



التعارض بين النصوص

دراسة في ضوء القانون رقم 10 لسنة 1984م

بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما

د. سعد خليفات العبار *

الحمد لله الموفق للصواب الهادي إلى طريق الحق وسبل الفلاح بين أحكام شريعته الغراء لمن أراد الاستضاءة بنورها وبحث أسرارها والسير على هداها والصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبد الله خاتم الأنبياء وصفوة المرسلين والمبعوث رحمة للناس أجمعين وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين وبعد:

فإن القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما⁽¹⁾ وإن كان متأخراً في صدوره قياساً إلى قوانين الأحوال الشخصية التي أصدرتها البلاد العربية فإن هذا التأخر في الصدور أكسبه مزايا لم تكن لسابقه وربما يعود ذلك إلى استفادة واضعيه من التجارب القانونية للدول الأخرى ومن مشاريع القوانين المصاغة في ليبيا والتي لم يكتب لها حظ من الصدور في صورة نصوص قانونية.

فالدارس لنصوص هذا القانون يلمس آثاراً لتلك التجارب القانونية السابقة، تظهر

* جامعة قاريونس.

1- جاء هذا القانون في خمس وسبعين مادة وتم إصداره في 19. 4. 1984 على أن يعمل به من تاريخ نشره وقد نشر في الجريدة الرسمية في العدد 6 السنة 22 الصادر في 13 يونيو 1984.

له من خلال تحليله ونقده لنصوص هذا القانون وبالأخص مشروع قانون الأحوال الشخصية الليبيين لسنة 1967، 1972 وكذلك القوانين المصرية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية.

وهذا كله أكسب القانون جودة في الصياغة وحسناً في الترتيب والتقسيم⁽²⁾ فكان يتخير من المصطلحات أدقها⁽³⁾ ومن الحلول الفقهية أنجعها وأكثرها ملاءمة لمجتمعنا الليبي وأقواها دليلاً وهذا ما نلاحظه من خلال الممارسة العملية إذ رغم تطبيق هذا القانون على ما يربو عن ربع قرن فإن النقاشات الفقهية بصدده هي أقل مما نلاحظه بخصوص غيره من فروع القانون مما يميزه بالثبات والاستقرار وهذه ميزة افتقدتها الكثير من القوانين الليبية المستمدة من الفقه الإسلامي وبالأخص في المجال الجنائي إذ انحصر نطاق التعديل في هذا القانون في مسائل معينة وظل القانون متماسكاً بأركانه عصياً على الهدم بالإلغاء وتوالي التعديلات.

كما أن حسن صياغة نصوص هذا القانون قد ألقى بظلاله على أطراف الخصومات إذ كان الخصم غالباً ما يسلم لخصمه في الدعوى بالحكم ويتقبل حكم محكمة أول درجة قناعة منه -ويضاف لهذا عوامل أخرى- بعدالة الحكم لقناعته بعدالة مصدر النصوص القانونية ذاتها ومع هذا فإن القانون باعتباره عملاً وضعياً بشرياً سواء من حيث الصياغة أم من حيث التخير من بين الاجتهادات الفقهية الواردة فيه لا يخلو من مثالب اعترته وبالأخص من حيث التجانس بين نصوصه يظهر لنا ذلك من خلال تعارض بعض هذه النصوص مع بعضها الآخر فيعطى نص ما حكماً لمسألة ويعطيها غيره حكماً آخر مما لا سبيل معه أحياناً للتوفيق بين النصين باستعمال إحدى وسائل تفسير النصوص وهذا ما لمسنه من خلال تدريس نصوص هذا القانون ويرجع سبب

2- وإن كان الأمر لا يخلو من بعض الهنات لعل أوضحها عنوان القانون للباب الثالث باسم آثار انحلال الزواج مع أن بعض ما أدرج في هذا الباب من مسائل لا علاقة لها بالعنوان مثل حقوق الأولاد من نسب ورعاية وحضانة والتي تثبت لهم قبل انحلال الزواج وبعده وكذلك الأمر بالنسبة لنفقة الأقارب والتي لا علاقة لها بانحلال الزواج إذ ليست أثراً له.

3- إلا من بعض الخلل في تخير المصطلحات نلاحظه حتى في عنوان القانون ذاته (أحكام الزواج والطلاق وآثارهما) ورغم أن الزواج والطلاق هما أساس القانون لكنه احتوى على مسائل أخرى لا تقل أهمية عنهما كالتطليق والفسخ وحقوق الأولاد وكان ينبغي عنوان القانون بالزواج والفرقة بين الزوجين وآثارهما لأن الفرقة أعم من الطلاق.

ذلك في الغالب لعدم صياغة النصوص وليس إلى تفضيل اجتهاد فقهي على غيره.

وبناء عليه فإننا سنحاول في هذا البحث إلقاء الضوء على بعض حالات التعارض بين نصوص القانون رقم 10 لسنة 1984 وذلك في مباحث ثلاثة نتناول في أولها حالات التعارض بين النصوص المتعلقة بالزواج وفي ثانيها نعرض لحالات التعارض بين النصوص المتعلقة بالفرقة بين الزوجين ونخصص ثالثها لحالات التعارض بين النصوص المتعلقة بحقوق الأولاد ولكن الأمر يقتضينا قبل هذا كله أن نحدد ما نقصده بالتعارض بين النصوص القانونية وهذا ما سنولي له عنايتنا في مبحث تمهيدي يسبق تلك المباحث الثلاثة على أمل أن يوفقنا المولى سبحانه وتعالى ونحن نكتب هذا البحث إلى الصالح من القول والعمل وأن يهدينا سبل الرشاد إنه أكرم مسؤول وأفضل مأمول إنه نعم المولى ونعم النصير.

مبحث تمهيدي: مفهوم التعارض بين النصوص

الأصل أن القوانين تصدر لتبقى ولتطبق في مدى زمني لا متناهٍ ولكن تطبيقها يكشف عما بها من عيوب تتزايد بازدياد حالات تطبيقها أمام القضاء وتقدمها من حيث الزمن وهذا ما استوجب إيجاد سبل لتلافي هذه المعاييب بالتوسع في التفسير أو بالتوفيق بين النصوص أو بالتعديل أو الإلغاء أو بقياس ما لم يرد له حكم في النصوص على ما ورد أو باستعمال إحدى الحيل القانونية أو غير ذلك بل إن كثيراً من القوانين تواجه عقبات ومعارضات عند إصدارها لتنافرها مع توجهات المجتمع وخياراته وبقدر حسن الاختيار من بين الاجتهادات الفقهية والقانونية وحسن الصياغة يكتسب القانون حظه من الثبات والاستقرار والاحترام والهيبة في نفوس المخاطبين به ومع أن الصياغة القانونية عملية فنية تلي اختيار الاجتهاد الفقهي أو القانوني وتحديد ما يرغبه المشرع من وضعه للقانون ومقصده من وراء ذلك إلا أنها ليست فقط إفراغاً لإرادة المشرع في شكل مواد قانونية متسلسلة بل إنها تتجاوز ذلك لتلقي بظلالها على تطبيق القانون ومدى احترامه بل وبقائه مطبقاً لمدى أطول من الزمن وبهذا فإن عملية الصياغة ليست فقط مسألة شكلية بل هي جوهر القانون وصلبه ولكنها باعتبارها عملاً بشرياً لا تخلو غالباً من مثالب تعثرها كسوء اختيار المصطلحات وركاكة الأسلوب والأخطاء اللغوية وعدم التنسيق بين النصوص وسوء الترتيب والتقسيم والتبويب وعجز النصوص عن مواجهة

مسألة يفترض بيان حكمها بطريق أولى والإغراق في بيان التفاصيل وضرب الأمثلة أو العمومية المفرطة باستعمال عبارات واسعة فضفاضة بل وأحياناً التعارض بين نصوص القانون ذاته وهذا كله يصم المشرع الوضعي بالعجز والقصور وسوء الاختيار وهذه معائب يفترض تنزيهه عنها لأنها توقع القضاة والمتقاضين في الحيرة والتناقض بسبب ما قد يصدر من أحكام تعوزها الدقة وتتسم بالتناقض وما قد يؤدي إليه ذلك من تعطيل في الفصل في القضايا أو نظر الدعوى أمام أكثر من درجة للتقاضي وما في ذلك من إضاعة للجهد والوقت.

وعموماً التناقض بين النصوص يقصد به هنا ورود نصين في ذات القانون ينطبقان على ذات المسألة ويعطى كل منها حكماً لا يتفق ما يعطيه النص الآخر مما يصعب بل ويستحيل معه أحياناً التوفيق بين النصين باستعمال إحدى وسائل التفسير القانونية المعروفة ومثال ذلك أن يقرر نص أن المهر الواجب في حالة مخصوصة هو مهر المثل في حين يقرر غيره أن المهر الواجب في ذات الحالة هو المهر المسمى أو يقرر القانون في نصوصه الخاصة بالشهادة مثلاً أن شهادة الكتابي على الزواج جائزة إن كانت الزوجة كتابية ويقرر القانون عينه في نص آخر أن شهادة الكتابي على الزواج غير مقبولة ولو كانت الزوجة كتابية.

وبالنظر لعدم إمكانية التوفيق بين هذه النصوص المتعارضة ولو بحمل أحدها على العموم والآخر على الخصوص أو بالتفسير الموسع أو المضيق لمصطلحات كل منهما أو أحدهما فإن الأمر يؤول إلى تطبيق نص وغض الطرف عن الآخر وإلا شاب التناقض الحكم.

هذا والتعارض المقصود هنا هو ما يقع بين نصوص القانون رقم 10 لسنة 1984 وليس بين أحد نصوص هذا القانون ونص ورد في قانون آخر كما هو الحال فيما وقع من تعارض بين نص المادة 398 مكررة (أ) من قانون العقوبات والتي تعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجته أو أصوله أو فروعها أو أخوته ... مع نص المادة رقم 71 من القانون رقم 10 لسنة 1984 م والتي تلزم بالإنفاق على الصغير والأب والأم الفقيرين فقط دون أن تلزم الشخص بالإنفاق على إخوته وأخواته ولذا لا يتصور صدور حكم بالإنفاق عليهم حتى يتم اعتبار عدم تنفيذه امتناعاً يجيز الحكم بالحبس على من لم يمتثل للحكم القضائي ورغم هذا التعارض فلكل من القانونين مجال تطبيقه مما يحول دون صدور أحكام متناقضة

ويمكن تبرير هذا التعارض بسوء الصياغة وعدم التناغم بين نصوص فروع القانون رغم انتمائها لنظام قانوني واحد.

كما ينبغي استبعاد التعارض بين نصوص قانونين ينظمان مسألة واحدة ولكن بصورة مختلفة كما هو الحال في قانون شؤون القاصرين⁽⁴⁾ والقانون رقم 10 لسنة 1984م وقانون حدي السرقة والحراقة⁽⁵⁾ فكل منها حدد سن الأهلية بحسب ما يكفل التطبيق الأفضل لنصوصه وبحسب اعتبارات لا علاقة لها باعتباريات القانون الآخر ونظراً لأن لكل من هذه القوانين مجال يطبق فيه لا يتداخل ولا يتقاطع مع مجال القانون الآخر فلا تناقض إذاً بينها باعتبار كل منها قانوناً خاصاً بحكم وقائع لا علاقة لها بما يحكمه الآخر.

كما أن التعارض المقصود هنا يستبعد منه ما قد يظهر من تعارض بين قانون خاص وقانون عام وباعتبار أن القانون رقم 10 لسنة 1984م هو القانون العام الذي يحكم مسائل الزواج والفرقة بين الزوجين وآثارهما فإن صدور قانون خاص ينظم مسألة جزئية لا يعد مناقضاً في حكمه وإن ورد نصه على ذات الموضوع لأن المسألة لا تخرج عن أحد اعتبارين:

الأول: هو التعارض المطلق بين النص الجديد ونص القانون رقم 10 لسنة 1984 م مما يستوجب اللجوء إلى تطبيق القواعد الأساسية في إلغاء النصوص القانونية والتي بمقتضاها تعتبر الأحكام السابقة المتعارضة مع الأحكام اللاحقة ملغاة بحسبان أن إرادة المشرع قد اتجهت ضمناً إلى إلغاء أحكام القانون القديم المتعارضة مع القانون اللاحق على النحو الذي تقضي به المادة الثانية من القانون المدني باعتبارها قاعدة عامة تسري على جميع حالات التعارض بين نصوص القوانين المتعاقبة.

الثاني: اعتبار الحكم اللاحق حكماً عاماً يغلب في عموميته على حكم القانون رقم 10 لسنة 1984 م كما لو صدر قانون يعدل سن الأهلية في شأن العقود كافة ويجعلها 21 سنة فإن الحكم الذي يتضمنه هذا التشريع اللاحق لا يلغى الحكم الخاص السابق النص

4- القانون رقم 17 لسنة 1992 م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، منشور في الجريدة الرسمية، س 30، ع 36، 25، 12. 1992م.

5- القانون رقم 13 لسنة 1425 في شأن إقامة حدي السرقة والحراقة، منشور في الجريدة الرسمية، س 34، ع 6، 28، 03. 1996.

عليه في التشريع القديم (القانون رقم 10) والذي يحدد سن الأهلية في مادته السادسة بعشرين سنة للجنسين حيث يظل الحكم الخاص السابق سارياً في نطاق خصوصيته ولا يحد منه الحكم العام إذ إن الحكم الخاص لا يلغى إلا بموجب حكم خاص مماثل له ومتعارض معه ولا يحد من تطبيقه النص العام الذي يسري في مجاله وخارج حدود النص الخاص.

وينبغي من باب أولى استبعاد حالات التعارض التي ينص المشرع بنفسه على استبعادها ونقصد بها هنا نصه الصريح على إلغاء نص ما في القانون رقم 10 لسنة 1984 م كما هو الحال في تعديله المتكرر لنص المادة 13 من هذا القانون بالقانون رقم 22 لسنة 1991 م⁽⁶⁾ ثم بالقانون رقم 9 لسنة 1994 م⁽⁷⁾ مما يستبعد تماماً تطبيق النص القديم للمادة 13 ولا يجعل من مجال للتطبيق إلا لنص القانون اللاحق منذ صدوره مما لا يظل معه أي مجال للتعارض بين هذه النصوص باعتبار أن التطبيق سيكون فقط للنص اللاحق وسيكون حكم النص السابق الملغى كالعدم تماماً فيما يخص ما يجد من وقائع بعد التعديل وخاصة أن التعارض الذي نحن بصدده يقتضي وجود ذات النصين في نفس القانون أما الإلغاء فيقتضي ورود النصين في قانونين مختلفين باعتبار أن الاختلاف في زمن الصدور هو الأساس في أحكام إلغاء النصوص ليكون اللاحق في الصدور ملغياً صراحة أو ضمناً للسابق منها.

كما لا ينبغي اعتبار تكرار النصوص المقررة لذات الأحكام سواء وردت في ذات القانون أم في قوانين متعاقبة من باب التعارض وإن عدّ ذلك تزييداً وأحياناً سوءاً في الصياغة وحشواً دون مبرر وهذا التكرار نلاحظه في نصوص القانون رقم 10 لسنة 1984م في حالات عدة منها تكرار الأحكام الخاصة بالنفقة الواردة في المادتين 17/أ و 18/أ في المادة 23 وتكرار الحكم الوارد في المادة 28 والقاضي بوجوب إثبات الطلاق بحكم المحكمة في المادة 35/ب وتكرار الأحكام الواردة في المادة الثامنة في المادة التاسعة وتكرار الأحكام الواردة في المادة 32/أ في الفقرة ب من ذات المادة وغير ذلك وقد كان الواجب تحاشي هذا التكرار لما قد يؤدي إليه أحياناً من تناقض في تفسير النصوص واضطراب في وجهات نظر شراح القانون.

6- منشور في الجريدة الرسمية، س 29، ع 22، الصادر في 19. 11. 1991م.

7- منشور في الجريدة الرسمية، س 32، ع 5، الصادر في 23. 3. 1994م.

- وبهذا ليتحقق التعارض الذي نقصده هنا لا بد من توافر الشروط التالية:
- ورود كلا النصين في القانون رقم 10 لسنة 1984 م.
- عدم إلغاء أحد النصين أو تعديله بقانون لاحق لأن إلغاء أحدهما يخرج النص الملغي من دائرة التطبيق ولا يكون عندئذ قابلاً للتطبيق إلا النص غير الملغي.
- معالجة كلا النصين لذات المسألة كالمهر مثلاً أو الحضانة أو شروط تعدد الزوجات.
- تعارض الحكم الوارد في أحد النصين مع الحكم الوارد في الآخر.
- تعذر التوفيق بين حكمي النصين باستعمال وسيلة من وسائل تفسير النصوص القانونية.

المبحث الأول: حالات التعارض بين النصوص المتعلقة بالزواج

بالسير مع ترتيب القانون لنصوصه يمكن حصر هذه الحالات فيما يتعلق بالتعارض بين النص الخاص بإثبات الشروط العقدية والنص الخاص بإثبات عقد الزواج نفسه والتعارض بين اعتبار زواج المتعة باطلاً واعتباره فاسداً واختلاف ما يترتب على تكييفه من آثار والتعارض بين نص المادة 16 من هذا القانون والنصوص المتعلقة بآثار الزواج الباطل وخاصة ما يتعلق منها بتعدد الزوجات والتعارض بين نص المادة السابعة الخاصة بالولاية وغيره من نصوص القانون المتعلقة بذات الموضوع. فهذه إذا مسائل أربعة نتاولها بالإيضاح تباعاً وذلك كما يلي:

1. إثبات عقد الزواج والشروط العقدية

لم يذهب أحد من الفقهاء إلى اشتراط توثيق عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية ليكون هذا العقد معتداً به شرعاً إذ الكتابة والتوثيق لا تتوقف عليهما صحة العقد لأنه ينعقد صحيحاً بمجرد صدور الصيغة ممن هما أهل لذلك مستوفية لشروط الانعقاد والصحة⁽⁸⁾ لأن الطابع العام للعقود بما فيها عقد الزواج في الفقه الإسلامي هو الرضائية لا الشكلية ومع هذا فإن الحاجة دعت إلى التوثيق علاجاً لما قد استجد من أحداث منعاً للاحتيال وادعاء الزوجية زوراً وبهتاناً وإثباتاً لحقوق الزوجين⁽⁹⁾ ومنعاً

8- عمر عبدالله ص 104. مذكور ص 56.

9- الجروشي والعبار ج 1 ص 43.

للأضرار الاجتماعية والصحية المترتبة على تزويج الصغار بل ولضرورة إمكان عمل إحصاءات دقيقة لعقد الزواج تفيد في برامج التنمية⁽¹⁰⁾ ومع هذا فإنه لم يكن من المقبول حرمان من لم يوثق عقده بالكتابة -وقد انعقد صحيحاً من الناحية الشرعية- من كل الضمانات والحقوق المترتبة على هذا العقد⁽¹¹⁾.

وجمعاً بين الأمرين فقد سعى المشرع الليبي إلى توثيق عقد الزواج بالكتابة وإلزام ذوي الشأن بذلك جرياً على ما استقر عليه الفقه من أن لولي الأمر تخصيص القضاء في الزمان والمكان والحادث⁽¹²⁾ ولكن دون أن يمس ذلك مشروعية هذا العقد ولهذا نصت المادة الخامسة من القانون رقم 10 لسنة 1984 على ثبوت عقد الزواج بحجة رسمية أو بحكم من المحكمة وبناء عليه فإن الزواج يثبت بالكتابة في وثيقة عقد الزواج ويأقر الزوجين ويثبت كذلك بأي دليل كالشهادة والقرائن وغيرها فمن لم يوثق زواجه بالكتابة أمكنه إثباته ولكن بحكم قضائي إذ لا تكفي الشهادة لوحدها أو الإقرار خارج مجلس القضاء بل لا بد من إثباتهما أمام القاضي.

فهذا النص يرتب جزاء مدنياً على من يمتنع عن إتباع الإجراءات الخاصة بتوثيق عقده وذلك بإلزامه بحكم المحكمة بكتابة عقده وتسجيله وفق الإجراءات الخاصة بذلك⁽¹³⁾.

ويبدو لنا أن اتجاه المشرع الليبي في غاية التوفيق لتجنبه إيقاع المتقاضين في حرج لو حصر إثبات عقد الزواج بوثيقة عقد الزواج فقط كما جرى عليه العمل في بعض البلاد العربية والإسلامية لأنه لا يمكن عقلاً قبول إثبات القتل العمد بالبينة أو الإقرار أو بالقرينة ولا يثبت الزواج بهذه الوسائل رغم أن القتل أشد خطراً في المجتمع من الزواج⁽¹⁴⁾ إذ ما حكم الزواج لو لم يتم تسجيله في تلك البلدان؟ لا شك أنه صحيح شرعاً لكنه إن لم يسجل سيعتبر غير صحيح قانوناً مما يوقع التناحر بين حكم الشرع وحكم القانون.

وقد كان المنطق يقتضي أن ينسحب حكم المادة الخامسة على إثبات الزواج

10- بدران ص 79. عمر عبدالله ص 105.

11- مذكور ص 56. الشريف ص 47.

12- عمر عبدالله ص 105. الشريف ص 47.

13- الجروشي والعبار ج 1 ص 43.

14- المرجع السابق نفس الموضوع.

وعلى ما ارتبط به من شروط باعتبارها جزء من العقد وقد شملتها صيغته التي تراضى عليها العاقدان ولكن الفقرة الثانية من المادة الثالثة من ذات القانون نصت على عدم الاعتداد بأي شرط إلا إذا نص عليه صراحة في عقد الزواج رغم أن الزواج نفسه بحسب المادة الخامسة من ذات القانون يثبت بأي دليل.

إذ بحسب نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة الشرط لا يثبت بالإقرار ولا بالشهادة ولا بالقرينة ولا حتى بالكتابة في وثيقة عرفية أو رسمية أخرى غير عقد الزواج فالوسيلة الوحيدة للاعتداد به هي النص عليه في وثيقة عقد الزواج⁽¹⁵⁾ ولا شك أن هذا ينطوي على تناقض إذ كيف يثبت الزواج بالبينه والإقرار والقرينة ولا تثبت الشروط بأي من هذه الوسائل؟ وكيف يقبل عقلاً أن يثبت بها كل العقد ولا يثبت بها الشرط مع أنه جزء من العقد؟⁽¹⁶⁾ ولتوضيح ذلك لنا أن نتصور زواجا لم يفرغ في وثيقة عقد الزواج فلجأ المتضرر من ذلك إلى القضاء وأثبت أنه قد تزوج من فلانة بشهادة شاهدين عدلين وأنه قد اشترط عليها ترك العمل أو كانت الزوجة هي طالبة إثبات زواجها من فلان هذا وأنها قد اشترطت عليه أن تكمل تعليمها أو أن يوفر لها سكناً بمواصفات معينة وقد أثبت الشهود حصول العقد أمامهم وتراضي العاقدین على ذلك العقد والشرط كذلك ومع هذا يأتي حكم القاضي بثبوت عقد الزواج وعدم الاعتداد بالشرط لعدم النص عليه في وثيقة عقد الزواج.

ومع أن الحكمة تبدو لنا واضحة من إيراد نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة ممثلة في سعي المشرع إلى قطع المنازعات نظراً لتزايد عدد الشروط المقترنة بعقد الزواج رغبة من كل طرف في هذه العلاقة في حماية حقوقه ومصالحه وتأمين مستقبل حياته وفق ظروفه الخاصة⁽¹⁷⁾ وبالأخص بعد أن فضّل القانون في الفقرة الأولى من ذات المادة العمل برأي الحنابلة في شأن الشروط باعتبارها القول الفقهي الأكثر توسعة على الناس والأكثر اتفاقاً مع النصوص الشرعية⁽¹⁸⁾ ولكن هذا كله لم يكن ليبرر التشدد في إثبات الشروط إذ لا حاجة ولا مصلحة ظاهرة في ذلك إذ كان يكفي ترك الأمر لذوي الشأن ولل قضاء ليتبين أمامه مدى قدرة مشترط الشرط على إثباته بوسيلة شرعية ولذا

15- الجروشي والعبار ج 1 ص 44.

16- المرجع السابق ج 1 ص 43.

17- العقيلي ص 61. الجروشي والعبار ج 1 ص 42. الشريف ص 46.

18- الشريف ص 44.

نرى أنه لا حاجة لورود نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة وإفراد إثبات الشروط في عقد الزواج بنص خاص بل نرى -رفعاً للتعارض بين النصوص- الاكتفاء في إثبات الزواج وما تضمنه من شروط بنص المادة الخامسة من هذا القانون.

2. زواج المتعة والزواج المؤقت

أقام جانب وإن كان قليل الأنصار من الفقه تفرقة من حيث المصطلح والآثار بين الزواج المؤقت وزواج المتعة فالنكاح المؤقت عند هؤلاء هو عقد زواج اقترن بصيغة تدل على تأقيت الزواج بوقت محدد سواء طال هذا الوقت أم قصر وقد صوروا النكاح المؤقت بأنه ما ينشأ بلفظ من الألفاظ التي يصح انعقاد الزواج بها مع الإشهاد عليه ولكن صيغته كانت مؤقتة كما لو قال الرجل لمن أراد الزواج بها: «تزوجتك لمدة يوم أو شهر أو سنة...»⁽¹⁹⁾ وهذا الشرط مخالف لمقتضى العقد لأنه يخرج عن مقاصد الشرع من الزواج من دوام عشرة وإقامة أسرة وتربية أولاد وسكن ومودة ورحمة بين الزوجين وهذا كله لا يتحقق على وجهه الأكمل إلا إذا كان العقد على سبيل التأييد⁽²⁰⁾.

أما زواج المتعة فصورته عندهم أن يقول لها: «أعطيك كذا على أن أمتع منك يوماً أو شهراً أو سنة...» أو يقول رجل غريب عن البلدة لامرأة مواطنة خالية من الزواج وعدته: «أمتع بك مدة إقامتي في هذا البلد نظير أن أعطيك كذا» فتقبل⁽²¹⁾.

والفارق بين العقدين أن الزواج المؤقت يكون بلفظ من الألفاظ التي ينعقد بها الزواج كلفظ الزواج والنكاح والهبة وما اشتق منها أما المتعة فلا تكون إلا بلفظ المتعة ما اشتق منه أو بأحد الألفاظ التي لا ينعقد بها عقد الزواج كلفظ الإجارة والوصية والعارية وما اشتق منها كما أن المدة في الزواج المؤقت تكون محددة في العقد لكنها في المتعة يمكن أن تكون غير محددة كتعاقد مع امرأة مدة إقامته ببلدها ولم يكن يعرف حين التعاقد مدة إقامته على وجه التحديد كما أن النكاح المؤقت بخلاف المتعة لا بد فيه من شهادة الشهود⁽²²⁾.

19- ابن الهمام ج 2 ص 387. الميداني ج 3 ص 20. الكاساني ج 2 ص 556.

20- عمر عبد الله ص 91. الجرو شي والعبار ج 1 ص 58. أبو زهرة ص 46.

21- ابن الهمام ج 2 ص 387. الميداني ج 3 ص 21.

22- ابن عابدين ج 2 ص 293.

ومع هذا فهذه التفرقة في المصطلح وما رتب عليها من تمايز في الآثار لا تستند إلى دليل يعتد به لأن الزواج المؤقت من زواج المتعة أو على الأقل هو معناه (23) وهذا ما جعل كبار شراح الفقه الحنفي كابن الهمام (24) والكاساني (25) يقررون أنه لا فارق بين نكاح المتعة والنكاح المؤقت إلا هذه التسمية الشكلية إذ الاثنان يقبلان ذات الآثار.

ومن حيث الحكم فإن قول زفر القاضي بأن هذا النكاح صحيح وإن اقترن به شرط فاسد (26) هو المفتى به في المذهب الحنفي لأن العقد قام مستوفياً لشروط الانعقاد والصحة متوافرة الأركان ولكن اقترن به شرط فاسد (شرط التأقيت) فيفسد هذا الشرط وحده ويظل العقد صحيحاً (27).

ومن حيث الآثار فإنه بالنظر لرأى الشيعة الإمامية القاضي بشرعية هذا الزوج (28) فإن الفقه متفق على أن الدخول في هذا العقد يعتبر شبهة دائرة لحد الزنى وإن تم الدخول ترتبت على العقد آثار النكاح الفاسد مما يوجب التفرقة بين الزوجين ولو جبراً عنهما بحكم القاضي ومع هذا فإن العقد يقبل آثار النكاح الفاسد بعد الدخول من ثبوت حرمة مصاهرة وعدة ونسب إذ لو كان باطلاً ما قبل شيئاً من هذا (29).

ورغم كل هذا فإن القانون رقم 10 لسنة 1984 ينص في مادته الحادية عشرة/د على عدم انعقاد زواج المتعة والزواج المؤقت وهذا العطف -المقتضي لغة للمغايرة- يوحى بأن العقدين مختلفان رغم أنهما في الحقيقة شيء واحد وإن أفردت كل من صورتيه بمصطلح يخصها (30) ويربط نص الفقرة المشار إليها من المادة الحادية عشرة

23- الميداني ج 3 ص 21. الكاساني ج 2 ص 558.

24- ابن الهمام ج 2 ص 387.

25- الكاساني ج 2 ص 558.

26- ابن الهمام ج 2 ص 387. الكاساني ج 2 ص 558.

27- ابن الهمام ج 2 ص 387. الكاساني ج 2 ص 558.

28- الهذلي ج 3 ص 23 وما بعدها.

29- الكاساني ج 2 ص 651.

30- صيغة الفقرة المشار إليها تنطوي -حسب ما نراه- على مدخل آخر للنقد إذ تنص على وجوب أن يكون الإيجاب والقبول منجزين وهذا يعنى أن الزواج لا ينعقد إن علق الإيجاب على حصول أمر في المستقبل أو أضيف إلى زمن مستقبل ومثال الحالة الأولى ربط وجود الإيجاب بحصول أمر في المستقبل ولو كان محقق الحصول كقوله: «تزوجتك إذا جاء شهر رمضان» ومثال الحالة الثانية =

نص الفقرة الأولى من المادة الثانية عشرة والتي تحدد المحرمات من النساء⁽³¹⁾ ونص المادة السادسة عشرة نرى أنه لا مناص من اعتبار نكاح المتعة (الزواج المؤقت) فاسداً ولكن نص الفقرة د من المادة الحادية عشرة يقرر عدم انعقاده مما يعني بطلان هذا الزواج وعدم ترتيبه أي أثر لا قبل الدخول ولا بعده وهذا تناقض نراه غير ممكن الرفع إلا بتعديل نص المادة 11/د وإقرار أن عدم التأقيت هو شرط صحة وليس شرط انعقاد

=

إضافة الإيجاب إلى زمن مستقبل كقوله: «تزوجتك في أول الشهر القادم». والظاهر من إرادة العاقدین والتي عكستها صيغة العقد أن الزواج إن أبرم يراد منه أن يكون على سبيل الدوام والاستقرار لا التأقيت وهو بهذا يختلف تماماً عن نكاح المتعة (النكاح المؤقت) الذي يراد عقده في الحال ولكن لمدة معينة وبهذا فإن عبارة الفقرة د من المادة الحادية عشرة توحي بأن التأقيت هو نتيجة لكون الصيغة غير منجزة وهذا غير صحيح إذ إنها بنصها تقرر أنه يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا منجزين وتضيف (غير دالین على التأقيت) وكأن الدلالة على التأقيت هي نتيجة لعدم التنجيز وهذا فهم لا نراه موافقاً للصواب.

31- بحسب نص المادة 12 يشترط لانعقاد الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً وألا تكون مشركة وألا يكون الزوج غير مسلم إن كانت المرأة مسلمة وهذا النص يدعونا لإثارة ملاحظات ثلاث هي:

- كان ينبغي القول كون المرأة غير ذات دين سماوي بدلاً من اشتراط عدم كونها مشركة لأن العبارة الأولى أعم وأبعد عن إثارة الخلاف في التفسير إذ الحرمة تشمل المجوسية والملاحدة وكل من ليست كنيانية أو مسلمة ولا تقتصر على المشركة. انظر عمر عبد الله ص 169. أبو زهرة ص 99.
- كون المرأة مشركة والزوج غير مسلم بالنسبة للمرأة المسلمة هما من حالات التحريم المؤقت ولذا لم يكن هناك من داع لذكرهما على انفراد لدخولهما في حالات المحرمات على سبيل التأقيت المذكورات على سبيل الإجمال في الفقرة الأولى من ذات المادة.
- بحسب نص هذه المادة التحريم سواء كان قطعياً وهو ما كانت المرأة فيه محرمة على الرجل تحريماً لا شبهة فيه ولا خلاف فيه بين العلماء ويكاد العلم به يكون من الضروريات عند العامة وهو شرط انعقاد عند الفقهاء وبذا فهو سبب مبطل للعقد أو كان التحريم ظنياً وهو ما كانت المرأة فيه محرمة بدليل يختلف فيه العلماء والعقد في حال وجوده فاسد فإن هذين النوعين من التحريم يعتبران بحسب النص القانوني المذكور من شروط الانعقاد والعقد على امرأة انطوت تحت أي منهما سبب لبطلان العقد أي أن التحريم قطعياً كان أم ظنياً هو قانوناً من شروط الانعقاد وهذا إن انطبق على التحريم القطعي فإنه لا يتوافر في حال التحريم الظني لأنه أحد شروط صحة العقد لا انعقاده يضاف إلى هذا أن العقد في الحالتين أي سواء كانت المرأة محرمة تحريماً قطعياً أم ظنياً هو عقد باطل رغم أن القانون لا يعرف أصلاً بحسب نص المادة 16 منه العقد الباطل لاكتفائه بفساد العقد وصحته. عمر عبد الله ص 169. الجرو شي والعبار ج 1 ص 80.

ليكون القانون متسقاً مع نفسه إذ كيف يقرر أن عقداً ما باطل رغم أنه لا يعرف شيئاً في نصوصه يسمى العقد الباطل⁽³²⁾.

3. نص المادة 16 وآثار الزواج الباطل

يتحدد نوع الزواج باعتباره الوصف الشرعي له بحسب توافر أركانه وشروطه ومن ثم يختلف ما يترتب عليه من آثار بحسب نوعه⁽³³⁾ وبهذا فالدقة تقتضي تخير المصطلحات الأكثر دلالة على المقصود لأن الخلاف إن أثير بسببها لن يكون نظرياً فقط بل سينعكس على آثار العقد وحكمه الشرعي.

وبالنسبة لتحديد أركان عقد الزواج باعتبارها ما يتوقف وجود العقد على وجودها فقد فضل القانون في مادته الحادية عشرة/أ التحديد الحنفي لها والذي يرى أن العقد لا ركن له إلا الصيغة لأن وجودها يستلزم وجود العاقلين والمعقود عليه⁽³⁴⁾ مشيحاً بهذا عن تحديد الجمهور والذي يرى أن العقد لا يكون صحيحاً تماماً إلا إذا توافرت له أركان ثلاثة هي العاقدان والمعقود عليه والصيغة⁽³⁵⁾ والحق أن ما يراه الأحناف هو ما يتفق مع التعريف الاصطلاحي للركن بأنه ما يتوقف وجود الشيء على

32- تنص المادة 16 على أن الزواج إما صحيح وإما فاسد وحتى لو تجاوزنا الخلاف حول المقصود بفساد العقد هنا أهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه حسب الاصطلاح الحنفي وهذا يقتضي وجود عقد باطل في مواجهته إن حصل الخلل في ركن العقد أو أحد شروط انعقاده فلم يكن مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه أو قلنا بأن العقد الفاسد هنا هو ما يراه الجمهور كذلك باعتباره شاملاً لكل صور العقد غير الصحيح ويستوي عندئذ وصفه بالفساد أو البطلان فإن نص ذات المادة في فقرتها أ، ب يجعلنا نرجح -بالنظر للآثار التي رتبها القانون على العقد الصحيح والعقد الفاسد- أن المقصود بالفساد هنا هو ما شرع بأصله دون وصفه أي الفاسد حسب وجهة نظر الأحناف مما يجعلنا نتساءل عن حكم العقد إن حصل خلل في ركنه أو أحد شروط انعقاده فإن قلنا بأنه عقد باطل فقد أضفنا نوعاً من العقود لا يعرفه القانون وإن قلنا أنه ليس عقداً أصلاً غلبتنا الحيرة في إيجاد جزاء مدني في حال اختلال ركن العقد كلية أو عدم توافر شروط انعقاده كلها إذ ما هو الجزاء في هذه الحالة؟

33- العقيلي ص 79. الجروشي والعبار ج 1 ص 45. أبو زهرة ص 147. بدران ص 173.

34- الميداني ج 3 ص 3. ابن عابدين ج 2 ص 429. الكاساني ج 2 ص 485.

35- الشربيني، الخطيب ج 3 ص 139 بل هي عند المالكية خمسة أركان هي الزوج والزوجة والولي والصدّق والصيغة. ابن جزري ص 169.

وجوده وكان جزء من حقيقته لأن العاقدين والمعقود عليه ليسا جزء من العقد ولكن هذا الخلاف لا أثر كبير له في الواقع لأن الأحناف وإن لم يعتبروا العاقدين والمعقود عليه ركنين للعقد لكنهم جعلوهما من الأمور الأساسية فيه واشترطوا فيهما شروطاً جعلوا تخلفها سبباً لبطلان العقد فآل رأيهم في النهاية إلى التوافق مع ما يراه الجمهور⁽³⁶⁾.

أما بصدد الشروط فإن تعدادها ومدى شرعيتها وبالتالي نوع العقد في حال توافرها أو تخلفها اختلف فيه بين الفقهاء كل بحسب مذهبه⁽³⁷⁾ وبالتالي انقسم العقد الصحيح إلى لازم وغير لازم وموقوف بحسب توافر شروط النفاذ وال لزوم وانقسم العقد غير الصحيح عند الأحناف إلى فاسد وباطل بحسب توافر الركن وشروط الانعقاد وشروط الصحة أما عند الجمهور فلا فرق بصدد العقد غير الصحيح بين الفاسد والباطل.

وعند تحديده لأنواع الزواج وآثاره في المادة السادسة عشرة منه أعرض القانون عن كل هذه التقسيمات الفقهية واكتفى فقط بنص موجز قرر فيه أن العقد إما صحيح وإما فاسد وحدد في فقرتين مستقلتين آثار العقد الصحيح وآثار العقد الفاسد وإزاء نص هذه المادة يمكننا إبداء الملاحظات التالية:

1. كان ينبغي على القانون التمييز بين نوعي العقد غير الصحيح أي العقد الفاسد والعقد الباطل وإفراد كل منهما باصطلاح معين لاختلافها من حيث الآثار⁽³⁸⁾ إذ العقد الباطل لا يرتب أي أثر⁽³⁹⁾ لا قبل الدخول ولا بعده أما العقد الفاسد فرغم أنه لا يرتب أي أثر قبل العقد إذ لا يجب للمرأة مهر ولا نفقة وليس عليها عدة بعد التفريق بينها وبين زوجها إن لم يتفرقا باختيارهما ولا تثبت به حرمة مصاهرة ولا توارث ولكن إن حدث دخول بناء على هذا العقد فإنه وإن كان الدخول في ذاته معصية ولكن لا يجب به حد الزنى بل يعاقب الزوجان بما يكفي لتعزيرهما

36- زكي الدين شعبان ص 86. الجروشي والعبار ج 1 ص 45. العقيلي ص 51.

37- انظر زكي الدين شعبان ص 131 وما بعدها.

38- قارن العقيلي ص 79. وعدم التمييز بين الفاسد والباطل يدل على عدم الدقة في الاصطلاح وربما سببه أنه لا فرق في الحكم بين الزواج الفاسد والزواج الباطل قبل الدخول الحقيقي إذ أن كليهما لا يرتب أي أثر قبل الدخول ولكن لما اختلفت آثارهما بعد الدخول وجب إفراد كل منهما باسم خاص به. انظر عمر عبدالله ص 118. زكي الدين شعبان ص 99 وقارن أبو زهرة ص 58.

39- إلا ما قيل بصدد الاستبراء وحرمة المصاهرة إن حدث دخول عند بعض الفقهاء.

لوجود شبهة العقد وهي شبهة دائرة للحد ومع هذا فالدخول يرتب بعض الآثار بالنسبة لوجوب مهر للمرأة وثبوت النسب وحرمة المصاهرة والعدة بعد المفارقة أو التفريق بين الزوجين (40).

2. نص المادة السادسة عشرة يتناقض مع ما قرره القانون في نصوص أخرى وبالأخص المادتين الحادية عشرة والثانية عشرة فالمادة الحادية عشرة حددت ركن العقد وشروطه، والجزاء المقرر فقها إن تخلف الركن أو شرط الانعقاد هو البطلان لا الفساد كما أن المادة الثانية عشرة تنص على أن الزواج لا ينعقد في أحوال معينة تخص المحرمات من النساء، والجزاء المقرر فقها على الزواج بإحدى المحارم في أحوال معينة هو بطلان العقد لا فسادَه ولكن القانون لم يذكر العقد الباطل من بين أنواع العقد مما يثير التساؤل عن حكم العقد في حال مخالفة نص إحدى هاتين المادتين.

3. اكتفى القانون في نص هذه المادة بذكر نوعين من الزواج هما العقد الصحيح والعقد الفاسد وعرف العقد الصحيح بأنه ما توافرت شروطه وأركانه أي ما اجتمع له كل الأركان والشروط وعرف العقد الفاسد بأنه ما اختل بعض شروطه وأركانه ولنا أن نسأل هنا عن حكم العقد إن اختلت كل الشروط ولم يتوافر للعقد ركن صحيح أي عن عدم ذكر القانون للبطلان من بين أنواع العقود عدم اعتباره له عقداً أصلاً فإن كان الأمر كذلك فنحن لم نخرج من الإشكال لأن الواجب كان يقتضي بيان الجزاء على مخالفة نص هذه المادة وخاصة أن الاصطلاح الفقهي والقانوني جرى على استعمال هذا المصطلح في الأحوال التي يترتب فيها اختلال لأركان العقد أو شروطه اختلالاً جوهرياً يعجز معه العقد في حال إبرامه عن أداء وظيفته وتحقيق المراد منه شرعاً وقانوناً لينقلب إلى شكل أجوف لا تنتج صيغته إلا إطاراً فارغاً يتناقض في مضمونه مع مقاصد العقد الصحيح وغاياته أو أن القانون أراد التسوية بين فساد العقد وبطلانه وترتيب ذات الآثار عليهما وهذا ما لا يتفق مع أي من الآراء الفقهية الواردة في الموضوع.

4. نص المادة السادسة عشرة يتناقض بصورة خاصة مع نص المادة الحادية عشرة/أ إذ الظاهر أن القانون استمد تقسيمه لأنواع العقد من الفقه الحنفي وكذلك استمد منه

40- ابن جزري ص 183.

بيانه لمكونات العقد الأساسية ممثلة في اعتبار الصيغة ركناً وحيداً للعقد ولكن القانون لم يسر مع هذا التقسيم على إطلاقه ليميز مثل الأحناف بين نوعي العقد غير الصحيح إلى فاسد وباطل⁽⁴¹⁾ بل اعتبر كل العقود غير الصحيحة فاسدة مرتبة لذات الآثار بعد الدخول سواء لحقها الخلل في الشروط أم في الركن بمعنى سواء كانت غير مشروعة بأصلها وبوصفها أو كانت مشروعة بأصلها دون وصفها وهذا ما لم يقل به أي من فقهاء الجمهور ولا حتى الأحناف أنفسهم مما يستوجب تعديل نص المادة السادسة عشرة والتوفيق بينها وبين نص المادة الحادية عشرة/أ⁽⁴²⁾.

5. بحسب نص المادة الأولى من القانون رقم 9 لسنة 1994 بشأن تعديل نص المادة 13 من القانون رقم 10 لسنة 1984 فإن التعدد لا يجوز قانوناً إلا بتوافر شرطين هما:

- أ. موافقة الزوجة التي في العصمة أمام المحكمة الجزئية المختصة.
- ب. صدور حكم بالموافقة من المحكمة الجزئية المختصة في دعوى تختصم فيها الزوج.

فإن لم يتم مراعاة أحد هذين الشرطين كان العقد باطلاً وللمرأة الأولى التقدم بدعوى شفوية أو كتابية لطلب تطليق الزوجة الثانية لأقرب محكمة ... وبالربط بين نص هذه المادة ونصوص القانون رقم 10 يتبين لنا تعارضها وذلك للأسباب التالية:

- أ. نص هذه المادة يحتوى تناقضاً في مضمونه هو ذاته إذ بينما يقرر هذا النص بطلان العقد الثاني كجزاء على تخلف أحد الشرطين يعطى المرأة الأولى الحق في رفع دعوى للمطالبة بتطليق ضررتها مع أن الطلاق لا يكون إلا في عقد صحيح⁽⁴³⁾.
- ب. يضاف لهذا التناقض تناقضاً آخر يفهم ضمناً من صياغة نص هذه المادة والتي تعني إجبار المرأة الأولى على المطالبة (بحقها) وهذا ما لا يجوز لا عقلاً ولا قانوناً وهذا الإجبار يمكن فهمه من سكوت القانون عن بيان حكم الزواج الثاني في حال

41- في التمييز بينهما انظر ابن عابدين ج 2 ص 350 وما بعدها.

42- الجروشي والعبار ج 1 ص 79.

43- المرجع السابق ج 1 ص 121.

عدم تقدم المرأة الأولى بدعواها أو بشكواها للجهات المختصة وكأن القانون كان على قناعة مطلقة من أن النساء (كل النساء) اللاتي عدّ أزواجهن سيرفعن تلك الدعاوى وسيقدمن لا محالة شكواهن للجهات المذكورة⁽⁴⁴⁾.

ج. مع أن الأصل الذي سار عليه المشرع في القانون رقم 10 لسنة 1984 م هو التقليل من وقوع الطلاق ما أمكن وهذا ما يظهر لنا جلياً من خلال اختياراته من بين الاجتهادات الفقهية المتعلقة بكل أحكام الطلاق والتي كانت عمدته فيها اختيار الرأي القائل بعدم اعتبار الطلاق واقعاً ولو كان دليلاً واهناً ولكن تطبيق نص المادة 13 بعد تعديلها سيؤدي إلى زيادة عدد حالات الطلاق لأن كل من رغب في الزواج بأخرى ولم يتحصل على الإذن بالزواج أو لم يتوافر فيه الشرطان المذكوران سابقاً سيعمد إلى الخلاص من زوجته الأولى بالطلاق أو على الأقل سيهددها بإيقاعه فترضخ مذعنة له وتمنحه تلك الموافقة راضية بزواج تشاركها فيه امرأة أخرى على أن تعيش مطلقة تعاني ويلات الوحدة وهموم الأبناء ومشاكلهم وازدراء المجتمع لها⁽⁴⁵⁾.

د. بحسب نص المادة الثلاثين من القانون رقم 10 لسنة 1984 فإن كل طلاق يقع رجعيّاً إلا ما نص في هذا القانون على اعتباره بائناً ولما لم ينص على اعتبار التطبيق المذكور في المادة 13 بعد تعديلها طلاقاً بائناً فإنه سيعتبر إذا طلاقاً رجعيّاً.

وبالرابط بين هذه النتيجة ونص الفقرة الثانية من المادة 13 والتي بقيت على حالها دون أن تمسها التعديلات المتلاحقة للفقرة الأولى من ذات المادة فإن للزوج المطلق الزواج بأخرى بعد إثباته طلاقه من زوجته الأولى وفقاً لأحكام هذا القانون وبناء على هذا كله فإنه ما على الزوج للإفلات من القيود القانونية للتعدد إلا تطبيق زوجته التي في عصمته وعندئذ ستقع عليها طلاق رجعية وعليه إثبات هذا الطلاق والذي -بحسب نص المادة 28- لا يثبت إلا بحكم المحكمة وله عندئذ -ولو أثناء عدة زوجته- الزواج بأخرى بحسب نص الفقرة الثانية من المادة 13 دون الحاجة لمراعاة الشرطين المذكورين في المادة 13 بعد تعديلها فإن تم له ذلك جاز له إعادة زوجته الأولى إلى عصمته دون إعلام المحكمة بذلك أو الحصول على إذن قضائي أو اتخاذ أي إجراء لأن الرجعة حق له لا يحتاج الزوج إلى شيء للقيام به بل له مراجعة زوجته دون موافقتها أو

44- الجروشي والعبار ج 1 ص 121.

45- المرجع السابق ج 1 ص 122.

إعلامها بذلك بل له -دون أن يكون في ذلك مخالفاً للقانون رقم 10 لسنة 1984- مقايضة زوجته الأولى بإعادتها إلى عصمته مقابل موافقتها على زواجه بأخرى مما يظهر معه قدر الضرر الذي ألحقه هذا النص القانوني بالنساء رغم أنه قصد حمايتهم⁽⁴⁶⁾ ويُظهر لنا كذلك أن التعارض بين هذه النصوص أضعاف على المشرع مقصده من تلك التعديلات.

4. شروط الولي

بحسب نص المادة التاسعة يشترط لصحة الزواج اجتماع رأى الولي والمولي عليه وهذا الولي (والمقصود به هنا من كانت ولايته متعدية) هو العصبية بنفسه على ترتيب الإرث ويشترط فيه بحسب نص المادة السابعة أن يكون عاقلاً بالغاً وبهذا فليس بشرط حسب نص هذه المادة بل وكل المواد المتعلقة بالولاية المتعدية أن يكون الولي رشيداً إذ لا مانع قانوناً من أن يبرم السفية المحجور عليه زواج ابنته دون الحاجة للحصول على إذن من المحكمة أو إذن وليه هو نفسه.

وباللقاء نظرة على الفقرة ب من المادة العاشرة نتبين أن المحجور عليه للسفاه لا ينعقد زواجه إلا من وليه وبعد صدور إذن من المحكمة المختصة ضماناً لمصلحة المحجور عليه والظاهر من هذا أن القانون بالنسبة للولاية القاصرة أي حق الشخص في تزويج نفسه قد أخذ برأي الشافعية القاضي بأن الرشد شرط لصحة الزواج وبهذا فالزواج لا يكون صحيحاً إلا بعد إذن الولي وهذا الولي لا حق له إلا في تزويج المولى عليه بواحدة فقط لأنه إنما يزوّج للحاجة والحاجة تندفع بالواحدة إلا إذا كانت الزوجة الواحدة لا تعفه عن الحرام ففي هذه الحالة تجوز الزيادة عليها بما يحصل به الإعفاف عن الحرام⁽⁴⁷⁾ وغاية القانون من هذا هي حماية مصلحة المحجور عليه كي لا يفني ماله في المهور وتكاليف الزواج وإن كنا نرى أن القانون قد تشدد في حمايته هذه لدرجة ضيق فيها على المحجور عليه وساواه بالمجنون مع أن المجنون فاقد للأهلية أما السفية فالحجر عليه لا يمس إلا ماله⁽⁴⁸⁾.

أما بصدد الولاية المتعدية أي سلطة تزويج الغير فإن القانون اقتصر في المادة

46- الجروشي والعبار ج 1 ص 123.

47- الشربيني، الخطيب ج 3 ص 169. الشيرازي ج 2 ص 33.

48- الجروشي والعبار ج 1 ص 63 في الحاشية.

السابعة منه على اشتراط كمال الأهلية في الولي دون أن يرد في هذا النص اشتراط الرشد مما يستفاد منه أن القانون قد فضّل هنا بعكس ما قرره بشأن الولاية القاصرة الأخذ برأي المالكية والأحناف⁽⁴⁹⁾ والذي مفاده أن السفية المحجور عليه له حق تزويج غيره وهذا لا شك تناقض بالغ الوضوح إذ كيف يعطى القانون للسفية المحجور عليه الحق في تزويج غيره دون إذن وليه (أي ولي السفية) ولا يمنحه ذات الحق إن رغب في تزويج نفسه؟ والقانون هنا يقترب بل يتطابق مع رأي المالكية بخصوص نوعي الولاية رغم تناقضه لأن السفية المحجور عليه عندهم زواجه موقوف على إجازة وليه إن عقد لنفسه والزواج صحيح نافذ إن عقد لغيره فكيف يقبل أن يكون له الحق في تزويج غيره دون التوقف على إذن من أحد ولا يثبت له الحق في تزويج نفسه إلا بإذن وليه؟ خاصة إذا ما لاحظنا أن الولاية غايتها وجوهرها هو حماية حقوق المولّى عليه وبالتأكيد من عجز عن حماية حقوقه هو عن حماية حقوق غيره أعجز⁽⁵⁰⁾.

المبحث الثاني: التعارض بين النصوص المتعلقة بالفرقة بين الزوجين

هذه الحالات يمكن حصرها في تعارض النص المجيز للتعويض عن العدول عن الخطبة مع النصوص الخاصة بفسخ الزواج والطلاق والتعارض المتعلق بالإجبار على الإنفاق في شأن الزوجة والزواج والتعارض بين النص الخاص بالتطليق للضرر وغيره من نصوص هذا القانون وأخيراً التعارض بين بعض آثار الفسخ وبالأخص ما تعلق منها بالمهر ونص المادة السادسة عشرة.

1. التعويض عن فسخ الخطبة والتعويض عن الطلاق وعن فسخ الزواج

بعد اتفاق الفقه المعاصر على أن الخطبة ليست زواجا بل هي وعد بالزواج⁽⁵¹⁾ اتفق على أن العدول حق لكلا طرفي الخطبة⁽⁵²⁾ لأن في حملهما على إنشاء حياة زوجية دون توافر رضاهما بالعيش معاً ضرر أكبر يفوق ضرر العدول عن الخطبة ومن

49- انظر ابن جزي ص 171، ابن عابدين ج 2 ص 295.

50- الجروشي والعبار ج 1 ص 143.

51- العقيلي ص 39، عمر عبدالله ص 35، الشريف ص 23، العطار ص 6.

52- عمر عبدالله ص 53، الشريف ص 33، الجروشي والعبار ج 1 ص 28.

القواعد العامة في الفقه أن الضرر الأكبر يدفع بارتكاب الضرر الأدنى⁽⁵³⁾ ولكن ما الحكم إن ترتب على عدول أحد الخاطبين ضرر لحق الطرف الآخر كما لو تركت الخاطبة وظيفتها بطلب من الخاطب أو أعدت جهازاً بمواصفات معينة بناء على طلبه أو قام هو بإعداد مسكن معين أو نشأ عن عدوله أو عدولها ضرر معنوي سببه التعريض للأقارب والافتراءات أو ترتب على العدول صدمة نفسية ناجمة عن جرح الشعور والأحاسيس؟

بالبحث في كتب القدامى لم نعثر على حكم لهذه المسألة إذ لا يوجد بها نص صريح يحكمها⁽⁵⁴⁾ مما يقتضي تخريج الحكم بالاعتماد على أمرين هما طبيعة الخطبة ذاتها والقواعد الفقهية⁽⁵⁵⁾ فمن حيث طبيعتها الخطبة هي مجرد وعد بالزواج والراجح لدى الجمهور والفقه المعاصر أن الواعد لا يلزم قضاء بالوفاء بوعده رغم ما في عدوله دون مبرر من منافاة للخلق الفاضل⁽⁵⁶⁾ لأنه لا ينبغي للإنسان من الوجهة الأخلاقية إخلاف وعده إلا لضرورة ملحة لما يترتب على ذلك من إلحاق الأذى بالغير وتقويت الفرص عليه⁽⁵⁷⁾ ونتيجة لهذا فإن العدول عن الخطبة هو حق لكل من الخاطبين⁽⁵⁸⁾ ومادام الأمر كذلك فلا يلزم من عدل منهما عن الخطبة بالتعويض لأن من استعمل حقه الشرعي لا يطالب بالتعويض إذ الجواز الشرعي ينافي الضمان⁽⁵⁹⁾ وكلما جاء الفعل استعمالاً لحق أو موافقاً للأمر أو النهي الشرعيين أو كان مأذوناً فيه فإنه لا يعد تعدياً ولا يوجب تعويضاً⁽⁶⁰⁾ لأن تسويغ الشارع لذلك الفعل أو الترك يقتضي رفع المؤاخذه

53- العطار ص 148.

54- العطار ص 164. زكي الدين شعبان ص 79.

55- الجروشي والعبار ج 1 ص 31.

56- مذكور ص 22. بدران ص 32.

57- زكي الدين شعبان ص 76، 77.

58- ومع هذا فالغالب أن دعاوى التعويض عن العدول عن الخطبة في مصر رفعت من قبل نساء لأن العدول عن الخطبة ضرره على المرأة أكبر مما قد يلحق الرجل ولأن كبرياء الرجل يحول بينه وبين طلب التعويض من فتاة لا ترغب في الزواج به. العطار ص 164.

59- زكي الدين شعبان ص 80.

60- العبّار ص 209.

عنه وإلا لم يكن جائزاً فالتعويض يستدعى سبق التعدي والجواز يأبى وجوده فيتناها (61). ولكن من ناحية أخرى القاعدة أنه لا ضرر ولا ضرار (62) وهذه إحدى القواعد الخمس التي عليها مدار الفقه ومفادها أن من أضر بغيره يلزم بالتعويض إذ الضمان شرعاً باعتباره من خطاب الوضع يترتب على سببه دون النظر لقصد الفاعل أو باعثه على القيام بما قام به (63) لأن حقوق الغير مضمونة شرعاً في حالتي العمد والخطأ وحالتي العلم والجهل (64) ويجب الضمان ولو كان الفعل المسبب له مباحاً شرعاً بشرط عدم مراعاة متطلبات الحيطة والتبصر لأن المباح بخلاف الواجب مقيد بوصف السلامة وهذا ما توجهه نظرية التعسف في استعمال الحق (65).

وبناء عليه يتوجب التمييز بين حالتين:

- أ. أن يكون لمن عدل عن الخطبة دخل في إحداث الضرر الذي لحق بالطرف الآخر كما لو حمل الخاطب المخطوبة على ترك وظيفتها ثم عدل عن الخطبة أو طلبت منه إعداد مسكن بمواصفات رغبته فيها ثم عدلت عن الخطبة.
- ب. ألا يكون لمن عدل عن الخطبة دخل في إحداث الضرر اللاحق بالطرف الآخر بل كانت هي من تلقاء نفسها من ترك العمل أو هو من قام بنفسه بإعداد ذلك المسكن دون طلب من خطيبته (66).

ونظراً لأن من عدل عن الخطبة في الحالة الأولى قد سبّب بتعديه أو بتعسفه في استعمال حقه في العدول عن الخطبة ضرراً للطرف الآخر فإنه يلزم بالتعويض ولكن ليس بسبب العدول في حد ذاته بل بسبب ما رتبته تدخله من ضرر لأنه حال بمسلكه بين الطرفين الآخر وبين الزواج ولأن الضرر ما كان ليحدث لولا تسببه في إحداثه ولا يحكم بالتعويض على من عدل عن الخطبة في الحالة الثانية لأنه لم يصدر منه ما يوجب (67)

61- العبار 208.

62- وهذه القاعدة بنصها حديث شريف أخرجه مالك في الموطأ كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق والدارقطني في كتاب الأقضية والأحكام وابن ماجه في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر جاره.

63- الشاطبي ج 1 ص 150، 259.

64- الدسوقي ج 3 ص 451. ابن رشد ج 2 ص 311 ولمزيد من التفصيل انظر العبار ص 203.

65- الشاطبي ج 2 ص 347. ابن رشد ج 2 ص 237.

66- العقيلي ص 45. مذكور ص 23. الشريف ص 37. زكي الدين شعبان ص 80.

67- عمر عبدالله ص 54. مذكور ص 23. الجروشي والعبار ج 1 ص 32. زكي الدين شعبان ص 81.

وهذا التمييز بين الحالتين هو ما استقر عليه القضاء في مصر⁽⁶⁸⁾ بحسب ما قضت به محكمة النقض المصرية سنة 1939 عند ما قررت أن:

- الخطبة ليست بعقد ملزم.
- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض.
- إذا اقترن العدول عن الخطبة بأفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية⁽⁶⁹⁾.

وهذه الأحكام هي بذاتها التي قررتها المادة الأولى من القانون رقم 10 لسنة 1984 عندما نصت على أن:

- أ. الخطبة طلب الزوج والوعد به.
- ب. يحق لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة.
- ج. إذا سبب العدول عن الخطبة ضرراً تحمل المتسبب فيه التعويض عنه.

وكان ينبغي تطبيق ذات الأحكام المقررة في حال (فسخ الخطبة) على أحوال الطلاق وفسخ الزواج ولكن الملاحظ أن القانون رقم 10 اقتصر على إقرار التعويض في حالة واحدة بنص صريح ممثلة في التعويض في حال التطليق للضرر (المادة 39) ورغم أن القضاء استقر في بلادنا على جواز التعويض في كل حالات الطلاق والتطليق بل والفسخ إن كان لذلك موجب دونما نص صريح يخوله ذلك إلا أن هذا يثير التساؤل عن السند القانوني لهذه الأحكام وعن جدوى أفراد التعويض عن الخطبة بنص خاص.

لسنا بحاجة لبذل كثير من الجهد لإقرار أن التعويض في حال الطلاق أو التطليق أو الفسخ إن كان هناك تعدٍ ممن أصدره أو تسبب فيه جائز شرعاً بالاستناد للقواعد العامة للضمان في الفقه الإسلامي⁽⁷⁰⁾ وجائز كذلك قانوناً بالاستناد إلى قواعد المسؤولية التقصيرية وبالأخص نص المادة 166 والتي قررت أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض. أما عن جدوى أفراد التعويض عن العدول عن الخطبة وعن التطليق للضرر بنصين خاصين فإن الأمر لا يقبل إلا أحد هذين الاحتمالين:

إما أن المشرع أراد العزوف عن القواعد العامة في شأن المسؤولية التقصيرية

68- انظر الأحكام المشار إليها عند العطار ص 177 وما بعدها.

69- المجموعة الرسمية س 41، ع 15، رقم 101.

70- لمزيد من التفصيل انظر العبار ص 195 وما بعدها.

وإفراد التعويض عن العدول عن الخطبة وعن التطليق للضرر بأحكام خاصة وبناء على هذا الفهم فالتعويض لا يكون جائزاً إلا في حال توافر إحدى هاتين الحالتين.

وإما أن هذين النصين (1/د، 39) هما مجرد تطبيق وتأكيد لما تقره القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية مما يعد معه إيرادهما تكراراً وتزييداً يأباهما حسن الصياغة ويفترض تنزيه المشرع الوضعي عنه.

فالأخذ بالقول الأول يلزم عنه التعارض بين ما ورد في هذين النصين من إجازة للتعويض في هاتين الحالتين لأن التعويض إن كان سنده هو الضرر فهذا يتوافر وبصورة أوضح في حال التعسف في استعمال الطلاق وفسخ العقد بسبب أتى من قبل أحد الزوجين كالردة مثلاً أو التطليق بسبب الغيبة الطويلة أو الامتناع عن الإنفاق ظلماً وتعدياً أو غير ذلك من أسباب التطليق إذ كيف يقبل إقرار التعويض إن عدل الخاطب عن الخطبة بعد أن طلب من خطيبته ترك عملها ولا يقر التعويض إن تم فسخ العقد لردته عن الإسلام بعد أن طلب منها ترك العمل أو حكم القاضي بالتطليق على زوج حمل زوجته على ترك عملها ثم تنصل من التزاماته الزوجية بأن تغيب دون عذر مقبول عن بيت الزوجية أو امتنع عن الإنفاق دون مبرر أو حتى قام بتطليق زوجته تعدياً دونما ذنب اقترفته؟

ولذا لا يستقيم التناغم بين أحكام هذين النصين وإقرار شرعية التعويض بشأن بقية حالات الطلاق والتطليق والفسخ إلا بالقول بأن حكمهما مجرد تطبيق للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية مما لا حاجة معه لإيرادهما ورغم ما في هذا القول من اتهام للمشرع الوضعي بسوء الصياغة والتكرار لكن الأمر لا يستقيم إلا مع الإقرار بذلك مما يستحسن معه إلغاء هذين النصين فيما يخص إقرار التعويض وترك الأمر للقواعد العامة في شأن التعويض عن الفعل الضار ورغم ما في هذه النتيجة من مجافاة لأصول تفسير النصوص القانونية إلا أن ما يخفف من غلوائها أمرين:

- استقرار العمل في القضاء على الحكم بالتعويض في حال التعتن أو قصد الإضرار عند إيقاع الطلاق.
- نص المادة 49/ب بشأن المخالعة والقاضي بأنه في حال الرجوع عن الإيجاب في المخالعة من جانب الزوج تعنتاً على القاضي الحكم بالمخالعة رغم ذلك مقابل تعويض مناسب.

2. الإجبار على الإنفاق

يحق للزوجة على زوجها النفقة وتوابعها في حدود يسر الزوج واستطاعته (المادة 17) ويحق للزوج على زوجته النفقة وتوابعها في حال عسر الزوج ويسر الزوجة⁽⁷¹⁾ فالنفقة إذا تجب كأصل على الزوج كلما كان موسراً ولا تجب على زوجته إلا بشرطين هما عسر الزوج ويسر الزوجة حيث يجب عليها عندئذ الإنفاق عليه وعلى أولادها منه (المادة 40/ب).

فإن امتنع الملمزم بالإنفاق (وهو الزوج بحسب الأصل والغالب من الأحوال) عن الإنفاق دون سبب يبرر ذلك فإنه يجبر على الإنفاق فهذا الزوج الموسر يحق لزوجته طلب التطليق إذا لم يكن له مال ظاهر يمكنها أخذ نفقتها منه لأنها بالإنفاق من ماله تحصل على حقها في النفقة فيندفع ظلم زوجها لها مما لا يكون معه من مبرر للتطليق ومع هذا فالزوجة الموسرة لا يكون لها حق طلب التفريق للإعسار بالنفقة ولا منع نفسها عن زوجها لعدم إنفاقه عليها إن كان زوجها معسراً بل إنها تجبر على الإنفاق عليه وعلى أولادها منه وسند هذا الحكم هو فقه المدرسة الظاهرية⁽⁷²⁾.

وبهذا يحق للزوجة طلب التطليق لعدم الإنفاق في حالتين هما كون الزوج موسراً ولكن ليس له مال ظاهر أو كونه معسراً وزوجته كذلك ومع هذا ليس للزوجة طلب التطليق للإعسار بالنفقة إن:

- علمت بعسر زوجها قبل الزواج لاعتبار ذلك العلم رضى منها بحالة الزوج المالية وبرضاها بحاله لا يكون زوجها ظالماً لها.
- نشأ سبب الإعسار بعد الزواج بسبب خارج عن إرادة الزوج كسرقة أمواله أو

71- بين القانون في هاتين المادتين حقوق كلا الزوجين تجاه الآخر ولكنه باستثناء حق النفقة أشار لهذه الحقوق بصورة مجملة فجاءت عباراته مبهمة أقرب ما تكون للوعظ والإرشاد والخطاب الإعلامي منها إلى التحديد القانوني كما أن بعض هذه الحقوق قد ذكر في غير موضعه كما هو الحال بالنسبة للحضانة والإرضاع إذ اعتبرا من حقوق الزوج على زوجته مع أنهما ليسا كذلك يضاف لهذا إغفال القانون كلية لحقين جوهريين هما حق التأديب وحل المعاشرة الجنسية ومع هذا فحل المعاشرة باعتباره جوهر عقد الزواج ليس بحاجة أصلاً لنص قانوني لإقراره لأن النصوص الخاصة بالنسب والعدة تكفي لإقرار شرعيته قانوناً وبالنسبة لحق التأديب يمكن إقراره بالاستناد لنص المادة 72/ب من القانون. انظر العقيلي ص 148، 149.

72- ابن حزم ج 10 ص 92.

احتراقها لأن العدل يقتضي عدم مضاعفة مصائب الزوج بتطليق زوجته عليه بعد فقدانه لأمواله(73).

ومع هذا فإنه في حالة إعسار الزوج وثبوت عجزه عن الإنفاق مع عدم قدرة زوجته كذلك على الإنفاق فإنها لا تطلق عليه بل على القاضي منحه أجلاً مناسباً ترك القانون تحديده للقاضي بحسب ما يتبين له من ملاسبات الدعوى وظاهر صياغة النص يوحي بأن الزوج الموسر الممتنع عن الإنفاق والذي ليس له مال ظاهر تطلق عليه زوجته دون منحه أجلاً وإن كان الأولى منحه مهلة قبل التطليق إبقاء للزوجية ما أمكن وفي كل الأحوال التطليق لعدم إنفاق يقع رجعيّاً يحق للزوج بعده مراجعة زوجته خلال عدتها بشرط إثبات يسره وذلك بأن يثبت مراجعته لزوجته ويقدم لها النفقة الواجبة عليه كدليل على ثبوت يساره لأن التطليق سببه عدم الإنفاق فوجب إزالة ذلك السبب لتعود زوجته إليه ولكن إن عاودت الزوجة شكواها بسبب الامتناع عن الإنفاق طالبة التفريق بينها وبين زوجها أعتبر ذلك إضراراً من الزوج بزوجته فتطلق عليه عندئذ للضرر ويقع التطليق في هذه الحالة بائناً.

هذه هي أحكام التطليق لعدم الإنفاق بحسب نص المادة الأربعين والظاهر منها أنها ستطبق فقط في حال امتناع الزوج عن الإنفاق وكأنه الوحيد الملزم بالإنفاق ورغم أن هذا هو الأصل والغالب من الأحوال ولكن بالعودة لنص المادة ذاتها وبالأخص فقرتها الثانية نرى أن الزوجة قد تلزم وإن كان ذلك على سبيل الاستثناء بالإنفاق على زوجها وأولادها منه إن كان زوجها معسراً وهي موسرة وهذا النص هو مجرد تكرار لما ورد في المادة الثامنة عشرة من ذات القانون.

وهذا كله يعني أنه ليس من المستبعد قانوناً امتناع الزوجة عن الإنفاق على زوجها ولكنه وإن كان له الحق في هذه النفقة سيعجز عن الوصول لحقه لأن نص المادة الأربعين يواجه فقط حالة امتناع الزوجة عن الإنفاق على زوجها وعباراته دالة بوضوح على هذا الفهم وتنطق صراحة بذلك فهي تقرر:

- أ. إذا امتنع الزوج ...
- ب. للزوجة طلب التطليق ... وهذا يعني أن لها وحدها طلب التطليق.
- ج. وللزوج أن يراجع زوجته ... والرجعة حق للزوج دون الزوجة.

- د. لا تطلق الزوجة إذا طرأ الإعسار ... وهذا يعنى أنه لا حق للزوج في طلب التطلق بل لها كأصل هذا الحق ونص هذه الفقرة مجرد استثناء على ذلك الأصل.
- هـ. لا تطلق الزوجة على زوجها المعسر ... فطلب التطلق إذاً هو حق للزوجة وليس للزوج.
- و. يعتبر التطلق لعدم الإنفاق رجعيًا ... وهذا نتيجة لإعطاء الزوجة فقط الحق في طلب التطلق.

وبهذا يظهر لنا التعارض بين نص المادة الأربعين ونص المادة الثامنة عشرة من نفس القانون إذ بينما تمنح المادة الأخيرة الزوج حقاً سبق أن أقرته المادة السابعة عشرة للزوجة تبين المادة الأربعون وسيلة يمكن للزوجة باللجوء إليها حماية حقها ولا تعطى الزوج الحق في استعمال ذات الوسيلة ومع هذا كله فهذا التناقض سهل الرفع وذلك بتعديل نص المادة الأربعين وبيان أحكام الامتناع عن الإنفاق باستعمال لفظ الزوج ليدل بعمومه على الزوج (الرجل) وعلى زوجه (زوجته) معاً لأن التوسع في تفسير النص لتطبيقه على حالات امتناع الزوجة عن الإنفاق يعتبر خروجاً عن حرفية النص وتفسيراً لا تحتمله عباراته وإن كان قصد الشارع قد اتجه إلى انطباقه على كل حالات الامتناع عن الإنفاق سواء كان الممتنع الزوج أم الزوجة.

3. التطلاق للضرر

أجاز القانون رقم 10 لسنة 1984م في المادة التاسعة والثلاثين منه التطلاق للضرر وسوء العشرة ولكن بعد اتباع الإجراءات المنصوص عليها في المواد 35، 36، 37، 38 فإن لم يتفق الزوجان على إيقاع الطلاق بحسب نص المادة 36 ولم يفلح الحكمين في التوفيق بين الزوجين وإزالة أسباب الخلاف بحسب نص المادة 38 تولت المحكمة الفصل في النزاع بحسب إجراءات حددتها المادة 39 من ذات القانون بعد تعديلها بالقانون رقم 22 لسنة 1991 وذلك بأن تعقد جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين فإن تعذر ذلك وثبت للمحكمة وقوع الضرر حكم القاضي بالتطلاق اعتماداً على تقرير الحكمين والذي حدد مصدر الضرر ومقداره فإن كان المتسبب في الضرر هو الزوجة حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق والحضانة ومتجمد النفقة والسكنى مع تعويض زوجها عما لحقه من ضرر أما لو كان المتسبب في إحداث الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بمؤخر الصداق مع تعويض مناسب لها وهذا كله دون إخلال بالحقوق الأخرى التي تثبت لأحد الزوجين بناء على الطلاق.

فإذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه واستمر الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه استمرار الزوجية حكمت المحكمة بالتطليق مع إسقاط حقوق طالب التفريق.

وبالإمعان في هذا النص يتضح لنا أن الحكم لن يكون في صالح الزوجة في حالتين هما:

- كونها السبب في إحداث الضرر بزوجها.
- طلبها التفريق وعجزها عن إثبات قيام زوجها بإحداث الضرر ولم تكن هي السبب في إحداثه.

وفي هاتين الحالتين تحكم المحكمة بتطليق المرأة وسقوط حقها في مؤخر الصداق والنفقة والحضانة مع إلزامها بأداء تعويض مناسب لزوجها⁽⁷⁴⁾.

لاشك أن حق المرأة في مؤخر الصداق ثابت لتأكيد بالدخول وفق نص المادة 19/هـ وكذلك حقها في النفقة لتأكيد بالعقد الصحيح وفق نص المادة 23 إلا أنه يمكن اعتبار سقوطهما عن الزوج بموجب نص المادة التاسعة والثلاثين استثناء على نص هاتين المادتين وخاصة أن لسقوط مؤخر الصداق والنفقة عن الزوج مبرراً مقبولاً وهو ثبوت حق الزوج في التعويض لأن الزوجة إن نالت حقها فيهما وجب عليها أداء تعويض مناسب للزوج فهي إذا ستقبض حقها في المهر والنفقة ثم تعيده للزوج في صورة تعويض بل وربما أكثر مما قبضته ولكن ما لم نجد له تبريراً مقبولاً هو سقوط حقها في حضانة أولادها بموجب نص المادة التاسعة والثلاثين لأن الحضانة وفق الراجح في الفقه حق للمحضون والحاضنة وحق المحضون هو المقدم على حق

74- في بعض الأحيان يؤدي تطبيق نص المادة 39 إلى نتائج شاذة وغير مقبولة قانوناً ومنها الحالة التي يكون فيها الزوج هو طالب التفريق مدعياً إضرار زوجته به ورغم أنه ثبت للمحكمة أنه هو مصدر الضرر إلا أن الزوج أصر على التطليق واكتفت الزوجة بنفي الضرر ولم تتقدم بطلب تعويض من زوجها أو متعة فالتطبيق الحرفي لنص المادة 39 يلزم القاضي بالحكم على الزوج (المدعى) بالتعويض ومؤخر الصداق والمتعة وهذا في حقيقته حكم بما لم يطلبه الخصوم وهذا ما يتعارض مع القواعد العامة المستقرة قانوناً من أن الحكم لا يكون إلا بناء على طلب صاحب المصلحة فيه وأنه ليس للقاضي التصدي من تلقاء نفسه لإثبات حق لم يطلبه صاحبه بل إن النتيجة تزداد شذوذاً إذا ما كان كلا الزوجين مدعياً في نفس الدعوى وعجزاً معاً عن إثبات قيام الطرف الآخر بإحداث الضرر فهل سيحكم القاضي على كل منها بأداء تعويض لشريكه في الحياة الزوجية. العقيلي ص 229.

الحاضنة عند التعارض فكيف يسقط حقه في الحضانة بسبب إضرار أم المحضون بزوجها أو عجزها عن إثبات إضراره بها مع أنها صالحة للقيام بشؤون الصغير وهو في حاجة إليها؟⁽⁷⁵⁾.

إذ لكي يكون للأم الحق في إسقاط حقها في الحضانة لا بد أن تكون الحضانة حقاً لها ولكنها قانوناً ليست كذلك إذ هي حق للزوج وحده بحسب نص المادة 18/د والذي حدد حقوق الزوج على زوجته فقرر أن الزوج يحق له على زوجته حضانة أولادها منه والمحافظة عليهم ... وهذا يؤكد أن الحضانة حسب هذا النص هي حق مطلق للزوج وحده أو أن الحضانة حق مشترك للأبوين في حال قيام الحياة الزوجية فإن افترقا فهي للأم ثم لأُمها ثم للأب ... حسب نص المادة الثانية والستين/ب وأياً ما كان فالحضانة لا تكون حقاً للأم وحدها إلا بعد الفرقة مما يعني أنه لا حق لها ولا لغيرها في إسقاطها قبل ثبوت أحقية الأم لوحدها فيها.

4. آثار الفسخ

نعرف أن الفرقة بين الزوجين نوعان فهي إما طلاق وإما فسخ⁽⁷⁶⁾ والفارق بين نوعي الفرقة يتعدى الاصطلاح ليلقي بظلاله على حالات وقوع كل منهما وأثار ذلك⁽⁷⁷⁾ إذ الفسخ هو نقض لعقد الزواج في الحال بسبب خلل وقع فيه وقت عقده أو

75- الجليدي ج 2 ص 165.

76- العقيلي ص 175. بدران ص 295.

77- يظهر الفارق بين الفرقة التي تعتبر فسخاً وتلك التي تعتبر طلاقاً من وجوه سبعة هي:

- الطلاق إنهاء لعقد الزواج في اللحظة التي صدر فيها الطلاق أو التطبيق بينما الفسخ هو رفع للعقد من الأصل وجعله كأن لم يكن منذ إنشائه.
- الطلاق حق للزوج يوقعه إن شاء ولو دون سبب قارن العقد فجعله غير صحيح أو غير لازم ودون سبب طراً بعد العقد فأوجب الحيلولة دون استمراره بينما الفسخ لا يكون إلا بأسباب معينة قارنت إنشاء العقد أو طرأت عليه بعد إبرامه فأوجبت الحيلولة دون استمراره.
- لا ينقص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج بفسخ العقد وبحسب الطلاق من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج.
- لا يقع الطلاق إلا في العقد الصحيح بينما يقع الفسخ في العقد الصحيح والعقد الفاسد.
- الفسخ قاطع للرابطة الزوجية في الحال وبمجرد حدوثه دون توقف ذلك على انقضاء العدة بينما الطلاق قاطع للرابطة الزوجية في الحال إذا كان الطلاق بائناً ويتوقف انقطاع هذه الرابطة

=

بسبب طراً عليه بعد عقده يمنع بقاء واستمراره⁽⁷⁸⁾ وبعبارة أخرى هو رفع للعقد من أصله وجعله كأن لم يكن أما الطلاق فهو قاطع لاستمرارية عقد الزواج⁽⁷⁹⁾ فحقيقته الطلاق أنه إنهاء للزواج وتقرير للحقوق السابقة أما الفسخ فحقيقته أنه عارض يمنع إبقاء النكاح أو يكون تداركاً لأمر اقترن بإنشاء العقد وجعله غير لازم⁽⁸⁰⁾.

عموماً أسباب الفسخ قد تكون مقارنة لوجود العقد وقد تطراً بعد إبرامه⁽⁸¹⁾ ولما لم يكن هناك من أثر فيما يخص آثار الفسخ بين هاتين الطائفتين من الأسباب فقد ذكرها القانون دون التمييز بين مشتملاتهما وذلك كما يلي:

أ. عدم انعقاد العقد صحيحاً لاختلال ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته كأن تبين أن الزوجة أخت الزوج رضاعاً أو أن العقد عليها قد أبرم قبل انقضاء عدتها من الطلاق أو الوفاة أو أن العقد قد تم دون شهود أو بدون رضى أحد الزوجين أو أن قصده الأوحد تحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها⁽⁸²⁾.

ب. إخلال أحد الزوجين بما اشترطه عليه الزوج الآخر في العقد كما لو اشترطت الزوجة عدم الزواج عليها بأخرى أو عدم نقلها من بلدتها أو تركها تستمر في عملها أو اشترط الزوج خلوها من العيب فبانت غير ذلك بعد مضي مدة من العقد.

==

على انتهاء العدة إذا كان الطلاق رجعياً.

- إن حصل الفسخ قبل الدخول فلا تستحق المرأة شيئاً من المهر سواء كانت الفرقة بسبب من قبلها أو من قبل الزوج أما الطلاق فإنه إن وقع قبل الدخول فالمرأة تستحق نصف المهر إن كان هناك مسمى وتستحق المتعة عند عدم التسمية.

- يقع الطلاق شرعاً دون توقف على حكم قضائي أما الفسخ فلا يقع إلا بحكم قضائي لأن الزوجين قد يختلفان في وجود سببه ولذا لو طلق زوجته فلا يقع توارث بينهما بعد انتهاء العدة ولو لم يصدر حكم قضائي بإثبات الطلاق أما لو قام الزوج بفسخ العقد فالتوارث يقع بين الزوجين ولو انتهت العدة إذا لم يصدر حكم قضائي بالفسخ. العقيلي ص 177. عمر عبدالله ص 500. زكي الدين شعبان ص 364. بدران ص 295، 296. الجليدي ج 2 ص 14. أبو زهرة ص 278.

78- الشريف ص 242. الجليدي ج 2 ص 16.

79- عمر عبدالله ص 496.

80- أبو زهرة ص 277.

81- انظر ذلك مفصلاً عند عمر عبدالله ص 497. مذكور ص 335. الشريف ص 242 وما بعدها.

82- الجليدي ج 2 ص 20.

ج. حصول اتصال جنسي من قبل أحد الزوجين بأحد المحارم كاتصال الزوج بأم زوجته أو بنتها أو اتصال الزوجة بابن الزوج أو والده لأن هذا الاتصال يوجب حرمة المصاهرة وهي مانعة من الزواج ابتداء وكذلك لو حدث سببها أثناء العلاقة الزوجية إذ الشرع يمنع استمرار هذه العلاقة بعد الاتصال الجنسي بأحد المحارم مما يوجب فسخ العقد بعد حدوث سببها.

د. رفض الزوج الدخول في الإسلام بعد إسلام زوجته بعد إن كانا غير مسلمين حين إبرام العقد أو رفض الزوجة إن كانت غير ذات دين سماوي اعتناق دين سماوي بعد إسلام زوجها لأن عدم توافر أحد أسباب التحريم كما هو شرط لإنشاء العقد هو شرط كذلك لبقائه أما لو أسلم الزوج وظلت زوجته على ديانتها السابقة إن كانت يهودية أو مسيحية فلا يفسخ العقد لجواز العقد على الكتائية⁽⁸³⁾.

هـ. ردة الزوجة عن دينها إن كانت مسلمة أو ردتها لدين غير سماوي إن كانت كتائية حيث يفسخ عقد زواجها مع زوجها المسلم وكذلك الأمر في حال ردة الزوج لأن الردة كما تحرم إنشاء الزواج فإنها سبب يحول دون استمرار الرابطة الزوجية إن حدثت بعد إبرام العقد.

يضاف لهذه الحالات حالتين نص عليهما القانون في المادة الخامسة عشرة منه وهما:

- عدم الكفاءة إذا زوّجت البالغة العاقلة نفسها أو زوجها وليها من غير كفاء حيث يحق لكل من الزوجة والولي على انفراد طلب فسخ العقد لعدم الكفاءة ما لم تحمل الزوجة حملاً ظاهراً أو تنقضي سنة بعد النكاح أو يسبق منها الرضا صراحة أو ضمناً (المادة 15/د).

- نقصان المهر عن مهر المثل إذا زوّج الولي المرأة وذلك ما لم تحمل حملاً ظاهراً أو تنقضي سنة بعد النكاح أو ترضى الزوجة بالمهر أما الولي فلا يحق له طلب

83- وبهذا فإنه بحسب نص المادة 46 لو كان الزوجان غير مسلمين ودخلا الإسلام أو دخل الزوج الإسلام وكانت زوجته كتائية فلا يحتاجان إلى عقد جديد بل يظل زواجهما السابق سارياً ما لم يوجد ما يمنع انعقاده شرعاً فإن أسلمت الزوجة وامتنع زوجها عن الدخول في الإسلام فُسخ العقد فإذا أسلم الزوج أثناء العدة جاز له ترجيع زوجته ومع هذا فإنه لو كانت الزوجة غير كتائية وأسلم زوجها فإن زواجها لا يفسخ إلا بعد عرض الإسلام عليها ورفضها الدخول فيه.

فسخ العقد لنقصان المهر عن مهر المثل (المادة 15/هـ) لأن الولي لو طالب بالفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل لمنع الزوج الفسخ بزيادته للمهر إلى مهر المثل ولكن الزوجة قد تهبه له بعد الزواج مما لا يكون معه لتمسك الولي بالكفاءة في المال من أثر (84).

يضاف للحالات السابقة حالة غفل القانون عن النص عليها صراحة ولكن يمكن تخريج حكمها بالاستناد لنص المادة 72/ب والتي تلزم -في حال عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه- بالحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون رقم 10 لسنة 1984 وتتمثل هذه الحالة في فسخ العقد بسبب خيار البلوغ أو الإفاقة وذلك إذا زوج غير الأب أو الجد الصغير أو الصغيرة إذ يجوز لهما بعد البلوغ أو الإفاقة من الجنون فسخ العقد أو الإبقاء عليه (85).

والظاهر مما سبق أن العقد الذي توافر أحد أسباب فسخه يختلف وصفه الشرعي بحسب سبب الفسخ فهو يكون غير لازم كما في حالة جواز فسخه لاختلال الكفاءة أو لنقصان المهر عن مهر المثل أو يكون باطلا لاختلال أحد أركانه أو أحد شروط انعقاده كما في حال ثبوت أن الزوجين أخوين من الرضاة أو يكون فاسداً كما لو تم العقد دون شهود أو بقصد تحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها السابق (86).

وبهذا كان ينبغي عند بيان آثار الفسخ ترتيبها بحسب نوع العقد لأن العقود من حيث جواز فسخها تنقسم إلى نوعين: واجبة الفسخ إن نشأت باطلة أو فاسدة وجائزة الفسخ إن نشأت صحيحة غير لازمة (87) كما أن العقود الفاسدة يختلف ما يترتب عليها من آثار بحسب ما إذا تم فسخها قبل الدخول أو بعده ولكن القانون ترك كل هذه التقسيمات ولم يميز بين أسباب الفسخ بحسب ما إذا كانت مقارنة لإبرام العقد أو طرأت عليه بعد نشوئه ودون تمييز بين العقود القابلة أو الواجبة الفسخ بحسب حكمها الشرعي وأجمل آثار الفسخ في المادة 45/ح بقوله «الفسخ بعد الدخول أو ثبوت الخلوة يوجب للمرأة المسمى أو مهر المثل أما أن وقع الفسخ قبل الدخول فلا تستحق شيئاً»

84- الجروشي والعبار ج 1 ص 163.

85- بصدد أحكام هذه المسألة انظر عمر عبدالله ص 226.

86- مذكور ص 335.

87- أبو زهرة ص 278.

والظاهر من هذا أن فسخ العقد قبل الدخول والخلو يسقط به كل المهر سواء كان الفسخ بسبب من جهة الرجل - كما لو ارتد عن الإسلام - أم بسبب من جهة المرأة كما لو ارتدت الزوجة عن الإسلام أو رفضت الدخول فيه بعد إسلام زوجها ولم تكن كتابية أو طلبت فسخ العقد لعب في الزوج أو لأنه غير كفء إذ يستوي الأمر بشأن عدم وجوب شيء من المهر سواء كان سبب الإخلال بالشرط الذي اشترطه عليه الطرف الآخر في العقد الزوج أم الزوجة.

وعدم إيجاب شيء من المهر على الزوج إن حدث الفسخ قبل الدخول والخلو توجه مقبول لأن المهر يجب بالعقد وقد تم فسخه ونقضه من أساسه فلا وجود له إذاً والمهر إنما يتأكد بالدخول الحقيقي أو الخلو الصحيحة⁽⁸⁸⁾ وأي منهما لم يحدث.

وبحسب نص المادة 45/ج فإنه بعد الدخول أو الخلو يجب للمرأة المسمى أو مهر المثل في كل الأحوال سواء كان الفسخ بسبب من جهتها أو بسبب من جهة الزوج بمعنى سواء كان من اتصل جنسياً بأصول أو فروع الآخر الزوج أو الزوجة وسواء كان من ارتد عن الإسلام أم رفض الدخول فيه بعد إسلام شريكه في الحياة الزوجية الزوج أو الزوجة وسواء كان من أخل بما اشترطه عليه الطرف الآخر في العقد الزوج أو الزوجة ويبدو لنا مجافاة هذا النص للعدالة إذ كان ينبغي إلزام الزوج بالمهر كله إن حدث الفسخ بعد الدخول وإلزامه بنصف المهر أو المتعة إن حدث الفسخ قبل الدخول في حال حدوثه بسبب من جهته كما لو ارتد هو عن الإسلام أو ارتكب ما يوجب حرمة المصاهرة أو أخل بما اشترطته عليه الزوجة من شروط وذلك كي لا يكون مستفيداً من فعله غير المشروع أو من عدم احترامه لشروط العقد⁽⁸⁹⁾.

يضاف إلى هذا أن نص المادة 45/ج ينطوي على تعارض مع نصين آخرين من ذات القانون تناقضاً يصعب معه التوفيق بينها حيث يتناقض هذا النص مع نص المادة التاسعة عشرة/هـ ومع نص المادة السادسة عشرة.

فنص المادة 45/ج يوجب كل المهر بالدخول الحقيقي أو الخلو الصحيحة سواء كان الفسخ سببه من جهة الزوج أم الزوجة وسواء كان الفسخ قد وقع لخلل في ركن

88- تأكد المهر بالخلو اختلف فيه الفقهاء وهو يتأكد قانوناً بحسب نص المادة 19/هـ بالدخول أو الوفاة فقط. انظر الكاساني ج 2 ص 584.

89- الشريف ص 244.

العقد أم في أحد شروط صحته أو لاختلال الكفاءة أو لنقصان المهر عن مهر المثل أو استعمالاً لخيار البلوغ أو الإفاقة وبمعنى آخر سواء كان العقد غير لازم أم باطلاً أم فاسداً وهذا الأمر يثير ملاحظتين هما:

- إيجاب المهر بالخلوة في العقد الفاسد لم يقل به أحد من الفقهاء لأن من قال بوجوب المهر بالخلوة الصحيحة ولو لم يحصل فيها اتصال جنسي وهؤلاء هم الأحناف والحنابلة قصر ذلك على العقد الصحيح فقط⁽⁹⁰⁾.
- نص هذه المادة يتعارض مع نص المادة التاسعة عشرة إذ إن نص المادة 45/ج يقرر وجوب كل المهر بالخلوة الصحيحة ولو كان العقد فاسداً ونص المادة 19/هـ يقرر أن المهر لا يجب كله إلا بالعقد الصحيح وهذا سبب أول للتناقض وأنه لا يتأكد إلا بالدخول أو الوفاة أي أن المهر لا يتأكد بالخلوة ولو كان العقد صحيحاً فما بالك لو كان العقد فاسداً وهذا كان سبب ثان للتناقض⁽⁹¹⁾.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد بل إنه بحسب نص المادة 45/ج تستحق المرأة بعد الدخول أو الخلوة « ولو كان العقد فاسداً كما لو تم فسخه بسبب الإخلال بأحد شروط صحته » المهر المسمى في حالة تسمية مهر ومهر المثل (كله) عند عدم التسمية أو فساده وهذا يتعارض مع نص المادة السادسة عشرة من ذات القانون والتي عندما حددت آثار العقد الفاسد أوجبت للمرأة بعد الدخول في هذا العقد الأقل من المسمى ومهر المثل لا مهر المثل كله ففي هذا العقد الفاسد إن تم فسخه بعد الدخول هل يثبت للمرأة في حال تسمية مهر كل المسمى بحسب نص المادة 45/ج أم الأقل من المسمى ومهر المثل بحسب نص المادة 16⁽⁹²⁾.

المبحث الثالث: حالات التعارض بين النصوص المتعلقة بحقوق الأولاد

هذه الحالات أقل مما لاحظناه في المبحثين السابقين إذ تقتصر على حالتين هما التعارض بين النصوص في شأن تكييف حق الحضانة وتحديد صاحب الحق فيها والتعارض بين نص المادة 55/ب والنص الخاص بشأن تحديد أقصى مدة الحمل.

90- تابع هذه المسألة مفصلة عند عمر عبدالله ص 278 - 282. الجليدي ج 2 ص 36. وانظر ابن عابدين ج 2 ص 341. ابن قدامة ج 6 ص 726.

91- الشريف ص 151. الجروشي والعبار ج 1 ص 192. الجليدي ج 2 ص 36.

92- الجليدي ج 2 ص 36، 37.

1. تكيف الحضانة

اختلف الفقهاء في شأن تكيف الحضانة باعتبارها الحق في تربية الطفل ورعايته والقيام بشؤونه في سن معينة⁽⁹³⁾ أم هي حق للحاضنة أم هي حق للمحضون؟ وبحسب التكيف كان يتم بيان الأحكام الشرعية للحضانة إذ يرى جانب فقهي أن الحضانة حق للحاضنة وحدها مدللين على رأيهم بأن لها الحق في إسقاط الحضانة عنها ولو كانت الحضانة حقاً لغيرها ما سقطت بإسقاط الحاضنة لها لأن الإنسان إنما يملك إسقاط حقه لا إسقاط حق غيره⁽⁹⁴⁾ بينما يرى جانب آخر من الفقه أن الحضانة حق للمحضون نفسه وعلى هذا لا يملك من تقضي مصلحة الصغير أن يكون في حضنته أن يتمتع عند ذلك ولذا فإن الحاضنة تجبر على القيام بها إذا تعينت بأن لم يوجد غيرها صالحاً للقيام بها⁽⁹⁵⁾ لكن أغلب الفقهاء يرون أن الحضانة تتعلق بها حقوق ثلاثة هي:

حق المحضون وحق الحاضنة وحق الأب أو من يقوم مقامه إذا لم تكن الحضانة حقاً له فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق الثلاثة ثبتت كلها وفي حال تعارضها يقدم حق المحضون عليها لأنه أقواها⁽⁹⁶⁾ وهذا التكيف يترتب عليه النتائج التالية⁽⁹⁷⁾:

- في حال تعين الحاضنة وذلك بأن لم يوجد غيرها يصلح للقيام بالحضانة فإنها تجبر على القيام بها مراعاة لحق الولد ولا تجبر على الحضانة في حال عدم تعينها لأنه لا ضرر على الصغير في حال إسقاطها لحقها في الحضانة لوجود من يحل محلها إذ تنتقل الحضانة لمن يليها في الترتيب وهذا ما يراه المالكية أما الأحناف فيقررون أن الحاضنة لا تجبر على الحاضنة في كل الأحوال بل ينتقل الحق فيها إلى من يليها في الترتيب ويبدو لنا أن المذهب الحنفي أقرب للقبول لرعايته لمصلحة المحضون لأن مصلحته لن تتحقق على الوجه الأكمل مع هذا الإجماع إذ الغاية من الحضانة هي الرعاية والمودة وتحقيق مصلحة المحضون وهذا ما قد يعجز عنه من أسقط حقه في الحضانة فلا مبرر إذاً لإجباره عليها أو ربما لا يرغب

93- عمر عبدالله ص 545.

94- المرجع السابق ص 559.

95- ابن جزي ص 195.

96- العقيلي ص 167. الشريف ص 300 وما بعدها. مذكور ص 466.

97- الجليدي ج 2 ص 271. عمر عبدالله ص 560. زكي الدين شعبان ص 614.

في تحقيقه وهنا أيضا -رعاية لمصلحة الصغير- لا داي لإجباره عليها(98).

- إن خالعت الأم زوجها وجعلت الحضانة مقابلاً لافتداء نفسها كان الخلع صحيحاً ولكن الحضانة مع هذا لا تسقط عنها إذا كان في سقوطها إضرار بالمحضون فإن لم يلحقه ضرر سقط حق الأم فيها وعندئذ تنتقل الحضانة إلى من يليها في الدرجة لأن الأم وإن ملكت إسقاط حقها فإنها لا تملك إسقاط حق من يليها في الترتيب(99) بينما يرى المالكية انتقال الحضانة للأب بشرطين:

أ. ألا يلحق المحضون ضرر.

ب. أن يكون عند الأب من النساء من تصلح للقيام بالحضانة(100).

- إن كانت المرضعة امرأة أخرى ليست هي الحاضنة فعليها إرضاع الصغير عند الحاضنة كي لا يفوت حقها في الحضانة.

- لا يحق للأب أخذ الطفل من الحاضنة وإعطائه لغيرها إلا بسبب شرعي كسقوط حقها في الحضانة أو عدم صلاحيتها للقيام بها.

والظاهر أن هذه الآثار انبنت على هذا التكييف المزدوج للحق في الحضانة إذ انبنى على اعتبارها حقاً للصغير عدم إسقاط الحضانة عن الأم لو خالعت الأب على إسقاطها وإجبار الحاضنة على القيام بها إذا تعينت لها وانبنى على أن في الحضانة حقاً للحاضنة عدم أحقية الأب في إعطاء المحضون لغير الحاضنة وعدم أحقيته في الانتقال بالصغير من البلد مكان الحضانة لما في ذلك من تفويت لحقها فيها وإلزام المرضعة غير الحاضنة بإرضاع الصغير في مكان الحضانة وعند الحاضنة أو في بيتها وردها لها مباشرة بعد الإرضاع ولكن القانون يرى في المادة الثامنة عشرة/د منه عند بيانه لحقوق الزوج على زوجته أن حضانة الأولاد والمحافظة عليهم وإرضاعهم حق للزوج على زوجته وهذا التكييف لم يسبق إليه ولم نر أحداً من الفقهاء قال به أما عند تناوله للأحكام التفصيلية للحضانة فإننا نراه يعرض عن هذا التكييف ويكون أقرب للتكييف الراجح في الفقه إلا ما يظهر لنا من نص المادة 62/ب من اعتبار الحضانة حال قيام الزوجية حقاً مشتركاً بين الأبوين إذ الغالب من نصوص هذا القانون أن الحضانة حق

98- الكاساني ج 3 ص 455.

99- الشريفي ص 249. أبو زهرة ص 334.

100- الدسوقي ج 2 ص 349.

- للمحضون وهذا ما تنطق به عبارات نصوصه وذلك كما يلي:
- للمحكمة ألا تنطق بالترتيب الوارد في الفقرة السابقة لمصلحة المحضون ... (المادة 62/ج).
 - إذا تركت الأم بيت الزوجية لخلاف مع زوجها استحققت الحضانة ما لم تر المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون (المادة 63/أ).
 - إذا كان المحضون صغيراً لا يستغني بنفسه عن وجود أمه، ألزمت بحضائته (المادة 63/ب).
 - تعود الحضانة لمن سقطت عنه متى زال سبب سقوطها إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون (المادة 66/ج).
 - لا تسقط الحضانة بسكنى من له الحق فيها مع من سقطت حضائته إلا إذا كان هناك ضرر للمحضون (المادة 67/أ).
 - لا يؤثر سفر الولي أو الحاضنة ... على حق الحاضنة في الحضانة إلا إذا أضر السفر بمصلحة المحضون (المادة 67/ج).
- فالظاهر من هذه النصوص أن الحضانة حق للمحضون وأن حقه فيها مقدم على حق غيره عند التعارض أو بعبارة أخرى تقرير الأحكام بصدد الحضانة روعي فيه تحقيق مصلحة الصغير ولو تعارض ذلك مع مصلحة الحاضنة.
- ولكن هناك نصوصاً أخرى تنطق أو يستتج منها أن الحضانة حق للحاضنة منها:
- إن افترق الزوجان فالحضانة تعود للأم ثم لأمها ... (المادة 62/ب).
 - إذا تركت الزوجة بيت الزوجية لخلاف مع زوجها استحققت حضانة أولادها (المادة 63/أ).
 - تستحق الأم الكتابية حضانة أولادها المسلمين ما لم يتبين منها تنشئة الأولاد على غير دين أبيهم المسلم (المادة 64).
 - بعد الفرقة بين الزوجين أو إذا كانت الحاضنة غير الأم استحققت أجرة حضانة تكون من مال المحضون إن كان له مال وإلا وجبت على أبيه الموسر (المادة 69).
- وجمعاً بين كل هذه النصوص نخلص إلى أن الحضانة هي حق مشترك بين المحضون والحاضنة مع تقديم حق المحضون على غيره عند التعارض وإن كان يجب أحياناً مراعاة حق الأب في رؤية أبنائه بعد الفرقة بين الزوجين فهذا لا يجعل له حقاً في حضائهم بل ينبغي على الحاضنة ممارسة حقها في الحضانة دون تعسف ودون قصد

الإصرار بالولي ولكن مع هذا لم يثبت أن الحضانة بعد الفرقة بين الزوجين حق للأب إلا إذا آلت إليه بحسب الترتيب الفقهي للحاضنين بأن سقطت عن سببه أو لم تتوافر فيه شروط استحقاقها والأب عندئذ يكون حاضناً كغيره ممن استحق الحضانة وهذا يعني أن هناك تعارضاً - وإن لم يكن له أثر كبير في بيان أحكام الحضانة - بين نص المادة 18/د وبين النصوص الأخرى المتعلقة بالحضانة.

2. أقصى مدة الحمل

أثير خلاف - أكثر مما أثير بصدد أقل مدة الحمل - بين العلماء بشأن أقصى المدة الحمل وذلك لسببين هما:

- عدم وجود نص صريح يحكم المسألة (101).
- الحرص على إثبات نسب الولد لأبيه حفظاً للأعراض وبعداً عن نشر الرذيلة في المجتمع.

وقد تراوحت تقديرات الفقهاء لأقصى مدة الحمل ما بين تسعة أشهر إلى خمس سنوات إذ ذهب الظاهرية إلى أنها تسعة أشهر ورأى الأحناف أنها سنتان بينما قال الشافعية والحنابلة أنها أربع سنوات وذهب بعض المالكية إلى أنها سنة قمرية واحدة وقال أغلبهم أنها خمس سنين وقيل غير ذلك (102).

وكل هذه الأقوال لا سند لها من الكتاب أو السنة إذ إن القائلين بها اعتمدوا فيها على بعض الوقائع والأخبار بل والحكايات التي تخبر أن بعض النسوة حملن في مثل هذه المدة وهذا ما لا يصح الاعتماد عليه في إثبات الأحكام الشرعية (103).

ولذا صار من المحتم الرجوع في هذا الصدد لأهل الخبرة من الأطباء والذين اتفق رأيهم على أن أقصى مدة الحمل سنة واحدة شمسية دفعاً لكل خلاف (104) وبهذا وجب عدم سماع دعوى النسب إذا أتت المرأة بولد بعد سنة من غيبة زوجها أو طلاقها

101- عمر عبدالله ص 520.

102- الشيرازي ج 2 ص 120. ابن عابدين ج 2 ص 623 وما بعدها، ابن الهمام ج 3 ص 310. ابن حزم ج 10 ص 317.

103- زكي الدين شعبان ص 559. الشريف ص 272.

104- عمر عبدالله ص 521.

منه أو وفاته لأن القول بثبوت النسب لمدة أكثر من سنة دفع بعض من لا أخلاق لهن من النساء إلى ادعاء نسب أولاد غير شرعيين إلى أزواجهن وخاصة بعد وفاتهم وفي هذا من الفساد ما لا يخفى⁽¹⁰⁵⁾ وبهذا الحكم أخذ القانون حيث قرر في المادة 53/أ بأن أقصى مدة الحمل هي سنة واحدة قمرية وقد أكد هذا الحكم في المادة 55/أ ولكنه في الفقرة ب من ذات المادة يقرر أن المعتدة من طلاق أو وفاة إذا أخطرت، أثناء عدتها، المحكمة المختصة بحملها في مواجهة ذوي الشأن وتحققت المحكمة من ثبوت الحمل حكمت المحكمة بثبوت النسب إلى من نسب إليه أيأ كانت مدة الحمل التي ولد بعدها.

ولا شك أن التعارض واضح بين نص هذه الفقرة والحكم العام المقرر لأقصى مدة الحمل المنصوص عليه في المادة 53/أ وهذا التعارض يظهر من ناحيتين:

- أنه يتناقض مع ما استقر عليه رأي ذوي الخبرة من الأطباء من أنه لا حمل مشروع بعد مضي سنة من الوفاة أو الطلاق.
- أن الحكمة من تحديد أقصى مدة الحمل أريد منها في الأساس سد الباب في وجه نسوة توفي أزواجهن فادعين الحمل منهم بعد الوفاة بسنين عديدة وهذا النص ينقض هذه الحكمة من أساسها.

الخاتمة

ها قد فرغنا من إبداء ما ظهر لنا من ملاحظات حول تعارض بعض نصوص القانون رقم 10 لسنة 1984 م مع بعضها الآخر ورغم كل ما قلناه مما قد يوحي بأننا اجتهدنا في بيان عيوب هذا القانون وأغفلنا ما له من محاسن فإن الأمر في حقيقته على خلاف ذلك إذ يكفي هذا القانون فخراً أن معاييه عدت وحصرت فهو من القوانين اللبية ذات الأساس الشرعي القليلة التي صمدت أمام معاول التعديل المتكرر والإلغاء إذ بعد ربع قرن من التطبيق لا زال القانون صامداً في وجهها يتحداها بحسن صياغته وجودة سبكه ولكن هذه الملاحظات هي مما أبانت لنا دراستنا النظرية له بالمقارنة بين نصوصه وتحليلها بقصد الربط بينها، وهي تظل وجهة نظر يمكننا أن نختم هذا البحث بأن نضيف إليها ملاحظتين عامتين هما:

- حسن السياسة التشريعية وربما هذا ما تسعى ندوتنا هذه إلى التنبية إليه يقتضي

105- زكي الدين شعبان ص 560.

مراجعة القانون بعد دخوله حيز التطبيق كل عشرين أو ثلاثين سنة ولو لم يكن هناك من سبب ظاهر يدعو لهذا وذلك لمواكبة التطورات التي حدثت في المجتمع والتغيرات التي طالت بنيته وركائزه وما جدّ فيه من عادات وأعراف ولتحقيق التناغم بين قانون ما وبقية فروع النظام القانوني في الدولة ولملاحقة التطور القانوني الذي كشفت عن جوانبه الدراسات التي أجريت بعد إصدار القانون أو لتلافي العيوب التي أبان عنها تطبيقه وهذا كله يعني أن على المشرع مراجعة القانون رقم 10 لسنة 1984 م برمته لتحقيق الأهداف المنوه عنها هنا.

- كل هذه الملاحظات لا تقلل من حسن صياغة القانون فهي بذاتها قابلة للنقد والأخذ والرد إذ لا يقبل أن نبيح لأنفسنا نقد قانون صدر بعد دراسات استفيد منها في صياغته وتناولته أياد متخصصة بالبناء ونحجب هذا الحق عن غيرنا بدعوى جدوى أو سلامته ما أبديناه من ملاحظات أو ما وجهناه لنصوصه من دعاوي بالتعارض والتضارب فالقصور قد يكون من قبلنا في فهم هذه النصوص أو العجز عن تبين الحكمة التشريعية أو الغاية التي تغياها المشرع فكان توافقاً أو ذا حكمة خفية لطيفة ما رأيناه من تعارض.

وأخيراً نأمل أن نكون قد وفقنا في الوصول لما هدفنا إليه آمليين أن يمدنا الله بعونه لتلافي ما قصرنا فيه أو جانبنا صوابه إذ ما الكمال إلا للخالق جلت قدرته وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المصادر

أولاً: الكتب القديمة

1. إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي: المذهب في فقه الإمام الشافعي، شركة مكتبة أحمد بن سعد بن نبهان، اندونيسيا.
2. إبراهيم بن موسى الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، ط 2، 1975 م، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
3. جعفر بن الحسن الهذلي: شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري، 1978 م، دار مكتبة الحياة، بيروت.
4. عبد الغني الغنيمي الميداني: الباب في شرح الكتاب على المختصر المشتهر باسم الكتاب: أحمد محمد القدوري، ط 4، 1991، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، حمص، بيروت.
5. عبدالله بن أحمد بن قدامة: المغني على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين الخرق، مكتبة الجمهورية العربية ومكتبة الكليات الأزهرية، مصر.
6. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش، ط 3، 2000 م، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
7. علي بن أحمد بن حزم: المحلى، ط 1، 1355 هـ، إدارة الطباعة المنيرية، مصر.
8. محمد أمين المعروف بابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
9. محمد الشربيني الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج على متن المنهاج ليحيى بن شرف النووي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1958 م، مصر.
10. محمد بن أحمد جزى: القوانين الفقهية، 1968 م، دار العلم للملايين، بيروت.
11. محمد بن أحمد بن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت.
12. محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام: شرح فتح القدير وبهامشه شرح العناية على الهداية: محمد بن محمود البابر تي وحاشية سعدي جلبي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.
13. محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد

الدردير، دار إحياء الكتب العربية، مصر.

ثانياً: الكتب الحديثة

14. أحمد خليفة العقيلي: الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ط 1، 1990 م، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراتة.
15. د. بدران أبو العينين بدران: الزواج والطلاق في الإسلام، 1967 م، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.
16. زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ط 5، 1989 م، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي.
17. د. سعد خليفة العبار: ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة، دراسة فقهية مقارنة، ط 1، 1999 م، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي.
18. د. سعيد محمد الجليدي: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما 1993 م، منشورات كلية القانون، جامعة ناصر.
19. د. سليمان محمد الجروشي، د. سعد خليفة العبار: شرح قانون الأحوال الشخصية الليبي، ط 1، 2009، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية.
20. د. عبد السلام محمد شريف العالم: قانون الزواج والطلاق رقم 10 لسنة 84 وأسانيده الشرعية، ط 1، 1990 م، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي.
21. د. عبد الناصر توفيق العطار: خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، 1976 م، مطبعة السعادة، مصر.
22. د. عمر عبد الله: أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ط 3، 1961 م، دار المعارف، مصر.
23. محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ط 3، 1957 م، دار الفكر العربي، القاهرة.
24. د. محمد سلام مذكور: الوجيز لأحكام الأسرة، 1978 م، دار النهضة العربية، القاهرة.

