



كلية الشريعة

شرح قانون

# الأحوال الشخصية السوري

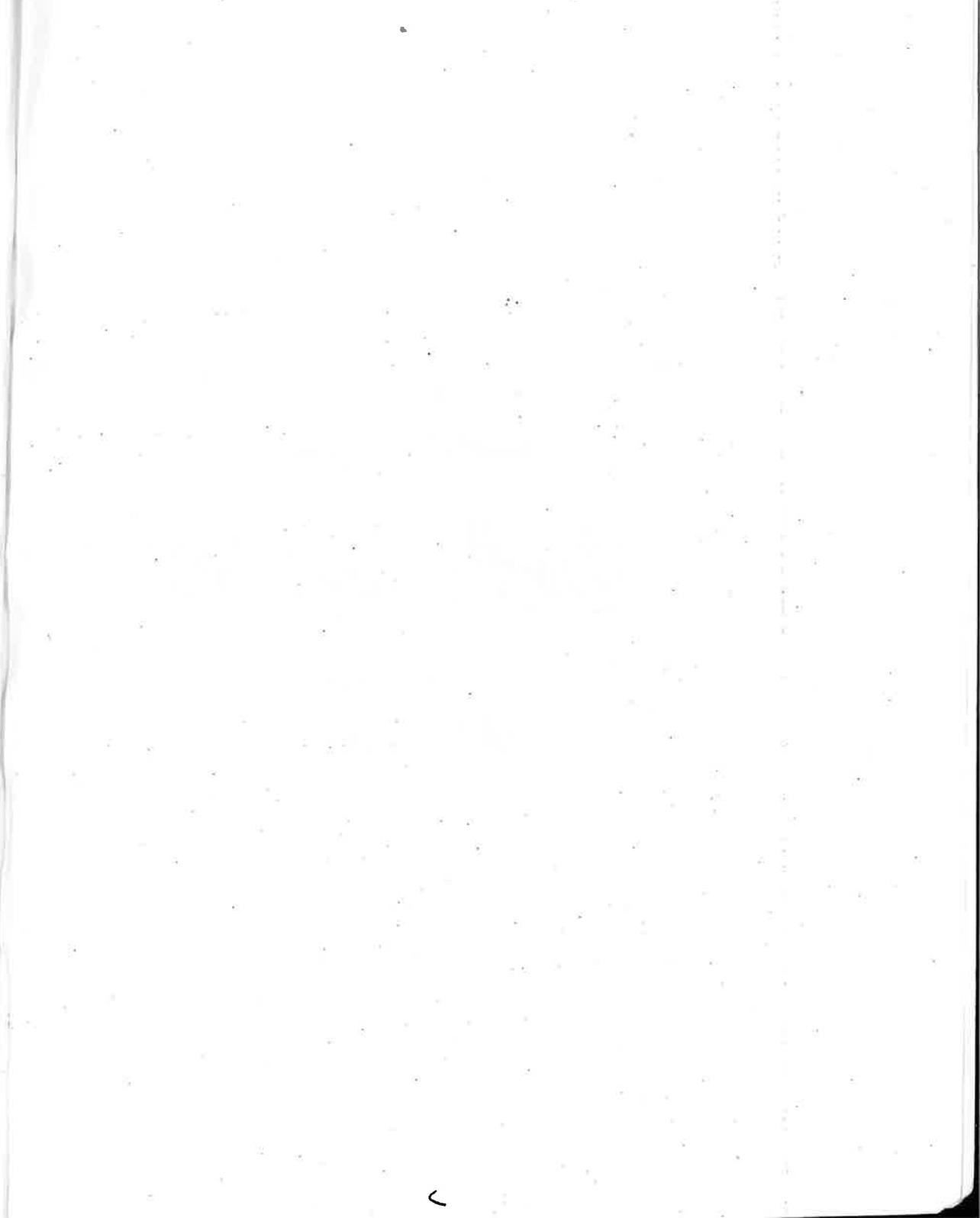
أجزء الثاني

الطلاق وأثاره

الدكتور

عبد الرحمن الصابوني

كلية الشريعة - جامعة دمشق



## بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

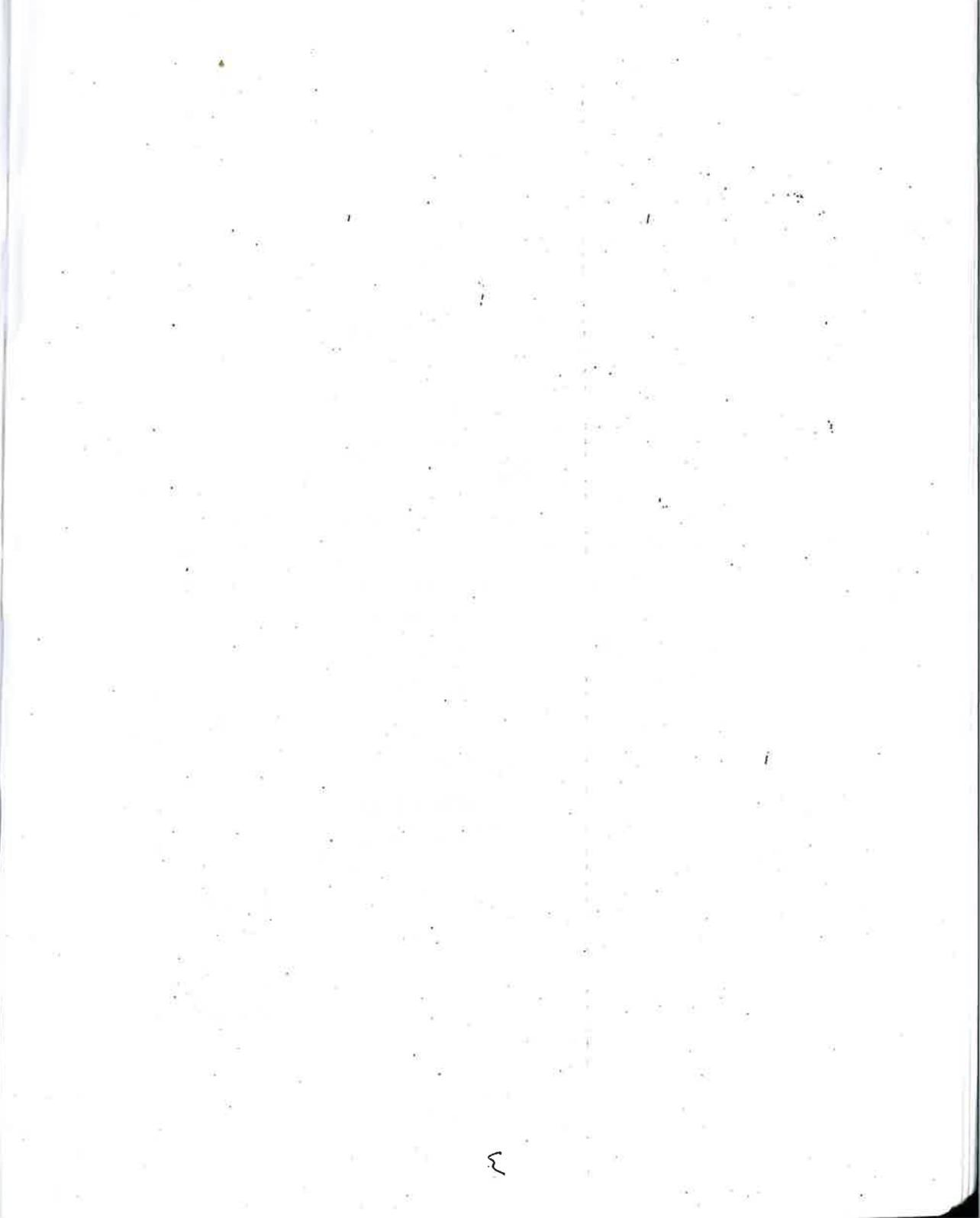
وبعد فهذا هو الجزء الثاني من شرح قانون الاحوال الشخصية السوري :  
« الطلاق وآثاره » أقدمه لطلاب كليتي الشريعة والحنوق في جامعة دمشق وفق  
المقرر لديهم ، حاولت كما فعلت في الجزء الاول عرض المواد القانونية مع شرحها  
شرحا موجزا وذلك بردها الى اصولها ومصادرها الفقهية والقانونية المتعددة .  
وتضمنت هذه الطبعة الخامسة زيادات هامة اقتضتها ضرورة التعديل الجديد  
الصادر بالقانون رقم ٣٤ تاريخ ٣١/١٢/١٩٥٠ .  
وقد ألحقت بنهاية كل بحث ما ذهب اليه التفسير العملي لهذا القانون  
بالاجتهادات القضائية المختلفة اذ لا يكفي الشرح النظري مجردا عن الفهم التطبيقي  
الذي يمارسه القضاة من خلال عملهم في حل قضايا الاسرة. ضمن هذا القانون .  
هذا اضافة الى تلك المقارنة التي بدأتها في الجزء الاول مع احكام الشريعتين  
اليهودية والمسيحية في شؤون الزواج والطلاق .  
وعلى ذلك سيكون محتوى هذا الجزء الثاني قسمين :

القسم الاول :

احكام الطلاق

القسم الثاني :

نتائج الولادة أو حقوق الاولاد



# القسم الأول

## الطلاق

الباب الأول :

أحكام الطلاق

الباب الثاني :

آثار الطلاق

الباب الثالث :

إحلال الزواج لدى غير المسلمين



# الْبَيْتُ الْأَوَّلُ

## احكام الطلاق

ويحتوي على تمهيد واربعة فصول :

### الفصل الاول :

الطلاق وأقسامه والفرق بينه وبين الفسخ

### الفصل الثاني :

الطلاق بالارادة المنفردة

### الفصل الثالث :

الطلاق باتفاق الزوجين

### الفصل الرابع :

الطلاق بحكم الشرع والتانون



## تهيه

شرع الله الزواج وسيلة للاستقرار والتناسل ولهذا جعله أبديا تستقر فيه نفس كل من الزوجين ولذا كان كل توقيت فيه يفسده ، وقد قال تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » •

وقد ضمن الاسلام لهذا العقد المقدس الرضائية التامة فلا زواج باكره أحد الزوجين على من لا يختاره بمحض ارادته ، وجعل للولي حق الاعتراض اذا تم الزواج بين الفتاة والشاب بشكل لا ينبىء عن استقرار وتوافق ليضمن للزواج الدوام والاستمرار •

هذا الزواج الذي شرع لاغراض معينة ومقاصد بينها الشارع الحكيم ، قد يعترضه بعض ما يحول دون تحقيق أهدافه ، فقد يكون أحد الزوجين عقيما فلا يحقق الزواج هدفه من التناسل والتوالد •

وقد تتباين طبائع الزوجين وتختلف أخلاقهما فلا ينشأ التوافق والانسجام فلا يحقق الزواج هدفه الفرزي •

وقد تتباين طبائع الزوجين وتختلف أخلاقهما فلا ينشأ التوافق والانسجام بين الزوجين الذي حرص الاسلام على توافره بينهما •

وقد تتضرر الزوجة أو الزوج من أذى يلحقه احدهما بالآخر أو تتضرر الزوجة لغياب زوجها في سجن أو غيره •

وبصورة عامة قد لا تتحقق المحبة والمودة بين الزوجين فلا ينشأ عن هذا الزواج الهدف الذي لاجله شرع بل لاجله تم الرضا بين الزوجين في هذا العقد المقدس •

وبما أن رفع الظلم عن كل من الزوجين أمر واجب وضرر كل منهما أمر محرم .  
فما هو علاج هذه الحالات التي تتعرض لها كل حياة زوجية لم يكتب لها

القدر النجاح ؟

لعلاج هذه الحالات لا نجد أمانا الا حلا من ثلاثة حلول :

١- استمرار الحياة الزوجية رغم ما أصابها من وهن وضعف وتفكك واضرار  
وعدم جواز التفريق بين الزوجين مهما طرأ على هذه الحياة من أمور (١) .

٢- وإما أن تعطي القاضي حق التفريق بين الزوجين اذا ما شكك أحد الزوجين  
باضرار الآخرين أو تعذر استمرار الحياة بينهما .

٣- والحل الأخير هو أن تجيز لكل من الزوجين حق التفريق اذا ما رأى  
أحدهما ان الحياة الزوجية لم تعد تلك الحياة التي كان يأمل فيها من رخاء وسعادة  
واستقرار فيفارق زوجه بطلاق أو فسخ بإرادته المنفردة دون حاجة الى حكم القاضي  
وبيان السبب في ذلك .

ونلاحظ في الحل الاول من عدم الانفصال الزوجي ان ذلك اصبح الآن غير  
ذي موضوع وقد أخذت جميع أمم الارض بنظام التفريق بين الزوجين .

والحل الثاني هو النظام المعمول به في أكثر البلاد في العالم حيث تنص  
قوانينها على اسباب معينة للتطبيق فيتقدم أحد الزوجين بطلب الى القضاء شارحا  
الاسباب التي دعت له هذا الطلب فينظر القاضي الدعوى فان رأى ذلك حقا  
حكم بالتفريق .

(١) في احصاء قامت به في روما إحدى المنظمات الاجتماعية واستغرق عدة  
اشهر تبين منه ان حالات الزواج في ايطاليا أصبحت عملية معقدة جدا وان الحل  
يحتاج لمجزأة .

وجاء في التقرير الذي نشر حول الاحصاء ان ٥٥ بالمائة من الرجال الايطاليين  
يخونون زوجاتهم وأن نصف هؤلاء غير مستعدين لحالات الطلاق بأي ثمن . وازداد  
التقرير ان حوالي ٤٠ بالمائة من النساء الايطاليات يقمن بالرد على الخيانة الزوجية  
بالاسلوب نفسه كما انهن يكذبن على أزواجهن بصورة مستمرة . وخلص التقرير  
الى القول بان عددا كبيرا من المتزوجين يعلمون انهم يتعرضون للخيانة كل يوم لكنهم  
لا يهتمون كثيرا لهذا الامر بل يردون على الخيانة بالخيانة .

عن تشرين العدد ١٧٨ تاريخ ٤-١٢-١٩٧٨ .

وهذا الحل عدا عن أنه يمرض أسرار البيوت للفضائح أمام القضاء ، وعدا عن أن كثيرا من الامور لا يتورع أحد الطرفين عن ذكرها أمام القضاء ، فان هذا يسيء الى الزوجة التي تطلق أمام القضاء لاسباب جوهرية قد لا تساعد على الزواج بزواج آخر بعد أن يعلم الزوج الثاني ان هذه الزوجة لم تطلق إلا لأمر هام كان السبب في انفصال الحياة الزوجية فقد يتكرر منها اذا ما تزوجها فيعزف عن الزواج بها .

وفضلا عن هذا فاننا نلاحظ ان القضاء يتساهل كثيرا في التفريق بين الزوجين ، إذ أن جميع القوانين الاجنبية تجعل من الاسباب الرئيسية للتفريق : تعذر أو استحالة الحياة الزوجية ، أو وجود شقاق بين الزوجين يحول دون الاستقرار الزوجي . ولا يخفى ما في هذه المواد من مرونة يتصرف بتطبيقها القاضي كما يحب ويشاء .

وأما الحل الثالث وهو أن نعطي كلا من الزوجين الحق في التفريق بإرادته المنفردة دون رجوع الى القضاء .  
فما هو موقف الاسلام من هذه الحلول الثلاثة ؟ ...

لا بد لنا ونحن نبحث هذه الحلول وموقف الاسلام منها أن نشير بإيجاز الى نظرة الاسلام الى الطلاق ...

لقد اعتبر الاسلام الزواج أبديا كما ذكرنا ولكنه لم يرض ان يجعل منه سجنا لا يخرج منه الزوجان الا بالقتل أو الوفاة ، فشرع الطلاق وبعث فيه فقال عليه السلام : « أبغض الحلال الى الله الطلاق » .

وقد أمر الله تعالى الزوجين بالابقاء على الحياة الزوجية والصبر على ما يصيب أحد الزوجين خلالها ما أمكن الى ذلك سبيلا .

ثم شرع الاسلام علاجا للحالات التي ينشأ عنها شقاق ونزاع بين الزوجين ، فأوجد نظام التحكيم بين الزوجين وهو ان يختار الزوج شخصا من أهله وتختار الزوجة شخصا من أهلها ويحاول الحكمان التوفيق والاصلاح بين الزوجين حرصا على استمرار الحياة الزوجية بينهما .

أما إذا لم تجد هذه المحاولات فقد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل ويبد المرأة أحيانا ويبد القاضي في حالات عدة ، وحتى إذا وقع الطلاق فقد جعله الشارع ظلًا رجيا تمكث فيه الزوجة مدة من الزمن في بيت الزوجية يجرب كل منهما حياة الفرقة ، وأعطى للزوج حق مراجعة زوجته ما دامت في العدة .

والإسلام وقد أعطى الزوج حق الطلاق لم يحرم الزوجة منه فلكل زوجة في الإسلام أن تشتري أثناء عقد الزواج أن يكون طلاقها بيدها تطلق نفسها متى تشاء فإذا رضي الزوج بذلك فقد تساوت الزوجة مع زوجها في حق الطلاق . كما أن للزوجة أن تطلب التفريق من القاضي إذا ما أساء الزوج عشرتها أو قصر في واجباته نحوها وذلك حق لها ولو لم تشتري الطلاق على زوجها .

وهناك حالة رابعة وهي ما إذا تم الاتفاق بين الزوجين على الفرقة بينهما فيجوز ذلك وفائدة هذا الاتفاق تبدو بالتبعات المالية المترتبة على التفريق بالاتفاق وهو ما يسمى بالمخالفة .

والخلاصة فإن نظام الطلاق في الإسلام علاج لكل أسرة تقدر رأب الصدع بينها فنشأ الشقاق والخلاف بينها ، وهو لرفع الضرر عن أحد الزوجين الذي قد يصيبه من جراء عدم التوافق والانسجام أو حال غياب زوجة أو سجنه فرفعا للضرر ومنعًا للظلم شرع نظام الطلاق .

ولم يستأثر الرجل بفصل عرى الزوجية دون الزوجة بل هو حق للزوج والزوجة والقضاء كما هو حق للزوجين معا إذا اتفقا على انتهاء الحياة الزوجية .

والذين يحاولون اليوم النيل من مكانة تشريع الأسرة لنزع احترامها وقديستها لدى المؤمنين بها لتغيير أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية إنما يتعدون عن معالجة الواقع ارضاء لميولهم واهوائهم مدعين أن في هذا النظام ظلما للمرأة وتشريدا للاطفال وهديما للمجتمع النامي الى غير ذلك من الكلمات التي يرددونها دون فهم لمحتواها أو إدراك لمداها .

الى هؤلاء المتبوعين والى أولئك التابعين فذكر الحقائق التي تؤيدها الأرقام الصادرة عن وزارات التخطيط في سائر الدول العربية وتوضح بشكل علمي بميد

عن الانفعال العاطفي والتعصب المقنن المتلى به الذين يحاربون كل ما يتصل  
بالشرعة الاسلامية من قريب أو بعيد :

١ - ان نسبة الطلاق في سوريا عام ١٩٧٦ بحدود خمسة في المائة فقط اذا  
قارنا عقود الزواج وحوادث الطلاق فقد بلغت عدد الزيجات ٧٩٦٩٢ ووقائع  
الطلاق ٣٧٤٤ .

وإذا أردنا النسبة الأكثر دقة لكنا أقل بكثير لان الذين طلقوا لم يكن  
جميعهم من الذين تزوجوا في هذا العام فالنسبة الصحيحة بين هذه الوقائع ونسبة  
المتزوجين في القطر واعتقد انها تنخفض الى ٢ بالمائة حيثد .  
بينما لا يوجد بلد تقل نسبة الطلاق فيه في أوروبا عن ٢٠ بالمائة .

٢ - ان عدد الذين طلقوا زوجاتهم بدون اولاد لعام ١٩٧٦ هو ٢٦٩٠ وبلغ  
عدد الذين طلقوا زوجاتهم عام ١٩٧٦ وعندهم اربع اولاد ٧٤ مطلقا فقط ومن  
هنا ندرك حقيقتين :

- ١ - لا علاقة للتشرد بالطلاق بل للتشرد اسباب اجتماعية اخرى .
- ٢ - ان الرغبة الحقيقية في الطلاق هي عدم الانجاب وان وجود الاولاد  
مانع من موانع تثبتت الامر (١) .

وعلى هذا ففرق الزواج تكون على اربعة انواع :

- ١ - الطلاق بالإرادة المنفردة .
- ٢ - الطلاق باتفاق الزوجين .
- ٣ - الطلاق بحكم القاضي .
- ٤ - الطلاق بحكم الشرع والقانون .

---

(١) ان نسبة المتزوجين بزوجتين في سوريا وفق احصاء ١٩٧٦ هي بين كل  
الف متزوج يوجد ٢٧٣ متزوج زوجتين هذا في المدن وفي الريف بين كل الف متزوج  
يوجد ٤٧٢ زوج زوجتين . وهذا يدلنا على ان العوامل الاقتصادية لها دور كبير  
في تمدد الزوجات .

# الفصل الأول

## انواع الطلاق والفرق بينه وبين الفسخ

تقسم فرق الزواج باعتبارات مختلفة فهي اما فسخ او طلاق والطلاق اما ان يكون رجعيا او بائنا بينونة صغرى او بائنا بينونة كبرى و فرق الزواج تكون بالارادة المنفردة ، او بحكم القضاء ، او باتفاق الزوجين او بحكم الشرع .

### الطلاق والفسخ :

الطلاق هو انتهاء الحياة الزوجية . اما الفسخ فهو ازالة ما يترتب على العقد من احكام ، وقد يكون الفسخ لخلل صاحب نشوء العقد ، كما لو نشأ العقد غير لازم فللولي أو الزوجة حق طلب الفسخ كما ذكرنا في موضعه (١) ، وقد يكون الفسخ لخلل طرفاً على العقد بعد نشوئه تاماً صحيحاً .

### أهم الفروق بين الطلاق والفسخ :

- ١ - الطلاق يعتبر انتهاء لعقد الزواج ، أما الفسخ فقد يكون نقضا للعقد لخلل رافق نشوئه ، أو لعارض طرأ على الزواج فممنع بقاءه بعد أن نشأ صحيحاً ، أو لحدوث اصاب أحد الزوجين فأعطى للآخر حق طلب الفسخ .
- ٢ - فسخ عقد الزواج يقطع الرابطة الزوجية في الحال ، أما الطلاق فقد يكون كذلك كما في البائن وقد لا يقطع هذه الرابطة بالحال بل بعد مضي مدة كما في الطلاق الرجعي حيث لا تنقطع الرابطة الزوجية الا بعد مضي العدة .
- ٣ - الطلاق يكون بائنا لا رجعة فيه وقد يكون رجعياً يجوز للزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة ، اما الفسخ فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها .
- ٤ - الفرقة التي تمت طلاقاً تنقص من عدد الطلاقات الثلاث التي يمكنها

(١) راجع بحث الكفاءة في الجزء الاول من هذا الكتاب .

الزوج . أما الفسخ فلا يعد من الطلقات الثلاث أي لا ينقص العدد ، فلو فسخ  
عقد الزواج ثلاث مرات مثلا فيملك الزوج ان يطلق زوجته رغم ذلك ثلاث  
طلقات .

• - الطلاق لا يكون الا في عقد الزواج الصحيح لان الطلاق انهاء لعقد  
الزواج الصحيح فلا يكون في غيره بينما الفسخ قد يكون في الزواج الفاسد  
وقد يكون في الزواج الصحيح (١) .

### الطلاق الرجعي والطلاق البائن :

ينقسم الطلاق الى رجعي وبائن والبائن ينقسم الى قسمين : بائن بينونة  
صغرى وبائن بينونة كبرى .

والاصل في الطلاق ان يكون رجعيا أي أن الزوج يملك مراجعة زوجته اذا  
طلقها للمرة الاولى والثانية ما دامت في العدة بقوله لها راجعتك أو أت زوجتي  
أو أية عبارة تدل على ذلك دون حاجة الى عقد جديد (٢) .

فاذا مضت العدة ولم يراجع الزوج زوجته اصبح الطلاق بائنا. بينونة صغرى  
أي أن الزوج لا يملك مراجعة زوجته دون اجراء عقد جديد .

وسواء انتهت دون مراجعة ، أم راجع الزوج زوجته مرتين في الطلقة الثالثة  
يصبح الطلاق بائنا بينونة كبرى لا يجوز فيه للزوج مراجعة زوجته ولو بعقد  
جديد .

الا انه في هذه الحالة اذا تزوجت الزوجة زوجا غيره زواجا شرعيا غير موقت  
ثم طلقها طلاقا شرعيا دون اكرهه جاز لزوجها الاول ان يتزوجها بعقد جديد .

### متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون بائنا :

الاصل في الطلاق كما ذكرنا ان يكون رجعيا وقد اختلف الفقهاء في الطلاق

---

(١) راجع هذا البحث : بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٣ الفواكه المديدة في فقه  
الحنابلة ج ٢ ص ٣٣٧ مواهب الجليل ج ٤ ص ١٨ مفني المحتاج ج ٥ ص ١٨٤ .  
(٢) احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٤٧٠ فتاوى ابن تيمية ج ٢ ص ١٥  
زاد المعاد ج ٤ ص ٥٢ .

البائن ومتى يكون ، وقد ذهب جمهور الفقهاء الى أن الطلاق البائن يكون في حالات ثلاث (١) :

١ - الطلاق قبل الدخول .

٢ - الطلاق على مال .

٣ - ان تكون الطلقة مكتملة للطلقات الثلاث .

وقد زاد الاحناف على هذه الحالات حالات أخرى :

١ - اذا وصف الزوج الطلاق بالبينونة كما لو قال لها انت طالق طلقة بائنة .

٢ - اذا قرن الطلاق بأفعل تفضيل تدل على البينونة كقوله انت طالق

أشد الطلاق .

٣ - ان يشبه الطلاق تشبيها يدل على البينونة كما لو قال لها : انت طالق

طلقة كالجيل .

٤ - أن يكون لفظ الطلاق بلفظ كناية وهي كل لفظ دل على الطلاق او غيره

ونوى به الطلاق كقوله : انت خلية انت بريئة .

وقد جاء في القانون السوري في المادة ٩٤ :

كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق

على بذل وما نص على كونه بائنا في هذا القانون .

وبالرجوع الى بقية مواد القانون يتبين لنا ان القانون اعتبر الطلاق بائنا

للعلل والامراض حسب ما جاء في المادة ١٠٨ والطلاق للشقاق والضرر وذلك حسب

ما جاء في المادة ١١٢ .

وعلى هذا فالطلاق البائن في القانون السوري يكون في خمس حالات وما عدا

ذلك فكل طلاق يوقعه الزوج هو طلاق رجعي .

واما الطلاق البائن بينونة كبرى فهو ما كان مكتملا للطلقات الثلاث دون

خلاف بين الفقهاء .

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ١٤٧ حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٨٥ الفروع ج ٢

ص ٢٢٧ البحر الرائق ج ٤ ص ٥٤ .

## الطلاق الثلاث

الطلاق الثلاث هو كل طلاق اقترن بعدد الثلاث لفظا او اشارة ، كما لو قال الزوج لزوجته انت طالق ثلاثا ، وكذلك اذا كرر لفظ الطلاق كقوله : انت طالق أنت طالق أنت طالق .

وقد اختلف الفقهاء في الطلاق الثلاث على ثلاثة آراء :

- ١ - ان الطلاق بلفظ الثلاث يعتبر لفسوا فلا يقع به طلاق وهم بعض الشيعة الجعفرية (١) .
- ٢ - ان الطلاق المتكرر أو المقترن بعدد لا يقع به الا طلقة واحدة وهو ما ذهب اليه الجعفرية (٢) والزيدية (٣) وكثير من فقهاء المذاهب الاخرى (٤) .
- ٣ - وذهب جمهور الفقهاء الى أن الطلاق المقترن بعدد يقع أكثر من طلقة فان اقترن بالثلاث أو تكرر اللفظ ثلاث مرات وقع ثلاث طلاقات (٥) .

---

(١) تفسير البيان للطبرسي ، اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ١٥٠ ، السرائر مخطوط في مكتبة معهد الدراسات العربية رقم ٣٣٨ ص ٣٣٩ .  
راجع من مصادر الجعفرية ايضا : جواهر الكلام ج ٥ ص ٢٨٩ ، الاستبصار ج ٣ ص ٢٦٨ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢٥٧ .

(٢) الروضة البهية ج ٣ ص ١٥٠ ، الكافي ج ٣ ص ١٠٢ ، التهذيب ج ٢ ص ٣٦٤ ، جواهر الكلام ج ٥ ص ٢٨٩ .

(٣) البحر الزخار ج ٢ ص ١٧٤ ، المنتزع المختار ج ٢ ص ٤٥٣ ، التاج المذهب ج ٢ ص ٦٩٩ .

(٤) افانة اللهقان ج ٣ ص ٣٢٦ ، تفسير القرطبي ج ٢ ص ١٢٢ ، فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ١٧ .

(٥) نيل الاوطار ج ٦ ص ٢٢٨ ، فتح الباري ج ٩ ص ٢٧٢ ، زاد المعاد ج ٤ ص ٦١ ، فتح القدير ج ٣ ص ٢٦ ، المغني ج ٢ ص ٢٦ .

وقد ذهب القانون السوري الى عدده وقوع الطلقات الثلاث أكثر من طلبة  
واحدة خلافا لرأي الأئمة الأربعة<sup>(١)</sup> .

فقد جاء في المادة ٩٢ : الطلاق المقترن بعدد لفظا او اشارة لا يقع الا واحدا .

(١) وسبب الخلاف بين جمهور الفقهاء الذين اوقفوا الطلقات كما يلفظها  
الزوج وبين الذين قالوا لا يقع الطلاق الا مرة واحدة بعد مرة هو ما يلي :

١ - قوله تعالى في سورة البقرة آية ٢٢٩ : « الطلاق مرتان فامسك بمعروف  
او تسريح باحسان ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما  
حدود الله فان خفتن الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به ، تلك حدود  
الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ، فان طلقها فلا تحل له  
من بعد حتى تنكح زوجا غيره » وقد فسر الذين قالوا لا يقع الطلاق الا مرة واحدة  
منهما اقترن به من لفظ ان الطلاق يجب ان يكون مرة بعد مرة وعقب كل مرة إما  
امسك بمعروف اي الرجعة او تسريح باحسان وهو ترك الرجعة حتى تمضي العدة ؛  
إما اذا وقع الزوج الطلقتين مرة واحدة بلفظ واحد فلا يقع الا طلقة واحدة كما لو قال  
المؤذن الله أكبر مرتين فلا يعد الا مرة واحدة لانه لفظ واحد اقترن بعدد ، وكذلك  
لو دفع رجل لآخر درهمين فلا يقال انه اعطاه مرتين بل اعطاه مرة واحدة درهمين .  
ويؤكد ذلك قوله تعالى : « مرتان » ولم يقل طلقتان ، اي اذا طلقتن فطلقوا مرتين  
مرة بعد مرة . فاذا طلق الزوج مرتين متفرقتين بينهما مراجعة او عقد جديد وعساد  
فطلق مرة ثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره .

اما جمهور الفقهاء فقالوا ان الآية تدل على صحة الجمع بين الطلقات بلفظ  
واحد اذا فرنا قوله تعالى : الطلاق مرتان بالطلقتين معا كقوله تعالى : « نؤتها اجرها مرتين » .

٢ - حديث ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله وابي بكر وسنتين  
من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر : ان الناس قد استعجلوا في امر كانت  
لهم فيه اناة فلو أمضينا عليهم .

وقد اختلف في تفسير حديث ابن عباس فقد ذهب جمهور الفقهاء الى انه افنى  
بخلاف روايته بينما اخذ الفريق الاخر بتفسيره غير المؤول كما ورد .

٣ - استدل الجمهور على وقوع الطلاق اكثر من مرة بلفظ واحد بحديث ابن عمر  
بعد طلاق زوجته سال الرسول عليه السلام قائلا : لو كنت طلقته ثلاثا اكان لي ان  
اراجعها فقال له النبي الكريم : لا .. كانت تبين وتكون ممصية .

واستدل الطرف الاخر بحديث ركانة انه طلق امراته ثلاثا في مجلس واحد فسأله  
رسول الله كيف طلقته ؟ قال : طلقته ثلاثا ، فقال رسول الله : في مجلس واحد ؟  
قال : نعم قال له الرسول عليه السلام : فانما تلك واحدة فارجمها ان شئت .

## حكم تكرار الطلاق في القانون :

نلاحظ نقصا في صياغة هذه المادة فيما يتعلق بالطلاق المتكرر . هل يقع طلقة واحدة أم يقع بعدد تكرار الطلقات ؟ ...  
اختلف رأي شراح القانون في هذا الموضوع ، وقد ذهبت المحاكم المصرية الى أن الطلاق المتتابع في مجلس واحد يعتبر طلقة واحدة .

وقد استقر رأي الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية على اعتبار الطلاق المتتابع والطلقات المجموعة تقع واحدة ، فقد جاء في قرار رقم ١٣٢ تاريخ ١٩٥٧/٤/١١ : ان الطلاق الموصوف بعدد والذي تكرر لفظه يعتبر طلاقا واحدا رجعيًا .

وهذا ما ذهب اليه بعض الشراح في مصر ومنهم استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة رحمه الله .

وحجة أصحاب هذا الرأي تتلخص في النقاط التالية :

١ - ان قصد المشرع من وضع هذه المادة هو القضاء على تكرار الطلقات الثلاث سواء أكانت بلفظ واحد أم كانت بألفاظ متكررة اذ لا فرق بين قوله أنت طالق ثلاثا وقوله أنت طالق أنت طالق أنت طالق \* .

٢ - بالرجوع الى المذكرة الايضاحية نجد أنها لم تميز بين الطلاق المقترن بعدد والطلاق المتتابع .

٣ - ان الطلاق المتكرر يأخذ حكم الطلاق المقترن بعدد عن طريق القياس .

والذي أراه في هذا الموضوع :

ان الطلاق المتتابع يقع أكثر من طلقة ، لان القانون ساكت عن حكم هذه الحالة ، ونحن حين نفسر القانون لا بد لنا من التقيد بنصوصه . اما الرجوع الى المذكرة الايضاحية فيكون ذلك في حالات مخصوصة كغموض النص مثلا . أما موضوعنا هذا فلا غموض فيه ، فأبي غموض في نص يقول : الطلاق المقترن بعدد لا يقع الا واحدة . وأما النقص فلدينا نص صريح في المادة ٣٠٥ يوجب علينا الرجوع الى مذهب أبي حنيفة في حالة سكوت النص ، ومذهب أبي حنيفة يعتبر الطلاق المتكرر واقعا بعدد الطلقات .

وأما القياس فلا يجوز إعمال القياس هنا لأنه لم تتوافر أسبابه وشروطه  
لأننا نعمل بالقياس في حالة عدم وجود حكم على مسألة وجود ما يشابهها في حكم  
آخر فنقيسها بجامع العلة بينهما . أما هنا فلدينا حكم منصوص عنه في القانون  
وحكم آخر منصوص عنه في المذهب الحنفي فلا قياس إذن بين الحكمين .

وبتعبير آخر : لدينا القانون يقول : الطلاق المقترن بمدد لا يقع الا واحدا ،  
والمذهب الحنفي الذي أوجب القانون الرجوع اليه في حال عدم وجود نص يقول :  
ان الطلاق الثلاث المتكرر يقع ثلاث طلقات .

ثم لا قياس مع الفارق فتكرار الطلقات قد تتخللها تجربة أما الطلاق المقترن  
بمدد فلا يتخللها تجربة لأنه دفعة واحدة .

ولهذا فاني أرى تفسيرا للقانون انه لا يجوز الرجوع الى المذكرة الايضاحية  
ولا اعمال القياس في هذا الموضوع ، لان القانون أقوى من المذكرة الايضاحية  
واللفظ أقوى من القصد ، ولا حاجة للتعرف على غاية المشرع أو قصده امام  
صراحة النص وعدم غموضه .

ونظرا لاهمية هذا الموضوع وخطورته فاني أذكر تحليل ما ذهب اليه  
محكمة النقض مينا ما أراه تفسيرا للقانون :

قالت محكمة النقض :

ان الشارع لاحظ في وضع المادة المذكورة ان الطلاق لم يشرع ايقاعه دفعة  
واحدة ، وانما شرع ليوقع على دفعات تتخللها تجربة الزوجين حياة الطلاق ،  
وقد أحسن صنعا في استشهاده على صحة ما ذهب اليه بالآية الكريمة « الطلاق  
مرتان فامسك بمعروف أو تسريح باحسان » فكانت فصل الخطاب في الموضوع .

ولما كان القاضي قد أوجد نفسه في نطاق ضيق من التفسير والتأويل وذهب  
في تطبيق نص القانون مذهبا حرقيا أوصله الى التفرقة في الحكم بين الحالتين  
المتماثلتين ، وهو ما تأباه قواعد التشريع والمصلحة في تطبيقه وأهمل فوق ذلك  
الرجوع الى الاسباب الموجبة للقانون اهمالا كليا مع انها بحكم الجزء منه  
والتفسير الرسمي له يرجع اليها كلما دعت الحاجة لتفهم غاية النص وقصد  
واضحه .

والذي آراه :

أولاً :

١ - ان حكم تكرار الطلقات م يرد أبدا حتى في المذكرة الايضاحية . بل كل ما جاء فيها ان الله شرع الطلاق على دفعات ليجرب الرجل حياة الطلاق لقوله تعالى : « الطلاق مرتان ... » وهذه العبارة وردت لبيان حكمة التشريع الاسلامي ولم ترد بيانا لقصد واضعي القانون بدليل انه ورد بعد ذلك بالمذكرة الايضاحية :  
لذلك : نص المشروع على وقوع طليقة واحدة بالطلاق المقترن بعدد لفظا

واشارة .

٢ - اذا اعتبرنا وصف حكمة التشريع الاسلامي الذي جاء في المذكرة الايضاحية معبرا عن قصد واضع القانون فما هي التجربة التي يجب ان يمر بها الزوجان ؟ ...

اذا قال زوج لزوجته أنت طالق أنت طالق أنت طالق فلا يقع الا طليقة ، فما الحكم اذا قال لها أنت طالق وبعد يوم أو اسبوع أو شهر قال لها أنت طالق هل يقع بالتكرار أكثر من طليقة أم لا ؟ ...

٣ - لم يوضح القرار التفارقة بين تكرار الطلقات في مجلس واحد أو في مجالس عدة ، فان قصد ذلك فلا سند شرعي مطلقا لهذه التفارقة لان الذين أوقعوا الطلاق المتكرر أكثر من طليقة لم يفرقوا بين تكرارها في مجلس واحد أو في عدة مجالس ، والذين قالوا لا يقع الطلاق أكثر من طليقة لم يفرقوا بين تكرارها في مجلس واحد أو مجالس عدة ما دامت الزوجة ممتدة .

٤ - لا تماثل اطلاقا بين الطلاق المقترن بعدد والطلاق المتكرر لان الثاني قد تتخلله تجربة عدة ايام اذا لم يكن في مجلس واحد فلا قياس مع الفارق كما ذكرنا .

ثانيا - هل من جهة ومن جهة اخرى :

جاء في المادة ٨٦ من القانون السوري : محل الطلاق المرأة التي في نكاح

صحيح او الممتدة من طلاق رجعي .

هذه المادة صريحة ببيان من يقع عليها الطلاق من الزوجات وهن نوعان :

١ - الزوجة في نكاح صحيح .

## ٢ - المعتدة في طلاق رجعي .

فالمعتدة من طلاق رجعي يقع عليها الطلاق : فلو قال زوج لزوجته أنت طالق فقد اعتدت منذ وقوع هذا الطلاق ، فاذا عاد الزوج وقال لها أنت طالق سواء في نفس المجلس بعد ساعة من وقوع الطلاق الاول أو بعد شهر أو شهرين ما دامت معتدة فإن الطلاق الثاني يقع عليها وهي معتدة تطبيقاً لنص المادة المذكورة (١) .

فما رأي محكمة النقض في تطبيق هذه المادة ؟ .. ومتى يمكن تطبيقها ؟ .. وبالتالي الا يعتبر تكرار الطلقات الثاني والثالث واقعا على المعتدة فكيف نقول بعدم وقوع الطلقة الثانية والثالثة والقانون صريح لا غموض فيه بالقول بوقوع الطلاق على المعتدة من طلاق رجعي ؟ ..

لا فرق في وقوع الطلاق المتكرر سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس عدة لان المعتدة من طلاق رجعي لا يتغير اسمها ولا وضعها ولا احكامها ان مضى على عدتها ساعة واحدة أو شهر واحد فسن طلقت في مجلس طليقة اصحبت معتدة فاذا كرر زوجها طلاقها وهي في المجلس وقع الطلاق وهي معتدة .  
فهذه المادة جريئة بوقوع الطلاق المتكرر أكثر من طليقة في مجالس متعددة ، ولا موجب للترقية بين التكرار في مجلس واحد أو مجالس متعددة لان الذين قالوا بوقوع الطلاق طليقة واحدة لم يفرقوا بين الحالتين .

ولهذا فالذي أراه خلافا لما استقرت عليه محكمة النقض السورية بهيئتها العاملة : ان الطلاق المتكرر يقع أكثر من طليقة واحدة تفسيرا لمواد القانون . واقترح لصحة تطبيق ما ذهب اليه محكمة النقض تعديل هاتين المادتين وجعل الطلاق المتكرر لا يقع الا طليقة واحدة ما دام لم يتخلل بين الطلقات رجعة سواء أكان التكرار في مجلس واحد أم في مجالس متعددة .

أما وأن النص في الوقت الحاضر لا يساعدنا على هذا التفسير وشارح القانون مقيد بما جاء فيه ، فاننا نرى تفسيرا للقانون ووقوع الطلاق المتكرر أكثر من طليقة ما دام القانون نفسه أجاز الطلاق بالعدة فاذا قال الزوج لزوجته أنت

(١) هذا ما عدا الطليقة قبل الدخول فلا يقع عليها الطلاق الثاني في حال

التكرار لانه لا عدة عليها .

طالق فقد بدأت العدة فان أعاد اللفظ مرة ثانية صادفها وهي في العدة فتقع الطلقة الثانية وهكذا ...

أقول هذا امعلا لنص المادة ٨٦ التي تقول ضراحة بوقوع الطلاق أثناء العدة ، والا كيف نوقع طلاقا في العدة اذا اعتبرنا الطلاق المتكرر لا يقع الا طلقة واحدة ؟ ...

اما اذا أردنا الاخذ باجتهاد محكمة النقض فمعنى ذلك اننا عطلنا مفهوم المادة ٨٦ وهي صريحة بوقوع الطلاق المتكرر ما دامت المعتدة محلا للطلاق مرة ثانية وثالثة<sup>(١)</sup> .

القانون الاردني رقم ٦١ الصادر عام ١٩٧٦ :  
لقد أجاز القانون الاردني في المادة ٩٠ هذا الخلاف حين أعطى الحالتين المذكورتين حكما واحدا وذلك بقوله : الطلاق المقترن بالعدد لفظا او اشارة والطلاق المكرر في مجلس واحد لا يقع بها الا طلقة واحدة . وبهذا فقد فرق القانون الاردني بين تكرار الطلقات في المجلس الواحد وبين تكرارها في عدة مجالس . وهذا لا سند له من المذاهب الفقهية لان الفقهاء الذين أجازوا تكرار الطلقات لم يفرقوا بين مجلس واحد أو أكثر .

وقد نص القانون الاردني في المادة ٨٥ : يسلك الزوج على زوجته ثلاث طلقات متفرقات في ثلاثة مجالس . وكان على واضعي القانون ان يوضحوا ذلك بقولهم يقع الطلاق على الزوجة وعلى المعتدة ولكنهم اقتصروا على الحالة الاولى في نص المادة ٨٤ : محل الطلاق المرأة المعقود عليها بزواج صحيح . ثم أجازوا تكرار الطلقات في عدة مجالس .

---

(١) ومن اراد التوسع في هذا الموضوع فليرجع الى مآكثناه في مدى حرية الزوجين في الطلاق عن الثلاث في الجزء الاول من ص ١٤١ - ٢٦٧ فهو اشمل ووسع ما كتب في هذا البحث الهام .

## الفصل الثاني

### الطلاق بالارادة المنفردة

ان ركن الطلاق هو اللفظ الدال عليه ، ولما كان هذا يستوجب وجود مطلق ومطلقة وصيغة وقصد فسوف نبحت شرائط الطلاق في أربعة أبحاث :

#### الفرع الاول -

الصيغة التي يقع بها الطلاق

#### الفرع الثاني -

القصد في الطلاق

#### الفرع الثالث -

شروط المطلق

#### الفرع الرابع -

شروط المطلقة

## الفرع الاول

### الصيغة التي يقع بها الطلاق

#### المطلب الاول

##### الصريح والكناية

يقع الطلاق بكل لفظ يدل عليه سواء أكان اللفظ صريحا أم كان لفظ كناية .  
فالصريح هو كل لفظ لا يستعمل الا في الطلاق غالبا بحيث يفهم السامع حين سماعه هذا اللفظ ان الزوج طلق زوجته .

وأما لفظ الكناية فهو كل لفظ احتمل معنى الطلاق ومعنى آخر لم يوضع أصلا لهذا المعنى فقط بل استعمل فيه كناية .

والفاظ الطلاق الصريح يقع بها الطلاق دون حاجة الى نية فلو قال الزوج لزوجته أنت طالق فقد طلقت منه ولو لم ينو الطلاق ، فإن ادعى أمام القضاء وقال لم أنو الطلاق لم يقبل منه .

وأما ديانة ، فإن لم يقصد الطلاق فلا يقع ، كما قال اني قصدت بقولي أنت طالق أي أنت طالق من الوثائق والقيود مثلا .

أما اذا قصد التلغظ بعبارة الطلاق وهو يفهم معناها فسواء نوى أو لم ينو الطلاق فهو واقع ديانة وقضاء . « وسوف نرى أثر التصدي في ايقاع الطلاق في موضعه » .

وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء وهو ان اللفظ الصريح يقع به الطلاق وان اختلف الفقهاء في تمداد هذه الالفاظ من جهة ، وفي وقوع الطلاق بلفظ الكناية او عدم وقوعه .

فالشيعة الجعفرية يقولون : لا يقع الطلاق الا بلفظ انت طالق لان هذا اللفظ هو الذي اذن الشارع باستعماله<sup>(١)</sup> .

وقال الظاهرية : يقع الطلاق بأحد ألفاظ ثلاثة : الطلاق والسراح والفراق وما اشتق منها لان هذه الالفاظ هي التي ذكرها القرآن في معنى الطلاق<sup>(٢)</sup> .

وفي هذين المذهبين لا يقع الطلاق بغير هذه الالفاظ فلفظ الكناية لا يقع به طلاق لانه لا يدل على ذلك ولم يرد فيه قرآن ولا سنة .

وقال الشافعية<sup>(٣)</sup> والحنابلة<sup>(٤)</sup> : ان اللفظ الصريح هو لفظ الطلاق وما اشتق منه ، والمشهور عندهم أن الفراق والسراح يعتبران من الالفاظ الصريحة في الطلاق .

وذهب الاحناف<sup>(٥)</sup> والزيدية<sup>(٦)</sup> الى أن كل لفظ لا يستعمل الا في حل عقدة الزوجية فهو صريح في الطلاق سواء دل على ذلك اللفظ الوضع اللغوي أو الوضع العرفي .

أي أن كل لفظ دل لغة أو عرفا على الطلاق كان صريحا فيه . ويقع الطلاق دون حاجة الى نية .  
وقال المالكية<sup>(٦)</sup> : ان الصريح في الطلاق هو لفظ الطلاق فقط .

#### واما الالفاظ الكناية :

وهي الالفاظ التي تستعمل في الطلاق وفي غيره ، فلا يقع الطلاق بهذه الالفاظ الا بالنية أو بقرينة تدل على أن المراد بهذا اللفظ هو الطلاق كقول الزوج لزوجته : أنت خلية ، أنت بريئة ، اذهبي الى أهلك ، اعتدي .

- 
- (١) جواهر الكلام ج ٥ ص ٢٨٣ المختصر النافع ص ٢٢٠
  - (٢) المحلى ج ١٠ ص ١٨٩ .
  - (٣) مقني المحتاج ج ٣ ص ٢٨٠ .
  - (٤) المغني ج ٨ ص ٢٦٤ .
  - (٥) مجمع الانهر ج ١ ص ٣٨٦ ، تبين الحقائق للزيلعي ج ٢ ص ١٩١ .
  - (٦) التاج المذهب ج ٢ ص ١١٩ .
  - (٦) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٥ .

وللفقهاء في وقوع الطلاق بلفظ الكناية ثلاثة آراء :

١ - ذهب جمهور الفقهاء الى أن الطلاق يقع بلفظ الكناية اذا نوى الزوج الطلاق (١) .

٢ - وقال الظاهرية (٢) والجعفرية (٣) : ان الطلاق لا يقع بلفظ الكناية بل لا بد لوقوعه من اللفظ الصريح الدال عليه لغة .

٣ - و اضاف الحنفية (٤) والحنابلة (٥) الى وقوع الطلاق بالكناية مع الالفاظ الكنائية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية فقالوا ان دلالة الحال تقوم مقام النية أي اذا كان الزوج في حالة غضب أو نزاع مع زوجته وتلفظ بلفظ كناية يحتمل الطلاق وغيره وقع الطلاق وتعتبر دلالة الحال كالنية .

وكذلك اختلف الفقهاء في أثر الطلاق بلفظ الكناية هل يقع طلاقا رجعيا

أم طلاقا بائنا ؟ . . .

١ - قال الشافعية والزيدية ان الطلاق بلفظ الكناية يقع رجعيا .

٢ - وقال المالكية والحنفية والحنابلة : ان بعض الفاظ الكناية المشهورة يقع الطلاق بها بائنا وغيرها من الفاظ الكناية يقع بها الطلاق رجعيا .

ولا شك ان حصر الفاظ الطلاق بأقل عدد ممكن هو أقرب للمصلحة لان فيه

تضييقا لنطاق دائرة الطلاق .

وقد نص القانون السوري في المادة ٩٣ :

يقع الطلاق بالالفاظ الصريحة فيه عرفا دون حاجة الى نية ، ويقع بالفاظ الكناية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية .

ونلاحظ في القانون السوري مايلي :

١ - ان اللفظ الصريح هو كل لفظ استعمل لغة أو اشتهر عرفا بين الناس ،

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٦٨ ، الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٤٢٧

(٢) المحلى ج ١٠ ص ١٢٤

(٣) جواهر الكلام ج ٥ ص ٢٨٣

(٤) مجمع الانهر ج ١ ص ٤٠٢

(٥) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٦٩

على ان المراد منه الطلاق ؛ فلم يقصر القانون على الالفاظ الصريحة اللغوية ؛ فشلا  
اذا استعمل لفظ واشتهر بين الناس حتى أصبح العرف يقضي بتفسيره بمجرد ان  
يسعه الشخص ويفهم ان المراد به الطلاق كان هذا اللفظ صريحا كقول الزوج  
لزوجه : علي الحرام مثلا فلا يحتاج الى نية .

٢ - لم يفرق القانون بين الصريح والكناية من حيث وقوعه رجعا او بائنا  
بل يقع كل طلاق بأي لفظ كان طلاقا رجعيا الا ما نص على كونه بائنا .

٣ - ان هذه المادة في شطر منها وهو ما يتعلق بالطلاق بلفظ الكناية مأخوذة  
من المذهب الشافعي خلافا للمذهب الحنفي الذي يعتبر قرينة الحال تقوم مقام  
النية في الطلاق بلفظ الكناية . والشطر الآخر مأخوذ من المذهب الحنفي فيما  
يتعلق باللفظ الصريح الذي اعتبر الطلاق صريحا لغيره لا يحتاج الى نية .

وحسنا ما ذهب اليه القانون السوري اذ اعتبر الطلاق بلفظ الكناية طلاقا  
رجعيا لانه ليس من المعقول ان يعطي اللفظ الكنائي حكما أكثر من اللفظ الصريح  
وقد نص على وقوع الطلاق بلفظ صريح طلاقا رجعيا الا في حالات خاصة (١) .

### ما يقوم مقام اللفظ في الطلاق :

ذهب جمهور الفقهاء الى أن الطلاق يقع بالكناية المستبينة وهي التي تبقى  
بعد كتابتها ويمكن قراءتها كما يقع باللفظ ، مع خلاف فيما بينهم في اشتراط النية  
في الكتابة أو عدم اشتراطها .  
ويقع الطلاق من الاخرس بإشارته المفهومة الدالة على ذلك .

وقد نص القانون السوري في المادة ٨٧ :

ف أ - يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة ، ويقع من العاجز عنها بإشارته المعلومة .  
وفيهم من هذه المادة ان الاخرس اذا كان يستطيع الكتابة فلا تغني اشارته  
بل يستطيع التعبير عن ارادته بالتطبيق كتابة وهذا أقوى دلالة من الاشارة لانها  
تحتمل أكثر من معنى .

(١) راجع مدى حرية الزوجين في الطلاق للمؤلف ج ٢ ص ٢٨٥ .

وقد جاء في فتح القدير<sup>(١)</sup> :  
فإذا طلق الأخرس امرأته بالكتابة وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز  
على الصحيح لأنه عاجز عن الكلام قادر على الكتابة فهو والصحيح في  
الكتاب سواء .

ولا يد من الإشارة إلى أن الطلاق بالكتابة قد يقع منجزاً كما لو كتب  
ليها : أنت طالق كما يقع معلقاً على وصول الكتاب إليها كما لو كتب الزوج  
لزوجته : إذا وصلت كتابي هذا فانت طالق فلا يقع الطلاق قبل وصول الكتاب  
للزوجة بخلاف الحالة الأولى .

ونلاحظ أن القانون السوري سوى بين اللفظ والكتابة في الطلاق بالنسبة  
للقادر عليهما ، فقد تكون الكتابة أقوى دلالة من حيث الثبوت من اللفظ<sup>(٢)</sup> .



---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٤٢ .  
(٢) وكذلك فإن القانون المدني السوري لم يفرق في وسائل التعبير عن الإرادة  
بين اللفظ أو الكتابة فقد جاء في المادة ٩٣ : التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة  
وبالإشارة المتداولة مرناً .

## المطلب الثاني

### تعليق الطلاق على شرط او اضافته الى المستقبل

الاصل في الطلاق ان يكون منجزا أي يقع بمجرد التلفظ به كقول الزوج لزوجته : أنت طالق . ولكن هناك صيغة اخرى للطلاق هي الصيغة المعلقة على شرط ، والصيغة المضافة الى المستقبل ، فهل يقع بهما الطلاق ؟

#### الطلاق المعلق على شرط :

ان تعليق الطلاق على أمر هو ربط حصوله بذلك الامر المعلق عليه بأداة من أدوات الشرط مثل : ان واذا وكلما ، كما لو قال لها : ان خرجت من الدار فأنت طالق ، أو اذا ذهبت الى فلانة فأنت طالق ، فاذا خرجت أو ذهبت فقد تحقق الامر المعلق عليه فيقع الطلاق حينئذ .

#### واما الطلاق المضاف الى المستقبل :

فهو كل عبارة اقترنت بلفظ مستقبل وقصد وقوع الطلاق عند حلول هذا الزمان كقوله انت طالق غدا .

والفرق بين هذه الانواع الثلاثة : ان الطلاق المنجز يتعقد سببا في الحال ويعقبه حكمه في الحال . والمضاف الى المستقبل يتعقد سببا في الحال ولكن لا يترتب عليه حكم الا عند مجيء الوقت المضاف اليه . واما المعلق على شرط فلا يتعقد سببا الا عند وجود الشرط .

ولا خلاف بين الفقهاء في صحة ايقاع الطلاق المنجز ولكنهم اختلفوا في صحة وقوع الطلاق غير المنجز كالمعلق والمضاف الى المستقبل .  
ذهب جمهور الفقهاء الى أن الطلاق يقع ولو كان بصيغة معلقة أو مضافة<sup>(١)</sup>

(١) المهذب ج ٢ ص ٩٣ المغني ج ٨ ص ٣١٨ بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٨ . اية  
المبتدى ج ٢ ص ٤٨

وخالف ذلك الظاهرية<sup>(١)</sup> والجعفرية<sup>(٢)</sup> وابن تيمية<sup>(٣)</sup> مع شيء من التفضيل فقالوا لا يقع الطلاق غير المنجز .

والطلاق المعلق على شرط يشترط لتحقيقه عند من قال بوقوعه الامور التالية :

١ - ان يكون الامر الذي علق عليه الطلاق غير موجود وقت التلفظ بصيغة التعليق . اما اذا كان الامر موجودا فلا عبرة بهذا التعليق لانه تعليق صوري كما لو قال لها ان كنت في الدار فانت طالق وهي فعلا موجودة في الدار فهذا الطلاق بمنجز لا معلق لان العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالالفاظ والمباني .

٢ - ان يكون الشرط الذي علق الطلاق عليه ممكن الوقوع في المستقبل .  
اما اذا علق الطلاق على امر مستحيل الوقوع فلا يقع الطلاق أصلا كما لو قال ان سرت في الهواء فانت طالق .

٣ - ان يحصل الامر المعلق عليه والزوجة محل لوقوع الطلاق عليها بأن تكون الزوجية قائمة بينهما أو لا تزال الزوجة في عدة الطلاق الرجعي فاذا قال لها ان خرجت من الدار فانت طالق ، فاذا طلقها وبضت العدة فخرجت من الدار فلا طلاق عليها لان الزوجية انقضت عراها بينهما . اما اذا طلقها وهي لا تزال في العدة في طلاق رجعي ثم خرجت من الدار وقعت الطلقة الثانية . هذا عند جمهور الفقهاء الذين قالوا بتكرار الطلقات .

٤ - ويشترط ان تكون المرأة حين التعليق زوجة اما لو كانت أجنبية فلا يقع عليها الطلاق كما لو قال لامرأة ان خرجت فانت طالق ثم تزوجها فخرجت من الدار فلا تطلق .

وجاء في القانون السوري في المادة ٩٠ :

لا يقع الطلاق غير المنجز اذا لم يقصد به الا الحث على فعل شيء أو المنع

(١) المحلى ج ١٠ ص ٢١٣ .

(٢) جواهر الكلام ج ٥ ص ٢٩٠ المختصر النافع ص ٢٢٢ .

(٣) فتاوى ابن تيمية ج ٢ ص ٢٠ .

منه أو استعمال القسم لتأكيد الاخبار لا غير<sup>(١)</sup> .

والذي يفهم من هذه المادة ان الطلاق غير المنجز لا يقع في حالات ثلاث :  
١ - اذا لم يقصد الزوج من عبارته الا الحث على فعل شيء كما لو قال لها  
ان لم تأكلي فأنت طالق ، ولم يقصد الطلاق بل كل ما قصده من لفظه حمل زوجته  
على الطعام .

٢ - اذا لم يقصد الزوج من عبارته الا المنع عن فعل شيء كما لو قال ان  
خرجت فأنت طالق وكان كل ما يقصده هو منعها من الخروج ولم يقصد وقوع  
الطلاق اذا خرجت .

٣ - اذا قصد الزوج بعبارته القسم لتأكيد فعل ما ، فهذا القسم لا يعتبر  
طلاقا فان حثت عليه كفارة اليمين ولا طلاق .

ويقع الطلاق غير المنجز على حسب مفهوم القانون السوري في حالتين :

١ - اذا قصد الزوج في الصيغة غير المنجزة الطلاق كما لو قال لها ان أبرأني  
من مؤخر مهرك فأنت طالق فأبرأته ، وقسم الطلاق .

٢ - اذا قصد الزوج منع زوجته أو حملها على فعل شيء وقصد مع هذا  
أيضا الطلاق . ففي هاتين يقع الطلاق غير المنجز ، كما لو قال لها : ان فعلت  
فاحشة فأنت طالق . وقصد مع المنع من فعل الفاحشة الطلاق ، فاذا فعلت وقع  
الطلاق .

وقد قررت محكمة النقض السورية<sup>(٢)</sup> الى انه يشترط لوقوع الطلاق غير  
المنجز ان يدعي المطلق عدم قصد الطلاق وان يثبت ادعائه بيمينه .

---

(١) يرى الاستاذ الدكتور محمد سلام مذكور ان الطلاق المضاف لا يشمله  
القصد كالمعلق لانه يعتبر منجزا والذي نراه ان النص جاء مطلقا في كل طلاق غير  
منجز وعلى هذا يعتبر المعلق والمضاف بحكم واحد في القانون .

راجع الزواج والفرقة للدكتور مذكور ص ١٧٧ .  
(٢) قرار محكمة النقض السورية الفرقة الشرعية ٢٤٦ قرار ٢٢٧ تاريخ

١٩٥٦/١١/٢١ .

وإذا عدنا الى المذكرة الايضاحية للقانون السوري نجد أنها نقلت ذلك عن القانون المصري وقالت ان مذهب عدده وقوع الطلاق غير المنجز هو مذهب بعض الصحابة واليه ذهب ابن حزم من الظاهرية وابن تيمية من الحنابلة .

ولكن اذا رجعنا الى مذهب الظاهرية والى رأي ابن تيمية فلا نجد ما ذهب اليه القانون المصري أو السوري في هذا التفصيل .

فمذهب الظاهرية ان الطلاق غير المنجز باطل سواء أكان مطلقا على شرط أم مضافا الى المستقبل .

ويقول ابن حزم في المحلى : ان كل طلاق لا يقع حين ايقاعه فمن المحال ان يقع بعد ذلك في حين لم يوقعه فيه (١) .

وقال ابن تيمية (٢) :

ان التعليق الذي هو في معنى اليمين لا يقع به الطلاق كقوله : ان فعلت كذا فانت طالق فان كان المقصود به الحلف وليس الغرض منه وقوع الطلاق اذا حصل الشرط فحكمه حكم اليمين فيكفر الزوج عند الحنث به كفارة اليمين .

وأما التعليق الذي يقصد منه ايقاع الطلاق فقال ابن تيمية :

اذا كان الطلاق أشد كراهة الى الشخص من ذلك الامر المعلق عليه كان التعليق حينئذ بمعنى اليمين بالطلاق فلا يقع شيء . أما اذا كان المعلق عليه أشد كراهة عنده من الطلاق وكان يريد وقوع الطلاق اذا حصل المعلق عليه ، فيقع الطلاق بحصوله .

---

(١) ويقول ابن حزم ايضا في المحلى ج ١٠ ص ٢١٣ :  
« من قال : اذا جاء رأس الشهر فانت طالق او ذكر وقتا ما فلا تكون طالقا بذلك لا الان ولا اذا جاء رأس الشهر .  
برهان ذلك : انه لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق بذلك فقد بين الله تعالى الطلاق على المدخول بها وغير المدخول بها ، وقال تعالى : ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه » .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢ اعلام الموقعين ج ٢ ص ٧١ .  
— ٣٣ — الاحوال الشخصية — الطلاق — ٢٢٠

ويلاحظ ان رأي ابن تيمية هذا من الصغب ضبطه ولا مصدر لهذه التفرقة .  
لهذا فالذي اراه هو ما ذهب اليه الظاهرية في عدم وقوع الطلاق غير المنجز واقترح  
تعديل المادة ٩٠ من القانون السوري لتصبح أكثر واقعية ووضوحا ، وذلك وفق  
ما جاء في القانون المغربي في الفصل ٥٢ :

الطلاق الملق على فعل شيء أو تركه لا يقع .

وفي القانون الاردني المادة ٩٦ :

« تعليق الطلاق بالشرط صحيح وكذا اضافته الى المستقبل ، ورجوع الزوج

عن الطلاق الملق والمُضاف لزمان مستقبل غير مقبول » .

هذا اذا قصد بالتعليق أو الاضافة الطلاق . أما اذا لم يقصد ذلك كما لو أراد

حمل زوجته على فعل شيء أو تركه فلا يقع الطلاق بدليل المادة ٨٩ : لا يقع الطلاق

غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه . ومع هذا فالذي اراه ان

نص المادة ٩٦ يحتاج الى توضيح خشية الملبسة والخطأ في الفهم .

كذلك جاء في المادة ٩٢ من القانون الاردني :

اليمين بلفظ ، عليّ الطلاق وعليّ الحرام وأمثالهما لا يقع الطلاق بها ما لم

تتضمن صيغة الطلاق مخاطبة الزوجة أو اضافتها اليها .

## الفرع الثاني

### القصد في الطلاق

هل يشترط القصد في الطلاق ؟ ... أي هل يشترط أن يكون المطلق قاصدا  
الطلاق حتى يقع طلاقه أم أن الطلاق يقع من كل مكلف بمجرد أن ينطق اللفظ  
الدال على وقوعه سواء أكان مبعرا عن ارادة حقيقية أم لم يكن كذلك ؟ ...  
سنبحث في هذا الموضوع : طلاق الهازل ، والمكره ، والسكران ، والمدهوش ،  
والمخطيء .

#### طلاق الهازل :

قد ينطق الزوج لفظ الطلاق مختارا وهو يقصد بذلك اللفظ ، ولكنه  
لا يقصد أثره وهو وقوع الطلاق . كما لو كان هازلا يلعب بالفاظه فهل يقل طلاقه  
وتبين منه زوجته ؟ ...

ذهب جمهور الفقهاء (١) الى أن طلاق الهازل واقع لانه لفظ صريح لا يحتاج  
الى نية وان أثر العقود هو من عمل الشارع الذي يرتب على اسبابها نتائجها لا من  
عمل المكلف فمتى طلق الزوج بكلام صريح فسواء كان هازلا أم غير هازل  
فطلاقه واقع .

وقد استدل جمهور الفقهاء أيضا بحديث عن رسول الله صلى الله عليه

وسلم :

---

(١) الوجيز ج ٢ ص ٥٦ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٧٩ ، الشرح الكبير ج ٨  
ص ٢٧٥ ، أرواح النضير ج ٤ ص ١٤٩ ، المنتزع المختار ج ٢ ص ٢٨٤ ، فتح  
التبدير ج ٣ ص ٣٤٧ .

« ثلاث جدهن جد وهزلن جد . النكاح والطلاق والرجعة » وذلك لخطورة هذه التصرفات ولمنع اللب والعبث بها .

وقال فريق من الفقهاء وهم الظاهرية<sup>(١)</sup> والجمعية<sup>(٢)</sup> وبعض المالكية<sup>(٣)</sup> :  
ان طلاق الهازل غير واقع لانه لا عزم له ولا ارادة فهو لم ينو الطلاق بلفظه ولم يقصد ايقاعه .

والذي اراه أنه يجب التفريق بين حالتين من حالات الهزل :

١ - الحالة الاولى : اذا كان المجلس مجلس لعب ولهو بحيث يعرف كل من حضر ان من تكلم كلاما بطلاق أو غيره فانما لا يقصد أثره وانما يلهو ويلعب فهذا لم يقصد الطلاق .

٢ - وأما اذا ادعى الرجل بعدم وقوع الطلاق انه كان هازلا كما لو طلق الزوج زوجته ثم قال بعد مضي فترة من الزمن كنت هازلا ، ولم تقم الدلالة على ذلك فهذا طلاقه واقع .

أي اذا قامت قرينة قاطعة على أن الزوج كان هازلا ولم يقصد الطلاق فالذي أراده التفرقة بين الحالتين . بخلاف ما إذا ادعى الهزل بعد الطلاق وبهذه الصورة يمكن التوفيق بين الرأيين .

والقانون السوري لم يذكر طلاق الهازل ، ولذا يجب العمل بالمذهب الحنفي في هذه الحالة وهو مع الجمهور في صحة وقوع طلاق الهازل للحديث السابق المذكور .

### طلاق المكره :

اذا أكره شخص بغير حق على طلاق زوجته فهل يقع طلاقه اذا ما تلفظ بالطلاق وهو لا يقصده ؟ ...

- 
- (١) المحلى ج ١٠ ص ٢٠٤ .  
(٢) جواهر الكلام ج ٥ ص ٢٧٤ .  
(٣) مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٤ الخرشبي علي خليل ج ٣ ص ١٧٢ الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٢٨ .

قال جمهور الفقهاء : لا يقع طلاق المكره لان المكره فاقد الارادة فتصرفاته

لا تعبر عن عزم وتصميم .

وقال الاحناف : طلاق المكره صحيح .

أدلة الجمهور في عدم وقوع طلاق المكره :

١ - قوله تعالى : « من كفر بعد ايمانه الا من أكره وقلبه مطمئن

بالايمان » (١) .

فدللت هذه الآية على أن الله رفع عن الناس اثم الكفر اذا نطقت به ألسنتهم  
وكانت قلوبهم خلاف ذلك بسبب ما أكرهوا عليه ، ودلت هذه الآية على  
سقوط حكم ما هو ادنى من الكفر وهو سائر التصرفات مع الاكراه ومنها  
الطلاق .

٢ - ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ان الله  
تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » (٢) ، فدل هذا الحديث

على ان لا حكم مع الاكراه فاذا طلق الزوج وهو مكره فطلاقه غير واقع (٣) .  
٣ - ما روي عن عمر بن الخطاب ان رجلا سأله وقد طلق زوجته مع الاكراه  
هل يقع طلاقه فقال عمر : ارجع الى أهلک فليس هذا بطلاق (٤) .

أدلة الاحناف في صحة وقوع المكره :

١ - عمومات آيات القرآن الكريم في موضوع الطلاق حيث لم تفرق بين  
طلاق المكره والمختار كقوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى  
تنكح زوجا غيره » فلا يوجد اية اشارة الى أن طلاق المكره يختلف عن  
طلاق الطائم (٥) .

(١) سورة النحل آية ١٠٦ .

(٢) فتح الباري ج ٩ ص ٣٢٠ سنن ابن ماجه ج ١ ص ٢٢٢ .

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٢٥ .

(٤) على ان جمهور الفقهاء الذين لم يوقعوا طلاق المكره قالوا يشترط ان

يكون الاكراه بغير حق ، اما اذا كان الاكراه بحق فان الطلاق واقع كما لو طلب القاضي  
من الزوج تطليق زوجته ثم ابى فاجبره على الطلاق فلا خلاف في وقوعه .

(٥) البدائع ج ٣ ص ١٠٠ .

٢ - ما روي عن رسول الله أنه قال : « كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون » فدل على أن طلاق المكره جائز (١) .

٣ - ثم ان الاحتاف قاسوا طلاق المكره على طلاق الهازل فقالوا ان طلاق الهازل لا يقع كما ذهب الى ذلك الجمهور والهازل من ينطق باللفظ دون ان يقصد اثر هذا اللفظ والمكره كذلك ينطق باللفظ دون قصد الاثر وهو الطلاق (٢) .

٤ - ثم ان المكره مختار فيما يتكلم به اختيارا كاملا الا انه غير راض بالحكم ، أي الاثر ، فقد عرف الامرين واختار أهونها عليه فدل على أن ارادته صحيحة .

#### مناقشة الاحتاف فيما ذهبوا اليه :

١ - قولهم ان الآية القرآنية جاءت مطلقة لم تفرق بين المكره وغير المكره صحيح ، ولكن المطلق يقيد بالسنة الكريمة فالاحتاف هم أنفسهم لم يوقعوا طلاق الصبي مع ان الآيات مطلقة بل قالوا لا يقع طلاق الصبي لحديث رسول الله : كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون . فمعنى ذلك أنهم قيدوا عموم آيات القرآن بالحديث . ولدينا حديث آخر يقول : عفوت عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه ، فهذا حديث يقيد مطلق الآيات وعمومها (٣) .

والغريب ان نجد الاحتاف يوقعون طلاق المكره لعموم آيات الطلاق ولا يصححون بيع المكره بل يقولون ان بيع المكره باطل وآية البيع جاءت أيضا مطلقة بقوله تعالى : وأحل الله البيع وحرم الربا (٤) .

٢ - واما قياس طلاق المكره على طلاق الهازل فقياس غير صحيح :

- 
- (١) الجوهرة ج ٢ ص ٢٣ .  
(٢) احكام القرآن للخصاص ج ٢ ص ٤٧٢ فتح القدير ج ٣ ص ٣٩ تبين الحقائق للزيلعي ج ٢ ص ١٩٥ .  
(٣) كشف الاسرار للبزدوي ج ٢ ص ١٥٠٢ نظرية العقيد للشيخ محمد ابو زهرة ص ١٩٠ .  
(٤) راجع بحثنا فيما في الاكراه للشيخ زكريا البرديسي في مجلة القانون والاقتصاد سن ٢٠ ص ٧٦٠ .

لانه قياس مع الفارق فالهازل يقصد اللفظ ولا يقصد الاثر . وهو حين ينطق بلفظ الطلاق فانما ينطق ذلك بكامل ارادته . ووعيه ، ولكنه يهزل بحيث لا يقصد الحكم . أما المكره فهو لا يقصد اللفظ ولا الحكم ، لانه لا ارادة له فيما يتكلم به فاختلف الاكراه عن الهزل .

٣ - واما قولهم ان المكره مختار بدليل انه اختار أهون الشرين فغير دقيق لانه لا خيار مع الاكراه واختيار أحد الامرين ليس ذليلاً على حرية الاختيار بل اختيار ضعيف لا عبرة به لانه فاسد غير صحيح .

ويبدو لنا صحة ما ذهب اليه الجمهور في عدم صحة طلاق المكره لانه لا يقصد اللفظ ولا أثره ، فالمكره فاقد الارادة فكيف نحمله نتائج هذا التصرف وهو لم ينو الطلاق ولم يقصده .

على ان الفقهاء الذين لم يوقموا طلاق المكره اشترطوا ان يتوافق في الاكراه شروطه كأن يعتقد المكره أن المكره سوف ينفذ ما يتوعد به . وان لا يقصد أثناء تلفظ الطلاق طلاق زوجته . وان المكره لا يستطيع الدفاع عن نفسه .

والى عدم صحة وقوع طلاق المكره ذهب القانون السوري في

المادة ٨٩ :

« لا يقع طلاق ... المكره » .  
وحسباً ما فعل القانون السوري لان المكره لا ينطق بالطلاق الا دفاعاً عن نفسه من خطر محقق به ولا يعبر تمييزاً صادقاً عن ارادته بالتطيق .

#### طلاق السكران :

ذهب جمهور الفقهاء (١) الى أن طلاق السكران واقع اذا سكر بمخره

(١) الذين اوقموا طلاق السكران : الخفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية . فتح القدير ج ٣ ص ٤١ شرح الخرشي ج ٣ ص ١٧٢ مشني المحتاج ج ٣ ص ٢٧٩ الفني ج ٨ ص ٢٥٥ .

أما لو سكر بغير محرم كما لو كان دواء فشرب منه وكان مسكراً فلا يقع طلاقه .

على أننا نشير إلى أن المذاهب التي قالت بوقوع طلاق السكران لم تجمع على ذلك بل في كل مذهب أقوال وآراء بعدم وقوع طلاق السكران ،

وقال فريق كبير من الفقهاء<sup>(١)</sup> إلى أن طلاق السكران لا يقع لأنه فاقد الإرادة ولا تصح منه تصرفاته .

ويظهر لي أن رأي الفريق الثاني هو الأصح لأنه لا يجوز عقوبة السكران بإيقاع طلاقه لأن للسكر عقوبة مقدرة ، ولا دخل لعقوبة أخرى تطلق زوجته بها لمجرد سكره إلا إذا كان غرض الفقهاء تهيب الناس من الإقدام على السكر خشية التفريق بين السكران وزوجته إذا نطق بالطلاق دون وعي منه فقد يكون هذا من الأسباب التي تجعله لا يقدم على السكر وهو وجه معقول وحكمته واضحة أيضاً .

وقد أخذ القانون السوري بعدم وقوع طلاق السكران . وهو مذهب عثمان ابن عفان والجعفرية والظاهرية<sup>(٢)</sup> .

---

(١) من الذين قالوا بعدم وقوع طلاق السكران من الحنفية : الإمام الطحاوي والكرخي . مختصر الطحاوي ص ٢٨٠ فتح القدير ج ٣ ص ٤٠ . ومن المالكية : ابن رشد والباجي ، ومن الحنابلة : أبو بكر وابن عقيل ومن الشافعية المزني وأبي ثور المهذب ج ٢ ص ٨٢ الانصاف ج ٨ ص ٤٢٤ .

وذكر ابن القيم في زاد المعاد ج ٤ ص ٤٠ أن مذهب أحمد بن حنبل الذي استقر عليه هو عدم وقوع طلاق السكران . ولكن المذهب على خلاف ما ذهب إليه ابن القيم وهو وقوع طلاق السكران كما جاء في الانصاف ج ٨ ص ٤٢٣ « أن وقوع طلاق السكران روايتان أحدهما : يقع وهو المذهب » يذكر الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه الأحوال الشخصية ص ٢٦٢ أن الطحاوي يقول بوقوع طلاق السكران حسب ما جاء في مختصره ص ٩١١ . والحق أن الإمام الطحاوي ينقل في هذا المكان رأي المذهب الحنفي أما رأيه الخاص في عدم وقوع طلاق السكران فقد جاء صريحاً في ص ٢٦٢ من كتابه المذكور .

(٢) وهم الظاهرية والجعفرية وفريق من فقهاء بقية المذاهب راجع المحلى ج ١٠ ص ٢٠٨ السرائر ص ٢٣٧ .

جاء في المادة ٨٩ :

لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره .  
ولم يبين القانون مدى السكر الذي يفقد التصرفات أثرها ولا بد من تحديد  
لهذه المادة بأن السكران الذي لا يقع طلاقه هو الذي لا يميز الاشياء بعضها عن  
بعض كما لو كان لا يميز الارض من السماء مثلاً .  
وفي رأينا أنه لو بلغ السكر بالزوج درجة فقدان العقل فأصبح كالمجانين  
فطلاقه غير واقع حتى على الرأي الاول<sup>(١)</sup> .

### طلاق المدهوش :

نص القانون السوري على عدم وقوع طلاق المدهوش وهو الذي فقد  
تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما يقول ، وهذا ما ذهب اليه الاحناف<sup>(٢)</sup> .  
وبعض الفقهاء ألحق المدهوش بالمجنون وبعضهم أحقه بالغضبان كما في  
المذهب الحنبلي حيث لم يوقعوا طلاق الغضبان الذي وصل به الغضب الى درجة  
عدم التمييز<sup>(٣)</sup> .  
فكل من المدهوش والغضبان غير تام الوعي وغير صحيح الارادة ، فاذا طلق  
أحدهما لا يعتبر طلاقه تعبيراً عن ارادته الحقيقية وقصده بوقوع الطلاق .  
وفي رأينا لا يجوز ترك هذه المادة دون تحديد خشية التلاعب في أمر  
الطلاق ، فيدعي كل مطلق أنه كان مدهوشاً أو في حالة غضب ، لانتناقل أن نجد  
شخصاً يطلق وهو غير غضبان .  
ولهذا يجب ان يكون المعيار هو الوعي والادراك ، فاذا اختل الوعي

(١) جاء في القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٢١ : قال ابن رشد ان كان بحيث  
لا يعرف الارض من السماء ولا الرجل من المرأة فهو كالمجنون فان كان سكره دون ذلك  
فهو الذي ينفذ طلاقه .

(٢) الفتاوى الخيرية ج ١ ص ٣٧ حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٣٨ .

(٣) زاد المعاد ج ٤ ص ٤٢ .

وصدر عن الزوج طلاق في حال يغلب عليه فيها عدم الادراك التام فلا يقع طلاقه  
حينئذ لانه لا يعبر عن ارادته بالتطبيق .

### طلاق المخطيء :

المخطيء هو من سبق لسانه لفظ لا يقصده ، كمن أخطأ لسانه ولفظ بالطلاق  
وهو لا يقصد ذلك بل يقصد معنى آخر ، فمن أراد ان ينادي زوجته فقال لها  
أنت طالق فلا يقع طلاقه ؟

ذهب الحنفية الى أن طلاق المخطيء واقع لان القصد ليس شرطا في صحة  
الطلاق كالهازل ، ولان الخطأ أمر باطني يعرف من صاحبه فقط ، ولهذا يقع قضاء  
أي امام القضاء ، ولا يقع ديانة بينه وبين الله سبحانه وتعالى .

وقال جمهور الفقهاء : لا يقع طلاق المخطيء لانه لم يقصد اللفظ ولا المعنى  
على خلاف الهازل الذي قصد اللفظ ولم يقصد الاثر (٢) .

ولم ينص القانون السوري على حكم طلاق المخطيء وعلى هذا لا بد من  
الرجوع الى المذهب الحنفي وبناء على ذلك فان طلاق المخطيء واقع قضاء .

---

(١) البدائع ج ٣ ص ١٠٠ حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٢٦ .  
(٢) شرح الخرشي ج ٢ ص ١٧٢ الشرح الكبير للرددير ج ٢ ص ٤٢٨ نهاية  
الاحتجاج ج ٦ ص ٨٢ مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٨٧ المغني ج ٨ ص ٢٦٥ .

## الفرع الثالث

### شروط المطلق

يشترط في الزوج المطلق ان يكون بالغا عاقلا ، فلا يصح طلاق الصبي ولا طلاق المجنون لان تصرفاتهما غير صحيحة (١) .

ولكن هل يجوز للولي ان يطلق نيابة عن الصغير أو المجنون ؟  
ذهب جمهور الفقهاء الى ان الولي لا يملك حق الطلاق نيابة عن الصغير أو المجنون وان كان يملك الولي حق التزويج نيابة عنهما (٢) .  
وأجاز المالكية طلاق الولي نيابة عن الصغير والمجنون اذا دعت المصلحة أو الضرورة الى ذلك (٣) .

على أنه يجب ان نلاحظ انه اذا طلبت الزوجة التفريق وكان زوجها مجنونا أو صيبا فالقاضي يملك حق التفريق بينهما .  
ولم يعد لهذا البحث أهمية بعد ان حدد القانون السوري أهلية الطلاق كما جاء في المادة ٨٥ :

ف ١ : يكون الرجل متمتعا بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة

من عمره .

---

(١) ان طلاق الصبي غير المميز والمجنون والعمتوه لا يترتب عليه اثر لبطلان تصرفاتهما القولية مهما كانت لان العقل والوعي والادراك أساس كل تصرف يصدر عن المرء وهؤلاء لا يتوفر فيهم ذلك .  
وقد ورد عن الرسول الكريم قوله : رفع القلم عن ثلاثة : النائم حتى يستيقظ ، وعن الصغير حتى يكبر ، وعن المجنون حتى يفيق . راجع سنن ابن ماجه ج ١ ص ٢٢٢ وفتح الباري ج ٩ ص ٢٢٣ .

(٢) رد المحتار ج ٦ ص ٤٢٨ المهذب ج ٢ ص ٨٢ بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٩  
الروضة البهية ج ٢ ص ١٤٨ المحرر ج ٢ ص ٥٠ جواهر الكلام ج ٥ ص ٢٧١ .  
(٣) مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٦ حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٢٧ .

٢ ف : يجوز للقاضي ان يأذن بالتطليق ، أو يجيز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة اذا وجدت المصلحة في ذلك .

#### ما نلاحظه على القانون :

لقد جعل القانون سن أهلية الطلاق هو سن أهلية الرشد على اعتبار ما يترتب على الطلاق من آثار مالية يشترط لها سن معينة على انه لا بد لنا من القول بأن المهر المؤهل يعتبر دينا للزوجة في ذمة الزوج منذ العقد الصحيح كما ذكرنا ، فاقدم الزوج على الطلاق لا ينشئ التزامات مالية جديدة .

ثم ان المشرع اذا كان قد حدد سنا معينة للزواج لاسباب اجتماعية قد نجد لها بعض المبررات بتأخير سن الزواج ، فاننا لا نستطيع ان نجد المبرر الشرعي لعدم ايقاع الطلاق لزوج بلغ سن البلوغ الطبيعي بعد ان طلق زوجته ، وهذا من الامور التي لا يجوز للمشرع الوضعي أو لولي الامر ان يضع فيها تشريعا يخالف ما أجمع عليه الفقهاء .

ان تأخير الزواج لسن معينة شيء وتأخير الطلاق شيء آخر ، إذ يترتب على الاخير أن تبقى زوجة مطلقة تحت عصمة زوجها وان يعيش معها وهي لا تحل له شرعا وخاصة اذا علمنا ان المشرع السوري أجاز الزواج لمن هو دون سن الثامنة عشرة في المادة ١٨ فكيف يجيز للقاضي ان يمنع طلاق زوج دون الثامنة عشرة وقد أذن له بالزواج قبل ذلك .

#### الإنابة في الطلاق :

قلنا ان الاصل في الطلاق هو ان يكون بيد الزوج ، غير أن الزوج يملك ان ينيب غيره في ايقاع الطلاق ، فان كان ذلك الشخص غير الزوجة سمي توكيلا . وان كان الزوجة سمي تفويضا .

فالتوكيل : هو ان يوكل شخصا بتطليق زوجته .  
والتفويض : هو ان يملك الزوج زوجته طلاق نفسها منه .

وتفويض الزوج زوجته طلاق نفسها قد يكون ذلك أثناء عقد الزواج وقد يكون بعد ذلك أثناء قيام الزوجية .

فالتفويض أثناء العقد كما لو قالت امرأة لزوج يحل لها شرعا أمام شاهدين : زوجت نفسي منك على ان يكون أمري بيدي أطلق نفسي متى شئت أو كلما أردت فإذا قال لها الرجل قبلت صح الزواج ، وكان أمر طلاقها بيدها تطلق نفسها متى أرادت (١) .

أما إذا بدأ الزوج الايجاب فقال لها : تزوجتك على أن أمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت فقالت قبلت صح العقد ولم يصح التفويض فلا تملك تطليق نفسها بيدها .

والفرق بين المسألتين ان الزوج اذا بدأ بالايجاب كان التفويض قبل النكاح فلا يصح لانه هو نفسه لا يملك حق الطلاق في هذه اللحظة حتى يفوضه الى الزوجة لان بالايجاب لم يصبح زوجا بعد . فلا يملك الزوج الطلاق وبالتالي تفويض الطلاق الى زوجته قبل تمام العقد بالايجاب والقبول (٢) .

أما اذا بدأت الزوجة الايجاب فان التفويض يكون بعد تمام العقد بقول الزوج لها قبلت فمثلا اذا قالت له : زوجتك نفسي على ان طلاقني بيدي فقال لها : تزوجتك على هذا الشرط فقبول الزوج هنا تم به الزواج اولا وصح الشرط بعد الايجاب والقبول أي بعد تمام العقد وبتمام العقد يملك الزوج الطلاق ومتى ملك حق الطلاق يملك حق تفويضه للغير .

هذا اذا كان التفويض أثناء انشاء العقد ، أما التفويض أثناء قيام الزوجية فيصح بكل عبارة تفيد معنى التفويض (٣) .

(١) البدائع ج ٢ ص ١١٩ .

(٢) زاد الماد ج ٤ ص ٦٧ .

(٣) المبسوط ج ٦ ص ٢١٠ .

أما في التفويض فلا يملك الزوج الرجوع عنه لأنه تمليك للزوجة (١٥) .  
وقد أجاز القانون السوري التوكيل والتفويض في الطلاق حسب ما جاء  
في المادة ٨٨ •

ف ب للزوج ان يوكل غيره بالتطبيق : وان يفوض المرأة بتطبيق نفسها •  
وله يصرح القانون أكثر من ذلك ويرجع في بيان احكام التوكيل والتفويض  
الى المذهب الجنفي في هذا الموضوع •

وأهم فرق بين التوكيل والتفويض : ان التوكيل يملك فيه الزوج الرجوع عن  
توكيله في كل وقت ، فاذا اوقع الوكيل الطلاق بعد رجوع الزوج عن توكيله كان  
باطلا ولا أثر للطلاق •

#### انابة الزوج لغيره في الطلاق هل يعتبر رجعيا أم بائنا :

اذا وكل الزوج غيره بطلاق زوجته فان الطلاق يقع بطلاق الوكيل طلاقا  
رجعيا الا ما نص القانون على اعتباره بائنا وهي الحالات الثلاث : الطلاق قبل  
الدخول ، والطلاق على مال ، والطلاق المكمل للثالث •

اما اذا فوض الزوج الطلاق لزوجته فطلقت نفسها يعتبر رجعيا أم بائنا ؟ •  
اذا كانت صيغة التفويض تفيد التطبيق أكثر من مرة فطلقت الزوجة المفوضة  
نفسها ثلاث مرات بائنا من زوجها •

لكن القانون اعتبر الطلاق طلقة واحدة مهما اقترن به من عدد . وكذلك

---

(٤) استدلل جمهور الفقهاء على تفويض الزوج لزوجته حق الطلاق  
فضلا عن التواعد العامة التي تعطي الشخص الذي يملك التصرف في أمر ما ان يتيب  
غيره فيه اذا كان كامل الاهلية ، استدلوا بتخيير الرسول عليه السلام لزوجاته حينما  
شكون اليه قلة النفقة فنزل قوله تعالى : يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتم تردن  
الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتصكن واسرحكن سراحا جميلا . وان كنتم تردن الله  
ورسوله والدار الآخرة فان الله اعد للمحسنات منكم أجرا عظيما سورة الاحزاب  
الآيتان ٢٨ ، ٢٩ •

قال جمهور الفقهاء ان التخيير هنا بين البقاء على الزوجية أو الفراق ، وعلى  
هذا اذا خير الزوج زوجته فاخترت نفسها كان ذلك طلقة واحدة . راجع صحيح  
البخاري ج ٩ ص ٢٠٢ •

اعتبر القانون كل طلاق رجعيًا إلا ما عدده من الحالات الثلاث ، وعلى هذا القانون السوري يعد طلاق التفويض طلاقًا رجعيًا .

وجاء في قرار لمحكمة النقض السورية (١) :

ان طلاق النفس تفويض يقع به طلاق واحد رجعي .  
ولكن لتساءل اية فائدة تحققها الزوجة من طلاق نفسها اذا اعتبرناه طلاقًا رجعيًا يملك الزوج فيه المراجعة ، وراجعها وهي في العدة ٢ .

على ان طلاق الزوجة نفسها قد يكون بائنًا في كل موضع نص القانون فيه على ان طلاق الزوج يعتبر بائنًا كما لو طلقت نفسها قبل الدخول فانه يقع طلاقًا بائنًا لان الزوج في مثل هذه الحالة كان طلاقه بائنًا .  
ونحن وان كنا نؤيد ما ذهب اليه المشرع من جعل اكثر حالات الطلاق طلاقًا رجعيًا ، لكننا في موقف طلاق الزوجة نفسها من زوجها يختلف عن موقف الزوج الذي يملك الخلاص من زوجته في كل وقت ، فيجب لقاء ذلك ان تمكن الزوجة من خلاص نفسها من زوجها وهذا لا يكون الا اذا نص على كون طلاق التفويض الذي توقعه الزوجة طلاقًا بائنًا .

والى هذا ذهب القانون المغربي في الفصل ٦٧ :

كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي ، الا المكمل الثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والخلع ، والمملك . « أي طلاق التفويض » .  
وقد جاء التعديل الجديد للقانون بنص المادة ٨٨ تتضمن اجراءات تسجيل

الطلاق الذي يوقعه الزوج امام القاضي ويطلب تسجيله :

١ - اذا قدمت للمحكمة معاملة طلاق او معاملة مخالفة اجلها القاضي شهرًا

أملًا بالصلح .

٢ - اذا أصر الزوج بعد انقضاء المهلة على الطلاق، أو أصر الطرفان على المخالمة ، دعا القاضي الطرفين واستمع الي خلافهما وسعى الي ازالته ودوام الحياة الزوجية واستعان على ذلك بنين يراهم من أهل الزوجين وغيرهم ممن يقدررون على ازالة الخلاف .

(١) محكمة النقض السورية ١٩٥٥/٢/٦ .

٣ - اذا لم تفلح هذه المساعي تسمح القاضي بتسجيل الطلاق او المخالعة  
واعبر الطلاق نافذا من تاريخ ايقاعه .

٤ - تشطب المعاملة بمرور ثلاثة اشهر اعتبارا من تاريخ الطلب اذا لم يراجع  
بشأنها أي من الطرفين .

هذه المادة تتعلق باجراءات احدي حالتي الطلاق المعتاد بين الناس ، فالطلاق  
شرعا وقانونا يقع بمجرد النطق به وفق ما نصت على ذلك المادة ٨٧ : « يقع الطلاق  
باللفظ وبالكتابة » .

الا انه لا بد من تسجيل للطلاق ليكتسب آثاره القانونية الى جانب تسجيل  
الزواج ، وهذا التسجيل اما ان يكون بعد وقوع الطلاق واما ان يكون بطلب  
من الزوج قبل ايقاعه .

فاذا قال الزوج للقاضي طلقت زوجتي فان الطلاق واقع من تاريخ ايقاعه الا انه  
يحتاج لتسجيل ودعوى تثبيت خسية وقوع خلاف بين الزوجين أو ورتتهما حول ذلك .  
فالتعديل الذي جاءت به هذه المادة يتناول معاملة الطلاق الذي لم يقع بعد  
بل طلبه الزوج فيستمهله القاضي فترة شهر واحد لعله يعدل عن الطلاق ويستأنف  
حياته الزوجية بعد اصلاح الحال بينه وبين زوجته ، فاذا لم تفلح هذه الفترة بازالة  
الخلاف وأصر الزوج على طلبه أو أصر الزوجان على المخالعة حينئذ يطلق الزوج  
ويسجل القاضي الطلاق أو المخالعة .

ان تدخل القاضي في الإجراءات صورة من صور الطلاق غايته افساح المجال  
امام الزوجين للصلح وهو أمر هام وضروري لا يخالف الشريعة الاسلامية ما دام  
الطلاق لم يقع من قبل الزوج .  
اما اذا طلق الزوج خارج المحكمة فيعتبر واقعا من تاريخ ايقاعه بلا خلاف  
ويجب تسجيله لعدم ججوده<sup>(١)</sup> .

(١) جاء في المادة ١٠١ من قانون الاحوال الشخصية الاردني :

يجب على الزوج ان يسجل طلاقه امام القاضي واذا طلق زوجته خارج المحكمة  
ولم يسجله فعليه ان يراجع المحكمة الشرعية لتسجيل الطلاق خلال خمسة عشر يوما،  
وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الاردني  
وعلى المحكمة ان تقوم بتبليغ الطلاق الفينابي للزوجة خلال اسبوع من تسجيله .

## طلاق المريض والطلاق بدون سبب

مما يتصل بأهلية المطلق والآثار التي تترتب على ذلك طلاق المريض مرض الموت ، والمطلق دون سبب ، فبالرغم من أن طلاقه واقع إلا أن الآثار التي تنشأ عن هذا الطلاق كانت موضع خلاف لدى الفقهاء ، سنذكر أحكام طلاق المريض ما ذهب إليه القانون السوري في هذا الموضوع ثم نبين حكم طلاق المتعسف . وما

### طلاق المريض مرض الموت ومن في حكمه :

مرض الموت هو المرض الذي اتصل به الموت ، وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة ولا تزيد على سنة . وبعضهم يضيف إلى هذا التعريف أن يفتقر للمرض صاحبه في الفراش أو يحول دون قيامه بواجباته وعلى هذا فيجب أن يتوفر في مرض الموت الأمور التالية :

١ - أن يسبب المرض للمريض عدم القيام بأعماله اليومية .  
٢ - أن يكون من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة أي أن يكون من الأمراض الميئة .

٣ - أن يتصل الموت بهذا المرض خلال سنة فلو شفي من مرض ألم به ثم عاوده مرض آخر فلا عبرة به ، إلا إذا توفرت في المرض الثاني أعراض مرض الموت .

أما إذا مضت سنة على المرض فلا يعتبر مرض موت إلا إذا كان المرض في تطور وازدياد فيعتبر مضي مدة السنة منذ ازدياد المرض .

ويلحق بمرض الموت كل إنسان معافى صحيح صار في حالة يغلب هلاكه فيها ويتصل موته بها كرجل هاج به البحر وأصبحت سفينته على وشك الغرق فتصرفاته في هذه اللحظات تصرفات المريض مرض الموت . أو كرجل حكم عليه بالإعدام وسيق إلى تنفيذ الحكم ، ففي هذه الأثناء تعتبر تصرفاته أيضاً تصرفات المريض مرض الموت .

وتصرفات المريض المريض مرض موت تعتبر موقوفة على اجازة الورثة بعد وفاته  
لتعلق حقهم بالتركة منذ نشوء هذا المرض .

اما اذا طلق الزوج زوجته وهو مريض مرض الموت ، او في حالة من تلك  
الحالات التي تلحق بمرض الموت وكان الطلاق بائنا وبدون رضا الزوجة ، فانه  
يعتبر فارا بطلاقها ، فاذا ماتت والزوجة لاتزال في العدة فانها ترث منه ، بخلاف ما لو  
طلقها وهو بغير هذه الحالة لان الطلاق البائن لا ميراث فيه ولو كانت الزوجة في  
العدة . ولكن في هذه الحال يعتبر انه طلقها فرارا من ميراثها فيرد عليه قصده وترثه  
اذا كانت لاتزال في العدة . اما اذا طلقها برضاها فلا ترث منه لعدم وجود مظنة  
الفرار من الميراث بهذا الطلاق .

على انه يشترط في المطلقة في مرض الموت لاستحقاقها الميراث ان تبقى لها  
أهلية الميراث من وقت الطلاق الى وقت الوفاة أي الى تاريخ استحقاق الميراث  
فلا يقوم بها مانع من موانع الميراث كما لو ارتدت مثلا فان اختلاف الدين مانع  
من موانع الميراث .

وقد أشار الى هذا القانون السوري في المادة ١١٦ :

من باشر سببا من اسباب البينونة في مرض موته او في حالة يغلب في مثلها  
الهلاك طائعا بلا رضی زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في  
العدة فانها ترث بشرط ان تستمر أهليتها للأرث من وقت الابانة الى الموت .  
وعلى هذا فطلاق الفار يشترط لميراث زوجته منه في عدة الطلاق البائن  
الشروط التالية :

١ - ان يطلقها في مرض الموت طلاقا بائنا ، لان الطلاق الرجعي ثبت فيه  
الميراث دائما .

٢ - ان يكون طائعا مختارا غير مكره .

٣ - الا يكون الطلاق برضى الزوجة . اما اذا طلبت الزوجة طلاقها من  
زوجها طلاقا رجعيا فطلقها طلاقا بائنا فيعد طلاق فار وترث منه اذا مات وهي  
في العدة .

٤ - ان تستمر أهلية الزوجية للميراث من وقت الطلاق الى وقت الوفاة .

٥ - ان تقع الوفاة قبل انتهاء العدة .

وقد أخذ القانون السوري حكم طلاق المريض مرض الموت عن المذهب الحنفي (١) في وقوع طلاق المريض وميراث زوجته منه (٢) .

اما اذا حصلت الفرقة بين الزوجين بسبب من الزوجة كما لو كانت عصمتها بيدها فطلقت نفسها وهي مريضة مرض الموت وكان الطلاق بائنا كالطلاق المكمل للثلاث مثلا فان زوجها يرثها اذا ماتت وهي في العدة ، اما لو مات زوجها فلا ترث منه لانه لم تفارقه بناء على رغبته ورضاه .  
وتعتبر الزوجة في هذه الحالة هاربة من ميراث زوجها منها وقاصدة حرمانه من حقه فتعامل بنقيض قصدها .

(١) وقد ذهب الشافعية الى خلاف ما ذهب اليه الحنفية فقالوا لا ترث زوجة المريض مرض الموت اذا طلقها بائنا لان البيئونة تقطع الزواج . ويبدو لنا سبب الخلاف في وقت استحقاق الميراث ، اذ لا خلاف على ان سبب الميراث بين الزوجين هو العقد الصحيح ، اما وقت الميراث ففيه خلاف قال الحنفية ان وقت استحقاق الميراث هو بدء مرض الموت وقال الشافعية بل هو وقت الموت .  
راجع البدائع ج ٣ ص ٢١٨ والتركات والموارث للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة ص ١٠ وفي الفقه الشافعي المذهب ج ٢ ص ٢٧ .  
وقال الحنابلة يثبت حق الزوجة اذا طلقها زوجها في مرض الموت دون رضاها ولو مضت العدة ما لم تنزوج المحرر ج ١ ص ٤١١ وقال المالكية ترث ولو تزوجت ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٦٨ شرح الخرشبي ج ٣ ص ٤١٣ وقد بنوا حكم التوريث على مبدأ سد الذرائع . راجع آراء المذاهب الفقهية ودلتها في طلاق المريض مرض الموت في : مدى حرية الزوجين في الطلاق للمؤلف الجزء الاول ص ١١٤-١١٦ .

(٢) وجاء في قانون الاحوال الشخصية العراقي : م ٣٥ : لا يقع طلاق الاشخاص الا في بيانهم :  
ف ٢ : المريض في مرض الموت او في حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في ذلك المرض او تلك الحالة وترثه زوجته .

ونرى فيما ذهب اليه القانون العراقي انه يخالف جميع المذاهب الفقهية فلم يقل احد من الفقهاء بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت اذ لا خلاف في وقوع طلاقه انما الخلاف في ميراث زوجته اذا ماتت وهي لا تزال في العدة . فهل ترث أم لا ترث شيئا اذا كان الطلاق بائنا .

اما القول بعدم وقوع الطلاق فأمر غريب عن الفقه الاسلامي ولعل هناك خطأ صياغة هذه المادة ننبه في هذا المجال الى ضرورة تعديلها لتنسجم مع بقية احكام الطلاق المستمدة من الشريعة الاسلامية .

اما اذا مضت العدة ثم مات بعد ذلك فلا ميراث بين الزوجين بانتهاء العدة •  
وكذلك فان المريض مرض الموت لو طلق زوجته طلاقاً بائناً قبل الدخول  
فلا ميراث لزوجته لانه لا تجب عليها العدة في هذه الحالة •

### الطلاق دون سبب :

جاء في المادة ١١٧ من القانون السوري :

اذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي ان الزوج متعسف في طلاقها دون ما  
سبب معقول وان الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه جاز للقاضي ان يحكم لها  
على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات  
لامثالها فوق نفقة العدة ، وللقاضي ان يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً  
بحسب مقتضى الحال •

هذه مادة جديدة في التشريع العربي في قوانين الاحوال الشخصية وهي خطوة  
جرئة موقفة خطاها المشرع السوري فأوجب التعويض عن الطلاق التعسفي  
والذي يجب ان يتوافر فيها شرطان :

١ - ان يكون الطلاق دون سبب معقول •

٢ - ان يصاب الزوجة من جراء ذلك بؤس وفاقه (١) •

ويمكن أن نضيف الى هذين الشرطين شرطا آخر :

٣ - ان لا يكون الطلاق برضا الزوجة او بناء على طلبها لان هذا يعد سبباً

من الاسباب المعقولة •

ومع توافر هذه الشروط فلا يلزم القاضي بالحكم بالتعويض عن الطلاق  
التعسفي لان القانون اعطاه الخيار بقوله : « جاز للقاضي » • وقد كنت اقترح  
توضيح هذا النص باضافة جملة « على أن يراعى في تقدير هذه النفقة مؤخر المهر  
وزواجها من زوج آخر » فقد يكون مؤخر المهر خمسين الف ليرة سورية مثلاً  
فهذا الطلاق لا يسبب لها بؤساً ولا فاقة وبالتالي فلا تعويض وفي رأيي أن القاضي

(١) وقد قررت محكمة النقض السورية بقرارها رقم ٢٩٦ تاريخ ٢٠/١٠/١٩٦٨  
ان فقدان احد الشرطين المحددين للحكم بالتعويض عن طلاق التعسف يحول  
دون الحكم بالتعويض •

يراعي مؤخر المهر بدون نص لأنه يتفق مع وضع المرأة المالي فما دام العرف يعتبر من تملك مبلغا من المال سواء أكان بحوزتها أم كان مؤخر مهرها ليست بالمرأة الفقيرة فلا يسري النص بالتعويض عن هذا الطلاق .

وكذلك إذا حكم القاضي للزوجة بالتعويض شهريا لفقرها وبؤسها ثم تزوجت فإن صفة الفقر والبؤس والحاجة إلى النفقة زالت بهذا الزواج .  
هذا ما نراه في تطبيق النص القانوني .

أما مصدر هذه المادة أو رد هذه المادة لمصدر شرعي فإن فقهاءنا المسلمين أوجبوا المتعة على كل مطلق طلق زوجته غنية كانت أم فقيرة لسبب أم بدون سبب . والمتعة مبلغ من المال اختلف الفقهاء في تحديده ووجوبه ولكنهم لم يختلفوا حول مشروعيتها ، يدفع للزوجة مع كامل حقوقها الأخرى من نفقة عدة ومؤخر مهر .

#### آراء المذهب الفقهي في متعة الزوج لزوجته المطلقة :

١ - قال فقهاء الظاهرية<sup>(١)</sup> : المتعة فرض على كل مطلق ، ويجبره الحاكم على ذلك أحب أم كره . ودليل ذلك قوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » .

وهذا قول علي بن أبي طالب والحسن وسعيد بن جبير وابن شهاب الزهري . ويقول ابن حزم : أن تقدير المتعة متروك إلى العرف دون تحديد لأننا لو رجعنا إلى صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم نجد أن كلا منهم قد متع حسب حاله دون تحديد<sup>(٢)</sup> .

٢ - وقال الشافعية : تجب المتعة لكل مطلقة ما عدا من طلقت قبل الدخول وكان قد سمي لها مهرًا فلها نصفه<sup>(٣)</sup> .

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٤٥ .  
(٢) أخرج البيهقي في سننه ، والطبراني والدارقطني بإسنادين صحح أحدهما سويد بن غفلة قال : « كانت عائشة الخثعمية عند الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه فلما مات علي قالت له : لتنهك الإمارة أو الخلافة . فقال الحسن يقتل علي وتظهرين الشكامة ٢٢ .. ذهبي فانت طالق ثلاثا ؛ وبعت إليها بعشرة آلاف متعة ، وبقية بقيت لها من صداقها . فقالت : متاع قليل من حبيب مفارق ... » .  
(٣) معنى المحتاج ج ٣ ص ٢٤١ .

٣ - وفي فقه الجنبالة ثلاث روايات في هذا الموضوع (١) :

أ - وجوب المتعة لكل مطلقة

ب - تندب المتعة لكل مطلقة

ج - تجب المتعة للمطلقة قبل الدخول إذا لم يفرض لها مهرا •

٤ - وقال فقهاء الحنفية : تستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة قبل الدخول دون تسمية مهر لها ، فالمتعة لها واجبة (٢) •

٥ - وعند فقهاء المالكية قولان احدهما بوجوب المتعة لكل مطلقة والثاني بالنسبة دون الوجوب •

وقد رجح الامام المالكي القرطبي رواية الوجوب وبها أخذ أكثر شراح مختصر خليل (٣) • ويقول القرطبي : ان عمومات الامر بالقرآن هي أظهر في الوجوب منها للنسب • وجاء في قانون الاحوال الشخصية المغربي - الفصل الستون :

يلزم كل مطلق بتمتع مطلقته اذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره وحالها الا التي سمى لها الصداق وطلقت قبل الدخول •

ولا فرق في هذا التعويض ان كان الطلاق قبل الدخول او بعده ، لان التعسف قد يكون في الحالتين ، وكذلك بالنسبة لفقر الزوجة قد يكون قبل الدخول او بعده ، لان لفظ القانون جاء مطلقا ولا ضرورة للترقية بين قبل الدخول او بعده •

وقد قيد المشرع السوري القاضي بالا يتجاوز بالتعويض نفقة ثلاث سنوات وهو تقدير معقول لئلا يصبح الطلاق عبئا ثقيلا على المطلق فيفقده بذلك هذا النظام

(١) المحرر ج ٢ ص ٣٧

(٢) الجوهرة علي التدوري ج ٢ ص ١٦

(٣) تفسير القرطبي ج ٣ ص ٢٠٠ شرح الخرشي علي خليل ج ٢ ص ٢٧٧

روحه وأساسه الذي قام عليه وهو الرضائية التامة دون اكراه او وعيد<sup>(١)</sup> ،  
لان الطلاق من الامور الاجتماعية الهامة التي ضمن له الاسلام المبادئ  
والقواعد التي تحميه لتمنع عن هذا النظام الانحراف في التطبيق .

ولا يقال ان الطلاق حق للرجل ولا تعويض على من يمارس حقه فالجواب  
على هذا ان كل حق في الاسلام منوط استعماله بعدم الاساءة الى الغير ، فاذا  
أساء الزوج استعمال هذا الحق الذي منحه الاسلام له في قيود وشروط فيجب ان  
يعرف كيف يستعمل هذا الحق ومتى يكون . فاذا أساء الاستعمال وجب عليه  
التعويض لزوجته .

وإذا كان الفقهاء قد اوجبوا الحجر على من يسيء التصرف في أمواله  
ونصبوا له قيما كما في السفينة حيث لا تصح منه تصرفاته رغم انه كامل العقل  
والادراك الا انه لا يحسن التصرف في أمواله ، أفليس من المعقول ان ينظر الشرع  
الى من يسيء التصرف في طلاقه فيشتت الاسرة وما تضم بين جوانحها من اطفال  
وأولاد وما يؤدي هذا الى ضياع هذه الثمرات اليانعة دون رعاية من أب أو أم .

ونحن لا نطالب بالحجز على ارادة الزوج في الطلاق فهو حق منحه الشارع  
بكل صراحة ووضوح لكل زوج ولكننا نقول اذا أساء الزوج التصرف في طلاقه  
فطلق فطلاقه واقع ولكن تفرض عليه تعويضا يناسب حالته المالية وحالة الزوجة  
وما تركها عليه من بؤس وفاقة لعله يفكر تفكيرا اكثر سلامة حين يوقع طلاقه اذا  
عرف ما سيترتب على طلاقه من تعويض لزوجته فضلا عن بقية الحقوق الزوجية .

بل اني ذاهب الى أكثر مما ذهب اليه المشرع السوري فأطالب بوضع حد  
لاساءة التصرف في الطلاق بحيث توجب التعويض على كل شخص أساء استعمال  
هذا الحق فطلق دون سبب معقول سواء أكانت الزوجة في بؤس أم في نعيم ، اذ  
لا علاقة في رأينا بين وضع الزوجة المادي وبين تعسف الزوج باستعمال حقه ، وان

---

(١) كان التعويض في قانون ١٩٥٣ قبل التعديل الاخير نفقة سنة فقط .

كان وضعها يزيدا ألما ولكن الأصل في هذا هو اساءة الزوج استعمال حق منحه  
الشارع له على أن يكون حين تدعو الحاجة اليه .

كما تؤكد ضرورة تحديد هذا التعويض لتلا يؤدي الارهاق فيسقطه إلى منع  
الطلاق بشكل غير مباشر فتنشأ عنه اضرار اجتماعية أكثر من اضرار اساءة استعمال  
حق الطلاق حيث تصبح الاساءة عامة الى الاسرة والمجتمع حين ينحرف الزوج عن  
الطريق المستقيم اذا منعناه عن طلاق زوجة أصبح يرى الجحيم بقربها .

وعلى الزوج ان يثبت ان طلاقه كان لسبب معقول ، ولم يحدد القانون  
السوري الاسباب المعقولة التي تبيح الطلاق دون تعويض بل ترك تقدير ذلك  
للقاضي يقدره حسب ما يشاء بعد دراسة ظروف واحوال الزوجين وما ادى الى  
الانفصال بينهما فان قدر السبب وكان معقولا في نظره رد دعوى التعويض والا  
حكم على الزوج بالتعويض على زوجته وللقاضي ان يجعل هذا التعويض مجزءا  
على اشهر أو دفعة واحدة وذلك حسب وضع الزوج المادي .

جاء في قرار لمحكمة النقض السورية<sup>(١)</sup> :

يشترط لاعتبار الطلاق تعسفيا أن يقع بلا سبب ويؤدي بالمطلقة الى الفاقة  
والاحتياج .

وفي قرار آخر<sup>(٢)</sup> :

ان تعويض الطلاق التعسفي لا يستحق الا عند البيونة وانهاء العدة .  
وعليه لا يستحق اذا كان الطلاق رجعيا والعدة قائمة .

وقد ذهبت محكمة النقض الى أن عدم بيان الزوج سببا للطلاق يكفي  
لاعتباره تعسفا ولا تكلف المطلقة باثبات التعسف<sup>(٣)</sup> .

(١) قرار محكمة النقض السورية ١٥/٥/١٩٥٦

(٢) قرار محكمة النقض السورية ١٩/٦/١٩٥٦

(٣) قرار الغرفة الشرعية ١٩٤ رقم القرار ١٩٥ تاريخ ٢٨/٥/١٩٦٠

كما اعتبرت محكمة النقض عقم الزوجة سببا مبررا للطلاق ينهي عن الزوج قصد التعسف (١) .

القانون الاردني :

نلاحظ ان القانون الاردني الحديث اعتبر الطلاق تعسفيا اذا كان بسبب غير معقول دون النظر الى فقر الزوجة وم حاجتها وجعل التعويض نفقة سنة كحد اقصى فقد نص في المادة ١٣٤ :

اذا طلق الزوج زوجته تعسفا كان طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسبا بشرط ان لا يتجاوز مقدار نفقتها على سنة ويدفع هذا التعويض جملة أو مقسما حسب مقتضى الحال ويراعى في ذلك حالة الزوج يسرا أو عسرا ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الاخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة .

---

(١) قرار الغرفة الشرعية ٣١٤ رقم ٣٩٤ تاريخ ١٠/٥/١٩٦٦ .  
وفي قرار اخر تاريخ ١٦/١١/١٩٦٧ ان عقم الزوجة وعدم قدرتها على انجاب الاطفال لا يجعل الزوج متعسفا في طلاقها .  
ولكن يبدو ان محكمة النقض عدلت عن ذلك وقررت ان عقم الزوجة لا يبر ايقاع الطلاق عليها فيجعل الطلاق مشروعا بل قد يكون تعسفيا لان الزوج يستطيع ان يتزوج زوجة ثانية في هذه الحالة قرار ٤٨٣ تاريخ ٣٠/١١/١٩٦٩ .  
وبهذا نسجل على محكمة النقض السورية ان عقم الزوجة يعتبر مسوغا للزواج بان يتزوج ثانية اذ ان التعديل الجديد نص على وجود المسوغ الشرعي لتعا الزوجات وهذا معقول بلا شك .

## الفرع الرابع

### شروط المصلحة

يشترط لصحة الطلاق ان تكون ممن يقع الطلاق عليها زوجة حقيقية او حكما . فالزوجة الحقيقية هي التي لا يزال رباط الزوجية يربط بينها وبين زوجها المطلق بمقد زواج صحيح ، اما عقد الزواج الفاسد فلا طلاق فيه بل يجب التفريق حالا . واما الزوجة حكما فهي المعتدة من طلاق رجعي ، والمعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى .

فالذي وقع الطلاق المتكرر من الفقهاء قال بصحة وقوع الطلاق في العدة فما دامت الزوجة المطلقة في العدة فان الطلاق يقع عليها . اما غير المعتدة فلا يقع عليها طلاق فلو طلق الزوج زوجته قبل الدخول فلا يتكرر ايقاع الطلاق عليها اكثر من مرة (١) .

وأما الذين قالوا بعدم وقوع الطلاق المكرر أكثر من طليقة واحدة قالوا :  
لا يقع الطلاق في العدة اذا لم يراجع الزوج زوجته .

---

(١) هناك شرط آخر موضع خلاف بين الفقهاء لوقوع الطلاق على الزوجة وهو الا تكون حائضا ولا في طهر مسنها الزوج فيه ، فان طلقها وهي حائض او في طهر مسنها فيه فان الطلاق لا يقع . وذلك ليكون الطلاق عن حاجة حقيقية ورغبة ملحة في الطلاق وخشية ان يكون الطلاق تمهيرا عن وضع خاص مؤقت سرعان ما يزول . وقد ذهب جمهور الفقهاء الى ان طلاق الزوجة وهي حائض او في طهر مسنها فيه طلاق مخرم وياتم صاحبه ولكنه واقع أي أنه لا يجوز ذبانه ويقع قضاء . وقال الجعفرية والظاهرية ان الطلاق لا يقع في مثل هذه الحالة .  
راجع ادلة المذاهب في كتابنا مدى حرية الزوجين في الطلاق ج ١ ص ٤٢٠-٤٧٠

## الفصل الثالث

### الطلاق باتفاق الزوجين

إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغاً من المال لقاء طلاقها فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا مخالعة ، وبإت الزوجة من زوجها ، كما لو قال لها : خالعتك على ألف ليرة فقالت قبلت أو قالت الزوجة خالعتك أو بارأتك على مؤخر مهري فقال لها قبلت صح الخلع وطلقت المرأة ووجب المال<sup>(١)</sup> .

وبما أن المخالعة طلاق على مال فلهذا يشترط فيها ما يشترط في الطلاق من شروط وأركان ، وهذا ما عبرت عنه المادة ٩٥ من القانون السوري في الفقرة الأولى .

يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لايقاع الطلاق والمرأة محللاً له .

ولكن تختلف المخالعة عن الطلاق بأن فيها بدل مال من الزوجة لقاء هذا الطلاق ولهذا يشترط في المخالعة غير ما يشترط في المطلقة ، فالزوجة المخالعة التي لا تملك حق التصرف في أموالها كما لو كانت صغيرة لا تملك حق المخالعة شرعاً<sup>(٢)</sup> ومن الناحية القانونية لا تملك حق المخالعة قبل سن الرشد وهذا ما جاء في الفقرة الثانية من المادة ٩٥ من القانون السوري :

(١) جاء في قرار لمحكمة النقض السورية رقم ٤٦ تاريخ ١/٢/١٩٧٠ : لما كانت المخالعة عقداً ثنائي الطرفين لا تتم إلا بالإيجاب والقبول ويشترط فيها ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما .

(٢) معنى المحتاج ج ٣ ص ٢٦٤ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٤١ ، البحر الرائق ج ٤ ص ١٨٠ ، المغني ج ٨ ص ١٩٥ ، التاج المذهب ج ٢ ص ١٧٦ .

المرأة التي لم تبلغ سن الرشد اذا خولعت لا تلتزم ببديل الخلع الا بسوافة  
ولي المال .

وقد قررت محكمة النقض السورية<sup>(١)</sup> : اذا طلق الزوج زوجته الصغيرة  
المميزة على مهرها وقبلت تطلق ولا يسقط المهر .

هل الخلع طلاق ام فسخ :

اختلف الفقهاء في تكييف الخلع هل هو طلاق ام فسخ .

فذهب الجمهور ان الخلع طلاق بائن<sup>(٢)</sup> .

وقال الحنابلة<sup>(٣)</sup> ان الخلع فسخ وليس بطلاق<sup>(٤)</sup> .

والاصل في الخلع انه اذا اختلف الزوجان واستحال عليهما استمرار المعيشة  
المشتركة بينهما ولم يشأ الزوج الطلاق جاز للزوجة ان تدفع له مبلغا من المال  
يتفقان عليه لقاء طلاقها بدليل الآية الكريمة التي ذكرت احكام الطلاق بارادة الزوج  
المفردة والمخالعة بقوله تعالى :

« الطلاق مرتان فامسك بمرعوف او تسريح باحسان ، ولا يحل لكم  
ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا ، الا ان يخافا ألا يقيما حدود الله ، فان خفتم ألا  
يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به ، تلك حدود الله ، ومن يتعد حدود  
الله فأولئك هم الظالمون » .

وقد بينت الآية الكريمة أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ مما دفعه للزوجة من  
مهر أو غيره الا في حالة واحدة وهي اذا خافا ألا يقيما حدود الله ، ومعنى ذلك

---

(١) قرار الغرفة الشرعية رقم ٢٣٢ تاريخ ١٩٦٦/٦/١ .  
(٢) المسوط ج٦ ص ١٧٧ ، المجموع الفقهي للإمام زيد ج٤ ص ١٦٦ ،  
الوجيز للفزالي ج٣ ص ٤١ ، مختصر المزني ج٤ ص ٥٢ .  
(٣) الانصاف ج٨ ص ٣٩٢ ، المحرر ج٢ ص ٤٥ ، المغني ج٨ ص ١٨٥ ،  
فتاوى ابن تيمية ج٣ ص ٣١ ، تفسير القرطبي ج٣ ص ١٤٣ .  
(٤) وقال الظاهرية ان الخلع طلاق رجعي فاذا راجع الزوج زوجته المخالعة  
فيجب ان يرد لها ما دفعه لتصح الرجعة . المحلى ج١٠ ص ٢٣٥ .

أنه إذا ظهرت بوادر الشقاق والخلاف بين الزوجين ، واستحال الوفاق بينهما ، ففي هذه الحالة يجوز ان يأخذ منها ما تقتدي به نفسها أي لقاء طلاقها .  
ولهذا لا يجوز للزوج أن يظلم زوجته لتدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها أو تبرئه من مؤخر صداقها كما يفعل بعض الجهلة في عصرنا الحاضر طمعا في أموال زوجاتهم .

وقد قررت محكمة النقض السورية ان الطلاق مقابل مال مخالعة لا تسمع فيه دعوى الرجعة (١) وذلك لانه لا عبرة للفظ بل العبرة للقصد .

### بديل الخلع :

يجوز ان يكون بديل الخلع بكل ما صح ان يكون مهرا أي مالا متقوما ، فاذا خالته على مال غير متقوم كخمر أو خنزير مثلا فيقع الطلاق ولا شيء للزوج على زوجته (٢) .

ونصت المادة ٩٧ من القانون السوري : كل ما صح التزامه شرعا صح ان يكون بدلا في الخلع .

وبدل الخلع اما ان يكون صريحا في المخالعة او مسكوتا عنه او أن ينفي الزوجان أي بدل في المخالعة فالحالات اذن فيما يتعلق ببديل الخلع ثلاث :

١ - اذا سمي الزوجان بدلا للخلع غير المهر كما لو قال لها خالعتك على ألف فقبلت الزوجة حصلت الفرقة ولزم المبلغ على الزوجة . وأما فيما يتعلق بالحقوق الزوجية الأخرى كمؤخر المهر مثلا او النفقة التي في ذمة الزوج نحو زوجته هل تسقط أيضا بهذه المخالعة أم أن الامر يقتصر على ما سميها فقط :

قال ابو حنيفة :

يسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر يتعلق بالنكاح الذي حصل الخلع فيه ، فيسقط المهر والنفقة الزوجية التي في ذمة الزوج لزوجته .

(١) قرار محكمة النقض السورية رقم ٢٣٦ الفقرة الشرعية ٢٠٢ تاريخ

١٩٦٠/١/٢١ .

(٢) مغني المحتاج ج ٧ ص ٢٦٥ بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٠ الموطأ ج ٣ ص ١٨٥

احكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٨٤ .

أما نفقة العدة ونفقة السكنى فلا تسقط إلا إذا اشترطا ذلك صراحة في  
المخالعة فتسقط هذه النفقة حينئذ .

وقال الإمام محمد :

لا يسقط بالمخالعة إلا ما سميها فقط أي تدفع الزوجة لزوجها النافق فقط وهو  
المبلغ المتفق عليه وتطالبه بقيمة الحقوق كالمهر والنفقة الزوجية .

وحجة الإمام محمد في هذا أن الخلع من عقود المعاوضات فيعتبر المشروط  
فقط وهو ما سميها وتم الاتفاق عليه بإيجاب وقبول وأما سوى ذلك فلا يسقط  
لأنه لم يتناوله المقدم .

وحجة الإمام أبي حنيفة أن الخلع ثم بين الزوجين لقطع صلة النكاح بينهما  
فكل حق نشأ عن عقد الزواج يجب أن ينتهي بهذه المخالعة ، وأما نفقة العدة فانما  
وجبت على الزوج بعد الانفصال لا قبله أي أنها أثر من آثار الخلع وهو الطلاق  
لا أثر من أثر النكاح الذي تم فيه الانفصال بين الزوجين .

٢ - إذا لم يسم الزوجان بدلا للخلع بأن قال أما خالعتك فقالت قبلت فقي  
ذلك روايات ثلاث في المذهب الحنفي :

- ١ - لا تدفع الزوجة شيئا وتطالبه بالمهر إن لم يكن مقبوضا .
- ٢ - يسقط المهر وكل دين يتعلق بالزوجة في ذمة الزوج نحو زوجته .
- ٢ - إن كان المهر مقبوضا فلا يطالبها الزوج به ويبقى ملكا لها وإن لم  
يكن مقبوضا لا تطالبه به أي يسقط المهر بالمخالعة سواء كان في  
يد الزوج أم في يد الزوجة وسواء كان مقبوضا أم غير مقبوض .

٣ - أما إذا كان بدل الخلع متما صراحة كما لو قال لها خالعتك دون عوض  
فقلت قبلت فيصح الطلاق ولا يطالب الزوج زوجته بشيء ولا يسقط شيء من حقوق  
الزوجة التي في ذمة أحدهما للآخر .

ما ذهب إليه القاتون السوري .

م ٩٨ : إذا كانت المخالعة على غير المهر لزم أدلوه وبرئت ذمة المتخالعين من  
كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية .

م ٩٩ : اذا لم يسم المتخالعان شيئا وقت المخالعة يرى كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية .

م ١٠٠ : اذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلقة وجعية .

على أنه يلاحظ أن الخلع عقد يجب ان يتم بارادتين ولا عبرة للفظ فلو قال لها خلعتك فيعتبر كلاما رجعيا لان المخالعة تبادل ايجاب وقبول من الطرفين (١) .

**هل يجوز ان يكون بدل الخلع ارضاع الولد او امساكه او الانفاق عليه :**

اذا تخالع الزوجان على ان ترضع الزوجة طفلها مدة الرضاعة بلا أجر ولا نفقة كما لو قال لها : خلعتك لقاء ان ترضعي طفلي هذا مدة الرضاع أي مدة السنتين بنغير أجر فقالت الزوجة قبلت ، صحت المخالعة ووجب على الزوجة الارضاع دون أجر لان الرضاعة منفعة متقومة ، والمنافع من الاموال وكل ما كان مالا مقوما صح ان يكون بدلا وعضوا في الخلع .

كما يجوز الاتفاق على المخالعة لقاء ان تنفق الزوجة على طفلها حتى يبلغ سبع سنين من عمره وتقبل الزوجة هذا الشرط برضاها فالخلع صحيح .

اما اذا تعلق بدل الخلع بحق الغير كما في الصغير فلا تجوز المخالعة فمثلا اذا قال الرجل لزوجته خلعتك على ان تمسكي طفلي هذا بعد سن الحضانة الى سن البلوغ فهذا لا يجوز عند الحنفية، لان الشارع قد جعل امساك الطفل في هذا السن من حق الاب لمصلحة الصغير ، فاذا اتفق الابوان على امساك الطفل عند الام في وقت شرعه الله ليكون بيد الاب ففي هذا تعدي على حقوق الطفل وتربيته فلا يجوز .

وكذلك لا يجوز ان يتفقا على ان يكون الطفل في زمن الحضانة بيد الاب لان مدة هذا الزمن هو من حق الام لا الاب لانها اوفر شفقة من الاب وأكثر حنانا

(١) راجع قرارا لمحكمة النقض بهذا المعنى رقم ٦٧ تاريخ ٢٥/٢/١٩٧٠ .

ولكن يلاحظ في هاتين الحالتين ان الطلاق يقع بين الزوجين والشروط  
يبطل لتعلقه بحقوق الغير .

فاذا تمت المخالعة وبانت الزوجة ثم لم تقم بوفاء التزامها كما لو امتنعت عن  
ارضاع الطفل دون أجر ، أو مات الطفل أو ماتت الزوجة فللزوجة حق الرجوع عن  
أجرة الارضاع في هذه المدة الباقية .

جاء في المبسوط (١) :

لا يجوز الخلع على ان تتنازل عن حضانة ولدها لايه لان هذا حق للولد .  
وبقاؤه عند أمه أنفع له . ولهذا لو تزوجت شخصا آخر عاد الى أبيه لانها تشغل  
بخدمة زوجها الثاني . وطالما انه حق للولد فليس لها ان تبطله بالشرط . فاذا خالته  
على ان تترك الولد عنده فالخلع جائز والشرط باطل .

وفي حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية (١) :

اذا اختلعت المرأة من زوجها على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز  
والشرط باطل اذ ان الام تكون أحق بالولد لحق الولد فان كوف الولد عندها  
أنفع له .

وجاء في القانون السوري :

م ١٠٢ : ف١ - اذا اشترط في المخالعة اغفاء الزوج من اجرة ارضاع الولد  
أو اشترط امسالك أمه له مدة معلومة وانفاقها عليه فتزوجت او تركت الولد يرجع  
الزوج بما يعادل اجرة رضاع الولد ونفقته عن المدة الباقية .

ف٢ - اذا كانت الام معسرة وقت المخالعة أو عسرت فيما بعد يجبر الاب  
على نفقة الولد وتكون ديناً له على الام .

م ١٠٣ : اذا اشترط الرجل في المخالعة امسالك الولد عنده مدة الحضانة صحت  
المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ويلزم أبوه بنفقته واجرة  
حضناته . ان كان الولد فقيراً .

(١) المبسوط ج ٦ ص ١٦٦ .

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/٢/١٨ .

وقد حذف التعديل الجديد حالتين من الحالات التي تجيز للزوج الرجوع على زوجته المطلقة بنفقة ولده المحضون : وفاة الزوجة و وفاة الولد .

والذي نراه ان القانون القديم كان ضمن القواعد الشرعية والقانونية لان الالتزام بالنفقة ما يزال قائما فموت الطفل أو الزوجة لا يسقطه ابدا فالموضوع يتعلق بالترام بنفقة مادية وليس بعمل حتى ينقضي بموت الام أو الولد ، ان هذا الالتزام مالي تمهدت به الام لقاء المخالعة فان مات الطفل أو ماتت الزوجة فيجب ان يبقى الالتزام قائما ويحق للزوج المطالبة به .

وبقي القانون السوري ساكتا عن حالة اعسار الزوجة بالنفقة على ولدها بعد الاتفاق على المخالعة ففي هذه الحالة يقوم الاب بالنفقة وكل ما يتعلق بذلك على ان يكون هذا ديننا في ذمة الزوجة يرجع عليها حين اليسار .

اما القانون الاردني فقد أعفى الاب من الرجوع على الزوجة اذا مات الولد وأجاز له الرجوع على ورثة الزوجة اذا ماتت .  
جاء في المادة ١٠٩ من القانون الاردني :

إذا اشترط في المخالعة اعفاء الزوج من أجره ارضاع الولد او حضائه او اشترط امساکها له بلا أجره مدة معلومة او انفاقها عليه فتزوجت او تركت الولد أو ماتت يرجع الزوج عليها بما يعادل أجره ارضاع الولد وحضائه ونفقته عن المدة الباقية ، اما اذا مات الولد فليس لاب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت .

### خلع الزوجة المريضة مرض الموت :

تعتبر تصرفات المريض مرض الموت موقوفة الا فيما يتعلق بالثلث فيعتبر كالوصية تجوز تصرفاته فيه ، فهل تصح مخالعة الزوجة مع زوجها وهي مريضة مرض الموت ؟

قد يكون ذلك لا رغبة بالفرقة الزوجية بل للمحابة ولتمنع عن وراثتها ميراثهم فتستفق

مع زوجها على أن يخالفه لقاء الاف من الليرات لتمنع غيره من ميراثها ولهذا نجد احتياط الشارع لذلك فنص الفقهاء على حكم خلع الزوجة المريضة مرض الموت بطلي :

١ - يعتبر الخلع صحيحا من حيث المفارقة ، وأما من حيث البذل أي عوض الخلع فلا عبرة بالمبلغ المسمى المتفق عليه ويستحق الزوج إذا توفيت الزوجة وهي في عدة مرض الموت الاقل من المبالغ الثلاثة الآتية :

المبلغ المتفق عليه بدل الخلع أو ميراثه أو ثلث تركتها لو كانت وصية .

٢ - أما إذا مات بعد انتهاء العدة فلزوج الاقل من بدل الخلع ومن ثلث التركة لانه لم يعد وارثا .

٣ - أما إذا برئت من مرضها فلا يسمى مرض موت حينئذ فيأخذ الزوج المبلغ المتفق عليه مهما بلغت قيمته (١) .



---

(١) البحر الرائق ج ٤ ص ٨٠ ، المغني ج ٨ ص ٢٢٣ ، المنتزح المختار ج ٢ ص ٤٢٣ ، مختصر المزني ج ٤ ص ٦٧ ، تحفة المحتاج ج ٧ ص ٤٦٦ ، شرح الخرشي ج ٣ ص ١٥٥ ، شرح النيل ج ٣ ص ٤٩٦ .

## الفصل الرابع

### الطلاق بحكم القاضي

للقاضي التفريق بين الزوجين بناء على طلب احدهما في الحالات التالية :

- ١ - التفريق للعلل والميوب والامراض •
- ٢ - التفريق للغيبة او الحبس •
- ٣ - التفريق للاعسار او عدم الاتفاق
- ٤ - التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين •

## الفرع الاول

### التفريق للعلل والعيوب والامراض

الحياة الزوجية قوامها الالفة والمودة بين الزوجين ومن اهدافها التناسل لايجاد جيل قوي في المجتمع . هذه الحياة قد يطرأ عليها ما يعكر صفوها من مرض أحد الزوجين بعلّة يطول أو يصعب شفاؤها أو يستحيل ، وقد يجد أحد الزوجين صاحبه مصاباً بمرض تناسلي أو مرض منفر أو مرض مخيف لم يظهر له حين العقد فماذا يعمل حينئذ ؟ ..

هل يبقى السليم مع المريض يشاطره ألم الحياة كما شاطره سعادتها وهناءها وله من الله الاجر والثواب لانه ساهم في تخفيف مصاب شريك حياته ؟ ..

أم أن للزوج السليم اذا ما خشي انتقال العدوى من زوجه اليه ، أو نفر عنه نفورا يكاد يخشى عليه من الفتنة اذا ما استمر على معاشرته ، أو كان يرغب بزواج آخر معافى غير مريض ، هل لهذا الزوج أن يطلب التطبيق من القاضي فيجيبه اذا ثبت لديه ذلك .

في الفقه الاسلامي ثلاثة آراء في هذا الموضوع :

١ - المذهب الاول : مذهب الظاهرية<sup>(١)</sup> لا تفريق بين الزوجين للعيوب والامراض ، الا اذا شرط احدهما السلامة من العيوب أثناء العقد فتبين له خلاف ما اشترطه .

٢ - المذهب الثاني : مذهب الاحناف<sup>(٢)</sup> للزوجة ان تطلب من القاضي فسخ النكاح اذا وجدت زوجها مصاباً بعيب أو مرض تناسلي يمنع من الاتصال

(١) المحلى ج ١٠ ص ١٠٦ وقد اختار رأي الظاهرية الامام الشوكاني في نيل الاوطان .

(٢) البدائع ج ٢ ص ٣٢٧ ، ملتقى الابحر ج ١ ص ٤٧١ ، المبسوط ج ٥ ص ٩٧ .

الجنسي ، أما الزوج فلا يملك هذا الحق لانه يملك حق الطلاق (١) .  
٣ - المذهب الثالث : مذهب جمهور الفقهاء (٢) وهو انه يحق لكل واحد  
من الزوجين طلب التفريق لعيب يجده في الآخر مع اختلاف فيما بينهم في تعداد  
هذه العيوب .

ولما كان تعداد هذه الاحكام لدى مختلف المذاهب مما يطول بيانه ، ولهذا  
فسوف نقصر الشرح على ما جاء في القانون السوري مع الرجوع الى مصادر  
الفقهية وبيان رأينا فيما ذهب اليه :

م ١٠٥ : للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين :

١ - اذا كان فيه احدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها  
هي منها .

٢ - اذا جن الزوج بعد العقد .

م ١٠٦ ف ١ : يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل الميئة في المادة  
السابقة اذا علمت بها قبل العقد او رضيت بها بعده .

ف ٢ : على أن حق التفريق بسبب العنة لا يسقط بحال .

م ١٠٧ : اذا كانت العلل المذكورة في المادة ١٠٥ غير قابلة للزوال يفرق القاضي

---

(١) تذكر معظم كتب الحنفية ان الامام محمد بن الحسن الشيباني اضاف  
الى العيوب التناسلية في الزوج ثلاثة امراض اخرى فقط هي الجنون والجلام  
والبرص بحيث لو وجد احدها في الزوج جاز للزوجة طلب التفريق ، راجع فتح  
القدير ج ٣ ص ٢٦٧ حاشية ابن غابدين ج ٢ ص ٦١٣ البحر الرائق ج ٤ ص ١٢٧ .  
ولكن التحقيق خلاف ذلك فان مذهب الامام محمد هو عدم حصر عيوب الزوج في  
امراض معينة فقد جاء في تبين الحقائق ج ٣ ص ٢٥ وقال محمد رحمه الله : ترد المرأة  
اذا كان بالرجل عيب فاحش بحيث لا تطيق المقام معه لانها تعلم عليها الوصول  
الى حقها لعنى فيه فكان كالجب والعنه . راجع تحقيق ذلك في مدى حرية الزوجين  
في الطلاق للمؤلف ج ٢ ص ٦٧٠ .

(٢) الشافعية الوجيز ج ٢ ص ١٨ تحفة المحتاج ج ٧ ص ٣٤٦ . والمالكية  
شرح الخرشي ج ٢ ص ٧٣٠ . والحنابلة المغني ج ٧ ص ٥٩٧ . والزيدية المنتزع  
المختار ج ٢ ص ٢٩٥ . والجعفرية اللمعة الدمشقية بشرح الروضة البهية ج ٢ ص ١٢٤  
والاباضية شرح النيل ج ٣ ص ٢٤٤ .

بين الزوجين في الحال ، وان كان زوالها ممكنا يُرجل الدعوى مده مناسبة لا تتجاوز السنة فاذا لم تنزل الملة فرق بينهما .  
١٠٨ م : التفريق للملة طلاق بائن .

### شرح هذه المواد القانونية وبيان رأينا فيها :

١ - ان اعطاء حق التفريق للزوجة دون الزوج بسبب العلل والامراض انفرد به المذهب الحنفي عن بقية المذاهب التي اجازت التفريق وتعليقه في هذا هو أن الزوج يملك حق الطلاق اذا ما وجد زوجته مصابة بمرض أو علة بينما لا تستطيع الزوجة هذا الطلاق (١) .

وفعن لا نرى مبررا للترقية بين مرض الزوج ومرض الزوجة ، وان كان الزوج يملك الطلاق ، بل يجب ان يتساويا في هذا الحق لان آثار كل من الحالتين قد تختلف عن الاخرى بخاصة اذا أخذنا برأي من يقول ان التفريق هنا فسخ لا طلاق .

٢ - ان القانون السوري حصر العلل التي تجيز طلب التفريق بالعلل الجنسية المانعة من الدخول وبالجنون ، وهذا في رأينا تضيق لا محل له لان كثيرا من الامراض قد يكون خطرها أكثر من العلل الجنسية بل قد يكون من العلل الجنسية ما لا يمنع من الدخول ولكنه من الامراض السارية التي تنتقل من أحدهما الى الآخر بمجرد الاقتران والاجتماع ببعضهما . وهناك أمراض غير جنسية ولكنها سريعة العدوى فكيف تلزم الزوجة على ان تبقى مع زوج وحياتها مهددة بالخطر في كل لحظة من سريان المرض اليها وهي لا تملك حق التفريق الا بسبب العلل الجنسية المانعة من الدخول والجنون (٢) .

(١) تبين الحقائق للزلمي ج ٣ ص ٢٥ .

(٢) لم يحصر قانون حقوق العائلة العثماني وهو التشريع السابق للقانون السوري الصيوب التي تجيز التفريق للزوجة بسبب العلل والامراض .  
فقد جاء في المادة ١٢٢ : اذا اطلعت الزوجة بعد النكاح على وجود علة في الزوج من العلل التي لا يمكن المقام معها بلا ضرر او حدثت به اخيرا فللزوجة ان تراجع الحاكم وتطلب فسخ نكاحها منه .

٣ - اشترط القانون على الزوجة اذا أرادت طلب التفريق بسبب العلل ان تكون بريئة منها ، أما اذا كانت مصابة باحدهما فلا يحق لها طلب التفريق ، أي اذا وجد بالزوجة علة جنسية تمنع من الدخول والاستمتاع الجنسي ولو كانت تختلف عن مرض زوجها الجنسي فلا يحق لها طلق التفريق اذا كان بزوجها علة من هذا النوع . وهذا تمشياً مع المذهب الحنفي الذي يشترط السلامة من العيوب في الزوجة<sup>(١)</sup> غير ان بعض المذاهب لم تشترط ذلك وقالوا يعاف الانسان من غيره ما لا يعافه من نفسه<sup>(٢)</sup> .

على اننا نلاحظ ان الزوجة اذا كانت مريضة بمرض آخر غير جنسي كالجنون مثلا فيحق لها طلب التفريق ويقوم القيم على شؤونها بهذا الطلب تفسيراً للقانون الذي ميز العلل الجنسية عن الجنون مثلاً في عدة أمور منها هذه التفرقة .

وكذلك فإن علم الزوجة المجنونة او رضائها كالكسوت مثلاً لا يعتبر تنازلاً عن حقه بطلب التفريق لانها معدومة الارادة .

٤ - نص القانون على اعطاء حق الزوجة طلب التفريق للجنون اذا طرأ بعد العقد خلافاً لبقية العلل فما معنى ذلك ؟ . هل معنى هذا النص ان الزوج اذا كان مجنوناً أثناء العقد فلا يحق للزوجة ان تطلب التفريق ؟ .

لو قلنا اذا علمت بذلك سقط حقها فهذا شرط عام في كل من العلل بما فيها الجنون فمجرد العلم يسقط حق طلب التفريق فلماذا خص المشرع الجنون بما بعد العقد ؟ .

فاذا تزوجت وهي لا تعلم انه مجنون كما لو زوجه وليه واذن القاضي بذلك ثم وجدته مجنوناً فاذا أردنا تطبيق هذه المادة فلا حق للزوجة بطلب التفريق لان الجنون كان قبل العقد والمادة صريحة بقولها الجنون بعد العقد .

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٣٥ .

(٢) البهجة شرح التحفة للتسولي ج ١ ص ٢١٤ .

على انه يمكن تفسير ذلك بالمفهوم المخالف أي اذا كانت تعلم بجنون زوجها قبل العقد سقط حقها بطلب التفريق ، أما اذا كانت لا تعلم فلا يسقط حقها ، ومع هذا فالمادة تحتاج الى توضيح .

ومع ذلك فباستطاعة الزوجة في هذه الحالة طلب التفريق للتفريق لانها تزوجت عاقلا لا مجنونا ، وان لم تستطع ذلك فالمعروف عرفا كالمشروط<sup>٥</sup> شرطا .

كما اننا نرى ان على القاضي ان يلفت نظر الزوجة اذا اذن بزواجها من مجنون ان زوجها مصاب بالجنون اذا كانت لا تعلم .

٥ - اذا علمت الزوجة بيلة زوجها قبل العقد ، أو رضيت بها بمجرد علمها بعد العقد فان هذا الرضا يعتبر اسقاطا لحقها في طلب التفريق .

وهذا يتفق مع ما ذهب اليه كثير من الفقهاء من ان السكوت يعتبر في هذه الحالة رضا ويسقط حق الزوجة بذلك ، ولهذا فاننا نقترح ان ينص القانون على انه لا بد من الرضا الصريح لاسقاط حق الزوجة في طلب التفريق فقد يكون السكوت أملا بالشفاء ، كما لو جن الزوج مثلا فعلمت بذلك الزوجة وبدأت بعلاجه ونقله من مستشفى الى آخر فهل تعتبر هذه المداواة والسكوت خلال هذه المدة من الزوجة دلالة على الرضا بحيث يسقط حقها في طلب التفريق ؟ .

ليس من المنطق والمعقول ان تكافأ هذه الزوجة التي بذلت قصارى جهدها في علاج زوجها وفاء له وحبا به باسقاط حقها اذا ما استحال العلاج ولم تجد المداواة ، فنقول لها ان سكوتك يعتبر رضا والرضا يسقط حق طلب التفريق .

على ان القانون استثنى من ذلك مرض العنة<sup>(١)</sup> ، فاذا اصيب الزوج به فان حق الزوجة لا يسقط بطلب التفريق املا بعلاجه وشفائه ولو علمت بمرضه أو رضيت به .

٦ - يشترط في هذه العلة ان تكون غير قابلة للزوال خلال مدة معينة

(١) مرض العنة هو اصابة الزوج بارتداء في عضوه التناسلي بحيث لا يستطيع جماع زوجته ويقال للمصاب بهذا المرض : عنين .

قدرها المشرع سنة فاذا زالت العلة خلال سنة فلا تفريق اما اذا استمرت أكثر من ذلك فللقاضي التفريق بين الزوجين .

على انه يجب على القاضي ان يستعين بخبرة الاطباء في ذلك فاذا قرروا ان هذه العلة غير مرجوة الشفاء فلا داعي للتأجيل لانه ضرر ولا فائدة فيه .

وقد قررت محكمة النقض السورية ان التقرير الطبي اذا لم يعجز بان الزوج مصاب بعلة غير قابلة للشفاء فلا يصح التفريق الفوري (١) .

٧ - التفريق للعلة هو طلاق بائن وهذا ما ذهب اليه الاحناف (٢) والمالكية (٣) خلافا لغيرهم كالشافعية (٤) والحنابلة (٥) الذين قرروا ان التفريق للعلل والامراض فسخ للعقد وليس بطلاق .

ويلاحظ ايضا ان التفريق للعلل في القانون طلاق بائن ، لا يجوز للزوج مراجعة زوجته ولو كانت في العدة ، لانه يفوت عليها بالمراجعة قصدتها بالتفريق ولان المراجعة شرعت لفوائد لا تتحقق هنا .

وقال ابو حنيفة يجب على الزوج تمام المهر اذا دخل بزوجته ثم فرق بينهما للعلل والامراض .

وذهب الصحابان : أبو يوسف ومحمد الى ان الزوج ان دخل بزوجته فعليه نصف المهر اذا فرق بينهما بسبب العلل أي يأخذ حكم عدم الدخول .

### والذي نراه في هذا الموضوع :

١ - عدم حصر العيوب بأمراض معينة بل يجب وضع معيار عام وهو

- (١) قرار محكمة النقض السورية رقم ٥٧٢ تاريخ ٢٧/١٢/١٩٦٧ .
- (٢) الهداية ج ٣ ص ٢٦٥ الفتاوى الخيرية ج ١ ص ٤١٢ .
- (٣) حاشية البسوقي ج ٢ ص ٣٣٠ مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٨٦ .
- (٤) تحفة المحتاج ج ٧ ص ٣٥٢ المهذب ج ٢ ص ٥١ .
- (٥) المغني ج ٧ ص ٦٥٠ الاختيارات العلمية ص ١٢١ .

ان المرض سبب من اسباب التفريق اذا كان معديا او جنسيا او مخيفا دون تحديد لصفة او تسمية له لان درجة خطورة المرض تختلف من زمن لآخر نظرا لتطور العلاج وقابلية الشفاء .

٢ - عدم التفريق بين الزوج والزوجة فسواء وجد هذا العيب بالزوج أو بالزوجة فيحق للآخر طلب التفريق .

٣ - لا يعتبر السكوت رضا فقد يكون املا بالشفاء ، بل الذي يسقط حق التفريق هو الرضا صراحة .

٤ - ان التفريق بسبب العلل والامراض فسخ لا طلاق ، وذلك لاختلاف آثار كل منهما عن الآخر ولتقييد دائرة الطلاق من حيث عدد الطلقات التي يملكها الزوج فيما لو أراد العودة الى زوجته بعد الشفاء .

ومن القوانين العربية التي ذهبت الى عدم حصر العيوب التي تجيز لاحد الزوجين طلب التفريق القانون المصري فقد جاء في المادة ٩ من القانون رقم ٢٥ لعام ١٩٢٥ :

للزوجة ان تطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت به عينا مستحكما لا يمكن البرء منه او يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون او الجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به فان تزوجته عالمة بالعيب او حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة او دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

ما ذهب اليه القضاء في التفريق للامراض :

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية (١) :

اذا قرر الطبيب الشرعي ان الزوج لا يزال مريضا بمرض عقلي من طبيعته احتمال تكرار النوبات ، وتطرا عليه عقب كل نوبة تغيرات مرضية نفسية مع اطراد في ضعف ارادته ونقص ادراكه وانعطاط عقلته ، وان هذا

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩/١٠/١٩٥٧ .

المرضى من الجائز شفاؤه في بعض الأحوال ، إلا ان علاجه قد يطول ، مما يفرض بقاء الزوجة معه للضرر ، فإله يتمن التطلاق .

وفي قرار لمحكمة النقض السوربة (١) :

ان تقاضي الزوجة النفقة لا يعتبر رضاء منها بعلة الزوج .  
وان انتظار الزوجة مدة طويلة غير كافية في الدلالة على رضاها بعلة الزوج .

وجاء في القرار : ولما كانت المذكرة الايضاحية لقانون الاحوال الشخصية تضمنت في موضوع احكام الطلاق ما نصه : ومن السياسة الشرعية ان يفتح للناس باب الرحمة من الشريعة نفسها وان يرجع الى اصل حكم الطلاق ووضعه في الاسلام ويؤخذ من غير المذاهب الأربعة ما يؤدي الى جلب مصلحة عامة او دفع ضرر عام .

والذي نراه في هذا القرار :

١ - انه يتفق مع رأينا بوجود عدم اعتبار السكوت عن المطالبة بالتفريق والعلم بالمرض دلالة رضا من الزوجة بل لا بد من الرضا الصريح باسقاط حقها .  
ولكن هذا شيء ، وتطبيق القانون شيء آخر .

ان الرجوع للمذكرة الايضاحية لتحديد المبادئ العامة للطلاق أمر جميل ولكنه ليس بالأمر الدقيق ، فقد تكون هناك حالات أشد ضرورة من هذه الحالة ولا يسعنا النص بالتفريق كما لو كان الزوج مصابا بمرض معد يخشى انتقاله الى الزوجة والاولاد فما العمل ؟ . . . هل نقول ان المذكرة الايضاحية اشارت الى الرجوع لمختلف المذاهب والنص القانوني صريح بخصر التفريق للعلة الجنسية والجنون فقط .

٣ - ان الرجوع الى المذهب المالكي حسب قرار محكمة النقض المفصل لعدم اعتبار سكوت الزوجة دلالة رضا موضوع فيه نظر ، فمن الذي قال ان مصدر هذه المادة هو المذهب المالكي لا الحنفي حتى نرجع لسد النقص فيه

(١) الفرفة الشرعية لمحكمة النقض السوربة ٤٩ رقم القرار ٢٠٧ تاريخ

وبخاصة اذا علمنا ان الاتجاه القضائي العام يميل الى الرجوع دائما للمذهب الحنفي حسب دلالة المادة ٣٠٥ وان كان هذا خلافا لرأينا . أما موضوعنا فالمصدر هو المذهب الحنفي وهو المرجع لسد النقص لان التفریق للعلل في القانون يخالف ما ذهب اليه المالكية ويتفق مع الحنفية من عدة وجوه .

أ - ان المالكية أعطوا لكل من الزوجين حق طلب التفریق للعلل الموجودة قبل العقد أو أثناء العقد ، أما قانوننا فقد أعطى هذا الحق للزوجة فقط أخذاً من المذهب الحنفي وفق ما جاء في حاشية الدسوقي (١) .

ب - ان القانون اشترط على الزوجة لطلب التفریق ان تكون سليمة من المرض المصاب به الزوج وهذا يتفق مع الحنفية ويخالف المالكية الذين أجازوا للمريض ايضاً حق طلب التفریق حسب ما ورد في مواهب الجليل والبهجة وحاشية الصلوي (٢) .

ج - لم يحصر المالكية العيوب بعدد معين حسب أقوال المحققين من فقهاءهم بينما حصر الحنفية العيوب بعدد معين وهذا ما فعله القانون السوري كما جاء في بداية المجتهد (٣) .

لهذا لا مجال للقول بأن المذهب المالكي هو مصدر التشريع حتى نرجع اليه في تطبيق مفهوم الرضا وهل يكفي بالسكوت أم لا .

٤ - لقد ذكر القرار ان مرور عشرين سنة على سكوت الزوجة لا يعتبر دلالة الرضا أخذاً من المالكية ، وان فقهاء المالكية ذكروا ذلك فضلاً عن انه لا يجوز الرجوع في هذه الحالة الا الى المذهب الحنفي الذي يعتبر السكوت وخاصة عشرين سنة دلالة رضا .

٥ - لقد ذكر فقهاء الحنابلة عدة روايات في حق طلب التفریق هل يثبت على الفور او على التراخي .

(١) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٣٢٥ .

(٢) مواهب الجليل ج ٢ ص ٤٨٦ في البنية شرح التحفة ج ١ ص ٣١٤ ،

حاشية الصلوي ج ٢ ص ٧٤ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٢ .

٦ - امام صراحة النص ، وامام وضوح المصدر التاريخي لهذا النص ،  
لا مناص من اعتبار مرور عشرين سنة على سكوت الزوجة على مرض زوجها دلالة  
رضا تسقط حقها في طلب الترخي .

وان كنت ارى كباحث في القانون وشارخ له ان هذا التشريع من الضروري  
تعديله بحيث تمنح الزوجة الفرصة الكافية لعلاج زوجها ونجعل لها هذا الحق  
ثابتا لها على التراخي .

## الفرع الثاني

### التفريق للغيبة أو السجن

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة طويلة فهل يحق للزوجة أن تطلب التفريق إذا كان الغياب بدون عذر ونو ترك لها مالا تنفق منه ، لأن للزوجة حقوقا على زوجها ، فإذا تركها وغاب فيخشى عليها من الفتنة ، ولهذا أجازت بعض المذاهب للزوجة أن تطلب التفريق وبهذا أخذ القانون السوري .

جاء في المادة ١٠٩ :

- ف ١ : إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بمقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب الى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .
- ف ٢ : هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو اطلق السجن والمرأة في العدة حق له مراجعتها .

ملاحظتنا على ما ذهب اليه القانون :

- ١ - ان القانون أخذ مبدأ التفريق للغياب والسجن من المذهبي المالكي<sup>(١)</sup> والحنبلي<sup>(٢)</sup> خلافا للشافعية والحنابلة .
- ٢ - ان القانون اعطى للزوجة حق طلب التفريق لغياب زوجها سواء أكان غيابه بدون عذر أم كان في سجن إذا مضت سنة على غيابه أو على سجنه على انه يشترط في السجن أن تكون المدة المحكوم بها أكثر من ثلاث سنوات .
- أما إذا كان الغياب لعذر معقول فلا تجوز المطالبة بالتفريق كما لو كان الزوج غائبا لطلب العلم مثلا .

(١) منح الجليل ج ٢ ص ٣١٣ .

(٢) المضي ج ٨ ص ١٢٢ .

وهنا نقف قليلا لنرى مناط طلب التفريق في حال غياب الزوج .  
هل التفريق لتفنت الزوج بغيابه وقصده الاضرار بزوجه ، لانه غاب ولم  
يعلمها ، فيجب عقوبته بامضاء الطلاق عليه .

ام ان القصد من التفريق هو رفع الضرر عن الزوجة لانها لا تستطيع العيش  
بعيدة عن زوجها ؟ . . .

فان كان الامر الاول ، قلنا ان الغياب بدون عذر سبب مقبول لطلب  
التفريق .

اما ان كان الامر الثاني فلا فرق لدى الزوجة ان كان غياب زوجها لعذر  
او بدون عذر .

ولهذا فقد نص المذهب المالكي على وجوب اعلام الزوج وانذاره بالعودة  
والا طلقت زوجته ، فاذا كان معلوم المكان ولم يجب طلق القاضي عليه . وعلى  
هذا المذهب فان مناط التفريق بين الزوجين للغياب هو الضرر الذي يصيب الزوجة  
من جراء ذلك .

اما الحنابلة فقد اشترطوا ان يكون الغياب بدون عذر مدة تتضرر بها الزوجة  
فأعطوها حق طلب التفريق وهذا ما أخذ به القانون السوري .  
ونحن نرى عدم التفرقة بين الحالين ، لان الزوجة تتضرر بغياب الزوج أيا  
كان سببه ، والتفريق هنا للضرر لا للاضرار بدليل التفريق للسجن فهو أيضا تفريق  
للضرر الذي يصيب الزوجة لا لاضرار الزوج بها .

٣ - ان مدة السجن المحكوم بها على الزوج يجب ان تكون ثلاث سنوات  
فاذا حكم على الزوج بستين مثلا ومضت سنة فلا يجوز التفريق في هذه الحالة .  
وحذا لو فرق المشرع بين السجن لسبب سياسي او عقائدي او وطني وبين  
غير ذلك من الاسباب كالجرائم العادية كما فرق بين الغياب لعذر والغياب بدون  
عذر وذلك لأمرين :

١ - الغرض النبيل الذي لاجله سجن الزوج فيجب ان يعامل المعاملة  
التي تليق به .  
٢ - احتمال الافراج عنه غير بعيد .

٤ - ان القانون جعل التفريق هذا طلاقا رجعيا بحيث يستطيع الزوج اذا خرج من السجن والزوجة لا تزال في العدة ان يراجعها وهي زوجته كما كانت وذلك كما لو اسقطت العقوبة الباقية عن السجين أو أفرج عنه فخرج قبل اتمام الثلاث سنوات (١) .

٥ - ونرى أيضا جعل طلاق الغائب بدون عذر بعد انذار القاضي وعدم عودته طلاقا بائنا لانه قد يعود بعد التفريق والزوجة في العدة ، فهذا لو جعل طلاقه بائنا لكان أزرع عقوبة له لان غيابه لم يكن الا بقصد الضرر أما لو جعل طلاقه رجعيا فقد يراجع زوجته للاضرار بها ثم يغيب مرة أخرى .

٦ - ان المراجعة بالنسبة للسجين مشروطة بالافراج عنه ، أما اذا راجع زوجته وهو في السجن دون ان يفرج عنه فلا تصح الرجعة .

---

(١) يلاحظ ان التشريع المصري اعتبر التفريق للغياب أو السجن طلاقا بائنا .

## الفرع الثالث

### التفريق لعدم الانفاق او الاعسار

ان نفقة الزوجة على زوجها واجبة ولو كانت غنية لان الانفاق من آثار النكاح ، فاذا اعترى الحياة الزوجية ظرف من الظروف أعسر به الزوج بالنفقة فما هو موقف الزوجة ؟ . . .

هل تقف بجانب زوجها مع فقره وحرمانه كما كان بجانبها في سعادته وغباه أم تتخلي عنه وتذهب الى القضاء طالبة فسخ النكاح .

ان المرأة الكريمة هي التي تبقى بجانب زوجها في السراء والضراء ، فالفقر ليس عارا في شريعة الاسلام بالنسبة للفقير لان المال غاد ورائح فالذي أعسر اليوم قد يقنى غدا بعد اعسار ، انما العار كل العار ان يتخلي المرء عن أخيه في وقت هو أحوج ما يكون فيه الى الصديق فضلا عن تخلي الزوجة عن زوجها ، وان كانت هناك مسؤولية فانها تقع على كاهل المجتمع الذي لم يهيء لافراده سبل العيش الكريم .

وفي موضوع التفريق للاعسار أو عدم الانفاق اربعة آراء في الفقه الاسلامي :

١ - المذهب الاول : مذهب الاحناف (١) عدم التفريق بين الزوجين للاعسار او عدم الانفاق ، وللمرأة ان تستدين او تنفق على نفسها ان كان لها مال على أن يكون هذا في ذمة الزوج يدفعه حين يساره واذا تبين للقاضي ان الزوج ممتنع عن الانفاق ظلما ولم يتمكن من التنفيذ جبرا عنه في الانفاق حكم عليه بالحبس لانه يعتبر حيثئذ ظالما في عدم الانفاق . ودليل هذا المذهب

(١) مجمع الانهر ج ١ ص ٤٦٨ ، المبسوط ج ٥ ص ١٨٧ ، رد المحتار ج ٢ ص ٦٧٤ ، وبراى الحنفية أخذ الزيدية : التاج المذهب ج ٢ ص ٢٨٦ ، والمثنوع المختار ج ٢ ص ٥٤٢ ، وجمهور الجعفرية اخلوا بهذا الرأي ايضا . راجع الزواج والطلاق لمحمد جواد مقنية ص ١٩٢

قوله تعالى : « ليحقق ذو سعة من سنته ومن قدر عليه رزقه فليحقق ما آتاه الله لا يكلف الله نفسا ألا وسعها » .

٢ - المذهب الثاني (١) : مذهب الظاهرية : عدم التفريق للأعسار .  
والزوجة ملزمة بالاتفاق من مالها على زوجها إن كانت غنية فضلا عن الاتفاق على نفسها .

٣ - المذهب الثالث (٢) : رأي ابن القيم الجوزية : يجوز التفريق للأعسار في حالتين فقط :

١ - في حالة قدرة الزوج على الاتفاق وامتناعه عن ذلك .  
٢ - في حالة تفرير الزوج بالزوجة أثناء عقد الزواج على أنه غني والحال أنه فقير .

٤ - المذهب الرابع : مذهب الجمهور المالكية (٣) والشافعية (٤) والحنابلة (٥) ،  
التفريق للأعسار في جميع الحالات التي يمتنع فيها الزوج عن الاتفاق . ودليلهم في هذا قوله تعالى : « فامسك بمنعك أو تسريح باحسان » ، وقوله أيضا :  
« ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا » .

وقد أخذ القانون السوري بمذهب الجمهور فأجاز للقاضي التفريق بين الزوجين إذا امتنع الزوج عن الاتفاق أو أعسر بناء على طلب الزوجة .  
جاء في المادة ١١٠ .

ف ١ - يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الاتفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة .

---

(١) المحلى ج ١٠ ص ٩٢ .  
(٢) زاد المعاد ج ٤ ص ١٥١ .  
(٣) تفسير القرطبي ج ٣ ص ١٥٥ ، سبل السلام ج ٣ ص ٢٠٢ ، مواهب الجليل ج ٤ ص ١٦٦ ، البهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٣٩٧ .  
(٤) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٦٦٣ ، المهذب ج ٢ ص ١٧٥ .  
(٥) الأنصاف ج ٩ ص ٣٩ ، كشف القناع ج ٥ ص ٣٩٠ ، فتاوى ابن تيمية ج ٤ ص ٩٢ .

ف ٢ - ان أثبت عجزه أو كان غائبا أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز

اللاثة أشهر فان لم ينفق فرق القاضي بينهما .

١١٢ - تفریق القاضي لعدم الاتفاق يقع رجما وللزوج أن يراجع زوجته  
دامت بالعدة بشرط ان يثبت يساره ويستمد للاتفاق .

شرح هذه المواد في التفریق للاعسار :

١ - اذا طلبت الزوجة التفریق لعدم اتفاق زوجها عليها فينظر القاضي ان

لأن الزوج مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالاتفاق من ماله دون حاجة الى رضاه ،  
سواء أكان موجودا أم كان غائبا لأن النفقة واجبة على الزوج لزوجته ، والزوجة  
طلبت التفریق لعدم الاتفاق لا لسبب آخر فتمتى توفر المال للاتفاق فلم يبق للزوجة  
حجة لطلب التفریق ولهذا لا يفرق القاضي في هذه الحالة .

٢ - أما اذا لم يكن للزوج مال ، فان كان الزوج حاضرا وأثبت عجزه ،  
أمهله القاضي مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ، فان لم ينفق فرق بينهما ، وكذلك اذا  
كان غائبا أمهله القاضي ثلاثة أشهر أيضا والا فرق بينهما .

٣ - ان تفریق القاضي للاعسار هو طلاق رجعي بمعنى ان الزوج يستطيع  
مراجعة زوجته ما دامت في العدة اذا أثبت يساره واستعداده للاتفاق .

ومعنى ذلك ان القاضي اذا فرق بين الزوجين للاعسار سواء أكان الزوج  
حاضرا أم غائبا فيستطيع مراجعة زوجته اذا توافرت الامور التالية :

١ - ان تكون الزوجة في العدة فاذا أمضت العدة فلا يجوز مراجعتها لان  
حق المراجعة يسقط بانتهاء العدة .

٢ - أن يثبت الزوج أمام القاضي يساره .

٣ - ان يبدي الزوج للقاضي استعداده للاتفاق على زوجته طالما أصبح قادرا  
على النفقة .

فاذا توافرت هذه الامور الثلاثة جاز للزوج مراجعة زوجته .

ويمكن ان نضيف الى ذلك ان الزوج اذا راجع زوجته وهو ما يزال فقيرا  
ورضيت بذلك الزوجة صحت الرجعة لان ذلك من حقوقها وهذا ما نص عليه

المالكية وسكت عنه القانون .

ثلاثة

ما دامت

كان

سواء

طلبت

ملاحظاتنا حول مواد التفريق للاعسار :

١ - ان القانون السوري كالكثير قوانين البلاد العربية لم يفرق بين حالتين فرى وجوب التفريق بينهما وهما حالة امتناع الزوج عن الاتفاق مع قدرته ، وحالة امتناعه عن الاتفاق مع عدم قدرته .

فالزوج القادر على الاتفاق اذا لم ينفق على زوجته فيجب تعزيره أي عقوبته فضلا عن تطلق زوجته ان رفض الطلاق ، وذلك خلافا لمذهب الشافعية الذين لا يجيزون التفريق اذا كان الزوج غنياً وامتنع عن الاتفاق ، بل يجبر على الاتفاق أي أنهم لا يجيزون التفريق الا في حالة الاعسار فقط .

٢ - لم يفرق القانون بين الزوجة الغنية والزوجة الفقيرة في التفريق للاعسار والذي أراه أنه يجب التفريق بين حالتين : فالزوجة اذا كانت غنية تستطيع الاتفاق على نفسها وعلى زوجها أرى ان لا يفرق بينها وبين زوجها وتأخذ حينئذ بمذهب الحنفية في هذه الحالة فقط اذ مناط التفريق يجب ان يكون الضرر الذي يصيب الزوجة ولا يضر هنا على زوجة غنية أعسر زوجها عن الاتفاق فترة من الزمن . أما الزوجة الفقيرة فيفرق بينها وبين زوجها المعسر اذا طلبت الطلاق .

٣ - أعطى القانون الحق بالتفريق اذا لم يكن للزوج مال أو امتنع عن الاتفاق ، وهذا لو أضاف الى هذا : وعجزت الزوجة عن الاستدانة ، فقد تستطيع الزوجة الاتفاق على نفسها ، أو قد تستطيع الاستدانة من الغير فان فعلت فلماذا تفرق بين الزوجين وقد حصلت الزوجة على مطلوبها ، وعلى الدائن ان يرجع على الزوج حين يساره ، والدائن هنا هو قريب الزوجة المكلف بالاتفاق عليها لو لم تكن متزوجة . وقد جاء في كتب الحنابلة<sup>(١)</sup> وان غاب ولم يترك لها نفقة ولم تقدر له على مال ولا الاستدانة عليه : فلها الفسخ .

٤ - لم يحدد القانون مقدار النفقة التي ان أعسر بها أو امتنع عنها فرق القاضي بينهما ، وفي رأينا انه يجب الرجوع الى المذهب المالكي الذي استمد منه المشرع هذه المواد ، وبالرجوع الى هذا المذهب نجد انه اعتبر النفقة في مثل هذه الحالة هي نفقة الضرورة لا نفقة الموسرين أو نفقة أمثاله قبل الاعسار بل ما يكفيها من الضروريات فقط .

(١) الانصاف ج ٩ ص ٣٩١ .

ونفقة الضرورة هو الرأي المعتمد لدى المذاهب الثلاثة التي أجازت التفريق للاعسار وهي الشافعية (١) والحنابلة (٢) والمالكية (٣) .

٥ - والتفريق للاعسار كما جاء في المذهبين الشافعي والحنبلي هو طلاق بائن أما لدى المالكية فهو طلاق رجعي ولهذا قلنا ان مصدر التشريع هو المذهب المالكي في هذا الموضوع فيجب الرجوع اليه في حال نقص النص أو سكوته ولا يجوز الرجوع الى المذهب الحنفي كما يذهب بعض الشراح استنادا الى المادة ٣٠٥ من قانون الأحوال الشخصية لان المذهب الحنفي لا يعترف أصلا على التفريق للاعسار .

وتنبه هنا الى أن الطلاق للاعسار وان اعتبره القانون رجعيا مشروطا باليسار والقدرة على الاتفاق الا ان القدرة على الاتفاق هنا هي القدرة على نفقة المورسين امثال الزوج قبل الاعسار لا نفقة الضرورة كما في التفريق ، لان المراجعة يشترط فيها اليسار الكامل كما كان عليه الزوجان قبل طلب التفريق وقبل الاعسار .

فقد جاء في شرح الخرخشي (٤) :

« كل طلاق أوقعه الحاكم فهو بائن الا طلاق المولي (٥) . والمسر بالنفقة . فللمسر الرجعة ان وجد في العدة يسارا يقوم بواجب مثلها .

ثم يقول : فان أراد الزوج ان يراجعها فانه لا يمكن من ذلك ، بل ولا يصح الا بعد ان يوجد معه يسار يقوم بواجب مثله لا أقل ، لان الطلقة التي أوقعها الحاكم كانت لاجل فقره فلا يمكن من الرجعة الا اذا زال موجب الطلقة وهو الاعسار ، الا ان ترضى لان الحق لها » .

(١) المهذب ج ٢ ص ١٧٤ ، نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٦٠ .

(٢) الانصاف ج ٦ ص ٢٨٧ ، كشاف القناع ج ٥ ص ٣٩٠ .

(٣) شرح البودير ج ٢ ص ٦٠٨ ، شرح المواق ج ٤ ص ١٩٦ .

(٤) شرح الخرخشي ج ٣ ص ٢٢٨ .

(٥) المولي هو الذي يحلف الا يظا زوجته اربعة اشهر وسنرى احكام الإبلاء في الطلاق بحكم الشرع والقانون .

## الفرع الرابع

### التفريق بين الزوجين للشقاق والضرر

إذا حصل شقاق بين الزوجين ، أو أضر أحدهما بالآخر ، واستحال استمرار المعيشة المشتركة بينهما ، كما لو تبين لاحد الزوجين أنه أخطأ في اختيار شريك حياته وظهر التباين بين الطباع والاخلاق واستحال جمع الزوجين على المحبة والمودة والاستمرار في الحياة المشتركة فما العمل في هذه الحالة ؟ •

هل تبقى الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق من الاختلاف والضرر والشقاق أم أن لاحد الزوجين الذي لا يستطيع انصبر على صاحبه ان يطلب التفريق من القاضي ؟ •

قد يقال ان الزوج يملك الطلاق في كل لحظة ، فهذا الحق يجب أن يكون خاصاً بالزوجة التي لا تملك الطلاق بالارادة المنفردة •

والجواب على هذا ان حق طلب التفريق اعطاء الشارع لكل من الزوجين نظراً لترتيب الآثار المالية كما لو كانت الزوجة هي المخطئة فكيف يتحمل أذاها ودفع مؤخر صداقها ؟

ولهذا أباح الشارع لكل من الزوجين طلب التفريق من القاضي وحينئذ يطلب تحكيم شخصين احدهما من أهل الزوج والثاني من أهل الزوجة فان استطاعا الاصلاح وفقاً بين الزوجين ، والا رفعوا تقريرهما الى القاضي فيحكم بالتفريق بينهما •

ولنرجع الى القانون السوري لنجد معالجة هذا الموضوع في المواد التالية :

م ١١٢ - ف ١ : اذا ادعى أحد الزوجين اضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة يجوز له ان يطلب من القاضي التفريق •

ف ٢ : اذا ثبت الاضرار وعجز القاضي عن الاصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التطلاق طلقة بائنة .

ف ٣ : اذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملا بالمصالحة فان أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكمن من أهل الزوجين ، والأفمن يرى القاضي فيه قدرة على الاصلاح بينهما وحلفهما بيينا على أن يقوما بهما بعدل وأمانة .

م ١١٣ - ف ١ : على الحكمن ان يتعرفا اسباب الشقاق بين الزوجين وان يجعماهما في مجلس تحت اشراف القاضي لا يحضره الا الزوجان ومن يقرر دعوته الحكمان .

ف ٢ : امتناع أحد الزوجين عن حضور هذا المجلس بعد تبليغه لا يؤثر في التحكيم .

م ١١٤ - ف ١ : يبذل الحكمان جهدهما في الاصلاح بين الزوجين فاذا عجزا عنه وكانت الاساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة بائنة .

ف ٢ : وان كانت الاساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب ومدى الاساءة .

ف ٣ : للحكمن ان يقررا التفريق بين الزوجين مع عدم الاساءة من احدهما على براءة ذمة الزوج من قسم من حقوق الزوجة اذا رضيت بذلك وكان قد ثبت لدى الحكمن استحكام الشقاق بينهما على وجه يتعذر إزالته .

ف ٤ : اذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما أو ضم اليهما حكما ثالثا مرجحا وحلفه اليمين .

م ١١١٥ - على الحكمن ان يرفعا تقريرهما الى القاضي ولا يجب أن يكون مطلا وللقاضي ان يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير ويعين في هذه الحالة للمرة الاخيرة حكمن آخرين .

شرح هذه المواد في التفريق للشقاق بين الزوجين :  
١- أجاز القانون السوري لكل من الزوجين حق طلب التفريق للشقاق

والضرر خلافا للقانون المبرري الذي أعطى هذا الحق للزوجة دون الزوج لانه  
يسلك حق الطلاق . وحسنا ما فعل القانون السوري لئلا يتخذ الزوجان العناد  
والشقاق وسيلة للفراق وتقبض مع هذا مؤخر مهرها والذي قد يكون  
فاحشا .

ولا نرى مبررا للتفرقة بين الزوج والزوجة فكما يكون الضرر من الزوج  
يكون من الزوجة لزوجها .

٢ - ذكر القانون السوري أن الضرر يجب أن يكون الى درجة لا يستطيع  
فيها الزوجان دوام العشرة الزوجية بينهما ، وهذا الشرط لم أجده حتى في المصدر  
التاريخي لهذه المواد وهو المذهب المالكي ، رغم أن أكثر القوانين العربية نصت  
على ذلك ، والذي أراه أن مجرد ادعاء الضرر وثبوته لدى القاضي يجب أن يكون  
سببا مبررا للتفريق ولو لم يصل الى درجة عدم استطاعة استمرار المعيشة المشتركة  
بينهما ، وبخاصة اذا عرفنا أن المذهب المالكي لم يشترط مثل هذا الشرط فقد نقل  
عن الامام مالك :

وليس عندنا في كمية الضرر وكثرته شيء معروف (١) .

٣ - اذا ثبت الضرر لدى القاضي وعجز عن الإصلاح بين الزوجين فارق  
بينهما دون بعث حكيمين ، ولكننا نرى ان بعث الحكيمين ضروري في كل نزاع زوجي  
فان عجز القاضي عن الإصلاح فقد لا يعجز عنه الحكمان .

٤ - أما اذا لم يثبت الضرر لدى القاضي وتكررت الشكوى عين القاضي  
حكيمين من أهل الزوجين للإصلاح بينهما ومعرفة سبب الشقاق .

والمصدر التشريعي في بعث الحكيمين هو قوله تعالى : « وان خفتن شقاق  
بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدوا اصلاحا يوفق الله  
بينهما » .

٥ - إذا عجز الحكمان عن الإصلاح (١) قررا التفريق بين الزوجين فإني كانت الإساءة كلها من الزوج قررا التفريق بطلقة بائنة وللزوجة مهرها كاملا إن كان ذلك بعد الدخول أو نصف المهر إن تم الفراق قبل الدخول .  
 أما إن كانت الإساءة من جانب الزوجة قررا التفريق بينهما عسلي تمام المهر تدفعه لزوجها إن كانت قد قبضته أو تبرئه منه إذا لم يكن مقبوضا .  
 أما إذا كانت الإساءة مشتركة بين الزوجين وهي الحالة الغالبة فللحكمن التفريق على قسم من المهر يتناسب ودرجة الإساءة من كل منهما (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض السورية بان تقرير الحكمن إذا لم يتضمن الإشارة إلى بذل الجهد للإصلاح لا يعتمد للتفريق بين الزوجين .  
 راجع مجلة « المحامون » العدد ٣ ص ٦٧ رقم ١٠٤ .  
 (٢) وقد جاء في القرار رقم ٢٦٧ أساس ٢٧٩ تاريخ ١٩٧٢/٥/٣٠ الدائرة الشرعية لمحكمة النقض السورية :

« إذا قرر الحكمان أن الإساءة أو أكثرها من الزوج وجب أن يحكما بالتفريق بطلقة بائنة وليس لهما أن يعفيا الزوج من قسم من المهر فهذا الإعفاء يكون إذا كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة » .  
 وهذا الحكم وإن كان يتفق مع نص القانون السوري القديم ، ويتفق أيضا مع ما ذهب إليه أكثر شراح الفقه المالكي ، إلا أننا مع هذا نرى أن العدالة توجب خلاف ذلك لأن الإساءة إذا كانت من الطرفين وهذا هو الحال الغالب فلا بد من البحث عن أساء لزوجها أكثر من الآخر فإذا ثبت أن أكثر الإساءة من الزوج وأن الزوجة مسيئة لزوجها أيضا فيجب أن تتحمل الزوجة شيئا لقاء إساءتها وذلك بتقصان مهرها وبالتالي إعفاء الزوج من قسم من المهر يتناسب مع إساءة الزوجة .  
 وحيدا لو ذهب المشرع إلى تعديل هذا النص وبخاصة وأن المذهب المالكي على خلاف ما ذهب إليه القانون .

وقد ذكر الفقيه المالكي ابن رشد في كتابه المقدمات المهدات لابن رشد ج ٢ ص ١٠٤ - ١٠٥ مذهب الإمام مالك صراحة بقوله :

« أن تبين لهما ( للحكمن ) أن الضرر من قبل الزوج فرقا بينهما بغير غرم تفرمه المرأة ، ويكون لها نصف الصداق إن كان ذلك قبل الدخول ، وجميعه إن كان بعد الدخول ، لأن حكم نصف الصداق قبل الدخول كجميعه بعد الدخول . وأن تبين لهما أن الضرر من قبل المرأة أقرها عليه وأتمنهاها على غيبتها ، وأن تبين لهما أن كل واحد منهما مضر بصاحبه فرقا بينهما بغير بعض الصداق ، نصفه إن كان مضر كل واحد منهما بصاحبه متكافئا وأكثر إن كان الأضرار منها أكثر ، وأقل إن كان الأضرار منها أقل وهو مذهب مالك رحمه الله وأصحابه » .

٦ - للقاضي ان يحكم بموجب تقرير الحكيم ولا يشترط فيه ان يكون معللاً<sup>(١)</sup> كما يجوز له رفض التقرير وتعيين حكيم آخرين لمرة واحدة .

٧ - ان قناعة الحكيم لا تدخل تحت رقابة محكمة النقض وليس للقاضي الحق في التدخل في هذا الشأن .

وقد وردت اجتهادات عدة في هذا الموضوع اذكر بعض ما ذهبت اليه محكمة النقض السورية :

١ - لما كانت المادة ٣٥٧ احوال تركت حق تقدير الدليل للقاضي ، وكانت المادة ١١٢ احوال أسندت حق تقدير الوكيل للحكيم ، وكان القانون لا يبيح لاحدى السلطتين حق التدخل في قناعة الآخر فيما هو في حدود سلطانه ولا سيما اذا اختلف الزمان والمكان في أداء الدليل وتقديمه واحتمال اختلاف الادلة ، وكان الحكم قد بني على قناعة الحكيم وتقديرها وهما وحدهما دون المحكمة للذان يملكانه ، ومن الجائز اختلاف القناعة بين الاشخاص والاطراف كان ما أدلى به الطاعن مستلزماً الرد<sup>(٢)</sup> .

٢ - وفي قرار آخر<sup>(٣)</sup> :

لما كانت رقابة هذه المحكمة قاصرة على الشروط الشكلية للتحكيم ولتقرير الحكيم ولا رقابة لنا على قناعاتهما وكان تقريرهما من الاسناد الرسمية التي لا يطعن بها الا بادعاء التزوير .

---

(١) وفي قرار لمحكمة النقض السورية : « لا يتوجب ان يقدم الحكمان تقريراً مشتركاً ويمكن ان يقدموا لتقريرهما منفصلين اذا كانا كافيين للحكم ومستوفيين للشرائط دون اشتراط التمليل » .

مجلة « المحامون » ١٩٦٦ عدد ٥ ص ٢٧٦ رقم ٤٥٧ .

(٢) الفقرة الشرعية رقم ٣٢٤ ق ٣٣١ تاريخ ١٤/٩/١٩٦٦

(٣) الفقرة الشرعية رقم ٣١٧ ق ٣٨٩ تاريخ ١٠/٨/١٩٦٣

أما إذا لم يتفق الحكمان على القاضي أو يختار حكيمين آخرين أو لا أن  
يضيف حكما ثالثا مرجحا .

وهذا صريح بنص الفقرة ٣ من المادة ١١٤ من القانون السوري الذي

جاء فيها :

وإذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما أو ضم إليهما حكما ثالثا مرجحا

وسقطه اليمين .

على أنه لا بد للحكم الثالث أن يختار أحد الرأيين لينضم إلى رأي يعتبر  
حينئذ مرجحا بالأغلبية ، أما إذا أنشأ رأيا ثالثا فلا محل حينئذ للاتفاق والفرض من  
اختياره هو حسم الخلاف بإيجاد رأي يحكم القاضي بموجبه ولا يتحقق هذا  
بإضافة رأي ثالث ، والا لجأ القاضي إلى تعيين محكمين جدد بدلا عنهم  
جميعا .

ولا يشترط إضافة الحكم الثالث حين عجز الحكيمين عن الاتفاق بل يجوز

للقاضي أن يختارهم جميعا في وقت واحد

وذكر بعض الاجتهادات الصادرة عن القضاء السوري تأكيدا لما سبق :

أ - ينضم الحكم المرجح إلى أحد "حكيمين ولا يستقل في عمله ، مما يوجب  
عقد مجلس جديد للحكيم معه يصدر فيه الحكم بما لا يختلف عن رأي أحد  
الحكيمين الأولين" (١) .

ب - الحكم المرجح ليس له أن يستقل بالرأي قبل عقد مجلس عائلي يخضره

الطرفان مع الحكيمين السابقين ، ويجب أن يرجح رأي أحد الحكيمين (٢) .

ج - أن انتخاب الحكيمين والمرجح في آن واحد جائز (٣) .

د - عند اختلاف الحكيمين والحكم المرجح وتشتت الآراء لا بد من تعكيم

(١) مجلة القانون ١٩٦٧ عدد ٥ ص ٤٩٥ .

(٢) مجلة « الحامون » ١٩٦٧ العدد ٣ ص ١٠١ رقم ١٢٦ .

(٣) مجلة القانون ١٩٦٤ العدد ١ ص ١٠٥ .

محكمين جدد<sup>(١)</sup> .

هـ - للقاضي عند اختلاف المحكمين الخيار بين ضم حكم مرجح أو حكيم  
آخرين غيرهما<sup>(٢)</sup> .

٩ - التفريق بسبب الشقاق والضرر يعتبر طلاقاً بائناً لا يجوز للزوج أن  
يراجع زوجته ما دامت في العدة .

ان احكام القانون في التفريق للشقاق والضرر اخذت من المذهب المالكي<sup>(٣)</sup>  
وقد وردت روايات في المذهب الحنبلي<sup>(٤)</sup> واقوال في المذهب الشافعي<sup>(٥)</sup> وتتفق  
مع المذهب المالكي مع خلاف يراجع في مصدره<sup>(٦)</sup> .

أما المذهب الحنفي<sup>(٧)</sup> فلم يجوز التفريق للشقاق والضرر<sup>(٨)</sup> .

- 
- (١) مجلة « المحامون » ١٩٦٥ العدد ٤ ص ١٦٢ رقم ٢٣٣ .  
(٢) نقابة المحامين ٩١٦٣ العدد ٧ ص ٤٣ رقم ٨٩ .  
(٣) شرح الخرخشي ج ٣ ص ١٤٨ ، شرح المواق ج ٤ ص ١٦ ، مواهب الجليل  
ج ٤ ص ١٧ ، الدردير علي خليل ج ٢ ص ٤٠٤ ، حاشية المدوي ج ٣ ص ١٤٩ ، البهجة  
شرح التحفة ج ١ ص ٣٠٢ .  
(٤) الشرح الكبير ج ٨ ص ١٧٢ ، الانصاف ج ٨ ص ٢٨١ ، المغني ج ٨ ص ١٦٨ .  
زاد المعاد ج ٤ ص ٣٣ .  
(٥) المهذب ج ٢ ص ٧٤ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٦١ ، فتح الباري ج ٩  
ص ٣٣٢ .  
(٦) راجع التفريق للشقاق والضرر في كتاب : مدى حرية الزوجين في الطلاق  
للمؤلف . الجزء الثاني ص ٧٤٨ .  
(٧) فتح القدير ج ٣ ص ٢٢٣ واحكام القرآن ج ٢ ص ٢٣٣ .  
(٨) ان سبب الخلاف بين الفقهاء الذين اجازوا التفريق للشقاق والضرر  
والذين لم يجيزوا ذلك يدور حول صفة الحكمين .  
قال المالكية : ان الحكمين طريقهما الحكم لا الوكالة ، فاذا حكما بطلاق ولو  
خلما نفذ ، ولا تحتاج الى مراجعة الحاكم ولا الى رضا الزوجين .  
شرح الخرخشي على متن خليل ج ٢ ص ١٤٨ .  
وقد استدلت المالكية بقوله تعالى : « فابمشوا حكما من اهله وحكما من اهلها »  
دل على انهما حكمان ولو كانا وكيلين لقال ابمشوا وكيلاً عن الزوجة ووكيلاً عن الزوج .  
ولهذا لا يعتبر رضا الزوجين ، لان الحكم يحكم بما يراه من المصلحة فان وفق الحكمان

وحجة الحنفية في ذلك أن ازالة الضرر، تكون بغير التفريق ، لان الزوج يملك الطلاق والزوجة تملك رفع الامر للقاضي حيث يأمر الزوج بحسن العشرة فان لم يمثل وأصر على الضرر والايذاء عززه وغاقبه بما يراه كفيلا لاستمرار الحياة الزوجية وحماية الزوجة من أي ضرر .

ملاحظات على القانون :

١ - ان المصدر الفقهي للقانون في التفريق للشقاق والضرر هو المذهب المالكي وهو أقوى حجة وأقرب للمصلحة من غيره من المذاهب التي لم تجز مثل هذا التفريق وهو المرجع لشارح القانون في تفصيل مجمله وتوضيح مبهمه وسد نقصه وقد توسع كثيرا في التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين .

الى الاصلاح كان خيرا والا فلهما التفريق بين الزوجين .  
وقد أخرج الطبري في تفسيره عن ابن عباس في الحكمين انه قال : فان اجتمع امرهما على ان يفرقا او يجعما فأمرهما جائز .  
تفسير الطبري ج ٨ ص ٣٢٤ .

وقال الحنفية :  
ان الحكمين وكيلان عن الزوجين فليس لهما ان يفرقا الا بتفويض خاص من الزوجين بذلك .

واستدلوا على رأيهم من قوله تعالى : « ان يريدوا اصلاحا يوفق الله بينهما »  
نهمة الحكمين هي الاصلاح فقط بين الزوجين الا اذا كان التوكيل يتضمن التفريق .  
تفسير الكشاف ج ١ ص ٣٦٣ احكام القرآن ج ٢ ص ٢٣٤ فتح القدير ج ٣ ص ٢٢٢ .

ويبدو لي ان رأي المالكية هو اذق فهما للنص القرآني وفي هذا يقول ابن القيم من فقهاء الحنابلة المتأخرين في كتابه زاد الماد ج ٤ ص ٣٣ :  
والمعجب كل المعجب من يقول هما وكيلان لا حاكمان والله تعالى قد نصبهما حكيمين وجعل تنصيبهما الى غير الزوجين ولو كانا وكيلين لقال : فليصت وكيلان من اهله لتبعت وكيلان من اهله ، وايضا لو كانا وكيلين لم يختصا بان يكونا من الاهل ايضا فانه جعل الحكم اليهما فقال : ان يريدوا اصلاحا يوفق الله بينهما ، والوكيلان لا ارادة لهما انما يتصرفان بارادة موكليهما .

ثم يقول : الوكيل لا يسمى حكما في لغة القرآن ولا في لسان الشرع ولا في العرف العام ولا الخاص .

٢ - لم يشترط القانون جميع الشروط التي يجب توافرها في الحكامين ، فلا بد اذن من الرجوع لمصدر القانون في هذا ، وقد نص المالكية على انه يشترط في الحكامين ان يكونا رجلين عدلين عالمين باحكام النشوز والا علمهما القاضي وان يكونا في سن الرشد ، وقد تضمن القانون المصري بعض هذه الشروط (١) .

٣ - لقد اعطى التعديل الجديد للقاضي الحق في رفض تقرير الحكامين ولو اتفقا فيه على أمر ما وهذا لم يكن موجودا في التشريع اسبق الذي ألزم القاضي بالحكم بمقتضى التقرير .

وكذلك فان التقرير لا يشترط فيه أن يكون معللا ولا يجوز للقاضي في رأينا ان يلزم الحكامين بالتعليل لان نص القانون واضح بقوله : لا يجب ان يكون معللا ، فاذا كان التشريع لا يلزم بذلك فان القاضي لا يملك سلفه الا لزام في التعليل وفي هذا حكمة تشريعية هي الحفاظ على سمعة الاسرة اذا رأى الحكمان ضرورة ذلك أما اذا اختارا التعليل فالامر اليهما .

٤ - حذف التعديل الجديد عبارة وردت في القانون السابق وهي « على أن تدفعه قبل الحكم بالتفريق » .

أي اذا كانت الاساءة أو أكثرها من الزوجة وقرر الحكمان التفريق على أن تتنازل عن جزء من مهرها فتدفعه لزوجها يجب أن يتم ذلك قبل الحكم بالطلاق لتعذر تحصيله فيما بعد .

وهذا أمر نراه ضروريا جدا فحذفه ان كان لمساعدة المرأة بالتهرب من دفع ما يجب في ذمتها فان مساعدة الدائن بالوصول الى حقه أمرا أكثر وجوبا .  
ومساعدة العدالة بالوصول الى تحصيل الحقوق من الملتزم بها وعدم الاخذ بيده الى انتهب من دفعها أمر واجب على كل مشرع .

ان عدم وجود ضمان للزوج للوصول الى حقه فيما قدره له الحكمان من

---

(١) جاء في المادة ٧ من القانون المصري رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ :  
يشترط في الحكامين ان يكونا رجلين عدلين ، من اهل الزوجين ان امكن ، والا فمن غيرهم ، ممن له خبرة بهالهما ، وقدرة على الاصلاح بينهما .

المهر في حال إساءة الزوجة يتناقض مع العدالة ولذلك ترى العودة إلى النص السابق الذي أوجب دفع هذا المبلغ قبل الحكم بالترقيق .

وكذلك فالتأنيب أن الإتيان الذي منحه القانون للمهر في الديون العادية يسري على الزوجة هنا فيما ترتب بذمتها من قسم من المهر أو المهر كله بتسوية التفرقة

بقرار الحكيم لأنه لا يجوز أن يعتبر المهر ممتازا إذا كان ذمنا للمرأة بذمة الزوج

وغير ممتاز إذا كان هذا الدين للزوج بذمة الزوجة .

ويجب أن يكون اختيار الحكيم من الأهل أولا فإن تعذر ذلك لجأ القاضي إلى غيرها ، ولا يكفي الحكم سلفا على فشل اختيار الحكيم من أهل الزوجين لتعصب كل منهما لصاحبه ، بل على القاضي أن يختار الحكيم من أهلها إلا إذا طلب الزوجان غير ذلك أو فشل الحكمان في مهتهما لأن النص القرآني واضح وبذلك لمعرفة كل منهما بشؤون الزوج الذي اختاره أكثر من غيره .

٥ - لم يشترط القانون السوري تكرار الضرر للترقيق بل أعطى القاضي السلطة في التفرقة بين الزوجين إذا أثبت الضرر ولو مرة واحدة ، وهذا أحد قولين في المذهب المالكي وهو المشهور والقول الثاني أنه لا بد للترقيق من تكرار الضرر وهذا ما أخذ به التشريع السوداني (١) .

٦ - وبالرغم من أن القانون السوري اشترط للترقيق أن يكون الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، وأن هذا لم يرد في المذهب المالكي ، فاني أرى أن الأمر يجب أن ينظر إليه نظرة اجتماعية في تقدير الضرر وأثره ، فرب كلمة قاسية أشد إيلا ما على نفس زوجة وأكثر أضرارا من ضرب مبرح لزوج أخرى لأنها إساءة كبرى بالنسبة إليها بما لا يعد مألوفًا ولا معتادا ومعمروفا بين الوسط الذي تعيش فيه ، لأن الضرر كما يكون ماديا يكون معنويا . ولهذا فإن معيار الضرر هو معيار شخصي يقدره القاضي حسب وضع كل من الزوجين ، فقد يفرق القاضي بين زوجين لا يفرق بينهما ضرا لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية ، ولا يفرق فيما هو أعنف منه إذا وقع بين زوجين آخرين .

(١) راجع المادة ١٥ من المنشور السوداني رقم ٧١ الصادر عام ١٩١٥ في كتاب الأحوال الشخصية في السودان للدكتور الصديق الضير ص ١٠٠ .

٧ - وهذا الضرر كما يكون بعد الزفاف يكون قبله أيضا ، فان الضرر قبل الدخول قد يؤدي الى التفريق كما لو ترك الزوج زوجته بعد العقد فترة طويلة دون سبب أو تزوج غيرها مثلا فيعتبر هجرا يجوز للزوجة الاولى طلب التفريق لانه هجر ابداء واضرار دون مبرر الا بقصد النكايه مثلا او لان تتخلى عن نصف مهرها او غير ذلك .

٨ - والذي نراه في هذا الموضوع ايضا ان يكون بعث الحكمين امرأ واجبا في كل الاحوال التي يخشى الضرر او الشقاق فيها سواء اشكت الزوجة أو لم تشتك بعد وسواء ثبت الضرر أم لم يثبت ، اذا ساءت حال الزوجين لنسب من الاسباب يخشى منه الاستمرار بسوء العشرة الزوجية ، وهذا أعدل وأسلم من ترك الامور تسوء يوما بعد يوم فيتعذر حينئذ الاصلاح بين الزوجين (١) .

وهذا الذي تقترحه على رجال التشريع يتفق مع قوله تعالى في كتابه الكريم : « وان خفتم شقاق بينهما فأيضوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدوا اصلاحا يوفق الله بينهما » .

فقد ذكر بعض المفسرين ان قوله تعالى : « وان خفتم » موجه الى الحكام (٢) كما ذهب الى ذلك الامام الطبري وقال غيره ان الخطاب موجه الى الزوجين على ان يرفعا الامر للحاكم (٣) .

فاذا عرف الحاكم ان شقاقا وقع بين الزوجين او رفع الامر اليه ، فيجب عليه ان يرسل حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة للاصلاح بينهما (٤) لان

---

(١) يقول استاذنا الجليل الشيخ محمد ابو زهرة : ان روح المذاهب الاربعة ، بل مذاهب المجتهدين ، تقر بعث الحكمين عند كل خلاف بين الزوجين ليصلا على اصلاح امرهما . وان بعث الحكمين بمقتضى نص القرآن يجب ان يكون عند اي شقاق بين الزوجين بل مند توقع الخلاف وقبل ان يتفاقم امره ، ويتعذر راب الصدع . راجع مجلة القانون والاقتصاد السنة السابقة العدد السادس ص ٩٩ .

(٢) تفسير الطبري ج ٨ ص ٣١٨ .

(٣) احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٤) معاني القرآن للفراء ج ١ ص ٢٦٦ .

الحاكم هو المكلف تقوية دعائم الأسرة هل يعتبر لم يتضمن القانون أنت نتوسع في إنجاب أحد الزوجين فيصعب الاستمرار وقد ذهب ينفي عن الزوج أن العقم أصبح لطلب التفريق

المكلف بالسهر على مصالح العباد ، ومن مصلحة المجتمع العمل على تقوية دعائم الأسرة بالمقضاء على بذور الشقاق والخلاف بين أفرادها (١) .

يعتبر عقم أحد الزوجين سبباً مبرراً للطلاق أو طلب التفريق ؟ ..

يتضمن القانون السوري نصاً صريحاً في هذا الموضوع ، إلا أننا إذا أردنا أن نتوسع في مفهوم الضرر وحصول الشقاق بين الزوجين يمكن القول بأن عدم إنجاب أحد الزوجين قد يولد ضرراً للآخر تنشأ عنه مشكلات في الحياة الزوجية لا استمرار فيها مع هذا المانع .

ذهب القضاء السوري إلى أن عقم الزوجة يعتبر سبباً مبرراً للطلاق الزوج قصد التعف فلا يحكم عليه بالتعويض إذا طلق زوجته ، وطالما أصبح سبباً مبرراً للطلاق لدى الاجتهاد القضائي فلئن اعتبر سبباً مبرراً لطلب التفريق بالأولى (٢) .



(١) نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام للمؤلف ص ١٢٢ .  
 (٢) راجع قرار محكمة النقض السورية الفرقة الشرعية ٣١٤ رقم ٣٩٤ تاريخ ١٩٦٦ .  
 راجع أيضاً ص ٥٩ - ٦٠ من هذا الكتاب .

## الفصل الخامس

### الطلاق بحكم الشرع والقانون

سنبحث في هذا الفصل الجوانب التالية (١) :

#### الفرع الأول -

الإنهاء

#### الفرع الثاني -

الظهار

#### الفرع الثالث -

اللعان

#### الفرع الرابع -

تغيير الدين

---

(١) هذه المواضيع لم ترد في قانون الأحوال الشخصية ولكن المشرع احال إلى المذهب الحنفي بموجب المادة ٣٠٥ كل ما سكت عنه القانون .  
ولهذا كان لا بد من بيان وشرح احكام الطلاق بحكم الشرع وفق المذهب الحنفي مع الاشارة لما جاء في بقية المذاهب الفقهية .  
ولن نتوسع في شرح هذه الابحاث ولكننا سنذكر المصادر والمراجع التي تمكن الطالب من الرجوع اليها ان رغب الزيادة والايضاح .

## الفرع الاول

### الايلاء

#### تعريف الايلاء :

الايلاء لغة : الحلف ، واصطلاحاً : الحلف على عدم قربان الزوج زوجته . وقد كان الايلاء في الجاهلية طلاقاً ، ولما جاء الاسلام جملة بيننا ، فاذا حلف الرجل ان لا يبطأ زوجته كان ظالماً لها وضاراً بها مما لا تحتمله الحياة الزوجية التي تقوم على التعاطف والمحبة والمودة ، ولان أغراض الزواج لا تتحقق مع هجر الزوج زوجته ، ولذا شرح الله أحكام الايلاء لانصاف المرأة المظلومة من هفوات التمسك فلو يجب على الزوج أن يعود الى زوجته بعد ان يكفر عن يمينه ليستأنسب حياته الزوجية (١) .

#### حليل الايلاء :

الاصل في الايلاء قوله تعالى : « للذين يؤولون من نساءهم تربص اربعة اشهر ، فان جاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » وهكذا جعل القرآن الكريم أقصى مدة للايلاء اربعة اشهر (٢) يجب على الزوج خلالها أن يعود الى زوجته والا كان الطلاق بينهما .

#### اركان الايلاء

لا بد في الايلاء من توافر الأركان التالية : حالف ، مطلوف به ، مطلوف عليه ، زوجة ، صيغة ، مدة :

١ - الحالف : يضح الايلاء من كل زوج يضح طلاقه دون خلاف بين الفقهاء .

٢ - مطلوف به : يتعمد الايلاء بكل يمين ظالماً يميز عن ارادة الزوج بهذا

(١) تبين الحقائق للزليفي ج ٣ ص ٣٤٣ ، الخني ج ٨ ص ٥٠٦ ، مفني المحتاج

ج ٢ ص ٢٦١ ، شرح الخرشبي ج ٣ ص ٢٢٤ .

(٢) تفسير النار ج ٣ ص ٣٦٩ ، تفسير ابي السعود ج ٢ ص ٢٧ .

الشيء (١) .

أما عدم قربان الزوج لزوجته فلا يعتبر ايلاء بدون يمين ، وقال مالك يعتبر ايلاء تترتب عليه آثاره وأحكامه لأن فيه اضرارا بالزوجة سواء أكان يمين أم بدون يمين (٢) .

٣ - المحلوف عليه : ان المحلوف عليه في الايلاء هو عدم قربان الزوج لزوجته أكان في ذلك مصلحة للزوج أم للزوجة أم لم يكن .

٤ - الزوجة : يشترط في المولى منها أن تكون زوجة للمولي ، أما المطلقة فيصح الايلاء منها عند جمهور الفقهاء الذين قالوا بتكرار الطلاق ووقوعه أثناء العدة . وأما الذين قالوا لا يقع الطلاق في العدة فذهبوا الى ان الايلاء لا ينقد في فترة العقد بالنسبة للزوجة المطلقة (٣) .

٥ - الصيغة : ينقد الايلاء بكل لفظ صريح يدل على عدم قربان الزوج لزوجته وأما اللفظ الكنائي فينقد به الايلاء مع النية .

٦ - مدة الايلاء : يقع الايلاء اذا حلف الزوج الا يوطأ زوجته اربعة اشهر أو أكثر (٤) .

#### آثار الايلاء :

إذا انعقد الايلاء صحيحا واستوفى أركانه فعلى الزوج أن يعود الى زوجته بعد أن يكفر عن يمينه ، لأن هجر الزوج لزوجته أمر محرم والكفارة هي اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة فان لم يجد فصيام ثلاثة ايام . أما اذا لم يعد الزوج لزوجته لاستئناف حياتهما الزوجية فان زوجته تبين منه وتصبح مطلقة بائنة وفق ما ذهب اليه الحنفية (٥) .

وقال جمهور الفقهاء : اذا مضت اربعة اشهر وطالبت الزوجة زوجها بالعودة

---

(١) وقال الجعفرية والظاهرية والزيدية لا ينقد الايلاء الا باسم الله ، الروضة

البيهية ج ٢ ص ١٧٧ ، المحلى ج ١٠ ص ٤٠ ، التاج المذهب ج ٢ ص ٢٥٣ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٦١ .

(٣) فتح القدير ج ٣ ص ١٨٤ ، الشرح الكبير ج ٨ ص ٥١١ ، المختصر النافع ص ٢٣١ .

(٤) هذا ما ذهب اليه الحنفية : مجمع الانهر ج ١ ص ٤٤١ ، وقال جمهور

الفقهاء لا يعتبر الايلاء الا اذا حلف ان لا يقرب زوجته مدة تزيد على اربعة اشهر .

مفني المحتاج ج ٣ ص ٣٤٣ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٦١ ، الانصاف ج ٩ ص ١٧٢ .

(٥) تنوير الابصار ج ٢ ص ٥٦٢ .

اليها أمام الحاكم ، فالحاكم يأمره بالعودة أو بالطلاق ، فإن رفض طلق الحاكم عليه  
وتعتبر طلاق رجعية (١) .

وبما أن مرجع القانون السوري حسب المادة ٣٠٥ هو المذهب الحنفي فيما  
سكت عنه ، فتعتبر الطلقة بمجرد انتهاء مدة ايلاء طلاقه بائنة دون حاجة للرجوع  
الى القضاء . وان كنا نرجح رأي الجمهور لانه أوفق بالمصلحة وفيه وقت متسع  
للتفكير في موضوع فصم العرى الزوجية ، إذ أن رفع الزوجة شكواها للقاضي  
يتيح فرصة للزوج يفكر فيها لعله يستأنف حياته الزوجية دون طلاق .  
لهذا فإني اقترح تعديل القانون . بوجوب النص على الاخذ باحكام الايلاء

من مذهب الجمهور خلافا للحنفية في أمرين اثنين :  
١ - ان لا يقع الطلاق بالايلاء بمجرد مضي المدة بل لا بد من شكوى الى  
القاضي حيث يأمر الزوج بالعودة لزوجه فان أبى طلق عليه .  
٢ - الطلاق الذي يقع بالايلاء رجعي لا بائن (٢)

---

(١) شرح الخرخشي ج ٢ ص ٢٢٨ ، الفني ج ٨ ص ٥٤ ، مفني المحتاج ج ٣

ص ٣٥١ .  
(٢) أن منشأ الخلاف بين الجمهور والحنفية هو في تفسير قوله تعالى :  
« للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة اشهر فان فاءوا فان الله عفور رحيم ، وان  
عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » فالحنفية يقولون ان يمين الزوج يعقبه احد امرين  
اما الفيء واما عزيمه الطلاق ، وبما ان الفيء لا يكون الا خلال المدة دون خلاف ،  
فكذلك يجب ان يكون الطلاق خلال مدة الايلاء ولا مبرر للتفرقة بينهما حتى تقول  
ان الفيء يجب ان يكون خلال مدة الايلاء والطلاق بعد مضيها .  
اما اذا قلنا انه لا يقع الطلاق بمضي المدة كانت مدة التربص أكثر مما نص عليه  
القرآن وهو أربعة اشهر ، فقد يغيب الزوج المولي عن زوجته أكثر من ذلك وقد  
لا ترفع الزوجة أمرها الى القاضي .  
وقال جمهور الفقهاء : ان قوله تعالى : « وان عزموا الطلاق » صريح بان الطلاق  
لا يكون الا بايقاع الرجل حين يعزم عليه ، فلو وقع بمضي المدة لم يحتج الى عزم عليه  
بعد وقومه .  
وكذلك فان الله خير الزوج بين امرين في وقت واحد اما العودة لزوجه واما  
الطلاق .  
وقالوا ايضا : ان قصد المضارة بالايلاء لا يتحقق الا بمضي المدة التي نص عليها  
القرآن اما أقل من ذلك فلا يعتبر ضررا .

## الفرع الثاني

### الظهار

تعريفه :

الظهار هو أن يقول الزوج لزوجته : أنت عليّ كظهر أمي ، أو هو تشبيه الزوج وزوجته بامرأة محرمة عليه تحريماً مؤكداً ، وقد كان الظهار قبل الإسلام فرقة من فرق الزواج بل كان أفسس أنواع التعريق وأشدّها ضرراً بالمرأة إذ كان الرجل إذا كره امرأة ولا يريد طلاقها ظاهر منها فتصبح الزوجة لا هي متزوجة كالزوجات ولا هي مطلقة كالمطلقات ولا يجوز له إرجاعها . فلما جاء الإسلام بمبادئه العامة في رفع الظلم عن الناس وخاصة النساء فقد أبقى أصل الظهار غير أنه نقل حكمه من التحريم المؤبد إلى التحريم الموقت مع الكفارة وبقاء الزوجية .

دليل الظهار :

الأصل في الظهار قوله تعالى (١) : « الذين يظاهرون من نسائهم ما هنّ أمهاتهم ، إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهن وانهم ليقولون منكراً من القول وزوراً ، وإن الله غفور رحيم ، والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكناً ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله ، وتلك حدود الله وللكافرن عذاب أليم » (٢)

(١) سورة المجادلة .

(٢) يذكر المفسرون أن أول ظهار وقع في الإسلام كان ظهار أوس بن الصامت من امرأته خولة بنت ثعلبة ، فجاءت النبي صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقالت : إنه أكل شياي فلما كبر سني ظاهر مني ولبي منه صببة صغار أن ضممتهم

حكم الظهار :  
 حرم الإسلام الظهار لانه منكر من القول وفيه ضرر على الزوجية المظاهر  
 لها ولا خير ولا خير ولا خير في الإسلام .  
 أركان الظهار :

لا بد في الظهار من توافر الأركان التالية :-

- ١ - مظاهر .
- ٢ - مظاهر منها .
- ٣ - صيغة .
- ٤ - مشبه به .

١ - مظاهر : يصح الظهار من كل زوج يصح طلاقه فلا ظهار من صبي  
 ويجنون ومغنى عليه ومكروه (١) .  
 ٢ - مظاهر منها : ويقع الظهار على كل زوجة يصح طلاقها سواء  
 كان قبل الدخول أو بعد الدخول .

أما المطلقة رجعياً ، فالذي أجاز الطلاق في العمة من القماء قاله يصح ظهار  
 الرجل من امرأته المطلقة رجعياً ما دامت في العدة .  
 وأما الذين ذهبوا إلى أن الطلاق لا يتبع الطلاق قالوا لا يصح الظهار على  
 المرأة المطلقة رجعياً (٢) .

إليه ضاعوا ، وإن ضممتهم إلى جمعاً ، وكان عليه السلام يقول : اتقى الله إنني ابن  
 آدم ، فما برحت حتى نزل قوله تعالى : « قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها  
 وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما » إلى آخر سورة المجادلة .  
 راجع تفسير القاسمي ج ٦ ص ٥٧٠ ، فتح الباري ج ١٨ ص ١٢ ، بهيئة  
 المجتهد ج ٢ ص ٦٢ .  
 (١) مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٥٢ ، البدائع ج ٢ ص ٢٣٠ ، المغني ج ٨ ص ٥٥٤ ،  
 المختصر النافع ص ٢٢٩ ، التاج المذهب ج ٢ ص ٢٤٢ ، شرح النيل ج ٢ ص ٢٥٤ ،  
 بداية المجتهد ج ٢ ص ١٦ .  
 (٢) مختصر الزني على هامش الام ج ، ص ١٢٠ ، الفتح التدبير ج ٢ ص  
 ٢٢٥ ، شرح الخرشي ج ٢ ص ٢٤٢ .

٣ - صيغة الظهار : يقع الظهار بلفظ صريح (هون) تزوج لزوجته أنت عليّ كظهر أمي ، كما يقع بلفظ كناية كقوله لها أنت عليّ كأمي والفرق بين اللفظين أن الصريح لا يحتاج الى نية أما اللفظ الكنائي فلا يقع إلا بالنية .  
 ٤ - المشبه به : الاصل في الظهار كما ورد بالآية الكريمة ان يكون المشبه به هو ظهر الام والى هذا ذهب الظاهرية وقال جمهور الفقهاء يصح الظهار بكل عضو من أعضاء الام يحرم النظر اليه (١) .

### انار الظهار

متى ظاهر الرجل من امرأته فقد حرم عليه قربانها كما جاء في القرآن الكريم ، فلا يجوز له وطأ زوجته ما لم يكفر ، وانحكمة من ذلك هو منع العبث بالعلاقة الزوجية ، والحيلولة دون ظلم الزوج لزوجته .  
 وكفارة الظهار في عصرنا بعد انتهاء عهد الرق (٢) هي صيام شهرين متتابعين فمن لم يستطع فعليه اطعام ستين مسكينا (٣) .  
 فاذا امتنع الزوج المظاهر عن التكفير وضجرت الزوجة بذلك ، فلها ان ترفع الامر الى القاضي الذي يطالبه بالتكفير والعودة الى زوجته فان أمره بالطلاق رفعا للظلم عن الزوجة .  
 ويجب على الزوجة ان تمنعه من نفسها حتى يكفر ، ويعزره القاضي بالسجن ان أبي ذلك (٤) .

(١) المحلى ج ١٠ ص ٤٩ ، تبين الحقائق ج ٣ ص ٢ ، مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٥٤ ، الانصاف ج ٩ ص ١٩٣ ، الروضة البهية ج ٢ ص ١٦٩ ، نهاية المحتاج ج ٦ ص ١٦٥ .

(٢) يلاحظ ان الاسلام حرص على العتق بصورشتي فجعل الكفارات اعتاق الرقاب ، لان القرآن دعا الى العتق بشكل لم يسبق اليه ومن درس الشريعة الاسلامية وجدها اول شريعة دعت الناس الى الغاء الرق الذي لا يزال حتى الان في ارقى دول العالم بشكل أبشع مما عرف في التاريخ فسوة وهمجية .

(٣) الوجيز للغزالي ج ٢ ص ٨١ ، رد المحتار ج ٢ ص ٥٩٤ ، البدائع ج ٣ ص ٢٣٥ .

(٤) مجمع الانهر ج ١ ص ٤٥٤ .

## الفرع الثالث

### اللعان

إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفى نسبة الولد اليه ، ولم يستطع اثبات ذلك أمام القضاء ، كان أمام أحد أمرين اما عقوبة التهمة وهي جلد ثمانين جلدة ، واما اللعان وهو ايمان مخصوصة يؤديها الزوج أمام القضاء .

#### مصدر اللعان :

والاصل في هذا قوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ، وأولئك هم الفاسقون ، الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا ، فان الله غفور رحيم » .  
وهذا نص عام لكل من يتهم المرأة المتزوجة بالزنا فعليه العقوبة المذكورة بنص القرآن .

وأما بالنسبة للزوج اذا اتهم زوجته فقد قال الله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ، انه لمن الصادقين ، والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ، ويدرأ عنها المذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين » (١) .

هذا هو حكم اللعان اذا اتهم الزوج زوجته بالزنا ولم يثبت ذلك فيحلف أربع مرات أنه من الصادقين ، والخامسة ان عليه لعنة الله ان كان من الكاذبين ، وتحلف الزوجة كذلك أمام القاضي أربع مرات انه لمن الكاذبين والخامسة ان عليها غضب الله ان كان من الصادقين .

وأما اذا كان المراد من اليمين نفي الولد فتكون اليمين على أنه صادق فيما رماها به من نفي الولد وتحلف هي على كذبه فيما رماها به من نفي الولد .

(١) سورة النور الآيات ٤ - ٩ .

أي أن اللعان شرع بالنسبة للزوجات كما شرع حد القذف بالنسبة لتغير الزوجات من النساء (١) .

### آثار اللعان

أولاً : وقت التفريق بين الزوجين :

متى تم اللعان بين الزوجين فهل تحدث الفرقة بينهما أم لا بد من قضاء القاضي بالتفريق إذ ان الحياة الزوجية لم تعد تحتل الاستمرار بعد هذا الاتهام .

في الفقه الاسلامي ثلاثة آراء في هذا الموضوع :

١ - قال الحنفية (٢) والجعفرية (٣) والزيدية (٤) ان الفرقة بين الزوجين تقع

بحكم القاضي بعد الانتهاء من اللعان .

وقال الحنابلة (٥) والمالكية (٦) والظاهرية (٧) وزفر من الحنفية (٨) ان الفرقة

بين الزوجين تقع بينهما بمجرد تمام اللعان دون حاجة الى تفريق الحاكم .

٣ - وقال الشافعية (٩) اذا انتهى الزوج من لعانه أي من حلف ايمانه وقعت

الفرقة ، وحرمت عليه زوجته ولو لم تحلف الايمان .

ثانياً : هل الفرقة فسخ أم طلاق

قال جمهور الفقهاء : ان الفرقة باللعان فسخ وليست بطلاق .

وقال الحنفية : انها طلاق يائن .

(١) احكام القرآن للجصاص ج٣ ص ٣٣١ .

(٢) فتح القدير ج٣ ص ٢٥٣ .

(٣) ~~موسم~~ ج٢ ص ١٨٤ .

(٤) الروض النضر ج٤ ص ١٩٤ ، التاج المذهب ج٢ ص ٢٦٧ .

(٥) راجع الانصاف ج٩ ص ٢٥٠ حيث اوضح مذهب الحنابلة وما تذكره

بعض الكتب ان مذهب الحنابلة كالاحناف هو رواية عن الامام احمد رواها الحزقي وليست هي المذهب .

(٦) بداية المجتهد ج٢ ص ٧٣

(٧) المحلى ج١٠ ص ٤١٤

(٨) مجمع الانهر ج١ ص ٤٦٥

(٩) الوجيز للغزالي ج٢ ص ٥٥ مغني المحتاج ج٣ ص ٣٧٤

### ثالثا : هل الفرقة باللعان مؤبدة أم مؤقتة

إذا تمت الفرقة بين الزوجين باللعان ، سواء أكان بحكم الحاكم أم بتمام اللعان فهل التحريم بين الزوجين يصبح تحريما مؤبدا بحيث لا يجوز للزوجين المتلاعنين أن يعودا إلى بعضهما بعضا بغير تجديد أو يصبح التحريم قطعيا كحرمة الرضاع مثلاء أم أن الفرقة بينهما مؤقتة بحيث إذا رغب أحد الزوجين بالعودة إلى زوجه فكذب نفسه صح ذلك مع ما يترتب على التكذيب من آثار وهي عقوبة القذف أو الزنا ؟ \*

قال جمهور الفقهاء : ان الفرقة باللعان فرقة مؤبدة وذلك لان الحياة الزوجية مبناها المحبة والثقة فإذا تم اللعان فقد انعدمت الثقة بينهما فوجب ان يكون التفريق مؤبدا (١) .

وقال الحنفية (٢) : ان الفرقة بين الزوجين باللعان توجب حرمة مؤقتة ، فإذا كذب الزوج نفسه بعد اللعان وأقيم عليه حد القذف جاز له ان يعود إلى زوجته بعقد جديد ، وهذا ما يجب الرجوع إليه في التشريع السوري بدلالة المادة ٣٠٥ التي تحيل إلى المذهب الحنفي ما سكت عنه القانون (٣) .

ولا بد من القول بان الحنفية اشترطوا لصحة اللعان ان يكون بين زوجين مسلمين ، فإذا كانت الزوجة كتائية مسيحية أم يهودية فلا يصح اللعان بينها وبين زوجها المسلم (٤) .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ١٩٦ الروض النضير ج ٤ ص ١٩٦ نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٩٦ نهاية المحتاج ج ٦ ص ١٩٣ الانصاف ج ٨ ص ١٢١ شرح الخرشني ج ٣ ص ٢٧٥ بداية المجتهد ج ٢ ص ٧٣

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٢٥٥ وقال ابو يوسف برأي جمهور الفقهاء خلافا لابي حنيفة ومحمد .

(٣) راجع التفريق للزنا في الشرائع والقوانين في مدى حرية الزوجين في الطلاق للمؤلف ج ٢ ص ٩٢٠

(٤) رد المحتار ج ٢ ص ٦٠١ المبسوط ج ٧ ص ٤٠ البدائع ج ٣ ص ٢٤٠ . وبهذا قال الظاهرية كما جاء في المحلى ج ١٠ ص ١٤٣ وقال الحنابلة في الانصاف ج ٩ ص ٢٤٢ والمالكية في بداية المجتهد ج ٢ ص ٧١ يجوز اللعان بين المسلم وزوجه الكتائية . ومنشأ الخلاف بين الرايين هو في تكييف اللعان هل هو شهادة أم يمين ، فالحنفية قالوا انه شهادة وغيرهم قال انه يمين .

## الفرع الرابع

### الفرقة بتغيير الدين

تمهيد :

الزواج ارتباط بين قلبين قبل ان يكون ارتباطا بين جسدين ، فوحدة الافكار والمشاعر وتلاقي المبادئ والآراء بين الزوجين هو الدعامة الاولى التي يرتكز عليها نظام الزواج في الاسلام . فاذا ما اختلف الزوجان في العقيدة تباعد قلباهما ونشأ عن ذلك اختلاف في كثير من شؤون الاسرة فكل من الزوجين يريد أن يربي اولاده على حسب عقيدته ومبادئه فينشأ لكل منهما أهداف وغايات تختلف عن الآخر ، وهكذا يصبح كل من الزوجين في معزل عن الآخر في تقاليده وعاداته ، في طباعه وخلقه ، في سلوكه وتفكيره .

ولئن أجاز الشرع الاسلامي للمسلم ان يتزوج الكتائية ابتداء فهذا معناه قبول أحدهما بالآخر على دينه بيينة ووضوح .

أما اذا طرأ تغيير في الدين أثناء الحياة الزوجية فالامر يختلف لان تغيير الدين معناه الثورة على تلك المبادئ والنظم التي تعاقدها الزوجان وفي ظلها تم الزواج .

ونظرا لاهمية الدين لدى جميع الامم والجماعات فقد نصت جميع الشرائع صراحة على اعتبار تغيير الدين من الاسباب التي تجيز فصم عرى الزوجية ، أو تفسخ الزواج حكما دون حاجة الى طلب أحد الزوجين .

اثر ردة احد الزوجين عن دينه :

اذا ترك أحد الزوجين المسلمين دينه يعتبر مرتدا سواء انتقل الى دين سماوي أم لم ينتقل الى دين معين .  
وتعتبر الردة في الاسلام بمنزلة الموت لانها سبب مفض اليه فالمرتد يقتل

والمرتدة تحبس حتى تموت الا اذا كان وجودها يشكل خطرا يهدد المسلمين .  
 وذلك لان اساس هذه العقوبة هو مراعاة جانب الخروج على نظام الدولة  
 بخروج المرتد على دين الدولة ومبادئها اكثر من النظر الى تغيير شخص دينه من  
 دين لآخر بدلالة اختلاف عقوبة الردة بين الرجل والمرأة ، وفق ما ذهب اليه الحنفية  
 في التفرقة بين ردة المرأة وردة الرجل .

### ردة الزوج :

اذا ارتد الزوج فان التفرقة تقع بين الزوجين بمجرد ردة الزوج عند جمهور  
 الفقهاء الاحناف (١) والزيدية (٢) والظاهرية (٣) والمالكية (٤) .  
 وقال الحنابلة (٥) والشافعية (٦) والاباضية (٧) ان كانت ردة الزوج قبل  
 الدخول تقع التفرقة بمجرد الردة ، أما اذا كانت الردة بعد الدخول فلا يفرق بينهما  
 الا بانتهاء العدة، فان رجع الى الاسلام خلال فترة العدة فهي زوجته والا فرق بينهما .

### ردة الزوجة :

أما اذا ارتدت الزوجة : قال الاحناف والظاهرية والزيدية : يفرق بين الزوجين  
 اثر الردة فوراً .  
 وقال المالكية : لا يفرق بينهما اذا قصدت بردها فسخ نكاحها ، بل تعامل

- 
- (١) الفتاوى الخانية ج ١ ص ٥٤٦ تبين الحقائق للزيلي ج ٢ ص ١٧٨ البدائع  
 ج ٢ ص ٢٣٧  
 (٢) التاج المذهب ج ٢ ص ٨٠ البحر الزخار ج ٣ ص ٧٢  
 (٣) المحلى ج ١٠ ص ١٤٣  
 (٤) مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٨٠ شرح الدردير ج ٢ ص ٣١٦ ، شرح الواق  
 ج ٣ ص ٤٧٩  
 (٥) المحرر ج ٣ ص ٣٠ الفروع ج ٣ ص ٨٤ الانصاف ج ٨ ص ٢١٥ المغنسي  
 ج ٧ ص ٥٦٦  
 (٦) مغني المحتاج ج ٣ ص ١٩٠  
 (٧) شرح النيل ج ٣ ص ١٩٥

بنقيض ما قصدته وتبقى زوجته ، وبهذا أفتى بعض المتأخرين من الحنفية<sup>(١)</sup> وقال الشافعية والحنابلة والجمهرية والاباضية بالترقة بين الردة قبل الدخول أو بعد الدخول، فإذا ارتدت الزوجة قبل الدخول بانت من زوجها في الحال، وإن كان بعد الدخول لا تقع الفرقة أثناء العدة ، فان عادت الى الاسلام في العدة فالزوجة قائمة والا فرق بينهما •

### ردة الزوجين :

إذا ارتد الزوجان معا فلا تقع الفرقة بينهما استحسانا عند الحنفية خلافا للقياس<sup>(٢)</sup> •

### أثر اسلام احد الزوجين :

١ - إذا أسلم الزوجان معا أو أسلم الزوج وكانت زوجته كتيبة ، ولم يكن بينهما سبب من أسباب التحريم شرعا ، في هذه الحالة يستمر النكاح بين الزوجين لانه ما جاز ابتداء جاء بقاء<sup>(٣)</sup> •

٢ - أما إذا أسلمت الزوجة وكان زوجها غير مسلم فيجب التفريق بينهما حالا لان الزواج يفسخ بينهما بحكم الشرع والقانون لعدم حل زواج المسلمة بغير المسلم وهذه مسألة من النظام العام •

ولا خلاف بين الفقهاء على فسخ النكاح بهذا السبب على تفصيل فيما بينهم في وقت وقوع الفرقة بين الزوجين •  
وقال الظاهرية : إذا أسلمت الزوجة وقعت الفرقة حالا •  
وقال الحنفية : يعرض الاسلام على زوجها فان أسلم فهي زوجته وإن أبى فرق بينهما •

---

(١) تبين الحقائق ج ٢ ص ١٧٨  
(٢) جاء في البدائع ج ٢ ص ٢٣٧ : أما إذا ارتد معا فلا تقع الفرقة بينهما استحسانا حتى لو أسلما معا فهما على نكاحهما ، والقياس ان تقع الفرقة وهو قول زفر •

(٣) البدائع ج ٢ ص ٣٣٦ المحرر ج ٢ ص ٢٨ مضي المحتاج ج ٣ ص ٦٩١

وفرق جمهور الفقهاء بين اسلام الزوجة قبل الدخول أو بعده ، فان كان اسلام الزوجة قبل الدخول ، وقفت الفرقة بينهما خلافاً ، أما اذا كان اسلامها بعد الدخول فيتوقف حتى مضي العدة ، فان أسلم الزوج خلالها فهي زوجته وإن لم يسلم فرق بينهما ، وتبدأ العدة من وقت اسلامها فوراً (١) .

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية (٢) :

« المقرر شرعاً ان الزوجين إذا كانا كتابيين في دار الاسلام وأسلم أحدهما فان أسلم الزوج فالتكاح باقٍ ، وإن أسلمت الزوجة لا تقع الفرقة بنفس الاسلام ، ولكن يعرض الاسلام على الزوج ، فان أسلم بقي التكاح وإن أبى فرق بينهما بطلقة بائنة ، سواء أكان ذلك التفريق قبل الدخول أو بعده » .

ما يعتبر به الانسان مسلماً :

على أنني أرى من الضروري الإشارة الى أن القاضي ليس عليه البحث وراء الدوافع التي دعمت أحد الزوجين لإعلان اسلامه بل على القاضي أن يحكم بالظاهر لان الاسلام أمر باطني نفساني وهذا ما دلت عليه نصوص الفقهاء وعلماء التوحيد (٣) .

(١) شرح الخرشي ج ٣ ص ٦٦ المحلى ج ١٠ ص ١٤٣

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/٩/٣

(٣) جاء في فتاوى الرملي ج ٤ ص ٢٠ : اذا ادعى على شخص انه ارتد وهو ينكر لم اكتشف من حقيقة حاله بل أقول أشهد ان لا اله الا الله وان محمداً رسول الله وان تبرأ من كل دين يخالف الاسلام .

وأفتى السبكي : من تلفظ بالكفر ثم جاء القاضي وتلفظ بالشهادتين كان له الحكم باسلامه من غير أن يبين له ما صدر منه .  
وجاء في شرح الدواني على العقائد العنصرية : التلفظ بالشهادتين شرط لاجراء الاحكام في الدنيا فلا بد من التلفظ علانية وعند الحكام .  
وجاء أيضاً : ولما كان التصديق أمراً مبطناً احتج به ما يدل عليه وهو التصديق اللساني في الاقرار .

وقد قررت محكمة النقض المصرية (١) :  
 « الاعتقاد الديني مسألة نفسانية فلا يمكن لاية جهة قضائية البحث فيها الا  
 عن طريق المظاهر الخارجية فقط » .  
 فاذا ما غير شخص دينه أو مذهبه رسميا فانه من وقت هذا التغيير لا يعتبر  
 خاضعا الا لاحكام الدين أو المذهب الجديد .  
 ولا ينبغي للقضاء ايا كانت جهته ان ينظر الا في توافر تلك المظاهر الرسمية  
 لاعتناق هذا الدين أو المذهب الجديد .  
 واذن فلا يصح ادعاء احد الزوجين قبل الآخر بأن له حقا مكتسبا في استبقاء  
 عروة الزوجية معقودة طبقا للقانون الذي كان يحكم به قبل تغيير الزوج الآخر  
 مذهبه .

#### نوع الفرقة التي تقع بالزدة :

ان ردة الزوجة فسخ بلا خلاف عند الحنفية ، أما الزوج فهي فسخ عند أبي  
 حنيفة وأبي يوسف . وطلاق عند محمد (٢) .  
 وقال الشافعية (٣) والحنابلة (٤) والجعفرية (٥) والزيدية (٦) والظاهرية (٧) : ان  
 ردة أحد الزوجين فسخ للنكاح .  
 وقال المالكية (٨) : ان ردة أحد الزوجين طلاق بائن (٩) .

- 
- (١) قرار محكمة النقض المصرية ١٩٣٦/١٢/٣ المجموعة القانونية ج ١ ص ١١٨
  - (٢) البدائع ج ٢ ص ٣٣٧
  - (٣) مغني المحتاج ج ٢ ص ١٩١ المهذب ج ٢ ص ٥٥
  - (٤) المغني ج ٧ ص ٥٣٢
  - (٥) المختصر النافع ص ٢٠٣
  - (٦) البحر الزخار ج ٣ ص ٧٠ الدرر البهية ج ٢ ص ٢٤
  - (٧) المحلى ج ١٠ ص ١٤٣
  - (٨) شرح الدردير ج ٢ ص ٣١٦ شرح المواظ ج ٣ ص ٤٧٨
  - (٩) وهناك قولان للمالكية : قال المخزومي : ان الفرقة بالردة طلاق رجعي .  
 وقال ابن الماجشون: ان الفرقة فسخ لا طلاق .

# البكايء الشفءاء

## آثار الطلاق

وآضمن فصلين

الفصل الاول :

آثار انحلال عقد الزواج

الفصل الثاني :

العدة واحكامها



## الفصل الأول

### آثار انحلال الزواج

#### الفرع الأول

#### ما يترتب على الطلاق من احكام

لمعرفة ما يترتب على الطلاق من آثار واحكام ، يجب علينا أن نعرف نوع الطلاق هل هو رجعي أم بائن وهل البائن بينونة صغرى أو كبرى .

أولاً - آثار الطلاق الرجعي :

لقد ذكرنا ان القانون السوري اعتبر الطلاق رجعياً الا ما نص عليه انه بائن في حالات محددة ، وعلى هذا فان الطلاق الرجعي اذا اوقعه الزوج فانه لا يزيل حل الزواج ولا يفصم عرى الزوجية ما دامت الزوجة في العدة ، وينشأ عن ذلك احكام هي :

١ - ان الطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته .

٢ - ان الطلاق الرجعي لا يرفع حكم الزواج فالزوجة لا تزال قائمة ما دامت

الزوجة في العدة .

٣ - يحق للزوج مراجعة زوجته في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة ، دون حاجة الى عقد جديد أو مهر جديد كما لا يحتاج الى رضا الزوجة . وذلك لقوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ان أرادوا اصلاحاً » . ولان المراجعة لا تعتبر عقد زواج جديد<sup>(١)</sup> .

(١) البدائع ج ٣ ص ١٨١

٤ - ان نفقة الزوجة المطلقة رجعيًا على زوجها ما دامت في العدة .

٥ - اذا مات احد الزوجين والزوجة في العدة فان التوارث ثابت بينهما ما لم يكن هناك مانع من موانع الميراث .

٦ - لا تستحق الزوجة المؤخر من المهر الا بانقضاء العدة في الطلاق الرجعي .

ثانيا - آثار الطلاق البائن بينونة صغرى :

١ - يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج .

٢ - يزول رابطة الزوجية أثر صدره في الحال على خلاف الطلاق الرجعي .

واذا كان التفريق بين الزوجين بناء على حكم قضائي وكانت الفرقة طلاقه بائنة فان بينونة بين الزوجين تقع من تاريخ الحكم لا من تاريخ اكتسابه الدرجة القطعية .

وقد قررت محكمة النقض السورية ذلك بقرار لها<sup>(١)</sup> فقالت ان بينونة بين الزوجين تقع من تاريخ الحكم بالتفريق دون حاجة الى انتظار اكتسابه الدرجة القطعية وقالت : ان الاجتهاد بمنع الزوجة بالمطالبة بنفقة عدتها من تاريخ الحكم يستلزم اضعاف حقها في نفقة العدة من تاريخ الحكم حتى اكتسابه الدرجة القطعية وهو ضرر تأباه الشريعة الإسلامية .

٣ - اذا مات أحدهما في فترة العدة فلا توارث بينهما لانقطاع الحياة الزوجية<sup>(٢)</sup> .

٤ - يجوز للزوج اذا أراد العودة الى زوجته ان يعقد عليها عقدا جديدا يتم فيه الرضا التام من الزوجة ، ولا بد فيه من مهر جديد كأى عقد آخر ، سواء كان ذلك في العدة أم بعد انتهاء العدة .

(٢) العرفة الشرعية ٥٦٠ قرار ٤٧ تاريخ ١٩٥٣/٧/٩

(٢) راجع شرح المادة ١١٦ من قانون الاحوال الشخصية السوري في الصفحة

٥٥ من هذا الكتاب .

٥ - للزوجة مؤجل الصداق اثر صدور الطلاق البائن بينونة صغرى دون الى انتهاء المدة .

الحاجة إلى انتهاء

الثالث - آثار الطلاق البائن بينونة كبرى :

١ - ان الطلاق البائن بينونة كبرى يزيل الرابطة الزوجية بالحال ، فبمجرد صدور لا يجوز للزوج الخلوة بزوجته ، ويحرم على الزوجين ما اباحه عقد الزواج بينهما .

صدوره لا يجوز الزواج بينهما .

٢ - لا يجوز للزوج ان يعيد زوجته اليه ولو بعقد جديد حتى تمضي عدتها بتزوج زوجا آخر دون توالم او اتفاق على توقيت هذا الزواج وبشرط أن لا يدخل بينهما . فاذا طلقها الزوج الثاني طلاقا شرعيا لا اكراه فيه ومضت من الزوج الثاني ، حينئذ اذا أراد الزوج الاول العودة اليها عقد عليها عقدا جديدا تتوفر فيه جميع اركان وشروط الزواج (١) .

منه ثم تزوج يتم الدخول عدتها من الزوج جديدا تتوفر

(١) ذكرنا في الجزء الاول من هذا الكتاب انه يشترط لصحة عقد الزواج يتضمن صيغة او شرطا يفيد التوقيت لان التوقيت في هذا العقد يفسده ، وعلى الذي يتزوج المطلقة ثلاثا ليحلها لزوجها الاول يعتبر زواجا فاسدا لانه موقت ، ولان الزواج لم يشرع وسيلة للتحليل والتحرير بل شرعه الله سكنا للنفس في اغراض واهداف سامية تتنافى مع ما يظنه بعض الجهلاء انه من نظام الطلاق .

ان لا يتضمن هذا فالذي يتزوج من جهة ولأن الزواج وتحقق أغراض

وفد ذهب الامام ابو يوسف الى ان الرجل الذي يتزوج المطلقة ثلاثا ليحلها الاول يعتبر زواجه فاسدا لانه موقت فيز جاز كما انه بعمله هذا لها لزوجها الاول لان من شروط تحليل المطلقة ثلاثا ان تتزوج زواجا صحيحا ولان الطلاق بينهما وتنتهي المدة .

لزوجها الأول لا يحلها لزوجها لا فاسدا ويتم

وكذلك قال الامام محمد بن الحسن الشيباني انها لا تحل لزوجها الاول ولو الثاني لانه استعمل الشيء قبل اوانه ، لانه استعمل ما اخره الشارع لعودة الى النكاح يجب ان يكون بنية التأييد ، اما اذا اشترط التوقيت فقد استعمل فيجازى بمنع مقصوده ، فاذا طلق الثاني فلا تحل للاول ، كما لو قتل الوارث فانه يحرم ميراث منعه من الوصول الى قصده الشيء عن طريق غير مشروع .

طلقها الثاني الحل إذ النكاح الحل فيجازى مورثه فإنه يحرم

راجع فتح القدير ج ٣ ص ١٧٧ حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٨٢٤ وحسنا مانص عليه قانون الاحوال الشخصية الاردني صراحة في المادة ١٠٠ بقوله: البينونة الكبرى بتزوج البائنة التي انقضت عدتها زوجا آخر لا بقصد التحليل ، بشرط دخوله بها وبعد طلاقها منه وانقضاء عدتها تحل للاول .

تزول البينونة ويشترط دخوله

٣ - لا يثبت التوارث بين الزوجين ولو مات احدهما والزوجة في العدة ،  
الا اذا كان الطلاق طلاقاً فارقاً ، كما لو طلقها في مرض الموت فانها توارثت اذا ماتت والعدة  
لم تنته بعد (١) .

٤ - يجب مؤخر الصداق على الزوج اثر صدور الطلاق البائن بينونة  
كبرى دون حاجة الى انتظار مضي العدة لان رابطة الزوجية قد انقطعت بهذا  
الطلاق (٢) .

وقد اختلف الفقهاء في مسألة ما لو طلق الزوج زوجته طليقة واحدة او طليقتين  
ثم تزوجت آخر فطلقها وأرادت العودة الى زوجها الاول وتم العقد بينهما ، فهل  
تعود اليه مع الطلقات السابقة أم أن زوجها الثاني هدم الطلقات الاولى . .

فمثلاً لو ان الزوج الاول طلقها طليقتين ثم تزوجت آخر فطلقها فعادت اليه  
زوجها الاول بمقد جديد فهل يملك عليها تطليقة واحدة اتماماً للثلاث لانه طلقها  
قبل زواجها بزوجها الثاني طليقتين أم يملك ثلاث طلقات .

قال محمد وزفر والامام الشافعي ان الزوجة تعود الى زوجها بالحل الاول  
فلا يملك الزوج الاول الا ما بقي له من طلقات ففي مثالنا السابق لا يملك الزوج  
الاول الا طليقة واحدة اذا عادت اليه .

وقال ابو حنيفة وابو يوسف : تعود الزوجة بحل جديد لان زوجها الثاني  
هدم الطلقات الاولى من زواجها الاول وعلى هذا فيملك زوجها الاول ثلاث  
طلقات لا طليقة واحدة قياساً بالاولى على من طلقت ثلاث طلقات وتزوجت  
زوجاً آخر .

وجاء في القانون السوري :

م ٣٦ - ف ١ : لا يجوز ان يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات الا بعد  
انقضاء عدتها من زوج آخر دخل فيها فعلاً .

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٨٣٤

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ١٧٤

ف ٢ : زواج المطلقة من آخر يهدم طلاقات الزوج السابق ولو كانت دون ثلاث ، فاذا عادت اليه يملك عليها ثلاثا جديدة .

الثلاث ،

وقد أخذ المشرع السوري بالمذهب الحنفي وفق رأي أبي حنيفة وأبي يوسف  
الرافد لبقية الامة .

خلافاً لبقية

### حكم الطلاق في النكاح الفاسد :

ما ذكرناه هو الطلاق في الزواج الصحيح ، أما النكاح الفاسد فالفرقة فيه  
بالمشاركة بين الزوجين أو بحكم القاضي .

تتم بالمشاركة

فاذا تزوج شخص امرأة في عقد فاسد ثم طلقها ثلاث طلاقات فلا عبرة لهذا  
الطلاق فلو عقد عليها بعد ذلك عقدا صحيحا من جديد فيملك ثلاث طلاقات .

الطلاق فلو

## الفرع الثاني

### الرجعة واحكامها

قلنا ان الطلاق الرجعي لا يزيل الرابطة الزوجية ما دامت الزوجة في العدة ، فللزوج مراجعة زوجته في هذه الفترة دون حاجة الى عقد جديد فما هي هذه الرجعة وما هي شروطها ؟ ••

تعريف الرجعة :

الرجعة هي استدامة رابطة الزوجية ما دامت الزوجة في عدة الطلاق الرجعي •

شروط الرجعة :

يشترط لصحة الرجعة الامور التالية :

- ١ - ان تحصل الرجعة قبل نهاية العدة في الطلاق الرجعي ، فاذا انتهت العدة فلا رجعة ، ولا رجعة في طلاق بائن •
- ٢ - لا تقع الرجعة الا منجزة فلا تقبل الاضافة إلى المستقبل ولا التعليق ، فلو علق مراجعة زوجته على أمر يقع في المستقبل او اضافة الى زمن في المستقبل فالرجعة باطلة •
- ٣ - لا يشترط في الرجعة إعلام الزوجة بها ولا رضاها خلافا للظاهرية حيث قالوا يجب اعلام الزوجة بالمراجعة وحسنا ما ذهبوا اليه لانه يخشى ان يراجعها زوجها دون علمها فتمضي العدة فتتزوج من غيره •
- ٤ - ان الرجعة من النظام العام لا تقبل الاسقاط لانها من الحقوق الثابتة شرعا للرجل لا يجوز له التنازل عنها •
- ٥ - لم يشترط جمهور الفقهاء<sup>(١)</sup> الاشهاد حين المراجعة بل قالوا يستحب

(١) تفسير الطبري ج٧ ص ١٦٧ وتفسير القرطبي ج١٨ ص ١٥٧ وتفسير المحيط ج٨ ص ٢٨٢ ويقول ابو السعود في تفسيره ج٨ ص ٢٨٧ في قوله تعالى : « واشهدوا ذري عدل منكم » عند الرجعة والفرقة قطعا للتنازع ، ويقول وهذا امر نذب .

الاشهاد • وذهب الظاهرية وبعض الشيعة والامام الشافعي في مذهبه القديم وقول  
في مذهب احمد بن حنبل (١) الى وجوب الاشهاد في الرجعة ، فمن راجع زوجته  
ولم يشهد على ذلك فلا تصح رجعته (٢) •

### ما تتحقق به الرجعة :

تتحقق الرجعة بالقول أو بالفعل ، والقول قد يكون صريحا أو كناية فالصريح  
كما لو قال الزوج لزوجته في عدة الطلاق الرجعي راجعتك ، والكناية كقوله لها  
أنت امرأتي •

وأما الفعل فهو ما يوجب حرمة المصاهرة من تقبيل أو نحوه (٣)

### الخلافاً بين الزوج وزوجته حول الرجعة :

إذا ادعى الزوج مراجعة زوجته وانكرت الزوجة ذلك فأماننا حالات ثلاث :

١ - إذا ادعى الزوج مراجعة زوجته وهي لا تزال في العدة ، فإذا صدقته  
الزوجة فالرجعة صحيحة •

٢ - أما إذا أنكرت الزوجة المراجعة وكذبت زوجها ، فإن كانت لا تزال في  
العدة فالقول للزوج لأنه يملك مراجعتها في الحال ما دامت العدة قائمة فلا فائدة  
من تكذيب الزوجة •

٣ - إذا ادعى الزوج مراجعة زوجته وكان ذلك بعد مضي العدة وأنكرت  
هي ذلك ، كان على الزوج ان يثبت دعواه والا كان القول للزوجة بلا يمين عند

---

(١) راجع في الفقه الشافعي الوجيز ج ٢ ص ٤٤ وفي الفقه الزيدي ج ٣ ص ٢٠٧

(٢) المحلى ج ١٠ ص ٢٥٠

(٣) هذا ما أخذ به الحنفية والمالكية خلافاً للشافعية والظاهرية الذين قالوا

لا تتم المراجعة الا بالقول •

كما ان الامام الشوكاني رجح رأي الحنفية وقال ان العدة مدة خيار والاختيار  
يصح بالقول وبالفعل ، وظاهر قوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن » وقوله صلى  
الله عليه وسلم « مرة فليراجعها » - وذلك حين طلق عبد الله بن عمر الخطاب  
زوجته - انها تجوز المراجعة بالفعل لأنه لم يخص قولاً من فعل ، ومن ادعى  
الاختصاص فعليه الدليل •

نبيل الاوطار ج ٣ ص ٢١٤ ، البدائع ج ٣ ص ١٨١ الوجيز ج ٢ ص ٤٣ المحلى

ج ١٠ ص ٢٥١

ابي حنيفة ، وبيمينها عند ابي يوسف ومحمد (١) .

جاء في القانون السوري :

م ١١٨ - ف ١ : الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية وللزوج ان يراجع مطلقته

أثناء العدة بالقول او الفعل ولا يسقط هذا الحق بالاسقاط .

ف ٢ : تبين المرأة وتنقطع الرجعة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي .

م ١١٩ - الطلاق البائن دون الثلاث يزيل الزوجية حالا ولا يمنع من تجديد

عقد الزواج .

ما ذهب اليه القضاء السوري :

أ - الاقرار بالرجعة لا بد فيه من توكيل خاص .

ب - يكلف الزوج للاثبات بانه قد راجع زوجته أثناء العدة (٢) .

وفي حكم آخر (٣) :

الاخبار بالرجعة المضافة الى زمن ماض لا يحكم بها الا اذا اقيمت عليها البينة .

وجاء أيضا (٤) :

اقرار الزوج بارجاع زوجته خلال مدة العدة كاف لاثباتها .

(١) الفتوى في المذهب الحنفي على رأي ابي يوسف ومحمد .

(٢) محكمة النقض السورية قرار رقم ٢٦٤ تاريخ ١٠/٢٢/١٩٦٤ نقلا عن

مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض ص ٤٨٦

وجاء في القرار المذكور : لما كانت المادة ٦٦٨ من القانون المدني نصت على انه

لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من اعمال الادارة ، وكان قول الوكيل ان موكله

ارجع لمصمته زوجته المطلقة ليس من قبيل اعمال الادارة ، فلا بد فيه من توكيل

خاص ، وكان من الرجوع الى صك الوكالة يرى ان الوكيل بم يوكل بذلك بنص خاص ،

كان استناد القاضي الى اقرار الوكيل مخالفا للاصول .

ولما كان اقرار الزوج بذاته بالرجعة بعدئذ قد جاء بعد مرور ثلاثة اشهر على

تاريخ الطلاق وكان الحكم الشرعي في مثل هذه الحال ان يكلف الزوج بتقديم بيينة

على انه ارجع زوجته أثناء العدة ، وقد بين الزوج ان لديه بيينة على ذلك .

ولما كان القاضي استعمل الحكم وقضى بثبوت الرجعة قبل ثبوت الدليل كان

حكمه مستحق النقض .

(٣) قرار محكمة النقض رقم ٤٠٠ تاريخ ١٢/٢٤/١٩٦٢

(٤) قرار رقم ١٤٢ تاريخ ٤/١/١٩٦٦

## الفصل الثاني

### العدة وأنواعها

العدة لغة : الأحصاء ، يقال عدت الشيء عدة أي أحصيته احصاء •  
أما اصطلاحاً : فالعدة هي الاجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي فارقتها زوجها او توفي عنها لانقضاء ما بقي من آثار النكاح ، فلا تتزوج بغير زوجها الاوّل حتى تنقضي عدتها •

وكذلك يحرم على الغير ان يتقدم لخطبتها<sup>(١)</sup> خلال هذه الفترة التي تبرص بها الزوجة حتى تنتهي عدتها<sup>(٢)</sup> •

#### حالات وجوب العدة :

تجب العدة لكل زوجة فارقتها زوجها في الحالات التالية :

- ١ - الفرقة من طلاق في عقد زواج صحيح •
- ٢ - الفسخ بعد الدخول او الخلوة الصحيحة في عقد نكاح صحيح •
- ٣ - المرأة التي فارقتها زوجها بعد الدخول في نكاح فاسد • أما الخلوة في نكاح فاسد فلا عدة فيها •
- ٤ - الزوجة التي مات عنها زوجها سواء أكان موته قبل الدخول أم بعد ذلك •

اما الزوجة المطلقة قبل الدخول فلا عدة عليها لقوله تعالى : « يا أيها الذين

---

(١) راجع احكام الخطبة في الجزء الاوّل من هذا الكتاب ص ٤٤ - ٤٥  
(٢) اما الزوج فلا عدة عليه ولو فارق زوجته لاي سبب كان ، غير انه اذا اراد ان يتزوج من امرأة تحرم عليه حرمة موقنة كآخت زوجته فيجب عليه الانتظار حتى تنتهي عدة زوجته المطلقة لانه لايجوز الجمع بين الاختين الا اذا زال المانع من ذلك •

آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن<sup>(١)</sup> فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » .

### حكمة تشريع العدة :

ويراعى في العدة حقوق ثلاثة :

- أ - حق الشرع ، ولهذا فالعدة من النظام العام فلا يجوز مخالفته .
- ب - حق الزوج باظهار الحداد عليه كما في عدة الوفاة ، احتراماً للرابطة الزوجية كما في عدة الطلاق .
- ج - حق النسب وذلك لبراءة الرحم فقد تكون الزوجة حاملاً من زوجها المطلق أو المتوفي .

وتتجلى حكمة تشريع العدة اضافة الى معرفة براءة الرحم حفظاً للانساب من الاختلاط في أمرين اساسيين آخرين :

- ١ - اعطاء الزوج المطلق فرصة لمراجعة زوجته ما دامت معتدة في الطلاق الرجعي ، فقد يطلق الزوج نتيجة طيش أو غضب فيشوب إلى رشدته وصوابه ويتدارك خطاه بمراجعة زوجته واستئناف حياته الزوجية .
- كما ان العدة فرصة ليحرب كل من الزوجين نفسه بالبعد عن صاحبه هل يستطيع الصبر بعيداً عنه أم لا ؟ .

- ٢ - ان زواج المطلقة اثر طلاقها دون انتظار فترة معينة يثير كثيراً من الاقارب والشبهات وكذلك فان زواج المتوفى عنها زوجها مباشرة أمر تأباه الكرامة ويتنافى مع الوفاء الزوجي ولا يتفق مع تقاليدنا التي تحترم وتقدر رابطة الزواج .

### انواع العدة :

شرعت عدة المرأة على ثلاثة أنواع : فاما ان تكون العدة بالاقرء<sup>(١)</sup> ، واما بالاشهر ، واما بوضع الحمل<sup>(٢)</sup> .

(١) يطلق القرء في اللغة على الحيض وعلى الطهر ولهذا فقد اختلف الفقهاء في تفسيره فذهب الاحناف والحنابلة الى ان العدة ثلاثة اقرء اي ثلاث حيضات وقال الشافعية والمالكية : القرء : هو الطهر فثلاثة اقرء اي ثلاثة اطهار .

(٢) احكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٥٥٨

## ١ - العدة بالاقراء :

فالأصل في الإحناف ، فإذا مضت هذه الاقراء الثلاثة جاز للزوجة ان تتزوج أو تلد الغير .  
 ودليل ذلك قوله تعالى : « المطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء » . سواء المطلقة طلاقاً رجعياً أم طلاقاً بائناً (١) .

وعلى هذا فعدة كل زوجة تحيض هي ثلاثة اقراء اذا كان سبب الفرقة غير الوفاة ، والقرء لا يتجزأ بمعنى ان العدة ثلاثة اقراء كاملة ولا يحسب الناقص فيه فلها اثناء فترة الحيض فيجب على المطلقة ان تمتد ثلاثة اقراء كاملة ما عدا الذي طلقت فيه (٢) .

هذا الحكم عام بالنسبة لكل زوجة سواء أكانت ملءة أم كانت أمة . يجوز للمسلم كما ذكرنا الزواج بالكتابية اليهودية او المسيحية (٣) .  
 وعدة الاقراء بالنسبة للمدخل بها في عقد صحيح أو عقد فاسد لان العدة الرجم فقد تكون الزوجة في نكاح فاسد حاملاً ولهذا شرعت العدة ذلك .

## ٢ - العدة بالاشهر :

تكون العدة بالاشهر في حالتين :  
 ١ - ما تكون فيه الاشهر بدلا عن الاقراء وذلك كما لو كانت الزوجة من سن اليأس وهو الذي لا تحيض فيه النساء عادة ، أو انها كانت كبيرة السن ولم تر الحيض وغيره ، فعدة هؤلاء ثلاثة اشهر كاملة لان الشهر يقوم مقام القرء الواحد ذلك قوله تعالى : « واللائئي يئن من الحيض من نسائكم ان ارتبتم

فالأصل في له الأحناف أن تخطب الغير .  
 ودليل ذلك كانت المطلقة طلاقاً وعلى هذا الوفاة ، والقرء فلو طلقها أثناء القرء الذي طلقت وهذا الحكم كتابية لأنه يجوز وعدة الأقراء بالنسبة لبراءة الرحم فقد لمعرفة ذلك .

تكون العدة بالأشهر ١- ما تكون لا تحيض سواء الزمان الذي لا تحيض لسن أو غيره ،  
 ودليل ذلك قوله

- (١) المبسوط ج ٦ ص ٣٣  
 (٢) فتح القدير ج ٣ ص ٢١٩  
 (٣) البدائع ج ٣ ص ٢٠٨

فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن « (١) » .

وهذه الاشهر تعتبر بالاشهر القمرية وان نقص بعضها يوما . أما اذا وقعت النفقة أثناء الشهر فالعدة تحسب تسعين يوما على ما ذهب اليه ابو حنيفة .

٢ - والحالة الثانية التي تجب فيها العدة بالاشهر لا بالاقراء هي عدة الوفاة فمن توفى عنها زوجها فعدتها اربعة اشهر وعشرة ايام ودليل ذلك قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة اشهر وعشرا » .

وسبب هذه العدة هو الوفاة ، وسواء حصلت الوفاة قبل الدخول او بعد الدخول بخلاف بقية انواع العدة فانها لا تجب الا بعد الدخول .  
اما اذا كان النكاح فاسدا ومات الزوج قبل الدخول فلا عدة فيه لانه لا أثر لمقد الزواج الفاسد قبل الدخول .

### ٣ - العدة بوضع الحمل :

اذا كانت الزوجة حاملا فعدتها وضع حملها ، ودليل ذلك قوله تعالى : « وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن » .  
فاذا توفى الزوج وزوجته حامل ، ووضعت بعد وفاته بيوم واحد فقد انتهت عدتها ولا تعد عدة الوفاة (٢) .

اما من حاضت حيضة او حيضين ثم ارتفع الدم عنها لمرض او لغيره وامتد لهرها ولم تبلغ سن البأس وتسمى ممتدة الطهر ، فعدتها سنة كاملة من يوم الطلاق .  
فق ما ذهب اليه المشرع السوري أخذنا من مذهب المالكية الذين قالوا : من تأخر

(١) اذا اعتدت المراهقة بالاشهر ثم حاضت قبل انتهاء العدة وجب عليها ان ستانف العدة بالاقراء أي ان تمضي ثلاث حيضات كاملة ، وكذلك الايسة حيث تعود الى العدة بالحيضات لا بالاشهر .

وكذلك فان عدة المرأة المريضة التي لا انقطاع للدم عندها او ليس لها عادة شهرية معروفة بالنسبة للطهر والحيض فان عدتها ثلاثة اشهر وان كان القول المفتى في المذهب هو ان عدة المرأة المتحيرة في أمر حيضها وطهرها سبعة اشهر من وقت طلاق .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٤٥ .

حيضها بلا سبب أو بسبب مرض ألم بها قبل الطلاق أو بعده فانقطع حيضها ولم تبلغ سن اليأس فعليها ان تتربص تسعة اشهر من يوم الطلاق ثم تمتد بثلاثة اشهر أخرى (١) .

ولعل هذا يتفق مع ما حدده القانون السوري ايضا من جعل اقصى فترة للحمل سنة كاملة ويتفق مع رأي الاطباء الذين يؤكدون ان الحمل لا يمكث في بطن أمه أكثر من سنة واحدة .

#### عدة المرأة المطلقة طلاق فرار :

اذا طلق الزوج زوجته وهو في مرض الموت طلاقا بائنا بدون رضاها ، ثم مات الزوج والزوجة لا تزال في العدة فهل تنتقل الي عدة الوفاة ؟ . .  
على الزوجة ان تعتد بابعد الاجلين : الاقراء او الاشهر لانها قد تكون من ذوات الاقراء الممتدة فتطول اقراؤها اكثر من أربعة أشهر وعشرة ايام .

أما اذا كان الطلاق بناء على طلبها أي لم يكن هناك طلاق فرار فيأخذ حكم طلاق الصحة فالمطلقة تستمر في عدتها بالاقرء حتى تنتهي ولا تنتقل الي عدة الوفاة .  
واذا مات المطلق والزوجة في عدة الطلاق الرجعي فتتحول عدتها من عدة الطلاق الي عدة الوفاة ، ولها الحق في الميراث .

وعلة ذلك ان المطلقة طلاقا رجعيا لا تزال زوجة لم تنقطع بعد عرى الزوجية بينها وبين زوجها ، فاذا توفى فقد وجب عليها عدة الوفاة .

#### متى تبدأ العدة :

لما كان سبب العدة هو الوفاة او الطلاق او التفريق كان ابتداءؤها عقب ذلك مباشرة فمتى وقع الطلاق او حصلت الوفاة بدأت العدة ، ولا يشترط لابتدائها

---

(١) اما الحنفية فقالوا ان عدة ممتدة الطهر تستمر حتى تحيض ثلاث حيضات او تبلغ سن اليأس .

ولا شك ان رأي الحنفية فيه من الاحراج والاضرار ما لا يخفى ولهذا اخذت اكثر القوانين العربية بمذهب المالكية في هذا الموضوع .

اما سن اليأس فقدرة جمهور الفقهاء بسن الخامسة والخمسين سنة قمرية من عمر المرأة وهو الرأي المفتى به في المذهب الحنفي .

علم الزوجة بالطلاق أو الوفاة إذا لم تكن على علم بذلك ، بل تنقضي العدة وأن كانت تجهل وفاة زوجها أو طلاقه (١) .  
وتبدأ عدة الزواج الفاسد من يوم المشاركة أو تفريق القاضي (٢) .

### الخلاف حول الطلاق :

إذا ادعت الزوجة ان زوجها طلقها في وقت سابق وانكر الزوج ذلك فأقامت البيينة عليه وحكم لها القاضي بوقوع الطلاق في الوقت الذي حددته بدعواها فان سريان العدة يبدأ من الوقت الذي وقع فيه الطلاق لا الوقت الذي حكم لها بصحة دعواها .

أما إذا ادعت ان زوجها طلقها في وقت معين وأقر الزوج بدعواها ، أو أقر الزوج بطلاقها في وقت سابق وسواء صدقته أو كذبت زوجته فان العدة تبدأ من وقت اقراره بها لان الوقت الذي ادعته زوجته او حدده باقراره يملك فيه الطلاق .  
وعلى هذا لا يحل للزوج ان يتزوج بأخت زوجته قبل مضي العدة اعتبارا من وقت اقراره بالطلاق .

والفرق بين الحالتين واضح ففي الحالة الاولى ثبت الطلاق بالبيينة وبحكم القاضي ، أما في الحالة الثانية فثبت باقرار الزوجين فخشية التواطؤ بينهما على الطلاق لا يعتبر الا من وقت اقراره ، فقد يكون هذا كذبا لتصبح الزوجة اجنبية تصح وصية الزوج لها مثلا او يصح اقراره بالدين لها .

وقال بعض الحنفية اذا كان الزوجان مجتمعين فاقرارهما يحتمل التواطؤ باسناد الطلاق لوقت سابق ، واما ان كانا متفرقين أي بعيدين عن بعضهما فان اقرارهما يعتبر صحيحا باسناد الطلاق لوقت سابق .

جاء في المادة ٣٢١ من الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية :

(١) وقد قررت محكمة النقض السورية في قرارها رقم ٣٦ - ق ٢٦ تاريخ

١٩٧٠/١/٢٥ أن العدة تنقضي ولو لم تعلم المرأة بطلاق زوجها او موته .

(٢) وقال الامام زفر تبدأ العدة من النكاح الفاسد اعتبارا من اخر مرة ودئء الزوج زوجته لان النكاح الفاسد لا عبرة له الا بالدخول .

ولو أقر الزوج بطلاقها منذ زمان ما ولم تقم عليه بيعة فالعدة تعتبر من وقت الاقرار لا من وقت المسند اليه وللمرأة النفقة ان كذبت ولا نفقة لها ان صدقت وكان الزمن المسند اليه الطلاق قد استغرق مدة العدة فان لم يستغرق يجب لما بقى .

### نفقة العدة :

اذا وجبت العدة على الزوجة اثر الفرقة الزوجية فيجب عليها ان تقضي عدتها في المنزل التي كانت تسكنه مع زوجها لقوله تعالى : « يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة » (١) .

وتستحق الزوجة الممتدة ما دامت في منزل الزوجية نفقة العدة وهي النفقة التي يراعى فيها حال الزوج يسارا واعسارا . بشرط عدم خروجها من منزلها . أما اذا خرجت من منزل الزوجية او سكنت منزلا آخر دون ضرورة يقدرها الشارع فتعتبر حينئذ فاشزا وتسقط نفقة العدة .

### من من المعتدات تستحق النفقة :

ان معتدة الوفاة ، والممتدة من زواج فاسد او دخول بشبهة ، والممتدة بسبب فرقة جاءت من قبلها وهي محظورة شرعا ، هؤلاء المعتدات الثلاث لا نفقة لهن . ومن عدا هؤلاء من المعتدات تستحق نفقة العدة وهي كل معتدة من طلاق او فسخ سواء آكانت الفرقة بالارادة المنفردة أو بحكم القضاء وسواء آكانت من قبل الزوج أو من قبل الزوجة . ولا فرق في استحقاق نفقة العدة في الطلاق سواء آكان رجيا أم بائنا بينونة صغرى أم كبرى .

(١) وتقديره : « لا تخرجوهن من بيوتهن اي لا يخرجن شرعا إلا ان يخرجن

تعديا » احكام القرآن لابن العربي ج٣ ص ١٨١٩

وقال الشافعية :

لا نفقة للمطلقة بائنا ما لم تكن حاملا ، ولها السكنى فقط إن كانت غير

• حامل

وقد نص القانون السوري :

م ٨٣ : تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ •

م ٨٤ : نفقة المعتدة كنفقة الزوجية ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة ولا

يقضى بها عن مدة أكثر من تسعة أشهر •

ونلاحظ في الملاحظة الأخيرة أن القانون اعتبر الحد الأقصى لنفقة المعتدة أن لا تتجاوز نفقة تسعة أشهر بينما اعتبر العدة الممتدة الطهر سنة كاملة كما جاء في الفقرة الثانية من المادة ١٢١ ولهذا كان من الضروري وجوب التنسيق بين المادتين وجعل الحد الأقصى لنفقة ممتدة الطهر سنة كاملة لا تسعة أشهر طالما أن العدة يجوز أن تستمر قانونا سنة كاملة •

ونلاحظ أن المشرع السوري قد نص في المادة ٥١ على اعطاء المتروجة زواجا فاسدا نفقة العدة بعد المفارقة ما دامت معتدة خلافا لما نص عليه الفقهاء •

ولا نفقة لمدة المتوفى عنها زوجها ، وهذا وفق ما ذهب إليه الفقهاء وأن كنا لا نرى مانعا من الإخذ برأي بعض السلف الذين قالوا بوجود النفقة للمعتدة من وفاة ويمكن تعديل ما ذهب إليه القانون أخذا بهذه الأقوال وحيث تأخذ زوجة المتوفى عنها زوجها نفقة عدتها من التركة كسائر الديون قبل توزيع الميراث •

وجاء في القانون السوري :

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

١ - ثلاث حيضات كاملات لمن تحيض ولا تسمع دعوى المرأة بانقضائها قبل

مضي ثلاثة أشهر على الطلاق أو الفسخ •

٢ - سنة كاملة لمتدة الطهر التي تحيض أو جاءها الحيض ثم انقطع ولم تبلغ

سن اليأس •

٣ - ثلاثة أشهر للريسة •

ويلاحظ في هذه المواد ان الزوجة مؤتمنة على عدتها بمعنى ان القول قولها اذا مضت عدتها على الا يقل في ذوات الاقراء عن ثلاثة اشهر • واما بالنسبة لمن لا يأتيها الحيض منتظماً في كل شهر فهل تنتظر عدة سنوات مثلاً حتى تكتمل الاقراء الثلاثة كما لو كانت الزوجة مريضة ولا يأتيها الحيض الا في كل سنة مرة ؟ •

ان حكم هذه المعتدة ان تتم سنة كاملة فان رأت الحيض مرة أو مرتين يكفي ذلك وفق ما ذهب اليه القانون اخذاً من مذهب المالكية خلافاً للحنفية •

م ١٢٢ : العدة في الزواج الفاسد بعد الدخول تجري عليها احكام المادة

السابقة •

م ١٢٣ : عدة التوفي عنها زوجها اربعة اشهر وعشرة ايام •

م ١٢٥ : تبدأ العدة من تاريخ الطلاق او الوفاة أو الفسخ أو التفريق القضائي

أو المفارقة في النكاح الفاسد •

م-١٢٦ : لا تلتزم العدة قبل الدخول والخلوة الصحيحة الا للوفاة •

م ١٢٧ - ف ١ : اذا توفي الزوج وكانت المرأة في عدة الطلاق الرجعي

تنتقل الى عدة الوفاة ولا يحسب ما مضى •

ف ٢ : اذا توفي وهي في عدة البيونة تعتد بأبعد الاجلين من عدة الوفاة

أو البيونة •

ويلاحظ في الفقرة الثانية من المادة الاخيرة ان القانون نص على ان المعتدة

من طلاق بائن اذا توفي زوجها فانها تنتقل الى عدة ابعده الاجلين : عدة الطلاق

أو عدة الوفاة •

ولكن الفقهاء نصوا على أن عدة البيونة تقطع الصلة الزوجية فاذا توفي الزوج

وزوجته معتدة من طلاق بائن فلا أثر لذلك على المعتدة بل تكمل عدة البيونة الا في

حالة واحدة وهي البيونة من طلاق الفار اذا توافرت شروط المطلق وهو مريض

مرض الموت فيعتبر فارا فترث زوجته اذا توفي وهي في العدة وتنتقل من عدة  
البيونة الى ابد الاجلين لان الطلاق البائن في مرض الموت له حكم يختلف عن  
بقية انواع الطلاق ، لانا في الوقت الذي جعلنا لها الميراث اذا مات زوجها وهي  
معتدة فقد جعلنا لها النكاح قائما بينهما بهذا الاعتبار •

اما الطلاق البائن دون فرار فلا ميراث فيه وبالتالي فلا تنتقل عدة المطلقة الى  
عدة الوفاة لانقطاع الزوجية من وقت الطلاق •

# الْبَتَّالِ الْبَتَّالِ

## انحلال الزواج لدى غير المسلمين

ويتضمن تمهيدا وفصلين :

الفصل الاول :

انحلال الزواج في اليهودية

الفصل الثاني :

انحلال الزواج في المسيحية



## تمهيد

عرفت الامم القديمة والشرائع السماوية نظام الطلاق بصور متعددة تنبع من خلال سلطة الرجل ومكانة المرأة في المجتمع .

كان الزواج لدى اليونان يتم عن طريق شراء الخاطب خطيبته من ولي الفتاة ، ولما انقضى نظام الشراء في العصر الكلاسيكي بقيت السلطة المطلقة للزوج على زوجته حيث كان يطلق دون قيد على طلاقه بل كان الزوج يطلق زوجته ويزوجها لمن شاء حال حياته أو يوصي بها الى شخص آخر بعد وفاته (١) .

وإذا تم الطلاق بناء على عقم الزوجة اتخذه الزوج سبباً مبرراً لاسترداد ما دفعه لولي الزوجة ثمناً لها ، ويعللون ذلك بأن الزوجة في هذه الحالة لم تحقق هدف الزواج وهو ايلاد البنين (٢) .

وكذلك كان الطلاق لدى الرومان في مختلف المصور بيد الزوج يطلق متى شاء ولم يكن للزوجة أي حق في طلب الطلاق (٣) بل كان لوليها ان يفرق بينها وبين زوجها بالرغم من عدم رضاها بذلك نظراً للسلطة الابوية التي كانت سائدة آنذاك ، وبقيت المرأة تحت سلطة الزوج دون أي حق لها بالمطالبة بالانفصال حتى العصر الكلاسيكي (٤) .

ولما جاء جوستينيان (٥) اصدر قانوناً جعل فيه الطلاق على عدة انواع :  
للحاق مباح ، وطلاق بسبب مشروع ، وطلاق غير مشروع يترتب فيه غرم

- (١) قصة الحضارة ج ٢ ص ١١٠ المجلد الثاني
- (٢) المرأة لدى اليونان للدكتور محمود سلام زناني ص ١٣٠
- (٣) القانون الروماني للدكتور صوفي ابو طالب ص ٣٦
- (٤) المرأة لدى الرومان ص ٢٣٣
- (٥) مدونة جوستينيان ترجمة عبد العزيز فهمي ص ٢٠٠

مادي ، وطلاق باتفاق الزوجين<sup>(١)</sup> .  
كذلك فقد أجازت الشريعة اليهودية الطلاق مع بعض التفاصيل في الفروع  
والمسائل بين الطائفتين المعروفتين لديهم .

أما الشريعة المسيحية فلم يعرف الفقه الكنسي نظام الطلاق كما هو معروف  
في الشريعتين اليهودية والإسلامية بل عرفت نظام التخليق بناء على طلب الانفصال  
الزوجين لدى بعض طوائفها ، كما أن طوائف أخرى حرمتها واقترت نظام الانفصال  
الجسماني .

أما الطلاق لدى العرب قبل الإسلام فقد كان سائدا في الجاهلية بانظمة مختلفة  
حسب القبائل ، وقد عرفت بعض هذه القبائل الطلاق من قبل المرأة ، كما عرفت  
قبائل أخرى نظام المخالعة بين الزوجين باتفاق بينهما<sup>(٢)</sup>

---

(١) القانون الروماني للدكتور عبد المنعم البدراري ص ٢٤٨  
(٢) الأسرة والمجتمع للدكتور علي عبد الواحد وافي ص ١٣٢ المراجعة في جاهليتها  
ج ١ ص ٥٧ آفغاني ج ١٦ ص ١٠٢ نيل الاوطار ج ٦ ص ٢١٤  
وقد روى عن الإمام الشافعي رحمه الله : « سمعت من أهل العلم  
بالقرآن يقول : كان أهل الجاهلية يطلقون بثلاث : الظهار والايلاء والطلاق ، فأقر  
الله تعالى الطلاق طلاقا وحكم في الايلاء والظهار ، بما بين القرآن » بلوغ الأرب  
ج ٢ ص ٥٠

## الفصل الأول

### انحلال الزواج في الشريعة اليهودية

يدور خلاف بين الشراح المعاصرين حول جواز الطلاق بالارادة المنفردة في الشريعة اليهودية ، ففريق من المؤلفين يقول ان الشريعة الموسوية اعطت الرجل الحق في ان يطلق امرأته بمحض ارادته دون ان يتوقف هذا الطلاق على قبولها أو على حكم القضاء (١) بينما يذهب فريق آخر الى انه لا بد ان يكون الطلاق امام السلطة الشرعية ، ولا بد فيه من وجود مسوغ شرعي يجيز ذلك (٢) .

ويبدو ان الخلاف قائم ايضا بين رجال القضاء حول حق الزوج بالطلاق في الشريعة اليهودية (٣) والذي يظهر لي انه لا خلاف في الشريعة اليهودية في هذا الموضوع اذا عرفنا ان اليهود طائفتان : طائفة القرائين وطائفة الربانيين وان احكام كل منهما في نظام الطلاق تختلف عن الاخرى .

ان الطلاق لدى طائفة الربانيين جائز بارادة الزوج يطلق زوجته متى شاء دون موافقتها على ان هذا وان كان مباحا الا انه مكروه ديانة ؛ ولهذا وردت بعض النصوص توصي الأزواج بعدم الطلاق .

اما طائفة القرائين فالامر لديها يختلف تماما اذ لا بد للزوج اذا أراد طلاق زوجته من ان يكون لديه عذر شرعي يقدره القاضي ، كما ان الطلاق لدى هذه الطائفة يتم بناء على طلب الزوجة لاسباب معينة ، وكذلك يقع الطلاق لديهم باتفاق الزوجين .

ونظرا لاختلاف احكام الطلاق لدى هاتين الطائفتين فسنعرض موجزا ما ذهبت اليه كل طائفة في هذا الموضوع :

---

(١) شرح الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين للمستشار ميخائيل

تادرس

(٢) قضاء الاحوال الشخصية للطوائف الملية للاستاذ احمد صفوت .

(٣) يقول الدكتور اهاب اسماعيل في كتابه مبادئ الاحوال الشخصية

للطوائف الملية ص ٢٦٢ :

ولم يتفق الفقه على كلمة واحدة في هذا الصدد وكذلك القضاء ثم يقول :  
والرأي الصحيح هو ان الزوج اليهودي شأنه في ذلك شأن الزوج المسلم له الحق في ايقاع الطلاق على زوجته بمحض ارادته المنفردة .

## الفرع الاول

### الطلاق بالارادة المنفردة

#### ١ - الطلاق لدى طائفة الريانيين :

الطلاق حق للزوج يوقعه متى شاء لدى طائفة الريانيين من اليهود مع الكراهة .

جاء في المادة ٣٢٤ من الاحكام الشرعية للاسرائيليين :  
الطلاق في يد الرجل .

وفي المادة ٣٢٥ :

قبول المرأة الطلاق ليس شرطا .

على ان هذه الطائفة اعتبرت الطلاق مكروها اذا لم يكن له سبب ولهذا جاء في المادة ٣٢٨ : لا يليق بالرجل ان يطلق اول زوجة له بغير مقتض .

الا انه اذا ساءت اخلاق المرأة أو خرجت عن الحشمة ، جاز لزوجها أن يطلقها ولو كانت أول زوجة له دون كراهية .

وهناك بعض القيود الانسانية والديانية امام الطلاق ، فمن ذلك انهم قالوا لا يجوز للزوج ان يطلق زوجته اذا اصبحت بجنون قبل شفائها ، وفي هذه الحالة يجوز له أن يتزوج عليها زوجة ثانية .

وكذلك قالوا لا يجوز الطلاق أيام السبت والاعياد الدينية .

وفي جميع الاحوال يشترط ان يكون الطلاق امام السلطة الشرعية بوثيقة رسمية . وجود شاهدين ، على انه لا تدخل في ارادة الزوج حيث تبقى له الحرية المطلقة في ايقاع الطلاق .

عدة المطلقة :  
اذا وقع الطلاق أو مات الزوج وجبت العدة على المرأة ومدتها تسعون يوماً .  
جاء في المادة ٣٧٦ من الأحكام الشرعية :  
لا يجوز العقد على المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها الشرعية تسعين يوماً  
لا يحسب منها يوم الطلاق أو الوفاة ولا يوم العقد .  
وفي المادة ٣٧٨٥ :  
إذا كانت المطلقة أو الأرملة حاملاً فلا يجوز العقد عليها قبل الوضع ، وإذا  
كان معها صغير تربصت حتى يكمل الستين .  
ويجوز لدى هذه الطائفة العودة إلى المطلقة أثناء العدة بعقد جديد ولو لم  
تنته عدتها .

## ٢ - الطلاق لدى طائفة القرائين :

لا يجوز الطلاق بإرادة الزوج المنفردة لدى طائفة القرائين إذا لم يكن هناك  
سبب شرعي للطلاق . جاء في شعار الخضر للإسرائيليين القرائين : لا تطلق المرأة  
بمجرد إرادة الرجل بل لا بد من المسوغ<sup>(١)</sup> وإذا أعطي المسوغ للرجل بالطلاق  
فإنهم أعطوا ذلك للمرأة إذا وجدت سبباً مبرراً للتفريق فتطلب طلاقها من زوجها .  
على أن هذا المسوغ لطلب الطلاق من الزوجة أو إيقاعه من الزوج لا بد أن  
يكون أمام القاضي منعا للظلم والتلاعب .  
وقد قيد القراءون الحق في التفريق أن يكون السبب مجهولاً أي غير  
معروف ، أما إذا كان المسوغ معلوماً قبل عقد الزواج فلا يجوز الطلاق .

(١) شعار الخضر ص ١٢٦

## الفرع الثاني

### الطلاق باتفاق الزوجين

#### ١ - الطلاق باتفاق الزوجين لدى الربانيين :

لا مانع لدى الربانيين من وقوع الطلاق باتفاق الزوجين ، على ان يكون هذا بحكم من السلطة المالية الشرعية ، وقد أصدرت حاخمخانة الاسرائيليين في القاهرة فتوى مفادها : اذا كان الزوجان متفقين على الطلاق فالحكم يكون بالتصديق على اتفاقهما ويقع به الطلاق<sup>(١)</sup> .

وعلى هذا سار القضاء المصري فقد قضت محكمة القاهرة الابتدائية بالتفريق بين زوجين يهوديين بناء على اتفاقهما وذكر القرار : انه اذا كانت شرعة ما تبيح للرجل حل رابطة الزوجية دون توقف على ارادة الزوجة كان من البديهي القول بان هذه تؤيد الاعتداد بالاتفاق في مسائل الطلاق<sup>(٢)</sup> .

ويبقى أثر الخلاف قائما بين الطلاق بارادة الزوج المنفردة والطلاق باتفاق الزوجين من حيث الاحكام المتعلقة بالمهر بينهما ، اذ ان الاتفاق يدور حول تخفيف بعض الاغباء المالية عن الزوج في حال التفريق بناء على اتفاق الزوجين ، بينما يدفع المهر كاملا اذا طلق بارادته المنفردة .

#### ٢ - الطلاق باتفاق الزوجين لدى القرائين :

يجوز الطلاق باتفاق الزوجين لدى طائفة القرائين ، وما دام الاتفاق بينهما فلا ضرورة لوجود المسوغ الشرعي للطلاق .

(١) مرجع القضاء للاستاذ صالح جنفي ج ٢ ص ٤٨١

(٢) قضاء الطوائف المالية للاستاذ احمد صفوت ص ١١٠

جاء في شمار الخضر (١) :  
لا طلاق الا على يد الشرع بقدر ما يكون هناك من المسوغات ، اللهم الا اذا  
كان تراض بين الاثنيين فان المسوغات لا يتوقف الامر عليها والحال هذه ، بل يطلقها  
ولو بلا سبب أصلا ما دامت قابلة .

وقد أصدرت حاخامغاة الاسكندرية حكما قالت فيه (٢) :

ازاء اتفاق الطرفين على وضع حد لزواج تنقصه ايسر عوامل السعادة ونظرا  
لما يتطلبه الامر من اقصاء الاولاد من جو مشحون بالبغض والشفاء ترى المحكمة  
وجوب ايقاع الطلاق وعلى الزوج اتمام اجراءاته .

---

(١) شمار الخضر ص ١٩٢  
(٢) مدى حرية الزوجين في الطلاق للمؤلف ج ٢ ص ٦٣٧

## الفرع الثالث

### التفريق للعيوب والامراض

#### ١ - طائفة الربانيين :

لكل من الزوجين طلب التفريق اذا وجد بصاحبه عيبا يجيز له الطلاق ، وقد قسم الربانيون العيوب الى عيوب في الزوج وعيوب في الزوجة .

#### أولا - عيوب الزوجة :

أ - المرض الجنسي : اذا كانت الزوجة مصابة بمرض جنسي يحول دون المعاشرة الجنسية جاز لزوجها ان يطلقها دون للالتزامات مالية .

ب - العيوب المنفردة : لا حصر لهذه العيوب ولهذا جاء في المادة ١٦٠ للاحوال الشخصية للاسرائيليين :

كل زيادة أو نقص أو تلف أو فساد أو أي رائحة كريهة في المرأة هو عيب

شرعي .

على انه يسقط حق الزوج اذا علم بعيب زوجته وسكت عنه ، لانه يعتبر سكوته رضا فاذا طلق بعد ذلك كان عليه ان يدفع جميع الالتزامات المالية المترتبة عليه .

ج - عقم الزوجة : اذا اصيبت الزوجة بالعقم او كانت مصابة به ومضى على زواجها عشر سنوات دون انجاب وجب على الزوج ان يطلقها وذلك رغبة بكثرة النسل الذي يحرص عليه اليهود .

د - لا تفريق لجنون الزوجة الا بعد شفائها . اذا اصيبت الزوجة بالجنون بعد الزواج كان على الزوج علاجها واذا أراد الزواج ثانية جاز له ذلك .

أما العقْد على المرأة المجنونة فيقع باطلا لانها لا ارادة لها حتى يتم الايجاب والقبول بينها وبين زوجها .

ثانيا - عيوب الزوج :

أ - المرض المعدي : اذا أصيب أحد الزوجين بمرض معد وخشي انتقاله للآخر فيجب التفريق بين الزوجين ولا خيار لهما في البقاء أكثر من ستة اشهر أملا بالشفاء .

فقد جاء في المادة ٢٠٤ :

« اذا كان الطارئ يرضا أو مرضا معديا كلف الرجل بالطلاق ، وللشرع أن يأمر ولو أبت الزوجة ما لم تتعهد شرعا انها لا تختلي به » على أن للسلطة الشرعية تجديد فترة الستة أشهر اذا كان هناك أمل بالشفاء .

ب - المرض الخطير : وكذلك يجب التفريق بين الزوجين اذا أصيب احدهما بداء الصرع مع احتفاظ الزوجة بحقوقها المالية كاملة .

ج - العقم : اذا تبين بعد الزواج أن الزوج عقيم فيجب عليه الطلاق وللزوجة مهرها كاملا .

د - العيب الجنسي : اذا وجد العيب الجنسي في الرجل قبل العقد كان الزواج باطلا لجرمة الزواج به . أما اذا أصيب بمرض جنسي بعد الزواج فيجب على الزوجة ان تنتظر عشر سنوات ان كانت بكرا ، وخمسا ان كانت ثيبا . وبعد ذلك يجب التفريق بين الزوجين .

أما ان كان عقم الزوج محققا لا أمل بشفائه فيجب عليه الطلاق فورا لانه لا فائدة من التأخير .

هـ - بقية العيوب : اما بقية العيوب فيمكن القول بانها غير محصورة وللسلطة المالية الحق في تقديرها اذا طلبت الزوجة التفريق من زوجها .

جاء في المادة ٢٠٦ من الاحكام الاسرائيلية :  
اذا كان بالرجل رائحة كريهة في أنفه أو فمه ، أو لانه اشتغل دباغا وما أشبه  
جاز اجابة طلب زوجته بالطلاق .

وفي المادة ٢٠٧ :

اذا علمت الزوجة بالرائحة أو الحرفة ورضيت فليس لها طلب الطلاق .

## ٢ - طائفة القرائين :

قسم القراءون العيوب التي تجيز التفريق الى قسمين :

١ - القسم الاول : العيوب التي تمس الدين ، اذ ان كل استهتار او تقصير من الزوجة بأمر من أمور دينها يحل لزوجها ان يطلقها لاجله .

٢ - القسم الثاني : العيوب التي تتعلق بالخلق أو الخلق ، وقد توسعوا في هذا كثيرا حتى اعتبروا قصر النظر في العينين من العيوب التي تجيز الطلاق .

وتقدير هذه العيوب يعود للقاضي حيث يقرر ما يمكن استمرار الحياة الزوجية بوجوده او عدم استمرارها .

على انه لا يسقط حق الزوج بالطلاق اذا علم بالميب ، ويجوز ان يطلق ويدفع المؤجل من المهر كاملا . أما اذا لم يكن على علم بالميب فلا يدفع المؤجل اذا طلقها بسبب ذلك .

وقد أوجب القراءون على الزوج علاج زوجته حتى تبرأ من مرضها ، واذا أزم من المرض واستوجب كثرة الاتفاق فله ان يعطيها مما لها عنده من الحقوق لتتفق منها على نفسها .

كما ان طائفة القرائين لم تقصر العيوب على الامراض بل اعتبرت سوء الخلق وكثرة النزاع وسب الابوين من العيوب<sup>(١)</sup> .

ونظرا لكثرة تعداد العيوب فقد جعلوا للقاضي السلطة التقديرية مع الاشارة الى أن العيب اليسير لا يعتبر مبررا للطلاق الا اذا كان يتعلق بالدين<sup>(٢)</sup> سواء أكان بالزوج أم بالزوجة .

وكذلك قرر القراءون بأن اتفاق الزوجين على الطلاق يعتبر مبررا بحد ذاته ولا يحتاج الزوجان حينئذ الى عيب يجيز لهم الطلاق<sup>(٣)</sup> .

(١) شمار الخضر ص ١٢٧

(٢) المقارنات والمقالات شرح المادة ٣٩٣

(٣) القراءون والربانيون ص ١٤٧

## الفرع الرابع للشقاق والضرر

### ١ - طائفة الربانيين :

إذا أصاب أحد الزوجين ضرر من صاحبه أو نشأ شقاق بينهما استحال معه دوام العشرة جاز الطلاق أو التفريق ، وقد فرق الربانيون بين ضرر الزوجة وضرر الزوج :

١ - ففي حالة اضرار الزوجة بزوجها ، نصت المادة ٢٢٠ من الاحكام الاسرائيلية :

إذا تكرّر من الزوجة شتم زوجها وبخت وانذرت ، فإذا عادت سقطت حقوقها .

٢ - وأما ضرر الزوج لزوجته يكون في حال اعتياد الزوج الزنا أو ضرب زوجته دون مبرر ، فيحق لها طلب الطلاق .

وجاء في المادة ٢١٦ :

إذا اعتاد الرجل الزنا أو اعتاد ضرب زوجته أو اطعامها غير الحلال ، جاز اجابة طلبها الطلاق .

وقد سار القضاء المصري على انه لا بد من اعتياد الضرب وفق ما جاء في المادتين المذكورتين ، ففي حكم لمحكمة الاستئناف بالقاهرة (١) :

لا يسوغ طلب الطلاق الا اذا اعتاده الزوج بعد توبيخ رجل الشرع له وبعد ان يحلفه بالآلا يعود ، فان حث وعاد يؤمر عندئذ بالطلاق ودفع الحقوق .

ومن الطلاق للضرر ، الطلاق بسبب غياب الزوج عن زوجته .

---

(١) مدى حرية الزوجين في الطلاق للمؤلف ج ٢ ص ٨٠٤

ومما حكم به القضاء قرار محكمة استئناف القاهرة جاء فيه<sup>(١)</sup> :  
ان الغياب الذي يعتبر سببا للطلاق في الشريعة الاسرائيلية هو الذي يكون  
لعذر غير مقبول ، وان تكون الغيبة في بلد في الخارج غير موافق لاقامة الزوجة  
وان يقصد بتلك الغيبة وضع حد للحياة الزوجية المشتركة وان تكون قد مضت  
مدة كافية تتضرر منها الزوجة بالغياب •

## ٢ - طائفة القرائين :

اما القراءون فيجيزون التفريق للضرر ايضا ، وان كانوا يعدون ذلك من  
قبيل العيوب توسعا منهم بانعيب غير المحتمل الذي يعتبر مسوغا للطلاق ، ولذا  
قالوا يعتبر من العيوب الضارة سوء المعاملة والابتذال في الاسواق واتيان ما يمس  
الاخلاق والشرف لانها تضر بسمعة الزوج وتسيء اليه<sup>(٢)</sup> •

---

(١) قرار محكمة استئناف القاهرة في ٢٥/٤/١٩٥٦

(٢) شعار الخضر ص ١٢٧

## الفرع الخامس التفريق للاعسار

### ١ - طائفة الربانيين :

ان نفقة الزوجة واجبة على زوجها ، فاذا أعسر كانت ديننا في ذمته ، وعلى الزوجة ان تستدين للإنفاق على نفسها ويفوم الزوج بوفاء هذا الدين حين يساره ، واذا لم تجد الزوجة من يقرضها او من يتبرع لها بالنفقة فجب على الزوج الطلاق منعا للاضرار .

اما اذا كانت الزوجة موسرة او انفقت من دخلها الخاص فلا يحق لها مطالبة زوجها المعسر ولو أسير فما بعد<sup>(١)</sup> .

### ٢ - طائفة القرائين :

لا خلاف لدى اليهود على جواز التفريق بين الزوجين اذا أعسر الزوج أو امتنع عن الانفاق وتعذر على الزوجة ان تستدين على زوجها حتى يساره وذلك لان النفقة واجبة عليه في جميع الاحوال ما عدا في حالة عسره ويسر زوجته . فقد ورد في شعار الخضر<sup>(٢)</sup> :

للرأة على الرجل نفقتها وكسوتها . . . وورد فيه أيضا : ومحصل الامر وجوب النفقة والكسوة والاحضان والا فالطلاق اذا ما لم تعف<sup>(٣)</sup> .  
ونظرا لقلّة ما ورد من نصوص لدى طائفة القرائين في هذا الموضوع يرى بعض الشراح المعاصرين انه يمكن تطبيق القواعد التي وردت لدى الربانيين في حال اعسار الزوج على جميع افراد الطائفتين .

(١) راجع المادتين ١١٦ ، ١١٧ من الأحكام الشرعية للاسرائيليين :

(٢) شعار الخضر ص ١١١ على انه يلاحظ في حال امتناع الزوج عن الطلاق فللقاضي الحق بالتفريق

(٣) على انه يلاحظ في حال امتناع الزوج عن الطلاق فللقاضي الحق بالتفريق

لدى طائفة القرائين .

جاء في كتاب القراءون والربانيون ص ١٣٤ :

« فالربانيون يقولون انه لايجوز ابدأ طلاق المرأة من زوجها الا بأمره مهما كان الباعث للطلاق والتفريق ، والقراءون قالوا يكلف الرجل بالطلاق شرعا فاذا امياهم امره قام الشرع مقامه فيندرون الرجل ويجهلونه فاذا بقى على امتناعه فرق القضاء شرعا » .

## الفرع السادس

### الطلاق للزنا

#### ١ - طائفة الربانيين :

بما ان الطلاق مباح لدى الربانيين دون وجود مسوغ له ، فان الزوج يطلق زوجته متى شاء ، غير انه اذا طلق الزوج زوجته بسبب الزنا سقطت عنه الالتزامات المالية التي يدفعها لزوجته .  
وعلى هذا قالوا اذا رأى الزوج زوجته تزني أو علم من أحد بذلك ، حرمت عليه ووجب الطلاق ولا خيار له في الامر لان الزانية لا يجوز ان تكون زوجة شرعية .

وقد نص قانون الاحوال للاسرائيليين في المواد ١٦٨ ، ١٨٤ ، ١٨٦ على احكام ذلك :

- اذا ثبت شرعا زنا المرأة حرمت على زوجها وكلف بطلاقها بلا حقوق .
  - اذا كان الزنا اغتصابا شرعا فلا تحرم الزوجة ولا تسقط حقوقها .
  - اذا نظر الرجل امرأته تزني أو علم من ثقة أو اعتقد زناها حرمت عليه ووجب الطلاق ولا حقوق لها الا اذا حلفت .
  - وللزوجة ايضا أن تطلب التفريق اذا اعتاد زوجها الزنا وتكرر منه ذلك .
- جاء في المادة ٢١٦ :
- اذا اعتاد الرجل الزنا أو اعتاد ضرب زوجته أو اطعامها غير الحلال جاز اجابة طلبها الى الطلاق .

#### ٢ - طائفة القرائين :

قال القراءون وهم الذين لا يجوزون الطلاق دون سبب ، انه لا يجوز للزوج ان يتزوج زانية ، وعللوا ذلك بأنه من الصعب على الزانية أن تتوب فلا فائدة لها

من الزواج لان الاسرة يجب أن تبنى على أسس شريفة نظيفة منذ اليوم الاول لتكوينها .

اما اذا زنت الزوجة بعد الزواج فقد فرق القراءون بين حالات ثلاث :

أ - اذا بلغه من أحد أقاربه أن زوجته ارتكبت جريمة الزنا وشهد واحد منهم على ذلك ، كان سببا للتحريم بين الزوجين ووجب على الزوج ان يطلق زوجته .

ب - اما اذا كان الزنا غصبا أو اكراها فيجب على الزوج ان يطلقها أيضا غير ان الزوجة تأخذ كامل جهازها .

ج - وكذلك يجب على الزوج ان يطلق زوجته وتسقط جميع حقوقها اذا اعتادت اللهو والفجور وعرضت نفسها للزنا والابتذال في الشوارع والطرق دون علم زوجها . وكذلك يجب طلاقها مع سقوط كافة حقوقها اذا وجد زوجته مع شخص أجنبي .

## الفصل الثاني

### انحلال الزواج في المسيحية

لا تعرف الشريعة المسيحية في الوقت الحاضر الطلاق بارادة الزوج المنفردة كما في الشريعتين اليهودية والاسلامية فقد ورد في الخلاصة القانونية : إعلم ان الطلاق ممنوع في الشريعة المسيحية فليس للانسان ان يطلق امرأته بمجرد اختياره . وكذلك لا تجيز الشريعة المسيحية الطلاق باتفاق الزوجين ولو في احدى الحالات التي يجوز فيها التطلق<sup>(١)</sup> .

أما التطلق بحكم القضاء فقد اختلفت وجهات النظر بين الكنائس على رأيين : رأي يجيز التفريق بناء على طلب أحدهما . ولاسباب محددة يأخذ به البروتستانت والارثوذكس ، ورأي يقول بعدم التطلق لاي سبب كان ويمثله الكاثوليك .

ويبدو لي أن أسباب الخلاف بين الرأيين تعود الى تأثير المذاهب التي قالت بالتطبيق بالقانون الروماني وبالشريعة الاسلامية خاصة<sup>(٢)</sup> كما تتأثر النظرة لهذا الموضوع بمراعاة مصلحة الفرد والمجتمع اكثر من الخلاف حول تأويل النصوص التي وردت بهذا الخصوص ، لانها نصوص ثابتة وواحدة انما تختلف وجهة التشريع بحسب البيئة والمصلحة في حال فقدان النص الصريح الواضح الذي لا يحتمل التفسير المختلف والتأويل المتعدد .

وعلى هذا سنبحث انحلال الزواج في المذاهب المسيحية الثلاثة :

- ١ - مذهب الكاثوليك .
- ٢ - مذهب البروتستانت .
- ٣ - مذهب الارثوذكس .

(١) الخلاصة القانونية ص ٣١

(٢) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور شفيق شحاته ج ١ ص ٣٢

## الفرع الاول

### عدم انحلال الزواج لدى الكاثوليك

يرى انصار المذهب الكاثوليكي ان الزواج رابطة مؤبدة لا سبيل لفك عراه ،  
اذ متى تم الزواج صحيحا بين الزوجين فلا يقبل التفريق ولو زنا احدهما اذ ان  
الزواج عقد لا يحله الا الموت جاء في القانون ١٠٧ لنظام سر الزواج للكنيسة  
الشرقية : الزواج الصحيح المقرر المكتمل لا يمكن حله بسلطان بشري ايا كان  
لاي سبب كان ما خلا الموت .

استدل الكاثوليك الذين لا يبيحون الطلاق بين الزوجين لاي سبب كان  
بثلاثة أمور :

١ - النصوص : تاويل وتفسير ما ورد في بعض الاناجيل ، فمن ذلك  
ما جاء في انجيل لوقا<sup>(١)</sup> كل من طلق امرأته وتزوج اخرى فقد زنى ، ومن  
يتزوج التي طلقها رجلها فقد زنى . وجاء في انجيل مرقس<sup>(٢)</sup> من طلق امرأته  
وتزوج اخرى فقد زنى عليها ، وان طلقت امرأة بعلمها وتزوجت آخر فقد  
زنت . وورد ايضا<sup>(٣)</sup> « . . . من أجل هذا يترك الرجل اباه وامه ويلتصق بامرأته  
ويكون الاثنان جسدا واحدا ، اذن ليسا بعد اثنين بل جسد واحد فالذي جمعه  
الله لا يفترقه انسان » .

ب - الزواج سر مقدس :

بما ان الزواج سر مقدس من الاسرار الكنسية السبعة فلا يجوز انحلاله  
الا بالموت .

(١) انجيل لوقا الاصحاح ١٦ العدد ١٨

(٢) انجيل مرقس الاصحاح ١٠ العدد ١٨

(٣) انجيل مرقس الاصحاح ١٥ العدد ١٢

إذ متى  
الزواج عقد  
الشرقية :  
ولأي سبب

يتزوج  
وتزوج  
زنت  
ويكون  
الله

إلا الموت

فقد ورد في كتاب أسرار الكنيسة السبعة<sup>(١)</sup> الزواج سر مقدس به يرتبط ويتحد الرجل والمرأة اتحادا مقدسا بنعمة الروح القدس ويقول بولس الرسول للرجال : ايها الرجال احبوا نساءكم كما احب المسيح ايضا الكنيسة ، ومن هذا يرى المسيحيون مدى ارتباط الزوج بزوجه كارتباط المسيح بالكنيسة فلا يقبل الانفصال .

ج - الاستناد الى القانون الطبيعي والقانون الالهي :  
قالوا ان قواعد القانون الطبيعي تقضي ان الزواج لا يحقق غايته واهدافه الا اذا كان علاقة دائمة لا تقبل الانفصال . وكذلك بما ورد في سفر التكوين . . . من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكونان جسدا واحدا .

غير ان بعض الفقهاء المعاصرين<sup>(٢)</sup> يرد هذه الادلة بقوله : ان الاستناد الى هاتين النظريتين كان محل اعتراضات كثيرة ، فان القول بأن قواعد القانون الطبيعي تستوجب دوام العلاقة الزوجية لتحقيق الغايات التي يقصد منها لا يفسر الإبقاء على العلاقة الزوجية حين يكون احد الزوجين عقيما . كما ان الاستناد الى سفر التكوين لا يفسر الطلاق الذي اباحته الشريعة الموسوية ، ولا يفسر قابلية العلاقة الزوجية بين غير المؤمنين للحل .

ثم يقول : ومن اجل هذا بقي الفقه الكنسي في عهده التقليدي عند نظريته في بناء تأييد الزواج على كونه سر مقدسا .

على ان الكاثوليك اذا كانوا لا يجيزون انحلال الزواج الا بالموت او ظهور سبب مبطل للعقد خلال انشائه ، فقد أجازوا انحلال الزواج غير المقترن بالدخول بناء على رغبة الزوج الدخول بالرهبة ، او باجازة من الكرسي الرسولي « البابا » اذا كانت هناك اسباب خطيرة جدا تدعو لعدم اتمام العقد .

(١) اسرار الكنيسة السبعة ص ١٨٩

(٢) احكام الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين للمستشار حلمي

لقد عرف الكاثوليك نظام الانفصال الجسدي بين الزوجين أي الافتراق بينهما في المأكل والمضجع والمسكن مع بقاء الرابطة الزوجية بينهما وعدم زواج أحدهما بأي زوج آخر وذلك إذا ثبت زنا أحدهما .

والتفريق الجسدي أو الهجر لا يعني انقضاء الزواج بل يمتنع الزوجان عن العلاقات الزوجية ويتمادن عن بعضهما بحيث يستقل كل منهما عن الآخر ، على أن يكون ذلك بحكم قضائي لاثبات الزنا على الطرف الآخر .

جاء في المادة ١١٨ لنظام الكنائس الشرقية الموقع عليه من قبل الرؤساء الروميين في ١٧/٣/١٩٥٢ والمعول به في الطوائف الكاثوليكية الشرقية :

- ١ - إذا زنى أحد الزوجين حق للزوج الآخر مع بقاء وثائق الزواج ، أن يهجر العيشة المشتركة حتى هجرا دائما الا ان يكون وافق على جرم زوجه أو سببه له أو صفع له عنه بالتصريح أو بالدلالة أو اقترف هو نفسه الجرم عينه .
- ٢ - يكون الصفع بالدلالة إذا عاشر الزوج البريء الزوج الآخر طوعا ، وباعتفاف الزوج الى زوجه بعد ان علم بجرم زناه . ويقدر هذا الاعتفاف إذا مضت ستة اشهر على حادث الزنى ولم يطرد الزوج الزاني أو لم يغادره أو لم يرفع شكوى عليه (١) .

---

(١) يذكر الدكتور جميل الشراقوي في كتابه الاحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٢٧٦ :

ان الكنيسة كانت تبيح الطلاق بسبب الزنا قبل القرن العاشر ثم حرمته بعد ذلك واقتصرت على الانفصال الجسماني .  
ومع حركة الاصلاح الديني للبروتستانت في القرن السادس عشر ظهر الانتصار لباحة الطلاق . وفعلا اباحت فرنسا الطلاق بشكل واسع رغم انها تدين بالكاثوليكية وذلك في عام ١٩٧٢ والفث ايضا الانفصال الجسماني .  
وحين انهزم نابليون واختارت فرنسا الكاثوليكية دينا رسميا للدولة باعتبارها ديانة او مذهب اكثرية الفرنسيين ، صدر قانون ١٨١٦ فالغى نظام الطلاق الذي يخالف المسيحية ، وأبقى نظام الانفصال الجسماني .

## الفرع الثاني

### انحلال الزواج لدى البروتستانت

ذهب البروتستانت الى جواز التفريق بين الزوجين في عدة حالات أهمها :

- أ - حالة زنا أحد الزوجين .
- ب - أو ترك أحد الزوجين دينه المسيحي الى دين آخر .

أ - التخليق للزنا :

إذا زنا أحد الزوجين فللطرف الآخر ان يطلب التفريق من القاضي ، وعلى القاضي اذا أثبت ذلك لديه ان يحكم بالتفريق ، وقد توسعوا في مفهوم الزنا فلم يعد قاصرا على الواقعة المادية بل يشمل الخيانة الزوجية وسوء السلوك والانغماس في الرذائل وهو ما يسمى بالزنا الحكمي . ولهذا قررت محكمة النقض المصرية بأن تقدير ما يعتبر من سوء السلوك يعد من المسائل الموضوعية وتبعا لذلك يترك للقاضي تقديره في كل مسألة على حدة (١) .

ودليل هؤلاء فيما ذهبوا اليه ، ما جاء في انجيل متى ، ان المسيح صنع على ربوة واخذ يعظ الناس بما سميت بموعظة الجبل التي تعتبر دستورا للمسيحية قال : من طلق امرأته الا لعلها زنا فقد جعلها زانية ، ومن تزوج مطلقة فقد زنا (٢) .

ويرد على هذا الاستدلال الكاثوليك بقولهم ان كلمة طلق وردت في انجيل متى بمعنى هجر وعلى هذا فجزاء الزنا الهجر لا الطلاق (٣) .  
وأضاف البروتستانت على دليلهم ما ورد عن الرسول بولس انه نهى عن

(١) احكام الاجوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور توفيق فرج ٨٢١

(٢) انجيل متى الاصحاح الخامس عدد ٣٢

(٣) الاجوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية للاستاذ الفخرى بفضله حبشى

مخالطة الزناة بقوله : « ولا تغالطوا الزناة » (١) .

ب - التطلاق لتغيير الدين :

ان أساس التطلاق لهذا السبب يستند الى أن من يغير دينه المسيحي فانه يعتبر ميتا موتا حكيميا ، ومن مات حقيقة لا خلاف ان زواجه يعتبر منحلا بمجرد موته ، ولهذا ، فانهم قاسوا الموت الحكمي بتغيير الدين على الموت الحقيقي فقالوا (٢) اذا بدل أحد الزوجين دينه المسيحي فللطرف الاخر الذي بقي على دينه أن يطلب الطلاق من القاضي .

وقد اقتضت طائفة البروتستانت في القطر المصري على هذين الامرين كسبين للطلاق او التطلاق بين الزوجين بموجب المادة ١٨ من قانونهم المعمول به حاليا .

اما في سوريا ولبنان فقد فرق قانون الاحوال الشخصية للمحاكم البروتستانتية بين التطلاق والفسخ ، فأجاز التطلاق بناء على ارتكاب أحد الزوجين الزنا ، واعتبر تغيير الدين من أسباب فسخ الزواج .

كما نص هذا القانون على احكام الهجر في حال سوء معاملة الزوجين للآخر .

اما حالات الفسخ فقد وردت في المواد ٤٠ - ٤٣ في الحالات التالية :

- ١ - اذا جن أحد الزوجين جنونا مطبقا لا يمكن شفاؤه .
- ٢ - اذا ثبت بحكم المحاكم الجزائية ان أحد الزوجين حاول قتل الآخر .
- ٣ - اذا اعتنق الزوج الاخر دينا غير الدين المسيحي .
- ٤ - اذا غاب أحد الزوجين ولم يمكن معرفة محل وجوده بعد ان يمر على غيابه خمس سنوات على الاقل .
- ٥ - اذا رفض احد الزوجين مساكنة الاخر بدون سبب قانوني معقول مدة خمس سنوات بدون انقطاع .

(١) رسالة بولس الرسول الاول الاصحاح ٥ العدد ٤

(٢) مدى جرية الزوجين في الطلاق للمؤلف ج ١ ص ٣٣

## الفرع الثالث

### انحلال الزواج لدى الارثوذكس

أجاز المذهب الارثوذكسي التطلق بين الزوجين لعدة حالات استجابة لضرورات اجتماعية وتمشيا مع النظم التي عاشها الارثوذكس في البيئة الشرقية ، بالرغم من ان التطلق عندهم لم يكن جائزا الا لعللة الزنا فترة طويلة من الزمن ، الا ان فقهاء هذا المذهب اباخوا التطلق لعدة اسباب كسوء السلوك والغيوب والامراض والجنون وغير ذلك .

وجميع هذه الاسباب لم ترد في الانجيل بل كان تأويلا منهم لبعضها كسوء السلوك حيث اعتبروه من قبيل الزنا الحكمي اما التطلق للمرض او الجنون فلم ينص عليه أي مصدر من مصادرهم الاولى .

يقول الأستاذ الفيلسوف حيشي في كتابه الاحوال الشخصية لغير المسلمين<sup>(١)</sup> :  
« ليس مرد أفراد الكنيسة الارثوذكسية بالتطلق الى تفسير عبارات المسيح التي وردت في الكتاب المقدس بهذا الصدد فحسب بل يرجع ايضا الى ظروف سياسية وتاريخية مرت بها الكنيسة الارثوذكسية ولم تتعرض لها الكاثوليكية أدت الى مضارعة القانون الروماني الذي كان يبيح التطلق لقوانين الكنيسة الشرقية وتسرب بعض حالاته اليها »<sup>(٢)</sup> .  
ويقول الدكتور شفيق شحاته<sup>(٣)</sup> :

---

(١) الاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية ص ٣١١  
حالات انحلال الزواج في قانون الحق العائلي لطائفة الروم الارثوذكس :  
بالتشريع القبطي الارثوذكسي في مدى حرية الزوجين في الطلاق للمؤلف ج ١ ص ٣٦  
(٢) ويؤيد هذا جمهور الشراح المعاصرين راجع مبادئ الاحوال الشخصية  
الطوائف الملية للدكتور اهاب اسماعيل ص ١٠٠  
(٣) الاحوال الشخصية لغير المسلمين ج ١ ص ١٢

« .. لذلك نقول ان هناك شريعة مسيحية شرقية نشأت وترعرعت في البيئة الشرقية وهي تصطبغ بصبغة خاصة تميزها تميزا واضحا عن الشريعة المسيحية الغربية ، فهي تستند الى مصادر دينية متحدة ، ثم انها تستكمل هذه المصادر بالرجوع تارة الى القانون البيزنطي الذي كان مطبقا في الامبراطورية الرومانية الشرقية وطورا آخر الى الشريعة الاسلامية التي كانت مطبقة في البلاد العربية بعد الفتح الاسلامي » (١) .

حالات انحلال الزواج في قانون الحق العائلي لطائفة الروم الارثوذكس :  
فرق هذا القانون بين فسخ الزواج والتطليق ونص على اسباب كل من  
الحالتين فيما يلي :

أولا - فسخ الزواج : م ١٨٩ .

- لكل من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج للأسباب التالية :
- ١ - اذا أصيب أحد الزوجين بالجنون وبات الآخر تحت خطر فقد الحياة من زوجه المجنون .
  - ٢ - اذا اختار أحد الزوجين الرهينة .
  - ٣ - اذا حاول أحد الزوجين الاعتداء على حياة الآخر .
  - ٤ - اذا اعتنق أحد الزوجين دينا آخر .
  - ٥ - اذا حكم على الزوجين بعقوبة جرم شائن لمدة خمس سنوات فأكثر .
  - ٦ - اذا مضى على عجز الزوج الجنسي ثلاث سنوات كاملة منذ زواجه فللزوجة طلب الفسخ .
  - ٧ - اذا اتهم الزوج زوجته بالزنا ولم يستطع اثبات ذلك فللزوجة ان تطلب الطلاق .
  - ٨ - اذا أهمل الزوج زوجته ثلاث سنوات متوالية سواء أكان غائبا أم مقيما فلزوجته أن تطلب من القاضي التفريق .

الطلاق « للمؤلف ج ١ ص ٣٦ .  
في التشريع القبطي الارثوذكسي في موضوع التفريق وذلك في « مدى حرية الزوجين في  
(١) راجع بحثنا مفصلا في هذا الموضوع : مدى تأثير الشريعة الاسلامية

ثانياً - التطليق :

- أ - للزوج ان يطلب طلاق زوجته في الحالات التالية : م ١٨٦ :
- ١ - اذا وجد زوجته يوم الزواج ثيباً ( ليست بكراً ) فعليه رفع الامر الى الرئاسة الروحية واثبات ذلك .
- ٢ - اذا اتلفت الزوجة عمداً زرع الرجل .
- ٣ - اذا حضرت وليمة منعها زوجها من الذهاب اليها او اغتسلت في حمام مع رجل غريب .
- ٤ - اذا باتت خارج بيت زوجها الا اذا كان ذلك بسبب طرد زوجها لها بالقوة .
- ٥ - اذا غافلت المرأة زوجها وذهبت بدون علمه الى محل سباق الخيل او المسارح أو الى أماكن الصيد أو محال المقامرة .
- ٦ - اذا ارتكبت الزوجة الزنا وأثبت الزوج ذلك .
- ٧ - اذا حكمت المحكمة بتأديبة الزوجة زوجها ورفضت متابعتها الى محل اقامته .
- ٨ - اذا منع الزوج زوجته مرارا التردد الى شخص معين أو بيت معين أو عشرة ايام سيرتهم غير حسنة فلم تمتنع .

العدة على الزوجة المطلقة والتوفى عنها زوجها

- جاء في المادة ٢٠٦ من قانون الحق العائلي :
- يجب على المرأة التي انحلت زواجها الشرعي أن تمتد أربعة أشهر على الاقل ليجوز لها أن تقبل على زيجة ثانية .

وفي المادة ٢٠٧ :

- لا تصدر رخصة بأكليل امرأة لم يمر على وفاة رجلها أربعة أشهر الا بعد التحقيق القانوني بأنها غير حامل من زوجها السابق<sup>(١)</sup> .

---

(١) راجع تنظيم الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور فؤاد شباط

## القسم الثاني

### الولادة ونتائجها

او

### حقوق الاولاد

ويحتوي على الابواب التالية :

الباب الاول :

النسب

الباب الثاني :

الرضاع

الباب الثالث :

الحضانة

الباب الرابع :

الولاية على النفس والولاية على المال

الباب الخامس :

النفقات

17.

# البنجاب الأول

## النسب وأثاره

ويتضمن :

الفصل الأول :

ثبوت النسب بالزواج

الفصل الثاني :

ثبوت النسب بالاقرار

الفصل الثالث :

ثبوت النسب بالبينة

الفصل الرابع :

حالات نفي النسب

الفصل الخامس :

احكام النسب في قانون الاحوال  
الشخصية السوري

الفصل السادس :

احكام اللقيط وتحريم التبني

# الفصل الأول

## ثبوت النسب بالزواج

من أهم حالات ثبوت النسب وأكثرها ، النسب الناشئ عن عقد الزواج بين الزوجين لأنه الأصل في جميع الأدلة التي يلحق بواسطتها الابن بأبيه ويلتزم كل منها بواجباته نحو الآخر ، ومتى ثبت نسب الولد من أبيه بواسطة الزواج لم يعد هناك حاجة إلى إثبات النسب عن طريق الأقرار أو طريق اليقظة .

ويعبر الفقهاء عن ثبوت النسب بالزواج بقولهم : ثبوت النسب بالفراش وذلك اعتماداً على حديث روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال :  
« الولد للفراش وللعاهر الحجر » (١) .

ولفظ الفراش في هذا الحديث كناية عن الزوج ، يفسره حديث آخر روي برواية : الولد لصاحب الفراش (٢) .

وسنبحث أحكام ثبوت النسب بمقد الزواج في فرعين :

- الفرع الأول : ثبوت النسب أثناء الحياة الزوجية .
- الفرع الثاني : ثبوت النسب بعد الفرقة أو الوفاة .

---

(١) نيل الاوطار ج ٦ ص ٢٧٦ سنن أبي داوود ج ١ ص ٥٢٨  
(٢) وقد فسر بعض العلماء الفراش بالعقد ، وأما لفظ الحجر فهو كناية عن الخيبة والخسران لأنه لا نسب للولد يلحق به وقد عبر الرسول عليه السلام عن ذلك بأسلوب العرب وتمبيراتهم بقولهم « له الحجر » .  
وقد يفسر قوله : للعاهر الحجر أي للزاني الرجيم عقوبة عما أقدم عليه من فعل الزنا أكبر جريرة في حياة المجتمع تهدد الأسرة بالضياح والدمار . راجع تبين الحقائق للزيلعي ج ٣ ص ٤٣ .

## الفرع الاول

### ثبوت النسب خلال الحياة الزوجية

لابد لمعرفة ثبوت النسب أثناء الحياة الزوجية من معرفة أمرين : مدة الحمل ونوع الزواج الذي حصل به هذا الحمل •

### البحث الاول

#### مدة الحمل

أولاً - أقل مدة الحمل :  
لا خلاف بين الفقهاء على أن أقل مدة يثبت فيها النسب أي أقل مدة للحمل هي ستة أشهر ، ودليل ذلك آيتان كريمتان :  
أ - قوله تعالى في سورة الاحقاف : « ووصينا الانسان بوالديه احسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا » •  
ب - وقوله تعالى : « ووصينا الانسان بوالديه حملته أمه وهما على وهن وفصاله في عامين » •  
فالآية الاولى ذكرت الحمل والقطام خلال سنتين ونصف السنة •

والآية الثانية ذكرت القطام لسنتين فقط فدل هذا على ان الحمل وحده يمكن أن يكون بستة أشهر •

ثانياً - أقصى مدة الحمل الذي يثبت به النسب :  
لم يرد في القرآن الكريم ولا في السنة الصحيحة أي تحديد لأقصى مدة الحمل الذي يثبت به النسب ولهذا فقد كثر الاختلاف بين الفقهاء في هذا الموضوع وكل ينقل سماعاً عن أقصى مدة الحمل ؟ ويمكن اجمال هذه الاراء باربعة منها :  
١ - مذهب الحنفية : ذهب الحنفية الى أن أقصى مدة الحمل هي

• ستان •

٢ - مذهب الشافعية : ويرى الشافعي أن أقصى مدة الحمل هي أربع سنوات .

٣ - أما الظاهرية والجعفرية ورأي لدى الزيدية ان أقصى مدة الحمل هي تسعة أشهر (١) .

٤ - وذهب بعض فقهاء المالكية الى أن أقصى مدة الحمل هي سنة قمرية .  
وبما أن هذا الموضوع لم يرد فيه نص ويخضع لرأي الطب لهذا نرى ترك هذا الامر لما يقرره الاطباء لا ما نص عليه الفقهاء ، والطب يقرر ان الجنين لا يكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر الا نادرا .

يقول العلامة الشيخ أحمد ابراهيم رحمه الله (٢) .  
« ولا شك ان المراجع في مثل هذا ينبغي ان يكون الى الاطباء ، ولو ثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم في ذلك شيء لاخذ به جمهور أئمة الشريعة ولم يركنوا الى أقوال أفراد العامة في ذلك » .

وبما ان رأي الظاهرية يتفق مع الطب الحديث وكذلك رأي الجعفرية فالواجب الاخذ به وهذا ما دعى القوانين العربية الى تحديد أقصى مدة للحمل سنة كاملة للاحتياط حفظا للانساب في الحالات النادرة .

وقد ورد رأي الظاهرية في المحلى (٣) ومذهب الجعفرية في اللمعة الدمشقية (٤) والمختصر النافع (٥) وشرائع الاسلام (٦) ومذهب الزيدية في البحر الزخار (٧) .

وجاء في المادة ٣٣٢ من الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية .

- 
- (١) المحلى ج ١٠ ص ٣١٦
  - (٢) الاحوال الشخصية للشيخ احمد ابراهيم ص ٣٤٦
  - (٣) المحلى ج ١٠ ص ٣١٧
  - (٤) اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ١٣٤
  - (٥) المختصر النافع ص ٢١٦
  - (٦) شرائع الاسلام ج ٢ ص ٤٢
  - (٧) البحر الزخار ج ٣ ص ١٤٣

« أقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة أشهر وأكثرها سنة في قول لبعض أصحابنا وفي قول آخر عشرة أشهر » •  
المشهور أنه لا يزيد عن تسعة أشهر شرعا •

## البحث الثاني

### صفة الزواج الذي يثبت به النسب

أولا - النسب من زواج صحيح :  
إذا ولدت الزوجة أثناء قيام الحياة الزوجية وكان الزواج صحيحا ولدا  
لاقل من ستة أشهر من تاريخ العقد فلا يثبت نسب هذا الولد من زوجها لانه جاء  
لاقل من ستة أشهر لانها أقل مدة لثبوت النسب •  
الا اذا أقر الزوج انه ابنه فيثبت نسه على أن لا يقر أنه ابنه من زواجه؛ وحينئذ  
يحمل على انه تزوج سرا بعقد زواج سابق قبل الزواج العلني ، وذلك حملا للزوج  
على الصلاح وعدم التهمة ولمصلحة الولد صيانة له من ضياع نسه •  
اما اذا جاءت به لتمام ستة أشهر أو لاكثر من تاريخ العقد الصحيح ثبت  
النسب من الزوج لانها حين حملت به كانت زوجة بعقد صحيح يترتب عليه جميع  
آثار الزواج الصحيح ومن أهمها ثبوت النسب •

هل يكفي العقد لثبوت النسب :

لدينا في الفقه الاسلامي ثلاثة آراء في هذا الموضوع :

١ - رأي الامام أبي حنيفة ان العقد وحده سبب كاف لثبوت نسب الولد اذا  
جاءت به أمه لسته أشهر فأكثر من تاريخ العقد وقد غالى الامام أبو حنيفة رحمه  
الله في رأيه هذا تمسكا بالحديث : الولد للفراش • أي ان مجرد اثبات عقد الزواج  
ومضي مدة أقل الحمل بعد تاريخه فان النسب يثبت صحيحا لانه من آثار الزواج  
دون حاجة لاثبات الدخول بين الزوجين حتى ولا امكانية الدخول وذلك حملا على  
الصلاح وحرصا على مصلحة الولد بثبوت نسه (١) •

(١) الاحوال الشخصية للدكتور السباعي ص ٢٨٤

على ان ابا حنيفة يرى مع هذا اذا استحال اللقاء فلا يثبت النسب او جاءت  
الزوجة بولد وكان زوجها دون سن البلوغ أو في سن لا يسمح له بالتناسل فالولد  
لا يلحق بأبيه لان النسب لا يتصور منه الدخول بزوجه (١) .

٢ - وذهب الشافعية (٢) والمالكية (٣) ورواية عن الامام احمد (٤) الى ان  
العقد وان كان سببا لثبوت النسب غير انه لا بد فيه من الدخول فالعقد وحده  
لا يكفي فاذا عقد الزوج على زوجته وكان الدخول ممكنا بان كانا في بلد واحد  
مثلا فان نسب الولد ان جاء لمدة ستة أشهر من تاريخ العقد يلحق بأبيه .

اما اذا تم العقد بين زوجين غائبين بالمراسلة أو بالوكالة فان هذا العقد يكون  
سببا لثبوت النسب ضمن الفترة المقررة شرعا اذا كان الاتصال بين الزوجين ممكنا  
بان كانا يتلاقيان أو كانا في بلدة واحدة مثلا بحيث يتمكن الزوج من الاتصال  
بزوجه ، اما ان استحال ذلك بان كانا بعيدين عن بعضهما كل في بلد بحيث لا يمكن  
تلاقيهما فان نسب الولد لا يلحق بأبيه .

٣ - وقال ابن تيمية ان العقد لا يكفي لإثبات النسب كما ذهب ابو حنيفة  
وكذلك فان امكان الدخول ايضا لا يكفي كما ذهب جمهور الفقهاء بل يشترط  
إضافة الى العقد تحقق الدخول .

وهذه رواية عن الامام احمد اختارها ابن تيمية وابن القيم الجوزية (٥) .  
والى هذا الرأي ذهب بعض فقهاء الزيدية من الشيعة (٦) .

- 
- (١) فتح القدير ج ٤ ص ١٧١
  - (٢) المهذب ج ٢ ص ١٤٠ فتاوى ابن حجر ج ٤ ص ٢٠١
  - (٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٠٢
  - (٤) كشف القناع ج ٣ ص ٢٥٣
  - (٥) زاد المعاد ج ٤ ص ٢٢٦
  - (٦) البحر الزخار ج ٣ ص ١٤٢ وجاء في كتاب السيل الجرار المتدفق على  
حدائق الازهار للامام الشوكاني في الجزء الثاني من الصفحة ٣٣ - طبعة ١٩٧١ :  
«... قد افترط من قال : انه لا يعتبر امكان الوطء وان العقد بمجردده يكفي فان  
هذا اثبات للفرائض بما لا يصدق عليه اسم الفرائض لانه لا لغة ولا شرعا ، وانفرد من قال :

على انه لا بد ان تشير الى امر هام وهو ان العقد والدخول على فرض تحققه  
او امكانية حصوله هل يكفي ذلك لتبوت النسب ؟

قد يكون الزوج صغيرا مثلا لا يولد لمثله ويتم العقد صحيحا وجاءت زوجته  
بولد ضمن فترة الحمل المقررة شرعا ، فهذا لا يثبت نسبه من ابيه لاستحالة ان يولد  
لمصبي دون البلوغ ولدا ، ولان ذلك يعتبر قرينة قاطعة على ان الولد ليس من  
هذا الاب (١) .

على ان هذا الامر وان كان نادر الحصول في عصرنا هذا بعد ان حدد القانون  
سن الزواج غير انه لا بد من بيان حكمه لان للقاضي ان يأذن للصغير الذي تجاوز  
الخامسة عشرة بالزواج ، كما انه ان يسجل عقدا تم دون السن القانوني للزواج اذا  
حصل حمل وجاءت الزوجة بولد وذلك رعاية لحق الولد في النسب .

ولكن من الامور التي يمكن ان تثار هنا لو ان شخصا كبير السن ولكنه  
عقيم او مصاب بمرض جنسي يمنعه من الاتصال بزوجه مثلا او يستحيل عليه  
ذلك ، فهذا لا يثبت نسب ولد اليه اذا جاءت به زوجته خلال المدة المقررة  
للحمل .

ولهذا يمكن القول بأنه يشترط لتبوت النسب فضلا عن العقد والدخول  
امكانية التناسل أي يولد لمثل هذا الزوج ولد والامر في هذا للنظر الذي يقرر  
قدرة الزوج على الانثال أم استحالة ذلك ، لانه لا خلاف لدى الفقهاء على ان  
الشرط الاساسي لتبوت النسب هو ان يولد مثل الولد لمثل من ينسب اليه  
عرفا واذا كان فقهاؤنا قد ضربوا مثل فارق السن بين الاب والولد فليس هذا  
على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل فالمقم المحقق في رأينا يعتبر كفارق السن في  
هذا الموضوع .

→  
انه لا بد من العلم بالدخول فان معرفة هذا متعسرة جدا فاعتباره يؤدي الى بطلان كثير  
من الانساب ، فالتوسط بين الافراط والتفريط هو الحق .

(١) الاحوال الشخصية للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٨٨

ثانياً - ثبوت النسب من زواج فاسد :

ذكرنا في بحث شروط صحة الزواج ان عقد الزواج اذا فقد شرطاً من شروط صحته اصبح فاسداً على الرأي الذي يفرق بين الباطل والفاسد في النكاح .

وكذلك بينا ان عقد الزواج الفاسد قبل الدخول هو الباطل سواء اما بعد الدخول فتثبت له بعض الآثار ومنها ثبوت النسب مع وجوب التفرقة بين الزوجين وذلك لمصلحة الولد خشية من ضياع نسبه .

والفرق بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد من حيث النسب ان الزواج يثبت فيه النسب اذا جاءت الزوجة بولد بعد مضي ستة أشهر من تاريخ العقد بينما في الزواج الفاسد لا يثبت النسب الا بعد مضي ستة أشهر من تاريخ الدخول على ما ذهب اليه الامام محمد وهو القول المفتى به لدى الاحناف (١) .

وقال ابو حنيفة وابو يوسف يثبت النسب اذا جاءت بولد لسته اشهر من تاريخ العقد قياساً على الزواج الصحيح (٢) وكذلك قنال الشافعية (٣) والمالكية (٤) والحنابلة (٥) وان كنا نرجح رأي الامام محمد وهو المعمول به في المذهب الحنفي لان عقد الزواج الفاسد لا أثر له قبل الدخول فكيف ترتب له حكم النسب اعتباراً من تاريخ العقد الذي لم يعترف الشارع به الا بعد الدخول .

هذا فيما يتعلق بأقل فترة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد ، أما أقصى فترة الحمل فلا خلاف انها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين ، فان جاءت

(١) الهداية ج ١ ص ١٥٣

(٢) المرجع السابق

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ١١٥

(٤) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٣٣

(٥) الفروع ل محمد بن مفلح الحنبلي مع حاشية تصحيح الفروع للمقدسي

الزوجة بولد قبل مضي هذه الفترة اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه  
من أبويه .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف (١) لا فرق بين الفاسد والصحيح من حيث  
ثبوت النسب فكلاهما فيه الحاق الولد بأبيه إلا جاءت به أمه لسته أشهر فأكثر  
من تاريخ العقد (٢) .

ثالثا - ثبوت النسب بعد الدخول بشبهة :

إذا دخل رجل على امرأة بشبهة ثم ولدت له ولدا فهل يثبت نسبه من أبيه  
إذا جاءت به لسته أشهر فأكثر من تاريخ الدخول ؟

ان الشبهة في عقد الزواج تبدو بأشكال مختلفة :

١ - شبهة في الحكم : كما لو جهل الزوج حكما من احكام الزواج ونشأ عن  
هذا الجهل دخول بامرأة ، والمثال على ذلك : رجل طلق زوجته بلفظ من  
الفاظ الكناية ، والطلاق بهذه الالفاظ طلاق بائن عند الحنفية ويترتب عليه عدم  
جواز اتصال الزوج بزوجه المطلقة أثناء العدة ، ولكن هذا الزوج ظن  
ان طلاقه طلاق رجعي لا بائن يجوز له الاتصال بزوجه أثناء العدة الرجعية  
لان الفعل كالقول عند الحنفية يثبت في كل منهما المراجعة للزوجة المعتدة رجما .

(١) البحر الرائق ج ٣ ص ١٧١

(٢) على ان الفقهاء المتأخرين من الاحناف قالوا ان رأي محمد ولو كان الراي  
الفتى به ولكنه غير ملزم لان الاحكام تتغير بتغير الأزمان فما يفتى به في عصر قد لا يفتى  
به في عصر آخر .

وقد ذكر ابن عابدين في حاشيته ج ٢ ص ٢٢٣

« ولا يخفى ان النسب حيث كان يحتاط في اثباته فالاعتبار بوقت العقد  
به امس » .

ويقول الصحابين اخذ كثير من الفقهاء ومنهم الزيدية . راجع البحر الزخار

ج ٣ ص ١٤٣

فإذا اتصل الزوج الذي طلق زوجته بلفظ كناية بزوجه أثناء عدتها وجمعت  
تسعة لذلك فإن نسب هذا الولد يلحق بأبويه (١)

٢ - شبهة في العقد : وذلك إذا عقد على امرأة وبعد الدخول تبين له أنها  
من المحرمات عليه بسبب الرضاع المحرم بينهما ، فإذا حصل حمل أو ولادة قبل  
علمه بسبب التحريم فإن نسب هذا الولد يثبت صحيحاً (٢) .

٢ - شبهة في الفعل : وتكون كما لو دخل شخص على امرأة غنا منه أنها  
زوجه ، ثم تبين له أنها غير زوجته ، فإذا جاءت بولند هل يلحق نسبه بهذا  
الرجل أم لا ؟ .

ان أكثر حالات الشبهة في الفعل لا يثبت بها نسب لدى الفقهاء لأنها ضعيفة  
لا تقوى ان تكون في مرتبة شبهة الحكم او العقد (٣)

وللفقهاء بشكل عام آراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بالشبهة ، ففي  
بعضها أثبتوا النسب وفي بعضها الآخر لم يثبتوه ومرد ذلك الى الحكم على واقعة  
الدخول هل تعتبر كالزواج الفاسد أو كالباطل وما ينشأ عنه من آثار اخرى غير  
النسب سواء من حيث العقوبة أو من حيث الاحكام كالمدة والمهر وحرمة المصاهرة .

(١) راجع بحث الطلاق بلفظ الكناية في هذا الكتاب حيث ذكرنا ان بعض  
المذاهب تعتبر الطلاق بلفظ الكتابة لغوا من القول كما ان الشافعية والزيدية ذهبوا  
الى ان الطلاق بلفظ الكتابة طلاق رجعي لا بائن .

(٢) اما اذا كان يعلم بالتحريم فان العقد باطل ولا يثبت به نسب عند جمهور  
الفقهاء وبهذا اخذ الامامان ابو يوسف ومحمد من الحنفية .

(٣) راجع في هذا الموضوع : المسبوط للرخسي ج ٥ ص ٨٥ ، البدائع  
ج ٧ ص ٣٥ تبين الحقائق ج ٢ ص ١٨٠ .

ومن البحوث الحديثة : الاحوال الشخصية للاستاذ محمد ابو زهرة ص ١٤٤  
والاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية للاستاذ محمد زيد الايباني ج ٢ ص ١٦ .

وغير ذلك (١) .

(١) نظرا لاختلاف الفقهاء حول ثبوت النسب في الدخول بشبهة فقد نقل الدكتور عبد العزيز غامر في كتابه الاخوال الشخصية ص ٨٨ رأي استاذنا الجليل فضيلة الاستاذ محمد ابو زهرة بما يلي :

ان فساد النكاح يكون لعدم الحل او لعدم الشهود . وان النكاح بلا شهود يثبت به النسب بالاتفاق ، ويمحي وصف الزنا ويسقط الحد ويثبت المهر وكذلك العدة ( واضيف وحرمة المضاهرة اذا تم بالدخول اما قبل الدخول فالفساد والباطل سواء ) .

اما نكاح المحارم فنفرق :

١ - الحرمة المؤقتة ، ويخرج منها زواج من في عصمة الغير اذا علم بذلك .  
وزواج المسلمة بغير المسلم ، وهذه الحرمة تأخذ الحكم السابق في النكاح بلا شهود .

٢ - واما الحرمة المؤبدة . - ومعها الحالتان المذكورتان في الحرمة المؤقتة : زواج زوجة الغير وزواج المسلمة بغير المسلم - فالحكم فيها انه ان كان يجهل التحريم ، يسقط الحد ويثبت المهر ولا يمحي وصف الزنى ولا تثبت العدة والنسب فيه خلاف ورجح الكمال بن الهمام عدم ثبوته .

وان كان لا يجهل التحريم : قال صاحبان انه لا شبهة قط ( لانه يعتبر باطلا ) وبهذا قال جمهور الفقهاء .

وقال ابو حنيفة : تثبت شبهة العقد ويسقط الحد ويثبت المهر ولا يمحي وصف الزنا ، وفي ثبوت النسب خلاف قال ابن الهمام لا يثبت .  
وان كان يجهل العلاقة المحرمة ، كمن تزوج اخته من الرضاعة وهو لا يعلم انها اخته من الرضاعة فهذه تلحق بالحالة الاولى اي بالفساد .  
والذي اراه في هذا الموضوع اضافة الى ما ذكره فضيلة استاذنا الجليل رحمه الله :

١ - التفرقة بين فساد العقد كما في الحالة الاولى في الزواج بلا شهود وبين بطلان العقد كما في الحالات التالية :

وقد اوضحت رأيي في الجزء الاول من هذا الكتاب ص ٣١٢ - ٣١٤ بالتفرقة بين الفساد والبطلان .

٢ - ان الجهل بالتحريم ارى ان يحمل على الجهل بالقرابة لا الجهل بحتم التحريم فمن تزوج عمته او خالتها وهو لا يعلم اية قرابة بينه وبينها هذا هو الذي يجهل التحريم لا من يعلم انها عمته ولكن لا يدري انها محرمة عليه لانه لا جهل باحكام الاسلام بالنسبة للمسلم .

راجع رأي الحنابلة مفصلا في هذا الموضوع في كتاب المفتي لابن قدامة ج ٩ ص ٥٢٥

## الفرع الثاني

### ثبوت النسب خلال العدة

يثبت نسب الولد من أبيه اذا مات الاب والطفل جنين في بطن أمه ، وكذلك اذا طلق الزوج زوجته فولدت له ولدا أثناء العدة أو بعد انتهائها خلال فترة الحمل .

ان الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بعد الدخول اذا جاءت بولد خلال مدة الحمل شرعا أي خلال أقصى مدة الحمل اعتبارا من يوم الطلاق أو الوفاة فان نسب الولد يثبت من الزوج ، وبالولادة تنتهي عدة الزوجة المتوفى عنها زوجها كما تنتهي عدة المطلقة سواء أكان الطلاق رجعياً أم بائناً ويحمل الامر على ان الحمل وقع أثناء قيام الحياة الزوجية قبل الطلاق أو الوفاة .

اما اذا جاءت بالولد بعد مضي أكثر مدة الحمل اعتباراً من تاريخ الطلاق أو الوفاة فلا يثبت نسب الولد اذا كان الطلاق بائناً او كانت الفرقة أثر الوفاة لأن الشارع حدد مدة معينة لاقصى فترة الحمل فاذا جاء الولد بعدها فلا يثبت نسبه . الا انه في مثل هذه الحالة يثبت نسبه اذا أقر به الاب في الطلاق البائن او أقر به الورثة اثر وفاة الاب ويعتبر النسب حينئذ بالاقرار لا بالزواج<sup>(١)</sup> .

واما ان كان الطلاق رجعياً وجاء الولد خلال فترة أقصى الحمل اعتباراً من تاريخ الطلاق فان نسب الولد يثبت من أبيه ويحمل الامر هنا على أن الزوج اتصل بزوجه في فترة العدة فحصل الحمل بعد بداية العدة بشهر أو شهرين مثلاً وبهذا لا يمكننا اعتبار أقصى فترة الحمل من تاريخ الطلاق بل تعتبر حينئذ من تاريخ اتصال الزوج بزوجه ويقال في هذه الحالة ان الزوج

(١) الاختيار ج ٢ ص ٢٣٩ .

جامع زوجته أثناء العدة الرجعية. واعتبر هذا الاتصال مراجعة فعلا لان مراجعة الزوج زوجته أثناء العدة الرجعية تصح بانقول كما تصح بالفعل لدى الحنفية . وهذا هو الفرق بين الطلاق البائن<sup>(١)</sup> والفرقة أثر الوفاة وبين الطلاق الرجعي في ثبوت النسب .

هذه هي أحكام المطلقة بائنا او رجعيا والتي توفي عنها زوجها فيما يتعلق بثبوت النسب اذا لم تصرح بانتهاء عدتها لان العدة من الامور التي لا تعرف الا من جهة المرأة غالبا لتعلقها بانقضاء ثلاث حيضات او ثلاثة اطهار على الطلاق اذا لم تكن من ذوات الطهر الممتد او من الآيسات اللاتي لم يرين الحيض بعد لمرض او لصغر .

أما اذا صرحت الزوجة بانقضاء عدتها :

اذا أقرت الزوجة المطلقة رجعيا او المتوفي عنها زوجها بانقضاء عدتها في مدة تحتمل تصديقها فيعتبر اقرارها صحيحا فاذا جاءت بولد بعد مضي ستة اشهر من وقت اقرارها بذلك فلا يعتبر نسب الولد من أبيه لان الزوجة قد تلد خلال مضي ستة اشهر بعد انتهاء العدة وتحمل من زوج آخر طالما أن الشارع اعتبر أقل مدة الحمل ستة اشهر . فالظاهر هنا انها حملت بهذا الولد بعد انتهاء العدة أي بعد اقرارها بانتهاء العدة فلا يثبت النسب .

وإذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فيثبت نسب الولد من أبيه اذا كانت الفترة بين يوم الفرقة ووضع الحمل لا تتجاوز أقصى مدة الحمل ويعتبر اقرارها السابق غير صحيح لثبوت كذبها حينما ادعت انتهاء العدة بينما انها لا تزال معتدة بدليل ولادتها لاقل من ستة اشهر وثبت كذب ادعائها بانتهاء عدتها ييقن لانها كانت حاملا حينئذ .

وان كانت المدة بين يوم الفرقة ووضع الحمل أكثر من مدة أقصى الحمل وجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من تاريخ اقرارها بانتهاء العدة فلا يثبت النسب

(١) الجوهرة ج ٢ ص ١٦٢

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٣٠٦

الا اذا كان الطلاق رجماً<sup>(١)</sup> .

هذه احكام ثبوت النسب بالنسبة للمعتدات من النساء .

اما المطلقة قبل الدخول فلا عدة عليها ولذلك فلا يثبت نسب ولد آنت به الا اذا ثبت يقينا انه من الزوج وهو ان تأتي به لاقبل من سنة أشهر من تاريخ الطلاق وحينئذ تتأكد انها حملت به من مطلقها على ان تكون الولادة بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد ، ويحمل هذا على ان المطلق قد باشر زوجته دون ان يشهر امام الناس يوم زفافه ودخوله بزوجه<sup>(٢)</sup> .

---

(١) راجع في هذا البحث تبين الحقائق ج ٣ ص ٤٤ رد المحتار ج ٢ ص ٨٦٢  
وراجع ايضا في فقه الحنابلة : المغني ج ٩ ص ٥٥ وكشاف القناع ج ٣ ص ٢٥٤ وفي فقه  
الشافعية : المهذب ج ٢ ص ١٢٢  
(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٣٠١

## الفصل الثاني

### ثبوت النسب بالاقرار

يقول الفقهاء ان الاقرار حجة قاصرة ومعنى ذلك ان أثر الاقرار لا يتجاوز المقر من احكام ، ولهذا كان للاقرار آثاره بالنسبة للنسب على المقر فقط

دون غيره •

وفي الاقرار بالنسب اما ان يكون الاقرار على نفس المقر كما لو قال :

هذا ولدي واما ان يكون الاقرار بنسب محمول على الغير : كما لو قال :

هذا أخي •

أولا - شروط الاقرار بنسب محمول على نفس المقر :

١ - ان يولد للمقر ولد مثل المقر له كيلا يكون مكذبا باقراره بحيث يكون فرق السن بينهما يجيز ذلك اما لو كان فارق السن بينهما لا يجيز مثل هذه الولادة فلا يصح الاقرار •

وهذا الشرط ضروري لعدم مخالفة الاقرار الواقع فان أي اقرار ان خالقه الواقع كان كاذبا فاذا أقر شخص عمره ثلاثون سنة مثلا بينوة آخر عمره اربعون فالواقع يكذب اقرار الرجل •

٢ - ان يكون المقر له مجهول النسب أي لا يكون نسب الولد ثابتا من غير المقر لان النسب لا يقبل التسخيم بعد ثبوته •

وكذلك يشترط ان لا يكون هناك من ينازع المقر بدعوى نسب هذا

الولد (١) •

ويلحق بالولد ثابت النسب الولد المنفي باللعان لاحتمال رجوع الاب عن

رأيه وتكذيبه نفسه فيثبت نسب الولد لايه حيثئذ •

(١) شرائع الاسلام ج ٢ ص ١١٤

٣ - ان يصدق المقر له بالنسب المقر بهذا الاقرار الا اذا كان الولد صغيرا غير مميز أو فاقد الاهلية كالمجنون بحيث لا تعتبر أقواله . أما اذا كان الولد في سن البلوغ مثلا وكذب المقر له بما ادعاه كان الادعاء بالنسب باطلا .  
٤ - عدم ادعاء المقر ان هذا الزولد ابنه من زنى ، وذلك لان الزنا لا يصلح سببا من اسباب النسب لقوله عليه السلام : الولد للفراش (١) .

وكذلك لا يثبت نسب هذا الولد اذا ادعى المقر انه تبناه لان التبني في الاسلام محرم ايضا .

غير ان فقهاء الحنفية قالوا يصح النسب دون بيان سببه كما لو سكت المقر دون ان يصرح صراحة عن سبب العلاقة بينه وبين أم الولد ، ويحمل حينئذ على ان السبب شرعي صحيح حتى ولو كان الظاهر يكذب هذا الادعاء .

غير ان هذا الموقف من فقهاء الحنفية لئن كان له بعض المبررات في الماضي وذلك حملا للرجل على الصلاح وانقاذا لنسب الطفل ، لم يعد له في رأينا أي مبرر بعد ان تغيرت الدوافع لهذا التساهل واصبح الغالب ان وجود مثل هذه الحالات لا يكون لها أي سند شرعي لان الحكم يبنى على الشائع لا النادر ، ففي الماضي كان الصلاح والتقوى اصلا من اصول الحياة الاجتماعية ولذلك حمل الفقهاء ادعاء الرجل بينوة ولد على انه قد تزوج سرا في يوم ما من أم الولد ولامر ما كتم هذا الموضوع ، أما الآن فان الامر قد اختلف واصبح الغالب هو عدم التقوى فتعين الاحتياط بثبوت الانساب وعدم الاكتفاء بعدم ذكر سبب النسب في دعوى الاقرار به .

وهذا ما ذهب اليه المالكية اذ قالوا اذا كان الظاهر يكذب اقرار الرجل فلا يثبت النسب ، واننا ندعو للاخذ بهذا المذهب اذ ليس من المنطق ولا من المعقول بشيء ان يدعي شخص بنوة لقيط او لاجيء لم يثبت أي لقاء بينه وبين أم هذا الولد بدعوى انه لم يذكر سببا للصلة الزوجية فصح اقراره .

---

(١) نقل هذا الحكم الاستاذ محمد الحسين الحنفي في كتابه الاحوال الشخصية ص ٨٠ ، ونلاحظ ان هذا الموضوع واحد في القطرين المصري والسوري لان مرجع سد نقص القانونين هو الراجح في المذهب الحنفي .

وعلى الرغم من ان مرجع القاضي فيما لا نص فيه هو المذهب الحنفي في هذا الموضوع فقد ذهبت بعض المحاكم المصرية الى رأي المالكية : بأن الشخص اذا أقر بأنه عاشر امرأة معاشرة غير شرعية وانه انجب منها ولدا نتيجة لذلك لم يقبل اقراره بهذا الولد ما لم يقر لاحقا سببا صحيحا للنسب من زواج أو شبهة زواج لان الظاهر يكذب اقراره بالنسب .

٤ - ويلاحظ في ثبوت النسب بالاقرار الامرين التاليين :

أ - اذا صح اقرار شخص بنسب ولد ما فقد اصبح ولده شرعا تترتب له جميع حقوق الاولاد لانه لم يلحقه على أساس غير شرعي بل كان الاقرار صحيحا والنسب لازما وجميع آثار النسب الصحيح تترتب لهذا الولد على أبيه .

ب - وكذلك تجب جميع الواجبات التي تترتب على الاولاد نحو أبيهم على هذا المقر له كما لو كان المقر فقيرا يحتاج الى نفقة أو احتاج في يوم ما فنفقة الأب على ابنه ولهذا يجب على المقر له ان ينفق على أبيه النفقة المقدرة شرعا .

ج - اذا أقر شخص لصبي غير مميز انه ابنه وثبت نسبه بذلك فلا يصح تكذيبه من الصغير اذا بلغ سن الرشد كما قال هذا ليس أبي لان النسب متى صح فلا ينفك عن صاحبه بالرجوع عنه أبدا اذ النسب الثابت لا يقبل الابطال من الاب ولا من الابن (١) .

والخلاصة : اذا توافرت شروط الاقرار فان نسب الولد يثبت من أبيه ولو كان الاب مريضا مرض موت فيرث الولد المقر له كبقية الاولاد الا اذا أقر الاب ان هذا الولد هو ابنه من الزنا فلا يثبت نسبه لان الزنا لا يصلح سببا لثبوت النسب .

اثبات الاقرار :

لم يشترط فقهاؤنا لصحة الاقرار في النسب ان يكون امام القاضي وفق

(١) المجموع ج ١٨ ص ٥٦٣ ، سبل السلام ج ٣ ص ٩١٤

الراجح في المذهب الحنفي ، فالأقرار صحيح سواء أكان في مجلس القضاء أم في غيره .

وقد ذهب محكمة النقض السورية الى تأييد ذلك في قرار لها (١) :

« . . . لما كان تقييد الأقرار بالنسب بان يكون اقرارا قضائيا ليس له مستند في القانون ولا عمل عليه في القضاء ، فيكفي ثبوت الأقرار بالنسب من الوالد لولده لثبوت ذلك النسب بشروطه الميئة سواء أكان ذلك الأقرار اقرارا قضائيا في مجلس القضاء أم كان اقرارا غير قضائي » (٢) .

ثانيا - شروط الأقرار بنسب محمول على الغير :

إذا أقر شخص بنسب محمول على الغير كما لو قال شخص لآخر أست أخي فلا يثبت النسب بالأقرار بل لا بد من البينة او تصديق الغير وهو الأب في هذا المثال .

وفي اقرار الأب ليس تحميلا للغير بالنسب لان النسب ثبت للمقر أولا ثم تعداه لغيره بينما الأخ لم يثبت للمقر أولا حتى يتعداه لغيره .

وإذا أقر شخص بنسب محمول على غيره ولم يصدقه بقية الورثة كما لو قال انسان لآخر انت أخي ولم يصدقه أبوه ولا أخوته ثبتت له الحقوق التالية :

١ - إذا مات الأب فان المقر له يشارك المقر بحصته أما بقية اخوته فتبقى

---

(١) قرار رقم ٣٦٤ أساس ٣٧١ تاريخ ١٩٧٢/٦/٢٨  
(٢) كان العمل في القطر المصري قبل ١٩٣١ وفق الراجح في المذهب الحنفي بعدم حاجة الأقرار بالنسب ان يكون أمام القضاء ، وحين صدرت لائحة المحاكم الشرعية عام ١٩٣١ عدلت عن المذهب الحنفي ونصت في المادة ١٢٩ : لا يقبل دعوى بالأقرار الصادر قبل قيام الحقوق او بعدها ولا الشهادة به الا اذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء او كان مكتوبا وعليه امضاء المقر و ختمه او وجدت كتابة تدل على صحته .

ولكن يبدو ان هذه المادة الفيت بصدور القانون رقم ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ وعاد العمل الى الراجح في المذهب الحنفي وفق المادة ٢٠٨ من اللائحة ، وقد سارت محكمة النقض المصرية على ذلك وفق ما هو مبين بقرار في مجموعة الكتب الفني لمحكمة النقض المصرية س ١٤ ص ١٢ نقلا عن الاحوال الشخصية للاستاذ الحسيني ص ٨٤ .  
وراجع كتاب طرق التظلم للاستاذ الشيخ احمد ابراهيم ص ٦١ وما بعدها .

حصصهم الارثية كما كانت لانهم لم يعترفوا بهذا الاقرار كما ان مورثهم لم يصادق على هذا النسب .

٢ - يستحق المقر له النفقة من المقر اذا احتاج اليها وتوافرت اسبابها بالنسبة اليه والى المقر .

٣ - اذا مات المقر دون وارث استحق المقر له تركته (١) .

اما اذا وافق جميع الورثة على دعوى النسب فيثبت نسب المقر له بعد وفاة الاب على ان يكون ذلك اجماعا منهم ، اما ان انكر بعضهم فلا يصح النسب بل تثبت الآثار المالية بالنسبة للميراث لمن وافق المقر على اقراره من الورثة .  
وذلك ان الاقرار بالنسب محمول على الغير يتضمن امرين اثنين ، النسب والمال ، فالنسب اذا لم تتوافر شروطه كاملة لا يصح ، واما بالنسبة للمال فهو اقرار يسري على المقر ولا يسري على سواه لانه حجة قاصرة وليست بمتعدية (٢) .

#### اقرار الزوجة :

اذا اقرت زوجة ببنوة ولد فان كانت غير ذات زوج كما لو كان زوجها متوفيا فان نسب الولد اليها صحيح اذا توافرت في ذلك شروط الاقرار على النفس لان الزوجة في جميع الحالات ينسب الولد اليها ولو كان ولد زنا .  
اما اذا كانت متزوجة فلا يثبت نسب الولد الى الزوج الا اذا اقر به أيضا وفي هذه الحال يصبح الولد بنسبه ولدا شرعيا الى الابوين بشرط أن لا يقر الاب ان هذا الولد من زنا لان ولد الزنا لا يثبت نسبه من أيه بخلاف الام .

وإذا أنكر الاب هذا الولد فلا مجال لاثباته الا بالبينة الكاملة أي لا يكفي الاقرار فتلجأ الزوجة الى الشهادة بواسطة القابلة أو غيرها لاثبات الزوجية القائمة بينها ثم لاثبات ولادة الام لهذا الطفل .

وسبب هذا أي الحاجة الى البينة وعدم الاكتفاء بالاقرار ان الام في هذه الحالة تحمل الغير نسب ولد وتحميل الغير لنسب الولد لا يكون الا بتصديق هذا الغير وهو الاب والاقبالية .

(١) الفتاوى الحامدية ج ٢ ص ١٥

(٢) البدائع ج ٧ ص ٢٢١

## الفصل الثالث

### ثبوت النسب بالبينة

إذا لم يثبت نسب الولد بالفراش أي بالعقد الصحيح أو بالاقرار بحيث لم تتوافر شروطه فمن الجائز اثبات النسب بالبينة ، كما لو ادعت الزوجة الولادة وأنكرها الزوج أو صادقها على الولادة ولكنه أنكر أن ما ولدته هو هذا الطفل الذي تدعي ولادته ففي هاتين الحالتين يصح اثبات النسب من ولادة أو تعيين الولد بالشهادة ذلك ان تشهد امرأة مسلمة معروفة بالعدالة بهذه الولادة أو بتعيين الولد لان شهادة النساء صحيحة فيما لا يطلع عليه الرجال . وكذلك تصح شهادة الرجل كالطبيب المولد في عصرنا الحاضر .

وقد روي عن الزهري انه قال : قضت السنة بجوار شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن (١) .

وتجوز في النسب الشهادة بالشهرة والتسامع وهذا ما يجري عليه الفقه والقضاء فاذا رأى شخص رجلا وامرأة يسكنان بيتا واحدا ويعاشر كل منهما الآخر معاشره الأزواج جاز له ان يشهد بأنها امرأته (٢) .

وتقبل البينة على الزواج اذا كان مشهورا ويترتب على اثباته جميع حقوق الزوجية ولو لم يعرف العقد ولا تاريخه (٣) واذا أقر شخص بأن فلانة أمه عن غير طريق الزنا وصدقته الام ثبت نسبه منها أما اذا لم تصدقه في اقراره فيستطيع الولد اثبات نسبه بالبينة الكاملة وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وان عجز الولد عن اثبات دعواه بالشهادة لجأ الى اليمين فان حلفت الام بأن المقر ليس ابنا لها بطل الاقرار ولم يثبت النسب اما ان نكلت عن حلف اليمين ثبت نسب المقر منها .

(١) الاحكام الشرعية في الاجوال الشخصية للشيخ احمد ابراهيم ص ١٢٤

(٢) المحاماة الشرعية السنة ١٢ الاعداد ٦٤ ص ٨١

(٣) محكمة المنيا الشرعية بمصر . المحاماة الشرعية السنة ١٠ الممدد ٢ ص ١٧١

ويعتبر النسب بالبينة أقوى من النسب بالاقرار فاذا أقر شخص ببنة ولد  
مثلا وتوافرت شروط الاقرار فان نسب الولد يلحق بالمقر الا انه اذا جاء شخص  
آخر وأقام البينة الكاملة على أن هذا الولد المقر له هو ولده فيقضى له به لان  
ثبوت النسب بالبينة أقوى من ثبوته بالاقرار .

وإذا تنازع نسب ولد أكثر من شخص فادعى كل منهم أنه ابنه فهو ابن من  
يقيم البينة الكاملة على دعواه .

وقد نص فقهاء الحنفية انه لو تنازع شخصان احدهما مسلم والاخر غير  
مسلم نسب ولد فادعى المسلم ان هذا الولد هو عبده وادعى غير المسلم انه ابنه  
وأقام كل منهما البينة على دعواه يقضى به لغير المسلم ويكون حرا لان شرف  
الحرية لا يقدر بثن وفي هذا يرتفع الإسلام بتكريم الانسان الى أعلى مراتب  
التحرر الفكري والوجداني مما لم تصل اليه أرقى الدول المعاصرة في وقتنا  
الحاضر (١) .

## الفصل الرابع

### حالات نفي النسب

ذكرنا أن النسب يثبت بأحد أمور ثلاثة : الزواج أو الاقرار أو البيعة ، وستتكمّل الآن عن حالات نفي النسب والاحكام التي تترتب على ذلك .

#### طرق نفي النسب الثابت بالزواج

إذا ثبت نسب الولد بالزواج مع توافر شروطه فلا يجوز نفي هذا النسب إلا عن طريق اللعان .

أما إذا لم يستوف النسب بالزواج شروطه فحينئذ لا يعتبر النسب صحيحاً كما لو ثبت عدم اللقاء بين الزوجين أو أثبت أحدهما استحالة انجاب الآخر ولذا وحينئذ يجوز نفي نسبه لعدم تحقق شروطه .

وفي جميع هذه الحالات يجب إلا يصدر عن الزوج دلالة على الاعتراف بالنسب لأنه يشترط لنفي النسب أن يكون عقب الولادة أو خلال فترة التهنئة أو حين العلم بها وإن لا يصدر عنه أي شيء يدل على رضاه بالولد . فمثلاً لو قبل التهنئة بالولد أو قام بالواجبات الاجتماعية التي يفرضها العرف على مثل هذه الولادة عادة فلا يجوز له بعدئذ أن ينكر أو ينفي نسب الولد . لأن سكوت الأب خلال هذه الفترة يعتبر اعترافاً بالولد ومتى ثبت النسب فلا يجوز نفيه لأنه لا يقبل الفسخ بعد ثبوته (١) .

#### صور نفي النسب :

١ - نفي النسب عن طريق انكار ولادة الولد :  
يجوز للزوج أن ينكر ولادة زوجته لنفي نسب الولد إذا كان لا يعلم أنها حامل قبل ولادتها ؛ إذ أن علمه مع سكوته بحمل زوجته لا يتيح له نفي النسب

الا اذا ادعى عدم الولادة . واذا عجز الزوج عن اثبات ذلك فالقول قول المرأة لان الاصل صحة النسب بصحة الولادة ما دام عقد الزواج صحيحا وشروط النسب متوفرة (١) .

ويجوز للزوجة اثبات الولادة بشهادة القابلة او غيرها لان شهادة المرأة الواحدة في هذه الحالة تكفي (٢) .

ولا يجوز نفي الولادة بعد اقرار الزوج بها صراحة او دلالة كما لو تقبل التهنة بالمولود أو أحضر القابلة أو اتصل بالطبيب المولد لهذا الغرض (٣) .

وجاء في المادة ٣٣٦ من الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية :

انما يصح نفي الولد في وقت الولادة أو عند شراء أدواتها أو في أيام التهنة المعتادة على حسب عرف أهل البلد . واذا كان الزوج غائبا فحالة علمه كحالة ولادتها .

٢ - نفي النسب لعدم امكان الانجاب :

اذا صحت واقعة الولادة من الزوجة وفي عقد زواج صحيح ، فلا يثبت نسب الولد اذا كان الزوج ممن لا يتصور منهم حدوث الحمل سواء أكان صغيرا مراهقا أو كان كبيرا عقيما أو مصابا بمرض جنسي يحول دون الانسال ، ونفي النسب في مثل هذه الحالة نفي قاطع ولو أقر الزوج ان الولد ابنه لان من شروط الاقرار

(١) البدائع ج ٣ ص ٢٢٠ .

(٢) تبين الحقائق ج ٣ ص ٤٣

(٣) ان النزاع بين الزوجين في اصل الولادة او في تعيين المولود تكفي في اثبات كل منهما شهادة امرأة مسلمة ، لان ذلك من الامور التي لا يطلع عليها الا النساء غالبا والا ادى عدم ذلك الى الحرج والمشقة وهذا مذهب الحنفية .

وان كان الخلاف بين الزوج وزوجته المعتدة ، او بينها وبين ورثته بعد وفاته حول اصل الولادة ، فان كانت الولادة في خلال الفترة الشرعية المحددة لها فتكفي شهادة امرأة ايضا عند الصحابين ابي يوسف ومحمد خلافا لابي حنيفة الذي اشترط نصاب الشهادة الكاملة .

راجع الجوهرة ج ٢ ص ١٦٢ ، فتح القدير ج ٣ ص ٣٠٦

بالنسب كما ذكرنا ان يكون المقر له من يولد مثله لمثل المهر ، وما داه هناك مانع من الزوج لصغر أو مرض قرر الاطباء استحالة انساله فان نسب الولد لا يثبت .

٣ - نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين :

وكذلك يستطيع الزوج ان يثبت انه لم يلتق بزوجه منذ انشاء العقد وقد مرت فترة سنة فأكثر ففي هذه الحالة لا نسب بين الولد والزوج لان القانون أخذ برأي الجمهور في اشتراطه صحة النسب مع امكانية اللقاء بين الزوجين على خلاف ما ذهب اليه الحنفية (١) .

٤ - نفي النسب بعدم مرور الفترة المحددة للحمل :

للزوج نفي الولد اذا جاءت به زوجته لاقبل من ستة اشهر من تاريخ العقد أو لاكثر من سنة غير أنه في هذه الحالة يجوز للزوج الاقرار بنسب الولد .  
ويحمل على ان هناك واقعة زواج آخر تم بينه وبين امرأته حتى جاءت بالولد ضمن المدة الشرعية المقررة للحمل .

وفي جميع الحالات لا يثبت نسب الولد اذا أقر أنه ابنه من زنا .

٥ - نفي النسب عن طريق اللعان :

اذا توافرت شروط النسب فان الولد يثبت من أبيه ييقين ، ولا يصح نفيه الا بعد اللعان وبحكم من القاضي في الحالات التي تجوز فيها الملاعة بين الزوجين .

وعلى هذا يكون اللعان بين الزوج وزوجه التي جاءت بولد خلال فترة الحمل المقررة شرعا وكان الزوج ممن يتصور حدوث حمل وزوجه منه وثبتت الولادة الا انه يشك بل يعتقد ان الولد جاء نتيجة صلة غير شرعية او خيانة زوجية ولهذا أجاز الشارع لمثل هذا الزوج ان يلجأ الى اللعان اذا تعذر عليه اثبات اتهامه لزوجه .

(١) الاختيار ج٢ ص ٢٢٨ ، فتح القدير ج٣ ص ٣٠٦ ، رد المحتار ج٢ ص ٨٦٠

واللعان يكون في حالتين : اذا قذف الزوج زوجته أي اتهمها بالزنا ، وفي حالة نفي نسب الولد منها •

وقد بحثنا الحالة الاولى في الطلاق بحكم الشرع والقانون<sup>(١)</sup> والان نبين الحالة الثانية وهي نفي النسب •

اذا ادعى الزوج نفي نسب الولد عند ولادته أو بعد عشرة ايام دون ان يسبق اقرار به ، ولم يستطع اثبات دعواه أمام القاضي ، فإنه يلجأ الى اللعان فيحلف كل من الزوجين أربع أيمان يؤكد كل منهما دعواه ، يقول الزوج أربع مرات ، أشهد بالله أنني لمن الصادقين في نفي الولد ويقول في المرة الخامسة : ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به •

وتقول الزوجة أربع مرات اشهد بالله انه لمن الكاذبين في نفي الولد ثم تقول في المرة الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به •

وحينئذ يحكم القاضي بنفي نسب الولد من أبيه<sup>(٢)</sup> •

وقد جاء في المادة ٣٣٧ من الأحكام الشرعية في الاحوال الشخصية :

لا ينتفي نسب الولد في الصور الستة الآتية وان تلاعن الزوجان وفرق القاضي بينهما :

١ - اذا نفاه بعد مضي الاوقات المبينة ( ايام التهنته المعتادة ) •

٢ - اذا نفاه بعد الاقرار به صراحة أو دلالة •

٣ - اذا نزل الولد ميتا ثم نفاه ، أو نفاه ثم مات قبل اللعان أو بعده قبل

تفريق الحاكم •

٤ - اذا ولدت المرأة بعد التفريق وقطع نسب الولد ولدا آخر من بطن

واحد ففي هذه الصورة يلزمه الولدان ويطل الحكم الاول •

٥ - اذا نفاه بعد الحكم بثبوت نسبه شرعا •

(١) راجع بحث اللعان في هذا الكتاب •

(٢) المبسوط ج ١٧ ص ١٣٥ نيل الاوطار ج ٦ ص ٢٧٥

٦ - اذا مات الزوج أو المرأة بعد نفي الولد قبل اللعان أو بعده قبل  
التفريق (١) .

---

(١) لقد ذكر الفقهاء ان الولد الذي نفي نسبه باللعان لا يعتبر مجهول النسب فلا يصح لاحد غير اللعان ان يدعي نسبه ، واذا ادعاه شخص آخر فلا يثبت نسبه منه . لان هذا الولد وان نفي نسبه تبقى له بعض الاحكام بالنسبة لمن نفيه . فمن ذلك : لا تصح شهادة احدهما للاخر ، واذا كان للولد ابن وللملعان بنت من زوجة اخرى غير امه فلا يجوز له ان يتزوج هذا البنت .  
وملة ذلك : ان الولد المنفي نسبه قد جاءت به امه في عقد زواج صحيح وخلال الفترة المحددة شرعا للحمل ، فالحكم بنفي نسبه باللعان لا يدل بصفة قاطعة يقينية على نفي نسبه باللعان فقد يكون ابوه حقيقة ولكنه كذب بايمانه كلها امام القاضي حتى نفي نسبه منه ، فلهدا يجب الاحتياط في الاحكام .  
راجع احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية للدكتور عبد الرحمن تاج ص ٤٠٢ .

# الفصل الخامس

## احكام النسب

### في قانون الاحوال الشخصية السوري

#### نسب المولود حال قيام الزوجية :

نص قانون الاحوال الشخصية السوري :

م ١٢٨ : أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوما وأكثرها سنة شمسية •

م ١٢٩ : ١ - ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب الى زوجها بالشرطين

التاليين :

أ - ان يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل •

ب - ان لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان

أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل •

٢ - اذا اتفق أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج الا اذا أقر

به أو ادعاه •

٣ - اذا توافر هذان الشرطان لا ينفي نسب المولود عن الزوج الا باللعان •

#### ما نلاحظ في هذه المواد :

١ - ان القانون السوري اعتبر أقل مدة الحمل هي ستة اشهر وهذا لا خلاف

فيه بين الفقهاء غير أنه خالف جمهور الفقهاء في تحديد أقصى مدة للحمل وحسناً

ما فعل فقد اعتبر أكثر مدة الحمل هي سنة شمسية وان كان بعض فقهاء المالكية

اعتبرها سنة قمرية ولكن لا خلاف يذكر طالما ان الموضوع لا نص فيه فضلاً عن ان

ما ذهب اليه القانون السوري يتفق مع مذهب الجعفرية وان كان جمهورهم مع

الظاهرية بأن أكثر مدة الحمل هي تسعة اشهر ولكن الاحتياط أولى في اثبات

النسب •

٢ - ان القانون أخذ بمذهب الجمهور حيث اشترط لثبوت النسب الا لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين لصحة النسب فان ثبت عدم التلاقي فلا نسب أي لا عبرة للعقد مع ثبوت عدم التلاقي للاحاق الولد بتسب أبيه .

وقد ذهبت محكمة النقض السورية الى أنه يجوز نفي النسب اذا ثبت عدم تلاقي الزوجين لغياب الزوج في بلد بعيد عن بلد الزوجة لتثرة تزيد عن اقصى مدة للحمل .

اما اذا كان الزوج في بلد قريب بحيث يمكن ان يتلاقى مع زوجته ، فان نسب الولد اليه صحيح كما لو كان في لبنان والزوجة في سوريا<sup>(١)</sup> .

٣ - لقد خالف التشريع السوري حين نص على أن أكثر مدة الحمل سنة قمرية قانون حقوق العائلة المعمول به في سوريا قبل عام ١٥٩٣ الذي اعتبر مدة الحمل سنتان أخذا من مذهب الحنفية ، وخالف ايضا القانون المصري الذي منع سماع دعوى النسب اذا جاء الولد لاكثر من سنة ولم يمنع ثبوت نسبه وفرق بين عدم ثبوت النسب اصلا وعدم سماع الدعوى .

وقد نهج منهج القانون المصري بعدم سماع الدعوى القانون السوداني فقد جاء في منشور شرعي رقم ٤١ في المادة الثامنة :

لا تسمع عند الانتكار دعوى النسب لولد زوجه ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجه أمت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا

---

(١) وجاء في هذا القرار الصادر في ١٩٦٨/١/٣١ : « ... ولما كانت المادة التي تصلح مستندا للحكم في هذه الدعوى دون غيرها من النصوص هي المادة ١٢٩ احوال ذلك انها جاءت بحكم في الفقرة ب منها لم يؤخذ من المذهب الحنفي بل اخذ عن المالكي والشافعي .

فالفقرة ب اجازت نفي النسب اذا ثبت عدم تلاقي الزوجين بان كان الزوج غالبا في بلد بعيدة اكثر مدة الحمل ، وليس كل غياب ولو في بلد قريب يبيح تحريك دعوى النسب فقد نص الفقهاء بانهما اذا كانا قريبين بحيث يتمكن الرجل من زيارة زوجته ومباشرتها ، ثبت نسب الولد اليه ، وان كانا بعيدين بحيث لا يتصور العقل الزيارة المباشرة لم ينسب اليه .

لولد المطلقة والمتوفي عنها زوجها اذا آتت به لاكثر من سنة من وقت الطلاق  
أو الوفاة » •

أما القانون المغربي فقد أخذ بمتهج القانون السوري :

الفصل ٨٤ من مدونة الاحوال الشخصية المغربية :

« أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنة » •

٤ - اذا توافرت شروط النسب من مضي مدة الحمل ولم يثبت عدم التلاقي  
وجاءت الزوجة بالولد فنسبه صحيح من أبيه وليس له حق نفى نسبه الا باللعان  
وقد ذكرنا احكام اللعان في بحث الطلاق •

ونرى هنا ان القانون السوري لم يذكر شرط ان يولد للزوج مثله فلو كان  
الزوج مريضاً بمرض يمنعه من الانسال او الاتصال بزوجه فهل يثبت النسب  
منه اذا جاءته زوجته بولد ؟ •••

الذي أراه أن القانون وان سكت عن مثل هذا الشرط ولكن يمكن تطبيقاً  
للقواعد العامة نفى نسب هذا الولد اذا ثبت يقيناً لدى الاطباء استحالة انجاب مثل  
هذا الزوج للاولاد للمرض المصاب به •

نسب المولود بعد الفرقة أو وفاة الزوج :

م ١٣٠ : اذا لم تقر المطلقة أو المتوفي عنها زوجها بانقضاء عدتها يثبت نسب  
ولدها اذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة • ولا يثبت لاكثر من ذلك  
الا اذا ادعاه الزوج أو الورثة •

م ١٣١ : المطلقة او المتوفي عنها زوجها المفرقان بانقضاء العدة يثبت نسب  
ولدهما اذا ولد لاقبل من ١٨٠ يوماً من وقت الاقرار واقل من سنة من وقت  
الطلاق أو الموت •

ونلاحظ في هاتين المادتين ان الاولى منهنما حددت حكم المطلقة او المتوفي  
عنها زوجها اذا لم تقر بانقضاء عدتها والمادة الثانية اوضحت حالة اقرار الزوجة  
بانقضاء العدة خلال فترة الحمل التي حددها القانون •  
غير ان المشرع السوري لم يميز بين المطلقة رجعيًا والمطلقة بائناً مع أن

الفقهاء فرقوا بينهما وبخاصة وان مصدر احكام الرجعة والطلاق الرجعي هو مذهب الحنفية الذي يجيز للمطلق زوجته رجعيا ان يجامعها خلال فترة العدة ويعتبر هذا مراجعة فعلا فقد تحمل منه خلال ذلك وتمضي سنة على وقوع الطلاق ولما يمض بعد سنة على المراجعة الفعلية بوقاع زوجته •

وحذا لو فرق القانون بين المطلقة رجعيا والمطلقة بائنا في هذا الموضوع •  
م ١٣٢ : المولود من زواج فاسد بعد الدخول اذا ولد لمائة وثمانين يوما فأكثر من تاريخ الدخول ثبت نسبه من الزوج •

ونرى ان القانون السوري أخذ برأي الامام محمد بن الحسن من الحنفية باعتبار بداية أقل مدة الحمل في العقد الفاسد من تاريخ الدخول لا من تاريخ العقد خلافا لرأي أبي حنيفة وقد رجحنا هذا الرأي الذي سار عليه القانون لان العقد الفاسد لا أثر له قبل الدخول فكيف نعتبر تاريخ العقد بداية لتحديد فترة الحمل •

م ١٣٤ : الاقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به نسب من المقر اذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة •

م ٣١٥ : اقرار مجهول النسب بالابوة أو بالامومة يثبت به النسب اذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك •

م ١٣٦ : الاقرار بالنسب في غير البنوة والامومة لا يسري على غير المقر الا بتصديقه •

وقد تقيد القانون السوري بالمذهب الحنفي حين لم يشترط للاقرار بالنسب بيان سبب الصلة التي أدت لهذا النسب ، وقد ذكرنا ما ذهب اليه المالكية من اشتراطهم معرفة السبب اذا كان ظاهر الحال يكذب المدعي بالاقرار •  
ولا خلاف على انه اذا ذكر سبب الصلة هو الزنا فلا يثبت نسب الولد ولو ادعاه دون خلاف بين الفقهاء والقانون في ذلك •

# الفصل السادس

## احكام اللقيط وتحريم التبني

اللقيط هو مولود حي نبذه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا وقد عرفه المرسوم التشريعي السوري رقم ١٠٧ الصادر في ١٩٧٠/٥/٤ :

اللقيط هو الوليد الذي يعثر عليه ولم يعرف والداه .  
وسنين بعض مواد هذا المرسوم وما ذهب اليه الفقهاء في تحديد مركزه الشرعي ثم نذكر موقف الشريعة الاسلامية الواضح من التبني على خلاف ما تبيحه بعض القوانين الاجنبية ، ونحدد الفوارق بين الاقرار بالنسب وبين التبني .  
بعض احكام اللقيط في التشريع السوري :

م ٢ : على كل من يعثر على لقيط أن يسلمه الى أقرب مخفر للشرطة مع الملابس التي كانت عليه وجميع الاشياء الاخرى التي وجدها معه او بالقرب منه .  
م ٥ : تتولى وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل رعاية اللقيط وكفالاته وتعليمه حتى يستطيع الاعتماد على نفسه وكسب عيشه .

م ٦ : تقوم وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل بالولاية على نفس اللقيط حتى اتمامه سن الثامنة عشرة .

م ٧ : يعامل اللقيط القاصر معاملة اليتيم فيما يتعلق بالوصاية على ماله وتسري على وصية احكام الوصاية الواردة في قانون الاحوال الشخصية .

م ١٣ : يعتبر اللقيط مسلما ما لم يثبت خلاف ذلك (١) .

---

(١) يعتبر اللقيط مسلما الا اذا التقطه شخص غير مسلم وفي مكان يسكنه غير المسلمين .

اما بالنسبة للاقرار بالنسب ، فيثبت النسب اذا توافرت شروطه بالنسبة لمن يدعي به ابنا له ، واذا اقر به غير مسلم فيبقى اللقيط مسلما بحكم الالتقاط . . .  
ويقول استاذنا الشيخ محمد ابو زهرة : « وبلاحظ هنا رأي الامام مالك الذي لا يحكم بالنسب الا اذا بين المقر وجها شرعيا » الاحوال الشخصية قسم الزواج

م ١٤ : تسري على كل من يدعي صلة نسب بـلقيط الاحكام المتعلقة بالاقرار بالنسب الواردة في قانون الاحوال الشخصية .

أما احكام اللقيط في الشريعة الاسلامية فيمكن تلخيصها بالتالي :

- ١ - من وجد طفلا في مكان يغلب على ظنه هلاكه لو بقي فيه كان التقاطه فرض عين عليه والا كان مندوبا .
- ٢ - الملتقط أحق بالتقاط اللقيط من غيره ، ولا يأخذه الحاكم منه الا لسبب كسوء معاملته له . وعلى من يلتقط هذا الانسان ان يقوم بتربيته وتعليمه وتقديم ما يحتاج اليه ، فان عجز عن ذلك سلمه للدولة لتتولى رعايته .
- ٣ - اذا وجد مع اللقيط مال كان أحق به وهو مالك له ، وينفق الملتقط منه بأذن القاضي بما يعود بالنفع والخير والمصلحة على اللقيط . أما اذا لم يكن لدى اللقيط مال وانفق عليه الملتقط من ماله الخاص فيعتبر متبرعا اذا لم يستأذن القاضي بذلك ، والا كان له الحق في أن يعود على اللقيط بما انفق حين يساره .
- ٤ - اذا ادعى اللقيط غير الملتقط وثبت نسبه منه ، ينزع من يد الملتقط لمصلحته في ثبوت النسب لانه يصبح ولدا حقيقيا له جميع الحقوق والواجبات الابوية .
- ٥ - اذا لم يكن هناك من ينفق على اللقيط ولم يوجد لديه مال فيجب على الدولة الانفاق عليه .
- ٦ - يعتبر اللقيط مسلما لوجوده في بلاد المسلمين الا اذا وجدته شخص غير مسلم وفي مكان يسكنه غير المسلمين فيعتبر على دين ملتقطه وذلك تغليا للظاهر انه من أبوين غير مسلمين .

**التبني :**

هو ان يدعي شخص بنوة ولد معروف النسب من شخص معين أو مجهول النسب فهذا أمر محرم لا يصح لان النسب لا يحتمل الفسخ وثبوت نسبه من أبويه الحقيقيين ثابت لا يزول .

وقد حرم القرآن التبني تحريما قاطعا مؤيدا بعد أن كان معروفا لدى العرب في الجاهلية وفي صدر الاسلام وبهذا يقول الله تعالى : « وما جعل ادعاءكم ابناءكم

ذلك قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق ، وهو يهدي السبيل ، ادعوهم لأبائهم  
هو أقسط عند الله ، فإن لم تعلموا آباءهم فأخوانكم في الدين . . . . » .

وفي هذا من الأحكام الصريحة التي تبين بكل وضوح :

١ - ان التبني أي ادعاء أولاد الغير مجرد كلام يخرج من الفم لا يجعل  
هذا الغريب ابنا شرعيا لانه كذب واقترأ اذ لا قرابة تربط الطرفين ولا تشدهما  
مودة بل تبقى عقدة ثابتة في نفس كل منهما نحو الآخر ونحو المجتمع الذي حرهما  
من البنوة والابوة الشرعية .

فالتبني لفظ وليس بحقيقة تنشئ حنان الام وعطف الاب واحترام الابوين .  
٢ - ان النسب يجب ان يكون للابوين دون غيرهما حفظا على الاسر من  
التفكك وحرصا على الانساق من الضياع فتنهدم أكبر رابطة للخلية الأولى من  
خلايا المجتمع ، لان التبني يقوم على اساس خداع اسامه التزييف وغاياته ملء  
غريزة واشباع حاجة وليس بدافع الشفقة او الرغبة بتكوين أسرة .

٣ - لقد ضمن الاسلام لمجهول النسب الحياة الكريمة اذ اوجب رعاية اللقطة  
والاحسان اليه بدافع نبيل شريف هو اتقاذ هذا الانسان بغية الاحسان اليه تقريبا  
الى الله تعالى وحسبنا في هذا قوله تعالى : « فان لم تعلموا آباءهم فأخوانكم في  
الدين » ، أي لتكن معاملة مجهول النسب معاملة الاخ لآخيه .

وحين يتضح الموضوع دون خداع واقترأ تحدد الصلة الحقيقية بين مجهول  
النسب وبين الآخرين على اساس من الواقع الصريح لا الخيالي الزائف ، الامر  
الذي يوجب القيام بالاخوة الانسانية الكاملة نحو هذا الانسان من رعاية واتفاق  
وعطف .

الفرق بين الاقرار بالنسب والتبني :

يظن بعض الناس جهلا ان نظام الاقرار بالنسب يشابه نظام التبني . والحقيقة  
انه لا صلة بين النظامين ولا تشابه .

الاعتراف بالنسب في شريعتنا هو اقرار بنسب صحيح حقيقي حالت ظروف  
معينة بين الابوين وعلان الزواج مدة من الزمن ، كعقد تم دون تسجيل وانكره  
الاب فترة ثم عاد واعترف ان عقدا شرعيا تم بينه وبين امرأة نتج عنه ولد شرعي .

فالأقرار بالنسب عبارة عن اظهار واقعة شرعية صحيحة وليس باثبات واقعة جديدة ولهذا وضع له الفقهاء الشروط الكثيرة التي عددناها لضمان الشرعية لهذا الولد المقرر له بالنسب ، ولذا أجمعوا انه إذا كان لا يولد ليثل هذا الرجل مثل هذا الولد عرفا أو عادة فلا يعترف بهذا الأقرار أو كما لو ثبت عدم اللقاء بين المدعي بالنسب وأم الولد أو عشيرته أو قبيلته وكذلك إذا كان الأب عقيما أو مريضا لا يجب فحكمه حكم الصغير الذي لا يتصور منه الانجاب .

وقد ذكرنا ترجيحنا مذهب المالكية حين قالوا إذا كان ظاهر الحال يخالف أقرار هذا الرجل بنسب الولد فيطلب القاضي منه بيان السبب وكيف تم العقد أو اللقاء بينه وبين أم الطفل مثلا .

أما التبني فهو عقد ينشئ بين شخصين علاقات صورية ومدنية محضة لا بوة وبنة مفترضة ، قد تكون بين رجل وآخر معلوم الأبوين وباتفاقهما يتم هذا التبني .

وهذا على خلاف الأقرار بالنسب بحيث لو تبين أن الولد من ماء الرجل ولكن عن طريق غير شرعي فلا يثبت نسبه لأن ولد الزنا لا نسب له في الشريعة الإسلامية .

ان التبني يعني نزع طفل من أبوين فقيرين والحاقه بأبوين وهميين يعيش بينهما مهما قدم له من رعاية غريبا أجنبيا عن جميع أفراد الأسرة ، وان توهم الجانب الانساني في هذا النظام لا صحة له ، لان الانسانية تبدو حين تقدم المعونة للآخرين دون مقابل ، أما التبني ففيه محاولة اشباع غريزة وسد حاجة ولا يتم مطلقا عن عطف أو حنان ولا أدل على ذلك من أولئك الذين رزقوا أولادا شرعيين بعد ان تبنوا طفلا فاذا بهم يهجرونه ويطردونه فكأنهم استعاروه من المجتمع اعارة حتى إذا استغنوا عنه بولد آخر نبذوه وتركوه . . . فأين الشفقة والعطف . . . انه الافتراء والكذب والخداع .

ان الاسلام فرض رعاية اللقطاء والايتام ووجوب الاتفاق عليهم ما داموا بحاجة الى مساعدة مادية ومعنوية ، إلا أنه أراد ان يقيم حاجزا قويا بين الولد الشرعي الذي ينسب لأبويه نتيجة عقد زواج صحيح أو الاعتراف بواقعة زواج قديم وبين ثمرة جريمة من جرائم الزنا ارتكبتها فرد من أفراد المجتمع ، فجعل للاول

النسب الشرعي وللثاني الرعاية الاجتماعية بأوسع مدى حتى أن للشخص أن يوصي لمثل هؤلاء بثلاث أمواله بعد وفاته وربما كان ذلك أكثر من الميراث الشرعي لأولاده الحقيقيين .

ان التبني ان كان الولد معلوم النسب فهو نوع من البيع والشراء يتم بين المتبني وأب فقير عاجز عن سد نفقات إطفاله لعجز نظام الدولة التي يعيش في ظلها عن تأمين الحياة الكريمة لجميع أفرادها فيلجأ لبيع أولاده بيع الحيوان .

وان كان التبني لمجهول النسب ففيه تشجيع على الزنا حين يدرك الزاني أن ما تشرعته جريمته من ولد سيلقى من الرعاية والكفالة بحيث يتساوى مع الولد الشرعي مما يخفف عنه التفكير حين يقدم على جريمته ، لأن الزاني حين يتصور المستقبل المظلم لثمرة جريمته قد يعدل عن ارتكابها قبل وقوعها .

ان الرعاية والكفالة لهذا الطفل شيء والحق نسبه بأفراد أسرة غريب عنها شيء آخر .

ان التبني وثيق الصلة بالزنا ، فالشريعة التي تحرم الزنا تحريماً قاطعاً ولا تعترف بآثاره بحيث لا تسمح لرجل وامرأة زنيا ان ينسبا اليهما ثمرة جريمتها أولى بها أن لا تجيز لهما أن ينسبا اليهما ولد غيرهما من زنا أو من غيره ، إذ ليس من المعقول ان تلحق نسب ولد مجهول النسب بشخصين غريبين عنه ولا تجيز الحاق ولد الزنا من أبوين غير شرعيين ، ان في هاتين الحالتين جريمة لا يعترف الشارع بها ولا بآثارها (١) .

(١) جاء في المادة ٣٤٤ من قانون ٨ آب ١٩٤١ الفرنسي بما ترجمته :

يجوز للزوجين غير المفرقين ان يطلبوا التبني مما بشرط الا تقل سن أحدهما عن الخامسة والثلاثين .

ويجوز ان يكون الحد الأدنى لفارق السن بين المتبني والمتبني عشر سنوات ، ولرئيس الدولة مع هذا ان يصدر إعفاء يخفف فارق السن المشار اليه .

وفي المادة ٣٤٧ : إذا كان الولد المتبني قاصراً وكان أبواه لا يزال كلاهما على قيد الحياة وجبت في هذه الحالة موافقتهم معا على هذا التبني . فإذا كان أحدهما متوفى او كان في حالة تستحيل معها الاعراب عن ارادته اكتفى بموافقة الآخر .

وجاء في المادة ٣٤٩ : إذا لم يكن للقاصر ابوان أو إذا كانا في حالة لا يستطيعان معها الاعراب عن ارادتهما اختص مجلس العائلة بإبداء هذه الموافقة .

ان نظام التبني لا يكفي فيه النظر الى الجانب العاطفي من انقاذ طفل لا مأوى له لان هذا الامر كفله الاسلام وفرض رعاية أمثال هؤلاء على الافراد والمجتمع والدولة على اساس من الصدق والوضوح والصراحة بل يجب أن ينظر الى هذا النظام من جميع جوانبه على أنه نزع طفل من أبويه والحاقه بأسرة أجنبية عنه قد يكون وسيلة للكيد والاضرار وحرمان الورثة فتتهدر بذلك النظم الشرعية ويحل الحرام مكان الحلال ، ونظام الاسرة قائم على أسس شرعية ثابتة لا تتغير فيتخذ هذا التبني وسيلة للفساد والاضطراب واثارة الاحقاد والضغائن بين أفراد الاسرة الواحدة .

ان الاسلام بقدر ما دعا الى التكاثر والانجاب وزيادة النسل - على خلاف ما يسعى اليه الصهاينة في بلادنا - أراد نسلا شريفا نظيفا يباهي به الرسول الاعظم الامم يوم القيامة حيث يقول عليه السلام : « تناكحوا تكاثروا فاني مباه بكم الامم يوم القيامة » .

فالاسلام لا يدعو للزيادة العددية مجردا عن الكيفية كما يتصور انصار تحديد أو منع النسل فيطرحون المعادلة الخاطئة في أذهان الناشئة قائلين أيهما أفضل خمسة أولاد ضعفاء فقراء جهلاء أم ولد واحد قوي غني عالم ... ونحن نجيب هؤلاء المتجاهلين بل خمسة أولاد أقوياء أغنياء علماء .. وعلى الدول الاشتراكية التي تحارب الضعف والفقير والجهل ان تهيء المناخ اللازم لذلك .

(1) دعا الرئيس الفرنسي جيسكار ديستان جميع الفرنسيين الى المزيد من الانجاب لان 55 مليون فرنسياً بنظره « لا يكفون أي شيء في هذه المرحلة من الزمن » .

وقال الرئيس الفرنسي اثر اجتماع عقده مع ممثلي بعض المنظمات الاجتماعية في باريس ان هبوط معدل الولادات في فرنسا هو ليس في صالحها على الاطلاق بل انه يؤثر على وجودها في عالم ألفد ويهدد المجتمع الفرنسي ككل بالانقراض البطيء . ويمتبر هذا اول تصريح من نوعه للرئيس الفرنسي الذي بدأ يقود حملة منظمة بنفسه من أجل رفع نسبة الولادات بصورة واضحة . وذكر أمس ان ديستان وعد جميع العائلات التي يزيد عدد افرادها عن ثلاثة اولاد وما فوق بمنحها مكافأة مالية جيدة . وجاءت هذه الحملة مع صدور ارقام رسمية من العاصمة الفرنسية تشير الى

ان الاسلام اذ دعا الى التكاثر أراد النوع والكيف ودليل ذلك انه حرم  
الزنا وحرم النبي وكما يريد الاسلام للجنين أن ينشأ من اللحظة الاولى لتكوينه  
على أسس من الخلق والدين والالتزام والمروءة يريد أيضا للشباب أن ينشأ على  
درجة من الوعي والعلم والقوة والذكاء .

والخلاصة ان نظام النبي لا تعترف به الشرائع السماوية ولم تقره القوانين  
البريية وبما ان احكام النسب تسري على جميع السوزيين بمقتضى نص المادة ٥٣٥  
من قانون اصول المحاكمات فالتبني أمر محرم بالنسبة للمسلمين وغيرهم .  
ولما كان الزواج الباطل كالزنا ونحوه لا يترتب عليه ثبوت نسب ولو عن  
طريق الاقرار ، فالواجب الرجوع لشرعية الزوج لمعرفة صحة العقد او بطلانه ،  
وبالنسبة لغير المسلمين اذا كان الزواج باطلا في شريعتهم فلا يثبت به نسب .

انخفاض عدد الولادات خلال العام الماضي بحوالي ١٠ آلاف ولادة على الاقل ، كما  
اظهرت احدى الدراسات الاحصائية بان هناك ١٨٩ مولودا فقط لكل ١٠٠٠ امرأة في  
فرنسا .

وقال بيان رسمي في هذا الصدد انه إذا استمرت الارقام على حالها خلال الاعوام  
القليلة المقبلة فان فرنسا ستصبح بلاد المسنين والمعجزات ، كما انها ستصبح غير قادرة  
على الإنتاج بأي شكل من الاشكال الممكنة .  
وتعتبر هذه الحملة التي يقودها الرئيس الفرنسي بنفسه من المفاجآت البارزة

في باريس خاصة انه كان وراء قانون اباحة الاجهاض عام ١٩٧٥ .  
وسيمنح الرئيس ديستان حسب ما وعد العائلات الكبيرة ، حوالي ٨٩٠ فرنكا  
فرنسيا في الشهر اي حوالي ٢٠٠ دولار ، على أن يضاف اليها ٢٥ دولارا آخرأ في  
العام المقبل إذا ما تبين أن ربة البيت تستعد لاستقبال المزيد من المواليد .  
وينوي الرئيس ديستان أيضا منح كل ربة بيت مبلغا اضافيا هو حوالي ٧٠  
دولارا إذا ما كان راتبها الاساسي حيث تعمل متدنيا ، لكنها ستمنح ثلاثة أضعاف  
هذا المبلغ إذا ما كانت عاطلة عن العمل وتركز كل جهودها وقوتها على تربية اطفالها  
في المنزل .

وتعني هذه الارقام بان الرئيس الفرنسي نفسه سيكون أول المستفيدين . لان  
لديه اربعة اولاد ، وثانيا لان زوجته عاطلة عن العمل بالطبع ، وثالثا واخيرا لانها تركز  
كل جهودها على تربية اولادها ، لكن في قصر الاليزيه هذه المرة .

- وفي قرار لمحكمة النقض السورية<sup>(١)</sup> .
- لما كان الاقرار بالبنوة الذي يثبت به النسب من المقر انما يكون لمجهول النسب عملا بالمادة ١٣٤ احوال .
- وكان المطعون عليه قد أقر بأن الولدين قد جاءا من زواج يعترف بانه غير صحيح في شرع المتقاضين الذي يحرم الزواج باكثر من واحدة .
- وكان المرء مؤاخذا بإقراره ، وكان الحكم بالنسب متوقفا على الزواج ويرجع في أمور زواج المسيحيين الى ما لدى كل طائفة من احكام دينية وكان الزواج الثاني باطلا على ما يستفاد من احكام المادة ٤١ من كتاب الحق العائلي<sup>(٢)</sup> .
- كان الحكم بثبوت البنوة رغم بطلان الزواج في غير محله مستوجبا للنقض<sup>(٣)</sup> .

---

(١) قرار محكمة النقض الغرفة الشرعية رقم ٤٢٨ تاريخ ٣١/١٢/١٩٦١ .

(٢) نصت المادة ٤١ من قانون الحق العائلي لطائفة الروم الارثوذكس في الفصل الثاني خلال تعداد الزوجات المنوعة : لا يجوز تعدد الزوجات .

(٣) مجموعة القواعد القانونية التي اقرتها محكمة النقض السورية ص ١٩٧ .

# الباب الثاني

## احكام الرضاع

ويحتوي على فصلين :

الفصل الاول :

على من يجب الارضاع ونفقته

الفصل الثاني :

احكام الرضاع الموجب لتحريم النكاح

## الفصل الأول

### على من يجب الارضاع ونفقته

الرضاع هو مص الرضيع اللبن من ثدي المرأة في مدة معينة .  
وقد وردت احكام الارضاع في القرآن الكريم والسنة النبوية في أكثر من آية وحديث ، ومنها وضع الفقهاء القواعد العامة للارضاع وما ينتزب على ذلك من آثار تحريم الرضاع ووجوبه وعلى من تقع أجرته ومتى تكون مدته :

يقول الله تعالى : « والوالدات يرضعن اولادهن خولين كاملين لمن اراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك ، فان ارادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما ، وان أردتم ان تسترضعوا اولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف » (١) .

وقوله تعالى : « وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن ، فان ارضعن لكم فآتوهن أجورهن واتمروا بينكم بمعروف . وان تعاسرتن فسترضع له اخرى » .

وقد روى عبد الله بن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

« لا يحرم من الرضاع الا ما كان في الحولين » (٢) .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣

(٢) راجع السنن الكبرى للبيهقي ج ٧ ص ٤٥٤ والمحلي لابن حزم فقه اطال

بالردود والمناقشة على جمهور الفقهاء في عدة احاديث وردت في هذا الموضوع ج ١٠

ص ١٠٧ .

وسنبحث من خلال هذه الآيات احكام الارضاع في المواضيع التالية (١) :

- ١ - هل تجبر الام على الارضاع .
- ٢ - على من تجب نفقة الارضاع .
- ٣ - فترة نفقة الرضاع .

١ - هل تجبر الام على الارضاع  
اذا كانت الام مطلقة فلا تجبر على الارضاع لان الارضاع كالنفقة ونفقة الصغير على ابيه لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف »  
فاختصاص الابن بأبيه ونسبته اليه تعني انه هو الذي ينفق عليه لان من آثار ثبوت النسب النفقة .

فاذا رفضت الام المطلقة ارضاع ولدها فلا اجبار بل على الأب استئجار مرضع له (٢) .

على أنه يستثنى من ذلك بعض الحالات تجبر فيها الام على الارضاع :

١ - اذا امتنع الطفل عن قبول ثدي غير ثدي أمه ففي مثل هذه الحالة تجبر الام على ارضاعه حفظا لحياته وكذلك اذا امتنع عن تناول المستحضرات الطبية الحديثة لتغذية الاطفال فلا مناص حينئذ من الزام الام بارضاع طفلها (٣) .

وهذا الامر ضروري لمصلحة الصغير في بقاء وجوده ، فان ثبت ان لبن الام يضره مثلا نزع الطفل منها وسلم لامرأة اخرى ترضعه مجانا أو بالاجرة لان حق الطفل في الحياة في هذه الحالة مقدم على حق الام بالارضاع .

٢ - وكذلك تجبر المطلقة على ارضاع صغيرها اذا لم يكن للصغير ولا للاب مال يستطيع به استئجار مرضع ولم يوجد من تبرع بذلك فيتعين على الام ان تقوم بارضاع ولدها للضرورة .

اما اذا لم تكن الزوجة مطلقة فهل تجبر على ارضاع طفلها :

---

(١) لن نتعرض لاحكام المحرمات بسبب الرضاع لاننا بحثنا ذلك في الجزء الاول من هذا الكتاب .

(٢) المفني ج ٩ ص ٣١٢ .

(٣) رد المحتار ج ٢ ص ٩٢٩ .

ذهب جمهور الفقهاء الى ان الزوجة غير المطلقة لا تجبر على ارضاع طفلها قضاء  
وان كان الارضاع واجبا عليها ديانة (١) .

على انها تجبر قضاء اذا امتنع الطفل عن قبول ثدي غير أمه أو كان الأب معسرا  
دون خلاف بين الفقهاء احياء للولد (٢) .

وهذا ما قاله به الحنابلة (٣) والشافعية (٤) والحنفية (٥) .

وقال بعض المالكية (٦) ان الام تجبر على ارضاع ولذا قضاء وديانة والمشهور

---

(١) ذكر الفقهاء ان قوله تعالى في سورة الطلاق « فان ارضعن لكم فاتوهن  
اجورهن » يخصص قوله تعالى : « والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين » وعلى  
هذا تجب الاجرة على الاب حين لا يجب الارضاع ، لان الام حين تصبح اجنبية عن  
الاب لها الخيار في ارضاع وعدمه والتخير ينافي الوجوب .  
على ان بعض كبار فقهاء الحنفية يرون ان لا تخصص بين الآيتين وان الوجوب  
الدياني للارضاع يبقى قائما .  
وهذا الرأي هو الصواب لان علاقة الطفل يجب ان تبقى مستقلة من علاقة الام  
مع الاب وان مصلحة الطفل في ان تبقى امه مرضعة له .  
راجع فتح القدير ج ٣ ص ٢٤٥ والهداية ج ٢ ص ٢٤ وتبيين الحقائق ج ٢ ص ٦٢ .

(٢) اذا لم يقبل الطفل ثديا غير ثدي امه ففي اجبار امه على ارضاعه روايتان  
في المذهب الحنفي : احدهما تقول انه لا اجبار لان الطفل قد يتغذى بالدهن والشراب  
والرواية الثانية وهي الراجحة ان الام تجبر لان في منع حليب امه عنه يتعرض الطفل  
للهلاك والموت وقد رجح هذه الرواية السرخسي في المبسوط والقُدوري في مختصره  
والمريغينائي في الهداية والكمال بن الهمام في فتح القدير .

على اني ارى وجود الحليب المعتم من مختلف الاصناف في العصر الحاضر في  
الصيدليات وغيرها يؤمن البديل من حليب الام ولا يعرض حياة الطفل للخطر إلا إذا  
تبين خلاف ذلك لدى الاطباء بالنسبة لطفل معين .

(٣) المغني ج ٩ ص ٣١٢ .

(٤) المهذب ج ٢ ص ١٧٩ .

(٥) رد المحتار ج ٢ ص ٩٢٩ .

(٦) احكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٢٠٦ .

عند المالكية ان الزوجة ان كانت ممن لا تجبر عادة امثالها على الارضاع كما لو كانت من طبقة غنية شريفة مترفة فانها لا تجبر على ارضاع طفلها والا اجبرت على الارضاع (١) .

هذا اذا لم يتعين على الزوجة الارضاع اما اذا امتنع الطفل عن قبول أي ثدي غير ثدي أمه فلا خلاف حتى عند المالكية بجبار الام على الارضاع .

وقد اضاف الشافعية والحنابلة الى انه يجب على الام ارضاع ولدها في الايام الاولى من الولادة لان لبن الام الولادي يقوي الطفل وتشتد بنيته به حسب تعبيرهم (٢) .

## ٢ - على من تجب نفقة الارضاع :

ان نفقة الصغير على أبيه ومن النفقة أجرة الرضاع ، فاذا امتنعت الام عن ارضاع طفلها في الحالات التي لا تجبر فيها على ارضاعه فيجب على الاب ان يستأجر مرضعة ترضعه عند أمه لان الطفل يمكث في فترة الرضاع لدى أمه ، ومن حق الام حضانة طفلها .

## هل تستحق الام نفقة على الارضاع :

هذا اذا لم يكن للصغير مال ، والا كانت نفقة الرضاع من ماله .

ان كانت الرضاعة أثناء الحياة الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي فان الزوجة لا تستحق نفقة لارضاعها طفلها لان الزوجة والمعتدة زوجيا لهما نفقة على الزوج .

وذلك لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

اما اذا انتهت عدة الطلاق الرجعي فتستحق حينئذ نفقة الرضاع لان نفقة العدة انتهت (٣) .

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ٢١٣ بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٩ ، الصاوي على

الشرح الصغير ج ١ ص ٤٩٠ .

(٢) أسنى الطالب مع حاشيته الرملي ج ٣ ص ٤٤٥ الاقناع للشربيني الخطيب ج ٢ ص ٣٠٧ وراجع ايضا النسب وآثاره ص ٣٢ والاحوال الشخصية

للاستاذ محمد الحنيني الحنفي ص ١٥٠ .

(٣) فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٥ .

اما ان كانت الزوجة معتدة من طلاق بائن فقد اختلف فقهاء الحنفية في وجوب نفقة الرضاع للزوجة خلال فترة هذه العدة على روايتين ، احدهما توجب الاجرة لان المعتدة في طلاق بائن انقطعت علاقتها بالزوج والرواية الثانية تقول بان الطلاق البائن وان كان يقطع الزواج ولكن تبقى بعض آثاره ومنها النفقة وبما ان الزوجة تستحق النفقة أثناء العدة فلا تستحق نفقة الارضاع وهذا هو الرأي الراجح في المذهب الحنفي (١) .

وقد أخذت الاحكام الشرعية في المادة ٣٦٩ بالرواية التي تجيز أخذ اجرة على الرضاع أثناء عدة الطلاق البائن .

« اذا ارضعت الام ولدها من زوجها بعد عدة الطلاق البائن او فيها وطلبت اجرة على ارضاعه فلها الاجرة » .

اما اذا انقضت العدة فستحق الام حينئذ نفقة الرضاع كسائر المرضعات بل هي أولى من غيرها نظرا لوفور شفقتها وحنانها على طفلها .

وهنا ثير سؤالان فيما لو تقدمت احدى قريبات الطفل او امرأة اجنبية عنه متبرعة بارضاعه او طلبت مبلغا اقل مما ترضعه به امه ، هل يسلم الطفل للمتبرعة لارضاعه او لمن رضيت بالاجر القليل ام تحتفظ به امه لاحقيتها بارضاعه ؟ .

في مثل هذه الحالة يعطى الطفل للمتبرعة لارضاعه لمعى ان تقوم بذلك لدى امه لحقها في حضائه وللام أخذ اجرة المثل على الحضائة .

واصل هذا الحكم قوله تعالى : « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » أي لا تضار الوالدة بحرمانها من ولدها ولا يضار والد بارهاقه في نفقة الارضاع .

---

(١) يبدو ان هناك خلافا بين الحنفية في ترجيح احدى هاتين الروايتين ، اختلوا القُدوري الاولى وصححها ابن عابدين اما ابن الهمام فقد رجح الرواية الثانية بعدم استحقات المعتدة من طلاق بائن نفقة الرضاع أثناء العدة .

رد المختار ج ٢ ص ٩٣ الجوهرية ح ٢ ص ١٧٠ فتح القدير ج ٣ ص ٢٤٥

## ٢ - فترة نفقة الرضاع :

ان مدة الرضاعة التي تستحق خلالها الام نفقة الرضاع هي ستان وقد استدلت الفقهاء لرأيهم هذا من قوله تعالى : « والولادات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » (١) .

وهذا باتفاق أبي حنيفة وصاحبيه لان الخلاف بينهما في المدة انما هو في الرضاع المحرم لا في نفقة الارضاع .

أما اذا كانت المرضعة غير الام فتستحق أجره الرضاع على المدة المتفق عليها فاذا انتهت المدة فلا تجبر على الاستمرار الا اذا كان الطفل لم يعد يقبل الثدي غيرها وكان لا يزال بحاجة الى الارضاع فتجبر على الاستمرار بأجر المثل (٢) .  
واذا كانت الام تستحق أجره الرضاع وارضعت طفلها فانها تستحق أجره المثل اذا لم يكن هناك اتفاق بينها وبين أب الطفل ، بخلاف الاجنبية فانها لا تستحق الاجر الا بالاتفاق فان أرضعته قبل ذلك كانت متبرعة (٣) .

- 
- (١) المهذب ج ٢ ص ١٧٩ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٣١٨ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٦٤ ، تنوير الابصار ج ٢ ص ٩٢٩ ، البدائع ج ٤ ص ٧ .  
(٢) الاحوال الشخصية للدكتور السباعي ص ٣٠٥ .  
(٣) الاحوال الشخصية للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة ص ٤٠٢ .

## الفصل الثاني

### احكام الرضاع الموجب لتحريم النكاح

ذكرنا في بحث المجرمات من النساء انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب  
والآن نبين بايجاز احكام الرضاع الموجب للتحريم بالابحاث التالية :

- ١ - مقدار الرضاع الذي يوجب التحريم .
- ٢ - مدة الرضاع المحرم .
- ٣ - كيف يثبت الارضاع المحرم وما هي آثاره .

#### ١ - مقدار الرضاع الذي يوجب التحريم :

قال فقهاء الحنفية<sup>(١)</sup> والمالكية<sup>(٢)</sup> الى أن الارضاع المحرم قليله وكثيره سواء  
أي من رضع ولو رضعة واحدة من ثدي امرأة فقد أصبحت أمًا له بالرضاع وتثبت  
بذلك جميع آثار الرضاع المحرم .

واستدل الحنفية والمالكية على رأيهم هذا بقوله تعالى : « وأمهاتكم اللاتي  
أرضعنكم وأخوانكم من الرضاعة »<sup>(٣)</sup> .

وبقوله عليه السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »<sup>(٤)</sup> .

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٥ ، مجمع الانهر شرح ملتقى الإبحر ج ١ ص ٣٧٥ ،

البدائع ج ٤ ص ٨ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥ ، حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥٠٢ ويقول

المالكية والحنفية قال الزيدية أيضا . راجع الروض التوضيح ج ٤ ص ٩٤ .

(٣) راجع تفسير ابن حبان ج ٣ ص ٢١١ تفسير الرازي ج ٣ ص ١٨٣ ، تفسير

ابن كثير ج ١ ص ٢٨٣ ، تفسير النسفي ج ١ ص ٢١٧ .

(٤) سبل السلام ج ٣ ص ٢٧٢ نيل الاوطار ج ٦ ص ٣٢٨ الموطأ للامام مالك

ج ٢ ص ٤٤ .

فالأية الكريمة والحديث الشريف صريحان باطلاق الرضاع دون تقييده بمقدار معين فمن رضع من ثدي امرأة مرة أو مرات فقد أصبحت أمه من الرضاع .  
على انه يشترط في ذلك ان يكون الرضاع محققا اما لو شك فيه فلا حرمة مع الشك .

وقال الامام الشافعي (١) والحنابلة (٢) انه لا بد في الرضاع المحرم الا يقل عن خمس رضعات متفرقات واستدل لرأيه بما روي عن السيدة عائشة بهذا الموضوع وبما رواه عبد الله بن الزبير عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : لا تحرم المصاة من الرضاعة ولا المصتان ، وفي رواية اخرى لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان « (٣) .

## ٢ - مدة الرضاع المحرم :

اذا حصل الارضاع سواء أكان قليلا أم كثيرا فهل يحصل التحريم في زمن معين من عمر الطفل أم لا يشترط تحديد أي زمن للتحريم بالارضاع ؟ .  
قال جمهور الفقهاء (٤) : ان مدة الرضاع المحرم هي حولان كاملان من عمر الطفل وهي فترة الرضاع فاذا رضع طفل بعد بلوغه هذا السن أي اذا تجاوز الستين من عمره ورضع فلا تحريم به ، وذلك لقوله تعالى :  
« والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » .

- 
- (١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٦٥ المهذب ج ٢ ص ١٦٦ .  
(٢) منتهى الإرادات ج ١ ص ٣٦٢ وبهذا قال الظاهرية كما في المحلى ج ١٠ ص ١٢ وقال الشيعة الجعفرية ان الحد الأدنى للرضاع المحرم هو خمس عشرة رضعة متوالية راجع الاستبصار ج ٣ ص ١٩٣ المختصر النافع ص ١٧٥ .  
(٣) السنن الكبرى للبيهقي ج ٧ ص ٤٥٤ صحيح مسلم ج ١ ص ٦١٥ سنن ابي داود ج ١ ص ٤٧٦ .  
(٤) المهذب ج ٢ ص ١٦٦ نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٦٥ حاشية الباجوري ج ٢ ص ١٨٢ فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ١٥٢ المنتع ج ٣ ص ٢٩٨ وبهذا اخذ الجعفرية : المختصر النافع ص ١٧٥ والزبيدية : الروض النضر ج ٤ ص ٩٠ .

وقال الامام ابو حنيفة خلافا للصاحبين<sup>(١)</sup> ان مدة الرضاع المحرم هي ثلاثون شهرا مستدلا بقوله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهرا » وان كان من الحمل والنفطام حدد له فترة سنتين ونصف السنة<sup>(٢)</sup>

### إذا اختلط لبن المرضع مع غيره :

إذا اختلط لبن المرضع بماء او بلبن شاة فالعبرة للغالب منهما لدى الاحناف فان كان الغالب هو لبن المرضع حصل به التحريم والا فلا حرمة به<sup>(٣)</sup> .  
اما اذا اختلط لبن المرضع مع لبن امرأة اخرى ففي المذهب الحنفي رأيان :  
رأي أبي حنيفة وأبي يوسف : العبرة للغالب منهما .  
ورأي محمد : ان كلا من المرأتين تعتبر محرمة على المرضع دون نظر الى كمية اللبن وغلبة احدهما على غيره<sup>(٤)</sup> .

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٨ الدر الملتقى في شرح الملتقى ج ١ ص ٣٧٥ .  
وراجع من كتب الحديث : صحيح البخاري ج ١٣ ص ١٢ الموطأ ج ٢ ص ٤٥ سنن أبي داود ج ١ ص ٤٧٥ نيل الاوطار ج ٦ ص ٣٣٠ .  
ويتفق رأي المالكية مع الجمهور بتحديد فترة سنتين فقط من عمر الطفل للرضاع المحرم وان كانت هناك روايات اخرى في المذهب . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥٠٣ .

(٢) وهناك رأي انفرد به ابن حزم الظاهري ذهب فيه الى عدم تحديد فترة معينة للرضاع المحرم ، لان حرمة الرضاع تثبت دون النظر الى عمر الرضيع ، وقد استدل بحديث عن السيدة عائشة ودافع عنه دفاعا قويا وقد ناقشه جمهور الفقهاء بان هذا الحديث ان صححت روايته فانه يحمل على اساس الضرورة او الخصوصية او انه منسوخ بغيره من الاحاديث والآيات التي نزلت بعده .  
راجع المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٥ ومناقشته ابن تيمية لهذا الرأي المنقول في زاد المعاد لابن القيم الجوزية ج ٤ ص ١٨٢ وراجع أيضا تأويل مختلف الاحاديث لابن قتيبة ص ٣٩٥ .

(٣) وهذا ملئ خلاف رأي الشافعية والحنابلة الذين يشتون التحريم ولو قل لبن المرضع مع اختلاطه بغيره إذا توافر نصاب الرضعات .  
الافصح لابن هبيرة ج ٢ ص ٣٦٨ ، الوجيز ج ٢ ص ٦٤ .

(٤) البدائع ج ٤ ص ١٠ .

### ٣ - اثبات الرضاع :

يثبت الرضاع المحرم بالشهادة او الاقرار .  
فاذا شهد رجلان عدلان أو رجل وامرأتين على إرضاع طفلين من امرأة واحدة فلا يجوز لاحدهما ان يتزوج الاخر وان حصل فرق نقاضي بينهما ان لم يفترقا<sup>(١)</sup> .

على ان التفريق بين الزوجين للرضاع المحرم قبل الدخول لا يثبت فيه مهر للزوجة لانه عقد فاسد أما ان حصل التفريق بعد الدخول فللزوجة مهر المثل او الاقل من المسمى او مهر المثل أي كحكم العقد الفاسد سواء .

والاقرار بالرضاع كما لو أقر شخص بان فلانة هي أخته الرضاعية فلا يجوز له أن يتزوجها وان تزوجها فرق بينهما . غير أنه يجوز للمقر الرجوع عن اقراره فاذا قال كنت مخطئا في هذا الاقرار أو متوهما منه ذلك<sup>(٢)</sup> أما اذا أصر على رأيه بوجود الرضاع المحرم فيفرق بينهما حالاً<sup>(٣)</sup> .

ويعتبر اقرار المرأة بالرضاع صحيحا وله آثاره قبل الزواج كما لو قالت هذا أخي من الرضاعة فلا يجوز لها أن تتزوجه ولو كذبها الزوج .

أما اقرار الزوجة بعد الزواج بالرضاع فلا عبرة به الا اذا صدقها الزوج وذلك لمظنة التهمة للتخلص من الحياة الزوجية فتدعي كذبا وجود رضاع لتفسخ النكاح .

على أننا نرى ان الزوجة اذا لم تكن في محل التهمة فاقرارها صحيح كالزوجة التي تملك الطلاق سواء أكان بموجب شرط أثناء العقد أم فرض الزوج اليها أمر طلاقها ففي مثل هذه الحالة لا مجال لاتهام الزوجة بادعاء وجود الرضاع لتفسخ عقد النكاح لانها تملك الطلاق .

(١) السنن الكبرى لبيهقي ج ٧ ص ٦٤٣ .

(٢) البدائع ج ٤ ص ١٤ .

(٣) وقال الشافعية والمالكية لا يجوز رجوع المقر بالرضاع المحرم عن اقراره ،

نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٧٤ .

## آثار الرضاع المحرم :

إذا ثبت الرضاع بين رجل وامرأة فلا يجوز لاحدهما ان يتزوج الاخر، وكذلك اذا ثبت بالشهادة أثناء الحياة الزوجية او بالاقرار فيجب التفريق بين الزوجين في الحال لان حرمة الرضاع من المحرمات المؤبدة في الفقه الاسلامي .  
ويأخذ العقد في مثل هذه الحال حكم العقد الفاسد فلا مهر قبل الدخول ان حصل التفريق كالزواج بلا شهود وان كان بعد الدخول فتستحق الزوجة أقل المهرين :

المسمى أو مهر المثل ان كانت تسمية للمهر والا فللزوجة مهر المثل .

اما ان كان التفريق قبل الدخول بناء على اقرار الزوج فتستحق الزوجة نصف المهر وذلك أيضا خشية ان يكون اقرار الزوج بالرضاع للتخلص من دفع نصف المهر فيما لو أراد طلاقها قبل الدخول .

ما ذهب اليه القانون السوري في الارضاع :

م ٣٥ - ف ٢ : يشترط في الرضاع للتحريم ان يكون في العامين الاولين وان يبلغ خمس رضعات متفرقات يكتفي الرضيع في كل منها قل مقدارها أو كثر .  
م ١٥٢ - ف ١ : أجرة رضاع الولد سواء أكان ارضاعا طبيعيا أم اصطناعيا على المكلف بنفقته ويعتبر ذلك في مقابل غذائه .  
ف ٢ : لا تستحق الام أجرة الرضاع حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق

الرجعي .

م ١٥٣ : المتبرعة أحق بالارضاع ان طلبت الام. أجرة وكان الاب معسرا على ان يكون الارضاع في بيت الام .

ما نلاحظه في هذه المواد :

١ - ان التعديل الجديد اطلق الاجر في الرضاع سواء أكان طبيعيا أم اصطناعيا فالام تستحق اجرته .  
٢ - ان القانون أخذ برأي الشافعية في مقدار الرضاع وفي رأي الجمهور في مدته .

٣ - ان أجرة الرضاع على المكلف بالنفقة ولا يعتبر ذلك الاجزاء من النفقة الواجبة للصغير من بقية أنواع النفقات التي يستحقها .

٤ - ان الزوجة تستحق نفقة الارضاع اذا كانت مطلقة بائنا أثناء العدة وهذا على احدى روايتين في المذهب الحنفي . وللزوجة ايضا نفقة الارضاع عقب انتهاء عدة الطلاق الرجعي (١) .

أما أثناء قيام الحياة الزوجية او خلال فترة العدة من طلاق رجعي فلا تستحق نفقة الارضاع .

اما اذا أبرأت الزوجة زوجها في المخالمة لقاء نفقة العدة في الطلاق البائن فهل تستحق خلال ذلك نفقة رضاع طفلها .

يبدو لي ان العلة التي منع لاجلها الفقهاء الذين قالوا لا نفقة رضاع في عدة الطلاق البائن هي الحيولة دون الجمع بين نفقتين في وقت واحد ، فاذا أبرأت الزوجة زوجها فقد زالت العلة ، وهذا ما سار عليه القضاء المصري (١) .

(١) يتفق رأي المالكية مع الحنفية في عدم وجوب نفقة الارضاع اثناء الحياة الزوجية والعدة الرجعية اذا كانت الزوجة من عادة مثيلاتها ان يرضعن اولادهن ، وتستحق الزوجة نفقة الرضاع في عدة الطلاق البائن .  
اما الشافعية فقد ذهب فريق منهم الى ان للزوجة ان تطلب زيادة النفقة اثناء الارضاع سواء اكانت زوجة او معتدة من طلاق رجعي لان النفقة الزوجية قد لا تكفي اثناء فترة الرضاع ؛ وقال فريق من الشافعية ايضا ان للزوجة ان تطلب نفقة الارضاع مستقلة عن النفقة الزوجية وعن نفقة العدة الرجعية .  
اما الحنابلة فقالوا للزوجة وللمطلقة رجعيًا او بائنا نفقة الارضاع لانها نفقة اضافية عن نفقة الزواج والعدة .

راجع التاج والاكليل على مختصر خليل على هامش مواهب الجليل ج ٤ ص ٣١٣ ، المغني لابن قدامة ٩١ ص ٣١٣ ، المهذب للشيرازي ج ٢ ص ١٨٠ ، الاحوال الشخصية للدكتور عبد العزيز عامر ص ١٧٣ .

(١) راجع حكم محكمة الازبكية الشرعية في مجلة المحاماة الشرعية س ٣ عدد ٣ ص ٣٦٩ وحكما آخر لمحكمة الاقصر الشرعية في مجلة المحاماة س ٥ عدد ٩ ص ٩٤٠ .  
وراجع ايضا الاحوال الشخصية للاستاذ محمد الحسيني ص ١٥٥ والاحوال الشخصية للشيخ أحمد ابراهيم ص ٣٧٣ .

أما الذي أراه فهو خلاف ذلك لأن مناط الاتفاق على المخالعة بين الزوجين وقوامه هو بدل الخلع ، أي اسقاط النفقة وبالتالي التخفيف عن كاهل الزوج باعفائه من الاتفاق على زوجته خلال العدة<sup>(١)</sup> .

فاذا أوجبت عليه نفقة الرضاع بديلاً عن نفقة العدة فلا نكون بذلك حققنا غايته من الإبراء بل تصبح حيلة قد تكون أوفر مادة للزوجة فيما لو كانت نفقة الرضاع أكثر من نفقة العدة . - وعلى كل حال هذا الموضوع لا يرد في تشريعنا السوري - .

٥ - ان القانون السوري فضل المتبرعة بالارضاع على الأم ان طلبت أجراً وهذا صحيح ولكنه اشترط بأن يكون الأب معسراً خلافاً لما ذكره الفقهاء الذين قالوا سواء كان الأب معسراً أم موسراً وتقدمت متبرعة بالارضاع فانها تفضل على الأم إلا إذا رضيت الأم بارضاعه دون أجر حينئذ لا يجوز للغير ارضاع الصغير لقوله تعالى : « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده »<sup>(٢)</sup> .

وكذلك نص الفقهاء على أن الاجنبية ان طلبت أجراً أقل من أجر المثل الذي تأخذه الأم فان الاجنبية أولى من الأم في هذه الحالة وهذا ما سكت عنه القانون .

وان وجوب نفقة الاقارب غير الفروع والاصول لا يثبت إلا بالقضاء أو الرضاء حتى لو ظفر أحدهم بخبس حقه قبل القضاء أو الرضاء ليس له الاخذ ، بخلاف الزوجة والولد والابوين فان لهم الاخذ قبل ذلك .

على ان التشريع السوري أخذ موقفاً وسطاً فجعل الحكم الدياني حكماً قضائياً ، ولكن لفترة أربعة أشهر فقط تسبق المطالبة بها كحد أعلى وكأمر اختياري للقاضي ، قد يحكم به وقد لا يحكم إلا من تاريخ المطالبة .

٦ - وقد اشترط القانون السوري أن يكون الارضاع في بيت الام إن أرادت المتبرعة ارضاع الصغير وحسناً ما فعل القانون حفظاً لمصلحة الصغير لأن الفقهاء قالوا للمرضع الخيار بين ارضاعه في بيت أمه أو خارج بيتها ، ولكن من حق الام أن يكون الطفل في حضانتها لتقوم على رعايته نظراً لوفور شفقتها .

(١) أحكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية للاستاذ الشيخ عمر

عبد الله ص ٤٨٠ .

٧ - جاء في القانون أيضا في المادة ١٦١ :  
« ويجوز للقاضي أن يحكم بنفقة الاولاد على أبيهم عن مدة سابقة للادعاء على أن لا تتجاوز اربعة أشهر » .  
ان نفقة الاولاد على أبيهم واجبة بنص القرآن الكريم والسنة النبوية ضمن شروط شرحناها في موضعها .  
إلا أن الفقهاء فرقوا بين الزوجة ونفقة الفروع والاصول ونفقة الاقارب بوقت استحقاتها ووجوبها .

فالنفقة الزوجية كما في القانون السوري يحكم بها للزوجة من تاريخ امتناع الزوج عن الاتفاق الواجب عليه ، ولكن لا يحكم بأكثر من نفقة أربعة أشهر سابقة للادعاء .

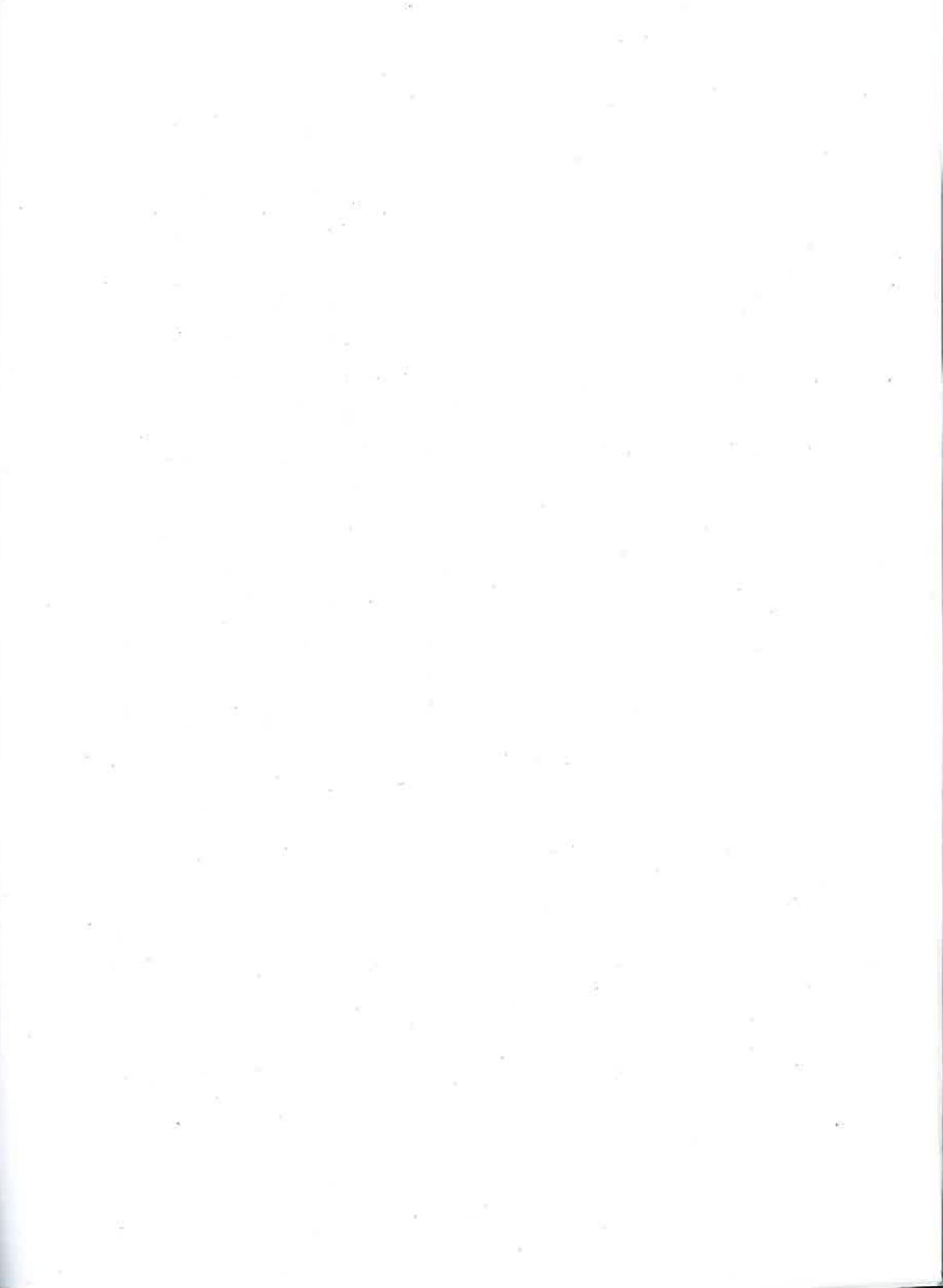
أما نفقة الاقارب فقد نص القانون على ان يقضى بها من تاريخ الادعاء .  
جاء النص الجديد فأجاز للقاضي أن يحكم بنفقة الاولاد على أبيهم عن مدة سابقة للادعاء حدتها الاقصى أربعة أشهر .  
وقد نقل الفقيه ابن عابدين عن الذخيرة (١) .  
ان نفقة الاصول والفروع تجب ديانة من وقت ثبوت الحاجة اليها .

٨ - وأما بقية احكام الرضاع فيما سكت عنه القانون فيرجع فيه الى المذهب الحنفي .  
ومن الامور التي لم يوضحها القانون هو هل يصبح زوج المرضع أباً للرضيع من حيث التحريم ؟ . . . .

ذهب جمهور الفقهاء - وعليه العمل في القانون - ان كل زوجة أرضعت طفلاً ثبتت أمومتها له وبنوته لزوجها أب الطفل الذي كان الحليب بسببه ، وكما يصبح أبناء الام المرضع أخوة للرضيع كذلك يصبح أبناء زوجها أخوة له لأنه ما دام زوجها أصبح أباً للرضيع فان أبناءه ولو من زوجة ثانية يعتبرون أخوة للطفل الرضيع (١) .

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٣٧ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢ .



# الباب الثاني

## الحضانة

ويحتوي :

الفصل الاول :

من له حق الحضانة

الفصل الثاني :

أجرة الحضانة

الفصل الثالث :

مدة الحضانة ومكانها

## من له حق الحضانة

تعريف الحضانة هي الالتزام بتربية الطفل ورعايته في سن معينة ممن له الحق في ذلك شرعاً •

وسنبحث في هذا الفصل الامور التالية :

- ١- من الاولوية في حضانة الطفل •
- ٢ - اهلية الحضانة •
- ٣ - هل الحضانة حق للحاضن ام للمحضون •

## الفرع الاول

### الاولوية في حضانة الطفل

لا نعي بكلمة الاولوية في حضانة الطفل البحث عن الافضل من الابوين ، ولكننا نقصد لمن تكون الافضية برعاية الطفل ، أو لمن تكون مصلحة الطفل أوفر إذا وجد بجانبه ، فقد تكون الأم بحاجة الى من يرعاها ، والأب يحتاج الى قوامة عليه لانحراف في سلوكه أو تصرفاته التي تنعكس على الطفل وتؤثر فيه .

ولهذا فرض الشارع فترتين من عمر الطفل قدّر الغالب فيها حاجته في نشأته وتربيته فما دامت الزوجية قائمة بين الابوين ، فإن الولد ينشأ بين أحضان أمه ورعاية أبيه . أما إذا وقعت الفرقة بين الابوين فلا شك في أن مصلحة الطفل توجب وضعه عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه في كل فترة من فترتي حياته . ولما كان الطفل في بدء حياته يحتاج الى تربية ورعاية وشفقة وحنان أكثر فترات عمره الصغير وهذا يتوافر في النساء عادة أكثر من الرجال كان الأحق بحضانته شرعاً أمه ثم محارمه من النساء ، فإن لم توجد له محرم من النساء ، أو وجدت إحدى الحاضنات القريبات ولكن لم تتوفر فيها أهلية الحضانة ، انتقل حق الحضانة الى أقرباء الطفل الرجال العصبات لان الطفل حين يشتد عوده قليلاً تصح حاجته لأبيه أكثر من أمه وهو في كلتا الحالتين لا غنى له عن أحدهما اطلاقاً .

والاصل في حضانة الأم فضلاً عن مصلحة الطفل بحضانة أمه في هذه الفترة من حياته : ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أن امرأة قالت لرسول الله : يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء وثدي له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينزعه مني : فقال : « أنت أحق به ما لم تنكحي » رواه أحمد وأبو داود (١) .

(١) نيل الاوطار ج ٦ ص ٣٤٩ ، زاد المعاد ج ٤ ص ١٢٢ .

### ترتيب الحاضنات :

أحق النساء بحضانة الطفل أمه سواء أكانت زوجيتها قائمة أي هي زوجة لأب الطفل أم كانت مطلقة منه ما دامت شروط أهلية الحضانة متوفرة لديها وإلا انتقلت الي من يليها بالحضانة .

يقدم بعد الأم بالترتيب من يدلي الي الأم بقراءة على من يدلي الي الأب بقراءة إذا اتحدا بالقراءة ، فمثلا إذا انتقلت الحضانة عن الأم فتفضل أم الأم على أم الاب لأن صلة أم الأم أقوى .

وعلى هذا فترتيب الحاضنات من النساء يكون على الشكل التالي وفق ما ذهب اليه الحنفية وما عليه العمل في التشريع السوري :

- ١ - الأم .
- ٢ - أم الأم مهما علت لأن الجدة لام أقرب للأم وربما كانت أكثر شفقة ممن يليها كأم الأب لأننا طالما فضلنا الأم على الأب فبالقياس تفضل أم الأم على أم الأب .
- ٣ - أم الأب مهما علت ، إذا لم تكن الام أو لم تتوفر فيها شروط الحضانة فتنتقل الحضانة الي الجدة لأب .
- ٤ - الاخوات الشقيقات للطفل ، ويلاحظ ان مرتبة الجدات مقدمة على الاخوات لأن قرابة الجدة هي بطريق الولادة فهي أقوى من كل قرابة أخرى .
- ٥ - الاخوات لام ، وللأخت لأب مقدمة على الأخت لأب لصلتها بالام أقرب .
- ٦ - الاخوات لأب أو لام يقدمن عموماً على الخالات لأن الخالة هي بنت الجد بينما الأخت هي بنت الأم أو بنت الأب<sup>(١)</sup> .
- ٧ - بنات الاخوات الشقيقات لأن بنت الشقيقة من ولد الأبوين ولهذا تقدم على الخالة .
- ٨ - بنات الاخوات لام وكذلك فان بنت الأخت لام تقدم على الخالة بنت الجد فهي أبعد من الأخت لام .

(١) هناك رواية ثابته في المذهب الحنفي بتقديم الخالة على الأخت لاب .

- ٩ - الخالة الشقيقة فالخالة لأم فالخالة لأب •  
 ١٠ - بنت الأخت لأب • وهناك رواية في الفقه الحنفي بتقديم بنت الأخت لأب على الخالة •  
 ١١ - بنات الاخوة وذلك بتقديم بنت الأخ الشقيق فبنت الأخ لأم فبنت الأخ لأب ، وتقديم بنات الاخوات على بنات الاخوة لأن الأخت لها حق في الحضانة دون الأخ فكان المدلى بها أولى •  
 ١٢ - العمات بتقديم العمة الشقيقة فالعمة لأم فالعمة لأب •  
 ١٣ - خالات الأم •  
 ١٤ - خالات الأب •  
 ١٥ - عمات الأم •  
 ١٦ - عمات الأب بتقديم الشقيقة في كل منهن ثم التي لأم ثم التي لأب •

#### والقاعدة :

إذا تساوت النساء بدرجة قرابتهن للطفل كوجود عدد من الشقيقات أو عدد من بنات الاخوة قدمت ذات القرابتين أي من تتصل بالطفل بالأم والأب فتقدم الشقيقة على الاخت لأب وتقدم الخالة الشقيقة على الخالة لأب ثم تقدم قرابة الأم على قرابة الأب لأن حق الحضانة يثبت للأم •

أما إذا تساوت النساء الحاضنات بالدرجة والقوة كعدد من الاخوات الشقيقات اختار القاضي من كانت أقدر على تربية الطفل ورعايته (١) •

#### حضانة المصبات :

إذا لم توجد احدي الحاضنات وفق الترتيب السابق أو وجدت ولكن لم تكن أهلا للحضانة ، انتقلت الحضانة للمصبات الذكور المحارم على ترتيب الميراث •

(١) ان انتقال الطفل المحضون من امه الى جدته لانه مثلا لا يحتاج الى حكم قضائي وتستطيع الام ان تسلم الولد الى من يليها بالحضنة إذا سقطت عنها الاهلية اللازمة لذلك . راجع القامدة ١٠٢٥ من مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض السورية من ٥١٤ •

وكذلك تنتقل الحضانة الى العصبات المحارم إذا اتهمت فترة الحضانة  
المخصصة شرعا لبقاء الطفل لدى محارمه النساء •

وترتيب هؤلاء كما يلي :

- ١ - الأب أحق بحضانة الصغير •
- ٢ - الجد أبو الأب ولو علا •
- ٣ - الأخ الشقيق •
- ٤ - الأخ من الأب •
- ٥ - ابن الأخ الشقيق •
- ٦ - ابن الأخ لأب •
- ٧ - العم الشقيق •
- ٨ - عم الأب الشقيق •
- ٩ - عم الأب لأب •
- ١٠ - ابن العم الشقيق إذا كان الطفل غلاما •
- ١١ - ابن العم لأب •

حضانة ذوي الارحام :

فان لم يوجد أحد من العصبات الرجال المحارم لحضانة الصغير أو وجد  
وليس أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة الذي رحم محرم من الرجال غير  
العصبات •

ترتيب ذوي الارحام في حضانة الصغير :

- ١ - الجد لأم •
- ٢ - الأخ لأم •
- ٣ - ابن الأخ لأم •
- ٤ - العم لأم •
- ٥ - الخال الشقيق •

٦ - الخال لأب •

٧ - الخال لأم •

فإن لم يكن للضغير أحد من ذوي الأرحام كانت الحضانة لأقربائه غير  
المحارم ، على أنه لا حق للأنث في حضانة العلام كما أنه لا حق للرجال في حضانة  
البنات •

فلا حق لبنات العم والعمة والخال في حضانة الذكور لعدم المحرمية ولهن الحق  
في حضانة الإناث •

ولا حق لبني العم والعمة والخال والخالة في حضانة الإناث وإنما لهم الحق  
في حضانة الذكور •

فإن وجدت أثنى محضونة لا قريب لها إلا ابن عم لها فالحاكم يختار من هو  
الأصلح ، إما أن يسلمه بنت عمه لحضانتها أو يسلمها إلى أثنى ثقة أمينة تسهر  
على رعايتها (١) •

وذلك لأن ابن العم لا يحق له حضانة ابنه عمه ولو كان مأمونا في دينه وخلقه  
إلا إذا كانت الطفلة صغيرة جدا بحيث لا يخشى عليها من الفتنة •

ومن الجدير بالذكر أن ذوي الأرحام في الحضانة أخص من ذوي الأرحام في  
الميراث ، لأن المراد بذوي الأرحام في الحضانة هو كل قريب ذي رحم من المحضون  
غير عصبية •

لأننا لو أطلقنا القول بذوي الأرحام لتشمل كل ذي رحم من النساء ولم يكن  
محرما مع أنه لا حق لبنات العمة في الحضانة ولا لبنات الخالة لأنهن غير محارم •

وقد جاء في البزازية • « والحاصل أن ولاية الانتكاح منأطة بالرحمية فقط  
وحق الحضانة منوط بالرحمية مع المحرمية » •

---

(١) راجع : البدائع ج ٤ ص ٤٢ ، ورد المحتار ج ٣ ص ٥٦٤ ، تبين الحقائق  
ج ٣ ص ٤٨ نهاية المحتاج ج ٥٧ ص ٢١٥ ، حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥٣٧ ، منتهى  
الإرادات ج ٢ ص ٣٨٦ •

هذا هو ترتيب الاقرباء بالحضانة وفق المذهب الحنفي (١) .

أما قانون الاحوال الشخصية السوري فقد ورد فيه في المادة ١٣٩ :

ف ١ : حق الحضانة للأُم وان علت . فلام الأب وان علت ، فلالخت الشقيقة ، فلالخت لأم ، فلالخت لأب ، فلبنت الشقيقة ، فلبنت لأخت لأم ، فلبنت الأخت لأب ، فلللخالات . فللمنات ، بهذا الترتيب . ثم للعصبات من الذكور على ترتيب الارث (٢) .

(١) ان ذوي الارحام في الميراث هم الاقارب الورثة الذين ليس لهم نصيب مفروض وليسوا من العصبات .

ويختلف مفهوم ذوي الارحام في الميراث عنه في الحضانة فالاخ لام مثلا يعتبر من ذوي الارحام في الحضانة بينما لا يعتبر كذلك في الميراث لانه من اصحاب الفرائض . راجع الوصية والاهلية والتركات للمؤلف بالاشتراك مع الدكتور مصطفى السباعي ص ٥٣٧ و ص ٦٣٣ .

كذلك فان مناط ولاية الحضانة لدى ذوي الارحام هي المحرمية فيجب ان يكون الحاضن رحما محرما وعلى هذا لا يجوز ان يكون حاضنا ابن الخال او ابن الخالة لان كلا منهما ليس بمحرم الصغير .

(٢) اما آراء بقية المذاهب في ترتيب الحاضنات فيبدو ان هناك بعض الاختلاف فيمن يلي الام بالحضانة بعد ان اتفقوا على اولويتها بذلك .

قال الامام مالك ان الخالة هي التي تلي الام لقوله صلى الله عليه وسلم « الخالة ام » وعلى هذا فان الحضانة تنتقل بعد الام وام الام الى خالة المحضون .

وقال الحنابلة ان الذي يلي الام وام الام هو الاب وام الاب . وفي رواية عن الامام احمد ام ام الاب احق من ام الام .

وقال الشافعية الاخت من الاب اولى بالحضانة من الاخت من الام ومن الخالة وان ام الاب تأتي بعد ام الام .

ومرد الخلاف بين الفقهاء في هذا الموضوع هو عدم وجود نص قاطع يحدد ترتيب الحاضنات فيما عدا الام ، فمنهم من اعتبر تقديم الام لامومتها فقدم اقربها على اقرب الاب ومنهم من قدمها على الاب لانها من النساء وهن اقدر على الحضانة من الرجال فهؤلاء لم يمنعوها تقديم نساء العصبات على اقرب الام .

راجع : الانصاح ج ٢ ص ٣٧٢ ، تبين الحقائق ج ٣ ص ٤٧ الوجيز للغزالي ج ٢ ص ١١٨ مواهب الجليل ج ٤ ص ٢١٥ المهذب ج ٢ ص ١٨١ .

كشف القناع ج ٣ ص ٣٢٦ المغني ج ٩ ص ٣٠٧ زاد المعاد ج ٤ ص ١٢٣ .

م ١٤٠ :

إذا تعدد أصحاب حق الحضانة فللقاضي حق اختيار الاصلح .

ونلاحظ في القانون السوري :

١ - انه لم يستثن ابن العم من حق الحضانة إذ أطلق النص بقوله :  
للعصبات من الذكور على ترتيب الارث ، مع أن القانون في مكان آخر استثنى  
ابن العم من الولاية في حق الزواج بالنسبة لابنة عمه .  
ولا اعتقد أن القانون أراد مخالفة ما ذهب اليه فقهاء الحنفية باستثناء ابن العم  
ولكن ربما كان خطأ من واضعي القانون والقاضي ولا بد ان يفسر النص بما جاء  
فيه وعلى هذا فان ابن العم يصلح أن يكون حاضنا حسب النص التشريعي  
المعمول به .

ولا بد من القول بأن بقية المذاهب من الشافعية والحنابلة اتفقوا مع الحنفية  
على عدم جواز أن يتولى ابن العم ابنة عمه إلا إذا كانت في سن صغير جدا .  
وان القانون السوري منع صراحة في المادة ٢١ ابن العم من حق الولاية في  
الزواج على ابنة عمه . وكان عليه أن ينص على عدم جواز تولي ابن العم حضانة  
ابنة عمه .

على انه يمكن حمل النص القانوني على حالة واحدة وهي صحة حضانة ابن  
العم إذا كانت بنت عمه المحضونة صغيرة جدا وابن العم مأمون عليها ولا يخشى  
عليه من الفتنة وفق ما جاء في بعض كتب فقهاء الحنفية .

٢ - ان القانون لم يذكر في ترتيب حق الحضانة ذوي الارحام بعد  
العصبات فاذا لم يكن للمحضون من أقاربه العصبات من يقوم بحضائته فان المذهب  
الحنفي على انتقال حق الحضانة الى ذوي الارحام من أقاربه بينما القانون سكت  
عن ذلك .

وهنا أيضا الذي أراه أن القانون بنصه هذا لا يفسر بانتقال حق الحضانة  
الى ذوي الارحام استنادا الى المادة ٣٠٥ من قانون الاحوال الشخصية التي تنص  
على الرجوع الى المذهب الحنفي في حال سكوت النص ، لاننا نرجع الى المذهب  
الحنفي في حال سكوت النص على بيان حكم الواقعة أما حين يختار القانون مذهباً

آخر أو حينما يتفق مع مذهب من المذاهب الفقهية التي لا تجيز لذوي الارحام حق  
الحضانة في هذه المسألة بل للقاضي ان يختار من يراه مناسباً للصغير ، في هذه  
العالة ومثيلاتها لا يجوز الرجوع الى المذهب الحنفي بل يجب التقيد بما جاء في  
النص (١) .

وعلى هذا فالذي أراه تفسيراً للقانون ان حق الحضانة بعد ذوي العصابات  
ينتقل الى القاضي حيث يختار من يراه أهلاً للحضانة مما يضمن فيه مصلحة الطفل  
المحزون (٢) .

ولعل هذا الاتجاه في تفسيرنا القانون بعدم انتقال الحضانة الى ذوي الارحام  
تتفق مع نص المادة ٢١ منه التي حددت أيضاً الولاية في الزواج بالعصبة بالنفس  
ولم تذكر ولاية ذوي الارحام (١) .

(١) في حضانة ذوي الارحام روايتان في كل من المذهب الشافعي والحنبلي .  
راجع المذهب ج ٢ ص ١٨٢ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٧٢ والمفني ج ٩ ص ٣٠٨  
وكشاف القناع ج ٣ ص ٣٢٧ .  
(٢) جاء في كتاب الاحوال الشخصية لاسناذنا الجليل الدكتور السباعي رحمه  
الله ص ٣٠٠ :

« لم يتعرض القانون لحكم ما إذا فقد العصابات من الذكور مع وجود الاقرباء  
من ذوي الارحام ، وقد ذكرنا ان حق الحضانة حينئذ ينتقل الى الاخ لام ثم الى ولده  
ثم الى العم لام ثم الى الخال - وهذا على رأي أبي حنيفة - واستظهرنا ان يكون  
القانون لم يأخذ بهذا الرأي مع وجاهته ، لان اعطاء حق الحضانة لذوي الارحام أولى  
وانفع للصغير من ترك الامر للقاضي بحيث يضعه عند امرأة اجنبية موثوقة .  
ثم يقول الدكتور السباعي : وبعد طبع ما تقدم سألنا الاستاذ مصطفى الزرقاء  
عضو اللجنة التي وضعت القانون بشكله النهائي عن هذه الملاحظة ، فأجاب بان اللجنة  
لم تذهب الى حرمان ذوي الارحام من حق الحضانة ، وانما اقتصر القانون على ذكر  
العصابات فقط بناء على انه يندر ان لا يوجد للطفل قريبة واحدة ممن لهن حق  
الحضانة من النساء ولا واحد من اقربائه من العصابات ، فاذا وجدت مثل هذه الحالة  
النادرة ، فمن واجب القاضي الرجوع الى مذهب أبي حنيفة تطبيقاً للمادة (٣٠٥) من  
القانون . وعلى ذلك يكون الحكم هو ما ذكرناه من حق ذوي الارحام في الحضانة عند  
فقدان العصابات » .

(١) وقد قررت محكمة النقض السورية انه إذا لم يكن للصغير اب او جد  
او عصة فالولاية تنتقل الى الحاكم . مجلة « القانون » ع ٣ ص ٢٧١ سنة ١٩٦٥ .

## الفرع الثاني

### اهلية الحاضن

يشترط في الحاضنة من النساء على حسب الترتيب الذي ذكرناه الشروط التالية :

١ - أن تكون قريبة للطفل وذات رحم محرم منه وذلك كالأم والأخت ، فلا حضانة لغير القريبة وان كانت محرما له كالأخت من الرضاع ، ولا حضانة للقريبة غير المحرم كبنت العم مثلا<sup>(١)</sup> .

٢ - أن تكون بالغة<sup>(٢)</sup> لان الحضانة رعاية الصغير وتربيته فيجب على الاقل أن تكون الحاضنة في سن تؤهلها لذلك .

٣ - أن تكون عاقلة وذلك أن الحضانة ولاية وغير العاقل يحتاج الى رعاية فكيف يتولى شؤون غيره ، ولهذا لا يجوز أن تكون الحاضنة مجنونة أو معتوهة .  
ولا فرق في الجنون سواء أكان متصلا مستمرا أم كان متقطعا وذلك للخطر الناتج عن تصرفات المجنونة ولو كان يوما في الشهر فقد يصاب المحضون بضرر قد يقضي على حياته ، والحضانة الاصل فيها رعاية المحضون<sup>(٣)</sup> .

٤ - أن تكون قادرة على رعايته وتربيته والمحافظة عليه ، فالمریضة بمرض يمنعه عن القيام بشؤون الصغير لا تعتبر ذات أهلية للحضانة وكذلك إذا كانت مریضة بمرض يخشى انتقاله الى الصغير .

---

(١) البدائع ج ٤ ص ٤٢ .  
(٢) والراهقة إذا ادعت البلوغ تأخذ حكم الكبيرة : رد المحتار ج ٢ ص ٦٧١ .  
المغني ج ٩ ص ٢٩٦ .  
(٣) كشاف القناع ج ٣ ص ٣٢٧ مواهب الجليل ج ٤ ص ٢١٥ نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٧٣ الام ج ٥ ص ٨٤ .

والمرجع في تقدير المرض وخطورته وتعديه الى الصغير هو الطب وبه يأخذ القضاء دليلا على عدم توافر شرط الحضانة .

٥ - أن تكون أمينة على الطفل فالمرأة الفاسقة التي لا تقيم للاخلاق الفاضلة وزنا لا يجوز أن تكون حاضنة للصغير لان سوء سلوكها يخشى منه على الصغير في تربيته إلا إذا كان سلوك المرأة لا يؤدي الى فساد الطفل أو اهماله بتركه دون رعاية فتبقى الحضانة لهذه المرأة حتى يعقل الطفل ويخشى منه على نفسه ونشأته حينئذ تنزع الحضانة منها (١) .

على أن مجرد خروج الأم من البيت لا يعتبر كافيا لنزع حضانتها إلا إذا كان لا يوجد من يرعى الصغير في البيت .

ولا يشترط اتحاد الدين بين الحاضنة والطفل أما كانت أو غيرها ، فإذا تزوج مسلم مسيحية مثلا ثم طلقها بعد أن جاءت بولد فالولد مسلم لانه تابع لأبيه ، وأمه أحق بحضانتها رغم اختلاف الدين لان مناط الحضانة الشفقة وهذه تتوافر بالأم وغيرها من الحاضنات ما دام الطفل صغيرا غير مميز إلا إذا كانت الحاضنة سيئة السلوك فتنتزع حضانة الطفل منها لانها تتساوى مع الحاضنة المسلمة في حرص الشرع على مصلحة الصغير بعدم اهماله وافساد تربيته إذا كانت الحاضنة فاسقة بصرف النظر عن دينها (٢) .

---

(١) . وقد اشترط القانون المغربي في أهلية الحضانة الاستقامة وذلك أخذا من المذهب المالكي . راجع المدونة ج ٥ ص ٢٨ .

(٢) جاء في المادة ٣٨١ من الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية :  
الحاضنة الذمية أما كانت أو غيرها أحق بحضانة الولد كالمسلمة حتى يعقل ديناً أو يخشى عليه أن يالف غير دين الاسلام .

أما القانون المغربي فقد نص في الفصل ١٠٨ :  
« إذا كانت الحاضنة على غير دين أبي المحضون ولم تكن أما لم يكن لها حق الحضانة يلا في السنين الخمس الاولى من عمر المحضون ، فإذا كانت الحاضنة أما صحت حضانتها بشرط أن لا يتبين استقلالها للحضانة لتنشئة المحضون على غير دين أبيه » . وحسنا ما ذهب اليه هذا القانون من التفرقة بين حالتين يجب التفريق بينهما في حال اختلاف دين الحاضنة عن دين الطفل الذي هو دين أبيه .

والخلاصة إن هذا الشرط هو أن تكون الحاضنة أمينة على تربية الطفل  
ورعايته فاذا ثبت خلاف ذلك سقطت الحضانة عنها وانتقلت الى من يليها بالترتيب •  
٦ - أن لا تعيش الحاضنة في بيت فيه من يبغض الصغير وان كان قريبا له  
وذلك خشية ايدائه أو الاضرار به •

٧ - أن لا تكون الحاضنة مرتدة لأن جزاء المرتدة في النظام الاسلامي أن  
تحبس لتتوب أو تموت •  
٨ - وقال الحنفية إذا امتنعت الحاضنة عن حضانة الطفل دون أجر وكان

أبوه معسرا سقطت حضانتها •  
٩ - أن لا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي من الطفل المحضون اما إذا كانت  
متزوجة بذوي رحم محرم منه كعم الصغير أو كانت غير متزوجة فهي أهل للحضانة •  
ويكفي مجرد العقد على ما ذكره فقهاء الحنفية الذين لم يشترطوا الدخول<sup>(١)</sup>  
والى هذا ذهب الشافعية<sup>(٢)</sup> والحنابلة<sup>(٣)</sup> فقالوا ان مجرد العقد يسقط حضانة  
الحاضنة ولو لم يتم الدخول •

وقال المالكية لا بد من الدخول لان مجرد العقد لا يسقط الحضانة<sup>(٤)</sup> •  
أما إذا كانت الحاضنة متزوجة بأجنبي أو بقريب غير محرم للطفل كأبن عمه  
مثلا فلا تعتبر أهلا للحضانة وكذلك تسقط أهليتها للحضانة اذا كانت متزوجة  
بمحرم غير قريب للطفل كعم الطفل من الرضاعة •  
وذلك كله لمصلحة الصغير لئلا يعيش في بيت فيه من ينظر اليه نظرة بعيدة عن  
العطف والحنان التي يجب أن تتوافر له في فترة الحضانة •  
وهنا نطرح سؤالاً أثاره الفقيه الحنفي ابن عابدين وهو ان زوج الأم الاجنبي  
عن الصغير قد يكون اكثر شفقة من الحاضنة التي سينتقل اليها الطفل فيما لو  
سقطت حضانتها عن الأم لزوجها ، فوجود الطفل الصغير مع أمه ورعاية زوجها له

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٦٣٩ •

(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٧٣ •

(٣) المفتي ج ٩ ص ٣٠٧ زاد الماد ج ٤ ص ٢٥٤ •

(٤) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٦٩ • الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ٣

أو عدم ظلم زوجها للطفل ، ألا يعد أحسن حالا مما لو كانت الحاضنة أو من ينتقل إليه ممن يتمنى موته وهلاكه ، ففي مثل هذه الحالة ألا يعطى الأمر إلى القاضي ليرى ما هو أصلح للطفل فإن رأى بقاء الطفل مع أمه وزوجها الأجنبي مصلحة للصغير أكثر من انتقاله إلى الغير من الحاضنين أبقاه وإلا انتزعه ونقله إلى من يلي الأم بالحضانة (١) .

ونظرا لأهمية هذا الموضوع فاني انقل رأي ابن عابدين ثم أناقش ما ذهب إليه :  
جاء في رد المحتار (٢) :

« ينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة ليراعي الإصلاح للولد فإنه قد يكون له قريب مفضل له يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقا عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها أو لياكل من نفقته أو نحو ذلك وقد يكون له زوجة تؤيه أضعاف ما يؤيه زوج أمه الأجنبي ، وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكنائها معهم . فإذا علم المفتي أو القاضي شيئا من ذلك لا يحل له نزعها من أمه لأن مدار الحضانة على نفع الولد » .

وقد تعقب الرافعي ابن عابدين ونقل عن السندي ما يفيد عدم ضحة ما ذهب إليه ابن عابدين لأن حضانة الأم تسقط إذا تزوجت بأجنبي .  
يقول الرافعي في التحرير المختار (٣) :  
« قال العلامة السندي (٤) أفاد الحديث سقوط حضانتها بالتزويج فلا يلتفت إلى شفقة زوجها » .

---

(١) جاء في الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ١٦٤ نقلا من بعض فقهاء المالكية :

« لا أعلم خلافا بين السلف من العلماء في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج أنها أحق بولدها من أبيه ما دام طفلا صغيرا لا يميز شيئا إذا كان عندها في حرز وكفاية ولم يثبت فيها فسق ولا تبرج » .

(٢) رد المحتار ج ٢ ص ٥٦٥ .

(٣) التحرير المختار ج ١ ص ٢٤٧ .

(٤) من كبار فقهاء الحنفية المتأخرين توفي عام ١٢٥٧ هـ من مؤلفاته « طوابع الانوار شرح الدر المختار » وهو من أهم مخطوطات الفقه الحنفي ويقع في نحو ١٦ مجلدا . ويوجد نسخة محفوظة في مكتبة الأزهر رقم (١٩٨٧) .

ويعني بالحديث الذي مر ذكره : « أنت أحق به ما لم تنكحي » (١) .

والذي أراه :

١ - ان الحديث المذكور : أنت أحق به ما لم تنكحي . لا يفيد أكثر من  
أفضلية الام بحضانة طفلها على الاب ما لم تتزوج . وإذا تزوجت كان الأب أحق  
من الأم . وما بعد هذا لم يرد إلا عن طريق القياس لانه ما دام حق الحضانة قد  
سقط عن الام فيجب أن ينتقل الى من يليها ، ولكن في رأيي أن الموضوع يحتاج الى  
تفصيل فان تفضيل الأب على الأم فيما لو تزوجت أجنبيا لا يعني سقوط حقها في  
حال عدم وجود الأب ووجود حاضن غير الأب .

٢ - ان الحديث المذكور لم يأخذ به فقهاء الظاهرية لانه لم يصح لديهم

الاحتجاج به .

ويقول ابن حزم في المحلى (٢) :

« الأم أحق بحضانة الولد الصغيرة والابنة الصغيرة . . . . . تزوجت

أو لم تتزوج » .

٣ - وعلى هذا الاعتبار بعدم الاحتجاج بالحديث المذكور فيجب ان تراعى

مصلحة الصغير المحضون أولا قبل كل شيء بالنظر الى أمرين :

أ - هل للام الحاضنة ما تعيل به طفلها أو ما يكفي نفقتها علما بأن نفقة

الحضانة على المكلف بالاتفاق على الصغير كالأب مثلا فانه يراعى في رأينا مقدرة

الأم المالية لتلا ينظر زوجها الى الطفل نظرة بغض وكرهية .

ب - والامر الثاني يتوقف على معرفة الحاضن الذي سوف ينتقل اليه الطفل

المحضون اذا سقطت حضانة الام ، فان كان الأب أو الجد ففي هذه الحالة تنتقل

الحضانة اليهما على اعتبار وجود الشفقة لديهما ولا يقال ان الام أشفق لأن وجود

ضرر أو اساءة من أحد الحاضنين يسقط حضائته سواء آكان عند أبيه أو غيره ،

فقد يكون زوج الأم أكثر شفقة من زوجة الأب على الطفل المحضون .

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٩ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٣٢٣ .

ج - ان ما تقترحه من عدم سقوط حق حضانة الام بزواجها بأجنبي عن الطفل وانتقال هذا الحق الى القاضي ليرى ما هو أصح للصغير يقتصر على الأم ، أما غيرها من الحاضنات فان زواجهن بشغلهن عن تربية ورعاية الصغير فمن المصلحة ابقاء الحكم على سقوط حضائتهن وانتقالها الى من يليهن في الحكم لان ما يتوافر لأم الطفل من حنان وشفقة مع زواجها لا يتوافر لدى غيرها من الحاضنات المتزوجات .

والخلاصة فان القاضي ينظر بما فيه مصلحة المحضون بصرف النظر عن كون الحاضنة متزوجة بأجنبي أو لا وهذا الذي نرجحه حرصا على ضمان رعاية وتربية الطفل في جو يسوده المحبة والشفقة .  
ومع هذا فان القانون السوري صرح بسقوط الحضانة عن الحاضنة إذا تزوجت بأجنبي أخذاً من المتمد لدى فقهاء الحنفية .

جاء في المادة ١٣٨ من قانون الاحوال الشخصية السوري :  
«زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضائتها» .  
ويمكننا القول بأن الفقهاء على رأيين بسقوط الحضانة إذا تزوجت الحاضنة بغير محرم :

- ١ - جمهور الفقهاء قالوا تسقط حضائتها (١) .
  - ٢ - الظاهرية قالوا لا تسقط (٢) .
- وقد أخذ القانون برأي الجمهور .

أما بقية شروط الحضانة فقد جمعها القانون السوري في ١٣٧ :  
« يشترط لأهلية الحضانة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً » .

---

(١) وفي رواية عن الإمام أحمد بن حنبل ان الطفل ان كان بنتا لم تسقط حضائتها بزواج أمها وان كان ذكرا سقطت الحضانة بالزواج . زاد المعاد ج ٤ ص ١٣٠ .  
(٢) وقد رد ابن القيم على ابن حزم بقوله : واذا تعارض معنا في الاحتجاج قول ابن حزم وقول البخاري وأحمد وأمثالهم لم نلتفت الى سواهم . زاد المعاد ج ٤ ص ١٣١ .

وبموجب هذا النص لا يجوز للحاضنة ان تستمر في حضانتها إذا حال دون ذلك مرض معد يخشى انتقاله الى الطفل أو كان سببها يؤثر في تربية الولد سوءا وضررا .

وقد قضت محكمة النقض السورية فيما يتعلق بمرض الحاضنة بما يلي (١) :  
« ان عجز الحاضنة عن القيام بالحضانة لوجود علة في جسمها يفقدها حق الحضانة (٢) » .

وفي قرار آخر :

إذا كان الفجور يستدعي ترك الولد مشردا بسبب خروج الفاجرة من منزلها استجابة لرغبتها ، فانه يسقط حق الحضانة مهما كان سن الصغير (٣) .  
أما إذا كان الفجور ينجم عن فساد أخلاق الصغير فانه يشترط بلوغ المحضون سناً يعقل فيها التمييز بين الضار والنافع (٤) .

على أنه لا بد من تقييد التقرير الطبي لعدم أهلية المرأة للحضانة لسبب مرضي إذا كان المرض يحتاج لخبرة فنية أما إذا كان لا يحتاج الى ذلك فيمكن للقضاء أن يحكم به بموجب تحقيق يقوم به ويثبت لديه كالصمم مثلا أو العمى فإذا كانت الحاضنة صماء لا تسمع بكاء الطفل أو عمياء لا تراه فكيف يمكنها ان ترعى شؤونه وهذا أمر يكفي فيه رأي القضاء لان الخبرة الطبية لا تزيد شيئا جديدا في الموضوع (٥) .

(١) قرار محكمة النقض السورية في ١٩٥٤/٥/٣٠ .

(٢) لقد نص المنشور السوداني ذي الرقم ٢٨ تاريخ ١٩٢٧/٢/١٦ :

١ - مرض الحاضنة مرضا معديا يسقط حضانتها للمحضون وكذلك سكنها

مع مريض مرضا معديا .

ب - ليس للائمة حق الحضانة إذا لم يكن معه من يحضن الطفل .

(٣) مجلة القانون ١٩٦٤ العدد ٣ ص ٢٨٧ .

(٤) وقد قدر السن الذي يفقه فيه الطفل الضرر الذي يلحق به من جراء

سلوك حاضنته بالخامسة من عمره . راجع قرار محكمة النقض السورية رقم ٨٦

تاريخ ١٩٧٠/٣/٢ .

(٥) راجع القاعدة ١٠٣ من مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض السورية

ص ٥١٧ .

## هل يستغف عمل المرأة حضانتها لطفلها :

ان عمل المرأة بالنسبة لحضانتها يجب ان ينظر اليه على ضوء مصلحة الطفل ، وقد بحث فقهاؤنا هذا الموضوع على اساس قدرة الام الحاضنة وامانتها وتفرغها وعدم انشغالها عن طفلها بخروجها المتكرر من بيتها بحيث تترك طفلها فيعرض للاضرار الناجمة عن هذا الاهمال، وبناء على ذلك يمكننا ان نحدد عمل المرأة الموظفة ومدى تأثيره على العناية بالطفل ، فالام التي تعمل يومها خارج منزلها تهمل واجبها الاساسي نحو طفلها فيجب ان تنتقل الحضانة الي من يليها ولو تركت خادمة تعنى بشؤونه ، لان الشارع حين رتب الحضانات وفضل الام على غيرها حتى الاب انما نظر اولا وقبل كل شيء الى مايجب ان يعطى له الطفل من مزيد الاهتمام من امه بالذات لامن أية امرأة اخرى خادما كانت أو قريبة ، فقد أثبت العلم ان وجود الطفل بين ابويه يكسبه ذكاء ونمو لا يحصل عليه اذا كان في مكان بعيد عن الحنان ولو كان في مكان بعيد عن الحنان ولو كان في أكبر المدارس واحداثها وارعاها للطفل .

ان غياب الام سبع ساعات قلى الاقل في اليوم بوظيفتها يستط حضانتها لان مصلحة الطفل توجب علينا ان نفكر بما هو انفع له .

لتعمل الام موظفة في عمل نظيف شريف ولينتقل الطفل الى من يرعاه بعد أمه لدى احدى قريباته وبهذا تؤمن مصالحتيهما معا دون أن تضحي بمصلحة احدهما لقاء نفع الآخر أو ضرره .

والذي أراه في هذا الموضوع ان نفرق بين مرحلتين من عمر الطفل لدى امه ، فترة ما قبل الرابعة وفترة ما بعد ذلك الى السابعة .

ففي الفترة الاولى لا يمكن للطفل ان ينمو نموه الطبيعي من حيث استعداده الفطري بجميع ملكاته الا اذا كان في جو ملؤه العطف والشفقة فالحاضنة والمربية

أو مدارس الحضانة لا تقوم بديلا عن الام في ذلك ابدا (١) .

اما في الفترة الثانية فيمكن للام ان تشغل عنه بضع ساعات في اليوم اذا كانت بموظفة تذهب لعملها كمدرسة مثلا ثم تعود في الوقت الذي يعود طفلها لترعاه بحنانها ويكون تحت اشرافها .

وعلى كل حال فاننا نؤكد على منح القاضي الصلاحيات الواسعة في تقدير مصلحة الطفل في هذا الامر ، فقد تكون هناك أم موظفة ولا تمنعها وظيفتها عن الاهتمام بطفلها وقد يكون العكس اذا كانت طيلة النهار تعمل وحين تأوي الى البيت تقوم ايضا باعداد دروسها فان الاهمال يلحق بالطفل ومن ثم يجب نزع حضانتها لتأمين العناية الكافية لطفلها ، وعلى القاضي النظر ايضا الى من تنتقل اليه حضانة الطفل .

(١) تقول مؤلفة كتاب « اطفال بلا أسر » :

ان بداية الكلام الحقيقي تنمو على اساس الصلة المباشرة بين الطفل والديه ، فان الطفل يدرك بفريرته كل انفعال يثرانه ، فهو يراقبهما ويقلد التسميات المختلفة التي تظهر على وجهيهما ، وهذا الانفعال العاطفي التقليدي له من القوة ما يدفعه الى الكلام .  
وجاء في كتاب « نظام الاسرة وحل مشكلاتها » للدكتور عبد الرحمن الصابوني ص

١٩٥ :

« ... » لئن استطاعت المحاضن ان تقدم للطفل كل ما يحتاجه جسمه من رعاية واهتمام فلن تستطيع ان تقدم له الرعاية الكاملة لعقله ولشعوره ووجدانه فهو بحاجة ماسة الى العطف الذي لا يجده لدى غير امه ، العطف والحنان اللذين لا يقومان بالاجر اليومي ولا المرتب الشهري بل على غريزة الفطرة التي اودعها الله في قلب الام نحو طفلها من حب وشفقة واهتمام .

وقد قام الاستاذ وين دنيس الحائز على شهادة دكتوراه من جامعة كلارك والذي يعتبر من المصنفين في علم النفس في الولايات المتحدة بجولة علمية من قبل المؤسسة الوطنية الاميركية للأمراض العقلية ، وزار عدة بلدان منها : لبنان والولايات المتحدة وانكلترا وهولندا والمانيا واليونان وايطاليا واطلع على دور الحضانة فيها فتبين له مدى الفرق الهائلة في مستوى الذكاء لدى الاطفال من بيئة الى اخرى واثبت في تقريره ان الذكاء ينخفض لدى الطفل الذي يعيش مع عشرة اطفال فقط وشرفعلى تربيتهم مربية واحدة الى مايزيد عن ٤٠٪ من نسبة الذكاء لدى غيره من الاطفال الذين ينشأون في جو عائلي .

وقد ذهب التعديل الجديد لقانون الاحوال الشخصية الى حكم جديد في المادة  
١٣٩ في الفقرتين ٢ ، ٣ بما يلي :

٢ف - لا يسقط حق الحاضنة بحضانة اولادها بسبب عملها اذا كانت تؤمن رعايتهم  
والعناية بهم بطريقة مقبولة .

٣ف - للحاضن اما كانت او جدة أن تطلب من القاضي- تسليمها للصغير ، وعلى  
القاضي أن يقرر هذا التسليم دون قضاء خصومة بعد التأكد من قرابتها  
بوثيقة من امانة السجل المدني ويقرر أيضا للصغير نفقة على من يراه مكلفاً  
بها ويجري تنفيذ قرار القاضي من قبل دائرة التنفيذ المختصة . ولئن يعارض  
في التسليم او في النفقة وجوباً او مقداراً أن يتقدم الى المحكمة المختصة  
بالادعاء للتظلم من هذا القرار ونخضع الدعوى لاجراءات وطرق الطعن في  
الاحكام الشرعية ولا يؤثر رفع هذه الدعوى على تنفيذ القرار المذكور الا  
حين صدور حكم مبرم .

يلاحظ ان ترتيب الحاضنات لم تتغير عما كانت عليه في التشريع السابق ،  
وهذا الحكم في اولوية الحضانة مأخوذ عن مذهب الحنفية .

اما الفقرة الثانية فقد جاءت مخالفة لما عليه العمل في القانون المعدل من أن  
المرأة التي تعمل خارج المنزل فتترك طفلها المحضون فان حضانتها تسقط رعايته  
لهذا الطفل الا اذا اصطحبت معها طفلها كما لو كانت مدرسة وبنفس المدرسة التي  
تعمل فيها كروضة أطفال مثلاً هذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في سوريا وفق  
القواعد العامة في أهلية المرأة للحضانة .

جاء النص الجديد يعطي المرأة الحق بالاستمرار في حضانة طفلها ولو تركت  
بيتها وخرجت تعمل موظفة في أية دائرة من دوائر الدولة سواء أكانت معلمة في  
مدرسة أطفال أم لا بشرط أن تؤمن رعاية الطفل بطريقة مقبولة ، ويمكن ان تفسر  
الطريقة المقبولة بطرق مرنة شتى كأن تضعه لدى خادمتها أو لدى جاريتها أو في  
روضة أطفال على أحسن حال من حالات تفسير هذا النص .

والذي أراه في هذا الموضوع ان يسقط حق الام بحضانة طفلها يجب ألا

لا يفسر بسقوط حقوقها أو بنقص كرامتها أو بالظن في خنانها ، انما المقصود من ذلك كله من شروط الحضانة التي ذكرها الفقهاء هو تأمين مصلحة الطفل بقدره أمه على حضائته قدرة تمكنها من الاشراف المباشر على مآكله ومشربه وكل حركة من حركاته وبخاصة في السنوات الاولى من عمره . فاذا تزوجت الام أو عملت خارج البيت أو أصيبت بمرض معد أو غادرت البلد الذي يقيم فيه الطفل كل ذلك لا يعني أن حقها كام يقل عن أي أم أخرى ولكن حقوق الطفل يجب مراعاتها أولا وقبل كل شيء .

هذه هي القضية التي يجب أن تبحث بتفصيل أي الحالات أضمن لتربية الطفل وسلامته واستقراره وهدوءه وتهينة الجو الاسري الذي ينشأ فيه . هل ينشأ هذا الطفل بين المربيات الجاهلات أم في الروضات التي يعيش في كل غرفة من غرف أقبية البيوت منها عشرات ومئات من الاطفال بعيدين عن أمهاتهم في فترة السنوات الاولى من أعمارهم حيث لا يجدون خناناً كحنان أمهاتهم وعطفاً كعطفهن . ان نظام الحضانة في الشريعة الاسلامية حريص على ايجاد أنقى الاجواء وأسلم السبل وأفضل البيئات ليفتح هذا الطفل عينيه فيجد نفسه محاطا بكل عناية واهتمام . فاذا وجد مثل ذلك فلتفعل الام ماتشياء ولنضع طفلها حيث تريد .

ان انتقال الطفل من أمه لجدهته لأمه في مثل هذه الحالة التي تغادر فيها الأم منزلها لتعمل طيلة النهار وأحياناً بعض الليل هو لمصلحة الطفل لا للظن والنقص من كرامة الأم وعليها ان ترحب بذلك مادام الأمر يعود بالفائدة والخير على صغيرها .

أما الفقرة الثالثة من هذه المادة فهي جديدة أيضاً وتتعلق باجراءات استلام الأم لطفلها المحضون دون قضاء خصومة وعلى من ينازعها في ذلك ان يرفع دعوى يطالب باسترداد الطفل .

وجبذا لو اقتصر النص على الأم لأنه لا يوجد من هو أولى منها بالحضانة بالنسبة للطفل اذا كانت أهليتها للحضانة مستوفية شروطها .

وفي رأينا أن هذا النص خاص بالمطلقة دون الزوجة الناشزة حيث يسري عليها حكم المادة ١٤٥ والتي تنص على أنه اذا نشزت المرأة وكان الاولاد فوق الخامسة كان للقاضي وضعهم عند أي الزوجين شاء على أن يلاحظ في ذلك مصلحة الاولاد بالاستناد الى سبب موجب .

وكذلك تقدير القاضي النفقة للصغير قد تكون على غير من تجب عليه أو أكثر

مما يستحق الصغير وتمضي سنة أو سنتان على اعتراضه والنفقة سارية أكثر مما ينبغي أو على غير من تجب حتى صدور حكم مبرم .

المادة ١٨ تعدل المادة ١٤٢ وتصبح كما يلي :

« أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير وتقدر بحسب حال المكلف بها » .

ماذهب اليه القضاء السوري :

بما ان عمل المرأة بالنسبة لحضاتها يثار كثيرا لدى المحاكم لذا فقد رأيت أن انقل بعض القواعد التي قررتها محكمة النقض السورية في هذا الموضوع .

١ - انشغال الحاضنة خارج البيت بسلبها حقها من الحضانة مادامت مستمرة

فيه (١) .

٢ - انشغال الحاضنة بالبيع في البيت، لا يسقط حقها بالحضانة لانه لا يؤدي

الى العجز عن صيانة الولد صحة وخلقاً (٢) .

٣ - غياب الحاضنة عن الطفل سبع ساعات يوميا بسبب عملها يسقط

حضانتها (٣) .

٤ - خروج الحاضنة للعمل يسقط حقها بالحضانة وان كان العمل شريفاً وكان

للمحزون خادماً (٤) .

٥ - وجود امرأة تقوم برعاية الولد عند غياب الحاضنة عن المنزل للعمل لا يجعل

الحاضنة أهلاً للحضانة (٥) .

٦ - ان وظيفة المعلمة لانتعها من قيامها بالحضانة اذا كان مسموحاً لها بوضع

ولدها مع الاولاد الذين تشرف عليهم وتعلمهم (٦) .

٧ - اذا كان المحزون تلميذاً في المدرسة وكانت الحاضنة معلمة فيها وكان

موعد خروج الطرفين واحداً لا تسقط حضانتها (٧) .

(١) قرار رقم ٣٧٥ تاريخ ١٢/١٢/١٩٦١ .

(٢) قرار رقم ٢٤٠ تاريخ ٣٠/٦/١٩٥٩ .

(٣) قرار رقم ٣٢١ تاريخ ٢٨/٨/١٩٦٨ .

(٤) قرار رقم ١٧١ تاريخ ١٨/٥/١٩٥٨ .

(٥) قرار رقم ١٩٨ تاريخ ٢٠/٥/١٩٦٨ .

(٦) قرار رقم ٩٦ تاريخ ١٦/٣/١٩٦٣ .

(٧) قرار رقم ٤٩ تاريخ ٥/٢/١٩٥٩ .

وبلاحظ ان هذه القرارات صدرت قبل التعديل الاخير لقانون الاحوال الشخصية السوري .

#### شروط حضانة المصبات من الرجال :

اذا لم يكن للطفل احد من النساء أو وجدته احدى قريباته على حسب الترتيب الذي ذكرناه ولكن لم تتوافر فيها اهلية الحضانة فان حق الحضانة ينتقل الى اقاربه المصبات المحارم .  
ويشترط في الرجل الذي له حق الحضانة القدرة على تربية الصغير ورعايته وان يكون امينا على اخلاقه .

كما يشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون ، فاذا كان الطفل من ابوين مسيحين وكان له اخوان احدهما مسيحي والآخر مسلم كان الحق في حضانته لاختلاف المسيحي لان ترتيب المصبات على حسب الميراث وفي الميراث لاتوارث مع اختلاف الدين .

#### سقوط الحضانة وعودتها :

اذا وجد مانع من موانع اهلية الحضانة فان الحضانة تسقط وتنتقل الى من يلي الحاضنة بالترتيب فالحاضنة اذا تزوجت او ارتدت او كانت سيئة السلوك لدرجة يخشى منها أن يتأثر الطفل بها أو اصبحت بجنون في جميع هذه الحالات فان الحضانة تنزع من الحاضنة .

اما اذا زال المانع كما لو طلقت الحاضنة المتزوجة أو رجعت المرتدة الى دينها أو حسنت سير سيئة السلوك أو شفيت المريضة من مرضها فاستعادت صحتها ، فان الحضانة تعود اليها .

وهذا ما ذهب اليه الحنفية (١) والشافعية (٢) والحنابلة (٣) خلافا للمالكية (٤) الذين قالوا ان الحضانة اذا سقطت بالزواج ونحوه فانها لاتعود .

(١) تبين الحقائق ج ٣ ص ٤٧ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٥٤٨ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٧٤ .

(٣) زاد الماد ج ٤ ص ١٢٩ .

(٤) مواهب الجليل ج ٤ ص ٢١٨ .

والحجة مع الجمهور لأن الحكم اذا ثبت بعلة زال بزوالها ، وعلّة سقوط  
الحضانة هو الزواج مثلا فان طلقت زالت العلة فزال حكمها .

اما الامام مالك رحمه الله فقد علل ذلك بأن قوله عليه السلام : « انت احق به  
مالم تتزوجي » هو للتوقيت ، أي أن حقتك من الحضانة موقت الى حين زواجك ، فاذا  
تزوجت انقضى وقت الحضانة فلا تعود بعد انقضائها .

جاء في المادة ١٤١ من قانون الاحوال الشخصية السوري :

يعود حق الحضانة اذا زال سبب سقوطه .

هل مجرد الطلاق يعيد الحضانة الى الحاضن ؟ ...

قال الحنفية ان الطلاق الرجعي لا يعيد الحضانة الا بعد انتهاء عدة الطلاق وبهذا  
أخذ بعض الشافعية وبعض الحنابلة ، ولذلك فقد اشترطوا انتهاء العدة أو ان يكون  
طلاقا بائننا .

وقال بعض الفقهاء ان مجرد الطلاق سواء أكان رجعيا أم بائنا يعيد للحضانة  
حقها بحضانة المحضون (٢) .

---

(٢) قال بذلك الشافعية والحنابلة وعللوا ذلك بأن انشغال الزوجة بزوجها كان  
مانعا اسقط عنها حضانتها ، فلما طلقت ولو كان رجعيا فان المانع قد زال ولم يعد لها  
علاقة بزوجها فتفرغ لرعاية طفلها .

واما الحنفية فقالوا ان الحضانة لا تعود بالطلاق الرجعي قبل مضي المدة لان  
الزوجة ما تزال مرتبطة بزوجها ببعض أحكام الزواج ومنها الميراث فيما لو مات احدها  
والنفقة وغير ذلك ولا احتمال ان يراجعها الزوج مادامت معتدة .

## الفرع الثالث

### هل الحضانة حق للحاضن أم للمحصون

هل الحضانة لبق للحاضن أم هي واجب؟ وبالتالي هل الحضانة حق للصغير أم واجب على الكبير، فان كان حقا على الحاضن فله ان يطالب به وان كان واجبا فعليه الحضانة شاء أم أبى؟ ...

اذا رجعنا الى الفروع والمسائل الفقهية نجد اختلافا في الجواب يفهم منه ان الفقهاء لم يتفقوا على رأي معين :

فمن الفروع التي تفيد ان الحضانة حق للصغير :

١ - ان الزوجة اذا خالعت زوجها على ان تتنازل عن حضانة الصغير كان الخلع صحيحا والشرط باطلا لان المخالعة حق للصغير لا يملك الزوجان التعاقد بشأنه ولا تملك الزوجة ان تسقطه .

٢ - اذا لم يكن للصغير سوى حاضنة معينة فانها تجبر على حضائته وليس لها الخيار في أمرها وذلك لمصلحة الطفل المحصون ولحقه المترتب على الحضانة .

ومن الفروع الفقهية التي تفيد ان الحضانة حق للحاضن :

١ - ان المرضع اذا الرضعت الطفل المحصون وكانت غير حاضنته فيجب عليها ان ترضعه في بيت الحاضنة حفظا لحقها في حضانة الطفل المحصون .

٢ - لا يجوز للاب ان ينقل الطفل المحصون من البلد الذي تقيم فيه الحاضنة الى بلد آخر ولو وجدت فيه حاضنة تلي الام بالترتيب .

٣ - وكذلك ليس للاب أو القاضي نزع حضانة الصغير من حاضنته اذا توافرت اهلية الحضانة لديها لنقله الى حاضنة أخرى تليها بالقرابة والترتيب لان حق الحضانة

للأولى ثابت شرعا ولا يجوز ان ينقل لغيرها الا لسبب .  
ولهذا يمكن القول ان حق الحضانة هو حق الطفل المحصون وحق الحاضنة معا مع مراعاة مصلحة الطفل الصغير .

### ما عليه العمل اليوم :

لم يصرح القانون السوري بهذا الموضوع بل جاء فيه بمض الفزوع ما يفيد بأن حق الحضانة هو حق للحاضنة كما هو حق للطفل يدليل ماجاء في المادة ١٠٣ :

إذا اشترط الرجل في المخالعة امسك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية اخذه منه .

ثم نرى القانون في بحث الحضانة يعبر عن ذلك بقوله : « حق الحضانة للام فلامها وان علت ..... » ولم يعبر بقوله أنها واجب .

وعلى هذا الرأي ذهبت محكمة النقض السورية (١) :  
ان حق الحاضنة من الحقوق المستمرة فان تنازلت عنه في زمن لا يؤثر على حقها في المستقبل .

من هذا نلمس ميل القضاء الى اعتبار الحضانة حقا يجوز التنازل عنه فلو كانت واجبا لما جاز ان تتنازل عنها بل تلزم بها .

وفي قرار آخر :

ان الحضانة حق للصغير من وجه وللحاضنة من وجه ، وان حق الصغير فيها أظهر لذلك كان للام بعد التنازل عنها الرجوع الى طلبها (٢) .

على انه يجب ان نلاحظ ان الطفل المحضون اذا لم يكن له سوى هذه الحاضنة فلا مجال للبحث اذ تجبر حينئذ على حضانة الطفل صيانة وحفظا لحياته .

وعلى كل حال فيجب التفرقة بين الحضانة والاجر عليها فلتن كانت الحضانة حقا مشتركا للحاضن وللمحضون فان اجرة الحضانة حق خالص للحاضنة يجوز لها المخالعة بها وتسقط اجرة الحضانة لقاء طلاقها فهذا التصرف صحيحا وناقذا .

والى جانب ذلك نرى ان القانون نص في المخالعة بين الزوجين على ان الحضانة حق للطفل لايجوز للابوين الاتفاق بينهما بما يمس هذا الحق من احكام .

(١) محكمة النقض السورية ١٦/٥/١٩٥٤ .

(٢) مجلة « المحامون » العدد ٨ ص ٥٤ رقم ١٠٩ سنة ١٩٦٣ .

جاء في المادة ١٠٣ من قانون الأحوال الشخصية السوري :  
إذا اشترط الرجل في المخالعة امساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة  
وبطل الشرط ، وكان لحاضنته الشرعية اخذه منه ، ويلزم ابوه بنفقته واجرة حضاته  
ان كان الولد فقيرا .

وفي المادة ١٠٤ :  
لايجري التقاص بين نفقة الولد المسنحة على أبيه ودين الاب على الحاضنة (١).

---

(١) ذكر ابن القيم في زاد المعاد ج ٤ ص ١٢٩ قولين في المذهبين الحنبلي والمالكي  
في اعتبار الحضانة حقا للطفل المحضون أم هي حق للحاضنة الام ، ثم قال : « والصحيح  
ان الحضانة حق لها ، وعليها اذا احتاج الطفل اليها ولم يوجد غيرها ، وان انفقت هي  
وولي الطفل على نقلها اليه جاز ، والمقصود ان في قوله صلى الله عليه وسلم : انت احق  
به دليلا على ان الحضانة حق لها » .  
وكذلك اورد ابن عابدين في رسالته : الابانة عن اخذ الاجرة على الحضانة رأي  
الحنيفة فقال ص ٢٦٤ رسائل ابن عابدين :

« . . . هل هي حق من ثبتت لها الحضانة او حق الولد ؟ . . . خلاف . . . قيل  
بالاول فلا تجبر ان هي امتنعت ورجحه غير واحد وفي الواقعات وغيرها ، وعليه الفتوى .  
وفي الخلاصة ، قال مشايخنا لا تجبر الام عليها وكذلك الخالة اذا لم يكن لها زوج لانها  
ربما تمحز عن ذلك .

وقيل الثاني فتجبر واختاره ابو الليث وخواهر زاده والهندواني وايده في الفتح  
بما في كافي الحاكم كما لو اختلعت على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط  
باطل لانه حق الولد . فاناد ان قول الفقهاء الثلاثة جواب ظاهر الرواية .  
ثم قال في الفتح فان لم يوجد غيرها اجبرت بلا خلاف .  
ويقول ابن عابدين معقبا :

ويظهر لي ان كلام الحضانة والمحضون له حق الحضانة ، اما الحاضنة فلانه  
ليس للاب مثلا اخذه منها وكذا من كان ابعد منها لاحق له فيها . واما المحضون فلانها  
اذا تعينت لم يكن لها الامتناع .

## الفصل الثاني

### اجرة الحضانة

ان اجرة الحضانة تستحقها الحاضنة فضلا عن اجرة الرضاع ، فالاب مكلف باجرة الرضاع واجرة الحضانة ونفقات الكسوة واجرة السكن ان لم يكن للحاضنة سكن واجرة خادم ان كان الاب موسرا . اما اذا كان لم يكن للطفل اب فنفقة ذلك على من يجب عليه نفقته الا اذا كان للصغير مال ، ولهذا قال الفقهاء : ان اجرة الحضانة في مال المحضون ان كان له مال والا فاجرة الحضانة على ابيه ثم على من تلزمه نفقته .

#### من يستحق اجرة الحضانة :

اذا كانت أم الطفل زوجة لايه أي لا يزال رباط الزوجية قائما بينهما أو كانت معتدة من طلاق رجعي فلا تستحق نفقة الحضانة لان الزوجة تستحق النفقة الزوجية كما ان المعتدة رجعيًا تستحق نفقة العدة .

اما ان كانت معتدة من طلاق بائن فروايتان باستحقاقها اجرة الحضانة وفق مامر باجرة الرضاع .

فاذا اتهمت العدة فان الام تستحق اجرة الحضانة وكذلك تستحقها كل حاضن لقاء ما تبذله من جهد على الصغير المحضون .

#### التبرع باجرة الحضانة :

اذا امتنعت الام عن حضانة الصغير دون اجر وتقدمت احدى محارمه مسن تتوافر فيها شروط الحضانة وترتيبها هل يعطى الطفل للمتبرعة مع وجود الام أم لا ؟ للجواب على هذا يشب ان نميز بين الحالات التالية :

١ - اذا كان للطفل مال وامتنعت امه عن حضائه دون اجر ووجدت احدى

مخارمه كجده مثلا فانه يجوز لها ان تقوم بحضاته تبرعا وذلك لمصلحة الصغير بتوفر ماله الذي سيعطي للام فيما لو قامت بحضاته ولا ضرر على الصغير لان الجدة هي من الحضانات ولا مانع من موانع اهلية الحضانة يمنعا عن ذلك .  
اما اذا كانت المتبرعة بالحضانة اجنبية فان الام تفضل عليها ويمطى للام لمصلحة الصغير ، ويدفع للام مال الصغير اجر المثل .

٢ - اذا لم يكن للطفل مال وكان ابوه موسرا فلا يعطى الطفل المحضون للمتبرعة ولو كانت جدته لان امه احق بحضاته مع الاجر ولا عبرة هنا بتوفير المال عن الاب وذلك لان وجود الطفل لدى امه اصلح لها وانفع ، ولا ضرر على الاب لانه موسر ، ويدفع الاب اجرة المثل للام عن نفقة الحضانة لا اكثر من ذلك .

٣ - اما اذا لم يكن للطفل مال وكان الاب معسرا وامتنعت الام عن حضاته الا بالاجر وتقدمت احدى مخارمه متبرعة بحضاته فان الحضانة تنتقل اليها .  
وهذا ما قرره محكمة النقض السورية وفق العمل بالمذهب الحنفي والمادة ١٤٤ من قانون الاحوال الشخصية السوري (١) :

ان تخيير الحضنة بين امسالك المحضون ميانا او تسليمه للمتبرع بحضاته مشروط بكون المكلف بأجرة الحضانة معسرا .

بل ان حق الحضانة يسقط عن الأم في هذه الحالة إذا امتنعت عن حضانة الطفل دون أجر وكان أبوه معسرا (٢) . كما ذكرنا في أهلية الحضانة .

والخلاصة إن اجرة الحضانة ان كانت من مال الأب الموسر قدمت الأم ، وان كانت من مال الصغير قدمت المتبرعة غير الاجنبية .

ويبدو لنا الفرق بين الاجرة على الرضاع والاجرة على الحضانة في الامور التالية :

١ - المتبرعة بالرضاعة أولى من الأم بالرضاعة سواء آكأت المرضع قريبة للطفل أم اجنبية عنه ، فان المرضعة الاجنبية المتبرعة تفضل على الأم التي تطالب

(١) مجلة « القانون » ع ١ ص ٤٠ سنة ١٩٥٨ .

(٢) رد المحتار ج ٢ ص ٥٧٠ وراجع رسالة الابانة في اخذ الاجرة عن الحضانة لابن عابدين ص ٢٦٩ .

بأجر الرضاع ، وكذلك إذا رضيت الأجنبية بأجرة أقل مما تطلبه الأم فهي أولى من الأم .

أما المتبرعة بالحضانة فيشترط أن تكون من محارم الصغير وإن تكون أهلا لحضاته فإنها في هذه الحالة فقط تفضل على الأم إذا كان للصغير مال ، أما المتبرعة بالحضانة الأجنبية فالأم تفضل عليها .

وذلك أن موضوع الحضانة أهم من موضوع الارضاع وبخاصة أن الارضاع يكون لدى الأم ولو كانت المرزعة أجنبية ، والحضانة تتطلب رعاية وشفقة أكثر من الرضاع .

٢ - المتبرعة بالرضاعة تفضل على الأم سواء أكان للطفل مال أم لم يكن وسواء أكان أبوه موسرا أم معسرا بخلاف الحال في الحضانة حيث يفرق بين غنى الطفل حيث يعطى لتربيته الحاضنة وينزع من أمه إن أضرت على تناول اجرة على الحضانة لو كان الأب معسرا إلا إذا قامت بحضاته مجانا وذلك حرصا على مال الصغير ، أما إن كان الأب موسرا فإن الأم تفضل بالحضانة على المتبرعة لان نفقة الحضانة على الأب<sup>(١)</sup> .

٣ - وفي جميع الحالات فإن الأم تجبر على الحضانة إذا كان الأب معسرا

(١) يقول الامام الشوكاني وهو من مجتهدي الزيدية في كتابه السيل الجرار على حدائق الازهار ج ٢ ص ٤٤١ :

« الله سبحانه وتعالى قد أمر الأزواج بان يعطوهن أجورهن فقال : « فان أرضعن لكن فاتوهن أجورهن » وأوجب ذلك على الزوج بالامر القرآني وأكد ذلك بقوله : « وعلى الولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولفظ « على » ظاهر في الوجوب ، فان كانت الام راضية بالأجرة المتعارفة المتوسطة في عرف الناس فليس له نقل الرضيع الى غيرها وإن تبرع الغير بازضاعه بدون اجرة ، فضلا عن أن يرضى بدون مازضيت الام . وقد اخبرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بان الامهات اخق بأولادهن وأوجب لهن بالأجرة ، فنزعهم عنهن مخالف للقرآن والسنة وظلم بين . فان طلبت نوق الاجرة المتعارفة وكان الزوج يتعاسر ذلك فلا بأس بان ينقله منها لقول الله عز وجل : « وان تعاسرنم فبترضع له اخرى » .

هذا ما ذكره الشوكاني وهو كلام جيد يجب الرجوع اليه والعمل به لانه يتفق مع حكمة التشريع اكثر مما ذهب اليه الحنفية . وعلى كل حال فالتطبيق العملي حسب القانون هو مذهب الحنفية في هذا الموضوع .

ولم يكن هناك من يتبرع بحضائه ولا مال للصغير وتعتبر أجره الحضانة دينا في ذمة الزوج .

مأخذه العمل اليوم :

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري قبل التعديل :

م ١٤٢ : أجره الحضانة على المكلف بنفقة الصغير ولا تزيد عن نصف نفقته .

م ١٤٣ : لا تستحق الأم أجره الحضانة في حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق .

م ١٤٤ : إذا كان المكلف بأجره الحضانة معسرا عاجزا عنها وتبرع بحضانة الصغير أحد محارمه خیرت الحاضنة بين امساكه بلا اجرة أو تسلمه لمن يتبرع .

ونلاحظ في هذه المواد الامور التالية :

١ - ان أجره حضانة الصغير كنفقته تقع على عاتق الأب إن لم يكن للصغير مال وإلا كانت اجرة الحضانة من ماله الخاص .

وان تقييد اجرة الحضانة بنصف النفقة لا دليل عليه ولعل المشرع أراد التخفيف عن الأب بمثل هذا التحديد .

ولهذا حسنا ما ذهب اليه التعديل الجديد للفقرة الاولى من هذه المادة حيث جاء فيه :

اجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير وتقدر بحسب حال المكلف بها .

٢ - لا تستحق الأم أجره للحضانة في عدة الطلاق سواء أكان رجعياً أم بائناً لان النص جاء مطلقاً لم يفرق بين عدة طلاق رجعي وعدة طلاق بائن مع أن القانون فرق بين الحالتين في اجرة الرضاع وذلك في المادة ١٥٢ في الفقرة الثانية حيث نص على عدم استحقاق اجرة الرضاع حال قيام الزوجية وفي عدة الطلاق الرجعي وسكت عن الاجرة حال قيام العدة في الطلاق البائن حيث يفهم جواز ذلك .

والذي اراه أنه لا مبرر للترقية بين اجرة الرضاع واجرة الحضانة في عدة الطلاق البائن لأن الخلاف بين الحنفية واحد ، فالذين أجازوا أخذ اجرة للرضاع

أثناء عدة الطلاق البائن أجازوا الاجرة في الحضانة ولهذا كان - في المشرع السوري التسوية بين الحالتين .  
وعلى كل فان اجرة الحضانة هي غير اجرة الرضاع اضافة الى النفقة للطفل وكذلك الامر في اجرة السكن إذا لم يكن للحاضنة مسكن تقيم فيه مع المحضون .  
وتجب اجرة خادم ان احتاج الصغير اليه وكان الأب ذا قدرة مالية يستطيع تقديم هذه الاجرة (١) .

وقد جاء في المادة ٣٣٨ من الاحكام الشرعية :  
اجرة الحضانة غير اجرة الرضاع والنفقة وكلها تلزم أبا الصغير إن لم يكن له مال فان كان له مال فلا يلزم أباه منها شيء إلا أن يتبرع .

وفي المادة ٣٨٩ :  
إذا كانت أم الطفل هي الحاضنة له وكانت منكوحة أو معتدة لطلاق رجعي فلا أجر لها على الحضانة ، وان كانت مطلقة بانثاً أو متزوجة بمحرم للصغير أو معتدة فلها الاجرة وان اجبرت عليها ، وان لم يكن للحاضنة مسكن تمسك فيه الصغير التفير فعلى أبيه سكنها جميعاً . وان احتاج المحضون الى خادم وكان أبوه موسراً يلزم به .

وغير الأم من الحاضنات لها الاجرة (٢) :  
٣ - لم يوضح القانون حكم الابراء من اجرة الحضانة مع العلم انه نص صراحة على عدم جواز الاتفاق بين الزوجين في المخالعة على امسك الأب لطفله في فترة حضانة أمه لانها حق للطفل ، وكذلك نص القانون على المخالعة على اعفاء الزوج من اجرة الرضاع .  
أما المخالعة على ابراء الزوج من اجرة الحضانة فهي صحيحة أيضاً على ان تحدد المدة المخصصة لذلك كالابراء عن نفقة حضانة سنة أو سنتين مثلاً ، فاذا تزوجت الأم أو سقطت أهليتها للحضانة كان للزوج حق الرجوع على الأم بأجرة

(١) رد المحتار ج ٣ ص ٥٦١ .  
(٢) راجع رسالة الابانة عن اخذ الاجرة على الحضانة للفتية الحنفية ابن عابدين مع مجموعة رسائله ص ٢٦٦ .

الحضانة عن المدة المتبقية لأنها تعتبر جزءاً من بدل الخلع المتفق عليه بين الزوجين أثناء المخالعة .

#### ٤ - تعليم الطفل :

ان تعليم الطفل واجب على ولي النفس لأن من مهماته الأساسية كولي فضلاً عن أن الاسلام دعا الى العلم والتعلم وجمله فرضاً على كل انسان ما دام الفرد والجماعات بحاجة الى أي نوع من أنواع العلوم المفيدة التي يتوقف عليها بنيان المجتمع .

لقد أضاف التعديل الجديد الى المادة ١٧٠ من القانون فقرة رابعة تضمنت

الحكم التالي :

« يعتبر امتناع الولي عن اتمام تعليم الصغير حتى نهاية المرحلة الالزامية سبباً لاسقاط ولايته وتعتبر معارضة الحاضنة أو تقصيرها في تنفيذ ذلك سبباً مسقطاً لحضانتها » .

ان مهمة الولي على النفس المقصود بهذه المادة هي رعاية الصغير وتأمين ما يحتاج اليه ومن أهم حاجاته الضرورية الاعتناء بتربيته وتعليمه فاذا قصر باحدى واجباته كان مهملاً يترتب على ذلك اسقاط ولايته وانتقالها الى من يليه من العصبات الاقارب .

وبما أن مرحلة التعليم الالزامية تتم والطفل ما يزال في حضانة أمه فان أي تقصير من الأم أو اهمال لهذا الواجب يسبب اسقاط حضانتها .

وقد كان نص المشروع قاصراً على عقوبة الولي دون الأم ولكنني اقترحت أن يضاف الى اهمال الولي حالة أخرى هي أهم وأوجب وهي تقصير الحاضنة ومعارضتها بتعليم الصغير .

ولا شك أن مسؤولية الحاضنة في هذه الفترة من عمر الطفل أكثر من مسؤولية الولي لأنه في رعايتها وتقصير الولي يكاد يكون قاصراً على امتناعه عن دفع ما يحتاج اليه الصغير من نفقات التعليم الابتدائي .

ويراعى في هذا الموضوع التفرقة بين الاهمال والتقصير فهذا لا يوجب أكثر من التنبيه أو المطالبة بدفع ما يترتب من نفقة للتعليم أما الامتناع فأمر أشد خطورة

وهي حالة نادرة ما دام الطفل لدى حاضنته فيعتبر حينئذ مستقلاً لولايته عن الصغير .

وقد أضيف إلى المادة ١٧٣ العبارة التالية :

« ويجوز للقاضي أن يمهّد إلى حاضنة القاصر ببعض أعمال الولي الشرعي المالية إذا تحقق له أن مصلحة القاصر تقضي بذلك بعد سماع أقوال الولي » .  
وبالرجوع إلى نص المادة ١٧٣ التي أضيفت إليها هذه الفقرة نجد الحكم التالي :

« إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر أو خيف عليها منه فللمحكمة أن تنزع ولايته أو تحدها منها » .

ولا بد للتوفيق بين الفقرتين من أن نقول إن النص الجديد يرتبط بالنص القديم ارتباطاً وثيقاً ويشكلان مادة واحدة تعني حرص الشارع على المحافظة على أموال القاصر بحيث لو أصبحت تصرفات الولي تشكل خطراً بسبب سوء تصرفه فللقاضي أن ينزع ولايته ويختار ولياً آخر أو للقاضي أن يحد من صلاحياته وفي هذه الحالة الأخيرة على القاضي أن يختار ولياً آخر ويشارك هذا الولي بالتصرف في الأعمال التي حجبتها عن الولي .

جاء النص الجديد يجيز للقاضي أن يمهّد ببعض تصرفات الولي إذا حدها منها أو أساء التصرف فيها إلى الأم حيث تشارك الولي في هذه التصرفات دون غيرها .

## الفصل الثالث

### مدة الحضانة ومكانها

#### الفرع الاول

#### مدة الحضانة

تبدأ حضانة الطفل منذ ولادته وتنتهي بالسن الذي يستغنى فيه عن خدمة الحاضنة وذلك بأن يقدر على القيام بحاجاته الضرورية كالطعام والشراب دون الاستعانة بأحد .

ويمكن تقسيم الفترة التي يمر بها الطفل حتى يبلغ مبلغ الكبار الى مرحلتين :

١ - مرحلة الحضانة وهي الفترة التي يحتاج فيها الطفل الى رعاية وخدمة لا يحسنها إلا النساء عادة .

٢ - مرحلة انتقال الطفل الى وليه وهي الفترة التي يحتاج فيها الطفل الى من يقوم على تربيته وتعليمه وحفظه وصيائه .

وفي كل من المرحلتين يراعى أولاً وقبل كل شيء مصلحة الطفل وما انتقاله من أمه لأبيه إلا تطبيق حكم الغالب على عرف الناس وعاداتهم وما يتناسب مع فطرة الأم وحاجة الطفل لشفتها وصبرها في بداية عمره أكثر من الأب لأنها أقدر على خدمته وأرفق به .

ولهذا اتفق الفقهاء على ان الفترة الاولى من عمر الطفل يجب أن يكون لدى

أمه ، وقد دلت على هذا أحاديث كثيرة منها قوله عليه السلام - لسائل سأله من أحق الناس بصحبتى في حديث مشهور : أمك ثم أمك ثم أبوك ...  
وكذلك قضى أبو بكر الصديق على عمر بن الخطاب بأن يكون ابنه عاصم لدى أمه المطلقة لأنها أحق به .

هذا فضلا عن الحديث الذي أخذ به جمهور الفقهاء ما عدا الظاهرية وهو قوله عليه السلام : أنت أحق به ما لم تتزوجي .

ويمكننا أيضا تقدير حاجة الطفل لأمه وحققها في حضنته خلال الفترة الأولى من عمره بقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » فهذا نص صريح على إرضاع الوالدة ولدها وهذا لا يكون إلا إذا كان بحضانتها إلا إذا حال مانع من الرضاع لأن الغاية من الإرضاع ليست الحليب فقط فهذا يمكن توفيره وخاصة في أيامنا الحاضرة بثتى الأساليب بل الهدف أن يكون الطفل في حضن أمه .

أما في تحديد عمر الفترة الأولى التي يمكث فيها الطفل لدى أمه ، والفترة التي تليها هل يخير بالانتقال إلى أبيه أم يبقى لدى أمه أم ينقل إلى أبيه أو أقاربه العصابات فقد اختلف رأي الفقهاء نذكره لأهميته في وقت يثار حوله كلام كثير :

#### ١ - مذهب الحنفية :

قدر فقهاء الحنفية أن الغلام يستقل بخدمة نفسه بعض الشيء إذا بلغ سن السابعة وبعضهم قال لا تنتهي الحضانة قبل سن التاسعة .

أما بالنظر إلى البنت فإنها تسلم إلى أبيها أي تنتهي حضانة أمها ومن يليها إذا بلغت تسع سنين أو إحدى عشرة سنة من غيرها<sup>(١)</sup> وسبب مكث البنت لدى أمها أو من يليها أكثر من مكث الصغير أن البنت تحتاج إلى تدريب على شؤون المنزل مما تجده لدى النساء أكثر من الرجال الأقارب .

---

(١) وقد فرق بعض الحنفية في سن الحضانة فيما لو كانت الحاضنة الام أو الجدة أو غيرها . فان كانت الحاضنة الام أو الجدة بقيت البنت لدى الحاضنة حتى تبلغ مبلغ النساء ، وأما إذا كانت لدى غيرها بقيت بالحضانة حتى سن التاسعة وقيل إحدى عشرة سنة . تبين الحقائق ج ٣ ص ٤٨ .

وبعد بلوغ الطفل السن الذي تنتهي به الحضانة ينتقل الى أبيه أو من يليه  
من العصابات المحارم على الترتيب الذي ذكرناه .  
وإذا امتنعت الأم عن تسليمه فللاب الحق بالمطالبة بضمه اليه .

وكذلك إذا امتنع من انتقل اليه هذا الحق من العصابة الرجال فإنه يجبر على  
ضم الصغير أو الصغيرة اليه إذا توافرت فيه شروط الحاضن والا انتقل الحق الى  
من يليه في الترتيب .

فاذا بلغ الطفل سن البلوغ خيّر بين أبويه فاما أن يبقى لدى أبيه أو يعود

الى أمه (١) .

وقد ذكرنا ان ابن العم ليس له ضم بنت عمه اليه لأنه غير محرم لها ويشترط

في الحاضن أن يكون من العصابات المحارم .

أما إذا لم يكن أحد من أقرباء الصغير أو الصغيرة ولا يوجد وصي ينتقل  
اليه أمر رعايته فيبقى حينئذ عند حاضنته حتى يعين القاضي من يراه كفاً لهذا العمل  
من أقربائه ، وان كان هذا الأمر نادراً طالما أن حق الحضانة ينتقل الى ذوي الأرحام  
بعد العصابات وفق ما ذهب اليه الحنفية .

٢ - مذهب الشافعية :

لا فرق بين الذكر والاشئ في مدة الحضانة التي يبقى خلالها الطفل عند أمه  
وهي سن التمييز المقدرة بسبع سنين وبعد هذا السن ذهب الشافعية الى تخيير  
الطفل بين بقاءه لدى أمه أو انتقاله الى أبيه أو بين من يحل محلهاما بالترتيب (٢) .

٣ - مذهب الحنابلة :

وذهب الحنابلة مذهب الحنفية في تحديد سن الحضانة سبع سنين للذكر  
وتسع للاشئ ، وبعد انتهاء هذه المدة ففي تخيير الصغير والصغيرة ثلاث روايات  
أشهرها ثبوت التمييز للطفل ذكراً كان أو أثنى (٣) .

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٥٦٧ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٧٤ .

(٣) زاد المعاد ج ٤ ص ١٣٥ .

٤ - مذهب المالكية :

أما المالكية فقالوا ان الطفل المحضون ذكرا أو اثني يبقى لدى أمه أو من يليها بالحضانة حتى سن البلوغ بالنسبة للذكر وحتى الزواج ودخول الزوج بالفتاة بالنسبة للإثني (١) .

٥ - مذهب الزيدية :

أما فقهاء الزيدية فلم يحددوا سناً معيناً للحضانة بل تركوا ذلك لاستعداد الطفل للاستغناء عن أمه في ضرورياته التي لا بد منها .

< جاء في التاج المذهب :

« ومدة الحضانة للطفل حتى يستغنى بنفسه أكلاً وشرباً ولباساً ونوماً وغير ذلك مما يفعله العقلاء فمتى استغنى بنفسه في هذه الأمور فلا ولاية للحاضنة في الذكر ، وهذا مذهبنا . سواء أبلغ الطفل السنة السابعة فأكثر أم أقل ، فلا تحديد عندنا بالسنين لانه قد يختلف حال الصبي في الذكاء والبلادة فمنهم من يكون ذكاًؤه كثيراً في صغر سنه ، ومنهم من يكون بليداً ويدخل في هذا الحد الصبي والمجنون . - وأما الفتاة فتبقى لدى أمها حتى سن الزواج - » .

٦ - وقال الشيعة الجعفرية ان مدة الحضانة للذكر ستان وللإثني سبع سنين وبعدها ينتقل المحضون للأب إلى ان يبلغ عمر الذكر خمس عشرة سنة والفتاة تسع سنين ، حينئذ يختار الطفل أي الأبوين يشاء .

٧ - أما فقهاء الظاهرية فقالوا تنتهي فترة حضانة الطفل لدى أمه حتى سن البلوغ .

٨ - رأي ابن القيم الجوزية :

يتفق رأي ابن القيم ورأي شيخه ابن تيميه مع مذهب الزيدية الى حد كبير وإني أقول رأيهما بما جاء في زاد المعاد لأهيمته (٢) .

(١) المدونة الكبرى ج ٥ ص ٢٨ ، مواهب الجليل ج ٤ ص ٢١٤ حاشية

الدسوقي ج ٢ ص ٤٨٦ .

(٢) التاج المذهب ج ٢ ص ٢٦٨ .

(٣) زاد المعاد ج ٤ ص ١٣٨ .

« ... إذا كانت الام تتركه في المكتب وتعلمه القرآن والصبي يؤثر اللب  
ومعاشرته اقاربه وأبوه يمكنه من ذلك فانها أحق بلا تخيير »  
وكذلك العكس ومتى أخل أحد الابوين بأمر الله ورسوله في الصبي والآخر  
مراع له فهو أحق وأولى »

وسمعت شيخنا ( ابن تيميه ) يقول : تنازع أبوان صبياً عند بعض الحكام  
فخيره بينهما فأختار أباه ، فقالت له أمه أسأله لأي شيء يختار أباه ، فسأله فقال :  
أمي تعني كل يوم للكتاب والفقير يضربني ، وأبي يتركني ألعب مع الصبيان ،  
فقضى به للأم وقال : أنت أحق به »

ويقول ابن تيميه : وليس هذا الحق من جنس الميراث الذي يحصل بالرحم  
والنكاح سواء أكان الوارث فاسقاً أو صالحاً ، بل هذا من جنس الولاية التي لا بد  
فيها من القدرة على الواجب والعلم به وفعله بحسب الامكان . فلو قدر ان الأب  
تزوج امرأة لا تراعي مصلحة ابنته ولا تقوم بها وأنها أقوم بمصلحتها من تلك  
الضرة فالحضانة هنا للأم قطعاً »

ومما ينبغي أن يعلم ان الشارع ليس عنه نص عام في تقديم أحد الابوين  
مطلقاً ولا تخيير الولد بين الابوين مطلقاً ، والعلماء متفقون على انه لا يتعين  
احدهما مطلقاً بل لا يقدم ذو العدوان والتفريط على البر العادل المحسن »

#### معلية العمل اليوم :

لقد نصت بعض القوانين العربية ومنها القانون السوري قبل التعديل على ان  
مدة الحضانة تنتهي إذا بلغ الصغير سبع سنين والصغيرة تسع سنين ، وللقاضي  
إذا رأى المصلحة في زيادة سنتين على هذا التحديد جاز له ذلك »

جاء في المادة ١٤٢ من قانون الاحوال الشخصية السوري :

ف ١ : تنتهي مدة الحضانة باكمال الغلام السابعة من عمره والبنت

التاسعة »

وقد أصبحت هذه المادة بعد التعديل : تنتهي مدة الحضانة باكمال الغلام

التاسعة من عمره والبنت العشرية عشرة »

٢ : اذا اثبت ان الولي ولو ابا غير مأمور، علم الصغير أو الصغيرة يسلمان الى من يليه في الولاية .

وقد جاء بالمادة ٢٠ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مصر مايلي :

« للقاضي ان يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين الى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين الى احدى عشرة سنة اذا تبين ان مصلحتها تقتضي ذلك » (١) .

أما في السودان فقد نص المنشور ذي الرقم ٢٤ لعام ١٩٣٢ في المادة الاولى :

للقاضي ان يأذن بحضانة النساء بعد سبع سنين الى البلوغ وللصغيرة بعد تسع سنين الى الدخول ، اذا تبين ان مصلحتها تقتضي ذلك ، وللاب وسائر الاولياء تعهد المحضون عند الحاضنة وتأويبه وتعليمه .

كما نصت المادة الثانية من المنشور المذكور : لا اجرة للحضانة بعد سبع سنين للصغير وبعد تسع سنين للصغير .

وهذه الاحكام اخذت عن المذهب المالكي ، وقد اوضح المشرع السوداني ان على الحاضنة اثبات المصلحة في بقاء المحضون الى ما بعد السن المقررة في المنشور والا انتقل الى وليه العاصب من الرجال (١) .

---

(١) واذا رجعنا الى المدكرة الايضاحية للقانون المصري نرى تحليل الشارع لرفع سن الحضانة ننقله لاهميته ولوحدة موضوعه :

« جرى العمل الى الان على ان حق الحضانة ينتهي عند بلوغ الصغير تسعا ، وهي سن دلت التجارب على انها قد لا يستغني فيها الصغير والصغيرة عن الحضانة . فيكون في خطر من ضمهما الى غير النساء خصوصا اذا كان والدهما متزوجا بغير امهما . وكذلك كثرت شكاوى النساء من انتزاع اولادهن منهن في ذلك الوقت .

ولما كان الممول عليه في مذهب الحنفية ان الصغير يسلم الى ابيه عند الاستغناء عن خدمة النساء ، والصغيرة تسلم اليه عند بلوغ حد الشهوة . وقد اختلف الفقهاء في تقدير السن التي يكون عندها الاستغناء بالنسبة للصغير ، فقدرها بعضهم بسبع سنين ، وبعضهم قدرها بتسع ، وقدر بعضهم حد الشهوة بتسع سنين ، وبعضهم قدرها باحدى عشرة . رأت الوزارة ان المصلحة داعية الى ان يكون للقاضي حرية النظر في تقدير مصلحة الصغير بعد سبع ، والصغيرة بعد تسع . فان رأى مصلحتها في بقائها تحت حضانة النساء قضى بذلك الى تسع في الصغير واحدى عشرة في الصغيرة . وان رأى مصلحتها في غير ذلك قضى بضمهما الى غير النساء .

(١) نظام الاحوال الشخصية في السودان للدكتور الصديق الضيرير ص ١٢٠

### ملاحظتنا حول ماذهب اليه القانون :

١ - نرى رغبة واضحة لدى اكثر التشريعات العربية في رفع سن الحضانة باعطاء القاضي الحق بذلك إذا رأى مصلحة المحضون تتطلب هذا الامر .  
والحقيقة ان تحديد سن معينة تنتهي بها الحضانة يخضع لتقدير الظروف التي يمشها الطفل لان فقهاءنا وخاصة الحنفية منهم قالوا تنتهي سن الحضانة حين يستغني المحضون عن خدمة النساء ويقدر على القيام بحاجاته الضرورية .

٢ - وكذلك سكت القانون عن حكم الصغير الذي يبلغ التاسعة أو العاشرة عشرة من عمره وهو مجنون أو معتوه هل تستمر حضانة امه له ام ينتقل الى ابيه ؟ .  
لقد ذكرت بعض كتب الحنفية بجواز استمرار حضانة الام كما جاء في الجوهره (١) وفتح القدير (٢) وبعض الكتب قالت لا يجوز ذلك كما في البحر الرائق (٣) ورد المختار (٤) .

والذي أراه استمرار حضانة الام لامرين :

١ - قياسا على استمرار الولاية للاب إذا بلغ الصغير سن الرشد وهو معتوه أو مجنون .

ب - ان سن الحضانة ينتهي باستغناء الطفل عن أمه بحاجاته الضرورية دون خلاف لدى الفقهاء ، وبما ان المجنون لم يستغن بعد عن أمه لحاجته القصوى اليها فان الحضانة يجب ان تستمر في رأينا للام لمصلحة الصغير المريض .

ج - ان الغلام اذا بلغ سن البلوغ خير بين بقاءه لدى ابيه الذي انتقل اليه بعد انتهاء حضانة امه له وبين استقلاله بالسكنى ، الا ان الفقهاء قالوا الا اذا بلغ سن الرشد وهو معتوه فيبقى لدى ابيه ، قياسا على استمرار وجوده لدى ابيه

(١) جاء في الجوهره ج ٢ ص ٩١ « ومن بلغ معتوها كان عند الام سواء كان ابنا

او بنتا » .

(٢) وفي فتح القدير ج ٢ ص ٢١٨ « والمعتوه لاخير ويكون عند الام » .

(٣) لقد علق صاحب البحر الرائق على العبارة السابقة لابن الهمام في فتح القدير بقوله : « وينبغي ان يكون عند من يقول بتخيير الولد ، واما عندنا فالمعتوه اذا بلغ السن المذكور يكون عند الاب » .

(٤) وورد في رد المحتاج ج ٢ ص ٥٦٨ بعد ان نقل عبارة فتح القدير : « واما عندنا فالمعتوه اذا بلغ السن المذكور : اي الذي ينزع فيه من الام يكون عند الاب . وتبعه في النهج . وهو الموافق للقواعد » .

إذا بلغ السن الذي يمكنه الاستقلال عنه ، نقول يبقى لدى أمه إذا بلغ سن انتهاء  
الحضانة وهو معتوه مجنون .

وقد نص الفقيه الحنفي الزيلعي على ذلك بقوله : « ثم الغلام إذا بلغ رشيدا  
فله ان ينفره الا ان يكون مفسدا مخوفا عليه » (١) .

٣ - واعطى التعديل الجديد صلاحيات للقاضي لم تكن سابقا فيما يتعلق  
بالمحضون ورأى في المادة ١٤٧ :

« أ - إذا كان الولي غير الأب فللقاضي وضع الولد ذكراً أو أنثى عند الاصلح  
من الأم أو الولي أو من يقوم مقامهما حتى تتزوج البنت أو يبلغ سن الصبي

سن الرشد .  
ب - وفي حال ضم الولد الى الام أو من يقوم مقامها تلزم بالنفقة مادامت  
قادرة على ذلك .

ج - اذا ثبت أن الولي ولو أبا غير مأمون على الصغير أو الصغيرة ، يسلمان  
الى من يليه في الولاية وذلك دون اخلال بحكم الفقرة الاولى من هذه  
المادة » .

هذه المادة بفقرتها الاولى والثانية جديدة في التشريع السوري ترمي الى  
اعطاء القاضي الحق بعودة الطفل بعد انتهاء فترة حضنته الى أمه أو غيرها من  
الحاضنات اذا تبين له وجود مصلحة في ذلك كما لو كانت امه أصلح من وليه

غير الأب .  
فأما لو كان الولي الأب فيبقى لديه ولو كانت أمه أصلح منه لأن فترة حضانتها  
لطفلها انتهت ، فكما ان الأب لا ينازع الام في حضانة طفلها في فترة الحضانة ولو

---

(١) على ان محكمة النقض السورية اخذت على خلاف ما تراه في عدة قرارات لها:

١ - مرض الولد لا يستلزم حجب الولي عن ضم الصغير اليه، لان الولي اولى بمعالجة  
الصغير من الحاضنة واقدر عليها . قرار رقم ٥١٣ تاريخ ١٢/٩/١٩٧٠ .

٢ - للأب ضم ابنته اليه حتى مع ثبوت امته اذا ماتجاوزت البنت سن الحضانة . قرار  
رقم ٢٧٦ تاريخ ١٤/٦/١٩٦٧ .

٣ - وكذلك قررت محكمة النقض بان اصابة الولد بالمرض بعد ضمه لابييه  
لا يسقط حق وليه بالضم فقالت : اصابة الصبي بالصمم والبيكم لا يسقط حق الولي  
بضم ولده اليه بعد انتهاء حضنته . قرار رقم ٥٦٢ تاريخ ١٩/١٢/١٩٦٧ .

كان أكثر صلاحاً منها مادامت تتوافر فيها أهلية الحضانة وشروطها فكذلك ليس للام هذا الحق بعد أن ينتقل لآبيه .

والقواعد العامة في الفقه الجنفي وما عليه العمل حتى صدور هذا النص هو سريان هذه القاعدة على جميع الحاضنات والأولياء فلا يجوز للام ولا لغيرها أن تنازع ولي الطفل بضمه إليها إلا إذا لم تتوافر في الولي شروط الولاية فتنقل منه إلى من يليه في الترتيب من الأولياء .

ولكننا لو عدنا فاستعرضنا رأي المذاهب الفقهية في تحديد فترة الحضانة واختلافهم الواسع حول ذلك والذي مرده عدم وجود نص صريح مما دعا فقهاء الزيدية وابن القيم الجوزية إلى القول بالبحث عن مصلحة الطفل ودرجة استغنائها عن أمه دون تحديد للسن الذي ينتقل فيه إلى أبيه إذا فعلنا ذلك نجد في الأمر مرونة بقاء الطفل لدى أمه حتى سن البلوغ أو سن الزواج بالنسبة للفتاة لا يختلف كثيراً عما ذهب إليه القانون باعطاء الخيار للقاضي بضم الطفل لأمه إذا لم يكن الأب ولياً له .

وحكم هذه الفقرة لا يتناول سلب ولاية ولي النفس عن الطفل بحال من الاحوال لأن قواعد الولاية من النظام العام بل يبقى ولي النفس هو المسؤول عن الطفل ولو كان لدى أمه في الفترة الثانية .

أما حكم الفقرة الثانية فقد جاء في رأينا قيدياً ضرورياً للحد من مطالبة الأم أو غيرها بعودة الطفل إليها فأوجب نفقته عليها إذا كانت قادرة على ذلك والأفلا يحق لها المطالبة وفي جميع الاحوال يبقى الموضوع بيد القاضي يحتاج إلى تقرير من هو الأصلح للطفل بوجوده لديه ومن هو أقدر على تربيته والعناية به ، هل المرأة أمًا كانت أم جدة أم أختاً أم الرجل عمًا كان أم أخاً مثلاً (١) .

(١) قيل في مناقشة هذه المادة ان الام قد تكون مثقفة والجد جاهل فكيف يبقى الطفل تحت اشراف جده دون امه ونحن نقول هنا قد تكون الجدة جاهلة والعم مثقف، هذا اذا اعتبرنا كل ما يطلق عليه اسم ثقافة أو شهادة يحملها المرء في عصرنا الحاضر عنواناً لأهلية التربية والحضانة والاشراف دون غيرها من عناصر حسن الخلق والتجربة والكفاءة والقدرة على ضبط انحراف الاولاد . ان التمييز في الصلاح لا يجوز أبداً ان يقتصر فيه على شهادة أو ثقافة فكم من حملة الشهادات يحتاجون هم أنفسهم لاشراف قيرهم عليهم لتقويم اعوجاجهم وتدريبهم على الطريق المستقيم والمنهج السليم .

## الفرع الثاني

### مكان الحضانة

ان مكان حضانة الطفل اثناء قيام الزوجية هو محل اقامة الزوجين ، ويشعر من مكان لآخر اذا غير الزوج محل اقامته (١) .  
ومادامت الام زوجة للاب فلا يجوز لها الانتقال بالطفل دون اذن ابيه ، وكذلك اذا كانت معتدة من طلاق .

اما اذا وقعت الفرقة بين الزوجين واتته العدة فما هو حكم نقل الطفل المحضون من بلد لآخر ؟ .

لقد ذكرنا ان الطفل يمكث من بدء ولادته الى سن السابعة أو التاسعة لدى امه أو حاضنته وللقاضي ان يزيد هذه الفترة سنتين اذا رأى ذلك في مصلحة الصغير وقد اضاف التعديل الجديد هاتين السنتين حكما .

ولكن هل يجوز للحاضنة او لمن انتقل اليه الطفل بعد فترة الحضانة من اقاربه الرجال ان ينتقل بالصغير الى أي مكان أراد كان يسافر به الى بلد آخر وبهذا يمنع أمه أو أباه من رؤيته أم لايجوز له ذلك اذا لا بد ان يكون الطفل في بلد أمه وأبيه ليراه كل منهما وليكون تحت رعايتهما واشرافهما .

للجواب على هذا يجب ان نميز بين مكان الحضانة والطفل لدى حاضنته من النساء أو لمن انتقل اليهم من الرجال .

وفي الحالة الاولى يجب ان نفرق بين الحاضنة ان كانت الام أو كانت سواها ، وعلى ذلك فسنبحث الامور التالية :

١ - مكان الحضانة اذا كانت الام هي الحاضنة .

---

(١) اذا نشزت الزوجة وكان الاولاد فوق الخامسة من عمرهم جاز للقاضي وضعهم عند احد الزوجين وفق مصالحتهم اما اذا كانوا دون الخامسة فليس من المصلحة ابعادهم عن امهم .

٢ - مكان الحضانة اذا كانت غير الام هي الحاضنة من اقاربه النساء .

٣ - هل يجوز للاب أو لمن يليه السفر بالولد بعد انتقاله اليه .

١ - مكان الحضانة اذا كانت الام هي الحاضنة :

أ - اذا كانت الام هي الحاضنة وكان رباط الزوجية لا يزال قائما بينها وبين زوجها والذ الطفل المحضون فلا يجوز لها السفر بالولد أو الانتقال به لان عليها

ان تكون والطفل في بيت الزوجية اذا كان زوجها قد دفع لها معجل صداقها .  
فاذا ارادت السفر أو الانتقال فللزواج الحق في منعها سواء آكان ذلك بمفردها

أو مع طفلها ، اما اذا اذن لها بالسفر أو الانتقال جاز لها ذلك .

ب - اما ان كانت ام الطفل مطلقة من زوجها وكانت لاتزال في العدة سواء

آكانت عدة من طلاق رجعي أم عدة من طلاق بائن أو من عدة وفاة الزوج فالأم

تقيم مع طفلها حيث وجدت العدة . لان العدة من حق الشرع لا يملك الزوج الحق

بالتصرف فيه .

ج - اما اذا انتهت عدة المطلقة و ارادت ان تسافر بولدها في أثناء مدة

حضاته فهل يجوز لها ذلك ؟ .

يجوز للام ان تنتقل بالولد المحضون أو تسافره اذا توافر الشرطان التاليان :

١ - اذا كان البلد الذي ترغب السفر اليه هو وطنها أو بلدتها التي نشأت

فيها .

٢ - وكان عقد الزواج قد تم في هذا البلد (١) .

فاذا لم يتوافر هذان الشرطان أو توفر احدهما فلا يجوز للام الانتقال

بالمحضون دون اذن آبيه ، اما اذا كان البلد الذي تم فيه عقد الزواج هو بلد الزوجة

الاصلي و ارادت الانتقال اليه جاز لها ذلك وليس للاب الحق بمنعها مهما بعدت

المسافة بين بلد الأب وبلد الأم وذلك ان الزوج حين عقد العقد على زوجته في ذاك

البلد انما رضي المقام في بلد الزوجة الذي عقد عليها عرفاً وشرعاً .

(١) جاء في رد المختار ج ٢ ص ٥٧٠ «لا بد في جواز الانتقال الى البلدة البعيدة من

شرطين : كونها وطنها وكون العقد فيها . وفي رواية الجامع الصغير ، اشترط العقد

دون الوطن ، قال الزلمي : والاول اصح لان التزوج في دار ليس التزاما للمقام فيها

عرفاً فلا يكون لها النقلة اليها » .

اما اذا كانت المسافة قصيرة بين البلد الذي تريد السفر اليه أو الانتقال بصغيرها فيجوز لها ذلك دون اذن الزوج لان الزوج يستطيع زيارة ولده والعودة مساء الى بلدته .

وقد قدر الفقهاء هذه المسافة بحيث يستطيع الزوج الانتقال الى بلد اقامة الصغير والعودة مساء . اما اذا كانت المسافة اكثر من ذلك بحيث لا يستطيع الأب السفر والعودة مساء فلا يجوز للام الانتقال بالولد دون اذن ابيه .

ومن الطبيعي ان نذكر ان وسائل النقل الحديثة المعروفة الشائعة بين الناس هي العبرة في تحديد مسافة البلد المسافر اليه حسب كل زمان وكل عرف .

والحاصل ان الام تستطيع الانتقال بالمحضون الى بلد لا يبعد من بلد الاب دون اذنه ، اما اذا كانت المسافة بعيدة فيجوز لها ذلك اذا كان البلد الذي ترغب الانتقال اليه هو البلد الذي عاشت فيه قبل الزواج وتم عقد الزواج فيه دون اذن الزوج .

وما عدا ذلك فللاب الحق في منع الأم من السفر بالصغير وذلك لمصلحة المحضون ليكون تحت اشراف الاب ورعايته (١) .

## ٢ - مكان الحضنة اذا كانت غير الام من النساء هي العاضنة :

اما اذا كانت غير الام هي العاضنة للطفل فليس لها الحق بالانتقال بالمحضون من محل حضنته وهو مكان اقامة الاب الا باذنه ، وذلك لعدم العقد بينهما لان العقد على الزوجة في مكان اقامتها قبل الزواج دليل على رضا الزوج باقامة طفله فيه .

وإذا لم يكن الاب موجودا فلا بد من اذن من تنتقل اليه الحضنة من الرجال (٢) .

وقد قررت محكمة النقض السورية ان الحضنة في البلد الذي جرى فيه عقد النكاح لا حيث يقيم الزوج اذا كانت العاضنة أم الام (٣) .

(١) راجع رد المختار ج ٢ ص ٥٦٩ .

(٢) تبين الحقائق ج ٣ ص ٥٠ .

(٣) مجلة « المحامون » عدد ١٠ و ١١ ص ٣٤١ .

٢ - هل يجوز للاب او لمن يليه السفر بالولد بعد انتقاله اليه :

وما دام الطفل في حضانة امه أو غيرها من النساء فلا يجوز للاب الانتقال بالمحضون الا برضا الام أو غيرها من الحاضنات لان فترة الحضانة هذه من حق الحاضنة الا اذا سقطت حضانة الام ولا يوجد من يليها بالترتيب في حضانة الصغير حيثئذ ينتقل الحق الى الاب فاذا اراد السفر به جاز له ذلك الى ان يعود حق أمه أو من يقوم مقامها كما لو تزوجت الام ثم طلقت فان حق الحضانة يعود اليها (٢) .

على انه يلاحظ ان سفر الاب بالصغير لا بد ان يكون الى بلد قريب من بلد الام ليتمكن من رؤيته كل يوم والا لايجوز له ذلك .

وفي جميع الحالات فان احد الابوين لا يمنع من رؤية طفله اذا كان لدى الآخر بل يجب ان يوفر له ذلك .

جاء في رد المختار (١) :

« الولد متى كان عند أحد الابوين ، فلا يمنع الآخر من النظر اليه ، ومن

تمهده » .

الاتقال بالولد المحضون لدى بقية المذاهب :

ذهب الشافعية (٢) والحنابلة (٣) الى ان الأب لو اراد السفر فهو اولى بالمحضون من أمه وكذلك اذا أرادت أمه السفر به الى مكان بعيد .

وقال الحنابلة ان من يلي الاب في الحضانة له الحق في ذلك ايضا اذا انتقلت الام الى بلد آخر أو اراد هو الانتقال اليه فان المحضون يجب ان يكون تحت اشرافه ورعايته .

هذا اذا كان السفر للاقامة اما اذا كان السفر لفترة وجيزة كفترة الصيف مثلا فيبقى المحضون لدى ابويه المقيم خشية على صحته ومرضها لخطر الاسفار .

---

(١) وذكر الحنفية الى انه لا يجوز للاب الانتقال بالمحضون ولو سقطت حضانة الام ما دام الطفل في سن الحضانة ، بعد زوال المانع لاحتمال عودة الحضانة اليها رد المختار ج ٢ ص ٥٧١ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٧٦ .

(٣) زاد المعاد ج ٤ ص ٢٦١ الفني ج ٩ ص ٣٠٤ .

والى مثل هذا ذهب المالكية فقالوا ان حق الحضانة يسقط عن الام اذا سافرت بوليدها الى بلد بعيد عن محل اقامة الاب بقصد الاقامة في ذلك البلد ونزح كان الطفل رضيعا الا اذا كان لا يقبل غير ثدي أمه (١) .

وفي جميع الحالات يجب ان يتوفر في السفر راحة الطفل وصحته فان كان في السفر بعض المخاطر على صحة الطفل المحضون فلا يجوز لاي الابوين الانتقال به .

### ما عليه العمل الآن في القانون السوري :

- ١ - ليس للام ان تسافر بولدها أثناء الزوجية الا باذن أبيه .
  - ٢ - للام الحضنة ان تسافر بالمحضون بعد انقضاء عدتها دون اذن الولي الى بلدتها التي جرى فيها عقد نكاحها .
  - ٣ - ولها أن تسافر به داخل القطر الى البلدة التي تقيم فيها أو الى البلدة التي تعمل فيها لدى أي جهة من الجهات العامة شريطة أن يكون أحد أقاربها المحارم مقيماً في تلك البلدة .
  - ٤ - تملك الجدة لأم نفس الحق المعطى بالفقرتين ٢ ، ٣ السابقتين .
  - ٥ - لكل من الأبوين رؤية أولاده الموجودين لدى الآخر دورياً في مكان وجود المحضون وعند المعارضة في ذلك فللقاضي أن يأمر بتأمين هذا الحق وتعيين طريقة تنفيذه فوراً دون حاجة الى حكم من محاكم الاساس وعلى من يعارض في الاراءة أو في طريقته أن يراجع المحكمة .
- وتطبق على من يخالف أمر القاضي احكام المادة ٤٨٢ من قانون العقوبات (٢) .
- جاءت هذه المادة لتعالج سفر الام المطلقة بابنها المحضون الى غير بلد اقامة أبيه ، وهذا الموضوع هام جداً نظراً لكثرة الانتقال في العصر الحاضر ، وقد عالج التشريع السابق حالتين اثنتين :

(١) المدونة الكبرى ج ٥ ص ٤٠ .

(٢) نصت المادة ٤٨٢ من قانون العقوبات السوري على ما يلي :

الاب والام وكل شخص آخر لا يمثل امر القاضي فيرفض ويؤخر احضار قاصر قبل ان يتم الثامنة عشرة من عمره يعاقب بالعقوبة من ثلاثة اشهر الى سنتين وبالغرامة من خمس وعشرين الى مائة ليرة .

في الحالة الاولى منع سفر الأم الزوجة بابنها الا باذن من أبيه أما اذا كانت مطلقة وهي الحالة الثانية فلا يجوز للأم الانتقال بالمحزون الا الى بلدها الذي جرى فيه عقد نكاحها .

هذا ما ذكره فقهاء الحنفية وما سار عليه القانون السابق وجاء في الفقرتين ١ ،

٢ من هذه المادة .

لكن الشيء الجديد هو ما ورد في الفقرة الثالثة والرابعة والذي أجاز المشرع فيه للأم ان تسافر داخل القطر الى البلدة التي تقيم فيها بصرف النظر عن بلد عقد نكاحها أي ولو لم يتوافر الشرطان معاً .

غير أن الفرق بين هذه الفقرة وما قبلها أن الأم يجوز لها أن تسافر الى البلد الذي جرى فيه نكاحها اذا كان بلدها الاصلي بشكل عام مطلق غير مقيد .

أما البلد الذي تعمل او تقيم فيه فيجوز لها ان تنتقل بالطفل اذا كان معها

أحد محارمها .

وجاءت الفقرة الرابعة تعطي الجدة لأم نفس هذا الحق وهذا مخالف لما ذكره الفقهاء من أن حق انتقال الأم الى بلدها الذي جرى فيه عقد نكاحها هو خاص بالأم لا بكل الحاضنات وهذا ما نصت عليه المادة ١٤٩ والتي ما تزال قائمة :

« اذا كانت الحاضنة غير الأم فليس لها السفر بانولد الا باذن وليه » .

وعلى كل حال فالنص الجديد أعطى الحق بالانتقال بالمحزون للجدة لأم كما أعطاه للأم اذا انتقلت داخل القطر الى بلد اقامتها أو مكان عملها اذا كان لديها محرم وفي هذه الحالة يختلف حكم الجدة عن الأم .

وفي رأينا موضوع الحضانة ليس الأمر صراعاً بين الأب والأم حول حضانة الطفل بل هو اختيار أفضل السبل لتأمين جو تربوي ينشأ فيه الطفل بعناية ورعاية وود وجب وأن فقهاءنا حين وضعوا قيود السفر أمام الأم تجاه المحزون يمكن القول بأنها تغيرت وتطورت فصعوبة الانتقال من بلد لآخر داخل القطر أصبحت أسهل بكثير مما كانت عليه وما علله بعض الفقهاء من أن عادات أهل القرية تختلف عن عادات أهل المدن أو عادة أهل كل مدينة تخالف عادة مدينة أخرى أمر فيه نظر

في الوقت الحاضر ، هذا بالإضافة الى ماذكرناه من عدم وجود نصوص صريحة في موضوع أولوية الحضنة وانتقالها بين الحاضنين •  
ذكر ابن حزم الظاهري أن الأم أحق بحضنة الولد الصغير والبنات حتى سن البلوغ رحل الأب عن ذلك البلد الذي تقيم فيه الحاضنة أو لم يرحل رحلت الأم أم لم ترحل •

كما أجاز فقهاء الشافعية وفق ما ورد في تحفة المحتاج في شرح المنهاج ج ٨ ص ٣٩٣ :

قال الشرواني في حاشيته : لو كان المقيم الأم وكان في مقامه معها مفسدة أو ضياع مصلحة ، كما لو كان يعلمه القرآن أو الحرفة ، وهما يولد لا يقوم غيره مقامه في ذلك فالتوجه كما قال الزركشي تمكين الأب من السفر به • لا سيما ان اختاره الولد • والعملة هنا واحدة سواء أكان من قبل الأم أم من قبل الأب •

وجاء في المادة ٣٩٣ من الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية :  
« ليس للأب أن تسافر بالولد ان كان ذلك ضرراً على الولد أو الوالد ، وان لم يتضرر أحدهما بذلك فلها الانتقال بعيداً عن محل اقامته ، اذ حق الحضنة مختص بها وليس مشتركاً بينها وبين الأب » •

وأما رؤية أحد الأبوين لابنه المحضون حين يكون لدى الطرف الآخر فأمر واجب تحقيقه وتسهيل سبله • وهذا ما نصت عليه الفقرة الخامسة من هذه المادة وأحالت الى قانون العقوبات من يخالف أحكام ذلك •

وقد كنت اقترحت - كما اذكرت سابقاً - ان ينص التشريع على حق المبيت فضلاً عن حق الرؤية اذ أنها لا تكفي أبداً بل يجب نقل الطفل يوماً في كل أسبوع أو أسبوعين من أمه لأبيه أو العكس ليعيش على صلة تامة مع أبويه •

لقد أوجب الفقهاء على من يحضن الطفل أن يمكن أباه أو أمه من رؤيته ولكنهم لم يحددوا زماناً ولا مكاناً ولا شكلاً معيناً لهذه الرؤية فكان من الواجب تنظيم ذلك وفق العرف والتقاليد وتطور الزمن ومصلحة الطفل •

لقد نص القانون المغربي للاحوال الشخصية في الفصل ١١١ على هذا الحق فيما يلي :

« اذا كان الولد محضونا لاحد الوالدين فلا يمنع الآخر من زيارته وتمهده  
أحواله ، واذا طلب نقله اليه للزيارة فله ذلك على الاقل مرة في كل أسبوع ما لم  
ير القاضي مصلحة المحضون في غير ذلك » •

ان الاصل في تحديد فترتي الحضانة من عمر الطفل لدى ابويه هو مراعاة  
مصلحة هذا الصغير المحضون الذي لا يمكنه أن يستغني عن أمه ولا عن أبيه  
فترة من حياته •

فالفتره الاولى الذي يعيشها الطفل لدى أمه في حضانتها تبقى لايه ولايه  
النفس فمن واجبه أن يرعاه وان يشرف عليه وان يتمهده بما يحتاج اليه وأقل ما  
يجب عليه هو رؤيته •

واذا كان فقهاؤنا لم يضعوا قواعد عامة لرؤية الأب لطفله مادام في حضانة  
أمه ولا قواعد لرؤية أمه له حين يضم لأبيه ، فمن الواجب تنظيم هذا الموضوع الهام ،  
اذ لا يجوز أبدا أن يبقى هذا الامر كما هو عليه اليوم من الاهمال والتعسف وعدم  
المبالاة ، مما يفتح مجالا واسعا للمطالبة برفع سن الحضانة أو الغاء نظام الحضانة  
تجنباً لما تؤدي اليه كثير من الحالات التي يسيء فيها الأب استعمال حقه أو تتعسف  
الأم بمنع ولدها من زيارة أبيه أو رؤيته •

ان دواوين المحاكم ودوائر البوليس لا تصلح أبدا أن تكون مكانا يرى فيه  
الأب طفله المحضون دقائق في شهر أو شهرين مما يولد في نفسية الطفل عقدا نفسية  
قاتمة عن أبيه وفي ذهنه صورا مظلمة عن هذا النظام الذي بينه وبين أبيه بحيث  
لا يترك له مجالا ليراه فيه الا مع رجال القضاء أو الشرطة أو غير ذلك •  
اتنا نطالب بوضع تشريع يسهل فيه للأب رؤية ابنه المحضون بل ويسمح له  
بأخذه مرة على الاقل في الاسبوع لينام هذا الطفل في بيت أبيه ليشعر بالحنان  
والمطف الابوي حتى اذا ما انتقل اليه بعد فترة الحضانة لم ينتقل الى رجل قوي  
الجسم مفتول العضلات رآه مرات في دوائر الشرطة ووجهه مكفه لانه محاط  
بزوجته المطلقة وأهلها الذين جاءوا لمرافقته لرؤية أبيه خشية ايقاع السوء به من  
خطف او تهديد او غير ذلك •

اذا كان فقهاؤنا لم ينصوا على تنظيم معين لرؤية كل من الابوين للطفل فما

ذلك الا اعتمادا على ما زرعه الاسلام في نفوس المؤمنين به من رحمة ومودة تجعل الاب يعطف على طفله والام لا تنقطع صلتها بصغيرها بشكل يؤمن بمصلحة الاطراف الثلاثة ، اما وقد تغيرت النفوس والاخلاق وأصبح كل من الابوين يتربص اضرار الآخر به بمنع طفله من رؤيته فلا بد من وضع قواعد زاجرة من منظمة تضمن مصلحة الصغير أولا وقبل كل شيء (١) .

وقد حاولت بعض المحاكم ان تسمح للولد بالمبيت لدى أمه بعد انتهاء حضائته في كل اسبوعين ليلة واحدة ، ولكن محكمة النقض ردت ذلك الحكم لمخالفته - في رأيها - نصوص الفقهاء وقالت :

لما كان الحكم بتسليم البنت بعد انتهاء حضائتها لوالدتها كل شهر مرتين على أن تبقى في كل مرة اربعا وعشرين ساعة لديها ليس له مستند شرعي وكان القاضي

---

(١) جاء في المادة ٤٨١ من قانون العقوبات السوري :

أ - من خطف او ابعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة من عمره ولو برضاه بقصد نزعته عن سلطة من له عليه الولاية او الحراسة عوقب بالحبس من ستة اشهر الى ثلاث سنوات وبالغرامة من خمسة وعشرين إلى مائة ليرة .

ب - واذا لم يكن القاصر قد اتم الثانية عشرة من عمره او خطف او ابعد بالحيلة او بالقوة كانت العقوبة الاشغال الشاقة المؤقتة

وفي المادة ٤٨٢ :

الاب والام وكل شخص آخر لا يمثل امر القاضي فيرفض او يؤخر احضار قاصر لم يتم الثامنة عشرة من عمره يعاقب بالحبس من ثلاثة اشهر الى سنتين وبالغرامة من خمس وعشرين ليرة الى مائة ليرة .

كما ورد في قانون اصول المحاكمات السوري في المادة ٤٦٠ :

يقرر الرئيس حبس المحكوم عليه لتأمين استيفاء الحقوق التالية دون غيرها :  
ف هـ : تسليم الولد الى الشخص الذي عهد اليه بحفظه ، وتأمين اراءه الصغير لولييه .

وفي المادة ٤٦٧ من القانون المذكور :

يجوز تنفيذ الاحكام الصادرة بضم الصغير وحفظه او تسليمه الى الامين قهرا ولو ادى ذلك الى استعمال القوة ودخول النازل ، ويجوز اعادة تنفيذ الحكم كلما اقتضى الحال ذلك .

لا يملك الاجتهاد فيما ورد عليه النص ، وكان النص صريحا بأن الأم اذا ارادت أن ترى ولدها لاتمنع من ذلك ( يراجع الدر الجزء الثاني آخر باب الحضانة ) .

وكان من الواجب أن لا يتجاوز التفسير للنص بما لا يحتمله ، وكانت القواعد الشرعية العامة تأبى مييت الطفلة ليلا عند أجنبي عنها ، كان قبول هذا الحكم يوصل في بعض الاحوال الى هذه النتيجة ( زواج الحاضنة من أجنبي ) لذلك كان الحكم مخالفا للأصول (١) .

ونحن مع مخالفتنا لما ذهب اليه محكمة النقض في قرارها المذكور لا بد من توضيح النقطة التالية :

١ - ان الحكم بتسليم البنت لوالدها مرة او مرتين في كل شهر لا يخالف النصوص بل يؤيدها لان الفقهاء وان كانوا لم يضعوا قواعد عامة كما ذكرت لتنظيم رؤية المحضون أو زيارة من انتهت حضنته لأمه الا أن روح الشريعة الاسلامية ومبادئها العامة بل وصريح قوله تعالى : « لاتضار والدة بولدها ولا مولود له بولدها » يجعلنا نقول بكل اطمئنان ان مييت الطفل لدى أبيه أو أمه خلال اقامته لدى الآخر أمر ضروري تحت غلبه الشريعة الاسلامية وبرأ بالوالدين وتحقيقا لمصلحة الولد .

٢ - واما الرجوع الى ما ذكره صاحب الدر في الجزء الثاني فليس فيه ما يفيد سندا لهذا الحكم اطلاقا بل كل ما جاء فيه ان على الأب ان يمكن الام من رؤية ولدها في كل يوم .

فقد نقل صاحب الدر عن الحاوي قوله : له ( أي للأب ) اخراجه الى مكان يمكنها ان تبصر ولدها كل يوم كما في جانبها .

ونقل صاحب الدر عن السراجية : « اذا سقطت حضانة الام واخذه الاب لا يجبر على ان يرسله لها ، بل هي اذا ارادت ان تراه لا تمنع من ذلك (٢) .

---

(١) القاعدة ١١٥١ من مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض .  
رقم القرار ١٨٧ تاريخ ١٥/٢/١٩٥٣ .  
(٢) رد المختار على الدر المختار ج ٢ ص ٥٧١ .

هذا ما جاء في المصدر الذي احتج به الحكم المذكور في عدم جواز مييت  
الولد لدى امه بعد انتهاء حضاته ، وهو واضح تماما انه لا يفيد المطلوب .  
٣ - ان الخوف من مييت الولد أو الطفلة لدى أمها أن تكون لدى أجنبي  
فيما لو كانت الأم متزوجة أمر لا مبرر له فقد تكون الأم غير متزوجة مثلا ...  
ثم تسأل أين ترى الأم بنتها اذن ؟ .. هل تراها في الشارع ؟ .. أم تراها  
في بيت أبيها ؟ .. ان زيارة الأم لبيت مطلقها فيه من الأضرار والأضرار أكثر من  
زيارة البنت لأمها سواء آكأت متزوجة بأجنبي أم بمحرم أم غير متزوجة (١) .

٤ - إذا كان الفقهاء قد اتفقوا على تأمين رؤية الولد لأبويه ولكنهم لم  
يحددوا هذه الرؤية فلا مانع من تنظيمها ولا مانع من إيجاد طرق سليمة تؤدي  
الغرض منها ، فليس الغرض رؤية الوجه والكفين ولكن الغرض تعهد الولد من قبل  
أبويه وهذا لا يتحقق بصورته الكاملة برؤية عابرة بل بما يضمن تحقيق الهدف  
وهو الرعاية الكافية ومما يساعد على ذلك ان يسمح للولد بالمبيت يوما في كل  
أسبوع لدى أبيه ان كان محضونا أو لدى أمه ان كان قد ضم لأبيه .

جاء في احكام الصغار (٢) :

إذا كان الغلام أو الجارية ( الفتاة ) عند الام فليس لها أن تمنع الأب عن  
تعاهدهما ، وان صار الى الأب فليس له ان يمنع الام من تعاهدهما والنظر اليهما .

أما فيما يتعلق بتحديد موعد لرؤية المحضون فقد ذهبت بعض المحاكم  
المصرية أن للأم أن ترى ولدها في كل يوم وكذلك للأب ان يرى المحضون في كل  
وقت شاء قياسا على رؤية الوالدين للزوجة ، لان المنصوص عليه لدى الفقهاء أنه

(١) جاء في المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٤٣ :

وان مرض احد الابوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته سواء اكان ذكرا او  
انثى ، لان الأرض يمنع المريض من المشي الى والده ، فمشي ولده اليه أولى ، فاما في  
حال الصحة فان الغلام يزور امه والام تزور بنتها . راجع ايضا نهاية المحتاج ج ٦

ص ٢٢١ .

(٢) احكام الصغار ج ١ ص ١٠١ وجاء في المغني ج ٢ ص ١٤٣ :

فان اختار اباه كان عنده ليلا ونهارا ولا يمنع من زيارة امه لان لمنعه من ذلك  
اغراء بالحقوق وقطيعة للرحم .

ليس للزوج ان يمنع والدي زوجته وأولادهما من غيره من رؤيتها في أي وقت اختاروا لأن في ذلك قطعة للرحم ولا ضرر عليه في ذلك<sup>(١)</sup>

ولذا فإنا نقترح النص على جواز مبيت الولد لدى أبويه مرة واحدة في كل أسبوع إن رغب بذلك .

جاء في قانون الاحوال الشخصية المغربي في الفصل ١١١ :  
« إذا كان الولد محضوناً لأحد الوالدين فلا يمنع الآخر من زيارته وتعهده أحواله ، وإذا طلب نقله إليه للزيارة فله ذلك على الأقل مرة في كل أسبوع ما لم ير القاضي مصلحة المحضون في غير ذلك » .

كما ورد في الفصل ١٠٩ :  
للأب وغيره من أولياء المحضون حق العناية بشؤونه في التأديب والتوجيه لاماكن الدراسة ولكنه لا يبيت إلا عند حاضنته إلا إذا رأى القاضي مصلحة المحضون غير ذلك .

ثانياً - الانتقال والسفر بالمحضون .  
لقد أجاز القانون للأم أن تسافر بانولده المحضون الى بلدها إذا كان العقد قد تم فيه وهذا يتفق مع ما ذكره فقهاء الحنفية ولكن لا بد لنا من تحديد معنى الانتقال الى مكان قريب أو السفر الى مكان بعيد .

لقد ذكر فقهاؤنا أن للأم أن تنتقل بالطفل الى مكان قريب يستطيع الاب أن يزوره يوميا بحيث يتمكن من الذهاب إليه صباحا ويمود مساء ، ولكنهم لم يحددوا المسافة ولا وسيلة الركوب بل تركوا ذلك لما اعتاده الناس من وسائل مواصلات ، لانها من الامور التي تتغير حسب كل عصر على ان تبقى القاعدة ، وسيلة النقل المتعارف عليها ففي عصرنا هذا يمكن ان يقال السيارات أو قاطرات سكك الحديد أو غير ذلك أما الوسيلة التي لم يتعارفها الناس بعد في بلد ما أو كانت تكاليفها باهظة بالنسبة لوضع الزوج المادي والقدرة على الانتقال كالتائرات مثلا فلا يعتد بها . وعلى هذا فمن كان في دمشق وولده في القاهرة وكان يستطيع

١١ الحماية الشرعية س ٩ ع ٧ ص ٦٤٢ .

السفر صباحا والعودة مساء بالطائرة لا عبء بذلك لانه مرهق من جهة وباهظ التكاليف من جهة أخرى ولا يعتبر من الوسائل العادية للمواصلات .

على انه إذا فرضنا ان بلدا ما تعارف فيه الناس على جعل السفر بالطائرات وسيلة للنقل عادية بحيث يسافر الراغب في كل صباح ويعود مساء وكان الاب غنياً يستطيع الاتفاق جاز ذلك واعتبرت الطائرة من وسائل النقل المعروفة .

ولا يجوز أبداً في رأينا اعتبار وسائل المواصلات القديمة أساساً لبعده المسافات أو قربها أو السير على الاقدام لان فقهاءنا لم يشترطوا وسيلة معينة ولو فرضنا وجدت بعض الكتب التي تحدد السير على الاقدام أو ركوب الحمير والجمال فليس معناه أيضاً لا تعديل له ولا علة فيه بل الاصل ان ما تعارفه الناس واعتادوه من وسيلة للنقل يعتبر معياراً لذلك لا أكثر إذ لم يعد اليوم من يسير على قدميه من بلد لآخر .

جاء في البحر الرائق (١) :

« ... لو كان بين الموضعين تقارب بحيث يتمكن الاب من مطالعة ولده والرجوع اليه في نهاره جاز لها أن تنتقل اليه سواء أكان وطناً أو لم يكن ، وقع العقد فيه أم لم يقع لأن الانتقال الى مكان قريب بمنزلة الانتقال الى محلة في بلد واحدة » .

ان غاية الفقهاء حين قالوا يذهب صباحا ويعود مساء هي عدم ارهاق الاب بالسفر للذهاب لرؤية ولده ، فالضرر أو المشقة كما تكون ببعده المسافة إذا كان السير على الاقدام فان ذلك يزول بالسفر بالسيارة أو بالقطار ولو بعدت المسافة لان العلة وهي رفع الضرر أو دفع المشقة تزول بالوسيلة المعتادة والحديثة للسفر ، مع ملاحظة نفقة الانتقال بالحدود التي يستطيع الاب دفعها يوماً أما إذا كان لا يستطيع فالضرر هنا لا ببعده المسافة بل لتكبد نفقة السفر فيمكن للقاضي ان يعتبر المسافة بعيدة ويلزم الأم الحاضن بالعودة بالمحزون الى وطن الاب .

والخلاصة ان تحديد الفقهاء مسافة السفر بما يستطيع الاب السفر صباحاً

(١) البحر الرائق ج ٤ ص ١٨٦ .

والعودة مساء سيرا على الاقدام ليس مقصودا بذاته بل المقصود منه عدم الاضرار  
بالأب لبعده عنه بحيث لا يتمكن من زيارته يوميا لا أكثر من ذلك وان هذا القياس  
على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر .

فلو تمكن من السفر بأية وسيلة كانت بحيث يذهب صباحاً ويعود مساء ولا  
يرهقه السفر بنفقاته فقد تحقق المقصود .

هذا ما نراه في وجوب تقدير المسافات . لانتقال الأم بطفلها الى مكان قريب  
يستطيع الأب زيارة ولده في كل يوم .

وغير الأم من الحاضنات . تأخذ نفس الحكم بالنسبة للمكان القريب لان العلة  
واحدة بين الحاضنات وهي أن يتمكن الأب من رؤية طفله دون لوهاق أو  
صعوبة (١) .

على ان هذا الحق للأب برؤية طفله لتعهده والاشراف عليه ، يجوز له أن  
يتنازل عنه (٢) فيأذن للأم بالانتقال الى مكان بعيد عن محل اقامته (٣) .

أما سفر الأم بالمحضون الى مكان بعيد فقد اختار القانون قبل تعديله الاخير  
رأي الحنفية الراجح وهو انه لا بد من توافر شرطين : أن يكون المحل الذي تنتقل  
اليه هو موطن الزوجة والمكان الذي تم فيه عقد الزواج . وهذا الحكم خاص بالأم  
دون غيرها من الحاضنات وهناك آراء أخرى للحنفية منها ما ذكره الامام محمد في

(١) تقرير الرافعي على رد المحتار ج ١ ص ٢٤٨ .

(٢) اما إذا انتقل الاب من موطنه فللام ان تنتقل بمحضونها الى بلدها او اي  
بلد شاءت لانها لا تلتزم باللحاق بالاب حيث سافر وذلك لان بقاء المحضون في بلد الاب  
كان بغية رؤيته فلم يعد هناك ضرورة بعد سفر الاب .

وقد جاء في بعض الاجتهادات القضاية السورية ان منع الحاضنة من السفر إلا  
بإذن الولي لا فائدة منه إذا تحقق ان الولي غادر مقره .

راجع « المحامون » ع ٤ ص ١٤١ رقم ٢٥٨ .

وقد ذكر فقهاء الشافعية في نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٢٢ :

ولو أراد احدهما ( أحد الابوين ) السفر حاجة كان الولد المميز وغيره مع المقيم

حتى يعود المسافر .

(٣) الفتاوى الهندية ج ١ ص ٤٨٥ .

الجامع الصغير من أنه يجوز للأب الانتقال الى بلد تم فيه عقد الزواج لان الزوج حين عقد زواجه في هذا البلد يعتبر انه خاضع لأحكامه والبقاء فيه . وذكر الطحاوي رواية عن أبي يوسف ان العبرة في تحديد موطن اقامة الطفل هو مكان ولادته سواء أكان موطناً للزوجة أم لا تم فيه عقدها أم لم يتم (١) .

وإذا كان لنا رأي في هذا الموضوع فالتا نقترح أن يكون موطن الزوجة أيضاً محل اقامة للطفل خلال حضائته ، فقد يفرق الزوجان والزوجة من بلد بعيد عن موطن الزوج فكيف تتم حضائتها لطفلها في بلد تعتبر أجنبية فيه وأهلها في بلد آخر ؟ .. كيف تعيش هذه المرأة بعيدة عن أقاربها مع ولدها في بلد زوجها ؟ .. ليس من المصلحة ان تعطى الحق بنقل طفلها الى موطنها حيث يقيم أهلها حتى تنتهي فترة حضائته ؟ ..

إن الضرر الذي يصيب الأب من جراء بعد طفله عنه أخف بكثير من الضرر الذي تصاب به المرأة إن أقامت في بلد بعيد عن موطنها أو افترقت عن طفلها وتخلت عن حضائته لغيرها من أقارب زوجها ؟ ..

إن فقهاء الخنفة اجازوا للأب السفر الى مكان بعيد بطفلها إذا توفر شرطان : الموطن ومكان العقد، ليس يبيد عن هذا الحكم وقد أجزنا لها هذا السفر وبعد الطفل عن أبيه ان تجيز لها الانتقال الى موطنها وخاصة انها تجهل هذا الحكم حين اجراء عقد الزواج وإلا كان باستطاعتها ان تطلب بل ان تشترط أن يكون عقد الزواج في موطنها .

ونحن في هذا الموضوع مع رأي ابن القيم الجوزية حيث يقول بعد أن ناقش آراء المذاهب الفقهية في حكم الانتقال بالمهضون :

« .. وهذه أقوال كلها كما ترى لا يقوم عليها دليل يسكن القلب اليه فالصواب النظر والاحتياط للطفل في الاصلح له والانع في الاقامة والنقلة ، فأيهما كان أنفع له وأصون وأحفظ روعي ولا تأثير لاقامة ولا نقلة هذا كله إذا لم يرد

(١) تبين الحقائق ج ٣ ص ٥٠ .

أحدهما بالنقلة مضارة الآخر وانتزاع الولد منه ، فإن أراد ذلك لم يجب اليه « (١) » .  
كما يثبت حق الأب برؤية طفله لدى حاضنته الأم وحقه بمنعها من السفر به  
كذلك يثبت للأب نفس الحق الذي للأب بعد ضم الطفل لأبيه .

وقد ذكرنا ما ذهب اليه الفقهاء من أنه ليس للأب الحق بالسفر بالطفل خلال  
فترة حضائته لأن في السفر به ابطالا لحق الحضانة سواء أكان السفر لبلد قريب  
أو بعيد لأن حق الام يتعلق بامساكه وحضائته وسر الاب به يمنعها من ممارسة  
هذا الحق ، حتى أن الأب ولو كان زوجاً وسافر به دون اذن أمه وجب عليه  
رده اليها (٢) .

ولا بد من الاشارة الى أن منع الأب من السفر بابنه المحضون يبقى قائماً ولو  
سقطت حضانة الأم كما لو تزوجت لاحتمال عودة هذا الحق اليها بمجرد طلاقها من  
زوجها الثاني .

أما سفر الأب بالولد بعد ضمه اليه فهل يجوز له ذلك أم يمنع حفظاً على حق  
الأم برؤيته ، ؟ \*\*\*\*

لقد فهم بعض من كتب في هذا الموضوع عبارات وردت في كتب فقهاء  
الحنفية ان هذا الحق خاص بفترة الحضانة وانه يجوز للأب بعد ذلك أن ينتقل  
بولده الى أي بلد شاء .

ولكننا نرى ان في سفر الاب بولده ضرراً أكيدا يلحق بالأم حيث تحرم من  
رؤيته حتى بلوغه سن الرشد أو البلوغ فيختار الاقامة لدى أحد أبويه ، ولا شك  
أن في ابعاد الولد عن أمه مخالفة صريحة لقوله تعالى : « لا تضارء والدة بولدها  
ولا مولود له بولده » .

وقد أوضح الفقيه الحنفي ابن عابدين نقطتين هامتين :

١ - ان المقصود بمنع الاب من السفر بالولد ليس خاصاً في فترة حضانة  
أمه بل يشمل فترة ضمه اليه بعد حضائته .

(١) زاد المعاد ج ٤ ص ١٣٣ وراجع ايضا اعلام الموقعين ج ٤ ص ٣٦٠ .

(٢) الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ٣١٩ الفتاوى الهندية ج ١ ص ٥٤٢ البحر

الرائق ج ٤ ص ١٨٧ .

٢ - ان الفقهاء قد اتفقوا على أن لا ضرر يصيب أحد الوالدين بولده ولا شك أن سفر الأب بالولد أكبر ضرر يصيب الأم بإبعاد طفلها عنها بعد انتهاء حضائته .

يقول ابن عابدين معلقاً على عبارة لفقهاء الحنفية وردت في الحاوي وقد سبق أن ذكرناها :

« له اخراجه الى مكان يمكنها أن تبصر ولدها كل يوم كما في جانبها » .

« قوله في الحاوي : له اخراجه : أنت خير بأن هذا محمول على ما إذا لم يكن لها حق الحضانة ، إذ لو كان لها الحضانة لا تمكنه من أخذه منها فضلاً عن اخراجه عنها الى قرية أو بلدة قريبة أو بعيدة ، خلافاً لما في النهر .

ثم لا يخفى أنه مخالف لما مر عن السراجية . . . . لان ما في الحاوي يشمل ما بعد الاستفتاء . وهذا هو الارفق بالأم .

ويؤيد ذلك ما ورد في التارخانية : « الولد متى كان عند أحد الابوين لا يمنع الآخر من النظر اليه وعن تعهده » ولا يخفى ان السفر اعظم مانع .

# الباب الرابع

ويتضمن فصلين

الفصل الأول :

الولاية على النفس

الفصل الثاني :

والولاية على المال

## تمهيد

### الولاية على النفس

### والولاية على المال

الى جانب الحضانة وواجبات الأم نحو طفلها في سنواته الاولى من عمره  
يثبت لهذا الولد ولايتان على آبيه :

- ١ - ولاية على النفس •
- ٢ - ولاية على المال •

ولهذا يقول الفقهاء يولد المرء وينشأ له منذ ولادته ثلاث ولايات : ولاية  
الحضانة وولاية النفس وولاية المال •

فالولاية الاولى تكون للام منذ أن يرى الطفل الحياة لأن شؤون حضاته  
وارضاعه من أهم ما يحتاج اليه في هذه الفترة من عمره ، وهي قدر الناس على  
العناية به في تغذيته وامداده بالحنو وال عاطفة والشفقة من الامومة تكسبه حناناً  
تساعده على نمو ذكائه واستعداداته الفطرية بما لا يمكن للطفل أن يرى بديلاً عنها  
في حجر غير أمه بعيداً عنها •

والولاية الثانية هي ولاية على نفس الصغير تثبت للطفل على الأب هكذا تتم  
الولاية الاولى لانها تتعلق بامداد الطفل بما يحتاج اليه من تربية اشراف وحماية ،  
حتى إذا كبر تعدت الى التعليم والتزويج وغير ذلك •

أما الولاية الثالثة فهي ولاية المال ان كان للطفل مال ، وهذه تختص دارة مال  
القاصر ، إذ لا يجوز ان تترك أموال القصر دون مسؤول عنها •

هذه الولايات من حق الطفل على أبويه ، فولاية الحضانة تجعل الام  
مسؤولة عن وليدها في لباسه وغذائه وخدمته ، وولاية النفس تجعل الأب ساهراً

على مصلحة ابنه من رعاية وخدمة وتدريب على الحياة وشؤونها ، وولاية على المال  
تحفظ وتنمي مال الصغير ان كانت لديه أموال .

ولا خلاف في اجتماع هذه الولايات بالابوين ، لان الامر الطبيعي أن ينشأ  
الطفل في رعاية أبويه معاً .

أما إذا نشأ خلاف بين الزوجين أدى الى الفرقة بينهما ، حيثئذ تظهر هذه  
الولايات بشكل متباين حين يعيش الصغير لدى أحد أبويه ، فالحضانة للأم وولاية  
النفس للأب .

وفي هذه الحالة تجتمع الولايتان : ولاية النفس وولاية المال للأب ثم للجد إذا  
لم يكن الأب على قيد الحياة .

فان لم يكن أب ولا جد تنفصل الولايتان :

ولاية النفس وتثبت للأقارب العصبات من الرجال بحسب ترتيب ثابت وضعه  
الشارع مراعاة لمصلحة الصغير .

وولاية على المال تكون لمن يجعله الأب قبل وفاته وصياً على أولاده أو يعينه  
القاضي في حال عدم وجود شخص اختاره الأب لذلك .

## الفصل الأول

### الولاية على النفس

ثبت الولاية على الغير لعجزه عن معرفة شؤون نفسه ومصالحه وعندما اهتدائه الى ما فيه الخير والصواب إما لصغر أو لمرض كجنون أو عته (١) .

وتكون الولاية على النفس للعصبات حسب الترتيب التالي :

- ١ - الأبناء وأبناء الأبناء مهما نزلوا (٢) .
- ٢ - الآباء وآباء الآباء مهما علوا .
- ٣ - الأخوة وأبناء الأخوة مهما نزلوا .
- ٤ - الأعمام وأبناء الأعمام مهما نزلوا .

ويشترط في الولي شروط خاصة ذكرها الفقهاء منها العقل والبلوغ واتحاد الدين . ويدخل في هذه الولاية الامور التي تتعلق بحفظ الولد وصيافته وتربيته وتعليمه وتزويجه ، إذ ليس للصغير حق الانفراد بالسكن دون وليه ، بل لوليه حق

---

(١) قسم قانون الاحوال الشخصية حالات نيابة الانسان عن غيره الى اربع زمن : الولاية : وتثبت على القصر وهي من واجبات الاب والجد والوصاية. هذه تكون باختيار الاب او بتعيين القاضي شخصاً يشرف على شؤون القصر وقوامه وتختص برعاية الجانين والمتهوين السفهاء والمفلين. ووكالة قضائية تثبت بحكم القضاء على المفقودين والغائبين .

راجع الاهلية والوصية والتركات للمؤلف بالاشتراك مع الدكتور السباعي

ص ٤١ .

(٢) تبدو ولاية الابناء في حال جنون الآباء وعجزهم عن تصريف شؤونهم فيتولى الولد الولاية عليه ويفضل على جده في تزويجه ورعايته .

مراقبته والعناية به وإرشاده إلى مهنة أو دراسة أو عمل مفيد .

وقد جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري :

م ٢١ : الولي في الزواج هو العصة بنفسه هـلى ترتيب الارث بشرط أن يكون محرماً .

م ٢٢ : يشترط أن يكون الولي عاقلاً بالغاً .

وقد ينن القانون السوري أن أعمال الولاية على النفس من الواجبات التي يلتزم بها الولي نحو القاصر أياً كان أو جداً .

كما أن الولاية تثبت لكل من الأب والجد بنوعهما : ولاية على النفس وولاية على المال وذلك لوفور شفقتهما ولحرصهما على مصلحة القاصر .  
لقد أوضحت المادة ١٧٠ من القانون ذلك بقولها :

ف ١ : للأب ثم للجد العصبي ولاية على نفس القاصر وماله وهما ملتزمان بالقيام بها .

ف ٢ : لغيرهما من الأقارب بحسب الترتيب المبين في المادة ٢١ ولاية على نفسه دون ماله .

ف ٣ : يدخل في الولاية النفسية سلطة التأديب والتطبيب والتعليم والتوجيه إلى حرفة اكتسابية والموافقة على التزويج وسائر أمور العناية بشخص القاصر .

#### انتهاء الولاية على النفس :

تنتهي الولاية على النفس بزوال السبب الذي أدى إليها من صغر أو جنون أو غير ذلك ، فالصغير إذا بلغ سن البلوغ فإن ولاية النفس تزول عنه ، والمجنون إذا عاد إليه عقله زالت الولاية أو القوامة عليه (١) .

(١) الولاية على النفس للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٥٣ .

وهناك حالات كثيرة ذكرها الفقهاء لسلب الولاية أو منعها عن الولي<sup>(١)</sup> إذا تجاوز حدود ولايته أو أساء استعمالها وأدت ولايته إلى ظلم بالقاصر كعضله عن الزواج إلى غير ذلك من الأمور التي بحثناها في موضوع الزواج .  
وقد حدد المشرع المصري الأسباب التي تؤدي إلى سلب الولاية أو وقفها مسترشداً بآراء الفقهاء نذكر بعضها لأهميتها<sup>(٢)</sup> :

- أولاً : حالات سلب الولاية عن الولي وجوباً .
- م ٢ : تسلب الولاية ويسقط كل ما يترتب عليها من حقوق عن :
- أ - من حكم عليه لجريمة الاغتصاب أو هتك العرض أو لجريمة مما نص عليه في القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة إذا وقعت الجريمة على أحد من تشملهم الولاية .
- ب - من حكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد من تشملهم الولاية أو حكم عليه لجناية وقعت من أحد هؤلاء .
- ج - من حكم عليه أكثر من مرة لجريمة مما نص عليه في القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٨ بشأن مكافحة الدعارة .
- ويترتب على سلب الولاية بالنسبة إلى صغير ، سلبها إلى كل من تشملهم ولاية الولي من الصغار الآخرين .
- ثانياً : حالات سلب الولاية أو وقفها جوازاً .
- م ٣ : يجوز أن تسلب أو توقف كل أو بعض حقوق الولاية بالنسبة إلى كل أو بعض من تشملهم الولاية في الأحوال التالية :
- أ - إذا حكم على الولي بالاشتغال بالاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة .
- ب - إذا حكم على الولي لجريمة اغتصاب أو هتك عرض أو لجريمة مما نص عليه قانون مكافحة الدعارة .

---

(١) راجع موضوع الولاية في مختلف المذاهب الفقهية في المراجع التالية :  
احكام الصغار ج ٢ ص ٢٢ البدائع ج ٢ ص ٢٤٠ بداية الجتهد ج ٢ ص ٧ شرح  
الخرشي علي خليل ج ٢ ص ١٧٣ المغني ج ٦ ص ٤٨٧ نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣١٢  
مختلف الشيعة ج ٢ ص ٨٨ الروضة البهية ج ٢ ص ٨٠ .

(٢) قانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٨ في الجمهورية العربية المتحدة .

ج - إذا حكم الولي أكثر من مرة لجريمة تعريض الاطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو لاعتداء جسيم متى وقعت الجريمة على أحد من تشمله الولاية .

د - إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بالولاية داراً من دور الاستصلاح .  
هـ - إذا عرض الولي للخطر صحة أحد من تشملهم الولاية أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدرة نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الادمان على الشراب أو المخدرات أو بسبب عدم العناية أو التوجيه ولا يشترط في هذه الحالة ان يصدر ضد الولي حكم بسبب تلك الافعال .

م ٤ : يحكم بسلب الولاية ولو كانت الاسباب التي اقتضت سلبها سابقة لقيام الولاية أو لقيام سببها .

م ٥ : إذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو بوقفها عهدت بالصغير الى من يلي المحكوم عليه فيها قانوناً ، فإن امتنع أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية لذلك جاز للمحكمة ان تعهد بالصغير الى أي شخص آخر ولو لم يكن قريباً له متى كان معروفًا بحسن السمعة وصالحاً للقيام على تربيته أو ان تعهد به الى أحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض .

م ١٠ : يترتب على سلب الولاية على النفس سقوطها عن المال ولا يجوز أن يقام الولي الذي حكم بسلب ولايته وصياً أو مشرفاً أو قيماً ، كما لا يجوز أن يختار وصياً .

م ١١ : يجوز للأولياء الذين سلبت ولايتهم ان يطلبوا استرداد الحقوق التي سلبت منهم إذا رد اعتبارهم وذلك إذا كان سلب الولاية وفق الفقرتين ب و ح من المادة الثانية والفقرات أ و ب و ح من المادة الثالثة ويجوز لهم ذلك أيضاً في الاحوال المنصوص عليها في الفقرتين د ، و هـ من المادة الثالثة إذا انتقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية .

ويفهم من نص القانون أنه لا يجوز إعادة الولاية إذا حكم بسلبها بناء على الحكم على الولي في جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو تحريض على الدعارة وكانت الجريمة قد وقعت على أحد القصر المشمولين برعاية الولي (١) .

(١) احكام الاولاد للاستاذ زكريا البري ص ٨٠ .

## الفصل الثاني

### الولاية على المال

ثبتت الولاية على المال في التصرفات والعقود التي تتعلق بأموال القاصر والمجنون والمعتوه والسفيه مع خلاف يسير في بعض التشريعات التي تسمي المشرف على مال القاصر ولياً والمشرف على مال المجنون والسفيه قياً •

والاصل في ثبوت الولاية المالية على الصغير القاصر هو قوله تعالى :

« وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً ، فادفعوا اليهم أموالهم ولا تأكلوها اسرافاً وبداراً ان يكبروا ، ومن كان غنياً فليستغفف ، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » •

ومن هذه الآية الكريمة نرى ان البلوغ الطبيعي كاف لاثبات أهلية الزواج وانتهاء الولاية على النفس بسببه ، وأما الولاية على المال فلا تنتهي إلا ببلوغ النكاح وبلوغ الرشد معاً ، ولذلك علقت الآية تسليم الاموال للقاصر بالرشد أيضاً : فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم •

ومن الجدير بالذكر ان قانون الاحوال الشخصية السوري اعتبر سن الرشد بالنسبة للتصرفات المالية وهي ثماني عشرة سنة للذكور والاناث حيث تزول الولاية على المال في هذا السن إذا بلغها القاصر وهو غير مجنون أو معتوه أي لا يوجد به سبب آخر من أسباب الحجر •

أما أهلية الزواج فقد فرق القانون بين الذكر والاثني فجعل سن الثامنة عشرة للذكور والسابعة عشرة للاثني سنّاً تنتهي به الولاية على النفس ويستطيع من بلغ ذلك أن يتزوج بنفسه وفق الاحكام والشروط التي ذكرها القانون أخذاً من رأي

الامام أبي حنيفة الذي حدد سن البلوغ الطبيعي بهذا السن إذا تعذر معرفة ذلك من العلامات الطبيعية .

### مراحل الاهلية :

١ - مرحلة ما قبل الولادة وهو جنين في بطن أمه ، تثبت له الحقوق التي لا تحتاج الى قبول وهي النسب والميراث والوصية والوقف .

٢ - مرحلة عدم التمييز وهذه تبدأ منذ ولادة الجنين حياً وتستمر حتى سن السابعة ، ويمارس الولي على مال الصغير جميع التصرفات المالية النافعة التي تعود بالخير والنفع على الصغير ، كما تعتبر تصرفات الصغير هدراً في كل ما يتعلق بأقواله ، وأما أفعاله الضارة فيترتب عليها مسؤولية مدنية لا جزائية .

٣ - مرحلة التمييز وتبدأ منذ تمام السابعة من العمر حتى سن البلوغ ، وفي هذه المرحلة يبدأ عمل القاصر بالتجربة والاختبار حيث تصح منه التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبوله الهبات من غيره ولا تصح التصرفات الضارة كقيامه بالتبرع لغيره لأن التبرع من مال الصغير باطل سواء صدر ذلك عنه أم من وليه أم من القاضي ، وأما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر فهذه تصدر موقوفة عن الصغير أي تحتاج الى اجازة الولي فان أجازها نفذت وإلا أصبحت باطلة .

وقد جاء في قانون الاحوال الشخصية السوري :

م ١٦٤ ف ١ : ليس للقاصر أن يتسلم أمواله قبل بلوغه سن الرشد .  
ف ٢ : للقاضي أن يأذن له بعد بلوغه الخامسة عشرة وسماع أقوال الوصي بتسليم جانب من هذه الأموال لإدارتها .

م ١٦٦ : يعتبر القاصر المأذون كامل الاهلية فيما اذن له به وفي التقاضي فيه .

م ١٦٨ : للقاضي عند اللزوم الحد من الاذن الممنوح للقاصر أو سلبه إياه ، وذلك من تلقاء نفسه أو بناء على طلب مدير الايتام أو أحد ذوي العلاقة .  
م ١٦٩ ف ١ : للقاصر من بلغ الثالثة عشرة الحق في أن يتولي إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص .

٢٤ : لا يكون القاصر ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك

• المال

٤ - مرحلة سن الرشد : وتحديد سن هذه المرحلة يختلف من تشريع لآخر • ومتى بلغ الانسان سن الرشد أصبحت تصرفاته المالية صحيحة دون حاجة للولاية عليه مالم يكن بل سبب من أسباب الحجر الأخرى •

وتستمر الولاية على مال المجنون وهو الانسان الذي زال عقله فأصبح بحاجة الى حماية الغير ، ولذلك يقوم المقيم الذي يختاره القاضي نيابة عن هذا الضعيف في سائر تصرفاته المالية •

ويلحق بالمجنون المعتوه وهو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير •

ويعتبر المجنون والمعتوه من فاقدى الأهلية ولا اعتداد لأي تصرف قولي يصدر عنهما وهما محجوران لذاتهما •

وكذلك يحجر على السفه وذو الغفلة لقوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفاً » •

لقد نهى الله سبحانه وتعالى المؤمنين المخاطبين في هذه الآية ان يمكنوا السفهاء من التصرف في أموالهم لانهم يسيئون الى أنفسهم والى المجتمع حين لا يحسنون التصرف فيها ويبدرونها في غير مواطن الاتفاق ، بل ان الآية الكريمة اشارت الى ان هذا المال إذا أسئ التصرف به الى درجة الاستهتار والتبذير والضياع فان المجتمع يصبح مسؤولا عنه بدليل ان الله خاطب المؤمنين حين أضاف أموال السفهاء الى المجموع فقال : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » ولم يقل أموالهم لأنها أصبحت تحت تصرف جماعة المؤمنين حتى يعود للسفيه رشده وصوابه فتعاد اليه مصنوعة من كل نقصان أو عبث لأن نزعها عن السفه للإدارة لا للمصادرة (١) •

ان اضافة أموال السفهاء الى أموال المؤمنين اشارة صحيحة الى التعاون بين

(١) الأهلية والوصية والتركات للمؤلف بالاشتراك مع الدكتور مصطفى

السباعي ص ٢٦ •

المسلمين بأن هذه الاموال تستوجب الحفظ والرعاية بناء على ما يجب أن يكون بين أفراد الامة الواحدة من التعاون على جلب المصالح ودرء المفاسد لأن ضرر السفه الفرد هو ضرر يصيب المجتمع بجميع أفراده ، وهذا كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » أي لا يأكل بعضكم أموال بعض (١) .

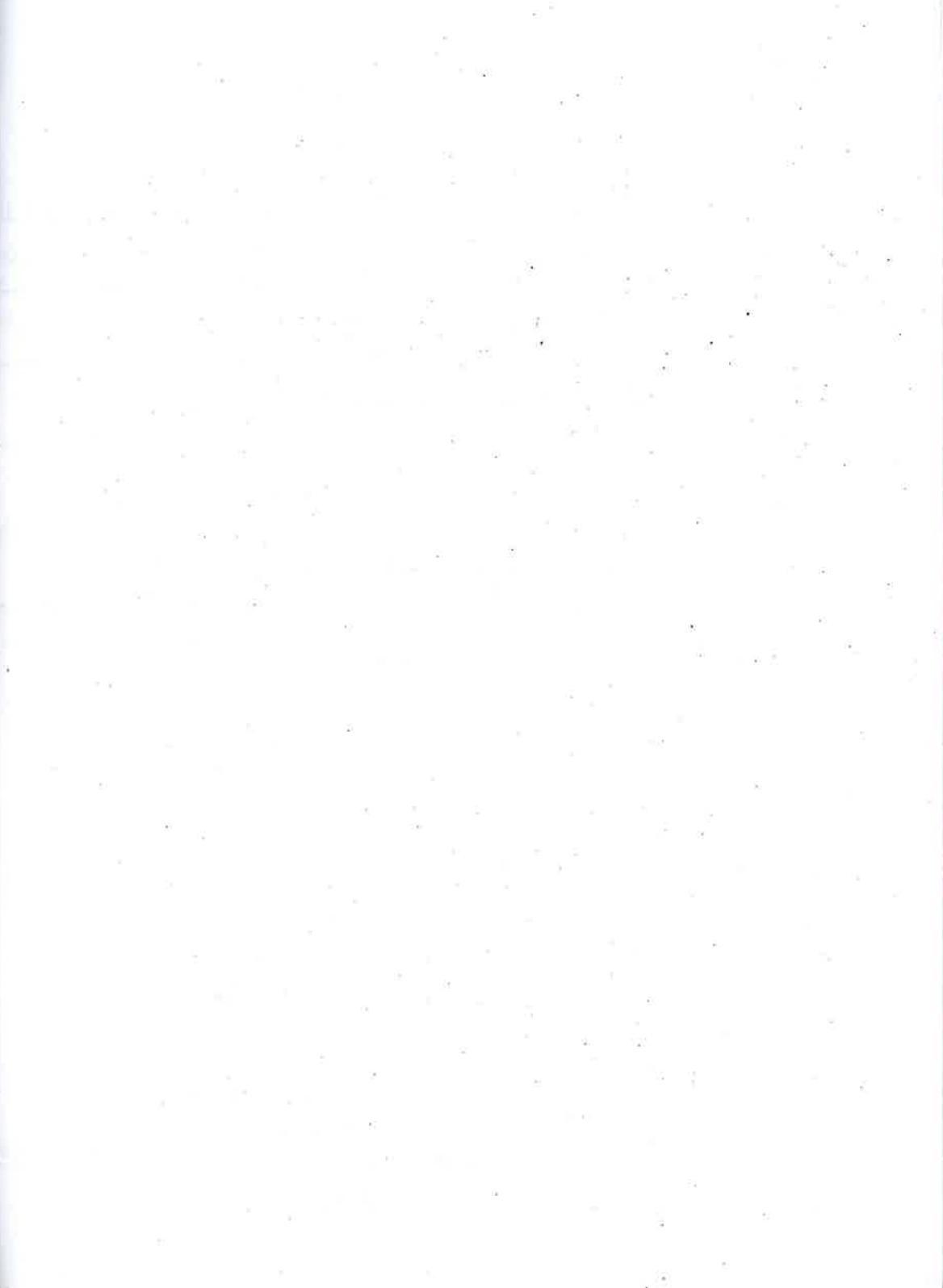
وتثبت الولاية على مال القاصر للأب وللجد وللوصي أحدهما وفق ما نص عليه قانون الاحوال الشخصية السوري في المادة ١٧٢ :

للأب وللجد عند عدمه دون غيرها ، ولاية على مال القاصر حفظاً وتصرفاً واستثماراً .

لا ينتزع مال القاصر من يد الاب والجد العصبي ما لم تثبت خيافته أو سوء تصرفاته فيه وليس لأحدهما التبرع بمال القاصر أو بمنافعه أصلاً ولا يبيع عقاره أو رهنه إلا باذن من القاضي بعد تحقق المسوغ (٢) .

(١) الولاية على المال للاستاذ على حسب الله ص ١١ .  
(٢) احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية للشيخ عبد الوهاب

خلاف ص ٢٥٥ .



# الكتاب المسجل

النفقات

ويحتوي

الفصل الاول :

نفقة الاولاد

الفصل الثاني :

نفقة الاصول

الفصل الثالث :

نفقة ذوي الارحام

## تمهيد

### نفقات الاقارب

الاصل ان نفقة الانسان من ماله الخاص إلا نفقة الزوجة فهي على زوجها ولو كانت موسرة كما تقدم القول في بحث آثار الزواج<sup>(١)</sup> ونفقة غير الزوجة تشمل : نفقة الفروع ونفقة الاصول ونفقة الاقرباء من الحواشي وسبب هذه النفقة هو الصلة التي تجمع الاقارب ولهذا كانت للمحتاج منهم \*

### آراء الفقهاء في نفقات الاقرباء :

قال الاحناف : ان النفقة الواجبة هي للاصول والفروع والحواشي من ذوي الرحم المحرم<sup>(٢)</sup> أي أن يكون الزواج بينهما محرم حرمة مؤبدة فان لم يكن محرماً فلا نفقة لغيره عليه ولو كان وارثاً كابن العم . ويشترط اتحاد الدين في نفقة الحواشي دون الاصول والفروع إذ لا يشترط ذلك .

وقال المالكية : ان النفقة الواجبة هي للأبوين والابناء فقط<sup>(٣)</sup> .  
وقال الشافعية : ان النفقة الواجبة هي للاصول والفروع فحسب<sup>(٤)</sup> .  
وذهب الحنابلة : الى ان النفقة الواجبة هي للاصول والفروع الوارثين من لاقرباء مطلقاً<sup>(٥)</sup> ، فلا نفقة مع اختلاف الدين لأنه لا توارث إلا مع اتحاد الدين ، اعدا نفقة الزوجة فانها تجب في جميع الحالات .  
وقال الظاهرية : تجب النفقة على الاصول والفروع على أن يسوى بينهم في اتفاق . وتكلف الزوجة الضية بالنفقة على زوجها المعسر لانها وارثة بقوله تعالى ايجاب النفقة «وعلى الوارث مثل ذلك»<sup>(٦)</sup> .

(١) راجع احكام آثار الزواج من الجزء الاول من هذا الكتاب .

(٢) البدائع ج ٤ ص ٢٠ .

(٣) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٨٤ .

(٤) الام للشافعي ج ٥ ص ٨٩ . شرح المنهج وحاشية البجدي عليه ج ٤ ص ١١٠ .

(٥) المغني ج ٩ ص ٢٥٦ كشف التناع ج ٣ ص ٣١٣ . المتع ج ٣ ص ٣٢٠ .

(٦) المحلى ج ١٠ ص ١٠٠ .

## الفصل الأول

### النفقة الواجبة للأولاد على أبيهم

- تجب نفقة الاولاد على أبيهم الموسر إذا لم يكن لهم مال ودليل وجوب هذه النفقة : قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن كسوتهن بالمعروف » .
- وقوله عليه السلام : « خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف » .
- وتشمل النفقة ما يحتاج اليه المنفق عليه من طعام وكسوة وسكنى واجرة خادم إن كان الامر يحتاج لذلك .

وشروط وجوب هذه النفقة أمران :

١ - أن يكون الاولاد فقراء عاجزين عن الكسب ، والعجز عن الكسب يبدو في حالتين :

( ١ ) - إذا كان الاولاد صغارا .

( ٢ ) - أو كانوا كبارا لا كسب لهم أو كانوا أيتاماً .

أما إذا كان للولد مال فنفقته من ماله الخاص لان النفقة لا تجب للغير عدا

الزوجة .

وقد يكون للولد مال ولكنه بعيد عن التصرف به كما لو ورث مالا خارج وطنه فان الأب ينفق عليه ويرجع بما أنفق حين ورود المال لولده إذا أشهد حين الاتفاق ان ما ينفقه هو دين في ذمة ابنه أو كان الاتفاق بحكم القاضي ، فان لم يكن ذلك فيعتبر اتفاق الأب تبرعاً لا يحق له الرجوع فيما أنفقه .

فاذا بلغ الصغير الفقير سن التكسب ولو قبل البلوغ ولا مانع يسعه من العمل فلا تجب نفقته على أبيه ، وكل ما يجب على أبيه أن يهيأ له عملاً يكتسب

منه • أما إن كان عاجزا عن العمل لمرض أو عاهة فنفقته تستمر على أبيه ولو كان كبيرا (١) •

وإذا بلغت البنت الفقيرة هذا السن أي سن التكسب فنفقته على أبيها حتى تتزوج إلا إذا كان لها عمل تعيش منه فتسقط نفقة أبيها غير أنها لا تجبر على أن تزوجت كانت نفقتها على زوجها ، فإذا طلقت عادت النفقة على أبيها كما لو كانت غير متزوجة •

٢ - أن يكون الأب غنياً أو قادراً على النفقة ، أكان له عمل يكتسب منه أو كانت له ثروة يعيش من ريعها أم كان يستطيع الكسب من جهده •  
وفي هذا يقول الحنفية : « ان كان المنفق هو الاب فلا يشترط يساره بوجوب النفقة عليه بل قدرته على الكسب كافية حتى تجب عليه النفقة لأولاده الصغار والكبار الذكور المرضى الفقراء والإناث الفقيرات وان كن ضحيحات » (٢) •  
أما إذا كان الاب فقيراً قادراً على الكسب ولكن كسبه لا يكفيه فلا تسقط نفقة أولاده الواجبة عنه بل تفرض عليه وتحسب ديناً وتؤمر أمهم إذا كانت غنية بالاتفاق على أن ترجع على الأب بما أنفقته إذا أيسر •

أما إذا كانت الام فقيرة أيضاً فيكلف الجد بالاتفاق ويرجع على الاب بما أنفقته إذا أيسر فان لم يكن الجد قادراً كانت النفقة على قريبه الاقرب فالاقرب على أن يعود على الأب حين يساره (٣) بحسب نظام الميراث •  
هذا اذا كان الاب قادراً على الكسب القليل ويؤمل معه اليسار اما اذا كان في حال لا يؤمل فيها يساره كما لو كان مريضاً مرضاً لا يرجى شفاؤه فيعتبر في حكم الاموات ونفقة الاولاد على من تجب عليه النفقة في حال وفاة الاب لانه لا فائدة بالرجوع على الاب لعجزه عن النفقة •

---

(١) جاء في كتاب الاحوال الشخصية لاسناذنا الجليل الشيخ محمد ابو زهرة ص ٤١٩ :

ان عدم مشاركة احد للاب في نفقة اولاده منفق عليه بالنسبة للصغار . أما الكبار العاجزون فذلك هو الراجح أيضاً ، وذكر الخصاص ان النفقة تكون اثلاثاً لثلاث على الاب وثلاث على الام ان كانت موسرة •

(٢) البدائع للكاساني ج ٤ ص ٣٥ •

(٣) فتح القدير ج ٣ ص ٣٤٤ •

ويرى بعض الحنفية ان مجرد اعسار الاب يسقط النفقة عنه وتنتقل الى من يليه دون ان يكون له حق الرجوع على الاب ولو ايسر (١) سواء اكان قادرا على الكسب ولم يجد عملا ام كان عاجزا عنه (٢) .

#### نفقة اولاد الاولاد :

ذهب احمد وابوحنيفة والشافعي الى ان نفقة الاحفاد واجبة كنفقة الاولاد فعلى الجد نفقة احفاده خلافا للمالك حيث قال : لانفقة الاعلى الاولاد فقط لان النص القرآني خاص بذلك بقوله : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

#### نفقة طالب العلم :

لقد فرض الاسلام العلم وحث عليه وأوجب على الدولة والمجتمع وافراد الاسرة تهيئة سبله ووسائله واسبابه ولا ادل على ذلك من ان اول آية نزلت من القرآن الكريم على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم تأمر بالعلم بقوله تعالى : « اقرأ باسم ربك الذي خلق » فكان من الطبيعي والامر كذلك ان يؤمن لطالب العلم الجور المناسب له ليستكمل دراسته بما يعود عليه وعلى امته بالنفع والخير .

ولهذا وضع الفقهاء احكام نفقة طالب العلم بحيث تستمر نفقته على من تجب عليه من أب أو غيره اذا ما اجتاز فترة الصغر ، لان الصغير الذي لم يبلغ سن التكسب والعمل فان نفقته على أبيه سواء اكان طالب علم أم لا .

اما الولد الكبير فانه تجب له النفقة أيضا اذا بقي في دراسته مجدا وكان لامال له ينفق منه لانه يعامل معاملة العاجز عن الكسب لتفرغه للعلم ولو كان صحيح الجسم قوي البنية يستطيع ان يجد عملا يعيش منه لان الدراسة تتطلب جهدا قد لا يتمكن من الجمع بينه وبين العمل (٣) .

على ان هذا الامر يجب ان يوضع في محله الصحيح لذا كان لابد من تحديده بقيود وشروط لوجوب هذه النفقة :

(١) تبين الحقائق ج ٣ ص ٦٤ .

(٢) البحر الرائق ج ٤ ص ٢٩٨ .

(٣) يمكن لطالب الدراسات العليا ان يجمع بين العمل ومتابعة العلم وحينئذ لاتجب

نفقته على أبيه .

١ - ان يكون طالب العلم غير كسول مستعدا لمتابعة دراسته. صالحنا للاستمرار فيها ، اذ لا تجب نفقة على انسان تبين بالتجربة رسوبه وانه غير مؤهل للعلم ، حتى ان دور العلم أصبحت ترفض امثال هؤلاء الطلاب اذا تكرور عدم نجاحهم ، فأولى ان لا نلزم اوليائهم الاتفاق عليهم بل يجب ان نفسح لهم المجال الاوسع للعمل فقد لا ينجح شخص في تلقي العلم ويحقق نجاحا في ميدان آخر .

٢ - بما أن ايجاب النفقة لطالب العلم للنفع المتوقع من دراسته كان من الضروري ان لا يكون الاتفاق على أي علم كان بل العلم الذي يحتاج اليه المجتمع فلا يجوز اطلاق كلمة علم على كل ما يتلقى في المدارس والمعاهد والجامعات فمسموم العلم وقلب حقائقه وتغيير جوهره ومغالته لا ينكس ان تسمى علوما بل يجب ان لا يكون لها محل في مناهجنا الدراسية فضلا عن وجوب الاتفاق على طلابها ، ولهذا كان فقهاؤنا على حق حين اشترطوا في العلم الذي تجب لطالبه نفقة على ابيه هو ان يكون من العلوم الشرعية .

غير اننا نرى ان العلوم الشرعية في هذا المجال يجب ان لا يقتصر مدلولها على علوم القرآن والحديث والفقهاء بل تتعدى ذلك الى جميع العلوم المفيدة التي يحتاج اليها المجتمع ، لان كل علم احتاج اليه المسلمون فطلب تحصيله فرض كفاية واذا كان عدد المشتغلين به لا يكفي اصبح فرض عين من علوم طب وهنسة وفيزياء وكيمياء وغيرها التي جانب العلوم اللغوية والاجتماعية والتربوية والشرعية بمفهومها المعروف (١) .

(١) المراد بالعلوم الشرعية التي جعلها الفقهاء شرطا لاستحقاق نفقة طالب العلم ان تكون من العلوم النافعة التي طالب الشارع بتعلمها ولم يحرمها ، سواء اكان ذلك الطلب فرضا عينيا ام كفاييا ام مندوبا ، متملقا بالدنيا ام بالآخرة ، مقصودا لذاته ام كان وسيلة الى غيره .

فالمراد بالعلم الشرعي هو الموضوع الذي ليس بحرام ولا مكروه ، بل ذكر الفقهاء ان النفقة تجب لطالب العلم اذا كان مشتغلا بالعلوم الشرعية لا الخرافات الاسرائيلية وضلالات الفلاسفة لان هذا من العلوم المحرمة ، فدل ذلك على ان نزلهم بالعلوم الشرعية المشروعة لا خصوص الفقه والتفسير والحديث دون غيرها .

مجلة الحاماة الشرعية ص ١٤٠ ص ٨١٠ .

وراجع النسب وآثاره للدكتور يوسف موسى ص ١٣٦ . وحقوق الاولاد للاستاذ محمد الحسيني ص ٢٨٠ .

## الفصل الثاني

### النفقة الواجبة للاصول على الفروع

تجب نفقة الوالدين على الولد الموسر لابويه لقوله تعالى : ( وقضى ربك  
الا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا ) . ولاشك أن أهم وسيلة للاحسان هي بر  
الوالدين والإنفاق عليهما ان كانا بحاجة الى النفقة .

وقوله تعالى : ( وصاحبهما في الدنيا معروفا ) . وقد نزلت هذه الآية في  
الابوين المشركين اذ ليس من المعروف ان يعيش الولد في نعم الله ويترك ابويه  
بحاجة للنفقة .

ويعتبر الاجداد والجدات كلابوين على ما ذهب اليه جمهور الفقهاء خلافا  
للإمام مالك .

فالولد الموسر تجب عليه نفقة اصوله سواء أكانوا مسلمين أم غير مسلمين  
قادرين على الكسب أم عاجزين .

وفي المذهب الحنفي قولان في وجوب النفقة للاب على الابن اذا كان الاب  
قادرا على الكسب والاصح انه لا يجبر على الكسب بل تثبت نفقة الاب على ابنه  
ولو كان قادرا على الكسب مادام فقيرا على خلاف استحقات الفرع النفقة على  
اصله اذ يشترط فيها عجز الفرع عن العمل .

وعلى هذا فان الاب القادر على الكسب اذا كان فقيرا فنفقته على ابنه الموسر .

اما الابن الفقير الكبير القادر على الكسب فلا نفقة له على ابيه الموسر .  
واذا كان الاب لئلا زوجة فنفقته ايضا على الولد اذا كانت غير أمه للحاجة  
الضرورية لذلك . وكذلك اذا كان الاب مريضا ويحتاج الى خادم فنفقة الخادم على

ايضا الا اذا كان للاب اكثر من زوجة فالنفقة ابوابية هي نفقة زوجة واحدة تندفع الحاجة بذلك .

اما ان كانت الأم متزوجة بغير الاب فنفتها على زوجها لا على ولدها ، الا اذا زوجها فحينئذ ينفق ابنها عليها حتى اذا ايسر زوجها عاد عليه بما اتفق .

اما اذا كان الولد فقيرا وعاجزا عن الكسب لمرض او صغر فتجب نفقة الاب على الاقرب فالاقرب لهما أي على من يرثهما فيسا لو ماتا . فان لم يكن رب كانت نفقتهم من بيت مال المسلمين في الدولة الاسلامية .

ان كان الولد يكسب من عمله والاب فقير وجب على الولد ان ينفق على كسبه .

اذا لم يقدر الولد الا على نفقة احد والديه فالام احق من الاب لانها لا تقدر لسب ، وقيل الاب احق من الام وقيل يقسم بينهما بالتساوي (١) .

ن هذا نلاحظ ان سبب نفقة الاب على ابنه هو الفقر لا العجز عن العمل لانه الاب على العمل اذا كان ولده لا يستطيع الانفاق عليه .

كذلك لا يشترط اتحاد الدين في وجوب هذه النفقة بين الاصل والفرع (٢) .

بن الجدير بالذكر ان نفقة الاصول الفقراء على فروعهم الموسرين تثبت لهم لان الفرع ذكرا أو اثنى .

? يشارك الولد الموسر احد في نفقة اصوله المحتاجين .

---

نظام النفقات في الشريعة الاسلامية للشيخ احمد ابراهيم ص ٧٠ .  
جاء في البدائع ج ٤ ص ٣٦ : « فاما قرابة الولادة فاتحاد الدين فيها ليس فيجب على المسلم نفقة آباءه وامهاته من اهل الدمة . ويجب على الذمي نفقة مغاز الذي اعطى لهم حكم الاسلام باسلام امهم ، ونفقة اولاده الكبار المسلمين من اهل الاستحقاق » .

## الفصل الثالث

### نفقة ذوي الارحام

كما تجب نفقة الفروع على اصولهم ونفقة الاصول على فروعهم تجب نفقة ذوي الارحام بعضهم على بعض لقوله تعالى : « وآت ذا القربى حقه » .

#### شروط النفقة :

- ١ - اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه .
  - ٢ - اليسار لدى المنفق .
  - ٣ - الحاجة لدى المنفق عليه .
- اما شرط اتحاد الدين فلقوله تعالى : ( وعلى الوارث مثل ذلك ) . ولا ميراث مع اختلاف الدين .
- واما اليسار فلان نفقة ذوي الارحام انما تجب للصلة ، والفقر احوج الى النفقة من غيره فكيف ينفق على غيره .
- وقد اختلف الفقهاء في اليسار الموجب للنفقة فقيل هو مقدر بنصاب الزكاة ؛ وقيل اذا كان لديه ما يفضل عن نفقة نفسه وعياله مدة شهر (١) .
- واما حاجة المنفق عليه فتتحقق باحد امور ثلاثة : الصغر أو الانوثة أو المرض المانع من التكسب .
- اما اذا لم يكن للمحتاج للنفقة قريب ينفق عليه وكان عاجزا عن الكسب كانت نفقته من بيت مال المسلمين في الدولة الاسلامية .
- وقد نصت الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية على ان نفقة الشيخ الكبير

---

(١) احكام الاحوال الشخصية للاستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ٤١٢ .

والمزمن والمرضى على بيت المال اذا لم يكن لهم مال ولا قريب يعولهم (١) .  
ونظرا الى ان احكام نفقات ذوي الارحام وهم الاقارب غير الاصول والفروع  
لم ترد مفصلة في قانون الاحوال الشخصية السوري فاننا ننقل بعض ما جاء في  
الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية باعتباره الراجح من المذهب الحنفي مع بعض  
الخلاف لما نص عليه التشريع السوري .  
تجب النفقة لكل ذي رحم محرم فقير تحل له الصدقة على من يرثه من اقاربه  
ولو صغيرا بقدر ارثه منه .

ويجب القرب عليها ان ابي وهو موسر ولا فرق بين ان يكون ذا الرحم  
المحرم المحتاج ذكرا صغيرا او كبيرا عاجزا عن الكسب او اثنى صغيرة او بالغة زمنة  
او صحيحة البدن قادرة على الكسب لا مكتسبا بالفعل .  
مادة ٤١٦ :

لانفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والاصول والفروع الذميين فلا تجب على

---

(١) جاء في كتاب الاحوال الشخصية لاساتذنا الدكتور السباعي رحمه الله ص ٣٢٩ .  
« . . . ومما تجدر الإشارة اليه حادثة قضائية وقعت في مصر عام ١٩٢٢ فقد  
تقدم احد الفقراء الى المحاكم الشرعية بطلب الحكم على خزينة الدولة بالنفقة له ،  
لانه فقير عاجز عن الكسب ولا قريب له ، فحكمت له المحكمة على خزينة الدولة بالنفقة ،  
ويظهر ان النظام الملكي الفاسد الذي كانت مصر تزخ تحت اعبائه يومئذ ، والنظام  
الاقطاعي والعقليات الظالمة المظلمة لم تتحمل هذا الحكم ، وخشي المسؤولون انتشار  
هذه الروح في الجماهير الفقيرة ، فتعاونت هذه القوى الاثمة على تعطيل هذا الحكم  
الذي لا ريب فيه في الشريعة وصدرت وزارة العدل منشورا (بلاغاً) بتاريخ ٣٠ سبتمبر  
١٩٢٢ تمنع فيه المحاكم من سماع مثل هذه الدعوى واستندت فيه الى فذلكة باطلة  
اعدها بعض علماء السوء ، تقوم على نصوص الفقهاء تجعل الامام « رئيس الدولة »  
غير ملزم باعطاء ذوي الفقر والحاجة نصيبهم من بيت المال ، واقفل هذا الباب منذ  
ذلك التاريخ ، ولا يشك كل فقيه عليم بمقاصد الشريعة وموارد نصوصها في ان هذا  
المنع باطل مخالف للنصوص الشرعية ولا اقوال الفقهاء وهي محاولة باغية لصراف  
الجماهير عن المطالبة بحقوقها التي قررتها لها الشريعة ، واتكرتها فئات الظلم  
والجشع والفساد .  
راجع الاحوال الشخصية للاستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٢٣٣ الاحوال  
الشخصية للاستاذ محمد ابي زهرة ص ٤٤٣ .

مسلم لآخيه الذمي ولا ذمي لآخيه المسلم ولا على مسلم أو ذمي لآبويه غير الذميين  
ولو كانا مستأمنين ولا على مستأمن لمسلمين أو ذميين (١) .

ما ذهب اليه القانون السوري في نفقة الاقارب :

م ١٥٤ : نفقة كل انسان في ماله الا الزوجة فنفتها على زوجها .

م ١٥٥ ف ١ : اذا لم يكن للولد مال فنفتته على ابيه ما لم يكن فقيرا عاجزا عن

النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية .

ف ٢ : تستمر نفقة الاولاد الى ان تتزوج الاثني ويصل الغلام الى الحد الذي

يكتسب فيه أمثاله .

م ١٥٦ ف ١ : اذا كان الاب عاجزا عن النفقة غير عاجز عن الكسب يكلف

بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الاب .

ف ٢ : تكون هذه النفقة ديناً للمنق على الاب يرجع عليه بها اذا أيسر .

م ١٥٧ ف ١ : لا يكلف الاب بنفقة زوجة ابنه الا اذا تكفل بها .

ف ٢ : يكون اتفاق الاب في هذه الحالة ديناً على الولد الى ان يوسر .

م ١٥٨ : يجب على الولد الموسر ذكراً كان أو اثنى كبيراً أو صغيراً نفقة والديه

الفقراء ولو كانا قادرين على الكسب ان لم يظهر تعنت الاب في اختيار البطالة على

عمل امثاله كسلاً أو عناداً .

م ١٥٩ : تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية على من

يرثه من اقاربه الموسرين بحسب حصصهم الارثية .

م ١٦٥ : لا نفقة مع اختلاف الدين الا للاصول والفروع .

م ١٦٦ : يقضى بنفقة الاقارب من تاريخ الادعاء .

---

(١) وجاء في المادة ٤١٧ من الاحكام الشرعية وفق مذهب الحنفية خلافاً لما ذهب  
اليه القانون السوري :

لا تجب نفقة على رحم غير محرم مع وجود الرحم المحرم او عدمه فاذا لم تستو

الاقارب في المحرمية بان كان بعضهم محرماً وبعضهم غير محرم يعتبر في ايجاب النفقا

اهلية الارث لا حقيقته .

فلو كان للفقير خال من قبل الاب والام او من قبل احدهما وابن عم لاب وام فنفتت

على الخال وان كان ابن العم هو الوارث .

ما نلاحظه على القانون :

١ - اوجب على الاب نفقة ابنه الفقير حتى يبلغ سن التكسب ، وبهذا لم يذكر نفقة طالب العلم ، مع أننا رأينا المذهب الحنفي يذهب الى وجوب استمرار هذه النفقة مادام الابن مجدا في دراسته وذلك تشجيعا للعلم الذي فحتاج اليه .

٢ - لم يبين القانون نفقة الاب على ابنه هل تشمل ابن الابن في حال عدم وجود الابن وكذلك هل يأخذ الجد حكم الاب بالنفقة ام يقتصر الموضوع على الابوين والابناء المباشرين وفق ماذهب اليه المالكية .

نحن نميل الى ان القانون لم يقصد ذلك بدلالة شمول النفقة الى جميع الاقارب في المادة ١٥٩ .

٣ - لم يذكر حكم نفقة زوجة الاب على الولد مع انه ذكر حكم نفقة زوجة الابن وان الاب يلزم بها ان تعهد بدفعها على ان يرجع على الولد حين يساره .

٤ - فرض القانون على الولد الموسر نفقة ابيه الفقير ولو كان قادرا على الكسب ما لم يظهر تعنت الاب بترك العمل والرغبة بالبطالة وحسنا ما ذهب اليه على ان يكون هنا مما يتفق مع وضع الاب من حيث مكاتته وسنه لا أي عمل كان والا اعتبر الابن عاقا بأبيه اذا تركه لعمل شائن متعب لايليق به .

٥ - خالف القانون المذهب الحنفي حين اعتبر الميراث اساسا للنفقة اخذا من المذهب الحنبلي وبحسب الحصص الارثية وهذا تسهيل لحساب النفقة ويتفق مع قوله تعالى :

« وعلى الوارث مثل ذلك » كما يتلاءم مع قاعدة : العزم بالغنم (١) .

(١) يلاحظ ان توافق نظام الميراث تابع نظام النفقات يبدو واضحا مع قاعدة الزم بالغنم ما عدا الزوجة فانها ترث ولكنها لا تنفق على زوجها ان احتاج . وقد ذكرنا رأي الظاهرية بذلك وهو ان الزوجة تلزم بالنفقة على زوجها ان احتاج اليها .

هذا موجز ما يتعلق باحكام النفقات وقد كان بودنا ان تتوسع اكثر فاكثر في  
هذا البحث الهام لولا ضيق الوقت والحاجة الشديدة للإسراع بوضع الكتاب بين  
أيدي الطلاب والصفحات المقدرة في الاثظمة الجامعية لمثل هذا المقرر .

فالله نسأل ان يوفقنا في طبعة جديدة لتلافي هذا النقص ولتصحيح ما ورد من  
آراء كان رائدنا في شرحها وتوضيحها الوصول الى الحقيقة وفق اجتهاد قد يكون  
صحيحاً يا نشكر الله عليه وقد يكون خطأ نستغفر الله منه .

عبد الرحمن الصابوني  
عميد كلية الشريعة



## فهرس

### المصادر والمراجع (١)

اولا :

#### القرآن الكريم وتفسيره

- ١ - تفسير الكشاف للزمخشري ج ١ .
- ٢ - احكام القرآن للجصاص ج ٢ طبع الاستانة ١٢٢٨ هـ .
- ٣ - الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ، ١٢ دار الكتب المصرية  
الطبعة الثانية .
- ٤ - تفسير الفخر الرازي ج ٣ المطبعة الخيرية في القاهرة .
- ٥ - مجمع البيان للطبرسي ج ١ ، ٢ طبع دار التقريب بين المذاهب .  
القاهرة ١٩٦٠ م
- ٦ - جامع البيان في تفسير القرآن للطبري ج ٧ ، ٨ . الطبعة  
الاميرية ١٢٢٣ هـ .
- ٧ - فتح القدير للشوكاني ج ٣ .
- ٨ - معاني القرآن للفراء ج ٢ طبع الدار القومية القاهرة .
- ٩ - تفسير المنار للشيخ محمد عبده والشيخ محمد رشيد رضا ج ٣  
طبع دار المنار .
- ١٠ - تفسير أبي السعود ج ٢ .
- ١١ - تفسير القاسمي ج ٦ طبع عيسى البابي الحلبي القاهرة .
- ١٢ - تفسير المحيط لابن حيان ج ٨ القاهرة ١٣١٣ هـ .

(١) تقتصر على ذكر المراجع التي نقلنا منها وابتننا رقم صفحاتها على حواشي  
هذا الكتاب .

- ١٣ - احكام القرآن لابن العربي ج ١ الطبعة الاولى دار احياء الكتب  
العربية في القاهرة .  
١٤ - تفسير ابن كثير ج ١ .  
١٥ - تفسير النسفي ج ١ .

### قريباً :

#### الحديث النبوي وشرحه

- ١٦ - صحيح مسلم شرح النووي طبع بولاق ١٢٩٠ هـ .  
١٧ - سبل الإسلام للصنعاني ج ٢ .  
١٨ - نيل الاوطار للشوكاني ج ٦ .  
١٩ - كشف الخفاء للمحدث العجلوني . القاهرة مكتبة القدسي  
١٣٥١ هـ .  
٢٠ - الفتح الرباني شرح مسند الامام احمد الشيخ احمد البنا ج ١٦ .  
٢١ - نصب الراية للزيلعي ج ٣ طبع الهند الدار النعمانية .  
٢٢ - شرح معاني الآثار للطحاوي ج ٣ القاهرة .  
٢٣ - الاحكام شرح عمدة الاحكام لابن دقيق العيد ج ٤ .  
٢٤ - مختصر صحيح مسلم للامام المنذري ج ١ طبع وزارة الاوقاف  
في الكويت .  
٢٥ - العدة للصنعاني ج ٤ .  
٢٦ - سنن البيهقي ج ٧ .  
٢٧ - صحيح البخاري ج ٢ .  
٢٨ - فتح الباري ج ٩ طبع بولاق ١٣١٠ هـ .  
٢٩ - سنن ابن ماجه ج ١ طبع القاهرة ١٣١٦ هـ .  
٣٠ - الموطأ للامام مالك ج ٣ طبع القاهرة ١٣٢٠ هـ .  
٣١ - سنن ابي داوود ج ١ المطبعة التجارية القاهرة .  
٣٢ - تاويل مختلف الحديث لابن قتيبة . القاهرة .

## ثالثا :

### اصول الفقه

- ٣٣ - اصول الفقه للرخسي طبع الهند دار احياء المعارف ج ١ .
- ٣٤ - مسلم الثبوت على هامش المستصفي ج ١ .
- ٣٥ - الذخيرة للقراي القاهرة ج ١ طبع كلية الشريعة بالقاهرة  
١٣٨١ هـ .
- ٣٦ - كشف الاسرار للشيخ عبد العزيز البخاري ج ١ .
- ٣٧ - المستصفي للقزالي المطبعة الاميرية ١٣٤٢ ج ٢ .
- ٣٨ - الاحكام في اصول الاحكام للامدي ج ٢ طبع دار المعارف ١٩١٤ .
- ٣٩ - المنار للنسفي وشرحه لابن مالك .
- ٤٠ - اصول الفقه للدكتور عبد الرحمن الصابوني طبع جامعة  
حلب ١٩٦٥ .

## رابعا :

### الفقه الاسلامي

#### ١ - النذهب الحنفي

- ٤١ - الدر المختار شرح تنوير الابصار للحصكفي . القاهرة مطبعة  
عيسى البابي ١٩٦٦ .
- ٤٢ - فتح القدير لابن الهمام ج ٢ ، ٥ المطبعة الاميرية ١٣١٥ هـ .
- ٤٣ - رد المحتار لابن عابدين ج ٢ الطبعة الاميرية الثانية . وطبعة  
الواعظ .
- ٤٤ - البدائع للكاساني ج ٢ الطبعة الاولى القاهرة ١٣٢٧ هـ .
- ٤٥ - الاشباه والنظائر لابن نجيم المطبعة الاميرية ١٢٩٨ هـ .
- ٤٦ - المبسوطي للرخسي ج ٢ طبع القاهرة ١٢٣٤ هـ .
- ٤٧ - بداية المبتي للميرفيناني ج ٢ مطبعة محمد علي صبيح القاهرة .

- ٤٨ - تحفة الفقهاء للسمرقندي ج ٢ مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٠ هـ .  
 تبين الحقائق للزليعي ج ٢ المطبعة الاميرية القاهرة ١٢١٣ هـ .  
 ٤٩ - الهداية للميرغيناني ج ١ طبع عيسى البابي الحلبي القاهرة .  
 ٥٠ - العناية شرح الهداية للبايرتي ج ٢ .  
 ٥١ - البحر الرائق لابن نجيم ج ٣ المطبعة العلمية بالقاهرة .  
 ٥٢ - مختصر الطحاوي ص ١٧٤٤ مطبعة دار الكتاب العربي بالقاهرة  
 ١٩٥١ م .  
 ٥٣ - التحرير المختار على رد المختار . المطبعة الاميرية ١٢٢٣ هـ  
 للرافعي .  
 ٥٤ - مجمع الانهر ج ١ .  
 ٥٥ - الجوهرة شرح متن القدوة، ج ٢ طبع الاستانة ١٣٠١ هـ .  
 ٥٦ - ملتقى الابجر ج ١ .  
 ٥٧ - الدر المنتقى في شرح المتقى ج ١ .  
 ٥٨ - طوابع الانوار شرح الدر المختار للسندي ( مخطوط في مكتبة  
 الازهر رقم ١٩٨٧ ) .  
 ٥٩ - الابانة في اخذ الاجرة عن الحضانة لابن عابدين طبع القاهرة  
 ١٣٢٥ هـ .  
 ٦٠ - احكام الصغار للاستروشنى .

### ب - الذهب المالكى

- ٦١ - الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل ج ٢ .  
 ٦٢ - مواهب الجليل للخطاب ج ٢ مطبعة السعادة في القاهرة ١٣٢٩ هـ .  
 ٦٣ - القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢١ طبع تونس ١٩٢٦ .  
 ٦٤ - بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ طبع دار الكتب العربية ١٣٢٥ هـ .  
 ٦٥ - حاشية الدسوقي على خليل ج ٢ .  
 ٦٦ - الغرشي على مختصر خليل ج ٣ طبع مصر ١٣١٧ هـ .  
 ٦٧ - الزرقاني على خليل ج ٢ .

- ٦٨ - منح الجليل شرح مختصر خليل ج ٢ .
- ٦٩ - البهجة شرح التحفة للتسولي ج ١ .
- ٧١ - شرح المواق ج ٤ .
- ٧٠ - حاشية العبدوي ج ٢ .
- ٧٢ - المقدمات المهدات لابن رشد ج ٢ مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٥ هـ .
- ٧٣ - الصاوي على الشرح الصغير ج ١ .
- ٧٤ - التاج والاكليل على مختصر خليل على هامش مواهب الجليل ج ٢ ، ٤ .
- ٧٥ - المدونة الكبرى للامام مالك ج ٥ .

#### ج - الذهب الشافعي

- ٧٦ - الذهب للشرازي ج ٢ مطبعة عيسى البابي ١٣٤٣ هـ .
- ٧٧ - مغني المحتاج شرح المنهاج للشريني الخطيب ج ٢ مطبعة عيسى البابي الحلبي ١٩٣٣ .
- ٧٨ - الاشباه والنظائر للسيوطي .
- ٧٩ - نهاية المحتاج للرملي ج ٢ ، ٣ .
- ٨٠ - الام للشافعي ج ٢ ، ٥ المطبعة الاميرية ١٣٢١ هـ .
- ٨١ - الميزان للشعراني ج ٢ المطبعة الحسينية بمصر ١٣٢٩ هـ .
- ٨٢ - تحفة المحتاج لابن حجر ج ٢ ، ٧ .
- ٨٣ - الوجيز للقرظي ج ٢ مطبعة المؤيد بالقاهرة ١٣١٧ هـ .
- شرح منهج الطلاب وحاشية البجرمي ج ٢ .
- ٨٤ - مختصر الزنبي ( على هامش الام ) ج ٤ .
- ٨٥ - اسنى الطالب مع حاشية للرملي ج ٣ المطبعة اليمنية بالقاهرة ١٣١٢ هـ .
- ٨٦ - الاقناع للشريني الخطيب ج ٢ .
- ٨٧ - شرح المنهج وحاشية الباجوري ج ٢ .
- ٨٨ - الافصاح لابن هبيرة ج ٢ طبخ حلب .

### د - المذهب الحنبلي

- ٨٩ - كشف القناع ج ٢ ، ٥ .
- ٩٠ - المفتي لابن قدامة ج ٦ مطبعة النار ١٣٤٨ هـ .
- ٩١ - زاد الماد لابن القيم الجوزية ج ٤ الطبعة الاولى . محمد عبد اللطيف القاهرة ١٩٢٨ .
- ٩٢ - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمزداوي الطبعة الاولى تحقيق محمد حامد الفقي القاهرة ١٩٥٧ .
- ٩٣ - منتهى الارادات لتقي الدين محمد بن محمد بن احمد الحنبلي . ج ١ ، ٢ مكتبة دار العروبة القاهرة .
- ٩٤ - المحرر في الفقه لجد الدين ابن تيميه ج ٢ مطبعة السنة المحمدية ١٩٥٠ م .
- ٥٩ - اعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ج ٢ .
- ٩٦ - الاختيارات العلمية ص ١٢٩ .
- ٩٧ - الفواكه العديدة في فقه الحنابلة ج ٢ .
- ٩٨ - الفروع لمحمد بن مفلح الحنبلي ج ٣ مطبعة النار بالقاهرة .
- ٩٩ - اغائة اللفغان لابن القيم الجوزية ج ٣ المطبعة التجارية .
- ١٠٠ - الشرح الكبير على هامش المفتي ج ٨ مطبعة النار ١٣٤٨ هـ .
- ١٠١ - القناع ج ٢ .
- ١٠٢ - منتهى الارادات ج ٢ .

### هـ - المذهب الزيدي

- ١٠٣ - التاج المذهب لاحكام المذهب شرح متن الازهار للقاضي احمد بن قاسم الضنعاني . الطبعة الاولى ١٩٤٧ ج ٢ ، ٣ مطبعة عيسى البابي القاهرة .
- ١٠٤ - السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار للشوكاني ج ١ ، ٢ المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية القاهرة ١٩٧١ .

- ١٠٥ - البحر الزاخر للمرئى ج ٣ القاهرة مطبعة الخانجي ١٩٤٨ م
- ١٠٦ - الروض النضر للصنماني ج ٤ مطبعة السعادة ١٣٤٩ هـ
- ١٠٧ - المنتزع أختار للشيخ عبد الله بن مفتاح القاهرة ١٣٣٢
- ١٠٨ - المجموع الفقهي للامام زيد طبع بيروت
- ١٠٩ - الدرر البهية للشوكاني ج ٢

### و - المنهب الجعفري

- ١١٠ - المختصر النافع للحلي . طبع وزارة الأوقاف القاهرة .
- ١١١ - المتعة وازرها في الاصلاح الاجتماعي للسيد توفيق البعلبكي .
- ١١٢ - المتعة في الاسلام للاستاذ حسين يوسف مكي .
- ١١٣ - الزواج الموقت . للاستاذ تقي الدين الحكيم .
- ١١٤ - الروضة البهية للشهيد العاملي ج ٢ طبع ١٦٠ القاهرة .
- ١١٥ - أصل الشيعة وأصولها للاستاذ محمد حسين كاشف الغطاء الطبعة السابعة .
- ١١٦ - الاستبصار للطوسي ج ٣ .
- ١١٧ - التهذيب للطوسي ج ٢ طبع النجف .
- ١١٨ - الكافي للكليني ج ٢ .
- ١١٩ - من لا يحضره الفقيه للصدوق ص ٣٢١ .
- ١٢٠ - الخلاف في الفقه للطوسي ج ٢ .
- ١٢١ - مختلف الشيعة للطوسي ج ٢ .
- ١٢٢ - شرائع الاسلام ج ٢ .
- ١٢٣ - تحرير الأحكام ج ٢ .
- ١٢٤ - اللمعة الدمشقية ج ٢ .
- ١٢٥ - السرائر للشيخ محمد ادريس ( مخطوط مكتبة معهد الدراسات العربية رقم ٣٣٨ ) .
- ١٢٦ - جواهر الكلام طبع بغداد .

## ز - بقية المناهب الفقهية

- في الفقه الظاهري :  
١٢٧ - المحلى لابن حزم ج ٩ ، ١٠ . المطبعة المنيرية القاهرية ١٣٥٢ .  
في الفقه الإباضي :  
١٢٨ - شرح النيل وشفاء العليل لمحمد اطفيش ج ٣ طبع القاهرة  
١٣٤٣ هـ .

## خامسا :

### كتب الفتاوى

- ١٢٩ - الفتاوى الحامدية .  
١٣٠ - الحاوي للفتاوى ج ١ .  
١٣١ - الفتاوى الانقروية ج ١ .  
١٣٢ - فتاوى شيخ الاسلام ابي يحيى زكريا الانصاري . المكتبة  
العربية في دمشق ١٣٥٥ هـ .  
١٣٣ - فتاوى ابن تيمية ج ٢ مطبعة الكردى القاهرة ١٣٢٨ هـ .  
١٣٤ - فتاوى عيسى المطبعة الاميرية القاهرة .  
١٣٥ - الفتاوى الهندية ج ٤ طبع بولاق ١٣١٠ هـ .  
١٣٦ - الفتاوى الخيرية للرمل ج ١ المطبعة الاميرية ١٣٠٠ هـ .  
١٣٧ - الفتاوى الخالية ج ١ للامام فخر الدين قاضي خان .  
١٣٨ - فتاوى ابن نجيم .  
١٣٩ - فتاوى ابن حجر ج ٤ طبع القاهرة ١٣٥٧ هـ .

## سادسا :

### الوفيات في الأحوال الشخصية

- ١٤٠ - الزواج وانحلاله للدكتور مصطفى السباعي، الطبعة الخامسة  
١٩٦٢ مطبعة جامعة دمشق .

- ١٤١ - شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للشيخ محمد زيد  
الإياني ج ١ ، ٢ ، ٣ الطبعة الرابعة مكتبة وهبه القاهرة  
١٩٢٤ .
- ١٤٢ - أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية للشيخ عبد  
الوهاب خلاف الطبعة الثانية ١٩٢٨ . دار الكتب المصرية بالقاهرة .
- ١٤٣ - عقد الزواج وآثاره للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة . معهد  
الدراسات العربية العالية . القاهرة ١٩٥٨ .
- ١٤٤ - أحكام الأحوال الشخصية للدكتور عبد الرحمن تاج .
- ١٤٥ - الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية للشيخ زكريا  
البرديسي دار النهضة العربية ١٩٦٦ .
- ١٤٦ - الشريعة الإسلامية للشيخ محمد حسين الذهبي .
- ١٤٧ - الأحوال الشخصية - قسم الزواج - للاستاذ الشيخ محمد  
أبو زهرة . مطبعة مخيم القاهرة ١٩٥٠ .
- ١٤٨ - محاضرات عن نظام الأحوال الشخصية في السودان للدكتور  
الصديق الضرب . معهد الدراسات العربية القاهرة ١٩٦٨ .
- ١٤٩ - المرجع في قضاء الأحوال الشخصية للاستاذ صالح جنفي  
الطبعة الأولى القاهرة ١٩٦٥ .
- ١٥٠ - الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء للدكتور  
عبد العزيز عامر الطبعة ١٩٦١ دار الكتاب العربي .
- ١٥١ - الأحوال الشخصية للشيخ محي الدين عبد الحميد الطبعة  
الثانية القاهرة مطبعة السعادة ١٨٩٥ .
- ١٥٢ - أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي للدكتور محمد  
يوسف موسى .
- ١٥٣ - شرح قانون الأحوال الشخصية في الوصية والولاية للدكتور عبد  
الرحمن الصابوني .
- ١٥٤ - الأهلية والوصية والتركات للدكتور عبد الرحمن الصابوني  
بالاشتراك مع الدكتور مصطفى النبامي .
- ١٥٥ - أحكام الأسرة للدكتور سلام مدكور .
- ١٥٦ - الزواج والفرقة للدكتور سلام مدكور .

- ١٥٧ - الزواج والطلاق للشيخ محمد جواد نقشي . بيروت . ١٩٦٠ .
- ١٥٨ - نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الاسلم الدكتور غنمد الرحمن الصابوني .
- ١٥٩ - الاحوال الشخصية حقوق الاولاد للاستاذ محمد الحسيني .
- ١٦٠ - فرق ازواج للشيخ علي الخفيف .
- ١٦١ - احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية للشيخ عمر عبد الله .
- ١٦٢ - الولاية على النفس للاستاذ محمد ابو زهرة .
- ١٦٣ - احكام الاولاد للاستاذ زكريا البري .
- ١٦٤ - الولاية على المال للاستاذ علي حسب الله .
- ١٦٥ - النيب وآبازه للدكتور محمد يوسف موسى .
- ١٦٦ - نظام النفقات في الشريعة الاسلامية للشيخ احمد ابراهيم . القاهرة ١٣٤٩ .

سابعاً :

### المؤلفات الحديثة في الفقه الاسلامي

- ١٦٧ - التزام التبرعات للشيخ احمد ابراهيم . القاهرة مطبعة الفتوح ١٩٢٥ .
- ١٦٨ - فصول شرعية اجتماعية للشيخ محمود شلتوت .
- ١٦٩ - حقوق المرأة المتزوجة في الاسلام للاستاذ عبد الفتاح السيد .
- ١٧٠ - مدى استعمال حقوق الزوجية للدكتور مصطفى السيد .
- ١٧١ - التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي للدكتور وحيد سوار . القاهرة ١٩٦٠ .
- ١٧٢ - المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ج ١ .
- ١٧٣ - تكاح المتعة حرام في الاسلام للشيخ محمد الحامد .
- ١٧٤ - احكام المرتد في الشريعة الاسلامية للاستاذ نعمان السامرائي .

- ١٧٥ - حقوق الانسان في الاسلام للدكتور علي عبد الواحد وافي .
- ١٧٦ - مدى حرية الزوجين في الطلاق للدكتور عبد الرحمن الصابوني .
- ١٧٧ - نظرية العقد للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة . القاهرة ١٣٥٧ هـ .
- ١٧٨ - المعاملات للشيخ احمد ابراهيم .
- ١٧٩ - المعاملات للشيخ علي الخفيف القاهرة ١٩٤٤ .
- ١٨٠ - احمد بن حنبل للاستاذ محمد ابو زهرة دار الفكر العربي القاهرة .
- ١٨١ - المدخل الفقهي للدكتور محمد سلام مذكور .
- ١٨٢ - الاكراه في الفقه الاسلامي للشيخ زكريا البرديسي بحث في مجلة القانون والاقتصاد سن ٤٠ ع ٧٦٠ ص ١٧٦ .
- ١٨٣ - طرق القضاء للاستاذ الشيخ احمد ابراهيم .

### ثامنا :

### المؤلفات القانونية

- ١٨٤ - الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري ج ١ .
- ١٨٥ - الزواج في القانون الفرنسي للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي .
- ١٨٦ - المسؤولية المدنية للاستاذ مصطفى مرعي . مطبعة نهضة مصر ١٩٦٥ .
- ١٨٧ - نظرية الحق للدكتور عبد الحي خجازي .
- ١٨٨ - المدخل للملوم القانونية للدكتور سليمان مرقس .
- ١٨٩ - القانون الروماني للدكتور صوفي ابو طالب .
- ١٩٠ - المرأة لدى اليونان للدكتور محمود سلام زناتي القاهرة ١٩٥٧ .
- ١٩١ - المرأة لدى الرومان للدكتور محمود سلام زناتي القاهرة ١٩٥٨ .
- ١٩٢ - مدونة جوستينيان ترجمة الاستاذ عبد العزيز فهمي .
- ١٩٣ - القانون الروماني للدكتور عبد كنعم البندراوي .

### مؤلفات الاحوال الشخصية لغير المسلمين

- ١٩٤ - مذكرات الدكتور فؤاد شباط في الاحوال الشخصية لغير المسلمين في سوريا . جامعة دمشق .
- ١٩٥ - محاضرات في الاحوال الشخصية لغير المسلمين في سوريا للدكتور انطوان قسيس . جامعة حلب ١٩٦٥ .
- ١٩٦ - مذكرات في الاحوال الشخصية لغير المسلمين في مصر والسودان للدكتور عبد الرحمن الصابوني . جامعة ام درمان ١٩٦٨ .
- ١٩٧ - بحث في الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور زرق الله انطاكي ( مجلة الخامون عدد آذار ١٩٦٦ ) .
- ١٩٨ - الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور شفيق شحانه ج ١ - ٦ . القاهرة ١٠٥٧ - ١٩٦١ .
- ١٩٩ - قضاء الاحوال الشخصية للطوائف الملية للاستاذ احمد صفوت .
- ٢٠٠ - الاحوال الشخصية لغير المسلمين للاستاذين محمد نمر والفي بقطر حبشي القاهرة ١٩٥٧ .
- ٢٠١ - الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور احمد سلام . القاهرة ١٩٦٠ .
- ٢٠٢ - الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور توفيق فرج .
- ٢٠٣ - مبادئ الاحوال الشخصية للطوائف الملية للدكتور اهاب اسماعيل القاهرة ١٩٥٧ .
- ٢٠٤ - نظام الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور فؤاد شباط . معهد الدراسات العربية القاهرة ١٩٥٦ .
- ٢٠٥ - المقارنات والمقابلات لحافظ سبري مطبعة هندية ١٩٥٢ .
- ٢٠٦ - الاحوال الشخصية لغير المسلمي للاستاذ حلمي بطرس . القاهرة ١٩٥٧ .
- ٢٠٧ - الاسرار الكنسية السبعة للاستاذ حبيب جرجس .

- ٢٠٨ - الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور جميل شرفاوي .  
 مكتبة النهضة المصرية .
- ٢٠٩ - شرح الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين للمنشأار  
 ميخائيل تادرس .
- ٢١٠ - القراءون والريانئون تأليف مراد فرج القاهرة ١٩١٨ .

### عاشرا :

### القوانين والمدونات والمجلات القانونية

- ٢١١ - مجلة المحاماة الشرعية ( مصر ) ١٤ ، ٢ س ، ١٠ ع .
- ٢١٢ - مجلة المحاماة ( مصر ) ١١ س ، ١٢ س .
- ٢١٣ - مجلة نقابة المحامين ( سوريا ) عام ١٩٦٤ .
- ٢١٤ - القانون المدني السوري المواد ٤٥٤ - ٤٧٣ .
- ٢١٥ - مجلة القانون ( سوريا ) ١٠ ع ، ٧ ع .
- ٢١٦ - الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية للاسرائيليين تأليف  
 مسعود حاي بن شمعون ج ١ ، ٢٠ ، ٢١ القاهرة ١٩١٢ .
- ٢١٧ - شعار الخضر تأليف الياهو بشياص تعريب مراد فرج ١٩١٧  
 القاهرة .
- ٢١٨ - الخلاصة القانونية في الاحوال الشخصية تأليف فيلوثاؤس  
 صوض .
- ٢١٩ - مجموع القوانين لصفي الدين ابن العسال .
- ٢٢٠ - قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس الصادر عام  
 ١٩٥٥ .
- ١٢١ - مشروع قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس الصادر  
 عام ١٩٥٥ .
- ٢٢٢ - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض السورية  
 في الاحوال الشخصية .

- مدونة الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية لمحمد قدري .
- الاحكام الجغرافية في الاحوال الشخصية تأليف الشيخ عبد  
الكريم رضا الحلبي . بغداد ١٩٤٧ .
- قانون الاحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية بيروت .
- قانون العقوبات السوري .
- قانون حقوق العائلة العثماني .
- قانون الحق العائلي لطائفة الروم الارثوذكس .
- المنشورات السودانية في الاحوال الشخصية .
- قوانين الاحوال الشخصية في القطر المصري .
- القانون المغربي للاحوال الشخصية .
- مجلة الاحوال الشخصية ( تونس ) .
- أنظمة الاحوال الشخصية للطوائف غير الحمدية ( وزارة  
العدل اللبناني ) .
- قانون الاحوال الشخصية للبروتستانت .
- قانون الاحوال الشخصية السوري .

### مراجع عامة

- حضارة العرب تأليف غوستان لوبون .
- قصة الحضارة ج ٢ .
- الاغاني للأصفهاني ج ١٦ .
- المرأة في جاهليتها للأستاذ عبد الله عفيفي .
- المرأة في الفقه والقانون للدكتور مصطفى السباعي .
- الاسرة والمجتمع للدكتور علي عبد الواحد وافي .

## فهرس الموضوعات

### القسم الاول

### الباب الاول

#### احكام الطلاق

تمهيد - كلمة الطلاق والتظلم التي يحكم انجلاال الزواج

#### الفصل الاول

##### الصفحة

- ١٤ الطلاق والفسخ والفروق بينهما  
١٥ الطلاق الرجعي والطلاق البائن  
١٦ ما ذهب اليه قانون الاحوال الشخصية السوري  
١٧ للطلاق الثلاث في المذاهب الفقهية  
١٩ كلمة تكرار الطلاق في القانون  
٢٠ ما ذهب اليه محكمة النقض السوري في ان الطلاق المتكرر يقع  
طلقة واحدة  
٢٠ رأينا في هذا الموضوع ان الطلاق المتكرر يقع ثلاث طلقات  
٢١ نقضنا لما ذهب اليه محكمة النقض السورية  
مخالفة محكمة النقض لصراحة القانون السوري في المادة ٨٦ حين  
نص على ان محل الطلاق : الزوجة والمعتدة من طلاق رجعي ٢٢

## الفصل الثاني

### الطلاق بالإرادة المنفردة

#### الفرع الأول

الصيغة التي يقع بها الطلاق

#### المطلب الأول

#### الصريح والكنابة

- ٢٥ مذهب الفقهاء في وقوع الطلاق باللفظ الصريح والكنابة  
٢٨ ما يقوم مقام اللفظ في الطلاق

#### المطلب الثاني

تعليق الطلاق على شرط وإضافته إلى المستقبل

- ٢٠ الطلاق المعلق على شرط  
٢٠ الطلاق المضاف إلى المستقبل  
٢٢ ما ذهب إليه القانون السوري في الطلاق غير المنجز  
٢٤ رأينا في الطلاق المعلق

#### الفرع الثاني

#### القصد في الطلاق

- ٢٥ طلاق الهازل  
٢٦ طلاق المكروه  
٢٧ أدلة الحنفية في صحة طلاق المكروه

٢٨	ادلة الجمهو في وقوع طلاق المكره
٢٩	طلاق السكران
٤١	طلاق المدهوش
٤٢	طلاق المخطيء

### الفرع الثالث

#### شروط الطلاق

٤٣	اهلية المُتطلق
٤٣	ما ذهب اليه القانون السوري
٤٤	الإنابة في الطلاق
٤٥	تفويض الزوج الطلاق لزوجته
٤٦	هل يعتبر طلاق التفويض باثنا أم جميعا
٤٦	ما ذهب اليه القانون في اعتبار طلاق التفويض جميعا
٤٧	تقدنا ما ذهب اليه القانون
٤٩	طلاق المريض مرض الموت ومن في حكمه
٥٠	شروط المطلق المريض مرض الموت
٥٢	الطلاق بدون سبب في قانون الأحوال الشخصية السوري
٥٣	شروط الطلاق بلا سبب للحكم بالتمريض

### الفرع الرابع

#### شروط الطلاق

٥٨	شروط صحة طلاق الزوجة
٥٨	هل يقع الطلاق على المعتدة

## الفصل الثالث

### الطلاق باتفاق الزوجين

- ٥٩ شروط المخالعة بين الزوجين  
٦٠ تكييف الخلع هل هو طلاق أم فسخ  
٦١ بدل الخلع  
٦١ حال تسمية الزوجين بدلا للخلع بمهر  
٦٢ بدل الخلع ارضاع الولد او امساكه لدى ابيه  
٦٤ ما ذهب اليه القانون السوري في حال تسمية بدل الخلع  
او نفية او السكوت عنه  
٦٥ خلع الزوجة المريضة مرض الموت

## الفصل الرابع

### الطلاق بحكم القاضي

#### الفرع الاول

#### التفريق للملل والعيوب والامراض

- ٦٨ آراء المذاهب الفقهية في التفريق للامراض  
٦٩ ما ذهب اليه القانون السوري  
٧٠ شرحنا لهذه المواد  
٧٥ ما نلاحظه في القانون السوري من نقص في هذا الموضوع  
٧٦ ما ذهب اليه القضاء في التفريق للامراض  
٧٧ نقدنا لبعض قرارات محكمة التقض في التفريق للمرض

## الفرع الثاني

### التفريق للغياب والسجن

- ٧٨ التفريق للغياب والسجن في القانون السوري  
٧٩ ملاحظتنا على هذه المواد وشرحنا له

## الفرع الثالث

### التفريق للاعسار او عدم الانفاق

- ٨١ آراء المذاهب الفقهية في التفريق للاعسار وعدم الانفاق  
٨١ مذهب الحنفية  
٨٢ مذهب الظاهرية  
٨٢ رأي ابن القيم الجوزية  
٨٢ مذهب جمهور الفقهاء  
٨٣ ما ذهب اليه قانون الاحوال الشخصية السوري  
٨٤ ملاحظتنا على القانون السوري في هذا الموضوع

## الفرع الرابع

### التفريق للشقاق والضرر

- ٨٦ ما يراه الفقهاء في حدوث الشقاق والضرر بين الزوجين  
٨٦ ما ذهب اليه القانون السوري لمعالجة هذا الموضوع  
٨٧ شرحنا لهذه المواد  
٨٩ بعض قرارات المحكمة النقض السورية وتعليقنا عليه

الصفحة

- ٦٢ مصدر القانون فيما ذهب إليه  
٦٢ بيان حجة الحنفية في عدم التفريق ومناقشة رأيهم  
٦٣ رأينا فيما ذهب إليه القانون السوري  
٦٤ هل يعتبر عقم أحد الزوجين ضررا يجيز للطرف الآخر طلب التفريق

## الفصل الخامس

### الطلاق بحكم الشرع والقانون

#### الفرع الأول

##### الإيلاء

- ٦٦ تعريف الإيلاء ودليله الشرعي  
٦٦ أركان الإيلاء  
١٠٠ آثار الإيلاء  
لم ينص القانون السوري على حكم الإيلاء فيجب الرجوع إلى  
١٠١ المذهب الحنفي في ذلك  
١٠١ تعريف الظهار ودليله الشرعي

#### الفرع الثاني

##### الظهار

- ١٠٢ الظهار  
١٠٤ آثار الظهار

### الفرع الثالث

#### اللعان

- ١٠٥ تعريف اللعان ودليله الشرعي  
١٠٦ آثار اللعان  
١٠٧ هل الفرقة باللعان نسخ أم طلاق

### الفرع الرابع

#### الفرقة بتغيير الدين

- ١٠٨ اثر ردة احد الزوجين عن دينه  
١٠٩ ردة الزوج  
١٠٩ ردة الزوجة  
١١٠ ردة الزوجين معاً  
١١١ اثر اسلام احد الزوجين على عقد الزواج  
١١١ ما يعتبر به المرء مسلماً  
١١٢ نوع الفرقة التي تقع بالردة

## الباب الثاني

### آثار الطلاق

## الفصل الاول

### آثار انحلال الزواج

#### الفرع الاول

ما يترتب على الطلاق من احكام

- ١١٥ آثار الطلاق الرجعي وآثار الطلاق البائن  
١١٩ حكم الطلاق في النكاح الفاسد

الفرع الثاني  
الرجعة واحكامها

١٢٠	تعريف الرجعة
١٢٠	شروط الرجعة
١٢١	ما تتحقق به الرجعة

الفصل الثاني

المدة وانواعها

١٢٣	حالات وجوب المدة
١٢٤	الحكمة التشريعية في وجوب المدة
١٢٤	انواع المدة
١٢٥	المدة بالاقرار
١٢٥	المدة بالاشهر
١٢٦	المدة بوضع الحمل
١٢٧	مدة الزوجة المطلقة طلاق فرار
١٢٧	متى تبدأ الزوجة عدتها
١٢٨	الخلاف بين الزوجين حول النفقة
١٢٩	على من تجب نفقة المدة
١٢٩	من من المعتدات تستحق هذه النفقة
١٣٠	ما ذهب اليه القانون السوري في احكام المدة
١٣١	ما نلاحظه على القانون السوري في هذا الموضوع

## الباب الثالث

انحلال الزواج لدى غير المسلمين

١٣٥

تمهيد في الطلاق لدى الامم القديمة

### الفصل الأول

انحلال الزواج في الشريعة اليهودية

١٣٧

الخلاف بين الكتاب المعاصرين حول الطلاق بالارادة المنفردة  
في اليهودية وراينا في ذلك

#### الفرع الاول

الطلاق بالارادة المنفردة في اليهودية

١٣٨

الطلاق لدى طائفة الربانيين

١٣٩

الطلاق لدى طائفة الترائين

#### الفرع الثاني

الطلاق باتفاق الزوجين في اليهودية

١٤٠

الطلاق باتفاق الزوجين لدى الربانيين

١٤٠

الطلاق باتفاق الزوجين لدى الترائين

#### الفرع الثالث

الطلاق للميوب والامراض في اليهودية

١٤٢

الطلاق للامراض لدى طائفة الربانيين

١٤٤

الطلاق للامراض لدى طائفة الترائين

### الفرع الرابع

#### الطلاق للشقاق والضرر في اليهودية

١٤٥

الطلاق للضرر لدى طائفة الربانيين

١٤٦

الطلاق للضرر لدى طائفة القرائين

### الفرع الخامس

#### التفريق للاعسار في اليهودية

١٤٧

التفريق للاعسار لدى طائفة الربانيين

١٤٧

التفريق للاعسار لدى طائفة القرائين

### الفرع السادس

#### الطلاق للزنا في اليهودية

١٤٨

الطلاق للزنا لدى طائفة الربانيين

١٤٩

الطلاق للزنا لدى طائفة القرائين

## الفصل الثاني

### انحلال الزواج في المسيحية

١٥٠

نظرة عامة للطلاق من وجهة نظر المذاهب المسيحية

#### الفرع الاول

#### عدم انحلال الزواج لدى الكاثوليك

١٥١

ادلة الكاثوليك بعدم انحلال الزواج

١٥٢

مناقشة هذه الادلة على ضوء النصوص المسيحية

### الفرع الثاني

#### انحلال الزواج لدى البروتستانت

- ١٥٣ حالات الطلاق لدى البروتستانت : تغير الدين والزنا  
١٥٤ حالات الفسخ في قانون الاحوال للبروتستانت

### الفرع الثالث

#### انحلال الزواج لدى الارثوذكس

- ١٥٦ النصوص التي اعتمد عليها الارثوذكس في جواز انحلال الطلاق  
١٥٧ حالات انحلال الزواج في قانون الحق العائلي للروم الارثوذكس

## القسم الثاني

### الولادة ونتائجها

### او حقوق الاولاد

## الباب الاول

### النسب واثاره

## الفصل الاول

### ثبوت النسب بالزواج

الفرع الأول

ثبوت النسب خلال الحياة الزوجية

البحث الأول

مدة الحمل

- ١٦٢ اقل مدة يثبت فيها الحمل  
١٦٣ اكثر مدة الحمل الذي يثبت بها النسب  
١٦٤ راي الظاهرية ان مدة الحمل تسعة اشهر

البحث الثاني

صفة الزواج الذي يثبت به النسب

- ١٦٥ هل يكفي المقدر لثبوت النسب  
١٦٥ مذهب الحنفية في ثبوت النسب  
١٦٦ مذهب الشافعية والمالكية في ثبوت النسب  
١٦٦ مذهب الزيدية وابن تيمية في ثبوت النسب  
١٦٨ ثبوت النسب من زواج فاسد وشروطه  
١٧٠ حكم النسب في الدخول بشبهة

الفرع الثاني

ثبوت النسب خلال العدة

- ١٧٢ ثبوت النسب من المطقة رجعيًا وبائناً  
١٧٣ حكم ما اذا صرحت الزوجة بانقضاء عدتها

## الفصل الثاني

### ثبوت النسب بالاقرار

- ١٧٥ شروط اقرار بنسب محمول على نفس المقر  
١٧٧ ملاحظتنا حول اثبات النسب بالاقرار  
١٧٨ اثبات الاقرار وطرقه  
١٧٦ شروط الاقرار بنسب محمول على الغير  
١٧٦ اقرار الام بنسب طفلها

## الفصل الثالث

### ثبوت النسب بالبينة

- ١٨٠ إذا ادعت الزوجة الولادة وانكرها الزوج  
١٨٠ يثبت النسب بالشهادة على الولادة او تعيين الولد من امراة مسلمة  
١٨٠ يصح في اثبات النسب الشهادة بالتسامع والشهرة  
١٨٠ إذا اقر شخص ان فلانة امه من غير الزنا وصدقته صح نسبه منها  
١٨١ صحة النسب بالبينة اقوى من النسب بالاقرار إذا تنازع نسب  
ولد أكثر من شخص

## الفصل الرابع

### حالات نفي النسب

- ١٨٢ طرق نفي النسب الثابت بالزواج

١٨٢	نفي النسب عن طريق انكاز الولادة
١٨٢	نفي النسب لعدم امكان الانجاب
١٨٣	نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين
١٨٤	نفي النسب لعدم مرور الفترة المحددة للحمل
١٨٤	نفي النسب عن طريق اللعان
١٨٥	الحالات التي لا ينتفي فيها النسب باللعان

## الفصل الخامس

### احكام النسب في قانون الاحوال الشخصية السوري

١٨٧	نسب الولد حال قيام الزوجية
١٨٧	ملاحظاتنا على ما ذهب اليه القانون السوري

## الفصل السادس

### احكام اللقيط وتحريم التبني

١٩١	ما ذهب اليه التشريع السوري
١٩٢	احكام اللقيط في الشريعة الاسلامية
١٩٣	تحريم التبني في القرآن الكريم
١٩٣	الفرق بين الاقرار بالنسب والتبني
١٩٤	فرض الاسلام رعاية اللقطاء والايتام

- ١٩٥ نقدنا لنظام التبني المعروف لدى الامم الاجنبية بأنه نوع من  
الرق لاشباع غريزة الابوة والامومة
- ١٩٦ التبني نظام لا تعترف به الشرائع السماوية
- ١٩٧ التبني نظام باطل بالنسبة لجميع السورين

## الباب الثاني

### احكام الرضاع

#### الفصل الاول

على من يجب الارضاع ونفقته

- ٢٠١ هل تجبر الام على الارضاع
- ٢٠١ الحالات التي تجبر فيها الام على الارضاع
- ٢٠٢ على من تجب نفقة الارضاع
- ٢٠٢ هل تستحق الام نفقة الرضاع
- ٢٠٥ فترة نفقة الرضاع

#### الفصل الثاني

احكام الرضاع الموجب لتحريم النكاح

- ٢٠٦ مقدار الرضاع الذي يوجب التحريم
- ٢٠٧ مدة الرضاع المحرم

٢٠٨	اختلاط لبن المرضع من غيره
٢٠٩	أبوات الرضاع
١١٠	آثار الرضاع المحرم
٢١١	أحكام الرضاع في قانون الأحوال الشخصية السوري
٢١٢	ملاحظتنا على ما ذهب إليه القانون السوري

## الباب الثالث

### الحضانة

#### الفصل الأول

من له حق الحضانة

الفرع الأول

الأولوية في حضانة الطفل

٢١٨	ترتيب الحاضنات
٢١٩	حضانة العصباء
٢٢٠	حضانة ذوي الأرحام
٢٢٢	أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية السوري
٢٢٣	تقدنا لما ورد في بعض أحكام الحضانة
٢٢٤	حضانة ابن العم

## الفرع الثاني اهلية الحاضن

- ٢٢٥ شروط الحاضنة  
٢٢٦ رأينا في سقوط الحاضنة اذا تزوجت الام اجنبيا عن الطفل  
ما ذهب اليه ابن حزم في عدم الاستدلال في حديث : انت احق  
٢٢٩ به ما لم تتزوجي  
٢٣٠ رأي الظاهرية عدم سقوط الحضانة في زواج الام  
٢٣٢ هل يسقط عن المرأة حضانتها  
٢٣٤ ما ذهب اليه القضاء السوري في الحضانة  
٢٣٧ شروط حضانة العصابات من الرجال  
٢٣٧ سقوط الحضانة وعودتها

## الفرع الثالث

### هل الحضانة حق للحاضن ام للمحضون

- ٢٣٩ ما ذهب اليه الفقهاء في حق الحضانة  
٢٣٩ ما ذهب اليه القانون السوري  
٢٤٠ ما ذهب اليه القضاء السوري

## الفصل الثاني

### اجرة الحضانة

- ٢٤٢ من يستحق اجرة الحضانة

٢٤٢	التبرع بأجرة الحضانة
٢٤٦	ما جاء في قانون الاحوال الشخصية السوري
٢٤٧	ملاحظتنا حول هذه المواد

### الفصل الثالث

#### مدة الحضانة ومكانها

##### الفرع الأول

##### مدة الحضانة

٢٤٩	مراحل الحضانة
٢٥٠	مذهب الحنفية في فترتي حضانة الطفل
٢٥١	مذهب الشافعية
٢٥٢	مذهب الحنابلة
٢٥٢	مذهب المالكية
٢٥٢	مذهب الزيدية
٢٥٢	ما ذهب اليه ابن القيم الجوزية
٢٥٣	ما عليه العمل اليوم
٢٥٥	راينا في فترتي حضانة الطفل

##### الفرع الثاني

##### مكان الحضانة

٢٥٩	مكان الحضانة اذا كانت الام هي الحاضنة
-----	---------------------------------------

- ٢٦٠ مكان الحضانة اذا كانت غير الام الحاضنة  
٢٦١ هل يجوز للاب او لمن يليه الانتقال بالمحضون  
٢٦١ الانتقال بالمحضون لدى مختلف المذاهب  
٢٦٢ ما عليه العمل اليوم  
ما نراه في وجوب وضع تشريع يضمن رؤية كل من الابوين  
٢٦٣ لطفله والمبيت لديه ان رغب بذلك  
ما نراه في حكم الانتقال بالمحضون وانه يجب أن تخضع  
٢٦٩ المسافات للمرف الجاري في العصر الحاضر  
ما نراه عدم جواز انتقال الاب بطفله بعد ضمه اليه حرصا  
٢٧١ على رؤية امه له

## الباب الرابع

الولاية على النفس

والولاية على المال

١٧٦

تمهيد لاحكام الولاية

## الفصل الاول

الولاية على النفس

٢٧٨

ترتيب الولاية على النفس

٢٧٩

انتهاء الولاية على النفس

٢٨٠

حالات سلب الولاية او وقفها

## الفصل الثاني

### الولاية على المال

٢٨٢	ثبوت الولاية على المال
٢٨٣	مراحل الاهلية.
٢٨٤	حماية الصغير والمجنون

## الباب الخامس

### النفقات

٢٨٨	تمهيد في احكام النفقات
٢٨٨	آراء المذاهب الفقهية في نفقات الاقارب

## الفصل الاول

### النفقة الواجبة للاولاد على ابيهم

٢٨٩	شروط وجوب نفقة الولد على ابيه
٢٩٠	نفقة اولاد الاولاد على جدهم في المذاهب الاربعة
٢٩١	نفقة طالب العلم
٢٩١	ما نراه في وجوب هذه النفقة
٢٩٢	رأينا ان العلوم الشرعية يجب ان تفسر بالعلوم المشروعة لوجوب نفقة طالب العلم

## الفصل الثاني

### النفقة الواجبة للاصول على الفروع

٢٩٢

شروط نفقة الاصل على فرعه

## الفصل الثالث

### نفقة ذوي الارحام

٢٩٥

شروط نفقة ذي الرحم على قريبه

٢٩٨

ما ذهب اليه قانون الأحوال الشخصية في نفقة الاقارب