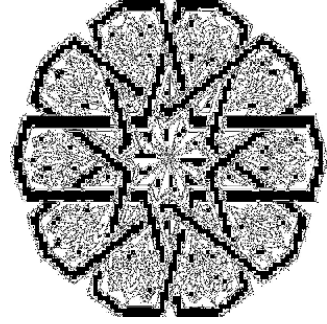


حقوق المرأة في القسم الأول من قانون أحكام الأسرة البحريني - دراسة



تحليلية

إعداد
د. أحمد يعقوب العطاوي

أستاذ مساعد بجامعة البحرين
١٤٣٨هـ / ٢٠١٦م

ملخص الدراسة

العنوان: حقوق المرأة في القسم الأول من قانون أحكام الأسرة البحريني دراسة
تحليلية

هذه هي أول دراسة تصدر بعد مضي ٧ سنوات على صدور القسم الأول من قانون أحكام الأسرة البحريني بالمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩م، والذي بدأ العمل به في الدوائر السنية بالمحاكم الشرعية منذ بداية شهر يوليه ٢٠٠٩م أقدمها بين يدي القارئ الكريم مفصلاً حقوق المرأة من خلال مواد القانون الـ ١٤٥، ومبيناً أهم المميزات التي اختص بها القانون في إقراره وتأكيد حقوق المرأة في العلاقة الزوجية، ابتداءً من الخطبة وانتهاءً بآثار الفرقة أو الموت. وهذه الدراسة موجهة إلى فئات المجتمع المختلفة، وليست دراسة فقهية متخصصة، لذا

سأقتصر على ذكر الرأي الفقهي الذي أخذ به القانون في المادة المعنية دون الخوض في ذكر تفاصيل بقية الآراء الفقهية إلاّ بحسب ما تقتضيه الحاجة من تأصيل شرعي اعتمده واضعو القانون، ومن أجل ربط محتوى هذه الدراسة بواقع المحاكم الشرعية السنية فستعزز الدراسة كل حق بتطبيقات عملية من خلال الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية السنية بعد صدور القانون بحسب ما توفر لديّ.

وتتكوّن الدراسة من ثلاثة فصول هي:

الفصل الأول: حقوق المرأة في أحكام الزواج وآثاره، وينقسم إلى خمسة مباحث.

الفصل الثاني: حقوق المرأة في الفرقة وآثارها، وهو ينقسم إلى أربعة مباحث.

الفصل الثالث: حقوق المرأة بعد انفصال العلاقة الزوجية، وفيه ثلاثة مباحث.

وأخيراً الخاتمة التي تلخص أهم النتائج والتوصيات.

الباحث

د. أحمد يعقوب العطاوي

أستاذ مساعد فقه الأسرة

قسم اللغة العربية والدراسات الإسلامية

كلية الآداب - بجامعة البحرين

Summary Study
Women's rights in the first section of Bahraini Family Law
An analytical study

This is the first study issued after 7 years upon the first section of the Bahraini Family Law by the Decree Law No. 19 of 2009, which started to be applied in the Sunni department of legislative Courts, from the beginning of July 2009.

I presented this study between the reader hands, detailing Women's Rights through the 145 articles of the law, and showing the most important characteristics that are singled out by the law in the approval and confirmation of Women's Rights in the marital relationship, starting from engagement and ending with the effects of band or death.

This study is directed to the various categories of society, not a specialized jurisprudential of study .

So I will be limited to mention the jurisprudential opinion which has been taken by the article in question in the law without going to mention the jurisprudential views in details except is required from the legit rooting adopted by the authors of the law, and in order to link the content of this study by Sunni legislative courts, this study will empower every right by practical applications through the issued judgments of the Sunni legislative courts after the issuance of the law according to what is provided to me.

This study consists of three chapters:

Chapter I: Women's rights in terms of marriage and its effects, and is divided into five sections.

Chapter II: women's rights in the band and its effects, which is divided into four sections.

Chapter III: women's rights after the secession of the marital relationship, in which the three sections.

Finally the conclusion that summarizes the most important recommendations and results .

Dr. Ahmed Yaqoob Alatawi
Assistant Professor
Dept. of Arabic & Islamic Studies
College of Arts - University of Bahrain

المقدمة

إن الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ﷺ أشرف الخلق أجمعين، وعلى آله الطاهرين، وصحبه الغر الميامين، وعلى تابعيهم ونحن معهم، ومن اقتفى أثرهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فلقد حرصت الشريعة الإسلامية السمحاء على بيان حقوق المرأة منذ بعثة النبي ﷺ، ولخصتها في قوله تعالى: ﴿... وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾^(١)، لتهدم بذلك المفهوم والعرف السابق الظالم الذي تفشى في أغلب المجتمعات التي حرمتها من أبسط حقوقها الإنسانية، فاعتبرتها إما مجرد جزء من المتاع المملوك للرجل يستمتع به في حياته، ثم يورثه لمن يأتي من بعده، أو أنها رجس يجب الابتعاد عنه، أو سبب لجلب العار حينما تكون هدفاً للغنيمة الحربية في حالات الغزو بين القبائل لذا يجب التخلص منها بالوآد وهي حية كما كانت تفعل بعض قبائل العرب في جاهليتها.

لقد فصلت الشريعة الإسلامية هذه الحقوق بحسب مكانتها: أمًا، وزوجة، وبتًا، وأختًا، وقريبةً، في كثير من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، بل لقد خصتها بسورة أسمتها باسمها وهي سورة النساء، والسورة الأخرى سميت باسم امرأة رفيعة الشأن وهي سورة مريم، ومن الآيات التي نصت على شيء من حقوقها قوله تعالى في بيان حق الأم: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَى الْمَصِيرِ﴾^(٢)، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: ((يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال: "أمك". قال: ثم من؟ قال: "ثم أمك". قال: ثم من؟ قال: "ثم من؟ قال: "ثم أبوك"))^(٣).

(١) سورة البقرة: الآية (٢٢٨).

(٢) سورة لقمان: الآية (١٤).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: الأدب، باب: "من أحق الناس بحسن الصحبة"، ٥٦٢٦، ومسلم في كتاب: البر والصلة والأدب، باب:

وجعلت لها نصيباً من الإرث كما في قوله تعالى: ﴿... وَلَا بَوَيْهَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ آبَاؤُهُ فَلِأُمَّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ...﴾^(١).

أما الزوجة فقد بينت النصوص حقيقة العلاقة الزوجية، وكيف يجب أن تكون في قول الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣)، وقال ﷺ في خطبة الوداع: ((فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله))^(٤) وعن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: ((خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي))^(٥) وحدد لهن حقاً في الإرث بقوله تعالى: ﴿... وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ...﴾^(٦)، إضافة لحق البنات والأخوات وبقية الأقارب.

أهمية الدراسة :

بالرغم من اشتغال النصوص الشرعية في المصدرين الأساسيين: القرآن الكريم، والسنة النبوية على تفاصيل حقوق المرأة باختلاف وضعها في الأسرة: أمًا، زوجة، بنتًا، أختًا، قريبة، إلا أن كثيرًا من المسلمين - وإن كان أكثر شغلنا بمواطني مملكة البحرين - يجهل هذه الحقوق إن كانت له، ويتجاهلها إن كانت لمن هو مسئول عنه.

من هذا المنطلق؛ وبعد مضي ٧ سنوات على صدور القسم الأول من قانون أحكام الأسرة

" بر الوالدين وأمهما أحق به"، برقم ٢٥٤٨.

(١) سورة النساء: الآية (١١).

(٢) سورة الروم: الآية (٢١).

(٣) سورة النساء: الآية (١٩).

(٤) أخرجه مسلم في كتاب: الحج، باب: حجة النبي ﷺ، برقم ١٢١٨.

(٥) أخرجه الترمذي في كتاب: المناقب عن رسول الله ﷺ، باب: فضل أزواج النبي ﷺ، برقم ٣٨٩٥، وقال: هذا حديث حسن صحيح

غريب، وصححه الألباني، وأخرجه ابن ماجه في كتاب: النكاح، باب: حسن معاشره النساء، برقم ١٩٧٧.

(٦) سورة النساء: الآية (١٢).

البحريني بالمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩م، والذي بدأ العمل به في الدوائر السنية بالمحاكم الشرعية منذ بداية شهر يولييه ٢٠٠٩م أقدم بين يدي القارئ الكريم هذه الدراسة المتعلقة بتفصيل حقوق المرأة من خلال مواد الـ ١٤٥.

لقد تعرّض هذا القانون عند صدوره لكثير من الانتقادات، ومن أهمها: وصمه بأنه قانون للمرأة، بمعنى أنه صيغ ليخدم المرأة فقط، وهو اتهام في غير محله، ولعل السبب في هذا الوصم والاتهام أنه تطرق لبعض حقوقها المهضومة السابقة، مما أدى إلى ردة فعل سلبية لمن ضيّعها قبل صدور هذا القانون فوصف الحال بأنه سلب لحقوق الرجل وزيادة في حقوق المرأة، وهو أمر مخالف للواقع، فأغلب مواد القانون تتعلق بحقوق وواجبات كلا الزوجين دون تمييز لأحدهما دون الآخر، وخصت أحدهما بما خصته الشريعة الإسلامية من غير زيادة أو نقصان، بل تعلقت المواد بحقوق وواجبات كل أفراد الأسرة وقرابتها، إلا أنني في هذه الدراسة سأقتصر على ذكر حقوق المرأة فقط، سواء كانت من حقوقها المشتركة أو الخاصة بها.

الدراسات السابقة :

لقد سبق هذه الدراسة بعض الدراسات التي تناولت تطبيقات مواد القانون في المحاكم الشرعية في مملكة البحرين، من أهمها:

١- دراسة أثر تطبيق قانون أحكام الأسرة "القسم الأول" في القضاء الشرعي. إعداد د. طه

عبد المولى طه - القاضي بمحكمة التمييز بتكليف من المجلس الأعلى للمرأة ٢٠١٣.

٢- الآثار القانونية والاجتماعية لقانون أحكام الأسرة البحريني: دراسة علمية محكمة. إعداد: د.

أحمد محمد بخيت الغزالي - أستاذ الفقه المشارك بجامعة البحرين، ومعد هذه الدراسة

بتكليف من إدارة البحوث والمكتبة البرلمانية بمجلس النواب البحريني بالتعاون مع مركز

الاستشارات والدراسات القانونية والدستورية بجامعة البحرين ٢٠١٤.

وسبقهما قبل صدور القانون :

٣- حقوق المرأة في قانون الأحوال الشخصية الكويتية وأحكام القضاء الشرعي البحريني إعداد

معد هذه الدراسة بالاشتراك مع د. بدرية العوضي - أستاذ القانون الدولي والمدير التنفيذي

للمركز العربي الإقليمي للقانون البيئي وعميد كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت سابقاً، والشيخ حميد المبارك رئيس محكمة الاستئناف العليا الشرعية الجعفرية وعضو المجلس الأعلى للشئون الإسلامية سابقاً، دراسة تمت بتكليف من مؤسسة فريدوم هاوس الأمريكية سنة ٢٠٠٩.

وبالرغم من أهمية الموضوع، وحاجة أفراد المجتمع إليه، إلا أنه لم يسبق هذه الدراسة أي دراسة علمية متخصصة بذكر حقوق المرأة من خلال مواد القانون الصادر، إلا ما قامت به بعض الجهات التوعوية باختيار بعض المواد وشرحها وتوزيعها على الفئة المعنية في منشوراتها.

منهجية البحث :

ستتناول هذه الدراسة أهم المميزات التي اختص بها القانون في إقراره وتأكيد حقوق المرأة في العلاقة الزوجية، ابتداءً من الخطبة وانتهاءً بآثار الفرقة أو الموت. بعض هذه الحقوق كانت متحققة قبل إصدار القانون في شهر يونيه عام ٢٠٠٩م، فجاء القانون ليؤكد عليها، وبعضها لم يكن متحققاً كما سيتضح ذلك خلال تفاصيل الدراسة.

وهذه الدراسة موجهة إلى فئات المجتمع المختلفة، وليست دراسة فقهية متخصصة، لذا فقد صيغت بأسلوب يتناسب مع غالبية الفئات، ستعتمد على البدء بذكر عنوان الحق المعني وذكر نص المادة أو الفقرة المتعلقة به، ثم تعريف ما يحتاج إلى تعريف من المصطلحات الواردة، ثم ذكر الرأي الفقهي الذي أخذ به القانون في المادة المعنية دون الخوض في ذكر تفاصيل بقية الآراء الفقهية إلا بحسب ما تقتضيه الحاجة من تأصيل شرعي اعتمده واضعو القانون، معتمداً في ذلك على شرح مواد القانون الذي أعده كلاً من د. أحمد محمد بخيت الغزالي - الأستاذ المشارك في الفقه المقارن بجامعة البحرين، والشيخ د. ياسر عبد الرحمن المحميد - عضو محكمة الاستئناف الشرعية السنية العليا في كتابهما الموسوم بـ: "التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول)"، وكتاب: "أحكام الأسرة في مملكة البحرين (دراسة مقارنة)"، إعداد: د. أحمد محمد بخيت الغزالي، ومعهد هذه الدراسة، وأخيراً ذكر الحقوق المتضمنة في المادة المذكورة بصورة مختصرة أحياناً، ومفصلة أحياناً أخرى بحسب الحاجة.

ومن أجل ربط محتوى هذه الدراسة بواقع المحاكم الشرعية السنية فستعزز الدراسة كل حق بتطبيقات عملية من خلال الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية السنية بعد صدور القانون بحسب ما توفر منها لمعد الدراسة.

خطة الدراسة :

وتتكوّن الدراسة من ثلاثة فصول هي: حقوق المرأة في أحكام الزواج وآثاره، وحقوق المرأة في الفرقة وآثارها، وحقوق المرأة بعد انفصال العلاقة الزوجية، وخاتمة.

التمهيد: يتناول نبذة عن النظام القضائي الشرعي بمملكة البحرين ومنهجية الفقهية المعتمدة في إصدار الأحكام الشرعية قبل صدور قانون أحكام الأسرة (الشق السني).

الفصل الأول: سأتناول فيه حقوق المرأة في أحكام الزواج وآثاره، وينقسم إلى خمسة مباحث، وهي:

المبحث الأول: أحكام الخطبة: سأتناول فيه:

- ١- حقها في الخطبة ممن تشاء.
- ٢- حقها في العدول عن الخطبة.
- ٣- أثر العدول عن الخطبة على الهدايا المتبادلة قبله.

المبحث الثاني: إنشاء الزواج: الأركان والشروط: وسأتناول فيه:

أولاً: الأهلية في الزواج.

ثانياً: حكم الولي في الزواج.

ثالثاً: حقها في إبداء رأيها في زواجها.

رابعاً: حقها في كفاءة من يتقدم لخطبتها.

خامساً: حقها في إضافة شروط على عقد زواجها.

المبحث الثالث: حقوق الزوجة العامة في آثار عقد الزواج: الحقوق والواجبات: سأتناول

فيه:

أولاً: حقها في الاستمتاع والتحصين.

ثانياً: حقها في حسن العشرة والمحافظة على الأسرة واحترام والديها وأقاربها.

المبحث الرابع: الحقوق المالية: الصداق، والنفقة.

المبحث الخامس: حقوقها في النسل وثبوت النسب.

الفصل الثاني: سأتناول فيه حقوق المرأة في الفرقة وآثارها، وهو ينقسم إلى أربعة مباحث،

وهي:

المبحث الأول: يتناول حقوقها في فرقة الطلاق في نقطتين، وهما:

أولاً: التضييق من إيقاع الطلاق.

ثانياً: حقها في جعل الطلاق إليها.

المبحث الثاني: حقها في طلب التطليق القضائي للضرر.

المبحث الثالث: حقها في طلب الخلع من زوجها.

المبحث الرابع: حقها في طلب الفسخ عند التدليس.

الفصل الثالث والأخير: سأتناول فيه حقوق المرأة بعد انفصال العلاقة الزوجية، وفيه ثلاثة

مباحث، وهي:

المبحث الأول: الحقوق المالية: ويتناول مقدار ما تستحقه من الصداق، ومتاعه الطلاق،

ونفقة عدتها.

المبحث الثاني: ويتناول حقها في حضانة أولادها وزيارتهم.

المبحث الثالث: يتناول حكماً عاماً وهو: قبول شهادتها.

وأخيراً الخاتمة التي تلخص أهم النتائج والتوصيات.

الفصل الأول حقوق المرأة في أحكام الزواج وآثاره

سوف أتناول في هذا الفصل أهم حقوق المرأة في نصوص القانون المتعلقة بأحكام الزواج، ابتداءً من مقدمات الزواج المتمثلة بأحكام الخطبة، ثم أحكام إنشاء الزواج المتمثلة في أركان العقد وشروطه، وأخيراً آثاره، مع بيان ما كان مطبقاً في الدائر السنية للمحاكم الشرعية قبل صدور القانون إن كان هناك ثمة اختلاف عما جاء به القانون.

وسوف اعتمد في هذا التناول البدء بالتعريف، ثم ذكر أهم الحقوق الواردة في نصوص القانون، وأختمها بما تيسر الاطلاع عليه من أحكام صادرة عن المحاكم السنية البحرينية كلما وجدت.

المبحث الأول أحكام الخطبة

سأتناول في هذا المبحث ثلاث نقاط، وذلك على النحو التالي:

1- حقها في الخطبة :

عرّفت المادة (١) الخطبة بقولها: " الخطبة طلب الزواج والوعد به "، وإذ لم يحدد الطالب والمطلوب فإن الخطبة تصح دون نظر إلى الطالب، رجلاً أو امرأة. والخطبة شرعاً هي: طلب نكاح المرأة من نفسها، أو من وليها،^(١) أو إظهاره الرغبة في التزوج بمن يحل التزوج به. والرد عليه بالقبول يعتبر وعداً بالتزويج.

والغالب أن يكون الخاطب هو الرجل، فهو الذي يتقدم بطلب يد المرأة من وليها، لأن طبيعة المرأة، وما جبلت عليه من حياء- بحكم فطرتها- يحول بينها وبين إبداء رغبتها في الزواج. وقد تزداد حرجاً فيما لو كانت هذه الرغبة في رجل بعينه، ولكن يجوز شرعاً أن تكون الخطبة من المرأة أو من وليها؛ كما جاء في قال الله تعالى: ﴿... وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ

(١) قلعه جي. محمد رواس، وفتحيي. حامد صادق. معجم لغة الفقهاء أدار النفائس. بيروت ط. الأولى ١٤٠٥-١٩٨٥ م ص ١٩٧.

يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ... ﴿١﴾.

فقد ثبت أن إحدى الصحابيات قامت إلى النبي ﷺ فقالت: ((جئت أهب لك نفسي، فقامت طويلاً، فنظر وصوّب، فلما طال مقامها، فقال رجل: زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، قال: "عندك شيء تصدقها؟)) - الحديث...^(١)

٢- حقها في العدول عن الخطبة :

نص القانون في الفقرة (أ) من المادة (٢) على أن: " لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة"، فالخطبة وعد، وفي رأي جمهور العلماء ليس للوعد بعقد قوة إلزام، وقد روي عن الإمام مالك وجوب الوفاء بالوعد على خلاف رأي الجمهور، ولكن هذا في غير الخطبة، لأن الخطبة مقدمة لعقد "عمرى يدوم الضرر فيه" فكان لكلا طرفيه حق الاحتياط والنظر والعدول عنها، ثم إن الإلزام بالخطبة إكراه على الزواج ومبنى الزواج على الرضا الصحيح الكامل الذي لم تشبه شائبة.^(٢) نعم يكره في رأي العلماء "العدول عن الخطبة لغير غرض لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع عن القبول، ولكنه لا يحرم لأن الحق لم يلزمهما بعد".^(٣)

أ- أثر العدول عن الخطبة على الصداق: نصت المادة (٣٢) أنه: " مع مراعاة حكم المادة (٣) من هذا القانون، إذا سلّم الخاطب إلى مخطوبته قبل العقد مالاً على أنه من الصداق ثم عدل أحد الطرفين عن إبرام العقد أو مات فيرد ما سلّم بعينه إن كان قائماً وإلا فمثله أو قيمته يوم

(١) سورة الأحزاب: من الآية (٥٠).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: النكاح، باب: عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح برقم ٥٨٧١، ومسلم في كتاب: النكاح، باب: الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل وكثير واستحباب كونه خمسمائة درهم لمن لا يجحف به، برقم ١٤٢٥.

(٣) انظر: ابن قدامة. عبد الله بن أحمد (موفق الدين). المغني، بتحقيق محمد شرف الدين خطاب وآخرين، طبعة عالم الكتب الرياض بتحقيق د. عبد الله التركي والحلو ١٩٩٦، ٩/٤٩٧، وأبو زهرة. محمد. الأحوال الشخصية. ط. دار الفكر العربي ص ٣٤ وما بعدها، والبري. زكريا. الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية من مطبوعات معهد الدراسات الإسلامية ص ١٥، والصابوني. عبد الرحمن. نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام. ط. التاسعة، ص ٦٢.

(٤) المغني ٩/٣٩٧.

القبض".

وفي كثير من الحالات يقدم الصداق قبل العقد بأيام أو أسابيع، فما هو أثر هذا العدول عليه؟ لقد أخذ القانون برأي الجمهور في اعتبار الصداق أثراً من آثار الزواج، أو حقاً يثبت للمرأة بموجبه، ومتى لم يبرم العقد يكون من حق الخاطب في حال العدول عن الخطبة من أي من طرفيها، وكذا في حال عدم الإتمام لسبب خارج عن إرادة الطرفين كموت أحدهما قبل العقد، أن يسترد كل ما سلّم إلى المخطوبة على أنه من الصداق.

ب- أثر العدول على الهدايا: نص القانون في المادة (٣) على أن^(١):

أ- يرد من عدل عن الخطبة دون مقتضى الهدايا التي حصل عليها بعينها إن كانت قائمة، وإلا فمثلها أو قيمتها يوم قبضها، ما لم يقض العرف بغير ذلك أو كانت مما تستهلك بطبيعتها.
ب- إن كان العدول باتفاق الطرفين رد كل منهما ما قبض من هدايا الطرف الآخر على النحو المشار إليه في الفقرة السابقة.

ج- إذا انتهت الخطبة بالوفاة، أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه، أو بعارض قهري حال دون الزواج، فلا يسترد شيء من الهدايا.

مما اعتاد عليه الناس في فترة الخطوبة أن يتهدى الخاطبان فيما بينهما، سواء كانت الهدية مستهلكة كالملابس والأطعمة والعطورات، أو غير مستهلكة كالأجهزة المعمرة والمنزلية، والناظر في الاجتهاد الفقهي يرى أن الفقهاء ليسوا على قول واحد في تكييف الهدايا وفي استردادها. وبصرف النظر عن الخلاف الفقهي فإن حاصل ما تفيد هذه المادة أنه:

١- يعمل في استرداد ما قدم من هدايا بالمفتى به في مذهب مالك رحمه الله،^(٢) وهو قول بعض

(١) الغزالي. أحمد بن حنبل، والعتاوي. أحمد يعقوب. أحكام الأسرة في مملكة البحرين: دراسة مقارنة. جامعة البحرين. ط. الأولى ٢٠١٢. ص ٦٣-٦٤، والغزالي. أحمد محمد بن حنبل، والمحميد. ياسر عبد الرحمن. التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول). وزارة العدل والشئون الإسلامية والأوقاف. معهد الدراسات القضائية والقانونية. ط. الأولى. ص ٤٩-٥٠.
(٢) انظر: عليش. محمد. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك. ط دار الفكر، ١/٤٠٤، ٤٠٨، وأبو زهرة ص ٣٩، وقاسم. يوسف حقوق المرأة في الإسلام. دار النهضة العربية ١٩٨٧ ص ٨٢، والذهبي. محمد حسين. الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بين

الشافعية والحنابلة، وإليه يميل أكثر المعاصرين، حتى لا يجمع على المعدول عن خطبته ألم العدول وألم الاسترداد، ولأن إبطال العمل تمّ من جانبه، ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، وأخذ في الفقرة (ج) بمذهب الحنابلة، ومبناها كما هو واضح على العذر وانتفاء قصد العدول.

٢- يرجع في شأن ما يُعدُّ هدية أو مهرًا معجلاً (مقدّمًا) إلى العرف البحريني.

٣- أن الهدايا لا ترد في حالات هي:

أ- إذا كان العدول عن الخطبة مبررًا، كما لو تبينّت المخطوبة أن الخاطب قد خدعها بنسبه أو وظيفته.

ب- إذا كانت الهدايا مما يستهلك بطبيعته كالطعام مثلاً، أو بطاقات الهاتف، أو مقابل خدمة الإنترنت، ونحو ذلك من المستهلكات أو المنافع.

ج- إذا انتهت الخطبة بالوفاة، ولو كان المتوفى هو من قبض الهدية كأن تتوفى المخطوبة بعد التهادي.

د- أن تنتهي الخطبة بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه، كأن يكون الخاطب مقيمًا انتهت إقامته ورفضت السلطات تجديدها وتعذر على المخطوبة الانتقال إليه، أو أن تصيب أحد الطرفين آفة تمنع الزواج.

هـ- أن يوجد عارض قهري يحول دون الزواج كأن يتعرض لجائحة مالية تعجزه عن إتمام التواعد بالزواج.

٤- يلزم رد الهدايا في غير الحالات المذكورة، سواء كان العدول دون مبرر من قبل طرف واحد، أم

مذاهب أهل السنة ومذهب الجعفرية. دار الكتب الحديثة ١٩٦٧، ص ٤٧، والبلتاجي. محمد أحمد. دراسات في أحكام الأسرة. دار التقوى. مصر. ط. الأولى ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م. ص ١٩٧، ومدكور. محمد سلام. الوجيز في أحكام الأسرة. دار النهضة العربية ١٩٧٨. ص ٢٤، ومطلوب. عبد المجيد. أحكام الأسرة. ط ١٩٨٤، ص ٢٥، وميهوب. عبد الحميد. أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. دار النهضة العربية ١٩٩٧، ص ٢٣، وطنطاوي. محمود محمد. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ص ٢٠، يوسف. أحمد. أحكام الزواج والفرقة ط ١٩٨٥. ص ٤٥.

كان باتفاق الطرفين، غير أنه في الحالة الأولى يرد العادل فقط بينما في الحالة الثانية يرد كل منهما، فكلاهما عادل عن خطبة الآخر.

٥- وأخيرًا إن كانت الهدية قائمة وجب رد عينها، فإن لم تكن قائمة وجب رد المثل أو القيمة يوم قبض الهدية، ما لم يقض العرف بغير ذلك، كأن يجري العرف على رد القيمة يوم الطلب، أو يجري على عدم رد ما هلك.

المبحث الثاني إنشاء عقد الزواج: الأركان والشروط

المعنى الحقيقي للزواج أنه شراكة بين رجل وامرأة في التطلعات والطموحات والرغبة في تحصيل الآمال وتحمل الآلام وفق قواعد الشرع وحسب حدوده ، لذا ينبغي أن يحرص كل منهما على حسن اختيار الشريك الآخر وفق المعايير التي حددتها الشريعة الإسلامية والتي من أبرزها ما جاء في قول النبي ﷺ: ((تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك))^(١)، وقوله ﷺ: ((إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد))^(٢)، وهذا الحسن في الاختيار لا يمكن تحقيقه إلا بتحقيق رضاها به إن كانت لديهما الأهلية في إبداء الرأي، والطرف الذي يعيننا هنا هي المرأة وحقها في إبداء رأيها فيمن يتقدم للزواج بها؛ دون تثريب عليها في القبول والرفض.

وسأتطرق في هذا المبحث للمواضيع الآتية:

أولاً: الأهلية في الزواج.

ثانياً: حكم الولي في الزواج.

ثالثاً: حقها في إبداء رأيها في زواجها.

رابعاً: حقها في كفاءة المتقدم لها.

خامساً: حقها في إضافة شروط على عقد زواجها وأثر إخلال الطرف الآخر بهذه الشروط.

• وإليكم تفصيل ذلك :

أولاً: الأهلية في الزواج: نصت المادة (١٩): " لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا من

(١) أخرجه البخاري في كتاب: النكاح، باب: الأكفاء في الدين، برقم ٥٠٨٩، بلفظ: "تنكح المرأة لأربع..."، ومسلم في كتاب: الرضاع، باب: استحباب نكاح ذات الدين، برقم ١٤٦٦.

(٢) أخرجه الترمذي في النكاح برقم ١١٠٨، وقال: حديث حسن غريب، وقال الألباني: حسن لغيره، وابن ماجه في كتاب: النكاح، باب: الأكفاء، بلفظ: "فزوجه"، وفي آخره بلفظ: "وفساد عريض"، برقم ١٩٦٧.

وليه بعد صدور إذن من القاضي بذلك بعد مراعاة ما يأتي :

أ- قبول الطرف الآخر الزواج منه بعد إطلاعه على حالته.

ب- كون زواجه فيه مصلحة له.

ج- عدم وجود ضرر أو خطر عليه أو على زوجته أو على نسله ويثبت ذلك بشهادة طيبة "

ونصت المادة (٢٠): " لا يأذن القاضي بزواج المحجور عليه لسنه إلا بموافقة القيم عليه، وبعد

التأكد من ملائمة الصداق لحالته المادية، فإذا امتنع القيم طلب القاضي موافقته خلال مدة

يحددها له، فإذا لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار زوجه القاضي "

الزواج عقد بين رجل وامرأة، تترتب عليه حقوق وواجبات، ولذا اشترط فيمن يباشره أن تكون

لديه الأهلية المتمثلة في العقل والبلوغ، لكي تكون لديه القدرة أولاً على اختيار شريك الحياة

المناسب، ثم يكون مدركاً لما سيترتب على العقد الذي سيرمه مع الطرف الآخر من آثار، وهي

الحقوق والواجبات، وبه سيكون ملزماً بأداء الواجبات، وهذا ما لا يتوفر لفاقد العقل، وغير البالغ:

ذكراً كان أو أنثى.

لذا فمن حقوق المرأة في هذا الجانب حفظ حقوقها إذا كانت فاقدة أو ناقصة الأهلية بجنون

أو عته، أو صغر سن بعدم السماح لها بالزواج إلا عن طرق وليها، أو القيم عليها إن كانت محجوراً

عليها، ولا يتم ذلك إلا وبإذن من المحكمة الشرعية، وبالشروط التي نصت عليها المادة (١٩)، مما

يعني أن الولي يعتبر شرط انعقاد في زواج فاقدة الأهلية لحفظ مصلحتها.

ثانياً: حكم الولي في الزواج :

نصت المادة (٢٦) على: " مع مراعاة أحكام المواد (١٨) و(١٩) و(٢٠) و(٢٣) من هذا

القانون، يشترط لصحة عقد الزواج:

أ- الولي.

ويثبت الزواج بغير مباشرة الولي بالدخول فيه متى ما وقع العقد صحيحاً باعتبار قانون

محل إبرامه، وإذا كانت الزوجة بحرينية فيشترط إذن الولي عند إثبات عقد الزواج "

الولاية في مصطلح الفقهاء هي: سلطة شرعية على النفس أو على المال يترتب عليها نفوذ التصرف فيهما شرعاً.^(١)

أو هي: القدرة الشرعية على التصرف النافذ الصحيح، وهذه القدرة تثبت إذا توافرت في المولّي صفات الأهلية، من البلوغ، والعقل، والرشد، والاختيار.

والمقصود بولاية الزواج أن يكون للشخص سلطة شرعية تمكّنه من مباشرة عقد الزواج، لنفسه أو لغيره، جبراً أو اختياراً، بحيث تترتب على هذا العقد آثاره.

ومعلوم أن قضية الولاية في الزواج من المسائل التي يحتدم حولها الجدل على ما هو مبين في الشروح، والحق أن اشتراط الولي إن لم يحتمه الدليل الشرعي لصحة النكاح فإن المصلحة العامة والخاصة تقتضيه، وقد تظاهرت عليه الظواهر القرآنية، والأحاديث النبوية، وقد سردها - كما يقول الشوكاني - الحاكم من طريق ثلاثين صحابياً، وفيها التصريح بنفي صحة النكاح بدون الولي^(٢) لحديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: «(لا نكاح إلا بولي)»^(٣)، وأثبتت - كما يقول ابن حزم - شرعاً زائداً على معهود الأصل، يعني حرية ذات الأهلية في التصرف دون ولي، والشرع الزائد لا يجوز تركه^(٤)، وحكي ابن قدامة عن ابن المنذر قال: " لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف في اعتبار الولي " ^(٥).

(١) الخفيف. علي. النيابة عن الغير في التصرف. ط مطابع دار الكتاب العربي ١٩٥٤، ص ٧.

(٢) انظر: الشوكاني. محمد علي. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار شرح متن الأزهار. ط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ١٩٩٤، بتحقيق محمود إبراهيم زايد. ط أولى. دار الكتب العلمية ٢/٦٤، وله أيضاً نيل الأوطار. نشر مكتبة دار التراث. ١١٨/٦ وما بعدها.

(٣) يوّب له البخاري في كتاب النكاح، وأخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب: في الولي، برقم ٢٠٨٧، والترمذي في النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، برقم ١٠١١، وابن ماجه في نفس الكتاب والباب، برقم ١٨٨٠، وأحمد في مسنده برقم ٢٢٦٠، وصححه الألباني وشعيب الأرنؤوط.

(٤) ابن حزم. علي بن أحمد بن سعيد. المحلّى بالآثار. طبعة المنيرية، وطبعة دار الكتب العلمية ١٩٩٥. بتصحيح حسن زيدان طلبة. ٣٤ / ١١.

(٥) المغني. ١٤٣/٩.

وتأكيدًا على ذلك فالأضرار التي نجمت عن التفريط في اشتراط الولي في الزواج كفيلة بالحرص عليه، فكارثة ما اشتهر بمسمى الزواج العرفي مما تئن منه بعض المجتمعات العربية التي تعتمد المذهب الحنفي المجيز لإبرام العقد دون وجود ولي، وكما قيل: "العاقل من اتعظ بغيره". وفي الوقت ذاته إلغاء كل العقود التي أبرمت حسب هذا المذهب المعمول به في مصر وبعض الدول الإسلامية مطلقًا وهي صحيحة وفقًا لقانون محل إبرامها، سيؤدي إلى إسقاط مبدأ فقهي مستقر هو مبدأ مراعاة الخلاف، وخلاصته أن يترتب على التصرفات التي نشأت صحيحة، وفقًا لأحد الأقوال الفقهية المعتمدة، آثارها بعد وجودها، حتى وإن كان قانون القاضي أو مذهبه الفقهي لا يقر هذه النشأة، وعلى فرض أن امرأة ما لم تحتط لنفسها في تزويج نفسها فتدرك الأولياء الأمر ممكن، عن طريق الفسخ أو الحسبة، كما يقول العلامة ابن رشد.^(١)

وقد كان من مميزات قانون أحكام الأسرة البحريني أنه جاء بالحل الوسط في هذه الفقرة. وهذا يعني أن الولي:

* شرط صحة في زواج البالغة العاقلة، متى عقد العقد في البحرين أو في بلد يأخذ بقول الجمهور في ولاية الزواج.

* وشرط لزوم في حال ما إذا عقد العقد خارج مملكة البحرين، وكان قانون محل العقد يأخذ بقول أبي حنيفة.^(٢)

ثالثًا: حقها في إبداء رأيها فيمن يتقدم لزواجها:

١ - اشتراط رضاها:

نصت الفقرة (ب) من المادة (٢٣) على: "مع مراعاة أحكام المادتين (٦) و (١١) من هذا

(١) ابن رشد. محمد بن أحمد (الحفيد) بداية المجتهد ونهاية المقتصد بتحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض. ط دار الكتب العلمية ١٩٩٦. ٢١٧/٤ وما بعدها. وراجع في مسألة (مراعاة الخلاف): الشاطبي. إبراهيم ابن موسى. الموافقات في أصول الشريعة بتحقيق محمد عبد القادر الفاضلي. ط. أولى. المكتبة العصرية. بيروت ٢٠٠٢، ٤/١٢٢.

(٢) كتابنا: أحكام الأسرة ص ١١٥-١١٩.

القانون يشترط في الزوجين:

أ- تعيينهما تعييناً قاطعاً.

ب- رضاهما بالزواج".

ونص الفقرة (أ) من المادة (٢٤):

"ينعقد الإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر صادرين عن رضا تام بألفاظ تفيد ذلك لغة أو عرفاً، وفي حال العجز عن النطق، فبالإشارة المفهومة أو الكتابة مع مراعاة أحكام المادة (٢٥) من هذا القانون.

وهاتان الفقرتان فيهما تأكيد لما أخرجه الشيخان وغيرهما أن النبي ﷺ قال: ((لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله، وكيف إذن؟ قال: أن تسكت))^(١).

والمعنى فيه: أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تزوج البكر والثيب إلا برضاها، ويبيّن أن علامة رضا كل منهما وفق حالها من غلبة الحياء في الإفصاح عن رأيها، أما الثيب فلسابق اختلاطها بالرجال لم يعد إفصاحها عن رأيها مخجلاً لها، ولهذا أمر النبي صلى الله عليه وسلم باستئمارها، أي طلب أمرها، وجوابه لا يكون إلا نطقاً، وأما البكر فلأن الظن بها أن الحياء يغلبها اكتفى الشارع منها بما يدل على رضاها، ولم يوجب صريح ردها، وذلك هو الإذن.

ومما يؤيد أن المراد بالتفريق مجرد مراعاة الحياء ليس إلا، وأن الاستئذان كالأستئمار في الحقيقة والمعنى، ما روى البخاري من طريق آخر عن عائشة قالت: ((قلت: يا رسول الله يستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال: نعم، قلت فإن البكر تستأمر فتسكت؟ قال: سكاتها إذن))^(٢).

٢- تقييد ولاية الإيجاب في زواجها: نصت الفقرة (د) من المادة (١٥): " لا يجوز للولي

(١) أخرجه البخاري في النكاح، باب: لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها برقم ٤٩٤٣، ومسلم في النكاح، باب: استئذان الثيب بالنطق، برقم ١٤١٩.

(٢) أخرجه البخاري في الإكراه، باب: لا يجوز نكاح المكره، برقم ٦٩٤٧، وفي رواية مسلم قالت: " سألت رسول الله ﷺ عن الجارية ينكحها أهلها أ تستأمر أم لا ؟ قال: نعم تستأمر، قلت: تستحي؟! فقال رسول الله ﷺ: " فذلك إذن، إذا هي سكتت ". في النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح برقم ١٤٢٠.

تزويج من له الولاية عليها جبراً، ثيباً كانت أو بكرأ، صغيرة كانت أو كبيرة".
والمادة (١٨): " تزوّج الصغيرة التي يقل سنّها عن ست عشر سنة بموافقة المحكمة الشرعية بعد التحقق من ملائمة الزواج".

والفقرة (ب) من المادة (٢١): " يشترط لتوثيق عقد زواج المواطنة البحرينية التي لم تتجاوز العشرين عاماً وترغب في الزواج من أجنبي تجاوز الخمسين عاماً الحصول على إذن المحكمة الشرعية المختصة بالموافقة على هذا الزواج، وذلك للتأكد من تحقق المصلحة وكفاية".
ولاية الإجماع: هي إنفاذ القول على الغير شاء أم أبى،^(١) مما يعني قدرة الولي علي تزويج المولّى عليها دون اشتراط رضاها، وتثبت لأقرب الأقربين لعجز المولّى عليها عن الاختيار لنفسها.

وتأكيداً على اشتراط رضاها منع الولي من إجبارها على الزواج بمن لا ترغب فيه ، فعن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: ((أَنَّ فَتَاةً دَخَلَتْ عَلَيْهَا فَقَالَتْ: إِنَّ أَبِي زَوَّجَنِي ابْنَ أَخِيهِ لِيَرْفَعَ بِي حَسْبِسْتَهُ وَأَنَا كَارِهَةٌ، قَالَتْ: اجْلِسِي حَتَّى يَأْتِيَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَخْبَرْتُهُ، فَأَرْسَلَ إِلَيَّ أَبِيهَا فَدَعَا، فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَدْ أَجَزْتُ مَا صَنَعَ أَبِي، وَلَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَعْلَمَ النِّسَاءَ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ))^(٢).

وفي رواية أخرى قالت: "وإنما أردت لتعلم النساء أن ليس إلى الإباء من الأمر شيء".^(٣)
قال الشوكاني: "والأحاديث في هذا الباب كثيرة، وهي تفيد أنه لا يصح نكاح من لم ترض بكرأ

(١) انظر: ابن الهمام. محمد بن عبد الواحد. شرح فتح القدير على الهداية. ط الحلبي. الأولى ٢٨٤/٣.

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها برقم ٢٥٠٨٧، بتحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، وآخرون. وإشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي. مؤسسة الرسالة. ط. الأولى ١٤٢١هـ-٢٠٠١م. وقال شعيب الأرنؤوط: حديث صحيح وهذا إسناد رجاله ثقات رجال الشيخين إلا أنه قد اختلف فيه على كهمس بن الحسن، وأخرجه النسائي في سننه: في كتاب: النكاح، باب: البكر يزوجه أبوها وهي كارهة، برقم ٣٢٦٩. مكتب المطبوعات الإسلامية. حلب. ط الثانية ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، وقد ضعفه الألباني.

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه في النكاح، باب: من زوّج ابنته وهي كارهة، برقم ١٨٧٤، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء الكتب العربية- فيصل عيسى البابي الحلبي، وقد ضعفه الألباني، بينما نسب محمد فؤاد عبد الباقي في تعليقه على الحديث تصحيحه للهيثمى في مجمع الزوائد ٦٠٢/١.

كانت أو ثيباً"^(١).

وهو ما أكد عليه القانون في الفقرة (د) من المادة (١٥)، وحفظاً لهذا الحق اشترطت المادة (١٨) من القانون في تزويج من يقل سنها عن ست عشرة سنة أن يكون تحت إشراف المحكمة، فألغت بذلك ما كان معمولاً به في المحاكم السنية من أعمال لولاية الإيجاب وتزويج للصغيرة دون تحقق لوجود مصلحة للمولّى عليها أو عدمها.

أما الفقرة (ب) من المادة (٢١) فهي تتعلق بضوابط الزواج المختلط بين البحرينية التي لم يتجاوز سنها العشرين سنة والأجنبي المتجاوز لسن الخمسين، أي يكبرها بأكثر من ضعف سنها، فمن باب الوفاء بمسئولية الدولة نحو مواطنيها: ذكوراً وإناثاً وضع القانون بعض القيود على حرية المرأة في هذا الزواج المختلط بإلزام القاضي عند توثيقه العقد التأكيد من تحقق مصلحة الزوجة، بل لقد جعلت لائحة المأذونين أن إبرام هذه العقود لا تتم إلا عن طريق القاضي وليس المأذون، وذلك من أجل كفاية الضمانات اللازمة لجدية الزواج.^(٢)

٣- منع الولي من عضلها:

نصت الفقرة (ج) من المادة (١٢):

أ- "الولاية في الزواج للعصبة بالنفس على الترتيب التالي: الأب، الجد لأب، الابن وإن نزل، الأخ الشقيق، الأخ لأب، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، العم الشقيق، العم لأب، ابن العم الشقيق، ابن العم لأب.

ب- إذا استوي وليان في القرب فأيهما تولّى عقد الزواج جاز، ويتعيّن من أذنت له المخطوبة، فإن اختلفا ولم تعيّن المخطوبة انتقلت الولاية إلى القاضي.

ج- إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة، أو جهل مكانه، أو لم يتمكّن من الاتصال به، أو عضل انتقلت الولاية إلى القاضي.

(١) السيل الجرار ٢/ ٢٧٢، وقال في النيل ٦/ ١٢٣: "والظاهر أن استئذان الثيب والبكر شرط في صحة العقد"

(٢) الغزالي، والمحميد. التعليق على القانون ص ١١٤٦.

ونصت الفقرة (ج) من المادة (١٤): " لا يجوز للولي أن يمتنع عن التزويج من غير سبب شرعي "

والعضل هو: منع الولي المرأة العاقلة البالغة من الزواج بالكفء الذي تريده.
وقد ثبت النهي عنه بقول الله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(١).

نزلت في معقل بن يسار كانت أخته تحت أبي البداح بن عاصم فطلقها وتركها حتى انقضت عدتها، فبانت منه بينونة صغرى فلا تنكح إلا بعقد جديد، ثم ندم فخطبها فرضيت وأبى أخوها أن يزوجه، وقال: وجهي من وجهك حرام إن تزوجتبه، فنزلت الآية. قال مقاتل: فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم معقلاً، فقال: ((إن كنت مؤمناً فلا تمنع أختك عن أبي البداح))، فقال: آمنت بالله، وزوجه منها.^(٢)

والمعنى: أنه لو لم يكن للنساء رأي معتبر في زواجهن لما كان للنهي عن منعهن من ممارسة هذا الحق معنى، ولم يكن لنهي الله تعالى الأولياء عن منعهن محل، لأن الإنسان لا يؤاخذ على استعمال حقه، وإنما يؤاخذ على إنكار حق غيره.

ومن الجدير أن منع الزوجة من الزواج ظلم لها، وانتقاص لحقها الشرعي والطبيعي، وقد يؤدي بها العضل إلى الانحراف.

وقد أكد القانون على منعه في الفقرتين.

رابعاً: حقها في كفاءة من يتقدم لخطبتها:

نصت المادة (٣٥) على:

أ- الكفاءة شرط من شروط لزوم الزواج وهي حق خاص بالمرأة ووليها.

(١) سورة البقرة: الآية (٢٣٢).

(٢) القرطبي. محمد بن أحمد. الجامع لأحكام القرآن والمشتهر بتفسير القرطبي ط. دار الحديث الثانية ١٩٩٦، وبتحقيق الدكتور

عبد الله التركي. وعرقسوسي ط. مؤسسة الرسالة ٢٠٠٦. ١٥٨/٣.

ب- العبرة في الكفاءة بالصلاح في الدين وكل ما قام العرف على اعتباره.

ج- إذا ادعى الرجل الكفاءة ثم تبين أنه غير كفء كان لكل من الزوجة ووليها حق الفسخ.

د- التناسب في السن بين الزوجين حقاً للزوجة وحدها.

الكفاءة في اللغة: هي المساواة والمماثلة في الشيء.

واصطلاحاً: مساواة الزوج لزوجته، أو أن يكون أعلى حالاً منها في أمور مخصوصة، حتى لا تعير هي ولا أولياؤها به، فتصبح مفسدة للحياة الزوجية.

والزواج رباط عمري بين رجل وامرأة وشراكة بينهما في جميع جوانب حياتهما، المادية والمعنوية، لذا لا يتصور نجاح هذا الرباط وهذه الشراكة بين متنافرين متباعدين، بل لابد من وجود تقارب وتناسب بينهما ليتحقق التآلف.

والكفاءة في الدين محل اتفاق لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾^(١).

فلا يجوز للمرأة المسلمة أن تتزوج بغير المسلم، والكفاءة في التدين والاستقامة من قول أكثر أهل العلم، بل إن الإمام أحمد يرتقي بالكفاءة إلى درجة اعتبارها شرطاً في صحة الزواج، وقال أبو حنيفة هي شرط لزوم، وظاهر في حديثهم جميعاً أن معيار الكفاءة مما يراعى فيه العرف والعادة.^(٢)

وقد وُفق واضع القانون أيما توفيق إذ جمع الراجح من أقوال أهل العلم في الكفاءة في هذه المادة على النحو الآتي:

١- فأخذ من ظاهر الرواية في فقه أبي حنيفة، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، وقول بعض

(١) سورة البقرة: الآية (٢٢١).

(٢) قال أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي: "وهي المذهب عند أكثر المتقدمين، قال الزركشي: هذا المنصوص المشهور، والمختار لعامة الأصحاب من الروايتين، وصححه في المذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب، وقطع به الخرقى، وقدمه في الهادي، والرعائتين، والحاوي الصغير، وهو من مفردات المذهب". الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف في مذهب الإمام أحمد. بتحقيق محمد حامد الفقي. ط دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي ١٠٥ / ٨.

الشافعية، أن الكفاءة شرط لزوم العقد.

٢- وخالف القانونُ الحنفيّة في إثبات الحق في الكفاءة للرجل استثناءً، بالنص صراحة على أنها حق خاص بالمرأة ووليها، إلا الكفاءة في السن فأثبتها للمرأة خاصة، وقد أخذت الفقرة (د) من فقه الإمام أحمد، وإن وجدت لها شواهد عند الحنفية والشافعية.

٣- أما اعتبار العرف في التناسب بين الزوجين فيما عدا الدين فمذاهب الثلاثة عليه مطبقة.

أثر عدم التكافؤ على العقد:

فسخ الزواج هو الجزاء عند عدم الكفاءة، على أساس أن الزوجة ووليها لم يرضيا بالعقد إلا على أساس أن الزوج كفء، فإذا تبين خلاف ما ادعاه ضاع الرضا، وفوات الرضا يجعل العقد غير لازم، وجزاء عدم اللزوم الفسخ.

أصحاب الحق في طلب الفسخ لعدم الكفاءة:

وطلب الفسخ لعدم الكفاءة يثبت للمرأة ووليها في آنٍ واحد، ومن ثم فَرَضًا أيهما بمنزلة الزوج لا يسقط حق الآخر في طلب الفسخ إذا لم يرض.

وعلى ما سبق فإن القانون، بمقتضى المادة (١٢)، يثبت الولاية لأقرب العصبات بالنفس.

فإن تعدد العصبات واستتوا في القرب: فإن كانت المرأة قد أذنت لأبيهم فهو الولي دون غيره، وإن لم تأذن وزوجها أحدهم فهو الولي، وإن اختلفوا ولم تعين أحدهم فالولي هو القاضي، كما تثبت ولاية القاضي إن غاب الولي الأقرب، أو عضل، وعلى ذلك فالعبرة برضا، أو اعتراض، مستحق الولاية، وفق حكم المادة (١٢)، أما غيره فلا أثر لرضاه وسخطه في هذا الباب.

وقت اعتبار الكفاءة:

والعبرة بالتناسب بين الزوجين حين العقد على ما تفيدته عبارة القانون في الفقرة (ج)، فالادعاء المعتبر هو ما كان في المجلس المعتبر، ومجلس الزواج ساعة عقده.

سقوط الحق في طلب الفسخ بالرضا ولمصلحة الولد:

والتعبير بالحرف (ثم) وإن دل على صحة طلب الفسخ ولو بعد مضي زمن من حين العقد، فإن

ظهور الرضا يبطل الطلب، لأن الساقط لا يعود، وإجابة طالب الفسخ إلى طلبه مبنها على عدم رضاه بالزوج، فإن صدر عنه ما يدل على الرضا فإشراط الطعن، فلا يجاب إلى طلبه. والرضا من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، طالما كان في الأوراق ما يدل على سلامة تقديره.

ولما كانت غاية التكافؤ حماية سمعة الأسرة أن تضار بمصاهرة من لا يناسبها ديانةً أو عرفاً، فإن هذا الضرر يهون بالنظر إلى ما قد يلحق بالولد عند حدوث الفرقة بين أبويه، وقاعدة الشرع أنه يحتمل أهون الشرين، وتحتمل المفسدة الصغرى لدفع المفسدة الكبرى، وحاصل ذلك أن يُحدَّ أجل الاعتراض بحمل الزوجة، ومن باب أولى ولادتها، وهو قول الحنفية^(١) وقواعد الفقه العامة تسوغ الأخذ به، ولا يعتد في ذلك بقول المالكية أن طلب الفسخ يسقط بالدخول بالمرأة، لأن مذهبهم معدول عنه في هذا الموضوع، فتفسر أحكام الكفاءة بالنظر إلى مصدر النص فيها.

الكفاءة في الدينويات عرفية:

والكفاءة في الدينويات مناطها (كل ما قام العرف على اعتباره) وهذا معناه ألا يغتر أحد بقضاء دولة غير البحرين في مسألة الكفاءة، فما يعتبر في البحرين قد لا يعتبر في غيرها، والعكس بالعكس، فالموجب هنا- كما يقول ابن الهمام: "هو استنقاص أهل العرف فيدور معه"^(٢).

ولقد صدر حكم محكمة الاستئناف العليا الشرعية السنية في الدعوى ١٥/٢٠١٠/٢٦٦٠/٨ بالآتي:

بعد النظر والتأمل في الحكم المستأنف الذي يقضي برفض دعوى المدعية وجدناه قد جانبه الصواب لقصوره في التسيب، وحيث إن الشاب المدعو، المتقدم لخطبة المستأنفة من والدها المستأنف ضده ذو سيرة حسنة وسلوك حسن ومتدين ومحافظ على الصلوات الخمس في المسجد، ومن عائلة كريمة، ولديه مسكن للزوجية كما شهد بذلك العم الشقيق للمستأنفة وجماعة

(١) انظر: ابن الهمام. شرح فتح القدير ٣/٢٩٤.

(٢) ابن عابدين. محمد أمين. حاشية ابن عابدين على الدر المختار. ط دار إحياء التراث العربي. وطبعة دار الفكر ١٩٩٥. ٤/٢١٥.

جامع .

وحيث إن الشاب المذكور لا علاقة له بمهنة الحلاقة التي يعيب عليها المستأنف ضده ؛ لأنه يعمل في القضاء العسكري برتبة عريف.

وحيث إن رفض المستأنفة ضده لتزويج ابنته المستأنفة من المتقدم لها المذكور لا مبرر له لأنه يتحدث عن أعراف ، وهم جميعاً ممن نال شرف الجنسية البحرينية، وهم مقيمون في مملكة البحرين منذ القديم فلا عبرة بأعراف.

وحيث إن المستأنفة قد بلغت من العمر ٣٠ عامًا وهي تعمل فلا ينبغي تأخير تزويجها ممن تقدم لخطبتها، والرسول ﷺ يقول: ((إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير)).

وحيث إن المادة (٣٥) فقرة (ب) من قانون أحكام الأسرة الصادر بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩ نصت على أن العبرة في الكفاءة بالصلاح في الدين وكل ما قام العرف على اعتباره.

وحيث إن محكمة الاستئناف ارتأت المصلحة في تزويج المستأنفة من المدعو ؛ لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح كما يقول الأصوليون.

وحيث إن عدم التزويج قد يترتب عليه ما لا تحمد عقباه، لهذا كله قررنا قبول الاستئناف شكلاً، وفي الموضوع حكماً بالتالي:

أولاً: إلغاء الحكم المستأنف الذي قضى برفض الدعوى.

ثانياً: إسقاط ولاية المستأنف ضده في تزويج المستأنفة ابنته للأسباب المذكورة أعلاه.

ثالثاً: إنابة المحكمة القاضي الشرعي في تزويج المستأنفة من الرجل ، على ما يتفقان عليه من قدر الصداق والمنزل الذي سيعده للزوجية والأثاث اللازم الذي يوضع فيه.

خامساً: حقها في إضافة شروط على عقد زواجها، وأثر إخلال الطرف الآخر بهذه الشروط:

نصت المادة (٥) على:

أ- الأزواج عند شروطهم، إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً.

- ب- إذا اقترن العقد بشرطٍ ينافي غايته أو مقصده، فالشرط باطل والعقد صحيح.
- ج- لا يعتد بأي شرط إلا إذا نص عليه صراحة في عقد الزواج، أو ثبت بالبينة، أو أقر به الزوجان.
- د- للزوجين عند الإخلال بموجب الشرط طلب الوفاء به تحت طائلة فسخ العقد أو التطليق.
- الشروط المقتترنة بعقد الزواج هي شروط لا صلة لها بجوهر العقد، وإنما هي شروط يضيفها الزوجان أو أحدهما تحقيقاً لمصلحة خاصة، وهي ثلاثة أنواع:

أولاً: الشروط التي يقتضيها العقد:

وهي الشروط التي تأمر بها الشريعة الإسلامية وتدعو إلى تحصيلها، كاشتراط أحد الزوجين على الآخر حسن العشرة، أو اشتراط الزوجة على الزوج عدم التقصير في شيء من حقوقها، ومساواتها في القسمة مع صرائرها، وألا يخرجها إلى أماكن الفجور، ويعد من الشروط التي يقتضيها العقد تلك التي جرى بها العرف بين الناس، كتعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه. فهذه كلها يجب الوفاء بها، ولا تأثير لها على العقد، فاشتراطها وعدمها سواء.^(١)

ثانياً: الشروط المخالفة لمقتضي العقد:

كأن يشترط من أراد الزواج على من يريد الزواج منها أن لا مهر لها، أو يشترط أن لا ينفق عليها، أو أن تنفق هي عليه، أو تشترط هي عليه أن يطلق ضررتها؛ لأنه - أعني الأخير - وإن لم يناف مقتضى العقد، لكن هناك نهي صريح في الحديث السابق: ((لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها، وإنما لها ما قدر لها))^(٢)، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، وكذلك لو اشترطت أن لا تمكنه من حقه الشرعي في الاستمتاع، أو أن يعزل عنها لثلاثا تلد منه، فكل هذه الشروط باطلة في نفسها لمخالفتها لمقتضي العقد لأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد، أما العقد في نفسه فهو

(١) النووي. يحيى بن شرف، شرح صحيح مسلم. ط الهيئة العامة للكتاب ٢٠٢/٩، والنراوي. أحمد بن غنيم. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني. ط دار الكتب العلمية ١٩٩٧، ١٤/٢.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: النكاح، باب: الشروط التي لا تحل في الزواج برقم ٤٨٥٧.

صحيح في قول الحنفية،^(١) والحنابلة^(٢)؛ لأن هذه الشروط تعود إلى معني زائد في العقد، فلم يبطل بها العقد نفسه، أما المالكية فالشرط غير الصحيح يقدح في صحة العقد، فيجب فسخه قبل الدخول، ويصح بعد الدخول ويوجب صداق المثل، ويلغى الشرط.^(٣)

ثالثاً: الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينفيها:

وهي الشروط التي فيها نفع لأحد الزوجين ولم يرد فيها نص أمر أو نهي، كما إذا اشترطت الزوجة ألا يخرجها من منزل أبيها أو ألا يسافر بها، أو ألا يتزوج عليها، فهذه الشروط مختلف فيها بين الأئمة على النحو الآتي:

الرأي الأول: وهو للأحناف والشافعية:^(٤) أن العقد صحيح، ولا يلزم الوفاء بهذه الشروط.

وأدلتهم:

- أ- قوله ﷺ: "المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً"^(٥)، فهذا الشرط الذي اشترط يحرم الحلال، وهو التزوج والسفر، وهذه كلها حلال.
- ب- قوله ﷺ: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط"^(٦)، قالوا: وهذا ليس في كتاب الله، لأن الشرع لا يقتضيه.

(١) السرخسي. محمد بن أحمد. المبسوط. ط دار السعادة ٩٤ / ٥ وما بعدها.

(٢) المغني ٢٩٧ / ٩.

(٣) الأصبحي. مالك بن أنس. المدونة الكبرى. دار الكتب العلمية. ط الأولى ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م. ١٣١ / ٢، والشفقة. محمد بشير.

الفقه المالكي في ثوبه الجديد. ط الأولى. دار القلم دمشق ٤٧٨ / ٣.

(٤) حاشية ابن عابدين ١٣١ / ٣، والمهذب ٤٧ / ٢.

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه برقم ٢٨٩٢، والبيهقي في سننه الكبرى في كتاب: الشركة، باب: الشرط في الشركة وغيرها، برقم ١١٧٦٢.

(٦) أخرجه الإمام أحمد في مسند برقم ٢٥٥٤٣، وعلّق شعيب الأرنؤوط قائلاً: حديث صحيح، أخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب العتق، باب: المكاتب، برقم ٢٥٢١، وأخرجه البخاري بلفظ: "ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط..." في البيوع، باب: إذا اشترط في البيع شروطاً لا تحل، برقم ٢٠٦٠، ومسلم في العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق، برقم ١٥٠٤.

الرأي الثاني: لمالك، ومضمونه: كراهة عموم الشروط والنهي عنها،^(١) قال - رحمه الله: "فالأمر عندنا أنه إذا شرط الرجل للمرأة - وإن كان ذلك عند عقدة النكاح أي إبرامه وإحكامه: أن لا أنكح عليك، أن ذلك ليس بشيء واجب، إذ لا يقتضيه العقد ولا ينافيه"،^(٢) أي أن المالكية يوافقون الرأي السابق في إلغاء الشروط التي لا يقتضيها العقد.

وقد قالوا عن حديث: "أحق الشرط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج"^(٣) أنه محمول على الندب، وعلى ذلك قالوا: إذا كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يغيّر مقتضاه، صح العقد، وألغى الشرط، مثل: أن لا يتزوج عليها أو لا يخرجها من بلدها، ولكن يستحسن أن يفى بالشرط ديانة، لأن الوفاء بالعهود من مكارم الأخلاق.^(٤)

الرأي الثالث، وهو للحنابلة، ومضمونه: وجوب الوفاء بما اشترط للمرأة، فإن لم يف لها الزوج فلها الخيار في فسخ الزواج، وروي هذا القول عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص رضي الله عنهم، وروي عن عمر بن عبد العزيز وطاووس والأوزاعي وإسحاق رحمهم الله جميعاً.^(٥)

وأدلتهم:

أ- قوله رضي الله عنه: "المسلمون على شروطهم".^(٦)

ب- وقوله رضي الله عنه: "أحق الشرط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج".^(٧)

(١) النفراوي أحمد بن غنيم. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني. ط دار الكتب العلمية ١٩٩٧، ١٤/٢، والسباعي. مصطفى. شرح

قانون الأحوال الشخصية (السوري) ط. التاسعة. دار الوراق. سوريا ٢٠٠١، ١١١/١.

(٢) الزرقاني. عبد الباقي بن يوسف. شرح الزرقاني على مختصر خليل. ط دار الفكر. وبحاشية الرهوني. ط الأميرية. ١٧٧/٣. وانظر

المدونة ١٣١/٢.

(٣) أخرجه مسلم في النكاح، باب: الوفاء بالشروط في النكاح، برقم ١٤١٨، وابن ماجه في النكاح، باب: الشرط في النكاح، برقم ١٩٥٤.

(٤) السباعي ١١١/١.

(٥) المغني ٧١/٧.

(٦) أخرجه أبو داود في الأفضية، باب: في الصلح، برقم ٣٥٩٤، وقال الألباني: حسن صحيح

ج- وقد روي أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها، ثم أراد نقلها، فخاصموه إلى عمر بن

الخطاب رضي الله عنه، فقال: لها شرطها، مقاطع الحقوق عند الشروط.^(٢)

د- ولأنه شرط لها فيه منفعة مقصودة، ولا يمنع المقصود من الزواج، فكان لازماً.

وقد رجح ابن قدامة هذا الرأي مفنداً أدلة الرأي الأول قائلاً: قولهم: إن هذا يحرم الحلال، قلنا:

لا يحرم حلالاً، وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يوف لها به، وقولهم: ليس من مصلحته، قلنا:

لا نسلم بذلك، فإنه من مصلحة المرأة، وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده.^(٣)

ويقول ابن القيم: إن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع،، ومن

تدبر مقاصد الشرع في مصادره، وموارده، وعدله، وحكمته، وما اشتملت عليه من المصالح، لم

يخف عليه رجحان هذا القول، وقربه من قواعد الشريعة.^(٤)

ولاشك أن مذهب الحنابلة هو الأوفق إلى الرغبات، وحماية المصالح الخاصة، لاسيما

وقد ظهر أن أكثر ما يبيده الخاطبان قبل الزواج من عهود ومواريث لولاها ما تم الزواج، كثيراً ما

لا ينجز، فينشأ الشقاق، وتسوء العشرة، ويتعرض الطرفان - خصوصاً المرأة - لمتاعب جمة.

وهو الرأي الذي أخذ به القانون في المادة الخامسة .

ومن يتأمل تصرف المقتنن البحريني هنا يدرك أنه اهتم بالاشتراط في العموم والتفصيلات.

فقد أورد واضح القانون هذا النص عقب تعريف الزواج معنوئاً للتعريف والاشتراط بعنوان

(تعريف الزواج والاشتراط في عقده) والقصد من العنونة أن يكون الاشتراط حكماً بارزاً أمام

المخاطبين بالأحكام من الرجال والنساء، وتناول حكم الاشتراط في مستهل تنظيم إنشاء عقد

الزواج، وبعد تعريف عقد الزواج مباشرة، تنويه بالأهمية، وكما يقال إنما يقدم من الأمور

(١) أخرجه مسلم، وابن ماجه، وقد سبق تخريجه في القول الثاني.

(٢) أخرجه البخاري في الشروط، باب: شروط المهر عند عقدة الزواج، ولم يرقم.

(٣) المغني ٧/٧١.

(٤) ابن القيم. محمد بن أبي بكر. زاد المعاد في هدي خير العباد بتحقيق شعيب وعبد القادر الأرناؤوط، ط ٢٦. مؤسسة الرسالة،

ومكتبة الإيمان الإسلامية ١٤١٢هـ ١٩٩٢. ١٨٣/٥.

أهمها، وأما عناية القانون بالتفصيلات فمن مظاهرها أنه حرص على تناول الجوانب الموضوعية والإجرائية للاشتراط.

ودون خوض في تفصيلات كثيرة فإن مراد واضع القانون بالفقرات الأربع المتضمنة في المادة (٥) هو:

١ - الفقرة (أ) تقرر أن المبدأ العام هو الالتزام بكل شرط لا يحرم حلالاً أو يحلّ حراماً، فإن كان يحل الحرام مطلقاً، أو يحرم الحلال مطلقاً فلا يلزم.

٢ - والفقرة (ب) تحمي العقد من البطلان في حالة اشتراط ما ينافي غاية العقد ومقصده، فيبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً.

٣ - والفقرة (ج) تجيز التوسع في إثبات ما تم الاتفاق عليه من الشروط.

٤ - والفقرة الأخيرة تبين أن لكل واحد من الزوجين أن يشترط، وله أن يطلب عند عدم الوفاء بالشرط فسخ العقد أو التطليق.^(١)

ومن كلام الحنابلة في هذا الخصوص، كما يقول شيخ الإسلام ابن تيمية^(٢) أن:

- ما أباحه الله في حال ولم يبحه مطلقاً فإذا حوّل الشرط عن تلك الحال لم يكن الشرط قد حرم ما أحله الله.

وعلى ذلك:

إذا شرطت المرأة على زوجها ألا يسافر بها أو ينتقل بها إلى مسكن آخر؛ فهذا شرط ورد على عدم السفر أو عدم الانتقال، والسفر والانتقال مما يحل في بعض الأحوال ولا يحل في بعضها الآخر، أو يقال يستصحب بدون الشرط حكم الإباحة فيه، وما كان كذلك لا يقال إنه حرم الحلال،

(١) كتابنا: أحكام الأسرة ص ١٨٣.

(٢) انظر في التفصيلات: الصالح. محمد بن أحمد. فقه الأسرة عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره (رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن من جامعة الزهر). ١/ ٢٩٠-٣١٤، وابن القيم: جامع الفقه. بجمع وتوثيق نصوص وتخريج أحاديث يسري السيد محمد. ط دار الوفاء. المنصورة ٢٠٠٠. ٥/ ١٧٦-١٨٣.

وهو ما أقره القانون في المادة (٥٨):

" تسكن الزوجة مع زوجها في المسكن الذي أعده بيتاً للزوجية عند الدخول وتنتقل منه بانتقاله إلى مسكن آخر، إلا إذا اشترطت في العقد خلاف ذلك، أو قصد من الانتقال الإضرار بها، أو رأت المحكمة أن المصلحة في عدم انتقالها "

والمعنى ذاته يقال في تعدد الزوجات، فالتعدد جائز بشرط عدم الخوف من الجور، فإن خيف عدم العدل فالتعدد ممتنع، أي أنه يجوز في حال ويمتنع في حال، لا مطلقاً، فإن اشترطت عليه ألا يتزوج عليها تكون قد اشترطت شرطاً لا يرد على حلال مطلق، فلا يشمل الاستثناء المانع من الزواج.^(١)

وهو ما نص عليه القانون في المادة (١٧): " على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج...، وعلى الزوج في حالة اشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها إخطارها بزواجه التالي بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول خلال ستين يوماً من تاريخ تحرير الوثيقة ".
ويؤخذ على القانون أنه لم يحدد جزاءً لمن يخالف هذه المادة بعدم تبليغ الزوجة خلال المدة المحددة.

الشرط المؤثر:

وبموجب المقرر بالفقرتين (ب، ج) فإن الشرط المؤثر هو الشرط المقارن (أي الذي يذكر في صلب العقد) ومثله السابق على العقد، وإن كانت المقارنة أولى، أما الشرط اللاحق أو المتأخر فقديم الجدوى.

ولكن لا يلزم بصريح نص الفقرة الثالثة أن يرد الشرط في وثيقة العقد ذاتها، فالفقرة ناطقة بأنه (لا يعتد بأي شرط إلا إذا نص عليه صراحة في عقد الزواج، أو أثبت بالبيينة، أو أقر به الزوجان) فالحرف (أو) يفيد المغايرة، ومعناه هنا أنه لا مانع أن يفرغ الشرط في ورقة أخرى غير الوثيقة، أو يتراضى عليه الطرفان نطقاً، ولا يثبتانه في الأوراق.

(١) كتابنا: أحكام الأسرة ص ١٨٤.

أثر الإخلال بالشرط:

الشرط غير الصحيح لا أثر له، فلا يحق للمشتري المطالبة بمقتضاه، وإن طالب فسيحكم القضاء بطلان الشرط؛ دون أن يكون لذلك تأثير على سلامة العقد، فمثلاً: شرط المرأة على زوجها أن يطلق ضررتها وإلا يكون لها هي حق طلب الفسخ؛ غير صحيح، ومتى رفع الأمر إلى القضاء فسيحكم بإسقاط الشرط، ورفض طلب المدعية في الفسخ لعدم الوفاء بالشرط.

وليس كذلك الأمر مع الشرط الصحيح، إذ يكون للمتضرر من الإخلال بالشرط (من الزوجين، الرجل والمرأة) طلب الوفاء به، تحت طائلة فسخ العقد أو التخليق. وعملاً يعتبر الادعاء دليلاً على التضرر، ويسقط الحق في طلب الوفاء تحت طائلة الحكم بالفرقة للراضي بالإخلال صراحةً أو ضمناً، فمثلاً من شرطت على زوجها ألا يتزوج عليها فتزوج وعلمت بزواجه فسكتت زمناً ينبئ عن رضاها ثم رفعت دعوى تطلب الفسخ فإنها لا تجاب إلى طلبها، لأن من شرطه التضرر، والسكوت زمناً دليل على عدم التضرر.

وأخيراً.. فإن الفسخ هو الجزاء عند عدم الوفاء، على أساس أن الطرف المُشترط لم يرض بالعقد إلا على أساس الوفاء بالشرط، فإذا لم يتحقق ضاع رضاه بالعقد، وفوات الرضا يجعل العقد غير لازم، وجزاء عدم اللزوم الفسخ.

فإن تم الفسخ قبل الدخول فلا شيء للمرأة، وإن كان بعده فلها صداقها ونفقة عدتها، وإن كانت الفرقة لعدم وفائها هي بالشرط فلا حق لها في نفقة المتعة، أما إن كانت لإخلاله هو بالوفاء اعتبرت الفرقة بسببه واستحقت المرأة كافة حقوق المطلقة - من نفقة ومتعة - بسبب يرجع إلى الرجل، عملاً بالمادة (٥٢) من قانون أحكام الأسرة.^(١)

(١) كتابنا: أحكام الأسرة ص ١٨٥-١٨٧.

المبحث الثالث حقوق الزوجة العامة في آثار عقد الزواج

حرصاً على سلامة الأسرة واستقرارها وضع الإسلام حقوقاً وواجبات لكلا الزوجين من أجل تحقيق الأمن والأمان، فضلاً عن الحقوق العامة المشتركة بينهما، التي نصت عليها المادة (٣٦)، وهي:

- أ- حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر.
- ب- حسن المعاشرة والمحافظة على الأسرة.
- ج- احترام كل منهما للآخر ولأبويه وأهله الأقربين.
- د- العناية بالأولاد وتربيتهم بما يكفل تنشئتهم تنشئة صالحة.
- هـ- إحصان كل منهما للآخر.

وحسب هذا النص يثبت للزوجة ما يلي:

أولاً: حقها في الاستمتاع والتحصين:

الاستمتاع في اللغة طلب التمتع، ومعناه: التلذذ، وأكثر استعماله مع طول الصحبة، فكل من طالت صحبته مع شيء متمتع به.

ويقصد بالاستمتاع هنا: الاتصال الجنسي ودواعيه مما تدعو إليه الفطر السليمة.

وهو من أبرز الحقوق المشتركة بين الزوجين الذي خفّ الكلام الصريح فيه، بيد أنه السبب إلى مصالح الزواج، وأهمها كالتناسل والسكن والمودة والرحمة.

وهو حق للزوجة على زوجها يلزمه ديانة ويجب عليه في الحكم في رأي أكثر العلماء، ولا نجد من أئمة المذاهب من لم يوجبه في الحكم إلا الشافعي رحمه الله، إذ قال: الجماع موضع تلذذ لا يجبر أحد عليه^(١)، وبه قال بعض الحنفية^(٢)، وفيما خلا هؤلاء فالجميع متفقون على الوجوب^(٣).

(١) الماوردي. علي بن محمد بن حبيب. الحاوي الكبير بتحقيق محمود مسطرجي وآخرين. ط دار الفكر ١٩٩٤. ٢/٢١١، وانظر:

الشافعي. محمد بن إدريس. الأم. بتحقيق رفعت فوزي عبد المطلب. ط دار الوفاء. الأولى ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، ٥/٩٥.

وما دون الجماع في الاستمتاع كالمبيت بمضجعها ومداعتها وملاعبتها وإيناسها واجب مرة على الأقل كل أربع ليال، وقال الشافعي: " لا يجب لأنه من دواعي الشهوة والمحبة التي لا يقدر على تكلفها " (٣).

والصحيح قول الجمهور لما روى كعب بن سوار أنه كان جالساً عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فجاءت امرأة فقالت: يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجي، والله إنه يبيت ليله قائماً، ويظل نهاره صائماً، فاستغفر لها وأثنى عليها، فاستحيت المرأة وقامت راجعةً، فقال: يا أمير المؤمنين هلاً أعديت المرأة على زوجها، فقال: وما ذاك؟ فقال: إنها جاءت تشكوه، إذا كان هذا حاله في العبادة متى يتفرغ لها؟ فبعث عمر إلى زوجها، وقال لكعب: اقض بينهما فإنك فهمت من أمرها ما لم أفهمه، قال - كعب: فإني أرى أنها امرأة عليها ثلاث نسوة وهي رابعتهن - أي افترض أنها كذلك - فأقضي له بثلاثة أيام ولياليها يتعبد فيهن، ولها يوم وليلة، فقال عمر: والله ما رأيك الأول بأعجب إلى من الآخر، اذهب فأنت قاض على البصرة " . قال البهوتي: هذه قضية اشتهرت ولم تنكر فكانت كالإجماع. (٤)

والصحيح أن ليس للاستمتاع حد معين، إلا أن يأتي الرجل المرأة في الموضع المحرم، أو في علانية من أحد، فالله سبحانه وتعالى يقول: ﴿ نِسَاءُكُمْ حَرَّتُمْ لَكُمْ فَاتُوا حَرَثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ ﴾ (٥)،

(١) انظر: الكاساني. أبو بكر بن مسعود. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط دار الكتاب العربي ١٩٨٢. ٣٣١ / ٢. المرغيناني. علي بن أبي بكر. الهداية شرح بداية المبتدي. ط الحلبي. ٧٩٩ / ٤.

(٢) وإن اختلفوا في المدة التي لو جاوزها الرجل اعتبر مقصراً في حق الزوجة، فقليل: مرة كل شهر، وقيل مدة الإيلاء، وتركها آخرون إلى الاجتهاد. البدائع ٣٣١ / ٢، ابن عابدين ٢٢٢ / ٣، وابن عبد الرفيق. إبراهيم بن حسن. معين الحكام على القضايا والأحكام. بتحقيق محمد بن قاسم بن عياد. ط دار الغرب الإسلامي ١٩٨٩. ص ٣٣٥، والبهوتي. كشاف القناع، بتحقيق محمد أمين الضناوي. ط عالم الكتب، وبتحقيق وتخريج وتوثيق لجنة مشكلة بمعرفة وزارة العدل السعودية. ط وزارة العدل. وطبعة م الشرفية القاهرة ١٣١٩ هـ. ٢٥٨٣ / ٥، المحلّي ٢٣٦ / ١١، الحاوي الكبير للماوردي ٢١٢ / ١٢.

(٣) الحاوي الكبير ٢١٢ / ١٢.

(٤) كشاف القناع ٢٥٨٢ / ٥.

(٥) سورة البقرة: من الآية (٢٢٣).

أي من أين شتم أو كيف شتم، ولكن في موضع الحرث وهو الفرج، وما يقال غير ذلك من تقييد حرية الزوجين في النظر أو اللمس أو الهيئة فكلام لا يسنده دليل.^(١)

ثانياً: حقها في حسن العشرة والمحافظة على الأسرة واحترام أبويها وأقاربها:

المعاشرة، والمساكنة، والعشرة مصطلحات تستخدم في معنى واحد هو المخالطة بالمعروف، أو المعاملة الحسنة، وظاهر القرآن الكريم أن حسن العشرة يلزم الأزواج لا الزوجات لورود الخطاب فيه للرجال، كقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٤)، ولكن هذا فهم قاصر فالخطاب للجميع^(٥) ولكن أوتر به الرجال لاحتمال وجود دواعي الإساءة من تملك القوامة وحق التعدد، فضلاً عن إرث الجاهلية في الإساءة إلى النساء.

وأبلغ دليل على ذلك أن غاية حسن العشرة حصول السكن، وقد أمر الله به الرجل والمرأة، فقال تعالى: ﴿وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ﴾^(٦)، ثم إن المرأة مأمورة في الكتاب والسنة بطاعة زوجها^(٧) وليس في الإحسان أقوى من التزام الطاعة ومراعاة الغرض.

ولوازم حسن المعاشرة أمور كثيرة، حاصلها الحرص على إرضاء الآخر في غير معصية، واجتناب ما يسوؤه في نفسه وماله.

(١) انظر: القرطبي ٣/٩٤-٩٩، المغني ٩/٦٩٨-٧٠٢، ٧٠٥-٧٠٩، وانظر في تخريجات الأحاديث التي يتمسك بها حواشي الفصل الأخير، زاد المعاد ٣/٢٣٦-٢٤٤، المحلى ١١/٢٢٤ وما بعدها، كشف القناع ٥/٢٥٨٥، وقد حرر هذه المسألة تحريراً جيداً الشيخ عبد القادر أحمد عطا في كتابه القيم (اللقاء بين الزوجين في ضوء الكتاب والسنة). نشر دار التراث العربي. ط أولى ١٩٨٠. ص ٨٧-١١١.

(٢) سورة النساء: من الآية (٢١).

(٣) سورة البقرة: من الآية (٢٢٩).

(٤) سورة البقرة: من الآية (٢٣١)، والطلاق: من الآية (٢).

(٥) القرطبي ٥/١٠٢.

(٦) سورة البقرة: من الآية (٣٥).

(٧) يوسف قاسم. حقوق الأسرة في الإسلام. ص ٢٢٦.

وخير ضابط للمحتوى أن تكون العشرة بالمعروف، والمعروف هو ما أمر الله به في كل وجوه الحياة، من قول أو فعل، أو مظهر، وقيل المعروف هو: ما تألفه الطباع، ولا يستنكره الشرع، ويقره العرف، وتدعو إليه المروءة، وللمطيعي في تكملة المجموع كلام طيب حري بنا أن نورد هنا، قال: "وقال الشافعي: وجماع المعروف بين الزوجين كف المكروه، وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه، لا بإظهار الكراهية في تأديته، فأيهما مطل بتأخيرها الواجد القادر على الأداء ظلم بتأخيرها، قال أصحابنا: فكف المكروه هو أن لا يؤذي أحدهما الآخر بقول أو فعل، ولا يأكل أحدهما ولا يشرب ولا يلبس ما يؤذي الآخر، وقوله (إعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه) إذا وجب لها على الزوج نفقة أو كسوة بذلها لها، ولا يحوجها أن ترفعه إلى الحاكم فيلزمها في ذلك مؤنة، لقوله ﷺ: ((مَطْلُ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ))^(١)، وقوله (لا بإظهار الكراهية في تأديته) إذا طلبت الزوجة حقها منه، أو طلب الزوج حقه منها بذل كل واحد منهما ما وجب لصاحبه وهو باش الوجه، ضاحك"^(٢).

وبداهة فإن المعاملة بالمعروف هي الوسيلة المثلى للحفاظ على الأسرة، غير أن واجب المحافظة يجاوز حسن العشرة إلى الإحسان إلى الآخر، وهذا لا يكون - كما يقول الغزالي - رحمه الله - بكف الأذى عن الآخر، وإنما باحتمال الأذى منه، والحلم عند الطيش والغضب، اقتداء بالنبي ﷺ، ومن تطبيقاته ما في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُنَّ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾^(٤).

(١) أخرجه البخاري في أداء الديون والحجر والتفليس، باب: مطل الغني ظلم برقم ٢٢٧٠، ومواضع أخرى، ومسلم في المساقاة برقم ١٥٦٤، وأصحاب السنن.

(٢) المطيعي. محمد نجيب. تكملة المجموع للنووي. ط مكتبة الإرشاد بجدة ١٨ / ٩٨.

(٣) سورة النساء: من الآية (١٢٨).

(٤) سورة النساء: من الآية (١٩).

وقول النبي ﷺ: ((لا يفرك مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلقاً رضي منها خلقاً آخر))^(١).

بقي أن ننبه أن القانون البحريني ينبه إلى الأهم من مفردات حسن العشرة، فيلزمهما "المحافظة على خير الأسرة، والعناية بالأولاد وتربيتهم بما يكفل تنشئتهم تنشئة صالحة، واحترام كل منهما للآخر ولأبويه وأهله الأقربين"، ويلزم الرجل خاصة عدم التعرض لأموال المرأة، وكفالة حقها في التصرف في مالها بالمعروف، وعدم الإضرار بالزوجة مالياً أو معنوياً، والسماح لها بصلة أرحامها بالمعروف، وألا يحرمها من نسله.^(٢)

ومن مميزات القانون البحريني أنه لم يقصر هذا الحق في القول والفعل الموجه للزوجة فقط وإنما أدخل عليه ما يوجه إلى والديها وأقاربها، وهذا سبق لم يرد في القوانين: المصري، والسوري، والعراقي، والأردني، والكويتي فلم نقف في أي منها على نص يشابه، ولو جزئياً، تلك النصوص الواردة في القوانين: العماني (٦/٣٦)، والمغربي (م ٥٢ / ٥) والجزائري (م ٣٦ / ٥-٧)، والقطري (٦ / ٥٦) ووثيقة مسقط (م ٦ / ٣٧).

ومع أن المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المصري تجيز التطلاق على الزوج للضرر، والمقصود به: " إيذاء الزوج زوجته بالقول والفعل إيذاء متعمداً، مادياً أو معنوياً، لا يليق بمثلها " على ما اطرّد به قضاء النقض المصري، إلا أن ظاهر هذا الحكم أن الضرر المعتبر هو ما يقع على الزوجة ذاتها، من قول أو فعل لا يليق بمثلها، بحيث تعدّ معاملة الزوج لزوجته - والحال كذلك - معاملة شاذة عرفاً، وقد قضت محكمة السيدة الشرعية في ٣ / ٦ / ١٩٥١ بأن: " الضرر الموجب للطلاق هو الضرر الواقع من الزوج على زوجته نفسها، فلا يوجب تعديده على أحد من أهلها تطليقها عليه، ولا يسمى هذا ضرراً واقعاً عليها ".

وفي المقابل فإن إساءة الزوجة إلى أحد من أهل الزوج لا تعدّ نشوزاً، بل إن عموم الضرر المعتبر بالمادة (٦) هو ما كان واقعاً من الزوج على زوجته، وليس كذلك الضرر الآتي من جهة

(١) أخرجه مسلم في الرضاع، باب: الوصية بالنساء برقم ١٤٦٩.

(٢) انظر: كتابنا: أحكام الأسرة ص ٢٠٤، والغزالي، والمحميد. التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني ص ٢٣٤.

الزوجة، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في أحكام كثيرة.

وعلى ذلك يكون المقرر بالفقرة (ج): "احترام كل منهما للآخر ولأبويه وأهله الأقربين" التزام مستحدث، نحوي من أجله التقنيات التي قررتها، بعد أن خرب الإعلام، والفن المسفّ الروابط الأسرية، لاسيما بين الكنتة (امرأة الابن) وحماها، وبين الزوج وأم زوجته، وأصبح من أهم أسباب الخلاف - بل الطلاق - الإساءة إلى قرابة الزوج الآخر، وقد أظهرت دراسة اجتماعية كويتية^(١) أن الخلافات مع الأهل - خصوصاً أهل الزوج - تأتي كسبب ثانٍ من أسباب الطلاق في الكويت، حيث مجتمع الدراسة، ونحسب أنها كذلك في كل مجتمع لم يزل يغلبه الطابع الجماعي في السكنى.

وأهل الإنسان هم ذوو نسبه أو أقرباء الدم، وأهل الرجل زوجته، وليست المقصودة هنا قطعاً، ولكن القانون خص بالأهل الأقربين، دون أن يبين حدود القرابة، وهذا النص لا نعرف له مصدرًا فقهياً نستعين به على تفسيره، ونظن أن الدلائل الشرعية لا تزال إجمال اللفظة، ففي تأويل قوله تعالى: ﴿وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ﴾^(٢) روى مسلم وغيره أن النبي ﷺ جمع قريشاً، فعم، وخص. ومثل ذلك نجده في تفسير (الأرحام) و(ذوي القربى) في القرآن الكريم، والسنة المشرفة، ولا يعقل أن يكون مراد النص الأهل وإن بعدوا.

ولعل أنسب التفسيرات في رأينا أن تحمل هذه اللفظة على ذوي الحقوق الواجبة ذات الصلة بالعلاقة الزوجية في هذا القانون، كالأولاد من غير الزوج/ الزوجة، اعتباراً بالمادتين (٥٨، ٥٩) اللتين تثبتان لهؤلاء الحق في السكنى، في بيت الزوجية، بشروط خاصة، وكالأجداد والجندات، والأحفاد والحفيدات لما لهم من حق في النفقة عند الحاجة المادة (٦٨ / أ)، وأخيراً المحارم، لما ثبت لهم بالمادة (١٤٢ / ب) من حق زيارة المحضون، واستزارته، واصطحابه.

(١) الثاقب. فهد. المرأة والطلاق في المجتمع الكويتي: الأبعاد النفسية والاجتماعية والاقتصادية. نشر المجلس العلمي بجامعة الكويت ١٩٩٩.

(٢) سورة الشعراء: الآية (٢١٤).

المبحث الرابع الحقوق المالية

أ- حقها في الحصول على صداق :

نصت المادة (٢٦) في الفقرة (ج) أنه: " مع مراعاة أحكام المواد (١٨) و(١٩) و(٢٠) و(٢٣) من هذا القانون، يشترط لصحة عقد الزواج:

ج- "عدم نفي الصداق" .

الصداق أو المهر هو: ما تستحقه الزوجة على زوجها بالوجوب الشرعي تكرامة ونحلة، لقول الله تعالى: ﴿ وَأَحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ﴾^(١) .

وقوله تعالى: ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾^(٢) وأدلة السنة كثيرة فإن النبي ﷺ قد أصدق نساءه، وما زال المسلمون على هذا الفعل إلى يومنا هذا، وقد أجمع المسلمون عليه.

والصداق أثر من آثار العقد، غير أنه لا يجوز إخلاء عقد الزواج منه، كأن يشترط أحد طرفي العقد أو اتفق الطرفان على نفيه كأن يقول الرجل للمرأة أو وليها عند العقد: " تزوجتك - أو تزوجت موليتك - على ألا مهر لك - أو لها "، أو هي قالت، أو قال وليها للرجل: " قبلت الزواج منك - أو تزويجك موليتي - دون مهر "، فحكمه في القانون البحريني أخذ من قول المالكية.^(٣)

وهو رأي شيخ الإسلام ابن تيمية، وقال: إن الأ شبه بالنص والقياس القول ببطلان النكاح إذا شرط فيه نفي المهر، وهناك فرق بين ترك فرض الصداق وبين اشتراط نفيه، فإن النكاح ينعقد في الحالة الأولى اتفاقاً دون الحالة الثانية.

(١) سورة النساء: من الآية (٢٤).

(٢) سورة النساء: من الآية (٤).

(٣) وهو قول أبي عبيد من الحنابلة، وعلي بن أبي هريرة من الشافعية، وابن حزم الظاهري. انظر: الفواكه الدواني ٣٢/٢ وما بعدها، وابن طاهر. الحبيب بن طاهر. الفقه المالكي وأدلته. مؤسسة المعارف. ط الثالثة ٢٠٠٥، ٢٧١/٣، المغني، تحقيق خطاب، ٥٥٢/٩، الحاوي الكبير ٩٩/١٢، المحلى ٤٩/١١.

وقال ابن تيمية: والذي يثبت بالكتاب والسنة والإجماع أن النكاح ينعقد بدون فرض المهر أي: بدون تقديره، فلا بد من مهر مسمى مفروض، أو مسكوت عن فرضه، ثم إن فرضاً ما تراضيا به، وإلا فلها مهر نساءها، كما قضى به النبي ﷺ في بروع بنت واشق،^(١) وأما مع نفي المهر فلا ينعقد النكاح، ويدلل ابن تيمية على ذلك بما ثبت في السنة من بطلان نكاح الشغار، وأن علة النهي ما فيه من نفي المهر، وجعل البضع مهراً للبضع.^(٢)

إلا أن القانون لم يفصح عن أثر اختلال هذا الشرط، فكان حكمه مطلقاً، وعندئذ يرجع في تفسيره إلى مأخذه، ومشهوره^(٣) – أي مذهب المالكية: أنه إذا وقع العقد على شرط إسقاط الصداق فإنه يكون فاسداً، يفسخ قبل البناء (الدخول) ويثبت بعده بصداق المثل، ومما يؤكد على صحة هذا التفسير أن القانون – كما سيأتي – قرر في المادة (٣٠) أن الصداق لا يسقط بنفيه أو السكوت عنه، والسكوت عن الصداق لا يؤثر في العقد، لحديث بروع بن واشق، ويجب عندئذ صداق المثل، فكذلك النفي إذا لحقه دخول، إذن نفي الصداق يبطل العقد إذا اطلع عليه قبل الدخول، فإن وقع دخول ثبت العقد، وتقرر للزوجة مثل مهر مثلها من النساء.

ولقد وقع في كلام السلف الخلاف في طبيعة الصداق، هل هو مكرمة أو جبتها الله سبحانه وتعالى

(١) أخرجه أبو داود بإسناده إلى عبد الله بن مسعود في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق، فقال: "لها الصداق كاملاً وعليها العدة ولها الميراث". فقال معقل بن سنان: سمعت رسول الله ﷺ قضى به في بروع بنت واشق". كتاب النكاح، باب: فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات، برقم ٢١١٦، والترمذي في النكاح، باب: ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها، برقم ١١٤٥، وقال: حديث ابن مسعود حسن صحيح، والنسائي في النكاح، باب: إباحة التزوج بغير صداق، برقم ٣٣٥٤، وقد صححه الألباني، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده برقم ٤١٠٠، وعلّق شعيب الأرنؤوط بقوله: إسناده صحيح على شرط مسلم.

(٢) مجموع الفتاوى بتحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم. ط بأمر خادم الحرمين الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود – رحمه الله. ٢٩ / ٣٤٤ وما بعدها.

وانظر: ابن طاهر. الحبيب بن طاهر. الفقه المالكي وأدلته. نشر مؤسسة المعارف. الثالثة ٢٠٠٥، ٣ / ٢٧١.

(٣) حكي الإمام ابن العربي عن الإمام مالك في ذلك ثلاثة أقوال، ثانيها: "والمشهور أنه يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده، لما فات من الانتفاع، ومضى من الاستمتاع". أحكام القرآن، بتحقيق محمد على البجاوي. ط دار الجيل ١ / ٣١٧.

للمرأة إبانة لشرف المحل، أو أنه عوض عن استمتاع الرجل بزوجه بمقتضى العقد؟ وترتب على اختلافهم هذا اختلاف في تعريف الصداق.

وعموم التقنيات القديمة لم تتعرض لتعريف الصداق، وتركت ذلك للشروح التي تتردد بين اتجاهي السلف في تعريفه، وإن رجَّح الشُّرَّاح القول بأن الصداق: هو ما يقدمه الزوج لزوجته على أنه هدية لازمة، وعطاء واجب، إبانة لشرف عقد الزواج، وليس عوضاً عن الاستمتاع، وهو الأوجه، صيانة للآدمي - عموماً - أن يكون كله، أو جزء منه، محلاً للتعاقد، وصيانة للمرأة خصوصاً من أن تكون كالسلعة كما كان يفعلها بها أهل الجاهلية.^(١)

أما التقنيات الحديثة فإنها ميّالة إلى وضع تعريفات، فتتفق في النص على القيمة الأساسية المستهدف إقرارها، وقد تتفاوت في التنبيه على القيود والاحترازمات التي يراها كل منها أولى بالاهتمام، وعلى ذلك يتفق القانون البحريني في مادته (٢٨) مع القوانين: العماني المادة (٢١)، والإماراتي المادة (٤٩)، والقطري المادة (٣٧) التي تنص على: "الصداق ما يبذله الرجل من مال أو منفعة بقصد الزواج، ويفضل ذكره في العقد، ومع السكوت عنه تستحق الزوجة صداق المثل". وهذا القدر المتفق عليه يبرز أمرين:

أولهما: أن المهر ليس عوضاً عن شيء على ما يفيد لفظ (بذل) فهو: العطاء عن طيب نفس، وأكثر ما يستخدم في معنى العطاء دون مقابل.

والثاني: أنه يبذل بقصد الزواج، ولهذا القيد قيمة في خصوص ما يقدم إلى المخطوبة قبل العقد، كما ورد النص عليه بالمادة (٣٢)، وفي خصوص ما قد يقدم زيادة على الصداق بقصد أن تتجهز به المرأة إلى بيت الزوجية.^(٢)

وقد مضى القانون على قول الجمهور^(٣) أن المهر هو ما يبذل من المتقومات، سواء كان نقداً أم عيناً مالية، أم منفعة، مما يحتمل أن يكون له نصف يعتبر مالاً، حتى إذا وقع الطلاق قبل الدخول

(١) انظر مثلاً: الأحوال الشخصية للشيخ أبو زهرة ص ١٦٩، البلتاجي. محمد أحمد. دراسات في أحكام الأسرة. ص ٢٩٦، يوسف قاسم. حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي ص ٢٢٨.

استحقت الزوجة نصف المفروض، بالنص القرآني، وقد نقل القاضي عياض الإجماع على أن الشيء الذي لا يتموّل، وليس له قيمة لا يصلح أن يكون مهراً.

ومثال المنفعة: الخدمة، وفي كتاب الله تعالى: ﴿ قَالَ إِنِّي أَرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِ حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمَنْ عِنْدَكَ ﴾^(٣).

والتعليم المشروع ففي الحديث: ((زوجناكها بما معك من القرآن))^(٤).

وقد قصد بالتعبير (من مال أو منفعة) الإشارة إلى هجر القول بأن للمهر حداً أدنى، فالحرف (من) هنا لتأكيد العموم، أي كل مال، قل أم كثر، وكل منفعة عظمت أم هانت، ومعلوم أن السلف متفقون على أن ليس للمهر حد أقصى، لقوله تعالى: ﴿ وَأَتَيْتُمُ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا ﴾^(٥).

وخاتمة المادة (٢٨) أن السكوت عن ذكر المهر في العقد لا يعني إسقاطاً له، وتستحق الزوجة عندئذ مثل مهر مثيلاتها من نساء قومها، على ما قضى رسول الله ﷺ في قصة بروع بنت واشق الأشجعية، فإن لم توجد من تماثلها من أسرتها اعتبر مهر المثل بمهر من تماثلها من أسرة كأسرتها. والمماثلة المعتبرة في السن، والجمال، والعقل، والعفة، والبكارة، والثبوبة، واليسار، والفصاحة، والعلم، والشرف، وكونها ذات ولد، أو ليست كذلك.. ونحوه.

٢- حقها في التصرف في صداقها:

نصت المادة (٢٩) على أن: "الصداق حق المرأة، تتصرف فيه كيفما شاءت بالمعروف، ولا

(١) ولهذا قيمته في تفسير المادة (٢٩) والفقرة الأولى من المادة (٣٤).

(٢) والمعتمد عند المالكية أن المنافع لا تصلح مهراً. انظر: الدسوقي. محمد عرفة. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ط. عيسى الحلبي ٢/٣٠٩، أحكام القرآن لابن العربي ٣/١٤٧٠، تفسير القرطبي ١٣/٢٨٤، وقارن الحاوي الكبير ١٢/١٤، ١٧، ٢٥-٢٦، المغني ٩/٥٣٢-٥٣٦.

(٣) سورة القصص: من الآية (٢٧).

(٤) أخرجه البخاري في النكاح، باب: السلطان ولي، برقم ٤٨٤٢، ومسلم في النكاح، باب: الصداق وجواز كونه تعليم القرآن وخاتم الحديد، برقم ١٤٢٥.

(٥) سورة النساء: من الآية (٢٠)، وقال الماوردي ٤/١٢: ذكر القنطار على سبيل المبالغة، لأنه لا يسترجع إذا كان صداقاً.

يعتد بأي شرط مخالف".

وهذه المادة خروج مقصود على مذهب المالكية والحنابلة، وبعض أهل الفقه القائلين بأنه يجوز للأب أن يشترط من صداق ابنته شيئاً لنفسه، مما يسمى في بعض الأوساط: رضوة، أو خلعة، أو حبة، جاء في المغني: "يجوز لأب المرأة أن يشترط شيئاً من صداق ابنته لنفسه"، وبهذا قال إسحاق، وروى نحو ذلك عن علي بن الحسين. وقال عطاء وطاووس، وعكرمة، وعمر بن عبدالعزيز، والثوري، وأبو عبيد: "يكون كل المهر للمرأة"، واحتج الحنابلة لمذهبهم بقوله تعالى في قصة شعيب وتزويجه إحدى ابنتيه موسى عليه السلام: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِكَ بِمَنْعَتِنَا لِنُؤْتِيَكَ مِنْهَا خَبْرًا وَنُنَافِثُكَ فِيهَا فَادْفَعِ الْغَيْظَ إِنِّي نَرَاكَ مِنَ الْمُقْتَدِرِينَ﴾^(١)، فجعل المهر الإجارة على رعاية غنمه، وهو شرط لنفسه، ولأن للوالد الأخذ من مال ولده بدليل قوله ﷺ: ((أنت ومالك لأبيك))^(٢)، وقوله ﷺ: ((إن أولادكم من أطيّب كسبكم فكلوا من أموالهم))^(٣).

فإذا شرط لنفسه شيئاً من المهر يكون ذلك أخذاً من مال ابنته، وله ذلك، قال القاضي أبو يعلى: "ولو شرط جميع المهر لنفسه صح بدليل قصة شعيب، فإنه شرط الجميع لنفسه". وقال الشافعي ردًا له: "إذا فعل ذلك فلها مهر المثل لفساد المسمى"^(٤).

وكما هو منطوق المادة فإن للزوجة أن تتصرف في مالها كيفما شاءت بعد ثبوته، أو قبضه، فتبريء الزوج منه قبل القبض، وتهبه كله أو جزءاً منه بعد القبض، بشرط أن تكون أهلاً للإبراء أو الهبة، وأن تتوافر شروط كل منهما، فإذا اشترط الزوج على زوجته أن تتجهز إليه بصداقها، أو تتصرف فيه على أي وجه مشروط، فشرطه باطل لا يعتد به لمخالفته للفقرة (أ) من المادة (٣٤): "لا تلزم الزوجة بشيء من جهاز منزل الزوجية، فإذا أحضرت شيئاً منه ملكاً لها".

(١) سورة القصص: من الآية (٢٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب: مال الرجل من مال ولده، برقم ٢٢٩١، وصححه الألباني.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده برقم ٢٤١٣٥، وأبو داود في الإجازات، باب: الرجل يأكل من مال ولده، برقم ٣٥٣٢، وابن ماجه في البيوع، باب: الحث على الكسب، برقم ٢٢٩٢، وصححه الألباني.

(٤) المغني ١٠ / ١١٨ وما بعدها.

غير أن ثبوت الصداق كله للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، لا ينفي أمرين: أولهما: أن لولي المرأة أن يقبض صداقها إذا وكلته توكيلاً صريحاً في قبضه، أو جرى العرف عليه، كما يقبضه إذا لم تكن الزوجة مأذونة في التصرفات المالية، ويصير قبضه مبرءاً للزوج. والثاني: أن ثبوت الملك التام، وحرية التصرف الكاملة، وسقوط أي شرط مخالف إنما يرد على المبدول صداقاً، دون ما يقدم زائداً بقصد إحضار جهاز، لا سيما إن كان الزائد منفصلاً عن الصداق، واشترط كونه مقابل الجهاز، أو مقابل الجهاز الخاص، أو كان العرف جرى بذلك، فإن وقع ذلك وزفت إليه بغير جهاز، أو بجهاز يخالف المشترط، أو الذي جرى به العرف فللزوج أن يسترد ما دفع زائداً، وإن سكت اعتبر سكوته رضا بموقفها، ويحمل سكوته على أنه إنما دفع الزائد تبرعاً.

واختلف الفقهاء فيما يدفع زائداً دون انفصال وتعيين، فقليل يثبت للزوجة المقبوض كله ولا تلزم بشيء، وقيل تلزم بالجهاز، أو الجهاز المخصوص، فإن لم توف فللزوج استرداد ما دفع زائداً عن مهر المثل.

ويبدو لنا أن المناط في ذلك هو العرف الغالب وقت القبض، وعلى القاضي في الزيجات المختلطة أن يسأل عن ذلك العرف، ولا يتوقف عند حدود أعرف أهل البحرين لا يجاوزها.

٣- حقها في مؤخر صداقها:

نصت المادة (٣٠) على:

" أ- الأصل في الصداق التعجيل، ويجوز تأجيله كلاً أو بعضاً حين العقد، ولا يسقط بنفيه أو السكوت عنه.

ب- يجب الصداق بالعقد الصحيح، ويتأكد كله بالدخول أو الوفاة، ويستحق المؤجل منه بحلول الأجل أو بالوفاة أو البيونة " .

استخدمت لفظة (الأصل) لتعني: أن القاعدة العامة في الصداق أن يعجل كله، فيسلم للزوجة أو وليها عند العقد، فإن لم يتفق على تعجيل أو تأجيل استصحاب حكم هذه القاعدة، ولزم

التعجيل، وإن ادّعى الزوج التأجيل فأنكرته الزوجة أو وليها، ولا بيّنة للزوج فالقول قولها، وترجّح التعجيل، وهذا قول المالكية، قال الحبيب بن طاهر: "وأما لو ذكر الصداق ولم يُذكر حلول ولا أجل فيحمل على الحلول، والنكاح صحيح"^(١).

واستثناء من الأصل يجوز حين العقد الاتفاق على تأجيل كل الصداق أو بعضه، إلى أقرب الأجلين: الموت أو الطلاق، أو إلى أجل يتفق عليه،^(٢) كما يجوز دفعه على أقساط في مدد معلومة، قريبة أو بعيدة، ما لم تكن مجهولة فاحشة، كتأجيل المهر إلى وقت اليسار، فإن لم يعلم الأجل فإن العقد يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بصداق المثل.

ويفرّق بمقتضى عجز الفقرة (ب) من المادة محل التعليق بين أن يكون الأجل محدداً، أو غير محدد، فإن كان الأول فإن الصداق يستحق بحلول الأجل المتفق عليه كالدخول، وإن كان الثاني فإنه يستحق بوقوع البيونة - كبرى أو صغرى، أو وفاة أحد الزوجين، أيهما أقرب.

وهو ما جاء في نص حكم المحكمة الكبرى الشرعية السنية الثانية في الدعوى ١٤/٢٠١٠/٩١٦٨١: "حيث إن المدعية وبعد الإعلان ختمت طلبها بمؤخر صداقها بموجب ما هو ثابت في عقد النكاح المرفق والصادر من..... والمؤرخ.....، وقد جاء فيه أن المدعية تستحق..... مؤجلاً للحلول الشرعي.

وحيث إن المدعية قد طلقت فعلاً بموجب وثيقة طلاق رقم..... طلقة رجعية غير مسبوقه، وقد قرر القانون بموجب المادة (٣٠) من أجله فإن المحكمة تستجيب لطلب المدعية على ما هو آت في الحكم، فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بإلزام المدعى عليه أن يدفع للمدعية مؤخر صداقها البالغ.....".

(١) الفقه المالكي وأدلته ٣/ ٢٨٥.

(٢) المعمول به في العرف البحريني - حتى تاريخ - هو تقديم المهر المسمّى أثناء إبرام العقد أو قبله، وفي حال عجز الزوج عن دفعه كله أو بعضه فإنه يؤجل إلى أجل محدد، وغالبًا يكون قبل الدخول.

أما المؤخر الذي يستحق عند أقرب الأجلين: الطلاق، أو الموت، والذي غالبًا يكون مبلغًا كبيرًا فهو غير معمول به في الواقع البحريني إلا نادرًا.

إلا أن حكم المحكمة قد أغفل في حكمه كون طلاق هذه المدعية كان طلاقاً رجعيًا، ولم يذكر في حيثياته أنها قد أنهت عدتها، فهي إذا ما زالت تعتبر زوجة حكمًا لمن تلفظ عليها بالطلاق، ولذا فهي لا تستحق مؤخر الصداق المؤجل لأقرب الأجلين الذي لا يستحق إلا بالطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى، إلا إذا كان واقع الحال أنها أنهت عدتها وأصبح طلاقها طلاقاً بائنًا بينونة صغرى ولكن المحكمة أغفلت ذكر ذلك في حيثيات حكمها.

وفي الدعوى ١٤/٢٠١٠/٣/١٩٧٠: (حيث إن مؤجل الصداق حق الزوجة شرعًا وقانونًا وإعمالاً للمادة (٣٠) من قانون أحكام الأسرة الصادر بالمرسوم بقانون ١٩ لسنة ٢٠٠٩م، وحيث إن المدعى عليه أقر بما في ذمته من الحق واتفقا على تقسيط مبلغ المؤخر، فلهذا حكمت المحكمة بإلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مؤخر صداقها البالغ.... على أقساط شهرية قدرها.... ويستحق المؤجل إلى أقرب الأجلين بالموت، ويستوي في الموت أن يكون حقيقة، أو حكمًا، فمن قضي باعتباره مفقودًا تعتد زوجته عدة وفاة وتستحق مؤجل صداقها، وحقها في تركته إن كانت ترثه، ويستحق ورثة المحكوم بفقدانها مؤخر صداقها من تاريخ الحكم باعتبارها ميتة.

وأخيرًا.. فإن المنازعة في المؤجل من المهر، متى حل، واقعة شرعية يختص بها القضاء الشرعي، ولا يخرجها عن اختصاصه كونها منازعة مالية، لأنها أثر من آثار الزواج^١.

٤- حقها في الامتناع عن الدخول ما لم تستلم الحال من صداقها:

نصت المادة (٣١):

- أ- يحق للزوجة عدم الموافقة على الدخول حتى يدفع لها الحال من صداقها.
 - ب- إذا رضيت الزوجة بالدخول قبل أن تقبض صداقها من الزوج فهو دين في ذمته.
- يقرر القانون في الفقرة (أ)- لكون الصداق حقًا للمرأة تتصرف فيه كيفما شاءت- أن من حقها المطالبة بالأصل فيه وهو التعجيل، أو تأجيله كلاً أو بعضاً، فإذا اشترطت التعجيل أثناء إبرام عقد

(١) انظر التعليق على القانون للغزالي والمحميد ص ٢٠٣-٢٠٤.

الزواج، أو قبلت بتأجيل بعضه فمن حقها ما ذكره ابن قدامة: " قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها "أ.هـ،^(١) ولا تعد بذلك ناشراً مخلّة بحق زوجها، لأن امتناعها كان بحق شرعي.

إما الفقرة (ب) فإنها تناولت حال قبول الزوجة الدخول بها قبل أن تقبض الحال من صداقها، فالقانون أخذ بقول الجمهور الذين قالوا بسقوط حقها في الامتناع عندئذ، لأنها أسقطته بتمكينه منها، بقيامها بتنفيذ العقد من جانبها من كل الوجوه راضية، والساقط لا يعود.^(٢)

وقال أبو حنيفة، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة: لها الحق في الامتناع وإن مكنته، قياساً على ما لو رضيت بمعاشرته مع عدم الإنفاق مدة من الزمن.^(٣)

وسقوط حقها في الامتناع لا يعني سقوط حقها في المطالبة بصداقها، بل يبقى ديناً في ذمة الزوج، على خلاف المخصوص عليه في دين النفقة الزوجية في المادة (٥٦) :

" ينقضي الالتزام بنفقة الزوجة:

أ- بالأداء.

ب- بالإبراء.

ج- بوفاة أحد الزوجين بالنسبة للنفقات الحالية، أما النفقات التي سبق التراضي عليها أو رفعت دعوى للمطالبة بها قبل الوفاة فتعتبر ديناً على الزوج وتستوفي من التركة إذا ما قضى بها للزوجة".

(١) المغني ٩/ ٦٢٤ وما بعدها.

(٢) انظر: البدائع ٢/ ٢٨٩، الحاوي الكبير للماوردي ٩/ ٦٢٥ وما بعدها، ١٢/ ١٦٢ وما بعدها، مغني المحتاج ٣/ ٢٢٣، ابن مفلح. محمد. كتاب الفروع بمراجعة عبد الستار أحمد فراج. ط رابعة. عالم الكتب. بيروت ١٩٨٥ - ١٩٩١/٥، الغرياني. الصادق عبد الرحمن. السرة: أحكام وأدلة. من منشورات جامعة الفاتح. ليبيا ١٩٨٢ ص ١٠٨ وما بعدها.

(٣) المصادر السابقة. وأوافق ما ذهب إليه أستاذي الفاضل د. أحمد محمد بخيت الغزالي ود. ياسر المحميد في كتابهما: التعليق على القانون ص ٢٠٦ بقولهما: " نحسب أن قول أبي حنيفة ومن معه أوجه، وقد رجحه القاضي أبو الطيب الشافعي، وسر وجاهته أنها ربما تكون قد مكنته انخداعاً بوعده، أو محاولة منها لحمله على الوفاء، ومقتضى ذلك أنه متى بان مطله فإن من مصلحتها أن تمتنع نفسها حتى تقبض معجل صداقها".

ولا يقاس المهر على النفقة، لأن المهر قد ثبت بالعقد، أما النفقة فمن شرطها الاحتباس، ولا احتباس مع الوفاة.

٥- حقها في وجوب الصداق لها:

عموم عبارة " يجب الصداق بالعقد الصحيح " في صدر الفقرة (ب) من المادة (٣٠) يشير إلى أن وجوب الصداق، المسمى أو غير المسمى يكون بالعقد الصحيح، أخذاً بما استقر عليه قول الفقهاء في حال التسمية، ويقول الحنفية والحنابلة، وبعض الشافعية في نكاح التفويض، يقويه عجز المادة (٢٨) من القانون بنصه على أنه " ومع السكوت عنه تستحق الزوجة صداق المثل "، حيث وقع قوله " تستحق الزوجة... إلخ " في معنى جواب الشرط، فإن سكت عن ذكره في العقد استحقت المثل، دون توقف على فرض أو تعيين.

٦- حقها في تمام الصداق المسمى:

لقد نصت الفقرة (ب) بأنه: " يجب الصداق بالعقد الصحيح، ويتأكد كله بالدخول أو الوفاة ،.... "

لقد اتفق الفقهاء على أن الزوجة تستحق المسمى لها كاملاً في حالتين هما:

أ- الدخول الحقيقي بعد العقد الصحيح لقول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا * وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾^(١).

قالوا: الإفضاء كناية عن الجماع، بدليل قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾^(٢)، حيث اعتبرت الآية عدم المسيس مانعاً من استحقاق الزوجة جميع الصداق، والمسيس هنا كناية عن الجماع، مما يدل على أن الخلوة،

(١) سورة النساء: الآيات (٢٠، ٢١). وانظر: السرخسي. محمد بن أحمد بن سهل. المبسوط ٥/٦٢، الفقه المالكي وأدلته ٣/ ٢٨١،

كشاف القناع ٥/ ٢٥٠٤.

(٢) سورة البقرة: الآية (٢٣٧).

دون جماع، لا تأثير لها في تكميل الصداق.

ب- موت أحد الزوجين ولو قبل الدخول، لأن المهر كان ثابتاً إلى أن يوجد ما يسقط بعضه، وهو الفرقة قبل الدخول، وبالموت استحال وجود ذلك المسقط فتأكد المهر.

واختلفوا في الحالة الثالثة وهي الخلوة الصحيحة .. والمقصود بالصحيحة: الدخول الحكمي حيث يجتمع الزوجان بعد العقد الصحيح منفردين، في مكان يأمنان فيه من دخول غيرهما عليهما، وإطلاعه عليهما بدون إذنهما، وليس هناك مانع حسي، مثل: وجود شخص ثالث معهما، ولو كان أعمى، أو نائماً، أو صغيراً يعقل، أو شرعي: كصوم رمضان، والإحرام بحج أو عمرة، أو طبعي، ومثاله: المرض الذي يمنع المقاربة، أو صغر الزوجة، أو الحيض والنفاس.

فقال الأحناف والحنابلة: الخلوة كالدخول، وقال الشافعي: ليست كالدخول، وقال مالك: الخلوة يد، أي قرينة، فإن بلغت سنة كاملة، وكان الزوج بالغاً، والزوجة مطيقة الوطء، قامت مقام الدخول في وجوب الصداق كاملاً، ولو اتفقا على عدم الوطء، وأولى لو أقر بالوطء.^(١)

وقد خالف القانون البحريني هنا القوانين: المصري (باعتبار الراجح في المذهب الحنفي)، والكويتي (م ٦١)، والعماني (م ٢٤ / ب)، والإماراتي (م ٥٢ / ٢)، والقطري (م ٣٩ / ب)، بل لا نعلم له مثلاً سوى القوانين: السوداني (م ٢٩ / ٢)، والمغربي (م ٣٢)، والجزائري (م ١٦)، وقد حاكت هذه القوانين مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد (بين القطرين المصري والسوري) الذي اعتمد قول الشافعي بالمادة ٣٨ منه.

وقد أسست المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون الموحد لاختيارها - المقرر بالمادة (٣٨) بقولها: ... ومراعاة لأوضاعنا الاجتماعية، ولما هو أقرب إلى العدل والمصلحة، واستناداً إلى ما جاء في فقه الشافعي، ومالك - لا نسلم لها نسبة القول المطلق إلى المالكية -، ونظراً إلى أن السبب الأصلي لاستقرار جميع المهر إنما هو الدخول الفعلي، لا يختلف في ذلك أحد من الفقهاء، وإنما أقام الخلوة الصحيحة من أقامها مقام الدخول على سبيل الاحتياط، باعتبار الخلوة مظنة الدخول،

(١) انظر: البدائع ٢/٢٩٢، المغني ٩/٦٠٢، الحاوي الكبير ١٢/١٧٣، السيل الجرار وممن الأزهار ٢/٢٧٩.

ونظرًا إلى أن هذا التدبير الاحتياطي من الحنفية ومن تابعهم بإقامة الخلوة مقام الدخول الفعلي قد سبب في هذا العصر مشكلات كثر وقوعها، وأصبح مجالًا للاستغلال، لكثرة خلو العروسين بعد العقد، قبل الزفاف، على سبيل الزيارة والتنزه، مما فشا اليوم في عادات الناس، ولم يكن معهودًا من قبل، تقرر في المشروع أن المهر يتأكد في العقد الصحيح، فلا يكون عرضة لسقوط كله، أو سقوط نصفه في الحالات الآتية:

أولاً: الدخول فعلاً.

ويعتبر الزفاف دليلاً على الدخول، لا يقبل إثبات العكس إلا بإقرار مدعي الدخول، أو ببقاء الزوجة على بكارتها إذا كانت بكرًا.

ثانياً: موت أحد الزوجين قبل الدخول.

ونلفت النظر إلى أنه قد أريد بلفظ الدخول... معنى الوطء الفعلي^(١).

وفي رأينا أن الواقع الذي بررت به المذكرة الإيضاحية مأخذ المشروع - وهو ما سار عليه القانون البحرينى - ليجب عكس هذا الخيار تمامًا، فقد قال بقيام الخلوة مقام الدخول من قالوا وغالب عرف زمانهم أن الرجل لا يستمتع بزوجه على أي نحو ما لم تزف إليه، فاحتاطوا للنادر، وفي زماننا يندر ألا يكون بين الزوجين قبل الزفاف استمتاع، فكان الأولى، احتياطاً للأبضاع الأخذ بقول الجمهور، لاسيما وأنه قول أكثر الصحابة، وكثير من التابعين، بل حكي فيه الإجماع، وفي تفسير الإفضاء في آية ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ ﴾^(٢) بالاختلاء، أو ما هو أعم من المسيس، إثبات حكم جديد، أي تأسيس، والتأسيس خير من التأكيد.

ولكن نقد النص القانوني هنا لا يلغي وجوب العمل به، حتى يأذن الله تعالى بتعديله، وحتى ذلك الحين ننبه إلى أهمية التوسع في تفسير معنى (الدخول) ليضم قدرًا من صور الاستمتاع بغير وطاء، أو بالوطء في غير موضع الحرث، حفظًا للأبضاع ألا تمتهن دون عوض، لاسيما وأن القانون

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد ص ٧٨ وما بعدها.

(٢) سورة النساء: الآية (٢١).

قد اعتمد في تعريف الصداق أنه ما يبذل إبانة لشرف المحل، ثم إن القانون في أحكام الصداق كثير الأخذ بفقهاء الإمام أحمد، وقد رأينا مدى توسع الحنابلة في تفسير الاستمتاع، فلو أن قضاة البلاد - وفقهم الله - دققوا في حصول دخول دون أن تزف المرأة إلى زوجها لعالجوا كثيراً من هذا الفراغ الذي أحدثه الأخذ بقول الشافعي في أمر الخلوة.

٧- حقها في أعيان ما أحضرت من جهاز مسكن الزوجية :

وهو ما ورد في المادة (٣٤):

أ- لا تلزم الزوجة بشيء من جهاز منزل الزوجية، فإذا أحضرت شيئاً منه كان ملكاً لها.
ب- للزوج أن ينتفع بما تحضره الزوجة من جهاز مادامت الزوجية قائمة، ولا يكون مسئولاً عنه إلا في حالة التعدي.

يقصد بالجهاز: ما يعد به مسكن الزوجية من أثاث وفراش وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة إلى زوجها، وفي فتوى دار الإفتاء المصرية أن جهاز الزوجة معناه عرفاً: جميع ما أعد لها للدخول به على زوجها.

ولأحكام الجهاز تنمة بمقتضى المادة (١٤٥) من القانون، وهي في المنازعات المتعلقة بمتاع مسكن الزوجية.

والمصدر القريب للمادة (٣٤) هو المادة (٧٢) من القانون الكويتي، وهذه الأخيرة تعد الصياغة الموجزة للمواد (٤٥-٤٧) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ومواد المشروع استخلاص لما كان - ولم يزل - عليه عمل المحاكم في القطرين المصري والسوري، فقد استقر قضاؤها على أن المهر الذي تقبضه الزوجة يكون حقاً خالصاً لها، وهي تتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات، فقد صار في عداد أموالها، ومن المقرر شرعاً أن المرأة لا تجبر على تجهيز نفسها من مهرها، ولا يجبر أبوها على تجهيزها من ماله، وإنما يقع عبء إعداد بيت الزوجية وتجهيزه بالأثاث على عاتق الزوج، لأن إسكان الزوجة عليه، ويدخل في ذلك أن يكون هذا المسكن معداً، فالمسكن شعبة من شعب النفقة التي هي على الزوج لزوجته، بل لا تلزم الزوجة بالدخول في طاعة زوجها

متى لم يكن مسكن الزوجية مجهزًا بالجهاز الملائم واللائق.

وما استقر عليه عمل القضاء هو مذهب الحنفية وجمهور العلماء.^(١)

وشذ المالكية فقالوا: الجهاز حق على المرأة في دائرة ما قبضته، وما تجرى به العادة بين أمثالها، فإن لم تكن قبضت شيئاً من المهر فليس عليها جهاز، إلا إذا كان العرف يوجب عليها جهازاً، أو كان قد شرط ذلك عليها.

قال ابن عبد الرفيح، في معين الحكام: "وإذا قبضت المرأة نقدها، أو قبضه وليها فمن حق الزوج أن يتجهز به إليه"، وهذا مشهور مذهب مالك وجميع أصحابه، عدا ابن وهب فإنه قال: "لا يلزمها التجهيز بصداقها".^(٢)

وقضية التزام الزوجة بالجهاز قد رسخت في الفقه المالكي، حتى إنهم ليرونها قاعدة تقيد بها أحكام الصداق، وشرطاً يجيز عند تخلفه حق الفسخ، وكأنهم أخذوا من قوله ﷺ: ((تنكح المرأة لمالها)) أن مثل هذا النكاح معروف، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

ولسنا نشك في أن العرف هو أساس هذه الفتوى في مذهب مالك، فقد ختم ابن فرحون بحثه في هذه المسائل وأشباهها بقوله: "والمتعارف من أحوال النساء فيما يوسعن به على أزواجهن من أموالهن إنما يردن بذلك مودات الأزواج، واستدامة عصمتهم معهم، وتضمن مسرتهم".^(٣)

ونريد من هذا النقل التنبيه إلى أمور:

أولها: أن القانون البحريني قد خرج هنا على المذهب المالكي خروجاً شبه تام.

والثاني: إن القانون قد نقل نص المادة (٧٢) من القانون الكويتي نقلاً حرفياً، ومن ثم فتفسيرات هذه الأخيرة مما يجب أن يكون محل اعتبار في إعمال المادة (٣٤) بحريني، ولم يتيسر لنا من أفضية

(١) انظر: الغزالي. أحمد محمد بخيت. الوسيط في أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والتقنيات العربية: دراسة مقارنة. الكتاب الأول: الزواج. دار النهضة العربية ١٩٩٩. ص ٣٨٥ وما بعدها.

(٢) معين الحكام على القضايا والأحكام. ص ١٦٨ - ١٧٠ مختصراً.

(٣) تبصرة الحكام ٦٦/٢.

المحاكم الكويتية ما نسوقه هنا، ولكن جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي تعليقاً على المادة (٧٢) ما نصه " وقد أخذت المادة بالفقه الحنفي في عدم إلزام الزوجة بشيء من جهاز منزل الزوجية، وبما يوافق مذهب مالك في انتفاع الزوج بما تحضره من جهاز، دون تقييد بمدة، طبقاً لما تعارفه الناس، استدامة لحسن العشرة، ولكن بغير مساس بملكيتها لأعيان جهازها، أو حقها في التصرف فيه بالبيع أو غيره، منعا لضررها من هذه القيود ".^(١)

والأخير: أن القضاء المصري يعتمد المذهب الحنفي القاضي بأن تجهيز السكن غير داخل في المهر إلا أننا ألفنا الزوجة المصرية تتجهز لزوجها بمهرها، ولا يدخل بها الزوج عادة إلا بعد أن تزف إليه، بما جهزت إليه من مهرها، وهذه عادة مستفيضة في جميع البلاد المصرية لا يختلف فيها إقليم عن آخر، بل يصح أن يقال إنها لازمة من لوازم الزواج! فكيف نوفق بين ذلك؟

الجواب: أن هذا حق، غير أن عاداتهم أيضاً أن فراش مسكن الزوجية يسجل كله كقائمة منقولات تخص الزوجة، وأنها موجودة عنده على سبيل الأمانة، وأنه يضمنها إذا ما تعدى.

ومبنى مطالبة الزوج - في مصر - زوجته بأن تتجهز على أنه دفع زائداً على مهر المثل مقابل الجهاز، وقد مضت عادة الناس على ذلك حتى اعتبرت عرفاً، والعرف معتبر في الأحكام.^(٢)

ولا مانع - في ظل المادتين (٢٩)، (٣٤) من القانون البحريني - أن يؤخذ بهذا العمل المصري في البحرين، لأن الحظر وارد على ما يبذل صداقاً، أما ما يبذل بقصد آخر فيعمل فيه برضا الأطراف واتفاقهم، إذن يمكن العمل بالمثل المصري في حدود الزائد على ما يبذل صداقاً فقط، أما في مجال مسئولية الزوج عما اعتبر ملكاً للزوجة من الجهاز فالعمل المصري فيه نبراس نثق في جدوى الاستضاءة به.

ثانياً: حقها في النفقة:

لعلنا لا نجاوز الحقيقة إن قلنا إن النفقات هي البحث الأهم في دائرة الحقوق الزوجية، فهي الحق المتجدد، والعوز الباقي ببقاء الحياة، على أن العيش دون ضرورات النفقة فقدان تام

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣١١/٤.

للأمن، وفي الحديث الشريف: ((من أصبح منكم آمناً في سربه، معافى في بدنه، عنده قوت يومه فكأنما حيزت له الدنيا))^(١). والسرب هو المسكن، ويتعافى البدن بالسلامة من الأمراض المهلكة، أو المُقْعِدة، ومن أسباب السلامة، أن يكسى الجسد بما يقيه قيظ الصيف، وبرد الشتاء، وهذه عافية الدنيا، أما عافية الدين والخلق فمن أسبابها لباس يوارى السوءات ويستتر العورات، والحاجة إلى القوت لا تحتاج إلى عناء إثبات، فلا حياة لمن يعيش بمعزل عن الطعام والشراب.

وقد خصت الزوجة في باب النفقة بأحكام متميزة، أبرزها أن نفقتها تجب على زوجها حال قيام الزوجية حقيقةً، أو حكماً، حيث تجب للمعتدة من طلاق رجعي، بل لعموم المعتدة في عدتها- إلا في حالات استثنائية- على ما تأخذ كثير من القوانين المعاصرة.

ولقد خص القانون البحريني هذا الحق بـ ١٧ مادة من مواده وهي المواد (٤٤-٦٠) إضافة إلى فقرات في مادة (٣٧).

أ- وجوب النفقة

نصت المادة (٤٨) على أنه:

"تجب نفقة الزوجة على زوجها بالعقد الصحيح ولو كانت موسرة إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً".

والبند (٣) في الفقرة (ب) من المادة (٤٣):

"ب- يترتب على الزواج غير الصحيح بعد الدخول في غير ما ذكر سابقاً الآثار الآتية: ...

٣- النفقة إذا كانت المرأة جاهلة بصحة العقد".

والمادة (٥١): "نفقة الزوجة لا تسقط بالعجز أو الإعسار ولها امتياز على سائر الديون".

والمادة (٥٢):

"أ- تجب النفقة الشاملة للمعتدة من طلاق رجعي، أو فسخ، أو من دخول في زواج غير صحيح".

(١) أخرجه الترمذي في الزهد باب ٣٤، رقم ٢٣٤٦، وقال: حسن غريب، والبيهقي في شعب الإيمان برقم ٩٨٧٨، وحسنه الألباني.

ب- لا نفقة للمعتدة من طلاق بائن بسبب يرجع إليها، وإنما لها حق السكن طوال عدتها.
ج- متى كانت المطلقة حاملاً وجب لها على مطلقها نفقة وكسوة ومسكن خلال عدتها التي تنتهي بالوضع.

د- إذا كان سبب الطلاق من قبل الزوج فلها متعة تقدر بنفقة سنة.

والمادة (٥٣):

أ- إذا امتنعت الزوجة عن الانتقال إلى بيت الزوجية، أو خرجت من بيت الزوجية من غير مسوِّغ أو منع من الزوج، سقط حقها في النفقة بعد ثبوت ذلك قضاءً.

ب- لا يثبت نشوز الزوجة إلا بامتناعها عن تنفيذ الحكم النهائي بمتابعة الزوج إلى بيت الزوجية.

ج- يكون امتناع الزوجة بمسوِّغ إذا كان الزوج غير أمين على نفسها أو عرضها أو مالها، أو لم يدفع معجّل المهر، أو لم يقدّم بإعداد المسكن الشرعي، أو امتنع عن الإنفاق عليها أو لم تستطع تنفيذ الحكم بنفقتها لعدم وجود مال ظاهر له.

والمادة (٥٤):

لا يجوز تنفيذ حكم المتابعة للزوج جبراً على الزوجة، وتعتبر بعد الحكم ناشراً وتسقط نفقتها، ويحق لهما أو لأحدهما طلب التفريق واسترجاع ما أعطاهما من صداق.

والمادة (٥٥):

أ- لا يكون نشوزاً مسقطاً لنفقة الزوجة خروج الزوج الزوجة لما هو واجب عليها شرعاً أو خروجها للعمل المشروع خارج البيت متى كان زوجها عالمًا بعملها حين زواجهما أو اشترطت عليه ذلك في عقد الزواج صراحة، أو إذا أذن الزوج بذلك بعد زواجهما.

ب- يعتبر نشوزاً مسقطاً لنفقة الزوجة خروجها للعمل على نحوٍ منافٍ لمصلحة الأسرة رغم طلب الزوج عدم الخروج.

ج- ليس للزوج إلزام الزوجة بالعمل.

النفقة واجبة على الزوج لزوجته، سواءً كانت فقيرةً أو غنيةً، مسلمةً أو غير مسلمةً، لقوله

تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(١)، والمراد: رزق زوجته أم ولده، وقوله تعالى: ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ﴾^(٢)، وهو صريح في وجوب الإنفاق في حالتي اليسار والإعسار، فالأمر هنا للوجوب.

وقول الرسول ﷺ في حجة الوداع: ((ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف))^(٣)، ولقوله ﷺ للرجل حينما سأله: ما حق المرأة على زوجها؟ فقال: ((تطعمها إذا طعم، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت))^(٤)، وقوله ﷺ لهند بنت عتبة زوجة أبي سفيان حينما شكت إليه بخل أبي سفيان: ((خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي ولدك))^(٥).

ب- شروط وجوبها:

- ١- أن يكون العقد صحيحاً، فلا نفقة على المعقود عليها بعقد فاسد^(٦)، ما لم تكن جاهلة بفساد العقد- كما ورد في البند (٣) من الفقرة (ب) في المادة (٤٣)، والمدخول عليها بشبهة.
- ٢- أن تكون الزوجة سالحة للاستمتاع، وتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها، فلا نفقة للصغيرة غير البالغة والتي لا تصلح للدخول الحقيقي.
- ٣- عدم تفويت حق الزوج في احتباس الزوجة بسبب غير شرعي لا يرجع للزوج كالنشوز، وهو

(١) سورة البقرة: الآية (٢٣٣).

(٢) سورة الطلاق: الآية (٧).

(٣) أخرجه مسلم في كتاب الحج، باب: حجة النبي ﷺ برقم ١٢١٨.

(٤) أخرجه أحمد في مسند برقم ٢٠٠٢٧، وحسنه شعيب الأرنؤوط، وأبو داود وأبو داود في النكاح، باب: حق المرأة على زوجها، برقم ٢١٤٤، والنسائي في سننه الكبرى في كتاب: عشرة النساء، باب: تحريم ضرب الوجه في الأدب برقم ٩١٢٦.

(٥) أخرجه مسلم في الأفضية، باب: قضية هند، برقم ١٧١٤.

(٦) في قول الشافعية والحنابلة أنه لا يرجع عليها بما أنفق فما أنفق كان في مقابل الاستمتاع، ونحسب أن هذا الرأي هو الأول فالزواج وإن كان فاسداً إلا أنه مع الجهل بفساده يعطى حكم الصحيح حتى يتبين وجه الفساد، انظر: الحاوي الكبير ٦٨/١٥، المغني ٢٧٨/١١ وما بعدها، ومن هذا الرأي د. محمد سلام مذكور. الوجيز في أحكام الأسرة. دار النهضة العربية ١٩٨٧. ص ١٨٧ هامش ١، ود. عبد المجيد مطلوب. أحكام الأسرة. ط ١٩٨٤. ص ٢٣٠، ويحمد للقانون السوري أخذه به. فنص في المادة ٥١ فقرة ح على أنه "تستحق الزوجة النفقة ما دامت جاهلة بفساد العقد". وفي المادة ٨٣ على أنه "تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ". وهو ما أخذ به في القانون البحريني.

رفض الزوجة طاعة زوجها دون مبرر شرعي، أو خروجها من بيت الزوجية دون إذن زوجها ودون مبرر شرعي، لأنها تركت ما هو حق عليها من الطاعة فجاز له أن يترك ما هو حق لها من النفقة، أمّا إذا كان السبب عدم وجود سكن مناسب، أو عدم قبضها معجّل الصداق، أو إصابة الزوج بمرض يمنع المقاربة، أو كان مسافراً، ففي كل هذه الحالات لا تحرم الزوجة من حقّها في النفقة.^(١)

وبهذا المعنى وردت المادة (٤٨)، والمقصود بالتسليم: التسليم الذي يمكن معه الاستمتاع بالزوجة، والمراد بقول القانون (حكماً) عدم الممانعة في الانتقال إلى بيت الزوجية إلاّ لسبب يرجع إلى الزوج.

وهي ثابتة الوجوب حتى في حال عسر الزوج، كما نصت المادة (٥١).

وفي المادة (٥٢) ورد فيها أحقية بعض المطلقات أثناء عدتهن وسيأتي ذكرها لاحقاً في حقوقها عند حدوث الفرقة بينهما.

أما المواد (٥٣-٥٥) ففصّلت ضوابط النشوز المسقط لحق النفقة، وقد ضمت أربع مسائل مترابطة هي:

(١) هذا على وجه الإجمال، أما في التفصيل فإنه يفرّق في تحديد شروط وجوب النفقة للزوجة بين المدخول بها، وغير المدخول بها، أما غير المدخول بها فلا تستحق النفقة إلاّ بتوفر الشروط الآتية:

- أن تدعو الزوجة زوجها للدخول بها، بعد إعطائه المدة الكافية للتجهيز بحسب العرف، ولم يدخل بها، فإن لم تطلب ولم يفعل هو وتساکتا بعد العقد دون دخول فلا نفقة لها، إلاّ إذا كان الزوج غائباً، فعندئذ تجب لها النفقة وإن لم تدعه للدخول قبل غيبته، لأن التأخير بسببه.
 - صلاحية المرأة للاستمتاع وتحقيق أغراض الزواج.
 - ألاّ يكون الزوج صغيراً، أو مريضاً مشرفاً على الموت.
- وتجب النفقة للمدخول بها بشرطين:
- أن يكون الزوج موسراً قادراً على الإنفاق، فإن كان معسراً لا مال له فمذهب المالكية أن لا نفقة تلزمه، وتستطيع الزوجة أن تطلب الطلاق - من القضاء - لعدم الإنفاق.
 - ألاّ تنشر الزوجة على زوجها، كأن تترك بيت الزوجية، أو تمنع زوجها حقه في الاستمتاع بها بغير عذر، أو تفرط في حقوق الله فلا نفقة لها إلاّ أن تكون حاملاً فتستحق نفقة لأجل الحمل.

راجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢/٤١٥، ٤١٧، ٣٤٣، شرح الزرقاني على مختصر خليل ٤/٢٧٠، الخطاب. محمد بن محمد. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ط الثالثة. دار الفكر ١٩٩٢. ٤/١٨٢.

١- ما يعد نشوزًا.

٢- ما لا يعد نشوزًا.

٣- الأسلوب الواجب في تنفيذ الحكم بالطاعة على الزوجة، وأثر عدم تنفيذه.

٤- بعض أحكام عمل الزوجة، لاسيما المتعلق منها بالنفقة.

ج- النشوز وحكمه:

النشوز هو العصيان، مأخوذ من النَّشَز وهو ما ارتفع من الأرض، والمرأة الناشز هي التي تترفع عن طاعة زوجها في المعروف.

وأهل العلم على أن الناشز لا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً، لأن النفقة عندئذ للحمل، وهي واسطة.

والعلة في قطع نفقتها أن الله سبحانه وتعالى أجاز للزوج معاقبة الناشز بالهجر والضرب، وقطع حظها في الصحبة (المعاشرة) بالهجر يجيز قطع كفايتها في النفقة بطريق الأولى، لأن الحظ في الصحبة لهما، وفي النفقة لها خاصة، أو يقال لأنها تركت ما هو حق عليها من الطاعة فجاز له أن يترك ما هو حق عليه من النفقة.^(١)

والقانون البحريني يسير على ما سارت عليه عامة القوانين العربية - عدا قوانين دول المغرب العربي - في اعتبار النشوز سبباً مسقطاً لنفقة الزوجة وإن تفاوتت أحياناً في اعتبار بعض الشروط والقيود.

أ- ما يعد نشوزاً:

أفادت الفقرة (أ) من المادة (٥٣) والفقرة (ب) من المادة (٥٥) أن المرأة تعد ناشزاً، ومن ثم تسقط نفقتها، في الحالات الآتية:

أ- إذا امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية الشرعي، ويعتبر امتناعها، غير المبرر، عن السفر حيث يقيم الزوج امتناعاً عن الانتقال إلى بيت الزوجية.

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٨٦/٥، السيل الجرار للشوكاني ٤٤٩/٢، مواهب الجليل ٢٨٨/٤.

ب- إذا خرجت من بيت الزوجية الشرعي دون مسوغ، ولم يثبت أن الزوج منعها من العودة إليه.

ج- إذا خرجت إلى العمل على نحو مناف لمصلحة الأسرة، رغم طلب الزوج منها عدم الخروج.

وهذه الأسباب الثلاثة وردت على سبيل الحصر، والأولى إضافة عبارة: " أو منعت الزوج من الدخول إليها بعد اتفاقهما أن يساكنها في منزلها " على الفقرة (أ) من المادة ٥٣ متبعة للقوانين الخليجية: الكويتي المادة (٧٨)، العماني م ٣/٥٤، والإماراتي ٣/٧١، والقطري ٣/٦٩، لأن إسقاط هذه العبارة لا يناسب خطة القانون في الأخذ بأشد الأقوال في الاشتراط في عقد الزواج، بالإلزام بالشرط تحت طائلة الفسخ، بل لا يناسب خطته في التوسع في إعمال نظرية (المضارة بالحقوق، أو الإساءة في استعمالها) في كل أبواب القانون.^(١)

ب- ما لا يعد نشوزاً:

صريح نص الفقرة (ج) من المادة ٥٣، والفقرة (أ) من المادة ٥٥ أن امتناع الزوجة على الزوج، أو خروجها من بيت الزوجية، في الحالات التالية، لا يعد نشوزاً، وهذه الحالات هي:

١- إذا منعت الزوجة نفسها من زوجها لأنه لم يوفها المعجل من صداقها.

٢- إذا منعت نفسها منه لأنه لم يقيم بإعداد المسكن الشرعي.

٣- إذا امتنعت الزوجة عن الانتقال إلى مسكن الزوجية أو خرجت منه بعد الانتقال لما تبين لها من عدم أمانة الزوج، على نفسها، أو عرضها، أو مالها. وهذا حكم قاعدي يشتمل على عدة صور منها كون الزوج مصاباً بالسادية، أو ثبت عليه العنف الجسدي، أو كان مجنوناً، أو أصابه هياج يخشى منه على نفس مساكنيه، ولا يؤتمن الرجل على العرض إذا ثبت فسقه ودعوة رفاق السوء إلى بيته للسهر وممارسة الرذيلة، أو ثبت عليه حرصه على تصوير زوجه في أوضاع خاصة، وإطلاع رفاق السوء عليها، ولا يؤتمن على المال إذا ثبتت عليه سرقة، أو غضب،

(١) التعليق على القانون للغزالي، والمحميد ص ٢٨٨-٢٨٩.

وتبديد، ونحو ذلك.^(١)

٤- إذا خرجت الزوجة لطلب النفقة بعد امتناع زوجها عن الإنفاق عليها، ولا يسقط حقها هذا علمها بعسرتة، وهذا حكم يتفق مع عدل الإسلام ومنطقية أحكامه، لأن رضاها بعسرتة لا يسقط حقها في الامتناع.

أو لم تستطع تنفيذ الحكم بنفقتها عليه لعدم وجود مال ظاهر له، وفي هذا المعنى يقول الماوردي في الحاوي: إذا أمهلت الزوجة بالفسخ ثلاثاً- أي لم تطلب الفرقة رغم إعسار الزوج- كان لها الخروج من منزلها لتكتسب نفقتها بعمل أو مسألة ولم يكن للزوج منعها مع تعذر النفقة عليه لأنه لا قوام لبدنها إلا بما يقوتها فلو وجدت من المال ما تنفقه وأمرها بالمقام للإنفاق منه لم يلزمها وجاز لها الخروج لتكسب، لأنه لما تعذر عليها اكتساب النفقة من الزوج جاز لها أن تكتسبها بعمل من غير زوج.^(٢)

٥- إذا خرجت الزوجة لما هو واجب عليها شرعاً، وهذا حكم ورد في القانون مطلقاً، ومأخذه من فقه الحنفية^(٣) فيفسر في ضوء المقرر عندهم .

وأبرز الحالات التي ورد بها نص في كتب الحنفية هي:

أ- زيارة الوالدين في كل أسبوع مرة إن لم يقدر على زيارتها في بيتها.
ب- زيارة محارمها، رجالاً ونساءً، كأخيها وأختها وعمها وعمتها وخالتها وبقية المحارم - في كل سنة مرة، وقيل في كل شهر مرة، وعموماً فإن خروجها لصلة أرحامها بالمعروف، مما تعده

(١) وفي هذا المعنى يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله، مجموع الفتاوى ٣٤ / ٨٩ وما بعدها " وكذلك ما عليها من موافقته في المسكن وعسرتة ومطاوعته في المتعة، فإن ذلك واجب عليها بالاتفاق. وعليها أن تسكن معه في أي بلد أو دار إذا كان ذلك بالمعروف ولم تشترط خلافه، وعليها ألا تفارق ذلك بغير أمره إلا لموجب شرعي، فلا تنتقل، ولا تسافر، ولا تخرج من منزله لغير حاجة إلا بإذنه، كما قال النبي ﷺ: ((فإنهن عوان عندكم)) بمنزلة العبد والأسير، وعليها تمكينه من الاستمتاع بها إذا طلب ذلك، وذلك كله بالمعروف غير المنكر، فليس له أن يستمتع استمتاعاً يضرها ولا يسكنها مسكناً يضرها، ولا يحبسها حبساً يضرها ".

(٢) الحاوي الكبير ١١ / ٤٦٠.

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٢ / ٤٣، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٤ / ٢١٢ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ٢ / ٦٨٢.

المادة ٣٧/ هـ من حقوق الزوجة.

ج- العناية اليومية بالوالد المريض مرضاً مزمناً.

د- والخروج إلى المحاكم وأقسام الشرطة طالبة أو مطلوبة بحق.

هـ- وعلى ما تشير بعض مواد القانون فضلاً عن الشروح الفقهية فإن من الخروج الواجب الخروج

اللازم للعناية بالأولاد وتربيتهم بما يكفل تنشئتهم تنشئة صالحة م ٣٦/ د، وما كان في سبيل

العناية بالزوج أو في سبيل حفظ نفسه أو ماله أو بيته م ٣٨/ أ، ج.

و- كذلك إذا أرادت أن تخرج لتتعلم أمور دينها التي لا يحفظها الزوج. ومنه خروجها لحج

الفريضة إذا كانت مستطبعة، مع وجود المحرم، أو خروجها مع الرفقة المأمونة.

ز- وبمراعاة أن حالات النشوز واردة في القانون على سبيل الحصر فإن الخروج في الأحوال التي

يجرى العرف الشرعي بخروج الزوجة فيها من مسكن الزوجية لا يعد خروجاً ممتنعاً.

ط- ومن باب أولى يؤذن بالخروج في الأحوال التي تقضي بها الضرورة، فتخرج المرأة من بيتها

دون إذن زوجها إذا كانت هناك ضرورة أو حاجة تستدعي ذلك.

والمقصود بالضرورة: الحالة المحدقة بالإنسان، ويترتب عليها ضرر يصيب الإنسان في النفس

أو المال أو الدين أو العقل أو العرض، بحيث يضطر معها إلى ارتكاب محظور شرعاً للمحافظة

على أي من هذه الأمور، أما الحاجة: فيقصد بها حالة المشقة الزائدة على المعتاد والتي يصعب

احتمالها عادة، ولا يتوفر لها مخرج شرعي للتغلب عليها..

ومن أمثلة الضرورة: حالة احتمال انهيار المنزل فوراً أو حصول حريق.

ومن أمثلة الحاجة: إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته ولم تجد من تستدين منه ففي هذه الحالة

تخرج لتعمل عملاً شريفاً، وتنفق على نفسها، وليس من حق الزوج هنا أن يمنعها.

٦- الخروج للعمل المشروع إذا أذن لها الزوج بالعمل، أو عملت دون اعتراض منه، أو تزوجها

عالمًا بعملها، أو اشترطت عليه صراحة في عقد زواجهما أن تعمل.

ولا يغيب عن البال أن الخروج المشروع هو ما برأ من إساءة استعمال الحق، بمنافاة مصلحة

الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه، ومرد الإساءة والمنافاة إلى تقدير القاضي^(١).

ج- مشتملات النفقة الزوجية:

نصت المادة (٤٤): " تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن، وغيرها مما يقتضيه العرف".
والمادة (٥٧): " على الزوج أن يجهز لزوجته مسكناً ملائماً مجهزاً يتناسب وحالته المادية".
والمادة (٥٨): " تسكن الزوجة مع زوجها في المسكن الذي أعدّه بيتاً للزوجية عند الدخول
وتنتقل بانتقاله إلى مسكن آخر، إلا إذا اشترطت في العقد خلاف ذلك، أو قصد من الانتقال الإضرار
بها، أو رأت المحكمة أن المصلحة في عدم انتقالها".
والمادة (٥٩):

" أ- يحق للزوج أن يسكن مع زوجته في بيت الزوجية أبويه وأولاده من غيرها متى كان مكلفاً
بالإنفاق عليهم، بشرط ألا يلحقها ضرر من ذلك.
ب- يحق للزوجة أن تسكن معها في بيت الزوجية أولادها من غير الزوج إذا لم يكن حاضن
غيرها، أو يتضررون من مفارقتها، ورضي الزوج بذلك صراحةً أو ضمناً، ويحق له العدول متى
لحقه الضرر من ذلك".
والمادة (٦٠):

" أ- لا يحق للزوج أن يسكن مع زوجته ضرراً لها في مسكن واحد، إلا إذا رضيت بذلك، ويحق
لها العدول متى لحقها الضرر من ذلك.
ب- للزوجة الحق في المطالبة بالانفراد بمسكن للزوجية منعزل عن أهل الزوج، حتى ولو
اشترط الزوج غير ذلك في عقد الزواج وقبلته الزوجة، متى لحقها ضرر من ذلك".

يتفق العلماء على أن للزوجة على زوجها المطعم والملبس والمسكن، وما وراء ذلك هم
فيه بين موسّع ومضيق، ومن ذلك مثلاً قول القرطبي في تفسيره: " النفقة التي تجب للمرأة على
زوجها هذه الأربعة: الطعام والشراب والكسوة والمسكن، فإذا أعطاهها هذه الأربعة فقد خرج

(١) التعليق على قانون أحكام الأسرة ص ٢٩٠.

إليها من نفقتها، فإن تفضل بعد ذلك فهو مأجور، فأما هذه الأربعة فلا بد لها منها لأن بها إقامة المهجة".^(١)

وفي كشف القناع: النفقة شرعاً: كفاية من يمونه خبزاً وإداماً وكسوة، بضم الكاف، ومسكناً، وتوابعها- أي توابع الخبز والأدم والكسوة والمسكن، كثمن الماء والمشط والسترة ودهن المصباح والغطاء والوطء، ونحوها.^(٢)

وعلى أساس ما أتيح لنا من أحكام المحاكم الشرعية السنوية البحرينية قبل صدور القانون فإننا كنا نتحسس سيرها على ذات القواعد الإجرائية.^(٣)

وفي ضوء ذلك، فضلاً عن المنقول من نزاع أهل الفقه في نفقة الزينة، وقول جمهورهم بعدم التزام الزوج بنفقة علاج زوجته، فإن النص على أن " تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن، وغيرها مما يقتضيه العرف" يعد تجاوزاً لما كان عليه العمل قبل صدور القانون، وهو تجاوز له أصل في قول بعض أهل العلم بوجوب نفقة العلاج، والولادة، ونفقة زينة، ونفقة خادم إن كانت ممن يخدم، وغير ذلك، مما هو مستثنى في عبارات الفقهاء.

ولله در ابن تيمية في قوله:^(٤) "والصواب المقطوع به عند جمهور العلماء أن نفقة الزوجة مرجعها إلى العرف، وليست مقدرة بالشرع، بل تختلف باختلاف أحوال البلاد والأزمنة وحال الزوجين وعادتهما فإن الله يقول: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، وقال النبي ﷺ لهند زوجة أبي سفيان رضي

(١) تفسير القرطبي ٢٥٣/١١.

(٢) كشف القناع للبهوتي الحنبلي ٤٥٩/٥ وما بعدها.

(٣) انظر: الأحكام الآتية، وهي غير منشورة، حكم المحكمة الكبرى الشرعية الدائرة الأولى. في القضية رقم ٢٠٠٤/١٤. بجلطة ٢١/٣/٢٠٠٥، حكم المحكمة الكبرى الشرعية. الدائرة الأولى. في القضية رقم ٢٠٠٥/١٤. بجلطة ٢٩/١٠/٢٠٠٥، وقد انتهت فيه المحكمة إلى: إلزام المدعى عليه أن يدفع للمدعية ولأبنائها الأربعة نفقة شهرية شاملة الكسوة وأجور التعليم بمعدل ١٨٠ ديناراً ابتداء من تاريخ صدور الحكم، وفي الدعوى رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٥ قضت المحكمة الصغرى الشرعية. الدائرة السنوية بجلطة ٢٧/٤/٢٠٠٥ بإلزام المدعى عليه بنفقة شاملة السكنى قدرها ٦٠ ديناراً شهرياً لولديه المكفولين بحضانة المدعية، ودفع مثلها مرتين في العام للكسوة.. وقد تأيد هذا الحكم استئنافياً.

(٤) مجموعة الفتاوى بتحقيق عامر الجزار وأنور الباز ٣٤/٥٤.

الله عنهما حينما شكت إليه ﷺ بخل أبي سفيان فقال لها: ((خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي ولدك))^(١)، وقال ﷺ: ((ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف))^(٢).

إذا لم يحدد القانون النفقة ببيان كنهها المعرّف عند المالكية بأنه (ما به قوام معتاد حال الأدمي دون سرف)^(٣) وإنما عرفها ببيان مشتملاتها منيطةً الزيادة على الثلاثة بالعرف، فيرجع إلى المعروف في ذلك، بشرط ألا يكون عرفاً فاسداً شرعاً، وأن يتقيد في بعض الأعيان والأوصاف بما قيدها به القانون في المواد الأخرى، كالمادة (٤٥) والمادة (٥٧) والمادة (٦٣).

د- تقدير النفقة:

نصت المادة (٤٥) بأن: "النفقة تقدّر بالاجتهاد القضائي، وتؤسس بالنظر لسعة حال المنفق وحال المنفق عليهم، مع مراعاة الزمان والمكان والأعراف".

الأصل في تقدير النفقة على الزوجة حرص الزوج على ما يتناسب مع حالته المادية وحاجة زوجته عملاً بقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقُ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾، وقول الرسول ﷺ: ((أطعموهن مما تأكلون، واكسوهن مما تكتسون))^(٤).

ولا شك أن هذا هو حال البيوت عند الوفاق، حيث يقوم الزوج على حاجة أهله جميعها، وهو ما عرف فقهاً بنفقة التمكين، بمعنى أن يوفّر الزوج للزوجة كل أسباب النفقة دون تحديد، وفي حال الوفاق لا تثور مشكلة تقدير نفقة الزوجة أو فرضها بالتراضي أو التقاضي.

أما إذا قصّر في ذلك، ورفعت الزوجة أمرها للقضاء، فالمسألة محل نظر واجتهاد والذي يجري به العمل أنه يجب أن يراعى في تقدير النفقة الأمور الآتية:

١- تناسبها مع حالة الزوج المادية.

(١) أخرجه مسلم في الأفضية برقم ١٧١٤، وقد سبق تخريجه ص ٦٦.

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الحج برقم ١٢١٨، وأصحاب السنن.

(٣) التعريف لابن عرفة، التوزري. عثمان مكي. توضيح الأحكام بشرح تحفة الحكام. المطبعة التونسية ١٣٣٩ هـ ٢/١٥٥، وانظر: الفقه المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر ٤/٢٥٤.

(٤) أخرجه أبو داود في النكاح، باب: حق المرأة على زوجها، برقم ٢١٤٦.

٢- تناسبها مع احتياجات الزوجة.

٣- تناسبها مع أسعار السوق.

ونص المادة مؤسس على قاعدة المالكية: " أن فرض النفقات أمر اجتهادي "، وعلى حد قول ابن عاصم في تحفة الحكام^(١): " وكل ما يرجع لافتراض: موكل إلى اجتهاد القاضي بحسب الأقوات والأعيان: والسعر والزمان والمكان".

أما اعتبار حال المنفق والمنفق عليهم فهو قول جمهور العلماء من: المالكية، والحنابلة، ورأي مصحح عند الحنفية، جمعاً بين الأدلة^(٢)، وبه تأخذ القوانين: العماني (م ٤٥) والإماراتي (م ٦٣) والقطري (م ٦٢).

أما القانون الكويتي (م ٧٦) فقد تابع على خطة القانون المصري (م ١٦ من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ مستبدلة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) أن المعول عليه في التقدير هو حال المنفق وقت الاستحقاق، أخذاً بمذهب الشافعي، وهو قول صحيح عند الحنفية، وبه قال جماعة.

وقد طبق القانون قاعدته تلك صراحة في نفقة الأولاد بنصه في المادة (٦٣) على أنه " مع مراعاة حكم المادة (٤٥) من هذا القانون يراعى في تقدير نفقة الأولاد بعد الطلاق أو عند الفرقة ألا تتضمن مساساً بوضعهم الاجتماعي أو التعليمي الذي كانوا عليه "، وهو تدّخل قصد به منع المضارة في النفقة بسبب الفرقة بين الأبوين.

وهو ما جاء في منطوق حكم المحكمة الصغرى الشرعية في الدعوى ١٤ / ٢٠١٠ / ٨ / ٨٣٨:
(كان الواقع موضوع الدعوى يثبت أن الناس قد تعارفوا على تسجيل أولادهم في الروضة تمهيداً لدخول المدارس النظامية، وحيث إن ابنة المتداعيين هي الأولى، ولم يكن هناك عرف للوضع

(١) توضيح الأحكام بشرح تحفة الحكام ١٦٧ / ٢.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٨١ / ٥، البخاري. عمر بن عبد العزيز بن مازة (الصدر الشهيد) شرح كتاب النفقات للخصاف بتحقيق أبي الوفاء الأفغاني. توزيع الدار السلفية. الهند ص ٤٠ وما بعدها، ابن رشد. محمد بن أحمد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد بتحقيق على معوض وعادل عبد الموجود ط دار الكتب العلمية ١٩٩٦ - ٤ / ٣١٠، توضيح الأحكام للتوزري ١٦٧ / ٢ وما بعدها، المغني بتحقيق خطاب ٢٠١ / ١١، مجموعة الفتاوى لابن تيمية ٣٤ / ٥٤.

الدراسي الخاص بالبنت لذا فتقدر المحكمة إلزام المدعى عليه أن يدفع نفقة الروضة الخاصة بالبنت بواقع ٣٠ دينار شهرياً شاملة ابتداءً من شهر...).

أما في خصوص نفقة الزوجة فمضمون النص أن على الزوج نفقة الموسرين إن كان موسراً والزوجة كذلك، وعليه نفقة المعسرين إن كانا معسرين، وإن كان أحدهما معسراً والآخر موسراً فعليه فوق نفقة المعسرين، ودون نفقة أهل اليسار، على أن يراعي القاضي في التقدير الوضع الاقتصادي، زماناً، ومكاناً، فضلاً عن أعراف البلاد المعتمدة.

وبالرغم من أن المادة (٤٤) قد شملت السكن إلا أن القانون قد خص السكن بأربع مواد أخرى وهي المواد (٥٧-٦٠)، بدأت بالمادة (٥٧) التي أكدت على أن من حقوق الزوجة على زوجها توفيره المسكن المناسب الذي هو من مفردات النفقة، بل من مقومات الحياة وضروراتها، وفي حديث عبد الله بن محصن عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: ((من أصبح منكم آمناً في سربه، معافى في بدنه، عنده قوت يومه فكأنما حيزت له الدنيا))^(١).

ولهذه المادة صلة بمواد المهر والجهاز المذكورة سابقاً، وقد بينا- تبعاً للقانون- هناك أن المهر حق خالص للزوجة، وأنها لا تلزم بشيء من جهاز منزل الزوجية، وهنا تأكيد لذلك ببيان أن إعداد مسكن الزوجية من مسؤوليات الزوج، لقول الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾^(٢)، والمادة (٥٧) وإن ألزمت الزوج بتوفير المسكن الذي يناسب حالته المادية إلا أنها شرطت أيضاً أن يكون المسكن ملائماً، وملائمة المسكن للإقامة تقدر بالنظر إلى حال المقيمين فيه، على أن المسكن من النفقة، وقد قضت المادة (٤٥) أن تؤسس النفقة بالنظر لسعة المنفق وحال المنفق عليهم، مع مراعاة الزمان والمكان والأعراف، فلزم أن تؤخذ مصلحة الزوجة في الاعتبار إلى جانب الحالة المادية للزوج، وأقل الواجب في ذلك قدر الكفاية.

وكما قلنا، ونذكر، فإن جهاز مسكن الزوجية يلزم الزوج، ولكن إذا زاد في صداقها بقصد أن

(١) أخرجه الترمذي ٢٣٤٦، والبيهقي في شعب الإيمان ٩٨٧٨، وحسنه الألباني.

(٢) سورة الطلاق: الآية (٦).

تتجهز بالزيادة لزمها، فيعمل فيه برضا الأطراف واتفقهم.

والمسكن الملائم المجهّز هو ما يطلق عليه المسكن الشرعي، ويكون كذلك إذا توافرت فيه

الشروط الآتية:

١ - ملاءمته لحالة الزوج المادية، وحالة الزوجة، سواء كان سكناً مستقلاً أو مشتركاً.

٢ - اشتماله على أهم اللوازم المنزلية.

٣ - أن يوفر المسكن الخصوصية للزوجة، فلا يقاسمها فيه من لا تتراح إليهم.

٤ - أن يكون بين جيران صالحين تأمن معهم على نفسها^(١).

وقد جاء في نص حكم المحكمة الصغرى الشرعية السنية ١٤ / ٢٠١٠ / ٢٠٢٢ / ٢: (حيث إن

سكن الحضانة^(٢) من الواجبات الشرعية التي يلزم الوالد توفيرها للحاضنة لقوله تعالى:

﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾^(٣)، وحيث إنه وبعد

النظر في قانون أحكام الأسرة الصادر بمرسوم رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩م للمواد رقم (٥٧، ٥٨،

٦٠/ب) يثبت للمحكمة أحقية المدّعية في المطالبة بسكن الزوجية، لما كان ذلك وكان الواقع

في الدعوى يثبت امتلاك المدّعى عليه لبيت تم إرسال لجنة أوردت للمحكمة تقرير المعاينة

والكشف بتاريخ.... للبيت المراد قسمته، حيث حضر طرفا الدعوى، ودخلت اللجنة واقترح

المدّعى عليه من تمكين المدّعية من السكن في غرفة في ذات البيت، إلا أن اللجنة لاحظت

وجود زوجة أخرى وإخوانها يسكنون في ذات البيت ويستخدمون ذات المرافق وهم أجنب

على المدّعية، الأمر الذي يثبت للمحكمة أحقية المدّعية في تقسيم سكن الزوجية على النحو

الثابت في منطوق الحكم بجلسة اليوم، وألّزمت المدّعى عليه به، فلهذه الأسباب حكمت

المحكمة بإلزام المدّعى عليه بأن يقسم البيت على النحو التالي: يكون الطابق الأول بالكامل

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٦٦١/٣، ابن سلمون الكناي ١٠٥/١.

(٢) أصل الدعوى متعلقة بسكن الزوجية وليس سكن حضانة بدليل المواد المشار إليها.

(٣) سورة الطلاق: الآية (٦).

للمدعية والولد... بعمل سلم آخر خارجي من جانب البيت، ويكون مدخل قسمها من موقف السيارة (الكراج) بعد فصل الحوش الأمامي، وعمل مطبخ للمدعية في قسمها على أن يكون الطابق الأرضي والحوش الخلفي للمدعى عليه وأهله).

والقاعدة أن تسكن الزوجة مع زوجها في المسكن الذي أعدّه بيتًا للزوجية عند الدخول، وتنتقل بانتقاله إلى مسكن آخر، إلا إذا اشترطت في العقد عدم الانتقال، أو قصد الزوج من الانتقال الإضرار بها، أو رأت المحكمة أن المصلحة في عدم انتقالها.

ثم تأتي المادة (٥٨) لتبين شروط التزام الزوجة بالسكن في المسكن المعد أو الانتقال إلى سكن آخر، حيث إن سكنى الزوجة مع زوجها في محل سكناه هو الأصل للآية السابقة، فلزمها، وحق لها، السكنى حيث يسكن، ويتحدد هذا المحل بالمسكن الشرعي الذي وجب على الزوج تهيئته وفقاً للمادة السابقة، وقد قضي بأن طاعة الزوجة لزوجها واجبة عليها شرعاً بمجرد إيفائها عاجل صداقها، وبتهيئة مسكن شرعي لها، وطلبها إليه، وعدم وجود مانع آخر، بدون توقف على حكم من القاضي عليها بدخولها في طاعته.

والأصل أيضاً أن تنتقل الزوجة من مسكن الزوجية إلى مسكن آخر انتقل زوجها إليه، لاسيما إن كان مجرد انتقال من منطقة إلى أخرى في نفس البلد، وقد قضي بأن المنصوص عليه شرعاً أن للزوج أن يخرج زوجته من المصر إلى القرية، ومن القرية إلى المصر، ومن القرية إلى القرية، لأن النقل إلى ما دون السفر لا يعد غربة، إلا إذا اشترطت في عقد زواجها خلاف ذلك، وهو مذهب الحنابلة، وبه أخذ القانون كما مر، وفي الأثر الذي صححه الألباني عن عبد الرحمن بن غنم الأشعري قال: كنت مع عمر حيث تمس ركبتي ركبته فجاءه رجل فقال: يا أمير المؤمنين تزوجت هذه وشرطت لها دارها، وإني أجمع لأمري أو لشأني أن أنتقل إلى أرض كذا وكذا، فقال: "لها شرطها". فقال الرجل: هلك الرجال؛ إذ لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلق، فقال عمر: "المؤمنون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم"^(١).

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه في كتاب: الوصايا، باب: ما جاء في الشرط في النكاح، برقم ٦٦٣، وعلق عليه الألباني في إرواء

وقد قضي بأنه إذا أقر الزوج بأنه لا حق له في نقل زوجته من جهة معينة إلى جهة أخرى صح هذا الإقرار، ويؤخذ به شرعاً، فلا تسمع منه دعوى نقلها من تلك الجهة.

وإذا رأت المحكمة أن المصلحة في عدم انتقالها، وهذا ما تفرد القانون البحريني عن القوانين الخليجية بالنص عليها، فاستثنت المادة ما إذا رأت المحكمة مانعاً من سفر الزوجة معه، ومن الواضح أن الأمر في تقدير المانع متروك إلى القاضي، وعليه أن يأخذ بعين الاعتبار أن يكون الزوج مأموناً على نفس الزوجة ومالها، وأن تكون هي قادرة على احتمال مشقة السفر، موفرة الراحة، كما لو كانت في محلها الأصلي، وأن يكون سبب الانتقال مصلحة يعتد بها، ولا يقصد به الإضرار بها، ولدى الزوج من المال أو الكسب ما يقوم بمعاشه، ومعاش أسرته في المكان المرتحل إليه، وأن يكون هذا المكان موفور الأمن (والإيمان) وليس منبعاً للأوبئة، إلى نحو ذلك من الاعتبارات التي تختلف باختلاف الأشخاص والمواطن، ولا تخفي عن فطنة القضاء.

أما المادتان (٥٩، ٦٠) فتبينان شروط مشاركة غيرها في السكن، ففي سياق الحديث القرآني عن النفقة ورد قوله تعالى: ﴿وَأْتَمِرُوا بِئِنَّكُمْ بِمَعْرُوفٍ﴾^(١)، والمعروف هو كل ما فيه صلاح الدنيا والآخرة، وفي الائتمار بالمعروف تعاون على البر والتقوى، وتحاشي المشاقة والمنازعة، وتفعيلاً لروح الفضل فإن المقرر في الفقه الحنيف هو اشتراط استقلال المسكن، وليس انفراده، ما لم يتولد من عدم الانفراد ضرر، وعلى هذا أفتى المالكية بسكنى والدي الزوج، وأولاد كل من الزوجين، من غير الزوج/ الزوجة، بشروط خاصة^(٢) تنتهي عند التحقيق بالحكم إلى ما ينتهي إليه مذهب الحنفية

الغيل في تخريج أحاديث منار السبيل، حديث ١٨٩٣ فقال: وإسنادهم صحيح على شرط الشيخين، وقد علقه البخاري في موضعين من " صحيحه " ، لكن ثبت عن عمر خلفه أيضاً من طريق ابن وهب: أخبرني عمرو بن الحارث عن كثير بن فرقد عن سعيد بن عبيد بن السباق: " أن رجلاً تزوج امرأة على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأو شرط لها أن لا يخرجها، فوضع عنه عمر بن الخطاب رضي الله عنه الشرط، وقال: المرأة مع زوجها " . أخرجه البيهقي في سننه الكبرى في كتاب: الصداق، باب: الشروط في النكاح، برقم ١٤٨٢٥ .

(١) سورة الطلاق: من الآية (٦).

(٢) انظر: معين الحكام لابن عبد الرفيع ص ٢٠٤ وما بعدها، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٥١٢/٢ وما بعدها، الصادق الغرياني

في مفهوم المسكن المستقل، وكما يقول الشيخ أبو زهرة: فإن " عبارة المتون تجعل الغرفة التي لها غلق مسكناً شرعياً، ولو كان بجوارها غرفة ضربتها أو حماها، فأولى أن تكون الشقة كذلك، إلا إذا آذوها بالقول أو الفعل إيذاءً بيننا قام الدليل عليه، فعندئذ لها أن تعترض لا لنقصان المسكن، وعدم كفايته، بل لأنها بين جيران غير صالحين، ومن المقرر أن المسكن إذا كان بين جيران غير صالحين يكون على الزوج أن ينقلها إلى غيره، أي كان هؤلاء الجيران".^(١)

وعلى ذلك لا يكون دقيقاً عزو المادتين (٥٩، ٦٠) ونظائرها في القوانين الخليجية الأخرى إلى الفقه المالكي خصوصاً^(٢)، فمنع أحكامهما تترد إلى شعيرة الفضل التي يجب أن تلف العلائق الزوجية، والائتمار بالمعروف الذي يحكمها، ثم إن ثمره قول المالكية تصل بالمعنى إلى ما يقول به غيرهم من فقهاء الإسلام في باب السكنى.

وفيما وراء ذلك فإن المادتين في إسكان الوالدين والأولاد والضرورة.

أولاً: قد اعتبر القانون أن إسكان والدي الزوج، أو أحدهما، وأولاده من زوجة أخرى، الذين تلزمه نفقتهم، في بيت الزوجية، حق له، بشرط ألا يلحق الزوجة ضرر من ذلك، ويشترط لهذا الحق في فقه المالكية:^(٣)

- ١- أن يكون إسكان المذكورين واجباً على الزوج شرعاً.
 - ٢- أن يكون للزوجة محل خاص بها، تستتر به عن أعين المساكنين، وتتمتع فيه بالخصوصية.
 - ٣- ألا يلحق الزوجة منهم ضرر يعكر عليها صفو حياتها معهم.
- ومكافأة لحق الزوج هذا يحقُّ للزوجة أن تسكن معها أولادها (المحضونين) من زوج آخر، متى لم يكن لهم حاضن آخر، أو ثبت أنهم يتضررون من مفارقة أمهم، ورضي الزوج بذلك.

(١) الأحوال الشخصية ص ٢٤٣، وانظر حاشية ابن عابدين. ط دار إحياء التراث - ٦٥٩/٣ - ٦٦١.

(٢) انظر: المذكرة الإيضاحية للمواد ٨٤-٨٦ من القانون الكويتي.

(٣) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٨٠٦/٢، ابن سلمون. عبد الله بن عبد الله. العقد المنظم للحكام في ما يجري بين أيديهم من الأحكام. بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون. ط دار الكتب مصورة عن الأشرفية ١٣٠١هـ. ٢٥/١، الفواكه الدواني ٤٦/٢، الفقه المالكي وأدلته ٤/٢٦٤.

ثانيًا: لا يحق للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في مسكن واحد، إلا إذا رضيت بذلك.^(١)
ثالثًا: لأي من الزوجين أن يعدل عن موقفه من سكنى الغير، في بيت أو مسكن الزوجية، بشرط أن يبرهن على أن ضررا قد لحقه من مساكنة الغير، ولذا كان، أم والدًا، أم ضرة.
أخيرًا: يحق للزوجة الانفرد بمسكن للزوجية منعزل عن أهل الزوج، وإن شرط عليها غير ذلك في عقد الزواج، وقبلت به، متى لحقها من المخالطة ضرر، وكما قلنا فإن هذا الطلب يتأسس على فقد شرط أن يكون المسكن بين جيران صالحين.

هـ- حقها في المطالبة بالنفقة الماضية:

نصت المادة (٤٦) على أنه: " لا تسمع دعوى الزوجة للمطالبة بنفقة لها تزيد على مدة ثلاث سنوات سابقة على تاريخ رفع الدعوى "

بداية ينبغي التنويه أن القضاء لا يتصل بمنازعات الزوجين - أو غيرهما - إلا بناء على دعوى، وعادة لا تدعي المرأة طالبة نفقة مستقبلية، إنما تدعي لطلب النفقة الحالية، وقد تدعي لطلب النفقة التي لم يوف بها الزوج.

وفي دعوى الزوجة بنفقة سابقة تختلف القوانين، وقد أخذ قانون أحكام الأسرة البحريني برأي جمهور الفقهاء^(٢) أن النفقة تثبت بوجود سببها دون توقف على قضاء أو تراض، ومن ثم فللزوجة أن تطالب بالنفقة من تاريخ الامتناع عنها، ولكن رؤي - كبقية القوانين - أن يضرب للدعوى أجل.

والمطالبة بالنفقة السابقة لا تسمع عن المدة التي تزيد على ثلاث سنوات سابقة على تاريخ رفع الدعوى، دون نظر إلى ما إذا كانت النفقة الواجبة مقدرة بالتقاضي أم بالتراضي، وسواء كان الزوج

(١) وينبغي أن يكون محل إجماع، لما ثبت أن النبي ﷺ خص كل واحدة من زوجاته بمسكن لا يشاركها فيه أي من ضراتها.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٣١٢/٤، الخرشي. محمد. شرح الخرشي على مختصر خليل. ط. دار صادر ١٩٥/٤، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٥١/٣٤، العمراني. يحيى بن أبي الخير. البيان في مذهب الإمام الشافعي شرح المذهب. ط دار المنهاج. بيروت ٢٠٠٠م،

مقرًا بالمدة الزائدة أم ينكرها، وهو حكم قصد به ألا يتخذ طول المدة بابًا للكيد والمضارة، إرهابًا للأزواج، وإيقاعًا بهم، كما أن الغالب المشاهد أن الزوجة لا تسكت عن المطالبة بنفقتها طوال هذه المدة إلا إذا كانت تستجر من الزوج نفقة خلالها، فتكون دعوى عدم أخذ شيء طوال ثلاث سنوات من الدعاوى الكاذبة غالبًا،^(١) وقد اختار واضع القانون أن تجعل نتيجة الإهمال في هذه الحالة هي عدم سماع الدعوى لا سقوط الحق.^(٢)

و- حقها في المطالبة بنفقة مؤقتة:

نصت المادة (٤٩) على أن: " للقاضي أن يقرر بناءً على طلب من الزوجة نفقة مؤقتة لها ولأولادها، وأن يأمر بعودتها إلى منزل الزوجية في حال إخراجها منه، ويكون قراره في كلتا الحالتين مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون ".

الأصل في الأحكام الصادرة بالنفقة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما تقبل التغيير والتعديل، وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغيير دواعيها، إلا أن هذه الحجية تظل قائمة طالما أن دواعي النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير، فلا تجاب إلى طلبها إلا إذا برهنت على دعواها بأدلة وحجاج تطمئن إليها المحكمة، وبداهة فإن مثل ذلك يستغرق - بسبب منازعات الخصوم - وقتًا طويلاً، وتقصير أمد التقاضي في المنازعات حلم عزيز المنال في زماننا، فإثبات المدعى، وتقدير الدفع، ووزن الدفاع، مع كثرة القضايا، وزيادة المشاحنات، ناهيك عن اللدد في الخصام يجعل الفصل فوراً في دعاوى النفقات ضرباً من الخيال.

وترك الزوجة طوال هذه الفترة دون نفقة حتى يفصل موضوعياً في طلبها، مع عدم وجود

(١) وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن تيمية في المجموع ٥٣/٣٤: " قبول قول النساء في عدم النفقة في الماضي فيه من الضرر والفساد ما لا يحصىه إلا رب العباد، وهو يؤول إلى أن المرأة تقيم مع الزوج خمسين سنة، ثم تدعي نفقة خمسين سنة وكسوتها، وتدعي أن زوجها مع يساره وفقرها لم يطعمها هذه المدة شيئاً، وهذا مما يتبين الناس كذبها فيه قطعاً، وشريعة الإسلام منزهة عن أن يحكم فيها بالكذب والبهتان، والظلم والعدوان".

(٢) كتابنا: أحكام الأسرة ص ٢٦٧.

مورد تتعیش منه يعد عسرًا، والعسر يلزم رفعه، والطريق إلى ذلك أن يبادر القاضي إلى تقرير نفقة مؤقتة تفي بحاجة الزوجة الضرورية وحاجة أولاده منها، في ضوء ما يستشفه القاضي من الأوراق والمرافعة، ما دام قد توافر أمامه سبب استحقاق النفقة وشروطها، لاسيما قيام الزوجية، وعدم النشوز، ويعد هذا من قبيل تعجيل جزء من المستحق، وقد يكون طلب الزوجة تمكينها من مسكن الزوجية الذي أخرجت منه.

ح- حقها في المطالبة بزيادة المفروض من النفقة:

نصت المادة (٤٧) على أنه:

"أ- لا تسمع دعوى زيادة النفقة أو النقص منها قبل مضي سنة على فرض النفقة، إلا في ظروف استثنائية.

ب- تحسب زيادة النفقة أو نقصانها من تاريخ المطالبة القضائية."

وقد قدمنا أن النفقة مؤقتة بطبيعتها، وأنها مما يقبل التغيير، وهو حكم متسق مع المبدأ القاضي بتقدير النفقة حسب سعة المنفق، وحال المنفق عليه، وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها، على أن تظل حجية المحكوم به كنفقة قائمة طالما أن دواعيه وظروف الحكم به لم تتغير.

وعلى ذلك فإن من حق الزوجة التي فرضت لها النفقة أن تطلب زيادتها في المستقبل وليس لها طلب زيادة النفقة الماضية واستحقاق الفرق إذا تغيرت سعة المنفق إلى الأفضل، كذلك لها طلب الزيادة إذا زادت حاجتها وحاجة أولادها عن القدر المرعي وقت الفرض، وهو ما أكده القانون البحريني في هذه المادة.

والقيد الذي وضعه القانون على سماع دعوى زيادة المفروض، أو الانتقاص منه هو مضي سنة من تاريخ الحكم (ابتداءً أو استثنائاً) قطعاً للدعوى الكيدية التي يراد منها الإرهاق والاستكثار، ما لم توجد ظروف استثنائية، قبل مضي السنة، يقدرها القاضي باجتهاده، ووفق سلطته التقديرية،

تستوجب زيادة النفقة أو نقصانها، وهذا التنظيم من باب السياسة الشرعية والتنظيمية.^(١)

ط - حقها في المطالبة المقاصة بين نفقتها ودين للزوج عليها دون الزوج:

نصت المادة (٥٠) على أنه:

"أ- إذا طلبت الزوجة مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها أجيبت إلى طلبها.

ب- إذا طلب الزوج المقاصة بين نفقة زوجته ودين له عليها لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كانت

موسرة قادرة على أداء الدين من مالها".

المقاصة في اللغة: تطلق على معان؛ منها التناصف، يقال: تقاص القوم إذا قاص كل واحد منهما

صاحبه في حساب أو غيره، فجعل الدين في مقابل الدين، وعرفها الدردير في الشرح الكبير بأنها:

إسقاط مالك من دين على غريمك في نظير ما له عليك بشروطه.^(٢)

ويستقر الفكر القانوني وعمل القضاء على أن المقاصة لا تصح إلا بناء على طلب صريح،

وبشرط أن يكون الدينان خاليين من النزاع، وكل منهما مستحق الأداء، صالحًا للمطالبة به قضاء،

وتسمى هذه مقاصة تلقائية.

وهناك مقاصة توافقية، وتتم بالتراضي بين الطرفين إذا كان الدينان مختلفين في الجنس.

والنوع الأخير: المقاصة القضائية، وتتم بتنازل صاحب الحق الأفضل عن الأفضل، كأن يكون

أجل دينه أقصر فيتنازل عن الأجل.

ومما تميّز به القانون البحريني أنه أثبت حق المطالبة بهذه المقاصة للزوجة في الفقرة (أ)، ولم

يثبتها للزوج في نص الفقرة (ب)، وهو المتوافق مع قول الجمهور، قال في المغني: "ومن وجبت

عليه نفقة امرأته، وكان له عليها دين، فأراد أن يحتبس عليها بدينه مكان نفقتها، فإن كانت موسرة فله

ذلك، لأن من عليه حق فله أن يقضيه من أي أمواله شاء، وهذا من ماله، وإن كانت معسرة لم يكن له

ذلك، لأن قضاء الدين إنما يجب في الفاضل من قوته، وهذا لا يفضل عنها، ولأن الله أمر بإنظار

(١) التعليق على القانون للغزالي والمحميد ص ٢٦٠.

(٢) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٢٢٧/٣، وانظر: المبسوط للسرخسي ٢٠٦/١٢، شرح فتح القدير للكمال ١٩٩/٥.

المعسر، فقال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(١)، فيجب إنظارها بما عليها. أ.هـ.^(٢). ومقتضاه أن الزوجة المدينة المعسرة لا تلزم بالمقاصة في دين الزوج، لأن إحياء النفس مقدم على الوفاء بالدين.

ز- دين النفقة دين قوي:

نصت المادة (٥١) على أن: "نفقة الزوجة لا تسقط بالعجز أو الإعسار ولها امتياز على سائر الديون".

والمادة (٥٦): "ينقضي الالتزام بنفقة الزوجة: أ- بالأداء. ب- بالإبراء. ج- بوفاة أحد الزوجين بالنسبة للنفقات الحالية، أما النفقات التي سبق التراضي عليها أو رفعت دعوى للمطالبة بها قبل الوفاة فتعتبر ديناً على الزوج وتستوفى من التركة إذا ما قضي بها للزوجة.

لقد توافق القانون البحريني في المادة (٥١) مع جميع القوانين العربية عدا القانونين الليبي والسوداني في مخالفة قول الإمام مالك في عدم سقوط حق الزوجة في النفقة الزوجية بسبب العجز أو الإعسار وأخذ بقول الجمهور الذين رأوا أنها عوض واجب فأشبهت الأجرة، وغاية ما أمر الله به في المعسر إنظاره، لقول تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(٣).

وينبغي أن يعلم أن مذهب المالكية وابن حزم سقوط النفقة الحالة بالإعسار، أما النفقة الماضية إن لزم في اليسر فإنها لا تسقط وإن أعسر من بعد^(٤).

ثالثاً: حق البنت في النفقة

نصت المادة (٦١) على أن:

"أ- نفقة الولد الصغير الذي لا مال له، على أبيه، حتى تتزوج الفتاة ويصل الفتى إلى الحد

(١) سورة البقرة: من الآية (٢٨٠).

(٢) المغني بتحقيق التركي والحلو ١١/٣٦٥، وانظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢/٨٠٨.

(٣) سورة البقرة: الآية (٢٨٠).

(٤) انظر الفقه المالكي وأدلته ٤/٢٦٩ وما بعدها.

الذي يكتسب فيه أمثاله.

ب- نفقة الولد الكبير العاجز عن الكسب لعاهة أو غيرها على أبيه، إذا لم يكن له مال يمكن الإنفاق منه.

ج- تعود نفقة الأنتى على أبيها إذا طلقت أو مات زوجها ما لم يكن لها مال، أو على من تجب عليه نفقتها غيره.

د- إذا كان مال الولد لا يفي بنفقته لزم أبوه بما يكملها، بمراعاة الأحكام السابقة ".
والمادة (٦٢):

" تجب نفقة الولد على أمه الموسرة إذا فقد الأب ولا مال له، أو عجز الأب عن الإنفاق عليه ".
والمادة (٦٣):

" مع مراعاة حكم المادة (٤٥) من هذا القانون، يراعى في تقدير نفقة الأولاد بعد الطلاق أو عند الفرقة ألا تتضمن مساسًا بوضعهم الاجتماعي أو التعليمي الذي كانوا عليه ".
مما يتبع حقوق المرأة المالية إن لم يكن لها مال ولم تتزوج فإن نفقتها تكون من واجبات والدها، لقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(١)، فدللت هذه الآية على أمرين:

أحدهما: على وجوب نفقة الأولاد على الآباء دون الأمهات.

والثاني: على أن اشتغال الأم بتربية ولدها لا يوجب سقوط نفقتها.

وقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾^(٢)، يعني: المطلقات إذا أرضعن أولادهن

وجبت لهن أجره الرضاعة، فلما لزمتم أجره الرضاع كان لزوم النفقة أحق.

وقال تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ ﴾^(٣)، فلولا وجوب النفقة

(١) سورة البقرة: الآية (٢٣٣).

(٢) سورة الطلاق: من الآية (٦).

(٣) سورة الإسراء: من الآية (٣١).

عليه ما قتله خشية الإملاق من النفقة.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ((إن معي ديناراً، قال: أنفقه على نفسك، قال: إن معي آخر، قال أنفقه على ولدك، قال: إن معي آخر، قال: أنت أعلم به))^(١). فدل على وجوب النفقة للولد.

واستشهد أيضاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم لهند: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف".

وهو ما أكده القانون في هذه المواد، والذي يهمننا هو ما يتعلق بالبنات فقط.

والمادة (٦٣) من المواد التي تميّز بها القانون البحريني عن بقية القوانين العربية، والغرض منها منع الآباء بعد حصول الفرقة من استغلال الأطفال بتغيير وضعهم الاجتماعي والتعليمي انتقاماً من أمهاتهم، وهروباً من مسؤولياتهم تجاه أولادهم، ومخالفين لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾^(٢)، ولما كانت مصلحة الصغير تقتضي العمل على استقراره، وكان الاستقرار يتولد من المتابعة على المألوف، وعدم قطع المعتاد من حظوظ الحياة، دون مبرر معقول، رؤي التأكيد على أن نفقة الأولاد بعد الطلاق أو الفرقة يجب أن تظل حافظة لوضعهم الاجتماعي والتعليمي الذي كانوا عليه قبل الفرقة، دون إخلال بالحكم القاعدي المقرر بالمادة (٤٥): "النفقة تقدر بالاجتهاد القضائي، وتؤسس بالنظر لسعة المنفق، وحال المنفق عليهم، مع مراعاة الزمان والمكان والأعراف".

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب: جماع أبواب النفقة على الأقارب، باب: النفقة على الأولاد، برقم ١٥٥١٢، وابن حبان في صحيحه في كتاب الزكاة، باب: صدقة التطوع، ذكر البيان بأن الصدقة على الأقرب فالأقرب أفضل منها على الأبعد فالأبعد، برقم ٣٣٣٧، وغيرهما، وحسنه الأرئووط والألباني.

(٢) سورة البقرة: من الآية (٢٣٣).

المبحث الخامس حقوقها في النسل وإثبات النسب

التناسل هو المقصد الأهم من الزواج لقوله تعالى: ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً... ﴾^(١)، وحبه من الطبائع البشرية، أما تَحَلِّي الأصل عن فرعه، أو إلحاقه مَنْ ليس منه، فهو انقلاب على الفطرة، ومخالفة للشرع، فقد قال تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ اللَّهُ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ كُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ * ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ... ﴾^(٢)، وقال ﷺ: ((مَنْ ادَّعَى لِغَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُ فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ))^(٣)، وفي رواية: ((أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّ اللَّهَ قَسَمَ لِكُلِّ إِنْسَانٍ نَصِيبَهُ مِنَ الْمِيرَاثِ، وَلَا تَجُوزُ لَوَارِثٍ وَصِيَّةٌ، إِلَّا إِنْ الْوَالِدُ لِلْفَرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ، مَنْ ادَّعَى لِغَيْرِ أَبِيهِ أَوْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ رَغْبَةً عَنْهُمْ فَعَلِيهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ))^(٤).

يفهم من ذلك أن النسب حق للولد، والوالد، والوالدة، والقرابة، والرحم، فضلاً عن المجتمع، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴾^(٥).

وفي ظل ظاهرة التنكر للأنساب التي يجب أن توصل، وضغوط بإقرار صلات لا يجوز شرعاً أن تُقر، تظهر أهمية التنظيم الشامل لأحكام النسب، مبنياً على أساس من المبدأ الشرعي القاضي بوجود الاحتياط في إثبات النسب، وفي نفيه، حتى لا يُجحد ما حقه الثبوت، ولا يُدخل في القرابة من ليس منها، وقد اتجهت عناية الإسلام، منذ أشرقت شمسها، إلى الاهتمام بنقاء الأنساب، ورفع الشك حولها، وتصفيتها مما يلتصق بها من لواحق وشوائب، فأغلق روافد النسب المزيف الذي

(١) سورة النحل: الآية (٧٢).

(٢) سورة الأحزاب: من الآيتين (٤، ٥).

(٣) أخرجه البخاري في الفرائض، باب: من ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، برقم ٦٣٨٥، ومسلم في الإيمان، باب: حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم، برقم ٦٣.

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير برقم ٦٥.

(٥) سورة الفرقان: الآية (٥٤).

ينشأ في ظل أنكحة وعلاقات باطلة انحرفت بها الأمم والشعوب عن سواء السبيل، واقتلع التبنّي من جذوره لما فيه من تزييف للأمر، واصطدام مع حقائق التشريع الإلهي والأخلاق القويمة، ولم يعترف - كأصل عام - إلا بالنسب القائم على النكاح الشرعي انطلاقاً من قاعدة حديث النبي ﷺ: ((الولد للفراش، وللعاهر الحجر))^(١).

ومما يحسب للقانون البحريني أنه قد جاء في ذلك بما يغلب على الظن كفايته وعدالته، دون إغفال للواقع، أو تفريط في المكتسبات المعرفية والعلمية، ودون خروج على المقرر شرعاً في هذا الشأن، وذلك في الفقرة (و) من المادة (٣٧)، والفقرة (٤) من الفقرة (ب) في المادة (٤٣)، والمواد (٧٠-٨٢) على النحو الآتي:

١- حقها في عدم حرمانها من الحصول على النسل:

ورد في الفقرة (و) من المادة (٣٧) المتعلقة بحقوق الزوجة على زوجها النص على: " ألاّ يحرمها من نسله ".

ويكون ذلك بعدم جواز اشتراط الزوج على الزوجة في العقد عدم الإنجاب لأنه شرط فيه مصادرة لحق الزوجة في حصولها على النسل وشعورها بالأومومة، لذا فهو شرط باطل مخالف للبندين (أ، ب) من المادة (٥) الذي ينص على:

أ- الأزواج عند شروطهم، إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً.

ب- إذا اقترن العقد بشرط ينافي غايته أو مقصده، فالشرط باطل والعقد صحيح.

وكذلك لا يجوز له أن يعزل عند جماعه عنها إلا بإذنها لما روي في حديث عمر بن الخطاب ﷺ: ((أن النبي ﷺ نهى أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها))^(٢)، لما فيه من تقليل النسل، وقطع اللذة، إلا أن يكون العزل لحاجة، لأن لها في الولد حقاً، وعليها في العزل ضرر، فلم يجز إلا بإذنها، وفي

(١) أخرجه البخاري في الفرائض، باب: الولد للفراش حرة كانت أو أمة، برقم ٦٣٦٨ ومواضع أخرى، ومسلم في الرضاع، باب: الولد للفراش وتوقي الشبهات، برقم ١٤٥٧.

(٢) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب: العزل، برقم ١٩٢٧، وقد ضعّف الألباني إسناده.

تكملة المجموع " قال ابن عبد البر: لا خلاف بين العلماء أنه لا يعزل عن الزوجة الحرة إلا بإذنها، لأن الجماع من حقها، ولها المطالبة به، وليس الجماع المعروف إلا ما لا يلحقه عزل، قال الحافظ ابن حجر: ووافقه في نقل هذا الإجماع ابن هبيرة"^(١).

٢- حقها في إثبات النسب:

نصت المادة (٧٠) على وسائل إثبات النسب للأب بصورة عامة على النحو الآتي:
" تكون البنوة شرعية وتترتب آثارها الشرعية عليها بالنسبة للأب في حال ثبوتها بأي من طرق الإثبات ".

أما المادة (٧١) فنصت على وسائل إثباته للأم على النحو الآتي:
" تثبت البنوة للأم وتترتب عليها آثارها الشرعية سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية بواقعة الولادة، أو إقرار الأم ".

ولقد ذكرنا بأن النسب حق لكل من الزوجين وللولد وللأقارب وللمجتمع، والذي يهمنا هنا هو حقها بصفتها بنتاً، وبصفتها أمًا.

أمّا بصفتها بنتاً فحقها في ثبوت نسبها إلى أبٍ وأمٍّ معروفين، لتشعر بالاستقرار والطمأنينة في جو أسري يبعتها عن التعبير بجهالة نسبها أو كونها ثمرة خطيئة بين أمها ورجل ما دون وجود رابطة شرعية تربط بينهما.

وأما بصفتها أمًا فحقها في حفظ شرفها عند ولادتها لولدها بنسبه إلى والده الشرعي وعدم اتهامها بإنجابها عن طريق غير مشروع، ومن هنا اهتم القانون بتحديد أسباب ثبوت النسب في المواد الآتية:

ولقد أخذ القانون في نسب الولد لأبيه بقول الأئمة الأربعة، وأكثر أهل العلم، بأنه لا يثبت إلاّ بنكاح صحيح، أو ما يقوم مقامه من الوطاء بشبهة، ومتى ثبت الفراش أو شبهته، بأي من الطرق

(١) تكملة المجموع للمطيعي ١٨/١٠٦.

المنصوص عليها بالمادة (٧٤)، فالولد للناكح أو الواطئ بالشروط المعتمدة قانوناً، ما لم ينفه، طبقاً للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون.

يضاف على ذلك أنه يأخذ بالمبدأ المستقر في فقه السلف " أنه يحتاط في النسب ما لا يحتاط في غيره "، ومن أثر ذلك أن جلّ الفقه يخاطر في إثبات النسب، بل يحتال لإثباته ما أمكن حفظاً للولد من الضياع وللمجتمع من التفكك، فيتجنب السؤال التفصيلي في إقرار الأب بنسب من يولد مثله لمثله، من باب تغليب الاحتياط في إثبات النسب على الاحتياط في دفعه، بقبول ثبوته بكل طريق معتبر شرعاً، وأن التناقض فيه يغتفر، وأنه متى ثبت لا يرفع^(١). وهو في ذلك متوافق مع عموم القوانين العربية.

وهناك نوعان من وسائل إثبات النسب، وهما:

الوسائل التفصيلية:

وهي على النحو الآتي:

أولاً: أقل مدة للحمل:

نص صدر المادة (٧٣) من القانون البحريني أن: "أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية، ...".

وقد ذكرنا منذ قليل أن النسب مما يحتاط لإثباته، والشرع الإسلامي بالرغم من تشوفه لإثباته حفظاً لحق الطفل من الضياع فإنه في الوقت ذاته يُرهب من ادعاء الانتساب إلى غير الوالدين، أو أن إدخال أحد على أهل بيت ليس منهم، وأمثلة ذلك أن يكون أمد حمل المدعى نسبه مما يناقض الواقع مناقضة فجة، فتدعي المرأة أنها ولدت، ولد فراش، لأقل من المدة المعهودة، أو أنها ظلت حاملاً لأمد يجاوز كل زمن يحتمل أن يظل معه الجنين حياً في الرحم.

وقد اتفق الفقهاء على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر جمعاً بين قول الله تعالى: ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ

ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾^(٢). مع قوله تعالى: ﴿ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾^(١).

(١) انظر: التعليق للغزالي، والمحميد ص ٣٤٣-٣٤٥.

(٢) سورة الأحقاف: من الآية (١٥).

فالفصال هو الفطام، وقد ذكره الله منفردًا ومجموعًا، فحدّه منفردًا بعامين، ومجموعًا مع الحمل بثلاثين شهرًا، فإن طر حنا العامين (٢٤ شهرًا) من الثلاثين كان الباقي ستة أشهر كأقل مدة يأتي فيها الولد.

وعن علي بن أبي طالب، وابن عباس رضي الله عنهم أن رجلاً تزوج امرأة فولدت ولدًا لسته أشهر فهِمَّ أمير المؤمنين عثمان بن عفان رضي الله عنه أن يرجمها فقال ابن عباس: إن خاصمتكم بكتاب الله فخصمتكم، وذكر الآيتين...، فالحمل ستة أشهر، والرضاع سنتان، قال الراوي: فدرأ عنها (أي الحد).^(١) قال ابن العربي في الأحكام: "وهذا من بديع الاستنباط".^(٢) ويقول د. محمد علي البار: "وأما أقل الحمل فقد تظاهرت الشريعة والواقع على أنها ستة أشهر، فالطب يقرر أن أقل الحمل الذي يمكن للمولود العيش بعده هي ستة أشهر، وفي الواقع قليلا ما يعيش هذا المولود".^(٣) ويبنى على ذلك أنه إذا تزوج رجل بامرأة، وكان العقد صحيحًا، ثم ولدت، فإن كان ذلك بعد ستة أشهر فأكثر من حين العقد فإن نسب الولد يثبت من هذا الزوج، إذا توافرت الشروط الأخرى، سواء أقر الزوج بالبنوة، أو سكت، مادام لم ينف النسب.

والقانون البحريني يساوي بين مدة الستة أشهر والمدة المقاربة لها كما ورد في الحكم في الدعوى ١٤ / ٢٠١٠ / ١٢٣٥ / ١ حيث نص على:

حيث إن المحكمة لاحظت أن المدة بين تاريخ عقد النكاح وتاريخ ولادة الطفلة قاربت الستة أشهر القمرية، وما قاربت المدة أعطي حكمها.

فلهذا حكمت بثبوت نسب الطفلة إلى المدعي أنه والدها وإلى المدعى عليها على أنها أمها وترتيب الآثار الشرعية والقانونية على هذا النسب.

(١) سورة لقمان: من الآية (١٤).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب: الطلاق، باب: التي تضع لسته أشهر، برقم ١٣٤٤٧.

(٣) أحكام القرآن ١/٢٠٢.

(٤) البار. محمد علي. خلق الإنسان بين الطب والقرآن. نشر الدار السعودية ١٩٩١ ص ٤٥١.

أما إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من حين العقد فلا يثبت النسب إلا إذا ادّعاها^(١) الزوج، ولم يصرح أنه من الزنا.

وثبوت النسب مع الولادة قبل ستة أشهر من العقد، وإن كان غير متأتم في الظاهر، إلا أن الاحتياط للنسب يبرر حمل إقراره على أن الحمل قد حصل في فراش آخر، سواء كان بعقد صحيح أم بوطء بشبهة، مراعاة لمصلحة الولد، وتصحيح كلام العاقل ما أمكن.

ثانياً: أقصى مدة للحمل:

ونص الشطر الآخر من المادة (٧٣): "...، وأكثرها سنة واحدة قمرية".

أما أقصاها فقد اختلف فيها الفقهاء اختلافاً واسعاً حتى أوصلها البعض إلى ٥ سنين، وسبب اختلافهم أنه لم يرد في حديث: صحيح، ولا حسن، ولا ضعيف، مرفوع إلى رسول الله ﷺ أن أقصى مدة الحمل "كذا". والقاعدة في التقديرات "أن كل ما احتاج إلى حدٍ وتقدير إذا لم يتقدر بشرع ولا لغة، كان مقداره بالعرف والوجود كالحيض والنفاس"^(٢).

ويرجح المعاصرون أن تحكيم العادة والتجربة هو الحق، لأن التقديرات المذكورة لم تبني على النصوص، وإنما على ادعاء وقوع الحمل إلى تلك المدد- الطويلة- وهو ادعاء ينقصه الدليل، والمشاهدات تردده، واحتياطاً للنسب، رؤي أن مدة السنة التي ذهب إليها الإمام ابن الحكم المالكي تكفي^(٣).

لذ فأكثر القوانين العربية، ومنها القانون البحريني في المادة (٧٣) أخذت به، عدا القانون الجزائري في المادة (٤٢) التي تنص على أن: "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر"، والحساب المعتمد هو الحساب الشمسي، كما في المادة (٧٦) التي نصت على: "يثبت نسب الولد

(١) سيأتي تفصيله لاحقاً.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ١١ / ٢٠٥، وانظر في حكاية الأقوال وإيراد الأدلة ومناقشاتها: المحمدي. علي محمد يوسف. أحكام النسب في الشريعة الإسلامية. دار قطري بن الفجاءة. قطر ١٩٩٤، ص ٧٤-٩٢.

(٣) كتابنا: أحكام الأسرة ص ٥٥٣.

من الرجل المطلّق أو المتوفى إذا ولدته المرأة قبل مضي سنة قمرية من يوم الطلاق أو الوفاة"،
والقانون العماني (م ٧٢)، والقانون القطري (م ٨٧) تعتمد الحساب القمري، وتميّز القانون
الكويتي في تطبيقه لقاعدة الاحتياط للنسب فقرر بالمادة (١٦٦) أن: "أقل مدة الحمل ستة أشهر
قمرية، وأكثرها خمسة وستون وثلاثمائة يوم". فاحتاط للأقل بالتقصير، وللأبعد بالإطالة.

ويُحسب أقصى المدة ابتداء من تاريخ الفرقة أو المتاركة.

أما أقلها فيحسب من تاريخ العقد في النكاح الصحيح، وفي غير الصحيح، وفي الوقاع بشبهة،
يحسب من تاريخ الدخول أو الوقاع، عملاً بالمادة (٤٣) من هذا القانون، حيث نص صراحة على
أن الآثار تترتب على الدخول فيه.

هذا مع مراعاة أن النسب مما يخفي فيغتفر فيه التناقض.

ثالثاً: ألا يثبت انتفاء التلاقي بين الزوجين بناء على مانع حسي:

نصت الفقرة (ب) من المادة (٧٥) بالآتي:

"ألا يثبت انتفاء التلاقي بين الزوجين بمانع حسي من تاريخ العقد إلى الولادة، أو حدوث
المانع بعد الزواج واستمراره أكثر من سنة قمرية، فإذا زال المانع وجب لإثبات النسب انقضاء أقل
مدة الحمل من تاريخ زوال المانع".

ومقتضى صياغة الفقرة أن تلاقي الزوجين من تاريخ العقد مفترض، أو يقال صحة العقد داعية
إلى الاتصال بين الزوجين فيفترض، وعلى من ينفيه أن يبرهن على قيام المانع الحسي من التلاقي،
بإثبات:

❖ أن الزوج غير مخصّب بشهادة أهل الخبرة المعتمدة، قال الشيخ عليش في شرحه: "إلا أن تأتي
به وهو - أي الزوج - صبي^(١) حين ظهور الحمل، أو محبوب حينه، فينتفي بلا لعان لاستحالة
حملها منه فيهما عادة"^(٢).

(١) أي صغيراً لم يبلغ الحلم.

(٢) منح الجليل ٢/٣٦٠.

❖ أو بإثبات أن العادة تحيل أن يقع بين الزوجين تلاقٍ بالنظر إلى المجرى العادي للأمر، كأن يكون أحدهما مريضاً مرضاً تحيل العادة أن يقع مع وجوده اتصال. جاء في مغني المحتاج: "إنما يحتاج الملاعن إلى نفي نسب ممكن كونه منه... فإن تعذر كون الولد منه بأن ولدته الملاعنة لستة أشهر فأقل من العقد لانتفاء زمن الوطاء والوضع أو أكثر منهما... أو نكح وهو بالمشرق امرأة وهي بالمغرب، ولم يمض زمن يمكن فيه اجتماعهما، ووطء، وحمل أقل مدة الحمل، لم يلحقه الولد لاستحالة كونه منه، فلا حاجة إلى انتفائه باللعان... ومن صور التعذر... ما لو كان الزوج صغيراً"،^(١) أو به عيب خلقي في الجهاز التناسلي.

ويرجع في ضبط التعذر إلى أهل الخبرة، وقد سئل الإمام مالك رحمه الله عن لزوم الخصي أو المجهوب الولد الذي تأتي به زوجته فأجاب: "أرى أن يسأل أهل المعرفة بذلك، فما كان يولد لمثله، لزمه الولد، وإلا لم يلزمه".^(٢)

وبموجب النص فإن المعوّل عليه هو المانع الحسي، أما المانع الشرعي، كالحيض والصوم والإحرام، فلا عبرة به في نفي التلاقي.

ويختلف طريق نفي التلاقي الطبيعي عن نفي التلاقي غير الطبيعي، ونقصد بهذا الأخير أن يكون الإخصاب قد تم بطريق التلقيح الصناعي، أو شتل الجنين، وكلاهما معتبر شرعاً كالدخول.^(٣) ويشترط في الأخير لحصول التلاقي المعتبر شرعاً أن يكون ماء الرجل حلالاً عند الإنزال، حلالاً عند الإيلاج، ويستلزم هذا أن تكون الزوجية قائمة في الحالتين معاً.

فإن أتت بالولد لستة أشهر فأكثر من العقد فنفي الزوج الاتصال الطبيعي فالشرط أن تبرهن على

(١) مغني المحتاج ٤٩٩/٣.

(٢) انظر: حاشية الشيخ علي العدوي على شرح الخرشي ١٢٧/٤.

(٣) انظر: القليوبي. أحمد بن أحمد بن سلامة. حاشية على شرح الجلال المحلى على منهاج الطالبين. ط الثالثة. م مصطفى الحلبي. مصر ١٩٥٦، ٤٠/٤، كشاف القناع ١٠/١٣. تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٢٣٠/٨ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ٣/٦٥٩، الشيخ جاد الحق على جاد الحق. التلقيح الصناعي لتوالد الإنسان، والإجهاض. ضمن بحوث المؤتمر التاسع لمجمع البحوث الإسلامية ١٩٨٣ ص ٤٤٨ وما بعدها، محمد سلام مذكور. الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي. ص ١٢٣ وما بعدها.

أن الإنزال لاحق على العقد، وأنها تحملت به.

وإن أتت بالولد بعد الفرقة فالشرط أن تثبت حصول الإنزال والتحمل بالماء (كليهما) أثناء قيام الزواج، وأنها أتت بالولد في مدة أقصاها سنة قمرية من تاريخ الفرقة، ليحصل الظن بأنها تحملت بماء الزوج قبلها.

فإذا ثبت عدم التلاقي مطلقاً، لا طبيعياً، ولا صناعياً، منذ العقد، وحتى الولادة، أو وجد بعد العقد، وأثناء قيام الزوجية، مانع استمر إلى سنة قمرية، انتفى الولد دون لعان. فإن أثبتت زوال المانع - مع قيام الزوجية - فالشرط لثبوت النسب أن تأتي بالولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ زوال المانع.

ويكاد يستقر رأي العلماء في عصرنا على أن فحص الحامض النووي (البصمة الوراثية أو D.N.A) يستخدم كقرينة في الإثبات لا النفي، ومن ثم فالتقرير الطبي الذي يخلص إلى " أنه يستبعد (هكذا، وهي (أقصد كلمة يستبعد) لفظة محتملة وليست قاطعة في النفي) أن يكون المدعو... فلان... الأب الطبيعي للطفل... فلان... ابن المدعوة... فلانة... هذا التقرير... لا يرتقى أن يكون دليلاً على نفي النسب، وذلك لكون لفظة (يستبعد) الواردة في التقرير غير قاطعة، وهي تدخل تحت طور الاحتمال، والقاعدة الأصولية المستقرة أن كل ما دخله الاحتمال لا يصلح للاستدلال".^(١)

الوسائل العامة:

وقد نص عليها في المادة (٧٤) على النحو الآتي:

أ- عقد الزوجية الصحيح، أو الدخول بشبهة وذلك مع مراعاة حكم المادة (٧٣) من هذا القانون.

ب- الإقرار بشروطه المعتبرة شرعاً.

ج- البينة الشرعية.

إضافة إلى ما ذكر من آثار العقد غير الصحيح بعد الدخول في الفقرة (٤) من الفقرة (ب) في

(١) كتابنا: أحكام الأسرة ص ٥٥٧.

المادة (٤٣):

ب_ يترتب على الزواج غير الصحيح بعد الدخول في غير ما ذكر سابقاً الآثار الآتية:

١- حرمة المصاهرة.

٢- الصداق المسمى، أو صداق المثل.

٣- النفقة إذا كانت المرأة جاهلة بصحة العقد

٤- النسب.

٥- العدة.

أولاً: الفراش الشرعي، وشبهته:

أما الفراش فمعناه وجود عقد زواج صحيح، أي أن الزوجية قائمة حال حصول الحمل، لحديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، قالت: ((كان عتبة بن أبي وقاص، عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه، قالت: فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال: ابن أخي قد عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة، فقال: أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي ﷺ، فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي كان قد عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال رسول الله ﷺ: " هو لك يا عبد بن زمعة "، ثم قال النبي ﷺ: " الولد للفراش وللعاهر الحجر "، ثم قال لسودة بنت زمعة- زوج النبي ﷺ: " احتجبي منه " لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله))^(١).

فإذا انتفى عقد الزواج، أو بطل، فالأصل أن لا فراش، ولكن تشوّفاً لإثبات النسب أقام الشارع الحكيم شبهة الفراش مقام الفراش.

ويقصد بشبهة الفراش أن يلتبس الأمر على الشخص فيتصور أن اتصاله بالمرأة مباح ومشروع مع أنه في الحقيقة ليس كذلك، إما لفساد العقد، وإما لعدم حل المرأة، مع ظن الرجل حلها له بناء

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب: تفسير المشبهات، برقم ٢٠٥٣، ومسلم في كتاب: الرضاع، باب: الولد للفراش وتوفي

الشبهات، برقم ١٤٥٧.

على دليل معتبر.

وهي ثلاثة أنواع:^(١)

الأولى: شبهة العقد: ومثالها أن يعقد على امرأة يظن أنها تحل له ويدخل بها، ثم يتبين له أنها من المحرمات عليه من جهة الرضاع، أو يتزوجها بغير ولي لمن يشترط وجود الولي أثناء العقد كالمالكية، أو من غير شهود، وغير ذلك من الحالات التي يخل فيها شرط من شروط صحة العقد. والضابط العام المهم هنا أن يكون الشرط المخالف مما يختلف فيه العلماء، ولو كان دليل الاختلاف ضعيفاً، لأن الاختلاف شبهة، وكذلك العقد على المعتدة، والمُحْرَمَة، وقع فيهما اختلاف فأورث شبهة، والشبهة في باب النسب تفسر لصالح الولد صيانة له، واحتياطاً لنسبه.

الثانية: شبهة الحل: وتسمى "شبهة فعل": ومثالها أن يتصل رجل بامرأة زُفَّت إليه معتقداً أنها امرأته ثم عرف أنها ليست زوجته.

الثالثة: شبهة الفعل أو الملك: ومثالها أن يواقع معتدته من طلاق بائن دون عقد ومهر جديدين معتمداً على ما جاء في الأثر "الكنايات راجع".

فإذا حصل اتصال جنسي بين الرجل والمرأة مع قيام الشبهة المذكورة فإن الولد الحاصل من هذا الاتصال ينسب إلى الرجل بشروط نسبه بالزواج الصحيح، إلا أن المعول عليه في الصحيح العقد، وفي غيره الدخول.

فإذا ما وجدت زوجه بناء على عقد صحيح ثبت النسب بها دون حاجه إلى دعوة، أي ادعاء أو استلحاق حسب مصطلحات العلماء.

وأساس اعتبار الدخول بناء على الشبهة: أحياء الولد بالاحتياط في نسبه.

فإذا ما نُوزع في قيام الزوجية، أو في تاريخها، أو في قدرة أي من الزوجين على الحمل والإنجاب، أو في حصول المخالطة بشبهة احتجنا إلى الوسيلة الآتية، وهي البينة.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٢٩٨-٢٣١.

ثانياً: البيئة:

مما يميّز به القانون البحريني أنه يوسّع من مفهوم البيئة لتشمل كل ما يبيّن الحق ويوضّحه من الوسائل التي أجازت فقهاً، اتفاقاً أو مع الاختلاف، وهذا التوسّع وإن كان مقبولاً في عموم المشكلات الأسرية في الزواج والطلاق ومتعلقاتهما، فإن قبوله في النسب أولى لسببين:^١ أولهما: أن مبنى النسب على الاحتياط في إثباته، حملاً لحال المرأة على الصلاح، وإحياءً للولد، فإنه: إذا تعارض ظاهران في النسب قدّم المثبت له، لوجوب الاحتياط فيه، حتى إنه ليثبت بالإيماء مع القدرة على النطق.

والثاني: أن القانون اعتبر البصمة الوراثية (وهي من القرائن) من الوسائل الشرعية في إثبات النسب، وذلك في عجز المادة (٧٧) التي تنص على: "وإذا أنكر الزوج أن الحمل منه يلجأ إلى الوسائل الشرعية في إثبات النسب"، والمادة (٧٩): "يتم عرض الزوجين لتحليل البصمة الوراثية قبل إجراء الملائعة، ولا تتم الملائعة بنفي النسب إذا جاءت النتيجة بإثباته"، والمادة (٨٢): "في حال اختلاط المواليد في المستشفيات، وفي حال الحوادث أو الكوارث يستعمل تحليل البصمة الوراثية لإزالة اللبس".

والحاجة إلى البيئة لا تظهر إلاّ عند الخلاف على النسب، عندئذ يطالب المدعي، بموجب الحديث المشهور (البيئة على المدعي) بإقامة الدليل على ما يدعيه، فإن كان النزاع حول نسب ولدٍ إلى المرأة فبينتها أن تُثبت واقعة الولادة، وإن كانت المنازعة في نسبة الولد إلى أبيه فالبيئة أن تثبت الفراش أو شبهته، وإن كان الفراش ثابتاً ووقع النزاع في شروط النسب الآتية، فالبيئة تعني إثبات الشرط محل المنازعة.

ثالثاً: النسب في الزواج غير الموثّق:

نصت المادة (٧٧) على: "إذا حصل الإيجاب والقبول برضا الولي أمام الشهود، وظهر حمل بالزوجة قبل توثيق عقد الزواج فإنه ينسب للزوج إذا تبين أن الحمل حصل بعد الإيجاب والقبول".

(١) التعليق على القانون. الغزالي والمحميد ص ٣٥٦.

ويثبت هذا النسب بإقرار الزوجين، فإذا أنكر الزوج أن الحمل منه يلجأ إلى الوسائل الشرعية في إثبات النسب.

كانت الصياغة الأولى للمادة تكاد تطابق المادة (١٥٦) من مدونة الأسرة المغربية، التي تنص على أنه: "إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توفرت الشروط الآتية:

أ- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء.

ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة.

ج- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.

تتم معاناة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن.

إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات

النسب".

والحق أن النص المغربي يثير مشكلات جمة في أصله، لاسيما وأن المدونة- كقانوننا- قد عرّفت الخطبة بأنها: تواعد على الزواج، أي ليست زواجًا، كما أسلفنا، ولا يحتاج على ذلك بأن الخطبة في العرف المغربي- كما هي في العرف البحريني- تعني زواجًا، فقد بطل هذا العرف بالنص الصريح على خلافه، ناهيك عن الاضطراب الشديد الذي يلحق ببعض الألفاظ الواردة في النص، كلفظ (اشتهار)، وعبارة (حالت ظروف قاهرة) و(الشبهة)، وغيرهما من التعبيرات المشككة الواردة بالنص.

ولما كان غرض النص (١٥٦ مغربي) هو إثبات نسب ولد الموطوءة بشبهة، بالتأكيد على أن ثبوت النسب لا يتوقف على توثيق عقد الزواج، وهو غرض شرعي لا شك، فالنسب يثبت بالزواج غير الصحيح، بضوابط خاصة، كما بينت ذلك المادة (٤٣) في القانون البحريني، كما يثبت بالوطء بشبهة، فضلاً عن اعتماد المبدأ الراسخ في إثباته، وهو مبدأ الاحتياط، والتشوّف إلى الإثبات، لمّا كان ذلك فإن التوسل إليه بهذه الصياغة المشككة يصبح تكلفاً لا حاجة إليه، لاسيما- كما يقول

المستشار أحمد نصر الجندي- وأن دعوى النسب مسموعة ولو لم يوجد المؤيد لسماع دعوى الزوجية، لأن القاضي لا يسمع في ضمن الدعوى به دعوى زوجية، بل يسمع دعوى وطء بشبهة.^(١) لهذا عدلت لجنة وضع القانون عن الصياغة الأولى التي كانت واردة في المشروع إلى الصياغة الحالية لتقرر أن:

١- العبرة في حساب أقل مدة الحمل بتاريخ الانعقاد المستوفي شروطه من اتحاد الإيجاب والقبول بمجلس العقد، وليست بتاريخ التوثيق، فلو تزوجت الصغيرة التي يقل سنها عن ست عشرة سنة دون موافقة المحكمة الشرعية خلافاً للمادة (١٦)، أو تزوج البحريني الذي تجاوز الستين من عمره بامرأة من غير مواطنات دول مجلس التعاون لدول مجلس الخليج العربية دون إذن المحكمة الشرعية، أو تزوجت البحرينية التي لم تتجاوز العشرين من عمرها بأجنبي جاوز الخمسين عاماً دون إذن المحكمة الشرعية خلافاً للمادة (٢١)، فإن هذه الزيجات لن توثق لمخالفة القانون، بيد أنها منعقدة، واتصال الزوجين مشروع، فإن لم يثبت انتفاء تلاقيهما بمانع حسي، فالزوجية قائمة من ساعة اتحاد الإيجاب بالقبول، وإن تأخر توثيق العقد زمنًا، أو أبت المحكمة المختصة الإذن به.

٢- إذا حصل الإيجاب والقبول بين الزوجين أنفسهما، دون مباشرة الولي، ولكن مع رضاه بالزواج، في وجود الشهود، فهذا الزواج وفقاً للمادة (٤٣) يعتبر غير صحيح، لأنه فقد شرطاً غير مجمع عليه- من شروط صحته، وهو الولي، ولهذا السبب لا يرتب أثراً إلا بالدخول فيه، ويعتبر حصول الحمل قرينة على الدخول.

أما إذا تم الإيجاب والقبول بمباشرة الولي، في حضرة الشهود فالعقد صحيح، ويثبت نسب الولد الحاصل من هذا الزواج إذا جاءت به المرأة لمدة لا تقل عن ستة أشهر من تاريخ الإيجاب والقبول متى أقر بذلك الزوجان.

٣- إذا ادّعت الزوجة- أو المدخول بها- على الرجل قبل الولادة فأنكر أن الحمل منه فلها أن

(١) التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ص ٢٨٩، والتعليق على قانون الأحوال الشخصية ص ٤٠٢، والنسب في الإسلام والأرحام البديلة. ص ١٤٣.

تثبت ذلك بكل الوسائل المشروعة في إثبات النسب، بما في ذلك البصمة الوراثية DNA، بشرط أن ينبئ الحمل عن أن حصوله لاحق على الإيجاب والقبول المدعى^(١).

ولقد صدر حكم في الدعوى ١٤ / ٢٠١٠ / ١٧٥٨ / ١ هذا نصه:

عملاً بنص المادة (٧٠) من قانون أحكام الأسرة رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٩: " تكون البينة شرعية وتترتب آثارها الشرعية عليها بالنسبة للأب في حال ثبوتها بأي من طرق الإثبات"، والمادة (٧٣): " إن أقل مدة للحمل ستة أشهر قمرية، وأكثرها سنة واحدة قمرية"، والمادة (٧٤): " إن من طرق إثبات النسب: عقد الزواج، أو الدخول بشبهة، أو الإقرار بشروطه المعتبرة شرعاً، أو البيّنة الشرعية" والمادة (٧٥) فقرة (أ): " ينسب ولد كل زوجة في الزواج الصحيح إلى زوجها بشرطين أحدهما: مضي أقل مدة الحمل على عقد الزواج".

وحيث إن المدعية قد تزوجت بالمدعى عليه الأول المدخل في تاريخ.... بإيجاب وقبول وحضور شاهدين فهو زواج مقبول شرعاً ولا مانع من توثيقه قانوناً.

وحيث إن الولد.... المولود في تاريخ.... قد ولد في المدة الشرعية بعد عقد الزواج مستوفياً جميع الشروط الشرعية لإثبات النسب.

وحيث إن طرفي العلاقة يقران بنسبة الطفل إليهما على أنهما والداه الشرعيان، فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بالآتي:

أولاً: ثبوت العلاقة الزوجية الصحيحة بين المدعية والمدعى عليه الأول المدخل.

ثانياً: ثبوت نسب الطفل.... إلى المدعية على أنها والدته، والمدعى عليه الأول المدخل على أنه والده، وتترتب الآثار الشرعية والقانونية على هذه النسبة.

رابعاً: الإقرار بالنسب:

الإقرار بالنسب، وقد يسمى: الدّعوة، أو الاستلحاق.

(١) التعليق على القانون. الغزالي، والمحميد ص ٣٦٩ - ٣٧١.

وللإقرار في اللغة معان، منها: الاعتراف، والموافقة، والثبات، والاستقرار.
وله في اصطلاح الفقهاء تعريفات، منها قول الحنابلة إنه: إظهار المكلف الرشيد المختار ما عليه لفظاً، أو كتابة، أو إشارة، أو على موكله، أو موليه، أو مورثه، بما يمكن صدقه فيه.^(١)
ولاشك أن الإقرار حجة شرعية، قام الدليل على اعتباره من الكتاب والسنة، وعليه أجمع علماء المسلمين، وله أنواع عدة يهمننا منها ما يتصل بالنسب.

ويتنوع الإقرار بالنسب إلى:

- ١- إقرار بالنسب على النفس، ويسمى الإقرار بالنسب المباشر.
- ٢- إقرار بالنسب على الغير، ويسمى الإقرار بما يتفرع عن أصل النسب، أو تحميل النسب على الغير.

١- الإقرار بالنسب على النفس (المباشر):

وصورته أن يقرّ بأن فلاناً ابنه، أو فلانة ابنته، ويثبت بالإقرار المجرد، دون حاجة إلى بيان سببه، فلا يطالب المُقرُّ ببيان أن ثمة زوجية بينه وبين والدة المُقرِّ له، أو أنه اتصل بها بشبهة، لأن كلام العاقل يحمل على الصدق، لاسيما في أمر النسب الذي يبنى على الاحتياط والتسامح، وحمل حال الوالدين على الصلاح.

واحتياطاً لإثبات النسب صح الإقرار وإن صدر في مرض الموت، لأن المرض ليس مانعاً لعينه، بل لتعلق حق الغير أو التهمة، وكل ذلك منتف، أما حق الغير فلأنه لا يعرف في مجهول النسب، وأما التهمة فبناء على أن النسب ليس من لوازم الإرث، وإن كانت القرابة سببه، فقد يُحرم القريب لانتفاء شرط الإرث، أو قيام مانعه.^(٢)

(١) انظر: القاموس المحيط واللسان والمصباح مادة (أقر)، والإنصاف للمرداوي ١٢/١٢٥، السيل الجرار للشوكانبي ٤/١٧١، علي المحمدي. أحكام النسب في الشريعة الإسلامية ص ٢٣٧-٢٣٩.

(٢) انظر: الحصري. أحمد. النكاح والقضايا المتعلقة به ط. ٢٠٠٤ ص ٢٧٦ وما بعدها، حمد. أحمد. النسب في الشريعة والقانون. نشر دار القلم ١٩٨٣، ص ١٥٨.

شروط صحة الإقرار بالبنوة:

نصت المادة (٨١) من القسم الأول من قانون أحكام الأسرة على أن:

أ- الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت يثبت به النسب، بالشروط التالية:

١- أن يكون المُقَرَّرُ له مجهول النسب.

٢- أن يكون المُقَرَّرُ بالغاً، عاقلاً.

٣- أن يكون فارق السن بين المُقَرَّرِ وبين المُقَرَّرَ له يحتمل صدق الإقرار.

٤- أن يصدَّق المُقَرَّرَ له متى كان بالغاً عاقلاً المُقَرَّرَ.

ب- الاستلحاق: إقرار بالبنوة صادر عن رجل، بالشروط المذكورة في الفقرة السابقة".

وقد وردت هذه المادة بلفظها وفقرتها وفق الصيغة المعتمدة في المادة ١٧٣/أ من القانون

الكويتي، التي استقيت من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للقطرين المصري والسوري.

ويفهم من المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي أن أحكام الإقرار بالنسب على النفس مستمدة

من المذهب المالكي، لما قرره من قواعد تكفل العلاج الصحيح لمواطن الشكوى من اتخاذ بعض

الناس الإقرار بالنسب وسيلة إلى المضارة بالورثة (متى بني الإقرار بالنسب على مذهب الحنفية)،

ولأنه يفسح الطريق للإقرار بنسب الميت، والإنسان يشرف بالنسب حياً وميتاً، ويدفع العار عنه

وعن ورثته، ولكن:

* لما كان قول المالكية إن الإقرار بالنسب يحق للأب دون الأم، بيد أن الحاجة إلى ثبوت

النسب من الجانبين موجودة.

* وكان قولهم إن الإقرار يثبت دون حاجة إلى تصديق المُقَرَّرَ له، وإن كان كبيراً مكلفاً، يضاد

مصلحة الأخير، ويسقط كلمته.

* وكان قولهم بشرط أن يكون الإقرار موافقاً للعقل والعادة مغالاة لا تناسب الاحتياط في إثبات

النسب.

لذا عُدَّ عن قول المالكية في هذه المواضع إلى قول غيرهم، وفي ضوء ذلك صيغت شروط

الإقرار بالبنوة، وهي:

١- أن يكون المقر له مجهول النسب، وهو شرط محل اتفاق المذاهب، غير أنهم اختلفوا في معنى الجهالة المقصودة، فقال بعضهم: يجب أن يكون مجهول النسب في محل ميلاده، ومسقط رأسه. وقال آخرون: يكفي أن يكون مجهول النسب في محل إقامته، ويميل بعض المالكية^(١) إلى الأول، غير أن مبنى النسب على الاستحسان (كما قال الشيخ عليش) وتشوّف الشارع إلى إثبات الأنساب يرجح الأخذ بالأخير، تجنباً للمشقة، وإن كانت الإنابة القضائية - في زماننا - تذهب المشقة.

فإن كان المقر له معلوم النسب من أب معين بطل الإقرار، لأنه مكذب شرعاً، ويعتبر من قبيل العلم بالنسب أن يثبت أن أم الولد لم تزول زوجة لغير المقر حتى ماتت.^(٢)

٢- أن يكون المقر بالغاً عاقلاً. وهو شرط بديهي، لأن المقر يؤخذ بإقراره، ويكون حجة عليه، ولا يكون كذلك إلا إذا كان بالغاً عاقلاً.

ولم يفصح النص عن شرط الاختيار، ولكنه معتبر بقول الجمهور: الإكراه يبطل التصرفات، ومن صريح قول المالكية، كما في أقرب المسالك: الاستلحاق في العرف هو: إقرار..... مكلف، ولو سفيهاً، خرج: المجنون، والمكره، والصبي، أنه أب لمجهول نسبه.^(٣)

٣- أن يكون فارق السن بين المقر والمقر له يحتمل صدق الإقرار، بأن يكون مما يولد مثله لمثله.

لأنه إذا كان الفارق لا يحتمل أن يكون أحدهما ابناً للآخر فقد كذبه الحس، فلا يصح الإقرار

(١) واقتصر عليه في الشرح الصغير ٣/ ٥٤١، ولكن في مواهب الجليل ٧/ ٢٥٠ قال: "نبيه: ثم قال في المدونة: وإن استلحق محمولاً من بلدة دخلها لحق به، وهذا يبنى على أمر اختلف فيه، هل يعتبر شرطاً في الاستلحاق أم لا؟ وهو أن يعلم تقدم ملك أم هذا الولد أو نكاحها لهذا المقر، قال سحنون يعتبر، قال ابن عبد السلام: وهو قول لابن القاسم، والمشهور أن ذلك لا يعتبر، وهو ظاهر ما في المدونة، وهو الأظهر في النظر، لأنهم اعتبروا في هذا الباب الإمكان وحده، ما لم يقد دليل على كذب المقر".

(٢) مواهب الجليل ٧/ ٢٥٠.

(٣) الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٣/ ٥٤٠.

لاستحالة.

وللعلماء في أقل السن التي يتصور معها النسب أقوال: مذهب جمهور المالكية والظاهرية، وبعض الحنابلة أنها ثمان عشرة سنة، وقيل: ست عشرة، وقيل: خمس عشرة،^(١) والتعبير بلفظ (يحتمل صدق الإقرار) يقوي الأخذ بهذا الأخير، لاسيما وأن مبنى أحكام الباب كما ذكر المالكية على الاستحسان، والتشوّف إلى الإثبات، ولما كانت الخمس عشرة هي أدنى سن البلوغ في الذكر، وكان وقوع الحمل يستحيل حسًا وعرّفًا من غير البالغ، كان الإقرار مع نزول الفارق بين السنّين عنها مما يكذبه الحس فيرد.

ولكن أدنى الفرق بين سن المُقَرِّ والمُقَرَّر له في المرأة دون ذلك، وضابطه أن يكون بينها وبين المقر له فارق يعادل أدنى سن الحمل، زائدًا أقل مدة الحمل.^(٢)

ويكفي في البحرين أن يكون إقرار المقرّ موافقًا للعقل، وإن لم يوافق المجرى العادي للأمر، فيقبل إقراره ولو لم يعلم عنه زواج قط، ويقبل إقراره ببنة من ولد في بلد لم يعلم دخوله إليه، فمن أقر بولد مشرقية، وهو مغربي، قبل إقراره، وإن علم أنه لم يدخل المشرق قط.^(٣)

٤- أن يصدّق المقرّ له، متى كان بالغًا عاقلًا، المقرّ.

ومصدر هذا الشرط فقه الشافعية والحنابلة خاصة،^(٤) أما المالكية فلا يشترطونه.^(٥)

ويشترط القانون البلوغ للتصديق ولا يعوّل على التمييز - كما هو مذهب الحنفية - لأن طور التمييز لا يتأتى فيه البصر العميق بالأمر من جميع جوانبها، فالتمييز فيه غير تام، ولا مستوعب للتأجج، والوعي فيه ينبعث من عقل غض، لم ينضج، ولم تكمل استنارته، ومن مصلحة هذا الذي

(١) نصر الجندي. النسب في الإسلام والأرحام البديلة. ص ٣٣، الزحيلي. وسائل الإثبات ١/ ٢٧٢ وما بعدها.

(٢) عامر. عبد العزيز. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: فقه وقضاء. الكتاب الثاني ص ١٩-٢١، ويراجع الشرح الكبير ٢٩٣/٣.

(٣) مواهب الجليل ٧/ ٢٥٠، كشف القناع ١٥/ ٣٨١، مغني المحتاج ٢/ ٣٣٤.

(٤) انظر: السابق ٢/ ٣٣٤، كشف القناع ١٥/ ٣٨٠.

(٥) حاشية الدسوقي ٣/ ٤١٣، منح الجليل للشيخ عليش ٣/ ٤٣٢.

لم يبلغ حد التكليف الشرعي أن يثبت نسبه دون توقف على التصديق منه، حتى يستفيد بوجود من يتعهده، وينفق عليه، وحتى يلمس عناية الأبوة والأمومة، وينجو من عار جهالة النسب، والعيش الذليل.^(١)

فإن كان المقرُّ له غير مكلف لم يعتبر تصديقه، فإن كبر وعقل فأنكر لم يسمع إنكاره، لأن نسبه غير ثابت.

خامساً: حماية النسب بالتشدد في نفيه:

نصت المادة (٧٨) على أنه:

" في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أو منحل، أو الدخول بشبهة، يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد بالملاعنة خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها بشرط ألا يكون قد اعترف بالنسب صراحةً أو ضمناً "

والمادة (٧٩):

" يتم عرض الزوجين لتحليل البصمة الوراثية قبل إجراء الملاعنة، ولا تتم الملاعنة بنفي النسب إذا جاءت النتيجة بإثباته "

والمادة (٨٠):

" إذا وقع اللعان نفى القاضي نسب الولد إلى الرجل ولا تترتب عليه آثاره الشرعية "

القاعدة العامة في هذا الأمر أن: ليس كل نسب يقبل النفي، وليس كل نفي مقبولاً.

ومجمل ما تفيد هذه القاعدة:^(٢)

أن النسب مما يتشدد جداً في نفيه، فإن كان ثابتاً بالفراش - وتوافرت شروط الفراش الشرعي - فلا سبيل لنفيه إلا بالملاعنة في حينه.

أما إن ثبت النسب بالإقرار، أو البينة، فإنه لا يحتمل النفي حتى بالملاعنة.

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد ص ٢٨٠.

(٢) كتابنا: أحكام الأسرة ص ٥٨٠-٥٨٣.

وكمثال على التشدد في النفي: سكوت الشخص عند ولادة مطلقة، وعند علمه أنها سجلت مولودها باسمه في السجلات الرسمية، فإن سكوته يعتبر إقراراً بالنسب، فلا يعول على إنكاره النسب بعد ذلك، بل إن مجرد إنكاره أن هذا ولده دون اتخاذ إجراءات النفي فور علمه لا قيمة له. والمالكية والإمامية من أشد العلماء تمسكاً بالنفي الفوري دون مهلة، بل إن كان لديه عذر فعلياً أن يتخذ ما يمكن اعتباره إثبات حالة أنه ينفي هذا النسب، فإن تأخر من غير عذر سقط حقه ولزمه الولد ولا ينتفي بعد ذلك.

ويعتبر من قبيل التأخير أن يعلم بالحمل فيسكت، أو يقول ظنته ليس حملاً، أو يقول لم أكن أعلم أن التأخير يسقط حقي،^(١) وقد أخذ القانون البحريني في هذه المسألة في المادة (٧٨) بمذهب المالكية.

وقد جاء في الدعوى ١٤ / ٢٠١١ / ٣٧٩٩ / ٤ النص التالي: "وحيث إن المدعي أقرّ بأنه أخذ المدعى عليها أثناء حملها إلى المستشفى لمعاينة الحمل من دون إنكاره الحمل في حينه مما يعد اعترافاً صريحاً بنسبته إليه طبقاً للمادة (٧٨) من قانون أحكام الأسرة الصادر بالمرسوم بقانون ١٩ لسنة ٢٠٠٩، وحيث إن المدعى عليها أنجبت الطفلة بتاريخ.....، أي في المدة الشرعية والقانونية من تاريخ الطلاق الواقع..... طبقاً للمادة (٧٦) من قانون الأسرة والتي تنص على أنه يثبت نسب الولد من الرجل المطلق أو المتوفى إذا ولدته المرأة قبل مضي سنة قمرية من يوم الطلاق أو الوفاة. وحيث إن الشريعة الإسلامية تشوّف إلى إثبات النسب حفظاً للمولود وصوناً للأعراض من أن تنتهك. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بثبوت نسب الطفلة (...). للمدعى عليها على أنها والدتها، وللمدعى أنه والدها وإلزامه باستخراج شهادة ميلاد من الجهات الرسمية.

أما المادة (٧٩) فقد حدثت لها مخالفة في حيثيات الدعوى ١٤ / ٢٠١٠ / ٦٤٨ / ٢ وجاء فيها: وحيث إن المدعي أقام دعوى بلائحة قدمت إلى قسم الدعاوى طلب في ختامها الحكم بإرساله

(١) انظر: حاشية العدوى على شرح أبي الحسن الشاذلي لرسالة ابن أبي زيد ٩٩/٢ وما بعدها. ط دار المعرفة. بيروت، شرائع الإسلام للحلي ٨٥/٣،

مع المدعى عليها إلى مختبر تحليل البصمة الوراثية لمعرفة نسب الطفل الذي تريد المدعى عليها نسبه إليه.

وحيث إن طلب المدعي جاء مجرداً من الملاعنة فإن المحكمة لا تستجيب لطلبه إعمالاً للمادة (٧٩).

والصواب أنه لا يستجاب لإجراء هذا الفحص لطالب النفي ويستجاب لطالب الإثبات فقط.

وخلاصة ما تضمنته المواد (٧٨-٨٠) من أحكام:

١- أن اللعان لنفي نسب ولد الفراش وشبهته جائز، ولا يقبل اللعان لنفي النسب الثابت بالإقرار أو البيّنة. وقد قضي بأن النسب يثبت بالإقرار، وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفي، لأن النفي يكون إنكاراً بعد الإقرار فلا يسمع، وإذا أنكر الورثة نسب الصغير بعد الإقرار، فلا يلتفت إليهم، لأن النسب قد ثبت باعتراف المقر، وفيه تحميل النسب على نفسه، وهو أدري من غيره بالنسبة لما أقرّ به، فيرجح قوله على قول غيره.

٢- أن للرجل أن يلاعن لنفي نسب كل من يدعى أنه منه دون نظر إلى صحة الزواج أو عدم صحته، وإلى قيام الزواج أو انحلاله، بطلاق - رجعي أو بائن - أو بفسخ، خرجت من العدة أو لا، كانت حية أو ميتة، كما أن لمن وطأ بشبهة أن ينفي نسب من تأتي به الموطوءة، وهذا مذهب المالكية.^(١)

٣- ولا يقبل اللعان متى صدر من الرجل إقرار بالنسب، صراحةً أو ضمناً، ويعتبر التأخير في الملاعنة لمدة سبعة أيام من وقت العلم بالحمل أو الولادة قبولاً، كما يعتبر وطء المرأة بعد العلم بحملها قبولاً.

٤- والحامل تلاعن قبل وضع حملها، وقد لاعن النبي ﷺ بين هلال وامرأته قبل وضع حملها، ولهذا قالوا: كل نسب جاز إسقاطه باللعان بعد الوضع، جاز إسقاطه قبله.^(٢)

(١) الحمدي ص ٤٢٨، ٤٤٢ - ٤٥٠.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق، باب: يلحق الولد بالملاعنة، برقم ٥٣١٤، وانظر: تفسير القرطبي - بتحقيق التركي ١٥/٤٨١

- ٥- يتعين قبل إجراء الملاءنة عرض طرفي الفراش لتحليل البصمة الوراثية، فإذا جاءت نتيجة التحليل مثبتة لنسب المولود- أو الحمل- من الرجل امتنعت الملاءنة، وثبت النسب.
- ٦- متى وقع اللعان بمعرفة القضاء حكم^(١) بنفي نسب الولد عن الرجل، ونسب إلى أمه، ولا يلزم الرجل بأي مما يلزم به الأب نحو ولده.

قال: "إذا انتفي من الحمل، ووقع ذلك بشرطه، لاعن قبل الوضع، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يلاعن إلا بعد أن تضع، لأنه يحتمل أن يكون ريحًا، أو داء من الأدواء، ودليلنا النص الصريح بأن النبي ﷺ لاعن قبل الوضع، وقال: إن جاءت به كذا فهو لأبيه، وإن جاءت به كذا فهو لفلان، فجاءت به على النعت المكروه".

(١) المراد بالحكم هنا إعلانه، إذ لا خيرة للقاضي في الحكم بغيره، لأن انتفاء النسب من ثمرة التلاعن، ويتم بمجرد وحده "ولا يفتقر إلى التعان المرأة، لأن التعانها إنما هو لإكذاب الزوج، وإثبات النسب منه، وإسقاط الحد عنها، ولا يجوز أن يثبت الشيء بما ينفيه". الفقه المالكي وأدلته ١٧٣/٤، حاشية الخرشني ١٣٤/٤ وما بعدها، وقال القرطبي ١٥٨/١٥: "... وليس تفريقه بينهما باستثناء حكم، وإنما كان تنفيذًا لما أوجب الله بينهما- يعني المتلاعنين- من المباحة، وهو معنى اللعان في اللغة".

الفصل الثاني حقوق المرأة في الفرقة

بداية ينبغي لنا أن نوضح أنواع الفرقة بين الزوجين والتي يبيتها المادة (٨٣):

تقع الفرقة بين الزوجين:

أ- بإرادة الزوج وتسمى طلاقاً.

ب- بطلب من الزوجة وموافقة من الزوج مع بذل العوض وتسمى مخالعة.

ج- بحكم القضاء وتسمى تطليقاً أو فسخاً أو تفريقاً.

لقد عني الإسلام بالأسرة عناية فائقة من جهة نشأتها، واتخاذ كل ما يمكن من أسباب الحيلة لتكوينها سليمة صحيحة خالية من المشكلات، من باب (الوقاية خير من العلاج)، فحث على مقدمات الزواج، ومن أهمها الرؤية الشرعية لمعرفة مدى التوافق المبدئي بين الزوجين، وهناك الكثير من الأزواج قد فرط في هذه المقدمات ابتداءً، فعانوا في إحداث الخلل والاضطراب في حياتهم الزوجية الذي أوصلهم إلى الفرقة بين الزوجين.

وفي هذا الفصل سنتناول هذه الأنواع مركزين على حقوق المرأة فيها من خلال مواد القانون

البحريني، ويشتمل هذا الفصل على تمهيد، وأربعة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: حقها في الطلاق.

المبحث الثاني: حقها في التطليق للضرر

المبحث الثالث: حقها في الخلع.

المبحث الرابع: الفسخ.

المبحث الأول حقوقها في فرقة الطلاق

من شروط الإيجاب والقبول في عقد الزواج أن يكونا بلفظ يدل على التأييد ليتحقق الغرض المذكور في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾^(١)، فالشعور بالسكينة والطمأنينة لا يمكن تحققهما إلا في حال استقرار الحياة ودوامها، ولذا كان الحكم العام للطلاق عند أكثر أهل العلم الحظر أي المنع، فلا يُباح إلا لضرورة يتعذر معها دوام العشرة بين الزوجين وإلا أثم كل من سعى إليه، لما روي أن النبي ﷺ قال: ((ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق))^(٢)، وعن ثوبان أن رسول الله ﷺ قال: ((أيما امرأة سألت زوجها طلاقاً من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة))^(٣)، وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ((لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقاً رضي منها آخر))^(٤).

من هذا المنطلق حرص واضعو القانون البحريني على وضع قيود لإيقاع الطلاق بغرض تقليل نسبة حدوثه في المجتمع البحريني.

ومن أهم حقوق المرأة في هذا الباب ما يأتي:

أولاً: التضييق من إيقاع الفرقة:

ومن أهم ملامح هذا التضييق العامة الآتي:

* اعتبار القانون في الفقرة (ب) من المادة (٥): أن بطلان الشرط لا يبطل العقد.

* في المواد (٨٦-٩١):

(١) سورة الروم: الآية (٢١).

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب: كراهية الطلاق، برقم ٢١٧٩، وضعفه الألباني، وأخرجه الحاكم في مستدركه ٢٧٩٤، وقال: هذا

حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، وقال الذهبي: على شرط مسلم.

(٣) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب: الخلع، برقم ٢٢٢٨، والترمذي في الطلاق واللعان، باب: ما جاء في المختلعات، وقال: هذا

حديث حسن، وصححه الشيخ محمود شاكر والشيخ الألباني.

(٤) أخرجه مسلم في الرضاع، باب: الوصية بالنساء، برقم ١٤٦٩.

- الوحدة والرجعية أصل في الطلاق.
- ولا يقع طلاق الرجل الصريح إلا بشروط عديدة.
- ولا يقع الطلاق بصيغة غير مجردة إلا بالقصد إلى إيقاعه.
- كل ذلك مع الحث على إيقاعه أمام القاضي الذي يلزم ببذل جهده في الإصلاح وتوقي الطلاق قبل إيقاعه.

- * في المادة (١٠٠): لا يطلق للعلّة العضوية إلا إذا ضعف الأمل في البرء.
- * في المواد (١٠١-١٠٦): المتعلقة بالطلاق القضائي والمخالعة ينبغي - أو يجب - التريث قبل الحكم بالفرقة، متى كان سبب المنازعة شقاً، أو كان للعدر مجال.
- * وفي المادة (١٠٩) لا يطلق للإعسار المبرر إلا بعد أجل شهر إلى ثلاثة أشهر.
- * في المادة (١١٠) لا يطلق للغيبة إلا بعد إنذار وتأجيل.
- * وفي المادة (١١٤) في التفريق لحبس الزوج ينبغي أن يكون الحكم نهائياً بعقوبة سالبة للحرية مدتها ثلاث سنوات فأكثر على أن ترفع دعوى الطلاق بعد مضي سنة على ابتداء التنفيذ.
- * وفي المادة (١١٥) في حالات الأمراض والإدمان لا طلاق قبل العرض على الطبيب المختص.

أما تفصيل ذلك فنورده على النحو التالي:

- ١- جعل الأصل في إيقاعه أن يكون أمام القاضي في المحكمة، واعتبار إيقاعه خارج المحكمة استثناء:

نصت المادة (٩١):

- أ- يقع الطلاق بتصريح من الزوج أمام القاضي.
 - ب- على القاضي قبل تلقيه التصريح بالطلاق أن يحاول إصلاح ذات البين.
 - ج- يثبت الطلاق الواقع خارج المحكمة بالإقرار أو البيّنة.
- حينما كتب قاسم أمين في مطلع القرن العشرين كتابه (تحرير المرأة) أورد فيه هذه العبارة " لا

يصح الطلاق إلا إذا وقع أمام القاضي أو المأذون، وبحضور شاهدين، ولا يقبل إثباته إلا بطريقة رسمية^(١).

وقد أخذها جزئياً القانون العراقي - القديم - الذي نص في المادة (٣٩) منه على أن:

"١ - على من أراد الطلاق أن يقيم الدعوى لدى المحكمة الشرعية، ويطلب إيقاعه واستحصال حكم به، وإذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة".

ومشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في المادة (٧٩) والتي تنص على أن: "لا يقع طلاق إلا في حضرة الموثق المبين في الفقرة التالية (من المشروع)..... هـ- الإقرار بطلاق سابق لا يكون معتبراً إلا إذا ثبت بطريق رسمي، أو ببينة خطية قطعية أن ذلك الإقرار صادر قبل نفاذ هذا القانون".

ثم جاءت المدونة المغربية الجديدة (م ٧٨، ٧٩، ٨٩) وقانون الأسرة الجزائري المعدل (م ٤٩) فأكدوا على مقترح المشروع، وأن الطلاق يقع تحت مراقبة القضاء، وعلى من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك، وفي الجزائر: لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات للصلح يجريها القاضي " ويستفاد منه " أن إرادة الزوج لا تكفي وحدها لترتيب الأثر القانوني للطلاق إلا باستيفاء الشكل القانوني^(٢).

وقد حاول واضع قانون بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، والصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ في مصر تمرير بعض هذا المقترح بالنص في المادة ٢١ على أنه " لا يعتد في إثبات الطلاق إلا بالإشهاد والتوثيق، وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق

(١) أمين. قاسم. تحرير المرأة. نسخة إلكترونية PDF ص ١٨٧-١٨٨.

(٢) شامي. أحمد. قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات: دراسة فقهية ونقدية مقارنة (رسالة للماجستير مقدمة إلى كلية دار العلوم بالقاهرة). نشر دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية ٢٠١٠ ص ٢٦٨-٢٧١، وقد انتصر لقول عبد القادر بن داود. في الوجيز في شرح قانون الأسرة ص ١١٤، ١١٥ أن هذا النص لا يخالف الشريعة الإسلامية، ولم يقدم دليلاً مقنعاً على ذلك.

بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق، ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما، فإن أصر الزوجان معاً على إيقاع الطلاق فوراً، أو قرراً أن الطلاق قد وقع، أو قرّر الزوج أنه أوقع الطلاق، وجب توثيق الطلاق، بعد الإشهاد عليه.

وتطبق جميع الإجراءات السابقة في حالة طلب الزوجة تطليق نفسها، إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق في ذلك في وثيقة الزواج..... الخ.

ولكن المحكمة الدستورية العليا المصرية أبطلت بحكمها في الطعن رقم ١١٣ لسنة ٢٦ ق دستورية، وبجلسة ١٥ / ١ / ٢٠٠٦ على واضع القانون قصده، فحكمت بعدم دستورية نص المادة ٢١ فيما تضمنه من النص على اشتراط وجود إشهاد طلاق موثق عند الإنكار، مؤكدة على ما استقر في قضاء النقض المصري " إن أحداً من الفقهاء لم يستلزم لوقوع الطلاق أو ثبوته، أن يكون موثقاً، لما كان ذلك، وكان ما نصت عليه المادة الخامسة مكرراً من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ٤٤ لسنة ٧٩ من وجوب مبادرة المطلق إلى توثيق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص لم يهدف - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - إلى وضع قيد على حق الطلاق الذي أسنده الله تعالى للزوج، أو على جواز إثباته قضاء بكافة الطرق، وإنما هدفت إلى مجرد عدم سريان آثاره بالنسبة للزوجة إلا من تاريخ علمها به فإنه لا على محكمة الموضوع إذا استمعت، إثباتاً للطلاق المدعى به، إلى غير الشهود الموقعين على الوثيقة المحررة عنه.^(١)

وإنما قدمنا بما ذكرنا لنؤكد على أن تلك الطروحات كانت ماثلة أمام واضعي القانون البحريني عند إقراره، ونحمد له، وللقوانين (العماني ٨٩، والإماراتي م ١٠٦، والقطري م ١١٣) عدم الانسياق وراء تلك الاقتراحات التي تلزم بأمور لا دليل عليها، وقد يؤدي اعتبارها إلى الإقامة على المحرم، متى أوقع الطلاق خارج مجلس القضاء.

إذا المعتبر في القانون البحريني، والعماني، والإماراتي، والقطري، والمصري، أنه لا يشترط لإيقاع الطلاق أن يقع أمام القضاء، فيجوز للرجل - أو نائبه بتوكيل أو تمليك أو تفويض، أن يوقعه

(١) انظر حكمها في ٢٧ / ١١ / ١٩٨٢. الطعن رقم ٢٥ لسنة ٥١ قضائية.

بعيداً عن مجلس القضاء، ولا يلزم أن يوقعه بحضرة شاهدين أو أكثر، وإن نُدب ذلك. ولكن لما كان الطلاق أبغض الحلال، وكان الإبقاء على الأسرة أولى من تفريقها، خاصة وأن كثيراً من الأزواج قد تساهلوا في التلفظ به، لذلك حرص واضعو القانون البحريني إلى تقرير الأصلح في إيقاع الطلاق، بجعل إيقاعه بتصريح من الزوج أمام القاضي هو الأصل، ولكن كقاعدة إرشادية توجيهية، لا كقاعدة وجوبية^(١) بغرض بذل القاضي محاولات للإصلاح، عسى أن يوفق إلى إعادة المياه إلى مجاريها، ودحر الشيطان، بصرف الراغب في الطلاق عن رغبته، فإن لم تنجح المساعي أمكن تلافي الآثار التي تترتب على عدم العلم بوقوع الطلاق، وضبط عدده، واتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان آثار ما بعد الطلاق.

فإن أوقع الطلاق في مجلس القضاء فلا مشكلة في إثباته بالأوراق الرسمية، أما إن وقع خارج المحكمة فإثباته بإقرار الموقع، أو بإقامة البينة على الإيقاع.

وهو ما جاء في منطوق حكم المحكمة الكبرى الشرعية السنية الأولى في الدعوى ١٤/١٠٢٠١٠/٢٩٢٢/٨: (حيث إن الثابت من أوراق الدعوى حضور المدعي مع وكيله ولم تحضر المدعى عليها وحضر وكيلها، وبجلسة.... أفاد المدعي بأنه تلفظ على المدعى عليها بطلقة وحدة قبل الدخول بصيغة (أنت طالق) بتاريخ....، وقد أودع إقراراً مكتوباً بذلك.

وحيث إن الثابت شرعاً قول الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(٢)، والمقرر حكماً أن الطلاق يقع بإرادة الزوج بموجب المادة (٨٣- أ) من قانون أحكام الأسرة الصادر بمرسوم رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩ م.

(١) مثل هذا الأسلوب يسمى في الفكر القانوني إيعازي أو ندائي، وغالباً ما يصدر عن جهات الرقابة على دستورية القوانين بغرض حث سلطات التقنين على التدخل لأجل معالجة حالة مسكوت عنها في القانون، بإهمال أو غفلة، ويرد بعض الشراح تنامي هذا الأسلوب إلى سببين: أولهما: تنامي الاتجاه نحو تسييس القانون، بمعنى أن تدخل المشرع لتسوية مسألة معينة إنما يخضع لعوامل سياسية متعددة تتصل بطبيعة الأغلبية الحاكمة، وعلاقتها بقوى المعارضة البرلمانية وجماعات الضغط، والسبب الثاني هو تنامي الاهتمام بحقوق الأفراد وحررياتهم.

(٢) سورة البقرة: الآية (٢٢٩).

لما كان ذلك وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المدعى أقر بتلفظه بالطلاق أعلاه الأمر الذي يثبت للمحكمة صحة طلاق المدعى للمدعى عليها طلقاً أولى قبل الدخول بائحة بينونة صغرى أوقعها عليها في.... فلا تحلّ له إلا بعقد ومهر جديدين.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بثبوت صحة طلاق المدعى للمدعى عليها طلقاً أولى قبل الدخول بائحة بينونة صغرى أوقعها عليها في.... فلا تحلّ له إلا بعقد ومهر جديدين.

٢- تطليق القاضي للزوجة لا يكون إلا بعد بذل الجهد والتحكيم للإصلاح:

نصت الفقرة (ب) من المادة (٩١) السابقة على:

على القاضي قبل تلقيه التصريح بالطلاق أن يحاول إصلاح ذات البين.

ونصت المادة (١٠١) في الفقرتين (ب، ج) بالآتي:

ب- على القاضي بذل الجهد لإصلاح ذات البين.

ج- إذا عجز القاضي عن الإصلاح، وثبت الضرر، حكم بالتطليق.

من خلال فقرات هاتين المادتين يتبين بأن القانون البحرين أوجب على القاضي عدم الاستعجال في إجابة طلب الزوجة المدّعية لوقوع الضرر عليها، وإنما يجب عليه أن يبذل جهده للإصلاح بينها وبين زوجها، وهو نص وجيه ومحمود من الناحية النظرية، ولكن من الناحية العملية في واقع المحاكم الشرعية في مملكة البحرين^(١) يصعب تطبيقه لسببين هما:

الأول: كثرة عدد الدعاوى التي تنظرها المحكمة المختصة يومياً، وهي المحكمة الشرعية الكبرى، حيث يوجد محكمتان، وتنظر كل واحدة منهما ما يقارب ٢٠ دعوى يومياً، وهي مختلفة في درجة الشقاق بين البسيط والمعقد، ولكن لو افترضنا أن نصف هذه الدعاوى الشقاق فيها شديد، حينها سيحتاج القاضي للقيام بهذا الإصلاح على أقل تقدير ساعة واحدة، يعني سيحتاج ١٠ ساعات لإنهاء هذه الدعاوى، إضافة إلى ١٠ دعاوى الأخرى، فكم من الوقت التي سيمضيه في

(١) بناء على ما عاينته أثناء إعدادي لرسالة الدكتوراه بعنوان "تطبيقات أحكام الأسرة في محاكم مملكة البحرين الشرعية ومدى الحاجة إلى التقنين" ٢٠٠٤، وهي غير منشورة، ومن خلال زيارات في فترات متباعدة للمحاكم وحوارات مع القضاء الشرعيين.

المحكمة يومياً؟!!!

إنه سيكون بين خيارين؛ أحدهما مرّ: فإما أن يعطي كل دعوى حقّها وبالتالي لن ينجز العدد المطلوب يومياً من الدعاوى، وإما أن ينجز العدد المطلوب، وهذا لن يتم منطقياً إلا إذا أخل بحق كل دعوى.

الآخر: أن طرح الخلافات الزوجية واستماع الزوجين إلى النصح يحتاج بيئة مناسبة من حيث المكان والزمان، وهو أمر مفتقد في جو المحاكم الشرعية.

لهذين السببين أصبح الإجراء الأنسب هو تطبيق نظام التحكيم بين الزوجين الوارد في قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾^(١) بحسب ما ورد والذي نصت عليه المواد (١٠٢-١٠٦) على النحو الآتي:

المادة (١٠٢): " إذا لم يثبت الضرر، واستمر الشقاق بين الزوجين، وتعذر الإصلاح، وجب على القاضي تعيين حكمين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فممن يتوسم فيهما القدرة على الإصلاح، أو ذوي الاختصاص، وذلك من دون الإخلال بحكم المادة (٩١) من هذا القانون. المادة (١٠٣):

أ- على الحكمين تقصي أسباب الشقاق، وبذل الجهد للإصلاح بين الزوجين.

ب- يقدم الحكمان للقاضي تقريراً عن مساعيها واقترحاتها متضمناً مدى إساءة كل من الزوجين أو أحدهما للآخر خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ تعيينهما.

ج- يجوز للقاضي تمديد المدة المشار إليها في الفقرة السابقة بناء على طلب من الحكمين مجتمعين أو تحقيقاً لمصلحة راجحة.

المادة (١٠٤):

للقاضي اعتماد تقرير الحكمين، أو تعيين حكمين غيرهما من ذوي الخبرة والاختصاص في

(١) سورة النساء: من الآية (٣٥).

الشؤون النفسية والاجتماعية بقرار مسبب للقيام بمهمة التحكيم مجدداً، وفق الإجراءات المذكورة في المادتين السابقتين.

المادة (١٠٥):

إذا اختلف الحكمان عين القاضي غيرهما، أو ضم إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً من ذوي الاختصاص.

المادة (١٠٦):

إذا تعذر الصلح، واستمر الشقاق بين الزوجين، حكم القاضي بالتطليق استناداً إلى تقرير الحكّمين.

ولكن هناك إشكالية في تطبيقه بحسب وروده في الآية الكريمة وهو كون الحكّمين من أهل الزوجين تتمثل في نقطتين هما:

الأولى: أن كثيراً من أهل الزوجين يرفض التدخل في شؤون الآخرين وإن كانوا من الأهل، مما يصعب المهمة على القاضي في تحديد من يقوم بهذه المهمة.

والأخرى: أنه حينما يوكل مهمة الاختيار للزوجين، فغالباً يكون اختيارهما غير موفق في اختيار ذوي الأهلية المناسبة، مما يؤدي إلى تفاقم الخلاف.

من هنا جاءت فكرة إنشاء مكاتب خاصة للإرشاد الأسري تابعة للمحاكم الشرعية، وهي خطوة محمودة بشرط أن تكون ملزمة، وهو ما تحقق أخيراً بعد في المحاكم الشرعية بصدور قرار رقم (٨٤) لسنة ٢٠١٥ بشأن تشكيل مكتب التوفيق الأسري وتحديد القواعد والإجراءات اللازمة للقيام بمهام تسوية المنازعات الأسرية، وقد اشتمل على ١٥ مادة، وهي خطوة إيجابية وإن تأخرت طويلاً وقد سبقتها دولتان خليجيتان هما دولة الكويت وإمارة دبي، ومن بعدها بقية الإمارات العربية المتحدة بأكثر من ١٥ سنة.

هذا الإجراء كان من أهم ثمراته:

١- حل كثير من الخلافات الزوجية بصورة إيجابية، بعد توفير المكان المناسب، والأشخاص

المختصين، فمنعت حدوث الطلاق بين الزوجين.

٢- تخفيف عبء كبير على القضاة، ففي تجربة إمارة دبي، وفي السنة الأولى لفتح المكتب في عام ٢٠٠١ استطاع المكتب أن ينهي ٧٠٪ من الحالات التي عرضت عليه، ولم تحوّل منها إلى المحاكم إلا ٣٠٪ فقط.^(١)

وسأعرض لتفصيل هذا القرار ومحتوى مواده، والتطور الذي طرأ على إجراءات هذه المكتب منذ طرح فكرته في ٢٠٠١ حتى إقرار هذا القرار وذلك في بحث مستقل، سينشر قريباً بإذن الله، ولذا فإنني أكتفي هنا بهذا الاختصار.

٣- عدم وقوع الطلاق من فاقد التمييز بالسكر أو الغضب أو غيرهما:

نصت المادة (٨٦):

أ- يشترط في المطلق العقل، والاختيار، والتمييز.

ب- لا يقع طلاق المجنون، والمعتوه، والمكره، ومن كان فاقد التمييز بسكر أو بغضب أو غيره.

اشترطت الفقرة الأولى العقل والاختيار عند التلفظ بالطلاق، وإلا فإن التلفظ به لا اعتبار له كما جاء في منطوق حكم المحكمة الكبرى الشرعية السنية الثانية في الدعوى ١٤/٢٠٠٩/٢١٣/١: (حيث إن المدعي يطالب في دعواه هذه بتمكينه من إيقاع الطلاق على المدعى عليها، وحيث إن المدعي لم يمثل بشخصه لإيقاع الطلاق ووكّل محامياً؛ لينوب عنه بالتلفظ بالطلاق على المدعى عليها، وحيث إن المقرر شرعاً وقانوناً عملاً بنص المادة (٨٦) من قانون أحكام الأسرة الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩م في فقرتها (أ، ب) أنه يشترط في المطلق العقل والاختيار والتمييز، ولا يقع طلاق المجنون، والمعتوه، والمكره، ومن كان فاقد التمييز بسكر أو بغضب أو غيره).

(١) تطبيقات أحكام الأسرة في محاكم البحرين: أطروحة شهادتي للدكتوراه من جامعة ويلز- لا مبيتر ٢٠٠٤. وهي غير منشورة

وحيث إنه ثبت لدى المحكمة أن المدعي مصاب بمرض نفسي (ثنائي القطبين)^(١) وأنه غير قادر على التصرف في أمواله وأملاكه بناءً على التقرير الصادر من اللجان الطبية بتاريخ... وحيث إن الطلاق الذي أوقعه وكيل المدعي استناداً إلى الوكالة الخاصة غير معتبر شرعاً ولا قانوناً لصدورها عن غير إرادة كاملة من المدعي لما ألمّ به من مرض نفسي مؤثر على كمال أهليته في التصرفات والأقوال عملاً بنص المادة (٧٨) من القانون المدني ومفهومها أن التصرف قبل قرار الحجر يكون باطلاً إذا كانت حالة الجنون والعتة شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم ثبوت طلاق وكيل المدعي للمدعي عليها. أما الفقرة (ب) فتميّز القانون عمّا كان مطبقاً قبل إقراره حينما ألحق بفاقد التمييز من فقده بسكر، أو غضب، ونحوه.

إن عدم وقوع طلاق السكران، وإن كان شربه تعدياً، هو الصحيح من أقوال العلماء، وقد سئل شيخ الإسلام ابن تيمية عن السكران غائب العقل هل يحنث إذا حلف بالطلاق أم لا؟ فأجاب: هذه المسألة فيها قولان للعلماء، أصحهما أنه لا يقع طلاقه، فلا تنعقد يمين السكران ولا يقع به طلاق إذا طلق، وهذا ثابت عن أمير المؤمنين عثمان بن عفان، ولم يثبت عن الصحابة خلافه فيما أعلم، وهو قول كثير من السلف والخلف كعمر بن عبد العزيز وغيره، وهو إحدى الروايتين عن أحمد: اختارها طائفة من أصحابه، وهو القول القديم للشافعي واختاره طائفة من أصحابه، وهو قول طائفة من أصحاب أبي حنيفة: كالطحاوي، وهذا القول هو الصواب...، ولأن السكران وإن كان عاصياً في الشرب فهو لا يعلم ما يقول، وإذا لم يعلم ما يقول لم يكن له قصد صحيح: "إنما الأعمال بالنيات"، ومن تأمل أصول الشريعة ومقاصدها تبين له أن هذا القول هو الصواب، وأن إيقاع طلاق السكران قول ليس له حجة صحيحة يعتمد عليها، ولهذا كان كثير من محققي مذهب مالك

(١) هو أحد الأمراض النفسية يحدث فيه اضطراب وجداني أو هوس اكتئابي، حيث تأتي المصاب به نوبات من الكآبة مع فترات من الابتهاج غير الطبيعي تؤدي به إلى القيام بأعمال طائشة وغير مسؤولة في بعض الأحيان. نقلاً: www.ar.m.wikipedia.org

والشافعي كأبي الوليد الباجي والجويني لا يرون وقوعه ا.هـ.^(١)
وكذلك الغضبان، فقد أفادت الفقرة أن طلاقه لا يقع، أخذًا بالمفتي به عند الحنفية، وهو قول ابن القيم رحمه الله، إن كان الغضب قد بلغ به مبلغًا لا يدري معه ما يقوله أو يفعله، أو وصل به إلى حالة من الهذيان مضطربًا في أقواله وأفعاله.

وعلى ما استظهر العلامة ابن عابدين الحنفي فإن طلاق الغضبان لا يقع وإن كان يعلم ما يقول، متى غلب على كلامه الهذيان واختلط جده بهزله، وبعبارة أخرى: "الذي ينبغي التعويل عليه في المدهوش ونحوه إناطة الحكم بغلبة الخلل في أقوال- الشخص- وأفعاله الخارجة عن عادته، ... فما دام في حال غلبة الخلل في الأقوال والأفعال لا تعتبر أقواله، وإن كان يعلمها ويريدها، لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصولها عن إدراك صحيح".^(٢)

وقد جاء في منطوق حكم المحكمة الكبرى الشرعية السنية الثانية ١٤/١٠/٢٠١٠/١٠٩٨/٦:
(حيث إن الزوج قد أوقع الفرقة حقيقة وبموجب تصادقهما أمام المحكمة وكان في غضب مغلق، فإنه لما كان ذلك، وكان من المقرر شرعًا: أن لا طلاق في إغلاق وعملاً بالمادة رقم (٨٦) من قانون الأسرة، وحيث إن المدّعية طلبت التحقيق في الفرقة الواقعة والمحكمة تستجيب لهذا الطلب على ما هو آت في منطوق الحكم، فلهذا حكمت المحكمة بعدم ثبوت الطلاق الواقع).

٤- عدم وقوع الطلاق على المعتدة من الطلاق الرجعي:

نصت المادة (٨٧):

"لا يقع الطلاق على الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح وغير معتدة".

الطلاق البائن- ولو بينونة صغرى- يقطع الزواج، ومن ثم لا تسمى المطلقة بائناً زوجة فلا يلحقها طلاق، وهذا لا إشكال فيه.

وإنما يقع الإشكال في إيقاع الطلاق على الزوجة حكمًا، وهي المطلقة طلاقًا رجعيًا.

(١) بتصرف: مجموع الفتاوى ٣٣/ ١٠٢ وما بعدها.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٦٩.

فمذهب الجمهور وقوعه، قال ابن قدامة: " والرجعية زوجة يلحقها طلاقه، وظهاره، وإيلاؤه، ولعانه، ويرث أحدهما صاحبه بالإجماع " وعند المالكية مثله كما في أسهل المدارك: " وهي - يعني الرجعية - في حكم الزوجة التي في العصمة في لزوم النفقة والكسوة والسكنى ولحقوق الطلاق لها "، وعند الشافعية كما في المهذب: " ويجوز أن يطلق الرجعية ويلاعنها ويؤلي منها ويظاهر منها، لأن الزوجية باقية"^(١).

وقد أخذ القانون بقول ابن تيمية أن المعتدة لا يلحقها الطلاق، وإن كانت في عدة الطلاق الرجعي، قال - رحمه الله: " إن قوله تعالى: ﴿ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ يدل على أنه لا يجوز إرداف الطلاق الطلاق حتى تنقضي العدة، أو يراجعها، لأنه إنما أباح الطلاق للعدة، أي لاستقبال العدة، فمتى طلقها الثانية والثالثة قبل الرجعة بنت على العدة، ولم تستأنفها، باتفاق جماهير المسلمين. وقال: إن الطلاق الذي شرعه الله هو ما يتعقبه العدة، وما كان صاحبه مخيراً فيها بين الإمساك بالمعروف والتسريح بإحسان، وهذا منتف في إيقاع الثلاث في العدة قبل الرجعة فلا يكون جائزاً، ولم يكن طلاقاً للعدة ولأنه قال: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ فخير بين الرجعة، وأن تقضى عدتها، فإذا طلقها ثانية قبل انقضاء العدة لم يمسك بمعروف ولم يسرح بإحسان".

وقد جاء في منطوق حكم المحكمة الكبرى الشرعية السنية الثانية في الدعوى ١٤ / ٢٠٠٩ / ٣٦٧١ / ٩: (حيث إن المحكمة وبعد مثول الطرفين بجلسة... تصادقا على طلبة أوقعها المدعى عليه قبل ثمانية أشهر عبر الهاتف بعبارة: (طالق)، ثم أوقع عليها طلبة أخرى في

(١) من الإيلاء، وهو في اللغة: الحلف، وفي الشرع: أن يحلف الزوج على زوجته بأنه لن يعاشرها، فيمهل لمدة أربعة أشهر، وبعدها يحق لها طلب التطلاق للضرر، لقوله تعالى: ﴿ للذين يُؤُولون من نساءهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم. وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم ﴾ البقرة: الآيتان (٢٢٦-٢٢٧).

(٢) انظر: المغني ١٠ / ٥٥٤، والكشناوي. أبو بكر بن حسن. أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك. ط ثانية. دار الفكر ٣ / ١٣٨، وحاشية ابن عابدين ٤ / ٥٤٠-٥٤٧، والشيرازي. إبراهيم بن يوسف بن علي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ط دار الكتب العلمية ٣ / ٤٧.

العدة، ثم استعد أن يطلقها بجلسة اليوم فتلفظ قائلاً: (زوجتي... طالق)، وحيث إن الطلقة الثانية وقعت في العدة فلا تقع عملاً بنص المادة (٨٧) من قانون أحكام الأسرة...، وعليه تكون الطلقة الأخيرة هي الثانية شرعاً، من أجل ذلك حكمت المحكمة بثبوت طلاق المدعية من المدعى عليه طلقة رجعية ثانية...).

ويتنصر العلامة ابن القيم في إغاثة اللهفان، والشيخ أحمد محمد شاكر في كتابه نظام الطلاق في الإسلام، والمذكرة الإيضاحية للمادة (٧٧) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، لقول ابن تيمية (وابن المغيث من المالكية) أيما انتصار،^(١) وبه أخذ: القانون الكويتي (م ١٠٣) والعماني (م ٨٤) والإماراتي (م ١٠٢) والقطري (م ١٠٨ / ٢)، ونصها: لا يقع الطلاق في العدة أو الحيض للمدخل بها، أو في طهر مسها فيه) وهي خطوة جريئة تحسب لوضع القانون القطري، كما نص على عدم وقوع الطلاق في العدة في وثيقة مسقط.

٥- اشتراط القصد في إيقاع الطلاق:

نصت المادة (٨٨) على أنه:

أ- لا يقع الطلاق المعلق على فعل شيء للحث عليه، أو على تركه للمنع منه، إلا إذا قصد به الطلاق.

ب- لا يقع الطلاق بالحنث بيمين الطلاق، أو الحرام إلا إذا قصد به الطلاق.

هذا مظهر آخر من مظاهر تقييد الطلاق، أو وسيلة أخرى من وسائل الحد من التسرع في الطلاق، وإساءة استعماله لدى شريحة كبيرة من الأزواج الذين أصبحت كلمة الطلاق أبسط كلمة على ألسنتهم، فيطلقونها في غير موضعها المشروع.

(١) راجع إن شئت: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٧٩/٣٣ - ٨٠، وابن القيم. محمد بن أبي بكر. إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان. تحقيق عبد الرحمن بن حسن بن قائد، ضمن آثار ابن قيم الجوزية وما لحقها من أعمال (رقم ٦) من مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي. دار عالم الفوائد ٣٠٢/١ وما بعدها. والشيخ أحمد محمد شاكر. نظام الطلاق ص ١٣، وفضيلته يشير إلى اعتراض أورده الطحاوي في معاني الآثار ٢/٣٤ ثم أبطله، وقال الشيخ شاكر: الاعتراض صحيح والاعتراض عليه باطل، المذكرة الإيضاحية ص ١٤٦-١٤٨.

ومن أشهر صورها تعليق الطلاق على أفعالهم، أو أفعال زوجاتهم، بل وأفعال الآخرين، أو إجراء الطلاق مجرى اليمين، كوسيلة لتقوية عزيمة الحالف على فعل أو ترك في المستقبل، ومن التسرع في الطلاق التلطف بالطلقات الثلاث التي يملكها الرجل دفعة واحدة، دون أنأة أو ترو. وهذه الصور الثلاث قال بوقوع الطلاق فيها أكثر الفقهاء، وهو ما كان معمولاً به في المحاكم السنية البحرينية، إلا أنها - خاصة في التلطف بالثلاث طلقات في آن واحد الذي يوقع الطلاق بئناً بينونة كبرى - كانت سبباً في تهديم زيجات وأسر كثيرة، لذا حرص واضعو القانون البحريني إلى اختيار الرأي الوسط الذي يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في حفاظها على الأسرة، وفي الوقت ذاته تحميل المخالف عقوبة إساءته في استعماله.

لقد سائر القانون البحريني في ذلك أكثر القوانين فلم يأخذ بقول بعموم قول أهل الظاهر القائلين: أن الطلاق غير المنجز، والحلف بالطلاق، والطلاق المجموع، كله لاغ، لا يقع به شيء، وإن كان قولهم لا يخلو من وجاهة، وفي الوقت ذاته لم يهجر قول الجمهور بتمامه في إيقاعه حيث أخذ بقول شيخ الإسلام ابن تيمية وجماعة أن الطلاق المعلق على فعل شيء للحنث عليه، أو على تركه للمنع منه، لا يقع إلا إذا قصد به الطلاق، كما لا يقع الطلاق بالحنث بيمين الطلاق، أو الحرام إلا إذا قصد به الطلاق.^(١)

وقد جاء في تأسيس حكم المحكمة الكبرى الشرعية السنية الثانية في الدعوى ١٤/٢٠١٠/٢٤٥/٢: (حيث إن الزوج قد أوقع طلاقاً معلقاً قاصداً به المنع، فإنه لما كان ذلك وكان المقرر فقهاً وقانوناً أن الطلاق المعلق لا يقع إذا لم يقصد به الطلاق، وبموجب المادة (٨٨) الفقرة (أ) من قانون أحكام الأسرة الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩م، وحيث إن المدعية طلبت التحقيق في الفرقة الواقعة، والمحكمة تستجيب لهذا الطلب على ما هو آت في منطوق الحكم، فلهذا حكمت المحكمة بعدم ثبوت الطلقة التي أوقعها المدعى عليه على المدعية

(١) ابن القيم. محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله. إعلام الموقعين عن رب العالمين. تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد. دار

بتاريخ....).

٦- الطلاق المقترن بعدد يقع واحدة:

نص الفقرة (ج) على أنه: لا يقع الطلاق المقترن بالعدد لفظاً، أو كتابة، أو بالإشارة إلاً طَلَقَةً واحدة.

والمقصود الطلاق الذي تلفظ فيه الزوج على زوجته بالثلاث طلقات في وقتٍ واحدٍ فكثير من الأزواج يجهل الحكمة في تفريق ألفاظ الطلاق الوارد في قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مِرَّتَانٍ فإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...﴾ أي مرة بعد مرة، في زمنين مختلفين^(١). إلى قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِهِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ...﴾ أي الطلقة الثالثة، فيستعجل بجمع العدد المشروع له، فيقول لزوجته: (أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق)، أو يجمعها في لفظة واحدة بقوله: (أنت طالق بالثلاث)، وهو ما يسمى بطلاق البتة أي القاطع، وهي مسألة اختلف فيها الفقهاء: هل يقع كما تلفظ؟ أي طلاقاً بائناً بينونة كبرى؟ فلا يجوز له أن يرجعها إلا بالشرط المذكور سابقاً، وهو رأي الأئمة الأربعة، أو هي طلقة واحدة رجعية؟ خاصة إن كان قصده من التكرار مجرد التأكيد وليس استخدام العدد المشروع له، وهو رأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم استدلالاً بأنه هو الأصل كما ورد في حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: (كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ﷺ، وستين من خلافة عمر ﷺ: طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب ﷺ: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم، فأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ^(٢)، وذلك من باب السياسة الشرعية في زجر المخالف للتطبيق الصحيح.

والرأي الذي كان معمولاً به في المحاكم الشرعية السنية في مملكة البحرين قبل صدور القانون هو رأي الجمهور القائل بإيقاع الطلاق ثلاثاً كما تلفظ، وبعض القضاة يأخذون بالرأي الآخر،

(١) الشوكاني. محمد بن علي. فتح القدير. دار ابن كثير. دمشق. ط. الأولى ١٩٩٤. ٢٧٣/١. ورضا. محمد رشيد. تفسير القرآن

الحكيم (تفسير المنار). الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٩٠. ٣٠٢/٢.

(٢) أخرجه مسلم في الطلاق، باب: طلاق الثلاث، برقم ١٤٧٢.

وآخرون يفرقون بين طلاق البتّة، وهو اللفظ السابق وبين التلفظ بقول: (أنت طالق طالق طالق)، فحينها يسأل عن قصده من التكرار، فإن قصد التأسيس بمعنى أنه نوى استخدام ما يحق له من المرات الثلاث للطلاق فإنه يقع كما تلفظ بآئنة بينونة كبرى، وإذا قصد مجرد التأكيد على إيقاعه للطلاق فإنها لا تقع إلا واحدة رجعية إذا دخل بها، أو بآئنة بينونة صغرى إن لم يدخل بها، كما جاء في الحكم الصادر من المحكمة الكبرى الأولى في عام ٢٠٠٦م:

حيث إن المدعى عليها زوجة للمدعي بصحيح العقد الشرعي إلا أنه لم يدخل بها، وحيث إن المدعي أوقع على المدعى عليها الطلاق بلفظ (أنت طالق طالق طالق) قاصداً من تكرار لفظ الطلاق التأكيد لا التأسيس، لذا فإن حكمت المحكمة حضورياً بثبوت صحة الطلاق طلقة واحدة قبل الدخول بآئنة بينونة صغرى، فلا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين.

وهذا الاضطراب سبب إشكالاً كبيراً لدى كثير من الخصوم وصل حد التشكيك في أهلية القضاة، ودفع بالبعض الآخر إلى تلمس الحيل، كزواج المحلل المنهّي عنه بقول الرسول ﷺ: ((لعن الله المحلل والمحلل له))^(١)، ومن الواجب حماية الشريعة المطهرة، وحماية الناس من الخروج عليها^(٢).

وسدًا لما ظهر من ذرائع، ومراعاة لما ذكر من مقصد هجر القانون البحريني - متوافقاً مع بقية القوانين - قول الجمهور إلى القول الآخر القائل بوقوعه طلقة واحدة رجعية، ولم يفرق بين الصيغتين.

وأكد على ذلك في الفقرة الأولى من المادة (٩٠) بالنص على: " كل طلاق يقع رجعيًا إلا الطلاق المكمل للثلاث ".

(١) أخرجه أبو داود في النكاح، باب: في التحليل، برقم ٢٠٧٨، وابن ماجه في النكاح، باب: المحلل والمحلل له، برقم ١٩٣٥ وغيرهما، وصححه الألباني.

(٢) من مذكرة وزارة الحقانية - العدل - المقدمة لبيان الحاجة إلى اقتباس القانون، نقلا عن العلامة أحمد شاكر، أبحاث في أحكام ص ١٠٣.

ونرى أن ما اختاره القانون هو الأوفق دليلاً، والأرفق بالناس.

وقد جاء في بناء حكم المحكمة الكبرى الشرعية في الدعوى ١٤/٢٠٠٩/١٨٥١/٨: (حيث إن المحكمة وبعد مثول الطرفين أفاد المدعي في الجلسة المنعقدة بتاريخ.... بأنه طلق المدعى عليها بتاريخ.... طلاقاً بائناً بالثلاث وطلب إثبات ذلك، وبجلسة.... أفادت المدعى عليها أنه قد نمت إلى سمعها أنها قد طلقت غيابياً.

وحيث إن الزوج قد أوقع الطلاق حقيقة بموجب ما تقدم، وحيث إن القانون المنظم قد نص في المادة (٩٠) على أن كل طلاق يقع رجعيّاً إلا الطلاق المكمل للثلاث، ومن أجله حكمت المحكمة بثبوت طلاق المدعى عليها من المدعى طلقة رجعية آلت إلى بائة بينونة صغرى.

ثانياً: حقها في جعل الطلاق إليها:

نصت المادة (٨٥) على إنابة الزوج لزوجته في إيقاع الطلاق بالتوكيل أو التمليك أو التفويض

على النحو التالي:

أ- يقع الطلاق من الزوج أو من وكيله، بوكالة خاصة بنوع الطلاق وزمنه، ولو كانت الوكالة للزوجة، وللزوج حق فسخ الوكالة.

ب- يقع الطلاق من الزوجة طلقة واحدة بائنة، إن ملكها الزوج طلاق نفسها بشرط في عقد الزوج.

ج. يقع الطلاق من الزوجة طلقة واحدة رجعية، إذا فوضها الزوج أثناء الزواج وله حق الرجوع ما لم توقعه الزوجة.

ولقد أجمع المسلمون على أن الطلاق حقّ للزوج، لظاهر الآيات من القرآن، كقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(١)، فالميم في ﴿طلقتن﴾ لجمع الذكور، والواو في ﴿أمسكوهن﴾ و﴿سرحوهن﴾ له أيضاً، والإمساك هو الرجعة، وحيث كانت الرجعة للرجال، فالطلاق لهم، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ

(١) سورة البقرة: من الآية (٢٣١).

المؤمناتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ ﴿١﴾، فجعل إلى الرجال النكاح والطلاق.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: ((أتى النبي ﷺ رجل فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمتاً وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال: فصعد رسول الله ﷺ المنبر، فقال: " أَيُّهَا النَّاسُ، مَا بَالُ أَحَدِكُمْ يَزُوجُ عَبْدَهُ أُمَّتَهُ، ثُمَّ يَرِيدُ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنَهُمَا، إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ ")). يعني الزوج. (٢)
فالطلاق للزوج، يوقعه بنفسه اتفاقاً، ويجوز له أن ينيب غيره أو زوجته - وهو الذي يعيننا هنا - في إيقاعه بشروط خاصة، على قول عامة الصحابة وجمهور الفقهاء، لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزَيَّنَّتْهُنَّ فَأَمِّرْنَ أُمَّتَهُنَّ وَأَسْرَحْنَ سَرَّاحًا جَمِيلًا * وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالذَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾ (٣).

وقالت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: ((خيرنا رسول الله ﷺ، فاخترنا الله ورسوله، فلم يعد ذلك علينا شيئاً)) (٤).

وتأسيساً على قاعدة (أن من ملك تصرفاً بنفسه جاز أن ينيب فيه غيره).

وقد اعتمد القانون البحريني في هذه المادة على تقسيم المذهب المالكي، فالوكالة تكون للزوجة وغيرها، والتمليك يكون للزوجة بشرطها في عقد الزواج، أما التفويض فيكون لها ولكن بعد انعقاد الزواج، وقد صيغت المادة (٨٥) بعبارات أوسع مما صيغت به المواد المناظرة في القوانين الخليجية الأخرى (م ١٠٦ كويتي، ٨٢ عماني، ١٠٠ إماراتي، ١٠٩ قطري، ٨٢ من وثيقة مسقط) ونص الجميع عدا الكويتي: " يقع الطلاق من الزوج، أو من وكيله بوكالة خاصة، أو من الزوجة إن ملكها الزوج أمر نفسها "

(١) سورة الأحزاب: من الآية (٤٩). وقد خالف في الاستدلال بالآية على الإنابة في الطلاق بعض العلماء، كابن رشد الجدي، وابن العربي، ومال إليه العلامة ابن عاشور في التحرير والتنوير ٣١٦/٢١.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب: طلاق العبد، برقم ٢٠٨١، وحسنه الألباني.

(٣) سورة الأحزاب: الآيات (٢٨، ٢٩).

(٤) أخرجه البخاري في الطلاق، باب: من خير نساؤه، برقم ٤٩٦٢، وأخرجه مسلم في الطلاق، باب: أن تخيير المرأة لا يكون طلاقاً إلا بالنية، برقم ١٤٧٧.

أما المادة ١٠٦ كويتي فنصها: " للزوج أن يوكل غيره بالطلاق، وليس للوكيل أن يوكل غيره إلا بإذن الزوج، وتنتهي الوكالة بالعزل بشرط علم الوكيل ".
وهذه ميزة للقانون البحريني الذي ضيق الخلاف في الأحكام المطلقة.
١ - الوكالة في الطلاق:

الوكالة - بالفتح والكسر - لغة: الحفظ، والتفويض في الأمر، وسمي الوكيل وكيلاً لأن موكله قد فوض إليه القيام بأمره، فهو موكل إليه الأمر.
ولها في اصطلاح العلماء تعريفات، لعل أنسبها قول الحنابلة إنها: استنابة جائر التصرف مثله فيما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الأدميين.^(١)
ومتى كان الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق فإنه يملك أن يوكل غيره فيه، ويقع طلاق الوكيل إذا كان أهلاً للوكالة، والتزم حدود وكالته، وحدود ما وكل فيه.
وبداهة فإنه يشترط لصحة طلاق الوكيل ما يلزم لصحة طلاق الزوج، على ما هو مبين بمواد القانون (م ٨٤، ٨٦ - ٨٨) كما يقع ويثبت بالطرق المرعية في طلاق الزوج (م ٩١).
وقد اشترط القانون لصحة التوكيل بالطلاق أن تكون الوكالة خاصة بنوع الطلاق وزمنه، حتى وإن كانت الزوجة هي الوكيل في تطبيق نفسها، والظاهر من التنصيص على أن يكون التوكيل (بووكالة خاصة بنوع الطلاق وزمنه) الميل إلى المشهور عند الشافعية، وأصح الروايتين عن أحمد، وقول أبي ثور، وابن المنذر أن طلاق الفضولي - وسائر تصرفاته القابلة للنيابة - باطل، لأنه ليس بمالك، ولا ولي، ولا وكيل، تأسيساً على حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: ((لا طلاق إلا فيما تملك....))^(٢) قال الشيخ محمد بخيت المطيعي في تكملة المجموع: " روي

(١) الإقناع بشرح كشاف القناع ٨ / ٤١٢.

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق، باب: في الطلاق قبل الزواج برقم ٢١٩٠، حسنه الخطابي والألباني، والترمذي في الطلاق، باب: لا طلاق قبل الزواج، مع زيادة بلفظ " لا طلاق له فيما لا يملك ..."، برقم ١١٨١. وقال: " هو حديث حسن، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب ".

من طرق كثيرة، بأسانيد حسنة، ومجموعها يرتفع عن كونه حسناً، ويقتضي أنه صحيح " . أ.هـ.^(١)

بعض القيود على إيقاع الطلاق بالوكالة:

١- تقيّد الزوجة الموكّلة بإيقاع الطلاق في الزمن الذي حدده الزوج في الوكالة: فإن مضى الزمن المحدد دون إيقاع بطل التوكيل، كما يبطل بفسخ الوكالة وعزلها عن الوكالة قبل إيقاع الطلاق، إلا في صورة ما إذا شرط لها- في عقد زواجها- إنه إن تزوّج عليها فقد وكّلها في طلاق نفسها، فلا تنعزل بعزلها، لما تعلق بالوكالة هنا من حقها في دفع الضرر عن نفسها بهذه الوكالة،^(٢) فتدخل هذه الصورة تحت الفقرة الثانية من المادة (٨٥) لا الفقرة الأولى.

ولم يقيّد القانون صحة العزل بعلم الوكيل، أخذاً بما اقترح في مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد (المادة ٨٠) "... وللحد من الطلاق ما أمكن رُئي أن يؤخذ بانتهاء الوكالة بمجرد عزل الوكيل وإن لم يعلم بالعزل طبقاً للأصح عند الشافعية، وهو مروى عن مالك وأحمد"،^(٣) وقد اتفق القانون البحريني في هذه المسألة مع القوانين الخليجية الأخرى: العماني، والإماراتي، والقطري في مخالفة القانون الكويتي الذي نص صراحة- وهو المعتبر في مصر- بعجز المادة ١٠٦ على أن "... وتنتهي الوكالة بالعزل، بشرط علم الوكيل".

٢- لا يملك الوكيل أكثر مما يملك الزوج :

ظاهر عبارة القانون أنه يقع بالتوكيل ما نص عليه من أنواع الطلاق في الوكالة، فلو وكّله أن يطلقها واحدة رجعية طلقها رجعية، وإن وكّله أن يطلقها بئنة طلقها بئنة، وإن وكّله بأكثر من واحدة فله أن يفعل، ولكن هذا الظاهر غير مراد، إذ قيّد بالفقرتين التاليتين:

الفقرة (ب) تقصر البيّنونة على تمليك الزوجة الطلاق بالشرط في عقد الزواج.

والفقرة (ج) تؤكد على أن الواقع بالتفويض طلقاً واحدة رجعية.

(١) راجع: تكملة المجموع ١٨/ ٢٠٠، المغني لابن قدامة ٦/ ٢٩٥ وما بعدها، ٩/ ٢٧٨ وما بعدها.

(٢) انظر: الفقه المالكي وأدلته ٤/ ٧٨.

(٣) راجع المذكرة مع المشروع. ط. دار القلم، الدار الشامية. ١٩٩٦. ص ١٧٢.

كما قيد بالمادة (٩٠) الآتية أن " كل طلاق يقع رجعيًا إلاّ الطلاق المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والخلع على بدل، والتفريق للضرر، وما ورد النص في هذا القانون على بينونته "

٣- التملك في الطلاق:

وتمليك الطلاق - كما عرفه ابن عرفة المالكي - يعني " جعل إنشاء الطلاق لغيره، باقياً منع الزوج منه ". ويقصد بقوله: " باقياً منع الزوج منه ": أن الموكل له عزل وكيله متى شاء.^(١) والتمليك مشروع بقضاء الصحابة، فقد أخرج مالك؛ أنه بلغه أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن عمر فقال: يا أبا عبد الرحمن إني جعلت أمر امرأتي في يدها، فطلقت نفسها، فماذا ترى؟ فقال عبد الله: أراه كما قالت. فقال الرجل: لا تفعل يا أبا عبد الرحمن. فقال ابن عمر: أنا أفعل! أنت فعلته.^(٢) ولفظ التملك أن يقول: قد ملكتك أمرك أو طلاقك، أو أمرك بيدك، أو طلاقك بيدك، أو طلقي نفسك، وكذا كل لفظ دل على جعل الطلاق بيدها دون تخيير، والقاعدة: أن كل لفظ دل على جعل الطلاق بيد الزوجة أو بيد غيرها دون تخيير أو توكيل فهو صيغة تملك.

وقد اختار القانون أن للزوجة الحق أن توقع طليقة واحدة بائنة لا أكثر، لأنها لا تملك أمرها إلاّ بالبائنة، حتى لو أوقعت الرجعي الصريح كان بائناً طبقاً لنص القانون، ولا حاجة إلى ما فوق الواحدة، لأنها تملك أمرها بالواحدة.

ولما كان التملك يقتضي أن ما كان حقاً للزوج فقد ملكه لغيره، فإن الزوج لا يملك الرجوع فيما ملكه لزوجته بالشرط في عقد الزواج، فإن تنازلت عنه الزوجة صح، ومن صورته أن يقول: إن تزوج عليها فقد فوض لها أمرها، فليس له عزلها حالئذ لتعلق حق الزوجة - في رفع الضرر عنها - به، فيدخل في المستثنيات التي يمتنع فيها على الزوج الرجوع، إذ يصبح التزاماً.

وقد قيد القانون جواز التملك بالشرط في عقد الزوجية من باب الضبط والمصلحة، ودفعاً

(١) انظر: حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٦٩/٤.

(٢) الموطأ برقم ٢٠٣٣، بتحقيق: محمد مصطفى الأعظمي. مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي -

الإمارات. ط. الأولى ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م. ٧٩٣/٤.

للخلاف، فتؤخذ أحكام الاشتراط المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون، لاسيما الفقرة (ج) منها، في الاعتبار عند التطبيق.^(١)

٤ - التفويض في الطلاق:

في مصنفات الفقهاء التفويض والتمليك بمعنى واحد، لكن القانون خص كلا منهما بحكم، فخص التمليك بالاشتراط في عقد الزواج بلفظ التمليك ونحوه، وتقع به طلقة واحدة بائنة، ولا يملك الزوج الرجوع فيه، أما التفويض فصريح الفقرة (ج) أنه يكون للزوجة أثناء الزواج بلفظ التفويض وما في معناه، وتقع به واحدة رجعية، وللزوج حق الرجوع في تفويضها قبل إيقاعها الطلاق، فإن لم يرجع فطلقت وقعت واحدة رجعية، أخذًا بالراجح عند الحنفية. وقد قضي - في مصر - بأن تفويض الزوج لزوجته شرعًا بصريح الطلاق يقع به واحدة رجعية، على ما هو الراجح من المذهب، فقد جاء في حاشية ابن عابدين. في باب تفويض الطلاق - تعليقًا على قول المصنف طلقي نفسك - هذا تفويض بالصريح والواقع به رجعي.

(١) الغزالي، والمحميد. التعليق على القانون ص ٤٣٤.

المبحث الثاني حقها في التطلاق للضرر

لقد شرع الله عز وجل الزواج طريقاً إلى نعمة السكن والمودة والرحمة، لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً...﴾^(١)، فإذا خرج هذا العقد عن مقصوده بإساءة الزوج عشرته لزوجته فأوقع عليها ضرراً مادياً كان أو معنوياً، جاز لها أن ترفع أمرها إلى القضاء فتطلب رفع هذا الضرر عنها بتطليقها من زوجها المضار لها بضوابط وإجراءات معينة.

ونص المادة (١٠١) في الفقرة (أ):

"للزوجة طلب التطلاق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بين الزوجين".

ولقد استمد القانون البحريني هذه الفقرة في أحكام التطلاق للضرر من المذهب المالكي، متوافقاً مع القانون المصري، ووصف الضرر الذي يطلب التطلاق من أجله بـ "الضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بين الزوجين"، (وهذا القيد معتبر في كل بلاد المشرق العربي وهذا معناه أن الضرر المجيز للتطلاق ضرر خاص، وليس:

أ- مطلق الضرر.

ب- أو "ما لا يجوز شرعاً" كما هو منصوص في المذهب المالكي.

ومعنى ذلك أن القانون اعتبر المبدأ المالكي مقيداً بالقيد القانوني المصري، وهو "خير من إطلاقه، لأن الحياة الزوجية لا تخلو من بعض المواقف التي تعتبر ضرراً في المذهب المالكي، ورغم ذلك يستطاع معها دوام العشرة بين الزوجين"^(٢).

وليس في ذلك منابذة شديدة لأصول المذهب المالكي، ففي البهجة وغيرها عن مالك - رحمه

(١) سورة الروم: الآية (٢١).

(٢) الجندي. الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة ص ٣١٤.

الله - "ليس عندنا في قلة الضرر وكثرته شيء معروف".^(١)

وفي ضوء عبارة الفقرة (أ) من المادة (١٠١) ومصادرها فإن ما تضمنته من أحكام هو:

- ١- أن الضرر هو ما لا يجوز شرعاً، فيجب على طالبة الطلاق للضرر أن تقيم الدليل على أن ضرراً منهياً عنه شرعاً قد أصابها، بفعل الزوج أو بامتناعه، سواء كان ضرراً حسيّاً أو معنوياً.
- ٢- ويتعين الرجوع إلى مذهب الإمام مالك لتحديد أنواع الضرر وحالاته.
- ٣- أن الضرر المجيز لطلب التطلق على الزوج هو الضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بين الزوجين.

- ٤- أن طلب التطلق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بين الزوجين حق للمدخول بها، ولغير المدخول بها، لأن مذهب الإمام مالك لا يفرق بينهما في ذلك، فتسمع الدعوى به منهما.
 - ٥- وحيث نص القانون على (الضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بين الزوجين) فقد أعفانا من الالتزام بالمشهور في المذهب المالكي، وجعل تقدير ما إذا كان الضرر مما يتعذر معه دوام العشرة بين الزوجين أو لا يتعذر إلى القاضي، فينظر في كل حالة على حدة، فإن كان الضرر المدعى مما لا يسلم منه أمثال الزوجين اشترط التكرار، وإلا يكفي وقوعه مرة، كما هو مشهور المذهب.
- وقد جاء في منطوق حكم المحكمة الكبرى الشرعية السنية الثانية في الدعوى ١٤/٢٠١٠/٢٠١٠/٢: (حيث إن المحكمة وبعد مثول الطرفين أفاد المدعى عليه بأنه يتهم المدعية بعلاقات غير شرعية مع رجل أجنبي ولا زالت تكلمه عبر الهاتف، وقد أقرت المدعية بذلك غير أن هذا حدث في فترة الخطوبة، وأنهما تصالحا بعده، وصدّقها المدعى عليه في ذلك غير أنه لا يزال يشك فيها ويتهمها مع نفس الشخص، وقد نكرته المدعية في ذلك، وأنها لا مانع لديها من حلف اليمين بالصيغة التي يرتضيها المدعى عليه، فأدت القسم.....

(١) الهجة شرح تحفة ابن عاصم ٣٠٢/١، وقال محمد بشير الشقفة: "والمذهب أن تقدير كون الضرر خفيفاً أو فاحشاً يرجع فيه إلى عرف الزوجين المتنازعين، وتقدير الحاكم واجتهاده بناء على عرفهما، ولا يرجع إلى عرف بلد القاضي، ولا إلى عرف بلد المقاضاة". أ.ه. الفقه المالكي في ثوبه الجديد. ط الأولى. دار القلم دمشق ٦٢٥/٣.

وحيث إن المقرر شرعاً أن الضرر يجب رفعه لقوله عز وجل: ﴿ وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴾، ولقوله ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار))، فمتى ثبت الضرر قولاً أو فعلاً أو تركاً وجب إزالته قضاءً بموجب المادة (١٠١) من قانون أحكام الأسرة الصادر بمرسوم رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩م، وقد جاء نص المادة: (...).، وجعل من فروعها عدم الإنفاق أو الغياب والفقْد أو الحبس والإدمان بموجب المواد رقم (١٠٩-١١٥)

وحيث إن المحكمة وبعد محاولة الإصلاح ثبت لها مضارة الزوج بموجب ما تقدّم وتعدّه من الضرر الواجب رفعه شرعاً وإزالته قضاءً، وتستجيب لطلب المدّعية بتطبيقها طليقة بائنة،... فلهم الأسباب حكمت المحكمة بتطبيق المدّعية من المدّعى عليه طليقة بائنة لضرر، وتحرر... ٦- أن القانون البحريني وافق القوانين الخليجية التي خالفت المعمول به في مصر، فلم تشترط وقوع الضرر على شخص الزوجة، بل يستجاب لها لكل ضرر يتعذر معه دوام العشرة بينها وبين زوجها، ولو لحق ضرره والديها، أو أحدهما، أو أحد أفراد أسرتها.

ويؤكد هذا الحكم أن القانون البحريني في الفقرة (ج) من المادة (٢٦) قد جعل من حقوق كل من الزوجين على الآخر احترام كل منهما للآخر ولأبويه، وأهله الأقربين. وموجه أن ازدراء أقارب الزوجة كازدرائها.

٧- قبول الزوجة استمرار معاشة الزوج، بعد ثبوت الأضرار التي تدعيها، دليل على أن الضرر مما لا يتعذر معه استمرار العشرة بين الزوجين.

٨- أن الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على الضرر طلاق بائن، وفقاً للمادة (٩٠) من القانون. ٩- أن القانون البحريني قد خصّ بعض الإضرار بنصوص خاصة، كعدم الإنفاق، والغياب، والفقْد، وإدمان المسكرات أو المخدرات، فتطبق أحكامها وفقاً للأطر التي جاءت بها النصوص - كما سيأتي، وما عدا ذلك يخضع للقاعدة العامة للتطبيق للضرر، المنصوص عليها في المادة (١٠١)، كما يخضع للقاعدة العامة كل حكم تفصيلي سكتت عنه الأحكام الخاصة، ككون الطلاق بسبب الإدمان بائناً.

أولاً: التطلاق للضرر لا يكون إلا بعد بذل الجهد في الإصلاح:

إذا أثبتت الزوجة ما تدعيه من إضرار فإن القاضي بموجب الفقرتين (ب، ج) من المادة (١٠١) لا يعجل بإجابة طلبها ويطلقها، وإنما يجب عليه أن يبذل جهده للإصلاح بينها وبين المدعى عليه، فإن عجز، وقد ثبت الضرر، حكم بالتطلاق، " فإن أغفلت المحكمة ذلك، وقضت في الدعوى، اعتبر حكمها معيباً بالخطأ في تطبيق القانون، مما ينحدر به إلى مرتبة البطلان، باعتبار أن شرطي الحكم بالتطلاق للضرر هما: ثبوت الضرر، والعجز عن الإصلاح بين الزوجين".^(١)

فقد جاء في منطوق حكم المحكمة الكبرى الشرعية السنية الثانية في الدعوى ١٤ / ١٠١٠ / ٢٠١٠ / ٩ / ٨٢٨ (وحيث إن المحكمة عرضت الصلح بين طرفي الدعوى دون جدوى تطبيقاً للمادة (١٠١) من القانون)، وكما ورد في أغلب الدعاوى المذكورة في هذا البحث.

ثانياً: أنواع الضرر المجيز لطلب التطلاق:

١ - التطلاق لعدم الإنفاق:

نصت المادة (١٠٩):

أ- إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته، وليس له مال ظاهر، ولم يثبت إعساره، فلزوجته طلب التطلاق، ويطلق القاضي عليه بلا إمهال، وللزوج أن يتوقى التطلاق بدفع نفقتها الواجبة من تاريخ رفع الدعوى.

ب- إذا أثبت الزوج إعساره، أو كان غائباً في مكان معلوم أو محبوساً، وليس له مال ظاهر، أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر، ولا تتجاوز ثلاثة أشهر، مضافاً إليها المواعيد المقررة للمسافة، ليؤدي النفقة المذكورة، فإن لم ينفق طلقها عليه.

ج- إذا كان الزوج غائباً في مكان مجهول، أو مفقوداً، وليس له مال ظاهر، طلق عليه القاضي بلا إمهال، وذلك مع مراعاة أحكام المواد (١١١) و(١١٢) و(١١٣) من هذا القانون.

لقد ذكرنا في موضع سابق أن النفقة حق من حقوق الزوجة الثابتة على زوجها، غنياً كان

(١) نقض مصري في الطعن رقم ٥٣ لسنة ٥٢ ق بجلسة ٢١ / ٢ / ١٩٨٤.

أو فقيراً، وبيّنا كيفية تحصيل هذه النفقة عند امتناع هذا الزوج عن دفعها مع مراعاة اختلاف الأسباب، فإذا أصّر هذا الزوج على عدم الإنفاق عليها وكان قادراً، لكن لم يمكن تحصيلها منه لعدم وجود مال له ظاهر، عندئذ يكون هذا الزوج متعمداً الإضرار بهذه الزوجة لذا يصبح من حقها الحصول على التطلق، رفعاً لهذا الضرر الواقع عليها، أخذاً بقول الجمهور المستدلين بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿ فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾^(٢).

وكذلك الحال بالنسبة للمعسر، مع بعض الضوابط والإجراءات، علماً بأنه لم يتعمد الإضرار بالزوجة، إلا أنهم راعوا مصلحة الزوجة المتضررة. وللعلامة ابن القيم^(٣) تفصيل في الحكم، فهو يوافق الجمهور في الموسر، ويفرق في حالة المعسر على النحو الآتي:

١- إذا كانت الزوجة عالمة بإعساره وقت العقد، أو كان موسراً ثم أعسر فليس لها أن تطلب الطلاق، وهو موافق للحنفية.

٢- إذا غرر بها عند العقد بأن ادّعى يسره وهو معسر فيجوز لها طلب التطلق.

وقد أخذ القانون البحريني بما أخذت به أكثر القوانين العربية المعاصرة بقول الجمهور في ذلك^(٤) مع مراعاة أن الغرض هنا هو سد حاجة زوجة الواجد، وتهديد الزوج المقصر بأنه إن لم يتدارك أمره فالزوجية سائرة في طريق الانفصال ببلوغ الزوجة أجل العدة.

وعلى هذا الأساس نظرت القوانين إلى وجود المال أولاً، فإن وجد قضي للزوجة فيه ولا تطلق لعدم الإنفاق الطوعي، فإن لم يوجد نُظِرَ في حال الزوج، فإن كان معذوراً أمهله القاضي مدة ليؤدي

(١) البقرة: الآية (٢٣١).

(٢) البقرة: الآية (٢٢٩).

(٣) زاد المعاد ٤/١٥٤-١٥٦.

(٤) وشذ عن ذلك وثيقة مسقط (م ١٠٨)، والقانون العماني (م ١٠٩) فأخذوا بقول ابن القيم.

النفقة المذكورة، فإن لم ينفق طلق القاضي عليه، وبعد الغائب في مكان مجهول والمفقود - ولا مال لهما - بمنزلة الممتنع.

فالتطليق لعدم الإنفاق - كما قلنا - قصد به تهديد الزوج المتقاعد، دون عذر ثابت، ولهذا يستطيع هذا الزوج أن يتوقى التطليق بإبداء حسن النية، ودفع النفقة الواجبة لزوجته، فإن فاته ذلك في حينه فإنه - حسب أكثر القوانين - يستطيع أن يراجع زوجته مادامت في عدتها إذا أثبت يساره، واستعد للإنفاق بدفعه النفقة المعتادة، وإلا رفضت المراجعة.

أ- هذا مجمل ما هو مقرر بالقوانين، ولم يخرج عليه القانون البحريني إلا في بعض التفاصيل كجعل مهلة إنفاق المعذور لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر، مضافاً إليها المواعيد المقررة للمسافة (وهو قيد إجرائي قصد به حماية المدين المقيم خارج البحرين).

ب- أن الطريق الأوحى لتوقي الطلاق هو دفع النفقة الواجبة من تاريخ رفع الدعوى، وهو خيار قد يصعب الحل على الزوج، فقد يكون مبلغ النفقة الواجبة كبيراً لا سيما إن أثبت الزوج أنه معسر، وأمهل القاضي مدة قد تصل إلى ثلاثة أشهر عدا مواعيد المسافة - إن وجدت - ثم يضاف إليها الفترة مابين رفع الدعوى وقرار الإمهال، وكنا نود لو أن القانون تابع على ما هو مقرر في القانون الإماراتي (م ١٢٦) بتوقي الزوج الطلاق بتقديم ما يثبت يساره وقدرته على النفقة، ومن ذلك مثلاً - على ما يجري عليه القضاء في مصر - تقديم كفيل موسر له مال ظاهر^(١) على أن من فقه المالكية والحنابلة - مصدر هذا الحكم - أنه إن أعسر بالنفقة الماضية لم يكن لها الفسخ^(٢) والنفقة الواجبة تثبت ديناً وفي التطليق بناء عليها تطليق بالإعسار بنفقة الماضي.

ولا يخفى أن كثيراً من النظم القائمة وقد استشعرت الحرج من التطبيق المطلق للتطليق على غير الواجد، لا سيما في ظل زيادة الطلب على العمل مع قلة فرص التوظيف، وارتفاع سن الزواج،

(١) انظر: العطار. عبد الناصر توفيق. الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥. المؤسسة العربية الحديثة ١٩٨٥. ص ٢١١.

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل ٤/٤٠٥، المغني ١١/٣٦٣.

وكثرة المطلقات، وانتشار العنوسة في شتى ربوع الديار الإسلامية، لهذا شرعت هذه الأنظمة مؤخرًا في إقرار أنظمة للتأمين من المسؤولية عن النفقة بأنواعها المختلفة، سواء عن طريق نظام التكافل الاجتماعي، أو إنشاء صناديق خاصة لهذا الغرض.

وهو توجه جيد يحمد العمل به، بل هو التطبيق الدقيق للفقهاء، وفي ذلك يقول العلامة ابن القيم: إن خير الفقه " فقه الواقع والفهم فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والإمارات والعلامات حتى يحاط بها علما وفهم الواجب في الواقع، ومن سلك غير هذا أضاع على الناس حقوقهم ".^(١)

ج- نصت الفقرة (ج) على أن يطلق على المفقود دون إمهال إلا أنها أحالت في تطبيق الحكم إلى المواد (١١١-١١٣) من القانون، والمادة (١١١) تنص على أن لزوجة المفقود أو الغائب الذي لا يعرف طلب التطلق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد أو الغياب، وتنص المادة (١١٢) على أنه: إذا صدر حكم بموت المفقود تعتد زوجته عدة الوفاة من وقت صدور الحكم. والمادة (١١٣) تنص على أنه " إذا جاء المفقود أو تبين أنه حي فزوجته له ما لم يدخل بها الثاني، إن كان الثاني غير عالم بحياة الأول ".

والحق أن البابين مختلفان، فمبنى النفقة على عوض الاحتباس، ومبنى الغيبة أو الفقد على حق الزوجة في استدامة الوطاء، كما هو أساس قول المالكية والحنابلة، وهو مصدر الحكم في التطلق للغيبة والفقد.

وقد يكون غرض الإحالة إلى المادة (١١٣) إبقاء حق المفقود في الإقامة على الزواج ما لم تتزوج مطلقة بآخر فيدخل - الآخر - بها، أو يتزوجها وهو عالم بحياة المفقود، مخفياً علمه هذا، ولكن ما هو وجه الربط بين مادة التطلق لعدم الإنفاق على الغائب الذي لا يعرف له محل، والمادة (١١١) وهي لا تجيز الحكم على المفقود قبل مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد، لا يعقل أن يكون الغرض أن تنتظر المعوزة طالبة النفقة أربع سنوات حتى تستطيع طلب التطلق لعدم الإنفاق.

(١) إعلام الموقعين. ١/٨٧ وما بعدها، وانظر: الشيخ أبو زهرة ص ٣٥١، ٣٥٤، محمد سلام مذكور. الوجيز في أحكام الأسرة ص

وفيما وراء ما ذكرنا فالمادة (١٠٩) تقرر الأحكام الآتية:

- ١- أن للزوجة طلب الطلاق لعدم الإنفاق.
- ٢- لا تجاب الزوجة إلى الطلاق لعدم الإنفاق بمجرد طلبها، وإنما يجب أن يثبت للمحكمة مطل الزوج، ويتحقق المطل في ظل المادة (١٠٩) بالآتي:
 - أ- ألا يكون للزوج مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه، فإن وجد مال يمكن التنفيذ فيه فلا تطلق، وإن رغبت في الطلاق.
 - ب- أن تكون النفقة المطلوبة هي النفقة الحاضرة، ويعتبر من النفقة الحاضرة ما يستحق كنفقة من تاريخ رفع الدعوى، أما النفقة الماضية فتستوفي بما تستوفي به الديون الأخرى، ولكنها لا تُقَرُّ سبباً للتطبيق.
- ٣- يطلِّق على الزوج لعدم الإنفاق بعد إمهال، وبغير إمهال:
 - أ- فيمهال إذا ادعى الإعسار وأثبتته، وفي حكم المعسر ثابت الإعسار من كان محبوباً، أو كان غائباً في مكان معلوم، ويمهل الواحد من هؤلاء مدة يقدرها القاضي، بحيث لا تقل عن شهر، ولا تجاوز ثلاثة أشهر، يضاف إليها بالنظر إلى الغائب فقط تلك المدة المقررة في قانون المرافعات للغائب خارج البحرين، وتعرف بموعد المسافة، فإن مضت المدة ولم ينفق طلق القاضي عليه، حتى وإن كان عدم الإنفاق خارجاً عن إرادته، لأن العبرة في الطلاق لعدم الإنفاق هي بعدم الإنفاق ذاته، دون توقف على إعسار الزوج أو امتناعه^(١).
 - ب- ولا يمهل إذا ثبت أن الزوج ممتنع إرادياً عن الإنفاق، ولا يعلم له مال يمكن التنفيذ فيه، وفي حكم الممتنع - بالقييد المذكور - من يدعي الإعسار ولا يثبت، وكذا المفقود، والغائب مجهول المكان، وإنما لم يمهل تفادياً لإرهاق الزوجة طالبة النفقة، وتركها مقيدة بأغلال لا تستطيع معها الوصول إلى ما تنفق منه، مما قد يعرضها للفساد.

(١) انظر: الغزالي. أحمد بخيت. النفقة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر. دراسة تطبيقية. دار النهضة العربية ٢٠٠٨

٤- يمكن للمدعى عليه، بعد حجز الدعوى للحكم، أن يتوقى إيقاع الطلاق بدفع النفقة المستحقة للمدعية من تاريخ رفع الدعوى، وهذا الحكم متقد نظرياً، كما ذكرنا قبل قليل، لكنه مخرج على قول المالكية بتعليق الرجعة على إيسار الزوج بنفقة مثلها، وليس بمجرد وجود ما تيسر من القوت^(١) ويصبح سهل المنال كلما التزمت المحاكم بسرعة الفصل في قضايا النفقات، ولكنه مع ذلك يظل محل انتقاد - في نظرنا - باعتباره طريقاً وحيداً لتفادي الحكم بالطلاق.

٥- يطلق على ثابت المطل - حقيقةً أو اعتباراً - طلاقاً رجعيّاً (م ١١٦) وهو حكم بديهي إذا كانت الدعوى بعد الدخول، فإن ادعت غير المدخول بها، التي لا تمنع في التسليم، طالبة النفقة، فلم تُجَب، فطلبت الحكم لها بالطلاق لعدم الإنفاق، فطلاقها يقع بائناً، شأن المطلقة قبل الدخول دائماً، كما تبين المطلقة بعد الدخول إن كانت المطلقة القضائية هي الثالثة.

٦- يقع الطلاق لعدم الإنفاق رجعيّاً حتى وإن تكرر إيداع الزوجة بطلبه، وثبت للمحكمة في كل مرة عدم الإنفاق، على خلاف المعتمد بالقانون الإماراتي (م ١٢٨).

٧- يحق للمحكوم عليه مراجعة مطلقته لعدم الإنفاق مادامت في عدتها، دون رضاها، ودون إظهار الإيسار، واستعداده للإنفاق عليها نفقة مثلها، على خلاف المعتمد في القانون المصري (م ٦ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠).

ولي تحفظ على هذا الحكم المقرر بالبند الأخير، وأرى فيه إهداراً لبعض المعتبر في الفقه المالكي، الذي أخذ القانون منه هذا النص، ويحق لنا أن نردد ما جاء في حكم إحدى المحاكم المصرية " اليسار لا يثبت بمجرد عرض نفقة شهر بعد الامتناع أشهراً، وبعد خصومة، وقضاء، ودفع، ودفاع، وامتناع، وثبوت إعسار، فهذا أشبه بالهزل منه بالجد، وإلى الباطل أقرب منه إلى الحق، وفي هذا تعريض القوانين للعبث بما وضعت لأجله، وتوجيهها إلى أغراض أبعد ما تكون عن الغاية من تشريعها، وواجب القاضي حماية القوانين من عبث المتقاضين".

(١) انظر: مواهب الجليل للحطاب. ٥/ ٥٧١ وما بعدها.

٢- التطليق للهجر:

من أبرز حقوق الزوجة على زوجها إعفائها بالاستمتاع والمعاشرة، بل هو من أهم مصالح الزواج كالتناسل والسكن والمودة والرحمة، ولا نجد من أئمة المذاهب من لم يوجبه في الحكم إلا الشافعي رحمه الله،^(١) وبعض الحنفية،^(٢) وفيما خلا هؤلاء فالجميع متفقون على الوجوب.^(٣)

وما دون الجماع في الاستمتاع كالمبيت بمضجعها ومداعبتها وملاعبتها وإيناسها واجب مرة على الأقل كل أربع ليال، لما روى كعب بن سوار أنه كان جالساً عند عمر بن الخطاب، فجاءت امرأة فقالت: يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجي، والله إنه يبيت ليله قائماً، ويظل نهاره صائماً، فاستغفر لها وأثنى عليها، فاستحيت المرأة وقامت راجعةً، فقال: يا أمير المؤمنين هلاً أعديت المرأة على زوجها، فقال: وما ذاك؟ فقال: إنها جاءت تشكوه، إذا كان هذا حاله في العبادة متى يتفرغ لها؟ فبعث عمر إلى زوجها، وقال لكعب: اقض بينهما فإنك فهمت من أمرها ما لم أفهمه، قال - كعب: فإني أرى أنها امرأة عليها ثلاث نسوة وهي رابعتهن - أي افترض أنها كذلك - فأقضي له بثلاثة أيام ولياليها يتعبد فيهن، ولها يوم وليلة، فقال عمر: والله ما رأيك الأول بأعجب إلى من الآخر، اذهب فأنت قاض على البصرة". قال البهوتي: هذه قضية اشتهرت ولم تنكر فكانت كالإجماع.^(٤)

والصحيح أن ليس للاستمتاع حد معين، إلا أن يأتي الرجل المرأة في الموضع المحرّم، أو في

(١) الحاوي الكبير ٢/٢١١، وانظر الأم ٥/٩٥.

(٢) انظر: البدائع ٢/٣٣١، الهداية بشرح البناءة ٤/٧٩٩.

(٣) وإن اختلفوا في المدة التي لو جاوزها الرجل اعتبر مقصراً في حق الزوجة، فقليل: مرة كل شهر، وقيل مدة الإيلاء، وتركها آخرون إلى الاجتهاد. البدائع ٢/٣٣١، ابن عابدين ٣/٢٢٢، ابن عبد الرفيع ص ٣٣٥، كشف القناع ٥/٢٥٨٣، المحلى ١١/٢٣٦، الحاوي الكبير للماوردي ١٢/٢١٢.

(٤) كشف القناع ٥/٢٥٨٢، والحلي. جعفر بن الحسين. شرائع الإسلام بشرح جواهر الكلام للنجفي. ٢/٥٥٧: "والواجب في القسمة المضاجعة لا المواقعة".

علانية من أحد، فالله سبحانه وتعالى يقول: ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ ﴾^(١)، أي من أين شئتم أو كيف شئتم، وما يقال غير ذلك من تقييد حرية الزوجين في النظر أو اللمس أو الهيئة فكلام لا يسنده دليل.^(٢)

وعندما يقصر الزوج في تحقيق هذا الحق لزوجته بهجرها، سواء كان هجرًا لفراش المعاشرة، أو هجرًا لمسكن الزوجية، فإنه سيكون مضرًا لها، فإن كان لديه عذر كإصابته بمرض أو عيب خلقي، فهذا يدخل في التطبيق للعيب، وإن لم يكن به مرض أو عيب، فهو داخل في عموم الضرر الذي عالجه القانون في المادة (١٠١) التي سبق ذكرها.

وقد جاء في حيثيات حكم المحكمة الكبرى الشرعية السنية الثانية في الدعوى ١٤/١٠٢٠١٠/٣٤٧٥/٩: (حيث إن المحكمة وبعد مثول المدعية دون المدعى عليه المعلن أجلًا لتقديم البيّنة بعد أن ختمت طلبها بتطبيقها للضرر من المدعى عليه....، وبجلسة... حضرت المدّعة دون المدّعى عليه وطلبت الاستماع إلى بيّنتها فحضر الشاهد الأول ويدعى....، ثم حضر الشاهد الثاني ويدعى....، وبعد التعريف والتعرف وأدائهما القسم شهدا بأن المدعى عليه قد هجر المدّعية أكثر من سنة، وأنه لم ينفق عليها لا حقيقة ولا حكمًا، ولم تكن ناشزًا، وقد ختما شهادتهما بتوقيعهما....)

وحيث إن المقرر فقهاً أن للزوجة طلب الطلاق إذا أضر بها الزوج ضررًا بيّنًا، قال الإمام مالك: "ليس لدينا في قلة الضرر وكثرته شيء معروف"، وقال العلامة خليل: "ولها التطلاق بالضرر البيّن ولو لم تشهد البيّنة بتكرره"، وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴾، ولقول

(١) سورة البقرة: من الآية (٢٢٣).

(٢) انظر: القرطبي ٣/٩٤-٩٩، المغني ٩/٦٩٨-٧٠٢، ٧٠٥-٧٠٩، وانظر في تخريجات الأحاديث التي يتمسك بها حواشي الفصل الأخير، زاد المعاد ٣/٢٣٦-٢٤٤، المحلى ١١/٢٢٤ وما بعدها، كشاف القناع ٥/٢٥٨٥، وقد حرر هذه المسألة تحريرًا جيدًا الشيخ عبد القادر أحمد عطا في كتابه القيم (اللقاء بين الزوجين في ضوء الكتاب والسنة) ص ٨٧-١١١. وهذا كله على المذاهب السنية، أما الجعفرية فيبغضون الجماع عاريًا، وكذا النظر إلى موضع العفة من المرأة، ولهم في الإتيان في غير موضع الحرث قول لا يرتضى. قال الشوكاني في نيل الأوطار ٦/٣٥٤: "وهذه المسألة هي إحدى مسائلهم التي شذوا بها".

النبي ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار)) ، وهذا يشمل الضرر الحسي والمعنوي، واعتباراً بقاعدة: (الضرر يزال)، وإعمالاً للمادة (١٠١) من قانون أحكام الأسرة الصادر بمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩م.

وحيث إن المحكمة وبعد محاولة الصلح قد ثبت لها الضرر بموجب شهادة الشهود، فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بتطليق المدّعية من المدّعى عليه طليقة بائنة للضرر، وتحرر وثيقة طلاق بعد صيرورة الحكم نهائياً.

٣- التطليق للغيبة

غيبية الزوج عن زوجته لها عدة صور، وأضرارها تختلف باختلاف هذه الصور، فقد تكون غيبته لمكان معلوم، وقد تكون لمكان مجهول، وقد تكون لعذر وقد تكون لغير عذر، أما نوعية الضرر، فقد يكون مادياً لعدم تركه ما تنفق منه على نفسها وأولادها، وقد ذكر في التطليق لعدم الإنفاق، وقد يكون ضرراً نفسياً لعدم حصولها على حقها في الاستمتاع بالمعاشرة الزوجية وشعورها بالوحدة التي قد تعرضها لفتنة الوقوع في الحرام، وهو المقصود هنا.

والتطليق للغيبة صورة من صور التطليق للضرر، إلا أن القانون خصه بحكم مستقل. فقد نصت المادة (١١٠):

للزوجة طلب التطليق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته دون عذر مدة سنة، ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد إنذار الزوج: إمّا بالإقامة مع زوجته وإمّا نقلها إليه وإمّا طلاقها، على أن يمهل لأجل لا يقل عن أربعة أشهر ولا يتجاوز سنة.

ومبنى هذه المادة على قول المالكية، والراجح عند الحنابلة^(١) أن استدامة الوطء حق للزوجة على زوجها قضاء، لحديث عبدالله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - المتفق عليه، قال: قال لي رسول الله ﷺ: ((يا عبدالله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟ فقلت: بلى يا رسول الله، قال: فلا تفعل، صم وأفطر، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقاً، وإن لعينيك عليك حقاً، وإن

(١) وإليه مال العلامة ابن عابدين، كما في رد المحتار ٣/ ٢٠٢ قال: "الجماع.... حقه وحقها أيضاً، لما علمت أنه واجب ديانة".

لزوجك عليك حقًا...)) - الحديث^(١)، وذلك ما لم يكن بالزوج عذر، كمرض أو غيره، فإن تركه بغير عذر كان ممسكًا ضرارًا، ويكون للزوجة الحق في الفرقة.

كما بنوا قولهم على قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، فالغيبه عن الزوجة أمر لا تتحملة طبيعتها البشرية، وحفظًا لمصلحة العفة والشرف، واعتبارًا بالمأثور عن عمر رضي الله عنه أنه وقت للجدد في المغازي، بعد مشاوره أم المؤمنين حفصة بنت عمر، رضي الله عنهما.

وقد مزج القانون بين مذهبي المالكية والحنابلة في المسألة.

- فأقر القول بالتفريق للغيبه بناء على مذهبيهما.

- وأخذ بمذهب المالكية في اعتبار الغيبه المؤثرة هي التي تبلغ سنة فأكثر^(٢).

- وأخذ من مذهب الحنابلة شرط انتفاء العذر^(٣).

- ونظرًا لأن الغائب هنا معروف الموطن، أو محل الإقامة، فلا يطلّق عليه دون إعدار، وهو قول

المالكية، وبعض الأصحاب من الحنابلة^(٤).

- ويخير هذا الغائب بين ثلاث: إما العودة للإقامة مع زوجته، وإما نقلها إلى حيث تقيم معه في

محلّه، وإما أن يبادر بطلاقها، وهو قول المالكية.

ولم نقف عند الحنابلة على غير العودة.

فإن لم يفعل بعد مهلة لا تقل عن أربعة أشهر، ولا تجاوز سنة، حكم القاضي بتطليقها طلاقاً بائنًا

(م ١١٦) للغيبه، أخذًا بمذهب المالكية في الإبانة لرفع الضرر^(٥) والتلوم (أي تحديد الأجل) عند

(١) أخرجه البخاري في كتاب الصيام، باب: حق الجسم في الصوم، برقم ١٩٧٥، وهو عند مسلم في الصيام، باب: النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به، برقم ١١٥٩، بلفظ قريب.

(٢) قال في حاشية الدسوقي ٢/٢٨٣: "عند الحسن، وهو المعتمد، وقال ابن عرفة الستان والثلاث ليست بطول".

(٣) جاء في الإنصاف - مع المقنع والشرح الكبير - ٢١/٤٠٨: "قد صرح الإمام أحمد - رحمه الله - بما قال. فقال في رواية ابن هاني، وسأله عن رجل تغيب عن امرأته أكثر من ستة أشهر؟ قال: إذا كان في حج، أو غزو، أو مكسب يكسب على عياله، أرجو أن لا يكون به بأس، إن كان قد تركها في كفاية من النفقة ومحرم رجل يكفيها". أ.هـ.

(٤) قال في المغني - نسخة الشاملة - ٨/١٤٣: "قال بعض أصحابنا: يرأسه الحاكم، فإن أبى أن يقدم فسخ نكاحه".

(٥) انظر: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٢/٣٥١ وما بعدها.

المالكية متروك لاجتهاد القاضي، وقد حُرِّجَ الحد المذكور على قولهم في إمهال المولي اختباراً، إذا وعد بالفيئة^(١).

- والعمل في البحرين، وفي الكويت^(٢) على أن الغيبة لا تكون إلا خارج الدولة، وهذا يختلف التطلاق لهذه الغيبة عن التطلاق لغيبة الزوج عن بيت الزوجية، مع الإقامة في ذات البلد الذي تقيم فيه الزوجة - وقد قلنا إن البحرين في ذلك بلد واحد - فهذه الأخيرة مما يدخل تحت الهجر الذي تتناوله المادة (١٠١) في التطلاق للضرر.

- ولم يقيّد النص طلب الزوجة التطلاق لغياب زوجها بتضررها من غيابه، لأن الضرر هنا لا يعرف إلا من جهة الزوجة، فتصدق في قولها، ولا تكلف إثباتاً، ودائماً يعد قيامها بالإدعاء قرينةً على تضررها.

وفي ضوء ما تقدم فإن شروط التطلاق لغيبة الزوج هي:

أ- أن يغيب الزوج مدة سنة فأكثر، لأنها المدة التي تستوحش فيها الزوجة، وتتضرر فعلاً، فالفرقة هنا بسبب الضرر الواقع لا الضرر المتوقع، وكما قلنا - وسيأتي - فالسنة في عرف قانون الأسرة هي السنة الهجرية، ويتعين اكتمال السنة قبل يوم رفع الدعوى، فإن رفعت قبل ذلك تعين الحكم برفضها لرفعها قبل الأوان.

ب- أن تكون الغيبة خارج البحرين، ويقع على عاتق الزوجة عبء إقامة الدليل على اتخاذ زوجها البلد الأجنبي موطناً أو محل إقامة، بالأوراق الرسمية، أو بشهادة الشهود، فإن كانت إقامة الزوج داخل البحرين فالواقع هجر لا غيبة، يخضع الحكم فيه للمادة (١٠١) وليس للمادة

(١) انظر: الفقه المالكي في ثوبه الجديد للشقفة ٤/٣٤٧.

(٢) كمال. أشرف مصطفى. شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي. مؤسسة دار الكتب. ط الثالثة ٢٠٠٦. ١/١٦٧، وليس كذلك الحكم في الدولة المترامية الأطراف كمصر، حيث يتحدد هذا المفهوم في ضوء تعريف الموطن، إعمالاً للمادة ١٥ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، الصادر بالقانون ١ لسنة ٢٠٠٠، وقد قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٦٧/١٣٩ ق بجلسته ٢٢/١٢/١٩٦٧ بأنه "لا يغير من اعتبار الزوج غائباً قصر المسافة فيما بين البلد الذي تقيم فيها الزوجة، والبلد التي سافر إليها الزوج".

المنظورة.

ج- أن تكون غيبة الزوج بلا عذر، لأن التطلق هنا غرضه رد القصد السيء بترك الوطء على الزوجة، ولا قصد مع العذر، وتقدير ما إذا كان الزوج معذورًا، أو أن ما أبداه لا يصل إلى الحد الذي اضطر معه إلى ترك الزوجة وحدها تعاني الوحشة، يرجع إلى المحكمة المختصة، ولا رقابة عليها، طالما كان استخلاصها سائغًا، له أصله الثابت في الأوراق، ومن أمثلة العذر: خروج الزوج للدراسة، أو التجارة، أو العمل، دون أن تسمح ظروفه باصطحاب زوجته معه.

د- وبمقتضى هذا الشرط يختلف التطلق للغيبة عن التطلق للهجر، ففي الأول لا يُطلق عليه مع وجود العذر، أما الثاني (الهجر) فيُطلق عليه وإن كان هناك عذر، قال في الفقه المالكي وأدلته "إذا ترك الزوج وطء زوجته بلا يمين، وتضررت الزوجة من ترك الوطء، ولو لم يقصد هو الضرر، فإن الحاكم يجتهد ولا يضرب له أجلاً، ويطلق عليه... لأنه لا شيء يمنعه من الوطء... وقيل يضرب له أجل الإيلاء... ومن صور تضرر المرأة إذا قطع زوجها ذكره لعله نزلت به، أو قطعه خطأ، أو شرب دواء ليقطع به لذة النساء، أو شربه لعلاج علة وهو عالم أو شاك أنه يذهب شهوة النساء، فإن للزوجة الفراق إذا لم ترض بالإقامة معه".^(١)

ه- أن تكون الزوجة مدخولاً بها، لأن المدخول بها هي التي تتضرر بغياب الزوج عنها، فإن لم تكن مدخولاً بها وأرادت الفرقة فلها طلبها بموجب الحكم العام في التطلق للضرر.

و- أن ينذر القاضي الزوج، ويضرب له أجلاً لا يقل عن أربعة أشهر، ولا يزيد عن السنة أن يقيم مع زوجته في محل إقامتها المعتاد، أو ينقلها إليه، ما لم تكن قد شرطت عليه ألا يخرجها من بلدها (م ٥) أو يبادر بتطليقها.

ز- التطلق للغيبة يقع بائناً (م ١١٦).

ح- ولا يمنع من التطلق للغيبة أن يكون للزوج مال يمكن استيفاء النفقة منه، بشرط أن يكون طلب الزوجة التطلق للغيبة، وليس لعدم الإنفاق، فإن كان الأخير حكماً لها بالنفقة في ماله (م ١٠٩)

(١) الحبيب بن طاهر ١١٦/٤ وما بعدها.

ورفض طلبها الطلاق.

ط- وأخيراً فإن التطلق للغيبة مبناه على الضرر، ومن ثم يجب على المحكمة بذل جهدها للصلح قبل التطلق إعمالاً للمبدأ العام المقرر بالمادة (١٠١/ب).

٤- التطلق لحبس الزوج:

نصت المادة (١١٤)

إذا حبس الزوج، تنفيذاً لحكم نهائي بعقوبة مقيدة للحرية لمدة ثلاث سنوات فأكثر، جاز لزوجته أن تطلب التطلق عليه بائناً بعد مضي سنة من حبسه، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

وهذه المادة مأخوذة من مذهب المالكية، وهو المذهب الوحيد الذي أجاز التفريق لحبس الزوج أو أسرته أو اعتقاله، لعدم ورود الدليل الشرعي، ولأنه غائب معلوم مكانه ومعلومة حياته، ويعلل الحنابلة عدم الجواز بأن غيبته بعذر.^(١)

وقد أخذ القانون بقول المالكية لأنه من الضرر الواجب رفعه شرعاً، وأنزله منزلة الغائب معروف الموطن أو محل الإقامة، متابِعاً في ذلك على اختيار كثير من القوانين.

إلا أنه اشترط لإيقاع هذا التطلق ما يلي:

أ- أن يحكم على الزوج بعقوبة نهائية سالبة للحرية (حبساً، أو سجنًا، أو أشغالاً شاقة)، وبداهة فإن الحكم لا يكون إلا من جهة قضائية، وطنية، أو أجنبية، مخولة الحكم بنص القانون، في جنابة، أو جنحة، في محاكمة عادلة، أو محاكمة شابهة إهدار لبعض شروط استقلال القضاء، إذ العبرة بتحقق الضرر اللاحق بالزوجة نتيجة غياب الزوج، بقطع النظر عن مصدره، ولا يغيين عن البال أن مصدر الحكم هو المذهب المالكي^(٢) الذي يسوّي بين الغيبة بعذر والغيبة بدون عذر.^(٣)

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٩/٦٦ وما بعدها.

(٢) الشفقة ٤/٥٢٢ وما بعدها، قال: "وللوزاني بحث جيد زاخر بالنقول، يتعلق بتطبيق زوجة المسجون إذا خشيت على نفسها الزنى".

(٣) مع مراعاة أن الغائب معروف الموضع ينذر بأن يحملها إليه أو يقدم عليها، أو يفارقها، على ما جاء عن عمر بن عبد العزيز - رحمه الله. انظر: ابن رشد. محمد بن أحمد (الجد). البيان والتحصيل والشرح والتوجيه في مسائل المستخرجة، بتحقيق د. محمد حجي.

وعلى أساس هذا الشرط لا يحق طلب التطبيق للحبس الاحتياطي، سواء أصدرته النيابة العامة، أم قاضي المحكمة الصغرى، أم المحكمة الجنائية الكبرى منعقدة في غرفة المشورة (م ١٤٢، ١٤٧، ١٤٨ من قانون الإجراءات الجنائية) حيث لا يعد قرار الحبس الاحتياطي حكماً قضائياً يخضع لقاعدة اكتساب الحجية، وإمكانية صيرورته نهائياً أو باتاً كالأحكام القضائية،^(١) ومن باب أولى لا يعتد بالحجز الإداري (الاعتقال أو التوقيف) وإن طال أمده، لأن النص صريح في الحكم القضائي، فيقتصر على مورده.

ب- أن يكون الحكم الصادر بالعقوبة نهائياً، والحكم النهائي هو الذي استنفذ طرق الطعن العادية، إما بتأييده استئنافياً، وإما بفوات موعد الاستئناف أو المعارضة، أو باعتبار المعارضة كأن لم تكن.

ج- أن تكون مدة العقوبة المحكوم بها ثلاث سنوات فأكثر، دون نظر إلى كونها مدة عقوبة قضى بها حكم جنائي واحد، أو كانت مجموع عدة عقوبات صدرت بها عدة أحكام جنائية، لتوافر العلة. د- أن ترفع دعوى التطبيق بعد مضي سنة هجرية كاملة من تاريخ البدء في تنفيذ العقوبة فعلياً، وليس من تاريخ النطق بالحكم، فإذا ادعت الزوجة طالبة التطبيق قبل مضي السنة كاملة حكم بعدم قبول الدعوى، لرفعها قبل الأوان.

و بموجب النص فإن وجود مال للزوج لا يحول دون الحكم لزوجته بطلقة بائنة، بناء على طلبها الطلاق للضرر، لا للامتناع عن الإنفاق.

ولكن يحول الإفراج عن الزوج قبل الفصل في دعوى الزوجة دون تطليقها، قياساً على عودة الغائب.

ه- وأخيراً فإن التطبيق للحبس مبناه على الضرر، ومن ثم يجب على المحكمة بذل جهدها للصالح قبل التطبيق إعمالاً للمبدأ العام المقرر بالمادة (١٠١/ب).

ط ثانية. دار الغرب الإسلامي. بيروت ١٩٨٨، ٣٥٣/٥.

(١) أشرف كمال. قوانين الأحوال الشخصية معلقاً على نصوصها ص ٥٥٥.

٥- التطلاق لفقد الزوج:

نص القانون على أحقية زوجة المفقود طلب التطلاق في المواد التالية:

المادة (١١١):

لزوجة المفقود أو الغائب الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته، طلب التطلاق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد أو الغياب.

المادة (١١٢):

أ- يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده.

ب- إذا صدر حكم بموت المفقود تعتد زوجته عدة الوفاة من وقت صيرورة الحكم نهائياً.

المادة (١١٣):

إذا جاء المفقود، أو تبين أنه حي فزوجته له ما لم يدخل بها الزوج الثاني، إن كان الثاني غير عالم بحياة الأول.

لنا على معالجة القانون لأحكام الفقد تحفظ في مساواته بين الفترة التي يحكم بعدها بموت الزوج المفقود وهي أربع سنوات وبين فترة انتظار زوجة المفقود للحصول على التطلاق، حيث إننا نتوافق معه في الأولى المقررة في المادة (١١٢) في الظروف التي يغلب فيها الهلاك دون اعتبار لمستجدات الواقع وتطور وسائل الاتصال والعلم، اعتباراً لقاعدة الاستصحاب، واحتياطاً للغائب، ولكننا نتحفظ بشدة على الحكم في الثانية المقرر بالمادة (١١١) لخروج هذا الحكم على المعتمد في أكثر القوانين المعاصرة، على أنه يجعل موقف المستوحشة من غيبة زوج يَضْعُف الأمل في حياته أسوأ من تلك التي تبرق الآمال في صدرها.^١

وعلى كل حال فإنه حسب المنصوص عليه فإن المادة (١١٠/ب)، والمادة (١١١) تفيدان أن الزوج إذا فقد ولا يعرف موطنه ولا محل إقامته، فلزوجته طلب التطلاق، ولا يحكم لها إلا بعد

(١) كتابنا: أحكام الأسرة ص ٤٢٦.

ضرب مدة أربع سنوات من تاريخ الفقد، بدون تفريق بين الغيبة في سفر ظاهره الهلاك أم لا، وهذا قول مالك والشافعي في القديم، وإيقاع الطلاق بعد مضي الأربع سنوات هنا مقدر ليفيتها على المفقود لاحتمال حياته. قال الدسوقي: "والحاصل أنه يقدر وفاته لأجل أن تعتد عدة وفاة ويقدر طلاقه لأجل أن تفوت على الأول بدخول الثاني".^(١)

أما المفقود الذي يغلب عليه الهلاك، الذي لا تطلب زوجته التطليق للغيبة، وإنما تطلب الحكم باعتباره ميتاً، حتى ترثه، فيقضى في أمره وفق المادتين (١١٢، ١١٣).

أخذاً بقول مالك والشافعي في القديم وأحمد في رواية: أنها تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرًا مدة عدة الوفاة، ثم تحلّ للأزواج.^(٢) استدلالاً بما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن عمر رضي الله عنه: (أن امرأة أتته فقالت: إن زوجي خرج إلى مسجد أهله ففقد، فقال لها: تربصي أربع سنين فتربصت، ثم أتته فأخبرته، فقال: اعتدي بأربعة أشهر وعشرًا، فلما انقضت أتته فأخبرته فقال لها: حللت فتزوجي)، وروي مثله عن علي، وقضى به عثمان، وابن الزبير، وهو قول ابن عباس، وابن عمر رضي الله عنهما أجمعين، وبه قال جماعة من التابعين، ولم يحفظ عن الصدر الأول خلافه.^(٣)

كما اختلف أهل العلم فيما إذا قدم زوجها الأول وقد تزوجت بعد التربص؟

وقد أخذ القانون (م ١١٣) بقول المالكية (إن كان الثاني دخل بها فهي زوجته، ويجب عليه دفع الصداق الذي أصدقها إلى الأول، وإن كان الثاني لم يدخل بها فهي للأول)^(٤) لأنه أوفق الأقوال وأرفقها، فإن كان الثاني عالمًا بحياة الأول فإن عقده باطل، ويجب أن تردّ للأول بكل حال، دخل بها أم لا.

٦- تطليقها بسبب وجود العيب في زوجها:

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٨٠/٢.

(٢) في حكاية هذه الأقوال انظر: المبسوط للسرخسي ٣٥/١١، فتح القدير للكمال ابن الهمام ١٤١/٦، حاشية الدسوقي ٤٨٢/٢، الفواكه الدواني ٤٢/٢، مغني المحتاج للشربيني ٢٧/٣، كشاف القناع ٤/٤٦٥، الإنصاف ٣٣٥/٧.

(٣) انظر المصنف لعبد الرزاق. بتحقيق حبيب الرحمن الأعظمي الأرقام ١٢٣١٧ - ١٢٣٢٧.

(٤) انظر: أسهل المدارك للكشناوي ١٣٤/٣.

نصت المادة (١٠٠):

أ- لكل من الزوجين طلب التطلق لعدة في الآخر يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية ولا يرجى منها براء، أو يرجى بعد مضي أكثر من سنة، سواء كانت العلة عقلية أو عضوية أصيب بها أحدهما قبل العقد دون علم الآخر أو بعده.

ب- إذا كانت العلة يرجى منها براء قبل مضي سنة، تعطي المحكمة للمعتل أجل سنة قبل التطلق.

ج- إذا تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به فلها طلب المخالعة، وذلك مع مراعاة أحكام المواد (٩٧) و(٩٨) و(٩٩) من هذا القانون.

د- يستعان بأهل الخبرة من الأطباء في معرفة العلة وتقديرها.

وخلصتها ما يلي:

١- لقد أخذ القانون في هذا المادة بقول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم بثبوت حق طلب فسخ النكاح لكل من الزوجين بسبب العيب الموجود في الطرف الآخر، وإن اختلفوا فيما بينهم في تحديد هذا العيب الذي يثبت به حق الفسخ على النحو الذي سيجيء، وهذا القول مروى عن عمر بن الخطاب، وابنه، وابن عباس رضي الله عنهم، وبه قال جابر بن زيد، والشافعي، وإسحاق^(١).

٢- اختار مذهب الجمهور الذي يسوي بين الرجل والمرأة في طلب الفرقة بالعيب.

٣- اختار المذهب الموسع في عدّ العيوب، فارتضى كبقية القوانين القائمة طريقة شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم في حدّ العلة، لا حصرها^(٢) فيعدّ علة كما جاء في الفقرة الأولى من المادة (١٠٠): كل علة " في الآخر يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية، ولا يرجى منها براء، أو يرجى بعد

(١) انظر: الذخيرة للقرافي ٤/٤١٩، الحاوي الكبير للماوردي ١١/٤٦٣، نهاية المحتاج للرملي ٦/٣٠٩ وما بعدها، كشاف القناع

للبهوتي ٥/١٠٥ وما بعدها، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٢/١٧١، السيل الجرار للشوكاني ٢/٢٨٩.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى ٢٢/١٧٢، زاد المعاد ٥/١٨٢-١٨٥.

- مضي أكثر من سنة، عقلية كانت العلة أو عضوية".
- ٤- مضى على قول الحنفية والمالكية في اعتبار الفرقة بالعيب طلاقاً بائناً.
- ٥- أخذ بالأظهر - أو الأصح - عند الشافعية في التفريق بالعيب الطارئ بعد العقد، مع التسوية بين الزوجين، في طلب الفرقة.
- ٦- وحدُّ العلل: بمعنى تجريدها والتعامل معها كوصف ظاهر منضبط وليست كعدد محدد من العيوب لا تجوز الزيادة عليه.
- ٧- إيقاع الفرقة بالعلة طلاقاً بائناً، وإرجاء المدعى عليه بعلة يرجى برؤها سنة مما تواطأت عليه التقنيات الحديثة.
- ٨- وعلى أساس المقرر بالمادة (١٠٠) فإن العلل التي توجب التفريق إما عللاً عقلية كالجنون، وإما عضوية كالبرص والجذام وأمراض العصر كالإيدز وما يشابهها. وهي باعتبار البرء وعدمه لا تخرج عن ثلاث:
- الأولى: علل لا تبرأ عادة.
- الثانية: علل قد يشفي منها ولكن بعد مضي سنة.
- الثالثة: علل يشفي منها عادة، إما بنفسها وإما بعلاج قبل مضي السنة.
- فإن كانت العلل لا تزول عادة أو تزول بعد السنة، فللمتضرر طلب التفريق، وإن كانت مما يرجى برؤه قبل مضي عام فإنه يؤجل حتى يتمكن من معالجة نفسه عضوياً أو نفسياً، والسنة في مراد قانون الأسرة البحريني هي السنة القمرية، وتحسب وفقاً لتقويم أم القرى.
- وتحديد العيوب ومعرفة ما يشفي منها وما لا يشفي يدخل في اجتهاد القاضي مستعيناً بأهل الخبرة والاختصاص كما في الفقرة (د).
- ٩- أفادت الفقرة (ج) أن علم الزوجة بالعيب، مع رضاها به، صراحةً أو ضمناً، يسقط حقها في طلب الفرقة للعلة، ولكن لا يمنعها هذا من طلب المخالعة بضوابطها في المواد (٩٧، ٩٨، ٩٩).
- والفرق بين الفرقة بالعلة والفرقة خلغاً أنها في الأولى تفارق دون أن تلزم بشيء، بل تستحق

حقوق ما بعد الطلاق، لأن الفرقة بسبب يرجع إلى الزوج، بخلاف المخالعة فإنها تلزمها رد الصداق- إن لم يتراضيا على ما دونه- وتسقط حقها في الحقوق التي تنشأ عن الفرقة بالمخالعة لأنها- أي الفرقة- بسبب يرجع إليها.

١٠- يسقط الحق في طلب الطلاق للعلة إذا أثبت المدعى عليه إقدام الطرف الآخر على التعاقد مع علمه بالعلة، أو أنه رضي بالاستمرار في الزواج بعد طروء العلة.

وقد جاء في منطوق حكم المحكمة الكبرى الشرعية السنية الثانية في الدعوى ١٤/٢٠١٠/٤٦٨/٤: (حيث إن المحكمة وبعد مثول الطرفين بوكيليهما بجلسته... أفادت المدعية أن المدعى عليه لديه ضعف جنسي، وأنه تعاطى إبراً عن ذلك، وأقر المدعى عليه بتعاطيه الإبر غير أنه يأخذها للألم في عضوه الذكري، وعليه قررت إحالته إلى اللجان الطبية للكشف وبيان قدرته على الممارسة الجنسية بصورة طبيعية وما يعانيه من آلام جراء ذلك، وأنه بجلسته... لاحظت المحكمة عدم ورود التقرير الطبي لامتناع المدعى عليه من الذهاب إلى اللجان الطبية لإجراء الفحوصات اللازمة بحسب قرار المحكمة مما تعدّه المحكمة نكولاً من جانبه.

وحيث إن المقرر شرعاً أن الضرر يجب رفعه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا﴾، ولقوله ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار))، فمتى ثبت الضرر قولاً أو فعلاً أو تركاً وجب إزالته قضاءً بموجب المادة رقم (١٠١)، وقد جاء نصها.....

لهذه الأسباب حكمت المحكمة بتطبيق المدعية من المدعى عليه بائنة للضرر...

٧- التطبيق بسبب إدمان الزوج على المسكرات أو المخدرات:

من الجديد الذي جاء به قانون أحكام الأسرة تقرير حق زوجة مدمن الخمر أو المخدرات في التطبيق عليه لهذا السبب، فقد نصت المادة (١١٥) على أن:

" للزوجة طلب التطبيق بسبب إدمان الزوج المسكرات أو المخدرات، بعد عرضه على الطبيب المختص".

وهو نص عزيز المنال في التقنينات العربية التي بين أيدينا، إلا أن النصوص المنظمة لحق

التطبيق للضرر تستوعبه، وإن كان الإدمان قد بلغ حدّ العلة، التي لا يرجى البرء منها قبل مضي سنة على الأقل، فالنصوص المنظمة لحق التفريق للعلة يمكن أن تتضمنه أيضاً.

ومع ذلك يعد تمييز هذا النوع من الضرر خطوة إصلاحية، ومهمة، لمواجهة تلك الآفة الخطرة التي تهدد سلامة البيوت وصيانة الأعراس، وقد أفتى غير واحد من أهل العلم^(١) بحق زوجة المدمن في طلب الفرقة.

والقضاء في مصر على أن فسق الزوج الذي يتعدى أثره إلى زوجته يجيز لها طلب التطلق^(٢) ومن نصوص فقه مالك أن مفاسد الشرب أشد من مفاسد الزنى. وفي كل حال فإن الأخذ بهذا الحكم لم يكن بغرض التضيق على الرجال، ولكنه رفع للمضارة، وتقويم للسلوك، وحماية للبيوت والأبناء مما أجمعت الأمة علي تحريمه وخطره.

ولم تنص المادة (١١٥) على صفة الطلاق الذي يوقعه القاضي بسبب إدمان الزوج المسكرات أو المخدرات، ومقتضى تأسيس الحكم على الضرر اللاحق بزوجة المدمن فالطلاق هنا طلاق للضرر، وقد نص في المادة (٩٠) على أن الطلاق للضرر يقع بائناً، وهو ما طبق في حكم المحكمة الكبرى الشرعية السنية الثانية على الدعوى ١٤/٢٠١٠/٢٢٥٦/٩، وجاء في الحكم ما نصه: (وحيث إن المحكمة وبعد محاولة الإصلاح ثبت لها مضارة الزوج بموجب شهادة الشهود المتقدمة واطمئنان المحكمة لها، وإقرار المدعى عليه باصطحابه المدعية إلى المطاعم التي تدار فيها الخمر مع استنكارها ذلك وتعدّه من الضرر الواجب رفعه شرعاً، وإزالته قضاءً وتستجيب

(١) ومن ذلك مثلاً أن الشيخ ابن عثيمين قد أفتى بأن طلب المرأة من زوجها المدمن على المخدرات الطلاق جائز، لأن حال زوجها غير مرضية، وفي هذه الحال إذا طلبت منه الطلاق فإن الأولاد يتبعونها إذا كانوا دون سبع سنين ويلزم الوالد بالإنفاق عليهم وإذا أمكن بقاؤها معه لتصلح من حاله بالنصيحة فهذا خير. نقلاً عن موقع واحة المرأة. عبر الرابط :

<http://portal.wahati.com/muslima/detail.php?ID3784>

وانظر في المعنى: الفتوى رقم ٤٨١٧٨، رقم ٦٠٩٣٢ من فتاوى الشبكة الإسلامية على صفحة إسلام ويب وضمن برنامج الموسوعة الشاملة، وفتوى شيخنا الدكتور نصر فريد واصل مفتى مصر السابق معروفة ومشتهرة. (٢) راجع في التفصيلات: الغزالي. أحمد محمد بنحيت. أجوبة السائلات والسائلين عن مشكلات وقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين. ط الأولى ص ٥١٢ وما بعدها.

لطلب المدّعية بتطبيقها طليقة بائنة، فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بتطبيق المدّعية من المدّعي عليه طليقة بائنة للضرر وتحرر للطرفين وثيقة بذلك بعد صيرورة الحكم نهائياً.

وفي الدعوى ١٤/٢٠١٠/١٦٦٤/٩ جاء فيها: (حيث إن المحكمة وبعد مثول المدّعية ووكيلتها وإعلان المدّعي عليه، أرفقت المدّعية مستنداً يفيد أن المدّعي عليه محبوس في سجن جو في تهمة المخدرات بموجب الدعوى..... في الحكم الصادر...

وحيث إن المقرر فقهاً أن للزوجة طلب الطلاق إذا أضر بها الزوج ضرراً بيناً، قال الإمام مالك: " ليس عندنا في قلة الضرر وكثرته شيء معروف "، وقال العلامة خليل: " ولها التطلق بالضرر البين ولو لم تشهد البيّنة بتكرره "، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾، ولقول النبي ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار))، وهذا يشمل الضرر الحسي والمعنوي، واعتباراً بقاعدة (الضرر يزال)، وإعمالاً للمادة (١٠١) من قانون أحكام الأسرة الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩.

وحيث إن المحكمة وبعد محاولة الصلح قد ثبت لها الضرر بموجب ما تقدّم، فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بتطبيق المدّعية من المدّعي عليه طليقة بائنة للضرر، ويحرر لهما وثيقة يعد صيرورة الحكم نهائياً.

بعد ثبوت تعاطي المدّعي عليه المسكرات بشهادة الشهود.

المبحث الثالث

حقوقها في طلب الخلع من زوجها

الخلع هو: إنهاء العلاقة بين الزوجين بلفظ الخلع أو إحدى اشتقاقاته، في مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها، أو هو طلاق بعوض، وسمي خلعاً لأن الله تعالى جعل كلاً من الزوجين لباساً للآخر في قوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ...﴾^(١).

والخلع حق للمرأة التي لا تملك حق الطلاق ابتداءً، وذلك حينما تبغض زوجها إلى درجة عدم استطاعتها مواصلة الحياة الزوجية معه، ولا يريد زوجها طلاقها لئلا يخسر ما قدمه من مهر وغيره، أو لمن وقع عليها ضرر من قبل زوجها ولكنها لم تستطع إثبات هذا الضرر، فيشترط عليها زوجها إن أرادت إنهاء هذه العلاقة بأن تقدم له عوضاً مالياً، أو تتنازل عن حقوقها المالية التي في ذمته كمؤخر الصداق، أو نفقات متأخرة، ودليل مشروعيته هو قول الله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(٢)، وما ورد عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: ((جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى رسول الله ﷺ فقالت: أني لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق، ولكني لا أطيقه، فقال رسول الله ﷺ: "أتردين عليه حديقته؟" قالت: نعم^(٣)))، وفي رواية قالت: ((وإن شاء زدته، فقال ﷺ: "أما الزيادة فلا"، وفرق بينهما)).

وقد تناوله القانون في المواد الآتية:

المادة (٩٧):

أ- للزوجين أن يتراضيا على إنهاء عقد الزواج بالخلع.

ب- استثناء من أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة، إذا كان الرفض تعنتاً وخيف ألا يقيما حدود

(١) سورة البقرة: الآية (١٨٧).

(٢) سورة البقرة: الآية (٢٢٩).

(٣) أخرجه البخاري في الطلاق، باب: الخلع وكيفية الطلاق فيه، برقم ٤٩٧٢.

الله، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب لا يزيد على المهر.

ج- يكون الخلع بعوض تبذله الزوجة على أن يكون في حدود ما أعطاه الزوج من مهر.

د- يعتبر الخلع فسخاً، ويوقعه القاضي بلفظ الخلع لا بلفظ الطلاق.

المادة (٩٨)

أ- لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد، ولا عن أي حق من حقوقهم، فإن

وقع صح الخلع وبطل الشرط، وكان لحاضنتهم ضمهم ويلزم أبوهم بنفقتهم.

ب- يشترط لاستحقاق الزوج ما خولع عليه أن يكون خلع الزوجة اختياراً منها، دون إكراه أو

ضرر.

ج- في حال بطلان الشرط المخالعة عليه يقدر القاضي عوضاً مناسباً، مع مراعاة حكم الفقرة

(ج) من المادة (٩٧) من هذا القانون.

المادة (٩٩)

أ- إذا ذكر البدل في المخالعة لزم ما سمي فقط.

ب- إذا لم يسم في المخالعة بدل قدر القاضي عوضاً طبقاً لحكم الفقرة (ج) من المادة (٩٨)

من هذا القانون.

المادة (١٠٨)

إذا طلبت الزوجة الطلاق قبل الدخول أو الخلوة، وأودعت ما قبضته من صداق، وما أنفقته

الزوج في سبيل الزواج، وامتنع الزوج عن إيقاع الطلاق، وعجز القاضي عن الإصلاح حكم

بالمخالعة.

١- لقد اعتبر القانون أن الأصل في الخلع أنه يقع بتراضي الزوجين عليه، بمجلس القضاء، أو

بعيداً عنه، وهذا الحكم محل وفاق، لأن الخلع من باب المعاوضة^(١) والمعاوضة تتم بالتراضي،

ولكن إذا رفض الزوج المخالعة متعتاً، وظهر للقاضي أن الزوجين لن يقيما حدود الله إن استمرا

(١) انظر: الفقه المالكي في ثوبه الجديد للشقفة ٤/ ٢٧٢.

حَكَمَ بالمخالعة جبراً على الزوج، مقابل بدل يقدره القاضي بشرط ألا يزيد على المهر (م/٩٧/أ، ب) كما يحكم القاضي بالمخالعة جبراً على الزوج متى طلبت الزوجة الطلاق قبل الدخول أو الخلوة، وأودعت ما قبضته من صداق، وما أنفقته الزوج في سبيل الزواج، وامتنع الزوج عن إيقاع الطلاق، وعجز القاضي عن الإصلاح (م ١٠٨)، وهو قول شيخ الإسلام ابن تيمية والشوكاني والشيخ العثيمين وغيره من المعاصرين، وبه تأخذ كثير من القوانين المعاصرة.^(١)

٢- تقرر أحكام العوض بالفقرة (ج) من المادة (٩٧) والمادتين (٩٨، ٩٩).

أولاً: موجب الفقرة (ج) أن حقيقة الخلع أن يكون على عوض من جانب الزوجة، وضابطه: كل ما صح مهراً من مال أو منفعة صح أن يكون عوضاً في الخلع.

وليس للعوض حد أدنى، ويستحب أن لا يزيد على ما أعطاه من مهر، فإن طلب الزيادة كره له في قول الجمهور، ولكنه لا يحرم لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، وعليه أكثر القوانين المعاصرة.

ولكن القانون البحريني حدد العوض بما لا يزيد على المهر، وهو قول طائفة من السلف.^(٢) ومبناه على رواية: "أما الزيادة فلا"،^(٣) كما اعتبر حداً لاستكثار وطمع الأزواج في حل عقدة

(١) انظر: الفروع لابن مفلح ٣٤٣/٥، نيل الأوطار للشوكاني ٢٧٩/٦، ابن عثيمين. محمد بن صالح. الشرح الممتع على زاد المستنقع. ط دار ابن الجوزي، ٤٥٤/١٢، الزبياري. عامر سعيد. أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية. ط أولى. دار ابن حزم ١٩٩٧، ص ٧٨-٨١. وطاق المواد ٤٩/ب من القانون ١٠ لسنة ١٩٨٤ الليبي، والمادة (٢٠) من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، الصادر بالقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ في مصر، والمادة ٥٤ المضافة بالأمر ٥٢-٠٢ المؤرخ ٢٧ فبراير ٢٠٠٥ من القانون الجزائري، (م ٥/١١٠) من القانون الإماراتي، والقانون القطري (م ١٢٢) وهو خلاف قول الجمهور أن الخلع لا بد فيه من رضا الطرفين، وفي المذكرة الإيضاحية للقانون الإماراتي: "الأمر - عند رفض الزوج تعتاً - إلى القاضي، في تقرير الخلع بينهما، بحكم يصدره، ويحدد فيه البدل المناسب، لحديث امرأة ثابت بن قيس، حيث ورد في إحدى رواياته: "خذ الحديدية وطلقها تطليقة"، تخريجاً على رأي ابن تيمية وابن القيم. أ.ه.

(٢) المحلّى ٢٤٠/١٠ وما بعدها.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في الخلع والطلاق، باب: الوجه الذي تحل به الفدية، برقم ١٥٢٤٢، والدارقطني في سننه برقم

النكاح، وهذا من تمام العدل والإنصاف.

وقد جاء في منطوق حكم المحكمة في الدعوى ١٤/٢٠١٠/٢٠١٠/٤١٠/٢: (حيث إن المقرر قانوناً وعملاً بنص المادة (٩٧) فقرة (أ) من قانون أحكام الأسرة الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩م بأن: (للزوجين أن يتراضيا على إنهاء عقد الزواج بالخلع).

وحيث إن الخلع يكون بعوض تبذله الزوجة في حدود ما أعطها الزوج من مهر عملاً بنص المادة (٩٧) فقرة (ج) من قانون أحكام الأسرة، وحيث إن الخلع يعتبر فسحاً، ويوقعه القاضي بلفظ الخلع لا بلفظ الطلاق عملاً بنص المادة (٩٧) فقرة (د) من قانون أحكام الأسرة، فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بثبوت صحة مخالعة المدعى عليه للمدعية نظير بذلها كامل الصداق مع الشبكة والدبلة.

وينبغي هنا ملاحظة أن القانون فرق في الواجب في المخالعة الجبرية بين المختلعة قبل الدخول والمختلعة بعده، أما المختلعة قبل الدخول فتودع- بنص المادة (١٠٨)- "ما قبضته من صداق، وما أنفقه الزوج في سبيل الزواج"، وأما المختلعة بعد الدخول فتلتزم برد بدل لا يجاوز المهر، دون غيره مما يكون قد بذله الزوج لها، ولو بقصد دوام الزواج.

وبداهة فإن لأحكام الصداق مدخلاً هنا، لاسيما المادة (٢٨) من مواد القانون، فقد يتنازع الزوجان في بعض ما قدم، وفي حقيقة المسمى، هل هو حقيقة أو سمعة أو تلجئة أو مواطأة؟

ثانياً: أما تنمة أحكام العوض فقد تناولتها المادتان (٩٨، ٩٩) وحاصلها:

أن الخلع عوض يبذل فلا بد من رضا الباذل وهي الزوجة، كما في الفقرة (ب) من المادة (٩٨)، فإذا خالعت المرأة زوجها على مال دفعته له ثم أثبتت أنها خالعتة بسبب إضراره بها، وجب عليه رد المال الذي خالعتة به وسقط عنها ما التزمته من بدل اختلاع، لأن شرط العوض الذي تدفعه المرأة أن يكون عن رضا، وطيب نفس منها، وما ليس كذلك فأخذه لا يحل، ويدخل في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضٍ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾^(١) وهي إنما تدفعه إلى الزوج

(١) سورة النساء: من الآية (١٩).

لتتخلص بذلك من ضرره وظلمه، ولا يحل له أن يأخذ على ترك الظلم والتعدي عوضاً، شريطة أن يكون هذا الضرر مما يُجَوِّز لها طلب التظليق شرعاً.^(١)

وطريقها إلى إثبات أن ما دفعته كان تخلصاً من ظلمه البينة، إقرار الزوج، أو يمين الزوجة مع شاهد واحد، أو مع شهادة امرأتين.

وقد سكت القانون عن أثر الإكراه على المخالعة فيعمل بالمشهور في المذهب المالكي، ومذهبهم هنا أن يرد العوض ويصح الخلع، ويقع به طلاقه بائنة، بناء على قولهم بجواز الخلع بدون عوض.^(٢)

ثالثاً: لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد ولا عن أي حق من حقوقهم، فإن وقع صح الخلع وبطل الشرط، فيصار إلى التقدير كما في الحالة الثانية، المذكورة آنفاً. وقد أخذ القانون هنا بمذهب الأحناف^(٣) وبعض المالكية^(٤) وهو قول ابن حزم الظاهري، لأن الحق في الحضانة للولد، فلا تملك الأم التنازل عنه.^(٥)

ولا يصح أن يكون الخلع مقابل نفقتهم التي تتعلق بها معيشتهم، وإقامة أودهم، وقطعا لدابر الإشكالات التي كانت تنشأ عن كون الخلع مقابل تعهد الزوجة بالإنفاق على أولادها مدة معينة، أو

(١) راجع: الفقه المالكي وأدلته ٢٢/٤، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي للمستشار أحمد نصر الجندي ص ٢٤٧ وما بعدها.

(٢) انظر: شرح الخرشي وحاشية العدوي عليه ١٤/٤، الزبياري. الرسالة السابقة ص ١٤١.

(٣) وكلام الأحناف ظاهر في الخلع على الحضانة، قال ابن عابدين ١١١/٥: "ولو خالعهما على أن يكون الولد عنده سنين معلومة صح الخلع وبطل الشرط، لأن كون الصغير عند الأم حق الولد فلا يبطل بإبطالهما"، أما الخلع على إسقاط نفقة الولد فلم يصح عندهم للجهرية، وظاهر عباراتهم أنه إذا أمكن التقدير صحت المخالعة على أن تنفق هي على المحضون، ما لم تعسر فيجبر الأب على النفقة حتى لا يكون الصلح على دين في الذمة، إذا المسألة في غير الحضانة تخريج على مذهب الحنفية وليست مذهبهم. انظر: الدر وحاشية ابن عابدين ١٠٩/٥-١١١.

(٤) ومحل في الأم إذا خشي على المحضون ضرر فلا تسقط الحضانة اتفاقا ويقع الطلاق، وذكر الحبيب ابن طاهر عن الدسوقي: أن العمل على أن إسقاط الحضانة بالخلع حق شخصي ينتهي بموت الأم المصالحة أو تلبسها بمانع، وتنتقل الحضانة لمن يليها ولا تستمر للأب "ونقل أنه هو الذي به الفتوى وجرى به عمل القضاة والحكام". الفقه المالكي وأدلته ١٨/٤ وما بعدها.

(٥) المحلى ٢٤٤/١٠.

طيلة مدة الحضانة.

وقد جاء في حكم المحكمة الكبرى الشرعية السنوية الثانية في الدعوى ١٤/٢٠١٠/١٩١١/٨: (وحيث إن طلب المدعي بالمخالعة نظير تنازل المدعى عليها عن الحضانة مخالف لأحكام القانون فإنها تحكم برفض الدعوى).

٣- أفادت الفقرة (د) من المادة (٩٧) أن الخلع فسخ لا طلاق، وأن القاضي في حال إجراء المخالعة يوقعه بلفظ الخلع لا الطلاق، وهو قول الشافعي في القديم، وقول الحنابلة في أشهر ما يروى عن أحمد أنه فسخ، قال في المغني: "... وهو اختيار أبي بكر، وقول ابن عباس، وطاووس، وعكرمة، وإسحاق، وأبي ثور... والرواية الثانية: يقع طلقة بائنة... وهو قول الجمهور، وقد روي عن عثمان وعلي وابن مسعود، لكن ضعّف أحمد الحديث عنهم، وقال- يعني أحمد: ليس لنا في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ، واحتج ابن عباس بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾، ثم قال تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، ثم قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، فذكر تطليقتين، والخلع، وتطبيقه بعدها، فلو كان الخلع طلاقاً لكان أربعاً".^(١)

وقد حرص واضع القانون على الخروج من الخلاف، لاسيما وأن سند الجمهور- في اعتبارها تطليقة- قوي، فالحديث من رواية البخاري، وفيه كما يقول العلامة ابن حزم: "زيادة- على الروايات الأخرى- والزيادة لا يجوز تركها"^(٢) فجمع القانون بين الأدلة، وقال: يوقعه القاضي بلفظ الخلع، لا بلفظ الطلاق، قال الشوكاني في السيل الجرار: "لا تحسب عليه طلقة إلا إذا جاء بلفظ الطلاق، أو بما يدل عليه، لا إذا لم يقع منه لفظ البتة، بل تركها وشأنها، فإن هذا لا يحسب عليه طلاقاً، وبهذا التقرير تجتمع الأدلة ويرتفع الإشكال على كل تقدير".^(٣)

(١) المغني. بتحقيق التركي والحلو ١٠/٢٧٤-٢٧٥، وانظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٠/٩-١٠، المحلى لابن حزم ١٠/٢٣٧-

٢٣٩، والشواهد القرآنية من الآيتين (٢٢٩، ٢٣٠).

(٢) المحلى ١٠/٢٣٩.

(٣) السيل الجرار ٢/٣٦٩.

واختيار الإمام أحمد وجيه، وباعتبار ما قيده به القانون يكون في الأخذ به جمع بين الأدلة، والقاعدة الأصولية أن إعمال كل الأدلة خير من إهمال بعضها.^(١)

ولا يخفي أن القانون يلزم القاضي أن يوقع الفرقة هنا بلفظ الخلع لا الفسخ، فإن أوقعه الزوج بالاتفاق مع الزوجة بلفظ الطلاق، فهو طلاق بائن، عملاً بالمادة (٩٠) من القانون.

وقد جاء في حكم المحكمة الكبرى الشرعية في الدعوى ١٤/٢٠١٠/٧/١٢٤٠: (بالنظر للدعوى وبعد مثول الطرفين بجلسة.... تصادقا على طلقتين سابقتين ومخالعة دونت في وثيقة الطلاق المسجلة تحت رقم.... والمؤرخة في.... والمدعى يرغب في إرجاع المدعى عليها إلى عصمته بعقد ومهر جديدين وطلبا التحقيق في ذلك.

وحيث إن الفراق يقع بعوض وبدونه، ويوقعه الزوج أو وكيله بألفاظ مخصوصة متى كان أهلاً لإيقاعه كما قال الله عز وجل: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾، ولقول الرسول ﷺ: ((إنما الطلاق لمن أخذ بالساق))^(٢)، وهو ما تضمنته المواد من (٨٣) إلى (٩٩) من قانون أحكام الأسرة رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩ م.

وحيث إن الزوج قد أوقع الفرقة حقيقة، وأفادنا بقوله: أن الطلاق الأخير كان خلعا وليس طلاقاً وأنه يرغب في عودة الحياة الزوجية من جديد، وحيث إن المدعى طلب التحقيق في الفرقة الواقعة، والمحكمة تستجيب لهذا الطلب على ما هو آت في منطوق الحكم، وحيث إن الطلقة الثالثة وقعت بلفظ المخالعة، والخلع فسخ وليس طلاقاً، وهو غير محتسب من عدد الطلقات عملاً بنص المادة (٩٧) فقرة (د) من قانون أحكام الأسرة، فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم احتساب الطلقة الثالثة من عدد الطلقات، واعتبارها فسخاً، وجواز إرجاع المدعى عليها إلى عصمة المدعى بعقد ومهر جديدين.

(١) انظر: الشوكاني. محمد بن علي. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول. بتحقيق سامي الأثري. ط دار الفضيلة. الأولى. الرياض ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ١١٦٢/٢ وما بعدها، والزرکشي. بدر الدين محمد ابن عبد الله بن بهادر. البحر المحيط في أصول الفقه. دار الكتب. الطبعة الأولى ١٤١٤هـ-١٩٩٤م. ٣٣/٦.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب: طلاق العبد، برقم ٢٠٨١، وحسنه الألباني.

المبحث الرابع حقها في طلب الفسخ بسبب تدليس الزوج عند العقد

صريح نص المادة (١٢٠) من القانون أنه :

"أ- يجوز لأي من الزوجين الذي وقع عليه التدليس فيما يذكر بوثيقة عقد الزواج مما يؤثر على الحياة الزوجية أو أعراف المتعاقدين طلب فسخ هذا العقد بسبب التدليس خلال شهرين من وقت علمه بذلك.

ب- يسقط طلب الفسخ إذا صدر من المدلس عليه ما يفيد علمه بهذا التدليس ورضاه بذلك صراحةً أو ضمناً".

وحكم هذه المادة يختلف عن موضوع المادة (٣٥) التي تناولت مسألة الكفاءة، فالأخيرة التي تجيز طلب الفسخ بالنظر إلى كافة الأمور المعتبرة في التكافؤ، وتثبت الحق في طلب الفسخ للزوجة ووليّها- إلا في شرط التناسب في السن بين الزوجين، فتجعله للزوجة وحدها، أما هذه المادة فتقرر لكلا الزوجين دون غيرهما- والذي يهمننا هنا هي الزوجة- الحق في طلب الفسخ بسبب التدليس فيما ذكر بوثيقة عقد الزواج، مما له تأثير على حياتها الزوجية عموماً، أو بمراعاة أعراف المتعاقدين. ولا عجب أن يكون التغيرير أحد أسباب الخيار في الإبقاء على العقد أو طلب فسخه، وهو قول عامة المذاهب السنية سوى أبي حنيفة.^(١)

وقد أنزل القانون ما يذكر بوثيقة العقد منزلة الشرط، وله في ذلك سند أيضاً، فقد جاء في الروضة: "لا يشترط في حصول التغيرير دخول الشرط بين الإيجاب والقبول، ولا صدوره من العاقد، لكن يشترط اتصاله بالعقد"^(٢).

ومن أبرز تطبيقات الحق في الفسخ هنا أن يعلن الرجل عند العقد صراحة أنه غير متزوج فيبين

(١) النووي. محيي الدين يحيى بن شرف. روضة الطالبين وعمدة المفتين. تحقيق: زهير الشاويش. المكتب الإسلامي. بيروت. الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ / ١٩٩١م / ٥ / ٤١٠.

(٢) روضة الطالبين ٥ / ٥٢١ حكاية عن الإمام، ولعله يقصد الرافي- رحمه الله.

بخلاف ما قال، فلها عندئذ الحق في طلب الفسخ للتدليس.
وعند وقوع التدليس عليها أن تبادر إلى طلب فسخ العقد خلال شهرين من تاريخ علمها بالتدليس، وللزوج أن يدفع هذه المطالبة بإثبات أن المدعية كانت عالمة بما وقع، وأنها قد رضيت بالأمر صراحةً أو ضمناً.

الفصل الثالث حقوق المرأة في آثار الفرقة

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الحقوق المالية .

المبحث الثاني : حقها في حضانة أولادها .

المبحث الثالث : حكم عام قبول شهادتها .

المبحث الأول الحقوق المالية

أولاً: حقها في الصداق ومتعة الطلاق:

نص الفقرة (أ) من المادة (٩٤)

تستحق المطلقة قبل الدخول نصف الصداق إذا كان مسمى وإلا فنصف مهر مثيلاتها.

والمادة (١٠٧)

إذا حكم القاضي بالتطليق طبقاً لأحكام المادة السابقة، حدد القاضي ما يجب أن تعيده الزوجة للزوج من الصداق أو غيره، إذا كانت الإساءة كلها أو أكثرها من الزوجة، وإذا كانت الإساءة كلها أو أكثرها من الزوج بقي الصداق من حق الزوجة.

إذا طلقت الزوجة قبل الدخول بسبب يعود إلى الزوج فإنها تستحق نصف المهر المسمى لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾^(١)، فإذا تسلمت صداقها وجب أن تعيد نصفه إلى مطلقها.

كما جاء في نص حكم المحكمة الكبرى الشرعية السنية الثانية في الدعوى ١٤/٢٠١٠/٣٣٤٧/١: (حيث إن المدعية أفادت بأنها غير مدخول بها مؤكدة ذلك بموجب تقرير

(١) سورة البقرة: الآيتان (٢٣٦، ٢٣٧).

الطب الشرعي الصادر من النيابة العامة والإدارة العامة للأدلة الجنائية ومفاده أن المدعية ما زالت بكرًا فإن كان ذلك، وكان المدعى عليه قد أقر بالطلاق بموجب ما تقدم، وأنه يثبت بموجب التقرير الطبي المذكور عذرية المدعية مما يعني عدم الدخول بها فعلاً، ويترتب عليه ثبوت الطلقة التي أوقعها طليقة بائنة بينونة صغرى قبل الدخول، ويثبت بموجبها تنصيف المهر فيما بينهما إعمالاً للمادة (٩٤) الفقرة (أ) من قانون أحكام الأسرة.

من أجله حكمت المحكمة بالآتي:

أولاً: ثبوت طلاق المدعية من المدعى عليه طليقة بائنة قبل الدخول وتحرر للطرفين وثيقة طلاق بذلك.

ثانياً: إلزام المدعية بأن تؤدي للمدعى عليه نصف المهر مبلغاً وقدره...

أما المطلقة بعد الدخول بسبب يعود إلى الزوج فإنها تحتفظ بتمام المهر المسمى لقوله تعالى: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً تأخذونه بهتاناً وإثمًا مبيناً﴾ وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً^(١).

أما من لم يسم لها شيء من المهر فإنها إن طلقت قبل الدخول يجب لها في قول الأحناف، والشافعية، ورواية عند الحنابلة، وهو مقابل المشهور عند المالكية، وهو قول الظاهرية، وغيرهم، متعة واجبة بقول الله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضا لهن فريضةً وتمتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المتقين﴾^(٢)، ولقوله تعالى: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين﴾^(٣).

وعن سهل بن سعد وأبي أسيد رضي الله عنهما قالوا: " إن رسول الله ﷺ تزوج أميمة بنت شراحيل فلما أن أدخلت عليه ﷺ بسط يده إليها فكأنها كرهت ذلك، فأمر أبا أسيد أن يجهزها

(١) سورة النساء: الآيتان (٢٠، ٢١).

(٢) سورة البقرة: الآيتان (٢٣٦، ٢٣٧).

(٣) سورة البقرة: من الآية (٢٤١).

ويكسوها ثوبين أزرقين" (١).

ومتعة المرأة: هي ما وُصِلت به بعد الطلاق لتتفع به، من مال ونحوه، وقد عرّفها المالكية بقولهم هي: " ما يعطيه الزوج للمطلقة تخفيفاً للألم الذي حصل لها من طلاقه إيّاها، ويعطيه المطلق على قدر حاله، حسب يسره وعسره". (٢)

وقد أخذ القانون بمذهب الحنفية، ورواية عند الشافعية، وقول عند الحنابلة أن المتعة لما وجبت بدلاً عن مهر المثل وجب أن تتقدر به، ولا يجوز الزيادة على الأصل، ولما كانت المسمى لها تستحق نصف المسمى، فكذلك المفوضة تستحق نصف مهر المثل. (٣)

وأوجب لكل مطلقة بعد الدخول، بسبب يرجع إلى الزوج، سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا بنوعيه متعة أخذًا بقول مالك وأصحابه: المتعة مندوب إليها في كل مطلقة وإن دخل بها، إلا في التي لم يدخل بها وقد فرض لها، فحسبها ما فرض لها ولا متعة.

وأما مقدارها فيقول الإمام مالك: " ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ولا كثيرها". (٤)
وقد حددها القانون بنفقة سنة كما هو نص الفقرة (د) في المادة (٥٢): " إذا كان سبب الطلاق من قبل الزوج فلها متعة تقدر بنفقة سنة".

والفقرة (ب) من المادة (٩٤): تستحق المطلقة بعد الدخول متعة الطلاق إذا كان بغير سبب منها وتقدر بحسب يسر المطلق ومدة الزواج وظروف الطلاق، وذلك مع مراعاة أحكام الفقرة (د) من المادة (٥٢).

وقد جاء في منطوق حكم المحكمة الشرعية الكبرى الثانية في الدعوى ١٤ / ٢٠١٠ / ٧٣١ / ٤:

(١) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق، باب: من طلق وهل يواجه الرجل امرأته، برقم ٤٩٥٧.

(٢) الإحسائي. عبد العزيز حمد آل مبارك. تبيين المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك بشرح الشيخ محمد الشيباني. ط أولى. دار الغرب الإسلامي. بيروت. ١٩٨٨، ٣ / ١٦٠، وعرّفها الشافعية كما في مغني المحتاج ٣ / ٢٤١ بقولهم: "مال يجب على الزوج لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط".

(٣) انظر: البدائع ٢ / ٤٠٣، مغني المحتاج ٣ / ٢٤٢، الإنصاف ٨ / ٣٠٠ وما بعدها.

(٤) الموطأ ١١٨٩ - ٢ / ٥٧٣، والاستذكار ٦ / ١٢٠.

حيث إن المدّعية طلّقت من المدّعى عليه للضرر فتستحق متعة تقدّر بنفقة سنة إعمالاً للمادة (٥٢) الفقرة (د) من قانون أحكام الأسرة الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩م فإنه لما كان ذلك فإن المحكمة تقدّر نفقة المتعة -/ ٦٠٠ دينار (ستمائة دينار بحريني)، فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بإلزام المدّعى عليه بأن يدفع للمدّعية نفقة متعة مقدارها -/ ٦٠٠ دينار (ستمائة دينار بحريني).

ثانياً: حقها في نفقة العدة:

لقد أجمع أهل العلم على أن المطلقة قبل الدخول لا تستحق نفقة عدة، لعدم لزوم العدة في حقها، وأجمعوا على حق المطلقة رجعيًا في النفقة الشاملة طوال عدتها، وأجمعوا على أن المطلقة الحامل تستحق النفقة والسكنى، لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾^(١).

واختلفوا في نفقة المطلقة طلاقاً بائناً غير الحامل.^(٢)

أما القانون فقد نص على المستحقة للنفقة من المطلقات في البنود (أ، ب، ج) من المادة (٥٢):

- أ- تجب النفقة الشاملة للمعتدة من طلاق رجعي أو فسخ أو دخول في زواج غير صحيح.
- ب- لا نفقة للمعتدة من طلاق بائن بسبب يرجع إليها، وإنما لها حق السكن طوال عدتها.
- ج- متى كانت المطلقة حاملاً وجب لها على مطلقها نفقة وكسوة ومسكن خلال عدتها التي تنتهي بالوضع.

والمادة (١١٧):

على القاضي أثناء النظر في دعوى التطلق، أن يحكم باتخاذ إجراءات وقتية لضمان نفقة الزوجة والأولاد وما يتعلق بحضانتهم وزيارتهم.

(١) سورة الطلاق: من الآية (٦).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٠١/٥ وما بعدها، بداية المجتهد ٤٠٨/٤-٤١٠، الحاوي الكبير ٢٨٢/١٤-٢٨٥، المغني بتحقيق

التركي ٤٠٢/١١-٤٠٤.

وقد أخذ القانون في هاتين المادتين بما يلي:

١- أن نفقة العدة تجب للمطلقة بعد الدخول: أما المطلقة قبل الدخول فلا، لأنه لا تلزمها عدة.

٢- لقد سَوَّى القانون بين المطلقة طلاقاً رجعيّاً، والمطلقة طلاقاً بائناً، بسبب لا يرجع إليها، والمعتدة من فسخ لطارئ منع استمرار الزواج، أو لعب لزام العقد عند نشأته فمنع صحته، مع مراعاة القيود المنصوص عليها بالمادة (٤٣) من القانون.

ويثبت لهؤلاء المعتدات نفقة شاملة ما تشمله نفقة الزوجة، باعتبار أن المعتدة هي زوجة حكماً أو اعتباراً، فالمعتدة من طلاق رجعي زوجة، والمستبرئة والمعتدة من طلاق بائن محتسبة لحق المطلق/ المفارق، تحصيلاً لمائه.

وتستحق النفقة ما بقيت العدة، وبحد أقصى سنة من ابتدائها (م ١٢٤ من القانون).

وقد جاء في حكم المحكمة الكبرى الشرعية السنية الثانية في الدعوى ١٤ / ٢٠١١ / ٢٥٥ / ٤: (حيث إن المادة رقم (٥٢) وفي الفقرة (أ، ب، ج) نصت على وجوب النفقة الشاملة للمعتدة من طلاق رجعي، أو فسخ، أو من دخول غير صحيح، كذا إذا كان الطلاق بائناً بسبب يرجع إليه، كما أفادت بعموم الحال إذا كانت المطلقة حاملاً حتى تضع حملها ويثبت لهؤلاء المعتدات نفقة شاملة ما تشمله نفقة الزوجية باعتبار أن المعتدة هي زوجة حكماً أو اعتباراً كما تقرر أنها تستحق ما بقيت العدة وبحد أقصى سنة من ابتدائها).

وحيث إن المادة (٥٢) الفقرة (د)، والمادة (٩٤) الفقرة (ب) من قانون أحكام الأسرة الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩م قررتا أن الطلاق إذا كان من قبل الزوج فلها متعة تقدر بسنة مع مراعاة حال المنفق يسراً وعسراً، كما ثبت أن المدعى عليه يعمل في الأعمال الحرة، وقد دام الزواج أكثر من ثلاثين عاماً، وكان ينفق في حال زواجه نفقة تقدر بـ ٥٠٠ ديناراً ليد المدعية.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بإلزام المدعى عليه أن يدفع للمدعية نفقة عدتها بواقع ١٥٠٠ ديناراً لثلاثة شهور، ومبلغ ٦٠٠٠ متعة طلاق لمدة سنة.

٣- المطلقة بسبب يرجع إليها إما أن تكون حاملاً، أو غير حامل:

أ- فإن لم تكن حاملاً استحققت السكنى دون سواها من مشتقات النفقة طوال عدتها، وأقصاها كما قلنا سنة.

ب- وإن كانت حاملاً استحققت السكنى، والمطعم، والملبس، حتى تضع حملها، ويلتزم صاحب الحمل بنفقات متابعة الحمل، ونفقات النفاس والولادة باعتبارها نفقة ولد، بمقتضى مشهور المذهب عند المالكية.^(١)

٤- نفقة المعتدة من وفاة:

أما المعتدة من وفاة فهذه لا نفقة لها طوال مدة العدة على قول جمهور الفقهاء، وهو الذي أخذ به القانون (م ٥٦/ج).

على أن لبعض أهل العلم رأياً آخر يقول بحق المعتدة من وفاة في نفقة عدة، وأن هذا الحق يثبت في تركة المتوفي - الزوج - فإن لم يترك مالا فنفقتها في مالها هي أو في مال من تجب عليه نفقتها من أقاربها، وقد كنا نود لو أخذ القانون بهذا الرأي.^(٢)

(١) الفقه المالكي وأدلته ٤/ ٢١٣، ٢٥٩، ٢٦٨.

(٢) هذا قول الهادي وجماعة من الزيدية، حكاها الصنعاني. محمد بن إسماعيل. سبل السلام شرح بلوغ المرام. ط دار الحديث ١٩٩٦،

٣/ ٣٢٤، وفي أحكام القرآن للجصاص ٢/ ١٢٧.

المبحث الثاني حقها في حضانة أولادها

من أهم مميزات القانون البحريني هو شدة عنايته بموضوع حضانة الأولاد بعد انتهاء العلاقة الزوجية فقد خصص له ١٨ مادة من مواده الـ ١٤٥، وهي المواد (١٢٧-١٤٣) وسبقها المادة (٩٣)، وجاءت نصوصها على النحو التالي:

المادة (١٢٧)

الحضانة حفظ الولد، وتربيته، ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس.

المادة (١٢٨)

تنتهي حضانة النساء ببلوغ الغلام خمس عشرة سنة وبالنسبة للأثني حتى تتزوج ويدخل بها الزوج.

المادة (١٢٩)

إذا بلغ الغلام خمس عشرة سنة، أو بلغت الأثني سبع عشرة سنة ولم تتزوج ولم يدخل بها الزوج، فلكل منهما الخيار في الانضمام إلى من يشاء من أبويه أو ممن له الحق في حضانته، فإن اختار أيُّ منهما الحاضنة استمر معها دون أجر حضانة، وذلك مع مراعاة أحكام المادة (١٤٠) من هذا القانون.

المادة (١٣١)

مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة (١٣٠) من هذا القانون يتعين أن يتوافر في الحاضن ما يأتي:

أ- إذا كانت امرأة: ألا تكون متزوجة بأجنبي عن المحضون إلا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون.

ب- إذا كان رجلاً:

١- أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء.

٢- أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كان المحضون أنثى.

المادة (١٣٢)

الحضانة من واجبات الأبوين معاً ما دامت الزوجية قائمة بينهما، فإن افترقا فهي للأم، ثم لأم الأم وإن علت، ثم لأم الأب، ثم للأب، كما تكون الحضانة لأخت المحضون، ثم خالته، ثم جدته لأبيه، ثم بنت أخيه، ثم بنت أخته، ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك لمصلحة المحضون، ويقدم في الجميع الشقيق، ثم لأم ثم لأب.

المادة (١٣٣)

إذا لم يوجد الأبوان، ولم يقبل الحضانة مستحق لها، اختار القاضي من يراه صالحاً من أقارب المحضون، ثم من غيرهم، أو إحدى المؤسسات المؤهلة لهذا الغرض.

المادة (١٣٤)

للقاضي الاستعانة بذوي الاختصاص والخبرة في الشؤون النفسية والاجتماعية عند الحكم بتقرير الحضانة مراعاة للمصلحة الراجحة للأولاد بما لا يتعارض مع الأحكام المنصوص عليها في المواد السابقة.

المادة (١٣٥)

الحكم بالحضانة يستتبع الحكم للحاضن بكافة أوراق المحضون الثبوتية ويكون هذا الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل.

المادة (١٣٦)

أ. إذا تركت الأم بيت الزوجية لخلاف أو غيره فتكون الحضانة لها ما لم يقدر القاضي خلاف ذلك لأسباب سائغة.

ب. إذا كان المحضون صغيراً لا يستغنى عن أمه فتلزم بحضانته.

المادة (١٣٧)

يجب على الأب أو غيره من أولياء المحضون النظر في شؤنه وتأديبه وتوجيهه وتعليمه، ولا

بيت إلا عند حاضنته ما لم يقدر القاضي خلاف ذلك.

المادة (١٣٨)

أ. ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى دولة أخرى للإقامة إلا بإذن وليه أو وصيه.

ب. ليس للولي أباً كان أو غيره أن يسافر بالمحضون سفر إقامة في مدة حضنته إلا بإذن

حاضنته.

المادة (١٣٩)

لمستحق الحضانة الحق في الإقامة في البلاد مدة حضنته إذا كان المحضون يحمل الجنسية

البحرينية، ما لم يصدر الحاضن حكم يقضي بتسفيره.

المادة (١٤٠)

يسقط حق الحاضن في الحضانة في الحالات التالية:

أ. إذا انتفى أحد الشروط المذكورة في المواد (١٣٠)، (١٣١) من هذا القانون.

ب. إذا استوطن الحاضن بلداً يصعب معه على ولي المحضون القيام بواجباته، وذلك دون

الإخلال بالمادة (١٣٨) من هذا القانون.

ج. إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة سنة من غير العجز البدني، ما لم يقبل

مستحق الحضانة ذلك صراحة أو ضمناً.

المادة (١٤١)

تعود الحضانة لمن سقطت عنه متى زال سبب سقوطها.

المادة (١٤٢)

أ. إذا كان المحضون في حضانة أحد الأبوين، فيحق للآخر زيارته واستزارته واصطحابه حسبما

يقرر القاضي.

ب. إذا كان أحد أبوي المحضون متوفى أو غائباً يحق لأقارب المحضون المحارم زيارته

واستزارته واصطحابه حسبما يقرر القاضي.

ج. إذا كان المحضون لدى غير أبويه يعين القاضي مستحق الزيارة من أقاربه المحارم.

المادة (١٤٣)

أ. إذا تعذر تنظيم الزيارة اتفاقاً نظمها القاضي، على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً.

ب. لا ينفذ حكم الزيارة قهراً، فإذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بدون عذر أنذره القاضي، فإن تكرر منه ذلك مرة أخرى جاز لقاضي التنفيذ بناء على طلب مستحق الزيارة إحالة الملف إلى الملف إلى محكمة الموضوع لتقرر بصفة مستعجلة نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها مدة تقررهما المحكمة ويكون هذا الحكم مشمولاً بالإنفاذ المعجل.

ج. إذا امتنع الحاضن عن تنفيذ الحكم بالزيارة بدون عذر وبعد إنذاره من القاضي، يكون للمحكوم له بدلاً من طلب الحضانة أن يطلب من قاضي التنفيذ حبس الحاضن.

المادة (٩٣)

أ- تستقل الحاضنة التي لا مسكن لها مع المحضون (واحداً أو أكثر) بمسكن الزوجية السابق حتى يهيئ والد المحضون مسكناً مستقلاً مناسباً مجهزاً لإقامة الحاضنة مع المحضون طوال مدة الحضانة، إلا إذا كان المسكن قابلاً للقسمة فيلزم الزوج بقسمته، وذلك مع مراعاة المادتين (٦٧) و(٦٩) من هذا القانون.

ب- تستحق الحاضنة التي لها مسكن أو التي اختارت الأجرة بدلاً عن سكنها مع المحضون أجرة تقدر بالاتفاق أو الاجتهاد القضائي مع مراعاة المادتين (٤٥) و(٦٣).

ولقد شملت هذه المواد كل ما يتعلق بحضانة الأولاد، وسوف نركز على أهم النقاط التي تناولتها فيما يتعلق بحق المرأة فيها، وذلك على النحو التالي:

١- بيان حدود صلاحية الأم في حضانة أولادها من خلال تعريف القانون لها في المادة (١٢٧) بأن: "الحضانة حفظ الولد، وتربيته، ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس"، وفيها إضافة ذات قيمة غرضها حفظ حق الولي في الولاية على نفس المحضون أثناء وجوده في

حُضِنَ حاضنته، ففي ظل مَدِّ حضانة النساء إلى البلوغ أو ما بعده، ومع شكوى الأولياء من غضب حقوقهم في الولاية، ينبغي التأكيد على أن الحضانة لا تغل يد الولي عن المحضون، ولا تحد من ولايته الشرعية عليه، فعلى الولي مراعاة أحوال المحضون، وتدبير أموره، بولاية كاملة غير منقوصة، وللحاضنة يد الحفظ والتربية، مع القيام بالضروريات التي لا تحتمل التأخير، كالعلاج ونحوه، وبذلك يجعل القانون ولاية مصالح الصغير إلى أبويه، لأنهما أقرب الناس إليه، وأكثرهم شفقة عليه، ورعاية مصالحه، وقد راعى الشارع ما هو الأصلح والأفجع للصغير، في توزيع الحقوق الواجبة له على أبويه، حتى يقوم كل منهما بما هو أقدر عليه من الآخر، فجعل أمر تربيته والعناية به في المرحلة الأولى من حياته للأم، وفوض حضانته إليها، لأنها أشفق عليه، وأرفق به من غيرها، وأقدر على تحمل المشاق في سبيل حضانته وتربيته، وأفرغ للقيام بخدمته في هذه المرحلة من حياته، وأما ولاية التصرف في نفس الصغير وماله فقد جعلت للأم، لأنه الأصلح لها من الأم.

٢- تأكيد القانون أن الأم هي الأحق بحضانة أولادها بعد انتهاء العلاقة الزوجية في المادة (١٣٢) والفقرة (أ) من المادة (١٣٦)، استدلالاً بما ورد عن عبدالله بن عمرو بن العاص، أن امرأة جاءت النبي ﷺ وقالت له: ((إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وإن أباه طلقني، وزعم أن ينزعه مني، فقال ﷺ: " أنت أحق به ما لم تتزوجي "))^(١)، وروي أن عمر بن الخطاب ﷺ طلق امرأته جميلة وكان له منها ولد، ثم شجر الخلاف بينه وبين مطلقة بشأن حضانة ابنهما عاصم، وكل منهما يريد أن يضمه إليه، فلما رفع هذا النزاع إلى الخليفة أبي بكر الصديق ﷺ قضى بأن يبقى الولد مع أمه، وقال لعمر: " خلّ بينه وبينها، ریحها، ومسّها، وریقها خير له منك، حتى يشب الصبي ويختار لنفسه"^(٢) وفي رواية: " خير من الشهد عندك"^(٣)، وهي كلمات

(١) أخرجه أحمد في مسنده برقم ٦٧٠٧، وقال شعيب الأرنؤوط: حديث حسن، و أبو داود في الطلاق، باب: من أحق بالولد، برقم ٢٢٧٦، وحسنه الألباني.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في الطلاق، باب: ما قالوا في الأولياء والأعمام، برقم ١٩١٢٣، وعبد الرازق في الطلاق، باب: أي الأبوين أحق بالولد، برقم ١٢٦٠١.

(٣) أخرجه الزيلعي. جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في

لخصت حقيقة العلاقة التي تربط بين الأم وولدها، والتي يجب أن لا يتعدي عليها، والتسبب في حرمان كلا الطرفين من لذتها، ولذلك قال أبو بكر لعمر بعد أن قضى بالطفل للأم: سمعت رسول الله ﷺ يقول: " لا تُوله^(١) والدة بولدها"^(٢).

وزيادة على ذلك أنه في حال انتقال الحضانة من الأم بسبب زواجها أو وفاتها أو سقوط الحضانة عنها فإنها تنتقل إلى نساء أخريات، ويبدأ بمن لهن قرابة بالأم، ثم قريبات الأب، استدلالاً بما روى أن ابنة حمزة اختصم فيها علي وجعفر وزيد، فقال علي: أنا أحق بها وهي ابنة عمي، وقال جعفر: بنت عمي وخالتها تحتي - أي زوجتي، وقال زيد: ابنة أخي، فقضى بها رسول الله ﷺ لخالتها، وقال: ((الخالة بمنزلة الأم))^(٣).

٣- بيان القانون أن الحضانة حق للأم وللمحضون وليست حقاً خالصاً لأحدهما، وإن كان حق المحضون فيها أظهر وأقوى،^(٤) كما هو واضح في المادتين (١٣٢، ١٣٣)، لذا فإنها ليس لها أن تمتنع عن قبولها، وللقاضي أن يجبرها على ذلك.

يضاف على ذلك ما ذكرناه سابقاً في المخالعة من تمييز للقانون في الفقرة (أ) من المادة (٩٨): "لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد، ولا عن أي حق من حقوقهم، فإن وقع صح الخلع وبطل الشرط، وكان لحاضنتهم ضمهم ويلزم أبوهم بنفقتهم".

٤- لقد اختار القانون البحريني في المادة (١٢٨) التوافق مع القوانين العربية في تحديد مدة

تخريج الزيلعي. تحقيق: محمد عوامة. مؤسسة الريان للطباعة والنشر. بيروت ودار القبلة للثقافة الإسلامية. جدة. السعودية. ط.

الأولى ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م في الطلاق، باب: حضانة الولد ومن أحق به ٢٦٦/٣، وقال: غريب بهذا اللفظ.

(١) الوله هو الحزن على فراق أو الحنان إليه. ابن منظور، لسان العرب، مادة (ول ه) ١٣/٥٦١.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب: النفقات، باب: الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج

وكانوا صغارا فإذا بلغ أحدهم سبع أو ثمان سنين وهو يعقل خير بين أبيه وأمه وكان عند أيهما أختار، برقم ١٥٥٤٥.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الصلح، باب: كيف يكتب هذا ما صالح فلان بن فلان وفلان بن فلان وإن لم ينسبه إلى قبيلته أو نسبه،

برقم ٢٥٥٢، وأبو داود في الطلاق، باب: من أحق بالولد، برقم ٢٢٨٠.

(٤) راجع: نصر الجندي. مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاماً ص ٢٧٢، وانظر حاشية ابن عابدين ٥٦٠/٣.

حضانة الأم الإلزامية لأولادها مذهب المالكية الذين ربطوها بالسن الذي يستغنى فيه الصغير عن خدمة النساء، وهذه السن لم يرد فيها نص، ومن ثم فقد اجتهد الفقهاء في ضوء ملاحظاتهم وتجاربههم لتحديد هذه السن، غير أنهم لاحظوا أن الفتاة تحتاج إلى ما لا يحتاجه الغلام كالتعرف على آداب النساء، وأشغالهن، فأوا أن حضانة الصغير تنتهي ببلوغه، وحضانة الصغيرة حتى تتزوج ويدخل بها الزوج.

ولعل سنده أنه بالبلوغ يبلغ الولد مبلغ الرجال ويمكنه الزواج فيستغنى عن خدمة النساء، أما الفتاة فلأن حاجتها إلى النساء أشد للتعرف على آداب النساء وأشغالهن، ولا يمكن انفرادها فكانت الأم أحق بها^(١).

ولكن نظراً لتأخر الزواج في زماننا، قرر القانون في المادة (١٢٩) أن تكون السابعة عشرة هي أقصى سن حضانة الفتاة، فإذا بلغت ولم تتزوج ويدخل بها الزوج رفعت عنها حضانة النساء، كما ترفع عن المحضون الذكر ببلوغه الخامسة عشرة من عمره.

ومتى بلغ المحضون، أو المحضونة، أقصى سن الحضانة فإنه يخير بين الانضمام إلى والده أو البقاء مع حاضنته، مع مراعاة أن هذا الاختيار يخضع لتقدير القضاء، فإن رأى أن اختياره ينطوي على ضرر يصيبه كان للمحكمة الحكم برفضه، استناداً إلى وجوب تغليب مصلحة الصغير إذا ما تعارضت مع مصلحة الحاضنة، ومصلحة الأب، إعمالاً لقاعدة تغليب المصلحة الفضلى للصغير^(٢).

٥- في الوقت الذي اشترط فيه القانون حق الأم في حضانة أولادها عدم زواجها بزواج آخر غير مَحْرَمٍ للمحضونة في الفقرة (أ) من المادة (١٣١) وفقاً لقول النبي ﷺ: ((أنت أحق به ما لم تنكح)) إلا أنه استثنى من ذلك لو قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون، وكما ورد في الفقرة (ب) من المادة (٥٩): " يحق للزوجة أن تسكن معها في بيت الزوجية أولادها من غير

(١) انظر: الفقه المالكي وأدلته ٤ / ٢٩٠ وما بعدها، عز الدين الغرياني ص ١١٤-١١٦.

(٢) أشرف كمال. قوانين الأحوال الشخصية معلقاً على نصوصها ص ٨٧٨.

الزوج إذا لم يكن لهم حاضن غيرها، أو يتضررون من مفارقتها، ورضي الزوج بذلك صراحة أو ضمناً...."، وذلك عملاً بقول بعض الفقهاء^(١)، كابن عابدين الحنفي، فيقرر أنه قد يكون زوج الأم حنوناً شفوفاً، والقريب مبغضاً للصغير مؤذياً له، بل إن زوج الأم أقل إيذاءً للصغير بكثير من زوجة الأب، ومدار الحضانة على نفع الولد، فلا ينزع من أمه لمجرد زواجها من أجنبي، إلا إذا خشي من الزوج على الصغير.^(٢)

وللعلامة ابن القيم توجيه آخر مؤداه أن القول بسقوط الحضانة مبناه مراعاة حق الزوج الأجنبي، فإذا أثر الزوج (الأجنبي عن المحضون) ذلك، وطلبه، وحرص عليه، زالت المفسدة التي لأجلها سقطت الحضانة، والمقتضى قائم فيترتب عليه أثره، يوضحه: أن سقوط الحضانة ليس حقاً لله، وإنما هو حق للزوج، وللطفل، وأقاربه، فإذا رضي من له الحق جاز^(٣).

٦- التأكيد على أن المرأة هي الأجدر بالحضانة، فقد حصر القانون في المادة (١٣٢) الفئات التي يحق لها الحصول على حضانة الأولاد في النساء عدا الأب، وفي الفقرة (١) من الفقرة (ب) للمادة (١٣١) اشترط في حال كون الحاضن رجلاً أن يكون لديه من يصلح للحضانة من النساء.

٧- أكد القانون في المادة (١٣٥) أحقية الحاضنة في استلام كافة الأوراق الثبوتية اللازمة، كشهادة الميلاد، والبطاقة الذكية لقيامها بمسئولياتها في حفظ وتربية المحضون المرتبطة بالتعامل مع المرافق العامة، الصحية، والأمنية، والتعليمية، ونحوها، وورد النص على أن الحكم بالحضانة يستتبع الحكم بهذه الوثائق جميعها، حكماً مشمولاً بالنفذ المعجل.

وقد جاء في حكم المحكمة الشرعية الصغرى السنية في الدعوى ١٤/٢٠١٠/١٨٨٩/٨: (وحيث إنه وبعد إثبات الحضانة للمدعية يثبت للمحكمة أحقيتها في المطالبة بالمستندات الأصلية الثبوتية كما هو المقرر شرعاً والثابت حكماً وقانوناً بموجب المادة (١٣٥) من القانون الصادر

(١) انظر: الصادق الغرياني ص ٣٨٩-٣٩١.

(٢) حاشية ابن عابدين ٢/ ٨٧٣ وما بعدها.

(٣) انظر: زاد المعاد ٤/ ٢٥٥، ٢٧٧ وما بعدها.

بمرسوم برقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩م تنص على أن (الحكم بالحضانة يستتبع الحكم للحاضن بكافة أوراق المحضون الثبوتية ويكون هذا الحكم مشمولاً بالنفذ المعجل)، الأمر الذي يسوّغ للمحكمة إلزام المدعى عليها أن تسلّم المدعية المستندات الأصلية الثبوتية الخاصة بالبت... فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بأن الحكم بالحضانة يستتبع الحكم للحاضن بكافة أوراق المحضون الثبوتية ويكون هذا الحكم مشمولاً بالنفذ المعجل حضانة البنت... للمدعية عمتها مع إلزام المدعى عليها بتسليم المدعية كافة الأوراق الثبوتية الخاصة بالبت...).

٨- أكد القانون في المادة (١٢٩) على أحقية الأم الحاضنة على أخذ أجرة الحضانة الإلزامية، إلى أن يبلغ الصبي ١٥ سنة، والبنت ١٧ سنة.

٩- لقد حرص القانون في المادة (٣٧) على التوفيق بين حق الولي في متابعة شؤون المحضون، وتأديبه، وتوجيهه، وتعليمه، وبداهة فإن التأديب والتوجيه، وقياس مدى التحصيل الدراسي يقتضي نوعاً من الصحبة، ومخافة أن يُفَرِّطَ الولي في صحبة المحضون فيضيع حق الحاضنة في ضمه نصّ على أنه لا يجوز أن تهدر حق الحاضنة في أن يبيت الولد عندها، وهو قول المالكية والحنابلة في الذكر^(١)، وسوّى الشافعي بين الذكر والأنثى^(٢) والأخير أنسب لزماننا، حيث تتعلم البنت كما يتعلم الولد، فلا يكون لتخصيص الغلام وجه^(٣) ومقتضى نص المادة (١٣٧) يشملهما، حيث لا دليل على الحصر.

ولكن لما كان مدار الحضانة على نفع المحضون رؤي الإفصاح للقاضي في أمر مبيت المحضون مع وليه، فله أن يقضي بأن يكون برفقة وليه ليلاً، أو في بعض الليالي، لسبب يقتضي

(١) انظر المدونة ٢/٣٥٦، الحبيب بن طاهر ٤/٢٩١، المغني لابن قدامة ١١/٤١٨ وما بعدها.

(٢) راجع الأم للشافعي ٥/٨٢ قال: "ولا يمنع الأب من تأديب ولده، سواء في ذلك الذكر والأنثى، ويخرج الغلام إلى الكتاب، والصناعة، إن كان من أهلها، ويأوي عند أمه".

(٣) يقوي ذلك تعليل ابن قدامة في المغني ٤/١٨٨: "إذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب فإنها تكون عنده ليلاً ونهاراً، لأن تأديبها وتخريجها في جوف البيت، من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما، ولا حاجة بها إلى الإخراج منه، ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر". وهو واضح في ألا حاجة للبت في الخروج من المنزل، فتعليمها في جوفه، بخلاف زماننا.

ذلك.

١٠- أحقية الحاضنة في السفر بالمحضون السفر القصير المؤقت، كسفر الزيارة أو السياحة بعد إذن وليه، وهو ما يفهم من نص الفقرة (أ) من المادة (١٣٨) التي اشترطت إذن الولي أو الوصي عند إرادة الحاضنة السفر بالمحضون إلى دولة أخرى سفر الإقامة.

١١- أحقيتها في منع ولي المحضون من السفر به سفر إقامة إلى دولة أخرى، وهو ما نص به الفقرة (ب) من المادة (١٣٨).

١٢- نص القانون في المادة (١٣٩) على أحقية الحاضنة في الإقامة في البلاد مدة حضانتها للمحضون الحامل للجنسية البحرينية، وهو نص ليس له نظير إلا في القانون القطري (م ١٧٧) الذي صاغه^(١) بما يناسب القاعدة القانونية الموجهة إلى الأفراد، لا المخاطبة للسلطات العامة، كما هو حال النص البحريني.

وهو نص يتناسب مع حديث: " لا تُؤَلَّه والدته بولدها "، وحل عملي للتوفيق بين الحقوق المتعارضة في الحضانة، واستجابة حقيقية لاعتبار المصلحة الفضلى للمحضون، وتمكين المرأة، وإعلاء حقوق الإنسان.

ولكنها خارج صلاحية ولي المحضون، بل وخارج صلاحيات المحكمة الشرعية، مما سيؤدي إلى التنازع في الاختصاص القضائي، فالإذن بالإقامة، والأمر بالمغادرة قراران إداريان، تختص بنظرهما الدوائر القضائية الإدارية، لا المحاكم الشرعية.

لهذا فإننا ندعم النص في غايته ومقصده، ونتمنى على الجهات المختصة النظر فيه.

١٣- تأكيد الفقرة (أ) من المادة (١٤٢) لحق الأم في رؤية أولادها المحضونين عند غيرها، سواء كان الأب أو غيره، وهو ما اتفق عليه الفقهاء من أن لكل واحد من الأبوين إذا افترقا حق رؤية

(١) ونصها: "إذا كانت الحاضنة المطلقة أجنبية مقيمة مع أهلها في قطر، أو كانت مقيمة بكفالة كفيل آخر قبل الزواج، فعلى الزوج المطلق نقل كفالتها إلى كفيل مناسب، فإن امتنع أمرت المحكمة بنقل كفالتها، ولا يحق للولي إلغاء كفالة المحضون حتى انتهاء مدة الحضانة".

الصغير وزيارته، واصطحابه، ففي منح الجليل: "وقضي لأولادها من غيره، الصغار، بالدخول لها كل يوم مرة، لنظرها حالهم، وقضي لأولادها من غيره، الكبار، بالدخول لها كل جمعة مرة"^(١). وفي جامع أحكام الصغار للأستروشي الحنفي: "إذا كان الغلام أو الجارية عند الأم فليس لها أن تمنع الأب من تعاهدهما، وإن صارا إلى الأب فليس له أن يمنع الأم من تعاهدهما، والنظر إليهما"^(٢).

وفي المحرر للحنابلة: "فإن حكمنا به للأب، أو عملاً باختياره، كان عنده ليلاً ونهاراً، ولا يمنع أن يزور أمه، ولا تمنع هي من تمريره، وإن حكمنا به لأمه كان عندها ليلاً، وعند أبيه نهاراً، ليؤدبه ويعلمه صناعة...، وإن بلغت الجارية السن كانت عند أبيها، ولا تمنع الأم من زيارتها"^(٣).

وللقاضي - وفقاً للفقرة (أ) من المادة (١٤٣) - أن يحدد زمان الزيارة ومكانها عند التخاصم، ويقرر اصطحاب الطفل والمبيت من عدمه، بناء على مصلحة الطفل، ونظراً للظروف الملازمة للقضية، وتتغير الأحكام بتقدم سن الطفل وتغير الأحوال حسب اجتهاد القاضي، وإذا كان ثمة اتفاق بين الزوجين مدوناً بوثيقة الطلاق، أو أثبت بالبينة، وجب العمل به، والتقييد بمقتضاه، وإذا وقع اتفاق ما بين طرفيه، وكان مخالفاً للشرع، أو معارضاً لمصلحة الطفل، أو مضرراً لأحد الطرفين، فللقاضي نقضه أو تصحيحه ما أمكنه، إذا طلب ذلك أحد الطرفين أو كلاهما.

١٤ - إقرار القانون في المادة (١٤١) لأحقيتها في استرداد حقها في الحضانة إذا زال سبب إسقاطها عنها، أخذاً بما اتفق عليه الفقهاء أن الحضانة إذا سقطت لقيام مانع حال دون الاستحقاق، كعدم القدرة على القيام بمسئوليات الحضانة، أو زواجها من أجنبي ثم تطلقه إياها أو وفاته، فإنها تعود بزوال هذا المانع^(٤).

(١) منح الجليل ٣٩٤/٤ وما بعدها.

(٢) الإستروشي. محمد بن محمود بن الحسين. أحكام الصغار بتحقيق عبد الحميد البيروني ٢٨٥/١.

(٣) ابن تيمية. عبد السلام بن عبد الله (مجد الدين) المحرر في فقه الإمام أحمد. ط دار الكتاب العربي. بيروت، ١٢٠/٢.

(٤) المغني ٤٢٨/١١.

المبحث الثالث حكم عام قبول شهادتها

نصت الفقرة (أ) من المادة (١٤٤) على الآتي:

أ- تقبل شهادة النساء في معرض الإثبات في الزواج والطلاق والضرر والحضانة وغير ذلك مما تطلع عليه النساء غالباً.

لقد أخذ القانون بمذهب الظاهرية، وما رجّحه ابن قيم الجوزية، وكثير من المحققين^(١) من قبول شهادة النساء عموماً، وقبولها في الزواج، والطلاق، والضرر لعموم الأدلة، ومنها حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟ قلنا: بلى قال: فذلك من نقصان عقلها))^(٢)، فأخبر الرسول صلى الله عليه وسلم أن شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل واحد، وأطلق ذلك في عموم ما يطلب فيه الشهادة ولم يستثن الحدود والقصاص، مما يدل على عموم قبول شهادتها.

ومن بديع ما قاله ابن القيم في الإعلام: ولا يلزم إذا لم يشهد هذا الأكمل أن لا يقبل عليه شهادة النصاب الأنقص، فإن طرق الحكم أعم من طرق حفظ الحقوق.^(٣) خلافاً لرأي الأئمة الأربعة، القائلين بجواز شهادتهم مع الرجال في الديون والأموال وما يؤول إليها دون غيرها من أنواع الشهادات.^(٤)

ففي الدعوى ١٤/٢٠١٠/١٤٨٦/٨ ورد في حيثياتها الآتي: " طلبت المدعية الاستماع إلى بيّنتها فحضر الشاهد الأول ويدّعى، وحضرت الشاهدة الثانية وتدّعى، وبعد أدائهما القسم والتعريف شهدا أن المدّعى عليه هجر المدّعية مدة خمس سنوات وكان ينفق في حينها نفقة متقطعة...".

(١) انظر: شلتوت. محمود. الإسلام عقيدة وشريعة ط ١٩٨٠ ص ١٣٩-١٤١.

(٢) أخرجه البخاري في الحيض، باب: ترك الحائض الصوم، برقم ٢٩٨.

(٣) إعلام الموقعين ١/٩٣، وهو قول شائع في كثير من مصنفاته، وأحياناً يحكي أنه من قول شيخه ابن تيمية، رحمهما الله، كما في الطرق الحكمية ص ٦٧.

(٤) د. الزحيلي ١٦٨ وما بعدها.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين الذي يسر لي إتمام هذه الدراسة التي أسأله تعالى أن أكون قد وفقت لتناولها على الوجه الصحيح، وأعطيتها حقها بقدر الاستطاعة، فإن أصبت فبتوفيقه وعونه سبحانه وتعالى، وإن أخطأت فمن نفسي المقصرة وزيع الشيطان فأستغفره وأتوب إليه.

وختامًا أورد أهم النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أهم النتائج:

١- توصل معد الدراسة من خلال مهنته الأكاديمية ودراساته السابقة في المجال ذاته تبين وجود جهل بفحوى قانون أحكام الأسرة الصادر بقانون لسنة ٢٠٠٩ من أغلب فئات المجتمع البحريني، بل ومن فئات ذات اختصاص كالمأذونين، والعاملين في الجمعيات الحقوقية والنسائية، ومراكز الإصلاح الأسري.

٢- كثير من حقوق المرأة كانت مجهولة لدى كثير من النساء بسبب عدم قدرتهن على التعامل مع كتب الفقه وأقوال الفقهاء الكثيرة، لذا ستصبح هذه الدراسة مصدرًا سهلاً لهؤلاء النساء لمعرفة هذه الحقوق بصورة مباشرة.

٣- لقد أعاد القانون البحريني للمرأة بعض حقوقها المهضومة سابقًا بسبب التضارب في اجتهادات القضاة، أو بسبب أخذهم بعضهم لآراء مرجوحة لا تتناسب مع مقاصد الشريعة، كقبول القضاة تنازل الأم عن حضانة أولادها أو بعض حقوقهم في مقابل حصولها على الخلع من زوجها قبل صدور القانون، وقد منع القانون الصادر هذا البدل.

٤- هناك بعض المواد بحاجة إلى إعادة نظر، كعدم استحقاق الزوجة تمام مهرها عند الطلاق بعد حصول الخلوة الشرعية قبل الدخول المعلن، علمًا بأن واقع أغلب الحالات يحدث فيها ما يحدث في الدخول المعلن، واشتراط مرور أربع سنوات على غياب الزوج مجهول المكان أو المفقود لحصول الزوجة التطلق.

٥- وجود أخطاء في تطبيق بعض المواد القانونية في الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية، كما هو

موضح خلال الدراسة، خاصة في قضايا إثبات النسب.

- ٦- عدم تطبيق مواد الإصلاح والتحكيم بين الزوجين بالصورة الصحيحة كما وضحت الدراسة.
- ٧- صعوبة حصول الباحث في موضوع يتعلق بتطبيقات المحاكم الشرعية على الأحكام الصادرة بحجة الحفاظ على سرية القضايا الأسرية، وعدم التفريق بين الغرض الشخصي والغرض العام المتمثل بالدراسات والبحوث التي تعم فائدتها الجميع.

أهم التوصيات:

- ١- توصي الدراسة الجهات ذات الاختصاص: المجلس الأعلى للمرأة، وزارة التنمية الاجتماعية، وزارة التربية والتعليم، هيئة الإذاعة والتلفزيون، الجمعيات النسائية، مراكز الإصلاح الأسري، وغيرها... كل بحسب أجهزته ودوائره بالاهتمام بالجانب التوعوي فيما احتواه القانون من بيان للحقوق عن طريق المحاضرات والندوات والورش، وتوزيع المطويات، وغيرها من الوسائل.
- ٢- تفعيل المواد (١٠٢-١٠٧) المتعلقة بالتحكيم بين الزوجين بالصورة الإيجابية، بجعلها إلزامية كما هو الحال في الكويت وإمارة دبي.
- ٤- توصي الدراسة المجلس الأعلى للقضاء بضرورة الاهتمام بمتابعة مدى صحة تطبيق مواد القانون الصادر بالتعاون مع جهات بحثية موثوقة ومشهود لها بالحيادية.
- ٥- توصي الدراسة المجلس الأعلى للقضاء بتخصيص قسم للدراسات والبحوث تابع للمحاكم الشرعية لدراسة أهم المشكلات التي تؤدي لزيادة عدد القضايا الأسرية في مملكة البحرين وإيجاد الحلول المناسبة.
- ٦- توصي الدراسة المجلس الأعلى للقضاء بالتعاون مع الباحثين في كتابة بحوثهم ودراساتهم العلمية بتوفير المعلومات ذات العلاقة بهذا الموضوع.

قائمة المراجع

- ١- الإحسائي. عبدالعزيز حمد آل مبارك. تبين المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك بشرح الشيخ محمد الشيباني. ط أولى. دار الغرب الإسلامي. بيروت. ١٩٨٨.
- ٢- الإستروشنى. محمد بن محمود بن الحسين. أحكام الصغار. بتحقيق عبدالحميد البيرلي (بدون سنة طبع).
- ٣- الأصبحي. مالك بن أنس. المدونة الكبرى دار الكتب العلمية. الطبعة: الأولى ١٤١٥هـ- ١٩٩٤م.
- الموطأ. تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي. مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات. ط. الأولى ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤.
- ٤- الألباني. محمد ناصر الدين صحيح سنن أبي داود. مؤسسة غراس للنشر والتوزيع. الكويت. ط الأولى ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م.
- صحيح سنن الترمذي.
- صحيح سنن النسائي
- صحيح سنن ابن ماجه
- ٥- أمين. قاسم. تحرير المرأة. نسخة إلكترونية PDF.
- ٦- البخاري. عمر بن عبد العزيز بن مازة (الصدر الشهيد) شرح كتاب النفقات للخصاف بتحقيق أبي الوفاء الأفغاني. توزيع الدار السلفية. الهند
- ٧- البخاري. محمد بن إسماعيل أبو عبدالله. صحيح الجامع (صحيح البخاري). تحقيق مصطفى ديب البغا. دار ابن كثير. بيروت. ط الثالثة. ١٩٨٧.
- ٨- البار. محمد علي. خلق الإنسان بين الطب والقرآن. نشر الدار السعودية ١٩٩١.
- ٩- البري. زكريا. الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية. من مطبوعات معهد الدراسات الإسلامية (بدون سنة طبع).

- ١٠- البلتاجي. محمد أحمد. دراسات في أحكام الأسرة. دار التقوى. مصر ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
- ١١- البهوتي. كشاف القناع، بتحقيق محمد أمين الضناوي. ط عالم الكتب، وبتحقيق وتخريج وتوثيق لجنة مشكلة بمعرفة وزارة العدل السعودية. ط وزارة العدل. وطبعة م الشرفية القاهرة ١٣١٩هـ.
- ١٢- البيهقي. أحمد بن حسين بن علي. سنن البيهقي الكبرى. تحقيق محمد عبدالقادر عطا. مكتبة الباز. مكة المكرمة ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
- ١٣- الترمذي. محمد بن عيسى. سنن الترمذي. تحقيق أحمد محمد شاكر. دار إحياء التراث العربي. بيروت (بدون سنة طبع).
- ١٤- التوزري. عثمان بن المكي. توضيح الأحكام بشرح تحفة الحكام. ط المطبعة التونسية ١٣٣٩هـ.
- ١٥- ابن تيمية. أحمد بن عبدالحليم تقي الدين الحراني. مجموع الفتاوى. تحقيق أنور الباز وعامر الجزار. دار الوفاء (بدون سنة طبع)، وتحقيق عبدالرحمن بن محمد بن قاسم. ط بأمر خادم الحرمين الشريفين الملك فهد بن عبدالعزيز آل سعود- رحمه الله (بدون سنة طبع).
- ١٦- ابن تيمية. عبدالسلام بن عبدالله (مجد الدين) المحرر في فقه الإمام أحمد. ط دار الكتاب العربي. بيروت.
- ١٧- الثاقب. فهد. المرأة والطلاق في المجتمع الكويتي: الأبعاد النفسية والاجتماعية والاقتصادية. المجلس العلمي بجامعة الكويت. ١٩٩٩.
- ١٨- جاد الحق على جاد الحق. التلقيح الصناعي لتوالد الإنسان والإجهاض. ضمن بحوث المؤتمر التاسع لمجمع البحوث الإسلامية ١٩٨٣.
- ١٩- الجندي. أحمد نصر. الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة. نشر دار عالم الكتب القانونية ٢٠٠٧.

- التعليق على قانون الأحوال الشخصية (المصري) ط ١٩٩٨.
- التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية/ مصر. ط ثانية ٢٠٠٣.
- النسب في الإسلام والأرحام البديلة. دار الكتب القانونية ٢٠٠٣.
- ٢٠- ابن حبان. محمد بن حبان بن أحمد التميمي. صحيح ابن حبان بترتيب علي ابن بلبان (الأمير). مؤسسة الرسالة. بيروت. ط. الثانية ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م.
- ٢١- ابن حنبل. أحمد بن محمد أبو عبدالله (صاحب المذهب). مسند الإمام أحمد بن حنبل بتحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، وآخرون، وإشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي. مؤسسة الرسالة. الطبعة الأولى ١٤٢١هـ- ٢٠٠١م.
- ٢٢- ابن حزم. علي بن أحمد بن سعيد. المحلى. تصحيح حسن زيدان طلبة. طبعة دار الكتب العلمية. ١٩٩٥.
- ٢٣- الحصري. أحمد. النكاح والقضايا المتعاقبة به ط. ٢٠٠٤.
- ٢٤- الخطاب. محمد بن محمد. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ط الثالثة. دار الفكر. ١٩٩٢.
- ٢٥- حمد. أحمد النسب في الشريعة والقانون. نشر دار القلم. ١٩٨٣.
- ٢٦- الحلبي. جعفر بن الحسين. شرائع الإسلام بشرح جواهر الكلام للنجفي.
- ٢٧- الخفيف. علي. النيابة عن الغير في التصرف. ط مطابع دار الكتاب العربي ١٩٥٤.
- ٢٨- خليل. علي. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. ط. دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي (بدون سنة طبع).
- ٢٩- أبو داود. سليمان بن الأشعث السجستاني. سنن أبي داود. تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد. دار الفكر. بيروت (بدون سنة طبع).
- ٣٠- الدارقطني. علي بن عمر أبي الحسن. سنن الدارقطني. عالم الكتب ومكتب المتنبي. القاهرة (بدون سنة طبع).

- ٣١- الدسوقي. محمد عرفة. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ط عيسى الحلبي (بدون سنة طبع).
- ٣٢- الذهبي. محمد حسين. الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة بين أهل السنة ومذهب الجعفرية. دار الكتب الحديثة. ١٩٦٧.
- ٣٣- ابن رشد. محمد بن أحمد (الحفيد) بداية المجتهد ونهاية المقتصد بتحقيق عادل عبدالموجود وعلي معوض. ط دار الكتب العلمية ١٩٩٦.
- ٣٤- ابن رشد. محمد بن أحمد (الجد). البيان والتحصيل والشرح والتوجيه في مسائل المستخرجة، بتحقيق د. محمد حجي. ط ثانية. دار الغرب الإسلامي. بيروت ١٩٨٨.
- ٣٥- رضا. محمد رشيد. تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار). الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٩٠.
- ٣٦- الزرقا. مصطفى أحمد. المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون العربي. ط دار القلم ١٩٩٦.
- ٣٧- الزرقاني. عبد الباقي بن يوسف. شرح الزرقاني على مختصر خليل. ط دار الفكر. وبحاشية الرهوني. ط الأميرية (بدون سنة طبع).
- ٣٨- الزركشي. بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر. البحر المحيط في أصول الفقه. دار الكتبي. الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ٣٩- أبو زهرة. محمد. الأحوال الشخصية. ط دار الفكر العربي (بدون سنة طبع).
- ٤٠- الزبياري. عامر سعيد. أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية. ط أولى. دار ابن حزم ١٩٩٧.
- ٤١- الزيبي. جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمي في تخريج الزيبي. تحقيق: محمد عوامة. مؤسسة الريان للطباعة والنشر. بيروت ودار القبله للثقافة الإسلامية. جدة. السعودية. ط.

الأولى ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.

٤٢- السباعي. مصطفى. مشروع الحوال الشخصية السوري. دار الوراق. سوريا. ط.
التاسعة. ٢٠٠١.

٤٣- السرخسي. محمد بن أحمد بن سهل. المبسوط. ط دار السعادة (بدون سنة طبع).

٤٤- ابن سلمون. عبدالله بن عبدالله. العقد المنظم للحكام في ما يجري بين أيديهم من الأحكام. بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون. ط دار الكتب مصورة عن الأشرفية
١٣٠١هـ.

٤٥- الشاطبي. إبراهيم بن موسى. الموافقات في أصول الشريعة بتحقيق محمد عبدالقادر
الفاضلي. ط أولى. المكتبة العصرية. بيروت. ٢٠٠٢.

٤٦- الشافعي. محمد بن إدريس. الأم. تحقيق رفعت فوزي عبدالمطلب. دار الوفاء. ط.
الأولى ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م.

٤٧- شامي. أحمد. قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات: دراسة فقهية ونقدية
مقارنة (رسالة للماجستير مقدمة إلى كلية دار العلوم بالقاهرة). نشر دار الجامعة
الجديدة. الإسكندرية ٢٠١٠.

٤٨- الشقفة. محمد بشير. الفقه المالكي في ثوبه الجديد. ط أولى. دار القلم دمشق.
١٤٢٤/ ٢٠٠٣.

٤٩- شلتوت. محمود. الإسلام عقيدة وشريعة ط ١٩٨٠.

٥٠- الشوكاني. محمد بن علي. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول. بتحقيق
سامي الأثري. ط دار الفضيلة. الأولى. الرياض ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠.

- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار شرح متن الأزهار. ط المجلس الأعلى للشئون
الإسلامية ١٩٩٤، بتحقيق محمود إبراهيم زايد. ط أولى. دار الكتب العلمية.

- فتح القدير. دار ابن كثير. دمشق. ط. الأولى ١٩٩٤.

- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار. مطبعة الحلبي ومكتبة دار التراث (بدون سنة طبع).
- ٥١- الشيرازي. إبراهيم بن علي. المهذب في الفقه الشافعي. ط عيسى الحلبي. ط دار الكتب العلمية.
- ٥٢- الصابوني. عبدالرحمن. نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام. مطبعة وهبة. ط التاسعة.
- ٥٣- الصالح. محمد بن أحمد. فقه الأسرة عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره (رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة في الفقه المقارن من جامعة الزهر).
- ٥٤- الصنعاني. محمد بن إسماعيل. سبل السلام شرح بلوغ المرام. ط دار الحديث ١٩٩٦.
- ٥٥- ابن طاهر. الحبيب بن طاهر. الفقه المالكي وأدلته. نشر مؤسسة المعارف. ط الثالثة ٢٠٠٥.
- ٥٦- طنطاوي. محمد محمود. الحوالم الشخصية في الشريعة الإسلامية (بدون سنة طبع).
- ٥٧- ابن عابدين. محمد أمين. حاشية ابن عابدين على الدر المختار. ط دار إحياء التراث العربي. وطبعة دار الفكر ١٩٩٥.
- ٥٨- عامر. عبدالعزيز. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: فقه وقضاء. الكتاب الثاني.
- ٥٩- ابن عبدالرفيع. إبراهيم بن حسن. معين الحكام على القضايا والأحكام. بتحقيق محمد بن قاسم بن عياد. ط دار الغرب الإسلامي. ١٩٨٩.
- ٦٠- ابن عثيمين. محمد بن صالح. الشرح الممتع على زاد المستقنع. ط دار ابن الجوزي.
- ٦١- العدوي. علي. حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني. ط الحسينية.
- ٦٢- ابن العربي. محمد بن عبدالله. أحكام القرآن بتحقيق محمد علي البجاوي. ط دار الجيل ١٩٨٧.
- ٦٣- العسقلاني. ابن حجر أحمد بن علي. فتح الباري شرح صحيح البخاري، بتحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ومحب الدين الخطيب. ط دار المعرفة ١٣٧٩، ط دار الحديث.

بيروت ١٩٩٨.

- ٦٤- عطا. عبدالقادر أحمد. اللقاء بين الزوجين. نشر دار التراث العربي. ط أولى. ١٩٨٠.
- ٦٥- العطار. عبدالناصر توفيق. الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، نشر المؤسسة العربية الحديثة (١٩٨٥).
- ٦٦- العطاوي. أحمد. تطبيقات أحكام الأسرة في محاكم البحرين: أطروحة شهادتي للدكتوراه من جامعة ويلز- لامبتر ٢٠٠٤. وهي غير منشورة.
- ٦٧- عليش. محمد بن أحمد أبو عبد الله المالكي. منح الجليل شرح مختصر خليل. دار الفكر. بيروت ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م
- ٦٨- العمراني. يحيى بن أبي الخير. البيان في مذهب الإمام الشافعي شرح المذهب. ط دار المنهاج. بيروت ٢٠٠٠م.
- ٦٩- الغرياني. الصادق عبدالرحمن. الأسرة أحكام وأدلة. من منشورات جامعة الفاتح. ليبيا ١٩٨٢.
- ٧٠- الغزالي. أحمد بخيت. أجوبة السائلين والسائلات عن مشكلات وقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين. ط أولى.
- النفقة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر. دراسة تطبيقية. دار النهضة العربية ٢٠٠٨.
- الوسيط في أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والتقنيات العربية. دراسة مقارنة. الكتاب الأول الزواج. دار النهضة العربية ١٩٩٩.
- ٧١- الغزالي. أحمد بخيت، الدكتور أحمد العطاوي. أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مملكة البحرين (دراسة مقارنة) نشر جامعة البحرين ٢٠٠٨.
- ٧٢- الغزالي. أحمد بخيت، والمحميد. ياسر. التعليق على القسم الأول من قانون أحكام الأسرة. نشر وزارة العدل والشئون الإسلامية بمملكة البحرين ٢٠١١.

- ٧٣- قاسم. يوسف. حقوق الأسرة في الإسلام. دار النهضة العربية. ١٩٨٧.
- ٧٤- ابن قدامة عبدالرحمن بن أبي عمر (شمس الدين) الشرح الكبير مع المغني لابن قدامة. بتحقيق محمد شرف الدين خطاب وآخرين. ط دار الحديث ١٩٩٦. وطبعة أخرى مع المقنع والإنصاف. بتحقيق الدكتور عبدالله التركي.
- ٧٥- ابن قدامة. عبدالله بن أحمد (موفق الدين). المغني بتحقيق محمد شرف الدين خطاب وآخرين، ط أولى. دار الحديث ١٩٩٦، وطبعة عالم الكتب الرياض بتحقيق د. عبدالله التركي والحلو ١٩٩٦، طبعة دار الفكر.
- ٧٦- القرطبي. محمد بن أحمد. الجامع لأحكام القرآن والمشتهر بتفسير القرطبي. تحقيق الدكتور عبدالله التركي. وعرقسوسي. ط مؤسسة الرسالة. بيروت. ٢٠٠٦.
- ٧٧- قلعه جي. محمد رواس، وقنيبي. حامد صادق. معجم لغة الفقهاء دار النفائس. بيروت ط. الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ٧٨- القليوبي. أحمد بن أحمد بن سلامة. حاشية على شرح الجلال المحلى على منهاج الطالبين. ط ثالثة. م مصطفى الحلبي. مصر ١٩٥٦.
- ٧٩- ابن القيم. محمد بن أبي بكر. أعلام الموقعين عن رب العالمين. بتحقيق طه عبدالرؤوف سعد. ط دار الجيل ١٩٧٣.
- إغاثة اللفهان في حكم طلاق الغضبان بتحقيق عبدالرحمن بن حسن بن قائد، ضمن آثار ابن قيم الجوزية وما لحقها من أعمال (رقم ٦) من مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي. نشر دار عالم الفوائد.
- جامع الفقه. بجمع وتوثيق نصوص وتخريج أحاديث يسري السيد محمد. ط دار الوفاء. المنصورة ٢٠٠٠.
- زاد المعاد في هدي خير العباد بتحقيق شعيب وعبدالقادر الإرنأوط، ط ٢٦. مؤسسة الرسالة، ومكتبة الإيمان الإسلامية ١٤١٢هـ. ١٩٩٢.

- ٨٠- الكاساني. أبو بكر بن مسعود. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط دار الكتاب العربي ١٩٨٢.
- ٨١- الكشناوي. أبو بكر بن حسن. أسهل المدارك، شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك. ط ثانية. دار الفكر.
- ٨٢- كمال. أشرف مصطفى. شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي. مؤسسة دار الكتب. ط الثالثة. ٢٠٠٦.
- ٨٣- ابن ماجه. محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني. سنن ابن ماجه. مكتبة أبي المعاصي. مصر (بدون سنة طبع).
- ٨٤- الماوردي. علي بن محمد بن حبيب. الحاوي الكبير بتحقيق محمود مسطرجي وآخرين. ط دار الفكر. ١٩٩٤.
- ٨٥- المحمدي. علي محمد يوسف. أحكام النسب في الشريعة الإسلامية. دار قطري بن الفجاءة. قطر. ١٩٩٤.
- ٨٦- مذكور. محمد سلام. الوجيز في أحكام الأسرة. دار النهضة العربية ١٩٧٨.
- ٨٧- المرادوي. الحسن بن سليمان. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف في مذهب الإمام أحمد. تحقيق محمد حامد الفقي ط ١٩٥٦. ط دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي، بتحقيق محمد حسن الشافعي ط أولى. دار الكتب العلمية ١٩٩٧، وبتحقيق د. عبدالله التركي. ط أولى. هجر ١٩٩٦ (مع المقنع والشرح الكبير).
- ٨٨- المرغيناني. علي بن أبي بكر. الهداية شرح بداية المبتدي. ط الحلبي (بدون سنة طبع).
- ٨٩- مطلوب. عبدالمجيد. أحكام الأسرة ط ١٩٨٤.
- ٩٠- المطيعي. محمد نجيب. تكملة المجموع للنووي. ط دار الفكر. بيروت (بدون سنة طبع).

- ٩١- ابن مفلح. محمد. كتاب الفروع بمراجعة عبد الستار أحمد فراج. ط رابعة. عالم الكتب. بيروت ١٩٨٥.
- ٩٢- منصور. سعيد الخرسانس. سنن سعيد بن منصور. تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي. الدار السلفية. الهند. ط الأولى ١٤٠٣هـ- ١٩٨٢م.
- ٩٣- ابن منظور. محمد بن مكرم. لسان العرب. دار صادر. بيروت. ط الثالثة ١٤١٤هـ.
- ٩٤- مهيب. عبدالحميد. أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. دار النهضة العربية. ١٩٩٧.
- ٩٥- ابن نجيم. زين الدين بن إبراهيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ط دار المعرفة. بيروت
- ٩٦- النسائي. أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن. المجتبى من السنن (سنن النسائي). مكتب المطبوعات الإسلامية. حلب. ط الثانية ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م.
- ٩٧- النفراوي. أحمد بن غنيم. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني. ط دار الكتب العلمية. ١٩٩٧.
- ٩٨- النووي. يحيى بن شرف. المجموع. بتحقيق محمود مطرحي. ط دار الفكر. الأولى.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين. تحقيق: زهير الشاويش. المكتب الإسلامي. بيروت. الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ- ١٩٩١م.
- شرح النووي على صحيح مسلم. ط الهيئة العامة للكتاب (بدون سنة طبع).
- ٩٩- النيسابوري. مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري. صحيح مسلم. تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي. دار إحياء التراث العربي. بيروت (بدون سنة طبع).
- ١٠٠- ابن همام. عبدالرازق الصنعاني. مصنف عبدالرازق. المكتب الإسلامي. بيروت. ط الثانية ١٤٠٣هـ- ١٩٨٢م.
- ١٠١- ابن الهمام. محمد بن عبدالواحد. شرح فتح القدير على الهداية. ط الحلبي. الأولى. وطبعة أخرى.

- ١٠٢- يوسف. أحمد. أحكام الزواج والفرقة ط ١٩٨٥ . ص ٤٥ .
- ١٠٣- الجريدة الرسمية. وزارة الإعلام البحرين. العدد ٢٣٥٤ يناير ١٩٩٩ م
- ١٠٤- مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما. دار القلم. دمشق. ط. الأولى ١٤١٦ هـ ١٩٩٦ م.

فهرس البحث

٤٨٦	ملخص الدراسة
٤٨٩	المقدمة
٤٩٠	أهمية الدراسة :
٤٩١	الدراسات السابقة :
٤٩٢	منهجية البحث :
٤٩٣	خطة الدراسة :
٤٩٥	الفصل الأول : حقوق المرأة في أحكام الزواج وآثاره
٤٩٥	المبحث الأول : أحكام الخطبة
٤٩٥	١ - حقها في الخطبة :
٤٩٦	٢ - حقها في العدول عن الخطبة :
٥٠٠	المبحث الثاني : إنشاء عقد الزواج: الأركان والشروط
٥١٩	المبحث الثالث : حقوق الزوجة العامة في آثار عقد الزواج
٥٢٥	المبحث الرابع : الحقوق المالية
٥٢٥	١ - حقها في الحصول على صداق
٥٢٨	٢ - حقها في التصرف في صداقها
٥٣٠	٣ - حقها في مؤخر صداقها:
٥٣٢	٤ - حقها في الامتناع عن الدخول ما لم تستلم الحال من صداقها:
٥٣٤	٥ - حقها في وجوب الصداق لها:
٥٣٤	٦ - حقها في تمام الصداق المسمى:
٥٣٧	٧ - حقها في أعيان ما أحضرت من جهاز مسكن الزوجية :
٥٦٤	المبحث الخامس : حقوقها في النسل وإثبات النسب

- ٥٦٥ ١ - حقها في عدم حرمانها من الحصول على النسل:
- ٥٦٦ ٢ - حقها في إثبات النسب:
- ٥٨٧ الفصل الثاني : حقوق المرأة في الفرقة.....
- ٥٨٨ المبحث الأول : حقوقها في فرقة الطلاق
- ٦١٠ المبحث الثاني : حقها في التطليق للضرر.....
- ٦٣٥ المبحث الثالث : حقها في طلب الخلع من زوجها.....
- ٦٤٢ المبحث الرابع : حقها في طلب الفسخ بسبب تدليس الزوج عند العقد
- ٦٤٤ الفصل الثالث : حقوق المرأة في آثار الفرقة.....
- ٦٤٤ المبحث الأول : الحقوق المالية
- ٦٤٤ أولاً: حقها في الصداق وامتعة الطلاق:.....
- ٦٤٧ ثانياً: حقها في نفقة العدة:.....
- ٦٥٠ المبحث الثاني : حقها في حضانة أولادها
- ٦٦١ المبحث الثالث : حكم عام قبول شهادتها.....
- ٦٦٢ الخاتمة
- ٦٦٢ أهم النتائج:.....
- ٦٦٣ أهم التوصيات:.....
- ٦٦٤ قائمة المراجع.....
- ٦٧٥ فهرس البحث.....