

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

## مجلة كلية الحقوق – جامعة المنيا

### دورية علمية محكمة

### تصدر عن كلية الحقوق – جامعة المنيا

### المشرف العام ورئيس التحرير

### الأستاذ الدكتور/ حسن سند

### عميد الكلية

### مدير التحرير

### الأستاذ الدكتور/ حشمت محمد عبده

### أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد

### ووكيل الكلية لشئون الدراسات العليا والبحوث

### المسؤول التنفيذي

### أ/ ابرام محسن ظريف

### المجلد الخامس - العدد الأول – يونيو ٢٠٢٢م

# هيئة التحرير

## المشرف العام

عميد الكلية

الأستاذ الدكتور / حسن سند

## مستشارو التحرير:

السيد الدكتور / حماده حسن محمد

السيد الدكتور / جمال عاطف عبد الغني

السيد الدكتور / رجب محمود زكي احمد

## مدير التحرير

الأستاذ الدكتور / حشمت محمد عبده

أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد

ووكيل الكلية لشئون الدراسات العليا والبحوث

## كلمة افتتاحية للمجلد الخامس – العدد الأول

من مجلة كلية الحقوق – جامعة المنيا

بسم الله الرحمن الرحيم.. وعلى بركته وحسن توفيقه  
نستفتح العدد الأول من المجلد الخامس لمجلة كلية الحقوق –  
جامعة المنيا.

تحية احترام وتقدير لجميع الباحثين والذين ما فتئوا  
يساهمون بجهودهم لكي تصبح مجلة كلية الحقوق – جامعة المنيا  
من حسن الى أحسن.

لقد نجحت المجلة والله الحمد في الحصول على تقييم عالي  
هذا العام من المجلس الأعلى للجامعات، حيث حصلت على ٦.٥  
من ٧.

وأصبحت والله الحمد مرجعاً للباحثين في شتى المجالات ولا  
زلنا نطمح في المزيد من التطور والرقى العلمي.

وفي هذا الصدد نهيب جميع الباحثين مواصلة اثراء المجلة  
ببحوثهم العلمية من أجل رقي الأمم ونهضتها.

نسأل الله أن يتقبلها وينتفع بها ويبارك الجهود...

حفظ الله مصر وشعبها..

أ.د/ حسن سند

عميد الكلية ورئيس التحرير

## اللائحة الخاصة بقواعد النشر بمجلة كلية الحقوق - جامعة المنيا

تشرط المجلة مجموعة من المواصفات التي يجب توافرها في الأبحاث المقدمة

وهي:

- إلا يزيد حجم البحث عن ١٠٠ صفحة بحجم A4 على ان تكون الهوامش ٣ سم من كافة الجوانب، ويمكن قبول الأبحاث التي تصل إلى حد أقصى ١٢٠ صفحة إذا رأت لجنة التحكيم ان موضوع البحث يقتضي ذلك، على ان يتحمل الباحث رسوم طباعة إضافية مقابل قدرها مئتان جنيه، وذلك بعد قبول البحث للنشر.
- يجب ان يحتوي البحث على مقدمة توضح موضوع البحث وأهميته والمشكلة التي يتعرض لها والفراغ الذي من شأن البحث أن يملأه في الأدبيات ذات الصلة، أما الموضوع نفسه فيجب أن يتم طرحه باستخدام طريقة أو طرق عملية منهجية منطقية وواضحة.
- يجب ان يحتوي البحث على المحتويات الآتية: عنوان البحث بشرط ألا يزيد عن ٣٠ كلمة، كلمات دالة مفتاحية لا تزيد عن ١٠ كلمات، ملخص للبحث فيما لا يزيد عن ١٠٠٠ كلمة، قائمة المراجع، قائمة الصور والأشكال والرسوم التوضيحية إن وجدت مرقمة وفقاً لما جاء بالبحث.
- أن تحتوي الصفحة الأولى على جميع البيانات الخاصة بالباحث أو الباحثين القائمين بإعداد البحث وتتضمن: "الاسم الثلاثي، الوظيفة الحالية، اسم الجامعة، التليفون، عنوان المراسلة، البريد الإلكتروني حتى يمكن التواصل معه".
- تقع المسؤولية على الباحث في الحصول على تصريح باستخدام مادة علمية لها حق الطبع وهذا يشمل النسخ المصورة من مواد نشرها من قبل.
- في حالة الاستعانة بمعلومة، أو جدول، أو شكل، أو صورة من أي مصدر آخر (سواء أكان مطبوعاً أم إلكترونياً) فإنه يجب الإشارة سواء في النص أو في الحواشي إلى ذلك المصدر، أما في حال الاقتباس الحرفي فيجب إضافة الإشارة إلى مصدره - أن يوضع ذلك الاقتباس بين علامتي تنصيص.
- عدم الإشارة إلى المصادر التي تمت الاستعانة بها أو الاقتباس منها يعد اعتداء (Plagiarism) على الملكية الفكرية الخاصة بآخرين، وهو ما قد يؤثر سلباً على المصداقية والسمعة العلمية لصاحب البحث، شبكة المعلومات.

الترقيم الدولي: ISSN 2537 – 056X | الترقيم الإلكتروني: Online ISSN 2786 - 0043

- لا يصح الاعتماد على مصادر غير معترف بها أكاديمياً مثل: الموسوعات والمنتديات المنتشرة على شبكة المعلومات الدولية.
- يتبع أسلوب "The Chicago Manual of Style – Humanities Style" في توثيق المراجع.
- يراعي استخدام برنامج الكتابة MS Word خط ١٤ Simplified Arabic في كتابة البحث، وخط ١٢ Times New Roman في كتابة الهوامش، على حجم ورق A4 على ان تكون الهوامش ٣ سم من كافة الجوانب.
- يجب ان تكون المسافة بين الأسطر – سواء في النص أو الحواشي – مفردة ( Single spaced) كما يجب إلا تترك مسافات زائدة بين الأسطر في أي من أجزاء البحث.
- يجب ان يكتب العنوان الرئيسي بخط سميك (Bold)، وكذلك يجب إلا تكتب العناوين بحروف مائلة أو يوضع تحتها آية خطوط، كما لا يفضل أن يسبق العناوين (سواء رئيسية أو فرعية) آية أرقام، وألا يتبعها آية علامات ترقيم (مثل النقطتان الرأسيتان والشرطة: -).
- يراعى عدم استخدام أنماط متعددة أو خطوط مختلفة الحجم.
- يجب أن يتم تسليم الأبحاث للمجلة بمدة شهرين على الأقل قبل تاريخ صدور العدد المراد النشر فيه، وتقدم نسخه من الأبحاث على أسطوانة مدمجة (CD)، USB Flash Disk أو عبر البريد الإلكتروني وكذلك نسخه مطبوعة على ورق A4 (من وجه واحد)، وذلك إما بتسليمه بمقر المجلة بكلية الحقوق – جامعة المنيا أو إرساله بالبريد على العنوان التالي: مجلة كلية الحقوق – كلية الحقوق – جامعة المنيا، مدينة المنيا – المنيا. ويقوم السيد مدير التحرير بتلقي الأبحاث.
- بعد استلام البحث من قبل إدارة المجلة، يخضع لفحص مبدئي بمعرفة هيئة التحرير والتي تأخذ قرارها بتمريه بصورة سرية (دون ذكر هوية المؤلف) إلى المحكمين المناسبين وفقاً للموضوع الذي يتناوله البحث مع مراعاة ان يكون أحد المحكمين من داخل الجامعة والآخر من خارجها. هذا ومن حق هيئة التحرير الرجوع إلى الباحث لإجراء بعض التعديلات الضرورية عليه قبل إرساله إلى المحكمين، ويمكنها أيضاً عدم قبول البحث نهائياً إذا رأت ذلك.
- في حالة القبول المبدئي للبحث، تقوم هيئة التحرير بتحديد أسماء المحكمين اللذين سيقومان بتقييمه وكتابة التقرير النهائي عنه (عاده ما يستغرق عمل المحكمين مده لا تزيد على الشهر). تأتي عملية التحكيم بوحدة من ثلاث نتائج: إما قبول البحث للنشر بدون تعديلات، وإما قبوله مع إجراء تعديلات، وإما الاعتذار عن عدم قبوله. في الحالة الثانية (قبول البحث بتعديلات) يتم إرساله للباحث لإجراء التعديلات التي حددها المحكمين. ولا يكون مسموحاً للباحث في هذه

- المرحلة ان يقوم بأية تعديلات تتضمن إضافة أو حذف بخلاف ما قرره المحكمون. على المؤلف ان يقوم بإجراء تلك التعديلات في مده لا تتجاوز الأسبوعين.
- اذا قبل احد المحكمين البحث ورفضه المحكم الثاني، يحال البحث لاحد أعضاء اللجنة العلمية في تخصص البحث للبت في قبول البحث أو رفضه.
- في هذه المرحلة، يختار المؤلف الوسيلة المناسبة له لاستلام البحث وتسلمه: وذلك أما بقدمه شخصياً لمقر المجلة بكلية الحقوق – جامعة المنيا – محافظة المنيا، أو أن تقوم هيئة التحرير بإرسال البحث له عن طريق البريد الإلكتروني.
- بعد إجراء التعديلات من قبل المؤلف، تقوم هيئة التحرير بمراجعة ذلك للتأكد من ان كافة التعديلات قد أخذت بالاعتبار على نحو مرض، ثم يرسل البحث للمدقق اللغوي الذي يستغرق عمله ما لا يزيد عن أسبوعين.
- تخضع الأبحاث بعد ذلك لمرحلة أخيرة من التدقيق والمراجعة بمعرفة هيئة التحرير، يتم خلالها التأكد من خلو الأبحاث من أية أخطاء لغوية أو إملائية، وكذا التأكد من أن جميع المقالات بالعدد المنتظر صدوره مطابقة للمواصفات الخاصة بالمجلة. بعد ذلك يتم تحويل المقالات إلى أعمده ثم تحفظ بصيغة ال PDF وذلك لإرسالها للمطبعة. تستغرق مرحلة الإخراج النهائي هذه مده تتراوح ما بين أسبوعين إلى ثلاثة، وهي نفس المدة تقريبا التي تستغرقها مرحلة الطباعة.
- تنشر الأبحاث حسب أسبقية الموافقة على نشرها.

## المحتوي

الصفحة	الموضوع	م
من ١ إلى ٤٢	الصكوك السيادية كأداة مالية في التشريع المصري مقدم إلي كلية الحقوق قسم القانون العام (اقتصاد ومالية) الدكتور/ جهاد مغاوري شحاته محمد دكتوراه في القانون - كلية الحقوق - جامعة حلوان	١
من ٤٣ إلى ٦٨	التطور التاريخي للعقود الإدارية التي تبرمها الدولة وأجهزتها المختلفة مقدم إلي كلية الحقوق قسم القانون العام (إداري) أ.د/ جابر جاد نصار أستاذ ورئيس قسم القانون العام عميد كلية الحقوق - جامعة القاهرة ورئيس جامعة القاهرة الأسبق الباحث/ أحمد طه سعيد السيد باحث دكتوراه بكلية الحقوق - جامعة القاهرة	٢
من ٦٩ إلى ٩٨	مبدأ تقيد المحكمة الجنائية بالاثام مقدم إلي كلية الحقوق قسم القانون الجنائي أ.د/ شريف كامل أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائي - كلية الحقوق - جامعة القاهرة ووكيل الكلية للدراسات العليا والبحوث الباحث/ مصطفى احمد بهجت كامل الشال باحث دكتوراه كلية الحقوق - جامعة القاهرة	٣
من ٩٩ إلى ١٢٤	الالتزام بضمان سلامة الراكب في النقل بالسكك الحديدية "دراسة مقارنة" مقدم إلي كلية الحقوق قسم القانون التجاري أ.د/ حمد الله محمد حمد الله أستاذ القانون التجاري - كلية الحقوق - جامعة أسيوط الباحث/ احمد على احمد مرسى باحث دكتوراه كلية الحقوق - جامعة أسيوط	٤

## المحتوي

الصفحة	الموضوع	م
من ١٢٥ الي ١٤٨	القيود القانونية التي تحكم إبرام العقد الإداري مقدم إلي كلية الحقوق قسم القانون العام (إداري) أ.د/ جابر جاد نصار أستاذ ورئيس قسم القانون العام عميد كلية الحقوق - جامعة القاهرة ورئيس جامعة القاهرة الأسبق الباحث/ أحمد طه سعيد السيد باحث دكتوراه بكلية الحقوق - جامعة القاهرة	٥
من ١٤٩ الي ١٦٦	ضوابط سلطة المحكمة الجنائية في تغيير وصف التهمة والاستثناءات الواردة عليها مقدم إلي كلية الحقوق قسم القانون الجنائي أ.د/ شريف كامل أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائي - كلية الحقوق - جامعة القاهرة ووكيل الكلية للدراسات العليا والبحوث الباحث/ مصطفى احمد بهجت كامل الشال باحث دكتوراه كلية الحقوق - جامعة القاهرة	٦
من ١٦٧ الي ٢٠٤	تحديات التحول الى الاقتصاد الرقمي في مصر "دراسة مقارنة" مقدم إلي كلية الحقوق قسم القانون العام (اقتصاد ومالية) الدكتور/ جهاد مغاوري شحاته محمد دكتوراه في القانون - كلية الحقوق - جامعة حلوان	٧
من ٢٠٥ الي ٢٨٢	ملائمات قانون الأحوال الشخصية في قضايا الخطبة والزواج للراجح من مذهب الحنفية مقدم الي كلية الحقوق قسم الشريعة الإسلامية أ.م.د/ حشمت محمد عبده سيد أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد ووكيل الكلية لشئون الدراسات العليا والبحوث	٨

بمحرر بعنوا

ملائمات قانون الأحوال الشخصية  
في قضايا الخطبة والزواج  
للراجح من مذهب الحنفية

مقرر إلى

كلية الحقوق - جامعة المنيا

قسم الشريعة الإسلامية

أ.م.د / حشمت محمد عبده سيد

أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد

وكيل الكلية لشئون الدراسات العليا والبحوث

كلية الحقوق - جامعة المنيا

**المستخلص:**

أخذ المشرع المصري في آخر التطورات التشريعية فيما يخص قانون الأحوال الشخصية بمذهب أي حنيفة أو الراجح من بين أقوال الحنفية في مذهبهم. وهذا الأمر ربما يضيق واسعا أو يحجره، فالإلزام بمذهب معين في عنت وتضييق فربما كان الراجح في المسألة في مذهب آخر مما يجعل اللجوء إليها ديانة وقضاء أمر محتما. لذلك جاء هدف البحث الرئيس ليكشف عن ملائمة المذهب لقانون الأحوال الشخصية واستخدم المنهج الاستقرائي والتحليلي والمقارن؛ لدراسة وتطبيق بعض المسائل والنظر إليها من زوايا المذهب الحنفي والمذاهب الأخرى ومقارنتها بقانون الأحوال الشخصية المصري من أجل الوقوف على مقدار الملائمة بين القانون والواقع والراجح من مذهب الحنفية. وجاءت نتائج البحث لتؤكد على حاجة قانون الأحوال الشخصية الى مزيد من الضبط الفقهي والقانوني وإجراء التعديلات لمصلحة الفرد والمجتمع حتى تتماشى مع روح العصر ومقاصد الشريعة.

**الكلمات المفتاحية:**

الأحوال الشخصية، الهدايا، تزويج الفتاة الصغيرة.

## The appropriateness of the Personal Status Law in cases of engagement and marriage for the most correct of the Hanafi school

### Abstract:

The Egyptian legislator has adopted the latest legislative developments regarding the Personal Status Law according to the Hanafi school of thought or the most prevalent among the Hanafi sayings in their school of thought.

This matter may narrow or restrict the scope, as the obligation to follow a specific school of thought is a burden and a restriction, as the prevalent opinion in the matter may be in another school of thought, which makes resorting to it religiously and judicially an inevitable matter.

Therefore, the main objective of the research came to reveal the suitability of the school of thought to the Personal Status Law and used the inductive, analytical and comparative approach; to study and apply some issues and look at them from the perspectives of the Hanafi school of thought and other schools and compare them with the Egyptian Personal Status Law in order to determine the extent of suitability between the law and reality and the most prevalent opinion of the Hanafi school of thought.

The results of the research came to confirm the need for the Personal Status Law to have more jurisprudential and legal control and to make amendments for the benefit of the individual and society so that it is in line with the spirit of the age and the objectives of Sharia.

### Key Words:

Personal status, gifts, marriage of a young girl.

## مقدمة:

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ نَحْمَدُهُ وَتُسْتَعِينُهُ وَتَسْتَغْفِرُهُ وَتُسْتَهْدِيهِ، وَنَسْتَرْضِيهِ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ وَصَفِيَّهُ مِنْ خَلْقِهِ وَحَبِيبِهِ.

أما بعد

كَانَ الْمَذْهَبُ الْحَنْفِيُّ مَمَكَّنَ السُّلْطَانَ فِي مِصْرَ عَلَى مَدَى طَوِيلٍ بِمَقْدَارِ تَمَكُّنِ الْعَبَّاسِيِّينَ مِنْ حَكْمِ مِصْرَ حَيْثُ كَانَ مَذْهَبُهُمُ الْمَعْتَمَدَ، وَمَعَ ذَلِكَ كَانَ لِلْمَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ وَالْمَالِكِيِّ سُلْطَانٌ فِي الشَّعْبِ مِنْ نَاحِيَةِ الْإِنْتِشَارِ الْعِلْمِيِّ وَالْمَعْرِفِيِّ، لِأَنَّ الْإِمَامَ الشَّافِعِيَّ أَقَامَ بِمِصْرَ آخِرَ حَيَاتِهِ وَدَفِنَ بِهَا، وَكَانَ لِلْإِمَامِ مَالِكٍ تَلَامِيذٌ كَثِيرُونَ بِمِصْرَ مِنْذُ انْتِشَارِ الْمَذْهَبِيَّةِ، وَبِسَبَبِ هَذَا كَانَ فِي عَهْدِ الدَّوْلَةِ الطُّوْلُونِيَّةِ وَلِإِخْشِيدِيَّةِ قِضَاةٍ مِنْ هَذَيْنِ الْمَذْهَبِيَّينَ مَعَ الْقَاضِيِ الْحَنْفِيِّ وَكَانَتْ رِيَاسَةُ الْقِضَاةِ بَيْنَ هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ عَلَى التَّنَاوُبِ، مَعَ إِنْ مِصْرَ كَانَ فِيهَا مِنْ الْأُئِمَّةِ أَصْحَابُ الْمَذَاهِبِ الْمَسْتَقِلِّ أَمْثَالُ اللَّيْثِ بْنِ سَعْدٍ وَغَيْرِهِ إِلَّا أَنَّ مَذْهَبَهُمْ قَدْ انْدَثَرَتْ لِعَدَمِ حَمَلِ طُلَابِهِمْ لَهُمْ أَوْ تَبْنِيِ الدَّوْلِ لِمَذْهَبِهِمْ، وَلَمَّا تَوَلَّى الْفَاطِمِيُّونَ أَمْرَ مِصْرَ جَعَلُوا الْمَذْهَبَ الرَّسْمِيَّ هُوَ الْمَذْهَبُ الشَّافِعِيُّ وَالْمَالِكِيُّ وَالشَّافِعِيُّ، وَحَارَبُوا الْمَذْهَبَ الْحَنْفِيَّ؛ لِأَنَّهُ مَذْهَبُ خُصُومِهِمُ الْعَبَّاسِيِّينَ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ فِي الشَّعْبِ مَكَانَةٌ الْمَذْهَبِيَّينَ الْأَوَّلِينَ فَبِغَضُوهِ عَنِ مَحَارِبَتِهِ إِرْضَاءً لِلشَّعْبِ، فَقَدْ كَانَ دَابَّهُمْ وَدِيْدِنِهِمْ سَلُوكَ مِثْلَ هَذِهِ الطَّرِيقِ لِلْوَصُولِ إِلَى الْحُكْمِ وَنَشَرَ مَذْهَبَهُمْ بِتَقْيَةٍ مَعْرُوفَةٍ، وَلَمَّا قَامَتِ الدَّوْلَةُ الْأَيُّوبِيَّةُ بَعْدَ الْفَاطِمِيَّةِ مَكَنَتْ الْمَذْهَبَ الشَّافِعِيَّ وَالْمَذْهَبَ الْمَالِكِيَّ، وَلَمْ تَقْمِ قَائِمَةٌ لِلْمَذْهَبِ الْحَنْفِيِّ فِي أَوَّلِ أَمْرِهَا حَتَّى وُلِيَ نُورُ الدِّينِ الشَّهِيدُ أَمْرَ الشَّامِ، وَكَانَ حَنْفِيًّا الْمَشْرَبَ وَالْمَنْزَعِ.

فَنَشَرَ الْمَذْهَبَ فِي رُبُوعِهِ، ثُمَّ ذَاعَ فِي مِصْرَ بَيْنَ عَامَةِ الشَّعْبِ، وَإِنْ كَانَ فِي ذَلِكَ دُونَ الْمَذْهَبِيَّينَ الْمَالِكِيِّ وَالشَّافِعِيِّ لَمَّا لَهْمَا مِنْ تَارِيخٍ وَسَابِقَةٍ فِي الْإِنْتِشَارِ، وَلَقَدْ كَانَ الْمَذْهَبُ الْحَنْفِيُّ يَدْرُسُ بِالْمَدَارِسِ الَّتِي أَنْشَأَهَا الْأَيُّوبِيُّونَ، وَلَمَّا كَثُرَتْ الْمَدَارِسُ فِي آخِرِ عَهْدِهِمْ ثُمَّ فِي عَهْدِ الْمَمَالِكِ مِنْ بَعْدِهِمْ شَمِلَتْ الدِّرَاسَةَ الْمَذَاهِبَ الْأَرْبَعَةَ وَلَمْ تَخْصِ مَذْهَبًا بَعَيْنَهُ بِالدِّرَاسَةِ دُونَ غَيْرِهِ، وَتَوَجَّهَ الْمَمَالِكِ عَهْدَهُمْ بِأَنْ جَعَلُوا قِضَاةً مِنَ الْمَذَاهِبِ الْأَرْبَعَةِ يَحْكُمُونَ بِالتَّنَاوُبِ فِيمَا بَيْنَهُمْ.

وَلَمَّا حَكَّمَ الْعُثْمَانِيُّونَ حَصَرُوا الْقِضَاةَ فِي الْمَذْهَبِ الْحَنْفِيِّ، لِأَنَّهُ مَذْهَبُهُمْ، فَسَاعَدَ هَذَا عَلَى انْتِشَارِ الْمَذْهَبِ وَتَعَلَّمَهُ فِي عَامَةِ الْأَقْطَارِ الْإِسْلَامِيَّةِ. وَلَمْ يَزَلِ الْأَمْرُ كَذَلِكَ إِلَى الْيَوْمِ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْبِلَادِ، بِيَدِ أَنَّهُ قَدْ أَخَذَ الْاِقْتِبَاسَ مِنَ الْمَذَاهِبِ الْأُخْرَى فِي الْأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ، وَالْوَقْفِ، وَالْمَوَارِيثِ، وَالْوَصَايَا، وَهِيَ الْمَسَائِلُ الَّتِي بَقِيَ الْقِضَاةُ فِيهَا عَلَى مَقْتَضَى أَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ دُونَ سِوَاهَا فِي تِلْكَ الْبِلَادِ.

أَمَّا أَحْكَامُ الْعِلَاقَاتِ الْمَدْنِيَّةِ الْأُخْرَى غَيْرَ الْمَسَائِلِ الشَّرِيعِيَّةِ: كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ، وَالضَّمَانِ، وَالْكَفَالَةِ،

والحوالة، والرهن، والأمانات، والودائع، والهبة، والإتلاف، والحجر، والشفعة، والشركات؛ فقد ظلت الدولة العثمانية تطبق فيه الفقه الإسلامي على المذهب الحنفي وإن كانت قد نظمت ذلك فيما يسمى "مجلة الأحكام الشرعية" وأخذت البلاد التابعة للدولة العثمانية بأحكام المجلة في محاولة جديدة لتقنين القوانين الشرعية وبسطها على الولايات المختلفة التابعة للدولة العثمانية.

ومنذ حكم محمد علي مصر اقتصر القضاء في آخر الأمر على المذهب الحنفي على سبيل الحصر، وصار له السلطان الأول، بل الأوحد في الدولة وكان القضاء يقضى بهذا المذهب في كل الوقائع المعروضة سواء أكان ذلك يتعلق بنظام الأسرة أم في الأحوال المدنية المختلفة أم يتصل بمعاملات الناس بعضهم مع بعض أو غير ذلك. ولقد تواردت بعض القوانين الأوربية على مصر منذ الاتصال الحضاري الغربي الشرقي بأي نوع سواء بالقهر أو التبادل المعرفي أو الغزو الفكري والثقافي.

فلما انفصلت مصر عن الخلافة العثمانية؛ فقد استنكف حاكمها الخديوي إسماعيل باشا عن تطبيق المجلة الشرعية، وترجم القانون المدني الفرنسي الأول "قانون نابليون" وطبقة في بلاده، وكان هذا بداية التقنين الوضعي في أحكام المعاملات، وما كان الشعب المصري المسلم ليقبل هذا بسهولة، لولا أن الخديوي استخدم بعض العلماء في الكتابة عن ذلك، لبيان أن هذا القانون مستمد من مذهب الإمام مالك.

وصار القضاء بها معمول به متواتر عليه، وصارت هي مصدر الزواجر الاجتماعية وتنظيم الدولة في غالب شؤونها، إلا أنه ومنذ ذلك الحين اقتصر العمل بمذهب أبي حنيفة على شئون الأسرة دون غيرها من باقي المعاملات، سواء أكان في الزواج أم في توزيع الثروة أو ما يقارب ذلك، ولذلك صار العمل بالمذهب الحنفي في الزواج والولاية والهبات والوصايا والأوقات والموارث هو السائد والمعمول به<sup>١</sup>.

ولمّا كانت مواد قانون الأحوال الشخصية والموارث المصري والمعمول به على وفق مذهب الإمام أبي حنيفة مستمدة من الشريعة الإسلامية الغراء؛ كان لا بد من دراسة التعديلات التي أُجريت على قانون الأحوال الشخصية المصري؛ لبيان مدى اتقاقها وانسجامها مع أحكام الشريعة الإسلامية وبيان الحاجة والداعي لإجراء مثل هذه التعديلات؛ فأحببت أن أسلط الضوء على هذه المخالفات والتعديلات لإيضاحها من خلال هذه الدراسة المتواضعة؛ لهذا كله قمت بتقديم هذه الدراسة المسماة "ملائمات قانون الأحوال الشخصية في [قضايا الخطبة والزواج] للراجح من مذهب الحنفية".

### وذلك للأسباب الآتية:

١. إن موضوعها من منطلق أهميته انه يتعلق باللبنة الأساسية للمجتمع وهي الأسرة التي إذا اختل توازنها

(١) انظر: الأحوال الشخصية، الشيخ محمد أبو زهرة، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م، ص ٨، تاريخ

التشريع الإسلامي: مناع بن خليل القطان (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، مكتبة وهبة ط، ٥، ٢٠٠١م ص ٣٤٢

- أختل توازن المجتمع ولا شك في ذلك فهي الحاضنة الأولى ومرتكز التنشئة الاجتماعية الأول.
٢. إبراز مدى موافقة أو مخالفة القانون المطبق الحالي لمذهب الإمام أبي حنيفة والأئمة الأربعة ورعاية مقاصد الشريعة الإسلامية من عدمه والوقوف على مرونة المذهب الحنفي في قضايا الأسرة.
٣. إبراز قيمة قانون الأحوال الشخصية في تحقيق العدالة الاجتماعية للأفراد وقدرته على صيانة الجماعة والمجتمع من الانحراف أو الجنوح أو التشتت.
٤. بيان الراجح من المذاهب الفقهية المختلفة في مسائل وقضايا الأسرة المطروحة على طاولة الدراسة والبحث قبل تعديل القانون وبعده والموازنة بينهما.
٥. الإمام بدي صلاحية وملائمة المذهب الحنفي وقدرته على استيعاب نوازل ومستجدات الواقع المعاصر لا سيما في ظل العولمة والتقنيات الحديثة وانتشار المشكلات الأسرية بشكل يشبه الوباء.
٦. جمع وتضمين البحث لمتفرقات القواعد القانونية في المسائل الشرعية وتعديلاتها المختلفة في ملاحق الدراسة.

### ثانياً: منهج الدراسة وخطواتها:

تتوعت المناهج المستخدمة في الدراسة بين التحليلي الاستنباطي والمنهج المقارن على النحو التالي:

لقد استخدمت المنهج التحليلي الاستنباطي؛ لبيان ما خالف فيه قانون الأحوال الشخصية الراجح من المذهب الحنفي، واستخدمت المنهج التحليلي لتحليل تلك المفردات واستخلاص وجه المخالفة، ثم استخدمت المنهج المقارن لمقارنة هذه المخالفات بين الفقه الحنفي وقانون الأحوال الشخصية.

### ثالثاً: خطة الدراسة:

قسمت الدراسة إلى مقدمة وتمهيد وفصلين وخاتمة، جاء في المقدمة أهمية الموضوع، وأسباب الدراسة، ومنهج الدراسة، وخطة الدراسة.

- الفصل التمهيدي: التعريف بمصطلحات البحث
- المبحث الأول: تعريف الراجح وحكمه
- المبحث الثاني: تطبيق الراجح في المذهب الحنفي.
- المبحث الثالث: مدى ملائمة قانون الأحوال الشخصية للراجح من المذهب الحنفي
- المبحث الرابع: تشريعات الأحوال الشخصية النافذة في مصر
- الفصل الأول: ملائمة قانون الأحوال الشخصية في قضايا الخطبة للراجح من مذهب الحنفية
- الفصل الثاني: ملائمة قانون الأحوال الشخصية في قضايا الزواج للراجح من مذهب الحنفية
- النتائج والتوصيات.

– الفهارس.

## الفصل التمهيدي

### التعريف بمصطلحات البحث

- ينقسم الفصل إلى أربعة مباحث وهم:
- المبحث الأول: تعريف الراجح وحكمه
  - المبحث الثاني: تطبيق الراجح في المذهب الحنفي.
  - المبحث الثالث: مدى مخالفة قانون الأحوال الشخصية للراجح من المذهب الحنفي
  - المبحث الرابع: تشريعات الأحوال الشخصية النافذة في مصر.

## المبحث الأول

### تعريف الراجح

#### أولاً: الراجح لغة

الراجح اسم من الفعل رَجِحَ ويأتي لعدة معاني منها على سبيل المثال:  
 النقل، تقول: رَجِحْتُ بيدي شيئاً: وزنته ونظرت ما ثقله. وأرجحتُ الميزان: أثقلته<sup>١</sup>  
 ورجح في مجلسه يريجج، ثقل فلم يخف<sup>٢</sup> والرجاحة: الحلم، على المثل أيضاً، وهم ممن يصفون  
 الحلم بالثقل كما يصفون ضده بالخفة والعجل<sup>٣</sup>  
 الميل: ترَجَّحت الأرجوحة بالغلّام، أي مالت به. وراجحته فرجحته<sup>٤</sup>، ويقال: رجحت إحدى الكفتين  
 الأخرى أي مالت بالموزون عن الأخرى<sup>٥</sup>.  
 وعلى هذا فتستخدم الكلمة في المعاجم اللغوية للدلالة على الميل إلى شيء وتقويته.

#### ثانياً: الراجح اصطلاحاً

لقد استعمل الأصوليون كلمة الراجح بعدة معاني على النحو التالي:  
 الرّاجِحُ الثُّغويّ وهو التَّمييل والتَّغليب<sup>٦</sup> فجاء الراجح عندهم: عبارة عن فضل أحد المثليين على  
 الآخر، وصفاً، فصار الراجح؛ بناء على المماثلة وقيام التعارض بين مثليين<sup>٧</sup>.

- (١) كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠)، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، (٧٨/٣)، مادة رَجِحَ
- (٢) المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي [ت: ٤٥٨]، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ - ٢٠٠٠ م، (٧٥/٣). مادة رَجِحَ
- (٣) لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: ٧١١)، دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤، (٤٤٥/٢)، مادة رَجِحَ .
- (٤) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة: الرابعة ١٤٠٧ 1987 م، (٣٦٤/١). مادة رَجِحَ
- (٥) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، دار الدعوة، ص ٣٢٩
- (٦) نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: ٧٧٢هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩ م، ص ٣٧٤
- (٧) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي (المتوفى: ٧٣٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، (٧٧/٤).

وَمِنْ مَعَانِي الرَّاجِحِ التَّغْوِي الَّذِي اعْتَمَدَهُ الْأَصُولِيُّونَ هُوَ إِثْبَاتِ الرَّجْحَانِ وَهُوَ الزِّيَادَةُ لِأَحَدِ الْمُثَلِّينِ عَلَى الْآخَرِ صِفَةً، فَلِلْأَصُولِيِّينَ يَسْتَعْمِدُونَ الرَّاجِحَ بِمَعْنَى التَّمْيِيلِ وَالتَّغْلِيْبِ وَالرَّجْحَانِ عَلَى الْغَالِبِ مِنْ اصْطِلَاحِهِمْ.

ولقد اختلف العلماء في بيان المعنى الاصطلاحي للترجيح تبعا لاختلافهم في مسائل أصولية، على اتجاهين مختلفين وآخر جمع بينهما على النحو التالي:

### الاتجاه الأول في تعريف الراجح:

١. ذهب الجمهور من الأصوليين إلى أَنَّ الرَّاجِحَ يُطْلَقُ صِفَةً لِلأُدْبَةِ فَعَرَفُوهُ بِتَعْرِيفَاتٍ مُتَقَارِبَةٍ إِلَى حَدِّ مَا: مِنْ فَضْلٍ، أَوْ إِظْهَارِ فَضْلٍ أَوْ زِيَادَةٍ أَوْ اقْتِرَانٍ أَوْ بَيَانِ رَجْحَانٍ.
٢. يَأْتِي بِمَعْنَى الزِّيَادَةِ: تَعْرِيفُ الزَّرْكَشِيِّ بِأَنَّهُ: "إِظْهَارُ الزِّيَادَةِ لِأَحَدِ الْمُثَلِّينِ عَلَى الْآخَرِ أَصْلًا<sup>٢</sup>
٣. وَبِمَعْنَى إِظْهَارِ فَضْلٍ: مَا قَالَهُ السَّرْحَسِيُّ فِي أَصُولِهِ بِأَنَّهُ: "إِظْهَارُ فَضْلٍ فِي أَحَدِ جَانِبِي الْمُعَادَلَةِ وَصَفًا لَا أَصْلًا<sup>٣</sup>.

٤. وَبِمَعْنَى اقْتِرَانٍ: مَا عَرَفَهُ الْأَمْدِيُّ بِأَنَّهُ: "اقْتِرَانُ أَحَدِ الصَّالِحِينَ لِلدَّلَالَةِ عَلَى الْمَطْلُوبِ مَعَ تَعَارُضِهِمَا بِمَا يُوْجِبُ الْعَمَلَ بِهِ وَإِهْمَالِ الْآخَرِ<sup>٤</sup>".

تعقيب: يؤخذ على هذا التعريف: قوله [أحد الصالحين] فيجعل التعريف غير مانع، حيث أنه يشمل التعارض بين القطعيين والظنيين، وبين القطعي والظني، ومذهبه: لا تعارض بين القطعيات، ولا بين القطعي والظني، وعليه فيكون مخالفا لمذهبه ولما اختاره في باب التعارض.

### الاتجاه الثاني في تعريف الراجح: الراجح فعل المجتهد

- وهذا الاتجاه غلب على تعريفهم للترجيح ألفاظ تدل على فعل المجتهد في مسلكه في الاستنباط والحكم كالتغليب والتقوية وهذا ما سنلاحظه في التعريفات التي منها:

- (١) قواطع الأدلة في الأصول، أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: ٤٨٩هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٩م، (٢/٢٣٨)
- (٢) البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، دار الكتبي، الطبعة: الأولى، ١٤١٤ - ١٩٩٤م، (٨/١٤٥)
- (٣) أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، دار المعرفة - بيروت، (٢/٢٤٩).
- (٤) الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي (المتوفى: ٦٣١هـ)، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - لبنان، (٤/٢٣٩).

- تعريف الجويني<sup>١</sup>: "الترجيح تغليب بعض الأمارات على بعض في سبيل الظن ولا ينكر القول به على الجملة مذکور وقبله منكرو القياس واستعملوه في الظواهر والأخبار."<sup>٢</sup>.
- وعرفه الرازي بأنه هو "تقوية أحد الطرفين على الآخر ليعلم الأقوى فيعمل به وي طرح الآخر"<sup>٣</sup>. لاعتقاد المجتهد صحة التقوية لهذا الطرف وضعف الآخر فمن ثم لا يعول على المرجوح منهما في العمل.
- وعرفه الشوكاني بنفس تعريف الرازي لكنه أبدل الطرفين بالطرفين حيث قال: "تقوية أحد الطرفين على الآخر، فيعلم الأقوى فيعمل به، وي طرح الآخر"<sup>٤</sup>.
- فالتعريفات متقاربة لكن هناك من قال الطرفين، وهناك قال بالطرفين، وهناك من قال بالأمارتين كتعريف المرادوي: "تقوية إحدى الأمارتين على الأخرى بدليل فيعلم الأقوى فيعمل به"<sup>٥</sup>.
- تعقيب:** لكن يؤخذ على هذه التعاريف أنها لم تذكر كلمة "المجتهد" مع أنه أهم الأركان المؤثرة في معنى الراجح، ولأنه يدخل في التعريف - بدون ذكر المجتهد - تقديم أحد الدليلين، ولو لم يكن المقدم مجتهدا ومن أهل الراجح، مع أن ذلك لا يسمى ترجيحا عند الأصوليين ولا اعتداد عندهم بمثل هذا التقديم

- (١) هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن يوسف بن محمد العلامة إمام الحرمين ضياء الدين أبو المعالي بن الشيخ أبي محمد الجويني رئيس الشافعية بنيسابور مولده في المحرم سنة عشرة وأربعمئة وثقفه والده وأتى على جميع مصنفاته وتوفي أبوه وله عشرون سنة فأقعد مكانه للتدريس فكان يدرس ويخرج إلى مدرسة البيهقي حتى حصل أصول الدين وأصول الفقه على أبي القاسم الإسفراييني الإسكافي، انظر: طبقات الشافعية، لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الشهبي الدمشقي، تقي الدين ابن قاضي شهبة (ت: ٨٥١هـ)، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب - بيروت، ط١، ١٤٠٧ هـ، ج١/٢٥٥
- (٢) البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ)، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، (١٧٥/٢).
- (٣) المحصول، لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، (٣٩٧/٥).
- (٤) إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق - كفر بطننا، قدم له: الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور، دار الكتاب العربي، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م، (٢٥٧/٢).
- (٥) التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد - السعودية / الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ - ٢٠٠٠ م، (٤١٤/٨).

في ابتناء الأحكام الشرعية عليه<sup>١</sup> .  
وقولهم " ليعلم الأقوى " قيد زائد لا حاجة إليه فلم يضيف جديداً ، لأن المجتهد لو لم يعلم أنه أقوى لا يقدمه على معارضة الآخر، ومن جودة التعريف أن يسان من الحشو والزوائد التي لا تثمر جديداً.

### الاتجاه الثالث الجمع بين الاصطلاحين:

وقد سلكه بعض العلماء كالتفتازاني حيث عرف الراجح بأنه بيان الرجحان أي القوة التي لأحد المتعارضين على الآخر، وهذا معنى قولهم: هو اقتران الدليل الظني بأمر يقوى به على معارضته واشترط أن يكون تابعاً حتى لو قوي أحدهما بما هو غير تابع له لا يكون رجحاناً<sup>٢</sup>.

لكن يؤخذ عليه أنه يذكر ثمرة الراجح، كما أن التعبير بالمتعارضين عام يشمل المتعارض الواقع بين ظنيين أو قطعيين أو قطعي وظني مع أن الشافعية ومن نهج نهجهم يرون عدم وقوع التعارض إلا في الظنيين، وعليه فالتعريف غير مانع لأنه شامل لغير أفراد المعرف<sup>٣</sup>.

ويمكن تعريف الراجح: أنه تقديم المجتهد لأحد الدليلين المتعارضين في الظاهر وذلك لاختصاصه بقوة الدلالة؛ مما ينتج عنه اختيار أو حكم في مسألة.

### العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي:

يلاحظ أن العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للترجيح هي العموم والخصوص، وذلك لأن الراجح يطلق في اللغة على الثقل والميلان والتغليب والتقوية وهو معنى واسع يتعدى معناه الاصطلاحي، بينما هو خاص في اصطلاح الأصوليين ببيان قوة أحد الدليلين أو إظهاره على الآخر بما يوجب رجحانه.

(١) التعارض والترجيح عند الأصوليين ، وأثرهما في الفقه الإسلامي: محمد إبراهيم محمد الحفناوي ، دار الوفاء للطباعة والنشر ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م ، ص ٢٨٠

(٢) شرح التلويح على التوضيح: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى: ٧٩٣هـ)، مكتبة صبيح بمصر ، (٢٠٦/٢)

(٣) التعارض والترجيح عند الأصوليين ، محمد إبراهيم محمد الحفناوي ، ص ٢٨٢

## المبحث الثاني

### تطبيق الراجح في المذهب الحنفي

تطبيق المذهب الحنفي - وحده - في مصر، قد صحبه أمران أحدهما شكلي، وثانيهما: موضوعي على ما نبين في العرض التالي:

#### الأمر الشكلي:

فهو أنّ القضاة في مصر وفي غالب البلدان، كانوا يعتمدون الحكم في أفضيتهم على قانون غير مسطور لم تدون مواده أو لم تقنن أحكامه بعد، ولم تجمع فروعه تحت كليات جامعة تحكم عمل القضاة ليستلهموا منها أحكامهم فتضبط استنباطهم للمسائل بحيث يمكنهم الرجوع إلى تلك الكليات أو الانطلاق منها، وترك للقضاة أن يبحثوا عن أرجح الأقوال في المذهب، وأرجح الأقوال منشور في بطون كتب متناثرة مختلفة؛ فكان القضاة وسط بحر لجئ من الفتاوى والأقضية فيما يمثل سوابق قضائية للمسائل المعروضة عليهم.

ولأنه ثمت فوارق بين عمل القاضي وعمل المفتي، فالقاضي حكمه نافذ والمفتي عمله استرشادي كالناصح للناس أو المرشد لهم في مسائل شرعية أو ملومات مالية وعملية تقع في حياة الناس ولا يشترط لها الخصومة، وإن كان البعض لا يفرق بينهما إلا أن المفتي مخبر عن الحكم، والقاضي ملزم به وهذه تفرقة قد يحسبها البعض صغيرة فإن كان لا تمس المسألة العلمية لكنها تمس حياة الناس لوقع التنفيذ الجبري في حكم القاضي ولا يقع ذلك للمفتي إلا ديانة.

#### الأمر الموضوعي:

فهو أنّ العمل بمذهب الإمام أبي حنيفة في الواقع قد كشف عن بعض مسائل ليس في الأخذ بها ما يتفق مع روح العصر، وإن كان هذا الأمر من الندرة بمكان؛ - لاعتماد أصول المذهب على الفقه الافتراضي - وفي غيره من المذاهب الأخرى ما يوافق روح العصر أكثر منه، وليس في ذلك قدح للإمام أبي حنيفة وأصحابه، بل هذا يقع لكل المذاهب والعبرة بالغلبة في الأمور فمذهب الحنفية أثبت قدر أيضا من المرونة في كثير من المسائل بخلاف غيره من المذاهب الشرعية الأخرى<sup>١</sup>.

كما أنّ الإمام أبا حنيفة حرر ذلك بنفسه فقال: "هذا الذي نحن فيه رأي لا نجر أحدا عليه، ولا

(١) انظر: الأحوال الشخصية لأبي زهرة، ص ٩.

نقول يجب على أحد قبوله بکراهية؛ فمن كان عنده شيء أحسن منه فليأت به" <sup>١</sup>. فهو يقرر أنه يقبل قول المخالف إذا دلّ الدليل على رجحانه، وأنه ينظر نظرة كل مجتهد في أن رأيه أفضل الآراء المطروحة وإلا ما اتخذها واعتمده في كتبه أو علومه أو فتواه وأحكامه. وقد روى الصحابان - رحمهما الله - أبو يوسف والحسن بن زياد كلاهما عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه قال: علمنا هذا رأيي، وهو أحسن ما قدرنا عليه، ومن جاءنا بأحسن منه قبلناه منه وهو ثابت مضطرد عنه <sup>٢</sup>.

وهذا يدل على مرونة المذهب وقبولها للآراء الحسنة وعدم تعصبهم - أي الأحناف وخاصة المتقدمين منهم - لرأي وهذا سمت أهل العلم من أرباب المذاهب المعتبرة في طلبهم للحق والنطق به. وعلى الرغم من هذه الانفتاح الكبير في المذهب الحنفي سواء بقبوله للاختلاف أو لإمعانه بالأخذ بالقياس أو لاستعداده للنوازل والمستجدات بما سطره في مدوناته الفقهية بطريقته ومسلكه المتميز عن غيره من الفقه الافتراضي والذي كرهه بعض أهل المذاهب الشرعية الأخرى واعتبروه من الغلوطات أو الاغلوطات المنهي عنها شرعا.

ومع تطور الزمن بالعمل بالمذهب الحنفي في مصر ذهب كثير من العلماء إلى نقد ما كان يجري العمل به في مصر منذ القرن الماضي، فقد قدم الشيخ محمد عبده تقريرا من أجل إصلاح القضاء الشرعي حينما عين مفتيا لمصر عام ١٨٩٩، وكان ممّا طالب به عدم حصر القضاء الشرعي في المذهب الحنفي وحده، وقد أثار هذا المطلب ملاحظات خاصة بتبعية مصر لتركيا حينئذ والمسأس بحقوق الخليفة <sup>٣</sup>. وهذا لا يعيب المذهب الحنفي وما قصده الإمام محمد عبده إنما أراد ألا يحجر واسعاً ولا يضيق على الناس في معاشهم وأمور حياتهم بالالتزام بمذهب قد يكون في غيره أيسر منه وأحسن وهذا قد يقع ولا محالة فيه.

إلا أنه لم يجرؤ أحد من العلماء في مصر مجرد التفكير في مخالفة أحكام مذهب أبي حنيفة، وفي بعضها إرهاب وعنت ومشقة وإحراج للعامة مما قد يصعب على الناس ويضيق عليهم شؤونهم. ويحدث في هذا الشأن الشيخ أحمد شاكر رحمه الله، حيث قال في كتابه المعنون: نظام الطلاق: "وأول من فكر في ذلك وطلب العمل به - فيما أعلم - هو والدي الأستاذ الأكبر الشيخ محمد شاكر - رحمه

(١) الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء مالك والشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنهم، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، ص ١٤٠  
(٢) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم، (٦٠/١).  
(٣) انظر: تاريخ الأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده، محمد رشيد رضا، دار المنار، ١٣٥٠هـ، الطبعة الأولى، (١/٦٠٥-٦١٧).

- الله- ، وكيل الأزهر الشريف سابقاً ، فقد جاءت امرأة شابة - صغيرة - حكم على زوجها بالسجن مدة طويلة من الزمن وهي تخشى على نفسها الفتنة، وتريد عرض أمرها على المفتي ليرى لها رأياً في الطلاق من زوجها المحبوس؛ لتتزوج من غيره، وليس في مذهب الإمام أبي حنيفة جلُّ أو مخرج لمثل هذه المعضلة إلا الصبر والانتظار حتى يخرج المسجون، فصرفها الوالد - رحمه الله - معتذراً أسفاً متألماً لما حلَّ بها، ثم عرض الأمر على شيخه المفتي، واقترح عليه اقتباس بعض الأحكام من مذهب الإمام مالك في مثل هذه المشاكل، فأبى الشيخ كلَّ الإباء، واستكر هذا الرأي أشد الاستكثار.<sup>١</sup>

لأن المالكية وغيرهم ذهبوا إلى أن "أنَّ الطلاق يقع عليه للضرر الذي يلحقها في عدم الوطء".<sup>٢</sup> فحصول الضرر المتيقن للزوجة بترك الوطء - لغياب الزوج أو سجنه - مقتض للفسخ بكل حال سواء كان بقصد من الزوج أي تعمد ذلك أو بغير قصد كغيبته أو سجنه وغيرهما ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة وأولى للفسخ بتعذره في الإيلاء إجماعاً وعلى هذا فالقول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقة كالقول في امرأة المفقود بالإجماع<sup>٣</sup>

فينقل ابن تيمية الإجماع على هذه المسألة مما جعل الشيخ أحمد شاكر رحمها الله يذكر المشقة والضيق الذي يلحق بالعباد إذا لجأ القاضي أو المفتي إلى مذهب دون آخر مع عدم اعتبار الراجح في المسألة لأنه قد يكون في غير المذهب المتبع في الفتيا أو القضاء.

مع اعتبار عدم الترخص في البحث عن الأقوال في المذاهب فهذا لا يقله عاقل يعرف مقاصد الشريعة ومسلك الأئمة في الترجيح، إنما المقصد أن يبحث عن الراجح لا الأيسر وهذا الراجح ربما يوجد في مذهب دون الآخر؛ ولأنه لا تلازم بين الرجحان واليسر في المسائل فالأخير لا يدل على الأول ولا الأول يلزم منه الآخر، وهذا معروف مضطرد.

ولذلك لو أن الإمام أبو حنيفة - رحمه الله - ذهب إلى قول بداية الأمر، ثم رجع عن قوله ذلك إلى قول آخر؛ فالأصل أنه يؤخذ بقوله الأخير الذي رجع إليه فهو بمثابة ما رجح عنده أو استقر عليه العمل في المذهب وهذا أيضاً في كل المذاهب فالشافعي له قديم وجديد وغيره عنده قول ترجح عنده غيره بعد مدة فيعد الأخير ناسخ للأول.<sup>٤</sup>

(١) انظر: نظام الطلاق في الإسلام ، أحمد محمد شاكر ، مكتبة السنة ، القاهرة ، ١٣٥٤هـ - ١٩٣٦م ، ص ٨  
مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها : أبو الحسن الرجراجي ، دار ابن حزم ، ٢٠٠٧م ، ج ٢٢٥/٤ (٢)

ابن تيمية ، دار الكتب العلمية، ج ٤٨١/٥ الفتاوى الكبرى لابن تيمية : انظر : (٣)

(٤) ينظر: أصول الإفتاء أصول الإفتاء وآدابه، محمد تقي العثماني، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م، ص ١٩٨.

وإذا وقع اختلاف بين أئمة المذهب - الحنفي-، فإنَّ المعتمد في الفتوى عندهم لا يخرج عن صورتين نعرضهما فيما يلي:

### الصورة الأولى من صور الاختلاف:

أن يعلم الترجيح من أهله، فالمعتمد ما رجحوه من بين الآراء، ولو خالف قول الإمام وهذا ما جاء في كتب الأحناف ووقع في فتواهم وانتشر في كتبهم: "حيث لا يلزمه الأخذ بقول الإمام علي الإطلاق، بل عليه النظر في الدليل وترجيح ما رجح عنده دليله، ونحن نتبع ما رجحوه واعتمدوه كما لو أفتوا في حياتهم".<sup>١</sup> ولأن المذهب لم ينقطع عنه الاجتهاد أو يختفي منه المجتهدون والمعروف أن المجتهد لا يقلد بل يقلد ويبحث في كلام إمامه وشيخه وربما عارضه فالعبرة بما استقر عليه العمل في المذهب لا بقول مجتهد منهم.

### الصورة الثانية من صور الاختلاف:

إلا يقع ترجيح بين الآراء المختلفة، وفي هذه الحالة ينظر فيما قدموه من الأقوال، والكتب اعتماداً واختياراً فيؤخذ بظاهر الرواية، وهو ما قرره الإمام محمد بن حسن الشيباني في الكتب الستة وهي المبسوط والجامعان أي الكبير والصغير والزيادات والسير الكبير والسير الصغير ويعبر عنها بكتب ظاهر الرواية<sup>٢</sup> وبالأصول وبظاهر المذهب<sup>٣</sup>.

قال ابن عابدين في حاشيته:

وكتب ظاهر الرواية أتت ... سناً لكل ثابت عنهم حوت  
صنّفها محمد الشيباني ... حرّر فيها المذهب الثعماني  
الجامع الصغير والكبير ... والسير الكبير والصغير  
ثم الزيادات مع المبسوط ... تواترت بالسند المضبوط<sup>٤</sup>.

ويمكن القول إن مسائل الفقه في المذهب الحنفي مؤلفة من ثلاثة أنواع حسب رتبها على النحو

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين، (٣٦١/٥)، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، (٢٩٣/٦)، اللباب في شرح الكتاب، (٢٢/١).

(٢) وهي مسائل مروية عن أصحاب المذهب، وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد، ويلحق بهم زفر والحسن بن زياد وغيرهما ممن أخذ عن الإمام، لكن الغالب الشائع في ظاهر الرواية أن يكون قول الثلاثة انظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين، (٦٩/١).

(٣) الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد، محيي الدين الحنفي (المتوفى: ٧٧٥هـ)، مير محمد كتب خانه - كراتشي، (٥٦٠/١) بتصرف.

(٤) حاشية ابن عابدين على الدر المختار، (٥٠/١).

التالي:

الأول: كتب ظاهر الرواية، وهو المرجع الأصيل والأول الذي يعتمد عليه في تقرير القول المعتمد أصالة في المذهب الحنفي

والثاني: كتب النوادر، وهي في الرتبة الثاني بعد ظاهر الرواية.

والثالث: الوقاعات، وهي في الرتبة الثالثة بعد ظاهر الرواية وكتب النوادر؛ لأنها تعتبر من تخريجات مشايخ المذهب في فروعهم على الأصول.

**والخلاصة** أن الناظر في ما استقر عليه العمل في المذهب الحنفي في استنباط القول الراجح في المذهب المستقر يجب أن يتبع المسلك التالي فينظر في كلام الإمام وأن يدقق النظر في كلمات وعبارات الترجيح عنده وعند غيره من أعلام المذهب، فإن صدرت من العلماء الثقات المعتمدين، أو وجدت في كلام من يعتد به من أعلام المذهب، أو ما يعتمد في كتابه؛ أخذ به؛ ولكن إذا وجد منها شيء يخالف ظاهره ما هو صحيح في الواقع ونفس الأمر رواية ودراية، وأمكن حمله على ذلك الصحيح وجب حمله عليه إصلاحاً لكلامه بالقدر الممكن وتحسيناً للظن به.

وإن لم يمكن حمله - أي قول الإمام - على ذلك الصحيح؛ وجب العمل بما في هذا الصحيح في الواقع بقطع النظر عما قاله ذلك الثقة وصححه؛ لأن الحق أحق أن يتبع والثقة ليس بمعصوم من الغلط أو السهو أو حتى الخطأ في المسألة فما وجد من حفاظ لكل العلم وما فاتته مسألة.

وعليه فالراجح عند الحنفية كما ذكرنا هو ما رجحه أئمة المذهب، حتى وإن خالف رأي الإمام أبو حنيفة رحمه الله أو أحد أئمة المذهب الأعلام إنما ما استقر عليه المذهب واضطرر العمل به أو دون في كتب ظاهر الرواية وما بعدها على الترتيب المعروف في مصنفات المذهب.

### خصائص المذهب الحنفي التي تميزه عن غيره من المذاهب القائمة:

#### ١- الفقه الافتراضي:

تتشارك أغلب المذاهب الفقهية في الأصول العامة الكلية من الأدلة كالاحتجاج بالكتاب والسنة، وتشارك في كثير من الخصائص إلا أن لكل مذهب خصائص تميز بها عن غيره من المذاهب وذلك لاختلاف البيئات التي نشأ فيها المذهب، واختلاف أئمة لمذاهب الذين أخذوا العلم عنهم، والمذهب الحنفي تميز بخصائص، من أهم الميزات والخصائص التي يمتاز به المذهب الحنفي هي الفقه الافتراضي أو فقه التوقع وهي نظرة استباقية من الأحناف يمتازون بها وهي في الأصل ناتجة عن طريقة الأحناف في الحوار الفقهي المتمثلة في السؤال والجواب وهي تلك التي حركة مياه الافتراض لتصبح بحراً من المعرفة الاستشرافية، وقد حاول البعض التشغيب عليها إلا أنها له ثمرات كبرى من هذه الثمرات:

- يدل الفقه الافتراضي على رسوخ العلماء الأحناف لأنه نوع من استشراف المستقبل ويدل بدلالة

- المفهوم أنهم غطوا وفحصوا المسائل الواقعية وانتقلوا إلى غيرها من المسائل المفترضة.
- إن الفقه الافتراضي يدل على صلاح الشريعة لكل زمان ومكان فهي شهادة لمدى ملائمة الشريعة للتطور وهي تدعيم للرسالة الحضارية التي تمتاز بها الشريعة الإسلامية من كونها الشريعة العالمية الخاتمة فتظهر صلاحيتها الحضارية.
- الفقه الافتراضي يثري الأدلة عند الفقيه بما يؤسسه من استقصاء وتحليلي للواقع وبحث عن أدلة تضبط مساراته المختلفة.
- هو نوع من التفقه الزائد في آلات الاجتهاد عند الاحناف لأنه يدل على تجاوز الواقع الذي درس في المذهب إلى الانطلاق إلى غيره من المسائل فهي انتقال من الواقع واطلاق إلى المستقبل.
- يثري الأقوال والأبحاث الفقهية في المذهب لأن الفقه الافتراضي من ثماره كثرة التفريعات الناتجة عن الافتراض.
- التدليل على مسائل حادثة بمسائل مفترضة مما يقوي حجج المذهب.
- من يبحث في المستجدات أو النوازل الحادثة الآن قد يجد ضالته في كتب الأحناف مما رسموه من خلال الفقه الافتراضي من النظر إلى المآلات وعواقب الأمور.
- وينبغي أن نشير على ان الفقه الافتراضي لم يظهر عاريا عن قواعد أو أصول تحكمه إنما اعتمد الأحناف على القياس والاستحسان وقواعد الشريعة الكلية وعمومياتها.

## ٢- اشتراط قبول الحديث عند الاحناف:

- من خصائص المذهب الحنفي في قبول الأحاديث واعتبارها ما يأتي :
- أنه اشتهر عنهم تشدهم في قبول خبر الواحد خاصة إذا قابل أو اصطدم بقياس صحيح.
- الحنفية كان لهم شرط في عدالة الرواة متعلق بتعديل أصحاب القرون الثلاثة الأولى لنص النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك وغيرهم يجعل أن الأصل في هؤلاء أنهم من المستورين إلا ما وجد ما يرفع عنهم الجهالة لأن التعديل الجماعي إنما هو تعديل عام قد يخرج منه أفراد وهو مشاهد وواقع
- اشتراطهم في التفقه في الراوي لبعض الروايات أي أن يكون الراوي من فقهاء الصحابة وهذا له معنى وإن كان شاذ لأن العبرة بمشاهدة الوحي ونقله لا بفهمه.
- هذه التوسعة من الاحناف في العدالة سلكها بعض المحدثين أمثال ابن حبان في أن الأصل العدالة والجرح هو العارض.

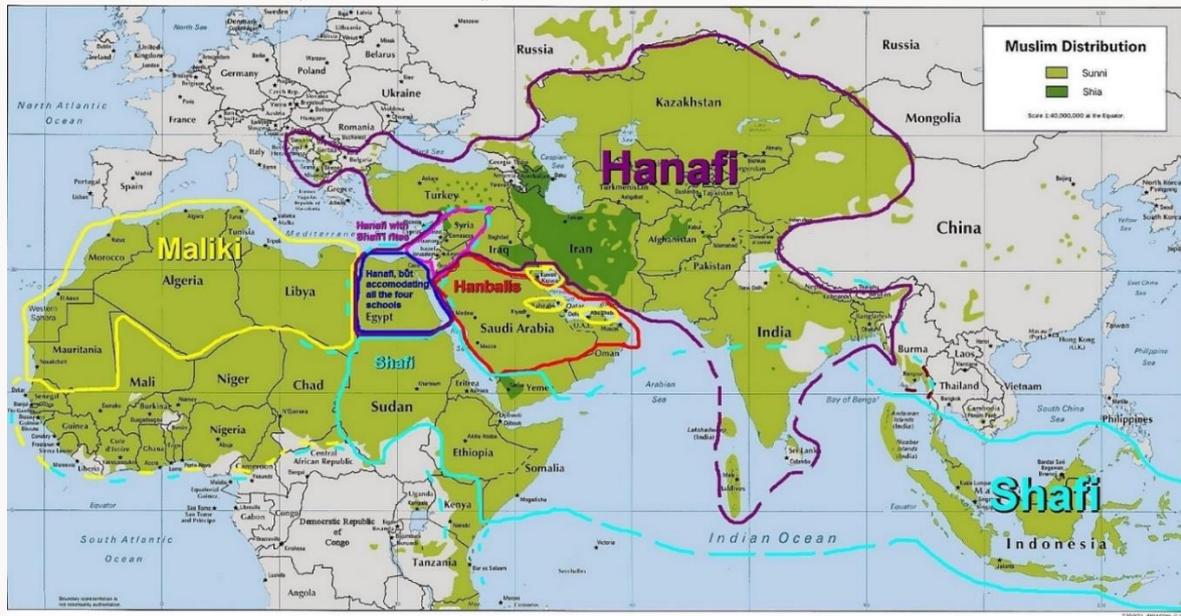
## ٣- التوسع في الحيل الفقهية:

عندما تطلق لفظة الحيل يذهب التفكير إلى معان غير مقبولة فيجعلونها تلك الحيل التي قد تحل

الحرام، أو تحرم الحلال، أو تبطل الحقوق، أو تسقط بعض فرائض الدين ومهماته، وهذا المعنى في الحيل لا يقول بها أحد من أئمة المسلمين المعتبرين فقد قال ابن القيم: "ولا يجوز أن تنسب هذه الحيل إلى أحد من الأئمة، ومن نسبها إلى أحد منهم فهو جاهل بأصولهم ومقاديرهم ومنزلتهم من الإسلام" وقال أيضا: "ولو فرض أنه حكي عن واحد من الأئمة بعض هذه الحيل المجمع على تحريمها فإما أن تكون الحكاية باطلة، أو يكون الحاكي لم يضبط [لفظه] فاشتبه عليه فتواه بنفوذها بفتواه بإباحتها مع بعد ما بينهما،" وقد ذكر الإمام ابن القيم في "إعلام الموقعين" عدد من لطائف حيل الإمام أبي حنيفة رحمه الله وقال عن بعضها: "وهذا من أحسن الحيل".

والحيل التي تنسب للمذهب الحنفي ويتوسع بها الحنفية إنما هي للنفع المحض فيقصد بها الخروج من المضايق والشدة، وليس في هذا النوع من الحيل تحليل حرام، أو تحريم حلال، ولا تشتمل على إسقاط فرض أو تتصل من واجب.

### خريطة توضح انتشار المذاهب الأربعة في العالم العربي المعاصر



يتضح من الخريطة أن المذهب الحنفي أكثر انتشارا في قارة آسيا خاصة في البلدان الإسلامية خارج الخليج العربي وهي دول آسيا الوسطى والمالكية ينتشرون في المغرب العربي والحنابلة في الخليج العربي لكن الخريطة تشير إلى ملامح دقيقة وهو انتشار المذهب الحنفي في مصر مع وجود تمثيل لباقي المدارس الفقهية المختلفة وهو شيء تتميز به دولة مصر من التنوع المعرفي والثقافي خاصة في فروع الشريعة.

(١) - انظر: اعلام الموقعين ج٩٦/٥، المذهب الحنفي مراحل وطبقاته ضوابطه ومصطلحاته خصائصه ومؤلفاته: أحمد بن محمد نصر الدين النقيب، ج١٤/١، المذهب الحنفي نبذة عن المذهب-خصائص المذهب-مصطلحات المذهب: مرضي العنزي، ص١٠ وما بعدها، المبسوط: ج٢٠٩/٣٠، السنة ومكانتها في التشريع الإسلامي: السباعي، ص٣٤٩.

## المبحث الثالث

### ملائمة قانون الأحوال الشخصية المصري للراجح من المذهب الحنفي

أحكام القانون فيما يتعلق بالأحوال الشخصية أو أحكام الأسرة على اختلاف المسميات هي أحكام شرعية لاستمدادها من الشريعة كما هو معروف في مدونة والقانون المصري وما عليه أحكام القضاء في محاكم الأسرة، وبناء على ذلك يطرح السؤال التالي:

إذا كانت أحكام القانون المعمول بها أو الجاري العمل بها في مصر مستمدة ومستنبطة ومستخرجة من مظان الشريعة الإسلامية وادلتها المختلفة.

فالسؤال المطروح هو هل يجوز إجراء تعديل عليها، والرجوع عن بعض أحكام الشريعة؟ وللإجابة على هذا السؤال يقتضي بيان أن الأحكام الشرعية التي قنن منها قانون الأحوال الشخصية لم تأت على نسق واحد من حيث قبولها للتأويل والاجتهاد والاستنباط، بل كانت من هذه الجهة على نوعين من الأحكام على النحو التالي:

#### النوع الأول من الأحكام:

أحكام ثبتت بنصوص لا تحتمل تأويلاً، أو صرفاً عن معناها الظاهر على معنى آخر، لأن إرادة الشارع فيها واضحة محددة بحيث أن كل تأويل أو صرف لمعناها يصبح مناقضاً لإرادة الشارع، وهذه الأحكام أما أن تكون ثابتة بنصوص قطعية في ثبوتها وفي دلالتها، وهذا ما يطلق عليه الأصوليون، أي علماء أصول الفقه: النصوص المحكمة، أو المفسرة في ذاتها والتي يقطع بحكمها في المسألة المطروحة. وحكم هذه النصوص هو وجوب العمل بها قطعاً والوقوف عند حدودها.

وهذه النصوص من هذه الجهة تعتبر من النظام الشرعي العام أو كما يطلق عليه في الاصطلاح القانوني النظام العام، الذي لا يجوز للأفراد، بل لا يكون في مكنتهم أن يتفقوا في معاملاتهم أو عقودهم على خلاف ما تقضي به هذه النصوص المحكمة أو المفسرة التي تأخذ هذه الرتبة من القطعية في دلالتها على ما تنتزل عليه من المسائل المختلفة، وهذا على غرار القواعد الآمرة التي هي من النظام العام في مسائل القانون التي تبسط إرادتها على القاضي فلا يستطيع العدول عنها أو الفكك من الالتزام بها.

وتجدر الإشارة إلى - في هذا السياق - أنه ليس شرطاً لإعتبار الحكم الثابت من النظام الشرعي

( ١ ) التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي المتوفى: ٨٨٥ هـ، د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراج، مكتبة الرشد - السعودية / الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ - ٢٠٠٠م، ( ٨ / ٣٨٦٦ ) بتصرف

العام أو النظام العام القانوني باعتبار قانون الأحوال الشخصية، الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه أو تجاهله أن يكون هذا الحكم ثابتاً بنص قطعي في ثبوته ودلالته أو في معناه، بل إن الأحكام المبنية على إجماع قطعي في ثبوته وفي دلالته قد تقع بديل غير قطعي في ثبوته أو في دلالته - فقرة الإجماع وإن كانت مستمدة من مستندها إلا أنه إذا غاب المستند ولم يظهر لا يؤثر ذلك على قوة الإجماع - ، إذا ثبت بالاستقراء؛ أن المشرع قد لاحظ ذلك في تشريعها كالقواعد الفقهية العامة، أو على المصلحة الرَّاجحة الثابتة قطعاً عن طريق الاستقراء والتتبع.

فكل حكم ثبت بإحدى هذه الطرق يعتبر من النظام الشرعي العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه، ولأمجال فيه للاجتهاد بالرأي فيه، ويجب العمل به قطعاً ومن هذه النصوص والأحكام:

- النصوص الدالة على أحكام قواعد الدين الكلية وأصوله الثابتة، ولا تتغير بتغير الزمن.
  - النصوص الدالة على أحكام هي من أمات الفضائل الواضحة الجليلة المتفق عليها بين الأمم.
  - وكذلك النصوص التي تحرم أضرارها من أمثال، والكذب، والنكث، الظلم، بالعهد، والخيانة.
  - النصوص التي اقترن بها ما يفيد التأييد على إطلاقه دون حصره في زمن، مثل قوله صلى الله عليه وسلم: "الجهاد ماض إلى يوم القيامة"، وعدم الخروج على الأئمة والسمع والطاعة.
  - بعض أحكام الأحوال الشخصية المضطربة مثل كون الخطبة مقدمة من مقدمات عقد الزواج.
  - بعض أحكام المعاملات مثل: حرمة الربا، والقمار، الرشوة، الاستغلال، حق الملكية الفردية.
- فهذه الأحكام وأمثالها من النظام الشرعي العام الذي تجلى حكمها واستقر واضطرد فلا يمكن النزول عنه أو تغييره أو الاتفاق على خلافه في معاملة أو عقد أو ما في حكمه.

### النوع الثاني من الاحكام:

هي الأحكام التي ثبتت بنصوص ظنية في ثبوتها أو في دالاتها على معناها - فقد يكون النص ظني الدلالة قطعي الثبوت وهذا النوع مثل ما ينعقد على دلالته في معناه الإجماع بين الأئمة على حكمه لقطعية دلالته مع ظنية ثبوته - ، فمثل هذه الأحكام هي مجال الاجتهاد والقول بالرأي فيها، حيث إن التأويل هو صرف للفظ عن المعنى الظاهر المتبادر منه، إلى معنى آخر يحتمله اللفظ، بديل أقوى يرجح هذا المعنى المراد، وكذلك الحال في الأحكام المبنية على المصالح الزمنية الحادثة أو العادات والأعراف؛ لأنها قد تتغير مع تغير الزمن، فإذا تغيرت هذه الأعراف أو المصالح بمرور الزمن عليها؛ وجب تغيير الحكم المبنى عليها ومنه تتأصل القواعد الفقهية المعروفة مثل قاعدة [العادة محكمة] وقاعدة "لا ينكر تغير الأحكام

(١) الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١ هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة:

الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م، ص ٧ بتصرف

بتغيّر الرّمان<sup>١</sup>، وغير ذلك من القواعد الفقهية المستمدة من هذا الواقع والمبنية عليها لتضبط فروعه. وبعد بيان طبيعة الأحكام الشرعية وخصائصها من حيث قبولها للاجتهاد بالرأي، وعدم قبولها، نستطيع الوقوف على ما يمكن تعديله من قوانين الأحوال الشخصية وما لا يمكن تعديله بحال من الأحوال لتعذره بسبب كونه من النظام الشرعي العام الذي سبق بيانه، فهو بمثابة العقبة الفاصلة والحاجز المنيع الذي لا يجوز عبوره أو تجاهله، الذي يفصل بما هو جائز من إدخال تعديلات عليه وما لا.

فإذا كانت بعض الأحكام مبنية على مصالح زمنية متغيرة، أو على أعراف، وقد تغيرت هذه المصالح وهذه الأعراف من خلال تطوّر ظروف الحياة الاقتصادية والاجتماعية واختلاف عادات الناس وظهور ما يعم به البلوى، -بل قد تكون السياسية في بعض الأحيان-، أو كانت هنالك أحكام مبنية على نصوص ظنية، فلا مانع من تعديل هذا الحكم وفق هذا المقتضى، ويبقى بذلك القانون وفقاً للقاعدة العامة وهي أنّ أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية إذ الاجتهاد بالرأي لا يخرجها عن هذا الوصف.

وعلى الحقيقة فالمتتبع للواقع العلمي الفقهي والعملي القضائي في المحاكم الشرعية يخلص إلى وجود مشاكل كثيرة طرأت وتعقيدات بالغة حدثت في العلاقات الأسرية قد استجدت ولم تكن موجودة في السابق، الأمر الذي يشعر بضرورة إيجاد حلول واقعية وعملية لمثل هذه النوازل المستجدة وتلك المشاكل الحادثة الطارئة، وهذا تطبيق للقاعدة الفقهية المعروفة: "إن الإمام يحدث للناس من القضية بقدر ما يحدث لهم من مشكلات"<sup>٢</sup>.

وصلاحية الشريعة لكل زمان وعالميتها وشمولها وعموميتها كل ذلك ينطق لا محالة بقدرة الشريعة على استيعاب هذه المستجدات من منطلق قوتها الحضارية في عمارة الأرض وكونها خاتمة الشرائع السماوية.

(١) موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، (١ / ٣٣). بتصرف

(٢) تعديلات قانون الأحوال الشخصية التي تمتد بموجب القانون المؤقت رقم ٨٢ / ٢٠٠١، القاضي الشرعي الدكتور واصف عبد الوهاب البكري بتصرف

## المبحث الرابع

### التشريعات النافذة في مسائل الأحوال الشخصية في مصر

من المعلوم أنّ أحكام الأسرة عندنا في مصر كانت تؤخذ من مذهب الإمام أبي حنيفة رحمه الله خلال مئات السنين، وكذلك كان الحال في كثير من بلدان الوطن العربي أمثال لبنان والأردن والعراق وغيرها، كما كانت تؤخذ هذه الأحكام من مذهب الإمام مالك -رحمه الله- في كل من ليبيا وتونس والجزائر والمغرب والاندلس عدا ما عكر صفو انتشاره - أي المذهب المالكي - من وجود وحضور المذهب الظاهري في بعض الأزمنة لتشغيب ابن حزم وقوة حجته، وحدة لسانه التي ردع بها أصحاب المذاهب الأخرى وحجز على انتشار المذهب المالكي على الخصوص؛ لأنه أكثر تلك المذاهب انتشارا في تلك المنطقة الجغرافية من دول العالم الإسلامي، وكانت تؤخذ من المذهب الشافعي في الحجاز وبعض البلاد الأخرى، وتؤخذ من مذهب الإمام أحمد - رحمه الله - في السعودية والكويت وإمارات الخليج العربي خلال مدة انتشار الحنابلة في هذه الأماكن.

ولا شك في أنّ كل مذهب من المذاهب المعتمدة يحتوي من الأحكام ما قد لا يتفق مع مصالح الأسرة في كل شئونها، وبخاصة بعد التطور التقني المعاصر ونشوء أمراض اجتماعية ونفسية وتدهور اقتصادي أدى لتعميق كثير من المشكلات داخل الأسرة الواحدة ومن ناحية أخرى واختلاف العادات والتقاليد، ومن هذا المنطلق ومن قبله أخذت الدولة العثمانية في أواخر عهدها بإصلاح ما تراه ضرورياً ولأزماً من أحكام القضاء كافة لمواكبة التطور الحادث ومحاولتها لتقنين الشريعة الإسلامية خاصة في شؤون الأسرة، فأصدرت في عام ١٣٣٦هـ القانون المسمى بقانون حقوق العائلة، الذي أخذ بعض أحكامه من آراء لمسائل في المذهب الحنفي نفسه، ومن آراء من المذاهب الاجتهادية من باقي المذاهب باعتبار محاولة الوصول للراجح في المسائل الموجودة في كل مذهب والتي تلائم الواقع ساعته، كما أخذت مصر تسن في بعض مسائل الأحوال الشخصية قوانين تأخذ فيها بآراء غير المذهب الحنفي للحاجة إلى غيره، فصدر في عام ١٩٢٠م القانون رقم [٢٥]، وفي عام ١٩٢٩م القانون رقم [١٥]، كما صدر في عام ١٩٤٣م القانون رقم [٧٧] وهو المتضمن لأحكام المواريث، وصدر في عام ١٩٤٦م القانون رقم [٧١] وهو المتضمن لجملة أحكام الوصية<sup>١</sup>.

ولو نظرنا إلى تاريخ تلك التشريعات المتعاقبة، نجد أنه في خلال حكم محمد علي لمصر قد

(١) ينظر: المرأة بين الفقه والقانون، مصطفى بن حسني السباعي (المتوفى: ١٣٨٤هـ)، دار الوراق للنشر والتوزيع، بيروت،

الطبعة: السابعة، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، ص ٤٧ بتصرف

اتخذت خطوات لإصلاح تشريعي نهضوي كما حاول في كافة قطاعات الدولة لبناء دولة حديثة، فقام بجمع علماء الأزهر وقال لهم: " لا أريد أن أحكم بشيء حرّمه الله، لكن اجتمعوا وضعوا لي قانوناً " ، ولكن لم ينجح هؤلاء العلماء آنذاك، وقالوا ما وصلنا إلى شيء لاختلافهم في تذهبهم ومن ناحية أخرى لأن الأمر كان وليد المفاجئة وهذا الأمر ليس من السهولة بمكان لوجود تيار كبير يخشى من مسألة تقنين الشريعة لاعتراضات على فكرة التقنين أصالة وخشيت الإلزام بأمور تقع تحت مظلة الاجتهاد، وعلى كل حال محاولة محمد علي باشا تعد من المراحل المبكرة لمحاولات تقنين الشريعة وتدوينها.

وفي بداية عام ١٩١٥م شكلت في مصر لجنة من كبار العلماء من المذاهب الفقهية الأربعة المعروفة لتسعى إلى تقنين مواد لقانون الأسرة، يستنبط من كل المذاهب ويختار منها الأصلح للعباد في معاشهم، بحيث يؤخذ من كل مذهب ما يكون صالحاً وفقاً لروح العصر ومستجداته وتطوره. إلا أنّ اللجنة لم تفلح في الأمر على غرار أختها السابقة، رغم أنها قد خطت خطوة للأمام فقد أعدت لائحة كخطو أولية.

وفي عام ١٩٢٠ صدر القانون رقم [٢٥] ويتضمن مواد قليلة تبحث في الثقة والعدّة والمفقود والتفريق بالعيب.

وفي عام ١٩٢٩ صدر القانون رقم [٢٥] ويتضمن مواد قليلة أيضاً تبحث في أحكام الطلاق والتفريق للضرر والتسبب، والثقة، والعدّة، والمفقود

وفي عام ١٩٤٣ صدر القانون رقم [٧٧] ويتضمن أحكام المواريث. ثم صدر عام ١٩٤٦ القانون رقم [٤٨] ويتضمن أحكام الأوقاف. وفي عام ١٩٤٦ صدر القانون رقم [٧١] ويتضمن أحكام الوصية.

ولد استقر أن ما سكتت عنه هذه القوانين من أحكام ومسائل الأحوال الشخصية فيرجع فيه إلى القول الرّاجح من مذهب أبي حنيفة - رحمه الله- وفقاً للمادة [١] من القانون رقم [٢٤] لسنة ١٩٤٩م التي وأمرت به ونصت على ذلك صراحة.

أما غير المسلمين فإن كانوا من مختلفي الملة والطائفة فإنه يطبق عليهم في أحوالهم الشخصية ما يطبق على المسلمين من أحكام، - طبقاً لنص القانون- وكذلك المتحدي الملة والطائفة إذا لم تكن لهم جهات قضائية ملية تنظم لأوضاعهم القانونية موجودة في البلاد.

أما غير المسلمين من مختلفي الملة والطائفة الذين لهم جهات قضائية منظمة فإنهم يرجعون إلى شرائعهم الخاصة ما لم تكن مناقضة للنظام العام في البلاد أو خارجة عليه.

مع اعتبار أن الجهة القضائية المختصة - المعبرة عنها في هذا الصدد- هي محاكم ملية قائمة منذ عهد الدولة العثمانية وقد بقيت مستمرة في أعمالها حتى عام ١٩٥٥م إذ صدر القانون رقم [٤٦٢] الذي أمر بتوحيد جهات القضاء في أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين وغيرهم في مصر وجعلها للمحاكم المدنية

وإن اختلفت أحكامهم التي يخضعون لها عن المسلمين ولا يزال على هذه الحال في مصر<sup>١</sup>  
وسوف أعرض لقوانين الأحوال الشخصية للمسلمين في مصر حسب تاريخ صدور ذلك على  
النحو المبين في الملاحق في نهاية البحث.

---

(١) انظر: أحكام الأسرة عقد الزواج ، فرق النكاح ، الطلاق ، الخلع ، الظهر ، الإيلاء ، اللعان ، العدة ، حقوق الأولاد والأقارب ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، د حشمت محمد عبده ، ص ١٣

## الفصل الأول

### ملائمة قانون الأحوال الشخصية في مصر في قضايا الخطبة

#### للراجح من مذهب الحنفية

ينقسم الفصل الى مبحثان وهم:

- المبحث الأول: حكم استرداد الهدايا وما في حكمها.
- المبحث الثاني: حكم العدول عن الخطبة وما يترتب عليه.

## المبحث الأول

### حكم استرداد الهدايا وما في حكمها

#### أولاً: التعريف بالهدية:

الهدية: ما أُهديت من لطف إلى ذي موَدَّة. يقال: أُهديتُ أُهدِي إهداءً، ويجمع على: هدايا<sup>١</sup> ولقد جرى العرف واستقرت عادة الناس على أن يتم تبادل الهدايا بين الخطيبين في مدة الخطبة، لإظهار الرغبة والعزيمة في إتمام عقد الزواج أو لنوع من التودد الذي تجلبه الهدية، ويندب في الشريعة الإسلامية أن يقبل كل من الخاطبين هدية الآخر وعدم ردها وقد جرى به العادة خاصة في الأزمنة المتأخرة.

وجاء في القرآن: [لواني مرسلة إليهم بهديّة فناظرة بم يرجع المرسلون] ٣٥

قال القرطبي: هذا من حسن نظرها وتبويرها، أي إني أجرب هذا الرجل بهديّة، وأعطيه فيها نفائس من الأموال، وأغرب عليه بأمور المملكة، فإن كان ملكاً دنياوياً أرضاه المال وعملنا معه بحسب ذلك، وإن كان نبياً لم يرضه المال ولازمننا في أمر الدين، فينبغي لنا أن نؤمن به<sup>٢</sup>

وقال قتادة رحمه الله: ما كان عقلها في إسلامها وشركها، علمت أن الهدية تقع موقعا من الناس<sup>٣</sup> ففيه من الدلالة على ان الهدية تقع من الناس موقع التقدير فكأنها رسالة يعلن صاحبها بطلب القرب والمودة والرضا أو إعلان المحبة والود أو المكافأة على حسن صنيع ورفقوا في كتب الفقه بين الرشوة والهدية مع كون الجدار بينهما كبير والحاجز منيع، لكنه وقع ودل عليه حديث ابن اللثبية المشهور الذي كنى به النبي صلى الله عليه وسلم في خطبته بين الناس ليرفع عنه الحرج عندما قال له هذا لكم وهذا أهدي إلي كما ورد في الحديث عند البخاري وغيره عن أبي حميد الساعدي، قال: استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً على صدقات بني سليم، يدعى ابن اللثبية، فلما جاء حاسبه، قال: هذا مالكم وهذا هديّة. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «فهلما جلست في بيت أبيك وأمك، حتى تأتيك هديتك إن كنت صادقاً» ثم خطبنا، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد، فإني أستعمل الرجل منكم على العمل ممّا ولاني الله، فيأتي فيقول: هذا مالكم وهذا هديّة أُهديت لي، أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديّته، والله لا يأخذ أحد منكم شيئاً بغير حقه إلا لقي الله يحمله يوم القيامة، فلأعرفنّ أحداً منكم لقي الله يحمل بغيراً له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر» ثم رفع يده حتى رئي بياض إبطه، يقول: «اللهم هل بلغت»

(١) معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ) تحقيق عبد السلام

محمد هارون، دار الفكر (٤٣/٦)

(٢) انظر: تفسير القرآن العظيم (ابن كثير) ج١/٦، الجامع لأحكام القرآن: ج١٣/١٩٦.

بصر عيني وسمع أذني.<sup>١</sup>

وجاءت الأحاديث في السنة النبوية ما تدل على قبول الهدية مطلقا وجواز ذلك منها:

- عن خالد بن عدي رضي الله عنه، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، أنه قال: " من جاءه من أخيه معروف، من غير إشراف ولا مسألة، فليقبله ولا يرده، فإنما هو رزق ساقه الله إليه".<sup>٢</sup>
- وعن عائشة [رضي الله عنها]، قالت: " كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها".<sup>٣</sup>

فالهدية في أصلها إنما يبتغى بها ويرجى منها إقامة الألفة فيما بين الناس بعضهم البعض ولا يتم هذا المقصود ولا يظهر إلا بأن يرد إليه - أي المهدي - مثله فإن الهدية تحبب المهدي إلى المهدى له من غير عكس، فإن عجز عن رد الهدية فليشكره عليها وليظهر نعمته من تقديم هديته إليه فإن الشاء أول اعتداد بنعمته وإضمار لمحبتة، وأنه - أي الثناء - يفعل في إراث الحب ما تفعل الهدية.<sup>٤</sup>

**ثانياً: الراجح من مذهب الحنفية:**

يرى الحنفية فيما يذهبون إليه من أن ما قدم من هدايا من أي الخطيبين للآخر يعتبر هبة في تكيفها، وعليه فللواهب أن يرجع في هبته كما هو معروف إلا إذا وجد مانع من موانع رجوع الهبة كهلاك الشيء وعدم بقائه أو استهلاكه.

حيث جاء في الدر المختار أن: "خطب بنت رجل، وبعث إليها أشياء، ولم يزوجه أبوها فما بعث للمهر يسترد عينه قائماً فقط، وإن تغير بالاستعمال - لأنه مسلط عليه من قبل المالك فلا يلزم في مقابلة ما انتقص باستعماله شيء - ، أو قيمته هالكا؛ لأنه معاوضة، ولم تتم فجاز الاسترداد وكذا يسترد ما بعث هدية وهو قائم دون الهالك - لأنه معاوضة ولم تتم فجاز الاسترداد - والمستهلك؛ لأنه في معنى الهبة".<sup>٥</sup>

وقد استدلت الحنفية بما رواه ابن عمر [رضي الله عنه]، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من

(١) البخاري، كتاب الزكاة، باب الهدية للوالي بسبب الولاية رقم الحديث (١٢٨٦)، ج ٢/٨٠.

(٢) رواه أحمد في مسنده، الملحق المستدرک من مسند الأنصار، بقية حديث خالد بن عدي الجهني، (٤٤٦/٣٩) ورجال أحمد رجال الصحيح، انظر: فتح الغفار، الصنعاني، (١٣١٨/٨).

(٣) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب المكافأة في الهبة، رقم الحديث (٢٥٨٥)، (١٥٧/٣).

(٤) الروضة الندية، الروضة الندية شرح الدرر البهية، أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي (ت ١٣٠٧هـ)، دار المعرفة (١٦٢/٢).

(٥) الدر المختار، ابن عابدين، (١٥٣/٣).

وَهَبَ هَبَةً، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مَا لَمْ يَثْبُثْ مِنْهَا"١.

أي له العود في الهبة وهذا مخصوص في هبة العوض وذلك ما لم يكافأ عليها، والأب مستثنى من هذا فإن له العود في هبة ولده كما هو معروف.

ولقد اختلف أهل العلم في حكم الرجوع في الهبة على أقوال في المذاهب المختلفة وعل ما سوف نفضله من أدلتهم فقد ذهب الشافعي، وأبو ثور، وأحمد إلى أنه لا يحل الرجوع في الهبة لمن وهب شيئاً، إلا الوالد، وذهب النخعي، والثوري، وإسحاق، والحنفية إلى التفرقة بين الواهب للرحم ولغيره فإن من وهب لغير ذي رحم فله الرجوع ما لم يثبت عليها، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -، واحتجوا بحديث النبي وهو عند ابن ماجة قال - صلى الله عليه وسلم - : "الرجل أحق بهبته ما لم يثبت منها" قد رواه سالم بن عبد الله، عن أبيه، عن عمر: "من وهب هبة لوجه الله فذلك له، ومن وهب هبة يريد بها ثواباً فإنه يرجع فيها إن لم يرض منها" وقد استدل أبو حنيفة بهذا الحديث على أنه يجوز الرجوع في هبة الأجنبي دون ذوي القربى. ٢

فالحاصل أن الشافعي جوز عود الوالد، وأبو حنيفة عود الأجنبي، ومالك غير الرجوع وعلى التفصيل الذي سنخرج عليه.

### وجه الدلالة عند الحنفية ومن وافقهم:

جعل الواهب صاحب حق، بل له الأولوية في هبته ما لم يصل إليه العوض من الموهوب له، والخاطب لم يصل إليه هذا العوض أصالة لأن العلاقة غير قائمة على العوض، فجاز له الرجوع على هذا الوجه ٣

(١) رواه الحاكم في مستدركه، المستدرک على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١ - ١٩٩٠، (٦٠/٢)، وقال عنه: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه

(٢) انظر: شرح سنن النسائي المسمى «ذخيرة العقبي في شرح المجتبى»: محمد بن علي بن آدم بن موسى الإثيوبي الوثوي، دار المعراج، ٢٠٠٣، ج ٢٢٠/٣، الشافعي في شرح مسند الشافعي لابن الأثير: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: ٦٠٦هـ)، مكتبة الرشد، ٢٠٠٥، ج ٢٢٥/٤

(٣) بدائع الصنائع، (١٢٨/٦)

## كما استدلت الحنفية بإجماع الصحابة على مذهبهم:

وأما إجماع الصحابة فإنه روي عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله ابن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم - رضي الله عنهم جميعا - أنه ورد عن هؤلاء الصحابة ولم يرد عن غيرهم خلافة؛ فيكون إجماعا معتبرا لتحقق قول البعض مع عدم وجود مخالف<sup>١</sup> كما استدلووا على ذلك بالمعقول:

فالمقصود في الهبة هو التعويض للعادة في فعلها أو في حقيقتها؛ لأنَّ العادة الظاهرة الغالبة أنَّ الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجاهه ويدفع عنه، وإلى من دونه ليخدمه ويستميله، وإلى من يساويه ليعوضه وهو الظاهر بين المخطوبين، وقياسه على الخلل في العقود فإذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد منفسخ هذا العقد كالمشتري إذا وجد بالمبيع عيبا لفتتبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود إذ العقد يقبله<sup>٢</sup>.

## ثانيا: التفصيل في أقوال غير الحنفية في حكم استرداد الهدايا:

انقسمت الآراء إلى عدة أقوال على النحو التالي:

### القول الأول: جواز استرداد الهدايا:

وهو قول الشافعية<sup>٣</sup> ورواية عند الحنابلة<sup>٤</sup>.

يرى الشافعية جواز استرداد الهدية ما لم تتلف أو تهلك، فإن تلفت أو هلكت يسترد قيمتها، فلو دفع الخاطب شيئا من، مشروب أو مأكول، أو ملبوس، أو نقد أو غيرها مما يهدي لمخطوبته أو وليها ثم حصل إعراض أثناء الخطبة من الجانبين أو من أحدهما أو موت وقع لهما أو لأحدهما رجع الدافع أو وارثه بجميع - ما لم يهلك أو يتلف - ما دفعه إن كان قبل العقد مطلقا<sup>٥</sup>.

وأیضا ذهب الحنابلة بقول يظهر فيه قولهم بجواز استرداد الهدايا: "وهديه الزَّوج ليست من المهر نصًّا - أي في المذهب - ، فما أهداه الزَّوج من هديا قبل العقد إن حصل ووعده بأن يزوجه خطيبته التي أهدى إليها ولم يفوا بما وعدوا بأن زوجوا غيره رجع بها أي الهدايا؛ لأنَّه بذلها في نظير النكاح، ولم يقع له

(١) انظر: المرجع السابق ، (١٢٨/٦)

(٢) العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرقي (المتوفى: ٧٨٦هـ)، دار الفكر ، (٤٠/٩) بتصرف.

(٣) حاشية الجمل، (١٢٩/٤)، حاشية البجيرمي على الخطيب، (٤١٠/٣)

(٤) كشف القناع عن متن الإقناع، (١٥٣/٥)، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهي، (٢١٤/٥).

(٥) حاشية قليوبي وعميرة، (٢١٦/٣).

نكاحها<sup>١</sup>.

### القول الثاني: عدم جواز استرداد الهدايا:

وهو قول بعض الشافعية ورواية عند الحنابلة<sup>٢</sup> وقول الظاهرية.

يرى بعض الحنابلة على خلاف المشهور من المذهب عدم جواز استرداد الهدايا التي بذلت في الخطبة وإن لم يعوض عليها وعبارتهم تفرق بين الهدية والهبة مما يجعلهم يفرقون في أحكامهما، حيث جاء في المغني: "ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته، ولا لمهد أن يرجع في هديته، وإن لم يثب عليها، يعني وإن لم يعوض عنها. وأراد من عدا الأب؛ لأنه قد ذكر أن للأب الرجوع، بقوله: "أمر برده". فأما غيره فليس له الرجوع في هبته ولا هديته<sup>٣</sup>.

### وقد استدل أصحاب هذا القول بالتالي:

ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم - ليس لنا مثل السوء - فعن ابن عباس رضي الله عنه، قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: "العائد في هبته كالكلب بقيء ثم يعود في قيئه"<sup>٤</sup>. وقد ورد بلفظ آخر عن ابن عمر وابن عباس مرفوعاً: "لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي الهدية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم عاد في قيئه" وهو عند الترمذي والحاكم وابن حبان وغيرهما ولفظه أعم وأشمل. وقد بوب البخاري باباً في صحيحه فقال: "باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته". وإنما جزم البخاري رحمه الله بذلك لقوة الدليل عنده فيها وتبويبات البخاري كفقهاء في المسائل أو اختياراته فيها.

### وجه الدلالة فيه:

لا ينبغي لنا معشر المؤمنين أن نتصف بصفة ذميمة يشابهنا فيها أخس الحيوانات في أخس أحوالها وأبشع أوقاتها في الوصف المعروف والمثل المضروب في الحديث، ولعل هذا أبلغ في الزجر عن ذلك وأدل على التحريم مما لو قال مثلاً لا تعودوا في الهبة<sup>٥</sup>.

بل قد وردت لفظة في الحديث تدل على هذا المعنى من قول النبي صلى الله عليه وسلم "وليس لنا مثل السوء" أي في هذا التشبيه ويجب الترفع عنه والمشابهة في هذا المشهد الدال على حقارة ووضاعة

(١) كشف القناع عن متن الإقناع، (١٥٣/٥)، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهي، (٢١٤/٥) بتصرف.

(٢) المغني لابن قدامة، (٦٥/٦)

(٣) المغني لابن قدامة، (٦٥/٦)

(٤) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، رقم الحديث

(٢٥٨٩)، (١٥٨/٣)

(٥) فتح الباري، (٢٣٥/٥)

وفضاعة العائد في هبته فكأنه بفعله المصور في المثل نزل إلى منزلة دناءة فعل بعض الحيوانات.

### القول الثالث: في جواز الاسترداد بقيد:

يجوز استرداد الهدايا إن لم يكن هو المتسبب أي طلب العدول دون مسوغ أو هو السبب فيه وهو قول المالكية وقول عند الحنابلة وبعض الشافعية على النحو التالي:

فرق المالكية في المسألة على جهة العدول بين الطرفين، فلو كان العدول من الخاطب فلا يسترد شيئاً، وإن كان العدول من المخطوبة فيسترد كل هداياه التي قدمها فترة الخطوبة، وهذا مذهب المالكية حيث جاء في حاشية الصاوي: "فلو أهدى أو أنفق لمخطوبة غير معتدة، ثم رجعت عنه، ولو كان الرجوع من جهتها إلا لعرف أو شرط. وقيل: إن كان الرجوع من جهتها فله الرجوع عليها، لأنه في نظير شيء لم يتم".<sup>٢</sup>

وهذا أيضاً ما جاء في حاشية الدسوقي: "إذا كان الامتناع من جهتها أي لأن الذي أعطى لأجله لم يتم أما إن كان الرجوع من جهته فلا رجوع له قولاً واحداً".<sup>٣</sup>

فذهبت بعض المالكية أيضاً بأنه لا يجوز للخاطب أن يرجع بشيء مما أهداه حتى ولو كان باقياً لدى المخطوبة، أو كان العدول عن الخطبة من قبلها، فقد جاء في الشرح الصغير: "فلو تزوجت بغيره فلا رجوع له عليها بشيء، وكذا لو أهدى أو أنفق لمخطوبة غير معتدة، ثم رجعت عنه، ولو كان الرجوع من جهتها إلا لعرف أو شرط".<sup>٤</sup>

وقد ذهب ابن تيمية معلقاً على قول الإمام أحمد: وهذا المنصوص جار على أصول المذهب الموافق لأصول الشريعة، وهو أن كل من أهدى له شيء أو وهب له شيء بسبب يثبت بثبوتته ويزول بزواله ويحرم بحرمة ويحل بحله.<sup>٥</sup>

فرجحوا على هذا المقتضى أن الخاطب له يرجع بما أهداه لمخطوبته على أي حال سواء كان الرجوع عن الخطبة من جهته أو جهتها، لأن هبة الخاطب التي هي هداياه أشبه ما يكون بهبة الثواب فإن دلالة الحال أنه يهب بشرط إتمام الزواج ولم يقع فوجب الاسترداد على أي حال.

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، (٢/٢٢٠)، بلغة المسالك، (٢/٣٤٨)

(٢) بلغة المسالك، (٢/٣٤٨)

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، (٢/٢٢٠)

(٤) بلغة المسالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، أبو العباس أحمد بن محمد الخولتي، الشهير بالصاوي المالكي، (المتوفى: ١٢٤١ هـ)، دار المعارف (٢/٣٤٨).

(٥) المستدرک على مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ابن تيمية، ج٤/١٩٨

## رأي الباحث في حكم استرداد الهدايا:

يميل الباحث إلى قول المالكية حيث هو الأقرب والأظهر في مقصده وغاياته، حيث إنه قام على افرقة يلزم منها سد ذرائع مهمة فقد فرق المالكية بين كون العدول من جهة الخاطب فلا يسترد هو شيئاً مما أهداه، وكونه من جهة المخطوبة فيسترد ما قدمه أي الخاطب من هداياه التي عندها، كما أن رأي المالكية يتوافق مع المعقول، ويكون ما قدمه بمثابة تعويض عما لحق بها من أضرار من فسخ خطبتها وجبرا لخطرها الذي كسره بالعدول دون سبب، وإن كان العدول من جهتها فقد آذت الخاطب وفوتت عليه فرصة الزواج منها، فلا أقل من أن يسترد ما قدمه من الهدايا، ومن ناحية أخرى بعيد عن كونه جبرا لخطر المخطوبة بتركها ففيه سدا لذريعة التحلل من الوعد دون تعويض فلو تم لقيام كل واحد من الشباب بمباشرة الخطوبة وتقديم الهدايا جريا على العرف ثم يتحلل من خطوبته ويعلم أنه لن يضار بفعله فيسلك الناس هذا المسلك فينتشر به الفساد في معاملاتهم وعلاقاتهم.

وهذا ما وافقه الشيخ محمد أبو زهرة حيث برر هذا الأمر بقوله: "فلا يجمع على المهدي إليه ألم العدول وألم الاسترداد، إن لم يكن هو الذي عدل عن الخطبة، ولا يجمع على المهدي ألم العدول والغرم المالي، إن كان العدول من الجانب الآخر".

وهذا أحسن الآراء وأكثرها ملائمة لظروف العصر التي اتسمت بقلّة الأخلاق وضعف المروءات بين الناس ويشهد عليه ويعزز المشاهد من الخلافات الواقعة بين الناس في مسألة الهدايا ومن يستحقها.

## استرداد الهدايا في قانون الأحوال الشخصية المصري:

لا يمكن القول بأن موافقة قانون الأحوال الشخصية إلى ما ذهب إليه المذهب الحنفي في جواز استرداد هدايا الخطبة على إطلاقه، لكن يحتاج لشيء من التفصيل فقد وافقه في أمو وخالفه في أخرى على النحو التالي:

**فمن حيث الموافقة:** وافق قانون الأحوال الشخصية المصري فيما ذهب إليه اختياره للراجح مع المذهب الحنفي في أنّ تلك الهدايا من قبيل الهبة في جواز الرجوع فيها عدمه.  
**ومن حيث المخالفة:**

أ- خالف قانون الأحوال الشخصية في الراجح في المذهب الحنفي أن استرداد هذه الهدايا المقدمة من الخاطب ليس على إطلاقه، بل قيده أي القانون بوجود عذر يبيح هذا الاسترداد لتلك الهدايا.

ب- خالف قانون الأحوال الشخصية المصري فيما يتعلق بالهدايا الهالكة ولقد جرى القضاء في احكامه ونسج على هذا المنوال فاستقرت محكمة النقض في احكامها: إلى

أن الخطبة وإن كانت تمهيدا للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر ومنها الشبكة إبان الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل، وإنما تعد من قبيل الهبات وتخضع لأحكام الهبة المنصوص عليها في القانون المدني، حيث يسري عليها ما يسري على الهبة من أحكام القانون المدني، ومن ثم فإن حق الخاطب في استرداد تلك الهدايا يخضع لأحكام الرجوع في الهبة الواردة في القانون المدني في المادة [ ٥٠٠ ] وما بعدها<sup>١</sup> لذا توسع القانون في نظره للهدايا حيث اعتبرها هبة كما هو الراجح في مذهب الحنفية، ولم يكتف بمذهب الحنفية في هذا الشأن لأنه اعتبر هناك شريعة عامة في القانون المدني قد نظمت أحكام الهبة، فم ثم يجب الرجوع إليها لما فصلته هناك فيما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية للتفصيل المتعلق بها؛ وهذا الذي يجري في مقتضيات ترابط القوانين واتساقها والحكم فيما ورد فيه نص على ما لم يرد فيه نص ولو كان في تشريع آخ إلا أنه وكما هو معلوم القانون المدني حوى تنظيمات واحكام شرعية ومدنية تنظم المعاملات والعقود والوكالة والهبات والحوالة وغيرها مما يجعل عمدة القوانين وشريعتها العامة وفيما يخص الهبة فقد تنظمتها؛ بل توسع ووضع أحكاما للهبة وموانع الرجوع فيها وهذا ما سوف نتعرف عليه من خلال تلك المواد الخاصة بالهبة في القانون المدني والتي جاءت بدء من المادة [٤٨٦] مدني وما بعدها وما يعنينا منها بعض أحكامها على النحو التالي:

لقد جاء نص القانون المدني المصري في المادة [٥٠٠] على أن:

### الفقرة الأولى:

" يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك.

### الفقرة الثانية:

فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع، متى كان مستندا في ذلك إلى عذر مقبولاً ولم يوجد مانع من موانع الرجوع<sup>٢</sup> يخلص من نص المادة ٥٠٠ من القانون المدني أن رجوع الواهب في هبته ليس امرا تحكيميا على حسب هواه أو إرادته المطلقة لكن هذه الإرادة تتقيد بقيود منها:

[١] هناك بعض الهبات الازمة وهي التي لا يجوز فيها الرجوع إلا بالتراض بين الطرفين الواهب والموهوب له، وهي ذلك النوع من الهبات التي يكون فيها مانع من موانع الرجوع.

[٢] الهبات غير الازمة وهي ذلك النوع الذي يظهر فيه مانع من موانع الرجوع فلا يجوز للواهب

(١) الموسوعة الشاملة في شرح قانون الأحوال الشخصية والأسرة، سيد عبد الرحيم الشيمي، ص ٨ - ٩

(٢) الفقرة الأولى والثانية من المادة (٥٠٠) من القانون المدني المصري، لسنة ١٩٤٩ م

بغير التراضي بينه وبين الموهوب له أن يرجع في الهبة بإرادته المنفردة إلا إذا كان عنده عذر مقبول للرجوع وهو من المسائل الموضوعية التي ينظرها القاضي ويبسط سلطانه على تقديرها، فإذا تبين للقاضي أن العذر مقبول يقره عليه ويقضي بفسخ الهبة.

وقد أراد التقنين المدني الجديد أن يحد ويقلص من إطلاق المذهب الحنفي أو غيره من المذاهب في الرجوع ويكتفى لتقرير ذلك أن يرفع الأمر إلى القاضي إذا حدث الخلاف مع الموهوب له في رجوع الهبة، ولم يجعل التشريع المدني الواهب يستقل بتقدير الأمر أو قبول هذا العذر، بل جعل القضاء رقيباً عليه ذلك فقد يجيبه إلى طلبه وقد برفض هذا الطلب.<sup>1</sup>

ولقد كانت الشريعة الإسلامية تحكم في مسائل الأحوال الشخصية ولا زالت ترجع إلى أرجح الأقوال في المذهب الحنفي فكانت طبقاً لما يتقرر في المذهب الحنفي في هذا الباب؛ ولكن التقنين المدني في ثوبه الجديد أدخل على نظام الرجوع في الهبة تغييرات جوهرية، ولعله استوحاه من التقنيات الغربية وتمثل هذا التقنين في وضع قيد على الرجوع بوجود العذر المقبول بذلك أكسب التقنين المدني عقد الهبة صلابة على النحو الذي ينبغي أن يكون سمة في العقود.

وجدير بالذكر أنه قد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي لإصدار القانون أنه "من خصائص الهبة كما هو مستقر أنه يجوز الرجوع فيها، فالأصل في هذا الباب أنه يجوز الرجوع في الهبة سواء بالتراضي أو بالتقاضي وذلك لعذر مقبول إلا إذا وجد مانع يمنع منه، ويتبين من ذلك أن الرجوع في الهبة ليس تحكيمياً من جهة الواهب، بل بالتراضي الذي يعتبر هذا التراضي إقالة من الهبة.

فإذا لم يكن هناك تراض يوقع بين الطرفين، فلا يجوز للواهب الرجوع إلا لعذر يقبله القاضي فيحكم به، وعليه فيمتنع الرجوع إذا لم يوجد هذا العذر المقبول، فالهبة إذن لا تزال محتفظة بصفاتها الملزمة إلى حد كبير.

وقد قضت محكمة النقض بأن "مفاد الفقرة الأولى من المادتين ٥٠٠، ٥٠٣ من القانون المدني أنه إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة وتراضي معه الموهوب له على هذا الرجوع في الهبة الصادرة منه للمطعون ضدهم الثلاثة الأول ومثل المطعون ضده الثالث أمام محكمة الاستئناف فتعتبر الهبة كأن لم تكن بالنسبة له وإذا لم يعمل الحكم المطعون فيه أثر ذلك التراضي فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق مما جره إلى الخطأ في تطبيق القانون" [الطعن رقم ١٢٩٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٢/٢٦/١٩٩٥، الطعن رقم ٤٢٠ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٦، الطعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٩ ق س ٣٥ ع ٢٢ ص ٢٢٤١ جلسة ١٢/٢٧/١٩٨٤]

وقد قضت محكمة النقض بأن "وإذ كان حق الخاطب في استرداد تلك الهدايا يخضع لأحكام الرجوع

(١) الوسيط : للدكتور السنهوري - ص ١٨٣ وما بعدها بتصرف.

في الهبة الواردة في المادة ٥٠٠ وما بعدها من القانون المدني وكانت المادة المذكورة تشترط للرجوع في الهبة في حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب في الرجوع إلى عذر يقبله القاضي وكان الحكم المطعون فيه وإن انتهى صحيحاً إلى أن العدول عن الخطبة كان بسبب يرجع إلى المطعون ضده وقضى لذلك بعدم أحقيته في الرجوع في هبته التي تعلق بها هدايا الخطبة مما كان لازمه " [الطعن رقم ٨٧٥٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٥/٥/١٩٩٦]

ولقد وضحت المادة [٥٠٢] من ذات القانون حالات رفض طلب الرجوع في الهبة لو كانت بها بعض الموانع وذكرتها المادة على نحو مفصل<sup>١</sup>  
 وَمِنَ الْأَعْدَارِ الْأُخْرَى الْمَقْبُولَةِ الَّتِي لَمْ تَرِدْ فِي تِلْكَ الْمَادَّةِ مِنَ الْقَانُونِ وَالَّتِي تَبَرَّرُ لِلْخَاطِبِ الرَّجُوعَ فِي هَدَايَا الْخُطْبَةِ وَمِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ: الْعُدُولُ دُونَ مَسُوغٍ، أَوْ امْتِنَاعِ الْمَخْطُوبَةِ عَنِ الْعَقْدِ.  
 ويقع على الخاطب في هذه الحالة بوصفه مدعياً عبء إثبات العذر المقبول الذي يبرر الرجوع في الهبة بإرادته المنفردة والذي يخضع في جميع حالاته لرقابة وسلطة القاضي التقديرية<sup>٢</sup>.

وبالنظر إلى موجبات هذه المادة في هذا القانون فيمكن القول إنه يجوز للخاطب أن يطلب قضائياً الرجوع في الهبة واسترداد ما وهبه من هدايا للمخطوبة، في حالة إذا ما كان يستند في لجوئه للقضاء إلى عذر مقبول يسوغ الرجوع في الهبة ويبرره، ويعتبر ذلك الطلب في تكيفه على العقود باعتبار الهبة أحدها هو بمثابة فسخ قضائي للهبة فيسري بأثر رجعي ويترك لتقدير القاضي شأن كل فسخ قضائي، وهو ثابت لكلا الطرفين متى ما كان ما قام به يتصور ويتكيف على أنه هبة بين الخطيبين فيتقرر الحق له ولها متى ما ثبت<sup>٣</sup>.

كما أن قانون الأحوال الشخصية قد خالف الحنفية أيضاً في الهدايا الهالكة أي التي هلكت في مدة الخطوبة، فالحنفية نصوا على أن ترد قيمتها إن هلكت<sup>٤</sup>؛ لكن القانون المدني المصري في المادة رقم [٥٠٢] في الفقرة [د] إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهالك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال، فإن لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي<sup>٥</sup>  
 فلو كان الشيء المهدي سياراً فتلفت أو هلكت بالحرق أو الحوادث المدمرة أو أغذية من مشروبات أو أطعمة فأكلت وفنت بهذا الأكل، فهذا النوع لا يجوز رده لهلاكه، ويلحق به الشيء الموهوب إذا زال

(١) المادة (٥٠٢) من القانون المدني المصري، لسنة ١٩٤٩ م .

(٢) موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، محمد عزمي البكري، (١ / ٣٧) بتصرف.

(٣) الدر المختار وحاشية ابن عابدين، (٣ / ١٥٣)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، (١ / ٣٦٢)

(٤) الدر المختار وحاشية ابن عابدين، (٣ / ١٥٣)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، (١ / ٣٦٢)

(٥) الفقرة (د) من المادة (٥٠٢) من القانون المدني المصري الصادر في ١٩

أوصافه بتغيير صورته بالاستعمال، لأن الرجوع إلى أصل الشيء يكون ساعتها متعذر مثل الأقمشة التي تتحول إلى ثياب بالخياطة أو نقوداً أنفقت في شراء بعض السلع، فإنه لا يجوز ردها إلى الخاطب فتعامل وكأنه هالكة<sup>١</sup>

بل إنَّ قانون الأحوال الشخصية المقدم من الأزهر قد اتفق مع المذهب المالكي في اختياره، وحسم المسألة، حيث نظر إلى جهة العدول ورتب عليها الحكم، فلو كان من الخاطب لا يسترد شيء مما أهداه، وإن كان من الخاطبة فليست ردُّ كل ما أهداه، حيث جاء في المادة الثالثة: "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة بغير سبب، فلا حق له في استرداد شيء مما أهداه للآخر، وإن كان العدول بسبب من الطرف الآخر فله أن يسترد ما أهداه إن كان قائماً أو قيمته يوم قبضه، ويستثنى من ذلك ما جرت العادة باستهلاكه<sup>٢</sup>

**تعقيب على موقف قانون الأحوال الشخصية:**

من خلال عرض المسألة نجد أن هناك قدر ما من موافقة قانون الأحوال الشخصية للمذهب الحنفي في القول باسترداد الهدايا، ومخالفة في سبب هذا الاسترداد، فنجد أن قانون الأحوال الشخصية أجاز استرداد الهدايا وهو بذلك يعد موافقاً للراجح من المذهب الحنفي؛ لكن يعد مخالفاً له من حيث أن المذهب الحنفي أجاز استرداد الهدايا دون تقييد، لكن القانون لم يجز استرداد الهدايا إلا بوجود عذر مقبول يرتب عليها طلب استردادها؛ لأنه اعتبرها من الهبات، كما أن قانون الأحوال الشخصية المصري قد خالف الراجح من المذهب الحنفي في الهدايا الهالكة، حيث أن المذهب الحنفي نص على جواز رد قيمتها، لكن القانون لم يجز ذلك وأعتبرها في حكم الهالكة.

حيث سبب مخالفة قانون الأحوال الشخصية للمذهب الحنفي في تلك المسألة، عدم اعتبار هدايا الخطبة ضمن مسائل الأحوال الشخصية، ولكن شرّاح القانون لهم رأي آخر في ذلك، حيث يعتبرون أن هدايا الخطبة تعد من مسائل الأحوال الشخصية، وبالتالي تسري عليها وعلى ردها أحكام الشريعة الإسلامية، ويحكمها تحديداً الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة، عملاً بالمادة الثالثة من إصدار القانون رقم [١] لسنة ٢٠٠٠، والتي تنص على أن: "تصدر الأحكام طبقاً للمدوّن في اللائحة ولأرجح الأقوال لمذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد".

وتفسير ذلك أن الخطبة تمهيد لعقد الزواج ومقدمة له وهو من مسائل الأحوال الشخصية، وأن

(١) موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، محمد عزمي البكري، (١ / ٣٩) بتصرف.

(٢) مشروع قانون الأزهر حيث أصدر شيخ الأزهر قارار، في ١٨ أكتوبر ٢٠١٧، بتشكيل "لجنة لإعداد مقترح مشروع قانون لتعديل بعض أحكام القوانين المصرية المتعلقة بالأحوال الشخصية؛ لضمان توسيع نطاق الحفاظ على حقوق الأسرة المصرية"

الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر إبان فترة الخطبة سببها الخطبة، ومقصود بها تأكيد معنى الخطبة، فهي هبات تتعلق بالخطبة والتي تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم فإنه عملاً بقاعدة "الفرع يتبع الأصل"، فإن الهبات تعد من مسائل الأحوال الشخصية، ولا ينال من ذلك أن هدايا الخطبة ليست ركناً من أركان عقد الزواج ولا شرطاً من شروط صحته المعروفة في بابها.

وتفادياً لمثل هذه الحالات من التنازع بين القوانين الداخلية كان يجب على المشرع أن يحد من اطلاقاته العامة الواردة في قانون الأحوال الشخصية وأن يخرجنا من دائرة الخلاف وأن يجعل مسائل الهدايا بدلاً من تكييفها على أن هبة فيرجع في الحكم إلى القانون المدني الذي ينظم مثل هذه العلاقات، فلو نص المشرع في الإصدار المتعلق بالأحوال الشخصية وكيف الهدايا أو نص عليها لفك الاشتباك الحاصل بين الراجح في المذهب الحنفي في مسائل الأحوال الشخصية وبين التقنين المدني في مسائل الهبة وجدير به أن يتحرى ذلك في إصدار تقنين يوضح المسألة ويحسم الخلاف فيها من ناحية التشريع فالقضاء حتماً يلزم بالتقنين المدني في هذا الباب وهذا تجلت حقيقته في عرضنا لبعض أحكام محكمة النقض التي رجعت في أحكامها إلى القانون المدني دون قانون الأحوال الشخصية باعتبار تدرج القوانين ورتبتها وأعمال النص المذكور صراحة دون المشار إليه ضمناً.

## المبحث الثاني

### العدول عن الخطبة وأثره

قبل الحديث عن تلك المسألة لأبد من إلقاء الضوء على حكم العدول عن الخطبة من حيث الجواز أو عدمه؛ لأنها مسألة يبنى عليها مسألة تعويض الضرر.

#### أولاً: قول الحنفية في مسألة العدول:

لقد ذهب الحنفية إلى إجازة العدول عن الخطبة<sup>١</sup>

#### ثانياً: أقوال غير الحنفية في مسألة العدول:

#### القول الأول جواز العدول عن الخطبة:

هذا القول هو المعروف من مذهب الشافعية<sup>٢</sup> والحنابلة<sup>٣</sup> حيث أجازوا العدول عن الخطبة باعتبارها وعداً بالزواج لكنه غير ملزم، وأن العدول في الخطبة يتقرر لكلا الطرفين، باعتبار أن الخطبة اتفاق رضائي، ومقدمة من مقدمات الزواج الذي يجوز العدول عنه ولا إلزام فيه.

#### أدلة أصحاب القول بالجواز:

- إن علياً - رضي الله عنه - خطب لنفسه بنت أبي جهل فسمعت بذلك، فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يزعم قومك أنك لا تغضب لبناتك، وهذا علي ناكح بنت أبي جهل - أي تقدم لخطبتها - ، فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسمعت حين تشهد، يقول: "أما بعد أنكحت أبا العاص بن الربيع، فحدثني وصدقني، وإن فاطمة بضعة مني وإني أكره أن يسوأها، والله لا تجتمع بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وبنت عدو الله، عند رجل واحد" وفي رواية مسلم مكانا واحدا أبداً، وفي رواية شعيب عند رجل واحد فترك علي الخطبة<sup>٤</sup>.

ففي الحديث موضع الشاهد الذي نرجوه من النص وهو جواز العدول عن الخطبة وإن كان للبعض أن يعترض عليه بوجود الأمر من النبي صلى الله عليه وسلم الذي يقطع القيد الذي قد يدعى في الجواز

(١) بدائع الصنائع، (١٣١/٦)، الدر المختار لابن عابدين، (١٥٣/٣).

(٢) حاشية الجمل، (١٢٩/٤)، حاشية البجيرري على الخطيب، (٤١٠/٣).

(٣) المغني لابن قدامة، (٥٦/٦).

(٤) رواه البخاري في صحيحه، كتاب أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، باب ذكر أصهار النبي صلى الله عليه وسلم،

منهم أبو العاص بن الربيع، رقم الحديث (٣٧٢٩)، (٢٢/٥)

المطلق للعدول.

وهذا الحديث من الأحاديث المشككة التي تورد شبهة عند البعض وله جوابات كثيرة منها ما يدل عليه قوله: [لِأَنِّي لَسْتُ أَحْرَمَ حَلَالًا وَلَا أَحِلَّ حَرَامًا] فقد أعلم - صلى الله عليه وسلم - بذلك بإباحة نكاح بنت أبي جهل لعلي، رضي الله تعالى عنه، ولكن نهى عن الجمع بينها وبين فاطمة ابنته لعلتين منصوص عليهما: إحداهما: أن ذلك يؤذي النبي صلى الله عليه وسلم، لأن إيذاء فاطمة إيذاء له. والعلة الأخرى: خوف الفتنة عليها رضي الله عنه بسبب ما تحدثه الغيرة.

وقالوا: في هذا الحديث: تحريم إيذاء النبي صلى الله عليه وسلم، بكل حال وعلى كل وجه، لأن تولد ذلك الإيذاء مما كان أصله مباحا وهو في هذا بخلاف غيره.

وقال النووي: ويحتمل أن المراد تحريم جمعهما، ويكون معنى: لا أحرّم حلالا، أي: لا أقول شيئا يخالف حكم الله، فإذا أحل شيئا لم أحرّمه، وإذا حرّمه لم أحله ولم أسكت على تحريمه، لأن سكوتي تحليل له، ويكون من جملة محرمات النكاح: الجمع بين بنت رسول الله، صلى الله عليه وسلم وبنت عدو الله. - وعن ابن عمر رضي الله عنه، كان يقول: " نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه، حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب ".

### وجه الدلالة

فلقد أجاز النبي صلى الله عليه وسلم حق الترك، وأجاز له التنازل للخاطب الثاني، فالنبي يجوز العدول عن الخطبة ويصور هذا العدول بصورتين: الترك، أو إعطاء الإذن للغير؛ كي يتقدم لخطبة الفتاة وقد ذهب البعض في شرح الحديث أن دلالة نهى تحريم لا نهى تأديب وأنه على القطع فقد قال ابن المنذر: النهى في هذا الحديث أن يخطب الرجل على خطبة أخيه نهى تحريم لا نهى تأديب، واستدل على ذلك برواية الليث، عن ابن أبي حبيب، عن عبد الرحمن بن شماسة، أنه سمع عقبه بن عامر، أنه سمع رسول الله [صلى الله عليه وسلم] يقول: "المؤمن للمؤمن، لا يحل لمؤمن أن يخطب على خطبة أخيه حتى يذر، ولا يحل له أن يبتاع على بيع أخيه حتى يذر".

لكن الحقيقة في موضع تحرير محل النزاع في المسألة يجعل الناظر يفرق بين مسألتين غير متلازمتين

المسألة الأولى وهي مسألة النهي عن الخطبة على الخطبة

المسألة الثانية مسألة العدول

فمسألة النهي المناقشة في نقل ابن المنذر وغيره من اهل العلم إنما مردها إلى دخول خاطب على

( ١ ) رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، برقم (٥١٤٢) ج ١٧/٧

( ٢ ) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتاني الحنفى بدر الدين

العيني المتوفى: ٨٥٥ هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ( ٢٠ / ١٣٣ )

خاطب آخر من غير إذن وهذه المسألة غير الأخرى التي هي العدول عن الخطبة. فالعدول جائز غير ممتنع ولا علاقة له بالمسألة الأخرى المتداولة مع الأولى. وقد ذهب بعض أهل العلم من ناحية أخرى إلى حديث النهي عن الخطبة على الخطبة منسوخ بفعل النبي صلى الله عليه وسلم فقد قال الطبري: اختلف أهل العلم في تأويل هذا الحديث، - يقصد حديث لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه - فقال بعضهم: نهيه عليه السلام أن يخطب على خطبة أخيه منسوخ بخطبته، عليه السلام، لأسامة فاطمة بنت قيس على خطبة معاوية وأبي الجهم. وقال آخرون: هو حكم ثابت لم ينسخه شيء، وهو غير جائز لرجل خطبة امرأة قد خطبها غيره حتى يترك ذلك، هذا قول عقبة بن عامر، وعبد الله بن عمر، وابن هرمز. واحتجوا بعموم الحديث. وقال آخرون: نهيه عليه السلام أن يخطب على خطبة أخيه يريد في حال رضا المرأة به وركونها إليه.<sup>١</sup>

والمعنى أنهم فرقوا بين انعقاد رضا المخطوبة من عدمه فإن استتب رضاه وانعقد وأقرت على ذلك بالموافقة دون تردد ففي هذا الحال يقع النهي الوارد في النص أما إذا لم ينعقد رضا المرأة فالخاطب الآخر في سعة، ومعناه جواز تعدد الخاطبين على المرأة في الفترة الواحدة أو المدة الزمنية الواحدة ما لم ينعقد رضاها فساعتها يقع النهي الوارد وهو في جميع الحالات مسألة غير مسألة العدول وإن كان فيها إشعار بعدم العدول المجرد لقوة عدم الدخول من خاطب أخرى وكأن هذا الوجه يحمل الوجه الآخر ويقويه لكن لا يمنعه.

**اختلفوا في حد التراكن الذي يقع النهي عليه، هل هو مجرد الرضا بالزوج أو تسمية الصداق؟** وقال الشافعي: إنما هو ممن أذنت المرأة لوليها أن ينكحها من رجل معين، فمجرد الموافقة ينعقد بها التراكن المقصود والذي يوجب الإذن قبل الخطوبة على الخطبة.

واختلفوا في لفظة قول النبي صلى الله عليه وسلم على "أخيه" فهي تمنع لا محالة من دخول غير المسلم لأنه غير أخوة في الإسلام؛ لكن هل يدخل في معناها المسلم العاصي بموجب يصفه بالفسوق، فاختره ابن القاسم فقد قال: وهذا في غير الفاسق، وأما الفاسق فيخطب على خطبته.<sup>٢</sup>

والأمر فيه نظر من ناحية القطع بالفاسق من عدمه لأنها مسألة أخرى تتعلق بالكفاءة والعدالة في الزوج، فالأصل في المسلمين العدالة والجرح طارئ عليهم ومن ثم الحكم بالفسق يحتاج إلى قطع ويقين وهو متعلق بقبول نكاح الفاسق من عدمه فهي مسألة أولية في الزواج تتعلق باختيار المخطوبة ووليها للخاطب من عدمه إنما إذا طرئ الفسق فهي مسألة متعلقة بالعدول لا بالقبول والأمر في كل الحالات فيه سعة أما توضيح القول في عبارة النبي "أخيه" أنها لا تقع على الفاسق فيه تزيد لمعنى الفسق فالفسق غير الكفر ومن

١ - شرح صحيح البخاري لابن بطال: ج ٢٥٨/٧ بتصرف.

٢ - انظر: شرح صحيح مسلم للقاضي عياض المسمى إكمال المعلم بفوائد مسلم: ج ٥٥٠/٤

ثم يظل الأصل أن المؤمنين اخوة ويدخل فيهم العاصي وغيره ما لم تكن المعصية مكفرة.

### الدليل من المعقول:

واستدلوا من المعقول على جواز العدول من أنه يحق للمرأة العدول عن الخطبة أو ما ينوب عنها إذا كان هناك مصلحة في ذلك، لو رأت فيه ما يمنعها من أن تتزوج أو كرهت بعض الصفات فيه، لأنه عقد قائم على التأييد - عقد الزواج القائم على الخطبة - فأولى لها التريث لمنع الضرر المحتمل من عدم العدول عن الخطبة والذي لو سارت فيه لتضررت به في حالها ومآلها والدفع أيسر من الرفع على ما هو معروف من القواعد الفقهية والمنطقية المضطربة من ترك الخطبة أهون من ترك الزواج وترك الزواج بلا أبناء أهون من تركه مع وجود الولد وهلما جرا.

وفي هذا السياق يقول قدامة رحمه الله: " ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة - أي العدول - ، إذا رأى المصلحة لها في ذلك؛ لأن الحق لها، وهو نائب عنها في النظر لها، فلم يكره له الرجوع الذي رأى المصلحة فيه، كما لو ساوم في بيع دارها، ثم تبين له المصلحة في تركها، ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرهت الخاطب؛ لأنه عقد عمر يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها، والنظر في حظها<sup>١</sup>.

القول الثاني: عدم جواز العدول عن الخطبة، وهو مذهب المالكية قالت المالكية بعدم الجواز،

فيكره للرجل ترك من ركنت إليه بعد خطبته؛ لأنه من إخلاف الموعد<sup>٢</sup>.

وقد استدلوا ببعض الأدلة منها:

### أولاً: القرآن الكريم:

قال تعالى: لَوْ قُلَّ رَبِّ أَدْخِلْنِي مُدْخَلَ صِدْقٍ وَأَخْرِجْنِي مَخْرَجَ صِدْقٍ وَاجْعَلْ لِي مِنْ لَدُنْكَ سُلْطَانًا نَصِيرًا<sup>٣</sup>

### وجه الدلالة في الآية:

إي الذي عاهدتم الله عليه أو الذي عاهدتم الخلق عليه أنتم مسئولون عن الوفاء به ، فإن وفيتم به فلكم الثواب الجزيل وإن لم تفوا به فعليكم الإثم العظيم<sup>٤</sup>.

ويتفرع على هذه المسألة الحكم بأن الخطوبة من العهود أو العقود الضمنية أو مقدمات العقود؛ فهل

(١) المغني لابن قدامة، (١٤٦/٧)

(٢) شرح مختصر خليل، (١٦٨/٣)

(٣) سورة الإسراء ، الآية (٣٤)

(٤) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي (المتوفى: ١٣٧٦هـ)، تحقيق:

عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

هي في منزلة العهد والوعد الذي يجب الوفاء به من عدمه، وغن كان في منزلة الوعد والعهد فالعدول عنه جائز لأنه عهد ووعد مخصوص من سماته العدول لا إنفاذه لزاما فلا هو عهد صلح أو عهد متعلق بالذمة وغيره من العقود الملزمة أو ما في معناها.

فإن خلف الوعد مكروه لا حرام، وفي الثخيرة: يكره تنزيها؛ لأنه خلف الوعد ويستحب الوفاء بالعهد<sup>١</sup>.

ويختلف كما بيننا طبيعة الوفاء بالعقود طبقاً لطبيعة العقد والعهد فهي تختلف من نوع إلى آخر فهناك عقود أمان عامة يباشرها السلطان ويلتزم بها الغير فهل تتساوى مع عهد الخطبة أو الوعد به فهناك ما يحرم وهناك ما يكره وهناك ما يندب إليه من عدم الوفاء وكل عهد ووعد ينظر فيه على حدة في مقدماته ومالاته؛ ليحكم عليه.

### ثانياً: أدلتهم من السنة النبوية:

عن أبي هريرة، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " آيةُ المنافقِ ثلاثٌ: إذا حدّثَ كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان <sup>٢</sup> .

وفي الحديث دليل على أن من كانت فيه خصلة من هذه كانت فيه خصلة من النفاق، والرُّجوع عن الخطبة هو من قبيل إخلاف الوعد <sup>٣</sup>

وهذا الحديث من الأحاديث المشككة في معناه لورود ما قد نص عليه الحديث في كثير من المسلمين على تقدير كون اللام جنسية لا عهدية، وعليه فأن هذه الخصال قد توجد في بعض المسلمين ولا يحكم بكفرهم بالإجماع، وقد أجيّب عن هذا الاشكال بأجوبة، أحسنها ما أجاب به الكرمانى رحمه الله أن المراد بهذه الصفات انها على الديمومة لا العارض منه حتى تصير كالصفة للشخص، فإذا حدّث في كل أحاديثه كما يدل لإرادة العموم، وكذا إذا وعد وإذا ائتمن على معنى العموم والغالب فيه، فيقع معناه: إذا حدث كل حديث، كذب، وارتضاه الحافظ ابن حجر وحسنه، فليس في المسلمين من يتصف بهذا الأوصاف على الديمومة. <sup>٤</sup>

### رأي الباحث في حكم العدول:

يرجح الباحث ما ذهب إليه الحنفية والذي وافق رأيهم من الشافعية والحنابلة بجواز العدول عن

(١) حاشية ابن عابدين، (٦٧٨/٥)

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، برقم (٢٣)، (١٦ / ١)

(٣) انظر: سبل السلام، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم عز الدين،

المعروف كأسلافه بالأمير المتوفى: ١١٨٢ هـ، (دار الحديث، (٢ / ٦٦٢)

(٤) انظر: التّوير شرح الجامع الصّغير، ج١/٢٢٠.

الخطبة، لكن لأبد أن يكون هناك سبب لهذا العدول ومسوغ له، ككراهية الرجل للفئة وكراهية الفئة للرجل، أما العدول بدون سبب فهو مكره ولا يصح؛ لأنه من قبيل خلف الوعد، وهذا لا يتناسب مع الأخلاق الحميدة التي فرضها الإسلام ولانتشر بسببه الفساد في الأرض من اعتياد الناس على العدول عن الخطبة وفيه من الضرر والأذى للفرد والجماعة ما فيه ومسألة العدول المتعلقة على وجود سبب مسألة نسبية في تقديرها فكما ان المرأة تنكح لأسباب فيقدم البعض سبب على آخر تبعا لشخصيته ومراده من الزواج وفوائده وما اختاره منها فمع تنوع الأسباب التي تنكح لأجلها المرأة تختلف أيضا أسباب العدول فربما يرى الخاطب ما لم يره قبل الخطبة فيجعله ينفر من التكملة وهي مسألة ديانة لا مسألة قضاء على الغالب لأنه لا يحل استقرا العدول أو تتبعه لعدم الطعن في الناس وإيقاع الأذى النفسي او المعنوي بإعلان أسباب العدول.

### أراء الفقهاء المعاصرين في مسائل العدول وما يلحق بها:

وهنا تأتي مسألة مهمة وهي الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة، فلقد انقسمت آراء الفقهاء المعاصرين فهناك من أوجب تحمل الضرر، وهناك من لم يوجب، وهذا لاختلافهم السابق في مسألة تكيف الخطبة، فالخطبة مجرد وعد بالزواج، وليست زواجا، وهو غير ملزم عند جمهور الفقهاء، فلكل من الخاطبين أن يرجع عن قوله، وقد يترتب على العدول ضرر يقع في الغالب على الطرف الآخر، وفي هذا يختلف الفقهاء بين قائل بالتعويض، كأثر من آثار العدول، وبين قائل بعدم جواز التعويض عن الضرر لإباحة العدول<sup>١</sup>.

فلا خلاف عند أهل الفقه أن الخطبة ليست عقدا في أصله وإن كان في طبيعته الضمنية قد يمثل عقدا أوليا، بل هي توافق مبدئي بين إرادتين وتواعد متبادل على إبرام العقد مستقبلا فهي وعد بالزواج كما هو معلوم، وعليه فالخطبة لا تمثل جزء من عقد الزواج على الصحيح لأنه لا يلزم للزواج خطبة فقد يقع ويصح من غيرها، ولا ركن فيها، ولا شرطا لانعقاده وإن كانت أحد مقدماته تمهيدا له، وبالتالي فلا إلزام بها ولا التزام بعقد الزواج من أجلها ولكلا من الخاطبين العدول عن الاستمرار في الخطبة في أي وقت وعلى أي حال.

لذا لم يتعرض الفقهاء القدام فيما نعلم - للتعويض عن الضرر بسبب العدول عن الخطبة، ويكمن سبب ذلك أن الخطبة قديما كانت تجري على خلاف العصر الحالي فكانت تقع بنوع من البساطة واليسر وكانت أخلاق الناس متوافرة على الاحترام والتقدير وصون العهود والوفاء بالعقود واتباع مسالك ومناهج الديانة، فلا يتكلف أحد الخاطبين ما يستحق التعويض من مال وغيره، كما أن فترة الخطبة كانت قصيرة ولا يقع فيها تبعات ما قد تقع في العصر الحالي من الاختلاط الفج ودعوى التعارف على طباع وأخلاق

(١) المفصل لزيدان، ج٦/٧٤

الخطابين وغيره من دعاوى تجعل الخطبة في الوقت الحالي غير الوقت السابق وحدثت فيها من المخالفات الشرعية الكثيرة، كما أنّ المروءة والتعفف عن أخذ التعويض في مثل هذه الأمور لم تكن لتفسح المجال لطلب التعويض القضائي<sup>١</sup>

### لكن يتفق العلماء في الأمور التالية في مسائل الخطبة:

١. أن الخطبة مجرد وعد بالزواج ومقدمة من مقدماته.
٢. مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً، للتعويض<sup>٢</sup> ولم يخالف من المعاصرين إلا فضيلة الشيخ محمود شلتوت<sup>٣</sup> الذي يقول بالتعويض لمجرد العدول عن الخطبة.
٣. أن العقل والحكمة والمنطق يقضي أن من صدر منه العدول ليس له المطالبة بالتعويض حتى وإن تضرر، لأنّه اختياره وإرادته فمن ثم يكون هو غرر بنفسه<sup>٤</sup>.
٤. واختلفوا في الضرر الناتج عن العدول هل يلزم منه التعويض أم لا؟

### القول الأول: عدم التعويض عن ضرر العدول مطلقاً:

يرفض هذا الاتجاه فكرة ومبدأ التعويض ولا يقره عند العدول عن الخطبة رفضاً كلياً من هؤلاء الرافضين الدكتور عمر الأشقر وغيره وقد عرضوا أسباباً لذلك منها:

١. التعويض يخالف طبيعة الخطبة وخصائصها فهي حق ثابت مقرّر شرعاً للخطاب والمخطوبة على السواء فالتعويض يعد تقييداً لمباح، فالخطبة في حقيقتها ليست عقداً، بل هي اتفاق مهاد للزواج، فالقول بالتعويض يناهض حقيقة الخطبة<sup>٥</sup>.
٢. القول بالتعويض من الناحية الاجتماعية يعمق المشكلة ويزيدها ولا يحلها، حيث يعرف الناس سبب العدول وقد تكون أشياء خاصة وأمور يجب سترها، وذلك يفتح باب شر كبير بين الناس، لما له من آثار سلبية على المجتمعات.
٣. أنّ القول بالتعويض مخالف لإجماع الأمة في الحق في العدول عند من يحقق الإجماع في المسألة.

(١) مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، أسامة عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م، ص ٥٥

(٢) الوسيط، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، سوريا، الطبعة الأولى، (٨/٨٣٠)، المفصل، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، سوريا، الطبعة الأولى، ١٤١٣ هـ - (٦/٧٦).

(٣) أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، عمر الأشقر، ص ٧٥

(٤) أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، محمود الرجوب، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨ م، ص ٢٤١.

(٥) مستجدات فقهية في الزواج والطلاق، ص ٥٨

٤. أن القول بالتعويض ليس عدلاً إذ فيه ظلم لطرف باشر حقه في العدول.
٥. أن الإلزام بالتعويض قد يلجأ إلى إتمام الزواج مع الكره له، وهذا أمر أخطر من فكرة جبر الخاطر بالتعويض، بل ضررها أكبر وأشد لأنها استمرار لحياة زوجية تقوم على التباغض والكره بسبب الجبر والاضطرار<sup>١</sup>

### القول الثاني: وجوب التعويض عن العدول مطلقاً:

وهذا الاتجاه يرى وجوب التعويض عن العدول وهذا رأي فضيلة الشيخ محمود شلتوت لبعض الأسباب التي رآها موجبة للتعويض منها:

١. إن العدول عن الخطبة، - وإن كان أمراً مباحاً شرعاً-، فإنما أبيع لهدف معين، هو إقامة الفرصة لكل من الطرفين لتقادي الارتباط بزواج لا يرضي أحد الطرفين وقد يمثل خطورة، أما إذا رافق هذا الفسخ ضرراً فإنه يحق للطرف الأخر المطالبة بالتعويض فلا تحمي الشريعة عدولا طائشاً لا يبرره مسوغ<sup>٢</sup>

٢. اعتبر البعض أن العدول إساءة استعمال الحق أي من باب التعسف في استعمال الحق الذي يعني أنه مع تقرر الحق ووجوده إلا أنه مقيد بعدم الإساءة فإن وقعت وجب التعويض للتعدي في استخدام الحقوق فلا يكفي أن تكون الحقوق مشروعة فحسب، بل يجب عدم إساءة استعمالها مطلقاً فتمت فارق بين استخدام الحق والإساءة في استخدامه.

### القول الثالث في التعويض عن العدول وهو التفصيل في أنواع الضرر الواقع بعد العدول وهو ما يترتب عليه التعويض من عدمه:

أن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون موجبا للتعويض إلا إذا اقترن أفعال أخرى تلحق الضرر بالعدول وهو قول محمد أبو زهرة وعبد الكريم زيدان حيث قال أبو زهرة: "العدول حق، والحق لا يترتب عليه أثر كالتعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار غير العدول نزلت بالمخطوبة، أو مثل أن تطلب هي إعداد المسكن، وعلى ذلك يكون الضرر الواقع نوعين: أحدهما ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول، والآخر ضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول - من غير عمل من جانب العادل - ، فالأول يعوض والثاني لا<sup>٣</sup>."

فأصحاب هذا الاتجاه لا يوجبون التعويض في حد ذاته ناتجا عن العدول، بل لا بد أن يكون هناك ضرر

(١) صحيح فقه السنة وأدلته، (٣/١٢٨).

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري، (١/٨٢٨) باختصار.

(٣) محاضرات في الأحوال الشخصية، ص ٧٤. بتصرف.

حل وهذا الضرر غير العدول وإن ارتبط به أو أثر في وجوده.

### المنافشة والترجيح بين الأقوال السابقة في العدول:

قال عبد الكريم زيدان في شأن التعويض في الخطبة:

- **أولاً:** لا يصلح الرجوع عن الخطبة - العدول - بذاته سبباً للتعويض، لأنَّ الرَّاجِعَ عن الخطبة استعمل حقه الشرعي المكفول له في الرجوع فمن يستعمل حقه فلا شيء عليه، ولأنَّ الجواز الشرعي ينافي الضمان كما هو معلوم.

- **ثانياً:** إذا اقترن برجوع الرَّاجِعِ عن الخطبة أو سبق هذا الرجوع قول أو فعل، صادر عنه يترتب عليه عقاب شرعي، مثله لو رمى الرجل الخاطب مخطوبته بالزنى لتبرير رجوعه عن الخطبة، ففي هذه الحالة تحق عليه المسئولية الجنائية، ويجب عليه حدُّ القذف إذا لم يستطع إثبات ما قذف به المخطوبة نزولاً على تطبيق الحد الشرعي.

- **ثالثاً:** الادعاء بالضرر الأدبي الذي يسببه الرجوع عن الخطبة، وبالضرر المعنوي المتمثل بألم الطرف الآخر من هذا الرجوع لا تعويض له؛ لأنَّ الأمور المعنوية لا تعوض بالمال في الفقه الإسلامي عليها فجزر الخاطر لا يعوضه المال.

ولقد ذهب عبد الكريم زيدان في حالة التعويض إلى مذهب المالكية حيث فرق في سبب الضرر إن

كان واقعا من قبل الراجع أو الطرف الآخر فهناك حالتان لذلك:

### الحالة الأولى: المضرور هو الراجع في الخطبة:

إذا كان المضرور هو الرَّاجِعِ - أي من عدل - عن الخطبة وضرره بسبب رجوعه، فهو الذي يتحمل الضرر حتى وإن كان رجوعه لسبب مقبول لأنه من باشر السبب وكذلك الحال لو رجعت المخطوبة أو وليها عن الخطبة - بعد قبولها -، لما ظهر لهما من أمر الخاطب ما يستدعي الرجوع عن الخطبة؛ لأتتهما هما المقصران في البحث والتحرير عن الخاطب فتعاقب على تقصيرها لأنهما فرطا في ذلك.

### الحالة الثانية: إذا كان المضرور هو الطرف غير الراجع:

وإذا كان المضرور بسبب الرجوع عن الخطبة - العدول عنها - هو الطرف الآخر وليس الرَّاجِعِ، سواء أكان الرَّاجِعِ عن الخطبة لسبب مقبول أو غير مقبول أي بمسوغ أو لا، لأنه جائز شرعا والجواز الشرعي ينافي الضمان في غالب الحالات<sup>٢</sup>.

(١) المفصل في أحكام الأسرة، زيدان، (٦/٧٦-٧٧) بتصرف.

(٢) المفصل في أحكام الأسرة، زيدان، (٦/٧٧-٧٨) بتصرف.

## الترجيح بين الأقوال السابقة:

يرجح الباحث القول الثاني أنّ مجرد العدول عن الخطبة لا يكون موجباً للتعويض إلا إذا اقترن أفعال أحرر ألحقت ضرراً بالعدول عنه، وهذه الأضرار كما قال القول الثالث مادية كانت أو معنوية، فإن ترتب على هذا العدول أضراراً نالت أحد الطرفين، فإنها تكون مستوجبة للتعويض على من وقعت منه. فهدايا الخطبة التي يقدمها الرجل لخطيبته من الهدايا العينية وغيرها، والهدايا المستهلكة كالأطعمة والاشربة والثياب الذي يبلى وغيرها، ثم يقع العدول عن الخطبة لسبب ما، فالأصل هو استصحاب العرف والعادات الاجتماعية مالم تخالف الشرع، وعليه فإن كان العدول من الرجل فيمنع من استرداد ما أهداه إليها، وإن كان العدول منها فله حق استرداد ما قدمه من هدايا إليها إن كان قائماً بعينه، فإن كان مستهلكاً استرد مثله أو قيمته، ويرجع في ذلك إلى العرف، ويتبع عادة الناس ما لم يكن هناك شرط خلاف ذلك، فالمشروط يقضي على العرف ويعلوه ما لم يكن فيه تجاوز للشرع.

فالأصل انه يسترد الهدايا إن كانت موجودة؛ لأن ما يرسله الخاطب من الهدايا أمثال [النقود والذهب والملابس... وغيرها] هدية مقيدة بشرط وقوع أو اتمام العقد في المستقبل، والهدية المقيدة تبقى على ملك صاحبها أو المهدي أي الخاطب، فله أن يطالب بها، وإن هلك الهدايا أو كانت مما يستهلك فلا رجوع له بعوض؛ لأن كل ما يرسله الخاطب إلى بيت المخطوبة ممّا يتسارع فيه الفساد، فهو هدية مطلقة ليس له الرجوع في شيء منه.

والأمر أشبه بالفتوى أو الأقضية التي تحتاج إلى التفصيل في كل حالة على حدة، فينظر فيها ويبحث في مجموعها ويصدر فيها الحكم على بينة من العرف والواقع.

## ما جرى عليه العمل في تطبيق القانون:

هذه المسألة من المسائل الحديثة المستجدة، لهذا تناول بعض الفقهاء المعاصرين هذه المسألة - كما ذكرت سابقاً من أقوالهم-، وإن كان القانون قد وافقهم في جواز العدول عن الخطبة، وخالفهم في أثر هذا العدول بتحمل المسؤولية التقصيرية في ذلك.

حيث ما استقر عليه القضاء المصري الآن: ما قرّره محكمة النقض سنة [ ١٩٣٩ م ] وهو ما يلي: "أنّ الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج - أي وعد لا يرتب أثراً - ، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء بإرادته المنفردة، خصوصاً وأنّه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهتداً بالتعويض".<sup>١</sup>

(١) الطعن رقم ( ١٣ ) لسنة ٩ ق جلسة ١٤ / ١٢ / ١٩٣٩.

فَيَتَعَيَّنُ لِلْحَكْمِ بِالتَّعْوِيضِ بِسَبَبِ الْعُدُولِ عَنِ الْخُطْبَةِ أَنْ تَتَوَافَرَ شَرَايِطُ الْمَسْئُولِيَّةِ التَّقْصِيرِيَّةِ الْمَقْرَرَةِ فِي الْقَانُونِ الْمَدْنِيِّ بِأَنْ يَكُونَ هَذَا الْعُدُولُ قَدْ لَازِمْتَهُ أفعال خاطئة في ذاتها - ومستقلة عنه استقلالاً ثابتاً - ومنسوبة لأحد الطرفين ، وأن ينتج عنه ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر<sup>١</sup>.

**ويستشف من رأي محكمة النقض في قضائها السابق على بعض الأشياء منها:**

١. الخطبة ليست بعقد ملزم إنما هو مقدمة وتمهيد.
٢. مجرد العدول عن الخطبة - وهو مباح أصالة - لا يكون سبباً موجباً للتعويض.
٣. إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخر - غير العدول -، ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا على أساس مجرد العدول، أي الخطأ الذي سبب ضرراً بالغير.

فاستطالة أمد الخطبة لا يعد سبباً موجباً للتعويض مهما استطالت مدة الخطبة إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخر مستقلة عنه ألحقت ضرراً بأحد الخاطبين<sup>٢</sup>.

وهذا ما قرره المادة [١٦٣] من القانون المدني المصري التي نصت على: "كل خطأ سبب ضرر

للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"<sup>٣</sup>

ولقد استقرت أحكام محكمة النقض: "بأن المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن المشرع رتب بنص المادة ١٦٣ من التقنين المدني الالتزام بالتعويض عن كل خطأ سبب ضرراً للغير وأورد عبارة النص في صيغة عامة بما يجعلها شاملة لكل فعل أو قول خاطئ سواء أكان مكوناً لجريمة معاقباً عليها أم كان لا يقع تحت طائلة العقاب ويكون مقصوراً على الإخلال بأي واجب قانوني"<sup>٤</sup>

وقد جاء في الاعمال التحضيرية لهذه المادة: "تستظهر المادة في عبارة أكثر ما تكون ايجازاً ووضوحاً حكم المسؤولية التقصيرية في عناصرها الثلاثة، فقررت الإلزام بالتعويض على كل خطأ سبب ضرراً للغير، فلا بد أن من توافر خطأ وضرر، ثم علاقة سببه تقوم بينهما، فيجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضي، وهو يسترشد في ذلك بما يستخلص من طبيعة نهي القانون عن الأضرار، ولما كان الأصل في المسؤولية التقصيرية بوجه عام أن تتأط بخطأ يقام الدليل عليه، لذلك القى عبء الإثبات فيها على عاتق المضر وهو الدائن<sup>٥</sup>.

(١) الطعن رقم (٤٣٨) لسنة ٢٥ ق جلسة ٢٨ / ٤ / ١٩٦٠.

(٢) الطعن رقم (١٧٤) لسنة ٧٢ ق جلسة ١٥ / ١١ / ١٩٦٢.

(٣) المادة (١٦٣) من القانون المصري .

(٤) الطعن رقم ٢٠٧٦ لسنة ٧١ ق في ٢٥ من ديسمبر سنة ٢٠١٢م.

(٥) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدني - جزء ٢ - ص ٣٥٤ وما بعدها بتصرف.

ومعيار هذا الخطأ هو - المعيار المعروف-، الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، وهذا يتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية، وعلى هذا يفرق بين حالتين:

**الحالة الأولى:**

إذا كان للعادل دخل في الضرر الذي لحق الآخر بسبب عدوله، كان يطلب الخاطب إعداد جهاز خاص، أو تطلب المخطوبة إعداد الخاطب مسكناً خاصاً، فيجوز الحكم بالتعويض عن الضرر لعدوله عن الخطبة، لتسبب العادل في الضرر وتغييره الطرف الآخر.

### الحالة الثانية:

ألا يكون للعادل دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر بسبب العدول، فلا يحكم بالتعويض على العادل، إذ لم يوجد منه سبب الضمان من ضرر أو تغيير<sup>١</sup>.

وذهب بعض العلماء المعاصرين إلى تحميل من عدل عن الخطبة الضرر المادي الواقع على الطرف الآخر ومنهم الدكتور عبد الكريم زيدان حيث ذهب إلى تحميل من عدل عن الخطبة الضرر المادي حيث يقول: "كما لو قام خاطب باستئجار دار هو غير محتاج إليه لولا عزمه على النكاح، وقيامه بالخطبة ليسكن فيها مع مخطوبته بعد أن يعقد عليها، أو بسبب غلقه محل تجارته في بلده الذي انتقل منه، أو أن المخطوبة وهي موظفة استقالت من وظيفتها لتلحق بالخطاب في بلده بعد إتمام عقد النكاح، ونحو ذلك من الحالات التي يتضرر فيها الخاطب أو المخطوبة بسبب الرجوع عن الخطبة<sup>٢</sup>.

**والرأي الذي استقر فقها وقضاء هو ان الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو اخلال بالتزام قانوني، كما أن الخطأ في المسؤولية العقد هو اخلال بالتزام عقدي قد يكون التزاما ما بتحقيق غاية أو التزاما ببذل عناية. اما الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية فهو دائما الالتزام ببذل عناية، وهو ان يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لاس يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان من المقدره على التمييز بحيث تدرك انه قد انحرف، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية.**

ومن ثم يتكون الخطأ في المسؤولية التقصيرية من عنصرين الأول- مادي وهو التعدي، والثاني- معنوي وهو الإدراك، ويجب ان يكون الإخلال الذي وقع بالمصلحة المالية محققا، فيكون الضرر محقق الوقوع بان قد وقع فعلا أو سيقع حتما في المستقبل بما يعرف بالضرر الحال والضرر المتوقع.

اما **الضرر الأدبي** فهو لا يمس المال بشكل مباشر فهو لا يقع على مصلحة مالية بالأساس، **ومن**

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، (٩/٦٥١١-٦٥١٢)

(٢) المفصل في أحكام الأسرة، زيدان، (٦/٣٧) بتصرف.

**أمثاله:** ضرر أدبي يصيب الشرف أو الاعتبار أو العرض، أو الاعتداء على كرامة الإنسان، كل هذه أعمالا تحدث ضررا أدبيا، وأيضا قد يصيب الضرر العاصفة والشعور، وقد يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له، وقد استقر الفقه والقضاء في مصر على جواز التعويض عن الضرر الأدبي.

## الفصل الثاني

### ملائمة قانون الأحوال الشخصية المصري في قضايا الزواج

#### للراجح من مذهب الحنفية

ينقسم الفصل الى مبحثان وهم:

- المبحث الأول: أركان عقد الزواج.
- المبحث الثاني: حكم تزويج الفتاة الصغيرة.

## المبحث الأول

### أركان عقد الزواج

وركن الشيء هو جانبه الأقوى وأصله وأسه وهو جزء ماهيته، والماهية لا توجد بدون أجزائها فكذا النكاح لا يتم بدون ركنه، وقد اختلفت المذاهب الفقهية المعتبرة في عد وحصر أركان الزواج فيما بينها فمنهم من جعله ركن واحد ومنهم من جعلها ثلاثة أركان ومنهم من جعلها أربعة أركان وذلك على التفصيل التالي:

#### القول الأول: من قال بأن أركان الزواج هي ركن واحد:

قال الأحناف بأن أركان الزواج ' هو ركن واحد فقط وهو الإيجاب والقبول، حيث قال الكاساني: " وأما ركن النكاح فهو الإيجاب والقبول ويقع بألفاظ مخصوصة، أو ما يقوم مقام اللفظ<sup>٢</sup>."

#### القول الثاني: من قال بأن أركان الزواج ثلاثة:

وهو قول المالكية<sup>٣</sup> والحنابلة<sup>٤</sup>.

قالت المالكية والحنابلة أن الزواج له أركان ثلاثة:

- الأول: الصيغة: ويقصد بها الإيجاب والقبول.
- الثاني: الولي: وهو ولي المرأة حيث لا يصح النكاح بدونه فجعلوه ركناً.
- الثالث: المحل: ويقصد به الزوجان، أو المعقود عليه فلا زواج بدونه<sup>٥</sup>.

وهناك من قال بأربعة باعتبار أن المحل ينقسم إلى ركنين فالزوج والزوجة ركنان<sup>٦</sup>، وهناك أيضاً من أضاف الصداق وجعله ركناً وهو غير مشهور فجعل الأركان خمسة<sup>٧</sup>.

مع أن البعض لم يعتبروه ركن، بل شرط صحة. "وأما الصداق فشرط صحة في الدخول أيضاً

(١) الاختيار لتعليل المختار، (٨٢/٣)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، (٢/٢)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (٨٣/٣).

(٢) بدائع الصنائع الكاساني، (٢٢٩/٢).

(٣) التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، (٥٠٥/٣).

(٤) كشف القناع عن متن الإقناع، (٣٧ / ٥).

(٥) حاشية الصاوي، (٣٥٠/٢).

(٦) شرح الزرقاني على مختصر خليل، (٤٤٧/٣).

(٧) التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، (٥٠٥/٣).

لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّن لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾<sup>١</sup>. وجاء أيضا عند الحنابلة<sup>٢</sup> أركانه ثلاثة حيث جاء في الإقناع في الفقه الحنبلي: " وأركانه - أي الزواج- أن يكون الزوجان الخاليان من الموانع والإيجاب والقبول<sup>٣</sup> ، والإيجاب الركن الثاني ، والقبول الركن الثالث حيث جاء في الروض المربع: " وأركانه - أي أركان النكاح - ثلاثة:

- أحدها: الزوجان الخاليان من الموانع كالعدة وغيرها.
- والثاني: [الإيجاب]، وهو اللفظ الصادر من الولي أو من يقوم مقامه في الوكالة .
- والثالث: [القبول] وهو اللفظ الصادر من الزوج أو من يقوم مقامه في الوكالة °

### القول الثالث: من جعلها أركان الزواج أربعة:

وهو قول الشافعية<sup>٤</sup> فجعلوا للزواج أربعة أركان وهي: زوجان وولي وشاهدان وصيغة<sup>٥</sup> وهناك من الشافعية من جعلها خمسة باعتبار الزوجين ركنان، حيث قال الخطيب الشربيني أركان النكاح خمسة: " صيغة وزوجة وزوج وولي وهما العاقدان وشاهدان<sup>٦</sup> ."

والخلاف في هذه المسألة يرجع إلى اعتبار بعض الأركان في مذهب ويعتبرها مذهب آخر شروطاً، والخلاف أصولي في تحديد الفارق بين الركن والشرط ومن ناحية أخرى بعض المذهب لا تذكر أركاناً تعتبرها بديهية مثل ركن المحل الذي هو الزوج والزوجة فلا يتم الزواج إلا بهما فالنص عليه وجعله ركناً أمر تستكره بعض المذاهب لبداية

ويبنى على هذه التفرقة فوارق تظهر في المسائل المندرجة في انعقاد الزواج في حله وفسخه وصحته وبطلانه، فلا يصح زواج مع تخلف الركن وقد يصح مع تخلف شرط من الشروط.

فالولي لا يعد ركناً من أركان العقد عند الحنفية - خلافاً لمحمد-، وفي قول عند المالكية خلافاً

(١) سورة النساء، الآية (٤).

(٢) حاشية العدوي، (٣٩/٢)، الثمر الداني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني، (٤٣٧/١).

(٣) كشف القناع عن متن الإقناع، (٥ / ٣٧ )

(٤) الإقناع في فقه الإمام أحمد، (١٦٧/٣).

(٥) الروض المر بع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى:

١٠٥١ هـ) ومعه: حاشية الشيخ العثيمين، وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد

- مؤسسة الرسالة، ص ٥١١

(٦) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، (٢١٧/٧).

(٧) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، (٢١٧/٧).

(٨) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الخطيب الشربيني، (٤٠٨/٢).

لجمهور العلماء فيصح للمرأة العاقلة البالغة أن تزوج نفسها باعتبار أنه ليس من الأركان وإلا لو اعتبر ركن ما صح العقد بدونه لدخوله في الماهية.

يرى بعض المالكية بأن الصداق ركن من أركان النكاح، فلا يصح العقد الذي لا يذكر فيه الصداق لأنه من الأركان، أما بقية العلماء فلا يعتبرونه من أركان عقد الزواج فيصح العقد بدون ذكره، ويعتبر بعض الشافعية الشهود ركن من أركان العقد، ويرى بقية العلماء أن الشهود شرط من شروط عقد الزواج لا ركن من أركانه فبعضهم يرى الإعلان يكفي عن وجود الشاهدين لأنهما داخلان في معناه.

فالاخلاف جوهرى وتبنى عليه مسائل واحكام متفرقة بين المذاهب وهو خلاف قد يتوهم البعض بأنه لفظي أصولي لا ثمره من ورائه مع أهميته كما بينا بعض ما يترتب على مسأله.

### ثانيا: ملائمة عقد النكاح لقانون الأحوال الشخصية المصري:

لقد خالف قانون الأحوال الشخصية مذهب الحنفية كما هو مقرر في أركان الزواج، حيث إن القانون اعتبر أن للزواج ثلاثة أركان وذكرها: العاقدان والمحل، وإيجاب وقبول وهو يتفق مع مذهب الحنابلة، أما الحنفية فقالوا إن أركان النكاح ركن واحد وهو الإيجاب والقبول فاختلف المذهب عما أخذت به قانون الأحوال الشخصية في أركان الزواج وهو ما قد يترتب عليه خلاف في فروع المسائل المنعقد على الفارق بين الركن والشرط كما سبق وضرينا عليها امثلة.

## المبحث الثاني

### حكم تزويج الفتاة الصغيرة

#### أولا تصوير المسألة:

هذه المسألة من الأهمية بمكان ويجب طرحها وفق مقدمة تستصحب دوما عند عرض هذه المسألة من الناحية الفقهية أو الحديثية أو حتى في سياقها التاريخ فلقد أصبحت مسألة زواج الفتاة الصغيرة من مسائل الشبهات بل ومن المطاعن الموجهة للإسلام والتي تجعل منه دينا رجعيا شهوانيا متخلفا لا يواكب مسارات الحضارة الحديثة، فمآخذ الغربيين والتيار الليبرالي والعلماني في المجتمعات الشرقية على زواج الفتاة المبكر لدى المسلمين ، بل يطعنوا في فعل النبي صلى الله عليه وسلم في زواجه من السيدة عائشة رضي الله عنها صغر سنها، وإذا فتننا واستقصينا في سبب هجمة الغرب باعتبار حملها على حسن النية نجد أن السبب أنهم دائما يتخذون من صورة مجتمعهم باعتبارها الأنموذج الذي يجب حذوه والاقتراء به ويجعلونه مقياسا للصواب والخطأ بل وللتحضر من عدمه ، فما وافق أفعالهم في مجتمعهم كان هو الحق لا محالة وما خالفهم من هذه المسالك فهو الجهل والرجعية والتردي في ظلمات الاستبداد والعبودية المنسدلة على الدول الشرقية أو الإسلامية على الخصوص.

وإذا استقرأنا لعنصر جوهري متعلق بالطبيعة البيولوجية للسكان في المناطق المختلفة لوجدنا أن أهم العناصر تأثيرا في هذه البنية البيولوجية المختلفة بين سكان الأرض طبقا لتوزيعهم الجغرافي لنطق المناخ وقال ها أنا ذا المؤثر الأول والمحرك الأصيل للتغيرات البيولوجية والنفسية والاجتماعية بين سكان الأرض المختلفين حتماً، فالمناخ في مثل بلدان المحيط الهندي وشبه الجزيرة العربية مناخ قاري جاف ودرجة الحرارة فيه مرتفعة مما يؤدي إلى حالة مبكرة من البلوغ عن الفتيات سكان تلك الأقاليم ومن بينها شبه الجزيرة العربية ومن منطلق ذلك فزواج الفتاة الصغيرة في تلك الأقاليم كان أمرا عاما متبادر إليه ولا حرج فيه، وهو أمر ليس من خصوصيات النبوة بل من طبائع الأقاليم، ولم تكن الفتاة الصغيرة في هذه البيئة تتأخر عن سن الزواج إلى لظروف خاصة.

والعجب العجاب وطامة الطامات أن الفتاة الصغيرة في الغرب يحق لها أن تمارس الحياة الجنسية مع الخلان أو الرفقاء أو حتى الرفيقات ويكون ذلك من تمام الحضارة والرقى والتقدم أم أنها تمارس العلاقة في زواج فهذا مؤشر على الانحطاط الثقافي والأخلاقي والرجعية في المجتمع.

وتتقلب الموازين وتتعكس الصورة فتتطرق الرذيلة مكان الفضيلة وتتحب الفضيلة على تصويرها في زي الرذيلة ويضل الناس طريقهم مع تدفق الصور المذمومة وتصويرها على انها الحسنة والراقية.

عقد الزواج أصالة يشترط له أو لصحته تمييز المتعاقدين، بحيث لا يكون أحدهما مجنوناً أو صغيراً لا يميز فلا ينعقد الزواج على هذه الحالة.

وهنا تتراء لنا مسألة حكم زواج الفتاة الصغيرة فتبدو في الأفق لأنها تقع تحت طائلة حكم عدم التمييز، وساعتها كما هو متقرر في كتب الفقه -على ما سوف نعرضه- أن يكون للولي الحق في عقد مثل هذا الزواج، فالفتاة الصغيرة إن كانت مميزة فلا بد من استئذنها للزواج، وإذا كانت غير مميزة ففي هذه الحالة يجوز للأب والجد تزويجها بغير إذنها.

### وذكر البعض مصالح مترتبة على إجازة زواج الفتاة الصغيرة ومن هذه المصالح:

- إن نكاح الصغيرة جائز بالإجماع، وأشار إليه النص القرآني والشريعة لا تجيز إلا ما مصلحته محققة أو راجحة ولا تنهى إلا عما مفسدته محققة أو راجحة.
- يدل الجواز على شمول هذه الشريعة ويسرها ورعايتها للمقاصد المختلفة، فقد يحتاج إلى تزويج الصغيرة، أو يضطر إليه فالجواز لا يعني الوجوب إنما هو مطلق الإباحة.
- يراعي البيئات التي تنضج فيها الفتاة سريعاً وتكون مؤهلة جسدياً للزواج فيخاف عليها من الفتنة فتصان بالزواج.
- قد يطر إليه في حالة وجود امرأة أجنبية عن الرجل، ولديه ابنة صغيرة، ولا يرغب الرجل في نكاح أمها الأجنبية ويقصد المحافظة على المرأة وبناتها في أوقات النزوح أو الهجرة الجماعية الاضطرارية كما حدث في العراق أو سورية أو صربيا وغيره من بلدان المسلمين فيعقد على الصغيرة فتحرم عليه أمها وتستطيع العيش في نفس المنزل من غير أن تحتجب عن زوج بنتها فمقصد الزواج هنا عام واضطراري وهو يقع بل وقع حقيقة وعاشناه في بلادنا حفظها الله من الفتن.
- ومع ذلك تعتبر هذه المسألة من المسائل الخلافية في الفقه المعاصر على ما سوف نعرضه من أقوال العلماء في الصفحات التالية.<sup>١</sup>

### القول الأول: قول الجمهور على جواز زواج الفتاة الصغيرة:

وهو مذهب الجمهور من الشافعية والحنابلة والمالكية حيث وافق جمهور الفقهاء الحنفية في جواز

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، (١١٩/٢)، البناية شرح الهداية ، العيني ، (٩٠/٥) ، وينظر أيضاً تحديد سن الزواج في الشريعة الإسلامية و قانون الأحوال الشخصية الأردني لعام ٢٠١٠ م : دراسة فقهية مقارنة، الكردي، رائد علي محمد و النداف، ماهر معروف فالح، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد ١١، العدد ٢ (٣٠ يونيو/حزيران ٢٠١٥)، ص. ٣٤٣-٣٦١ وانظر: الزواج المبكر في الشريعة الإسلامية : محمد حسني سخيني، ما جستير، جامعة حيفا غير منشورة، ٢٠١٤م ص ١٢٦ وما بعدها. -

زواج الصَّغِيرَةِ وَعَدَمَ اشْتِرَاطِ الْبُلُوغِ، وَلَمْ يَحْدُدُوا سَنًا مَعِينًا<sup>١</sup>  
 وادعى ابن المنذر الإجماع على جواز تزويج الصغيرة من كفاء ولقد استدل جمهور الفقهاء على ذلك ببعض الأدلة منها:

### الدليل من الكتاب:

١. قَوْلُهُ تَعَالَى لَوْلَا لَائِي يَنْسِنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعَدَّتْهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا<sup>٢</sup>.

### وجه الدلالة فيها:

قد انعقدت الدلالة الواضحة في كتاب الله تعالى على صحة زواج الفتاة الصغيرة فقد أشارت الآية إلى التي لم تحض بعد أي عن صغر في سنّها، ولو كان زواج الفتاة الصغيرة غير جائز لما ذكر المولى جل وعلا لها عدة في الآية فقال: {واللائى لم يحضن} أي الصغيرات، وعلى هذا القول جميع المفسرين بلا خلاف بينهم فإن امتنع الحيض في حقها - الفتاة الصغيرة أو المرأة الكبيرة - إما للصغر المفرط أو الكبر المفرط فعدها بالأشهر لا بالأقراء وهذا واضح بالنص الوارد في الآية<sup>٣</sup>.

٢- قَوْلُهُ تَعَالَى: {وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ} (النساء: ٣)

### وجه الدلالة فيها:

دل منطوق الآية على جواز نكاح اليتيمة، واليتيمة في العرف الشرعي هي التي لم تبلغ بإحدى أمارات البلوغ.

بل وجود النص من السنة على هذا المعنى أي نص في تفسير الآية وهو سبب نزولها على ما ترويه عائشة رضي الله عنها وقد أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما عن عروة بن الزبير عروة بن الزبير، أنه سأل عائشة رضي الله عنها، عن قول الله تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا} [النساء: ٣] إلى {ورباع} [النساء: ٣]، فقالت: «يا ابن أخي هي اليتيمة تكون في حجر وليها تشاركه في ماله، فيعجبه ماله وجمالها، فيريد وليها أن يتزوجها، بغير أن يقسط في صداقها، فيعطيها مثل ما يعطيها غيره، فنها أن ينكحوهن [ص: ٤٠] إلا أن يقسطوا لهن، ويبلغوا بهن أعلى سنتهن من الصداق، وأمروا أن ينكحوا ما طاب لهم من النساء

(١) المدونة الكبرى، مالك، مالك بن أنس الأصبحي، رواية الأمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الامام عبد الرحمن بن قاسم، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون طبعة، ج ٢/ص ١١٠، روضة الطالبين، النووي، ج ٥، ص ٤٠١، كشاف الفناع، البهوتي، ج ٥، ص ١٢٦.

(٢) سورة الطلاق، الآية (٤)

(٣) انظر تفصيل ذلك في كتب التفسير ومنها: تنوير المقباس من تفسير ابن عباس: ص ٤٧٦، تفسير القرآن العظيم (ابن كثير): ج ٨/١٧٨، غرائب القرآن و رغائب الفرقان: ج ١/٦٢٤، تفسير الجلالين: ص ٧٤٩.

سَوَاهِنَ» قَالَ عُرْوَةَ: قَالَتْ عَائِشَةُ: ثُمَّ إِنَّ النَّاسَ اسْتَفْتَوْا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعْدَ هَذِهِ الْآيَةِ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ: " {يُوسِتُّونَكُمْ فِي النِّسَاءِ} [النِّسَاءِ: ١٢٧] إِلَى قَوْلِهِ {وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ} [النِّسَاءِ: ١٢٧] " وَالَّذِي ذَكَرَ اللَّهُ أَنَّهُ يَتَلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ الْآيَةَ الْأُولَى، الَّتِي قَالَ فِيهَا: {وَأَنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَقْسُطُوا فِي الْيَتَامَى، فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ} [النِّسَاءِ: ٣]، قَالَتْ عَائِشَةُ: وَقَوْلَ اللَّهِ فِي الْآيَةِ الْآخِرَى: {وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ} [النِّسَاءِ: ١٢٧] يَعْنِي هِيَ رَغْبَةٌ أَحَدِكُمْ لِيَتِيمَتِهِ الَّتِي تَكُونُ فِي حَجْرِهِ، حِينَ تَكُونُ قَلِيلَةَ الْمَالِ وَالْجَمَالَ، فَهِيَ أَنْ يَنْكِحُوا مَا رَغَبُوا فِي مَالِهَا وَجَمَالَهَا مِنْ يَتَامَى النِّسَاءِ إِلَّا بِالْقَسْطِ، مِنْ أَجْلِ رَغْبَتِهِمْ عَنْهُنَّ فَتَظْهَرُ دَلَالَةُ الْآيَةِ مِنْ سَبَبِ نَزْوْلِهَا لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْيَتِيمِ الْمَذْكُورِ أَنْ تَكُونَ الْفَتَاةُ دُونَ الْبُلُوغِ فَلَا أَبْ لَهَا، وَقَدْ أُذِنَ فِي تَرْوِيجِهَا مَعَ كَوْنِهَا صَغِيرَةً بِشَرَطِ أَنْ لَا يَخْسُ مِنْ صِدَاقِهَا.

### الدليل من السنة:

زواج النبي صلى الله عليه وسلم من السيدة عائشة وهي صغيرة، حيث قالت عائشة رضي الله عنها: " تزوجني النبي - صلى الله عليه وسلم - وأنا ابنة ست ، وبنى بي وأنا ابنة تسع " <sup>٢</sup> وقد زوجها أبوها أبو بكر رضي الله عنهما ، وزوج النبي صلى الله عليه وسلم أيضا ابنة عمه حمزة من ابن أبي سلمة، وهما صغيرتان فدل على الجواز بفعل النبي صلى الله عليه وسلم.

واعترض على تزويج الرسول صلى الله عليه وسلم من السيدة عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة، بأن ذلك مما اختص به الرسول صلى الله عليه وسلم ، لدلالة الحديث الوارد بأن زواج عائشة رضي الله عنها كان بالوحي من الله سبحانه لذلك جعلوه من خصائص النبي صلى الله عليه وسلم .

فمن عائشة، أنها قالت: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " أُرِيْتُكَ فِي الْمَنَامِ ثَلَاثَ لَيَالٍ، جَاءَنِي بِكَ الْمَلِكُ فِي سَبْرَقَةٍ مِنْ حَرِيرٍ، فَيَقُولُ: هَذِهِ امْرَأَتُكَ، فَأَكْشَفَ عَن وَجْهِكَ فَإِذَا أَنْتِ هِيَ، فَأَقُولُ: إِنَّ يَكُ هَذَا مِنْ عِنْدِ اللَّهِ، يَمْضُهُ " <sup>٣</sup>

ولا ينكر اختصاص النبي صلى الله عليه وسلم بخصوصيات وهي ليست مناطاً للقياس ولا تصلح علة له مثل عدد زوجاته وغيرها.

واعترض ابن حزم على القول بالخصوصية لزواج النبي صلى الله عليه وسلم من السيدة عائشة

( ١ ) أخرجه البخاري كتاب الشركة، باب شركة النبي وأهل الميراث، رقم ٢٤٩٤، وأخرجه مسلم في أوائل كتاب التفسير رقم ٣٠١٨  
 (٢) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب بدء الوحي، باب الدعاء للنساء، ج٥، ص٧٠-٧١ رقم الحديث ٥١٥٦، و مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة، ج٤، ص١٤١ رقم الحديث ٣٥٤٥.  
 (٣) أخرجه البخاري: مناقب الأنصار: باب تزويج النبي - صلى الله عليه وسلم - عائشة، وكتاب النكاح: باب النظر إلى المرأة قبل التزويج، ومسلم واللفظ له : كتاب المناقب: باب فضل عائشة (٤/ ١٨٨٩ - ١٨٩٠).  
 (٤) انظر: المبسوط، السرخسي، ج٤، ص٢٣٦ بتصرف.

وهي صغيرة فقال: «الحجة في إجازة إنكاح الأب ابنته الصغيرة البكر إنكاح أبي بكر النبي - صلى الله عليه وسلم - من عائشة وهي بنت ست سنين، وهذا أمر مشهور غني عن إيراد الإسناد فيه، فمن ادعى أنه خصيوص لم يلتفت إلي قوله، لقول الله عز وجل: لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِمَن كَانَ يَرْجُو اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا { (الأحزاب: ٢١) فكل ما فعله - صلى الله عليه وسلم - فلنا أن نتأسى به فيه إلا أن يأتي نص بأنه له خصيوص»<sup>١</sup>

### ثالثاً من الآثار:

استدلوا بأثار كثيرة رويت عن صحابة رسول الله-صلي الله عليه وسلم- تدلُّ من فعلهم- رضوان الله عليهم جميعاً- ومسلك التابعين على وجواز تزويج الصَّغِيرِينَ فقد باشره أو حدث في وجودهم ولم ينكروه ومن هذه الآثار:

١. ما رواه هشام بن عروة عن أبيه قال : دَخَلَ الرَّبِيرُ بَيْنَ الْعَوَامِ عَلَى قِدَامَةِ بِنِ مِظْعُونِ فَبَشَرَ زَيْبِرَ بِنِجَارِيَةَ وَهُوَ عِنْدَهُ ، فَقَالَ لَهُ قِدَامَةُ : زَوْجِنِيهَا ، فَقَالَ الرَّبِيرُ بِنِ الْعَوَامِ : مَا تَصْنَعُ بِنِجَارِيَةَ صَغِيرَةٌ وَأَنْتَ عَلَى هَذَا الْحَالِ ؟ قَالَ : بَلَى إِنَّ عَشْتُ فَابِنَةَ الرَّبِيرِ ، وَإِنْ مِتُّ فَأَحِبُّ مِنْ وَرَثَتِي ، قَالَ : فَزَوِّجْهُ إِيَّهَا<sup>٢</sup>.

٢. وما روي أن علياً - رضى الله عنه وأرضاه -زوج بنته أم كلثوم وهي صغيرة من عمر بن الخطاب<sup>٣</sup> رضى الله عنه.

٣. ووهب رجل ابنته صغيرة السن إلى عبد الله بن الحسن ، فأجاز ذلك<sup>٤</sup>.  
وغيرها من الآثار الكثيرة التي تدل على فعل الصحابة والتابعين وعلى صحة تزويج الفتاة الصغيرة دون نكير من أحد.

**القول الثاني: التفصيل في الجواز قبل البلوغ وعدم الجواز بعد البلوغ وهو مذهب الظاهرية**

(١) المحلى بالآثار: ج ٩ / ٤٠.

(٢) سنن سعيد بن منصور ، ابن منصور ، سعيد ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج ١ ، ص ١٧٥.

(٣) أخرجه البيهقي في سننه ، السنن الكبرى ، البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي ، دار المعارف النظامية ، الهند ، حيدر آباد ، ط ١٣٤٤ ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في نكاح الآباء الأبيكار ، ج ٧ ، ص ١١٤.

(٤) هو عبدالله بن الحسن بن الحسن بن علي بن أبي طالب الهاشمي القرشي ، أبو محمد ، من أهل المدينة ، كان ذا هيبة ولسان وشرف ، وكانت له منزلة عند عمر بن عبدالعزيز ، ومات سجينا في الكوفة في عهد العباسيين ، الزركلي ، خيرالدين ، الأعلام ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ط ١٠ ١٩٩٢ ، ج ٤ ، ص ٧٨ بتصرف.

(٥) المبسوط ، السرخسي ، ج ٤ ، ص ٢٣٦.

## وابن شبرمة<sup>١</sup>، الأصم<sup>٢</sup>، البتي<sup>٣</sup>، رحمهم الله:

فلهم أن الأب له أن يزوج ابنته الصغيرة البكر - ما لم تبلغ - وفرق الظاهريّة بين الذكر والأنثى فذهبوا إلى جواز تزويج الصّغيرة قبل بلوغها، وعدم جواز تزويج الصّغير الذكر بعد بلوغه، فإن وقع فعقد الزّواج مفسوخ فقال ابن حزم في هذه التفرقة: ولا يجوز للأب -ولا لغيره- إنكاح الصّغير الذكر غير البالغ فإن فعل الأب أو الولي ذلك فهو مفسوخ أي العقد أبداً، وأجازه قوم - لا حجة لهم إلا قياسه على الصغيرة والقياس كله باطل عند ابن حزم وشغب على هذه المسألة بقياس آخر ليدل على عدم جوازه أو بطلانه<sup>٤</sup>. أدلتهم:

### من الكتاب:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبُرُوا﴾<sup>٥</sup>.

وجه الدلالة: أن منطوق الآية جعل للنكاح مدى يبلغ وإلا أنه لو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لهذه الغاية المذكورة في الآية ثمة معنى ولم يخالفها نص<sup>٦</sup>.

وقالوا أيضاً إنّ النّصوص - طبقاً لأصولهم - إنّما أجازت بالنص على تزويج الصّغيرة فقط قبل البلوغ، وأمّا الصّغير فلا نص في جواز تزويجه قبل أن يبلغ، ولا يقاس على الصّغيرة، والظاهرة لا تعتمد القياس في استدلالهم بل يطوعوا النصوص البعيدة ليردوا بها القياس فلا قياس مع وجود النص.

### ثانياً: من المعقول:

النكاح له مقصود وغاية من أجلها شرع فإذا ما لم يتوفر هذا المقصود في المحل فلا يشرع ساحتها فالصّغير ذكراً أو أنثى ليس في حاجة إلى النكاح لأنّ مقصود النكاح أصالة قضاء الشهوة، وشرعا النّسل، والصّغير لا تصلح منه هذه المقاصد فلم تنزع إليه الشهوة ولا يصلح منه الولد فيكون وقوع الفعل الذي هو الزّواج على غير حاجة وبلا مقصد.

(١) انظر: المرجع السابق، ص ٢٣٦..

(٢) هو عبدالرحمن بن كيسان، فقيه معتزلي، مفسر، قيل أنه كان من أفصح الناس وأفقههم وأورعهم، إلا أنه كان يخطئ علياً في كثير من أفعاله، له تفسير ومقالات، الزركلي، الأعلام، ج ٣، ص ٣٢٣.

(٣) هو عثمان البتي، فقيه البصرة، أبو عمرو، بياع البتوت (الأكسية الغليظة) اسم أبيه: مسلم، وقيل: أسلم، وقيل: سليمان، وأصله من الكوفة، حدث عن أنس بن مالك والشعبي، الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج ٦، ص ٣٦٤-٣٦٥.

(٤) انظر: المحلى، ابن حزم ج ٩، ص ٤٥٨-٤٥٩.

(٥) سورة النساء، الآية (٦).

(٦) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٢، ص ٥٠٤، المبسوط، السرخسي، ج ٤، ص ٢٣٦. بتصرف

## مناقشة هذا الدليل:

اعترض الظاهريّة على دليل المعقول لأن منشأه القياس واعترضوا برده بعلة قياسيةّ وهي طريقة ابن حزم دوماً مع الخلاف وأثناء الرد على خصومه -وهي مع الفارق فلا تصحُّ أصالة-، فذهبوا إلى أنّه لو جاز قياس تزويج الصّغير على تزويج الصّغيرة قبل البلوغ للزم منه أيضاً أنّ الأنثى إذا بلغت جاز لها أن تتزوَّج بنفسها أو بدون إذن وليها قياساً على الذكر الذي يجوز له بالإجماع أن يتزوَّج بنفسه وبدون إذن وليه<sup>١</sup>، وهو لا يصح؛ لأن الحنفية جوزوا تزويج المرأة نفسها بدون إذن الولي مع كونه أي ابن حزم حرر ذلك على أنه ممتنع واعترض تنزلاً بالقياس وهو قياس مع الفارق لوجود الفارق المؤثر بينهما<sup>٢</sup>.

## سبب الخلاف الواقع في المسألة:

الذي يظهر مناقشة أدلّتهم وتحرير النزاع فيها أنّ السبب في اختلافهم في مسألة تزويج الفتاة الصّغيرة يمكن ارجاعه إلى التالي:

- ١- السنّ الذي تصلح فيه الفتاة الصّغيرة للوطء.
  - ٢- صغر الفتاة يجعلها غير صالحة لمحل الزواج وعدم الصلاحية يتمثل في أنها لا تكون محلاً لقضاء الوطر ولا محلاً يصلح للتنازل وبهذا يغيب مقصد الزواج.
  - ٣- التفرقة في المحل الواقع عليه العقد بين الذكر والأنثى.
  - ٤- انفكاك الجهة عند بعض المذاهب بين صحة العقد وصلاحية المحل فلا تلازم بينهما.
  - ٥- اختلافهم في وقوع الخصوصية للرّسول صلى الله عليه وسلم بزواجه من السيّدة عائشة رضي الله عنها أم هو تشريع عامّ، ومدى أهلية الصّغيرة في موافقتها على الزواج من عدمه، فتلزم الصّغيرة بأحكام الرّواج بعد بالبلوغ مع أنّ زواجها قبل بلوغها<sup>٣</sup>.
- فكل هذه الأسباب كانت أسباب الخلاف الرئيسيّة بين المجوزين للتزويج الفتاة الصّغيرة وبين من يوافق على تزويجه بشرط ومن يرفض تزويجه.

## مناقشة محل النزاع:

- ١- خلو النص على المنع من تزويج الفتاة الصّغيرة من القرآن والسنة:
- أ- فما قام به المعارضون من الاستدلال بالآية الكريمة لجواز تزويج الصّغيرين ليست نصاً على

(١). انظر: المرجع السابق، ج ٩، ص ٤٥٨-٤٥٩.

(٢) انظر: المرجع السابق، ج ٩، ص ٤٦٢.

(٣) الاختيار لتعليل المختار، عبدالله بن محمود، تحقيق عبداللطيف محمد عبدالرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٣

٢٠٠٥، ج ٣، ص ١٠٥

أن صحة الزواج فرع على البلوغ، فليس في الآية دليل على عدم جواز النكاح قبل البلوغ.  
ب- النص في الآية يدل على دفع المال إلى الصغير حال بلوغه وهي مسألة أخرى غير المعروضة في محل النزاع.

### ٢- خصوصية النبي صلى الله عليه وسلم في زواجه من السيدة عائشة:

من قال منهم بخصوصية النبي صلى الله عليه وسلم في زواجه من السيدة عائشة وهي صغيرة ودليلهم الوارد أن زواجها كان بوحى من السماء في رؤية رآها النبي صلى الله عليه وسلم، لا يدل على أنه خاص به صلى الله عليه وسلم يشغب عليه فعل الصحابة الكرام بعد رسول الله بل اجماعهم مع عدم وجود مخالف لهم من بينهم مما يدل على الاجماع في المسألة فقد زوجوا بناتهم صغيرات كما عرضنا في الآثار السابقة، فلو كان من خصائص الرسول صلى الله عليه وسلم لما فعله الصحابة الكرام من بعده ولعرفوا ذلك وميزوه كما عرفوا خصائصه الفريدة وشماله المستقل بها صلى الله عليه وسلم وهم أدري الناس به وهم شهود الوحي وحملته فلا يفوتهم ذلك مع اشتهاره واستفاضته لا سيما وتحريمهم وطلبهم لأثاره صلى الله عليه وسلم ما بلغ بهم مبلغ أن بعضهم كان يقلده في أفعاله الجبلية من شدة تمسكهم بالآثار والسنن وهدية صلى الله عليه وسلم.

### ٣- انفكاك الجهة بين صحة العقد وبين صلاحية المحل:

لم يفت أهل العلم من المجوزين بمعرفتهم الفارق بين صحة العقد مع كون المحل غير صالح وهذا التفرقة لا تقوم على غرر أو خدعة، بل أن من يتزوج ويأذن وليها يعرف جيدا صغر الفتاة من عدمه، ومن ناحية أخرى فبلوغ الفتاة متيقن بمرور الزمن فيصح العقد مع تأخر الدخول وهذا الذي يعرف بانفكاك الجهة فلا تلازم بين صحة العقد وصلاحية المحل.

### الرأي المختار:

يتضح من العرض السابق الدلالة القوية على عدم منع تزويج الفتاة الصغيرة وربما يكون مصطلح التزويج أدق من مصطلح زواج لأنه يقوم به غيرها لوجوب الولاية مع صغر السن. فيلزم لهذه الأدلة مع ضعف أدلة المانعين أو المشترطين لبعض الشروط أن يكون الرأي المختار هو السير مع الدليل القوي وترجيحه واختياره، بل والنص عليه. إلا أنه يعكر هذا الاختيار ويمنعه مع قوته ورجحان دلالاته ما يتوجب القول به ديانة والنزول إليه والوقف عند حده طاعة لله ولرسوله.

وإتجاه الشريعة الإسلامية إلى عدم التدخّل في سنّ الزّواج، هو الإتّجاه الذي يتفق مع طبيعتها، فسّن الخطبة يختلف من بيئة إلى أخرى فمن الحكمة أن يترك تحديد سنّ الخطبة للعرف والقانون والنظام القائم في المجتمع، ولتقدير الناس لظروف كل حال على حدّة، وهذا ما اتجهت إليه الشريعة الإسلامية

ووضحته وقصدته<sup>١</sup>.

ولكن بالنظر إلى الحظر والمنع الذي فرضته الدولة وقيدته على سن الزواج المتعلق بالفتاة الصغيرة وما يترتب عليه من مفساد حال وقوعه؛ لأنَّ السَّماح بزواج الصَّغيرة قبل البلوغ يتعارض مع النظام القانوني المعتمد في البلد، مما ينتج عن السماح به أضرار ومفاسد بالغة منها أنه لا يسمح لهما بتوثيق هذا الزواج، وتعتبر الزوجة أجنبية في القانون لأن الواقعة المادية المنشئة للزواج لم تتم ولم تقع من الناحية القانونية والإدارية التنفيذية في الدولة، ومن المفساد المتوقعة أنه قد يطلقها الزوج دون أي حقوق لعدم اعتراف القانون بالزواج، ومفاسد هذا الأمر في حياتنا المعاصرة أوضح ما تكون لما في ذلك من عقبات تحيط بالأسرة والأولاد والمجتمع.

فيضطر الباحث إلى اختيار المنع لا لقوة دليله أو قيام حجته، بل لمفاسده المترتبة والشرع أمرنا بالنظر إلى المالات وعواقب الأمور وأن نختار خير الخيرين وندفع شر الشرين، ولما كان الجواز هو الراجح لا الوجوب فيتسنى لنا وبشكل عارض النزول إلى خلافه والقول بالمنع للمخاطر والاضرار والآثار السلبية المترتبة على مخالفة نظام الدولة.

مع التنويه إلى ضرورة إعادة النظر فيما يخالف التشريع والسماح به والنزول عند حدوده، فالمستقر عقلا وديانة أن الشرع لا يحل إلا ما فيه مصلحة حالة أو متوقعة أو راجحة ولا ينهى إلا عما فيه مفسدة حالة أو متوقعة أو مشاهدة وهذا مقطوع به ديانة وتجربة.

### الرأي القانوني في سن زواج الفتاة الصغيرة:

لقد خالف قانون الأحوال الشخصية المصري المذهب الحنفي، حيث حدد سن الزواج بألا يقل عن ست عشرة سنة، حيث جاء في المادة [١٧] من قانون رقم [١] لسنة ٢٠٠٠: "أنه لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كان سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية، أو كانت تقل عن ثماني عشر سنة ميلادية وقت رفع الدعوى<sup>٢</sup>."

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية بشأن هذه الفقرة ما نصه:

كانت دعوى الزوجية لا تسمع إذا كانت سن الزوجين وقت العقد أقل من ١٦ سنة للزوجة و١٨ للزوج سواء كانت سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد، فرئي تيسيرا على الناس وصيانة للحقوق، واحتراما لآثار الزوجية أن يقصر المنع من السماع على حالة واحدة وهي ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة.

(١) انظر: أحكام الخطبة في ضوء العرف، ص ١٨١

(٢) المادة (١١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

## الخاتمة:

### أولا النتائج:

- تبين من خلال العرض السابقة لمسألة ملائمة قانون الأحوال الشخصية للمذهب الحنفي بعض النتائج من خلال استقراء بعض القضايا على النحو التالي:
- يمثل المذهب الحنفي القدرة على المرونة والشمول أكثر من غيره من مذاهب الشريعة الأخرى وهي من مقتضيات ولوازم مقاصد الشريعة العامة.
- الخصائص التي تميز بها المذهب الحنفي والتي يختص بها عن غيره من المذاهب الأخرى تجعله متقدرا في القضايا المعاصرة والنوازل الحادثة ومنها الفقه الافتراضي والحيل الشرعية المنضبطة.
- على الرغم من المرونة المتصلة بالمذهب الحنفي إلا أن ربط المشرع للقانون بمذهب واحد في حالة عدم النص على بعض المسائل يمثل خللاً تشريعياً يقتضي التدخل لتغييره وربط الأحوال الشخصية بالراجح في المذاهب المختلفة لا المذهب الحنفي فقط.
- اتضح من خلال البحث وجود بعض المسائل خرج فيه المشرع عن حدود المذهب الحنفي إلى غيره من المذاهب مع ملائمة المذهب الحنفي بشكل أكبر مما نص عليه المشرع.
- لجأ التشريع في بعض المسائل للمذهب الحنفي مع وجود الأرجح في مذاهب أخرى.
- لجأ القضاء في بعض مسائل الأحوال الشخصية إلى القانون المدني مثل المادة تكييف الهدايا على انها عقود هبة نص عليها القانون المدني باعتباره الشريعة الأم.
- يجب تعديل التشريع فيما يتعلق بتزويج الفتاة الصغيرة لانفكاك الجهة بين صحة العقد وصلاحيه المحل ولوجود حالات تقتضي تزويج الصغيرة.

### ثانياً: التوصيات:

- يوصي الباحث بعقد مجمع فقهي قانوني عاجل للنظر في تعديلات قانون الأحوال الشخصية والخروج بتوصيات تقدم للجان التشريعية في المجالس النيابية في المسائل العالقة في الأحوال الشخصية مثل الاستضافة، والرؤية والولايات التعليمية وغيرها.
- توحيد التشريع في الأحوال الشخصية بجعله الشريعة الأم في المسائل المتعلقة بالأسرة لأنه ترك النص على مسائل فتم اللجوء إلى القوانين الأخرى مثل الرجوع إلى أحكام القانون المدني في عقد الهبة باعتبار تكييف الهدايا على انها هبة.
- المعالجات الميدانية المباشرة قبل سن التشريعات من خلال الدراسات الميدانية في محاكم الأسرة لا مجرد التنظيرات الفقهية والقانونية.

## المصادر والمراجع

### القرآن الكريم

#### أولاً: كتب اللغة والمعاجم:

١. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي [المتوفى: ٣٩٣هـ]، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة: الرابعة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م ،
٢. المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسى [ت: ٤٥٨ هـ]، تحقيق: عبد الحميد هندائي، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠
٣. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، [إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار]، دار الدعوة
٤. كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري [المتوفى: ١٧٠هـ]، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال
٥. لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي [المتوفى: ٧١١ هـ]، دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ

#### ثانياً: كتب التفسير وعلومه:

١. الجامع لأحكام القرآن الكريم، القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري ، دار ابن حزم، بيروت، ط ١ ١٤٢٥ - ٢٠٠٤
٢. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي [المتوفى: ١٣٧٦هـ]، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م
٣. تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي [ت: ٧٧٤هـ]، تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط ٢، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م، عدد الأجزاء: ٨

#### ثالثاً: كتب السنة وشروحها:

١. الجامع الكبير - سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي [ت: ٢٧٠هـ]، أبو عيسى بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ١٩٩٨ م عدد الأجزاء: ٦ أجزاء
٢. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه [صحيح البخاري]، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط ١، ١٤٢٢ هـ عدد الأجزاء: ٩ أجزاء
٣. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تقي الدين ابن دقيق العيد أملاه علي الوزير عماد الدين بن الأثير الحلبي، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الآثار للنشر والتوزيع، القاهرة، ط ١، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.
٤. الاستنكار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي [المتوفى:

- ٤٦٣هـ]، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١، ١٤٢١ - ٢٠٠٠م.
٥. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت عدد الأجزاء: ٥ أجزاء
٦. المستدرک علی الصحیحین، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع [المتوفى: ٤٠٥هـ]، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١ - ١٩٩٠
٧. تاريخ الأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده ، محمد رشيد رضا ، دار المنار ، ١٣٥٠ هـ ، الطبعة الأولى.
٨. سبل السلام، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير المتوفى: ١١٨٢ هـ]، دار الحديث،
٩. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، [ت: ٢٧٥هـ] تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت عدد الأجزاء: ٤ أجزاء
١٠. لسنن الكبرى، البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، دار المعارف النظامية، الهند، حيدر آباد، ط١ ١٣٤٤،
١١. سنن سعيد بن منصور، ابن منصور، سعيد، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، دار الكتب العلمية، بيروت،
١٢. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتاني الحنفى بدر الدين العيني المتوفى: ٨٥٥ هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت
١٣. مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، [ت: ٢٤١هـ] تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ط١، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م عدد الأجزاء ٨
١٤. شرح سنن النسائي المسمى «ذخيرة العقبي في شرح المجتبى»: محمد بن علي بن آدم بن موسى الإثيوبي الوثوي، دار المعراج، ٢٠٠٣.
١٥. الشافعي في شرح مسند الشافعي لابن الأثير: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير [المتوفى: ٦٠٦هـ]، مكتبة الرشد، ٢٠٠٥.
- رابعاً: كتب الأصول والقواعد الفقهية:**
١. الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي [المتوفى: ٦٣١هـ]، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - لبنان.
٢. البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين [المتوفى: ٤٧٨هـ]، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ ١٩٩٧ - م ، [١٧٥/٢] .
٣. البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي [المتوفى:

- ٧٩٤هـ]، دار الكتبي، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٤. التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي [المتوفى: ٨٨٥هـ]، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد - السعودية / الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ/ 2000م - م، [٤١٤١/٨]
٥. التعارض والترجيح عند الأصوليين ، وأثرهما في الفقه الإسلامي ، محمد إبراهيم محمد الحفناوي ، دار الوفاء للطباعة والنشر ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م ، ص ٢٨٠
٦. التقرير والتحبير، أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفي [المتوفى: ٨٧٩هـ]، دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
٧. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني [المتوفى: ١٢٥٠هـ]، تحقيق الشيخ أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، ط١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
٨. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة الثُّمَّانِ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري [المتوفى: ٩٧٠هـ]، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
٩. الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي [المتوفى: ٧٧١هـ]، دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١١هـ-١٩٩١م.
١٠. الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي [المتوفى: ٩١١هـ]، دار الكتب العلمية
١١. أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي [المتوفى: ٤٨٣هـ]، دار المعرفة - بيروت.
١٢. المحصول ، لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري [المتوفى: ٦٠٦هـ]، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤١٨هـ/ 1997م - م ، [٣٩٧/٥]
١٣. تيسير التحرير، محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمرير باد شاه الحنفي [المتوفى: ٩٧٢هـ]، مصطفى البابي الحلبي - مصر [١٣٥١هـ - ١٩٣٢م]، دار الكتب العلمية، بيروت [١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م]، ودار الفكر - بيروت [١٤١٧هـ - ١٩٩٦م].
١٤. شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر النقتازاني [المتوفى: ٧٩٣هـ]، مكتبة صبيح بمصر ، [٢٠٦/٢] ،
١٥. علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف [المتوفى: ١٣٧٥هـ]، مكتبة الدعوة - شباب الأزهر، ط٨.
١٦. قواطع الأدلة في الأصول، أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي [المتوفى: ٤٨٩هـ]، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٩م

١٧. كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي [المتوفى: ٧٣٠هـ]، دار الكتاب الإسلامي.
١٨. مقاصد الشريعة الإسلامية الدكتور أميدان
١٩. مقاصد الشريعة الإسلامية - الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور
٢٠. نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين [المتوفى: ٧٧٢هـ]، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م

### خامساً: كتب المذاهب الفقهية والفقهاء العام

#### ١. المذهب الحنفي

١. الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البغدادي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي [ت: ٦٨٣هـ]، الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي - القاهرة، ١٣٥٦ الحنفي دار. عدد الأجزاء: ٥
٢. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري [المتوفى: ٩٧٠هـ]، دار الكتاب الإسلامي، ط ٢.
٣. البناية شرح الهداية: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتاني الحنفي بدر الدين العيني [المتوفى: ٨٥٥هـ]، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
٤. الجوهرة النيرة، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي [المتوفى: ٨٠٠هـ]، المطبعة الخيرية، ط ١، ١٣٢٢هـ.
٥. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي [ت: ٤٨٣هـ]، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، عدد الأجزاء: ٣٠ جزء
٦. الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين [المتوفى: ٥٩٣هـ]، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان عدد الأجزاء ٤
٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي [ت: ٥٨٧هـ]، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م عدد الأجزاء ٧
٨. تدوين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي [المتوفى: ٧٤٣هـ]، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي [المتوفى: ١٠٢١هـ]، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط ١، ١٣١٣هـ.
٩. رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي [ت: ١٢٥٢هـ]، تحقيق محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي دار الفكر - بيروت، ط ٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م. عدد الأجزاء ٧
١٠. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد

أفندي [المتوفى: ١٠٧٨هـ]، دار إحياء التراث العربي.

## ٢. المذهب المالكي

١. أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»: أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي [المتوفى: ١٣٩٧ هـ]: دار الفكر، بيروت - لبنان.

٢. التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم، بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي [المتوفى: ٨٩٧هـ]، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.

٣. الثمر الداني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني،

٤. القوانين الفقهية، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي [المتوفى: ٧٤١هـ].

٥. الموطأ، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني [المتوفى: ١٧٩هـ]، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات، ط١، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.

٦. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد [ت: ٥٩٥هـ] دار الحديث - القاهرة، بدون طبعة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٧. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير [الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك]، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي [المتوفى: ١٢٤١هـ]، دار المعارف.

٨. حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي [ت: ١٢٣٠هـ]، دار الفكر عدد الأجزاء ٤ بدون طبعة

٩. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها: أبو الحسن الرجرجاني، دار ابن حزم، ٢٠٠٧م.

## ٣. المذهب الشافعي

١. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي [المتوفى: ٩٢٦هـ]، دار الكتاب الإسلامي.

٢. الأم، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلب القرشي المكي، [المتوفى: ٢٠٤هـ]، دار المعرفة - بيروت، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.

٣. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي [المتوفى: ٤٥٠هـ]، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.

٤. العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني [المتوفى: ٦٢٣هـ]، تحقيق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ط١، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م.
٥. المجموع شرح المذهب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي [ت: ٦٧٦هـ]، دار الفكر.
٦. تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمي على الخطيب: سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي [المتوفى: ١٢٢١هـ]: دار الفكر، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
٧. حاشيتا قليوبي وعميرة، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر - بيروت، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
٨. روضه الطالبين وعمدة المفتين، بو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي [ت: ٦٧٦هـ]، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، ط٣، ١٤٢١ هـ - ١٩٩١ م.
٩. فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، المعروف بحاشية الجمل سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمل [المتوفى: ١٢٠٤هـ]: دار الفكر
١٠. فتح الوهاب في بشرح منهج الطلاب، كريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي [ت: ٩٢٦هـ]، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م عدد الأجزاء ٢
١١. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي [ت: ٩٧٧هـ]، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
١٢. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي [المتوفى: ١٠٠٤هـ]، دار الفكر، بيروت الطبعة: الأخيرة - ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م.
٤. المذهب الحنبلي
١. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ١٩٩٨.
٢. الروض المر بع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي [المتوفى: ١٠٥١ هـ] ومعه: حاشية الشيخ العثيمين، وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة
٣. الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين [المتوفى: ٦٨٢هـ]، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع
٤. المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي [ت: ٦٢٠هـ]، مكتبة القاهرة ١٣٨٨ هـ - ١٩٨٦ م عشرة أجزاء
٥. النكت والفوائد السنوية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين [المتوفى: ٨٨٤هـ]: مكتبة المعارف - الرياض، ط٢، ١٤٠٤ هـ.

٦. كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي [المتوفى: ١٠٥١هـ] دار الكتب العلمية.
٥. المذهب الظاهري
١. المحلى، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري [ت: ٤٥٦هـ] دار الفكر - بيروت بدون طبعة وبدون تاريخ
٦. الفقه العام والمقارن
١. أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الوهاب خلاف، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الثانية، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م
٢. أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، محمود الرجوب، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م،
٣. الأحوال الشخصية، الإمام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م
٤. أصول الإفتاء أصول الإفتاء وآدابه، محمد نقي العثماني، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م،
٥. تحديد سن الزواج في الشريعة الإسلامية و قانون الأحوال الشخصية الأردني لعام ٢٠١٠ م : دراسة فقهية مقارنة، الكردي، رائد علي محمد و النداف، ماهر معروف فالح، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد ١١، العدد ٢ [٣٠ يونيو/حزيران ٢٠١٥].
٦. تعديلات قانون الأحوال الشخصية التي تمت بموجب القانون المؤقت رقم ٨٢ / ٢٠٠١، القاضي الشرعي الدكتور واصف عبد الوهاب البكري
٧. الروضة الندية شرح الدرر البهية، أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي [ت ١٣٠٧هـ]، دار المعرفة
٨. الزواج المبكر في الشريعة الإسلامية : محمد حسني سخني، ما جستير، جامعة حيفا غير منشورة، ٢٠١٤م
٩. الزواج في الشريعة الإسلامية، على حسب الله، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١م
١٠. فتاوى يسالونك: حسام الدين موسي محمد بن عفانة - مكتبة دنديس - الضفة الغربية - فلسطين ط ١ ١٤٢٧هـ
١١. الفقه الإسلامي وأدلتُهُ [الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها]، أ. د. وهبة بن مصطفى الرحيلي، أستاذ ورئيس قسم الفقه الإسلامي وأصوله بجامعة دمشق كلية الشريعة، دار الفكر - سورية - دمشق.
١٢. فقه السنة: السيد سابق - الفتح للإعلام العربي - القاهرة
١٣. الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، أعداد نخبة من العلماء، تقديم صالح بن عبد العزيز آل الشيخ، دار الهدى المحمدي، القاهرة، ط ١، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.

١٤. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق نجيب هواويني، نور محمد.
١٥. محاضرات في عقد الزواج وآثاره: محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي
١٦. المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط ٢٠١٤ هـ - ٢٠٠٤ م.
١٧. مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، عبد الرحمن الصابوني، تقديم الشيخ محمد أبو زهرة ومصطفى السباعي، دار الفكر، الطبعة الثانية.
١٨. المرأة بين الفقه والقانون، مصطفى بن حسني السباعي [المتوفى: ١٣٨٤ هـ]، دار الوراق للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة: السابعة، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م
١٩. مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، أسامة عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م
٢٠. المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، ط ١، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م.
٢١. موقع إسلام <http://www.onislam.net/arabc>
٢٢. نظام الطلاق في الإسلام، أحمد محمد شاكر، مكتبة السنة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨ م.

#### خامسا: كتب السياسة الشرعية والقضاء

١. السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية: عمرو عبد الفتاح
٢. النظام القضائي في الفقه الإسلامي، محمد رأفت عثمان، دار البيان، ط ٢، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
٣. الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، طبعة ١٩٦٢
٤. نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م.

#### سادسا: كتب التاريخ والتراجم والطبقات

١. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد، محيي الدين الحنفي [المتوفى: ٧٧٥ هـ]، مير محمد كتب خانه - كراتشي
٢. الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي [ت: ١٣٩٦ هـ]، دار العلم للملايين، ط ١٥، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م.
٣. إعلام الموقعين عن رب العالمين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية [ت: ٧٥١ هـ] محمد عبد السلام إبراهيم دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م، والكتاب أربعة أجزاء
٤. الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء مالك والشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنهم، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي [المتوفى: ٤٦٣ هـ]، دار الكتب العلمية - بيروت

٥. تهذيب الأسماء واللغات، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي [المتوفى: ٦٧٦هـ]، عنيت بنشره وتصحيحه والتعليق عليه ومقابلة أصوله: شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية، يطلب من: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
٦. سير أعلام النبلاء، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي [المتوفى: ٧٤٨هـ]، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م.
٧. طبقات الشافعية، لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الشهبي الدمشقي، تقي الدين ابن قاضي شهبة [ت: ٨٥١هـ]، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب - بيروت،
٨. مقدمة ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد بن محمد، ابن خلدون أبو زيد، ولي الدين الحضرمي الإشبيلي [ت: ٨٠٨هـ]، تحقيق عبد الله محمد الدرويش، دار يعرب، ط ١، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.
٩. تاريخ التشريع الإسلامي: مناع بن خليل القطان [المتوفى: ٤٢٠هـ]، مكتبة وهبة ط ٥، ٢٠٠١ م.

#### سابعاً: الموسوعات

١. الموسوعة الشاملة في شرح قانون الأحوال الشخصية والأسرة، المستشار سيد عبد الرحيم الشمي، شركة مكة للطباعة، طبعة ٢٠١٨ م
٢. الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ط ٢، دار السلاسل الكويت. والأجزاء ١ - ٢٣: ط ٢، دار السلاسل - الكويت والأجزاء ٢٤ - ٣٨: ط ١، مطابع دار الصفوة - مصر والأجزاء ٣٩ - ٤٥: ط ٢، طبع الوزارة.
٣. الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة [قسم فقه الأسرة] إعداد مركز التميز البحثي التابع لجامعة الأمام محمد بن سعود، ط ١، ١٤٣٥ هـ.
٤. موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، محمد الزحيلي، دار المكتبي للطباعة والتوزيع والنشر، سوريا، دمشق، ط ١، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.
٥. موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط ٣، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م.
٦. موسوعة الفقه الإسلامي، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، بيت الأفكار الدولية، ط ١، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.
٧. موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، المستشار محمد عزمي البكري، دار محمود، القاهرة، الطبعة الثانية والعشرون
٨. موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارح النزي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م

## الفهرس

- ٢٠٧ - .....المستخلص:
- ٢٠٧ - .....الكلمات المفتاحية:
- ٢٠٨ - .....Abstract:
- ٢٠٨ - ..... Key Words:
- ٢٠٩ - .....مقدمة:
- ٢١٣ - ..... الفصل التمهيدي: التعريف بمصطلحات البحث
- ٢١٤ - ..... المبحث الأول: تعريف الراجح
- ٢١٨ - ..... المبحث الثاني: تطبيق الراجح في المذهب الحنفي
- ٢٢٦ - ..... المبحث الثالث: ملائمة قانون الأحوال الشخصية المصري للراجح من المذهب الحنفي
- ٢٢٩ - ..... المبحث الرابع: التشريعات النافذة في مسائل الأحوال الشخصية في مصر
- ..... الفصل الأول: ملائمة قانون الأحوال الشخصية في مصر في قضايا الخطبة للراجح من مذهب الحنفية ....
- ٢٣٢ - .....
- ٢٣٣ - ..... المبحث الأول: حكم استرداد الهدايا وما في حكمها
- ٢٤٥ - ..... المبحث الثاني: العدول عن الخطبة وأثره
- ..... الفصل الثاني: ملائمة قانون الأحوال الشخصية المصري في قضايا الزواج للراجح من مذهب الحنفية ....
- ٢٥٨ - .....
- ٢٥٩ - ..... المبحث الأول: أركان عقد الزواج
- ٢٦٢ - ..... المبحث الثاني: حكم تزويج الفتاة الصغيرة
- ٢٧٢ - ..... الخاتمة:
- ٢٧٣ - ..... المصادر والمراجع
- ٢٨٢ - ..... الفهرس

الترقيم الدولي: ISSN 2537 – 056X

الترقيم الالكتروني: Online ISSN 2786 - 0043