



## التعارض بين النصوص

### دراسة في ضوء القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما

د. سعد العبار

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الموفق للصواب، الهادي إلي 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 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما<sup>(162)</sup> وإن كان متأخراً في صدوره، قياساً إلي قوانين الأحوال الشخصية التي أصدرتها البلاد العربية، إلا أن هذا أكسبه مزايا لم تكن لسابقه، وربما يعود ذلك إلي 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 له من خلال تحليله ونقده لنصوص هذا القانون، سيما مشروع قانوني الأحوال الشخصية الليبي لسنة 1967م وسنة 1972م، وكذلك القوانين المصرية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، وهذا كله أكسب القانون جودة في الصياغة، وحسناً في الترتيب والتقسيم<sup>(163)</sup>،

<sup>162</sup> - جاء هذا القانون في خمس وسبعين مادة، وتم إصداره في 19. 4. 1984م، على أن يعمل به من تاريخ نشره، وقد نشر في الجريدة الرسمية في العدد 6، السنة 22، الصادر في 13 يونيو 1984م.

<sup>163</sup> - 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 ورضاعة وحضانة، والتي تثبت لهم قبل انحلال الزواج وبعده، وكذلك الأمر بالنسبة لنفقة الأقارب، والتي لا علاقة لها بانحلال الزواج، إذ ليست أثراً له.

فكان يتخير من المصطلحات أدقها<sup>(164)</sup>، ومن الحلول الفقهية أنجعها وأكثرها ملاءمة لمجتمعنا الليبي وأقواها دليلاً، وهذا ما نلاحظه من خلال الممارسة العملية، إذ رغم تطبيق هذا القانون ما يربو على ثلاثين سنة، فإن النقاشات الفقهية بصدده هي أقل مما نلاحظه بخصوص غيره من فروع القانون، مما ميزه 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، 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 أو من حيث التخير من بين الاجتهادات الفقهية الواردة فيه، لا يخلو من مثالب اعتورته، 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 لمسناه من خلال تدريس نصوص هذا القانون، ويرجع سبب ذلك في الغالب لعدم إحكام صياغة النصوص، وليس إلي تفضيل اجتهاد فقهي على غيره.

وبناء عليه فسنحاول في هذا البحث إلقاء الضوء على بعض حالات التعارض بين نصوص القانون رقم 10 لسنة 1984م، 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

---

<sup>164</sup>- 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، كالتطبيق والفسخ وحقوق الأولاد، وكان ينبغي عنوان القانون بالزواج والفرقة بين الزوجين وآثارهما، لأن الفرقة أعم من الطلاق.

الثالثة، على أمل أن يوفقنا المولى سبحانه وتعالى إلي الصالح من القول والعمل، وأن يهدينا سبل الرشاد، إنه أكرم مسئول وأفضل مأمول، إنه نعم المولى ونعم النصير.

## مبحث تمهيدي

### مفهوم التعارض بين النصوص

الأصل أن القوانين تصدر لتبقى، ولتطبق في مدى زمني لا منته، 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 بالإلغاء 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، لتتأخر 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 مرحلة 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 مسلسلة، بل إنها تتجاوز ذلك لتلقي بظلالها على تطبيق القانون ومدى احترامه، بل وبقائه مطبقاً لمدى زمني أطول، وبهذا فإن عملية الصياغة ليست فقط مسألة شكلية، بل هي جوهر القانون وصلبه، ولكنها باعتبارها عملاً بشرياً فإنها 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 أولي 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 نقائص 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 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 المعروف، 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 إلي تطبيق نص وإغضاء الطرف عن الآخر، وإلا شاب التناقض الحكم.

هذا والتعارض المقصود هنا هو ما يقع بين نصوص القانون رقم 10 لسنة 1984م، 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 فروعه أو أخوته ... مع نص المادة رقم 71 من القانون رقم 10 لسنة 1984م، 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 يمثل للحكم القضائي، ورغم هذا التعارض فكل 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 قوانين تنظم مسألة واحدة، ولكن بصور مختلفة، كما هو الحال في قانون شؤون القاصرين<sup>(165)</sup> والقانون رقم 10 لسنة 1984م

---

<sup>165</sup> - القانون رقم 17 لسنة 1992م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، منشور في الجريدة الرسمية، س30، ع36، 25.12.1992م.

وقانون حدي السرقة والحرابة<sup>(166)</sup>، فكل منها حدد سن الأهلية بحسب ما يكفل التطبيق الأفضل لنصوصه، وبحسب اعتبارات لا علاقة لها باعتبارات القانون الآخر، ونظراً لأن لكل من هذه القوانين مجالا يطبق فيه، لا يتداخل ولا يتقاطع مع مجال القانون الآخر، فلا تناقض إذاً بينها، باعتبار أن كل منها قانون خاص 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 له 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 1984م، 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 1984م، 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 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 أن 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.

---

<sup>166</sup> - القانون رقم 13 لسنة 1995م في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة، منشور في الجريدة الرسمية، س34، ع6، 28. 03. 1996م.

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 1984م، كما هو الحال في تعديله المتكرر لنص المادة 13 من هذا القانون بالقانون رقم 22 لسنة 1991م<sup>(167)</sup> ثم بالقانون رقم 9 لسنة 1994م<sup>(168)</sup>، مما يستبعد تماماً تطبيق النص القديم للمادة 13، ولا يجعل من مجال للتطبيق إلا لنص القانون اللاحق، ومنذ 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، سيما وأن التعارض الذي نحن بصدده يقتضي ورود 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 القانونية، ليكون اللاحق في الصدور ملغياً صراحة أو ضمناً للسابق منها.

كما لا ينبغي اعتبار تكرار النصوص المقررة لذات الأحكام، سواء وردت في ذات القانون أو في قوانين متعاقبة، من باب التعارض، وإن عدّ ذلك تزيّداً، 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 8 في المادة 9، وتكرار الأحكام الواردة في المادة 32/أ في الفقرة ب من ذات المادة، وغير ذلك<sup>(169)</sup>، وقد كان الواجب تحاشي هذا التكرار، لما قد يؤدي إليه أحياناً من تناقض في تفسير النصوص، واضطراب في وجهات نظر شراح القانون.

وبهذا ليتحقق التعارض الذي نقصده هنا لا بد من توافر الشروط التالية:

- ورود كلا النصين في القانون رقم 10 لسنة 1984م.
- عدم إلغاء أحد النصين أو تعديله بقانون لاحق، لأن إلغاء أحدهما يخرج النص الملغى من دائرة التطبيق، ولا يكون عندئذ قابلاً للتطبيق إلا النص غير الملغى.
- معالجة كلا النصين لذات المسألة، كالمهر مثلاً أو الحضانة أو شروط تعدد الزوجات.

<sup>167</sup>- منشور في الجريدة الرسمية، س29، ع 22، 19. 11. 1991م.

<sup>168</sup>- منشور في الجريدة الرسمية، س32، ع 5، 23. 3. 1994م.

<sup>169</sup>- زبيدة: ص346.

- 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

### 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 وبين اعتباره فاسداً، واختلاف ما يترتب على تكليفه من آثار، والتعارض بين نص المادة 16 من هذا القانون والنصوص المتعلقة بآثار الزواج الباطل، والتعارض بين نص المادة 7 الخاصة بالولاية وغيره من نصوص القانون المتعلقة بذات الموضوع، فهذه إذا مسائل أربعة، نتناولها بالإيضاح تباعاً، وذلك كما يلي:

#### 1- إثبات عقد الزواج والشروط العقدية:

لم يذهب أحد من الفقهاء إلي اشتراط توثيق عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية ليكون هذا العقد معتداً به شرعاً، فالكتابة والتوثيق لا تتوقف عليهما صحة العقد، لأنه ينعقد صحيحاً بمجرد صدور الصيغة ممن هما أهل لذلك، مستوفية لشروط الانعقاد والصحة<sup>(170)</sup>، لأن الطابع العام للعقود بما فيها عقد الزواج في الفقه الإسلامي هو الرضائية لا الشكلية، ومع هذا فإن الحاجة دعت إلي التوثيق علاجاً لما قد استجد من أحداث، ومنعاً للاحتيال وادعاء الزوجية زوراً وبهتاناً، وإثباتاً لحقوق الزوجين<sup>(171)</sup> ومنعاً للأضرار الاجتماعية والصحية المترتبة على تزويج الصغار، بل ولضرورة إمكان عمل إحصاءات دقيقة لعقد الزواج تفيد في برامج التنمية<sup>(172)</sup>، ومع هذا ليس من المقبول حرمان من لم يوثق عقده بالكتابة - وقد انعقد صحيحاً من الناحية الشرعية- من كل الضمانات والحقوق المترتبة على هذا العقد<sup>(173)</sup>.

<sup>170</sup> - عمر عبد الله: ص 104، مذكور: ص 56.

<sup>171</sup> - الجروشي والعبار: ج 1، ص 43.

<sup>172</sup> - بدران: ص 79، عمر عبد الله: ص 105.

<sup>173</sup> - مذكور: ص 56، شريف العالم: ص 47.

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 والحادثة<sup>(174)</sup>، ولكن دون أن يمس ذلك مشروعية هذا العقد، ولهذا نصت المادة 5 من القانون رقم 10 لسنة 1984م على ثبوت عقد الزواج بحجة رسمية أو بحكم من المحكمة، وبناء عليه فإن الزواج يثبت بالكتابة في وثيقة عقد الزواج، وإقرار الزوجين، ويثبت كذلك بأي دليل كالشهادة والقرائن وغيرها، فمن لم يوثق زواجه بالكتابة أمكنه إثباته، ولكن بحكم قضائي، إذ لا تكفى 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<sup>(175)</sup>.

ويبدو أن توجه المشرع الليبي كان 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 والإقرار والقرينة وعدم ثبوت الزواج بهذه الوسائل، رغم أن القتل أشد خطراً في المجتمع من الزواج<sup>(176)</sup>، إذ ما حكم هذا الزواج لو لم يتم تسجيله في تلك البلدان؟ لا شك أنه صحيح شرعاً، لكنه إن لم يسجل سيعتبر غير صحيح قانوناً، مما يوقع تنافراً بين حكم الشرع وحكم القانون.

وقد كان المنطق يقتضي أن ينسحب حكم المادة 5 على إثبات الزواج وعلى ما ارتبط به من شروط، باعتبارها جزء من العقد، وقد شملتها صيغته التي تراضى عليها العاقدان، ولكن الفقرة 2 من المادة 3 من ذات القانون نصت على عدم الاعتداد بأي شرط إلا إذا نص عليه صراحة في عقد الزواج، رغم أن الزواج نفسه بحسب المادة 5 من ذات القانون يثبت بأي دليل.

إذ بحسب نص الفقرة 2 من المادة 3 الشرط لا يثبت بالإقرار ولا بالشهادة ولا بالقرينة ولا حتى بالكتابة في وثيقة عرفية أو رسمية أخرى غير عقد الزواج، فالوسيلة

<sup>174</sup> - عمر عبد الله: ص 105، شريف العالم: ص 47.

<sup>175</sup> - الجروشي والعبار: ج 1، ص 43.

<sup>176</sup> - المرجع السابق: نفس الموضع.

الوحيدة للاعتداد به هي النص عليه في وثيقة عقد الزواج<sup>(177)</sup>، ولا شك أن هذا ينطوي على تناقض، إذ كيف يثبت الزواج بالبينة والإقرار والقرينة، ولا تثبت شروط الزواج بأي من هذه الوسائل؟ وكيف يقبل عقلاً أن يثبت كل العقد بهذه الأدلة، ولا يثبت بها الشرط، مع أنه جزء من العقد؟<sup>178</sup>، ولتوضيح ذلك لنا أن نتصور زواجا لم يفرغ في وثيقة عقد الزواج، فلجأ المتضرر من ذلك إلي 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 مسكناً 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 واضحة من إيراد نص الفقرة 2 من المادة 3، ممثلة في سعي المشرع إلي 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<sup>(179)</sup>، سيما بعد أن فضّل القانون في الفقرة الأولى من ذات المادة العمل برأي الحنابلّة في شأن الشروط، باعتباره القول الفقهي الأكثر توسعة على الناس، والأكثر اتفاقاً مع النصوص الشرعية<sup>(180)</sup>، ولكن هذا كله لا يبرر التشدد في إثبات الشروط، فلا 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 نرى أنه لا حاجة لورود نص الفقرة 2 من المادة 3، وإفراد إثبات الشروط في عقد الزواج بنص خاص، بل نرى -رفعاً للتعارض بين النصوص- الاكتفاء في إثبات الزواج وشروط بنص المادة 5 من هذا القانون.

## 2- زواج المتعة والزواج المؤقت:

أقام جانب من الفقه، وإن كان قليل الأنصار، تفرقة من حيث المصطلح والآثار بين الزواج المؤقت وزواج المتعة، فالنكاح المؤقت عند هؤلاء هو عقد زواج اقترن بصيغة تدل

<sup>177</sup>- المرجع السابق: ج1، ص44.

<sup>178</sup>- المرجع السابق: ج1، ص43.

<sup>179</sup>- العقيلي: ص61، الجروشي والعبار: ج1، ص42، شريف العالم: ص46.

<sup>180</sup>- شريف العالم: ص44.

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...<sup>(181)</sup>، 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<sup>(182)</sup>، 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<sup>(183)</sup>.

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 وما 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<sup>(184)</sup>.

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 في معناه<sup>(185)</sup>، وهذا ما جعل كبار شراح الفقه الحنفي كابن الهمام<sup>(186)</sup> والكاساني<sup>(187)</sup> يقررون أنه لا فارق بين نكاح المتعة والنكاح المؤقت إلا هذه التسمية الشكلية، إذ الاثنان يقبلان ذات الآثار، فمن حيث الحكم فإن قول زفر بن الهذيل، القاضي بأن هذا النكاح صحيح، وإن اقترن به شرط فاسد<sup>(188)</sup>، هو المفتى به في المذهب الحنفي، لأن العقد قام مستوفياً لشروط الانعقاد والصحة، متوافر الأركان، ولكن اقترن به شرط فاسد، هو شرط التأقيت، فيفسد هذا الشرط

<sup>181</sup> - ابن الهمام: ج2، ص387، الميداني: ج3، ص20، الكاساني: ج2، ص556.

<sup>182</sup> - عمر عبد الله: ص91، الجروشي والعبار: ج1، ص58، أبو زهرة: ص46.

<sup>183</sup> - ابن الهمام: ج2، ص387، الميداني: ج3، ص21.

<sup>184</sup> - ابن عابدين: ج2، ص293.

<sup>185</sup> - الميداني: ج3، ص21، الكاساني: ج2، ص558.

<sup>186</sup> - ابن الهمام: ج2، ص387.

<sup>187</sup> - الكاساني: ج2، ص558.

<sup>188</sup> - ابن الهمام: ج2، ص387، الكاساني: ج2، ص558.

وحده، وبظل العقد صحيحاً<sup>(189)</sup>، ومن حيث الآثار فإنه بالنظر لرأى الشيعة الإمامية، القاضي بشرعية هذا الزوج<sup>(190)</sup>، فإن الفقه متفق على أن الدخول في هذا العقد يعتبر شبهة دارئة لحد الزنا، وأن الدخول فيه يترتب 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<sup>(191)</sup>. وعلى الرغم من كل هذا فإن القانون رقم 10 لسنة 1984م ينص في مادته 11/د على عدم انعقاد زواج المتعة والزواج المؤقت، وهذا العطف - المقتضي لغة للمغايرة- يوحي بأن العقدين مختلفان، رغم أنهما في الحقيقة شيء واحد، وإن أفردت كل من صورتيه بمصطلح يخصها<sup>(192)</sup>، ويربط نص الفقرة المشار إليها من المادة 11 بنص الفقرة الأولى من المادة 12، والتي تحدد المحرمات من النساء<sup>(193)</sup>، ونص المادة 16، نرى أنه

189- ابن الهمام: ج2، ص387، الكاساني: ج2، ص558.

190- الهذلي: ج3، ص23 وما بعدها.

191- الكاساني: ج2، ص651.

192- صيغة الفقرة المشار إليها تتطوي على مدخل آخر للنقد، إذ تنص على وجوب أن يكون الإيجاب والقبول منجزين، وهذا يعنى أن الزواج لا ينعقد إن عُلّق الإيجاب على حصول أمر في المستقبل، أو أضيف إلي زمن مستقبل، ومثال الحالة الأولى ربط وجود الإيجاب بحصول أمر في المستقبل، ولو كان محقق الحصول: تزوجتك إذا جاء شهر رمضان، ومثال الحالة الثانية إضافة الإيجاب إلي 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 التأقیت، وهو بهذا يختلف تماماً عن نكاح المتعة (النكاح المؤقت) الذي يراد عقده في الحال ولكن لمدة معينة، وبهذا فإن عبارة الفقرة د من المادة 11 توحى بأن التأقیت هو نتيجة لكون الصيغة غير منجزة، وهذا غير صحيح، إذ أنها بنصها تقرر أنه يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا منجزين، وتضيف "غير دالين على التأقیت"، وكأن الدلالة على التأقیت هي نتيجة لعدم التجيز، وهذا فهم لا نراه موافقاً للصواب.

193- بحسب نص المادة 12 يشترط لإنعقاد 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 والملحدة وكل من ليست كتابية أو مسلمة، ولا تقتصر على المشركة. أنظر عمر عبد الله: ص169، أبو زهرة: ص99.

- 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 التأقیت، المذكورات على سبيل الإجمال في الفقرة الأولى من ذات المادة.

لا مناص من اعتبار نكاح المتعة (الزواج المؤقت) فاسداً، ولكن نص الفقرة د من المادة 11 يقرر عدم انعقاده، مما يعني بطلان هذا الزواج، وعدم ترتبيه 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، ليكون القانون متسقاً مع نفسه، إذ كيف يقرر القانون أن عقداً ما باطل رغم أنه لا يعرف شيئاً في نصوصه يسمى العقد الباطل؟<sup>(194)</sup>.

3- نص المادة 16 وآثار الزواج الباطل:

يتحدد نوع الزواج بحسب توافر أركانه وشروطه، ومن ثم يختلف ما يترتب عليه من آثار بحسب نوعه<sup>(195)</sup>، وبهذا فالدقة تقتضي تخير المصطلحات الأكثر دلالة على المقصود، لأن الخلاف إن أثير بسببها لن يكون نظرياً فقط، بل سينعكس على آثار العقد، وعلى حكمه الشرعي.

---

- 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 عدم 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 إلي 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، الجروشي والعبار: ج 1، ص 80.

<sup>194</sup>- 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؟

<sup>195</sup>- العقيلي: ص 79، الجروشي والعبار: ج 1، ص 45، أبو زهرة: ص 147، بدران: ص 173.

وبالنسبة لتحديد أركان عقد الزواج، باعتبارها ما يتوقف وجود العقد على وجودها، فقد فضل القانون في المادة 11/أ التحديد الحنفي لها، والذي يرى أن العقد لا ركن له إلا الصيغة، لأن وجودها يستلزم وجود العاقدين والمعقود عليه<sup>(196)</sup>، مشيحاً بهذا عن تحديد الجمهور، والذي يرى أن العقد لا يكون صحيحاً تماماً إلا إذا توافرت له أركان ثلاثة هي العاقدان والمعقود عليه والصيغة<sup>(197)</sup>، والحق أن ما يراه الحنفية هو ما يتفق مع التعريف الاصطلاحي للركن بأنه ما يتوقف وجود الشيء على وجوده، وكان جزء من حقيقته، لأن العاقدين والمعقود عليه ليسا جزء من العقد، ولكن هذا الخلاف لا أثر كبير له في الواقع، لأن الحنفية، 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 إلي التوافق مع ما يراه الجمهور<sup>(198)</sup>.

أما بصدد الشروط، فإن تعدادها ومدى شرعيتها، وبالتالي نوع العقد في حال توافرها أو تخلفها فقد اختلف فيه بين الفقهاء، كل بحسب مذهبه<sup>(199)</sup>، وبالتالي انقسم العقد الصحيح إلي لازم وغير لازم وموقوف، بحسب توافر شروط النفاذ واللزوم، وانقسم العقد غير الصحيح عند الأحناف إلي 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 16 منه أعرض القانون عن كل هذه التقسيمات الفقهية، واكتفى بنص موجز قرر فيه أن العقد إما صحيح وإما فاسد، وحدد في فقرتين مستقلتين آثار العقد الصحيح وآثار العقد الفاسد<sup>(200)</sup>، وإزاء نص هذه المادة يمكننا إبداء الملاحظات التالية:

<sup>196</sup> - الميداني: ج 3، ص 3، ابن عابدين: ج 2، ص 429، الكاساني: ج 2، ص 485.

<sup>197</sup> - الشربيني الخطيب: ج 3، ص 139، بل هي عند المالكية خمسة أركان هي الزوج والزوجة والولي والصدّاق والصيغة. ابن جزئ: ص 169.

<sup>198</sup> - شعبان: ص 86، الجروشي والعبّار: ج 1، ص 45، العقيلي: ص 51، زبيدة: ص 124.

<sup>199</sup> - أنظر شعبان: ص 131 وما بعدها.

<sup>200</sup> زبيدة: ص 181.

- كان ينبغي على القانون التمييز بين نوعي العقد غير الصحيح، أي العقد الفاسد والعقد الباطل، وإفراد كل منهما باصطلاح معين، لاختلافها من حيث الآثار<sup>(201)</sup>، فالعقد الباطل لا يترتب أي أثر<sup>(202)</sup> لا قبل الدخول ولا بعده، أما العقد الفاسد فعلى الرغم من أنه لا يترتب أي أثر قبل العقد، إذ لا يجب فيه للمرأة مهر ولا نفقة، وليس عليها عدة بعد التفريق بينها وبين زوجها، 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 الزنا، بل يعاقب الزوجان بما يكفي لتعزيرهما، لوجود شبهة العقد، وهي شبهة دائرة للحد، ومع هذا فالدخول يترتب بعض الآثار بالنسبة لوجوب مهر للمرأة وثبوت النسب وحرمة المصاهرة والعدة بعد المفارقة أو التفريق بين الزوجين<sup>(203)</sup>.

- نص المادة 16 يتناقض مع ما قرره القانون في نصوص أخرى، سيما المادتين 11 و12، فالمادة 11 حددت ركن العقد وشروطه، والجزاء المقرر فقها إن تخلف الركن أو شرط الانعقاد هو البطلان لا الفساد، كما أن المادة 12 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 فساد، ولكن القانون لم يذكر العقد الباطل من بين أنواع العقد، مما يثير التساؤل عن حكم العقد في حال مخالفة نص إحدى هاتين المادتين.

- 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 نتساءل 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

---

<sup>201</sup>- قارن العقيلي: ص79، زبيدة ص182، 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 يترتب أي أثر قبل الدخول، ولكن لما اختلفت آثارهما بعد الدخول فقد وجب إفراد كل منهما باسم خاص به. أنظر عمر عبدالله: ص118، شعبان: ص99، وقارن أبو زهرة: ص58.

<sup>202</sup>- إلا ما قبل بصدد الاستبراء وحرمة المصاهرة إن حدث دخول عند بعض الفقهاء.

<sup>203</sup>- ابن جزئ: ص183.

هذه المادة، وخاصة أن الاصطلاح الفقهي والقانوني جرى على استعمال هذا المصطلح في الأحوال التي يقع فيها خلل جوهري في أركان العقد أو شروطه، يعجز معه العقد في حال إبرامه عن أداء وظيفته، وتحقيق المراد منه شرعاً وقانوناً، لينقلب إلي 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.

- نص المادة 16 يتناقض مع نص المادة 11/أ، إذ الظاهر أن القانون استمد تقسيمه لأنواع العقد من الفقه الحنفي، وكذلك استمد منه 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 إلي فاسد وباطل<sup>(204)</sup>، بل اعتبر كل العقود غير الصحيحة فاسدة، مرتبة لذات الآثار بعد الدخول، سواء كان الخلل الذي لحقها في الشروط أو 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 16، والتوفيق بينها وبين نص المادة 11/أ<sup>(205)</sup>.

#### 4- شروط الولي:

بحسب نص المادة 9 يشترط لصحة الزواج اجتماع رأى الولي والمولي عليه، وهذا الولي (والمقصود به هنا من كانت ولايته متعديّة) هو العصابة بنفسه على ترتيب الإرث، ويشترط فيه بحسب نص المادة 7 أن يكون عاقلاً بالغاً، وبهذا فلا يشترط 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 من وليه هو نفسه.

وبإلقاء نظرة على الفقرة ب من المادة 10 نتبين أن المحجور عليه للسفه 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

<sup>204</sup>- في التمييز بينهما أنظر ابن عابدين: ج2، ص350 وما بعدها.

<sup>205</sup>- الجروشي والعبار: ج1، ص79.

نفسه، قد أخذ برأي الشافعية القاضي بأن الرشد شرط لصحة الزواج، وبهذا فالزواج لا يكون صحيحاً إلا بعد إذن الولي<sup>(206)</sup>، 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 السفیه فالحجر عليه لا يمس إلا ماله<sup>(207)</sup>.

أما بصدد الولاية المتعدية، أي سلطة تزويج الغير، فإن القانون اقتصر في المادة 7 على اشتراط كمال الأهلية في الولي، دون أن يرد في هذا النص اشتراط الرشد، مما يستفاد منه أن القانون قد فضل هنا، بعكس ما قرره بشأن الولاية القاصرة، الأخذ برأي المالكية والأحناف<sup>(208)</sup>، والذي مفاده أن السفیه المحجور عليه له حق تزويج غيره، وهذا لا شك تناقض بالغ الوضوح، إذ كيف يعطى القانون للسفیه المحجور عليه الحق في تزويج غيره دون إذن وليه (أي ولي السفیه)، ولا يمنحه ذات الحق إن رغب في تزويج نفسه؟ والقانون هنا يقترب بل يتطابق مع رأي المالكية بخصوص نوعي الولاية، رغم تناقضه في ذاته، لأن السفیه المحجور عليه عندهم زواجه موقوف على إجازة وليه، إن عقد لنفسه، والزواج صحيح نافذ، إن عقد لغيره، فكيف يُقبل أن يكون له الحق في تزويج غيره، دون التوقف على إذن من أحد، ولا يثبت له الحق في تزويج نفسه إلا بإذن وليه؟ سيما إذا ما لاحظنا أن الولاية غايتها حماية حقوق المولى عليه، وبالتأكيد من عجز عن حماية حقوقه هو عن حماية حقوق غيره أعجز<sup>(209)</sup>.

## 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 والزوج، والتعارض بين النص الخاص بالتطليق للضرر وغيره من

<sup>206</sup> - الشربيني الخطيب: ج3، ص169، الشيرازي: ج2، ص33.

<sup>207</sup> - الجروشي والعبار: ج1، ص63 في الحاشية.

<sup>208</sup> - أنظر ابن جزئ: ص171، ابن عابدين: ج2، ص295.

<sup>209</sup> - الجروشي والعبار: ج1، ص143.

نصوص هذا القانون، وأخيراً التعارض بين بعض آثار الفسخ سيما ما تعلق منها بالمهر ونص المادة 16.

#### 1- التعويض عن فسخ الخطبة والتعويض عن الطلاق وعن فسخ الزواج:

بعد اتفاق الفقه المعاصر على أن الخطبة ليست زواجا، بل هي وعد بالزواج<sup>(210)</sup>، اتفق على أن العدول عنها حق لكلا طرفي الخطبة<sup>(211)</sup>، لأن في حملهما على إنشاء حياة زوجية دون توافر رضاها بالعيش معاً ضرر أكبر يفوق ضرر العدول عن الخطبة، ومن القواعد العامة في الفقه أن الضرر الأكبر يدفع بارتكاب الضرر الأدنى<sup>(212)</sup>، 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 للأقاويل 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<sup>(213)</sup>، مما يقتضي تخريج الحكم بالاعتماد على أمرين، هما طبيعة الخطبة ذاتها والقواعد الفقهية<sup>(214)</sup>، 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<sup>(215)</sup>، لأنه لا ينبغي للإنسان من الوجهة الأخلاقية إخلاف وعده إلا لضرورة ملحة، لما يترتب على ذلك من إلحاق الأذى بالغير، وتقويت الفرص عليه<sup>(216)</sup>، ونتيجة لهذا فالعدول عن الخطبة هو حق لكلا الخاطبين<sup>(217)</sup>، ومادام الأمر

<sup>210</sup> - العقيلي: ص 39، عمر عبدالله: ص 35، شريف العالم: ص 23، العطار: ص 6، زبيدة: ص 100.

<sup>211</sup> - عمر عبد الله: ص 53، شريف العالم: ص 33، الجروشي والعبار: ج 1، ص 28.

<sup>212</sup> - العطار: ص 148، زبيدة: ص 103.

<sup>213</sup> - العطار: ص 164، شعبان: ص 79.

<sup>214</sup> - الجروشي والعبار: ج 1، ص 31.

<sup>215</sup> - مذكور: ص 22، بدران: ص 32.

<sup>216</sup> - شعبان: ص 76، 77.

<sup>217</sup> - 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.

كذلك فلا يُلزم من عدل منهما عن الخطبة بالتعويض، لأن من استعمل حقه الشرعي لا يطالب بالتعويض، فالجواز الشرعي ينافي الضمان<sup>(218)</sup>، وكلما جاء الفعل استعمالاً لحق أو موافقاً للأمر أو النهي الشرعيين أو كان مأذوناً فيه فإنه لا يعد تعدياً ولا يوجب تعويضاً<sup>(219)</sup>، لأن تسويغ الشارع لذلك الفعل أو الترك يقتضي رفع المؤاخذه عنه، وإلا لم يكن جائزاً، فالتعويض يستدعى سبق التعدي، والجواز يأبى وجوده، فيتناهى<sup>(220)</sup>.

ولكن من ناحية أخرى القاعدة أنه لا ضرر ولا ضرار<sup>(221)</sup>، وهذه إحدى القواعد الخمس التي عليها مدار الفقه، ومفادها أن من أضر بغيره يلزم بالتعويض، إذ الضمان شرعاً يترتب على سببه، دون النظر لقصد الفاعل أو باعته على القيام بما قام به<sup>(222)</sup>، لأن حقوق الغير مضمونة شرعاً في حالي العمد والخطأ، وحالي العلم والجهل<sup>(223)</sup>، ويجب الضمان ولو كان الفعل المسبب له مباحاً شرعاً، بشرط عدم مراعاة متطلبات الحيطة والتبصر، لأن المباح بخلاف الواجب مقيد بوصف السلامة، وهذا ما توجبه نظرية التعسف في استعمال الحق<sup>(224)</sup>.

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 رغبها فيه 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<sup>(225)</sup>.

---

<sup>218</sup> - شعبان: ص 80، زبيدة: ص 104.

<sup>219</sup> - العبار: ص 209.

<sup>220</sup> - المرجع السابق: ص 208.

<sup>221</sup> - 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.

<sup>222</sup> - الشاطبي: ج 1، ص 150، 259.

<sup>223</sup> - الدسوقي: ج 3، ص 451، ابن رشد: ج 2، ص 311، ولمزيد من التفصيل أنظر العبار: ص 203.

<sup>224</sup> - الشاطبي: ج 2، ص 347، ابن رشد: ج 2، ص 237.

<sup>225</sup> - العقيلي: ص 45، مذكور: ص 23، شريف العالم: ص 37، شعبان: ص 80، زبيدة: ص 105.

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 الطرف 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<sup>(226)</sup>، وهذا التمييز بين الحالتين هو ما استقر عليه القضاء في مصر<sup>(227)</sup> بحسب ما قضت به محكمة النقض المصرية سنة 1939م، 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<sup>(228)</sup>.
- وهذه الأحكام هي بذاتها التي قررتها المادة الأولى/د من القانون رقم 10 لسنة 1984م، عندما نصت على أنه إذا سبّب 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 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<sup>(229)</sup>، وجائز كذلك قانوناً بالاستناد إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، وبالأخص نص المادة 166 من القانون المدني، والتي قررت أن كل خطأ

<sup>226</sup> - عمر عبد الله: ص 54، مذكور: ص 23، الجروشي والعبار: ج 1، ص 32، شعبان: ص 81.

<sup>227</sup> - أنظر الأحكام المشار إليها عند العطار: ص 177 وما بعدها.

<sup>228</sup> - المجموعة الرسمية: س 41، ع 15، رقم 101.

<sup>229</sup> - لمزيد من التفصيل أنظر العبار: ص 195 وما بعدها.

سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، أما عن جدوى إفراد التعويض عن العدول عن الخطبة وعن التطلق للضرر بنصين خاصين فالأمر لا يقبل إلا أحد هذين الاحتمالين:

إما أن المشرع أراد العزوف عن القواعد العامة في شأن المسؤولية التقصيرية، وإفراد التعويض عن العدول عن الخطبة وعن التطلق 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 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 التطلق بسبب الغيبة الطويلة أو الامتناع عن الإنفاق ظلماً وتعدياً أو غير ذلك من أسباب التطلق، 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، أو بعد أن طلب منها ترك العمل، أو بعد حكم القاضي بالتطلق على زوج حمل زوجته على ترك عملها، ثم تتصل من التزاماته الزوجية، بأن تغيب دون عذر مقبول عن بيت الزوجية، أو امتنع عن الإنفاق دون مبرر، أو حتى قام بتطبيق زوجته تعدياً دونما ذنب اقترفته؟

ولذا لا يستقيم التناغم بين أحكام هذين النصين، وإقرار شرعية التعويض بشأن بقية حالات الطلاق والتطلق والفسخ، إلا بالقول بأن حكمهما مجرد تطبيق للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، مما لا حاجة معه لإيرادهما، ورغم ما في هذا القول من إتهام 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 غلوئها أمرين:

- استقرار العمل في القضاء على الحكم بالتعويض في حال التعنت 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 مقابل تعويض مناسب.

2- الإيجاب على الإنفاق:

يجب للزوجة على زوجها النفقة وتوابعها، في حدود يسر الزوج واستطاعته (المادة 17)، ويجب للزوج على زوجته النفقة وتوابعها، في حال عسر الزوج ويسر الزوجة (المادة 18)<sup>(230)</sup>، 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 المزمع بالإنفاق (وهو الزوج بحسب الأصل والغالب من الأحوال) عن الإنفاق، دون سبب يبرر ذلك، فإنه يجبر على الإنفاق، فالزوج الموسر يحق لزوجته طلب التطلق، 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 للتطلق، 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 فقه المدرسة الظاهرية<sup>(231)</sup>.

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

- علمت بعسر زوجها قبل الزواج، لاعتبار ذلك العلم رضا منها بحالة الزوج المالية، وبرضاها بحاله لا يكون زوجها ظالماً لها.

---

<sup>230</sup>- بين القانون في هاتين المادتين حقوق كل من الزوجين تجاه الآخر، ولكنه باستثناء حق النفقة أشار إليها بصورة مجملة، فجاءت عباراته مبهمه، أقرب ما تكون للوعظ والإرشاد والخطاب الإعلامي منها إلى التحديد القانوني، كما أن بعضها ذكر في غير موضعه، كالحضانة والإرضاع، إذ اعتبرا من حقوق الزوج على زوجته مع أنهما ليسا كذلك، يضاف لهذا إغفال القانون كلية لحقين جوهريين هما حق التأديب والمعاشرة 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 بالإستناد لنص المادة 72/ب من القانون. أنظر العقيلي: ص 148، 149.

<sup>231</sup>- ابن حزم: ج 10، ص 92.

- نشأ سبب الإعسار بعد الزواج بسبب خارج عن إرادة الزوج، كسرقة أمواله أو احتراقها، لأن العدل يقتضي عدم مضاعفة مصائبه بتطليق زوجته عليه بعد فقدانه لأمواله<sup>(232)</sup>.

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 ملايسات 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 التطلاق، إبقاء للزوجية ما أمكن، وفي كل الأحوال التطلاق لعدم إنفاق يقع رجعيّاً، يحق للزوج بعده مراجعة زوجته خلال عدتها، بشرط إثبات يسره، لأن التطلاق 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 اضراً من الزوج بزوجته، فتطلق عليه للضرر، ويقع التطلاق في هذه الحالة بائناً.

هذه هي أحكام التطلاق لعدم الإنفاق بحسب نص المادة 40، 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 18 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 40 يواجه فقط حالة امتناع الزوجة عن الإنفاق على زوجته، وعبارته دالة بوضوح على هذا الفهم، وتتطابق صراحة بذلك، فهي تقرر:

أ- إذا امتنع الزوج ...

ج- للزوجة طلب التطلاق... وهذا يعني أن لها وحدها طلب التطلاق.

د- وللزوج أن يراجع زوجته... والرجعة حق للزوج دون الزوجة.

هـ- لا تطلق الزوجة إذا طرأ الإعسار... وهذا يعني أنه لا حق للزوج في طلب التطلاق، بل لها كأصل هذا الحق، ونص هذه الفقرة مجرد استثناء على ذلك الأصل.

و- لا تطلق الزوجة على زوجها المعسر...فطلب التطلاق إذاً هو حق للزوجة وليس للزوج.

ز- يعتبر التطلاق لعدم الإنفاق رجعياً...وهذا نتيجة لإعطاء الزوجة فقط الحق في طلب التطلاق.

وبهذا يظهر لنا التعارض بين نص المادة 40 ونص المادة 18 من نفس القانون، إذ بينما تمنح المادة الأخيرة الزوج حقاً، سبق أن أقرته المادة 17 للزوجة، تبين المادة 40 وسيلة يمكن للزوجة باللجوء إليها حماية حقها، ولا تعطى الزوج الحق في استعمال ذات الوسيلة، ومع هذا كله فهذا التناقض سهل الرفع، ويكون ذلك بتعديل نص المادة 40، وبيان أحكام الامتناع عن الإنفاق باستعمال لفظ الزوج، ليدل بعمومه على الزوج (الرجل) وعلى زوجه (زوجته) معاً، لأن التوسع في تفسير النص الحالي، لتطبيقه على حالات امتناع الزوجة عن الإنفاق، يعتبر خروجاً عن حرفيته، وتفسيراً لا تحتمله عباراته، وإن كان قصد الشارع قد اتجه إلي انطباقه على كل حالات الامتناع عن الإنفاق، سواء كان الممتنع الزوج أم الزوجة.

### 3- التطلاق للضرر:

أجاز القانون رقم 10 لسنة 1984م في المادة 39 منه التطلاق للضرر وسوء العشرة، ولكن بعد إتباع الإجراءات المنصوص عليها في المواد 35، 36، 37، 38، فإن لم يتفق الزوجان على إيقاع الطلاق بحسب نص المادة 36، ولم يفلح الحكمان 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 1991م، وذلك بأن تعقد جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين، فإن تعذر ذلك وثبت للمحكمة وقوع الضرر حكم القاضي بالتطلاق، اعتماداً على تقرير الحكّمين، 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 سيكون في غير صالح الزوجة في حالتين هما:

- كونها السبب في إحداث الضرر بزوجها.
- طلبها التفريق وعجزها عن إثبات قيام زوجها بإحداث الضرر وأنها لم 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<sup>(233)</sup>، ولاشك أن حق المرأة في مؤخر الصداق ثابت لتأكده بالدخول وفق نص المادة 19/هـ، وكذلك حقها في النفقة لتأكده بالعقد الصحيح وفق نص المادة 23، إلا أنه يمكن اعتبار سقوطهما عن الزوج بموجب نص المادة 39 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 39، لأن الحضانة وفق الراجح في الفقه حق للمحزون وللحاضنة، وحق المحزون هو المقدم عند التعارض، فكيف يسقط حقه في الحضانة بسبب إضرار أم المحزون بزوجها أو عجزها عن إثبات إضراره بها، مع أنها صالحة للقيام بشؤون الصغير، وهو في حاجة إليها؟<sup>(234)</sup>.

---

<sup>233</sup>- في بعض الأحيان يؤدي تطبيق نص المادة 39 إلي 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 منهما بأداء تعويض لشريكه في الحياة الزوجية. العقيلي: ص 229.

<sup>234</sup>- الجليدي: ج2، ص165.

إذ لكى 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 لأمها ثم للأب حسب نص المادة 62/ب، وأياً ما كان فالحضانة لا تكون حقاً للأم وحدها إلا بعد الفرقة، ولذا لا حق لها ولا لغيرها في إسقاطها قبل ثبوت أحقية الأم لوحدها فيها.

#### 4- آثار الفسخ:

الفرقة بين الزوجين نوعان، فهي إما طلاق وإما فسخ<sup>(235)</sup>، والفارق بين نوعي الفرقة يتعدى الاصطلاح ليلقي بظلاله على حالات وقوع كل منهما وآثار ذلك<sup>(236)</sup>، فالفسخ هو نقض لعقد الزواج في الحال، بسبب خلل وقع فيه وقت عقده، أو بسبب طراً

<sup>235</sup> - العقيلي: ص 175، بدران: ص 295.

<sup>236</sup> - يظهر الفارق بين الفرقة التي تعتبر فسخاً وتلك التي تعتبر طلاقاً من وجوه سبعة هي:

- الطلاق إنهاء لعقد الزواج في اللحظة التي صدر فيها 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 وأوجب الحيلولة دون استمراره.

- لا ينقص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج بفسخ العقد، ويحسب 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 بائناً، ويتوقف انقطاع هذه الرابطة على انتهاء العدة إذا كان رجعيّاً.

- 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 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، شعبان: ص 364، بدران: ص 295، 296. الجليدي: ج 2، ص 14، أبو زهرة: ص 278.

عليه بعد عقده يمنع بقاءه واستمراره<sup>(237)</sup>، وبعبارة أخرى هو رفع للعقد من أصله، وجعله كأن لم يكن، أما الطلاق فهو قاطع لاستمرارية عقد الزواج<sup>(238)</sup>، فحقيقة الطلاق أنه إنهاء للزواج وتقرير للحقوق السابقة، أما الفسخ فهو عارض يمنع إبقاء النكاح أو يكون تداركاً لأمر اقترن بإنشاء العقد وجعله غير لازم<sup>(239)</sup>، وعموماً أسباب الفسخ قد تكون مقارنة لوجود العقد وقد تطرأ بعد إبرامه<sup>(240)</sup>، 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 رضا أحد الزوجين<sup>(241)</sup>.

ب- إخلال أحد الزوجين بما اشترطه عليه الآخر، 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.

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

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

---

<sup>237</sup> - شريف العالم: ص 242، الجليدي: ج 2، ص 16.

<sup>238</sup> - عمر عبد الله: ص 496.

<sup>239</sup> - أبو زهرة: ص 277.

<sup>240</sup> - أنظر ذلك مفصلاً عند عمر عبدالله: ص 497، مذكور: ص 335، شريف العالم: ص 242 وما بعدها.

<sup>241</sup> - الجليدي: ج 2، ص 20.

كذلك لبقائه، أما لو أسلم الزوج وظلت زوجته على ديانتها السابقة، إن كانت يهودية أو مسيحية، فلا يفسخ الزواج، لجواز العقد على الكتابية<sup>(242)</sup>.

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

يضاف لهذه الحالات حالتان نص عليهما القانون في المادة 15 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 تنقض 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 تنقض سنة بعد النكاح أو ترضى الزوجة بالمهر، أما الولي فلا يحق له طلب فسخ العقد لنقصان المهر عن مهر المثل (المادة 15/هـ)، لأنه لو طالب بالفسخ لمنعه الزوج بزيادته للمهر إلي مهر المثل، ولكن الزوجة قد تهبه له بعد الزواج، مما لا يكون معه لتمسك الولي بالكفاءة في المال أي أثر<sup>(243)</sup>.

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 1984م، وتتمثل هذه الحالة في فسخ العقد بسبب خيار

---

<sup>242</sup>- بحسب نص المادة 46 لو كان الزوجان غير مسلمين ودخلا الإسلام، أو دخل الزوج الإسلام وكانت زوجته كتابية، فلا يحتاجان إلي 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 لو كانت الزوجة غير كتابية وأسلم زوجها فإن زواجها لا يفسخ إلا بعد عرض الإسلام عليها ورفضها الدخول فيه.

<sup>243</sup>- الجروشي والعبار: ج1، ص163.

البلوغ أو الإفاقة، وذلك إذا زوّج غير الأب أو الجد الصغير أو الصغيرة، إذ يجوز لهما بعد البلوغ أو الإفاقة من الجنون فسخ العقد أو الإبقاء عليه<sup>(244)</sup>.

والظاهر مما سبق أن العقد الذي توافر أحد أسباب فسخه يختلف وصفه الشرعي بحسب سبب الفسخ، فهو قد يكون غير لازم، كما في حالة اختلال الكفاءة أو نقصان المهر عن مهر المثل، أو يكون باطلا لاختلال أحد أركانه أو أحد شروط انعقاده، كما في حال ثبوت أن الزوجين أخوان من الرضاعة، أو يكون فاسداً، كما لو تم العقد دون شهود<sup>(245)</sup>، 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<sup>(246)</sup>، 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/ج، بقوله "الفسخ بعد الدخول أو ثبوت الخلوة يوجب للمرأة المسمى أو مهر المثل، أما إن وقع الفسخ قبل الدخول فلا تستحق شيئاً"، والظاهر من هذا أن فسخ العقد قبل الدخول والخلوة يسقط به كل المهر، سواء كان الفسخ بسبب من جهة الرجل، كما لو ارتد عن الإسلام، أو بسبب من جهة المرأة، كما لو ارتدت الزوجة عن الإسلام، أو رفضت الدخول فيه بعد إسلام زوجها ولم تكن كتابية، أو طلبت فسخ العقد لعيب في الزوج، أو لأنه غير كفء، إذ يستوي الأمر بشأن عدم وجوب شيء من المهر، سواء كان من أخل بالشروط الذي اشتراطه عليه الطرف الآخر في العقد الزوج أم الزوجة، وعدم إيجاب شيء من المهر على الزوج إن حدث الفسخ قبل الدخول والخلوة توجه مقبول، لأن المهر يجب بالعقد، وقد تم نقضه من أساسه، والمهر إنما يتأكد بالدخول الحقيقي أو الخلوة الصحيحة<sup>(247)</sup>، وأي منهما لم يحدث.

<sup>244</sup> - بصدد أحكام هذه المسألة أنظر عمر عبدالله: ص226.

<sup>245</sup> - مذكور: ص335.

<sup>246</sup> - أبو زهرة: ص278.

<sup>247</sup> - تأكد المهر بالخلوة يختلف فيه الفقهاء، وهو يتأكد قانوناً بحسب نص المادة 19/هـ بالدخول أو الوفاة فقط.

أنظر الكاساني: ج2، ص584.

وبحسب نص المادة 45/ج فإنه بعد الدخول أو الخلوة يجب للمرأة المسمى أو مهر المثل، 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 أو 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 وبسبب من جهته، كما لو ارتد هو عن الإسلام، أو ارتكب ما يوجب حرمة المصاهرة، أو أخل بما اشترطته عليه الزوجة من شروط، كي لا يستفيد من فعله غير المشروع، أو من عدم احترامه لشروط العقد<sup>(248)</sup>.

يضاف إلي هذا أن نص المادة 45/ج ينطوي على تعارض مع نصين آخرين من ذات القانون، تناقضاً يصعب معه التوفيق بينها، حيث يتناقض مع نص المادة 19/هـ، ومع نص المادة 16، فنص المادة 45/ج يوجب كل المهر بالدخول الحقيقي أو الخلوة الصحيحة، سواء كان الفسخ سببه من جهة الزوج أو الزوجة، وسواء كان الفسخ قد وقع لخلل في ركن العقد، أو في أحد شروط صحته، أو لاختلال الكفاءة، أو لنقصان المهر عن مهر المثل، 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، وهم الحنفية والحنابلة، قصر ذلك على العقد الصحيح فقط<sup>(249)</sup>.

- نص هذه المادة يتعارض مع نص المادة 19، فنص 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، وأن المهر لا يتأكد إلا بالدخول أو

<sup>248</sup>- شريف العالم: ص244.

<sup>249</sup>- تابع هذه المسألة مفصلة عند عمر عبدالله: ص278-282، الجليدي: ج2، ص36، ابن عابدين: ج2، ص341، ابن قدامة: ج6، ص726.

الوفاة، أي أنه لا يتأكد بالخلوة ولو كان العقد صحيحاً فما بالك لو كان العقد فاسداً، وهذا كان سبب ثانٍ للتناقض<sup>(250)</sup>.

ولا يقف الأمر عند هذا 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 فسادها، وهذا يتعارض مع نص المادة 16 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؟<sup>(251)</sup>.

### المبحث الثالث

#### التعارض بين النصوص المتعلقة بحقوق الأولاد

هذه الحالات من التعارض 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.

##### 1- تكييف الحضانة:

اختلف الفقهاء في شأن تكييف الحضانة، باعتبارها الحق في تربية الطفل ورعايته والقيام بشؤونه في سن معينة<sup>(252)</sup>، أهى حق للحاضنة أم هي حق للمحضون؟ وبحسب التكييف كان يتم تنزيل الأحكام الشرعية للحضانة، إذ يرى جانب فقهي أن الحضانة حق للحاضنة وحدها، مدللين على رأيهم بأن لها الحق في إسقاطها عنها، ولو كانت الحضانة حقاً لغيرها ما سقطت بإسقاطها لها، لأن الإنسان يملك إسقاط حقه لا حق غيره<sup>(253)</sup>، بينما يرى جانب آخر من الفقه أن الحضانة حق للمحضون نفسه، وعلى هذا لا يملك من

<sup>250</sup> - شريف العالم: ص 151، الجروشي والعبار: ج 1، ص 192، الجليدي: ج 2، ص 36.

<sup>251</sup> - الجليدي: ج 2، ص 36، 37، زبيدة: ص 293.

<sup>252</sup> - عمر عبد الله: ص 545.

<sup>253</sup> - المرجع السابق: ص 559.

تقضي مصلحة الصغير أن يكون في حضانتها أن يتمتع عند ذلك، ولذا فالحاضنة تجبر على القيام بها إذا تعينت، بأن لم يوجد غيرها صالحاً للقيام بها<sup>(254)</sup>، ولكن أغلب الفقهاء يرون أن الحضانة يتعلق 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 ثبتت كلها، فإن تعارضت يقدم حق المحضون لأنه أقواها<sup>(255)</sup>، وهذا التكييف يترتب عليه النتائج التالية<sup>(256)</sup>:

- 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 تعيينها، لأنه لا ضرر على الصغير في حال إسقاطها لحقها فيها، لوجود من يحل محلها، إذ تنتقل الحضانة لمن يليها في الترتيب، وهذا ما يراه المالكية، أما الحنفية فيقررون أن الحاضنة لا تجبر على الحضانة في كل الأحوال، بل ينتقل الحق فيها إلي من يليها في الترتيب، ويبدو لنا أن المذهب الحنفي أقرب للقبول، لرعايته لمصلحة المحضون، لأن مصلحته لن تتحقق على الوجه الأكمل مع هذا الإجبار، إذ الغاية من الحضانة هي الرعاية والمودة وتحقيق مصلحة المحضون، وهذا ما قد يعجز عنه من أسقط حقه فيها، فلا مبرر إذاً لإجباره عليها، أو ربما لا يرغب في تحقيقه، وهنا أيضاً - رعاية لمصلحة الصغير - لا داعي لإجباره عليها<sup>(257)</sup>.

- إن خالعت الأم زوجها، وجعلت الحضانة مقابلاً لافتداء نفسها، كان الخلع صحيحاً، ولكنها مع هذا لا تسقط عنها، إذا كان في سقوطها إضرار بالمحضون، فإن لم يلحقه ضرر سقط حق الأم فيها، وعندئذ تنتقل الحضانة إلي من يليها في الدرجة، لأن الأم، وإن ملكت إسقاط حقها، فإنها لا تملك إسقاط حق من يليها في الترتيب<sup>(258)</sup>، بينما يرى المالكية انتقال الحضانة للأب بشرطين:  
أ- ألا يلحق المحضون ضرر.

<sup>254</sup> - ابن جزى: ص 195.

<sup>255</sup> - العجلي: ص 167، شريف العالم: ص 300 وما بعدها، مذكور: ص 466.

<sup>256</sup> - الجليدي: ج 2، ص 271، عمر عبدالله: ص 560، شعبان: ص 614.

<sup>257</sup> - الكاساني: ج 3، ص 455.

<sup>258</sup> - شريف العالم: ص 249، أبو زهرة: ص 334.

ب- أن يكون عند الأب من النساء من تصلح للقيام بالحضانة<sup>(259)</sup>.

- 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 محل الحضانة، لما في ذلك من تفويت لحقها فيها، وإلزام المرضعة غير الحاضنة بإرضاع الصغير في مكان الحضانة، وعند الحاضنة أو في بيتها، ورده إليها مباشرة بعد الإرضاع، ولكن القانون يرى في المادة 18/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 في هذا القانون أن الحضانة حق للمحضون، وهذا ما تنطبق به عبارات نصوصه، وذلك كما يلي:

- للمحكمة ألا تنقيد 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 بحضانتها (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 حضانتها، 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 نصوص أخرى تنطق أو يستنتج منها أن الحضانة حق للحاضنة ومنها:

- إن افترق الزوجان فالحضانة تعود للأم ثم للأمها ( 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 إلي أن الحضانة حق مشترك بين المحضون والحاضنة، مع تقديم حق المحضون على غيره عند التعارض، وإذا كان يجب أحياناً مراعاة حق الأب في رؤية أبنائه بعد الفرقة بين الزوجين فهذا لا يجعل له حقاً في حضانتهم، بل ينبغي على الحاضنة ممارسة حقها في الحضانة دون تعسف، ودون قصد الإضرار 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 فيمن سبقه 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 شرعي صريح يحكم المسألة<sup>(260)</sup>.
- 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 الحنفية 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<sup>(261)</sup>، وكل هذه الأقوال لا سند لها من الكتاب أو السنة، لأن 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<sup>(262)</sup>، 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<sup>(263)</sup>، وبذا وجب عدم سماع دعوى النسب إذا أتت المرأة بولد بعد سنة من غيبة زوجها أو طلاقها 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، سيما بعد وفاتهم، وفي هذا من الفساد ما لا يخفى<sup>(264)</sup>، 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 قرر 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، أيًا كانت مدة الحمل التي وُلد بعدها.

<sup>260</sup> - عمر عبد الله: ص 520.

<sup>261</sup> - 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.

<sup>262</sup> - شعبان: ص 559، شريف العالم: ص 272.

<sup>263</sup> - عمر عبد الله: ص 521.

<sup>264</sup> - شعبان: ص 560.

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 رأى ذوى 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 توفى أزواجهن، فادعين الحمل منهم بعد الوفاة بسنين عديدة، وهذا النص ينقض هذه الحكمة من أساسها.

## الخاتمة

ها قد فرغنا بفضل المولى عز وجل من إبداء ما ظهر لنا من ملاحظات حول تعارض بعض نصوص القانون رقم 10 لسنة 1984م مع بعضها الآخر، ومع كل ما قلناه، مما قد يوحي بأننا اجتهدنا في بيان عيوب هذا القانون وأغفلنا ما له من محاسن، فالأمر في حقيقته على خلاف ذلك، إذ يكفيه فخراً أن معاييه عُدَّت وحُصرت، فهو من القوانين الليبية ذات الأساس الشرعي القليلة التي صمدت أمام معاول التعديل والإلغاء، إذ بعد أكثر من ثلاثين سنة من التطبيق لا يزال صامداً في وجهها، 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 يقتضي 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 1984م برمته، لتحقيق الأهداف المنوه عنها هنا.

- كل هذه الملاحظات لا تقلل من حسن صياغة القانون، وهي بذاتها قابلة للنقد والأخذ والرد، إذ لا يقبل أن نبيح لأنفسنا نقد قانون، صدر بعد دراسات أُستفيد منها في صياغته، وتناولته أياد متخصصة بالبناء، ونحجب هذا الحق عن غيرنا، بدعوى جدوى أو سلامة ما أبديناه من ملاحظات، أو ما وجهناه لنصوصه من دعاوي التعارض والتضارب، فالقصور قد يكون من قبلنا في فهم هذه النصوص أو العجز عن تبين الحكمة التشريعية أو الغاية التي تغياها المشرع، فكان توافقا 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

د . سعد خليفة العبار

**عضو هيئة التدريس بقسم الشريعة الإسلامية**

**كلية الحقوق – جامعة بنغازي**

## قائمة المصادر

### أولاً الكتب القديمة:

- ابن جزئ (محمد بن أحمد): قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، 1968م، دار العلم للملايين، بيروت.
- ابن حزم (علي بن أحمد): المحلى، ط1، 1355هـ، إدارة الطباعة المنيرية، مصر.
- الدسوقي (محمد عرفة): حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية، مصر.
- ابن رشد (محمد بن أحمد): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت.
- الشاطبي (إبراهيم بن موسى): الموافقات في أصول الشريعة، ط2، 1975م، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
- الشربيني (محمد الخطيب): مغني المحتاج إلي معرفة ألفاظ المنهاج على متن المنهاج ليحيى بن شرف النووي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1958م، مصر.
- الشيرازي (إبراهيم بن علي): المذهب في فقه الإمام الشافعي، ومعه النظم المستعذب في شرح غريب المذهب، لمحمد بن بطلال الركبي، شركة مكتبة أحمد بن سعد نبهان، اندونيسيا.
- ابن عابدين (محمد أمين): رد المحتار على الدر المختار "حاشية ابن عابدين"، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ابن قدامة (عبد الله بن أحمد): المغني على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقى، مكتبة الجمهورية العربية ومكتبة الكليات الأزهرية، مصر.
- الكاساني (علاء الدين أبي بكر بن مسعود): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش، ط3، 2000م، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الميداني (عبد الغني الغنيمي): اللباب في شرح الكتاب على المختصر المشتهر باسم الكتاب لأحمد محمد القدوري، ط4، 1991م، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، حمص- بيروت.
- الهذلي (جعفر بن الحسن): شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري، 1978م، دار مكتبة الحياة، بيروت.

- ابن الهمام (محمد بن عبد الواحد السيواسي): شرح فتح القدير، وبهامشه شرح العناية على الهداية، لمحمد بن محمود البابرتي، وحاشية سعدي جلبي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.

## ثانياً الكتب الحديثة:

- بدران (بدران أبو العينين): الزواج والطلاق في الإسلام، 1967م، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.

- الجروشي (سليمان محمد)، العبار (سعد خليفة): شرح قانون الأحوال الشخصية الليبي، ط1، 2009م، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية.

- الجليدي (سعيد محمد): أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، 1993م، منشورات كلية القانون، جامعة ناصر.

- أبو زهرة (محمد): الأحوال الشخصية، ط3، 1957م، دار الفكر العربي، القاهرة.

- شريف العالم (عبد السلام محمد): قانون الزواج والطلاق رقم 10 لسنة 84 وأسانيده الشرعية، ط1، 1990م، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي.

- شعبان (زكي الدين): الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ط5، 1989م، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي.

- العبار (سعد خليفة): ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة، دراسة فقهية مقارنة، ط1، 1999م، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي.

- عبد الله (عمر): أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ط3، 1961م، دار المعارف، مصر.

- العطار (عبد الناصر توفيق): خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، 1976م، مطبعة السعادة، مصر.

- العقيلي (أحمد خليفة): الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ط1، 1990م، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراتة.

- مذكور (محمد سلام): الوجيز لأحكام الأسرة، 1978م، دار النهضة العربية، القاهرة.