وزارة التعليم العالي
جامعة الأمير عبد القادر
للعلوم الإسلامية - قسنطينة

معهد الشريعة

الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
قسنطينة

مكتبة جامعة الأمير عبد القادر
للعلوم الإسلامية
الدورية رقم: _____

2/16
1/1

التفريق القضائي بين الزوجين

في الفقه الإسلامي

بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير

إعداد
الطالب: عبد المؤمن بلياقي

إشراف
الدكتور: محمد السويسي

السنة الجامعية
١٤١٠ / ١٤١١ هـ
١٩٩٠ / ١٩٩١ م

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المقدمة :

الحمد لله ربّ العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيّدنا الأوّلين والآخرين سيّدنا ونبيّنا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم تسليما وبعد :

فان موضوع الطلاق من المواضيع الاجتماعية الخطيرة نظرا للسلبيات الكثيرة الناتجة عنه التي تلحق كافة أفراد الاسرة بما في ذلك الابناء ، وتتعدّى آثاره السيئة لكافة المجتمع لهذا نجد الاسلام قد اهتم به أيّما اهتمام ، حيث كررت لفظة الطلاق في العديد من الآيات بل سميت سورة بكاملها بهذا الاسم .

ومع خطورته وكثرة سلبياته فقد يتعيّن كعلاج للخلافات الزوجية حين لا ينفع معها علاج سواه ، وذلك اذا خرج الزوجان للشقاق والخلاف ، ونفر كل منهما عن صاحبه ولم يعد يطيق الحياة معه ، ولم تفلح المساعي التي تقوم بها عائلتا الزوجين في اعادة الوفاق والوئام بينهما .

وكما هو معلوم في شريعتنا أن الطلاق حقّ من حقوق الزوج له تعمالله اذا ما يئس من السعادة في حياته الزوجية مع زوجته ، واعطاء الزوج هذا الحق ينسجم مع ما فطر عليه الرجال في الأعم الغالب من الأناة والتفكير ، وتقدير النتائج في ساعات الغضب والثورة ، اضافة الى الالتزامات المادية المترتبة في ذمته بسبب عقد النكاح من مهر ونفقة وغيرها فكان من العدل منحه حق الطلاق اذا رضي بتحمّل الخسارة المادية والمعنوية الناشئتين عنه ، وهنا يثار سؤال : اذا كان الشارع قد راعى جانب الزوج وقدّر ضروفه حينما منحه هذا الحق فهل راعى أيضا جانب الزوجة وشعورها ان هي كرهت زوجها ولم تطق المقام معه لخَلْقةٍ فيه أو خُلُق ؟

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ونجيب عن هذا السؤال بنعم ، أي فكما أباح الشارع الحكيم للزوج أن يستوفي الطلاق اذا دعت الحاجة اليه أباح للزوجة أيضا حق الانفصال عن زوجها ان شي كرهته ،ولم تطق العيش في كنفه ، لكن لا تستحق ذلك الا عن طريق القضاء .

وهناك حالات كثيرة تبيح للمرأة حق الرفع للقاضي لطلب الفرقة بعذرها متفق عليه والبعض الآخر مختلف فيه ، ولعل أوسع المذاهب في اعطاء المرأة حق طلب التطليق هو المذهب المالكي ، وعليه عوّلت أكثر الدول العربية في قوانينها للأحوال الشخصية أو ما اصطلح على تسميته عند بعضهم بقانون العائلة أو الاسرة حتى تلك الدول التي تتأثر فيها المذاهب الفقهية المانعة من اعطاء المرأة هذا الحق الا في نطاق ضيق جدا كالمذهب الحنفي مثلا .

ذلك أن موجة الاصلاحات التي شهدها العالم العربي في النصف الثاني من القرن الهجري السابق ومع مطلع هذا القرن ،أول ما مست مست شؤون المرأة بعد أن رفعت الاصوات مطالبة باعادة النظر في كثير من الاحكام التي تمس المرأة وعلى الخصوص تلك التي تتعلق بالحياة الزوجية ، فكانت النتيجة أن منحت المرأة حق طلب التطليق بالاعسار بالنفقة وبالعيوب ، والشقاق والضرر ، والغياب والحبس باعتبار أن هذه الامور تحيل المرأة من أن تعيش حياة كريمة مع زوجها ، اضافة الى الضرر الذي يلحقها بسبب بقائها معه .

وفي سنة 1404هـ الموافق ل 1984م صدر قانون الاسرة الجزائري وقد نحا في نفس الاتجاه الذي مشت فيه القوانين السالفة الذكر ، فدعت الحاجة الى تحرير مذهب المالكية الذي اعتمدته هذه القوانين من كتبه المعتمدة ، وتوخين الاقوال الشرعية التي استند عليها ، مع ذكر الرأي المخالف وحجته فيما ذهب اليه .

الاسباب الداعية لاختيار الموضوع :

نظرا لجهل كثير من المسلمين أمور دينهم بما في ذلك ما يتعلق بحياتهم الزوجية ، سواء في طريقة المحافظة عليها والحرص على استمراريتها ، أو في كيفية انهائها اذا دعت الحاجة الى قطعها ، حتى أصبحت القاعدة العامة عندهم أن لا فرقة الا بطلاق واقع من الزوج أو وفاته ، أما ماعدى ذلك فلا يجوز ولو تضررت الزوجة ببقائها مع زوجها أشد الضرر ، اضافة الى أن الطريق الوحيد في نظرهم لحل الجحيم الزوجية هو الطلاق لا غير ، لذا نجد الزوج غير الواعي دينيا لا يدس خلاف بينه وبين زوجته يلجأ الى اشهار هذا السلاح في وجهها ظنا منه أنه وسيلة انتصار ونسي بأنه أحد الاطراف الخاسرة في ذلك .

في هذا الوضع غير المرضي الذي غابت فيه تصورات الاسلام الحقيقية لما ينبغي أن تكون عليه الحياة الزوجية ، وكيفية معالجة مشاكلها وجد المستشرقون فالتهم في التهكم بهذا الدين وتحميله الواقع المرير الذي يعيشه سواد المسلمين ، فاتهموه بأنه عدوّ المرأة ومستعبدها للرجل ، والاسلام بريء من كل هذا التشويه ، اذ هو اول من حرر المرأة واعتبرها انسانا كاملة الحقوق لها ما للرجل وعليها ماعليه مع مراعاة الفوارق الطبيعية بينهما .

بالاضافة الى هذا ، الرغبة التي أجدها في نفسي للكتابة في المواضيع الاجتماعية ، فوقع اختياري على هذا البحث ليكون هو موضوع رسالتي للماجستير .

والهدف من اختياره هو تجلية حقيقته ، وتوضيح أحكامه من المصادر الشرعية الاساسية : كتاب الله تعالى ، وسنة النبي صلى الله عليه وسلم ، ومن كتب الفقه المتنوعة حتى تكون هذه الاحكام معلومة لدى الناس ، وبهذا أكون قد ساهمت وبمجهود متواضع في نشر

الوعي الشرعي في هذا الجانب المهم من حياة المسلمين .
وقد ركزت في هذه الدراسة على ابراز عدالة الشريعة الاسلامية من توزيع للمهام ومنح للحقوق على وفق قاعدة " الغنم بالغرم " بهذا تكون قد رددنا على الشبهات التي تثار حول الموضوع .
وقد رجعت في اعداد هذه الرسالة الى أمهات كتب الفقه ومراجعه القديم منها والحديث ، وأذكر على سبيل المثال من القديم : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني في فقه الحنفية ، والمبسوط للسرخسي من نفس المذهب ، والشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي للدردير ، والمنتقى للباجي في فقه المالكية ، والمجموع للنووي ومغني المحتاج للشربيني من كتب الشافعية ، والمغني لابن قدامة في فقه الحنابلة ، والمحلى لابن حزم في فقه الظاهرية .
ومن كتب المعاصرين التي أفردت موضوع الزواج والطلاق بالبحث : الاحوال الشخصية لابي زهرة ، وكتاب أحكام الاسرة في الاسلام دراسة مقارنة لمحمد مصطفى شلبي ، وحقوق الزوجين للمودودي .
وكان الرجوع لمثل هذه الكتب نظرا لما تتميز به من طرح شامل للموضوع وتتبع لجميع جزئياته ، وتحقيقها للمسائل تحقيقا علميا دقيقا بالاضافة لما انفرد به بعضها من تنظيم وترتيب جيد للمادة .
والى جانب كتب الفقه فقد رجعت الى كتب التفسير والحديث بمختلف شروحها ، وأخص بالذكر تلك التي تعتني بالاحكام :
كأحكام القرآن لابن العربي ، وأحكام القرآن للجصاص ، والجامع لاحكام القرآن للقرطبي من كتب التفسير . ونيل الاوطار للشوكاني وسبل السلام للصنعاني من كتب الحديث ، فهي من حيث الاستفادة منها تأتي في المرتبة الثانية بعد كتب الفقه .
وهناك كتب مساعدة يرجع اليها أكثر الباحثين منها كتب اللغة وكتب التراجم بمختلف فنونها ، وكتب فكرية واجتماعية لها صلة بالموضوع ، بالاضافة الى قانون الاسرة الجزائري الصادر بالجريدة

الرسمية سنة 1404 هـ الموافق 1984م وبعض الشروح عليه .

وتجدر الاشارة هنا الى ان هذا القانون لم يخرج عن الاطار الشرعي العام في غالب الاحيان ،وهذه فضيلته الاولى ، والفضيلة الثانية أنه لم يتقيد بمذهب فقهي معين ،اذ كثيرا ماتراه يأخذ برأي غير المالكية ،وان كان مذهبهم هو السائد في أكثر القطر الجزائري ، والاكثر من هذا قد تراه يعتمد على رأي فقيه حتى خارج المذاهب الاربعة ، ان كان رأيه لايتعارض والنصوص الشرعية .

منهجية البحث وخطته :

بعد استعراضنا للوعية المراجع التي استقيت منها مادة البحث ، نوضح كيفية معالجة هذه المادة ونسق ترتيبها .

ان الكيفية التي تمت بها هذه الدراسة لاتخرج عن الاطار العام الذي تدرس فيه المادة الفقهية ،اذ أننا نعطي تصورا موجزا للقضية في مقدمة كل مسألة غالبا ، ثم نتبعها بعرض أقوال الفقهاء الواردة فيها ، واذا كان في المذهب الواحد أكثر من قول ننبه عليه في الصلب أو في الهامش ان كان الرأي الثاني ضعيفا أو مرجوحا ، وعقب كل قول نذكر دليله ثم نأتي لمناقشة الاقوال مع أدلتها ، ونخلص في الاخير لتبيين الراجح منها بالدليل واذا كانت المسائل المعروضة للدراسة عبارة عن قضايا اجرائية لا تخضع للدليل الشرعي الخاص فهذه يراعى فيها ظروف الزمان وتبدل الاحوال ، لأنها غالبا ما تكون خاضعة لأعراف الناس و عاداتهم .

والى جانب المقارنة بين المذاهب الفقهية هناك مقارنة من نوع ثان وهي مقارنة ماورد في قانون الاسرة الجزائري بما هو مقرر فقها من أجل توضيح مدى استفادة هذا القانون من الفقه الاسلامي عموما.

ولهذا فبعد دراسة القضية من وجهها الشرعي نعرض اليها في جانبها القانوني مبنيين على أي المذاهب أو الاقوال اعتمد ، مع مناقشة ان كان فيه ما يدعو للمناقشة والتمحيص .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ولا يفوتني أن أنبه بأن هذه الدراسة قد ربطت بالواقع ومستجدات الامور كما يلاحظ ذلك القارئ الكريم في ثنايا هذه الرسالة.

وقد أحلت في الهامش الى الكتب والمراجع التي اعتمدتها في كل ماتقلته عنها مبيّنا في ذلك اسم الكاتب والكتاب والجزء ورقم الصفحة، أما الطبعة فقد اقتصرت على ذكرها في ثبت المصادر والمراجع آخر الرسالة.

وأحلت أيضا الآيات القرآنية التي استشهدت بها الى مواطنها من سور القرآن، ذاكرا اسم السورة ورقم الاية، وكذلك فعلت مع الاحاديث النبوية الشريفة فأرجعتها الى مظانها الاولى من كتب الحديث مع ملاحظة أن الاحاديث المخرجة في الصحيحين قد أخذتها من صحيح البخاري بشرح فتح الباري، وصحيح مسلم بشرح النووي.

وقد ترجمت لأكثر الاعلام الذين وردت أسمائهم في الرسالة لتعريف القارئ بهم، أما من كانت أسماؤهم مشتهرة ككبار الصحابة وبعض التابعين والائمة الاعلام والمتأخرين من العلماء ممن يعرفهم العام والخاص، فقد استغنيت عن التعريف بهم لبعض المصادر التي تدعو الحاجة للتعريف بها.

أما خطة البحث : فقد تم تقسيم الرسالة الى خمسة فصول بالاضافة الى هذه المقدمة، تذكر محتوى هذه الفصول بايجاز حتى يكون القارئ على علم مسبقا بأهم القضايا التي درست في هذا البحث قبل الشروع في قراءته.

الفصل الاول : وهو بعنوان التفريق بين الزوجين للاعسار بالنفقة وضمناه جملة من المباحث، فالمبحث الاول منه بعنوان :

وفيه ذكرنا حكم النفقة شرعا، وأنواعها وشروط وجوبها ...

والمبحث الثاني : حكم التفريق بين الزوجين للاعسار بالنفقة بين القائلين بجوازه والمانعين له، أما المبحث الثالث فهو مرتب على القول بجواز التفريق للاعسار تحت عنوان :الاحكام المتعلقة بالجواز

التفريق للاعسار ، وتناولنا فيه جملة من المطالب .

أما الفصل الثاني : فهو بعنوان التفريق بين الزوجين بالعيوب ، ذكرنا في المبحث الاول منه الاختلاف الدائر بين الفقهاء في جواز التفريق بالعيوب وعدمه ، وفي المبحث الثاني — وعلى اعتبار الاول بجواز التفريق بالعيوب — ذكرنا أنواع العيوب التي يقع بها التفريق ، والمبحث الثالث في كيفية التفريق بالعيوب .

الفصل الثالث : الفريق للشقاق وهو مقسم الى مبحثين المبحث الاول بعنوان نشوز الزوجة وعلاجه ، وتمت دراسة ذلك على وفق ما قرره القرآن الكريم ، والمبحث الثاني تناولنا فيه بعث الحكمين ، وضمناه جملة من المطالب ، المطلب الاول : من يتولى بعث الحكمين ؟ والثاني :حكم البعث ، والثالث : شروط الحكمين ، والرابع : مهمة الحكمين .

الفصل الرابع وهو بعنوان : التفريق لنشوز الزوج ، ففي البحث الاول منه حددنا المراد بنشوز الزوج ، والمبحث الثاني يتعلق برفض الزوجة أمر النشوز الى القاضي ، وفي المبحث الذي يليه ذكرنا الطريقة التي يسلكها القاضي لاثبات النشوز ، والمبحث الاخير منه فهو بعنوان : من يتولى ايقاع الطلاق بالنشوز ؟ .

الفصل الخامس والاخير وهو بعنوان : التفريق للغياب وتحته ثلاثة مباحث ، الاول : التفريق للغياب ، الثاني : التفريق للحبس ، الثالث : التفريق بفقد الزوج .

وخاتمة ذكرنا فيها أهم النتائج المتوصل اليها في هذه الدراسة .

وقبل أن أنهي هذه المقدمة لايفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل لفضيلة الدكتور محمد السويدي على تكرمه بقبول اشرافه على هذه الرسالة حيث منحني من وقته الكثير ، وافادني بتوجيهاته العلمية الدقيقة ، ونصائحه المفيدة .

كما لايفوتني أيضا تقديم شكري لكل الاخوة الذين ساعدوني على انجاز هذه الرسالة وأخص بالذكر منهم نبيل بوضياف ، وعبد المجيد درغال من عمال مكتبة جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

وأختم بالحمد والشكر لله على فضله وأحسانه ، وأتضرع اليه سبحانه لأن يسدد خطايا ويلهمني الرشد والسداد في القول والعمل ، وأن يجنبني الزلل وسوء المنقلب .

ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا ربنا ولا تحمل علينا اصرا كما حملته على الذين من قبلنا ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به واعف عنا واغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الأول

التفريق بين الزوجين للاعسار بالنفقة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

يحتوي هذا الفصل على ثلاثة مباحث : المبحث الاول في النفقة المشروعة للزوجة ، والمبحث الثاني فهو بعنوان : حكم التفريق بين الزوجين للاعسار بالنفقة بين القائلين بجوازه والمانعين له ودليل كل ، والمبحث الثالث مرتب على القول بجواز التفريق بعنوان : الاحكام المتعلقة بجواز التفريق للاعسار .

ويشتمل كل مبحث من المباحث المذكورة على جملتين المطالب .

المبحث الاول : النفقة المشروعة للزوجة

الحديث عن النفقة المشروعة للزوجة يعد مدخلا لموضوع الفصل لابد منه ، اذ لا يمكن القول بالتفريق بين الزوجين للاعسار بالنفقة الا بعد معرفة حكم النفقة ، وذكر أنواعها ، والشروط التي تشترط لها ، وما يراعى عند تقديرها ، وكيفية تقديرها .

هذه مجموعة من المسائل هي مطالب هذا المبحث .

المطلب الاول : حكم النفقة .

قبل التعرض لحكم النفقة والدليل عليه نذكر تعريفها عند اللغويين وعند الفقهاء ثم نذكر حكمها .

ـ تعريف النفقة :

النفقة لغة : مشتقة من النفوق (بضم النون) أي الهلاك ، تقول نفق الفرس أي هلك ، أو من النفاق (بفتح النون) أي الرواج ، تقول نفقة السلعة أي راجت (1) .

النفقة اصطلاحا : ما به قوام معتاد حال الآدمي دون اسراف (2) .

قال التسولي (3) بعد أن ذكر التعريف السابق : " وهو شامل للكسوة والطعام والسكن " .(4) .

---

(1) ابن منظور ، لسان العرب : ج 6 /ص4507 .
(2) حدود ابن عرفة بشرح الرصاع التونسي :ص 227 ـ 228 .
(3) هو أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي قاضي فاس وتيطوان ، حافظ وجامع للعلوم ، له الى جانب شرح التحفة ، شرح الشامل لبهرام ، وحاشية على الزقاقية وفتاوى في سفرين وغيرها (ت 1258 هـ / م) الحجوي ، الفكر السامي ج2 /ص299 .
(4) البهجة في شرح التحفة ج1 /ص382 .

ـ حكمها : اتفق المسلمون على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها وقد دل على هذا الوجوب الكتاب والسنة والاجماع والمعقول .

أ ـ الكتاب : قال تعالى :(وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) (1) .

والمراد بهن الزوجات .

وقال تعالى : (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لايكلف الله نفسا الا ما أتاها) (2).

وقال تعالى :(اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) (3) .

فالامر بالاسكان الوارد في الاية أمر بالانفاق أيضا ، لأنها لاتصل الى النفقة الا بالخروج والاكتساب ، وان كان هذا في حق المطلقات من في العدة فحق الزوجات فيه أولى .

ب ـ السنة : عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته في حجة الوداع : اتقوا الله في النساء فانكم أخذتموهن بامان الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولكم عليهن الا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه ، فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)(4) .

وعن عائشة رضي الله عنها ان هندا بنت عتبة قالت يارسول الله : ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني مايكفيني وولدي بالمعروف الا ما أخذت منه وهو لايعلم . فقال : خذي مايكفيك وولدك بالمعروف (5) فلو لم تكن النفقة واجبة على زوجها ما أمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تأخذ من مال زوجها مايكفيها وولدها بالمعروف ولو من غير علمه ، وذلك لما علم من حرمة أخذ مال المسلم بغير اذنه .

وروى معاوية القشيري (6) عن أبيه قال : قلت يارسول الله ماحق زوجة أحدنا عليه ؟ قال : أن تطعمها اذا طعمت وتكسوها اذ اكتسيت ، ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر الا في البيت .(7) .

---

(1) البقرة جزء آية 231 .
(2) الطلاق جزء آية 7 .
(3) الطلاق جزء آية 6 .
(4) صحيح مسلم بشرح النووي جـ8 / ص183 ـ184 كتاب الحج .
(5) صحيح البخاري بشرح فتح الباري جـ9 /ص 507 كتاب النفقات باب9 .
(6) هو معاوية بن حدة بن معاوية بن قشير بن كعب بن ربيعة بن عامر بن صعصعة القشيري سمع من النبي صلى الله عليه وسلم ومات في خرسان، روى عنه ابنه .ابن حجر الاصابة، جـ3 ص412 .
(7) سنن أبي داود جـ 2 / ص 244 كتاب النكاح .

جـ — الاجماع : انعقد اجماع الامة من عهد الصحابة على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها (1) .

د — المعقول : ان الزوجة حبست بحكم الشرع على خدمة الزوج ورعاية مصالح البيت والاولاد ، فهي بهذا لايتيسر لها الخروج لطلب الرزق فاستحقت النفقة لذلك ، كمن يعمل في مصالح الدولة فمقابل تفرغه لخدمة الصالح العام استحق أجرة تكفيه وتكفي من يعول .

ومما هو مقرر في قواعد الشريعة أن من حبس لحق غيره فنفقته واجبة عليه (2) .

المطلب الثاني : أنواع النفقة الواجبة .

المتتبع لكتب الفقه في المذاهب الاربعة (3) يجد النفقة الواجبة للزوجة تنحصر في الاصناف التالية :

— الطعام والادم والشراب .

— الكسوة .

— السكن .

— متاع البيت ووسائل التنظيف .

— الخدمة ان لزمتها الخدمة أو كانت ممن تخدم .

وأضاف المالكية الزينة التي تتضرر الزوجة بتركها ، وأجرة القابلة . وعدوها من جملة النفقة الواجبة لها .

قال الشيخ خليل (4) عاطفا عما يجب للزوجة : وأجرة قابلة ، وزينة تستضر بتركها ككحل ودهن معتادين وحناء ومشط . (5) .

وجاء تحديد النفقة في قانون الاسرة الجزائري بما في المادة : (78) تشتمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته ، ومايعتبر من الضروريات في العرف والعادة (6) .

فالمادة أحالت فيما يجب للزوجة من الضروريات زيادة على ماتم التصريح

(1) ابن الهمام ، شرح فتح القدير جـ4/ص379 — ابن قدامة ، المغني جـ7 /ص564 — شرح النووي على صحيح مسلم جـ 8/ص184 كتاب الحج .

(2) أبو زهرة ، الاحوال الشخصية ص232 .

(3) أنظر : الكساني ، بدائع الصنائع جـ4/ص23—24 — الدردير ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي جـ2/509 — المجموع جـ17 /ص 90 ومابعدها — ابن قدامة ، المغني جـ7/ص564 ومابعدها .

(4) هو ضياء الدين خليل بن اسحاق الجندي الامام ، فقيه حافظ جامع بين العلم والعمل له تآليف مفيدة منها : شرح مختصر ابن الحاجب الاصلي والفرعي المسمى بالتوضيح ، ومختصره في المذهب المالكي مشهور عليه شروح كثيرة ، وشرح المدونة (ت 767هـ / 1366م) . مخلوف ، شجرة النور الزكية ص223 .

(5) مختصر خليل ص164 .

(6) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد :24 لعام 1404 هـ/1984م .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

بـــه مـــن أنـــواع النفـقـــة الـــى العرف والعادة وهذا حـســـن ، لأن ظـروف الحياة في تبـدل مـستمـر ، فهـي تختلـف مـن وقـت لآخـر ، ومـن مكـان لغيـره .
فقـد يصبـح مالـم يكـن مطلـوبـا في وقت لازمـا في وقـت آخـر ، وما يعتبـر مـن الضروريـات في جهـة كمـال في جهـة أخـرى ، ويظهـر هـذا جليـا بين الاسـر الغنيـة والاسـر الفقيـرة .
وعـدت المادة الدواء مـن جملـة النفقـة ، وهـو رأي لبعـض الفقهـاء خـلافـا للمذاهب الاربعـــة ، وان كـان المالكيـة قـد استثنـوا أجـرة القابلـة كما سبقـت الاشارة لـذلك .
قـال صـاحـب الروضـة الندية : ويـدخـل فيـه (أي فـي الانـفـاق) الادويـــة ونحـوهـا (1) .
ونقـل عـن البعـض قـولهـم : والحجـة أن الدواء لحـفظ الروح فأشبـه النفقـة .
ثـم علـق علـى هـذا الكـلام بقـولـه : وهو الحـق لدخـولـه تحـت عمـوم قولـــه : " مـا يكفيـك " ، وتحـت قـولـــه " رزقهـن " (2) . فان الصيغـة الاولى عـــامـة باعتبـار لفـظ " مـــا " ، والثانيـة لأنها مصـدر مضاف وهـي مـن صيـغ العمـــوم (3) .
— نصـــوص من المذاهب الاربعـة في كـون الدواء لا يعـد من النفقـة الواجبة على الزوج.
الحنفيـة : جـاء في حاشيـة ابن عابديـن (4) لا يلـزمـه دواء المـرض ولا أجرة الطبيب ولا الفصـــد ولا الحجـامـة (5) .
المـالكيـة : قال الـخـرشـي (6) وكـذلك لا يلزمـه الدواء عند مرضها ، لا أعيـان ولا أثمـان ، ومنـه أجـرة الطبيـب ، وكذلك لا يلزمـه لهـا أجـرة الحجام الذي يحجمهـا (7) .

(1) القنـوجـي ، الروضة الندية جـ2 /ص115 .
(2) اشارة الـى ماورد في حديث عائشة وجابر السابقين .
(3) الروضـة الندية جـ2 /ص116 .
(4) هـو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي ، فقيه الديار الشامية، وامام الحنفية في عصره له رد المحتار على الدر المختار المشهور بحاشية ابن عابدين (ت 1252هـ/1836م) الزركلي ، الاعـلام جـ6/ص42 .
(5) حاشيـة رد المحتـار جـ3 /ص575 بتصرف .
(6) هـو أبـو عبد اللـه محمد بن عبد اللـه الخـرشـي ، فقيـه مصـري شهيـر ، أول مـن تولـى مشيخـة الازهـر ، وانتهت اليـه رئـاسـة مصـر العلميـة ، له شرحـان علـى المختصـــر ، ولـه غيرهمـا (ت 1101 هـ/1690م) الحجـوي ، الفكـــر الســـامـي جـ2/ص 284 .
(7) شـرح الخرشـي علـى المختصـر جـ3 /ص 326 .

الشافعية : قال النووي (1) في المنهاج عاطفا على مالا يجب على الزوج . . .

. . . ودواء مرض وأجرة طبيب وحاجم (2) .

حنابلة : قال ابن قدامة (3) : ولا يجب عليه شراء الادوية ولا أجرة الطبيب . . . وكذلك أجرة الحجام والفاصد .

وعلل ذلك بقوله : لأنه (أي الدواء) يراد لاصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر بناء مايقع من الدار وحفظ أصولها (4) .

والذي يظهر أن القول بالتفريق بين الطعام والعلاج فيما يجب على الزوج ، انه تفريق لشيئين متلازمين لا يصح التفريق بينهما ، فاذا كان الطعام ضروري لحفظ الحياة ، فالعلاج أيضا ضروري لحفظ الصحة . ولا يتم للمرأة امكانية خدمة الزوج ورعاية الاولاد والبيت الا اذا كانت سليمة معافاة ، فكما تعين عليه الاول يتعين عليه الثاني ولا فرق .

أما قياس الزوجة على الدار المستأجرة فهو قياس مع الفارق .

---

(1) هو الامام الفقيه الحافظ ، محي الدين أبو زكريا الجزامي الحوراني الشافعي له تصانيف كثيرة ومفيدة في الفقه وشرح الحديث ، كشرح المهذب ، والروض ، وشرح مسلم ، والمنهاج ، ورياض الصالحين ، وغيرها كثير (ت676هـ/1278م). السيوطي ، طبقات الحفاظ ص513 .

(2) المنهاج بشرح مغني المحتاج جـ3/ص431 .

(3) هو سيف الدين أبو العباس أحمد بن المجد بن الشيخ موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الصالحي الحنبلي ، كان حافظا ثقة جمع وصنف (ت 643هـ 1246م). السيوطي طبقات الحفاظ ص 507 .

(4) المغني جـ7/ص568 .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الثالث : شروط وجوب النفقة .

الآثار التي تترتب على عقد النكاح لا تجب كلها بمجرد العقد بل هناك أمور لا تستحق الا اذا توفرت شروط معينة زيادة على العقد .

ومن هذه الامور التي لا تجب بمجرد العقد : النفقة .

أما شروط استحقاقها فبعضها متفق عليه ، والبعض الآخر مختلف فيه ، ومما تم الاتفاق عليه :

— التمكين : أي أن تمكن الزوجة زوجها من نفسها لاستيفاء حقه منها. ودعوتها له بالدخول كافية في اعتبار التمكين .

— الا تكون الزوجة صغيرة غير مطيقة للمباشرة الجنسية .

وهذه بعض أقوالهم في شروط وجوب النفقة .

الحنفية : قال الكاساني (1) وأما شروط وجوب هذه النفقة ، فلوجوبها شرطان :

أما الاول : تسليم المرأة نفسها الى الزوج وقت وجوب التسليم ، وتعني بالتسليم التخلية ، وهي أن تخلي بين نفسها وزوجها برفع المانع من وطئها ، أو الاستمتاع بها (2) .

وقال : وان كان لا يجامع مثلها فلا نفقة لها عندنا (3) .

فكما هو ظاهر من قول الحنفية أن شرط وجوب النفقة عندهم هو تسليم النفس للزوج ، سواء دخل بها أولم يدخل ، الا أن الصغيرة التي لا يجامع مثلها لا يتحقق منها التسليم ولو بالدخول لقيام المانع في نفسها من الوطء والاستمتاع .

المالكية : ذكر الدسوقي (4) ما ذهب اليه الشيخ خليل في

(1) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، فقيه حنفي كان يلقب بملك العلماء (ت 587هـ / 1191م) . الحجوي ، الفكر السامي ج2 /ص182 .

(2) بدائع الصنائع ج4 /ص19 .

(3) المصدر السابق، وانظر أيضا السرخسي ، المبسوط ج5/ص187 .

(4) هو أبو عبدالله محمد بن عرفة الدسوقي المصري ، محقق بارع ذو الحواشي البديعة الفصيحة على الدردير شرح المختصر ، وعلى السعد شرح التلخيص وغيرهما (ت1230هـ / 1815م) الحجوي ، الفكر السامي ج2 /ص297 .

كتابه التوضيح (1) فقال : والحاصل أنه ... جعل السلامة من المرض وبلوغ الزوج ، واطاقة الزوجة للوطء شروطا في وجوب النفقة لغير المدخول بها التي دعت الى الدخول ، فان اختل منها شرط فلا تجب النفقة لها وأما المدخول بها فتجب لها النفقة من غير شرط .

وجعل اللقاني (2) الامور الثلاثة المذكورة شروطا في وجوب النفقة للمرأة مطلقا سواء كانت مدخولا بها أوغير مدخول بها ودعت للدخول لكنه لم يعضده بنقل ، والظاهر ما في التوضيح (3) .

فاعتبار الشروط عند المالكية على مارجحه الدسوقي مالم يكن هنالك دخول بالزوجة ، أما اذا دخل بها فتجب لها النفقة من غير شرط مالم تكن ناشزا .

وأضاف المالكية شرطين آخرين زيادة على المتفق عليه بين المذاهب وهما :

أ — سلامة الزوجة من المرض .

ب — بلوغ الزوج سن الزواج .

الشافعية : قال النووي : الجديد أنها تجب بالتمكين لا بالعقد ....

فان لم تعرض عليه مدة فلا نفقة لها ، وان عرضت وجبت من بلوغ الخبر (4) .

وأضاف قائلا : والاظهر أنه لا نفقة لصغيرة (5) .

الحنابلة : قال صاحب المغني : ان المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين :

أحدهما : أن تكون كبيرة يمكن وطؤها ، فان كانت صغيرة لا تحتمل الوطء فلا نفقة لها .

---

(1) التوضيح كتاب لمؤلفه خليل شرح فيه مختصر ابن الحاجب في فروع المالكية ، حاجي خليفة ، كشف الظنون جـ1 /ص508 .

(2) هو ابراهيم بن ابراهيم بن حسن اللقاني المصري ، له منظومة في العقائد وحاشية على مختصر خليل (ت1041هـ / 1632م) الحجوي الفكر السامي جـ2/ص277

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ2/ص508 .

(4) المنهاج بشرح مغني المحتاج جـ3 / ص578 — 579

(5) المنهاج بشرح مغني المحتاج جـ3/ص581 .

الشـــرط الثانـي : أن تبـذل التمكيـن التـام مـن نفسـهـا لزوجـهـا فـأمـا ان منعـت نفـســها أو منعهـا أولياؤها ، أو تساكتا بعد العقـد فلـم تبـذل ولـم يطـلـب ، فلا نفقـة لـهـا وان اقـامـا زمـانـا (1) .

وبمـا تـم الاتفـاق عليـه بيـن الفقهـاء أخـذ قانون الاسـرة الجـزائـري حيـث ورد في المـادة :(74) تجـب نفقـة الزوجـة علـى زوجـهـا بالدخـول بهـا أو دعـوتهـا اليـه ببيئـة مـع مـراعـاة أحكـام المـواد :78، 79 ، 80 مـن هـذا القـانـون (2) .

مـع العلـم أن المـدخـول بـهـا هنـا أو التـي دعـت اليـه لا يصـح الا أن تكون بالغـا ، ذلـك أنـه جـاء في نفس القانون المادة :(7) تحـديد اكتمـال أهليـة الزواج في حـق المـرأة بـ 18 سنـة . والمـرأة في هذا السـن عـادة مـا تكـون بـالغـا .

المطلب الرابع : ما يـراعـى عنـد تقـديـر النفقـة .

عنـد تقـديـر القاضـي أو المفتـي للنفقـة الزوجـة هل المطلـوب منـه أن يراعي جانـب الزوج وحالتـه من اليسـار أو الاعسـار ، فيفـرض للزوجـة نفقـة اليسـار ان كـان الـزوج موســرا ، ونفقـة الاعسـار ان كان الزوج معسـرا ، أو يراعـي فـي فـرضهـا حـال الزوجـة من فقـر أو غنـى ، فتستحـق على الزوج نفقـة الاغنيـاء ان كـانت غنيـة ولـو كـان هـو فقـيـرا ، ويفـرض لـهـا أدنـى مايكفيهـا ان كانـت فقيـرة ولو كـان الـزوج مـوســرا ، أو يـراعـى حالهمـا معـا من اليسـر والعسـر ؟

للفـقـهـاء في هـذه المسألـة قولان مشـهـوران ، وثالث ضعيـف وهذا بيانهـا :

ـ القـول الاول : المفتـى بـه عنـد الحنفيـة والمعتمـد في كـل من مذهـب المالكية والحنابلـة أن نفقـة الزوجـة تقدر بحال الزوجين معـا ، فان كـانـا موسـريـن فلهـا عليـه نفقـة الموسريـن ، وان كانـا متوسطـي الحال فلهـا نفقـة المتوســطـيـن ، وان كـانـا معسريـن فعليـه نفـقـة الاعسار ، وان كـان أحـد هما مـوسـرا والاخـر معسـرا فلها عليـه نفقـة المتوسطيـن سواء كـان هـو الموسـر أو هي وذلك جمعـا بيـن الادلـة التـي ظاهرها التعارض في هذا الشأن ، ورعايـة لحال الطـرفيـن معـا .

(1) ابـن قـدامـة ، المغنـي جـ7 /ص601 .

(2) الجريـدة الرسميـة عدد 24 لعام 1404 هـ / 1984 م ، وتتضمـن المواد الثـلاث : (78، 79، 80) ذكـر أنواع النفقـة الواجبـة ، وكيفيـة تقديرها ، ومتـى تجـب ، وقـد سبقـت الاشـارة الـى بعضـهـا والمتبقي يأتي ذكـره فيمابعد ، راجـع نفـس العـدد .

الحنفيـــة: قال صاحب الهداية : وتعتبر في ذلك حالهما جميعا ...
وهذا اختيار الخصاف (1) وعليه الفتوى (2) .

وقال ابن عابدين : وفي الولواجية (3) وهو الصحيح وعليه الفتوى (4) .

المالكيـــة : قال الدسوقي : واعلم أن اعتبار حالهما لابد منه سواء تساويا غنى أوفقرا أوكان أحدهما غنيا والاخر فقيرا ولكن اعتبار حالهما عند تساويهما فقرا أوغنى ظاهر ، وأما عند اختلافهما فالملازم حالة وسطى بين الحالتين ، وحينئذ فنفقة الفقير على الغنية أزيد من نفقة الفقيرة ، كما أن نفقة الغني على الفقيرة أقل من نفقة الغنية وهو المعتمد (5) .

الحنابلة : قال ابن قدامة : قال أصحابنا ونفقتها معتبرة بحال الزوجين جميعا (6) .

وقد اعتمد أصحاب هذا الرأي على مجمل الادلة الشرعية الواردة في الباب ، وان كان ظاهرها التعارض الا أنهم جمعوا بينها ، والجمع بين الادلة — كما هو معلوم — أولى من ترجيح بعضها على البعض الاخر (7) .

من هذه الادلة قول الله تعالى :(" وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) (8)

وقوله صلى الله عليه وسلم لهند :" خذي مايكفيك وولدك بالمعروف " (9) .

---

(1) هو أحمد بن عمر الخصاف فقيه حنفي ، له مصنفات منها : كتاب " الحيل " ، وكتاب " النفقات " ، وكتاب "الاوقاف" ، (ت261 هـ/875م) الحجوي، الفكرالسامي جـ2/ص90 .

(2) العيني ، الهداية بشرح البداية جـ4/ص856 .

(3) فتاوى الولواجية لظهير الدين أبي المكارم اسحاق بن أبي بكر الحنفي المتوفي سنة 710 هـ/1311م - حاجي خليفة ، كشف الظنون جـ2/ص1230 .

(4) حاشية رد المحتار جـ3/ص574 .

(5) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ2/ص509 .

(6) المغني جـ7/ص564 .

(7) قال الشيخ الامين محمد الشنقيطي : واعلم أنه ان حصل التعارض وجب الجمع أولا ان أمكن . مذكرة أصول الفقه ص317 . ونسب وهبة الزحيلي هذا القول للشافعية . الزحيلي ، أصول الفقه الاسلامي جـ2/ص1182 .

(8) البقرة جزء آية 231 .

(9) سبق تخريجه . أنظر ص 3.

وكل من الآية والحديث دل على أن فرض الزوجة من النفقة هو الكفاية مما تدفع به حاجتها دون مراعاة لحال الزوج .

والنص المعارض لهما هو قوله تعالى : (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها)(1). فالآية صريحة بأن النفقة على حد استطاعة الزوج من الغنى والفقر وأنه لا تكليف الا بما يطاق .

وقد ذكر ابن كثير[2] وجه الجمع بين الايتين اللتين ظاهرهما التعارض عند تفسير قوله تعالى : (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ، قال : أي بما جرت به عادة أمثالهن في بلدهن من غير اسراف ولا اقتار بحسب قدرته في يساره وتوسطه واقتاره كما في قوله تعالى : (لينفق ذو سعة من سعته) الاية . (3)

وقال القرطبي (4) : عند تفسيره آية : (لينفق ذو سعة من سعته) ان هذه الآية لا تعطي أكثر من فرق بين نفقة الغني والفقير ، وانها تختلف بيسر الزوج وعسره ، وهذا مسلم فاما الاعتبار بحال الزوجة على وجه فليس فيه وقد قال تعالى : (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وذلك يقتضي تعلق المعروف بحقهما لأنه لم يخص في ذلك واحدا منهما (5) .

وبهذا الرأي — وهو المعتمد عند أكثر المذاهب — أخذ قانون الاسرة، فقد ورد في المادة : (79) يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي ستة من الحكم (6) .

القول الثاني : ذهب الشافعية الى أن نفقة الزوجة تقدر بحال الزوج وحده وهو ظاهر الرواية عند الحنفية وقول عند المالكية .

الشافعية : جاء في المجموع : نفقة الزوجة معتبرة بحال الزوج لا بحال الزوجة(7).

---

(1) الطلاق جزء آية 7 .

(2) هو عماد الدين أبو الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القيسي البصروي ، الامام المحدث الحافظ ، له مؤلفات جليلة منها تفسيره المشهور المتداول ، والبداية والنهاية في التاريخ وعلوم الحديث ، وغيرها (ت774هـ / 1373م) السيوطي ، طبقات الحفاظ ص534 .

(3) تفسير ابن كثير ج1/ص503 .

(4) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن فرج الانصاري الاندلسي القرطبي المفسر ، كان من العباد الصالحين والعلماء العارفين ، له مؤلفات كثيرة منها تفسيره المشهور "جامع أحكام القرآن " وكتاب " الاسنى في أسماء الله الحسنى "، وكتاب "التذكرة بأمور الآخرة " ، وغيرها من الكتب المفيدة (ت671هـ/ 1273م) ابن فرحون الديباج المذهب . ج2/ص308 — 309 .

(5) الجامع لاحكام القرآن ج18/ص170 .

(6) الجريدة الرسمية عدد 24 مرجع سابق .

(7) المجموع ج17 /ص91 .

الحنفية : قال ابن عابدين : وظاهر الرواية اعتبار حاله فقط ، وبه قال جمع كثير من المشايخ ، ونص عليه محمد (1) وفي التحفة والبدائع أنه الصحيح .(2)

المالكية : قال الزرقاني (3) ولا يخفى أنه عند التحقيق انما اعتبر وسعه وهو ظاهر القرآن (لينفق ذو سعة من سعته) (4) .

ونقل البناني (5) عن ابن عرفة (6) قوله : لا حدّ لنفقتها هي ، على قدر يسره وعسره (7) .

ودليلهم في هذا قول الله تعالى :(وعلى الموسع قدره وعلى المقتر قدره)(8).

وقوله :(لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها) .

دلت الآيتان على أن التكليف بحسب القدرة والاستطاعة وأن النفقة الواجبة على الرجال هي على قدر وسعهم وحالهم .

القول الثالث : للحنفية رأي ثالث ، وهو أن النفقة تقدر بحال الزوجة فقط جاء في حاشية رد المحتار : قال بعض الناس يعتبر حال المرأة .(9)

---

(1) هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ، العلامة فقيه العراق صاحب أبي حنيفة (توفي ت189هـ/ 805م) بالري . الذهبي ، سير أعلام النبلاء جـ9/ص34.

(2) حاشية رد المحتار جـ3/ص574 — وانظر المبسوط جـ5/ص182 .

(3) هو الشيخ عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ، بيته بيت علم، له تآليف مفيدة أجلها شرحه مختصر خليل (ت 1099هـ/ 1688م) . الحجوي ، الفكر السامي جـ2/ص283

(4) شرح الزرقاني على المختصر جـ4/ص 245 .

(5) هو أبو عبد الله محمد بن الحسن البناني الفاسي فقيه محقق له حاشية على الزرقاني وشرح على السلم في المنطق (ت 1194هـ 1780م) الحجوي الفكر السامي جـ2/ص292

(6) هو أبو عبد الله محمد بن عرفة الورغمي التونسي محقق نظار ، انتهت اليه رئاسة الفقه المالكي ، كتب في الفقه والاصول والقراءات والمنطق وغيرها (ت803هـ/ 1401م) الحجوي ، الفكر السامي جـ2/ص249 — 250 .

(7) حاشية البناني على شرح الزرقاني جـ4 /ص245 .

(8) البقرة جزء آية 234 .

(9) حاشية رد المحتار جـ3/ص574 . الا أن هذا الرأي الذي حكاه ابن عابدين ضعيف عندهم . راجع الاحوال الشخصية لابي زهرة هامش ص 241 .

مستدلين بقوله صلى الله عليه وسلم لهند : خذي مايكفيك وولدك بالمعروف ، الحديث ،فاعتبر كفايتها دون مراعاة لحال زوجها .

ويرد على أصحاب هذا القول بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعلم نفس أبي سفيان مما دعاه أن يقول لها خذي مايكفيك وولدك بالمعروف .

المطلب الخامس : كيفية تقدير النفقة .

ذهب الجمهور غير الشافعية الى أن نفقة الزوجة تقدر بالكفاية مما جرت به العادة ، مع مراعاة ظروف الحال التي تفرض فيه من الغلاء والرخص، والوفرة والنقص، وطبيعة الاشخاص الذين تفرض لهم .

قال السرخسي (1) من الحنفية : ثم ليس في النفقة تقدير عندنا ...

فان المقصود الكفاية وذلك مما تختلف فيه طباع الناس وأحوالهم من اشتهاب والهرم ، ويختلف باختلاف الاوقات أيضا ، ففي التقدير بمقدار اضرار باحدهما (2) .

وقال الخرشي من المالكية : تجب النفقة للزوجة بحسب العادة هذا في غير المرضع وأما هي فليست كغيرها فيزاد لها ما تستعين به على رضاعها لشدة احتياجها لذلك (3) .

ومن الحنابلة قال ابن قدامة : والنفقة مقدرة بالكفاية وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها (4) .

ومما استدل به الجمهور قوله صلى الله عليه وسلم لهند : خذي مايكفيك وولدك بالمعروف ، الحديث .

قال ابن قدامة في وجه الاستدلال بالحديث : فأمرها بأخذ مايكفيها من غير تقدير ، ورد الاجتهاد في ذلك اليها ، ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر في المدين بحيث لا يزيد عنها ولا ينقص، ولان الله تعالى قال : (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : ولهن عليكم رزقهن

(1) هو أبو الحسن علي بن أحمد بن عمر الحافظ الرحالة ، ثقة كتب الكثير وروى اليسير (ت379هـ/990م) السيوطي ، طبقات الحفاظ ص420 .
(2) المبسوط جـ 5/ص182 .
(3) شرح الخرشي على المختصر جـ3/ص324 .
(4) المغني جـ7/ص565 .

وكسوتهن بالمعروف . وايجاب أقل الكفاية من الرزق ترك للمعروف ، وايجاب قدر الكفاية وان كان أقل من مد أو رطل خبز انفاق بالمعروف، فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة (1) .

وذهب الشافعية الى أن نفقة الزوجة من الطعام مقدرة بالامداد ، ويختلف المقدار بحسب حالة الزوج من الغنى واليسار .

جاء في المجموع : نفقة الزوجة مقدرة بحال الزوج لا بحال الزوجة ... وهي مقدرة غير معتبرة بكفايتها (2) .

ومقدارها بالامداد كما قال النووي : يجب على موسر لزوجته كل يوم مدّا طعام ، ومعتسر مدّ ، ومتوسط مدّ ونصف (3) .

ودليلهم في هذا قول الله تعالى :(لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها).

فلا يفرقت بين الموسر والمعسر فاوجبت على الموسر نفقة اليسار ، وعلى المعسر نفقة الاعسار ، الا أنها لم تبين المقدار على التحديد فوجب تقديره بالاجتهاد. وأشبه ماتقاس عليه النفقة، الطعام في الكفارة .

قال صاحب نهاية المحتاج : أما ذلك التقدير فبالقياس على الكفارة بجامع كلا مال وجب بالشرع ، وأقل ماوجب له مدّ في كفارة نحو اليمين والظهار ، وهو يكتفي به الزهيد وينتفع به الرغيب . فلزم الموسر الاكثر والمعسر الاقل ، والمتوسط بينهما (4) .

وهذا التقدير الذي ذهب اليه الشافعية الى جانب كونه مخالف لظواهر النصوص الشرعية ، فيه اجحاف بحق المرأة التي لا يكفيها المقدار الذي حددوه لها ولو كان مديين ، وقد وجدنا المالكية زادوا للمرضع ووسعوا عليها في النفقة مالم يفعلوه مع غيرها لأجل الارضاع لعلمهم أن المرأة التي ترضع عادة ماتأكل أكثر من غيرها .

---

(1) المغني جـ7/ص565 .

(2) النووي ، المجموع جـ17/ص91 .

(3) المنهاج بشرح زاد المحتاج جـ3/ص563 .

(4) الرملي ، نهاية المحتاج جـ7/ص178 . مؤلفه هو محمد بن أحمد بن حمزة شمس الدين الرملي المنوفي المصري الشهير بالشافعي الصغير، عد من مجددي القرن العاشر ، كان مرجع أهل مصر في تحرير الفتاوى ، له تآليف نافعة منها شرحه هذا على المنهاج (ت 1004هـ / 1596م) . الحجوي ، الفكر السامي جـ2/ص532

وقد تكون الزوجة عديمة الشهية فيكفيها المدّ أو الاقل منه ، ففرض مدّين لها ان كان زوجها موسرا الزام له بشيء زائد لم يلزمه به الشرع .

وقد وجدنا من فقهاء المذهب نفسه من يضعف هذا الرأي ، قال النووي عند شرحه لحديث عائشة من قصة هند : وهذا الحديث يرد على أصحابنا تقديرهم نفقة الزوجة بالامداد .(1)

وقال الاذرعي (2) : لا أعرف لامامنا رضي الله عنه سلفا في التقدير بالامداد ، ولولا الادب لقلت الصواب أنها بالمعروف تأسيا واتباعا (3).

أمّا قياسهم النفقة على الكفارة فهو قياس مع الفارق ، وذلك أن الكفارة لا تختلف باليسار والاعسار بخلاف النفقة .

وننهي الحديث عن هذه النقطة بكلام لصاحب الروضة قال فيه : والحق ماذهب اليه القائلون بعدم التقدير لاختلاف الازمنة والامكنة والاحوال ، والاشخاص، فانه لا ريب أن بعض الأزمنة قد يكون أدعى للطعام من بعض، وكذلك الامكنة ، فان بعضها قد يعتاد أهله أن يأكلوا في اليوم مرتين ، وفي بعضها ثلاثا وفي بعضها أربعا ، وكذلك الاحوال فان حالة الجدب قد تكون مستدعية لمقدار من الطعام أكثر من المقدار الذي تستدعيه حالة الخصب ، وكذلك الاشخاص فان بعضهم قد يأكل كل الصاع فما فوقه ، وبعضهم يأكل نصف الصاع ، وبعضهم دون ذلك ، وهذا الاختلاف معلوم بالاستقراء التام ، ومع العلم بالاختلاف يكون التقدير على طريقة واحدة ظلما وحيفا ، ثم أنه لم يثبت في هذه الشريعة المطهرة التقدير بمقدار معين قط ، بل كان صلى الله عليه وسلم يحيل الى الكفاية مقيدا ذلك بالمعروف كما في حديث عائشة في قصة هند مع زوجها أبي سفيان (4) .

---

(1) شرح النووي على صحيح مسلم جـ 12/ص7 ، كتاب الاقضية .

(2) هو أحمد بن حمدان بن أحمد بن عبد الواحد أبو العباس شهاب الدين الاذرعي ، فقيه شافعي ولد بأذرعات الشام ، له شرحين على المنهاج ، أحدهما بعنوان قوت المحتاج ، والثاني قوت المحتاج (ت783هـ / 1381م) الزركلي ، الاعلام جـ 1 / ص 119 .

(3) الرملي ، نهاية المحتاج جـ7/ص178 .

(4) القنوجي ، الروضة الندية :جـ2/ص112 .

المبحث الثاني : حكم التفريق بين الزوجين للاعسار بالنفقة

تبين لنا مما سبق ذكره أن النفقة يتقرر وجوبها مبدئيا باجراء عقد النكاح ، وتتعين بعدما تتحقق شروطها ، مع مراعاة حال الزوجين ، وظروف البلد عند تقديرها ، دون انقاص من كفاية الزوجة . لكن ان حدث عجز للزوج ولم يتمكن من الانفاق عليها ، والحال أن النفقة واجبة وضرورية في آن واحد ، اذ لا قيام لحياة الانسان الا بها فما العمل حينئذ ؟ .

من حسن العشرة واعترافا بالجميل اذا كان الزوج على الوضعية التي ذكرنا ، وكانت الزوجة غنية أو ذات مال أن تصل زوجها بشيء مما تملكه اعانة منها له على نوائب الدهر ، أما اذا كانت حالتها كحالته من الفقر والحاجة ، فعليها أن تصبر وتشاطره فيما هو فيه كما شاطرته في غناه ويساره .

فاذا أبت أن تصبر فهل لها حق طلب التطليق ؟

الجواب عن هذا السؤال يتضح في المطالب التالية :

المطلب الاول : جواز التفريق للاعسار بالنفقة ، المطلب الثاني : عدم جواز التفريق للاعسار ، المطلب الاخير : مناقشة وترجيح .

المطلب الاول : جواز التفريق للاعسار بالنفقة .

اذا اعسر الزوج بنفقة زوجته ولم يجد ماينفقه عليها في حين أنها لم تصبر عليه ، جاز لها أن تطلب التطليق عليه عند القاضي ، فاذا رفعت أمرها اليه أمر هذا الاخير الزوج وخيره بين الانفاق والطلاق فاذا لم يفعل واحدا من هذين قام القاضي وطلق عليه . وهو رأي عمر وأبي هريرة رضي الله عنهما وجماعة من التابعين ، واليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأكثر الفقهاء وان اختلفوا في بعض الجزئيات ، وهذه بعض نصوص الفقهاء المذاهب في المسألة .

المالكية : قال ابن العربي (1) : حكم الامساك بالمعروف أن الزوج اذا لم

(1) هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أحمد المعروف بابن العربي المعافري من أهل اشبيلية ، الامام العلامة المتبحر ، له كتب كثيرة في علوم مختلفة منها : " احكام القرآن " كتاب " المسالك في شرح الموطأ " وكتاب " القبس " عليه أيضا ، "عارضة الاحوذي على سنن الترمذي " (ت543هـ / 1149م) ابن فرحون ، الديباج المذهب ج2ص 252

اذا لم يجد ماينفق على الزوجة أن يطلقها ، فاذا لم يفعل خرج عن حد المعروف ، فيطلقها عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق لها في بقائها عند من لا يقدر على نفقتها (1) .

وقال الخرشي : اذا عجز الزوج عن النفقة الحاضرة أو المستقبلة دون الماضية . . . . . فان لزوجته اختيار المقام معه على ذلك ولها القيام بالفسخ .(2) .

الشافعية : قال الشافعي : اذا لم يجد ماينفق عليها تتخير المرأة بين المقام معه وفراقه (3) .

الحنابلة : قال صاحب المحرر (4) : اذا أعسر الزوج بنفقة القوت أو الكسوة أو بعضها ، للزوجة فسخ النكاح ولها القيام عنده (5) .

الا أن ابن القيم — وهو من محققي مذهب الحنابلة — يرى أن التفريق للاعسار لايكون الا في حالتين ضمنهما في كلامه هذا فقال : والذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة :

— أن الرجل اذا غرّ المرأة على أنه ذو مال فتزوجته على ذلك فظهر معدما لاشيء له .

— أوكان ذا مال وترك الانفاق على امرأته ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحاكم أنّ لها الفسخ .

وان تزوجته عالمة بعسرته ، أوكان موسرا ثم أصابته جائحة اجتاحت ماله فلا فسخ لها بذلك ، ولم تزل الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار ولم يرفعهم أزواجهم الى الحاكم ليفرقوا بينهم وبينهن (6) .

---

(1) ابن العربي، أحكام القرآن جـ1/ص 200 .

(2) شرح الخرشي على المختصر جـ3/ص336 .

(3) الام جـ5/ص91 . — وانظر مغني المحتاج جـ3/ص442 .

(4) هو مجد الدين أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم ابن تيمية الحراني ، كان من أعيان المذهب الحنبلي وأكابر الفضلاء ببلده ، صنف في علوم شتى منها الفقه والتفسير والقراءات (ت652هـ/1254م) . أخذت ترجمته من مقدمة كتابه المذكور بتحقيق محمد حامد الفقي .

(5) أبو البركات المحرر في الفقه جـ2/ص116 . — وانظر ابن قدامة المغني جـ7/ ص573 .

(6) زاد المعاد جـ5 /ص521 .

استدل الجمهور لما ذهبوا اليه من القرآن والسنة وآثار الصحابة والمعقول .

أ ـ القرآن : قال الله تعالى : فامساك بمعروف أو تسريح باحسان (1) . وقال تعالى : ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا (2).

وجه الاستدلال من الآيتين : ان تمسك الزوج بالعصمة الزوجية مع عدم انفاقه على زوجته ليس امساكا بمعروف لما في ذلك من الضرر اللاحق بها ، فاذا لم يطلقها قام القاضي مقامه وطلقها عليه رفعا للضرر الواقع عليها .

ب ـ السنة : روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أفضل الصدقة ما ترك غنى ، واليد العليا خير من اليد السفلى ، وابدأ بمن تعول ، تقول المرأة امّا أن تطعمني وامّا أن تطلقني ، ويقول العبد : اطعمني واستعملني ، ويقول الابن اطعمني الى من تدعني . (3)

دلّ الحديث على أن للزوج خيارين لاثالث لهما فيما يجب لزوجته :

الخيار الاول : الانفاق عليها بالمعروف .

الخيار الثاني : أن يطلقها اذا لم يرد اعطاءها حقها من النفقة ، فان لم يوفّ بواحد منهما طلق عليه القاضي ، ذلك لما علم من تصوم الشريعة من وجوب ازالة الضرر على الناس ، والذي يتولى ذلك هو الحاكم أو من ينوب منابه كالقاضي مثلا .

وعنه أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم في الرجل لايجد ماينفق على امرأته قال : يفرّق بينهما . (4) .

فالنص صريح في جواز التفريق اذا لم يجد الزوج ماينفقه على زوجته .

وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لاضرر ولا ضرار ، من ضارّ ضارّه الله ، ومن شاقّ شاقّه الله (5).

---

(1) البقرة جزء آية 227 .
(2) البقرة جزء آية 229 .
(3) صحيح البخاري بشرح فتح الباري جـ9/ص500 ، كتاب النفقات ، باب2
(4) البيهقي ، السنن الكبرى جـ7/ص 470 ، قال الشوكاني : الحديث أعلّه أبوحاتم. نيل الأوطار جـ6/ص364 .
(5) الحاكم ، المستدرك جـ2/ص57 ـ 58 ، وقال عنه هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ، ورواه مالك في الموطأ من كتاب الاقضية ، المنتقى للباجي جـ6/ص40 ، وابن ماجة في سننه جـ2/ص784 الا أن المروي في كتابيهما الشطر الاول من الحديث (لاضرر ولا ضرار) ، قال ابن ماجة : قال في الزوائد في اسناده جابر الجعفي متهم . المصدر السابق .

أن امساك الزوجة مع عدم الانفاق عليها من الضرر الذي نهى عنه الشرع بنص الحديث فوجب ازالته ، وطريق ازالته تطليقها عليه .

جـ — آثار الصحابة والتابعين :

روى الشافعي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب الى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن يأخذوهم أن ينفقوا أو يطلقوا، فان طلقوا بعثوا بنفقة ماحبسوا (1) .

وسئل سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ماينفقه على أهله قال :يفرق بينهما ، قيل له : سنة ؟ قال : نعم(2) .

قال الشافعي : والذي يشبه أن يكون قول سعيد سنة ، سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم (3) .

د — المعقول : اذا استحقت المرأة أن تفسخ النكاح للجبّ والعنّة فبالعجز عن النفقة من باب أولى ، لان البدن لا يقوم بدونها بخلاف الوطء .

وقالوا أيضا أن النفقة في مقابل الاستمتاع ، بدليل أن الناشز لا نفقة لها فاذا لم يجد ماينفقه عليها سقط الاستمتاع فوجب الخيار للزوجة .

المطلب الثاني : عدم جواز التفريق للاعسار .

ليس للمرأة أن تطلب التطليق من زوجها اذا ما أعسر بنفقتها، وانّما من حقها أن تستدين عليه ، فاذا لم تجد من تستدين منه خرجت للعمل وهذا رأي الحنفية والظاهرية، بل ذهب الظاهرية الى الابعد من هذا فاوجبوا على الزوجة ذات المال أن تنفق على زوجها وليس لها مطالبته اذا ما أيسر ، وفيما يلي توضيح للمذهبين .

الحنفية : قال الكمال بن الهمام (4) : ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق

(1) الام جـ5 /ص91 .
(2) سنن البيهقي جـ7 /ص470 .
(3) الصنعاني ، سبل السلام جـ3/ص222، انظر مغني المحتاج جـ3/ص442 .
(4) هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد كمال الدين المعروف بابن الهمام ، امام من علماء الحنفية ، كان معظما عند الملوك وأرباب الدولة ، من كتبه "فتح القدير شرح الهداية " وغيره . (ت 861هـ/1457م) الزركلي، الاعلام جـ6 ص255 .

بينهما ، ويقال لها استدين علي (1) .

وجاء في حاشية ابن عابدين : اذا لم تجد من تستدين منه ، عليه اكتسبت وأنفقت وجعلته دينا عليه بأمر القاضي (2) .

الا أن المتأخرين منهم استحسنوا أن يفرق بينهما اذا طلبت الزوجة ذلك رفعا للضرر الواقع عليها لعدم وجود ماتنفقه على نفسها ماذا قد لا تجد من يقرضها ، ولا يتيسر لها سبيل العمل .

نقل ابن عابدين عن صاحب غرر الاذكار (3) قوله : اعلم ان مشايخنا استحسنوا أن ينصب القاضي الحنفي نائبا ممن مذهبه التفريق بينهما اذا كان الزوج حاضرا وأبى الطلاق ، لان دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة اذ الظاهر أنها لا تجد من يقرضها ، وغنى الزوج مآلا متوهم ، فالتفريق ضروري اذا طلبته (4) .

الظاهرية : مذهب الظاهرية يمثله ابن حزم بقوله : فاذا عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية كلفت النفقة عليه ، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك اذا أيسر ... برهان ذلك قوله تعالى : وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفسا الا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك (5) قال علي : الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن (6).

وسئل ابن شهاب الزهري (7) رحمه الله عن رجل عاجز عن نفقة امرأته

---

(1) ابن الهمام ، شرح فتح القدير جـ4/ص389 ، وانظر السرخسي ، المبسوط جـ5 ص190 ، الهداية بشرح البداية جـ4/ص870 .

(2) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار جـ3/ص591 .

(3) غرر الاذكار في شرح درر البحار كتاب في الفروع على مذهب الحنفية ، تأليف شمس الدين محمد بن محمد بن محمود البخاري . حاجي خليفة كشف الظنون جـ2/ص200

(4) حاشية رد المحتار جـ3/ص590 .

(5) البقرة جزء آية 231 .

(6) المحلى جـ10/ص92 .

(7) هو محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب بن عبيد الله الحارث ينتهي نسبه الى لؤي بن غالب القرشي ، نزيل الشام ، حافظ زمانه سمع من الصحابة كابن عمر وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك وروى عنه خلق كثير (ت123هـ/ وقيل 124هـ/742م) الذهبي ، سير أعلام النبلاء جـ5/ص326 .

أيفرق بينهما ؟قال تستأني به ولا يفرق بينهما وتلا قوله تعالى : لايكلف الله نفسا الا ما أتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا (1).

استدل أصحاب هذا الرأي بالقرآن والسنة وما كان عليه أكثر الصحابة، ومن المعقول .

أ ـ القرآن : قال الله تعالى : لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لايكلف الله نفسا الا ما أتاها .(2) .

قال أبو بكر الجصاص(3) في تفسيره لهذه الآية : وقد تضمن (أي النص) معنى آخر من جهة الحكم ، وهو الاخبار بأنه اذا لم يقدر على النفقة لم يكلفه الله الانفاق في هذا الحال ، واذا لم يكلف الانفاق في هذه الحالة لم يجز التفريق بينه وبين امرأته لعجزه عن نفقتها، ففي ذلك بطلان قول من فرق بين العاجز عن نفقة امرأته وبينها (4).

وقال تعالى : وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة (5) .

قالوا : غاية النفقة أن تكون دينا في الذمة ، وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مطالبة بانظاره بنص الآية .

ب ـ السنة : عن جابر بن عبدالله رضي الله عنه قال : دخل أبوبكر يستأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجد الناس جلوسا ببابه لم يؤذن لاحد منهم ، قال فأذن لابي بكر فدخل، ثم أقبل عمر فاستأذن فأذن له فوجدا النبي جالسا حوله نساؤه واجما ساكتا ، فقال أبو بكر لأقولن شيئا أضحك النبي صلى الله عليه وسلم فقال:يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقمت اليها

(1) ابن القيم زاد الميعاد جـ5/ص516
(2) الطلاق جزء آية 7 .
(3) هو أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص البغدادي ، صاحب أحكام القرآن وشرح مختصر الطحاوي وله كتب أخرى في الاصول وغيرها . (ت370هـ/981م) الحجوي الفكر السامي جـ2/ص93 .
(4) أحكام القرآن جـ3/ص464 .
(5) البقرة جزء آية 279 .

فوجأت (1) عنقها . فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : هن حولي كما ترى يسألنني النفقة ، فقام أبو بكر الى عائشة يجأ عنقها ، وقام عمر الى حفصة يجأ عنقها كلا هما يقول تسألن رسول الله ماليس عنده ، فقلن والله لانسأل رسول الله شيئا أبدا ليس عنده ، ثم اعتزلهن شهرا .(2)

وجه الاستدلال من الحديث : ضرب أبي بكر وعمر لابنتيهما بحضرة الرسول صلى الله عليه وسلم لأجل مطالبتهما له بالنفقة التي لايجدها يدل على عدم جواز التفريق لمجرد الاعسار بها ، ولوكان لهما ذلك لمنع من ضربهما لأنه صلى الله عليه وسلم لا يقر على باطل .

ج — واستدلوا بواقع الصحابة في كون أكثرهم كانوا على حالة من الفاقة والاحتياج ولم يؤثر أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين رجل إمرأة لذلك .

د — المعقول : ان في الزام الفسخ للاعسار بالنفقة ابطال لحق الزوج بالكلية وفي الزام الزوجة بالانظار والاستدانة عليه تأخير لحقها دينا عليه ، واذا دار الامر بين التأخير والابطال كان التأخير أولى من الابطال (3) .

المطلب الثالث : مناقشة وترجيح .

أولا : مناقشة الجمهور لادلة الحنفية .

1 — قال الجمهور للحنفية ان الآية الاولى التي استدللتم بها في عدم جواز التفريق للاعسار انما تفيد سقوط الوجوب على الزوج ، ونحن نقول به أما الفسخ فهو شيء زائد عن ذلك ، وللمرأة الحق فيه لتدفع الضرر عن نفسها .

أما عن استدلالكم بالآية الثانية (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) فهي واردة في الدين ، واذا جاز قياس النفقة على الدين ، فانما تحمل على النفقة الماضية ، ونحن نوافقكم فيها اذ ليس من حق الزوجة أن تطلب الفرقة لأجلها ، أما النفقة الحاضرة فقد دلت نصوص أخرى على أن الزوج اذا عجز عنها ثبت عليه زوجته ان هي طلبت ذلك .

---

(1) وجأ عنقها : يقال وجأ يجأ ، اذا طعن وضرب . جاء في لسان العرب : الوجء اللكز ، ووجأه باليد والسكين وجئا : ضربه ... ووجأت عنقه وجئا ، ضربته . ابن منظور، لسان العرب ج6/ص4766 .

(2) صحيح مسلم بشرح النووي ج10/ص81 ، كتاب الطلاق .

(3) ابن الهمام، شرح فتح القدير ج4/ص391 .

2 — أما قصة أزواجه صلى الله عليه وسلم ومطالبتهن منه النفقة فهي في دلالتها كالآية الاولى في سقوط الوجوب عنه صلى الله عليه وسلم، وليس في القصة أنهن سألنه الطلاق أو الفسخ ولم يجبهن اليه ، فكيف وقد خيرهن بين البقاء معه على تلك الحالة وبين أن يسرحهن سراحا جميلا ، فاخترنه رضوان الله عليهن (1) .

وبعلمهن طلبن الزيادة على الموجود ، وبالتالي تخرج القصة عن محل النزاع .

أما تأديب ابي بكر وعمر لابنتيهما لما علم من حق تأديب الاباء للابناء اذا أتوا مالا ينبغي .

3 — وقولكم أن أكثر الصحابة كانوا على حال من الفاقة ما يدعو زواجهن من طلب الطلاق ولم يخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه فرق بين زوجين لذلك ، نقول لا حجة لكم في هذا أيضا بدليل أنه ما أثر عن امرأة طلبت من الرسول صلى الله عليه وسلم أن يطلقها من زوجها لما تجد من الفاقة عنده ولم يجبها اليه ، بل ان نساء الصحابة كرجالهن يصبرن على ضنك العيش وتعسره كما قال الامام مالك : ليس الناس اليوم كذلك ، انما تزوجته رجاء(2) .

ثانيا : مناقشة الحنفية لأدلة الجمهور :

أ — قال الحنفية ان استدلال الجمهور بالآيتين على مشروعية التفريق للاعسار بالنفقة لا يصح اذ لو كان الفراق واجبا كما قالوا لما جاز الابقاء بينهما ولو رضيته فبامتناع الثاني — وهو جواز التفريق بينهما ولو لم ترض الزوجة — يمتنع الاول من الاساس .

---

(1) ورد هذا في قول الله تعالى : (يا أيها النبي قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فان الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما) ، الاحزاب آية 28 — 29 .

(2) قال ابن القيم شارحا كلام الامام مالك الذي غض على الكثيرين : ان نساء الصحابة رضي الله عنهم كن يردن الدار الآخرة وما عند الله ، ولم يكن مرادهن الدنيا ، فلم يكن يبالين بعسر أزواجهن كذلك ، وأما نساء اليوم فانما يتزوجن رجاء دنيا الازواج ونفقتهم وكسوتهم ، فالمرأة انما تدل اليوم على رجاء الدنيا ، فصار هذا المعروف كالمشروط في العقد وكان عرف الصحابة ونسائهم كالمشروط في العقد ، والشرط العرفي أصل مذهبه كاللفظي ، وانما أنكر على مالك كلامه هذا من لم يفهمه ، ويفهم غوره . زاد الميعاد جـ5/ص517

الا أن الجمهور ردّوا على هذا الرّد بقولهم : انّنا لم نوجب التفريق في كل الحالات وانّما جعلنا الامر بيد الزوجة في هذا الضرف وهي صاحبة الحق فيه فاذا طلبته استجيب لها ، وان تنازلت عنه فلها ذلك .

ـ أمّا ما ورد في حديث أبي هريرة من قول المرأة لزوجها امّا أن تطعمني أو تطلقني ، فهي زيادة من كلام أبي هريرة ولم يقله النبي صلى الله عليه وسلم بدليل ما ورد في آخر الحديث المذكور : فقالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله ؟ قال : لا هذا من كيس أبي هريرة (1) .

وحديث أبي هريرة الثاني : في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال صلى الله عليه وسلم : يفرق بينهما (2) ، حديث ضعيف أعلّه أبو حاتم (3) كما ذكر ذلك الشوكاني (4) في نيل الاوطار (5) .

جـ ـ أما استدلالكم بفعل عمر فالذي حمله على ماذهب اليه خوفه على نسائهم من الفتنة لطول غياب أزواجهن ، فأمرهم أن يبعثوا ماتطيب به قلوبهن ، والا فنفقة الجند وأهليهم من بيت مال المسلمين .

الا أن هذا التأويل لفعل عمر بعيد وبعيدا لكون كلام عمر صريحا فيما ذهب اليه الجمهور - ولا يستبعد أن مرتبات الجند كانت تصرف لهم حيث يوجدون ، وكما هو معلوم أن الغنائم كانت تقسم عليهم في أرض المعركة .

د ـ والاثر المروي عن سعيد بن المسيب في قوله أنه سنة ، فلعله لا يريد سنة الرسول صلى الله عليه وسلم ، وقد ثبت عنه اطلاق مثل ذلك غير مريد به سنة النبي صلى الله عليه وسلم ، فيكون ماقاله اعتمادا على ماورد عن أبي هريرة موقوفا عليه . هذا بعد التسليم بصحته ، والا فقد روي عن سعيد

---

(1) هذا من تمام الحديث الذي ذكر في أدلة الجمهور وهو مخرج في صحيح البخاري . والكيس الوارد في الحديث روي بكسر الكاف وفتحها ، فعلى الاول يكون المراد من الكلمة استنباطه ، وعلى رواية الفتح يكون من فطنته . ابن حجر فتح الباري جـ9 /ص500 ـ 501 .

(2) سبق تخريجه .

(3) هو محمد بن ادريس بن المنذر الرازي الحافظ الكبير ، كان من كبار أئمة الاثر ، حدث عنه أبو داود وغيره من الكبار . (ت277هـ/891م) الحجوي ، الفكر السامي جـ2/ص83 .

(4) هو محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ، فقيه مجتهد ، من كبار علماء اليمن وقضاتها له مؤلفات كثيرة ومهمة منها تفسيره المسمى " فتح القدير " و " نيل الاوطار " ، "وارشاد الفحول " في الاصول (ت1250هـ/1898م) الزركلي ، الاعلام جـ6/ص298 .

(5) نيل الاوطار جـ6/ص364 .

أنه لا يفرق بينهما فاضطرب المروي عنه فبطل ذكره (1) .

هـ — وعن قياس الجمهور : الاعسار بالنفقة على الجب والعنة في جواز التفريق قال الحنفية : هذا قياس مع الفارق وهو باطل ، ذلك أن العجز عن النفقة عجز عن المال وهو تابع في باب النكاح ، والعجز عن الوصول الى المرأة بسبب الجب والعنة إنما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل ، ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها بما هو تابع .

أما القول بأن النفقة في مقابل الاستمتاع فاذا سقطت النفقة سقط الاستمتاع وبالتالي وجب الخيار ، فهذا غير مسلم به فلو مرضت الزوجة وطال مرضها حتى تعذر على الزوج جماعها لوجبت نفقتها ، ولم يمكن الفسخ فكذلك الزوج اذا أعسر بنفقتها ، فدل أن الانفاق ليس في مقابل الاستمتاع (2).

وبعد استعراض أدلة الفريقين والمناقشات الواردة عليها نقول أن من حسن معاشرة الزوج لزوجها واعترافا بجميله أن تصبر عليه ومعه اذا ما أصبح معسرا ، فتشاطره في محنته كما شاطرته في سعادته ، ولتتذكر الايام التي قضتها معه في رغد من العيش والله تعالى يقول : (ولا تنسوا الفضل بينكم) (3) .

فاذا أبت أن تصبر على الوضع الذي آل اليه أمر زوجها ، أو عجزت عليه كأن لم تجد ما تنفقه على نفسها من مالها أو من مال غيرها فلها حق طلب التطليق عليه وذلك لما علم من نصوص الشريعة وقواعدها أن دفع الضرر عن الناس شيء مشروع ، بل هو في درجة الحتم واللزوم ، وهذه الحالة مما يحق دفع الضرر فيها ، ولا يكون ذلك الا بالتفريق بينهما عسى أن يتزوجها من يجد ما ينفقه عليها .

وهذا سعيد بن المسيب يقول : ان التفريق سنة ، أي سنة النبي صلى الله عليه وسلم كما فسرها بذلك الامام الشافعي رحمه الله ، اذ هو أدرى بكلام العلماء في إطلاقهم مثل هذه المصطلحات وعلى فرض أن هذا الحكم لم يتقرر في سنة النبي صلى الله عليه وسلم كما قال الحنفية ، فهو من سنة خلفائه الراشدين الذين قال في شأنهم : عليكم بسنتي وسنة الخلفاء المهديين الراشدين تمسكوا بها وعضوا عليها بالنواجذ (4)

---

(1) ابن الهمام ، شرح فتح القدير جـ4/ص391 .

(2) راجع أدلة الفريقين والمناقشات الواردة عليها في نيل الاوطار جـ6/ص305، سبل السلام جـ3/ص223 — 224، بداية المجتهد جـ2/ص52، زاد المعاد جـ5 ص518 .

(3) البقرة جزء من آية 235 .

(4) سنن أبي داود جـ4/ص201 كتاب السنة ، ورواه الترمذي أيضا وفيه تقديم لفظة الراشدين على المهديين ، عارضة الاحوذي جـ10/ص144 .

وقد علمنا أن عمر بن الخطاب كان يقول به ، وقد رجح هذا القول الشوكاني حيث قال : وظاهر الادلة أنه يثبت الفسخ للمرأة بمجرد عدم وجدان الزوج لنفقتها بحيث يحصل عليها ضرر ذلك (1) .

وبرأي الجمهور في جواز التفريق للاعسار أخذ قانون الاسرة الجزائري ، جاء في المادة 53/1 : يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للاسباب التالية :

— عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة باعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد : 78 ، 79 ، 80 من هذا القانون (2) .

الآن المادة قيدت جواز التفريق بقيدين اثنين .

1 — عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه .

2 — مالم تكن عالمة باعساره وقت الزواج ، فان كانت عالمة ورضيت أو سكتت عنه الى مابعد الدخول ، ثم قامت تطلب الفرقة فانه لا يستجاب لها لأنها دخلت عليه وهي راضية باعساره ، فسقط حقها في الطلب لذلك ، وهذا رأي المالكية خلافا للشافعية والحنابلة وسيأتي بحث هذه النقطة في مطلب مستقل .

---

(1) الشوكاني ، نيل الاوطار جـ6/ص366 .

(2) الجريدة الرسمية عدد 24، مرجع سابق .

المبحث الثالث : الاحكام المتعلقة بجواز التفريق للاعسار .

اذا كانت المذاهب الفقهية الثلاثة اتفقت مبدئيا على جواز التفريق بسبب الاعسار ، فانها قد اختلفت في كثير من النقاط التي سنتناولها في هذه المطالب :

المطلب الاول : مقدار النفقة الموجبة للتفريق عند الاعسار ، المطلب الثاني : كيفية ثبوت الاعسار ، والمطلب الثالث : علم الزوجة باعسار الزوج وقت العقد ، المطلب الرابع : امتناع الزوج عن الانفاق مع قدرته عليه ، المطلب الخامس : كيفية التفريق للاعسار ، المطلب الاخير : الاثر المترتب على الفرقة بالاعسار هل هو فسخ أو طلاق ؟

المطلب الاول : مقدار النفقة الموجبة للتفريق عند الاعسار ونوعها .

المعتمد في المذاهب الثلاثة ـ المالكية ، والشافعية والحنابلة ـ أن الاعسار الموجب للتفريق هو العجز عن النفقة اللازمة الضرورية في أدنى حالاتها ، فاذا كان بامكان الزوج احضار الخبز لها من أي أنواع الدقيق كان ، ومن الكساء مايه تستر عورتها ويقيها برد الشتاء وحر الصيف ، فلا خيار لها حينئذ ، ولو كانت غنية ، وهذه نصوص لبعض العلماء من المذاهب الثلاثة .

ـ المالكية : قال الباجي (1) وان أعسر بمثل قوتها غير أنه يجد أدنى ذلك مثل أن تكون المرأة ذات الحال والشرف ممن لا تلبس خشن الثياب ولا تتناول غليظ العيش ، فأعدم الزوج حتى لا يجد الا كسوة دنية وقوتا دون قوت خادمها من قمح أو شعير أوسلت أو غير ذلك ، روى يحيى عن بن القاسم في العتبية لا يفرق بينهما (2).

وقال الدردير (3) : لا يطلق عليه اذا قدر على القوت ولو من خشن العيش المأكول وهي عليّة القدر ، أو خبز بغير ادم (4) .

---

(1) هو أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (باجة الاندلس) رحل الى المشرق طلبا للعلم ومكث فيه طويلا ، ثم رجع الى الاندلس فأحيا الله به العلم بعد إندراسه منها ، وتولى القضاء في كثير من مدنها ، له تآليف كثيرة ومفيدة . (ت 474هـ/1082م) ، ابن فرحون ، الديباج المذهب ، ج1/ص377 .

(2) المنتقى ج4/ص131 .

(3) هو أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الشهير بالدردير ، امام في العلوم النقلية والعقلية ، له شرح على المختصر ومتن في الفقه وشرحه ، وله تآليف في فنون متعددة (ت1201هـ / 1787م) الحجوي ، الفكر السامي ج2/ص293 .

(4) الشرح الصغير ج3/ص615 ـ 616 .

ـ الشافعية : قال صاحب المهذب (1) وان أعسر بما زاد على نفقة المعسر لم يثبت لها الفسخ ، لان ما زاد غير مستحق بالاعسار ، وان أعسر بالأدم لم يثبت لها الفسخ لان البدن يقوم بالطعام من غير أدم ، وان أعسر بالكسوة فلها الفسخ لأن البدن لا يقوم بغير الكسوة كما لا يقوم بغير القوت (2) .

ـ الحنابلة : قال ابن قدامة : وان أعسر بما زاد عن نفقة المعسر فلا خيار لها ، لان تلك الزيادة تسقط باعساره ، ويمكن الصبر عنها ، ويقوم البدن بما دونها (3) .

وبناء على هذه الاقوال فان كثيرا من الامور التي نصّوا على وجوبها وانها من جملة النفقة اللازمة على الزوج تسقط عليه اذا ما عجز عن ما هو أولى منها ، وذلك لامكان الصبر عليها ، وأن حياة الانسان تقوم بدونها مثل نفقة الاخدام ، ومتاع البيت ووسائل تطهيره ، وأجرة القابلة والزينة التي تتضرر بتركها على قبول المالكية .

---

(1) هو أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي الشيرازي ، كان امام الشافعية في عصره صنف في الاصول والفروع والخلاف من أشهر كتبه المهذب ، واللمع في أصول الفقه ، وشرح اللمع (ت476هـ/1084م) ببغداد . الذهبي ، سير أعلام النبلاء جـ18/ص452 .

2) الشيرازي المهذب بشرح المجموع جـ17/ص108، وانظر زاد المحتاج جـ3/ ص590 .

3) المغني جـ7/ص575 .

المطلب الثاني : كيفية ثبوت الاعسار .

اذا ادعت المراة عند القاضي أن زوجها لا ينفق عليها، فان القاضي في هذه الحالة قبل أن يتخذ أي اجراء نحو الزوج يأمرها باثبات الزوجية أولاً ، فاذا أثبتتها سمع من الزوج ، فان ادعى هذا الاخير أنّه معسر وصدّقته في ذلك حكم باعساره ، وبالتالي يمهل مدة معقولة يسعى فيها لتحصيل الرزق مع مراعاة حال الزوجة ومقدار صبرها عند تحديد هذه المهلة .

وان لم تصدقه في دعواه وقالت أنه ملئ طلب منه البينة فان شهدت البينة بقوله أكدها بيمينه وعندها تبطل دعوى الزوجة، وان لم تكن له بينة على دعواه الاعسار أمره القاضي بالانفاق أو الطلاق دون انظار ، فان لم يفعل واحدا منهما قام القاضي مقامه وطلق عليه ، هذا ما عليه المالكية .

قال الخرشي : ان الزوج اذا عجز عن نفقة زوجته أو عن كسوتها، ورفعت أمرها الى الحاكم وشكت ضرر ذلك ، وأثبتت الزوجية ولو بالشهرة ... فان الحاكم يأمر زوجها اذا لم يثبت عسره بالنفقة والكسوة أو الطلاق (1) .

ونقل الحطاب (2) عن خليل قوله : ولا يمين على الرجل إذا صدقته المرأة على عسره ، اذ لا يحتاج الى اقامة بيّنة ، وان لم تصدقه فلا بد من البيّنة على الاعسار واليمين (3) .

هذا في حالة حضور الزوج ، أما ان كان غائبا فلكي تثبت عدم انفاقه عليها ، أو أنه ما ترك لها ما تحتاجه في فترة غيابه فعليها :

1 — اثبات الزوجية .

2 — اثبات غيبة الزوج بالشهادة ، على أن تشهد هذه البينة أنه ما ترك لها ما تنفقه في فترة غيابه .

---

(1) شرح الخرشي على المختصر ج3/ص337.

(2) هو أبو عبد الله محمد بن عبدالرحمان الحطاب الرعيني المغربي الاصل ، له شرح على المختصر سماه مواهب الجليل اعتمد عليه من جاء بعده في شرحه للمختصر ، كالبناني والرهوني وغيرهم (ت954هـ / 1547م) الحجوي ، الفكر السامي ج2/ص270 .

3 ـ يمينها لتأكيد شهادة الشهود على غياب زوجها ! ، الا أنها لا تحلف الا بعد انظار القاضي له المدة التي يرجى أن يعود فيها أو يبعث لها ماتحتاجه .

جاء في مواهب الجليل : فلابد أن تثبت الزوجية ، وأنه دخل بها أو دعى الى الدخول (وتثبت) الغيبة بحيث لا يعلم موضعه أو علم ولم يمكن الاعذار اليه فيه ... ولابد أن تشهد لها البينة بأنها لا تعلم أن الزوج ترك لها نفقة ولا كسوة .. ولا بعث اليها بشيء وصل اليها في علمهم الى هذا الحين ، ثم يحلفها على شهدت لها البينة ، وحينئذ ان دعت الى الطلاق طلقها أو أباح لها التطليق (1) .

وقال ابن حبيب (2) وتحلف المرأة ما ترك عندها ولا أرسل اليها شيئا وصل اليها ولا وضعت عنه نفقتها (3) .

وفي مذهب الشافعية يثبت اعسار الزوج بالامور التالية :

ـ البيّنة

ـ أو باقرار الزوج به .

ـ أو بعلم القاضي عند من يقول منهم أن القاضي يحكم بعلمه .

جاء في نهاية المحتاج : ويثبت (الاعسار) باقراره أو ببينة على ذلك ذلك (4) .

وقال صاحب مغني المحتاج : ولا فسخ باعسار زوج ... حتى يثبت عند قاض بعد الرفع أو عند محكّم ، ويكفي علم القاضي اذا قلنا يحكم بعلمه (5) .

---

(1) الحطاب ، مواهب الجليل جـ4 /ص196 .

(2) هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان السلمي القرطبي ، كان ذا علم واسع، رتب في طبقة المفتين بقرطبة وانفرد بالرئاسة العلمية بعد يحي بن يحيى ، وهو مؤلف كتاب " الواضحة " أحد الكتب الجامعة في المذهب ، غير أنه مضعف الحديث (ت 238هـ / 853م) الحجوي ، الفكر السامي جـ2 /ص97ـ 98 .

(3) ميارة على التحفة جـ1/ص294 .

(4) الرملي ، نهاية المحتاج جـ7/ص205 .

(5) الشربيني ، مغني المحتاج جـ 3 /ص444 .

ونلاحظ أن المالكية والشافعية قد اتفقا على اعتبار كل من بيّنة الزوج أو اقراره على دعوى زوجته باعساره أنهما وسيلتان يثبت بهما الاعسار الموجب للحكم .

وأضاف الشافعية علم القاضي كوسيلة يثبت بها الاعسار أيضا ان لم تكن هناك بينة تشهد ، أو اقرار من الزوج يصدّق دعوى الزوجة .

واشترط المالكية لسماع دعوى الزوجة : اثباتها للزوجية أولا ، وان ادعت غياب زوجها اثبتت الغياب بالشهادة وأكدت ذلك بيمينها حتى تسمع دعواها باعسار زوجها أو أنه لم ينفق عليها .

أما الحنابلة فلم أعثر لهم - في مراجعهم التي اعتمدتها - على أي كلام في هذا الشأن .

المطلب الثالث : علم الزوجة باعسار زوجها حال العقد .

اذا علمت المرأة وقت العقد أن الرّجل معسر وسكتت ، ثم بعد الدخول عنّ (1) لها طلب الفرقة عنه للعذر السابق ، فهل يستجاب لطلبها ؟ .

قال المالكية : حقها ساقط لأنها أدخلت عليه وهي تعلم حاله فهي بهذا راضية بعيبه ، فلا تمكّن من مفارقته .

وذهب الشافعية والحنابلة الى أن حق الخيار ثابت مطلقا سواء علمت بفقره حين العقد وسكتت ، أو رضيت المقام معه مع عسرته بعد الدخول زمنا ثم ظهر لها الفسخ وطلبته ، وهذ أقوالهم :

- المالكية : قال زروق (2) وتطلق عليه بعد التلوّم بالعجز عنها ، الا أن تكون زوجته عالمة بفقره وعجزه عن النفقة (3).

ونقل ابن حبيب عن الامام مالك قوله : اذا علمت أنه فقير لايجبر النفقة على النساء لفقره فلا قول لها (4)

---

(1) عنّ : ظهر .

(2) هو أبو العباس أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي الشهير بزروق عالم عامل ، له تآليف معروفة محررة منها شرحان على الرسالة ، وشرح مختصر خليل ، وله تعليق على البخاري ، (ت 899هـ/1494م) مخلوف ، شجرة النور الزكية ص267 .

(3) شرح زروق على الرسالة ، جـ2/ص99 .

(4) الباجي ، المنتقى جـ4/ص132 .

قال الباجي موجها كلام الامام : ووجه ذلك أنها راضية بعيبه فقد أقدمت على معرفتها بحاله كمشتري السلعة بها عيب يحلمه فلا رد له به (1) .

ـ الشافعية والحنابلة : قال النووي في المنهاج : ولو رضيت باعساره ، أو نكحته عالمة باعساره فلها الفسخ بعده (2) .

وجاء في المجموع : وان علمت المرأة باعسار الرجل بالنفقة فتزوجته ثبت لها الفسخ (3) .

وقال ابن قدامة من الحنابلة : وان رضيت بالمقام معه مع عسرته أو ترك انفاقه ، أو شرط عليها الا ينفق عليها ثم عنّ لها الفسخ فلها ذلك (4) .

ووجه نظر هذا الفريق أن وجوب النفقة يتجدّد في كل يوم ، فيتجدد لها حق الفسخ ، ولا يصح إسقاط حقها فيما لم يجب لها ، كإسقاط حق الشفعة قبل البيع .

وحكى ابن قدامة رواية أخرى في المذهب فقال : وقال القاضي (5) : ظاهر كلام أحمد ليس لها الفسخ ، ويبطل خيارها في الموضعين .

ووجّه هذه الرواية بقوله : لانها رضيت بعيبه ودخلت في العقد عالمة به فلم تملك الفسخ ، كما لو تزوجت عنّينا عالمة بحاله (6)

---

(1) المنتقى جـ4 /ص132 ـ انظر الدردير ، الشرح الكبير جـ2/ص497 .
(2) مغني المحتاج بشرح المنهاج جـ3/ص445 .
(3) المجموع جـ17/ص112 .
(4) المغني جـ7/ص577 ـ أنظر المبدع شرح المقنع جـ8/ص207 .
(5) هو محمد بن الحسين بن محمد بن الفراء القاضي الكبير أبو يعلى ، امام الحنابلة في وقته ، وعلى يده انتشر مذهب أحمد ، مصنفاته كثيرة منها : " أحكام القرآن " " المعتمد " ، " والعدة في أصول الفقه " (ت458هـ/1066م) العليمي ، المنهج لأحمد في تراجم أصحاب أحمد جـ2/ص128 .
(6) المغني جـ7/ص577 .

المطلب الرابع : امتناع الزوج عن الانفاق مع قدرته عليه .

اتفقت كلمة الفقهاء على أن الزوج اذا كان له مال ظاهر وامتنع عن الانفاق على زوجته أنها لا تطلق عليه (1) لامكان أخذ النفقة منه بوجه من الوجوه سواء عن طريق القضاء ، أو أخذها من ماله وبغير علمه ، لأمره صلى الله عليه وسلم بذلك ، حيث أذن لهند زوجة أبي سفيان بقوله : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف أما اذا ادعى الزوج الاعسار ولم يثبته ولم يكن له مال ظاهر وامتنع عن الانفاق ففي المذهب المالكي خلاف بين فقهائه ، بين أن يطلق عليه في الحين ، أو يؤجل مدة يسجن فيها لعلّه يعود للانفاق .

قال الزرقاني : وأما من لم يثبت عسره ، ولم يقر بالملاء وامتنع عن الانفاق والطلاق فانه يعجل عليه الطلاق على قول ويسجن حتى ينفق عليها على آخر ... وان سجن ولم يفعل يعجل عليه الطلاق (2) .

ولم يذكروا في مدة السجن شيئا ، والظاهر أن ذلك يعود الى اجتهاد القاضي كاجتهاده في مدّة التلوم .

وعند الحنابلة كما في المحرر : اذا تعذر دفع النفقة من ماله بأن غيّبه وصبر على الحبس فلها فراقه (3) .

أما عند الشافعية فانها لا تطلق عليه لامكان حصول النفقة منه ولو بالاكراه ، لأن التفريق لعدم الانفاق ثبت قياسا على التفريق للعيب فكما لا يصح التفريق الا بثبوت العيب فكذلك لا تفريق الا بتحقق الاعسار ، ولا ثبوت له في هذه الحالة اذا فلا تفريق (4)

---

(1) راجع مواهب الجليل جـ4/ص196 — المجموع جـ17 /ص112 — المغني جـ7/ص575
(2) شرح الزرقاني على المختصر جـ4 /ص 256 — وانظر مواهب الجليل جـ4 /ص196
(3) أبو البركات ، المحرر في الفقه جـ2/ص116 — وانظر العدة ص400 .
(4) المجموع جـ17 /ص 118 — انظر مغني المحتاج جـ4/ص442 .

وبالنظر لعلة التفريق بين الزوجين للاعسار وهو الضرر اللاحق بالمرأة من جراء بقائها مع من لا ينفق عليها ، فعلى هذا سواء كان الزوج عاجزا عن النفقة أو ممتنعا عن أدائها مع عدم امكان أخذها منه ولو بالقوة فالتفريق لازم وضروري .

لكن هل يعجل عليه بالتطليق بمجرد الامتناع أم يؤجل مدة مع التهديد والسجن لعله ينفق ؟

الاولى في نظري أن يتبع معه الاجراء الثاني — سجنه وتهديده قبل التطليق عليه — لعله يعود لما امتنع عنه من الانفاق ، فقد يكون امتناعه لسبب تجهله ، فاذا زال السبب عاد للانفاق ، وبذلك نتفادى تعريض الاسرة للتمزيق لأول وهلة .

أما اذا كان الزوج غائبا ولم يترك لها نفقة ولا بحث بها ، فان كان له مال أخذت منه ، أو بيع عليه ماله من طرف القاضي وان كان عقارا ولم يوجد غيره ينفق عليها من ثمنه الى أن يعود (1) فاذا لم يترك شيئا من ورائه ولم تتمكن الزوجة من الحصول عليها بأي وجه من الوجوه وطلبت الفرقة ، أجلها القاضي شهرا ان كان الزوج بعيدا ، فان لم تصلها النفقة في هذه المدة طلقها عليه ولا يوقع الطلاق الا بعد تحليفها أنه لم يخلف لها نفقة ، ولا بحث بها ولا هي أسقطتها عنه .

أما إذا كانت غيبته معلومة الجهة قريبة المكان ، بحث اليه القاضي ليرسل النفقة في مدة لا تتجاوز العشرة أيام ، وهو ما عليه المذهب المالكي .

قال الشيخ ميارة (2) من غاب عين زوجته ولم يترك لها نفقة وأرادت فراقه فانها تؤجل شهرا ، فاذا انقضى الشهر خيرت في البقاء والطلاق ، فان اختارته فانها تطلق عليه بعد يمينها أنه لم يترك لها نفقة ولا بحث بها ووصلتها (3) .

---

(1) أنظر شرح الخرشي على المختصر ج3/ص339 — الشافعي الأم ج5/ص89 .
ابن قدامة ، المغني ج7/ص575 .

(2) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي دارا وقرارا ، فقيه متفنن ، الف كتبا مفيدة منها : شرح تحفة ابن عاصم ، شرحين على المرشد المعين ، وشرح لامية الزقاق ، واختصر شرح الحطاب وغيرها (ت1072هـ / 1662م) . الحجوي ، الفكر السامي ج 2 / ص 270

3) شرح ميارة على التحفة ج1/ص264

وقال صاحب القوانين الفقهية (1) وان كان غائبا ولا مال له ينفق عليها منه كان لها الخيار على المشهور (2).

— الشافعية : جاء في المجموع : وان غاب عنها الزوج وانقطع خبره ولا مال له ينفق عليها منه ، فهل يثبت لها الفسخ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يثبت كتعذره بالاعسار .

والثاني : أنه لا يثبت لها الفسخ ، لان الفسخ انما يثبت بالاعسار بالنفقة ولم يثبت اعساره (3).

اذا نظرنا للاصل الذي مشى عليه الشافعية في هذا الموضوع وهو أن التفريق لا يكون الا من الاعسار المحقق ، فاذا كان الزوج غائبا ولم يتأكد بيساره من اعساره أو كان حاضرا ولم يكن له مال ظاهر سواء ادعى العسر أو ادعى العسر مع عدم البيّنة ، فهؤلاء جميعا لا يطلق عليهم لأنه لم يثبت اعسارهم الحقيقي (4) .

— الحنابلة : اذا كان الزوج معسرا سواء كان حاضرا أو غائبا — ويكفي في الغائب عدم وجود مال ظاهر له ينفق منه عليها — واختارت فراقه طلقت عليه ، هذا ظاهر كلام الخرقي (5) والذي يظهر لنا بعد استعراض أقوال الفقهاء ان ما ذهب اليه المالكية والحنابلة هو الاولى بالاعتبار ، ذلك أن المذاهب الثلاثة متفقون على جواز التفريق بالاعسار وما ذاك الا للضرر اللاحق بالزوجة نتيجة عدم الانفاق عليها ، ولا مال ينفق عليها منه ، ولا هو يبعث بها أو عرف مكانه لتطلبها منه ، فاقتضى الحال أن تطلق عليه كما طلقت على من ثبت اعساره لتحقق الضرر في الصورتين ، بل أن الضرر الذي يلحقها من جراء غيابه وعدم انفاقه لهو أشد عليها من عدم الانفاق بحضوره ، وأنت ترى أن من الشافعية من ذهب الى هذا الرأي كما سبق التنبيه اليه .

---

(1) هو أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي ، كان حافظا قائما على التدريس ألف كثيرا وفي فنون شتى كالقوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، وتهذيب صحيح مسلم وغيرها (ت741هـ/1341م) ابن فرحون ، الديباج المذهب جـ2/ص274

(2) ابن جزي ، القوانين الفقهية ص221 .

(3) المجموع جـ17/ص112 .

(4) راجع مغني المحتاج جـ3/ص442 .

(5) راجع المغني جـ7/ص576 . والخرقي هو أبو القاسم عمر بن الحسين الخرقي البغدادي ، فقيه شديد الورع ، له مصنفات كثيرة وصاحب مختصر مذهب الحنابلة ، خرج من بغداد لما ظهر سبّ السلف (ت334هـ/946م) . الحجوي ، الفكر السامي جـ2/ص137 .

المطلب الخامس: كيفية التفريق بالاعسار.

اتفقت المذاهب الثلاثة القائلة بجواز التفريق للاعسار بأن التفريق لا يصح الا عند الحاكم أو نائبه كالقاضي الا لضرورة.
فاذا رفعت الزوجة أمرها للقاضي وأثبتت عنده الزوجية، وعلم بعسر الزوج طلقها عليه أو يأمرها بإيقاعه ثم يحكم به فان تعذر عليها الرفع للحاكم كأن لم يوجد أو صعب الوصول اليه، أو كان غير عدل فعندئذ لا مانع أن ترفع أمرها لجماعة المسلمين العدول فهذه الاخيرة تقوم مقام القاضي في التفريق بينهما، وقيل إذا لم تجد حاكما أو محكما استقلت بفسخ نكاحها دفعا للضرر اللاحق بها، وهذه بعض نصوص الفقهاء في المسألة.

- المالكية: قال ميارة اذا امتنع الزوج عن التطليق فان الحاكم حينئذ يطلق عليه، وقيل يأمرها به فتوقعه، وأما ابتداء فالزوج هو المأمور بالتطليق (1).

وقال الدسوقي: اعلم أن جماعة المسلمين العدول تقوم مقام الحاكم في ذلك (أي في ايقاع الطلاق) وفي كل أمر يتعذر الوصول فيه الى الحاكم أو لكونه غير عدل (2).

- الشافعية: قال النووي: ولا فسخ حتى يثبت عند قاض اعساره فيفسخه أو يأذن لها فيه (3).

وقال صاحب مغني المحتاج: لا بد من الرفع الى القاضي كما في العنة لأنه محل اجتهاد... وحينئذ يفسخه بنفسه أو نائبه بعد الثبوت أو يأذن لها فيه وليس لها... الفسخ قبل الرفع الى القاضي ولا بعده قبل الاذن فيه.. هذا اذا قدرت على الرفع الى القاضي، فان استقلت بالفسخ لعدم حاكم أو محكم أو عجزت عن الرفع الى القاضي نفذ ظاهرا وباطنا للضرورة (4)

(1) ميارة على التحفة ج 1/ص262.
(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2/ص519 — وانظر حاشية العدوي ج2/ص122.
(3) المنهاج بشرح مغني المحتاج ج3/ص444.
(4) الشربيني، مغني المحتاج ج3/ص444

ـ الحنابلة : قال ابن قدامة : وكل موضع ثبت لها الفسخ لأجل النفقة لم يجز إلا بحكم الحاكم ، لأنه فسخ مختلف فيه فافتقر الى الحاكم كالفسخ بالعنّة (1) .

فاذا علم أن التفريق لا يكون إلا عند القاضي إلا لضرورة ، بغضّ النظر عن كونه هو الذي يتولى ايقاع الطلاق أو يأمر الزوجة به ، فهل يقع الطلاق بمجرد ثبوت الاعسار عنده ، أم يمهل الزوج مدة يظنّ أنه يجد فيها ماينفقه على زوجته ؟

ان آراء الفقهاء في هذه المسألة متباينة ، ففيهم من أوجب التفريق بمجرد ثبوت الاعسار ، ومنهم من قال بتأجيل الزوج حتما مدة لعله يجد ماينفقه على زوجته ، وبالتالي تحفظ الاسرة من الشتات والتمزيق ، إلا أن الذين قالوا بهذا الرأي الاخير اختلفوا في مقدار المدة التي يمهل فيها الزوج فهل هي خاضعة لتقديره حسب مايراه مناسبا ، وهذا رأي البعض ، أم أنها محدّدة شرعا لايجوز تجاوزها ؛ وهذا رأي البعض الآخر ؟

ـ المالكية : ليس للقاضي أن يفرّق بين الزوجين بمجرّد ثبوت الاعسار بالنفقة و وانما يُنظَر الزوج من قبل القاضي مدّة يظنّ أن الزوج يجد فيها مايفقه على أهله ، وتختلف هذه المدة بين من يرجى له الكسب وبين من لايرجى له ذلك ، فيزاد للأول فيها دون الثاني ، واذا مرض الزوج في فترة النظوم أو أدخل السجن فيها لم يحسب له ذلك من المدة ، اذا كان يرجى برؤه من المرض وخروجه من السجن عن قرب ، كل هذا بمراعاة حال الزوجة والصبر على ذلك .

جاء في شرح ميارة نقلا عن مفيد بن هشام (1) ولو أعسر

(1) المفيد للحكام فيما يعرض لهم من نوازل الاحكام ، مجلد ضخم في الفروع على مذهب مالك للقاضي أبي الوليد هشام بن عبد الله بن هشام الازدي المالكي (ت 606هـ/ 1210م) ، حاجي خليفة ، كشف الظنون ج2 ص 1778 .

بنفقتها بعد الدخول أو بعد أن دعي الى البناء فلم يجد شيئا ينفق عليها منه ، وأرادت فراقه فرّق بينهما اذا طلبت ذلك بعد أن يؤجل له ما يراه الحاكم . . . والتوقيت في هذا خطأ ، وانّما فيه اجتهاد الحاكم على على ما يراه من حاجة المرأة وصبرها (1).

وقال الزرقاني : وزيد في مدّة التلوم ان مرض أو سجن بعد اثبات العسر . . . هذا اذا رجئ برؤه من المرض أو خلاصه من السجن عن قرب والا طلّق عليه (2) .

ـ الشافعية : الاظهر (3) من مذهب الشافعي أن القاضي يؤجل الزوج المعسر ثلاثة أيام ويفسخ في اليوم الرابع اذا لم ينفق الزوج ، وليس للقاضي أن يزيد في هذه المدّة .

جاء في زاد المحتاج : والأظهر امهاله ثلاثة أيام ، وان لم يطلب الزوج الامهال لتحقّق عجزه ، فانه يعجز لعارض ثم يزول ، وفي مدّة قريبة يتوقع فيها القدرة بقرض أو غيره (4).

ـ الحنابلة : اذا ثبت الاعسار عند القاضي طلّق على الزوج في الحين وليس له تأجيله الا اذا طلبت الزوجة ذلك .

قال ابن قدامة : متى ثبت الاعسار بالنفقة على الاطلاق للمرأة المطالبة بالفسخ من غير انظار . . . لأنّه لم يرد في الشرع بالانظار فيه ، فوجب أن يثبت الفسخ في الحال كالعيب ، لأن سبب الفسخ هو الاعسار وقد وجد فلا يلزم التأخير (5) .

وقال صاحب كشاف القناع : وحق الفسخ بالتراضي ان شاءت لأنه كخيار العيب ولها الفسخ من غير انتظار (6).

---

(1) شرح ميارة على التحفة جـ 1/ص263 ـ وانظر الكافي لابن عبد البر جـ2/ص559.
(2) شرح الزرقاني على المختصر جـ4/ص256 .
(3) هناك قول ثاني للشافعية مقتضاه : أن الفسخ يجب بمجرد الاعسار . المهذب بشرح المجموع جـ17/ص113 .
(4) الكوهجي ، زاد المحتاج جـ3/ص591 .
(5) المغني جـ7/ص574 .
(6) منصور بن ادريس ، كشاف القناع جـ5/ص390

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

وفي الاخير وبعد أن ذكرنا أقوال علماء المذاهب وتعليلاتهم فيما ذهبوا اليه تبيّن أن ما رآه المالكية هو الانسب حيث أعطوا المرأة حق طلب الفرقة ، لكن بمراعاة ضروف زوجها ، فلعل ضروفا قاهرة هي التي جعلته يعول الى ما هو عليه من الفقر والحاجة ، والفقر شئ عار ، فبالسعي وطلب الرزق يغنى الانسان ، وهذا لا يكون في غرف قصير فكيف بالحبس على ما ذهب اليه الحنابلة . فالمعقول اذاً أن يمهل الزوج المدة الكافية ليسعى في طلب الرزق شريطة ألا يعود ذلك بالضرر على الزوجة وهو الرأي الوسط بين مذهب الاحناف الذين منعوا الفسخ مطلقا ، وبين الشافعية والحنابلة الذين عجّلوا باعطاء حق الفسخ للمرأة . والله أعلم .

المطلب السادس: الاثر المترتب على الفرقة بالاعسار هل هو فسخ أو طلاق؟

ذهب المالكية الى أن الفرقة الناتجة عن الاعسار بالنفقة طلاق رجعي ، الا أن الزوج لا يمكّن من اعادة الزوجة لعصمته الا اذا ملك ما ينفقه عليها ، والا فلا تصح الرجعة وان ادعاها لان التفريق وقع لأجل رفع الضرر عن الزوجة فاذا اعتبرنا رجعته صحيحة مع عدم الانفاق كان الطلاق حينئذ عبثا والشرع منزّه عن العبث .

قال ابن جزي : الطلاق بالاعسار بالنفقة رجعي (1) .

ونقل ميارة عن مفيد بن هشام : ولا تصح رجعته الا باليسار(2).

وقال الشافعية والحنابلة : ان الفرقة فسخ لا طلاق لأن الطلاق يكون من فعل الزوج مباشرة أو توكيلا منه ، وفي هذه الحالة لم يوقعه هو ولا وكّل به أحدا فكان فسخا .

(1) القوانين الفقهية ص221 — وانظر شرح الخرشي على المختصر جـ3/ص 333
(2) شرح ميارة على التحفة جـ1/ص263 .

قال الشافعي رحمه الله : اذا لم يجد ما ينفق عليها أن تخير المرأة بين المقام معه وفراقه ، فان اختارت فراقه فهي فرقة بلا طلاق ، لأنها ليست شيئا أوقعه الزوج ولا جعل لاحد إيقاعه (1).

وقال صاحب المغني : فان فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة له فيه (2) .

والثمرة المستخلصة من هذا الاختلاف ، فعلى القول بأن الفرقة للاعسار : طلاق رجعي ، فانها تحسب على الزوج من عدد طلقاته التي يملكها ولو لم يوقعه هو ، فعلى افتراض أنه سبق له وأن طلق زوجته مرتين قبل تطليق القاضي لها فلا يملك إرجاعها في هذه الحالة ولو ملك ما ينفقه عليها الا بعد أن تتزوج غيره ، اذ هذه المرة لم يسبق الطلاق رجعيا بل بائنا بينونة كبرى ، فلا سبيل له اليها الا بعد أن تنكح زوجا غيره .

وعلى القول الثاني القائل بأن الفرقة للاعسار فسخ لا طلاق فان الفرقة هنا لا تدخل في عداد طلقات الزوج ، الا أنه لا سبيل له اليها الا بعقد جديد ورضاء جديد .

ولعل الانسب ، ومن مصلحة الزوج اعتبار الفرقة طلاقا رجعيا ، اذ قد يجد ما ينفقه على زوجته وهي في فترة العدة فيعيدها لعصمته دون حاجة لعقد جديد ، ولا الى تكاليف اضافية .

ورأي المالكية في اعتبار الفرقة للاعسار طلاق لا فسخ ، أخذ قانون الاسرة ، يستشف هذا من المادة (48) الطلاق حل عقد الزواج ، ويتم بارادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب

---

(1) الأم ج5/ص91.

(2) ابن قدامة ، المغني ج7/ص577.

من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين : 53 ـ 54 من هذا القانون (1) ، فجعلت الفرقة التي تقع بطلب من الزوجة طلاقا .

وذكرت المادة : (53) الاسباب التي تخوّل المرأة حق طلب التطليق منها عدم الانفاق :

المادة : (53) / 1 : يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للاسباب التالية :

ـ عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة باعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد : (78) ـ (79) ـ (80) من هذا القانون (2) .

الا أن هذا القانون لم يحدد نوع الطلاق الذي يقع بسبب الاعسار هل هو رجعي أو بائن ، ولحل في السكوت عنه احالة منه على المذهب المالكي الذي اعتبره طلاقا رجعيا ، مع عدم السماح باعادة الزوجة الا إذا تيسّر الانفاق عليها ، لكونه هو المذهب السائد في البلاد .

---

(1) الجريدة الرسمية عدد : 24 ، مرجع سابق ، وقد ورد في المادة 53 و 54 الآتي :

م : 53 : يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للاسباب التالية :

1 ـ عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة باعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 ـ 79 ـ 80 من هذا القانون .

2 ـ العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .

3 ـ الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر .

4 ـ الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيما مساس بشرف الاسرة ، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية .

5 ـ الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة .

6 ـ كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما اذا نجم عن مخالفة الاحكام الواردة في المادتين 8 ـ 37 أعلاه .

7 ـ ارتكاب فاحشة مبينة .

م : 54 : يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، فان لم يتفقا على شيء ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم . المصدر السابق .

(2) المصدر السابق أما المواد 78 ـ 79 ـ 80 فقد سبق التنبيه اليها .

الفصل الثاني

التفريق بين الزوجين بالعيوب

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ان الحياة الزوجية قوامها المحبة والسكن النفسي بين الزوجين ، ولولا هذا الشعور المتبادل الذي يبعثه الله في نفوس الازواج لما استطاع أحدهما معاشرة الآخر زمنا قصيرا فكيف بمعاشرته طوال الحياة ، لكن قد يحدث مما يعكر صفو هذا الجو ويغيره ، كأن يفاجأ أحد الزوجين عند أول لقاء بصاحبه أن به عيبا ، أو يحدث هذا في فترة الحياة الزوجية بينهما ، ويكون العيب منفرا ومضرا ، وقد يكون مانعا من تحقيق المقصد الشرعي الذي لاجله شرع الزواج كالاستمتاع وانجاب النسل مثلا .

فاذا وجد أحدهما بصاحبه عيبا من هذه العيوب فهل يعطي الشرع للصحيح منهما حق الخيار في طلب الفرقة ليدفع عن نفسه الضرر اللاحق به من جراء معاشرته للمريض ، أم يمنحه من ذلك ويتركه يشاطر المريض في آلامه ويواسيه فيها ؟ الاجابة عن هذا السؤال نفصلها في المباحث التالية :

الاول : العيوب المعتبرة عند الفقهاء ومشروعية التفريق بها .

الثاني : تحديد العيوب المعتبرة .

الثالث : كيفية التفريق بين الزوجين بالعيوب .

المبحث الاول : العيوب المعتبرة عند الفقهاء ومشروعية التفريق بها .

قبل الشروع في الحديث عن مشروعية التفريق بالعيوب وأراء الفقهاء فيها ، نعرف العيب ونذكر أنواعه مع التمثيل لها ، ثم نأتي لدراسة ماتضمنته المطالب الثلاثة التي يحتوي عليها هذا المبحث وهي على التوالي : المطلب الاول نعرض فيه رأي المجيزين للتفريق بسبب العيوب وأدلتهم ، والمطلب الثاني : نذكر فيه رأي المانعين وأدلتهم ، أما المطلب الثالث : فهو مخصص لمناقشة الآراء والادلة الواردة في المطلبين الاولين ، وفي الاخير نخلص الى ماتراه راجحا بعد ذكر الدليل والقواعد الشرعية العامة .

ـ معنى العيب : قال ابن منظور (1) في لسان العرب : العاب ، والعيب ، والعيبة : الوصمة .

وعاب الشئ والحائط صار ذا عيب ... وعيّبه وتعيّبه نسبه الى العيب وجعله ذا عيب (2) .

وقيل في قوله تعالى "فأردت أن أعيبها " (3) أي أجعلها ذات عيب ، يعني السفينة (4) .

وجاء في قاموس المحيط : عاب لازم ومتعد ، وهو معيب ومعيوب ورجل عُيبة كهمزة وعيّاب وعيّابة كثير العيب للناس (5).

فمن خلال هذه التعاريف المتنوعة للعيب نخلص الى نتيجة وهي أن العيب كما يطلق على الشئ الحسي يطلق أيضا على الشئ المعنوي .

وهناك مطابقة تامة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للعيب وخاصة في الجانب الحسي منه .

ـ أنواع العيوب : العيوب التي تصيب الانسان قد تكون جنسية ، وقد تكون مرضية .

فالعيوب الجنسية هي التي تصيب الاعضاء التناسلية لكل من الرجل والمرأة ، وتتسبب غالبا في منع المعاشرة الجنسية ، ولكل من الجنسين عيوبه الخاصة به .

فعيوب الرجل مثل الجب والعنّة والخصاء (6)

---

(1) هو محمد بن مكرّم بن علي جمال الدين بن منظور الامام اللغوي الحجة صاحب لسان العرب وهو أشهر كتبه توفي 711هـ/ م ، الزركلي ، الاعلام ج7/ ص108 .

(2) لسان العرب ج4 /ص3183ـ 3184 .

(3) الكهف جزء آية 78 .

(4) لسان العرب ج4/ص3183 .

(5) الفيروزبادي ، قاموس المحيط ج1/ص109 .

(6) ـ الجب : استئصال عضو التناسل .

ـ العنّة : صغر الذكر بحيث لا يتأتى منه الجماع .

ـ الخصاء : سل الخصيتين . راجع في تحديد معاني هذه المصطلحات الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي ج2/ص277ـ 278 .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

وعيوب المرأة : الرتق ، والقرن ، والعفل ، والافضاء والبخر (1) أما العيوب المرضية فيشترك فيها الجنسان معا ، أي كما تصيب الرجل تصيب المرأة أيضا مثل : الجنون ، الجذام ، البرص (2) والامراض المعدية الاخرى .

المطلب الاول : جواز التفريق بالعيوب .

ذهب جمهور الفقهاء الى جواز التفريق بين الزوجين بالعيوب وان اختلفوا في العدد الموجب للتفريق ، ومن يملك هذا الحق منهما (3) .

واستدلوا لمذهبهم بالسنة واجماع الصحابة وبالمعقول .

1 — السنة : أ — ما رواه الامام أحمد عن جميل بن زيد قال حدثني شيخ من الانصار ذكر أنه كانت له صحبة يقال له كعب ابن زيد أو زيد بن كعب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار (4) فلما دخل عليها فوضع ثوبه وقعد على الفراش

---

(1) — الرتق : انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن معه الجماع ويكون باللحم أو العظم .
— القرن : شيئ يبرز في فرج المرأة لحما كان أو عظما .
— العفل : رغوة في الفرج تحدث عند الجماع .
— الافضاء : اختلاط مسلك الذكر بمسلك البول .
— البخر : نتن الفرج . راجع الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي جـ2/ ص277 — 278 .

(2) — الجذام : داء يتقطع منه اللحم ويتساقط .
— البرص : بياض يظهر في ظاهر الجلد لفساد الدم . المرجع السابق

(3) راجع بدائع الصنائع جـ2/ص 727 ، الشرح الصغير جـ3/ص257 ، مغني المحتاج جـ3 ص203 ، العدة شرح العمدة ص388 .

(4) اختلف أصحاب التراجم في نسبة المرأة التي وجد النبي صلى الله عليه وسلم بكشحها بياضا ، وفي اسمها ، وفي وقت الطلاق ، هل وقع ذلك قبل الدخول أو بعده . قال ابن عبد البر : هي عمرة بنت يزيد الجون الكلابية تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغه أن بها برصا فطلقها ولم يدخل بها ، وقيل هي العالية بنت ظبيان بن عمرو بن كلاب الكلابية . الاستيعاب جـ4/ص351 بهامش الاصابة .
وجاء في الاصابة من طريق معمر بن يحي بن بكير قال : نكح رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من بني ربيعة يقال لها العالية بنت ظبيان وطلقها حين أدخلت عليه . الاصابة جـ4/ص348 . دون أن يذكر سبب الطلاق .
وقال القرطبي وهو يعدد زوجات النبي صلى الله عليه وسلم فقال : منهن الغفارية ، قال بعضهم تزوج امرأة من بني غفار فأمرها فنزعت ثيابها فرأى برصا ، قال الحقي بأهلك ، ويقال أنما رأى البياض بالكلابية .

فأبصر بكشحها (1) بياضا فانحاز عن الفراش ثم قال خدي عليك ثيابك ، ولم يأخذ مما آتاها شيئا ، وفي رواية الحقي بأهلك (2) .

د ل الحديث على مشروعية رد النكاح بالعيب الذي يكون بالمرأة مما تعافه النفس وتتقزز منه ، واذا ثبت هذا بالنص فما ساواه أو كان أشد منه من العيوب يقاس عليه ، بل أن هذا الاخير يكون الرد به من باب أولى .

ب — قوله صلى الله عليه وسلم : فرّ من المجدوم كما تفر من الاسد (3) .

قالوا طريق الفرار من الزوج المجدوم يكون برد النكاح وفسخه .

2 — الاجماع : نقل الماوردي (4) اجماع الصحابة على ثبوت الخيار بالجب والعنة (5) .

3 — القياس : قياس النكاح على البيع ، فكما أن البيع يرد بالعيب فكذلك النكاح ، بل هو من باب أولى لخطورة التدليس فيه

---

(1) الكشح : ما بين الخاصرة الى الضلع الخلفي . ابن منظور لسان العرب جـ5/ص3880 .

(2) المسند للامام أحمد : جـ3/ص495 .

(3) جزء من حديث أبي هريرة في صحيح البخاري بشرح فتح الباري جـ10/ص158 كتاب الطب ، باب الجذام .

(4) هو أبو الحسن علي بن محمد الماوردي البصري ثم البغدادي ، كان واسع التبحر في علوم شتى سيما في الفقه والاصول والتاريخ والسياسة والادب ، له تأليف نادرة المثال كـ" الحاوي " في الفقه في عشر مجلدات ، "والاحكام السلطانية " و " قانون الوزارة والملك " و " أدب الدنيا والدين " وغيرها كثير (ت450هـ/ م) الحجوي ، الفكر السامي جـ2 /ص327 .

(5) راجع : الكوهجي ، زاد المحتاج جـ3/ ص 255 . الشربيني ، مغني المحتاج جـ3 /ص 203 ، أبو زهرة ، الاحوال الشخصية ، ص 355 .

المطلب الثاني : عدم جواز التفريق بالعيوب .

ليس لواحد من الزوجين حق طلب فسخ النكاح اذا وجد بصاحبه عيبا مهما كان ضرر هذا العيب .وهو مذهب الظاهرية وقول الشوكاني في " نيل الاوطار " وأبو الطيب القنوجي صاحب " الروضة الندية " .

قال ابن حزم : لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا ببرص كذلك ، ولا بجنون كذلك ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب ، ولا بأن تجده هي كذلك ، ولا بعنانه ، ولا بداء الفرج ، ولا بشئ من العيوب (1) .

واستدل لهذا المذهب بقوله : برهان صحة قولنا هو أن كل نكاح صح بكلمة الله عز وجل وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد حرم الله بشرتها وفرجها على كل من سواه ، فمن فرق بينهما بخبر قرآن أو سنة ثابتة فقد دخل في صفة الذين ذمهم الله بقوله (2) ، فيتعلمون منهما مايفرقون به بين المرء وزوجه " (3) .

وقال الشوكاني : ومن أمعن النظر لايجد في الباب مايصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء (4)

وجاء عن صاحب الروضة قوله : واعلم أن الذي ثبت بالضرورة الدينة أن عقد النكاح لازم ثبت به أحكام الزوجية من جواز الوطء وو جوب النفقة ونحوها ... وثبت بالضرورة الدينية أن يكون الخروج منه بالطلاق أو الموت ، فمن زعم أنه يجوز الخروج من نكاح بسبب من الاسباب فعليه بالدليل الصحيح المقتضي الانتقال عن ثبوته بالضرورة الدينية ، وما ذكروه من العيوب لم يأت في الفسخ بها حجة تيسرة ، ولم يثبت شئ منها (5).

---

(1) المحلى جـ10/ص109 .
(2) البقرة جزء آية 101 .
(3) المحلى جـ10/ص61 .
(4) نيل الاوطار جـ6/ص173 .
(5) القنوجي ، الروضة الندية جـ2/ص49 .

واستدل ابن حزم الى جانب ما نقل عنه سابقا بما رواه عروة بن الزبير أن عائشة رضي الله عنها أخبرته أن رفاعة القرظي (1) طلق امرأته فتزوجت بعد عبد الرحمن بن الزَّبير (2) فجاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله أنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزَّبير وأنه والله مامعه الا مثل هذه الهدبة ، وأخذت بهدبة من جلبابها ، فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : لعلك تريدين أن ترجعي الى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك (3) .

وجه الاستدلال بالحديث : طلب المرأة بمفارقة زوجها عبد الرحمن وعودتها لزوجها الاول مع قيام العذر ، وهو عدم وصوله اليها يدل على أنه لا يصح أن يكون العيب أي عيب كان موجبا للخيار بين الزوجين .

الا أن ابن حزم قد اعطى حق اشتراط السلامة من العيوب وسيأتي توضيح رأيه في مبحث : التفريق باشتراط السلامة من العيوب .

---

(1) هو رفاعة بن سموأل ، ويقال رفاعة بن رفاعة القرظي من بني قريظة هو الذي طلق امرأته ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كما في القصة المذكورة روى عنه ابنه . ابن عبد البر ، الاستيعاب ج1 ص492 بهامش الاصابة .

(2) هو عبد الرحمن بن الزَّبير ، بفتح الزاي وكسر الموحدة ، ابن باطيا القرظي من بني قريظة ، ثبت ذكره في الصحيحين بمناسبة هذه القصة مع امرأته تميم بنت وهب حينما قالت للنبي صلى الله عليه وسلم : انما معه مثل هدبة الثوب . ابن حجر الاصابة ج2/ص391 — الاستيعاب ج2/ص411 .

(3) صحيح مسلم بشرح النووي ج10/ص2 . كتاب النكاح .

المطلب الثالث : مناقشة وترجيح .

أولا : مناقشة دليل الظاهرية : الحديث الذي اعتمده الظاهرية وغيرهم في عدم صحة التفريق بين الزوجين لا يصلح للاحتجاج ، ذلك أن المرأة التي جاءت للرسول صلى الله عليه وسلم انما جاءت تطلب العودة لزوجها رفاعة لا لتطلب الفرقة من عبد الرحمن لكونها مطلقة منه فكيف تطلب الفرقة وهي مطلقة ؟

والذي يدل على أنها طلقت من عبد الرحمن حينما رفعت أمرها للرسول صلى الله عليه وسلم ،

ما جاء في الموطأ : أن عبد الرحمن لم يستطع أن يمسها ، فأراد رفاعة أن ينكحها وهو زوجها الاول فجاءت تستفتي رسول الله فأجابها بأنها لا تحل له (1)

ونقل صاحب المبدع شرح المقنع عن ابن عبد البر(2) ، قوله : وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه فلا معنى لضرب المدة (3).

ثانيا : مناقشة أدلة الجمهور : بالنسبة لحديث جميل ابن زيد قال عنه الشوكاني أنه ضعيف ، وراويه عن الرسول صلى الله عليه وسلم مختلف فيه ، فقيل كعب ابن زيد ، أو زيد بن كعب ، وقيل كعب ابن مرة (4).

---

(1) نقلا عن سبل السلام جـ3 /ص135 . :قال الصنعاني بعد أن حكى الحديث وبهذا يعرف عدم صحة الاستدلال بقصة رفاعة .

(2) هو أبو عمر يوسف بن عمر بن عبد البر النمري بفتح الميم ، شيخ علماء الاندلس وكبير محدثيها في وقته له كتاب "التمهيد على الموطأ" قال العلماء الكثير في مدحه ، وكتاب " الاستذكار" ، و "الكافي في الفقه المالكي و " الاستيعاب في معرفة الاصحاب " وغيرها كثير .(ت 463هـ/ م) بتصرف بتصرف ابن فرحون ، الديباج المذهب جـ2 /ص357 .

(3) ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع جـ7 /ص102 .

(4) نيل الاوطار جـ6 /ص177 ، وضعفه ابن حزم في المحلى جـ10/ص115 ، وانظر تخريجه أيضا في حاشية زاد المعاد جـ 5 /ص180 .

وعلى فرض صحته فهو مجمل ، اذ قد يراد من قوله صلى الله عليه وسلم الحقي بأهلك أنه قصد الطلاق .

ويجاب عن هذا الاخير أن ابن كثير روى هذا الحديث بلفظ أنه صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار فلما دخلت عليه رأى بكشحها وضحا فردها الى أهلها وقال دلستم علي (1) فهو دليل على الفسخ لا على الطلاق .

وقالوا عن حديث " فر من المجذوم كما تفر من الاسد " أنه حديث مجمل ، فكما يحمل على الفسخ يحمل على الطلاق أيضا ، فلا وجه للاحتجاج به في محل النزاع .

أما الاخبار الواردة عن بعض الصحابة فقال عنها ابن حزم : أما الرواية المنقولة عن عمر فهي مقطوعة ، وعن ابن عباس من طريق لا خير فيه ، ثم لو صح هذا النقل عنهم لكان لا حجة فيه ، لأنه لا حجة في أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم (2).

وبعد أن سرد أقوال الفقهاء ، وما أثر عن الصحابة والتابعين في شأن الخيار بالعيوب قال : كل هذه آراء فاسدة انما هو النكاح كما أمر الله عز وجل ، ثم امساك بمعروف أو تسريح باحسان الا أن يأتي نص صحيح فيوقف عنده (3) .

بعد ان استعرضنا أدلة الفريقين ومناقشة كل فريق لأدلة الفريق الآخر يظهر أن مذهب الجمهور هو الراجح فالاحاديث التي اعتمدوها وان كان بعضها ضعيفا ، والاخر مجملا كما قال المخالف ، الا أنه يقوي بعضها البعض الآخر .

---

(1) نقلا عن سبل السلام ج3/ص 133 .
(2) المحلى ج10/ص114.
(3) نفس المصدر ص115.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

وبالاخص أنه حكي الاجماع في الباب ، والاجماع كما هو معلوم لا بد من سند شرعي له ، ولو لم نعلمه ، والذي يقوي ثبوت هذا الاجماع وصحته ما نقله المحقق ابن القيم عن كثير من الصحابة في ثبوت الخيار بالعيب ولم يعرف لهم مخالف (1) .

ثم أن وجود العيب بأحد الزوجين مضر بالزوج الآخر من جراء معاشرته له وصلته الدائمة به ، فاذا كان المريض مصابا في أعضائه التناسلية فان هذا يمنع الطرف الثاني من تلبية رغباته الفطرية التي تعتبر من الغايات التي شرع لها الزواج ، أو أن يكون مصابا بمرض خطير معد ، ولا شك أن دوام صلة الصحيح بالمريض تساعد على نقل الداء اليه ، والضرر مطلوب شرعا دفعه على الناس بما أمكن ، فاذا لم تمكن ازالته بوسائل العلاج تعين التفريق بينهما .

ولا يقال بعد هذا أنه ليس ثمّ دليل يدل على مشروعية التفريق بسبب العيوب .

قال الاستاذ أبو الاعلى المودودي رحمه الله : فالاهمية الاساسية لما بين الزوجين من علاقة في نظر القرآن لأمرين اثنين :

الاول : حفظ الاخلاق ، الثاني : المودة والرحمة ، وهذان الفرضان يموتان بوجود العيوب التي تجعل أحدهما ينفر من الاخر أو التي لا يستطيع معها أن يشبع غرائز الاخر . ومن أصول قانون الزواج الاسلامي ... أن العلاقة الزوجية يجب ألا تكون سببا في الحاق الضرر بأحد الزوجين أو تعدي حدود الله ، وهذا الاصل ينكسر اذا انعدم خيار الفسخ في وجود عيب من العيوب (2)

---

(1) زاد المعاد جـ5/ص181 .

(2) حقوق الزوجين لابي الاعلى المودودي ص107 .

المبحث الثاني : أنواع العيوب المعتبرة

جمهور الفقهاء الذين ذهبوا الى جواز التفريق بين الزوجين بالعيوب لم تتفق كلمتهم على عدد معين منها ، بل نجد لا اختلاف في عددها حتى في المذهب الواحد ، وهذا راجع الى عدم اتفاقهم على علة العيب الموجبة للحكم . ولهذا السبب أيضا نجدهم يختلفون فيما استجد منها ، ويشبه هذا اختلاف الزوجين في تسمية العيب ، فالزوج مثلا يدعيه بما يوجب به الخيار ، والزوجة تنفي أن يكون الذي بها هو ما يدعيه الزوج كاختلافهما في البياض الذي يكون على ظهر الجلد هل هو برص أم غيره ؟

وتفصيل هذا الاجمال يتم في المطالب الاربعة التالية : المطلب الاول : العيوب المصرح بها ، المطلب الثاني : العيوب المسكوت عنها و نظرة الفقهاء اليها ، المطلب الثالث : العيوب الطارئة بعد الزواج ، المطلب الرابع والاخير : ادعاء وجود العيب .

المطلب الاول : العيوب المصرح بها .

ان العدد المصرح به من العيوب الموجبة للخيار يختلف من مذهب لآخر تبعا لاختلاف وجهات نظرهم للموضوع ، وان اتفقوا على بعضها .

— الحنفية : ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف (1) الى أنه لا خيار الا بالعيوب الجنسية الثلاثة : العنة ، الجب ، والخصاء ، ويظهر بهذا أنهم قصروا حق الرد على المرأة دون الرجل ، لأن هذه العيوب خاصة بالرجال وسيأتي توضيح مذهبهم في المبحث الثالث ، وزاد محمد صاحب أبي حنيفة ثلاثة أخر على ما سبق ذكره وهي : الجنون ، والجذام ، والبرص (2)

---

(1) هو تابي الثناة أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم بن حبيب بن معاوية الانصاري الكوفي ، الامام المجتهد العلامة المحدث ، قيل عنه بلغ من رئاسة العلم ما لا مزيد عليه ، وكان أبو حنيفة يبالغ في اجلاله (ت 182هـ/) الذهبي سير أعلام النبلاء ج8/ص

(2) بدائع الصنائع ج2/ص297 — المبسوط ج5/ص97 .

ـ المالكية : قال الدردير : وحاصل ما أشار اليه المصنف (خليل) أن العيوب في الرجل والمرأة ثلاثة عشر : أربعة يشتركان فيها وهي : الجنون والجذام والبرص والغذيطة (1) .

وأربعة خاصة بالرجل : الجبّ والخصاء والاعتراض (2) والعنّة ، وخمسة خاصة بالمرأة وهي : الرتق والقرن والعفل والافضاء والبخر (3) .

وما ورد عن الامام مالك في حصر الردّ بالعيوب الاربعة في قوله : يردّ النكاح من أربعة : الجنون والجذام والبرص وداء الفرج (4) ، يفسّر بما ذكره علماء مذهبه ، ذلك أن داء الفرج لفظ عام تدخل تحته الاصناف السابقة الذكر .

ـ الشافعية : جاء في المجموع : والعيوب التي يثبت لأجلها الخيار في النكاح خمسة :

ثلاثة يشترك فيها الزوجان ، وينفرد كل واحد منهما باثنين : فأما الثلاثة التي يشتركان فيها : فالجنون والجذام والبرص ، وينفرد الرجل بالجب والعنّة ، وتنفرد المرأة بالرتق والقرن (5) .

ـ الحنابلة : عدد العيوب الموجبة للخيار عند الحنابلة ثمانية ذكرها ابن قدامة بقوله :

ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي : الجنون والجذام والبرص .

واثنان يختصان بالرجل وهما : الجبّ والعنّة ، وثلاثة تختص بالمرأة وهي : الفتق والقرن والعفل (6) .

والملاحظ أن المذاهب الثلاثة ـ المالكية والشافعية والحنابلة ـ متفقون على كثير من هذه العيوب ان لم نقل على كلها ،

---

(1) الغذيطة : التفوط عند الجماع ومثله البول ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي ج2 ص276 .

(2) الاعتراض : عدم القدرة على الدخول بالمرأة مع سلامة العضو ظاهرا ، المرجع السابق .

(3) الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي ج2 /ص 277 . وانظر شرح الخرشي على المختصر ج3/ص74 .

(4) المنتقى للباجي ج3/ص278 .

(5) المجموع ج16/ص268 .

(6) المغني ج6/ص651 . ، وانظر المبدع شرح المقنع ج7/ص101 .

اذ ما يعدد عند هذا ويسمى باسماء مختلفة يجمع عند الاخر ويسمى باسم واحد ، وبالتالي ما يوجبه هذا للتفريق يوجبه الاخر ولا فرق .

مع اتفاق الجميع على أنه لا يصح التفريق بالعيوب المذكورة ولا بغيرها عند من يقول بها الا بشرطين وهما :

الاول : عدم العلم بالعيب عند العقد بذلك أن كتمان العيب من طرف الزوج المعيب أو وليه عن الزوج الثاني ، وعدم اخباره به يعدّ تدليسا ، والتدليس في عيوب الزوجين — كما قال ابن القيم — أخطر وأشد ضررا منه في البيوع ، وفي كلا الحالتين فهو منهي عنه شرعا .

الثاني : عدم الرضا بعد العلم به ، فاذا علم بالعيب ورضي به سقط حقه في المطالبة سواء كان الرضا عند العقد أو بعده .

— الحنفية : جاء في حاشية ردّ المحتار : يكون لها الخيار في طلب التفريق اذا لم تكن عالمة ، امّا اذا كانت عالمة فلا خيار لها في المذهب وكذا لو رضيت به بعد النكاح (1)

— المالكية : قال الدردير : اعلم أن من وجد بصاحبه عيبا ولم يعلم به ولم يرض فله الخيار (2).

— الشافعية : قال الشافعي : وان اختار حبسها بعد علمه (بالعيب) أو نكحها وهو يعلمه فلا خيار له (3). يفهم من كلام الشافعي أن الزوج اذا لم يكن عالما بالعيب ، ولم يرض بعد العلم به ، كأن ردّ ها لبيت وليّها من أجله ، فله الخيار بذلك .

— الحنابلة : قال ابن قدامة : ومن شروط ثبوت الخيار بهذه العيوب ألا يكون عالما وقت العقد ولا يرضى

---

(1) ابن عابدين حاشية رد المحتار جـ3/ص495

(2) الشرح الصغير جـ3 /ص257 .

(3) الام جـ5 /ص85 — المجموع جـ16/ص272

بهـــا بعـــده ، فـــان علـــم بهـــا فـي العـــقـــد أو بعـــده فـرضـــى فـــلا خيـــــار (1) .

المطـلـب الـــثـاني : العـــيـــوب المسكـوت عنـهـا

النـاظـر الـى ظـواهـر النـصـوص المنقـولـة عـن الفقـهـاء يقـول مـا ذكـروه مـن العيـــوب يفيـــد الحصـر ، أو كمـا قيـــل ، شـــرع غيـر معلّـل ، ولهـذا لا يـلحـق المسكوت عنـه مـن العيـوب بـأو الذي لـم يـوجـد ثـم وجـد بالمنطـوق بـــه أو المنصـوص عليـه ، ولو كـان مسـاويـا لـــه أو أشـد منـــه ضـــررا .

واذا تتبـعنـا تعليـلا تهـم لـهـا ، نقـول مـاذكـروه انّـمـا هـو للتمثيـــل فقـــط ، بمعنـى أنّـه اذا مـاظهـر عيـب لـم يكـن معـروفـا في زمنهـم ، وتوفـرت فيـه عـلّـة مـن العـلـل التـي جعلـوهـا السبـب الموجـب للخيـار فـانـمـا نعـدّي اليـه الحكـم ونلحـقـه بهـا على سبيـل القيـاس والـذي يـؤخـذ هـذا المعـنـى الاخيـر اختـلافهـم في المـذهـب الواحد فـي تعـداد العيـوب الموجبـة للخيـار ومـا ذاك الا لاختـلاف انظـارهـم في وجـود العلـة وعـدم وجـودهـا فيـهـا .

وهنـاك مـن العلمـاء مـن نـصّ صـراحـة أنّـه اذا وجـد غيـب فـي أي مـن الزوجيـن وكـان ذلـك العيـب منفـرا بـالـزوج الآخـر ومنفـرا لـه بحيـث لا يمكنـه القيـام معـه الا بمشـقـة وسـوء حـال فـانـه يوجب لـه الخيـار ، وان لـم يكـن العيـب موجـودا سـابقـا ولا وجـد مـن نص عليـه مـن الفقـهـاء صـراحـة .

ويتضـح مـن كـلام الفقـهـاء وهـم يعلـلـون العيـوب الموجبـة للخيـار نستطيـع أن نخـرج بزمـرة مـن هـذه العـلـل التـي يكـاد الاتفـاق يقـع عليـهـا بيـن المـذاهـب الثـلاثـة عـدا الحنفيـة وهـي :

1ـ كل عيـب يمكـن سريـانـه بطـريـق العدوى للـزوج الثانـي أو الـى الاولاد ، ويعلـم هـذا بشـهـادة طبيـب مختـص ، أو لمـا يعـرف بطـريـق العـادة .

2 ـ كـل عـيـب سبـب نفـرة وتقـزز في النفـس ، الا أن هـذا المعيار يعتـبـر ذاتيـا وغيـر منضبـط ، اذ قـد يختلـف مـن شخـص لآخـر .

3 ـ كـل عيـب يخشـى منـه الضـرر كالجنـون .

4 ـ أي عيـب يمنـع الـوطء ، أو يقـصـر الاستمتـاع .

---

(1) المغني جـ 6/ص 654.

وهنـــاك عـلـل انفـــرد بـهـا البـعـض فـقـط مـن مثـل الخفـاء ، أي أن يكون العيـــب مـمـا يخـفـــى ، كعيـــوب الفـــرج بمختلـــف أنـواعـهـا ، لأنـهـا مضنة التدليـــس ، أو لأنـهـا شـــرع غيـــر مـعـلـــل .

وهـــذه نصـــوص بعـض الفـقـهـاء تـوضـح ذلـك .

ـ المـالكيـــة : قـــال الخـرشـــي : والفـرق بيـن العيـوب المتقـدمـة (الـمـوجبـة للخيـــار فـي المـذهـب) وبيـــن غيـرهـا ... أن تلـك العيوب مـمـا تعافـهـا النفـوس وتنقـص الاستمتـاع ، أو لانـهـا تسـري الـى الولد ، أو لان الجذام شـديـد أو الجنـون شـديد لا يسـتطـاع الصـبر عليـه ، وعيـب الفرج مما يخـفـى (1) .

فقـد تضمن هـذا النـص جل العلـل التـي ذكـرنـاهـا سـابـقـا .

وقـــال ابـن رشـد الحفـيـد (2) واختـلـف أصحـاب مـالـك فـي العلـة التـي مـن أجـلـهـا قـصـر الـرد على هـذه العيـوب الاربـعة فقيـل أن ذلـك شـرع غيـر معلـل ، وقيـل أن ذلـك مـمـا يخفـى ... وقيـل لأنـهـا يخـاف سريـانـهـا الـى الابـدان . وعلـى هـذا التعليـل يـرد بالسـواد والـقـرع وعلـى الاول يـرد بكـل عيـب اذا علـم أنـه مما خـفـي علـى الـزوج (4) .

فكـلام ابـن رشـد صـريـح فـي قيـاس مـا لـم يذكـر علـى مـاذكـر ، ونـصّ عليـه ، وقـاس هـو بنـفـسـه حيـنـمـا قـال : وعلـى هـذا التـحليـل يـرد بالسـواد والقـرع ... النـص .

ـ الـشـافعيـة : نـقـل عـن الـشـافعـي قـولـه : الجـذام والبرص مـمّا يـزعـم أهـل العلـم بالطـب والتجـارب أنـه يعـدي كثيـرا وهـو مـانـع للجمـاع ، لا تكـاد نفـس أحـد أن تطيـب أن يجامـع مـن هـو بـه ، والـولـد قـبـل أن يسـلـم منـه (5)

---

(1) شـرح الخـرشـي علـى المختصـر ج3/ص76 .

(2) هـو محمـد بـن أحمـد بـن رشـد الشهيـر بالحـفيـد من أهل قرطبـة من كبـار العلمـاء بـهـا وخيـارهـم ، له تآليـف جليلـة الفائدة ومن فنون متنوعـة منها : " بدايـة المجتهد ونهايـة المقتصـد " ، وكتاب الكليات في الـطـب ، في الاصـول " وغيـرهـا (ت 595 هـ/ م) ابن فرحون الديباج

ـ الحنابلة : بعد أن ذكر ابن قدامة في كتابه العمدة العيوب الموجبة للخيار قال شارحه مبينا ومعللا سبب الاقتصار عليها : لأن هذه العيوب تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح ، فان ذلك يثير نفرة ويخشى من تعديه الولد والنفس ، فيمنع الاستمتاع(1)

وقال صاحب كشاف القناع : لان الجب والرتق ونحوهما يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء بخلاف العمى والزمانة ونحوهما وأما الجذام والبرص والجنون فتوجب نفرة تمنع قربه انه بالكلية، ويخاف من التعدي الى نفسه ونسله ، والجنون يخاف منه الجناية (2)

من خلال هذه النصوص المنقولة عن كبار علماء المذاهب ، بل ومن بعض الائمة أنفسهم نستخلص الآتي .

1 ـ ثبوت الخيار للزوجين بالعيوب التي ذكروها وهذا بالتدريج

2 ـ قياسهم ما استجد من العيوب مما لم يكن موجودا في عهد سابقيهم على ماكان موجودا وأوجبوا فيه الخيار بجامع العلل التي ذكروها .

3ـ يستعان بأهل الخبرة والاختصاص في تحديد نوع المرض وتبين مدى تأثيره على الغير .

وكما سبق التنبيه اليه أن هناك من الفقهاء من توسعوا في هذا الباب أكثر من غيرهم ونصوا صراحة على أن كل عيب منفر ومنفر ، أو كان سببا في تعطيل المقصد الشرعي من الزواج كمنع الاستمتاع أو انجاب النسل ، فان النكاح يرد به وعلى رأس هؤلاء المحقق ابن القيم الجوزية رحمه الله وشيخه ابن تيمية وبتبعهم في هذا كل من التاني شريح والزهري (3)

وهذه مقتطفات من أرائهم تؤكد ذلك .

---

(1) العدة شرح العمدة ص388 .

(2) البهوتي ، كشاف القناع ج5 /ص106 ـ أنظر المحرر في الفقه ج2/ص24ـ25 .

(3) ذكر ابن القيم قولا للشافعية يوافق مذهبه قال : وذهب بعض أصحاب الشافعي الى رد المرأة بكل عيب ترد به الجارية في البيع ، وممن حكاه أبو عاصم العبدادي في كتاب طبقات أصحاب الشافعي ، وهذا القول هو القياس . زاد المعاد ج5/ص182 .

سئل التابعي شريح (1) عن الرجل يجد عيبا في زوجته فقال ان كان دلس لك بعيب لم يجز (2) .

ونقل عن الزهري (3) قوله : يرد النكاح من كل داء عضال (4) وقال ابن تيمية في الاختيارات العلمية : وترد المرأة بكل عيب ينفر من كمال الاستمتاع (5) .

أما ابن القيم فقد أطال الكلام في نصرة هذا الرأي والتدليل له من قواعد الشريعة العامة ، وفعل الصحابة . ومما جاء عنه في هذا المقام : والتيمان أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار ، وهو أولى من البيع ، كما أن الشروط المشترطة في النكاح أولى بالوفاء من شرط البيع ... ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته ، وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة .

ومن تأمل فتاوى الصحابة والسلف علم أنهم لم يخصوا الرد بعيب دون عيب (6)

---

(1) هو أبو أمية شريح بن الحارث القاضي تولى القضاء في عهد علي ، وقيل أن الذي استقضاه عمر على قضاء الكوفة ويقي في القضاء خمسا وستين سنة ثم استعفى الحجاج فأعفاه (ت 82هـ / م) الشيرازي ، طبقات الفقهاء ص80 .

(2) زاد المعاد جـ5 / ص184 . قال ابن القيم معلقا على قضاء شريح : فتأمل هذا القضاء .... كيف يقتضي أن كل عيب دلست به المرأة فللزوج الرد به المرجع نفسه .

(3) هو محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب يمتد نسبه الى لؤي بن غالب من قريش نزيل الشام ، حافظ زمانه سمع من بعض الصحابة كابن عمر وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك وروى عنه خلق كثير (ت 123هـ / م) الذهبي ، سير أعلام النبلاء جـ5 / ص326 .

(4) المحلى جـ10 / ص112 .

(5) نقلا عن كتاب : مدى حرية الزوجين في الطلاق جـ2 / ص666 .

(6) زاد المعاد جـ5 / ص183 و — 184 .

سئل التابعي شريح (1) عن الرجل يجد عيبا في زوجته فقال ان كان دلس لك بعيب لم يجز (2) .

ونقل عن الزهري (3) قوله : يرد النكاح من كل داء عضال (4) وقال ابن تيمية في الاختيارات العلمية : وترد المرأة بكل عيب ينفر من كمال الاستمتاع (5) .

أما ابن القيم فقد أطال الكلام في نصرة هذا الرأي والتدليل له من قواعد الشريعة العامة ، وفعل الصحابة . وممّا جاء عنه في هذا المقام : والتيماس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار ، وهو أولى من البيع ، كما أن الشروط المشترطة في النكاح أولى بالوفاء من شرط البيع ... ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته ، وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة .

ومن تأمل فتاوى الصحابة والسلف علم أنهم لم يخصّوا الرّد بعيب دون عيب (6)

---

(1) هو أبو أمية شريح بن الحارث القاضي تولى القضاء في عهد علي ، وقيل أن الذي استقضاه عمر على قضاء الكوفة وبقي في القضاء خمسا و ستين سنة ثم استعفى الحجاج فأعفاه (ت82هـ/ م) الشيرازي ، طبقات الفقهاء ص80 .

(2) زاد المعاد جـ5 /ص184 . قال ابن القيم معلقا على قضاء شريح : فتأمل هذا القضاء .... كيف يقتضي أن كل عيب دلست به المرأة فللزوج الرد به المرجع نفسه .

(3) هو محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب يعتد نسبه الى لؤي بن غالب من قريش نزيل الشام ، حافظ زمانه سمع من بعض الصحابة كابن عمر وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك وروى عنه خلق كثير (ت123ه / الذهبي ، سير أعلام النبلاء جـ5 /ص326 .

(4) المحلى جـ10/ص112 .

(5) نقلا عن كتاب : مدى حرية الزوجين في الطلاق جـ2/ص666 .

(6) زاد المعاد جـ5/ص183 و — 184 .

.....:

ومن أهم طرق انتقاله : أ ـ ينتقل مع السائل المنوي بالطريق الصارة العادية أو اللواط ، أو التلقيح الاصطناعي ، الا أن انتقاله عن طريق الشذوذ أكثر .

ب ـ ينتقل الى الرضيع عبر حليب الأم . والاكثر من هذا الى الجنين وهو في بطنها عن طريق مايأخذه من غذاء عن طريق المشيمة .

جـ ـ ينتقل مع الدم اذا كان المنقول منه حاملا لهذا الفيروس .

د ـ افرازات اللعاب والدموع من المصاب .

ـ أعراضه :

1 ـ النقص الملحوظ في وزن الجسم .

2 ـ فقدان الشهية للاكل .

3 ـ الشعور بالارهاق الشديد والتعب المبرح لاقل مجهود يقوم به المصاب .

4 ـ ارتفاع درجة الحرارة .

5 ـ ظهور بعض البقع البيضاء السميكة داخل الفم .

6 ـ ظهور أورام حمراء في الجسم تزداد شيئا فشيئا . راجع في هذا كتاب مرض الايدز للدكتور السيد الجميلي .

وقد تنبأ النبي صلى الله عليه وسلم بحدوث مثل هذه الامراض اذا انتشرت الفواحش السابقة الذكر ، حيث جاء في حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال : أقبل علينا النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يامعشر المهاجرين خمس اذا ابتليتم بهن وأعوذ بالله أن تدركوهن : لم تظهر الفاحشة في قوم قط حتى يعلنوا بها الا فشا فيهم الطاعون والاوجاع التي لم تكن مضت في أسلافهم الذين مضوا ، ولم ينقصوا المكيال والميزان الا أخذوا بالسنين وشدة المؤونة وجور السلطان عليهم ، ولم يمنعوا زكاة أموالهم الا منعوا القطر من السماء ولولا البهائم لم يمطروا ، ولم ينقضوا عهد الله وعهد رسوله الا سلط الله عليهم عدوا من غيرهم فأخذوا بعض ما في أيديهم ، ولم تحكم أئمتهم بكتاب الله ويتخيرون فيما أنزل الله الا جعل الله بأسهم بينهم . رواه ابن ماجه في سننه جـ2 / ص 1332 بباب العقوبات .

والشاهد من الحديث قوله صلى الله عليه وسلم لم تظهر الفاحشة في قوم قط حتى يعلنوا بها الا فشا فيهم الطاعون والاوجاع ... الحديث

ومما يشهد انتباه الناظر لهذا الحديث الاعجاز الواقع فيه ، حيث يشهد ظهور الطاعون والاوجاع بظهور الفاحشة ، ويكون فعلها علانية أمام الملأ لا يوجد من ينكر على فاعليها ، بهذا يستحق الناس العقاب الالهي التدريجي ، وذلك حينما يعطل العقاب الشرعي (الحد) اذ لو كان هذا قائما ، ما وصلت المجتمعات الى ما هي غارقة فيه ، ولما استحقت هذا العذاب الالهي المسلط عليها ، حتى أن هذا الداء أفزع البشرية جمعاء وجعلها تعيش في هلع وخوف منه ، نسأل الله أن يقينا منه .

المطلب الثالث : العيوب الطارئة بعد الزواج .

ما سبق الحديث عنه كان في العيوب الحادثة بأحد الزوجين قبل الزواج ، فلو افترضنا حدوث شيئ منها بأحدهما بعد الزواج — وهو شيئ محتمل — سواء دخل الرجل بزوجته أو لم يدخل بها بعد .

فهل لهذه العيوب الحادثة بعد العقد أن تأخذ نفس الحكم الذي أخذته تلك الحادثة قبله ، وعندها يستحق السليم منهما الخيار كما استحقه في الحالة الاولى ، أم أن الحكم يختلف في حالته الثانية عن الحالة الاولى ؟ .

واذا قلنا بالاختلاف فهل يشمل الزوجين معا أم أن أحدهما يبقى مستحقا للخيار الى مابعد الزواج فيما يستجد من العيوب ؟ .

هذه جملة من الصور والاستفسارات اختلفت فيها وجهات نظر الفقهاء واجاباتهم عليها ، والسبيل تفصيل الموضوع .

بالرجوع الى أقوال الفقهاء في هذه القضية نجد البعض منهم يقرر أن لا فرق بين العيوب الحادثة قبل الزواج والعيوب الحادثة بعده ، اذ لا مبرر يسوغ الاختلاف في الحكم بين الحالتين ، وهو رأي الشافعية .

جاء في زاد المحتاج : اذا حدث بالزوج عيب كالجب مثلا بعد العقد فلها الخيار ، وكذا بعد الدخول لأنه لا خلاص لها منه الا بالفسخ ، وكذا ان حدث بالمرأة عيب فللرجل حق الخيار كما لها ، وهذا في الجديد (1).

وهناك من فرق — وهم المالكية — بين العيوب الحادثة قبل العقد والطارئة عليه ، وان لم يكن ذلك في كل العيوب ، بل في بعضها فقط ، وقصروا حق الرد فيما حدث بعد العقد على الزوجة دون الزوج ، وقالوا في حق

(1) الكوهجي ، زاد المحتاج جـ3/ص256 .

هذا الاخير انها مصيبة نزلت به فليصبر عليها أو دونه والطلاق.

قال الكشناوي : فان طرأ (العيب) بعد العقد فلها الخيار دونه (1) .

وقال الدردير : وأما ماحدث منها بعد العقد فان كان بالزوجة فلا ردّ للزوج به ، وهي مصيبة نزلت به ، وان كان بالزوج فلها ردّه بجرص وجنون وجذام لشدّة الايذاء بها وعدم الصبر عليها (2) .

ومما يلاحظ من خلال هذين النّصين أن المالكية لم يذكروا مبرّرا في تفريقهم بين الزوجين باعطاء حق الخيار لأحدهما دون الآخر .

وتعليلهم في قصر الخيار على العيوب الثلاثة في حق الزوجة كون هذه العيوب شديدة الأذى بالغير، ولا يتأتى الصبر معها بما يقتضي قياس ما استجد من العيوب أو الامراض عليها ان كان مساويا لها في العلة المذكورة ، ليتساوى معها في الحكم أيضا .

أما الحنابلة فلهم روايتان : احداهما : موافقة لرأي الشافعية والرواية الثانية : أنه لا خيار والرجل والمرأة في ذلك سواء.

قال ابن قدامة : اذا حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان :

أحدهما : يثبت الخيار ،

والثاني : لا يثبت ... والمرأة والرجل في ذلك سواء (3).

وردّ ابن قدامة على من فرّق بين المرأة والرجل في اعطاء حق الخيار للعيوب الحادثة بعد العقد بقوله : ولنا أنهما تساويا فيهما اذا كان العيب سابقا ، فتساويا فيه لاحقا كالمتبايعان (4).

---

(1) اسهل المدارك شرح ارشاد السالك ج2/ص93.
(2) الشرح الصغير ج1/ص260.
(3) المغني ج 6/ص653 — 654.
(4) المصدر السابق .

اذا قارنّا بين هذه الاراء يتبين لنا رجحان مذهب الذاهبية اذ أنهم مشوا مع المبدأ العام الذي قرروه هم وغيرهم ، وهو مشروعية التفريق بين الزوجين للعيوب دون أن يذكروا تفريقا بين حالة وأخرى ، اذ لا وجه لهذا التفريق . فالعلة التي أوجبت مشروعية التفريق للزوجين بسبب العيوب الحادثة قبل الزواج هي نفسها الموجبة للتفريق بعده ، وهو مقتضى العدل والانصاف الذي أقرته الشريعة وأمرت به .

أما الذين فرقوا بين الرجل والمرأة في اعطاء حق الخيار بالعيوب الحادثة بعد الزواج فمنحوا المرأة ذلك ومنعوا الرجل منه لم يذكروا علة ولا دليلا لهذا التفريق الا ماعبروا عنه أنها مصيبة نزلت به فعليه أن يصبر عليها أو دونه والطلاق .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الرابع : دعوى وجود العيب.

اذ ادعى أحد الزوجين وجود عيب من العيوب التي يثبت بها الخيار في صاحبه ، فالمدعى عليه هنا بين أحد أمرين :

الاول : أن يقر بصدق الدعوى، وعندها يثبت الخيار للمدعي ، ولا اشكال في هذا .

الثاني : اذا أنكر المدعى عليه وجود العيب مطلقا ، أو نفى أن يكون الذي فيه هو عين المدعى به ،كأن يرى على أحد الزوجين بقع بيضاء في ظاهر جلده فيقول المدعي أنها برص، وينفي المدعى عليه أن يكون هو كذلك ، فأيهما يصدق ؟ .

للاجابة عن هذا السؤال لابد من استعراض آراء المذاهب الفقهية في المسألة .

ـ الحنفية : اذا اختلف الزوجان في وجود العيب أحدهما يدعيه والآخر ينفيه ، فان كان الظاهر مع أحدهما يحكم له به ، كما لو اختلفا في العسير، فالزوج يدعيه ، والزوجة تنكره فان كانت المرأة بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي على بكارتها فالقول قولها لظهور كذبه ، بخلاف ما اذا وجدنها ثيبا في هذه الحالة يكون هو المصدّق مع يمينه .

قال صاحب البداية : لو اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها فاذا كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه ، لانه ينكر استحقاق الفرقة ، والاصل هو السلامة في الجبلة ، ثم ان حلف بطل حقها ، وان نكل يؤجل سنة ، وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر أجل سنة لظهور كذبه ، وان قلن ثيب يحلف الزوج فان حلف لا حق لها ، وان نكل يؤجل سنة (1) .

---

(1) العيني ، البناية شرح الهداية جـ4 /ص760 ، وانظر ردّ المحتار على الدر المختار جـ3/ص495 .

ـ المالكية : فرق المالكية بين العيب الظاهر والعيب الخفي ، فالظاهر يثبت بالاقرار أو الشهادة لامكان الاطلاع عليه ، أمّا الخفي الذي يكون في المكان الذي لا يطّلع عليه ، فان كان مما يعرف بالجس من فوق الثوب عمل به للتحقق من صدق الدعوى أو كذبها ، وان كان لا يعرف الا بالنظر ففي المذهب قولان : بين مجيز للنظر وبين من يمنعه عملا بالاصل ، وهو السلامة .

جاء في البهجة : ولو أنها خالفته في وجود العيب بها فان كان العيب ظاهرا مثل الجذام والبرص بوجهها وكفيها ، فانه يثبت بالرجال ، وان كان في سائر بدنها أثبتته النساء ، وان كان في فرجها ، فقال ابن القاسم وابن حبيب تصدق في ذلك ولا ينظرها النساء ... وقال ابن سحنون عن أبيه ينظر اليها النساء في عيب الفرج ، وفي قول له تجبر على ذلك (1).

قال الشيخ خليل : وجس على ثوب ملكر الجبّ ونحوه .

قال شارحه : من خصاء وعنة ولا ينظره الشهود لان الجس أخف من النظر (2).

ـ الشافعية : جاء في زاد المحتاج : ثبتت عنّة الزوج باقراره أو ببيّنة على اقراره أو بيمينها بعد نكوله عن اليمين في الاصح (3) .

فالقول عند الشافعية لمن معه الظاهر مع يمينه ، ويترك العمل بالظاهر لوجود الاقرار أو البيّنة .

ـ الحنابلة : اذا اختلف الزوجان في نوع المرض كأن يدعي الزوج أن بزوجته برصا وهي تنكر أن يكون الذي بها برصا ، فعلى الزوج أن يثبت ما يدعيه بشهادة المختصين كالاطباء مثلا فان صدّقوا ما قاله فالقول قوله ، والا فالقول قولها .

---

(1) التسولي ، البهجة في شرح التحفة جـ1/ص313 .
(2) الشرح الكبير جـ2/ص282 .
(3) الكوهجي ، زاد المحتاج جـ3/ص258 ـ 259 .

والقول عندهم لمن يشهد له الظاهر ، فان لم يكن هناك ظاهر فليعمل بالاصل وهو السلامة مع اليمين .

قال ابن قدامة : فان اختلفا في وجود العيب مثل أن يكون بجسده بياض يمكن أن يكون بهقا أو مرارا (1) واختلفا في كونه برصا ، أو كانت به علامات الجذام بذهاب شعر الحاجبين ، فاختلفا في كونه جذاما ، فان كانت للمدعي بيّنة من أهل الخبرة والثقة يشهدان له بما قال ثبت قولُه ، والا حلف المنكر والقول قوله ، لقوله صلى الله عليه وسلم : واليمين على المدّعى عليه (2)

ومما يستخلص من كلام الفقهاء أن العيوب المدعى بها تثبت باحدى الطرق التالية :

1 — الاقرار من المدعى عليه ، والاقرار سيد الادلة كما يقال .

2 — شهادة رجلين بالنسبة لعيوب الرجل ، وعيوب النساء الظاهرة أما عيوب النساء الخفية فبشهادة النساء فقط .

3 — ما لا يطلع عليه الغير في حق الرجال فيكتفى لمعرفته باللمس من فوق الثياب ارتكابا لأخف الضررين .

4 — شهادة أهل الاختصاص والخبرة في العيوب المجهولة والمحتملة .

5 — تقديم الظاهر على الاصل كحالة بتاء بكرة الزوجة مع أن الاصل سلامة الزوج من العيوب ، فيكون القول حينئذ قول المرأة لقيام القرينة على صدقها .

---

(1) البهق : بياض دون البرص . والمرار : شجر مرّ وقيل المرار حمض . . . وواحد تسمى مرارة . ابن منظور لسان العرب ج1/ص374 .

(2) المغني ج6/ص652 . الحديث المذكور جزء من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه . صحيح مسلم بشرح النووي ج12/ص2 كتاب الاقضية وعند البخاري عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه . صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، ج5/ص280 كتاب الشهادات

المبحث الثالث : كيفية التفريق بين الزوجين .

وتشتمل هذا المبحث على مجموعة من المطالب وهي على التوالي : المطلب الاول : صاحب الحق في اختيار المفارقة ، المطلب الثاني : التفريق باشتراط السلامة من العيوب ، المطلب الثالث : التفريق بالعيوب القابلة للعلاج والميؤوس منها . المطلب الرابع والاخير : التفريق بين الفسخ والطلاق .

المطلب الاول : صاحب الحق في اختيار المفارقة .

عند الحديث عن أقوال الفقهاء في مشروعية التفريق بين الزوجين بسبب العيوب ذكرنا أن الجمهور يذهب الى جواز التفريق خلافا للظاهرية . مع اختلافهم في العدد الموجب للخيار ، وهذا قد سبق بحثه ، واختلفوا أيضا فيمن يملك حق الخيار من الزوجين ومحل بحثه هذا المطلب .

اذا كان حق الخيار ثابتا مبدئيا عند جمهور العلماء فهل هو حق لكل من الزوجين ؟ أم هو خاص بأحدهما دون الآخر ؟ وما وجه هذا التخصيص ان وجد ؟ .

يرى الحنفية وعلى رأسهم الامام وصاحبه أبو يوسف أن الخيار حق من حقوق الزوجة فقط وقصروه على ثلاثة عيوب لا غير ، أن يكون الزوج عنينا أو مجبوبا أو خصيا (1) ، لأن هذه العيوب الثلاثة المذكورة — تمنع من تحقيق الغاية التي شرع لها الزواج وهي حفظ النسل فيصبح تقييد حكم العقد عندها باطلا ، الى جانب الضرر اللاحق بالزوجة من جراء بقائها مع زوج لا يستطيع معاشرتها معاشرة الازواج لزوجاتهم

(1) قال محمد أبو زهرة رحمه الله : والاساس الذي بنى عليه الفقهان (أبو حنيفة وأبو يوسف) الاقتصار على العيوب التناسلية ، ان عقد الزواج لا يدخله خيار العيب ، ولما كان العيب التناسلي من الرجل يخل بالمقصود من عقد النكاح كان العقد غير صالح للبقاء ، فيطلق مختارا أو غير مختار ، وغير هذه العيوب يتحقق معها المقصود من الزواج في الجملة فلا يصح التفريق الا لمن يملكه بالاصالة وهو الزوج .الاحوال الشخصية

ووجه قدرهم الخيار على المرأة دون الرجل فلأن عيوب المرأة التناسلية يمكن معالجتها بالمداواة ، ثم ان الرجل يملك وسيلة الفرقة وهي الطلاق خلافا لها .

جاء في بدائع الصنائع : ولا خلاف في المذهب الحنفي أن حق الرد بهذه العيوب هو حق خاص بالزوجة .

وعلل الكاساني ذلك بقوله : لأنها تملك الطلاق فيتحين الفسخ طريقا لدفع الضرر (1) .

وقال السرخسي : ولا يرد الرجل امرأته من عيب بها وان فحش عندنا ، ولكنه بالخيار ان شاء طلقها وان شاء أمسكها (2) بينما جمهور الفقهاء اعتبروا حق الخيار ثابت للزوجين معا ، يستوي فيه سواء ، باستثناء الخلاف الواقع على العيوب الحادثة بعد الزواج فالجنون والجذام والبرص والعيوب المانعة من التناسل في أيهما وجدت فهي موجبة للخيار .

ـ المالكية : قال الكشناوي : يثبت الخيار من أحد الزوجين بظهور عيب قبل العقد أو بعده (3) .

وقال الدردير : اعلم أن من وجد بصاحبه عيبا لم يعلم به ولم يرض فله الخيار (4) .

ـ الشافعية : جاء عن صاحب مغني المحتاج قوله : ولا فرق في ثبوت الخيار فيما ذكر بين أن يجد أحد الزوجين بالآخر مثل ما به من العيب أولا (5) .

ـ الحنابلة : قال ابن قدامة : ان خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجد في صاحبه في الجملة (6).

---

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ج2/ص727 .
(2) المبسوط ج5 /ص95 .
(3) أسهل المدارك شرح ارشاد السالك ج2/ص93 .
(4) الشرح الصغير ج3/ص257 .
(5) الشربيني ، مغني المحتاج ج3/ص203 .
(6) المغني ج6/ص650 .

وقال ابن تيمية اذا ظهر بأحد الزوجين جنون أو جذام أو برص فللآخر فسخ النكاح (1) .

واعتمد الجمهور فيما ذهبوا اليه على الادلة التالية :

أ — ما رواه الامام أحمد عن جميل ابن زيد قال حدثني شيخ من الانصار ذكر أنه كانت له صحبة يقال له كعب ابن زيد أو زيد بن كعب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها فوضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها بياضا فانحاز عن الفراش ثم قال خذي عليك ثيابك ، ولم يأخذ مما آتاها شيئا . وفي رواية الحقي بأهلك (2) .

فردّ النبي صلى الله عليه وسلم للغفارية وفسخ نكاحه منها وقع منه بوصفه مشرعا وزوجا في نفس الوقت وهذا يدل على أن للأزواج حق الرّد بالعيب كما هو للزوجات .

ب — قوله صلى الله عليه وسلم : فرّ من المجذوم كما تفرّ من الاسد . (3)

فالامر الوارد في الحديث باجتناب المجذوم أمر عام ومرجه للجميع دون تخصيص لجلس على حساب جلس آخر أو فئة على حساب آخرى .

جـ آثار الصحابة والتابعين : عن سعيد بن المسيب أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قال أيّما امرأة زُوّجت وبها جنون أو جذام أو برص فدخل بها ثم اطلع على ذلك فلها مهرها بما استحل منها وعلى الولي الصداق بما كما غره (4)

---

(1) الفتاوى الكبرى جـ3/ص171 .
(2) سبق تخريجه في ص : 45 — 46
(3) سبق تخريجه في ص : 46
(4) زاد المعاد جـ5/ص183 .

وروى الشعبي (1) عن علي رضي الله عنه أنه قال : أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار مالم يمسها ان شاء أمسك وان شاء طلق ، وان مسها فلها المهر بما استحل من فرجها (2) .

وهذا شريح القاضي عندما سئل عن الرجل يجد بزوجته عيبا — يقول ان كان دلس لك بعيب لم يجز (3) اذا رجعنا الى المبحث الاول من هذا الفصل المتعلق بمشروعية التفريق بين الزوجين للعيوب نجد أن الرأي الذي اخترناه هناك هو رأي القائلين بجواز التفريق للعيوب ، وهم الجمهور ، واذا كان هذا حكم عام فالاصل أن يشترك فيه كل من الزوج والزوجة معا لعدم وجود الدليل المخصص ، ومن غير العدل والانصاف اعطاء هذا الحق للمرأة دون الرجل ، وربما تكون قد دلست عليه ، وما تزوجها هو الا على أساس أنها سليمة ، فمقابل هذا التدليس استحق الخيار . والقول بأن الرجل يملك الطلاق فلا يعطى حق طلب الفرقة ، نقول ان المرأة هي كذلك لها حق طلب الفرقة بطريق الخلع ، وما تعطيه الا ما أخذته منه أو بعضه فلماذا اذا هذا التفريق ؟!

---

(1) هو أبو عمر بن شرحبيل بن عبد الشعبي بن همدان من فقهاء الكوفة وعلمائها ، قيل عنه كان يستفتى وأصحاب النبي بالكوفة توفي 104 هـ وقيل 107 . طبقات الفقهاء للشيرازي ص81 .

(2) زاد المعاد جـ5 /ص183 — 184 .

(3) المصدر السابق جـ5/ص184 .

المطلب الثاني : التفريق باشتراط السلامة من العيوب .

اذا اشترط أحد الزوجين أو كلاهما عند العقد السلامة من العيوب أو بعضها بذكر أسمائها ، مع العلم أن اشتراط السلامة لا يكون في التي توجب الخيار بنفسها وانما الاشتراط يطلب في العيوب التي لا يثبت بها الخيار ، فهل يُعطى الشارط هذا الحق ان وجد بصاحبه العيب الذي شرط السلامة منه ؟ خلاف بين الفقهاء ، فمنهم من لم يعط أي اعتبار لهذا الشرط وبالتالي فلا خيار ، ومنهم من أعطى حق الخيار به ملحقا له بالنوع الاول ، لأن المعيب مدلّس فاستحق الشارط الخيار ، وثالث قال : ان العقد يقع باطلا في مثل هذا الحال . وهذا تفصيل لأقوالهم .

المذهب الاول : انه لا اعتبار للشروط في شأن النكاح مطلقا فما اعتبره الشارع عيبا موجبا للخيار وجب فيه ذلك من غير اشتراط ، وما لم يعتبره الشرع كذلك فلا يُستحَق بالشرط . وهو رأي الحنفية والشافعية .

قال السرخسي : لو تزوجها بشرط أنها بكر جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوهاء لها شق مائل ، وعقل زائل ولعاب سائل فانه لا يثبت له الخيار (1) .

قال الشافعي : لو تزوج الرجل امرأة على أنها جميلة شابة موسرة تامة ، فوجدها عجوزا قبيحة معدمة قطعاء ثيبا أو عمياء وبها ضرر ما كان الضرر غير الاربع التي سميا فيها الخيار فلا خيار له (2) .

المذهب الثاني : قال المالكية والحنابلة اذا اشترط السلامة من العيوب عند العقد فالشرط معتبر وللشارط الخيار عند وجود العيب وزاد الحنابلة الشرط الملحوظ العبني على العرف والحقوه بالملفوظ في الحكم .

---

(1) المبسوط ج5/ص98 .
(2) الأم ج5/ص84 .

قال الخرشي من المالكية : ويثبت الخيار بغير العيوب المتقدمة (الموجبة للخيار بنفسها دون اشتراط) من سواد وتقرع واستحاضة وصغر وكبر مما يعد عيبا عرفا ان شرط السلامة ، سواء عين ما شرط السلامة منه أو قال من العيوب (1).

وانزل المالكية وصف الأب لابنته في مجلس العقد بأوصاف الجمال والحسن منزلة الاشتراط ، ويعطى الزوج الخيار يفقدها أي اذا وجدها على خلاف الوصف لأنه تغرير به ولو لم يشترطه (2) .

وقال صاحب الفروع من الحنابلة : والشرط انما يثبت لفظا وعرفا (3) .

وجاء عنه أيضا قوله : أما اذا عرف أنه لم يرض لاشتراطه صفة فبانت بخلافها وبالعكس، فالزامه بما لم يرض به مخالف للأصول (4).

وسئل ابن تيمية عمّن تزوج امرأة على أنها بكر فظهرت أنها ثيبا فهل للزوج الخيار؟ فأجاب بقوله : له فسخ النكاح وله أن يطلب بأرش الصداق (5) .

المذهب الثالث : وهو رأي الظاهرية .

قال ابن حزم: فان اشترط السلامة في عقد النكاح فوجد عيبا أي عيب كان فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار في اجازته ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقة ، دخل أو لم يدخل لأن التي أدخلت عليه غير التي تزوج ولأن السالمة غير المعيبة قبلا شك ، فاذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما (6).

---

(1) شرح الخرشي على المختصر جـ3 /ص76.
(2) الشرح الصغير جـ1/ص262 — 263 .
(3) ابن مفلح ، الفروع جـ5/ص235.
(4) المصدر السابق جـ5/ص236.
(5) الفتاوى الكبرى جـ22/ص173.
(6) المحلى جـ10/ص105.

أرى أن ابن حزم رحمه الله قد جانب الصواب في كلا الحالتين فلا هو أعطى الخيار بالعيوب التي أعطى فيها الفقهاء ذلك وسبقهم في هذا الصحابة حتى حكي عنهم الاجماع في الجبّ والعنّة ، ولا هو ترك الأمر لصاحب الحق (الشارط) بين ردّ النكاح بالعيب أو الاستمرار في الحياة الزوجية ، مع وجوده ولو شرط السلامة منه .

وبعد استعراض كل الاقوال الواردة في المسألة ونظر كل فريق فيما يتبين أن ما ذهب اليه المالكية والحنابلة هو الراجح ، لأن التدليس والتخرير لا يجوز شرعا حتى في أتفه الاشياء ، فما بالنا اذا وقع في عقد كعقد النكاح ، والذي يقوم عليه كيان الاسرة ومستقبلها ، وهي نواة المجتمع وأساسه ، فاذا جوّزنا حدوث مثل هذا بين الزوجين وهما ركنا الاسرة الاساسيين ، فكيف تكون تصرفات أفراد المجتمع عامة بعضهم مع بعض .

المطلب الثالث : التفريق بالعيوب القابلة للعلاج والميؤوس منها .

ان العيوب جنسية كانت أو مرضية فيها ما يقبل الاستطباب ويمكن للانسان أن يشفى منها ، ومنها ما هو ميؤوس من شفائه . فاذا كان العيب من النوع الاول يعطى المعيب مدة يعالج فيها نفسه ، وهذه المدة التي تمنح له تخضع للاجتهاد من طرف المختصين ممن لهم دراية بهذا الامر .

ومما ينبغي التنبيه عليه أن كثيرا من هذه الامراض قد توصل الطب الحديث بفضل الاختراعات التكنولوجية المتطورة في هذا الميدان الى القضاء عليها مع أنها كانت في السابق شبه مستعصية ، ومن هذه الامراض التي توصل الطب الحالي الى ايجاد علاج لها أمراض النساء الجنسية (1)

---

(1) راجع في هذا كتاب " الاحوال الشخصية في التشريع الاسلامي " للدكتور محمد الغندور ص 498 .

أما العيوب المعروفة من اصلاحها كحالة الجب والخداء في الرجل فهذه لا تأجيل فيها ، فبمجرد أن ترفع المرأة دعوى ضد زوجها ويثبت ماتدعيه باقراره أو بالشهادة يفرّق بينهما في الحال ، لان الغاية المقصودة من النكاح قد انقطعت ولا يمكن تحقيقها مستقبلا ، فيتعين التفريق لرفع الضرر عنها ، وهذه بعض أقوال الفقهاء في المسألة .

— الحنفية : قال صاحب البناية : اذا كان الزوج عنينا أجله الحاكم سنة ، فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك (1) .

وقال أيضا : وان كان مجبوبا فرّق بينهما في الحال اذا طلبت ، لانه لا فائدة في التأجيل ، والخصي يؤجل كما يؤجل العنين ، لان وطأه مرجو (2) .

— المالكية : قال الدردير وأما الادواء المختصة بالنساء فتؤجل فيها ان رجي البرء بالاجتهاد (3) وقال ميارة إن داء الرجل اذا كان جبا أو عنّة (4) ، أو خصاء فان الحكم فيه لا يؤجل ، بل اما أن ترضى أو تفارقه ، لانه لما كان لا يرجى زواله صار الامثال كالعبث (5)

---

(1) العيني ، البناية في شرح الهداية جـ4/ص756 — 757 ، اتفق الذين يقولون بالخيار بسبب العيوب أن العنين يؤجل سنة ، والحكمة في تأجيله هذه المدة كما قالوا : ان العجز يمكن أن يكون مرضا فتضرب له سنة لتمر عليه الفصول الاربعة ان كان من يبس زال في زمن الرطوبة ، وان كان من رطوبة زال في فصل اليبس ، وان كان من برودة زال في فصل الحرارة ، وان كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال ، ان مست الفصول الاربعة واختلفت عليه الاهوية ولم يزل علم أنه خلقة ، المرجع المذكور ، وانظر الام جـ5/ص40 . المبدع شرح المقنع جـ7/ص102 — 103 .

(2) البناية في شرح الهداية جـ4 /ص761 .

(3) الشرح الكبير جـ2/ص 283 .

(4) العنّة التي يذكرها المالكية ليست هي التي ذكرها الجمهور ، فالتي ذكرها الجمهور هي بمعنى الاعتراض والاعتراض عند المالكية يؤجل الزوج لاجله سنة . شرح ميارة على التحفة جـ1/ص201 .

(5) شرح ميارة على التحفة جـ1/ص200 .

ـ الشافعية : جاء في الأم : ولم أحفظ عن مفت لقيته خلافا في أن توجل امرأة العنين سنة فان أصابها والا خيّرت في المقام معه أو فراقه (1) . ومثله عند الحنابلة (2) .

المطلب الرابع : التفريق بين الفسخ والطلاق .

ذهب الحنفية والمالكية الى أن التفريق بالعيب يتم طلاقا بائنا لا فسخا ، ذلك أن الفرقة اما أن تكون من الزوج أو بسبب منه ، ولم يوجبها فساد عقد فكانت طلاقا .

قال ابن عابدين عن الفرقة التي توقع على المجبوب : وهو طلاق بائن كفرقة العنين (3) .

وعلل صاحب الهداية جعل الفرقة بالعيب طلاقا بائنا بقوله : وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها ، لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة (4)

وقال الباجي : وحكم ايقاع الطلاق أن يوقعه الزوج بايقاعه فيوقع ما شاء منه ، فان امتنع من ايقاعه ، فان الحاكم يفسخ نكاحه بطلاق (5) .

وجاء في أسهل المدارك : والفراق طلاق (6)

---

(1) الأم جـ5/ص40 .
(2) أنظر ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع جـ 7 /ص103 وانظر العدة شرح العمدة ص389 .
(3) حاشية رد المحتار جـ3/ص495 .
(4) العيني ، البناية في شرح الهداية جـ4/ص759 .
(5) المنتقى ، جـ4/ص120 .
(6) أسهل المدارك شرح ارشاد السالك جـ2/ص96 .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

وذهب الشافعية والحنابلة الى أن الفرقة للعيب فسخ لكونه من ايقاع القاضي ولو تلفظ الزوج بالطلاق ظاهرا ، لأنه ما فعل ذلك الا بأمر من القاضي ، وهو مما يخضع للاجتهاد فكان فسخا لا طلاقا ، ولولا كونه كذلك ما اشترط أن يكون عند القاضي .

قال الشافعي : والفرقة فسخ بلا طلاق (1) .

وقال ابن قدامة من الحنابلة : فاذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق (2) .

مع اتفاقهم أن هذه الفرقة لا تقع الا عند الحاكم أو من ينوبه كالقاضي . (3)

لختم هذا الفصل بذكر ما ورد في قانون الاسرة بأن العيوب ومشروعية التفريق بها حيث جاء في المادة 2/53 ، يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للاسباب التالية :

— العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج (4).

ومما يستخلص من هذه الفقرة :

1 — جواز التفريق بالعيوب .

2 — ان حق طلب التطليق خاص بالمرأة دون الرجل ، وهذا يتماشى ورأي الحنفية خلافا لجمهور العلماء .

3 — أن يكون العيب المسوّغ للخيار "مما يحول دون تحقيق الهدف من الزواج " .

وهذا المعيار يعتّد ذاتيا أكثر منه موضوعيا ، اذ ما يعتبره البعض في شأن عيب من العيوب أنه يحول دون تحقيق الهدف من الزواج قد لا يراه الغير كذلك . وان كان يغلب على الظن الاتفاق على أكثرها .

---

(1) الأم جـ5 /ص40 .

(2) المغني جـ 6/ص669 .

(3) راجع المهذب بشرح المجموع جـ16/272 . المنتقى ، جـ4/ص120 . المغني جـ6 ص654 .

(4) الجريدة الرسمية عدد 24 ، مرجع سابق

الفصل الثالث

التفريق للشقاق

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

قد يكون الخلاف والشقاق بين الزوجين مرجعه الى نشوز الزوجة ، وعدم طاعتها لزوجها ، وقد يكون ذلك بسبب تعسف الزوجين معا دون معرفة المتسبب منهما فيه ويمكن أن يكون مرجعه نشوز الزوج وكراهيته لزوجته فيدفعه ذلك للاضرار بها .

وقد عالج القرآن الكريم هذه الحالات الثلاث بأحكام خاصة ، فشرع لكل حالة ما يناسبها من العلاج .

أولا : حالة نشوز الزوجة : قال تعالى : واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ان الله كان عليا كبيرا (2) .

ثانيا : حالة الشقاق بين الزوجين : قال تعالى : وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا (3) .

ثالثا : حالة نشوز الزوج : قال تعالى : وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير (4)

وسنتناول بالبحث الحالة الاولى والثانية في مبحثين من هذا الفصل ، أما الحالة الثالثة فنجعلها في فصل مستقل .

---

(1) الشقاق : العداوة والخلاف ، قال الزجاج : الشقاق العداوة بين فريقين ، والخلاف بين اثنين و سمي ذلك شقاقا لأن كل فريق من فرقتي العداوة تصد شقا أي ناحية غير شق صاحبه .
وقال ابن منظور : المشاقة والشقاق : غلبة العداوة والخلاف ، شاقه وشاقاه خالفه ، لسان العرب جـ4/ص2301 .

(2) النساء جزء آية 34 .
(3) النساء جزء آية 35 .
(4) النساء جزء آية 127 .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

قال الدردير : ووعظ (الزوج) من نشزت أي خرجت عن طاعته بمنعها التمتع بها أو خروجها بلا اذن لمكان لايجب خروجها له ، أو تركت حقوق الله ، كالطهارة والصلاة ، أو أغلقت الباب دونه أو خانته في نفسها وماله (1)

وقال صاحب مغني المحتاج في المرأة الناشز : كأن يجد (الزوج) منها اعراضا وعبوسا بعد لطف وطلاقة وجه ، أو قولا كأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان ليّن .

وقال أيضا : والنشوز هو الخروج من المنزل بغير اذن الزوج ...

وكمنعها الزوج الاستمتاع ولو غير الجماع (2) .

وقال ابن قدامة : النشوز معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته .

وقال أيضا هي أن تحصيه وتمتنع عن فراشه أو تخرج من منزله بغير اذنه (3) .

المطلب الثاني : علاج النشوز .

يحتوي هذا المطلب على عنصرين هما : العنصر الاول مراحل العلاج ، والعنصر الثاني : حكم تركيب العلاج .

أ — مراحل العلاج : اذا أصبح خلق المرأة على الوصف الذي ذكره الفقهاء ، والذي تعد به ناشزا في نظر الشرع ، سواء ظهر ذلك منها جليا أو بدأت مقدماته وأماراته ، فعلى الزوج أن يبادر الى معالجة هذا الخطر الذي يهدد كيان الاسرة قبل أن يستفحل ويتعاظم ، وبالتالي يعسر اعادة الحياة الزوجية الى الطمأنينة والمودة والطاعة .

والعلاج الذي وضعه الشارع في يد الزوج لاصلاح حال زوجه علاج متنوع ، من الوعظ بالكلام ، و الهجران للفراش ، والضرب غير المبرح . جعل هذا على مراحل ثلاث حسب ماتصت عليه الاية من الترتيب المذكور والسبك بتفصيل للموضوع .

---

(1) الشرح الصغير بحاشية بلغة السالك جـ1/ص407 .

(2) الشربيني ، مغني المحتاج جـ3/ص259 — 260 .

(3) المغني جـ7/ 46 . هناك حالات ذكرها بعض الفقهاء يجوز فيها للمرأة أن تخرج من بيتها ولو من غير اذن زوجها منها : خروجها للتأديب ، طالبة بحقها من زوجها عنده ، وخروجها من أجل اكتساب عيشها اذا كان الزوج معسرا ، وخروجها من أجل

المرحلة الاولى : مرحلة الوعظ لقوله تعالى : فعظوهن وذلك بتذكيرها باللّه وتخويفها من عقابه .

ان هي قصرت في حقوق زوجها ولم تلتزم طاعته مما أوجب اللّه عليها القيام به نحوه .

قال ابن العربي في شأن الوعظ : هو التذكير باللّه والترغيب لما عنده من ثواب ، والتخويف لما عنده من عقاب الى ما يتبع ذلك ممّا يعرّفها به من حسن الآداب واجمال العشرة والوفاء بذمام الصحبة والقيام بحقوق الطاعة للزوج ، والاعتراف بالدرجة التي له عليها فان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لو أمرت أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها (1) .

فمعالجة نشوز الزوجة بالموعظة للوهلة الاولى هو الأليق بالحال ، لأنها قد ترتدع بما تسمع من الكلام ، وكثير من النساء يؤثر فيهن الوعظ أكثر من غيره ، والزوج العاقل أدرى بالذي يؤثر في نفس زوجته من الكلام الذي يشتمل على التحذير والتهديد من جهة ، والترغيب من جهة أخرى فمنهن من تتألم بسماعها لذكر عقاب اللّه وعذابه للعصاة المخالفين لأوامره ، ومنهن من تتأثر بالتحذير من العواقب في الدنيا كشماتة الاعداء والمنع من بعض الرغائب كالثياب الحسنة والحلي وغيرها من زينة الحياة الدنيا .

فان هي تركت النشوز وأطاعته بعد الوعظ والتذكير فلا ينبغي له أن يهجر أو يضرب لقوله تعالى : "فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا " (2)

قال الشافعي : متى تركت النشوز لم تحل هجرتها ولا ضربها ، وصارت على حقها كما كانت قبل النشوز (3) .

---

(1) أحكام القرآن جـ1/ص417 . والحديث الذي ذكره مخرج في سنن أبي داود بهذا اللفظ : لو كنت آمرا أحد أن يسجد لاحد لأمرت النساء أن لأزواجهن لما جعل اللّه عليهن من الحق . سنن أبي داود جـ2

(2) النساء جزء آية 34 .

(3) الأم جـ5/ص194 .

المرحلة الثانية : الهجر في المضجع والمعبر عنه لقوله تعالى : " واهجروهن في المضاجع " .

اذا لم تستجب الزوجة للنصح زوجها وتوجيهاته لها، له أن ينتقل الى الهجر ، اذ من الحكمة الانتقال من دواء لآخر اذا تأكد انعدام جدوى العلاج الاول وفعاليته في المرض وكذلك حالتنا هذه .

والمراد بالهجر في الآية عدم مضاجعتها في فراش واحد وقيل يوليها ظهره فيه ، وقيل المراد منه هو ترك وطئها .

قال أبو السعود (1) في تفسيره للآية " واهجروهن في المضاجع " أي المراقد فلا تدخلوهن تحت اللحف ، ولا تباشروهن فيكون كناية عن الجماع (2) .

وقال الشوكاني : أي تباعدوا عن مضاجعتهن ، ولا تدخلوهن تحت ما تجعلونه عليكم حال الاضطجاع من الثياب ، وقيل أن يوليها ظهره عند الاضطجاع ، وقيل : هو كناية عن ترك جماعها وقيل : لا تبيت معه في البيت الذي يضطجع فيه (3).

الاحتمال الاخير الذي ذكره الشوكاني لمعنى الآية لا نسبه لبعض العلماء يرده حديث النبي صلى الله عليه وسلم وذلك حينما سئل عن حق الزوجة على زوجها : فقال للسائل : أن تطعمها اذا طعمت ، وتكسوها اذا اكتسيت أو اكتسبت ، ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر الا في البيت (4) .

فالحديث صريح أن الهجران لا يكون الا في البيت .

ونقل عن ابن عباس قوله في الآية : لا تضاجعها في فراشك (5)

وقال صاحب المبدع : والمراد أن يهجر فراشها ولا يضاجعها فيه (6)

---

(1) هو محمد بن محي الدين العمادي من علماء الحنفية ، انتهت اليه رئاسة المذهب في زمانه ، تولى قضاء القسطنطينية ، له تفسير سماه " ارشاد العقل السليم " (ت 982هـ / م) الحجوي ، الفكر السامي جـ2 /ص337 .

(2) تفسير أبي السعود جـ1/ص693 .

(3) فتح القدير جـ1/ص461 .

(4) سنن أبي داود جـ2 /ص248 .

(5) ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع جـ7/ص214 .

(6) المرجع السابق ، وانظر الدردير الشرح الصغير بهامش بلغة السالك جـ1/ص 407 .

ولا شك أن الهجران على أي معنى حملناه على ما ذكره المفسرون والفقهاء لهو أشد على المرأة من الوعظ، ولذا فتأثيره على الناشز يكون أكثر بكثير من الوعظ ، وخاصة بالنسبة للمرأة شديدة التعلق بزوجها .

على أن يكون هذا الهجران في حدود المعقول ، بحيث ان طال ولم يجد نفعا دل على أنها من اللواتي لا يؤثر فيهن هذا النوع من العلاج ، فمن العبث اذا الاستمرار عليه ، بل يطلب في حقه الانتقال الى الوسيلة الثالثة .

قال القرطبي : هذا الهجر غايته عند العلماء شهر.. ولا يبلغ به الاربعة أشهر (1) .

وقد أورد البخاري تحت باب الهجر حديث أنس رضي الله عنه أنه قال : آلى (2) رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسائه شهرا (3).

ايراد البخاري لهذا الاثر في باب الهجر كأنه يريد أن يقول بأن المدة المرخص بها لهجر الزوج زوجته الناشز لا ينبغي أن تزيد عن شهر، اقتداءً بالنبي صلى الله عليه وسلم في قصة ايلائه من نسائه .

وقد يصحب الهجر في المضجع هجر في الكلام ، فاذا وجد فلا تنبغي الزيادة على ثلاثة أيام لورود النهي عنه .

عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال (4) .

وجاء في المجموع عند الكلام عن هجر الزوجة : وأما الهجر بالكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام (5).

---

(1) الجامع لاحكام القرآن جـ5/ص172 ، أنظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ2/ص343

(2) آلى : من الايلاء ، والايلاء لغة : الحلف ، واصطلاحا : أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته اما مدة أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر ، أو باطلاق ، بداية المجتهد جـ2/ص99، مغني المحتاج جـ3/ص343.

(3) صحيح البخاري بشرح فتح الباري جـ9 /ص300. كتاب النكاح ، باب الرجال قوامون على النساء .

(4) صحيح البخاري بشرح فتح الباري جـ10/ص492. كتاب الادب ، باب الهجرة، ورواه أبو داود في سننه جـ4/ص278.

(5) المجموع جـ16 / 601.

المرحلة الثالثة : الضرب غير المبرّح والمعبر عنه في الآية " واضربوهن " .

اذا جرب الزوج مع زوجته كل ما سبق ذكره ولم ترتدع ، انتقل بها الى الوسيلة الثالثة من وسائل التأديب التي يملكها وهي الضرب، فالضرب اذا هو العلاج الثالث والأخير ، الذي يملكه الزوج ليقوّم به اعوجاج زوجته وعصيانها له ، حسب ما نصت عليه الاية،لكن لا يلجأ اليه الا بعد استنفاذ الوسيلتين الاوليين فاذا لم تسمع للموعظة ولم تنزجر بالهجران دل على أنها من اللواتي لايتمهن الا الضرب فعندها يتحين ويصبح ضرورة ان ظن افادته به يحافظ على كيان الاسرة واستقرارها وتماسكها وهو ولا شك أهون على الزوجة وعلى الاسرة بكاملها من الفراق . لكن ما هو الضرب المأذون به شرعا ؟ .

لايفهم من الضرب الوارد في الآية أن يحمل الزوج عصا يكسر بها العظم ويهشم اللحم ، ويشوه الجوارح ، بل المراد به الضرب غير المبرح ، كلكزة بيد أو ضرب بمنديل ، أو عود من آراك ، وما ماثل ذلك لكسر كبريائها أمامه واصلاح حالها وحملها على طاعته لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث جابر : فاتقوا الله في النساء فانكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه ، فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف(1) فالآية وان وردت مطلقة الا أنها قيدت بما ورد في هذا الحديث وغيره من الاحاديث في كون الضرب غير مبرّح .

وفسر ابن عباس حبر الامة وترجمان القرآن الضرب غير المبرّح بقوله : بالسواك ونحوه (2) .

قال القرطبي : والضرب في هذه الآية هو ضرب الادب غير المبرّح ، وهو لا يكسر عظما ، ولا يشين جارحة كاللكزة ونحوها فان المقصود منه الصلاح لا غير (3) .

---

(1) صحيح مسلم بشرح النووي جـ8/ص183 — 184 كتاب الحج .
(2) الشوكاني فتح القدير جـ1/ص462 .
(3) الجامع لاحكام القرآن جـ5/ص172 .

ونقل الفخر الرازي (1) عن بعض العلماء قولهم : ينبغي أن يكون الضرب بمنديل ملفوف أو بيده ، ولا يضربها بالسياط ولا بالعصا .

قال الفخر : وبالجملة فالتخفيف مراعى في هذا الباب على أبلغ الوجوه (2) .

وما قاله المفسرون أكده الفقهاء بأقوالهم .

قال البجيرمي (3) : ويشترط في الضرب أن لا يكون مبرحا ، ولا يجوز أيضا على الوجه والمهالك (4) .

وقال ابن قدامة وعليه أن يجتنب الوجه والمواضع المخوفة ، لأن المقصود التأديب لا الإتلاف (5) .

وجاء في المبدع : غير مبرح أي شديد ، وهو عشرة أسواط فأقل قاله الاصحاب (6) .

وقيده بعضهم بالافادة ، أي أن يظن افادته وإلا فلا يشرع ، لأن الغاية منه الاصلاح لا العقوبة ، فحيث انتفت حكمة مشروعيته ارتفع حكمه .

قال الدردير : وأما الضرب فلا يجوز الا اذا ظن افادته (7) .

---

(1) هو أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن التيمي البكري فخر الدين الرازي ، ذو الشهرة الذائعة ، والتصانيف البارعة ، له يد طولى في العلوم الفلسفية والفقهية والعربية ، له التفسير الكبير وغيره (ت606 هـ /) الحجوي بالفكر السامي جـ2 /ص337 .

(2) التفسير الكبير ومفاتيح الغيب جـ10/ص93 .

(3) هو سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي ، فقيه مصري ، خريج الازهر ، صاحب تحفة الحبيب على شرح الخطيب (ت1221هـ/ 1806م) الزركلي الاعلام جـ3/ 133

(4) البجيرمي على الخطيب جـ3/ص406، وانظر أيضا المجموع جـ16/ص15، بدائع الصنائع جـ2/ص334، وحاشية الدسوقي جـ2/ص343 .

(5) المغني جـ7/ص47 .

(6) ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع جـ7/ص215 .

(7) الشرح الكبير جـ2/ص343 وانظر مواهب الجليل جـ4/ص15 .

وقال صاحب نهاية المحتاج[1]: أما اذا علم أنه لا يفيد فيحرم لانه عقوبة مستغنىً عنها .... ولأن القصد ردّها الى الطاعة كما أفاده قوله تعالى " فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا". أما الضرب المبرح فلا يجوز ولو ظن افادته ، فان أقدم عليه الزوج وضرب زوجته ضربا تجاوز به الحد الشرعي ، فقال المالكية : أن للمرأة طلب القصاص منه والطلاق . قال الدردير : ولا يجوز الضرب المبرّح ، ولو لم أنهما لاتترك النشوز الا به ، فان وقع فلها التطليق عليه والقدام[2] وهذا النوع من التأديب الذي أذن الشرع به وأرشد اليه الى جانب الوعظ والارشاد حمله بعض الفقهاء على الكراهة مطلقا ، وقالوا ان عدم استعماله أولى ولو دعت الحاجة اليه ، وسندهم في هذا حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي قال فيه : لاتضربوا اماء الله ، فأتاه عمر بن الخطاب فقال:يارسول الله ذئرن (3) النساء على أزواجهن ، فأذن في ضربهن ، فأطاف بآل محمد سبعون امرأة كلهن يشتكين أزواجهن فقال النبي صلى الله عليه وسلم لقد طاف الليلة بآل محمد نساء كثير يشكون أزواجهن ، ولا تجدون أولئك خياركم (4) . وجه الاستدلال من الحديث : قال الشافعي في نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ضرب النساء ثم اذنه بضربهن ، وقوله لن يضرب خياركم ، يشبه أنه صلى الله عليه وسلم نهى عنه على اختيار النهي واذن فيه بأن مباحا لهم الضرب في الحق ، واختار لهم ألا يضربوا لقوله : لن يضرب خياركم

---

(1) الرملي نهاية المحتاج جـ6/ص383 ، انظر مغني المحتاج جـ3/ 260 .
(2) الشرح الكبير ، جـ2/ص343 .
(3) ذئرن النساء : أي نفرن ونشزن واجترأن وغلبن ، تقول امرأة ذائر وذئر أي ناشز ونافر مأخوذة من الذئر أي النفور ، ابن منظور ، لسان العرب جـ3/ص1481 ، قاموس المحيط جـ2/ص33 .
(4) سنن ابن ماجة جـ1/ص 638 ، 639 ، سنن أبي داود جـ2/ص 245 ، وذكره الشافعي في الأم جـ 5/ص193 .

ثم قال الشافعي: ونختار له من ذلك ما اختار رسول الله صلى الله عليه وسلم فنحبّ للرجل أن لا يضرب امرأته في انبساط لسانها عليه وما أشبه ذلك (1)

وأثر عن عطاء (2) قوله لا يضربها وان أمرها ونهاها فلم تطعه ، ولكن يغضب عليها (3) .

قال ابن العربي معلقا على كلام عطاء : هذا من فقه عطاء فانه من فهمه بالشريعة ووقوفه على مكان الاجتهاد علم الامر بالضرب أمر اباحة ، ووقف على الكراهية من طرق أخرى في قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عبد الله ابن زمعة : اني لأكره للرجل أن يضرب امته عند غضبه ولعله يضاجعها من يومه (4) .

وجاء في مغني المحتاج : والاولى له العفو عن الضرب ، وخبر النهي عن ضرب النساء محمول على ذلك ، أو على الضرب بغير سبب يقتضيه (5) .

أقول ان الضرب يقاس على أصل مشروعيته كما ورد في الآية ، وانما على الزوج الا يلجأ اليه الا اذا استنفذ الوسيلتين السابقتين عليه — الوعظ والهجر — ويحمل ماورد في الحديث في قوله صلى الله عليه وسلم " ولن يضرب خياركم " على الرجال الذين لا يؤدبون الا بالضرب ولا يلتفتون الى ما ندبت عليه الآية من وسائل التأديب الاخرى ، مع امكانية استجابة الزوجة بغيره ، وقد جعل هو آخر الاصناف ذكرا .

---

(1) الام جـ5 /ص194 وانظر مغني المحتاج جـ3/ص260 .

(2) هو أبو محمد عطاء بن أبي رباح مولى فهر ، كان من أجل الفقهاء بمكة ، وقيل عنه : أعلم الناس بالمناسك عطاء ، كان مرضيا عند الناس (ت115هـ / م) الشيرازي طبقات الفقهاء ص69 .

(3) أحكام القرآن جـ1/ص420 — 421 .

(4) المرجع السابق . والحديث الذي ذكره مخرج في سنن الترمذي بهذا اللفظ: عن عبد الله بن زمعة قال : خطب النبي صلى الله عليه وسلم ثم ذكر النساء ، فوعظهم فيهن ثم قال : إلام يجلد أحدكم امرأته جلد الامة ؟ ولعله أن يضاجعها في آخر يومه سنن الترمذي جـ1/ص

(5) الشربيني ، مغني المحتاج جـ3/ص260 .

فعلى هذا الصنف في نظري يحمل النهي الوارد في الحديث أو على الذين يضربون لغير سبب يقتضيه ذلك ، كما قال ابن العربي في أحد الإحتمالات التي فسّر بها الحديث .

أما اذا كانت المرأة الناشز من النوع الذي لا يرتدع الا بقرع العصا فيتعين حينئذ الضرب حفاظا على كيان الاسرة واستقرارها ، ولا شك أن الاسلام ما شرع هذه الوسائل التأديبية الا للتقليل من ظاهرة الطلاق ، فكيف يقال اذاً بكراهيته على الاطلاق .

وخلاصة القول : أن الضرب ما هو الا وسيلة تربوية تأديبية يقصد به اصلاح حال الزوجة اذا ما دعت الحاجة ، مع مراعاة القيود والضوابط الشرعية التي سبق ذكرنا .

وما يقال من طرف بعض المستشرقين ومن المتشدقين من أذنابهم الذين انسلخوا عن هذه الأمة : من أن الضرب يتنافى وأبجدية التحضر والتكريم الذي حظيت به المرأة في العصر الحاضر ، والذي لم تنله من عصور خلت ، وكأني بهم نسوا أو تناسوا بأن هذا النوع من التأديب سنّه خالقها والعالم بأحوال النفوس وخلجاتها وما تستكين له ، وعند ما أرشد اليه جعله آخر خطوة ولم يجعله الزاميا .

قال الشيخ محمد عبده رحمه الله : ان مشروعية ضرب النساء ليست بالامر المستنكر في العقل أو الفطرة فيحتاج الى التأويل بل هو يحتاج اليه عند فساد البيئة وغلبة الاخلاق الفاسدة (1) .

ب — حكم ترتيب العلاج : الوسائل التأديبية المنصوص عليها هل هي مشروعة على الترتيب

كما هي في الآية ، أم أن الزوج حر في استخدامها حسب اجتهاده وما يراه مناسبا ؟ .

أكثر العلماء من مفسرين وفقهاء قالوا : ان وسائل العلاج التي نصت عليها الآية هي على الترتيب كما وردت في النص القرآني .

---

(1) تفسير المنار ج5/ص 75 ، راجع أيضا الفقه المقارن للاحوال الشخصية لبدران أبو العينين ص278 .

فالزوج الذي نشزت زوجته قبل أن ينصرها أو يهجرها عليه أن يعظها أولا، فإذا لم ينفع معها الوعظ بعد التكرار، انتقل الى الهجران، فاذا بان عدم جدواه لجأ حينئذ الى الضرب ولا يحق له تقديم ما حقه التأخير، اذ قد تترتب على ذلك مساوئ أكثر مما هو واقع، وهذه أقوال المفسرين والفقهاء في المسألة.

قال الفخر الرازي: الذي يدل عليه أنه تعالى ابتدأ بالوعظ ثم ترقى منه الى الهجران في المضجع، ثم ترقى منه الى الضرب"، وذلك تنبيه يجري مجرى التصريح في أنه متى حصل الغرض بالطريق الاخف وجب الاكتفاء به، ولم يجز الاقدام على الطريق الاشق والله أعلم (1).

ونقل القرطبي عن سعيد بن جبير[2] قوله: الحكم أن يعظها أولا فان قبلت والا هجرها فان هي قبلت والا ضربها، ان هي قبلت، والا بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها، فينظران ممن الضرر وعند ذلك يكون الخلع.

وقال القرطبي: وقيل له أن يضرب قبل الوعظ، والاول أصح لترتيب ذلك في الاية (3).

ومن الفقهاء قال أبو بكر الكاساني: فله أن يبدأ بها لكن على الترتيب، فيعظها أولا على الرفق واللين... فلعل تقبل الموعظة وتترك النشوز، فان نفعت فيها الموعظة ورجعت الى الفراش والا هجرها... لعل نفسها لا تحتمل الهجر... فان هجرها، فان تركت النشوز والا ضربها عن ذلك ربما غير مبرح ولا شائن.

---

(1) التفسير الكبير ومفاتيح الغيب ج10/ص93.

(2) هو أبو عبد الله سعيد بن جبير بن هشام مولى والبة بن الحارث من بني أسد، كان من مشاهير فقهاء التابعين حيث كانت تحال اليه الاسئلة من أرض بعض فقهاء الصحابة كابن عمر وابن عباس (ت 95 هـ م) الشيرازي، طبقات الفقهاء ص83.

(3) الجامع لاحكام القرآن ج5 / 175.

ثم ذكر الآية وقال بعدها : وان كان (العطف) بحرف الواو والموضوعة للجمع المطلق لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب ، والواو تحتمل ذلك (1).

وقال الزرقاني : لا ينتقل عن حالة حتى يغلب على ظنه عدم افادتها ، فحينئذ ينتقل للثانية (2).

وقال ابن قدامة : ظاهر كلام الخرقي أنه ليس له ضربها في النشوز في أول مرة ... وأما الآية ففيها اضمار تقديره : واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن ، فان نشزن فاهجروهن في المضاجع فان أصررن فاضربوهن (3).

فهؤلاء الفقهاء الذين سبق ذكرهم يمثلون المذاهب الثلاثة - الحنفية والمالكية والحنابلة - بأقوالهم ، أما الشافعية فيفرّقون بين توقّع النشوز ووقوعه بالفعل ، ففي الحالة الاولى لا يصح فيها عندهم الا الوعظ . أما الحالة الثانية ، وهي حالة وقوع النشوز فهل الزوج في هذه الحالة مخيّر في الاستعمال أم أنه مطالب بالترتيب ؟ قولان عندهم ، والمرجح في المذهب الأوّل .

قال الشيرازي : اذا ظهرت من المرأة أمارات النشوز وعظها لقوله تعالى " واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن " . ولا يضربها لأنه يجوز أن يكون ما ظهر منها لضيق صدر من جهة الزوج ، وان تكرر النشوز فله أن يضربها لقوله تعالى : " واضربوهن وان نشزت مرة ففيه قولان :

احدهما أن يهجرها ولا يضربها ، لان العقوبات تختلف باختلاف الجرائم ، ولهذا ما يستحق بالنشوز لا يستحق بخوف النشوز ، فكذلك ما يستحق بتكرر النشوز لا يستحق بنشوزه مرة .

---

(1) بدائع الصنائع جـ2 /ص334 .
(2) شرح الزرقاني على المختصر جـ4 /ص60 .

والثاني وهو الصحيح : أنه يهجرها ويضربها، لأنه يجوز أن يهجرها للنشوز فجاز أن يضربها كما لو تكرر (1). الا أن رأي الجمهور هو الاولى والراجح لأن ظاهر القرآن يشهد لهم بذلك ، ثم أن هذه وسائل وعلاج يختلف بعضها عن بعض من حيث الشدة واللين ، ومقتضى العقل والمنطق أن نبدأ بالسهل فاذا لم يجد نفعا ننتقل لما هو أشد منه ، ولا نبدأ مباشرة بالعلاج الاخير وهو أشدها ، اذ ما نتوخاه منه قد ينقلب الى نتيجة عكسية من استمرار النشوز ، بل يمكن أن يتطور الى ما هو أكثر منه فيخرج الزوجان الى الشقاق المنهي عنه. وقد مرّ بيان ذلك بما فيه الكفاية والله وليه مشيت في كامل المبحث .

قال أبوبكر الكاساني : وسبيل هذا، الامر بالمعروف والنهي عن المنكر في حق سائر الناس، الا أن الامر يبدأ بالموعظة على الرفق واللين دون التغليظ في القول ، فان قبلت والا بسط يده عليها (2).

---

(1) المهذب بشرح المجموع ج16/ص445 ، وانظر كلام النووي في المنهاج بشرح مغني المحتاج ج3/ص259 — 260 .

المبحث الثاني : بعث الحكمين .

قال الله تعالى في هذا الشأن : "وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا (1) .

بعد أن بينت الآية السابقة الطريقة المثلى في معالجة نشوز الزوجة من طرف زوجها والتي سبق توضيحها ،فان لم تثمر هذه الطريقة ، ولم تجد نفعا ، فما على الزوج الا أن يرفع الامر للقضاء أو متولي الامر ،وهذا الاخير بدورة بعد التأكد من مقولة الزوج ـ يحيل القضية الى أقارب الزوجين ، فيعين منهم حكمين لفض النزاع بينهما ، فلعل بهذة المحاولة الاخيرة للاصلاح يتحقق الوئام والوفاق، وترجع الامور الى نصابها ، فهذا خير من أن يلجأ الى الطلاق مع امكانية المصالحة ،فيلحقه بذلك من الضرر ما يلحقها بل يمس ذلك الاسرة بكاملها وتتعدى آثاره السيئة للمجتمع وخير لأينا من أن يعيش معها في ضنك وشقاء كل منهما مبغض للآخر لا يكاد يطيق النظر اليه ولا التحدث معه ، وفي هذا من مرارة الحياة ما هو واضح .

ولتوضيح أحكام هذا المبحث ارتأينا تقسيمه الى مطالب أربعة ، المطلب الاول : من يتولى بعث الحكمين ؟ ، حكم بعث الحكمين ، المطلب الثالث : شروط الحكمين ، المطلب الاخير : مهمة الحكمين .

---

1) النساء آية 35 .

المطلب الاول : من يتولى بعث الحكمين ؟

اختلف العلماء في الخطاب الوارد في الاية : "وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا ... الاية . هل هو موجه للحكام أم للوالدين أم للزوجين ؟

قال ابن جرير الطبري (1) رحمه الله : ان أهل التأويل اختلفوا في المخاطبين بهذه الاية من المأمور ببعثه الحكمين ؟ فقال بعضهم : المأمور بذلك السلطان الذي يرفع اليه ذلك ... وقال آخرون بل المأمور بذلك الرجل والمرأة (2) .

وقال القرطبي : الجمهور من العلماء على أن المخاطب بقوله " وان خفتم " الحكام والامراء ... وقيل المراد الزوجان ... وقيل الخطاب للأولياء (3) .

ظاهر الاية يرجّح على أن الخطاب موجه للحكام ومن ينوب منابهم من القضاة وغيرهم ، لأنهم هم الذين بامكانهم ازالة الشقاق بما يرونه مناسبا ، والزام الزوجين به . وهذا ماعليه الجمهور كما قاله القرطبي .

قال أبوبكر الجصاص : الاولى أن يكون خطابا للحاكم الناظر بين الزوجين ، والمانع من التعدي والظلم (4)

وقال الشيخ الطاهر بن عاشور : وظاهرهما أن الباعث هو الحاكم وولي الأمر لا الزوجان ، لأن فعل ابعثوا موذن بتوجيهه الى الزوجين ، فلو كانا معينين من الزوجين لما كان لفعل ابعثوا معنى (5)

---

(1) هو محمد بن جرير بن يزيد بن كثير الامام العلم الحافظ المجتهد أبو جعفر الطبري ، صاحب التصانيف الكثيرة من أهمها تفسيره المشهور وتاريخ الاسلام وتهذيب الآثار ،كما له في الاصول والفروع . (ت310 هـ / م) السيوطي ، طبقات الحفاظ ص310 — 311 .

(2) جامع البيان في تفسير القرآن جـ4/ص45 .

(3) الجامع لاحكام القرآن جـ5/ص175 .

(4) أحكام القرآن جـ2/ص190 .

(5) التحرير والتنوير جـ5/ص46 .

المطلب الثاني : حكم بعث الحكمين .

بعد أن علمنا أن المخاطبين بهذه الآية عند أكثر العلماء هم الحكام أو القضاة الذين ينوبون منابهم في فض النزاعات بين الناس في مثل هذه المسائل وغيرها ، فهل الامر الموجه اليهم يفيد الالزام والحتم في بعث الحكمين ، أم أنه أمر اختيار ، ان رأى القاضي أفضلية البعث بعث والا فلا ؟ .

قال العلماء ان بعث الحكمين في مثل هذه الظروف واجب لانه وسيلة لفض النزاع ، والنزاع حرام فما ادى لازالته فهو واجب . وهذه أقوالهم في الموضوع .

قال الرملي الشافعي : فان اشتد الشقاق بعث القاضي (حكمين) وجوبا للآية ، لأنه من باب دفع الظلمات ، وهو من الفروض العامة على القاضي (1)

وقال البجيرمي : والبعث واجب (2) .

قال الشيخ الطاهر بن عاشور : الآية دالة على وجوب بعث الحكمين عند نزاع الزوجين ، النزاع المستمر المعبر عنه بالشقاق (3) الا أن هناك من الفقهاء (4) من قال على القاضي قبل أن يبعث الحكمين أن يسكن الزوجين بجوار ثقة يتعرف أحوالهما والظالم منهما ويرفع بذلك تقريرا للقاضي حتى يتمكن هذا الاخير من ازالة الضرر عن المظلوم ، فاذا لم يتمكن المكلف بالامر القيام بالمهمة الموكلة اليه بعث القاضي عندئذ الحكمين لمباشرة عملهما .

---

(1) نهاية المحتاج ج6 /ص385 .
(2) البجيرمي على الخطيب ج3 /ص 409 .
(3) التحرير والتنوير ج5/ص46 .
(4) راجع ابن قدامة ، المغني ج7/ص48، الشربيني ، مغني الحتاج ج3/ص261 ،، البجيرمي على الخصيب ج3/ص408 — 409 .

والذي يدل عليه ظاهر الآية أن التخيير متى رفع اليه الامر وتأكد من وجوده بعث الحكمين للاصلاح بين الزوجين دون اشارة لهذه الاجراءات التي قال بها بعض الفقهاء وان لم نر مانعا مطلقا الا أنه في ظل الظروف الراهنة يتعذر القيام بمثل هذا العمل ، لما فيه من تكاليف ومشاق مع قلة الامكانيات المادية ، بل وربما ازدادت المشاكل وتفاقمت من خلال التحوّل عن المسكن الاصلي ، وبالتالي يحول هذا الاجراء المقترح دون تحقيق المقصود من تشريعه ، فلهذا أرى أن يوقف عند ما نصت عليه الآية ، والله أعلم .

وعلى القول بوجوب بعث الحكمين ورد قانون الاسرة الجزائري حيث جاء في المادة : (56) ، اذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما [1] .

المطلب الثالث : شروط الحكمين

الحكم الذي يباشر هذه المهمة لا يكون حكما ناجحا في مهمته الا اذا توفرت فيه شروط معينة وتميّز بخصال تؤهله للقيام بمثل هذا العمل ، ومجمل هذه الشروط : الاسلام والتكليف ، والعدالة ، والذكورية ، وفهم المقصود للذي وجّه اليه .

والحكمة في اشتراط هذه الاوصاف فيمن يتقدم لذلك ظاهرة فشرط الاسلام ، لان الحَكَم في مهمته بمثابة السلطان ، وبالاخص عند من يقول أن للحكمين أن يجمعا ويفرقا ، حسبما اقتضت المصلحة ، ولو من غير رضى الزوج ، ولا سلطة للكافر على مسلم ، قال تعالى : " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " (2) .

---

(1) الجريدة الرسمية عدد 24 ، مرجع سابق .

(2) النساء جزء آية 140 .

أما اشتراط التكليف ، فغير البالغ لا يعتبر من أهل الرأي والنظر ، خاصة في مثل هذه الامور التي لا يفقهها الا من خبر الحياة الزوجية ومشاكلها .

واشتراط العدالة ، فلكون الفاسق لا يؤ ؤ من جانبه اذ قد يزيد في الخلاف أكثر مما يصلح ، لأن من طبع هؤلاء الافساد والعياذ بالله .

أما اشتراط الذكورية ، فلما يمتاز به الرجال عادة من التأني وحسن التدبير والتفكير والمهمة تستدعي ذلك .

قال الباجي : ومن صفة الحكمين التي هي شرط في صحة كونهما حكمين : الاسلام ، البلوغ ، الحرية ، الذكورية . فان عدم شيء من ذلك لم يجز تحكيمهما (1) .

وجاء في مغني المحتاج : ويشترط في الحكمين التكليف والاسلام والحرية والعدالة ، والاهتداء الى المقصود بما بعثا اليه (2).

وقال ابن قدامة : فان الحكمين لا يكونان الا عاقلين ، بالغين ، مسلمين لان هذه شروط العدالة (3).

ولصت الآية على أن الحكمين يكونان من أهل الزوجين ، حكم من أهله ، وحكم من أهلها ، لانهما أدرى بأمورهما ، وأصدق من غيرهما في الاصلاح بينهما ، ونفوس الزوجين ترتاح لهما أكثر مما ترتاح لغيرهما ، وحتى لا تفشى أسرارهما خارج حدود الاسرتين .

قال الزمخشري (4) : وانما كان بعث الحكمين من أهلهما لأن الاقارب أعرف بباطن الاحوال وأطلب للصلاح ، وانما تسكن اليهم نفوس الزوجين ويبرز اليهم ما في ضمائرهما من الحب والبغض ، وارادة الصحبة والفرقة ، وموجبات ذلك ومقتضياته وما يزيبانه عن الأجانب ، ولا يحبّان أن يطلعوا عليه (5)

---

(1) المنتقى جـ4 /ص113.

(2) الشربيني ، مغني المحتاج جـ3/ص261 .

(3) المغني جـ7/ص49 .

(4) هو أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري جار الله ، امام عصره بلا مدافعة ، فقيه لغوي ، أديب من أكابر الحنفية والمعتزلة ، التفسير المشهور "بالكشاف" (ت538هـ / م) الحجوي ، الفكر السامي ج 2/ ص 181.

لكن هل بحثهما من الاهل — اذا توفرت الشروط الثابتة الذكر — شرط في صحة تولي هذه المهمة أم أن ذلك على سبيل الاستحباب والاولوية فقط ؟ .

فعلى حدِّ قول ابن رشد رحمه الله في بداية المجتهد أن بحثهما من الاهل شيئ مجمع عليه الا اذا لم يوجد من يصلح لهذه المهمة من الاسرتين حيث قال : وأجمعوا على أن الحكمين لا يكونان الا من أهل الزوجين ، أحدهما من قبل الزوج والآخر من قبل المرأة ، الّا أن لا يوجد في أهلهما من يصلح لذلك ، فيبعث من غيرهما (1) .

الا أن دعوى الاجماع هذه فيها نظر ، اذ هناك أقوال كثيرة لعلماء من مذاهب شتى قالوا أن بحثهما من الاهل ليس بشرط بل هو مستحب فقط . اللهم الا اذا حملنا لفظة الاجماع الواردة في كلام ابن رشد على اتفاق أهل المذهب المالكي (2)، لكن اللفظ لا يساعد على ذلك .

جاء في مغني المحتاج للشافعية : وأما كونهما من الاهل فمستحب غير مستحق اجماعا (3) .

وقال ابن قدامة من الحنابلة : والاولى أن يكونا من أهلهما لامر الله بذلك ... فان كانا من غير أهلهما جاز ، لأن القرابة ليست شرطا في الحكم ولا الوكالة ، فكان الامر بذلك ارشادا واستحبابا (4)

---

(1) بداية المجتهد جـ2/ص98 .
(2) راجع الجامع لاحكام القرآن جـ 5 /ص 175 ، المنتقى للباجي جـ4/ص114، حاشية الدسوقي جـ2 /ص344 .
(3) الشربيني ، مغني المحتاج جـ3/ص261 .
(4) المغني جـ7/ ص 50.

وجاء قانون الاسرة الجزائري موافقا لرأي المالكية في كون الحكمين لايكونان الا من الاهل الا اذا تعذر ذلك ففي المادة : (56) اذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ، يعين القاضي الحكمين ، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا على مهمتهما في أجل شهرين (1)

فالمادة وان لم تنص على شرطية الاهل صراحة الا أن سياق الكلام يقتضيه ، ثم أنها لم تذكر الا الاهل فدل على أن بعثهما من الاهل متعين ، الا لضرورة ، كأن لم يوجد من يصلح للقيام بهذه المهمة من أهلهما ، وهذا الظاهر والله أعلم .

و هو

المطلب الرابع : مهمة الحكمين .

ان الامر الذي أنيط بالحكمين في هذه المهمة هو الاصلاح بين الزوجين ، فعليهما أن يبذلا قصارى جهودهما في رفع الخلاف والشقاق ، وزرع الائتلاف والوفاق بينهما فاذا سعيا في ذلك بصدق واخلاص وجدّا فيه فالله موفقهما في عملهما مصداقا لقوله تعالى : " ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما " (2) .

قال محمد علي الصابوني: لم يذكر الله في الاية الا الاصلاح ولم يذكر مايقابله وهو التفريق بين الزوجين ، و في ذلك لطيفة دقيقة وارشاد من الله تعالى للحكمين الى أنه لاينبغي أن يدّخرا وسعاً في الإصلاح ، فإن في التفريق خراب البيوت ، وفي التوفيق الألفة والمودة والرحمة وغرض الاسلام جمع القلوب على المحبة والوئام (3).

---

(1) الجريدة الرسمية عدد 24 مرجع سابق .
(2) النساء جزء آية 35 .
(3) روائع البيان تفسير آيات الاحكام ج1/ص467 — 468 .

فماذا نزل الزوجان عند غرض الحكمين ، وتصالحا فيما بينهما فقد تحقق بهذا مقصد الحكمين وغرض الشارع من قبل ، عندها يأتمنا هما على بعضهما البعض، ويتركانهما على ذلك ، أما اذا باء مجهودهما بالفشل فهل لهما أن يفرّقا ، أم أنهما لا يملكان ذلك الا بتوكيل من الزوجين؟ للاجابة عن هذا السؤال نستعرض أقوال الفقهاء والخلاف الذي داربينهم في هذا ثم نخلص للراجح منها .

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الاول : على الحكمين أن يسعيا في اصلاح ذات البين جهدهما ، فان قدرا على ذلك فلا بد ، وان عجزا لهما أن يفرّقا دون توكيل من الزوجين أو أمر من القاضي و وممن قال بهذا القول عثمان وعلي وابن عباس ومعاوية من الصحابة رضوان الله عليهم، ومن التابعين سعيد بن جبير والنخعي والشعبي وهو مذهب المالكية والقديم من مذهب الشافعي ، وقول عند الحنابلة(1). وقول اسحاق والاوزاعي وابن المنذر (2) رحم الله الجميع .

فان كانت الاساءة من الزوج طلّقا عليه من غير غرم تغرمه الزوجة ، وان كانت الاساءة من جهتها فرّقا بينهما على جزء من مهرها على أن يكون ذلك على قدر اضرارها به ، كل هذا ان أعياهما الخلاف عن الاصلاح ولم يجدا له سبيلا، واليك بعض نصوص العلماء ، فمن المالكية قال الحاجب(3) ، : وعليهما أن يصلحا ، فان لم يقدرا ، فان كان المسيء الزوج فرّقا بينهما وان كانت الزوجة ائتمناه عليها ، أو خالعا له بنظرهما وان كانت منهما خالعا له بما يخف في نظرهما (4)

وقال صاحب المنتقى : ووجه نظر الحكمين : أن ينظرا في أمرهما ، فان رأيا الاساءة من قبل الزوج فرقا بينهما ، وان رأيا الاساءة من قبل المرأة تركاهما واستأمناه عليها وان كان من قبلهما جميعا فرّقا على بعض ما أصدقها ولا يستوعب له (1)

ومن الشافعية : ماجاء في مغني المحتاج : وفي قول : حَكَمان مولّيان من جهة الحاكم لتسميتهما في الآية حكمين (2)

ومن الحنابلة : قال ابن قدامة : اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين ، ففي احدى الروايتين ...: انهما حكمان ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وبغير عوض ، ولا يحتاجان الى توكيل الزوجين ولا رضاهما (3) .

وجاء في الشرح الكبير وان قلنا أنهما حكمان فانهما يمضيان مايريانه من طلاق أو خلع فينفذ ذلك عليهما رضياه أو أبياه (4) .

واستدل أصحاب هذا القول بالقرآن والسنة والمأثور من أقوال الصحابة ومن المعقول .

أ - القرآن : قال الله تعالى : " فابعثوا حكما من أهله ، وحكما من أهلها .. " الاية .

قال ابن العربي : هذا نص من الله سبحانه وتعالى في أنهما قاضيان لا وكيلان ، وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى ، وللحاكم اسم في الشريعة ومعنى . فاذا بين الله سبحانه كل واحد منهما فلا ينبغي لشاد(5) تكليف لعالم أن يركب من أحدهما على الآخر . (6)

---

(1) المنتقى للباجي جـ4/ص114.
(2) الشربيني ، مغني المحتاج جـ 3/ص261 . أنظر المجموع جـ16/ص453.
(3) المغني جـ7/ص49.
(4) الشرح الكبير ومعه المغني جـ8/ص171.
(5) الشدو : كل شيء قليل من كثير ، شدا من العلم والغناء وغيرهما ، شيئا شدوا بأحسن منه طرقا .
6) أحكام القرآن جـ1/ص 424 .

وقال ابن كثير : سماهما حكمين ومن شأن الحَكَم أن يحكم بغير رضا المحكوم عليه ، وهذا ظاهر الآية (1) .

وقالوا أن التفريق بين الزوجين في مثل هذه الحالة يتفق وروح القرآن ومقتضى نصوصه ، وما أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم، فمن القرآن قوله تعالى : " فإمساك بمعروف أو تسريح باحسان" (2) فاذا تعذر الامساك بالمعروف ، تعين التسريح بالاحسان .

ب - السنة : قول النبي صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار،(3)

جـ - آثار الصحابة : يروى أن عقيلا (4) تزوج فاطمة بنت عتبة فتخاصما فجمعت ثيابها ومضت الى عثمان ، فبعث حكما من أهله وهو عبد الله بن عباس، وحكما من أهلها وهو معاوية ، وقال لهما عثمان : ان رأيتما أن تجمعا جمعتما وان رأيتما أن تفرقا فرّقتما . فلما بلغا الباب كانا عقيل وزوجته قد غلّقا الباب واصطلحا (5) .

وروى الامام مالك أنه بلغه أن عليا بن أبي طالب قال في الحكمين ان أليهما التفريق بينهما والاجتماع (6) .

وقال ابن عباس : ان اجتمع أيهما أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز(7) .

---

(1) تفسير ابن كثير جـ2/ص280 .

(2) البقرة جزء آية 227 .

(3) المستدرك للحاكم جـ2/ص57- 58 ورواه الامام مالك في الموطأ ، كتاب الاقضية، المنتقى جـ6/ص40 .

(4) عقيل (بفتح أوله) ابن ابي طالب القرشي أخو علي وجعفر ، وكان الأسن ، أسلم عام الفتح وهاجر في أول سنة ثمان ، توفي في خلافة معاوية ، وقيل في خلافة يزيد . ابن حجر الاصابة جـ2/ص487 .
وزوجته فاطمة بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس خالة معاوية بن أبي سفيان ، تزوجها عقيل بعد زواجها من اثنين قبله . أنظر قصتها مع زوجها عقيل في الاصابة جـ4/ص372 .

(5) أنظر تفسير ابن كثير جـ2/ص279 . وزاد الميعاد جـ5/ص191 .

(6) الباجي ، المنتقى جـ4/ص113 .

(7) تفسير ابن كثير جـ2/ص279 .

فالذي ذهب اليه هؤلاء الصحابة رضوان الله عليهم هو الذي فهموه من الآية ، وهم أدرى بمعاني كتاب الله من غيرهم وذلك لاعتبارات متعددة منها :

أن القرآن نزل بلسانهم ، وقد عاشروا فترة نزوله ، وعرفوا مقاصده من الرسول صلى الله عليه وسلم ، أما قول معاوية : ما كنت لافرق بين شيخين من بني عبد مناف ، فلا يمنع من أن يقول بالتفريق وقد أشار ذلك عنه ، وانما صرح بعدم الفعل في هذه الواقعة لقرب المرأتين ، ولعله رأى أن السعي في الاصلاح يغنيهم عن ايقاع الطلاق .

د — المعقول : ان التفريق لدا القاضي ثبت بالشرع في عدة حالات ، في العيوب والإيلاء .... الخ . فالقاضي اذ يرسل الحكمين انما يستمدان سلطتهما منه لأنه يملك التفريق ، فاذا فرقا كان نيابة عنه .

— القول الثاني : ان الحكمين وكيلان ليس لهما الا الاصلاح فاذا لم يتمكنا من تحقيقه فعليهما أن يرفعا الامر للقاضي دون التفريق بينهما ، الا اذا وكلهما الزوجان به . وهو قول الحسن البصري وعطاء ومذهب الحنفية والجديد ، من مذهب الشافعي ، والرواية الثانية للحنابلة ، وقول أهل الظاهر . والسيك ببعض أقوالهم .

فمن الحنفية : قال أبوبكر الجصاص : قال أصحابنا ليس للحكمين أن يفرقا الا برضا الزوجين ، لان الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان ، وأن الحكمين وكيلان لهما (1) .

ومن الشافعية: ماجاء في مغني المحتاج : وهما وكيلان في الاظهر(2)

---

(1) أحكام القرآن للجصاص ج2/ص191 .

(2) الشربيني ، مغني المحتاج ج3/ص261 .

وقال البجيرمي: فان اشتد الشقاق بينهما بعث القاضي حكما من أهلـه وحكما من أهلها لينظر في أمرهما ....، وهما وكيلان لهما لا حكمان من جهة الحاكم (1) .

ومن الحنابلة: قول ابن قدامة : اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق لهما الا باذنهما (2).

- الظاهرية : قال ابن حزم : وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين لا بخلع ولا بغيره (3) .

واعتمد أصحاب هذا الرأي في استدلالهم على نفس الآية التي استدل بها الفريق الاول .

قال الشافعي : في وجه الاستدلال بالآية : وذلك أن الله عز وجل انما ذكر أنهما ان يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما ولم يذكر تفريقا (4). يفهم من كلام الشافعي أن الحكمين ليس لهما الا ما ذكرته الاية، وهو الاصلاح ، أما التفريق فلا ، لعدم ذكرها له ، لكن عدم ذكره في الاية لا يدل على عدم جوازه ، كيف وقد سمي متولي الخصومة حكما، ومن شأن الحكم أن يحكم بما أوصله اليه اجتهاده ، ولو من غير رضا المتخاصمين .

وقال أبو بكر الجصاص : فكيف يجوز للحكمين أن يوقعا خلعا أو طلاقا من غير رضاهما ، وقد نص الله على أنه لا يحل أخذ شيئ مما أعطى الا بطيبة نفسها ...فالقائل بأن للحكمين أن يخلعا بغير توكيل من الزوجة مخالف للنص الكتاب (5).

---

(1) البجيرمي على الخطيب ج3/ص409.
(2) المغني ج7/ص49.
(3) المحلى ج10/ص87.
(4) الأم ج5/ص94.
(5) أحكام القرآن للجصاص ج2/ص192.

روى محمد بن سيرين عن عبيدة قال : جاء رجل وامرأة الى علي مع كل واحد منهما فئام (1) من الناس فأمرهم فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، وقال للحكمين هل تدريان ما عليكما ؟ عليكما أن رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وان رأيتما أن تفرقا فرقتما ، فقالت المرأة رضيت بكتاب الله علي فيه ولي ، وقال الزوج : أما الفرقة فلا . فقال علي : كذبت ، والله لا تبرح حتى تقر بما أقررت به (2).

فانكار علي على الرجل ومطالبته بالرضى بما يقرره الحكمان دليل على أنهما وكيلان عليهما لا حكمان ، اذ لو كانا حكمين كما قالوا ما احتاج الى اذن الزوج في ذلك ، لان من شأن الحكم أن يحكم دون الرجوع الى المتخاصمين عند اصدار الحكم الذي يراه .

فهذا الأثر كما ترى يتجاذبه الطرفان معا كل منهما يستدل به لمذهبه حسبما يفهمه منه ويتراءى له ذلك منه .

قال الشافعي معلقا على هذه الواقعة : دل هذا على أن ليس للحاكم أن يبعث حكمين دون رضا الرجل والمرأة بحكمهما (3) .

ومن أدلتهم أيضا : أن البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان ، فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه ، الا بوكالة منهما أو ولاية عليهما (4).

مناقشة الادلة ثم الترجيح :

اذا نظرنا لادلة المانعين من أعطاء حق التفريق للحكمين نجدها غير سالمة من الاعتراض ، فالقول بأن الحكمين المصرح بهما في الآية انما هما وكيلان ، فهذا صرف للفظ القرآني عن ظاهره

---

(1) الفئام : الجمع من الناس .

(2) أنظر الام جـ5 /ص 116، الجامع لاحكام القرآن جـ5 /ص177، قال ابن عبد البر : وهذا اسناد صحيح ثابت ، روي عن علي من وجوه ثابتة عن ابن سيرين عن عبيدة تفسير القرطبي جـ5/ص177 .

(3) الام جـ5/ص 116 .

(4) المغني لابن قدامة جـ 7/ ص49 .

لغير دليل قوي يعضد هذا التأويل ، ومن المعلوم أن الحكم له معنى في الشرع واللغة والعرف غير معنى الوكيل ، كما ذكر ذلك ابن العربي وابن القيم رحمهما الله .

وقولهم الحكم بالخلع من غير رضا الزوجة اعتداء على أكل أموال الناس بالباطل، فالأمر ليس كما هو متصور ، بل فيه رد الحق لصاحبه لأن الزوج ما أعطى المهر إلا ليستمتع في حياته ، أراد بفعله هذا جلب المنفعة لا جلب المضرة ، فإذا لم يحصل على مقصوده بتصيير العارف الثاني وهي الزوجة استحق أن يطالب بما قدم أو ببعضه .

أما التضييق على الزوج فقد ثبت في غير ما موضع كما هو متفق عليه بالنسبة للعيوب في حالتي الجب والعنة . والحكمان بفعلهما هذا إنما يستمدان سلطتهما من الحاكم الذي خوله الشارع التفريق بين الزوجين لدفع الضرر عن المتضرر منهما إذا تعين ذلك .

وخلاصة القول أن المقصد الأساسي من بعث الحكمين هو إعادة الصفاء والوفاق بين الزوجين فإن عجزا عن تحقيق ذلك فمن المصلحة أن لا يتركا على ذلك من الخصام والشقاق لما فيه من فساد بين يعود عليهما وعلى أولادهما بالضرر البالغ ، فمن الخير إذاً أن تحل هذه الرابطة عسى أن يهيأ الله لكل منهما من تستقر معه نفسه وتطمئن إليه ،(1) مصداقا لقوله تعالى : " وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما "(2)

---

(1) للتوسع يراجع: المرأة بين الفقه والقانون للدكتور مصطفى السباعي ص 104

(2) النساء جزء آية 129 .

وقد مشى قانون الاسرة الجزائري في هذه المسألة على رأي من رأى انما الحكمان وكيلان أي أن مهمتهما الاصلاح لاغير، فاذا رأيا أن الموقف يستدعي التفريق اقترحا ذلك ورفعا بشأنه تقريرا للحاكم (القاضي) على أن لايتجاوز مدة شهرين من بداية عملهما وقيامهما بالمهمة، راجع المادة (56) السالفة الذكر (1).

ونوع الفرقة التي يوقعها الحكمان عند من يقول بذلك، ففي المذهب المالكي هي طلقة بائنة.

قال الباجي: وان فرّقا بينهما بطلقة بشيء أخذاه له منها فهو خلع والطلقة بائنة، لانها فرقة أوقعها حاكم من غير اختيار الزوج ولا تمليكه، فكانت بائنة كالفرقة بسبب العيب (2).

أما عند الحنابلة فهي على الاصل الذي مشوا عليه أن كل فرقة يوقعها الحاكم فهي فسخ لا طلاق لانها فرقة مختلف فيها فكانت فسخا، والحكمان في هذا ينزلان منزلة القاضي (3).

---

(1) الجريدة الرسمية عدد 24.

(2) المنتقى جـ4/ص114.

(3) المغني جـ 7/ 576 ـ 577.

الفصل الرابع

التفريق لنشوز الزوج

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

يحتوي هذا الفصل على أربعة مباحث هي على هذا الترتيب . المبحث الاول : معنى نشوز الزوج ، المبحث الثاني : رفع الزوجة أمر النشوز الى القاضي ، المبحث الثالث : كيفية اثبات القاضي للنشوز ، المبحث الرابع: موقع الطلاق بالنشوز .

المبحث الاول : معنى نشوز الزوج .

قال الله تعالى :" وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصّالحا بينهما صلحاً والصلح خير، وأحضرت الانفس الشح وان تحسنوا وتتقوا فان اللّه كان بما تعملون خبيرا " (1).

ذكر علماء التفسير (2) في سبب نزول هذه الاية أن رسول اللّه صلى الله عليه وسلم أراد أن يطلق سودة بنت زمعة (3) فالتمست منه أن يمسكها ويجعل نوبتها لعائشة فأجاز النبي صلى اللّه عليه وسلم ذلك ولم يطلقها .

وفي رواية أنه طلقها فطلبت منه أن يعيدها لعصمته ففعل على الشرط المذكور (4).

الاعراض الوارد في الاية فسره الفخر الرازي بقوله : هو السكوت عن الخير والشر ، والمدعاة والايذاء ، وذلك لأن مثل هذا الاعراض يدل دلالة قوية على النفرة والكراهية (5)

ويؤيد هذا المعنى المذكور للاعراض تفسيرات بعض الصحابة للآية .

سئل عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن معنى الاية فقال :شذه

---

(1) النساء آية 127 .

(2) تفسير ابن كثير جـ2/ص406 ، القرطبي ، الجامع لاحكام القرآن جـ5/ص403، الفخر الرازي التفسير الكبير ومفاتيح الغيب جـ6/ص66 .

(3) هي زوجة النبي صلى الله عليه وسلم من بني عبد شمس أسلمت قديما ، وبايعت وهاجرت للحبشة الهجرة الثانية مع زوجها يقال له السكران بن عمر ، فلما قدما مكة توفي زوجها ، وقيل مات وهو بالحبشة ، فلما حلت من عدتها تزوجها الرسول صلى الله عليه وسلم (ت 54هـ / م) الجامع لاحكام القرآن جـ5 ص164 .

(4) وقيل في سبب نزولها أن رافع بن خديج كانت تحته خولة بنت محمد بن مسلمة ، فكره من أمرها اما كبرا أو غيره فأراد أن يطلقها ، فقالت لا تطلقني واقسم لي ما شئت فنزلت الاية .الام جـ5/ص202 .

(5) التفسير الكبير ومفاتيح الغيب جـ6 /ص66، أما لفظة النشوز فقد سبق شرحها في ص 70 .

المرأة تكون عند الرجل قد خلا من سنها فيتزوج المرأة الشابة يلتمس ولدها ، فما اصطلحا عليه من شيء فهو جائز(1)

وقال الامام علي رضي الله عنه : يكون الرجل عنده المرأة فتنبو عيناه عنها من دمامتها أو كبرها أو سوء خلقها أو قذذها فتكره فراقه ، فان وضعت له من مهرها شيئا حل له ، وان جعلت له من أيامها فلا حرج (2) .

وما رواه عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : هذا في المرأة تكون عند الرجل فلعله لا يكون بمستكثر منها ، ولا يكون لها ولد وتكون لها صحبة ، فتقول لا تطلقني وأنت في حل من شأني (3) .

بناء على هذه التفسيرات وعلى ضوئها يكون تقدير الآية اذا ظهر للمرأة أمارات تدل على اعراض الزوج عنها وترفعه عليها في الامور التي تكون بينهما ، لكبر سن أو لكونها عقيما مع ميله لذات الولد ورغبته فيها ، فيريد طلاقها حتى لا يتسع في المحظور من التقصير في أداء واجبه نحوها ، فلها أن تتصالح معه بإسقاط حقها أو بعضه من مبيت أو نفقة ، كما فعلت سودة مع النبي صلى الله عليه وسلم حينما جعلت يومها لعائشة على أن تبقى هي في عصمته ، فذلك جائز بل مندوب اليه بنص الآية" والصلح خير " .

أقوال المفسرين في الآية :

قال ابن جرير الطبري على المرأة الخائف نشوز بعلها أو اعراضه عنها أن يصلحا بينهما صلحا ، وهو أن تترك له يومها أو أن تسمح عنه بعض الواجب لها من حق عليه تستعطفه بذلك وتستديم المقام في حياته ، والتمسك بالعقد الذي بينها وبينه من النكاح (4)

---

(1) الطبري ، جامع البيان في تفسير القرآن ج5/ص197

(2) المرجع السابق .

(3) تفسير ابن كثير ج2/ص408 . قال ابن كثير : وكذا فسرها ابن عبيدة والحاكم ومجاهد ، وابن جبير والشعبي وسعيد ابن جبير عن عطية العوفي ومكحول والحسن ، والحاكم بن عتبة وقتادة ، وغير واحد من السلف . المصدر نفسه .

(4) جامع البيان في تفسير القرآن ج5/ص196 .

وقال الفخر الرازي : ان هذا الصلح كما أنه لا جناح فيه ولا اثم فكذلك فيه خير عظيم ومنفعة كثيرة ، فانه ما ان تحالحا على شيء فذلك خير من أن يتفرقا أو يقيما على النشوز (1) .

وأيد الفقهاء المفسرين فيما ذهبوا اليه بأقوالهم :

قال صاحب المبسوط من الحنفية:ولو كانت عند الرجل امرأة قد خلت في سنها فأراد أن يستبدل بها شابة فطلبت أن يمسكها ويتزوج بالاخرى ويقيم عند التي تزوج أياما ويقيم عندها يوما فتزوج على هذا الشرط كان جائزا لا بأس به (2).

وقال الرملي من الشافعية:وان كان لا يتعدى عليها ، وانما يكره صحبتها لكبر أو مرض أو نحوه ويعرض عنها فلا شيئ عليه ، ويسن لها استرضاؤه بما يحب ، كأن تستوهبه بترك بعض حقها كما تركت سودة نوبتها لعائشة (3) .

وقال أبو البركات من الحنابلة: ولو أراد تسريحها باحسان فله ذلك أن يمسكها بلا قسم ولا نفقة جاز ذلك (4) .

أكثر لنا النقول من أقوال العلماء في تفسيرهم للآية حتى يعلم الوجه الصحيح لمعناها ومن خلال هذه النصوص ادركنا انعدام في فهم مدلول الآية وأن الصلح الذي يقع بين الزوجين بتراضي الطرفين جائز مطلقا ومن أي أنواع الصلح كان دون كراهة أو تحريم .

---

(1) التفسير الكبير جـ6 /ص65 . قال القرطبي: وفي هذا أن أنواع الصلح كلها مباحة في هذه النازلة . الجامع لاحكام القرآن جـ5/ص405 .

(2) السرخسي، المبسوط جـ5/ص209 .

(3) نهاية المحتاج جـ6 /ص384 . وانظر المجموع جـ15/ص608 ــ609 .

(4) المحرر في الفقه جـ2/ص43 . وانظر العدة شرح العمدة ص405 .

المبحث الثاني : رفع الزوجة أمر النشوز الى القاضي

ما سبق ذكره فيما اذا أراد الزوج أن يطلق خوف التقدير في حق زوجته ووقوفا منه عند قول الله تعالى " فإمساك بمعروف أو تسريح باحسان " وهي متمسكة بعرى الزوجية تقدمها ولو بأن يؤثر غيرها عليها فيما وجب لها بمقتضى عقد الزوجية (1).

لكن ان تجاوز الزوج الحدود كأن أساء خلقه نحوها بمثل ضرب أو سب وشتم ، أو منعها ماتستحقه عليه كالنفقة والمبيت ونحوهما من غير أن تتنازل عن شيئ له ، ولم يشأ الطلاق مخالفا بذلك المبدأ الذي تقوم عليه الحياة الزوجية من امساك بمعروف أو تسريح باحسان ، فلها عندئذ أن ترفع أمرها للقاضي ليدفع عنها الظلم والايذاء ، ويلزم الزوج بمعاشرتها المعاشرة الطيبة ، وان يوصل اليها حقها مما وجب عليه .

فان عاد لتعرفه الشائن بعد نهي القاضي له ، فله ضربه وتأديبه بما يراه مناسبا ، وهذه بعض نصوص الفقهاء تؤيد ذلك .

من الحنفية قال السرخسي : فاذا عاد الى الجور بعد ما نهاه القاضي أوجعه عقوبة ، وأمره بالعدل ، لأنه أساء الأدب فيما صنع ، وارتكب ما هو حرام عليه (2) .

ومن المالكية قال الدردير : وان تعدى الزوج على الزوجة لغير موجب شرعي أو سب لعن أو نحوه وثبت (الضرر) ببينة أو اقرار زجره الحاكم بالوعظ والتهديد ، فاذا لم ينزجر ضرب ان ظن افادته (3)

---

(1) ملاحظة : للمرأة أن ترجع عما تنازلت عنه من الحقوق لزوجها ، وعندما يجب عليه أن يعدل بينها وبين غيرها ان كان متزوجا أكثر من واحدة ، وله أن يطلق ان شاء ، قال الشافعي : ان رجعت فيه (أي في الحق) لم يحل له الا العدل لها أو فراقها . الام ج5/ص203 . وراجع في سبل السلام من كلام الصنعاني : ويصح الرجوع للمرأة فيما وهبت من نوبتها ، لأن الحق يتجدد . سبل السلام ج3/ص[illegible] .

(2) المبسوط ج5/ص219 .

ومن الشافعية قال صاحب مغني المحتاج :« فان أساء خلقه وآذاها بضرب وغيره بلاسبب نهاه عن ذلك ولا يعزره ، فان عاد اليه وطلبت تعزيره من القاضي عزره بما يليق لتعديه عليها (1).

وهذا كلام وجيه ومفيد من الناحية الواقعية ، لأن الاساءة كما هو معلوم ومشاهد تكثر بين الازواج ، فان عزر القاضي الزوج لأول مرة على ماوقع منه ربما ازداد في القساوة والشدة عليها بخلاف ما اذا وعظه هدده فقد ينفع فيه ذلك ولايعود لسابق عمله .

قال البجيرمي وانما لم يعزره في المرة الاولى وان كان القياس بجوازة اذا طلبته لأن إساءة الخلق تكثر بين الزوجين ،و التعزير عليها يورث وحشية بينهما فيقتصر أولا على النهي لعل الحال يلتئم بينهما ، فان عادا عزره (2) .

ما الحكم فيما لو طلبت الزوجة التطليق على زوجها الذي أضرّ بها ؟.

تقرر سابقا أن المرأة اذا رفعت أمرها الى القاضي في شأن زوجها المضر بها فعلى القاضي ـ اذا ثبت عنده ماتدعيه الزوجة ـ أن ينهي الزوج عن تقصيره أو ايذائه ، ويحذره من العودة اليه ، ويأمره بمعاشرتها المعاشرة الحسنة حسب ما أمر الله به في قوله " وعاشروهن بالمعروف " ، فان عاد لما نهي عنه عوقب بما هو مناسب حسب اجتهاد القاضي لكن لايصل بتأديبه له الى ايقاع الطلاق عليه وان طلبته الزوجة وهذا ماعليه جمهور العلماء .

أما المالكية فقد أعطوا الخيار للمرأة بين أن تطلب دفع الظلم عنها اذا رغبت أن تبقى في كنف زوجها ،و بين أن تطلق عليه .

---

(1) الشربيني ، مغني المحتاج ج3/ص260 .

(2) البجيرمي على الخطيب ج3/ص406 .

وعلى هذا اذا ثبت عند القاضي ما ادعت به على زوجها فعلى القاضي أن ينصفها منه ويعطيها ما طلبت ما دامت الجريمة تستحق تلك العقوبة ، وهذه بعض أقوالهم في الموضوع :

قال الدردير : واذا تعدى الزوج على الزوجة لغير موجب شرعي أو سب كلعن ونحوه ، وثبت ببينة أو اقرار زجره الحاكم بالوعظ والتهديد ، فان لم ينزجر ضرب ان ظن افاذته ... هذا اذا اختارت البقاء معه .... ولها التطليق بالتعدي اذا ثبت (1)

وقال في شرحه الكبير عن الضرر الموجب للخيار : وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها وسبها وسب أبيها نحو : يا بنت الكلب ، ويا بنت الكافر ، كما يقع كثيرا من رعاع الناس ، ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق (2)

انظر كيف جعلوا الضرر بأحد أبويها ولو في غيابه موجبا لخيارها كما لو كان واقعا عليها ، بل ذهبوا الى الابعد من هذا حيث قرروا منعه من اعادتها لعصمته ان كانت في عدتها من طلاق رجعي اذا علم منه أنه ما أعادها الا لقصد الاضرار بها . وفي حالة ما اذا اضطرها الامر بسبب ايذائه لها أن تختلع منه فان رفعت ذلك للحاكم حكم برد ما أخذه منها واعتبر الفرقة طلاقا لا خلعا .

قال ابن العربي عند قوله تعالى " وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ان أرادوا اصلاحا " (3) قال : ان قصد بالرجعة اصلاح حاله معها ، وازالة الوحشة بينهما لا على وجه الاضرار

---

(1) الشرح الصغير ج 2 / ص213 .
(2) الشرح الكبير ج2 /ص345 ، وانظر مواهب الجليل ج4 /ص17 .
(3) البقرة جزء آية 226 .

والتسطح بها من الخلاص من رقبة النكاح فذلك له حلال ، والا لم تحل له . ولما كان هذا أمرا باطنا جعل الله تعالى الثلاث علما عليه ، ولو تحققنا نحن ذلك المقصود منه لطلقنا عليه (1) .

وقال العدوي (2) ان المرأة اذا ادعت بعد المخالعة أنها ما خالعت الا عن ضرورة وأقامت بيّنة السماع بذلك فان الزوج يردّ ما خالعها به وبانت منه (3) .

وفي المذهب الحنبلي ما يدل على أنه يفرق بين الزوجين للضرر بترك الوطء ، ذلك ما ذكره ابن قدامة عن الرجل الذي يسافر ويطيل سفره لغير عذر فان الامام أحمد ذهب الى توقيفه بمدة أشهر ، فاذا لم يعد يكتب اليه فان أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما .

وعلل ابن قدامة ذلك بقوله : لان النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما ، وهو مفض الى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كافضائه الى دفع ذلك عن الرجل ، فيجب تحليله بذلك ويكون النكاح حقا لهما جميعا (4) .

ومما تجدر الاشارة اليه أن حق التظلم لدى القاضي ليس قاصرا على المرأة فقط ، اذ بامكان الرجل الذي أضرت به زوجته أن يرفع دعوى ضدها ، ويطلب المخالعة كي يستردّ ما أعطاها من مهر أو جزء منه ، والامر في ذلك يرجع الى القاضي أو الى الحكمين اذا ثبت ما يدعيه الزوج حتى ، وهذا تطليق زوجته عليه ولو من غير رضاه اذا كانت الاساءة

---

(1) أحكام القرآن جـ1/ص178 .

(2) هو الشيخ علي العدوي الصعيدي المصري ، عالم فاضل له حواش كثيرة على الخرشي، وأبي الحسن البصري المنوفي على الرسالة وغيرها ، (ت 1189هـ / م) الفكر السامي جـ2/ص292 .

(3) حاشية العدوي جـ2/ص103 . وانظر شرح ميارة على التحفة جـ1/ص193، الجامع لاحكام القرآن جـ3/ص139 .

(4) المغني ، جـ7/ص30 ـ31 . وانظر الفروع جـ5/ص322 .

وانما أفردنا الكلام عن المرأة في أمر المرفع للقاضي لكون الاساءة تكثر من الازواج دون الزوجات، الا أنه وفي وقتنا الراهن قد نجد العكس هو الصحيح .

قال ابن رشد الجد (1) وان تداعيا في ذلك وتفاقم الامر بينهما ، وارتفعا الى الحاكم حكّم بينهما حكمين ... فاذا تبين لهما أن الضرر من قبل الزوج فرّقا بينهما بغير غرم ، تغرمه المرأة ، ويكون لها نصف صداقها ان كان ذلك قبل الدخول ، كجميعه ان كان بعد الدخول لان حكم نصف الصداق قبل الدخول بعد الدخول ، واذا تبين لهما أن الضرر من قبل المرأة أثبتها تحته وأمضاه على غيبتها ، وأذنا له في تأديبها كما أمر الله تعالى ، واذا تبين لهما أن كل واحد منهما مضر بصاحبه فرقا بينهما بغرم بعض الصداق ، نصفه اذا كان اضرار كل واحد منهما لصاحبه متكافئا ، وأكثر ان كان الاضرار منه أقل ، وأقل من النصف ان كان الاضرار منها أقل ... وهذا مذهب مالك وأصحابه (2) .

وعلى وفق ماقرره فقهاء المذهب المالكي في التطليق بالضرر ورد قانون الاسرة الجزائري: حيث جاء في المادة :(55) عدد ثوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر (3) فينبغي تفسير هذه المادة على ضوء ماهو مقرر في المذهب، كما صوّره ابن رشد وغيره من علماء المذهب .

---

(1) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي ، يكنى أبا الوليد القرطبي ، بصحة النظر ، وجودة التأليف ، ودقة الفقه ، له تصانيف كثيرة منها : البيان والتحصيل لما في المستخرجة ، وكتاب المقدمات على المدونة (ت520 هـ م) ابن الديباج المذهب جـ2/ص243 ـ 249 .

(2) المقدمات الممهدات لبيان ما في المدونة جـ2/ص254 .

(3) الجريدة الرسمية عدد 24 مرجع سابق .

المبحث الثالث: كيفية اثبات القاضي للنشوز.

لا يقبل قول المرأة في دعوى ضرر زوجها بها الا اذا اثبتته ، ويثبت الضرر بأحد أمور ثلاثة وهي :

1 — الاقرار من الزوج على ظلمه وتعديه .

2 — الشهادة المعتادة ، ويقبل في ذلك شهادة رجل واحد مع يمينها .

3 — السماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران .

قال التسولي : ان اضرار أحد الزوجين للاخر يثبت بأحد أمرين :

أ — اما شهادة عدلين فأكثر لمعاينتهم اياه ، لمجاورتهم للزوجين أو لقرابتهم ونحو ذلك .

ب — واما السماع الفاشي المستفيض على السنة الجيران ، من الناس والخدم وغيرهم (1) .

وقال في الشرح الصغير : ويثبت الضرر ببينة أو اقرار(2)

هل يشترط للتفريق بين الزوجين تكرار الضرر ؟

علماء المالكية على خلاف في هذا ، فيرى بعضهم أن ثبوت الضرر ولو للمرة الاولى كاف في اعطاء المرأة حق الخيار بالطلاق .

واشترط آخرون تكرار الضرر للحكم بموجب التطليق ومنهم من توسط في القضية وقال : ان كان الضرر فاحشا فانه يوجب الخيار ولو من غير تكرار بخلاف ما اذا كان خفيفا ، فانه لا يوجبه للمرة الاولى ، وهذه أقوالهم :

قال الخرشي : اذا ثبت بالبينة عند القاضي أن الزوج يضار بزوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار ، فان شاءت أقامت على هذه الحالة ، وان شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة لخبر "لا ضرر ولا ضرار"(3).

---

(1) البوجعفري شرح التحفة ج1/ص302.

(2) الدردير : الشرح الصغير ج3/ص312.

(3) الخرشي ، على المختصر ج3 /ص149.

وقال التسولي : لابد من تكرار الضرر حيث كان أمرا خفيا ، فان كان ضربا فاحشا كان لها التطليق به (1) .

وقال ابن عبد الصادق (2) : والعجب كيف تطلق المرأة نفسها بالمرة الواحدة اذ لايخلو منه الازواج (3) .

وهذا الرأي الاخير هو اللائق بالحال حيث تراعى فيه المصلحتان معاً، مصلحة المتضرر الطالب للفرقة ومصلحة الزوجية والعلاقة الاسرية، لان الاختلاف و الشقاق الذي يصحبه بعض الضرر لايكاد يخلو منه بيت من البيوت ، فلو أوجبنا الفرقة بالضرر لمجرد وقوعه مرة واحدة لكان هذا الامر سببا في ضياع الكثير من الاسر ، وتهديم كيانها ، وتيتيم للابناء مع أبويهما ان كان هناك أولاد .

فالذي تقتضيه المصلحة العامة اذا وهي لاشك أنها مقدمة على المصلحة الفردية أن لاتتعين الفرقة ولايعطى طالبها الخيار الا اذا تكرر الضرر والتكاثر مع محاولة ازالته بالطرق السابقة الذكر ، والله أعلم .

أما اذا لم تتمكن الزوجة من اثبات الضرر ، وأكثرت الالحاح على القاضي المرة تلو الاخرى ، فعليه أن يبحث حكمين لمعاينة لطالم من المظلوم ان كان ماقالته صدقا ، ثم القيام بالاجراء الذي سبق توضيحه في فصل الشقاق فليراجع هناك .

---

(1) البهجة في شرح التحفة ج1/ص306 .

(2) هو أبوعبد الله محمد بن عبد الصادق الدوكالي الفرجي ؛ مفتي فاس وخطيبها ، له شرح على مختصر خليل ، واخر على نظم ابن عاشر (ت 1175هـ/ الحجوي ، الفكر السامي ج2/ص290 .

(3) البهجة في شرح التحفة ج1/ص306 .

المبحث الرابع : موقع الطلاق بالشروط

قال ميارة : الشروط في النكاح على ثلاثة أقسام :

أحدها : ما لا يناقض العقل بل يقتضيه ، ومن مثله شرط أن لا يضر بها ، ووجود مثل هذا الشرط وعدمه سواء لأنه يحكم به ذكر أو ترك ، وانما يظهر أثر اشتراطه فيما اذا اثبتت الضرر ، فان كان شرطا في العقد فلها تطليق نفسها من غير رفع للحكم ...

وان لم يكن شرطا فقي افتقار تطليقها نفسها للرفع للحاكم وعدم افتقاره قولان :

قيل لها ذلك من غير رفع كما لو اشترطته في عقد نكاحها ، وقيل : لا تطلق نفسها الا بعد الرفع للحاكم ...

وعلى أنه لابد من الرفع للقاضي ، فللحاكم أن يزجره ابتداء بما يقتضيه اجتهاده من توبيخ أو سجن أو غيره ، فان عاد لمضارتها قضى عليه بالطلاق (1)

ورجّح التسولي في البهجة أن للمرأة أن توقع الطلاق ولو لم يأمرها به الحاكم ، اذا أثبتت الضرر عنده ، وحكاه عن كثير من المحققين في المذهب (2).

ثم قال وعليه عوّل الناظم (3) في النفقات حيث قال :

وباختيارها يقع (4).

بل قد ذهب الى الابعد من هذا فجوّز للمرأة أن تطلق نفسها ولو قبل الرفع للقاضي ، حيث قال :

وطلاقها نفسها قبل الرفع معمول به اذا وقع ، بل الظاهر أنّه معمول به ولو لم يقر بالضرر أو بالضرر ، وندعو ذلك ، اذ غايته أنّه اذا لم يقر وادعى البحث في شهود الضرر.

---

(1) شرح ميارة على التحفة ج1/ص195.
(2) البهجة في شرح التحفة ج1/ص305.
(3) هو عاصم صاحب تحفة الحكام في الاحكام انظر ترجمته في الفكر السامي ج2/ص253
(4) البهجة في شرح التحفة ج1/ص305.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

بجرحة أو غيرها مُكِّنَ ، فان أثبت ذلك وعجزت المرأة عن الطعن فيه فالطلاق مردود لأنه لم يقع في محله الشرعي ،وان عجز عن اثبات ذلك فالطلاق ماض(1) .

وفي هذا القول نظر اذ مما هو متفق عليه أن الطلاق بيد الرجل وحق من حقوقه منحه أياه الشارع وطلب منه أن لا يستعمله الا اذا دعت الحاجة اليه ، وان اتيانه به لغير حاجة يعتبر بمثابة التلاعب بحدود الله ، فاذا كان الامر كذلك مع من يملكه ، فكيف يكون الحال مع من لا يملكه ، ويقال ان للمرأة أن توقع الطلاق ولو من غير رضى الزوج ولا أمر من حاكم ، ولا حتى استشارته فيه ، ان في هذا فتح للتلاعب بأحكام الشرع وحدوده ، وان كنا نقول بجواز التطليق للضرر ولو لم يرضه الزوج بشرط الرفع للقاضي ، فاذا ثبت عنده ما تدعيه سعى في رفع الضرر عنها أولا دون اللجوء الى التطليق عليه لأول مرة ، فاذا لم يفلح في مسعاه أمر الزوج بالطلاق ، فان أبى الزوج فعل ذلك ، قام مقامه وطلق عليه ، أو يأمرها بفعله في حضرته ، فهي بهذا نائبة عن القاضي ، وهو نائب عن الزوج ولو من غير رضاه ، لأن الحياة الزوجية قائمة على شرط الامساك بالمعروف ، فاذا لم يتحقق بين الزوجين تعيّن التسريح باحسان . والله أعلم .

أما ماورد في قانون الاسرة بشأن التطليق للضرر فقد سبق التنويه بأن جل الاحكام الواردة فيه مأخوذة من المذهب المالكي وهو مصدرها .

فذكرت المادة :(53) جملة من أنواع الضرر منها :

3/53 : الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر .

6/53 : كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما اذا نجم عن مخالفة الاحكام الواردة في المادة :(8)، و، (37).

7/53 : ارتكاب فاحشة مبيّنة (2).

---

(1) البهجة في شرح التحفة ج1/ص306.

(2) الجريدة الرسمية عدد 24 . الفقرات المتبقية من المادة المذكورة سبق التنبيه عليها في مواضعها .

فبالنسبة للفقرة رقم (3) والمتعلقة بالهجر أعطت المادة أقصى مدة منحها الشرع للزوج ان حلف أن لا يقرب زوجته وهو مايسمى في لغة الفقه بالايلاء (1) ، وسواء حلف أو لم يحلف فاذا ترك المضجع طوال هذه المدة ولم يشأ العودة بعد ذلك طلق القاضي عليه بناء على طلب الزوجة، مالم يكن له في ذلك عذر شرعي ، كمرض أو لكون زوجته ترضع (2).

قال ابن العربي : اذا امتنع عن الوطء قصد الاضرار من غير عذر ، ولو لم يحلف كان حكمه حكم المولي ، وترفعه الى الحاكم ان شاءت ويضرب له الاجل من يوم رفعه لوجود معنى الايلاء في ذلك ، فان الايلاء لم يرد لعينه ، وانما ورد لمعناه وهو المضارة وترك الوطء (3) .

وجاء في الفقرة رقم (6) كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين (8) و (37) .

فالضرر المعتبر شرعا والذي يخول للمرأة حق طلب التطليق اما أن يكون بالقول كالسب والشتم واللعن وغيرها ، أو يكون بالفعل كالضرب لغير سبب أو ضربا مبرحا ولو للتأديب ، أو ترك الكلام معها وادارة الوجه عنها كلما نظرت اليه قاصدا بذلك مضارتها لا تأديبها .

وأكدت المادة خامسة على الضرر الناتج عن مخالفة الاحكام الواردة في المادتين (8) و (37) . وتتضمن المادة رقم (3) : أن الزوج اذا زاد امرأة ثانية دون أن يعلمها أي دون أن يعلم الاولى أنه يريد الزياد عليها ، ودون أن يعلم الثانية أنه متزوج بغيرها فان هذا يخول لكل واحدة منهما حق طلب الفرقة عند عدم الرضا

---

(1) لتحديد معنى الايلا راجع هامش صفحة 83 .

(2) قال ابن عباس وعلي رضي الله عنهما : لو حلف ألا يقربها لأجل الرضاع لم يكن موليا، لأنه قصد صحيح لا اضرار فيه ، أحكام القرآن لابن العربي ج1/ص177 .

(3) أحكام القرآن ج1/ص177 .

وبالرجوع الى كتب الفقه وخصوصا في المذهب المالكي باعتباره أوسع المذاهب ان لم نقل المذهب الوحيد الذي يذهب الى القول بجواز التفريق بين الزوجين للضرر، لم يوجد منهم من اعتبر أن الزيادة على أكثر من واحدة — في حدود ما سمح الشرع به — يعتبر اضرارا بالزوجة السابقة أواللاحقة ان لم يعلمها بذلك .

نعم في حالة عدم العدل بينهما فيما يملك فيه العدل وقد بذلك المنارة ، فللتي وقع عليها الضرر أن ترفع أمرها للقاضي طالبة منه الطلاق ، وهناك طريق آخر للمرأة التي تريد أن تنفرد بالرجل دون مزاحمة ضرة لها أن تشترط عليه عند العقد انه ان تزوج عليها فأمرها بيدها ، ولها الخيار في البقاء معه أو مفارقته .

فبهذا الشرط يحق لها ان زاد عليها من غير رضاها أن تطلب الطلاق عند القاضي ، وفي غير هاتين الحالتين لا يجوز (1). والله أعلم .

أما ماتضمنته المادة (37) فقد مرّ بحثه ضمن موضوع التفريق للاعسار بالنفقة فراجعه هناك .

ومن الاسباب التي تخول للزوجة طلب التطليق أيضا :

ارتكاب الزوج فاحشة مبيّنة .

معنى الفاحشة المبيّنة :

قيل : الفحش والفاحشة والفحشاء ، القبيح من القول أوالفعل ، وجمعها فواحش (2).

وقال ابن الاثير : وكثيرا ماترد الفاحشة بمعنى الزنا ، ويسمى الزنا فاحشة ، قال تعالى :" الا أن يأتين بفاحشة مبيّنة "(3)

---

(1) راجع الشرح الكبير جـ2/ص345 و ص420 ، انظر شرح الخرشي على المختصر جـ3/ ص149 .

(2) ابن منظور ، لسان العرب جـ5/ص3355.

(3) النساء جزء آية 19.

قيل الفاحشة المبيّنة أن تزني فتخرج للحدّ ، وقيل الفاحشة خروجها بغير اذن زوجها (1) .

فان أريد بالفاحشة المنصوص عليها في المادة الزنا فعلى هذا اذا اقترف الزوج هذا الفعل المحرم عدّ من الاضرار بالزوجة ، يوجب لها حق طلب الفرقة ، بينما المتفق عليه بين علماء أهل السنة (2) أن الفرقة في مثل هذه الحالة تقع اضطرارا لانه اذا ثبت زنا الزوج بالشهادة أو الاقرار فحكمه الرجم الى حد الموت ، لكن بتعطيل أحكام الشريعة نجد مثل هذه الاحكام الترقيعية التي لا سند لها من الشرع .

عن عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم (3)

وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : — وهو جالس على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم — ان الله قد بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب ، فكان مما أنزل عليه آية الرجم قرأناها ووعيناها وعقلناها فرجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده ، فأخشى ان طال بالناس زمان أن يقول قائل مانجد الرجم في كتاب الله ، فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله ، وان الرجم في كتاب الله حق على من زنى اذا أحصن من الرجال والنساء اذا قامت البيّنة أو كان الحبل أو الاعتراف (4) .

---

(1) ابن منظور لسان العرب ج5/ص 3355.

(2) راجع ابن رشد ، بداية المجتهد ج2/ص434 ، شرح النووي على صحيح مسلم ج11 ص189 ، كتاب الحدود .

(3) صحيح مسلم بشرح النووي ج11/ص189 — 190 كتاب الحدود .

(4) نفس المرجع ج11/ص191 — 192 كتاب الحدود .

الفصل الخامس

التفريق للغياب

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

غياب الزوج عن أهله قد يكون بارادته ورضاه ، وقد يكون مكرها عليه كحالة دخوله السجن مثلا .
والغياب الذي يفعله الزوج بارادته اما أن يكون الغرض منه سليما كسفره لطلب العلم أو لاجل التجارة أو العمل ان احتاج لذلك ، أو يكون القصد منه الحاق الضرر بالزوجة وذلك ببعده عنها ، وقد ينقطع خبره فلا تعلم له حياة من موت ، ولا يعلم في أي جهة هو ، فنظرا لهذه الصور المتعددة والمتنوعة ارتأينا أن نجعل هذا الموضوع في فصل مستقل ضمن مباحث ثلاثة ، مع أنه لصيق بموضوع الفصل السابق ، والمباحث هي : المبحث الاول : التفريق للغياب ، المبحث الثاني : التفريق للحبس ، المبحث الثالث : التفريق للفقد .

المبحث الاول : التفريق للغياب .

اذا غاب الزوج عن زوجته مدة طويلة فتضررت بغيابه وخشيت على نفسها الفتنة فهل لها بهذا طلب الفرقة عنه ؟
للفقهاء في هذا رأيان :
الرأي الاول : ذهب المالكية والحنابلة الى جواز طلب المرأة للتطليق بسبب غياب الزوج عنها اذا لم تصبر على فراقه ، وتضررت من ذلك ولو ترك لها ما تنفقه على نفسها ، الا أن القاضي لا يوقع الطلاق عليه الا بعد أن يكتب اليه ان علم مكانه ، فيطلب منه الحضور لزوجته أو يلحقها به ، أو يطلق ان لم يكن له بها شأن ، فاذا لم يفعل واحدا من هذه الثلاثة قام القاضي وطلق عليه .
واختلفوا في أدنى مدة يمكن للزوجة أن ترفع فيها الامر للقاضي طالبة الفرقة ، وفي نوع الغياب الموجب للتطليق .
فتعد المالكية أقل مدة يمكن للمرأة فيها طلب التطليق سنة على المعتمد في المذهب ، وفي رواية ثلاث سنوات فما فوق .

أمّا عن نوع الغياب فلم يفرقوا بين الغياب الذي يعذر فيه صاحبه كالسفر لأجل التجارة أو طلب العلم، والغياب الذي لا عذر فيه .

قال الدردير : الغائب لابدّ من طول غيبته سنة فأكثر ، ولابد من الكتابة اليه اما أن يحضر أو ترحل امرأته اليه ان علم محلّه وأمكن ، ولا بدّ من خوفها على نفسها ويعلم ذلك من جهتها (1)

وقال الدسوقي : لا يطلق على من ترك الوطء لغيبته الا اذا طالت مدّة الغيبة وذلك كسنة فأكثر عند أبي الحسن (2) وهو المعتمد ، وقال ابن عرفة السنتان والثلاث ليست بطول بل لابدّ من الزيادة عليها (3) .

أما المذهب الحنبلي فأدنى مدّة يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي بعد مضي ستة أشهر من غياب زوجها ، اذ هي المدة التي يمكن للمرأة أن تصبر فيها ، وقد ثبت أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقت للجند مدة ستة أشهر يقفونها في الجندية ثم يعودون لأهاليهم، وهذا باستشارة ابنته حفصة رضي الله عنها (4) .

---

(1) الشرح الكبير ج 2 /ص431 .

(2) لعلّه أبا الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي ، نزيل صفاقس أمّا أدلّه في القيروان عالم متفنن ذو نظر ثاقب في الفقه وغيره من العلوم ، هو أحد الائمة الاربعة المعتمدة ترجيحاتهم في مختصر خليل (ت478 هـ م) الحجوي ، الفكر السامي ج2/ص

(3) حاشية الدسوقي ج2/ 431 .

(4) جرت عادة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه هو الذي كان يحرس المدينة بالليل وذات ليلة وهو يطوف بالمدينة سمع به يسمع امرأة في بيتها تقول :

تطاول الليل واسود جانبه ∴ وطال علي أن لا خليل ألاعبه

ووالله لولا خشية الله وحده ∴ لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عمر عنها فقيل له هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله ، فأرسل اليها امرأة تقيم عندها ريثما يعود زوجها ، وقد أرسل في طلبه ثم دخل على ابنته حفصة فقال ، يابنية كم تصبر المرأة على زوجها ؟ فقالت سبحان الله ! مثلك يسأل مثلي عن هذا الامر ، فقال لولا أني أريد النظر للمسلمين ماسألتك ، قالت خمسة أشهر ، ستة أشهر . فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرا ويقيمون أربعة أشهر ويعودون في شهر .

راجع المغني ج7/ 31 .

واشترطوا في الغياب الموجب للتفريق أن يكون لغير عذر ، فان كان لعذر لا يستجاب لها ولو تضررت .

قال ابن قدامة : وان سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء وان طال سفره ، وان لم يكن له عذر مانع من الرجوع فان أحمد ذهب الى توقيته بستة أشهر ، فانه قيل له كم يغيب الرجل على زوجته ؟ قال : ستة أشهر ، يكتب له فان أبى أن يرجع فرّق الحاكم بينهما (1) .

وجاء في العدة ومن سافر عن زوجته فوق ستة أشهر والبلد قدومه فأباه من غير عذر فرق بينهما (2) .

ودليل أصحاب هذا الرأي حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي قال فيه لا ضرر ولا ضرار .

وجه الاستدلال من الحديث : ان غياب الزوج عن زوجته مع عدم عودته اليها ولا هو أخذها اليه يعتبر ضرارا بها ، والضرر يجب أن يزال قدر الامكان وطريقة ازالته في مثل هذه الحالة أن يقوم القاضي بتطليق عليه .

وقالوا : غيابه عن زوجته قد يدفعها الى ارتكاب الفواحش التي حرمها الله ، فتعين تسريحها لتتزوج غيره ممن تسكن تحت جناحه .

ويلاحظ أن الغياب الذي ذكره الفقهاء فيما اذا كان خارجا عن البلد ، أما ما كان في نفس البلد الذي تسكنه الزوجة ولو بعدت الشقة بينهما ، فالتطليق لا يقع بسببه ، وانما بسبب الضرر الناتج عنه .

وان لم يترتب على هذا التفريق نتيجة تذكر ، اذ الحكم في كلتا الحالتين واحد ، والعلة الحقيقية في الفعلين واحدة ، وهي قصد الاضرار أو المضارة .

---

(1) المغني جـ7/ص31 .
(2) العدة شرح العمدة ص400 .

الـــرأي الـــثانـــي : ذهـب الحنفيـةوالـشافعيـة والظاهريـة الـى أنـه لايـصـح التفـريـق بسـبـب غيـاب الـزوج ولـو طـالـت مـدتـه لانعـدام وجود أصـل شـرعـي يقـوم عليـه هـذا النـوع مـن التفـريـق .

نقـل صـاحـب مغنـي المحتـاج عـن الـشافعـي قـولـه : انـه لافسـخ مـادام الـزوج مـوسـرا وان غـاب غيـبـة منقـطـعـة (1).

وقـال ابـن خـزم : لايـجـوز فـسـخ نـكـاح أحـد بمغيبتـه ولاايجاب عـدة ممـن لايـصـح موتـه ، ولا أن يـطـلـق أحـد عـن غيـره (2).

وبـقـول المـالكيـةوالحنـابلـة أخـذ قـانون الاسـرة حيـث جـاء فـي المادة /:(53/5) (3).

يجـوز للـزوجـةأن تطـلـب التطـلـيـق لـلا سـبـاب التالـيـة:

الغيـبـة بعد مضي سنـةدون عـذر ولا نفقـة .

قيـدت المادة جـواز طـلـب التطليـق بشـروط ثـلاثـة .

1 ـ الغيـبـةبعد مـضي سنـة، وهـو المعتمـد فـي مـذهـب المالكيـة .

2 ـ أن تكـون الغيـبـة بـدون عـذر وهـذا رأي الحنـابلـة .

3 ـ عـدم الانفـاق عليهـا طـوال هـذه المدة .

فـاذا تخلـف شـرط مـن هـذه الـشروط الثـلا ثـة فلـن يستجـابلطلبهـا ، فلـو فـرضـنـا أن الـزوج غـاب فـي سـفـر لاتـدعـو الـيـه حـاجـة ومـال غيـابـه لأزيـد مـن سنـة حتـى تضـررت مـن ذلـك ، الا أنـه تـرك لـهـا ماتنفـقـه علـى نفـسـهـا طيـلـة هـذه المدةأو أكثـر ، فرفعـتدعوى ضـده طـالـبـة التطليـق عليـه لأجـل غيابـه عنـهـا .

فبنـص المادة لـن تتمكـن مـن ذلـك ولـن يستجـاب لطلبـهـا لعـدم اكتمـال الشـروط الموجبـة للخيـار . وكـان الاولـى عـدم ذكـر هـذا القيـد الاخيـر لأنـه مذكـور فـي الفقـرة (1) مـن نفـس المادة ، وحتـى يكـون التفـريـق بالغيـاب فقـط حسـبـه مـن صـرح بـذلك ممـن قـال بجوازه مـن الفقـهـاء .

---

(1) الشربيني ، مغني المحتاج ج3/ص442 .

(2) المحـلـى ج10/ص142 . وعن المذهب الحنفي أنظر السرخسي المبسوط ج11/ص34 ـ 35 . الكاساني ، بدائع الصنائع ج6 /ص196 .

(3) الجريدة الرسميـة مرجع سابق .

المبحث الثاني : التفريق للحبس

ليس في المذهب المالكي القائل بجواز التفريق بسبب الغياب نص يقضي بأن حبس الزوج مدة طويلة يعطي المرأة حق طلب التطليق .

وبالنظر للعلة التي علّلوا بها جواز التفريق للغياب وهي الضرر اللاحق بالزوجة لبعد زوجها عنها ولو كان غيابه لعذر ، وهذه العلة ولا شك أنها موجودة ومتحققة في حالة حبس الزوج مدة أكثر من السنة مع بدء التنفيذ اذ الزوج في سجنه بمثابة الغائب في سفره ، مع العلم أن الرفع لا يكون الا بعد مضي سنة من الحبس كالغياب سواء بسواء .

وفي المذهب الحنبلي قول لابن تيمية ذكره أبو زهرة في كتابه الاحوال الشخصية يقضي بالتسوية بين امرأة الغائب وامرأة المحبوس في اعطاء حق الخيار لكل منهما فقال : القول : في امرأة الاسير والمحبوس ونحوهما مما يتعذر انتفاع امرأته به اذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود (1).

وقد أجاز قانون الاسرة التفريق لحبس الزوج مدة تزيد عن السنة قياسا على التفريق للغياب ، الا أن التفريق المنصوص عليه في القانون لا يكون لمطلق الحبس ، بل قيد بما اذا كان سبب الحبس ارتكاب أفعال شائنة وقبيحة ينكرها الشرع والطبع البشري ، حيث ورد في المادة (53) الفقرة الرابعة : الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الاسرة ، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية (2).

وكما هو ملاحظ فقد قيدت الفقرة بقيود كثيرة حتى ذهبت الجدوى من تشريعها . (3).

---

(1) الاحوال الشخصية لأبي زهرة ص368 ، مع العلم أني بحثت عن هذا الرأي في فتاوى ابن تيمية فلم اعثر عليه .

(2) الجريدة الرسمية عدد 24 مرجع سابق .

(3) راجع في هذا : شرح قانون الاسرة الجزائري للاستاذ فضيل سعد ج1/ص388 وما بعدها .

المبحث الثالث: التفريق بفقد الزوج

المفقود : اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبر أنه حيّ أم ميّت (1)

قد يطلق على المفقود بالغائب لكن الغائب غالبا مايكون في حالة مأمن واستقرار بخلاف المفقود فهو عرضة للهلاك أكثر منه للسّلامة .

وأكثر مايطلق اسم المفقود على من فقد في حالة الحروب أو انحرف به المسير وهو في البحر فلم تعلم حياته من موته أو تاه في الصحراء كبرى ، فهلاكه في هذه الحالة أغلب الى الظن من القول بسلامته .

والكلام عن الفقد عند الفقهاء من حيث جواز التربص به — نفس الكلام الذي قيل في الغياب من حيث المشروعية ، الفقهاء أجازوا التفريق بين الزوجين للغياب وهم المالكية والحنابلة ، أجازا أيضا التفريق بسبب الفقد ، والذين منعوه في الغياب وهم الحنفية والشافعية والظاهرية منعوه بسبب الفقد أيضا ، وهذا تفضيل للخروج

المذهب الاول : اتفق المالكية والحنابلة مبدئيا على جواز تطليق الزوجة على زوجها المفقود اذا طلبت

واختلفوا في تصنيف المفقود ، والمدة التي تنتظرها زوجة كل مفقود من الاصناف الآتي ذكرهم .

المالكية : قال ابن رشد : والمفقود عند المحصّلين من أصحاب مالك أربعة :

1 — مفقود في أرض الاسلام ... 2 — ومفقود في أرض الحرب ... 3 — ومفقود في حروب المسلمين أعني فيما بينهم .. 4 — ومفقود في حروب الكفار ...

فأما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الاسير ، لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ، ما خلا أشهب فإنه حكم له ، بحكم المفقود في أرض المسلمين .

---

(1) بدائع الصنائع ج 6/ر 196 .

وأما المفقود في حروب المسلمين فقال ان حكمه حكم المقتول دون تلوّم ، وقيل يتلوّم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه ، وأقصى الاجل في ذلك سنة ، وأمّا المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب أربعة أقوال : قيل حكمه حكم الاسير ، وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوّم سنة ...

والقول الثالث : أن حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين ، والرابع حكمه حكم المقتول ، وهذه الاقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الاصلح في الشرع وهو الذي يعرف بالقياس المرسل (1) .

وذكر ابن رشد قبل هذا حكم المفقود في أرض الاسلام في غير فتنة بيدوم نقله عن الامام مالك ، فقال : قال مالك : يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها للحاكم فان انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الاجل ، وروى هذا القول عن عمر وعثمان وبه قال الليث (2) على أن يبدأ حساب المدة من تاريخ الرّفع للقاضي بعد اليأس من وجوده لا من تاريخ الفقد ، قال الامام مالك : اذا أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها الى السلطان نظر فيها وكتب الى موضعه الذي خرج اليه فان يئس منه ضرب لها من تلك الساعة أربع سنين (3) .

فاذا انتهى الاجل المضروب ولم يظهر له خبر اعتدت عدة الوفاة وحلت للأزواج (4) .

---

(1) بداية المجتهد جـ2/ص52 — 53 . القياس المرسل أو كما يطلق عليه بالمصلحة المرسلة ، و سماها الامدي بالمناسب المرسل : وهو المصلحة التي لم يشهد الشرع لها باعتبار ولا الغاء ، الامدي ، الاحكام في أصول الاحكام جـ4 / 167 بتصرف وعرفه ابن رشد بنفسه بقوله : القياس المرسل : هو الإلتفات الى المصلحة ... وليس له أصل معين يستند اليه وقد أنكره كثير من العلماء ، والذي ... من مذهب مالك القول به ، ابن رشد ، بداية المجتهد جـ2/ص3 بتصرف .

(2) بداية المجتهد جـ2 / ص52 .

(3) المدونة الكبرى جـ2/ 92 .

(4) شرح ميارة على التحفة جـ1/ص267 ، وانظر المختصر ص159 .

الحنابلة : المفقود عند الحنابلة على صنفين :

الصنف الاول : المفقود الذي ظاهره السلامة فهذا لاتزول زوجيته الا اذا علم موته .

الصنف الثاني : المفقود الذي يغلب عليه الهلاك فهذا تتربص زوجته أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة وبعدها تحل للأزواج .

قال ابن قدامة : الحال الثاني : أن يفقد وينقطع خبره ولا يعلم له موضع فهذا ينقسم الى قسمين :

أحدهما : أن يكون ظاهر غيبته السلامة كسفر التجارة وفي غير مهلكة ،وطلب العلم والسياحة ، فلاتزول الزوجية أيضا مالم يثبت موته .

القسم الثاني : أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله ليلا أونهارا ،أو يخرج للصلاة فلا يرجع أو يمضي الى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع فلا يظهر له خبر أو يفقد بين الصفين ،أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفقته أو يفقد في مهلكة الحجاز كبرية الحجاز ونحوها فمذهب أحمد الظاهر عنه أن زوجته تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا وتحل للأزواج (1) .

المذهب الثاني : لايصح التفريق بين المفقود وزوجته حتى يعلم موته أولا يبقى أحد من أقرانه على قيد الحياة ، وهو مذهب الحنفية والظاهرية .

الحنفية : قال الكاساني : وأما حال المفقود فعبارة مشايخنا رحمهم الله عن حاله أنه حي في حق نفسه ميت في حق غيره ... ومعنى هذه العبارة أنه تجري عليه أحكام الاحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حي حقيقة ، وتجري عليه أحكام الاموات فيما لم يكن له فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة (2)

---

(1) ابن قدامة ، المغني ج7/ص488 — 489 .

(2) بدائع الصنائع ج6/ص196 .

وقال السرخسي : فاذا لم يظهر خبره فظاهر المذهب أنه اذا لم يبق أحد من أقرانه حيّا فانه يحكم بموته، لأن ماتقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء (1).

وهناك من فقهاء الحنفية من قال بالتفريق بين المفقود وزوجته اذا مضى على فقده أربع سنين لموضع الضرر، نقل هذا الكلام ابن عابدين عن بعض فقهاء المذهب وارتضاه .(2).

الشافعية : قال الشافعي : لم أعلم مخالفا في أن الرجل أو المرأة لو غابا أو أحدهما برّا أو بحرا علم منيتهما أو لم يعلم فماتا أو أحدهما فلم يسمع لهما خبر أو أسرهما العدو فصيّروهما الى حيث لا خبر عنهما ، لم نورّث واحدا منهما مع صاحبه الا بيقين وفاته قبل صاحبه ، فكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت متّما وصفت أو لم أصف، باسر عدو أو بخروج الزوج ثم ففي ملكه أو بهيام من ذهاب عقل أو خروج فلم يسمع له خبر أو بمركب في بحر فلم يأت له خبر، أو جاء خبر أن غرقا كان كأن يرون أنه قد كان فيه ،ولايستيقنون أنه فيه لا تعتدّ امرأته ولا تنكح أبدا حتى يأتيها يقين وفاته ثم تعتدّ من يوم استيقنت وفاته وترثه (3).

الظاهرية : قال ابن حزم : ومن فقد فعرف أين موضعه أو لم يعرف في حرب فقط، أو في غير حرب وله زوجة .... لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبدا ، وهي امرأته حتى يصحّ موته أ و تموت هي (4) .

وسبب الخلاف بين الفقهاء كما قال ابن رشد : معارضة استصحاب الحال للقياس، وذلك ان استصحاب الحال يوجب ألا تنحلّ عصمة الا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك ، وأما القياس

---

(1) المبسوط ج11/ص35.
(2) حاشية رد المحتار ج4/ص295.
(3) الام ج5/ص239.
(4) المحلى ج10/ص133 — 134.

فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالايلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون في هذين (1) .

والى جانب القياس الذي ذكره ابن رشد دليلا لإصحاب القول الاول — وهم المالكية والحنابلة — استدلوا أيضا بقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" .

وبقوله صلى الله عليه وسلم "عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي عضوا عليها بالنواجد " ، وقد صح عن عمر وعثمان وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم جميعا ان امرأة المفقود تتربص أربع سنين ، ولا مخالف لهم الا رواية عن علي بن أبي طالب أنها لا تتزوج حتى يعلم موته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يجيئ الى مثله ، والصحيح عن علي مثلما روى عن عمر (2) .

وهو اختيار ابن المنذر لاتفاق خمسة من الصحابة عليه (3) .

وقال ابن تيمية : ففي المفقود المنقطع خبره ان قيل : ان امرأته تبقى الى أن يعلم خبره ، بقيت لا أيما ولا ذات زوج الى أن تصير عجوزا ، وتموت ولا تعلم خبره ، والى ربعة لم تأت بمثل هذا . فلما أكملت أربع سنين ولم يتكشف خبره حكم بموته ظاهرا (4) .

واستدل أصحاب القول الثاني القائلين بعدم جواز التفريق بسبب الفقد زيادة على الاستصحاب الذي ذكره لهم ابن رشد ، بالحديث المنسوب الى النبي صلى الله عليه وسلم الذي رواه عنه المغيرة بن شعبة : امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان (5) .

---

(1) بداية المجتهد جـ2/ص52 .
(2) أنظر ابن رشد ، المقدمات الممهدات بحاشية المدونة جـ2/ص104 .
(3) ابن حجر ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ9 /ص431 .
(4) الفتاوى الكبرى جـ20/ص578 .
(5) العيني ، البناية شرح الهداية جـ6/ص65 .

وفي رواية :حتى يأتيها الخبر .

قال العيني : وهذا الحديث ضعيف، وقيل أنه حديث منكر (1) .

أما قانون الاسرة فقد سوى بين المفقود والغائب وجعل حكمهما واحدا ، حيث ورد في المادة :(112) لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة (53) من هذا القانون (2) والفقرة الخامسة من المادة المذكورة كما سبقت الاشارة اليه تنص على أن للمرأة أن تطلب التطليق عن زوجها الغائب بعد مضي سنة من غيابه لغير عذر ، ولا ترك لها نفقة .

---

(1) العيني ، البناية في شرح الهداية ج6/ص65 .

(2) الجريدة الرسمية عدد 24 ، مرجع سابق ، والفقرة الخامسة من المادة (53) صيغتها كالآتي : يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :

5 — الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة .

الخاتمة :

جعل اللّه عزوجلّ الطلاق بيد الازواج نظرا لما يتميّز به الرجال غالبا من الأناة والتفكير في العواقب، فالزوج السويّ قبل أن يقدم على الطلاق ينظر الى ماينتج عن فعله من تشتيت لألأسر وتفريق للاولاد مع انفاقه عليهم ولو خارج بيته ، بالاضافة الى حقوق مطلقته عليه في فترة عدّتها .

وان هو أقدم على الزواج بثانية ما يلزمه من مهر وتكلفة عرس زيادة على المتاعب النفسية والعقلية التي تصاحبه طول هذه الفترة ، فهذه الأمور كلّها تجعل الزوج لايقدم على حلّ العصمة الزوجية الا اذا اضطر اليه اضطرارا ورأه المخرج الوحيد لما هو فيه من شقاء وتعاسة من سوء معاشرة زوجته له ، أوعدم رغبته فيها . وفي المقابل أعطى الشارع الحكيم المرأة حقّ طلب التطليق ان وجدت مبرراته ، وان لم يجعله في يدها ، لأنه لا يمكن أن تلجأ اليه لأدنى خلاف مع زوجها ، لكونها من الجنس الذي يسيطر عليه الجانب العاطفي مع سرعة الانفعال وشدة الغضب ، فتتحرش بذلك الأسر للشتات والتمزيق لأتفه الاسباب وهذا يتعارض مع مقصد الشارع في المحافظة على كيانها واستقرارها اذ هي أساس قوام المجتمع .

وحتى لا يحظم حقها ولا يلحقها ضرر من جهة الزوج منحت كما ذكرنا حقّ طلب الفرقة عند القاضي إن هي كرهت زوجها ولم تطق الحياة معه .

فان كان كرهها له لغير سبب منه خالعها القاضي على مبلغ تدفعه للزوج في مقابل ما أعطاها من مهر ، وإن كان الذي دفعها الى طلب التطليق سوء معاشرته لها ، أو تقصيره في أداء حقها طلّقها عليه من غير مقابل تدفعه .

وقد استوفينا الموضوع بحثا وتحليلا وهذه أهم النتائج المتوصل اليها فيه .

1 — علم بالادلة النقلية والعقلية أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ، فان هو أعسر بها ولم يجد ماينفقه عليها فزوجته بالخيار بين أن تبقى معه وتصبر على الحال الذي هو عليه ، وبين أن تطلب التطليق عليه عند القاضي .
فان هي اختارت التطليق وتأكد القاضي من صدق دعواها ، قبل أن يوقع الطلاق على الزوج يمهله مدّة كافية للسعي من أجل الحصول على النفقة مع مراعاة حالها من الصبر والتحمل عند ضرب المدّة ، فان انتهت المهلة ولم يجد ما ينفق عليها طلقها عليه ، أمّا الزوج الذي يكون له مال ويمتنع عن الانفاق فان زوجته لا تطلق عليه ولو طلبت ذلك ، وانّما يؤخذ من ماله قدر حاجتها من النفقة ولو بالاكراه ، فاذا غيّب ماله ولم تصل اليه يد القاضي ولا هو طلّق زوجته بنفسه ، ففي هذه الحالة ينصّب القاضي للتطليق عليه دفعا للضرر عنها .

2 — يحق لكلّ واحد من الزوجين ان وجد بصاحبه عيبا من العيوب الموجبة للخيار اذا لم يكن قد علم بعيبه عند العقد أن يطلب التطليق عن زوجه المريض ، الا أن القاضي لا يوقع الفرقة بينهما الا بعد التبين من أن المدعى به ممّا يوجب الخيار ، ويستعين في هذا بأهل الاختصاص .
فاذا تأكدت الدعوى بشهادة هؤلاء المختصين نظر القاضي ، ان كان العيب ممّا يمكن أن يعالج أعطى المعيب مهلة يداوي فيها نفسه ، وان كان العيب ممّا لا يعالج ، فرّق بينهما في الحين ، وفي هذه الحالة ان كان المعيب هو الزوج استحقت المرأة المهر كاملا دون أن يرجع عليها بشيء ، وان كان العيب في الزوجة وأخفته عنه ردّ القاضي له ما أداه لها من مهر كاملا إن لم يكن دخل بها ، فإن كان قد دخل بها ولم يعلم بالعيب الاّ بعد الدخول أبقى لها القاضي شيئا منه في مقابل ما استحل من فرجها .

ان العيوب التي نصّ عليها الفقهاء وعدّوها من جملة العيوب الموجبة للخيار ، انّما ورد ذكرها في كلامهم على سبيل التمثيل لا الحصر كما يدل للبعض، وعلى هذا يمكن قياس ما استجد من العيوب مما لم يكن معروفا في السابق على ماذكروه ان توفرت فيه علّة من العلل الموجبة للحكم التي نصوا عليها في كتبهم ، ويستعان في معرفة نوع العيب ومدى مضارة بأهل الاختصاص كما سبقت الاشارة لذلك .

ومما تجدر الاشارة لذكره هنا أن عيوبا كثيرة ممّا نص عليها الفقهاء قد تتسبب عليها الطب الحديث ، وأصبح بالامكان علاجها وهي بهذا لاتعد عيوبا يستحق بها الخيار في وقتنا الراهن

3 — الاصل في القوامة العائلية أنها للرجل ، ومن القوامة الحق في التأديب اذا دعت الحاجة اليه ، الا أنه لاتأديب الا بما نص عليه الشارع الحكيم " واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهنّ في المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهنّ سبيلا" مع وجوب مراعاة الترتيب الوارد في الاية بين وسائل التأديب ، اذ لايجوز الانتقال من وسيلة لاخرى الا بعد التأكد من عدم جدوى التي قبلها .

والضرب المدرج به في الاية انما الهدف منه التربية والتأديب لا الجزاء العقابي ، لهذا يشترط أن لايكون مبرحا ، واذا تأكد عدم جدوى في التأديب لايلجأ اليه .

وان تجاوز الزوج الحد المشروع منه بأن ضرب ضربا شديدا أو لغير أدب فللزوجة الحق في طلب التطليق والقضاء معها .

التحكيم بين الزوجين عند الشقاق أمر ضروري ولازم ، اذ كثيرا ما تفلح مساعي الحكمين في الاصلاح بين الازواج لهذا لاينبغي التغافل عنه ، وكل استهانة به تؤدي الى عواقب وخيمة من زيادة في نسبة الطلاق في المجتمع .

ان الأساس الذي تقوم عليه الحياة الزوجية هو الامساك بمعروف أو التسريح باحسان ، وأي اخلال بهذا المبدأ أو أي عدول من الزوج عنه الى الاضرار بالزوجة أيا كان نوع هذا الضرر ، اذا فعل ذلك لمجرد الحاق الاذى بها فلها الحق في طلب التفريق عليه ان ارادت مفارقته ، وان هي آثرت البقاء معه فالقاضي ملزم بدفع الضرر عنها بما يراه مناسبا .

وأن أي تقصير منها فيما اوجب الله عليها من طاعة زوجها ، أو أي أذى يلحقه من جهتها لهو موجب للخلع ان لم يفلح التأديب معها .

4 ـ وباعتبار أن المذهب المالكي هو أوسع المذاهب القائلة بجواز التفريق بين الزوجين للضرر فمنه استمد قانون الاسرة الجزائري جل مواده ، والمواد المتعلقة بموضوعنا بصفة خاصة الا أنه مما يلاحظ على هذا القانون الى جانب كونه مقتضبا لعدم تعرضه لجوانب كثيرة تتعلق بالموضوع ، فهناك مواد أخرى منه قيدت بقيود كثيرة حتى ذهبت عنها الجدوى من تشريعها بالاضافة لما فيه من ترقيعات تخالف ما اتفق عليه علماء الأمة .

والشيء الايجابي في هذا القانون الذي تجدر الاشارة اليه والتنويه به ، أنه لم يتقيد بمذهب المالكية ـ المذهب السائد في أكثر البلاد ـ فقد يخالفهم الى قول غيرهم ، بل نجده في بعض الاحيان يأخذ بآراء بعض الفقهاء حتى خارج المذاهب الاربعة باعتبار أن تلك الآراء والاجتهادات مستمدة من الشريعة الاسلامية .

وختاما أقول : ان الاسلام وهو يشرع أحكام الطلاق خاصة ، فلا هو أغلق الباب كلية عن الزوجين في ارادة الفرقة كما هو واقع عند المسيحيين من حظر للطلاق عندهم فتنتج عن ذلك فساد أخلاقي واجتماعي خطير حتى اضطرت بعض بلدانهم للخروج عن هذا القانون ، ولا هو فتح الباب على مصراعيه تاركا مصير الأسرة لنزوات الزوجين فكان تشريعه حكيما في بابه .

كانت الزوجة هي الطالبة للفرقة فلا بد وأن تمر على القضاء، والقاضي هو الذي يحدد ما إن كان الوضع يستدعي اعطاءها هذا الحق أولا .

أما ما يكون من جهة الزوج فقد رسم الشارع له طريقا يسلكه مع زوجته الناشز فأرشده أولا إلى استعمال وسائل التأديب بمراحلها الثلاث، ثم انتقل به الى بعث الحكمين وما شرع هذا إلا للتقليل من ظاهرة الطلاق . ولو التزم الازواج بهذا المنهاج الذي دلّ عليه القرآن لصلح حال كثير من الاسر المشتتة ولاستقام أمرها دون اللجوء الى الطلاق.

والله ولي التوفيق

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس المصادر والمراجع
// الآيات القرآنية
// الاحاديث النبوية
// الاعلام
// الموضوعات

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فـــهـــرس المصـادر والمـراجـع

* الآلـوسـي ، أبـو الثناء شهاب الديـن (1217 ــ 1270 هـ)
روح المعانـي فـي تفـسير القرآن العظيـم والسبع المثاني • بيروت
دار الفكـر ، 1983 ، 30 ج
* البـاجـي ، أبـو الوليـد سلـيمـان (494 هـ) .
المنتقـى شـرح المـوطأ ، بيـروت ، دار الكتاب العربـي (هـ ت)7ج
* البجـيـرمـي ، سليمـان ابـن محمـد (1131 ــ 1221 هـ) .
تحفـة الحبيـب على شرح الخطيـب • بيروت ، دار الفكر ، ط 1981، 4ج
* بـدران أبـو العينيـن بدران .
الفقـه المقارن للاحوال الشخصية بين المذاهب الاربعة السنيّـة والمذهـب
الجعفـري والقـانون • بيروت ، دار النهضـة ، ط 1967 .
* أبـو البـركـات ، مجـد الديـن (590 ــ 652 هـ) ،
المحـرر فـي الفقـه على مذهـب الامام أحمد بن حنبـل • بيروت ،
دار الكتـاب العربـي ، (د ت) ، 2ج .
* البهـوتـي ، منصـور بن يـونـس (1000 ــ 1051هـ) ،
الـروض المربـع شرح زاد المستقنـع مختصـر المقنـع ،ط 6 ، بيـروت ،
دار الفكـر ، (د ت) ، 2ج .
* كـشاف القنـاع عن متن الاقناع ، بيروت ، دار الفكر ط 1982 ، 6ج .
* الترمـذي ، أبـو عيسـى محمـد (209 ــ 279 هـ) ،
سنـن الترمـذي ، بيروت ، دار الفكـر ، ط 1983 ، 5ج .
* التسـولـي ، أبـو الحسـن علـي .
البهجـة فـي شـرح التحفـة ، بيروت ، دار الفكـر ، (د ت) 2ج .
* ابـن جـزي الكلبـي ، أبـو القاسـم محمد (721 ــ 757 هـ) .
القـوانيـن الفقهيـة ، بيـروت ، دار الكتاب العربي ، ط 1982 .

* الجصاص، أبو بكر أحمد (305 — 370 هـ).
أحكام القرآن، بيروت، دار الفكر، (د ت) 3ج.
* الجميلي، السيد.
مرض الايدز. باتنة، دار الشهاب (د ت).
* حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الله (1017 هـ).
كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، بيروت، دار الفكر ط 1982، 6ج.
* الحجوي، محمد بن الحسن.
الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي. المدينة المنورة، المكتبة العلمية، ط 1976، 2ج.
* ابن حزم، أبو محمد علي،
المحلى، القاهرة، دار الطباعة المنيرية، ط 1927، 6ج.
* الحطاب، أبو عبد الله محمد (902 — 954هـ).
مواهب الجليل، ط 2، بيروت، دار الفكر، ط 1978، 6ج.
بهامشه التاج الاكليل لمختصر خليل للعبدري.
* الخرشي، أبو عبد الله محمد (1101 هـ).
شرح الخرشي على المختصر. مصر، المطبعة الخيرية، ط 1308هـ، 4ج
* الدردير، أبو البركات أحمد،
الشرح الكبير على مختصر خليل. بيروت، دار الفكر، (د ت)،
الشرح الصغير على أقرب المسالك، مصر، مطبعة عيسى البابي الحلبي (د ت)، 5ج، وبهامشه حاشية أحمد الصاوي المالكي.
* الدسوقي، محمد بن أحمد (1230هـ).
حاشية على الشرح الكبير، بيروت، دار الفكر، (د ت) 4ج.
* الذهبي، شمس الدين أبو محمد (748هـ)،
سير أعلام النبلاء، ط 4، بيروت، دار الفكر، ط 1986، 23ج.
* الرازي، فخر الدين أبو عبد الله (554هـ — 606هـ).
التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، ط 2، بيروت، دار الفكر، 32ج 16ج.

* الـرصـاع ، أبـو عبـد اللـه محمـد (894 هـ)
شـرح حـدود ابـن عـرفـة ، تونـس ، المطبعة التونسية ، ط 1939 .
* الـرمـلـي ، شمس الديـن ، (919 ـ 1004 هـ) :
نهاية المحتـاج الـى شـرح المنهاج ، بيـروت ، دار أحياء التراث العربي ، د ت
* الـزحيلـي ، وهبـة ،
أصـول الفقـه الاسـلامي ، بيروت ، دار الفكر ، (د ت) 2ج .
الفقـه الاسـلامي وأدلتـه ، ط2 ، بيروت ، دار الفكـر ، 1985 ، 8 ج .
* الـزرقـانـي ، عبـد الباقـي بـن يـوسـف ، (1020 ـ 1090 هـ) .
شـرح علـى مختصـر خليـل ، بيـروت ، دار الفكـر ، (د ت) 8ج .
شـرح علـى مـوطأ الامام مالـك . بيروت ، دار الفكر ، ط1981 ، 4ج .
* الـزركـلـي ، خيـر الديـن .
الاعـلام : قاموس تراجم لاشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين ، والمستشـرقيـن . بيـروت ، دار العلم للملايين ، ط1979 ، 8ج .
* أبـو زهـرة ، محمـد .
أصـول الفقـه ، القاهـرة ، دار الفكـر العربي ، ط 1958 .
* سـابـق ، السـيـد .
فقـه السنّـة ، ط 5 ، بيروت ، دار الفكـر ، ط 1983 . 3ج .
* السباعـي ، مصـطـفـى .
المـرأة بيـن الفقـه والقانـون (د م) . المكتب الاسلامي (د ت) .
* الاسـجـسـتـانـي ، أبـو داود (202 ـ 275 هـ) .
سنـن أبـي داود . بيروت ، دار الفكـر ، (د ت) 4ج .
* الـسـرخـسـي ، شمس الديـن أبـو بكـر ،
المبسـوط ، بيـروت ، دار المعرفـة ، (د ت) 30ج .
* أبـو السـعـود العمـادي ، أبـو السعـود محمـد (898 ـ 982هـ)
ارشـاد العقـل السليـم الـى مزايـا الكتـاب الكريـم ، بيروت ، دار الفكـر (د ت) ، 5ج .

* السيوطي ،
طبقات الحفاظ.
* الشافعي ، أبو عبد الله محمد (150 ـ 204هـ) .
الأم ، بيروت ، دار المعرفة ، (د ت) ، 8ج .
* الشربيني ، شمس الدين محمد الخطيب (977هـ) .
مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، بيروت ، دار احياء التراث العربي ، (د ت) 4ج .
* شلبي ، مصطفى محمد ،
أحكام الاسرة في الاسلام : دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون . ط 4 ، بيروت ، الدار الجامعية ، للطباعة والنشر ، ط 1983 ،
* الشنقيطي ، أبو محمد الامين ،
مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر ، المدينة المنورة ، المكتبة السلفية ، (د ت) .
* الشوكاني ، محمد بن علي (1250 هـ) .
فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير .
بيروت ، دار الفكر ، (د ت) ، 5ج .
نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الاخيار ، مصر ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، (د ت) ، 8ج .
* الشيرازي ، أبو اسحاق (393 ـ 476 هـ) .
المهذب بشرح المجموع ، (د م) ، دار الفكر ، (د ت) .
طبقات الفقهاء ، ط 2 ، بيروت ، دار الرائد العربي ، ط1981 .
* الصابوني ، عبد الرحمان ،
مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية : دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الاجنبية وقوانين الاحوال الشخصية العربية ، ط 3 ، بيروت ، دار الفكر ، ط1983 ، 2ج .

* الصابوني ، محمد علي .
روائع البيان تفسير آيات الاحكام من القرآن . دمشق ، منشورات مكتبة الغزالي ، (د ت) ، 2ج .
* الصاوي ، أحمد بن محمد (1175 — 1281هـ) .
بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير لأحمد الدردير ، بيروت ، دار الفكر ، (د ت) ، 2ج .
* الصنعاني ، محمد بن اسماعيل (1182هـ) .
سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الاحكام . د ر مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، (د ت) 4ج .
* الطبري ، أبو جعفر محمد بن جرير (224 — 310هـ) .
جامع البيان عن تاويل آي القرآن ، بيروت ، دار المعرفة ، (د ت)
* ابن عابدين ، أحمد بن عبد الغني (1233 — 1307هـ) .
حاشية رد المحتار على در المختار شرح تنوير الابصار في فقه مذهب أبي حنيفة النعمان ، ط 2 ، بيروت دار الفكر ، ط 1966م
* ابن عبد البر القرطبي ، جمال الدين أبو عمر (368 — 463هـ) ،
كتاب الكافي في فقه أهل المدينة (د م) ، مكتبة الرياض الحديثة ، (د ت) 2ج .
* العدوي ، علي بن أحمد بن مكرم (1112 — 1169هـ) .
حاشية على شرح كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني ، بيروت ، دار الفكر ، (د ت) ، 2ج .
* ابن العربي ، أبو بكر محمد (468 — 543هـ) .
أحكام القرآن ، بيروت ، دار الفكر ، (د ت) ، ج 4
* العسقلاني ، أبو الفضل شهاب الدين ، (773 — 852 هـ) .
فتح الباري شرح صحيح البخاري ، بيروت ، دار المعرفة ، (د ت)
* العليمي ، أبو اليمن مجير الدين (928 هـ) .
المنهاج الاحمد في تراجم أصحاب أحمد ، بيروت ، عالم الكتب ، (د ت) ، ج .

* العيني محمود .

البناية في شرح الهداية ، بيروت دار الفكر، 1980 ، 10ج .

* الغزالي ، حجة الاسلام أبو حامد (405 — 505هـ) .

أحياء علوم الدين ، بيروت ، دار المعرفة ، (د ت) ، 5ج .

* الغندور ، أحمد .

الاحوال الشخصية في التشريع الاسلامي مع بيان قانون الاحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت ، ط 3 ، الكويت ، مكتبة الفلاح، 1983 .

* ابن فرحون المالكي (799هـ) .

الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ، القاهرة ، دار التراث للطباعة والنشر (د ت) 2ج .

* فضيل سعيد .

شرح قانون الاسرة الجزائري ، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب ، (د ت).

* القاسمي ، جمال الدين محمد ، (1283 — 1332 هـ) .

محاسن التاويل ، بيروت ، دار الفكر ، (د ت) ، 17ج .

* ابن قدامة، شمس الدين أبو الفرج (632 هـ).

الشرح الكبير على متن المقنع ، بيروت ، دار الكتاب العربي (د ت) ، 12 ج ، معه كتاب المغني .

* ابن قدامة ، موفق الدين أبو محمد (591 — 620 هـ).

المغني على مختصر عمر بن أحمد الخرقي (الرياض) مكتبة الرياض الحديثة ، (د ت) ، 9ج .

* القرطبي ، شمس الدين أبو عبد الله ، (671هـ).

بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، بيروت ، دار المعرفة ، (د ت) ،

* القرطبي ، أبو عبد الله محمد .

الجامع لاحكام القرآن ، بيروت ، دار أحياء التراث العربي ، (د ت) 20 ج .

* قطب ، سيد .

في ظلال القرآن ط9 ، بيروت ، دار الشروق ، 1980 ، 6ج .

* القنوجي، أبو الطيب و1307 هـ) .

الروضة الندية شرح الدرر البهية ، قطر ، الشؤون الدينية ، (دت)

* ابن قيم الجوزية ، شمس الدين أبو عبد الله ، (691 — 751هـ).

زاد المعاد في هدى خير العباد ، بيروت ، الكويت، مؤسسة الرسالة ، مكتبة المنار الاسلامية ، 1979 ، 5ج .

* الكاساني ، علاء الدين أبو بكر ، (587 هـ).

كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط 2 بيروت ، دار الكتاب العربي ، ط1982 ، 7ج .

* الكندهلوي ، محمد زكريا .

أوجز المسالك الى موطأ مالك ، بيروت ، دار الفكر ، ط 1980.

* ابن كثير القرشي ، عماد الدين أبو الفدا ، (701 — 774هـ).

تفسير القرآن العظيم ، ط 6 ، بيروت ، دار الاندلس ، ط1984. ج 7.

* الكوهجي ، عبد الله .

زاد المحتاج بشرح المنهاج ، قطر ، الشؤون الدينية (دت) ج 4.

* الكويت ، الاوقاف والشؤون الدينية (وزارة) .

الموسوعة الفقهية ، ط 3 ، الكويت ، وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، ط 1983 ، 5ج .

* ابن ماجة ، أبو عبد الله محمد (207— 275هـ).

سنن ابن ماجة بيروت دار الفكر ، (دت) ، 2ج .

* مالك بن أنس، أبو عبد الله بن أنس (93 — 179 هـ) .

المدونة الكبرى بيروت ، دار الفكر ، ط1986 ، 4ج .

* محمد رشيد رضا .

تفسير المنار . بيروت ، دار المعرفة ، (دت) ، ج 12.

* محمد محي الدين عبد الحميد ،

الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، مع الاشارة الى ماقبلها في الشرائع الاخرى . بيروت ، دار الكتاب العربي ، ط ، 1984

* ابـــن مفـــلـــح ، برهـان الديـن أبـواسحـاق (816 ــ 884هـ).
المبـدع فـي شـرح المقنـع ، دمشق،المكتب الاسلامي، ط 1973 .
* المقـدســـــي ، بهـاء الديـن عبدالـرحمـان ، (556ــ 624هـ).
العـدة شـرح العمـدة في فقـه امـام أهـل السنـة أحمد بن حنبـل
بيـروت ، دار الفكـر ،(د ت).
* المقدســـي ، شـمـس الديـن أبـو عبداللـه محمـد (380هـ).
كتـاب الفـروع ،بيـروت ، عالـم الكتـب ، ط 1963 . 6ج .
* ابـــن منظـــور ، جمال الديـن أبـو الفـضـل (630 ــ 711 هـ) .
لسـان العـرب ، القاهرة ، دار المعارف ، (د ت) ، 6ج .
* المـودودي ، أبـو الاعـلـى .
حقـوق الـزوجيـن (د م) ، دار الوفـاء ، (د ت).
* مـيـارة ، أبـوعبد اللـه محمـد الفـاسـي ،(999ــ 1072هـ).
شـرح مـيارة علـى تحفـة الحكـام ، بيروت ، دار الفكـر، (د ت) .
* النسـائـي ، أبـو عبـد الرحمـان أحمـد (215 ــ 302هـ).
سنـن النسـائي . بيروت ، دار الكتاب العربـي ، (د ت) ،8ج .
* النسـفـي ، حـافـظ الديـن أبـو البركـات (710هـ).
مـدارك التنـزيـل وحقـائـق التأويـل ، بيروت ،دار الفكـر ، (د ت) ،4ج .
* النفـراوي ، أحمـد بـن غنيـم ، (1125هـ).
الفـواكـه الدوانـي على رسالـة ابـن أبـي زيـد القيـروانـي ،
الفكـر ، (د ت) ، 2ج .
* النـووي ، أبـو زكـريـا يحـيـى ، (631 ــ 676 هـ)
شـرح صحيـح مسـلـم ، بيروت ، دار احياء التراث العربـي
18 ج .
المجمـوع شـرح المهـذب ، القاهرة ، الناشـر زكريا علي يوسـف ،(د ت)

* النيسابوري ، أبو عبد الله الحاكم (405 هـ).
المستدرك على الصحيحين ، بيروت دار الكتاب العربي ، (د ت) ،
* ابن الهمام ، كمال الدين محمد (681هـ).
شرح فتح القدير ، بيروت ، دار الفكر (د ت) . ج .
* وزارة العدل ، المملكة المغربية .
مدونة الاحوال الشخصية . الدار البيضاء ، دار الرشاد (د ت) .
* الونشريسي ، أبو العباس أحمد (834 — 914 هـ) .
المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء افريقية والمغرب ، بيروت ، دار الغرب الاسلامي ، ط 1981 ، 13ج .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الايات القرآنية

الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة .
فيتعلمون منهما مايفرقون به بين المرأ وزوجه ،	البقرة	101	.47
وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ان أرادوا اصلاحا	البقرة	226	.113
فامساك بمعروف أو تسريح باحسان	البقرة	227	. 18
ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا	البقرة	229	.18
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف	البقرة	231	3، 10، 11،
ولا تنسوا الفضل بينكم	البقرة	235	.25
وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة	البقرة	279	.22 ، 21
الا أن يأتين بفاحشة مبينة	النساء	19	.121
واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن ...	النساء	34	73، 79،
وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما ...	النساء	35	73، 92،
وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا .			
فلاجناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا	النساء	127	78، 108.
وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته	النساء	129	.105
ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا	النساء	140	.95
اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم	الطلاق	6	.3
لينفق ذو سعة من سعته	الطلاق	7	3.11،

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الاحاديث النبوية

الحديث

اتقوا الله في النساء فانكم أخذتموهن بأمان الله	3، 13، 84
أفضل الصدقة ماترك غنى	18، 24.
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها أبصر بكشحها بياضا	45، 46، 69.
خذي مايكفيك وولدك بالمعروف	3، 10، 13، 33
دخل أبو بكر يستأذن على رسول الله	21
الرجل لايجد ماينفق على امرأته قال : يفرق بينهما	18
عليكم بسنتي وسنة الخلفاء المهديين	25
فرّ من المجذوم كما تفر من الاسد	46، 69.
لعلّك تريدين أن ترجعي الى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته	48
ماحق زوجة أحدنا عليه ؟ قال أن تطعمها اذا طعمت	3
لا تضربوا اماء الله	86
لاضرر ولا ضرار	18، 126.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الاعلام

ابن الاثير 121

الاذرعي 15

أبو الاعلى المودودي 51

الامام أحمد 45، 69، 100.

أنس بن مالك 83.

الاوزاعي 99.

الباجي 27، 32، 75، 96، 106.

البجيرمي 85، 103، 112.

البخاري 83.

أبو البركات 110.

أبو بكر الجصاص 21، 93، 102، 103.

أبو بكر الصديق 21، 22، 23.

البناني 12.

بنت خارجة زوجة أبي بكر 21.

التسولي 2، 116، 117، 118.

ابن تيمية 57، 58، 69، 172.

ابن جرير الطبري 93، 109.

جابر ابن عبد الله 3، 21.

ابن جزي 39.

جميل بن زيد 45، 49، 69.

أبو حاتم الرازي 24.

ابن الحاجب 99.

ابن حبيب 30، 31، 65.

ابن حزم 20، 47، 48، 50، 72، 73، 127.

الحسن البصري 102.

الحطاب 29.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

حفصة بنت عمر 22، 125.

أبو حنيفة 52، 67.

الخرشي 5، 13، 17، 29، 56، 72، 116.

الخرقي 35.

الخصاف 10.

خليل 4، 7، 29، 53.

الدردير 27، 53، 54، 62، 68، 74، 80، 85، 86، 111.

الدسوقي 7، 10، 36.

ابن رشد الحفيد 56، 97.

ابن رشد الجد 115.

رفاعة القرضي 48، 49.

الرملي الشافعي 90، 110.

الزرقاني 12، 33، 38، 90.

زروق 31.

الزمخشري 96.

الزهري 57، 58.

سحنون 65.

السرخسي 13، 68، 71، 111.

أبو السعود 82.

سعيد بن جبير 99.

أبو سعيد الخدري 18.

سعيد بن المسيب 19، 24، 25، 69.

أبو سفيان 3، 13، 15، 33.

سودة بنت زمعة 101.

الشافعي 17، 19، 25، 54، 56، 71، 76، 81، 86، 87، 104، 127.

الشعبي 70.

ابن شهاب الزهري

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الشوكاني 24، 47، 49، 82 .
الشيرازي 90 .
الطاهر بن عاشور 93، 94 .
أبو الطيب القنوجي 47 .
ابن عابدين 5، 10، 12، 20، 75 .
عائشة 3، 15، 21، 48، 109 .
عبادة بن الصامت 122 .
ابن عباس 50، 82، 84، 101 .
ابن عبد البر 49 .
عبدالرحمن بن الزبير 48، 49 .
ابن عبد الصادق 117 .
عثمان بن عفان 99 .
العدوي 114 .
ابن العربي 16، 81، 87، 100، 105، 113، 120 .
ابن عرفة 12 .
عروة بن الزبير 48، 109 .
عطاء بن أبي رباح 87، 102 .
عقيل بن أبي طالب 101 .
علي بن ابي طالب 70، 99، 104، 109 .
عمر بن الخطاب 16، 19، 21، 22، 23، 24، 26، 50، 69، 86، 108،
فاطمة بنت قيس 101 .
الفخر الرازي 85، 89، 108، 110 .
ابن قدامة 6، 10، 13، 28، 32، 37، 38، 54، 57، 62، 68، 76،
90، 97، 100، 103، 114، 116 .
القرطبي 11، 83، 84، 89، 93 .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ابـن القـاسـم 27، 65.

القاضـي شريـــح 57، 58، 70.

ابـن القيـــم 17، 51، 54، 57، 58، 59، 105.

الكـاســـانـي 7، 68، 89، 91،

ابـــن كثيـــر 11، 50، 79، 101.

الكـشـــلاق 62، 68.

اللقـــانـي 8.

مالـك بـن أنـــس 23، 31، 53، 101، 115.

المـاوردي 46.

محمـد بن الحسن الشيباني 12، 52.

محمـد بن سيريـن 104.

محمـد علي الصابوني 98.

محمـد عبـده 88.

معاويـة بن أبي سفيان 99، 101.

معاويـة القشيري 3.

ابـن المنذر 91.

ابن منظـور 44.

ميـــارة 34، 36، 39، 74، 118.

النخـعي 99.

النـــووي 6، 8، 14، 15، 32، 36.

أبـوهـريرة 16، 18، 24.

ابـن الهمـام 19.

هند بنت عتبـة 3، 13، 15، 33.

أبويوسـف 52، 67.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الموضوعات

الموضوعات :	الصفحة
المقدمة :	أ
الفصل الاول : التفريق بين الزوجين للاعسار بالنفقة	1
المبحث الاول : النفقة المشروعة للزوجة	2
المطلب الاول : حكم النفقة	2
ـ تعريف النفقة	2
ـ حكم النفقة	3
ـ أدلة مشروعية النفقة	3
المطلب الثاني : أنواع النفقة الواجبة	4
المطلب الثالث : شروط وجوب النفقة	7
المطلب الرابع : ما يراعى عند تقدير النفقة	9
المطلب الخامس : كيفية تقدير النفقة	13
المبحث الثاني : حكم التفريق بين الزوجين للاعسار بالنفقة	16
المطلب الاول : جواز التفريق للاعسار بالنفقة	16
المطلب الثاني : عدم جواز التفريق للاعسار	19
المطلب الثالث : مناقشة وترجيح	22
المبحث الثالث : الاحكام المتعلقة بجواز التفريق للاعسار	27
المطلب الاول : مقدار النفقة الموجبة للتفريق عند الاعسار ونوعها ..	27
المطلب الثاني : كيفية ثبوت الاعسار	29
المطلب الثالث : علم الزوجة باعسار زوجها حال العقد	31
المطلب الرابع : امتناع الزوج عن الانفاق مع قدرته عليه	33
المطلب الخامس : كيفية التفريق بالاعسار	36
المطلب السادس : الاثر المترتب على الفرقة هل هو فسخ أم طلاق؟	37

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الثاني : التفريق بين الزوجين بالعيوب 42
المبحث الاول : العيوب المعتبرة عند الفقهاء ومشروعية التفريق بها 43
— معنى العيب 44
— أنواع العيوب : 44
المطلب الاول : جواز التفريق بالعيوب 45
المطلب الثاني : عدم جواز التفريق بالعيوب 47
المطلب الثالث: مناقشة وترجيح 49
المبحث الثاني : أنواع العيوب المعتبرة 52
المطلب الاول : العيوب المصرح بها 52
المطلب الثاني : العيوب المسكوت عنها 55
المطلب الثالث: العيوب الطارئة بعد الزواج 61
المطلب الرابع: دعوى وجود العيب 64
المبحث الثالث : كيفية التفريق بين الزوجين 67
المطلب الاول : صاحب الحق في اختيار المفارقة 67
المطلب الثاني : التفريق باشتراط السلامة من العيوب 71
المطلب الثالث : التفريق بالعيوب القابلة للعلاج والميؤوس منها 73
المطلب الرابع: التفريق بين الفسخ والطلاق 75

الفصل الثالث : التفريق للشقاق 77
المبحث الاول : نشوز الزوجة وعلاجه 73
المطلب الاول : المراد بنشوز الزوجة 79
— بما تكون المرأة ناشزا ؟ 79
المطلب الثاني : علاج النشوز 80
أ — مراحل العلاج 80
— المرحلة الاولى : 81
— المرحلة الثانية : 82
— المرحلة الثالثة : 84
ب — حكم ترتيب العلاج 88

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الثاني : بعث الحكمين 92
المطلب الاول : من يتولى بعث الحكمين ؟ 93
المطلب الثاني : حكم بعث الحكمين 94
المطلب الثالث: شروط الحكمين 95
المطلب الرابع: مهمة الحكمين 98
ـ نوع الفرقة التي يوقعها الحكمان 106

الفصل الرابع: التفريق للنشوز الزوج 107
المبحث الاول : معنى نشوز الزوج 108
المبحث الثاني : رفع الزوجة أمر النشوز الى القاضي 111
المبحث الثالث : كيفية اثبات القاضي للنشوز 116
المبحث الرابع: موقع الطلاق بالنشوز 119

الفصل الخامس : التفريق للغياب 123
المبحث الاول : التفريق للغياب 124
المبحث الثاني : التفريق للحبس 128
المبحث الثالث : التفريق بفقد الزوج 129

الخاتمة 135
الفهارس 140
فهرس المصادر والمراجع 141
فهرس الايات القرآنية 150
فهرس الاحاديث النبوية 151
فهرس الاعلام 152
فهرس الموضوعات 156

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية