بسم الله الرحمن الرحيم

الجامعة الإسلامية إسلام آباد

كلية الشريعة

International Islamic Univ. المكتبة العامة الإسلامية العالمية إسلام آباد LIBRARY Islamabad

DATA ENTERED

حق الزوجة في طلب الفرقة

في

الشريعة والقانون

T-289

الإشراف ..... الأستاذ الدكتور عبد اللطيف عامر

الإعداد ..... محمد شريف

النسخ الجديدة

١٤٠٤ هـ
١٩٨٤ م

DATA ENTERED

Accession No. T-289

LL.M

٢٩٧٫١٤

شرح

١- اسلام - فقه

٢- عنوان

DATA ENTERED

09/01/14

بسم الله الرحمن الرحيم

الجامعة الإسلامية إسلام آباد

كلية الشريعة

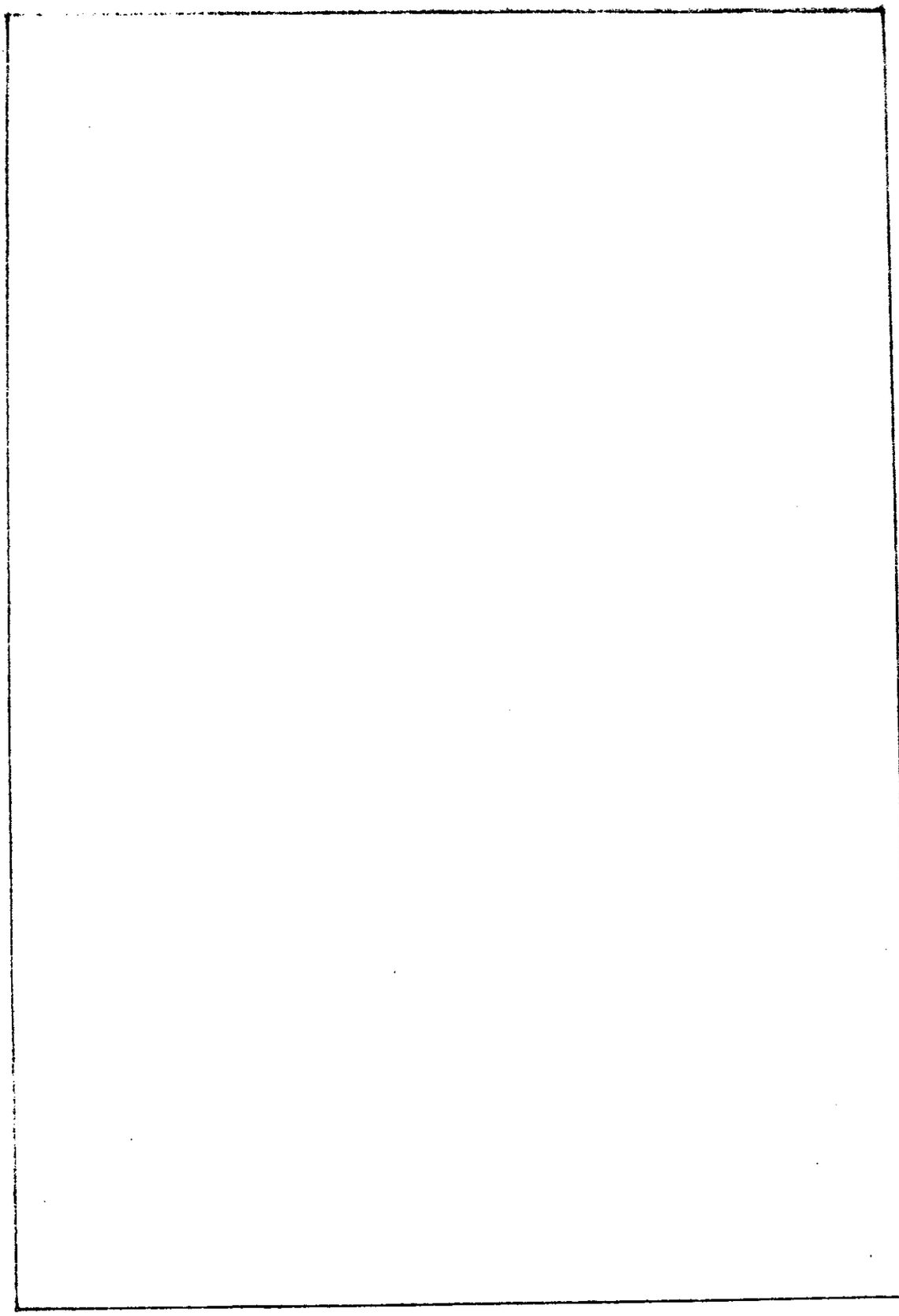
حق الزوجة في طلب الفرقة في الشريعة والقانون

الإشراف ..... الأستاذ الدكتور عبد اللطيف عامر

الإعداد ..... محمد شريف

١٤٠٤ هـ

١٩٨٤ م



خلاصة البحث

بسم الله الرحمن الرحيم

① المقدمة

من مسائل التمدن البشرى المهمة مسألة الأسرة تركيبها وتحليلها لأن صلاح المجتمع وفساده يتوقف على هذا ، حار العلماء فى حل هذه المسألة منذ قديم وحاول المفكرون أن يجدوا طبيعة الفرقة بين الزوجين على الخصوص إذا لم يمكن لقاء الزوجية ولكن الإنسان لم يدرك لبعد حقائق الأنفس والآفاق بأن لاح منها جانب لقى الجانب الآخر مختفيا عن النظر وهذه مأساة البشرية - يرى بعض المستشرقين والمستغربين أن الشريعة جامدة لا تصلح لكل زمان ومكان هم يقولون أن المرأة فى قفص حديدى ولا تستطيع أن تخلص لنفسها منه بينما للزوج حرية مطلقة وهو يطلق المرأة حيث ومتى يشاء ولكن نرى أن حقيقة الأمر ليست هكذا لأن للزوجة أيضا حق طلب الفرقة فى الشريعة الإسلامية إذا أحست ألا يقيم حدود الله إلا بالتفريق. هناك بابان للأسرة فى الشريعة - النكاح والفرقة - النكاح هو باب للدخول فى الزواج لقيام حدود الله والفرقة هى باب للخروج من الزواج لأجل قيام حدود الله أيضا - والدخول لا يتصور بدون الخروج - نرى فى القوانين القديمة أن ليس من الممكن للزوجة أن تخلص لنفسها من حبل النكاح فترتكب الإنتحار لتخلص لنفسها من سجن الزواج أو ترتد عن دينها - ولكن الإسلام أجاز طلب الفرقة من جانب الزوجة إذا أحست هى ألا تعدل معها ومع المجتمع فى لقاء الزواج -

② مفهوم الفرقة ومجالها فى الشريعة :-

الفرقة معناها الإفتراق لغة وتفارق القوم ، فارق لبعضهم لبعضا وفارق فلان إمرأته ، مفارقة وفراقا ، بينها -

و فى الإصطلاح " هى ما تنحل به عقدة النكاح ويبتدئ إنفصال الزوجين وإنقطاع ما بينهما من علاقة الزوجية - والفرقة تشمل الفسخ والطلاق - الطلاق لا يقع إلا لعقد زواج صحيح ، وإنما هو إنهاء الزواج بلفظ خاص يترتب عليه زوال الملك كما فى الطلاق البائن أو نقصانه كما فى الطلاق الرجعى

وتترتب عليه كل الآثار. لأن الطلاق لا يكون نقضا للعقد من أساسه.

أما الفسخ فإنه قد يكون نقضا للعقد من أساسه وكأن هذا العقد لم يكن ولا يترتب على هذا الفسخ أثر، وذلك كالفسخ بسبب خيار البلوغ أو الإفاقة مثلاً.

هناك تقسيم آخر للفرقة.

① ما تقع الفرقة فيه من غير حاجة إلى قضاء لإبنائها على سبب حلي ويشمل الطلاق والإيلاء أو الفرقة بتبين فساد العقد أو لبطء حرمة المصاهرة أو ردة أحد الزوجين مثلاً.

② ما لا تقع الفرقة بمجرد وقوع السبب، بل لقضاء القاضي وهي التفريق لعيب في الزوج أو التفريق لخيار البلوغ أو التفريق لعدم الكفاءة مثلاً. وهذا القسم يهمنا خلال البحث لأن الزوجة تطلب هذه الفرقة من القضاء وهي حقها في الشريعة والقانون.

③ حق الزوجة في طلب الفرقة في النظم الأخرى وتفوق الإسلام

- القراءون من علماء اليهود جوزوا للمرأة طلب الفرقة ويرى الربانيون من علماء اليهود أن ليس للزوجة اليهودية أن تطلب الفرقة - والزوج هو حر في أمر الطلاق
- وأما النصارى فهم في الجانب المقابل لليهود في هذه المسألة لأنهم يحرمون الفرقة أصلا إعتمادا على قول المسيح عليه السلام إذ قال: " لا يصح أن يفرق الإنسان ما جمع الله" ولكن جوزوا الفرقة أخيرا بعد تطوير الفقه عندهم ولكل الأسف، نرى التعسف في إستخدام حق الفرقة وبالتالي إنهدام نظام الأسرة في أوربا المسيحية.
- وأما فقه الهنود فللزوج الحق أن يطلق زوجته كما ومتى يشاء وهي كأنها البيت مملوكة له وليس لها حق الفرقة أصلاً، ولكن صورة الأحوال قد تغيرت تحت قانون زواج الهندوس لسنة 1950 م ولها حق طلب التفريق في العصر الحديث.
- يظهر من موقف اليهودية والنصرانية أن هناك إفراط وتفريط ففي اليهودية إفراط وفي النصرانية تفريط.

• كانت إباحة التفريق فى أوربا نتيجة الفكر الإنسانى وبالتالى لم يحصلوا على الثمرات الطيبة الخاصة بالتشريع الإسلامى المنزل من الله تعالى لما كان الإسلام دينا وسطا، فقد قدم الحل الوسط لهذه المسألة فلا يبيح الفرقة دون الحفاظ على نظام الأسرة وهذا ثابت من شهادة علماء الغرب على تفوق موقف الإسلام فى هذا الصدد

(ج) حق الزوجة فى طلب الفرقة على أساس حق الخلع -

• أبرز حقوق الزوجة فى طلب الفرقة الخلع لأنه شرع للزوجة فى مقابل سلطة الطلاق للزوج - الخلع النزع لغة وفى إصطلاح الفقهاء - " إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع أو ما فى معناه كالمبارأة فإذا كان من غير بدل - الخلع يجرى على ألسنة الفقهاء، فيراد به أحيانا معنى عام، وهو الطلاق على مال تفتدى به الزوجة نفسها، وتقدمه لزوجها سواء أكان بلفظ الخلع أو المبارأة أو كان بلفظ الطلاق، وهذا هو الشائع عند الكثيرين الآن وأحيانا يطلق ويراد به معنى خاص، وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع أو ما فى معناه، كالمبارأة، وهذا كان شائعا على السنة المتقدمين من الفقهاء -

• وتثبت مشروعية الخلع من الكتاب والسنة فى ضوء الآية ٢٢٩ من سورة البقرة وحديث إمرأة ثابت بن قيس بروايات متعددة وطرق مختلفة -

• أما أركان الخلع فهى ملتزم العوض والبضع والعوض والزوج والعصمة.

• لبقاء الزواج الصحيح من الضرورى لنفاذ حكم الخلع، والخلع عقد وينعقد بإيجاب وقبول ورضا الطرفين -

• يقع الطلاق البائن عند الجمهور إذا ثبت البدل ولم يكن ثمة سبب شرعى يوجب إلغاءه -

- السؤال المهم هل يملك القاضي سلطة التفريق بين الزوجين على أساس الخلع؟ قال الحنفية والشافعية والحنابلة "لا" جوابا لهذا السؤال وقال مالك "نعم" ولكن بعد تحكيم الحكمين، ومحاولة الإصلاح والعجز عنه. ويملك القاضي سلطة التفريق بين الزوجين في القانون الباكستاني أيضا كما يثبت من قضية "بلقيس فاطمة ضد نجم الإكرام"
- القانون الباكستاني مجمل وغير واضح عن أحكام الخلع، لذا يحتاج إلى التفصيل والتدوين بالضبط.

⑤ حق الزوجة في طلب الفرقة لعدم الإنفاق عليها.

- النفقة واجبة للزوجة على زوجها وتشمل المسكن والكسوة والطعام وغيرها من أسباب المعيشة أي العلاج وغير ذلك مما يقضي به العرف.
- الزوجة تشتغل في بيت زوجها وعليها أن تطيعه وترعى بيته وتربي أولاده إذن تصير النفقة حقها على الزوج في مقابل واجباتها للزوج والأسرة، إذا لم يؤد الزوج النفقة إليها كان لها أن تطلب الفرقة ملاجأ أخيرا
- يثبت النفقة على الزوج من نصوص الكتاب والسنة وغيرهما.
- يرى الحنفية والظاهرية والشيعة أن ليس للزوجة حق طلب الفرقة لعدم الإنفاق عليها ولكن أجاز المالكية والشافعية والحنابلة للزوجة حق طلب الفرقة لعدم الإنفاق عليها.
- السبب لوجوب النفقة هو العقد الصحيح لشرط وجود الإحتباس أو الإستعداد للزوج
- أما شروط وجوب النفقة فهي صحة العقد في زواج صحيح وأن تكون الزوجة صالحة للحياة الزوجية وأن يتمكن الزوج من إستيفاء حقوقه الزوجية
- وموانع النفقة تشمل الموانع التي تسقط النفقة عن الزوج لسبب من قبل الزوجة، مثلاً تسكن الزوجة مع أبويه بدون رضا الزوج وهذا الوحيد في القانون الباكستاني أيضاً.
- للزوجة حق طلب الفرقة بناء على عدم الإنفاق عليها في القانون الباكستاني ولكن بعد إنقضاء مدة سنتين بدون النفقة - هذه المدة طويلة كثيرا، لذا نقترح إقتصارها على ثلاثة أشهر إذا كان الزوج موسرا، وإلا فرق بينهما حالاً لإعسار الزوج

⑥ حق الزوجة فى طلب الفرقة لعيب فى الزوج -

- قد يوجد ما يحول بين النكاح وبين دوره المطلوب عيب من العيوب حتى لا تستطيع الزوجة البقاء مع زوجها فى نطاق الزوجية . فقد أباح الإسلام إنهاء الرابطة الزوجية على طلب الزوجة إياه فى المحكمة -
- التفريق الذى يوقعه القاضى مقصور عند أبى حنيفة وصاحبه على التفريق لعيب جنسى ينتفى معه المقصود الأصلى من الزواج وهو التناسل - أما محمد فقد أضاف إلى ذلك عيوبا أخرى كالجذام والبرص والجنون -
- والعيوب عند الفقهاء هى : الجب والخصاء والعنة والإعتراض والعذيطة والبرص والجذام والجنون على العموم -
- يرى الحنفية والمالكية أن تفريق القاضى لعيب فى الزوج طلاق بائن فينقص به عدد الطلقات ، ويرى الشافعية والحنابلة أن الفرقة الحاصلة فى هذه الحالة هى فسخ للعقد ولا ينقص بها عدد الطلقات -
- وشروط التفريق لعيب الزوج هى أن تكون الزوجة بالغة وأن تكون غير عالمة بحالة الزوج قبل الزواج وألا يوجد منها ما يفيد رضاها بالمكث معه بعد الزواج والعلم بحاله و ألا يكون بها عيب يمنع من المخالطة -
- ويثبت العيب بإقرار الزوج أو أن تقيم الزوجة بينة ، والكشف الطبى قد يفيد فى ثبوت العيوب -
- أما القانون الباكستانى فيفرق بين العنين وزوجته إذا ثبت أنه كان عنينا وقت الزواج وليستمر هكذا - وهناك شرط مضى مدة سنتين فى الأمراض الجنسية السرية والجنون لرفع الدعوى إلى القاضى - ونرى أن هذه المدة طويلة جدا نظرا إلى المصالح فى الشريعة الإسلامية -

لذا

نقترح تخفيف هذه المدة إلى سنة واحدة وأن يمهل القاضى الزوج لسنة للعلاج بدون طلب منه - والله أعلم بالصواب -

⑦ حق الزوجة فى طلب الفرقة للضرر بها ۔

• يرى الأحناف والشافعية والظاهرية والإمامية أن الزوجة إذا طلبت من القاضى الحكم بطلاقها من زوجها لأنه ليسئ إليها، ورفض الزوج أن يطلقها، فإن القاضى لا يجوز له أن يحكم بتطليقها عليه ۔

• والمالكية والحنابلة هم الذين أجازوا التطليق لسبب الضرر للزوجة أن تطلب إلى القضاء تطليقها على زوجها ۔

• فإن عمى على الحاكم خبرهما وأشكل الأمر على القضاء بعث حكمين عدلين رشيدين من أهلهما تبعا لقوله تعالى:

" وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا، إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا "

• للزوجة أن تطلب الفرقة من القضاء للضرر فى القانون الباكستانى ولكنه لا يتسع لتعيين الحكمين وبالتالى فهناك صعوبات كثيرة فى فصل القضايا بين الزوجين، لذا نقول أن هذا القانون يحتاج إلى التعديل ۔

• ألحق الضرر فى القانون الباكستانى هى: أن يضربها عادة أو يظلمها لسوء سلوكه أو يعذبها أدبيا وماديا أو يعاشر النساء ذوات السمعة السيئة أو يعيش حياة شائنة أو يكرهها على عيشة البغاء أو يتصرف فى مالها أو يمنعها من الإستمتاع بحقوقها فى مالها أو يمنعها من المهنة أو العمل حسب مذهبها ۔

• والقانون الباكستانى يتفق مع الحنابلة فى التفريق لسبب هجر الزوج فراش زوجته لمدة تتضرر بها ولكن مدة ثلاث سنوات فى القانون تحتاج إلى تخفيف إلى سنة واحدة فى أيامنا هذه ۔

⑧ حق زوجة المفقود فى طلب الفرقة ۔

• الزوجة التى فقد زوجها منذ زمن طويل تتضرر لعدم الحفاظ عليها وصحبة زوجها وراحة الزوجية وتقع فى الصعوبات والمشكلات ولكن ليس لها أن تتزوج من رجل آخر لأن نكاحها الأول يستمر فى هذه الصورة فى مصلحتها ومصلحة المجتمع أن يحل عقدة النكاح

إذا طلبت هذا من القضاء.

- قال مالك ليضرب لإمرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم، فإذا إنتهى الكشف عن حياته وموته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل، فإذا إنتهى إعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وحلت.
- وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري: لاتحل إمرأة المفقود حتى يصح موته وقولهم مروي عن علي وابن مسعود نظرا إلى إستصحاب الحال.
- لابد من قضاء القاضي في التربص لأربع سنين، لا إعتبار لإنتظار الزوجة بلا قضاء القاضي ولو كان لعشرين سنة.
- إذا ظهر الزوج بعد حكم التفريق والإنتظار لأربع سنين والزوجة في العدة فله الرجعة لأن النكاح لم ينته كلية. ولكن هناك إختلاف بين الفقهاء في الزوجة التي إنتظرت لأربع سنين ثم نكحت زوجا آخر بعد حكم القضاء ومضي العدة. قال المالكية إن حق الزوج الأول قد سقط ولكن الحنفية والظاهرية ومن معهم قالوا إن الزوجة هي للزوج الأول في كل الأحوال وسقط حق الزوج الثاني إذا عاد الزوج الأول.
- أما القانون الباكستاني فهو متفق مع المالكية في الإنتظار لأربع سنين فقط، الإنتظار في الفقه المالكي معتبر إذا تربصت المرأة أربع سنين بعد رفع الدعوى إلى القاضي ومدة الإنتظار قبل ذلك ملغاة مهما كانت. وفي القانون الباكستاني ترفع الزوجة الدعوى في طلب الفرقة بعد إنتظار لأربع سنين والزوجة تنتظر لستة أشهر مزيدا بعد حكم القضاء وهذا خطأ في فهم وجهة نظر المالكية.
- المفقود هو من أقسام الغائبين. لزوجة الغائب حق طلب الفرقة عند الحنابلة وفي القانون الباكستاني. وأما المحبوس فهو كقياس على الغائب.

ونقترح هنا

أن يأذن السلطان زوجة المحبوس أن تزور زوجها في الخلوة في السجن مرة في أربعة أشهر حتى لاتطلب الفرقة بينها وبين زوجها.

⑨ تعدد الزوجات وطلب الفرقة لبيه -

- يقول الله تعالى :

" فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع
فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة "

نرى في ضوء هذه الآية أن الله تعالى قد أباح تعدد الزوجات مع شرط العدل بينهن دون رضا الزوجة أو إذن القانون ولكن القانون الباكستاني يشترط رضا الزوجة الأولى و إذن سلطان القانون في هذا الصدد -

- قد يتزوج الرجل بالمرأة الأخرى لأن المرأة الأولى قد تكون عقيما لا تلد ، أو لأن الرجال أكثر من النساء تعرضا لأسباب الفنا وخاصة أعقاب الحروب أو طبيعة المرء الجنسية قد تقوى ، فلا يقنع بزوجة واحدة وفضلا عن ذلك تعدد الزوجات هو مباح ما ثور عن الأنبياء منذ عهد قديم ولم يعد إمزارا بالزوجة الأولى قط
- لذا نقترح على المشرع في باكستان أن يلغي المادة رقم ١٥ لقانون الأسرة للمسلمين لسنة ١٩٦١م والمادة رقم ٢ (ثانيا) لقانون إلغاء زواج المسلمين لسنة ١٩٣٩م -

⑩ حق الزوجة في طلب الفرقة لخيار البلوغ -

- خيار البلوغ هو أن يختار الصغير أو الصغيرة عند بلوغه فسخ زواجه أو إمضاءه
- أما وقته فهو ساعة البلوغ إذا كان العقد معلوما قبله و وقت العلم إذا لم يعلم إلا بعده ، نرى أنه قد ضيق في أمر ساعة البلوغ لأن لا تتحقق مصلحة خيار البلوغ في شدة كهذه وخاصا إذا لم يكن أساس هذا على أي نص - لذا وسع وقت خيار البلوغ في القانون الباكستاني من ساعة البلوغ إلى ١٨ سنة من سن الصغيرة على أنها قد زوجت قبل ١٦ سنة من سنها -
- يرى الحنفية خيار الفسخ عند البلوغ ولكن لا يرى الشافعية والمالكية والشيعة خيار البلوغ وعلى ذلك ليس عندهم فرقة بناء على هذا الخيار وهذه رواية عن احمد وهي راجحة في المذهب -
- قال الفقهاء أنه لابد من رفع الأمر إلى القاضي إذا اختارت الصغيرة الفسخ عند بلوغها - والآن القانون الباكستاني أيضا يتفق مع هذا -

(١١) حق الزوجة فى طلب الفرقة لعدم الكفاءة

- الكفاءة المساواة والمماثلة يقال: كافأ فلان فلانا، إذا ساواه وعادله وكان نظيرا أو مماثلا له -

وفى الإصطلاح مساواة الزوج زوجته حتى لا تعير هى ولا أولياءها به، أو مساواتها له بأن تصلح فى العرف لمثله.

- إن الكفاءة تكون فى نسب وإسلام وحرفة وحرية وديانة ومال على العموم -
- للزوجة أن تطلب الفرقة لسبب عدم الكفاءة، ولا يفرق بين الزوجين إلا بحكم القاضى -
- تكون هذه الفرقة الفسخ إذا دخل بها زوجها وإلا فلا، ولها المهر أيضا إذا دخل بها وإلا فلا
- لا يوجد أية مادة مستقلة فى القانون الباكستانى عن حق الزوجة فى طلب الفرقة لعدم الكفاءة بين الزوجين

(١٢) الخاتمة

- نستنتج من البحث أن الشريعة الإسلامية هى صالحة لكل زمان ومكان وهناك إتزان وإعتدال فى إستخدام حق الزوجة فى طلب الفرقة فى الشريعة لشرط أن نراجع الفقه الإسلامى بدون التعصب - نقترح على المشرع فى باكستان أن يعدل القانون فى ضوء نتائج البحث قد مناها خلال البحث وآخره -

الفهرس

رقم الموضوع	الموضوع	رقم الصفحة
	• المقدمة	٢٠
١	• الباب الأول: معنى الفرقة ومجالها (دراسة مقارنة)	٢٩
٢	• الفصل الأول: مدلول الفرقة ومجالها في الشريعة	٣٠
٣	. مدلول الفرقة	٣١
٤	. الفرق بين الفسخ والطلاق	٣١
٥	. ما يعد طلاقا	٣٣
٦	. ما يعد فسخا	٣٣
٧		
٨	• الفصل الثاني: الفرقة في النظم الأخرى	٣٥
٩	. موقف اليهودية	٣٦
١٠	. موقف النصرانية	٣٦
١١	. أسباب الفرقة عند المسيحيين في العصر الحديث وحق الزوجة في طلبها	٣٨
١٢	. حق الزوجة في طلب الفرقة عند اليهود	٣٩
١٣	. القانون للزوجات المسلمات في شبه القارة	٤٠
١٤	الفصل الثالث: الفرقة في البلاد الأوربية وتفوق الإسلام	٤١
١٥	. الفرقة في البلاد الأوربية	٤٢
١٦	. تمهيد	٤٢

رقم الموضوع	الموضوع	رقم الصفحة
١٧	. المشكلة في إستخدام حق الفرقة وزلة القانون في أوربا	٤٢
١٨	. نتيجة الإباحة غير المقيدة للتفريق	٤٤
١٩	. موقف الإسلام من الفرقة	٤٦
٢٠	. شهادة علماء الغرب على تفوق موقف الإسلام	٤٧
٢١	**الباب الثاني** : حق الزوجة في طلب الفرقة على أساس الخلع	٤٩
٢٢	**الفصل الأول** : معنى الخلع لغة و إصطلاحا و إختلاف الفقهاء فيه و أركان الخلع	٥٠
٢٣	. الخلع لغة و إصطلاحا	٥١
٢٤	. إختلاف الفقهاء	٥٣
٢٥	. أركان الخلع	٥٥
٢٦	**الفصل الثاني** : الخلع من الكتاب والسنة	٥٦
٢٧	. الخلع من الكتاب	٥٧
٢٨	. النص عن الخلع في السنة	٥٩
٢٩	. تفسير الحديث	٥٩
٣٠	. الروايات الأخرى لفهم المبحث	٦٢
٣١	**الفصل الثالث** : أحكام الخلع في الفقه والقانون	٦٣
٣٢	. ① لقاء الزواج الصحيح	٦٤

رقم الموضوع	الموضوع	رقم الصفحة
٣٣	٢. الوصف الفقهي للخلع وأحكامه	٦٤
٣٤	٣. ألفاظ الخلع ونيته	٦٥
٣٥	٤. بدل الخلع	٦٦
٣٦	٥. الحكم الذي يترتب على الخلع	٦٧
٣٧	٦. الخلع والمحجور عليها	٦٨
٣٨	٧. خلع المريضة مرض الموت	٦٩
٣٩	٨. التوكيل في الخلع	٧٠
٤٠	٩. النهي عن الإضرار بالمرأة حتى تطالب بالمخالعة	٧١
٤١	١٠. هل يجب على الزوج تلبية مطالبتها بالمخالعة	٧٢
٤٢	١١. سلطة القاضي في قضايا الخلع	٧٣
٤٣	١٢. الأدلة الأخرى	٧٥
٤٤	• الإقتراح	٧٦
٤٥	**الباب الثالث : حق الزوجة في طلب الفرقة من غير خلع**	٧٧
٤٦	**الفصل الأول : حق الزوجة في طلب الفرقة لعدم الإنفاق عليها**	٧٨
٤٧	• تعريف النفقة	٧٩
٤٨	• حكم وجوب النفقة	٧٩

رقم الموضوع	الموضوع	رقم الصفحة
٤٩	• النص من القرآن عن نفقة الزوجة وتفسيره	٨١
٥٠	• حق الزوجة في نظر النفقة (لعدم الإنفاق عليها)	٨٣
٥١	• حق الزوجة في طلب الفرقة لعدم الإنفاق عليها	
	• والخلاف بين الفقهاء	٨٥
٥٢	• المذهب الحنفي	٨٥
٥٣	• المذهب المالكي	٨٦
٥٤	• المذهب الشافعي	٨٦
٥٥	• المذهب الحنبلي	٨٧
٥٦	• المذهب الظاهري	٨٨
٥٧	• المذهب الشيعي	٨٨
٥٨	• أدلة الطرفين	٨٩
٥٩	• المناقشة والتعليق	٩١
٦٠	• أحكام النفقة في الفقه والقانون	٩٢
٦١	• السبب لوجوب النفقة	٩٢
٦٢	• شروط وجوب النفقة	٩٢
٦٣	• موانع النفقة	٩٣
٦٤	• قضايا النفقة والإجراءات	٩٤
٦٥	• الإقتراح	٩٥

رقم الموضوع	الموضوع	رقم الصفحة
٦٦	**الفصل الثاني: حق الزوجة في طلب الفرقة**	
	للعيوب في الزوج	٩٧
٦٧	. تمهيد	٩٨
٦٨	. المذهب الحنفي	٩٩
٦٩	. دليل أبي حنيفة وصاحبه	١٠٠
٧٠	. العيوب عند المالكية	١٠٠
٧١	. شروط الخيار	١٠٠
٧٢	. العيوب التي يرد بها الرجل	١٠٠
٧٣	. العيوب عند الشافعية	١٠٢
٧٤	. زوال العيب قبل الفسخ	١٠٢
٧٥	. العلم بالعيب قبل العقد لا يسقط الخيار	
	في كل الحالات	١٠٢
٧٦	. العيوب عند الحنابلة	١٠٣
٧٧	. مذهب الشيعة الإمامية	١٠٣
٧٨	. المذهب الظاهري	١٠٤
٧٩	. مطلب: حكم التفريق لسبب العيب عند الفقهاء	١٠٤
٨٠	. الفرقة طلاق بائن	١٠٤
٨١	. الفرقة فسخ لا طلاق	١٠٤

رقم الموضوع	الموضوع	رقم الصفحة
٨٢	. شروط التفريق لعيوب الزوج التناسلية	١٠٥
٨٣	. مطلب : كيفية ثبوت العيب	١٠٦
٨٤	. مطلب : العيوب فى القانون الباكستانى	١٠٧
٨٥	. الإقتراح	١٠٨
٨٦	**الفصل الثالث :** حق الزوجة فى طلب الفرقة للضرر بها	١٠٩
٨٧	. التعريف للضرر	١١٠
٨٨	. المانعون	١١٠
٨٩	. أدلة المانعين	١١١
٩٠	. المذهب الشافعى	١١١
٩١	. المذهب الحنبلى	١١٢
٩٢	. المذهب الظاهرى	١١٢
٩٣	مذهب الشيعة الإمامية	١١٣
٩٤	. والذين أجازوا التطليق لسبب الضرر	١١٣
٩٥	. فكرة الحكمين	١١٤
٩٦	. هل للحكمين سلطة التفريق بين الزوجين	١١٥
٩٧	. القانون الباكستانى والإقتراح	١١٦
٩٨	. أنواع الضرر فى القانون الباكستانى	١١٧
٩٩	. مطلب هجر الزوج فراش زوجته	١١٧

رقم الموضوع	الموضوع	رقم الصفحة
١٠٠	**الفصل الرابع** : حق زوجة المفقود فى طلب الفرقة	١١٨
١٠١	. تمهيد	١١٩
١٠٢	. مدة إنتظار الزوجة لزوجها المفقود	١١٩
١٠٣	. ثلاث صور للفقد	١١٩
١٠٤	. أقسام المفقود عند المالكية	١٢٠
١٠٥	. قضاء القاضى	١٢٠
١٠٦	. التخفيف فى مدة التربص -	١٢٠
١٠٧	. عودة المفقود -	١٢١
١٠٨	. أساس من قال لا يسقط حق الزوج الأول لبعد عودته .	١٢١
١٠٩	. أساس من قال يسقط حق الزوج الأول لبعد عودته	١٢٢
١١٠	. مذهب الشيعة	١٢٢
١١١	. القانون الباكستانى والفقه المالكى والإقتراح الإجتهادى	١٢٣
١١٢	. مبحث : طلب الفرقة لغيبة الزوج وحبسه	١٢٤
١١٣	. مدة الأجل	١٢٤

رقم الموضوع	الموضوع	رقم الصفحة
١١٤	**الفصل الخامس:** أسباب أخرى لطلب الفرقة	١٢٥
١١٥	مبحث . إباحة تعدد الزوجات والقانون الباكستاني	١٢٦
١١٦	. هل في تعدد الزوجات ضرر بالمرأة؟	١٢٨
١١٧	. الإقتراح	١٣٠
١١٨	. مبحث: خيار البلوغ	١٣١
١١٩	. الولاية وخيار البلوغ	١٣١
١٢٠	. ولاية الإجبار وخيار البلوغ	١٣٢
١٢١	. الإعتراض	١٣٣
١٢٢	. قضاء القاضي في خيار الفسخ عند البلوغ	١٣٤
١٢٣	مبحث . طلب الفرقة لعدم الكفاءة	١٣٦
١٢٤	. النسب	١٣٧
١٢٥	. الإسلام	١٣٧
١٢٦	. الحرية	١٣٧
١٢٧	. الحرفة	١٣٨
١٢٨	. الديانة	١٣٨
١٢٩	. المال	١٣٨
١٣٠	. وقت إعتبار الكفاءة .	١٣٨

رقم الموضوع	الموضوع	رقم الصفحة
١٣١	. حق الزوجة فى طلب الفرقة لعدم الكفاءة	١٣٨
١٣٢	. قضاء القاضى فى طلب الفرقة لعدم الكفاءة	١٣٩
١٣٣	. الفرقة لعدم الكفاءة والقانون الباكستانى	١٣٩
١٣٤	الخاتمة	١٤٠
١٣٥	أهم المصادر والمراجع	١٤٦

المقدمة

نحمده ونصلي على رسوله الكريم أما بعد ،

من مسائل التمدن البشري المهمة مسئلة الأسرة تركيبها وتحليلها لأن صلاح المجتمع وفساده يتوقف على هذا - السؤال كيف تكون العلاقة بين المرأة والرجل حتى تنمو الجماعة على منهج مستقيم ، حار العلماء في حل هذه المسئلة منذ قديم الزمان وخالوا وسبوا في هذا الصدد لأنهم إعتمدوا على عقولهم كما اعتمدوا على عقولهم في المسائل الأخرى ولما خسروا في جهودهم خلال التاريخ الإنساني قال الله تعالى جل شأنه في شأنهم :

وَالْعَصْرِ ۝ إِنَّ الْإِنسَانَ لَفِي خُسْرٍ ۝ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ ۝ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ ۝

حاول المفكرون أن يجدوا طبيعة الفرقة بين الزوجين على الخصوص إذا لم يمكن بقاء الزوجية لأن الإنسان لم يدرك بعد حقائق الأنفس والآفاق ، فإن لاح منها جانب بقي الجانب الآخر مختفيا عن النظر وأحيانا الميل الشخصي حال بين المرء وحقيقة الأمر وهذه مأساة البشرية والإنسان لم يدرك إعتدال سلوكه من أجل رغباته ولوازمه - ونريد أن نشرح صور حل مسئلة التفريق بين الزوجين إذا طلبته الزوجة حتى ننقذ أنفسنا من الإفراط والتفريط والتاريخ يدلنا على الأمم حينما تخرج من ظلمات الجهل تحسب أن لابد للمرأة أن تساوي الرجل في كل الأحوال بدون النظر إلى طبيعتها وباسم الحرية ولكن نتاج هذه الحرية يظهر في فوضى المجتمع وترجع الجماعة إلى الحيرة والضياع مرة أخرى خلال تجارب الحرية المطلقة للمرأة ولكن الإسلام يهدي إلى الصراط المستقيم والمنهج المعتدل ويدعو إلى فوز أبدي كما سنرى هذا خلال بحثنا إن شاء الله تعالى .

يرى بعض المستشرقين أن الشريعة الإسلامية جامدة لا تصلح لكل زمان ومكان هم يقولون أن نظم العائلة في الإسلام فيها حرية مطلقة للزوج بينما الزوجة في

قفص حديدي لا تستطيع أن تخلص نفسها منه أبدا . هذه وجهة نظرهم من سوء ظنهم وعدم علمهم عن تعاليم الإسلام ولكن الحقيقة أن المرأة في الإسلام تتمتع بالحقوق التي توافق طبيعتها في كل الأحوال والظروف - الإسلام حريص على قيام نظم الأسرة على أساس وطيد لأنه إذا كانت وحدة الأسرة محكمة صلبة المجتمع ثابتا وظهر العدل الإجتماعي، لذا أردنا أن نكتب شيئا عن حقوق الزوجة خصوصا في مجال حقها في الفرقة حتى يتضح أن الزوجة ليست مظلومة في المجتمع الإسلامي ومع ذلك نركز على أن الإسلام لا يعرف فكرة المساواة المطلقة بين الزوجين خلاف الفطرة لأن خلق المرأة خاصة طبقا لفطرتها فالدين الإسلامي يجعل للمرأة حقوقا ويكلفها بواجبات حيث يقول الله تعالى:

" وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ
وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ "(١)

الإسلام دين الفطرة وهو يجيز للمرأة أن تعمل في أنشطة الحياة حسب مواهبها الطبيعية حتى تنمو ذاتيتها وتتحقق مقاصد الشريعة وتهوي قلوب الناس إلى دين الله الإسلام الذي في مصلحة الناس في الدنيا والآخرة

هنالك التوازن والإعتدال بين حقوق الزوجين وإذا أحست الزوجة أن الزوج يقيم حدود الله عز وجل لها أن تأخذ حقها في الفرقة أي تطلب فسخ عقدة النكاح حيثما وجدت العيوب الخاصة في زوجها مثلا أو الزوج لا يستطيع أداء واجباته إليها أو لها خيار فسخ النكاح عند بلوغها أو لها حق الخلع في حال من الأحوال كما سنبين فيما بعد، هذه الحقوق منحها الله تعالى مقابل حق الطلاق للرجل

---

(١) سورة البقرة - الآية ٢٢٨

إن الإسلام قد رفع عن كاهلها الظلم ودفع عنها العدوان وأعطاها حق التفرقة في الزواج مع قيود خاصة والغربيون والذين معهم من المسلمين يريدون رفع الظلم عنها (على حد زعمهم) بتسويتها الكاملة بالرجل في أحكام الزواج وحقيقة الأمر أن هؤلاء يمكرون بالمرأة وليغرون بها من أجل أن تتمرد على تعاليم الإسلام باسم الحرية وتطالب بالمساواة مع الرجل بدون تقييد هذه المساواة مع أنهم ألفسهم الذين فرضوا عليها بلقمة العيش وبخلوا عليها بالنفقة، وأجبروها على النزول إلى المعمل وإلى الحانوت وإلى المكتب لتتكسب وتنفق على نفسها من مالها الذي جمعته، إنهم المخدوعون بمدنيتهم الكاذبة لا ينظرون إلى المرأة إلا بمنظار الشهوة والمتعة ويحرمونها من حريتها الطبيعية ثم يدعون أن الدين قد ظلمها وأن الشريعة قد بخستها حقها ولكن سيتضح إن شاء الله تعالى أن الإسلام يضع عنهن إصرهن والأغلال التي كانت عليهن قبل طلوع شمس الإسلام ولعدها في ملل الكفر دين الإسلام دين شامل وحكمة نظم الأسرة فيه تهدف إلى صلاح البشرية لكون الأسرة وحدة أساسية ينبني عليها المجتمع وعلى العكس الغربيون والشرقيون إذا حاولوا صلاح ناحية فسدت ناحية أخرى مهما انشغل عقلهم في تحديد القانون الذي لن يكمل أبدا ومع ذلك ليعتبرون أن هذا تقدم حضاري إلى الكمال، وفي الأخير استفادوا من الشريعة الإسلامية بالواسطة ولكن إلى حد بسيط ولكن الله تعالى يقول لهم:

"أدخلوا في السلم كافة"

هناك بابان للأسرة في الإسلام النكاح والفرقة (الطلاق وفسخ النكاح)... النكاح هو باب للدخول في الزواج لقيام حدود الله والفرقة هي باب للخروج من الزواج لأجل قيام حدود الله أيضا إذا كانت حاجة لذلك. الدخول لا يتصور بدون

إمكان الخروج بالتالي النكاح يقتضي إمكان الفرقة لكي يكون جو الأسرة صافيا متجددا، لذا نقول أن فكرة النكاح لا تتصور بدون وجود فكرة الفرقة أو الطلاق، نرى في القوانين القديمة أن ليس من الممكن للزوجة أن تخلص نفسها من حبل النكاح فترتكب الإنتحار لتخلصها من سجن الزواج الذي لا تحتمله أو ترتد عن دينها لحل عقدة النكاح غير ملائمة لها في حال من الأحوال، الإسلام يجيز طلب الفرقة من جانب الزوجة إذا أحست أنها ليس لها أن تعدل معها و مع زوجها في بقاء الزواج فهي تتوجه إلى الفرقة علاجا أخيرا نرى خلال الرسالة أن بعض الأقوام لم يجيزوا الطلاق أو الفرقة بعد الزواج فخرب نظام الأسرة لديهم لأن:

"إذ لو الزمتهما بالبقاء على ما بينهما من جفاء لأكلت الضغينة قلوبهما وكاد كل منهما للآخر وسعى إلى الخلاص منه بما يتهيأ له من وسائل. وقد يحمل أحدهما صاحبه، ويلتمس متعة الحياة عند غيره وبذلك ينفتح باب الدعارة والفسوق، ويضيع النسل، وتفسد البيوت ولو أن أحد الزوجين إشترط على الآخر عند العقد ألا يفارقه ولو حل بينهما الكراهة والخصام محل الحب والوئام، لكان ذلك أمرا منكرا مخالفا للفطرة، ومجافيا للحكمة، وإذا جاز وقوعه من شابين متحابين مخرها شعور الشباب، وظنا أن لا إفتراق بعد إجتماع، ولا كراهة بعد محبة. فإنه لا ينبغي وقوعه من مشرع خبير الطباع، وحنكته التجارب، إذ لو وضع مشرع قانونا يحرم فض الشركات، ويمنع رفع ولاية الأوصياء، وعزل الشركاء، ومفارقة الرفقاء، لصاح الناس هذا ظلم مبين، لا يفعله إلا مكره أو مجنون، فيا عجبا! إن هذا الأمر الذي يخالف الفطرة ويجافي الحكمة وتأباه المصلحة، ولا يستقيم مع أصول التشريع. تقرره القوانين بمجرد التعاقد بين الزوجين في أكثر البلاد المتمدنة وكأنها تحاول إبعاد الناس عن الزواج، فإن النهي عن الخروج من شيء نهي عن الدخول فيه" (١)

---

(١) عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية لعلي حسب الله ص ١٤٤

لا نستطيع أن نقول إن جواز الفرقة بين الزوجين تريب الزوجين في مستقبلهما فتقل العناية بالمال والولد، نقول: بل في إباحة التفريق بين الزوجين تتكثر المجاملة والمروءة ويسود التسامح ويركز الآباء على حسن الإختيار في تزويج أولادهم.

"وإذا كان وقوع النفرة، وإستحكام الشقاق والعداء في الحالين (حال إباحة التفريق وحال منعه) ليس بعيد الوقوع، فأيهما خير؟ أربط الزوجين بحبل متين، لتأكل الضغينة قلوبهما ويكيد كل منهما للآخر، أم حل ما بينهما من رباط وتمكين كل منهما من بناء بيت جديد على دعائم قويمة؟ أو ليس إستبدال زوج بآخر خيرا من ضم خليلة إلى زوجة مهملة، أو عشيق إلى زوج بغيض"(١)

في طلب الفرقة"

نقول إذن في ضوء هذه الكلمة أن فكرة "حق الزوجة" موضوع مهم في الشريعة الإسلامية والقانون فأخترنا هذا الموضوع حتى يتضح بعض الزوايا خلال كتابة هذه الرسالة في هذا الصدد لعون الله تعالى جل شأنه، لأنه على كل شئ قدير.

إقتضت حكمة الشريعة أن يكون الطلاق بيد الزوج لمعان كثيرة كلها تدور حول الحفاظ على دوام عقد الزواج و إعالة الحياة الزوجية بجو من الإستقرار والهدوء و تحقيقا للعدالة بين الزوجين و نتاجهما البشري من بنين وبنات و إنما لهذه العدالة أعطى الشارع للزوجة الحق في المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها في بعض الحالات الخاصة التي تري الشريعة إستحالة دوام العشرة

---

(١) عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية لعلي حسب الله ص ١٤٤ وانظر أصول الشرائع لبنتام ج ١ ص ١٦١ - ١٦٦

الزوجية معها، وهذه الحالات غالبا ما تكون ناشئة من جهة الزوج ومن هنا فقد كان حق طلب الطلاق للزوجة، وهي مع ذلك لا توقع الطلاق، ولكنها تطلبه ومن ثم كان هذا البحث دائرا حول تلك الحالات التي توجب حق طلب الفرقة للزوجة وسنذكر الحالات التي يجوز للقاضي أن يطلق فيها الزوجة على زوجها بناء على طلبها نظرا إلى الشريعة الإسلامية والقانون الباكستاني وتلك الحالات هي:

١. حق الزوجة في طلب الفرقة على أساس الخلع
٢. حق الزوجة في طلب الفرقة لعدم الإنفاق عليها
٣. حق الزوجة في طلب الفرقة لعيب بالزوج
٤. حق الزوجة في طلب الفرقة للضرر بها
٥. حق الزوجة في طلب الفرقة لفقد الزوج أو لغيبته عنها بلا عذر مقبول
٦. حق الزوجة في طلب الفرقة لحبس الزوج
٧. حق الزوجة في طلب الفرقة لهجر الزوج فراش زوجته (عند الحنابلة والقانون الباكستاني)
٨. حق الزوجة في طلب الفرقة لتعدد الزوجات وعدم القسم بينهن.
٩. حق الزوجة في طلب الفرقة لخيار الفسخ عند بلوغها
١٠. حق الزوجة في طلب الفرقة لعدم الكفاءة

وهذا المجال للفرقة أمام أعيننا خلال كتابة هذه الرسالة إن شاء الله

ولقد قسمنا الرسالة إلى ثلاثة أبواب، تندرج تحتها فصول، وتندرج تحت الفصول مباحث:

الباب الأول .... معنى الفرقة ومجالها (دراسة مقارنة)

- الفصل الأول في مدلول الفرقة وتقسيماتها عند الفقهاء
- والفصل الثاني في الفرقة في النظم الأخرى والقانون الباكستاني
- والفصل الثالث في الفرقة في البلاد الأوربية وموقف الإسلام منها.

الباب الثاني .... طلب الفرقة على أساس الخلع.

- الفصل الأول يشمل تعريف الخلع لغة وإصطلاحا مع إختلاف الفقهاء وأركان الخلع.
- والفصل الثاني عن أساس الخلع في ضوء الكتاب والسنة
- والفصل الثالث في أحكام الخلع والقانون الباكستاني الذي يتفق مع المالكية والذين يرون أن للقاضي سلطة التفريق بين الزوجين في قضية الخلع.

الباب الثالث.... حق الزوجة في طلب الفرقة من غير خلع.....

هذا أطول الأبواب في هذه الرسالة ويشمل خمسة فصول:

- الفصل الأول في طلب الفرقة لعدم الإنفاق على الزوجة.
- والفصل الثاني في طلب الفرقة للعيوب بالزوج.
- والفصل الثالث في طلب الفرقة للضرر.
- والفصل الرابع في طلب الفرقة لفقد الزوج.
- والخامس في الأسباب الأخرى في طلب الفرقة وتحته مباحث وهي:
  - المبحث في إباحة تعدد الزوجات والقانون الباكستاني
  - المبحث في حق الزوجة في طلب الفرقة لخيار فسخ النكاح عند بلوغ الزوجة
  - المبحث في حق الزوجة في طلب الفرقة لعدم الكفاءة

أما القانون الأسري لباكستان في نطاق حق الزوجة في طلب الفرقة (قانون إلغاء زواج المسلمين لسنة ١٩٣٩) فهو مأخوذ من الشريعة الإسلامية مبدئيا لأن محمد أحمد كاظمي ايم ايل اے (جمعيت علماء الهند) عرض هذا القانون على مجلس التشريع في سنة ١٩٣٨م ونفذت الحكومة هذا في شبه القارة في سنة ١٩٣٩م إذا بدأ للسلطات أن هذا القانون يوافق الشريعة و في مصلحة الزوجات المسلمات أيضا (١) لذلك شرحنا وجهات نظر الشريعة أكثر من هذا القانون لأنها شاملة لروح القانون الباكستاني ------ ولكن مع ذلك ظهر الإختلاف بينهما خلال مسير الزمن لأن لبعض السلطات غير القانون الباكستاني، لذا لفتقر إلى تعديل القانون حتى لا يكون أي فرق بين الشريعة الإسلامية والقانون الباكستاني -

أهمية الشريعة الإسلامية لباكستان وأهل باكستان لاتحتاج إلى أي توضيح، (فباكستان هي الدولة الوحيدة التي تأسست على مبدأ التطبيق العملي للنظام الإسلامي) وتحقيق هذا الهدف لايتم إلا بالتعمق في المصادر الأصيلة للشريعة الإسلامية، لذا عرضنا الإقتراحات العديدة في آخر هذه الرسالة نتيجة بحثنا في ضوء تلك المصادر ونظرا إلى تغير الأحوال والظروف في العصر الحاضر والحفاظ على روح الشريعة الإسلامية حتى نستمر على صراط سوي مستقيم، فنقترح على زعماء مجلس الفكر الإسلامي بباكستان أن يغيروا قوانين الأسرة تحت هذه الإقتراحات ما أمكن والله المستعان!

المستعين بالتوفيق
محمد شريف طالب الدراسات العليا في الشريعة الإسلامية
١٥ من شعبان سنة ١٤٠٢ هجرية

(١) أنظر: The Muslim Law of Divorce by K.N Ahmad Page 1059-1060

الباب الأول

معنى الفرقة ومجالها

(دراسة مقارنة)

الفصل الأوّل

مدلول الوزنة ومجالها في الشريعة.

مدلول الفرقة

الفرقة معناها الإفتراق (١) قال الأزهري "الفرقة إسم يوضع موضع المصدر الحقيقي من الإفتراق وفي حديث إبن مسعود "صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم بمنى ركعتين ومع أبي بكر وعمر ثم تفرقت بكم الطرق أي ذهب كل منكم إلى مذهب ومال إلى قول وتركتم السنة" وفارق الشئ مفارقة وفراقا: باينه، وإسم الفرقة و تفارق القوم: فارق بعضهم بعضا وفارق فلان إمرأته مفارقة وفراقا: باينها (٢)

أما الفرقة إصطلاحا فهي "ما تنحل به عقدة النكاح ويبتدئ به إنفصال الزوجين وإنقطاع ما بينهما من علاقة الزوجية" (٣)

والفرقة تشمل الفسخ والطلاق

الفرق بين الفسخ والطلاق

---

(١) "الطلاق لا يقع إلا بعد زواج صحيح، وحينئذ فإن هذا الطلاق لا يكون نقضا للعقد من أساسه، وإنما هو إنهاء للزواج بلفظ خاص يترتب عليه زوال الملك كما في الطلاق البائن أو نقصانه كما في الطلاق الرجعي وتترتب على هذا الطلاق الصحيح كل الآثار التي أثبتت على عقد الزواج الصحيح من نسب بالدخول ووجوب مهر وعدة بعد الطلاق.

أما الفسخ فإنه قد يكون نقضا للعقد من أساسه، وكأن هذا العقد لم

---

(١) الرائد لجبران مسعود دار العلوم ملايين بيروت ١٩٦٧

(٢) لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم إبن منظور ج ١٠ دار صادر بيروت

(٣) أنظر عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية لعلي حسب الله ص ١٤٠ وانظر "محاضرات" لعلي الخفيف ألقاها سنة ١٩٥٧م وسنة ١٩٥٨م على طلبة معهد الدراسات الإسلامية لجامعة الدول العربية.

يكن ولا يترتب على هذا الفسخ أثر إذ هو داخل على عقد غير تام ، وذلك كالفسخ بسبب خيار البلوغ أو الإفاقة ، والصبي إذا بلغ والمجنون إذا أفاق يستطيع كل منهما أن يفسخ العقد الذي عقد له دون أن يكون هو طرفا أصيلا فيه ، والفسخ ناقض العقد

وهناك فسخ لا ينقض العقد ، ولكنه يمنع إستمرار الحياة الزوجية كالفسخ بسبب إرتداد الزوجة عن الإسلام أو بسبب إبائها الدخول في الإسلام أو في دين بعد أن كانا مشركين ثم دخل الزوج في الإسلام ، ومثل هذا الفسخ إن كان من جهة الرجل يترتب عليه سقوط نصف المهر ، وإن كان من جهة المرأة يترتب سقوط المهر كله .

(٢) - وإنهاء الزوجية بالطلاق لا يرجع إلى سبب يتنافى مع عقد الزواج ولا إلى شئ يقتضي عدم لزومه ، بل يرجع إلى سبب طارئ لا دخل له لصحة العقد والمعروف أن الطلاق من حق الزوج بمقتضى عقد الزواج .

(٣) - أما إنهاء الزوجية بالفسخ فإنه يكون لسبب حالات طارئة على العقد تتنافى مع بقاء الزواج و إستمراره كما لو عرف الزوجان أن بينهما مانعا يمنع الزواج كالرضاعة ، أو كما لو إتصل أحد الزوجين إتصالا محرما بأحد فروع الزوج الآخر أو أصوله

(٤) - إنهاء الزواج بالطلاق ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الرجل سواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا - أما إنهاء الزواج بالفسخ فإنه لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الرجل على المرأة ، أو هو لا يعد طلاقا شرعيا (١) ولقد فرق فقهاء الحنفية بين الفسخ والطلاق على النحو التالي (٢) :

---

(١) أنظر الأحوال الشخصية للإمام محمد أبي زهرة ص ٣٢٤ - ٣٢٦ و عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية لعلي حسب الله ص ١٤٠

(٢) أنظر الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية للأستاذ الشيخ محمد زكريا البرديسي ص ٢١٤ و أنظر إبن عابدين جـ ٢ ص ٣١٥

① "يقول أبو يوسف كل إنهاء الزواج لسبب من جانب الزوجة يعد فسخا كإرتدادها أو إباءها الدخول فى الإسلام بعد إسلام زوجها المشرك أو إتصالها إتصالا غير شرعي بأحد أصول الزوج أو فروعه و إذا وقعت هذه الأشياء من جانب الزوج أيضا فإنه يجعل الفرقة فسخا لا طلاقا أما إذا كان إنهاء الزواج لسبب من جهة الزوج، وليس لهذا السبب مثيل من جانب الزوجة فإن الإنهاء يكون طلاقا، كإنهاء الزواج بألفاظ الطلاق أو كالعيب فى الزوج -

② - إذا كان إنهاء الزواج لأى سبب من الأسباب من جهة الزوج، فإنه يعد طلاقا لا فسخا وعلى هذا فإن ردة الزوج أو إباءه الإسلام أو إتصاله بأحد فروع الزوجة أو أصولها يعد طلاقا لا فسخا ---- وهذا فيما يرى محمد

③ - ويرى أبو حنيفة ما رآه محمد، إلا أنه يرى أن ردة الزوج فسخ لا طلاق"

ما يعد طلاقا

"ليشمل كل فرقة يراد بها إنهاء العقد لما طرأ بين الزوجين من أسباب النزاع، و ذلك هو:

١. الطلاق
٢. الخلع
٣. الإيلاء
٤. التفريق لعيب فى الزوج
٥ - التفريق لعدم إنفاقه على زوجته
٦ - التفريق لغيبة الزوج
٧ - التفريق لسوء عشرته
٨ - التفريق باللعان

ما يعد فسخا

ليشمل كل فرقة يراد بها نقض العقد لسبب خلل تحريم يمنع إبتداءه، أو طارئ يمنع لبقاءه و ذلك هو: ① الفرقة بتبين وقوع العقد غير صحيح -

② الفرقة لطروء حرمة المصاهرة

③ الفرقة بردة أحد الزوجين

④ التفريق لإباء أحد الزوجين الإسلام بعد أن أسلم الآخر

⑤ التفريق بخيار البلوغ أو الإفاقة

⑥ التفريق لعدم الكفاءة

⑦ التفريق للغبن فى المهر" (١)

وتنقسم الفرق كلها إلى قسمين أيضا

① "ما تقع الفرقة فيه من غير حاجة إلى قضاء لإبتنائها على سبب جلى ويشمل الطلاق، والخلع والإيلاء أو الفرقة بتبين فساد العقد أو لطروء حرمة المصاهرة، أو بردة أحد الزوجين مثلاً

② ما لا تقع الفرقة بمجرد وقوع السبب، بل بقضاء القاضى وهى التفريق لعيب فى الزوج أو التفريق باللعان أو التفريق لغيبة الزوج أو التفريق بخيار البلوغ والإفاقة أو التفريق لعدم الكفاءة على سبيل المثال" (٢)

---

(١) عيون المسائل الشرعية فى الأحوال الشخصية لعلى حسب الله ص ١٤٢

(٢) عيون المسائل الشرعية فى الأحوال الشخصية لعلى حسب الله ص ١٤٢

الملاحظة

هذه الفرق عموما كما نراها فى رد المحتار وهى منظومة: (رد المحتار لابن عابدين ج٣ ص ٧٢٧)

فرق النكاح أتتك جمعا نافعا ... فسخ طلاق وهذا الذى يحكيها

تباين الدار مع نقصان مهر كذا ... فساد عقد وفقد الكفء ينميها

تقبيل سبى وإسلام المحارب أو ... إرضاع ضرتها قد عد ذا فيها

خيار عتق بلوغ ردة وكذا ... ملك لبعض وتلك الفسخ يحصيها

أما الطلاق فجب عنة وكذا ... إيلاء ه. ولعان ذاك يتلوها

قضاء قاض أتى شرط الجميع خلا ... ملك وعتق وإسلام أتى فيها

تقبيل سبى مع الإيلاء يا أملى ... تباين مع فساد العقد يدنيها

الفصل الثانى

• الفرقة فى النظم الأخرى.

موقف اليهودية

أما موقف اليهودية من هذه المسألة فقد ذكر في سفر تثنية الإشتراع : " إذا اتخذ الرجل إمرأة وصار لها بعلا ثم لم تحظ عنده لعيب أنكره عليها فليكتب لها كتاب طلاق ويدفعه إلى يدها ويصرفها من بيته " (١)

القراءون (٢) شددوا في سوغ الفرقة ، فقالوا إن السوغ هو أن يكون أحد الزوجين غير محتمل الخلق أو الخلق ، أو يكون منه ما يمس الدين أو الآداب ، وجوزوا للمرأة طلب الطلاق كما جوزوه للرجل على سواء .

والربانيون (٣) توسعوا في السوغ ، فيكفي سوغا عندهم أن تحرق المرأة الطعام أو أن يرى الرجل أجمل منها ، ولا يسوغون الفرقة للمرأة " (٤)

موقف النصرانية

وأما النصارى فهم على الجانب المقابل لليهود في حل هذه المسألة إنهم يحرمون الفرقة أصلا مع إختلاف فيما بينهم ، ولا يبيحونه إلا في الحالات النادرة .

---

(١) الكتاب المقدس (وهو عند الله) جـ ١ ص ٣٢٦ الفصل ٢٤ / الآية ١ والنظر الإستثناء ١:٢٤

(٢) القراءون هم علماء اليهود الذين يشددون في الفقه والقانون (أنظر " إسلام اور مذاهب عالم تقابلی مطالعه " لمحمد مظهر الدين صديقي ص ٩٢ - ٩٥)

(٣) الربانيون هم علماء اليهود الذين توسعوا في مسائل الفقه والقانون (إسلام اور مذاهب عالم تقابلی مطالعه لمحمد مظهر الدين صديقي ص ٩٢ - ٩٥)

(٤) أنظر الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٣١٢ .

فالمذهب الكاثوليكي من النصارى يحرم الفرقة تحريما باتا ولا يبيح إنهاء الزواج لأى سبب مهما عظم شأنه ، وتعتمد الكاثوليكية فى هذا الصدد ما جاء فى إنجيل متى على لسان مسيح عليه السلام إذ يقول لا يصح أن يفرق الإنسان ما جمع الله (١) والمذهب الأرثوذكسى (Orthodox) لا يبيح الفرقة إلا فى حالة الخيانة الزوجية من الزوج أو الزوجة ويحرم على المطلق والمطلقة الزواج بعد ذلك ويعتمدون فى هذا الصدد على ما جاء فى إنجيل متى عن تحريم الطلاق لغير الزنا : " من طلق إمرأته إلا لسبب الزنا يجعلها تزنى " (٢) وأما تحريم الزواج بعد الفرقة فيعتمدون على ما ذكر فى إنجيل " من يتزوج مطلقة يزنى " (٣) وأيضا ذكر فى إنجيل " وإذا طلق المرأة زوجها وتزوجت بآخر إرتكبت جريمة الزنا (٤) والمذهب البروتستنتى (Protestants) يبيح الفرقة فى حالات محدودة ، ومن أهمها الخيانة الزوجية ويحرم عليها الزواج بعد ذلك (٥)

---

(١) إنجيل متى اصحاح ١٩ فقرة ٦

(٢) إنجيل متى اصحاح ٥ فقرة ٣٢

(٣) إنجيل متى اصحاح ٥ فقرة ٣٢

(٤) مرقس ١ اصحاح ١٠ فقرتى ١١ ، ١٢

(٥) أنظر كتاب الأسرة والمجتمع للدكتور عبد الواحد وافى طبعة دار النهضة مصر سنة ١٣٩٧ هـ ص ١٤٥ - ١٤٧

الملاحظة : يقول إبن تيمية " النصارى يحرمون النكاح على بعضهم ، ومن أباحوا له النكاح لم يبيحوا له الفرقة ، واليهود يبيحون الفرقة ، لكن إذا تزوجت المطلقة بغير زوجها حرمت عليه عندهم ، والنصارى لا طلاق عندهم واليهود لا مراجعة بعد أن تتزوج غيره عندهم (مجموع فتاوى إبن تيمية ج٣٢ ص ٩٠)

أسباب الفرقة عند المسيحيين فى العصر الحديث
و
حق الزوجة فى طلبها

الكاثوليك (The Catholics) لا يجيزون الفرقة مطلقاً ويجيزون التفريق الجسدى فقط، لا يعتقدون إمكان إنحلال الرابطة الزوجية لأن ما ربطه الرب لا يحله العبد عندهم و أسباب حق الزوجة فى طلب الفرقة عندهم هى: (١)

(١) الزنى من الزوج (٢) والخروج عن المذهب (٣) وتربية الأولاد فى بيئة غير كاثوليكية (٤) ومعيشة الأجرام المزرية بالشرف (٥) والخطر على حياة نفس الزوجة (٦) والخوف على جسد الزوجة بإستمرار الزواج (٧) وسوء المعاملة إلى درجة تجعل معيشة الزوجة صعبة جداً .... هذه هى حال التفريق عند الكاثوليك مع أنهم يشددون فى فقههم، وكان الظاهر أنهم يعتقدون إعتقادهم، والفارق بينهم أنهم يرجعون إلى النصوص ويحاولون تغييرها، ولكن أجازوا التفريق فى الأحوال السابقة، ولم يقتصروا على مجرد التفريق الجسدى، وفى العصر الحديث تستحق الزوجة المسيحية أن تطلب الفرقة بالأسباب الآتية: (٢)

(١) الزنى من الزوج (٢) ومحاولة التعدى من الزوج على حياة الزوجة (٣) والحكم على الزوج لجناية مخلة بالشرف (٤) وتحريض الزوج زوجته على الفسق (٥) وهجر الزوج زوجته (٦) وغيبة الزوج ثلاث سنوات فأكثر (٧) والأمراض العائقة عن القيام بحقوق الزوجية إذا طرأت بعده ومنها الجنون مثلاً (٨) وتعمد عدم الحمل والإجهاض (٩) وتغيير الزوج لمذهبه أو دينه (١٠) وسوء المعاملة (١١) ورهبنة الزوج (١٢) .... وتآمر الزوج على حياة الزوجة (١٣) وإذا خان الزوج وطنه خيانة كبيرة (١٤) فقد الزوج مدة خمس سنين إلى سبع سنين مع جهالة الحال من حيث الحياة والموت

---

(١) أنظر الأحوال الشخصية لمحمد أبى زهرة ص ٣٠٩ - ٣١٠ -

(٢) أنظر الأحوال الشخصية لمحمد أبى زهرة ص ٣١٠ - ٣١١ -

(١٥) وعدم الإتفاق المستمر بين الزوجين (١٦) وإذا حكم على الزوج بالحبس أكثر من سبع سنوات (١٧) والأمراض المزمنة المانعة من تحقيق الغرض كالجذام والبرص والعنة إذا مضت ثلاث سنوات ولم يصل إليها.

وهنا نشير إلى حقيقة الأمر بأن الطلاق أو الفرقة لا وجود لهما عند النصارى ولأى سبب أخذا من نص الإنجيل غير معتمدة على سواه (١) وهناك حكم آخر قرر أنه لا يكون التفريق إلا من زنى وهذا خطأ المجتهدين (٢)

حق الزوجة فى طلب الفرقة

عند الهنود

الهندى

فى الفقه الهندى للزوج الحق أن يطلق زوجته كما ومتى يشاء وهى كأثاث البيت مجلد مملوكة له وهى كلعبة فى يده وليس لها حق طلب الفرقة مطلقا فعلى المرأة المخلصة التى تريد أن تتمتع بقرب زوجها منها بعد الموت عليها ألا تفعل ما يمقته، أو يغضبه، سواء أكان حيا أم ميتا نرى أيضا أن الزوجة لا تستطيع أن تخلص نفسها من عقدة النكاح حتى بعد موت الزوج فعلى الزوجة أن تقتات بعد وفاة زوجها بالزهور، والجذور، والفواكه ليضمر جسمها (٣) أن ترعى زمامه، بألا تذكر بغضا بعد موته إسم أى رجل مهما يكن شأنه وأيضا لا تتصور الفرقة على طلبها حينما نقرأ أنها كانت تفضل أن تحترق بالنار فوق جثمان زوجها من أن تبقى بعده أرملة معرضة لتجارب الشيطان ويسمون حرق الزوجة نفسها فوق جثمان زوجها ستى (sattii) وقد أبطلت هذه العادة بأمر حكومى هذه الأيام ولكن بعضهن ما زلن يلقين بأنفسهن فوق شواظ النار التى تلهب أجساد أزواجهن (٤)

---

(١) متى ١٩ : ٣ وانظر متى ١٩ : ٦

(٢) الأحوال الشخصية لمحمد أبى زهرة ص ٣١٢ وانظر صدق جديد لكهنؤ ١٨ يناير ١٩٥٢م

(٣) منوسمرتى لمنو ٩ : ٧٧ - ٨١ و ٥ : ١٤٧ - ١٥٧

(٤) هامش منوسمرتى (مترجم إلى اللغة الغربية) لإحسان حقى ص ٣١٣

ولكن قد تغيرت صورة الأحوال عند الهنود تحت قانون زواج الهنود لسنة ١٩٥٥م وتأثر فقههم من الشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى واضح خلال تطوير مدة طويلة فالآن للزوجة حق طلب الفرقة عندهم للعيوب الآتية في الزوج :(١)

① الزنى -
② الضرر بالزوجة -
③ الجنون -
④ الأمراض السرية -
⑤ غيبة الزوج لسبع سنوات فأكثر -
⑥ الجذام -
⑦ ترك الدين الهندكية -
⑧ الرهبنة - (renunciation)
⑨ تعدد الزوجات -
⑩ عمل قوم لوط -

القانون للزوجات المسلمات في شبه القارة

أما القانون عن حق الزوجة في طلب الفرقة للزوجات المسلمات في الهند وباكستان فللزوجة أن تطلب الفرقة وتخلص نفسها من زوجها لأسباب آتية :(٢)

① الخلع - ليس ضررا
② لعدم الإنفاق على الزوجة لسنتين -
③ لفقد الزوج أو غيبته لأربع سنوات فأكثر
④ لحبس الزوج لسبع سنوات فأكثر -
⑤ لعدم العدالة بين الزوجات
⑥ للنكاح من المرأة الثانية بدون إذن الزوجة الأولى وسلطان القانون
⑦ هجر الزوج فراش زوجته لثلاث سنوات فأكثر
⑧ لعيب العنة في الزوج
⑨ للضرر بالزوجة
⑩ لجنون الزوج لسنتين أو هو في مرض الجذام أو البرص أو أي مرض
⑪ لخيار البلوغ
⑫ أي سبب آخر معتبر في الشريعة

---

(١) أنظر: ← The Hindu Marriages Act, 1955, Sec 13.

(٢) أنظر: ← The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939. and Principles of Mahomedan Law by D.F Mulla Page, 270 - 280

الفصل الثالث

• الفرقة فى البلاد الأوربية وتفوق موقف الإسلام -

الفرقة فى البلاد الأوربية -

تمهيد:

الزواج حصن للتزوج من الزنا، لهذا فقد حرصت الشريعة الإسلامية على تثبيت الحياة الزوجية وإستمرارها، ومع هذا، فقد يوجد ما يحول بين النكاح وبين أداء دوره المنشود إما لوجود عيب فى أحد الزوجين أو لقناعة أحدهما أو كليهما بأنه لا يستطيع البقاء مع الآخر فى نطاق الزوجية، لهذا فقد أباح الإسلام إنهاء الرابطة الزوجية حتى لا يقيم أحد الزوجين صلة غير مشروعة خارج نطاقها والأصل فى الزواج أن يستمر وأن يسود الحياة الزوجية جو من التآلف والتوادد، فإذا حدث - رغم هذا - أن حل التنافر أو التباغض أو الشقاق بين الزوجين فما هو الحل الأجود؟ أنبقى على الرابطة الزوجية رغم هذا، أم ننهيها بالفرقة حتى يسعى كل من الزوجين إلى إصلاح شأنه وإستبدال زوج بزوج، وقد أوردنا سابقا موقف اليهودية والنصرانية التين هما خلفية قوانين أوربا والآن نوضح تفوق الشريعة الإسلامية على هذه القوانين فى ضوء الأدلة -

المشكلة فى إستخدام حق الفرقة وزلة القانون فى أوربا -

ويظهر من موقف اليهودية والنصرانية أن هناك إفراطا وتفريطا ففى اليهودية إفراط، وذلك، أولا لإباحتها الفرقة بدون مراعاة لحدود أو تقييد بقيود، وثانيا، تبين المرأة من الزوج ولا يحل له بعدها أن يراجعها، لهذا فإنه يكفى لهدم الأسرة أن يعطى الزوج زوجته

هو ترويج النكاح الإختبارى (Companionate Marriage) ولكن الداء جاء أضر من الداء. والمراد بهذا النكاح الإختبارى أن يعاشر الرجل المرأة حينا من الزمان، بدون أن ليعقدا بينهما الزواج من النوع القديم فإن تآلف قلباهما فى أثناء هذه العشرة، تزوجا، وإن تكن الأخرى، إفترقا وراح كل منهما لسبيله يبحث عن زواج آخر. على أنه يجب عليهما خلال مدة التجربة هذه أن يجتنبا النسل، لأنهما إن جاءا فى أثناءها لولد، تحتم عليهما أن ليعقدا النكاح ويدخلا فى حظيرة الزواج، وهذا هو الذى يسمى فى روسيا بالحب الطليق[1] (Free Love). وهكذا يقول بال بيورد: "من العادة الجارية فى طبقة العاملين فى فرنسا أن المرأة منهم تأخذ من خدنها ميثاقا، قبل أن يعقد بينهما النكاح، أن الرجل سيتخذ ولدها الذى ولدته قبل النكاح ولدا شرعيا له. وجاءت إمرأة فى محكمة الحقوق بمدينة سين (Seine) فصرحت: "إنى كنت آذنت لعلى عند النكاح بأنى لا أقصد بالزواج إلا إستحلال الأولاد الذين ولدتهم نتيجة إتصالى به قبل النكاح. وأما أن أعاشره وأعيش معه كزوجة، فما كان فى نيتى عند ذاك، ولا هو فى نيتى الآن، ولذلك إعتزلت زوجى فى أصيل اليوم الذى تم فيه زواجنا، ولم التق به إلى هذا اليوم، لأنى كنت لا أنوى قط أن أعاشره معاشرة زوجية"[2]

وهذه نتيجة إباحة غير مقيدة فى طلب الفرقة فى أوربا وليس من الممكن أن نتصوره فى الشريعة الإسلامية فى العصر الحديث والقديم.

---

(١) أنظر: "Revolt of Modern Youth" by Ben Lindsey Pages 311-314

(٢) أنظر "Towards Moral Bankruptcy" by Baul Bureau Published in London, 1925, Page 55

ورقة الطلاق، وأما الديانة النصرانية نفيها تفريط، إذ حرمت الفرقة إلا في صورة الزنا وهذا يدفع الزوجين إلى إقامة الصلات غير المشروعة مع من يحبون مع بقاء الرابطة الزوجية أو إثبات الزنا ضد الزوج الآخر لصورة أو بأخرى وهذا ما يحدث في الدول التي تطبق هذا الحكم، فلنستمع ما يقوله ول ديورانت: "يجب أن يتمكن الزوجان من الفرقة برضا الطرفين وإذا رفضنا طلاق زوجة من زوج لمجرد اتفاقهما على طلبه، فإننا ندفعهما إلى صورة من الإنفجار تلائم طلباتنا غير المعقولة، وقد حدث أخيرا في إحدى مدن الغرب إن اتفق أحد أعضاء مجلس الشيوخ وزوجته على طلب الفرقة، ورفض طلبهما على أساس أنهما لم ينتهكا مقدارا كافيا من الأدب الإلهية والشرائع الإنسانية، واعتبرت المحكمة أن رغبتهما في التحرر غير معقولة" و"كبلابا لحديد" مدى الحياة، فليس للرجل أن يفعل في مثل هذه الظروف إلا أن يتحايل على القانون المغشوم (١)

ويقول برتراند رسل (Bertrand Russel): "إن البلاد التي حرم فيها القانون الفرقة بالإتفاق كانجلترا، فإن الذي يحدث أن يتفق الطرفان على إستئجار شهود الزور لإثبات الزنا أو القسوة ضد أحدهما لتكون هذه الوقائع أساسا للتفريق جبرا بحكم المحكمة"(٢) مما يدل على عدم صلاحية موقف النصرانية من الفرقة لحاجات البشر أن العالم المسيحي في أوربا بدأ يرجع إلى إباحة الفرقة، فقد أقر مجلس الشيوخ الإيطالي - وهو على بعد خطوات من المقر البابوي في روما - قانونا في ١٧/ ١١/ ١٩٧٠م بإباحة الفرقة بين

---

(١) مناهج الفلسفة لول ديورانت ص ٢٣٥ بتصرف

(٢) نقلا عن كتاب الفكر الإسلامي والتطور للأستاذ فتحي عثمان ص ٢٢٧ وقد نقل المؤلف فيه قول برتراند رسل عن كتابه الأخلاق والزواج

أجرت الحكومة الإيطالية إستفتاء شعبيا حول هذا القانون، وكانت النتيجة نجاح المشروع بأغلبية كبيرة، وكذا أقرت حكومة أسبانيا في تموز ١٩٧٨م تشريع الفرقة ثم إكتسبت تأييدا شعبيا لهذا القانون في الإستفتاء الشعبي في القانون الثاني ١٩٧٩م (١)

نرى أن هذه خطوات إلى الشريعة الإسلامية بدون إتباعها الكاملة وعلمها لذا ظهرت العيوب في القوانين كهذه بمضي الزمان لأن إباحة غير مقيدة للتفريق في هذه القوانين ظهرت في كثرة الطلاق والتفريق وهدم نظام الأسرة

نتيجة الإباحة غير المقيدة للتفريق

كانت إباحة التفريق في أوربا نتيجة الفكر الإنساني وبالتالي لم يحصلوا على الثمرات الطيبة التي الخاصة بالتشريع الإسلامي المنزل من الله، فنرى الحالة السيئة لكثرة طلبات الفرقة التي هي مأساة عدم إتزان المجتمع فيكتب القاضي لندسي (Lindsey) "في بلدة دنور في سنة ١٩٢٢" أعقب كل زواج تفريق بين الزوجين وبإزاء كل زواجين عرضت على المحكمة قضية الفرقة وهذه الحال لا تقتصر على بلدة دنور بل الحق أن جميع البلدان الأميريكية على وجه التقريب تماثلها في ذلك قليلا أو كثيرا ..... ويمضي في كتابه ... إن حوادث التفريق في المحكمة لا تزال تكثر وتزداد. وإن اطردت الحال على هذا كما هو المرجو - فلا بد أن تكون قضايا التفريق إلى المحاكم في معظم نواحي القطر على قدر ما يمنح فيها من الإمتيازات للزواج ..... إن ما قد نشأ بيننا اليوم من قلة الزواج وكثرة التفريق وتفاحش العلاقات غير المشروعة - الدائمة أو العارضة - بين الرجال والنساء، يدل كله على أننا راجعون القهقرى إلى البهيمية ..... والعلاج الناجح الذي قد إقترحوه بآخرة لهذه الكثرة الفاحشة من التفريق .....

---

(١) كتاب الفكر الإسلامي والتطور لفتحي عثمان ص ٢٢٧

موقف الإسلام من الفرقة

لما كان الإسلام دينا وسطًا ، فقد قدم الحل الوسط لهذه المسألة فلا يبيح الفرقة دون أي تحفظ حتى لا تتعرض الأسرة للهدم ، ولا يسد باب الفرقة نهائيا حتى لا يلجأ الطرفان إلى الزنا.

لقد حرص الإسلام على أن تستمر الحياة ما أمكن ذلك ويتمثل حرص الإسلام في هذا الصدد من قوله صلى الله عليه وسلم : " أيما امرأة سألت زوجها طلاقا من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة "(١) ويقول إبن تيمية " بل لفظ الطلاق إذا لم تدع إليه حاجة منهي عنه بإتفاق العلماء إما نهي تحريم أو نهي تنزيه (٢)

كما أرشد الإسلام إلى آداب من شأن مراعاتها أن تقلل حالات الطلاق من ذلك ألا يطلق الرجل زوجته في حالة حيضتها ولا في طهر قد باشرها فيه، وغير ذلك ، ثم قرر الإسلام أن التفريق بين الزوجين يقع بعد طلقات الثلاثة وليستطيع الرجل سد باب التفريق حتى ولو كان قد طلقها مرتين بالرجوع عن الطلاق يقول الله تعالى : " الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان "(٣)

ومن جهة أخرى ، فإن الإسلام لم يحرم الفرقة التي طلبتها الزوجة أو الزوج كما حرمت النصرانية حتى لا يدفع الزوجين إلى الوقوع في الحرام بإقامة الصلات غير المشروعة خارج نطاق الزوجية ، بل أباح طلب الفرقة عند حصول الإختلاف حتى يصل كل واحد إلى زوج يوافقه .

---

(١) جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي جـ ٢ ص ٢١٧ من حديث ثوبان رضي الله عنه وقال الترمذي : هذا حديث حسن.

(٢) مجموع فتاوى إبن تيمية جـ ٣٢ ص ٩٠ .

(٣) سورة البقرة الآية : ٢٢٩ .

لقول الإمام الكاساني: "شرع الطلاق في الأصل لمكان المصلحة، لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما، وعند إختلاف الأخلاق لا يبقى النكاح مصلحة، لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد، فتنقلب المصلحة إلى الطلاق ليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه" (١)

ويقول إبن قدامة في هذا الخصوص: "أجمع الناس على جواز الطلاق والعبرة دالة على جوازه فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضررًا مجردًا بإلزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة، فاقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه" (٢)

شهادة علماء الغرب على تفوق موقف الإسلام

وقد أكد علماء الغرب أهمية إباحة الفرقة وبينوا الفساد المترتب على حظره يقول بلينيول ريبرت (Planiolet Ripert): الفرقة شر ولكنه شر لابد منه لأن العلاج الوحيد لشر قد يكون أفدح خطرا، وتحريم الفرقة لما فيه من ضرر بمثابة تحريم الجراحة، لأن الجراح سوف يضطر إلى بتر أعضاء المريض، وليست الفرقة هي التي تحطم نظام الزواج المقدس لكنه سوء التفاهم بين الزوجين، وهو ما يضع له الفرقة حدا أو نهاية (٣)

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع جـ ٣ ص ١١٢ لأبي بكر مسعود الكاساني

(٢) المغني لإبن قدامة جـ ٧ ص ٩٦ - ٩٧

(٣) أنظر كتاب الفكر الإسلامي والتطور للدكتور محمد فتحي عثمان ص ٢١٣ - ٢١٤

ويقول بنتام (Bentham) : " لو وضع مشرع قانوناً يحرم فصل الشركات
و يمنع رفع ولاية الأوصياء وعزل الوكلاء ومفارقة الرفقاء
لصاح الناس أجمعون : انه غاية الظلم، واعتقدوا صدوره من
معتوه أو مجنون، فيا عجبا ! أن هذا الأمر الذى يخالف الفطرة، ويجافى
الحكمة وتأباه المصلحة، ولا يستقيم مع أصول التشريع تقرره القوانين
بمجرد التعاقد بين الزوجين فى أكثر البلاد المتمدنة وكأنها تحاول
إبعاد الناس عن الزواج، فإن النهى عن الخروج من الشئ نهى عن
الدخول فيه، وإذا كان وقوع النفرة واستحكام الشقاق والعداء
ليسا بعيد الوقوع، فأيهما خير؟ ربط الزوجين بحبل متين، لتأكل
الضغينة قلوبهما ويكيد كل منهما للآخر أم حل ما بينهما من رباط
وتمكين كل منهما من بناء بيت جديد على دعائم قويمة؟ أوليس
استبدال زوج بآخر خيرا من ضم خليلة إلى زوجة مهملة أو عشيق
إلى زوج لغيض[1]! كما يقول بنتام كذلك :
" حقا أن الزواج الأبدى هو الأليق بالإنسان والملائم
لحاجته والأرفق لأحوال الأسرة والأولى بالأخذ،
ولكن إن اشترطت المرأة على الرجل ألا تنفصل عنه حتى لو
حلت فى قلوبهما الكراهية الشديدة كان الحب لكان ذلك
أمرا منكرا، ولو كان الموت وحده هو المخلص من زواج
هذا شأنه لتنوعت صنوف القتل وإتسعت مذاهبه"[2]

---

(١) أنظر "حقوق المرأة فى الإسلام" للشيخ محمد بن عبدالله بن سليمان بن عرفة ص ١٥٢

(٢) أنظر كتاب حقوق الإنسان فى الإسلام للدكتور عبد الواحد وافى ص ١٤١ وقد
نقله من أصول التشريع لبنتام (Bentham)

الباب الثانى

حق الزوجة فى طلب الفرقة

على أساس الخلع

الفصل الأوّل

- معنى الخلع لغة و إصطلاحا و إختلاف الفقهاء فيه و أركان الخلع

أبرز حقوق الزوجة فى طلب الفرقة الخلع لأنه شرع للزوجة فى مقابل سلطة الطلاق للزوج إذن نعرفه لغة واصطلاحا فيما يلى :

• الخُلع لغةً واصطلاحًا: الخلع النزع يقال خلع الشئ يخلعه خلعا وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا جرده ومن المجاز الخلع (بالضم طلاق المرأة ببدل منها وقال الأزهرى خلع إمرأته وخالعها إذا إفتدت منه بما لها فطلقها وأبانها من نفسه وسمى ذلك الفراق خلعا لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال والرجال لباسا لهن فقال هن لباس لكم وأنتم لباس لهن[1] وورد فى لسان العرب " خلع : خلع الشئ يخلعه خلعا واختلعه : كنزعه إلا أن فى الخلع مهلة ، وسوّى بعضهم بين الخلع والنزع وقال أبو منصور : خلع إمرأته وخالعها إذا افتدت منه بما لها فطلقها وأبانها من نفسه ، والإسم من كل ذلك الخلع والمصدر الخلع ، فهذا معنى الخلع عند الفقهاء وخلع عذاره : القاه من نفسه فعد الشرّ وأنشد إبن الأعرابى فى المعنى الفقهى للخلع :

مولعات بهات هات ، فإن شفرن
شفرن مال أردن منك الخلاعا " [2]

---

(١) أنظر تاج العروس للسيد محمد مرتضى الزبيدى جـ ٥ ص ٣٢١
وانظر المنجد ص ١٩٢

(٢) أنظر لسان العرب لمحمد بن مكرم المصرى جـ ٨ ص ٧٦

قال صاحب كتاب الفقه على المذاهب الأربعة فى شرح الخلع: " الخلع - بفتح الخاء - مصدر خلع لقطع، يقال خلع الرجل ثوبه خلعا أزاله عن بدنه ونزعه عنه ويقال: خلعت النعل خلعا نزعته ويقال: خلع الرجل إمرأته وخالعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه أما الخلع - بالضم - فهو مصدر سماعى وليس إسما للمصدر الذى هو الخلع - بالفتح - لأن إسم المصدر ما نقصت حروفه عن حروف فعله، ولا يخفى أن حروف الخلع - بالضم - مساوية لحروف فعله خلع، ومن قال: إنه إسم مصدر أراد أنه إسم للمصدر الذى هو الخلع - بالفتح - المشتق من خالع لا من خلع.

ومن هنا تعلم أن الخلع - بالفتح - هو المصدر القياسى - وأنه يستعمل لغة فى إزالة الثوب، وإزالة الزوجية، وأن إسم المصدر هو الخلع - بالضم - ليستعمل فى الأمرين كذلك، إلا أنه خص لغة بإزالة الزوجية، ولبعضهم يقول: إن الخلع - بالفتح - وهو المصدر القياسى، معناه لغة النزع، وكذلك الخلع - بالضم - وهو المصدر السماعى أو إسم مصدر خالع، معناه فى اللغة النزع أيضا، ولكن إستعمل الأخير فى إزالة الزوجية مجازا، لأن كلا من الزوجين لباس للآخر، فإذا فعلا ما يزيل الزوجية فكأنهما نزعا ذلك اللباس عنهما وعلى هذا يكون إستعمال الخلع فى إزالة الزوجية بحسب الأصل اللغوى من قبيل المجاز، وقد صار بعد ذلك حقيقة لغوية فى إزالة الزوجية" (١)

والآن نقدم التعاريف الأخرى إصطلاحا عند الفقهاء مع إختلافهم حتى يتضح مفهوم الخلع مزيدا لأن المباحث عنه تتوقف على هذه التعاريف

---

(١) كتاب الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمن الجزيرى جـ ٤ ص ٣٨٦ - ٣٨٧

والخلع في إصطلاح الفقهاء - "إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة فإذا كان من غير بدل: بأن قال لها: خلعتك أو خالعتك، أو إختلعي، ولم يذكر بدلاً" (١) وقال أبو زهرة المصري "الخلع يجري على ألسنة فقهاء الشريعة، فيراد به أحيانا معنى عام، وهو الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها، وتقدمه لزوجها سواء أكان بلفظ الخلع أو المبارأة، أو كان بلفظ الطلاق، وهذا هو الشائع عند الكثيرين الآن وأحيانا يطلق ويراد به معنى خاص، وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع، أو ما في معناه كالمبارأة، وهذا كان شائعا على ألسنة المتقدمين من الفقهاء" (٢)

إختلاف الفقهاء

قد يطلق الرجل زوجته نظير عوض يستحقه بطلاقه، كأن يقول لها: أنت طالق بألف روبية، أو طلقتك على ألف روبية - وفي هذه الحال لا يقع الطلاق إلا بقبولها ---- والطلاق في نظير عوض هو ما يعرف بإسم الخلع قديما وحديثا فالشافعية يعرفون الخلع بأنه فرقة بعوض بلفظ الطلاق أو الخلع ومقتضى ذلك - لا يكون عندهم فرق بين الخلع والطلاق على مال، فهما شيء واحد في إصطلاحهم، ولا يكون الخلع عندهم بلا عوض، ويصح بصريح الطلاق وكنايته من النية، ولا يختص بلفظ معين عندهم (٣)

---

(١) أنظر فتح القدير لابن الهمام جـ ٤ ص ٢١٠ والدر المختار جـ ٢ ص ٥٧٥

(٢) أنظر الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٣٨٤

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي جـ ٦ ص ٣٨٦

والمالكية يردون رأى الشافعية فى الطلاق على مال، فكل طلاق على مال يسمونه خلعا، ويزيدون على ذلك أنهم لعدون من الخلع: الطلاق بلفظ الخلع أو ما فى معناه - ولو كان بغير عوض. وعلى ذلك فالخلع عندهم: قد يكون نظير عوض، وقد يكون بلا عوض إذا كان بلفظ الخلع أو ما يدل على معناه كالمبارأة والصلح ويقع به فى الحالتين طلاق بائن ولا يفرقون بين فرقة بلفظ الخلع من غير بدل وفرقة أخرى فيها الطلاق بائنا من حيث الحكم (١).

أما الحنابلة فالخلع عندهم فى نظير عوض بألفاظ معينة مخصوصة فهو كما ورد فى منتهى الإيرادات: "فراق الزوج زوجته لعوض بألفاظ مخصوصة ومقتضى هذا أن الخلع عند الحنابلة لا يكون إلا بعوض، فلو قال الزوج لزوجته: إخلعى لفلان، فقالت: خلعت نفسى، لم يكن خلعا إلا أن يكون نظير عوض (٢).

أما الحنفية كما أشرنا إليه سابقا فهم يردون الخلع بلفظ الخلع أو المبارأة والفرقة عندهم على مال بغير عوض بين اللفظين لا تعد خلعا حتى يفرقوا بين الخلع والطلاق على مال (٣).

وأهل الظاهر يردون أن كل فرقة فى نظير مال خلع، وعلى ذلك فلا يختص الخلع بلفظ من مادة خلع (٤) وأما الشيعة الجعفرية والزيدية - فالخلع عندهم لا يكون إلا فى نظير عوض، وهو عند الشيعة الجعفرية يكون بلفظ الخلع أو بلفظ المبارأة - أما الزيدية - فالخلع عندهم: كل فرقة فى نظير مال بأى لفظ كان (٥).

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٥٠

(٢) منتهى الإيرادات للبهوتى جـ ٣ ص ١٨٤ وانظر كشاف القناع جـ ٥ ص ٢١٢ - ٢١٤

(٣) فتح القدير لابن الهمام جـ ٤ ص ٢١٠

(٤) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٣٥

(٥) المنتزع المختار للشيخ عبد الله بن مفتاح جـ ٢ ص ٤٢٣

أركان الخلع (١)

أركان الخلع هي خمسة :

الأول : ملتزم العوض .
والمراد به الشخص الذي يلتزم المال، سواء كانت الزوجة أو غيرها .

الثاني : البضع الذي يملك الزوج الإستمتاع به، وهو لبضع الزوجة، فإذا طلقها طلقة بائنة زال ملكه فلا يصح الخلع

الثالث : العوض، وهو المال الذي يبذل للزوج في مقابل العصمة

الرابع : الزوج .

الخامس : العصمة .
هذه هي أركان الخلع، فلا يتحقق بدونها .

---

(١) كتاب الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمن الجزيري، جـ٤ ص ٣١٨

الفصل الثانى

• الخلع من الكتاب والسنة

الخلع من الكتاب

" وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (١) "

• هذه الآية مهمة جدا في موضوع الخلع تستفاد منها مشروعية الخلع والمسائل والأحكام المتعلقة به، أهم المسائل في هذا الصدد تأتي فيما يلي نظرا إلى التفسير الشهير الجامع لأحكام القرآن للقرطبي رحمه الله :-

① الآية خطاب للأزواج، نهوا أن يأخذوا من أزواجهم شيئا على وجه المضارة وذكر ما آتى الأزواج نساءهم، ولأن العرف بين الناس أن يطلب الرجل عند الشقاق ما خرج من يده صداقا لها -

② أن أخذ الفدية على الطلاق جائز عند الجمهور وأجمعوا على تحظير أخذ ما لها إلا أن يكون الفساد العائلي والنشوز من جانبها وحكى ابن المنذر عن النعمان أنه قال إذا جاء الظلم والنشوز منه وخالعته فهو جائز ماض وهو آثم، لا يحل له ما صنع.

③ قوله تعالى (إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله) حرم الله تعالى أخذ الشئ إلا إذا كان هناك خوف عدم قيام حدود الله والمعنى أن يظن كل واحد منهما ألا يقيم حق النكاح لصاحبه حسب ما يجب عليه فيه، فلا حرج على المرأة أن تفتدي ولا حرج على الزوج أن يأخذ ما تدفع إليه من حيث بدل الخلع

(١) سورة البقرة: الآية ٢٢٩

④ قوله تعالى (فإن خفتم ألا يقيما حدود الله) أي فيما يجب عليهما من حسن الصحبة والعشرة والمخاطبة للحكام والمتوسطين إذ قال «خفتم» وترك إقامة حدود الله هو استخفاف المرأة بحق زوجها وسوء طاعتها إياه. إذا قالت المرأة لا أطيع لك أمرا ولا أغتسل لك من جنابة، حل الخلع وقال الشعبي «ألا يقيما حدود الله» ألا يطيعا الله، وذلك أن المخاصبة تدعو إلى ترك الطاعة.

"فلا جناح عليهما فيما افتدت به" فيه جواز افتداء من جانب الزوجة كما سيتضح من قصة امرأة ثابت بن قيس تحت تفسير النص في السنة فيما بعد.

⑤ رأى البعض أن الشقاق والضرر شرط في الخلع ولكن اشتكاء الضرر ليس بشرط عند الجمهور لأن الله تعالى لم يذكر هذا على جهة الشرط وإنما هو من أحوال الخلع فقط.

⑥ لما قال الله تعالى "فلا جناح عليهما فيما افتدت به" دل على جواز الخلع بأكثر مما أعطاها ويجوز أن تفتدي منه بما تراضيا عليه، سواء كان أقل مما أعطاها أو أكثر منه وروى هذا عن عثمان بن عفان وابن عمر وقبيصة والنخعي وقال مالك: ليس من مكارم الأخلاق، ولم أر أحدا من أهل العلم يكره ذلك وقالت طائفة: لا يأخذ منها أكثر مما أعطاها كما ثبت من حديث ثابت بن قيس وبيان هذا الحديث تحت نص السنة وتفسيرها[1]. .....

---

(1) أنظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي جـ ٣ ص ١٣٦ - ١٤٢

النص عن الخلع فى السنة

عن إبن عباس قال " جاءت إمرأة ثابت بن قيس ابن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقالت يا رسول الله إنى ما أعتب عليه فى خلق ولا دين، ولكنى أكره الكفر فى الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أترديين عليه حديقته؟ قالت نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: إقبل الحديقة وطلقها تطليقة (١)" (رواه البخارى والنسائى)

تفسير الحديث

هذا الحديث دال على مشروعية الخلع فى الإسلام منذ عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقد من الله على المرأة على يد نبيه صلى الله عليه وآله وسلم حين منحها حق الخلع فى الزواج (وكانت حالها أهون حتى من أثاث البيت قبل طلوع شمس الإسلام)، والخلع هو فراق الزوجة أو تطليقها على المال كما شرحنا سابقا --- وههنا نقدم شرح هذا النص فى الخلع فى السنة فى ضوء نيل الأوطار للشوكانى، أخذنا أهم النكات فى هذا الصدد:

والقول (إنى ما أعتب عليه) والعتب هو الخطاب بالإدلال - والقول (فى الخلق) أى لا أريد مفارقته لسوء خلقه ولا لنقصان دينه والقول (ولكنى أكره الكفر فى الإسلام) كفران العشير والتقصير فيما يجب له لسبب شدة البغض له، ويمكن مرادها ----------

(١) وقد ورد ذلك بروايات متعددة وطرق مختلفة (رواه البخارى والنسائى وابن ماجة والترمذى وأبو داؤد والدارقطنى باسناد صحيح) - أنظر نيل الأوطار للشوكانى جـ٥ ص ٢٧٦ - ٢٧٧

أن شدة كراهتها له قد تحملها على إظهار الكفر لينفسخ نكاحها منه و ظاهر أنه لم يصنع بها شيئا يقتضي الشكوى منه، ويعارضه ما وقع في حديث الربيع عند الترمذي (أنه ضربها فكسر يدها) وأجيب بأنه لم تشكه لذلك بل لسبب آخر وهو البغض أو قبح الخلقة وقوله (إلا قبل الحديقة) وفي ذلك دليل على أنه يجوز للرجل أخذ العوض من المرأة إذا كرهت البقاء معه وظاهر الحديث أن مجرد وجود الشقاق من قبل المرأة في جواز الخلع لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يستفسر ثابتا عن كراهته لها عند إعلانها بالكراهة له.

وقوله عند الترمذي (تتربص حيضة)، هذا استدلال من قال: إن الخلع فسخ لا طلاق. وقد حكي ذلك عن ابن عباس وعكرمة وأحمد بن حنبل وطاوس وإسحق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي وابن المنذر وحكاه غيره أيضا عن الصادق والباقر وداؤد والإمام يحيى بن حمزة وحكي في البحر أيضا عن علي رضي الله عنه وعمر وعثمان وابن مسعود وزيد بن علي وأبي حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى وأحد قولي الشافعي أنه طلاق بائن. ووجه الاستدلال بحديث ابن عباس وحديث الربيع أن الخلع لو كان طلاقا لم يقتصر صلى الله عليه وآله وسلم على الأمر بحيضة وليس هناك لفظ الطلاق بل الأمر بتخلية السبيل واحتجوا أيضا لكونه فسخا بقوله - الطلاق مرتان - ثم ذكر الافتداء ثم عقبه بقوله تعالى - فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - قالوا: ولو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه إلا بعد زواج هو الطلاق الرابع

واحتج القائلون بأنه طلاق بما وقع في حديث ابن عباس المذكور من أمره صلى الله عليه وآله وسلم لثابت بالطلاق - وأجيب بأنه ثبت من حديث المرأة صاحبة القصة بلفظ "دخل سبيلها" وصاحب القصة أعرف بها، وأيضا ثبت بلفظ الأمر بتخلية السبيل من حديث الربيع وأبي الزبير ومن حديث عائشة عند أبي داؤد بلفظ "فارقها" وثبت أيضا من حديث

الربيع عند النسائي بلفظ "وتلحق بأهلها" ورواية الجماعة أرجح من رواية الواحد - وقال الترمذي أن أكثر أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وآله وسلم إحتجوا أن عدة المختلعة عدة المطلقة. ويجاب بأن ذلك مما لا يكون حجة في مقام النزاع بالإجماع لما تقرر أن الأدلة الشرعية إما الكتاب أو السنة أو القياس أو الإجماع على خلاف في الأخيرين وأيضا عارض حكاية الترمذي حكاية إبن القيم فإنه قال لا يصح من صحابي أنه طلاق البتة. وقال أيضا أنه تعالى رتب على الطلاق بعد الدخول ثلاثة أحكام كلها منتفية عن الخلع أحدها أن الزوج أحق بالرجعة فيه" الثاني أنه محسوب من الثلاث. الثالث أن العدة ثلاثة قروء وقد ثبت بالنص والإجماع أنه لا رجعة في الخلع وقد إشترط في الخلع نشوز الزوجة البعض وقال الجمهور: ليس بشرط.

وما روى في رواية أبي الزبير" أما الزيادة فلا" إستدل بذلك من قال: إن العوض من الزوجة لا يكون إلا بمقدار ما دفع إليها الزوج لا بأكثر منه ويؤيد ذلك حديث إبن عباس" أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أمره أن يأخذ منها ولا يزداد" وفي رواية الشوري" وكره أن يأخذ منها أكثر مما أعطى" وذكر ذلك كله البيهقي، وذهب الجمهور إلى أنه يجوز للرجل أن يخالع المرأة بأكثر مما أعطاها قال مالك: لم أر أحدا ممن يقتدى به يمنع ذلك، لكن ليس من مكارم الأخلاق - وأخرج إبن سعد عن ربيع قالت" كان بيني وبين إبن عمي كلام وكان زوجها، قالت فقلت له: "لك كل شيء وفارقني" قال: قد فعلت، فأخذ والله كل فراشي فجئت عثمان وهو محصور، فقال: الشرط أملك، خذ كل شيء حتى عقاص رأسها" وفي البخاري عن عثمان أنه أجاز الخلع دون عقاص رأسها - هناك جواز الزيادة في قوله تعالى - فلا جناح عليهما في ما افتدت به - فإنه عام للقليل والكثير ولكنه لا يخفى أن الروايات للنهي عن الزيادة مخصصة لهذا العموم والله أعلم بالصواب" (١)

(١) أنظر نيل الأوطار للشوكاني جـ ٥ ص ٢٧٨ - ٢٨٢ -

الروايات الأخرى لمفهم المبحث (١)

(١) وعن الربيع بنت معوذ " أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب إمرأته فكسر يدها وهي جميلة بنت عبدالله بن أبي، فأتى أخوها يشتكيه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال له : خذ الذي لها عليك وخل سبيلها . قال نعم ، فأمرها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن تتربص واحدة وتلحق بأهلها (رواه النسائي)

(٢) عن إبن عباس " أن إمرأة ثابت بن قيس إختلعت من زوجها، فأمرها النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن تعتد بحيضة (رواه ابو داؤد والترمذي وقال: حديث حسن غريب)

(٣) وعن أبي الزبير " أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده بنت عبدالله ابن أبي ابن سلول وكان أصدقها حديقة، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : أترديين عليه حديقته التي أعطاك ؟ قالت نعم وزيادة ، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : أما الزيادة فلا ولكن حديقته ، قالت نعم ، فأخذها له وخلى سبيلها ، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (رواه الدارقطني بأسناد صحيح)

---

(١) أنظر نيل الأوطار للشوكاني جـ ٥ ص ٢٧٦ - ٢٧٧

الملاحظة : الألفاظ التي تحتها خط أهم في حق الزوجة في طلب الفرقة على أساس الخلع كما سوضح خلال المبحث . أوردنا هذه الروايات لوضوح سياق هذه الألفاظ حتى يظهر المفهوم للخلع جيدا -

الفصل الثالث

أحكام الخلع في الفقه والقانون

• قد ذكرنا أحكام الخلع فى ضوء نصوص القرآن والسنة كما سبق والآن نذكرها من ناحية الفقه والقانون[1] وهى فيما يلى:

① **لبقاء الزواج الصحيح:** لبقاء الزواج الصحيح بين الزوجين من الضرورى لنفاذ حكم الخلع، فإن كان النكاح فاسدا لا يجرى الخلع لو دفع الزوجة المال إلى زوجها للخلع بعد النكاح الفاسد لرجع عليه لأن الزوج لا يستحق هذا المال[2]

② **الوصف الفقهى للخلع وأحكامه:** الخلع عقد ينعقد بإيجاب وقبول فهو من جانب الرجل يعتبر تعليقا للطلاق على قبول المال ومن جانب المرأة ليعتبر معاوضة لها وهكذا القانون الباكستانى (٣) ويتفرع على ذلك:

(أ) إذا صدر الإيجاب من الزوج فلا يجوز له الرجوع فيه قبل قبولها، فإذا قام هو من المجلس لا يبطل الإيجاب لأن التعليق لا يجوز الرجوع فيه ولكن يبطل بقيامها هى من غير رد أو قبول لأن المعاوضات والعقود المالية عامة تبطل إذا تفرقت المجالس بعد الإيجاب والقبول - وإذا كانت هى موجبة فإن لها أن ترجع فى إيجابها هذا قبل قبوله وإذا قام أحدهما بطل الإيجاب وذلك لأن الخلع من عقود التمليكات (٤) -

(ب) لا يجوز للرجل أن يشترط الخيار لنفسه فى الخلع ويثبت لها خيار الشرط " ولو قال أنت طالق على ألف على أنى بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج، وهو جائز إذا كان للمرأة (٥) -

---

(١) القانون الباكستانى فى الخلع مجمل وغير مذكور بالضبط، وقد يوجد فى قضايا الخلع (أنظر مجموعه قوانين إسلام لتنزيل الرحمن جـ ٢ ص ٥٩٦)

(٢) رد المحتار لابن عابدين جـ ٣ ص ٤٣٩ - ٤٤٠

(٣) See Principles of Mahomedan Law by D.F Mulla Page, 270

(٤) أنظر الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبو زهرة ص ٣٨٥ - ٣٨٦

(٥) أنظر شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٣٠

(ج) أهلية الطرفين: (و لإعتبار بالنسبة لها معاوضة فى معنى التبرع أشترط فى الخلع بالنسبة لها أن تكون مع صلاحيتها لإيقاع الطلاق عليها - أهلا للتبرع) البلوغ لثبوت بدل الخلع عليها من أن تكون بالغة وعاقلة ورشيدة لأن من لا تكون فى هذه الشروط ليست أهلا للتبرع، وهكذا بالنسبة للزوج أن يكون عاقلا وبالغا ورشيدا فى المخالعة[1] والقانون الباكستانى فى ضوء هذه الأهلية

(٣) ألفاظ الخلع ونيته: الخلع لابد فيه من ذكر الخلع وذكر المال بكون خلعا شرعيا يحتاج إلى قبولها، وبائنة حكم الخلع وأما الطلاق على المال لابد فيه من ذكر البدل دائما بدون لفظ الخلع، فإنه يكون إذن طلاقا بلفظ من ألفاظ الكناية يقع به الطلاق لغير حاجة إلى القبول. اللغة العربية ليست ضرورية فى المخالعة عنده أهل السنة كما ورد فى الفتاوى الهندية مثلا قال لها: خولیشتن می خری بمهرے ونفقة عدتك (تشتري لنفسك بمهر ونفقة عدتك) فقالت: خریدم (إشتريت) ولم يقل الزوج فروختم (بعت) لا يصح الخلع بالإتفاق ..... ولو قال لها: خولیشن از من بخر (إشتري نفسك منى) فقالت: خریدم (إشتريت) ولم يقل الزوج فروختم (بعت) إن ذكر بدلا معلوما بأن قال لكابين ونفقة عدة، أو بمال آخر معلوم صح (٢) والقانون الباكستانى أيضا يشترط رضا الطرفين فى عقد الخلع خارج المحاكم (٣) "وألفاظ الخلع تنقسم إلى صريح وكناية فالصريح ثلاثة ألفاظ خالعتك لأنه ثبت والمفاداة لأنه ورد به القرآن لقوله سبحانه (فلا جناح عليهما فيما افتدت به)

(١) الأحوال الشخصية لمحمد أبى زهرة ص ٣٨٧

(٢) الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ٣٠٣

(٣) The Muslim Family Laws Ordinance, 1961, Section. 8

وفسخت نكاحك لأنه حقيقة فيه فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ وقع من غير نية وما عدا هذه مثل بارأتك وأبرأتك وأبنتك فهو كناية لأن الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق، وهذا قول الشافعي إلا أن له في لفظ الفسخ وجهين فإذا طلبت الخلع وبذلت العوض فأجابها لصريح الخلع وكنايته صح من غير نية لأن دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض صارفة إليه فأغنى عن النية فيه، وإن لم يكن دلالة حال فأتى لصريح الخلع وقع من غير نية سواء قلنا هو فسخ أو طلاق، ولا يقع بالكناية إلا بنية ممن تلفظ به متهما ككنايات الطلاق مع صريحه والله أعلم (١) وألفاظ الخلع خمسة: خالعتك، بارأتك، فارقتك، طلقي نفسك على ألف ويزاد عليه ما ذكره المصنف من لفظ البيع والشراء (٢)

(٤) بدل الخلع: "الخلع يكون عند الشقاق بين الزوجين، وعدم إقامة حدود الله سبحانه وتعالى ويكون للرجل كل ما تفتدي به المرأة قليلا كان أو كثيرا لتفتدي لنفسها به، ولكن يكره له أخذ أي الشيئين إن كانت النفرة من جانبه، أو كان هو سبب النشوز وإن كان النشوز من جانبها فهي نافرة يكره له أخذ أكثر مما أعطى وذلك في الديانة لا في القضاء، وكل ما يصلح مهرا يصلح بدل خلع ولا عكس، فليس كل ما يصلح بدل خلع يصلح مهرا، فيصح أن يكون بدل الخلع مالا معينا أو مثليا موصوفا، عشرة دراهم، أو أكثر أو أقل، ويصح أن يكون منفعة تقابل بالمال أو لا، كسكنى دارها زمنا معلوما، أو غلات دارها، أو ترضع ولدها من غير أجرة أو تحتضنه كذلك، ومثل ذلك إذا خالعها على أن تنفق على ولدها الصغير مدة معلومة وإذا امتنعت لعدم تمام الخلع عما التزمت به بالنسبة لولدها أو عجزت عنه، أو صارت غير صالحة له فإنه يتبعها في عوض ما التزمت فإن امتنعت عن الإنفاق أو عجزت قام بالإنفاق، وكان دينا عليها يتبعها إذا أيسرت وإن امتنعت من الإرضاع أو الحضانة أو صارت غير أهل لها دفع الأجر لغيرها

---

(١) المغني لابن قدامة جـ ٧ ص - ٥٧ -

(٢) رد المحتار لابن عابدين جـ ٣ ص ٤٢٣ -

و رجع عليها بالعوض أو كان دينا عليها ولا يصح بدل الخلع إذا كان المسمى مالا غير متقوم ولا يصح أيضا إذا كان بدل الخلع ليشمل إعتداء على حق الطفل ولذلك قالوا إنه إذا كان بدل الخلع أن يبقى تحت يدها إلى أن يبلغ ولو تجاوز سن الحضانة، لا يثبت إذا كان الطفل ذكرا لأن الذكر بعد بلوغ سن الحضانة يحتاج إلى من يعوده عادات الرجال فيكون من حقه أن ينزع من أيدى النساء، فاشتراط بقائه تحت يدها يخل بمصلحته، أما الفتاة فمثل ذلك الشرط لا يضرها، لأنها تحتاج مع صيانة مصالحها إلى من يعلمها ما يختص بالنساء، وأمها قادرة على ذلك في الغالب، وفي كل موضع يبطل بدل الخلع يقع الطلاق ويكون بائنا على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه ويكون رجعيا على مقتضى المعمول به (١)

بدل الخلع في القانون الباكستاني يكون أكثر أو أقل مما دفع الزوج إلى الزوجة لأن الخلع عقد من العقود (٢) والقانون يحتاج إلى التفصيل في هذا العدد لأنه مجمل في مسائل بدل الخلع

(٥) الحكم الذي يترتب على الخلع

يقع الطلاق البائن إذا ثبت البدل ولم يكن ثمة سبب شرعي يوجب إلغاءه " إختلف الرواية عن احمد في الخلع فني إحدى الروايتين أنه فسخ، وهذا إختيار أبي بكر وقول إبن عباس وطاؤس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي، والرواية الثانية: أنه طلقة بائنة، روى ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيصة وشريح ومجاهد وأبي سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول وإبن أبي نجيح ومالك والأوزاعي والثوري وأصحاب الرأي

---

(١) الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبو زهرة ٣٨٩ - ٣٩٠

(٢) See "Principles of Mahomedan Law" by D.F Mulla Page 270.

وقد روى عن عثمان وعلى وابن مسعود لكن ضعف احمد الحديث عنهم وقال ليس في الباب أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ"[1] ولكن يقع الطلاق البائن في القانون الباكستاني[2] كما هو عند الجمهور في الفقه الإسلامي.

⑥ الخلع والمحجور عليها

إن كانت المحجور عليها فاقدة الأهلية بأن كانت مجنونة فلا يقع الخلع ولا يثبت المال كما ورد دليله في المغني:

"فأما المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون فلا يصح بذل العوض منها في الخلع لأنه تصرف في المال وليس هي من أهله وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن - لم لأنه ليس له الإذن في التبرعات وهذا كالتبرع ..... فإن خالع المحجور عليها بلفظ يكون طلاقا فهو طلاق رجعي ولا يستحق عوضا، وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان كالخلع بغير عوض ويحتمل أن لا يقع الخلع ههنا لأنه إنما رضي به بعوض ولم يحصل له ولا أمكن الرجوع ببدله ... وليس لولي هؤلاء المخالعة بشيء من مالهن لأنه إنما يملك التصرف بما لها فيه الحظ وهذا لا حظ فيه بل فيه إسقاط لنفقتها وسكنها وبدل مالها، ويحتمل أن يملك ذلك إذا رأى الحظ فيه ويمكن أن يكون الحظ لها فيه بتخليصها ممن يتلف مالها وتخاف منه على نفسها وعقلها وذلك لم لعدم بذل المال في الخلع تبذيرا ولا سفها فيجوز له بذل مالها لتحصيل حفظها وحفظ نفسها ومالها كما يجوز بذله في مداواتها وفكها من الأسر وهذا مذهب مالك (٣) فهو خلاف للجمهور في المسئلة

وأما الطلاق في المذهب الحنفي فرد ايتان إحداهما أنه يقع الطلاق لأنه علق الطلاق على قبوله لا على وجوب البدل وقد وقع المعلق عليه، فيقع الطلاق: أن الطلاق لا يقع لأنه علق

---

(١) المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٥٦-

(٢) See Muslim Family Laws by Sh. Abdul Halim, Page, 23. and PLD 1978 Lahore 328

(٣) المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٨٣-

الطلاق على قبول المال ممن هو أهل لإلتزامه، فلما لم يلزم المال لا يقع، والرواية الأولى أصح من الثانية (١) وهكذا لا يجوز للأب أن يخالع عن المجنون أو الصغير عند الظاهرية أيضا، "ولا يجوز أن يخالع عن المجنونة ولا عن الصغيرة أب، ولا غيره لقول الله تعالى: ولا تكسب كل نفس إلا عليها ٦ : ١٦٤، وقوله تعالى: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ٤ : ٢٩، فمخالعة الأب أو الوصي أو السلطان عن صغيرة أو كبيرة كسب على غيره، وهذا لا يجوز - واستحلال الزوج مالها بغير رضا منها أكل مال بالباطل، فهو حرام وبالله تعالى التوفيق (٢)

(٧) خلع المريضة مرض الموت

المريضة مرض الموت أهل لكل التصرفات الشرعية لأن المرض لا يوجب الحجر إلا إذا كان سببا في ضعف العقل ولما كان بدل الخلع في معنى التبرع أخذ حكم الوصية لذا "المخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعا لأنه معاوضة فصح في المرض كالبيع ولا نعلم في هذا خلافا. ثم إذا خالعته المريضة بميراثه منها فمات دونه صح ولا رجوع، وإن خالعته بزيادة بطلت الزيادة، وهذا قول الثوري وإسحاق وقال أبو حنيفة: له العوض كله، فإن خالعته فمن الثلث لأنه ليس بوارث لها فصحت محاباتها له من الثلث كالأجنبي وعن مالك كالمذهبين، وعنه ليعتبر بخلع مثلها. وقال الشافعي: إن خالعت بمهر مثلها جاز، وإن زاد فالزيادة من الثلث (٣) أما الحنابلة فهم لا يعتبرون مهر المثل لأن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم (٤) قرر فقهاء المذهب الحنفي أن المريضة مرض الموت إن خالعت زوجها وقع الطلاق لأنه علق الطلاق على قبول المال، وقد وجد القبول صحيحا، وأما ما يستحقه المخالع فهو بدل الخلع بشرط ألا يزيد على ثلث التركة ولا على نصيبه في الميراث

---

(١) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٣٧ -

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١١ ص ٦٠١ -

(٣) المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٨٨ -

(٤) المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٨٨ -

إن ماتت وهي في العدة ، لأن ميراثها في العدة يجعل قائما من وجه ، ويخشى أن يكون القصد من المخالعة إعطاءه أكثر من ميراثه ، فلا يزيد بدل الخلع عليه ثم بدل الخلع تبرع في مرض الموت فهو وصية ، والوصية يجب أن تتقيد بالثلث لا تتجاوزه ، فلا بد ألا يزيد عليه ، إذ الوصية بأكثر من الثلث لا تنفذ في الزائد من غير إجازة الورثة ، ولذلك يجب له الأقل من هذه المقادير بدل الخلع وثلث التركة ونصيبه في الميراث ، فإن كان نصيبه في الميراث ثلاثمائة وبدل الخلع خمسمائة ، وثلث التركة أربعمائة إستحق فقط ثلاثمائة وإن كانت وفاتها بعد إنتهاء العدة فقد إنقطع سبب الميراث من كل الوجوه وعلى ذلك ليستحق الأقل من بدل الخلع وثلث التركة لأن بدل الخلع تبرع وهو في مرض الموت وصية ، ولا تنفذ الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة (١)

⑧ التوكيل في الخلع

ويصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ومن أحدهما منفردا وكل من صح أن يتصرف بالخلع لنفسه جاز توكيله وكالته حرا كان أو عبدا ، ذكرا أو أنثى ، مسلما أو كافرا ، محجورا عليه أو رشيدا لأن كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع فصح أن يكون وكيلا ومؤكلا فيه كالحر الرشيد وهذا مذهب الشافعي والحنفية ولا أعلم فيه خلافا ويكون توكيل المرأة في ثلاثة أشياء : شرط العوض وقبضه ، وإيقاع الطلاق أو الخلع ويجوز التوكيل مع تقدير العوض ومن غير تقدير لأنه عقد معاوضة فصح كذلك كالبيع والنكاح (٢)

---

(١) أنظر فتح القدير لابن الهمام جـ ٤ ص ٢٢٧ والأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ص ٣٩٥ - ٣٩٦ ورد المحتار لابن عابدين جـ ٣ ص ٤٦٠ -

(٢) المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٩٠ - ٩١ ، والفتاوى الهندية لأورنك زيب عالمكير جـ ٢ ص ١٢٤ -

والقانون الباكستاني ليسع المسائل والأحكام في الفقه الإسلامي إجمالا عن الفرقة بين الزوجين إذا طلبها الزوجة من المحكمة وورد في نص القانون لعد كتابة الأسباب لحق الزوجة في طلب الفرقة أن للزوجة أن تطلب الفرقة لأي سبب آخر معتبر في الشريعة الإسلامية (١)

⑨ النهي عن الإضرار بالمرأة حتى تطالب بالمخالعة

وجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية الغراء راعت حقوق المرأة فحرمت على الأزواج الإضرار بالمرأة حتى تضطر إلى أن تلجأ إلى الإفتداء بالمال، ولقول الله تعالى: " لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرهاً ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن " (٢)

يقول ابن قدامة: " فأما إن عضل زوجته وضارها بالضرب والتضييق عليها أو منعها من حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك، لتفتدي نفسها منه، ففعلت، فالخلع باطل والعوض مردود - روى ذلك عن ابن عباس وعطا ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم ابن محمد وعروة وعمرو بن شعيب وحميد بن عبد الرحمن والزهري، وبه قال مالك والثوري وقتادة والشافعي وإسحاق " (٣)

ويقول الإمام مالك: " إنه إذا علم أن زوجها أضرها، وضيق عليها، وعلم أنه ظالم لها مضى الطلاق، ولا عليها ما لها. وقال مالك: " فهذا الذي كنت أسمع، والذي عليه أمر الناس عندنا " (٤)

---

(١) أنظر نص القانون: See Text (2) (ix) On any other ground which is recognised as valid for dissolution of marriages under Muslim law. (Dissolution of Muslim Marriages Act 1939 (VIII of 1939)

(٢) سورة النساء الآية ١٩ -

(٣) المغني الجزء ٧ ص ٥٤ و ٥٥ وعند الإمام أبي حنيفة العقد صحيح (يقع الخلع) والعوض لازم وهو آثم عاص (نفس المرجع ص ٥٥)

(٤) موطأ الإمام مالك بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي جـ ٢ ص ٥٦٥

⑮ هل يجب على الزوج تلبية مطالبتها بالمخالعة ؟

إختلف الفقهاء فى الإجابة عن السؤال، فبعضهم يرون أن على الزوج تلبية طلبها إستحبابا لا وجوبا، ويقولون إن أمر النبى صلى الله عليه وآله وسلم لثابت ابن قيس حيث قال: " إقبل الحديقة وطلقها تطليقة " الإرشاد وليس للوجوب(١) ويقول إبن قدامة: " ومن المندوب إليه الطلاق فى الشقاق وفى الحالة التى تخرج المرأة إلى المخالعة لتتزيل عنها الضرر(٢) ويقول إبن تيمية ضمن إجابته عن سؤال: إذا أبغضته، وهو محسن إليها، فإنه يطلب منه الفرقة من غير أن يلزم بذلك، فإن فعل وإلا أمرت المرأة بالصبر عليه إذا لم يكن ما يبيح الفسخ(٣) ويرى بعض العلماء أن تلبية مطالبتها للمخالعة واجب، يقول الأمير الصنعانى: " وأما أمره صلى الله عليه وآله وسلم بتطليقه لها، فإنه أمر إرشاد لا إيجاب كذا قيل والظاهر بقاؤه على أصله من الإيجاب ويدل عليه قوله تعالى: (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) فإن المراد يجب عليه أحد الأمرين وهنا قد تعذر الإمساك بمعروف لطلبها للفراق فيتعين عليه التسريح بإحسان "(٤)

إذن نتساءل كيف تكون الحياة الزوجية إذا بلغت كراهة المرأة لزوجها درجة تضحيتها برد كل ما تسلمته من زوجها لتحصل على الخلاص منه؟ إذا فقدت الحياة الزوجية جوهرها من التعاطف والتواد والسكن، فما ثمرة الإبقاء على الشكليات إذن؟ لهذا نقول بأن الزوجة إذا طلبت المخالعة من زوجها وأصرت على ذلك - رغم محاولات الإصلاح والتوفيق - فيجب على الزوج الإجابة لطلبها كما قرأنا فى حادثة ثابت بن قيس رضى الله عنه تحت نصوص السنة وتفسيرها.

---

(١) يقول الحافظ إبن حجر: " وهو أمر إرشاد وإصلاح ولا إيجاب ". (فتح البارى الجزء ٩ ص ٤٠٠)

(٢) المغنى لإبن قدامة جـ ٧ ص ٩٧

(٣) مجموع فتاوى إبن تيمية جـ ٣٢ ص ٢٨٣

(٤) سبل السلام جـ ٣ ص ١٦٧

(١١) سلطة القاضي في قضايا الخلع

السؤال الأخير المهم هل يملك القاضي سلطة التفريق بين الزوج والزوجة إذا رفع إليه قضية الخلع من جانب الزوجة والزوج لم يرض على الخلع من وجه السؤال مهم لأنا نقول إن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من الطلاق، فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا أبغضت المرأة زوجها جعل الخلع بيد المرأة إذا أبغض الرجل زوجته، قال الحنفية و الشافعية والحنابلة: لا، جوابا لهذا السؤال وقال مالك نعم والقانون الباكستاني مع مالك في هذا (١) وقرر في قضية الخلع بين بلقيس فاطمة و بين نجم الإكرام أن الخلع هو حق من حقوق الزوجة إذا رفعت إلى زوجها ما أخذت منه (٢) يلاحظ هنا بالخصوص أن إختلاف الطبائع بين الزوجين ليس من أسباب إنشاء حق الخلع في القانون الباكستاني (٣)

إذا كان الخلع حقا من حقوق الزوجة لها أن تأخذه في المحكمة وهذا ما تطلبه العدالة كما سنرى في ضوء الأدلة الآتية إن شاء الله تعالى:

إذا كان الخلع كذلك فقد قال مالك يكون الخلع بحكم الحكمين إذا فسدت العلاقة بين الزوجين، فإن للحكمين أن يفرقا بينهما خلعا ولو افق القاضي على ذلك وقال مالك: "في الأمر الذي يكون فيه الحكمان، إنما ذلك إذا فتح ما بين الرجل والمرأة، حتى لا تثبته بينهم بينة، ولا ليستطاع أن يتخلص إلى أمرها فإذا بلغ ذلك بعث الوالي رجلا من أهلها

---

(١) أنظر قضية "صبيحة بي بي ضد حسن دين" (PLD 1978, Lahore 701)

(٢) أنظر (1959) 2 W.P. 321 and PLD 1959 Lahore 566.

(٣) أنظر قضية "عمر بي بي ضد محمد دين" (AIR 1945 Lahore 51)
وانظر قضية الخلع "سعيدة خانم ضد محمد سميع" (PLD 1952 Lahore 113)

ورجلا من أهله عدلين، فنظرا في أمرهما واجتهدا فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما، وإلا فرقا بينهما، ثم يجوز فراقهما دون الإمام، وإن رأيا أن يأخذا من مالها حتى يكون خلفا فعلا (١)

ولكن الجمهور لا يجيزون للقاضي أو الحكمين أن يفرقا بين الزوجين إلا إذا رضي الزوج في التفريق بينهما:

إذا أمعنا في وجهة نظر المالكية لأينا أنها أصلح من وجهة نظر الجمهور من ناحية العملية لأن المذهب المالكي يتسع للخلع إن تركت المرأة زوجها ولكن بعد تحكيم الحكمين ومحاولة الإصلاح والحجز عنه، وقرر القاضي ما يحكمان ولو كان خلعا

أما القانون الباكستاني ففيه للقاضي سلطة التفريق بينهما في قضايا الخلع إذا (٢) رأى ألا يقيما حدود الله بدون حكم الفرقة بين الزوجين على أساس حق الخلع

أما أدلة المذهب المالكي فعرضها ابن حجر هكذا:

"قال ابن بطال أجمع العلماء على أن المخاطب بقوله تعالى: "وإن خفتم شقاق بينهما" الحكام وأن المراد بقوله تعالى: إن يريدا إصلاحا" حكمان - وأن الحكمين يكون أحدهما من جهة الرجل والآخر من جهة المرأة - وأنهما إذا اختلفا لم ينفذ قولهما - وإن اتفقا نفذ في الجمع بينهما من غير توكيل - واختلفوا فيما إذا اتفقوا على الفرقة فقال مالك والأوزاعي وإسحق ينفذ بغير توكيل ولا إذن من الزوجين وقال الكوفيون والشافعي وأحمد يحتاجان إلى الإذن فأما مالك ومن تابعه فالحقوه بالعنين والمولى فإن الحاكم يطلق عليهما فكذلك هذا وأيضا فلما كان المخاطب بذلك الحكام وإن الإرسال إليهم دل على أن بلوغ الغاية من الجمع والتفريق إليهم وجرى الباقون على الأصل وهو أن الطلاق بيد الزوج فإن أذن في ذلك وإلا طلق عليه الحاكم (٣)

---

(١) المدونة الكبرى للإمام مالك جـ ٥ ص ٥٠

(٢) أنظر: ..... PLD 1964 SC 456 and PLD 1967 SC 97

(٣) فتح الباري جـ ٩ ص ٣٣٢ -
لابن حجر العسقلاني

(١٢) الأدلة الأخرى

(١) ورد فى قضايا الخلع فى عهد النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه صلى الله عليه وآله وسلم فرق بين الزوجين ولم يعتبر رضا الزوج أبدا، هذا واضح من الأحاديث فى الباب تحت موضوع النصوص الواردة فى السنة

(٢) ينفذ حكم القاضى فى كل القضايا إذن إستثناء الخلع لا يعنى وينبغى أن ينفذ حكم القاضى فى الخلع أيضا لأنه لم يرد أى نص فى عدم نفاذ حكم القاضى فى الخلع

(٣) القاضى يفرق بين الزوجين إذا كان الزوج عنينا أو مجبوبا أو مجنونا، إذن لم لا يستطيع التفريق بينهما فى قضية الخلع؟

(٤) لو لم يكن فى سلطة القاضى أن يفرق بينهما لوقعت المرأة فى الفسق والمعاصى فى بعض الأحوال تحت داعيات نفسها إذن التسريح بإحسان يقتضى أنه إذا لم يمكن أن تعيش مع زوجها فى حدود الله تعالى فرق بينهما

(٥) لو لم يملك القاضى التفريق حين طلب الفرقة على أساس الخلع لما كانت أية مصلحة فى رفع القضية إليه.

(٦) ولو لم يكن فى مقدرة القاضى أن يفرق بين الزوجين فى المخالعة ولو لم يكن من الممكن للزوجة أن تحصل على الخلع بدون رضاء زوجها لما قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم:

١. المنتزعات والمختلعات من المنافقات (١)
٢. أيما إمرأة سألت زوجها طلاقا من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة (٢)

فيتضح من هذا فيما يلى:

(أ) أن الزوجة مكلفة ديانة ألا تطلب الفرقة على أساس حق الخلع بدون سبب مؤد إلى التفريق فى الخلع

---

(١) سنن نسائى جـ٦ ص ١٦٨ -

(٢) جامع الترمذى مع تحفة الأحوذى جـ٢ ص ٢١٧

(ب) تستحق التفريق فى الخلع قضاءا إذا طلبته من غير بأس ولكن تعد الذواقة والمنافقة نظرا إلى أقوال النبى صلى الله عليه وآله وسلم ولن تشم رائحة الجنة

(ج) ولكن على القاضى أن يتأكد قبل حكم التفريق بينهما - فى حد إمكانه - أن قيام حدود الله ليس من الممكن إن لم يفرق بينهما وأن يتأكد أيضا أن الإمساك بالمعروف متعذر بين الزوجين والشقاق بينهما سيؤدى إلى أسوأ الحالات، إذن عملية جراحة التفريق لابد منها للعلاج الشافى.

أما القانون الباكستانى فإن القاضى يمنح الزوجة الخلع إذا رأى أن السبب للخلع يكفى للتفريق فى نظر الشريعة الإسلامية كما يتضح من قضية "خورشيد بى بى ضد محمد أمين" (١)

الاقتراح

والقانون الباكستانى فى الخلع مجمل وغير واضح، إذن يحتاج إلى التفصيل والتدوين بالنظام وآراء القضاة فقط لا تكفينا فى هذا الصدد

---

(١) أنظر قضية الخلع: Khurshid Bibi Vs Muhammad Amin, 1967 P.L.D S.C 97

and

See The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939, Section 2 (ix).

الباب الثالث

حق الزوجة فى طلب الفرقة من غير خلع

الفصل الأول

حق الزوجة فى طلب الفرقة لعدم الإنفاق عليها

والآن نكتب شيئا عن النفقة للزوجة ، وهي واجبة على الزوج كما نرى في سائر القوانين الجديدة والقديمة لأن الزوجة لا تستطيع أن تبقى مع زوجها بدون النفقة حيث تقضي كل وقتها في طاعة الزوج وتربية أولاده والنفقة حق من الحقوق الثابتة لها بمقتضى العقد الصحيح في الشريعة الإسلامية والقانون وتجب النفقة ولو كانت الزوجة غنية ، وسواء أكانت مسلمة أم كانت غير مسلمة ولها أن تطلب الفرقة في المحكمة لعدم الإنفاق عليها تحت الصور التي يأتي تفصيلها خلال البحث .

تعريف النفقة

" النفقة مشتقة من النفوق : وهو الهلاك ، نفقت الدابة نفوقا : هلكت ، أو من النفاق وهو الرواج ، نفقت السلعة نفاقا : راجت ، ذكر الزمخشري أن كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفح ونفس ونفى ونفد . وفي الشرع : الإدرار على شيء بما فيه لبقائه ، كذا في الفتح ولا يخفى أن ما ذكره بيان لأصل مادتها وما أخذ اشتقاقها ووجه تسميتها فإن بها هلاك المال ورواج الحال فلا ينافي قولهم أيضا إنها في اللغة ما ينفقه الإنسان على عياله ونحوهم ، فانه بيان لحقيقة مدلولها وإنها اسم عين لا حدث (١)

حكم وجوب النفقة

النفقة واجبة للزوجة على زوجها وتشمل المسكن والكسوة والطعام وغيرها من أسباب المعيشة أي العلاج وغير ذلك مما يقضي به العرف .

---

(١) رد المحتار لابن عابدين جـ ٣ ص ٥٧١ - ٥٧٢

والدليل على وجوبها على الزوج قوله تعالى " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"(١) وقوله " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم "(٢) أى على قدر ما يجد مأخذه من السعة والمقدرة والأمر بالإسكان ينتج أمرا بالإنفاق لأنها لاتستطيع أن تخرج من بيته لكسب ومن الفطرى أن ينفق الرجل على زوجتها لأن عدم النفقة وعدم الخروج لا يجتمعان وبالتالى تستحق الكفاية لها عليه وقوله " لينفق ذوسعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله .... الخ"(٣) هذه الآية جامعة المسائل للنفقة فنقدم تفسيرها لعد قليل، الزوجة تشتغل فى بيت زوجه وعليها أن تطيعه وترعى بيته وتربى أولاده وليس فى مقدرتها أن تنفق على نفسها فى هذه الأحوال.

لهذا تصير النفقة حقها على الزوج فى مقابل واجباتها له والأسرة وإذا لم يؤد الزوج النفقة إليها كان لها حق اللجوء إلى ولى الأمر فى هذا الصدد وإذا منع الزوج النفقة عليها أو لم يستطع الإنفاق عليها، لها حق فى طلب الفرقة فى القضاء علاجا أخيرا لكى تقضى حياتها بالكسب أو بالزواج من الآخر لأن عدم النفقة عليها فيه ضرر بها والإسلام ليقول لنا :

" لا ضرر ولا ضرار "

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٣.

(٢) سورة الطلاق : الآية ٦.

(٣) سورة الطلاق : الآية ٧.

النص من القرآن عن نفقة الزوجة وتفسيره

" لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴿٧﴾ "(١)

"دلت الآية على أن نفقة الزوجات وغيرهن متفاوتة بحسب اليسار والإعسار. ولم تقدر الآية في النفقة شيئا معينا لا كيلا ولا وزنا ولا نوعا من الطعام بل تتوقف على العادة وعرف الناس بحسب حال المنفق وكفاية منفق عليه وأيد ذلك ما ثبت عنه صلى الله عليه وآله وسلم قال في خطبة الوداع " واتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف " ، ولم يحفظ عن أحد من الصحابة قط تقدير النفقة لا بمد ولا برطل بل المحفوظ عنهم والذي اتصل به العمل في كل عصر ومصر... أنهم كانوا ينفقون على أهليهم الخبز والأدام من غير تقدير ومثل هذا مروي عن كثير من الصحابة والتابعين إلا أن الشافعي وأبا يعلى قدرها اعتبارا بالكفارات فإنها لا تختلف قلة وكثرة باختلاف اليسار والإعسار، وأن الشافعية لم يقولوا بتقدير نفقة الزوجة إلا عند تنازع الزوجين أما إذا تراضيا على أن تأكل من بيته فأكلت قدر كفايتها كان ذلك إنفاقا عليها وليس لها أن تطالبه بنفقة عن المدة التي أكلتها عنده سواء أكلت معه أم وحدها أم أضافها شخص إكراما له كل ذلك ليعتبر إنفاقا عليها وليسقط نفقتها، وهذا لم ينقل خلافه منذ عهد النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

(١) سورة الطلاق : الآية ٧.

وهل تستحق الزوجة فسخ النكاح لعجزه عن الإنفاق عليها؟ قال أهل الظاهر وأبو حنيفة وصاحباه "لا" وقال مالك والشافعية والحنابلة "نعم" قالوا وقد شرع الفسخ بالعنة لإزالة الضرر، والضرر الذي يلحق الزوجة لعدم النفقة أشد من ضررها بالعنة فكان الفسخ بالعجز عن النفقة أولى من الفسخ بالعنة "(١)

وسنشرح خلاف الفقهاء بالتفصيل في الصفحات الآتية عن جواز الفرقة لعدم الإنفاق عليها أو عدم جوازها.

" وفي المسئلة مذهبان آخران. أحدهما أنه إذا أعسر بنفقتها حبس حتى يجد ما ينفقه. وهذا مذهب حكاه الناس عن عبيد الله بن الحسن العنبري قاضي البصرة، وهو مذهب غير معقول لأن إذا حبس فمن أين يجد النفقة؟ ولعل العنبري من القائلين بالتفريق للإعسار وأنه يريد أن الحاكم إذا أمره بالطلاق فامتنع حبسه حتى يطلق أو يظهر له مال.

والثاني أنه لا فسخ وعليها نفقة نفسها إن كانت غنية وإن عجز الزوج عن نفقة نفسه أيضا كلفت المرأة الإنفاق عليه وهو مذهب ابن حزم في المحلى: " فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية كلفت النفقة عليه لا ترجع لشئ من ذلك إن أيسر وهذا المذهب يخالف قواعد الشرع ومقاصده "(٢)

---

(١) أنظر تفسير آيات الأحكام لمحمد علي السايس (تفسير سورة الطلاق) ص ١٧٩ الآية ٧ و ١٨٠ و ١٨١ -

(٢) أنظر تفسير آيات الأحكام لمحمد علي السايس ص ١٧٩ — ١٨١ - (تفسير الآية ٧ من سورة الطلاق)

حق الزوجة فى طلب الفرقة فى نظر السنة
(لعدم الإنفاق عليها)

"(١) عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، ابدأ بمن تعول، فقيل من أعول يا رسول الله؟ قال إمرأتك ممن تعول، تقول: أطعمني وإلا فارقني، وجاريتك تقول: أطعمني واستعملني، وولدك يقول: إلى من تتركني؟ (رواه احمد والدارقطني بأسناد صحيح وأخرجه الشيخان في الصحيحين وأحمد من طريق آخر)

(٢) عن أبي هريرة " أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في الرجل لا يجد ما ينفق على إمرأته قال: " يفرق بينهما "(رواه الدارقطني)" (١)

" أستدل بهذين الحديثين عن أبي هريرة على أن الزوج إذا أعسر عن نفقة إمرأته واختارت فراقه فرق بينهما وإليه ذهب جمهور العلماء وحكي عن الكوفيين أنه يلزم المرأة الصبر وتتعلق النفقة بذمة الزوج ولكن يثبت في ضوء الحديثين المذكورين وقوله تعالى ـ لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ـ أن الزوجة تستحق طلب الفرقة إذا تعذرت نفقتها والآية المذكورة عامة والأحاديث يقوى بعضها بعضا وأما إستدلال الآخرين بقوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها. قالوا: وإذا أعسر ولم يجد سببا يمكنه به تحصيل النفقة فلا تكليف عليه بدلالة الآية. فيجاب عنه بأنا لم نكلفه النفقة حال إعساره، بل رفعنا الضرر عن إمرأته وخلصناها من حباله لتكتسب لنفسها أو يتزوجها رجل آخر واحتجوا أيضا بحديث جابر " أنه دخل أبو بكر وعمر على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فوجداه وحوله نساؤه واجما ساكتا وهن يسألنه النفقة، فقام كل واحد منهما إلى إبنته أبو بكر إلى عائشة وعمر إلى حفصة فوجآ أعناقهما، فاعتزلهن رسول الله صلى

(١) أنظر نيل الأوطار للشوكاني جـ ٥ ص ٣٦٤

الله عليه وآله وسلم لعبد ذلك شهداً" فضربها لإبنتها في حضرته صلى الله عليه وآله وسلم لأجل مطالبتها بالنفقة التي لا يجدها يدل على عدم التفرقة لمجرد الإعسار عنها. قالوا: ولم يزل الصحابة فيهم الموسر والمعسر ومعسروهم أكثر. ويجاب عن الحديث عن جابر بأن زجرها عن المطالبة بما ليس عند رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا يدل على عدم جواز الفسخ لأجل الإعسار ولم يروا أنهن طلبنه ولم يجبن إليه، كيف وقد خيرهن صلى الله عليه وآله وسلم لعبد ذلك فاخترنه، وليس محل النزاع جواز المطالبة للمعسر بما ليس عنده وعدمها بل محله هل يجوز الفسخ عند التعذر أم لا: وقد أجيب عن هذا الحديث بأن أزواج النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يعد من النفقة بالكلية، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قد إستعاذ من الفقر المدقع، ولعل ذلك إنما كان فيما زاد على قوام البدن مما يعتاد الناس النزاع في شله، وهكذا يجاب عن الإحتجاج بما كان عليه الصحابة من ضيق العيش، والظاهر من الأدلة أنه يثبت حق طلب الفرقة بمجرد عدم وجدان الزوج للنفقة بحيث يحصل عليها ضرر من ذلك.

وهل تحتاج المرأة إلى الرفع إلى الحاكم؟ روى عن المالكية في وجه لهم أنها ترافعه إلى الحاكم ليجبره على الإنفاق أو يطلق عنه. وفي وجه لهم آخر أنه ينفسخ النكاح بالإعسار لكن بشرط أن يثبت إعساره عند الحاكم، وروى عن احمد أنها إذا إختارت الفسخ رفعته إلى الحاكم والخيار إليه بين أن يجبره على الفسخ أو الطلاق، وذهب إبن القيم إلى التفصيل وهو أنها إذا تزوجت به عالمة بإعساره أو كان حال الزوج موسراً ثم أعسر فلا فسخ لها وإن كان هو الذي غرها عند الزواج بأنه موسر ثم تبين لها إعساره كان لها الفسخ فليس للزوجة تخليص نفسها من تحت زوجها إلا إذا دل الدليل على جواز ذلك كما في الإعسار عن النفقة وجود العيب المسوغ للفسخ، وهكذا إذا كانت المرأة تكره الزوج كراهة شديدة للضرر كما سنرى لعد إن شاء الله تعالى(١) والآن نعرض وجهات نظر الفقهاء في حق الزوجة في طلب الفرقة لعدم الإنفاق عليها.

---

(١) أنظر نيل الأوطار للشوكاني جـ ٥ ص ٣٦٤ - ٣٦٦

- حق الزوجة فى طلب الفرقة لعدم الإنفاق عليها والخلاف بين الفقهاء -

قد شرحنا أهمية النفقة للزوجة حتى تبقى مع زوجه فى جو الهدوء والطمأنينة وذكرنا سالفا شيئا من القرآن والسنة مع التقرير عن حق الزوجة فى طلب الفرقة لعدم الإنفاق عليها والآن لغرض جواز طلب الفرقة من جانب الزوجة لعدم الإنفاق عليها أو عدم جوازه فى نظر الفقهاء الكرام:

المذهب الحنفى:

المذهب الحنفى لا يجيز تطليق الزوجة على زوجها لسبب إعساره بنفقتها أو إمتناعه من الإنفاق عليها. ويرى إذا كان الزوج معسرا إستدانت الزوجة بأمر القاضى وإن كان ممتنعا من الإنفاق عزره القاضى وحبسه وتفصيل ذلك فيما يلى: أن يكون لها مال تنفق منه على نفسها دون اللجوء إلى القضاء، وهى بذلك تعد متطوعة بالإنفاق. ألا يكون لها مال فتلجأ إلى الإستدانة دون إذن القاضى وهى فى هاتين الحالتين لا يجوز لها أن تطالب الزوج بما أنفقت أو بما إستدانت سواء أكان الزوج حاضرا أم غائبا، لأنها إذا أنفقت من مالها متطوعة فقد أسقطت حقها، وإذا إستدانت لغير إذن القاضى كانت المطالبة عليها خاصة، ولم يكن للغريم أن يطالب الزوج بما إستدانت وإن كانت بإذن القاضى فلها أن تحول الغريم على الزوج فيطالبه بالدين. ويبقى أن ترفع الأمر إلى القاضى فيفرض لها النفقة، ويأذن لها فى الإستدانة فتكون هذا دينا فى ذمة زوجها ويصير الزوج كأنه هو المستدين لا الزوجة أما إذا كان الزوج قادرا على الإنفاق ولكنه إمتنع عنه وفرض القاضى عليه النفقة فلم يمتثل رغم يسره فان لزوجته أن تطلب حبسه للنفقة بعد أن صارت واجبة عليه بحكم القضاء فقد صارت كسائر الديون، القاضى لا يحكم بالحبس إلا بشرطين: أولا: أن يثبت لديه أن الزوج قادر على الإنفاق وممتنع عنه لغير عذر مقبول ثانيا: أن يعطى الزوج مهلة لعد الحكم بالنفقة، فإذا إمتنع عن أدائها صارت دينا وصار الحبس حكما عليه لمماطلته فى أداء الدين (١)

---

(١) أنظر حاشية رد المحتار لابن عابدين جـ٣ ص ٥٩٠ — ٥٩٢ وانظر بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٥ ص ٢٢٦ -

المذهب المالكى

أجاز المالكية التطليق لعدم الإنفاق فقال الدسوقى فى حاشيته: "إن الزوج إذا امتنع من النفقة، وطولب بها فإما أن يدعى الملاءة، ويمتنع من الإنفاق، وإما ألا يجيب بشئ وإما أن يدعى العجز، فإن لم يجب بشئ طلق عليه حالا وإن قال أنا موسر ولكن لا أنفق فقيل: يعجل عليه الطلاق وقيل يحبس، وإذا حبس ولم ينفق طلق عليه. وهذا كله إذا لم يكن له مال ظاهر وإلا أخذ منه، وإن ادعى العجز فإما أن يثبت العجز أو لا فإن لم يثبت العجز فيقال له. طلق أو أنفق، فإن امتنع من الطلاق والإنفاق فقيل يحمل ثم يطلق عليه وقيل لا يحمل بل يطلق عليه حالا والثانى هو المعتمد ---- للزوج الذى طلق الحاكم عليه لإعساره مراجعة زوجته المدخول بها إن وجد فى العدة يسارا يقوم بواجب مثلها عادة لا دونه - وإلا فليس له الرجعة بل لا تصح ولو رضيت خلافا لمن قال لصحة الرجعة فى هذه الحالة إن رضيت لأن الطلقة التى أوقعها الحاكم إنما كانت لأجل فقره. فلا يمكن من الرجعة إلا إذا زال موجب الطلقة وهو الإعسار"(١)

المذهب الشافعى

يرى الشافعية فى الرأى الراجح عندهم كما يرى المالكية أن للزوجة حق طلب الفرقة إذا أعسر هو أو من يقوم مقامه من فرع أو غيره عن نفقتها المستقبلة كأن يتلف ماله مثلا.

أما المرسر فإذا امتنع عن الإنفاق على زوجته وطلبت الفرقة فالأصح أن لا فسخ سواء كان زوجها حاضرا أو غائبا لتمكنها من تحصيل حقها بالحاكم أو بيدها إن قدرت فإن لم يعرف مكان إقامة الزوج بأن غاب وانقطع خبره فقيل أن لها الفسخ وقيل أيضا أنه فسخ مادام الزوج موسرا(٢)

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٥١٨ - ٥١٩ -

(٢) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٤٤٢ - لمحمد الشربينى الخطيب

المذهب الحنبلي

أجاز الحنابلة لزوجة الرجل إذا أعسر أن تبقى معه، وتصبح نفقتها ديناً في ذمته وبين أن تطلب إلى القاضي تطليقها على زوجها لإعساره وقرر الحنابلة: أنه ليتروى في الإعسار أن يعسر بالقوت والمسكن أو بأحدهما أو إذا صار الزوج لا يجد النفقة لزوجته الا يوم ما دون يوم لأن الضرر يلحق الزوجة في كل ذلك، فالبدن لا يقوم بدون كفايته" فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان. والإمساك مع ترك النفقة ليس إمساكا بالمعروف. ولحديث أبي هريرة مرفوعا في الرجل لا يجد ما ينفق على إمرأته قال "يفرق بينهما" رواه الدارقطني وقال إبن منذر ثبت أن عمر كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا لبعثوا بنفقة ما مضى .... وقال الحنابلة أيضا: إن الضرر الذي يصيب المرأة لعدم الإنفاق عليها أقل من الضرر الذي يصيب المعسر بتطليق زوجته عليه فتملك الزوجة حق طلب الفرقة لهذا السبب فورا ومتراخيا وقال الحنابلة لو رضيت المرأة لعسرة زوجها أو تزوجته عالمة لعسرته فلها الفسخ لأن النفقة تتجدد يوما بيوم

لو إمتنع موسر من الإنفاق على زوجته، ولم تقدر أخذ ما وجب لها من ماله فلها رفع أمرها إلى حاكم فيأمره بدفعه لها، فإن إمتنع أجبره الحاكم على الدفع فإن أبى حبسه حتى يدفع النفقة. فإن غيب ماله وصبر على الحبس فللزوجة حق طلب الفرقة لتعذر النفقة عليها من جهته كالمعسر، وهكذا إذا غاب الموسر وتعذر الإنفاق عليها بأن لم يترك لها نفقة، ولم يظهر له مال، ولم يمكنها تحصيل نفقتها باستدانة وغيرها، فلها الفسخ، لتعذر الإنفاق عليها من ماله كحال المعسر بل أولى، ولأن في الصبر ضررا أمكن إزالته بالفسخ فوجب إزالته دفعا للضرر .... فمتى الفسخ للإعسار، أو للإمتناع عن الإنفاق، لابد من طلب الزوجة الفسخ، وقضاء الحاكم به (١).

(١) أنظر منتهى الإرادات للبهوتي جـ ٣ ص ٢٥٣.

المذهب الظاهري

لا يرى الظاهرية التطليق لعدم الإنفاق على الزوجة للإعسار فقد قالوا: إن عجز الزوج عن نفقة نفسه، وإمرأته غنية كلفت الإنفاق عليه، ولا ترجع بشئ من ذلك إن أيسر، إلا أن يكون عبدا فنفقته على سيده لا على إمرأته. واستدلوا لرأيهم بقوله تعالى: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف. لا تكلف نفس إلا وسعها. لا تضار والدة بولدها، ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك) قال على: الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن(١)

المذهب الشيعي

لم نعرف أي نص عند الشيعة يفيد جواز حق الزوجة في طلب الفرقة بسبب إمتناعه من الإنفاق عليها أو بسبب إعساره بل إنهم أوجبوا على الحاكم أن يجبر الزوج الممتنع عن الإنفاق على زوجته على أن ينفق، وله أن يبيع ماله جبرا عليه، لينفق منه على الزوجة. (٢)

والآن نقدم أدلة من قال بجواز التطليق لعدم الإنفاق وأدلة من قال بعدم جواز التطليق لعدم الإنفاق والمناقشة في هذا الخصوص.

---

(١) أنظر المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٩٢، ٩٣.

(٢) أنظر روائع الأحكام لسيد محمد صادق طبع حيدر آباد ١٨٩٧م ص ٣١١.

أدلة الطرفين

ذكرنا من قبل أن الإنفاق على الزوجة واجب على الزوج و أن لها أن تأخذ من ماله بغير إذنه ما يكفيها إذا امتنع من الإنفاق كما ثبت من حديث هند، و ان لها أن تلجأ إلى القاضي ليقرر لها النفقة إذا لم يكن ماله تحت يدها أو لم يكن له مال ظاهر ولكن هنالك سؤال هل لها حق في طلب الفرقة لسبب إعسار الزوج أو عدم إنفاقه على الزوجة قال الجمهور نعم وقال الحنفية لا (١) كما سبق يرى الحنفية أن لا حق للزوجة في طلب الفرقة لسبب النفقة ولهم الأدلة الآتية نظرا إلى البحث السابق وغيره :

(١) إن الله لا يكلف الزوج فوق طاقته حيث يقول سبحانه " ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها ، سيجعل الله بعد عسر يسرا (٢) إذا لم يكلف الله الإنفاق في حال إعساره فلا يكون عدم إنفاقه عليها سببا للتفريق بينهما

(٢) ان أزواج النبي صلى الله عليه وآله وسلم طلبن منه ما ليس عنده من النفقة حتى تركهن شهرا وخيرهن القرآن ولكن لم تطلب أية واحدة منهن الفرقة لسبب الإعسار .

(٣) كان بين الصحابة الموسر والمعسر ولكن لم تطلب إحدى زوجات الصحابة الطلاق على أساس الإعسار أو عدم نفقتها .

(٤) الفقر والغنى ليسا في مقدور الإنسان ومن حسن أخلاق الزوجة أن تصبر على فقر زوجها ولا تطلب الفرقة لأنه من مكارم الأخلاق .

---

(١) (ولا يفرق بينهما لعجزه عنها) بأنواعها الثلاثة (ولا لعدم إيفائه) أو غائبا (حقا ولو موسرا) وجوزه الشافعي باعسار الزوج ويتضرر بها لغيبته ، ولو قضى به حنفي لم ينفذ ، نعم لو أمر شافعيا فقضى به نفذ (الدر المختار للحصكفي مع حاشية رد المحتار لابن عابدين جـ ٣ ص ٥٩٠ -)

(٢) سورة الطلاق : الآية ٧ -

لبقية المذاهب (المالكية والشافعية والحنابلة) ترى التفريق للإعسار وعدم الإنفاق بهذه الأسباب:

① لقول الله تعالى: "ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا" وليقول "ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن" وإن إمساك الزوجة لغير نفقة إضرار لها وتضييق عليها، ومن ثم فهو ليس إمساكا بالمعروف ويترتب عليه التسريح بالإحسان عملا بقوله تعالى: فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان (١)

② سئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فيما يرويه أبو هريرة، في الرجل لا يجد ما ينفق على إمرأته فقال: "يفرق بينهما" (٢)

(٣) إذا كان لنشوز الزوجة مسقطا لنفقتها - عند الجمهور - فإن إسقاط النفقة يعطيها الحق في طلب الفرقة كما يجب على السيد أن يبيع مملوكه إذا عجز عن الإنفاق عليه، وإيجاب فراق الزوجة أولى في هذه الحالة.

وإذا كان الحنفية يبيحون الفراق بين الزوجين لسبب عيب جنسي، فإن الضرر الواقع من العجز بالنفقة أعظم من الضرر الواقع لسبب العجز الجنسي - أما صبر الزوجة في إعسار الزوج فهو من العزيمة وحسن الأخلاق لا لعارض القضاء فإذا صبرت فجزاؤها على الله فإن لم تصبر وتخشى أن لا يقيم حدود الله فلها أن تطلب الفرقة وهذا حقها في الشريعة (٣)

فإنها إذا تزوجته عالمة بإعساره، أو كان موسرا ثم أعسر بعد الزواج لحادث أصابه فليس لها حق طلب التفريق لهذا السبب، حيث لا ضرر لها في هذا الطلب، وهذا الرأي يراه مالك (٤).

---

(١) منتهى الإرادات للبهوتي جـ٣ ص ٢٥٣

(٢) ذكرنا هذا الحديث تحت الفرض عن حق الزوجة في طلب الفرقة في السنة من نيل الأوطار للشوكاني جـ٥ ص ٣٦٤ -

(٣) أنظر الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٤٠٧ - ٤٠٨

(٤) الدسوقي على شرح الكبير جـ٢ ص ٥١٨ - ٥١٩ -

المناقشة والتعليق

إن القول بأن هناك حالات يثبت فيها العجز عن مباشرة الحياة الجنسية وأجير لسببها التطليق كالجب والعنة، والخصاء، فبطريق الأولى أن يطلقها القاضي لسبب عجز الزوج عن الإنفاق، أو الإمتناع عنه مع يساره. أجاب الحنفية بأن الطلاق لسبب العيوب المذكورة متعين لدفع الضرر عن الزوجة، لأن هذه العيوب دائمة ملازمة غير زائلة بخلاف الفقر، والعجز عن الإنفاق، فإنه أمر طارئ زائل لا دوام له؛ إذ لا غنى يدوم، ولا فقر يبقى، فالقياس إذن قياس مع الفارق -- ومع هذا فلا سبيل إلى دفع الضرر لسبب العيوب الدائمة كالجب والعنة سوى الطلاق أما عدم الإنفاق فيمكن رفعه بغير الطلاق، لفرض النفقة عليه، وتستدين بأمر القاضي، ولو جعلنا كل من إفتقر فسخت عليه زوجته لعم البلاء وفسخت أنكحة كثيرة، وكان الفراق بيد أكثر النساء، هذا الإستدلال من الحنفية جيد جدا من ناحية العقل والقياس والمنطق ولكن نرى أن وجهة نظر الجمهور صالحة من ناحية العملية والقضاء وهي معمولة بها في العالم الإسلامي، وأما القانون الباكستاني فهو يبيح حق الزوجة في طلب الفرقة لسبب عدم الإنفاق على الزوجة إذا ادعت لها في القضاء وثبت أنها تستحق التفريق أي أن الزوج لم ينفق عليها لسنتين (١) وهذا ليس مخالف الحنفية في العصر الحاضر لأنهم مالوا إلى الشافعية إذ قالوا: "ولو قضى به حنفي لم ينفذ، نعم لو أمر شافعيا فقضى به نفذ" (٢) يظهر من هذا أن الحنفية مرسعون في الفقه ويرعون روح القانون أيضا ولا يتبعون فقها حرفيا.

---

(١) أنظر سبب من أسباب التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق على الزوجة: Section 2 (ii) :- that the husband has neglected or has failed to provide for her maintenance for a period of two years. (The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939. (VIII of 1939)

(٢) أنظر حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين جـ ٣ ص ٥٩ -

أحكام النفقة في الفقه والقانون (١)

السبب لوجوب النفقة: هو العقد الصحيح بشرط وجود الإحتباس أو الإستعداد له، والعقد الفاسد لا يوجب النفقة، يرجح عليها النفقة في العقد الفاسد وإذا تحقق الإستعداد وجبت النفقة سواء إنتقلت إلى بيت زوجها أم لم تنتقل أي ما إمتنعت من الإنتقال لأن الزوج إذا ترك حقه في نقلها فعلا إلى بيته لا ليضيع حقها في النفقة.

شروط وجوب النفقة: يشترط لوجوب النفقة على الزوجة ما يأتي:

① صحة العقد في زواج صحيح، إذ أن العقد الفاسد لا يترتب عليه أثر بل يفرق بينهما وله أن يطالبها بما أنفق عليه إذا إتفقا على النفقة.

② أن تكون الزوجة صالحة للحياة الزوجية، بأن تكون في سن مناسب، وأن تكون قادرة على تحمل الأعباء الزوجية. إذا كانت الزوجة صغيرة غير صالحة للمعاشرة الزوجية فلا نفقة لها عند الحنفية ولها النفقة عند الشافعي بناء على أن سبب الوجوب عنده مجرد النكاح وقال أبو يوسف: إذا كانت الصغيرة تصلح لخدمة الزوج فلها النفقة لهذه الخدمة

③ أن يتمكن الزوج من إستيفاء حقوقه الزوجية بحيث لا يكون هو سببا في تعطيل هذه الحقوق أو بعضها مثلا أن يكون مريضا أو محبوسا أو لم يوف زوجته الصداق المعجل مع مطالبتها، القانون الباكستاني مع هذا (٢) والزوج هو مكلف بأداء النفقة إلى زوجته ولو لا تمكن معه لسبب عدم أداء الصداق المعجل مع مطالبتها (٣)

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني كتاب النفقات جـ ٥ ص ٢٢٠٦ وما بعد وأنظر الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٢٧٢ - ٢٧٣ وما بعدها

(٢) "When the wife makes a demand for prompt dower, she becomes entitled to live apart from her husband until her dower is paid and the husband is bound to pay her maintenance even though she is living apart." (See Comments on the Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939 (VIII of 1939) — The Principles of Mahomedan Law by A.F Mulla Page 276.)

(٣) أنظر قضية النفقة "رحيلان ضد ثناء الله (٥٩) بي لاهور ٤٧٠.
Rahilan Vs Samaullah (59) P. Lahore 470.

موانع النفقة: موانع النفقة تشمل المواني التي تسقط النفقة عن الزوج لسبب من قبل الزوجة، مثلاً" لو كن الزوجة مع أبويه بدون رضا الزوج وهذا يوجد في القانون الباكستاني أيضاً[1] ..." وتفصيل هذه الموانع يأتي فيما يلي:

① مرض الزوجة: إذا مرضت الزوجة قبل الدخول مرضاً منعها من الإنتقال إلى بيت زوجها والإنتفاع بها فلا تجب لها النفقة. وإن إنتقلت إلى بيت زوجها وهي صحيحة ثم أدركها المرض في بيت زوجها فلا خلاف في وجوب النفقة لها لأن التسليم أو الإستعداد له قد حصل بالإنتقال ثم جاء المرض عارضاً يحتمل الزوال لعدم ذلك

② حبس الزوجة: إذا حبست الزوجة قبل زفافها فلا نفقة لها لفوات حق الزواج، وكذلك تسقط النفقة بعد الزفاف إذا كان الحبس من قبلها وأما إذا حبست بسبب خارج عن إرادتها فلها النفقة لأن فوات الإحتباس لم يأت من جانبها وهذه وجهة نظر أبي يوسف المعقولة. ولكن يرى الكمال إن لو فرض القاضي لها النفقة ثم أخذها رجل كارهة فهرب بها شهراً أو غصبها غاصب لم يكن لها نفقة في المدة التي منعها لفوات التسليم.

③ سفر الزوجة: فرق الفقهاء بين سفرها عادياً وسفرها لأداء فريضة الحج وفرقوا أيضاً بين سفرها وحدها وسفرها مع محرم غير الزوج وسفرها مع الزوج فلو أنها سافرت سفراً عادياً وكانت وحدها فلا نفقة لها، إذ تعد بهذا السفر تاركة لمعصية ولو كان هذا السفر للحج لأن الله لا يكلفها أن تسافر وحدها للحج. ولو سافرت لأداء فريضة الحج مع محرم غير زوجها فلا تجب لها النفقة عند محمد لعدم إحتباس له وعند أبي يوسف لها النفقة لأنها سافرت لعذر شرعي مقبول ولكن هذه النفقة تكون نفقة الإقامة دون نفقة السفر.

④ عمل الزوجة خارج البيت: الإحتباس موجب النفقة للزوجة على زوجها والإحتباس أن ترعى شئون البيت وهذا يستغرق وقتها بحيث لا يتسع لعمل آخر مع عملها الأصلي ويقتضي هذا العمل أن تغيب من منزلها لبعض الوقت الذي لا يجب في مصلحة الأسرة وزوجها إذن لا تستحق لنقص الإحتباس والتسليم - إذا منعها الزوج من العمل فلم تمتنع فتعد ناشزاً، والنشوز مسقط للنفقة - وإذا رضي بخروجها وإشتغالها وجبت النفقة لها.

---

(1) أنظر: ---- (PLD 1963 Dacca 563)

قضايا النفقة والإجراءات

إذا تراضى كل من الزوج والزوجة على مقدار النفقة الواجبة فهذا هو الأمر الطبيعي أي التزاما أمينا من جانب الزوج وقناعة راضية من جانبها بقدر النفقة على الزوج بحسب حالته عسرا ويسرا، فإذا تحرك كان الرضا المفروض داعيا إلى النظر إلى مستقبل يجعل الله فيه "بعد عسر يسرا" ولقد قال الحنفية إن النفقة تجب على وجه لا يصير دينا في ذمة الزوج إلا برضا أو قضاء، فإن لم يوجد أحد هذين سقطت النفقة بمضي الزمان(١) وهكذا كان القانون في باكستان حتى سنة ١٩٦١ م والآن القانون الباكستاني لا يتفق مع الحنفية بحيث النفقة تكون دينا على الزوج بدون رضاه (٢). ورضا الطرفين هو ما يسمى بنفقة (التمكين) أي أن الزوج يمكن زوجته من النفقة ولا يمنعها عنها، فإذا ثبت منعه عن الإنفاق مع قدرته عليه إنتقلت النفقة من التمكين إلى التمليك وهذا التمليك هو قضاء القاضي، إذ يملكها من النفقة قضاء ما لم تتمكن من رضاء. متفق عليه بين الفقهاء أن النفقة لا تستحقها المرأة إلا إذا توافر سببها وهو الزواج وشروطها وهو

(١) أنظر البدائع كتاب النفقات جـ ٥ ص ٢٢١٩ -

(٢) نص القانون الباكستاني:

If the husband neglects or refuses to maintain his wife without any lawful cause, the wife may sue him for maintenance, but she is not entitled to a decree for past maintenance" (see Code of Criminal Procedure, 1898. Section 448) But now the law has changed as follows: Past maintenance can be claimed by wife and granted according to Law (See Gul Bibi VS Muhammad Saleem PLD 1978 Quetta 117) and see section 9(3) and Comments on the Muslim family laws ordinance, 1961.

الملاحظة، نص القانون المصري رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في الفقرة السادسة من المادة الثانية على أن نفقة الزوجة تعتبر دينا على الزوج من تاريخ الإمتناع من الانفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء وهذا تحويل من وجهة نظر الحنفية إلى وجهة نظر الشافعية ومن حسن الوقوع أن القانون الباكستاني والقانون المصري يتفقان في هذا التحويل.

الإحتباس والإستعداد له أى الطاعة وإلا فهى ناشز والناشز لا تستحق النفقة، فإذا رفعت الأمر إلى القاضى تطالب بالنفقة، فلابد أن تثبت السبب والشرط، فإذا حدث نزاع فى أحدهما بإنكاره له فلابد أن تثبته، فإذا أنكر الزوجية فلابد أن تثبتها، ويجب أيضا أن تثبت الطاعة له إذا أنكرها، فإذا قال لها إنها ناشز، عليها أن تثبت أنها لعيش معه أو أنها خارجة عن بيته لسبب شرعي لأن الإستحقاق للنفقة هو الطاعة فالطاعة جزء من دعواها، ويكون حينئذ الدفع بالنشوز واجب النظر فى دعوى النفقة لأنه لو صدق لهدم أصل وجوب النفقة ولو صدقت هى حكم لها النفقة (١) والقانون الباكستانى يوافق هذه الفقرة لأنه طبقا للفقه الإسلامى فى مجال النفقة للزوجة ولكن يختلف فى الإجراءات المرأة لاتدعى لدى القاضى بل ترفع قضية النفقة إلى رئيس لجنة القرية أو البلدة (Chairman Union Council) والرئيس يفوض الأمر إلى لجنة المصالحة (حكما من جانبه وحكما من جانبها والرئيس [illegible] هذه اللجنة تتفق على مقدار النفقة إن تستحقها وإن لم يرض أحد الزوجين على هذا رفع القضية إلى المحصل الأعلى - حكم المحصل الأعلى (Collector) مكلف الزوجين، مع ذلك إذا لم يؤد الزوج النفقة المقدرة إلى زوجته أخذت النفقة من حيث متأخرات الدخل (٢) لايحبس الزوج لنفقة الزوجة طبقا للقانون الباكستانى (٣) لأنه يجيز الفرقة للزوجة على أساس عدم الإنفاق عليها (٤)

---

(١) الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبى زهرة ص ٢٧١ -

(٢) أنظر See Section 9 (1), (2) of the Muslim Family Laws ordinance 1961 (VIII of 1961)

(٣) Maintenance cannot be extended to arrest and detention. (Hidayat Rasool's case (73) P. Note 30)

(٤) See Section 2 (ii) (The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939 (VIII of 1939).

الإقتراح

رأينا فى القانون الباكستانى أن للزوجة أن تطلب الفرقة من القضاء إذا لم ينفق الزوج عليها لسنتين[1] - هذه المدة طويلة جدا . وبالتالى من أين تنفق على نفسها خلال هاتين السنتين الطويلتين ؟ وفضلا على ذلك نرى أن الإجراءات تستغرق مدة طويلة أيضا والزوجة تتضرر من هذا العمل القضائى إلى حد كبير فى العصر الحاضر وخصوصا إذا لم تقدر على الكسب واللباس لنفسها . إذن نقترح أن يفرق القاضى بين الزوجين حالا فى هذه القضايا إذا كان الزوج موسرا وإذا كان معسرا يمهله لثلاثة أشهر ثم إذا لم ينفق على الزوجة لعد هذه المدة فرق بينهما لسبب عدم قدرته على نفقتها - إقترحنا هذا النظر إلى وجهات نظر الأئمة الثلاثة ماعدا أبى حنيفة - قال مالك يؤجل الزوج لشهر أو شهرين أو وقت مناسب فى خصوص عدم أداء النفقة قال الشافعى يفرق بينهما لعد ثلاثة أيام وقال أحمد أن يفرق بينهما فوريا لعدم النفقة على الزوجة (٢) والله أعلم بالصواب .

---

(١) See Section 2 (ii) (The Dissolution of Muslim Marriages Act. 1939)

(٢) أنظر "حقوق الزوجين" - لأبى الأعلى مودودى ص ١٢٤ -

الفصل الثانى

• حق الزوجة فى طلب الفرقة للعيوب فى الزوج -

تمهيد: مسئلة التفريق للعيوب في الزوج في أيامنا هذه قد صارت أهم مما كانت في القرون الأولى فقد تغيرت الأحوال والظروف كثيراً وهناك الأسباب متوفرة لإثارة الشهوات وإنتشار الفاحشة حتى في المجتمعات الإسلامية عندنا إنتشار الأفلام التي تعرض المناظر الخليعة في بعض البلدان الإسلامية والجرائد التي تصور الصلات الجنسية وتتحدث عنها بدون أي حياء والمسلمون والمسلمات ليشاهدون تلك الأفلام ويقرأون تلك الجرائد وكيف من الممكن في هذه الأحوال أن تصبر الزوجة مع الزوج الذي لا يهوى إليه قلبها. الزواج حصن للمتزوج من الفحشاء، لهذا فقد حرصت الشريعة الإسلامية على إستحكام وثبات الحياة الزوجية واستمرارها ولكن قد يوجد ما يحول بين النكاح وبين دوره المطلوب عيب من العيوب حتى لا تستطيع الزوجة البقاء مع زوجها في نطاق الزوجية، فقد أباح الإسلام إنهاء الرابطة الزوجية حتى لا تقيم الزوجة صلة غير مشروعة خارج الزوجية وهذا في مصلحة الأسرة والمجتمع كي لا تكون هناك فوضى جنسية، الأصل في الزواج أن يستمر وأن يسود الحياة الزوجية جو من المحبة والأنس بين الزوجين وأن تكون هناك مصافاة ومحبة بينهما.

فإذا نشأ التنافر أو التباغض أو الشقاق بين الزوجين، فما هو الحل؟ أنبقى على الرابطة الزوجية مع الشقاء والبؤس والحزن والغم والكراهة بينهما أم ننهيها بالفرقة؟ الجواب أن الزوج في يده سلطة الطلاق يباشرها حراً أما المرأة فلها أن تطلب الخلع من الزوج كما شرحنا في السابق أو لها أن تطلب الفرقة عند القضاء. لتستطيع هي أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة للفرقة بينها وبين زوجها على الأساس أنها لا تريد البقاء مع زوجه لعيوبه الجنسية إضراره بها. لهذا نوض شيئاً عن العيوب في الزوج وحق الزوجة في طلب الفرقة في الشريعة والقانون في هذا السياق

المذهب الحنفي

التفريق الذي يوقعه القاضي مقصور - عند الحنفية - على التفريق للعيب ويذكر هنا أن أبا حنيفة وصاحبه أبا يوسف يريان أن هذا العيب هو عيب جنسي ينتفي معه المقصود الأصلي من الزواج وهو التناسل، وإذا كان هذا العيب مستحكما غير قابل للزوال، فإن إمساك الزوجة في هذه الحالة لا يكون إمساكا بالمعروف وإنما هو إمساك تتضرر الزوجة به، وقد يؤدي إجبارها على الإقامة مع هذا الزوج أن تسوء العشرة وتنفسخ الحياة الزوجية على صورة غير شرعية.

ولقد قصر الشيخان عيوب الرجل في العيوب التناسلية وحدها. أما محمد فقد أضاف إلى ذلك عيوبا أخرى يراها داعية لنفور الزوجة من زوجها كالجذام والبرص والجنون[1] "في هذه العيوب خيار الفسخ للزوجة" وذلك بأن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة التفريق بينها وبين زوجها، حتى إذا ثبت ما ادعته من وجود عيب من هذه العيوب بزوجها أي طريق من طرق الإثبات حكم لها القاضي بالتفريق بينهما بناء على طلبها لأن مقاصد الزواج الأصلية من التوالد والتناسل لا تتحقق مع هذه العيوب، ولأن هذه العيوب دائمة، ولا يمكن تلافي الضرر الناشئ عنها إلا بالفرقة بين الزوجين ويرى الحنابلة ومعهم المالكية أن تفريق القاضي بين الزوجين في هذه الحالة طلاق بائن لأنها لو لم تكن بائنة لعود معلقة بالمراجعة (٢) ويرى الشافعية والحنابلة أن الفرقة الحاصلة في هذه الحالة هي فسخ للعقد لا يترتب عليها نقص الطلاق لأن الفرقة جاءت من جهتها (٣)

---

(١) "وإن الإمام محمدا خالف أبا حنيفة وأبا يوسف بالجذام والبرص والجنون، إذا كانت بالزوج فتخير المرأة" (البحر الرائق لابن نجيم جـ ٣ ص ١٣٧)

(٢) فتح القدير لابن الهمام جـ ٣ ص ٢٦٤.

(٣) المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٦٦٠.

دليل أبي حنيفة وصاحبه

لم يثبت أبو حنيفة وأبو يوسف للزوجة خيار فسخ العقد لغير عيوب الجب، والعنة، والخصاء، معللين ذلك بأن الأصل هو عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج، وإنما ثبت في الجب، والعنة والخصاء لأن هذه العيوب مع وجودها أصبح المقصود المشروع له النكاح غير ممكن تحققه، وهي عيوب مستمرة. أما غيرها من العيوب فغير مخلة بالمقصود المشروع له النكاح لأن المستحق للزوجة هو التمكن من الوطء وهو غير ممتنع مع وجود هذه العيوب خلاف عيوب: الجب والعنة، والخصاء. فافترقا(١)

شروط الخيار العيوب عند المالكية -

اشترط فقهاء المالكية لثبوت خيار الفسخ للزوجة إذا وجدت بزوجها عيبا من العيوب التي توجب الخيار والرد، ما يأتي:

(١) ألا تكون من تطلب الخيار عالمة بوجود هذا العيب قبل العقد

(٢) ألا ترضى بالعيب المعيب صريحا كقولها: رضيت بك، أو التزاما لتحقق السليم من نفسها. حيث اطلعت عليه بعد العقد.

(٣) ألا تكون قد تلذذت بالمعيب بعد العلم بالعيب -

العيوب التي يرد بها الرجل

(أ) الجب: وهو قطع الذكر والأنثيين، وكذا مقطوع الأنثيين فقط ومثل قطع الذكر قطع الحشفة -

(ب) الخصاء: هو قطع الذكر دون الأنثيين -

---

(١) فتح القدير لابن الهمام جـ ٣ ص ٢٦٨ -

(ج) العنة: هو صغر الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع (١)

(د) الإعتراض: هو عدم إنتشار الذكر سواء كان لا ينتشر على كل النساء أو لا ينتشر على غيرها. (٢)

(ر) البرص: ولا فرق بين أبيضه وأسوده لأنه من مقدمات الجذام هذا عيب في الرجل سواء حدث له قبل العقد أو بعده

(س) العذيطة (٣): وهو التغوط عند الجماع إذا كان قديما أو شك فيه، لا إن تحقق حدوثه فلا رد به. ومثله البول. ولا رد بالريح قولا واحدا، ولا بالبول في الفراش.

(ص) الجذام: ويشترط أن يكون بينا ولو قليلا، إذا حدث بالرجل قبل العقد أو بعده، سواء كان قبل الدخول أو بعده

(ط) الجنون: ويثبت به الخيار لها إذا كان جنونا حادثا قبل العقد سواء كان صرع، أو وسواس، وسواء استغرق كل الأوقات أو غالبها بل وإن حصل في كل شهر مرة، ويفيق فيما سواها، بشرط أن يحدث منه إضرار من ضرب، أو إفساد شئ، أما الذي يطرح بالأرض ويفيق من غير إضرار فلا رد به إذا كان يحدث قليلا، وأما الجنون الحادث بعد العقد وقبل البناء فإنه يوجب الخيار للمرأة دون الرجل كالجذام (٤)

---

(١) العنين هو عاجز عن الإيلاج وهو مأخوذ من عن لأنه ذكره يعن إذا أراد إيلاجه (أنظر المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٦٦٧).

(٢) أنظر شرح الخرشي على مختصر خليل جـ ٢ ص ٧٢٠.

(٣) العذيطة: بكسر العين المهملة وسكون الذال المعجمة وفتح الياء التحتية فطاء مهملة فهو مرض خروج البراز عند الجماع. (مجموعة قوانين إسلام لتنزيل الرحمن جـ ٢ ص ٦١٢)

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٧٩ - ٢٨٠.

العيوب عند الشافعية

العيوب بالرجل عند الشافعية هي:

① الجنون: عرف الشافعية الجنون بأنه زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء. وقسموه إلى جنون تام وجنون متقطع وأثبتوا الخيار للزوجة إذا وجدت بالزوج جنونا كاملا أو متقطعا، ولو كان قابلا للشفاء. ولا خيار لسبب طرو الإغماء، فإنه كسائر الأمراض الأخرى التي لا خيار بسببها أما المبسوس من زواله فكالجنون وكذا إن لبقي الإغماء بعد المرض فيثبت به الخيار كالجنون وألحق الشافعي الخبل بالجنون. أما الصرع فهو من الجنون.

②، ③ الجذام والبرص: ويثبت بهما الخيار إذا كانا مستحكمين بخلاف غيرهما، من أوائل الجذام والبرص فلا يثبت بهما الخيار، والاستحكام في الجذام يكون بالتقطع وقيل يرجع إلى أهل الخبرة في ذلك وهم الأطباء(١)

⑤ العنة: "فقد سبق تعريف العنة. هذا العيب أيضا معتبر عند الشافعية

⑥ الجب: هذا العيب بالزوج معتبر عند الشافعية في خيار الفسخ.

زوال العيب قبل الفسخ

ولو زال العيب قبل فسخ العقد، فالأصح أنه لا خيار وكذا لو علم بالعيب بعد الموت

العلم بالعيب قبل العقد لا يسقط الخيار في كل الحالات.

قال صاحب المغني: فيه أنه لو علمت بعنته قبل العقد فلها الخيار بعده على المذهب لأن العنة تحصل في حق المرأة دون أخرى، وفي نكاح دون نكاح" (٢)

---

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٢٠٢

(٢) مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٢٠٤ لمحمد الشربيني الخطيب

العيوب عند الحنابلة

تقسيم الحنابلة هو مثلما عند الشافعية فى خصوص العيوب بالرجال[1] غير أن ابن تيمية و ابن القيم قد أجازا طلب التفريق من كل عيب مستحكم سواء أكان بالرجل أم كان بالمرأة لأن العقد قد عقد على أساس السلامة ولم توجد، ولم يقتصر على عدد من العيوب عينها بأسمائها، بل عرفها بأوصافها من غير عد و إحصاء قال ابن القيم فى هذا المقام:-------

و أما الإقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية، دون ما هو أولى منها أو ساواها، فلا وجه له، والعمى والخرس والطرش، وكونه مقطوع اليدين أو الرجلين أو أحدهما من أعظم المنفرات، والسكوت عنها من أقبح التدليس والغش، بل هو منافى الدين، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهى كالمشروط شرطا، وقد قال أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب لمن تزوج إمرأة وهو لا يولد له، أخبرها أنك عقيم وخيرها. فماذا يقول رضى الله عنه فى العيوب التى هذا عنده كمال بلا نقص والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه، ولا يحصل معه مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار، وهو أولى من البيع، كما أن الشرط المشروط فى النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع ما ألزم الله ورسوله مفروراقط، ولا مغبونا بما غرر به وغبن به[2]

مذهب الشيعة الإمامية

أجاز الشيعة الإمامية فسخ النكاح إذا طلبت الزوجة الفرقة لسبب عيوب الجنون والخصاء والعنة والجب فى الزوج والفسخ ليس طلاقا عندهم فلا ينقص عدد الطلاق وخيار العيب على الفور فلو أخرت لبطل خيارها - ولو صبرت الزوجة مع وجود العيب فى زوجها فلا بحث وإن رفعت أمرها إلى الحاكم أجل سنة تبدأ من حين الترافع فإن عجز عنها وعن غيرها فلها الفسخ ولنصف المهر[3]

---

(١) أنظر التفصيل فى منتهى الإرادات للبهوتى جـ٣ ص ٥٠ و الإقناع جـ٢ ص ١٩٨

(٢) زاد المعاد لابن القيم جـ٤ ص ٤٣ و انظر الإختيارات العلمية لابن تيمية ص ١٣١ -

(٣) أنظر المختصر النافع للحلى ص ١٨٦ - ١٨٧ -

المذهب الظاهري

لا طلاق أو تفريق لسبب أي عيب عند الظاهرية وقال إبن حزم: "لا يفسخ النكاح لعدم صحته بجذام حادث، ولا ببرص كذلك، ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب، ولا بأن تحدث هي كذلك، ولا لعنانة، ولا لبداء فرج، ولا لشئ من العيوب"(١)

مطلب: حكم التفريق لسبب العيب عند الفقهاء

الفرقة طلاق بائن: يرى الحنفية والمالكية أن تفريق القاضي بين الزوجين هنا في هذه الحالة طلاق بائن فينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج وعلل الأحناف لرأيهم بقولهم: لأنها لو لم تكن بائنة لعود معلقة بالمراجعة(٢)

الفرقة فسخ لا طلاق: ويرى الشافعية والحنابلة أن الفرقة الحاصلة في هذه الحالة هي فسخ للعقد" وفرقة الخيار فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق نص عليه أحمد ولا أعلم فيه خلافا. قيل لأحمد: لم لا يكون طلاقا؟ قال لأن الطلاق ما تكلم به الرجل ولأنها فرقة لإختيار المرأة فكانت فسخا كالفسخ لعنة وعتقه." (٣)

---

(١) المحلى لإبن حزم جـ ١١ ص ٣٥٧ مسألة رقم ١٩٣٨

(٢) فتح القدير لإبن الهمام جـ ٣ ص ٢٦٤ -

(٣) المغني لإبن قدامة جـ ٦ ص ٦٦٠

الملاحظة: "و إتفق فقهاء الحنفية على أن الزوج إذا وجد زوجته معيبة بأي عيب تناسلي أو غير تناسلي فليس له خيار الفسخ، بمعنى أنه ليس له الحق في أن يرفع أمره للقضاء طالبا للفرقة بينه وبين زوجته وإن طلب ذلك رفض طلبه، لأن الزوج إذا أضر من عيب بزوجته فله أن يتخلص منها، وأن ينهي الزوجة بينهما بالطلاق، حيث جعل الشارع بيده (المبسوط لإمام سرخسي جـ ٥ ص ٩٧) وذهب سائر الأئمة - مالك والشافعي وأحمد - إلى أن الزوج له خيار الفسخ إذا ما وجد زوجته معيبة بأحد هذه العيوب وهي: الرتق و القرن، والجنون، والجذام، والبرص، لأن هذه العيوب تمنع المباشرة الجنسية، إما حسا وإما طبعا (الدر المنتقى شرح الملتقى (حاشية مجمع الأنهر) جـ ١ ص ٤٢٧)-

شروط التفريق لعيوب الزوج التناسلية -

(أ) **الجب** : إذا ثبت عيب الجب في الزوج عند القاضي بأي طريق من طرق الإثبات أمر الزوج بتطليقها في الحال، فإن لم يطلق الزوجة ناب عنه القاضي في تطليقها منه، منعا للضرر الذي يلحقها، لكن هذا التفريق مشروط بشروط هي:

١. أن تكون الزوجة بالغة، فلو كانت صغيرة فمن الممكن أن تستعمل حق خيار البلوغ إذا بلغت -
٢. أن تكون الزوجة غير عالمة بحالة الزوج قبل الزواج
٣. ألا يوجد منها ما يفيد رضاها بالمكث معه بعد الزواج، والعلم بحاله
٤. ألا يكون بها عيب يمنع من المخالطة فإذا كان بها شيء من ذلك فلا يكون لها حق المطالبة بالتفريق لأن ما لعاقد وجد من جانبها أيضا (١)

(ب) **العنة** : إذا وجدت المرأة زوجها عنينا كان للزوجة أن ترفع الأمر إلى القاضي تطلب التفريق فإذا ثبت ذلك عند القاضي باعتراف الزوج مثلا فلا يفرق بينهما في الحال، بل يمهل الزوج سنة، عساه أن تعتدل طبيعته خلالها لاشتمالها على الفصول الأربعة فيستطيع مخالطة زوجته، فإن لم يستطع ذلك وطلبت الزوجة من القاضي التفريق، فإنه يفرق بينهما دفعا للضرر عنها متى لم يرض الزوج أن يطلقها، وهذا التفريق مشروط أيضا بالشروط التي قدمناها تحت المجبوب ويشترط أن يكون العنين بالغا، فإن كان صبيا فإنه ينتظر به إلى وقت البلوغ، فقد يكون للصغر أثر في العنة والمجبوب فانه ليس له التأجيل و إنتظار البلوغ ولا يعتبر الأجل إلا بتأجيل القاضي فلا عبرة بتأجيل غيره (٢)

---

(١) أنظر فتح القدير لابن الهمام جـ٣ ص ٢٦٦ -

(٢) أنظر حاشية رد المحتار على الدر المختار جـ٣ ص ٢٩٤ - ٢٩٥ ط مصر ١٣٨٦هـ

(ج) **الخصاء**: "إذا وجدت المرأة زوجها خصيا ولم يستطع مخالطتها، ورفعت الأمر إلى القاضي وثبت ذلك فإنه يؤجل سنة فإن مضت سنة، ولم يستطع المخالطة أمره القاضي أن يطلقها، فإن لم يفعل طلقها القاضي عليه نيابة عنه والشروط كما هي في العنين.

التنبيه: و في التأجيل لعتبر السنة القمرية وهو الصحيح عند الفقهاء وهذا قياس على التأجيل في المجنون طبقا لمذهب عمر رضي الله عنه حيث قال في مجنون طلبت امرأته الفراق: أجلوه سنة، فإن برئ وإلا فرق بينه وبين امرأته"(١)

مطلب: كيفية ثبوت العيب: يثبت العيب بالآتي:

أولاً: إقرار الزوج بأنه عنين، وذلك عند الحاكم، كغيرها من الحقوق

ثانياً: أن تقيم المزوجة بينة تشهد عند الحاكم أن الزوج قد أقر بأنه عنين أو الخصي... ولا يتصور ثبوت العيب بالبينة في بعض الأحوال الخاصة، لأنه لا يطلع للشهود عليها ولكن الكشف الطبي قد يفيد في ثبوت عيوب الزوج وثبوت البكارة في الزوجة في أيامنا هذه.

ثالثاً: يمين الزوجة بعد نكول الزوج عن اليمين في الأصح وذلك بعد إنكاره وإنما جاز لها الحلف، لأنها تعرف العيب بالقرائن والممارسة لو اختلفا بعد إنتهاء الأجل وهو السنة، في وصوله إليها في السنة، فادعاه هو وأنكرت هي، فالأمر يفصل فيه كما لو اختلفا قبل التأجيل إذا كانت بكرا نظرا إليها، فإن قلن هي بكر خيرت للحال بين الإقامة والفرقة، فإن قلن هي ثيب حلف فإن نكل خيرت، وإن حلف إستقر النكاح.(٢)

---

(١) أنظر فتح القدير لابن الهمام جـ ٣ ص ٢٦٦ -

(٢) أنظر فتح القدير لابن الهمام جـ ٣ ص ٢٦٥ -

مطلب : العيوب فى القانون الباكستانى

يفرق بين العنين و زوجته إذا طلبت التفريق من القاضى وثبت أنه كان عنينا وقت الزواج وليستمر هكذا (١) يمهل القاضى الزوج لسنة لعلاج العنة لا على القاعدة الفقهية ولكن على طلب الزوج (٢) لا يمهل الزوج فى الجب أو الخصاء لأنه لا فائدة تأجيل فى الخصاء فى زماننا لأن علم الطب قد أثبت أن الخصى لا أثر للعلاج على عجزه عن الإيلاج إذا لم يطلب الزوج المهلة لسنة فإن القاضى يفرق بينهما حالا ، من الضرورى هنا أن يكون الزوج عنينا فى مخالطة زوجته فقط وليس من الضرورى أن تثبت الزوجة أن زوجها عنين حتى بعد مضى سنة التأجيل كما يتضح هذا من القضية " محمد إبراهيم ضد ألطافان" (٣) وأما الجنون فتطلب الزوجة التفرقة بعد جنون الزوج لسنتين (٤) ولم يفرق القانون بين الجنون المطبق وغير المطبق خلاف جمهور الفقهاء ، وكذلك مضى مدة سنتين شرط فى الجذام والأمراض الجنسية السرية وهذا ما ورد فى قانون إلغاء زواج المسلمين لسنة ١٩٣٩م (٥) -

---

(١) أنظر أسباب الفرقة :— Section 2 (v) That the husband was impotent at the time of marriage and continues to be so. (See The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939 – VIII of 1939).

(٢) أنظر مجموعه قوانين إسلام لتنزيل الرحمن جـ ٢ ص ٦٢٣ -

(٣) أنظر نص قضية " محمد إبراهيم ضد الطافان :- "It is no longer necessary for the wife to prove after the year of probation that the husband is still impotent. Under the act it is for the husband to prove within the period of one year that he has ceased to be impotent. The potency, of course, must be in regard to his wife" (Muhammad Ibrahim vs Altafan (1925) 47. All 243. 83. I.C 27 (25) A.A. 24).

(٤) Section 2 (vi) That the husband has been insane for a period of 2 years or is suffering from leprosy or a virulent venerial disease. (The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939 – VIII of 1939 –).

(٥) نفس المرجع السابق -

الإقتراح

(أ) الشروط في العيوب: والشروط في العيوب هي محل نظر والإجتهاد ولشيم فيها رائحة الإستحسان أو المصلحة المرسلة على الأكثر حيث لانرى أي نص حتى تكون هذه الشروط صالحة لكل زمان ومكان، قد تغيرت الأحوال والظروف في العصر الحديث إذن لادواعية إلى لبقاء هذه الشروط، ينبغي للزوجة أن ترفع الدعوى للتفريق إن شاءت ولو دخل بها زوجها ولحقه العيب لتحق به التفريق وهكذا أن يكون لها أن ترفع الدعوى للفرقة بينهما ولو رضيت لعيب في الزوج لأن تكليف هذه الشروط من الزوائد و تضطرب مقصود الشارع بسببها ولأن حق الزوجة في طلب الفرقة في العيوب وغيرها من الأسباب، حقها في مقابل حق الطلاق للزوج - وهذا في نطاق الفقه الإسلامي، وأما الإقتراح عن القانون فهو يأتي تحت المجنون

(ب) المجنون: الزوجة لا تستطيع أن ترفع الدعوى إلى القضاء للتفريق إلا بعد جنون مدة السنتين في الزوج والزوج لايمهل بتأجيل سنة[1] لبعد رفع الدعوى - ليس هناك ذكر التأجيل لسنة في القانون الباكستاني في الزوج المجنون - لهذا يقترح أن يمهل القاضي الزوج لسنة لعلاج جنونه وأما السنتان المذكورتان قبل رفع الأمر إلى القضاء فينبغي أن يقتصر هذه المدة إلى السنة الواحدة أو أقل منها حتى لايمتد الضرر بالزوجة في ضوء القاعدة "لا ضرر ولا ضرار"

- والله أعلم بالصواب -

(١) يمهل الزوج بتأجيل سنة واحدة على طلبه إياه من القضاء لا على القاعدة الفقهية وهذا في العنين وأما المجنون فليس ذكر تأجيل لسنة للعلاج موجودا في القانون عن المجنون (مجموعة قوانين إسلام لتنزيل الرحمن جـ ٢ ص ٦٢٣، ٦٢٥)

الفصل الثالث

حق الزوجة فى طلب الفرقة للضرر بها-

التعريف للضرر: التعريف المحدد للضرر في الفقه الإسلامي ليس موجودا في كتب الفقه، على كل حال نقدم تعريفه كما ورد في القانون المصري، هذا التعريف مأخوذ من وجهة نظر المالكية لأنه يتفق مع التفاصيل عن التعريف للضرر عندهم:

عرف الضرر... "بأنه هو إيذاء الزوج زوجته بالقول، أو بالفعل، كالشتم والتقبيح، والتهجين والضرب، وغير ذلك من ضروب الإيذاء، كالإعراض عن الزوجة وهجرها من غير سبب شرعي."(١)

التفريق للضرر يكون بأن تتضرر الزوجة من البقاء على الزوجية، ويكون ثمة سبب مادي يمكن الاستدلال منه على الضرر، فيكون لها طلب التفريق لذلك، والضرر الذي ذكر سوغا لطلبها التفريق أقسام ثلاثة:

- أولها :- أن يؤذيها بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها ويثبت ذلك.
- وثانيها :- أن يغيب عنها سنة فأكثر، وتتضرر من غيابه
- وثالثها :- أن يحكم عليه بالحبس ثلاث سنوات، وتمضي عليها سنة تتضرر من غيابه عنها فيها. (٢)

• هناك مذهبان في التفريق لسبب الضرر: المانعون والمؤيدون.

المانعون:- يرى الأحناف والشافعية والظاهرية والإمامية، أن الزوجة إذا طلبت من القاضي الحكم بطلاقها من زوجها، لأنه يسيئ إليها، ورفض الزوج أن يطلقها، فإن القاضي لا يجوز له أن يحكم بتطليقها عليه، لأن

---

(١) المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، وأنظر حقوق الزوجين لأبي الأعلى المودودي ص ٣٩

(٢) الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٢١٤ -

رفع الضرر عن الزوجة ممكن لغير الطلاق -

أدلة المانعين

ورد فى بدائع الصنائع ---- ومنها ولاية التأديب للزوج ، إذا لم تطعه فيما يلزم طاعته ، فله أن يؤدبها ، لكن على الترتيب الآتى : ------ فيعظها أولا على الرفق واللين بأن يقول لها ، كونى من الصالحات القانتات الحافظات للغيب ، فإن تركت وإلا هجرها لعل نفسها لا تحتمل الهجر ثم إختلفت فى كيفية الهجر قيل يهجرها بألا يجامعها ولا يضاجعها على فراشه ، وقيل يهجرها بألا يكلمها فى حال مضاجعته إياها لا أن يترك جماعها ، لأن ذلك حق مشترك بينهما ، فيكون فى ذلك عليه من الضرر ما عليها ، فلا يؤدبها بما يضر بنفسه ويبطل حقه ، وقيل يهجرها بأن يفارقها فى المضجع ، ويضاجع أخرى فى حقها وقسمها ، لأن حقها عليه فى القسم فى حال الموافقة وحفظ حدود الله تعالى لا فى حال التضييع وخوف النشاز ، وإلا ضربها عند ذلك ضربا غير مبرح ولا شائن والأصل فيه قوله عز وجل : " واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع ، واضربوهن " (١)

ومن أحكام النكاح المعاشرة بالمعروف وأنه مندوب إليه مستحب قال الله تعالى : وعاشروهن بالمعروف قيل هى المعاشرة بالفضل والإحسان قولا وفعلا وخلقا قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم : خيركم خيركم لأهله ، وأنا خيركم لأهلى وقيل المعاشرة بالمعروف هى أن يعاملها بما لو فعل بله مثل ذلك لم تنكر بل تعرفه ، وتقبله وترضى به ، وكذلك من جانبها هى مندوبة إلى معاشرة الجميلة مع زوجها بالإحسان باللسان واللطف فى الكلام ، والقول المعروف الذى تطيب به نفس الزوج ، وقيل فى قوله تعالى : " ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف " إن الذى عليهن من حيث الفضل والإحسان ، هو أن يحسن إلى أزواجهن بالبر باللسان والقول بالمعروف (٢)

المذهب الشافعى

والشافعية أيضا لا يجيزون التفريق للضرر بل هم يقدمون علاجا آخر وهو ما قال صاحب المنهاج : " فإن تحقق نشوز ، ولم يتكرر ، وعظ وهجر فى المضجع ، ولا

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٢ ص ٣٣٤ -

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٢ ص ٣٣٤ -

لضرب فى الأظهر قلت : الأظهر لضرب والله أعلم . فإن تكرر ضرب وليقول لعبد ذلك فإن أساء خلقه وآذاها لضرب أو غيره بلا سبب نهاه فإن عاد عزره (أى القاضى) وإن قال كل: إن صاحبه متعد لتعرف القاضى الحال بثقة يخبرها، ومنع الظالم، فإن إشتد الشقاق لبعث حكما من أهله وحكما من أهلها (١)

المذهب الحنبلى

فى المذهب روايتان وفى الرواية الأولى لا يجوز طلب الفرقة للضرر وفى الثانية يجوز طلب الفرقة لسبب الضرر والثانية أقوى فى المذهب لأنه روى عن كبار الصحابة -

" وروى أبو بكر بإسناده من عبيدة السلمانى أن رجلا وإمرأة أتيا عليا مع كل واحد منهما فئام من الناس . فقال على رضى الله عنه : إبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، فبعثوا حكمين - ثم قال على للحكمين هل تدريان ما عليكما من الحق ؟ عليكما من الحق إن رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما . فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله على وعلى فقال الرجل : أما الفرقة فلا . فقال على : كذبت حتى ترضى بما رضيت به - فهذه الرواية تفيد أن عليا أجبر الرجل على أن يرضى بما رضيت به --- كذلك روى أن عقيلا تزوج فاطمة بنت عتبة ، فتخاصما ، فجمعت ثيابها وذهبت إلى عثمان فبعث حكما من أهله هو عبد الله بن عباس ، وحكما من أهلها هو معاوية . فقال إبن عباس : لأفرقن بينهما ، وقال معاوية : ما كنت لأفرق بين شيخين من بنى عبد مناف . فلما بلغا الباب كانا قد أغلقا الباب واصطلحا . فهذه الرواية تفيد أنه يجوز للحكمين أن يفرقا بين الزوجين إذا ساءت العشرة بينهما إساءة بالغة .... فالزوج المضار إذا إمتنع عن طلاق زوجته وأمسكها إضرارا بها طلق عليه القاضى إذا ثبت إضراره بزوجته (٢)

المذهب الظاهرى

وقالت الظاهرية إنه لا يجوز الطلاق للضرر وقالوا إن العدل بين الزوجات فرض

---

(١) المغنى لإبن قدامة الحنبلى جـ٧ ص ٢٥٢ -

(٢) المغنى لإبن قدامة الحنبلى جـ٧ ص ٢٥٣ -

وإنه للزوج إذا عصته زوجته حل له هجرانها حتى تطيعه، وضربها بما لم يؤلم ولا يجرح ولا يكسر، ولا يعفن. فإذا ضرب الزوجة لغير ذنب أقيدت منه - ولم يقل الظاهرية بجواز تطليق الزوجة على زوجها إذا ضربها فجرحها أو كسرها. واستدلوا بقوله تعالى " واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن، واهجروهن في المضاجع واضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"(١) لم يبح الله تعالى هجران المرأة في المضجع إلا إذا خاف نشوزها وإنما أباح الضرب، ولم يبح الجراح، ولا كسر العظام ولا تعفين اللحم. وقال الله تعالى والحرمات قصاص، فصح أنه إن اعتدى الزوج على زوجته لغير حق فالقصاص عليه (٢)

مذهب الشيعة الإمامية

يرى الإمامية أنه إذا حدث شقاق بين الزوجين فعلى القاضي أن يبعث حكمين للإصلاح بين الزوجين - وأنه لا حق لهما في التطليق إلا مع إذن الزوج في الطلاق والمرأة في البذل. ولو إختلف الحكمان لم يمض لهما الحكم (٣)

والذين أجازوا التطليق لسبب الضرر

المالكية هم الذين أجازوا التطليق لسبب الضرر وللزوجة أن تطلب إلى القضاء تطليقها على زوجها الذي ليضارها وليسيئ معاملتها وتخشى على نفسها القيام معه قال صاحب تبصرة الحكام " إذا فعل الزوج بزوجته ما يوجب القصاص لها منه وكان شريرا يخاف عليها منه إذا إقتصت منه فإنها تطلق عليه والحنابلة أيضا من الذين أجازوا التطليق لسبب الضرر ولكن المالكية هم أكثر توسعا في هذا الصدد من غيرهم - (٤)

---

(١) سورة النساء: الآية ٦ -

(٢) المحلى لابن حزم الظاهري جـ ١٠ ص ٤٦ مسألة رقم ١٨٨٨ -

(٣) المختصر النافع للحلي ص ١٩١ -

(٤) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون المالكي جـ ٢ ص ١٩٥ ، ١٩٦

فكرة الحكمين

من المفروض فى حق الزوجة فى طلب الفرقة أن يكون النشوز أو الإعراض من جانب الزوج ولكن مع ذلك فإن الشريعة تهدف إلى توثيق رابطة الزوجية بين الزوج لقدر الإمكان كما ورد فى قول الله تعالى: "وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير" (١)

لا نذكر هنا النشوز من جانب الزوجة لأنه خارج عن بحثنا، وأما الضرر من جانب الزوج أي أن الزوج إن تعدى على زوجته بأن آذاها إيذاء غير سائغ له شرعا، ورفعت أمرها إلى القضاء وأثبتت الإيذاء زجره والضرر له صور عديدة وهى بأن قطع كلامه عنها أو ولى وجهه عنها فى الفراش، أو ضربها ضربا مؤلما أو شتمها شتما مقذعا، أو أكرهها على فعل شئ محرم، أو هجرها لغير تأديب أو آثر إمرأة عليها أو منعها من زيارة والديها أو أخذ مالها وإلى ذلك من أنواع الإيذاء (٢) الزجر يكفى إن أرادت البقاء، وإلا حكم القاضى بالفرقة إن طلبت إياها وهى لا تستطيع الإقامة معه لخبر "لا ضرر ولا ضرار" إن عجزت عن الإثبات وتكررت الشكوى أسكنها بين قوم صالحين لإستعلام ضررها (٣) فإن عمى على الحاكم خبرهما وأشكل الأمر على القضاء لبعث حكمين عدلين رشيدين من أهلهما نظرا إلى قوله تعالى: "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما، إن الله كان عليما خبيرا" (٤)

ومهمة الحكمين أن يعملا إبتداء على التوفيق بين الزوجين ما أمكن، ولو ظهر لهما أن الإساءة من الزوج طلقا عليه طلقة واحدة بائنة بلا عوض (٥)

---

(١) سورة النساء: الآية ١٢٨ -

(٢) مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب جـ ٤ ص ١٧

(٣) تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام لقاضى برهان الدين ابراهيم فرحون المالكى جـ ٢ ص ١٩٥ - ١٩٧

(٤) سورة النساء: الآية ٣٥ -

(٥) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ ٥ ص ١٧٦ -

هل للحكمين سلطة التفريق بين الزوجين؟

(١) قال الحنفية والشافعية إن الحكمين ليس لهما سلطة التفريق بين الزوجين هما وكيلان لا ينفذ حكمهما للتفريق قال الجصاص في تفسيره أحكام القرآن: " قال أصحابنا ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضا الزوجين لأن الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان وإنما الحكمان وكيلان" (١) وقال صاحب مغني المحتاج " والحكمان وكيلان في الظاهر" (٢) وهكذا قال الظاهرية بأن ليس للحكمين أن يفرقا بين الزوجين (٣) وقالت الشيعة إنه لا حق لهما في التطليق إلا مع إذن الزوج في الطلاق، والمرأة في البذل. ولو إختلف الحكمان لم يمض لهما حكم (٤)

(٢) فأما المالكية والحنابلة فقالوا للحكمين سلطة التفريق بين الزوجين - فقال إبن العربي في أحكام القرآن: قوله تعالى " حكما من أهله وحكما من أهلها " هذا نص من الله تعالى سبحانه في أنهما قاضيان لا وكيلان وللوكيل إسم في الشريعة ومعنى للحكم إسم في الشريعة وبين الله تعالى كل واحد منهما (٥)

• أما القانون الباكستاني فقال القاضي كارنيليس في قضية " سعيدة خانم ضد محمد سميع أن ليس للحكمين سلطة التفريق بين الزوجين (٦) ولكن قال القاضي كيكاؤس في قضية " بلقيس فاطمة ضد نجم الحسن" أن الحكم مكانته قريبة من القاضي (٧)

---

(١) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٢٣٣

(٢) مغني المحتاج جـ ٣ ص ٢٦١ وانظر كتاب الأم للشافعي رح جـ ٥ ص ١٩٤ - ١٩٥ -

(٣) المحلى لإبن حزم جـ ١٠ ص ٨٧ -

(٤) المختصر النافع للحلي ص ١٩١

(٥) أحكام القرآن لإبن العربي جـ ١ ص ١٧٧ -

(٦) Case: "Saeeda Khanam Vs Muhammad Sami" (See P.L.D. 1952 Lahore 113)

(٧) Case: "Bilqis Fatima Vs Najmul Hassan" (See P.L.D Lahore 1959 Pages 566)

الملاحظة: القاضي كارنيليس هو نصراني لا إعتبار لقوله عندنا في الشريعة الإسلامية

يكفينا القول بأن هناك وجهتين مذكورتين فى خصوص التفريق ولتستطيع الزوجة أن تطلب الفرقة للضرر عند المالكية والحنابلة وللحاكم أن يفوض الأمر إلى الحكمين إن شاء

القانون المصرى جدير بالذكر هنا لأن الزوجة تطلب الفرقة للضرر وفكرة الحكمين معمول به هنالك ولكن بالإحتياط والحزم ... - إذا عجزت الزوجة عن إثبات مضارة الزوج لها رفض القاضى دعواها، فإذا تكررت منها الشكوى مع عجزها عن الإثبات كان على القاضى أن يحكم بينهما رجلين من أهلهما أو من غيرهم، يختارهما أهلا للإصلاح بين الزوجين وإزالة أسباب النزاع بينهما، ثم يقضى حسب تقرير الحكمين (١)

ويؤخذ من هذا القانون أن الحكمين لا يملكان تطليق الزوجة من زوجها بالفعل، إذا ثبت لهما عدوان الزوج على زوجته وإيذائه إياها، بل يقرران الأمر على ما شهدا، ويقترحان التفريق نتيجة طلب من الزوجة، والقاضى هو الذى يحكم بالفرقة بناء على هذا التقرير (٢)

القانون الباكستانى والإقتراح

للزوجة أن تطلب الفرقة من القضاء للضرر من جانب زوجها فى ضوء قانون إنفساخ زواج المسلمين لسنة ١٩٣٩م ولكن القانون لا يتسع لفكرة الحكمين وبالتالى فهنالك صعوبات كثيرة فى فصل القضايا بين الزوجين، لذا نقترح ونقول أن القانون الباكستانى يحتاج إلى التعديل تبعا للفقه المالكى والقانون المصرى لأنهما قريبان من مصالح فقه الأسرة فى الشريعة

ينص قانون الزواج لباكستان الغربى ١٩٦٤م أن على القاضى أن يحاول الإصلاح بين الزوجين ولكن ليس فى سلطته أن يبعث حكمين، نقترح إضافة لبعث الحكمين إلى هذا القانون وإلا فهو ناقص من ناحية الشريعة الإسلامية

---

(١) القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م مواد ٦، ٧، ٨، ٩، ١١ -

(٢) أنظر المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م -

أنواع الضرر في القانون الباكستاني

أنواع الضرر في القانون الباكستاني هي(١):-

① يضربها عادة - ② يظلمها ويملأ حياتها بالبؤس والشقاء لسوء سلوكه وليعذبها ماديا وأدبيا - (٣) يعاشر النساء ذوات السمعة السيئة أو يعيش حياة شائنة (٤) يكرهها على عيشة البغاء - (٥) يتصرف في مالها أو يمنعها من الإستمتاع بحقوقها في مالها. (٦) يمنعها من المهنة أو العمل حسب مذهبها. (٧) لا يعدل بين زوجاته وفقا لأحكام القرآن. (لشرح هذه النقطة فيما بعد) .... هذه النقاط تعد الإضرار بالزوجة وبالتالي لها أن تطلب الفرقة على أساسها وكلها تتفق مع الفقه الإسلامي نظرا إلى قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"

مطلب: هجر الزوج فراش زوجته.

وأما إذا ترك الزوج مباشرة زوجته مدة تتضرر فيها من تركه مباشرتها ففي المحرر للحنابلة أن على الزوج مباشرة زوجته في كل أربعة أشهر مرة إذا كان قادرا على ذلك. فإن أبى ذلك من غير عذر، وتضررت الزوجة، فطلبت الفرقة فرق بينهما القاضي (٢) وفي الشرح الكبير للدردير أن للزوجة حق طلب الفرقة إذا ترك زوجها مباشرتها مدة فتضررت بذلك، أو كان دائم العبادة. فيعذر إليه القاضي بأن يباشرها أو يطلق. فإن فعل، وإلا طلق عليه القاضي - الضابط فيها على ما يظهر تضررها من ترك الوطء فيها، وتصدق إذا إدعت ذلك في حق نفسها، ولا يطلق القاضي حتى يعذر ويتلوم له بحسب ما يرى (٣)

والقانون الباكستاني يمنح الزوجة حق طلب الفرقة ولكن إذا مضت مدة ثلاث سنوات بدون مباشرتها (٤) - نرى أن هذه المدة طويلة كثيرة في العصر الحديث على الخصوص، لذا نقترح أن تخفف هذه المدة من ثلاث سنوات إلى سنة واحدة على الأكثر والله أعلم بالصواب.

---

(١) أنظر: The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939 Section 2 (viii) a, b, c, d, e, f

(٢) المحرر في الفقه لمجد الدين جـ ٢ ص ١٤ -

(٣) الشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه جـ ٢ ص ٤٣١ باب الإيلاء

(٤) أنظر:- The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939 Section 2 (iv)

الفصل الرابع

حق زوجة المفقود فى طلب الفرقة

تمهيد : الزوجة التي فقد زوجها منذ زمن طويل تتضرر لعدم الحفاظ عليها وصحبة زوجها و راحة الزوجية و تقع في الصعوبات والمشكلات و لكن ليس لها أن تتزوج من رجل آخر لأن نكاحها الأول يستمر - في هذه الصورة في مصلحتها و مصلحة المجتمع أن يحل عقدة نكاحها إذا طلبت هذا من القضاء في هذه البيئة . ليفترض القاضي أن زوجها قد مات و يفرق بينها و بين زوجها المفقود قياسا على العنين و المجنون

مدة إنتظار الزوجة لزوجها المفقود

واختلفوا في المفقود الذي تجهل حياته أو موته في أرض الإسلام، فقال مالك يضرب لإمرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم، فإذا إنتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل، فإذا إنتهى إعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وحلت (١) " وقال الشافعي و أبو حنيفة والثوري : لا تحل إمرأة المفقود حتى يصح موته و قولهم مروي عن علي و إبن مسعود. والسبب في إختلافهم معارضة إستصحاب الحال للقياس و ذلك أن الإستصحاب يوجب أن لا تنحل عصمة إلا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك وأما القياس، فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنة، فيكون لها الخيار كما يكون في هذين (٢) وعند الحنفية تنتظر الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش إلى مثله غالبا، فقيل سبعون، وقيل ثمانون، وقيل تسعون، وقيل مائة وقيل مائة عشر، وقيل مائة عشرين (٣)

ثلاث صور للفقد (٤)

① شارك في الحرب و لم تعلم حياته من موته.
② خرج وطالت غيبته و لم تعلم حياته من موته.
③ سافر في البحر و لم يصل الساحل.

---

(١) بداية المجتهد لإبن رشد جـ ٢ ص ٤٤ -
(٢) بداية المجتهد لإبن رشد جـ ٢ ص ٤٤ -
(٣) الهداية للمرغيناني جـ ٢ ص ٦٠٢ -
(٤) "مجموعة قوانين إسلام" للدكتور تنزيل الرحمن جـ ٢ ص ٦٧٧ -

أقسام المفقود عند المالكية (١)-

① مفقود فى أرض الإسلام -
② مفقود فى أرض الحرب -
③ مفقود فى حروب الإسلام -
④ مفقود فى حروب الكفار

أما المفقود فى أرض الإسلام فلزوجة المفقود أن تتزوج لبعد إنتظار أربع سنين كما سبق والمفقود فى بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لا تتزوج إمرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ، والمفقود فى حروب المسلمين حكمه حكم المقتول حسب الظروف وأما المفقود فى حروب الكفار ففيه أربعة أقوال وهى: ① هو كالأسير لا تتزوج إمرأته ② هو فى حكم المقتول ولها أن تتزوج لبعد سنة واحدة إذا لم تعلم حاله وإلا تزوجت حالا إن شاءت ③ لها أن تتزوج بدون التربص ④ هو مقتول فى حق الزوجة ومفقود فى أرض الإسلام فى حق ماله-

قضاء القاضى

لابد من قضاء القاضى فى التربص لأربع سنين ، لا عبرة بإنتظار الزوجة بلا قضاء القاضى ولو كان لعشرين سنة (٢) أى طلب الفرقة فى المحكمة من الضرورى-

التخفيف فى مدة التربص

إذا لم يكن لزوجة المفقود النفقة تكفيها لمدة الإنتظار كان هناك مجال التخفيف فى مدة فى مدة التربص وهكذا إذا لم تستطع الصبر فى حفاظ على عفتها وخافت أن تقع فى الإبتلاء كان للقاضى أن يخفف هذه المدة إلى سنة واحدة ثم فرق بينهما وهذه وجهة نظر المالكية (٣) ولبعض الحنفية من ديوبند فى شبه القارة (٤)

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ ص ٤٥ وانظر مجموعه قوانين إسلام لتنزيل الرحمن جـ٢ ص ٦٧٩
(٢) المدونة الكبرى للإمام سحنون جـ٢ ص ٩٢ ، ٩٣-
(٣) المدونة الكبرى للإمام سحنون جـ٢ ص ٩٢ - ٩٣-
(٤) أنظر الحيلة الناجزة للشيخ أشرف على تهانوى ص ١٠٩ -

عودة المفقود

إذا ظهر الزوج لعد حكم التفريق و الإنتظار لأربع سنين و الزوجة فى العدة فله الرجعة لأن النكاح لم ينته كلية و هكذا حقه فائق على غيره إذا لم تتزوج من الآخر ولكن هناك إختلاف بين الفقهاء فى الزوجة التى إنتظرت لأربع سنين ثم نكحت من الآخر لعد حكم القضاء و مضى العدة - قال المالكية أن حق الزوج الأول قد سقط إستنادا على رواية عن عمر رضى الله عنه (١) ولكن الحنفية والظاهرية ومن معهم قالوا إن الزوجة هى للزوج الأول فى كل الأحوال وسقط حق الزوج الثانى إذا عاد الزوج الأول وعمر رضى الله عنه قد رجع عن قوله ثم حكم حسب رأى على بن أبى طالب رضى الله عنه (٢) ولكن رجوع عمر رضى الله عنه ليس ثابتا عند البعض وقال حافظ ابن حجر العسقلانى: "قد رجع عمر رضى الله عنه إلى قول على رضى الله عنه ... أما رجوع عمر رضى الله عنه فلم أره"(٣) و رواية عن على رضى الله عنه فى هذا الصدد ضعيفة لا تصلح للترجيح على رواية عن عمر رضى الله عنه (٤).

أساس من قال لا يسقط حق الزوج الأول لعد عودته

أورد إبن حزم أقوال الصحابة فى حماية الذين قالوا لا يسقط حق الزوج الأول لعد عودته ولو نكحت من زوج آخر و هذه الأقوال تأتى فيما يلى:

① قال على رضى الله عنه بن أبى طالب إذا جاء زوجها الأول فلا خيار له وهى إمرأته (٥)

② عن سعيد بن جبير قال قال على رضى الله عنه بن أبى طالب فى إمرأة المفقود لا تزوج حتى إمرأة الأول دخل بها الآخر أو لم يدخل (٦)

③ عن إبن جريج قال: بلغنى عن ابن مسعود أنه وافق على بن أبى طالب فى إمرأة المفقود على أنها تنتظر أبدا (٧)

---

(١) المدونة الكبرى للإمام سحنون جـ ٥ ص ١٣٣

(٢) فتح القدير لإبن الهمام جـ ٤ ص ٤٤٤

(٣) الدراية فى تخريج الأحاديث الهداية لإبن حجر عسقلانى ص ٢٧٦ -

(٤) نصب الراية لأحاديث الهداية لزيلعى جـ ٣ ص ٤٧١ - ٤٧٣ -

(٥) المحلى لإبن حزم جـ ١٠ ص ١٣٨ -

(٦) المحلى لإبن حزم جـ ١٠ ص ١٣٨ -

(٧) المحلى لإبن حزم جـ ١٠ ص ١٣٨ -

(٤) عن حنش قال قال علي رضي الله عنه ليس الذي قال عمر رضي الله عنه لشيء يعني في إمرأة المفقود هي إمرأة الغائب حتى يأتيها يقين موته أو طلاقها ولها الصداق من هذا بما إستحل من فرجها ونكاحه باطل(١)

(٥) عن سعيد بن جبير من علي رضي الله عنه قال هي إمرأة الأول دخل بها الآخر أو لم يدخل بها(٢)

أساس من قال ليسقط حق الزوج الأول لعد عودته -

أورد إبن حزم أقوال الصحابة في حماية من قال ليسقط حق الزوج الأول لعد عودته، وهذه الأقوال تأتي فيما يلي:

(١) عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال شهدت عمر خير مفقودا تزوجت إمرأة بينها وبين المهر الذي ساقه إليها (٣)

(٢) إن إمرأة فقدت زوجها فأتت عمر بن الخطاب رضي الله عنه لعد أربع سنين، فسأل قومها فصدقوها فأمرها، أن تعتد أربع سنين من ذي قبل ثم تزوجت فجاء زوجها وذكر الخبر قال: فخيره عمر رضي الله عنه بين الصداق وبين إمرأته فاختار الصداق (٤)

(٣) وقال: فقدت إمرأة زوجها فمكثت أربع سنين ثم ذكرت أمرها لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فأمرها أن تتربص أربع سنين من حين رفعت أمرها إليه فإن جاء زوجها وإلا تزوجت فتزوجت لعد أن مضت السنوات الأربع ولم تسمع له بذكر، ثم جاء زوجها فأخبر بالخبر فأتى إلى عمر رضي الله عنه فقال له عمر: إن شئت رددنا إليك إمرأتك وإن شئت زوجناك غيرها قال: بل زوجني غيرها (٥)

مذهب الشيعة

أما الشيعة فهم يتفقون مع المالكية في المفقود، إذا كان الزوج مفقودا وليس هناك أي شخص ينفق عليها فللزوجة أن ترفع الأمر إلى القاضي والقاضي يؤجل الأمر إلى أربع سنوات ويفتش عن الزوج خلال هذه المدة، إذا لم يعلم عنه شيئا أمر الزوجة أن تقضي العدة كأن زوجها قد مات ولها أن تتزوج زوجا آخر لعد إنقضاء العدة إن شاءت - وإن رجع الزوج خلال العدة فهو أحق أن تكون الزوجة له ولكن ليس له عليها حق لعد مضي العدة ولو نكحت من الآخر أو لا (٦)

---

(١) أنظر السنن الكبرى للبيهقي جـ ٧ ص ٤٤٤ -
(٢) أنظر السنن الكبرى للبيهقي جـ ٧ ص ٤٤٤ -
(٣) المحلى لإبن حزم جـ ١٠ ص ١٣٤ -
(٤) أنظر المحلى لإبن حزم جـ ١٠ ص ١٣٤ -
(٥) أنظر المحلى لإبن حزم جـ ١٠ ص ١٣٤ -
(٦) أنظر شرائع الإسلام للحلي ط - طهران - ١٣٧٧ هـ ص ٢١٣ -

القانون الباكستاني والفقه المالكي والإقتراح الإجتهادي.

القانون الباكستاني يتفق مع المالكية في إنتظار لأربع سنين فقط - الإنتظار في الفقه المالكي معتبر إذا ترلبثت المرأة لأربع سنين بعد رفع الدعوى إلى القاضي ومدة الإنتظار قبل ذلك ملغاة مهما كانت - أما في القانون الباكستاني ترفع الزوجة الدعوى في طلب الفرقة إلى القضاء بعد إنتظار لأربع سنين (١) وهذا خطأ في فهم وجهة نظر المالكية - والزوجة تنتظر لستة أشهر مزيدا بعد حكم القضاء، وإذا لم يعد الزوج خلال ستة أشهر نفذ الحكم أي وقعت الفرقة بينهما (٢) ولكن السؤال ما تصنع إذا رجع الزوج بعد ستة أشهر وقبل إنقضاء العدة، لأن القانون الباكستاني لم يبين أثر الفرقة هل تكون الفرقة طلاقا بائنا أو طلاقا رجعيا؟ وأيضا لا نرى فكرة إنتظار لستة أشهر مزيدا في كتب الفقه - وأما فكرة إنتظار لأربعة سنين في المفقود فهي محل الإجتهاد عند المالكية (٣) وبالتالي يجوز لنا أن نقرر مدة الإنتظار بعد رفع الدعوى من جانب الزوجة حسب الأحوال والظروف المعاصرة - وفي زماننا وسائل الإشتهار عن المفقود متوفرة وسريعة وكثيرة وهي الإذاعة والتلفزيون والجرائد اليومية ونشر الأنباء فيها، من الممكن أن تنشر صورة المفقود بواسطة التلفزيون أو الأفلام في سينما ---- إذن نقترح تخفيف مدة أربع سنين إلى سنة واحدة نظرا إلى قلة الصبر أيضا في أحوالنا المعاصرة وذلك إذا كانت عند الزوجة نفقة تكفيها لهذه المدة وإلا فرق بين الزوجة والمفقود فوريا إن رأى القاضي هكذا مناسبا في شأنها - والله أعلم بالصواب

---

(١) أنظر section 2.(i) :- Grounds for decree for dissolution of Marriage ---- (i) that the whereabouts of the husband have not been known for a period of four years (The Dissolution of Muslim Marriages Act 1939 (VIII of 1939).

(٢) أنظر الشرط (ب) :- Provided that - (a) ---- (b) a decree passed on ground (i) shall not take effect for a period of six months from the date of such decree, and if the husband appears either in person or through an authorised agent within that period and satisfies the court that he is prepared to perform his conjugal duties, the court shall set aside the said decree (The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939 (VIII of 1939)

(٣) المقدمات لابن رشد ص ١٠٠ -

مبحث : طلب الفرقة لغيبة الزوج وحبسه-

حق الزوجة فى طلب الفرقة لغيبة الزوج مأخوذ من المذهب المالكى - أباح المالكية التطليق على الغائب إذا غاب عن زوجته غيبة تتضرر منها، سواء كان غيابه لعذر مقبول أم لغير عذر وتفصيل ذلك فيما يلى: " إعلم أن الغائبين على أزواجهم خمسة: فالأول غائب لم يترك نفقة ولا خلف مالا ولا لزوجته عليه شرط فى المغيب فإن أحبت زوجته الفراق فإنها تقوم عند السلطان لعدم الإنفاق. والثانى غائب لم يترك نفقة ولزوجته عليه شرط فى المغيب، فزوجته مخيرة بين أن تقوم لعدم الإنفاق أو لشرطها، وهو أيسر عليها، لأنه لا يضرب له فى ذلك أجل. والثالث غائب خلف نفقة، ولزوجته عليه شرط فى المغيب، فهذه ليس لها أن تقوم إلا بالشرط خاصة وسواء كان الغائب فى هذه الأوجه الثلاثة معلوم المكان أو كان غير معلوم، إلا أن معلوم المكان يعذر إليه إن تمكن من ذلك والرابع غائب خلف نفقة، ولا شرط لإمرأته، وهو مع ذلك معلوم المكان، فهذا يكتب إليه السلطان: إما أن يقدم أو يحمل إمرأته إليه أو يفارقها وإلا طلق عليه. والخامس غائب خلف نفقة ولا شرط لإمرأته عليه وهو مع ذلك غير معلوم المكان(١) فهذا هو المفقود الذى ذكرناه سالفا.

مدة الأجل

قال صاحب مواهب الجليل فى النوع الرابع من الغائبين إنه يكتب إليه السلطان إلى آخره وإلا طلقها عليه ولم يبين كم ينتظر وقال إبن رشد فى رسم الشريكين من سماع إبن القاسم من طلاق السنة لم يحدها هنا، يعنى فى هذا الرسم فى الطول جدا وقال فى أول رسم شهد من سماع عيسى: إن السنتين، والثلاث، فى ذلك قريب وليس بطول وهذا إذا بعث إليها بنفقة. أما إذا لم يبعث إليها بنفقة، وعلم له مال، فإنها تطلق عليه لعد الإعذار إليه والتلوم عليه. وأما إن ظهر أنه موسر بموضعه فتفرض لها النفقة عليه تتبعه بها ولا(٢) ليفرق بينهما، فهذا ظاهر قول إبن حبيب فى الواضحة. ومعنى ذلك ما لم يطل، على ما قال هنا وأما المحبوس فهو لقاس على الغائب - أما القانون الباكستانى فى المحبوس، فللزوجة حق طلب الفرقة إذا حكم الزوج بالحبس لسبع سنوات فأكثر(٣) هذه المدة طويلة جدا - فنقترح أن تخفف هذه مدة الحبس إلى أربع سنين قياسا على المفقود عند المالكية كما ورد سالفا -

---

(١) مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب جـ ٤ ص ١٥٥ - ١٥٦ -

(٢) مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب جـ ٤ ص ١٥٥ - ١٥٦ -

(٣) أنظر القانون الباكستانى: Section 2. Grounds for decree for dissolution of marriage: ---- (iiii) "that the husband has been sentenced to imprisonment for a period of seven years or upwards." (The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939 - VIII of 1939 -).

الملاحظة: من الممكن أن يأذن السلطان للزوجة أن تزور زوجها فى الخلوة فى السجن مرة فى أربعة أشهر حتى لا تطلب الزوجة الفرقة بشرط أن لها النفقة الموجودة لمدة الحبس

الفصل الخامس

أسباب أخرى لطلب الفرقة .

مبحث : إباحة تعدد الزوجات والقانون الباكستاني

إذا لم تشبع الزوجة الواحدة رغبة زوجها ، فبد لا من أن يقيم الزوج صلات غير مشروعة مع الخليلات ، أباح له الإسلام أن ينكح من النساء مثنى وثلاث ورباع ، يقول الله تعالى :

"فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألاّ تعدلوا فواحدة" (١)

نرى أن الله تعالى أباح تعدد الزوجات مع شرط العدل بينهن ولكن شرط العدل شرط شخصي لا تشريعي أي أنه شرط مرجعه للشخص المكلف لا يدل تحت سلطان التشريع والقضاء ، فإن الله قد أذن للرجل أن يتزوج ما طاب له من النساء دون قيد بإذن القاضي أو اللجنة أو رضا الزوجة أو سلطان القانون ... ولكن القانون الباكستاني يشترط هذه القيود (٢) ضد الشريعة ويحتاج إلى تعديل لأن الله أمر الزوج أنه إذا خاف - في نفسه - أن لا يعدل بين الزوجات يقتصر على واحدة ، وبالبداهة أن ليس لأحد سلطان على قلب من يريد الزواج وقد يتزوج الرجل بالمرأة الأخرى للأسباب الآتية (٣)

① أن طبيعة المرء الجنسية قد تقوى ، فلا يقنع بزوجة واحدة ، فإذا سددنا عليه باب التعدد فتح لنفسه باب الزنا

② قد تكون المرأة الأولى عقيما لا تلد ، أو تصاب بما يفقد الزوج معه مزايا الزواج

③ ولما كان الرجال أكثر من النساء تعرضا لأسباب الفناء كان عددهم أقل عادة من عددهن وخاصة في أعقاب الحروب ، فإذا لم يبح للرجل أن يعول بالزواج أكثر من واحدة ، كان النساء عرضة للفاقة ، والإتجار بالأعراض .

---

① سورة النساء الآية ٣ .

(٢) See The Muslim Family Laws ordinance, 1961, Section 15

(٣) أنظر "عائلي كمشن رپورٹ پر تبصره" لأمين أحسن إصلاحي ص ١٣٦ - ١٣٧ .
وانظر "مسئلة تعدد أزواج" لمولانا المودودي ص ٣١ - ٣٢ .

ولكن مع ذلك استحدثنا في القانون الباكستاني بتعديل لبعض أحكام قوانين الأسرة مفهوما جديدا للإضرار الذي يبيح للزوجة طلب التفرقة من زوجها طبقا للمادة ٢ (٨٢) في قانون إلغاء زواج المسلمين لسنة ١٩٣٩م، ويعتبر إضرارا بالزوجة اقتران زوجها بأخرى لغير رضاها (١)

ونقول أن القانون الباكستاني قد استحدث هذا المفهوم لأن الزواج بأخرى لم يكن يعد إضرارا بالأولى في الشرائع القديمة ويترشح من القانون نفي الإضرار برضا الزوجة الأولى، ولا يتصور في أكثر الأحيان أن ترضى الزوجة من زواج الرجل بأخرى. ويؤيد الإمام محمد عبده القانون الحديث قائلا إن التعدد في صدر الإسلام كان له فوائد أهمها صلة النسب والصهر الذي تقوى به العصبية ولم يكن له من الضرر مثل ما له الآن، لأن الدين كان متمكنا في نفوس النساء والرجال وكان أذى الضرة لا يتجاوز ضرتها. أما اليوم فإن الضرر ينتقل من كل ضرة إلى ولدها وإلى والديها وإلى الأقارب الأخرى فهي تغري العداوة والبغضاء" (٢) وهذه وجهة النظر للدكتور تنزيل الرحمن الفقيه الباكستاني (٣)

أما عدم العدل بين الزوجات فللزوجة أن تطلب التفرقة على هذا الأساس لأن القانون الباكستاني والشريعة الإسلامية يتفقان في هذا الخصوص (٤)

ولكن هل تعدد الزوجات بنفسه ضرر بالزوجة الأولى فنناقش بالتفصيل فيما يلي:

---

(١) Grounds for decree for dissolution of marriage ----- That the husband has taken an addition wife in Contravention of the Muslim Family Laws ordinance, 1961. (The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939) See Section 2 (viii)

(٢) أنظر تفسير المنار لمحمد عبده جـ ٤ ص ٢٨٦ -

(٣) أنظر مجموعة قوانين إسلام للدكتور تنزيل الرحمن جـ ١ ص ١٣٧ - ١٣٨ -

(٤) أنظر: Section 2 (viii)(f) that the husband treats with cruelty, that is to say - if he has more wives than one, does not treat her equitably in accordance with the injunctions of the Quran (The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939)

وأنظر زاد المعاد لابن قيم جـ ٤ ص ٣٥ - ٣٨

وانظر حاشية رد المحتار لابن عابدين جـ ٣ ص ٢٠١ - ٢٠٧ -

هل فى تعدد الزوجات ضرر بالمرأة؟

قبل الإجابة عن هذا السؤال، نشير إلى أمرين:

(١) أولهما: أن الإسلام ليس هو الدين الوحيد ولا هو أول دين أباح تعدد الزوجات، وقد صرح بذلك علماء الغرب أيضا، ليقول غوستاف لوبون: "إن مبدأ تعدد الزوجات ليس خاصًا بالإسلام فقد عرفه اليهود والفرس والعرب وغيرهم من أمم الشرق قبل ظهور محمد (١) (صلى الله عليه وآله وسلم) وأيضا لقول العقاد: "ينبغى أن ننبه إلى وهم غالب بين الجهلاء والمتعجلين من المثقفين أن الإسلام هو الدين الوحيد الذى أباح تعدد الزوجات أو أنه أول دين أباحه لعد الموسوية والمسيحية، وليس هذا الصحيح كما يبدو من مراجعة يسيرة لأحكام الزواج فى الشرائع القديمة، وفى شرائع أهل الكتاب فلا حجر فى شريعة قديمة سبقت قبل التوراة والإنجيل ولا تحريم على تعدد الزوجات فى التوراة أو فى الإنجيل، بل هو مباح ما أثور عن الأنبياء أنفسهم من عهد إبراهيم الخليل إلى عهد الميلاد، ولم يرد فى الإنجيل لمن راجعه تحريم ما أباحه العهد القديم للآباء والأنبياء ولمن دونهم من الخاصة والعامة وما ورد فى الإنجيل يشير إلى الإباحة (٢) فالإسلام لم يأت ببدعة فيما أباح للرجل من تعدد الزوجات وإنما الجديد الذى أتى به أنه أصلح ما أفسدته الفوضى من هذه الإباحة المطلقة من كل قيد.

(٢) وثانيهما: ليس هناك إجبار للمرأة على أن تقبل تعدد الزوجات، وفى هذا الصدد نقول أيضا أن المرأة ليست مكرهة على قبول الزواج برجل متزوج وأما الزوجة الأولى لها أن تشترط وقت نكاحها أن لا يتزوج عليها غيرها (٣).

---

(١) حضارة العرب ص ٤٨٣ ط دار التراث العربى - بيروت - ١٣٩٩ هـ

(٢) موسوعة عباس محمود العقاد الإسلامية جـ ٥ ص ١٧٦ - ١٧٧ الطبعة الأولى ١٣٩١ هـ الناشر دار الكتاب العربى - بيروت.

(٣) أنظر المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٥٤٨.

وأما القول بأن في نظام تعدد الزوجات ضررا بحقوق المرأة، فغير صحيح بل العكس هو الصحيح لأن "نظام الزواج بامرأة واحدة فقط وتطبيقه تطبيقا صارما قائم على أساس إفتراض أن عدد أعضاء جنسين متساويا ولكن حقيقة الأمر ليست كذلك لأن عدد الرجال أقل من عدد النساء ولأن عدد ذكور الآدميين بحسب طبيعتهم أكثر تعرضا للموت في أثناء الولادة وفي طفولة الأولى وفي الحروب (١) ثم إن إباحة التعدد ليست مطلقة بل مشروطة بالعدل بين النساء كما أشرنا من قبل، وقد أكد النبي صلى الله عليه وآله وسلم على أداء كل الزوجات حقوقهن، فقد روى الإمام الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا كانت عند الرجل امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه ساقط" (٢) ومع هذا فإذا قصر الزوج في حق زوجته كان لهذه حق الشكوى إلى الحاكم، فإذا ثبت تقصير الزوج، ثبت حق الزوجة في طلب الفرقة في القانون الشريعة وهذا كما ذكرنا من قبل.... نعتقد أن المتجددين في الفقه الإسلامي هم متأثرون من إتجاهات أوربا الحديث ويريدون أن يعدلوا الفقه الإسلامي وفق ميلان أوربا ولكن علماء أوربا أنفسهم يميلون إلى الفقه الإسلامي كما يقول غوستاف لوبون في حق تعدد الزوجات: "وإنني أطمع أن يعتقد القارئ بعد وقوفه على ما تقدم أن مبدأ تعدد الزوجات ليس شيئا سيئا وأن حب الأسرة وحسن الأدب وجميل الطبائع أكثر نموا في الأمم القائلة بتعدد الزوجات مما في غيرها على العموم، ولا أرى سببا يجعل مبدأ تعدد الزوجات الشرعي عند الشرقيين أدنى مرتبة من مبدأ تعدد الزوجات السري عند الأوربيين مع أنني ألصر بالعكس لأن الإسلام في الشرق حسن حال المرأة كثيرا وأنه أول دين رفع شأنها وأن المرأة في الشرق أكثر إحتراما وسعادة منها في أوربا على العموم تقريبا (٣)

---

(١) الفكر الإسلامي والتطور لمحمد فتحي عثمان ص ٢٣٢ وقد نقله عن كتاب الزواج والأخلاق لبرتراند راسل

(٢) جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي لمحمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم مباركفوري جـ٢ ص ١٩٥.

(٣) حضارة العرب للدكتور غوستاف لوبون ص ٤٨٢ - ٤٨٣.

الإقتراح

ويتضح من هذا كله أن نظام تعدد الزوجات لا ينطوي على إضرار بالزوجة، بل هو رحمة لها، وبتشريع هذا النظام ساعدت الشريعة الإسلامية الغراء الرجال والنساء على صيان العفة ولذا نقترح على المشرع في باكستان أن يلغي المادة ١٥ لقانون الأسرة للمسلمين لسنة ١٩٦١م[1] والمادة ٢ (ثانيا) لقانون إلغاء زواج المسلمين لسنة ١٩٣٩م ----

(١) إذن الزوجة الأولى لابد منه للنكاح من الأخرى تحت المادة رقم ١٥ لقانون الأسرة للمسلمين لسنة ١٩٦١م-

مبحث: خيار البلوغ

هو أن يختار الصغير أو الصغيرة عند بلوغه فسخ زواجه أو إمضاءه ومثله خيار الإفاقة لكل من المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة، وقد علمت سبب ثبوت هذا الحق عند الطرفين (١)

أما وقته: ..... هو ساعة البلوغ إذا كان العقد معلوما قبله ووقت العلم إذا لم يعلم إلا بعده (٢) نرى أنه قد ضيق في أمر ساعة البلوغ لأنه لا يتحقق مصلحة خيار البلوغ في شدة كهذه وخاصة إذا لم يكن أساس هذا على أي نص، لذا وسع وقت خيار البلوغ في القانون الباكستاني من ساعة البلوغ إلى ١٨ سنة من سنها على أنها قد زوجت قبل ١٦ سنة من سنها (٣) ونعتقد أنه يوافق روح الشريعة لأن خيار البلوغ هو في مصلحة الصغيرة أكثر من الصغير لأن في يده سلطة الطلاق إذا بلغ.

الولاية وخيار البلوغ

"الولاية هي في اللغة مصدر ولي الشئ وعليه إذا ملك أمره وقام به أو وليه إذا نصره، وفي الإصطلاح سلطة تقتضي تنفيذ الإنسان قوله رضي غيره أم أبى (٤)

"وتنقسم الولاية باعتبار المولى عليه إلى:-

(١) ولاية على النفس
(٢) ولاية على المال

الولاية على النفس المراد بها سلطة التزويج - هذه الولاية على النفس تنقسم إلى: ----

(١) ولاية قاصرة
(٢) ولاية متعدية ← ولاية الإجبار - ولاية الإستحباب" (٥)

ويهمنا ولاية الإجبار في هذا المبحث، إذن نشرع شيئا عنه.

---

(١) أنظر عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية لعلي حسب الله ص ٧٧ (انظر مجموعة قوانين الإسلام لتنزيل الرحمن جـ ١ ص ٢٣١ (٢) حاشية رد المحتار لابن عابدين جـ ٢ ص ٣١١ - ٣١٢
(٣) أنظر: (vii) ----- The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939. Section 2
(٤) أنظر عيون المسائل الشرعية لعلي حسب الله ص ٦٦ -
(٥) أنظر عيون المسائل الشرعية لعلي حسب الله ص ٦٧ - ٧٠

ولاية الإجبار وخيار البلوغ

" ولاية الإجبار هي التي تثبت لصاحبها جبرا على المولى عليه وتخوله الحق في تزويج المولى عليه من غير توقف على رضاه وإختياره كالولاية على الصغيرة والمجنونة والصغير والمجنون فإن وليهما يستطيع أن يزوجهما جبرا عليهما من غير توقف على رضاهما واختيارهما - هي (على سبيل الإختصار) سلطة تزويج الإنسان غيره جبرا عنه"(١)

أما العلاقة بين ولاية الإجبار وخيار البلوغ عند الحنفية فهي: إذا زوج الأب أو الجد الصغير والصغيرة جبرا عليهما، فلا خيار لهما بالبلوغ، بل يقع العقد لازما سواء أكان الزواج من كفء وبمهر المثل أم لا. وسواء أكانت الصغيرة التي زوجت بكرا أم ثيبا بشرط أن يكون الأب أو الجد الذي زوجهما غير معروفين بسوء الإختيار وإلا فلا ينعقد عقدهما لازما إلا إذا كان الزواج من كفء وبمهر المثل. فإذا زوج الأب أو الجد معروفين بسوء الإختيار (قبل العقد) صغيرهما أو صغيرتهما بغير مهر المثل أو بغير كفء، فإن كان الغبن فاحشا في مهر المثل بأن زاد المهر على الصغير زيادة كبيرة أو نقص عن مهر المثل نقصا كبيرا فإن العقد لا يكون صحيحا.

وإذا زوجهما غير الأب والجد، من الأولياء الأقارب، أو القاضي، فإن كان الزواج بكفء وبمهر المثل صح العقد ونفذ، لكن لا يكون لازما، بل يكون لهما خيار الفسخ عند البلوغ عند أبي حنيفة ومحمد وهو المعتمد. وقال أبو يوسف يكون لازما كعقد الأب والجد. وأما إذا كان الزواج لغير كفء، أو لغبن فاحش في المهر فلا يصح العقد(٢) قال الحنفية إن ولاية الإجبار تثبت للعصبات جميعا وهذا معمول به عندهم. وقال أبو حنيفة تثبت للعصبة ولذوي الأرحام (٣)

وولاية الإجبار عند مالك وأحمد بن حنبل للأب أو وصيه بالتزويج (٤) والشافعي أثبت ولاية الإجبار للأب والجد لأن الجد أب عند فقد الأب (٥).

---

(١) عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية ص ٧٠

(٢) المبسوط للإمام السرخسي جـ ٤ ص ١٩٢ - ١٩٣ وانظر فتاوى قاضي خان جـ ١ ص ١٦٦.

(٣) الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ١٢٧.

(٤) المبسوط للسرخسي جـ ٤ ص ٢١٣.

(٥) المبسوط للسرخسي جـ ٤ ص ٢١٤.

(1)
والشيعة اتفقوا مع الشافعي في ولاية الإجبار وليس عندهم خيار فسخ الزواج عند البلوغ وأيضا لا يرى الشافعية والمالكية خيار البلوغ وعلى ذلك ليس عندهم فرقة بناء على ذلك الخيار وهذه رواية عن أحمد، إذ ليس لغير الأصل بناء على ذلك تزويج الصغار وروى عنه أن الصغيرة يجوز أن يزوجها غير الأب وعند ذلك يكون لها الخيار إذا بلغت ولكن الرواية الأولى عنه راجحة (٢)

الاعتراض

"(١) ليس هناك أي نص صريح بأن ليس للصغيرة خيار الفسخ عند البلوغ إذا زوجها أبوها أو جدها ولكن رغم ذلك فإن النصوص تركز على رضا البكر أو الثيبة إذا كانتا بالغتين. والصغيرة محتاجة إلى رضاها لمثل البالغة إذا بلغت لأن مصالح النكاح للصغيرة أو البالغة هي سواسية.

(٢) الولاية الإجبارية محل الاجتهاد وقابلة التعديل أو النسخ

(٣) الأب ليس وافر الشفقة أو جميل التصرف والاختيار في كل الأحوال.

(٤) من الممكن أن لا يكون زوج الصغيرة حسب رضاها ورضا الأب أو الجد لعدة بلوغه قد يكون فاسقا أو فاجرا أو ماجنا، إذن ما تصنع الصغيرة المسكينة في سبيل هذا الإجبار الذي لا يجيز لها خيار الفسخ عند بلوغها

(٥) على الصغيرة أن تثبت عند بلوغها أن أباها كان ماجنا أو فاجرا أو سيئ الاختيار أو ناقص الشفقة ولكن إذا أثبتت هذه العيوب في أبيها صارت فاسقة لنفسها وهو من العجيب بأن لا تنقذ نفسها من قفص سيدي وإلا تكون فاسقة "(٣)

لذا نرى أن القانون في شبه قارة قبل سنة ١٩٣٩ م كان يتفق مع رأي الفقهاء القدماء ولكن الآن للصغيرة خيار فسخ نكاحها عند بلوغها وإن زوجها أبوها أو أي ولي آخر (٤) ولكن ليس هناك صراحة عن خيارها إذا لم تعلم عن نكاحها حتى بعد ١٨ سنة من سنها لأن ليس لها أن تستعمل خيار البلوغ بعد ١٨ سنة من عمرها. إذن القانون يحتاج إلى الإصلاح في هذا الصدد.

---

(١) "شرائع الإسلام" ط. طهران ص ١٧٣ - (٢) المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٤٩٠ - ٥١١ للعلي

(٣) "حقوق الزوجين" للمودودي ص ١١٦ - ١١٧ -

(٤) أنظر: The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939. Section 2 (vii)

قضاء القاضي في خيار الفسخ عند البلوغ

قال الفقهاء إنه لابد من رفع الأمر إلى القاضي إذا إختارت الصغيرة الفسخ عند بلوغها في حالة ما إذا كان لها حق خيار الفسخ أي تطلب الزوجة الفرقة من القضاء ويجيبها القاضي قال قاضي خان: " وفي خيار البلوغ لا تقع الفرقة ولا يبطل النكاح مالم يفسخ القاضي العقد بينهما فان كان ذلك قبل الدخول يسقط كل المهر سواء كان ذلك من قبل الرجل أو من قبل المرأة وبعد الدخول لا يسقط شئ من المهر" (١) وقال صاحب مجمع الأنهر " فلا يبطل العقد مالم يقصد به القاضي لأن هذا العقد كان نافذا فلا يبطل بمجرد الرد .... فكان الرد إبطالا لحق الآخر فلا يتفرد به وفيه إشارة إلى أنه لا يصح الفسخ لغيبة الزوج وإلا لزم القضاء على الغائب وكذا في فرقة تحتاج إلى القضاء .... ورثه الآخر بلغا أو لا لأن النكاح صحيح الملك به ثابت فإذا مات أحدهما فقد إنتهى النكاح سواء مات قبل البلوغ أو بعد البلوغ لأن الفرقة بينهما لا تقع إلا بقضاء القاضي فيتوارثان ويجب المهر كله وإن قبل الدخول (٢) وقال إبن الهمام: "ولو فسخ أحدهما ولم يفسخ القاضي حتى مات ورثه الآخر" (٣)

ونرى أيضا أن الفقهاء قسموا الفرق إلى قسمين: الفرق تحتاج إلى قضاء القاضي، والفرق لا تحتاج إلى قضاء القاضي واعتبروا خيار الفسخ عند البلوغ تحت الفرق تحتاج إلى قضاء القاضي (٤) ولكن هناك إتجاهان في شبه قارة أوبهما وجهة النظر قبل سنة ١٩٣٩م وهي أن قضاء القاضي ليس ضروريا في خيار البلوغ كما يتضح من قضية " مفيض الدين مندل ضد رحيمة بي بي" في المحكمة العالية بكلكتة (٥)

---

① فتاوى قاضي خان - باب كتاب النكاح ج ١ صفحة ١٦٦ ② مجمع الأنهر لداماد آفندي ج ٩ ص ٣٣٧-

③ فتح القدير لإبن الهمام ج ٢ ص ٤١١

④ مجموعه قوانين إسلام لتنزيل الرحمن ج ١ ص ٢٤٩

⑤ قرر القاضي: "Under the Muhammadan law no decree was required to confirm it (option of Puberty) but in order to impress on the act a judicial imprimatur, an order of the Judge is necessary (A.I.R 1934 Calcutta, 104)

وأما وجهة النظر بعد سنة ١٩٣٩م فهي أن قضاء القاضي من الضروري في إستعمال حق خيار البلوغ كما يتضح من قضية "پير محمد ضد الحكومة" (١) و قضية "عثمان ضد بدهو" في المحكمة الرئيسية (Chief court) في إقليم السند (٢)

ولكن الآن قضاء القاضي في حق خيار البلوغ من الضروري أيضا تحت قانون الفاسخ زواج المسلمين لسنة ١٩٣٩م (٣) إذا لم تسلم نفسها للزوج عند البلوغ برضاها و إلا سقط حقها في خيار البلوغ (٤)

ونرى في أيامنا هذه أن هناك قلة قضايا في إستعمال حق خيار البلوغ في القضاء و ذلك لأن زواج الصغار ممنوع في القانون الباكستاني (٥) من يزوج الصغير أو الصغيرة يعزر ولكن لا يبطل النكاح. فنقترح إلغاء هذا القانون لصالح الصغار في ضوء الفقه الإسلامي، أما مصار نكاح الصغيرة فهي مصونة بإستعمال حق خيار الفسخ عند بلوغها.

---

(١) أنظر القضية "Pir Muhammad Vs State A.I.R 1960, M.P 24)

(٢) أنظر قضية A.I.R 1942 Sind Page 92 (Usman Vs Budho)

(٣) أنظر: The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939 Section 2 (viii)

(٤) مجموعه قوانين إسلام للدكتور تنزيل الرحمن ج ١ ص ٢٦٠ -

(٥) "مسلم عائلي قوانين" لضياء الإسلام جنجوعه - ط - لاهور لاء طائر پبليكيشنز اردو بازار لاهور - ص ٢٦ -

مبحث : طلب الفرقة لعدم الكفاءة

الكفاءة المساواة والمماثلة يقال: كافأ فلان فلانا - إذا ساواه وعادله وكان نظيرا ومماثلا له (١)

وفي الإصطلاح مساواة الزوج زوجته حتى لا تعيرها ولا أولياؤها به: أو مساواتها له بأن تصلح في العرف زوجة لمثله (٢)

وقد إختلف الفقهاء فيها، فروى عن الثوري، والكرخي عدم الإعتداد بها لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " الناس سواسية كأسنان المشط، ليس لعربي فضل على عجمي إلا بالتقوى" وأكثر الفقهاء يعتدون بها، غير أنهم إختلفوا في المعاني التي تعتبر فيها على أقوال كثيرة .... نقل عن عمر وابن مسعود وغيرهما، وهو ظاهر من مذهب مالك الإعتداد بها في الدين فقط لقوله تعالى " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم" و لما رواه الترمذي عنه صلى الله عليه وآله وسلم: " إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير" قالوا: يا رسول الله، وإن كان فيه؟ قال: إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه " ثلاثا" (٣) قال ابن القيم " الذي يقتضيه حكمه صلى الله عليه وآله وسلم إعتبار الدين في الكفاءة أصلا وكمالا فلا تزوج مسلمة بكافر ولا عفيفة لفاجر ولم يعتبر القرآن والسنة في الكفاءة أمرا وراء ذلك (٤) وروي عن مالك إعتبارها في الدين والحرية والسلامة من العيوب (٥)

---

(١) عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية لعلي حسب الله ص ٥٩ وانظر لسان العرب لمحمد بن مكرم ابن منظور

(٢) رد المحتار لابن عابدين جـ ٣ ص ٨٤ وأنظر مجموعة قوانين إسلام لتنزيل الرحمن جـ ١ ص ٢٦٣ وأنظر عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية لعلي حسب الله ص ٥٩ -

(٣) المدونة الكبرى للإمام مالك رواية عن سحنون جـ ٤ ص ١٣٠

(٤) زاد المعاد لابن القيم الجوزية جـ ٤ ص ٤١ و ٤٢

(٥) المدونة الكبرى للإمام مالك رواية عن سحنون جـ ٤ ص ١٣٠ ومجموعة قوانين إسلام للدكتور تنزيل الرحمن جـ ١ ص ٢٦٤ وانظر كتاب الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمن الجزيري جـ ٤ ص ٥٤ - ٥٩ -

أما الشيعة فنقل الشوكاني عن الخطابي أن أكثر العلماء لعتدون بالكفاءة في أربعة أمور: الدين والحرية، والنسب، والصناعة ذلك لأن الغرض من إعتبارها دفع العار عن الزوجة وأوليائها وتقريب ما بينهم وبين الزوج لتوثيق الصلات ورفع أسباب الشقاق، ولغير ذلك لا تنتظم مصالح الزواج، لأن الزوج مكروه ممزدري من الزوجة أو أوليائها فلا تتم السعادة، ولا يكون التعاون (١)

ولهذا المعنى أعتد بها الحنفية في ستة أمور يأتي بيانها فيما يلي: (٢) ومن الواضح أن الحنفية توسعوا في هذا السدد، وأورد ابن عابدين بيتين في هذه الأمور الستة ثم شرحها: إن الكفاءة في النكاح تكون في ستة لها بيت بديع قد ضبط

نسب وإسلام كذا للـ ـحرفة = حرية وديانة مال فقط

① **النسب**: وهو صلة الزوج والزوجة بمن ينتمون إليه من الآباء والأجداد، قال الفقهاء: إن إعتبار الكفاءة هنا خاص بالعرب، لأنهم الذين حفظوا أنسابهم وعددها من مفاخرهم. وهم متفاوتون وأرفعهم قريش فالقرشية لا يكافئها إلا قرشي، والقرشي كفء لكل عربية، والعربية غير القرشية لا يكافئها إلا عربي. والأعجمي ليس كفئا للعربية إلا إذا كان عالما لأن شرف العلم فوق شرف النسب قال تعالى: " هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون " (٣)

② **الإسلام**: وهو معتبر في حق غير العرب لأن العرب إنما يتفاخرون بأن لهم والمراد به إسلام الأب والجد لأن إسلام الزوج شرط لإنعقاد الزواج بالمسلمة بالجد الأدنى يتم التعريف فلا يعتد بما بعده. فعربي مسلم بنفسه كفء لأعجمية لها أب مسلم، ومن له أب مسلم ليس كفئا لمن لها أبوان. ومن له أبوان مسلمان كفء لمن لها آباء هي ضد الرق، والكفاءة فيها كالكفاءة في الإسلام، خاصة بالعجم لأن العرب

③ **الحرية**: لا يسترقون إذ لا يقبل منهم إلا الإسلام أو القتل فالأعجمي الرقيق ليس كفئا للحرة. والحر بنفسه ليس كفئا لمن لها أب نشأ في الحرية، ومن له أب لم يمسه الرق ليس كفئا لمن لها أبوان، ومن لها أبوان كفء لمن لها آباء (٤).

---

① أنظر نيل الأوطار للشوكاني جـ ٦ ص ٢٦٠ - (٢) أنظر رد المحتار لابن عابدين جـ ٢ ص ٩٦ - ٩٤ وأنظر تفصيل هذه الأمور الستة في مجموعة قوانين إسلام للدكتور تنزيل الرحمن جـ ١ ص ٣١٢-٣١٥

(٣) سورة الروم: الآية ٩ -

(٤) لم يبق الرق في عصرنا هذا، والآن كل نفس حر، لذا إشتراط الحرية تحصيل حاصل في أمور الكفاءة -

(٤) **الحرفة:** روى عن أبي حنيفة عدم الإعتداد بالحرفة لإحتمال التحول من الحرف الخسيسة إلى النفيسة، وروى عن أبي يوسف أنه لا يعيب بها إلا أن تفحش كالحجامة والدباغة والحياكة. والمعول عليه الإعتداد بها في ذوي الحرف مطلقا، بناء على رأي محمد وروايتين أخريين عن الشيخين، لأن الناس يتفاخرون بشرف الحرف، ويعيرون بدناءتها، وقد يتحول المرء من حرفة رديئة إلى حرفة شريفة. فيبقى عار الأولى لاصقا به ومرجع رفعة الحرفة وخستها العرف

(٥) **الديانة:** والمراد بها الصلاح والتقوى وإعتبار الكفاءة فيها مذهب شيخين، لأن الأتقياء الصالحين يعيرون بمصاهرة الفساق. والصلاح والتقوان من أسمى ما يفخر به الإنسان، فلا يكون الفاسق كفئا لصالحة ... وقال محمد: العبرة بالصلاح في الكفاءة لأنه من أمور الآخرة، والكفاءة من الأمور التي ترجع إلى مراعاة الناس الدنيوية.

(٦) **المال:** والمراد بالتكافل فيه على رأي أبي يوسف المفتى به. أن يكون الزوج قادرا على دفع مقدم صداق الزوجة والإنفاق عليها ومتى كان كذلك كان كفئا لها ولو كانت ثروتها وثروة أبيها أضعاف ماله لأن المال غاد ورائح والغنى لا ثبات له. وقال الطرفان: إنما تتحقق الكفاءة في المال لعدم التفاوت البين بينهما في الثروة لأن الناس يعيرون بفقر الصهر، ويتفاخرون بغناه.

وقت إعتبار الكفاءة: تعتبر الكفاءة عند العقد فقط وتعتبر من جانب الزوج لا من جانب المرأة (١)

حق الزوجة في طلب الفرقة لعدم الكفاءة

(١) تتكون حق الزوجة في طلب الفرقة إذا زوجها غير الأب والجد وهي صغيرة لغير كفء لها، وكذلك إذا زوجها أصلها أو فرعها لغير كفء وكان مجهولا قبل العقد لسوء الإختيار مجانة أو فسقا (٢)

---

(١) كتاب الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمن الجزيري جـ ٤ ص ٥٠.

(٢) الهداية لبرهان الدين المرغيناني جـ ٢ ص ٣٠١.

(٢) إذا زوجت المرأة نفسها رجلا لم تعرف من أمر كفاءته شيئا، ولم تشترط عليه أن يكون كفئا ثم تبين أنه ليس بكفئ - لم يكن لها أن تطلب الفرقة لسقوط حقها بتقصيرها في السؤال عنه والاشتراط عليه إلا إذا كان الزوج قد أخبرها بكفاءته فتبين كذبه، فإن حقها أن تطلب الفرقة (١)

(٣) إذا وكلت المرأة وليها العاصب، فزوجها، ولم يشترط الكفاءة عند العقد، ثم تبين أنه غير كفئ يكون لها حق طلب الفرقة لعدم إسقاطها حقها في الكفاءة، إذا زوج الولي المرأة شخصا معينا برضاها واشترطت هي الكفاءة لها حق طلب الفرقة إذا تبين أنه غير كفئ لها (٢)

قضاء القاضي في طلب الفرقة لعدم الكفاءة

تطلب الزوجة الفرقة على أساس عدم الكفاءة في القضاء ولا يفرق بين الزوجين إلا بحكم القاضي وليس لها أن تفسخ النكاح من تلقاء نفسها لأن الفقهاء رأوا أن حكم القاضي من الضروري في هذا الخصوص (٣) تكون هذه الفرقة الفسخ وتقضي الزوجة العدة إذا دخل بها زوجها وإلا فلا ولها المهر أن دخل بها إذا دخل بها وإلا فلا (٤)

٤- الفرقة لعدم الكفاءة والقانون الباكستاني:-

قرأنا القوانين الباكستانية في الطلاق وفسخ الزواج في الفقه الأسري لسنوات ١٩٣٩م و ١٩٦١م و ١٩٦٤م و ١٩٦٥م ولكن لم نجد أية مادة مستقلة عن حق الزوجة في طلب الفرقة بسبب عدم الكفاءة. ينبغي أن تضاف مادة مستقلة إلى القوانين في هذا الصدد ومن الممكن أن تضع أحكام الكفاءة وحق الزوجة في طلب الفرقة تحت المادة ٢ (٩) لقانون إلغاء زواج المسلمين لسنة ١٩٣٩م حيث نص القانون بأن للزوجة أن تطلب الفرقة لأي سبب آخر معتبر في الشريعة الإسلامية فضلا عن الأسباب المذكورة قبل هذه المادة (٥) ولكن لا يكفينا هذا -

---

(١) الفتاوى الهندية لأورنك زيب عالمكير جـ ٢ ص ١٠ (٢) أنظر المرجع السابق وأنظر الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ١٦٨ - (٣) الفتاوى الهندية لأورنك زيب جـ ٢ ص ١٣ وأنظر رد المحتار لابن عابدين جـ ٣ ص ٨٦ وما بعدها (٤) الفتاوى الهندية لأورنك زيب جـ ٢ ص ١٤ وأنظر رد المحتار لابن عابدين جـ ٣ ص ٨٦ وما بعدها

(٥) See "The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939 (VIII of 1939) Section 2 (IX).

الخاتمة

هذه نقطة القصد والموقف الوسط الذى شد ما تفتقر إليه الدنيا لرقيها الخلقى وهى كما ذكرنا فى المقدمة والباب الأول - لاتزال تخبط فى تعيين منزلة المرأة فى التمدن منذ آلاف من سنين فتميل تارة إلى الإفراط وأخرى إلى التفريط وقد أضرت بها هاتان الوجهتان المتطرفتان ضررا قد شهدت به التجارب والمشاهدات -

أما ما بين هذين الطرفين المتناقضين من الموقف المعتدل الذى يوافق الفطرة والعقل، فهو الذى قد جاء به الإسلام كما رأينا خلال الباب الأول ولكن المؤسف أنه قد قامت فى هذا العصر حواجز تحول دون فهم هذا الطريق المستقيم وتقديره حق قدره - أهم هذه الحواجز أن الإنسان فى عصرنا هذا قد إبتلى فى بصيرته بداء وأصيب المستغربون من أهل الشرق بنوع أخوف من هذا الداء - وتلك حقيقة الأمر لاتنكر ومن الحق الواقع أنه لم يأت الإسلام بحكم أو مسألة تخالف الحقائق العلمية الثابتة . بل الأصح أن كل ما هو حقيقة علمية فى هذه الدنيا، هو عين الإسلام وهو ما وجدنا فى الفرق وخاصة فى حق الزوجة فى طلب الفرقة فى الشريعة الإسلامية . ولكن هذا الواقع لاتبصره إلا عين مجردة ترى الأشياء بلونها الحقيقى، لا بلون المنظار، ولا تدركه إلا نظرة واسعة ترى كل أمر من جميع نواحيه لا من ناحية واحدة -

والحاجز الآخر دون الفهم الصحيح، هو أن الناس إذا فكروا فى مسألة من مسائل الشريعة الإسلامية لا ينظرون إلى النظام الذى تتعلق به مجموعا، بل هم يتناولون ذلك الجزء بعينه منفصلا عن النظام ويكون من نتيجة ذلك أن ذلك الجزء يبدو لهم خاليا من كل حكمة ومصلحة - ففكروا فى مسألة تعدد الزوجات، وحقوق الزوجة فى القضاء مثلاً فى خلفية الحاجز المذكور - وها قد مر بنا فى الصفحات الماضية حق الزوجة فى طلب الفرقة فى الشريعة والقانون، لانرى فيها من قصور من حيث الأصل. هناك مجال الإجتهاد فى المسائل التفصيلية. ولكن لا مجال للإنحراف عن القصد والإعتدال إذا نقول على وجه البصيرة ان العدل الذى تقوم عليه السموات والأرض، والإستواء والإعتدال الذى يمتاز به نظام هذا الكون، هو هو الذى يقوم عليه نظام الأسرة!

أو لنظام الفرق والزواج وحقوق الزوجين وبالتالي حق الزوجة في طلب الفرقة مربوط ومتعلق به وأما ما يشين الأعمال الإنسانية من الإفراط والتفريط والميلان إلى جانب دون آخر فيخلو منه هذا النظام ويتبرأ منه كما نستنتج من دراسة مقارنة في الباب الأول.

وقد فصلنا فيما سبق من الأبواب أن مقصد القانون الأسري الإسلامي هو حفظ ضابط الزواج و إباحة حق الزوجة في طلب الفرقة لمنع الفوضى الجنسية في نطاق الزوجية وتعديل المحركات الشهوانية غير المعتدلة من هذا الطريق.

ولا شك أن الفقه الإسلامي يتسع لكل من الشدة والتخفيف باعتبار الأحوال والأوضاع ولكنه ليصر على أن ينظر إلى تلك الأحوال بوجهة نظره وبروحه الخاصة لأجل القضاء بتشديد فيه أو تخفيف وأما النظر إلى الأوضاع والأحوال بوجهة غير وجهته ثم العمد إلى بنود القانون الإسلامي بالقطع والبتر بقصد التخفيف منها، فما هو تخفيف، بل هو تحريف واضح صريح لذلك عرضنا الإقتراحات على المشرع في الباكستان لتعديل القانون مع الحفاظ على روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها. ولقد أشرنا إلى هذه الإقتراحات خلال البحث وأيضاً توصلنا إلى النتائج العديدة أما بالنسبة لحق الزوجة في طلب الفرقة في الشريعة والقانون ------- فنعرض هذه النتائج والإقتراحات بالإيجاز فيما يلي:

① أبرز حقوق الزوجة في طلب الفرقة الخلع لأنه مشرع للزوجة في مقابل سلطة الطلاق للزوج، ولكن القانون الباكستاني في الخلع مجمل كما وجدنا هذا خلال البحث. إذن نقترح تدوينه بالنظام والضبط وآراء القضاة في هذا الخصوص ليست بكافية.

② إستنتجنا خلال بحثنا عن حق الزوجة في طلب الفرقة لعدم الإنفاق

عليها إنه للزوجة أن تطلب الفرقة من القضاء إذا لم ينفق الزوج عليها لسنتين. هذه المدة في القانون الباكستاني طويلة جدا. السؤال من أين تنفق على نفسها خلال هاتين السنتين الطويلتين؟ وفضلا على ذلك نرى أن الإجراءات تستغرق مدة طويلة أيضا والزوجة تتضرر من هذا العمل القضائي إلى حد كبير في العصر الحديث وخاصة إذا لم تقدر على الكسب إذن نقترح أن يفرق القاضي بين الزوجين حالا في هذه القضايا إذا كان الزوج موسرا وامتنع عن الإنفاق على الزوجة. وإذا كان معسرا يمهله لثلاثة أشهر ثم إذا لم ينفق عليها بعد هذه المدة فرق بينهما لعدم قدرته على نفقتها.

(٣) أما الجنون فالزوجة لا تستطيع أن ترفع الدعوى إلى القضاء للتفريق إلا بعد جنون مدة السنتين في الزوج، ليس هناك ذكر التأجيل لسنة في القانون الباكستاني في الزوج المجنون. لذلك يقترح أن يمهل القاضي الزوج لسنة لعلاج جنونه وأما السنتان المذكورتان قبل رفع الأمر إلى القضاء فينبغي أن يقتصر هذه المدة إلى سنة واحدة أو أقل منها حتى لا يمتد الضرر بالزوجة.

(٤) للزوجة أن تطلب الفرقة من القضاء للضرر بها في ضوء قانون إلغاء زواج المسلمين لسنة ١٩٣٩م ولكن القانون لا يتسع لفكرة الحكمين وبالتالي فهناك صعوبات كثيرة في فصل القضايا بين الزوجين. ينص قانون الزواج لباكستان الغربي ١٩٦٤م أن على القاضي أن يحاول الإصلاح بين الزوجين ولكن ليس في سلطته أن يبعث حكمين، نقترح إضافة لبعث الحكمين إلى هذا القانون.

(٥) القانون الباكستاني يمنح الزوجة حق طلب الفرقة لهجر الزوج فراش زوجته ولكن إذا مضت مدة ثلاث سنوات بدون مباشرتها. نرى أن هذه المدة طويلة كثيرة في العصر الحديث على الخصوص، لذا نقترح أن تخفف هذه المدة من ثلاث سنوات إلى سنة واحدة.

(٦) أما حق زوجة المفقود في طلب الفرقة فالقانون الباكستاني يتفق مع المالكية في انتظار الأربع سنين. الانتظار في الفقه المالكي معتبر إذا تربصت المرأة أربع سنين بعد رفع الدعوى إلى القاضي ومدة الانتظار قبل ذلك ملغاة مهما كانت. أما في القانون الباكستاني فترفع الزوجة الدعوى في طلب الفرقة إلى القضاء بعد انتظار الأربع سنين وهذا خطأ في فهم وجهة نظر المالكية. والزوجة تنتظر ستة أشهر مزيدا بعد حكم القضاء، وإذا لم يرجع الزوج خلال ستة أشهر لنفذ الحكم ولكن السؤال ما تصنع إذا عاد الزوج بعد ستة أشهر وقبل القضاء العدة، لأن القانون الباكستاني لم يبين

أثر الفرقة وأيضا لا نرى فكرة إنتظار لستة أشهر مزيدا فى كتب الفقه، وأما فكرة إنتظار لأربعة سنين فى المفقود فهى محل الإجتهاد عند المالكية، فيجوز لنا أن نقرر مدة الإنتظار بعد رفع الدعوى من جانب الزوجة حسب الأحوال والظروف المعاصرة - وفى زماننا وسائل الإشتهار عن المفقود متوفرة وسريعة وهى كالإذاعة والتلفزيون والجرائد اليومية ونشر الأنباء فيها ---- إذن نحتاج إلى تعديل القانون الباكستانى حسب الشريعة الإسلامية نظرا إلى أحوالنا المعاصرة بالشرط ألا نخطئ باسم الإجتهاد وحرية الأفكار -

(٧) ا. أما القانون الباكستانى فى المحبوس، فللزوجة حق طلب الفرقة إذا حكم الزوج بالحبس لسبع سنوات فأكثر - هذه المدة طويلة جدا - فنقترح أن تخفف مدة الحبس إلى أربع سنين لحق الزوجة فى طلب الفرقة لسبب حبس الزوج -

ب. من الممكن أن يأذن السلطان للزوجة أن تزور زوجها فى الخلوة فى السجن مرة فى أربعة أشهر حتى لا تطلب الفرقة لشرط النفقة تحت يدها لمدة الحبس

(٨) أباح الإسلام تعدد الزوجات لشرط العدل بينهن إذا كانت الحاجة إليه فى حال من الأحوال وقد عرضنا الأدلة من ناحية العقل والنقل لجواز تعدد الزوجات ويتضح من هذه الأدلة أن نظام تعدد الزوجات لا ينطوى على إضرار بالزوجة مبدئيا، بل هو رحمة للمرأة من حيث المجموع، وبتشريع هذا النظام ساعدت الشريعة الإسلامية الغراء الرجال والنساء على صيان العفة ولذا نقترح على الشرع فى باكستان أن يلغى المادة ١٥ لقانون الأسرة للمسلمين لسنة ١٩٦١م و المادة ٢ (ثانى ١) لقانون إفساخ زواج المسلمين لسنة ١٩٣٩م

(٩) ا. أما خيار البلوغ فليس هناك أى نص صريح بأن ليس للصغيرة خيار البلوغ إذا زوجها أولوها أو جدها وكذلك رغم ذلك فإن التعرض تركز على رضا البكر أو الثيبة عند البلوغ والصغيرة محتاجة إلى رضاها كمثل البالغة إذا بلغت -

ب. الولاية الإجبارية محل الإجتهاد -

جـ. من الممكن أن لا يكون زوج الصغيرة حسب رضاها ورضا الأب أو الجد لعدم بلوغه. قد يكون فاسقا أو ماجنا، إذن ما تصنع الصغيرة المسكينة فى سياق هذا الإجبار -

د. الأب ليس وافر الشفقة أو جميل التصرف والإختيار فى كل الأحوال -

إذن نرى أن خيار البلوغ ضد الولاية الإجبارية فى القانون الباكستانى ليوافق مصالح الشريعة ...

٩. ونرى فى أيامنا هذه أن هناك قلة فى إستعمال حق خيار البلوغ فى القضاء وذلك لأن زواج الصغار ممنوع فى القانون الباكستانى - من يزوج الصغير أو الصغيرة ليعزر ولكن لايبطل النكاح - فنقترح إلغاء هذا القانون لصالح الصغار فى ضوء الفقه الإسلامى، أما مضار نكاح الصغيرة فهى مدفوعة بإستعمال حق خيار الفسخ عند بلوغها -

(١٠) و أما الفرقة على أساس عدم الكفاءة بين الزوجين فقرأنا القوانين الباكستانية فى الطلاق وفسخ الزواج لسنوات ١٩٣٩م و ١٩٦١م و ١٩٦٤م و ١٩٦٥م ولكن لم نجد أية مادة عن حق الزوجة فى طلب الفرقة لسبب عدم الكفاءة ينبغى أن تضاف مادة مستقلة إلى القانون الأسرى فى هذا الصدد -

(١١) و نستنتج من حيث المجموع أن المرأة ليست فى قفص حديدى للزواج فى الشريعة ونرى أن لها أن تطلب الفرقة من القضاء بأسباب معتبرة شرعا، وأما المستغربون والمستشرقون فهم لايريدون إلا الإضطراب الأسرى والفوضى الجنسية فى العالم الإسلامى باسم حرية النساء -

«وتمت بالخير بعون الله تعالى»

أهم المصادر والمراجع

اهم المصادر و المراجع

(مرتبة حسب الحروف الهجائية)

المراجع اللغوية

الكتاب	المؤلف	المكتبة	السنة
١ـ تاج العروس	السيد محمد مرتضى الزبيدى	دار ليبيا بن غازى	١٣٠٦ هـ
٢ ـ الرائد	جبران مسعود	دار العلوم للملايين ، بيروت	١٩٦٧م
٣ ـ لسان العرب	ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور	دار صادر بيروت ،	--
٤ المورد القريب	منير البعلبكى	صابرى دار الكتب اردو بازار لاهور	

التفسير وعلوم القرآن

١ـ احكام القرآن	ابو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى	دار المعرفة بيروت	-
٢ـ احكام القرآن	ابو بكر احمد بن على الرازى الجصاص	دار الكتاب العربى ، بيروت	-

۳ - تفسیر آیات الاحکام محمد علی السائس
محمد علی صبیح و اولادہ بالازہر مصر
۱۹۵۳ء

۴ - تفسیر المنار الشیخ محمد عبدہ
دارالمعرفۃ للطباعۃ والنشر ، بیروت
۱۳۹۳ھ

۵ - الجامع للاحکام القرآن ابو عبداللہ محمد بن احمد القرطبی
دارالکتب المصریۃ ۱۳۸۷ھ

کتب السنۃ

۱ - تحفۃ الاحوذی بشرح جامع الترمذی محمد عبدالرحمن بن عبدالرحیم مبارک فوری
دارالفکر مصر ۱۳۰۰ھ

۲ - جامع الترمذی ابو عیسی محمد بن عیسی الترمذی
کارخانہ تجارت کتب ، نور محمد کراچی

۳ - الدرایۃ فی تخریج الاحادیث الہدایۃ
ابن حجر عسقلانی محبوب المطابع ، دہلی ۱۳۵۰ھ

۴ - السنن ابو داؤد سلیمان بن الاشعث
کارخانہ تجارت کتب ، نور محمد کراچی

۵ - السنن ابو عبدالرحمن احمد بن شعیب
النسائی کارخانہ تجارت کتب ، نور محمد کراچی

۶ - السنن الکبریٰ ابو بکر احمد بن حسین البیہقی
حیدرآباد دکن ، ۱۳۵۴ھ

٧ - صحيح البخاری ابو عبدالله محمد بن اسماعيل البخاری

کارخانه تجارت کتب نور محمد کراچی

٨ - نيل الأوطار محمد بن علی بن الشوکانی

شرکه مکتبه و مطبعه مصطفی البابی

الحلبی و أولاده بمصر

کتب الفقه

الفقه الحنفی

١ - البحرالرائق شرح کنز الدقائق

زين الدين ابن نجيم ، المکتبه الماجديه - پاکستان

٢ - بدائع الصنائع علاء الدين بن ابی بکر ، مطبعه سعيد بحوی ، الکاسانی

٣ - حاشيه ردالمحتار علی درالمختار ،

محمد امين ابن عابدين ، شرکه مکتبه و مطبعه مصطفی

البابی الحلبی وأولاده بمصر

١٣٨١ -

١٩٦٦

٤ - الدرالمختار محمد علاء الدين الحصکفی

مطبع الواعظ بمصر

٥ - فتاوی قاضی خان فخرالدين بن حسن ، مطبع مصطفائی دهلی -

٦ - الفتاوی الهنديه محمد اورنگ زيب ، حاجی فقير محمد و اولاده نورانی

(الفتاوی العالمگيريه) کتب خانه فقيه يوسفزائی پشاور

٧ - فتح القدير شرح الهدايه کمال الدين محمد عبدالواحد ابن الهمام

دار صادر بيروت -

٨- المبسوط شمس الدين محمد بن احمد السرخسى ،
دار المعرفه بيروت ، لبنان

٩- الهدايه شرح بدايه المبتدى
برهان الدين ابوالحسن على بن ابى بكر المرغينانى
المكتبه الاسلاميه بمصر -

الفقه المالكى

١- بدايه المجتهد و نهايه المقتصد
ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد
المكتبه العلميه ١٥ شارع مدرسه
البنات ، لاهور باكستان ١٣٩٦هـ
١٩٧٦م

٢- تبصره الحكام فى اصول الأقضيه و مناهج الأحكام
قاضى برهان الدين ابراهيم بن على بن ابى القاسم
بن محمد بن فرحون المالكى / مطبعه الحلبى ١٣٥٦هـ
١٩٣٧م

٣- حاشيه الدسوقى على الشرح الكبير ،
محمد عرفه الدسوقى / داراحياء كتب العربيه
عيسى البابى الحلبى و شركاه مصر -

٤- الشرح الصغير ابو البركات احمد بن محمد الدردير / دارالمعارف بمصر
١٣٩٣ هـ

٥- المدونه الكبرى الامام مالك بن أنس روايه عن سحنون
مطبعه السعاده مصر ١٣٢٣ هـ

٦- مواهب الجليل شرح مختصر خليل
مطبعه السعاده بمصر ١٣٢٩هـ ابوعبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب

الفقه الشافعي

١ - الأم — ابو عبدالله محمد بن ادريس الشافعي
مطبعة بولاق ١٣٢٥هـ

٢ - مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج
محمد الشربيني الخطيب
دار احياء التراث العربي - بيروت

٣ - نهاية المحتاج — ابو العباس احمد بن حمزة / المكتبة الاسلامية بمصر
الرملي

الفقه الحنبلي

١ - زادالمعاد في هدى خيرالعباد
ابو عبدالله محمد بن ابي بكر ابن قيم الجوزية
مطبعة السنة المحمدية
٥ شارع غيط النوبي

٢ - المحرر في الفقه — مجد الدين ابوالبركات / مطبعة السنة المحمدية
٥ شارع غيط النوبي

٣ - المغني — ابو محمد عبدالله بن احمد بن قدامة
مكتبة الرياض الحديثة الرياض

٤ - منتهى الإرادات — منصور بن يونس بن ادريس البهوتي
مكتبة النصر الحديثة

الفقه الظاهري

١ - المحلى — ابو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم
مكتبة الجمهورية العربية بجوار الأزهر بمصر ١٣٧٨هـ

الفقه الشيعي

١ - شرائع الاسلام في الفقه الجعفري

ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي

طبع طهران ١٣٧٧ هـ

٢ - المختصر النافع في فقه الامامية

ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي

مطبعة النعمان - النجف الأشرف

٣ - المنتزع المختار شيخ عبدالله بن مفتاح

مطبوعة القاهرة ١٣٣٢ هـ

مراجع أخرى

١ - الأحوال الشخصية الامام محمد ابوزهرة مصري ،

دار الفكر العربي بمصر ١٩٥٧ م

٢ - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة

عبد الرحمن الجزيري

دار احياء التراث العربي بيروت

١٩٦٩ م

٣ - سوسمرتي كتاب الهندوس المقدس

احسان حقي دار اليقظة العربية

باللغة الاردوية

١ - حقوق الزوجين ابو الاعلى المودودي اسلامك پبليكيشنز ، لاهور

١٣٨٣ هـ

۲ - الحیلۃ الناجزۃ للحلیلۃ العاجزۃ
مولانا اشرف علی تھانوی ،
قرآن محل ، کراچی -

Accession No.....

۳ - عائلی کمیشن رپورٹ پر تبصرہ
امین احسن اصلاحی ،
ملک برادرز فیصل آباد پاکستان

۴ - مجموعہ قوانین اسلام ڈاکٹر تنزیل الرحمن مجمع البحوث الاسلامیہ اسلام آباد
۱۹۶۷ء

۵ - مسئلہ تعدد ازواج ابوالاعلی المودودی
اسلامک پبلیکیشنز ، شاہ عالم مارکیٹ
لاہور -

۶ - مسلم عائلی قوانین ضیاء الاسلام جنجوعہ
لاہور لاء پبلیکیشنز چوک اردو بازار
لاہور -

الکتب الانجلیزیہ

1. Muslim Family Laws by
Shaikh Abdul Halim
Law Publishing Company,
Katchery Road,Lahore. 1960.

2. Principles of Mahomedan Law by D.F. Mulla
Lak Book Depot. 11, Dev Sumaj Road,
Lahore , 1970.

3. The Muslim Law of Divorce by K.N.Ahmad.
The Islamic Research Institute
Islamabad,Pakistan, 1972.

4. The dissolution of Muslim Marriages Act ,1939.
5. The Hindu Marriages Act,1955.
6. The Muslims family laws ordinance ,1961.
7. Pakistan Law Decisions.