إنهاء العلاقة الزوجية للعيب، والضرر

دراسة فقهية مقارنة

د/ جمال محمد يوسف علي مدرس في قسم الفقه العام في الكلية

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين – حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه– سبحانه وتعالى– هدانا إلى دينه القويم وصراطه المستقيم، والصلاة والسلام على إمام المتقين وخاتم النبيين سيدنا محمد، رسول الرحمة والهدى ومنبع كل خير وإخلاص بعثه ربه هاديا ومبشرا ونذيرا، ومعلما وناصحا لأمته ومبينا لكل ما جاءنا فى التشريع من أحكام، وعلى آله وصحبه أجمعين ومن سار على نهجه إلى يوم الدين.

وبعد، ، ،

فقد شرع الله – تعالى– من النظم والقوانين التى جاءت إلى البشر عن طريق وحيه ورسله عليهم الصلاة والسلام ما ينظم كل جوانب الحياة وقد جاءت هذه القوانين و النظم عامة وشاملة وموفية للغرض الذى أعدت من أجله وهو تحقيق سعادة البشرية والمحافظة على الحياة واستقرارها. لذلك : اهتمت الشريعة الإسلامية بكل الأحكام باعتبارها خاتمة الشرائع السماوية فهى الشريعة الباقية الخالدة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها .

ومن هذه التشريعات والأحكام : ما يتعلق بمسائل فقه الأسرة فى العلاقة التى تربط بين الزوجين وتجمع بينهما فى ظل الحياة الزوجية المستقرة أو المراحل التى يتم فيها قطع هذه العلاقة وإنهائها عن طريق التفريق بين الزوجين لسبب من الأسباب.

ولّما كانت الأسرة هى اللبنة الأولى فى بناء المجتمع، فقد أولاها الشارع الحكيم عناية خاصة، لأن فى صلاحها صلاح المجتمع وفى فسادها فساده كله، وأن أساس الأسرة فى الشريعة الإسلامية هو الزواج الشرعى الصحيح القائم على الاختيار السليم وحسن العشرة والانسجام، فقد أحاط الشارع الحكيم هذا العقد بسياج متين من أركان وشروط ليحقق هدفه المنشود، قال – تعالى: "" "وَمِنْ آيَاتِهِ

أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"(١).

ولما كانت العلاقة الزوجية رابطة مقدسة يجب العمل على تقويتها حتى تؤتى ثمرتها فى ظل من الاستقرار والطمأنينة، لم يخف على الشارع الحكيم الذى جعل الرجل قواماً على المرأة بمقتضى طبيعته التى فطر عليها، وبما أنفق من ماله أن بعض الناس يسئ استعمال حقه ويتعدى حدود سلطته فيقسو على زوجته وهو أحق بأن يرحمها، ويسعى فى إلحاق الضرر بها، وهو أولى بإبعاد الضرر عنها، فنبه الزوج فى كثير من الآيات والأحاديث إلى أن يعدل ولا يظلم، ويرحم ولا يقسو، وينفع ولا يضر، فقال عز من قائل: "... وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ... "(٢) وقال تعالى: "فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ..."(٣)

وقال تعالى: "فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً"(٤) وقال ﷺ: "خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلى"(٥) .

---

(١) الآية (٢١) من سورة الروم.

(٢) من الآية (٢٢٨) من سورة البقرة .

(٣) من الآية (٢٣١) من سورة البقرة .

(٤) من الآية (٣٤) من سورة النساء .

(٥) سنن الترمذى، كتاب المناقب، باب فضل أزواج النبى ﷺ ٥/ ٧٠٩ ح(٣٨٩٥)عن عائشة – رضى الله عنها– وقال عنه: هذا حديث حسن صحيح، طبعة دار إحياء التراث العربى، و صحيح ابن حبان فى كتاب النكاح، باب معاشرة الزوجين ٤٨٤/٩ عنها أيضاً ح(٤١٧٧) – تحقيق : شعيب الأرناؤوط – طبعة : مؤسسة الرسالة – بيروت – الطبعة الثانية (١٤١٤هـ– ١٩٩٣م)، و سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، باب حسن معاشرة النساء ٦٣٦/١ ح (١٩٧٧) عن ابن عباس رضى الله عنهما – تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقى – طبعة : دار الفكر – بيروت (د.ت) .

فإذا ظلم الرجل زوجته وتجاوز حدود الولاية، فإن لها حقاً تجاهه فى إيقاف عدوانه وكفه عن ظلمه، ومنشأ ذلك أن هذا الظلم وذلك التجاوز فيه بلا شك إضرار بالمرأة، وما أجاز الإسلام الضرر فى علاقات الناس، وإنما حرمه وبالغ فى تحريمه، والأصل التشريعى فى ذلك قولهﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"(١)، وإنما ذلك هو الشأن بين من لا تربطهم رابطة نسب أو مصاهرة، أفلا يكون ذلك خليقاً فيمن تجمع بينهم هذه الرابطة المقدسة ويستظلون بظلها؟!.

ولهذا فإن الشارع الحكيم جعل لكل داء دواء، ورسم لكل مشكلة حلاً حتى يحفظ بناء المجتمع الإسلامى، فلم يغفل أى جانب من جوانب الأسرة التى هى أحد لبنات المجتمع الإسلامى، فوضع العلاج الناجح للقضاء على الأسباب التى تهدد كيان الأسرة وتحول بينها وبين استقرارها.

ولما كانت الحياة الزوجية من الناحية الواقعية والعملية قد يعتريها من الأسباب ما يؤثر فى مهمتها الشرعية وما قد يكون سببا فى الخروج بها عن هدفها الأصلى المنشود سواء أكان من ناحية أحد الزوجين فقط أو منهما معا بإرادتهما أو لأمر لا دخل لإرادتهما فيه بحيث تستحيل بينهما الحياة الزوجية فقد أباح الشارع الحكيم إنهاء هذه العلاقة بينهما فكما اهتمت الشريعة الإسلامية الغراء برابطة الزوجية لتكوين المجتمع الصالح، فإنها كذلك اهتمت بقطع العلاقة بين الزوجين بأى طريق من الطرق الشرعية المتنوعة كالطلاق والفسخ بهدف الإبقاء على المجتمع صالحاً، قال تعالى: "وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللّهُ وَاسِعاً حَكِيماً"(٢) .

---

(١) أخرجه ابن ماجة فى سننه عن ابن عباس فى كتاب الأحكام، باب : من بنى فى حقه ما يضر بجاره ٢/٧٨٤ ح:(٢٣٤١) والدارقطنى فى سننه عن ابن عباس فى كتاب الأقضية والأحكام ٤/٢٢٨ ح:(٨٤) – تحقيق : السيد عبد الله هاشم المدنى – طبعة : دار المعرفة – بيروت (١٣٨٦هـ ١٩٦٦م) واللفظ لهما، والترمذى بنحوه فى سننه، كتاب البر والصلة، باب ما جاء فى الخيانة والغش ٤/٣٣٢ ح(١٩٤٠)، وقال عنه: هذا حديث حسن غريب.

(٢) الآية (١٣٠) من سورة النساء .

ونظرا : لهذه الأسباب المتقدمة ولأهمية هذا الموضوع فى حياتنا العملية وإن كان قد عالجه الفقهاء فى كتبهم، إلا أنه من الموضوعات القديمة والحديثة فى آن واحد، فأردت أن أساهم بالكتابة فى بعض مسائل فقه الأسرة، فوقع اختيارى على بعضها وهى : المسائل التى تنتهى فيها العلاقة الزوجية ويتم التفريق بين الزوجين بسبب العيب والضرر، وذلك عن طريق المقارنة بين المذاهب الفقهية المختلفة، مبينا أقوال الفقهاء وأدلتهم فى المسألة مع الترجيح بينها، وذلك بأسلوب ميسر بعيد عن الغموض والتعقيد.

خطة البحث: قد اقتضت طبيعة الموضوع أن أقسم هذا البحث إلى: مقدمة، وتمهيد، وفصلين، وخاتمة كما يلى:

أولاً: المقدمة: تكلمت فيها عن أهمية موضوع البحث وسبب اختياره وخطته.

ثانيا: التمهيد: وهو يدور حول معنى: إنهاء العلاقة الزوجية، ومفهوم العيب، والضرر، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: فى المعنى المقصود بإنهاء العلاقة الزوجية.

المطلب الثانى : فى مشروعية إنهاء العلاقة بين الزوجين وسبب ذلك.

المطلب الثالث : فى مفهوم العيب، والضرر.

ثالثا: الفصل الأول : إنهاء العلاقة بين الزوجين بسبب العيب، وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : مدى ثبوت الحق فى طلب التفريق، وإنهاء العلاقة بين الزوجين لوجود العيب.

المبحث الثانى : مذاهب الفقهاء فى تحديد العيوب التى يثبت بها حق التفريق بين الزوجين، وأنواعها، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: فى تحديد العيوب التى يثبت بها حق التفريق بين الزوجين عند الفقهاء.

المطلب الثانى : فى حكم التفريق بين الزوجين بسبب العيوب المانعة من الاستمتاع بالوطء، أو الإنجاب .

المطلب الثالث : فى حكم التفريق بين الزوجين بسبب العيوب المنفرة، أو المعدية.

المبحث الثالث: شروط إنهاء العلاقة بين الزوجين بسبب العيب .

المبحث الرابع: تأجيل التفريق بين الزوجين بسبب العيب الذى يرجى الشفاء منه . وفيه مطلبان:

المطلب الأول : حكم تأجيل التفريق بين الزوجين بسبب العيب الذى يرجى شفاؤه .

المطلب الثانى : مقدار المدة التى يقضيها من به مرض قابل للعلاج والشفاء .

المبحث الخامس: مدى حاجة التفريق بين الزوجين بسبب العيب إلى قضاء القاضى، ونوع هذا التفريق، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حاجة التفريق بين الزوجين بسبب العيب إلى قضاء القاضى .

المطلب الثانى : نوع التفريق بين الزوجين بسبب العيب .

رابعا :الفصل الثانى: إنهاء العلاقة بين الزوجين بسبب الضرر، ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول : إنهاء العلاقة بين الزوجين بسبب غياب الزوج عن زوجته، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مدى ثبوت حق الزوجة فى طلب التفريق بسبب غياب زوجها عنها.

المطلب الثانى : نوع التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج عن زوجته .

المبحث الثانى: إنهاء العلاقة بين الزوجين بسبب حبس الزوج، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : التفريق بين الزوج المحبوس، وزوجته لعدم إنفاقه عليها .

المطلب الثانى : التفريق بين الزوجين لضرر الحبس نفسه، و نوعه.

المبحث الثالث: إنهاء العلاقة بين الزوجين بسبب فقدان الزوج، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم طلب الزوجة للتفريق بسبب فقدان زوجها .

المطلب الثانى: عودة المفقود بعد الحكم بالتفريق بينه وبين زوجته، وفيه فرعان:

الفرع الأول : عودة المفقود بعد أن عقد غيره على زوجته وقبل الدخول بها .

الفرع الثانى : عودة المفقود بعد زواج زوجته من غيره والدخول بها .

المبحث الرابع: إنهاء العلاقة بين الزوجين بسبب عدم إنفاق الزوج على زوجته.

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حكم التفريق بين الزوجين لعدم إنفاق الزوج على زوجته مع قدرته، ويساره بالنفقة .

المطلب الثانى : حكم التفريق بين الزوجين لعدم إنفاق الزوج على زوجته بسبب إعساره بالنفقة.

المطلب الثالث : نوع التفريق بين الزوجين بسبب عدم إنفاق الزوج على زوجته .

خامسا : الخاتمة : وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات التى توصلت إليها فى هذا البحث .

وأخيرا: أدعو الله-عز وجل- أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم، وأن ينفع به كاتبه وقارئه من طلاب العلم والباحثين، وأن يعفو عن زلاتنا وأخطائنا، ويثيبنا على قدر نياتنا وإخلاصنا فيه إنه سميع قريب مجيب.

د/ جمال محمد يوسف على

تمهيد

فى معنى إنهاء العلاقة الزوجية، ومفهوم العيب، والضرر

وينتظم الحديث عنه فى المطالب الآتية :

المطلب الأول : المقصود بإنهاء العلاقة الزوجية:

وتوضيح هذا المطلب كما يلى:

أولا: معنى: إنهاء العلاقة الزوجية فى اللغة :

كلمة إنهاء مصدر للفعل الرباعى(أنهى) بمعنى أبلغ وأوصل، فالإنهاء يطلق فى اللغة على: الإبلاغ والتوصيل تقول: أنهى الشىء، إذا:أبلغه وأوصله، وأنهيت إليه الرسالة، أى: أبلغتها وأوصلتها إليه، كما يطلق أيضا على: القطع والرفع، تقول:أنهى بصره عن القوم، أى:قطعه ورفعه عنهم، وأنهى الرجل علاقته بامرأته، أى:قطع علاقته بها وفارقها [1].

وهذا المعنى الأخير يرتبط بموضوع البحث ومن هنا يمكن القول : بأن إنهاء العلاقة الزوجية يقصد به فى اللغة: قطع العلاقة بين الزوجين بالفصل والتفريق بينهما وعدم اجتماعهما، تقول : فارق فلان زوجته مفارقة وفراقا إذا انفصل عنها وقطع علاقته بها وباينها، وأنهى القاضى العلاقة بين الزوجين : إذا قطعها وفصل بينهما وفرق بطلاق ونحوه[2].

---

(١) ينظر: لسان العرب لابن منظور١٥/٣٤٤ :٣٤٦ طبعة : دار صادر – بيروت – الطبعة الأولى (د.ت)، و المصباح المنير للفيومى ٢/٦٢٩ طبعة : المكتبة العلمية – بيروت (د.ت)، والعين للخليل بن أحمد ٤/٩٣ مادة (نهى)، طبعة : دار ومكتبة الهلال، تحقيق د:مهدى المخزومى، ود: إبراهيم السامرائى.

(٢) ينظر :لسان العرب ١٠/ ٣٠٠ وما بعدها، ومختار الصحاح للرازى/٢٠٩ تحقيق: محمود خاطر – طبعة : مكتبة لبنان – ناشرون – بيروت (١٤١٥هـ)، و المصباح المنير ٢/٤٧٠، وما بعدها.

ثانيا: معنى إنهاء العلاقة الزوجية في الاصطلاح :

لا يخرج هذا المعنى لإنهاء العلاقة الزوجية فى الاصطلاح عن معناه اللغوى، أى: بمعنى المباينة والفصل بين الزوجين وعدم اجتماعهما، ومن خلال هذا يمكننا القول: بأن المعنى الاصطلاحى لإنهاء العلاقة الزوجية هو :-

رفع عقد الزواج وقطعه بسبب من الأسباب التى توجب انتهاءه وانحلال العلاقة بين الزوجين والفصل بينهما بحكم القاضى عن طريق الطلاق وغيره بناءً على طلب أحدهما لسبب يقتضى ذلك كالضرر وغيره، أو بدون طلب من أحدهما حفظاً لحق الشرع كالردة واللعان والرضاع ونحو ذلك عند ظهور ما يقتضى انفساخ الزواج [1] .

المطلب الثانى : مشروعية إنهاء العلاقة بين الزوجين بالتفريق بينهما :

عقد الزواج فى الشريعة الإسلامية عقد أبدي شُرع ليبقى ما بقى الزوجان على قيد الحياة، لذلك لا ينعقد على وجه التأقيت، ولكن لا يكفى فى بقاء عقد الزواج مؤبداً أن تشرعه الشريعة مؤبداً ليبقى صالحاً، بل لابد لذلك أن تكون

---

(١) ينظر: فتح القدير شرح الهداية لابن الهمام ٤٦٣/٣ وما بعدها ط: دار الفكر- بيروت- الطبعة الثانية، وحاشية ابن عابدين، المسماة برد المحتار على الدر المختار شرح تنويرالأبصار٢٢٦/٣ وما بعدها ط:دار الفكر- بيروت - الطبعة الثانية(١٣٨٦هـ- ١٩٦٦م) طبعة:مصطفى الحلبى وأولاده، وحاشية الدسوقى، والشرح الكبير للدردير٢٧٧/٢ وما بعدها ط: دار الفكر- بيروت-، ومغنى المحتاج للخطيب الشربينى٢٧٩/٣، ٢٠٢ ط:دار الفكر-بيروت، والمبدع لابن مفلح ٢٤٩/٧ط:المكتب الإسلامى-بيروت(١٤٠٠ه)، والفرقة بين الزوجين للأستاذ:على حسب الله /٣ وما بعدها - الطبعة الأولى :دار الفكر، وأحكام الأسرة فى الإسلام لمحمد مصطفى شلبى/٤٦١ طبعة:دار النهضة العربية- بيروت - طبعة الثانية(١٣٩٧هـ- ١٩٧٧م)، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٧٩/٥ ط:وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، وأحكام الأسرة فى الإسلام للدكتور: محمد سلام مدكور ١٤/٢ - الطبعة الأولى: (١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م) ط: دار النهضة العربية.

المودة بين الزوجين قائمة؛لأن العلاقة الشخصية بينهما هى الصلة التى تجعل الحياة الزوجية صالحة فيبقى بها الزواج.

ولذلك: حث الشارع على بقاء هذه المودة، وأمر بحسن المعاشرة بين الزوجين، ودعا إلى الرفق والتآلف، وإن كان هناك كره أحياناً من جانب الرجال لزوجاتهم، قال- تعالى: "وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُوا شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً"(١)

ومن ثم وجه الإسلام الزوجين إلى الاستقلال بإصلاح ذات بينهما إذا توقع أحدهما من صاحبه أن يفعل ما لا يرضيه، لأن النية الطيبة مع المعاشرة الحسنة كفيلان بإنهاء الخلاف من غير تدخل أجنبى.

قال- تعالى: "وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ... ....."(٢) فإن عجزا عن الإصلاح فليصلح بينهما حكمان من أقرب الناس إليهما أحدهما من أهله، والثانى من أهلها .

قال- تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً"(٣) فإذا عظم الخلاف وتمكن الشقاق وعجز الحكمان ولم يتمكنا من الإصلاح بينهما، ففى هذه الحالة لابد من اختيار واحد من أمور ثلاثة:

الأمر الأول: البقاء مع الكره و البغض فيعيشان معاً والضغينة والحقد بينهما، وهذه حال لا يمكن اختيارها، وإن اختيرت لا يمكن بقاؤها، وإن بقيت فليست من صالح الأسرة فى شئ .

الأمر الثانى: الفراق الجسدى والزوجية قائمة بينهما، فتصير المرأة فى هذه الحالة كالمعلقة لا هى زوجة ولا هى مسرحة بإحسان فيغنيها الله من سعته.

---

(١) من الآية (١٩) من سورة النساء .

(٢) من الآية (١٢٨) من سورة النساء .

(٣) الآية (٣٥) من سورة النساء.

الأمر الثالث: قطع العلاقة وإنهائها بالتفريق بين الزوجين عن طريق الطلاق برفع قيد النكاح، وقد صار غلاً ونقمة وهو فى أصله النعمة، أو عن طريق فسخ عقد النكاح وإبطاله [١]

وبالنظر إلى هذه الأحوال السابقة نجد أن المنطق السليم يوجب أن يسلك فى هذه الحال طريق التفريق بين الزوجين بالطلاق أو الفسخ وهو الأمر الثالث؛ لأنه حينئذ ضرورة لابد منها، وما مثل التفريق بين الزوجين فى هذه الحالة إلا كمثل عملية جراحية لا يصح الإقدام عليها إلا إذا تعينت لخلاص المريض من آلامه، وشفائه من الداء الذى أصابه .[٢]، قال- تعالى: "وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعاً حَكِيماً"[٣].

وعلى هذا : فإن التفريق بين الزوجين يتنوع إلى نوعين كما يلى :

النوع الأول: تفريق عن طريق الطلاق: وفى هذا النوع من التفريق تنتهى العلاقة الزوجية، ويزول عقد النكاح بين الزوجين.

النوع الثانى: تفريق عن طريق الفسخ: وفى هذا النوع يعتبر التفريق بين الزوجين فسخاً ينتقض به عقد النكاح وتبطل به الرابطة بين الزوجين ؛لأنها بنيت على خلل من بدايتها، أو طرأ عليها عارض يمنع من بقائها ودوامها بعد أن قامت على أسس صحيحة، أو حدث ما يجعل لأحد الزوجين الحق فى طلب فسخ العقد ونقضه[٤].

---

(١) ينظر: الأحوال الشخصية للشيخ: محمد أبى زهرة /٣٢٨- الطبعة الثانية- ط: دار الفكر العربى.

(٢) ينظر:المرجع السابق، وأيضا: حاشية ابن عابدين ٢٢٨/٣، وفتح القدير ٤٦٥/٣، وحاشية الدسوقى والشرح الكبير٣٦١/٢، والمبدع لابن مفلح ٢٤٩/٧ومابعدها .

(٣) الآية (١٣٠) من سورة النساء.

(٤) ينظر: الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية لمحمد محى الدين عبد الحميد /٢٤٣، ٢٤٨، الطبعة الثالثة (١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م) ط: مطبعة السعادة، و مكتبة محمد على صبيح، والشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة للأستاذ الشيخ: محمد حسين الذهبى/٢٣٦ وما بعدها- الطبعة الثانية(١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م) ط:دار الكتب، والفقه الإسلامى وأدلته للدكتور:وهبه الزحيلى ٦٨٦٢/٩، الطبعة الرابعة(١٤١٨هـ - ١٩٩٧م) ط: دار الفكر.

وعلى هذا: فإن عقد الزواج يرتفع حكمه وتزول آثار العلاقة بين الزوجين وتنتهى بكل واحد من هذين النوعين إلا أنهما يختلفان فى بعض الأمور، فينبغى توضيح الفرق بين التفريق بالطلاق، والتفريق بالفسخ كما يلى:

ـ الفرق بين التفريق بالطلاق والتفريق بالفسخ

يختلف التفريق الذى يعد طلاقاً عن التفريق الذى يعد فسخاً ويظهر ذلك بعدة أمور أهمها ما يلى:

(١) **إن التفريق بسبب الطلاق**: ينتقص به عدد الطلقات التى يملكها الزوج، أمّا التفريق بسبب الفسخ: فإنه لا يترتب عليه النقص من عدد الطلقات مطلقاً، بحيث إذا تزوجها بعد الفسخ الذى يعد نقضاً للعقد من أساسه كان زواجاً جديداً يملك معه الزوج ثلاث تطليقات .

(٢) **إن التفريق الذى يُعد طلاقاً**: لا ينقض العقد من أصله مطلقاً، وإنما يعتبر قطعا لعلاقة الزوجين بإنهاءً الزواج بينهما، فتثبت به الحقوق المترتبة عليه، كما أنه يثبت فيه نصف المهر، إذا حدث التفريق قبل الدخول أو الخلوة أو الموت، أمّا التفريق الذى يُعد فسخاً: فإنه قد ينقض العقد من أصله أحياناً، ولا يجب معه شئ من المهر، وذلك: إذا حدث التفريق قبل أن يتأكد المهر بالدخول، أو الخلوة، وقد يكون التفريق فسخاً لا ينقض العقد من أصله إذا كان بسبب يرجع إلى الزوج، ففى هذه الحالة: يجب نصف المهر، لأنه أشبه بالطلاق . [1]

---

(١) ينظر:المراجع السابقة، وأيضا: فقه الأسرة فى الإسلام للأستاذ الدكتور: نصر فريد واصل ٢٠/٢ وما بعدها ط: المكتبة التوفيقية بالقاهرة -الأولى(١٤٢٠هـ-١٩٩٩م)، والأحوال الشخصية والتعليق على قانون الأحوال الشخصية للمستشار: أحمد نصر الجندى/ ١١٦ وما بعدها طبعة: مكتبة القاهرة الحديثة للطباعة ، وأحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون للمرحوم الإمام الشيخ: أحمد إبراهيم بك، والمستشار: واصل علاء الدين أحمد إبراهيم /٢٧١ ط:(١٤١٤هـ-١٩٩٤م) .

(٣) **إن التفريق بسبب الطلاق**: لا يرجع إلى وجود شئ يتنافى مع عقد الزواج من ناحية الصحة واللزوم؛لأن الطلاق لا يرد إلا على عقد النكاح الصحيح، وإنما هو حق للرجل مترتب على العقد نفسه ولا يحتاج إلى سبب معين، أمّا التفريق بسبب الفسخ: فيكون بسبب ما قارن العقد مما لا يقتضى بقائه ولزومه وينقضه من أصله، وذلك مثل تزويج البالغة الرشيدة نفسها من غير كفء، أو بأقل من مهر المثل، ففى هذه الحالة يحق للولى فسخ العقد .

وقد يتحقق الفسخ أيضاً: بسبب طارئ على العقد يتنافى مع بقائه وإن كان لا ينقضه من أصله مثل ردة الزوجة، أو حدوث اتصال محرم بين أحد الزوجين وأحد أصول الآخر، أو فروعه، فالفسخ لا بد له من وجود سبب يقتضيه كما أنه يرد على عقد النكاح الصحيح وغيره. (١)

(٤) **إن التفريق الذى يُعد طلاقاً**: ينتهى به عقد النكاح على الفور إذا كان الطلاق بائناً، وبعد انتهاء العدة إذا كان الطلاق رجعياً، ولا يملك فيه الزوج رجعة زوجته إلا بعقد ومهر جديدين أو بعد زواجها من إنسان آخر، أمّا التفريق الذى يُعد فسخاً: فينتهى به عقد النكاح فوراً فى جميع أشكاله ولا يملك فيه الزوج حق الرجعة لزوجته.

(٥) **إن التفريق الذى يُعد طلاقاً**: يحق للمطلق فيه أن يلحقها أثناء عدتها منه طلقة أخرى إذا لم تكن هى الثالثة. (٢)

أمّا التفريق الذى يُعد فسخاً: فإن كان فسخاً ينقض العقد من أصله لا يحق له الطلاق فى مدة العدة؛لأن الطلاق أثر العقد، وقد نقض العقد من أصله، أمّا إذا كان الفسخ بسبب لا يُعد نقضاً للعقد من أصله، فإن الطلاق يمكن أن يقع فى العدة، كما

---

(١) ينظر: المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة، و أيضا: حاشية ابن عابدين ٣١٢/٣ وما بعدها، وحاشية الدسوقى والشرح الكبير٣٧٠/٢، وما بعدها، وروضة الطالبين للنووى ٧٠/٨، وما بعدها ط: المكتب الإسلامى – بيروت– الثانية(١٤٠٥هـ)، وفقه الأسرة فى الإسلام للأستاذ الدكتور:نصر فريد واصل١٦/٢ وما بعدها .

(٢) ينظر: المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة.

إذا فسخ العقد بسبب ردة الزوجة قبل الدخول، ثم طلقها أثناء عدتها من هذا الفسخ، ثم عادت بعد ذلك إلى الإسلام واستأنفا حياتهما الزوجية من جديد، فإنه لا يكون له عليها إلا طلقتان، وذلك لاحتساب الطلقة الأولى التى أجراها فى عدتها من فسخ العقد[1] .

المطلب الثالث : مفهوم العيب، والضرر:

وتوضيح هذا المطلب فى فرعين كما يلى:

الفرع الأول: معنى العيب فى اللغة، والاصطلاح:

أولا: معنى العيب فى اللغة:

العيب فى اللغة هو مصدر الفعل (عاب) مأخوذ من باب عاب المتاع وعيبه، أى: صار ذا عيب، وعيبه تعيباً، أى: نسبة إلى العيب، وعاب الشىء فهو معيب ومعيوب، والجمع أعياب وعيوب، وعبته وعابه نسبه إلى العيب، أو جعله ذا عيب، ويطلق العيب فى اللغة على عدة معان، منها: أنه يطلق على: الشين والوصمة والعار، كما يطلق على: الداء أو المرض. [2]

وأيضا يطلق على: ما فيه نقص أو خلل حسي، أو معنوي مما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة. [3]

---

(١) ينظر: المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة، و أيضا:المبسوط للسرخسى٥/٤٩ طبعة : دار المعرفة ــ بيروت (١٤٠٦هـ)، ومواهب الجليل للحطاب٣/ ٤٧٩ ط: دار الرشاد الحديثة-الدار البيضاء-الطبعة الثالثة(١٤١٢ه-١٩٩٢م)، ومغنى المحتاج٣/١٩٠، والمغنى لابن قدامة ١٣٣/٧ط: دار الفكر – بيروت – الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ .

(٢) ينظر: المغرب فى ترتيب المعرب لابن المطرز٢/ ٣٥٧، ٩٢، ٤٧ طبعة:مكتبة أسامة بن زيد- حلب- الأولى(١٩٧٩م) تحقيق:محمود فاخورى، وعبد الحميد مختار، والمصباح المنير ٤٣٩/٢، وطلبة الطلبة لأبى حفص النسفى /٤٣ طبعة: المطبعة العامرة، ومكتبة المثنى ببغداد .

(٣) ينظر : المراجع السابقة، وأيضا: مختار الصحاح للرازى/١٩٤، و لسان العرب ٦٢٣/٤، وما بعدها مادة (عاب)، وتاج العروس لمحمد مرتضى الزبيدى ٤٠٢/١ طبعة: منشورات دار مكتبة الحياة .

فيطلق العيب على الخلل أو النقص الحسى فى الأشياء، ومنه قوله -تعالى : " وَأما السفينة فكانت لمساكين يعملون فى البحر فـأردت أن أعيبهـا.....[1] أى: أجعلها ذات عيب.

كما يطلق على الخلل أو النقص المعنوى كما هو الشأن فى ذكـر المحاسـن والفضائل والقبائح والرذائل وغيرها من المعانى والصفات تقول:تعايب الناس، أى :ذكر بعضهم عيوب ومساوىء بعض[2]

ثانيا: معنى العيب فى الاصطلاح الشرعى:

عرفه الفقهاء بعدة تعريفات يغلب فيها العموم، حيث جاءت معظمهـا بيانـاً لضابط العيب الخاص بالمعاملات المادية كالبيع والشراء، وعموما: إن معنى العيب فى الاصطلاح يختلف تبعا لاختلاف أقسامه، والمحل الذى يرد فيه العيب.

فالعيب فى البيع: هو ما أوجب نقصا فى ملكية المبيع أو نقصـا فـى ثمنـه وقيمته فى عادة التجار وعرفهم .[3]

أو هو: ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، مما يعد به ناقصا .[4]

والعيب فى الأضحية، والهدى، والعقيقة: هو ما نقص به اللحم، والعيب فـى

---

(١) من الآية رقم (٧٩) من سورة الكهف.

(٢) ينظر : لسان العرب ٦٢٣/٤، والموسوعة الفقهية الكويتية ٨١/٣١.

(٣) ينظر : حاشية ابن عابدين ٤/٥، والعناية للبابرتى فى شرح الهدايـة ٣٥٧/٦ طبعـة:دار الفكر، ودرر الحكام فى شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ٣٤٣/١ طبعة: دار الجيل، والمنثور فى القواعد الفقهية للزركشى ٤٢٥/٢ طبعة: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت – الثانية(١٤٠٥هـ) تحقيق:د/ تيسير فائق أحمد محمود.

(٤) ينظر : درر الحكام فى شرح مجلة الأحكام ٣٤٣/١، و فتح القدير ٣٥٥/٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٦/ ٣٨ طبعة : دار المعرفة – بيروت – لبنان- الطبعة الثانية (د.ت)، وحاشية ابن عابدين ٣/٥، وما بعدها، و الموسوعة الفقهية الكويتية ٨١/٣١.

الإجارة: هو ما يؤثر فى المنفعة تأثيرا يظهر تفاوت الأجرة به، والعيب فى الكفارة: هو ما أضر بالعمل والاكتساب إضرارا بينا .[1]

والعيب فى النكاح: هو ما ينفر عن الوطء من داء، أو مرض أو يكسر الشهوة ويخل بمقصود النكاح .[2]

وبالنظر إلى المعانى السابقة للعيب فى اللغة، أو الاصطلاح نجد أن: المعنى الذى يتناسب منها مع موضوع البحث هو: أن العيب بمعنى : النقص الذى يفوت الغرض به، أو الداء و المرض الذى يصاب به أحد الزوجين، فينفر عن الوطء أو يخل بمقصود النكاح .

الفرع الثانى : معنى الضرر فى اللغة، والاصطلاح :

أولا : معنى الضرر فى اللغة :

الضرر فى اللغة: هو اسم من الفعل ضَر وهو:ضد النفع ومصدره: ضرار، وكلمة (الضر) سواء كانت بضم الضاد أو بفتحها فإن مدلولها واحد يقال: ضره يضره ضرا- بفتح الضاد وضمها-، وأضر به يضره إضرارا بمعنى: إلحاق الضرر بالغير فتنقصه شيئا من حقه وهو ضد النفع وهو النقص الذى يدخل الأعيان والحقوق إلا أنها بفتح الضاد تكون مصدرا وبضمها تكون اسما.

فإذا جمعت بين(الضر والنفع) فى الكلام فإن الضاد من كلمة الضر تأتى مفتوحة، فتقول: ضَر وإذا لم تجمع بينهما وأفردت كلمة(الضر) جاءت الضاد مضمومة، تقول:ضره يضره ضُرا[3].

---

(١) ينظر : المنثور فى القواعد الفقهية للزركشى ٢/٤٢٥، والأشباه والنظائر للسيوطى /٢٩٠ طبعة: دار الكتب العلمية و الموسوعة الفقهية الكويتية ٣١/٨١، وما بعدها .

(٢) ينظر : المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة، وأيضا: المنتقى للإمام الباجى شرح الموطأ ٤/١٨٣ وما بعدها طبعة: دار الكتاب الإسلامى – بيروت -.

(٣) ينظر : مختار الصحاح /١٥٩، ولسان العرب ٤/٤٨٢، والمصباح المنير٢/٣٦٠، والمغرب فى ترتيب المعرب ٢/٨ مادة (ضرر).

وقيل: الضر – بفتح الضاد – يطلق على: ما هو ضد النفع والمصلحة، وهو ابتداء الفعل، والضُر– بضم الضاد – يطلق على: الفاقة، والمرض، والهزال، والفقر، وسوء الحال فى البدن وغيره[1]، ومنه قوله – تعالى : (وأيوب إذ نادى ربه أنى مسنى الضر وأنت أرحم الراحمين) [2].

ومن هنا– يمكن القول بأن الضرر فى اللغة: يطلق على كل شىء فيه نقص أو مفسدة أو أذى يلحق الإنسان فيصيبه فى بدنه أو ماله وغير ذلك، أو يلحق غيره من الأعيان .

ثانيا: معنى الضرر فى الاصطلاح الشرعى:

تعرض العلماء لتعريف الضرر، فعرفه بعضهم بتعريفات جاءت متقاربة فى المعنى وإن اختلفت من حيث اللفظ، و منها ما يلى:

١– الضرر هو: ما تضر به أخاك، أو صاحبك فتنتفع به أنت أو تنقص به شيئا من حقه [3].

٢– وقيل هو: نقيض النفع وهو الألم الذى لا نفع فيه يوازيه أو يزيد عليه [4].

٣– وقيل هو: ابتداء الفعل بمعنى: وقوع الضرر على الغير وإلحاق الأذى به كنقصان حقه، أو سلب ماله، أو إصابته فى جسمه أو عضو من أعضائه. [5]

---

(١) ينظر: لسان العرب ٤٨٢/٤، وما بعدها، ومختار الصحاح/١٥٩، والمصباح المنير ٣٦٠/٢.

(٢) الآية رقم :(٨٣) من سورة الأنبياء .

(٣) ينظر : المنتقى للإمام الباجى ٤٠/٦، وشرح الزرقانى على الموطأ ٤٠/٤ طبعة: دار الكتب العلمية– بيروت – الأولى(١٤١١ه)، وسبل السلام للصنعانى ٨٤/٣ طبعة: دار إحياء التراث العربى– بيروت– الرابعة(١٣٧٩ه) تحقيق: محمد عبد العزيز الخولى، وجامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلى/٢٦٧ طبعة: مصطفى الحلبى .

(٤) ينظر : أحكام القرآن لابن العربى ٤٩/١ طبعة:دار الكتب العلمية .

(٥) ينظر : المنتقى للإمام الباجى ٤٠/٦، وشرح الزرقانى على الموطأ ٤٠/٤، وسبل السلام ٨٤/٣ .

وعرفه أيضا : بعض العلماء المحدثين بما هو قريب فى المعنى لهذه التعريفات السابقة، حيث عرف الضرر بأنه :هو الأذى الذى يصيب الإنسان فى نفسه أو ماله أو عرضه أو عاطفته . (١)

وبالنظر إلى هذه التعريفات السابقة لمعنى الضرر نجد أنها جميعا تصلح للتعبير والكشف عن حقيقة الضرر: فمعناه فى الاصطلاح لا يخرج عن هذه المعانى جميعها.

وعلى هذا: يمكن تعريف الضرر بأنه: إلحاق المفسدة والأذى بالغير مطلقا.(٢)

أو هو : الأذى الذى يلحق الإنسان مما يترتب عليه الألم، أو الفساد أو النقصان، فيصيبه فى بدنه أو حقه، أو عاطفته، سواء كان الضرر ماديا، أو معنويا، فكل ما يقع من الأضرار والأذى على البدن، أو الحقوق مما هو مشاهد ومحسوس فهو ضرر مادي، وكل أذى يقع على النفس مما يدركه العقل وله تأثير سيء على النفس والعاطفة فهو ضرر معنوى كضرر القذف والسب واللعن وغيرها من الإهانات .

(١) ينظر: المدخل للفقه الإسلامى للدكتور: محمد سلام مدكور/٦٢ طبعة: دار النهضة العربية .
(٢) ينظر : شرح الزرقانى على الموطأ ٤/٤٠.

الفصل الأول

إنهاء العلاقة الزوجية بسبب العيب

إن أحد الزوجين قد يصاب بنوع من الأمراض التى تتعارض مع مقصود النكاح وأهدافه والتى يسعى إليها كل من الزوج والزوجة وذلك كأن يصاب الزوج مثلا أو الزوجة بمرض يمنع من إنجاب النسل أو الذرية أو يصاب أحدهما بمرض مُنَفِّر يؤدى إلى نفرة الطرف الآخر منه والتأذى بوجوده، والشريعة الإسلامية شريعة سمحاء، تراعى ظروف الناس، وتحقق المصالح لهم، وتدفع عنهم كل حرج وضيق، فهل تعتبر هذه الأمراض عيوبا فى أحد الزوجين ومن هنا : يحق لأحدهما وهو السليم منهما أن ينهى هذه العلاقة ويثبت له الحق فى طلب التفريق ؟ وإذا وجدت هذه العيوب، فهل يثبت الحق فى طلب التفريق بجميعها أم يثبت التفريق بأنواع معينة من العيوب؟ وهل هناك شروط للتفريق للعيب ؟ وهل يجوز تأجيل المفارقة بسبب العيب وما مقدار الأجل إن جاز ذلك ؟وهل يحتاج التفريق للعيب إلى حكم القاضى، وما نوع هذه الفرقة بين الزوجين بسبب العيب؟ يتضح بيان ذلك بمشيئة الله – تعالى– فى المباحث الآتية :

المبحث الأول:

مدى ثبوت الحق فى طلب التفريق وإنهاء العلاقة بين الزوجين لوجود عيب فى أحدهما

اختلف الفقهاء فى ثبوت الحق فى طلب التفريق بين الزوجين إذا وجد أحدهما بالآخر عيبا من العيوب المانعة للوطء، أو الإنجاب، أو المؤدية إلى النفرة والإيذاء، اختلفوا فى ذلك على قولين كما يلى :

القول الأول: لجمهور الفقهاء وهم : (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة،

والزيدية، والإمامية، والإباضية) [1] : أنه يجوز التفريق بين الزوجين بسبب وجود عيب فى أحدهما فيحق للسليم منهما أن يطالب بالتفريق بسبب هذا العيب إن وجد بالآخر سواء كان مانعا للوطء والإنجاب، أم يتأذى منه لنفرته، وهذا القول مروى عن بعض الصحابة كعمر بن الخطاب وابن عباس، وعبد الله بن عمر، وجابر بن زيد (رضى الله عنهم أجمعين)[2].

القول الثانى : للظاهرية [3] : أن الحق فى طلب التفريق لا يثبت بين الزوجين بسبب العيب فلا يحق للسليم أن يطالب بالتفريق بينهما لوجود العيب فى الآخر مطلقا، أى سواء كان العيب مانعا من الوطء، أم الاستمتاع، أم الإنجاب، أم غير ذلك [4].

---

(١) ينظر : تحفة الفقهاء للسمرقندى ٢/٢٢٥، وما بعدها، و المبسوط ٥/٩٦، ٩٥، و مواهب الجليل ٣/٢٨٣ والتفريع لابن الجلاب ٢/٤٧، طبعة : دار الغرب الإسلامى – لبنان – بيروت . تحقيق د/حسين بن سالم الدهمانى الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ–١٩٨٧م)، ومنهاج الطالبين لأبى زكريا النووى مع نهاية المحتاج للرملى ٦/٣٠٩، وما بعدها طبعة : دار الفكر – بيروت – الطبعة الأخيرة (١٤٠٤هـ–١٩٨٤م)، و مغنى المحتاج ٣/٢٠٢، و المغنى ٧/١٤٠، وما بعدها، و كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتى ٥/١٠٥ وما بعدها: تحقيق : هلال مصيلحى مصطفى هلال، طبعة : دار الفكر – بيروت (١٤٠٢هـ)، والبحر الزخار لابن المرتضى ٤/٦٠ وما بعدها طبعة : دار الكتاب الإسلامى – بالقاهرة، و شرائع الإسلام للإمام الحلى٢/٢٦٢، وما بعدها طبعة : مؤسسة مطبوعاتى إسماعيليان، وشرح كتاب النيل لأطفيش ٦/٣٨٦، وما بعدها طبعة : مكتبة الإرشاد بجدة الطبعة الثالثة (١٤٠٥هـ–١٩٨٥م).

(٢) وبه قال أيضا: الأوزاعى. ينظر : الحاوى الكبير للماوردى ١١/٤٦٤ – تحقيق الشيخ / على محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود طبعة: دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان – الطبعة الأولى (١٤١٤هـ – ١٩٩٤م).

(٣) ينظر: المحلى لابن حزم١٠/١١٣، ١٠٩، ٥٨– طبعة: دار الآفاق الجديدة– بيروت (د.ت).

(٤) ولكن عندهم : إذا اشترط أحد الزوجين السلامة من وجود العيب فى عقد النكاح فإن العقد يكون باطلا عند وجود العيب، ولكن إذا رضى أحدهما بهذا الزواج مع وجود هذا العيب، فإنه يكون بعقد جديد لا تشترط فيه السلامة .

(٥) ينظر : المحلى ١٠/١١٥ .

ـ الأدلة ـ

أولا : أدلة جمهور الفقهاء، أصحاب القول الأول : على ثبوت الحق فى طلب التفريق لوجود عيب فى أحد الزوجين، استدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب، والسنة، والأثر، والمعقول وذلك كما يلى :

١) **دليلهم من الكتاب:** استدلوا بقوله تعالى: "فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"[(١)]

وجه الدلالة: دلت هذه الآية الكريمة على جواز طلب التفريق بين الزوجين بسبب وجود العيب فى أحدهما ؛ لأن الله -تعالى- قد أوجب على الزوج أن يمسك زوجته ويقيمها معه بالمعروف ولكن عندما يتعذر عليه إمساكها بالمعروف، لوجود ما يتضرر به مع سلامته من المرض والعيب وجب عليه أن يسرحها بإحسان كما أنه ليس من الإمساك بالمعروف أن تحرم الزوجة من حق من حقوقها كالوطء والاستمتاع بسبب عيب فى زوجها يمنع ذلك، أو ينفر منه فيجب عليه أن يفارقها بإحسان، وإلا فرق القاضى بينهما [(٢)] .

٢) **دليلهم من السنة** : استدلوا من السنة بما يأتى :

١- بما روى عن أبى هريرة (ﷺ) أن النبى (ﷺ) قال : (لا عدوى ولا طِيَرَةَ[(٣)] ولا

---

(١) من الآية رقم (٢٢٩) من سورة البقرة .

(٢) ينظر : المبسوط ٩٦/٥، و بدائع الصنائع للكاسانى ٣٢٣/٢ طبعة : دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان – بيروت – الطبعة الثانية (١٤٠٦ هـ – ١٩٨٦ م.

(٣) طِيَرَة: الطيرة فى اللغة بمعنى التشاؤم، تقول : تطيرت من الشى وبالشئ، أى تشاءمت منه. فهى ما يتشاءم به من الفأل الردئ . ينظر : لسان العرب ٥١٢/٤ مادة (طَيَرَ)، والقاموس المحيط للفيروز آبادى ٥٥٥/١ فصل الطاء، طبعة : دار الفكر – بيروت (١٤١٥هـ – ١٩٩٥م)، وفتح البارى لابن حجر العسقلانى ٢١٢/١٠- تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقى ومحب الدين الخطيب – طبعة : دار المعرفة – بيروت (١٣٧٩هـ)، والنهاية فى غريب الحديث لابن الأثير ١٥٢/٣ – تحقيق : طاهر أحمد الزاوى، ومحمود أحمد الطناحى . طبعة : المكتبة العلمية – بيروت (١٣٩٣هـ -١٩٧٩م).

هامة[1] ولا بِنُو[2] وفر من المجذوم كما تفر من الأسد) [3] .

وجه الدلالة منه: دل هذا الحديث على جواز طلب التفريق بين الزوجين بسبب وجود مرض فى أحدهما يؤدى إلى النفرة والإيذاء وذلك كالجُذام [4] وغيره فهو يستدعى الفرار منه، ويدل على عدم جواز مخالطة من كان به مرض معدى [5] .

---

(١) الهامة: المراد بها فى الحديث : اسم لطائر صغير من طير الليل كالبومة يألف المقابر ويتشاءم منه الناس. ينظر : لسان العرب ٦٢٥/١٢، مادة (هَوَم)، ومختار الصحاح /٢٩٣ مادة (هَيَم)، و المصباح المنير ٦٤٥/٢ مادة (هام)، وفتح البارى ٢٤١/١٠، وغريب الحديث لابن سلام ٢٦/١، ٢٧- تحقيق د/محمد عبد المعيد خان – طبعة : دار الكتاب العربى – بيروت – الطبعة الأولى (١٣٩٦هـ)، والفائق فى غريب الحديث للزمخشرى تحقيق : على محمد البيجاوى – طبعة : دار المعرفة – بيروت – لبنان (د.ت).

(٢) بِنُو: المراد به فى الحديث هو داء الصَّفر وهو داء يصيب البطن ويعدى ويتلف الكبد، ويقتل صاحبه، وكان الناس يعتقدون ذلك، فنفى الحديث صحة اعتقادهم، وقيل : المراد به الشهر المعروف وهو شهر صفر حيث كانوا يتشاءمون بقدومه ودخوله . ينظر : فتح البارى ١٧١/١٠، وعون المعبود للعظيم أبادى ٢٨٩/١٠، وما بعدها – طبعة : دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الثانية (١٤١٥هـ) ، وغريب الحديث لابن سلام ٢٥/١، وما بعدها، والفائق فى غريب الحديث ٣٩٩/٢ .

(٣) أخرجه البخارى بلفظه : صحيح البخارى كتاب رأَه، باب : الجذام ٢١٥٨/٥ ح:(٥٣٨٠) تحقيق: مصطفى ديب البغا – طبعة : دار ابن كثير واليمامة – بيروت – الطبعة الثالثة (١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م)، وبنحوه فى السنن الكبرى للبيهقى فى جماع أبواب العيب فى المنكوحة، باب : لا يورد ممرض على مصح ٢١٨/٧ ح:(١٤٠٢٤، ١٤٠٢٣) تحقيق : محمد عبد القادر عطا – طبعة : مكتبة دارالبار بمكة المكرمة (١٤١٤هـ-١٩٩٤م)، ونصب الراية للزيلعى ٢٥٥/٣ - تحقيق: محمد يوسف البنورى، طبعة : دار الحديث بالقاهرة ١٣٥٧هـ.

(٤) الجُذام: هو علة توجد فى البدن يَحْمَرُّ منها العضو ثم يسود ثم ينقطع ويتشقق حتى يتناثر العضو عن البدن. ينظر: البحر الرائق ١٣٧/٤، وروضة الطالبين ١٧٦/٧، و شرائع الإسلام ٢٦٣/٢، وشرح كتاب النيل ٣٨٦/٦ .

(٥) ينظر : فتح القدير ٣٠٤/٤، و الحاوى الكبير للماوردى ٤٦٨/١١، و مغنى المحتاج ٢٠٣/٣، والبحر الزخار ٦٠/٤، وما بعدها .

نوقش هذا : بأن هذا الاستدلال لا يصح، لأن الأمر فى الحديث لا يحمل على الفرار من المجذوم، وإلا لو كان الأمر كذلك لفسخ عقد النكاح بين الزوجين لحدوث هذا الداء وهو الجذام بالمرأة بعد مرور سنوات كثيرة من دخولها ولكنه محمول على نفى العدوى وليس محمولا على الفرار من المجذوم [1] .

أجيب عن هذا : بأن هذا الحديث يدل على جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيب لأمر النبى (ﷺ) بالفرار من المجذوم، ولا يدل على نفى العدوى، وإنما ينفى ما كان يعتقده أهل الجاهلية من أن الأمراض، والأدواء تعدى بنفسها وذاتها، وذلك بفعل الطبيعة، وهذا غير صحيح ؛ لأن العادة جرت أن الداء يتحقق عند ملاقاة الجسم الذى فيه الداء، وهذا يعدى بأمر الله – تعالى– وفعله لا بفعل نفسه، فالشرع قد منع من أن الطبيعة تحدث العدوى بنفسها ولا يمنع من أن يكون الله –تعالى– قد جعل فيها العدوى، كما جعل فى النار الإحراق، وفى الطعام الشبع، وفى الماء الرى[2].

٢– عن جميل بن زيد الطائى[3] عن زيد بن كعب بن عجرة[4]عن أبيه قال : (تزوج رسول الله (ﷺ) امرأة من بنى غفار، فلما دخلت عليه ووضعت ثيابها رأى

---

(١) ينظر : المحلى ١١٥/١٠ .

(٢) ينظر : فتح البارى ٢٤١/١٠، وما بعدها، والسنن الكبرى للبيهقى ٢١٦/٧، و المنهاج مع نهاية المحتاج ٣١٠/٦، و مغنى المحتاج ٢٠٣/٣، و الحاوى الكبير للماوردى ٤٦٨/١١، و البحر الزخار ٦٠/٤، وما بعدها .

(٣) جميل بن زيد : هو جميل بن زيد الطائى، الكوفى، أو البصرى، روى عن ابن عمر، وكعب بن زيد، وروى عنه الثورى، وأبو بكر بن عياش، والقاسم بن مالك وغيرهم . ينظر : التاريخ الكبير للبخارى ٢١٥/٢ – تحقيق : السيد هاشم الندوى – طبعة : دار الفكر – بيروت (د.ت)، و تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلانى ٩٨/٢ – طبعة : دار الفكر – بيروت – الطبعة الأولى (١٤٠٤هـ–١٩٨٤م).

(٤) زيد بن كعب بن عجرة : هو زيد بن كعب بن عجرة السالمى، الأنصارى المدنى، روى الحديث عن أبيه كعب، وروى عنه جميل بن زيد فى المرأة التى تزوجها النبى (ﷺ) ورأى بها بياضا . ينظر: لسان الميزان لابن حجر العسقلانى ٥١٠/٢ – تحقيق : دائرة المعارف النظامية بالهند – طبعة : مؤسسة الأعلمى للمطبوعات – بيروت – الطبعة الثالثة (١٤٠٦هـ–١٩٨٦م)

بكشحها[1] بياضا فقال لها النبى (ﷺ) : البسى ثيابك والحقى بأهلك وأمر لها بالصداق) [2] .

وجه الدلالة : دل هذا الحديث دلالة واضحة وصريحة على ثبوت الحق لكل واحد من الزوجين فى طلب التفريق إذا وجد أحدهما بالآخر عيبا، لأن النبى (ﷺ) قد فارق هذه المرأة عندما وجد بها عيب البَرَصْ [3] فدل على جواز ذلك إذا كان أحدهما مصابا بمرض منفر كالبرص وغيره مما يشابهه [4] .

---

(١) كَشحها : الكشح هو الجنب وهو ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف . ينظر : سبل السلام ١٣٥/٣، والفواكه الدوانى للنفراوى ٣٨/٢ طبعة : دار الفكر – بيروت (١٤١٥هـ، والنظم المستعذب لابن بطال ٦٨/٢ مطبوع بأسفل المهذب للشيرازى – طبعة : دار الفكر (١٤١٤هـ-١٩٩٤م).

(٢) أخرجه الحاكم فى المستدرك بلفظه ٣٦/٤ ح:(٦٨٠٨) تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا – طبعة : دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى (١٤١١هـ-١٩٩٠م)، ومسند الإمام أحمد بنحوه ٤٩٣/٣ طبعة: مؤسسة قرطبة بمصر، ومسند أبى يعلى بنحوه ٦٣/١٠ ح:(٥٦٩٩) ط:دار المأمون للتراث بدمشق-الأولى(١٤٠٤ه-١٩٨٤م) تحقيق:حسين سليم أسد، والسنن الكبرى للبيهقى بنحوه عن ابن عمر فى جماع أبواب العيب فى المنكوحة، باب: ما يرد به النكاح من العيوب ٢١٤/٧ ح:(١٣٩٩٩)، والتحقيق فى مسائل الخلاف لابن الجوزى ٢٧٨/٢ ح:(١٦٥٩) تحقيق: مسعد عبد الحميد السعدنى – طبعة : دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى ١٤١٥هـ)، وهذا الحديث قال عنه البيهقى والشوكانى : هذا الحديث مختلف فيه عن كعب بن زيد، أو زيد ابن كعب، وجميل بن زيد ضعيف وقد اضطربت روايته فى هذا الحديث . السنن الكبرى للبيهقى ٢١٤/٧، و نيل الأوطارللشوكانى ٢٩٨/٦ – طبعة : دار الجيل – بيروت ١٩٧٣ م.

(٣) البَرَصْ : هو بياض شديد يظهر فى الجلد فيبقعه، ويذهب بدمويته . ينظر : البحر الرائق ١٣٧/٤، ومواهب الجليل ٤٨٤/٣، و مغنى المحتاج ٢٠٢/٣، و شرائع الإسلام ٢٦٣/٢ .

(٤) ينظر : نيل الأوطار ٢٩٨/٦، والفواكه الدوانى ٣٧/٢، وما بعدها، و المهذب ٦٧/٢، والحاوى الكبير للماوردى ٤٦٤/١١، و الكافى لابن قدامة ٦٠/٣ – تحقيق : زهير الشاويش طبعة : المكتب الإسلامى – بيروت الطبعة الخامسة (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م)، والبحر الزخار ومعه جواهر الأخبار والآثار لمحمد بن يحيى الصعدى ٦١/٤ .

نوقش هذا : بأن هذا الحديث لا يصح الاستدلال به ؛ لأنه من رواية جميل بن زيد وهو متروك الحديث ؛ لأنه غير ثقة، وزيد بن كعب بن عجرة، مجهول، لأنه لا يعرف أن كعب بن عجرة له ولد اسمه زيد، فهو حديث مضطرب لاضطراب روايته عن ابن عمر تارة، وعن زيد بن كعب تارة، وإذا سلمنا بصحته فإنه لا يصلح دليلا فى محل النزاع ؛ لأن قول النبى (ﷺ) للمرأة الغفارية (البسى ثيابك والحقى بأهلك) هو كناية من كنايات الطلاق، فدل على أن التفريق هنا كان بالطلاق، وليس هو بخيار عيب المرأة وهو يصلح للتفريق بالطلاق ويحتمله، والمحتمل لا تقوم به حجة [1] .

أجيب عن هذا : أن هذا الحديث فيه دلالة على جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيب وفيه دلالة على إعلام المرأة بالفرقة، لأن الذى دعا إلى ذلك إنما هو وجود العيب بها وهو البرص، ولولا هذا العيب ما كان هناك ما يدعو إلى التفريق بينهما[2] .

٣) **دليلهم من الأثر** : استدلوا من الأثر بأدلة كثيرة منها ما يأتى :

١- بما روى عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب (ﷺ) قال : (أيما امرأة غُرَّ بها رجل بها جنون[3]، أو جذام، أو برص، فلها مهرها بما أصاب منها، وصداق الرجل على وليها الذى غَرَّه)[4] .

---

(١) ينظر : المحلى ١١٥/١٠، و نيل الأوطار ٢٩٨/٦، وما بعدها، والسيل الجرار للشوكانى ٢٩٠/٢ – تحقيق : محمد إبراهيم زايد، طبعة : دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ).

(٢) ينظر: نيل الأوطار ٢٩٨/٦، و الفواكه الدوانى ٣٧/٢ وما بعدها، و الحاوى الكبير للماوردى ٤٦٤/١١ والمهذب ٦٧/٢، و الكافى لابن قدامة ٦٠/٣، والبحر الزخار ٦١/٤ .

(٣) الجنون هو: زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة والأعضاء . ينظر: مغنى المحتاج ٢٠٢/٣ و البحر الزخار ٦٤/٤ والمختصر النافع /٢١٠ وما بعدها.

(٤) أخرجه بلفظه الدارقطنى فى سننه فى كتاب النكاح ٢٦٦/٣ ح:(٨٢) وبنحوه فى السنن الكبرى للبيهقى فى جماع أبواب العيب فى المنكوحة، باب : ما يرد به النكاح من العيوب ٢١٤/٧ ح:(١٤٠٠)، ومصنف عبد الرزاق بنحوه فى باب : ما يرد من النكاح ٢٤٤/٦ ح:(١٠٦٨٠) تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمى، طبعة : المكتب الإسلامى – بيروت – الطبعة الثانية (١٤٠٣ هـ)، قال عنه الشوكانى رجاله ثقات . نيل الأوطار ٢٩٨/٦ .

وفى لفظ : (قضى عمر فى البرصاء والجذماء والمجنونة إذا دخل بها فُرِّقَ بينهما والصداق لها بمسيسه إياها، وهو له على وليها) [1] .

وجه الدلالة: دل هذا الأثر دلالة واضحة على أنه يجوز لكل واحد من الزوجين أن يطلب التفريق إن وجد أحدهما عيبا منفرا يمنع من الوطء، ويخل بمقصود النكاح[2].

نوقش هذا من وجهين :

الوجه الأول : أن هذه الرواية عن عمر غير صحيحة ؛ لأنها رواية منقطعة، ومرسلة من طريق سعيد بن المسيب وهو لم يسمع من عمر [3] .

أجيب عن هذا الوجه : بأن هذا لا يصح ؛ لأن هذه الرواية صحيحة عن سيدنا عمر والقول بعدم صحتها فيه مخالفة لما عليه العلماء من أهل الحديث ؛ لأنهم يقبلون الرواية عن سعيد بن المسيب، ويحتجون بروايته عن النبى (ﷺ)، ويقولون بها فكيف بروايته عن عمر بن الخطاب؟! فهو ثقة مقبول الرواية، فهذا عبد الله بن عمر كان يرسل إليه ويسأله عن قضايا عمر فيفتى بها ولم يطعن أحد من أهل عصره، و لا من بعدهم ممن له قول معتبر فى رواية سعيد بن المسيب عن عمر، ولا عبرة بغيرهم فلا يعتد بقولهم[4].

---

(١) أخرجه الدارقطنى بلفظه : سنن الدارقطنى كتاب النكاح ٢٦٧/٣ ح:(٨٣)، و السنن الكبرى للبيهقى بنحوه فى جماع أبواب العيب فى المنكوحة، باب : ما يرد به النكاح من العيوب ٢١٤/٧ ح:(١٤٠٠١)، ومصنف عبد الرزاق ٢٤٤/٦ ح:(١٠٦٨٠)، و نيل الأوطار ٢٩٨/٦، والتحقيق فى أحاديث الخلاف لابن الجوزى ٢٧٨/٢ ح:(١٦٦١) .

(٢) ينظر : نيل الأوطار ٢٩٨/٦، وسبل السلام ١٣٥/٣، وما بعدها، والمنهاج مع نهاية المحتاج ٣١٠/٦، والفواكه الدوانى ٣٧/٢، و زاد المعاد لابن القيم ١٨٠/٥ – تحقيق : شعيب الأرناؤوط، وعبد القادر الأرناؤوط – طبعة : مؤسسة الرسالة ومكتبة المنار الإسلامية – بيروت – الكويت – الطبعة الرابعة عشر (١٤٠٧هـ – ١٩٨٦م)، و المغنى ١٤٠/٧، وما بعدها .

(٣) ينظر : المحلى ١١٤/١٠، ٦٠ .

(٤) ينظر : زاد المعاد ١٨٣/٥ .

الوجه الثانى : إن هذا الأثر عن عمر إن صح فهو من قوله، وقول الصحابى ليس حجة ملزمة للناس، فلا يلزم العمل به [١]

أجيب عن هذا الوجه : بأن هذا لا يصح ؛ لأن قول الصحابى حجة عند عامة العلماء وسيدنا عمر بن الخطاب (ﷺ) له قدره ومكانته، وقد أعز الله به الإسلام، وقد عاصر النبى (ﷺ) فدل ذلك على أنه لم يقل هذا الكلام من قبيل رأيه، وإنما قاله توقيفا عن النبى (ﷺ)؛ لأن مثله لا يكون إلا عن توقيف [٢] .

٢) واستدلوا بما روى عن على (ﷺ) أنه قال : (أيما امرأة نكحت وبها بَرَص أو جنون أو جذام أو قَرَن [٣] فزوجها بالخيار، ما لم يمسها إن شاء أمسك وإن شاء طلق فإن مسها فلها مهرها بما استحل من فرجها) [٤] .

٣) وبما روى عن عثمان (ﷺ) أنه أمر بالفرقة إذا وجدت المرأة أن زوجها لا يقدر على الوطء دون توقيف أو تأجيل [٥] .

وجه الدلالة : يستفاد من هذين الأثرين أنه يجوز التفريق بين الزوجين بسبب وجود العيب فى أحدهما إن طلب المتضرر منهما ذلك سواء كان السليم

---

(١) ينظر : المحلى ١١٤/١٠، و نيل الأوطار ٢٩٩/٦ .

(٢) ينظر : مغنى المحتاج ٢٠٣/٣ .

(٣) القَرَن : هو عظم فى الفرج يمنع من الوطء، وقيل : هو لحم يوجد فى الفرج ؛ لأنه لا يكون فيه عظم . ينظر : البحر الرائق ١٣٧/٤، وما بعدها، والفواكه الداونى ٣٨/٢، و روضة الطالبين ١٧٧/٧، و مغنى المحتاج ٢٠٢/٣، والمغنى ١٤١/٧، و البحر الزخار ٦١/٤، و شرائع الإسلام ٢٦٣/٢، وما بعدها .

(٤) أخرجه البيهقى بلفظه السنن الكبرى فى جماع أبواب العيب فى المنكوحة، باب : ما يرد به النكاح من العيوب ٢١٥/٧ ح:(١٤٠٠٧)، وبنحوه فى سن الدارقطنى فى كتاب النكاح ٢٦٧/٣ ح:(٨٥)، وبنحوه أيضا فى: مصنف عبد الرزاق باب : ما رد من النكاح ٢٤٣/٦ ح:(١٠٦٧٧) ومصنف ابن أبى شيبة، كتاب النكاح ٤٨٦/٣ ح:(٥٤) تحقيق : كمال يوسف الحوت – طبعة : مكتبة الرشد بالرياض – الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ .

(٥) زاد المعاد ١٨١/٥، و سبل السلام ١٣٦/٣ .

المتضرر بذلك هو الزوج أم الزوجة لدفع الضرر عنه [١] .

٤) **دليلهم من المعقول** : استدلوا من المعقول على جواز التفريق بين الزوجين بسبب وجود العيب فى أحدهما بأدلة كثيرة منها ما يأتى :

١- إنه يجوز لكل واحد من الزوجين أن يطلب التفريق إذا وجد فى الآخر عيبا يمنع من الوطء والاستمتاع، أو يمنع من الإنجاب، أو يكون منفرا تتأذى منه النفس ؛ لأن الله -تعالى- أمر الزوج وأوجب عليه أن يمسك زوجته بالمعروف، أو يسرحها بإحسان، واستيفاء النكاح وغرضه يجب على الزوجة، ومع أنها محرومة الحظ من الزوج فى ذلك بسبب مرضه فليس هو من الإمساك بالمعروف، فتعين على زوجها أن يفارقها بإحسان بنفسه، وإلا ناب القاضى عنه وفرق بينهما [٢] .

٢- إن الوطء مستحق على الزوج لزوجته بعقد النكاح، وإذا كان عقد الزواج لازما فيثبت الخيار للزوجة، عند إصابة زوجها بالعيب الذى بسببه عجز عن مجامعتها كالعنة [٣] : لأن هذا يؤدى إلى فوات حقها فى الجماع الذى تستحقه بعد عقد الزواج والدخول بها، وهو ظلم لها فى حقها، وإضرار بها فيجب رفع الظلم والضرر عنها [٤] .

---

(١) ينظر: نيل الأوطار ٢٩٨/٦، و سبل السلام ١٣٦/٣، ١٣٥، و زاد المعاد ١٨٣/٥، ١٨٠، والفواكه الدوانى ٣٧/٢ .

(٢) ينظر : بدائع الصنائع ٣٢٣/٢، و مغنى المحتاج ٢٠٣/٣ .

(٣) العنة : هى العجز عن الوطء بعد انتشار الآلة، وقيل هى فرط صغر الذكر، وقيل : هى عدم القدرة على إتيان النساء سواء كانت الآلة تنتشر أم لا . ينظر : فتح القدير ٢٩٧/٤، و منح الجليل للشيخ عليش على مختصر خليل ٣٨٢/٣- طبعة : دار الفكر - بيروت (١٤٠٩هـ -١٩٨٩م)، و مغنى المحتاج ٢٠٢/٣، و المغنى ١٥٢/٧، و سبل السلام ١٣٦/٣، و البحر الزخار ٦٤/٤، و شرائع الإسلام ٢٦٢/٢ وما بعدها، و شرح كتاب النيل ٣٨٧/٦ .

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ٣٢٣/٢، و الأم للإمام الشافعى ٨٤/٥، وما بعدها ط:دار المعرفة- بيروت- الثانية(١٩٩٣م)، و مغنى المحتاج ٢٠٣/٣، و المغنى ١٤٠/٧، وما بعدها، والبحر الزخار ٦٠/٤ .

٣- إنه لا يمكن توفية حقوق النكاح مع وجود المرض كالجنون مثلا، كما أن النفس تنفر ولا تطيب بمجامعة المجذومة أو البرصاء لأن هذا يوجب النفرة من الوطء، ويخاف منه العدوى على النفس والولد، لهذا كان استمرار الحياة الزوجية مع مريض بمرض تنفر منه الطباع والنفوس السليمة أو يُفَوت على الآخر الغرض المقصود من العقد ويترتب عليه الضرر أمرا منهيا عنه شرعا فثبت بذلك الحق فى طلب الخيار بين التفريق أو عدمه بين الزوجين بسبب العيب [١] .

إن مصالح النكاح وأغراضه لا تتحقق مع وجود هذه الأمراض، بل تتعطل على وجه يترتب عليه حدوث الخلل فى مصالحه وأغراضه، لأن بعض هذه العيوب مما تنفر منها الطباع السليمة وذلك كالبرص والجذام والجنون وقد يكون بعضها مما يمنع الوطء والاستمتاع كالرتق[٢]، والقرن وغير ذلك، وعامة مصالح النكاح تتوقف على الوطء، لأن طلب الولد والسكن والعفة عن الزنا لا يحصل إلا بالوطء ولهذا يثبت الحق للزوجين فى طلب التفريق إن وجد أحدهما عيبا يعود عليه بالضرر [٣] .

نوقش استدلالهم من المعقول من وجهين :

الوجه الأول : أن هذه الأدلة غير صحيحة وغير مسلم بها على ثبوت الحق فى طلب التفريق بين الزوجين بسبب العيب، لأن النكاح كما أمر الله -تعالى- إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وإن سلمنا بأن الوطء مستحق على الزوج لزوجته بالعقد، فإذا عدمته فقد فات المستحق لها ولحقها الضرر بذلك ولكن هذا

---

(١) ينظر : بدائع الصنائع ٣٢٣/٢، و مغنى المحتاج ٢٠٣/٣، و المنهاج مع نهاية المحتاج ٣١٠/٦، و المغنى ١٤٠/٧، و البحر الزخار ٦١/٤، ٦٠ .

(٢) الرتق : هو انسداد مسلك الذكر فى فرج المرأة بحيث لا يمكن معه الجماع . ينظر : البحر الرائق ١٣٧/٤ والفواكه الدوانى ٣٨/٢، ومنح الجليل ٣٨٢/٣، و مغنى المحتاج ٢٠٣/٣، و الكافى لابن قدامة ٦٠/٣ والبحر الزخار ٦١/٤، و شرح كتاب النيل ٣٨٨/٦ .

(٣) ينظر : بدائع الصنائع ٣٢٣/٢، و المنهاج مع نهاية المحتاج ٣١٠/٦، و مغنى المحتاج ٢٠٣/٣، والمغنى ١٤٠/٧، وما بعدها، و البحر الزخار ٦١/٤ .

ليس على إطلاقه، وإنما هو فى حالة قدرته على الجماع والوطء، فإنه يمنع من ذلك، ويجب عليه أن يوفيها بما تستحقه من الوطء أما فى حالة عجزه عن ذلك فلا نكلفه بما لا يطيقه مما لا قدرة عليه كما أنه لا يقدر على توفية حق النكاح مع الفسق والصمم وسوء الخلق وغير ذلك فلا يرد به النكاح [1] .

أجيب عن هذا الوجه : بأن هذا لا يصح وغير مسلم به : لأنه فى حالة قدرة الزوج على الوطء والجماع أو فى حالة عدم قدرته على ذلك فالضرر لاحق بالزوجة، لأنه إن عجز عن وطئها وجماعها فهو لا يعجز عن تفريقها، وإن بقيت عنده مع وجود ما ينفر من الوطء، فإنها تتأذى به مع قدرته على الوطء، لأن بقاءها معه ليس من الإمساك بالمعروف فى شئ فيجب عليه أن يسرحها بإحسان [2] .

الوجه الثانى : إن العيوب المعدية لا يفرق بها بين الزوجين ولا تصلح سببا للتفريق بينهما، لأن الحديث نفى وجود العدوى، وعليه فلا يكون هناك ضرر يلحق بالزوجين مع وجود هذه الأمراض، وإذا انتفى الضرر سقط حقهما فى الخيار وطلب التفريق [3] .

أجيب عن هذا الوجه : بأن هذا لا يصح فإن هذه الأمراض تعدى ويترتب عليها ضرر من النفرة، والإيذاء والعدوى وقد يلحق ذلك الولد ويخاف منه على النفس والعدوى موجودة ولكن لا تعدى هذه الأمراض بنفسها، وفعل الطبيعة وإنما ذلك يكون بفعل الله -تعالى- وإرادته وحديث العدوى ورد ردا على ما كان يعتقده أهل الجاهلية من نسبة الفعل وهو العدوى لغير الله -تعالى- فنفى الحديث ذلك فالمعنى : لا عدوى بنفسها ولكن بفعل الله -تعالى- وأمره[4].

---

(١) ينظر : المحلى ١١٥/١٠، ٦٠ .

(٢) ينظر : بدائع الصنائع ٣٢٣/٢، و مغنى المحتاج ٢٠٣/٣، و المغنى ١٤٠/٧، وما بعدها .

(٣) ينظر : المحلى ١١٥/١٠ .

(٤) ينظر: فتح البارى ٢٤١/١٠، وما بعدها، والسنن الكبرى للبيهقى ٢١٦/٧، و مغنى المحتاج ٢٠٣/٣، والحاوى الكبير للماوردى ٤٦٨/١١، و البحر الزخار ٦٠/٤، وما بعدها.

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى (الظاهرية) على عدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيب مطلقا، استدلوا على ذلك بأدلة من السنة، والأثر، والمعقول كما يلى :

١) **دليلهم من السنة** : استدلوا بما روى عن عروة بن الزبير[١] عن عائشة (رضى الله عنها) أن امرأة رفاعة القرظى[٢] جاءت رسول الله (ﷺ) فقالت : يا رسول الله إن رفاعة طلقنى فَبَتَّ طلاقى، وإنى نكحت بعده عبد الرحمن بن الزَّبِيْر القرظى[٣]

---

(١) عروة بن الزبير : هو عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد، القرشى، الأسدى، المدنى، التابعى الجليل، عالم المدينة وفقيهها كان -رحمه الله- عالما بالسيرة حافظا، ثقة، تفقه على خالته عائشة - أم المؤمنين- (رضى الله عنها) وروى عن أبيه وغيره كثير، وحدث عنه الزهرى وغيره، توفى-رحمه الله- سنة ٩٩هـ، وقيل سنة ٩٤هـ وقيل :غير ذلك. ينظر : تذكرة الحفاظ لابن القيسرانى ٦٢/١، وما بعدها - تحقيق: حمدى عبد المجيد إسماعيل السلفى- طبعة: دار الصميعى بالرياض - الطبعة الأولى (١٤١٥هـ)، ومشاهير علماء الأمصار لابن حبان التميمى /٦٤- تحقيق: فلايشهمر - طبعة: دار الكتب العلمية - بيروت (١٩٥٩م)، و سير أعلام النبلاء للذهبى ٤٢١/٤، وما بعدها- تحقيق: شعيب الأرناؤط، ومحمد نعيم العرقسوسى طبعة : مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة التاسعة (١٤١٣هـ).

(٢) رفاعة القرظى : هو الصحابى الجليل رفاعة بن سموال، القرظى، وقيل : رفاعة بن رفاعة، القرظى المدنى من بنى قريظة، وهو خال صفية أم المؤمنين -زوج النبى (ﷺ)- . ينظر : الاستيعاب لابن عبد البر ٥٠٠/٢- تحقيق : محمد على البيجاوى - طبعة : دار الجيل - بيروت - الطبعة الأولى (١٤١٢ هـ-١٩٩٢م)، وتهذيب الأسماء للنووى ١٨٩/١- طبعة: دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى (١٩٩٦م).

(٣) عبد الرحمن بن الزَّبِيْر القرظى : هو الصحابى الجليل عبد الرحمن بن الزبير بن باطيا، القرظى، وقيل هو: ابن الزبير بن زيد بن أمية بن مالك بن الأوس، ويحتمل أنه نسب إلى (زيد) بالتبنى، روى عنه ابنه (الزبير) وهو من شيوخ مالك . ينظر : معجم الصحابة لابن قانع ١٧٦/٢- تحقيق : صلاح بن سالم المصراتى - طبعة : مكتبة الغرباء الأثرية بالمدينة المنورة- الطبعة الأولى (١٤١٨هـ)، والإصابة فى تمييز الصحابة لابن حجر ٤ /٣٠٥- تحقيق : على محمد البيجاوى - طبعة : دار الجيل - بيروت - الطبعة الأولى (١٤١٢هـ-١٩٩٢م).

وإنما معه مثل الهُدْبَة[1]، قال رسول الله (ﷺ) (لعلك تريدين أن ترجعى إلى رفاعة ؟ لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقى عسيلته)[2] .

وجه الدلالة : دل هذا الحديث على عدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيب لأن هذه المرأة جاءت إلى رسول الله (ﷺ) تشتكى من عدم وطء زوجها لها، لأن به مانعا من ذلك وهو أن ذكره مثل الهُدْبَة لا ينتشر فمنع من الوطء فأرادت مفارقته ولكن النبى (ﷺ) لم يؤجل لها شيئا ولم يفرق بينها وبين زوجها فدل ذلك على عدم جواز التفريق بينهما بسبب العيب [3] .

نوقش هذا : بأن هذا الاستدلال لا يصح لأن هذه الزوجة لم تطلب الفسخ لأن النبى (ﷺ) قد فهم منها أنها تريد أن يراجعها رفاعة وأخبرها بأن ذلك لا يجوز ولا تحل لرفاعة حتى يذوق كل منهما عسيلة الآخر وحَمْلُ الحديث على طلبها الفسخ أو التفريق لا يصح، لأنه كيف يحمل طلبها لذلك؟ وعبد الرحمن بن الزبير لم يستطع أن يمسها فطلقها فأراد رفاعة زوجها الأول أن ينكحها فجاءت تستفتى النبى (ﷺ) عن ذلك فأجابها بأنها لا تحل لرفاعة حتى يمسها زوجها الثانى [4] .

---

(١) الهُدْبَة: المراد بها هنا : هدبة الثوب، أى طرفه فشبهت ذكره فى الاسترخاء، وعدم الانتشار وضعفه بطرف الثوب فهو رخو لا يغنى عنها شيئا . ينظر : لسان العرب ٧٨٠/١، و المصباح المنير ٦٣٥/٢ مادة (هَدَبَ)، و الفائق ٤٣٠/٢، و غريب الحديث لابن الجوزى ٤٩٢/٢ .

(٢) متفق عليه، أخرجه البخارى بلفظه، صحيح البخارى، كتاب الطلاق، باب : من أجاز طلاق الثلاث ٢٠١٤/٥ ح:(٤٩٦٠)، و صحيح مسلم وزاد فيه (فتبسم رسول الله (ﷺ)، فقال : أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة ....) كتاب النكاح، باب : لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره ١٠٥٥/٢ ح:(١٤٣٣) – تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقى طبعة : دار إحياء التراث العربى – بيروت (د.ت).

(٣) ينظر : المحلى ١٧١/١٠، ٦٢ .

(٤) ينظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ١٤٧/٣، وما بعدها – تحقيق : أحمد عبد العليم البردونى – طبعة : دار الشعب بالقاهرة – الطبعة الثانية (١٣٧٢هـ)، وفتح البارى ٤٦٥/٩ وما بعدها، و سبل السلام ١٣٦/٣، وما بعدها .

٢) **دليلهم من الأثر** : استدلوا بما روى عن على (ﷺ) من عدة طرق أنه قال : (إذا تزوج المرأة ووجد بها جنونا، أو بَرَصًا، أو جذاما، أو قرنا فدخل بها فهى امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلق، وإذا لم يدخل بها فرق بينهما) [١] .

وجه الدلالة : دل هذا الأثر على عدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيب بعد الدخول بها [٢] .

٣) **دليلهم من المعقول** : هو أن كل نكاح صح بكلمة الله -تعالى- وسنة رسوله (ﷺ)، فقد أحل الله -تعالى- المنكوحة لزوجها وحرم بشرتها، أو فرجها على كل من سواه فمن فرق بينهما بغير دليل من القرآن، أو السنة الثابتة عن النبى (ﷺ) فقد دخل فى صفة المذمومين[٣] الذين ذمهم الله -تعالى- بقوله: " فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ المَرْءِ وَزَوْجِهِ"[٤] .

نوقش هذا من وجهين :

الوجه الأول : إن هذا لا يصح ؛ لأنه لا توجد معارضة بين جواز ذلك وبين القرآن والسنة لأن عمومهما يقضى برفع الضرر وإزالته عن المكلف بكل وسيلة ممكنة، وكل واحد من الزوجين قد يعيش مع الآخر وهو فى عناء ومشقة بالغة، وهو لا يجبر على ذلك فيجوز له طلب التفريق لرفع المشقة والضرر عنه [٥] .

---

(١) أخرجه البيهقى بلفظه فى السنن الكبرى، فى جماع أبواب العيب فى المنكوحة، باب : ما يرد به النكاح من العيوب ٢١٥/٧ ح:(١٤٠٠٨)، وبنحوه فى السنن للدارقطنى كتاب النكاح ٢٦٧/٣ ح:(٨٥)، ومصنف عبد الرزاق باب ما رد من النكاح ٢٤٣/٦ ح:(١٠٦٧٧)، ومصنف ابن أبى شيبة فى كتاب النكاح ٤٨٦/٣ ح:(٥٤).

(٢) ينظر : المحلى ٥٨/١٠، ١١٠، ١١٤ .

(٣) ينظر : المحلى ٦١/١٠ .

(٤) من الآية رقم (١٠٢) من سورة البقرة .

(٥) ينظر : زاد المعاد ١٨٣/٥ .

الوجه الثاني: أن عدم التفريق بين الزوجين بسبب العيب وإلزام عقد الزواج عند وجود العيب المانع من الاستمتاع بالوطء بينهما، أو النفرة منه هذا فيه تفويت للمستحق بالعقد، وهو ظلم وضرر للطرفين، فليس هو من الإمساك بالمعروف فى شئ فيجب التفريق بينهما بإحسان إن طلب أحدهما ذلك، وإلا تدخل القاضى وفرق بينهما[1] .

الرأى الراجح فى المسألة :

بعد بيان أقوال الفقهاء فى المسالة وعرض أدلتهم التى استدلوا بها ومناقشة ما أمكننى مناقشته منها والإجابة بقدر المستطاع فإن الراجح من القولين من وجهة نظرى هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول جمهور الفقهاء، وهو القول بجواز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب فهو حق ثابت لكل واحد منهما وذلك لما يأتى :

١- قوة أدلتهم التى استدلوا بها وسلامتها من المناقشة و المعارضة القوية فضلا عن ضعف أدلة أصحاب القول الثانى .

٢- إنه يجوز التفريق بين الزوجين بسبب العيب ؛لأن الأصل اعتبار السلامة من العيوب ولأن هذه الأمراض، وهذه العيوب تمنع من استمرار العشرة بينهما وفيه تفويت لمصلحة النكاح ومقاصده والقول بجواز التفريق يحقق المصلحة للطرفين ويحفظ كرامة الزوجين .

٣- كما أن القول بعدم جواز ذلك يجعل الحياة بين الزوجين غير مستقرة وغير محتملة لأن الصبر قد ينفذ ولا يطاق وهذا فيه تضييق وتشديد على الناس، وهذا مخالف لروح الشريعة الإسلامية التى جاءت لترفع الحرج والمشقة عن العباد . هذا والله أعلم بالصواب .

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٣٢٣/٢، وفتح القدير ٣٠٠/٤، وزاد المعاد ١٨٣/٥، و المغنى ١٤٠/٧ وما بعدها .

المبحث الثانى:

مذاهب الفقهاء فى تحديد العيوب التى يثبت بها التفريق بين الزوجين وأنواعها

وينتظم الحديث عن هذه العيوب وأنواعها، ومدى ثبوت التفريق بها بين الزوجين عند الفقهاء فى المطالب التالية:

المطلب الأول:

تحديد العيوب التى يثبت بها حق التفريق بين الزوجين

لا شك أن العيوب التى يثبت بها حق التفريق بين الزوجين كثيرة ومتنوعة، الأمر الذى جعل الفقهاء يختلفون في تحديد ما يصلح منها للتفريق وما لا يصلح عند تناولهم لها.

وبالرغم من اتفاق الفقهاء على مبدأ حصر العيوب التى يثبت بها التفريق بين الزوجين، خلافاً لما ذهب إليه البعض منهم[1]، إلا أنهم اختلفوا فى بيانها وتوضيحها، وقد انحصر خلافهم فى قولين كما يلى:-

---

(١) ذهب بعض الفقهاء كابن القيم وابن تيميه إلى القول: بعدم حصر العيوب التى يثبت بها التفريق بين الزوجين، وقالوا: إن كل عيب بأحد الزوجين لا يحصل منه مقصود الزواج من التناسل والتراحم ويتسبب فى ضرر لا طاقة لأحد الزوجين به يعد عيباً يثبت به حق طلب التفريق لكل من الزوجين، وهو قول شريح والزهرى وأبى ثور وغيرهم، و حجتهم فى ذلك هى: أن الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساو لها فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفاً، فالقياس يقتضى: أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة فإنه يوجب الخيار وهو أولى من البيع، كما أن الشروط المشروطة فى النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع ينظر: زاد المعاد لابن القيم ١٨٢/٥وما بعدها، و نيل الأوطار ٢٩٩/٦ .
لكن هذا القول الذى ذهب إليه ابن القيم ومن وافقه لا يمكن الأخذ به من كل وجه وفى كل عيب وذلك لما يلى:أولا: – أنه لا يمكن قياس العيب فى النكاح على العيب فى البيع، لأن البيع مما تجرى فيه المشاحة ونحوها والمقصود منه المالية فقط والعيب مفوت لها، أما النكاح فالمقصود الأساس منه الاستمتاع والتوالد وهما لا يفوتان بالعيب =

القول الأول: وهو للحنفية[1] – حيث قالوا: بثبوت حق التفريق بين الزوجين بالعيوب، إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم حول العيوب التى تثبت الخيار فى التفريق .

حيث ذهب الإمام: (أبو حنيفة وأبو يوسف) إلى القول: بأن عيوب الرجل التى يثبت بها حق طلب التفريق هى: العنة و الجب،، والخصاء[2]، سواء أكانت هذه العيوب قديمة أم حادثة ولم يوجد قبلها وقاع فلا يثبت حق التفريق للزوجة إذا كان

=

ثانيا: إن هذا القول يؤدى العمل به إلى فتح باب الخلاف والتنازع بين الأزواج، لأنه لا يبعد أن كل زوج أصيبت زوجته بأحد الأمراض أو زوجة أصيب زوجها بعلة طالت عليه بعض الوقت– وهذا يحدث بالفعل غالبا– أن يدعى كلاً منهما أن هذه الأمراض أو هذه العلة سببت له النفور ممن أصيب بها، ولهذا فإنه يطلب التفريق لهذا السبب، وهذا يؤدى إلى فتح باب خطير لهدم العلاقات الزوجية.

وعليه: فإنه يجب الرجوع إلى ما نصت عليه النصوص الشرعية من هذه العيوب والعلل التى تثبت حق التفريق لسد هذا الباب، وحتى لا توجد ذريعة لحدوث خلاف بين الزوجين وإذا كانت بعض العيوب تحدث نفرة طبيعية فهذا لا يجب بمجرده فسخ النكاح اتفاقاً .

ينظر: سلطة القاضى فى التفريق بين الزوجين لفضيلة أستاذنا الدكتور: محمد رأفت عثمان/ ٥٦، ٥٧، و مقارنة المذاهب فى الفقه الإسلامى للمرحوم الشيخ: محمود شلتوت، والمرحوم الشيخ:محمد السايس /١٠٣ – طبعة: مطبعة محمد على صبيح(١٣٧٣ هـ – ١٩٨٣ م).

(١) ينظر: المبسوط ٩٥/٥، وما بعدها، و بدائع الصنائع ٣٢٧/٢، ٣٢٢، والبحر الرائق ١٣٧/٤ .

(٢) الجب : هو قطع الذكر مع الانثيين، أو قطع جميع الذكر، أو قطعه بحيث لم يبق منه قدر الحشفة . ينظر: الفواكه الدوانى ٣٨/٢، ومنح الجليل ٣٨١/٣، و مغنى المحتاج ٢٠٢/٣ والنظم المستعذب لابن بطال ٦٨/٢، و كشاف القناع ١٠٥/٥، و البحر الزخار ٦٢/٤ .

(٣) والخصاء : هو قطع الأنثيين فقط وهو شامل لرفع الأنثيين سواء كان ذلك بقطعهما أم قلعهما أم هرسهما، فالخصى : هو من نزعت خصيتاه وبقى ذكره . ينظر : البحر الرائق ١٣٤/٤، و الفواكه الدوانى ٣٨/٢، وحاشية الجمل على منهج الطلاب٢١٤/٤، و شرح منتهى الإرادات ٦٧٦/٢، و البحر الزخار ٦٢/٤، و شرائع الإسلام ٢٦٢/٢ .

بالزوج عيب غير العيوب التناسلية التى سبق ذكرها[1] كأن يكون به جذام أو برص أو جنون ونحو ذلك.

وعلة ذلك عندهما هى: أن الأصل عدم الخيار فى التفريق لما يترتب عليه من إبطال حق الزوج، وإنما يثبت لها الخيار فى التفريق إذا كان الزوج مجبوباً أو عنيناً، أو خصيا؛لأنها عيوب تخل بالمقصود الأسمى الذى شرع له الزواج وهو التمكين من الوطء لتحقق النسل؛ لأن الزواج شرع لهذا الغرض.

لكن إذا كان الزوج به جنون أو جذام أو برص فإن ذلك لا يخل بالمقصود الذى شرع له الزواج، وهو التمكن من الوطء وما عدا ذلك من العيوب كالجنون والبرص والجذام فإنها لا تصلح أن يكون سبباً للتفريق، لأنها أمور قابلة للزوال والتبدل والتغير، ولا يترتب عليها تفويت حق الزوجة وهو الوطء المستحق بالعقد، وهذا بخلاف تلك العيوب التناسلية الأصلية الموجودة فيه فإنها تفوت عليها هذا الحق، وهذا أمر غير مقبول تأباه الشريعة الإسلامية كل الإباء[2].

وذهب الإمام محمد بن الحسن إلى القول: بأن كل عيب يوجد فى الزوج لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر يلحقها، فإنه يجوز لها طلب التفريق، وعلى هذا فيدخل فى ذلك من العيوب – الجنون والجذام والبرص، وغير ذلك من العيوب[3].

وقد علل هذا الإمام محمد بن الحسن: بأن ثبوت حق الخيار للزوجة فى طلب التفريق إنما ثبت لوجود العيوب التناسلية السابق ذكرها بالزوج، وذلك لدفع الضرر عنها فإذا كان زوجها مجنوناً أو مجذوماً أو أبرصاً، فإنه يثبت لها حق التفريق من باب أولى إذ ضررهذه العيوب أشد على الزوجة لأنها من الأدواء المعدية عادة.

---

(١) ينظر: المبسوط ٩٥/٥، ومابعدها، و بدائع الصنائع ٣٢٧/٢، ٣٢٢، و البحر الرائق ١٣٧/٤، وفتح القدير ٣٠٥/٥ .

(٢) ينظر: المبسوط ٩٧/٥، وتحفة الفقهاء٢٢٥/٢، والبحر الرائق١٣٧/٤ .

(٣) ينظر: المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة.

فلا يوجد طريق آخر أمام الزوجة سوى هذا، بخلاف ما إذا كانت هذه العيوب موجودة فى المرأة، لأن الزوج وإن كان يتضرر بهذه العيوب إلا أنه يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق لأنه بيده، أما المرأة فلا يمكنها ذلك لأنها لا تملك الطلاق، ومن ثم ثبت لها حق الخيار فى طلب التفريق لدفع الضرر عنها، وهذا أمر لا بديل له [1].

القول الثانى: وهو لجمهور الفقهاء:(المالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية والإباضية) [2]، حيث قالوا: بثبوت حق طلب التفريق بين الزوجين بكل عيب يجده أحدهما بالآخر، وكان هذا العيب سابقاً على عقد الزواج ولم يطلع عليه أحدهما، ولم يرض به قبل الزواج .

لكن مع اتفاقهم هذا على التفريق بالعيوب بين الزوجين إلا أن هذه العيوب ليست جميعا محل اتفاق بينهم ؛لذا تنوعت هذه العيوب إلى نوعين، نوع متفق عليه يصلح للتفريق، وآخر مختلف فيه، وفيما يلى نبين هذين النوعين من العيوب كما يأتى:

أولاً: النوع الأول: العيوب المتفق عليها فى ثبوت حق التفريق بين الزوجين :

قسم جمهور الفقهاء العيوب المتفق عليها والتى تصلح سبباً للتفريق بين الزوجين إلى ثلاثة أقسام وهى كما يلى:

القسم الأول: العيوب التى تختص بالرجل:

حصر الفقهاء العيوب التى يختص بها الرجل ويثبت بها التفريق بين الزوجين فى(الجب والعنة)

---

(١) ينظر: المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة، وأيضا: بدائع الصنائع٢/٣٢٧.

(٢) ينظر: مواهب الجليل ٣/٢٨٣، و مغنى المحتاج ٣/٢٠٢، و المغنى ٧/١٤٠، وما بعدها، و كشاف القناع ٥/١٠٥، وما بعدها، والبحر الزخار ٤/٦٠ وما بعدها، و شرائع الإسلام ٢/٢٦٢، وما بعدها، وشرح النيل ٦/٣٨٦، وما بعدها .

فقد اتفق الفقهاء على ثبوت الخيار للمرأة فى التفريق بينها وبين زوجها إذا كان مجبوباً، سواء أكان مقطوع الذكر كله، أم بقى منه ما لا يمكن الجماع به، وكذلك إذا بقى منه ما لا يتأتى به وطء، أو ما لا يصح إطلاق اسم الذكر عليه.

كما يثبت لها هذا الحق إذا كان زوجها عنيناً، لا تنتشر آلته أو تنتشر، ولكنه يعجز عن إتيان النساء و سواء أكانت العنة ناتجة عن العجز عن الوطء فى القبل أو لا .[1]

وعملاً بالقاعدة الفقهية: "الضرر لا يزال بالضرر"[2].

القسم الثانى: العيوب التى تختص بالمرأة:

حصر جمهور الفقهاء العيوب التى تختص بها المرأة ويثبت بها حق التفريق بين الزوجين فى كل من: (القرن- الرتق - العفل) [3] .

وعلى هذا - فقد ذهب جمهور الفقهاء(المالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية والإباضية) [4] إلى القول بثبوت حق الخيار فى التفريق للرجل

---

(١) ينظر: حاشية الدسوقى٢/٢٧٩، والفواكه الدوانى٢/٣٧، ومغنى المحتاج٣/٢٠٢، وروضة الطالبين للنووى٧/١٧٦ وكشاف القناع٥/١٠٩ وما بعدها، والبحر الزخار٤/٦٤، ٦٥، والمختصر النافع/٢١٠، وما بعدها، وشرح النيل٦/٣٨٦ وما بعدها .

(٢) ينظر: المنثور فى القواعد للزركشى ٢/٣٢١ وما بعدها، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه للدكتور: محمد بكر إسماعيل ص ١٠٠ طبعة: دار المنار، ومكتبة فياض بالمنصورة - الأولى(١٤١٧ه- ١٩٩٧م) .

(٣) العفل: هو بروز لحم ينبت فى القبل يشبه الغدة الغليظة يرشح غالبا، أو شئ يخرج من قبل النساء يحدث رغوة فيه عند الجماع ينظر : البحر الرائق ٤/١٣٧، وما بعدها، و منح الجليل ٣/٣٨٢، والنظم المستعذب ٢/ ٦٨، و البحر الزخار ٤/٦١، و شرائع الإسلام ٢/٢٦٣، وما بعدها.

(٤) ينظر: الفواكه الدوانى٢/٣٧ وما بعدها، ومنح الجليل٣/٣٨٢، ومغنى المحتاج ٣/ ٢٠٢، وروضة الطالبين ٧/١٧٦، والمغنى٧/ ١٤١، وكشاف القناع ٥/١٠٩، والبحر الزخار ٤/٦١، والمختصر النافع/ ٢١٠وما بعدها، وشرح النيل ٦/٣٨٦، وما بعدها .

بوجود القرن فى زوجته سواء كان انسداد الفرج منه بلحم فيه أو بعظم، فيعمل ذلك على انسداد محل الذكر ولا يمكن إزالته أو الشفاء منه، أيضاً – الرتق سواء كان انسداد محل الذكر خلقة أو عارضاً بصنع صانع، كما لو ختنت والتف فخذاها على بعض والتحم اللحم، وكذلك العفل وهو اللحم الذى يبرز فى قبل المرأة ولا يخلو عن رشح أو حدوث رغوة فى الفرج عند الجماع تمنع لذة الوطء[1].

القسم الثالث: العيوب المشتركة بين الزوجين:

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن العيوب المشتركة بين الزوجين والتى تصلح أن تكون سبباً للتفريق ويثبت بها الحق لكل منهما فى طلب التفريق متى وجدت هى:(الجنون، والجذام، والبرص) .

فقد ذهب جمهور الفقهاء (المالكية، والشافيعة، والحنابلة، والزيدية، والإمامية)[2] إلى القول: بأنه متى وجد أحد الزوجين بالآخر جنوناً وإن تقطع فإنه يثبت له فى هذه الحالة حق الخيار فى طلب التفريق، وكذا الخبل والصرع، أما الإغماء بالمرض فلا يثبت به حق الخيار فى التفريق كسائر الأمراض، أما إذا زال المرض نفسه وبقى الإغماء فهو كالجنون.

كما ذهبوا إلى أن الجذام متى وجد بأحد الزوجين وكان محققاً لا مشكوكاً فيه، فإنه يثبت للسليم منهما فى هذه الحالة حق الخيار فى طلب التفريق فإن اختلفا فى علاماته من ذهاب شعر الحاجبين ونحو ذلك وهل هو جذام أم لا؟ فإن كان للمدعى بينه من أهل الخبرة والثقة تشهد بما قال ثبت قوله، وإن لم تكن له بينة بذلك حلف المنكر، والقول قوله.

كما ذهبوا إلى: أن البرص إذا أصيب به أحد الزوجين وكان واضحاً وغير مشكوك فيه، فإنه يثبت للسليم منهما فى هذه الحالة حق الخيار فى طلب التفريق

---

(١) ينظر: المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة.

(٢) ينظر: حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢/٢٧٨، ومغنى المحتاج ٣/٢٠٢، وكشاف القناع ٥/ ١٠٩، والبحر الزخار ٤/٦٠، ٦١، والمختصر النافع/٢١٠ وما بعدها .

فإن اختلفا فى إثباته فالقول فيه لأهل الخبرة والثقة، فإن شهد للمدعى بما قال ثبت ادعاؤه، و إلا حلف المنكر والقول قوله [1].

ثانياً: النوع الثانى: العيوب المختلف فيها فى ثبوت حق التفريق بين الزوجين :

فيما سبق بينا موقف جمهور الفقهاء فى العيوب المتفق عليها فيما بينهم فى ثبوت حق التفريق بين الزوجين، وبينا ما هو خاص بالرجل وما هو خاص بالمرأة وما هو مشترك بينهما، وفيما يلى نبين موقفهم أيضاً فى العيوب المختلف فيها بينهم فى ثبوت حق التفريق بها بين الزوجين، وقد قسم جمهور الفقهاء أيضاً – هذه العيوب إلى ثلاثة أقسام، قسم خاص بالرجل، وقسم خاص بالمرأة، وقسم مشترك بينهما، وفيما يلى نبين أقوال الفقهاء فى كل قسم، وذلك على النحو التالى:-

القسم الأول: العيوب الخاصة بالرجل:

تتمثل العيوب التى تصيب الرجل وتختص به فى هذه الحالة فى (الخصاء).

وقد وقع الخلاف بين جمهور الفقهاء فى ثبوت الخيار للمرأة فى حق التفريق بوجود هذا العيب فى الرجل وذلك على النحو التالى:-

ذهب المالكية، والزيدية، والإمامية[2] : إلى أن خصاء الزوج عيب يثبت للزوجة الحق فى طلب التفريق، ولكن هذا فى حالة ما إذا كان زوجها الخصى لا يمنى، ولا ينزل .

وذهب الشافعية فى قول، والحنابلة[3] : إلى أنه يثبت للزوجة الحق فى طلب التفريق بسبب خصاء زوجها سواء كان الخصاء بقطع الخصيتين أم كان بسلهما، فإنه يثبت لها الحق فى طلب التفريق ؛ لأن هذا نقص به يعدم النسل .

---

(١) ينظر:المراجع السابقة نفس الجزء، والصفحة، وأيضا: المغنى ١٤١/٧.

(٢) ينظر: حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢٧٩/٢، و الفواكه الدوانى ٣٨/٢، و منح الجليل ٣٨١/٣، و البحر الزخار ٦٢/٤، و شرائع الإسلام ٢٦٢/٢ .

(٣) ينظر: المهذب للشيرازى ٦٧/٢، و الحاوى الكبير للماوردى ٤٦٦/١١، و كشاف القناع ١١٠/٥، و شرح منتهى الإرادات ٤٩/٣ .

وذهب الشافعية فى قول آخر[1]: إلى أن الخصاء ليس بعيب، ولا يثبت الخيار للزوجة فى طلب التفريق، لقدرة الزوج على الإيلاج وإنه ربما كان هذا أمتع إصابة، وتقدر الزوجة على الاستمتاع به .

القسم الثانى: العيوب الخاصة بالمرأة:

تتمثل العيوب التى تصيب المرأة وتختص بها فى هذه الحالة فى كل من بخر الفرج، والقروح السيالة، والفتق، والاستحاضة، والبول، وقد وقع الخلاف بين جمهور الفقهاء حول ثبوت حق الخيار فى التفريق بهذه العيوب وعدم التفريق، وذلك على النحو التالى:-

أولاً: بخر الفرج: وهو عبارة عن نتن فى الفرج يثور عند الوطء، ويعبر عنه المالكية بالعفل، وهو رغوة تحدث فى الفرج عند الجماع تمنع لذة الوطء[2] . وهذا النوع يعتبر من العيوب التى تثبت للزوج الحق فى طلب التفريق بينه وبين زوجته، وهذا مذهب المالكية، والحنابلة فى أحد الوجهين عندهم[3].

ثانياً: القروح السيالة: وهى عبارة عن داء يصيب الفرج يثير النفرة وتتعدى به النجاسة، وهذا النوع يعتبر من العيوب التى تثبت للزوج الحق فى طلب التفريق بينه وبين زوجته، وبه قال بعض الشافعية[4] وهو مذهب الحنابلة[5]، وذلك لما فيه من النفرة وعدم استيفاء لذة الوطء على الوجه المطلوب.

---

(١) ينظر: المهذب للشيرازى ٦٧/٢، و الحاوى الكبير للماوردى ٤٦٦/١١.

(٢) ينظر: حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢٧٨/٢، وشرح الخرشى على مختصر خليل ٢٣٧/٣، ومنح الجليل ٣٨٢/٣.

(٣) ينظر: المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة، وأيضا: المغنى ١٤١/٧، و كشاف القناع ١١٠/٢ .

(٤) وإليه ذهب القاضى حسين من الشافعية ينظر: روضة الطالبين ٧/ ١٧٧ .

(٥) ينظر: المرجع السابق، وأيضا: المغنى ١٤١/٧، و المبدع لابن مفلح ١٠٧/٧ .

ثالثاً: الإفضاء أو الفتق: وهو عبارة عن الإنخراق الذى يحدث بين السبيلين (القبل والدبر) أو ما بين مسلكى الذكر والغائط، وهذا النوع أيضاً يعتبر من العيوب التى يثبت بها حق طلب التفريق للزوج إذا وجده بزوجته، وهو مذهب: المالكية، والحنابلة، إلا أن المالكية عبروا عنه بالإفضاء، والحنابلة بالفتق [١].

رابعاً: الاستحاضة: وهى عبارة عن جريان الدم فى غير وقت العادة الشهرية، وهذا النوع يعتبر كذلك من العيوب التى تثبت للرجل الحق فى طلب التفريق مع تحقيق وجوده بالمرأة، وهذا مذهب بعض المالكية، والشافعية، والحنابلة فى أحد الوجهين [٢].

خامساً: التبول أثناء النوم: والمراد به التبول فى حال الكبر، وذلك فى حالة النوم على الفراش، وهذا يعتبر من العيوب التى تصاب بها المرأة ويثبت به حق الخيار للزوج فى طلب التفريق، وذلك لما فيه من النفرة، لأن النفس تعاف مثل هذا، وإليه ذهب الحنابلة فى أحد الوجهين [٣] .

القسم الثالث: العيوب المشتركة بين الزوجين:

تتمثل العيوب التى تصيب كل من الرجل والمرأة ويثبت بها لكل منهما الحق فى طلب التفريق لدى جمهور الفقهاء فى كل من: العقم، وبخر الفم، واستطلاق البول، والباسور والناصور، والخنث، والعمى، والخرس، والطرش وقطع أحد الأعضاء والشيخوخة، وقد دار الخلاف بين جمهور الفقهاء حول ثبوت الحق فى طلب التفريق بين الزوجين فى هذه العيوب متى وجدت بأحد الزوجين وذلك على النحو التالى:-

---

(١) ينظر: حاشية الدسوقى والشرح الكبير٢/٢٧٨، و الفواكه الدوانى ٢/٣٨، و كشاف القناع ٥/١١٠ والمبدع ٧/ ١٠٩ .

(٢) ينظر: البهجة شرح التحفة ١/٣١٨ – طبعة: مصطفى الحلبى، وروضة الطالبين ٧/١٧٧، وكشاف القناع ٥/١١٠، والإنصاف ٨/١٩٤ وما بعدها.

(٣) ينظر: الإنصاف ٨/١٩٥، والمبدع ٧/ ١٠٨ .

أولاً: العقم:

هذا النوع يعتبر من العيوب التى تصيب كلاً من الرجل والمرأة، وقد ذهب بعض فقهاء الحنابلة[١] إلى القول بثبوت حق الخيار لكل من الزوجين فى طلب التفريق إذا وجد هذا العيب بأحدهما دون الآخر، واستدلوا على ذلك: بما روى عن سيدنا عمر بن الخطابﷺ أنه بعث رجلاً على بعض السعاية فتزوج امرأة وكان عقيماً، فقال له سيدنا عمرﷺ أعلمتها أنك عقيم ؟ قال: لا، قال: فانطلق فأعلمها ثم خيرها[٢].

ولكن المذهب عند الحنابلة: أنه لا يثبت به الفسخ ؛لأنه مما لا يعلم فإن رجالاً لا يولد لأحدهم وهو شاب ثم يولد له وهو شيخ فلا يتحقق من العقم منهما [٣].

وقد ذكر فضيلة الأستاذ الدكتور: محمد سلام مدكور فى كتابه:(أحكام الأسرة فى الإسلام) أن العقم من الأمراض والعيوب التى يثبت بها حق الخيار فى طلب التفريق لكل من الزوجين حيث قال: إن التفريق بسبب العقم ينبغى أن يكون مذهب كل من قال بالتفريق بكل ما لا يمكن للزوجة أو للزوجين المقام معه إلا بضرر، فالعقم يدخل فى هذا أيضاً لأنه يدخل تحت مضمون ما عللوا به فى جواز التفريق بالعيوب بقولهم: لأن تلك العيوب يفوت بها مقاصد النكاح والتناسل من أهم هذه المقاصد، وإلاّ فكيف تحرم امرأة من عاطفة الأمومة بإمساك الزوج العقيم لها ؟ وعلى الافتراض باستباحة القول بأن العقم فى الزوجة ليس سبباً لطلب الرجل التفريق إذ إنه يملك أن يتزوج بأخرى، فإننا نستبعد القول بعدم جواز طلب التفريق للزوجة بسبب عقم الزوج وخاصة إذا لم يكن لها أولاد، وتوافرت فيها الصلاحية للإنجاب[٤].

---

(١) وإليه ذهب الإمام ابن القيم، وابن تيمية، والزهرى، وشريح وغيرهم ينظر: زاد المعاد ١٨١/٥ وما بعدها، والمغنى ١٤٢/٧، وكشاف القناع ٥/ ١٠٩

(٢) زاد المعاد١٨١/٥ وما بعدها، ومصنف عبد الرزاق ١٦٢/٦ باب الرجل العقيم ح(١٠٣٤٦)، والمغنى ١٤٢/٧.

(٣) ينظر: المغنى ١٤٢/٧، والمبدع ١٠٩/٧ .

(٤) ينظر:أحكام الأسرة فى الإسلام للأستاذ الدكتور / محمد سلام مدكور ١٩٨/٢ .

وما ذهب إليه فضيلة أستاذنا الدكتور محمد سلام مدكور وهو مذهب بعض الحنابلة، نجده يتمشى مع روح الشريعة وسماحتها ويسرها وتوفيقها بين مصالح العباد، لأن القول بثبوت التفريق أولى وأصلح، لأنه ربما بعد التفريق قد يتزوج كل منهما فينجب، وهذا حاصل بالفعل، فقد يتزوج رجل بامرأة ولا ينجبا، فإذا تفرقا وتزوج كل منهما بآخر فقد يتحقق الإنجاب لكل منهما، لأنه ربما لم تكن هناك إرادة إلهية فى إنجاب كل منهما من الآخر، أو بعض الأمور الأخرى التى تحصل لأحدهما فلا يتمكن من الإنجاب، فبعد التفريق يتحقق الإنجاب لكل منهما، وعلى هذا – فالقول بمثل ذلك أولى من القول بعدم التفريق مراعاة لمصالح كل منهما ومنعاً لإلحاق الضرر بهما أو بأحدهما، وهذا ما دعا إليه الإسلام وشريعته السمحة قال تعالى:" وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ وكَانَ اللّهُ وَاسِعاً حَكِيما[1]"، وقوله ﷺ:"لا ضرر ولا ضرار" [2]

ثانياً: بخر الفم: والمراد به نتن الفم، أو الرائحة الكريهة التى تكون بالفم، وهذا النوع يعتبر من العيوب المشتركة بين الزوجين، فإذا تحقق وجوده بأحد الزوجين وتأذى منه الآخر، فقد ثبت له الحق فى طلب التفريق به لما فيه من النفرة والأذى، وهذا مذهب بعض الشافعية، والحنابلة [3] فى أحد الوجهين[4].

---

(١) الآية (١٣٠) من سورة النساء.

(٢) سبق تخريجه .

(٣) وإليه ذهب زاهر السرخسى من الشافعية ينظر: روضة الطالبين ١٧٧/٧، والمغنى ١٤٢/٧، وكشاف القناع٥/١١٠ .

(٤) وعلى هذا فقد ذهب بعض الحنابلة إلى القول: بأنه يمكن أن يستعمل للبخر السواك، ويأخذ فى كل يوم ورق آس مع زبيب بقدر الجوزة، واستعمال الكرفس ومضغ النعناع جيداً، وذهب البعض الآخر منهم إلى القول بأن الدواء القوى لعلاجه هو أن يتغرغر بالصبر كل ثلاثة أيام على الريق ووسط النهار وعند النوم، ويتمضمض بالخردل بعد ثلاثة أيام آخر، ويفعل ذلك كلما يتغير فمه إلى أن يبرأ، وقيل: إن إمساك الذهب فى الفم يزيل البخر. ينظر: كشاف القناع ٥/ ١١٠، والمبدع١٠٧/٧ .

وعلى كل : فإن الطب الحديث قد يكون له اثر كبير وفعال فى ذلك فغالباً ما تكون هناك بعض الأدوية الحديثة لمعالجة مثل هذه الحالة، لأن العلاج فى مثل هذه الحالة أيسر وأفضل.

ثالثاً: استطلاق البول: وهو عدم القدرة على استمساك البول عند الجماع، وهذا النوع من العيوب يعتبر داءً يصيب كلاً من الرجل والمرأة عند الجماع فيجعله لا يستطيع التحكم فى استمساك البول، وهذا النوع اعتبره فقهاء المالكية، وبعض الشافعية، والحنابلة[1] من العيوب التى تثبت لكل من الزوجين الحق فى طلب التفريق، وقد عبر عنه المالكية – بالعذيطة – بفتح العين أو كسرها_ وسكون الذال.

رابعاً: الباسور والناصور: وهما داءان يكونان بالمقعدة، فالباسور منه ما هو غائر داخل المقعدة ومنه ما يأتى كالعدس أو الحمص أو العنب أو التوت، وكل منهما إما سائل وإما غير سائل وأما الناصور: فهو عبارة عن قروح غائرة تحدث فى المقعدة يسيل منها صديد، وهو إما نافذ أو غير نافذ .

وعلى هذا – فكل منهما يعتبر من العيوب المشتركة التى تصيب الرجل والمرأة، وهذا النوع يعتبر من العيوب التى تبيح لكل من الزوجين الحق فى طلب التفريق، وهذا القول هو مذهب الحنابلة فى أحد الوجهين[2].

خامساً: الخنث: وهو الاختلاط بين الذكورة والأنوثة، وهذا النوع يمكن تحقيقه فى كل من الزوجين فإذا وجده أحدهما بالآخر ثبت له الحق فى طلب التفريق، والفيصل فى تحديد نوع هذا العيب هو موضع البول، فإن كان يبول من آلة الذكور فليس له أن يعقد على أنه أنثى، وإن كان يبول من حيث تبول الأنثى فليس له أن يعقد على أنه الرجل، وهذا مذهب الشافعية فى أحد الوجهين والحنابلة. [3]

---

(١) حاشية الدسوقى ٢٧٨/٢ / مواهب الجليل ٤٨٤/٣ / الخرشى ٣/ ٢٣٧، وروضة الطالبين ١٧٧/٧

(٢) وكشاف القناع ١١٠/٥، والإنصاف ١٩٥/٨، ١٩٦ .

(٣) ينظر: الإنصاف ١٩٥/٨، ١٩٦، وكشاف القناع ١١٢/٥، والمبدع ١٠٧/٧ وما بعدها.

(٤) ينظر: مغنى المحتاج ٢٠٣/٣، وروضة الطالبين ١٧٨/٧، و المغنى ١٤٢/٧، والمبدع ١٠٨/٧ .

سادساً: العمى والطرش والخرس والقرع والعرج والقطع: هذه الأنواع تعتبر من العيوب التى تصيب كلاً من الرجل والمرأة، وقد ذهب بعض الحنابلة [1]إلى القول بثبوت الحق فى طلب الخيار فى التفريق بوجود تلك العيوب فى أحد الزوجين لأن هذه العيوب فى الرجل والمرأة، من أعظم المنفرات، والسكوت عنها من أقبح التدليس والغش، وهذا مناف للدين، والأصل فى الإنسان سلامته من العيوب والأمراض. *ولكن أرى* : أن هذه الأنواع السابقة من هذه العيوب يمكن للزوجين معرفتها عن طريق الرؤيا أو الوصف؛لأنها واضحة وظاهرة، ومن ثم فيمكن القول بأنه يثبت الخيار فى حالة التدليس والغش أو الزيادة على الوصف ما لم يرض بذلك، فإن رضى بذلك عند الوصف أو العقد فلا يثبت لكل منهما الحق فى طلب الخيار .

سابعاً: الشيخوخة: ذهب بعض الحنابلة [2] إلى القول: بأن الشيخوخة تعتبر من العيوب التى تثبت لكل من الزوجين حق الخيار فى طلب التفريق إذا تبين ذلك بالفعل، متى ترتب عليها ضرر بالآخر، وذلك دفعاً للضرر ودرءً للمفاسد.

وأرى أيضاً: أن هذا النوع لا يعتبر من العيوب التى يثبت بها حق الخيار للزوجين فى طلب التفريق، إلا فى حالة عدم الرؤيا، أو عدم تحقق الوصف، أو تحقق ضرر من وراء ذلك، لكن فى حالة التراضى بعد المعرفة فلا يثبت الحق فى الخيار لأنه ما من صغير إلا ويعتريه الكبر . وبالنظر إلى التقسيم السابق لهذه العيوب عند الفقهاء: نجد أنها ترجع فى جملتها إلى نوعين من العيوب مطلقا، أى: سواء كانت خاصة بأحد الزوجين، أو مشتركة بينهما، متفق عليها بين الفقهاء أم مختلف فيها ؛لأن بعض هذه العيوب إما أن يكون مانعا من الاستمتاع بالوطء و التلذذ بالجماع بين الزوجين، والإنجاب، و إما أن يكون بعضها الآخر معديا يخشى منه العدوى وانتقال المرض أو منفرا عن الوطء تنفر منه الطباع عند الجماع، فلا تخرج تلك العيوب عن هذين النوعين ؛ لهذا : جعلت الحديث عن أقوال الفقهاء

---

(١) ينظر: المغنى ١٤١/٧ وما بعدها، والمبدع ١٠٩/٧ .

(٢) ينظر: المرجعان السابقان، وأيضا: كشاف القناع ١١٢/٥ .

وبيان أدلتهم فى ثبوت حق التفريق بهذه العيوب فى مطلبين مستقلين، ويتضح بمشيئة الله – تعالى – بيان ذلك باستفاضة فى المطلب (الثانى، والثالث) من هذا المبحث كما يلى:

المطلب الثانى

حكم التفريق بين الزوجين بسبب العيوب المانعة من الاستمتاع بالوطء أو الإنجاب

اختلف الفقهاء القائلون بثبوت حق الزوجين فى طلب التفريق بسبب العيب حول جواز التفريق بينهما بسبب وجود عيب يمنع من الاستمتاع بالوطء أو الإنجاب كوجود الجب أو العنة، أو الخصاء فى الرجل أو الرَّتَق، أو القَرَن أو العَفَل فى المرأة أو العقم فيهما وغير ذلك من العيوب والأمراض العصرية المستعصية كبعض أمراض القلب المانعة للوطء أو الإنجاب وكان خلافهم فى ذلك على قولين كما يلى :

القول الأول : للحنفية [1] : فرقوا فى ذلك بين وجود العيب التناسلى فى الزوج أوالزوجة حيث قالوا : إذا وجد العيب التناسلى فى الزوج كالعنة أو الجب أو الخصاء فإنه يثبت للزوجة حق الخيار فى طلب التفريق بينهما متى وجدت فى زوجها عيبا من ذلك يمنع من الوطء أو الإنجاب، وهذا بخلاف وجود العيب فى الزوجة، فإنه لا يثبت للزوج الحق فى طلب التفريق بينه وبين زوجته إذا وجدها رتقاء، أو قرناء أو بها عيب يمنع من الاستمتاع بالوطء أو الإنجاب لأنه يملك الطلاق، وهى لا تملكه فيثبت لها الحق فى طلب التفريق لدفع الضرر عنها .[2]

القول الثانى : لجمهور الفقهاء وهم : (المالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية،

---

(١) ينظر : المبسوط ٩٥/٥، وما بعدها، و بدائع الصنائع ٣٢٧/٢، ٣٢٢، و فتح القدير ٣٠٣/٤، ٢٩٧، وما بعدها .

(٢) وبه قال الحسن البصرى، وعطاء بن أبى رباح وابن أبى ليلى، والثورى والأوزاعى. ينظر : مختصر اختلاف العلماء للطحاوى ٢٩٦/٢ تحقيق د/ عبد الله نذير أحمد طبعة : مطبعة: دار البشائر الإسلامية- بيروت-الطبعة الثانية = = والحاوى الكبير للماوردى ٤٦٤/١١ .

والإمامية، والإباضية) [1] : أنه إذا وجد عيب بأحد الزوجين يمنع من الوطء والاستمتاع أو يمنع من إنجاب النسل، فإنه يحق للآخر طلب التفريق، وذلك كأن يكون الزوج به عنة [2]، أو كان مجبوبا، أو كان به خصاء أوكان عقيما، أو كانت الزوجة عقيما كذلك أو بها رتق، أو قرن أو عفل أو غير ذلك فإنه يثبت حق التفريق للزوجين من أجل تلك العيوب المانعة للوطء أو إنجاب النسل أوالذرية إذا كان هذا سابقا على عقد الزواج، ولم يطلع عليه أحدهما ولم يرض به قبل الزواج [3] .

---

(١) ينظر : الفواكه الدوانى ٣٧/٢، و التفريع لابن الجلاب ٤٧/٢، وما بعدها، و مغنى المحتاج ٢٠٢/٣، وروضة الطالبين ١٧٦/٧، و المغنى ١٤٠/٧، وما بعدها، و كشاف القناع ١١٠/٥، ١٠٩، و البحر الزخار ٦١/٤، ٦٠، و المختصر النافع /٢١٠ وما بعدها، و شرح كتاب النيل ٣٨٦/٦، وما بعدها .

(٢) ولكن اختلف الزيدية على قولين حول ثبوت الخيار للزوجة فى طلب التفريق بسبب عنة زوجها : القول الأول : أن العنة عيب فى الرجل يثبت للزوجة الحق فى طلب التفريق لقوله -تعالى- " فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " من الآية رقم (٢٢٩) من سورة البقرة، فقد تعذر الإمساك بالمعروف، فتعين التسريح بالإحسان . القول الثانى لهم : أنه لا يثبت للزوجة الحق فى طلب التفريق بسبب عنة زوجها لأن النبى (ﷺ) حينما اشتكت له امرأة رفاعة بما حصل من زوجها عبد الرحمن بن الزبير، لم يخبرها بشئ مع أنه كان فى موضع التعليم، بل قال لها : حتى تذوقى عسيلته ... . ينظر : البحر الزخار ٦٥/٤، ٦٤ .

(٣) وذهب المالكية : إلى أن الزوجة التى أصيبت بعيب الرتق، وغيرها من ذوات داء الفرج إذا طلبت التداوى فلها الحق فى ذلك، وتؤجل مدة معينة للعلاج يحددها القاضى أو الطبيب المعالج باجتهادهما فى ذلك ولا يحق للزوج منعها من هذا الحق، بل يجب عليه أن يصبر عليها فى هذه المدة المحددة لها فإذا انقضت دون أن تبرأ من مرضها، فإنه يثبت له التخيير بين إمساكها أو ردها بالعيب، ولكن اشترطوا للتداوى لها من هذا العيب : أن يكون هذا العيب مرجوالشفاء منه، وعدم ترتب الضرر عليه، فإذا كان كذلك كان الزوج ملزما بالإنفاق على زوجته طوال هذه المدة، كما فرقوا بين ما إذا كان هذا العيب فى الزوجة هو خِلْقَة وبين ما إذا كان عارضا عليها: فإذا كان الداء خِلْقَة : فإنها لا تجبر على الدواء والتداوى منه، لأن قطعه شدة ضرر فلا تجبر عليه، أما إذا كان عارضا : كأن كان بصنع صانع فإنها تجبر على إزالته إذا طلب الزوج ذلك . ينظر : حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢٨٤/٢، ٢٨٣، وبلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ الصاوى ٣٩٥/١ - طبعة: المكتبة التجارية الكبرى، دار الفكر- بيروت (د.ت) .

ـ الأدلة ـ

أولا أدلة أصحاب القول الأول : (الحنفية) : على أنه يثبت للزوجة الحق فى طلب التفريق إن كان زوجها قد أصيب بعيب يمنع الوطء، أو الإنجاب ولا يثبت له الحق فى ذلك إن كانت زوجته رتقاء، أو قرناء، أو بها داء بالفرج يمنع ذلك، استدلوا بأدلة من الأثر، والقياس، والمعقول كما يلى :

١) دليلهم من الأثر:

١- بما روى عن على (ﷺ) أنه قال : (أيما رجل تزوج امرأة مجنونة أو جذماء أو بها برص أو بها قرن فهى امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلق) [١].

٢- وبما روى عن ابن مسعود (ﷺ) أنه قال : (لا ترد الحرة عن عيب) [٢] .

وجه الدلالة : يستفاد من هذين الأثرين أنه لا يحق للزوج أن يطلب التفريق بينه وبين زوجته إذا وجد بها عيبا فلا ترد زوجته بالعيب بل يثبت له خيار الطلاق فقط إن وجد بها عيبا بخلاف ما إذا وجدت به عيبا يمنع من الوطء أو الإنجاب فلها الحق فى طلب التفريق لرفع الضرر عنها [٣] .

نوقش هذا : بأن هذا لا يصح، فإن الزوجة ترد بوجود العيب، ويثبت للزوج الحق فى طلب التفريق لعيبها ؛ لأن الزوجة أحد العوضين فى عقد الزواج، وإذا كانت كذلك، فإنه يجوز أن ترد بالعيب، كما يجوز أن يرد العوض الثانى وهو المهر

---

(١) أخرجه الدارقطنى بلفظه فى سننه فى كتاب النكاح ٢٦٧/٣ ح:(٨٥)، والسنن الكبرى للبيهقى بنحوه فى جماع أبواب العيب فى المنكوحة، باب : ما يرد به النكاح من العيوب ٢١٥/٧ ح(١٤٠٠٧، ١٤٠٠٨)، وبنحوه أيضا فى مصنف ابن أبى شيبة فى كتاب النكاح ٤٨٦/٣ ح:(٥٤)، ومصنف عبد الرزاق، باب ما رد من النكاح ٢٤٣/٦ ح:(١٠٦٧٧)، قال عنه الصنعانى : رجاله ثقات . سبل السلام ١٣٦/٣ .

(٢) أخرجه بلفظه ابن أبى شيبة فى مصنفه فى كتاب النكاح ٤٨٧/٣ ح:(٥٤)، ومصنف عبد الرزاق باب ما رد من النكاح ٢٤٦/٦ ح:(١٠٦٨٧) .

(٣) ينظر : سبل السلام ١٣٦/٣، و المبسوط ٩٦/٥ .

بالعيب، وكذلك الزوج أحد العوضين فى عقد الزواج، فيثبت له الحق فى ذلك قياسا على الزوجة وقد ثبت لها هذا الحق إن كان بزوجها عيب كالجب أو العنة [1] .

٢) **دليلهم من القياس** : ١- أنه لا يجوز التفريق بين الرجل وزوجته بسبب وجود العيب بها قياسا على فوات استمتاعه بها بسبب الموت قبل الدخول بها بجامع عدم سقوط حق المهر، فإن المهر يثبت للزوجة وإن لم يستمتع بها بعد الدخول وكذلك يثبت لها بالموت قبل الدخول مع فوات استمتاعه ؛ لأن المهر لا يسقط بالموت، وفوات الاستمتاع أصلا بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب أولى فى عدم الفسخ [2] .

٢- إنه لا يجوز التفريق بينهما بسبب وجود العيب فى الزوجة ؛ لأن عيوب الزوجة التى يراد فسخ النكاح بسببها لا تخل بموجب عقد النكاح، و هو الحل، فلا يثبت للزوج خيار الفسخ، كما لا يثبت له هذا الحق قياسا على إصابة زوجته بالعمى أو الشلل فإنه لا ترد زوجته بذلك، ولا يفرق بينهما [3] .

يمكن مناقشة هذا : بأن هذا القياس مع الفارق فلا يصح، لأن هذه العيوب كالعمى والشلل وغيرها لا تخل بمقصود النكاح، و لا تمنع من أغراضه، كما لا تنفر منها النفوس، وهذا بخلاف العيوب المانعة من الوطء، والإنجاب، أو العيوب المنفرة والمعدية فلا يتحقق معها غرض النكاح ومقصوده فلا يصح هذا القياس [4] .

٣) **دليلهم من المعقول** : ١- إن استمتاع الزوج بزوجته هو ثمرة من ثمرات عقد النكاح، أو فائدة منه، فلا تراعى من كل وجه على الكمال، وفوات ذلك لا يؤثر فى عقد

---

(١) ينظر : المنتقى للباجى ٢٧٨/٣، و المغنى ١٤٠/٧، و كشاف القناع ١٠٦/٥ .

(٢) ينظر : المبسوط ٩٦/٥، و بدائع الصنائع ٣٢٧/٢، و فتح القدير، وحاشية سعدى جلبى عليه ٣٠٥/٤، والبحر الرائق ١٣٧/٤ .

(٣) ينظر : المبسوط ٩٦/٥ .

(٤) ينظر : الحاوى الكبير للماوردى ٤٦٥/١١، و مغنى المحتاج ٢٠٣/٣، و المغنى ١٤٠/٧، و كشاف القناع ١٠٦/٥.

النكاح، فلم يكن له حق الفسخ بسبب العيب فى زوجته كالبخر أو القروح الفاحشة وما شابه ذلك لأن المستحق بالعقد هو التمكين من الوطء وهو حاصل سواء كانت الزوجة قرناء، أم رتقاء أم غير ذلك فيتحقق ذلك عن طريق الشق أو الفتق [١] .

نوقش هذا: بأن هذا الاستدلال لا يصح ؛ لأن شق الفرج أو فتقه فيه مخاطرة وضرر على الزوجة، ولا يحق للزوج إجبارها على ذلك، وفضلا عن ذلك فإن الزوج لا يخلو من تحمله للأعباء المادية والمعنوية بسبب ذلك ويلحق به الضرر أيضا وهذا منهى عنه، فالمقصود بذلك هو إمكان الاستمتاع بالزوجة دون توقف على أمر آخر فيه خطورة على الزوجة بإزالته[٢].

٢- إنه يثبت التفريق للزوجة إن كان بزوجها عيب يمنع من الوطء، أو يمنع من الإنجاب والنسل كالجب والعنة وغيرهما، لأن هذه العيوب غير قابلة للزوال، فالضرر فيها قائم، ولا يتحقق مع وجودها مقصود النكاح، فإذا كان حال الرجل كذلك جاز لزوجته أن تطلب التفريق لرفع الضرر عنها [٣] .

٣- إن الزوج إذا وجد بزوجته عيبا من العيوب المانعة لمقصود عقد الزواج، فإنه يمكنه أن يتخلص من ذلك ويدفع الضرر عن نفسه عن طريق الزواج على زوجته، أو طلاقها وهذا بخلاف الزوجة إذا وجدت بزوجها عيبا يتعارض مع مقصودها فى النكاح، فإذا لم يثبت لها الحق فى طلب التفريق لظلت معلقة لا هى ذات زوج يمكن معه أن تحصل على مقصودها من النكاح، ولا هى خالية تستطيع الزواج من غيره؛ لذلك ثبت لها الحق فى طلب التفريق، لإزالة الضرر، والظلم عنها [٤] .

---

(١) ينظر : فتح القدير ٣٠٥/٤ .

(٢) ينظر : مغنى المحتاج ٢٠٢/٣، وما بعدها، و روضة الطالبين ١٧٧/٧، و البحر الزخار ٦٢/٤، وسلطة القاضى فى التفريق بين الزوجين بالأمور التى تمنع الاستمتاع لفضيلة أستاذنا الدكتور: محمد رأفت عثمان /٣٧، طبعة: دار الكتاب الجامعى، ودار الأنصار طبعة: ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .

(٣) ينظر : المبسوط ٩٧/٥، و بدائع الصنائع ٣٢٧/٢ .

(٤) ينظر : المرجعان السابقان نفس الجزء والصفحة وأيضا : البحر الرائق ١٣٧/٤ .

يمكن مناقشة هذين الدليلين : بما نوقش به استدلالهم من الأثر، وهو أن هذا الاستدلال لا يصح على إثبات الحق فى طلب التفريق للزوجة دون الزوج إن كان به عيب يمنع من مقصود النكاح، لأن الزوج هو أيضا : أحد العوضين فى الزواج وإذا ثبت للزوجة الحق فى فسخ النكاح أو طلب التفريق بسبب عيب الزوج فله الحق فى ردها ومفارقتها قياسا عليها بجامع أن كلا منهما أحد طرفى العقد، وبذلك يثبت له الحق فى طلب التفريق إن وجد بزوجته عيبا يخل بمقصوده من الوطء والاستمتاع، أو الإنجاب[1].

ثانيا : أدلة جمهور العلماء أصحاب القول الثانى : على ثبوت الحق للزوجين فى طلب التفريق إن وجد أحدهما عيبا بالآخر يمنع من الوطء، أو الإنجاب والنسل، استدلوا على ذلك بأدلة من السنة، والأثر، والمعقول كما يلى :

١) **دليلهم من السنة** : استدلوا بما روى عن ابن عباس (رضى الله عنهما) أنه قال: (طلق عبد يزيد أبو ركانة[2] زوجته، أم ركانة، ونكح امرأة من مزينة، فجاءت إلى النبى (ﷺ)، فقالت: ما يغنى عنى إلا كما تغنى هذه الشعرة، لشعرة أخذتها من رأسها، ففرق بينى وبينه وأخذت النبى (ﷺ) حمية فدعا أبا ركانة، وقال له : طلقها، ففعل فقال: راجع امرأتك أم ركانة، فقال : إنى طلقتها ثلاثا يا رسول الله، قال قد علمت أرجعها [3] وتلا : " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ " [4]) .

---

(١) ينظر : المنتقى للباجى ٢٧٨/٣، و المغنى ١٤٠/٧، وما بعدها، و كشاف القناع ١٠٦/٥ .

(٢) عبد يزيد أبو ركانة : هو الصحابى الجليل عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف بن قصى، القرشى، المطلبى، المكى، المدنى، أبو ركانة ولده (ركانة) الذى صارع رسول الله (ﷺ) قبل إسلامه، وتوفى -ركانة- فى خلافة معاوية سنة ٤٢هـ . ينظر : الاستيعاب ٥٠٧/٢، و مشاهير علماء الأمصار /٣٤.

(٣) أخرجه البيهقى بلفظه فى السنن الكبرى – كتاب الخلع، والطلاق، باب من جعل الثلاث واحدة ٣٣٩/٧ ح:(١٤٧٦٣)، وبلفظه أيضا فى سنن أبى داود فى كتاب الطلاق، باب : نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث ٢٥٩/٢ ح:(٢١٩٦) تحقيق : محمد محى الدين عبد الحميد – طبعة : دار الفكر (د.ت).، والمستدرك للحاكم فى تفسير سورة الطلاق ٥٣٣/٢ ح:(٣٨١٧)، وقال عنه : صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وسبل السلام ١٣٧/٣ .

(٤) من الآية رقم (١) من سورة الطلاق .

وجه الدلالة : دل هذا الحديث على جواز التفريق بين الزوجين بسبب وجود العيب الذى يمنع من الوطء، أو الإنجاب، لأن النبى (ﷺ) قد فرق بين الزوجين فى هذا الحديث من أجل العيب فى الرجل بناء على طلب الزوجة، لأنها تضررت من ذلك، ولو كان ذلك غير جائز ما فعله النبى (ﷺ)، فدل ذلك على جواز التفريق بينهما بسبب العيب المانع من الوطء أو الإنجاب [1].

٢) **دليلهم من الأثر** : استدلوا بأدلة كثيرة منها ما يأتى :

١- ما روى عن عمر (رضي الله عنه) قال : (لا ترد النساء إلا من العيوب الأربعة : الجنون والجذام والبرص والداء فى الفرج) [2] .

٢- وبما روى عن على (رضي الله عنه) قال : (أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار ما لم يمسها إن شاء أمسك وإن شاء طلق، فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها) [3] .

٣- وبما روى عن ابن عباس (رضى الله عنهما) أنه قال : (أربع لا يَجُزْن فى بيع ولا نكاح : المجنونة، والمجذومة، والبرصاء، والعفلاء) [4] .

---

(١) ينظر : زاد المعاد ٥/١٨٠، وما بعدها، و سبل السلام ٣/١٣٧ .

(٢) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى بلفظه فى جماع أبواب العيب فى المنكوحة، باب : ما يرد به النكاح من العيوب ٧/٢١٥ ح:(١٤٠٠٢)، و سنن الدارقطنى فى كتاب النكاح ٣/٢٦٦ ح:(٨٢)، ومصنف عبد الرزاق ٦/٢٤٤ ح:(١٠٦٧٩)، و نيل الأوطار ٦/٢٩٨، ٢٩٩، وسبل السلام ٣/١٣٥.

(٣) سبق تخريجه .

(٤) أخرجه البيهقى بلفظه فى السنن الكبرى فى جماع أبواب العيب فى المنكوحة، باب : ما يرد به النكاح من العيوب ٧/٢١٥ ح:(١٤٠٠٦)، وبنحوه فى سنن الدارقطنى فى كتاب النكاح ٣/٢٦٧ ح:(٨٤)، ومصنف ابن أبى شيبة فى كتاب النكاح ٣/٤٨٦ ح:(٥٤)، و سبل السلام ٣/١٣٥ .

وجه الدلالة : دلت هذه الآثار دلالة واضحة على أنه إذا وجد بأحد الزوجين عيب من العيوب المانعة من الوطء أو الإنجاب، فإنه يثبت للزوجين الحق فى طلب التفريق بسبب هذه العيوب [١] .

٣) **دليلهم من المعقول** :

١- أن مصالح النكاح وأغراضه لا تتحقق مع وجود هذه العيوب لأن العيوب المتعلقة بالفرج يتعذر معها الوطء ولذته، وعامة مصالح النكاح تتوقف على الوطء لأن الولد والسكن والعفة عن الزنا وغير ذلك لا يتحقق إلا بالوطء[٢].

٢- يجوز التفريق بين الزوجين بسبب العيب المانع من الوطء، أو الإنجاب فى أحدهما لأن الله تعالى – أوجب على الزوج إمساك زوجته بالمعروف، أو تسريحها بإحسان ومعلوم أن استيفاء الحق من الزوجة مع كونها محرومة الحق من الزوج ليس هو من قبيل الإمساك بالمعروف فى شئ فتعين على الزوج تسريحها بإحسان وإن لم يفعل ذلك من نفسه تدخل القاضى، وفرق بينهما [٣] .

نوقش هذا : بأن هذه العيوب لا توجب الفسخ، و التفريق بين الزوجين ؛ لأن المستحق على الزوجة هو التمكين منها بالوطء، وهذا أمر ممكن تحققه عن طريق الشق أو الفتق ونحوهما[٤] .

أجيب عن هذا : بأن هذا لا يصح، وغير ممكن تحققه فهذه العيوب مانعة للوطء والتلذذ بين الزوجين، ولا يترتب عليها مقصود النكاح من الاستمتاع، وإنجاب

---

(١) ينظر : نيل الأوطار ٢٩٨/٦، وما بعدها، وزاد المعاد ١٨٣/٥، ١٨٤، و سبل السلام ١٣٥/٣، وما بعدها والمغنى ١٤٠/٧ .

(٢) ينظر : المنتقى للباجى ٢٧٨/٣، و المنهاج مع نهاية المحتاج ٣١٠/٦، و مغنى المحتاج ٢٠٣/٣، و المغنى ١٤٠/٧، و كشاف القناع ١٠٦/٥ .

(٣) ينظر : مغنى المحتاج ٢٠٣/٣، و المغنى ١٤٠/٧، وما بعدها، و شرح النيل ٣٩٧/٦ .

(٤) ينظر : فتح القدير ٣٠٥/٤ .

النسل والمقصود من النكاح هو حصول هذه المقاصد دون توقف على أمر آخر فضلا عن حدوث الضرر، والمخاطرة التى تتعرض لها المرأة إن أزالت هذه العيوب كما لا يحق للزوج إجبار زوجته على إزالة هذه العيوب [1] .

الرأى الراجح فى المسألة :

بعد بيان أقوال الفقهاء فى المسألة وعرض أدلتهم التى استدلوا بها ومناقشة ما أمكننى مناقشته، والإجابة بقدر المستطاع فإن الراجح من وجهة نظرى، هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أصحاب القول الثانى وهو القول بجواز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب المانعة للوطء أو إنجاب النسل، فهذا الحق ثابت لكل واحد من الزوجين متى وجد أحدهما عيبا فى الآخر يمنع من ذلك، و لا يقتصر هذا الحق على الزوجة فقط دون الزوج بل يثبت لهما معا، وكان هذا القول هو الراجح لما يأتى :

أولا : لقوة أدلتهم التى استدلوا بها وسلامتها من المناقشة و المعارضة الصحيحة، فضلا عن ضعف أدلة أصحاب القول الأول المعارض لهم .

ثانيا : إن هذا القول يحقق العدالة، والمصلحة بين الزوجين، ولا يخل بمقصود النكاح وأغراضه، وأهدافه لكل واحد منهما لأن المصلحة قد تكون فى التفريق .

ثالثا : إن القول بثبوت الحق للزوجة فقط فى طلب التفريق إن وجدت بزوجها عيبا يمنع من الوطء، والاستمتاع به، أو يمنع من إنجاب النسل هذا فيه ظلم للزوج، وإجحاف بحقه، وإلحاق الضرر به، فلا يقتصر على الزوجة فقط، و التفريق جائز لكل واحد منهما .

هذا والله أعلم بالصواب .

---

(١) ينظر : مغنى المحتاج ٢٠٢/٣، وما بعدها، و روضة الطالبين ١٧٧/٧، و المغنى ١٤٠/٧، وما بعدها، وسلطة القاضى فى التفريق بين الزوجين /٣٧ .

المطلب الثالث : حكم التفريق بين الزوجين بسبب العيوب المعدية، والمنفرة:

اختلف الفقهاء القائلون بجواز التفريق بين الزوجين بسبب العيب حول حكم التفريق بينهما بسبب العيوب المعدية، أو المنفرة عن الوطء كالجنون، والبرص، والجذام وغيرها من العيوب والأمراض المستعصية التى ظهرت وانتشرت بكثرة فى هذا العصر، كالسيلان والسرطان والزهرى والسل والإيدز وغيرها، اختلفوا فى ذلك على قولين كما يلى :

القول الأول : للإمام أبى حنيفة، وأبى يوسف [1] : أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب المعدية، والمنفرة كالجذام والبرص والجنون وغير ذلك فهذه العيوب لا يثبت بها التفريق بين الزوجين إلا إذا كان الزوج به عيب من العيوب التناسلية التى تمنع الاستمتاع بالوطء أو الإنجاب كالجب والخصاء، والعنة بخلاف غيرها من العيوب، فلا يثبت للزوجة الحق فى طلب التفريق بسبب إصابة زوجها بمرض معدى، أو منفر للوطء [2] .

القول الثانى : لجمهورالفقهاء وهم : محمد بن الحسن من الحنفية [3]، والمالكية،

---

(١) ينظر : المبسوط ٥/ ٩٥، ٩٧، و بدائع الصنائع ٣٢٧/٣، و فتح القدير ٣٠٤/٤، و البحر الرائق ١٣٧/٤ .

(٢) وهذا عندهما : إذا كانت هذه العيوب التناسلية المانعة من الوطء، أو الإنجاب موجودة بالزوج فإنه يثبت للزوجة الحق فى طلب التفريق كأن يكون بزوجها عنة، أو جب أو خصاء، و لا يثبت لها طلب التفريق إن كان مصابا بغيرها من العيوب، كما لا يثبت للزوج هذا الحق بعيب زوجته مطلقا سواء كان عيبها مانعا من الوطء أم الإنجاب أم منفرا من ذلك. ينظر : المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة .

(٣) إلا أن محمد بن الحسن : يرى جواز التفريق إن كان العيب موجودا فى الزوج فقط دون الزوجة، لأنه عندهم لا ترد الزوجة من أجل ما فيها من عيب سواء كان مانعا للوطء أم منفرا عنه ولكن عنده يثبت للزوجة الحق فى طلب التفريق إن كان بزوجها عيب منفر أو معدى . ينظر : المبسوط ٥/٩٥، ٩٧، و بدائع الصنائع ٣٢٧/٣ .

والشافعية والحنابلة، والزيدية، والإمامية [1] : أنه يثبت للزوجين الحق فى طلب التفريق إن كان أحدهما به عيب، أو مرض معدى أو منفر عن الوطء والاستمتاع وذلك كالجنون، والبَرَص والجذام [2] .

---

(١) ينظر : المرجعان السابقان نفس الجزء والصفحة، وأيضا : المنتقى للباجى ٢٧٨/٣، ١٢١/٤، والتفريع لابن الجلاب ٤٧/٢، وما بعدها، و الحاوى الكبير للماوردى ٤٦٣/١١، وما بعدها، والمغنى ١٤٠/٧، وما بعدها، والبحر الزخار ٦٠/٤، ٦١، و المختصر النافع /٢١٠ وما بعدها .

(٢) ولكن اختلف فقهاء المالكية حول ثبوت الخيار للزوجين بيسير البرص، فأثبتوا الخيار للزوج إن كانت زوجته برصاء سواء كان البرص بها يسيرا أم كثيرا فيثبت له الخيار ببرص زوجته مطلقا، ولكن اختلفوا فى ثبوت حق الخيار للزوجة إن كان البرص فى زوجها على قولين . ينظر : حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢٧٨/٢، و منح الجليل ٣٨٠/٣، ٣٨٢ .
كما اختلفوا فى مقدار الجذام فى الزوج الذى يثبت للزوجة الحق فى طلب التفريق : فذهب أشهب : إلى القول بأن الجذام فى الزوج ليس له حد معين إلا أن يكون الجذام بشعا حسا بحيث لا يحتمل النظر إليه، وتغض الأبصار دونه، فيكون للزوجة الحق فى طلب التفريق .
وذهب ابن وهب : إلى أنه إذا كان بالزوج جذام ظاهر لا شك فيه، وإن لم يكن فاحشا ولا مؤذيا فإنه يفرق بينهما إن طلبت الزوجة ذلك، لأنه لا يؤمن من زيادته ؛ لأن هذا لا يمنع نفس الاستمتاع وإنما يلزمه فإذا لم يكن فيه أذى ولا مضرة من قبحه فلا خيار لها، وأما إن كان الجذام بالزوج خفيا يشك فيه : ولا يعرف أنه جذام، فلا يفرق بينهما = = لأنه خفى والنفس مجبولة على كراهته والنفرة منه وهو يمنع من الاستمتاع والنشاط إليه كما لو كان موجودا بالزوجة ينظر : المنتقى للباجى ١٢١/٤، و بلغة السالك، والشرح الصغيرللدردير ٣٩٥/١ و منح الجليل ٣٨٢/٣ .
كما اختلف الشافعية و الزيدية فى اشتراط استحكام البرص، والجذام، أى زيادته وانتشاره فى العضو بإحمراره واسوداده حتى يثبت الحق فى طلب التفريق، فذهب بعضهم إلى أنه لا يثبت لهما الخيار فى أوائل ظهور البرص، أو الجذام وذهب البعض الآخر إلى عدم اشتراط الاستحكام والاكتفاء باسوداده أو بقول أهل الخبرة فى ذلك . ينظر : روضة الطالبين ١٧٦/٧، و الوسيط فى المذهب للغزالى ٥ /١٥٩- تحقيق : أحمد محمد إبراهيم، ومحمد محمد تامر- طبعة : دار السلام بالقاهرة، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ، و مغنى المحتاج ٢٠٢/٣، و البحر الزخار ٦١/٤ .

ـ الأدلة ـ

أولا أدلة أصحاب القول الأول : أبى حنيفة وأبى يوسف : على عدم ثبوت الحق للزوجة فى طلب التفريق إن كان بزوجها مرض معدى، أو منفر عن الوطء استدلوا على ذلك بأدلة من المعقول كما يلى :

١- إن استمتاع الزوج بزوجته ما هو إلا ثمرة من ثمرات النكاح، وفوات هذه الثمرة لا يؤثر فى عقد النكاح ؛ لأن المستحق من ذلك هو التمكين من الوطء، وهذا حاصل ويمكن تحققه مع وجود الجذام، أو غيره من العيوب المنفرة والمعدية، فلا يثبت للزوجة الحق فى طلب التفريق بسبب هذه العيوب [١] .

٢- إن الأصل عدم إثبات الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج، ولكن يثبت للزوجة الحق فى طلب التفريق إن كان الزوج به عيب تناسلى كالجب والعنة ونحوهما، لأنه يخل بمقصود النكاح، وأما غيرها من العيوب المعدية، والمنفرة لا يفوت الغرض من مشروعية النكاح و لا مقصوده وبذلك لا يثبت للزوجين الحق فى طلب التفريق بسبب ذلك [٢].

نوقش هذا من وجهين :

الوجه الأول : أن هذا الاستدلال لا يصح، لأن ثبوت حق الخيار فى العيوب التناسلية المانعة من الوطء، والإنجاب إنما يثبت لدفع الضرر عن الزوجة، ولكن هذه العيوب المنفرة، والمعدية تلحق بالزوجة ضررا أشد من العيوب التناسلية، و إذا ثبت للزوجة الحق فى طلب التفريق بالعيوب التناسلية، فلأن يثبت لها هذا الحق بسبب العيوب المعدية والمنفرة من باب أولى، لأن ضررها أشد [٣] .

---

(١) ينظر : المبسوط ٩٦/٥، و بدائع الصنائع ٣٢٣/٢، ٣٢٧، و فتح القدير ٣٠٥/٤ .

(٢) ينظر : المبسوط ٩٥/٥، ٩٦ .

(٣) ينظر : بدائع الصنائع ٣٢٧/٢، وفتح القدير ٣٠٥/٤، و مغنى المحتاج ٢٠٣/٣، و كشاف القناع ١٠٦/٥ .

الوجه الثانى : لا يصح هذا الاستدلال، لأن الجنون يثير النفرة، ويخشى منه الضرر، والجناية على النفس ولا يتحقق معه الوطء، كما أن البرص، والجذام وغير ذلك من العيوب المعدية، والمنفرة تثير النفرة فى النفس وتمنع من الاستمتاع، ويخشى منها الضرر، والعدوى فى النفس، والولد أو النسل . (١)

ثانيا: أدلة الجمهور أصحاب القول الثانى على جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب المنفرة والمعدية، استدلوا على ذلك بأدلة من السنة، والأثر، والمعقول كما يلى :

دليلهم من السنة : استدلوا من السنة بحديث جميل بن زيد عن كعب بن زيد، أو زيد بن كعب أن النبى (ﷺ) " تزوج امرأة من بنى غفار فلما دخلت عليه، ووضعت ثيابها رأى بكشحها بياضا، فقال لها النبى (ﷺ) البسى ثيابك والحقى بأهلك، وأمر لها بالصداق"(٢) .

وجه الدلالة : دل هذا الحديث دلالة واضحة على أن النبى (ﷺ) فارق هذه المرأة، لأنه وجد فيها عيبا منفرا من الوطء، وهو البرص، فدل ذلك على ثبوت الخيار فى طلب التفريق للزوجين بسبب عيب البرص، أو ما شابهه من العيوب المعدية والمنفرة كالجنون، والجذام ونحوهما مما يمنع الاستمتاع بالوطء أو ما ينفر عنه(٣).

٢- **دليلهم من الأثر** : استدلوا من الأثر بأدلة كثيرة منها ما يلى :

١- بما روى عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) " أنه قال :أيما امرأة غُرَّ بها رجل بها جنون، أو جذام، أو برص فلها مهرها بما أصاب منها، وصداق الرجل على وليها الذى غَرَّه " (٤) .

---

(١) ينظر : المنهاج مع نهاية المحتاج ٣٠٩/٦ وما بعدها، ومغنى المحتاج ٢٠٣/٣، والمغنى ١٤٠/٧ وما بعدها، وكشاف القناع ١٠٦/٥ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) ينظر : نيل الأوطار ٢٩٨/٦ وما بعدها، والفواكه الدوانى ٣٧/٢، و المهذب ٦٧/٢، و الحاوى الكبير للماوردى ٤٦٤/١١ .

(٤) سبق تخريجه .

٢- وبما روى عن على (ﷺ) أنه قال : أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن، فزوجها بالخيار، مالم يمسها إن شاء أمسك وإن شاء طلق، فإن مسها فلها مهرها بما استحل من فرجها " [١]

٣- وبما روى عن ابن عباس - رضى الله عنهما - أنه قال : " أربع لا يَجُزْنَ فى بيع ولا نكاح : المجنونة، والمجذومة والبرصاء، والعفلاء " [٢] .

وجه الدلالة من هذه الآثار: دلت هذه الآثار دلالة واضحة على أنه يجوز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب المعدية والمنفرة من الوطء، فهو حق ثابت للزوجين . [٣]

٣) **دليلهم من المعقول** : هو أنه لا يمكن استيفاء الحقوق المترتبة على النكاح مع وجود هذه العيوب المنفرة والمعدية كالجنون ونحوه، فإن النفس لا تطيب على مجامعة المجذومة، والبرصاء فالنفس السليمة تأبى ذلك [٤] .

نوقش هذا : بأن هذا لا يصح، فلا يثبت التفريق بين الزوجين بسبب هذه العيوب المنفرة أو المعدية ؛ لأن الاستيفاء المقصود من النكاح ثمرة من ثمرات النكاح، وفوات هذه الثمرة لا يؤثر على العقد، لتحقق المستحق على المرأة وهو التمكين من الوطء وهو حاصل ويمكن تحققه مع الجذام أو البرص أو الجنون [٥] . **أجيب عن هذا** : بأن هذا الاعتراض لا يصح ؛ لأنه لا يمكن الاستمتاع العادى بمن به مرض كالجنون، أو البرص أو غير ذلك من العيوب المعدية والمنفرة لعدم تحقق الاستقرار والأمان بين الزوجين، فضلا عن أن هذه العيوب منفرة تمنع القرب من

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) ينظر : نيل الأوطار ٢٩٨/٦، وما بعدها، و المغنى ١٤٠/٧ وما بعدها .

(٤) ينظر : المنهاج مع نهاية المحتاج ٣١٠/٦، ومغنى المحتاج ٢٠٣/٣، و المغنى ١٤٠/٧، وما بعدها، و كشاف القناع ١٠٦/٥ .

(٥) ينظر : المبسوط ٩٦/٥، وما بعدها، و بدائع الصنائع ٣٢٧/٢، وفتح القدير ٣٠٥/٤ .

الجماع كما يخشى منها العدوى على النفس والذرية كما أن الجنون يخاف منه الجناية على النفس فكانت هذه العيوب كالمانع الحسى الذى يمنع من الوطء [1] .

الرأى الراجح فى المسألة :

بعد بيان أقوال الفقهاء فى هذه المسألة وبيان أدلتهم التى استدلوا بها ومناقشة ما أمكننى مناقشته والإجابة عن ذلك بقدر الإمكان، فإن الراجح فى المسألة من وجهة نظرى هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، أصحاب القول الثانى وهو القول بجواز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب المعدية، أو المنفرة من الوطء فهو حق ثابت لكل واحد من الزوجين، وذلك لما يلى :

١-قوة أدلتهم التى استدلوا بها وسلامتها من المناقشة والمعارضة الصحيحة فضلا عن ضعف أدلة أصحاب القول الآخر . يجوز التفريق بين الزوجين بسبب هذه العيوب لكونها معدية ومنفرة من الوطء ويخشى منها انتقال العدوى إلى النفس والولد مما يترتب على ذلك الضرر والإيذاء وهذا ممنوع شرعا، فيجب دفع الضرر وإزالته عن المكلف وهذا لا يكون إلا بالتفريق بينهما لما فيه من تحقيق المصلحة، ودفع المفسدة عنهما – والله أعلم بالصواب .

المبحث الثالث : شروط إنهاء العلاقة بين الزوجين بسبب العيب :

مما لا شك فيه أن إنهاء العلاقة الزوجية بسبب العيب من المسائل المهمة؛ لذا اهتم بها الفقهاء حيث لم يفرقوا بين الزوجين بمجرد وجود العيب بأحدهما مطلقا، بل جعلوا التفريق بسبب العيب مقيدا بعدة شروط معينة يجب توافرها لكى تنتهى العلاقة ويتم التفريق بين الزوجين وهذه الشروط فى مجملها منها ما هو عام يشترط فى كل عيب بأحد الزوجين سواء كان مانعا من الاستمتاع بالوطء أو

(١) ينظر : المنهاج مع نهاية المحتاج ٦/٣١٠، و الحاوى الكبير ١١/٤٦٧، ٤٦٨، و المغنى ٧/١٤٠، وما بعدها، والبحر الزخار ٤/٦٠، وما بعدها .

الإنجاب، أم كان منفرا أو معديا حتى يثبت به التفريق، ومنها ما هو خاص ببعض العيوب، ومجمل هذه الشروط كما يلى :

أولا :عدم علم الزوجين بوجود العيب فى أحدهما وقت العقد وعدم الرضا به بعد علمه[1].

وهذا الشرط من الشروط العامة التى يشترط وجودها فى كل عيب يثبت به التفريق بين الزوجين سواء كان مانعا من الاستمتاع بالوطء أو الإنجاب، أم كان منفرا أو معديا.

فيشترط لثبوت الحق فى التفريق بين الزوجين أن يكون العيب خفيا على الزوجين وقت العقد، فإن علم به وقت العقد أو أثنائه فإنه يسقط خياره فى طلب التفريق، لأن سكوته مع علمه يعتبر دليلا منه على الرضا به كالمشترى إذا كان عالما بالعيب فى السلعة المبيعة عند البيع، والرضا بالعيب يمنع من الرد، فإذا علم أحد الزوجين بالعيب فيشترط عدم الرضا به فإذا رضى به سقط حقه فى طلب التفريق سواء رضى به صراحة بأن قال : رضيت به، أم ضمنا بأن جامع زوجته، وتلذذ كل منهما بالجماع، أو بغيره بعد علمه وإطلاعه على هذا العيب [2] .

---

(١) ينظر : المبسوط ٥/١٠٤، و بدائع الصنائع ٢/٣٢٥، و البحر الرائق ٤/١٣٥، و حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢/٢٧٧، و الفواكه الدوانى ٢/٣٨، و المهذب ٢/٦٧، وما بعدها، و مغنى المحتاج ٣/٢٠٣ والكافى لابن قدامة ٣/٦٢، و كشاف القناع ٥/١١١، وشرائع الإسلام ٢/٢٦٤ .

(٢) ولكن استثنى المالكية من هذا الشرط : ثبوت الخيار للزوجة بين طلب التفريق وعدمه إذا كان زوجها معترضا بحيث لا ينتشر ذكره، فإذا علمت بهذا العيب قبل العقد، أو بعده ومكنته من التلذذ بها، فيثبت لها الخيار حيث كانت ترجو شفاءه ولم يتحقق طلبها ورجاؤها. ينظر: الفواكه الدوانى ٢/٣٨، و منح الجليل ٣/٣٨٠، ٣٨٣، و حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢/٢٧٧، وموسوعة الفقه المالكى لخالد العك ٥/ ٣٠٥ طبعة : دار الحكمة – دمشق – سورية – الطبعة الأولى (١٤١٣هـ -١٩٩٣م)، كما استثنى الشافعية فى المذهب من هذا الشرط : علم الزوجة بعنة زوجها، فإذا علمت بعنته قبل العقد، فإنه يثبت لها الحق فى طلب التفريق بعد علمها بهذا العيب بعد العقد، لأن العنة تحصل فى حق امرأة دون أخرى وفى نكاح دون نكاح . ينظر : مغنى المحتاج ٣/٢٠٣ .

وإذا علم أحدهما بوجود العيب فى الآخر وجب عليه أن يرفع أمره إلى القاضى على الفور بعلمه على خلاف فى ذلك بين الفقهاء [1] .

ثانيا : أن يكون العيب قديما سابقا على عقد النكاح :

وهذا الشرط من الشروط العامة التى يشترط وجودها فى كل عيب يثبت به التفريق بين الزوجين سواء كان مانعا من الاستمتاع بالوطء أو الإنجاب، أم كان منفرا أو معديا.

---

(١) اختلف الفقهاء فى رفع الدعوى إلى القاضى إذا علم أحد الزوجين بوجود العيب فى الآخر هل على الفور أم على التراخى ؟ اختلفوا فى ذلك على قولين كما يلى :

القول الأول : ذهب الحنفية، وجمهور الحنابلة، و الزيدية : إلى أنه لا يجب على أحد الزوجين وهو السليم منهما أن يرفع دعواه إلى القاضى على الفور بالمطالبة بالتفريق إذا علم بوجود العيب فى الآخر. فخيار العيب ثابت على التراخى ولا يسقط حقه فى ذلك ما لم يوجد منه ما يدل على رضاه بالعيب سواء كان رضاه بالقول أم عن طريق استمتاعه، وتلذذه بالطرف الآخر . ينظر : المبسوط ٩٦/٥، و المغنى ١٤٣/٧، و الكافى لابن قدامة ٦٢/٣، و البحر الزخار ٦٣/٤، و السيل الجرار ٢٨٩/٢ .

القول الثانى : ذهب المالكية، و الشافعية، والقاضى من الحنابلة، و الإمامية : إلى أنه إذا علم أحد الزوجين بالعيب فى الآخر وجب عليه رفع دعواه إلى القاضى فور علمه للمطالبة بالتفريق، لأن خيار الفسخ و التفريق يكون على الفور ؛ لأنه خيار عيب كما هو فى البيع فيجب عليه المبادرة والمسارعة برفع دعواه إلى القاضى حتى لا يسقط حقه فى المطالبة . ينظر : موسوعة الفقه المالكى ٣٠٥/٥، و مغنى المحتاج ٢٠٤/٣، والوسيط ١٦٣/٥، و الكافى لابن قدامة ٦٢/٣، والمغنى ١٤٣/٧، و شرائع الإسلام ٢٦٤/٢ .

وأرى أن الراجح من القولين هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى (المالكية ومن وافقهم) وهو أن خيار الفسخ والعيب يكون على الفور فإذا علم أحدهما بعيب الآخر وجب عليه رفع دعواه إلى القاضى فور علمه حتى لا يسقط حقه فى المطالبة بالتفريق قياسا على خيار العيب فى المبيع، هذا والله أعلم بالصواب .

فيشترط للتفريق بين الزوجين بسبب العيب أن يكون العيب فى أحدهما قديما سابقا على العقد [1] . ومما يتعلق بهذا الشرط، مسألة: طروء العيب بأحد الزوجين بعد العقد هل يثبت به حق التفريق أم لا ؟.

إذا طرأ العيب على أحد الزوجين، فقد اختلف الفقهاء وفصلوا القول فى ثبوت حق التفريق بين الزوجين بحدوث العيب الطارئ على عقد النكاح وعدمه على التفصيل التالى:

ذهب المالكية [2] : إلى أن العيب الطارئ الذى يحدث بعد عقد الزواج إما أن يطرأ على الزوج أو على الزوجة فإن طرأ على الزوج : فإنه يثبت للزوجة الحق فى طلب التفريق وذلك لشدة الضرر والإيذاء الذى يلحقها بذلك ولا طريق للخلاص من ذلك إلا بالتفريق، أما إذا كان العيب قد طرأ على الزوجة : فإنه لا يثبت للزوج الحق فى طلب التفريق وذلك لقدرته على مفارقة زوجته عن طريق الطلاق متى تضرر منها، لأن الطلاق بيده، وهذا فى غير العيب بالجنون، والبرص اليسير الحادثين بعد العقد، ووافقهم الحنفية[3] فى هذه الجزئية الأخيرة وهى عدم ثبوت حق الزوج فى طلب التفريق بطروء العيب على زوجته بعد العقد، لأنهم يرون أن الزوجة هى التى يحق لها طلب التفريق إذا وجدت بزوجها عيبا يمنع من الوطء، أو يمنع من الإنجاب، ولا يثبت للزوج هذا الحق إن وجد العيب بزوجته .

---

(١) ينظر : المبسوط ٥/١٠٤، و بدائع الصنائع ٢/٣٢٥، و مواهب الجليل ٣/٤٨٣، و موسوعة الفقه المالكى ٥/٣٠٥، ٣٠٤، و روضة الطالبين ٧/١٧٩، و مغنى المحتاج ٣/٢٠٣، وما بعدها، و الكافى لابن قدامة ٣/٦١، والمغنى ٧/١٤٢، و البحر الزخار ٤/٦٣، و شرائع الإسلام ٢/٢٦٢:٢٦٤ .

(٢) ينظر : حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢/٢٧٨، و الفواكه الدوانى ٢/٣٨، وموسوعة الفقه المالكى ٥/٣٠٥ .

(٣) ينظر: المبسوط ٥/٩٥ وما بعدها، ومختصر اختلاف العلماء للطحاوى ٢/٢٩٦، وما بعدها، و فتح القدير ٤/٣٠٣، ٢٩٧ .

أما إذا كان العيب الطارئ على عقد النكاح جنونا أو بَرَصًا يسيرا فقد فَصَّلَ المالكية القول فى ذلك على النحو التالى :

بالنسبة للبَرَص اليسير : فإنه لا يثبت به الحق فى طلب التفريق بين الزوجين إذا طرأ بعد العقد وذلك باتفاقهم وهذا بخلاف البرص الكثير ففيه خلاف عندهم فى ثبوت التفريق به وعدمه [١] .

أما الجنون اليسير : فقد اختلف المالكية على أقوال متعددة حول ثبوت التفريق بين الزوجين بسبب الجنون اليسير الطارئ بعد العقد والذى تأمن فيه الزوجة من خوف الأذى والضرر كما يلى :

١- قيل : يثبت التفريق مطلقا بالجنون اليسير سواء كان الجنون بالزوج أم بالزوجة قبل العقد أم بعده .

٢- وقيل: يثبت التفريق بالجنون اليسير مطلقا بين الزوجين .

٣- وقيل : يفرق بين حدوثه قبل الدخول بالزوجة وبعده فإن حدث الجنون للزوج قبل الدخول ثبت للزوجة الحق فى طلب التفريق أما إذا حدث له الجنون بعد دخوله بها فلا يثبت لها هذا الحق .

٤- وقيل: إن الحق فى طلب التفريق يثبت للزوج دون الزوجة إن طرأ الجنون اليسير بعد العقد وهذا هو المعتمد[٢] .

وذهب الشافعية: [٣] إلى التفصيل فى ذلك حيث فرقوا بين طروء العيب على الزوج أو الزوجة كما يلى:

---

(١) ينظر : حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢/٢٧٨، ومنح الجليل ٣/٣٨٠، ٣٨٢، وبلغة السالك والشرح الصغير ١/٣٩٤ .

(٢) فالقول الأول منسوب إلى أبى الحسن والثانى منسوب إلى أشهب، والثالث منسوب إلى المتيطى، والرابع منسوب إلى ابن القاسم ينظر : حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢/٢٧٩، وبلغة السالك والشرح الصغير ١/٣٩٥، ومنح الجليل ٣/٣٨٤، ٣٨٣ .

(٣) ينظر : مغنى المحتاج ٣/٢٠٣، وما بعدها، و المهذب ٢/٦٨، و روضة الطالبين ٧/١٧٩ .

أولا: طروء العيب على الزوج: قالوا: إن العيب الحادث إذا طرأ على الزوج بعد العقد فإنه يحق للزوجة طلب التفريق لتحقق حصول الضرر به لأن هذا العيب كالمقارن للعقد كما أنه لا طريق للخلاص لها منه إلا بالتفريق، ولكن يستثنى من ذلك : إذا طرأ عيب العنة على الزوج بعد الدخول بزوجته فلا يثبت للزوجة الحق فى طلب التفريق، لتحقق مقصود النكاح من الوطء وغيره كالمهر وثبوت الحضانة وغير ذلك، كما أن الزوجة عرفت قدرته على الوطء ووصلت إلى حقها منه .

ثانيا: طروء العيب على الزوجة: أما إذا طرأ العيب على الزوجة بعد العقد، فقد اختلفوا على قولين فى إثبات الخيار للزوج كما يلى :

القول الأول : ذهب الإمام الشافعي فى القول القديم من المذهب : إلى أنه لا يثبت للزوج الحق فى طلب التفريق إذا طرأ العيب على الزوجة بعد العقد ؛ لأن الزوج يقدر على خلاصه من هذا الضرر عن طريق طلاق زوجته والزوجة مضطرة من أجل التحصن به .

القول الثانى : ذهب الإمام الشافعي فى القول الجديد من المذهب وهو الصحيح إلى أنه يثبت للزوج الحق فى طلب التفريق بسبب حدوث العيب وطروئه على زوجته بعد العقد، وذلك قياسا على ثبوت حق الزوجة فى ذلك إذا طرأ العيب على زوجها بعد العقد [1] .

وأما عند الحنابلة : فقد اختلفوا حول ثبوت الحق فى طلب التفريق بين الزوجين بسبب طروء العيب على أحدهما بعد العقد، وذلك على قولين كما يلى :

القول الأول : أنه لا يثبت للزوجين الحق فى طلب التفريق بسبب حدوث العيب وطروئه على أحدهما بعد العقد لأنه عيب حدث بالمعقود عليه (الزوج أو الزوجة) بعد لزوم العقد فأشبه العيب الحادث بالمبيع بعد عقد البيع . [2]

---

(١) ينظر : الوسيط ١٦٢/٥، و المهذب ٦٨/٢، و روضة الطالبين ١٧٩/٧ .

(٢) ينظر : المغنى ١٤٢/٧، و الكافى لابن قدامة ٦٢/٣، و كشاف القناع ١١١/٥ .

القول الثانى : أنه يثبت للزوجين الحق فى طلب التفريق، وهما بالخيار فى ذلك بسبب حدوث العيب بأحدهما بعد العقد لأنه عيب فى عقد النكاح يثبت به الخيار مقارنا فكذلك يثبت إذا كان طارئا كالإعسار والرق، كما أن النكاح عقد على منفعة وحدوث العيب فى العقد يثبت لهما الخيار كما هو فى الإجارة [1] .

وذهب الزيدية[2] : إلى أن ثبوت الحق للزوجين فى طلب التفريق بحدوث العيب وطروئه بعد العقد والدخول فإنه يخير الصحيح منهما فيما تعافه النفس فقط كالجنون والجذام البرص ؛ لأنه يمنع من مقصود النكاح وذلك كطروء الردة على أحدهما .

وذهب الإمامية [3]: إلى أنه لا يثبت للزوجين الحق فى طلب التفريق بسبب العيب الطارئ على أحدهما بعد عقد النكاح والدخول بالزوجة ما عدا الجنون فإنه يثبت لهما الخيار بسببه إذا كان مستغرقا لأوقات الصلاة فيثبت به التفريق، لأنه لا خلاص من دفع الضرر إلا بالتفريق، أما العيوب الحادثة بعد العقد فقط فلهم قولان فى ذلك.

الرأى الراجح فى المسألة :

أرى من وجهة نظرى : أن الرأى المختار هو ما ذهب إليه الشافعية ومن وافقهم كالحنابلة فهو الأولى بالقبول والعمل به ؛ لأنه يحقق العدالة بين الزوجين، فيثبت لأحدهما الحق فى طلب التفريق بأى عيب يجده أحدهما بالآخر فأثبت للزوجة حقها، كما لا يجحف بحق الزوج ولا يحمله فوق طاقته بل دفع عنه الضرر وأزال عنه الأعباء المادية المترتبة على الطلاق إذا لم يثبت له هذا الحق وهو طلب التفريق من أجل عيب زوجته الذى طرأ عليها بعد العقد . هذا والله أعلم بالصواب.

ثالثا : ألا يكون أحد الزوجين مصابا بعيب يمنع مقصود النكاح :

وهذا الشرط من الشروط العامة التى يشترط وجودها فى كل عيب يثبت به التفريق بين الزوجين سواء كان مانعا من الاستمتاع بالوطء أو الإنجاب، أم كان منفرا أو معديا.

---

(١) ينظر : المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة .

(٢) ينظر : البحر الزخار ٦٢/٤ .

(٣) ينظر : شرائع الإسلام ٢٦٢/٢:٢٦٤، والمختصر النافع /٢١١.

فيشترط سلامة كل منهما من هذا العيب حتى يثبت له الحق فى طلب التفريق، أما إذا كان أحدهما مصابا بمرض يمنعه من مقصود النكاح، كأن يكون الزوج مثلا عنينا أو خصيا و الزوجة قرناء أو رتقاء، فلا يثبت لهما الحق فى طلب التفريق لاشتراكهما فى السبب والعلة فلا مزية لأحدهما على الآخر [1] . فلو لم يكن عيب الآخر موجودا لثبت الحق فى التفريق، لفوات مقصود النكاح بعيب

أحدهما [2] ولكن إذا اتحد عيبهما بأن وجد أحدهما عيبا فى الآخر وكان مصابا بمثله كأن يكون كل منهما به داء الجذام أو البرص أو الإيدز وغيرها من العيوب المشتركة بين الزوجين فهل يثبت الخيار لهما فى طلب التفريق بهذا العيب؟

للفقهاء فى ذلك اتجاهان كما يلى :

الاتجاه الأول : أنه يثبت للزوجين الحق فى طلب التفريق إن كان أحدهما مصابا بنفس المرض الذى أصيب به الآخر وذلك لوجود السبب الذى يقتضى التفريق بينهما فهو يشبه ما لو غُرَّ عبد بأمة، ولأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه، وهذا الخيار يثبت للزوجين فى غير عيب الجنون، أما إذا كان العيب فيهما هو الجنون فلا يثبت لهما الخيار فى التفريق ويثبت لهما الخيار فى غير الجنون من العيوب، إذا تساوى العيبان فى القدر والفحش، فإذا كان أحد العيبين أكثر فحشا من الآخر فإن الخيار يثبت قطعا للآخر منهما [3] .

---

(١) ينظر : بدائع الصنائع ٣٢٥/٢، وحاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢٧٧/٢، و مغنى المحتاج ٢٠٣/٣، والمغنى ١٤٢/٧، و البحر الزخار ٦٢/٤ .

(٢) ولكن عند الشافعية فى أحد الوجهين، و الإباضية: أنه يثبت الحق فى طلب التفريق للزوجين إذا وجد أحدهما بالآخر عيبا من غير جنسه، أو من جنسه عند الإباضية . ينظر : الحاوى الكبير للماوردى ٤٧١/١١، وما بعدها، وروضة الطالبين ١٧٨/٧، و شرح النيل ٣٩٢/٦ .

(٣) ينظر : حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢٧٧/٢، وبلغة السالك والشرح الصغير ٣٩٤/١، و المنهاج مع نهاية المحتاج ٣١١/٦، و روضة الطالبين ١٧٨/٧، و مغنى المحتاج ٢٠٣/٣، و المغنى ١٤٢/٧، و الكافى لابن قدامة ٦١/٣، وما بعدها، و البحر الزخار ٦٦/٤، ٦٢ .

الاتجاه الثانى : أنه لا يثبت الحق فى طلب التفريق لأحد الزوجين إن كان العيب مشتركا بينهما ووجد بأحدهما من العيب ما يوجد بالآخر وذلك لتساوى العيبين ولا مزية لأحدهما على صاحبه، فأشبه الصحيحين [1] .

وأرى أن الراجح من هذين الاتجاهين هو ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول وهو أنه يثبت الحق للزوجين فى طلب التفريق إن اتحد العيب فيهما وهذا القول أراه راجحا من وجهة نظرى وإن تساوى العيب فيهما ولم تكن هناك مزية لأحدهما على صاحبه، وذلك لوجود السبب الذى يقتضى جواز التفريق إن طلبه أحدهما وهو أن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه وتختلف الطباع والنفوس فى هذا الأمر، وقياسا على العبد والأمة فى حالة الغرر فإن الحق يثبت للعبد إذا غرته الأَمَة مع أنهما متساويان فى الدرجة فكلاهما من جنس الرقيق – هذا والله أعلم بالصواب .

رابعا : ألا يقرب الزوج زوجته ولا يصل إليها بالوطء مطلقا ولو لمرة واحدة .

وهذا الشرط من الشروط الخاصة التى يشترط وجودها فى كل عيب يمنع من الاستمتاع بالوطء أو الإنجاب.

فلكى يثبت الحق للزوجة فى طلب التفريق بينها وبين زوجها يشترط لذلك: ألا يقربها زوجها مطلقا لأن حق الزوجة فى الوطء يستوفى ويتحقق ولو بمرة واحدة لأن الزوج لا يطالب بوطء زوجته قضاء ولا يلزمه أكثر من وطئها مرة إلا ديانة فقط [2] . وعليه فإن طرأ على الزوج العيب بعد دخوله بزوجته فلا يحق لها أن تطلب التفريق[3] .

---

(١) ينظر : المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة .

(٢) ينظر : المبسوط ١٠٤/٥، و بدائع الصنائع ٣٢٥/٢، و الفواكه الدوانى ٤٠/٢، و مواهب الجليل ٤٨٥/٣، وحاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢٨١/٢، و شرائع الإسلام ٢٦٣/٢ .

(٣) ولكن استثنى المالكية من هذا الشرط : الزوجة التى تخاف على نفسها من الوقوع فى فاحشة الزنى فإنه يثبت لها الحق فى طلب التفريق إذا وصل إليها زوجها بعد العقد والدخول بها مرة واحدة ثم حصل له عيب كاعتراضه، أو عنته، فلا يكفى فى حقها الوطء مرة واحدة إذا خشيت على نفسها الوقوع فى المحظور فلها الحق فى طلب التفريق . ينظر : الفواكه الدوانى ٤٠/٢، و مواهب الجليل ٤٨٥/٣ وما بعدها .

خامسا: يشترط للتفريق بين الزوجين بسبب العيب بلوغ الزوجين :

وهذا الشرط من الشروط الخاصة التى يشترط وجودها فى كل عيب يمنع من الاستمتاع بالوطء أو الإنجاب.

فقد اشترط الحنفية هذا الشرط ووافقهم فى ذلك الإباضية [١] : فلكى يثبت الحق للزوجين فى طلب التفريق بسبب العيب يشترط فيهما البلوغ فإذا كان الزوج صغيرا لا يجامع مثله وكانت المرأة كبيرة ولم تعلم المرأة وطالبت بالتفريق وطالب زوجها بالتأجيل فلا يؤجل بل يُنتَظر حتى يبلغ ويدرك فإذا أدرك يؤجل سنة وكذلك الزوجة إن كانت صغيرة، فلا يفرق بينهما بل يُنْتَظَر بلوغها، لاحتمال أن ترضى به بعد بلوغها فإذا رضيت به قبل التأجيل، أو بعده قبل انقضاء المدة، أو بعدها سقط حقها فى المطالبة بالتفريق[٢]. والسبب فى عدم التأجيل للصغير يرجع إلى أمرين:

الأمر الأول: أن الصغير إذا كان لا يجامع فإن التأجيل يكون عديم الفائدة لأن للصبى زمنا يوجد منه الوطء فيه ظاهرا وغالبا وهو ما بعد البلوغ فلا يؤجل للحال[٣].

الأمر الثانى : أن التأجيل لا يفيد إذا كان الزوج صغيرا لا يجامع مثله لأن حكم التأجيل إذا لم يصل إليها فى المدة هو ثبوت التفريق، وتفريق العنين طلاق، والصبى لا يملك الطلاق[٤].

المبحث الرابع : تأجيل التفريق بين الزوجين و قطع العلاقة بينهما بسبب العيب الذى يرجى الشفاء منه

إذا أصيب أحد الزوجين بعيب أو مرض يمكن الشفاء منه، وذلك كالعنة فى الرجل، أو الرتق والقرن فى المرأة، أو الجذام والبرص، والجنون فى الرجل

---

(١) ينظر : بدائع الصنائع ٣٢٥/٢، والعناية ٣٠٠/٤، و فتح القدير ٢٩٩/٤ وما بعدها، و شرح شرح النيل ٣٩٥/٦ .

(٢) ينظر : فتح القدير ٣٠٠/٤، و البحر الرائق ١٣٣/٤ .

(٣) ينظر : بدائع الصنائع ٣٢٥/٢، و البحر الرائق ١٣٤/٤ .

(٤) ينظر : المرجعان السابقان نفس الجزء والصفحة .

والمرأة أو غير ذلك من العيوب والأمراض الحديثة المستعصية(أمراض العصر) القابلة للعلاج فهل يجوز تأجيل قطع العلاقة بين الزوجين وإعطاء من به هذا العيب مهلة من الوقت للعلاج والشفاء من مرضه ؟ وإذا جاز التأجيل فما مقدار هذه المدة التى يقضيها المصاب من الزوجين بهذه العيوب القابلة للعلاج والشفاء قبل الحكم بالتفريق بينهما ؟ هذا يتضح بيانه فى هذين المطلبين كما يلى :

المطلب الأول : حكم تأجيل التفريق بين الزوجين للعيب الذى يرجى شفاؤه :

اختلف الفقهاء فى حكم تأجيل المفارقة إذا طلبت الزوجة التفريق بينها وبين زوجها بسبب عنته، هل يفرق بينهما بمجرد طلبها لذلك أم يؤجل زوجها العنين مدة معينة للعلاج قبل الحكم بالمفارقة ؟ ويقاس على العنة سائر العيوب القابلة للعلاج والشفاء . اختلفوا فى ذلك على قولين كما يلى :

القول الأول : لجمهور الفقهاء وهم : (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية، والإباضية) [1] : أن الزوج إن كان مصابا بالعنة فإن هذا يعتبر عيبا فيه وتستحق الزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها لما يترتب عليه من تفويت أغراض النكاح ومقاصده ولكن تؤجل هذه المفارقة لمدة معينة حتى يختبر الزوج فيها للعلاج، ويعلم حاله من خلالها [2] وبه قال عمر بن الخطاب،

---

(١) ينظر : تحفة الفقهاء ٢/٢٢٦، و بدائع الصنائع ٢/٣٢٢، ومجمع الأنهر لداماد أفندى ١/٤٦١- طبعة : دار إحياء التراث العربى بيروت (د.ت)، وحاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢/٢٧٩ وما بعدها، والتفريع لابن الجلاب ٢/٥٨، ومغنى المحتاج ٣/٢٠٥، و روضة الطالبين ٧/١٩٨، ١٩٥، و المغنى ٧/١٥٢، و كشاف القناع ٥/١٠٦، و البحر الزخار ٤/٦٦، ٦٤، والمختصر النافع /٢١١، و شرح كتاب النيل ٦/٣٩٧:٣٩٩ .

(٢) ويقاس على العنة غيرها من العيوب التى تصيب الزوج كالعقم وغيره مما هو قابل للعلاج ويرجى الشفاء منه، وكذلك الزوجة إن كانت عقيما أو رتقاء أو قرناء أو غير ذلك مما يصيب الزوجين كالجذام والبرص والجنون وغيرها من أمراض هذا العصر وكان العيب قابلا للعلاج، وقد بين المالكية بأنه إذا وجد عيب من العيوب المنفرة والمعدية كالجذام والبرص، ونحو ذلك فإن المتضرر منهما " السليم " لا يستعجل فى الفسخ أو طلب التفريق بل يؤجل=

وعثمان، وابن مسعود وغيرهم من فقهاء الصحابة والتابعين[1]

القول الثانى : للظاهرية [2]: أنه لا يجوز للعنين تأجيله للعلاج كما لا يجوز أيضا للزوجة أن تطلب التفريق من أجل إصابة زوجها بالعنة، لأنه لا يجوز عندهم التفريق بين الزوجين بسبب العيوب وهذا القول مروى عن على (ﷺ)، والحكم بن عيينة[3].

=

المصاب سنة كاملة للحر، ونصفها للعبد، وذلك للعلاج والتداوى من مرضه و إذا كان هذا العيب فى الزوجة فلها النفقة على زوجها فى مدة تأجيلها ولكنه غير ملزم بأجرة الطبيب المعالج وثمن الدواء، كما أن الزوجة إن كانت رتقاء أو مصابة بداء مما يصيب الفرج وطلبت من زوجها التداوى والعلاج فلها ذلك فإن تضرر الزوج بعيبها تؤجل الزوجة قبل المفارقة مدة معينة للعلاج يحددها القاضى والطبيب المعالج إن كان يرجى شفاؤه دون إلحاق الضرر بها إن تعالجت منه ينظر : حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢/٢٨٠:٢٨٣، ومنح الجليل ٣/٣٨٣:٣٨٥، والتفريع لابن الجلاب ٢/٥٨ وما بعدها، و شرح كتاب النيل ٦/٣٩٨ وما بعدها .

(١) وذلك كسعيد بن المسيب والمغيرة بن شعبة وعمرو بن دينار وإسحاق وعطاء والثورى،، وقتادة، والأوزاعى والنخعى . ينظر : زاد المعاد ٥/١٨١، و فتح القدير ٤/٢٩٨، و المغنى ٧/ ١٥٢ .

(٢) ينظر : المحلى ١٠/٥٨ .

(٣) الحكم بن عيينة : هو الإمام الحافظ الفقيه، سنان أبو عبد الله، وقيل : أبو عمر الكوفى، شيخ الكوفة فى عصره، وهو مولى – عدى بن عدى بن سنان– حدث عن القاضى شريح، وعبد الرحمن بن أبى ليلى، وسعيد بن جبير وغيرهم، وحدث عنه الأوزاعى وغيره، توفى –رحمه الله– سنة ١١٥هـ، وقيل : سنة ١١٤هـ . ينظر : تذكرة الحفاظ لابن القيسرانى ١/١١٧، وطبقات الحفاظ للسيوطى /٥١، وما بعدها – طبعة : دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى (١٤٠٣هـ)، و الجرح والتعديل لابن أبى حاتم الرازى ٣/١٢٣ وما بعدها– طبعة : دار إحياء التراث العربى – بيروت – الطبعة الأولى (١٢٧١هـ–١٩٥٢م). و ينظر : نسبة هذا القول المروى عنه : المغنى ٧/١٥٢ .

- الأدلة -

أولا : أدلة جمهور الفقهاء أصحاب القول الأول على جواز تأجيل العنين مدة معينة قبل المفارقة بينه وبين زوجته إن طلبت ذلك حتى يتعالج ويتعرف على حاله، استدلوا على ذلك من الأثر، والمعقول كما يلى :

أ) **دليلهم من الأثر** : استدلوا من الأثر بما يلى :

١- بما روى عن عمر بن الخطاب (ﷺ) " أنه قال فى العنين يؤجل سنة فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما ولها المهر كاملا وهى تطليقة بائنة " [١] .

٢- وبما روى عن على (ﷺ) قال " يؤجل العنين سنة فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما "[٢]

٣- وبما روى عن ابن مسعود (ﷺ) : قال " يؤجل العنين سنة فإن جامع وإلا فرق بينهما"[٣].

وجه الدلالة من الآثار : دلت هذه الآثار على أن الزوج إن كان مصابا بعيب العنة وطلبت الزوجة التفريق تؤجل هذه المفارقة لمدة عام حتى يتعالج زوجها من عنته ومن خلال هذه المدة يتبين حال الزوج وقدرته على الجماع من غيره، وهذا الحكم

---

(١) الأثر ورد بلفظه فى كتاب الآثار لأبى يوسف /١٤١ ح:(٦٤٢) طبعة : دار الكتب العلمية بيروت (١٣٥٥هـ) تحقيق : أبى الوفا الأفغانى، و بنحوه فى مصنف عبد الرزاق ٢٥٣/٦ح:(١٠٧٢١، ١٠٧٢٠) ومصنف ابن أبى شيبة ٥٠٣/٣ ح:(٧٨)، ونصب الراية ٢٥٤/٣، و سبل السلام ١٣٦/٣ .

(٢) أخرجه ابن أبى شيبة بلفظه فى مصنفه فى كتاب النكاح - كم يؤجل العنين ٥٠٣/٣ ح:(٧٨)، وبنحوه فى مصنف عبد الرزاق ٢٥٤/٦ ح:(١٠٧٢٥)، ونصب الراية ٢٥٤/٣ .

(٣) أخرجه ابن أبى شيبة بلفظه فى مصنفه فى كتاب النكاح - كم يؤجل العنين ٥٠٣/٣ ح:(٧٨)، ومصنف عبد الرزاق بنحوه ٢٥٣/٦ ح:(١٠٧٢٣)، ونصب الراية ٢٥٤/٣، وسبل السلام ١٣٦/٣ .

ورد عن جمع من الصحابة دون إنكار من أحدهم على التأجيل، ويقاس على العنة سائر العيوب التى تصيب الزوجين ويمكن علاجها والشفاء منها [1].

١- **دليلهم من المعقول :**

١- إن الوطء المستحق على الزوج لزوجته بالعقد يتحقق بالمرة الواحدة، وإلزام العقد عند تقرير عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته هذا فيه تفويت للوطء المستحق لزوجته، وفيه ظلم وضرر لها ويؤدى هذا إلى وجود التناقض، فإن الله -تعالى- أوجب على الزوج أن يمسك زوجته بالمعروف، أو يفارقها بإحسان، وهذا فى حالة عجزه أما إذا أمهل الزوج مدة معينة للعلاج من مرضه فهذا أنفع للزوجين، لأن عدم الوطء يحتمل أن يكون للعجز أو لغيره كأن يكون لبغضه لها، وبتأجيله لمدة معينة يستطيع أن يثبت قدرته بالوطء، ويدفع العار عن نفسه، أما إذا لم يصل إليها فى المدة المحددة له فإنه يفرق بينهما حتى لا يضيع حق المرأة ويهضم وهذا فيه ضرر عليها ولأنه عيب يمنع من الوطء فأثبت الخيار كالجب فى الرجل والرتق فى المرأة [2] .

٢- إن عجز الزوج عن جماع زوجته، يحتمل أن يكون ذلك خلقة دائمة ويحتمل أن يكون من داء قابل للعلاج، ويحتمل أن يكون بسبب طبيعة غالبة كالحرارة والبرودة وغيرهما، وأنه يتأثر باختلاف فصول السنة فتؤجل المفارقة بينهما لمدة سنة رجاء أن يزول هذا العيب، ويوافقه العلاج ويبرأ فى بعض فصول

---

(١) ينظر: زاد المعاد ١٨١/٥، ونيل الأوطار ٢٩٩/٦، والمبسوط ١٠١/٥، و فتح القدير ٢٩٨/٤ والمغنى ١٥٢/٧ و كشاف القناع ١٠٦/٥ .

(٢) ينظر : المبسوط ١٠١/٥، و بدائع الصنائع ٢/ ٢٢٣، ٢٢٤، و حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢٨٠/٢ ومغنى المحتاج ٢٠٣/٣، ٢٠٥ و شرح منتهى الإرادات للبهوتى ٦٧٦/٢- طبعة: عالم الكتب – بيروت – الطبعة الثانية (١٤١٦هـ-١٩٩٦م)، و البحر الزخار ٦٦/٤، و شرح كتاب النيل ٤٠٠/٦ .

السنة، ويتمكن الزوج من أن يوفيها حقها فى الجماع وذلك إذا وصل إليها ووطأها ولو مرة واحدة[1].

ثانيا: أدلة الظاهرية أصحاب القول الثانى على عدم جواز التأجيل بسبب العنة فى الزوج وعدم جواز مطالبة الزوجة بالتفريق بسبب عنة زوجها استدلوا على ذلك من السنة بما روى عن عائشة -رضى الله عنها - أن امرأة رفاعة القرظى : (جاءت رسول الله (ﷺ)، فقالت يا رسول الله إن رفاعة طلقنى فَبَتَّ طلاقى وإنى نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظى، وإنما معه مثل الهُدْبَة، قال رسول الله (ﷺ) لعلك تريدين أن ترجعى إلى رفاعة، لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقى عسيلته) [2] .

وجه الدلالة : دل هذا الحديث دلالة واضحة على عدم جواز التأجيل و التفريق بين الزوجين بسبب العيب، لأن هذه الزوجة اشتكت إلى النبى (ﷺ) من أمر زوجها وهو عدم قدرته على جماعها، وأن عضوه لا نفع فيه ولا فائدة منه، فما هو إلا كالهدبة ومع ذلك لم يصرح النبى (ﷺ) لها بالمفارقة ولا بالتأجيل فدل على عدم جواز ذلك، وإلا أجل النبى (ﷺ) المفارقة بينهما مع أن ذلك كان فى موضع التعليم [3] .

نوقش هذا : بأن هذا لا يصح ؛ لأن هذه المدة التى تجعل للعنين حتى يتعالج من مرضه إنما جعلت له مع اعترافه بالعيب، وطلب الزوجة لهذا التفريق، والحديث يدل على ذلك، لأن هذا كان بعد طلاقه لزوجته، فلا يكون الحديث حجة فى هذا الموضوع لأن الكلام والنزاع فى الزوجة إن طلبت التفريق، فلا يكون هناك معنى للتأجيل بعد طلاقها بدليل قوله (ﷺ) للمرأة : (لعلك تريدين أن ترجعى إلى رفاعة) ولو كان ذلك قبل الطلاق لما قال لها ذلك، وقيل : إنها جاءت تشكو للنبى (ﷺ)

---

(١) ينظر : المبسوط ١٠١/٥، وتبيين الحقائق للزيلعى ٢٢/٣ طبعة : دار الكتاب الإسلامى، وفتح القدير ٢٩٨/٤، وحاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢٨٢/٢، ومنح الجليل ٢٨٤/٢ وما بعدها، والوسيط ١٧٩/٥، ومغنى المحتاج ٢٠٥/٣، والمغنى ١٥٢/٧ وما بعدها، وكشاف القناع ١٠٧/٥، والبحر الزخار ٦٦/٤، وشرح كتاب النيل ٣٨٨/٦ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) ينظر : المحلى ٦٢/١٠، ٦١ .

وذكرت ضعفه وشَبَّهَتْه بهُدْبة الثوب مبالغة منها و لذلك قال لها النبى (ﷺ) حتى يذوق عسيلتك وتذوقى عسيلته، والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك، فاقتضى التأجيل للعلاج فكان الحديث حجة عليكم وليس لكم[1].

الرأى الراجح فى المسألة :

بعد بيان أقوال الفقهاء وعرض أدلتهم التى استدلوا بها ومناقشة ما أمكننى مناقشته فإن الراجح من وجهة نظرى هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول (جمهور الفقهاء) وهو القول بجواز التأجيل للعنين إذا لم يحصل منه الوطء لزوجته، ويقاس عليه سائر العيوب القابلة للعلاج والشفاء وذلك قبل الحكم بالمفارقة بينه وبين زوجته فيمهل فى ذلك لإعطائه فرصة لاختباره وبيان حاله .

وكان هذا الرأى هو الراجح وذلك لما يلى :

أولا : قوة أدلتهم التى استدلوا بها وسلامتها من المناقشة و المعارضة الصحيحة، فضلا عن ضعف أدلة الظاهرية أصحاب القول الثانى .

ثانيا: أن هذا القول يحقق المصلحة للزوجين دون إجحاف بحقهما معا وفيه مراعاة لحالهما دون ضرر يلحق بالسليم منهما فى هذه المدة اليسيرة التى يتعالج فيها من العيب، لذلك كان هذا الرأى أولى بالترجيح من غيره – هذا والله أعلم بالصواب .

المطلب الثانى : مقدار المدة التى يقضيها من به مرض قابل للعلاج والشفاء

تحرير محل النزاع فى المسألة :

أولا : **محل الاتفاق** اتفق الفقهاء القائلون بجواز التفريق بين الزوجين بسبب العيب على أن المدة التى تحدد وتضرب للعنين أومن به مرض قابل للعلاج والشفاء منه أنها تقدر بسنة كاملة[2].

---

(١) ينظر : المبسوط ١٠٠/٥، وما بعدها، و بدائع الصنائع ٣٢٢/٣، و تبيين الحقائق ٢٣/٣، والمغنى ١٥٢/٧، وكشاف القناع ١٠٦/٥ .

(٢) ينظر : بدائع الصنائع ٣٢٣/٢، و البحر الرائق ١٣٥/٤، و حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢٨١/٢، و منح الجليل ٣٨٤/٣، و مغنى المحتاج ٢٠٥/٣، وما بعدها، و كشاف القناع ١٠٦/٥، و شرائع الإسلام ٢٦٥/٢ .

ثانيا : محل الخلاف : أما محل الخلاف بين الفقهاء فهو فى نوع هذه السنة التى تضرب للعنين، وغيره هل تقدر بسنة هلالية أم شمسية [1] . اختلفوا فى ذلك على قولين كما يلى :

القول الأول : لجمهور الفقهاء وهم : (الحنفية فى الصحيح، وهو ظاهر الرواية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية) [2] : أن هذه المدة التى يقضيها العنين أو من به مرض قابل للعلاج تقدر بسنة هلالية أو قمرية كاملة وتحسب، أيامها بعدد الأهلة فى هذه السنة ويبدأ سريان هذه المدة وتحسب من وقت الترافع بالدعوى والشكوى إلى الحاكم، ولا يحسب على الزوج ما قبل ذلك [3] .

---

(١) المقصود بالسنة الهلالية والشمسية : السنة الهلالية : هى التى تحسب أيامها بعدد الأهلة فى السنة وتقدر بالأيام بحوالى : ثلاثمائة وأربعة وخمسين يوما (٣٥٤ يوما) وثمان ساعات، وثمان وأربعين دقيقة (٨ ساعة و٤٨ دقيقة)، وهذا يساوى ثلث يوم، وثلث عشر يوم، وأما السنة الشمسية : فهى التى تحسب أيامها بعدد طلعات الشمس، وهى تزيد عن السنة الهلالية بحوالى أحد عشر يوما، وخمس ساعات وخمس وخمسين دقيقة، أو تسع وأربعين دقيقة (١١ يوما و٥ ساعات و ٥٥ أو ٤٩ دقيقة) . ينظر : بدائع الصنائع ٣٢٣/٢، والبحر الرائق ١٣٥/٤، و فتح القدير، و العناية ٣٠٢/٤، و مجمع الأنهر ٤٦٢/١ .

(٢) ينظر : المبسوط ١٠١/٥، و البحر الرائق ١٣٥/٤، و بدائع الصنائع ٣٢٣/٢، و حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢٨١/٢، وما بعدها، و منح الجليل ٣٨٤/٣، و مغنى المحتاج ٢٠٦/٣، و حاشية الجمل على منهج الطلاب ٢١٧/٢ ط:دار الفكر،، و المغنى ١٥٣/٧، ١٥٢، و كشاف القناع ١٠٦/٥، و شرائع الإسلام ٢٦٥/٢.

(٣) ولكن ذهب المالكية : إلى أن هذه السنة الهلالية المقدرة لعلاج العنين تبدأ من وقت صدور الحكم من الحاكم وليس من يوم رفع الدعوى إلى الحاكم فإن لم يترافع الزوجان أو أحدهما فمن يوم التراضى . ينظر : المنتقى للباجى ١١٨/٤، و حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢٨٢/٢، و منح الجليل ٣٨٤/٣.

القول الثانى : للحنفية فى غير ظاهر الرواية، وهو رواية الحسن[1] عن أبى حنيفة، والكرخى[2] عن بعض أصحابه [3] : أن العنين ومن فى حكمه تضرب له مدة سنة شمسية كاملة للاختبار والعلاج من مرضه قبل الحكم بالمفارقة، وهذه السنة يكون حساب أيامها بعدد طلعات الشمس، وتبدأ من وقت الترافع بالشكوى والدعوى إلى الحاكم .

ـ الأدلة ـ

أولا أدلة أصحاب القول الأول : (جمهور الفقهاء) على أن العنين، ومن به مرض قابل للعلاج يؤجل قبل المفارقة لمدة سنة هلالية، استدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة والعرف كما يلى :

---

(١) الحسن: هو الإمام الحسن بن زياد اللؤلؤى – نسبة إلى بيع اللؤلؤ، الكوفى أبو على من أصحاب الإمام أبى حنيفة كان –رحمه الله– حافظا للروايات عنه وكان علما فى الفقه، محبا للسنة وأتباعها، له مصنفات عديدة منها:المجرد، والأمالى، وأدب القاضى، توفى –رحمه الله– سنة ٢٠٤هـ . ينظر : الفوائد البهية فى تراجم الحنفية للكنوى /٦٠ وما بعدها، طبعة : دار المعرفة – بيروت – لبنان، والأعلام للزركلى٢/ ١٩١ طبعة : دار العلم للملايين – بيروت – لبنان – الطبعة الخامسة (١٩٨٠م)، و شذرات الذهب لابن العماد الحنبلى ١٢/٢ طبعة : دار الفكر – بيروت – الطبعة الأولى (١٣٩٩هـ–١٩٧٩م) .

(٢) الكرخى : هو الإمام عبيد الله بن الحسين، أبو الحسن، الكرخى، ولد بالكرخ سنة ٢٦٠هـ وهى قرية من قرى بغداد، كان –رحمه الله– علما من أعلام الحنفية، عالما فقيها، انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق، له مصنفات منها : رسالة فى الأصول وعليها مدار الحنفية، وشرح الجامع الكبير، والجامع الصغير، توفى –رحمه الله– سنة ٣٤٠هـ . ينظر : الفوائد البهية /١٠٨، وما بعدها، واللباب فى تهذيب الأنساب لابن الأثير الجزرى ٩١/٣ – طبعة : دار صادر بيروت (١٤٠٠هـ – ١٩٨٠م)، وكشف الظنون لحاجى خليفة ١٦٣٤/٢ – طبعة : دار العلوم الحديثة – بيروت – لبنان .

(٣) ينظر : المبسوط ١٠١/٥، و بدائع الصنائع ٣٢٣/٢، و البحر الرائق ١٣٥/٤، و مجمع الأنهر ٤٦٢/١.

أ) **دليلهم من الكتاب** : قوله -تعالى- "يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالحَجِّ"[1].

وجه الدلالة : أن الله -تعالى- جعل الهلال دليلا للناس على معرفة الأوقات والأجل، وبه يعرف الناس ميقات الحج، لأنه لو جعل معرفة ذلك بالأيام لشق على الناس حسابهم لذلك، وتعذر عليهم معرفة السنين والشهور والأيام، فدل على أن الحساب بالأهلة هو المعتبر فى السنة الهلالية فى هذه المدة [2] .

ب) **دليلهم من السنة** : استدلوا بما روى عن أبى بكرة (ﷺ) أن النبى (ﷺ) قال: (إن الزمان قد استدار كهيئته يوم خلق الله السموات والأرض السنة اثنا عشر شهرا منها أربعة حرم ثلاث متواليات : ذو القعدة، وذو الحجة والمحرم، ورجب مضر بين جمادى وشعبان)[3].

وجه الدلالة : دل هذا الحديث على أن السنة التى يقضيها العنين للعلاج هى سنة قمرية أو هلالية اثنا عشر شهرا فتصرف السنة إليها عند الإطلاق [4] .

ج) **دليلهم من العرف** : هو أن الناس تعارفوا على أن الشهر يطلق لغة على الهلال فيقال رأيت شهرا أى : هلالا، وقيل : سمى الشهر بذلك لشهرته والشهرة للهلال، والناس تعارفوا على ذلك من زمن الصحابة إلى يومنا هذا، فدل ذلك على أن الحساب لهذه المدة التى يتعالج فيها العنين تقدر بسنة هلالية وإذا تبين أن التأجيل بدأ فى أثناء الشهر، فإن المدة تحسب بالأيام[5] .

---

(١) من الآية رقم (١٨٩) من سورة البقرة .

(٢) ينظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٣٤١/٢، و بدائع الصنائع ٣٢٤/٢ .

(٣) متفق عليه بلفظه : صحيح البخارى، كتاب التفسير، باب : قوله إن عدة الشهور اثنا عشر شهرا فى كتاب الله ١٧١٢/٤ ح:(٤٣٨٥)، و صحيح مسلم فى كتاب القسامة والمحاربين باب : تغليظ تحريم الدماء .. ١٣٠٥/٣ ح:(١٦٧٩) .

(٤) ينظر : بدائع الصنائع ٣٢٤/٢ .

(٥) ينظر : بدائع الصنائع ٣٢٤/٢، و فتح القدير ٣٠٢/٤، و حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢٨١/٢، وما بعدها، و مغنى المحتاج ٢٠٦/٣ .

ثانيا أدلة أصحاب القول الثانى : رواية الحسن عن أبى حنيفة فى غير ظاهر الرواية والكرخى عن بعض أصحابه على أن السنة تقدر بالسنة الشمسية، استدلوا من المعقول وهو : أن الفصول الأربعة لا تكتمل إلا بالسنة الشمسية، لأنها تزيد على السنة القمرية بأيام فيحتمل زوال العنة فى هذه المدة بين السنة الشمسية والقمرية، فكان التأجيل بالسنة الشمسية أولى وأحوط من الهلالية [1] .

الرأى الراجح فى المسألة :

بعد بيان أقوال الفقهاء فى هذه المسألة وبيان أدلتهم التى استدلوا بها فإن الراجح منها هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول جمهور الفقهاء وهو القول بأن المدة التى تضرب للعنين للعلاج تقدر بسنة هلالية يقضيها للاختبار والعلاج، قبل الحكم بالمفارقة، تبدأ من وقت رفع الدعوى إلى الحاكم وكان هذا القول هو الراجح وذلك لما يلى :

١) قوة أدلتهم التى استدلوا بها، وتعارف الناس وإجماعهم على أن المقصود بالسنة التى تعرف بها الأحكام الشرعية هى الهلالية .

٢) إن التأجيل للعنين سنة كاملة للعلاج والاختبار هو أمر من الأمور المتعلقة بالأحكام الشرعية فانصرف لفظ السنة إلى السنة الشرعية وهى القمرية . هذا والله أعلم بالصواب .

(١) ينظر : فتح القدير ٣٠٢/٤، و تحفة الفقهاء ٢٢٦/٢ .

المبحث الخامس:

مدى حاجة التفريق بين الزوجين بسبب العيب إلى قضاء القاضى ونوع هذا التفريق:

وينتظم الكلام فى هذا المبحث فى مطلبين كما يلى:

المطلب الأول: حاجة التفريق بين الزوجين بسبب العيب إلى قضاء القاضى:

اختلف الفقهاء فى التفريق بين الزوجين بسبب العيب حول احتياجه إلى قضاء القاضى، وعدمه على قولين كما يلى :

القول الأول : للإمام أبى حنيفة فى رواية الحسن عنه، والمالكية فى ظاهر المذهب والشافعية فى الوجه الأصح، والحنابلة [1] : أن التفريق بين الزوجين بسبب العيب يحتاج إلى قضاء القاضى، فلا يتم التفريق إلا عنده، ولو تراضى الزوجان على التفريق من غير حكم القاضى لا ينفذ هذا التفريق .

القول الثانى : لأبى يوسف، ومحمد فى ظاهر الرواية، و المالكية فى غير المذهب والشافعية فى الوجه الصحيح، و الزيدية، و الإمامية [2] : أن التفريق بين الزوجين بسبب العيب لا يتوقف ولا يحتاج إلى قضاء القاضى، بل يقع بالتراضى بين الزوجين، فإذا تراضى الزوجان على التفريق، فإنه يتم وينفذ دون حكم القاضى .

---

(١) ينظر : بدائع الصنائع ٣٢٥/٢، و البحر الرائق ١٣٦/٤، و حاشية ابن عابدين ٤٩٨/٣، والمنتقى للباجى ١١٩/٤، و مواهب الجليل ٤٤٧/٣، و الوسيط ١٨٠/٥، و السراج الوهاج للغمراوى /٣٧٣ طبعة : دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ لبنان (١٤٢١ ه ــ ٢٠٠١م)، ومغنى المحتاج ٢٠٤/٣، وما بعدها، و ٢٠٧، و شرح منتهى الإرادات ٦٧٩/٢، و كشاف القناع ١١٢/٥، و المغنى ١٥٣/٧ .

(٢) ينظر : بدائع الصنائع ٣٢٥/٢، و حاشية ابن عابدين ٤٩٨/٣، و المنتقى للباجى ١١٩/٤، و مواهب الجليل ٤٤٧/٣، و مغنى المحتاج ٢٠٥/٣، ٢٠٧، و الوسيط ١٨٠/٥، و روضة الطالبين ١٩٢/٧، ١٩٨، والبحر الزخار ٦٣/٤، و شرائع الإسلام ٢٦٤/٢ .

ـ الأدلة ـ

أولا أدلة أصحاب القول الأول : (الإمام أبى حنيفة ومن وافقه) : على توقف التفريق بين الزوجين بسبب العيب على قضاء القاضى، استدلوا على ذلك من المعقول كما يلى : إن التفريق بين الزوجين بسبب العيب لابد فيه من حكم الحاكم، لأن التفريق بينهما فى هذه الحالة مبنى على أمر خفى، وهو العيب، ولذلك اختلفت فيه وجهة النظر بين الفقهاء، فتوقف على قضاء القاضى ؛ لأنه يحتاج إلى نظر واجتهاد والقاضى أهل لذلك كما أن حكمه يرفع الخلاف بين الناس وخاصة فى مثل هذه الأمور الاجتهادية، فهو مختلف فيه [1] .

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى : أبى يوسف، ومحمد، والمالكية فى غير المذهب ومن وافقهم على أن التفريق بين الزوجين بسبب العيب لا يتوقف على قضاء القاضى، بل يتم بالتراضى بين الزوجين استدلوا على ذلك من القياس، و المعقول كما يلى :

أ) **دليلهم من القياس** : هو قياس التفريق بين الزوجين بسبب العيب فى عقد النكاح على فسخ البيع بين المتبايعين فى عقد البيع، حيث إن المتبايعين فى عقد البيع يستقلان بفسخ البيع عند وجود عيب فى المبيع دون توقف على غيرهما، فكذلك التفريق بين الزوجين بسبب العيب لا يتوقف على قضاء القاضى، بل يتم بالتراضى بين الزوجين[2].

نوقش هذا : بأن هذا القياس مع الفارق، فلا يصح، لأن حق الفسخ أو الرد فى البيع هو حق ثابت للمتعاقدين وحدهما فهما بالخيار بين الرد بالعيب أو إمضاء

---

(١) ينظر : حاشية ابن عابدين ٤٩٨/٣، و المنتقى للباجى ١١٩/٤، و المنهاج مع نهاية المحتاج ٣٥٢/٧، وروضة الطالبين ١٩٨/٧، و المغنى ١٥٣/٧، و شرح منتهى الإرادات ٦٧٩/٢ .

(٢) ينظر : المنتقى للباجى ١١٩/٤، و مغنى المحتاج ٢٠٥/٣، و روضة الطالبين ١٩٨/٧، و البحر الزخار ٦٣/٤

البيع، أما فى عقد النكاح فإنه يترتب على فسخه حق للزوجين، وحق الله -تعالى- وهذه الحقوق لا تسند إلى أحدهما وإنما الذى يتولى ذلك هو الحاكم ويحكم فى ذلك على حسب اجتهاده، لأنه أمر مختلف فيه فلابد فيه من حكم الحاكم [1] .

ب) **دليلهم من المعقول** : هو أن التفريق بين الزوجين لا يتوقف على حكم القاضى لأنه ليس كل أمر مختلف فيه يتوقف على حكم الحاكم، بل يتحقق بالرضا بين الأطراف والحاكم عندما أجل المفارقة بين الزوجين، فقد حكم بما يؤول إليه أمر الزوجة [2] .

يمكن مناقشة هذا الدليل : بأن هذا لا يصح ؛ لأن التفريق بين الزوجين بسبب العيب يتوقف على حكم القاضى ؛ لأن العيب أمر خفى فيحتاج إلى نظر واجتهاد ؛ لذلك اختلفت فيه وجهة النظر بين الفقهاء، وحكم الحاكم يرفع الخلاف بين الناس، لهذا احتاج التفريق بين الزوجين بسبب العيب إلى حكم القاضى وخصوصا أنه أمر اجتهادى مختلف فيه [3] .

الرأى الراجح فى المسألة :

بعد بيان أقوال الفقهاء وأدلتهم التى استدلوا بها ومناقشة ما أمكننى مناقشته من الأدلة فإن الراجح من وجهة نظرى هو ما ذهب إليه (الإمام أبو حنيفة ومن وافقه) أصحاب القول الأول القائل بأن التفريق بين الزوجين بسبب العيب يتوقف على قضاء القاضى، فلا يتم ولا ينفذ إلا بحكمه، و لا ينفذ برضا الزوجين دون حكم القاضى، وخصوصا إذا حدث خلاف ونزاع بين الزوجين وذلك لما يلى:

قوة أدلتهم التى استدلوا بها وسلامتها من المناقشة والمعارضة القوية فضلا عن ضعف أدلة أصحاب القول الثانى فهى لم تسلم من المناقشة . كما أن

---

(١) ينظر: المنتقى للباجى ١١٩/٤، وتبيين الحقائق، وحاشية الشلبى عليه ٢٣/٣، والمهذب ٦٨/٢.

(٢) ينظر: المنتقى للباجى١١٩/٤، وحاشية الدسوقى والشرح الكبير٢٨٣/٢، ومغنى المحتاج٢٠٧/٣.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين٤٩٨/٣، و المهذب ٦٨/٢، ومغنى المحتاج ٢٠٤/٣، والمغنى ١٥٣/٧ .

ترك مثل هذا الأمر لأفراد الناس يترتب عليه الخلاف، والنزاع بين الزوجين وخصوصا أنه أمر اجتهادى، والقول بعدم توقف التفريق بالعيب على القضاء يفتح الباب على مصراعيه أمام الكثير من الناس، فيلجأوا إلى التفريق بين الزوجين دون معيار لهذا العيب، أو ضوابطه التى تحكمه، فقد يفرقوا بينهما بعيوب لا يثبت بها الخيار فى طلب التفريق أصلا بين الزوجين، وذلك بسبب جهالتهم بشروط التفريق، وضوابطه، و لهذا كان قضاء القاضى فى مثل هذه الأمور أدعى لرفع النزاع والخلاف بين الأطراف المتخاصمة، كما أنه يغلق الباب أمام العامة من الناس، ويقضى على الفوضى والفساد . هذا والله أعلم بالصواب.

المطلب الثانى : نوع التفريق بين الزوجين بسبب العيب

اختلف الفقهاء حول نوع التفريق بين الزوجين، بسبب العيب هل هو طلاق أم فسخ ؟ وذلك على قولين كما يلى:

القول الأول : للحنفية، والمالكية، والإباضية فى قول [1] : أن التفريق بين الزوجين بسب العيب هو طلاق بائن [2] وليس فسخا [3] .

القول الثانى : للشافعية، والحنابلة، والإمامية، والإباضية فى قول [4] : أن التفريق بين الزوجين من أجل العيب يعتبر فسخا، وليس بطلاق .

---

(١) ينظر : المبسوط ١٠٢/٥، و بدائع الصنائع ٣٢٦/٢، و البحر الرائق ١٣٦/٤، و حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢٨٢/٢، و مواهب الجليل ٤٤٧/٣، و التفريع لابن الجلاب ٤٨/٢، ٥٨، وشرح كتاب النيل ٣٩٤/٦، وما بعدها .

(٢) وعند الإباضية : يعتبر التفريق بين الزوجين بسبب العيب طلاقا، لأن عندهم كل فرقة وقعت قبل المس، أو بعده فحكمها حكم الطلاق فى أنها تقع طلقة ولم يذكروا أنها طلاقا بائنا . ينظر : شرح النيل ٣٩٤/٦، وما بعدها .

(٣) وبه قال الثورى . ينظر : حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ٢٣/٣، و المغنى ١٥٣/٧ .

(٤) ينظر : المهذب ٦٩/٢، و حاشية الجمل ٢١٦/٤، و مغنى المحتاج ٢٠٢/٣، وما بعدها، والمغنى ١٥٢/٧، وكشاف القناع ١١٣/٥، و شرائع الإسلام ٢٦٤/٢، و المختصر النافع /٢١١، و شرح النيل ٣٩٤/٦ .

ـ الأدلة ـ

أولا أدلة أصحاب القول الأول : (الحنفية ومن وافقهم) على أن الوصف الشرعى للتفريق بين الزوجين هو طلاق بائن وليس بفسخ، استدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب والأثر، و المعقول كما يلى :

أ) **دليلهم من الكتاب** : استدلوا بقوله – تعالى– " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " (١) .

وجه الدلالة : دلت هذه الآية على أن الزوج يجب عليه أن يمسك زوجته بالمعروف، فإن وجد مانع يمنع من ذلك وفات إمساك الزوجة بالمعروف بسبب العيب وجب عليه تسريحها بإحسان وهو طلاقها، فإذا لم يفعل ذلك بنفسه طلق عليه الحاكم(٢).

ب) **دليلهم من الأثر** : استدلوا بما روى عن عمر بن الخطاب (ﷺ) : (أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لم يصل إليها فأجله حولا فلما انقضى الحول، ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما، وجعلها تطليقة بائنة) (٣) .

وجه الدلالة : دل هذا الأثر دلالة واضحة على أن التفريق بين الزوجين بسبب العيب هو طلاق بائن، فقد أمهل الزوج لمدة عام لاختباره وعلاجه وعند عجزه عن الوصول إلى زوجته بعد انقضاء هذه المدة المحددة له فإنه يفرق بينهما بطلقة بائنة، وهو صريح فى دلالته على المطلوب.(٤)

ج) **دليلهم من المعقول** : هو أن التفريق بين الزوجين بسبب العيب يعتبر طلاقا بائنا، لأن هذا التفريق نتج لعدم تحقق مقصود النكاح، وهو الوطء كما أن هذا التفريق

---

(١) من الآية رقم (٢٢٩) من سورة البقرة .

(٢) ينظر : المبسوط ١٠٢/٥، و بدائع الصنائع ٣٢٣/٢، و العناية ٣٠٠/٤ .

(٣) ذكره الزيلعى بلفظه فى نصب الراية ٢٥٤/٣، ولم يعزه لأحد، والأثر بنحوه فى الآثار لأبى يوسف /١٤١ ح:(٦٤٢)، ومصنف ابن أبى شيبة ٥٠٣/٣، وما بعدها ح(٧٨، ٨٠) .

(٤) ينظر : نصب الراية ٢٥٤/٣، و المبسوط ١٠٢/٥، و بدائع الصنائع ٣٢٢/٢ وما بعدها .

كان من جهة الزوج حيث وجب عليه أن يسرح زوجته بإحسان عندما عجز عن إمساكها بالمعروف، فإذا امتنع عن ذلك يكون ظالما لها، فناب القاضى عنه، والنكاح التام لا يقبل الفسخ، فكان التفريق بينهما طلاقا بائنا لدفع الظلم والضرر عن الزوجة، و لو لم يكن طلاقا بائنا لأمكن مراجعتها وبذلك لا ينتفى الضرر والظلم عنها، و لا يفيد التفريق الفائدة المرجوة منه[1].

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى : (الشافعية ومن وافقهم) على أن التفريق بين الزوجين بسبب العيب هو فسخ، وليس بطلاق، استدلوا على ذلك من القياس، والمعقول كما يلى :

أ- دليلهم من القياس :

١) الخيار بين الزوجين فى التفريق إنما ثبت بسبب وجود العيب فيكون فسخا قياسا على فسخ المشترى شراء المبيع بسبب وجود العيب فيه [٢] .

٢) التفريق بين الزوجين بسبب العيب هو فسخ وليس بطلاق قياسا على الفرقة بالرضاع لأنها فرقة لا تتوقف على إيقاع الزوج ولا من ينوب عنه فكانت فسخا كفرقة الرضاع [٣] .

نوقش هذا : بأن هذا القياس مع الفارق فلا يصح، لاختلاف المحل فى كل من العقدين، والنكاح الصحيح التام لا يحتمل الفسخ، و لهذا لا ينفسخ بالهلاك قبل التسليم، لأن الملك الثابت به ضرورى، فلا يظهر فى حق النقل إلى الغير ولا فى حق الانتقال إلى الورثة، والفسخ يغايره، فلا يظهر فى حقه [٤] .

---

(١) ينظر : بدائع الصنائع ٣/٣٢٦، ٣٢٣، و تبيين الحقائق ٣/٢٣، و العناية و فتح القدير ٤/٣٠٠، و حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢/٢٨٢ .

(٢) ينظر : مغنى المحتاج ٣/٢٠٤، و المغنى ٧/١٥٣، و شرائع الإسلام ٢/٢٦٤، و المختصر النافع /٢١١ .

(٣) ينظر : المهذب ٢/٦٩ .

(٤) ينظر : بدائع الصنائع ٣/٣٢٥، وما بعدها، وتبيين الحقائق، وحاشية الشلبى ٣/٢٣، والبحر الرائق ٤/١٣٥

ب- دليلهم من المعقول : هو أن التفريق بين الزوجين بسبب العيب يتم باختيار المرأة ولا يد للزوج فى ذلك ولا اختيار وبذلك لا يكون طلاقا؛ لأن التفريق من إرادة الزوجة وطلبها، وهى لا تملك الطلاق، وقد جاء التفريق من جهتها فيكون فسخا لا طلاقا [1] .

يمكن مناقشة هذا : بأن هذا غير مسلم به، لأن التفريق بسبب العيب لا يكون مطلقا من جهة الزوجة، واختيارها ؛ لأنه يمكن أن يكون ذلك من طلب الزوج واختياره، وذلك إذا كان العيب موجودا بزوجته، كما يمكن أن يكون العيب بالزوج، ويكون التفريق من جهة الزوجة[2].

الرأى الراجح فى المسألة :

بعد بيان أقوال الفقهاء فى المسألة وعرض أدلتهم التى استدلوا بها، ومناقشة ما أمكننى مناقشته منها فإنى أرى : من وجهة نظرى أن الجمع بين الأقوال المتعارضة والمختلفة أولى من الترجيح عند الإمكان، وجمعا بين هذه الأقوال أقول :

التفريق بين الزوجين بسبب العيب، قد يكون فسخا، وقد يكون طلاقا .

فإذا كان العيب موجودا بالزوجة : وتضرر الزوج لوجود هذا العيب بزوجته، وطلب التفريق فإنه يفرق بينهما، ويكون التفريق فسخا وليس بطلاق، وهذا يتفق مع ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى الشافعية ومن وافقهم، وذلك لدفع الضرر عن الزوج، وعدم تكليفه بتوابع الطلاق، والأعباء المادية مع أن الضرر لاحق به .

أما إذا كان العيب موجودا بالزوج : وتضررت الزوجة من ذلك وطلبت التفريق، يفرق بينهما، ويكون التفريق بينهما طلاقا بائنا حتى لا يقع الظلم، والضرر على الزوجة،

---

(١) ينظر : المهذب ٦٩/٢، و المغنى ١٥٣/٧، و شرح منتهى الإرادات ٦٧٦/٢، ٦٧٩ .

(٢) ينظر : المبسوط ٩٥/٥، وما بعدها، والعناية ٢٩٧/٤، وما بعدها، و حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢٧٨/٢، وما بعدها، وموسوعة الفقه المالكى ٣٠٤/٥، وما بعدها .

وهذا يتفق مع ما ذهب إليه (الحنفية ومن وافقهم) أصحاب القول الأول فى المسألة. ويكون طلاقا بائنا فى هذه الحالة، لأن المقصود من التفريق بين الزوجين هو تخليص الزوجة من زوجها الذى لا يتوقع منه أن يوفى حقها من الجماع وغيره، فكان التفريق طلاقا بائنا لدفع الظلم، والضرر عنها لأنه لو لم يكن بائنا، لأمكن للزوج أن يراجعها، وبذلك لا يحصل المعنى المقصود من التفريق بينهما بسبب العيب – هذا والله أعلم بالصواب .

الفصل الثانى

إنهاء العلاقة بين الزوجين بسبب الضرر المترتب على غيبة الزوج أو حبسه أو فقده أو عدم انفاقه

تمهيد :

الزواج مبنى على التعاون والمشاركة والاقتران بين الزوجين وذلك على أساس من السكن والمودة والألفة والمحبة بين الزوجين فإذا غاب الزوج عن زوجته لأى سبب من الأسباب كسفره خارج بلده سعيا وراء رزقه، أو طلبه للعلم، وغير ذلك، أو كان الزوج محبوسا أو خرج من بيته ولم يَعُد وأصبح مفقودا وقد غاب الزوج عن زوجته فترة طويلة تؤثر على مقصود النكاح وقد لحق الضرر بالزوجة من طول غيابه، وعدم إنفاقه عليها حيث تركها بمفردها تعانى من آلام الوحدة والبُعْد، وأصبحت الحياة مظلمة وموحشة عليها، فهى لم تجد بجوارها من يؤنس وحدتها، أو خافت على نفسها من الوقوع فى الفتنة والمحظور .

فهى لم تتحمل مرارة الصبر وقد طلبت زوجها ولم تعثر عليه، أو عثرت عليه ووجدته، ولكن أبى الرجوع والعودة إليها، أو كان محبوسا لمدة طويلة أو كان مفقودا وتضررت من ذلك فهل يحق لها أن تطلب التفريق بينهما لهذا الضرر الذى أصابها أم لا ؟ وما نوع هذا التفريق إن جاز لها ذلك ؟ هذا يتضح بيانه بمشيئة الله – تعالى – فى المباحث التالية:

المبحث الأول : إنهاء العلاقة بين الزوجين بسبب غياب الزوج عن زوجته

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة طويلة سواء أكانت غيبته عنها بعذر أم من غير عذر وتضررت الزوجة بذلك وخافت على نفسها بسبب وحدتها من الوقوع فى الفاحشة فهل يحق لها طلب التفريق ؟ و إذا جاز لها فما نوع هذه الفرقة ؟ وينتظم الكلام فى هذا المبحث فى مطلبين كما يلى :

المطلب الأول : التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج عن زوجته

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة طويلة سواء أكانت غيبته عنها بعذر أم من غير عذر وتضررت الزوجة بذلك وخافت على نفسها بسبب وحدتها من الوقوع فى الفاحشة فهل يحق لها طلب التفريق ؟ و إذا جاز لها فما نوع هذه الفرقة ؟ وينتظم الكلام فى هذا المطلب فى فرعين كما يلى :

المطلب الأول : مدى ثبوت حق الزوجة فى طلب التفريق بسبب غياب زوجها عنها:

اختلف الفقهاء فيما إذا غاب الزوج عن زوجته لفترة طويلة وكان غيابه عنها بإرادته دون أن يكون له عذر يمنعه من الرجوع إليها وقد تضررت الزوجة بغيابه فهل يحق لها طلب التفريق أم لا ؟ اختلفوا فى ذلك نظرا لاختلافهم فى حكم استدامة الوطء والجماع هل هو حق للزوجة مثل ما هو حق للزوج أم لا ؟ وعلى اختلافهم فى عدم الإنفاق عليها وكان خلافهم فى ذلك على قولين كما يلى :

القول الأول : لجمهور الفقهاء وهم :" الحنفية، والشافعية فى أصح الوجهين [1] والقاضى من الحنابلة فى القول الظاهر[2]، والظاهرية، والزيدية، والإمامية" [3] : أنه إذا غاب الزوج عن زوجته لا يحق لها طلب التفريق بينها وبين زوجها إذا كانت نفقتها حاضرة وذلك ؛ لأن دوام الوطء قضاء هو حق للزوج فقط دون الزوجة فإذا ترك لها النفقة وترك وطئها مدة لم يكن ظالما لها أمام القاضى طالت غيبته أم لا مادامت عندها النفقة، أو وجدت من ينفق عليها فلا يصح لها طلب التفريق لعدم وجود ما ينبنى عليه التفريق شرعا .

---

(١) وهذا عند الشافعية : إذا غاب عنها وتركها دون نفقة . ينظر : روضة الطالبين ٧٢/٩ .

(٢) وهذا عند الحنابلة : إذا لم يقصد الزوج إلحاق الضرر بها . ينظر : الإنصاف للمرداوى ٣٥٤/٨ .

(٣) ينظر : المبسوط ٣٤/١١ وما بعدها، وحاشية ابن عابدين ٥٩٠/٣، والأم للإمام الشافعى٥/٢٣٩، والمهذب ٢٣٠/٢ ومغنى المحتاج ٤٤٢/٣، والإنصاف ٣٥٤/٨، والمحلى ١٣٤/١٠، والبحر الزخار ٣٥/٤، والتاج المذهب ٢٨٦/٢، و شرائع الإسلام ٢٨/٣ .

القول الثانى : للمالكية والشافعية فى الوجه الصحيح [1]، و الحنابلة ما عدا القاضى وهو القول الأظهر، والإباضية [2] : أنه إذا غاب الزوج عن زوجته بإرادته ولم يكن لديه عذر، أو كان غيابه بعذر كسفره سعيا على رزقه أو طلبه للعلم أو غير ذلك من الأعذار[3] فإنه يحق للزوجة طلب التفريق بينهما، لأن استدامة الوطء واجب على الزوج لزوجته قضاء ما لم يكن لديه عذر يمنعه كمرض أو غيره فإذا غاب عنها وتضررت بغيبته وطالت مدته فإنه يفرق بينهما لطول غيابه على خلاف بينهم فى هذه المدة [4] وذلك إذا أعذره القاضى وأنذره وطلب منه الرجوع إلى زوجته فأبى

---

(١) وهذا عند الشافعية : إذا تضررت لعدم الإنفاق عليها . ينظر : مغنى المحتاج ٤٤٢/٣ .

(٢) ينظر : التفريع لابن الجلاب ٩٣/٢، و المنتقى للباجى ٤/ ٣٦، ٣٠، ٥/ ٤١٦، و حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٤٣١/٢، والمهذب ٢٣١/٢، و مغنى المحتاج ٤٤٢/٣، و روضة الطالبين ٧٢/٩ والمغنى١٠٥/٨، و الإنصاف ٣٥٤/٨، وما بعدها، ومطالب أولى النهى ٢٦٦/٥ ، و شرح كتاب النيل ١٤/ ٢٤٧ .

(٣) ولكن ذهب الحنابلة : إلى أن غياب الزوج الذى يجيز للزوجة الحق فى طلب التفريق هو الغياب دون عذر إذا كان بإرادته دون عذر مقبول سواء قصد بذلك إضرار زوجته أم لا، أما إذا كان غيابه بعذر مقبول كسفره سعيا على رزقه أو طلبه العلم أو حجه أو جهاده ونحو ذلك فلا يجوز لها طلب التفريق .

ينظر : الإنصاف ٣٥٤/٨ وما بعدها، و كشاف القناع ٤٢٣/٥، و الكافى ٣١٣/٣، والمبدع ١٣١/٨ وما بعدها .

(٤) فقد اختلفوا فى المدة التى إذا غابها الزوج جاز التفريق بينهما كما يلى :

عند المالكية : اختلفوا فيما بينهم على قولين : الأول : وهو الراجح والمعتمد فى المذهب : أن هذه المدة تقدر بسنة قياسا على العنين فإنها تنتظر سنة وبعدها يجوز لها التفريق، وهذا ما ذهب إليه أبو الحسن . القول الثانى : أن هذه المدة تقدر بسنتين أو ثلاثة، ولا تقل عن ذلك حتى يجوز التفريق بينهما . ينظر : المنتقى للباجى ٤١٧/٥، ٤١٦، و حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢/ ٤٣١ .

وذهب الشافعية، والإباضية : إلى أن هذه المدة تقدر بأربعة أشهر ولا يزيد الزوج عليها حتى يحق لها طلب التفريق. ينظر : المهذب ١٤٩/٢، و شرح كتاب النيل ٢٤٧/١٤ .

وذهب الحنابلة : إلى أن هذه المدة تختلف باختلاف نية الزوج وقصده من غيبته، لأنه قد يقصد من غيابه عن زوجته إلحاق الضرر بها أو لا يقصد ذلك، فإن لم يقصد الإضرار بها

وامتنع، أو لم ينقلها إليه حيث يقيم، أو لم يطلقها فرق القاضى بينهما [1] .

ـ الأدلة ـ

أولا : أدلة أصحاب القول الأول : " جمهور الفقهاء " على عدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج عن زوجته، استدلوا على ذلك من القياس، والمعقول كما يلى :

أ) دليلهم من القياس : وهو عدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج عن زوجته قياسا على عدم التفريق بينهما بسبب عنة الزوج، فإن الزوج إذا دخل بزوجته

=

ولكنه غاب عنها لعذر مقبول فإن هذه الغيبة تقدر " بسبتة أشهر" لا يزيد عنها فإن كانت مدة غيابه كذلك جاز لها طلب التفريق، أما إن كان مقصده من غيابه هو إلحاق الضرر بزوجته فإن مقدار المدة التى تجيز لزوجته طلب التفريق تقدر " بأربعة أشهر " كمدة الإيلاء فإن مضت هذه المدة وقد أعذره القاضى ولم يرجع أو يطلقها فرق القاضى بينهما . ينظر: الإنصاف ٣٥٦/٨، ٣٥٥، و كشاف القناع ٥/ ٤٢٣، ١٩٣ .

وأرى أن الرأى الراجح من هذه الأقوال من وجهة نظرى : هو ما ذهب إليه المالكية فى المعتمد من المذهب، وهو أن المدة المعتبرة لجواز التفريق بين الزوجين عند غياب الزوج عن زوجته تقدر (بمدة سنة) وسبب رجحانه هو : أن هذا القول وسط بين هذه الأقوال فلا يترتب على العمل به ظلم يلحق بأحد الزوجين، فبالنسبة للزوج : لم يلحق به الضرر بالتفريق بينه وبين زوجته إن غاب عنها لمدة تقل عن سنة بل أعطاه الفرصة الكاملة والمهلة الكافية ليراجع نفسه ويرجع إلى زوجته ولم يفرق بينهما بمجرد غيابه عنها فربما يرجع إليها بعد شهر أو أكثر فإذا مضت سنة من غيابه دون أن يرجع جاز للمرأة أن تطالب بالتفريق ويفرق بينهما، وبالنسبة للزوجة : لم يترتب عليه أيضا ظلم لها، لأن هذه المدة المقدرة لغيابه ليست بالمدة الطويلة التى تتضرر منها الزوجة فهى تتحمل هذه المدة وتصبر على غياب زوجها فيها، وذلك قياسا على زوجة العنين التى تصبر على زوجها لمدة سنة حتى يعالج من مرضه، فإن شفى من مرضه لا يفرق بينهما وهنا إن لم يرجع إليها لمدة سنة يفرق بينهما لرفع الظلم والضرر عنها – هذا والله أعلم بالصواب .

(١) ينظر : المنتقى للباجى ٤١٦/٥، والتفريع لابن الجلاب ٩٣/٢ ط: دار الغرب الإسلامى – بيروت، و الإنصاف ٣٥٤/٨ وما بعدها، والمبدع ١٣١/٨ وما بعدها .

وجامعها ولو مرة واحدة فقد استحقت حقها فى المباشرة والوطء فلا يجوز لها الخيار فى الفسخ، لعدم فوات ما تستحقه من الوطء، ولا يفرق بينهما عند غياب زوجها عنها إن كان ينفق عليها، لأن الذى فات من حقها هو الوطء والمباشرة وهذا ليس حقا لها قضاء وإن كان الوطء واجبا على الزوج ديانة، لأنه مأمور بحسن معاشرته لزوجته وجماعه لها من حسن المعاشرة إن قدر على ذلك .(١)

يمكن أن يناقش هذا : بأن هذا قياس مع الفارق فلا يصح لأن الزوج العنين سقط عنه حق المباشرة لزوجته، لأن هذه العنة التى أصابته لا دخل له فيها فهى مصيبة نزلت به، وابتليت به الزوجة فمن واجبها الصبر على ذلك حتى يتم علاجه وشفاؤه، فلا يجوز التفريق بينهما وهذا بخلاف الزوج الغائب عن زوجته وهو يقدر على جماعها فلم يسقط عنه حق الجماع والمباشرة لزوجته وهو أمر واجب عليه لإعفاف زوجته كوجوب النفقة عليها (٢) .

ب) دليلهم من المعقول : هو أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج عن زوجته وذلك لعدم وجود ما ينبنى عليه التفريق شرعا وهو قيام الدليل الشرعى من الكتاب أو السنة على جواز التفريق لغيبة الزوج فلا يجوز هذا التفريق بينهما مطلقا سواء طالت مدة غيابه أم قصرت كان غيابه لعذر، أم لغير عذر فلا حجة فى كلام أحد أو فعله دون رسول الله (ﷺ) فلا يفسخ أحد نكاح أحد بغيبته ولا يطلق أحد عن غيره (٣) .

يمكن أن يناقش هذا : بأن هذا الاستدلال لا يصح، لأنه يتعارض مع مقصود النكاح وهو حق الاستمتاع بالمباشرة، والجماع، وطلب النسل والذرية فضلا عن جانب

---

(١) ينظر : بدائع الصنائع ٣٢٥/٢، وحاشية ابن عابدين ٤٩٥/٣، وشرائع الإسلام ٢٦٣/٢ .

(٢) ينظر : المنتقى شرح الموطأ ٤/ ٣٦، ٣٠، و سبل السلام ٢٠٨/٣، والإنصاف ٨/ ٣٥٤ وما بعدها، والفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤٨١/٥ وما بعدها، وسلطة القاضى فى التفريق بين الزوجين /١٣٨ .

(٣) ينظر : المحلى ١٠/ ١٤٢، ١٣٤، والفقة الإسلامى وأدلته ٧٠٦٦/٩ .

السكن والرحمة والمودة بين الزوجين، فهذا لا يتحقق بينهما عند غيبته عنها لمدة طويلة فيجوز التفريق بينهما إن تضررت الزوجة من غيابه عنها لرفع الظلم أو الضرر عنها وقد قام الدليل الشرعى على ذلك وهو قوله – تعالى: " فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " [1] وقوله (ﷺ) (لا ضرر ولا ضرار) [2] فإمساك الزوج لزوجته مع هذه المدة الطويلة مع تضرر المرأة بذلك ليس هو من الإمساك بالمعروف، فوجب دفع الضرر عنها برجوعه إليها أو بالتفريق بينهما. [3]

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى : (المالكية ومن وافقهم) على جواز التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج عنها إن تضررت من ذلك، استدلوا من الأثر والمعقول كما يلى :

أ) **دليلهم من الأثر :** ١- بما روى عن زيد بن أسلم[4] (ﷺ) : (أن عمر بن الخطاب (ﷺ) كان يطوف حول المدينة لحراستها فسمع امرأة تقول أبياتا من الشعر [5] فلما

---

(١) من الآية رقم (٢٢٩) من سورة البقرة .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) ينظر : المنتقى للباجى ٣٦/٤، و سبل السلام ٢٠٨/٣، و المغنى ١٠٦/٨ .

(٤) زيد بن أسلم : هو الإمام الفقيه زيد بن أسلم، أبو عبد الله، العمرى، المدنى – مولى عمر بن الخطاب– (ﷺ)، وقيل : أبو أسامة، كان له حلقة علم بمسجد النبى (ﷺ) بالمدينة روى عن ابن عمر وسلمة بن الأكوع وغيرهما وروى عنه مالك بن أنس وغيره كثير، توفى – رحمه الله– سنة ١٣٦هـ . ينظر : تذكرة الحفاظ لابن القيسرانى ١٣٢/١ وما بعدها، وحلية الأولياء لأبى نعيم الأصبهانى ٢٢١/٣ وما بعدها طبعة : دار الكتاب العربى – بيروت – الطبعة الرابعة (١٤٠٥هـ)، ومشاهير علماء الأمصار /٨٠ .

(٥) كانت تقول : ألا طال هذا الليل واسود جانبه * وأرقنى إذ لا خليل ألاعبه
فوالله لولا الله تخشى عواقبه * لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربى والحياء يكفنى * وأكرم زوجى أن تنال مراكبه .
ينظر : المنتقى للباجى ٣٦/٤، ٣٠، و مطالب أولى النهى ٢٦٧/٥، والمهذب ١٤٩/٢، و شرح النيل ٢٤٧/١٤ .

كان من الغد سأل عنها فقيل له : إنها فلانة زوجها غائب فى سبيل الله فأرسل إليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها فأرجعه، ثم دخل على حفصة فقال : يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت : سبحان الله !! مثلك يسأل عن هذا ؟ فقال : لولا أنى أريد النظر للمسلمين ما سألتك، فقالت : خمسة أشهر، ستة أشهر، فَوَقَّت للناس فى مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرا ويقيمون أربعة أشهر ويرجعون فى شهر) [1] .

٢- ما روى عن عبد الله بن عمر (رضى الله عنهما) أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا) [2] .

وجه الدلالة : يستفاد من هذين الأثرين أن الزوجة إذا تضررت من غياب زوجها عنها يجوز لها طلب التفريق إن امتنع زوجها عن الرجوع إليها أو الإنفاق عليها فإن سيدنا عمر (ﷺ) قد وقَّتَ للزوج الغائب عن زوجته مدة لا تزيد عن ستة أشهر لأن هذه المدة هى التى تتحملها الزوجة وتصبر عليها وهذا الأمر يختلف من زوجة لأخرى فإن لم تتحمل أكثر من هذه المدة جاز لها طلب التفريق لرفع الضرر عنها[3] .

ب) دليلهم من المعقول : هو أنه يجوز للزوجة طلب التفريق إن غاب زوجها عنها وتضررت بغيبته إن تركها دون نفقة، أو وطء ؛ لأن الله – تعالى– قد جعل لها الحق فى طلب التفريق إذا مضت مدة الإيلاء دون أن يرجع إليها الزوج ويفيئ لرفع الضرر

---

(١) ذكره بلفظه الباجى فى المنتقى شرح الموطأ ٣٦/٤، ٣٠، وابن حجر فى التلخيص الحبير ٤٤١/٣ وما بعدها) وقال : لم أقف عليه مفصلا .

(٢) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى باللفظ السابق فى كتاب النفقات، باب : الرجل لا يجد النفقة ٤٦٩/٧ (دون رقم للحديث)، و نيل الأوطار ١٣٢/٧، وما بعدها .

(٣) ينظر : المنتقى للباجى شرح الموطأ ٣٦/٤، ٣٠، و سبل السلام ٢٠٨/٣، وما بعدها و ٢٢٦، ٢٢٤، والمهذب ١٤٩/٢، و كشاف القناع ١٩٣/٥، و شرح النيل ٢٤٧/١٤، وما بعدها، والفقه الإسلامى وأدلته ٧٠٦٦/٩ .

عنها بسبب عدم الوطء : وهذا المعنى متحقق هنا وموجود فالزوجة تتضرر بغياب زوجها ولا تصبر مع هذه المدة على عدم الوطء فربما تخشى على نفسها من الوقوع فى الفاحشة فيحق لها طلب التفريق إن تضررت بعدم رجوعه إليها [1] .

الرأى الراجح فى المسألة :

بعد بيان أقوال الفقهاء فى هذه المسألة وعرض أدلتهم التى استدلوا بها، ومناقشة ما أمكننى مناقشته منها فإن الراجح من وجهة نظرى هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى (المالكية ومن وافقهم) وهو القول بجواز التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج عن زوجته إن تضررت بذلك فإذا طلبت التفريق جاز لها ذلك وكان هذا القول هو الراجح لما يلى :

أولا : قوة دليلهم الذى استدلوا وسلامته من المناقشة والمعارضة القوية فضلا عن ضعف دليل القول الآخر .

ثانيا : أن عدم التفريق بين الزوجين إن طلبت الزوجة ذلك لغياب زوجها عنها يترتب عليه أضرار نفسية ومادية تلحق بالزوجة لأن بقاءها معه تحت عصمته دون رجوعه إليها ليس هو من الإمساك بالمعروف والله تعالى أمر الزوج بحسن المعاشرة لزوجته كما أن بقاءها معه على هذه الحالة يتنافى مع مقصود النكاح فالمرأة لا تشعر بالسكن والرحمة والمودة عند غياب زوجها عنها .

ثالثا : إن الزوج إذا لم يرجع إلى زوجته أو أبى أن تسافر هى إليه حيث يقيم فى غربته لتعيش معه، وتشاركه الحياة والعيش فإنه يترتب على ذلك آلام نفسية وبدنية ربما أضرت بالزوجة وهذا الضرر لا خلاص لها منه إلا بالتفريق بينهما إن كان هذا هو حاله .

---

(١) ينظر : المنتقى للباجى ٣٦/٤، و سبل السلام ٢٠٨/٣، وما بعدها، و الإنصاف ٣٥٥/٨، ومطالب أولى النهى ٢٦٧/٥، و المبدع ١٣٢/٨ وما بعدها، والفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤٨١/٥، وما بعدها، وكشاف القناع ٤٢٣/٥ .

رابعا : كما أن غياب الزوج عن زوجته مدة طويلة هذا يتعارض مع الفطرة الجنسية التى فطر الله تعالى الزوجين عليها وهذه الغريزة تختلف من شخص لآخر ومن زوجة لأخرى فقد تتحمل امرأة ما لا تتحمله الأخرى من الفراق والصبر على عدم الوطء ؛ لذلك أمر سيدنا عمر بن الخطاب (ﷺ) المجاهدين بقطع سفرهم عندما سمع شكوى إحدى الزوجات وقد تضررت لطول غياب زوجها عنها لذلك جاز للزوجة طلب التفريق إن غاب عنها زوجها مدة طويلة وأبى الرجوع إليها وذلك لرفع الظلم والضرر عنها، لهذه الأسباب كان هذا القول هو الراجح والأولى بالقبول والعمل به – هذا والله أعلم بالصواب .

المطلب الثانى : نوع التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج

اتفق الفقهاء الذين قالوا بجواز التفريق بين الزوجين إذا غاب الزوج عن زوجته وتضررت وطلبت التفريق فإنه يجوز لها ذلك ولكن هذا التفريق لا يَتِمُّ إلا بحكم القاضى، لأن هذا الأمر من الأمور المختلف فيها، وهو فعل اجتهادى يحتاج إلى نظر وفكر، فلا ينفذ إلا عن طريق القضاء وليس للقاضى أن يوقع التفريق بينهما إلا بناء على طلب الزوجة، ولا يستقل هو بالتفريق إلا بطلبها [1].

ولكن اختلفوا فى طبيعة هذه الفرقة بين الزوجين عند غياب الزوج، هل هى طلاق أم فسخ ؟ اختلفوا فى ذلك على قولين كما يلى :

القول الأول : للمالكية، والإباضية [2] : أن التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج عن زوجته هو طلاق بائن .

وحجتهم فى هذا : هى أن هذا التفريق بين الزوجين يحكم به القاضى لرفع الضرر عن الزوجة، ولا يتحقق رفع الظلم أو الضرر عنها إلا إذا كان التفريق طلاقا بائنا ؛

---

(١) ينظر : حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢/٣٥٢، ٣٥١، والمهذب ٢/٢٣١، و روضة الطالبين ٩/٧٢، ٧٦، و كشاف القناع ٥/٤٢٣، ١٩٣، ١٩٢ .

(٢) ينظر : المنتقى للباجى ٤/٣٦، وحاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢/٣٥٢، ٣٥١، و شرح كتاب النيل ١٤/٢١٨، ٢٠٤ .

لأنه لو كان رجعيا لأمكن للزوج مراجعتها مرة أخرى وتعود الزوجة تحت طائلة الظلم، والضرر وهذا لا يجوز[1].

القول الثانى : للشافعية، والحنابلة [2] : أن التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج عن زوجته هو فسخ للنكاح وليس طلاقا وبذلك لا ينقص به عدد الطلاق الذى يملكه الزوج .

وحجتهم فى هذا : هى : أن هذا التفريق بين الزوجين عبارة عن فرقة لم تكن بلفظ الطلاق والزوج لم تصدر منه النية بذلك، ولم يصرح بنيته لأحد فكانت هذه الفرقة فسخا لعقد النكاح تمت بحكم القاضى، لأنه أمر مجتهد فيه، كما أن هذه الفرقة كانت من جهة الزوجة ولم تكن من جهة الزوج وإذا كانت من جهة الزوجة فهى فسخ للعقد وليست طلاقا [3] .

الرأى الراجح فى المسألة :

بعد بيان أقوال الفقهاء فى هذه المسألة وبيان دليلهم الذى استدلوا به فإنى أرى الراجح من القولين من وجهة نظرى هو القول الأول (للمالكية، والإباضية) وهو القول بأن هذه الفرقة بين الزوجين هى عبارة عن طلاق بائن وليست فسخا لعقد النكاح، وذلك لما يلى :

أولا : قوة دليلهم من حيث العقل، فإنه يتفق مع روح الشريعة الإسلامية فى رفع الظلم والضرر عن العباد، والزوجة متضررة بغياب زوجها عنها فإن أبى الرجوع والعودة طلقت عليه زوجته لرفع الظلم والضرر عنها.

---

(١) ينظر : المنتقى للباجى ٣٦/٤، وحاشية الدسوقى والشرح الكبير ٣٥١/٢ وما بعدها .

(٢) ينظر : المهذب ٢٣١/٢، و الإنصاف ٣٥٤/٨ وما بعدها، و مطالب أولى النهى ٢٦٧/٥، ٦٤٠ وما بعدها .

(٣) ينظر : المهذب ٢٣١/٢، و مغنى المحتاج ٤٤٤/٢، ٤٤٢، و الإنصاف ٣٥٤/٨، وما بعدها، و مطالب أولى النهى ٢٦٧/٥، ٦٤٠، وما بعدها، وكشاف القناع ٤٢٣/٥ .

ثانيا : كما أن القاضى يعتبر نائبا عن الزوج، لأن حكمه يرفع الخلاف، وهو يرعى مصالح الناس، ويدفع الضرر عنهم، لذلك لا سبيل لرفع الضرر عن الزوجة فى هذه الحالة إلا إذا كان التفريق بينهما طلاقا بائنا وإلا تضررت الزوجة والقول بأنه فسخ للعقد لا يتحقق معه رفع الضرر عنها، هذا والله أعلم بالصواب .

المبحث الثانى : إنهاء العلاقة بين الزوجين بسبب حبس الزوج

الزوجة إذا كان زوجها محبوسا فهى إما تطلب التفريق بينها وبينه من أجل إلحاق الضرر بها بسبب عدم إنفاق زوجها عليها لتعسر ذلك الأمر عليه، وإما أن يكون طلبها للتفريق لضرر الحبس نفسه لما يترتب عليه من غيابه عنها وعدم الوطء وغير ذلك ومن هنا: فإن الكلام فى هذا المبحث ينتظم فى مطلبين كما يلى :

المطلب الأول : التفريق بين الزوج المحبوس وزوجته لعدم إنفاقه عليها

اختلف الفقهاء فى ذلك [1] على قولين كما يلى :

---

(١) لم يصرح أكثر الفقهاء بالكلام فى هذه المسألة ولكن يمكن بيان خلافهم فيها عن طريق القياس، أى قياس الزوج المحبوس على الزوج الذى لم ينفق على زوجته وذلك لعسره بالنفقة، أو لغيابه عن زوجته، وبذلك يمكن تقدير مدة الحبس المعتبرة للتفريق بين الزوجين بالقياس على مدة الغائب أو العنين أو المفقود، فتقدر مدة حبسه للتفريق بينه وبين زوجته بمدة (سنة) قياسا على مدة الزوج الغائب عن زوجته بناء على الرأى الراجح وهو المعتمد من المذهب عند المالكية وهى مدة العنين أيضا الذى يؤجل سنة للعلاج أو تقدر بمدة (أربع سنين) وهى مدة المفقود الذى لم يعلم حاله ولا خبره ولا حياته من موته، وعليه : إن كان الزوج المحبوس مدته أقل من سنة كشهرين أو أربعة أو أكثر لا يفرق بينه وبين زوجته، أما إن كانت مدة حبسه ما بين سنة إلى أربع سنوات كذلك : لا يفرق بينهما، بل تنتظره الزوجة حتى يخرج، فإن زادت مدته فى الحبس عن ذلك جاز لها أن تطالب بالتفريق بينها وبين زوجها المحبوس لرفع الظلم والضرر عنها. ينظر : المنتقى للباجى ٤/٩١، ٥/٤١٦، وحاشية الدسوقى والشرح الكبير ٢/٤٣١، ٤٧٩، و مغنى المحتاج ٣/٣٩٧، والمغنى ٨/١٠٦، و شرائع الإسلام ٣/٢٨ .

القـول الأول: للحنفية والظاهرية، والزيدية، والإمامية[1]: أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين من أجل حبس الزوج وعدم إنفاقه عليها، فلا يجوز ذلك بأى حـال من الأحوال.

القول الثانى : للمالكية، والشافعية، والحنابلة، والإباضية [2] : أنه يجوز التفريق بينهما فإذا كان الزوج محبوسا وطلبت الزوجة التفريق لعدم إنفاقه عليها جاز لها ذلك إن لم يكن لزوجها مال ظاهر تنفق منه، ولكن يمهل القاضى زوجها المحبوس مدة معينة تقدر بشهر إلى ثلاثة أشهر وذلك للنظر فى حاله قبل التفريق [3]، أما إذا كان لزوجها المحبوس مال ظاهر بأن كان موسرا وتمكنت من الإنفاق منه فلا يجوز لها طلب التفريق ؛ لعدم تحقق السبب وهو تضررها لعدم النفقة[4] .

ـ الأدلة ـ

أولا : أدلة أصحاب القول الأول : (الحنفية، ومن وافقهم) على عدم التفريق بين الزوج المحبوس وزوجته : استدلوا على ذلك من الكتاب الكريم كما يلى : استدلوا بقوله -تعالى : " لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللهُ لَا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا " [5] .

---

(١) ينظر : المبسوط ٣٤/١١، وما بعدها، و فتح القـدير ٣٩١/٤، والمحلـى ١٣٤/١٠، ٩٧، ٩٢، و البحر الزخار ٢٧٦/٤، ٣٥، و شرائع الإسلام ٢٤٤/٢، ٢٨/٣ .

(٢) ينظر : مواهب الجليل ١٥٦/٤، ١٥٥، وحاشية الدسوقى والشرح الكبير ٥١٩/٢، ٥١٨، و روضة الطالبين ٧٢/٩، و مغنى المحتاج ٤٤٢/٣، و المغنى ١٦٤/٨، و كشـاف القنـاع ٤٢٣/٥، وما بعدها، والإنصاف ٣٩٠/٩، و شرح النيل ٢٤٧/١٤ .

(٣) ينظر : المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة .

(٤) ينظر : حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٥١٩/٢، و مغنـى المحتـاج ٤٤٢/٣، و المغنـى ١٦٣/٨ وما بعدها .

(٥) الآية رقم (٧) من سورة الطلاق .

وجه الدلالة :

إنه لا يجوز التفريق بين الزوج المحبوس وزوجته لعدم إنفاقه عليها لأن الزوج إما معسر وإما غير ذلك، فإن كان معسرا فلا ظلم من جهته لزوجته بسبب عدم إنفاقه عليها، وإذا لم يكن بذلك ظالما فلا نظلمه بالتفريق بينه وبين زوجته بسبب إعساره، أما إذا كان موسرا ولم ينفق على زوجته فهو بذلك ظالم لها، ولكن دَفْعُ هذا الظلم عنها لا يتعين بالتفريق بينهما، بل يكون بوسائل أخرى وذلك كبيع ماله جبرا عنه، لتنفق منه أو بتشديد الحبس عليه حتى ينفق، أو عن طريق استدانة الزوجة من الغير على أن يكون ذلك دَيْنًا فى ذمة زوجها يقضيه بعد خروجه من السجن، لأن حق الزوجة فى النفقة أضعف من حق زوجها فى إمساكها فلا يبطل حقه الأقوى بحقها الضعيف وهو النفقة [1] .

يمكن أن يناقش هذا :

بأن عدم التفريق فيه ضرر للزوجة، فلا يصح ذلك لأن بقاء الزوجة فى الحالتين، حالة يسر، أو إعسار زوجها المحبوس فيه ظلم لها، فتعين دفع هذا الظلم عن طريق التفريق بينهما لعدم إنفاقه عليها وهذا ليس فيه ظلم لزوجها، لأنها ربما لا تجد من يقرضها، ويَضِيْقُ بها الحال فتهلك، فيجب خلاصها من تحت يده إن تضررت حتى تتمكن من الكسب الذى به قوام البدن والحياة [2] .

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى :(المالكية ومن وافقهم) على جواز التفريق بين الزوجة وزوجها المحبوس، استدلوا على ذلك من الكتاب وذلك كما يلى : استدلوا

---

(١) ينظر : المبسوط ٣٤/١١، وما بعدها، و حاشية ابن عابدين ٥٩٠/٣، وما بعدها، و فتح القدير ٣٩١/٤ والفقه الإسلامى وأدلته ٧٠٤٣/٩، وما بعدها .

(٢) ينظر : سبل السلام ٢٢٤/٣، وما بعدها، و نيل الأوطار ١٣٤/٧، ومواهب الجليل ١٥٦/٤، والفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤٨١/٥، وما بعدها، والفقه الإسلامى وأدلته ٧٠٤٤/٩ .

بقوله تعالى : "فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " [1]وقوله – تعالى: " وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا " .[2]

وجه الدلالة :

هو أن إمساك الزوجة دون الإنفاق عليها هذا إضرار بها فليس ذلك من الإمساك بالمعروف المأمور به الزوج، وبقاء الزوجة عند الزوج دون نفقته عليها مع حبسه فيه ظلم لها وضررها فى ذلك أشد من الضرر المترتب على العجز الجنسى وعدم قدرة زوجها على الوطء ومع ذلك جاز لها طلب التفريق بسبب عجزه عن الجماع، فلأن يجوز لها طلب التفريق لحبسه عنها وعدم الإنفاق من باب أولى [3] .

الرأى الراجح فى المسألة :

بعد بيان أقوال الفقهاء فى هذه المسألة وبيان دليلهم الذى استدلوا به فإن الراجح من وجهة نظرى هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى (المالكية ومن وافقهم) وهو القول بجواز التفريق بين الزوجة وزوجها المحبوس إن طلبت ذلك، لعدم الإنفاق عليها وذلك لما يلى : إن هذا القول يحقق المصلحة للزوجة ومصلحتها فى التفريق بينها وبين زوجها المحبوس، وخاصة إذا لم يكن لديه مال ظاهر تستطيع أن تنفق منه على نفسها وأولادها وذلك لدفع الظلم والضرر عن الزوجة .

بخلاف القول الآخر ففيه تضييق على الزوجة وتشديد عليها إذا قلنا بعدم جواز التفريق إذ يلحقها الضرر وقد تهلك وتضيع من عدم النفقة التى بها قوام البدن والحياة، والضرر مرفوع شرعا، هذا والله أعلم بالصواب .

---

(١) من الآية رقم (٢٢٩) من سورة البقرة .

(٢) من الآية رقم (٢٣١) من سورة البقرة .

(٣) ينظر : الوسيط ٢٢٢/٦، و مغنى المحتاج ٤٤٢/٣، و المغنى ١٦٤/٨، ١٦٣، و سبل السلام ٢٤٤/٣، والفقه الإسلامى وأدلته ٧٠٤٤/٩ .

المطلب الثانى : حكم التفريق بين الزوجين لضرر الحبس نفسه [١]

إذا كان الزوج محبوسا وقد تضررت الزوجة بسبب حبسه فقد صرح كل من: المالكية والحنابلة بجواز التفريق بينهما إذا تضررت الزوجة بذلك، فيفرق القاضى بينهما [٢]. وذلك لفوات حق الزوجة بسبب الحبس وذلك كحق الوطء، والمباشرة الجنسية، والسكن والراحة النفسية، والاطمئنان، والاستئناس بالزوج، وغير ذلك من مقاصد النكاح . لأن الزواج شرع لمصلحة الزوجين معا، والزوجة قد تضررت من عدم استيفاء حقها فى الجماع، لأن هذا يعفها، ويبعدها عن الوقوع فى الفاحشة والمحظور [٣] . فإذا صدر الحكم من القاضى بحبس الزوج لمدة تزيد عن ثلاث سنوات وكان الحكم فى ذلك نهائيا ومضت سنة فأكثر من تاريخ تنفيذه على الزوج، وتضررت الزوجة بسبب حبسه فإنه يجوز التفريق بينهما إن طلبت ذلك . ولأنه إذا جاز التفريق فى حق الزوج مع حضوره لعدم الوطء ففى جوازه لحق الزوج الغائب عن زوجته كالمحبوس، ومن فى حكمه من باب أولى، لدفع الضرر والظلم عن الزوجة. [٤] ويكون التفريق بينهما بسبب الحبس (طلاقا بائنا) عند المالكية (وفسخا للعقد) عند الحنابلة[٥].

---

(١) لم أجد للفقهاء نصا أو كلاما لهم فى هذه المسألة، إلا ما صرح به المالكية، والحنابلة ضمنا فى مسألة غياب الزوج وعدم إنفاقه على زوجته فيقاس ذلك على ضرر غيبة الزوج وعدم إنفاقه على زوجته، ولم يصرح بذلك إلا ابن تيمية فى الفتاوى الكبرى ٤٨١/٥، وما بعدها .

(٢) ينظر : مواهب الجليل ١٥٥/٤، وما بعدها، و حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٥١٩/٢، و الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤٨١/٥، وما بعدها، و المغنى ١٦٤/٨، وأحكام الأسرة فى الإسلام لمحمد مصطفى شلبى /٥٣٩.

(٣) ينظر : المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة .، وأيضا : الاختيارات الفقهية للبعلى /١٨٤، طبعة : دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى (١٤١٦هـ-١٩٩٥م) .

(٤) ينظر : حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٥١٩/٢، و المغنى ١٦٣/٨، وما بعدها، والاختيارات الفقهية للبعلى /١٨٤، والفقه الإسلامى وأدلته ٧٠٦٨/٩، وما بعدها، وأحكام الأسرة فى الإسلام لمصطفى شلبى /٥٩٣، وما بعدها.

(٥) ينظر : حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٥١٩/٢، والفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤٨٢/٥، و المغنى ١٦٥/٨، و الفقه الإسلامى وأدلته ٧٠٦٩/٩ .

المبحث الثالث : إنهاء العلاقة بين الزوجين بسبب فقدان الزوج

إذا غاب الزوج عن زوجته لمدة طويلة، وانقطع خبره، ولم يُعْرَف مكانه على نحو يحكم عليه بفقده فإن الزوجة تتضرر بذلك، لفوات الكثير من حقوقها الزوجية الواجبة على الزوج، فهل يحق لها أن تطلب التفريق أم لا ؟

وإذا فُرِق بينهما ثم عاد زوجها المفقود، هل ترجع إليه بعد الحكم بالتفريق بينهما أم لا؟ هذا يتضح بيانه فى هذين المطلبين كما يلى :

المطلب الأول : حكم طلب الزوجة للتفريق بسبب فقدان زوجها :

إذا غاب الزوج عن زوجته لمدة طويلة، وقد اعتبرَ من خلالها أنه مفقود، فقد اختلف الفقهاء فى ثبوت حق التفريق إن طلبته الزوجة، وانحصر اختلافهم فى قولين كما يلى :

القول الأول : للحنفية، والإمام الشافعى فى القول الجديد، والحنابلة فى المذهب[1]، والظاهرية والزيدية [2]، والهادوية [3] : أنه إذا غاب الزوج عن زوجته وانقطع خبره عنها، فإنه لا يجوز التفريق بينهما، ولا يحق للزوجة أن تطلب ذلك لأنها زوجة له كسائر الزوجات فلا يتم التفريق بينهما إلا بما يوجبه كصدور الطلاق من الزوج أو التحقق من موته، وبه قال جماعة من الفقهاء منهم

---

(١) وهذا الحكم عند الحنابلة : إذا كان الزوج المفقود ظاهر غيبته السلامة، فلا يجوز التفريق بينهما فى هذه الحالة . ينظر : الإنصاف ٣٣٥/٧، و شرح منتهى الإرادات ٥٤٤/٢، و المغنى ١٠٦/٨، وما بعدها .

(٢) ينظر : المبسوط ٣٤/١١، ٣٥، و بدائع الصنائع ١٩٦/٦، و مجمع الأنهر ٧١٣/١، ٧١٤ وروض الطالب لابن المقرى مع أسنى المطالب للأنصارى ٤٠٠/٣، وما بعدها طبعة : دار الكتاب الإسلامى، و حاشية الجمل ٢٨/٤، ٢٩، و مغنى المحتاج ٣٩٧/٣، و الإنصاف ٣٣٥/٧، و كشاف القناع ٤٦٥/٤، ٤٢١/٥، و المحلى ١٣٩/١٠، و البحر الزخار ٣٥/٤ .

(٣) ينظر : سبل السلام ٢٠٨/٣ .

الثورى[1] وعثمان البتى[2] وابن شبرمة [3] وغيرهم[4].فلا يجوز للزوجة أن تتزوج بغيره فهى فى عصمته حتى يقوم الدليل، أو البينة القاطعة على موته بيقين، أو تمضى عليه مدة يغلب الظن أنه لا يعيش بعدها أبدا على خلاف بينهم فى تقدير هذه المدة التى يحكم بعدها بموت المفقود [5] .

---

(١) الثورى : هو الإمام سفيان بن سعيد بن مسروق الثورى من بنى ثور بن عبد مناة، أبو عبد الله سيد أهل زمانه فى علوم الدين، والتقوى كان -رحمه الله- آية فى الحفظ، أمير المؤمنين فى الحديث، من مصنفاته : الجامع الكبير، والجامع الصغير، وكلاهما فى الحديث، وكتاب الفرائض، توفى -رحمه الله- سنة ١٦١هـ . ينظر : تهذيب التهذيب ٩٩/٤، وما بعدها، و تاريخ بغداد للخطيب البغدادى ١٥١/٩، وما بعدها، طبعة : دار الكتب العلمية (د.ت)، والطبقات السنية فى تراجم الحنفية للتميمى ٤٠/٤، تحقيق د/ عبد الفتاح محمد الحلو، طبعة : دار الرفاعى بالرياض، الطبعة الأولى (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م) .

(٢) عثمان البتى : هو الإمام عثمان بن سليمان بن جُرموز البتى، أبو عمرو، وسمى بذلك لأنه كان يبيع البت وهو كساء غليظ من وبر أو صوف كان -رحمه الله- صاحب رأى، وفقه، عالما، ثقة توفى سنة ١٤٣هـ . ينظر : الكنى والأسماء للإمام مسلم ٥٦٧/١ -تحقيق : عبد الرحيم محمد أحمد القشيرى - ط : الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة - الطبعة الأولى (١٤٠٤هـ)، والطبقات الكبرى لابن سعد ٢٥٧/٧، وما بعدها ط:دار صادر بيروت .

(٣) ابن شبرمة : هو الإمام عبد الله بن شبرمة بن طفيل بن حسان الضبى، أبو شبرمة، الإمام العلامة فقيه العراق، وقاضى الكوفة فى عصره، كان -رحمه الله- شاعرا عالما، من أئمة الفروع حدث عن أنس بن مالك، والشعبى، والنخعى، وغيرهم، وروى عنه الثورى والحسن بن صالح، وغيرهما، توفى -رحمه الله- سنة ١٤٤هـ بخراسان . ينظر : طبقات الفقهاء للشيرازى /٨٥، وسير أعلام النبلاء ٣٤٧/٦، ٣٤٩، والتاريخ الكبيرللبخارى ١١٧/٥ .

(٤) كالشعبى والنخعى وابن أبى ليلى . ينظر : فتح البارى ٤٣١/٩، و المغنى ١٠٦/٨، والمحلى ١٣٩/١٠.

(٥) فقد اختلفوا فى تقدير المدة التى يغيبها المفقود حتى يحكم بموته، ويتم التفريق بينه و بين زوجته على النحو التالى :

ذهب الحنفية فى رواية، ووافقهم فى ذلك الحنابلة، و الظاهرية : إلى أن المدة التى إذا غابها الزوج ويحكم بعدها بموته تقدر بتسعين سنة منذ ولادته فإن بلغ هذه المدة حكم بموته، لأن المفقود لا يعيش فى الغالب أكثر من هذه المدة . ينظر : تبيين الحقائق ٣١١/٣، ٣١٢، و مجمع الأنهر ٧١٣/١، و العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية=

القول الثانى : للمالكية، والإمام الشافعى فى القول القديم، و الحنابلة فى غير المذهب [1]، والإمامية والإباضية [2] : أنه يجوز التفريق بين الزوجة وزوجها

=

لابن عابدين ١٠٦/١، طبعة : دار المعرفة، و شرح منتهى الإرادات ٥٤٤/٢، و الإنصاف ٣٣٥/٧، و المحلى ١٣٩/١٠

وذهب أبو حنيفة فى رواية الحسن بن زياد عنه : إلى أن هذه المدة تقدر (بمائة وعشرين سنة) من يوم ولادته فإذا أتم أو بلغ هذه المدة حكم بفقده، ووافقه فى ذلك بعض الحنابلة كابن عقيل، والهادوية. ينظر : المبسوط ٣٥/١١، و تبيين الحقائق ٣١٢/٣، و مجمع الأنهر ٧١٤/١، و الإنصاف ٣٣٥/٧، و سبل السلام ٢٠٨/٣ .

أما فى ظاهر المذهب عند الحنفية : هذه المدة لا تقدر بشئ من السنين ولكن تقدر بموت أقرانه فى بلده لأن الرجوع إلى أمثاله فيما تقع الحاجة فيه إلى معرفته يكون طريقه الشرع، وذلك كقيم المتلفات، و مهر المثل وغير ذلك، فإذا لم يبق أحد من أقرانه على قيد الحياة حكم بموته، لأن بقاءه بعد موت أقرانه نادر، والأحكام الشرعية تبنى على الغالب، و النادر لا حكم له . ينظر : المبسوط ٣٥/١١، و تبيين الحقائق ٣١٢/٣.

وذهب أبو يوسف : إلى أن هذه المدة تقدر (بمائة سنة) لأنها المدة التى يعيشها الإنسان فى هذا الزمان، فإذا حكم بموته اعتدت زوجته عدة الوفاة من ذلك الوقت . ينظر : المبسوط ٣٥/١١، ٣٦، و تبيين الحقائق ٣١٢/٣، ومجمع الأنهر ٧١٣/١ .

وذهب الشافعية فى الصحيح من المذهب عندهم : إلى أن غياب المفقود ليس له مدة معينة ولا تقدر مدته ولكن المعتبر فى ذلك هو مضى مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش بعدها وهذه المدة يقدرها القاضى باجتهاده . ينظر: حاشية الجمل ٢٩/٤، و روضة الطالبين ٤٠٠/٨، و مغنى المحتاج ٣٩٧/٣ . ووافقهم فى ذلك (الزيلعى، و صاحب مجمع الأنهر من الحنفية) : فإن هذه المدة يقدرها القاضى باجتهاده ويفوض إليه الأمر فى ذلك، لأن فقده يختلف باختلاف البلاد كما أن غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص، و ما كان سببا لاختلاف الناس فى مدته فلا معنى لتقديره . ينظر : تبيين الحقائق ٣١٢/٣، و مجمع الأنهر ٧١٣/١ .

(١) وهذا عند الحنابلة : إذا كان الزوج المفقود ظاهر غيبته الموت، والهلاك .
ينظر : الإنصاف ٣٣٥/٧، و شرح منتهى الإرادات ٥٤٤/٢، ١٩٧/٣، و المغنى ١٠٦/٨ .

(٢) ينظر : التفريع لابن الجلاب ١٠٧/٢، وما بعدها، و حاشية الدسوقى ٤٧٩/٢، و مواهب الجليل ١٥٧/٤، و روضة الطالبين ٤٠٠/٨، و حاشية الجمل ٢٩/٤، و مغنى المحتاج ٣٩٧/٣، و الإنصاف ٣٣٥/٧، و المغنى ١٠٦/٨، و شرح منتهى الإرادات ٥٤٤/٢، ١٩٧/٣، و شرائع الإسلام ٢٨/٣، وشرح النيل ٢٦/٧ .

المفقود إن طلبت ذلك، وهذا القول مروى عن بعض الصحابة والتابعين منهم : عمر وعثمان وابن عباس، وابن الزبير، وعمر بن عبد العزيز، والحسن والزهرى، وغيرهم [1] . فإذا غاب الزوج عن زوجته، وفقدته لمدة طويلة، وتضررت بذلك يجوز لها أن تطالب بالتفريق ولكن بعد أن يضرب الحاكم لها مدة معينة تنتظر فيها الزوجة عودة زوجها فربما يرجع بعد طول غيابه، وفقده أو يتبين فى هذه المدة خبر موته بيقين، فإذا انتهت هذه المدة اعتدت المرأة عدة وفاة أربعة أشهر وعشرا، و هذه المدة تقدر بأربع سنين على خلاف بينهم فى تقديرها[2] نظرا لاختلاف المكان الذى فُقد فيه الزوج .

---

(١) كقتادة والليث وعطاء ومكحول، ينظر : فتح البارى ٤٣١/٩، والمنتقى للباجى ٩١/٤، و سبل السلام ٢٠٨/٣، و المغنى ١٠٦/٨ .

(٢) فقد اختلفوا فى المدة التى يغيبها المفقود حتى يحكم بفقده ويفرق بينهما كما يلى :

ذهب الإمام الشافعى فى القديم من المذهب، و الإمامية، والإباضية فى قول : إلى أن المفقود إذا غاب عن زوجته مطلقا فإن زوجته تنتظر لمدة أربع سنين، إذا لم يعرف حاله، و لا خبره، و لا يعلم حياته من موته، فإذا انقضت هذه المدة اعتدت الزوجة عدة وفاة وتحل بعدها للأزواج، لأن هذه المدة هى أقصى ما يسمع فيها خبر من كان حيا فى بلاد المسلمين عن طريق البحث، أو المخاطبة والمراسلة بين الجهات التى ذهب إليها الزوج . ينظر : مغنى المحتاج ٣٩٧/٣، و روضة الطالبين ٤٠٠/٨، وما بعدها، و شرائع الإسلام ٢٨/٣، وشرح النيل ٣٨/٧، وما بعدها .

وذهب الحنابلة إلى أن هذه المدة التى يحكم بعدها بفقد الزوج هى أربع سنين ولكن هذا مخصوص عندهم بحالة ما إذا كان الزوج المفقود يظهر على غيبته الهلاك كالذى يفقد بين أهله فى الليل أو النهار أو خرج إلى الصلاة وغيرها ولم يرجع أو فقد بين الصفين فى القتال أو غرق فى البحر أو فقد فى الصحراء وغير ذلك فليس ذلك على الإطلاق . ينظر : الإنصاف ٣٣٥/٧، و كشاف القناع ٤٢١/٥، و المغنى ١٠٦/٨، و شرح منتهى الإرادات ٥٤٤/٢ .

أما عند المالكية : فقد اختلفوا فى تحديد هذه المدة التى يحكم بعدها بفقد الزوج لأنهم فرقوا بين فقد الزوج فى بلاد الإسلام، وغيره كفقده فى أرض الشرك أو فى الحرب أو بين الصفين أو البحر وذلك عندهم كما يلى:

=

المفقود فى دار الإسلام : تقدر مدته عندهم بأربع سنين للزوج إن كان حرا، و سنتين إن كان عبدا، فإذا تضررت الزوجة لطول هذه المدة فبعد انتهائها يجوز لها التفريق وتعتد بعدها، وتحل للأزواج . ينظر : المنتقى ٤/٩١، وبداية المجتهد لابن رشد ٢/ ١٠٣- تحقيق : أبى عبد الرحمن عبد الحكيم بن محمد طبعة : المكتبة التوفيقية (د.ت)، وحاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٢/٤٧٩ .

المفقود فى أرض الشرك والعدو : لا يضرب لزوجته مدة ولا أجل، لتعذر البحث عنه بل يبقى إلى انقضاء مدة التعمير، أى تعميره فى الحياة، وقد اختلفوا فى حد تعمير الزوج المفقود فى أرض العدو، قيل : سبعون سنة من يوم ولادته، وقيل : من السبعين إلى المائة، وقيل : خمس وسبعون سنة، وقيل ثمانون سنة، و حاصل هذه الأقوال : أن حد المفقود فى أرض الشرك والعدو وتعميره ما بين السبعين إلى المائة من يوم ولادته، فإذا أتم هذه المدة وبلغها منذ ولادته حكم بموته، وبذلك : تنتظر الزوجة إلى حين انقضاء مدة تعميره، ولا يضرب لها أجل . وقد خالف فى ذلك أشهب حيث يرى : أن زوجة المفقود فى أرض العدو تنتظر أربع سنوات فهو عنده كالمفقود فى بلاد المسلمين . ينظر : المنتقى ٤/٩٢، و بداية المجتهد ٢/١٠٣، و موسوعة الفقه المالكى لخالد عبد الرحمن العك ٥/٣٠٨.

المفقود فى حرب المسلمين فيما بينهم : فقد اختلفوا فى ضرب الأجل لزوجته وعدم ذلك إذا فقد زوجها فى الحرب والفتن الداخلية بين المسلمين على قولين : القول الأول : أنه لا تضرب له مدة، و لا تؤجل الزوجة بل يحكم بفقده بحكم المقتول فى المعركة، فتعتد الزوجة عدة وفاة ويقسم ماله من يوم المعركة سواء كانت قريبة أم بعيدة، وقيل من بعد التلوم له على قدر ما ينصرف من الهروب أو الهزيمة، القول الثانى : أن مدته تقدر بسنة وتنتظر زوجته لهذه المدة، فإذا انتهت دون أن يرجع تعتد بعدها عدة وفاة وتحل للزواج وذلك إذا ثبت بالبينة أن زوجها قد حضر هذه المعركة أو الحرب . ينظر : المنتقى ٤/٩٢، ٩٣، وتبصرة الحكام لابن فرحون ٢/٥٦، طبعة : دار الكتب العلمية، وبداية المجتهد ٢/١٠٤، وموسوعة الفقه المالكى ٥/٣٠٨ .

والراجح من هذين القولين : هو القول الثانى، فتقدر مدة المفقود فى حرب المسلمين فيما بينهم (بمدة سنة) حتى لا يكون هناك ظلم للزوج بتفريق زوجته عنه لفقده فهذه المدة ليست بالطويلة، بل تستطيع أن تصبر عليها الزوجة وليس فيها كبير ضرر عليها دون أن يلحقها ظلم أو إجحاف بحقها، هذا والله أعلم .

٤- ومدة المفقود بين الصفين : قالوا مدته عام سواء فقد بين الصفين فى أرض الإسلام أم العدو فإنه يضرب لزوجته أجل عام من يوم نظر القاضى فى أمره فإذا انتهت المدة اعتدت الزوجة وحلت للزواج . ينظر : المنتقى ٩٢/٤، و بداية المجتهد ١٠٣/٢، ١٠٤، و موسوعة الفقه المالكى ٣٠٨/٥ .

٥- ومدة المفقود فى البحر عند سفره إلى بلاد الحرب: فقد اختلفوا فيها، فقيل : إذا فقد الزوج فى البحر عند سفره إلى بلاد الحرب والعدو، فإنه يعامل معاملة المفقود فى بلاد الشرك، فلا يؤجل له، وتبقى زوجته فى عصمته تنتظره إلى مدة التعمير، أى ما بين السبعين إلى مائة سنة منذ ولادته وبعدها يفرق بينهما إن لم يرجع، وقيل : يعامل معاملة المفقود فى بلاد المسلمين، فتكون مدته أربع سنين تنتظر فيها الزوجة عودته فإن لم يرجع بعدها اعتدت عدة الوفاة وحلت بعد ذلك للزواج . ينظر : الفواكه الدوانى ٤٢/٢ .

هذا، وبعد بيان أقوال الفقهاء فى المدة التى يغيبها المفقود حتى يحكم بعدها بفقده وموته، فيفرق بينه وبين زوجته إن طالبت بذلك، فإنى أرى أولا : أن الرأى الراجح من هذه الأقوال من وجهة نظرى هو ما ذهب إليه (الإمام الشافعى فى القديم من المذهب، والإمامية، والإباضية فى قول) وهو أن المفقود إن غاب عن زوجته لمدة طويلة مطلقا فإنها تنتظر أربع سنين وذلك إن لم يعرف خبره ولا حاله ولا حياته من موته فإذا انتهت هذه المدة حكم بموته وتعتد زوجته عدة وفاة وتحل بعدها للزواج.

وذلك : لأن هذه المدة هى كافية للدلالة على موته وذلك بعد البحث والسؤال عنه، ولأن هذه المدة هى أقصى ما يسمع فيها عن خبر من كان حيا فى بلاد المسلمين عن طريق البحث أو المراسلة بين الجهات التى ذهب إليها هذا الزوج المفقود .

وقريب من هذا الرأى ما ذهب إليه المالكية فى المفقود فى بلاد المسلمين، وما ذهب إليه الحنابلة فيما إذا كان المفقود يظهر على غيابه الهلاك والموت، فهذه المدة التى يغيبها الزوج المفقود يغلب على الظن أنه لا يكون بعدها حيا بعد البحث والسؤال عنه وهذه المدة قد حكم بها وقضى أكثر الصحابة، والتابعين للتفريق بينه وبين زوجته هذا – والله أعلم بالصواب .

وثانيا : بخصوص ما عليه المحاكم المصرية الآن فى مدة المفقود : أنه كان الحكم المعمول به فى مدة المفقود قبل سنة (١٩٢٠م) هو مذهب الإمام أبى حنيفة فكان لا يحكم بموت المفقود إلا بعد موت أقرانه، وعندما سن القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠م كان الحكم فى المفقود مأخوذا من مذهب الإمام مالك كما جاء فى المادة "السابعة منه" ولكن ألغيت تلك المادة بالمادتين (٢١، ٢٢) من المرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م فكان العمل الآن

ـ الأدلة ـ

أولا : أدلة أصحاب القول الأول :(الحنفية ومن وافقهم) : على عدم جواز التفريق بين المفقود وزوجته حتى يتبين موته بيقين، استدلوا على ذلك من السنة والأثر والمعقول وذلك كما يلى :

دليلهم من السنة : بما روى عن المغيرة بن شعبة[1] (ﷺ) أن النبى (ﷺ) قال : (امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان) [2] .

=

بمذهب الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل أنه يحكم بموت المفقود بعد مضى أربع سنوات بعد التحرى والسؤال عنه إذا غاب بحال يغلب على الظن الهلاك فيها وأنه يهلك ويموت . ينظر : الأحوال الشخصية، تعليق على نصوص قانون الأحوال الشخصية للمستشار:أحمد نصر الجندى/٣٩٤: ٣٩٧، و موسوعة الأحوال الشخصية شرح لتشريعات الأحوال الشخصية المعدلة بالقوانين ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ للمستشار: معوض عبد التواب ٣٧٦/١، طبعة وتوزيع : منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة السادسة (١٩٩٥م).

(١) المغيرة بن شعبة: هو الصحابى الجليل المغيرة بن شعبة بن أبى عامر بن مسعود بن معتب بن كعب الثقفى أبو عبد الله، وقيل : أبو عيسى، أسلم يوم الخندق، وكان -رحمه الله- أحد دهاة العرب وقاداتهم وكان يقال له: مغيرة الرأى شهد الحديبية، واليمامة، وفتوح الشام، وتوفى بالكوفة وهو والى عليها سنة ٥٠هـ . ينظر : معجم الصحابة لابن قانع ٨٧/٣ ط: مكتبة الغرباء الأثرية – المدينة المنورة، و الاستيعاب لابن عبد البر ١٤٤٥/٤، وما بعدها ط: دار الجيل – بيروت، و الأعلام ٢٧٧/٧.

(٢) أخرجه البيهقى بلفظه (وقال عنه : ضعيف) فى السنن الكبرى فى كتاب العدد، باب : من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته ٤٤٥/٧ ح(١٥٣٤٢)، و الدارقطنى فى سننه بلفظ (حتى يأتيها الخبر) فى كتاب النكاح، باب المهر ٣١٢/٣ ح(٢٥٥)، وهذا الحديث قال عنه الزيلعى، وابن حاتم : حديث ضعيف ؛ لأنه من رواية سوار عن محمد بن شرحبيل الهمدانى، وهو متروك الحديث، لأنه يروى عن المغيرة أباطيل ومناكير . نصب الراية ٤٧٣/٣، و علل ابن أبى حاتم ٤٣١/١ ح(١٢٩٨) طبعة : دار المعرفة – بيروت (١٤٠٥هـ) تحقيق : محب الدين الخطيب .

وجه الدلالة : دل هذا الحديث دلالة واضحة على عدم جواز التفريق بين المفقود وزوجته، بل تبقى فى عصمته، ولا يفرق بينهما حتى تتحقق من خبر موته أو طلاقها [١] .

نوقش هذا : بأن هذا الحديث لا يصح الاستدلال به، لأنه حديث ضعيف لضعف راويه فهو مطعون فى روايته [٢] .

دليلهم من الأثر : ١- بما روى عن على (ﷺ) قال : (امرأة المفقود لا تتزوج) [٣] .

٢- وبما روى عنه أيضا : أنه قال فى امرأة المفقود : (هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق) [٤] .

وجه الدلالة من الأثرين : يستفاد منهما أن امرأة المفقود هى زوجته تبقى فى عصمته فلا يجوز لها أن تفارقه حتى يُتَحَقَّق من موته بيقين أو أن يطلقها زوجها، فهذه دلالة صريحة واضحة ونَصٌّ فى المطلوب [٥] .

---

(١) ينظر: الجوهرة النيرة للحدادى ١/ ٣٦١ طبعة : المطبعة الخيرية (د.ت)، والعناية ١٤٦/٦ وما بعدها، و تبيين الحقائق ٣١١/٣، و مجمع الأنهر ٧١٣/١.

(٢) ينظر : نصب الراية ٤٧٣/٣، وعلل ابن أبى حاتم ٤٣١/١، و السنن الكبرى للبيهقى ٤٤٥/٧.

(٣) ذكره ابن حجر فى فتح البارى ٤٣١/٩، و مسند الإمام الشافعى /٣٠٣ من كتاب العِدَد - طبعة : دار الكتب العلمية - بيروت (د.ت)، و السنن الكبرى للبيهقى كتاب العدد، باب : من قال امرأة المفقود وامرأته .. إلخ ٤٤٤/٧ ح(١٥٣٣٨) واللفظ للشافعى، و البيهقى .

(٤) السنن الكبرى للبيهقى، كتاب العدد، باب : من قال بتخيير المفقود إذا قدم ...إلخ ٤٤٦/٧ ح: (١٥٣٥١)

ومصنف عبد الرزاق، باب : التى لا تعلم مهلك زوجها ٩٠/٧ ح: (١٢٣٣٠)، (١٢٣٣٢)، ٩١/٧ ح: (١٢٣٣٤)، ومصنف ابن أبى شيبة ٥٢١/٣، واللفظ لعبد الرزاق، وذكره الزيلعى وسكت عنه . ينظر : نصب الراية ٤٧٣/٣.

(٥) ينظر : نصب الراية ٤٧٣/٣، و المبسوط ٣٥/١١، ومجمع الأنهر ٧١٣/١، وتبيين الحقائق ٣١١/٣، ومغنى المحتاج ٣٩٧/٣، و المحلى ١٣٨/١٠، وما بعدها .

نوقش هذا : بأن هذا الأثر عن على (ﷺ) لا يصح ؛ لأنه مرسل وإسناده غير متصل وعلى فرض صحته فإنه يحمل على أن هذا الحكم كان قبل انعقاد الإجماع على حكم سيدنا عمر (ﷺ) أو يحمل على المفقود الذى ظاهر غيبته السلامة [١] .

ج) **دليلهم من المعقول** : ١ - لا يجوز التفريق بين المفقود وزوجته، لأنه لو فرق بينهما وتمكنت زوجته من الزواج كان ذلك فيه حكم الموت ضرورة إذ الزوجة لا تحل لزوجين فى وقت واحد، ولو حكم بموته بالنسبة لزوجته لوجب تقسيم ماله ولا يقسم ماله حتى يقوم على موته دليل بيقين، لأن النكاح ملكه وحقه وهو حى فى إبقاء ملكه وحقه عليه فلا يجوز لها ذلك[٢] .

نوقش هذا : بأن هذا الدليل لا يصح ؛ لأنه يوجد فرق بين بقاء ماله دون تقسيمه على الورثة وبين بقاء الزوجة دون زوج، لأن بقاء المال لفترة طويلة لا يترتب عليه ضرر بالورثة أو الزوجة لأن حقهم فى ذلك لا يضيع عليهم جميعا بخلاف بقاء الزوجة لمدة غير معلومة دون أن يكون معها زوج يعفها، ويحفظها فهذا فيه ضرر عليها ولا يلزم من القول بموته أن تكون زوجته قد تزوجت باثنين فى وقت واحد، فهذا غير مُسَلَّمٌ به، لأن الموت يكون حقيقيا أو حُكْمِيًّا والمفقود لهذه المدة الطويلة قد اعتبره الشارع من قبيل الموت الحكمى، فالحاكم يحكم بموته تقديرا وبذلك يحق للزوجة طلب التفريق لفقد زوجها من أجل إلحاق الضرر بها وعدم عفتها كضرر عدم النفقة عليها [٣] .

٢- لا يجوز التفريق بين المفقود وزوجته لأن الأصل بقاء الحياة والمفقود قبل فقده كان حيا فيحكم ببقاء حياته استصحابا لحاله قبل فقده، فلا يجوز لزوجته أن

---

(١)ينظر : المنتقى فى شرح الموطأ ٩١/٤، و المغنى ١٠٧/٨، وشرح النيل ٢٦/٧ .

(٢) ينظر : المبسوط ٣٥/١١، و تبيين الحقائق ٣١١/٣ .

(٣) ينظر : المنتقى ٩١/٤، ومغنى المحتاج ٣٩٧/٣، و القواعد لابن رجب /٤١٧ طبعة : دار الكتب العلمية.

تفارقه أو تتزوج إلا بعد تحقق موته أو طلاقها، أو تنقضى مدة يغلب على الظن أن زوجها لا يعيش بعدها [١].

نوقش هذا : بأن هذا لا يصح وإن كان الأصل بقاء حياته، إلا أنه لا يعمل بهذا الأصل واستصحاب حاله، وذلك لإجماع الصحابة على الحكم بموت المفقود بعد مضى أربع سنوات من فقده، فيجوز التفريق بينه وبين زوجته لانعقاد إجماع الصحابة على ذلك [٢] .

٣- إن النكاح عرف ثبوته بين الزوجين بيقين، وغياب الزوج عن زوجته لا يوجب التفريق بينهما وموت زوجها المفقود غير متيقن منه، بل هو أمر محتمل فلا يزال هذا النكاح الثابت بيقين، بأمر محتمل مشكوك فى ثبوته [٣] .

نوقش هذا : بأن هذا النكاح بين الزوجين إن كان قد ثبت بينهما بيقين وإن هذا الزوج المفقود حياته ثابتة استصحابا لأصله، إلا أن هذا الأصل مخالف للظاهر والواقع ؛ لأن انقطاع خبره فى هذه المدة الطويلة إنما يدل على موته فرجح العمل بهذا الظاهر من حاله وواقعه على هذا الأصل، ولم يكن ذلك أمرا محتملا للشك فيجوز التفريق بينهما لرفع الضرر عن الزوجة [٤] .

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى: (المالكية، ومن وافقهم) على جواز التفريق بين المفقود وزوجته، استدلوا على ذلك من الإجماع، والأثر، والقياس، والمعقول كما يلى:

أ) **دليلهم من الإجماع** : لقد أجمع الصحابة (رضى الله عنهم) على أن الزوجة إذا فقدت زوجها وتضررت من أجل فقده ورفعت أمرها إلى الحاكم فإنه يضرب لها مدة

---

(١) ينظر : المبسوط ٣٤/١١، ٣٥، و تبيين الحقائق ٣١٠/٣، وما بعدها، و مغنى المحتاج ٣٩٧/٣، وروضة الطالبين ٤٠٠/٨، و الإنصاف ٣٣٥/٧ .

(٢) ينظر : المنتقى ٩١/٤، و المغنى ١٠٦/٨، وما بعدها.

(٣) ينظر : بدائع الصنائع ١٩٦/٦، و البحر الرائق ١٧٨/٥، و تبيين الحقائق ٣١١/٣، و فتح القدير ١٤٧/٦، والمغنى ١٠٧/٨ .

(٤) ينظر : القواعد لابن رجب /٣٤١ .

معينة، ويؤجل هذا التفريق بعد البحث عنه حتى تعلم حياته من موته بيقين فإن انقطع خبره أو علم موته بيقين بعد هذه المدة فرق القاضى بينهما، وتحل للأزواج بعد انتهاء عدتها، وهذه القضايا قد ظهرت وانتشرت فى عهد الصحابة ولم يعلم لهم مخالف فى ذلك فكان هذا إجماعا منهم [1].

ب) دليلهم من الأثر:

١- عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب (ﷺ) قال : (أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل) [2] .

٢- ما روى عن سعيد بن المسيب، أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان (رضى الله عنهما) قالا :(امرأة المفقود تتربص أربع سنين، ثم تنتظر أربعة أشهر وعشرا ثم تنكح)[3].

٣- ما روى عن ابن عمر وابن عباس (رضى الله عنهم) أنهما قالا فى امرأة المفقود : (تنتظر امرأة المفقود أربع سنين، ثم تعتد عدة الوفاة) [4] .

---

(١) ينظر : المنتقى ٩١/٤، و المغنى ١٠٦/٨، وما بعدها، والإجماع لابن المنذر /٦٠ .

(٢) موطأ الإمام مالك كتاب الطلاق، باب : عدة التى تفقد زوجها ٤١٥/٢ ح:(٥٢)، و السنن الكبرى للبيهقى، كتاب العِدَد، باب : من قال تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر .. ٤٤٥/٧ ح:(١٥٣٤٣)، واللفظ لهما، وذكره ابن حجر فى الفتح بنحوه وقال عنه : روى عن عمر ذلك بأسانيد صحيحة: فتح البارى٤٣١/٩ .

(٣) ذكره ابن حجر، وقال عنه : إسناده صحيح عن سيدنا عمر : فتح البارى ٤٣١/٩، و السنن الكبرى للبيهقى فى كتاب العدد، باب : من قال تنتظر أربع سنين ... إلخ ٤٤٥/٧ ح:(١٥٣٤٤)، ومصنف عبد الرزاق باب : التى لا تعلم مهلك زوجها ٨٥/٧ ح:(١٢٣١٧)، واللفظ لهم وأخرجه بنحوه ابن أبى شيبة فى مصنفه ٥٢١/٣ .

(٤) ذكره بلفظه : ابن حجر فى فتح البارى ٤٣١/٩، و البيهقى فى السنن الكبرى كتاب العِدَد، باب : من قال تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشرا ... إلخ ٤٤٥/٧ ح:(١٥٣٤٦) .

وجه الدلالة من هذه الآثار : دلت هذه الآثار دلالة واضحة على أن المفقود إن طالت مدته لأربع سنين، و انتظرته زوجته لهذه المدة ولم يرجع فإنه يجوز لها طلب التفريق فتعتد بعد هذه المدة عدة وفاة وتحل بعدها للزواج [١] .

نوقش هذا : بأن هذه الآثار المروية عن سيدنا عمر التى تدل على حكمه بموت المفقود بعد مضى أربع سنوات بعد فقده، لا يحتج بها، لأن عمر بن الخطاب قد رجع عن القول بها، وقال : إنها

زوجته حتى يأتيها البيان من أمر زوجها ووافق سيدنا عليا فى ذلك [٢] .

أجيب عن هذا : بأن هذا غير صحيح وغير مسلم به، لأن سيدنا عمر (ﷺ) لم يرجع عن قوله ولم يوافق سيدنا عليا (ﷺ) فى ذلك، بل قد وافقه فى ذلك جمع من الصحابة، و اتفقوا على قوله فكان إجماعا منهم [٣] .

ج) دليلهم من القياس : هو قياس زوجة المفقود على زوجة العنين، و المُولِى فى جواز التفريق لأن الزوجة لها حق على زوجها فى الوطء ولو كان حاضرا ولم يطئها لأجل عنته أو بسبب الإيلاء وتضررت من ذلك جاز لها طلب التفريق، والغائب أشد ضررا عليها من العنة وترك الوطء فمن باب أولى جواز التفريق بين المفقود وزوجته لفقد الوطء، و العشرة والنفقة وغير ذلك[٤].

نوقش هذا الدليل من القياس : بأنه قياس مع الفارق فلا يصح ؛ لأن العنة إذا استمرت فى الزوج مدة عام كانت طبيعة له وإذا كانت كذلك فإنه يحق لها طلب

---

(١) ينظر : فتح البارى ٤٣١/٩، و المنتقى للباجى ٩٠/٤ وما بعدها، وسبل السلام ٢٠٨/٣، و مغنى المحتاج ٣٩٧/٣، و المغنى ١٠٦/٨، ١٠٧ .

(٢) ينظر : المبسوط ٣٥/١١، ٣٧، و الجوهرة النيرة ٣٦١/١، و مجمع الأنهر ٧١٣/١، و تبيين الحقائق ٣١١/٣ .

(٣) ينظر : المنتقى للباجى ٩١/٤، و شرح الزرقانى على الموطأ ١٥٧/٣ : ط: دار الكتب العلمية – بيروت، والمغنى ١٠٦/٨، وما بعدها .

(٤) ينظر : المنتقى للباجى ٩١/٤، و مغنى المحتاج ٣٩٧/٣ .

التفريق لرفع الضرر عنها لأن حقها فى الوطء قد فات على التأبيد لطبيعة زوجها فى ذلك، وأما فى الإيلاء فإنه طلاق أَجَّلَهُ الشارع وفيه ظلم للزوجة إن استمرت معه دون وطء فيرفع عنها الظلم بطلاقها بعد انقضاء مدة الإيلاء، وهذا بخلاف زوجة المفقود، فإن حقها لم يفت بالكلية، لأن الغائب ترجى عودته وهناك أمل فى رجوعه مهما طالت مدته، ولم يتحقق الظلم منه لزوجته، لهذا فلا يصح التفريق بينهما إلا بعد التحقق من موته أو طلاقها [1] .

يمكن الإجابة عن هذا : بأن هذا القياس صحيح، لأن زوجة المفقود هى كزوجة العنين، وزوجة المُولِى فهى تتضرر بترك الوطء والجماع وإذا غاب الزوج عن زوجته لمدة أربعة أعوام، فهى مدة كافية فى التأكد من موته أو حياته، فلا يرجى عودته بعد هذه المدة فهو فى حكم الموت الحقيقى وهذا معتبر فى حكم الشرع، ولو كان زوجها حيا لرجع إلى زوجته، أو تبين خبره بعد البحث والسؤال عنه [2] .

د) **دليلهم من المعقول** : هو أن المفقود لو كان حيا لظهر خبره وتبين حاله فى هذه المدة وتحققت حياته من موته بعد البحث والسؤال عنه فى الجهات التى قصدها فإن لم يرجع بعد هذه المدة يتم التفريق بينه وبين زوجته لرفع الضرر عنها [3].

سبب الخلاف، و الرأى الراجح :

أولا : **سبب الخلاف** : يرجع سبب الخلاف فى هذه المسألة إلى معارضة استصحاب الحال للقياس، لأن استصحاب الحال يوجب عدم التفريق لأن انحلال عصمة النكاح بين الزوجين لا يكون إلا بموت زوجها المفقود أو طلاقها حتى يدل الدليل على غير ذلك وهذا ما ذهب إليه من قال بعدم جواز التفريق بين المفقود وزوجته عملا باستصحاب الحال دون القياس، وهو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول .

---

(١) ينظر : المبسوط ٣٥/١١، و تبيين الحقائق ٣١١/٣، و العناية ١٤٧/٦ .

(٢) ينظر : المنتقى ٩١/٤، و مغنى المحتاج ٣٩٧/٣ .

(٣) ينظر : المرجعان السابقان نفس الجزء والصفحة، وأيضا : المغنى ١٠٧/٨ .

وأما من قالوا بالقياس : فإنهم قالوا بجواز التفريق بين المفقود وزوجته وذلك قياسا على الإيلاء والعنة [1] فإنهم نظروا إلى الضرر المترتب على فقد الزوج فإنه يقاس على الضرر المترتب على إيلاء الزوج من زوجته أو عنته فيجوز لها طلب التفريق كما ذهب إليه أصحاب القول الثانى فى المسألة .

ثانيا : الرأى الراجح فى المسألة :

بعد بيان أقوال الفقهاء فى هذه المسألة وعرض أدلتهم التى استدلوا بها ومناقشة ما أمكننى مناقشته منها والإجابة على ما أمكن الإجابة عنه، وبيان سبب اختلافهم فيها، فإن الراجح من وجهة نظرى هو القول الثانى وهو القول بجواز التفريق بين المفقود وزوجته إذا طالت مدته لأربع سنوات ولم تتحقق حياته وكان ظاهر فقده وغيابه الموت والهلاك وذلك دفعا للضرر عن الزوجة وهذا ما ذهب إليه المالكية ومن وافقهم، وكان هذا القول هو الراجح والأولى بالقبول والعمل به وذلك لما يأتى :

أولا : لقوة أدلتهم التى استدلوا بها وسلامتها من المعارضة والمناقشة وضعف أدلة أصحاب القول الأخر .

ثانيا : إن التفريق بين المفقود وزوجته، قد حكم به جمع من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فكان ذلك إجماعا منهم على جوازه إن طلبته الزوجة لرفع الضرر عنها .

ثالثا: كما أن العنين يؤجل سنة للعلاج وبيان قدرته على الوطء، قبل التفريق بينه وبين زوجته ومع أنه ينفق على زوجته ومع ذلك إذا لم يتم علاجه فإنه يجوز لها أن تفارقه، و المفقود لا تعلم حياته من موته كما أنه لو ترك زوجته بلا نفقة لهذا تضررت بفقده، وضررها هنا أشد من ضرر زوجة العنين لهذا جاز لها أن تفارقه بعد مضى أربع سنوات وبعدها تعتد وتحل للأزواج لرفع الظلم والضرر عنها، هذا والله أعلم بالصواب .

---

(١) ينظر : بداية المجتهد ٢/١٠٣ .

المطلب الثانى: عودة المفقود بعد الحكم بالتفريق بينه وبين زوجته

تحرير محل النزاع فى المسألة :

المفقود إما أن يرجع إلى زوجته قبل انقضاء الأجل الذى يضرب لانتظاره ورجوعه وإما أن يرجع بد انقضاء الأجل وقبل أن تنتهى الزوجة من عدة الوفاة، وإما أن يرجع بعد انقضاء الأجل المحدد له وبعد انتهاء زوجته من عدة الوفاة وهنا فى هذه الحالة : إما أن تكون زوجته قد عقد عليها غيره وقد دخل بها أو لم يدخل بها، ومن هنا يتبين محل الاتفاق والاختلاف فى هذه المسألة فأقول وبالله – تعالى– التوفيق :

أولا : محل الاتفاق فى المسألة :

لقد اتفق الفقهاء : على أن المفقود إذا رجع إلى زوجته قبل انقضاء الأجل المحدد له أو بعد انقضائه ولكن عاد إليها قبل أن تنتهى من عدتها، فإنها تبقى فى عصمته ولا أثر لضرب الأجل أو تحديده ؛ لأن التفريق لم يقع، وإنما الذى وقع هو بعض مقدماته كَمُضِىِّ الأجل أو بعضه أو مُضِىِّ بعض المدة من عدة الزوجة [1] .

٢) كما اتفق أكثر الفقهاء على أنه إذا رجع الزوج المفقود وعاد إلى زوجته حيا بعد انقضاء الأجل المحدد له، وبعد انقضاء عدة زوجته وكانت باقية على حالها لم تتزوج بغيره، فإنها تكون زوجته بنكاحها الأول، بالرغم من الحكم بالتفريق بينهما فهذه زوجته بالنكاح الأول دون حاجة إلى تجديد عقد النكاح [2].

---

(١) ينظر : المبسوط ٣٧/١١، و فتح القدير ١٤٧/٦، و شرح الزرقانى على الموطأ ٢٥٧/٣، و حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٤٨٠/٢، و روضة الطالبين ٤٠٢/٨، وما بعدها، والإنصاف ٢٩١/٩، والمغنى ١٠٨/٨، و البحر الزخار ٣٥/٤، و شرائع الإسلام ٢٨/٣، و شرح النيل ٥٣/٧ .

(٢) ينظر : المبسوط ٣٧/١١، و الفتاوى الهندية للشيخ نظام ٣٠٠/٢ طبعة : دار الفكر، و منح الجليل ٣١٩/٤ وما بعدها، وحاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٤٨٠/٢، و مغنى المحتاج ٣٩٨/٣، و المنهاج مع نهاية المحتاج ١٤٨/٧، والمبدع ١٣٠/٨، و المغنى ١٠٨/٨ .

لأن الحكم بالتفريق إنما كان باعتبار الظاهر من حال زوجها ولكن بطل هذا الظاهر برجوع الزوج المفقود وثبتت حياته بيقين [1] .

ثانيا : محل الخلاف بين الفقهاء : أما محل الخلاف بين الفقهاء فهو فيما إذا عاد الزوج المفقود بعد انقضاء الأجل المحدد للحكم بموته، وبعد انتهاء الزوجة من عدة الوفاة ولكن الزوجة بعد العدة قد عقد عليها غير زوجها المفقود، وهذه الزوجة إما أن يكون دخل بها زوجها الثانى أو لم يدخل بها، فحاصل الخلاف فى ذلك فى فرعين كما يلى :

الفرع الأول : عودة المفقود بعد أن عقد غيره على زوجته قبل الدخول بها

إذا عاد الزوج المفقود بعد انقضاء الأجل المحدد للحكم بموته وبعد انتهاء زوجته من عدة الوفاة، وكان هذا بعد أن عقد عليها غيره ولم يدخل بها زوجها الثانى فهل تكون هذه الزوجة من حق زوجها الأول (المفقود) أم أحق بها زوجها الثانى الذى لم يدخل بها ؟ اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على قولين كما يلى :

القول الأول : للحنفية، والمالكية فى غير المشهور، والظاهر من مذهب الظاهرية، والإمامية فى القول المشهور [2] : أن الزوجة فى هذه الحالة من حق زوجها الثانى الذى عقد عليها ولم يدخل بها بعد الحكم بالتفريق بينها وبين زوجها المفقود فهو لا سبيل له عليها، و لا تحق له .

---

(١) ولم يخالف فى ذلك إلا بعض المالكية، وبعض الشافعية : حيث قالوا : إذا انقضى الأجل المحدد للمفقود وانتهت عدة زوجته فلا سبيل له عليها وبطل نكاحها فلا يجوز ذلك إلا بتجديد العقد ولا ينقض الحكم بالتفريق بينهما برجوعه . ينظر : منح الجليل ٣١٩/٤، وما بعدها، و روضة الطالبين ٤٠٣/٨، و نهاية المحتاج ١٤٨/٧ .

(٢) ينظر : فتح القدير ١٤٧/٦، و الفتاوى الهندية ٣٠٠/٢، و المنتقى ٩٣/٤، و شرح الزرقانى ٢٥٧/٣ ٢٥٨، وحاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٤٨٠/٢، و المحلى ١٤١/١٠، وما بعدها، وشرائع الإسلام ٢٨/٣ .

وحجتهم فى هذا : هى أن المرأة إذا تزوجت بعد انقضاء عدتها فلا سبيل لزوجها الأول عليها، بعد رجوعه حيا سواء دخل بها الثانى أو لم يدخل بها، لأنه بعد التفريق بينهما عن طريق القاضى، فقد أجاز لها أن تتزوج بمن شاءت مع إمكان حياته ولكن حكم بموته باعتبار الظاهر فلم يكشف الغيب أكثر مما كان يظن [١] .

القول الثانى : للمالكية فى المشهور من المذهب، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية فى غير المشهور [٢] : أنه إذا عاد الزوج المفقود بعد انتهاء عدة زوجته وبعد عقد غيره عليها دون أن يدخل بها الثانى فإن الزوجة تكون من حق زوجها الأول (المفقود)فهو أحق بها وتردعليه [٣] .

وحجتهم فى هذا :

١- أن النكاح إنما صح فى الظاهر دون الباطن فإذا رجع زوجها المفقود تبين أن النكاح الثانى كان باطلا، لأنه صادف زوجة ذات زوج فكان باطلا كما لو شهدت بينة بموته فظهر أنه حى، و لا يلتزم الزوج الثانى بصداق للزوجة لأنه نكاح فاسد لم يتصل به دخول وتعود الزوجة لزوجها الأول كما لو أنها لم تتزوج [٤] .

٢- ولأن الزوجة أحد الملكين فأشبه ملك المال فزوجها الأول المفقود يملك نكاحها بعد عودته حيا كما يملك ماله [٥] .

---

(١) ينظر : شرح الزرقانى ٢٥٧/٣، وما بعدها، و منح الجليل ٣٢٠/٤، و حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٤٨٠/٢

(٢) وبه قال : عطاء والحسن، وإسحاق . ينظر : المنتقى ٩٣/٤، و شرح الزرقـانى ٢٥٧/٣، وما بعدها، و منح الجليل ٣٢٠/٤، و حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٤٨٠/٢، و روضة الطالبين ٤٠٣/٨، و نهاية المحتاج ١٤٨/٧، و مغنى المحتاج ٣٩٨/٣، و المغنى ١٠٨/٨، و المبدع ١٣٠/٨، و البحر الزخار ٣٥/٤، وشرائع الإسلام ٢٨/٣.

(٣) ينظر : المغنى ١٠٨/٨ .

(٤) ينظر : المغنى ١٠٨/٨، و كشاف القناع ٤٢٢/٥، و المبدع ١٣٠/٨ .

(٥) ينظر : المغنى ١٠٨/٨، و المبدع ١٣٠/٨ .

الرأى الراجح فى المسألة :

بعد بيان أقوال الفقهاء فى المسألة وبيان ما استدلوا به فإن الراجح من وجهة نظرى هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى (المالكية فى المشهور ومن وافقهم) وهو القول بأن الزوجة تكون لزوجها الأول (المفقود) إن عاد بعد العقد عليها وقبل الدخول بها وذلك لما يلى : قوة دليلهم العقلى الذى استدلوا به فإن زوجها بعد رجوعه إليها قد ثبتت حياته بيقين فكان النكاح باقيا على حاله ؛ لأنه حكم بموته باعتبار ظاهر الحال ولكن بعد رجوعه بطل هذا الظاهر فهو أحق بها وخاصة أن الثانى لم يدخل بها .

٢) إن زوجة المفقود هى زوجته بيقين، فلا يزال إلا بيقين مثله ولكن ثبت عكس ذلك بيقين وهو رجوع زوجها وحكم الحاكم لا يغير الشئ عن صفته فى الباطن، فلا اعتبار للقضاء بالتفريق بينهما، فزوجها المفقود أحق بها. هذا والله أعلم بالصواب.

الفرع الثاني : عودة الزوج المفقود بعد زواج زوجته من غيره والدخول بها

اختلف الفقهاء فى حكم عودة الزوج المفقود بعد انقضاء الأجل المحدد للحكم بموته وبعد انتهاء زوجته من عدة الوفاة وزواجها من غيره، و الدخول بها هل هى من حق زوجها الأول (المفقود) أم لا ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين كما يلى :

القول الأول : للحنفية، والمالكية، والإمام الشافعى فى القديم من المذهب، والظاهر من مذهب الظاهرية، و الإمامية [١] : أنه ليس لزوجها الأول (المفقود) سبيل عليها وليست هى من حقه فى هذه الحالة فهى قد فاتت عليه، وهى زوجة للثانى [٢] .

---

(١) ينظر : الفتاوى الهندية ٢/٣٠٠، و المنتقى ٤/٩٣، و شرح الزرقانى ٣/٢٥٧، وما بعدها، وحاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٢/٤٨٠، و روضة الطالبين ٨/٤٠٢، ٤٠٣، و المحلى ١٠/١٤١، ١٤٢، و شرائع الإسلام ٣/٢٨ .

(٢) وهذا عند المالكية : إذا لم يكن زوجها الثانى عالما بعودة زوجها المفقود وإلا فلا تحق له . ينظر : حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٢/٤٨٠، و منح الجليل ٤/٣٢٠ . =

القول الثانى : للإمام الشافعى فى الجديد من المذهب، والحنابلة، والزيدية، والإباضية [1] : أن الزوج المفقود إذا رجع ووجد زوجته قد تزوجت بغيره ودخل بها زوجها الثانى فهو مخير بين أن ترجع إليه زوجته بناء على العقد الأول وبين أن يأخذ صداقها، و تكون زوجة للثانى الذى دخل بها، فإن تمسك بها زوجها الأول (المفقود) فهى زوجته بالعقد الأول، ولكن يجب عليه أن يعتزلها حتى تنقضى عدتها من الثانى، و لا يحتاج زوجها الثانى إلى أن يطلقها [2] لأن نكاحه لها كان باطلا باعتبار الباطن [3] أما إذا اختار الزوج الأول المفقود عدم التمسك بها فإنه فى هذه الحالة يأخذ صداقها [4]، ويقوم الزوج الثانى بدفع

=

وعند الشافعية : توجد عدة طرق مخرجة على القول القديم من المذهب منها :

أن الزوجة تكون للزوج الثانى الذى دخل بها إذا كان حكم الحاكم ينفذ ظاهرا وباطنا وهذا ما قاله أبو إسحاق.

أن الزوجة تكون لزوجها الأول (المفقود) وذلك إذا كان حكم الحاكم ينفذ ظاهرا فقط، وهذا ما قاله الرويانى .

قال أبو إسحاق أيضا : إن عاد المفقود، وقد تزوجت بغيره فإنها لا ترد إليه وأما إذا لم تنكح ترد إليه .

وقيل : لا ترد إليه مطلقا إن عاد زوجها المفقود، سواء دخل بها الثانى أم لا .

ينظر: روضة الطالبين ٤٠٢/٨، وما بعدها .

(١) ينظر : روضة الطالبين ٤٠٢/٨، وما بعدها، و مغنى المحتاج ٣٩٨/٣، و المغنى ١٠٨/٨، والإنصاف ٢٩٢/٩، و البحر الزخار ٣٥/٤، وشرح النيل ٥٣/٧ .

(٢) ينظر : روضة الطالبين ٤٠٢/٨، وما بعدها، و المغنى ١٠٨/٨، و المبدع ١٣٠/٨، وكشاف القناع ٤٢٢/٥، و شرح النيل ٥٤/٧ .

(٣) ولكن قال القاضى من الحنابلة : إن زوجها الثانى فى هذه الحالة يحتاج إلى طلاقها لأن هذا النكاح مختلف فى صحته، فيطلقها الثانى حتى يقطع حكم العقد الثانى كسائر الأنكحة الفاسدة. ينظر : المغنى ١٠٨/٨، و المبدع ١٣٠/٨ .

(٤) ينظر : روضة الطالبين ٤٠٣/٨، و مغنى المحتاج ٣٩٨/٣، و المغنى ١٠٨/٨، وما بعدها، و كشاف القناع ٤٢٢/٥، و المبدع ١٣٠/٨ .

الصداق إليه [١]، ولا يجب عليه أن يعقد عليها مرة ثانية بعد رجوع زوجها المفقود[٢] .

ـ الأدلة ـ

أولا : أدلة أصحاب القول الأول : (الحنفية ومن وافقهم) على أن الزوجة هى من حق زوجها الثانى إذا عاد المفقود استدلوا من الأثر، و القياس، والمعقول كما يلى:

أ ـ دليلهم من الأثر : استدلوا بما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب (ﷺ) أنه قال : (أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل) [٣] .

وجه الدلالة :

دل هذا الأثر على أن زوجة المفقود إن تزوجت ودخل بها زوجها الثانى فإنها لا تحل لزوجها الأول، فالثانى أحق بها لأنه تزوج امرأة غير ذات زوج، لأن زواجه منها صحيح بعد انتهاء الأجل وعدتها [٤] .

---

(١) ولكن اختلف الحنابلة فى هذا الصداق الذى يأخذه الزوج الأول المفقود من زوجها الثانى هل هو نفس الصداق الذى دفعه الزوج الأول إليها أم يأخذه بنفس المهر الذى دفعه الثانى؟، اختلفوا على قولين كما يلى :

القول الأول : أن الزوج الأول يرجع على الثانى بمثل المهر الذى دفعه الأول لزوجته، و هذا القول هو الصحيح من المذهب .

القول الثانى : أن الزوج الأول يرجع على الثانى بمثل المهر الذى دفعه الثانى للزوجة . ينظر : المغنى ١٠٩/٨، و كشاف القناع ٤٢٢/٥، و المبدع ١٣٠/٨، وما بعدها .

(٢) ولكن ذهب الحنابلة فى الصحيح من المذهب : إلى أنه يجب على الزوج الثانى أن يستأنف للزوجة عقدا جديدا، وذلك إذا اختار زوجها الأول تركها فى مقابل أخذ صداقها، فيجب أن يعقد عليها من جديد، لأنه تبين له بطلان عقد زواجه عندما رجع زوجها المفقود وزوجة الإنسان لا تصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها. ينظر : الإنصاف ٢٩٢/٩، و كشاف القناع ٤٢٢/٥، و المبدع ١٣٠/٨، و المغنى ١٠٨/٨، ١٠٩ .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) ينظر : المنتقى للباجى ٩٣/٤، وشرح الزرقانى على الموطأ ٢٥٧/٣ .

ب) دليلهم من القياس : هو قياس زوجة المفقود على الزوجة التى يزوجها أكثر من ولى بجامع تفويتها على الزوج الأول، فإذا كان للمرأة وَلِيَّان وقد زوجها كل واحد من رجل فإنها تفوت على الأول منهما بتلذذ الثانى بها، وذلك إذا كان الثانى غير عالم بأنها فى عصمة زوجها الأول، فكذلك حكم زوجة المفقود فإنها تفوت عليه بمجرد دخول الثانى وتلذذه بها إذا كان غير عالم قبل دخوله بها بحياة زوجها المفقود، فزواجه صحيح، لأنه دخل بامرأة خالية من الزوج والعدة [1].

ج) دليلهم من المعقول: هو أن المفقود إذا رجع بعد الحكم بموته، وقد تزوجت زوجته بغيره ودخل بها، فإنها لا تحق له ؛ لأن التفريق بينهما قد وقع بحكم الحاكم وحكمه يرفع الخلاف، وقد أباح لها الحاكم أن تتزوج بمن شاءت بعد العدة وحكمه ينفذ ظاهرا وباطنا لهذا كان الزوج الثانى أحق بها ولا سبيل لزوجها الأول عليها[2].

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى:(الإمام الشافعي فى الجديد من المذهب ومن وافقه):

على أن الزوج المفقود هو بالخيار بين التمسك بزوجته أو أخذ صداقها استدلوا على ذلك من الأثر، و المعقول كما يلى :

أ) دليلهم من الأثر :

١- بما روى عن سعيد بن المسيب (ﷺ) أن عمر بن الخطاب قال فى زوجة المفقود: (إن جاء زوجها وقد تزوجت خُيِّرَ بين امرأته وبين صداقها، فإن اختار الصداق كان على زوجها الآخر وإن اختار امرأته اعتدت حتى ترجع إلى زوجها الأول وكان لها من زوجها الآخر مهرها بما استحل من فرجها) [3] .

---

(١) ينظر : شرح الزرقانى ٢٥٧/٣، و حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٤٨٠/٢، ومختصر خليل، و شرح الخرشى ١٥١/٤ طبعة : دار الفكر (د.ت).

(٢) ينظر : روضة الطالبين ٤٠٢/٨، وما بعدها .

(٣) أخرجه البيهقى، و عبد الرزاق، و ابن أبى شيبة: السنن الكبرى للبيهقى فى كتاب العِدَد، باب : من قال بتخيير المفقود إذا قدم ... ٤٤٦/٧ ح:(١٥٣٤٨)، ومصنف عبد الرزاق فى باب : التى لا تعلم مهلك زوجها ٨٥/٨ ح:(١٢٣١٧)، و مصنف ابن أبى شيبة ٥٢٢/٣، ٥٢٣، و اللفظ للبيهقى .

٢- وبما روى عن سعيد بن المسيب أيضا : أن عمر وعثمان (رضى الله عنهما) قالا فى امرأة المفقود : (تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرا فإن جاء زوجها الأول خُيِّرَ بين الصداق، و بين امرأته) [١] .

وجه الدلالة :

يستفاد من الأثرين أن المفقود إذا رجع ووجد زوجته تزوجت بغيره ودخل بها الثانى فهو بالخيار بين أن يتمسك بزوجته وبين أن يأخذ صداقها، فإن تمسك بها فلا يقربها بل يعتزلها حتى تنتهى عدتها من زوجها الثانى، و إذا اختار صداقها فإنه يأخذه من زوجها الثانى الذى دخل بها، وهذا الحكم قضى به جمع من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فكان إجماعا منهم على ذلك [٢] . **ب) دليلهم من المعقول :** هو أن الزوج الأول إذا اختار الصداق ولم يتمسك بزوجته فإنه يأخذ الصداق من زوجها الثانى، لأنه هو الذى حال بينه وبين زوجته بعقده عليها ودخوله بها، فوجب أن يرجع عليه بصداقها، لأنه قد أتلف عليه المعوض، فرجع عليه بالعوض، وهو المهر الذى يستحقه [٣].

الرأى الراجح فى المسألة :

بعد بيان أقوال الفقهاء فى هذه المسألة وبيان ما استدلوا به على مذهبهم، فإن الراجح من وجهة نظرى هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول (الحنفية ومن وافقهم) وهو القول : بأن الزوجة أحق بها زوجها الثانى ولا سبيل لزوجها الأول عليها فإنها قد فاتت عليه بعد التفريق بينهما ودخول الثانى بها .

---

(١) أخرجه بلفظه : البيهقى، وعبد الرزاق : السنن الكبرى للبيهقى فى كتاب العدد : باب من قال بتخيير المفقود إذا قدم ٤٤٦/٧ ح:(١٥٣٤٨)، و مصنف عبد الرزاق باب : التى لا تعلم مهلك زوجها ٨٥/٧ ح:(١٢٣١٧)، وبنحوه فى مصنف ابن أبى شيبة ٥٢٢/٣ ح:(١١٤) .

(٢) ينظر : المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة وأيضا : المغنى ١٠٨/٨، و المبدع ١٣٠/٨، و كشاف القناع ٤٢٢/٥ .

(٣) ينظر : المغنى ١٠٨/٨، و المبدع ١٣٠/٨، و كشاف القناع ٤٢٢/٥ .

وذلك لما يلى :

أولا : إن زواج الثانى بها زواج صحيح، لأنه حين تزوجها كانت خالية من الزوج ومن العدة وكان ذلك بحكم الحاكم فى إباحة زواجها بغيره فلم يوجد ما يمنع من الزواج والدخول بها فلها الحق فى ذلك وليس لزوجها الأول المطالبة برجوعها إليه.

ثانيا : إن القول بعدم رجوعها إلى زوجها الأول الذى فقدته لمدة طويلة وتضررت بسببه هذا يتفق مع سماحة الشريعة الإسلامية ورعايتها للعباد فى رفع الضرر وإزالة الحرج عن الناس، لأنه لو عادت إلى زوجها الأول بعد دخول الثانى بها، لوقع الثانى فى الحرج والضرر وقد يفوت عليه حقه فى المهر الذى دفعه إليها، وهذا فيه إساءة إليه فلا يجوز ذلك .

هذا والله أعلم بالصواب .

المبحث الرابع

حكم التفريق بين الزوجين بسبب عدم إنفاق الزوج على زوجته

تمهيد :

من المعلوم أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بجميع أنواعها سواء تعلقت بالمأكل أم المشرب أم الملبس أم المسكن ؛ لأن النفقة حق من حقوق الزوجة التى تجب على الزوج .

لأن النفقة تستحقها الزوجة فى مقابل احتباسها من أجل زوجها، واستمتاعه بها، فإذا ما سلمت نفسها، والتزمت بواجبها نحوه دون أن تُقَصِّرَ فى حق من حقوق زوجها الواجبة عليها فإنه تجب لها النفقة على زوجها [1] .

---

(١) ينظر : محاضرات فى عقد الزواج وآثاره للشيخ: أبى زهرة /٢٩٥، وما بعدها ط : دار الفكر، وفقه الأسرة فى الإسلام للأستاذ الدكتور: نصر فريد واصل ١/٢٦٠، وما بعدها، وفقه الأسرة المسلمة:للشيخ حسن أيوب /٢٨٨، وما بعدها ط : دار التوزيع والنشر الإسلامية(١٤١٩هـ- ١٩٩٩م).

فإذا قام الزوج بالإنفاق عليها على وفق ما شرعه الله -تعالى- فإن الأمر يسير بين الزوجين على طبيعته .

أما إذا قَصَّر الزوج فى الإنفاق عليها مع توافر الأسباب الموجبة للنفقة على زوجته فهو إما أن يقصر فى الإنفاق على زوجته مع قدرته ويساره بالنفقة، وإما يقصر فى ذلك بسبب عسره وعدم قدرته .

ولكن: هل عدم الإنفاق على الزوجة سواء أكان ذلك بسبب امتناع الزوج مع يساره أم بسبب عسره بالنفقة يعتبر سببا لانتهاء العلاقة بين الزوجين بالتفريق بينهما أم لا ؟ وإذا فرق بينهما فما نوع هذه الفرقة المترتبة على عدم الإنفاق على الزوجة ؟

يتضح بيان ذلك فى المطالب الآتية :

المطلب الأول :حكم التفريق بين الزوجين لعدم إنفاق الزوج على زوجته مع قدرته، ويساره بالنفقة

إذا كان الزوج موسرا بالنفقة، ولكنه لم ينفق على زوجته وامتنع عن ذلك دون وجه حق فى عدم إنفاقه عليها، فهل يحق للزوجة أن تطالب بالتفريق بينها وبين زوجها لعدم إنفاقه عليها مع قدرته على النفقة ؟

تحرير محل النزاع فى المسألة :

أولا : محل الاتفاق :

١- لقد اتفق الفقهاء على أن الزوج إذا كان موسرا بالنفقة ولديه مال ظاهر بين يديه ولكنه امتنع من الإنفاق عليها تَعَنُّتا، أو إضرارا بها فإن الزوجة يجوز لها فى هذه الحالة أن تأخذ من مال زوجها الموسر بقدر ما يكفيها هى وأولادها سواء لم ينفق عليها زوجها مطلقا ولم يعطها شيئا أم كان يعطيها جزءً من النفقة هو أقل من كفايتها فيجوز لها أن تأخذ من ماله بقدر ما يجب لها من النفقة، أو بقدر تمامه

سواء كان ذلك بإذن زوجها أم بغير إذنه ولا خيار لها فى طلب التفريق وذلك باتفاق الفقهاء [1] .

والدليل على هذا : هو ما روى عن السيدة عائشة (رضى الله عنها) قالت : (دخلت هند بنت عتبة[2] امرأة أبى سفيان[3] على رسول الله (ﷺ)، فقالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى، ويكفى بَنِىَّ إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل عَلَىَّ فى ذلك جناح؟ فقال رسول الله (ﷺ) خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك) [4] .

وجه الدلالة :

دل هذا الحديث على أن النفقة واجبة على الزوج لزوجته وإذا لم ينفق الزوج على زوجته مع قدرته ويساره بالنفقة جاز للزوجة أن تأخذ من ماله ولا

---

(١) ينظر: فتح القدير ٣٨٩/٤، وما بعدها، و مواهب الجليل ١٩٦/٤، و موسوعة الفقه المالكى ٣٠٦/٥، و روضة الطالبين ٧٢/٩، و مغنى المحتاج ٤٤٢/٣، و المغنى ١٦١/٨، ١٦٤، و كشاف القناع ٤٧٨/٥، وما بعدها، و المحلى ٩١/١٠، وما بعدها، ونيل الأوطار ١٣١/٧ .

(٢) هند بنت عتبة : هى الصحابية الجليلة هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس، أم معاوية امرأة أبى سفيان بن حرب، أمها صفية بنت أمية بن حارثة بن ذكوان . ينظر : الثقات لابن حبان ٤٣٩/٣ ط :دار الفكر – بيروت– الأولى:(١٣٩٥هـ– ١٩٧٥م)، وأسد الغابةلابن الأثير ٢٩٢/٧ وما بعدها تحقيق: محمد إبراهيم البنا وآخرين ط : الشعب(د.ت)، والبداية والنهاية لابن كثير ١٤٤/٧ ط : مكتبة المعارف – بيروت – الثانية(١٣٩٤هـ– ١٩٧٤م) .

(٣) أبو سفيان : هو الصحابى الجليل صَخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف الأموى، والد معاوية، أسلم يوم الفتح، وشهد من الغزوات حنينا والطائف روى عنه ابن عباس وابنه معاوية وغيرهما، قال عنه النبى (ﷺ) يوم فتح مكة من دخل دار أبى سفيان فهو آمن، ولد –رحمه الله– قبل عام الفيل بعشر سنين، وتوفى سنة ٣١هـ، وقيل ٣٢هـ، وقيل غير ذلك . ينظر : مشاهير علماء الأمصار /٣٢، و تهذيب التهذيب ٣٦١/٤ .

(٤) متفق عليه : صحيح البخارى فى كتاب النفقات، باب : إذا لم ينفق الرجل للمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ٢٠٥٢/٥ ح:(٥٠٤٩)، و صحيح مسلم فى كتاب الأقضية، باب : قضية هند ١٣٣٨/٣ ح:(١٧١٤) و اللفظ لمسلم .

يجوز لها أن تطالب بالتفريق لأن النبى (ﷺ) قد رخص لهند بنت عتبة أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها وولدها بغير علم زوجها ولو لم تكن النفقة واجبة لما رخص النبى (ﷺ) لها ذلك ؛ لأن النفقة لا غنى للزوجة عنها، والبدن لا يقوم إلا بها، ولما كانت النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئا فشيئا فإنه تشق المرافعة إلى الحاكم فى كل الأوقات، فلذلك رُخص للزوجة أن تأخذ من مال زوجها بقدر كفايتها هى وأولادها دون حاجة إلى التفريق بينها وبين زوجها [1] . ٢- كما اتفق الفقهاء على أنه إذا لم تتمكن الزوجة من الأخذ من مال زوجها ولم تستطع ذلك لها أن ترفع أمرها إلى الحاكم ويطالب زوجها بالنفقة عليها فإن امتنع عن نفقتها حبسه الحاكم حتى ينفق عليها [2] فإن لم ينفق، وصبر على الحبس فالحاكم يأخذ نفقة الزوجة من مال زوجها ويعطيها لها وإذا كان ماله عروضا أو عقارا جاز للحاكم أن يبيعه ويأخذ منه نفقة الزوجة [3].

ثانيا محل الخلاف بين الفقهاء : أما محل الخلاف بين الفقهاء فهو فى امتناع الزوج الموسر بالنفقة على زوجته، ولكن لم يكن له مال ظاهر تأخذ منه الزوجة ما يكفيها من النفقة، فهل يجوز لها أن تطالب بالتفريق لعدم إنفاقه عليها مع يساره ؟

---

(١) ينظر : إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ٢/٢٧٠ ط : مطبعة السنة المحمدية(د.ت)، و نيل الأوطار ٧/١٣١، وسبل السلام ٢/٢١٩، وما بعدها، والكافى لابن قدامة ٣/٣٦٨، و المغنى ٨/١٦١، و كشاف القناع ٥/٤٧٩ .

(٢) ينظر : المبسوط ٥/١٨٧ :١٨٩، و فتح القدير ٤/٣٩٠، و مواهب الجليل ٤/١٩٦، و حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٢/٥١٨، و مغنى المحتاج ٣/٤٤٢، وما بعدها و المغنى ٨/١٦٤، و السيل الجرار ٢/٤٥١، و البحر الزخار ٤/٢٧٤، و شرح النيل ١٤/٢٠٤ .

(٣) ولكن قال الإمام أبو حنيفة : لا يجوز للحاكم أن يبيع مال الزوج الموسر الذى امتنع عن نفقة زوجته، لأنه لا يباع عليه ماله سواء كان الزوج حاضرا أم غائبا، بل له أن يأمره أن يبيع بنفسه ويقضى منه النفقة بشرط أن يكون ماله الظاهر من الدراهم، أو الدنانير فإن لم يفعل حبسه الحاكم حتى يبيع، لأن البيع عليه حَجْرُ عليه ولا يجوز الحجر على البالغ العاقل . ينظر : المبسوط ٥/١٨٨، ١٨٩، و فتح القدير ٤/٣٩٠.

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين كما يلى :

القول الأول : للحنفية، والشافعية فى الوجه الأصح، والحنابلة [١] فى غير المذهب[٢] : أن الزوج إن كان موسرا بالنفقة، و ليس له مال ظاهر، ولم يثبت إعساره، وامتنع عن نفقة زوجته فلا يجوز التفريق بينه وبين زوجته إن طلبت ذلك .

القول الثانى : للمالكية، والشافعية فى الوجه الصحيح، والحنابلة فى المذهب[٣]، والإباضية[٤]: أن الزوج إذا امتنع عن نفقة زوجته مع قدرته ويساره ولم يكن له مال ظاهر جاز لزوجته طلب التفريق.

ـ الأدلة ـ

أولا : أدلة أصحاب القول الأول : (الحنفية، ومن وافقهم) : على عدم جواز التفريق بين الزوجة و زوجها لعدم إنفاقه عليها مع يساره بالنفقة، استدلوا من المعقول كما يلى :

١ – إن التفريق بين الزوجين لعدم إنفاق الزوج على زوجته هو ثابت بالقياس على التفريق بينهما بسبب العيب، ولكن هذا القياس لا يتحقق إلا فى حالة إعسار الزوج بالنفقة، و الزوج هنا موسر وقادر على النفقة، فلا يتحقق القياس، و لا يثبت للزوجة الحق فى طلب التفريق [٥] .

---

(١) وهذا ما اختار القاضى من الحنابلة . ينظر : المغنى ١٦٤/٨، و الكافى ٣٦٩/٣ .

(٢) ينظر : المبسوط ١٨٧/٥ :١٩٠، وحاشية ابن عابدين ٥٩٠/٣، و فتح القدير ٣٩٠/٤، ٣٩٢، وروضة الطالبين ٧٢/٩، و مغنى المحتاج ٤٤٢/٣، و المغنى ١٦٤/٨، و الكافى ٣٦٩/٣ .

(٣) وهذا ظاهر قول الخرقى واختاره أبو الخطاب . ينظر : المغنى ١٦٤/٨ .

(٤) ينظر : مواهب الجليل ١٩٦/٤، و موسوعة الفقه المالكى ٣٠٦/٥، و روضة الطالبين ٧٢/٩، والوسيط ٢٢٢/٦، و المغنى ١٦٤/٨، و كشاف القناع ٤٧٩/٥، و شرح النيل ٢٠٤/١٤ .

(٥) ينظر: مغنى المحتاج ٤٤٢/٣، وما بعدها، و الكافى لابن قدامة ٣٦٩/٣، و المغنى ١٦٤/٨.

٢- لا يجوز التفريق بين الزوجين بسبب عدم الإنفاق، لأنه عن طريق التحرى والبحث يمكن معرفة ماله، وتنفيذ حكم النفقة فيه، لأن الموسر هو فى مظنة إمكان الأخذ من ماله، فإذا امتنع من الإنفاق فى يوم فربما لا يمتنع فى الغد فلا يجوز التفريق بينهما [١].

يمكن أن يناقش هذا :

بأن هذا لا يصح لأن التفريق بينهما فى حالة قدرة الزوج على النفقة وامتناعه عن نفقة زوجته أولى من التفريق بينهما فى حالة عجزه وعسره بالنفقة، وإذا كان الموسر يحتمل أن ينفق على زوجته فيما بعد فإن الزوج المعسر يحتمل أن يغنيه الله -تعالى- فينفق على زوجته، فاستويا فى الحكم وهو جواز التفريق، لعدم الإنفاق [٢] .

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى : (المالكية ومن وافقهم) على جواز التفريق بين الزوجين لعدم إنفاق الزوج الموسر على زوجته، استدلوا من القياس، و المعقول كما يلى :

أ) **دليلهم من القياس** : هو قياس التفريق بينهما لعدم إنفاق الزوج مع قدرته ويساره على جواز التفريق فى حالة عجزه، وإعساره بجامع إلحاق الضرر بالزوجة فيهما بل التفريق هنا أولى لقدرة الزوج على النفقة من ماله [٣] .

ب) **دليلهم من المعقول** : هو أن امتناع الزوج عن نفقة زوجته مع عدم ظهور ماله بالرغم من قدرته على النفقة، و يساره هو ظلم للزوجة، لأنه امتنع عن حق من حقوقها الواجبة عليه فله أن يطلقها فى هذه الحالة، فإن لم يطلقها وتضررت من ذلك طلق عليه القاضى لرفع الظلم والضرر عن الزوجة [٤] .

---

(١) ينظر : المغنى ١٦٤/٨ .

(٢) ينظر : المراجع السابقة نفس الجزء، و الصفحة وأيضا : كشاف القناع ٤٧٩/٥، و الكافى لابن قدامة ٣٦٩/٣، و شرح منتهى الإرادات ٢٣٧/٣ .

(٣) ينظر : المغنى ١٦٤/٨، والكافى ٣٦٩/٣ .

(٤) ينظر : الوسيط ٢٢٢/٦، و كشاف القناع ٤٧٩/٥، ٤٨٠، و الكافى لابن قدامة ٣٦٩/٣، والمغنى ١٦٤/٨ .

الرأى الراجح فى المسألة :

بعد بيان أقوال الفقهاء فى هذه المسألة وعرض أدلتهم التى استدلوا بها ومناقشة ما أمكننى مناقشته منها، فإن الراجح من وجهة نظرى : هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى (المالكية ومن وافقهم) وهو القول بجواز التفريق بين الزوجة و زوجها الممتنع عن الإنفاق عليها فى حالة قدرته على النفقة ويساره إذا كان ماله غير ظاهر لها ولا تستطيع أن تأخذ منه ما تنفق منه فيحق لها طلب التفريق، وذلك للأسباب الآتية :

أولا : قوة دليلهم الذى استدلوا به وسلامته من المعارضة والمناقشة فضلا عن ضعف أدلة القول الآخر، فهى لا تنهض للاستدلال به .

ثانيا : إن التفريق بينهما فى حالة قدرة الزوج على النفقة مع إمتناعه عن حق الزوجة فى النفقة الواجبة عليه أولى من التفريق بينهما فى حالة عجزه وعسره بالنفقة ولكن جاز لها طلب الفسخ و التفريق فى حالة عجزه عن النفقة فمن باب أولى فى حالة يساره وقدرته لرفع الضرر عن الزوجة .

ثالثا : كما أن فى إلزام الزوجة بأن تتحلى بالصبر لعدم إنفاق زوجها عليها هذا فيه إلحاق للضرر بها، و هذا الضرر يمكن دفعه عنها وإزالته عن طريق التفريق بينها وبين زوجها الممتنع عن الإنفاق عليها لهذا فإن هذا القول يحقق المصلحة للزوجة فى دفع الظلم والضرر عنها فكان أولى من غيره فى العمل به . هذا والله أعلم بالصواب.

المطلب الثانى : حكم التفريق بين الزوجين بسبب إعسار الزوج بالنفقة

اختلف الفقهاء فى جواز التفريق بين الزوجين إذا كان الزوج معسرا بالنفقة وعجز عن نفقة زوجته، وطلبت زوجته التفريق بينهما وذلك على قولين كما يلى:

القول الأول : للحنفية والإمام الشافعى فى القول الظاهر، و الظاهرية و الإمامية فى القول الأشهر، و الإباضية فى المشهور من المذهب[١]، و الهادوية، والقاسمية[٢]، أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين إن كان الزوج معسرا بالنفقة لأن إعساره بالنفقة لا يعتبر سببا للتفريق بينهما، ولكن إذا كانت الزوجة موسرة، فإن القاضى يأمرها بأن تنفق من مالها [٣]، أو تستدين من الغير على أن يكون ذلك دينا فى ذمة زوجها [٤] .

فإن لم تكن الزوجة موسرة وليس لديها مال تنفق منه، ولم تجد من تستدين منه يجب عليها أن تبقى مع زوجها وتصبر معه، لأنه ربما يكون مدينا فلا يفرق بينهما لعجزه عن النفقة بل يرفع الزوج يده عن زوجته حتى تتمكن من تحصيل نفقتها.

وهذا القول هو مذهب الثورى، وغيره من فقهاء التابعين [٥] .

---

(١) ينظر : فتح القدير ٣٨٩/٤، و حاشية ابن عابدين ٥٩٠/٣، و الوسيط ٢٢٢/٦، و مغنى المحتاج ٤٤٢/٣، و المحلى ٩٢/١٠، و شرائع الإسلام ٢٤٤/٢، و شرح النيل ٨/١٤ .

(٢) ينظر : سبل السلام ٢٢٤/٣، و نيل الأوطار ١٣٣/٧ .

(٣) ولكن ذهب الظاهرية : إلى أن الزوج إن كان معسرا وعجز عن نفقة زوجته وكانت الزوجة موسرة وغنية بالمال فهى تنفق عليه وعلى نفسها دون أن ترجع على زوجها بشئ إن أيسر وأصبح قادرا على النفقة. ينظر : المحلى ٩٢/١٠ .

(٤) ولكن ذهب الحنفية : إلى أن الزوج إذا كان معسرا بالنفقة، والمرأة معسرة أيضا، ولا تمتلك شيئا تنفق منه، ولم تجد من يقرضها، وتستدين منه فإنه يجوز استحسانا أن ينصب القاضى نائبا عنه ممن مذهبه التفريق بينهما إذا كان الزوج حاضرا وأبى طلاقها وذلك لدفع الحرج والضرر عن الزوجة ؛ لأن دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة، و غِنَى الزوج أمر غير محقق فكان التفريق فى هذه الحالة ضرورى إن طلبته الزوجة . ينظر : فتح القدير ٣٩٠/٤، و حاشية ابن عابدين ٥٩٠/٣ .

(٥) وذلك كالزهرى، وعطاء، وبن أبى ليلى وابن شبرمة، و ابن يسار، وحماد، وابن أبى سليمان . ينظر : الجامع لأحكام القرآن ١٥٥/٣، و نيل الأوطار ١٣٣/٧، و المغنى ١٦٢/٨ .

القول الثانى : للمالكية، والإمام الشافعى فى القــول الأظهــر، والحنابلــة، والزيديــة، والإمامية فى غير المشهور، و الإباضية فى غير المشهور [١] : أنه يجوز التفريق بين الزوجين بطلب الزوجة إن لم ينفق الزوج على زوجته لعجزه وإعساره إذا لــم تــرض الزوجة بالبقاء معه لما يلحقها من الضرر بسبب عدم حصولها على حقها من النفقة[٢] وهذا القول مروى عن بعض فقهاء الصحابة والتابعين منهم عمر بن الخطاب، و علــى وأبو هريرة، و سعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز وغيرهم [٣] .

ـ الأدلة ـ

أولا : أدلة أصحاب القول الأول : (الحنفية ومن وافقهم) على عدم التفريق بــين الزوج و زوجته لإعساره بالنفقة، استدلوا على ذلك من الكتــاب والســنة والأثــر والمعقول كما يلى :

أ) دليلهم من الكتاب :

١ – قوله تعالى : " وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ " [٤] .

---

(١) ينظر: المنتقى للباجى ١٣١/٤، ١٣٢، و حاشية الدسوقى مــع الشــرح الكبيــر ٥١٨/٢، وموسوعة الفقه المالكى ٣٠٦/٥، و الوسيط ٢٢٢/٦، و مغنى المحتاج ٤٤٢/٣، و المغنى ١٦٢/٨، و الكافى ٣٦٧/٣، و البحر الزخار ٢٧٦/٤، و شرائع الإسلام ٢٤٤/٢، و شرح النيل ٢٠٤/١٤، ٢١٨ .

(٢) ولكن ذهب ابن القيم من الحنابلة : إلى أن جواز التفريق بين الزوجين لعدم إنفاق الــزوج على زوجته ليس هو على إطلاقه، وإنما يجوز التفريق فى حالتين :
الحالة الأولى : إذا كان الزوج موسرا ولديه مال يستطيع الإنفاق منه على زوجته، ولكنــه امتنع عن نفقتها، ولم تستطع الزوجة أن تأخذ من ماله بنفسها، أو عن طريق القاضى .
الحالة الثانية : إذا غرَّ الزوج زوجته عند عقد الزواج بأن أوهمها بأنه موسر بالنفقة ثم تبــين بعد زواجه منها أنه معسر لا مال له، فيجوز لها طلب التفريق . ينظر : زاد المعاد ٥٢١/٥ .

(٣) وذلك كأبى ثور، وربيعة، وإسحاق، والحسن البصرى، ويحيى القطان، وأبى عبيد. ينظر: الجامع لأحكام القرآن ١٥٥/٣، و نيل الأوطار ١٣٣/٧، و سبل السلام ٢٢٤/٣، و المغنى ١٦٢/٨ .

(٤) من الآية رقم (٢٨٠) من سورة البقرة .

وجه الدلالة : دلت هذه الآية الكريمة بعمومها على أن الله -تعالى- قد أمر صاحب الدين أن يمهل المدين الذى عليه الدين إن كان معسرا وهى عامة فى كل دين، وإعسار الزوج لا يخلو من أن يكون سببه وجود الدين فى ذمته فهو عاجز عن ذلك، وخاصة إن كانت زوجته هى صاحبة الدين، فهى بذلك تكون مأمورة بإمهال زوجها المعسر إلى وقت ميسرته ويساره فلا يحق لها طلب التفريق لعجز زوجها عن الإنفاق عليها [1] .

نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الوجه الأول : أن هذه الآية مختلف فى عمومها فى الدين، قيل هى خاصة بربا الدين، وهى نص فى ذلك وأصل فيه وغيره من الديون مقيس عليه، فيحتمل حملها على أحد الوجهين، و الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال [2] .

الوجه الثانى : أن النفقة فى الأصل ليست هى دينا فى ذمة الزوج بل هى واجبة عليه لما يستقبل من العشرة وحبس الزوجة لزوجها وغير ذلك، وهذا إن سلمنا بأن الآية عامة فى كل دين، ومنها دين النفقة، إلا أنه ليس فى الآية ما يمنع من مطالبة الزوجة بالتفريق بينها وبين زوجها لعدم إنفاقه عليها لما يلحقها من الضرر والله -تعالى- يقول : "فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"[3] وليس هناك ضرر أشد من ترك الزوجة من غير نفقة لها [4] .

---

(١) ينظر : سبل السلام ٣/٢٢٤، و المبسوط ٥/١٩٠، وما بعدها، و فتح القدير ٤/٣٩١، و المحلى ١٠/٩٢، وبحوث فى فرق النكاح الدائرة بين الفسخ، والطلاق، وأسبابها لفضيلة أستاذنا الدكتور: المرسى عبد العزيز السماحى /٢٨٦، وما بعدها ط: مطبعة الفجر الجديد- الأولى(١٤٠٦هـ-١٩٨٦م).

(٢) ينظر : الجامع لأحكام القرآن ٣/٣٧٢، و تفسير الطبرى ٣/١٠٩، ١١٢ ط : دار الفكر- بيروت- (١٤٠٥هـ)، وأحكام القرآن لابن العربى ١/٢٣٥.

(٣) من الآية رقم (٢٢٩) من سورة البقرة .

(٤) ينظر : نيل الأوطار ٧/١٣٤، و سبل السلام ٣/٢٢٤، ٢٢٦، و السيل الجرار ٢/٤٥٣ .

٢- وبقوله تعالى : " لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً " (١) .

وجه الدلالة : دلت هذه الآية على أن الزوج فى حالة عسره، وعجزه هو غير مكلف بالنفقة على زوجته، وإذا كان كذلك، وترك الإنفاق على زوجته فلا يكون آثما ولا يكلف فوق طاقته وقدرته إذا لم يجد سببا يمكنه به تحصيل النفقة على زوجته، فلا يجوز التفريق بينه وبين زوجته من أجل إعساره بالنفقة عليها (٢) .

نوقش هذا : أن هذا الاستدلال من الآية على عدم وجوب النفقة على الزوجة إذا كان زوجها معسرا فهو غير مكلف بذلك، استدلال غير صحيح، فلا دلالة فى الآية على ذلك بل إنها تدل على أن النفقة واجبة على الزوج لزوجته على حسب قدرته وطاقته وعلى حسب حالته المادية أو المالية فإن كان الزوج فى حال من الغنى واليسر لزمه أن ينفق على زوجته على حسب غناه وإن كان فقيرا فلا يلزمه من النفقة إلا بقدر ما يستطيع، ولا يكلف فوق طاقته، هذا وإن سلمنا بأن الآية تدل على أن الزوج المعسر غير مكلف بالنفقة على زوجته لإعساره، إلا أنه لا يلزم عنه عدم جواز التفريق بينه وبين زوجته إن طلبت هى ذلك لأن التفريق من أجل دفع الضرر عنها وخلاصها من تحت يده حتى تتمكن من الكسب الذى به قوام البدن والحياة (٣) .

ب) دليلهم من السنة : استدلوا من السنة بما يلى :

استدلوا بما روى عن جابر بن عبد الله (ﷺ) قال : (دخل أبو بكر الصديق (ﷺ) يستأذن على رسول الله (ﷺ) فوجد الناس جلوسا ببابه لم يأذن لأحد منهم،

---

(١) الآية رقم (٧) من سورة الطلاق .

(٢) ينظر : نيل الأوطار ١٣٤/٧، و سبل السلام ٢٢٤/٣، و فتح القدير ٣٩١/٤، و المحلى ٩٢/١٠، ٩٧، وبحوث فى فرق النكاح /٢٨٦.

(٣) ينظر : التفسير الكبير للإمام الرازى ٣٠/٣٧، طبعة : دار الفكر، و نيل الأوطار ١٣٤/٧، و سبل السلام ٢٢٤/٣، وما بعدها، و السيل الجرار ٤٤٨/٢، ٤٥٣، و الأحوال الشخصية للشيخ / محمد أبى زهرة/٣٤٨، و الفقه الإسلامى وأدلته ٧٠٤٤/٩ .

قال : فأذن لأبى بكر، فدخل ثم أقبل عمر (ﷺ) فاستأذن، فأذن له، فوجد النبى (ﷺ) جالسا حوله نساؤه وَاجِمًا [1] ساكتا قال فقال : لأقولن شيئا أُضْحِكُ النبى (ﷺ)، فقال : يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتنى النفقة فقمت إليها فَوَجَأْتُ [2] عنقها، فضحك رسول الله (ﷺ)، وقال : هن حولى كما ترى يسألننى النفقة، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول : تسألن رسول الله (ﷺ) ما ليس عنده، فقلن : والله لا نسأل رسول الله (ﷺ) شيئا أبدا ليس عنده ثم اعتزلهن شهرا أو تسعا وعشرين ... إلخ) [3].

وجه الدلالة : دل هذا الحديث على عدم جواز التفريق بين الزوجة، و زوجها العاجز عن النفقة، أوالمعسر بها ؛ لأن النفقة لا تجب على الزوج المعسر، ولو أنها كانت واجبة عليه ما هَمَّ كل من أبى بكر وعمر (رضى الله عنهما) بضرب ابنتيهما عندما سألا رسول الله (ﷺ) نفقة لم يجدها النبى، و لو كانت النفقة من حق الزوجة فى حالة عجز الزوج وإعساره ما أقرهما رسول الله (ﷺ) على ذلك كما أن صحابة رسول الله (ﷺ) كان فيهم المعسر والموسر، و لم يجز النبى (ﷺ) لأى امرأة من زوجاتهم طلب الفسخ أو التفريق لإعسار زوجها ولم يعلمها بأن الفسخ من حقها [4] .

---

(١) وَاجِمًا: أى ساكتا مهموما حزينا من الوُجُوْم بمعنى : السكوت على غيظ من شدة الحزن حتى يمسك عن الطعام والكلام . ينظر : لسان العرب ٦٣٠/١٢ مادة (وجم)، والفائق ٤٥/٤، والرياض النضرة فى مناقب العشرة لأبى جعفر الطبرى ٣٣٧/١، طبعة : دار الغرب الإسلامى – بيروت (١٩٩٦) الطبعة الأولى – تحقيق، عيسى عبد الله محمد مانع الحميرى.

(٢) وجأت عنقها : أى ضربته وهو يكون باليد أو السكين، ينظر: لسان العرب ١٩٠/١ وما بعدها مادة (وجأ)، والفائق ٨٥/٣ .

(٣) أخرجه الإمام مسلم والإمام أحمد : صحيح مسلم فى كتاب الطلاق، باب : بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية ١١٠٤/٢ ح: (١٤٧٨)، ومسند الإمام أحمد ٣٢٨/٣ ح: (١٤٥٥٥)، واللفظ لمسلم .

(٤) ينظر: نيل الأوطار ١٣٤/٧، و سبل السلام ٢٢٤/٣، وما بعدها، و بحوث فى فرق النكاح / ٢٨٨ .

نوقش هذا الاستدلال : بأنه خارج عن محل النزاع من وجهين كما يلى :

الوجه الأول : بأن هذا الاستدلال لا يصح لأنه خارج عن محل النزاع، لأن موضوع النزاع إنما هو جواز التفريق بين الزوجين، لإعسار الزوج بالنفقة، و الحديث لا يدل على ذلك، وغاية ما يفيده هو عدم جواز مطالبة المعسر بما ليس عنده وأزواج النبى (ﷺ) لم يسألنه الطلاق و مفارقته لإعساره بالنفقة، لأن النبى (ﷺ) خيرهن فاخترن النبى والدار الآخرة فخرج عن محل النزاع [1] .

الوجه الثانى : إن إقرار النبى (ﷺ) لأبى بكر وعمر (رضى الله عنهما) بضرب ابنتيهما إنما كان ذلك عندما علم أنه يحق للآباء تأديب الأبناء إذا فعلوا ما لا ينبغى فعله، وهما قد سألا النبى (ﷺ) زيادة على النفقة المعتادة مع أن أزواج النبى (ﷺ) لم يُعْدَمْنَ النفقة، لأن النبى قد استعاذ من الفقر فكانت النساء فى عصر النبى (ﷺ) وأصحابه الكرام تصبر مع أزواجهن على ضنك العيش والعسرة فالتفريق بسبب الإعسار بالنفقة مرهون بطلب المرأة ولم تطلب، أى واحدة من زوجات النبى (ﷺ) ولا الصحابيات ذلك فخرج عن محل النزاع [2] .

ج) **دليلهم من الأثر** : ١- ما روى عن معمر[3] قال : (سألت الزهرى عن رجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما ؟

---

(١) ينظر : نيل الأوطار ١٣٤/٧، و سبل السلام ٢٢٥/٣، و الفقه الإسلامى وأدلته ٧٠٤٤/٩، وبحوث فى فرق النكاح /٢٨٨، وما بعدها .

(٢) ينظر : المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة.

(٣) مَعْمَر : هو معمر بن راشد، الأزدى، الحدانى- مولاهم- أبو عروة بن أبى عمرو، البصرى من أعلم أهل زمانه باليمن كان -رحمه الله- عالما، ثقة فى الحديث، حافظا فقيها سكن اليمن وشهد جنازة الحسن البصرى، روى عن قتادة والزهرى، وغيرهما، وروى عنه من شيوخه يحيى بن كثير وغيره، وروى عنه شعبة والثورى وغيرهما توفى - رحمه الله- سنة ١٥٢هـ، وقيل ١٥٣هـ، وقيل غير ذلك . ينظر : معرفة الثقات للعجلى ٢٩٠/٢ تحقيق: عبد العليم عبد العظيم البستوى ط : مكتبة الدار بالمدينة المنورة- الأولى(١٤٠٥ه-١٩٨٥م)، وتهذيب التهذيب ٢١٨/١٠، وما بعدها .

قال يستأنى له، ولا يفرق بينهما [١] وتلا قوله- تعالى : " لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً " [٢] .

٢- وبما روى عن ابن جريج[٣] قال : (سألت عطاء عمن لا يجد ما يصلح امرأته من النفقة، قال : ليس لها إلا ما وجد ليس لها أن يطلقها) [٤] .

وجه الدلالة منهما : يستفاد من الأثرين أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين بسبب عجز الزوج وإعساره بالنفقة إذا طلبت الزوجة فراقه لعدم وجوب النفقة للزوجة فى حالة إعسار الزوج بل تصبر معه وتواسيه حتى يغير الله حاله فينفق عليها بقدر استطاعته [٥] .

د) **دليلهم من المعقول** : هو أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين من أجل إعسار الزوج بنفقة زوجته، لأن هذا التفريق فيه إبطال للنكاح، وإبطاله إبطال لحق الزوجة وفى عدم التفريق حقها لا يبطل، بل يكون متأخرا فقط، بأن يجعل دينا فى ذمة الزوج وإذا كان الحال كذلك، كان تأخير حقها أولى من إبطاله وذلك لارتكاب أخف الضررين [٦] .

---

(١) أخرجه بلفظه عبد الرزاق فى المصنف، كتاب الطلاق، باب : الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ٩٥/٧ ح:(١٢٣٥٥)، وذكره بهذا اللفظ ابن حزم فى المحلى ٩٧/١٠ .

(٢) من الآية رقم (٧) من سورة الطلاق .

(٣) ابن جُرَيجْ : هو الإمام عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج، الرومى، الأموى -مولاهم- أبو الوليد، ويقال : أبو خالد، فقيه الحرم، وإمام أهل الحجاز فى عصره، كان -رحمه الله- من أوعية العلم، ثقة، كثير الحديث، توفى سنة ١٥٠هـ، وقيل سنة ١٤٩هـ . ينظر : تذكرة الحفاظ لابن القيسرانى ١٦٩/١، وما بعدها، و سير أعلام النبلاء ٣٢٥/٦، وما بعدها، والأعلام ١٦٠/٤ .

(٤) أخرجه بلفظه عبد الرزاق فى مصنفه فى كتاب الطلاق، باب : الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ٩٥/٧ ح(١٢٣٥٤)، و ذكره ابن حزم فى المحلى ٩٧/١٠ .

(٥) ينظر : المحلى ٩٧/١٠، و زاد المعاد ٥١٦/٥ .

(٦) ينظر : المبسوط ١٩٠/٥، وما بعدها، و فتح القدير ٣٩١/٣، و الأشباه والنظائر للسيوطى/٨٧ .

يمكن أن يناقش هذا: بأن هذا لا يصح ؛ لأن الزوجة تقع فى دائرة الحرج والضيق فهى إن صبرت يوما لا تصبر الآخر، ولا تتحمل عدم النفقة التى بها قوام البدن والحياة، كما أنها لا تجد من يقرضها فى كل الأحوال فلو وجدته يوما لا تجده فى وقت آخر، فلم يكن بقاؤها مع زوجها المعسر أخف ضررا من مفارقته بل مفارقته أخف ضررا عليها إن وجدت ما تكسبه لبقاء حياتها والحفاظ على نفسها، فليس القول بعدم التفريق فيه ارتكاب لأخف الضررين على الزوجة (١) .

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى : على جواز التفريق بين الزوج المعسر و زوجته لعدم الإنفاق عليها، استدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب، والسنة، والأثر، و القياس، والمعقول، وذلك كما يلى:

دليلهم من الكتاب :

١ – قوله تعالى : " الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " (٢).

وجه الدلالة : دلت هذه الآية على أنه يجب على الزوج أن يمسك زوجته بالمعروف، أو يسرحها بالمعروف، وليس من المعروف أن تقيم الزوجة معه دون أن ينفق عليها ويتركها تعانى من الجوع والهلاك، فيجب عليه أن يفارقها بإحسان إن كان حاله كذلك وإلا خرج عن حد المعروف، فيحق لها طلب التفريق، لأنه إذا لم يستطع أن تقيم معه بالمعروف استطاع أن يسرحها بالمعروف عن طريق طلاقها وفراقها لدفع الضرر عنها (٣) .

---

(١) ينظر : الوسيط ٢٢٢/٦، و فتح الوهاب لزكريا الأنصارى ٢٠٧/٢ ط : دار الكتب العلمية – بيروت– الأولى(١٤١٨ه)، و المغنى ١٦٣/٨، و السيل الجرار ٤٥٢/٢ .

(٢) من الآية رقم (٢٢٩) من سورة البقرة .

(٣) ينظر : الجامع لأحكام القرآن ١٥٥/٣، وأحكام القرآن لابن العربى ٢٧٠/١، و مغنى المحتاج ٤٤٢/٣ والمغنى ١٦٣/٨، و الكافى ٢٣٥/٣، و البحر الزخار ٢٧٦/٤، و السيل الجرار ٤٥٢/٢ .

٢- وبقوله- تعالى : " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا " (١) .

وجه الدلالة : دلت هذه الآية على أنه لا يجوز للزوج أن يمسك زوجته بغرض إلحاق الضرر بها وعلى ذلك إذا كان الزوج معسرا بالنفقة وتضررت الزوجة من ذلك وطلبت التفريق جاز لها ذلك من أجل إعساره، لدفع الضرر عنها (٢) .

٣- وبقوله - تعالى- : " أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ " (٣) .

وجه الدلالة : دلت هذه الآية بعمومها على أنه يجب التوسعة على الزوجة حيث نهت عن التضييق على الزوجة والإضرار بها، وجاءت فى معرض الإنفاق على الزوجة وإن جاءت بمناسبة المطلقات فى عدم التضييق عليهن إلا أن إعسار الزوج بالنفقة وعدم إنفاقه على زوجته فيه تضييق عليها فيجب عليه أن يعاشر زوجته بالمعروف وينفق عليها، فإن تعذر عليه ذلك فارقها بإحسان بأن يطلقها (٤) .

نوقش هذا الاستدلال من الآيات من وجهين كما يلى :

الوجه الأول : لا يصح هذا الاستدلال من هذه الآيات على جواز التفريق بين الزوجين لإعسار الزوج بالنفقة ؛ لأنه استدلال من الآيات من جهة العموم وهذه الآيات قد وردت بخصوص الزوجات المطلقات، فهى نزلت فيمن كان يطلق زوجته، وقبل أن تنتهى عدتها كان يراجعها، فلا يستدل بعمومها على جواز التفريق بين الزوجين لعدم إنفاق الزوج على زوجته لعجزه عن النفقة(٥)

---

(١) من الآية رقم (٢٣١) من سورة البقرة

(٢) ينظر : الجامع لأحكام القرآن ١٥٥/٣، و فتح البارى ٥٠١/٩، و سبل السلام ٢٢٤/٣، ونيل الأوطار ١٣٣/٧ وما بعدها، و السيل الجرار ٤٥٢/٢ .

(٣) من الآية رقم (٦) من سورة الطلاق .

(٤) ينظر : نيل الأوطار ١٣٣/٧، و سبل السلام ٢٢٤/٣، والسيل الجرار ٤٥٢/٢، و الأحوال الشخصية للشيخ أبى زهرة /٣٤٨ .

(٥) ينظر : فتح البارى ٥٠١/٩، و نيل الأوطار ١٣٤/٧، و بحوث فى فرق النكاح /٢٩٢ .

أجيب عن هذا الوجه: بأن هذه الآيات وإن كان سببها خاصا وهو بيان حكم من كان يطلق زوجته ثم يراجعها قبل انتهاء عدتها إلا أن هذا لا يقدح فى وجه الاستدلال وهو : جواز التفريق بين الزوجين لعدم النفقة لدفع الضرر عن الزوجة بسبب عجز الزوج عن حقها الواجب فى النفقة، والعبرة بعموم اللفظ وليس بخصوص السبب [١] .

الوجه الثانى من المناقشة : أنه لا يجب على الزوج أن يُسرِّحَ زوجته بإحسان فى حالة عجزه عن النفقة لأنه لو كان الفراق واجبا فى هذه الحالة لما جاز لزوجته أن تبقى معه مع عجزه، و إعساره إن رضيت بذلك [٢] .

أجيب عن هذا الوجه : بأن التفريق بينهما إنما وجب للزوجة لوجوب حقها وهو الإنفاق عليها من قبل الزوج، فإن لم ينفق عليها وجب الفراق ولكن يجوز للزوجة أن تبقى معه مع إعساره وعجزه وذلك إن رضيت بحاله وهذا من قبيل إسقاط حقها فيجوز لها ذلك، ويبقى ما عداه على عموم النهى[٣].

دليلهم من السنة : استدلوا بما روى عن أبى هريرة (ﷺ) أن النبى (ﷺ) قال : (أفضل الصدقة ما ترك غنى، و اليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول، تقول المرأة : إما أن تطعمنى وإما أن تطلقنى، ويقول العبد أطعمنى واستعملنى، ويقول الابن : أطعمنى إلى من تدعنى ؟ قالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله (ﷺ) ؟ قال لا هذا من كيس أبى هريرة)[٤].

---

(١) ينظر : المراجع السابقة نفس الجزء، و الصفحة وأيضا : السيل الجرار ٤٥٢/٢ .

(٢) ينظر : فتح البارى ٥٠١/٩ .

(٣) ينظر : المرجع السابق نفس الجزء والصفحة، و أيضا : سبل السلام ٢٢٥/٣ .

(٤) صحيح البخارى، كتاب النفقات، باب : وجوب النفقة على الأهل والعيال ٢٠٤٨/٥ ح:(٥٠٤٠)، والسن الكبرى للبيهقى فى كتاب النفقات، باب : وجوب نفقة الزوجة ٤٦٦/٧ (دون رقم للحديث) والسنن الكبرى للنسائى فى كتاب الزكاة، باب : الصدقة عن ظهر غنى ٣٣/٢ ح:(٢٣١٣) واللفظ للبخارى .

وجه الدلالة : دل هذا الحديث على أن الزوج إذا لم ينفق على زوجته سواء أكان موسرا يملك المال أم معسرا عاجزا عن النفقة فإنه يحق للزوجة أن تطلب مفارقته؛ لعدم إنفاقه عليها وإذا امتنع الزوج عن ذلك فرق القاضى بينهما [1] .

نوقش هذا : بأن هذا الحديث لا يصح الاحتجاج به على جواز التفريق بين الزوجين لعدم النفقة على الزوجة، لأنه موقوف على أبى هريرة، فهو من قوله، و ليس من قول النبى (ﷺ) لأن أبا هريرة قال : هذا من كيس أبى هريرة عندما سئل عن ذلك، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى : إن هذا الحديث عام لا يخص المعسر من غيره، ولا خلاف فى أن الموسر بالنفقة إذا لم ينفق على زوجته لا يجبر على التفريق وإنما يحبس حتى ينفق عليها، ولم يرد فى الحديث ما يدل على أنه يجبر على طلاقها، و لو سلم بأن هذا الحديث هو من كلام النبى (ﷺ) فإنه يكون فى معنى الإرشاد إلى ما ينبغى وما يجب على الزوج مما يدفع به ضرر الدنيا [2] .

أجيب عن هذا بما يأتى :

١ – إن هذا الحديث هو من قول النبى (ﷺ)، وليس من قول أبى هريرة والذى يؤيد ذلك ما روى عنه مرفوعا إلى النبى (ﷺ) أنه سئل عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال : يفرق بينهما) [3]، فلا يمنع من الاحتجاج به وهذه الأحاديث يقوى بعضها البعض، و لم يكن فيها ما يقدح بضعفها وسقوطها [4] .

---

(١) ينظر : أحكام القرآن لابن العربى ٢٧٠/١، و فتح البارى ٥٠١/٩، و نيل الأوطار ١٣٣/٧، و سبل السلام ٢٢٣/٣ .

(٢) ينظر : نيل الأوطار ١٣٤/٧، و فتح القدير ٣٩١/٣، وما بعدها، و المحلى ٩٤/١٠، وبحوث فى فرق النكاح /٢٩٣، وما بعدها .

(٣) أخرجه البيهقى والدارقطنى : السنن الكبرى للبيهقى فى كتاب النفقات، باب : الرجل لا يجد النفقة ٤٧٠/٧ (دون رقم للحديث)، و سنن الدارقطنى فى كتاب الطلاق، والخلع والإيلاء وغيره، باب : المهر ٢٩٧/٣ ح:(١٩٤)، و اللفظ لهما، و نيل الأوطار ١٣٢/٧ .

(٤) ينظر : نيل الأوطار ١٣٢/٧، ١٣٣، و سبل السلام ٢٢٥/٣، و شرح منتهى الإرادات ٢٣٥/٣، وبحوث فى فرق النكاح /٢٩٤ .

٢- إن قول أبى هريرة (ﷺ) عندما سئل عن هذا الكلام الذى حَدَّثَ به هل هو من كلام النبى أم من كلام نفسه ؟ فقال : (من كيس أبى هريرة) إن إجابته بذلك تَهكُّما بالسائل فمراده من ذلك هو التهكم ولا يصح حمله على الحقيقة لأنه لو صح ذلك لكان ممن يكذب على رسول الله (ﷺ) وهو بعيد عن هذا، ولكن يفسر قوله هذا على أن هذا من حفظ أبى هريرة عن النبى (ﷺ) وإنما عبر عنه بالكيس إشارة إلى ما جاء فى صحيح البخارى وغيره أنه بسط ثوبه أو نِمْرَةً كانت عليه فأملاه النبى (ﷺ) حديثا ثم لفه فلم ينس منه شيئا كأنه يقول : ذلك الثوب صار كيسا فهو يدل على شدة حفظه وفطنته [١] .

٣) دليلهم من الأثر :

١- بما روى عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب (رضى الله عنهما) (كتب إلى أمراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا) [٢] .

وجه الدلالة : دل هذا الأثر على أن الزوج إذا امتنع عن نفقة زوجته وجب عليه أن ينفق عليها أو يطلقها، و زوجته بالخيار إن لم ينفق عليها إما أن ترضى بالحياة معه على هذه الحالة أو تطلب مفارقته [٣] .

نوقش هذا الاستدلال : بأن هذا الأثر ليس فى محل النزاع فلا يصح به الاستدلال هنا، لأن سيدنا عمر (ﷺ) إنما خاطب بذلك الأزواج الذين لم ينفقوا على زوجاتهم مع قدرتهم على النفقة فالحكم مقتصر على الموسرين الذين امتنعوا عن نفقة زوجاتهم، لذلك أرسل إليهم سيدنا عمر برجوعهم إلى أزواجهم أو الإنفاق عليهم

---

(١) ينظر : فتح البارى ٥٠١/٩، وسبل السلام ٢٢٣/٣ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) ينظر : نيل الأوطار ١٣٣/٧، وسبل السلام ٢٢٤/٣، ٢٢٦، و الأم ٩١/٥، والكافى لابن قدامة ٣٦٧/٣ والمغنى ١٦٣/٨ .

لخوف الفتنة على نسائهم ولطول الغيبة، و لم يشمل هذا الحكم المعسر الذى لم يجد النفقة [١] .

يمكن الإجابة عن هذا : بأن هذا الأثر ورد فيه الحكم عَامًّا فهو يشمل الزوج الغنى الموسر بالمال ويشمل غيره ولم يوجد ما يخصصه بالزوج الغنى القادر على نفقة زوجته وغاب عنها لفترة طويلة، فإن الأثر عام، و يحمل على عمومه، والمرأة تتضرر بغيبة زوجها عنها سواء كان ينفق عليها أم لا غنيا كان أم فقيرا والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب [٢] .

٢- واستدلوا أيضا بما روى عن أبى الزِناد[٣] قال : (سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال : يفرق بينهما، قال أبو الزناد : قلت سُنَّة ؟ قال سعيد : سُنة) [٤].

وجه الدلالة : دل هذا الأثر على أن الزوج إذا أعسر بنفقة زوجته جاز أن يفرق بينهما إذا طلبت الزوجة ذلك لرفع الضرر عنها [٥] .

---

(١) ينظر : نيل الأوطار ١٣٤/٧، و المبسوط ١٩١/٥، و المحلى ٩٤/١٠ .

(٢) ينظر : فتح البارى ٥٠١/٩، و نيل الأوطار ١٣٤/٧، و الأم ٩١/٥، و المغنى ١٦٣/٨ .

(٣) أبو الزناد : هو الإمام عبد الله بن ذكوان، أبو عبد الرحمن، أبو الزناد، المدنى فقيه المدينة، وأمير المؤمنين فى الحديث، حدث عن أنس بن مالك وغيره، وحدث عنه : مالك بن أنس والليث بن سعد وغيرهما توفى -رحمه الله- سنة ١٣١هـ وقيل سنة ١٣٩هـ . ينظر : تذكرة الحفاظ لابن القيسرانى ١٣٥/١، ومشاهير علماء الأمصار /١٣٥، والكنى والأسماء لمسلم ٥١٧/١ .

(٤) السنن الكبرى للبيهقى فى كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد النفقة ٤٦٩/٧ (دون رقم للحديث) وسنن الدارقطنى فى كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، باب : المهر ٢٩٧/٣ ح(١٩٢، ١٩٣)، واللفظ للبيهقى، و قال عنه الشوكانى : مرسل قوى . نيل الأوطار ١٣٢/٧، و سبل السلام ٢٢٤/٣ .

(٥) ينظر : نيل الأوطار ١٣٢/٧، وما بعدها، و سبل السلام ٢٢٤/٣، و مغنى المحتاج ٤٤٢/٣، و المغنى ١٦٣/٨

نوقش هذا : بأن هذا من قبيل الفتوى، فهو فتوى من سعيد بن المسيب، وقوله سُنة يحتمل أن يكون سنة عن بعض الفقهاء وليس سُنة عن رسول الله (ﷺ) ولو قاله لكان حديثه مرسلا لا حجة فيه ولا يحتج به [١] .

أجيب عن هذا : بأن ما روى عن سعيد بن المسيب هو مرسل قوى وليس فتوى منه ومراسيل سعيد معمول بها، وهى تنصرف إلى سنة النبى (ﷺ) عند الإطلاق فكان السؤال قرينة على أن المراد بالسنة هى سنة النبى (ﷺ) [٢] .

٤) **دليلهم من القياس** : ١- قياس التفريق لعدم إنفاق الزوج على زوجته لإعساره وعجزه على جواز التفريق بينهما بسبب عجزه عن الوطء بجامع إلحاق الضرر بالزوجة فإن عدم الوطء يترتب عليه عدم الاستمتاع، والعجز عن النفقة يترتب عليه الضرر بالزوجة وقد يؤدى إلى الهلاك، لأن النفقة بها قوام البدن والحياة فضرر ذلك أعظم وإذا كان الوطء يتحقق به المتعة والاستمتاع الجنسى فالنفقة أيضا يتحقق بها ضرورة بقاء النفس وحفظها من الهلاك، لأن الزوجة تستطيع الصبر على عدم الوطء، و لا تستطيع ذلك على هلاكها وجوعها فإن الحياة لا تبقى بغير القوت، وتبقى دون الجماع والوطء [٣] .

نوقش هذا الاستدلال : بأنه قياس مع الفارق فلا يصح، لأن العجز عن النفقة لا يسقط النفقة عن الزوج، و إنما تصير دينا فى ذمته بخلاف العجز عن الوطء فإنه يفوت معه حق الزوجة كما أن الإعسار بالنفقة لا يدوم، و العجز عن الوطء قد يكون متصلا ودائما [٤] .

---

(١) ينظر : المحلى ٩٥/١٠، و سبل السلام ٢٢٤/٣، و بحوث فى فرق النكاح /٢٩٦ .

(٢) ينظر : نيل الأوطار ١٣٢/٧، و سبل السلام ٢٢٤/٣، وما بعدها، و مغنى المحتاج ٤٤٢/٣، و المغنى ١٦٣/٨، و بحوث فى فرق النكاح /٢٩٧ .

(٣) ينظر : الوسيط ٢٢٢/٦، وفتح الوهاب ٢٠٧/٢، و مغنى المحتاج ٤٤٣/٣، و المغنى ١٦٣/٨، وسبل السلام ٢٢٤/٣ .

(٤) ينظر : المبسوط ١٩١/٥، و فتح القدير ٣٩١/٤ .

٢- استدلوا من القياس أيضا، بقياس جواز التفريق لعدم الإنفاق على الزوجة لإعسار الزوج على إجباره ببيع الرقيق أو الحيوان إذا أعسر بالنفقة عليه فإنه من أعسر بالنفقة على رقيقه أو حيوانه أجبر على بيعه فكذلك من أعسر بنفقة زوجته، ولأن هذا نوع ملك تستحق به النفقة فكان للإعسار بالنفقة تأثير فى إزالة الملك كملك اليمين [١] .

نوقش هذا الاستدلال : بأنه قياس مع الفارق لأن الرقيق أو الحيوان يعوض مالكهما عن طريق الثمن إذا باعهما عند عجزه عن الإنفاق عليهما بخلاف التفريق بين الزوجين لعسره بالنفقة بأن الزوج لا يعوض بشئ، كما أن الزوجة يمكنها أن تحصل على نفقتها عن طريق استدانتها من الغير، و يكون ذلك دينا على زوجها أو عن طريق الكسب أو مساعدة أحد أقربائها [٢] .

يمكن الإجابة عن هذا : بأن هذا لا يصح ؛ لأن الضرر منهى عنه شرعا، وإن كان الزوج لا يعوض شيئا عند التفريق بينه وبين زوجته إلا أنه جاز التفريق بينهما لرفع الضرر عن الزوجة لعدم النفقة عليها وهى قد لا تجد من يقرضها أو قد لا يكون لديها أحد من أوليائها أو أقربائها ينفق عليها[٣].

٥) **دليلهم من المعقول** : ١- إن النفقة قد وجبت للزوجة فى مقابل الاستمتاع بها بدليل أن الزوجة الناشز تسقط عنها النفقة، فإذا لم تجب النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار للزوجة [٤].

---

(١) ينظر : فتح البارى ٥٠١/٩، و المنتقى ١٣١/٤، و سبل السلام ٢٢٣/٣، وما بعدها، و الروض المربع للبهوتى ٢٤٥/٣ ط: مكتبة الرياض الحديثة (١٣٩٠هـ)، و السيل الجرار ٤٦١/٢، وما بعدها .

(٢) ينظر : المبسوط ١٩١/٥، وما بعدها، و فتح القدير ٣٩١/٤، وما بعدها .

(٣) ينظر : الوسيط ٢٢٢/٦، و فتح الوهاب ٢٠٧/٢، و المغنى ١٦٣/٨، و السيل الجرار ٤٥٢/٢ .

(٤) ينظر : فتح البارى ٥٠١/٩، و بداية المجتهد ١٠٢/٢، و الأم ٩١/٥، و سبل السلام ٢٢١/٣، ٢٢٤، وما بعدها، و البحر الزخار ٢٧٦/٤ .

٢- إن الزوج إذا عجز عن نفقة زوجته، وتضررت من أجل إعساره وطلبت التفريق جاز لها ذلك، لأنها قد لا تصبر فى الاستمرار معه ويلحقها الضرر الشديد وهذا لا يجوز[١] .

سبب الخلاف ، والرأى الراجح:

أولا : سبب الخلاف فى المسألة :

يرجع سبب الخلاف بين الفقهاء فى هذه المسألة إلى معارضة استصحاب الحال للقياس[٢] فمن قال باستصحاب الحال : قال بعدم جواز التفريق لعجز الزوج عن النفقة ؛ لأن العصمة تثبت بالإجماع ولا تحل عصمة النكاح إلا بإجماع أو بدليل من الكتاب أو السنة ولا يعمل بالقياس، ومن أخذ بالقياس قال بجواز التفريق بين الزوجين لإعساره بالنفقة وذلك قياسا على التفريق بالعنة، فإن الضرر بسبب الإعسار بالنفقة يشبه الضرر المترتب على عدم الوطء والاستمتاع به لهذا اختلف الفقهاء فى هذه المسألة .

ثانيا : الرأى الراجح فى المسألة :

بعد بيان أقوال الفقهاء فى هذه المسألة وعرض أدلتهم التى استدلوا بها، ومناقشة ما أمكننى مناقشته منها والإجابة على ما أمكن منها فإن الرأى الراجح من وجهة نظرى: هو القول الثانى وهو ما ذهب إليه المالكية ومن وافقهم وهو القول بجواز التفريق بين الزوجين إن كان الزوج لا ينفق على زوجته لعجزه وإعساره بالنفقة إن تضررت الزوجة وطلبت التفريق وذلك لما يلى :

أولا : لقوة أدلتهم التى استدلوا بها وسلامتها من المناقشة والمعارضة القوية فضلا عن ضعف أدلة أصحاب القول الآخر .

---

(١) ينظر : المنتقى ١٣١/٤، وما بعدها، و شرح الخرشى، و مختصر خليل ١٩٦/٤، ١٩٨، و حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٥١٨/٢، ٥١٩، وفتح الوهاب ٢٠٧/٢ .

(٢) ينظر : بداية المجتهد ١٠٢/٢ .

ثانيا : إن هذا القول يدفع الضرر عن الزوجة فقد تهلك إن استمرت مع زوجها المعسر وقد لا تصبر على حاله، فيحق لها طلب التفريق لرفع الظلم والضرر عنها لأن النفقة من حقها، وهى لم تقصر فى حقوق زوجها .

ولكن أقول : حفاظا على هذه الرابطة المقدسة يجب على المرأة أن تصبر معه لأن الحياة الزوجية مبنية على التعاون و المشاركة والمواساة بين الزوجين فهذا دليل منها على الوفاء ولكن إن لم تتحمل ذلك، ولحق بها الضرر؛لعدم سعى زوجها إلى تحصيل المال وطلبه رغم قدرته على ذلك، إلا أنه خامل، وعاطل بسبب ركونه وميله إلى الكسل والراحة جاز لها أن تفارق زوجها المعسر . هذا والله أعلم بالصواب .

المطلب الثالث : نوع الفرقة بين الزوجين بسبب عدم الإنفاق على الزوجة

اختلف الفقهاء القائلون بجواز التفريق بين الزوجين لعدم إنفاق الزوج على زوجته فى نوع هذه الفرقة هل هى طلاق أم فسخ ؟ اختلفوا فى ذلك على قولين كما يلى :

القول الأول : للمالكية، و الشافعية فى قول مخرج على الصحيح، والحنابلة فى غير المذهب[1] إلى أن نوع الفرقة بين الزوجين بسبب عدم الإنفاق على الزوجة هى طلاق رجعى وذلك إذا كان هذا التفريق بعد الدخول بالزوجة ولم يكن هذا الطلاق مكملا لطلاق الثلاث . وهذا التفريق بالطلاق متوقف على حكم القاضى فهو الذى يطلق أو يأمر بالطلاق [2]، لرفع الخلاف والنزاع وبذلك يحق للزوج مراجعة

---

(١) ينظر : المنتقى ١٣٢/٤، و مواهب الجليل ٤٤٧/٣، ١٨٩/١٤، و موسوعة الفقه المالكى ٣٠٦/٥، وروضة الطالبين ٧٦/٩، و الإنصاف ٣٨٤/٩ .

(٢) ولكن اختلف الشافعية فيما إذا امتنع الزوج عن النفقة هل يطلق عليه القاضى أم يحبسه ؟ هناك قولان، قيل : يطلق عليه الحاكم وتقع طلقة رجعية، وقيل : لا بل يحبسه القاضى حتى ينفق، أو يطلق، ينظر : روضة الطالبين ٧٦/٩ .

زوجته إذا كانت فى عدتها إذا زال عنها السبب الذى أوجب التفريق بينهما [١]، فإذا أيسر الزوج بالنفقة ولكن كانت بأقل من نفقة مثلها لا تجوز المراجعة[٢] .

وهذا يعنى : أن الزوج إذا وجد فى أثناء العدة نفقة شهر فأكثر كان له الحق فى مراجعة زوجته، وقيل إذا وجد نفقة نصف شهر [٣] .

ولكن هذا يجب تأويله على أن الزوج قادر على دوام النفقة على زوجته بعد ذلك[٤].

---

(١) وذلك بأن يكون قادرا على النفقة، إذا كان التفريق بينهما بسبب عجزه عن النفقة، أو يكون مستعدا للإنفاق على زوجته إذا كان التفريق بسبب إمتناعه عن النفقة مع قدرته، ويساره فإذا كان قادرا على النفقة فينفق عليها بقدر ما يجب لمثلها من النفقة وليس بقدر الضرورة. ينظر : المنتقى ١٣٢/٤، و مواهب الجليل ٢٠٠/٤، و حاشية العدوى وكفاية الطالب ١٣٤/٢ تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعى ط: دار الفكر -بيروت(١٤١٢هـ)، و حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٥١٩/٢، و موسوعة الفقه المالكى ٣٠٦/٥ .

(٢) ولكن اختلف المالكية فى صحة الرجعة إن رضيت الزوجة بأقل ما يجب لمثلها من النفقة الواجبة لها على زوجها الموسر قيل : تصح المراجعة وتجوز إن رضيت الزوجة بذلك، لأن هذا الحق هو لها، وهى بذلك تكون قد تنازلت عن بعض حقها . وقيل:لا تصح المراجعة وهذا هو المعتمد من المذهب، لأن الطلاق الرجعى الذى أوقعه الحاكم إنما هو لأجل الضرر الذى أصاب الزوجة لعجزه عن النفقة، وبذلك لا تجوز له المراجعة إلا إذا زال عنه موجب التفريق وهو إعساره بالنفقة . ينظر : المنتقى ١٣٢/٤، و مواهب الجليل ١٨٩/٤، ٢٠٠، و التفريع لابن الجلاب ٨٠/٢ .
كما اختلف الحنابلة فى صحة الرجعة فى حال إعسار الزوج، قيل تصح مراجعتها مع إعساره، وهو الصحيح من المذهب وقيل : لا تصح إلا أنه لا نفقة للمطلقة رجعيا فى هذه الحالة أثناء عدتها حتى يراجعها زوجها . ينظر : الإنصاف ٣٨٥/٩.

(٣) ولكن ذهب ابن حبيب من المالكية فيما رواه عن مطرف، و ابن الماجشون فى غير المشهور من المذهب: إلى أنه لا نفقة للمطلقة رجعيا فى هذه الحالة أثناء عدتها حتى يراجعها زوجها . ينظر : المنتقى ١٣٢/٤، وشرح الخرشى ١٩٩/٤، و مواهب الجليل ١٨٩/٤، و حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٥١٩/٢ .

(٤) ينظر : المنتقى ١٣١/٤، و حاشية العدوى ١٣٤/٢، و حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٥١٩/٢، والفواكه الدوانى ٦٨/٢ .

وحجتهم فى هـذا : هى أن التفريق بين الزوجين بسبب عدم النفقة هو طلاق رجعى قياسا على التفريق بسبب الإيلاء بجامع إلحاق الضرر بالزوجة المترتب عليهما والتفريق بالإيلاء طلاق رجعى فكذلك التفريق لعدم النفقة [١] .

القول الثانى: للشافعية فى القول الصحيح المنصوص عليه، والحنابلة فى المذهب[٢]: إن التفريق بين الزوجين، لعدم النفقة هو فسخ لعقد النكاح، وليس طلاقا[٣]، وهذا الفسخ يتم بحكم الحاكم، وبذلك لا يجوز للزوجة أن تستقل بفسخ النكاح دون الرجوع إلى الحاكم أو يأذن لها فى ذلك لأن حكمه يرفع الخلاف [٤] .

وحجتهم فى هـذا : هى أن هذا التفريق بين الزوجين لعدم إنفاق الزوج على زوجته هو فسخ لعقد لنكاح وليس طلاقا، لأنه تفريق سببه العجز عن القيام بحق من حقوق الزوجة وهو النفقة ولم يقع هذا التفريق بلسان الزوج ولا بأمره وإنما بحكم من القاضى بطلب الزوجة فهو كالفسخ بسبب عُنَّة الزوج فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة فيه [٥] .

---

(١) ينظر : المنتقى ١٣٢/٤، ومواهب الجليل ١٨٩/٤، و حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٥١٩/٢، وروضة الطالبين ٧٦/٩ .

(٢) ينظر : روضة الطالبين ٧٢/٩، ٧٦، و مغنى المحتاج ٤٤٢/٣، ٤٤٤، و المغنى ١٦٣/٨، ١٦٥، والإنصاف ٣٨٣/٩، وما بعدها، و كشاف القناع ٤٧٦/٥ .

(٣) وبه قال ابن المنذر . ينظر : المغنى ١٦٥/٨ .

(٤) ولكن أجاز الشافعية، والحنابلة فى غير المذهب أن تستقل الزوجة بفسخ النكاح لعدم إنفاق زوجها عليها، وذلك إن عجزت عن رفع أمرها إلى القاضى أو لم تجد قاضيا قريبا منها، أو لغير ذلك من الأسباب فيجوز لها ذلك، ويكون الفسخ نافذا ظاهرا وباطنا عند الشافعية، و نافذا ظاهرا فقط عند الحنابلة . ينظر : روضة الطالبين ٧٦/٩، و مغنى المحتاج ٤٤٤/٣، و الإنصاف ٣٨٤/٩ .

(٥) ينظر : مغنى المحتاج ٤٤٢/٣، و المغنى ١٦٥/٨، و مطالب أولى النهى ٦٤٠/٥، وما بعدها، و شرح منتهى الإرادات ٢٣٧/٣، و كشاف القناع ٤٧٦/٥، ٤٨٠ .

الرأى الراجح فى المسألة :

بعد بيان أقوال الفقهاء فى هذه المسألة وبيان ما استدلوا بـه فـإنى أرى أن التوفيق بين الأقوال المتعارضة أولى من الترجيح عنـد الإمكـان، وتوفيقـا بـين القولين أقول :

التفريق بين الزوجين لعدم إنفاق الزوج على زوجته قد يكـون طلاقـا وقـد يكون فسخا للعقد .

أولا : يكون طلاقا :

فى حالة ما إذا كان الزوج موسرا بالمال ولديه القدرة على النفقـة، ولكنـه بالرغم من غناه ويسره امتنع عن حق من الحقوق الواجبة عليـه لزوجتـه وهـو النفقة لذلك يفرق بينهما ويكون التفريق طلاقا، لأن عقد النكاح تم صـحيحا وإنمـا جاء التفريق بسبب تعنت الزوج وتعسفه بحق زوجته وإلحاق الضرر بها .

وعندما تضررت من ذلك ورفعت أمرها إلى الحاكم فإنه يفرق بينهمـا بـأن يأمره أن يطلقها فإن أَبَىَ وامتنع طلق عليه الحاكم بحكم ولايته فهو الـذى يرفـع الخلاف ويدفع الظلم عن الناس وهذا يتفق مع قول أصحاب القول الأول بأن الفرقة طلاق رجعى .

ثانيا : يكون التفريق فسخا لعقد النكاح :

وذلك إذا كان هذا التفريق بسبب إعسار الزوج وعجزه عن النفقة وذلـك إذا خدع الزوجة وغَرَّها عند عقد الزواج بأن أظهر لها غناه، وأنه قادر على النفقة ثم تبين بعد زواجها أنه معدم لا مال له، فبذلك هذا العقد يكون فاسدا، لأنـه لـم يـتم صحيحا بل دخله الخلل وهو الغش والغرر فيكون التفريق فسخا لعقد النكاح، وهـذا يتفق مع قول أصحاب القول الثانى الذين قالوا بأن التفريق فسخ للعقد بسبب عـدم النفقة . هذا والله أعلم بالصواب .

تم بحمد الله – تعالى– وتوفيقه .

خاتمة ـ نسأل الله تعالى – حسنها .

الحمد لله رب العالمين، حمداً كثيراً ينبغى لجلال وجهه وعظيم سلطانه، فبفضله تتم الصالحات وتكمل الغايات، والصلاة والسلام على من ختم الله به النبوات سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن سار على نهجه إلى يوم الدين .

وبعد أن يسر الله لى الأمر، والطريق فى هذه الرحلة الممتعة التى عشتها مع موضوعات هذا البحث، فإنى أختم بهذه السطور أسجل فيها بعض النتائج، والتوصيات التى توصلت إليها من خلال هذا البحث .

أولا: نتائج البحث: من خلال دراسة أقوال الفقهاء، وأدلتهم على اختلاف مذاهبهم والترجيح بين آرائهم فى مسائل وقضايا هذا البحث توصلت إلى عدة نتائج يمكن إجمالها فيما يلى:

١ – الدين الإسلامى دين حكيم يهدف إلى تهذيب النفس وإصلاحها ويعالج المشكلات التى توجد فى المجتمع ومن بينها المشكلات الأسرية التى تحدث بين الزوجين لذلك: حرص الإسلام كل الحرص على الرابطة الأسرية والعلاقة الزوجية فعالج الإسلام قضية التفريق بين الزوجين علاجا حكيما يثير إعجاب الفقيه والعالم والباحث وكل من له صلة بقضايا الإسلام الاجتماعية التى عالجها الإسلام والتى هى قوام المجتمع وبناؤه .

٢ – لذلك حافظت الشريعة الإسلامية على إبقاء الرابطة الزوجية فعالجت أمر الشقاق بين الزوجين قبل وقوعه وذلك بمعالجة أسبابه والقضاء عليها ؛ لأن الشقاق أمر غير مرغوب فيه فهو يزعزع كيان الأسرة ويعرضها للخطر، فإذا كان هناك شقاق بين الزوجين شرع الإسلام تدخل الحَكَمَيْن للإصلاح بين الزوجين وإذا تعسر الإصلاح واشتد النزاع لجأ الإسلام إلى التفريق بينهما بالطلاق أو الفسخ وهذا عند الضرورة بعد أن نفذ العلاج بالإصلاح واستعصى الداء ولم يفد فيه الدواء، فيتدخل القاضى ويفرق بينهما ؛ لإزالة الضرر عن الزوجين .

٣- اهتم الإسلام اهتماماً كبيراً برفع الضرر، أياً كان مصدره وهذا يتضح من خلال ما قرره الفقهاء من إعطاء الحق لكل واحد من الزوجين فى طلب التفريق إذا وجد أحدهما مصاباً بمرض من الأمراض المانعة للإنجاب، والاستمتاع بالوطء، أو المعدية أو المنفرة ؛ لرفع الضرر عن المتضرر منهما وحتى لا تنتقل وتنتشر العدوى بين النسل أو الذرية، وخصوصا:أمراض هذا العصر والتى هى أشد ضررا من مرض البرص والجذام، كالإيدز، والزهرى، والسيلان، وغيرها من الأمراض التى تعد الحياة الزوجية الأرض الخصبة فى انتشارها بين الأفراد.

٤- كما حرصت الشريعة الإسلامية على بقاء الأسرة وعدم انهيارها من بداية تكوينها إلى نهايتها وذلك عن طريق ما قرره الفقهاء من اشتراط الصحة النفسية والبدنية والسلامة من الأمراض والعيوب بين الزوجين حتى تدوم العلاقة بين الزوجين، ولذلك: لا يتم التفريق بين الزوجين لوجود العيب إلا وفق شرائط مخصوصة يجب تحققها فى هذا العيب، أو المرض .

٥- إن التفريق بهذه العيوب هو حق لكل واحد من الزوجين ولا يقتصر هذا الحق على الزوجة فقط ؛ حتى لا يهضم حق الزوج إن وجد بزوجته أحد هذه العيوب لأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه ؛ وحتى لا نحمله فوق طاقته، فهو يتضرر بالأعباء المادية إن لم يكن له الحق فى طلب التفريق، فهو حق لهما مطلقا سواء كان العيب قديما، أو حادثا بعد العقد .

٦- إن التفريق بين الزوجين بسبب العيوب لا يكون مطلقا على الفوربل هناك أمور يجوز فيها تأجيل التفريق كالعنين إذا لم يحصل منه الوطء لزوجته، ويقاس عليه سائر العيوب القابلة للعلاج والشفاء وذلك قبل الحكم بالمفارقة بينه وبين زوجته فيمهل فى ذلك لمدة سنة لبيان حاله وإعطائه فرصة لاختباره فى هذه المدة اليسيرة التى يتعالج فيها من العيب.

٧- إن التفريق بين الزوجين بسبب العيب لابد فيه من حكم الحاكم ؛ لأنه يحتاج إلى نظر واجتهاد، والقاضى أهل لذلك كما أن حكمه يرفع الخلاف بين الناس

وخاصة فى مثل هذه الأمور الاجتهادية. كما أن ترك مثل هذا الأمر لأفراد الناس يترتب عليه النزاع بين الزوجين وخصوصا أنه أمر اجتهادى، ويفتح الباب على مصراعيه أمام الكثير من الناس، فيلجأوا إلى التفريق بين الزوجين دون معيار لهذا العيب، وضوابطه التى تحكمه، فقد يفرقوا بينهما بعيوب لا يثبت بها الخيار فى طلب التفريق أصلا بين الزوجين بسبب جهالتهم بشروط التفريق، وضوابطه، فكان قضاء القاضى فى مثل هذه الأمور أدعى لرفع النزاع والخلاف بين الأطراف المتخاصمة، كما أنه يغلق الباب أمام العامة من الناس، ويقضى على الفوضى والفساد .

٨- الدين الإسلامى دين السماحة والرحمة تظهر سماحته فى أحكامه؛ لذلك: امتازت الشريعة الإسلامية برفع الحرج والمشقة عن العباد فهى تنهى عن الضرر، والظلم بينهم ولذلك: إذا تضررت الزوجة بسبب غياب زوجها لمدة طويلة تبلغ أربع سنين فأكثر أو كان محبوساً أو مفقوداً ولم يعلم خبره، وتضررت ؛ لعدم الأنس، والألفة، أو الجماع، أم عدم النفقة عليها فى هذه المدة جاز لها أن تطلب التفريق، إن لم تتحمل وتصبر على ذلك .

٩- إن المفقود إذا رجع إلى زوجته قبل انقضاء الأجل المحدد له، أو بعد انقضائه ولكن عاد إليها قبل أن تنتهى من عدتها، فإنها تبقى فى عصمته ولا أثر لضرب الأجل أو تحديده ؛ لأن التفريق لم يقع، وإنما الذى وقع هو بعض مقدماته كَمُضِىِّ الأجل أو بعضه أو مُضِىِّ بعض المدة من عدة الزوجة.

١٠- كما أنه إذا رجع وعاد إلى زوجته حيا بعد انقضاء الأجل المحدد له، وبعد انقضاء عدة زوجته وكانت باقية على حالها لم تتزوج بغيره، فإنها تكون زوجته بنكاحها الأول دون حاجة إلى تجديد عقد النكاح، بالرغم من الحكم بالتفريق بينهما.

١١- ولكن: إذا عاد الزوج المفقود بعد انقضاء الأجل المحدد للحكم بموته وبعد انتهاء زوجته من عدة الوفاة، وكان هذا بعد أن عقد عليها غيره ولم يدخل بها

زوجها الثانى فالزوجة تكون لزوجها الأول (المفقود) إن عاد بعد العقد عليها وقبل الدخول بها، أما إذا دخل بها الثانى ففى هذه الحالة: فإنه ليس لزوجها الأول (المفقود) سبيل عليها وليست هى من حقه فزوجته قد فاتت عليه وهى زوجة للثانى.

١٢- إذا امتنع الزوج عن أداء النفقة الواجبة عليه لزوجته فمن حقها أن تأخذ من ماله إن كان له مال وإن لم تجد رفعت أمرها إلى الحاكم فيجبره على أن ينفق عليها فإن امتنع حبسه، فإن أصر على عدم إنفاقه عليها مع قدرته على النفقة، فرق القاضى بينهما إن طلبت الزوجة ذلك.

١٣- وإذا أعسر الزوج بالنفقة وكانت زوجته موسرة، فعليها أن تنفق من مالها لأن هذا من المعروف، ومن حسن المعاشرة، أما إذا لم يكن لديها مال تنفق منه لها أن تستدين وتنفق ويكون ذلك ديناً فى ذمة زوجها، أما إذا لم تجد من يقرضها وضاق بها الحال ونفذ صبرها ولم تتحمل البقاء مع زوجها المعسر، جاز لها أن تطلب التفريق ولكن صبرها عليه أفضل من التفريق بينهما .

ثانيا: التوصيات :

١- لا بد من توعية جميع أفراد المجتمع وتوجيههم وإرشادهم بكل الوسائل وكافة المجالات نحو خطر هذه الأمراض المعدية، وطرق انتشارها، وكيفية الوقاية منها، وعمل الاحتياطات والتدابير اللازمة لمنع انتقالها والعدوى بها .

٢- يجب على كل من يرغب فى الزواج من الجنسين(الرجل، والمرأة) أن يخضع لعملية شاملة من الفحوصات الطبية اللازمة قبل الزواج ؛للوقاية من هذه الأمراض، وعدم انتقالها وانتشارها، ومنعا من تفكك الأسرة وانهيارها، وحرصا على وجود أجيال قوية سليمة خالية من العيوب والأمراض .

٣- حفاظا على كيان الأسرة، و سلامة الأفراد ينبغى على كل واحد من الزوجين إذا أصيب بمرض من الأمراض المعدية أن يعلم الطرف الآخر؛حتى يتخذ وسائل

الحيطة والحذر والوقاية اللازمة كما يراها أهل الخبرة من الأطباء إن أمكن ذلك، و إلا يفرق بين الزوجين لرفع الضرر عن المتضرر منهما إن طلب ذلك .

٤- كما يطيب لى أن أوصى شباب هذه الأمة وخصوصا الذين يسافرون منهم خارج البلاد سعيا وراء الرزق أو طلبا للعمل وغيره أوصيهم بتقوى الله- عز وجل- فى أنفسهم، وزوجاتهم؛لأنهم ربما يسافرون لفترات طويلة، كما يحدث غالبا فى صعيد مصر وخصوصا فى المجتمعات الريفية، وتطول المدة فتتضرر الزوجة، وقد تضيع عليها بعض الحقوق فضلا عما تعانيه من ألم الوحدة وبعد المسافة والفراق .وبعد، وفى نهاية هذا البحث الذى تم إعداده بحمد الله وكرمه، فإنى أضعه بين يدى قارئه ولا أبرىء نفسى من الزلات والهفوات، ولا أدعى الكمال فيه فالكمال لله وحده، والله أسأل أن يلهمنا رشدنا، وأن يوفقنا لصالح الأقوال و الأعمال إنه المجيب لذلك والقادر عليه، وأتضرع إلى الله – تعالى – بهذا الدعاء القرآنى :

{ رَبَّنَا لاَ تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلاَ تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْراً كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلاَ تُحَمِّلْنَا مَا لاَ طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنتَ مَوْلاَنَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ }(١)

والحمد لله رب العالمين أولاً وآخراً، والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد الأنبياء والمرسلين .

(١) من الآية رقم (٢٨٦) من سورة البقرة .

فهرس المصادر والمراجع

أولا : القرآن الكريم – جل من أنزله .

ثانيا : كتب التفسير وعلومه :

١- أحكام القرآن لابن العربى: أبى بكر محمد بن عبد الله الأندلسى المالكى المعروف بابن العربى ت(٥٤٣هـ) – طبعة : دار الكتب العلمية – بيروت (د.ت) .

٢- تفسير الطبرى : (جامع البيان فى تأويل أى القرآن) لمحمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبرى أبو جعفر ت (٣١٠هـ)– طبعة: دار الفكر– بيروت ١٤٠٥هـ) .

٣- تفسيرالفخر الرازى :المعروف(بالتفسير الكبير) للإمام فخر الدين محمد الرازى ابن العلامة ضياء الدين عمر طبعة: دار الفكر .

٤- تفسير القرطبى (الجامع لأحكام القرآن) : محمد بن أحمد بن أبى بكر الأنصارى القرطبى أبو عبد الله المتوفى سنة ٦٧١هـ – تحقيق : أحمد عبد العليم البردونى – طبعة : دار الشعب بالقاهرة – الطبعة الثانية (١٣٧٢هـ) .

ثالثا : كتب الحديث وشروحه :

٥- الآثار لأبى يوسف : يعقوب بن إبراهيم الأنصارى أبى يوسف ت(١٨٢هـ) – تحقيق : أبى الوفا الأفغانى – طبعة : دار الكتب العلمية – بيروت – (١٣٥٥هـ) .

٦- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد : محمد بن على تقى الدين بن وهب بن مطبع القشيرى بن دقيق العيد ت(٧٠٢هـ) – مطبعة : السنة المحمدية (د.ت) .

٧- التحقيق فى أحاديث الخلاف لابن الجوزى : عبد الرحمن بن على بن محمد الجوزى أبى الفرج ت(٥٩٧هـ) – تحقيق : مسعد عبد الحميد السعدنى – طبعة : دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى (١٤١٥هـ) .

٨- تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير لابن حجر : الحافظ أبى الفضل شهاب الدين أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلانى ت(٨٥٢هـ) - تحقيق : السيد عبد الله هاشم، طبعة ونشر : المدينة المنورة (١٣٨٤هـ-١٩٦٤م) .

٩- زاد المعاد فى هدى خير العباد لابن قيم الجوزية : محمد بن أيوب بن سعد زين الدين الزرعى الدمشقى أبى عبد الله ت(٧٥١هـ) - تحقيق : شعيب الأرناؤوط وعبد القادر الأرناؤوط - طبعة : مؤسسة الرسالة ومكتبة المنار الإسلامية - بيروت - الكويت - الطبعة الرابعة عشر (١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م)

١٠- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للصنعانى : محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الأمير الحسينى الصنعانى ت(١١٨٢هـ-١٧٦٨م) طبعة : دار إحياء التراث العربى - بيروت - (١٣٧٩هـ) .

١١- سنن ابن ماجة : لأبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى ت(٢٧٣هـ) - تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقى - طبعة : دار الفكر - بيروت (د.ت) .

١٢- سنن أبى داود : الإمام سليمان بن الأشعث أبى داود الأزدى السجستانى ت(٢٧٥هـ) تحقيق : محمد محى الدين عبد الحميد - طبعة : دار الفكر (د.ت).

١٣- سنن الترمذى : محمد بن عيسى بن تنورة ت(٢٧٩هـ) تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرين، طبعة : دار إحياء التراث العربى - بيروت (د.ت) .

١٤- سنن الدارقطنى : لعلى بن عمر أبى الحسن الدارقطنى البغدادى ت(٣٨٥هـ) - تحقيق : السيد عبد الله هاشم المدنى - طبعة : دار المعرفة - بيروت (١٣٨٦هـ ١٩٦٦م) .

١٥- السنن الكبرى للبيهقى : أبى بكر أحمد بن الحسين على بن موسى البيهقى ت(٤٥٨هـ) - تحقيق : محمد عبد القادر عطا - طبعة : مكتبة دارالبار بمكة المكرمة (١٤١٤هـ-١٩٩٤م)

١٦- شرح الزرقانى على موطأ الإمام مالك : لمحمد بن عبد الباقى بن يوسف الزرقانى ت(١١٢٢هـ) - طبعة : دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى (١٤١١هـ) .

١٧- صحيح ابن حبان : محمد بن حبان بن أحمد بن حبان أبو حاتم التميمى السجستانى ت(٣٥٤هـ) - تحقيق : شعيب الأرناؤوط - طبعة : مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الثانية (١٤١٤هـ- ١٩٩٣م) .

١٨- صحيح البخارى : محمد بن إسماعيل أبى عبد الله بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبة البخارى المتوفى (٢٥٦هـ) - تحقيق / مصطفى ديب البغا - طبعة : دار ابن كثير واليمامة - بيروت - الطبعة الثالثة (١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م) .

١٩- صحيح مسلم : لمسلم بن الحجاج أبى الحسين، القشيرى، النيسابورى ت(٢٦١هـ) - طبعة : دار إحياء التراث العربى - بيروت (د.ت) - تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقى .

٢٠- عون المعبود فى شرح سنن أبى داود للعظيم أبادى : محمد شمس الحق أبى الطيب العظيم أبادى - طبعة : دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الثانية (١٤١٥هـ) .

٢١- علل ابن أبى حاتم : أبى محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن مهران الرازى ت(٣٢٧هـ) - تحقيق : محب الدين الخطيب - طبعة : دار المعرفة - بيروت - (١٤٠٥هـ) .

٢٢- غريب الحديث لابن سلام : القاسم بن سلام الهروى أبى عبيد ت(٢٢٤هـ) - تحقيق د/محمد عبد المعيد خان - طبعة : دار الكتاب العربى - بيروت - الطبعة الأولى (١٣٩٦هـ) .

٢٣- الفائق فى غريب الحديث للزمخشرى : لمحمود بن عمر الزمخشرى ت(٥٣٨هـ) - تحقيق : على محمد البيجاوى - طبعة : دار المعرفة - بيروت - لبنان (د.ت) .

٢٤- فتح البارى شرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلانى : تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقى ومحب الدين الخطيب - طبعة : دار المعرفة - بيروت (١٣٧٩هـ).

٢٥- المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابورى : أبى عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابورى ت(٤٠٥هـ) - تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا - طبعة : دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى (١٤١١هـ-١٩٩٠م) .

٢٦- مسند أبى يعلى : أحمد بن على بن المثنى أبو يعلى الموصلى التميمى تحقيق:حسين سليم أسد ط:دار المأمون للتراث بدمشق-الأولى(١٤٠٤ه-١٩٨٤م)

٢٧- مسند الإمام أحمد : أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيبانى ت(٢٤١هـ) - طبعة: مؤسسة قرطبة بمصر .

٢٨- مسند الإمام الشافعى : محمد بن إدريس الشافعى ت(٢٠٤هـ) - طبعة : دار الكتب العلمية - بيروت (د.ت) .

٢٩- مصنف ابن أبى شيبة : أبى بكر عبد الله بن محمد بن أبى شيبة الكوفى ت(٢٣٥هـ) - تحقيق : كمال يوسف الحوت - طبعة : مكتبة الرشد بالرياض - الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ..

٣٠- مصنف عبد الرزاق : أبى بكر عبد الرزاق بن همام الصنعانى ت (٢١١هـ) تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمى، طبعة : المكتب الإسلامى - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ .

٣١- المنتقى شرح الموطأ للباجى : أبى الوليد سليمان بن خلف بن سعيد بن أيوب ابن وارث الباجى الأندلسى ت (٤٧٤هـ - ١٠٨١م) طبعة: دار الكتاب الإسلامى.

٣٢- الموطأ للإمام مالك : أبى عبد الله مالك بن أنس الأصبحى ت (١٧٩هـ)، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقى طبعة : دار الحديث بالقاهرة (١٤٢١هـ - ٢٠٠١م) .

٣٣- نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية للزيلعى : جمال الدين أبى محمد عبد الله بن يوسف الزيلعى ت (٧٦٢هـ) . تحقيق محمد يوسف البنورى، طبعة : دار الحديث بالقاهرة ١٣٥٧هـ .

٣٤- النهاية فى غريب الحديث والأثر لابن الأثير الجزرى : لأبى السعادات مجد الدين المبارك بن محمد الجزرى ت (٦٠٦ هـ) تحقيق : طاهر أحمد الزاوى، ومحمود أحمد الطناحى . طبعة : المكتبة العلمية - بيروت (١٣٩٣هـ -١٩٧٩م) .

٣٥- نيل الأوطار للشوكانى : محمد بن على بن محمد الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٠هـ طبعة : دار الجيل - بيروت ١٩٧٣ م .

رابعا: كتب الفقه :

(أ) كتب الفقه الحنفى :

٣٦- البحر الرائق شرح كنز الدقائق : لابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن نجيم ت(٩٧٠هـ)- طبعة: دار المعرفة - بيروت - لبنان- الطبعة الثانية (د.ت).

٣٧- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى : علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الملقب بملك العلماء ت(٥٨٧هـ) طبعة : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - بيروت - الطبعة الثانية (١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م) .

٣٨- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى : طبعة : دار الكتاب الإسلامى .

٣٩- تحفة الفقهاء للسمرقندى : علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندى ت(٥٣٩هـ) طبعة: دار الكتب العلمية- بيروت- الطبعة الأولى (١٤٠٥ هـ).

٤٠- الجوهرة النيرة للحدادى : أبى بكر محمد بن على الحدادى العبادى ت(٨٠٠هـ) طبعة : المطبعة الخيرية (د.ت) .

٤١- حاشية ابن عابدين المسماة (رد المحتار على الدر المختار) لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد بن عابدين ت (١٢٥٢هـ) طبعة : دار الفكر - بيروت - الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ

٤٢- حاشية سعدى جلبى : سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى جلبى وبسعدى أفندى ت (٩٤٥هـ) مطبوع مع فتح القدير شرح الهداية طبعة : دار الفكر - بيروت الطبعة الثانية (د.ت)

٤٣- حاشية الشلبى على تبيين الحقائق : لشهاب الدين أحمد بن يونس الشلبى ت(٩٤٧ هـ) مطبوع بهامش تبيين الحقائق طبعة : دار الكتاب الإسلامى .
٤٤- درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر : طبعة : دار الجيل .
٤٥- العناية شرح الهداية للبابرتى : أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى ت(٧٨٦هـ) مطبوع مع فتح القدير طبعة : دار الفكر ـ بيروت .
٤٦- فتح القدير شرح الهداية لابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبد الواحد الإسكندرى السيواسى المعروف بابن الهمام الحنفى ت (٨٦١هـ) طبعة : دار الفكر- بيروت ـ الطبعة الثانية (د.ت) .
٤٧- الفتاوى الهندية للشيخ نظام : أبى المظفر محى الدين أورنك، وجماعة من علماء الهند طبعة : دار الفكر
٤٨- المبسوط للسرخسى: شمس الأئمة أبى بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخسى ت (٤٥٠هـ). طبعة : دار المعرفة ـ بيروت (١٤٠٦هـ) .
٤٩- مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندى : عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان شيخى زادة المعروف بداماد افندى ت(١٠٧٨هـ) طبعة : دار إحياء التراث العربى بيروت (د.ت)
٥٠- مختصر اختلاف العلماء للطحاوى : أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة أبى جعفر الطحاوى ت(٣٢١) تحقيق د: عبد الله نذير أحمد طبعة : مطبعة : دار البشائر الإسلامية ـ بيروت ـ الطبعة الثانية.

(٢) كتب الفقه المالكى:

٥١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد : أبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى ت (٥٩٥هـ) تحقيق : أبى عبد الرحمن عبد الحكيم بن محمد طبعة : المكتبة التوفيقية (د.ت).
٥٢- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك "المعروف بحاشية الصاوى على الشرح الصغير " : لأحمد بن محمد الخلوتى أبى العباس الصاوى ت (١٢٤١هـ -١٨٢٥م) طبعة : المكتبة التجارية الكبرى، دار الفكر - بيروت (د.ت)

٥٣- تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون : القاضى برهان الدين إبراهيم بن على المعروف (بابن فرحون اليعمرى) ت(٧٩٩هـ) طبعة : دار الكتب العلمية – بيروت .

٥٤- التفريع لابن الجلاب : أبى القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصرى ت (٣٧٨ هـ) تحقيق د: حسين بن سالم الدهمانى طبعة : دار الغرب الإسلامى – بيروت – الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ -١٩٨٧م)

٥٥- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لابن عرفة : محمد بن عرفة الدسوقى شمس الدين ت (١٢٣٠هـ) طبعة : دار الفكر – بيروت (د.ت) .

٥٦- حاشية العدوى على كفاية الطالب : على بن أحمد بن مكرم الله الصعيدى العدوى ت (١١٨٩هـ) تحقيق : يوسف الشيخ محمد البقاعى طبعة : دار الفكر – بيروت ١٤١٢هـ .

٥٧- شرح الخرشى على مختصر خليل: لأبى عبد الله محمد بن عبد الله الخرشى ت (١١٠١هـ) طبعة : دار الفكر (د.ت) .

٥٨- الشرح الصغير للدرديرعلى مختصره " أقرب المسالك لمذهب مالك " لأبى البركات أحمد بن أحمد بن أبى حامد العدوى : ت (١٢٠١هـ) مطبوع مع حاشية الصاوى .

٥٩- الشرح الكبير للدردير : مطبوع مع حاشية الدسوقى، طبعة : دار الفكر : بيروت (د.ت)

٦٠- شرح منح الجليل على مختصر خليل: أبى عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المعروف بالشيخ عليش ت (١٢٩٩هـ) طبعة : دار الفكر – بيروت (١٤٠٩هـ -١٩٨٩م) .

٦١- الفواكه الدوانى على رسالة ابن أبى زيد القيروانى للنفراوى : أحمد بن غنيم بن سالم ابن مهنا النفراوى ت (١١٢٥هـ) طبعة : دار الفكر – بيروت (١٤١٥هـ).

٦٢- كفاية الطالب الربانى : لأبى الحسن المالكى، مطبوع مع حاشية العدوى الصعيدى، طبعة : دار الفكر (١٤١٢هـ) .

٦٣- مختصر خليل : خليل بن اسحاق بن موسى المالكى، مطبوع مع شرح الخرشى، ومنح الجليل .

٦٤- مواهب الجليل للحطاب : أبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربى -المعروف -بالحطاب الرعينى ت (٩٥٤هـ) طبعة : دار الرشاد الحديثة - الدار البيضاء - الطبعة الثالثة (١٤١٢هـ -١٩٩٢م) .

٦٥- موسوعة الفقه المالكى : لخالد عبد الرحمن العك- طبعة : دار الحكمة - دمشق - سورية - الطبعة الأولى (١٤١٣هـ -١٩٩٣م).

(٣) **كتب الفقه الشافعى** :

٦٦- أسنى المطالب شرح روض الطالب للأنصارى : أبى يحيى بن زكريا الأنصارى، ت(٩٢٦هـ)، طبعة : دار الكتاب الإسلامى .

٦٧- حاشية الجمل على منهج الطلاب : " فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب " لسليمان بن عمر ابن منصور العجيلى الأزهرى ت (١٢٠٤هـ) طبعة: دار الفكر .

٦٨- الحاوى الكبير فى فقه الإمام الشافعى للماوردى : أبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى، ت(٤٥٠هـ) تحقيق الشيخ : على محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود طبعة : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م) .

٦٩- روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووى : أبى زكريا محى الدين بن شرف النووى، ت(٦٧٦هـ) طبعة : المكتب الإسلامى - بيروت - الطبعة الثانية (١٤٠٥هـ) .

٧٠- روض الطالب لابن المقرى : شرف الدين إسماعيل بن المقرى اليمنى، مطبوع مع أسنى المطالب لأبى يحيى زكريا الأنصارى .

٧١- السراج الوهاج على متن المنهاج للغمراوى : محمد الزهرى الغمراوى طبعة : دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ لبنان (١٤٢١ هـ ــ ٢٠٠١م)

٧٢- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصارى أبى يحيى النووى ت (٩٢٦هـ) طبعة : دار الكتب العلمية – بيروت –الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.

٧٣- مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشربينى الخطيب : شمس الدين محمد بن أحمد الشربينى الخطيب ت(٩٧٧هـ) طبعة: دار الفكر- بيروت(د.ت)

٧٤- منهاج الطالبين على مختصر المحرر لأبى زكريا محى الدين النووى – مطبوع مع تحفة المحتاج و نهاية المحتاج .

٧٥- المهذب فى فقه الإمام الشافعى للشيرازى: إبراهيم بن على بن يوسف الفيروزآبادى الشيرازى ت (٤٧٦هـ) – طبعة : دار الفكر (١٤١٤هـ-١٩٩٤م)

٧٦- الوسيط فى المذهب للغزالى : محمد بن محمد حجة الإسلام أبى حامد الغزالى ت (٥٠٥هـ). . تحقيق : أحمد محمد إبراهيم، ومحمد محمد تامر- طبعة : دار السلام بالقاهرة، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ) .

٧٧- النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب لابن بطال : محمد بن أحمد بن بطال الركبى مطبوع بهامش المهذب للشيرازى طبعة : دار الفكر .

٧٨- نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج للرملى : شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى – الشهير بالشافعى الصغير – ت(١٠٠٤هـ). طبعة: دار الفكر- بيروت- الطبعة الأخيرة (١٤٠٤هـ-١٩٨٤م) .

(٤)- كتب الحنابلة :

٧٩- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيميه للبعلى : علاء الدين أبى الحسن على بن محمد بن عباس البعلى ت(٨٠٣هـ) طبعة : دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى (١٤١٦هـ-١٩٩٥م) .

٨٠- الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى : علاء الدين أبى الحسن بن سليمان المرداوى ت(٨٨٥هـ) . طبعة : دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى (١٤١٨هـ-١٩٩٧م) .

٨١- الروض المربع بشرح زاد المستقنع للبهوتى : منصور بن يوسف بن إدريس البهوتى ت (١٠٥١هـ). طبعة : مكتبة الرياض الحديثة بالرياض ١٣٩٠هـ .

٨٢- شرح منتهى الإرادات للبهوتى : المسمى " بدقائق أولى النهى لشرح المنتهى " طبعة : عالم الكتب – بيروت – الطبعة الثانية (١٤١٦هـ-١٩٩٦م) .

٨٣- الفتاوى الكبرى لابن تيميه : أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام أبى العباس بن تيمية ت(٧٢٨هـ) طبعة : دار الكتب العلمية .

٨٤- الكافى فى فقه الإمام أحمد لابن قدامة : لأبى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة موفق الدين المقدسى ت(٦٢٠هـ)، تحقيق : زهير الشاويش طبعة : المكتب الإسلامى – بيروت الطبعة الخامسة (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م).

٨٥- كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتى : تحقيق : هلال مصيلحى مصطفى هلال، طبعة : دار الفكر – بيروت (١٤٠٢هـ) .

٨٦- المبدع شرح المقنع لابن مفلح : إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلى ت(٨٨٤هـ) طبعة : المكتب الإسلامى – بيروت(١٤٠٠هـ).

٨٧- المغنى على مختصر الخرقى : لابن قدامه المقدسى أبى محمد، طبعة : دار الفكر – بيروت – الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ .

٨٨- مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى للرحيبانى : مصطفى بن سعد بن عبدة السيوطى الشهير بالرحيبانى ت(١٢٤٣هـ)، طبعة : المكتب الإسلامى (د.ت) .

(٥)- **كتب الظاهرية** : .....

٨٩- المحلى بالآثار لابن حزم : أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهرى ت(٤٥٦هـ) طبعة : دار الآفاق الجديدة – بيروت (د.ت) .

(٦) ـ كتب الزيدية :

٩٠- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لابن المرتضى: المهدى لدين الله أحمد بن يحيى المرتضى ت(٨٤٠هـ) طبعة : دار الكتاب الإسلامى – بالقاهرة .

٩١- التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسى : أحمد بن قاسم العنسى اليمانى الصنعانى، طبعة : مكتبة اليمن الكبرى .

٩٢- جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار للصعدى: محمد بن يحيى بهران الصعدى ت(٩٥٧هـ)، مطبوع مع البحر الزخار لابن المرتضى

٩٣- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى : تحقيق : محمد إبراهيم زايد، طبعة : دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ)

(٧)ـ كتب الإمامية :

٩٤- شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام للحلى : أبى القاسم نجم الدين جعفر ابن الحسن المحقق الحلى بن يحيى الهزلى ت (٦٧٦هـ)، طبعة : مؤسسة مطبوعاتى إسماعيليان .

٩٥- المختصر النافع فى فقه الإمامية للمحقق الحلى : طبعة : مطبعة وزارة الأوقاف، الطبعة الثانية : (١٣٧٧هـ-١٩٥٨م) .

(٨)ـ كتب الإباضية :

٩٦- شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش : محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش ت(١٣٣٢هـ) طبعة : مكتبة الإرشاد بجدة الطبعة الثالثة (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م).

٩٧- كتاب النيل وشفاء العليل للثمينى : ضياء الدين عبد العزيز الثمينى ت(١٢٢٣هـ)، مطبوع مع شرح النيل .

خامسا: كتب قواعد الفقه:

٩٨- الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع الشافعية للسيوطى : جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر بن محمد السيوطى، ت (٩١١هـ -١٥٠٥م) طبعة : دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ .

٩٩- القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه للدكتور: محمد بكر إسماعيل طبعة: دار المنار، و مكتبة فياض بالمنصورة الأولى: (١٤١٧هـ - ١٩٩٧م).

١٠٠- القواعد فى الفقه الإسلامى لابن رجب الحنبلى: أبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى ت(٧٩٥هـ): طبعة : دار الكتب العلمية

١٠١- المنثور فى القواعد الفقهية للزركشى : بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشى ت(٧٩٤هـ-١٣٩٢م) تحقيق : د/ تيسير فائق أحمد محمود، طبعة: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، الطبعة الثانية (١٤٠٥هـ) .

سادسا: كتب اللغة والمعاجم والمصطلحات :

١٠٢-تاج العروس فى جواهر القاموس لمحمد مرتضى الزبيدى طبعة، ومنشورات : دار مكتبة الحياة .

١٠٣-طلبة الطلبة لأبى حفص النسفى : طبعة: المطبعة العامرة، ومكتبة المثنى ببغداد

١٠٤- العين للخليل بن أحمد : أبى عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدى ت (١٧٥هـ) تحقيق: د:مهدى المخزومى، و د:إبراهيم السامرائى طبعة : دارمكتبة الهلال

١٠٥- القاموس المحيط للفيروزآبادى : مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادى ت(٨١٧هـ)، طبعة : دار الفكر - بيروت (١٤١٥هـ-١٩٩٥م) .

١٠٦-لسان العرب لابن منظور : محمد بن مكرم بن منظور الأفريقى المصرى ت (٧١١هـ)، طبعة : دار صادر - بيروت - الطبعة الأولى (د.ت) .

١٠٧- مختار الصحاح للرازى : محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى ت (٦٦٦هـ)، تحقيق : محمود خاطر - طبعة : مكتبة لبنان - ناشرون - بيروت (١٤١٥ هـ) .

١٠٨- المصباح المنير للفيومى : أحمد بن محمد بن على الفيومى الحموى أبى العباس ت (٧٧٠هـ) طبعة : المكتبة العلمية - بيروت .

١٠٩- المغرب فى ترتيب المعرب للمطرزى : أبى الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن على بن المطرز ت(٦١٠هـ) تحقيق : محمود فاخورى، وعبد الحميد مختار - طبعة : مكتبة أسامة بن زيد - حلب - الطبعة الأولى (١٩٧٩م) .

سابعا : كتب التاريخ، والسير، والتراجم:

١١٠- الاستيعاب فى معرفة الأصحاب لابن عبد البر: أبى عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن حسن بن عبد البر القرطبى ت(٤٦٣هـ) - تحقيق : محمد على البيجاوى - طبعة : دار الجيل - بيروت - الطبعة الأولى (١٤١٢ هـ - ١٩٩٢م) .

١١١- أسد الغابة فى معرفة الصحابة لابن الأثير الجزرى - تحقيق : محمد إبراهيم البنا وآخرين - طبعة : الشعب (د.ت) .

١١٢- الإصابة فى تمييز الصحابة لابن حجر العسقلانى - تحقيق : على محمد البيجاوى - طبعة : دار الجيل - بيروت - الطبعة الأولى (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م).

١١٣- الأعلام لأشهر الرجال والنساء من العرب المستعربين والمستشرقين لخير الدين الزركلى: ت(١٣٩٦هـ) - طبعة : دار العلم للملايين - بيروت - لبنان - الطبعة الخامسة (١٩٨٠م) .

١١٤- البداية والنهاية لابن كثير الدمشقى : الحافظ عماد الدين أبى الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشى الدمشقى المتوفى سنة ٧٧٤هـ طبعة : مكتبة المعارف - بيروت - الطبعة الثانية (١٣٩٤هـ-١٩٧٤م) .

١١٥- تاريخ بغداد للخطيب البغدادى : أحمد بن على أبى بكر الخطيب البغدادى، ت(٤٦٣هـ) - طبعة : دار الكتب العلمية - بيروت (د.ت) .

١١٦- التاريخ الكبير للبخارى - تحقيق : السيد هاشم الندوى - طبعة : دار الفكر - بيروت (د.ت) .

١١٧- تذكرة الحفاظ لابن القيسرانى : محمد بن طاهر القيسرانى ت(٥٠٧هـ) - تحقيق : حمدى عبد المجيد إسماعيل السلفى - طبعة : دار الصميعى - الرياض - الطبعة الأولى (١٤١٥هـ) .

١١٨- تهذيب الأسماء للنووى : طبعة : دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى (١٩٩٦م) .

١١٩- تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلانى: طبعة : دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى (١٤٠٤هـ-١٩٨٤م) .

١٢٠- الثقات لابن حبان التميمى : تحقيق : السيد شرف الدين أحمد - طبعة : دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى (١٣٩٥هـ-١٩٧٥م) .

١٢١- الجرح والتعديل لابن أبى حاتم الرازى : عبد الرحيم بن أبى حاتم محمد بن إدريس الرازى ت(٣٢٧هـ) - طبعة : دار إحياء التراث العربى - بيروت - الطبعة الأولى (١٢٧١هـ-١٩٥٢م) .

١٢٢- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء لأبى نعيم الأصبهانى ت(٤٣٠هـ) - طبعة : دار الكتاب العربى - بيروت - الطبعة الرابعة (١٤٠٥هـ) .

١٢٣- الرياض النضرة فى مناقب العشرة لأبى جعفر الطبرى : تحقيق : عيسى عبد الله نافع الحميرى، طبعة : دار الغرب الإسلامى - بيروت - الطبعة الأولى (١٩٩٦م) .

١٢٤- سير أعلام النبلاء للحافظ الذهبى: محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز أبى عبد الله، الذهبى ت(٧٤٨هـ) تحقيق : شعيب الأرناؤط، ومحمد نعيم العرقسوسى - طبعة : مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة التاسعة (١٤١٣هـ).

١٢٥-شذرات الذهب فى أخبار من ذهب لابن العماد الحنبلى : أبى الفلاح عبد الحى الحنبلى ت(١٠٨٩هـ) - طبعة : دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى (١٣٩٩هـ-١٩٧٩م) .

١٢٦-طبقات الحفاظ للحافظ جلال الدين السيوطى - طبعة : دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى (١٤٠٣هـ) .

١٢٧- الطبقات السنية فى تراجم الحنفية للتميمى : تقى الدين بن عبد القادر الدارى، الغزى ت(١٠٠٥هـ) - تحقيق د/عبد الفتاح محمد الحلو، طبعة : دار الرفاعى بالرياض - الطبعة الأولى (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م) .

١٢٨-طبقات الفقهاء للشيرازى : تحقيق : خليل الميس - طبعة : دار القلم - بيروت (د.ت).

١٢٩- الطبقات الكبرى لابن سعد : محمد بن سعد بن منيع أبى عبد الله، البصرى، الذهبى ت(٢٣٠هـ) طبعة : دار صادر - بيروت - (د.ت) .

١٣٠- الفوائد البهية فى تراجم الحنفية للكنوى : أبى الحسنات محمد عبد الحى ت(١٣٠٤هـ) - تصحيح وتعليق : أبى فراس النعسانى - طبعة : دار المعرفة - بيروت - (د.ت) .

١٣١-كشف الظنون عن أسامى الكتب والفنون لحاجى خليفة : مصطفى عبد الله القسطنطينى الرومى ت(١٠٦٧هـ) - طبعة : دار العلوم الحديثة - بيروت - (د.ت)

١٣٢- الكنى والأسماء لمسلم بن الحجاج القشيرى - تحقيق : عبد الرحيم محمد أحمد القشيرى - طبعة : الجامعة الإسلامية - المدينة المنورة - الطبعة الأولى (١٤٠٤هـ) .

١٣٣-لسان الميزان لابن حجر العسقلانى - تحقيق : دائرة المعارف النظامية بالهند - طبعة : مؤسسة الأعلمى للمطبوعات - بيروت - الطبعة الثالثة (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) .

١٣٤- اللباب فى تهذيب الأنساب لابن الأثير الجزرى - طبعة : دار صادر - بيروت (١٤٠٠هـ-١٩٠٨م) .

١٣٥- مشاهير علماء الأمصار لابن حبان التميمى : تحقيق : فلايشهمر - طبعة : دار الكتب العلمية - بيروت (١٩٥٩م) .

١٣٦- معجم الصحابة لابن قانع : أبى الحسين عبد الباقى بن قانع ت(٣٥١هـ) - تحقيق : صلاح بن سالم المصراتى - طبعة : مكتبة الغرباء الأثرية - المدينة المنورة - الطبعة الأولى (١٤١٨هـ) .

ثامنا : الكتب المتنوعة(العامة والحديثة):

١٣٧- الإجماع لابن المنذر : أبى بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابورى ت(٣١٩هـ) تحقيق الشيخ: طه عبد الرؤف سعد طبعة : مكتبة الصفا بالقاهرة (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م) .

١٣٨- أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون للمرحوم الإمام الشيخ أحمد إبراهيم بك، والمستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، طبعة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .

١٣٩- أحكام الأسرة فى الإسلام للدكتور: محمد سلام مدكور، الطبعة الأولى، ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م، دار النهضة العربية .

١٤٠- أحكام الأسرة فى الإسلام : لمحمد مصطفى شلبى طبعة : دار النهضة العربية - بيروت - الطبعة الثانية (١٣٩٧هـ-١٩٧٧م) .

١٤١- الأحوال الشخصية تعليق على نصوص قانون الأحوال الشخصية رقم(٢٥) بعد تعديلها بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ : للمستشار/ أحمد نصر الجندى، طبعة : مكتبة القاهرة الحديثة للطباعة .

١٤٢- الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبى زهرة طبعة : دار الفكر العربى، الطبعة الثانية.

١٤٣- الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية لمحمد محى الدين عبد الحميد، الطبعة الثالثة، ١٣٨٦هـ- ١٩٦٦م، مطبعة السعادة، مكتبة محمد على صبيح .

١٤٤- بحوث فى فرق النكاح الدائرة بين الفسخ والطلاق وأسبابها للأستاذ الدكتور:المرسى عبد العزيز السماحى – طبعة : مطبعة الفجر الجديد – الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م).

١٤٥- جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلى : أبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى ت(٧٩٥هـ) طبعة :مصطفى الحلبى بمصر.

١٤٦-سلطة القاضى فى التفريق بين الزوجين بالأمور التى تمنع الاستمتاع للأستاذ الدكتور: محمد رأفت عثمان طبعة دار الكتاب الجامعى، دار الأنصار، دار الطباعة المحمدية(١٤٠١هـ، ١٩٨١م).

١٤٧-الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة للأستاذ الشيخ محمد حسين الذهبى، الطبعة الثانية، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، دار الكتب الحديثة .

١٤٨-الفرقة بين الزوجين للأستاذ: على حسب الله طبعة : دار الفكر، الطبعة الأولى.

١٤٩-فقه الأسرة المسلمة للشيخ حسن أيوب – طبعة: دار التوزيع والنشر الإسلامية (١٤١٩هـ- ١٩٩٩م) .

١٥٠-فقه الأسرة في الإسلام للأستاذ الدكتور: نصر فريد محمد واصل – طبعة : المكتبة التوفيقية بالقاهرة – الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م).

١٥١-الفقه الإسلامى وأدلته : للأستاذ الدكتور: محمد وهبه الزحيلى : طبعة : دار الفكر المعاصر – دمشق – سوريا – الطبعة الرابعة ١٤١٨هـ .

١٥٢-محاضرات فى عقد الزواج وآثاره للشيخ: محمد أبى زهرة طبعة : دار الفكر.

١٥٣-المدخل للفقه الإسلامى للدكتور: محمد سلام مدكور طبعة: دار النهضة العربية .

١٥٤-مقارنة المذاهب فى الفقه الإسلامى للمرحوم الشيخ: محمود شلتوت، والمرحوم الشيخ: محمد السايس طبعة: مطبعة محمد على صبيح(١٣٧٣هـ - ١٩٥٣م).

١٥٥- موسوعة الأحوال الشخصية المعدلة بالقوانين (١٠٠) لسنة ١٩٨٥م، و(٣٣) لسنة ١٩٩٢م : للمستشار : معوض عبد التواب، رئيس محكمة الاستئناف – طبعة وتوزيع : منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة السادسة (١٩٩٥م) .

١٥٦- الموسوعة الفقهية الكويتية لمجموعة من العلماء : إصدار وزارة الأوقاف الكويتية طبعة : وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت .