): عدة المرأة غير الحامل للطلاق أو الفسخ كما يلي

١- ثلاث حيضات كاملات لمن تحيض، ولا تسمع دعوى المرأة بانقضائها قبل مضي ثلاثة أشهر على الطلاق أو الفسخ.

٢- سنة كاملة لممتدة الطهر التي يجيئها الحيض، أو جاءها الحيض ثم انقطع ولم تبلغ سن اليأس.

٣- ثلاثة أشهر للأيسة.

م (١٢٣): عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام.

م (١٢٥): تبدأ العدة من تاريخ الطلاق أو الوفاة أو الفسخ أو التفريق

القضائي أو المفارقة في النكاح الفاسد.

م (١٢٦): لا تلتزم العدة قبل الدخول والخلو الصحيحة إلا للوفاة.

م (١٢٧) ف١- إذا توفي الزوج وكانت المرأة في عدة الطلاق

الرجعي تنتقل إلى عدة الوفاة ولا يحسب ما مضى.

ف٢- إذا توفي وهي في عدة البينونة تعند بأبعد الأجلين من

عدة الوفاة أو البينونة.

أولاً: نلاحظ بعد قراءة أحكام العدة الواردة في المواد السابقة أن القانون جعل عدة ممتدة الطهر سنة كاملة في الفقرة الثانية من المادة (١٢١) عملاً بالمذهب المالكي^(١). وحسناً فعل القانون، لأن ممتدة الطهر لو بقيت معتدة حتى ترى ثلاث حيضات، قد لا ترى ذلك إلى سن اليأس، ثم تنتقل إلى عدة الآيس، فتعتد بثلاثة شهور ثم تنقضي عدتها، وهذا رأي الحنفية والشافعية^(٢). وفي هذا من الضرر والظلم ما لا يخفى على أحد وشرع الله منزّه عن الظلم.

ثانياً: كما نلاحظ أن القانون السوري قد جعل أقصى مدة لنفقة العدة تسعة أشهر في المادة (٨٤) منه، وهي عدة الحامل. وأقصى مدة لنفقة العدة تسعة شهور قانوناً تشمل بذلك الآيس والصغيرة وذوات الأقرء والحامل، ولا تشمل عدة ممتدة الطهر. فقد سكّات القانون عن ذلك، وإذا طبقنا حكم المادة (٨٤) فإنها لا تشمل عدة ممتدة الطهر، وفي هذا تناقض أو نقص وقع فيه القانون، ولرفع هذا النقص يجب تعديل المادة (٨٤) من القانون السوري، وذلك بالنص على جعل أقصى مدة لنفقة العدة هي سنة كاملة لتشمل عدة ممتدة الطهر.

والتعديل المقترح للمادة (٨٤) هو: نفقة العدة كنفقة الزوجية، ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة ولا يقضى بها عن مدة أكثر من سنة قمرية. وتجدر الإشارة هنا إلى أن القانون المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م نص في الفقرة الأولى من المادة (١٧) منه على أنه لا تأخذ المعتدة نفقة عدة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق، وهذا ما عليه العمل في المحاكم الشرعية في مصر الآن^(٣). والقانون المصري يُعدُّ من المصادر التاريخية

(١) انظر القوانين الفقهية ٢٤٧ والتي بعدها، بداية المجتهد ٩١/٢.

(٢) انظر الهداية ٦٢٤/٢، المهذب ١٤٤/٢.

(٣) انظر أحكام الأحوال الشخصية ص ١٧٥، عبد الوهاب خلاف. ونص المادة

للقانون السوري، وهذا يرجح الاقتراح الذي سبق الإشارة إليه في جعل أقصى فترة لنفقة المعتدة سنة بدلاً من تسعة شهور.

المبحث الثاني: في حق النسب

ثبوت النسب في حال قيام الزوجية في القانون السوري:
نصت المادة (١٢٨): أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً، وأكثرها سنة شمسية.

ونصت المادة (١٢٩) ف١- ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين التاليين: ١- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل.

٢- أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة، كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل.
ف٢- إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه.

ف٣- إذا توافر هذان الشرطان لا ينفي نسب الولد عن الزوج إلا باللعان.

نلاحظ مما سبق من المادة (١٢٩) أن القانون ذكر شرطين لثبوت النسب في خلال قيام الزوجية.

الشرط الأول: أن يأتي الولد بعد أقل مدة الحمل من تاريخ عقد الزواج.
الشرط الثاني: أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بعد عقد الزواج.
والقانون السوري أخذ في ذلك بمذهب جمهور الفقهاء ألا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بعد العقد لصحة النسب، مخالفاً بذلك مذهب أبي حنيفة، فإن

(١٧) من القانون رقم (٢٥) سنة ١٩٢٩ هو ((لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق)).

ثبت عدم التلاقي فلا يثبت النسب^(١). فإذا توافرت شروط النسب السابقة المذكورة في المادة (١٢٩)، ثبت نسب الولد من أبيه، وليس للأب الحق في نفيه إلا عن طريق اللعان. ولكن القانون سكت عن شرط ضروري وهام لثبوت النسب، وهو شرط متفق عليه بين الفقهاء، ألا وهو أن يولد لمثل الزوج، فإذا ثبت عقم الزوج بشكل قاطع، أو كان الزوج مريضاً بمرض يمنعه من الإنسال أو الاتصال بزوجه وجاءت زوجته بولد لم يثبت نسب هذا الولد.

وقد ذكر الفقهاء من حالات نفي النسب، نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب، فلا يثبت نسب الولد إذا صحت واقعة الولادة من الزوجة إذا كان الزوج لا يمكن أن يتصور منه حدوث الحمل، إما لكونه صغيراً أو عقيماً أو مصاباً بمرض جنسي يحول دون الإنسال، ويكون نفي النسب في هذه الحالة قطعياً ولو أقر الزوج به^(٢).

لذا أرى من الضروري إضافة هذا الشرط، وإن كان معروفاً من القواعد العامة في أحكام نفي النسب عند العلماء، ولكن القانون السوري لم يتعرض له صراحة ولا تعريضاً في أحكام النسب، وذلك بإضافة فقرة ثالثة على المادة (١٢٩) تنص على شرط ثالث لثبوت النسب خلال قيام الزوجية على النحو الآتي: م (١٢٩) ف٣- أن يولد لمثل الزوج. وتصبح الفقرة الثالثة الفقرة الرابعة في المادة (١٢٩) على الشكل

الآتي:

(١) انظر بداية المجتهد ١١٦/٢، الهداية ٦٣٤-٦٣٦/٢، فتح القدير ١٧١/٤، المهذب ١٢١/٢، كشاف القناع ٢٥٣/٣، وانظر شرح القانون للسباعي ٢٨٨/١، والأحوال الشخصية ص ٣٨٧-٣٨٨، محمد أبو زهرة، أحكام الأحوال الشخصية ص ١٨٢، عبد الوهاب خلاف.

(٢) انظر شرح القانون للصابوني ١٨٣/٢-١٨٩، وشرح القانون للسباعي ٢٨٩/٢، الأحوال الشخصية ص ٣٩٠، محمد أبو زهرة، وانظر المغني ١٨٣/٥.

ف ٤- إذا توافرت هذه الشروط الثلاثة لا ينفي نسب المولود عن الزوج إلا باللعان.

المبحث الثالث: حق الرضاع

نص القانون السوري على بعض أحكام الرضاع الموجب للتحريم وسكت عن الباقي، وقد ورد في القانون السوري مايلي:

م (٣٥) ف ١- يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما قرر الحنفية استثناءه.

ف ٢- يشترط في الرضاع للتحريم أن يكون في العامين الأولين، وأن يبلغ خمس رضعات متفرقات يكتفي الرضيع في كل منها قل مقداره أو أكثر.

م (١٥٢) معدلة^(١)

ف ١- أجرة رضاع الولد سواء أكان الرضاع طبيعياً أو اصطناعياً على المكلف بنفقته، ويعتبر ذلك في مقابل غذائه.

ف ٢- لا تستحق الأم أجرة الرضاع حال قيام الزوجية، أو في عدة الطلاق الرجعي.

م (١٥٣) المتبرعة أحق بالإرضاع إن طلبت الأم أجرة وكان الأب معسراً على أن يكون الإرضاع في بيت الأم.

نلاحظ على مواد القانون السابقة ما يلي:

١- أخذ القانون برأي الشافعية والحنابلة في مقدار الرضاع المحرم، وأخذ برأي الجمهور في مدته^(٢).

(1) وفق التعديل الجاري بالمادة (٢٢) من القانون (٣٤) تاريخ ٣١/١٢/١٩٧٥م.

(2) انظر بداية المجتهد ٢/٣٥-٣٦، المهذب ٢/١٥٦، المقنع ٣/٢٩٨، منتهى الإرادات ١/٣٦٢.

٢- تجب أجره الرضاع سواء كان الرضاع طبيعياً أو صناعياً، وأجره الرضاع على المكلف بالنفقة على الصغير.

٣- تستحق الزوجه أجره على الرضاع إذا انتهت عدتها من طلاق رجعي، ولا تستحق هذه الأجره في حال قيام الزوجية، أو في عدة الطلاق الرجعي.

وتدل الفقرة الثانية من المادة (١٥٢) على أن الزوجه تستحق أجره الرضاع خلال العده من طلاق بائن، وهذه إحدى روايتين في المذهب الحنفي، والرأي المعتمد في المذهب المالكي^(١). ولكن شراح القانون اختلفوا فيما لو تم الاتفاق في الخلع على إسقاط نفقة العده-ومعلوم أن الفرقه بالخلع بائنه- فهل تسقط أجره الرضاع أم لا تسقط؟! سكت القانون ولم يتعرض لهذه المسألة.

أما القضاء المصري فقد ذهب إلى عدم سقوط أجره الرضاع، مبرراً ذلك بأن العلة التي لأجلها منع الفقهاء الذين قالوا: لا أجره رضاع في عدة الطلاق البائن هي الحيلولة دون الجمع بين نفقتين في وقت واحد، نفقة العده وأجره الرضاع، فإذا أبرأت الزوجه زوجها

(١) انظر التاج والإكليل على مختصر خليل على هامش مواهب الجليل ٣١٣/٤، الهداية ٦٥١/٢، ورد المختار ٩٣/٢، فتح القدير ٣٤٥/٣، وشرح القانون للسباعي ٣١١/١، والأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٤٠٣، وأحكام الأحوال الشخصية: عبد الوهاب خلاف ص ٢٠٥.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن خلافاً وقع بين الحنفية في ترجيح إحدى الروايتين، فقد رجح ابن عابدين رواية وجوب النفقة للمعتدة البائن وصحتها، وهي رواية الحسن بن زياد، وهي التي أخذ بها القانون السوري، وروى محمد بن الحسن أنه لا تجب لها الأجره، وهي ما رجحه الكمال بن همام، وهي ما أخذ به القانون المصري.

من نفقة العدة في الخلع فقد زالت العلة وبقيت أجره الرضاع^(١).
بينما يرى الدكتور الصابوني خلاف ذلك، فيقول: إن مناسبات الاتفاق
على المخالعة بين الزوجين هو بدل الخلع، أي إسقاط النفقة للتخفيف عن
كاهل الزوج، فإذا أوجبنا عليه نفقة الرضاع بدلاً عن نفقة العدة فلا نكون
بذلك حققنا غايته من الإبراء، بل قد تصبح حيلة أوفر مادة للزوجة فيما لو
كانت نفقة الرضاع أكثر من نفقة العدة، منتقداً موقف القضاء المصري
من هذه المسألة^(٢).

وأمام سكوت القانون واختلاف الآراء في هذه المسألة، أرى رجحان
ما ذهب إليه القضاء المصري؛ لأن العلة التي لأجلها منع الفقهاء أجره
الرضاع خلال العدة من طلاق بائن مع وجود نفقة للعدة هي أن اللبنة
الذي ترضعه الأم لطفلها سببه نفقة العدة، فإذا تم الخلع على إسقاط النفقة،
تسقط النفقة، ولا تسقط أجره الرضاع، ويجوز لها أن تطالب بها.

٤- ثم إن القانون السوري قدم المتبرعة بالرضاع على الأم إن طلبت
الأم أجراً، بشرط أن يكون الأب معسراً، مخالفاً بذلك الفقهاء الذين لم
يشترطوا هذا الشرط. كما اشترط القانون السوري أن يكون الإرضاع في
بيت الأم في حال وجود المتبرعة حرصاً على حضانة الأم للطفل، وفي
هذا حفظ للصغير ومصلحة أكيدة له.

وذكر الفقهاء أنه لو طلبت أجنبية أجراً على إرضاع الطفل أقل من
أجر المثل الذي تأخذه الأم، قدمت الأجنبية على الأم.

(١) انظر الأحوال الشخصية للأستاذ محمد الحسيني ص ١٥٥، والأحوال الشخصية

للشيخ أحمد إبراهيم ص ٣٧٣، وشرح القانون للصابوني ٢/٢١١.

(٢) شرح القانون للصابوني ٢/٢١١-٢١٢.

وقد سكت القانون عن هذه الحالة، فيرجع للمذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥) أحوال، وما ذكرناه هو ما نص عليه الحنفية^(١)، وهو ما نصت عليه المادة (٣٧٠) من أحكام قَدري باشا.

٥- وقد سكت القانون السوري عن بقية أحكام الرضاع فيطبق فيها الراجع من المذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥) أحوال.

ومما سكت عنه صيرورة زوج المرضع أباً للرضيع، وهو أمر قرره جمهور الفقهاء، ونصت عليه المادة (٣٧٦) من أحكام قَدري باشا، لأن اللبن للفحل، فيصبح زوج المرضع أباً للرضيع، وأولاد المرضعة منه إخوة له، وأولاد زوج المرضعة من غيرها إخوة للرضيع أيضاً^(٢).

المبحث الرابع: حق الحضانة

نظم القانون السوري أحكام الحضانة في المواد من (١٣٧) إلى (١٥١)، والحضانة حق للطفل المحضون وحق للحاضن، وقد ورد ترتيب الأحق في الحضانة في القانون السوري في المادة (١٣٩) والمادة (١٤٠).

وقد نصت المادة (١٣٩) ف١- حق الحضانة للأم فلأمها وإن علت، فلأم الأب وإن علت، فلأخت الشقيقة، فلأخت لأم، فلأخت لأب، فلبننت الشقيقة، فبننت الأخت لأم، فبننت الأخت لأب، فلخاللات، فلعمات، بهذا الترتيب، ثم للعصابات من الذكور على ترتيب الإرث. ونصت المادة (١٤٠): إذا تعدد أصحاب حق الحضانة فللقاضي حق اختيار الأصلح.

(١) انظر شرح القانون للصابوني ٢/٢١٣.

(٢) انظر بداية المجتهد ٢/٣٨، القوانين الفقهية ص ٢١٧، الهداية ٢/٥٢٥، المهذب

١٥٦/٢، وانظر شرح القانون للصابوني ٢/٢١٣.

أولاً: سكت القانون السوري في ترتيب الأحق بالحضانة عن حضانة ذوي الأرحام بعد العصابات. وقد اختلف شرح القانون في تفسير المادة (١٣٩) ف١- في ترتيب الحاضنات.

فذهب الدكتور مصطفى السباعي^(١) إلى أن القانون لم يأخذ بالرأي الذي يجعل ذوي الأرحام أحق بالحضانة بعد العصابات، وينتقل حق الحضانة عندئذ إلى القاضي بعد العصابات، حيث يختار من يراه أهلاً للحضانة بما يضمن مصلحة الطفل المحضون.

كما ذهب الدكتور عبد الرحمن الصابوني^(٢) إلى نفس الرأي بعدم انتقال حق الحضانة إلى ذوي الأرحام بعد فقد العصابات.

وأشار إلى أن النص القانوني اعتمد على أحد رأيين للفقهاء في هذه المسألة، ولذلك لا يمكن تطبيق المادة (٣٠٥) أحوال هنا، بل يفسر النص على ما هو عليه ما دام جاء موافقاً لرأي أحد الفقهاء، فينتقل حق الحضانة قانوناً بعد العصابات إلى القاضي.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن للفقهاء رأيين في هذه المسألة، ففي حضانة ذوي الأرحام روايتان في كل من المذهب الشافعي والحنبلي، والمعتمد في المذهب الحنفي انتقال الحضانة بعد العصابات إلى ذوي الأرحام^(٣).

بينما ذهب الأستاذ مصطفى الزرقا - وهو عضو في اللجنة التي وضعت القانون بشكله النهائي - إلى تطبيق رأي الحنفية في هذه المسألة بمقتضى المادة (٣٠٥) أحوال في المسكوت عنه^(٤).

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي ٣٠٥/٢.

(٢) شرح القانون للصابوني ٢٢٣/٢ والتي تليها.

(٣) انظر البدائع ٤٢/٤، المهذب ١٧٠/٢، المغني ٣٠٨/٩، كشاف القناع ٣٢٧/٣، الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٤٠٩.

(٤) انظر شرح القانون للسباعي ص ٣٠٥، وقد نقل رأيه بعد سؤاله شفهاً عن هذه المسألة، وأثبتته في كتابه المذكور.

ولاشك في أن إعطاء حق الحضانة لذوي الأرحام أولى وأنفع للمحضون من ترك الأمر للقاضي ليضعه عند امرأة أجنبية موثوقة.

وقد نصت المادة (٣٨٦) من أحكام الأحوال الشخصية لقدري باشا على انتقال الحضانة بعد العصابات لذوي الأرحام.

ولكن وإن كان الخلاف في هذه المسألة يسيراً إذا عرفنا أن هذه المسألة من نواذر المسائل، إذ يندر وجود طفل لا يوجد حاضنة له من النساء ولا واحد من أقربائه من العصابات. فإني أميل حسماً للخلاف إلى تعديل المادة (١٣٩) ف١- بالنص صراحة فيها على دخول ذوي الأرحام، وهو رأي جمهور الفقهاء كما رأينا، كما أنه الأنفع للطفل المحضون.

فتصبح المادة بعد التعديل كما يلي: م (١٢٩) ف١- ((حق الحضانة للأُم وإن علت...، ثم للعصابات من الذكور على ترتيب الإرث، ثم لذوي الأرحام المحارم)).

وقدينا ذوي الأرحام بالمحارم منهم؛ لأن مناط ولاية الحضانة لذوي الأرحام هي المحرمية، وعلى هذا لا يجوز أن يكون ابن الخال أو ابن الخالة حاضناً، لأن كلاً منهما ليس بمحرم^(١).

ثانياً: إن القانون في المادة (١٢٩) ف١- عندما جعل الحضانة للعصابات عند فقد من لهن الحق بالحضانة من النساء سكت القانون عن تقييد حضانة العصابات بالمحرمية، وهو قيد لا بد منه ولا خلاف فيه، فالقانون أعطى ابن العم الحق بحضانة بنت عمه مع أنه لا حق له في الحضانة، كما في ذلك تعريض المحضونة للفتنة عند الحاضن العصبية في أواخر مدة حضانتها ما لا يخفى على أحد^(٢). وهذا

(١) انظر الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٤٠٦ و٤٠٩.

(٢) انظر الهداية ٢/٦٤٠، وشرح القانون للسباعي ٣٠٤/٢، والأحوال الشخصية:

الموقف يُعدُّ نقصاً في القانون لا ميرر له، ومن حمل حضانة ابن العم في القانون على بنت عمه عندما تكون صغيرة جداً لا دليل له على ذلك^(١).

وقد وقع القانون في تناقض عجيب إذا علمنا أن القانون منع ابن العم من حق الولاية في الزواج في المادة (٢١) منه، مع أنه لا ضرر في إعطائه حق الولاية هذا، ثم بعد ذلك أعطى ابن العم الحق في حضانة بنت عمه في المادة (١٢٩).

ولكل ما سبق أرى وجوب تقييد حضانة العصابات بالمحارم في المادة (١٢٩) ف١- لتصبح بعد التعديل: م (١٢٩) ف١- ((... ثم للعصابات المحارم من الذكور على ترتيب الإرث، ثم لذوي الأرحام المحارم)).

شروط أهلية الحضانة

نصت المادة (١٣٧): يشترط لأهلية الحضانة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً.
والمادة (١٣٨): زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها.

ذكر الفقهاء للحضانة الشروط الآتية^(٢):

محمد أبو زهرة ص ٤٠٩.

(١) انظر شرح القانون للصابوني ٢/٢٢٣، يقول د. الصابوني: ((على أنه يمكن حمل النص القانوني على حالة واحدة وهي صحة حضانة ابن العم إذا كانت بنت عمه المحضونة صغيرة جداً)).

(٢) انظر مواهب الجليل ٤/٢١٥، رد المحتار ٢/٦٧١، البدائع ٤/٤٢، المهذب ٢/١٧٠-١٧١، الأم ٥/٨٤، كشاف القناع ٣/٣٢٧، شرح القانون للسباعي ٢/٢٩٥ وما بعدها، وشرح القانون للصابوني ٢/٢٢٥ وما بعدها، ونظام الأسرة في ضوء الإسلام ص ١٤٤ وما بعدها للصابوني.

١- البلوغ والعقل: فلا حضانة للصبي المميز ولا للمجنون؛ لأنهما بحاجة لمن يرعى شؤونهما.

٢- القدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً، فلا حضانة للعاجز عن ذلك لشغل أو مرض.

٣- الأمانة: فلا يُعطى الصغير لمن كان غير أمين على أخلاقه وتربيته .

ويضاف في المرأة الحاضنة بالإضافة لما سبق من شروط ما يلي:

١- أن لا تقيم في بيت فيه من يبغض الصغير، كزوج الأم الأجنبي عنه.

٢- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير، فلا حضانة لبنت العم أو لبنت العمّة، وكذلك لبنت الخال أو الخالة، ولهن الحق في حضانة الأنتى.

٣- أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقریب غير محرم منه، لأن مصلحته في هذه الحالة غير مضمونة، ودل على هذا الشرط قوله p: ((أنت أحق به ما لم تنكحي))^(١). وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٨).

٤- كما يشترط ألا تمتنع عن حضانته مجاناً والأب معسر وإلا سقطت حضانتها^(٢).

ثالثاً: نلاحظ من المادتين (١٣٧) و (١٣٨)، أن القانون ذكر بعض شروط الحضانة وسكت عن الباقي. فالقانون ذكر من شروط الحضانة، البلوغ والعقل، وذكر القدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً، وعدم زواج

(1) أخرجه أبو داوود في الطلاق، باب من أحق بالولد رقم (٢٢٧٦)، وأحمد في

المسند ٢٥٤/٧ برقم (٦٧٠٧)، والحاكم في المستدرک ٢/٢٠٧.

(2) انظر أيضاً تفصيل شروط الحاضنة، الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص

٤٠٧.

الحاضنة من أجنبي أو بغير قريب محرم. وسكت القانون عن بقية الشروط التي نص عليها الفقهاء كالأمانة و الإقامة في بيت ليس فيه من يبغض الصغير.

وسكوت القانون عن بقية الشروط ليس معناه عدم الأخذ بهذه الشروط، بل يجب العمل بها بمقتضى المادة (٣٠٥) أحوال أخذاً من المذهب الحنفي.

وقد ذكر قدرى باشا شروط الحضانة كاملة في المادة (٣٨٢)، وإن كنت أرى أن شرط الأمانة يدخل ضمن شرط القدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً.

وأما شرط إقامة الحاضنة في بيت ليس فيه من يبغض الصغير، فسكوت القانون عنه يشكل نقصاً فيه لا مبرر له، ولذلك أرى ضرورة إضافة فقرة على المادة (١٣٨) تنص على هذا الشرط كما يلي:

م (١٣٨) ف٢ مقترحة - ألا تقيم الحاضنة مع من يبغض الصغير.

رابعاً: سكت القانون أيضاً عن حق الحاضنة في إيجاد مسكن لها وللمحضون إذا لم يكن لها مسكن، وكذلك على نفقة الخادم إذا كان المحضون في حاجة إليه^(١)، وبالرجوع للمذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥) أحوال يُعطي القاضي الحاضنة هذا الحق عند طلبها.

أجرة الحضانة

نصت المادة (١٤٢) معدلة^(٢) على ما يلي: أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير وتقدر بحسب حال المكلف بها.

ونصت المادة (١٤٣): لا تستحق الأم أجرة للحضانة في حال قيام الزوجية أو عدة الطلاق.

(١) انظر شرح القانون للسباعي ٣٠٥/١.

(٢) وفق التعديل الجاري بالمادة (١٨) من القانون (٣٤) تاريخ ١٩٧٥م.

ونصت المادة (١٤٤): إذا كان المكلف بأجرة الحضانة معسراً عاجزاً عنها وتبرع بحضانة الصغير أحد محارمه، خيرت الحاضنة بين إمساكه بلا أجرة وتسليمه لمن تبرع.

- نلاحظ أن القانون السوري جعل أجرة الحضانة على المكلف بالنفقة على الصغير، والأصل فيها أنها تجب في مال الصغير إن كان له مال، وإن لم يكن له مال فتجب في مال المكلف بالإنتفاق عليه شرعاً. فالأب مكلف بأجرة الحضانة فضلاً عن أجرة الرضاع إن امتنعت الأم عن ذلك تبرعاً، كما يجب على الأب نفقة الكسوة وأجرة السكن إن لم يكن للحاضنة سكن، وأجرة خادم إن كان الأب موسراً^(١). فإن لم يكن للطفل المحضون أب فتجب نفقة ذلك الطفل على من يجب عليه نفقته شرعاً.

- خامساً: ذهب القانون في المادة (١٤٣) إلى أن الأم لا تستحق أجرة حضانة في حال قيام الزوجية كالرضاع، كما لا تستحق أجرة حضانة في عدة الطلاق. وقد جاء النص مطلقاً في القانون، فيشمل عدة الطلاق الرجعي والبائن. وهنا نلاحظ أن القانون فرق بين استحقاق أجرة الحضانة في عدة الطلاق البائن وأجرة الرضاع، حيث نص في الفقرة الثانية من المادة (١٥٢) على عدم استحقاق أجرة الرضاع في عدة الطلاق الرجعي، بينما سكت عن أجرة الرضاع في عدة الطلاق البائن، والذي يدل على استحقاق أجرة الرضاع فيه، بينما لا تستحق أجرة الحضانة فيه كما سبق الإشارة إليه.

- وإذا رجعنا إلى مصدر القانون في هاتين المسألتين، وهو المذهب الحنفي لوجدنا أن الحنفية لم يفرقوا بين حكم المسألتين، ولذا لا نجد مبرراً للفرقة بينهما، وكان ينبغي عدم التفرقة بينهما في القانون.

(1) انظر رد المحتار ٥٦١/٣، والأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة ص ٤١٠، وشرح القانون للسباعي ٢/٢٩٩ والتي بعدها.

ولذلك نرى وجوب تعديل المادة (١٤٣) بشكل ينسجم مع المادة (١٥٢) ويتفق مع مصدر هاتين المادتين، وهو المذهب الحنفي، والتعديل المقترح للمادة (١٤٣) كما يلي:

م (١٤٣) المقترح: لا تستحق الأم أجره للحضانة في حال الزوجية، أو في عدة الطلاق الرجعي، وتستحق في البائن.

وبذلك تتفق المادتان (١٥٢) و (١٤٣) في حكم استحقاق أجره الرضاع والحضانة في عدة الطلاق البائن، والذي يتفق مع مصدر هاتين المادتين وهو المذهب الحنفي.

وقد جاء في المادة (٣٨٩) من أحكام قدري باشا ما يلي: ((إذا كانت أم الطفل هي الحاضنة له، وكانت منكوحة أو معتدة لطلاق رجعي، فلا أجر لها على الحضانة، وإن كانت مطلقة بائناً أو متروجة بمحرم للصغير أو معتدة له فلها الأجره وإن أجبرت عليه، وإن لم يكن للحاضنة مسكن تمسك فيه الصغير الفقير فعلى أبيه سكتاهما جميعاً)).

سادساً: كما نلاحظ أن القانون سكت عن إبراء الزوجه لزوجها من أجره الحضانة كبديل في الخلع، مع أن القانون نص صراحة على عدم جواز الاتفاق على إسقاط حق الحضانة عن الأم وانتقاله للأب كبديل في المخالعة في المادة (١٠٣).

والذي أراه جواز المخالعة على إسقاط أجره الحضانة لعموم المادة (٩٨) والتي تنص على ما يلي: ((إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أدائه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية)).

وما دامت الحضانة يجوز أخذ الأجره عليها فيجوز أن تكون بدلاً في الخلع، ولا تقاس على عدم جواز إسقاط حق الحضانة في الخلع لأنه ليس بمال، والملاحظ فيه حق الطفل ومصالحته.

ولكن يشترط تحديد المدة المخصصة في إسقاط أجره الحضانة في الخلع، كأجرة سنة أو سنتين أو أكثر مثلاً. فإذا تزوجت الأم الحاضنة أو سقطت أهليتها، جاز للزوج حق الرجوع على الأم بأجرة الحضانة عن المدة المتبقية لأنها تعد جزءاً من بدل الخلع المتفق عليه بين الزوجين أثناء المخالعة^(١).

مدة الحضانة

تبدأ حضانة الطفل منذ ولادته، وتنتهي في السن الذي يستغني فيه عن خدمة الحاضنة ويستطيع فيه خدمة نفسه. ويمر الطفل بالنسبة للحضانة بمرحلتين حتى يبلغ مبلغ الكبار التي يستغني فيها عن حق الحضانة. المرحلة الأولى: هي الفترة التي يحتاج فيها الطفل إلى رعاية خاصة لا تتقنها إلا النساء.

المرحلة الثانية: وهي الفترة التي يحتاج فيها الطفل إلى التعليم والتأديب والمتابعة.

وقد اتفق العلماء على أن الأحق بحضانة الطفل في المرحلة الأولى هي الأم لقوله تعالى: [وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ] البقرة/ ٢٣٣. ودل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: ((أنت أحق به مالم تنكحي))^(٢).

كما اتفق العلماء على أن الأحق في حضانة الطفل في الفترة الثانية في حياته للأب، ثم اختلفوا بعد ذلك في السن الذي تنتهي بها حضانة الأم، وهل يخير الطفل بعد ذلك بين الأم والأب أم ينتقل إلى حضانة الأب أو الحاضن من أقاربه دون تخيير؟.

(1) انظر شرح القانون للصابوني ٢/٢٤٦.

(2) سبق تخريجه ص ٨٦.

والأصل عند الفقهاء نظر القاضي في مصلحة الصغير والصغيرة بعد انتهاء المرحلة الأولى، ولكن الفقهاء حددوا سناً معيناً تنتهي معها حضانة النساء، وتنتقل إلى الرجال حتى لا يقع النزاع في انتهاء أمد الحضانة قضاءً.

١- فذهب المالكية إلى بقاء الذكر لدى الحاضنة إلى سن البلوغ، وبقاء الأنثى إلى الزواج والدخول^(١).

٢- وذهب الحنفية إلى انتهاء حضانة الذكر عند سبع سنين والجارية في تسع سنين، وفي رواية أخرى في الذكر تسع سنين وإحدى عشرة سنة في الجارية، وبعد بلوغ الطفل والجارية السن الذي تنتهي به الحضانة، ينتقل إلى الأب أو من يليه من العصبات المحارم، فإذا بلغ الطفل سن البلوغ خير بين أبيه^(٢).

ويشترط في الحاضن أن يكون من العصبات المحارم، فإن لم يوجد أحد من المحارم انتقل حق الحضانة إلى ذوي الأرحام المحارم ثم بعد ذلك إلى القاضي.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن بعض الحنفية فرق في سن الحضانة بين الأم والجدة وغيرهما، فإن كانت الحاضنة الأم أو الجدة بقيت البنت لدى الحاضنة حتى تبلغ مبلغ النساء، وأما إذا كانت لدى غيرهما بقيت بالحضانة حتى سن التاسعة، وقيل إحدى عشرة سنة^(٣).

(1) انظر القوانين الفقهية ص ٢٣٦، وحاشية الدسوقي ٤٨٦/٢، ومواهب الجليل ٢١٤/٤.

(2) انظر رد المحتار ٥٦٧/٢.

(3) انظر الهداية ٦٤٠/٢-٦٤١.

٣- وذهب الشافعية إلى أن فترة الحضانة تنتهي بالنسبة للذكر والأنثى للأُم في سن التمييز، وهي سبع سنين للذكر وتسع سنين للأنثى، ثم بعد ذلك يُخير كل منهما بين الأم والأب^(١).

٤- وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية في تحديد سن الحضانة وثبوت التخيير بعد السابعة للذكر وتسع سنين للأنثى على الرواية الراجحة عندهم^(٢).

موقف القانون

نصت المادة (١٤٦): ((تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام التاسعة من عمره والبنات الحادية عشرة))^(٣).

ونصت المادة (١٤٧) (٤) ف١- إذا كان الولي غير الأب فللقاضي وضع الولد ذكراً أو أنثى عند الأصح من الأم أو الولي أو من يقوم مقامهما حتى تتزوج البنت أو تبلغ أو يبلغ الصبي سن الرشد.

ف٢- وفي حال ضم الولد إلى الأم أو من تقوم مقامها تلزم بالنفقة ما دامت قادرة على ذلك.

ف٣- إذا ثبت أن الولي ولو أباً غير مأمون على الصغير أو الصغيرة يسلمان إلى من يليه في الولاية، وذلك دون إخلال بحكم الفقرة الأولى من هذه المادة)).

كان العمل في القانون السوري في المادة (١٤٦) في مدة الحضانة قبل تعديله إكمال الغلام السابعة والبنات التاسعة، وجعل للقاضي الحق بأن يمدد الحضانة إلى التسع في الغلام وإحدى عشرة في الجارية (المادة ١٤٧). ثم بعد تعديله عام ١٩٧٥، أصبح حق الحضانة في المادة (١٤٦) بلوغ

(1) انظر المهذب ١٧٢/٢، نهاية المحتاج ٢٧٤/٦.

(2) انظر زاد المعاد ١٣٥/٤.

(3) وفق التعديل الجاري بالمادة (١٩) من القانون ٣٤/تاريخ ١٢/٣١/١٩٧٥م.

(4) وفق التعديل الجاري بالمادة (١٩) من القانون (٣٤) تاريخ ١٢/٣١/١٩٧٥م.

الغلام التاسعة والبنيت إحدى عشرة. وحصر انتقال حق الحضانة للأب بعد انتهاء حضانة الأم أو من ينوب عنها من الحاضنات، فإذا لم يوجد الأب أو سقطت حضانتها، فالقانون جعل الأمر راجعاً إلى سلطة القاضي يضعه عند الأصلح من الأم أو الولي أو من يقوم مقامهما حتى تتزوج البنيت أو تبلغ أو يبلغ الصبي سن الرشد. وبذلك يقترب القانون من المذهب المالكي بعد أن أخذ برأي الحنفية. ثم صدر عام ٢٠٠٣ تعديل آخر لمدة الحضانة حدد فيه القانون السوري حضانة الأم للذكر إلى سن الثالثة عشرة، والبنيت إلى سن الخامسة عشرة من عمرها^(١).

وبذلك نحى القانون السوري منحى أغلب التشريعات العربية في مدّة سن الحضانة تقليلاً للدعاوى في المحاكم، وأصبح قريباً من المذهب المالكي .

سابعاً: وبعد هذا البيان المستفيض في بيان مدة الحضانة عند الفقهاء والقانون، فإن القانون السوري قد سكت عن حكم الصغير الذي يبلغ وهو مجنون أو معتوه، وكذلك البنيت إن بلغت وهي مجنونة أو معتوهة. وقد اختلف الشراح للقانون هل تبقى في يد الأم أم تنتقل حضانتها إلى الأب، فرجح استمرار الحضانة للأم الدكتور عبد الرحمن الصابوني^(٢). وقاس ذلك على استمرار الولاية للأب إذا بلغ الصغير سن الرشد وهو معتوه أو مجنون. واستدل أيضاً ببقاء حاجة المجنون لخدمة الأم، بينما رجح الدكتور

(1) قانون رقم ١٨، تاريخ ١٩/١٠/٢٠٠٣ م، منشور في الجريدة الرسمية العدد ٤٥

، الجزء الأول، سنة ٢٠٠٣، ص ٢٤٧٢

(2) انظر شرح القانون للصابوني ٢٥٥/٢.

السباعي^(١) انتقال الحضانة للأب عملاً بما رجحه ابن عابدين في
الحاشية^(٢).

وأرى ترجيح انتقال الحضانة للأب، وهو ما رجحه ابن عابدين، وهو
محقق في المذهب الحنفي. وعملاً بالمادة (٣٠٥) أحوال وقد اختلف فقهاء
المذهب الحنفي اختلافاً كبيراً في هذه المسألة، حيث رجح بقاءه عند الأم
صاحب فتح القدير، والجوهرة^(٣) ورجح انتقاله للأب صاحب البحر الرائق،
وابن عابدين، وقال ابن عابدين: وهو الموافق للقواعد^(٤).

(١) انظر شرح القانون للسباعي ٣٠٣/٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ٦٤١/٢.

(٣) عبارة فتح القدير: ((والمعتوه لا يخير ويكون عند الأم)) ٢١٨/٢، وانظر

الجوهرة ٩١/٢.

(٤) حاشية ابن عابدين ٦٤١/٢.

خاتمة في أهم النتائج والتوصيات:

أولاً: أهم النتائج

- ١- يشكل المسكوت عنه في القانون في بعض المسائل نقصاً كبيراً يجب تداركه وتقنينه لسد ذلك النقص بما يتفق مع المرجع التاريخي للقانون في تلك المسائل، وبما يتفق مع قواعد الشريعة والأعراف السائدة اليوم.
- ٢- لا يحتاج كل ما سكت عنه القانون إلى تقنين.
- ٣- لا يجوز الرجوع في كل ما سكت عنه القانون إلى الراجح من المذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥) أحوال، بل يستثنى من ذلك كل المسائل التي أخذ فيها من غير المذهب الحنفي، ويجب الرجوع فيها إلى المذهب الذي أخذ عنه القانون، لأنه المصدر التاريخي للقانون.
- ٤- معرفة المسكوت عنه في القانون، وما يجب العمل به في المسكوت عنه ضروري للقاضي كي يستطيع تطبيق القانون.
- ٥- معرفة المسكوت عنه، وما يجب العمل به في المسكوت عنه ضروري لفهم قانون الأحوال الشخصية فهماً صحيحاً ودقيقاً.

ثانياً: أهم التوصيات:

- ١- تشكيل لجنة من العلماء والخبراء وأصحاب الاختصاص بالأحوال الشخصية يتولون تعديل قانون الأحوال الشخصية بعد مرور أكثر من نصف قرن على وضعه، وتغيير كثير من الأعراف والمصالح التي لها أثر على الأسرة والأحكام التي تقوم عليها.
- ٢- تقنين المسائل في المسكوت عنه في قانون الأحوال الشخصية السوري، التي أشار إليها الباحث في مضمون وثنايا البحث.

- ٣- إتمام البحث فيما سكت عنه القانون ويحتاج إلى تقنين في بقية أحكام الأحوال الشخصية في القانون السوري مما يتعلق بأحكام المواريث والأهلية والوصية والوصايا.
- ٤- افتتاح قسم مستقل للأحوال الشخصية في كليتي الشريعة والحقوق.

فهرس المراجع

- ١- القرآن الكريم
- كتب التفسير
- ٢- الجامع لأحكام القرآن: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (ت ٦٣١هـ)، دار الشعب - القاهرة. د. ط ، د. ت
- كتب السنة
- ٣- الجامع الصحيح: الإمام البخاري - دار العلوم الإسلامية.
- ٤- الجامع الصحيح: الإمام مسلم - دار العلوم الإسلامية.
- ٥- سنن الترمذي: الترمذي - ط: عزت عبيد الدعاس.
- ٦- السنن الكبرى: البيهقي - دار المعرفة.
- ٧- السنن: ابن ماجه - دار إحياء التراث العربي.
- ٨- السنن: أبو داوود - دار الفكر.
- ٩- السنن: الدارقطني - عالم الكتب.
- ١٠- السنن: النسائي - دار الحديث.
- ١١- المستدرک: الحاكم - مكتبة المطبوعات الإسلامية
- ١٢- المسند: الإمام أحمد - دار الحديث.
- ١٣- الموطأ: الإمام مالك - دار الحديث.
- المذهب المالكي
- ١٤- بداية المجتهد: ابن رشد - دار المعرفة-بيروت، ط٧، ١٩٨٥.
- ١٥- حاشية الدسوقي: علي خليل، د. ت.
- ١٦- حاشية الصاوي على الشرح الصغير: أحمد بن محمد الصاوي، دار المعارف- مصر
- ١٧- الخرشي على مختصر خليل: عالم الفكر-القاهرة ١٣١٧هـ .

- ١٨- القوانين الفقهية: محمد بن أحمد بن جزيء، تحقيق: محمد سعد،
ومصطفى الهواري، ط١.
- ١٩- مواهب الجليل: الحطاب - مطبعة السعادة في القاهرة ١٣٢٩هـ

المذهب الحنفي

- ٢٠- البحر الرائق: لابن نجيم - المطبعة العلمية-القاهرة.
- ٢١- البدائع: الكاساني - ط١ القاهرة ١٣٢٧هـ .
- ٢٢- تبيين الحقائق: الزيلعي - المطبعة الأميرية-القاهرة ١٣١٣هـ .
- ٢٣- الجوهرة شرح متن القدوري: القدوري - طبع الأستانة
١٣٠١هـ .
- ٢٤- رد المحتار: لابن عابدين - المطبعة الأميرية الثانية.
- ٢٥- الفتاوى الأنقروية على مذهب الإمام أبي حنيفة: محمد بن
الحسين الأنقروي، مطبعة بولاق-القاهرة ١٢٨١هـ .
- ٢٦- مختصر الطحاوي: مطبعة دار الكتاب العربي-القاهرة ١٩٥١م.
- ٢٧- الهداية شرح بداية المبتدي: المرغيناني ، تحقيق: محمد محمد
تامر و حافظ عاشور حافظ ، دار السلام ، ط١ ١٤٢٠هـ
٢٠٠٠م .

المذهب الشافعي

- ٢٨- الأم: الشافعي - المطبعة الأميرية ١٣٢١هـ .
- ٢٩- حاشية البجيرمي: سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي - المكتبة
الإسلامية- ديار بكر- تركيا.
- ٣٠- حاشية الجمل: سليمان الجمل - دار الفكر-بيروت.
- ٣١- مغني المحتاج: الخطيب الشربيني - مطبعة عيسى البابي
١٩٣٣م.

- ٣٢- المذهب: الشيرازي - مطبعة البابي وأولاده بمصر ١٣٤٣هـ .
المذهب الحنبلي
- ٣٣- الإنصاف: المرادوي - تحقيق: محمد حامد الفقهي، ط١، القاهرة
١٩٥٧م.
- ٣٤- الروض المربع: البهوتي - مكتبة الرياض الحديثة-الرياض
١٣٩٠هـ .
- ٣٥- زاد المعاد: ابن القيم الجوزية - ط١، محمد عبد اللطيف-القاهرة.
- ٣٦- كشف القناع: البهوتي - دار الفكر.
- ٣٧- المغني: لابن قدامة - مطبعة المنار ١٣٤٨هـ .
- ٣٨- منتهى الإرادات: تقي الدين محمد بن محمد بن أحمد الحنبلي -
دار العروبة-القاهرة ١٩٢٨م.
الفقه الظاهري
- ٣٩- المحلى: ابن حزم - المطبعة المنيرية-القاهرة ١٣٥٢هـ .
أصول الفقه
- ٤٠- أصول السرخسي: دار المعرفة-بيروت.
- ٤١- التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج - دار الفكر-بيروت ١٤١٧هـ .
- المعاجم
- ٤٢- مختار الصحاح: الرازي - دار العلوم الإنسانية
كتب الأحوال الشخصية
- ٤٣- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: عبد الوهاب
خلاف، دار القلم-الكويت، ط٢، ١٩٩٠م.
- ٤٤- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي
حنيفة النعمان: قدرى باشا، منشورات فرع نقابة المحامين

في دمشق ١٩٩٧م.

- ٤٥- الأحوال الشخصية: أحمد إبراهيم، القاهرة ١٣٤٩هـ .
- ٤٦- الأحوال الشخصية: الأستاذ محمد الحسيني، د.ت.
- ٤٧- الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي-القاهرة، ط٣.
- ٤٨- شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود: المحامي محمد فهد شقفة، الجزء الأول، الزواج وآثاره، مكتبة كلية الشريعة بجامعة دمشق.
- ٤٩- شرح قانون الأحوال الشخصية "الزواج وتحلله": د. مصطفى السباعي، مطبعة جامعة دمشق، ط٧، ١٩٦٦م.
- ٥٠- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق: د. محمد الحسن البغا، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٧م.
- ٥١- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: د. عبد الرحمن الصابوني، المطبعة الجديدة-دمشق، ١٩٨٥م.
- ٥٢- قانون الأحوال الشخصية: الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٥٩) تاريخ ١٩٥٣/٩/٧م، وتعديلاته مع المذكرة الإيضاحية، منشورات فرع نقابة المحامين في دمشق ١٩٩٧م.
- ٥٣- قانون حقوق العائلة العثمانية.
- ٥٤- محاضرات عن نظام الأحوال الشخصية في السودان: د. الصديق الضرير، معهد الدراسات العربية-القاهرة ١٩٦٨م.
- ٥٥- المرأة بين الفقه والقانون: د. مصطفى السباعي، المكتب الإسلامي، ط٥.
- ٥٦- مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد: لجنة خاصة - ط دار القلم.
- ٥٧- مصادر الالتزام: د. أيمن أبو العيال، منشورات جامعة دمشق ،

٢٠٠٥ م .

- ٥٨- موسوعة الأحوال الشخصية لجميع المذاهب والأديان في سوريا والأردن ولبنان مع قرارات النقض: نبيل الظواهره الصايغ، ط٢، ١٩٨٤م.
- ٥٩- نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام: د. عبد الرحمن الصابوني، دار الفكر.
- ٦٠- الوسيط: د. عبد الرزاق السنهوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال حزي وشركاه، ٢٠٠٤م.
- المجلات القانونية
- ٦١- مجلة الشريعة والقانون: جامعة الإمارات العربية، كلية الشريعة والقانون، السنة ٢٠، العدد ٢٥، ٢٠٠٦م، ملحق العدد- قانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة.
- ٦٢- مجلة القانون: (سوريا) ع ١٠، ع ٧.
- ٦٣- مجلة المحاماة الشرعية: (مصر) ع ١، س ٢.
- ٦٤- مجلة المحاماة: (مصر) س ١١، س ١٢.
- ٦٥- مجلة نقابة المحامين: (سوريا) ١٩٦٤م.
- ٦٦- مجموعة القواعد القانونية: التي قررتها محكمة النقض السورية في الأحوال الشخصية.

فهرس الموضوعات

مقدمة

١

الباب الأول: ما سكت عنه القانون في الزواج وآثاره

الفصل الأول: ما سكت عنه القانون في تعريف الزواج وأحكام خطبة النكاح	
١٠	المبحث الأول: في تعريف الزواج
١١	المبحث الثاني: في خطبة النكاح
١٧	المبحث الثالث: حكم التعويض في حال العدول عن الخطبة
الفصل الثاني: ما سكت عنه القانون في عقد الزواج	
٢٤	المبحث الأول: في شروط الانعقاد في عقد الزواج
٢٥	المبحث الثاني: في شروط صحة عقد الزواج
٣٠	المبحث الثالث: في المحرمات من النساء
٤١	المبحث الرابع: في شروط نفاذ عقد الزواج
٣٤	المبحث الخامس: أنواع عقد الزواج
الفصل الثالث: ما سكت عنه القانون في آثار الزواج	
٥٨	المبحث الأول: في أحكام المهر
٦٥	المبحث الثاني: في أحكام النفقة الزوجية
٧١	المبحث الثالث: في الشروط المقترنة بعقد الزواج
٧٥	المبحث الرابع: فوات خيار الوصف

الباب الثاني: ما سكت عنه القانون في الطلاق وآثاره

الفصل الأول: ما سكت عنه القانون في الطلاق	
٧٩	المبحث الأول: في أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة
٨٦	المبحث الثاني: في أحكام الخلع
٨٩	المبحث الثالث: في التفريق القضائي
١٠١	المبحث الرابع: في الطلاق بحكم الشرع والقانون
الفصل الثاني: ما سكت عنه القانون في آثار الطلاق	
١٠٥	المبحث الأول: في أحكام العدة
١٠٧	المبحث الثاني: في حق النسب
١٠٩	المبحث الثالث: في حق الرضاع
١١٢	المبحث الرابع: في حق الحضانة
١٢٥	الخاتمة
١٢٧	فهرس المراجع
١٣٢	فهرس الموضوعات