

المنتدى السنوي الثاني للسياسات الأسرية.

معهد الدوحة الدولي للأسرة.

الدوحة – قطر.

الملاحظات على قانون الأسرة القطري بعد عشر سنوات من التطبيق

عمل الدكتور محمد ابوشهاب المري

قانون الأسرة القطري ما له وما عليه بعد عشر سنوات من التطبيق

بسم الله والصلاة على نبيه محمد بن عبدالله وعلى آله وصحبه الكرام وبعد:

وبدئ ببدء اشكر معهد الدوحة الدولي للأسرة على عقد هذا المنتدى والذي يتناول قانون الأسرة القطري بعد عشرة سنوات من التطبيق، من اجل الوقوف على ما ظهر من اشكاليات فيه وكيفية معالجتها حتى نتداركها، لنحصل على قانون في الاسرة هو الأفضل في المنطقة، ولكون قطر تستحق الأفضل في كل شيء.

لذلك سأتناول في هذه الورقة المراحل التي مر بها القانون في إنشائه، وما لها من الأثر في زيادة بعض المواد او حذفها، وبعد ذلك اذكر الملاحظات على القانون والحلول المقترحة لها. فمن عثر على شيء مما طغى به القلم أو زلت به القدم فلا عجب ولا استغراب لأن الإنسان محل الخطأ والنسيان وليعلم أن الصفح عن عثرات الضعاف من شيم الأشراف وأن الحسنات يذهبن السيئات وأسأل الله التوفيق للحق والصواب إنه ولي ذلك والقادر عليه.

اولا: مراحل التي مر بها القانون:

وجد التوجه لدى المحاكم الشرعية لإنشاء قانون للأحوال الشخصية لتوحيد المرجعية والذي يهدف لتوحيد الأحكام فيها، وذلك عندما وجد بعض القضاة من الدول العربية وقد انتدبوا للعمل في المحاكم وقد حكموا بما كانوا يحكمون به في بلادهم مما ادى إلى اختلاف في الاحكام، فأصدر رئيس المحاكم الشرعية الشيخ عبد الرحمن المحمود قرارا يقضي بتشكيل لجنة تقوم بإنشاء مشروع لقانون الأحوال الشخصية وتكونت اللجنة من:

1. القاضي عبد الرحمن شرفي رئيسا.
2. القاضي أحمد بن علي بن حجر عضوا.
3. القاضي عبد القادر العماري عضوا.
4. القاضي أبو شعيب الرافعي عضوا.
5. المستشار رشيد العراقي عضوا.
6. القاضي عبد الرحمن ياسين عضوا ومقررا.

فباشرت اللجنة عملها في إنشاء مشروع القانون سنة 1996م تقريبا وانتهت منه سنة 1998م تقريبا وقد استعانت اللجنة بقوانين الدول العربية في الاحوال الشخصية واستعانت ايضا بمسودة مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد لدول الخليج، وبعد الانتهاء منه عرض على المؤسسات الحكومية لإبداء الرأي والملاحظات كمجلس الأسرة و كلية الشريعة في جامعة

قطر، فوردت جملة من الملاحظات على المشروع فأمر رئيس المحاكم الشرعية بتشكيل لجنة ثانية لدراسة الملاحظات التي وردت على المشروع، وأضاف لأعضاء اللجنة الاولى الدكتور عبد الحميد الأنصاري والدكتور محمد الدسوقي من جامعة قطر، إلا ان اللجنة لم تستمر لوجود الخلاف بين أعضاء اللجنة الاولى وأساتذة كلية الشرعية، وقد عمل بالمشروع لمدة سنة وذلك سنة 2000م كتجربة في المحاكم، وثم رفع لمجلس الوزراء لاعتماده فقرر المجلس تشكيل لجنة ثالثة للنظر في المشروع ودراسة الملاحظات التي وردت عليه، فتشكلت اللجنة من:

1. القاضي الدكتور ثقيل الشمري رئيساً وممثلاً عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
 2. المستشار ممدوح السقا عضواً وممثلاً عن الديوان الأميري.
 3. الدكتور محمد الدسوقي عضواً وممثلاً عن المجلس الأعلى لشؤون الأسرة.
 4. الدكتور حسن احمد الهدع عضواً وممثلاً عن الأمانة العامة لمجلس الوزراء.
 5. المستشار عبد الرحيم شكري عضواً ومقررًا وممثلاً عن الأمانة العامة لمجلس الوزراء.
 6. السيدة مريم يوسف عرب عضواً وممثلاً عن وزارة العدل.
- فاجتمعت اللجنة وعقدت اثني عشر اجتماعاً وذلك خلال الفترة ما بين 2002/5/6 و 2002/7/9، وعدلت بعض موادها وحذفت البعض الآخر وأضافت أخرى، ومن أهم المواد المضافة المادة الرابعة ومادة الخلع القضائي، ثم رفع إلى مجلس الوزراء إلى أن أقر واعتمد في 2006/6، وبدل اسمه من قانون الأحوال الشخصية القطري إلى قانون الأسرة القطري.

ثانيا: الملاحظات وتشمل عدة ملاحظات:

الاولى: ما جاء في المادة (4):

(يطبق هذا القانون على من يطبق عليهم المذهب الحنبلي، وفيما عدا ذلك فيطبق عليهم الأحكام الخاصة بهم، وتسرى على مسائل الأسرة للأطراف من غير المسلمين الأحكام الخاصة بهم، وفي جميع الأحوال تسري أحكام هذا القانون متى طلبوا ذلك أو كانوا مختلفين ديناً أو مذهباً). وهذه المادة من إضافة اللجنة الثالثة:

وتشمل أمرين:

الاول: أن هذه المادة تحتل أن المراد بمن يطبق عليهم المذهب الحنبلي، هم من يتفق معهم الحنابلة في الأصول اي المذاهب السنية، وتحتل أيضا أن المراد بمن يطبق عليهم المذهب الحنبلي، هم الحنابلة أنفسهم، لكون المذاهب تختلف في الفروع من مذهب لآخر، فيخرج أصحاب المذاهب الأخرى كالحنفية والمالكية والشافعية من تطبيق القانون عليهم، إلا أن المقصود منها قصد إخراج المذهب الجعفري من هذا القانون، وقد فتحت ثغرة على القانون، لأنه يؤدي للتحايل بين الخصوم، فمثلا في نهاية المادة ذكر أن هذا القانون يطبق على المختلفين ديناً او مذهباً مما يجعل احد الخصوم اذا كان القانون انفع له وهو اصلا من اصحاب المذهب الجعفري قال انا سني وهو في الحقيقة ليس سنيا وإنما قال ذلك ليطبق عليه ما هو في مصلحته من مواد قانون الاسرة خصوصا في مسائل الميراث وقد كثر مثل هذه القضايا في المحاكم، وهذا يتيح استغلال هذه الثغرة على القانون.

إلا أن محكمة التمييز قد حسمت هذا الأمر وقضت في الحكم رقم 264 لسنة 2015 بأن أحكام قانون الاسرة هي القانون العام الواجب التطبيق في مسائل الاحوال الشخصية ... الأمر الذي مفاده ومؤداه وجوب تطبيق قانون الاسرة على المسلمين كافة.

الثاني: وذلك أنه جاء في هذه المادة (وتسرى على مسائل الأسرة للأطراف من غير المسلمين الأحكام الخاصة بهم).

يراد بهذه الفقرة أن أصحاب كل دينه إذا ترفعوا إلينا في المحاكم الإسلامية نحكم بينهم بديانتهم وإن كانت هذه الأحكام تخالف ما هو متفق عليه بين المسلمين كإحلال عقد الزواج بالطلاق إذا توفرت فيه شروطه ، فإذا تحاكم إلينا غير المسلمين فعلى القاضي أن يحكم بينهم بديانتهم، وهذا مخالف للقرآن كما في قوله تعالى: { سَمْعُونََ لِلْكَذِبِ أَكَلُونَ لِلسُّحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ

فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ مُحِبُّ
الْمُقْسِطِينَ⁽¹⁾، ولقوله تعالى: {وَأَنْ أَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ} (2).

وجه الدلالة من الآيتين:

قال الإمام الشافعي رحمه الله: في هذه الآية – أي الأولى - بيان والله أعلم أن الله عز وجل جعل لنبيه □ الخيار في أن يحكم بينهم أو يعرض عنهم وجعل عليه إن حكم أن يحكم بينهم بالقسط والقسط حكم الله الذي أنزل على نبيه □ المحض الصادق أحدث الأخبار عهدا بالله عز وجل قال الله عز وجل: {وَأَنْ أَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ}، الآية قال وفي هذه الآية ما في التي قبلها من أمر الله عز وجل له بالحكم بما أنزل الله إليه⁽³⁾.

والخلاف بين العلماء وقع في كون الآية الأولى محكمة غير منسوخة فيكون الإمام مخيرا بين الحكم بينهم أو الإعراض عنهم، وفي كون الآية الثانية ناسخة لها فيجب على الحاكم أن يحكم بينهم ولا يعرض عنهم، وفي كلا الآيتين إذا حكم بينهم يحكم بالإسلام⁽⁴⁾.

أما أن يحكم بينهم الحاكم بحكمهم ويترك الحكم بدين الإسلام الذي نسخ كل الأديان، فهذا لم يقل به أحد من أهل العلم فيما أحسب⁽⁵⁾.

فينبغي أن تحذف هذه الفقرة لأن الحكم بينهم بما في دينهم فيه إقرار بصحة ديانتهم وهذا لا يجوز، لأن القاضي يجب عليه أن يحكم بالعدل والعدل الذي لم يحرف لا يوجد إلا فيما أنزل على نبينا عليه الصلاة والسلام فلا يتركه القاضي المسلم ويحكم بغيره.

(1) المائدة 42.

(2) المائدة 49.

(3) الشافعي، أحكام القرآن، ج2، ص 73، 74.

(4) ذهب أبو حنيفة والشافعي في الجديد ورواية عن الإمام أحمد إلى أنه إذا تحاكموا أهل الذمة إلينا فيجب على القاضي أن يحكم بينهم، وذهب الإمام مالك والشافعي في القديم والرواية الأخرى عن الإمام أحمد إلى أن إذا ترافعوا أهل الذمة إلينا فإن القاضي مخير بين أن يحكم بينهم أو يعرض عنهم، وكلهم قالوا إذا حكم القاضي بينهم فلا يحكم إلا بالإسلام، الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ج3، ص390_393، الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص307، البيهقي، السنن الكبرى، ج8، ص245، 246، ابن عبد البر، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، ج7، ص459، 460، ابن قدامة، المغني، ج12، ص382.

(5) المراجع السابقة، والطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج6، ص286، 270. الجصاص، أحكام القرآن، ج4، ص87. القرطبي، الجامع

لأحكام القرآن، ج6، ص120. ابن حزم، المحلى، ج9، ص425.

الثانية: من العلوم أنه القانون واجب التطبيق كاملا:

فهنا نجد أن قانون الاسرة صدر بتاريخ 2006/6/29 ونشر في الجريدة الرسمية وعليه يكون واجب التطبيق كاملا، إلا أنه وجدت مواد من إضافة اللجنة الثالثة بعضها لم تطبق فعليا إلا بعد عدة سنوات من صدور القانون كالمادة رقم (18) والتي تناولت الزامية الفحص الطبي قبل عقد الزواج وبعضها لم يطبق فعليا كالمادة (14) والتي ذكر فيها (انه في حال الزواج بأخرى على الموثق التأكد من علم الزوجة بأحوال الزوج المالية إذا أنبأت حالة الزوج بعدم توافر القدرة المالية، ولا يجوز للموثق الامتناع عن توثيق العقد إذا رغب الطرفان في إتمامه، وفي جميع الاحوال تخطر الزوجة أو الزوجات بهذا الزواج بعد توثيقه.)، ومن المعلوم أن مثل هذه المادة تؤدي الى ضرر اكبر لو لم تعلم الزوجة الاولى بزواج زوجها إلا بعد وصول بريد إليها فيه صورة من عقد زواج زوجها، فمثلا لو كانت الزوج الاولى معها ضعف في قلبها وتفاجأت بوصول بريد إليها فيه صورة من عقد زواج زوجها عليها فيخشى عليها ان تصاب من إنهيار حاد حتى لا تحمد عقباه.

لذلك ارى ان تحذف هذه الزيادة في المادة (14)، وتبقى كما كانت في المشروع وهي (يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ).

الثالثة: المادة (16) :

هذه المواد تتكلم عن زواج القاصر، وقد ذكر هنا القانون في المادة 189 (يكون كامل الأهلية كل شخص بلغ سن الرشد بتمام الثامنة عشرة من عمره، ولم يحجر عليه). وذكرت المادة 190 (يخضع فاقد الأهلية وناقصها والغائب والمفقود لأحكام الأهلية والولاية والوصاية والقوامة المنصوص عليها في قانون الولاية على أموال القاصرين وما في حكمهم). فإذا بلغ الشخص سن الرشد فهو من يدير أموره أما إذا لم يكن كذلك، فقد أحال القانون الى قانون رقم 40 لعام 2006 بشأن الولاية على اموال القاصرين، والذي نصت فيه المادة (4) على الولاية تكون لاب القاصر ثم الجد لاب اذا لم يعين الاب وصيا، وهي تتكلم عن القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد، أما من بلغ سن الرشد فقد ذكرت المادة (32) من قانون الولاية (أن القوامة تكون للابن الرشيد ثم للأب ثم للهيئة). وذكرت المادة (33) أنه يحكم بالحجر من بلغ سن الرشد وما زالاً مجنوناً او فاقداً للادراك او العته او الغفلة او السفه.

فإذا نظرنا للمادة (16) من قانون الاسرة وجدناها تتكلم زواج المحجور عليه، والمجنون والمعته لابد لهما من حكم بالحجر عليهما ويكون لهما قيما، لذلك لابد من استبدال كلمه موافقة نائبه الشرعي بكلمه موافقة القيم عليه.

الرابعة: المادة (26) والمادة (27) والمادة (33):

ذكرت المادة (26) من له حق الولاية في الزواج، فذكرت بأن الولي في الزواج هو الاب، فالجد العاصب فالابن فالأخ الشقيق ثم لأب فالعم الشقيق ثم لاب. وذكرت المادة (27)

(إذا استوى وليان في القرب فإيهما تولى الزواج بشروطه جاز، وإذا تولى العقد الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب انعقد الزواج نافداً، ما لم يكن الأقرب ابا فينعقد موقوفاً على إجازته، فإن لم يجزه فله طلب الفسخ، وللقاضي اتخاذ ما يراه مناسباً وفق ملابسات الحال ومقتضيات المصلحة).

هذه المادة جعلت العقد الذي تولاه الولي الأبعد مع وجود الأقرب نافذاً ما لم يكن الأقرب ابا فينعقد موقوفاً على إجازته وهذا يؤدي إلى عدم الفائدة من ترتيب الاولياء، كما في المادة (26)، ويؤدي أيضاً الى تجاوز الولي الأبعد لاذن القاضي كما في المادة (29)، لانه متى اعتبر زواجه نافذاً فليس هناك حاجة إلى اذن القاضي في حال عضل الولي الأقرب.

لذلك كان ينبغي على المشرع ان يذهب إلى عدم اعتبار زواج الأبعد مع وجود الأقرب نافذاً، بل عليه ان يعتبره فاسداً وإلا لم يكن للترتيب اولياء اي فائده.

ونجد أن المادة (33) قد راعت الترتيب في من له حق الاعتراض لعدم كفاه الزوج فقد نصت على ان الولي في الكفاءة هو العاصب على الترتيب المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 26 من هذا القانون.

وهنا قد نجد مثلا ان القانون أجاز انعقاد العقد ونفاذه والذي تولاه وليا من الاولياء غير الاب، كما لو كان الجد العاصب حيا وزوج البنت عمها ثم تبين له الزوج غير كفوء، فهنا ليس للعم ان يطلب فسخ النكاح لعدم الكفاءة، بل حق الكفاءة يكون على الترتيب المنصوص عليه في المادة 26. ومن المعلوم ان تجاوز العم تزويج ابنه اخيه بغير رضى والده، يؤدي الى زعل والده ولن يعترض إذا تبين للعم ان الزوج غير كفء مما قد يفوت حق الالياء في الاعتراض لعدم الكفاءة.

لذلك ارى ان تجعل الولاية في الزواج على الترتيب المنصوص عليه في المادة 26 فإذا عضل الولي يذهب يزوج الابعد باذن القاضي كما في المادة 29.

الخامسة: المادة 50 والمادة 52.

(51) (الزواج الفاسد هو ما اختل احد شروطه، ولا يترتب عليه اي اثر قبل الدخول. ويترتب عليه بعد الدخول الآثار التالية: 1- وجوب الاقل من المهر المسمى و صداق المثل. 2- ثبوت النسب، وحرمة المصاهرة. 3- وجوب العدة. 4- وجوب النفقة، إذا كانت المرأة جاهلة بفساد العقد).

(52)(الزواج الباطل ما اختل احد اركانه ولا يترتب عليه اي اثر).

ثانيا: النكاح الفاسد والباطل:

عرف المشرع الفاسد بقوله (هو ما اختل احد شروطه).

وعرف الباطل بقوله (هو ما اختل احد اركانه).

بهذين التعريفين يتضح ان هناك فرق بين الباطل والفاسد، والتفريق بين احكامهما في العقود معروف عند الحنفية، فهم يفرقون بينهما كما ذكر ذلك الكاساني لما كان يتكلم على عقود البيع : (وقال الشافعي رحمه الله لا حكم للبيع الفاسد، فالبيع عنده قسمان: جائز، وباطل لا ثالث لهما، والفاسد والباطل سواء، وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائز والباطل)⁶. أما الجمهور⁷ فالفاسد

⁶ بدائع الصنائع ج12، ص310.

والباطل عندهم سواء، فكل عقد باطل فاسد وكل فاسد باطل. قال ابن قدامه: (والفاسد مرادف الباطل، فهما اسمان لمسمى واحد)⁸. وإذا نظرنا في كتب بعض الحنفية نجد انهم لم يفرقوا بين الفاسد والباطل في عقد النكاح وذلك لخطورته، فقد قال ابن الهمام لما كان يتكلم عن النكاح الباطل: ((قوله فالنكاح باطل)) وذكر الفاسد فيما تقدم ولا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع)⁹. والبعض الآخر فرق بينهما¹⁰. إلا إن جمهور الفقهاء لم يفرقوا بين النكاح الباطل والفاسد من حيث وجوب الفسخ، بل ينظرون إلى العقد فإن كان مجمعا على تحريمه كنكاح زوجة الغير ومعتده فيعتبرون نكاحا باطلا، وإن كان مختلف فيه بين المذاهب كالنكاح بغير ولي او بغير شهود، فيعتبرونه فاسدا، وذلك مراعاة للاختلاف بينهم فإذا حكم به حاكم يراه، اعتبر صحيحا ولا يجوز نقضه¹¹.

إلا ان المشرع لم ينص على ما هو العقد الباطل ولا ما هو العقد الفاسد، وهذا فيه إشكال، لانه قال ان الفاسد هو ما اختل فيه شرط من الشروط، وقد ذكر من شروط الصحة خلوهما من الموانع الشرعية، ونعرف ان من الموانع الشرعية المحرمات على التأبيد والتأقيت، فعلى هذا يكون نكاح المحارم والعياذ بالله فاسدا، وهذا من اعظم النكرات بل إن الحنفية استشكلوا هذا الامر وذلك ذهابا على اصلهم في التفريق بين الباطل والفاسد فقالوا مرة بفساده ومرة ببطلانه¹².

فكان من الاولى ان ينص المشرع على اشكال العقد الباطل كما فعل ذلك المشرع الكويتي والاردني، وينص ايضا على اشكال العقد الفاسد وذلك خروجا من اي إشكال قد يحدث.

⁷ شرح التلويح ج3، ص358، البحر المحيط ج1، ص257، الموسوعه الكويتيه ج8، ص121.

⁸ روضه الناظر ج1، ص200.

⁹ فتح القدير ج6، ص430.

¹⁰ رد المحتار ج4، ص274.

¹¹ المغني ج9، ص346، 353، 354، كشف القناع ج5، ص180، 272، 500، إعانه الطالبين ج3، ص365، الموسوعه الكويتيه ج8، ص121،

مواهب الجليل ج10، ص204.

¹² البحر الرائق ج8، ص334.

السادسة: المادة (66):

ذكر في المادة (لا يحق للزوجة أن تسكن معها في مسكن الزوجية أولادها من غيره، إلا إذا لم يكن لهم حاضن غيرها او كانوا يتضررون من مفارقتها، ورضي الزوج بذلك صراحة أو ضمناً.

ولا يحق للزوج ان يسكن مع زوجته في مسكن الزوجية ابويه وأولاده من غيرها متى كان مكلفاً بالإنفاق عليهم بشرط أن لا يلحقها ضرر من ذلك).

هذه المادة نص على شقين:

الاول: أنه لا يجوز للزوجة ان تسكن معها في مسكن الزوجية أولادها من غيره ثم استثنى هذا بحالتين وهي اذا لم يكن لهم حاضن غيرها او كانوا يتضررون من مفارقتها ثم ربط هذا الاستثناء برضى الزوج صراحة او ضمناً، ورضى الزوج لم يجعل من الاستثناء اي فائده لانه لو رضى سكنوا معها مباشرة، فكان ينبغي ان يقدم رضى الزوج قبل الاستثناء حتى يكون للاستثناء فائده، لذلك اقترح بان تكون (لا يحق للزوجة ان تسكن معها في مسكن الزوجية أولادها من غيره، من غير رضى زوجها بذلك صراحة أو ضمناً، إلا إذا لم يكن لهم حاضن غيرها او كانوا يتضررون من مفارقتها).

الثاني: أنه لا يحق للزوج ان يسكن مع زوجته في مسكن الزوجية ابويه وأولاده من غيرها متى كان مكلفاً بالإنفاق عليهم بشرط ان لا يلحقها ضرر من ذلك، ولاشك ان الضرر معنوي بل لا يخفى ما يكون بين ام الزوج وزوجته من حساسيات. إلا ان هناك مادة (81) نصت (إذا كان كسب الولد لا يزيد على حاجته وحاجة زوجته وأولاده ألزم بضم والديه المستحقين للنفقة الى عائلته). فإذا لم يكن للابوين إلا ولد واحد، وليس لهم نفقة فهنا يلزم بضم والديه مع عائلته إذا كان كسبه لا يزيد عن حاجة زوجته وأولاده، فلو كان نص المادة إلا اذا لم يكن لوالديه عائل غيره ولم يستطع ان يوفر لهما مسكن مستقل، فهنا يسكن والديه معه في مسكن الزوجية.

السابعة: بدل الخلع: مادة (120):

(لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن الأولاد ولا عن حق من حقوقهم).

ذكرت هذه المادة عدم جواز أن يكون بدل الخلع التنازل عن حضانه الاولاد ولا عن حق من حقوقهم والذي يعنيها لو كان البديل هو التنازل عن نفقة المحضون لكونه يعتبر حقا من حقوقه، فهنا معنت هذه المادة ذلك مع انه قد يكون فيه مصلحة للحاضنة، ولن يلحق المحضون اي ضرر، لكون نفقته لن تنقطع بل تتحملها الحاضنة، عن ولي المحضون. فلو رجعنا لاقوال الفقهاء نجد انهم ذكروا انه إذا خالعت الزوجة زوجها على ان تتحمل نفقة ولدها مدة معلومة، فقد انقسموا في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور العلماء إلى جواز جعل نفقة الصغير بدلا في الخلع⁽¹³⁾.

وصح مخالعتها على نفقة ولدها، وهي للولد دونها، لأنها في حكم المالكة لها، لكونها القابضة والمستحقة لها، والمتصرف فيها، فصارت كملك من أملاكها، فصح جعلها عوضا⁽¹⁴⁾.

القول الثاني: ذهب الظاهرية إلى عدم جواز جعل نفقة الصغير بدلا في الخلع⁽¹⁵⁾.

وذلك لكون البديل غير معلوم القدر، وقد يزيد السعر وقد ينقص فلا يصح⁽¹⁶⁾.

الترجيح:

بالنظر في الأقوال، نجد أن قول الجمهور هو الانسب، وذلك لكونه أسهل على المرأة التي لا تجد مالا، تدفعه لزوجها دفعة واحدة لتفتدي منه، فتتحمل نفقة ابنها مدة معلومة، كسنة مثلا، والابن لم يتضرر بذلك، لكون نفقته لم تنقطع، بل تحمّلها الام عن الاب، والأولى أن يذكر صفة النفقة ونوعها، وإن لم يذكرها صح الخلع، ويرجع إلى العرف والعادة في صفتها ونوعها⁽¹⁷⁾.

لذلك أرى أن تعدل المادة واعتبار صحة الخلع على نفقة الولد، لما في ذلك من مراعاة حالة المرأة المادية، فقد لا يتوفر عندها المال دفعة واحدة، ويرفض الزوج، أخذه بالأقساط،

(13) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص109، المواق، التاج والإكليل، ج4، ص36، الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص233، النووي، روضة الطالبين، ج7، ص401، البهوتي، كشف القناع، ج5، ص251.

(14) ابن قدامة، المغني، ج11، ص409.

(15) ابن حزم، المحلى، ج10، ص244، لم ينص الظاهرية، على هذه المسألة صراحة، بل ذكروا ان الخلع لا يجوز على نفقة الحمل ونفقة الرضاع، لأن من شروط البديل عندهم أن يكون على مال معلوم محدود مرئي، فلا يصح بمال مجهول، ونفقة الصغير، غير معلومة القدر، وفيها جهالة، لكون السعر قد يزيد وقد ينقص. ابن حزم، المحلى، ج10، ص235.

(16) ابن حزم، المحلى، ج10، ص244.

(17) البهوتي، كشف القناع، ج5، ص251، شرح منتهى الارادات، ج3، ص63، الرحيباني، مطالب اولي النهي، ج5، ص301.

فتتحمل نفقة ابنها مدة معلومة، لما فيها من السهولة عليها، لأن النفقة لا تجب مرة واحدة، بل كل يوم بيومه.

الثامنة: التفريق للعيب أو المرض في المواد (123) و (124) و(125):

((لكل من الزوجين طلب التفريق لعيب أو مرض مستحکم، يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، ولا يرجى برؤه، أو يرجى بعد مضي أكثر من سنة، عقلياً كان المرض أو عضوياً أصيب به قبل العقد أو بعده)).

((يسقط الحق في طلب التفريق للعيب أو المرض، وإذا علم به قبل العقد، أو رضي به صراحة بعده)).

((استثناء من حكم المادة السابقة، لا يسقط حق الزوجة في طلب التفريق بسبب عيوب الرجل كالعنة أو الخصاء، أصلية أو طارئة، ولو رضيت بها صراحة)).

تكلمت هذه المواد السابقة عن التفريق للعيب أو المرض، وذكرت الضوابط التي يجوز التفريق بها، واستثنت في المادة 125 عدم سقوط حق الزوجة في طلب التفريق بسبب عيوب الرجل كالعنة والخصاء أصلية أو طارئة ولو رضيت به صراحة بعده، وإذا نظرنا في الواقع قد لا نجد يفعل ذلك إلا الرجل الكبير في السن، وعنده مال، وقد لا يستطيع الجماع، ولكنه يبحث عن امرأة تونسه فإذا أخذ زوجة مقيمة صغيرة، فلا شك أنها ستقبل به مع علمها بوضعه لاجل ماله، وهو قد يضطر أن يهدي لها أموالاً حتى تقبل به على حاله، ولا تطلب الفرقة وقد يكون عنده أبناء بالغين يعترضون على تبذير والدهم أمواله على زوجته الصغيرة، وهنا لا شك أن ابنائه سيجدون في أنفسهم على والدهم بسبب ذلك، وعندما تأخذ الزوجة ما تريده من أموال، اجاز لها القانون أن تطلب التفريق بسبب عيب الرجل، فيجتمع عليه فقدان ماله وزوجته وابنائه الذين وجدوا في أنفسهم عليه بسبب تبذيره أمواله على زوجته، فإذا قيل كيف لزوجه ان تطلب التفريق، فاقول قد جعل لها القانون الحق في طلب الخلع القضائي بان ترد عليه مهره الذي اخذته منه، وذلك إذا تزوجته وهي عالمه بعيبه حتى لا يجتمع على كبير السن فقدان زوجته وماله وابنائه.

لذلك اوصي يحذف هذا الاستثناء.

التاسعة: التفريق للفقد في المادة (144):

(للزوجة طلب التفريق من زوجها المفقود او الغائب لجهة مجهولة لمدة لا تقل عن سنة ويفرق القاضي بينهما دون تاجيل ولو كان له مال.

وإذا عاد المفقود او تبين انه حي فزوجته له ما لم يدخل بها الزوج الثاني غير عالم بحياة الاول وإلا كانت للثاني).

ذكر في هذه المادة ان لزوجة المفقود او الغائب لجهة مجهولة ان تطلب التفريق اذا مضى عليه اكثر من سنة ويفرق بينهم القاضي في الحال، ثم ذكرت المادة انه إذا رجع المفقود فزوجته له اذا لم يدخل بها الثاني وإذا دخل بها فترجع له كذلك اذا كان يعلم بحياة المفقود او الغائب.

وقبل أن تكلم في الملاحظه على هذه المادة لا بد ان نذكر اقوال الفقهاء فيها لان النكاح من العقود التي لا يجوز نقضها إلا من جهة من جعل له الشرع الحنيف ذلك كالزوج او القضاء والقضاء يعتمد على اقوال الفقهاء في ذلك.

حكم التفريق بالفقد:

إذا فقد الزوج وانقطعت أخباره ولم يعلم حياته من مماته، فهل يحق لزوجته طلب الفسخ، اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية⁽¹⁸⁾ والشافعية في الجديد⁽¹⁹⁾ والحنابلة إذا كان ظاهر غيبته السلامة⁽²⁰⁾ والظاهرية⁽²¹⁾، إلى عدم جواز التفريق بين المفقود وزوجته، حتى يثبت موته أو طلاقه.

ويثبت موته عند الحنفية إما بالبينة أو بموت أقرانه على ظاهر المذهب، والذي عليه الفتوى أن يقدر بتسعين سنة منذ ولادته⁽²²⁾.

ويثبت موته عند الشافعية بالبينة أو تمضي مدة يغلب على أنه لا يعيش بعدها، والصحيح عندهم أن المدة لا تقدر، وقيل تقدر بسبعين وقيل بثمانين وقيل بتسعين⁽²³⁾.

(18) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج2، ص181.

(19) الشريبي، مغني المحتاج، ج5، ص99.

(20) الحجاوي، الإقناع، ج5، ص493.

(21) ابن حزم، المحلى، ج10، ص133، 134.

(22) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج2، ص181، ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص462، 463.

(23) الشريبي، مغني المحتاج، ج4، ص48.

ويحكم بموته عند الحنابلة في من ظاهر غيبته السلامة، كمن سافر لتجارة أو أسير، أو سافر لسياحة، وانقطع خبره، بتمام تسعين سنة منذ ولد⁽²⁴⁾.

القول الثاني: ذهب الحنابلة في من ظاهر غيبته الهلاك، إلى جواز التفريق بينه وبين زوجته، بمضي أربع سنين منذ فقده، وبعد أن تعتد للوفاة بعدها⁽²⁵⁾.

والمالكية جعلوا للمفقود حالات تختلف باختلاف حالة الفقد، كالآتي⁽²⁶⁾:

قسم المالكية حالات المفقود إلى خمسة أقسام:

الأول: المفقود في بلاد الإسلام، فتنظر زوجته أربع سنين، من حين العجز عن البحث عنه، وتعتد للوفاة

الثاني: المفقود بأرض الكفر، كالأسير فتنظر امرأته حتى يتبين موته أو تنقضي مدة التعمير، ومدة التعمير سبعين سنة من يوم ولد.

الثالث: المفقود في القتال بين المسلمين، فالأحوط أن تعتد بعد انتهاء القتال، والمعتمد أنها تعتد من يوم التقاء الصفين للقتال، بعد ان تشهد البيئة على حضوره للقتال، وهل يضرب له مدة بعد انتهاء المعركة بحسب قرب مكانها وبعده، وتعتد بعدها للوفاة أم لا؟ قولان قول بعدم ضرب مدة بعد القتال، وقول يضرب له مدة بحسب قرب المعركة وبعدها.

الرابع: المفقود في زمن الوباء، كما لو فقد في زمن الطاعون، فتعتد زوجته بعد ذهاب الوباء.

الخامس: المفقود في القتال بين المسلمين والكفار، فتعتد زوجته سنة بعد نظر القاضي في أمره والتفتيش عنه.

وقد أجازوا لزوجة المفقود في أرض الإسلام والمفقود في أرض الكفر، التفريق إذا خشيت زوجاتها من الوقوع في الزنا⁽²⁷⁾، وذلك والله أعلم لطول مدة انتظارهن ففي الأول أربع سنين والثاني مدة التعمير، فجاز لهما طلب التفريق إذا خشيتا الوقوع في الزنا، ومضى على غيابه أكثر من سنة، كما مر معنا⁽²⁸⁾.

(24) الحجاوي، الإقناع، ج4، ص559، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، ص542، الرحيباني، مطالب اولي النهي، ج4، ص630.

(25) الحجاوي، الإقناع، ج4، ص560، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، ص542، الرحيباني، مطالب اولي النهي، ج4، ص631.

(26) الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص429-436، المواق، التاج والإكليل، ج4، ص156-161.

(27) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص434، عليش، منح الجليل، ج4، ص318، 324.

الترجيح:

بالنظر في الأقوال نجد أن خلافهم في تحقق انقطاع عقد النكاح، فهو ينقطع بالطلاق أو بالموت، فإذا ثبت بالبينة طلاقه أو موته، انقطع عند الجميع، وإنما الخلاف إذا لم توجد البينة، ولم يطلق، فهنا اختلفوا في الحكم بموته، وذلك بمضي المدة التي يظن بموته فيها أو الأخذ بقضاء عمر رضي الله عنه، فمن لم يأخذ بقضائه حدده بسن معين، أو حدده بموت أقرانه، والراجح والله اعلم هو قول المالكية، ولم يققوا عند قضاء عمر رضي الله عنه، بل كل ما زادت مظنة موته قللوا من مدة التربص كما جاء عن سعيد بن المسيب، فبقيت المسألة هي حصول غلبة الظن بموته، وبالتقنية في هذا العصر يستطيع أن يحدد موته بغلبة الظن، في مدة زمنية قليلة، لكن ينبغي تحديد ذلك بمدة معينة، يتم في أثناءها البحث والتحري، فإذا انقضت ولم يظهر له خبر فرق بينهما، فتحديده بأن لا تقل المدة عن سنة، يعطي فرصة أكثر بالبحث عن المفقود بشتى الوسائل، والله اعلم.

الملاحظة على هذه المادة:

القانون في هذه المادة أخذ بقول المالكية في المفقود في القتال بين المسلمين الكفار، لكن ينبغي التنبيه إلى أن كل من أجاز التفريق بين المفقود وزوجته، سواء أحدد التفريق بمدة لا يظن أن يعيش بعدها، أو حدد بأربع سنين، قالوا أن على زوجته أن تعتد للوفاة بعد مضي المدة التي يحكم بموته بعدها، والقانون لم يبيّن سبب الفرقة، هل هي لأجل الحكم بموته، أو لما يلحقها من الضرر بترك الوطء؟ لكن يفهم منه أن التفريق هنا لأجل الحكم بموته، بدليل قوله إذا عاد المفقود أو تبين أنه حي، فزوجته له، لكون الزوجة لا تعود لزوجها إذا فرق بينهما لخشيتهما من الوقوع في الزنا إذا رجع زوجها، بخلاف الحكم بموته، فإنه تبين بطلان الحكم لعدم تحقق الوفاة، فزوجته له لبقاء النكاح ما لم يدخل بها الثاني، فكان لا بد أن ينص على أن يكون التفريق بينها وبين زوجها بعد التحري والبحث عنه في المدة التي حددها، وتعتد بعدها للوفاة، لأن كل من حكم بموته من الفقهاء، قال تعتد زوجته عدة الوفاة، لكون عدة الوفاة تجب بالموت حقيقة أو حكماً⁽²⁹⁾، أما أن يحكم بموته، وتجعل الفرقة فسخاً، لا فرقة وفاة ولا تعتد للوفاة، فلم يقل به أحد من أهل العلم، لذلك أوصي أن تعدل هذه المادة، وذلك باستبدال عبارة (يفرق القاضي بينهما)، بعبارة (يحكم بموته)، حتى تعتد للوفاة، كما نص على ذلك في القانون الكويتي في المادة رقم 147، (وبعد الحكم بموت المفقود تعتد زوجته عدة وفاة من وقت صدور الحكم).

(29) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج2، ص182، ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص464، الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص430، الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص98، البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص493.

والفرقة في القانون هنا تعتبر فسخا، ولكون هذه الفرقة لاجل الحكم بموته، فينبغي أن تعتبر هذه الفرقة للوفاة لا فرقة فسخ.

بل إذا رجع الزوج الاول المفقود فرجوع زوجته له بغير عقد ولا مهر ينقض المادة رقم (105)

(الفسخ هو نقض عقد الزواج، لخلل صاحب نشوءه، أو عارض طارئ مانع لبقائه والفسخ فرقة بانه، ولا رجعة فيها، ولا ينقص عدد الطلقات. وكل فرقة بحكم القضاء تعتبر فسخا.)

حيث ذكر المشرع فيها بان الفسخ فرقة بانه ولا رجعة فيها، فإرجاع زوجة المفقود له ينقض كون الفسخ فرقة بانه، بل يناقض قوله بانه لا رجعة فيها، ومن المعلوم بان التي تبين من زوجها لا ترجع له إلا بعقد ومهر جديدين كما ذكر ذلك في المادة (111).

العاشرة: الحضانة:

أولاً: نجد ان مواد الحضانة قد ذكرت كلمة العاصب في اكثر من مادة كماده (171) وغيرها، ولم تحدد منه العاصب إلا ما ذكر في المادة (169) حيث ذكر (وإذا تعذر وجود من هو أهل للحضانة من المذكورين في الفقرة السابقة انتقل حق الحضانة الى العصابات وفقا لترتيبهم في استحقاق الأثر...) وقد ذكر في باب الارث كما في المادة (268)، ان العصابات ثلاثة عصبه بالنفس وعصبه بالغير وعصبه مع الغير، لذلك كان الاولى ذكر منه العاصب الذي يستحق الحضانة زيادة في الايضاح وعدم الاكتفاء بالإحالة على ما ذكر في باب الارث.

ثانياً: من المعلوم ان الخصومة بين الزوجين بعد الفرقة بينهم تعتبر من اشد الخصومات ولذلك نجد احيانا ان كلا منهما يتصيد الفرصة للتضييق على الآخر ومن ذلك تصريح السفر فقد تريد الحاضنة ان تسافر مع اهلها في اجازة الصيف او الربيع فيرفض الولي او يتعنت في عدم الحضور للمحكمة في المرة الاولى مما الى تأجيل الجلسة ويترتب عليه سفر اهلها وجلوستها وحدها مما قد يتسبب بالضرر النفسي للقاصر، لذلك اقترح ان يجعل من حق الحاضنة القطرية ان تسافر بالمحزون سفرتين في السنة ويكون عن طريق القاضي ولا يحتاج معها ان يستاذن الولي كما في المادة (185) أما ما زاد على سفرتين في السنة فهنا لا بد فيها من اذن الولي.

التوصيات:

يسرني بعد سرد ما وقفت عليه من الملاحظات ان اوصي ما اقترحه لتفاديها:

1. تعديل المادة (4) والنص على أن هذا القانون يشمل كل قضايا الأسرة المنظورة امام المحكمة المختصة. لكون القانون من النظام والاداب العامة للمجتمع القطري فيطبق على كل من رفع دعوى اسرة.
2. حذف الفقرة الثانية من المادة (14) والاكتفاء بـ (يشترط في اهلية الزواج العقل والبلوغ).
3. تعديل المادة (15) الفقرة الثالثة بـ موافقة القيم بدلا من موافقة وليه.
4. حذف الفقرة الثانية من المادة (27) والاكتفاء بـ (إذا استوى وليان في القرب فايهما تولى الزواج بشروطه جاز). ليكون الترتيب في المادة (26) والمادة (33) ملزما وله فائده، كما في القانون الكويتي في مادته (29) والاردني في مادته (9)، حيث التزموا في الترتيب من يكون له حق الولاية.
5. النص على اشكال العقد الفاسد والباطل من عقود الزواج، حتى نخرج من الاشكال الحالي الذي ذكرته في هذه الورقة، وهذا ما نص عليه في القانون الكويتي والاردني والسوري.
6. تعديل المادة (66) بـ (لا يحق للزوجة ان تسكن معها في مسكن الزوجية اولادها من غيره، من غير رضی زوجها بذلك صراحة أو ضمنا، إلا إذا لم يكن لهم حاضن غيرها او كانوا يتضررون من مفارقتها. ويحق للزوج أن يسكن مع زوجته في مسكن الزوجية أبويه وأولاده من غيرها، متى كان مكلفا بالانفاق عليهم، وليس لهم عائل غيره ولا يستطيع ان يهيا لهم مسكنا مستقلا).
7. تعديل المادة (120) بإضافة استثناء وهو (إلا إذا كان بدل الخلع نفقة الاولاد ورغبت الزوجة بذلك).
8. حذف المادة (125).
9. تعديل المادة (144) وذلك بـ (للزوجة طلب التفريق من زوجها المفقود او الغائب لجهه مجهولة لمدة لا تقل عن سنة ويحكم القاضي بموته دون تأجيل ولو كان له مال.....).
10. النص على العاصب في فصل الحضانة بدل الاحالة الى مواد الميراث وتقسيم العصابات فيها.
11. إعطاء الحضانة حق السفر مرتين في السنة وذلك بإذن القاضي من غير الحاجة لاذن الولي إلا اذا زاد عنهما.