الجامعة الإسلامية ــ غزة

عمادة الدراسات العليا

كلية الشريعة - قسم القضاء الشرعي

التفريق القضائي بين الزوجين

دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني

إعداد الطالب

عدنان علي النجار

إشراف

فضيلة الدكتور : ماهر أحمد السوسي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي من كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية بغزة

١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م

قال تعالى :

﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾

البقرة جزء الآية ٢٣١

الإهداء

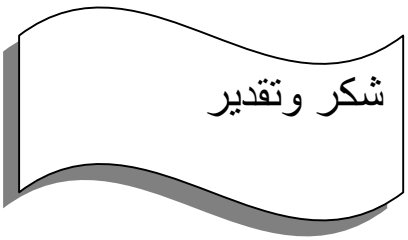
إلى من ربياني صغيراً وتعهداني كبيراً

إلى العلماء والعاملين في هذا المجال

القضاة والزملاء وعلى رأسهم سماحة قاضي القضاة

إلى زملائي طلبة العلم الشرعي

أهدي هذا الجهد المتواضع



﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ ﴾[1]

الحمد لله الذي وفقني لإتمام هذا البحث وهيأ لي من الأساتذة والأهل والأصدقاء من كان عوناً لي على إنجازه، ووقوفاً عند قول النبي ﷺ : " من لا يشكر الناس لا يشكر الله "[2]، فإن الواجب يحتم عليَّ أن أخص بالذكر بعد الله تعالى شيخي وأستاذي والمشرف على رسالتي صاحب الفضيلة :

الدكتور/ ماهر أحمد السوسي

الذي شاركني عناء البحث، فلم يألو جهداً في مساعدتي وتقديم التوجيه العلمي، والدعم المعنوي لي، فكان نعم الأستاذ، ونعم الأخ، ونعم الصديق، فجزاه الله عني خير الجزاء، كما أتقدم بالشكر والعرفان لأستاذي الكريمين عضوي لجنة المناقشة صاحبي الفضيلة :

- **الدكتور / أحمد ذياب شويدح عميد كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية .**
- **الدكتور / حسن علي الجوجو رئيس محكمة الاستئناف الشرعية بغزة .**

على ما بذلاه من جهد في قراءة بحثي وتنقيحه وتصويبه، ليؤدي الغرض منه، ويظهر في أجمل صورة يرونها، فجزاهما الله عني أحسن الجزاء.

---

[1] سورة النمل : جزء الآية ١٩ .

[2] سنن أبي داود : (٣٦) كتاب الأدب، (١٢) باب في شكر المعروف، حديث رقم (٤٨١١) ٢٠٥٥/٤، والحديث صححه الألباني في صحيح سنن أبي داود (٤٨١١) ١٨٢/٣ .

ولا يفوتني في هذا المقام إلا أن أتقدم بعظيم الشكر والامتنان إلى جامعتي العزيزة، الجامعة الإسلامية، وعلى رأسها **فضيلة الأستاذ الدكتور / محمد عيد شبير** .

وأخص كلية الشريعة بخالص شكري وتقديري واحترامي، ممثلة في عميدها **فضيلة الدكتور / أحمد ذياب شويدح**، وأصحاب الفضيلة أعضاء الهيئة التدريسية جميعاً؛ فجزاهم الله عني كل خير .

كما أتقدم بالشكر والعرفان إلى جمعية دار الكتاب والسنة، على ما قدمت لي من الكتب والمراجع التي ساعدتني في الكثير من جوانب بحثي .

كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان لزوجتي التي على طباعة بحثي هذا فجزاها الله عني خيراً.

ولا يفوتني أن اشكر كل الأخوة والأصدقاء الذين شجعوني ووقفوا بجانبي، فجزاهم الله عني كل خير .

وفقني الله وإياكم لما يحبه ويرضاه .

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، عليه توكلت، وبه أستعين، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، أرسله الله رحمة للعالمين، وجعل شريعته صالحة لكل زمان ومكان، وبعد :

فقد احتاطت الشريعة الإسلامية لأمر الزواج واستمراره، وأحاطته بسياج من الأوامر والنواهي التى تضمن نجاحه، وإثمار أهدافه، فأمرت الزوجين بحسن المعاشرة، وأوصت الرجال بالنساء خيراً، وأمرت الزوجة بحفظ زوجها في بيته وماله وأولاده، كما نهت الشريعة الإسلامية الغراء الزوجين عن كل ما يسيء إلى العشرة الزوجية، أو يؤدي إلى قطعها .

ورغم ذلك فان واقعية الشريعة الإسلامية راعت ما قد يطرأ على الحياة الزوجية؛ من الحوادث التى يستحيل معها بقاء الحياة الزوجية، دون لحوق ضرر بأحد الزوجين؛ ولذا أجازت للقاضي التفريق بينهما لأسباب عدة، وقد رأيت أهمية هذا الموضوع، فقمت بتتبع أسباب التفريق القضائي بين الزوجين وصوره؛ لبيان أحكامه وتطبيقاته في المحاكم الشرعية في محافظات غزة .

أولاً : طبيعة الموضوع :

إن الموضوع عبارة عن دراسة تحليلية تطبيقية لأسباب التفريق القضائي بين الزوجين وصوره، من خلال المقارنة بين الأحكام الفقهية النظرية، والأحكام المعمول بها في المحاكم الشرعية في محافظات غزة، بعد دراسة المواد القانونية الشرعية ذات الصلة بالموضوع، وبيان مستندها الفقهي من خلال الدراسة النظرية، ثم محاولة الخروج من هذه الدراسة بمسودة قانون شرعي خاص بالتفريق القضائي بين الزوجين، إن شاء الله تعالي .

ثانياً : أهمية الموضوع :

بالإضافة إلى ما ذكر في المقدمة فان أهمية الموضوع تبرز من خلال البنود الآتية :

١ ــ يعتبر التفريق القضائي بين الزوجين رادعاً لكليهما من الاعتداء على الحقوق الزوجية للآخر، أو خداعه والتدليس عليه، لعلمهما بحق القضاء في التفريق ورفع الضرر، وتغريم المتسبب، إذا رفع الأمر إليه .

٢ ــ كون التفريق بين الزوجين بيد السلطة القضائية، مما يؤدي إلى الاحتياط وعدم التسرع بالتفريق، ويبرز ذلك من خلال الإجراءات الاحتياطية التي تسبق التفريق .

٣ ــ التفريق القضائي بين الزوجين يُمكِّن الزوجة من نَيْلِ جميع حقوقها الشرعية، أو يكفل لها حريتها المشروعة للعيش بكرامة في ظل المجتمع المسلم .

٤ ــ إن التفريق القضائي بين الزوجين يعتبر الحل الأخير؛ لرفع الضرر الواقع على أحد الزوجين، وخصوصاً اللاحق بالزوجة .

ثالثاً : أسباب اختيار الموضوع :

يمكن ذكر أبرز هذه الأسباب في البنود الآتية :

١ ــ أهمية الموضوع بالنسبة للزوجين، وحقوق كل منها، من حيث استمرار الحياة الزوجية بضوابطها الشرعية، أو إنهاؤها وتقرير الحقوق .

٢ ــ عدم وجود دراسات حديثة للمواد القانونية الشرعية المعمول بها؛ في المحاكم الشرعية في محافظات غزة، رغم كثرة الحوادث وحداثتها .

٣ ــ حاجة القوانين الشرعية للدراسة والمراجعة بين الحين والأخر؛ لسدِّ ما قد يطرأ عليها من ثغرات أو نقص .

٤ ــ إظهار مرونة الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال معالجتها لكل ما يستجد من الحوادث التى تؤدي للنزاع بين الزوجين .

٥ ــ الرد على خصوم الإسلام الذين يدعون ظلم الإسلام للمرأة، ويطالبون بمنحها الحرية، وذلك من خلال إظهار الحقوق التى منحتها الشريعة الإسلامية للمرأة في مجال الحياة الزوجية .

٦ ــ رفع الظلم الواقع على بعض الأزواج جراء جمود بعض المواد القانونية المعمول بها، وذلك من خلال وضع مسودة قانون للتفريق القضائي بين الزوجين؛ بناءً على نتائج الدراسة .

رابعاً : الجهود السابقة :

بعد البحث والسؤال لم أجد رسالة علمية تتناول موضوع التفريق القضائي بين الزوجين وتطبيقاته، إلا أنه يوجد بعض الأبحاث التى اختصت بدراسة بعض جزئيات هذا الموضوع، أو بدراسته على وجه الإجمال، وهي منشورة في بعض المجلات، أوجزها فيما يلي :

١ ــ " **الصور التى ينقض فيها الحاكم النكاح بين الزوجين** " للدكتور عبده بن عبد الله الأهدل، وهو منشور في مجلة البحوث الإسلامية – العدد السابع والخمسون للعام ١٤٢٠ هـ ، وقد تناول فيه الصور التى ذكرها الفقهاء للتفريق، دون استقصاء للجزئيات والإجراءات، مكتفياً بذكر الأقوال، وبعض الأدلة، دون ترجيح، أو مقارنه بالواقع التطبيقي، إلا فيما ندر .

٢ ــ " **التفريق بين الزوجين للعيوب الجنسية** " للقاضي الدكتور حسن على الجوجو، وهو منشور في مجلة المنبر في العدد السادس عشر – المجلد الرابع، وقد تحدث فيه عن العيوب الجنسية عند الرجل، فذكر التفريق للعُنَّة، وشروطها والتفريق للجَبْ، والفرق بين المجبوب والعنيين، ثم تحدث عن التفريق للخصاء.

٣ ــ " **التفريق بين الزوجين للعيوب الجنسية** " للقاضي حسن علي الجوجو، وهو منشور في مجلة المنبر في العدد الثامن عشر – المجلد الخامس، وتناول فيه غالب العيوب الجنسية عند المرأة، كما انتقد فيه الجهاز القضائي لمنعه الزوج من حق التفريق للعيوب الجنسية عند الزوجة .

٤ ــ " **الشقاق بين الزوجين والتفريق للضرر بين الواقع والقضاء** " للقاضي حسن علي الجوجو، وهو منشور في مجلة المنبر في العدد الثلاثين – المجلد الثامن، وقد تحدث فيه عن الوسائل الشرعية والقضائية للتفريق بسبب الشقاق، كما ذكر فيه شروط الضرر، وصور العجز عن الإصلاح .

٥ ــ " **التفريق بين الزوجين للعيوب** " رسالة ماجستير للقاضي الشيخ سعيد أبي الجبين .

هذا فيما يخص الأبحاث في الموضوع، أما بالنسبة لمؤلفات الأحوال الشخصية فقد اهتمت بانحلال الزواج بأنواعه المختلفة، لكن هذه المؤلفات لم تبحث الموضوع بصورة

خاصة، فاقتصرت أحياناً على النواحي الفقهية، وأحياناً أخرى على شرح قـوانين الأحـوال الشخصية، دون تعليق أو نقد في الغالب، كما يؤخذ على هذه المؤلفات إنها لم تهتم بمحاولـة تعديل الهفوات، وسد الثغرات الموجودة في قوانين الأحوال الشخصية .

خامساً : خطة البحث :

تتكون خطة البحث من تمهيد، وثلاثة فصول، وخاتمة :

الفصل التمهيدي

مشروعية التفريق القضائي بين الزوجين، وبيان نوعه، وأثره

ويتكون من مبحثين :

المبحث الأول : مفهوم التفريق القضائي، ومشروعيته، وحكمه .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم التفريق القضائي .

المطلب الثاني : مشروعية التفريق القضائي .

المطلب الثالث : حكم التفريق القضائي .

المبحث الثاني : الاختلاف في نوع الفرقة بحكم القاضي، وأثره في الفروع .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الفرقة بحكم القاضي، وتكييفها الفقهي .

المطلب الثاني : أثر خلاف الفقهاء فيما يقع بالتفريق بحكم القاضي .

الفصل الأول

التفريق بين الزوجين لأسباب شرعية

ويتكون من ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : التفريق بسبب الإيلاء .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الإيلاء، وبيان ألفاظه .

المطلب الثاني : مشروعية التفريق بسبب الإيلاء، وأحكامه .

المبحث الثاني : التفريق بسبب الهجر.

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول : الهجر وبيان الفرق بينه وبين الإيلاء .

المطلب الثاني : مشروعية التفريق بسبب الهجر .

المطالب الثالث : وقت وقوع الفرقة، ونوعها .

المطلب الرابع : موقف قوانين الأحوال الشخصية من التفريق للهجر .

المبحث الثالث : التفريق بسبب الظهار

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الظهار، وبيان ألفاظه .

المطلب الثاني : حكم الظهار، وآثاره .

المطلب الثالث : مشروعية التفريق بسبب الظهار .

الفصل الثاني

التفريق لأسباب تعود إلى الزوج

ويتكون من مبحثين :

المبحث الأول : التفريق بسبب الغيبة، والفقد، والحبس .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم الغيبة، ومشروعية التفريق بسببها .

المطلب الثاني : المفقود، ومشروعية التفريق لغيبته .

المطلب الثالث : الإجراءات الاحتياطية لمصلحة الغائب والمفقود .

المطلب الرابع : مفهوم الحبس، ومشروعية التفريق بسببه .

المبحث الثاني : التفريق بسبب الإعسار بالمهر، والنفقة، والمسكن .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : التفريق بسبب الإعسار بالمهر .

المطلب الثاني : التطليق لعدم الإنفاق .

المطلب الثالث : حالة الزوج وأثرها في التطليق لعدم الإنفاق .

المطلب الرابع : التطليق للإعسار بالمسكن .

الفصل الثالث

التفريق لأسباب مشتركة

ويتكون من مبحثين :

المبحث الأول : التفريق للضرر والشقاق

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مشروعية التفريق للضرر والشقاق .

المطلب الثاني : شروط الحكمين، وعملهما .

المطلب الثالث : موقف القانون من التفريق للضرر والشقاق .

المبحث الثاني : التفريق بسبب العيوب

وفيه خمسة مطالب

المطلب الأول : العيوب وبيان أقسامها وأنواعها .

المطلب الثاني : مشروعية التفريق بسبب العيوب .

المطلب الثالث : شروط التفريق للعيوب .

المطلب الرابع : وقت ثبوت الخيار، ونوع الفرقة .

المطلب الخامس : موقف القانون من التفريق للعيوب .

سادساً : خاتمة البحث :

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات .

سابعاً : الملاحق :

- ملحق الأحكام العامة .
- ملحق أحكام التفريق .
- إحصائية قضايا التفريق .

ثامناً : الفهارس العامة :

- فهرس الآيات القرآنية .

- فهرس الأحاديث النبوية .
- فهرس الآثار .
- فهرس التراجم .
- فهرس المصادر والمراجع .
- فهرس الموضوعات

تاسعاً : منهج البحث :

يتبلور منهج البحث في عرض المسائل، وفي التوثيق، فيما يلي :

أولاً : عرض المسائل :

١ ــ البدء بأقوال العلماء في كل مسألة، مقتصراً في ذلك على المذاهب الأربعة، وقد أذكر غيرها إذا اقتضت الحاجة، ناقلاً أقوال العلماء وأدلتهم من مظانها في الكتب المعتمدة .

٢ ــ تتبعت في كل قول بما تندفع به الحاجة من أدلة أصحابه، مبيناً وجه الدلالة منه، ومناقشاً له إذا دعت الحاجة لذلك .

٣ ــ راعيت التسلسل الزمني في ترتيب الأقوال، بغض النظر عن قوة القول وضعفه بدءاً بالحنفية، فالمالكية، فالشافعية، فالحنابلة، فإن اتفق التالي مع السابق ضمنته إليه .

٤ ــ قارنت بين نصوص قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، والراجح من أقوال الفقهاء في كل مسألة لإقرار ما يستحق من النصوص ومحاولة سد ما قد يوجد في القانون من ثغرات .

٥ ــ قارنت بين النصوص قوانين الأحوال الشخصية في بعض الدول المجاورة والقانون الفلسطيني كلما دعت الحاجة؛ كوجود اختلاف جوهري في الموضوع.

ثانياً : التوثيق :

١ ــ عزوت الآيات إلى سورها مع ذكر أرقامهما .

٢ ــ اعتنيت بتخريج الأحاديث من مظانها، كما يلي :

أ - اكتفيت بما يوجد في الصحيحين، إلا إذا دعت الحاجة إلى غيره، وذلك دون الحكم عليها، لإجماع الأمة على صحتهما.

ب – ذكرت حكم الأحاديث الموجودة في غير الصحيحين، مستنداً في ذلك إلى الكتب المعتمدة .

٣ ــ اهتممت ببيان الألفاظ الغامضة، والمصطلحات الفقهية .

٤ ــ ذكرت المراجع ابتداءً بذكر اسم المؤلف واسم الكتاب بشيء من التفصيل في أول مرة، ثم اكتفيت بذكر لقبه فقط إذا تكرر، ثم أُعرف بالكتاب كاملاً في قائمة المراجع .

٥ ــ راعيت الترتيب الزمني بين المذاهب عند التوثيق .

٦ ــ ترجمت لكل عالم أرى قيمة لرأيه في مسألة ما على أن يكون مغموراً .

الفصل التمهيدي

مشروعية التفريق القضائي بين الزوجين، وبيان نوعه، وأثره

ويتكون من مبحثين

المبحث الأول : مفهوم التفريق القضائي، ومشروعيته، وحكمه .

المبحث الثاني : الاختلاف في نوع الفرقة بحكم القاضي، وأثره في الفروع .

المبحث الأول

مفهوم التفريق القضائي، ومشروعيته، وحكمه

ويتكون من ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: مفهوم التفريق القضائي.
المطلب الثاني: مشروعية التفريق القضائي.
المطلب الثالث: حكم التفريق القضائي.

المطلب الأول

مفهوم التفريق القضائي

لما كان التفريق القضائي مركباً إضافياً من كلمتين، ولكل كلمة منهما مدلولها الخاص، فإنني آثرت أن أتكلم عن مفهوم التفريق بمفرده، ثم أتكلم عن مفهوم القضاء، وأُنهي بالحديث عن تعريف التفريق القضائي باعتباره عَلَماً على ما يوقعه القاضي من فرقة بين الزوجين، وذلك في فرعين :

الفرع الأول

التفريق القضائي باعتباره مركباً إضافياً

أولاً ــ التفريق

أ ــ التفريق لغة :

مصدر فَـرَّقَ، والفَـرْقُ خلاف الجمع، ومنه التفرق والافتراق وهما سواء، ومن علماء اللغة من جعل التَّفـرُقَ بالتشديد للأبدان، والافتراقَ بالتخفيف في الكلام، يقال فَـرَقْتُ بين الكلامين فافترقا، وفَـرَّقْتُ بين الرجلين فتفرَّقا.

وتفـرّقَ الرجلان : ذهب كل منهما في طريق[١].

ويقع التفريق على عدة معان متقاربة؛ منها[٢]:

١ ــ التجزئة والقسمة، يقال : فرّق الأشياء : أي قسمها ووزعها.

٢ ــ التمييز، يقال : فرق بين الأشياء : إذا ميَّز بعضها من بعض.

٣ ــ التبدد، يقال : تفرق الشيء : أي تبدَّدَ وتلاشى.

---

[١] انظر محمد بن مكرم الشهير بابن منظور : لسان العرب مادة (فرق) ٢٤٣/١٠ وما بعدها، أحمد الفيومي المقري : المصباح المنير مادة (فرق) ص ٢٤٣ وما بعدها ، مجد الدين الفيروز آبادي : القاموس المحيط مادة (فرق) ٢٨٣/٣ وما بعدها.

[٢] انظر سعدي أبا جيب : القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً مادة (فرق) ص ٢٨٤ .

٤ ــ الفصل، يقال : فرق بين الشيئين : أي فَصَل بينهما، ويقال فارقه مفارقة : انفصل عنه وباينه.

وفي التنزيل جاء قوله تعالى على لسان سيدنا موسى عليه السلام: ﴿ فَافْرُقْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الْقَوْمِ الْفَاسِقِينَ ﴾ [١] .

والمعنى افصل بيننا وبينهم؛ لأنه لم يعد يجمعنا بهم أيُّ رابط؛ لرفضهم دخول الأرض المقدسة فاتحين [٢].

بناء على ما سبق فإن مفهوم التفريق يدور حول الفصل والإبانة.

ب ــ التفريق اصطلاحاً :

لم أقف عند الفقهاء على تعريف للتفريق، ويبدو أن السبب في ذلك أن استعمالهم له لا يخرج عن معناه اللغوي.

ثانياً ــ القضاء

أ ــ القضاء لغة :

القضاء : مصدر قَضَى، وهو القطع والفصل ويأتي بمعنى الحكم أيضاً، يقال قَضَى بين الخصمين : أي حكم بينهما وقُضِيَ له : أي حُكِم له، وقضى بكذا : أيْ حكم بكذا[٣].

قال تعالى : ﴿ وَقُضِيَ بَيْنَهُم بِالْحَقِّ وَقِيلَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾[٤].

والمعنى فُصل بين أهل الجنة والنار، أو بين الأمم ورسلهم، وصدر القضاء فيهم بما يستحقون[٥].

---

[١] سورة المائدة : جزء الآية ٢٥ .

[٢] انظر أبا عبد الله مجمد القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٨٥/٦ ، أبا جعفر محمد بن جرير الطبري : جامع البيان في تأويل القرآن ٥٢٢/٦ ، محمد الطاهر بن عاشور : التحرير والتنوير ١٦٧/٦ .

[٣] انظر ابن منظور : لسان العرب مادة (قضى) ٢٠٩/١١ .

[٤] سورة الزمر : جزء الآية ٧٥ .

[٥] انظر ابن عاشور : التحرير والتنوير ٦٧/٢٤ .

ب ــ القضاء اصطلاحاً :

هو : " الحكم بين الناس بالحق، أو الحكم بما أنزل الله "[١].

أما القضائي : فهو ما نسب إلى القضاء وصدر عنه.

الفرع الثاني

التفريق القضائي باعتباره عَلَماً على حكم القاضي بالفرقة

بعد البحث والتنقيب في مؤلفات قدامى الفقهاء؛ لم أجد تعريفاً محدداً للتفريق القضائي، إلا أن كتاباتِهم قد دَلَّتْ على أن المفهوم العام للتفريق القضائي هو أحد معنيين :

الأول : حل العلاقة الزوجية بأمر القاضي بناءً على طلب الزوجة[٢].

الثاني : أو قطع النكاح بين الزوجين بأمر القاضي بناءً على طلب أحدهما[٣].

أما المؤلفات الحديثة فقد جاءت بتعريفات للتفريق القضائي بمفهومه، وأضبط هذه التعريفات أن التفريق القضائي هو: "**إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق، أو بدون طلب من أحدٍ حفظاً لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين** "[٤].

---

[١] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٣/٧ .

[٢] انظر محمد أمين الشهير بابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ١٨٦/٤ وما بعدها، جمال الدين أبا محمد الزيلعي : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٢٢/٣ ، محمد بن عبد الواحد الشهير بابن الهمام : شرح فتح القدير ٢٩٧/٤ وما بعدها، علاء الدين الكاساني الحنفي : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٤٨١/٢ .

[٣] انظر محمد بن عبد الباقي الزرقاني المالكي : شرح الزرقاني على مؤطا الإمام مالك ٢٧٧/٣ ، محمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي ١١٠/٣ وما بعدها، محمد الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ٢٠٢/٣ وما بعدها، موفق الدين بن قدامة الحنبلى : المغنى ٦٢/١٠ .

[٤] الموسوعة الفقهية الكويتية : ٦/٢٩ وما بعدها، محمد كمال الدين إمام : الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ص١٩٧ .

والناظر في هذا التعريف يتضح له جلياً أنه تعريف بالمفهوم؛ لا بالحدّ، ولا أدل على ذلك من إدخال الأمثلة في التعريف.

وحقيقة التفريق القضائي قبل جعله عَلَماً على إنهاء العلاقة الزوجية بحكم القاضي، أنه مركب وصفي من كلمتين هما (التفريق) و(القضائي) وقد سبق قريباً الحديث عن معنى كلٍ منهما.

على ضوء ما سبق يمكن تعريف التفريق القضائي؛ باعتباره عَلَماً على ما يوقعه القاضي، من فصلٍ بين الزوجين بأنه :

" **حَلٌّ عقدة النكاح بحكم القاضي حالاً أو مآلاً ، بناء على أمر الشارع، أو طلب أحد الزوجين** ".

شرح التعريف :

(**حَلٌّ**) : جنس في التعريف يشمل جميع أنواع الفُرَق؛ فمنها ما يقع بإرادة الزوج المنفردة، ومنها ما يقع طلاقاً رجعياً أو بائناً، ومنها ما يقع فسخاً، وذلك باختلاف الأحوال.

(**عقدة النكاح**) : من العَقْد وهو نقيض الحَلّ، والعقدة هي الرابطة والعهد[١]، قال تعالى: ﴿إِلاَّ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾[٢]، وبإضافة العقدة إلى النكاح يخرج حَلٌّ غيره من الروابط.

(**بحكم القاضي**) : قيد في التعريف خرج به حَلٌّ عقدة النكاح باتفاق الزوجين؛ كالمخالعة أو الطلاق على مال، كما خرج به تطليق الزوج بإرادته المنفردة، وخرج به أيضاً ما يقع من فرقة بأمر الشارع مما لا يحتاج إلى قضاء؛ كارتداد أحد الزوجين.

(**حالاً**) : للدلالة على الفسخ والطلاق البائن.

(**أو**) : للتنويع والتقسيم.

(**مآلاً**) : للدلالة على الطلاق الرجعي.

---

[١] انظر ابن منظور : لسان العرب مادة (عقد) ٣١١/٩ وما بعدها.

[٢] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣٧ .

(**بناء**) : متعلق بحكم القاضي، فشأن القضاء أن يُبنى على الأسباب والبيِّنات.

(**أمر الشارع**) : النص الصريح الدال على جواز التفريق؛ كالإيلاء[١] عند عدم الفيئة.

(**أو**): للتنويع والتقسيم، لأن من التفريق ما دلت النصوص الصريحة الخاصة على مشروعيته، والقسم الآخر اكتسب مشروعيته من الأدلة العامة؛ كرفع الضرر.

(**الطلب**): هو الحاجة، ومحاولة أخذ الشيء[٢]، وهو قيد احترازي؛ إذ ليس للقاضي حق التفريق بين الزوجين بدون طلب؛ إلا أن يوجد سبب شرعي يقتضي ذلك.

(**أحد الزوجين**) : للدلالة على أن طلب التفريق حق للزوج، كما هو حق للزوجة، وذلك إذا لحق به ضرر؛ كأن تخدعه الزوجة أو أولياؤها؛ بإخفاء عيوبها التي تمنعه من استيفاء حقوقه الزوجية كرَتْقها، مما يؤدى إلى ضياع أمواله، واستيلاء الزوجة عليها بطريق الغش والتدليس[٣].

بذلك يكون التعريف جامعاً؛ لشموله جميع أنواع التفريق ومانعاً من دخول غير أفراده فيه، كما أنه خال من الأمثلة حيث إن الأمثلة ليست جزءً من الماهية.

المطلب الثاني

مشروعية التفريق القضائي

بعد التتبع وإمعان النظر في طائفة مما دونه الفقهاء في مسائل التفريق المختلفة؛ تبين لي أن هناك شبهَ إجماعٍ على مشروعية التفريق في الجملة، وإنِ اختلفوا في هذا الباب ما بين موسع ومضيق.

---

[١] المولي من الإيلاء وهو : " حلف زوج يصح طلاقه ليَمتَنعن من وطء زوجته مطلقاً، أو فوق أربعة أشهر" وعليه فإن المولي هو الحالف على ذلك، انظر الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٤٣/٣.

[٢] انظر ابن منظور : لسان العرب مادة (طلب) ١٧٧/٨ وما بعدها .

[٣] الدَّلْسُ : الخديعة، والتدليس : كتم العيب مع العلم به، انظر أبا جيب : القاموس الفقهي مادة (دلس) ص ١٣٢.

وهأنذا أسوق جملة من الأدلة التي استدل بها الفقهاء على مشروعية التفريق في المسائل المختلفة، والتي تصلح للاستدلال بها على مشروعية التفريق القضائي، واعتباره سبيلاً اتجه إليه التشريع الإسلامي[٤].

ويمكن الاستدلال على مشروعية التفريق القضائي بين الزوجين بالقرآن الكريم، والسنة، والمعقول :

أ ــ القرآن الكريم :

١ ــ قال تعالى : ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[١].

وجه الدلالة : إن شأن العلاقة بين الزوجين أن تقوم على ما تعارف الناس عليه من استقرار الحقوق التي قرَّرها الإسلام، أو قرَّرتها العادات التي لا تنافي أحكام الشريعة، فإذا انتفى أهم هذه الحقوق، وهو الإمساك بالمعروف، تعيَّن التسريح بإحسان طريقاً لرفع الضرر، فإنْ سرَّح الزوج امتثالاً لأمر الشارع فبها ونعمت، وإلا فإن للقاضي أن يوقع الفرقة رفعاً للضرر[٢].

٢ ــ قال تعالى : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾[٣].

وجه الدلالة : إن الإمساك بالمعروف هو القيام بما يجب للزوجة من حقوق على الزوج، فإذا فات ذلك انتقلنا إلى البديل، وهو التسريح بمعروف، ثم جاءت الآية بصريح النهى عن الإمساك الذي يلحق الضرر بالمرأة، بدون تفصيل في أنواع الضرر، فدَّل ذلك على أن الإمساك مع الضرر، والإمساك بالمعروف، نقيضان لا يجتمعان، فإذا كان الإمساك بالمعروف انتفى الضرر، وإذا غاب الإمساك بالمعروف تحقق الضرر، ثم بيَّن الحق ــ تبارك وتعالى ــ أن الذي يمسك زوجته ضراراً يعتبر ظالماً لنفسه؛ لاعتدائه على زوجته، وعلى أحكام الله؛ لأن فعله يؤدي إلى اختلال المعاشرة الزوجية، وفوات مصالح النكاح،

---

[٤] انظر الموسوعة الفقهية الكويتية : ١٠/٢٩ .

[١] سورة البقرة : جزء الآية ٢٢٩ .

[٢] ابن العربي : أحكام القرآن ٢٧٠/١ ، القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ١٠٢/٣ وما بعدها ، فخر الدين الرازي: التفسير الكبير ومفاتيح الغيب ١١٨/٦ .

[٣] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣١ .

فيكون السبيل لرفع الضرر عن الزوجة هو التفريقَ؛ عقوبةً دنيوية تقع على الزوج؛ جزاءَ اعتدائه على زوجته، وظلمه لنفسه[٤].

٣ _ قال تعالى : ﴿ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ ﴾[١].

وجه الدلالة : في الآية إذنٌ صريحٌ بالفراق إذا تعذر الصلح، ويكون الفراق حينها خيراً للزوجين من سوء المعاشرة، فإذا لم يتفرقا باتفاقهما؛ تدخل القاضي لرفع الخصومة، وحلَّ النزاع بالتفريق بينهما[٢].

ب ــ السنة :

١ _ روى ابن ماجةَ من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت، والبيهقي من حديث أبي سعيد الخدري ــ رضى الله عنهم ــ أن رسول الله ــ ﷺ ــ قال : " **لاضرر ولا ضرار**"[٣].

و**جه الدلالة** : الحديث بمعناه نهى عن الضرر، وإن كان لفظه الإخبار، أيْ لا يضرَّ بعضُكم بعضاً، والحديث عام، فالضرر الواقع من أحد الزوجين على الآخر يعتبر من جملة الضرر المنهي عنه، فتجب إزالته، وفقاً للقاعدة الفقهية " **الضرر يُزَالُ** "[٤]، ومن غير المعقول أن يأمر الشارع بالإبقاء على الحياة الزوجية والضرر قائم، مع أمره بإزالته؛ لاستحالة الأمر بالنقيضين، ولا معنى لذلك إلا جواز التفريق إذا توفرت أسبابه[٥].

٢ _ روى البخاري عن ابن عباس ــ رضي الله عنه ــ أن زوجة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبي ــ ﷺ ــ فقالت له : يا رسول الله ، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا

---

[٤] انظر ابن عاشور : التحرير والتنوير ٤٢٢/٢ وما بعدها.

[١] سورة النساء : جزء الآية ١٣٠ .

[٢] انظر القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٥/ ٢٦٢ ، الفخر الرازي : التفسير الكبير ٦٩/١١ .

[٣] سنن ابن ماجة : (٢٣٤٠) كتاب الأحكام، (٢٣٤٠) باب من بنى في حقه ما يضر جاره ٧٨٤/٢ ، أبو بكر ابن على البيهقي : السنن الكبرى، باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم ١٥٦/٦ ، والحديث صححه الألباني، انظر محمد ناصر الدين الألباني : صحيح ابن ماجة ٣٩/٢ .

[٤] الإمام جلال الدين السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٣٨ وما بعدها، سليم رستم باز اللبناني : شرح المجلة ص ٢٩ ، المادة ٢٠ .

[٥] انظر الموسوعة الفقهية الكويتية ١٠/٢٩ وما بعدها، محمد كمال الدين إمام : الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي : ص ١٩٢ .

دين، ولكنني أكره الكفر في الإسلام، قال رسول الله ــ ﷺ ــ : " **أتردين عليه حديقته ؟** " قالت: نعم، قال رسول الله ــ ﷺ ــ : " **اقبل الحديقة وطَلِّقْها تطليقة** "[١].

وجه الدلالة : إن النبي ــ ﷺ ــ لم ينكر على زوجة ثابت طلبها الافتراق عن زوجها، مع عدم إضراره بها، إلا أنها خشيت ألا تقوم بحقوقه كزوج كما أمرها الشارع، وتقبل النبي ــ ﷺ ــ طلبها وأعانها عليه، رغم إقرارها بحسن خلق زوجها ودينه، فمن باب أولى أن يجوز التفريق لمن لَحِقَ بها الضرر من زوجٍ لا يتقي الله، فيما أوصاه من حسن معاملة الزوجة[٢].

ج ــ المعقول :

إن أسمى غايات النكاح أن يجد كلٌّ من الزوجين في صاحبه سَكَناً لروحه وجسده، الأمر الذي يترتب عليه بناء المجتمع، وحفظ النوع البشري، قال تعالى : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾[٣]، لكن الحياة الزوجية لا تخلو من القلاقل والشقاق، فيبدأ بالإرشاد والنصح، ثم الإصلاح قدر المستطاع، فإذا نَفِذَ صبر الزوجين أو أحدِهما، وأصبحت العلاقة الزوجية جحيماً لا يطاق ، وأمست لا تحقق المقاصد المرجوة منها؛ فإن الشارع لا يأمر بالإبقاء على هذه العلاقة؛ بل يفصل في ذلك بما فيه الصالح العام، وذلك بالإذن بالفراق إذا تمحض طريقاً للمصلحة، ولْيستأنفْ كلٌّ من الزوجين حياته بروابط زوجية جديدة تناسبه، وتحقق مقاصد الشارع من النكاح[٤]؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ﴾[٥].

موقف قانون الأحوال الشخصية :

لم يتطرق منظمو القوانين إلى صياغة مادة قانونية تختص بجواز التفريق القضائي،

---

[١] صحيح البخاري : (٦٨) كتاب الطلاق (١٢) باب الخلع (٥٢٧٣) ١٦٩٨/٣ .

[٢] أحمد بن على العسقلاني الشهير بابن حجر : فتح الباري، كتاب الطلاق، باب الخلع ٤٩٦/١٠ .

[٣] سورة الروم : جزء الآية ٢١ .

[٤] انظر الإمام محمد أبا زهرة : الأحوال الشخصية ص ١٧ ، ٢٨٠ وما بعدها، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٠/٢٩ .

[٥] سورة النساء : جزء الآية ١٣٠.

ولا ببيان من له طلب التفريق، وربما عاد السبب في ذلك إلى أن مشروعية التفريق معلومة بالضرورة.

وأما بيان من له طلب التفريق، فإن ما صاغه منظمو القوانين يدل على أن طلب التفريق لا يكون إلا للمرأة؛ عملاً بمذهب الإمام أبي حنيفة ــ رحمه الله ــ حيث إنه لا يجيز للرجل طلب التفريق باستثناء اللعان وخيار البلوغ[١]، إلا أن الحق يقتضي أن يُمَكَّنَ كلٌّ من الزوجين من هذا الحق، وهو اللجوء إلى القضاء بالطلب، وتبقى سلطة الفصل في ذلك للقضاء؛ لتضرر الزوج مادياً ونفسياً، إذا غشه أولياء الزوجة، ثم إن مجرد التقدم للقضاء بالطلب لا يعنى اكتساب الحق المُدعى به؛ لذلك أرى أن الحاجة ماسة لصياغة مادة قانونية تعالج هذا الأمر، على النحو التالي :

النص المقترح :

يحق لكل من الزوجين أن يلجأ إلى القضاء طالباً التفريق إذا توفرت أسبابه.

المطلب الثالث

حكم التفريق القضائي

لم يخص الفقهاء الحكم التكليفي[٢] للتفريق القضائي بالذكر؛ لماَ مرَّ آنفاً، من أن فقهاء المذاهب قد تحدثوا عن مشروعية التفريق في المسائل المتفرقة، ولم يُبَوَّبوا له ، فانسحب على الحكم التكليفي ما جرى على المشروعية.

وعلى الرغم من ذلك؛ فإنه يمكننا تخريج الحكم التكليفي للتفريق من خلال ما كتبه الفقهاء عن الحكم التكليفي للطلاق، فقد اتفق الفقهاء على أن الطلاق تعتريه الأحكام الخمسة[٣]، ثم ذكروا أمثلة للحالات التي يكون الطلاق فيها واجباً، ومنها :

---

[١] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٩٧/٢ وما بعدها، ابن عابدين : رد المحتار ١٨٦/٤ .

[٢] الحكم التكليفي : هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير، والأحكام التكليفية هي: الوجوب، والندب، والإباحة، والكراهة، والتحريم . سيف الدين الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام ٨٤/١، البيضاوي : التحقيق المأمول لمنهاج الأصول ص ٧٩ وما بعدها .

[٣] انظر ابن عابدين : رد المحتار ٤٢٧/٤ ، حاشية الدسوقي ٢٣٩/٣ ، الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ٣٠٧/٣ ، ابن قدامة : المغني ٣٢٣/١٠ .

١ــ فوات الإمساك بالمعروف؛ كما لو كان الزوج خَـصِيّاً أو مجبوبـاً أو عِنِّينـاً أو مسحوراً[١].

٢ ــ علم الزوج أن بقاء الزوجة على ذمته يوقعه في محرم؛ كعدم الإنفاق[٢].

٣ ــ طلاق المُولي إذا أبى الفيئة، وطلاق الحَكَمَيْنِ في الشقاق[٣].

والذي يمكنني قوله هنا، أن الغاية من نصب القضاة هو فـصل الخـصومة وحـسم النزاع، وقد صرح الفقهاء بأن دفع الضرر، ورفع الظلم، واجب على القاضي إذا أقيمت البينة الشرعية[٤]؛ من إقرار، وشهادة، ونكول عن الحلف، وقرينة قاطعة[٥]، وعليه فـإذا عُـرض على القاضي إحدى المسائل التي ذكرها الفقهاء في معـرض

التمثيل، مما يُلحق الضرر بأحد الزوجين؛ فإن على القاضي أن يرفع هذا الضرر بكل وسيلة ممكنة، فإذا أُوصِدت الأبواب، وتعين التفريق طريقاً؛ فإن حكمه به يكون واجباً.

موقف قانون الأحوال الشخصية :

مع أن القانون قد أشار إلى واجب القاضي، إذا رفعت الزوجة أمرهـا إليـه طالبـة التفريق[٦]، إلا أنه لم ينص في واحدة من مواده على، وعليه فإن من الممكـن إفـرادَ الأمـر بمادة خاصة، وأقترح أن تكون كالتالي :

النص المقترح :

واجب القاضي أن يفرق بين الزوجين إذا توفرت الأسباب الشرعية الداعية لذلك[٧].

---

[١] انظر ابن عابدين : رد المحتار ٤٧٩/٤ .

[٢] انظر حاشية الدسوقي : ٢٣٩/٣ .

[٣] الخطيب الشربيني : مغنى المحتاج ٣٠٧/٣ ، ابن قدامة : المغني ٣٢٣/١٠ وما بعدها.

[٤] انظر الإمام برهان الدين بن فرحون المالكي : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام١٠/١.

[٥] انظر مازن سيسالم، إسحاق مهنا، سليمان الدحدوح : المادة ٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، مجموعة القوانين الفلسطينية ١٣٢/١٠ .

[٦] انظر سيسالم وآخرين : مجموعة القوانين الفلسطينية ٤٧/١٠ وما بعدها، ١١٨ المواد ٣٠٠ ، ٣٠١ من قانون الأحوال الشخصية، والمواد ٨٦ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ٩٣ ، ٩٤ ، ٩٥ ، ٩٦ ، ٩٧ من قـانون حقـوق العائلة.

[٧] نصت على ذلك المادة السابعة من قانون أصول المحاكمات الشرعية . المرجع السابق ١٢٤/١٠ .

المبحث الثاني

الاختلاف في نوع الفرقة بحكم القاضي، وأثره في الفروع

ويتكون من مطلبين :

المطلب الأول : الفرقة بحكم القاضي، وتكييفها الفقهي.
المطلب الثاني: أثر خلاف الفقهاء فيما يقع بالتفريق بحكم القاضي.

المطلب الأول

الفرقة بحكم القاضي، وتكييفها الفقهي

للحديث عن الفرقة بحكم القاضي لابد من استعراض أنواع فُرَق النكاح، لـــذلك فـــإنني أتناول في هذا المطلب أنواع الفرقة من حيث الآثار المترتبة عليها، والفرق بين هذه الأنواع، منوهاً لما يقع تحت كل نوع من الصور، ثم أختم بالتكييف الفقهي للفرقة بحكم القاضي، مبيناً الفُرَقَ التي تحتاج إلى قضاء، وذلك في ثلاثة فروع :

الفرع الأول

أنواع الفرقة باعتبار ما يترتب عليها من آثار

تنقسم الفُرق بهذا الاعتبار إلى نوعين، هما: الفسخ ، والطلاق.

أولاً ــ الفسخ :

أ ــ الفسخ في اللغة :

هو النقض والرفع والإزالة[١].

ب ــ الفسخ في الاصطلاح :

عرفه الحنفية والمالكية بأنه " **رفع العقد من الأصل** "[٢].

وللشافعية في تعريف الفسخ قولان :

الأول : " **حَلُّ ارتباط العقد** "[٣].

---

[١] انظر الفيومي : المصباح المنير مادة (فسخ) ص ٢٤٤ ، ابن منظور : لسان العرب مـــادة (فـــسخ) ٢٦٠/١٠ وما بعدها، أبو جيب : القاموس الفقهي مادة (طلق) ص٢٨٥ .

[٢] الكاساني : بدائع الصنائع ٤٩٧/٢ ، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي : الفروق ٢٦/٢، محمد علـــي بن حسين المالكي : تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية بهامش الفروق ٣٥/٢ .

الثاني : " **رفع العقد في حالة لا من أصله** "[٤].

أما الحنابلة فلم أقف لهم على تعريف للفسخ إلا أن فروعهم الفقهية تدل على اتفاقهم مع الشافعية فيما ذهبوا إليه من تعريفات للفسخ[١].

والذي يظهر من هذه التعاريف أنها تشترك في أن الفسخ نقض للعقد، سواء كان ذلك من أصله، أو لحادث طرأ عليه،إلا أن الشافعية قد أشاروا في تعريفهم الثاني إلى الفسخ لحادث طرأ على النكاح .

وعلى ذلك فإن فرقة الفسخ نوعان :

الأول : فسخ ينقض العقد من أصله، وذلك إذا كان سبب الفسخ متصلاً بإنشاء الزواج، فإنه يكون غير لازم للزوجين، أو لأحدهما، وذلك كالفسخ بخيار البلوغ والإقامة في غير دار الإسلام[٢].

الثاني : فسخ لا ينقض العقد من أصله، وهو ما كان بسبب خلل طرأ على العقد، فمنع استمرارَه، بمعنى أن الخلل رفع الحِلَّ السابق بين الزوجين، فتعين التفريق؛ كالفسخ لإباء الزوجة الدخول في الإسلام، أو ردتها، أو طروء ما يوجب حرمة المصاهرة[٣]، مع مراعاة خلاف الفقهاء[٤] في الأخير.

---

[٣] السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٢٨٧ .

[٤] محمد نجيب المطيعي : تكملة المجموع ٣٨٣/١٧ .

[١] انظر ابن قدامة : المغني ٦٢/٠.

[٢] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٩٧/٢، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٤/٣ وما بعدها، أبا زهرة : الأحوال الشخصية ص ٢٧٧ وما بعدها، بدران أبا العينين بدران : الفقه المقارن للأحوال الشخصية ٢٩٥/١.

[٣] انظر الكاساني : المرجع السابق ٤٩٩/٢ ، ٥٠٣ ، الشربيني الخطيب : المرجع السابق ٢٠٣/٣ وما بعدها، المطيعي : تكملة المجموع ٣٨٣/١٧، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي : شرح الزركشي على مختصر الخرقي ١٦٢/٥ ، ٢١٧.

[٤] اتفق جمهور الفقهاء على أن الفرقة بطروء حرمة المصاهرة، هي فسخ لا طلاق فيه، واختلفوا في صورتها على النحو التالي :

أ ــ تثبت حرمة المصاهرة بزنا الزوج بأم زوجته أو بنتها، أو زنا المرأة بأبِ الزوج أو ابنه، وكذلك بالمس أو النظر إلى الفرج بشهوة وإليه ذهب الحنفية والحنابلة. انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٣٨٧/٢ وما بعدها، الزركشي : شرح الزركشي ١٦٢/٥.

الفرق بين النوعين السابقين :ـ

١ ـ الفسخ الذي ينقض العقد من أصله، لا يوجب شيئاً من المهر إذا لم يتأكد بالدخول الحقيقي، أو الخلوة الصحيحة، أو الموت، سواء أكان الفسخ بسبب من الزوج أم من الزوجة؛ لأن العقد نُقض من أصله، فلا تترتب عليه أحكامه.

أما الفسخ الذي لا ينقض العقد من أصله، فإذا كان من جهة المرأة قبل أن يؤكد المهر؛ فإنه يسقط بأكمله، وإن كان بسبب من الزوج ففيه نصف المهر.

٢ ـ إن الزوجة التي فسخ نكاحها بما ينقض العقد من أصله، لا يلحقها طلاق أثناء عدتها؛ فإن طلقها بعد هذا الفسخ، ثم استأنفا حياة زوجية جديدة، فإن هذه الطلقة لا تُحتسب؛ لأن الطلاق أثر للعقد، فإذا نقض رُفعت أحكامه.

أما التي فسخ نكاحها بما لا ينقض العقد من أصله، فإنه يلحقها الطلاق في العدة، فإذا كان سبب الفسخ مؤقتاً، واستأنفا حياة زوجية جديدة، احتُسبت تلك الطلقة من الطلقات الثلاث.

٣ ـ الفسخ الذي لا ينقض العقد من أصله ينقسم إلى قسمين :

الأول : نوع يمنع الزواج بعده مؤبداً، كالفسخ بسبب ارتكاب أحد الزوجين مع أصول الآخر، أو فروعه، ما يوجب حرمة المصاهرة.

الثاني : نوع يحرم الزواج مؤقتاً، كالتحريم الحاصل بالردة[١].

ثانياً ـ الطلاق :

أ ـ الطلاق في اللغة :

الحل ورفع القيد، ويأتي بمعنى التخلية، والتسريح[٢].

ب ـ الطلاق في الاصطلاح :

ب ـ لا يترتب على زنا أحد الزوجين بأحد فروعه أو أصوله حرمة بينهما، ولا فسخ بسببه، إلا أن حرمة المصاهرة يمكن أن تقع بوطء زوجة الأب أو الابن بشبهة وإليه ذهب المالكية والشافعية. انظر حاشية الدسوقي ٦٣/٣ وما بعدها، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ١٧٩/٣ .

[١] انظر الإمام أبا زهرة : الأحوال الشخصية ص ٢٧٧ ، بدران أبو العنين بدران : الفقه المقارن للأحوال الشخصية ٢٩٥/١ ، محمد سلام مدكور : أحكام الأسرة في الإسلام ٢/ ١٩ وما بعدها.

[٢] انظر ابن منظور : لسان العرب مادة (طلق) ١٨٧/٨ ، الفيومي : المصباح المنير مادة (طلق) ص١٩٥.

عرّفه الحنفية بأنه : " **رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظٍ مخصوص**"[٣].

وبنحو ذلك عرّفه جمهور الفقهاء، ولكن دون الإشارة إلى وقت الرفع والحلِّ، فقالوا : هو : " **حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه** "[١].

ثالثاً ــ الفرق بين الفسخ والطلاق :

يتشابه الفسخ والطلاق في أنَّ كلاً منهما يقطع العلاقة الزوجية، ويفترقان بما يختصُّ به كلٌّ منهما من الأحكام التالي ذكرها :

١ ــ فرقة الفسخ نقض للعقد، سواء كان من أصله، أو من حين طروء سببه.

أما الطلاق، فإنه أثر من الآثار الشرعية للعقد، تقطع به العلاقة بين الزوجين، ويترتب عليه زوال الحِلِّ في الحال إن كان بائناً، ويبقى الحِلُّ إلى انتهاء العدة إن كان رجعياً، وبوقوعه تثبت الحقوق الشرعية لكلٍّ من الزوجين على صاحبه[٢].

٢ ــ فرقة الفسخ تحتاج إلى أسباب شرعية تبيح ذلك.

أما الطلاق، فإنه حقٌّ يملكه الزوج على زوجته[٣].

٣ ــ فرقة الطلاق يجب بها نصف المهر، إذا كانت قبل الدخول، وقد سُمِّي المهر، والمتعة عند عدم تسمية المهر.

أما الفسخ، فلا يجب بفرقته شيءٌ من المهر إذا كان قبل الدخول، إلا إذا كان بسببٍ من الزوج في الفسخ بسببٍ طارئ عند جمهور الفقهاء؛ باستثناء الحنابلة، فلا يجب عندهم شيءٌ من المهر في فرقة الفسخ، سواء كان بسبب من الزوج أو الزوجة[٤].

---

[٣] ابن عابدين : رد المحتار ٤٢٤/٤ .

[١] انظر حاشية الدسوقي : ٢١٦/٣، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٧٩/٣، ابن قدامة : المغني ٣٢٣/١٠ .

[٢] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٩٧/٢ وما بعدها، الشيرازى : المهذب ٥٠/٢ ، ١٠٣ ، المطيعى : تكملة المجموع ٣٨٣/١٧، ابن قدامة : المغنى ٧٠/١٠ ، ٤٩١ .

[٣] انظر الكاساني : المرجع السابق ١٤١/٣ وما بعدها، الشيرازى : المرجع السابق ٧٩/٢ وما بعدها، الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ٢٧٩/٣ ، المطيعى: تكملة المجموع ٣٧٣/١٧ وما بعدها.

[٤] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٣٠/٢ ، ٤٩٧ ، الشيرازى : المهذب ٥٨/٢ ، ابن قدامة : المغنى ٦٢/١٠ .

٤ ــ الفسخ يلحق العقد الفاسد، وكذلك الصحيح إذا طرأ عليه ما يفسده.

أما الطلاق، فإنه لا يلحق إلا النكاح الصحيح.

٥ ــ الفسخ لا ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الرجل.

أما الطلاق، فينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج[١].

الفرع الثاني

التكييف الفقهي للفرقة بحكم القاضي

بناء على التقسيم السابق لِفُرق النكاح، فقد اتفق الفقهاء على أن ما يكون من الزوج بصيغة الطلاق، سواء كان رجعياً أو بائناً؛ فإنه يقع طلاقاً لا يحتاج إلى قضاء إلا إذا نفاه بعد إيقاعه[٢].

ثم اختلفوا فيما عدا ذلك، وللوقوف على مذاهب الفقهاء في ذلك، فإنني أورد أقوالهم، ثم أُتبع كل قول بأهم أنواع الفُرَق التي تعتبر طلاقاً عند القائلين به، ثم الفُرَق التي تقع فسخاً مشيراً إلى حاجة كلٍّ من النوعين إلى القضاء.

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة بحكم القاضي على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

إن كانت الفرقة من جانب الزوج ولا يمكن أن تأتي من جانب الزوجة فهي طلاق، أما إن جاءت الفرقة من جهة المرأة فتكون فسخاً.

واحتجوا لقولهم بالمعقول :

---

[١] انظر أبا زهرة : الأحوال الشخصية ص ٢٧٧ ، بدران أبا العينين بدران : الفقه المقارن للأحوال الشخصية ٢٩٦/١ ، محمد سلام مدكور : أحكام الأسرة في الإسلام ١٨/٢ وما بعدها.

[٢] ابن عابدين : رد المحتار ٤٢٦/٤، ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٥٩،١٧١، الشافعي : الأم ١٢٦/٥، ابن قدامة : المغني ٣٢٣/١٠،٧٠ وما بعدها.

إن المرأة لا تلي الطلاق ولا تملكه، كما أن التفريق لعيوب الزوج سبب ثبت من جانبه؛ وهو المنع من إيفاء حقها المُستَحق بالنكاح وهو ظلم وضرر؛ فإن لم يقم به قام القاضي مقامه[٣].

وتقسيم الفُرَق عندهم كما يلي :

أولاً ــ فرق الطلاق :

أ ــ فرق الطلاق التي لا تحتاج إلى القضاء :

١ ــ الإيلاء.

٢ ــ إباء الزوج الإسلام عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف .

ب ــ فرق الطلاق التي تحتاج إلى القضاء :

١ ــ الفرقة بسبب الجَبِّ والعُنّة، والخِصاء.

٢ ــ فرقة اللعان عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف .

ثانياً ــ فرق الفسخ :

أ ــ فرق الفسخ التي لا تحتاج إلى القضاء :

١ ــ فساد العقد.

٢ ــ الردة.

٣ ــ إسلام أحد الزوجين عند تباين الدارين؛ كأن يخرج أحد الزوجين إلى دار الإسلام مسلماً ويترك الآخر كافراً في دار الحرب.

ب ــ فرق الفسخ التي تحتاج إلى القضاء :

١ ــ اختيار وليِّ المرأة التفريقَ إذا نقص المهر عن مهر المثل .

٢ ــ عدم كفاءة الزوج؛ حيث يعطى للأولياء حق التفريق[١] .

---

[٣] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٩٧/٢ وما بعدها، ابن عابدين : رد المحتار ١٧٦/٤ وما بعدها.

[١] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٩٧/٢ وما بعدها، ابن عابدين : رد المحتار ١٧٩/٤ ، ١٨٦ ، ٤٢٦ .

بناء على ذلك؛ فإن الفرقة بحكم القاضي قد تقع طلاقاً، وقد تقع فسخاً.

القول الثاني :

للإمام مالك في التفريق بين الفسخ والطلاق قولان: ــ

الأول : إذا كانت الفرقة بسببٍ مختَلفٍ فيه خارجَ مذهبه، وكان الخلاف مشهوراً؛

كنكاح المُحْرِم بالحج والعمرة[١]، فإنها فرقة طلاق.

الثاني : أن المعتبر في ذلك هو السبب الموجب للتفريق، فإن كان راجعاً للشارع حتى إذا أراد الزوجان الإقامة عليه لم يصح؛ فإنه فسخ كالنكاح في العِدّة، ونكاح المحرَّمة بالرضاع، وإن كان مما للزوجين أن يقيما عليه كالرد بالعيب فهو طلاق[٢].

ولم أقف لهم على دليل.

وتقسيم الفُرَق عندهم كما يلي :

أولاً ــ فرق الطلاق :

أ ــ فرق الطلاق التي لا تحتاج إلى قضاء :

ــ الفرقة للردة.

ب ــ فرق الطلاق التي تحتاج إلى قضاء :

١ ــ الإيلاء عند عدم الفيئة.

٢ ــ التفريق للغرور والغش.

٣ ــ التفريق لعيوب الزوجين القديمة.

٤ ــ التفريق لحدوث الجنون والجُذام والبرص بالزوج.

---

[١] لا يصح الزواج إذا كان أحد العاقدين محرماً بحج أو عمرة عند جمهور الفقهاء عدا الحنفية. وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ٦٥٦٩/٩ .

[٢] انظر محمد بن رشد الحفيد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ١٣٨/٣، محمد بن أحمد بن جزي الكلبي : القوانين الفقهية ص ١٥٩.

٥ ــ التفريق للإضرار بالزوجة.

٦ ــ التفريق بقول الحكمين.

٧ ــ التفريق لفقد الزوج أو غيبته.

٨ ــ التفريق للإعسار بالنفقة.

٩ ــ التفريق للإعسار بالصداق قبل الدخول[١].

ثانياً ــ فرق الفسخ :

أ ــ فرق الفسخ التي لا تحتاج إلى قضاء :

ــ الفسخ بسبب اللعان[٢].

ب ــ فرق الفسخ التي تحتاج إلى قضاء :

١ ــ التفريق في النكاح الفاسد.

٢ ــ إباء أحد الزوجين الإسلام[٣].

يبدو من تقسيم المالكية، أنهم يوافقون الحنفية في أن الفرقة بحكم القاضي قد تقع طلاقاً، أو فسخاً.

القول الثالث :

إن ما يوقعه القاضي من تفريق هو فسخ لا طلاق فيه، وأن الطلاق هو ما يوقعه الزوج بلفظه، أو بتفويضٍ منه لزوجته، أو توكيل به لغيره، وإليه ذهب الشافعي وأحمد وابن

---

[١] انظر ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٥٩، ١٦١ ــ ١٦٤ ، ١٧١، ١٧٤ وما بعدها، حاشية الدسوقي ٩٢/٣ ، ١٠٣ – ١٢٥ .

[٢] انظر ابن رشد : بداية المجتهد ٢٢٩/٣ ، ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٥٥ ، ١٨٣ .

[٣] انظر ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٥٩ ، حاشية الدسوقي ٣/ ٩٢ .

حزم[٤]، إلا أن الظاهرية لا يجيزون التفريق بسبب العيوب، أو الإعسار بالنفقة، أو تفريق الحكمين للشقاق والضرر[٥].

واحتجوا لقولهم بالمعقول :

إن كل ما حكم فيه بالفُرقة وإن لم ينطق بها الزوج ولم يُردها، وما لو أراد الزوج ألا تُوقع عليه الفُرقة أُوقعت، فهذه فُرقة لا تسمى طلاقاً؛ لأن الطلاق ليس من الزوج وهو لم يقله ولم يرضه بل يريد رده ولا يُرد[١].

أولاً ــ فرق الطلاق :

أ ــ فرق الطلاق التي لا تحتاج إلى قضاء :

ــ فرقة الخلع.

ب ــ فرق الطلاق التي تحتاج إلى قضاء :

١ ــ فرقة الحكمين على الجديد من مذهب الشافعية.

٢ ــ فرقة الإيلاء على الأصح من مذهب الشافعية.

٣ ــ فرقة الإعسار في وجهٍ عند الشافعية[٢].

ثانياً ــ فرق الفسخ :

إن جميع أنواع الفسخ عند الشافعية والحنابلة تحتاج إلى قضاء، وأهمها ما يلي :

١ ــ التفريق بسبب العيوب.

٢ ــ التفريق بسبب الغرور والغش.

٣ ــ التفريق بسبب الرضاع.

٤ ــ التفريق بسبب طروء المحرمية.

---

[٤] انظر محمد بن إدريس الشافعي : الأم ١٢٦/٥ ، ١٢٨ ، الشيرازى : المهذب ٤٩/٢ وما بعدها، ابن قدامة : المغنى ٦٢/١٠، ٧٠ ، أبا محمد أحمد بن حزم الظاهري : المحلى ١٦١/١٠.

[٥] انظر ابن حزم : المحلى١٠/١٤٢ .

[١] الشافعي : الأم ١٢٨/٥.

[٢] انظر السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٢٨٩ وما بعدها .

٥ ــ التفريق بسبب اللعان.

٦ ــ التفريق بسبب إسلام أحد الزوجين أو ردته.

٧ ــ التفريق بالخلع في الراجح من مذهب الحنابلة.

٨ ــ تفريق الحكمين عند الحنابلة.

٩ ــ التفريق للإعسار بالمهر أو النفقة عند الحنابلة[٣].

القول المختار :

بعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم، فإنني أميل إلى تقديم ما ذهب إليه الإمامان الشافعي وأحمد، من **أن التفريق بحكم القاضي يُعَدُّ فسخاً لا طلاقاً**؛ للأسباب التالية :

١ ــ إن القائلين بأن تفريق القاضي يقع طلاقاً يعدونه بائناً، فإذا كان الفسخ والطلاق البائن يجتمعان في كثير من الأحكام؛ كزوال الحل في الحال، وإمكانية إزالة الضرر بكل واحد منهما؛ فإن اعتبار تفريق القاضي فسخاً أولى من اعتباره طلاقاً؛ لئلا يحتسب على الزوج طلقة.

٢ ــ إن اعتبار تفريق القاضي طلاقاً قد يلحق الضرر بالزوجين، وما بينهما من الأولاد، وذلك إذا كان الطلاق مسبوقاً بطلقتين، فتحرم المرأة على زوجها حتى تتزوج من غيره، بخلاف ما إذا اعتبرناه فسخاً؛ فإن باب عودة الزوجية يبقى مفتوحاً، ويرتفع الضرر الواقع على المرأة، في نفس الوقت[١].

٣ ــ إن الأصل أن يكون الطلاق بيد الرجل؛ لأنه حق خالص للزوج يوقعه عن اقتناع ورغبة لحاجته، وتفريق القاضي بين الزوجين ضرورة؛ لرفع الضرر عن المرأة، والقاعدة الفقهية تقول : " **ما أُبِيح للضرورة يقدر بقدرها** "[٢] فإذا أمكننا أن نرفع الضرر عن

---

[٣] انظر الشيرازى : المهذب ٢/ ٤٩ ، ٧١ ، السيوطى : الأشباه والنظائر ص ٢٨٩ ، الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ٣/ ٢٦١ ، ابن قدامة : المغنى ١٠/ ٦٢ ، ٧٠ ، ١٧٢ ، ٢٦٣ ، ٢٧٤ .

[١] انظر علي حسب الله : الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب ص ١١٨ وما بعدها، انظر إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم : الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ص ٢١٠ .

[٢] السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٨٤ .

المرأة دون أن نُلحق ضرراً بالزوج، وذلك بجعل التفريق فسخاً، فإننا بذلك نحقق العدل دون الإضرار بأحد[٣].

موقف قانون الأحوال الشخصية :

من خلال النظر في نصوص القوانين، تبين لي أن التفريق بحكم القاضي في القانون الشرعي يعتبر طلاقاً بائناً إلا في بعض المواضع[١]؛ عملاً بمذهب الإمامين أبي حنيفة ومالك، وقد استُثني من ذلك التفريق للإعسار بالنفقة، حيث اعُتبر طلاقاً رجعياً[٢].

وقد تقدم أن الأرجح قول الإمامين الشافعي وأحمد بأن التفريق بحكم القاضي يعتبر فسخاً لا طلاقاً، وهو أولى بالاتباع؛ لذلك فإنني أقترح أن تُعدل المادة التي تنص على أنواع الطلاق[٣]، على أن يؤخذ بعين الاعتبار تغيير لفظ الطلاق البائن في المواد ذات الصلة إلى لفظ الفسخ، أو إهمال ذكر نوع الفرقة اكتفاءً بنص المادة المقترحة.

النص المقترح :

كلُّ طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، أما التفريق بحكم القاضي فيقع فسخاً إلا ما نص على كونه طلاقاً رجعياً أو بائناً.

المطلب الثاني

أثر خلاف الفقهاء فيما يقع بالتفريق بحكم القاضي

---

[٣] انظر علي حسب الله : الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب ص ١١٨ وما بعدها، انظر إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم : الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ص ٢١٠ .

[١] انظر سيسالم وآخرين : مجموعة القوانين الفلسطينية، المواد ٧٦، ٨٧، ٨٩ ، ٩٥ ، ٩٦ ، ١٠٠ من قانون حقوق العائلة ١١٦،١١٨/١٠ ــ ١٢٠.

[٢] انظر سيسالم وآخرين : مجموعة القوانين الفلسطينية، المواد ٧٦، ٩٢ من قانون حقوق العائلة ١١٦/١٠، ١١٨.

[٣] تنص المادة (٧٦) من قانون حقوق العائلة على أن : " كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون " انظر المرجع السابق .

ترتب على خلاف الفقهاء في نوع الفرقة بحكم القاضي آثار عدة، ترتبط بنوع الفرقة عند أصحاب المذاهب المختلفة، وأتناول في هذا المطلب الآثار على المهر، والمتعة، والنفقة، والعدة، في الفروع الأربعة التالية :

الفرع الأول

أثر نوع الفرقة على المهر

اتفق الفقهاء على بعض الآثار الواقعة على المهر بسبب نوع الفرقة، واختلفوا في بعضها الآخر على النحو التالي :

أولاً ــ مواضع الاتفاق :

أ ــ اتفق الفقهاء على وجوب المهر بنفس العقد في الزواج الصحيح، وتأكده بالدخول الحقيقي أو الموت، سواء أكان النكاح صحيحاً أم فاسداً، والواجب هو المهر المسمى إذا كانت التسمية صحيحة، أو مهر المثل إذا كانت التسمية فاسدة.

ب ــ كما اتفق الفقهاء على وجوب نصف المهر إذا وقعت الفرقة بالطلاق قبل الدخول، إذا كان المهر مسمى، وكانت التسمية صحيحة.

ج ــ أما إذا لم يُسم المهر، أو اتفق الزوجان على عدم المهر، أو كانت التسمية غير صحيحة، وحصلت الفرقة بالطلاق، أو باتفاق الزوجين، أو بحكم القاضي، ووقعت الفرقة قبل الدخول، فيسقط المهر بأكمله، واشترط الحنفية والحنابلة لسقوط المهر بالفرقة أن تكون قبل الخلوة الصحيحة[١]، التي يجتمع فيها الزوجان في مكان يأمنان فيه من إطلاع الغير عليهما، ويشترط فيها الخلو من الموانع التي تمنع من الدخول الحقيقي[٢].

---

[١] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٣٠/٢، ٤٢٥، ٤٠٧ ، ابن عابدين : رد المحتار ٢٣٥/٤، ٢٣٣، ٢٣٠، ابن رشد : بداية المجتهد ٣/ ٤٤، ٤٦ ، ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٥٣، الشيرازي : المهذب ٥٨/٢ وما بعدها، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٢٠/٣ ، ٢٢٤ ، ٢٣١، البهوتي : كشاف القناع ١٤٠/٥ ، ١٥٠ ، ١٥٤ ، شمس الدين محمد بن مفلح : الفروع ٢٧١/٥ ، ٢٧٣.

[٢] الموانع ثلاثة أنواع : مانع حقيقي كأن تكون الزوجة صغيرة أو بها عيب يمنع الدخول، ومانع طبيعي كأن يكون معهما ثالث، والمانع الثالث هو المانع الشرعي كأن يكون أحدهما صائماً، أو تكون هي حائضاً، فإذا اختل أحد هذه الشروط، كانت الخلوة فاسدة. أبو زهرة : الأحوال الشخصية ص ١٩٠.

ثانياً ــ موضع الخلاف :

اختلفوا فيما يجب من المهر عند فسخ النكاح على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

يسقط جميع المهر، إذا فسخ النكاح قبل الدخول وقبل الخلوة، سواء أكان بسبب من جهة الزوج أم من قبل الزوجة؛ كارتداد المرأة عن الإسلام، أو إبائها الإسلام عند إسلام زوجها، أو اختيار الولي التفريق لعدم كفاءة الزوج، وهذا بخلاف التفريق لعيب الجَبِّ والعُنّة والخِصاء قبل الدخول والخلوة؛ لوقوعه طلاقاً لا فسخاً، وهو قول الحنفية[٣].

القول الثاني :

إن فسخ النكاح قبل الدخول أو ردَّ أحد الزوجين الآخر لعيب فيه، لا يوجب شيئاً من الصداق، أما لو فرق الحاكم بينهما لعيب الزوج بعد ضرب الأجل فلها الصداق كاملاً، وإن طلقها قبل انقضاء الأجل المضروب ففيه نصف المهر وهو قول المالكية[١].

القول الثالث :

إن كانت الفرقة قبل الدخول بسبب من الزوج؛ كطلاقه، أو تفويضه الطلاق لزوجته، أو تعليق الطلاق على فعلها، أو إسلام الزوج أو ارتداده أو لعانه، أو كانت الفرقة بتراضي الزوجين كالخلع، أو كانت بسبب من غير الزوجين كإرضاع أمه لها، أو إرضاع أمها له وهما صغيران، ففي كل ذلك لا يسقط المهر، وإنما يسقط نصفه، ويثبت نصفه، أما إن كانت الفرقة بسبب من الزوجة قبل الدخول؛ كإسلامها وردتها، أو فسخ الزوج لعيب في الزوجة، أو فسخها لعيبه، أو لإعساره بمهر أو نفقة فيسقط جميع المهر وهو قول الشافعية والحنابلة[٢]، إلا أن المرأة تستحق كامل مهرها بالخلوة عند الحنابلة، خلافاً للشافعية، وعليه فإن

---

[٣] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٣٦/٢ .

[١] انظر ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٥٣ ، حاشية الدسوقي ١١٣/٣ ، ١١٧ .

[٢] انظر الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ٢٣٤/٣ ، البهوتي : كشاف القناع ١٤٨/٥ وما بعدها.

امـــرأة العِنِّين تستحق كامل المهر بعد التأجيل عند الحنابلة، ولا تستحق شيئاً من المـــهر عند الشافعية، سواء طال زمن الخلوة أم قصر[٣].

أدلة القول الأول :

استدل الحنفية على قولهم بالمعقول :

إن الفرقة بغير طلاق تكون فسخاً للعقد، والفسخ قبل الدخول يوجب ســـقوط المهـــر؛ لأن الفسخ رفع للعقد من أصله، وجعله كأنْ لم يكن[٤].

أدلة القول الثاني :

استدل المالكية على قولهم بالمعقول من وجهين :

الأول : إن كان العيب في الزوجة فهي غارَّةٌ مدلِّسة، وإن ردت المرأة الزوج لعيـــب فيـــه؛ تكون قد اختارت فراقه قبل استيفاء سلعتها، فلا تستحق شيئاً من المهر؛ لأن الفرقـــة بسبب منها.

الثاني : إن تمكين المرأة من نفسها، وثبوت عيب الزوج يدل على أن هذه الفرقة بسبب مـــن الزوج، فلا ينقص من المهر شيئاً إلا إن طلقها قبل انقضاء الأجل[١].

أدلة القول الثالث :

استدل الشافعية والحنابلة فيما اتفقوا عليه من إثبات المهـــر أو تنـــصيفه، أو إســـقاطه بالقرآن والمعقول :

أ ــ القرآن :

قال تعالى : ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [٢].

---

[٣] انظر أبا زكريا يحي بن شرف النووي : روضة الطالبين وعمدة المفتين ٢٦٣/٧، ٢٠١، البهوتي : كشاف القناع ١٥١/٥.

[٤] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٣٦/٢ ، ٤٩٧ .

[١] انظر ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٥٣ ، حاشية الدسوقي ١١٧/٣ ، أحمد الصاوي : بلغـــة الـــسالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير ٢/ ٣٠٨ ــ ٣١٠ .

[٢] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣٧ .

وجه الدلالة : **إن** الآية صريحة في وجوب نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول، وأما باقي أنواع الفرق، فبالقياس عليه؛ لأن الفرقة ليست من جهتها، ولم تكن بسبب منها فيجري عليها ما يجري على الطلاق[٣].

ب ــ المعقول :

احتجوا على سقوط المهر في حالة الفسخ فقالوا :

إن كانت الزوجة هي الفاسخة، فهي المختارة للفرقة فكأنها أتلفت المعَوَّض قبل التسليم فسقط العِوض؛ كما لو أُتلِف المبيع قبل التسليم، وإن كان هو الفاسخ بعيبها فكأنها هي الفاسخة[٤].

واحتج الحنابلة على ثبوت المهر بالخلوة بالأثر :

رُوي عن عمر ــ رضي الله عنه ــ أنه قال : " إذا أُغلِقَ الباب وأُرخِيَ السترُ فقد وَجبَ المهر؛ ما ذنبهُنَّ إن جاء العجز مِن قِبَلِكُم ؟ "[١].

القول المختار :

بعد إمعان النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم، فإنني أميل إلى قول الحنابلة، **وهو سقوط كامل المهر بالفرقة قبل الدخول إن كانت بسبب من الزوجة، وسقوط نصف المهر فقط إن كانت الفرقة بسبب من الزوج، وثبوت كامل المهر بالخلوة كما في العُنّة**؛ للأسباب الآتية :

١ ــ إهمال الحنفية والمالكية للمتَسَبِب في الفسخ من الزوجين.

٢ ــ قول الشافعية يؤدي إلى حرمان المرأة من المهر بعد تمكينها زوجها العِنِيّن من نفسها، وليس من العدل أن تُكافئ المرأة بعدما عانت من محاولات زوجها المتكررة لوطئها بعدم استحقاقها شيئاً من المهر.

---

[٣] انظر الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ٢٣٤/٣ ، البهوتي : كشاف القناع ١٤٨/٥ وما بعدها.

[٤] انظر المرجعين السابقين .

[١] البيهقي : السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب من قال من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق٢٥٥/٧ .

٣ ــ قول الحنابلة أقرب إلى روح التشريع؛ لأن كل إنسان يؤخذ بجريرة عمله؛ مصداقاً لقوله تعالى: ﴿أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۝ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾[٢]، فإذا كانت الفرقة من قبل الزوجة فهي فرقة فسخ، وهي التي أضرَّت بنفسها، وإن كانت الفرقة من جهة الزوج فهي فرقة طلاق.

موقف قانون الأحوال الشخصية :

ينص القانون الشرعي فيما يخص أحكام المهر في المادة (٤٩) من قانون حقوق العائلة على عدم سقوط المهر بكامله إلا في حالة واحدة، وذلك بأن تكون الفرقة من جهة الزوجة كأن يطلب وليها التفريق بسبب عدم الكفاءة، أو نقص المهر عن مهر المثل[٣]، عملاً بمذهب الحنفية.

والذي أراه أن يُعدل النص القانوني ليوافق؛ مذهب الحنابلة؛ بجعل كل فرقة قبل الدخول والخلوة من جانب الزوجة فرقة فسخ، لا تستحق بها شيئاً من المهر، واستحقاق المرأة كامل المهر بالخلوة، أما إذا كانت الفرقة من جهة الزوج ففيها نصف المهر.

النص المقترح :

أ ــ يجب كامل المهر المسمى بالدخول أو الخلوة الصحيحة، ويسقط جميعه إذا كانت الفرقة من جهة الزوجة قبل الدخول أو الخلوة كعيبها، أو طلبها التفريق لعيوب الزوج، أو إعساره بمهر أو نفقة، أو طلب الولي التفريق بسبب عدم الكفاءة.

ب ــ يجب نصف المهر المسمى بوقوع الفرقة من جهة الزوج قبل الوطء والخلوة، سواء كانت الفرقة طلاقاً أو فسخاً؛ كفرقة الإيلاء واللعان والردة، وفعله ما يوجب حرمة المصاهرة.

الفرع الثاني

---

[٢] سورة النجم : الآيتان ٣٨ ، ٣٩ .

[٣] نص المادة ٤٩ " إذا سمى المهر في العقد الصحيح لزم أداؤه كاملاً بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق بعد الخلوة الصحيحة، أما إذا وقع الطلاق قبل الخلوة الصحيحة لزم نصف المهر المسمى، وإذا وقع الافتراق من قبل الزوجة كما لو طلب الولي التفريق بسبب عدم الكفاءة يسقط المهر كله " مجموعة القوانين الفلسطينية ١١٣/١٠ .

أثر نوع الفرقة على المتعة[١]

تباينت أقوال الفقهاء في حكم المتعة في فرقتي الطلاق والفسخ، وذلك على النحو التالي: **أولاً ــ حكم المتعة في فرقة الطلاق** :

القول الأول :

تجب المتعة للمطلقة قبل الدخول وقبل الفرض، وتندب لكل مطلقة بعد الدخول، أو قبل الدخول وحال التسمية، وهو قول الحنفية ورواية عند أحمد[٢].

القول الثاني :

إن المتعة مستحبة لكل مطلقة إلا المختلعة والمطلقة قبل الدخول وقد فرض لها مهر وهو قول المالكية[١].

القول الثالث :

تجب المتعة للمطلقة قبل الدخول وقبل التسمية، كما تجب للمطلقة بعد الدخول، وهو قول الشافعية ورواية عند الإمام أحمد وقول الظاهرية[٢].

أدلة القول الأول :

---

[١] المتعة في اللغة : مشتقة من المتاع، وهو ما يستمتع به أو ينتفع به ومتعة المرأة : ما وصلت به بعد الطلاق . ابن منظور : لسان العرب، مادة (متع) ١٤/١٣ وما بعدها، أما المتعة في الشرع فتقع على عدة معان، يخصنا هنا منها : متعة المطلقات، وهى مال يجب على الزوج دفعه لامرأته لمفارقته إياها بشروط . انظر الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٤١/٣.

[٢] انظر برهان الدين أبا الحسن على بن أبي بكر الرشداني المرغيناني :الهداية شرح بداية المبتدى ٢٢٣/١ ، الكاساني : بدائع الصنائع ٤٠٧/٢ ، ٤٤٧ ، ابن قدامة : المغنى ١٤٠/١٠ ــ ١٤٢ ، البهوتي : كشاف القناع ١٥٧/٥ وما بعدها .

[١] انظر ابن رشد : بداية المجتهد ١٨٣/٣ وما بعدها، ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٧٩ ، أبو محمد عبد الله بن سلمون الكناني : العقد النظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، هامش تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ١/ ١٥٨ .

[٢] انظر الشيرازى : المهذب ٦٤/٢ ، الشربيني الخطيب ٢٤١/٣ ، ابن قدامة : المغنى ١٤٠/١٠، ابن حزم : المحلى ٢٤٥/١٠ .

استدل الحنفية والإمام أحمد على قولهم بالقرآن والمعقول :

أولاً ــ القرآن :

استدلوا على وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول وقبل الفرض؛ بقوله تعالى: ﴿لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً، وَمَتِعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾[٣].

وجه الدلالة : إن الأمر في قوله تعالى : " ومتعوهن "، للوجوب؛ ويؤكده قوله تعالى: " على الموسع قدره، وعلى المقتر قدره "، والمعنى على كل مطلق لم يسمِّ لزوجته المهر، ولم يدخل بها، أن يؤدي ما هو بديل عن نصف المهر؛ لأن بدل الواجب واجب، والأصل أن الواجب قبل الدخول حال التسمية هو نصف المهر، وبديله ههنا المتعة؛ فيكون واجباً مثله[٤].

ثانياً : المعقول :

استدلوا على عدم وجوب المتعة للمطلقة المدخول بها، أو المفروض لها مهراً بالمعقول، فقالوا:

إن المتعة وجبت للمطلقة بدلاً عن البضع؛ إما بدلاً عن نصف المهر، أو ابتداءً، فإذا استحقت المسمى أو مهر المثل؛ لم تستحق المتعة؛ لأن استحقاقها للمهر والمتعة يعني أن يعني أن يكون لِمِلْكٍ واحدٍ بدلان، ويؤدي إلى الجمع بين البدل والأصل، وهذا ممتنع.

وإذا كانت المطلقة قبل الدخول التي سُمي لها مهرٌ لا تستحق المتعة؛ لاستحقاقها نصف المهر، فالمطلقة بعد الدخول لا تستحق المتعة من باب أولى؛ لأن استحقاق نصف المهر لمَّا منع من استحقاق المتعة، فإن استحقاق كامل المهر أولى بأن يكون مانعاً، أما ذكر

---

[٣] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣٦ .

[٤] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٤٧/٢ ، ابن قدامة : المغنى ١٤٢/١٠.

المتاع في قوله تعالى :﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقاً عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾[١] فإنه محمول على الاستحباب والندب[٢].

ويمكن الرد على ذلك بأن المتعة لا تعد بدلاً عن البضع، وإنما بدلاً عما يلحق المرأة من الابتذال وقلة الرغبة فيها.

أدلة القول الثاني :

استدل المالكية على قولهم بالقرآن :

قال تعالى :﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقاً عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾[٣].

وقوله سبحانه : ﴿ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾[٤]

وجه الدلالة : إن الشاهد في الآيتين قوله تعالى : "حقاً على المتقين" ، "حقاً على المحسنين" حيث جاء الأمر مقيداً بالتقوى تارة، وبالإحسان تارة أخرى، والواجبات لا تتقيد بهما[٥].

واعُترض بأن الإيجاب على المتقي والمحسن لا ينفي الإيجاب على غيرهما، فقد جاء قول الحق تبارك وتعالى :﴿ذَلِكَ الْكِتَابُ لاَ رَيْبَ فِيهِ هُدىً لِّلْمُتَّقِينَ﴾[١] فهذا إخبار من الله تعالى أن القرآن هدى للمتقين، ولم يَنْفِ أن يكون هدى للناس جميعاً، وكذا هذا[٢].

أدلة القول الثالث :

استدل الشافعية والإمام أحمد والظاهرية على وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول من القرآن بما استدل به الحنفية والحنابلة[٣].

---

[١] سورة البقرة : الآية ٢٤١ .

[٢] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٢٤٩/٢ .

[٣] سورة البقرة : الآية ٢٤١ .

[٤] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣٦ .

[٥] ابن العربي : أحكام القرآن ٢٨٧/٣ .

[١] سورة البقرة : الآية ٢ .

[٢] الكاساني : بدائع الصنائع ٤٤٨/٢ .

[٣] انظر ص ٣٠ من هذا البحث .

واستدلوا من المعقول، بالتالي :

إن المطلقة يلحقها ابتذال، وتقل الرغبة فيها بالطلاق، فإذا كان قد فُرِض لها فرض وجب نصفه، وإن لم يفرض وجبت المتعة؛ تطيباً لخاطرها، ودفعاً لسوء الظن عنها وترغيباً في نكاحها[٤].

واستدلوا على وجوب المتعة للمطلقة بعد الدخول بقوله تعالى : ﴿ فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً ﴾[٥].

وجه الدلالة : **إن** النساء المذكورات في الآية مدخول بهن ، والذي يحصل للمرأة من المهر بدلٌ عن الوطء، ويبقى الابتذال بغير بدل، فتجب المتعة[٦].

أما من فُرِضَ لها مهر، وطلقت قبل الدخول، فليس لها إلا نصف المهر؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[٧]، وهي نص في المسألة.

القول المختار :

أميل إلى ما ذهب إليه الشافعية والظاهرية **من وجوب المتعة لكل مطلقة** للأسباب الآتية:

١ ــ وجاهة أدلة القائلين بوجوب المتعة لكل مطلقة؛ لموافقتها لروح الشريعة الإسلامية الغراء بموجب قوله تعالى :﴿ وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ﴾[١].

٢ ــ إن بذل المتعة من الرجل للمرأة فيه جبر لها وتطيب لخاطرها على ما أَلَمَّ بها من فراق زوجها.

---

[٤] انظر الشيرازي : المهذب ٦٤/٢ .

[٥] سورة الأحزاب : جزء الآية ٢٨ .

[٦] انظر الشيرازى : المهذب ٦٤/٢ ، الشربيني الخطيب ٢٤١/٣ ، ابن قدامة : المغنى ١٤٠/١٠ .

[٧] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣٧ .

[١] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣٧.

٣ ــ إن المتعة لا تشكل عبئاً كبيراً على الرجل؛ لما مر من أن المتعة تقدر بحسب حال الرجل، وليس لها قدرٌ محددٌ.

ثانياً : حكم المتعة في فرقة الفسخ

اختلف الفقهاء في وجوب المتعة حال الفسخ على قولين :

القول الأول :

لا تجب المتعة إذا كان الفراق باختيار المرأة، أو بسببٍ من جهتها، وتجب إن كان الفراق بسببٍ من الزوج، وهو قول جمهور الفقهاء[٢].

القول الثاني :

لا تجب المتعة على من انفسخ نكاحه من زوجته بغير طلاق، وهو قول الظاهرية[٣].

أدلة القول الأول :

استدل جمهور الفقهاء على قولهم بالمعقول :

إن المتعة وجبت لها؛ لما يلحقها من الابتذال بالعقد، وقلة الرغبة فيها بسبب الطلاق، وقد حصل ذلك من جهتها فلم تجب[١].

أدلة القول الثاني :

لم أقفْ لهم على دليل، ويبدو أن ما دفعهم لهذا القول، هو رفضهم قياس الفسخ على الطلاق[٢].

موقف قانون الأحوال الشخصية :

نصّ القانون على وجوب المتعة إذا وقع الطلاق قبل الخلوة الصحيحة[٣]، وأهمل ذكر حالة الفسخ.

---

[٢] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٤٩/٢ ، ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٧٩ وما بعدها، الشيرازى : المهذب ٦٤/٢، ابن قدامة : المغنى ١٤٣/١٠ .

[٣] انظر ابن حزم : المحلى ٢٤٥/١٠ .

[١] الشيرازى : المهذب ٦٤/٢ .

[٢] انظر ابن حزم : المحلى ٢٤٥/١٠ .

وإعمال قول جمهور الفقهاء في حال الفسخ أولى من إهماله، وأرى أن تصاغ مـــادة تعالج حالة الفسخ؛ لسدِّ الفراغ القانوني، وأقترح أن تكون كالتالي :

النص المقترح :

إذا لم يسم المهر، ووقعت الفرقة بالطلاق أو الفسخ قبل الخلوة الـــصحيحة؛ يُلـــزم الزوج بالمتعة إن كانت الفرقة بسببه، أما إن كانت بسبب من الزوجة فلا تجب المتعة.

ويتميز النص المقترح بأنه يتناول أحكام المتعة حال الطلاق، وحال الفسخ، وبه يمكن الخروج من خلاف الفقهاء في نوع الفرقة، فقد مَرَّ أن كلَّ فُرَقِ النكاح بحكم القاضي تُعَدُّ عند الشافعية والحنابلة فسخاً، كما أن المالكية يعدون الفرقة بسبب العيوب طلاقاً، ولا يوجبون بها المتعة، وعليه فإن النص المقترح عبارة عن ضابط اتفق عليه جمهور الفقهاء.

الفرع الثالث

أثر نوع الفرقة على العدة[١]

قبل بيان أقوال الفقهاء في حكم العدة في فرقتي الطلاق والفسخ، يجدر بي بيان بعض أحكام العدة المتفق عليها بين العلماء[٢]، ثم أُثني بأقوالهم فيما اختلفوا فيه.

---

[٣] انظر مجموعة القوانين الفلسطينية : المادة (٥٠) من قانون حقوق العائلة ١١٤/١٠ .

[١] العِدةُ في اللغة : من العدد وهو مقدار ما يُعدُ ومَبلغه، وعِدّة المرأة المطلقة أو المُتَوَفَّى زَوْجُها : هي مـــا تَعُدُّهُ من أيام أقرائها، أو أيام حملها، أو أربعة أشهر وعشر ليالٍ. ابن منظور لسان العرب مادة (عـــدد) ٧٦/٩، ٧٨ ، واصطلاحاً : اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو لتعبـــد، أو لتفجعهـــا على زوجها. الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٨٤/٣ .

أولاً ــ أحكام العدة المتفق عليها :

١ ــ وجوب العدة على المدخول بها؛ لعمــوم قوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ﴾[٣].

٢ ــ أنه لا عدة على المرأة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة؛ لصريح قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾[٤].

٣ ــ وجوب العدة على المتوفى عنها زوجها، سواء دخل بها أو لم يــدخل؛ لعمــوم قولــه تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ﴾[٥].

ثانياً ــ ما اختلفوا فيه، وهو فرقة الفسخ، وفيها قولان :

القول الأول :

لا فرق بين فرقة الطلاق أو الفسخ في وجوب العدة؛ وعليه فإن كل فرقة تكون بعد الدخول والخلوة الصحيحة بين الزوجين تجب بها العدة، سواء كانت بخلعٍ أو لعانٍ أو رضــاعٍ أو عيبٍ، وهو قول جمهور الفقهاء وانفرد الشافعية بعدم وجوب العدة بالخلوة الصحيحة[١].

القول الثاني :

لا تجب العدة بالفسخ، وللمرأة التي فسخ نكاحها أن تنكح ساعة الفــسخ، وهــو قــول الظاهرية[٢].

أدلة القول الأول :

---

[٢] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٢٧٨/٣ – ٢٨٠ ، ابن رشد : بداية المجتهد ١٧٠/٣ ، ١٨٠ ، الــشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ٢٨٤/٣ ، ٣٩٥ ، ابن قدامة : المغنى ١١/ ١٩٣ وما بعدها.

[٣] سورة البقرة : جزء الآية ٢٢٨ .

[٤] سورة الأحزاب : جزء الآية ٤٩ .

[٥] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣٤ .

[١] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٣/ ٢٧٨ ، ابن رشد : بداية المجتهد ١٧٩/٣ ، الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ٣٨٤/٣ ، ابن قدامة : المغنى ١٩٤/١١ .

[٢] انظر ابن حزم : المحلى ٢٥٦/١٠ .

استدل جمهور الفقهاء على قولهم بعموم الآيات الآنفة الذكر، في أحكام العدة المتفق عليها.

أدلة القول الثاني :

استدل الظاهرية بحرفية النصوص، وعدم ذكر عدة الفسخ في القرآن أو السنة مثلما ذكرت عدة الطلاق والوفاة [٣].

القول المختار :

الذي أميل إليه هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء **من عدم التفريق بين فرقة الطلاق والفسخ**؛ لأن من أهم مقاصد العدة التأكدَ من براءة الرحم؛ لئلا تختلط الأنساب[٤]، وفي ذلك يستوي الطلاق والفسخ، وغير ذلك من صور فُرق النكاح.

موقف قانون الأحوال الشخصية

جَسَّدَ القانون قول جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه من وجوب العدة، بغضِّ النظر عن نوع الفرقة[٥]، حيث جاء في المادة **(١٠٩)** من قانون حقوق العائلة : " **مبدأ العدة المذكورة في المواد السابقة**[١]**، الطلاق أو وقع الفسخ أو وفاة الزوج ولو لم تكن الزوجة مطلقة على هذه الأحوال**" .

وليس لي إلا أن أُقرَّ الحق الذي يجري عليه العمل.

الفرع الرابع

أثر نوع الفرقة على نفقة العدة

---

[٣] انظر ابن حزم : المرجع السابق .

[٤] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٢٧٨/٣ ، حاشية الدسوقي ٤١٣/٣ الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٨٤/٣ ، البهوتي : كشاف القناع ٤١١/٥.

[٥] انظر مجموعة القوانين الفلسطينية : ١٢١/١٠.

[١] انظر مجموعة القوانين الفلسطينية : المواد ١٠٣ ، ١٠٥ ، ١٠٧ ، ١٠٨ من قانون حقوق العائلة .

تعتبر النفقة من حقوق المرأة التي لا تتوقف على وقوع الفرقة بين الـزوجين، إلا أن نفقة العدة تعتريها أحكامٌ تختلف باختلاف نوع الفرقة، ومن هذه الأحكام ما هو محـل اتفـاق الفقهاء فأبدأ بها، ثم أعرض إلى أقوالهم فيما اختلفوا فيه.

أولاً ــ محل الاتفاق بين الفقهاء[٢] :

أ ــ وجوب النفقة بأنواعها المختلفة، الطعام والكسوة والمسكن، وذلك للمعتـدة مـن طـلاق رجعي؛ لاعتبارها زوجة مادامت في العدة.

ودليل ذلك :

١ ــ قوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ﴾[٣].

وجه الدلالة : ليس في الآية ما يدل على الفصل بين ما قبل الطلاق، أو ما بعده فـي العـدة، فيبقى الأمر بالإنفاق على عمومه[٤].

٢ ــ قوله تعالى :﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ ﴾[٥].

وجه الدلالة : **إن** حكم المعتدة من طلاق رجعي كحكم الزوجة؛ لامتلاك الزوج حـق الرجعة[١].

ب ــ وجوب النفقة بأنواعها المختلفة للمعتدة من طلاق بائن، إذا كانت حاملاً .

ودليل ذلك :

قوله تعالى :﴿ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[٢].

---

[٢] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٣٠٥/٣ ، ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٧٩، الـشربيني الخطيـب : مغنى المحتاج ٤٤٠/٣ ، البهوتى : كشاف القناع ٥/ ٤٦٤ ، ابن حزم : المحلى ٢٩٨/١٠.

[٣] سورة الطلاق : جزء الآية ٧ .

[٤] انظر الكاساني : المرجع السابق ٣٠٦/٣ .

[٥] سورة البقرة : جزء الآية ٢٢٨ .

[١] انظر البهوتى : كشاف القناع ٥/ ٤٦٤ .

[٢] سورة الطلاق : جزء الآية ٦ .

وجه الدلالة : تدل الآية بمنطوقها على وجوب النفقة للمرأة الحامل؛ لأن عدة الحمل لا تنتهي إلا بالوضع، ولأن شغل الرحم بماء الرجل يعتبر كاستمتاعه بها حال الزوجية[٣].

ثانياً ــ مسائل الخلاف :

المسألة الأولى : اختلف الفقهاء في حكم النفقة لغير الحامل إذا كانت معتدة من طلاق بائن على قولين :

القول الأول :

تجب النفقة للمعتدة من طلاق بائن، حتى وإن كانت غير حامل، وهو قول الحنفية[٤].

القول الثاني :

لا تجب النفقة لغير الحامل المعتدة من طلاق بائن؛ لزوال الزوجية، فأشبهت المتوفى عنها زوجها، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية وأحمد في رواية والظاهرية[٥].

أدلة القول الأول :

استدل من أوجب النفقة للمعتدة من طلاق بائن، وإن كانت غير حامل من القرآن بدليلين :

١ ــ قال تعالى :﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾[١].

وجه الدلالة : إن الأمر بالإسكان أمر بالإنفاق؛ لأن حبسها ومنعها من الخروج يجعلها عاجزة عن الاكتساب والإنفاق على نفسها، فإن لم تجب نفقتها على زوجها، ضاق عليها الأمر ؛ وهذا لا يجوز[٢].

٢ ــ قال تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ﴾[٣].

---

[٣] انظر الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ٣/ ٤٤٠ .

[٤] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٣٠٥/٣ .

[٥] انظر ابن جزي : القوانين الفقهية ١٧٩ ، الشيرازى : المهذب ١٥٦/٢ ، البهوتي : كشاف القناع ٤٦٥/٥ ، ابن حزم : المحلى ٢٨٢/١٠ .

[١] ، [٥] سورة الطلاق : جزء الآية ٦ .

[٢] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٣٠٦/٣ .

وجه الدلالة : **إن** الأمر في الآية بالإنفاق عام، من غير فصل بين ما قبل الطلاق، وما بعده في العدة، ووجوب النفقة قبل الطلاق بسبب الاحتباس لحق الزوج، فإذا انضم حق الشرع، وهو الاحتباس للعدة إلى حق الزوج، بحيث لو أذن لها الزوج بالخروج في العدة فلا يباح لها، فإن ذلك مؤكد على أحقيتها للنفقة[٤].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بعدم وجوب النفقة لغير الحامل المعتدة من طلاق بائن بالقرآن :

قال تعالى : ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[٥].

وجه الدلالة : أوجب الله ــ سبحانه وتعالى ــ النفقة مع الحمل؛ فدل بمفهومه[٦] على عدم وجوب النفقة للحائل المعتدة من طلاق بائن[٧].

القول المختار :

الذي أميل إلى ترجيحه، هو قول الحنفية القاضي بوجوب النفقة للمطلقة المبتوتة، وإن لم تكن حاملاً؛ لبقائها محتَبَسة لحق الزوج، ولأن حبسها دون الإنفاق عليها في ظل غياب بيت المال يلحق بها ضرراً، فتجب نفقتها على زوجها.

المسألة الثانية :

اختلف الفقهاء **في حكم النفقة حال الفسخ** على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

تجب النفقة إذا كانت الفرقة من قبل الزوج، سواء في ذلك فرقة الطلاق أو الفسخ، وكذلك إن كانت الفرقة من قبل الزوجة بغير معصية؛ كامرأة العينِّين فلها النفقة، أما إن كانت من قبلها بمعصية؛ كتقبيلها ابن الزوج بشهوة، فلها السكن، ولا نفقة لها، وهو قول الحنفية[١].

---

[٣] سورة الطلاق : جزء الآية ٧ .

[٤] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٣٠٦/٣ ، المرغيناتي : الهداية ٣٢٥/٢ .

[٦] المراد به : مفهوم المخالفة، أو دليل الخطاب، وهو: " إثبات نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه " وهو

حجة عند مالك والشافعي خلافاً لأبي حنيفة، ابن جزي : تقريب الوصول إلى علم الأصول ص١٦٩.

[٧] انظر الشيرازى : المهذب ١٦٥/٢ .

القول الثاني :

لا تجب النفقة للمعتدة من فسخ النكاح لغير الحامل، وهو قول المالكية والحنابلة والظاهرية[٢].

القول الثالث : انقسم الشافعية في المسألة على قولين :

أ ــ الفصل بين نوعي الفسخ فيما يخص حكم النفقة، فإن كان الفسخ بسبب مقارن للعقد كالعيب والغرور، تسقط به نفقة المعتدة، وإن كان الفسخ بسبب طارئ؛ كالرضاع والردة واللعان الذي لم يَنْفِ فيه الولد فالنفقة واجبة، وعبَّروا عن هذا القول بالأصح، وهو قول بعض الشافعية[٣].

ب ــ ذهب البعض الآخر إلى القول بعدم وجوب النفقة لغير الحامل المعتدة من فرقة الفسخ مطلقاً، ووجوبها للمعتدة الحامل، سواء كان الفسخ بسبب مقارن للعقد أو طارئ عليه[٤].

أدلة القول الأول :

استدل الحنفية بالمعقول :

إن فسخ النكاح من جانب الزوج ليس فيه جناية من المرأة، فلا تسقط نفقتها في العدة قياساً على فرقة الطلاق، أما إن كانت الفرقة من جانب الزوجة؛ فقد أبطلت حق نفسها في النفقة[١].

أدلة القول الثاني :

استدل المالكية ومن معهم بالسنة :

---

[١] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٣٠٧/٣ ، ابن الشحنة : لسان الحكام ص ٣٣٩ .

[٢] انظر حاشية الدسوقي : ٤٨٨/٣ وما بعدها، البهوتي : كشاف القناع ٤٦٤/٥ ، ابن حزم : المحلى ٢٨٢/١٠ .

[٣] انظر الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٤٤٠/٣ .

[٤] انظر الشيرازي : المهذب ١٦٦/٢ ، جلال الدين المحلى : كنز الراغبين ٨٠/٤ .

[١] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٣٠٧/٣ .

[٢] صحيح مسلم : (١٨) كتاب الطلاق ، (٦) باب المطلقة البائن لا نفقة لها، حديث (١٤٨٠) ٧٣/١٠ وما

ـ روى الإمام مسلم عن فاطمة بنت قيس : " أن زوجها طلقها البتة وهو غائب، فأرسل إليها وكيلة بشعير فسخطته، فقال : والله مالك علينا من شيئ، فجاءت رسول الله ـ ﷺ ـ تذكر ذلك، فقال : **ليس لك عليه نفقة ولا مسكن وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك**"[٢].

وجه الدلالة : حُكم النبي ـ ﷺ ـ بعدم استحقاق المبتوتة للنفقة؛ لعدم استحقاق زوجها الرجعة عليها.

أدلة القول الثالث

استدل القائلون من الشافعية بوجوب النفقة إن كان الفسخ بسبب طارئ بالمعقول :

إن الفسخ إذا كان بسبب مقارن للعقد فإنه يرفعه من أصله؛ فتسقط به نفقة المعتدة، أما الفسخ بسبب طارئ؛ فهو قطع للنكاح كالطلاق تجب به نفقة العدة[٣].

القول المختار :

أميل إلى ترجيح قول الحنفية الذي يقضي بوجوب النفقة للمعتدة؛ إن كانت الفرقة من قبل الزوج، أو من قبل الزوجة بغير معصية، بغضِّ النظر عن نوع الفرقة؛ وذلك تحقيقاً للعدالة؛ لأن احتباس الزوجة لحقِّ الزوج، ومنعها من الخروج للعمل والتكسب دون أن ينفق عليها الزوج؛ يلحق بها ضرراً، فيُدفع عنها بفرض نفقتها على زوجها.

موقف قانون الأحوال الشخصية :

بعد إمعان النظر في المواد القانونية الخاصة بنفقة العدة، تبين أن الذين صاغوا القانون قد أعملوا رأي الحنفية القاضيَ بأن للمرأة النفقة في عدتها، سواء في ذلك فرقة الطلاق والفسخ، حيث جاء في المادة (**٣٢٤**) من قانون الأحوال الشخصية ما نصه : " **كل**

بعدها .

[٣] انظر الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ٣/٤٤٠ .

فرقة طلاقاً أو فسخاً وقعت من قبل الزوج لا توجب سقوط النفقة سواء كانت بمعصيته أم لا فتجب عليه النفقة مدة العدة وإن طالت ..... "[١].

واستثنى القانون تبعاً لقول الحنفية الفرقة من قبل المرأة بمعصيتها، فقد جاء في المادة **(٣٢٥)** من نفس القانون أن : " **كل فرقة وقعت من قبل الزوجة بلا معصية منها لا توجب سقوط النفقة.....** " [٢].

وأرى أن إعمال هذا الرأي أولى من غيره؛ لأنه أكثر انسجاماً مع روح التشريع القائم على التسامح، وندب الإحسان إلى الزوجة عند فراقها.

---

[١] ، [٢] مجموعة القوانين الفلسطينية : ٥١/١٠ .

الفصل الأول

التفريق بين الزوجين لأسباب شرعية

ويتكون من ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : التفريق بسبب الإيلاء .

المبحث الثاني : التفريق بسبب الهجر.

المبحث الثالث : التفريق بسبب الظهار.

المبحث الأول

التفريق بسبب الإيلاء

ويتكون من مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الإيلاء، وبيان ألفاظه.
المطلب الثاني: مشروعية التفريق بسبب الإيلاء، وأحكامه.

المطلب الأول

تعريف الإيلاء، وبيان ألفاظه

يدور الحديث في هذا المطلب حول تعريف الإيلاء أولاً، ثم بيان ألفاظه ثانياً، وذلك في فرعين :

الفرع الأول

تعريف الإيلاء

أ ــ الإيلاء لغة :

الحلف، وهو مأخوذ من الفعل آلى يُولي إيلاءً : حَلَفَ، ويجمع على أَلايَا[١].

ب ــ الإيلاء اصطلاحاً :

اختلف الفقهاء في تعريفه على النحو التالي :

أولاً ــ عند الحنفية :

عرفه الزيلعي بأنه : " **اليمين على ترك وطء المنكوحة أربعة أشهر أو أكثر** "[٢].

ثانياً ــ عند المالكية :

عرفه الدردير بأنه : " **حلف الزوج المسلم المكلف الممكن وطؤه بما يدل على تــرك وطء زوجته غير المرضع أكثر من أربعة أشهر أو شهرين للعبد تصريحاً أو احتمالاً قيد أو أطلق وإن تعليقاً** "[٣].

ثالثاً ــ عند الشافعية :

عرفه الشافعية بأنه " **حلف زوج يصح طلاقه ليمتنعن من وطئها مُطْلَقاً أو فوق**

---

[١] ابن منظور : لسان العرب، مادة (ألا) ١٩٣/١ ، الفيومي : المصباح المنير مادة (ألى) ص ١٦.

[٢] الزيلعي : تبيين الحقائق ٢٦١/٢ ، وانظر الكاساني : بدائع الصنائع ٣ /٢٣٥ ، ابن عابدين : رد المحتار ٥٧/٥ وما بعدها.

[٣] الصاوي : بلغة السالك ٤٠٢/٢ وما بعدها، وانظر حاشية الدسوقي ٣٤٤/٣ وما بعدها.

أربعة أشهر "[١].

رابعاً ــ عند الحنابلة :

عرفه البهوتي بأنه " **حلف زوج يمكنه الجماع بالله تعالى أو بصفة من صفاته على ترك وطء امرأته الممكن جماعها ولو قبل الدخول في قُبلٍ أبداً أو يطلق أو أكثر من أربعة أشهر أو ينويها** "[٢].

وبالنظر في التعريفات السابقة يُلاحظ عدة أُمور :

الأول : يتضح من تعريف الحنفية أن من حلف على ترك وطء زوجته أربعة أشهر يُعتبر مُولياً بمضيها؛ لأن الإيلاء عندهم طلاق معلق بشرط انقضاء المدة[٣].

الثاني : تعريف المالكية غير جامع؛ لخروج زوج المرضع، مراعاة لقصده إصلاح الولد، وهذا مخالف لعموم قوله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ﴾[٤].

ثم إن إصلاح الولد بالرضاع يتأتى بطرق أُخرى غير الإيلاء، وذلك باستخدام وسائل تنظيم الحمل.

الثالث : تعريف الحنابلة غير جامع؛ لأن الحلف بغير الله أو صفة من صفاته لا يكون إيلاءً عندهم، فخرج من علَّق وطء زوجته على فعلٍ يشق عليه؛ كقوله : إن وطئتك فلله عليّ حج، أو فلله عليّ أن أتصدق بألف دينار، ونحو ذلك مما يشقُّ على الإنسان أكثر من كفارة اليمين.

الرابع : تعريف الشافعية عام في جميع الأزواج، فيتفق مع عموم قوله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ﴾ .

التعريف المختار :

أختار تعريف الشافعية، وهو أن الإيلاء : " **حلف زوج يصح طلاقه ليمتنعن من**

---

[١] الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ٣٤٣/٣ ، جلال الدين المحلى : شرح المحلى على المنهاج ٨/٤ .

[٢] البهوتي : كشاف القناع ٣٥٣/٥ .

[٣] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٢٣٥/٣ .

[٤] سورة البقرة : جزء الآية ٢٢٦ .

وطئها مُطْلَقاً أو فوق أربعة أشهر "؛ وذلك لسببين :

١ ــ إن تعميم التعريف يتفق مع عموم قوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ﴾[١].

٢ ــ انسجام التعريف مع الأحكام المترتبة على الإيلاء من حيث المدة.

الفرع الثاني

ألفاظ الإيلاء

إن ما دفعني للحديث عن ألفاظ الإيلاء، هو بيان بعض الألفاظ التي يستخدمها كثير من الناس في زماننا؛ لذلك فإنني سأذكر بعض ما ذكره الفقهاء من الألفاظ، ثم أحكم من خلاله على ما يصدر عن الناس من هذه الألفاظ على النحو التالي :

أولاً ــ عند الحنفية والمالكية :

أ ــ الألفاظ الصريحة[٢] :

قول الزوج : والله لا أُجامعك، أو لا أَطؤك، أو لا أَقربك، أو قوله : والله لا أَغتسل منك من جنابة، أو قوله للبكر : والله لا أَفتضُّك، ونحو ذلك من الألفاظ الصريحة التي ينعقد بها اليمين، سواء أطلق المدة أو قيدها بأربعة أَشهر.

ب ــ ألفاظ الكناية [٣]:

قول الزوج : والله لا أَمَسُّكِ، أو لا آتيك، أو لا أَغشاك، أو لا أُضاجعك، أو لا أَلْمَسُكِ، أو قوله : والله لأغيظنك[٤].

---

[١] سورة البقرة : جزء الآية ٢٢٦ .

[٢] الصريح : مالا يفتقر إلى نية لوقوع الإيلاء، ولا يُصَدَّق الحالف بادعائه عدم إرادة الإيلاء في القضاء. انظر عبد الكريم : المفصل ٢٥٦/٨ .

[٣] الكناية : ما يحتاج إلى نية لوقوع الإيلاء، ويُصَدَّقُ الحالف قضاءً إذا ادعى أنه لم يرد الإيلاء. انظر عبد الكريم زيدان : المرجع السابق .

[٤] انظر السرخسي : المبسوط ٢١/٧ وما بعدها، رد المحتار : ابن عابدين ٦٢/٥ وما بعدها، ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٨١ ، حاشية الدسوقي ٣٤٧/٣ وما بعدها.

ثانياً ــ عند الشافعية :

أ ــ الألفاظ الصريحة :

حلف الزوج على ترك الوطء أو الجماع، أو تغييب العضو، أو قوله للبكر : والله لا أفتضُّك.

ب ــ ألفاظ الكناية :

قول الزوج : والله لا أَمَسُّكِ، أو لا أَجمع رأسي برأسك، أو لأَسُوأَنَّكِ، أو لا ضاجعتك، أو قوله : والله لتطولن غيبتي عنك، وغير ذلك من الألفاظ التي تحتمل الوطء وغيره[١].

ثالثاً ــ عند الحنابلة :

أ ــ الألفاظ الصريحة :

الحلف على ترك إيلاج العضو في مكان الحرث أو إدخاله أو تغييبه، أو الحلف على ترك افتضاض البكر خاصة.

ب ــ ألفاظ الكناية، وتنقسم إلى قسمين :

١ ــ ما كان صريحاً في الحكم[٢] دون الباطن : نحو قول الزوج : والله لا وطئتك، أو لا جامعتك، أو لا أَصبتك، أو لا قربتك، أو قوله : والله لاغشيتك.

٢ ــ ما كان كناية في الظاهر والباطن مما يحتمل الجماع، نحو قول الزوج : والله لا دخلت عليك، أو لا قربت فراشك، أو لا بِتُّ عندك، أو قوله : لتطولن غيبتي عنك، ونحو ذلك من الألفاظ المحتملة[٣].

رابعاً ــ ما يجري على ألسنة الناس من ألفاظ الإيلاء:

هناك بعض الألفاظ القديمة والحديثة التي يستخدمها الناس، ويجهلون أثرها ــ إلا من رحم الله ــ ، وهي لا تخرج عن معنى الإيلاء، ومن ذلك :

---

[١] انظر أبا الحسن على بن محمد الماوردي : الحاوي الكبير ٢٣٥/١٣ ، الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ٢٤٦/٣ .

[٢] المقصود بالحكم هنا : القضاء ؛ لأن القضاء يبنى على الظاهر دون الباطن.

[٣] انظر ابن قدامة : المغنى ١١/ ٢٧ وما بعدها، البهوتي : كشاف القناع ٥/ ٣٥٤ وما بعدها.

ـ قول الزوج : والله لا أقربك، أو أقرب منك.

ـ أو والله لا أُعاشرك معاشرة الأزواج.

ـ أو والله لأتركنك معلقة .

ـ أو قوله والله لأُنسينك أني زوجك.

فهذه الألفاظ وغيرها مما يتلفظ به بعض الناس عن جهل منهم بالآثار المترتبة عليها عند البَرِّ في أيمانهم، إن لم تكن صريحة في الإيلاء؛ فإنها تجري مجرى الصريح؛ من حيث الحكم؛ لأن اللفظ إما أن يدل على الامتناع عن الوطء بنفسه، أو يشيع استعماله في المعنى الدال على ذلك، أو يجري عُرف الناس بأن المقصود منه هو الامتناع عن الوطء المشروع[1].

وهذا ما أميل إليه؛ لأن اجتماع هذه الأيمان مع ترك الوطء دليل قاطع على إرادته الإيلاء، فالمعاشرة إذا قُيدت بالأزواج كان الوطء سمة لها، وترك الزوجة معلقة لا يتحقق إلا بالابتعاد عنها؛ لأن من يطء زوجته لا يكون تاركاً لها، كما أن المرأة لا يمكن أن تنسى أن لها زوجاً، إلا باستحكام القطيعة بينهما؛ كأن يتوقف الزوج عن أداء ما عليه من واجبات نحو زوجته، وعلى رأس ذلك اعفافها وتحصينها، وعليه فإن هذه الألفاظ إن لم تكن صريحة؛ فإنها تجري مجرى الصريح في الحكم.

---

[1] انظر عبد الكريم زيدان : المفصل ٢٥٨/٨.

المطلب الثاني

مشروعية التفريق بسبب الإيلاء، وأحكامه

يدور الحديث في هذا المطلب حول أصل الإيلاء، ودليل مشروعيته، والحكمة من تأقيته، ثم بيان أحكامه، ومناقشة مسائل الخلاف، وذلك في فرعين :

الفرع الأول

مشروعية الإيلاء

أولاً ــ أصل الإيلاء :

إنَّ الإيلاء نوع من أنواع فُرَقِ النكاح التي كانت تستخدم في الجاهلية، حيث كانت الفُرقة بين الزوجين تقع بواحد من ثلاثة أمور؛ الطلاق أو الظهار أو الإيلاء، فأقر الله ــ سبحانه وتعالى ــ الطلاق، وشرع للظهار والإيلاء أحكاماً تختلف عما كانت عليه في الجاهلية، فقد كان الرجل في الجاهلية يُولي من زوجته السنة والسنتين، وربما مؤبداً؛ بقصد إيذائها والإضرار بها، ومنعها من التزوج بغيره، الأمر الذي قد يجعل الزوجة تقضي باقي عمرها كالمعلقة؛ لا هي ذات زوج، ولا مطلقة، حتى جاء الإسلام، وأنعم الله على النساء بما شرع من الأحكام الضابطة للعلاقة بين الزوجين[١].

ثانياً ــ النص الوارد في الإيلاء :

لقد نص الله ــ جل شأنه ــ على الإيلاء بقوله سبحانه : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾[٢].

وجه الدلالة : دلَّ مجموع الآيتين على حكمين مختلفين لحالتين مختلفتين، وذلك على النحو التالي:

---

[١] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٢٥٠/٣ ، الشافعي : الأُمُ ٢٩٤/٥ ، بدران بدران : الفقه المقارن للأحوال الشخصية ٤١٤/١ .

[٢] سورة البقرة : الآيتان ٢٢٦، ٢٢٧ .

الحالة الأولى : إذا حلف الزوج على ترك وطء زوجته فوق أربعة أشهر، ولم يحنث في يمينه حتى انقضت المدة، فَحُكْمُ هذه الحالة حظر الإيلاء وعدم جوازه، ويتأكد الحظر إذا كان القصدُ من الإيلاء الإضرارَ بالزوجة دون وجه شرعي[١].

الحالة الثانية : إذا حلف الزوج على ترك وطء زوجته مدة لا تزيد على الأربعة أشهر، وكان ذلك بقصد تربيتها وإصلاحها وعلاج نشوزها، فحكم هذه الحالة جواز الإيلاء[٢].

وقد دلَّ على حكم الحالة الثانية إيلاء النبي ــ ﷺ ــ فقد روى حُميد الطويل أنه سمع أنس بن مالك يقول : " آلى رسول الله ــ ﷺ ــ من نسائه، وكانت انفكت رجْلُهُ، فأقام في مَشربُةٍ[٣] له تسعاً وعشرين يوماً ثم نزل، فقالوا : يا رسول الله، آليْتَ شهراً، فقال : **الشهرُ تسعٌ وعشرون** "[٤].

وجه الدلالة : إنه قد ثبت وقوع الإيلاء من النبي ــ ﷺ ــ، ولم يقل أحد بأن إيلاءه ــ ﷺ ــ من الإيلاء المحظور، وفي ذلك دلالة واضحة على إباحة الإيلاء فيما دون الأربعة أشهر، إن كان له غرض ومقصد شرعي؛ كتأديب المرأة[٥]؛ لقوله تعالى : ﴿ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ ﴾[٦].

---

[١] انظر ابن العربي : أحكام القرآن ٢٤٤/١ وما بعدها، القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٦٨/٣ ، الرازي : التفسير الكبير ٨٧/٦ .

[٢] انظر القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٦٨/٣ ، محمد رشيد رضا : تفسير المنار ٣٦٨/٢ ، ابن عاشور : التحرير والتنوير ٣٨٦/٢ .

[٣] المشربة : الغرفة، سميت بذلك لوجودها في مكانٍ مرتفع أي مُشْرَئِب . مجد الدين أبو السعادات الجزري الملقب بابن الأثير : النهاية في غريب الحديث والأثر ٤٥٥/٢ ، انظر أبا الفرج عبد الرحمن الجوزي : غريب الحديث ٥٢٤/١ وما بعدها .

[٤] صحيح البخاري : (٦٧) كتاب النكاح، (٩٢) باب " الرجال قوامون على النساء " حديث رقم (٥٢٠١).

[٥] انظر أحمد بن على بن حجر العسقلاني : فتح الباري ٥٣٣/١٠ وما بعدها، القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٧٢/٣ ، الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ٣٤٣/٣ .

[٦] سورة النساء : جزء الآية ٣٤ .

ثالثاً ــ الحكمة من تأقيت الإيلاء :

لا تخلو الحياة الزوجية من الاختلاف بين الزوجين في الرأي والطباع، الأمر الذي ينعكس سلباً على حياة الزوجين؛ لما يصاحب ذلك من الضجر والضيق، والإيلاء من الأمور التي قد تصدر عن الرجل حال غضبه وانفعاله، وهذه حالة طبيعية ناتجة عن حالته النفسية الثائرة، وقد يصدر الإيلاء عن الرجل في غير حالة الغضب، وذلك عندما لا يجد له مناصاً من استخدام الهجر كوسيلة لتأديب زوجته وإصلاحها؛ لأنها قد تكون سبباً في انصرافه عنها؛ لمعاملتها له معاملة تُورث النفرة ، أو لإهمالها في زينتها، والمحافظة على بيتها، فيكون هجره لها هذه المدة زاجراً لها عما بدا منها؛ لأجل ذلك فإن الله تعالى لم يحرم الإيلاء فيما دون الشهور الأربعة إذا كان بقصد الإصلاح والتأديب، كما لم يترك العنان للرجل ليُمعن في ظلم زوجته، بل وضع حداً لهذا الإيلاء ينضبط به الزوج، وينصلح به حال الزوجين[1]، قال تعالى:﴿ أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴾[2].

الفرع الثاني

أحكام الإيلاء الدنيوية

يتعلق بالإيلاء أحكامٌ دنيوية، منها ما هو محل اتفاق الفقهاء؛ كحنث المُولي في يمينه قبل انقضاء المدة، وأخرى كانت مَحِلَّ اختلافهم؛ كوقت وجوب الفيء[3]، ووقوع الطلاق، وكذلك نوع الطلاق الواقع بالإيلاء، وأبدأ أولاً بذكر ما اتفقوا عليه، ثم أعرض لمسائل الخلاف بالمناقشة، وبيان الرأي الراجح في كل منها، وذلك على النحو التالي :

أولاً ــ محل الاتفاق :

---

[1] انظر بدران بدران : الفقه المقارن للأحوال الشخصية ٤١٤/١ وما بعدها، عبد الرحمن الجزيري : الفقه على المذاهب الأربعة ٤٧٤/٤ ، دكتور يوسف قاسم : حقوق الأسرة ص ٣٤٢ وما بعدها .

[2] سورة الملك : الآية ١٤ .

[3] الفيء : الرجوع ، وهو من فاء بمعنى رجع. ابن منظور : لسان العرب ٣٦٠/١٠ ، أما في الاصطلاح : فإن الفيء من الإيلاء هو الجماع، وذلك بإجماع الفقهاء . انظر محمد بن إبراهيم بن المنذر : الإجماع ، كتاب الإيلاء ص ٨٣.

اتفق الفقهاء على انحلال الإيلاء بالفيئة في مدة الأربعة أشهر، ووجوب الكفارة أو الجزاء المعلق على فيئته إذا وقع دون المدة المحلوف عليها[١].

ثانيا ــ مسائل الخلاف :

المسألة الأولى : ثبوت حق المرأة في المطالبة بالفيء أو التطليق بعد انقضاء المدة .

اختلف الفقهاء في وقت مطالبة الزوجة بالفيئة ووجوبها، أو وقوع الطلاق على قولين:

القول الأول :

تستحق المرأة المطالبة بالفيئة، وتجب قبل مضي الأربعة أشهر، وإلا وقع الطلاق بانقضائها، وهو قول الحنفية[٢].

القول الثاني :

يثبت حق الزوجة في المطالبة بالفيئ أو الطلاق بعد مُضي الأربعة أشهر، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[٣].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بحق المرأة في المطالبة بالفيئة قبل مُضي الأربعة أشهر بالقرآن والمعقول :

أ ــ من القران الكريم :

---

[١] انظر المرغيناني : الهداية ٢٩٠/٢ ، ابن عابدين : رد المحتار ٦١/٥ ، حاشية الدسوقي ٣٥٧/٣، الصاوي: بلغة السالك ٤٠٩/٢ ، الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ٣٤٩/٣ ، المطيعي : تكملة المجموع ٣٤/١٩ ، المغنى : ابن قدامة ٣٢/١١ .

[٢] انظر السرخسي : المبسوط ٢٠/٧ الكاساني : بدائع الصنائع ٢٥٦/٣ ، ابن عابدين : رد المحتار ٦٥/٥ .

[٣] انظر ابن رشد : بداية المجتهد ١٨٨/٣ ، ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٨١ ، الماوردي : الحاوي الكبير ٢٢٩/١٣ ، الشربيني الخطيب : مغنى المحتاج ٣٤٩/٣ ، ابن قدامة : المغنى ٣٠/١١ وما بعدها، البهوتي: كشاف القناع ٣٦٢/٥ .

قوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾[٤].

ولهم فيها ثلاثة وجوه :

الأول : إن مدة التربص أربعة أشهر، وتخيير المولي بعدها يوجب الزيادة على المدة المنصوص عليها، وهي مدة اختيار الفيئة أو الطلاق، والزيادة لا تجوز إلا بدليل، وإذْ لا دليل عليها فإن الطلاق يقع بانقضاء المدة.

الثاني : إن الفيئة نقض لليمين، ونقضها حرام في الأصل؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ﴾[١]، إلا أنه ثبت جواز نقضها في مدة الإيلاء، وذلك بقراءة عبد الله بن مسعود : " **فإن فاؤوا فيهن** "، فبقى نقض اليمين حراماً فيما وراء هذه المدة، ولا تحل الفيئة فيما وراءها، فلزم القول بالفيئة في المدة، ووقوع الطلاق بمضيها.

الثالث : إن المراد من قوله تعالى ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾[٢] أي سميع لإيلائه؛ لأنه مما يُنطق به ويُسمع، وعليم بعزمه على الطلاق وعدم الفيئة، ودليل صحة هذا التأويل أن قوله تعالى : " **سميع عليم** " جاء عقب أمرين : أحدهما يحتمل السماع، وهو الإيلاء، والآخر لا يحتمله، وهو عزم الطلاق، فينصرف كل لفظ إلى ما يليق به؛ ليعُطي فائدته[٣].

وقد اعتُرض على هذا الدليل بثلاثة اعتراضات :

الأول : أُجيب عن قولهم : إن وقف المولي بعد انقضاء المدة يوجب الزيادة عليها، بعدم الزيادة على مدة التربص، ولكنْ نقدر بها مطالبة الفيئة.

---

[٤] سورة البقرة : الآيتان ٢٢٦، ٢٢٧ .

[١] سورة النحل : جزء الآية ٩١ .

[٢] سورة البقرة : الآية ٢٢٧ .

[٣] انظر السرخسي : المبسوط ٢٠/٧ ، الكاساني : بدائع الصنائع ٢٥٦/٣ وما بعدها، المرغيناني : الهداية ٢٩٠/٢ .

الثاني : ورُدَّ الاستدلال بقراءة ابن مسعود بأنها لم ينقلها ثقاة من أصحابه فشذَّت، والشاذُّ متروك، ثم إنها لو ثبت وجرت مجرى خبر الواحد؛ لحملت على جواز الفيئة في مدة التربص، لا على وجوبها، والقول بوجوبها في المدة باطل؛ كالدَّيْن المؤجل، يجوز تقديمه قبل أجله، ولا يدل ذلك على استحقاقه فيه.

الثالث : أُجيب عن قولهم : إن الله سميع لإيلائه، عليم بعزمه على الطلاق بأن المراد سميع لطلاقه عند إيقاعه، عليم بنيته[١].

ب ــ استدلوا من المعقول بدليلين :

الأول : إن الزوج بإيلائه يكون قد عزم على منع نفسه من إيفاء زوجته حقها في الجماع مدة التربص، وأكدَّ العزم باليمين، فإذا مضت المدة، ولم يَفِئْ إليها مع القدرة على الفيئ فقد حقَّق العزم المؤكد باليمين بالفعل، فتأكد الظلم في حقها، فتَبِينُ منه عقوبةً له جزاء ظلمه، ورحمة بها؛ لتتخلص من زوج لا يرعى حقوقها، وتتوصل إلى استيفاء حقها من زوج آخر.

الثاني : كان الإيلاء في الجاهلية طلاقاً معجَّلاً، فجعله الشارع طلاقاً مؤجلاً، والطلاق المؤجل يقع بانقضاء الأجل من غير إيقاعٍ جديد من الزوج أو غيره، كما إذا قال لها: أنت طالق أول الشهر، فيقع الطلاق بحلول أول الشهر[٢].

واعْتُرض على هذين الدليلين بما يلي :

١ ــ إن مدة التربص ضُربت للمولي تأجيلاً، ولم يتقدمها إيقاع، فلا يتقدمها وقوع، ولا تستحق الزوجة المطالبة إلا بعد مضي الأجل.

٢ ــ إن قياس الإيلاء على الطلاق المعلَّق ينتقض بمدة العُنَّة[٣]، كما أن المعنى فيه : أنه لو علق بأقل من أربعة أشهر وقع قبلها، ولو علق بأكثر من أربعة أشهر لم يقع قبلها، وليس الإيلاء عندهم كذلك[٤].

---

[١] انظر الماوردي : الحاوي الكبير ٢٢٦/١٣ ، ٢٣٢ .

[٢] انظر السرخسي: المبسوط ٢٠/٧، الكاساني: بدائع الصنائع ٢٥٦/٣ وما بعدها، المرغيناني: الهداية ٢٩٠/٢.

[٣] ينتقض قياس الإيلاء على الطلاق المعلق بمدة العنة؛ لأن فرقة العنة لا تقع بانقضاء الأجل؛ بل يجب الرفع إلى الحاكم عند انقضائها، وكذلك الإيلاء.

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بحق الزوجة في المطالبة بالفيئ أو الطلاق بعد مضي الأربعة أشهر بالقرآن والأثر والمعقول :

أ ــ القرآن الكريم :

قال تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾[1].

ولهم فيها ستة وجوه من الدلالة :

الأول : إضافة مدة الإيلاء إلى الأزواج بقوله تعالى " **للذين يؤلون** " فتبيَّن أن المدة لهم لا عليهم، فوجب أن لا تستحق المطالبة إلا بعدها؛ كأجل الدَّيْن.

الثاني : إن ذكر الفيئ بعد المدة بفاء التعقيب في قوله تعالى " **فإن فآءوا** " يوجب أن تستحق الفيئ بعدها، ولا يرد أن " فاء التعقيب " في المدة يوجب أن يكون الفيئ بعد الإيلاء لا بعد المدة؛ لأن الإيلاء ذُكر أولاً، ثم تلاه ذكر المدة، ثم تعقبها ذكر الفيئ، فإذا أوجبت الفاء التعقيب، لم يجز أن يعود الضمير إلى أبعد المذكورين؛ بل يجب أن يعود إليهما جميعاً، أو إلى أقربهما، وعلى كلا الأمرين فلا بد من انتهاء المدة.

الثالث : إن الله تعالى جعل وقوع الطلاق بعزم الأزواج لا بمضي المدة؛ لأن الضمير في قوله تعالى " **وإن عزموا الطلاق** " يعود على الأزواج، أما انقضاء المدة فلا يعتبر عزيمة، وإنما العزيمة ما عُدَّ من فعل الزوج، فلا يقع الطلاق إلا بعزم الزوج عليه بنفسه، أو بتطليق القاضي عليه عند امتناعه من الفيئة، بعد انقضاء المدة.

---

[٤] انظر الماوردي : الحاوي الكبير ٢٣٢/١٣ ، ابن قدامة : المغنى ٣٢/١١ .

[1] سورة البقرة : الآيتان ٢٢٦، ٢٢٧ .

الرابع : إن الله ــ عز وجل ــ قد خير المُوْلِي بين أمرين : الفيئة أو الطلاق، والتخيير بين أمرين لا يكون إلا في موضع واحد كالكفارات، ولو كان في موضعين لكان ترتيباً، ولم يكن تخييراً، وذلك بأن يقال له : إما أن تفيئ في المدة أو تبين منك زوجتك بانقضائها.

الخامس : إن التخيير الوارد في الآية تخيير بين أمرين يجب أن يكون فعلهما إليه؛ ليصح منه اختيار الفعل وتركه، ولو لم يكن له فعلهما لبطل حكم خياره.

السادس : إن قوله تعالى " **وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم** " يعني أن الله سميع لِمَا يتلفظ به الزوج من الطلاق، عليم بما في نفسه، وهذا يقتضي أن يكون الطلاق عن قول مسموع[١].

ب ــ الأثر :

قال سهيل بن أبي صالح : سألت اثني عشر من أصحاب النبي ــ ﷺ ــ عن الرجل يؤلي، فكلهم قالوا : ليس عليه شيئ، حتى يمضي أربعة أشهر، فيوقف؛ فإن فاء وإلا طلق[٢].

ج ــ المعقول :

احتجوا بالمعقول من عدة وجوه :

الأول : إن مدة التربص شرعت في النكاح بغرض الجماع المنتظر، فوجب ألا تقع بها الفرقة كأجل العنة.

الثاني : إن الإيلاء يمين يوجب الكفارة، فلم يقع بها الطلاق كسائر الأيمان.

الثالث : إن الطلاق يقع بصريح أو كناية، وليس الإيلاء صريحاً فيه ولا كناية؛ لأنه لو كان صريحاً لوقع معجّلاً إن أطلق، أو إلى الأجل المضروب، ولو كان كناية لرجع فيه إلى نيته، وليس الإيلاء كذلك؛ لانعقاده بألفاظ خاصة به، تدل عليه لا على الطلاق[٣].

---

[١] انظر الماوردي : الحاوي الكبير ٢٢٩/١٣ وما بعدها، ابن رشد : بداية المجتهد ١٨٨/٣ وما بعدها، ابن قدامة : المغنى ٣١/١١ وما بعدها.

[٢] البيهقي : السنن الكبرى، كتاب الإيلاء ، باب من قال : يوقف المولي ٣٧٧/٧.

[٣] انظر الماوردي : الحاوي الكبير ٢٣١/١٣ وما بعدها ، ابن رشد : بداية المجتهد ١٨٨/٣ وما بعدها، ابن قدامة : المغنى ٣١/١١ وما بعدها.

القول المختار :

بعد التأمل في أدلة الفريقين فإني أميل إلى ترجيح القول بثبوت حق المرأة في المطالبة بالفيئ أو الطلاق بعد مضي أربعة أشهر، وهو قول جمهور الفقهاء، وذلك للأسباب الآتية :

١ ــ قوة أدلة الجمهور، وضعف أدلة الحنفية؛ لما ورد عليها من اعتراضات.

٢ ــ في الأخذ بقول جمهور الفقهاء تضييق لدائرة وقوع الطلاق؛ لأن الزوج ربما يراجع نفسه، أو يدرك أن الرجوع عن إيلائه خير له ولأسرته من الطلاق، وهذا يتفق مع مقاصد الشريعة في الحفاظ على البيوت، وتضييق الخناق على الطلاق.

٣ ــ إن الحكم بوقوع الطلاق تلقائياً فيه سلب لحق الرجل في الطلاق، كما أنه يلحق الضرر البالغ بجميع أفراد الأسرة، وعلى رأسهم المرأة، فقد تكون صابرة على موقف زوجها مراعاة لمصلحتها ومصلحة أطفالها، ورجاء صلاح زوجها، فإذا هي مطلقة تلقائياً دون سابق إنذار، وأي ضرر أعظم من ذلك؟![1].

المسألة الثانية : الإيلاء طلاق رجعي.

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بالإيلاء، وذلك على قولين :

القول الأول :

إن ما يقع بالإيلاء بعد انقضاء مدته من غير فيئ تطليقة بائنة، وإليه ذهب الحنفية[2].

القول الثاني :

إن الواقع بالإيلاء طلاق رجعي، ما لم يكن قبل الدخول أو مستكملاً لِعَدَدِ الطلاق، وسواء أوقعه الزوج بنفسه، أو طلق عليه الحاكم، وإليه ذهب المالكية والشافعية وأحمد في رواية[3].

---

[1] انظر محمد سلام مدكور : أحكام الأسرة في الإسلام ١٦٥/٢ ، يوسف قاسم : حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي ص ٣٤٦ .

[2] انظر السرخسي : المبسوط ٢١/٧ ، الكاساني : بدائع الصنائع ٢٥٨/٣ ، المرغيناني ٢٩٠/٢ .

[3] انظر ابن رشد : بداية المجتهد ١٩٠/٣ ، الماوردي : الحاوي الكبير ٢٤٨/١٣ ، البهوتي : كشاف القناع ٣٦٧/٥ .

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن فرقة الإيلاء طلاقٌ بائنٌ بأقوال الصحابة والمعقول كما يلي :

١ ــ إن هذا القول مروي عن عثمان، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وزيد بن ثابت ــ رضي الله عنهم ــ؛ حيث قالوا : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة، وادعوا إجماع الصحابة على ذلك.

٢ ــ إن الطلاق الواقع بالإيلاء بعد مُضي المدة يقع لدفع الظلم، ولا يندفع الظلم عنها إلا بالبائن، حتى تتمكن من التخلص منه، واستيفاء حقها من زوج آخر.

٣ ــ إن القول بوقوع الطلاق الرجعي يدعو إلى العبث؛ لأن الزوج إذا أبى الفيئ أو التطليق، وطلق عليه الحاكم طلاقاً رجعياً، كان للزوج أن يراجعها، فيخرج فعل القاضي مخرج العبث[١].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن فرقة الإيلاء طلاق رجعي بالقرآن والمعقول :

أ ــ القرآن الكريم :

قوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً ﴾[٢].

وجه الدلالة : إن حق الزوج في رجعة زوجته، أرجح من حقها بنفسها مادامت في العدة، فيبقى هذا الحق على عمومه، سواء في الطلاق بسبب الإيلاء أو غيره[٣].

ب ــ من المعقول وذلك من وجهين :

الأول : إنه طلاق لم يستوفِ عَدَدَهُ، ولم يقابله عوض؛ فاستحق فيه الرجعة؛ كطلاق غير المولي.

الثاني : إن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع يُحمل على أنه رجعي إلى أن يدل الدليل على أنه بائن[٤].

---

[١] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٣ /٢٥٨ .

[٢] سورة البقرة : جزء الآية ٢٢٨ .

[٣] انظر القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٨٢ ، الماوردي : الحاوي الكبير ٢٤٩/١٣ .

القول المختار :

بعد النظر في أدلة الفريقين فإني أميل إلى ترجيح القول **بأن الواقع بالإيلاء طلاقٌ رجعيٌ، ما لم يكن قبل الدخول أو مستكملاً لعدد الطلاق الثلاث** ، وهو قول جمهور الفقهاء، وذلك للأسباب الآتية :

١ ــ وجاهة أدلة الجمهور، وذلك لأن الأصل في الطلاق وقوعه رجعياً.

٢ ــ إن وقوع الطلاق بائناً مصلحة للزوجة؛ لرفع الظلم عنها، وإيقاعه رجعياً يُعدُّ نافذة للإصلاح، واستئناف الحياة الزوجية لمصلحة الأسرة بأكملها.

٣ ــ إن القول بأن وقوع طلاق المولي رجعياً يدعو إلى عبث الزوج غير مُسلَّم؛ لأن عبث الزوج من الأمور الخفية التي ترجع إلى نيته، ولا يطلع عليها أحد، كمن راجع زوجته في العدة بقصد إضرارها وتطويل عدتها، ولم يقل أحد من أهل العلم بأن طلاقه يقع بائناً؛ وذلك لخفاء مقصده[١].

٤ ــ على فرض وقوع العبث بحكم القاضي من قبل الزوج، فيمكن اتقاء ذلك باشتراط الوطء حال الرجعة؛ فإن امتنع من الوطء بقيت الزوجة على عدتها؛ عملاً بمذهب المالكية[٢].

موقف قانون الأحوال الشخصية :

لم ينص القانون على تعريف الإيلاء، ولعل السبب في ذلك، هو اكتفاء صائغي القانون بتعاريف الفقهاء، واقتصر القانون على بيان حكم الإيلاء، حيث جاء في المادة (٢٤٥)[٣] ، أن المُولي إذا بَرَّ في يمينه، ولم يفئْ في المدة، وهي أربعة أشهر، بانت زوجته وسقط الإيلاء إن كان مؤقتاً؛ عملاً بمذهب الإمام أبي حنيفة.

---

[٤] انظر ابن رشد : بداية المجتهد ١٩٠/٣ ، الماوردي : الحاوي الكبير ٢٤٩/١٣ ، البهوتي : كشاف القناع ٣٦٧/٥ .

[١] انظر القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٨٢/٣ .

[٢] انظر ابن رشد : بداية المجتهد ١٩٣/٣ .

[٣] نص المادة (٢٤٥) من قانون الأحوال الشخصية : " إذا آلى الزوج البالغ العاقل من امرأته وبرَّ في إيلائه، ولم يفئْ إليها في مدة الأشهر الأربعة، التي هي أقل مدته للحرة، بانت بواحدة وسقط الإيلاء إن كان مؤقتاً ". مجموعة القوانين الفلسطينية ٣٩/١٠ .

ونظراً لأن الحديث يدور حول صياغة القانون، وهو ما يُحكم بمقتضاه، فإن الأمر يستوجب مراعاة ما يلي :

١ ــ ضرورة التنصيص على تعريف الإيلاء، ولو ضمناً، وتحري الدقة في ذلك؛ لاختلاف الفقهاء في تعريفه، ومن ثم اختلافهم في حكمه.

٢ ــ إعمال الراجح من مذهب الفقهاء فيما يخص حكم الإيلاء، وهو قول جمهور الفقهاء؛ وذلك ليسره على الزوجين، ومراعاته لمصلحة الأسرة بأكملها.

لذلك فإنني أقترح أن تستبدل المادة الخاصة بالإيلاء في القانون، بمادة أخرى من فقرتين، وذلك على النحو التالي :

النص المقترح :

أ ــ إذا حلف الزوج على ما يفيد امتناعه عن وطء زوجته، ومضت أربعة أشهر، فإن لزوجته الحق في مطالبته بالفيئ أو التطليق.

ب ــ إذا رفعت زوجة المولي أمرها إلى القاضي، خُيِّر زوجها بين الفيئ أو التطليق، فإذا رغب في الفيئ أمهله مدة لا تزيد عن سبعة أيام، فإن لم يفئْ ولم يكن له عذر، فللقاضي أن يطلقها عليه طلقة رجعية، ولا تصح الرجعة إلا بالوطء[١].

---

[١] انظر إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم : الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ص ٢٤٩ ، المواد : ١٩٢، ١٩٣ ، ١٩٤ من قانون الأحوال الشخصية السوداني، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري، المادة: ٩٥ .

المبحث الثاني
التفريق بسبب الهجر

ويتكون من أربعة مطالب :

المطلب الأول: الهجر، وبيان الفرق بينه وبين الإيلاء .
المطلب الثاني: مشروعية التفريق بسبب الهجر.
المطلب الثالث: وقت وقوع الفرقة ونوعها.
المطلب الرابع: موقف قوانين الأحوال الشخصية من التفريق للهجر.

المطلب الأول

الهجر، وبيان الفرق بينه وبين الإيلاء

للحديث عن الفرق بين الهجر والإيلاء، كان لابد من بيان معنى كل من الإيلاء والهجر، وقد سبق معنى الإيلاء وبقى معنى الهجر، فأفتتح به، ثم أذكر أوجه الشبه والاختلاف بين كل من الهجر والإيلاء، وذلك في فرعين :

الفرع الأول

معنى الهجر

أ ــ الهجر لغة :

من هَجَرَ، والهَجْرُ ضد الوصل، يقال هَجَره يَهْجُرُه هَجْراً وهجراناً : صرمه وقطعه والاسم من الهَجْر هِجْرَةٌ، والتهاجر : التقاطع، وهَجَرَ الشيء وأهْجَرَهَ : تركه.

ونقل ابن منظور عن الليث أن الهجر مأخوذ من الهجران، وهو ترك ما يلزمك تعاهده[١].

ب ــ الهجر اصطلاحاً :

لم أقف للهجر على تعريف عند العلماء، ولعل السبب في ذلك هو عدم خروج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، فقد جاء في معنى الهجر في تفسير قوله تعالى: ﴿وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾[٢] أربعةُ أقوال متقاربة:

الأول : يوليها ظهره في فراشه، وهو قول ابن عباس.

الثاني : لا يكلمها إن وطئها، وهو قول عكرمة وأبي الضحى.

الثالث : يكلمها ويجامعها، ولكن بقول فيه غلظة وشدة إذا قال لها تعاليّ، وهو قول سفيان.

الرابع : لا يجمعها وإياه فراش ولا وطء حتى ترجع إلى الذي يريد، وهو قول إبراهيم النخعي والشعبي وقتادة والحسن البصري، ورواه ابن وهب وابن القاسم عن مالك[١].

---

[١] ابن منظور : لسان العرب مادة (هجر) ٣١/١٥، ٣٢ ، الفيومي : المصباح المنير مادة (هجر) ص ٣٢٦ .

[٢] سورة النساء : جزء الآية ٣٤ .

قال ابن العربي : " إن جميع موارد (هجر) في لسان العرب تدور على حرف واحد، وهو البُعْد، فيكون معنى الآية : أبعدوهن في المضاجع "[٢].

والمتأمل في قول ابن العربي يجده يميل إلى ترجيح القول الرابع؛ لموافقته لتفسيره، ولأن ترك الفراش والوطء معاً لا يتحققان إلا بالإبعاد في المضجع.

والحق أن حصول الهجر واقع بترك الوطء ، أو بترك المبيت، أو بهما معاً؛ لأن من وطء زوجته مرة في الشهر، ولم يبت عندها باقي الشهر، يصدق عليه أنه هاجر لها، كما أن من يبيت عند زوجته باستمرار، ولا يطؤها، يصدق عليه أنه هاجر لها، ومن ترك الوطء والمبيت معاً، يصدق عليه أنه هاجر لزوجته أيضاً، وعليه فيمكن تعريف الهجر بأنه :

" **تركُ وطءِ الزوجة والمبيتِ عندها أو الامتناعُ من أحدهما مع الإقامة في نفس البلد** "

الفرع الثاني

الفرق بين الهجر والإيلاء

يدور الحديث في هذا الفرع حول بيان أوجه الشبه والاختلاف بين كل من الهجر والإيلاء، وذلك على النحو التالي :

أولاً ــ أوجه الشبه :

إن أبرز أوجه الشبه بين الهجر والإيلاء يقع في أمرين :

١ ــ إباحة اتخاذ الهجر والإيلاء وسيلةً لتأديب المرأة، وعلاج نشوزها، فيما لا يزيد على الأربعة أشهر[٣].

٢ ــ اشتراك الهجر والإيلاء في المعنى الذي حرم الإيلاء لأجله فوق أربعة أشهر؛ وهو الضرر الواقع على المرأة بترك الوطء بيمين، أو هجرها بدون يمين مدة تزيد على

---

[١] انظر ابن العربي : أحكام القرآن ٥٣٣/١ وما بعدها .

[٢] انظر ابن العربي : المرجع السابق .

[٣] انظر القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٦٨/٣ ، ٧٢ ، ابن حجر : فتح الباري ٥٣٣/١٠ .

الأربعة أشهر[١].

ثانياً ــ أوجه الاختلاف :

إن أهم أوجه الاختلاف تقع في أربعة بنود : ــ

١ ــ **الإيلاء** : امتناع الزوج عن الوطء بيمين، أو التزام ما يشق على النفس؛ كحج أو صيام فترة طويلة عند إرادة الوطء[٢].

أما الهجر : فهو امتناع عن الوطء، أو ترك المبيت عند الزوجة، أو الأمرين معاً، دون يمينٍ أو التزامٍ بما يشق على النفس.

٢ ــ إذا حنث المُولي وجبت عليه كفارة اليمين، أو ما ألزم به نفسه من شرط وجزاء[٣].

أما الهاجر لزوجته، إن أراد العود عن هجره فلا يلزمه شيء .

٣ ــ الإيلاء أقل ضرراً على المرأة من الهجر؛ لأنه امتناع عن الوطء فقط.

أما الهجر فقد يكون تركاً للوطء والمبيت معاً، فيكون أشد ضرراً وإيلاماً على المرأة من الإيلاء.

٤ ــ اختص التفريق للإيلاء بنص قرآني دل على أحكامه.

أما التفريق للهجر فقد دل على حكمه عمومات الكتاب؛ كقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴾[٤]، كما دل عليه القياس؛ كقياسه على الغيبة أو الإيلاء.

المطلب الثاني

---

[١] انظر ابن رشد : بداية المجتهد ١٨٩/٣ وما بعدها .

[٢] انظر تعريف الإيلاء ص ٤٥ وما بعدها من هذا المبحث .

[٣] انظر ص ٥٢ وما بعدها من هذا المبحث .

[٤] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣١ .

مشروعية التفريق بسبب الهجر

تبين من تعريف الهجر أنه ترك للمعاشرة الزوجية؛ ولذلك فإن الحديث عن مشروعية التفريق بسبب الهجر يرتكز إلى إثبات حقوق الزوجة في العشرة، وبيان حكمها، فأتناول ذلك في فروع ثلاثة، أتكلم في أولها عن حرص الشريعة على حسن العشرة بين الزوجين، ثم أنتقل إلى إثبات حق الزوجة في المبيت، وأختم بإثبات حقها في الوطء، وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول

حرص الشريعة على حسن العشرة

إن الاعتناء بضبط نظام الأسرة مقصدٌ شرعي، اهتمت به جميع الشرائع السماوية، ولما كانت الشريعة الإسلامية خاتمةَ الشرائع، فقد أَوْلَتْ الأسرة اهتماماً عظيماً، فكان اعتناؤها بأمر النكاح من أسمى مقاصدها؛ لأن النكاح أصل نظام العائلة، واستقراره نواة لاستقرار الأسرة وبناء المجتمع، وقد بيَّن الحق ــ تبارك وتعالى ــ الأسس التي يجب أن تُبنى عليها العلاقة الزوجية حتى يمكن لهذه العلاقة أن تؤتي ثمارها، وذلك في قوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾[1]، وما حسن العشرة إلا دوام المودة والرحمة.

كما حفَّ الشارع العلاقة الزوجية بشرف عظيم؛ ألا وهو شرف المشروعية التي اختص بها بني البشر؛ لما يترتب عليها من شرف الآثار والنتائج[2]، فقال تعالى: ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلاً خَفِيفاً فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَت دَّعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَالِحاً لَّنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴾[3]، فلا أدل على اهتمام الشريعة بحسن العشرة الزوجية من قوله " وجعل منها زوجها " مع قوله " ليسكن إليها ".

---

[1] سورة الروم : الآية ٢١ .

[2] انظر ابن عاشور : مقاصد الشريعة الإسلامية ص ٣١٧ وما بعدها.

[3] سورة الأعراف : الآية ١٨٩ .

كما راعت الشريعة مصلحة المرأة لكونها الجانبَ الأضعفَ في العلاقة الزوجية، فليس من حق الجانب القوي أن يقهر الضعيف، وقد حث النبي ــ ﷺ ــ على حسن معاملة المرأة فقال " **استوصوا بالنساء خيراً** "[١]، وقد نبَّه النبي ــ ﷺ ــ أن أعظم ما يكون من الخير هو ما يكون في حق الزوجة من المعاملة بالمعروف، وحسن العشرة؛ حيث قال: "**خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي** "[٢].

ثم إن الحق ــ تبارك وتعالى ــ قد بين أن للزوجة حقوقاً كما عليها واجبات، فقال أحكم الحاكمين : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[٣].

جاء في المغني عن بعض أهل العلم : " إن التماثل ههنا هو تأدية كل واحد منهما ما عليه من الحق للآخر بالمعروف، ولا يماطله به، ولا يظهر الكراهية، بل يؤديه ببشرٍ وطلاقة، ولا يتبعه أذى ولا منة؛ لقوله تعالى ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[٤]، وهذا من المعروف"[٥].

الفرع الثاني

---

[١] صحيح البخاري : (٦٧) كتاب النكاح، (٨١) باب الْوَصَاةِ بالنساء، حديث رقم (٥١٨٦) ١٦٦٧/٣ .

[٢] سنن الترمذي : (٤٦) كتاب المناقب، (٦٤) باب فضل أزواج النبي، حديث رقم (٣٨٩٥) ٥٢١/٥، سنن ابن ماجة : (٩) كتاب النكاح، (٥٠) باب حسن معاشرة النساء، حديث رقم (١٩٧٧) ٦٣٦/١ ، والحديث صححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجة حديث رقم (١٦٠٨) ١/ ٣٣٤، صحيح سنن الترمذي حديث رقم (٣٠٥٧) ٢٤٥/٣ .

[٣] سورة البقرة : جزء الآية ٢٢٨

[٤] سورة النساء : جزء الآية ١٩ .

[٥] ابن قدامة : المغني ٢٢٠/١٠ .

حق الزوجة في مبيت زوجها عندها

لا أحد ينكر مشروعية مبيت الزوج عند زوجته، إلا أن أقوال الفقهاء قد تباينت في وجوب هذا الحق ومقداره، وذلك على قولين :

القول الأول :

إن المبيت حق للزوجة، فإذا طالبت به ألزم الزوج بأقلِّه، وهو ليلة من أربع، وهو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة في قوله الأول، وابن عرفة من المالكية، والحنابلة[١].

القول الثاني :

لا يجب المبيت عند الزوجة، وإنما يستحب ذلك، وأدنى الاستحباب ليلة من أربع ليالٍ؛ اعتباراً بمن له أربع زوجات، فإن اشتكت الوحدة ضمت لجماعة تسكن معهم للاستئناس بهم، وهذا هو قول أبي حنيفة الذي رجع إليه، وقول جمهور المالكية والشافعية[٢].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بوجوب المبيت عند الزوجة بالسنة والأثر والمعقول :

أ ــ السنة :

روى البخاري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال : حدثني عبد الله بن عمرو بن العاص قال : قال رسول الله ــ ﷺ ــ : " **يا عبد الله، ألمْ أُخْبَرْ أنك تصومُ النَّهارَ وتَقومُ الليل**، قُلْتُ: بلى يا رسول الله، قال : **فلا تَفعلْ، صُم وأفطِرْ، وقم ونَمْ، فإن لجسدكِ عليكَ حَقاً، وإن لِعينِكَ عليكَ حقاً، وإن لزوجِكَ عليكَ حقاً** "[٣].

وجه الدلالة : إن قول النبي ــ ﷺ ــ " وإن لزوجك عليك حقاً"، بعد قوله؛ صم

---

[١] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٩٣/٢ ، حاشية الدسوقي ٢٠٥/٣ ، ابن قدامة : المغني ٢٣٧/١٠ .

[٢] انظر ابن عابدين : رد المحتار ٣٨٠/٤ ، حاشية الدسوقي ٢٠٥/٣ ، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٥١/٢ وما بعدها .

[٣] صحيح البخاري : (٦٧) كتاب النكاح، (٩٠) باب لزوجك عليك حقاً، حديث رقم (٥١٩٩) ١٦٧٣/٣ .

وأفطر، وقم ونم" ينصرف إلى حقها في وقت الرجل في النهار والليل[١].

ب ــ الأثر :

استدلوا بحكم كعب بن سُوْر[٢] للشاكية التي اشتكت زوجها إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ــ رضي الله عنه ــ فقالت : إن زوجي يصوم النهار ويقوم الليل، فقال عمر ــ رضي الله عنه ــ ما أحسنك ثناء على بعلك، فقال كعب : يا أمير المؤمنين إنها تشكو إليك زوجها، فقال عمر : وكيف ذلك ؟ فقال كعب : إنه إذا صام النهار وقام الليل؛ فكيف يتفرغ لها؟، فقال عمر لكعب: احكمْ بينهما، فقال : أراها إحدى نسائه الأربع، يفطر يوماً، ويصوم ثلاثة أيام، فاستحسن ذلك منه عمر ــ رضي الله عنه ــ، وولاه قضاء البصرة [٣].

وجه الدلالة : إن عمر ــ رضي الله عنه ــ استحسن[٤] قضاء كعب، وكافأه عليه بأن جعله قاضياً في البصرة، وهذا دليل قبوله والعمل به، كما أن هذه القضية اشتهرت فلم تنكر، فكانت إجماعاً[٥].

ج ــ المعقول :

لو لم يكن للمرأة حقٌ في المبيت، لملك الرجل تخصيص إحدى زوجاته به، كجواز الزيادة في النفقة لإحداهن على قدر الواجب[٦].

---

[١] انظر ابن حجر : فتح الباري ٣٧٤/١٠ .

[٢] كعب بن سُوْر الأزدي : وُلي قضاء البصرة في خلافة عمر وعثمان ــ رضي الله عنهما ــ وكان من نبلاء الرجال وعلمائهم، قُتل يوم الجمل، عندما قام يعظ الناس ويذكرهم بعد أن طلبت منه السيدة عائشة ــ رضي الله عنها ــ ذلك، وبينما هو بين الصفين إذ جاءه سَهْمٌ غَرْبٌ ــ أي طائش ــ فقتله. انظر الذهبي : سير أعلام النبلاء ٥٢٤/٣ ، محمد بن سعيد الملقب بابن سعد : الطبقات الكبرى ٩١/٧ .

[٣] الكاساني : بدائع الصنائع ٤٩٣/٢ ، وانظر ابن قدامة : المغني ٢٣٨/١٠ .

[٤] الاستحسان نوعان : الأول : " العمل بالاجتهاد في تقدير ما جعله الشارع موكولاً إلى آرائنا، نحو متعة المطلقة، أي إعطاؤها مبلغاً من المال لتطييب خاطرها.
والثاني : هو الدليل الذي يكون معارضاً للقياس الظاهر الذي تسبق إليه الأفهام قبل إنعام التأمل فيه. أبو بكر السرخسي : أصول السرخسي ٢٠٠/٢ .

[٥] الكاساني : بدائع الصنائع ٤٩٣/٢ ، وانظر ابن قدامة : المغني ٢٣٨/١٠ .

[٦] ابن قدامة : المغني ٢٣٨/١٠ .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بعدم وجوب المبيت عند الزوجة بدليلين من المعقول :

الأول : لو وجب على الزوج ليلة من أربع، وله أربع زوجات، طالبنه بالواجب، فإن نصيب كل واحدة منهن ليلة من أربع ليالٍ، فلو جعلنا هذا حقاً لكل واحدة منهن؛ فإنه لن يجد وقتاً يتفرغ فيه لأعماله، فلا يجب التوقيت في ذلك[١].

ويمكن الرد على ذلك بأن الإنسان يستطيع أن يطوف على زوجاته الأربع، ويقوم بباقي أعماله في نفس الوقت، وذلك بتنظيم وقته، ولنا الأسوة في رسول الله ــ ﷺ ــ وصحابته من بعده .

الثاني : قياس الزوج على مستأجر الدار، فكما أن للمستأجر التنازل عن حقه في السكن، فإن للزوج التنازل عن حقه في المبيت[٢].

رحم الله فقهاء الشافعية؛ فأيُّ قياس هذا الذي يُلحق الإنسان بالجماد؟!، وهل يتأتى النشوز من الدار، فنأمرها بطاعة المستأجر، كما نأمر المرأة بطاعة زوجها، وتمكينه من نفسها؟!، والأهم من ذلك : هل الحق في المبيت له هو أم لزوجته، حتى يقاس على تنازله عن حقه في سكنى الدار المأجورة؟!.

القول المختار :

بعد النظر في أدلة الفريقين، فإني أميل إلى ترجيح القول الأول القاضي بأن **المبيت حق للزوجة، فإذا طالبت به ألزم الزوج بأقله، وهو ليلة من أربع**؛ وذلك للأسباب الآتية :

١ ــ **إنَّ** ترك الرجل المبيتَ عند زوجته مخالفة للأمر الوارد في قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٣].

٢ ــ إن الأصل في الحياة الزوجية الاستمرار والبقاء، وطريق ذلك قيام كل من الزوجين بما عليه من الواجبات تجاه الآخر؛ مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[٤].

---

[١] الكاساني : بدائع الصنائع ٤٩٣/٢ .

[٢] الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٥١/٣ .

[٣] سورة النساء : جزء الآية ١٩ .

٣ ــ إن المرأة بطبيعتها أضعف من الرجل، وحاجتها إلى الصحبة والإيناس والحماية تبلغ أضعافَ حاجة الرجل؛ لذلك كان لزاماً على الزوج أن يراعي ذلك؛ نزولاً عند قوله تعالى: ﴿الرِجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِسَاءِ﴾[١].

٤ ــ إن ترك المبيت عند الزوجة يلحق بها ضرراً، فإذا لم يكن للزوج عذر مقبول؛ فإن للزوجة المطالبةَ برفع ذلك الضرر، والحق أن تجاب وتمكن من حقها؛ تحقيقاً للقاعدة الفقهية: " **الضرر يزال** "[٢].

الفرع الثالث

حق الزوجة في الوطء

تبيَّنَ في الفرع السابق ثبوت حق المرأة على زوجها في المبيت، ولما كان الوطء مغايراً للمبيت؛ لأنه قد يوجد ولا يوجد الوطء، وبما أن الاستمتاع بالوطء أحد مقاصد النكاح، وحاجة المرأة له لا تقل عن حاجة الرجل، فإني أفرد هذا الفرع للحديث عن هذا الحق، فأذكر ما اتفقوا عليه أولاً، ثم أذكر أقوالهم وأدلتهم فيما اختلفوا فيه، وذلك على النحو التالي :

أولاً ــ موضع الاتفاق :

اتفق الفقهاء على وجوب وطء الرجل زوجته مرة واحدة[٣].

ثانياً ــ موضع الخلاف :

اختلف الفقهاء في حكم استدامة الوطء، هل هو حق للمرأة كما هو حق للرجل؟ وكم هو القدر الواجب على الزوج منه، وذلك على أربعة أقوال :

القول الأول : للزوجة أن تطالب زوجها بالوطء، ويجب عليه في الحكم مرة واحدة، والزيادة على ذلك تجب ديانة لا قضاءً، وهذا ما ذهب إليه جمهور الحنفية[٤].

---

[٤] سورة البقرة : جزء الآية ٢٢٨ .

[١] سورة النساء : جزء الآية ٣٤ .

[٢] السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٣٨ ، سليم رستم باز اللبناني : شرح المجلة، المادة ٢٠ ص ٢٩ .

[٣] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٨٩/٢ وما بعدها، محمد عليش : شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ٥٣٥/٣ وما بعدها، الشافعي : الأم ٤٢/٥ وما بعدها، ابن قدامة : المغني ٢٣٩/١٠ .

القول الثاني : يجب على الزوج وطء زوجته كل أربعة أشهر مرة على الأقل إلحاقاً له بالمُولِي إلا لعذر كالمرض، وهذا ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية، وجمهور المالكية والحنابلة[١].

القول الثالث: يجب على الرجل وطء زوجته، ويُقضى به عليه، حيث تضررت المرأة بتركه، فإن اشتكت قلته قضي لها في كل أربع ليالٍ بليلة، وهو قول بعض المالكية[٢].

القول الرابع: لا يجب على الزوج تكرار الوطء، ولا يأثم بتركه، لكن يستحب له أن يحصن زوجته، وهو قول الشافعية[٣].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بعدم وجوب الوطء فيما يزيد على المرة الواحدة بالمعقول فقالوا :

إن الزيادة على المرة من باب حسن العشرة، واستدامة النكاح، فلا يجب في الحكم إلا مرة[٤].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بوجوب الوطء مرة كل أربعة أشهر على الأقل بالقرآن والمعقول :

أ ــ القرآن الكريم :

١ ــ قوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ ﴾[٥].

وجه الدلالة : إن للمرأة حقاً على الرجل كما له عليها حق، ومن حقوق الرجل على زوجته أن تمكنه من نفسها ليستمتع بها، فكذلك للمرأة حق في الاستمتاع به.

---

[٤] انظر الكاساني :بدائع الصنائع ٤٨٩/٢ وما بعدها، ابن الهمام : فتح القدير ٤٣٥/٣ .

[١] انظر ابن عابدين : رد المحتار ٣٧٩/٤ وما بعدها، ابن رشد : بداية المجتهد ١٨٩/٣ ، القاضي أبا محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي : الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٧٦٤/٢ ، ابن قدامة : المغني ٢٣٩/١٠ ، البهوتي : كشاف القناع ١٩٢/٥ .

[٢] محمد عليش : شرح منح الجليل ٥٣٦/٣ ، أبو بكر بن حسن الكشناوي : أسهل المدارك في شرح إرشاد السالك ٤٠٤/١ .

[٣] الشيرازي : المهذب ٦٧/٢ ، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٥١/٣ وما بعدها.

[٤] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٨٩/٢.

[٥] سورة البقرة : جزء الآية ٢٢٨ .

٢ ــ قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴾[١].

وجه الدلالة : إن إمساك المرأة مع ترك وطئها وتحصينها يلحق بها ضرراً، وهو اعتداء من الزوج بدون وجه حق، ورفع الضرر واجب.

ب ــ المعقول :

١ ــ شُرِعَ النكاح لمصلحة الزوجين، ودفع الضرر عنهما، والوطء مفضٍ إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة، كإفضائه إلى دفعه عن الرجل، فيجب تعليله بذلك، ويكون حقاً لهما جميعاً.

٢ ــ لو لم يكن الوطء واجباً، لم يصر باليمين على تركه في الإيلاء واجباً كسائر ما لا يجب؛ لأن اليمين لا يوجب ما حُلف على تركه، فدلَّ على أنه واجب بدونها[٢].

٣ ــ إن الذي لأجله وجب ضرب المدة للحالف، ووقفه بعدها، هو امتناعه من وطئها في المدة التي هي غاية ما يصبر النساء عن الوطء في مثلها، مع قصد الإضرار، وانتفاء الأعذار، وهو موجود في مسألتنا، فوجب حسم الباب بإجرائه مجرى الحالف[٣].

أدلة القول الثالث :

ولم أقف للقائلين بوجوب الوطء مرة في كل أربعة ليالٍ على دليل، ولكن يبدو أن حجتهم في ذلك قصة كعب السالفة الذكر، حيث عللوا ذلك بقولهم : لأن له تزوجَ ثلاثٍ سواها[٤].

أدلة القول الرابع :

احتج القائلون بعدم وجوب تكرار الوطء، بالمعقول فقالوا :

إن الجماع من المعاشرة بالمعروف، فيستحب للرجل تحصين زوجته وعدم تعطيلها ؛ لأن تركه لها يؤدي إلى الفجور، وبذلك لا يأمن الفساد، ووقوع الشقاق، ولا يجب عليه؛

---

[١] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣١ .

[٢] ابن قدامة : المغني ٢٣٩/١٠ وما بعدها، البهوتي : كشاف القناع ١٩٢/٥ .

[٣] القاضي عبد الوهاب : الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٧٦٤/٢ .

[٤] محمد عليش : شرح منح الجليل ٥٣٦/٣ .

لأن الداعي إلى الاستمتاع الشهوة، وفي داعية الطبع ما يغني عن إيجابه[١].

القول المختار :

بعد تقليب النظر في أدلة الفقهاء يتضح لي رجحان **القول الثاني القاضي بوجوب وطء الزوجة في كل أربعة أشهر مرة على الأقل إلحاقاً له بالمُولِي**؛ وذلك للأسباب الخمسة الآتية:

١ ــ وجود غريزة الشهوة عند المرأة كما عند الرجل، ولا أدل على ذلك من قول النبي ــ ﷺ ــ عندما سُئل عن المرأة : إن كانت ترى في منامها ما يرى الرجل؟ فقال : " **إنما النساء شقائق الرجال** "[٢].

قال الخطابي : شقائق الرجال : أيْ نظائرهم وأمثالهم في الخُلق والطباع، فكأنهن شققن من الرجال[٣]، ويدل لذلك قوله تعالى : ﴿ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا ﴾[٤].

٢ ــ إن ترك الرجل زوجته بلا وطء يُفضي إلى إهدار مقاصد النكاح، ومنها : الاستمتاع، وحفظ النوع الإنساني، وبناء الأسرة والمجتمع، ثم الأمة، والأهم من ذلك ترك تحصينها وتلبية حاجتها الفطرية؛ الأمر الذي قد يدفع بها إلى الزنا[٥].

٣ ــ إن القول باستحباب وطء الرجل زوجته، وعدم وجوبه عليه، لا يخلو من التناقض؛ لأنه يعلل استحباب الوطء بأنه وسيلة إلى تحصين المرأة، وأن تركه يؤدي إلى فجورها، الأمر الذي يخشى معه الفساد، وارتكابها الفاحشة، فهل هذه الأسباب غير كافية لإيجاب الوطء على الرجل إلا مرة واحدة؟!.

---

[١] الشيرازي : المهذب ٦٧/٢ ، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٥١/٣ وما بعدها.

[٢] سنن أبي داود : (١) كتاب الطهارة، (٩٥) باب في الرجل يجد البَلّة في منامه، حديث رقم (٢٣٦) ١٢٠/١، ، سنن الترمذي : (١) كتاب الطهارة، (٨٢) باب ما جاء فيمن يستيقظ فيرى بللاً ولا يذكر احتلاماً، حديث رقم (١١٣) ٢٣٢/١ . والحديث صححه الألباني في صحيح سنن الترمذي، حديث رقم (٨٢) ٣٥/١ .

[٣] حمد بن محمد الخطابي : معالم السنن شرح سنن أبي داود ٧٩/١ .

[٤] سورة النساء : جزء الآية ١ .

[٥] انظر ابن عاشور : مقاصد الشريعة الإسلامية ص ٣١٨ ، ٣٢٧ ، أبا زهرة : الأحوال الشخصية ص ١٨ وما بعدها.

٤ ــ إن القول باستحباب الوطء وعدم وجوبه على الرجل مخالف للقاعدة الفقهية القائلة : " **درء المفاسد أولى من جلب المصالح** "[١].

وحيث إن مفسدة الفجور، والوقوع في الفاحشة المترتبة على ترك الوطء، تفوق أضعافاً مضاعفة مصلحة الرجل المتمثلة بمنحه الوقت والعبادة؛ فإن القول بوجوبه متعين.

٥ ــ إن القول بأن في داعية الطبع ما يغني عن إيجاب الوطء صحيح بالنسبة للإنسان السويّ، أما من لا يوجد في داعية طبعه ما يغني عن إيجاب الوطء عليه، أو امتنع عن وطء زوجته قاصداً إضرارها، أو تمكن من قضاء شهوته من زوجة أخرى، فلا ينبغي أن يُرسل له العنان للإضرار بزوجته؛ فإما أن يعاشرَها بالمعروف، فيطأها مرة كل أربعة أشهر على الأقل، أو يفُرَّقَ بينهما بطلبها إن أبى طلاقها.

المطلب الثالث

وقت وقوع الفرقة، ونوعها

أتناول في هذا المطلب الحديث عن وقت وقوع الفرقة للهجر، ونوعها، من خلال رؤية القائلين بمشروعيتها، وذلك في فرعين :

الفرع الأول

وقت وقوع الفرقة

إن الحديث عن وقت وقوع الفرقة للهجر يتمحور في أمرين : وقت وقوع الفرقة بترك المبيت، ثم وقت وقوعها بترك الوطء، وأتناول ذلك في بندين :

أولا ــ وقت وقوع الفرقة بترك المبيت:

اتفق القائلون بوجوب مبيت الرجل عند زوجته على أقلِّ المبيت، وهو ليلة من أربع، وحجتهم في ذلك حكم كعب بن سُور فيمن جاءت تشكو زوجها لعمر بن الخطاب ــ رضي الله عنه ــ؛ حيث حكم لها بليلة من أربع[٢].

---

[١] السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٨٧ .

[٢] انظر ص ٦٩ من هذا البحث .

إلا أنهم لم يتفقوا على المدة التي يجوز للمرأة بعدها أن تطلب التفريق من زوجها إذا لم يَبِتْ عندها، ففي حين لم يضع فقهاء الحنفية والمالكية لذلك حداً، فإن الحنابلة قد حَدُّوا لذلك حداً فقالوا : إن أبى الزوج المبيت في اليوم المقرر، حتى انقضت أربعة أشهر بلا عذر لأحدهما، فرَّق القاضي بطلبها، إلحاقاً له بالمولي؛ لتحقق الضرر في كل منهما[١].

وهذا ما أميل إليه للسببين الآتيين :

١ ــ إن الأصل في وجوب المبيت عند الزوجة هو قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[٢]، فإذا لم يتحقق الإمساك بالمعروف، وامتنع الزوج من المبيت عند زوجته، وجب في حقه التخيير، كما جاء في الآية ﴿أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[٣]، ولا يمكن لهذا التخيير أن يستقيم إلا بوضع حدود تفصل بين الأمرين؛ فوجب التوقيت في ذلك.

٢ ــ إن تحديد أقل ما يجب من المبيت، وعدم تحديد الجزاء المترتب على تركه، يعطي الفرصة للأزواج الذين لا يزعهم دين ولا خلق للتهرب من أداء هذا الحق، وما أكثر أمثال هؤلاء في زماننا، إلا من رحم الله!!.

ثانياً ــ وقت وقوع الفرقة بترك الوطء :

اختلف القائلون بمشروعية التفريق بسبب الهجر في المدة التي تضرب لتارك الوطء بدون عذر، وذلك على قولين :

القول الأول: يضرب لتارك الوطء أجل الإيلاء من يوم المدافعة، ثم يؤمر بالوطء أو الطلاق، وهو قول بعض المالكية وجمهور الحنابلة[٤].

---

[١] انظر عبد القادر بن عمر التغلبي الشيباني : نيل المآرب بشرح دليل الطالب ١٥٨/٢ ، ابراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان : منار السبيل في شرح الدليل ٩٤٥/٢ وما بعدها.

[٢] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣١ .

[٣] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣١ .

[٤] انظر أبا بكر الكشناوي : أسهل المدارك ٢٢/٢ ، ابن ضويان : منار السبيل في شرح الدليل ٩٤٥/٢ .

القول الثاني: إذا ترك الزوج الوطء ضِرَاراً بزوجته، يُتلوم له بالاجتهاد ــ أي يُمهل ويُنتظر ــ، ويُطلق عليه دون ضرب أجل الإيلاء، وهذا ما ذهب إليه أكثر فقهاء المالكية[١].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بضرب أجل الإيلاء من يوم المدافعة بالقياس فقالوا :

إن تارك الوطء بدون يمينٍ كالمولِي؛ لاشتراكهما في المعنى الذي من أجله وجب ضرب الأجل، وهو ترك الوطء، وتحقق الضرر[٢].

أدلة القول الثاني :

يبدو أن حجة القائلين بالتطليق دون ضرب أجل الإيلاء، هو وجوب رفع الضرر.

قال التسولي[٣] : إنَّ تركَ الوطء مع القدرة عليه تتضرر به الزوجة، قصد به ضررها أم لا، وهي مصدَّقة في تضررها بترك وطئه، كما تُصَدَّقُ أنها خشيت الزنا بترك وطئه؛ إذ كل ذلك لا يُعلم إلا منها[٤].

ويمكن الجمع بين القولين بحمل القول الأول القاضي بتأجيل تارك الوطء مدة الإيلاء بحصول الشكوى، والرفع قبل انقضاء مدة الإيلاء، وحمل القول الثاني القاضي بعدم تأجيله مدة الإيلاء، بوقوع الرفع إلى القاضي بعد انقضاء أربعة أشهر بدون وطء، يؤكد ذلك ما جاء في الخرشي : انتفاء أجل الإيلاء لا ينافي اجتهاده في ضرب قدره أو أقل أو أكثر[٥].

وعليه؛ فإن اجتهاد القاضي منوط بما مرَّ من الزمن بدون وطء؛ حيث لا يعقل أن يضرب لمن ترك الوطء أربعة أشهر نفس الأجل الذي يضرب لمن ترك الوطء شهراً.

---

[١] محمد عليش : شرح منح الجليل ٢٠٤/٤ وما بعدها، وانظر أبا بكر الكشناوي : أسهل المدارك ٢٢/٢ .

[٢] انظر أبا بكر الكشناوي : أسهل المدارك ٢٢/٢ ، ابن ضويان : منار السبيل في شرح الدليل .

[٣] التسولي : القاضي أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي المدعو مديدش، كان فقهياً بارعاً، حمل لواء المذهب المالكي، كان محققاً متفنناً ومؤلفاً متقناً، مع صلاح ودين متين، له تآليف شاهدة له بطول الباع وسعة الاطلاع، منها شرح على التحفة، توفي سنة ١٢٥٨ هـ . محمد بن محمد مخلوف : شجرة النور الزكية ص ٣٩٧ ، خير الدين الزركلي : الأعلام ٢٩٩/٤ .

[٤] أبو بكر الكشناوي : أسهل المدارك ٢٢/٢ .

[٥] الخرشي : حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ٩٣/٤ .

الفرع الثاني

نوع فرقة الهجر

لم يذكر القائلون بمشروعية التفريق للهجر نوع الفرقة الواقعة به صراحة، إلا أنه يمكن الاهتداء لذلك بالرجوع إلى أصل المشروعية، وهو إلحاق الهاجر لزوجته بتركه الوطء أو المبيت بالمولي[١].

وحيث قد تبين قياسهم الهجر على الإيلاء، وأن ذلك مرجعهم في مشروعية التفريق للهجر، فإن من البدهي أن يأخذ المقيس حكم المقيس عليه؛ لأن نتيجة القياس هي ثبوت حكم الأصل للفرع، فينسحب على الهجر ما ينسحب على الإيلاء من جميع الوجوه، فتكون فرقة الهجر طلاقاً رجعياً كفرقة الإيلاء.

المطلب الرابع

موقف قوانين الأحوال الشخصية من التفريق للهجر

بعد مراجعة ما وقع تحت يدي من قوانين الأحوال الشخصية أو شروحها، تبين أن قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، الذي يجري العمل بمقتضاه حالياً، لم ينَّص على التفريق للهجر[٢]، وكذلك القانون السوري، والمصري، إلا أن قانون الأحوال الشخصية المصري اعتبر الهجر صورة من صور الضرر التي تجيز التطليق، ومنحت محكمة النقض المصرية، محكمة الموضوع[٣] حرية تقدير عناصر الضرر، مادام أنها تستدل على ذلك بأدلة سائغة ،

---

[١] انظر ابن رشد : بداية المجتهد ١٨٩/٣ وما بعدها، أبا بكر الكشناوي : أسهل المدارك ٢٢/٤ ، عبد القادر الشيباني : نيل المآرب ١٥٨/٢ ، ابن ضويان : منار السبيل ٩٥٤/٢ وما بعدها.

[٢] جاء في تعميم قاضي القضاة رقم ٢٠٠٣/٢٣ أن للزوجة الحق في طلب التفريق إذا أثبتت غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فأكثر . انظر محمد ناجي فارس : تعاميم قاضي القضاة ونائبه ص ١٢٣ .

[٣] المراد بمحكمة الموضوع : هي المحكمة التي تنظر في الدعوى من حيث موضوعها، أما محكمة القانون أو الاستئناف : فهي المحكمة التي تنظر في تدقيق الأحكام التي تصدر عن محكمة الموضوع أو محكمة البداية.

وقد جرى العمل بمحاكم الأحوال الشخصية على أن أقل مدة الهجر التي يجوز بعدها للزوجة طلب التطليق هي ستة أشهر هجرية سابقة على رفع الدعوى[١].

وحجتهم في ذلك هو ما استنَّه عمر بن الخطاب ــ رضي الله عنه ــ من إرساله للجند باعتبار هذه المدة أقصى ما تستطيع المرأة الصبرَ عليها من يوم غياب زوجها عنها، بعد أن استفتى السيدة حفصة بقوله : يا بنية، كم تصبر المرأة عن زوجها[٢].

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد نص في المادة (١٢٣) على التفريق للهجر صراحة[٣].

بعد هذا الاستعراض بقى أن أذكر النواحي الإيجابية، والسلبية في هذه القوانين، وذلك على النحو التالي :

أولاً ــ قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني :

رغم إيجابية ما ورد في تعميم قاضي القضاة، الذي ينص على حق الزوجة في طلب التفريق، إذا أثبتت هجر زوجها لها سنة فأكثر، إلا أن الأمر بحاجة إلى النظر في المدة التي يجوز بعدها للزوجة طلب التفريق؛ لما يوجد من فارق بين الغائب والهاجر .

ثانياً ــ قانون الأحوال الشخصية المصري :

أ ــ النواحي الإيجابية : وأهمها بندان : ــ

١ ــ اعتبار الهجر من صور الضرر الذي يقع على المرأة، وتستحق بوقوعه طلب التطليق.

٢ ــ الاجتهاد في ضرب المدة التي يجوز بعدها للزوجة رفع طلب التطليق من زوجها الهاجر لها.

---

[١] انظر جلال سعيد عثمان : أحكام الأسرة بين الشرع والقانون ٢٤١/١، ٢٤٣، ٢٦٠ .

[٢] انظر البيهقي : السنن الكبرى كتاب السير، باب الإمام لا يجمر بالغزي ٢٩/٩ .

[٣] نص المادة (١٢٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني : " إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها، أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول، وكان معروفاً محل الإقامة، جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بُعْدِهِ عنها أو هجره لها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه " . راتب عطا الله الظاهر : مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ص ١٢٩ .

ب ــ النواحي السلبية : وهي بندان كذلك : ــ

١ ــ عدم التوفيق في المدة المضروبة؛ لأنني إن سلمت بجواز الاستناد إلى ما استنَّه عمر ــ رضي الله عنه ــ فإن ذلك قياس مع الفارق؛ لأن الجندي الذي يدافع عن الإسلام وبلاد المسلمين لا يقصد ضرر زوجته، بخلاف من ترك زوجته، وأقام عند زوجة أخرى، أو في بيت أهله، وترك زوجته بدون إيناس أو إعفاف.

٢ ــ فضلاً عن ذلك، فقد جاء في جواب السيدة حفصة ــ رضي الله عنها ــ أن أقصى مدة يمكن أن تصبر المرأة لغياب زوجها هي خمسة أشهر أو أربعة أشهر، وأما الشهران الأخيران فقد جعلهما عمر ــ رضي الله عنه ــ بمثابة عذر لسفر الجنود؛ حيث كانوا يمكثون في سفرهم أياماً وأسابيع[١].

ثالثاً ــ قانون الأحوال الشخصية الأردني :

أ ــ النواحي الإيجابية :

١ ــ النص على جواز التفريق بسبب الهجر صراحة.

٢ ــ إطلاق النص فيما يخص الإثبات؛ إذ لم يحدد كونَ الإثبات بالبينة، الأمر الذي يمكن معه إثبات الهجر باليمين، أو النكول ، أو بهما معاً.

ب ــ النواحي السلبية :

تحديد مدة الهجر بالسنة؛ إذ ليس من العدل أن تُحتبس المرأة لحق الرجل سنة كاملة، وهو مقيم في نفس البلد، دون أن يصلها حسب الوجه الشرعي، ولا مجال لقياس مدة الهجر على مدة الغياب؛ لأن الهاجر يقيم في نفس البلد، ويمكن الاطلاع على عذره إن كان له عذر، بخلاف الغائب، فقد يكون له عذر يصعب الوقوف عليه، والعلم به حال غيابه.

بعد إمعان النظر فيما ذهبت إليه قوانين الأحوال الشخصية؛ فإنني أرى أن الحاجة مُلحة لاستنباط نصٍّ قانوني يتلاءم مع الراجح من أقوال الفقهاء القائلين بمشروعية التفريق بسبب الهجر، ويتناسب كذلك مع الواقع الذي يعيشه الناس.

---

[١] انظر البيهقي: السنن الكبرى ٢٩/٩ ، ابن قدامة : المغني ٢٤١/١٠ .

النص المقترح :

إذا أثبتت الزوجة هجر زوجها لها أربعة أشهر فأكثر دون عذر، وكان محل إقامته معروفاً، فإن لها أن تطالبه بالمعاشرة أو التطليق، فإن أبى الزوج ذلك طلقها عليه القاضي رجعياً، ولا تعتبر الرجعة إلا بعود المعاشرة الزوجية.

المبحث الثالث

التفريق بسبب الظهار

ويتكون من ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف الظهار، وبيان ألفاظه.
المطلب الثاني : حكم الظهار، وآثاره.
المطلب الثالث : مشروعية التفريق بسبب الظهار.

المطلب الأول

تعريف الظهار، وبيان ألفاظه

يدور الحديث في هذا المطلب حول تعريف الظهار، وبيان الألفاظ التي يصدق عليها اسم الظهار، وذلك في فرعين.

الفرع الأول

تعريف الظهار

أ ــ في اللغة :

الظهار من الظَّهْر، والظَّهْرُ من كل شيء : خِلافُ البَطْن، ويجمع على أظْهُرٍ وظُهْرانٍ .

والظهار من النساء مأخوذ من ظاهر الرجل امرأته، وظاهر منها، مظاهرة وظهاراً، إذا قال : هي على كظهرِ ذات رَحِمٍ، والمعنى أن يقول الرجل لامرأته : أنت عليّ كَظَهْرِ أُمّي، وخُصَّ الظهر دون البطن والفخذ والفرج، وهذه أولى بالتحريم؛ لأن الَّظَهْر موضع الركوب.

قال علماء اللغة : وهذه استعارة لطيفة، فكأنه إذا قال : أنت عليّ كظَهْر أُمي، أراد : رُكوُبكِ للنكاح عليّ حرام كركوُب أُمي للنكاح، فأقام الظهر مُقام الركوب؛ لأنه مركوب، وأقام الركوب مقام النكاح؛ لأن الناكح راكب.

وعُديِّ الظهارُ بمن؛ لأنهم كانوا إذا ظاهروا من المرأة تجَنَّبوُها كما يتجنَّبوُن المُطَلَّقَةَ، ويحترزون منها، فكأن قوله ظاهر من امرأته أي بَعُدَ واحترز منها[1].

ب ــ الظهار اصطلاحاً :

اختلف الفقهاء في تعريفه، وذلك على النحو التالي :

---

[1] ابن منظور : لسان العرب، مادة (ظهر) ٨/٢٨٠،٢٧٣ ، وانظر الفيومي: المصباح المنير، مادة (ظهر) ص ٢٠٠ وما بعدها.

أولاً ــ عند الحنفية :

عرفه ابن عابدين بأنه : " **تشبيه المسلم زوجته أو جزءاً شائعاً منها بمحرَّم عليه تأبيداً** "[١].

ثانياً ــ عند المالكية :

عرفه الدسوقي بأنه : " **تشبيه المسلم من تحل أو جزءها بظهر محرَّم أو جزئه** "[٢].

ثالثاً ــ عند الشافعية :

عرفه الشربيني بأنه : " **تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حلاً** "[٣].

رابعاً ــ عند الحنابلة :

عرفه البهوتي بأنه : " **تشبيه الزوج امرأته أو عضواً منها بظهر من تحرم عليه على التأبيد أو إلى أمد** "[٤].

بالمقارنة بين التعاريف السابقة يتضح أمران :

١ ــ تعريف الحنفية والمالكية غير جامع؛ لتخصيصه بالمسلم، وخروج الكافر من عموم المظاهرين، خلافاً للشافعية والحنابلة، فإنهم يأخذون بظهار الكافر؛ عملاً بعموم قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ﴾[٥].

٢ ــ تعريف الحنابلة غير مانع؛ لدخول من شبه زوجته بمن تحرم عليه مؤقتاً في التعريف، خلافاً للحنفية والشافعية، فإنهم لا يعتبرون ذلك ظهاراً.

التعريف المختار :

بعد النظر في تعريفات الفقهاء، وما ورد عليها من ملاحظات، فإنني أميل إلى اختيار

---

[١] ابن عابدين : رد المحتار ١٢٥/٥، وانظر عبد الله بن محمود بن مودود : الاختيار لتعليل المختار١٦١/٣.

[٢] حاشية الدسوقي ٣٦٤/٣ وما بعدها، النفراوي : الفواكه الدواني ٤٧/٢ .

[٣] الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٥٢/٣، وانظر جلال الدين المحلى: كنز الراغبين ١٤/٤.

[٤] البهوتي : كشاف القناع ٣٦٩/٥ ، وانظر ابن ضويان : منار السبيل ١٠٠١/٢ .

[٥] سورة المجادلة : جزء الآية ٣ .

تعريف الشافعية، وهو أن الظهار " **تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حلاً** " .

وذلك للسببين التاليين :

١ ــ إن هذا التعريف جامع لكل من ظاهر زوجته، سواء كان مسلماً أو غيره، فدخول الكافر في التعريف أولى من إخراجه؛ لأنه مخاطب بفروع الشريعة، وأهل للكفارة بغير الصوم من إعتاق وإطعام[١]، كما يتفق مع عموم قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ﴾[٢].

٢ ــ التعريف مانع من دخول مَنْ شبَّه زوجته بمن تحرم عليه مؤقتاً في جملة المظاهرين؛ لأن المُظَاهَر منها قد تكون حِلاً له في الماضي، فيحتمل إرادته، ولإمكانية زوال الحرمة في الحال أو الاستقبال، بخلاف المُحرمة تأبيداً، فإن التحريم في حقها أصيل لا يزيله النكاح، كما أن النص الوارد في الظهار قد اختص بالأم؛ لقوله تعالى: ﴿ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِم ﴾[٣]، وقيس عليها المحرمات تأبيداً لانتفاء الفارق، أما المحرمات مؤقتاً فلا يشبهن الأم في التحريم المؤبد[٤].

الفرع الثاني

ألفاظ الظهار

ينقسم الظهار من حيث الألفاظ إلى صريح وكناية، وذلك على النحو التالي :

أولاً ــ صريح الظهار :

١ ــ اتفق الفقهاء على أن قول الرجل لزوجته : " أنت عليّ كظهر أُمي " صريح في الظهار[٥].

---

[١] انظر وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ٧١٣١/٩ .

[٢] سورة المجادلة : جزء الآية ٣ .

[٣] سورة المجادلة : جزء الآية ٢ .

[٤] انظر الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٥٤/٣ .

[٥] ابن المنذر : الإجماع ص ٨٤، الكاساني : بدائع الصنائع ٣٣٥/٣، ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٨١، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٥٣/٣، ابن قدامة : المغني ٥٧/١١ .

٢ ــ تشبيه الرجل زوجته بجزء لا يُراد به الكرامة، كبطن مَنْ تحرم عليه مؤبداً أو فخذها، وبالجسم والبدن من باب أولى؛ لأنه يتضمن الظهر وزيادة[١].

٣ ــ قول الرجل لزوجته أنت عندي أو معي كظهر أُمي؛ لأن هذه الألفاظ بمنزلة (عليّ)، فتؤدي نفس المعنى[٢].

ثانياً ــ كنايات الظهار :

١ ــ قول الرجل لزوجته : أنت عليّ كأُمي، أو أنت مثل أُمي، فإنْ نوى به الظهار فهو ظهار، وإن نوى به الكرامة أو كِبَر السن فليس بظهار[٣] .

٢ ــ تشبيه الرجل زوجته أو عضواً منها بأحد أعضاء أُمه التي تحتمل الكرامة، كقوله : أنت عليّ كعين أُمي، أو كرأسها، فإن نوى به ظهاراً فهو ظهار، وإن قصد الكرامة، أو لم يقصد شيئاً، فلا يكون مظاهراً؛ لاستعمال هذه الألفاظ ونحوها في التوقير والاعتزاز[٤].

ثالثاً ــ حكم قول الرجل لزوجته : " **أنت عليّ حرام كأُمي، أو كظهر أُمي** "[٥] :

اختلف الفقهاء في حكم هذا اللفظ على قولين :

القول الأول : إن التحريم المقصود يحتمل تحريم الظهار، ويحتمل تحريم الطلاق، والإيلاء، فنرجع فيه لنيته، فإن لم تكن له نية حُمل على الظهار، وهذا ما ذهب إليه الحنفية[٦].

---

[١] انظر المرغيناني : الهداية ٢٩٧/٢ ، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٥٣/٣ ، ابن قدامة : المغني ٥٨،٦٠/١١ .

[٢] الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٥٣/٣ ، ابن قدامة : المغني ٦٠/١١ .

[٣] المرغيناني : الهداية ٢٧٩/٢ ، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٥٣/٣ ، البهوتي : كشاف القناع ٣٧٠/٥ وما بعدها .

[٤] انظر الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٥٣/٣ ، البهوتي : كشاف القناع ٣٧٠/٥ .

[٥] هذا اللفظ مما تعم به البلوى، ونظير ذلك ما يستعمله عامة الناس من الألفاظ كقول الرجل لزوجته : أنت محرمة عليّ مثل أُمي، أو قوله تكون زوجتي محرمة عليّ كأمي إن فعلت كذا، أو قوله لزوجته إذا فعلت كذا فأنت محرمة عليّ كأمي، أو كابنتي، أو كأختي.

[٦] انظر ابن عابدين : رد المحتار ١٣١/٥ وما بعدها.

القول الثاني : إن التحريم المذكور صريح في الظهار، ولا يحتاج إلى نية، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة[١].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بالرجوع إلى نية المظاهر بأن حرف التشبيه يختص بالظهار، فمطلق التحريم يحمل على نيته[٢].

أدلة القول الثاني :

يمكن تعضيد هذا القول والاحتجاج له بما ذهب إليه الماوردي؛ حيث قال : لا يكون الظهار طلاقاً بالإرادة، ولا الطلاق ظهاراً بالإرادة؛ لثلاثة أمور :

١ ـ إن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية فَنُسِخَ فلم يَجُزْ أن نثبت به حكماً منسوخاً.

٢ ـ إن سلمة بن صخر[٣] عندما ظاهر من زوجته كان يريد الطلاق؛ لأنه لم يعلم بنسخه، فأجرى عليه حكم الظهار، ولم يوقع عليه بالإرادة حكم الطلاق.

٣ ـ إن ما كان صريحاً في التحريم لجنس، لم يجز أن يصير كناية في ذلك الجنس،لتنافي اجتماعهما[٤].

وهذا ما أميل إليه؛ لأن حمل التحريم المذكور على الطلاق أو الإيلاء تأويل بعيد، فلا يصدق في إرادته، ويؤكد ذلك ما علل به الحنفية حكمهم بكونه ظهاراً إذا انعدمت النية، وهو أن حرف التشبيه يختص بالظهار.

---

[١] انظر البهوتي : كشاف القناع ٣٧١/٥ .

[٢] انظر ابن عابدين : رد المحتار ١٣١/٥ وما بعدها .

[٣] هو سلمة بن صخر بن سلمان بن الصِّمَّة بن حارثة الأنصاري الخزرجي، له حلف في بني بياضة، وقيل أن اسمه سلمان. انظر عز الدين بن محمد الجزرى : أُسد الغابة في معرفة الصحابة ٣٥٨/٢.

[٤] الماوردي : الحاوي الكبير ٣٣٣/١٣ .

المطلب الثاني

حكم الظهار، وآثاره

يدور الحديث في هذا المطلب حول حكم فعل الظهار بنوعيه المؤبد[١]، والمؤقت[٢]، ثم بيان الآثار المترتبة على وقوعه عند الفقهاء، وذلك في فرعين :

الفرع الأول

حكم الظهار

كان الظهار أحد أنواع فُرق النكاح في الجاهلية، حتى جاء الإسلام، ونزل حكم الله في المظاهر بإيجاب الكفارة عليه[٣].

أولاً ــ حكم فعل الظهار :

الظهار محرمٌ[٤] فلا يباح فعله؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَراً مِّنَ الْقَوْلِ وَزُوراً ﴾[٥].

وجه الدلالة : قال ابن القيم : " إن الظهار حرام لا يجوز الإقدام عليه؛ لأنه كما أخبر الله عنه منكر من القول وزور، فكلاهما حرام، والفرق بين جهة كونه منكراً و جهة كونه

---

[١] الظهار المؤبد : هو الظهار المطلق دون تحديد؛ كقول الرجل : أنت عليّ كظهر أمي . الكاساني : بدائع الصنائع ٣٤٣/٣ ، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٥٧/٣ .

[٢] الظهار المؤقت : هو الظهار المحدد بمدة معينة؛ كأن يقول الرجل لزوجته : أنت عليّ كظهر أُمي شهراً أو سنة، ونحو ذلك من صيغ التأقيت. الكاساني والشربيني الخطيب : المرجعين السابقين.

[٣] انظر الشافعي : الأم ٥/ ٢٩٤ ، عبد الله بن مودود : الاختيار ١٦١/٣ .

[٤] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٣٣٥/٣ ، النفراوي : الفواكه الدواني ٤٧/٢ ، الشيرازي : المهذب ١١٢/٢ ، ابن قدامة : المغني ٥٤/١١ .

[٥] سورة المجادلة : جزء الآية ٢ .

زوراً، أن قوله : أنتِ عليّ كظهر أمي، يتضمن إخباراً عنها بذلك ، وإنشاءَ لتحريمها فهو يتضمن إخباراً، وإنشاءَ منكراً "[٦].

ثانياً ــ حكم الظهار المؤقت :

اختلف الفقهاء فيما يترتب على تأقيت الظهار على قولين :

القول الأول : يصح الظهار إذا وقع مؤقتاً، فإن مضى الوقت، ولم يمسَّها فيه؛ انتهى الظهار بانتهاء الوقت، دون الحاجة إلى الكفارة، وهو قول الحنفية، وأصح الأقوال عند الشافعية، وقول الحنابلة[١].

القول الثاني : لا يصح الظهار مؤقتاً، فإذا وقع سقط التأقيت، وتأبد الظهار، فلا ينحل إلا بالكفارة، ويستثنى من ذلك المحرم بحج أو عمرة، إذا ظاهر من زوجته مادام محرماً، وكذلك الصائم والمعتكف مدة صيامه أو اعتكافه، فلا يلزم حكم الظهار في الصورتين، وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية في قول[٢].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بصحة الظهار المؤقت بالسنة والمعقول :

أ ــ السنة :

" روى أبو سلمة ومحمد بن عبد الرحمن بن ثوبان : أن سلمان بن صخر الأنصاري ــ أحد بني بياضة ــ جعل امرأته كظهر أمهُ حتى يمضي رمضان، فلما مضى نصفٌ من رمضان وقع عليها ليلاً، فأتى رسول الله ــ ﷺ ــ، فذكر ذلك له، فقال له رسول الله ــ ﷺ ــ : **أعتق رقبة**، قال : لا أجدها، قال : **فصم شهرين متتابعين**، قال : لا أستطيع، قال : **أطعم ستين مسكيناً**،قال : لا أجد ، فقال رسول الله ــ ﷺ ــ لفروة بن

---

[٦] ابن القيم الجوزية : زاد المعاد ٢٩٦/٥ .

[١] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٣٤٣/٣ وما بعدها، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٥٧/٣، ابن قدامة : المغني ٦٨/١١ .

[٢] محمد عليش : شرح منح الجليل ٢٢٤/٤، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٥٧/٣ .

عمرو : **أعطهِ ذلك الفرق**[٣] ــ وهو مِكتلٌ يأخذ خمسة عشر صاعاً[٤] أو ستة عشر صاعاً ــ **إطعام ستين مسكيناً** "[١].

وجه الدلالة : إن النبي ــ ﷺ ــ أمره بالكفارة، ولم ينكر تقييده الظهار بمضي رمضان[٢].

ب ــ المعقول :

إن الظهار أشبه بالإيلاء؛ لأن المظاهر منع نفسه من زوجته بيمين لها كفارة، بخلاف الطلاق؛ فإنه يزيل الملك، والظهار يوقع تحريماً يرفعه التكفير، فجاز تأقيته[٣].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بسقوط التأقيت، وتأبد الظهار بدليلين من المعقول :

١ ــ إن وقوع الظهار سبب في وجوب الكفارة، فلا ينحل بدونها.

٢ ــ إن الظهار أحد نوعي التحريم، وتحريم الطلاق لا يحتمل التأقيت فكذا تحريم الظهار[٤].

القول المختار :

الذي أميل إليه هو القول الأول القاضي **بصحة وقوع الظهار مؤقتاً، وانتهائه بانتهاء الوقت دون الحاجة إلى كفارة**؛ لأن ذلك أرفق بالزوجين والأسرة فضلاً عن وقوعه في عهد النبي ــ ﷺ ــ، وعدم إنكاره على فاعله.

---

[٣] الفرق : إناء من نحاس يسع (١٦) رطلاً ، أي ما يعادل (١٠) كيلو جرام . وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ١٤٢/١ وما بعدها.

[٤] الصاع : وحدة كيل يسع (٤) أمداد ووزنه (٢١٧٦) جرام عند الشافعي، وعند أبي حنيفة يسع (٣٨٠٠) جرام. الزحيلي : المرجع السابق.

[١] سنن الترمذي : (١٠) كتاب الطلاق، (٢٠) باب ما جاء في كفارة الظهار حديث رقم (١٢٢٠) ٣٢٧/٣، ونحوه في سنن أبي داود : (٧) كتاب الطلاق، (١٧) باب في الظهار، حديث رقم (٢٢١٣) ٩٥١/٢ وما بعدها، والحديث حسنه الألباني : صحيح سنن الترمذي حديث رقم (٩٥٩) ٣٥٣/١ ، صحيح سنن أبي داود حديث رقم (١٩١٧) ٤١٤/٦.

[٢] ابن ضويان: منار السبيل ١٠٠٥/٢ .

[٣] ابن قدامة : المغني ٦٩/١١ وانظر ابن ضويان : منار السبيل ١٠٠٥/٢ .

[٤] انظر حاشية الدسوقي : ٣٦٦/٣، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٥٧/٣.

الفرع الثاني

آثار الظهار

يترتب على الظهار عدة آثار، منها ما هو محل اتفاق الفقهاء فأذكره أولاً، ثم أعرض أقوالهم فيما اختلفوا فيه، وذلك على النحو التالي :

أولاً ــ موضع الاتفاق :

يحرم على المُظَاهر وطء زوجته قبل أن يخرج الكفارة، وذلك إذا وجبت عليه بالعتق أو الصوم[١].

ودليل ذلك قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ φ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ﴾[٢].

ثانياً ــ مسائل الخلاف :

المسألة الأولى :

اختلف الفقهاء في حكم الوطء قبل إخراج الكفارة بالإطعام، وذلك على قولين :

القول الأول : يحرم الوطء قبل إخراج الكفارة بالإطعام، وهو قول أكثر أهل العلم، وإليه ذهب جمهور الفقهاء[٣].

القول الثاني : لا يحرم الوطء قبل التكفير بالإطعام، وهو قول ابن حزم، ونقل عن الإمام أحمد ما يقتضي ذلك[٤].

---

[١] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٣٤١/٣ ، ابن رشد : بداية المجتهد ٢٠٥/٣ ، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٥٧/٣ ، ابن قدامة : المغني ٦٦/١١ ، ابن حزم : المحلى ٥٠/١٠ .

[٢] سورة المجادلة : الآية ٣، وجزء من الآية ٤ .

[٣] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٣٤٢/٣ ، ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٨١ ، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٥٧/٣ ، ابن قدامة : المغني ٦٦/١١ .

أدلة القول الأول :

استدل القالون بتحريم الوطء قبل إخراج الكفارة بالإطعام، بالسنة والمعقول :

أ ــ السنة :

روى عكرمة عن ابن عباس " أن رجلاً أتى النبي ــ ﷺ ــ قد ظاهر من امرأته فوقع عليها، فقال : يا رسول الله إني قد ظاهرت من زوجتي، فوقعت عليها قبل أن أُكفر، فقال : **وما حملك على ذلك يرحمك الله؟** قال : رأيت خلخالها في ضوء القمر، قال : **فلا تقربْها حتى تفعل ما أمرك الله به** "[١].

وجه الدلالة : إن رسول الله ــ ﷺ ــ أمر السائل بفعل ما أمره الله، وهو التكفير، قبل قربان زوجته، ولم يعين ــ ﷺ ــ نوعاً من أنواع الكفارة، فعلم أن هذا الحكم يشمل جميع أنواع الكفارة بما فيها الإطعام[٢].

ب ــ المعقول :

١ ــ لقد عُلِم عدم حِل الوطء، قبل الإعتاق أو الصيام؛ لقوله تعالى : " من قبل أن يتماسا " ويُقدر هذا الحكم في الإطعام؛ لاتحاد الواقعة،وحملاً للمطلق[٣] على المقيد[٤].

٢ ــ مُنع المظاهر من الوطء حتى يكفر بالصوم مع دخول زمنه، فمنعه حتى يكفّر بالإطعام أولى؛ لقصر زمنه[٥].

---

[٤] ابن قدامة : المغني ١١ /٦٦ ، ابن حزم : المحلى ٥٠/١٠ .

[١] سنن الترمذي : (١٠) كتاب الطلاق ، (٢٠) باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يُكفر، حديث رقم (١١٩٩) ٣٢٧/٣ ، سنن النسائي : (٤٤) كتاب الطلاق، (٣٤) باب الظهار، حديث رقم (٥٦٥١) ٣٦٧/٣ ، سنن ابن ماجة : (١٠) كتاب الطلاق، (٢٦) باب المظاهر يجامع قبل أن يُكفر، حديث رقم (٢٠٦٥) ٦٦٦/١ وما بعدها، والحديث صححه الألباني في صحيح سنن الترمذي (٩٨٥) ٣٥٢/١ ، صحيح سنن النسائي ٢ (٣٢٣٤) ٧٢٩/٢ وما بعدها، صحيح سنن ابن ماجة (١٦٨٠) ٣٥٢/١.

[٢] انظر عبد الكريم زيدان : المفصل ٣٠٥/٨ .

[٣] المطلق : " اللفظ المتناول لواحد لا بعينه باعتبار حقيقة شاملة لجنسه " ابن قدامة : روضة الناظر وجنة المناظر ٧٦٣/٢ ، وانظر عبد العزيز البخاري : كشف الأسرار ٢٨٦/٢ .

[٤] المقيد : " اللفظ المتناول لمعين، أو غير معين موصوف بأمر زائد على الحقيقة الشاملة لجنسه " ابن قدامة، عبد العزيز البخاري : المرجعان السابقان.

[٥] الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٥٧/٣ .

٣ ــ الذي لا يستطيع التكفير بالعتق أو الصيام، تتعين في حقه الكفارة بالإطعام، فهو مظاهر لم يكفر،فحرم عليه الجماع، كما لو كانت كفارته العتق أو الصيام، وترك النص عليها

لا يمنع قياسها على المنصوص الذي في معناه[١].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بعدم تحريم الوطء قبل التكفير بالإطعام بما يلي :

إن الله ــ سبحانه وتعالى ــ قد شرط في العتق والصيام أن يكون قبل التماس، ولم يشترط ذلك في الكفارة بالإطعام، فيقتصر الشرط على الموضع المذكور[٢].

القول المختار :

الذي أميل إليه هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء **من تحريم الوطء قبل إخراج الكفارة بالإطعام**؛ وذلك للأسباب الآتية :

١ ــ قوة أدلة الجمهور؛ لِمَا ورد فيما استدلوا به من الحديث الصحيح من نهي المظاهر عن قربان زوجته، حتى يفعل ما أمره الله به، وهو التكفير بما يستطيع من أنواع الكفارة دون تمييز بين نوع وآخر.

٢ ــ اعتماد القائلين بعدم تحريم الوطء قبل التكفير بالإطعام على ظاهر النص، وإهمالهم للمعنى، فضعف بذلك استدلالهم.

٣ ــ إن التكفير بالإطعام هو أيسر أنواع الكفارة، وآخرها ترتيباً، فلا يُكافأ مخرجها بإباحة الوطء ، في الوقت الذي يلتزم فيه من كانت كفارته العتق أو الصيام بعدم الوطء إلى الانتهاء من التكفير.

المسألة الثانية :

اختلف الفقهاء في حكم الاستمتاع بما دون الوطء، وذلك على قولين :

---

[١] ابن قدامة : المغني ٦٧/١١ .

[٢] ابن قدامة : المغني ٦٦/١١ ، ابن حزم : المحلى ٥٠/١٠ .

القول الأول : يحرم على المظاهر الاستمتاع بما دون الوطء من القبلة، واللمس، والمباشرة فيما دون الفرج، قبل أن يكفر، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية، وأحد قولي الشافعي، ورواية عند الحنابلة[٣].

القول الثاني : لا يحرم على المظاهر الاستمتاع بما دون الوطء من القبلة، واللمس، المباشرة فيما دون الفرج، قبل أن يُكفر، وهذا ما ذهب إليه الشافعي في أحد قوليه، وأحمد في رواية[١].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بتحريم الاستمتاع على المظاهر بما دون الوطء، بالقرآن والمعقول :

أ ــ القرآن :

قال تعالى : ﴿مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[٢].

وجه الدلالة : إن أخفَّ ما يقع عليه اسم المس هو اللمس باليد؛ إذ هو حقيقة لهما جميعاً، أي حقيقة للجماع واللمس باليد ؛ لوجود المس باليد فيهما[٣].

ب ــ المعقول :

١ ــ إن الاستمتاع بما دون الجماع داعٍ إليه، فإذا حَرُمَ الجماع حَرُمَ ما يدعو إليه؛ إذْ لو لم يحرم لأدى إلى التناقض؛ ولهذا حَرُمَ في الإحرام.

٢ ــ إن الحرمة بالظهار حصلت بتشبيه الرجل زوجته بأمه، فكانت قبل انتهائها بالتكفير وحرمة الأم سواء، وتلك الحرمة تمنع من الاستمتاع، فكذا هذه[٤].

أدلة القول الثاني :

---

[٣] الكاساني : بدائع الصنائع ٢٤١/٣، النفراوي : الفواكه الدواني ٤٧/٢ وما بعدها، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج ٣٥٧/٣ ، ابن قدامة : المغني ٦٧/١١ .

[١] الخطيب الشربيني : مغني المحتاج ٣٥٧/٣ ، ابن قدامة : المغني ٦٧/١١ .

[٢] سورة المجادلة : جزء الآية ٣ .

[٣] الكاساني : بدائع الصنائع ٣٤١/٣ وما بعدها، وانظر الخطيب الشربيني : مغني المحتاج ٣٥٧/٣ .

[٤] الكاساني : المرجع السابق .

استدل القائلون بعدم تحريم الاستمتاع بما دون الوطء على المظاهر بالقرآن والمعقول:

أ ــ القرآن :

قال تعالى : ﴿ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ﴾[٥].

وجه الدلالة : يُحمل المس الوارد في الآية على الجماع[١]، كما في قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾[٢].

ب ــ المعقول :

إن الأصل بقاء الزوجية بين المظاهر وزوجته، والاستمتاع المقصود محرم، لكنه لا يخل بالنكاح، وهو وطء يتعلق بتحريمه مال، فلم يتجاوزه التحريم، كوطء الحائض[٣].

القول المختار :

أميل إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء **من تحريم الاستمتاع بما دون الوطء من القبلة، واللمس، والمباشرة فيما دون الفرج، قبل التكفير**؛ وذلك لسببين :

١ ــ وجاهة أدلة الجمهور؛ لأن المظاهر يحرُم عليه الاستمتاع بأمه بالقبلة، واللمس؛ فكذلك زوجته لتشبيهها بها.

٢ ــ ضعف الإنسان أمام شهواته بحسب الفطرة، الأمر الذي لا يُؤْمَنْ معه أن يقع في المحرم إذا وقع في مقدماته، فسدُّ الذرائع أحوط.

المطلب الثالث

مشروعية التفريق بسبب الظهار

إن مشروعية التفريق بسبب الظهار لا تتوقف على وقوع الظهار فحسب، وإنما يحتاج الأمر إلى النظر في الآثار المترتبة على وقوع الظهار، وأهمها حرمة الوطء قبل

---

[٥] سورة المجادلة : جزء الآية ٣ .

[١] الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٥٧/٣ .

[٢] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣٧ .

[٣] انظر الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٥٧/٣ ، ابن قدامة : المغني ٦٧/١١ .

التكفير، كما مر آنفاً[٤]، كما يحتاج الأمر إلى النظر في حقوق الزوجة، ومدى تأثير الظهار عليها، لذلك، وحيث ثبت حرمة الوطء قبل التكفير، فهل للزوجة حق في مطالبة زوجها بالتكفير والوطء ؟ وإن امتنع عن التكفير مع القدرة، ولم يكن للقاضي سلطة في إلزامه بالتكفير، فهل له أن يفرق بينهما ؟.

إن العدل يقتضي أن يكون للمرأة الحق في مطالبة زوجها بالتكفير[١]، وإن كانت الكفارة حقاً خالصاً لله؛ لأن للمرأة حقاً يتعلق بإخراج الكفارة، وهو الوطء الذي تتضرر من عدمه.

أما فيما يخص التفريق بين الزوجين إذا امتنع المظاهر من التكفير، ولم يستطع القاضي إجباره عليه، فإن الفقهاء لم يصرِّحوا بذلك، إلا أن أحداً منهم لم يُبح للمظاهر الامتناع عن التكفير إن كان مستطيعاً، وطالبته الزوجة بحقها في الوطء؛ بل إن بعضهم قد ذهب إلى إلزام القاضي للمظاهر بالتكفير ولو بالحبس أو الضرب إلى أن يُكفر أو يطلق، وللوصول إلى عين العدل، فإن الحاجة تدعو إلى الوقوف على أقوال الفقهاء في المسألة، وكذلك أقوالهم في المسائل ذات الصلة، وذلك على النحو التالي :

أولاً ــ قال الحنفية :

للمرأة المُظَاهَر منها أن تطالب زوجها بالوطء، وعليها أن تمنعه من الاستمتاع حتى يكفِّر، وعلى القاضي إلزامه بالتكفير ،ولو بحبس أو ضرب، إلى أن يكفر أو يطلق[٢].

ثانياً ــ قال المالكية :

يجب على المرأة منع زوجها المُظَاهِر منها الاستمتاع قبل التكفير، وإن خافته رفعته إلى القاضي، ليمنعه من ذلك[٣].

وجاء عن الإمام مالك فيمن لا يكفر مع قدرته على الكفارة، أنه يدخل عليه حكم الإيلاء إن كان مضاراً؛ مراعاة للمعنى[٤].

---

[٤] انظر ص ٩١ وما بعدها من هذا البحث .

[١] انظر عبد الله بن مودود : الاختيار ١٦٢/٣ .

[٢] الكاساني : بدائع الصنائع ٣٤٢/٣ ، ابن عابدين : رد المحتار ١٣٠/٥ .

[٣] محمد عليش : شرح منح الجليل ٢٣٩/٤ ، حاشية الدسوقي ٣٧٢/٣ .

[٤] ابن رشد : بداية المجتهد ١٨٩/٣ .

كما جاء عنه أن من ترك الوطء بغير يمين، يلزمه حكم الإيلاء إذا قصد الإضرار بترك الوطء[٥].

ثالثاً ــ الحنابلة :

جاء عن الحنابلة في حقوق الزوجة :

إنه يجب على الزوج أن يطأ زوجته في كل أربعة أشهر مرة، إن لم يكن له عذر، فإن أبى فرّق بينهما بطلبها[١].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بحق المرأة في مطالبة زوجها بالوطء، ومنعه من الاستمتاع بالمعقول:

إنه بالتحريم بالظهار قد أضر بها؛ حيث منعها حقها في الوطء مع قيام الملك، فكان لها المطالبة بإيفاء حقها، ودفع الضرر عنها[٢].

أدلة القول الثاني :

لم أقف للمالكية على دليل فيما ذهبوا إليه، سوى رفع الضرر كما جاء عن الإمام مالك.

أدلة القول الثالث :

يمكن الاستدلال للقائلين بحق الزوجة في الوطء كل أربعة أشهر مرة، بأن القادر على التكفير لا عذرَ له في الامتناع عن الوطء، وبامتناعه يُعد مُضّاراً يجب رفع ضرره.

والذي أراه بعد النظر في أدلة الفقهاء، والنظر إلى روح الشريعة ومقاصدها من عقد النكاح، يتبين لي ولكل ذي عقل أن العدل والإنصاف يقتضي ألا تترك المرأة فريسةً لزوج لا

---

[٥] ابن رشد : المرجع السابق ٢٠٧/٣ .

[١] البهوتي : كشاف القناع ١٩٢/٥ .

[٢] انظر عبد الله بن مودود : الاختيار ١٦٢/٣ .

يراعي حدود الله، عابثاً بأحكام الشريعة، ومصراً على الإضرار بزوجته، فلا يوفيها حقها، ولا يسرحها كما أمر الحق ــ تبارك وتعالى ــ حيث قال : ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[٣].

إذا أضفنا لذلك الأصلَ في المسألة، وهو ما ترجح في بحث التفريق للهجر من ثبوت حق المرأة في الوطء في كل أربعة أشهر مرة، فإن النتيجة الطبيعية لذلك، أن نُوجد لهذه المرأة مخرجاً، وذلك بأن يكون لها حق طلب التفريق إذا امتنع الزوج المستطيع من إخراج الكفارة بدون عذر ولا وجه حق، ولم يكن للقاضي سلطة كافية لإلزامه بالكفارة؛ وذلك لرفع الضرر الواقع على المرأة .

موقف قانون الأحوال الشخصية من التفريق للظهار :

بعد البحث والتمحيص، فإنني لم أجد للظهار ذكراً في قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، وهذا حال معظم قوانين الأحوال الشخصية في الدول المجاورة، إلا أن قانون الأحوال الشخصية السوداني قد نصَّ على حكم الظهار، وصاغ له مادة قانونية، جاء فيها :

" يجوز للزوجة طلب التطليق للظهار من زوجها، إذا امتنع عن التكفير، والعودة إلى زوجته " [١].

ولم ينص القانون على نوعية الطلاق، فيكون رجعياً؛ لأنه ليس من الحالات المستثناة في القانون[٢].

ورغم أن ما ذهب إليه القانون السوداني يُعد ميزة حسنة لم يسبقه إليها غيره من القوانين، حيث أولى موضوع الظهار الأهمية اللازمة، فأبرز ما أهملته القوانين الأخرى، وقنن له حكماً يتناسب وروح الشريعة ومقاصدها، إلا أن المادة المذكورة لم تنص على المدة المضروبة للمُظاهر، كما لم تنص المادة المذكورة على القيد اللازم إذا أراد الزوج إرجاع زوجته.

---

[٣] سورة البقرة : جزء الآية ٢٢٩ .

[١] المادة (١٩٨) من قانون الأحوال الشخصية السوداني. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم : الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ص ٢٥٥ .

[٢] إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم : المرجع السابق .

ولما كان الأصل في قوانين الأحوال الشخصية هو تقنين الأحكام الشرعية، فإنني أرى أن تصاغ مادة خاصة بالظهار، ويمكن الأخذ في ذلك بما ذهب إليه القانون السوداني، ولكن بعد إجراء التعديل اللازم، وهو ضرب مدة للممتنع عن التكفير، وتقدر بأربعة أشهر قياساً على المدة المضروبة للهجر، واشتراط التكفير قبل الرجعة لمن أرادها، وذلك على النحو التالي :

النص المقترح :

" **يجوز لزوجة المظاهر طلب التطليق من زوجها، إذا امتنع من التكفير، والعودة إلى زوجته، أكثر من أربعة أشهر بدون عذر، ولا تصح رجعة المُظاهر بعد الطلاق إلا بالتكفير** ".

الفصل الثاني

التفريق لأسباب تعود إلى الزوج

ويتكون من مبحثين:

المبحث الأول : التفريق بسبب الغيبة والفقر والحبس .

المبحث الثاني : التفريق بسبب الإعسار بالمهر والنفقة والمسكن .

المبحث الأول

التفريق بسبب الغيبة والفقد والحبس

ويتكون من أربعة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم الغيبة ومشروعية التفريق بسببها.

المطلب الثاني : المفقود ومشروعية التفريق لغيبته.

المطلب الثالث : الإجراءات الاحتياطية لمصلحة الغائب والمفقود.

المطلب الرابع : مفهوم الحبس ومشروعية التفريق بسببه.

المطلب الأول

مفهوم الغَيْبة، ومشروعية التفريق بسببها

يدور الحديث في هذا المطلب حول معنى الغَيْبة، والمقصود بها غيبة الزوج، ثم أتناول أقوال الفقهاء، وأدلتهم في التفريق بسببها، وبيان الراجح من أقوالهم، ثم أعرض للشروط الواجب توفرها للتفريق، وأختم بالحديث عن نوع فرقة الغياب، وذلك في أربعة فروع :

الفرع الأول

مفهوم الغيبة

أولاً ــ في اللغة :

الغَيْبَةُ : اسم مصدر من غاب بمعنى بعد وتواري،وهي خلاف الشهادة، يقال : غاب فلان غيباً، وغَيبَةً وغَيبْوبَةً، وغياباً : أي لم يحضر أو يشهد[١]، يقال : أَغابَتِ المرأةُ وأَغيَبَتْ إذا غاب زوجها، فهي مُغِيبٌ ومُغِيبَةٌ[٢].

ثانياً ــ المقصود بغيبة الزوج :

لم يخُطَّ الفقهاء للغيبة تعريفاً اصطلاحياً، إلا أنهم استعملوا كلمة الغيبة في تواري الرجل وبعده عن زوجته، مكتفين بدلالة المعنى اللغوي على استعمالهم لها، ورتبوا على ذلك أحكامها الفقهية، ومنها : حق المرأة في التفريق إذا غاب عنها زوجها.

وعليه فإنه يمكن تعريف غيبة الزوج بأنها : " **تواري الرجل عن زوجته في بلد بعيد عن محل إقامتهما سنة فأكثر** "[٣].

وبهذا التعريف يمكن التمييز بين الهجر والغيبة؛ لأن الهجر قد يقع، والزوجان يقيمان في بلد واحد، أو في بيت واحد .

---

[١] ابن منظور : لسان العرب، مادة (غيب) ١٥١/١٠، وانظر مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي : القاموس المحيط ، باب الباء ، فصل العين والفاء والقاف ١١٦/١ .

[٢] سعدي أبو جيب : القاموس الفقهي، حرف العين ص ٢٧٩ وما بعدها.

[٣] انظر أحمد محمد علي داود : القرارات الاستئنافية ٢٢٦/١ .

الفرع الثاني

مشروعية التفريق للغيبة

اختلف الفقهاء في حكم التفريق للغيبة؛ بناء على اختلافهم في حكم استدامة الوطء[١]، أهو حق للزوجة كما هو حق للزوج أم لا ؟[٢]، وذلك على قولين :

القول الأول :

لا يحق للزوجة طلب التفريق لغياب زوجها، ولا تعتد ولا تنكح أبداً حتى يأتيها يقين وفاته، أو طلاقه، وهذا ما ذهب إليه الحنفية[٣]، والشافعية، وابن حزم[٤].

القول الثاني :

يحق للزوجة طلب التفريق لغياب زوجها، إذا توفرت الشروط اللازمة لذلك[٥]، وهذا ما ذهب إليه المالكية والحنابلة[٦].

أدلة القول الأول :

استدل المانعون من التفريق لغياب الزوج بالمعقول من وجهين :

١ ــ اتفق المسلمون على عدم وجوب العدة على الزوجة إلا من وفاة أو طلاق، وحيث لم يتحقق أي منهما، فإن زوجة الغائب تبقى على نكاحه.

٢ ــ إن ما يخص الزوجين من الأحكام؛ كاللعان والظهار والإيلاء، ووقوع الطلاق،

---

[1] سبق بحث المسألة، انظر ص ٧١ وما بعدها من هذا البحث.

[2] انظر الموسوعة الفقهية ٦٢/٢٩ .

[3] لم يأت عن الحنفية في زوجة الغائب نصٌّ صريحٌ، وأغلب ظني أن كل من نقل عنهم هذا القول، نقله استنباطاً من قولهم في مسألتي المفقود، وحكم استدامة الوطء. انظر أقوالهم في المسألتين عند الكاساني : بدائع الصنائع ٤٨٩/٢ ، ابن الهمام : فتح القدير ١٤٥/٦ وما بعدها.

[4] انظر الشافعي : الأم ٢٥٥/٥ وما بعدها، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٩٧/٣، ابن حزم : المحلى ١٣٤/١٠ .

[٥] الشروط هي : طول مدة الغياب، وتضررها من ذلك، وانعدام عذره، ومراسلته، وسيأتي ذلك تفصيلاً ص ١٠٦ وما بعدها إن شاء الله .

[٦] انظر حاشية الدسوقي : ٣٥١/٣ ، ابن قدامة : المغني ١٠ /٢٤٠ وما بعدها.

ووجوب العدة، منصوص عليها، أما التفريق للغياب فلم يقم عليه دليل من الكتاب أو السنة[١].

أدلة القول الثاني :

استدل المجيزون للزوجة طلب التفريق لغياب زوجها بالقرآن والمعقول :

أ ــ القرآن :

١ ــ قال تعالى : ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[٢].

٢ ــ وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴾[٣].

وجه الدلالة : إن الله تعالى قد خيَّر الأزواج بين الإمساك بمعروف، أو التسريح بإحسان، وليس من المعروف ترك الزوجة كالمعلقة، ولما كان ترك المرأة بدون وطء ولا إيناس يلحق بها الضرر، ويعرضها للفتنة، فإن رفع الضرر، ومنع الوقوع في الفاحشة، يستلزم التفريق[٤].

ب ــ الأثر :

ما جاء عن عمر ــ رضي الله عنه ــ فيما روى أبو حفص عن زيد بن أسلم : " أن عمر بن الخطاب سمع امرأة تشكو غيبة زوجها ــ وكان غاب في سبيل الله ــ فسأل حفصة، كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت : أربعة أشهر، ستة أشهر، فوقَّت للناس في مغازيهم ستة أشهر .... "[٥].

وجه الدلالة : إن توقيت عمر ــ رضي الله عنه ــ للجند بستة أشهر يعني عدم جواز الغيبة فيما زاد عليها، فإن زاد كان متعدياً، فيجب رده.

ج ــ المعقول :

إن الفسخ مشروع لتعذر الوطء بالغيبة، والحاكم وضع لرفع الضرر، سواء كان بسبب

---

[١] انظر الشافعي : الأم ٢٥٥/٥، ابن حزم : المحلى ١٤١/١٠ .

[٢] سورة البقرة : جزء الآية ٢٢٩ .

[٣] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣١ .

[٤] انظر الصنعاني : سُبل السلام ١١٤٣/٣ .

[٥] سبق تخريجه ص ٧٩ من هذا البحث .

الغيبة، أو الإيلاء، أو الظهار، وهذا الضرر أبلغ، فكان أولى بالرفع[١].

القول المختار :

أميل إلى ترجيح **القول المجيز للزوجة طلب التفريق لغياب زوجها**، وهو قول المالكية والحنابلة، وذلك للأسباب الآتية :

١ ــ ضعف أدلة المانعين من التفريق؛ إذ ليس فيها ما يدل على المنع منه ، خاصة وأن عدم التنصيص على أمر من الأمور لا يقوى على المنع منه، لا سيما إن كان من المسائل الاجتهادية التي سبق اجتهاد الصحابة ــ أمثال عمر رضي الله عنه ــ فيها.

٢ ــ قوة أدلة القائلين بجواز التفريق للغياب؛ لموافقتها لروح الشريعة الغراء، إذ ليس من شأن شريعة جاءت لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل، أن تعجز عن رفع الضرر الواقع على المرأة جراء غياب زوجها، أو أن تتركها تتعرض للفتنة، مع القدرة على تحصينها.

٣ ــ إن حكم التفريق للغياب، تتنازعه ثلاث مفاسد، يقابلها ثلاث مصالح، وذلك على النحو التالي :

الأولى : مفسدة تدخل على الزوج بِحَلِّ نكاحه، ويقابل ذلك مصلحته في الإبقاء على النكاح.

أما الثانية : مفسدة تدخل على المرأة لما يلحق بها من الضرر لغياب زوجها، ويقابل ذلك مصلحتها في رفع الضرر، ومنحها الفرصة للزواج من رجل يَعفُها ويُحصنها.

وأما الثالثة : فهي المفسدة التي تدخل على المجتمع بتفشي الرذيلة، جراء ارتكاب المرأة للفاحشة؛ بسبب غياب زوجها، وتركه لها دون إشباع رغباتها وشهواتها، إلا من رحم الله من المؤمنات الطاهرات، ويقابل ذلك مصلحة المجتمع في العيش حياة طاهرة نقية بعيداً عن انتشار الفاحشة، ولا يكون ذلك إلا بقيام كل فرد في المجتمع بما عليه من حقوق تجاه الآخرين، وأولى الناس بذلك الزوجان؛ لأنهما أساس الأسرة، والأسرة أساس المجتمع.

بعد هذا العرض للمصالح والمفاسد المترتبة على حكم التفريق للغياب، فإنه لا يخفى على كل ذي حِجْرٍ أن اجتماع مفسدتين في مقابل مفسدة واحدة، يُعد أعظم قدراً ومعنىً، لا

---

[١] انظر الصنعاني : سبل السلام ١١٤٣/٣.

سيما إذا كانت إحدى هاتين المفسدتين تعتبر من المفاسد العامة، الأمر الذي يوجب العمل بالقاعدة الفقهية " **إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما** "[١].

الفرع الثالث

شروط التفريق للغياب

اشترط القائلون بالتفريق للغياب شروطاً لا يحق للزوجة طلب التفريق دون تحققها.

الشرط الأول :

أن تكون الغيبة طويلة، وقد اختلف الفقهاء في مدتها على قولين :

القول الأول : إن مدة غياب الزوج التي يحق للزوجة بعدها طلب التفريق، هي سَنَةٌ فأكثر، وهو المعتمد عند المالكية[٢].

القول الثاني: إن مدة غياب الزوج التي يجوز بعدها أن تطلب الزوجة التفريق هي ستة أشهر، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة[٣].

أدلة القول الأول :

لم أقف لهم على دليل، والذي يبدو أن قولهم هذا بني على الاجتهاد والنظر[٤].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن المدة التي يجوز للمرأة طلب التفريق بعدها هي ستة أشهر بالأثر:

روى أبو حفص، بإسناده عن زيد بن أسلم : أن عمر ــ رضي الله عنه ــ قد وقَّت للناس في مغازيهم ستة أشهر، بعدما سأل حفصة ــ رضي الله عنها ــ قائلاً : يا بنية، كم تصبر المرأة عن زوجها، فقالت أربعة أشهر، ستة أشهر[٥].

---

[١] السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٨٧ .

[٢] انظر حاشية الدسوقي : ٣٥١/٣ ، ابن رشد : بداية المجتهد ١٠٠/٣ .

[٣] انظر ابن قدامة : المغني ٢٤٠/١٠ وما بعدها.

[٤] انظر ابن رشد : بداية المجتهد ١٠٠/٣، الموسوعة الفقهية : ٦٤/٢٩ .

[٥] سبق تخريجه ص ٧٩ من هذا البحث .

القول المختار :

أميل إلى ترجيح قول المالكية القاضي بأن **أقل مدة يمكن للزوجة طلب التفريق بعدها هو سنة**، وذلك لسببين :

١ ــ إن رابطة الزوجية من الأمور التي يجب الاحتياط لها، وعدم التسرع في حلها، وقول المالكية أكثر احتياطاً.

٢ ــ إن ما استدل به الحنابلة من حديث عمر ليس فيه ما يدل على حق الزوجة في التفريق بعد ستة شهور؛ لأن النص على التأقيت لا يتعدى إلى الحكم بالفرقة.

الشرط الثاني :

أن تتضرر الزوجة من غيبته، وتخشى على نفسها الزنا، ويُعلم ذلك من جهتها بيمينها، وهي مصدقة في دعواها، ولا يكفي مجرد اشتهاء الجماع، وهذا نص المالكية[١] .

أما الحنابلة فقد أطلقوا الضرر دون تفصيل[٢]؛ وهو الأولى؛ لأن القول بأن الزوجة مصدقة في دعواها أنها تخشى على نفسها الزنا، لا يخلو من التعارض مع ما بعده؛ وهو القول بعدم استحقاقها التفريق بمجرد اشتهاء الجماع؛ لأن كلا الأمرين لا يُعلم إلا منها، كما أن اشتهاء الجماع مقدمة له؛ حيث إن النفس تجمح بالفطرة إلى تحقيق رغباتها وشهواتها، وعليه فإن الفرق بين خشية الزنا، واشتهاء الجماع، أدق من أن يوقف عليه، وهل نترك هذه الشهوة إلى التطور، وننشغل بفروق لا محل لها ؟!، علماً بأن توقان المرأة للجماع بحد ذاته يُعَدُ ضرراً، والضرر يزال[٣].

الشرط الثالث :

اشترط الحنابلة أن تكون الغيبة لغير عذر، فإن كانت لعذر؛ كطلب العلم والحج والتجارة، لم يكن للزوجة طلب التفريق[٤].

---

[١] حاشية الدسوقي : ٣٥١/٣ .

[٢] انظر البهوتي : كشاف القناع ١٩٣/٥ .

[٣] السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٨٣ .

[٤] انظر ابن قدامة : المغني ٢٤٠/١٠ وما بعدها، البهوتي : كشاف القناع ١٩٣/٥ .

أما المالكية، فلم يشترطوا ذلك، فيكون لها الحق في طلب التفريق إذا توفرت باقي الشروط، سواء كانت غيبته لعذر أو من غير عذر.

وإنني أميل إلى قول المالكية في إهمال هذا الشرط للسببين الآتيين :

١ ـ إن تضرر المرأة لا يتوقف على سبب الغيبة، صحيح أن العذر الشرعي قد يجعل المرأة تصبر على غياب زوجها، إلا أن ذلك لا يقيها من الضرر، وعليه فإن طول الغيبة، ونفاد صبر المرأة على الضرر، لا يمنع من حقها في طلب التفريق؛ لأن المقصود من التفريق، هو رفع الضرر.

٢ ـ إن اشتراط عدم العذر يتعارض مع ما استدل به الحنابلة على جواز التفريق، وهو حديث عمر، وتأقيته للناس في مغازيهم بستة أشهر.

الشرط الرابع :

أن يُرسل القاضي للغائب بالرجوع، أو نقل زوجته إليه، أو تطليقها، ويمهله مدة مناسبة إن كان عنوانه معروفاً، فإن عاد، أو نقلها، أو طلقها فبها ونعمت، وإن أبى ذلك كله، أو انقضت المدة المضروبة دون أن يرد، أو كان مجهول محل الإقامة، فرق القاضي بينهما بطلبها[١]، وهذا ما نص عليه المالكية .

أما الحنابلة فقد ذكروا مراسلة القاضي للغائب، ومطالبته بالرجوع، فإن لم يَعُد فسخ نكاحه[٢]، أما مطالبته بنقلها إليه، أو تطليقها، فلم أقف عليه عند أحد من فقهاء الحنابلة، وهذا ما جعل الإطلاق في اشتراطهم عدم العذر غير مُسلم؛ لأن اعتبار عذر الزوج في عدم المقدرة على الرجوع، لا يعطي للزوج الحق في عدم نقلها إليه، أو تطليقها، وتركها متضررة كالمعلقة.

---

[١] انظر حاشية الدسوقي : ٣٥١/٣ .

[٢] انظر ابن قدامة : المغني ٢٤٠/١٠ .

الفرع الرابع

نوع الفرقة للغياب

اختلف القائلون بالتفريق للغياب في نوع الفرقة على قولين :

القول الأول :

الفرقة للغياب تقع طلاقاً، وهذا ما ذهب إليه المالكية[١].

ولم أجد من فقهاء المالكية مَن صرَّح بنوع هذا الطلاق، إلا أن الدسوقي قد ذكر الفرقة للغياب في معرض الحديث عن فرقة الإيلاء، وهي طلاق رجعي، فاحتمل أن تكون مثلها، ويقابل ذلك أن إطلاق المالكية في التفريق للضرر الذي يوقعه القاضي يفيد بأنه طلاقُ بائنُ، وهذا أرجح القولين[٢].

القول الثاني :

الفرقة للغياب تقع فسخاً، وهو قول الحنابلة[٣].

أدلة القول الأول :

يمكن الاستدلال للمالكية بما جاء في الموسوعة من أنه طلاق للضرر، ولا يتم رفعه إلا بالطلاق البائن[٤].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن الفرقة للغياب تقع فسخاً بالمعقول :

إن الطلاق ما تكلم به الرجل، وأن كل فرقة لم تصدر عن الرجل، وكانت لاختيار المرأة تقع فسخاً؛ كالفسخ لِعُنتِه[٥].

---

[١] حاشية الدسوقي : ٣٥١/٣ .

[٢] انظر حاشية الدسوقي : ٢١٢/٣ ، ٣٥١ وانظر الموسوعة الفقهية : ٦٤/٢٩ .

[٣] انظر ابن قدامة : المغني ٢٤١/١٠ .

[٤] انظر الموسوعة الفقهية : ٦٤/٢٩ ، ولم أقف على ذلك في مؤلفات المالكية .

[٥] انظر ابن قدامة : المغني ٧٠/١٠ .

القول المختار :

الذي أراه هو إعمال قول الحنابلة القاضي **بأن تكون فرقة الغياب فسخاً**، ما لم يمنع ذلك مانع شرعي؛ كجلب مصلحة، أو درء مفسدة، وهذا ما رجح لدي عند الحديث عن نوع التفريق بحكم القاضي[١]، فقد يكون الغائب قد أوقع طلقتين من قبل، ثم يرجع، ويرغب الزوجان في استئناف الحياة الزوجية؛ لما في ذلك من مصلحة الأسرة، فإذا هما ممنوعان من ذلك، بخلاف الفسخ الذي يُرْفَعُ به الضرر، ولا ينقص عدد الطلقات.

موقف قانون الأحوال الشخصية :

أخذ القانون بالرأي القائل بجواز التفريق للغياب، وسطر مواداً تنص على مشروعيته، وضمنها الشروط الواجب توفرها للتفريق، فقد جاء في المادة (٩٤) من قانون حقوق العائلة ما نصه : " **إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول، جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً، إذا تضررت من بعده عنها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه** "[٢].

ونصت المادة (٩٥) على أنه : " **إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب، ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها، أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً، فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب، طلقها القاضي عليه بلا إعذار وضرب أجل** "[٣].

ويلاحظ على هاتين المادتين أربعة أمور :

الأول : أنهما تضمنتا الشروط الأربعة التي نص عليها القائلون بجواز التفريق، على الرغم من اختلافهم في اشتراط عدم العذر، الذي نص عليه الحنابلة، ولم أجد له ذكراً عند المالكية.

الثاني : إن المادة (٩٤) اشترطت شرطين لجواز التفريق، أحدهما لحق الزوج، والأخر لحق الزوجة، حيث اشترطت عدم وجود عذر لحق المدعي عليه وهو الزوج الغائب، واشترطت وقوع الضرر على الزوجة من بعده عنها، فجاء الشرط الأول ليحافظ

---

[١] انظر ص ٢٣ من هذا البحث .

[٢] المادة (٩٤) من قانون حقوق العائلة، سيسالم وآخرون : مجموعة القوانين الفلسطينية ١١٩/١٠ .

[٣] المادة (٩٥) من قانون حقوق العائلة : المرجع السابق .

على حق الزوج صاحب العذر في إبقاء نكاحه، وجاء الشرط الثاني، وهو تضرر المرأة من غياب زوجها ليكون مسوغاً لطلبها التفريق، فإذا كان للزوج عذر في غيابه، وتضررت المرأة من غيابه، فأيهما يُقدم ؟ إن تقديم عدم العذر في صياغة المادة يوحي بتقديمه عند التعارض، وهذا ما عليه العمل في المحاكم الشرعية على الرغم من أن إباحة التفريق ههنا جاءت لرفع ضرر الغياب عن الزوجة.

الثالث : إن اشتراط عدم العذر الذي جاء ذكره في المادتين، هو عدم العذر في الغيبة، أما إن كان للغائب عذر؛ كأن يكون مسافراً في طلب علم أو تجارة، أو غزو واجب[١]، فإن ذلك يُعطيه الحق في إمساك زوجته على الرغم من عدم مقدرته على العودة للإقامة معها، أو نقلها إليه.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل يُعذر الغائب لنوع غيبته، أم يعذر في عدم مقدرته على الرجوع ؟.

وبالرجوع إلى مذهب الحنابلة، الذين يشترطون عدم العذر، نجد أنهم لم يذكروا مطالبة الزوج بنقلها إليه، وجاء ذكر العذر عندهم، مرة على أنه المانع من الرجوع ومرة أخرى على أنه نوع السفر، فقد جاء في المغني : " وإن لم يكن له عذرٌ مانعٌ من الرجوع، فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر... يُكتب إليه فإن أبى أن يرجع، فرق الحاكم بينهما ".

ثم جاء قوله بعد ذلك : " وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لأمرٍ لابد له "[٢].

والذي أراه في هذا المقام، ألا يكون عذر الزوج مطلقاً، بل يجب تقييده في عدم مقدرته على الرجوع فقط، أما العذر بعدم مقدرته على نقلها إليه، أو تطليقها بإرادته، فلا يعتبر خاصة وأن المالكية لا يقولون بهذا الشرط مطلقاً؛ لأن إمساكه لها عند ذلك يُشكل إضراراً بها، سواء كان بعذر أو بغير عذر، فيقع تحت قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾[٣].

---

[١] انظر أشرف مصطفى كمال : قوانين الأحوال الشخصية معلقاً على نصوصها ص ٤٩٤ .

[٢] ابن قدامة : المغني ٢٤٠/١٠ وما بعدها، وانظر البهوتي : كشاف القناع ١٩٣/٥ .

[٣] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣١ .

الرابع : نصت المادتان على أن التفريق للغياب يقع طلاقاً بائناً، وقد ترجح لدى جعله فسخاً[1]؛ لحصول المراد منه، وهو رفع الضرر عن الزوجة مع عدم الإضرار بالزوج.

بناءً على ما تقدم من دارسة لمواد القانون، ونظراً لما ترجح لدي من أقوال الفقهاء في اشتراط عدم العذر للغائب، وكذلك ما ترجح في نوع الغيبة، فإنني أرى ضرورة تعديل النصوص القانونية الخاصة بالتفريق للغياب؛ لتصبح على النحو التالي :

أ ــ النص المُعدل للمادة (٩٤) :

" إذا تضررت المرأة من غياب زوجها سنة فأكثر، جاز لها أن تطلب إلى القاضي التفريق، وإن كان له مال تستطيع الإنفاق منه " .

ب ــ النص المُعدل للمادة (٩٥) :

" إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب، ضرب له القاضي أجلاً ليعود للإقامة مع زوجته، فإن أبدى عذراً يمنعه من الرجوع، أجله وأعذر إليه بأنه يفرق بينهما إذا لم ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل، فرق القاضي بينهما، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب فسخ القاضي نكاحهما بلا إعذار أو ضرب أجل " .

---

[1] انظر ص ٢٣ من هذا البحث.

المطلب الثاني

المفقود ومشروعية التفريق لغيبته

إن الحديث عن مشروعية التفريق للفقد يستوجب بيان المراد من المفقود، فأبدأ بتعريفه أولاً، ثم أتطرق لأقوال الفقهاء وأدلتهم في حكم التفريق لغيبته، وبيان الراجح منها، ثم أختم بأقوال الفقهاء في المدة التي تتربصها زوجة المفقود، مُعلقاً عليها بما تقتضيه الحاجة، وذلك في ثلاثة فروع :

الفرع الأول

تعريف المفقود

أولاً ــ في اللغة :

المفقود : هو الغائب الذي لا يعلم مكانه، يقال : فَقَدَ الشيء يَفقدهُ فَقْداً وفِقْداناً : أي ضاع منه، وفَقَدَت المرأة زوجها فهي فاقد : إذا غاب عنها، وافْتَقَدْتُ الشيء : لم أجده[١].

ثانياً ــ في الاصطلاح :

عرف الفقهاء المفقود بتعريفات متقاربة، أذكر بعضاً منها :

من تعريفات الحنفية ما جاء في كنز البيان بأنه : " **هو غائب لم يُدْرَ موضعه وحياته وموته** "[٢].

وعرفه المالكية بأنه : " **من انقطع خبره ولم يمكن الكشف عنه** "[٣].

وجاء عند الشافعية أنه : " **من غاب وانقطع خبره** "[٤].

وعند الحنابلة هو : " **الذي انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك** "[٥].

---

[١] ابن منظور : لسان العرب مادة (فقد) ٢٩٨/١٠ ، الفيروز آبادي : باب الدال، فصل الفاء ٣٣٥/١ .

[٢] مصطفى بن محمد بن يونس الطائي : كنز البيان مختصر توفيق الرحمن ص ٢١٩ .

[٣] الحطاب : مواهب الجليل ١٥٥/٤ .

[٤] محمد الزهري الغمراوي : السراج الوهاج على متن المنهاج ص ٤٤٠ .

[٥] البهوتي : كشاف القناع ٤٢١/٥ .

والذي يظهر من هذه التعريفات أن جميعها يحمل معنىً واحداً، وهو الغياب، وجهل الحال ــ أي الموضع والحياة والموت ــ إلا أن الحنابلة قد فرقوا بين غيبة ظاهرها الهلاك، وأخرى ظاهرها السلامة، فصاحب الأخيرة لا يعتبر مفقوداً عندهم وإن طالت غيبته، ومثاله من خرج في طلب تجارة، أو طلب علم، أما من غاب غيبة ظاهرها الهلاك فمثلوا له بمن خرج للصلاة ولم يرجع، أو يفقد بين أهله، أو يخرج إلى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع، فلم يظهر له خبر.

التعريف المختار :

إن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في تعريف المفقود أعم وأشمل مما ذهب إليه الحنابلة؛ لأن انقطاع خبر الغائب يغني عن بيان نوع غيبته، ولربما يغيب الإنسان غيبة ظاهرها الهلاك، ثم يعود سالماً، أو يغيب غيبة ظاهرها السلامة، فيتبين هلاكه.

لذلك فإنني أميل إلى اختيار تعريف المالكية، وهو أن المفقود : " **من انقطع خبره** "؛ لدلالته على المراد مع وجازته.

الفرع الثاني

مشروعية التفريق للفقد

إن فقدان الزوج يدل على غيبته، فكل مفقود غائب، وليس كل غائب مفقوداً، وعليه فإن الأحكام الخاصة بطلب التفريق للغيبة، تختلف عن الأحكام الخاصة بطلب التفريق للفقد، وأول ما أبدا به هو خلاف الفقهاء في التفريق للفقد.

اختلف الفقهاء في جواز التفريق للفقد على قولين :

القول الأول : ليس لامرأة المفقود طلب التفريق، ولا يُفَرَّق بينهما، وإن طلبت ذلك، وهذا ما ذهب إليه الحنفية، والشافعية في الجديد، وأحمد في رواية[١] ، وابن حزم[٢].

---

[١] هذا قول الإمام أحمد في الغيبة التي ظاهرها السلامة. انظر البهوتي : كشاف القناع ٤٢٣/٥ .

[٢] انظر أبا الحسن أحمد القدوري : مختصر القدوري ص ١٣٨ ، الشافعي : الأم ٢٥٥/٥ ، البهوتي : كشاف القناع ٤٢٣/٥ ، ابن حزم : المحلى ١٣٣/١٠ .

القول الثاني : يحق لامرأة المفقود طلب التفريق من زوجها، وتجاب إليه بعد تربُص المدة المطلوبة، وهذا ما ذهب إليه المالكية، والشافعية في القديم، والحنابلة[١].

أدلة القول الأول :

استدل المانعون من التفريق للفقد بالسنة والأثر والمعقول :

أ ــ السنة :

روى المغيرة بن شُعبة أن النبي ــ ﷺ ــ قال : " امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان "[٢].

وجه الدلالة :

إن امرأة المفقود تبقى على نكاحه مهما طال الزمن وخفي أمره، فلا يفرق بينه وبين زوجته، إلا إذا ثبت هلاكه.

ب ــ الأثر :

رُوي أن علياً ــ رضي الله عنه ــ قال في امرأة المفقود : " هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق "[٣].

وجه الدلالة :

إن امرأة المفقود مأمورة بالصبر، ولا تحل لغيره إلا بتحقق الموت أو الطلاق.

ج ــ المعقول :

استدلوا بالمعقول من وجهين :

١ ــ إن نكاح الغائب ثابت يقيناً، ومحض غيبته ليس سبباً موجباً للتفريق، وموته في حيز

---

[١] انظر حاشية الدسوقي : ٤٢٩/٣ وما بعدها، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٩٧/٣ ، البهوتي : كشاف القناع ٤٢١/٥ ، وقول الحنابلة هذا في الغيبة التي ظاهرها الهلاك .

[٢] البيهقي : السنن الكبرى، كتاب العدد، باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته ٤٤٥/٧ والحديث ضعفه الألباني في ضعيف الجامع الصغير وزيادته ص ١٨١، قال ابن الهمام الحنفي : الحديث مضعف بمحمد بن شرحبيل، ونقل عن ابن أبي حاتم عن أبيه أنه يروي عن المغيرة مناكير أباطيل .ابن الهمام : فتح القدير ١٤٦/٦.

[٣] عبد الرزاق : المصنف ٩٠/٧ .

الاحتمال ومشكوك فيه، واليقين لا يزال بالشك[١].

٢ ــ لا يوجد نص في الكتاب أو السنة بجواز التفريق لأجل الغيبة، فلم يوجد ما يصح أن ينبني عليه التفريق[٢].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بحق امرأة المفقود في طلب التفريق بالأثر والمعقول :

أ ــ الأثر :

رُوي أن عمر ــ رضي الله عنه ــ قال : " أيما امرأة فقدت زوجها، فلم تدرِ أين هو فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً، ثم تحل "[٣].

وجه الدلالة : إن قولَ عمرَ نصٌّ وافق قضاءه، وصار إليه عثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير ــ رضي الله عنهم أجمعين ــ[٤].

ب ــ المعقول :

استدلوا بالمعقول من وجهين :

١ ــ إن للمرأة الخروج من النكاح بالجَبِّ والعُنَّة؛ لفوات الاستمتاع، وهو هنا حاصل[٥].

٢ ــ الحاكم وُضع لرفع الضرر الواقع بالإيلاء والظهار، وهذا أبلغ وأولى[٦].

القول المختار:

الذي أميل إليه، هو قول المالكية ومن وافقهم **بأن لامرأة المفقود الحقَّ في طلب التفريق من زوجها** بعد تربُص المدة المطلوبة، وذلك للأسباب الآتية :

---

[١] السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٥٠، انظر المرغيناني : الهداية ٤٧٨/٢ .

[٢] انظر ابن حزم : المحلى ١٤١/١٠ وما بعدها.

[٣] الزرقاني : شرح الزرقاني على الموطأ ١٩٩/٣ .

[٤] انظر الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٩٧/٣ ، البهوتي : كشاف القناع ٤٢١/٥ .

[٥] الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٩٧/٣ .

[٦] الصنعاني : سبل السلام ١١٤٣/٣ .

١ ــ ضعف أدلة الحنفية ومن وافقهم، وذلك من جهتين:

أ ــ إن ما استدلوا به من حديث المغيرة بن شعبة، لا يصلح للاحتجاج، فقد ضعفه الألباني وغيره.

ب ــ إن ما استدلوا به من قول علي ــ رضي الله عنه ــ في امرأة المفقود " هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق، مُعارض بما رُوي عنه أنه قال فيها : " تعتد أربع سنين، ثم يطلقها الولي ".

قال ابن حزم : وهذا صحيح عن علي[١].

٢ ــ موافقة أدلة القائلين بالتفريق للفقد للمبادئ الإسلامية السامية المتمثلة في رفع الحرج والضرر؛ لقوله تعالى : ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ ﴾[٢].

٣ ــ إذا ثبتت مشروعية التفريق للغيبة، فلأن تثبت للفقد من باب أولى؛ لأن المفقود غائب وزيادة.

الفرع الثالث

المدة التي تتربصها زوجة المفقود

اختلفت أقوال الفقهاء في المدة التي تتربصها زوجة المفقود، بناء على اختلافهم في حقها في التفريق، ففي حين كان اختلاف الحنفية ومن وافقهم أقرب إلى الاختلاف الشكلي، كانت الهوة كبيرة بين الحنفية ومن وافقهم في عدم التفريق بين المفقود وزوجته، وبين المالكية ومن وافقهم القائلين بجواز التفريق، وذلك على النحو التالي :

أولاً ــ أقوال الفقهاء :

القول الأول : يحكم القاضي بموته بعد تسعين سنة من يوم وُلد، أو يُقدر بموت أقرانه من أهل بلده،ثم تعتد زوجته للوفاة من وقت الحكم بموته، وهذا ما ذهب إليه الحنفية[٣].

---

[١] ابن حزم : المحلى ١٣٧/١٠ .

[٢] سورة المائدة : جزء الآية ٦ .

[٣] مصطفى الطائي : كنز البيان ص ٢١٩ .

القول الثاني : لا يحكم القاضي بموت المفقود حتى تقوم بينة بموته، أو تمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، فيجتهد الحاكم ويقضي بموته، وبانقضاء المدة يجوز لامرأته الزواج من غيره، وهو قول الشافعية[١].

القول الثالث : تختلف المدة عند المالكية باختلاف مكان الفقد وسببه، وذلك على النحو التالي:

١ ــ المفقود في دار الإسلام، تؤجل زوجته أربع سنين، بعد البحث عنه، والعجز عن خبره.

٢ ــ المفقود في أرض الشرك؛ كالأسير، تبقى زوجته لانتهاء مدة التعمير.

٣ ــ المفقود في الفتن بين المسلمين، تعتد زوجته بعد انفصال الصفين.

٤ ــ المفقود في الفتن بين المسلمين والكفار يؤجل سنة بعد النظر والكشف عنه.

والجدير ذكره أن زوجة المفقود تعتد عدة وفاة عندهم في الحالات الأربع، إلا أنهم يرون تقدير الشارع وقوع طلاق المفقود؛ ليُفيتَها عليه مع احتمال حياته قبل دخول الزوج الثاني[٢].

القول الرابع :

تختلف المدة عند الحنابلة باختلاف نوع الغيبة، وذلك على النحو التالي :

١ ــ المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك؛ كالذي يخرج لقضاء حاجة بين أهله ويرجع، فلا يرجع، أو كالذي يخرج للصلاة في المسجد فلا يرجع، وحكمه أن زوجته تتربص أربع سنين، ثم تعتد عدة الوفاة.

٢ ــ المفقود في حالة ظاهرها السلامة؛ كالمسافر في تجارة، أو طلب العلم، وحكمه أن زوجته تتربص مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش أكثر منها، ويقدر ذلك بتمام تسعين ولد، ثم تعتد زوجته عدة وفاة، ثم تحل للأزواج[٣].

أدلة القولين الأول والثاني :

استدل الحنفية والشافعية فيما ذهبوا إليه من مدة التربص، بما استدلوا به على عدم

---

[١] الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٦/٣ ، ٢٧ ، ٣٩٧ .

[٢] انظر حاشية الدسوقي : ٤٣٠/٣ ، ٤٣٦ .

[٣] البهوتي : كشاف القناع ٤٢١/٥ ، ٤٢٣ .

جواز التفريق[١].

أدلة القولين الثالث والرابع :

الذي يظهر أن حجة المالكية والحنابلة فيما ذهبوا إليه من أن مدة التربص هي أربع سنين، هو العمل بمذهب عمر ــ رضي الله عنه ــ، وحكمه في امرأة المفقود بذلك[٢].

قال ابن تيمية : "والصواب في امرأة المفقود مذهب عمر ــ رضي الله عنه ــ، وغيره من الصحابة، وهو أن زوجته تتربص أربع سنين، ثم تعتد للوفاة، ويجوز لها أن تتزوج بعد ذلك، وهي زوجة الثاني ظاهراً وباطناً "[٣].

القول المختار :

الذي أميل إليه هو **أن زوجة المفقود تتربص أربع سنين للحكم بموته في جميع الأحوال**، وذلك للأسباب الآتية :

١ ــ إن ما ذهب إليه الحنفية والشافعية من تربص زوجة المفقود تسعين سنة، أو أن يقدر بموت أقرانه، أو أن يتقين من وفاته، قد بُني على ما ذهبوا إليه من عدم استحقاق الزوجة استدامة الوطء[٤]، ولما كان الحكم بموته يترتب عليه مفاسد عظيمة؛ كتوريث ماله، فإن ذلك دفعهم إلى انتحاء هذا المنحى، الأمر الذي جعلهم يجانبون الصواب؛ لأنه لم يصح لهم دليل من كتاب أو سنة على إبقاء الزوجة معلقة تسعين سنة أو ما يزيد، ومَن الذي سيقدم على الزواج من عجوز تربصت هذه المدة فوق ما قضت من عمرها قبل مدة التربص ؟! والحق أن المصلحة تقتضي خلاف ذلك؛ لاسيما وأن في مرونة الشريعة الإسلامية، وصلاحها لكل زمان ومكان[٥]، متسعاً لما يَجِدُّ من الحوادث.

---

[١] انظر ص ١١٥ وما بعدها من هذا البحث.

[٢] انظر أدلة المالكية والحنابلة على جواز التفريق للفقد، ص ١١٦ من هذا البحث.

[٣] ابن تيمية : الاختيارات الفقهية ص ٢٨١ .

[٤] انظر ص ٧١ وما بعدها من هذا البحث .

[٥] إن مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحها لكل زمان ومكان، لابد وأن يظهر في مثل هذه المواضع؛ لكيلا يكون لأصحاب الأهواء، ومقلدي الغرب ثغرة يدخلون من خلالها إلى بيوتنا وعقول نسائنا، لذلك فقد رأى السرطاوي أن تكون المدة التي تتربصها زوجة المفقود لا تزيد عن سنة. انظر شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ٢٠٨/٢ .

٢ ــ إن ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من التفريق بين أنواع المفقودين على أساس معيار القرب والبعد، أو معيار غلبة السلامة أو الهلاك، مردودٌ بأنه لم يرد عن عمر ــ رضي الله عنه ــ التفريق بين أنواع المفقودين، كما أن كل حالة يُفْقَدُ فيها الإنسان تحتمل السلامة كما تحتمل الهلاك؛ لذلك فإن الأولى معاملة جميع أنواع المفقودين معاملة واحدة؛ لأن المعيار الذي يستوجب النظر، هو ما يلحق بالمرأة من ضرر جراء هذا الفقد[١].

إن ما ذهب إليه القائلون بإباحة التفريق للفقد يرجع إلى الحكم بموت المفقود، مع أن المالكية يقدرون وقوع الطلاق، وإن كانت المرأة تعتد عدة وفاة[٢].

لذلك فأنني أرى ضرورة النظر إلى المرأة التي تضررت من فقد زوجها، وتخشى على نفسها الانحراف، بما لا يتعارض ومبادئ الشريعة الإسلامية، فتُعامل كزوجة الغائب، ويحكم بفسخ نكاحهما، أو تطليقها منه بعد سنة من فقده، وتعتد عدة الطلاق دون التعرض للحكم بوفاته، وذلك للأسباب الآتية :

١ ــ إن المفقود غائب وزيادة، فإذا حكمنا بالتفريق بعد سنة من الغياب، فإن الحكم بالتفريق للفقد بعد هذه المدة يكون من باب أولى.

قد يقول قائل إن هذا القول يفتح الباب للمرأة لتتخلص من زوجها المفقود بعد فترة زمنية قصيرة، فيُرد عليه بأن إجازة ذلك جاء لدفع مفسدةٍ أعظم؛ وهي حفظ بعض النساء اللاتي ابتلين بقلة الصبر وضعف العزيمة من الانحراف، ولا أدلَّ على ذلك من أن مجتمعنا ملئ بالنساء اللاتي توفي أزواجهن وهن في مقتبل العمر، فمكثن يربين أولادهن، ولم يفكرن في الزواج مرة أخرى.

٢ ــ إن القول بأن الغائب قد يكون قاصداً للضرر، بخلاف المفقود، مردود بأن المعيار الذي يجب النظر إليه هو مدى تضرر المرأة من هذا الغياب ، وهو من الأمور التي يُرجع فيها للمرأة؛ لأنها هي التي يقع عليها الضرر.

---

[١] انظر عبد الكريم زيدان : المفصل ٨/٤٥٥ .

[٢] انظر حاشية الدسوقي : ٣/٤٣٠ .

قال الدسوقي : " وبقيت زوجة الأسير، ومفقود أرض الشرك، للتعمير إن دامت نفقتهما، وإلا فلهما التطليق، كما لو خشيتا الزنا " وقد جاء قوله في امرأة المفقود في الفتن بين المسلمين والكفار أنها تؤجل سنة[١].

٣ ــ إن الحكم بالتطليق أو فسخ النكاح، لا يتعرض لمال المفقود، فيبقى على ملكه ما لم تظهر بينة بموته، أو يحكم به باجتهاد الحاكم.

٤ ــ إن المرأة التي تطلب التفريق للفقد بعد سنة من غياب زوجها يفوتها نصيبها من تركته؛ لعلمها عدم تعرض الحكم لماله، فلا تقدم على طلب التفريق إلا من تضررت من فقد زوجها مع عدم احتمالها ولا قدرتها الصبر على غيابه.

موقف قانون الأحوال الشخصية :

نصت المادة (١١٩) من قانون حقوق العائلة على حكم زوجة المفقود، حيث جاء فيها: " يُحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده، وإذا كان الزوج غائباً في دار الحرب، يُفرق القاضي بينهما بعد مرور سنة، اعتباراً من رجوع الفريقين المتحاربين وأَسْرَاهم إلى بلادهم، وعلى كلتا الحالتين فالزوجة تعتد عدة وفاة، اعتباراً من تاريخ الحكم، وأما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التي يُحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً "[٢].

ويلاحظ على هذه المادة ثلاثة أمور : ــ

١ ــ إن القانون قد أخذ بمذهب القائلين بالتفريق للفقد، وهم المالكية والحنابلة.

٢ ــ إن المادة (١١٩) قد فرَّقت بين أنواع المفقودين، ونصَّت على حكم نوعين منهم، ثم فوضت القاضي في أمر المدة التي يحكم بعدها بالتفريق بالنسبة لباقي أنواع المفقودين.

٣ ــ بَيَّنت المادة (١١٩) أن عدة زوجة المفقود هي عدة الوفاة في جميع الحالات.

وتمشياً مع ما ترجح لدي من أن المدة التي تتربصها زوجة المفقود للحكم بوفاته أربع سنوات في جميع حالات الفقد، فإنني أقترح تعديل المادة (١١٩) لتُصبح على النحو التالي :

---

[١] انظر حاشية الدسوقي : ٣٣٤/٣ ، ٣٣٦ .

[٢] مجموعة القوانين الفلسطينية : ١٢٢/١٠ .

النص المُعدل :

" يُحكم بموت المفقود بعد أربع سنين من تاريخ فقده، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان حياً أو ميتاً، وتعتد زوجته عدة الوفاة اعتباراً من تاريخ الحكم "[١].

أما فيما يختص بزوجة المفقود التي تضررت من غيبته، ولا تستطيع احتمال الضرر، فإنني أقترح لذلك إضافة نص يتوافق مع ما ذهب إليه فقهاء المالكية، وانتصرتُ له؛ مراعياً في ذلك عدم الإضرار بالزوج.

النص المقترح :

" لزوجة المفقود طلب التفريق إلى القاضي بعد سنة من غيابه، ويجري عليها أحكام زوجة الغائب، دون التعرض للحكم بوفاة المفقود، أو تركته، وتعتد زوجته عدة طلاق".

المطلب الثالث

الإجراءات الاحتياطية لمصلحة الغائب والمفقود

يتضح مما سبق أن الغائب نوعان :

الأول : من كان معلوم محل الإقامة، وهذا يمكن مراسلته وحضوره، كما يمكن أن يوكل من ينوب عنه في المرافعة، وإبداء الأعذار، أو في التطليق، أو في نقل زوجته إليه.

الثاني : الغائب الذي ليس له عنوان معروف، أو المفقود الذي تجهل حياته أو موته، فهذا لابد من اتخاذ إجراءات احتياطية في حقه، تكون بديلاً عن الأعذار بالمراسلة، وقد انفرد المالكية بالنص على بعض هذه الوسائل، وضرورة اتباعها.

فقد جاء في مَعرض حديثهم عن امرأة المفقود، أن القاضي يبحث عنه في الأماكن التي يُظن ذهابه إليها، ويرسل كتاباً لحكام تلك الأماكن، يشتمل على اسمه وصفته وحرفته؛ ليُفتش عنه في محلته[٢].

---

[١] انظر راتب عطا الله الظاهر: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، المادة : (١٣١) ص ١٣٢ .

فإذا كان العمل بهذه الإجراءات واجباً في حق المفقود مجهول الحال، فلأن يُعمل بها في حق الغائب من باب أولى.

وقد سلك المختصون بتقنين الأحكام هذا المسلك؛ كما أضافوا وسائل أخرى متطورة لتُواكب تطور العصر؛ استنباطاً مما ذهب إليه المالكية.

موقف قانون الأحوال الشخصية :

جَسَّدَ القانون ما ذهب إليه المالكية من إجراءات لمصلحة الغائب والمفقود، وزاد عليها وسائل أخرى[١]؛ كإعلان الدعوى في أحد الصُحف الرسمية، والتحري عن الغائب أو المفقود في دائرة الشرطة، وسؤال مختار محلته، أو شيخ قبيلته عنه، فقد جاء الحديث عن تبليغ المدعى عليه الغائب، في المادة (٢١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ما نصه :

" وإذا لم يكن له محل إقامة معلوم، أو محل سكن معلوم، أو في دار حرب، أو بلد يحتله العدو، ويتُحرى عنه من مختار محلته أو قريته، أو شيخ قبيلته، وفي دعاوى التفريق يتحرى عنه أيضاً في دائرة الشرطة، والمحاكم الشرعية في المنطقة، فإذا لم يعثر عليه اكتفى بإعلان الخصوم بأمر رئيس المحكمة في ديوان المحكمة، وفي جريدة محلية "[٢].

وهناك إجراءان آخران نص عليهما القانون، ولم ينص عليها الفقهاء؛ لاختلاف الزمان، وهما :

١ ــ تبليغ الأحكام والقرارات التي تصدر بحق الغائب إلى مختار محلته، وتعليق صورة منها في ديوان المحكمة، وإعلانها في إحدى الجرائد المحلية[٣].

---

[٢] انظر ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٦٣، ابن فرحون : تبصرة الحكام ١٣٠/١، حاشية الدسوقي ٤٣٠/٣ .

[١] في ظل تطور وسائل الاتصال فإنه يمكن إضافة وسيلة أخرى غير الوسائل المذكورة، وهي : التحري عن المكان الذي انتقل إليه عن طريق الجهات المختصة بالمعابر والحدود، ومن ثم مراسلة سفارة بلده في البلد الذي انتقل إليه؛ للتحري عنه، خاصة وأن معظم دول العالم تطالب الأجنبي ببيان العنوان الذي سيقيم فيه قبل السماح له بدخول البلد، كما أن أجهزة الاستخبارات في جميع دول العالم، تعتني في هذا الزمان بمراقبة الأجانب، ورصد تحركاتهم في بلدها.

[٢] انظر مجموعة القوانين الفلسطينية : ١٢٩/١٠ .

[٣] انظر المادة (٢٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، مجموعة القوانين الفلسطينية ١٢٩/١٠ .

وهذا الإجراء يمنح الغائب الفرصة لاستئناف الحكم الصادر ضده، سواء في قضايا التفريق، أو غيرها.

٢ ــ القضايا والأحكام التي فيها حق لله، وهو الحق العام الشرعي؛ كالنسب، والتفريق بين الزوجين، وفسخ عقد الزواج، تُرفع الأحكام وجوباً لمحكمة الاستئناف الشرعية لتدقيقها، إذا لم يستأنفها أحد الطرفين ضمن المدة المقررة؛ لأن تلك الأحكام أولى وأحق في التدقيق الوجوبي من تلك المتعلقة بحق القاصرين وفاقدي الأهلية، وإنْ تعلق حق الله في جميعها[١].

يتضح من هذا الإجراء، أن قضايا التفريق قد نالت القسط الوافر من الاحتياط، سواء كان المدعى عليه حاضراً أم غائباً، وهذه نظرة ثاقبة من القائمين على تقنين الأحكام الشرعية وأصول المحاكمات؛ لتحقيق العدل، لأن المدعى عليه قد لا يجد ما يُنفق على ملاحقة الدعوى من مصروفات، وقد يجهل ما له من حقوق في استئناف الدعوى، فيضيع حقه، وقد يكون الحكم مجانباً للصواب؛ كأن يُبنى على أساس خاطئ، أو يفقد أحد الشروط، فَيُهدَّرُ بذلك حقٌّ من حقوق الله، وهو التفريق بين الزوجين بدون حق ولا وجه شرعي.

المطلب الرابع

مفهوم الحبس، ومشروعية التفريق بسببه

أتناول في هذا المطلب الحديث عن مفهوم الحبس المقتضى للتفريق، ومشروعية التفريق بسببه، وموقف قانون الأحوال الشخصية من ذلك في ثلاثة فروع :

الفرع الأول

مفهوم الحبس

أ ــ لغة :

الحَبْسُ : المَنْعُ، يقال حَبَسَ فُلاناً حَبْساً : مَنَعَه وأَمْسَكَهُ، والحَبْسُ ضد التخلية، والحَبْسُ والمَحْبَسَةُ بمعنى المكان الذي يُحَبْسُ فيه[٢].

---

[١] قرار إداري رقم ٩٦/٦، محمد ناجي بن فؤاد فارس : تعاميم قاضي القضاة ونائبه ص٣٨ ، انظر راتب عطا الله الظاهر : المادة (١٣٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني ص ٩١.

ب ــ اصطلاحاً :

لم أقف عند أحد من العلماء على تعريف للحبس، ولعل السبب في ذلك، هو دلالة المعنى اللغوي على الاستعمال الفقهي لكلمة الحبس، حيث جاء ذكره مقترناً بالمفقود عند الحديث عن حكمهما فيما يخص زوجتيهما، فأشبه المفقود من جهة تضرر زوجته من عدم تمكنه من أداء ما عليه من حقوق نحوها.

وعليه فإن المحبوس هو : " **من عُوقب بتقييد حريته مدة سنتين فأكثر بحكم نهائي، أو بالاعتقال** ".

الفرع الثاني

مشروعية التفريق بسبب الحبس

اختلف الفقهاء في جواز التفريق للحبس على قولين :

القول الأول :

لم يرد عن الحنفية والشافعية نص خاص بحكم زوجة المحبوس والأسير، إلا أنه يُفهم مما ذهبوا إليه عند حديثهم عن زوجة المفقود، أنهم لا يجيزون التفريق لزوجة المحبوس والأسير مهما طالت مدة الحبس، فقد جاء في تعريف الحنفية للمفقود بأنه : " من غاب عن أهله أو بلده، أو أَسره العدو، ولا يدري أحي هو أو ميت .... "[١].

وجاء عن الشافعي في مَعرض حديثه عن امرأة المفقود : " فكذلك عندي امرأة الغائب، أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف، بإسار عدو أو بخروج الزوج ... "[٢].

فإذا كان هذا قولهم في الأسير المجهول الحياة أو الموت، ففي المحبوس المعلوم الحياة، ووقت خروجه من حبسه، من باب أولى .

القول الثاني :

---

[٢] ابن منظور : لسان العرب مادة (حبس) ١٩/٣ ، وانظر الفيروز آبادي : القاموس المحيط، باب العين وفصل الجيم والحاء ٢١٣/٢ ، سعدي أبا جيب : القاموس الفقهي، حرف الحاء ص ٧٥ .

[١] مصطفى الطائي : كنز البيان ص ٢١٩ .

[٢] الشافعي : الأم ٢٢٥/٥ .

لامرأة الأسير والمحبوس أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق، وذلك بعد مرور سنة على حبسه، وهو قول المالكية، فقد جاء في حاشية الدسوقي ما نصه : " وبقيت زوجة الأسير ومفقود أرض الشرك للتعمير[١]، إن دامت نفقتهما، وإلا فلهما التطليق، كما لو خشيتا الزنا "[٢].

القول الثالث :

يجوز لزوجة المحبوس والأسير طلب التفريق إلى القاضي، وذلك بعد مرور أربع سنين على حبسه، وهو قول ابن تيمية.

فقد جاء في الأخبار العلمية عنه : " وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتضٍ للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، 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 فرقته كالقول في امرأة المفقود بالإجماع"[٣].

وقول ابن تيمية في امرأة المفقود هو : " والصواب في امرأة المفقود مذهب عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة، وهو أنها تتربص أربع سنين، ثم تعتد للوفاة، ويجوز لها أن تتزوج بعد ذلك "[٤].

أدلة القول الأول :

لم أقف للحنفية والشافعية على أدلة إلا أنه يُمكن الاحتجاج لهم بما استدلوا به من أدلة عقلية على عدم جواز التفريق للفقد[٥].

أدلة القول الثاني :

استدل المالكية بالقياس :

---

[١] أي المدة التي لا يعيش أكثر منها، وقدر بسبعين سنة، أو ثمانين.

[٢] حاشية الدسوقي : ٤٣٤/٣ .

[٣] علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد الدمشقي : الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ص ٢٤٧ .

[٤] علاء الدين الدمشقي : المرجع السابق ص ٢٨١ .

[٥] انظر ص ١١٥ وما بعدها من هذا البحث.

إن المحبوس كالغائب بجامع أن كلاً منهما تتضرر زوجته ببعده عنها، الأمر الذي يُخشى معه تعرضهما للفتنة[١].

أدلة القول الثالث :

لم أقف على حجة ابن تيمية فيما ذهب إليه، إلا أنه يُفهم من قوله إجراء قياسين :

الأول : قياس ترك الوطء على الإيلاء، بجامع حصول الضرر في كل منهما.

وأما الثاني : فهو قياسه امرأة المحبوس على امرأة المفقود، بجامع الضرر اللاحق بكل منهما جراء عدم انتفاعها بزوجها.

القول المختار :

أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه المالكية من **جواز التفريق للحبس بعد مرور سنة على حبس الزوج**، وذلك لما يلي :

إن قياس زوجة المحبوس على زوجة المفقود قياس مع الفارق، وعلى هذا فإن قياسها على زوجة الغائب أولى من قياسها على زوجة المفقود؛ لأمرين :

١ ــ إن كلاً من الغائب والمحبوس معلوم الحال، وحياته متحققة، خلافاً للمفقود المجهول الحال، فتفارقا.

٢ ــ إن حكم زوجة المفقود، أنها تعتد للوفاة، وهذا يعني الحكم بموته، فخالف المحبوس من هذا الوجه أيضاً، إذْ لم يقل أحد من أهل العلم بالحكم بموت الأسير؛ ليُسمح لزوجته بالزواج.

الفرع الثالث

موقف قانون الأحوال الشخصية

نصت المادة (٩٦) من قانون حقوق العائلة على حق المرأة في طلب التفريق لحبس زوجها، حيث جاء فيها : " لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة

---

[١] انظر حاشية الدسوقي : ٤٣٤/٣ .

ثلاثة سنين فأكثر، أن تطلب إلى القاضي بعد مُضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه، وللقاضي تطليقها عليه طلقة بائنة "[١].

ويتضح مما نصت عليه المادة أمران :

الأول : اشترطت للتفريق بسبب الحبس أربعة شروط :

١ ــ أن تكون العقوبة بالسجن مقيدة للحرية، يخرج من ذلك الاعتقال المنزلي، أو ما يُسمى بالإقامة الجبرية.

٢ ــ أن يكون الحكم الصادر ضد الزوج حكماً نهائياً، أي أنه استنفذ جميع طرق الطعن المتاحة؛ كالطعن أمام محكمة الاستئناف، والمحكمة العليا، وبقى الحكم في إطار المدة التي يُسمح التفريق لأِجلها، أو أن تنقضي مدة الطعن بدون استغلال الطعن.

٣ ــ أن يكون الحكم بحبس الزوج مدة ثلاث سنوات فأكثر.

٤ ــ أن تمضي سنة على الأقل من تاريخ حبس الزوج؛ ليحق للزوجة التقدم بطلب التفريق.

الثاني : إن التفريق للحبس يقع طلاقاً بائناً، وقد ترجح لديَّ وقوع التفريق للغياب فسخاً، ولما كان الأصل الفقهي للتفريق للحبس قياسَه على التفريق للغيبة، فإني أميل إلى جعله فسخاً.

هذا بالنسبة لزوجة المحبوس بحكم نهائي فوق ثلاث سنوات، أما زوجة المعتقل بدون حكم، فقد صدر في حقها القرار الإداري رقم (**٩٨/٢٩**) اعتماداً على الفتوى الصادرة عن ديوان الفتوى والتشريع، حيث جاء فيه : " يجب على كل محكمة أن تقبل دعوى أي زوجة تطلب التطليق من زوجها المحبوس، والذي أمضى ثلاث سنوات في السجن ولو بدون صدور حكم نهائي بحقه "[٢].

والأمر الذي يستوجب التوقف، هو اشتراط أن يكون الحكم للحبس ثلاث سنوات فأكثر، مع أن القانون قد أعطى لزوجة المحبوس الحق في التقدم بطلب التفريق بعد مرور سنة من الحبس.

---

[١] مجموعة القوانين الفلسطينية : ص ١١٩ .

[٢] محمد ناجي فارس : تعاميم قاضي القضاة ونائبه ص ٦٦ .

أما زوجة المعتقل بدون حكم، فلا يحق لها التقدم بطلب التفريق إلا بعد مرور ثلاث سنوات على الاعتقال، فهذان حكمان مختلفان لزوجتين وقع عليهما الضرر من ابتعاد الزوج عنهما أكثر من سنة.

وقد يقول قائل إن المعتقل يُنتظر إخلاء سبيله في كل حين، بخلاف من صدر الحكم بحقه حكماً نهائياً، والجواب عن ذلك أن تبدل الأحوال وتغير الزمان ينافي هذا القول، فكم من سجين حُكم عليه بالحبس عشر سنوات أو أكثر، ثم أخلي سبيله قبل من اعتُقل لمدة ثلاث سنوات بدون حكم، رغم أن اعتقالهما كان في آن واحد؛ لأن السجين مُعرض للعفو العام، أو حصول تبادل للأسرى، بخلاف المعتقل الذي لا ينفك عنه التحقيق؛ رجاء الإطاحة به، وإثبات التُهم المنسوبة، إليه وإن طالت مدة اعتقاله.

ولما كانت الثلاث سنوات المنصوص عليها، مبناها الاجتهاد وتجويز النظر بحسب الأصلح، فإنني أرى تعديل هذه المادة بما يتناسب مع زوجة الأسير والمعتقل، وذلك بجعل المدة التي يجوز لزوجة المحبوس طلب التفريق بعدها سنتين، وقد سبق إلى ذلك قانون الأحوال الشخصية السوداني، حيث جاء في المادة (**١٩٠**) منه :

" يجوز لزوجة المحبوس بحكم نهائي لمدة سنتين فأكثر، طلب التفريق من زوجها، ولا يحكم لها بذلك، إلا بعد مُضي سنة من تاريخ الحبس "[١].

النص المعدَّل :

" لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم نهائي بعقوبة مقيدة للحرية مدة سنتين فأكثر أن تطلب إلى القاضي التفريق بعد مرور سنة من حبسه، فيفسخ نكاحهما، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه، وتسري هذه المادة على المعتقل الذي قضى مدة سنتين بدون حكم ".

---

[١] إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم : الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ص ٢٤٤.

المبحث الثاني

التفريق بسبب الإعسار بالمهر والنفقة والمسكن

ويتكون من أربعة مطالب :

المطلب الأول : التفريق بسبب الإعسار بالمهر .

المطلب الثاني : التطليق لعدم الإنفاق.

المطلب الثالث : حالة الزوج وأثرها في التطليق لعدم الإنفاق .

المطلب الرابع : التطليق للإعسار بالمسكن .

المطلب الأول

التفريق بسبب الإعسار بالمهر[١]

يدور الحديث في هذا المطلب حول مشروعية التفريق للإعسار بالمهر، وبيان شروطه، وموقف القانون الفلسطيني من مشروعيته، وذلك في ثلاثة فروع :

الفرع الأول

مشروعية التفريق للإعسار بالمهر

اختلف الفقهاء في حكم التفريق لإعسار الرجل بمهر زوجته، وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول : لا يحق للمرأة طلب التفريق للإعسار بمعجل مهرها، إلا أنه يحق لها أن تمنع زوجها من الوطء ودواعيه قبل التمكين برضاها، وإخراجها، أو السفر بها، وهذا ما ذهب إليه الحنفية[٢].

القول الثاني : يحق للزوجة التي لم تقبض مهرها المعجل قبل التمكين من نفسها طلب التفريق من زوجها، إلى جانب حقها في منع نفسها منه، ويؤجله القاضي إذا ثبت عسره، فإن لم يحصل له يسار طلَّق عليه، فإن دخل بها لم يكن لها التطليق للإعسار، وإليه ذهب المالكية[٣].

---

[١] المَهْرُ في اللغة : من المهارة والإجادة وحسن التقدير، ويسمى صداقاً، والجمع مُهور، يُقال : مَهْرُ المرأة يَمْهُرَها ويمْهُرها مَهْراً : أي ساق لها مهرها، ويُقال أصَدقُ المرأة حين تزوجها : أي جعل لها صداقاً. ابن منظور : لسان العرب ، مادة (صدق) ٣١٠/٧ ، ومادة (مهر) ٢٠٧/١٣ ، انظر محمد بن أبي بكر الرازي : مختار الصحاح، مادة (مهر) ص ٦٣٨ ، ابن منظور بن أحمد الأزهري : تهذيب اللغة، مادة (مهر) ٢٩٨/٦ .

أما المهر في الاصطلاح فهو : " اسم للمال الذي تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء ". ا بن عابدين : رد المحتار ٣٠/٤ ، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٢٠/٣ .

[٢] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٢٥/٢ وما بعدها، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري : البحر الرائق ٣١٢/٤ .

[٣] انظر ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٦٢ ، حاشية الدسوقي ١٣٩/٣ وما بعدها.

القول الثالث : إذا أعسر الرجل بمهر زوجته المُعجل قبل الدخول، فلها الخيار في فسخ النكاح، أما إن كان الإعسار بعد الدخول، فإن أصحاب هذا القول اختلفوا فيه على وجهين، أحدهما ليس لها الفسخ، والثاني أن لها الفسخ مطلقاً، وهذا قول الشافعية والحنابلة[١].

أدلة القول الأول :

استدل الحنفية بالمعقول :

إن المهر ليس مقصوداً أصلياً في النكاح، بل هو تابع، والمرأة تستطيع تحصيله بواسطة القاضي، ولها أن تحبس نفسها عن زوجها، كما يحق للبائع حبس المبيع، وإن كان التفريق لا يجوز للعجز عن النفقة، فبالعجز عن المهر من باب أولى[٢].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بجواز التفريق لعدم قبض المهر المعجل قبل الدخول بالقرآن والمعقول :

أ ــ القرآن :

١ ــ قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ ﴾[٣].

٢ ــ وقوله تعالى : ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾[٤].

وجه الدلالة : إن مجموع النصين يفيد بأن الأزواج مأمورون بأداء المهر في مقابلة البضع؛ وعليه فإن المهر شرط لصحة الدخول، والحل الوارد في قوله " أحللنا " جاء بسبب ما يتقدمه من بذل المهر، فإذا لم يُقبض توقف الحل[٥].

ب ــ المعقول :

إن الصداق في مقابلة البضع، كالثمن في مقابلة السلعة، فإذا أفلس الرجل بالمهر كان

---

[١] انظر الشيرازي : المهذب ٦٢/٢، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٤٤٤/٣، ابن قدامة : المغني ١٧٢/١٠، شمس الدين محمد بن الزركشي : شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٢٨٩/٥ .

[٢] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٢٥/٢ وما بعدها، ابن نجيم : البحر الرائق ٣١٢/٤ .

[٣] سورة الأحزاب : جزء الآية ٥٠ .

[٤] سورة النساء : جزء الآية ٤ .

[٥] انظر الكشناوي : أسهل المدارك ٣٩٠/١ .

لزوجته حق الفسخ كما أن للبائع حق فسخ العقد عند إفلاس المشتري، وبقاء السلعة على حالها[١].

أدلة القول الثالث :

استدل الشافعية والحنابلة بالمعقول من وجهين :

١ ــ إن النكاح معاوضة، فإذا تعذر الوصول إلى عوض العقد قبل تسليم المُعَوض، كان لها الفسخ، كما لو أعسر المشتري بالثمن قبل تسليم المبيع[٢].

٢ ــ إن البُضع لا يتلف بوطء واحد، فجاز لها الفسخ، والرجوع إليه.

واعتُرض عليه بأن مهر الزوجة المدخول بها يُعد كسائر الديون؛ لصيرورة العوض ديناً في الذمة[٣].

القول المختار :

الذي أميل إليه هو قول المالكية القاضي **بأن للزوجة حق التفريق إذا لم تقبض معجل مهرها قبل الدخول، وأنه ليس لها ذلك بعد الدخول،** وذلك لسببين يختص الأول بالمرأة المدخولة، والثاني بغير المدخولة، وذلك على النحو التالي :

١ ــ إن تسليم المرأة نفسها لزوجها برضاها قبل قبض مهرها، يعتبر قبولاً منها بتأخير حقها، فوجب عليها إمهاله إلى حين ميسرة.

٢ ــ إن زوجة المعسر بالمهر قبل الدخول بين ثلاثة أمور :

الأول : أن تمنع نفسها من زوجها المعسر بالمهر إلى أن يحصل له يسار، فتكون كالمعلقة، وهذا ما ذهب إليه القائلون بعدم جواز فسخ النكاح.

الثاني : أن تُسلم نفسها للزوج المعسر بالمهر، فلا يَشُقُ عليه بعد ذلك أن يزيل هذا النكاح بأدنى ما يعترضه من العقبات، فلا تحصل المقاصد المرجوة من النكاح، فضلاً عما في ذلك من خطر إتلاف البضع دون مقابل[٤].

---

[١] انظر حاشية الدسوقي : ١٣٠/٣ ، ١٤٠ .

[٢] انظر الشيرازي : المهذب ٦٢/٢ ، ابن قدامة : المغني ١٧٢/١٠ .

[٣] الشيرازي : المهذب ٦٢/٢ ، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج ٤٤٤/٣ .

[٤] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٠٨/٢ ، ابن قدامة ١٧١/١٠ .

الثالث : أن تمنع المرأة نفسها من زوجها المعسر، ويؤجله القاضي باجتهاده، فإن استمر عجزه فسخ نكاحهما.

ولا شك أن هذا الأخير أصلح وأرفق بالزوجين، لا سيما وأن المرأة التي لا يجد زوجها ما يدفعه لها مهراً تزهد فيه، ويعتريه نقص في نظرها ــ إلا من رحم الله من نساء المسلمين ــ فيكون فسخ النكاح خيراً للزوجين؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ ﴾[١].

الفرع الثاني

شروط التفريق بسبب الإعسار بالمهر

إن إباحة التفريق للإعسار لا تتوقف على الإعسار فحسب، بل لا بد من توفر الشروط المرافقة لذلك، والتي نص عليها القائلون به، وهي على النحو التالي :

١ ــ أن يكون الصداق واجباً على الزوج وجوباً معجلاً، والإعسار ببعض المعجل كالإعسار بجميعه، أما إن كان وجوبه مؤجلاً؛ كأن يشترط في العقد تأجيله إلى زمن معلوم، لم يكن للزوجة عندها طلب التفريق[٢].

٢ ــ ألا يكون للزوج مال ظاهر، وإلا أُخذ منه حالاً[٣]

٣ ــ أن يُتلوم[٤] له إذا صَدَّقته زوجته في دعواه الإعسار، أو أثبته بالبينة، وقد جاء عن المالكية أن مدة التلوم ثلاثة عشر شهراً، وقيل يترك تقدير المدة لاجتهاد القاضي بالنظر[٥].

---

[١] سورة النساء : جزء الآية ١٣٠ .

[٢]، [٣] انظر حاشية الدسوقي : ١٣٩/٣ ، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٢٢/٣، ٤٤٤ ، ابن قدامة : المغني ١٧٢/١٠ .

[٤] التَّلَوُّم : الانتظار والتلبث، يقال تَلَوَم في الأمر: أي تمكث له وانتظر. ابن منظور : لسان العرب، مادة (لوم) ٣٦٠/١٢ .

[٥] انظر حاشية الدسوقي : ١٤٠/٣ .

٤ ــ اتفق القائلون بالتفريق بسبب الإعسار بالمهر على وجوب حكم قاضٍ بـه؛ لأنـه فصل مُجْتَهد فيه[١]، وذهب الشافعية في قول إلى جواز التفريق من المرأة بنفسها عند العجز من الرفع إلى القاضي أو عدمه للضرورة[٢].

الفرع الثالث

موقف القانون من التفريق بسبب الإعسار بالمهر

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني لقضية الإعسار بالمهر، ولعل السبب في ذلك هو ندرة المنازعات في الموضوع في زمن وضع القانون؛ لعدم المغالاة في المهور، وتسامح الناس فيها آنذاك، أما في زماننا فقد تبدلت أحوال الناس، حيث أصبحنا في عصر تَشْغَلُ فيه المادة الحيز الأعظم من حياتنا، فإذا أضفنا إلى ذلك ارتفاعَ معدلات البطالة، وازدياد نسبة الفقر، فإن أسباب عدم تسليم المهر متوفرة، واحتمال التنازع من أجله قائم، وقد صادفتُ ذلك حقيقة واقعة[٣].

لذلك كله فإن من الضروري أن تُصاغ مادة خاصة تُضم إلى القانون الفلسطيني تعالج هذه المشكلة، وأقترح أن تكون على النحو التالي :

النص المقترح[٤] :

---

[١] انظر حاشية الدسوقي : ١٤٠/٣، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٤٤٤/٣، ابن قدامة : المغني ١٧٢/١٠ .

[٢] الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٤٤٤/٣ .

[٣] لقد اضطر والد فتاة أن يدفع لزوج ابنته ألف دينار أردني كي يطلقها؛ لأنه لم يستطع أن يدفع لها مهراً، أو يجهز لها بيتاً، وتركها كالمعلقة، ويلجأ الناس في كثير من الأحيان إلى القضاء العرفي لإقناع الزوج بالطلاق؛ لعدم وجود نص قانوني يعالج المشكلة.

[٤] سبق إلى ذلك قانون الأحوال الشخصية الأردني، انظر راتب عطا الله الظاهر : مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، مادة (١٢٦) ص ١٣٠ .

أ ــ " إذا ثبت قبل الدخول والخلوة الصحيحة عجز الزوج الحاضر بإقراره، أو بالبينة، عن دفع المهر المعجل كله أو بعضه، فللزوجة أن تطلب من القاضي فسخ الزواج، ويمهله القاضي شهراً

إن كان ممن لا يُرجى يساره، وثلاثة أشهر إن ظن يساره[١]، فإن انقضى الأجل، واستمر عجزه، يفسخ النكاح بينهما ".

ب ــ " يُعذر الزوج الغائب إن كان معلوم محل الإقامة، ويُضرب له أجل، فإن انقضى الأجل، ولم يحضر، أو يرسل المهر، فسخ القاضي زواجهما، وإن كان مجهول محل الإقامة، ولا مال له فللقاضي فسخ النكاح بعد الإعلان دون إمهال ".

المطلب الثاني

التطليق لعدم الإنفاق[٢]

أتناول في هذا المطلب بيان مشروعية التطليق بسبب الإعسار بالنفقة، أو منعها بأي وجه آخر، ثم أذكر الشروط التي وضعها الفقهاء لجواز التطليق، وأختم ببيان نوع الفرقة الواقعة به، وموقف القانون منه، وذلك في ثلاثة فروع :

الفرع الأول

مشروعية التطليق لعدم الإنفاق

إن امتناع الرجل من أداء ما عليه من نفقة لزوجته[٣] يعود لأكثر من سبب، فقد يكون معسراً بها، وقد يكون ممتنعاً رغم يساره، إلا أنه قد أخفى ماله، وقد يكون ممتنعاً وله مال

---

[١] للقاضي أن يعمل بالقرائن الدالة على إمكان اليسار؛ كأن يكون الزوج صاحب عمل، أو من ذوي الدخل الثابت، وأما من لا يُرجى يساره، فللقاضي أيضاً أن يُمدد الشهر إلى ثلاثة أشهر إذا تبين حصوله على عمل، أو قام بدفع جزء من المهر قبل انقضاء الشهر.

[٢] الإنْفَاقُ : هو الإخراج والصرف، ويقال أَنْفَقَ المال : صرفه، ونَفِقَ الشيء نَفَقاً : فَنِيَ، وأَنْفَقْتُهُ : أَفْنَيْتُهُ، والنَّفَقَةُ : ما أُنْفِق . انظر ابن منظور : لسان العرب، مادة (نفق) ٢٤٢/١٤ وما بعدها، الفيومي المقري: المصباح المنير، مادة (نفق) ص ٣١٨، الرازي : مختار الصحاح، مادة (نفق) ص ٦٧٤ .

[٣] المراد بنفقة الزوجة : هو ما يفرض لها من طعام وكساء ومسكن في مال زوجها .

ظاهر، الأمر الذي أدى إلى اتفاق الفقهاء في حالة، واختلافهم في غيرها، وذلك على النحو التالي :

أ ــ موضع الاتفاق :

إذا امتنع الرجل عن الإنفاق على زوجته، وطلبت إلى القاضي تطليقها منه، وكان له مال ظاهر من جنس النفقة أو من غيرها، فلا يحق لها طلب التطليق، وإذا طلبته لا تجاب إليه، والزوج الحاضر والغائب سواء؛ لأن حصولها على النفقة ممكن بالتنفيذ في ماله الظاهر، ومنعه من ظلمه تعين سببله، فلا يُصار إلى التطليق[١].

ب ــ موضع الخلاف :

إذا لم يكن للزوج مال ظاهر يمكن تنفيذ النفقة فيه، سواء كان معسراً أو مخفياً ماله؛ فهل لزوجته طلب التطليق ؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : لا يُفرق بين الزوجين بعجزه عن النفقة، وتؤمر بالاستدانة عليه، وهو قول الحنفية والظاهرية[٢].

القول الثاني : إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته، ولم تصبر عليه، فلها طلب التطليق، وذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[٣].

أدلة القول الأول :

استدل المانعون من التطليق للعجز عن النفقة بالقرآن، والسنة، والمعقول :

أ ــ القرآن الكريم :

---

[١] انظر ابن عابدين : رد المحتار ٢٩٢/٥ وما بعدها، حاشية الدسوقي : ٤٩٤/٣ ، محمد الزهري الغمراوي : السراج الوهاج على متن المنهاج ص ٤٥٦، البهوتي : كاف القناع ٤٧٨/٥ وما بعدها، ابن حزم : المحلى ٩/١٠ .

[٢] ابن نجيم : البحر الرائق ٣٢/٤ ، ابن حزم : المحلى ٩٤/١٠ وما بعدها .

[٣] انظر الحطاب : مواهب الجليل ٥٦٤/٥ ، شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي : جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين الشهود ١٧٢/٢ ، البهوتي : كشاف القناع ٤٧٦/٥ .

١ ــ قال تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً ﴾[٤].

وجه الدلالة : إن المعسر غير قادر على الإنفاق فلا يكلف به، ولا يكون ظالماً بعدم إيقاع الطلاق، فلا تظلمه بإيقاع الطلاق عليه[١].

ويُمكن الرد عليه بأن القائلين بالتطليق لا يقولون بتكليفه بالإنفاق حال إعساره وعجزه، بل غاية ما في الأمر هو دفع الضرر الواقع على زوجته، وهذا لا يتأتى حال إعساره إذا لم يسرحها بإحسان إلا بالتطليق عليه[٢].

٢ ــ قوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾[٣].

وجه الدلالة : إن غاية ما يقال في نفقة الزوجة أنها دين في الذمة، وقد أعسر بها الزوج، فتكون الزوجة مأمورة بالصبر حتى يحصل له يسار[٤].

ورُد عليه بأن قوله " **فنظرة إلى ميسرة** " عائد إلى ما استقر ثبوته في الذمة، وهي لا تستحق الفسخ بما استقر ثبوته في الذمة من ماضي نفقتها، وإنما تستحقه بالنفقة الحاضرة التي لم تستقر في الذمة، فلم تتوجه إليها الآية[٥].

ب ــ السنة :

ما رُوي عن جابر بن عبد الله أنه قال : (دخل أبو بكر يستأذن على رسول الله ــ ﷺ ــ فوجد الناس جلوساً ببابه لم يؤن لأحد منهم، قال : فأن لأبي بكر فدخل، ثم أقبل عمر فأستأذن فأذن له، فوجد النبي ــ ﷺ ــ جالساً حول نسائه واجماً ساكناً، قال : فقال لأقولنَّ شئياً أُضحك النبي ــ ﷺ ــ فقال : يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة، فقمت

---

[٤] سورة الطلاق : الآية ٧ .

[١] الجصاص : أحكام القرآن ٤٦٣/٣ .

[٢] انظر عبد الكريم زيدان : المفصل ٤٧٩/٨ .

[٣] سورة البقرة : جزء الآية ٢٨٠ .

[٤] ابن الهمام : فتح القدير ٣٩١/٤ .

[٥] الماوردي : الحاوي الكبير ٤٥٦/١١ .

إليها فوجْأتُ[٦] عنقها، فضحك رسول الله ــ ﷺ ــ وقال : **هن حولي كما تــرى يــسألنني النفقة**، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول :

تسألن رسول الله ــ ﷺ ــ ما ليس عنده، فقلن : والله لا نسأل رسول الله ــ ﷺ ــ شيئاً أبدا ليس عنده، ثم اعتزلهن عليه الصلاة والسلام شهراً أو تسعاً وعشرين...)[١].

وجه الدلالة : لو كان التفريق بين الزوجين بسبب الإعسار جائزاً لما ساغ لأبي بكر وعمــر ضرب ابنتيهما بحضرة رسول الله ــ ﷺ ــ؛ لمطالبتهما له بالنفقة التي لا يــستطيعها، ولمــا اعتزلهن النبي ــ ﷺ ــ[٢].

ويمكن الرد عليه بأن النبي ــ ﷺ ــ لم يُعدم النفقة، وأن زوجاته لسن كغيرهن مــن النساء؛ لما لهن من خصوصية اكتسبنها بزواجهن من النبي ــ ﷺ ــ؛ لقوله تعالى: ﴿يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِّنَ النِّسَاءِ﴾[٣].

ج ــ المعقول :

إن حق الزوج يبطل بالتطليق عليه، وحق المرأة يتأخر بعدمــه، والأول أقــوى فــي الضرر؛ لأن النفقة تصير ديناً بفرض القاضي، فيُستوفي في الزمان الثاني، وفوت المال تابع في النكاح، فلا يلحق بما هو مقصود، وهو التناسل، فلا يقاس العجز عن الإنفاق على العجــز عن الجماع في المجبوب والعنين[٤].

ويمكن الاعتراض عليه بأن الضرر الذي يلحق بالمرأة بتأخير النفقة أعظم من ضرر الرجل بإبطال حقه؛ لتوقف الحياة على النفقة، ولأن عدمها قد يــدفع المــرأة إلــى ارتكــاب الفاحشة.

---

[٦] وجَأتُ : من وجَأ بمعنى ضَرَبَ، والوجْءُ : اللكز والضرب، ابن منظور : لسان العرب، مــادة (وجــأ) ٢١٤/٥ .

[١] صحيح مسلم : (١٨) كتاب الطلاق، (٤ ــ٥) باب بيان أن تخييره امرأته لا يكون طلاقاً إلا ببينة حــديث (٤٧٨) ٦٤/١٠ .

[٢] انظر محمد أبا زهرة : الأحوال الشخصية ص٣٤٩ وما بعدها، إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم : الوســيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ص ٢٣٢ .

[٣] سورة الأحزاب : جزء الآية ٣٢ .

[٤] المرغيناني : الهداية ٣٢٢/٢ ، ابن نجيم : البحر الرائق ٣١٢/٤ .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بحق المرأة في التطليق إذا أعسر زوجها بالنفقة بالقرآن، والسنة، والأثر، والمعقول :

أ ــ القرآن الكريم :

١ ــ قوله تعالى : ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[١].

وجه الدلالة : إن الإمساك مع ترك الإنفاق ليس من الإمساك بمعروف، فيتعين التسريح بإحسان؛ لأن المخير بين أمرين إن عجز عن أحدهما تعين عليه الآخر[٢].

٢ ــ قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴾[٣].

وجه الدلالة : إن زوجة المعسر تتضرر بإمساكه مع عدم إنفاقه عليها، فلم يكن له إمساكها[٤].

ب ــ السنة :

أخرج البخاري عن أبي هريرة ــ رضي الله عنه ــ قال : قال رسول الله ــ ﷺ ــ " **أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول المرأة : إما أن تطعمني وإما أن تطلقني...** "[٥].

وجه الدلالة : استَدل بقوله : " إما أن تطعمني، وإما أن تطلقني " مَنْ قال يُفرَق بين الرجل وامرأته إذا أعسر بالنفقة، واختارت الزوجة فراقه[٦].

ج ــ الأثر :

---

[١] سورة البقرة : جزء الآية ٢٢٩ .

[٢] انظر الماوردي : الحاوي الكبير ٤٥٥/١١ ، بهاء الدين المقدسي : العدة شرح العمدة ٥٧٧/٢ .

[٣] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣١ .

[٤] انظر الماوردي : الحاوي الكبير ٤٥٥/١١ .

[٥] صحيح البخاري : (٦٩) كتاب النفقات، (٢) باب وجوب النفقة على الأهل حديث رقم (٥٣٥٥) ١٧٢٤/٤.

[٦] العسقلاني : شرح صحيح البخاري ٦٢٨/١٠ .

١ ـــ رُوي عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب ــ رضي الله عنهما ــ " كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، يأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا، أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا "[٧].

وجه الدلالة : أن عمر بن الخطاب ــ رضي الله عنه ــ خيَّر الجنود بين الإنفاق على زوجاتهم أو تطليقهم، فدل ذلك على عدم جواز احتباس المرأة مع عدم الإنفاق، وإن كان الزوج غائباً.

٢ ــ ما رُوي عن أبي الزناد، قال : " سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، قال : يُفرق بينهما، قلت : سُنة ؟ قال سعيد بن المسيب : سُنة[١].

قال الشافعي ــ رحمه الله ــ والذي يشبه قول سعيد : " سنة " أن تكون سنة رسول الله ــ ﷺ ــ[٢].

د ــ المعقول :

١ ــ إن الله تعالى قد فرض على الزوج نفقة امرأته، ومضت بذلك سنة رسول الله ﷺ ، فلم يكن له حبسها على نفسه يستمتع بها، ويمنعها عن غيره تستغني به، وهو مانعٌ ما فُرض لها عليه عاجز عن تأديته[٣].

٢ ــ إن النفقة حق مقصود لكل نكاح، فوجب أن يستحق الفسخ بإعوازه؛ كالاستمتاع من المجبوب والعِنِّين، وهو أولى من وجهين :

الأول : إن البدن يقوم بترك الجماع، ولا يقوم بترك الغذاء، فلما ثبت الخيار بفوات الجماع، كان ثبوته بفوات النفقة أولى، وربما وقعت المرأة في الفاحشة بسبب عدم الإنفاق.

---

[٧] البيهقي : السنن الكبرى، كتاب النفقة، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ٤٦٩/٧ .

[١] البيهقي : السنن الكبرى، كتاب النفقة، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ٤٦٩/٧ .

[٢] الشافعي : الأم ١١٥/٥ .

[٣] الشافعي : المرجع السابق .

الثاني : إن الاستمتاع في الجماع مشترك بين الزوجين، والنفقة مختصة بها، فلما ثبت الخيار في الحق المشترك، كان ثبوته في المختص أولى[٤].

القول المختار :

الذي أميل إليه، هو أن للمرأة الحقَّ في طلب التطليق إذا عجز زوجها عن الإنفاق عليها، ولم تستطع الصبر عليه، وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة؛ للأسباب الآتية :

١ ــ إن القول بحق المرأة في التطليق لعدم الإنفاق، يتفق مع المبادئ والقواعد العامة التي أرستها الشريعة الإسلامية، والتي تدل على الحفاظ على النفس البشرية، وحمايتها من الهلاك، ورفع الضرر عنها، لقول النبي ــ ﷺ ــ : " **لا ضرر ولا ضرار** "[١].

٢ ــ قوة أدلة القائلين بالتطليق، وسلامة معظمها من الاعتراض في مقابل ضعف أدلة المانعين من التفريق، وإمكان الرد عليها.

٣ ــ إن النبي ــ ﷺ ــ لم ينكر على زوجاته مطالبتهن له بالتوسيع عليهن في النفقة، بل إن الله تعالى قد أمره بتخييرهن بين المكث مع قلة النفقة، وبين الطلاق، وذلك في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾[٢].

الفرع الثاني

شروط التطليق لعدم الإنفاق

لم يكتفِ القائلون بجواز التفريق لإيقاعه بسببه المباشر، وهو عدم الإنفاق، بل اشترطوا شروطاً لابد من توافرها، وهي على النحو التالي :

---

[٤] الماوردي : الحاوي الكبير ٤٥٥/١١ وما بعدها، وانظر تقى الدين أبا بكر الدمشقي : كفاية الأخيار ١٤٩/٢.

[١] سبق تخريجه ص ٩ من هذا البحث .

[٢] سورة الأحزاب : الآية ٢٨ .

١ ــ أن يحكم القاضي بوجوب نفقتها على زوجها المعسر، ويتلوم له باجتهاده، فإن استمر عجزه طلق عليه للنفقة الحاضرة دون الماضية؛ لصيرورتها ديناً في ذمته[٣].

٢ ــ أن يعجز الزوج عن نفقة المعسرين، ولو كانت الزوجة غنية[٤].

٣ ــ اشترط الشافعية في الأظهر من مذهبهم، والحنابلة، أن يثبت إعساره بغلبة الظن بالبينة المعتبرة شرعاً[١].

٤ ــ اشترط المالكية ألا تعلم فقره عند العقد وترضى به، وذلك بأن يشتهر أمره؛ كأن يكون من أهل الفاقة والسؤال[٢].

الفرع الثالث

نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق، هل هي فرقة طلاق أم فسخ ؟[٣]، وذلك على قولين :

القول الأول :

إن كل طلاق يوقعه القاضي فهو بائن، إلا طلاق المُولي، والمعسر بالنفقة، وهو قول المالكية.

واشترطوا لصحة الرجعة أن يجد في العدة يساراً يقوم بواجب مثلها لا دونه، واختلفوا في قدر الزمن الذي إذا أيسر بنفقته كان له الرجعة، فقيل شهر، وقيل نصف شهر، وقيل يوم، واختلفوا في صحة الرجعة إذا لم يثبت يساره، ورضيت الزوجة بذلك.

---

[٣] انظر حاشية الدسوقي : ٤٩٤/٣ وما بعدها، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٤٤٤/٣ وما بعدها، ابن قدامة : المغني ٣٦٣/١١ .

[٤] انظر الحطاب : مواهب الجليل ٥٦٥/٥ ، تقى الدين الدمشقي : كفاية الأخيار ١٤٩/٢، ابن قدامة : المغني ٣٦٣/١١ .

[١] انظر تقى الدين الدمشقي : كفاية الأخيار ١٥٠/٢ ، ابن قدامة : المغني ٣٦٢/١١ .

[٢] انظر الحطاب : مواهب الجليل ٥٦٤/٥ ، حاشية الدسوقي : ٤٩٤/٣ وما بعدها.

[٣] انظر الفرق بين نوعي الفرقة ص ١٥ وما بعدها من هذا المبحث.

قال ابن عبد السلام[٤] : ينبغي أن تُؤول هذه الأقوال على ما إذا ظن أن يقدر على إدامة النفقة بعد ذلك[٥].

القول الثاني :

الفرقة التي يوقعها القاضي لعدم الإنفاق هي فرقة فسخ، ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة[١].

والذي أميل إليه هو قول المالكية؛ لِمَا في ذلك من تضييق لدائرة الطلاق ، إذا أيسر الزوج وأراد مراجعة زوجته.

المطلب الثالث

حالة الزوج، وأثرها في التطليق لعدم الإنفاق

نظراً لاختلاف أحوال الناس، واختلاف الأسباب المانعة من وصول الزوجة إلى حقها في النفقة، فقد اختلف الفقهاء في الحكم بالتطليق؛ بناءً على اختلاف هذه الأحوال، وهذا ما أتناوله بالدراسة في هذا المطلب في فرعين :

الفرع الأول

امتناع الزوج الموسر الحاضر عن الإنفاق

---

[٤] ابن عبد السلام : محمد بن عبد السلام بن يوسف من فقهاء المالكية، كان إماماً حافظاً عالماً بالحديث، له أهلية الترجيح، ولي قضاء الجماعة بتونس، وأخذ عنه جماعة كابن عرفة ونظرائه. من تصانيفه " شرح جامع الأمهات لابن الحاجب في الفقه" وله ديوان فتوى. انظر الزركلي : الأعلام ٧٦/٧.

[٥] حاشية الدسوقي : ٤٩٦/٣ ، الحطاب : مواهب الجليل ٥٧١/٥ وما بعدها.

[١] الشربيني الخطيب: مغني المحتاج٤٤٢/٣، مجد الدين أبو بركات : المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ١١٦/٢ .

اختلف الفقهاء في حكم التطليق على الزوج حال حضوره ويساره، وذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إذا امتنع الزوج الحاضر من الإنفاق على زوجته رغم يساره، ورفعت أمرها إلى القاضي، فإن لم يكن له مال ظاهر يمكن تحصيل النفقة منه، يعجل القاضي عليه الطلاق، وقيل : يحبس، أو يتلوم له، فإن لم ينفق طلق عليه، وهو مذهب المالكية[٢].

القول الثاني : إذا امتنع الزوج الحاضر من الإنفاق وكان موسراً، فلا يحق لزوجته فسخ النكاح، وهو الراجح في مذهب الشافعية، وهو قول القاضي[١] من الحنابلة[٢].

القول الثالث : إذا منع الزوج الحاضر الموسر النفقة أو بعضها، وقدرت له على مال، أخذت منه كفايتها بغير إذنه، وإن لم تقدر عليه، أجبره الحاكم على ذلك، فإن تعذر تحصيل النفقة بأن غيب ماله، وصبر على الحبس، فلها فراقه، وهذا مذهب جمهور الحنابلة[٣].

أدلة القول الأول :

استدل المالكية بما ذكر آنفاً من أدلة مشروعية التطليق لعدم الإنفاق .

أدلة القول الثاني :

---

[٢] انظر الحطاب : مواهب الجليل ٥٦٤/٥ ، حاشية الدسوقي : ٤٩٤/٣ وما بعدها.

[١] القاضي هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد البغدادي بن الفراء الملقب بأبي يعلى، ولد سنة٣٨٠ هـ، ولي القضاء بدار الخلافة في العراق، حدث عنه الكثير، ومنهم ابنه القاضي أبو الحسين محمد بن محمد بن الفراء، أفتى ودرس، وتخرج به الأصحاب، وانتهت إليه الإمامة في الفقه، وكان عالم العراق في زمانه، وله مؤلفات عديدة، منها أحكام القرآن، ومسائل الإيمان، والمعتمد ومختصره، والعدة في أصول الفقه، وغيرها، توفي سنة ٤٥٨ هـ. انظر الذهبي : سير أعلام النبلاء ٨٩/١٨ وما بعدها، برهان الدين إبراهيم بن مفلح : المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد ٣٩٥/٢ .

[٢] انظر الشيرازي : المهذب ١٦٤/٢، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٤٤٢/٣، أبو البركات : المحرر في الفقه ١١٦/٢ .

[٣] انظر ابن قدامة : المغني ٣٦٤/١١، أبا البركات : المحرر في الفقه ١١٦/٢ .

استدل القائلون بعدم استحقاق المرأة الفسخ لامتناع زوجها الحاضر من الإنفاق إن كان موسراً بالمعقول :

١ ــ إن زوجة الموسر يمكنها تحصيل نفقتها من مال زوجها، فإن لم تستطع رفعت أمرها إلى القاضي لاستيفائها عن طريقه؛ بالتضييق عليه وحبسه؛ ليحمله على الإنفاق[٤].

٢ ــ إن الفسخ في المعسر لعيب الإعسار، ولم يوجد ههنا؛ كما أن الموسر في مظنة إمكان الأخذ من ماله، وإذا امتنع في يوم، فربما لا يمتنع في الغد[٥].

أدلة القول الثالث :

استدل جمهور الحنابلة بالمعقول من ثلاثة وجوه :

١ ــ إن الإنفاق من مال الزوج متعذر، فكان لها الخيار، كما في حال إعساره، وهذا أولى بالفسخ؛ لأنه إذا جاز الفسخ على العاجز عن الإنفاق وهو معذور بعجزه، فعلى الموسر الممتنع أولى.

٢ ــ إن عيب الإعسار إنما جوز الفسخ لتعذر النفقة، وهذا المعنى حاصل في الموسر الممتنع، فوجب القول بجواز الفسخ في حقه.

٣ ــ إن التزام الزوجة بالصبر مع عدم الإنفاق يُلحق بها ضرراً، فإذا أمكن إزالته بالفسخ وجبت إزالته.

وأما القول بأن الموسر يحتمل أن يُنفق فيما بعد، فهو مردود بأن المعسر يحتمل أن يغنيه الله تعالى، أو يقترض فينفق، فاستويا في الاحتمال، وكذلك في الحكم، وهو جواز الفسخ لعدم الإنفاق[١].

القول المختار :

الذي أرجحه هو ما ذهب إليه المالكية القاضي بحق زوجة الموسر الحاضر العاجزة عن تحصيل نفقتها في التطليق بعد التلوم له، وذلك لسببين :

---

[٤] انظر الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٤٤٢/٣ ، المطيعي : تكملة المجموع ١١٢/١٧ .

[٥] ابن قدامة : المغني ٣٦٤/١١ .

[١] انظر ابن قدامة : المغني ٣٦٤/١١ .

١ ــ اتفاق القائلين بالتطليق حال يسار الزوج على جوازه إذا انقطعت السُبل التي يمكن تحصيل النفقة بها، وعليه فإن خلافهم ينحصر في استنفاذ الوسائل التي يمكن تحصيل النفقة بواسطتها قبل التطليق.

٢ ــ إن القول بحبس الزوج لتحصيل النفقة ليس الطريق الأمثل لرفع الضرر عن زوجته، نعم قد يكون طريقاً إلى رفع الضرر مؤقتاً، إلا أنه يصعب اعتبار الحبس وسيلة دائمة؛ إذ لا يعقل بأن يُحبس الزوج كلما امتنع عن الإنفاق؛ لأن حياة الزوجين ستنقلب عندها إلى علاقة مادية تقوم على المشاحَّة في الحقوق والواجبات، الأمر الذي يُنافي ما يجب أن يكون عليه الزوجان من الحب والوئام والتراحم، قال تعالى : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾[٢].

الفرع الثاني

عدم الإنفاق لغياب الزوج

اختلف الفقهاء في حكم التطليق على الزوج الغائب الذي لم يترك لزوجته نفقة، ولم يُرسل لها مالاً لتنفق منه، وذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها، وشهدت لها البينة بأنه لم يترك لها شيئاً من جنس النفقة، ولم يبعث لها بشيءٍ وصلها، أُعذر إليه إن علم موضعه بأن يُرسل إليها بالنفقة أو يطلقها عليه القاضي، وإذا لم يمكن الإعذار إليه، تَلَوَّمَ له، فإن انقضى الأجل، ولم يرسل النفقة، طلقها عليه بعد حلفها يمين الاستظهار[١]، وذهب إليه المالكية[٢].

---

[٢] سورة الروم : جزء الآية ٢١ .

[١] يمين الاستظهار : ويسمى أيضاً يمين الاستبراء، وهي اليمين التي يحلفها المدعي بطلب القاضي لدفع التهمة عنه، بعد تقديم البينة في الدعوى، ويلجأ إليها القاضي إذا كانت الدعوى بحق على غائب أو ميت. انظر ابن فرحون : تبصرة الحكام ٢٣٣/١ .

[٢] انظر الحطاب : مواهب الجليل ٥٦٥/٥، حاشية الدسوقي : ٤٩٥/٣ وما بعدها .

القول الثاني : إذا غاب الزوج، ولم يترك لزوجته نفقتها، ولم يُرسل لها ما تنفق منه، وكان مكانه معلوماً، أرسل الحاكم إلى حاكم بلده ليلزمه بدفع النفقة، فإن كان مجهول الموضع؛ فلها فسخ النكاح، وهو أحد قولي الشافعية، والثاني ليس لها الفسخ، وإن جهل حاله في اليسار والإعسار[٣].

القول الثالث : إذا لم يترك الغائب لزوجته ما تنفق منه، ولم يقدر له على مال، ولم تتمكن من الاستدانة، ولا تحصيل نفقتها من وكيله إن كان له وكيل، وعُلم موضعه، راسله الحاكم بأن ينفق عليها، فإن جُهل موضعه، أو علم وتعذر تحصيل النفقة، فلها الفسخ، وإليه ذهب الحنابلة[٤].

أدلة القول الأول :

استدل المالكية على حق المرأة في التطليق لعدم إنفاق زوجها الغائب بما اُستدل به على مشروعية التطليق[١]؛ لأن مبدأ استحقاق الزوجة التطليق لعدم الإنفاق ثابت في حق الزوج الحاضر والغائب على السواء، إلا أنهما يختلفان في الإجراءات الواجب اتخاذها حال غياب الزوج.

أدلة القول الثاني :

استدل الشافعية بوجهين من المعقول :

وجه القول الأول : إن حق الفسخ يثبت للزوجة لتعذر النفقة؛ كتعذرها للإعسار.

وجه القول الثاني : إن الفسخ يثبت للإعسار بالنفقة، ولم يثبت الإعسار لغيبته، وعدم تبين حاله، فلا فسخ[٢].

---

[٣] انظر الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٤٤٢/٣ ، المطيعي : تكملة المجموع ١٦٩/٢٠ .

[٤] انظر ابن قدامة : المغني ٣٦٣/١١ وما بعدها، البهوتي : كشاف القناع ٤٧٩/٥ وما بعدها .

[١] انظر ص ١٤٠ وما بعدها من هذا البحث .

[٢] انظر الشيرازي : المهذب ١٦٤/٢ ، الماوردي : الحاوي الكبير ٤٥٧/١١ .

أدلة القول الثالث :

استدل الحنابلة بالمعقول :

إنها زوجة لم تقدر على الوصول إلى نفقتها؛ فأشبه ذلك من ثبت إعساره[٣].

القول المختار :

الذي أميل إليه هو قول المالكية القاضي **بأن لزوجة الغائب حقَّ التطليق إذا لم يترك لها زوجها نفقة، ولم يرسل لها مالاً لتنفق منه،** وذلك بعد الإعذار إليه إذا علم موضعه، والتلوم إذا جهل مكانه، وتعذر الوصول إليه، وذلك للأسباب الثلاثة الآتية :

١ ــ إن الأصل في جواز التطليق لعدم الإنفاق، هو تضرر المرأة من ذلك، وهو حاصل بالإعسار وغيره من الحالات التي يتعذر فيها على المرأة الحصول على نفقتها، ومنها غياب الزوج، وتركها بلا نفقة.

٢ ــ إن غياب الزوج المقصر في أداء النفقة يزيد من استيحاشها، مما قد يدفعها إلى الانحراف، فوجب صيانتها من الهلاك والانحراف، ولا يكون ذلك إلا بالتطليق عليه .

٣ ــ إن قول الحنابلة باستدانة المرأة لا يخلو من امتهان لها، لما فيه من ذُل السؤال؛ كما أن ذلك غير ممكن مع طول الغياب، خاصة إن جُهل موضع الزوج.

موقف قانون الأحوال الشخصية من التطليق لعدم الإنفاق :

أخذ القانون بقول المالكية، ونص في المادتين **(٩٢)** ، **(٩٣)** من قانون حقوق العائلة على الأحكام الخاصة بالتطليق لعدم الإنفاق، حيث جاء في المادة **(٩٢)** ما نصه " إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته؛ فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر، وكان موسراً، وأصر على عدم الإنفاق، طلق عليه القاضي في الحال".

وجاء في المادة **(٩٣)** " إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة، وضرب له أجلاً، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها، ولم يحضر للإنفاق عليها، طلق عليه القاضي بعد مُضي الأجل، فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه، أو كان مجهول المحل، أو كان مفقوداً، وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة، طلق عليه

---

[٣] انظر البهوتي : كشاف القناع ٤٨٠/٥ .

القاضي "[١].

ويلاحظ على هاتين المادتين أربعة أمور :

الأول : أن المادة (٩٢) اختصت بالتطليق على الزوج الحاضر الموسر بشروطه، وأهملت كيفية التعامل مع الزوج المعسر.

الثاني : نصت المادة (٩٣) على أن الغائب مجهول المحل أو المفقود يُطَلَّقُ عليه في الحال، وهذا خلاف ما نص عليه المالكية من ضرورة التلوم له.

الثالث : أن الفرقة الواقعة بسبب عدم الإنفاق هي طلاق رجعي؛ لإطلاق النص، وعدم ذكر نوعها[٢] .

الرابع : يفتقر النصان إلى بيان كيفية الرجعة وشروطها.

وللتخلص مما يعتري هذين النصين من نقص؛ فإنه لابد من إدخال بعض التعديلات، كالنص على كيفية التعامل مع الزوج المعسر الحاضر في المادة (٩٢)، والتلوم للغائب مدة لا تزيد من ضرر المرأة، وكذلك النص على كيفية الرجعة وشروطها، وذلك على النحو التالي :

أ ــ النص المعدل للمادة (٩٢) :

" إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها، ولم يكن له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، ولم يقل إنه معسر، أو قال إنه موسر وأصر على عدم الإنفاق، طلق عليه القاضي في الحال، وإذا ادعى العجز، ولم يثبته، طلق عليه حالاً، وإن أثبته أمهله مدة لا تقل عن شهر، ولا تزيد على ثلاثة أشهر؛ فإن لم ينفق طلق عليه بعد مُضي ستة أشهر من بدء إجراءات تنفيذ الحكم بالنفقة ".

ب ــ النص المعدل للمادة (٩٣) :

" إذا كان الزوج الغائب معلوم المحل، ولم يكن له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، أعذر إليه القاضي، وضرب له أجلاً، فإن لم يرسل ما تنفق منه الزوجة على نفسها، ولم

---

[١] سيسالم وآخرون : مجموعة القوانين الفلسطينية ١١٨/١٠ وما بعدها .

[٢] جاء في المادة (٧٦) من قانون حقوق العائلة : " كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون " سيسالم وآخرون : المرجع السابق ١١٦/١٠ .

يحضر للإنفاق عليها، طلق عليه القاضي بعد الأجل، وإن كان مجهول المحل، أو يصعب الوصول إليه، وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة، طلق عليه القاضي بعد الإعلان بمدة لا تزيد عن شهر، وحلف الزوجة يمين الاستظهار، وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة ".

ج ــ النص المقترح لبيان من له الرجعة بشروطها :

" تطليق القاضي لعدم الإنفاق قبل الدخول يقع بائناً، أما المدخولة فلزوجها مراجعتها أثناء العدة إذا أثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة أشهر ".

المطلب الرابع

التطليق للإعسار بالمسكن[١]

يدور البحث في هذا المطلب حول أقوال الفقهاء وأدلتهم في مشروعية التطليق بسبب عدم توفير مسكن للزوجة، وبيان الراجح منها، ثم أتناول موقف القانون من هذه المشروعية، وذلك في فرعين :

الفرع الأول

---

[١] المَسْكَنُ : من سَكَنَ، وهو مكان السُكْنَى، وسُكْنَى المرأة : المسكن الذي يُسْكِنُها الزوج إياه . ابن منظور : لسان العرب، مادة (سكن) ٣١٢/٦ .

ولم يضع له الفقهاء تعريفاً اصطلاحياً، إلا أنه يمكن تعريفه من خلال استعمالاتهم، ودلالة المغنى اللغوي بأنه " المكان الذي يقيم فيه الزوجان " .

مشروعية التطليق للإعسار بالمسكن

رغم اتفاق جمهور الفقهاء على اعتبار السُكن أحـد أنواع النفقـة الواجبة [٢]،إلا أنهم اختلفوا فيما إذا عجز الزوج عن توفير المسكن المُلائم شرعاً[٣] هل لزوجته أن تطلب التطليق منه ؟.

اختلف القائلون بالتطليق لعدم الإنفاق في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

لا يحق للزوجة طلب التطليق للإعسار بما ليس ضرورياً من أنواع النفقة؛ كالمسكن، وهو قول المالكية.

حيث جاء عن فقهائهم في معرض الحديث عن التطليق للإعسار بالنفقة ما نصه : " لا يطلق عليه إن قدر على القوت الكامل المشبع، ولو من خشن المأكول، أو خبزاً بلا إدام، وما يواري العورة ــ أي من جميع بدنها ــ من صوف أو كتان أو جلد، ولو دون ما يلبسه فقراء بلدهم "[١].

ونقل المواق عن مالك قوله : " وإن لم يجد ما يواريها إلا ثوباً من غليظ الكتان لم يفرق بينهما "

---

[٢] المرغيناني : الهداية ٣٢٠/٢، محمد عليش : شرح فتح الجليل ٣٨٧/٤، الشربيني : مغني المحتاج ٤٣٢/٣ ، ابن قدامة : المغني ٣٥٥/١١، ابن حزم : المحلى ٩١/١٠ .

[٣] تتلخص شروط المسكن الملائم شرعاً في كونه مأموناً، وذلك بأن يكون له غلق ــ ما يغلق به الباب ــ وتستطيع المرأة الاستتار فيه، وقضاء حوائجها الضرورية الشرعية؛ كالاستمتاع وغيره دون حرج، وأن تتوفر فيه المرافق الضرورية، وألا يشاركها فيه ضرة لها، وكذلك أهله إلا أن يكون أبواه كبيرين لا معيل لهما سواه، أو يكون له ابن صغير لا حاضن له سواه، فيكون المسكن شرعياً مع وجود هؤلاء، إلا إذا ثبت تضررها بوجودهم . انظر عبد الله بن مودود : الاختيار ٨/٤ ، محمد عليش : شرح منح الجليل ٣٩٥/٤، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٤٣٢/٣ . وقد نصت على هذه الشروط المواد ١٨٤ ، ١٨٥ من قانون الأحوال الشخصية، والمادة ٤١ من قانون حقوق العائلة. انظر سيسالم وآخرين : مجموعة القوانين الفلسطينية ٣٠/١٠ ، ١١٢ .

[١] محمد عليش : شرح منح الجليل ٤٠٦/٤ ، وانظر حاشية الدسوقي : ٤٩٦/٣ .

وعن ابن القاسم أنه قال : " إن كانت ذات شرف ولم يجد إلا قوتها، لا يفرق بينهما"[٢].

القول الثاني :

للزوجة فسخ النكاح للإعسار بالمسكن، وهو الأصح في مذهب الشافعية، وقول جمهور الحنابلة[٣].

القول الثالث :

لا يحق للزوجة طلب الفسخ للإعسار بالمسكن، وهو القول الثاني عند الشافعية[٤].

أدلة القول الأول :

يفهم من قول المالكية أنهم لا يجيزون التطليق لعدم المسكن؛ لأنه ليس ضرورياً، ولا يلحقها الحرج بعدمه[٥].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بحق المرأة في فسخ النكاح لإعسار زوجها بالمسكن بالمعقول من وجهين :

١ ــ إن الإنسان لا بد له من مسكن يقيه من الحر والبرد؛ لأنه مما لا بد منه، فكان كالنفقة والكسوة[١].

٢ ــ إن الزوجة يلحقها الضرر بعدم المسكن، فاستحقت الفسخ بعدمه[٢].

أدلة القول الثالث :

---

[٢] المواق : التاج والإكليل ٥٦٥/٥ .

[٣] انظر الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٤٤٤/٣ ، المطيعي : تكملة المجموع ١٦٤/٢٠ ، ابن قدامة : المغني ٣٦٣/١١ ، أبا البركات : المحرر في الفقه ١١٦/٢ .

[٤] الشربيني الخطيب : المرجع السابق .

[٥] انظر الموسوعة الفقهية : ٦٠/٢٩ .

[١] انظر الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٤٤٤/٣ ، ابن قدامة : المغني ٣٦٣/١١ .

[٢] انظر الشيرازي : المهذب ١٦٤/٢ .

استدل الشافعية لقولهم الثاني بالمعقول :

إن النفس تقوم بدون المسكن، والإنسان لا يُعدم مسجداً أو موضعاً مباحاً[٣].

واعترض عليه بأن الحوالة على المسجد ونحوه كالحوالة في النفقة على السؤال[٤].

القول المختار :

الذي أميل إليه هو القول القاضي **بأن يكون للمرأة الحق في التطليق لعدم المسكن،** وهو القول الراجح من مذهب الشافعية، وقول جمهور الحنابلة؛ للأسباب الآتية :

١ ـ إن أهم ما استدل به القائلون بعدم جواز التطليق لعدم المسكن أنه غير ضروري، وأن النفس تقوم بدونه، ويُرد عليهم بتبدل أحوال الناس، وصيرورة المسكن ضرورة ملحة من ضرورات الحياة، وأن قيام النفس بدونه، هو قيام جسدي مُجرد، لا يؤدي إلى الاستقرار، وبناء الأسرة المقصود من النكاح.

٢ ـ ثبت أن المطلقة تستحق السكنى على زوجها؛ لقوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾[٥]، فإذا كان واجباً للمطلقة، فإن وجوبه للتي في العصمة من باب أولى.

٣ ـ من أحكام النكاح أن يملُك الرجل الحق في احتباس زوجته في بيته؛ لقوله تعالى : ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾[١]، وذلك لئلا يختل النسب، ويدخل إلى نفس الزوج ما يَرِيبُهُ، وتحقيق ذلك يستلزم توفير المكان المناسب للاحتباس؛ فإذا عجز الزوج عن توفيره، فإنه مُقصر يُفوت على نفسه هذا الحق، فيؤخذ بتقصيره.

٤ ـ لما كان المسكن أحد أنواع النفقة الواجبة للمرأة على زوجها، وجب أن يكون حكمه كغيره من أنواع النفقة الواجبة، وهو جواز التطليق لعدمه.

الفرع الثاني

---

[٣] انظر الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٤٤٤/٣ .

[٤] انظر الشربيني الخطيب : المرجع السابق، ابن قدامة : المغني ٣٦٣/١١ .

[٥] سورة الطلاق : جزء الآية ٦ .

[١] سورة الأحزاب : جزء الآية ٣٣ .

موقف القانون من التطليق لعدم المسكن

لم أقف على نص في القانون الفلسطيني أو غيره يتحدث عن جواز التطليق لعدم توفير مسكن للزوجة[٢]، على الرغم من النص عليه في مذهب الإمامين الشافعي وأحمد، إلا أن القانون الفلسطيني كغيره من قوانين الدول المجاورة يُجيز التطليق لعدم الإنفاق الذي يُشترط له سبق الحكم بالنفقة المتضمنة للمسكن، والفرق بين الحكم بتوفير المسكن أو أجرته، وبين الحكم بالنفقة المتضمنة للمسكن فرق شاسع؛ لأن الحكم بمجموع النفقة قد لا يكفي أجرة مسكن، وعليه فإن الرجل قد يدفع النفقة ليُمسك زوجته إضراراً بها، بخلاف ما لو حُكم عليه بأجرة مسكن بحسب الواقع فإنه سيكون أكثر اهتماماً بتوفير مسكن لزوجته، أو يطلقها ليتخلص مما يقع عليه من نفقات مالية.

وتظهر فائدة التنصيص على جواز التطليق لعدم توفير المسكن في إزالة الضرر الواقع على المرأة بتركها بلا مسكن كالمعلقة، وتعظُم هذه الفائدة عندما يعجز الزوج عن توفير المسكن قبل الدخول؛ لقلة اهتمامه بالمرأة، وضعف الرابطة بينهما، بخلاف من قويت علاقتهما بالمعاشرة والإنجاب، فإن الزوج ــ ربَّ الأسرة ــ يكون حريصاً على توفير كل سُبل الراحة والاستقرار لأسرته.

ولذلك فإنني أقترح إضافة نص خاص بالتطليق لعدم المسكن، يضاف إلى النصوص الخاصة بالتطليق لعدم الإنفاق، وذلك على النحو التالي :

النص المقترح :

" إذا امتنع الزوج من توفير مسكن شرعي لزوجته، ولم يكن له مال ظاهر لتنفيذ الحكم بأجرته، أجَّله القاضي ثلاثة أشهر، فإن عجز عن توفيره طلقها عليه طلقة رجعية، ولا يحق للزوج مراجعتها إلا بتوفير مسكن شرعي لها ".

---

[٢] ربما يكون السبب في ذلك هو تسامح الناس، وقلة منازعاتهم فيه آنذاك، وتقبلهم لإقامة الزوجين الشابين في بيت والديه دون تحرج، إلا أن اختلاف الزمان، وتغير أحوال الناس، وحاجة الزوجين الضرورية لمسكن مستقل، يدفع إلى التنازع فيه، الأمر الذي يحتاج إلى اهتمام أكبر؛ لفصل ما قد يقع بين الناس من المنازعات.

الفصل الثالث

التفريق للأسباب مشتركة

ويتكون من مبحثين :

المبحث الأول : التفريق للضرر والشقاق .

المبحث الثاني : التفريق بسبب العيوب .

المبحث الأول

التفريق للضرر والشقاق

ويتكون من ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مشروعية التفريق للضرر والشقاق .
المطلب الثاني : شروط الحكمين وعملهما.
المطلب الثالث : موقف القانون من التفريق للضرر والشقاق.

المطلب الأول

مشروعية التفريق للضرر والشقاق

بيَّن الشارع الحكيم أن لكل من الزوجين حقوقاً لابد من استيفائها، وأن عليه واجبات لابد من أدائها، ورسم للزوجين سُبل السكن والاستقرار الدائمين، فقال ـ جَلَّ جَلَالُهُ ـ : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[١]، وقال كذلك : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[٢] كما حدد الشارع الوسائل الواجب اتباعُها لعلاج ما قد يحدث بين الزوجين من المشكلات، فخوَّل الزوج السلطة في تأديب زوجته؛ فقال تعالى : ﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾[٣].

كما أرشد الزوجة إلى ملاطفة الزوج، ومحاولة استرضائه بما يصلح الحياة الزوجية بينهما إن شعرت باعوجاجه، فقال سبحانه وتعالى : ﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾[٤].

فإذا أضرَّ الزوج بزوجته بحيث تصبح العشرة بينهما مستحيلة، أو احتدم بينهما النزاع، واستحكم الخلاف؛ فهل يجوز حينها لأي من الزوجين طلبُ التفريق ؟.

وهذا ما سيدور حوله البحث، وذلك من خلال أقوال الفقهاء، وأدلتهم، في كل من التفريق للضرر والشقاق، وذلك في فرعين :

---

[١] سورة النساء : جزء الآية ١٩ .

[٢] سورة البقرة : جزء الآية ٢٢٨ .

[٣] سورة النساء : جزء الآية ٣٤ .

[٤] سورة النساء : جزء الآية ١٢٨ .

الفرع الأول

مشروعية التفريق للضرر، وصوره

أولاً ــ معنى الضرر :

أ ــ في اللغة :

الضَرَرُ من الضُّر، وهو ضد النفع، أو سوء الحال[١] .

ب ــ في الاصطلاح :

لم أقف على تعريف للضرر عند قدامى الفقهاء، وذلك لدلالة المعنى اللغوي على المراد، فاكتفوا بذكر أمثلة له بقولهم : ما لا يجوز شرعاً كضرب الزوجة، وسبها[٢].

وقد عرفه عبد الكريم زيدان بقوله : " كل ما يلحق الأذى أو الألم ببدن الزوجة أو نفسها أو يعرضها للهلاك "[٣]، وهو تعريف مناسب للضرر المُوجب للتفريق.

ثانياً ــ أقوال الفقهاء وأدلتهم في التفريق للضرر :

انفرد المالكية بالقول : إن للزوجة طلب التفريق من زوجها إذا أضرَّ بها، ولم يرجع عن ذلك، سواء تكرر منه الضرر أم لا، كشتمها وضربها، فإذا أثبتت وقوع الضرر فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة[٤].

واحتجوا على قولهم بالسنة :

روي ابن ماجة من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت، والبيهقي من حديث أبي سعيد الخدري ــ رضي الله عنهم ــ أن رسول الله ــ ﷺ ــ قال : " **لا ضرر ولا ضرار**"[٥].

---

[١] ابن منظور : لسان العرب، مادة (ضرَرَ) ٤٤/٨ وما بعدها.

[٢] حاشية الدسوقي : ٢١٣/٣ .

[٣] عبد الكريم زيدان : المفصل ٤٣٧/٨ .

[٤] انظر ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٦٠، حاشية الدسوقي : ٢١٣/٣، محمد عليش : شرح منح الجليل ٥٥٠/٣ .

[٥] سبق تخريجه ص ٩ من هذا البحث.

وجه الدلالة : إن لفظ الحديث إخبار بمعنى النهي، أي لا يضر بعضكم بعضاً، أو ينقصه شيئاً من حقه[١]، والمعنى أن الضرر محرم، فإن وقع وجبت إزالته.

ولم أجد من الفقهاء منْ نص عليه سواهم، فدل ذلك على أنهم لا يقولون به ما لم يصل إلى حد إثارة الشقاق، والحق يقتضي أن يكون للزوجة الحق في طلب التفريق للضرر، فإن انزجر الزوج، وعاد إلى العدل، وحسن العشرة، فبها ونعمت، وأما إن تمادى في ظلمه وضرره لزوجته، وأثبتت ذلك، فما على القاضي إلا أن يرفع عنها ذلك بالوسائل المُتاحة، فإذا عُدمت جميعها، وبقى التفريق؛ صرنا إليه.

فإن قيل : ولما لا نبعث حكمين ؟ فالجواب : أن القضية واضحة والإثبات حاضر، والظالم مُصرٌ على ظلمه، فما الحكمة في بعث الحكمين ؟!.

ثالثاً ــ صور الضرر :

إن لصور الضرر المختلفة علاقةَ تناسُبٍ بوسائل الإثبات، وللوقوف على هذه العلاقة لابد من استعراض صور الضرر أولاً، ومن ثم يمكن الحديث عن طرق إثبات بعض هذه الصور، وذلك على النحو التالي :

صور الضرر المجيزة للتفريق :

١ ــ سب الزوجة وسب أبيها؛ كقوله : يا بنت الملعون، ويا بنت الكافر.

٢ ــ ضربها غير ضرب التأديب؛ كأن يضربها لغير سبب، أو يضربها بقصد التأديب ضرباً مُبرحاً.

٣ ــ هجرها بترك الكلام معها أكثر من ثلاثة أيام.

٤ ــ وطؤها في غير محل الحرث[٢].

٥ ــ إكراهها على ارتكاب المحرمات، كشرب الخمر، أو إفطار رمضان، أو رؤية الأفلام الجنسية.

٦ ــ ارتكاب الزوج الفاحشة؛ الأمر الذي يسئ إلى سمعتها وذويها.

---

[١] انظر محمد كمال الدين إمام : الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ص ١٩٢ .

[٢] انظر حاشية الدسوقي : ٢١٣/٣ ، محمد عليش : شرح منح الجليل ٥٥٠/٣ .

٧ ــ شرب الزوج الخمور، أو تعاطيه المخدرات؛ الأمر الذي يؤثر في أخلاقه ومعاملته لزوجته[١].

رابعاً ــ إثبات الضرر :

بعد تقليب النظر في صور الضرر، يتبين صعوبة إثبات العديد منها؛ كوطء الزوجة في غير محل الحرث، أو إكراهها على ارتكاب المحرمات، أو هجرها بقطع الكلام معها، أو سبها وسب أبيها؛ لأن بعض هذه الصور تُعد تركاً وامتناعاً من أداء حق؛ كالصلة بالكلام، وبعضها يستحيل الإطلاع عليه كالوطء، والبعض الآخر قلما يحدث خارج البيت، فهذه الصور وأمثالها مما يَصعُب الوقوف على حقيقته هي التي تستوجب بعث الحكمين.

أما بالنسبة لضرب الزوجة، فإنه ممكن الإثبات بغير الطرق المألوفة[٢]، وذلك بتقرير الطبيب الشرعي بعد إجراء الكشف الطبي عند حدوث الواقعة، وتحرير محضر شُرَّطي بذلك، فهذان إجراءان يمكن الارتكاز عليهما في الإثبات؛ فالتقرير الطبي يُعد من الإمارات وشواهد الحال التي يجوز الحكم بها[٣]، وأما محضر الشرطة؛ فإن فائدته تكمن في التحقق من صحة أقوال الزوجة، إذا أنكر الزوج فعلته، كأن يوجد الرجل في البيت وقت الحادث، وما يرافق ذلك من قرائن؛ كتقطيع ملابسه، أو حدوث بعض الخدوش جراء العراك، فضلاً عن ارتباكه واختلاط أقواله أثناء التحقيق.

وأما بالنسبة لإثبات الضرر الواقع من ارتكاب الزوج فعل الزنا، أو شرب الخمر، وتعاطي المخدرات، فيمكن بإثبات هذه الوقائع بطرق الإثبات الشرعية، كما أن حيازة هذه المواد كافٍ في إثبات الضرر اللاحق بالزوجة؛ لأن حيازتها دليل علي تعاطيها، أو المتاجرة بها وكلاهما يلحق بالزوجة بالغ الضرر.

هذا فيما يخص إثبات الضرر، أما إذا عجزت الزوجة عن الإثبات، فإن القاضي يقوم

---

[١] انظر جلال سعد عثمان : أحكام الأسرة بين الشرع والقانون ٢٤٣/١ وما بعدها (من واقع أحكام محكمة النقض المصرية) .

[٢] وسائل الإثبات المألوفة؛ كالإقرار والشهادة واليمين والنكول، وهو الامتناع من اليمين وعدم الإقدام عليه . محمد الزحيلي : وسائل الإثبات ص ٦٠٨ .

[٣] مستند الحكم بالإمارات وشواهد الحال، هو قوله تعالى : " إن كان قميصه قد من قُبل فصدقت وهو من الكاذبين، وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين " سورة يوسف : الآية ٢٦ ، ٢٧ ، انظر شمس الدين ابن قيم الجوزية : الطرق الحكمية في السياسية الشرعية ص ٩ وما بعدها .

ببعث الحكمين للوقوف على حقيقة الأمر، ورفع الضرر بالإصلاح أو التفريق[١] .

الفرع الثاني

مشروعية التفريق للشقاق، ونوع الفرقة به

أولاً ــ المقصود بالشقاق في اللغة :

غَلَبةُ العداوة والخلاف، وهو العداوةُ بين فريقين، والخلاف بين اثنين، وسُمي شقاقاً؛ لأن كل فريق من فريقي العداوة قصد شقاً ــ أي ناحية غير شق صاحبه[٢].

والمقصود بالشقاق ههنا، أن كل واحد من الزوجين يفعل ما يشق على صاحبه، أو أن كل واحد منهما صار في شق بالعداوة والمباينة[٣]، والمعنيان متلازمان؛ لأن نتيجة فعل كل من الزوجين ما يشق على الآخر أن يصبح كل منهما في شق بسبب هذه العداوة[٤].

ثانياً ــ أقوال الفقهاء وأدلتهم :

اتفق الفقهاء على بعض أحكام الشقاق، واختلفوا في أخرى :

موضع الاتفاق :

اتفق الفقهاء على جواز بعث الحكمين إذا وقع الشقاق بين الزوجين، وجهلت أحوالهما[٥]؛ لقوله تعالى : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا﴾[٦].

واختلفوا فيما إذا كان للحكمين سلطة التفريق بين الزوجين بناء على طلب الزوجة، وذلك على قولين :

القول الأول : إن مهمة الحكمين الإصلاح بين الزوجين، ولا سلطة لهما في التفريق، إلا أن

---

[١] حاشية الدسوقي : ٢١١/٣ .

[٢] ابن منظور : لسان العرب، مادة (شقق) ١٦٦/٧ .

[٣] الرازي : تفسير الرازي ٩٢/١٠ .

[٤] انظر عبد الكريم زيدان : المفصل ٤١٥/٨ .

[٥] ابن الهمام : فتح القدير ٢٤٤/٤ ، ابن رشد : بداية المجتهد ١٨٥/٣ ، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٦١/٣ ، ابن قدامة : المغني ٢٦٣/١٠ .

[٦] سورة النساء : جزء الآية ٣٥ .

يكونا وكيلين عن الزوجين، وهذا ما ذهب إليه الحنفية، والشافعية في الأظهر وأحمد في رواية[١].

القول الثاني : على الحكمين أن يجتهدا في الإصلاح ما أمكن، فإن تعذر ذلك، فرقا بينهما بعوض وغير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين أو رضاهما، وهذا ما ذهب إليه المالكية، والشافعي في مقابل الأظهر، وأحمد في الرواية الثانية[٢] .

أدلة القول الأول :

استدل القائلون باقتصار مهمة الحكمين على الإصلاح بالقرآن، والمعقول :

أ ــ القرآن الكريم :

قال تعالى : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾[٣].

وجه الدلالة : إن الله تعالى لم يُضِفْ إلى الحكمين إلا الإصلاح، وهذا يقتضي أن يكون ما وراء الإصلاح غيرَ مفوَّض إليهما[٤].

ب ــ المعقول :

ليس للحاكم أن يطلق، ولا يبرئ من مالها، فلا يكون ذلك لنائبه؛ لأن البُضع حق

---

[١] انظر ابن الهمام : فتح القدير ٢٤٤/٤، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٦١/٣، ابن قدامة : المغني ٢٦٤/١٠ .

[٢] انظر حاشية الدسوقي : ٢١١/٣ وما بعدها، محمد عليش : شرح منح الجليل ٥٤٨/٣ وما بعدها، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٦١/٣ ، ابن قدامة : المغني ٢٦٤/١٠ ، والجدير ذكره أن بعض المؤلفين المعاصرين قد أهمل نسبة هذا القول إلى الشافعية والحنابلة، وبعضهم نسبه إلى المالكية والحنابلة وأهمل نسبته إلى الشافعية. انظر وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ٧٠٦٠/٩، إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم : الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ص ٢٢٥ .

[٣] سورة النساء : جزء الآية ٣٥ .

[٤] انظر عبد الله النسفي : مدارك التنزيل وحقائق التأويل ٣٢٩/١ ، محمد علي السايس : تفسير آيات الأحكام ص ١٠١ ، محمد علي الصابوني : تفسير آيات الأحكام ٤٧٢/١ .

الزوج، والمال حق الزوجة، وهما رشيدان، فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بتوكيل منهما[١].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن للحكمين التفريق بين الزوجين إن تعذر الإصلاح بالقرآن، والأثر، والمعقول :

أ ــ القرآن الكريم :

قال تعالى :﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا﴾[٢].

وجه الدلالة : إن الله تعالى سماهما حكمين، ولم يعتبر رضى الزوجين؛ لأنهما حكمان لا وكيلان عمن بعثهما، ولا شاهدان[٣].

ب ــ الأثر :

روى أبو بكر بإسناده عن عبيده السلماني، أن رجلاً وامرأة أتيا علياً، مع كل واحد منهما فئام[٤] من الناس، فقال علي ــ رضي الله عنه ــ ابعثوا حكماً من أهله، وحكماً من أهلها، فبعثوا حكمين، ثم قال عليٌّ للحكمين : هل تدريان ما عليكما من الحق؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله عليَّ ولي، فقال الرجل : أما الفرقة فلا، فقال علي : كذبتَ حتى ترضى بما رضيتْ به[٥].

وجه الدلالة : في قول علي ــ رضي الله عنه ــ كذبتَ حتى ترضى بما رضيتْ به ما يدل على أنه أجبره على ذلك، فلا يتوقف حكم الحكمين على إذن الزوجين أو رضاهما[٦].

---

[١] ابن الهمام : فتح القدير ٢٤٤/٤ .

[٢] سورة النساء : جزء الآية ٣٥ .

[٣] انظر محمد عليش : شرح منح الجليل ٥٥٠/٣، إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي : تفسير القرآن العظيم ٥٠٥/١، ابن قدامة : المغني ٢٦٤/١٠ .

[٤] الفئام : من الفيئة وهي الفرقة أو الجماعة الكثيرة من الناس. ابن منظور : لسان العرب، مادة فأم ١٦٨/١٠ وما بعدها، وانظر ابن الجوزي : غريب الحديث كتاب الفاء، ١٧٣/٢ وما بعدها، ابن الأثير : النهاية في غريب الحديث والأثر، حرف الفاء ٤٠٦/٣ .

[٥] أبو بكر عبد الرازق بن همام الصنعاني : المصنف، كتاب الطلاق، باب الحكمين ٥١٢/٦ .

[٦] انظر ابن قدامة : المغني ٢٦٤/١٠ وما بعدها.

ج ــ المعقول :

لا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق، كما يقضي الدين عنه من ماله إذا امتنع، ويطلق الحاكم على المُولِي إذا امتنع[١].

القول المختار :

هو ما ذهب إليه المالكية ومن وافقهم القاضي بأنه **إذا تعذر الإصلاح بين الزوجين، كان للحكمين أن يفرقا بعوض، أو بغير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيلهما أو رضاهما؛** للأسباب الأربعة الآتية :

١ ــ وجاهة هذا القول وقوة أدلته؛ حيث جاء موافقاً لما صار عليه السلف.

٢ ــ إن قوله تعالى : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾[٢] فيه ما يشهد للقولين، فالمسألة محل اجتهاد[٣]، وتحتاج إلى النظر والموازنة بين المصالح، فإذا غلب على الظن تحقق المصلحة في التفريق، فلا يجوز تعطيل هذه المصلحة الغالبة الوقوع، خوفاً من ندور كذب الظنون[٤]، ولا شك أن المصلحة في قطع النزاع، والشقاق الدائم الذي لا تستقيم معه الحياة بين الزوجين مُقدمٌ على بقاء زواج ليس له من ماهيته إلا الاسم والعقد.

٣ ــ إن اتساع نطاق الشقاق، واستمرار النزاع بين الزوجين، يمنعان من عود الحياة الزوجية إلى سيرتها الأولى، وعليه فإن تعذر الإصلاح، وجب التفريق.

٤ ــ إن القول بعدم سلطة الحكمين في التفريق مع تعذر الإصلاح يُعد قصوراً، والشريعة الإسلامية منزهة عن ذلك؛ لقول تعالى : ﴿مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِن شَيْءٍ﴾[٥].

---

[١] انظر ابن قدامة : المغني ٢٦٤/١٠ وما بعدها.

[٢] سورة النساء : جزء الآية ٣٥ .

[٣] انظر الألوسي : تفسير الألوسي ٢٧/٥ .

[٤] انظر عز الدين بن عبد السلام السلمي : قواعد الأحكام في مضاجع الأنام ص ٦ .

[٥] سورة الأنعام : جزء الآية ٣٨ .

ثالثاً ــ حق الزوج في التفريق للشقاق :

تقدم اتفاق الفقهاء على جواز بعث الحكمين[١]، ومقصود ذلك هو إنهاء الشقاق، ورفع الضرر الحاصل من أحد الزوجين للآخر بأحد السُبل الشرعية الممكنة، وذلك قبل أن يتبين المحُق من المُبطل، فإن كان من حق الزوجة رفع شكواها إلى القاضي طالبة التفريق، فهل للزوج الحق في طلب التفريق للشقاق؟.

إن أحداً من الفقهاء لم ينص صراحة على حق الزوج في طلب التفريق للشقاق، إلا أن عبارة فقهاء المالكية تُفهم أن للزوج الحق في ذلك، فقد جاء في شرح منح الجليل ما نصه:

" إن شقاق الزوجين إن ثبت فيه ظلم أحدهما الآخر، حكم القاضي بدرء ظلم الظالم منهما"[٢] وفي ذلك ما يدل على أن للزوج الحق في طلب التفريق، بأن تكون الزوجة هي الظالمة؛ إذ لا سبيل لرفع الظلم إلا بتمكين المظلوم من رفع مظلمته إلى القاضي.

كما جاء في أسهل المدارك عند الحديث عن مهمة الحكمين ما نصه : " إن رأيا أن يَأْخُذَ من مالها حتى يكون خلعاً فَعَلا "[٣] ولا معنى لأخذ المال في مقابل الخلع إلا ثبوت حَق للزوج عند زوجته، وتحصيل الحق غير ممكن في مثل هذا الحال إلا برفع الأمر إلى القاضي.

وترسيخاً لمبدأ العدل المُستحَق لكل إنسان، بغض النظر عن جنسه، فإنني **أرى أن يكون للزوج الحق في طلب التفريق للشقاق، لاسيما وأن مجرد الطلب لا يعني بالضرورة الحصول على المُدعى به.**

ويمكن الاستدلال لهذا المعنى بالقرآن والمعقول :

أ ــ القرآن :

---

[١] انظر ص 162 من هذا البحث .

[٢] محمد عليش : شرح منح الجليل ٥٦٤/٣ .

[٣] الكشناوي : أسهل المدارك ٤٠٦/١ .

قوله تعالى :﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا ﴾[٤].

وجه الدلالة : إن الآية جاءت لعلاج ما يقع بين الزوجين من النفور والشقاق، ولم تأتِ لمعالجة نشوز الزوج وحده؛ فكما يجوز بعث الحكمين بناء على شكوى الزوجة؛ فإنه ليس ثمة ما يمنع من إعطاء هذا الحق للرجل.

ب ــ المعقول : وذلك من وجهين :

١ ــ من حق الزوج الذي حاول إصلاح زوجته وتأديبها بالوسائل الشرعية المنصوص عليها، ولم يُجْدِ ذلك معها نفعاً، أن يتخلص منها دون أن يغرم ما أنفق عليها من مهر وتوابعه، إذ ليس من العدل أن ينفق أمواله التي جمعها في عدة سنوات للتخلص من امرأة ناشز.

٢ ــ إن حرمان الزوج من حقه في طلب التفريق يُعد تشجيعاً للمرأة المشاكسة تماديها في غيها، وإعانة لها على الظلم، باستخدامها أدنى الوسائل للتخلص من زوجها، وإجباره على طلاقها دون أن تغرم شيئاً، فإذا علمتْ أن من حق الزوج طلب التفريق للشقاق، وتغريمها ما أنفقه، كان ذلك رادعاً لها، وعاملاً على إصلاحها.

رابعاً ــ نوع الفرقة :

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية في الجديد، والحنابلة، إلى أن فرقة الحكمين هي فرقة طلاق لا فسخ ، سواء كانت بعوض، أو من غير عوض[١]، ولم ينص على كونه بائناً إلا المالكية؛ لأن الطلاق الرجعي لا يرفع الضرر .

ولم أقف عند أحد منهم على تعليل، ويبدو أن السبب في ذلك هو أن الطلاق الرجعي يرفع الضرر.

ويلاحظ هنا أمران :

الأول : أن المالكية التزموا في نوع الفرقة بما وضعوه لأنفسهم من ضابط، حيث قالوا : إن كانت الفرقة بسبب مختلف فيه خارج مذهبهم، وكان الخلاف مشهوراً، أو كان مما لو أراد الزوجان الإقامة عليه لا يُمنعان من ذلك؛ فإنها فرقة طلاق.

---

[٤] سورة النساء : جزء الآية ٣٥ .

[١] انظر حاشية الدسوقي : ٢١٢/٣، السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٢٩٠ ، البهوتي : كشاف القناع ٢١١/٥ .

الثاني : أن الشافعية والحنابلة لم يلتزموا بما وضعوا لأنفسهم من ضابط، وهو أن كل ما يوقعه الحاكم من تفريق هو فسخ لا طلاق فيه[٢].

ويبدو مما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، أنهم يُفرقون بين تفريق القاضي، وتفريق الحكمين، ولعل السبب في ذلك أن الحكمين وكيلان في أحد القولين عند الشافعية، وفي الرواية الثانية عن أحمد[١]، وربما يكون السبب هو تعلق فرقة الحكمين بالمال في غالب الأحيان.

المطلب الثاني

شروط الحكمين وعملهما

يدور الحديث في هذا المطلب حول شروط الحكمين، ودورهما في كل من الإصلاح والتفريق، وذلك في ثلاثة فروع :

الفرع الأول

شروط الحكمين

لم يتوقف اهتمام الشريعة الإسلامية بالحياة الزوجية عند بعث الحكمين فحسب، بل تعدى ذلك إلى وضع شروط لابد من توفرها في الحكمين، وهي كما يلي :

١ ــ أن يكونا من أهل الزوجين ما أمكن؛ لقوله تعالى : ﴿ فَابْعَثُوا حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا ﴾[٢]؛ لأنهما إن كانا من أهلهما، كان احتمال الإصلاح أكبر؛ لعلمهما ببواطن الأمور، ووفور شفقتهما عليهما، وحرصهما على مصلحتهما، وهذا باتفاق العلماء[٣].

---

[٢] انظر ص ٢١ من هذا البحث .

[١] الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٦١/٣، ابن قدامة : المغني ٢٦٤/١٠ .

[٢] سورة النساء : جزء الآية ٣٥ .

[٣] انظر ابن الهمام : فتح القدير ٢٤٤/٤ ، محمد عليش : منح الجليل ٥٤٩/٣ ، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٦١/٣ ، بهاء الدين عبد الرحمن المقدسي : العُدة شرح العمدة ٥٨٦/٢ .

٢ ــ يشترط في الحكمين أن يكونا مسلمين، بالغين، عاقلين؛ لأن مهمتهما تحتاج إلى الرأي وإعمال النظر، وكذلك تقوى الله، والأمانة، وعدم إفشاء أسرار الزوجين[٤].

٣ ــ اشترط المالكية والحنابلة والشافعية في قول أن يكون الحكمان ذكرين؛ لأن عملهما يفتقر إلى الرأي والنظر[١].

٤ ــ اشترط المالكية والحنابلة في الحكمين أن يكونا فقيهين، عالمين بالأحكام الشرعية المتعلقة بالنشوز وضرر الزوجين[٢].

الفرع الثاني

دور الحكمين في الإصلاح

إن المقصود الأصيل من بعث الحكمين، هو إصلاح ذات البين بين الزوجين[٣]؛ لأن استمرار الحياة الزوجية، وبقاء ما بين الزوجين من المودة والرحمة، خيرٌ من تبدلهما بالبغضاء والتنافر، ولذلك جاء ذكر الإصلاح في قوله تعالى :﴿ إِن يُرِيدَا إِصْلَاحاً ﴾[٤] ، ولم يأتِ ذكر التفريق صراحة، مع أن للحاكم أن يرفع الضرر، ويحسم الخلاف بما يراه مناسباً من جمع أو تفريق، وقد جعل الحق ــ تبارك وتعالى ــ الإصلاح منوطاً بإرادة الزوجين أولاً وأخيراً، فقد جاء في تفسير قوله تعالى : ﴿ إِن يُرِيدَا إِصْلَاحاً ﴾ أن المعنى إن يرد الزوجان إصلاحاً، يوفق الله بين الحكمين حتى يعملا بالصلاح، ويوفق الله بين الزوجين[٥].

إلا أن إرادة الزوجين الإصلاح من عدمه، لا تمنع من بذل الحكمين جهدهما فيه ومحاولة تعرف أسباب الشقاق بالوسائل المشروعة والمتاحة لهما؛ كالاجتماع بالمرأة، ثم على

---

[٤] انظر حاشية الدسوقي : ٢١٢/٣ ، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٦١/٣ ، بهاء الدين المقدسي : المرجع السابق .

[١] انظر حاشية الدسوقي : ٢١٢/٣، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٦١/٣، ابن قدامة : المغني ٢٦٥/١٠ .

[٢] انظر حاشية الدسوقي : المرجع السابق، محمد عليش : شرح منح الجليل ٥٤٩/٣ ، ابن قدامة : المغني ٢٦٥/١٠ .

[٣] انظر حاشية الدسوقي : ٢١٤/٣ .

[٤] سورة النساء : جزء الآية ٣٥ .

[٥] الألوسي : تفسير الألوسي ٢٧/٥ .

الحكمين محاولة إصلاح النفوس بما يناسبها من الترغيب والترهيب؛ لإزالة أسباب الشقاق، ويستحسن البدء بالترغيب، والنصح والإرشاد، وتقوية الوازع الديني عند كلٍ من الزوجين، من خلال تذكيرهما بتقوى الله، ثم بيان ما على كل منهما من حقوق للآخر وفق ما نصت عليه الآيات والأحاديث الموضوعية، فهذه المعاني، وغيرها مما يناسب الحال، إذا قُدمت بأسلوب رقيق ولطيف، فإنها غالباً ما تترك أثراً في القلوب والنفوس، الأمر الذي يؤدي إلى رأب الصدع، وصلاح الحال، وعودة الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه قبل الشقاق[١].

الفرع الثالث

دور الحكمين في التفريق

يُعد التفريق السبيل الثاني، والمقصود البديل من بعث الحكمين؛ لما له من سلبيات تعود على الأسرة والمجتمع، فلا يُصار إليه إلا إذا تعذر الإصلاح، وأوصد ما بين الزوجين من الأبواب، ودور الحكمين في التفريق جدٌ خطير؛ لأن قرارهما به يعني انفصام عُرى الزوجية بالكلية، فقد نص المالكية على أن التفريق يكون بطلقة بائنة[٢]، كما يترتب على القرار بالتفريق إظهار المُحق من المسيء، الأمر الذي يترتب عليه تحميل المسيء منهما التبعات المالية جزاء إساءته، والحكم بالتبعات المالية، أو جزء منها، يختلف باختلاف الحالات الثلاث الآتية :

الحالة الأولى : أن تكون الإساءة من الزوج وحده، فتطلق عليه زوجته بلا خلع؛ أي بلا مال يأخذانه منها له؛ لظلمه وتعديه، وبناء عليه يكون للمرأة المطالبة بجميع حقوقها المالية؛ كمؤخر الصداق، وتوابع المهر، وكأنه طلقها بإرادته.

الحالة الثانية : أن تكون الإساءة من المرأة وحدها، فيأتمناه عليها، ويوصياه بالصبر عليها، وحسن معاشرتها، إن رأيا في ذلك صلاحاً، ولم يطلب الزوج مخالعتها، وإلا خالعا له بنظرهما في مقدار المال، وإن زاد على الصداق، إذا أراد الزوج ذلك، أو تحققت فيه المصلحة.

---

[١] انظر عبد الكريم زيدان : المفصل ٤٢٣/٨ وما بعدها .

[٢] انظر حاشية الدسوقي : ٢١٢/٣، محمد عليش : منح الجليل ٥٤٩/٣ .

الحالة الثالثة : أن تكون الإساءة من الزوجين معاً، أو يجهل الحال، وفي هذه الحالة إما أن يطلق الحكمان بلا خلع، وإليه ذهب بعض المالكية، أو يخالعا بالنظر في قدر المال، أي بنسبة إساءة كل منها، وهذا الأخير هو ما عليه جمهور المالكية[٣]، **وهو الصواب؛ لتجسيده مبدأ العدل بين الزوجين .**

المطلب الثالث

موقف القانون التفريق للضرر والشقاق

أتناول في هذا المطلب دراسة المواد القانونية، الخاصة بالتفريق للضرر والشقاق، في قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مع مقارنتها بما ترجح من أقوال العلماء، والذي يوافق ما ذهبت إليه بعض الدول المجاورة، وذلك في فرعين على النحو التالي :

الفرع الأول

حدود المشروعية القانونية للتفريق وسبيلها

أولاً ــ حدود المشروعية القانونية :

تتمثل المشروعية القانونية للتفريق بسبب الضرر والشقاق بالمادة (٩٧) من قانون حقوق العائلة، وذلك وفقاً لما جاء في مذهب الإمامين مالك، وأحمد ــ رضي الله عنهما ــ وهذا نَصُها : " إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها؛ بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها طلقة بائنة، إذا ثبت الضرر، وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب، ثم تكررت الشكوى، ولم يثبت الضرر، بعث القاضي حكمين ... "[١].

ورغم أن القانون قد أعمل مذهب الإمام مالك ومن وافقه، إلا أنه أهمل النص على حق الزوج في طلب التفريق، مع أنه قد جاء عن المالكية ما يفيد ذلك[٢]، وإليه ذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني، وعليه فإنني أقترح تعديل المادة (٩٧) لتُصبح على النحو التالي:

النص المقترح :

---

[٣] انظر حاشية الدسوقي : ٣١٣/٣ وما بعدها، محمد عليش : منح الجليل ٥٥١/٣ .

[١] انظر سيسالم وآخرين : مجموعة القوانين الفلسطينية ١١٩/١٠ .

[٢] انظر ص ١٦٦ من هذا البحث .

أ ــ " إذا وقع نزاع أو شقاق بين الزوجين، فلكل واحد منهما طلب التفريق إذا أضر به الآخر بما لا يستطاع معه دوام العشرة "[٣].

ب ــ " إذا عجز القاضي عن الإصلاح وأثبتت الزوجة إضرار زوجها بها، فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة، وإن كان المدعي الزوج، وأثبت وجود النزاع أو الشقاق؛ أجَّل القاضي الدعوى مدة لا تقل عن شهر أملاً في الصلح؛ فإن تعذر، وأصر الزوج على دعواه، أحال القاضي الأمر إلى الحكمين "[١].

ثانياً ــ سبيل التفريق :

يختلف التفريق للشقاق والضرر عن غيره من أنواع التفريق؛ لحاجته إلى التثبت والتحقق من أسباب الشقاق، ومسؤولية كل واحد من الزوجين عن ذلك، وقد سبق في النص المُعدل آنفاً ظروف بعث الحكمين، ويبقى الحديث عن شروطهما ودورهما.

أ ــ شروط الحكمين في القانون :

نصت المادة (٩٨) من قانون حقوق العائلة على شروط الحكمين؛ حيث جاء فيها :

" يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم، ممن لهم خبرة بحالهما، وقدرة على الإصلاح بينهما "[٢].

وأرى أن القانون قد أخذ بما اشترطه المالكية في الحكمين، وعليه فإنه لا حاجة إلى إدخال أي تعديل على هذه المادة.

ب ــ دور الحكمين كما نص عليه القانون :

الدور الأول : وهو تعرف أسباب الشقاق، وبذل الجهد في الإصلاح، فقد نصت عليه المادة (٩٩) من قانون حقوق العائلة؛ حيث جاء فيها : " **على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين، ويبذلا جهدهما في الإصلاح، فإن أمكن على طريقةٍ أقراها "**[٣].

---

[٣] انظر راتب عطا الله الظاهر : مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ص ١٣٢.وهذا ما اقترحه حسن الجوجو في مقال بعنوان " الشقاق بين الزوجين والتفريق للضرر بين الواقع والقضاء " انظر مجلة المنبر، مجلد ٨، عدد ٤٩/٣٠ .

[١] انظر راتب عطا الله الظاهر : مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ص ١٣٣، مصطفى السباعي : شرح قانون الأحوال الشخصية ٢٤١/١ .

[٢] انظر سيسالم وآخرين : مجموعة القوانين الفلسطينية ١١٩/١٠ .

وهذا مما لا يختلف فيه اثنان.

الدور الثاني : وهو التفريق عند العجز عن الإصلاح، وقد نصت على كيفيته المادة (١٠٠) من قانون حقوق العائلة، حيث جاء فيها : " إذا عجز الحكمان عن الإصلاح، وكانت الإساءة من الزوج أو منهما، أو جهل الحال، قررا التفريق بطلقة بائنة، وإن كانت الإساءة من الزوجة، قررا مخالعتها على كامل المهر، أو على قسم منه "[١].

ويلاحظ على هذا النص أربعة أمور على النحو التالي :

١ ــ إن القانون قد أعمل قول الأقلية من المالكية القاضي بالطلاق بلا خلع إذا كانت الإساءة منهما جميعاً، أو جُهل الحال[٢].

٢ ــ الجمع بين ثلاثة أحوال مختلفة في حكم واحد، وهذه الأحوال هي إساءة الزوج منفرداً، وإساءة الزوجين معاً، وجهل الحال، وحكمها الطلاق البائن مع تحمل الزوج جميع التبعات المالية وكأنه طلقها بنفسه.

٣ ــ عدم تغريم الزوجة شيئاً، إلا إذا تحققت الإساءة منها منفردة.

٤ ــ للحكمين الحرية في تقدير العوض الذي تدفعه المرأة، فلهما تغريمها قسماً من المهر، وليس جميعه، مع أن الإساءة منها وحدها.

ولمعالجة هذه الملاحظات، ينبغي تعديل هذا النص بما يتفق مع قول جمهور المالكية[٣]، القاضي بأن للحكمين أن يخالعا على قسم من المهر بنسبة إساءة كل من الزوجين، وأخذ به قانون الأحوال الشخصية الأردني والسوري[٤]؛ حيث جاء في الفقرات هـ ، و ، ز من المادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية الأردني ما نصه :

١ ــ " إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة، قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه، على أن لا يقل عن المهر وتوابعه، وإذا

---

[٣] انظر المرجع السابق .

[١] انظر سيسالم وآخرين : مجموعة القوانين الفلسطينية ١٢٠/١٠ .

[٢] انظر محمد عليش : شرح منح الجليل ٥٥١/٣ .

[٣] انظر محمد عليش : المرجع السابق .

[٤] راتب عطا الله الظاهر : مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، الفقرات هـ ، و ، ز من المادة (١٣٢) ص ١٣٣ ، وانظر مصطفى السباعي : شرح قانون الأحوال الشخصية ٢٤١/١ .

كانت الإساءة كلها من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة، على أن تطالبه بسائر حقوقها الزوجية، كما لو طلقها بنفسه ".

٢ ــ " إذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين، قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما، وإنْ جهل الحال، ولم يتمكنا من تقدير نسبة الإساءة، قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان أخذه من أيهما".

٣ ــ نصت الفقرة (ز) من نفس المادة على تأمين الزوجة ما يُطلب منها من عوض إن كانت هي الطالبة للتفريق، وذلك قبل إصدار قرار الحكمين به؛ ضماناً لحق الزوج، حيث جاء فيها : " **إذا حُكم على الزوجة بأي عوض، وكانت هي طالبة التفريق، فعليها أن تؤمِّنَ دفعة قبل قرار الحكمين بالتفريق، ما لم يرضَ الزوج بتأجيله، وفي حالة موافقة الزوج على التأجيل يقرر الحكمان التفريق على البدل ويحكم القاضي بذلك، أما إذا كان الزوج هو طالب التفريق، وقررا أن تدفع الزوجة عوضاً، فيحكم القاضي بالتفريق والعوض وفق قرار الحكمين**[(١)].

مسوغات تعديل القانون :

١ ــ إن جهل الحكمين المطلق بحال الزوجين غير مُتصور؛ لأن ذلك يُفرغ مهمتهما من مضمونها، وإنما الجهل المراد هنا هو التقدير الدقيق بنسبة الإساءة، وهذا لا يمنع من تقدير العوض؛ لأن قرار الحكمين في الأصل مبني على النظر وإعمال الرأي.

٢ ــ إن إعمال القول القاضي بأن يكون التفريق بلا مال إذا كانت الإساءة منهما، لا يخلو من إجحاف للزوج؛ لأنه يعاقب على إساءته بضياع ما أنفقه من مهر وتوابعه، أما الزوجة فتُتْرَكُ بلا عقاب على ما صدر منها من إساءة لزوجها.

٣ ــ إن تعديل القانون يعمل على كبح جماح المرأة وانضباطها، ويمنع من التحايل ومحاولة تضليل الحكمين؛ لأنها تعلم أنها ستحاسب على كل نسبة إساءة وإن قلت.

---

(١) راتب عطا الله الظاهر : مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، الفقرات هـ ، و ، ز من المادة (١٣٢) ص ١٣٣ ، وانظر مصطفى السباعي : شرح قانون الأحوال الشخصية ٢٤١/١ .

الفرع الثاني

الأثر القضائي لعمل الحكمين

إن لعمل الحكمين ونتائجه أثراً مباشراً على قرار القاضي؛ ذلك لأنه مبنيٌ على قرارهما، وللوقوف على هذا الأثر لابد من استعراض نتائج عمل الحكمين المتمثلة في ثلاث حالات :

الحالة الأولى : أن يقوم الحكمان بالإصلاح بين الزوجين، فيخبرا القاضي بذلك، فيحكم به، ويُنهي المحاكمة صلحاً.

الحالة الثانية : أن يتفق الحكمان على التفريق بين الزوجين، ويرفعا قرارهما بذلك للقاضي فيحكم بما حكما به ، وليس له نقضه، أو تغييره، ما لم يخالف نصوص الشريعة[١]، وإن خالف مذهبه .

والذي يبدو من هاتين الحالتين : أن قرار القاضي فيهما هو تأكيد لقرار الحكمين وتوثيق له لا غير، وهذا ما ذهب إليه القانون الفلسطيني في المادة (١٠٢) من قانون حقوق العائلة، حيث جاء فيها : " **على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه إن وافق الأصول المشروعة** "[٢].

الحالة الثالثة : أن يختلف الحكمان، فلا يصدر عنهما قرار بالاتفاق على الإصلاح، أو التفريق، أو يختلفا في العوض، ففي هذه الحالة لا يلزم مما قرره أحدهما شيء، ولا يحكم القاضي بحكم أحدهما حتى يتفقا[٣].

---

[١] انظر ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٦٠ ، حاشية الدسوقي : ٢١٤/٣، محمد عليش : شرح منح الجليل ٥٥٢/٣ وما بعدها.

[٢] انظر سيسالم وآخرين : مجموعة القوانين الفلسطينية ١٢٠/١٠ .

[٣] انظر القرطبي : أحكام القرآن ١٧٧/٥، ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٦١.

ولم ينص المالكية على الإجراءات البديلة الواجب على القاضي اتخاذها عند اختلاف الحكمين، إلا أن صائغي القانون قد استنبطوا من اشتراط اتفاق الحكمين جواز بعث غيرهما عند تعسر الاتفاق بينهما، فقد جاء في المادة (١٠١) من قانون حقوق العائلة ما نصه :

" إذا اختلف الحكمان أَمَرَهما القاضي بمعاودة البحث؛ فإن استمر الخلاف بينهما حَكَّم غيرهما "[١].

وقد اتُخِذت هذه الإجراءات المنصوص عليها عند اختلاف الحكمين، تحرياً للدقة، ووقوفاً عند النص؛ إذ اشترط حكمين، فلا يُحكم بقول أحدهما، إلا أن هذه الإجراءات تُطيل أمد المحاكمة، مما حدا بمقنني الأحكام الشرعية في الدول المجاورة إلى اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتقصير أمد المحاكمة، وذلك بضم ثالث إليهما فقد جاء في الفقرة (ح) من المادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية الأردني ما نصه : " إذا اختلف الحكمان حَكَّم القاضي غيرهما، أو ضم إليهما ثالثاً مرجحاً، وفي الحالة الأخيرة يؤخذ بقرار الأكثرية"[٢].

وجاء في المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ما نصه : " على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التي بني عليها، فإن لم يتفقا بَعثتْ معهما ثالثاً له خبرة بالحال، وقدرة على الإصلاح، وحَلَّفته اليمين ..." ثم عُدل هذا النص بالمادة (١٩) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ حيث جاء فيها :

"... للمحكمة أن تقضي في الدعوى استناداً إلى ما اتفق عليه الحكمان، أو بما انتهى إليه أحدهما، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى، وما تتخذه فيها من إجراء للإثبات "[٣].

والذي أراه أن تُستبدل المادة (١٠١) بمادة قانونية جديدة تحافظ على النصاب الشرعي والقانوني، وذلك بأن يصدر القرار بالصلح أو التفريق عن حكمين، وتقصَّر مدة المحاكمة قدر الإمكان، وذلك بأن يُنيب القاضي عنه من يحضر جلسات التحكيم في أي وقت من زمن المحاكمة، ويقوم بتدوين محضر الجلسات، فإن اختلف الحكمان صير إلى رأي مناب القاضي؛ ليرجح قول أحدهما.

---

[١] انظر سيسالم وآخرين : مجموعة القوانين الفلسطينية ١٢٠/١٠ .

[٢] راتب عطا الله الظاهر : مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ص ١٣٤ .

[٣] أشرف مصطفى كمال : قوانين الأحوال الشخصية معلقاً على نصوصها ص ٢٣٧ وما بعدها.

النص المقترح :

أ ــ " للقاضي أن يُنيب عنه من يحضر جلسات التحكيم فــي أي وقت من زمن المحاكمة، ويأخذ برأيه كمرجح عند اختلاف الحكمين ".

ب ــ " للقاضي أن يستدعي الحكمين بعد جلستين أو ثلاث من بدء مهمتهما، فــإن بدا له اختلافهما، أناب عنه من يحضر جلسات التحكيم، ويأخذ برأيه كمرجح[١] ".

مميزات النص :

١ ــ صدور القرار عن حكمين وفقاً للنص.

٢ ــ يعمل على تقصير أمد المحاكمة.

٣ ــ حضور مناب القاضي جلسات التحكيم يقلل من اختلاف الحكمين، ويعطي الزوجين ثقة وطمأنينة بقرار الحكمين.

---

[١] يمكن أن يقوم بمهمة مناب القاضي كمرجح في قضايا والنزاع الموظف المختص في دائرة الإرشاد والإصلاح الأسري التي قام بإنشائها حديثاً سماحة قاضي القضاة الشيخ تيسير رجب التميمي .

المبحث الثاني
التفريق بسبب العيوب

ويتكون من خمسة مطالب :

المطلب الأول : العيوب وبيان أقسامها وأنواعها.
المطلب الثاني: مشروعية التفريق بسبب العيوب.
المطلب الثالث: شروط التفريق للعيوب.
المطلب الرابع: وقت ثبوت الخيار ونوع الفرقة.
المطلب الخامس: موقف القانون من التفريق للعيوب.

المطلب الأول

العيوب وبيان أقسامها وأنواعها

يدور الحديث في هذا المطلب حول تعريف العيوب لغة واصطلاحاً، ثم أتناول بالذكر أقسام العيوب، وما يقع تحت كل قسم من أنواعها، وذلك في فرعين :

الفرع الأول

تعريف العيوب

أ ــ لغة :

العيوب : جمع عَيْب، والعَيْبُ والعَيْبَةُ : الوَصْمة، يُقال شيء مَعيبٌ ومَعْيُوبٌ : فيه عَيْب، ويقال عَيَّبَهُ : إذا نسبه إلى العَيْبِ[١]، وفي الكليات: هو ما يخلو عن أصل الفطرة السليمة[٢].

---

[١] ابن منظور : لسان العرب، مادة (عيب) ٤٩٠/٩، وانظر الفيومي المقري : المصباح المنير، مادة (عيب) ص ٢٢٧ .

ومنه قوله تعالى : ﴿ أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا ﴾[٣] أي أُحدث فيها خللاً أو نقصاً[٤].

ب ــ اصطلاحاً :

لم أقف على تعريف للعيب الذي يجوز التفريق بموجبه عند الفقهاء، إلا أن صاحب موسوعة الأحوال الشخصية عرفه بأنه " العيب نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين، يمنع من تحصيل مقاصد النكاح، والتمتع بالحياة الزوجية "[٥].

الفرع الثاني

أقسام العيوب وأنواعها

تنقسم العيوب من حيث نسبتها إلى الزوجين إلى ثلاثة أقسام : أولها خاص بعيوب الرجل، والثاني خاص بعيوب المرأة، والثالث العيوب المشتركة بينهما، وهي على النحو التالي :

القسم الأول : العيوب الخاصة بالرجل

اشتهر منها ثلاثة عيوب؛ هي :

١ ــ الجَبّ :

هو : القَطْعُ، والمَجْبُوبُ هو الذي استُؤصِل ذَكَره وخُصْياه، أو ذَكَره بمفرده[١].

٢ ــ العُنَّة :

---

[٢] أبو البقاء الكفوي : الكليات ص ٦٥٦ .

[٣] سورة الكهف : جزء الآية ٧٩ .

[٤] انظر القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٢٤/١١ .

[٥] معوض عبد التواب : موسوعة الأحوال الشخصية ٣٧٨/١ .

[١] ابن منظور : لسان العرب، مادة (جبب) ١٦١/٢، وانظر ابن عابدين : رد المحتار ١٦٥/٥، ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٦٢، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٢/٣، البهوتي : كشاف القناع ١٠٥/٥ .

هي : الاعتراض، يُقال عُنَّ الرجل فهو عِنِّين[٢].

وعند جمهور الفقهاء : ارتخاء في العضو يمنع القدرة على المعاشرة والمباشرة الجنسية، وسُمي العِنِّين بهذا الاسم؛ لأن ذكره يَعِن، أي يميل يميناً وشمالاً عن فرج المرأة نتيجة مرض، أو كبر، أو ضعف خِلقي[٣].

وعند المالكية : هو صِغر الذكر بحيث لا يسمح بالإيلاج[٤].

٣ ــ الخِصَاء :

هو سل الخصيتين أو انتزاعهما[١].

القسم الثاني : العيوب الخاصة بالمرأة

واشتهر منها خمسة عيوب؛ هي :

١ ــ الرَّتْقُ :

هو : ضدّ الفَتْق، والرَّتْقاء : المرأة المُنْضَمّة الفرج[٢].

وعند جمهور الفقهاء : هو تلاحم الشفرين وتلاحقهما، بحيث يكون الفرج مسدوداً بغدة من اللحم، فتتعذر معها المعاشرة[٣].

---

[٢] ابن منظور : لسان العرب، مادة (عنن) ٤٣٧/٩.

[٣] انظر ابن عابدين : رد المحتار ١٦٥/٥ وما بعدها، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٢/٣، البهوتي : كشاف القناع ١٠٥/٥ وما بعدها.

[٤] انظر ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٦٢.

[١] ابن منظور : لسان العرب، مادة (خصا) ١١٦/٤، ابن عابدين : رد المحتار ١٦٩/٥، ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٦٢، محمد بن أحمد بن بطال الركبي : النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ٥٠/٢، ابن قدامة : المغني ٥٨/١٠ .

[٢] ابن منظور : لسان العرب، مادة (رتق) ١٣٢/٥.

[٣] انظر ابن عابدين : رد المحتار ١٧٥/٥، حاشية الدسوقي : ١٠٥/٣، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٢/٣، البهوتي : كشاف القناع ١٠٩/٥.

٢ ــ القَرْنُ :

يُطلق على النتوء الموجود أعلى رأس الكبش أو الثور، وقد يكون غدة غليظة أو لحمة مُرْتَتِقة[٤].

وعند جمهور الفقهاء : هو لحم أو عظم سميك يشبه قرن الشاة، ينبت في الفرج بحيث يمنع دخول الذكر[٥].

٣ ــ الإفضاء :

من الفضاء وهو : المكان الواسع من الأرض، والمرأة المُفضْاة : مجموعة المسلكين[٦].

وعند جمهور الفقهاء : هو انخراق ما بين السبيلين[١].

٤ ــ العَفَل :

هو : نبات لحم في قُبُل المرأة، وقيل : شيء يخرج في قُبُل النساء، يُشبه الأُدْرة التي للرجال في الخصية[٢].

وعند الفقهاء : لحم يبرز في قُبُل المرأة، ينتج عنه رطوبة أو رغوة تمنع الرجل من لذة الجماع[٣].

٥ ــ البَخَرُ :

هو : الرائحة المتغيرة من الفم، وقيل : النَّتْنُ ويكون في الفم وغيره[٤].

وعند الفقهاء : رائحة مُنْتِنة تخرج من الفرج[٥].

---

[٤] ابن منظور : لسان العرب، مادة (قرن) ١٣٥/١١، ١٣٨.

[٥] انظر ابن عابدين : رد المحتار ١٧٥/٥، حاشية الدسوقي : ١٠٥/٣، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٢/٣، البهوتي : كشاف القناع ١٠٩/٥.

[٦] ابن منظور : لسان العرب، مادة (فضا) ٢٨٢/١٠.

[١] انظر حاشية الدسوقي : ١٠٥/٣، البهوتي : كشاف القناع ١١٠/٥ وما بعدها.

[٢] ابن منظور : لسان العرب، مادة (عفل) ٢٩٣/٩.

[٣] انظر حاشية الدسوقي والبهوتي : المرجعين السابقين .

[٤] ابن منظور : لسان العرب، مادة (بخر) ٣٣٠/١ .

القسم الثالث : العيوب المشتركة بين الزوجين

يقع تحت هذا القسم عيوب كثيرة، أهمها ما يلي :

١ ــ الجُنون :

هو : الستر، يقال جَنَّ الشيء يَجُنَّه جَناً : سَتَره، ويقال جَنَّ عليه الليل أي سَتَره[٦].

وعند الفقهاء : زوال الشعور من القلب، أو زوال العقل ونقصانه[٧].

٢ ــ الجُذَام :

من جَذَم، والجَذْم : القطع، والأَجْذَمُ مقطوع اليد، والجُذام من الداء تَجَذُّم الأصابع وتقطعها[٨].

وعند جمهور الفقهاء : علة يحمر منها العضو، ثم يَسْوَدّ، ثم يتقطع ويتناثر، ويُتصور في كل عضو، لكنه في الوجه أغلب[١].

٣ ــ البَرَص : داء معروف، وهو بياض شديد يقع في الجسد على شكل بقع[٢].

٤ ــ العَذْيطة :

الإخراج الغير إرادي، يقال عَذْيَط : أي أَبْدى بمعنى أخرج على غير العادة، يُقال رجل عُذْيُوطٌ، وامرأة عِذْيُوطةٌ[٣].

وعند جمهور الفقهاء : التغوط أو التبول عند الجماع[٤].

وهناك أمراض أخرى حديثة، يُمكن أن يُصاب بها أي من الزوجين، منها :

---

[٥] انظر حاشية الدسوقي : ١٠٥/٣، البهوتي : كشاف القناع ١١٠/٥ وما بعدها.

[٦] ابن منظور : لسان العرب، مادة (جنن) ٣٨٥/٢.

[٧] الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٢/٣، الزركشي : شرح الزركشي ٢٤٥/٥.

[٨] ابن منظور : لسان العرب، مادة (جذم) ٢م٢٢٢ وما بعدها.

[١] انظر ابن عابدين : رد المحتار ١٧٥/٥، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٢/٣، البهوتي : كشاف القناع١٠٩/٥.

[٢] ابن منظور : لسان العرب، مادة (برص) ٣٧٧/١، وانظر المراجع السابقة.

[٣] انظر ابن منظور : لسان العرب، مادة (عذط) ١٠٩/٩.

[٤] انظر حاشية الدسوقي : ١٠٤/٣، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٣/٣، البهوتي : كشاف القناع ١٠٩/٥.

١ ــ **فقدان المناعة " الإيدز "** : هو عبارة عن انهيار جهاز المناعة، وتوقفه عن مقاومة الأمراض، وهو مرض جنسي بالدرجة الأولى، إلا أنه ينتقل من المصاب إلى السليم بُطرق أخرى غير ممارسة الجنس؛ كنقل الدم الملوث بالفيروس، وتعاطي المخدرات بالحقن، وهو من الأمراض التي لم يكتشف علاجها إلى يومنا هذا[٥].

٢ ــ **التهاب الكبد الوبائي** : يصيب كبد الإنسان فيروسات مختلفة، صنفها علماء الطب، وأطلقوا عليها أ،ب،سى،د،هـ،جـ، ويعتبر فيروس سى أخطر هذه الفيروسات، وهو عبارة عن تليف وأورام مزمنة بالكبد، وينتقل المرض بنقل الدم الملوث، والمعاشرة الجنسية، وتعاطي المخدرات عن طريق الحقن، وكذلك يمكن انتقال المرض من الأم إلى الوليد أثناء الولادة، وإن كان ذلك بنسبة لا تزيد عن ٦%[٦].

المطلب الثاني

مشروعية التفريق بسبب العيوب

أتناول في هذا المطلب مشروعية التفريق بسبب العيوب بأبعادها المختلفة، فأبدأ بأقوال الفقهاء وأدلتهم عن المشروعية من حيث الجملة، ثم أُعرج على اختلافهم فيمن يثبت له حق التفريق من الزوجين، وأختم ببيان العيوب التي يجوز التفريق بها عند كل فريق من القائلين بمشروعيته، وذلك في ثلاثة فروع :

الفرع الأول

مشروعية التفريق للعيوب عموماً

اختلف الفقهاء في مشروعية التفريق بسبب العيوب بشكل عام على قولين :

---

[٥] انظر فهمي مصطفى محمود : وهكذا بدأ مرض الإيدز ص ٨٩، ٩١، ١٠١.

[٦] انظر محمد فريد عبد الوهاب : الالتهاب الكبدي بالفيروس "سى" ص٢٠،٢٣،٥٦ ، محمد محمد أبو شوك : مقال بعنوان " أمراض الكبد " مجلة الوعي الإسلامي، مجلد ١، عدد ٧٦/١١٦ .

القول الأول : يجوز التفريق بين الزوجين للعيوب، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[١].

القول الثاني : لا يُفرق بين الزوجين مطلقاً، سواء كان العيب في الرجل أم في المرأة، وسواء كان موجوداً عند العقد أم طارئاً بعده، ولا يؤجل له، وإليه ذهب الظاهرية والشوكاني[٢].

أدلة القول الأول :

استدل المجيزون للتفريق بين الزوجين للعيوب بالسنة، والأثر، والمعقول :

أ ــ السنة :

١ ــ روى زيد بن كعب بن عجرة قال : " تزوج رسول الله ــ ﷺ ــ امرأة من بني غفار، فرأى بكشحها بياضاً[١] فقال لها النبي ــ ﷺ ــ **البسي ثيابك، والحقي بأهلك** "[٢].

وجه الدلالة : إن هذا الخبر يثبت الرد بالبرص، وغيره من العيوب يقاس عليه؛ لأنه في معناه في منع الاستمتاع[٣].

٢ ــ روى أبو هريرة ــ رضي الله عنه ــ أن رسول الله ــ ﷺ ــ قال : " ... **وفر من المجذوم كما تفر من الأسد** "[٤].

---

[١] ابن الهمام : فتح القدير ٢٩٧/٤ وما بعدها، حاشية الدسوقي : ١٠٣/٣ ، الشيرازي : المهذب ٤٩/٢ ، ابن قدامة : المغني ٥٥/١٠ وما بعدها، ٨٢ وما بعدها .

[٢] ابن حزم : المحلى ٥٨،١٠٩/١٠، محمد بن علي الشوكاني : نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ١٧٧/٦ وما بعدها .

[١] الكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي . ابن منظور : لسان العرب، مادة (كشح) ٩٩/١٢ .

[٢] مسند أحمد : حديث (١٦٠١٢) ٦٤٨/٣ وما بعدها، البيهقي : السنن الكبرى ــ كتاب النكاح ــ باب ما يرد به النكاح من العيوب ٢١٤/٧. والحديث ضعيف الإسناد ، انظر الأرنؤوط والعرقسوسى والزيبق : مسند الإمام أحمد، حديث (١٦٠٣٢) ٤١٧/٢٥ .

[٣] الشيرازي : المهذب ٤٩/٢ .

وجه الدلالة : في الحديث نصح وتوجيه للإنسان السليم بالابتعاد عن المجذوم اتقاء الضرر، فإذا كان المجذوم أحد الزوجين فإن إضراره بصاحبه متحقق، ولا يمكن اتقاء ضرره إلا بالفسخ.

ب ــ الأثر :

١ ــ ما روي عن عمر ــ رضي الله عنه ــ أنه قال : " أيما امرأة غُرَّ بها رجل، بها جنون، أو جذام، أو برص، فلها مهرها، بما أصاب منها، وصداق الرجل على من غَرَّه "[٥].

وفي رواية أخرى : " إذا تزوج الرجل المرأة وبها جنون، أو جذام، أو برص، أو قرن، فإن كان دخل بها فلها الصداق بمسه إياها، وهو له على الولي "[٦].

٢ ــ ما روى عن عمر ــ رضي الله عنه ــ أنه قال في العنين : " يؤجل سنة؛ فإن قدر عليها، وإلا فرق بينهما، ولها المهر، وعليها العدة "[٧].

ج ــ المعقول :

العيوب تمنع المقصود بعقد النكاح، وهو الوطء، أو توجب نفرة تمنع من قربان أحد الزوجين للآخر، فجاز رفعه لفقد المقصود؛ كالعيوب المؤثرة في المبيع[١].

أدلة القول الثاني :

استدل المانعون من التفريق بين الزوجين بالسنة، والأثر، والمعقول :

أ ــ السنة :

روى ابن شهاب عن عروة بن الزبير أن عائشة أخبرته : " أن رفاعة القُرظي طلق امرأته، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، فجاءت إلى النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ فقالت : يا رسول الله : إن رفاعة طلقني فبت طلاقي، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القُرظي، وإنما

---

[٤] صحيح البخاري : (٧٦) كتاب الطب ، (١٩) باب الجذام، جزء من حديث (٥٧٠٧) ١٨٢٦/٤ .

[٥] مالك : الموطأ ٦٣/٢ .

[٦] البيهقي : السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب ما يرد به النكاح ٢١٥/٧ .

[٧] البيهقي : السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب أجل العنين ٢٢٦/٧ .

[١] انظر تقى الدين الدمشقي : كفاية الأخيار ٦٠/٢، البهوتي : كشاف القناع ١٠٦/٥ .

معه مثل الهدبة[٢]، قال رسول الله ــ ﷺ ــ : **لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك** "[٣].

وجه الدلالة : إن هذه المرأة تخبر عن زوجها أنه لم يطأها، وأن احليله كالهدبة لا ينتشر، وتشكو ذلك للنبي ــ ﷺ ــ، وتريد مفارقته، فلم يفرِّقْ بينهما، ولا أجَّل لها أجلاً[٤].

واعترض عليه : بأن المدة تضرب للرجل عند اعترافه، وطلب المرأة ذلك، ولم يوجد أي منهما، وقد روى أن ابن الزبير أنكر ذلك، كما صح أن ذلك كان بعد طلاقه، فلا يكون معنى لضرب المدة، ويؤكد ذلك قول النبي ــ ﷺ ــ " **تريدين أن ترجعي إلى رفاعة** " ولو كان قبل الطلاق لما كان لها ذلك[٥].

ب ــ الأثر : روى أن امرأة جاءت إلى علي ــ رضي الله عنه ــ فقالت له : " هل لك إلى امرأة لا أيِّمٌ ولا ذات بعل، قال : وأين زوجك؟ فقالت : هو في القوم، فقام شيخ يجنح، فقال : ما تقول هذه المرأة ؟ قال : سلها هل تنقم في مطعم أو ثياب، فقال علي : فما من شيء؟ قال : لا، قال : ولا من السَّحَر؟ ــ أي وقت السحر ــ فقال : لا، قال : هلكت وأهلكت، قالت : فرق بيني وبينه، قال: اصبري فإن الله تعالى لو شاء لابتلاك بأشر من ذلك "[١].

وجه الدلالة : إن علياً ــ رضي الله عنه ــ لم يفرق بين هذه المرأة وزوجها بعد ما سمع شكواها، وأن زوجها لا يصل إليها، فلو كان التفريق جائزاً لفرق بينهما.

ج ــ المعقول :

إن صحة النكاح ثابتة بالقرآن والسنة، ولم يوجد دليل شرعي من الكتاب أو السنة على ثبوت حق التفريق لأي من الزوجين[٢].

---

[٢] هدبة الثوب : طرفه، وهذه إشارة إلى استرخاء عضوه؛ كطرف الثوب لا يغني عنها شيئاً . ابن الجوزي: غريب الحديث ٤٩٢/٢، ابن الأثير : النهاية في غريب الحديث والأثر ٢٤٩/٥ .

[٣] صحيح البخاري : (٦٨) كتاب الطلاق، (٤) باب من أجاز طلاق الثلاث، حديث (٥٢٦٠) ١٦٩٢/٣ ونحو في صحيح مسلم : (١٦) كتاب النكاح، (١٧) باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره حديث (١٤٣٣) ٥/١٠ .

[٤] انظر ابن حزم : المحلى ٦٢/١٠ .

[٥] ابن قدامة : المغني ٨٣/١٠، مالك : الموطأ بشرح الزرقاني ١٧٩/٣.

[١] ابن حزم : المحلى ٥٩/١٠ وما بعدها .

[٢] ابن حزم : المرجع السابق، الشوكاني : السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ٢٨٩/٢ .

القول المختار :

الذي أميل إليه، هو القول القاضي **بجواز التفريق بين الزوجين للعيوب**، وهو قول جمهور الفقهاء، وذلك لسببين :

١ ــ إن ما استدل به المانعون من التفريق، لا يقوى على معارضة أدلة المجيزين له، خاصة وأن ما استدلوا به من حديث رفاعة لا يتوجه إلى محل النزاع؛ لأن قول النبي ــ ﷺ ــ " **حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك** " كان جواباً على ظاهر طلبها، وهو الرغبة في العودة إلى رفاعة، بعد أن بت طلاقها، وقبل أن يدخل بها الزبير، فكان جوابه ــ ﷺ ــ حكماً بعدم جواز الرجعة إلى الزوج الأول إلا بعد دخول الثاني وطلاقه.

٢ ــ إن الحياة الزوجية لابد أن تقوم على المحبة والمودة؛ ليجد فيها كل من الزوجين السكينة والاستقرار العاملين على استمرارها، وهذا لا يتأتى مع وجود العيوب؛ لأن الجنسية منها تحول دون حصول المقصود من النكاح، وهو إعفاف النفس، وابتغاء الولد، أما الأمراض الجسدية أو النفسية؛ فإنها تؤدي إلى نفور السليم من المريض، فيتزعزع الاستقرار، ويرتفع ما بينهما من التراحم، وعندها يكون التفريق خيراً لهما من استمرار زواج سقيم.

الفرع الثاني

حق الزوجين في التفريق

اختلف القائلون بجواز التفريق فيمن يحق له طلبه من الزوجين، وذلك على قولين :

القول الأول : طلب التفريق يثبت للزوجة فقط، ولا خيار للزوج بعيب زوجته، وهو قول الحنفية[١].

القول الثاني : طلب التفريق بسبب العيوب يثبت لكل واحد من الزوجين، وذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[٢].

---

[١] ابن الهمام : فتح القدير ٤/ ٢٩٧ .

[٢] الحطاب : مواهب الجليل ١٤٤/٥، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٣٠٢/٣، ابن قدامة : المغني ٥٥/١٠ وما بعدها.

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بثبوت حق الزوجة في التفريق للعيب، وعدم ثبوته للزوج بالمعقول :

إن الزوج يستطيع دفع الضرر عن نفسه بالطلاق بخلاف المرأة[٣].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بثبوت التفريق بسبب العيوب لكلا الزوجين بالآثار السابق ذكرها[٤] وكذلك بالمعقول من وجهين :

١ ــ إن المرأة أحد العوضين في عقد النكاح، فجاز ردها بالعيب.

٢ ــ إن الزوج يتضرر بالعيب كالزوجة، فإذا ثبت لها حق التفريق بالعيوب التي تمنع الوطء، ثبت ذلك للزوج أيضاً.

٣ ــ إن عيوب المرأة غير الجنسية تُوجب نفرة تمنع قربانها بالكلية ومسها، ويُخاف منها التعدي إلى نفسه ونسله، والمجنون يُخاف منه الجناية، فصار كالمانع الحسي[٥].

القول المختار :

الذي أميل إليه **هو القول القاضي بثبوت حق التفريق لكل واحد من الزوجين**[١] ــ **مع مراعاة شروط التفريق**[٢] ــ وهو قول جمهور الفقهاء، وذلك لسببين :

١ ــ إن أدلة جواز التفريق ليس فيها ما يدل على اختصاصه بالمرأة، بل إن الآثار الواردة قد دلت على ثبوت حق الرجل في الخيار، وإذا انتفى التخصيص ثبت الحكم على العموم .

٢ ــ إن القول بأن الزوج يستطيع دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ليس صحيحاً على إطلاقه؛ لأن الزوج يتضرر بالتزامه كامل المهر بالطلاق بعد الدخول، ونصفه قبل الدخول،

---

[٣] ابن الهمام : فتح القدير ٣٠٣/٤ .

[٤] انظر ص ١٨٤ من هذا البحث .

[٥] انظر ابن قدامة : المغني ٥٦/١٠ وما بعدها .

[١] هذا ما رجحه الدكتور الجوجو في مقال بعنوان " التفريق بين الزوجين للعيوب الجنسية " انظر مجلة المنبر، مجلد ٥ ، العدد ٧٥/١٨ وما بعدها .

[٢] سيأتي الحديث عن شروط التفريق في المطلب القادم إن شاء الله .

بخلاف ما لو كان الفسخ لعيب في الزوجة قبل الدخول، فإنه لا يلزمه شيء من المهر، وإن كان بعد الدخول، ولم يعلم به لزمه مهر المثل، ويرجع به على من غَرَّه[٣].

الفرع الثالث

العيوب التي يثبت بها التفريق

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[٤]على جواز التفريق بعيبين من العيوب الخاصة بالرجل، وهما الجَّب والعُنة.

واختلفوا فيما عدا ذلك من العيوب، فمنهم من توسط، ومنهم من توسع فيها، ومنهم من أطلق، فأجاز التفريق بكل عيب دون حصر، وذلك على خمسة أقوال :

القول الأول : يحق للمرأة طلب التفريق للعيوب المانعة من استيفاء حقها من الدخول والوطء، وهي الجَّب والعُنة والخِصاء الذي يمنع انتشار الذكر، فإن وطئها ولو مرة واحدة بطُل حقها فيه، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف[٥].

القول الثاني : يحق للمرأة طلب التفريق لغير الجَّب والعُنة والخِصاء من العيوب؛ كالجنون والجذام والبرص، وهو قول محمد من الحنفية[١].

القول الثالث : يثبت الخيار في فسخ النكاح لكل واحد من الزوجين بسبعة عيوب فقط، منها ثلاثة مشتركة وهي الجنون والجذام والبرص، واثنان يختصان بالرجل وهما الجَّب والعُنة، واثنان يختصان بالمرأة وهما الرتق والقرن، ولا يثبت في غير ذلك من العيوب، وهو قول جمهور الشافعية[٢].

القول الرابع : يثبت الخيار في الرد لكل واحد من الزوجين إذا وجد بصاحبه أحد العيوب المشتركة، وهي الجنون، والجذام، والبرص، والعذيطة، وكذلك بواحد من العيوب

---

[٣] انظر حاشية الدسوقي : ١١٧/٣ ، الشيرازي : المهذب ٤٩/٢ ، ابن قدامة : المغني ٦٢/١٠ .

[٤] ابن الهمام: فتح القدير ٢٩٧/٤، ٣٠١، حاشية الدسوقي: ١٠٤/٣، الشيرازي: المهذب ٤٩/٢، ابن قدامة: المغني ٨٢/١٠، ٨٥.

[٥] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٨٤/٢ وما بعدها، ابن الهمام : فتح القدير ٣٠٥/٤ .

[١] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٨٣/٢ وما بعدها، ابن الهمام : فتح القدير ٣٠٥/٤ .

[٢] انظر الشيرازي : المهذب ٤٩/٢ .

المانعة من الوطء في أي منهما، وهي الجَّب والخِصاء والاعتراض والعُنة[٣] في الرجل، والرَّتق والقَرن والعفل والإفضاء والبَخر الحاصلة بالمرأة، ولا يجوز التفريق بغير هذه العيوب، وإليه ذهب المالكية وجمهور الحنابلة[٤].

القول الخامس : كل عيب يُنفر أحد الزوجين من الآخر، ولا يحصل به مقصود الزواج من المودة والرحمة، يوجب خيار الفسخ دون حصر للعيوب، بما في ذلك العمى، والخرس، والطرش، وانقطاع اليدين والرجلين، أو إحداهما، وإليه ذهب العكبري[٥]، وابن تيمية وابن القيم[٦].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بثبوت حق التفريق للمرأة بالعيوب المانعة من الدخول فقط بالمعقول :

إن الخيار في العيوب التي تمنع المرأة من استيفاء حقها من الوطء قد ثبت لدفع ضرر فوات حقها المستحق بالعقد، وهو الوطء مرة واحدة، وهذا الحق لم يفت بغير العيوب المذكورة؛ لأن الوطء يتحقق من الزوج مع غيرها من العيوب، فلا يثبت الخيار في العيوب الأخرى[١].

أدلة القول الثاني :

---

[٣] الاعتراض والعنة عند الحنابلة مسميان لمعنى واحد خلافاً للمالكية .

[٤] الكشناوي : أسهل المدارك ٣٨٢/١ وما بعدها، انظر ابن قدامة : المغني ٥٧/١٠ وما بعدها، ٨٢، ٨٥ .

[٥] العكبري : الحسن بن شهاب بن علي العكبري الحنبلي، ولد سنة خمس وثلاثين وثلاثمائة، برع في المذهب، وكان من أئمة الفقه والعربية والشعر، وكان يُضرب المثل بحسن كتابته، أوصى بثلث تركته لفقهاء الحنابلة، وأخذ السلطان من تركته ألف دينار سوى العقار، وكانت وفاته في رجب سنة ثمان وعشرين وأربعمائة . أحمد بن علي الخطيب البغدادي : تاريخ بغداد ٤٢٩/٧ وما بعدها، الذهبي : سير أعلام النبلاء ٥٤٢/١٧ وما بعدها .

[٦] انظر ابن القيم : زاد المعاد ٤٣/٣ ، الزركشي : شرح الزركشي ٢٤٥/٥ ، علاء الدين الدمشقي : الأخبار العلمية ص ٢٢٢ .

[١] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٨٤/٢ وما بعدها، ابن الهمام : فتح القدير ٣٠٥/٤ .

استدل القائلون بحق المرأة في طلب التفريق لغير العيوب المانعة للدخول؛ كالجنون والجذام والبرص بالمعقول :

إن الخيار في العيوب التي تمنع الوطء ثبت لدفع الضرر عن المرأة، فإذا كانت العيوب الأخرى؛ كالجنون والجذام والبرص تُلحقُ الضرر بها أكثر من تلك المانعة من الوطء؛ لأنها من الأدواء المتعدية عادة، وقد ثبت الخيار بتلك فثبوته بهذه أولى[٢].

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بثبوت التفريق في سبعة عيوب فقط بأدلة جواز التفريق على العموم، وقياس غير المنصوص عليه من هذه العيوب على المنصوص عليه[٣].

أما حجتهم على حصر التفريق بهذه العيوب، وعدم جوازه فيما عداها، فهو عدم فوات مقصود النكاح مع وجود غيرها[٤].

أدلة القول الرابع :

استدل المالكية وجمهور الحنابلة على ثبوت الخيار في الرد لكل واحد من الزوجين للعيوب المذكورة بأدلة الجواز بشكل عام، وبوجوه أخرى من المعقول :

الوجه الأول : إن هذه العيوب تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح؛ لأن الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس تمنع قربانه، ويخشى تعديه إلى النفس والنسل، فيمنع الاستمتاع، والجنون يُخشى ضرره، والجَّب والرَّتق يتعذر معه الوطء، والإفضاء أو الفتق يمنع لذة الوطء وفائدته، وكذلك العفل[١].

الوجه الثاني : إن غير هذه العيوب المذكورة لا يمنع من الاستمتاع المقصود، ولا يخشى تعديه، فلا يفسخ به النكاح، ولأن الفسخ يثبت بنص أو إجماع أو قياس، ولا شيء من ذلك في غير هذه العيوب[٢].

أدلة القول الخامس :

---

[٢] انظر الكاساني : بدائع الصنائع ٤٨٣/٢ وما بعدها، ابن الهمام : فتح القدير ٣٠٥/٤ .

[٣] انظر الشيرازي : المهذب ٤٩/٢ .

[٤] الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٣/٣ .

[١] ابن قدامة : المغني ٥٨/١٠ وما بعدها.

(٢) ابن قدامة : المغني ٥٨/١٠ وما بعدها .

استدل القائلون بثبوت خيار الفسخ لكل واحد من الزوجين دون حصر للعيوب بالمعقول من ثلاثة وجوه :

١ ــ إن العمى، والطرش، وكون أحدهما مقطوعَ اليدين أو الرجلين، من أعظم المنفرات، والسكوت عن بيانها من أقبح التدليس والغش، وهو مناف للدين.

٢ ــ قياس النكاح على البيع، فإذا كان عيب المبيع يوجب الخيار، فالنكاح أولى؛ لما يترتب عليه من إهدار مقصود النكاح من المودة والرحمة.

٣ ــ إن الإطلاق عند النكاح ينصرف إلى السلامة، فهو كالمشروط عرفاً، والشروط المشترطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع، وما ألزم اللهُ ولا رسوله مغروراً قط، ولا مغبوناً بما غُرَّ به أوغُبِنَ به(٣).

القول المختار :

بعد التأمل وإنعام النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم، فإنني أميل إلى ترجيح **القول القاضي بعدم حصر العيوب**، وهو قول العكبري وابن تيمية وابن القيم، وذلك لسببين :

١ ــ إن الغرض الأصيل من جواز التفريق للعيوب، هو دفع الضرر المانع من استقرار الزواج وتحقيق مقاصده، وهذا موجود في كل مرض يبعث على النفرة بين الزوجين.

٢ ــ إن العيوب العصرية الفتاكة التي لم يذكرها الفقهاء؛ لعدم وجودها في زمانهم كالإيدز، والتهاب الكبد الوبائي، والأمراض الوراثية، والأمراض التي نسمع عنها في الفترة الأخيرة، والتي لم يقف علماء الطب على ماهيتها بعد، أولى بالقياس مما ذكروه من الأمراض؛ كالرتق؛ لأن الشفاء منها أصبح من الأمور الميسورة، وإذا كان الأمر كذلك فإن حصر العيوب فيما كان يُعرف في الزمان السابق، وإهمال ما قد يجد من الأمراض المزمنة والمعدية يعد تحكماً بدون دليل.

وعلى الرغم من وجاهة هذا القول وترجيحي له، إلا أن إطلاقه دون ضوابط ومعايير، يفتح باب التفريق على مصراعيه، ويعمل على ازدياد حالات الانفصال والتفكك الأُسري، كما هو واضح من العيوب التي ذكرها ابن القيم، لذلك فإن الحاجة تقتضي وضع ضابط يَحُدُّ من هذا الإطلاق، وليكن على النحو التالي :

---

(٣) انظر ابن القيم : زاد المعاد ٤٣/٣ وما بعدها .

العيب الذي يوجب التفريق: هو العيب الخفي المانع من وصول أحد الزوجين إلى حقه في الزواج؛ كالأمراض الجنسية المانعة من الوطء أو كماله، أو الذي يُلحق بأحدهما ضرراً؛ كالأمراض المُعدية والجنون، أو الذي يبعث على النفرة؛ كالبرص، والجُذام، وما شابه ذلك من الأمراض المُستحكمة.

بهذا الضابط يمكن التوفيق بين القول بعدم حصر العيوب والحد منها في آن واحد، وبه يخرج عيب العمى والخرس والطرش، وكون أحدهما مقطوع اليد أو الرجل من دائرة العيوب التي توجب التفريق، فلا يجوز التفريق بها؛ لسببين :

الأول : إنها من العيوب الظاهرة التي يصعُب إخفاؤها، ولا يثبت فيها الغش والتدليس، وإذا لم ير السليم منهما المعيب، فإنه مقصر في حق نفسه؛ لما رُوي عن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة، فقال النبي ــ ﷺ ــ " **انظر إليها، فإنه أحرى أن يُؤْدَمَ بينكما** "[١].

الثاني : إن العيوب المذكورة كالعمى وغيره لا تمنع من الاستمتاع المقصود بالعقد، ولا يُخشى انتقاله للآخر، فينتفي الضرر، فلا فسخ به[٢].

المطلب الثالث

شروط التفريق للعيوب

إن القول بجواز التفريق ليس مطلقاً، فلا بد من توفر الشروط اللازمة للعمل به، وقد تفاوت الفقهاء في وضع الشروط والعمل بها، الأمر الذي يستوجب بيانها، وبيان أقوالهم وأدلتهم فيها، وذلك على النحو التالي :

الشرط الأول :

---

[١] سنن الترمذي : (٨) كتاب النكاح ، (٥) باب ما جاء في النظر للمخطوبة حديث (١٠٨٧) ٢٥٧/٣، ونحوه عند النسائي، (٤٣) كتاب النكاح، (١٧) باب إباحة النظر إلى المرأة قبل تزويجها حديث (٥٣٤٦) ٢٧٢/٣. حديث صحيح، صححه الألباني في صحيح سنن الترمذي ٣١٥/١ .

[٢] انظر ابن قدامة : المغني ٥٨/١٠ .

أن لا يكون طالب التفريق عالماً بالعيب وقت العقد أو قبله، أو يثبت أنه رضي به حال إطلاعه عليه صراحة أو ضمناً، فإن كان عالماً به أو وُجد منه ما يدل على الرضى به، فلا خيار له .

وإليه ذهب جمهور الفقهاء[١]، واستثنى المالكية والشافعية زوجة العِنِّين، فلا يُعتبر تمكينها له من الاستمتاع مع علمها بحاله رضىً بعُنته، فلا يسقط حقها في التفريق إلا بالقول الصريح[٢].

واحتجوا لذلك بالمعقول من وجهين :

الأول : إن إتمام العقد مع العلم بالعيب دليل على الرضى به[٣].

الثاني : إن العُنة تحصل في حق امرأة دون أخرى وفي نكاح دون آخر، وتمكين امرأة العنين من نفسها إنما كان رجاء وصوله إليها، لا للرضى به[٤].

الشرط الثاني :

أن يوجد العيب عند العقد، وعليه فهل يثبت التفريق بالعيوب الطارئة؟.

اتفق جمهور الفقهاء على جواز التفريق بالعيب القديم السابق على العقد، أو المرافق له[١].

ثم اختلفوا في العيوب الطارئة على قولين :

القول الأول :

---

[١] انظر ابن عابدين : رد المحتار ١٧٥/٥، حاشية الدسوقي : ١٠٣/٣، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٣/٣، ابن قدامة : المغني ٨٦،٦١/١٠ .

[٢] الدسوقي والشربيني الخطيب : المرجعان السابقان .

[٣] انظر ابن عابدين : رد المحتار ١٧٥/٥ ، حاشية الدسوقي : ١٠٣/٣ ، ابن قدامة : المغني ٦١/١٠ .

[٤] انظر حاشية الدسوقي : ١٠٤/٣ وما بعدها، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٣/٣ .

[١] انظر ابن عابدين : رد المحتار ١٧٦/٥ وما بعدها، حاشية الدسوقي : ١٠٥/٣ ، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٢/٣ وما بعدها، ابن قدامة : المغني ٥٥/١٠ وما بعدها .

لا يثبت للزوج حق التفريق بالعيوب الحادثة بالزوجة، ويثبت لها بجُذامه البين المُحقق ، وبرصه الفاحش، وجنونه، وكذلك عيوب الفرج المانعة من الوطء، فإن حدث عيب بعد الوطء ولو لمرة واحدة، بَطل حقها فيه، إلا إذا كان بسبب منه، كأن جَبَّ نفسه، وهذا قول المالكية[٢].

القول الثاني :

يثبت للزوجة فقط الخيار بالعيوب الحادثة بالزوج، باستثناء العُنَّة[٣] الحادثة بعد الدخول والوطء ولو لمرة واحدة، وهو قول الشافعية في القديم[٤].

القول الثالث :

يثبت لكل واحد من الزوجين التفريق بالعيوب الطارئة، باستثناء العُنِّة، وهو قول الشافعية في الجديد، والراجح عند الحنابلة[٥].

أدلة القول الأول :

استدل المانعون من التفريق بالعيوب الحادثة بالزوجة بالمعقول من وجهين :

الأول : إن الجُذام والبرص والجنون من الأمراض الفاحشة التي تتضرر المرأة بحدوثها، ولا تستطيع الصبر عليها، بخلاف الرجل؛ لأنه قادر على فراقها بالطلاق، لأن العصمة في يده[١].

الثاني : إن الإحصان يحصُل للمرأة بالوطء مرة واحدة، فإن حدث بعده لا يُضرب له أجل، ولا يُفرق بينهما[٢].

أدلة القول الثاني :

---

[٢] انظر حاشية الدسوقي : ١٠٥/٣ وما بعدها، محمد عليش : شرح منح الجليل ٣٨٢/٣ .

[٣] ذهب أبو ثور الشافعي إلى عدم استثناء العنة، وثبوت الخيار للمرأة بحدوثها بعد الدخول، كما لو وطئها ثم جُبَّ ذكره . انظر يحي بن أبي الخير سالم العمراني : البيان ٣٠٨/٩ ، سعدي حسين علي جبر : فقه الإمام أبي ثور ص ٤٨١ وما بعدها .

[٤] انظر العمراني : البيان ٢٩٥/٩ وما بعدها، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٣/٣ .

[٥] انظر العمراني : البيان ٩ /٢٩٦ ، ابن قدامة : المغني ٦٠/١٠ ، ٨٨ .

[١] انظر حاشية الدسوقي : ١٠٥/٣ وما بعدها، محمد عليش : شرح منح الجليل ٣٨٢/٣ .

[٢] انظر الكشناوي : أسهل المدارك ٣٨٣/١ .

استدل القائلون بثبوت الخيار للزوجة بالعيوب الحادثة بالزوج، باستثناء العنة بالمعقول من وجهين :

الأول : إن الضرر يحصل للمرأة بعيوب الرجل الحادثة كالمقارِنة، ولا خلاص لها إلا بالفسخ، بخلاف الرجل فإنه يستطيع الخلاص بالطلاق.

الثاني : إن زوجة العِنِّين قد وصلت إلى حقها من الوطء، وحصل لها مقصود النكاح، وتفارق امرأة المجبوب، بأن الجَّبَ قد حصل به اليأس، أما امرأة العِنِّين فإنها مترجية للوطء[٣].

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بثبوت التفريق لكل واحد من الزوجين بالعيوب الطارئة، باستثناء العنة بالسنة، والمعقول من وجهين :

أ ــ السنة :

إن " النبي ــ ﷺ ــ رد نكاح الغفِارية لمَّا وجد في كشحها بياضاً "[٤] ولم يسألها عن وقت حدوثه، أكان قبل العقد أو بعده ؟ ولو كان الحكم يختلف لسألها[٥].

ب ــ المعقول وهو من وجهين :

الأول : إنهما تساويا في ثبوت الفسخ في العيوب السابقة، فيتساويا في العيوب اللاحقة[١].

الثاني : إن قدرة الزوج على الوطء قد تحققت في هذا النكاح، كما أن حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة تثبت بوطء واحد، فلا تُضرب له مدة[٢].

القول المختار :

الذي أميل إليه **هو ثبوت الخيار للمرأة بالعيوب الحادثة بالزوج، باستثناء العُنِّة** وهو قول الشافعية في القديم؛ لأربعة أسباب :

---

[٣] انظر الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٣/٣ وما بعدها .

[٤] سبق تخريجه ص ١٨٥ من هذا البحث .

[٥] انظر العمراني : البيان ٢٩٦/٩ .

[١] انظر العمراني : البيان ٢٩٦/٩، ابن قدامة : المغني ٦٠/١٠ ، ٨٨ .

[٢] ابن قدامة : المغني ٨٨/١٠ .

١ ــ إن قول المالكية بعدم استحقاق المرأة التفريق بالجَّب إلا إذا كان بسبب منه، يلحق بها الظلم؛ لأنها تتضرر بعدم الوطء، ودفع الضرر هو المقصود من التفريق، كما أن قولهم هذا يتناقض مع ما ذهبوا إليه من جواز التفريق لعدم الوطء من غير يمين قياساً على الإيلاء.

فإن قيل، إن الرجل في هذه الحالة غير مسؤول عما نزل به من مصيبة، وإنه غير قاصد لإضرارها، فافترقا.

أُجيب عنه بالآتي : إن المرأة متضررة في كلا الحالتين، وما أجُيز التفريق إلا لدفع الضرر، فيستويان.

٢ ــ إن قول الشافعية في الجديد، والحنابلة بثبوت التفريق بالعيوب لكل واحد من الزوجين، مبني على ما جاء في قصة زواج رسول الله ــ ﷺ ــ من الغفارية .

أعتُرض عليه بأنه : إذا سَّلمنا بصحة إسناده، فإن الظاهر أن عيب الغفارية كان قديماً لِقصر المدة بين العقد وبين رؤيته[٣].

٣ ــ إن قول الشافعية في القديم أقرب إلى روح التشريع، وكل من يتدبر مقاصد الشريعة يتضح له هذا القول؛ لأن المرأة لا تستطيع دفع الضرر عن نفسها إلا بالفسخ بخلاف الرجل.

أما القول بتغريمه المهر أو نصفه إن طلق بنفسه، فهو صحيح، لكنه غُرم بسيط في مقابل تركه لزوجته التي ألَّم بها المرض بعد سنوات طويلة من الزواج في وقت هي أحوج ما تكون إليه[١]، فلا أقل من إعطائها حقوقها المادية لتستعين بهذا المال على إدواء نفسها؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾[٢].

٤ ــ إن عدم ثبوت التفريق بالعُّنةُ الطارئة، يرجع إلى انتفائها بالوطء السابق، وهذا لا يمنع من إثبات الخيار للمرأة؛ لتضررها بتركه[٣].

الشرط الثالث :

---

[٣] العمراني : البيان ٢٩٦/٩ .

[١] إن ما بين الزوجين من المودة والرحمة يوجب عليه أن يقوم على رعاية زوجته وعلاجها ما أمكن، فإن خشي على نفسه الضرر أو العدوى، فلا ضير بطلاقها دون أن يُنقصها حقوقها.

[٢] سورة البقرة : جزء الآية ٢٣٧ .

[٣] انظر الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٤/٣ .

سلامة طالب الفسخ من العيوب:

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال :

القول الأول : لا يثبت للرتْقَاء أو القَرْنَاء الحق في طلب التفريق من زوجها المجبوب، أو العِنِّين أو الخِصيّ، وهو قول الحنفية[٤].

القول الثاني : يثبت الخيار لكل واحد من الزوجين بعيب صاحبه، ولو كان معيباً سواء أكان عيبه من جنس عيب صاحبه، أو من غير جنسه، وإليه ذهب المالكية في الراجح من مذهبهم، والشافعية في قول، والحنابلة في أحد وجهين[٥].

القول الثالث : يثبت لصاحب العيب من الزوجين الخيار في فسخ النكاح إذا كان عيبه من جنس آخر مخالف لجنس عيب صاحبه؛ كأن يكون مجنوناً وبها جذام أو برص، أو داء فرج، أما إن كان عيبه مماثلاً لعيب صاحبه، فالخيار يثبت للزوج فقط، وإليه ذهب اللخمي[٦] من المالكية[٧].

القول الرابع : لا يثبت الخيار بالعيب إلا إذا كان العيبان من جنسين مختلفين، كالأبرص يجد المرأة مجذومة، أما إن كان العيبان من جنس واحد؛ كالمجبوب يجد المرأة رتقاء فلا يثبت الخيار لأحدهما، وهو قول الحنابلة[١].

أدلة القول الأول :

استدل الحنفية لقولهم بالمعقول :

إن المانع تحقق منهما جميعاً، وتحقق المانع في المرأة يُسقط حقها في الجماع[٢].

أدلة القول الثاني :

---

[٤] انظر ابن الهمام : فتح القدير ٢٩٩/٤، ابن نجيم : البحر الرائق ٢٠٨/٤ .

[٥] انظر حاشية الدسوقي: ١٠٣/٣، الشربيني الخطيب: مغني المحتاج ٢٠٣/٣، ابن قدامة: المغني ٦٠/١٠.

[٦] اللخمي : الشيخ أبو الحسن علي بن محمد الربعي، انتهت إليه رئاسة الفقهاء بأفريقية بعد أصحابه، له تعليق كبير على المدونة سماه " التبصرة " له فيها اختيارات في بعضها خروج عن المذهب، توفي بصفاقس سنة ٤٧٨ هـ . انظر محمد مخلوف : شجرة النور الزكية ص ١١٧، الزركلي: الأعلام ٣٢٨/٤.

[٧] حاشية الدسوقي : ١٠٣/٣ .

[١] ابن قدامة : المغني ٦٠/١٠ .

[٢] انظر ابن عابدين : رد المحتار ١٦٧/٥ .

استدل القائلون بثبوت الخيار لكل واحد من الزوجين بعيب صاحبه، ولو كان معيباً بالمعقول من وجهين :

١ ــ إن المعيار في ثبوت الخيار هو الضرر، واجتماع المرض على المرض يؤثر زيادة، والإنسان يعاف من غيره مالا يعاف من نفسه[٣].

٢ ــ إن سبب الخيار هو العيب الموجود، فأشبه ما لو غُرَّ عبدٌ بأمة[٤].

أدلة القول الثالث :

استدل اللخمي من المالكية لقوله بالمعقول :

إن الزوج قد بذل صداقاً لسالمة، فوجدها ممن يكون صداقها أقل من ذلك[٥].

أدلة القول الرابع :

استدل القائلون بعدم ثبوت الخيار بالعيب إلا إذا كان العيبان من جنسين مختلفين بالمعقول من وجهين :

١ ــ إن سبب الخيار موجود، وهو العيب المغاير، فيثبت الخيار لكل واحد منهما.

٢ ــ إن المانع من الاستمتاع عيب نفسه، لا عيب صاحبه، فلا يثبت له الخيار[١].

القول المختار :

الذي أميل إليه هو **القول القاضي بثبوت الخيار لكل وحد من الزوجين إذا كان العيبان من جنسين مختلفين**، وهو قول الحنابلة، وذلك لما يلي :

إن الضرر الحاصل من العيوب يختلف باختلافها، فقد يكون ضرر البرص أقل من ضرر الجذام، والمنع من التفريق حينها يجعل صاحب العيب الأقل ضرراً عُرضة لزيادة الضرر.

---

[٣] حاشية الدسوقي : ١٠٣/٣، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٣/٣ .

[٤] انظر ابن قدامة : المغني ٦٠/١٠ .

[٥] حاشية الدسوقي : ١٠٣/٣ .

[١] حاشية الدسوقي : ١١٤/٣، الحطاب : مواهب الجليل ١٥٥/٥ .

[٢] ابن الهمام : فتح القدير ٢٩٧/٤ ، الحطاب : مواهب الجليل ١٥٢/٥ ، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج

أما إذا كان العيبان من جنس واحد؛ كأمراض الفرج، فإن حصول الضرر لأحدهما من الآخر غير محقق؛ لوجود السبب في نفسه، وكذلك الأمراض الأخرى؛ كأن يكون الزوجان أبرصين، إلا أن يكون مرض أحدهما يسيراً ويُمكن علاجه.

الشرط الرابع :

التأجيل في العيوب التي يُرجى زوالها:

اتفق جمهور الفقهاء على تأجيل العِنِّين سنة واحدة[٢].

وانفرد المالكية بالتأجيل لغير العُنِّة فيما يُرجى البرء منه، باستثناء الجنون، فلا يشترط فيه رجاء البرء، وذلك على النحو التالي :

١ ــ يؤجل كل من الرجل والمرأة في العيوب المشتركة القديمة، وهي الجنون والجذام والبرص، إذا لم يُعلم بها إلا بعد الدخول[٣].

٢ ــ يؤجل الرجل في أي من العيوب المشتركة السابقة الذكر إن حدثت به بعد العقد، سواء حدث قبل الدخول أو بعده[٤].

٣ ــ تؤجل الرتقاء وغيرها من ذوات داء الفرج بالاجتهاد، وذلك إذا طلب الرجل ردها، وطلبت التداوي[١].

يُفهم مما ذهب إليه المالكية من وجوب التأجيل فيما يُرجى البرء منه، أنهم اعتبروا مصلحة الأسرة، واستمرار الزواج؛ لأنها أعظم مما قد يلحق بالسليم منهما من الضرر المؤقت، وهذا مما يجدر العمل به في كل عيب يُرجى البرء منه.

الشرط الخامس :

طلب التفريق وإثباته:

٢٠٥/٣ ، ابن قدامة : المغني ٨٣/١٠ .

[٣] حاشية الدسوقي : ١١٤/٣ ، الحطاب : مواهب الجليل ١٥٥/٥ .

[٤] الدسوقي والحطاب : المرجعان السابقان .

[١] حاشية الدسوقي : ١١٤/٣ ، الحطاب : مواهب الجليل ١٥٥/٥ .

اتفق جمهور الفقهاء على لزوم طلب التفريق من أحد الزوجين؛ لأن التفريق حقه، فإذا لم يطلبه، لم يكن للقاضي إجباره عليه، وفي العنين يجب الطلب قبل التأجيل وبعده، كما اتفقوا على لزوم ثبوت عيب الآخر؛ لأن التفريق يتوقف على الدعوى والإثبات[٢].

الشرط السادس :

لزوم الكشف الطبي حال الإنكار قبل التأجيل، أو حال الاختلاف على زواله بعد التأجيل:

اتفق جمهور الفقهاء من حيث المبدأ، على لزوم التثبت من دعوى العيب، وزواله[٣]، وقد ورد عنهم وسائل مختلفة للوقوف على حقيقة الأمر، من هذه الوسائل :

١ ـ الجس على ثوب منكر الجَّب بظاهر اليد[٤].

٢ ـ النظر والتفحص في الجذام والبرص[٥].

٣ ـ شهادة النساء على بكارة المرأة، وذلك بالنظر إليها؛ إن ادعى الزوج الوطء، وقالت إنها عذراء[١].

٤ ـ مطالبة الرجل بإخراج مائه، واختباره بعد خلوته بزوجته، أو تفحص مكان الحرث بعد الجماع[٢].

فهذه الوسائل وغيرها تُعد من أدوات الكشف والتثبت من صحة الدعوى، والكشف الطبي المُتبع في عصرنا لا يخرج عن إطارها؛ بل هو أولى بالاتباع من الطُرق القديمة؛ لما فيه من زيادة الاحتياط، والمحافظة على السرية، وكرامة الإنسان.

---

[٢] انظر ابن الهمام : فتح القدير ٢٩٩/٤ ، الحطاب : مواهب الجليل ١٤٥/٥ ، ٥٢١ ، السيوطي : جواهر العقود ٢٨/٢ ، ابن قدامة : المغني ٥٨/١٠ ، ٨٤ .

[٣] انظر ابن الهمام : فتح القدير ٣٠٠/٤ ، الحطاب : مواهب الجليل ١٥٥/٥ ، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٦/٣ ، ابن قدامة : المغني ١٠ /٩١ .

[٤] الحطاب : مواهب الجليل ١٥٥/٥ .

[٥] الحطاب : المرجع السابق .

[١] انظر الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٦/٣، ابن قدامة ٩١/١٠ .

[٢] علاء الدين أبو الحسن المرداوي : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ١٩١/٨ .

المطلب الرابع

وقت ثبوت الخيار ونوع الفرقة

أتناول في هذا المطلب الحديث عن وقت ثبوت الخيار وسقوطه، وذلك من خلال أقوال الفقهاء وأدلتهم، ثم أتحدث عن نوع الفرقة الواقعة بسبب العيوب، وذلك في فرعين :

الفرع الأول

وقت ثبوت الخيار وسقوطه

اختلف الفقهاء في وقت ثبوت الخيار وسقوطه، فهل يثبت على الفور؟ ويسقط بتركه بعد العلم بالعيب، أو يثبت على التراخي، فيستمر ما لم يوجد ما يشير إلى الرضى به صراحة أو ضمناً، وذلك على قولين :

القول الأول : خيار العيب يثبت على التراخي، ولا يسقط قط ما لم يوجد ما يدل على الرضى به صراحة بالقول، أو ضمناً باستمتاع الزوج، أو تمكين المرأة من نفسها، باستثناء العُنِّة، فلا يسقط حق المرأة في المطالبة بالتفريق من أجلها إلا بالقول الصريح، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة[٣].

القول الثاني : خيار العيب يثبت على الفور، فإذا ظهر من السليم ما يدل على الرضى؛ كالسكوت عند العلم، أو القبول بالقول، أو القبول ضمناً بالاستمتاع والتمكين؛ فإن ذلك يُسقط خياره في الفسخ به، واستثنى المالكية زوجة المعترض، فلا يسقط خيارها إلا بالقول الصريح، وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية[١].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بثبوت خيار العيب على التراخي بالمعقول من ثلاثة وجوه بالمعقول :

١ ــ إن تأخير المرأة للمرافعة والمطالبة بحقها قد يكون للتجربة وتَرَجِّي الوصول، فلا يبطل حقها بالشك[٢].

---

[٣] انظر ابن عابدين : رد المحتار ١٧٢/٥ وما بعدها، ابن قدامة : المغني ٦١/١٠ ، ٨٦ .

[١] انظر حاشية الدسوقي : ١٠٣/٣، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٤/٣ .

[٢] ابن الهمام : فتح القدير ٢٩٩/٤، ابن عابدين : رد المحتار ١٧٢/٥ .

٢ ــ إن المقصود من خيار العيب هو رفع الضرر المتحقق، فكان على التراخي؛ كخيار القصاص[٣].

٣ ــ إن سكوت زوجة العِنِّين بعد العقد ليس بدليل على الرضى؛ لأنه زمن لا تملك فيه الفسخ، وسكوتها بعد المدة لا يُبطل خيارها أيضاً؛ لأن الخيار لا يثبت إلا بعد رفعه إلى الحاكم وثبوت عجزه، فلا يضر السكوت قبله[٤].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بثبوت خيار العيب على الفور بالمعقول من وجهين :

١ ــ إن العقد مع العلم بالعيب دليل على الرضى، وكذلك التلذذ بعد الاطلاع عليه، والرضى يُسقط الخيار[٥].

٢ ــ إن الخيار المذكور خيار عيب، فكان على الفور كما في البيع[٦].

القول المختار :

الذي أميل إليه هو **القول القاضي بثبوت خيار العيب على التراخي، وعدم سقوطه ما لم يوجد ما يدل على الرضى به صراحة أو ضمناً، باستثناء العُنِّة، حيث لا يسقط خيار المرأة فيها إلا بالقول الصريح**، وهو قول الحنفية والحنابلة؛ لسببين :

١ ــ إن القول بثبوت الخيار على الفور، يؤدي إلى استعجال المنازعات والتفريق؛ لعدم منح المريض من الزوجين فرصة للعلاج، وزوال علته؛ لأن التراخي في طلب الحق سيؤدي إلى سقوطه.

٢ ــ إن صبر أحد الزوجين على الآخر، وتحمله الضرر والأذى؛ رجاء شفاء صاحبه، لا يُمكن أن يُقابل بضياع حقه، ما لم يظهر منه ما يدل على الرضى بالعيب؛ لأن الحياة الزوجية لابد وأن تقوم على التراحم والتكافل، فلا يُعاقب الكريم صاحب الفضل بإهدار حقه.

---

[٣] ابن قدامة : المغني ٦٢/١٠ .

[٤] ابن قدامة : المغني ٨٦/١٠ وما بعدها .

[٥] حاشية الدسوقي : ١٠٣/٣ .

[٦] الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٤/٣ .

الفرع الثاني

نوع الفرقة

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بسبب العيوب على قولين :

القول الأول: الفرقة بسبب العيب تطليقة بائنة، وهو مذهب الحنفية والمالكية[١].

القول الثاني: فرقة العيب فسخ، وليس طلاقاً، وإليه ذهب الشافعية والحنابلة[٢].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن الفرقة الواقعة بسبب العيب تكون طلاقاً بائناً بالمعقول :

إن فعل القاضي أُضيف إلى الزوج؛ لأنه من جهته، فكأنه طلقها بنفسه[٣].

وهذا عند الحنفية يختص بالعنين والخصي والمجبوب؛ لأنهم لا يجيزون التفريق بعيوب المرأة كما سبق بيانه.

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن فرقة العيب فسخ وليست طلاقاً بالمعقول :

إن هذا الخيار ثبت لأجل العيب، فكان فسخاً؛ كفسخ المشتري لأجل العيب[١].

القول المختار:

الذي أميل إليه هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة **من كون الفرقة الواقعة بسبب العيب فسخاً، وليست بطلاق**؛ جرياً على ما وضعوه من ضابط، وهو أن كل فرقة يوقعها القاضي تقع فسخاً.

المطلب الخامس

---

[١] ابن الهمام : فتح القدير ٣٠٠/٤، ابن جزي : القوانين الفقهية ص١٦٣ .

[٢] الشربيني الخطيب : مغني المحتاج ٢٠٣/٣ ، ٢٠٧، ابن قدامة : المغني ٨٤/١٠ .

[٣] ابن الهمام : فتح القدير ٣٠٠/٤ .

[١] ابن قدامة : المغني ٨٤/١٠ .

موقف القانون من التفريق للعيوب

نص قانون حقوق العائلة الفلسطيني على أحكام التفريق في ثمانية مواد متواليةً[٢]، منها ما تضمن حكماً معيناً، ومنها ما جمع أكثر من حكم، واختلط المرجع الفقهي لهذه المواد،فمنها ما كان مرجعه الفقه الحنفي، ومنها ما كان مرجعه فقه المالكية، ومن وافقهم من جمهور الفقهاء، إلا أن هناك أحكاماً نص عليها المالكية، ولم يأخذ بها القانون، وعليه فإن هذه النصوص بمجموعها يلاحظ عليها بعض الأمور، كما يُلاحظ على بعضها أمور أخرى، ذلك على النحو التالي :

أولاً ــ الملاحظات العامة :

١ ــ كثرة المواد التي تنص على أحكام التفريق، إذ يمكن اختصارها في ست مواد فقط.

٢ ــ اهتم القانون بالعيوب الجنسية، حيث خصص لذلك ثلاث مواد، وأهمل في المقابل جوانب أخرى؛ كالنص عل لزوم الكشف الطبي.

٣ ــ لم ينص القانون في مواده المختلفة، على حق الزوج في التفريق، رغم أن المالكية قد نصوا على ذلك.

٤ ــ تخصيص الجنون بمادة خاصة مع أن حكمه لا يختلف عن حكم الجذام والبرص، إلا في ضرورة التأجيل له، سواء كان يُرجى بروءه أم لا.

ثانياً ــ الملاحظات الخاصة بكل مادة :

نص القانون في المادة (٨٤) من قانون حقوق العائلة على ما يلي : " المرأة الخالية من كل عيب يحول دون الدخول، إذا أطلعت على أن في زوجها علة تحول دون الدخول، لها أن تراجع القاضي، وتطلب تفريقها من ذلك الزوج، أما طلب المرأة التي فيها عيب من هذه العيوب، فلا يُسمع، كذلك ليس للزوجة التي دخل بها حق الخيار بسبب العيب الحادث من هذا القبيل "[١].

ويلاحظ على هذا النص ثلاثة أمور :

١ ــ المرجع الفقهي لهذه المادة هو الفقه الحنفي.

---

[٢] سيسالم وآخرون : المواد ٨٤ ــ ٩١ ، مجموعة القوانين الفلسطينية ١١٨/١٠ .

[١] سيسالم وآخرون : مجموعة القوانين الفلسطينية : ١١٧/١٠ .

٢ ــ اختص النص بحق المرأة في التفريق للعيوب المانعة من الدخول، إذا خلت من العيوب التي تمنع من الوطء.

٣ ــ أهمل القانون النص على حق الزوج في التفريق للعيوب المانعة من الوطء.

لذلك فإنني أقترح إجراء تعديل على هذه المادة، ليتناسب مع ما رجحته من جواز طلب التفريق للرجل كما للمرأة بضوابطه وشروطه المذكورة، وذلك على النحو التالي :

النص المقترح :

" للسليم من الزوجين من كل عيب يحول دون الدخول، أن يراجع القاضي، ويطلب فسخ النكاح، ومن كان به واحد من هذه العيوب، فلا يسمع طلبه ".

نص المادة (٨٥) من قانون حقوق العائلة : " الزوجة التي تطلع قبل عقد النكاح على عيب بزوجها، يمنع من الدخول عدا العنة، أو التي ترضى بعد النكاح بالعيب الموجود مهما كان، يسقط حق خيارها، أما الاطلاع قبل النكاح على العنة فلا يسقط حق الخيار[٢].

ويَرِدُ على هذا النص ما أخذ على نص المادة (٨٤)، ولذلك فإن الحاجة تقتضي تعديلها؛ ليُناسب التعديل الوارد على سابقتها، وذلك على النحو التالي :

النص المُعدل :

" إذا علم أحد الزوجين قبل عقد الزواج بعيب صاحبه، أو رضى به حال الاطلاع عليه صراحة أو ضمناً، سقط حقه في الخيار، ما عدا زوجة العنين، فلا يسقط خيارها إلا بالقول الصريح، وإن علمت به قبل الزواج ".

نص المادة (٨٦) من قانون حقوق العائلة : " إذا راجعت الزوجة القاضي كما هو محرر في المادتين السابقتين[١]، يُنظر فإن كانت العلة غير قابلة للزوال يحكم بالتفريق بينهما في الحال، وإن كانت قابلة للزوال، يمهل الزوج سنة اعتباراً من زمن الواقعة، أو من وقت برء الزوج إن كان مريضاً، وإذا مرض أحد الزوجين أثناء الأجل مدة قليلة كانت أو كثيرة بصورة تمنع من الدخول، أو غابت الزوجة فالمدة التي تمرُّ على هذا الوجه لا تحسب من

---

[٢] المرجع السابق .

[١] المادتين (٨٤) ، (٨٥) .

مدة الأجل، لكن غيبة الزوج وأيام حيض الزوجة تحسب، فإذا لم تندفع العلة في هذه المدة، وكان الزوج غير راضٍ بالطلاق، والزوجة مصرة على طلبها، يحكم القاضي بالتفريق فإذا ادعى الزوج في بدء الواقعة أو في ختامها التقرب، ينظر فإن كانت الزوجة ثيباً، فالقول قول الزوج مع اليمين، وإن كانت بكراً فالقول قولها بلا يمين[٢].

ويلاحظ على هذه المادة ثلاثة أمور :

١ ــ إنها تتحدث عن المرأة في التفريق للعيوب المانعة من الدخول غير القابلة للزوال.

٢ ــ إنها كُرست في مُجملها لبيان كيفية احتساب السنة التي يؤجل فيها الزوج.

٣ ــ إن المادة صيغت بعبارة الفقهاء[٣]، دون كبير تصرف، مما تسبب في طول النص، وعليه فإنني أقترح إجراء تعديل على النص؛ ليُصبح على النحو التالي :

النص المُعدل :

" إذا راجع أحد الزوجين القاضي، وطلب التفريق، يُنظر، فإن كانت العلة خاصة بالرجل، أو من العلل المشتركة، وغير قابلة للزوال، فسخ النكاح بينهما في الحال، وإن كانت قابلة للزوال، أُجل صاحبها سنة من وقت تسليم المرأة للرجل، أو من وقت برء المريض منهما، ولا يحتسب من مدة الأجل المضروب مدة مرض أحد الزوجين، أو غياب زوجة العنين، لكن يحتسب غيابه، وأيام حيضها، وتؤجل المرأة للعلل الخاصة بالنساء باجتهاد القاضي ورأي أهل الخبرة، فإن لم تندفع العلة حتى انتهت المدة،وأصر طالب التفريق على طلبه، فسخ القاضي نكاحهما بعد أخذ رأي أهل الخبرة، واكتمال البينة "[١].

نص المادة (٨٧) من قانون حقوق العائلة : " إذا اطلعت الزوجة بعد النكاح على وجود علة في الزوج من العلل التي لا يمكن المقام معها بلا ضرر، أو حدثت به أخيراً مثل هذه العلة، فللزوجة أن تراجع القاضي، وتطلب فسخ نكاحها منه؛ فإن كان يرجى زوال تلك

---

[٢] مجموعة القوانين الفلسطينية : ١١٨/١٠ .

[٣] انظر ابن الهمام : فتح القدير ٣٠٣/٤، حاشية الدسوقي : ١١٠/٣ وما بعدها .

[١] نص قانون المحاكمات الشرعية على البينات الواجب توفرها في الدعاوى على اختلاف أنواعها .
مجموعة القوانين الفلسطينية : ١٣٢/١٠ ، ١٣٣ ، ١٣٩ ، ١٤٠ وما بعدها .

العلة يؤجل القاضي الفسخ سنة واحدة، فإذا لم تزل العلة في خلال هذه المدة، وكان الزوج غير راضٍ بالطلاق، والزوجة مصرة على طلبها، يحكم القاضي بالفسخ، أما وجود عيب كالعمى والعرج في الزوج فلا يوجب التفريق "[٢].

ويلاحظ على هذا النص أربعة أمور :

١ ــ المرجع الفقهي للنص هو مذهب المالكية ومن وافقهم من الحنابلة.

٢ ــ أنه خاص بحق المرأة في التفريق للعيوب التي لا يمكن المقام معها بلا ضرر.

٣ ــ النص يعطي الحق للمرأة بالتفريق بالعيوب الحادثة بالرجل.

٤ ــ يمنع النص التفريق من أجل العيوب الظاهرة؛ كالعمى والعرج.

ونظراً لثبوت حق الرجل في التفريق من أجل العيوب القديمة التي لا يمكن المقام معها بلا ضرر، فإنني أقترح تعديل النص ليصبح على النحو التالي :

النص المُعدل :

أ ــ " إذا وجد أحد الزوجين بالآخر علة قديمة من العلل التي لا يمكن المقام معها بلا ضرر؛ كالجنون والجذام والبرص، فله أن يرفع الأمر إلى القاضي ويطلب فسخ النكاح، فإن كان يُرجى زوال تلك العلة[٣]، يؤجِّل القاضي الفسخ سنة واحدة، فإذا لم تزل العلة حتى انتهت المدة، وكان طالب التفريق مصراً على طلبه، فسخ القاضي نكاحهما، أما وجود العلل الظاهرة؛ كالعمى والعرج وبتر الأطراف، فلا يوجب الفسخ ".

ب ــ " للزوجة فقط طلب التفريق بالعيوب الحادثة بالرجل عدا العنة، أما العيوب الطارئة على الزوجة، فلا تسمع فيها دعوى التفريق من الزوج ".

نص المادة (٨٨) من قانون حقوق العائلة : " إذا جُن الزوج بعد عقد النكاح، وراجعت الزوجة القاضي طالبة تفريقها، يؤجل القاضي التفريق لمدة سنة، فإذا لم تزل الجُنة في هذه المدة، وكانت الزوجة مصرة يحكم القاضي بالتفريق "[١].

---

[٢] مجموعة القوانين الفلسطينية : ١١٨/١٠ .

[٣] لا بد من رجاء البرء في الجنون؛ كالجذام والبرص للحكم بالتأجيل؛ وذلك على المعتمد من مذهب المالكية. حاشية الدسوقي : ١٠٧/٣ .

[١] مجموعة القوانين الفلسطينية : ١١٨/١٠ .

ويمكن الاستعاضة عن هذه المادة بما ورد في الفقرتين (أ) ، (ب) من النص السابق.

نص المادة (٨٩) من قانون حقوق العائلة : " الفرقة بالعيب طلاق بائن ".

أقترح أن تُعدل هذه المادة لتكون الفرقة بالعيب فسخاً لا طلاقاً وقد أشرت إلى ذلك من خلال استعمال مصطلح " فسخ " في جميع النصوص المقترحة، ولا أرى حاجة لإفراد ذلك بمادة خاصة.

نص المادة (٩٠) من قانون حقوق العائلة : " خيار الزوجة غير فوري في الأحوال التي لها بها الخيار، فلها أن تؤخر الدعوى، أو تتركها مدة بعد إقامتها ".

ويغني عن هذا النص ما جاء في النص المعدل للمادة (٨٥)، أما أن يكون للمرأة الخيار في تأخير الدعوى، أو تركها مع تمكينها من نفسها واستمتاعها بالرجل في غير العُنِّة، فلم أقف عليه عند أحد العلماء.

نصت المادة (٩١) من قانون حقوق العائلة على أنه : " **إذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق، وفقاً للمواد السابقة، فليس للزوجة حق الخيار في الزواج الثاني** ".

لا أجد ما يدعو إلى تعديل هذه المادة، لا سيما وأن الزوج لا يُقدم على الزواج بمن طلب فسخ نكاحه منها، فإذا أقدم على ذلك، فقد سقط شرط الخيار، وهو عدم العلم بالعيب.

بقي أن أقترح مادة أخيرة ، لا غنىً لموضوع التفريق للعيوب عنها، وهي على النحو التالي :

النص المقترح :

" **يجب عرض المعتل على لجنة من ذوي الاختصاص المسلمين من الجهات الرسمية للكشف الطبي كلما دعت الحاجة إليه، وتقديم تقرير بحالته موقعاً ومصدقاً حسب الأصول** " .

الخاتمة

أنهي هذا البحث بتسجيل أهم النتائج والتوصيات :

أولاً ــ النتائج : تتلخص نتائج البحث في النقاط التالية :

١. إذا كان للزواج مقاصد جليلة، فإن مقاصد التفريق لا تقل أهمية عنها؛ لأنه السبيل الأخير إلى رفع الضرر الواقع من أحد الزوجين على الآخر، وبه يمكن وقاية ما بين الزوجين من الأولاد من التأثر بسلبيات والديهما، وبالتفريق مع إنشاء زواج جديد خالٍ من المشاكل يُمكن وقاية المجتمع من الانحراف، والوقوع في الرذيلة .

٢. التفريق بين الزوجين جائز، ويجب بتحقق أسبابه التي لا يمكن إزالتها؛ كفوات الإمساك بالمعروف، وتحقق الضرر، وإهدار مقاصد النكاح .

٣. التفريق بحكم القاضي يُعد فسخاً لا طلاقاً، إلا ما نُص على كونه طلاقاً، أو دعت المصلحة لجعله طلاقاً؛ لتحقق الغرض بالفسخ دون المساس بحق الزوج في ملك الطلاق .

٤. إن اعتبار التفريق بحكم القاضي فسخاً يتفق مع روح التشريع، ويُرسخ مبدأ العدل بين الزوجين من حيث الآثار المترتبة عليه، خاصة وأن الحقوق المالية المستحقة للزوجة، لا تنتقص إذا كان التفريق بعد الدخول .

٥. الإيلاء جائز فيما دون الأربعة أشهر، إذا كان بقصد تأديب الزوجة، وإصلاحها، وعلاج نشوزها .

٦. لا يحق للمرأة المطالبة بالتفريق للإيلاء، إلا بعد مُضيّ أربعة أشهر، ولا يُعتد برجعة المُولي لزوجته إلا بالجماع، ما لم يمنع من ذلك مانع شرعي؛ كالمرض .

٧. يشترك الهجر والإيلاء في المعنى الذي حُرِّم الإيلاء لأجله فوق أربعة أشهر؛ وهو الضرر الواقع على المرأة بترك الجماع .

٨. للزوجة على زوجها الحق في المبيت والجماع، ولها المطالبة بالتفريق إن امتنع من أحدهما مدة تزيد على أربعة أشهر .

٩. لزوجة المظاهر الحق في طلب التفريق إذا امتنع من التكفير عن ظهاره؛ لذا فإن خلو قانون الأحوال الشخصية من ذكرٍ للظهار، أو الآثار المترتبة عليه، يُعد قصوراً؛ لأن وقوعه يمنع من الوطء، فقد نص الحنفية والمالكية على وجوب منع المرأة زوجها من

وطئها في حال الظهار، فضلاً عما نص عليه المالكية والحنابلة من ثبوت حق المرأة في الوطء .

١٠. إن الأصل في مشروعية التفريق للهجر والظهار والغيبة والفقد والحبس، يعود إلى حق المرأة في استدامة الوطء؛ فمن قال به أجاز التفريق، ومن جعله حقاً للرجل فقط لم يُجزه.

١١. يحق لزوجة الغائب التفريق، إذا تضررت من غيابه سنة فأكثر، ويُعذر الزوج في عدم استطاعته الرجوع للعيش معها، أما عدم قدرته على نقلها إليه، أو امتناعه من تسريحها، فلا يُعذر به؛ لأن ذلك يُفضي إلى تركها معلقة، وهذا ضرر عظيم .

١٢. لزوجة المفقود التي تخشى على نفسها الانحراف، والوقوع في الفاحشة، طلب التفريق بعد مرور سنة من فقده، وتعامل كزوجة الغائب؛ فيُحكم لها بالتفريق، دون التعرض للحكم بوفاته، وتعتد عدة طلاق .

١٣. يحق لزوجة المحبوس المحكوم عليه حكماً نهائياً لمدة سنتين فأكثر أن تتقدم إلى القاضي بطلب التفريق، ولزوجة المعتقل بدون حكم طلب التفريق بعد مرور سنتين على الاعتقال.

١٤. إذا امتنع الرجل من بذل المهر لزوجته؛ فإن من حقها أن تمتنع منه، فإذا كان امتناعها من تسليم نفسها يُلحق بها ضرراً؛ لبقائها معلقة؛ فإن من حقها طلب التفريق لذلك .

١٥. يُعد المسكن أحد أنواع النفقة الواجبة للمرأة على زوجها، وقد ثبت حقها في طلب التفريق لعدم الإنفاق؛ فكذلك عدم المسكن؛ لتضررها بعدمه .

١٦. يثبت بعضُ أنواع الضرر، الواقع على المرأة من زوجها بالكشف الطبي؛ كالضرب، ويثبت بعضها الآخر؛ كالضرر النفسي، بإثبات ما ارتكب من الجرائم التي تتضرر بها زوجته نفسياً .

١٧. يمكن الخروج من خلاف الحكمين، في قضايا التفريق للشقاق والنزاع، بِضَمِّ ثالثٍ إليهما في أي وقت من زمن المحاكمة، ويحصل بذلك فائدة أخرى، وهي سرعة الفصل في القضية .

١٨. يحق للزوج كما للزوجة، طلب التفريق للشقاق، أو العيوب؛ لأنه يتضرر بكل منهما، وحرمانه من هذا الحق يؤدي إلى إهدار حقوقه الزوجية، أو ضياع ما أنفق من المال؛ كالمهر وباقي نفقات الزواج، إذا لجأ إلى الطلاق بإرادته .

١٩. إن حصر العيوب التي يجوز التفريق بسببها دون دليل يُعد تحكماً، وإطلاقها لا يخلو من المفاسد؛ لذا كان لابد من وضع ضابط مناسب يراعي المصلحة ويدرء المفسدة، وأقترح أن يكون على النحو التالي :

العيب الذي يوجب التفريق : هو العيب الخفي المانع من وصول أحد الزوجين إلى حقه في الزواج؛ كالأمراض الجنسية المانعة من الوطء أو كماله، أو الذي يلحق بأحدهما ضرراً؛ كالأمراض المُعدية والجنون، أو الذي يبعث على النفرة الشديدة؛ كالبرص والجذام، وما شابه ذلك من الأمراض المستحكمة .

ثانياً ــ التوصيات :

بعد الوقوف على عدد من الحقائق؛ فإن الحاجة تدعو إلى تسجيل بعض التوصيات وهي كما يلي :

١. من واجب القائمين على تقنين الأحكام الشرعية، والعاملين في هذا المجال، وضع مذكرات تفسيرية للقوانين المعمول بها، وأخذ ذلك بعين الاعتبار عند تغيير القوانين .

٢. إن قانون الأحوال الشخصية، هو البقية الباقية المستمدة من أحكام الشريعة؛ لذا فإن من واجب طلبة العلم الشرعي، وخاصة المنتسبين إلى قسم القضاء، النهوض بهذا القانون، وإجراء أبحاث ودراسات على أقسامه المختلفة؛ لإخراجها في ثوب جديد، يتناسب وتغير الزمان والأحوال، مُراعين في ذلك عدم الخروج عن الأصول الشرعية.

٣. يبدو واضحاً في هذا الزمان، حجم الغزو الفكري والثقافي، الذي يحاول الغرب من خلاله التأثير على مفاهيم المرأة المسلمة؛ لتغيير عاداتها ومعتقداتها؛ لذا فإن من واجب العلماء التصدي لهذه الهجمة المجنونة، من خلال إصدار الأبحاث والنشرات والمقالات التي ترد هذه الهجمة وتظهر مكانة المرأة في الإسلام .

٤. إن لجهاز التعليم دوراً كبيراً في بناء المجتمع؛ لذا فإن من واجب المسؤولين عن هذا الجهاز، العمل على تطوير مناهجه، بما يتناسب مع حاجة المجتمع المسلم، وأقترح لذلك ما يلي :

أ ــ تخصيص مادة تربوية إسلامية، تهتم بالعلاقات الأسرية عموماً، وتدرس لطلبة وطالبات الصف التاسع .

ب ــ تقرير مادة تربوية، تدرس لطلبة وطالبات الصف العاشر، يُرسخ من خلالها مبدأ التعاون والتكافل بين الزوجين، ثم بيان ما على كل منهما نحو الآخر من منظور إسلامي.

٥. من واجب المسؤولين في المؤسسات التعليمية والاجتماعية والأهلية؛ كالجامعات ومجالس الطلبة، وجمعية الشابات المسلمات، العمل على تفعيل الدور التعاوني بينها وبين المحاكم الشرعية لما فيه صالح الأسرة والمجتمع .

الملاحق

الرموز الواردة في الملاحق

لما كان هذا البحث، هو دراسة فقهية مقارنه بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، كان من الطبيعي، أن يقر بعض القوانين المعمول بها، ويجري بعض التعديلات على بعضها الآخر، أو يقترح نصوصاً جديدة تتلائم مع الراجح من أقوال الفقهاء، وحاجة المجتمع، الأمر الذي يحتاج إلى تميز هذه النصوص من بعضها البعض بالرمز لكل نوع برمز مختلف، وذلك على النحو التالي :

١. الرمز (م.ت) : للدلالة على النص المثبت من قانون الأحوال الشخصية .
٢. الرمز (م.ل) : للدلالة على النص المعدل .
٣. الرمز (م.ح) : للدلالة على النص المقترح .

الملحق الأول

الأحكام العامة :

م	الرمز	النص	الصفحة
مادة ١	(م.ح)	كل طلاق رجعي إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، أما التفريق بحكم القاضي فيقع فسخاً إلا ما نص على كونه طلاقاً رجعياً أو بائناً.	٢٤
مادة ٢	(م.ح)	أ- يجب كامل المهر المسمى بالدخول أو الخلوة الصحيحة، ويسقط جميعه إذا كانت الفرقة من جهة الزوجة قبل الدخول أو الخلوة؛ كعيبها، أو طلبها التفريق لعيوب الزوج، أو إعساره بمهر أو نفقة، أو طلب الولي التفريق بسبب عدم الكفاءة . ب- يجب نصف المهر المسمى بوقوع الفرقة من جهة الزوج قبل الوطء والخلوة ، سواءً كانت الفرقة طلاقاً أو فسخاً؛ كفرقة الإيلاء واللعان والردة، وفعله ما يوجب حرمة المصاهرة .	٢٩
مادة ٣	(م.ح)	إذا لم يسم المهر، فوقعت الفرقة بالطلاق أو الفسخ قبل الخلوة الصحيحة، يلزم الزوج بالمتعة إن كانت الفرقة بسببه، أما إن كانت بسبب من الزوجة فلا تجب المتعة.	٣٤
مادة ٤	(م.ت)	مبدأ العدة المذكورة في المواد السابقة، الطلاق أو وقع الفسخ أو وفاة الزوج ولو لم تكن الزوجة مطلقة على هذه الأحوال .	٣٦،٣٧
مادة ٥	(م.ت)	كل فرقة طلاقاً أو فسخاً أو وقعت من قبل الزوج لا توجب سقوط النفقة سواءً كانت بمعصيته أم لا فتجب عليه النفقة مدة العدة وأن طالت ...	٤٢
مادة ٦	(م.ت)	كل فرقة وقعت من قبل الزوجة بلا معصية منها لا توجب سقوط النفقة ...	٤٢

الملحق الثاني

أحكام التفريق:

م	الرمز	النص	الصفحة
مادة ١	(م.ح)	يحق لكل من الزوجين أن يلجأ إلى القضاء طالباً التفريق إذا توفرت أسبابه.	١١
مادة ٢	(م.ح)	واجب القاضي أن يفرق بين الزوجين إذا توفرت الأسباب الشرعية الداعية لذلك .	١٢
مادة ٣	(م.ح)	أ- إذا حلف الزوج على ما يفيد امتناعه عن وطء زوجته ، ومضت أربعه أشهر، فإن لزوجته الحق في مطالبته بالفيئ أو التطليق .	
		ب- إذا رفعت زوجة المولي أمرها إلى القاضي، خير زوجها بين الفيئ أو التطليق، فإذا رغب في الفيئ أمهله مدة لا تزيد عن سبعة أيام، فإن لم يفئ ولم يكن له عذر، فللقاضي أن يطلقها عليه طلقة رجعية، ولا تصح الرجعة إلا بالوطء.	٦١
مادة ٤	(م.ح)	إذا أثبتت الزوجة هجر زوجها لها أربعة أشهر فأكثر دون عذر، وكان محل إقامته معروفاً، فإن لها أن تطالبه بالمعاشرة أو التطليق، فإن أبى الزوج ذلك طلقها عليه القاضي رجعياً، ولا تعتبر الرجعة إلا بعود المعاشرة الزوجية .	٨١
مادة ٥	(م.ح)	يجوز لزوجة المظاهر طلب التطليق من زوجها، إذا امتنع من التكفير، والعودة إلى زوجته، أكثر من أربعة أشهر بدون عذر، ولا تصح رجعة المظاهر بعد الطلاق إلا بالتكفير .	٩٩
مادة ٦	(م.ل)	أ- إذا تضررت الزوجة من غياب زوجها سنة فأكثر جاز لها أن تطلب إلى القاضي التفريق، وإن كان له مال تستطيع الإنفاق منه .	١١٢

ب- إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب، ضرب له القاضي أجلاً ليعود للإقامة مع زوجته، فإن أبدى عذراً يمنعه من الرجوع، أجله وأعذر إليه أنه يفرق بينهما إذا لم ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل فرق القاضي بينهما، وان لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب فسخ القاضي نكاحهما بلا إعذار، أو ضرب أجل .

مادة ٧	(م.ل)	يحكم بموت المفقود بعد أربعة سنين من تاريخ فقده، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان حياً أو ميتاً، وتعتد زوجته عدة الوفاة اعتباراً من تاريخ الحكم .	١٢٢
مادة ٨	(م.ح)	لزوجة المفقود طلب التفريق إلى القاضي بعد سنة من غيابه، ويجري عليها أحكام زوجة الغائب، دون التعرض للحكم بوفاة المفقود، أو تركته، وتعتد زوجته عدة طلاق .	١٢٢
مادة ٩	(م.ل)	لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم نهائي بعقوبة مقيدة للحرية مدة سنتين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مرور سنة من حبسه، فسخ نكاحهما، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه، وتسري هذه المادة على المعتقل الذي قضى مدة سنتين بدون حكم .	١٢٩
مادة ١٠	(م.ح)	أ- إذا ثبت قبل الدخول والخلوة الصحيحة عجز الزوج الحاضر بإقراره، أو بالبينة، عن دفع المهر المعجل كله أو بعضه، فللزوجة أن تطلب إلى القاضي فسخ الزواج، ويمهله القاضي شهراً إن كان ممن لا يرجى يساره ، وثلاثة أشهر إن ظن يساره،فإذا انقضى الأجل واستمر عجزه، يفسخ النكاح بينهما.	١٣٥
		ب- يعذر الزوج الغائب إن كان معلوم محله الإقامة	١٣٦

ويضرب له أجل، فان انقضى الأجل، ولم يحضر، أو يرسل المهر، فسخ القاضي زواجهما، وان كان مجهول محله الإقامة، ولا مال له فللقاضي فسخ النكاح بعد الإعلان دون إمهال .

مادة ١١ (م.ل) إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها، ولم يكن له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه ولم يقل أنه معسر، أو قال أنه موسر وأصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال، وإذا ادعى العجز ولم يثبته، طلق عليه حالاً، وإن أثبته أمهله مدة لا تقل عن شهر، ولا تزيد عن ستة أشهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد مضي ستة أشهر من بدء إجراءات تنفيذ الحكم بالنفقة . ١٥٠

مادة ١٢ (م.ل) إذا كان الزوج الغائب معلوم المحل، ولم يكن له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، أعذر إليه القاضي، وضرب له أجلاً، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها، ولم يحضر للإنفاق عليها، طلق عليه القاضي بعد الأجل، وان كان مجهول المحل ، أو يصعب الوصول إليه، وثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة، طلق عليه القاضي بعد الإعلان بمدة لا تزيد عن شهر، وحلف الزوجة يمين الاستظهار، وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة . ١٥٠

مادة ١٣ (م.ح) تطليق القاضي لعدم الإنفاق قبل الدخول يقع بائناً، أما المدخولة فلزوجها مراجعتها أثناء العدة إذا أثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة أشهر. ١٥٠

مادة ١٤ (م.ح) إذا امتنع الزوج من توفير مسكن شرعي لزوجته، ولم يكن له مال ظاهر لتنفيذ الحكم بأجرته، أجله القاضي ثلاثة أشهر، فإن عجز عن توفيره طلقها عليه، ولا ١٥٥

يحق للزوج مراجعتها إلا بتوفير مسكن شرعي لها .

مادة ١٥ (م.ح) أ- إذا وقع نزاع أو شقاق بين الزوجين، فلكل واحد منهما طلب التفريق إذا أضر به الآخر بما لا يستطاع معه دوام العشرة . ١٧١

ب- إذا عجز القاضي عن الإصلاح وأثبتت الزوجة إضرار زوجها بها، فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة، وإن كان المدعي الزوج، وأثبت وجود النزاع أو الشقاق، أجل القاضي الدعوى مدة لا تقل عن شهر أملاً في الصلح، فإن تعذر، وأصر الزوج على دعواه، أحال القاضي الأمر إلى الحكمين . ١٧٢

مادة ١٦ (م.ت) يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم، ممن لهم خبرة بحالهما، وقدرة على الإصلاح بينهما . ١٧٢

مادة ١٧ (م.ت) على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين، ويبذلا جهدهما في الإصلاح ، فإن أمكن على طريقة أقراها . ١٧٢

مادة ١٨ (م.ح) إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة، قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه، على أن لا يقل عن المهر وتوابعه، وإذا كانت الإساءة من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة، على أن تطالبه بسائر حقوقها الزوجية، كما لو طلقها بنفسه . ١٧٣

مادة ١٩ (م.ح) إذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين، قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما، وإن جهل الحال، ولم يتمكنا من تقدير نسبة الإساءة، قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان أخذه من أيهما . ١٧٣

مادة ٢٠	(م.ح)	إذا حكم على الزوجة بأي عوض، وكانت هي طالبة التفريق، فعليها أن تؤمن دفعه قبل قرار الحكمين بالتفريق، ما لم يرض الزوج بتأجيله، وفي حالة موافقة الزوج على التأجيل يقرر الحكمان التفريق على البدل ويحكم القاضي بذلك، أما إذا كان الزوج هو طالب التفريق، وقررا أن تدفع الزوجة عوضاً، فيحكم القاضي بالتفريق والعوض وفق قرار الحكمين .	١٧٤
مادة (٢١)	(م.ت)	على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه إن وافق الأصول المشروعة.	١٧٥
مادة (٢٢)	(م.ح)	أ- للقاضي أن ينيب عنه من يحضر جلسات التحكيم في أي وقت من زمن المحاكمة، ويأخذ برأيه؛ كمرجح عند اختلاف الحكمين .	١٧٦
		ب- للقاضي أن يستدعي الحكمين بعد جلستين أو ثلاث من بدء مهمتهما، فإن بدا له اختلافهما، أناب عنه من يحضر جلسات التحكيم ويأخذ برأيه كمرجح .	١٧٧
مادة (٢٣)	(م.ح)	للسليم من الزوجين من كل عيب يحول دون الدخول، أن يراجع القاضي ويطلب فسخ النكاح ومن كان به واحد من هذه العيوب فلا يسمع طلبه .	٢٠٥
مادة (٢٤)	(م.ل)	إذا علم أحد الزوجين قبل عقد الزواج بعيب صاحبه، أو رضى به حال الإطلاع عليه صراحة أو ضمناً، سقط حقه في الخيار، ما عدا زوجة العنين، فلا يسقط خيارها إلا بالقول الصريح، إن علمت به قبل الزواج .	٢٠٦
مادة (٢٥)	(م.ل)	إذا راجع أحد الزوجين القاضي، وطلب التفريق، ينظر، فإن كانت العلة خاصة بالرجل، أو من العلل المشتركة وغير قابلة للزوال، فسخ النكاح بينهما في الحال، وإن كانت قابلة للزوال، أُجل صاحبها سنة من وقت تسليم	٢٠٦

المرأة للرجل، أو من وقت برء المريض منهما، ولا يحتسب من مدة الأجل المضروب مدة مرض أحد الزوجين، أو غياب زوجة العنين، لكن يحتسب غيابه وأيام حيضها، وتؤجل المرأة للعلل الخاصة بالنساء باجتهاد القاضي ورأي أهل الخبرة، فإن لم تندفع العلة حتى انتهت المدة، وأصر طالب التفريق على طلبه، فسخ القاضي نكاحهما بعد أخذ رأي أهل الخبرة، واكتمال البينة .

مادة (٢٦) (م.ل) أ- إذا وجد أحد الزوجين بالآخر علة قديمة من العلل التى لا يمكن المقام معها بلا ضرر؛ كالجنون والجذام والبرص، فله أن يرفع الأمر إلى القاضي ويطلب فسخ النكاح، فإن كان يرجى زوال تلك العلة، يؤجل القاضي الفسخ سنة واحدة، فإن لم تزل العلة حتى انتهت المدة، وكان طالب التفريق مُصر على طلبه، فسخ القاضي نكاحهما، أما وجود العلل الظاهرة؛ كالعمى والعرج وبتر الأطراف، فلا يوجب الفسخ . ٢٠٧

ب- للزوجة فقط طلب التفريق بالعيوب الحادثة بالرجل عدا العنة، أما العيوب الطارئة على الزوجة، فلا تسمع فيها دعوى التفريق من الزوج . ٢٠٨

مادة (٢٧) (م.ت) إذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق، وفق للمواد السابقة، فليس للزوجة حق الخيار في الزواج الثاني . ٢٠٨

مادة (٢٨) (م.ح) يجب عرض المعتل على لجنة من ذوي الاختصاص المسلمين من الجهات الرسمية للكشف الطبي كلما دعت الحاجة إليه، وتقديم تقرير بحالته موقعاً ومصدقاً حسب الأصول . ٢٠٩

بسم الله الرحمن الرحيم

السلطة الوطنية الفلسطينية
قاضي القضاة
المحاكم الشرعية
محكمة الاستئناف الشرعيه
في غزة

التاريخ :
الرقم :

الملحق الثالث

احصائيه قضايا التفريق في محكمة الاستئناف الشرعيه بغزة من تاريخ ١٩٩٤/١/١م حتي تاريخ ٢٠٠٣/١٢/٣١م

الموضوع السنه	تفريق للغيبه والضرر	تفريق بسبب السجن	تفريق لعدم الانفاق	تفريق للنزاع والشقاق	تطليق بسبب الترك	تفريق للتعليق	تفريق للعيوب	الاجمالي
١٩٩٤	١٩	–	–	–	–	–	–	١٩
١٩٩٥	٣٥	–	١	–	–	–	–	٣٦
١٩٩٦	٦٤	٤	٩	٢	–	–	–	٧٩
١٩٩٧	٥٩	٦	١٥	١	–	–	–	٨١
١٩٩٨	٥٢	٥	١٧	١	–	–	–	٧٥
١٩٩٩	٥٥	١	٢٩	٥	–	–	–	٩٠
٢٠٠٠	٣١	٢	٢٣	٨	–	–	–	٧٤
٢٠٠١	٤٦	–	٣٣	١٠	١	–	–	٩٠
٢٠٠٢	٤٣	–	٣٨	٤	–	٤	–	٨٩
٢٠٠٣	٣٣	٣	٣٥	٣	–	–	–	٧٤
المجموع الكلي	٤٣٧	٢١	٢٠٠	٣٤	١	٤	–	٦٩٧

بسم الله الرحمن الرحيم

السلطة الوطنية الفلسطينية
قاضي القضاة
المحاكم الشرعية
محكمة الاستئناف الشرعية
في خان يونس

التاريخ : .....
.....
الرقم : .....

احصائيه قضايا التفريق في محكمة الاستئناف الشرعيه بخان يونس من تاريخ ٢٠٠٣/٨/١٨حتي تاريخ ٢٠٠٣/١٢/٣١م

الموضوع السنه	تفريق للغيبه والضرر	تفريق بسبب السجن	تفريق لعدم الانفاق	تفريق للنزاع والشقاق	تطليق بسبب الترك	تفريق للتعليق	تفريق للعيوب	الاجمالي
٢٠٠٣	٥	–	٦	١	–	–	–	١٢

فهرس الآيات

م	الآية الكريمة	رقم الآية	الصفحة
	سورة البقرة		
١.	﴿ إِلاَّ أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ..... ﴾	٢٣٧	٦
٢.	﴿ الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ..... ﴾	٢٢٩	8، ٦٧، ١٠٤، ١٤٠
٣.	﴿ ذَلِكَ الْكِتَابُ لا رَيْبَ فِيهِ هُدىً لِلْمُتَّقِينَ..... ﴾	٢	٣٢
٤.	﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ..... ﴾	٢٣١	8، ٧٦
٥.	﴿ لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ ..... ﴾	٢٣٦	٣٠
٦.	﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ..... ﴾	٢٢٦	٤٦، ٤٧، ٥٠، ٥٣، ٥٦
٧.	﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ ..... ﴾	٢٤١	31
٨.	﴿ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ..... ﴾	٢٣٦	٣١
٩.	﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً..... ﴾	٢٣٤	35
١٠.	﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ..... ﴾	٢٢٨	35
١١.	﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ ..... ﴾	٢٣٧	27، ٣٢، ٩٥
١٢.	﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ..... ﴾	٢٢٧	50، ٥٣، ٥٤، ٥٦
١٣.	﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ..... ﴾	280	١٣٨
١٤.	﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ ..... ﴾	٢٢٨	٣٧، ٥٩
١٥.	﴿ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا ..... ﴾	٢٣١	٦٥، ٧٣، ١٠٤، ١١١، ١٤٠
١٦.	﴿ وَلا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ..... ﴾	٢٣٧	٣٣، ١٩٨
١٧.	﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ..... ﴾	٢٢٨	٦٨، ٧٠، ٧٢، ١٥٨
	سورة النساء		
١٨.	﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ..... ﴾	٣٤	٧١

١٩.	﴿ إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ..... ﴾	٣٥	١٦٩
٢٠.	﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ..... ﴾	4	١٣٢
٢١.	﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ ..... ﴾	٣٤	١٥٨
٢٢.	﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً ..... ﴾	١٢٨	158
٢٣.	﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا ..... ﴾	٣٥	١٦٢،١٦٣،١٦٤،١٦٥، ١٦٦،١٦٨
٢٤.	﴿ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلّاً مِنْ سَعَتِهِ ..... ﴾	١٣٥	٩، ١٠، ١٣٤
٢٥.	﴿ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ ..... ﴾	٣٤	٥١، ٦٣
٢٦.	﴿ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا ..... ﴾	١	٧٤
٢٧.	﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ..... ﴾	١٩	٦٧، ٧٠، ١٥٨

سورة المائدة

٢٨.	﴿ فَافْرُقْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الْقَوْمِ الْفَاسِقِينَ ..... ﴾	٢٥	4
٢٩.	﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ ..... ﴾	٦	١١٧

سورة الأنعام

٣٠.	﴿ مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ..... ﴾	38	١٦٥

سورة الأعراف

٣١.	﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ ..... ﴾	١٨٩	٦٦

سورة النحل

٣٢.	﴿ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا ..... ﴾	٩١	٥٤

سورة الكهف

٣٣.	﴿ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا ..... ﴾	٧٩	١٧٩

سورة النمل

٣٤.	﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي ..... ﴾	١٩	ب

سورة الروم

٣٥.	﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً ..... ﴾	٢١	١٠، ٦٦، ١٤٦

سورة الأحزاب

٣٦.	﴿ فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً..... ﴾	٢٨	٣٢
٣٧.	﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ..... ﴾	٣٣	154
٣٨.	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ .....﴾	٤٩	35
٣٩.	﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ.....﴾	٢٨	142
٤٠.	﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ.....﴾	٥٠	132
٤١.	﴿ يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ.....﴾	٣٢	139

سورة الزمر

٤٢.	﴿ وَقُضِيَ بَيْنَهُمْ بِالْحَقِّ..... ﴾	٧٥	4

سورة النجم

٤٣.	﴿ أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى.....﴾	٣٨	28
٤٤.	﴿ وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى..... ﴾	٣٩	28

سورة المجادلة

٤٥.	﴿ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ ..... ﴾	٢	٨٤، ٨٥
٤٦.	﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ..... ﴾	٣	٨٤، ٨٥، ٩١
٤٧.	﴿ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَراً مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً.....﴾	٢	88
٤٨.	﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ.....﴾	٤	٩١، ٩٤

سورة الطلاق

٤٩.	﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ.....﴾	٦	٣٩، ١٥٣
٥٠.	﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا .....﴾	٧	
٥١.	﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ.....﴾	٦	٣٨، ٣٩

٥٢.	﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ .....﴾	٧	٣٧، ٣٩، ١٣٧

سورة الملك

٥٣.	﴿ أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ .....﴾	١٤	52

فهرس الأحاديث

م	الحديث الشريف	رقم الصفحة
١.	﴿ أتردين عليه حديقته..... ﴾	9
٢.	﴿ استوصوا بالنساء خيراً ..... ﴾	67
٣.	﴿ أعتق رقبة، قال : لا أجده ، قال :فصم شهرين متتابعين.....﴾	٨٩، ٩٠
٤.	﴿ امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان ..... ﴾	115
٥.	﴿ ... ألبسي ثيابك، والحقي بأهلك ..... ﴾	١٨٤، ١٨٥، ١٩٦
٦.	﴿ ... أنظر إليها، فأنه أحرى ..... ﴾	١٩٣
٧.	﴿ آلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسائه ..... ﴾	٥١
٨.	﴿ ... إنما النساء شقائق الرجال ..... ﴾	74
٩.	﴿ ... تقول المرأة، أما أن تطعمني وأما أن تطلقني ..... ﴾	١٤٠
١٠.	﴿ ... خيركم خيركم لأهله ..... ﴾	67
١١.	﴿ لا ضرر ولا ضرار ..... ﴾	٩، ١٤٢، ١٥٩
١٢.	﴿ لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟..... ﴾	١٨٦
١٣.	﴿ ليس لك عليه نفقة ولا مسكن ..... ﴾	٤١
١٤.	﴿ وما حملك على ذلك؟ ... فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله به. ﴾	٩١
١٥.	﴿ من لا يشكر الناس ..... ﴾	ب
١٦.	﴿ هن حولي كما ترى يسألنني النفقة ..... ﴾	١٣٨
١٧.	﴿ ... وفر من المجذوم كما تفر من الأسد ..... ﴾	١٨٥
١٨.	﴿ يا عبد الله، ألم أخبر أنك تصوم النهار..... ﴾	٦٨

فهرس الآثار

م	الأثر	رقم الصفحة
١.	﴿ ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ..... ﴾	١٦٤
٢.	﴿ إذا أغلق الباب وأرخي الستر ..... ﴾	٢٧، ٢٨
٣.	﴿ إذا تزوج الرجل المرأة وبها جنون، أو ..... ﴾	١٨٥
٤.	﴿ ... اصبري فإن الله تعالى لو شاء لابتلاك بأشر من ذلك..... ﴾	١٨٦، ١٨٧
٥.	﴿ أيما امرأة غر بها رجل، بها جنون، أو .....﴾	١٨٥
٦.	﴿ أيما امرأة فقدت زوجها .....﴾	١١٦
٧.	﴿ سألت ... عن الرجل يؤلي.....﴾	٥٧
٨.	﴿ سألت سعيد ..عن الرجل لا يجد ما ينفق، قال : يفرق بينهما ... ﴾	١٤١
٩.	﴿ كتب إلى أمراء الأجناد ... أن يأخذوهم بأن ينفقوا ، أو يطلقوا... ﴾	140
١٠.	﴿ كم تصبر المرأة عن زوجها؟ ..... ﴾	٧٩، ٨٠، ١٠٤، ١٠٦
١١.	﴿ هي امرأة ابتليت فلتصبر ..... ﴾	١١٥
١٢.	﴿ يا أمير المؤمنين إنها تشكو إليك زوجها ..... ﴾	٦٩
١٣.	﴿ ... يؤجل سنة، فإن قدر عليها، وإلا فرق بينهما ..... ﴾	١٨٥

فهرس التراجم

م	العلم المترجم له	رقم الصفحة
١.	الأزدي : كعب بن سور	٩٩
٢.	الأنصاري : سلمه بن صخر	٨٧
٣.	التسولي : أبو الحسن على بن عبد السلام	٧٧
٤.	ابن عبد السلام : محمد بن عبد السلام بن يوسف	١٤٣
٥.	العكبري : الحسن بن شهاب بن علي	١٩٠
٦.	اللخمي : أبو الحسن علي بن محمد الربعي	١٩٨
٧.	أبو يعلى : محمد بن حسين بن خلف بن الفرا	١٤٥

فهرس المراجع

أولاً: القرآن وعلومه :

١. الألوسي: أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي، ت - ١٢٧٠هـ، **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم**، والسبع المثاني، ط . ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م، دار الفكر ـ بيروت .

٢. الجصاص: الأمام أبو بكر أحمد الرازي الجصاص، ت ـ ٣٧٠هـ ، **أحكام القرآن**، راجعه : صدقي محمد جميل، ط ١ . ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١م، دار الفكر ـ بيروت .

٣. الرازي: الإمام محمد فخر الدين الرازي، ت - ٦٠٤ هـ، **التفسير الكبير** ومفاتيح الغيب ، ط ١ . ١٤٠١ هـ ـ ١٩٨١ م، دار الفكر ـ بيروت.

٤. رشيد رضا: الإمام محمد رشيد رضا، **تفسير المنار**، ط . الهيئة المصرية العامة للكتب .

٥. السايس: الشيخ محمد على السايس، **تفسير آيات الأحكام**، ط . محمد على صبيح .

٦. الصابوني: محمد على الصابوني، **روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن**، ط. دار التراث العربي ـ مصر .

٧. الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، ت ـ ٣١٠ هـ، **تفسير الطبري المسمى جامع البيان تأويل القرآن**، ط ١ . ١٤١٢ هـ ١٩٩٢ م، دار الكتب العلمية - بيروت .

٨. ابن عاشور: الإمام محمد الطاهر بن عاشور، **التحرير والتنوير**، دار سحنون للطبع والتوزيع ـ تونس .

٩. ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، ت ـ ٥٤٣ هـ، **أحكام القرآن**، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد عبد القادر عطا، ط ١ . ١٤٠٨ هـ ـ ١٩٨٨ م، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

١٠. القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، ت ـ ٦٧١ هـ، **الجامع لأحكام**

القرآن، ط [١] . ١٤٠٨ هـ ـ ١٩٨٨ م، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

١١. ابن كثير: الإمام عماد الدين إسماعيل القرشي ابن كثير، ت ـ ٧٧٤ هـ، **تفسير القرآن العظيم**، ط [٢] . ١٤٠٧ هـ ـ ١٩٨٧ م، دار المعرفة ـ بيروت.

١٢. النسفي: الإمام عبد الله بن أحمد النسفي، ت ـ ٧١٠ هـ، **مدارك التزيل وحقائق التأويل**، تحقيق : مروان محمد الشعار، ط [١] . ١٤١٦ هـ ـ ١٩٩٦م، دار النفائس بيروت .

ثانياً : السنة وعلومها :

١٣. ابن الأثير الإمام مجدي الدين المبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير، ت ـ ٦٠٦ هـ، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، تحقيق : طاهر أحمد الزاوي ـ محمود محمد الطناجي، ط. المكتبة الإسلامية .

١٤. أحمد: الإمام أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، ت ـ ٢٤١ هـ، **المسند**، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط ١ . ١٤١٩هـ ١٩٩٨م، ط مؤسسة الرسالة ـ بيروت

١٥. **الألباني**: محمد ناصر الدين الألباني، ت ـ ١٤٢٠ هـ، **صحيح سنن الترمذي**، تعليق : زهير الشاويش، ط [١]. ١٤٠٨ هـ ـ ١٩٨٨م، مكتب التربية العربي لدول الخليج .

١٦. الألباني (السابق): **صحيح سنن أبي داود**، ط ١٤٢٣ هـ ـ ٢٠٠٢م، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع .

١٧. الألباني (السابق): **ضعيف الجامع الصغير وزيادته المسمى بالفتح الكبير**، إشراف: زهير الشويش، ط [٢] . ١٤٠٨ هـ ـ ١٩٨٨م، المكتب الإسلامي ـ بيروت .

١٨. الألباني (السابق): **صحيح سنن ابن ماجه**، ط [٣] . ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م، المكتب التربية العربي لدول الخليج .

١٩. الألباني (السابق): **صحيح سنن النسائي**، تعليق : زهير الشويش، ط [١] . ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٨م، مكتب التربية العربي لدول الخليج .

٢٠. البخاري: الإمام الحافظ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، ت ــ ٢٥٦ هـ، **صحيح البخاري**، تحقيق: محمد على القطب ــ هشام البخاري، ط ٢ . ١٤١٨ هـ ــ ١٩٩٧م، المكتبة العصرية ــ بيروت .

٢١. البيهقي: الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، ت ــ ٤٥٨ هـ، **السنن الكبرى**، ط . ١٤١٣ هـ ــ ١٩٩٢م، دار المعرفة ــ بيروت .

٢٢. الترمذي: الأمام أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، **سنن الترمذي**، تحقيق : أحمد محمد شاكر، ط ١ . ١٤١٩ هـ ــ ١٩٩٩م، دار الحديث ــ القاهرة .

٢٣. ابن الجوزي: الإمام أبو الفرج عبد الرحمن بن على الجوزي، ت ــ ٥٩٧ هـ، **غريب الحديث**، تحقيق : عبد المعطي أمين قلعجي، ط ١ . ١٤٠٥ هـ ــ ١٩٨٥م، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٢٤. ابن حجر: الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلاني، ت ــ ٨٥٢ هـ، **فتح الباري**، تحقيق : عبد العزيز بن باز، ط . ١٤١١ هـ ــ ١٩٩١م، دار الفكر بيروت .

٢٥. الخطابي: الإمام أبو سليمان حمد بن محمد الخطابي، ت ــ ٣٨٨ هـ، **معالم السنن شرح سنن أبي داود**، ط ٣ . ١٤٠١ هـ ــ ١٩٨١م، المكتبة العلمية ــ بيروت .

٢٦. أبو داود: الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، ت ــ ٢٧٥ هـ، **سنن أبي داود**، تحقيق : عبد القادر عبد الخير وآخرون، ط . ١٤٢٠ هـ ــ ١٩٩٩م، دار الحديث، القاهرة .

٢٧. الزرقاني: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، ت ــ ١١٢٢ هـ، **شرح الزرقاني على موطأ الأمام مالك**، ط ١ . ١٤١١ هـ ــ ١٩٩٠م، دار الكتب العلمية ــ بيروت.

٢٨. الشوكاني: محمد بن علي بن محمد الشوكاني ت ــ ١٢٥٥ هـ، **شرح منتقى الأخبار**، ط . دار الفكر ــ بيروت .

٢٩. الصنعاني: محمد بن إسماعيل الصنعاني، ت ــ ١١٨٢هـ، **سبل السلام**

شرح بلوغ المرام، تحقيق : إبراهيم عصر، ط . ١٤١٤ هـ ـ ١٩٩٣م، دار الحديث ـ القاهرة .

٣٠. ابن ماجة: الأمام أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ت ـ ٢٧٥ هـ، **سنن ابن ماجة**، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، ط . دار أحياء التراث العربي ـ بيروت .

٣١. مالك: الإمام أبو عبد الله مالك بن أنس، ت ـ ١٧٩ هـ، **الموطأ**، تحقيق: بشار عواد معروف ـ محمود محمد خليل، ط ٢ . ١٤١٣ هـ ـ ١٩٩٣م، مؤسسة الرسالة ـ بيروت .

٣٢. مسلم: الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، ت ـ ٢٦١ هـ، **صحيح مسلم**، ط ١ . ١٤١٨ هـ ـ ١٩٩٧م، دار المنار ـ القاهرة.

٣٣. النسائي: الإمام أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، **سنن النسائي**، تحقيق : عبد الغفار سليمان البنداري ـ سيد حسن، ط . ١٤١١ هـ ـ ١٩٩١م، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

الأصول والقواعد :

٣٤. الآمدي: سيف الدين علي بن أبي علي الآمدي، ت ـ ٦٣١ هـ، **الأحكام في أصول الأحكام**، ضبطه وكتب حواشيه: إبراهيم العجوز، ط . دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٣٥. البخاري: علاء الدين عبد العزيز البخاري، ت ـ ٧٣٠ هـ، ط . ١٣٩٤ هـ ـ ١٩٧٤م، دار الكتاب العربي ـ بيروت .

٣٦. الرخميسي: عبد الفتاح أحمد قطب الرخميسي، **التحقيق المأمول لمنهاج الأصول على المنهاج** للبيضاوي، ط ٢ . ١٤٢٢ هـ ـ ٢٠٠١م، مؤسسة قرطبة ـ مصر .

٣٧. ابن جزي: أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، ت ـ ٧٤١ هـ، **تقريب الوصول إلى علم الوصول**، تحقيق : محمد الشنقيطي، ط ١ . ١٤١٤ هـ، مكتبة ابن تيميه، مكتب العلم ـ جدة .

٣٨. السرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، ت ـ ٤٩٠ هـ، **أصول السرخسي**، تحقيق : أبو الوفا الأفغاني، ط . مكتبة

المعارف ــ الرياض .

٣٩. السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، ت ــ ٩١١ هـــ، **الأشباه والنظائر**، ط [١] . ١٤١٣هـ ــ ١٩٨٣م، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٤٠. ابن عاشور: محمد الظاهر بن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، ط [١]. ١٤٢٠هـ ــ ١٩٩٩م، دار النفائس ــ بيروت .

٤١. ابن عبد السلام: الإمام عز الدين محمد بن عبد السلام، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، ط . ١٤١٠ هـ ــ ١٩٩٠م، مؤسسة الريان ــ بيروت

٤٢. ابن قدامة: موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، ت ــ ٦٢٠ هـ، **روضة الناظر وجنة المناظر**، تحقيق: عبد الكريم بن على النملة، ط [٢] . ١٤١٤ هـ ــ ١٩٩٣م، مكتبة الرشد ــ الرياض .

٤٣. القرافي: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي، ت ــ ٦٨٤ هـ، **أنوار البروق على أنواء الفروق المشهور بالفروق**، ط . عالم الكتب ــ بيروت .

٤٤. ابن المنذر: الإمام محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ت ــ ٣١٨ هـ، **الإجماع**، تحقيق : فؤاد عبد المنعم، ط [٣]. ١٤١١ هـ ــ ١٩٩١م، مطبوعات المحاكم الشرعية ــ قطر .

رابعاً : الفقه :

أ- الفقه الحنفي :

٤٥. باز: سليم رستم باز، **شرح المجلة**، ط [٣] . ١٤٠٦ هـ، دار أحياء التراث العربي ــ بيروت .

٤٦. الزيلعي: العلامة فخر الدين عثمان علي الزيلعي، ت ــ ٧٤٣ هـ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ط [٢] . دار الكتاب الإسلامي .

٤٧. السرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، ت ــ ٤٩٠ هـ، **المبسوط**، ط [١] . ١٤١٤ هـ ــ ١٩٩٣م، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٤٨. السمر قندي: أبو الليث نصر بن محمد بن إبراهيم السمر قندي، ت ــ **٣١٥ هـ، عيون المسائل،** تحقيق : سيد محمد المهني، ط. **١٤١٩ هـ ــ ١٩٩٨م**، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٤٩. ابن الشحنة: أبو الوليد إبراهيم بن أبي الفضل المعروف بابن الشحنة، **لسان الحكام في معرفة الأحكام،** ط . دار الكتب ــ بيروت .

٥٠. الطائي: مصطفى بن محمد بن نعمان الطائي، ت ــ **١١٩٢ هـ، كنز البيان مختصر توفيق الرحمن،** تحقيق : محمد حسن إسماعيل، ط . **١٤١٩ هـ ــ ١٩٩٨م**، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٥١. ابن عابدين: الإمام محمد أمين المشهور بابن عابدين، ت ــ **١٢٥٢ هـ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار،** تحقيق : عادل عبد الموجود ــ على معوض، ط [١]. **١٤١٥ هـ ــ ١٩٩٤م**، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٥٢. القدوري: أحمد بن محمد جعفر القدوري، ت ــ **٤٢٨ هـ، مختصر القدوري،** تحقيق : كامل عويضة، ط [١] . **١٤١٨ هـ ــ ١٩٩٧م** ، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٥٣. الكاساني: علاء الدين أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني، ت ــ **٥٨٧ هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،** ط **١** . **١٤١٧ هـ ــ ١٩٩٦م**، دار الفكر ــ بيروت .

٥٤. المرغيناني: أبو الحسين علي بن أبي بكر الرشداني المرغيناني، ت ــ **٥٩٣ هـ، الهداية شرح بداية المبتدأ،** ط [١] . **١٤١٠ هـ ــ ١٩٩٠م**، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٥٥. ابن مودود: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، ت ــ ٦٨٣ هـ، **الاختيار لتعليل المختار،** تعليق : محمود أبو دقيقة، ط . دار الكتب العلمية ــ بيروت

٥٦. ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، ت ــ **٩٧٠ هـ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق،** ط [١]. **١٤١٨ هـ ــ ١٩٩٧م**، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٥٧. ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن

الهمام، ت ــ ٦٨١ هـ، **شرح فتح القدير**، دار الفكر ــ بيروت .

ب – الفقه المالكي :

٥٨. البغدادي: القاضي أبو محمد عبد الوهاب البغدادي، ت ــ ٤٢٢ هـ، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، خرج أحاديثه : الحبيب بن طاهر، ط . ١٤٢٠ هـ ــ ١٩٩٣م، دار ابن حزم ــ بيروت .

٥٩. التسولي: أبو الحسن على بن عبد السلام التسولي، **البهجة في شرح التحفة**، ط ١ . ١٤١٨ هـ ــ ١٩٩٨م، دار الفكر ــ بيروت .

٦٠. ابن جزي: أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي، ت ــ ٧٤١ هـ، **القوانين الفقهية** ، ضبطه وصححه : محمد أمين الضناوي، ط ١ . ١٤١٨ هـ ــ ١٩٩٨م، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٦١. الحطاب: أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب، ت ــ ٩٥٤ هـ، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه : زكريا عميرات، ط ١ . ١٤١٦ هـ ــ ١٩٩٥م، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٦٢. الخرشي: أبو محمد عبد الله الخرشي، ت ــ ١١٠١ هـ، **حاشية الخرشي**، ط . دار الفكر ــ بيروت .

٦٣. الدسوقي: شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، ت ــ ١٢٣٠ هـ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ط ١ . ١٤١٧ هـ، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٦٤. ابن رشد: أبو الوليد محمد بن احمد بن رشد الحفيد، ت - ٥٩٥ هـ ، بدايةالمجتهد ونهاية المغتصد ، تحقيق: صبحي حسن حلاق ، ط ١ . ١٤١٥هـ ، مكتبة ابن تميمية - القاهرة .

٦٥. الصاوي: أحمد بن محمد الصاوي، ت ــ ١٢٤١ هـ، **بلغة السالك لأقرب المسالك**، ضبطه وصححه : محمد عبد السلام شاهين، ط١. ١٤١٥ هـ ــ ١٩٩٥م، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٦٦. عليش: محمد بن أحمد، ت ــ ١٢٩٩ هـ، **منح الجليل على مختصر سيدي خليل**، ط. دار الفكر ــ بيروت .

٦٧. ابن فرحون: برهان الدين أبو عبد الله محمد بن فرحون، ت ــ **٦٩٩** هـ، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، خرج أحاديثه وعلق عليه وكتب حواشية : جمال مرعشلي ، ط[١] . **١٤١٦** هـ، **١٩٩٥**م دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٦٨. الكشناوي: أبو بكر بن حسن الكشناوي، **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك**، ضبطه وصححه :محمد عبد السلام شاهين، ط[١] . **١٤١٦** هـ ــ **١٩٩٥**م، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٦٩. الكناني: أبو محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون الكناني، **العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام**، ط . دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٧٠. النفراوي: أحمد غنيم النفراوي، ت ــ **١١٢٥** هـ، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، ط . **١٤١٥** هـ ــ **١٩٩٥**م، دار الفكر ــ بيروت .

ج – الفقه الشافعي :

٧١. الأسيوطي: شمس الدين محمد أحمد المنهاجي، ت ــ **٩٠٠** هـ، **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود**، ط [١]. **١٤١٧** هـ ــ **١٩٩٦**م، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

٧٢. الحصني: تقي الدين محمد الحسيني الحصني، ت ــ **٨٢٩** هـ، **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار**، تحقيق : محمد بكر إسماعيل، ط. دار إحياء الكتب العربية ــ القاهرة .

٧٣. الركبي: محمد بن أحمد بن بطال الركبي، **النظم المستعذب في شرح غريب المهذب**، ط [٢] . **١٣٧٩** هـ ــ **١٩٩٥**م، دار المعرفة ــ بيروت .

٧٤. الشافعي الأمام محمد بن إدريس الشافعي، ت ــ **٢٠٤** هـ، **الأم**، ط . دار الفكر ــ بيروت .

٧٥. الشربيني: محمد الشربيني الخطيب، ت ــ **٩٧٧** هـ، **مغني المحتاج**، ط . **١٣٧٧**هـ ــ **١٩٥٨**م، البابي الحلبي ــ مصر .

٧٦. الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادي، ت ــ

٤٧٦ هـ، **المهذب**، ط ٢ . ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م، المكتب الإسلامي ـ بيروت .

٧٧. العمراني: أبو الحسين يحيى بن أبي الخير سالم العمراني، ت ـ ٥٥٨هـ، **البيان**، اعتنى به قاسم محمد النووي، ط . دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع .

٧٨. الغمراوي: محمد الزهري الغمراوي، **السراج الوهاج**، ط ١. ١٤١٦ هـ ـ ١٩٩٦م، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٧٩. الماوردي: أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي، ت ـ ٤٥٠ هـ، **الحاوي الكبير**، تحقيق وتعليق : على محمد معوض ـ عادل أحمد عبد الموجود، ط ١ . ١٤١٤ هـ ـ ١٩٩٤م، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٨٠. المحلي: أحمد بن أحمد بن محمد جلال الدين المحلي، ت ـ ٨٦٤ هـ، **شرح جلال الدين المحلي على المنهاج**، مع حاشيتي قليوبي وعميرة عليه، ط. دار إحياء الكتب العربية ـ القاهرة .

٨١. النووي: الإمام أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، ت ـ ٦٧٦ هـ، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، ط ٢ . ١٤٠٥ هـ ـ ١٩٩٥م، المكتب الإسلامي ـ بيروت .

٨٢. النووي (السابق): **المجموع**، حققه وعلق عليه وأكمله بعد نقصه : محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد ـ جدة

د- الفقه الحنبلي :

٨٣. أبو البركات الإمام مجدي الدين أبو البركات، **المحرر في الفقه**، ط ٢. ١٤٠٤ هـ ـ ١٩٨٤م، مكتبة المعارف ـ الرياض .

٨٤. البعلي: علاء الدين أو الحسن بن عباس البعلي، ت ـ ٨٠٣هـ، **الأخبار العلمية من الاختيارات العلمية من فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية**، ط . دار الفكر ـ بيروت .

٨٥. البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ط. عالم الكتب ـ بيروت .

٨٦. الزركشي: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، ت ـ ٧٧٢ هـ،

شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق : عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين،ط[1] . **١٤١٣**هـ ــ **١٩٩٣**م، مكتبة العبيكان ــ الرياض

٨٧. الشيباني: عبد القادر بن عمر التغلبي الشيباني، ت ــ ١١٣٥ هـ، **نيل المأرب بشرح دليل الطالب**، تحقيق: إبراهيم احمد الأثري، ط. دار إحياء الكتب العربية ــ القاهرة .

٨٨. ابن ضويان إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، ت ــ **١٣٥٣** هـ، **منار السبيل في شرح الدليل**، تحقيق : عبد المنعم إبراهيم، ط [1]. **١٤١٦** هـ، المكتبة التجارية ــ مكة المكرمة .

٨٩. ابن قدامة: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، ت ــ **٦٢٠**هـ، **المغني**، تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي - عبد الفتاح محمد الحلو ، ط [2] . ١٤١٢ هـ ــ **١٩٩٢**م، هجر للطباعة والنشر والتوزيع ــ القاهرة .

٩٠. ابن القيم: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بأن القيم، ت ــ **٧٥١** هـ، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ــ عبد القادر الأرنؤوط، ط [3]. **١٤٢١** هـ ــ **٢٠٠٠**م، مؤسسة الرسالة ــ بيروت .

٩١. ابن القيم(السابق): **الطرق الحكمية في السياسية الشرعية**، تحقيق : سيد عمران، ط [1] . **١٤٢٢** هـ ــ ٢٠٠٢م، دار الحديث ــ القاهرة .

٩٢. المرداوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، ت ــ **٨٨٥**هـ، الإنصاف، تحقيق : محمد حامد الفقي، ط[1]. **٣٧٧**هـ ــ **١٩٥٧**م، دار أحياء التراث العربي ــ بيروت .

٩٣. ابن مفلح: شمس الدين المقدسي بن عبد الله بن محمد بن مفلح، ت ــ **٧٦٣** هـ، **الفروع**، راجعه وضبطه : عبد اللطيف السبكي، ط [3] . **١٤٠٢** هـ، عالم الكتب ــ بيروت .

٩٤. المقدسي: بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، **العدة شرح العمدة**، ط[1] . **١٤١٢** هـ ــ **١٩٩١**م، مؤسسة قرطبة .

هـ- فقه المذاهب الأخرى :

٩٥. ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، ت ــ ٤٥٦ هـ، **المحلى**، تحقيق : أحمد محمد شاكر، ط . دار التراث ــ القاهرة .

٩٦. الشوكاني: محمد بن علي الشوكاني، ت ــ ١٢٥٠هـ، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار**، تحقيق : محمود إبراهيم زايد، ط[١] . ١٤٠٥ هـ ــ ١٩٨٥م، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

رابعاً : الفقه الحديث :

٩٧. إمام: محمد كمال الدين إمام، **الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي**، ط[١] . ١٤١٦ هـ ــ ١٩٩٦م، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع .

٩٨. بدران: بدران أبو العنين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية، والمذهب الجعفري والقانون**، ط.١٩٦٧م، دار النهضة العربية ــ بيروت .

٩٩. جبر: سعدي حسين على جبر، **فقه الأمام أبي ثور** ، ط[١]. ١٤٠٣ هـ ــ ١٩٨٣م، مؤسسة الرسالة ــ بيروت، دار الفرقان ــ عمان .

١٠٠. الجزيري: عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ط. ١٩٦٩م، المكتبة التجارية الكبرى ــ مصر .

١٠١. حسب الله: على حسب الله، **الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب**، دار الفكر العربي ــ بيروت .

١٠٢. الزحيلي: محمد مصطفى الزحيلي، **وسائل الأثبات في الشريعة الإسلامية**، ط[١]. ١٤٠٢هـ ــ ١٩٨٢م، مكتبة دار البيان ــ دمشق .

١٠٣. الزحيلي: وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط [٤]. ١٤١٨ هـ ــ ١٩٩٧م، دار الفكر المعاصر ــ دمشق .

١٠٤. أبو زهرة: محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ط. دار الفكر العربي .

١٠٥. زيدان: عبد الكريم زيدان، **المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، ط[٣] . ١٤١٧هـ ــ ١٩٩٧م، مؤسسة الرسالة ــ بيروت .

١٠٦. سيد سابق: الشيخ السيد سابق، **فقه السنة**، ط. ١٤١٢ هـ ـ ١٩٩٢م، دار الفكر ـ بيروت .

١٠٧. قاسم: يوسف قاسم ـ **حقوق الأسرة في الفقة الاسلامي**، ط.١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٤م، دار النهضة العربية ـ القاهرة .

١٠٨. مدكور: محمد سلام مدكور، **أحكام الأسرة في الإسلام، ط**٢ .١٣٨٩هـ ـ١٩٦٩م .

١٠٩. وزارة الأوقاف: **الموسوعة الفقهية**، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ـ الكويت، ط١. ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٣م، مطابع دار الصفوة .

خامساً: القانون وشروحه :

١١٠. إبراهيم: إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية**، ط. ١٩٩٩م، دار الثقافة للنشر والتوزيع ـ عمان

١١١. السباعي: مصطفى السباعي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ط ٧. ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م، المكتب الإسلامي .

١١٢. السرطاوي: محمود السرطاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ط١. ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨١م .

١١٣. سيسالم: مازن سيسالم ـ إسحاق مهنا ـ سليمان الدحدوح، **مجموعة القوانين الفلسطينية**، ط٢ . ١٩٩٦م .

١١٤. الظاهر: راتب عطا الله الظاهر، **مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية الأردنية**، ط. ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م .

١١٥. عبد التواب: معوض عبد التواب، **موسوعة الأحوال الشخصية**، ط٧. ١٩٩٧م، منشئة المعارف الاسكندرية .

١١٦. عثمان: جلال سعد عثمان المحامي، **أحكام الأسرة بين الشرع والقانون** .

١١٧. فارس: محمد ناجي فارس، **تعاميم قاضي القضاة ونائبه** .

١١٨. كمال: أشرف مصطفى كمال، **قوانين الأحوال الشخصية معلقاً على نصوصها**، تحقيق : عبد الحكيم سباله ـ واصل أحمد إبراهيم، ط. ١٩٩١م، إصدار نادي القضاة .

١١٩. لجنة خاصة: **مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري**، ط١. ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦م، دار القلم ـ دمشق، الدار

الشامية ــ بيروت .

سادساً : التراجم والتاريخ :

١٢٠. ابن الأثير: عز الدين على بن محمد الجزري، المعروف بابن الأثير، ت ــ ٦٣٠هـ، **أسد الغابة في معرفة الصحابة**، تحقيق : خليل مأمون شيحة، ط٢. ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، دار المعرفة ــ بيروت .

١٢١. البغدادي: أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، ت ــ ٤٦٣هـ، **تاريخ بغداد**، ط٢. ١٤١٨ هـ ــ ١٩٩٧م، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

١٢٢. الذهبي: شمس الدين محمد بن أحمد عثمان الذهبي، ت ــ ٧٤٨ هـ، **سير أعلام النبلاء**، تحقيق : شعيب الأرنؤوط، ط ٩. ١٤١٣هـ ــ ١٩٩٣م، مؤسسة الرسالة .

١٢٣. الزركلي: خير الدين الزركلي، **الأعلام**، ط٥. ١٩٨٠م، دار العلم .

١٢٤. ابن سعد: محمد بن سعد بن منيع الهاشمي البصري المعروف بابن سعد، ت ٢٣٠ هـ، **الطبقات الكبرى**، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، ط٢. ١٤١٨هـ ــ ١٩٩٧م، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

١٢٥. مخلوف: محمد بن محمد مخلوف، **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، ط. دار الفكر ــ بيروت .

١٢٦. ابن مفلح: برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، ت ــ ٨٨٤هـ ، **المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الأمام أحمد**، تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، ط١. ١٤١٠هـ ــ ١٩٩٠م، مكتبة الرشد ــ الرياض.

سابعاً: اللغة :

١٢٧. الأزهري: أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري، ت ــ ٣٧٠ هـ، **تهذيب اللغة**، تحقيق : عبد السلام محمد هارون، دار القومية العربية ــ مصر .

١٢٨. أبو جيب: سعدي أبو جيب، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً**، ط٢. ١٤٠٨هـ ــ ١٩٨٨م، دار الفكر ــ دمشق .

١٢٩. الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، ت ــ ٦٦٦ هـ، **مختار الصحاح**، ط[١]. ١٩٦٧م، دار الكتاب العربي ــ بيروت .

١٣٠. الفيروز آبادي: مجدي الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، ت ــ ٨١٧ هـ، **القاموس المحيط**، المؤسسة العربية للطباعة والنشر ــ بيروت .

١٣١. الفيومي: أحمد بن محمد بين يعقوب بن علي الفيومي، المصباح المنير، ط[٢]. ١٤١٨هـ ــ ١٩٩٧م، المكتبة العصرية ــ بيروت .

١٣٢. الكفوي: أبو البقاء أيوب قوسي الحسيني، ت ــ ١٠٩٤ هـ، **الكليات** ،أعده ووضع فهارسه : عدنان درويش ــ محمد المصري ، ط[٣]. ١٤١٩هـ – ١٩٩٨م ، مؤسسة الرسالة – بيروت .

١٣٣. ابن منظور: محمد بن مكرم المصري، ت ــ ٧١١ هـ، **لسان العرب**، ط[٣]. ١٤١٣هـ ــ ١٩٩٣م، مؤسسة التاريخ العربي، دار أحياء التراث العربي ــ بيروت .

ثامناً : المجلات وكتب أخرى :

١٣٤. عبد الوهاب: محمد فريد عبد الوهاب، **التهاب الكبد الفيروسي (س)**، عدد ١٩١، ط. ١٩٩٨م، دار أخبار اليوم ــ مصر .

١٣٥. محمود: فهمي مصطفى محمود، **وهكذا بدأ مرض الإيدز**، ط . ١٩٨٩م، مكتبة التراث الإسلامية ــ مصر .

١٣٦. وزارة الأوقاف: مجلة المنبر، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ــ **فلسطين**، ط . ١٤٢٠ هـ ــ ١٩٩٩م، ١٤٢١هـ ــ ٢٠٠٠م .

١٣٧. وزارة الأوقاف: مجلة الوعي الإسلامي، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامي ــ **الكويت**، ط.١٣٩٤هـ ــ ١٩٧٤م .

فهرس الموضوعات

م	الموضوع	الصفحة
٨.	الإهداء	أ
٩.	شكر وتقدير	ب
١٠.	المقدمة	د
١١.	خطة البحث	ز
١٢.	**الفصل التمهيدي : مشروعية التفريق القضائي بين الزوجين، وبيان نوعه، وأثره**	
١٣.	**المبحث الأول : مفهوم التفريق القضائي، ومشروعيته، وحكمه**	٢
١٤.	المطلب الأول : مفهوم التفريق القضائي	٣
١٥.	الفرع الأول : التفريق القضائي باعتباره مركباً إضافياً	٣
١٦.	الفرع الثاني : التفريق القضائي باعتباره علماً على حكم القاضي بالفرقة	٥
١٧.	المطلب الثاني : مشروعية التفريق القضائي	٧
١٨.	موقف قانون الأحوال الشخصية	١٠
١٩.	المطلب الثالث : حكم التفريق القضائي	١١
٢٠.	موقف قانون الأحوال الشخصية	١٢
٢١.	**المبحث الثاني : الاختلاف في نوع الفرقة بحكم القاضي، وأثره في الفروع**	١٣
٢٢.	المطلب الأول : الفرقة بحكم القاضي، وتكييفها الفقهي	١٤
٢٣.	الفرع الأول : أنواع الفرقة باعتبار ما يترتب عليها من آثار	١٤

٢٤. أولاً : الفسخ	١٤
٢٥. ثانياً : الطلاق	١٦
٢٦. ثالثاً : الفرق بين الفسخ والطلاق	١٧
٢٧. الفرع الثاني : التكييف الفقهي للفرقة بحكم القاضي	١٨
٢٨. موقف قانون الأحوال الشخصية	٢٣
٢٩. المطلب الثاني : أثر خلاف الفقهاء فيما يقع بالتفريق بحكم القاضي	٢٤
٣٠. الفرع الأول : أثر نوع الفرقة على المهر	٢٤
٣١. موقف قانون الأحوال الشخصية	٢٨
٣٢. الفرع الثاني : أثر نوع الفرقة على المتعة	٢٩
٣٣. موقف قانون الأحوال الشخصية	٣٤
٣٤. الفرع الثالث : أثر نوع الفرقة على العدة	٣٥
٣٥. موقف قانون الأحوال الشخصية	٣٦
٣٦. الفرع الرابع : أثر نوع الفرقة على نفقة العدة	٣٧
٣٧. موقف قانون الأحوال الشخصية	٤٢
٣٨. **الفصل الأول : التفريق بين الزوجين لأسباب شرعية**	
٣٩. **المبحث الأول : التفريق بسبب الإيلاء**	٤٤
٤٠. المطلب الأول : تعريف الإيلاء وبيان ألفاظه	٤٥
٤١. الفرع الأول : تعريف الإيلاء	٤٥
٤٢. الفرع الثاني : ألفاظ الإيلاء	٤٧
٤٣. المطلب الثاني : مشروعية التفريق بسبب الإيلاء، وأحكامه	٥٠
٤٤. الفرع الأول : مشروعية الإيلاء	٥٠
٤٥. الفرع الثاني : أحكام الإيلاء الدنيوية	٥٢
٤٦. موقف قانون الأحوال الشخصية	٦٠
٤٧. **المبحث الثاني : التفريق بسبب الهجر**	٦٢
٤٨. المطلب الأول : الهجر، وبيان الفرق بينه وبين الإيلاء	٦٣
٤٩. الفرع الأول : معنى الهجر	٦٣
٥٠. الفرع الثاني : الفرق بين الهجر والإيلاء	٦٤
٥١. المطلب الثاني : مشروعية التفريق بسبب الهجر	٦٦

٥٢. الفرع الأول : حرص الشريعة على حسن العشرة	٦٦
٥٣. الفرع الثاني : حق الزوجة في مبيت زوجها عندها	٦٨
٥٤. الفرع الثالث : حق الزوجة في الوطء	٧١
٥٥. المطلب الثالث : وقت وقوع الفرقة ونوعها	٧٥
٥٦. الفرع الأول : وقت وقوع الفرقة	٧٥
٥٧. الفرع الثاني : نوع فرقة الهجر	٧٨
٥٨. المطلب الرابع : موقف قوانين الأحوال الشخصية في التفريق للهجر	٧٨
٥٩. **المبحث الثالث : التفريق بسبب الظهار**	٨٢
٦٠. المطلب الأول : تعريف الظهار، وبيان ألفاظه	٨٣
٦١. الفرع الأول : تعريف الظهار	٨٣
٦٢. الفرع الثاني : ألفاظ الظهار	٨٥
٦٣. المطلب الثاني : حكم الظهار وآثاره	٨٨
٦٤. الفرع الأول : حكم الظهار	٨٨
٦٥. الفرع الثاني : آثار الظهار	٩١
٦٦. المطلب الثالث : مشروعية التفريق بسبب الظهار	٩٥
٦٧. موقف قانون الأحوال الشخصية من التفريق للظهار	٩٨
٦٨. **الفصل الثاني : التفريق لأسباب تعود للزوج**	
٦٩. **المبحث الأول : التفريق بسبب الغيبة، والفقد، والحبس**	١٠١
٧٠. المطلب الأول : مفهوم الغيبة، ومشروعية التفريق بسببها	١٠٢
٧١. الفرع الأول : مفهوم الغيبة	١٠٢
٧٢. الفرع الثاني : مشروعية التفريق للغيبة	١٠٣
٧٣. الفرع الثالث : شروط التفريق للغياب	١٠٦
٧٤. الفرع الرابع : نوع الفرقة للغياب	١٠٩
٧٥. موقف قانون الأحوال الشخصية	١١٠
٧٦. المطلب الثاني : المفقود، ومشروعية التفريق لغيبته	١١٣
٧٧. الفرع الأول : تعريف المفقود	١١٣
٧٨. الفرع الثاني : مشروعية التفريق للفقد	١١٤
٧٩. الفرع الثالث : المدة التى تتربصها زوجة المفقود	١١٧

٨٠. موقف قانون الأحوال الشخصية ١٢١
٨١. المطلب الثالث : الإجراءات الاحتياطية لمصلحة الغائب والمفقود ١٢٢
٨٢. موقف قانون الأحوال الشخصية ١٢٣
٨٣. المطلب الرابع : مفهوم الحبس، ومشروعية التفريق بسببه ١٢٤
٨٤. الفرع الأول : مفهوم الحبس ١٢٤
٨٥. الفرع الثاني : مشروعية التفريق بسبب الحبس ١٢٥
٨٦. الفرع الثالث : موقف قانون الأحوال الشخصية ١٢٧
٨٧. **المبحث الثاني : التفريق بسبب الإعسار بالمهر، والنفقة، والمسكن** ١٣٠
٨٨. المطلب الأول : التفريق بسبب الإعسار بالمهر ١٣١
٨٩. الفرع الأول مشروعية التفريق للإعسار بالمهر ١٣١
٩٠. الفرع الثاني : شروط التفريق بسبب الإعسار بالمهر ١٣٤
٩١. الفرع الثالث : موقف القانون من التفريق بسبب الإعسار بالمهر ١٣٥
٩٢. المطلب الثاني : التطليق لعدم الإنفاق ١٣٦
٩٣. الفرع الأول : مشروعية التطليق لعدم الإنفاق ١٣٦
٩٤. الفرع الثاني : شروط التطليق لعدم الإنفاق ١٤٢
٩٥. الفرع الثالث : نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق ١٤٣
٩٦. المطلب الثالث : حالة الزوج، وأثرها في التطليق لعدم الإنفاق ١٤٤
٩٧. الفرع الأول : امتناع الزوج الموسر الحاضر عن الإنفاق ١٤٤
٩٨. الفرع الثاني : عدم الإنفاق لغياب الزوج ١٤٧
٩٩. موقف قانون الأحوال الشخصية من التطليق لعدم الإنفاق ١٤٩
١٠٠. المطلب الرابع : التطليق للإعسار بالمسكن ١٥١
١٠١. الفرع الأول : مشروعية التطليق للإعسار بالمسكن ١٥١
١٠٢. الفرع الثاني : موقف القانون من التطليق لعدم المسكن ١٥٤
١٠٣. **الفصل الثالث : التفريق لأسباب مشتركة**
١٠٤. **المبحث الأول : التفريق للضرر والشقاق** ١٥٧
١٠٥. المطلب الأول : مشروعية التفريق للضرر والشقاق ١٥٨
١٠٦. الفرع الأول : مشروعية التفريق للضرر، وصوره ١٥٩
١٠٧. الفرع الثاني : مشروعية التفريق للشقاق، ونوع الفرقة به ١٦٢

١٠٨. المطلب الثاني : شروط الحكمين، وعملها ١٦٨
١٠٩. الفرع الأول : شروط الحكمين ١٦٨
١١٠. الفرع الثاني : دور الحكمين في الإصلاح ١٦٩
١١١. الفرع الثالث : دور الحكمين في التفريق ١٧٠
١١٢. المطلب الثالث : موقف القانون من التفريق للضرر والشقاق ١٧١
١١٣. الفرع الأول : حدود المشروعية القانونية للتفريق، وسبيلها ١٧١
١١٤. الفرع الثاني : الأثر القضائي لعمل الحكمين ١٧٥
١١٥. **المبحث الثاني : التفريق بسبب العيوب** ١٧٨
١١٦. المطلب الأول : العيوب، وبيان أقسامها، وأنواعها ١٧٩
١١٧. الفرع الأول : تعريف العيوب ١٧٩
١١٨. الفرع الثاني : أقسام العيوب، وأنواعها ١٨٠
١١٩. المطلب الثاني : مشروعية التفريق بسبب العيوب ١٨٤
١٢٠. الفرع الأول : مشروعية التفريق للعيوب عموماً ١٨٤
١٢١. الفرع الثاني : حق الزوجين في التفريق ١٨٨
١٢٢. الفرع الثالث : العيوب التى يثبت بها التفريق ١٨٩
١٢٣. المطلب الثالث : شروط التفريق للعيوب ١٩٤
١٢٤. المطلب الرابع : وقت ثبوت الخيار، ونوع الفرقة ٢٠٢
١٢٥. الفرع الأول : وقت ثبوت الخيار وسقوطه ٢٠٢
١٢٦. الفرع الثاني : نوع الفرقة ٢٠٤
١٢٧. المطلب الخامس : موقف القانون من التفريق للعيوب ٢٠٥
١٢٨. الخاتمة ٢١٠
١٢٩. التوصيات ٢١٣
١٣٠. الملاحق ٢١٤
١٣١. الرموز الواردة في الملاحق ٢١٥
١٣٢. ملحق الأحكام العامة ٢١٦
١٣٣. ملحق أحكام التفريق ٢١٧
١٣٤. إحصائية قضايا التفريق ٢٢٣
١٣٥. الفهارس العامة

فهرس الآيات ٢٢٥
١٣٦. فهرس الأحاديث ٢٢٩
١٣٧. فهرس الآثار ٢٣٠
١٣٨. فهرس التراجم ٢٣١
١٣٩. فهرس المراجع ٢٣٢
١٤٠. فهرس الموضوعات ٢٤٦

ملخص الرسالة

يعالج هذا البحث قضايا التفريق بين الزوجين وهو يتكون من أربعة فصول كما يلي :

الفصل التمهيدي : يتحدث عن بيان مفهوم التفريق بحكم القاضي، وحكمه، والأحكام ذات الصلة؛ كنوع الفرقة، وأثر الخلاف فيه .

ثم جاء الفصل الأول بعنوان: " **التفريق لأسباب شرعية** "، ويتكون من ثلاثة مباحث:

بدأ المبحث الأول بتعريف الإيلاء، وبيان ألفاظه، ثم ناقش مشروعية التفريق بسببه، وبيان الأحكام المتعلقة به، وعالج المواد القانونية التى تنص على جوازه .

ثم جاء المبحث الثاني ليعالج موضوع الهجر، فبين الفرق بينه وبين الإيلاء، وناقش مشروعية التفريق بسببه، وحكم بجوازه، ثم تحدث عن نوع الفرقة به، وانتهى إلى اقتراح نص خاص به .

وجاء المبحث الثالث ليبرز موضوع الظهار في ثوب جديد، فمهد بتعريفه، وبيان ألفاظه، ثم تحدث عن بيان أصله وشروطه وحكمه، وتوصل إلى جواز التفريق بسببه؛ لامتناع المظاهر من التكفير، وختم باقتراح نص قانوني يعالج وقوعه .

ثم جاء الفصل الثاني بعنوان : " **التفريق لأسباب تعود إلى الزوج** " ويشتمل على مبحثين :

عالج المبحث الأول التفريق للغيبة والفقد والحبس، فبدأ بالغيبة من حيث المفهوم ورجح جواز التفريق بسببها، ثم عالج المواد القانونية الخاصة بذلك .

ثم أنتقل إلى الحديث عن المفقود، فعرفه، وناقش مشروعية التفريق لغيبته، وتوصل إلى جواز التفريق للفقد والحكم بموت المفقود بعد أربع سنوات، وجواز التفريق للفقد بعد سنة من الغياب مع عدم الحكم بموته، ومعاملة زوجته كزوجة الغائب، ثم عالج المواد القانونية الخاصة بالمفقود، واقترح مواد تناسب ما تم التوصل إليه، وبين الإجراءات الاحتياطية لمصلحة كل من الغائب والمفقود في الشرع والقانون، وختم بالتفريق للحبس من حيث المفهوم، ثم ناقش مشروعية التفريق بسببه، وتوصل إلى جوازه بعد مرور سنة على من حكم عليه بالحبس لمدة سنتين، أو مكث في الحبس سنتين بدون حكم، ثم اقترح نص خاص به .

ثم كان الفصل الثالث والأخير من الرسالة وعنوانه : " **التفريق لأسباب مشتركة** " أختص المبحث الأول بعلاج التفريق للضرر والشقاق، وذلك من خلال بيان المقصود بكل منهما، وبيان صور الضرر، ثم ناقش مشروعية التفريق بسبب كل منهما، وتوصل إلى جواز طلبه لكل من الزوجين، وبين شروط الحكمين وعملهما، ثم أنهى ببيان موقف قوانين الأحوال الشخصية منه؛ معالجاً مواده في القانون الفلسطيني .

وجاء المبحث الثاني ليعالج التفريق بسبب العيوب، فبدأ ببيان معنى العيب، ثم سرد العيوب مبيناً أقسامها وأنواعها، ثم أنتقل إلى مشروعية التفريق بسببه؛ فتوصل إلى جوازه لكل من الزوجين، إذا تحققت الشروط اللازمة لذلك، وناقش وقت طلب التفريق ونوعه؛ فتوصل إلى جعله على التراخي، وختم ببيان موقف قانون الأحوال الشخصية، وعالج المواد الخاصة به .

The Research summary

This research tackles the divorce issues . It consists of four chapters as the following :-
Introductory chapter :- talks about the understanding of concept it consists of three researches .

The first research started by defining Al-Ella and its meanings then it discussed the legality of divorce according to its reason and cleaning its related judges and treated the lawful issues whish confirm about its legality.

The second research treated the issue of abandonment and it showed the differences between this issue and Al-Ela'a and it discussed the legality of its divorce because of it and judged by its legality then it talks about the kind of its divorce and it concluded to suggest a special subject for it .

The third research came to how the subject of Al-Thehar in new look it introduced its definition and cleared its meaning then it talked about its origin, rules, and judge and reached to that divorce is legal according to its reason because of the abandoner's prevent of forgiven and it concludes by suggesting a lawful subject treats its happening .

Then the second chapter came under the title of (divorce concerning the husband's reasons) and it includes two researches :-

The first research treated the divorce because of absence, lost and jailed . It started by the concept of absence, and supported the legality of divorce because of it . Then treated the related lawful subject . Then it moved to talk about the lost husband. It defined the lost husband and discussed the legality of divorce because of lost . And it reached to the legality of divorce because of lost and the declaring the death of the lost after four years . And the legality of divorce because of lost after one year from losing without declaring the death of lost and treating his wife as the wife of the absent . Then treated the lawful term concerning the lost and suggesting subject fit with what were reached and among the reserved measures for the sake of the absent and the lost both in legality and law . And it concludes by divorce because of detention according to the concept .

Then come the third term to discuss the legality of divorce according to the detention, and it reached to its legality after a year of judging him with two researched titled by the co- reasoned divorce .

The first research treated specifically the divorce because of harm and disunion and that through clearing their meaning, and clearing the situations of harm then it discussed the legality of divorce because of them, and it reached the legality of demanding it from the couple and it cleared the conditions and function of both judgments then it finished the clearing of the situation of the statute law attitude treating its terms in the palestinian low .

Then the second research came to treat the divorce because of the defects . It started by clearing its meaning, then it mentioned the defect showing the sections and kinds then it moved to the legality of the divorce of the defects . So it reached to its legality to both couples if the demanded reasons exists then it discussed the time of asking the divorce and its kind . So it reached to make it according to the reasons . And it concluded by the attitude of the statute low and treating the related terms.