TD1047

الجامعة الإسلامية العالمية - إسلام آباد

كلية الشريعة والقانون — **الدراسات العليا**

التفريق بين الزوجين للضرر

بحث

لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

بإشراف

الأستاذ الدكتور سيد عواد علي عواد

وكيل كلية الشريعة والقانون للدراسات العليا

إعداد الطالبة

لبنى أعوان

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

١٤١٦هـ

١٩٩٦م

المخرج الفني سليمان بن حيدر

MS
٢٩٧٫١٤
ل ب ت
فقه اسلامی - التفریق

T - 1047
Accession No.....

T - T-01047

DE
CE
5/4/2011

DATA ENTERED
29/01/14

التفريق بين الزوجين للضرر

بسم الله الرحمن الرحيم

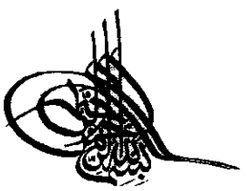
توقيعات الممتحنين

	الاسم	التوقيع
١- المناقش الداخلي		
٢- المناقش الخارجي		
٣- المشرف		

— — —

الجامعة الإسلامية العالمية

إسلام آباد / /١٩٩٦م



خلاصة البحث

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله ومن والاه.

وبعد:

فهذا بحث في «التفريق بين الزوجين للضرر»

أتقدم به لكلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد. لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون وقد قمت بفضل الله تعالى وعونه بتقسيم العمل في هذا البحث إلى:

- تمهيد: في تعريف الزواج وبيان حكمته والوصف الشرعي له.
- وسبعة فصول.
- وخاتمة.

أما **الفصل الأول:** ففي الضرر: ماهيته وأنواعه

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: حقيقة الضرر ومفهومه في إصطلاح أهل الفقه والقانون

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حقيقة الضرر في اللغة.

المطلب الثاني: مفهوم الضرر في إصطلاح فقهاء الإسلام وعلماء القانون الوضعي.

المبحث الثاني : أدلة النهي عن الضرر وآراء الأصوليين والفقهاء في المعنى المراد من لفظي (لاضرر ولاضرار)

وفيه مطلبان.

المطلب الأول: أدلة النهي عن الضرر.

المطلب الثاني: آراء الأصوليين والفقهاء في المعنى المراد من لفظي (لاضرر ولاضرار).

المبحث الثالث : المصالح الشرعية في النهي عن الضرر.

المبحث الرابع : الضرر الذي يمس عواطف الإنسان.

وفيه مطلبان

المطلب الأول: التعريف بالضرر الأدبي.

المطلب الثاني: الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق.

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: اتجاه الفقه الوضعي والقضاء في التعويض عن الطلاق.

الفرع الثالث: الآثار الناشئة عن حق الطلاق.

الفصل الثاني: التفريق لعدم النفقة

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول : تعريف النفقة لغة واصطلاحاً.

المبحث الثاني : موجبات النفقة وأدلتها.

المبحث الثالث : أقوال العلماء في المطلقة البائن الحائل هل لها النفقة والسكنى أم لا؟.

المبحث الرابع : تقدير النفقة وأساسه.

المبحث الخامس : أقوال أهل العلم في التفريق بسبب عدم قيام الزوج

بالإنفاق على زوجته وهل هو فسخ أو طلاق عند من قال به؟.

الفصل الثالث: التفريق لغيبة الزوج.

الفصل الرابع: التفريق للعيب.

الفصل الخامس: التفريق بسبب الحبس

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الحبس وبيان أدلة مشروعيته وتفاوت العقوبة فيه.

المبحث الثاني: أسباب الحبس وموجباته.

المبحث الثالث: أقوال أهل العلم في التفريق لحبس الزوج.

الفصل السادس: التفريق لسوء العشرة

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: أقوال أهل العلم في حق الحكمين في التفريق وما يقع بتفريقهما.

المبحث الثاني: في الإيلاء

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في تعريف الإيلاء وحكمة مشروعيته.

المطلب الثاني: مدة الإيلاء ومضى المدة يكون طلاقا أو لا؟.

المبحث الثالث: طبيعة الفرقة بالإيلاء.

المبحث الرابع: الظهار والظهار صورة من صور الإيذاء التي كانت تصيب المرأة من الرجل في الجاهلية وصدر الإسلام.

وأتكلم عنه في مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الظهار في اللغة والإصطلاح.

المطلب الثاني: كفارة الظهار.

المبحث الخامس: التفريق بسبب اللعان.

المبحث الخامس : التفريق بسبب اللعان.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف اللعان لغة وشرعاً.

المطلب الثاني: الأصل في اللعان.

المطلب الثالث: كيفية اللعان.

المطلب الرابع: شروط اللعان.

المطلب الخامس: التفريق بين المتلاعنين.

المطلب السادس: نوع الفرقة بسبب اللعان.

المطلب السابع: هل اللعان يمين أو شهادة؟.

الفصل السابع: فسخ الزواج

وفيه مباحث:

المبحث الأول: الفسخ لعدم الكفاءة.

المبحث الثاني: الفسخ للغبن في المهر.

المبحث الثالث: الفسخ بخيار البلوغ أو الإفاقة.

المبحث الرابع: الفرق بين الطلاق والفسخ.

المبحث الرابع: الفسخ بسبب الردة.

مايختص بالقانون الباكستاني

وأما الخاتمة : فقد جعلتها في أهم ما توصلت إليه من نتائج والله الموفق وهو حسبي ونعم الوكيل وصلى الله على المبعوث رحمة للعالمين صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم.

* * *

المقـــدمـــة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وآله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعـــد.

فلقد حمي الإسلام المرأة أيما حماية، حينما احترم عقدة النكاح وأقام لها من الضمانات مايحميها ويكفل لها البقاء والإستمرار في غير ضرر فالإسلام لايرضى لأتباعه أن يغدروا بعقد وعلى رأس هذه العقود عقد النكاح.

فليس للزوج إيذاء زوجته بقول أو فعل؛ كل ذلك حفاظا على الحياة الزوجية والوصول بها إلى أعلى المستويات من إحترام كل من الزوجين للآخر.

وقـد أوصى الله عز وجل بحسن العشرة الزوجية في قوله عز وجل: ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾[1].

وفي هذا المعنى يقول الرسولﷺ: «استوصوا بالنساء خيراً»[2].

ومما يؤسف له أن البعض يعتبر القسوة على المرأة نوعاً من الرجولة والشهامة في الوقت الذي يعتبر فيه ملاطفتها والإقبال على مودتها ضرباً من الضعف.

فإيذاء الزوجة ليس من الإسلام في شئ، وهو ضرر لاشك فيه إذ الإسلام يدعو إلى حسن الخلق معها وكف الأذى عنها لينعم البيت المسلم بالطمأنينة والتعاطف والتواد.

ومن سوء العشرة معها الإيذاء بالفعل والقول.

ولا تقتصر الأضرار اللاحقة بالزوجة على ماتقدم فحسب، بل هناك من الأضرار التي تتصل بقربان الرجل لأهله، وهناك ضرر سببه غيبة الزوج أو حبسه.

لذا، فقد أردت باختياري لهذا الموضوع أن أبين كلمة الشرع في حكم استجابة القاضي لطلب المرأة التفريق بينها وبين زوجها بسبب هذه الأضرار.

وأرجو من الله عز وجل أن يوفقني لإكماله على الوجه الذي يرضيه عز وجل، وهو وحده المستعان، وهو حسبي ونعم الوكيل، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

١- سورة النساء الآية/١٩.

٢- بلوغ المرام كتاب النكاح باب عشرة النساء، ح-ر٣ ص/٢٣٣ دار نشر الكتب الإسلامية كوجرانواله - باكستان، وسبل السلام ج٣/١٣٨ كتاب النكاح باب عشر النساء ح-ر٣ نشر دار الفكر.

منهج البحث

يتلخص منهجي في إنجاز هذا البحث فيما يأتي:

١- حرصت على ذكر أقوال الأئمة الأربعة: أبي حنيفة، ومالك، والشافعي، وأحمد بن حنبل رحمهم الله تعالى نظراً لانتشار مذاهبهم في معظم أقطار العالم الإسلامي.

٢- رجحت من الأقوال ماهو أقرب إلى كتاب الله عز وجل وسنة نبيهﷺ دون تعصب لمذهب على حساب مذهب آخر.

٣- رجعت للكتب المعتمدة في كل مذهب فنسبت الأقوال إلى أصحابها.

٤- رجعت إلى كتب التفسير وعلومه عند الاستدلال بالآيات.

٥- رجعت إلى كتب الحديث عند الاستدلال بالحديث لإظهار وجه الدلالة منه.

٦- كما رجعت للكتب الخاصة بأصول الفقه عند الحاجة إليها.

٧- عزوت الآيات القرآنية إلى سورها في المصحف الشريف مبينة اسم السورة ورقم الآية.

٨- رجعت لكتب اللغة لبيان معاني الألفاظ التي تحتاج لشرح وبيان.

٩- خرَّجت الأحاديث الشريفة من الكتب المتخصصة بهذا الشأن.

١٠- وضعت فهرسين للبحث:

أحدهما- لموضوعات البحث ومسائله.

ثانيهما- لأهم المصادر والمراجع التي رجعت إليها في انجاز هذا البحث.

والله الموفق، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

التمهيـــد

في تعريف الزواج وبيان حكمته والوصف الشرعي له

أولا: تعريف الزواج:

- تعريفه في اللغة:

تزوج امرأة وبها: اتخذها زوجة

والزواج: إقتران الزوج بالزوجة، أو الذكر بالأنثى.

والزوج: كل واحد معه آخر من جنسه.

و- بعلُ المرأة.

و- الزوجة.

و- خلاف الفرد.

و- كل شيئين اقترن أحدهما بالآخر فهما زوجان[1].

والزوجة: امرأة الرجل.

والزوجية: مصدر صناعي: بمعنى الزواج.

يقال: بينهما حق الزوجية، وما زالت الزوجية بينهما قائمة.

ثانيا: تعريف الزواج في الأصطلاح:

للفقهاء في تعريف الزواج تعريفات متنوعة:

فقد عرفه ابن عابدين في حاشيته المسماة «رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار» بقوله: إنه عقد يفيد ملك المتعة أي استمتاع الرجل بامرأة مالم يمنع من نكاحها مانع شرعي[2].

١- المغرب في ترتيب المُعَرَّب للإمام أبي الفتح ناصر بن عبدالسيد بن علي المطرزي المتوفي: ٦١٦هـ ج١/٢١٢-٢١٣ نشر دار الكتاب العربي- بيروت، والمعجم الوسيط للدكتور/إبراهيم أنيس وآخرين ج١/٤٠٥-٤٠٦ «من إخراج مجمع اللغة العربية بالقاهرة» انتشارات ناصر خسرو طهران-إيران.

٢- رد المحتار للعلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين على الدر المختار، للحصكفي (شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي ج٢/٢٦٦).

وعرفه آخرون: بأنه عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع[1].

وعرفه صاحب الكنز: بأنه عقد يرد على تملك المتعة قصداً[2]، وهذه التعريفات متقاربة في المعنى.

وللفقهاء تعريفات أخرى تدور كلها حول هذا المعنى وإن اختلفت في التعبير عن ذلك الألفاظ والعبارات وهى في جملتها تؤدي إلى: أن موضوع عقد الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع، وأن الغرض منه في عرف الناس والشرع هو جعل هذه المتعة حلالاً، ولاشك أن ذلك من أغراضه ولكن ليست هى كل أغراضه، بل إن غرضه الأسمي هو[3] التناسل وحفظ النوع الإنساني وأن يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الأنس الروحي الذي يؤلف الله تعالى به بينهما وتكون به الراحة وسط متاعب الحياة ولذلك قال الله عز وجل: ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ﴾[4].

والفقهاء أنفسهم لاحظوا هذا المعنى فهذا هو شمس الأئمة السرخسي في كتابه الشهير «المبسوط»[5] ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة وإنما المقصود مابيناه من أسباب المصلحة ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضاً ليرغب فيه المطيع والعاصي... .

وإذا كانت تعريفات الفقهاء لاتكشف عن المقصود من هذا العقد في نظر الشارع الإسلامي فانه يجب تعريفه بتعريف كاشف عن حقيقته والمقصود منه عند الشارع الحكيم فإني أفضل التعريف الذي ذكره المرحوم الشيخ أبو زهرة فقد قال رحمه الله في تعريف الزواج:[6].

١- الأحوال الشخصية للإمام الشيخ محمد أبي زهرة ص/١٧ من منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي-باكستان.

٢- كنز الدقائق للإمام النسفي ومعه شرحه: البحر الرائق لابن نجيم المتوفي: ٩٧٠هـ ج٢/٧٦-٧٧ نشر دار المعرفة-بيروت وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام عثمان بن علي الزيلعي ج٢/٩٤ نشر مكتبة امدادية - ملتان-باكستان.

٣- الأحوال الشخصية للإمام أبي زهرة ص/١٧ الطبعة السابقة.

٤- سورة الروم الآية/ ٢١.

٥- المبسوط لشمس الأئمة السرخسي ج٤/١٩٤ المجلد الثاني، نشر دار المعرفة-بيروت-لبنان الطبعة الثالثة ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

٦- الأحوال الشخصية: للشيخ أبي زهرة ص/١٧-١٨ الطبعة السابقة.

بأنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد مالكليهما من حقوق وماعليه من واجبات ويمكن تعريف الزواج بتعريف آخر لايقل عن التعريف السابق في الأفضلية وهو ماعرفه به الدكتور يوسف قاسم في كتابه «حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي[1]».

من قوله:

بأنه ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء غايته الإحصان والاعفاف مع تكثير سواد الأمة وإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة تكفل للمتعاقدين تحمل أعبائها في طمأنينة وسلام واحترام.

وهذا التعريف أخذ به القانون المغربي سنة ١٩٥٧م والحقوق والواجبات التي تستفاد من التعريفات السابقة هى من عمل الشارع لاتخضع لما يشترطه العاقدان، ولذلك كان عقد الزواج عند أكثر الأمم تحت ظل الأديان لتكتسب آثاره قدسيتها فيخضع لها الزوجان عن طيب نفس ورضا بحكم الأديان.

ثانيا: حكمة مشروعية الزواج:

الإسلام بعمومه وسموه في تنظيم علاقات البشر لايقر الا الصحيح منها ومايتناسب مع طبيعة البشر، ويحقق لهم مصالحهم في إطار الإحترام المتبادل.

ونجمل الكلام عن حكمة المشروعية فيما يلي:

أ)- أن الإسلام ابتغى من الزواج إيجاد الأنس وترويح النفس ففي الاستئناس بالنساء من الاستراحة مايزيل الكرب ويروّح القلب، ومتى توفر هذا العامل النفسي بين الرجل والمرأة استقامت حياتهما وانصرف كل منهما إلى أداء واجبه.

ب)- تكريم المرأة والنوع الإنساني فإن أكثر العلاقات دواماً تلك التي يكون مبناها الإحترام والتوقير بأن تنظم العلاقة الجنسية تحت سمع المجتمع وبصره وأن يعترف لكل منهما بالحقوق والواجبات.

١- ص/٣٧ وأنظر: أيضاً: نظرات في نظام الأسرة الإسلامية (الزواج) للدكتور/ محمد الشحات الجندي ص/٦٦-٦٧ من مطبوعات سنة ١٩٨٨م.

ج)- الحفاظ على النسل فإنه هو الأصل في مشروعية الزواج وألا يخلو العالم من جنس الإنس[1].

وهو ماأشار إليه الرسولﷺ «النكاح من سنتي فمن لم يعمل بسنتي فليس مني، وتزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم»[2].

هذه هي بعض المعاني الكامنة وراء مشروعية الزواج.

ثالثا: الوصف الشرعي للزواج:

المقصود بالوصف الشرعي: مايسمى في إصطلاح الأصوليين بالحكم التكليفي وهو كون الزواج مباحاً، أو مندوباً، أو واجباً، أو فرضاً، أو مكروهاً، أو حراماً[3].

وجملة القول في ذلك أن الأحكام التكليفية هى الأوصاف الشرعية التي يوصف بها الشئ أو العقد وهى:

- الفرض — الواجب
- والندب — والإباحة
- والحرام — والمكروه[4].

والوصف الشرعي للزواج يختلف بإختلاف حال المكلف من حيث قدرته على القيام بواجباته، ومن حيث خشية الوقوع في الفاحشة وأحوال المكلف بالنسبة لذلك خمس:

ولذلك اعترى الزواج أكثر الأوصاف السابقة في مذهب الحنفية:

أ- فتارة يكون فرضاً:

وذلك إذا كان المكلف يتأكد الوقوع في الزنا إذا لم يتزوج وهو قادر على كل

١- إحياء علوم الدين للإمام محمد بن محمد الغزالي ج٤/٦٨٨.

٢- نيل الأوطار للعلامة محمد بن علي الشوكاني ج٦/١١٤.

٣- الأحوال الشخصية للشيخ أبي زهرة ص/٢٢ الطبعة السابقة.

٤- الإختيار في تعليل المختار للإمام عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي ج٣/٢ نشر دار المعرفة-بيروت الطبعة الثالثة ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م وحاشية رد المحتار على الدر المختار الشهيرة بحاشية ابن عابدين ج٢/٢٦٧-٢٦٨.

نفقات الزواج ويعدل مع أهله إن تزوج وذلك لأنه في هذه الحال متيقن الوقوع في الزنا إن لم يتزوج، وترك الزنا لازم لزوماً لاشك فيه، وطريقه الزواج فيلزم ويفترض لأنه من المقرر في الشريعة أن مالايتحقق الفرض إلا به فهو فرض.

ب- وتارة يكون واجباً

إذا غلب على ظن الشخص الوقوع في المحرم إن لم يتزوج مع قدرته على مؤن الزواج وأعبائه، وإمكانه العدل مع زوجته وإنما كان الزواج واجباً في حقه لأن في أحد أسبابه ظنا نزل به عن درجة الفرض.

ومما ينبغي الالتفات إليه أن الفرض والواجب يجمع بينهما أن الطلب لكليهما يكون على سبيل الالزام إلا أنه أعلى رتبة عنه في الفرض.

ج- وتارة يكون حراماً

والحرام أقوى درجات النهي، ويكون الزواج حراماً إذا كان الشخص معدماً لايقدر على مؤن الزواج وتكاليفه وهو مع ذلك يظلم زوجته ويتأكد من ذلك.

وإنما كان الزواج حراماً في حقه لأنه موصل للحرام وذريعة له والموصل للحرام حرام.

د- وتارة يكون مكروهاً

والمكروه أدنى درجة من الحرام، ويكون الزواج مكروها إذا كان الشخص لايأمن على نفسه من ظلم زوجته ولديه لذلك أسباب قوية لاترقى لدرجة القطع.

وإنما كره الزواج في حقه لغلبة الظن في ارتكاب ماهو محرم وهو الظلم.

هـ- أما إذا كان الشخص في حال اعتدال لايقع في الزنا إن لم يتزوج ولايخشاه ولايقع في الظلم ولايخشاه فإن فقهاء الحنفية يرون مع جمهور الفقهاء[1].

أن الزواج في هذه الحال يكون مندوباً أي أنه يكون سنة يحسن فعله ولايأثم إن لم يفعل.

١- الاختيار لتعليل المختار للموصلي ج٣/٢ وما بعدها الطبعة السابقة، والأحوال الشخصية للشيخ أبي زهرة ونظرات في نظام الأسرة الإسلامية (الزواج) للدكتور محمد الشحات الجندي ص/٦٨-٦٩ طبع سنة ١٩٨٨م وحاشية ابن عابدين ج٢/٢٦٧-٢٦٨، وحقوق الأسرة في الفقه الإسلامي للدكتور يوسف قاسم ص/٣٧ وما بعدها.

والحقيقة أن هذه الحال هى الأصل[1] وغيرها أمور عارضة ولذلك قرر فقهاء الحنفية أن الأصل في النكاح أنه سنة أو مندوب أو مستحب.

هذا رأي الحنفية في حال الاعتدال، يقررون مع جمهور الفقهاء أن النكاح سنة.

وهناك رأيان آخران يخالفان هذا الرأي:

أحدهما: أن النكاح في هذه الحال مباح وليس بسنة وهو رأي عند الشافعية[2].

ثانيهما: أنه فرض وهو رأي الظاهرية[3].

وقد استدل الظاهرية على فرضية الزواج في حال الاعتدال: بأن النصوص وردت في طلب الزواج والحث عليه بصيغة الأمر مثل قوله تعالى: ﴿ **وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم** ﴾[4] وصيغة الأمر في أصل وضعها للطلب اللازم فهى تدل على الفرضية.

أما مااستدل به لرأي الشافعية وهو كون الزواج مباحاً.

فهو أن النصوص عبرت في كثير من الأحيان عن الزواج بالحل وهو في معنى الإباحة كقوله تعالى: ﴿ **وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين** ﴾[5].

وإذا كان لفظ الحل في معنى الاباحة فلا يدل على الوجوب ولا على الندب.

المناقشة وبيان الراجح

أولا- المناقشة:

أ- مناقشة الشافعية القائلين بأن الزواج مباح:

يمكن مناقشة هؤلاء رحمهم الله تعالى بأن ماذهبوا إليه لايتناسب مع النصوص التي طلبت الزواج وحثت عليه كما في قوله الله عز وجل: ﴿ **فانكحوا ما طاب لكم** ﴾[6].

١- الأحوال الشخصية: للشيخ أبي زهرة ص/٢٣ وما بعدها.

٢- المهذب لأبي اسحق: إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي المتوفي: ٤٧٦هـ ج٢/٤٣ مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة.

٣- المحلى لابن حزم الظاهري ج٩/٤٤.

٤- سورة النور الآية/٣٢.

٥- سورة النساء الآية/٢٤.

٦- سورة النساء الآية/٤.

ب- ويناقش الظاهرية القائلون بأن الزواج فرض:

بأن مقتضى اعتبار الزواج فرض أنه لايجوز تركه، كيف وقد تركه بعض الصحابة في حياة النبي ﷺ ولم ينكر عليهم فدل ذلك على أنه ليس بفرض.

ولأن القول بأنه فرض[1] يتعارض مع النصوص المتعلقة بالنكاح والتي لم يصل فيها الطلب لدرجة الحتم والالزام وهو معنى الفرضية.

فالحق في هذا المقام - والله تعالى أعلم وأعز وأكرم - أن الشريعة الإسلامية الغراء قد وصلت إلينا كاملة غير منقوصة ولم يعد من فرائضها النكاح.

ولو كان فرضاً لذكر بين الفرائض[2] ولكان إهمال ذكره تقصيراً في البيان ومعاذ الله أن يكون من النبي ﷺ ذلك فالحق الذي لاشك فيه مع الجمهور القائلين بأن الزواج في حال الاعتدال سنة.

* * *

١- نظرات في نظام الأسرة الإسلامية (الزواج) للدكتور محمد الشحات الجندي ص/ ٧١ طبع سنة ١٩٨٨م.
٢- الأحوال الشخصية للشيخ أبي زهرة ص/ ٢٦.

الفصل الأول

الفصل الأول

في الضرر ماهيته وأنواعه

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول

حقيقة الضرر ومفهومه في إصطلاح أهل الفقه والقانون

وفيه مطلبان.

المطلب الأول: حقيقة الضرر في اللغة.

المطلب الثاني: مفهوم الضرر في إصطلاح فقهاء الإسلام وعلماء القانون الوضعي.

المبحث الثاني

أدلة النهي عن الضرر وآراء الأصوليين والفقهاء في المعنى المراد من لفظي (لاضرر ولاضرار)

وفيه مطلبان.

المطلب الأول: أدلة النهي عن الضرر.

المطلب الثاني: آراء الأصوليين والفقهاء في المعنى المراد من لفظى (لاضرر ولاضرار).

المبحث الثالث

المصالح الشرعية في النهي عن الضرر.

المبحث الرابع

الضرر الأدبي الذي يمس عواطف الإنسان.

وفيه مطلبان

المطلب الأول: التعريف بالضرر الأدبي.

المطلب الثاني: الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق.

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: اتجاه الفقه الوضعي والقضاء في التعويض عن الطلاق.

الفرع الثالث: الآثار الناشئة عن تقييد حق الطلاق.

المبحث الأول

حقيقة الضرر ومفهومه في إصطلاح أهل الفقه والقانون

وفيه مطلبان.

المطلب الأول: حقيقة الضرر في اللغة.

المطلب الثاني: مفهوم الضرر في إصطلاح فقهاء الإسلام وعلماء القانون الوضعي.

المطلب الأول:

حقيقة الضرر في اللغة

جاء في المعجم الوسيط[1]:

ضره ضُرًّا وضَرراً: ألحق به مكروها أو أذى أضَرَّت المرأة: تزوجت على ضَرَّة.

وتضاراً : ضارَّ أحدهما الآخر

والضُّرُّ: ماكان من سوء حال أو فقر أو شدة في بدن وفي التنزيل العزيز: ﴿ مسّنا وأهلنا الضر ﴾[2]، وفيه: ﴿ وأيوب إذ نادي ربه أنى مسني الضر وأنت أرحم الراحمين ﴾[3].

والضرر: الضيق والعلة تقعد عن جهاد ونحوه وفي التنزيل العزيز: ﴿ غير أولى الضرر ﴾[4].

والضراء: الشدة والزمانة وحالة تضر ويطلق الضرر ويراد به ماهو ضد النفع[5].

١- المعجم الوسيط: للدكتور إبراهيم أنيس وآخرين ح١/٥٥٨، من إخراج مجمع اللغة العربية بالقاهرة ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م.

٢- سورة يوسف الآية/٨٨.

٣- سورة الأنبياء الآية/٨٣.

٤- سورة النساء الآية/ ٩٥.

٥- مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي ص/٢٧٩ ترتيب محمود خاطربك، تحقيق لجنة من علماء اللغة العربية نشر دار الفكر ١٩٧٣م.

وقد ذكر علماء اللغة للفظ الضرر عدة معان استقوها من قول الله تعالى : ﴿ وإذا مس الإنسان الضر دعانا ﴾[1].

فقالوا:

إن الضُّر -بضم الضاد- يتعلق بما يكون من سوء الحال والقوة والشدة الواقعين على البدن.

وأما الضرُّ -بفتح الضاد- فإنه ماكان ضد النفع[2]، وقد أطلق على نقص يدخل الأعْيان[3].

- وفي الحديث «لاضرر ولاضرار»[4] في الإسلام أي[5] لايضر الرجل أخاه ابتداء ولاجزاء.
- لأن الضرر بمعنى الضر وهو يكون من واحد والضرار من اثنين بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك... .
- فالضرر ضد النفع[6] أي النقصان والضراوة: ذهاب البصر والنقص في الأموال والأنفس.

المطلب الثاني

- مفهوم الضرر في إصطلاح فقهاء الإسلام وعلماء القانون الوضعي

1)- مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي.

ورد التعبير عن الضرر في إصطلاح الفقهاء بعدة معان منها:

- - الإتلاف.

١- سورة يونس الآية/١٢.

٢- لسان العرب لجمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي المصري المتوفى:٧١١هـ، ج٢/٢٥٧٣ مادة ضرر نشر دار المعارف.

٣- المصباح المنير للفيومي مادة ضرر:

٤- سيأتي تخريجه تفصيلاً.

٥- المغرّب في ترتيب المعرب للإمام أبي الفتح ناصر بن عبدالسيد بن علي المطرزي المولود:٥٣٨هـ والمتوفى:٦١٦هـ ج٢/٢٨٢، نشر دار الكتاب العربي-بيروت.

٦- قواعد الفقه للمفتي السيد محمد عميم الإحسان المجددي البركتي ص/٣٥٨، نشر الصدف ببلشرز ناصر آباد-كراتشي وهذا الكتاب يحتوي على خمس رسائل: -أصول الإمام الكرخي -أصول المسائل الخلافية -القواعد الفقهية -التعريفات الفقهية -أدب المفتي.

- والإستهلاك.

- والإفساد.

- والأفعال الموجبة للضمان[1].

والواقع أن هذه المعاني غير مقصودة لذات التعريف، بل هى وصف للأفعال الموجبة للضمان.

وقد عرف بعض الفقهاء الضرر بأنه:

الحاق مفسدة بالغير مطلقا.

أو: هو كل أذى يلحق بالشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته، فيسبب له خسارة مالية سواء بالنقص أو التلف المادي، أو نقص المنافع، أو زوال بعض الأوصاف[2].

فهو يشمل الضرر المادي كتلف المال.

- والضرر الأدبي كالإهانة التي تَمسُّ كرامة الإنسان، أو تلحق به سمعة سيئة سواء كان ذلك بالقول: كالقذف والشتم

أو السعاية بدون حق إلى الحاكم.

والرجوع عن الشهادة بعد صدور الحكم على المتهم.

١- بدائع الصنائع: ٢٨٦/٦ والضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ص/٤٦ ومجمع الضمانات للبغدادي ص/١٥٣ والقواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ص/٢٠٤ الطبعة الأولى ١٩٧١م نشر مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة وضمان المتلفات في الفقه الإسلامي للدكتور سليمان محمد أحمد ص/٩ الطبعة الأولى ١٩٨٥م.

٢- فتح المبين لشرح الأربعين لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي المتوفى:٩٧٣هـ ص/٢٣٧ نشر دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة:١٣٥٢هـ . وفيض القدير شرح الجامع الصغير لمحمد بن عبدالرؤف المناوي المتوفى: ١٠٣٣هـ ج٦/ ٤٣١ نشر المكتبة التجارية الكبرى الطبعة الأولى١٣٥٦هـ. والمدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى الزرقاء ج٢/ فقرة: ٥٨٦ والمسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون للدكتور محمد فوزي فيض الله ص/١١٧ نشر عام ١٩٦٢م والضمان في الفقه الإسلامي للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص/٤٦ ومابعدها نشر معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧١م.

- أو بالفعل الإيجابي:

- كالضرب
- والإغراق
- والتهديد
- وهدم المباني.
- والإحراق
- والترويع
- وإتلاف الزروع والأشجار
- أو بالفعل السلبي:
- كالإمتناع عن إغاثة الملهوف.
- أو عن إطعام المضطر

فكل هذه الأضرار المادية والأدبية والمعنوية إذا كانت محققة الوقوع تستوجب الضمان.

وقد عرف بعض الفقهاء المحدثين الضرر بأنه:

إتلاف جزئي أو كلي لشئ مادي، والمقصود بالإتلاف أن يفقد الشئ منفعته كلاً أو بعضاً[1].

أقول: فتعريف الضرر بالإتلاف تعريف قاصر

لأنه لايشمل الجراحة التي لاتفقد كل المنفعة ولابعضها ويجب فيها التعويض ولو بأجرة الطبيب وثمن الأدوية.

ولا يشمل غير الجراحة مما لايفقد الشئ منفعته كلها ولابعضها وإنما يؤثر في كماله كالخرق اليسير في الثوب.

كما أنه لايشمل الإضرار بالقول كما في سب الآخرين وشتمهم، فإنه فيه ضرراً لهم ولايسمى اتلافاً[2].

وقد أشار فقهاء المالكية إلى التفريق بين الإتلاف والإفساد ومثلوا للإتلاف بقتل الحيوان، وتمزيق الثوب، وقطع الشجر وذكروا أن الإفساد على نوعين:

أحدهما: مايذهب المنفعة المقصودة من الشئ كمن قطع يد عبد أو رجل دابة.

١- النظرية العامة للإلتزام في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته فقرة: ٢٢٩ مطبعة الإعتماد بمصر شارع حسن الأكبر الطبعة الأولى.

٢- المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون للدكتور محمد فوزي فيض الله، السابق ص/١١٧.

وثانيهما: مايكون يسيراً كثقب الثوب[1].

وهذا البيان يفصح عن مدى مابين الإتلاف والمفسدة من فوارق.

وقد عرف الحنفية الإتلاف بأنه إخراج الشئ من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة عادة، وهذا اعتداء وإضرار[2]، سواء وقع إتلافا له صورة ومعنى بإخراجه عن كونه صالحا للإنتفاع، أم معنى بإحداث مايمنع الإنتفاع به.

بيان الراجح

وما يبدو لى رجحانه في تعريف الضرر أنه:

إلحاق مفسدة بالغير في ماله أو نفسه أو شرفه واعتباره أو مشاعره وهذا التعريف قريب مما قرره أهل القانون على ماسيأتي بيانه في موضعه إن شاء الله، والله أعلم.

٢)- مفهوم الضرر في فقه القانون:

الضرر بصفة عامة في القانون يقصد منه المساس بحق أو مصلحة مشروعه لشخص مًا، مساسا يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك، لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبه[3].

فالضرر في القانون لايعتد به إلا إذا جعل مركز صاحب الحق أو المصلحة أسوأ مما كان قبل ذلك.

وإذا كان الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، فإنه يستوى بالنسبة له أن يكون ذلك الحق أو تلك المصلحة مما يتعلق

١- القوانين الفقهية لمحمد بن أحمد بن محمد الغرناطي «ابن جزي» المتوفي ٧٤١هـ ص/٣١٨ نشر دار الكتاب العربي-بيروت.

٢- بد ائع الصنائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود المتوفى: ٥٨٧هـ ج١٦٤/٧ نشر دار الكتاب العربي-بيروت ١٩٨٢م.

٣- الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون للدكتور عبدالله مبروك النجار ص/١٤ نشر دار النهضة العربية القاهرة.

بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك.

أي أنه لايشترط أن يكون الحق الذي يحصل المساس به حقا ماليا كحق الملكية وحق الإنتفاع وحق الدائنية، بل يكفي المساس بأي حق يحميه القانون كالحق في الحياة، والحق في سلامة الجسم وحق الحرية الشخصية، وحرية العمل، وحق الإنسان في حفظ شرفه واعتباره[1].

وقد أورد فقهاء القانون لتحديد معنى الضرر عدة معان:

- فعرفه بعضهم[2]: بأنه الأذى الذي يصيب المضرور في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه.

- وعرفه آخرون[3]: بأنه الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كانت المصلحة ذات قيمة مالية أو معنوية.

ويفهم من هذه التعريفات أن معناها شامل للضرر المادي الواقع على الجسم والمال، وكذلك أيضا الضرر الأدبى الواقع على النفس أو الشرف أو الإعتبار وأن كلا الضررين يجب التعويض[4] عنه.

١- موسوعة القضاء في المسئولية المدنية. التقصيرية والعقدية للأستاذ عبدالمعين جمعة نشر الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٧م الجزء الأول ص/٣٣٨.

٢- المسئولية المدينة في تقنينات الدول العربية القسم الأول فقرة ٦٢-١٩٧١م.

٣- ركن الخطأ في المسئولية المدنية للدكتور محمد حسين الشامي ص/٤٩٩ فقرة ٢٤٥ نشر دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٠م.

٤- ركن الخطأ في المسئولية المدنية للدكتور محمد حسين الشامي ص/٤٩٩ فقرة ٢٤٥ نشر دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٠م.

المبحث الثاني

أدلة النهي عن الضرر وآراء الأصوليين والفقهاء في المعنى المراد من لفظي: لاضرر ولاضرار

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أدلة النهي عن الضرر

المطلب الثاني: آراء الأصوليين والفقهاء في المعنى المراد من لفظي: لاضرر ولاضرار.

المطلب الأول

أدلة النهي عن الضرر

من أبرز أدلة نفي الضرر في الشريعة الإسلامية الحديث الشريف الذي روى «عن أبي سعيد بن مالك الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لاضرر ولاضرار» حديث حسن رواه ابن ماجة»[1]، والدار قطني[2] وغيرهما مسنداً على ماقاله ابن رجب في كتابه «جامع العلوم والحكم»[3].

ورواه مالك في الموطأ[4] مرسلاً[5] عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلاً.

قال ابن رجب[6]: وله طرق يقوى بعضها بعضا.

١- سنن ابن ماجه: ج٢/٧٨٤ حديث رقم ٢٣٤٠-٢٣٤١-٢٣٤٢ كتاب الأحكام.

٢- سنن الدارقطني: ج٤/٢٢٧ . ٢٢٨ وج٣/٧٧. عالم الكتب- بيروت الطبعة الرابعة ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

٣- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم لزين الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب المتوفى ٧٩٥هـ ص/٣٦٨ نشر دار الريان للتراث القاهرة.

٤- موطأ الإمام مالك للإمام مالك بن أنس الأصبحي. ص/٤٦٤.

٥- الحديث المرسل: الحديث الذي رفعه التابعي إلى النبي ﷺ من غير ذكر الصحابي. -لمحات في أصول الحديث للدكتور محمد أديب الصالح، طبع المكتب الإسلامي - بيروت ص/٢٢٦.

٦- جامع العلوم والحكم ص/٣٦٨ الطبعة السابقة.

فقه الحديث

حديث أبي سعيد لم يخرجه ابن ماجة وإنما أخرجه الدارقطني[١] والحاكم[٢] والبيهقي[٣] من رواية عثمان بن محمد بن عثمان بن ربيعة وقال الحاكم[٤]: صحيح الإسناد على شرط مُسْلِم.

وقال البيهقي[٥]: تفرد به عثمان عن الدراوردي وخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلاً.

قال ابن عبدالبر[٦]: لم يختلف عن مالك في إرسال هذا الحديث.

وخرجه أحمد بن حنبل[٧] عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه. السنن الكبرى للبيهقي الجزء السادس وفي ذيله الجوهر النقي لابن التركمان.

وأما ابن ماجة[٨] فخرجه من رواية فضيل بن سليمان.

وخرجه ابن[٩] ماجة أيضاً من وجه آخر من رواية جابر الجُعْفي عن عكرمة عن ابن عباس... وجابر الجعفي ضعفه الأكثرون.

وخرجه الدارقطني[١٠] من رواية إبراهيم بن اسماعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة وإبراهيم ضعفه جماعة.

وخرجه الدارقطني[١١] من حديث الواقدي

١- سنن الدارقطني ج٤/٢٢٨/٤ وج٣/٧٧ مطبعة عالم الكتب-بيروت.
٢- المستدرك للحاكم ج٢/٥٨ مطبعة دار المعرفة - بيروت لبنان.
٣- سنن البيهقي ج٦/٦٩-٧٠ نشر دار الفكر بدون تاريخ الطبع.
٤- المستدرك للحاكم بدون تاريخ الطبع ج٢/٥٧-٥٨ مطبعة دار المعرفة بيروت-لبنان.
٥- سنن البيهقي ج٦/٦٩-٧٠ مطبعة دار الفكر.
٦- التمهيد لابن عبدالبر ج١٠/٢٣٣، ٢٣١ الناشر المكتبة القدوسية أردو بازار-لاهور بدون تاريخ الطبع.
٧- مسند أحمد بن حنبل وبهامشه منتخب كنز العمال في الأقوال والأفعال الجزء الخامس ص/٣٢٧ دار صادر بيروت.
٨- سنن ابن ماجه كتاب الأحكام باب من بنى في حقه مايضر بجاره ج٢/٧٨٤ حديث رقم: ٢٣٤٠، ٢٣٤١، ٢٣٤٢. دار إحياء التراث العربي.
٩- المصدر السابق
١٠- سنن الدارقطني ج٤/٢٢٨ مطبعة عالم الكتب - بيروت.
١١- المصدر السابق

قال ابن رجب[1]: والواقدي متروك وشيخه مختلف في تضعيفه لكن خرجه أبو داود[2] في المراسيل من رواية عبدالرحمن بن معز عن ابي إسحق عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع مرسلاً وهذا أصح.

وقد استدل الإمام أحمد بهذا الحديث[3] وقال: قال النبيﷺ «لاضرر ولاضرار» وقال أبو عمر ابن الصلاح[4]: هذا الحديث أسنده الدار قطني[5] من وجوه، ومجموعها يقوى الحديث ويحسنه وقد تقبله جماهير أهل العلم واحتجوا به[6].

وقول أبي داود[7]: إنه من الأحاديث التي يدور الفقه عليها يشعر بكونه غير ضعيف والله أعلم.

وقد ورد في القرآن الكريم النهي عن المضارة في مواضع منها:

في الوصية:

قال الله عز وجل: ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار ﴾[8].

وفي الحديث عن ابي هريرة مرفوعاً:

«إن العبد ليعمل بطاعة الله ستين سنة ثم يحضره الموت فيضار في الوصية فيدخل النار» ثم تلا: ﴿ تلك حدود الله ﴾[9] إلى قوله تعالى: ﴿ ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين ﴾[10]، وقال ابن عباس[11] رضي الله عنهما: الإضرار في الوصية من الكبائر ثم تلا هذه الآية.

١- جامع العلوم والحكم ص/٣٦٩ الطبعة السابقة

٢- سنن أبي داود ج٣/٣١٥ ح/٣٦٣٥ كتاب الأقضية.

٣- جامع العلوم والحكم لابن رجب ص/٣٦٩ الطبعة السابقة

٤- المصدر السابق

٥- سنن الدارقطني ج٤/٢٢٨، ج٣/٧٧ مطبعة عالم الكتب-بيروت.

٦- المستدرك للحاكم: ج٢/٥٧-٥٨.

٧- سنن البيهقي ج٦/٦٩-٧٠.

٨- سورة النساء الآية/١٢

٩- سورة النساء الآية/١٣.

١٠- سورة النساء الآية/١٤

١١- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم لابن رجب ص/٣٧١ نشر دار الريان للتراث القاهرة.

ومنها الرجعة في النكاح:

قال تعالى: ﴿ فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ﴾[1] وقال: ﴿ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحًا ﴾[2].

فدل ذلك على أن من كان قصده بالرجعة المضارة فإنه آثم بذلك.

وهذا كما كانوا في أول الإسلام قبل حصر الطلاق في ثلاث: يطلق الرجل إمرأته ثم يتركها حتى يقارب انقضاء عدتها ثم يراجعها ثم يطلقها ويفعل ذلك أبداً بغير نهاية فيدع المرأة لامطلقة ولا ممسكة فأبطل الله ذلك وحصر الطلاق في ثلاث مرات[3]:

وذهب الإمام مالك رحمه الله: إلى أن من راجع إمرأته قبل انقضاء عدتها ثم طلقها من غير مسيس أنه إن قصد بذلك مضارتها بتطويل لم تستأنف العدة وبنت على مامضى منها.

وإن لم يقصد بذلك استأنفت عدة جديدة

- وقيل: تبين مطلقا وهو قول عطاء وقتادة والشافعي في القديم وأحمد في رواية.

- وقيل: تستأنف مطلقا وهو قول الأكثرين منهم أبو قلابة، والزهري، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي في الجديد وأحمد في رواية وإسحق وأبو عبيد وغيرهم.

ومنها في الإيلاء:

فإن الله تعالى جعل مدة المولى أربعة أشهر إذا حلف الرجل على امتناعه من وطء زوجته فإنه يضرب له مدة أربعة أشهر فإن فاء ورجع إلى الوطء كان ذلك توبته.

وإن أصر على الإمتناع لم يمكن من ذلك ثم فيه قولان للسلف والخلف:

أحدهما: أنها تطلق عليه بمضي هذه المدة.

والثاني: أنه يوقف، فإن فاء وإلا أمر بالطلاق ولو ترك الوطء لقصد إضرار بغير يمين

١- سورة البقرة الآية/ ٢٣١.

٢- سورة البقرة الآية/ ٢٢٨.

٣- جامع العلوم والحكم ص/ ٣٧١.

أربعة أشهر فقال كثير من الحنابلة: حكمه حكم المولى في ذلك وهو ظاهر في كلام أحمد[1].

وكذا قال جماعة[2] منهم: إذا ترك الوطء أربعة أشهر لغير عذر ثم طلب الفرقة فرق بينهما بناء على أن الوطء عندهم في هذه المدة واجب.

واختلفوا في ذلك هل يعتبر لذلك قصد الإضرار أم لايعتبر؟.

- ومذهب مالك وأصحابه[3]: إذا ترك الوطء من غير عذر فإنه يفسخ نكاحه مع اختلافهم في تقدير المدة.

ومنها في الرضاع:

قال الله تعالى: ﴿ لاتضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ﴾[4]، قال مجاهد[5] في قوله تعالى: ﴿ لاتضار والدة بولدها ﴾ قال: لايمنع أمه أن ترضعه ليحزنها بذلك... .

وقوله تعالى: ﴿ ولا مولود له بولده ﴾ يدخل فيه أن المطلقة إذا طلبت إرضاع ولدها بأجرة مثلها لزم الأب إجابتها إلى ذلك وسواء وجد غيرها أو لم يوجد. هذا منصوص الإمام أحمد[6].

فإن طلبت زيادة كثيرة ووجد الأب من يرضعه بأجرة المثل لم يلزم الأب إجابتها إلى ماطلبت لأنها تقصد المضارة[7].

ومسائل الضرر في الأحكام كثيرة جداً وماذكرته هو على سبيل المثال.

المطلب الثاني

آراء الأصوليين والفقهاء في المعنى المراد من اللفظين:

١- جامع العلوم والحكم ص/٣٧٢.

٢- المصدر السابق.

٣- الفواكه الدواني للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم المتوفى: ١١٢٠هـ على رسالة أبي محمد عبدالله بن أبي زيد عبدالرحمن القيرواني المتوفى: ٣٨٦هـ ج٢/٧٨ مطبعة مصطفى البابي الحلبي القاهرة الطبعة الثانية ١٣٧٤هـ ١٩٥٥م.

٤- سورة البقرة الآية/٢٣٣.

٥- تفسير مجاهد لقول الله عز وجل: ﴿ لاتضار والدة بولدها ﴾ الآية/٢٣٣ من سورة البقرة.

٦- جامع العلوم والحكم ص/٣٧٢.

٧- المصدر السابق.

«لاضرر ولا ضرار»

حكى العلامة الإمام محمد بن على الشوكاني في كتابه «نيل الأوطار»[1] الخلاف في الفرق بين اللفظين في المعنى، وذكر أقوالاً في ذلك ومن هذه الأقوال:

١- *أن الضرار: أن تضره بغير أن تنفع.*

والضرر: أن تضره وتنفع أنت به.

٢- *أن الضرار: الجزاء على الضرر.*

والضرر الابتداء.

وذهب بعض الفقهاء وأصوليو الجعفرية إلى احتمال أن يكون التكرار للتأكيد، بل هو الأرجح عند هؤلاء الأخيرين.

فقد جاء في كتاب «كفاية الأصول» المجلد الثاني ص٢٦٦ مايلي:

الظاهر أن الضرر مايقابل النفع من النقص في النفس أو الطرف أو العرض أو المال، كما أن الضرار بمعنى الضرر جئ به تأكيداً، كما يشهد به إطلاق «المضار» على «سمرة بن جندب» واختار هذا الإحتمال ورجحه ابن حبيب من المالكية[2]. وعمدة من قال بالتأكيد:

أن لفظ الضرار ورد في الكتاب والسنة بمعنى الضرر أما الكتاب فأيات كثيرة منها:

قول الله عز وجل: ﴿ لاتضار والدة بولدها ﴾ سورة البقرة الآية٢٣٣.

وأما السنة: فأحاديث منها:

ماورد في حديث سمرة من قول الرسول ﷺ له حين أصر على إيذاء الأنصاري والإضرار به بدخوله بستانه دون استئذان «إنما أنت مضار».

وفي فقه المالكية[3] يذكر العلامة أبو الوليد الباجي صاحب كتاب «المنتقى على موطأ

١- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ج٥/ ٢٦٠. وجامع العلوم والحكم لابن رجب ص/٢٦٧.

٢- المنتقى «شرح الموطأ» للإمام الباجي ج٦/ ٤٠.

٣- راجع المعاني المحتملة لحديث «لاضرر ولاضرار» التي أوردها فقهاء المالكية في «تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام» لابن فرحون ج٢/ ٢٥٤ المطبعة البهية القاهرة ١٣٠٢هـ،
وأنظر أيضا للحنفية: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام «للشيخ الإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي» ص/٢٤٤ المطبعة الأميرية بولاق القاهرة ١٣٠٠هـ.

INT. ISLAMIC UNIV
CENTRAL LIBRARY

الإمام مالك» المعاني المحتملة للفظي: لاضرروولاضرار ومن ذلك:

أنه يحتمل أن يريد بالحديث «لاضرر على أحد» بمعنى أنه لايلزمه الصبر عليه ولايجوز له إضراره بغيره.

غير أن بعض فقهاء المالكية يخص الحديث بنفي الضرر عن الجار خاصة والنهي عن الإضرار به سواء كان مقصوداً أو غير مقصود فقد ذكر الباجي رأي الخشني في ذلك إذ يقول: وقال الخشى: الضرر: هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة.

والضرار: ماليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة.

ونوقش[1] ماقاله الخشني: بأنه تخصيص للحديث بلا دليل إذ الحديث عام، استفيد عمومه من وقوع النكرة في سياق النفي على ماهو المقرر في علم الأصول، فهذا العموم يشمل كل صور الضرر الإ ماستثنى بدليل.

وهذا مايؤكده العلامة الشوكاني بقوله:

«لاضرر ولاضرار» هذا فيه دليل على تحريم الضرار على أي صفة كانت من غير فرق بين الجار وغيره، فلا يجوز في صورة من الصور إلا بدليل يخص به هذا العموم، فعليك بمطالبة من جوَّز المضارة في بعض الصور بالدليل فإن جاء به قبلته، وإلا فأضرب بهذا الحديث وجهه فإنه قاعدة من قواعد الدين تشهد له كليات وجزئيات[2].

وعلى هذا فليس الحديث خاصا بنفى الضرر أو تحريم إيقاعه على الجار خاصة لماهو ظاهر فيه من التحريم.

هذا والمشهور كما يقول ابن رجب في كتابه «جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم» ص٣٦٩ نشر دار الريان للتراث بالقاهرة مانصه:

إن بين اللفظين فرقًا ويورد رأيا يحمل الحديث على معنى أن الضرر نفسه منتف في الشرع وإدخال الضرر بغير حق كذلك، وعلى هذا فالضرر هو الإسم والضرار هو الفعل واللغويون... وشراح الحديث يذهبون إلى المغايرة بينهما في المعنى:

- فها هو ابن منظور في كتابه «لسان العرب»

١- المناقش: القائل بعموم الحديث لكل صور الضرر.

٢- نيل الأوطار ج٥/ ٢٦٠.

ح١٥٣/٦ يغاير في المعنى بينهما على ماتقدم إذ يقول:

الضرر: فعل الواحد

والضرار: فعل الأثنين

ويذهب إلى المغايرة أيضًا ابن الأثير في كتابه «النهاية في غريب الحديث والأثر» ح١٦/٣ المطبعة العثمانية بالقاهرة ١٣١١هـ إذ يقول:

فمعنى قوله ﷺ «لاضرر» أي لايضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه.

والضرار: فعال من الضرر: أي لايجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه.

والضرر: فعل واحد

والضرار: فعل الأثنين.

ومن مجموع ماتقدم: يكون النهي عن الضرر في هذا الحديث شاملاً لما إذا كان الضرر ناتجا عن طريق المباشرة أو التسبب مع التعدى بارتكاب الأفعال غير المشروعة في ذاتها والتي تعتبر اعتداء على ذات الإنسان أو ماله أو أي حق من حقوقه كالإمتناع عن أداء ماله من حق مثلاً.

والله أعلم بالصواب.

* * *

المبحث الثالث

المصالح الشرعية في النهي عن الضرر.

الصلاح في اللغة: ضد الفساد... وصَلُح الشئ صلاحاً وصلوحاً، وأصلحه غيره[1].

وصَلَحُ-صلاحاً وصلوحاً: زال عنه الفساد... .

والمصلحة: الصلاح والمنفعة[2] فالمصلحة ضد المفسدة.

وعرفها الغزالي في المستصفى ج١/٢٨٦ بأنها عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة.

والمصلحة مقصود الشارع الحكيم فحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله.

فما من أمر أو نهى عن الشارع إلا وفيه تحقيق مصلحة بجلب خير أو دفع شر، إلا أن ذلك قد يتبدى لنا أو يخفى علينا.

والمصلحة أمر نسبي في الغالب[3]، فكثير من المصالح فيه بعض المفاسد كالجهاد، وكثير من المفاسد فيه بعض المصالح كالخمر، والعبرة للجهة الغالبة دائماً.

وقد ضبط الفقهاء المصالح الشرعية وقسموها إلى أقسام مختلفة وذلك بمجموعة من القواعد الكلية منها:

١- لاضرر ولاضرار : (م ١٩) من مجلة الأحكام العدلية.

فهذه القاعدة نص حديث شريف صحيح رواه عن النبيﷺ عدد من الصحابه رضي الله عنهم على ماسبق ايضاحه[4] في فقه هذا الحديث، كما رواه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبيﷺ مرسلا[5].

١- المغرّب للمطرزي ج١/ ٢٧٠ نشر دار الكتاب العربي-بيروت.

٢- المعجم الوسيط: ١/ ٥٢٠ انتشارات ناصر خسرو-طهران.

٣- المدخل الفقهي والمؤيدات الشرعية للدكتور: أحمد الحجي الكردي ص/٤٤ من مطبوعات جامعة دمشق.

٤- من أنه أخرجه عنهم الحاكم والبيهقي والدارقطني وابن ماجة وأحمد.

٥- الموطأ ص/٤٦٤.

ومعنى هذه القاعدة:

النهي عن الإضرار بالناس مطلقا، سواء كان الإضرار مبتدأ، أو بعد ضرر سابق عليه.

هذا إذا لم يكن الإضرار بعد ضرر سابق عليه على وجه الجزاء.

فإذا كان على وجه الجزاء جاز بقدره دون زيادة إذا لم يغن غيره وإلا منع أيضاً، وهو هنا في الحقيقة مجازاة وليس إضراراً وذلك مصداق لقوله تعالى: ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾(جزء من سورة البقرة الآية١٩٤).

وهذه القاعدة ذات تطبيقات واسعة في الأحكام الفقهية ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر:

١- منع الغش والتدليس والغرر... في البيع، لما فيه من الإضرار المبتدأ بالمشترى وهو منهى عنه.

٢- الحجر على السفيه[١]، والمفتي الماجن[٢]، والمكارى المفلس[٣]، والطبيب الجاهل[٤] لما في أعمالهم من إضرار بأنفسهم وبالآخرين.

٣- إثبات حق الشفعة للشريك والجار وذلك دفعاً لضرر المشترى الجديد المحتمل عليهما.

١- السفيه: هو الذي لايحسن القيام على تدبير أمواله وينفقها في غير موضعها. وجاء في الجوهرة النيرة على مختصر القدوري ١/٢٩٤. السفيه خفيف العقل الجاهل بالأمور الذي لاتمييز له، العامل بخلاف موجب الشرع.

٢- جاء في المعجم الوسيط ٢/٨٥٥ نشر مجمع اللغة العربية بالقاهرة: مجن فلان مجوناً ومجانة: قل حياؤه فهو ماجن وفي التعريفات للسيد الشريف على بن محمد الجرجاني ص/٨٥ هو الفاسق وهو ألا يبالي بما يقول ويفعل وتكون أفعاله على نهج أفعال الفساق انتشارات ناصر خسرو-طهران . والمفتي الماجن هو الذي يعلم الناس حيلاً باطلة كارتداد المرأة لتفارق زوجها، أو الرجل لتسقط الزكاة عنه، ولايبالي أن يحلل حراماً أو يحرم حلالاً، الجوهر النيرة ج١/٢٩٤.

٣- المكارى المفلس: أن يكرى إبلاً وليست له إبل ولا مال يشتريها به وإذا جاء أوأن الخروج يخفى نفسه: السابق.

٤- هو الذي يسقى الناس دواء مهلكا. السابق والحجر على المفلس مفسدة في حقه ولكنه تقدم مصلحة الغرماء على مفسده الحجر.

٢)- الضرر يزال: المادة ٢٠ من مجلة الأحكام العدلية:

هذه القاعدة بمثابة تتمة للقاعدة السابقة، فإذا كانت قاعدة (لاضرر ولاضرار) تنهى عن الضرر والضرار فإن هذه القاعدة تعالج الضرر إذا وقع.

وإذا كان واقعا فهو غير مشروع الإبقاء فتجب إزالته[١].

وإن كان متوقعاً وجب دفعه، لأن دفع الضرر قبل الوقوع أولى من رفعه وإزالته بعد الوقوع ولذا وضع الفقهاء القاعدة الآتية:

٣)- الضرر يدفع بقدر الإمكان: (المادة ٣١ من مجلة الأحكام العدلية:

ولما كان دفع الضرر أو إزالته قد لايأتي إلا بحدوث ضرر آخر فإن التعارض بينهما واقع.

أي يتعارض الضرر المراد دفعه أو إزالته مع الضرر الناشئ عنهما ولذا وضع الفقهاء أحكاماً لذلك.

فقالوا:

إن الضرر الذي يراد دفعه أو إزالته إما عام وإما خاص فإن كان خاصًا: فإما أن يكون:

- أشد - أو أخف - أو مماثلاً

ثم وضعوا لكل حال قاعدة

وإن كان عاماً: وجب دفع هذا الضرر وتفرعت من هذه القاعدة القواعد الآتية:

- يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام
- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف
- إذا تعارضت مفسدتان ارتكب أخفهما لدفع أشدهما
- درء المفاسد مقدم على جلب المصالح

ولقاعدة " الضرر يزال" تطبيقات وأمثلة كثيرة منها:

أ) إذا باع انسان من آخر سلعة معينة ولم يكشف له عن العيب الذي بها، فإن للمشتري خيار فسخ العقد لإزالة للضرر عن نفسه.

ب) إذا أتلف إنسان مالاً لآخر ضمن في ماله قيمة ما أتلف، وذلك دفعا لضرر الإتلاف عن

١- جامع العلوم والحكم لابن رجب ص/ ٢٦٥ من منشورات دار الريان للتراث-بالقاهرة.

ب) إذا أتلف إنسان مالاً لآخر ضمن في ماله قيمة ما أتلف، وذلك دفعا لضرر الإتلاف عن المتضرر

- والفعل الضار هنا سبب للتضمين ولايخرجه عن هذه السببية ألا يوصف فاعله بالإعتداء والمخالفة بسبب عارض كفقد الأهلية، أي أهلية التكليف، لأن سببيته ترتبط بذاته وبآثاره لابقصد فاعله وادراكه.

ولذا يترتب عليه أثره إذا صدر من نائم أو مجنون أو طفل.

لأن الأمر في اقتضائه التضمين مبنى على المعاوضة وجبر الفاقد حتى لايظلم أحد وماله ، ولهذا قال العلماء: إن العمد والخطأ في الأموال سواء[1].

والحاصل: أن قاعدة «الضرر يزال» تعتبر مبدأ محكماً تكفلت الشريعة بتطبيقه في جميع أبواب الفقه كما تعتبر توثيقاً لمبدأ المصلحة في الشرع.

١- نظرية الضمان للأستاذ الشيخ على الخفيف تحت عنوان «الفعل الضار».

المبحث الرابع

الضرر الأدبي الذي يمس عواطف الإنسان

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بالضرر الأدبي.

المطلب الثاني: الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق.

المطلب الأول:

التعريف بالضرر الأدبي

أصطلاح «الضرر الأدبي» مستحدث في الفقه الإسلامي فقد وردت عبارة الضرر الأدبي في كثير من كتب الفقهاء المحدثين كالشيخ علي الخفيف في كتابه "نظرية الضمان" والدكتور وهبة الزحيلي في كتابه "نظرية الضمان" والدكتور محمد فوزي فيض الله في كتابه " الضمان في الفقه الإسلامي العام".

وهذه العبارة مستحدثة إلى حد كبير، فلم تكن معروفة بالصورة التي هى عليها الآن في كتب الفقهاء القدامى وإن كانت أصول فكرتها قد وجدت متناثرة فيما كتبوه في باب الجنايات وباب الغصب بصفة خاصة وفي أبواب العقود بصفة عامة.

ولهذا لم يعن الفقهاء الأقدمون بتعريف الضرر الأدبي على حدة، كما لم يعنوا بدراسته على نحو مستقل مثلما يجرى عليه العمل عند المعاصرين من الفقهاء الذين عنوا بتعريفه كما عنوا بتأصيل أحكامه انطلاقاً من الأساس الذي وضعه الأقدمون[1].

وقد عرفه بعض الفقهاء المحدثين بأنه:

الأذى الذي يصيب الإنسان في شرفه أو في حق من حقوقه الأدبية[2]، أو هو: الحاق

١- الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون للدكتور عبدالله مبروك النجار ص/٢٢ نشر دار النهضة العربية بالقاهرة ١٤١١هـ-١٩٩٠م.

٢- ركن الخطأ في المسئولية المدنية للدكتور محمد حسين علي الشامي ص/٥١٢ نشر دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٠م.

مفسدة في شخص الآخرين لا في أموالهم، وإنما يمس كرامتهم، أو يؤذي شعورهم أو يخدش شرفهم أو يتهمهم في دينهم، أو يسئ إلى سمعتهم، أو نحو ذلك من الأضرار التي يطلق عليها اليوم اسم «الأضرار الأدبية»[1].

أو هو: مايصيب الإنسان في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه.

أو هو: الذي قد يصيب الجسم فيحدث تشويها فيه فيتألم الشخص لذلك، أي أنه عبارة عن الألم والحزن الذي يصيب الإنسان[2].

وإذا كان الأمر يتعلق بمدى ضمان الضرر الأدبي الذي يمس مشاعر الإنسان وعواطفه، فإن طبيعة، هذا النوع من الضرر تكاد تكون أكثر وقوعاً في ساحة الحياة الإجتماعية حيث يعيش الرجل مع المرأة ويرتبط معها بروابط الود وعلائق الرحمة، وذلك بحكم التقارب الفطري الذي ركبه الله عز وجل في قلب كل منهما تجاه الآخر وعبر عنه القرآن الكريم في قول الله تعالى: ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون ﴾[3].

ولا شك أن كلا من الرجل والمرأة بحكم ماركب الله في كل منهما من فطرة مدفوع نحو الآخر بمشاعر الود وأحاسيس الحنان[4].

١- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام للدكتور محمد فوزي فيض الله ص/٩٢ فقرة /١١٢ من منشورات: الكويت .

٢- التعويض عن الضرر للدكتور وهبة الزحيلي ص/١٢ بحث منشور بمجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي كلية الشريعة-جامعة الملك عبدالعزيز العدد الأول: ١٣٩٩هـ والعدد الثالث.

٣- سورة الروم الآية/٢١.

٤- يقول العلامة ابن كثير في تفسير قوله تعالى: ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزوجاً ﴾ أي خلق لكم من جنسكم إناثاً تكون لكم أزواجاً ﴿ لتسكنوا إليها ﴾ كما قال تعالى: ﴿ هو الذى خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها ﴾ يعنى بذلك حواء خلقها الله من آدم من ضلعه الأقصر الأيسر، ولو أنه تعالى جعل بني آدم كلهم ذكوراً أو جعل إناثهم من جنس آخر من غيرهم إما من جان أو حيوان لما حصل هذا الائتلاف بينهم وبين الأزواج... ...ثم من تمام رحمته ببني آدم أن جعل أزواجهم من جنسهم وجعل بينهم وبينهن مودة وهى المحبة والرحمة وهى الرأفة...: تفسير القرآن العظيم للإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفي: ٧٧٤هـ ج٣/٤٢٩ نشر مكتبة دار التراث- شارع الجمهورية بالقاهرة.

فإذا جمع عقد النكاح بين رجل وامرأة وارتبطا معاً على كتاب الله وسنة رسولهﷺ كانت مشاعر كل منهما تجاه الآخر في ظل هذا العقد في قمة السعادة، خاصة مشاعر المرأة التي تجد في ارتباطها بزوج توازناً نفسياً بالنسبة لها وهو أقصى ماتطمح إليه في حياتها.

وأحكام التشريع الإسلامي قيمت هذا الجانب الهام في حياة كل من الرجل والمرأة وقدرت أن كل مسلك يصدر من أحدهما وينطوي على مساس بمشاعره ونيل من عواطفه يعتبر ضرراً محققاً وقرر له حكما يحمل معنى الضمان وإن كان لم يصرح بذكره وقد جاء هذا الحكم في أحوال فرق النكاح بين الزوج والزوجة، كما أثير في الفقه أيضاً بخصوص مدى مشروعية التعويض عن الضرر الناشئ عن فسخ الخطبة، ومن الواضح أن تلك الأضرار يغلب عليها الطابع الأدبي الذي يمس بصورة ملموسة عواطف الإنسان ومشاعره.

المطلب الثاني:

الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق

لن أتكلم عن الضرر الأدبي الناشئ عن الرجوع في الخطبة لأن الخطبة من مقدمات الزواج، وموضوعي هو «في التطليق للضرر» ومعنى ذلك أن عقد النكاح قد تم قبل هذا التطليق.

وسأقصر كلامي هنا على الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق لأنه من صميم موضوعي.

والضرر الأدبي في الطلاق أكثر منه وجوداً وأثراً في العدول عن الخطبة.

ولقد أهتم الإسلام بتنظيم طرق استحقاق التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق، وذلك من خلال تنظيم الآثار المالية في هذه الحال والتي من أهمها المتعة، وكذلك من خلال إقرار الشريعة لبدل الخلع.

ومما لاشك فيه أن أحكام الشريعة الغراء في هذا المجال معمول بها في مجال الفقه الوضعي والقضاء في مصر، لأن أصل القانون المعمول به فيها مأخوذ من الفقه الإسلامي.

وأتناول الكلام تفصيلاً عن هذا الموضوع في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: اتجاه الفقه الوضعي والقضاء في التعويض عن الطلاق.

الفرع الثالث: الآثار الناشئة عن تقييد حق الطلاق.

الفرع الأول

الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق في الفقه الإسلامي

مما لاشك فيه أن الطلاق يترتب عليه ضرر أدبي لكل من الزوج والزوجة إلا أنه إذا أوقع الرجل الطلاق، فإنه يكشف عن رغبة له في مفارقته لزوجته الأمر الذي ينتفي معه القول بحصول ضرر له فيه وإلا لما شرع له إيقاع لطلاق.

وإذا طلبت الزوجة فراق زوجها على مال، فإن عملها هذا لايمكن القطع معه بحصول ضرر لها فيه، غير أن الشئ الذي يمكن القطع به أن الطرف الذي أوقع عليه الطلاق هو المضرور، ولذلك فإن محدث الضرر قد يكون هو الزوج وقد تكون هى الزوجة.

الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق من قبل الزوج

إن المرأة إذا فوجئت بتحول في قلب زوجها تجاهها من استشعارها تحولاً في قلبه وتحولاً طرأ على مشاعره دون أن يكون لديها مايقابله من رغبة في فراقه فإنها تستشعر في هذه الحال ضرراً شديداً محيطاً بها لما تحسه في هذه الحال من نية فسخ عقدة النكاح.

وشدة الألم لدى المرأة من فراق زوجها لها تختلف في دوافعها بعد عقد النكاح وقبل الدخول عنها بعد الدخول وطول العشرة.

ولذلك قدر الشارع الحكيم طبيعة الضرر النفسى الواقع على الزوجة في كلتا الحالتين ووضع له مقابلاً من المال يغلب عليه أنه مقابل لما أصابها من ألم الفراق.

وهذه المعاني[1] لاتبعد كثيراً عن مفهوم الضرر الأدبي.

والضرر الحاصل من قبل الزوج كما سبق يختلف في طبيعته وجسامته قبل الدخول عنه بعده.

لأن العشرة الزوجية واعتياد نفس الزوجة عليها يزيد من وحشة الفراق، ويضاعف ألم البعاد عما ألفته واعتادت عليه.

١- الضرر الأدبي ص/٢١٦-٢١٧.

ولذلك قرر الشارع الحكيم للمرأة نصف المهر المسمى في الحالة الأولى والمتعة في الحالة الثانية[1].

أما دليل تنصيف المهر فقول الله عز وجل:

﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم ﴾[2].

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة على المدعى:

وجوب نصف المهر للزوجة إذا كان المهر مفروضاً أي مقدراً تقديراً صحيحاً.

ومن لطف التشريع في هذه المسألة أنه قد أرشد الأزواج إلى عدم المطالبة بما يستحقون من التنصيف لو قدم أحدهم جميع المهر ثم حدث الافتراق[3].

يقول المولى عز وجل: ﴿ إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم ﴾[4].

وقد روى الدارقطني[5] عن أبي سلمة قال: تزوج جبير بن مطعم امرأة من بني نضر فطلقها قبل الدخول بها فأرسل إليها بالصداق كاملاً وقال:

(إلا أن يعفون) وأنا أحق بالعفو.

ووجوب نصف المهر للمرأة إذا طلقت قبل الدخول ينطوي على معنى المواساة لها بتعويضها عما أصيبت به في مشاعرها وعواطفها وهى في بدء حياتها الزوجية دون أن يصدر منها مايبرر فراق زوجها لها، فكان في هذا الوجوب نوع من التعويض والمواساة.

١- بدائع الصنائع للكاساني ج٢/٢٩٦ نشر دار الكتاب العربي-بيروت الطبعة الثانية وبداية المجتهد لابن رشد ٢/٢٣ ومابعدها نشر دار الكتب الحديثة بالقاهرة ودار المعرفة-بيروت. والمهذب لأبي اسحق الشيرازي ج٢/٥٩. مطبعة الحلبي بالقاهرة ١٣٤٣هـ. وكشاف القناع عن متن الاقناع للشيخ منصور بن يونس البهوتي المتوفى: ١٠٥١هـ المطبعة العامرة الشرفية بمصر الطبعة الأولى.

٢- سورة البقرةالآية/٢٢٧.

٣- الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ محمد مصطفى شحاته الحسيني ص/ ٧٠. مطبعة دار التأليف-شارع يعقوب المالية القاهرة.

٤- سورة البقرة جزء من الآية/٢٢٧.

٥- سنن الدارقطني ج٣/٢٧٩ عالم الكتب بيروت الطبعة الرابعة ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

وقد ألمح كثير من الفقهاء إلى هذا المعنى، فيقول الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه «الأحوال الشخصية»[1] ص٣٨: إن وجوب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول فيه معنى التسريح بإحسان الذي أمر به الله سبحانه وتعالى حيث قال عز وجل: ﴿ وسرحوهن سراحاً جميلاً ﴾، ولأن الفرقة قبل الدخول تجرح نفس المرأة فأوجب الله سبحانه نصف المهر لها.

ومما يدل على هذا المعنى ما اشترطه الفقهاء من وجوب أن تكون الفرقة بسبب من قبل الزوج[2]؛ فإن كانت من قبلها لاتستحق شيئاً، لأن تصرفها هنا ينطوي على معنى إسقاط ماهو واجب لها، ونصف المهر ماهو إلا مال يبذل في غير معاوض فلم يبق له معنى إلا تعويض الألم النفسي الذي يصيب المرأة من جراء فراق زوجها.

أما المتعة وأستحقاق المطلقة بعد الدخول لها:

فهى صورة من صور التعويض عما يصيب الزوجة من جراء طلاق زوجها لها وهى تتمثل فيما يقدمه الزوج لزوجته زائداً على صداقها.

وهذه الزيادة ليست من قبيل المعاوضات المالية وإنما هى نوع من التعويض عن ألم الفراق كما سبق وهى في اللغة: مشتقة من المتاع.

ففي الصحاح للجوهري: المتاع: السلعة والمتاع أيضاً المنفعة، وتمتعت بكذا واستمتعت بمعنى.

والإسم المتعة ومنه متعة النكاح ومتعة الطلاق ومتعة الحج لأنه انتفاع، وأمتعه الله تعالى بكذا ومتعه بمعنى[3].

وقد عرفت في اصطلاح الفقهاء بما يبرز فيها هذا المعنى حيث عرفت بأنها: هى

١- نشر دار الفكر العربي القاهرة.

٢- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: للدكتور محمود الطنطاوي ص/٢١٣ طبع دار النهضة العربية بالقاهرة الطبعة الثانية. والزواج والطلاق في الإسلام: للدكتور بدران أبي العينين ص/١٩٦ نشر مؤسسة شباب الجامعة بالأسكندرية.

٣- الصحاح لاسماعيل بن حماد الجوهري ١٢٨٢/٣ نشر دار العلم للملايين-بيروت. الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

المال الذي يعطيه الزوج المطلقة زيادة على الصداق لتطييب نفسها وتعويضها عن الألم الذي أصابها بسبب الفراق[1].

ووجوب استحقاق المتعة للمطلقة بعد الدخول يجب أن تكون الفرقة في هذه الحال من قبل الزوج.

فإذا كانت الفرقة بسبب من جهة الزوجة لاتجب لها المتعة بل ولايجب لها نصف المسمى[2].

واشتراط هذا الشرط يبرز غاية الوجوب في المتعة ومقصده حيث يمثل نوعاً من التعويض المستحق لها عن ألم الفراق ووحشته والفراق لن يكون موحشا لها إلا إذا جاء بسبب من ناحية الزوج دون أن يكون لها يد فيه، ومن ثم يكون في وجوب المتعة نوع من التعويض لها عن الألم النفسي وقد صرح بهذا المعنى كثير من الفقهاء فقد قالوا: إن المتعة تعطى للمرأة للتعويض في حال الحياة[3].

الفرع الثاني:

اتجاه الفقه الوضعي والقضاء في التعويض عن الطلاق

أثيرت مسألة التعويض عن الضرر الأدبي المتمثل في الآلام النفسية المترتبة على الطلاق، حين تعرض فقه القانون لطبيعة حق الطلاق وما إذا كان هذا الحق مطلقا أو مقيداً ومن المؤكد[4] أن تحديد طبيعة حق الطلاق وفقاً لما إذا كان مطلقا أو مقيداً تترتب عليه نتائج هامة منها:

أنه لو كان مقيداً فإن استعماله سيترتب عليه قيام المسؤلية عن استعمال هذا الحق وجواز التنازل عنه والاتفاق على دفع تعويض في حالة الطلاق وتفصيل ذلك على مايلي:

١- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية للدكتور محمود طنطاوي ص/٢١٦. والأحكام الشرعية للأحوال الشخصية: للأستاذ زكي الدين شعبان ص/٢٨٩ من منشورات الجامعة الليبية ١٩٨٣م.

٢- المغني: لابن قدامة ج٦/ ٧١٥ نشر مكتبة الرياض الحديثة.

٣- الأحوال الشخصية: للدكتور زكي الدين شعبان ص/٢٨٩ والأحوال الشخصية: للدكتور محمود الطنطاوي ص/٢١٧ والأحوال الشخصية: للشيخ محمد محي الدين عبدالحميد ص/١٨٣ مطبعة صبح الأهز بالقاهرة ١٩٦٦م.

٤- الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون ص/٢٤١ الطبعة السابقة.

أولا: طبيعة حق الطلاق

أما بالنسبة لطبيعة حق الطلاق وما إذا كان مطلقا أو مقيداً فإن تلك الطبيعة قد أثارت جدلاً في الفقه والقضاء حيث ذهب جانب منهما إلى أن حق الطلاق ليس مطلقا وأنما هو مقيد بوجوب أن يكون لحاجة تدعو إليه[1].

وهذا الرأي يجئ منسجما مع ماكانت المحاكم الإبتدائية تراه من أن الطلاق لايباح إلا لحاجة، وأن استعماله مقيد بتلك الحاجة.

فإذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب كان ذلك إساءة منه لاستعمال حقه موجباً لمسئوليته[2].

وهذا الإتجاه الفقهي والقضائي يعد مخالفاً لما جرى عليه قضاء محكمة الإستئناف المختلطة التي كانت تقضى بأن إيقاع الطلاق حق مطلق للزوج المسلم يستعمله كيف شاء فليس لمن تتزوج به وهى عالمة بذلك أن تطلب تعويضاً عنه بعد وقوعه[3].

محكمة النقض ترى أن الطلاق حق مقيد:

أيدت محكمة النقض ضمنا مبدأ تقييد حق الطلاق وإمكان وقوع الاساءة في استعماله بإقرارها أسباب الحكم الإبتدائي الصادر في الدعوى التي أصدرت فيها محكمة النقض حكمها محل هذا التعليق وقد جاء في أسباب هذا الحكم:

إن حق الطلاق وإن كان مقرراً للزوج المسلم شرعاً إلا أنه حق مكروه، ويكفي في بيان كراهيته ماجاء في الحديث الشريف عن النبيﷺ إذ قال «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»[4] حيث دل على أن الأصل في الطلاق المنع ولا يباح إلا لحاجة كبرى وريبة فهو مشروع من جهة ومحظور من جهة أخرى.

١- بحوث وتعليقات على الأحكام: للدكتور سليمان مرقس ص/١٩١ طبعة ١٩٨٧م.

٢- محكمة مصر الإبتدائية في ٢٠ يناير ١٩٢٦م مجلة المحاماة ٦-٣٣٣-٢٢٥ وفي ١٠ ديسمبر ١٩٣٢ مجلة المحاماة ١٣-١١٣٣-٥٦٤.

٣- استئناف مختلط في ٢٠ يونيو ١٩٢٢م مشار إليه في بحوث وتعليقات على الأحكام: للدكتور سليمان مرقس ص/١٩١ الطبعة السابقة.

٤- رواه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمر رضي الله عنهما وصححه الحاكم ورجح أبو حاتم إرساله: بلوغ المرام من أدلة الأحكام للحافظ ابن حجر العسقلاني المتوفى: ٨٥٢هـ. ص/٢٤٦ باب الطلاق-نشر دار الكتب الإسلامية-كوجرانوالة-باكستان.

فمشروعيته من حيث إن فيه إزالة الزواج عندما تكون هناك حاجة داعية إليه.

وحظره من ناحية أن فيه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدنيوية والأخروية، والقول بأن الشريعة الإسلامية جعلت إيقاع الطلاق حقا مطلقا للزوج، أن يستعْمله دون أن يؤدي عن ذلك حسابا أو يتعرض لأية مسئولية، ذلك القول ينقضه أن الشريعة الغراء قد أباحت أن تطلب الزوجة الطلاق لعيوب في زوجها، كذلك أباح[1] المرسوم بقانون رقم ٢٥ (١٩٢٩م) للزوجة أن تطلب الفرقة إذا ادعت اضرار الزوج بها مما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما.

بيان الراجح

وما يبدو لي رجحانه في هذا المقام: أن حق الطلاق مقيد بوجوب أن تكون هناك حاجة داعية إليه وألا يكون بحيث ينشأ عنه ضرر زائد عن مجرد حل رابطة الزوجية.

لأننا إذا قلنا بإطلاق حق الطلاق لعمت الفوضي الخلقية جميع البلاد، ولجاز للشبان المستهترين أن يستبيحوا لأنفسهم أعراض فتيات الأسر فيعقدوا عليهن ثم يطلقونهن في اليوم التالي لغير سبب سوى الخلاص منهن وبدون مسئولية في ذلك.

وحاشا للشرع والقانون أن يجيزا مثل هذه الفوضي.

فالشريعة الإسلامية تحظر الطلاق إلا لحاجة ماسّة إليه وتقيد استعماله بوجوب مطابقته للحكمة التي دعت إلى تشريعه وهى الخلاص من رابطة الزوجية عند سوء العشرة وتباين الأخلاق واستحالة الحياة الزوجية.

ثم إن إيقاع الطلاق من خلال مسلك يكشف عن رعُونة وعدم تبصر ينطوي على إخلال بما يجب الحرص عليه من عدم الإضرار بالغير.

الفرع الثالث:

الآثار الناشئة عن تقييد حق الطلاق

وإذا كان الفقه والقضاء قد انتهيا - في الغالب - إلى أن حق الطلاق حق مقيد.

فإن هذا التكييف للحق باعتباره حقامقيداً تترتب عليه آثار منها: - أنه يمكن وقوع الاساءة في استعماله وتترتب على هذه الأساءة مسئولية المطلق في دفع تعويض عن الضرر

١- مجلة المحاماة ٢٠ ص/١١٤٩ وراجع «بحوث وتعليقات على الأحكام»: للدكتور سليمان مرقس ص/١٩٢ الطبعة السابقة.

الأدبي الذي لحقها من جراء الطلاق، ذلك أمر مقرر وواضح ولكن السؤال الذي يرد هنا:

هل هذا التعويض يعد أمراً مستقلاً عما قررته الشريعة الإسلامية للمطلقة من متعة؟ أم أن المتعة المقررة للمطلقة تمثل هذا التعويض وتعبر عنه؟

والاجابة عن ذلك على مايلي:

اختلفت نظرة الفقه والقضاء حول مضمون التعويض الذي ينشأ عن إساءة حق الطلاق الذي هو في طبيعته حق مقيد كما تقدم، ويتمثل هذا الإختلاف في اتجاهين[1]:

الأتجاه الأول: يرى أصحابه أن اساءة استعمال حق الطلاق يستأهل التعويض على نحو مستقل تعويضا للزوجة عما لحقها من ضرر نفسي ترتب على تلك الاساءة.

وهذا التعويض ليس مصدره حق الطلاق مجرداً، وإنما يتمثل مصدره في أمر آخر غير مجرد وقوع الطلاق.

يشير إلى ذلك حكم محكمة النقض في حكم لها بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٤٠م جاء فيه: أن تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها لايخالف الشريعة ولا النظام العام وانما ينتفي الالتزام بالتعويض إذا كانت الزوجة هى التي دفعت الزوج بفعلها إلى تطليقها[2] ومن المتفق عليه أنه يجوز للشخص أن يتعهد مقدما بتعويض ضرر يحدثه للغير بعمل يأتيه حتى ولو كان هذا العمل مشروعا كالطلاق أو الزواج بأمرأة ثانية.

فهذا التعهد وإن كان لايمنعه من الزواج بأخرى إلا أنه إذا التزم أن يدفع تعويضا ماليا لزوجته الأولى في هذه الحالة فإن التزامه يكون صحيحاً ويرشد حكم محكمة النقض آنف الذكر إلى أن التعويض عن الطلاق يعد أمراً زائداً عن التعويض المحدد بالشرع، وذلك لاختلاف السبب في كل منهما فإذا كانت المتعة سببها وقوع الطلاق مجرداً، فإن التعويض هنا سببه ومصدره الارادة التي تمثلت في إتفاق بين الزوج وزوجته على هذا التعويض والذي ترتب على التزام شرطى ماكان ليوجد لولا الإتفاق عليه[3].

١- الضرر الأدبي ص/٢٤٦ الطبعة السابقة.

٢- مجلة المحاماة ٢٠-١١٤٦-٤٨٣: على مافي المصدر السابق.

٣- بحوث وتعليقات على الأحكام: للدكتور سليمان مرقس ص/١٩٣.

الآتجاه الثاني: ويرى أصحابه أن هذا التعويض لايخرج عما قررته أحكام الشريعة بخصوص المتعة المستحقة للمطلقة والتي هى عبارة عما يدفعه الزوج لمطلقته بعد الفرقة بينهما، وذلك تطييبا لخاطرها فهى من هذا المنطلق لاتخرج عن كونها مجرد تعويض عما لحقها من ضرر نفسى وأدبي بسبب الطلاق[1].

فالشريعة الإسلامية تحظر الطلاق إلا لحاجة ماسّة إليه وتقيد استعماله بوجوب مطابقته للحكمة التي دعت إلى تشريعه وهى تعذر الوفاق، وتقييده أيضاً بوجوب أن يكون استعماله بحيث لايترتب عليه ضرر بالزوجة يزيد على ماينشأ عادة من حل رابطة الزوجية.

فإذا لم يراع الزوج هذه القيود وطلق زوجته من غير داع شرعي للطلاق وجبت عليه المتعة لمطلقته[2].

وهذا القول صريح في أن التعويض المستحق هو المتعة .

تقييم الإتجاهين السابقين

والاتجاه الثاني موافق لما تقضى به الشريعة الإسلامية الغراء بخصوص المتعة للمطلقة، غير أن تنظيم الشريعة الإسلامية للضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق شامل لكل حالات الضرر، كما أن تقدير التعويض عنه يدور مع هذا الشمول، فقد يتقرر للمطلقة قبل الدخول، وقد يتقرر للزوج في بدل الخلع، ومن ثم يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية لها نظرة شاملة في هذا الموضوع يفتقدها القانون.

أما الاتجاه الأول فإنه يشتمل على زيادة تمثل مزيداً على ماجاءت به الأحكام الشرعية.

ثم إن ربط الطلاق بالمال يجعله أشبه بسلعة مبتذلة والأعراض يجب أن تصان عن هذا الأمتهان.

كما أن جعل الطلاق نظير مال سيمثل ذريعة لنكاح المتعة والنكاح المؤقت وكلاهما باطل،

١- مدى استعمال حقوق الزوجية: للدكتور السعيد مصطفى السعيد ص/٢٤٥ رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة كلية الحقوق: أشار له الدكتور عبدالله النجار في «الضرر الأدبي» ص/٢٤٨.

٢- د/ سليمان مرقس -السابق- والأحكام القضائية المشار إليها فيه.

والباطل حكمه التحريم وذريعة[1] المحرم تكون على حكمه[2].

وقد ذهب جمهور الفقهاء[3] خلافا للحنفية[4] بأن الأصل في الطلاق هو الحظر والمنع وخلاف الأولى.

والأولى أن يكون لحاجة كسوء سلوك الزوجة أو أيذائها أحداً، لمافيه من قطع الألفة وهدم سنة الإجتماع والتعريض للفساد وقد قال الله تعالى: ﴿ فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴾[5].

ولقوله ﷺ «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»[6].

وقوله ﷺ «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير مابأس فحرام عليها رائحة الجنة ﴾[7].

وهذا هو الراجح لاتفاقه مع مقاصد الشريعة، ولمخاطر الطلاق المتعددة، ومن ثم كان إيقاعه بلاحاجة حمقا وسفاهة رأي، ومجرد كفران النعمة وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها.

فلهذا كان الأصل إلا يحكم على الرجل بتعويض مادي للمطلقة بسبب كون الطلاق تعسفا ويكتفي بما قرره الشرع من دفع مؤخر الصداق، ونفقة العدة، والمتعة التي هى تعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق[8].

والله تعالى اعلم بالصواب

١- الذريعة لغة: هى الوسيلة والسبب إلى الشئ: المعجم الوسيط ١/ ٣١١ ويقول الإمام الشاطبي في الموافقات ٤/ ١٩٩: وحقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة، ويقول العلامة القرافي في كتابه « الفروق» ج٢/ ٣٢ وما بعدها: سد الذرائع ومعناها حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها، فمتى كان الفعل، السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع مالك من ذلك في كثير من الصور وقد قررهذا المعنى: ابن فرحون في كتابه «تبصرة الحكام» ٢/ ٢٧٥ المطبعة البهية بالقاهرة ١٣٠٢هـ. والعلامة الشوكاني في كتابه «إرشاد الفحول» ص/ ٢٤٦ والشيخ عبدالرحمن تاج في كتابه «السياسة الشرعية» ص/ ٧٣.

٢- الضرر الأدبي ص/ ٢٥٠ الطبعة السابقة.

٣- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٦١. والمهذب للشيرازي ج٢/ ٧٨ مطبعة الحلبي ١٣٤٣هـ. والمغني لابن قدامة مطبعة المنار بمصر ج٧/ ٩٧.

٤- الذين ذهبوا إلى أن الأصل في الطلاق الإباحة: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج٢/ ٥٧١ مطبعة مصطفى الحلبي.

٥- جزء من سورة النساء الآية/ ٣٤.

٦- سبق تخريجه.

٧- نيل الأوطار ٦/ ٢٢١.

٨- الفقه الإسلامي وأدلته: للدكتور وهبة الزحيلي ٧/ ٤٠١ نشر دار الفكر-بيروت.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

التفريق لعدم الانفاق

وفيه خمسة مباحث

المبحث الأول :

تعريف النفقة لغة وشرعاً

المبحث الثاني :

موجبات النفقة وأدلتها وشروط استحقاقها

المبحث الثالث :

أقوال العلماء في المطلقة البائن الحائل هل لها النفقة والسكني أم لا ؟

المبحث الرابع :

تقدير النفقة وأساسه

المبحث الخامس :

أقوال أهل العلم في التفريق بسبب عدم قيام الزوج بالإنفاق على زوجته، ونوع الطلاق الذي يقع بسبب عدم الإنفاق.

المبحث الأول

تعريف النفقة لغة وشرعاً:

تعريف النفقة لغة:

استنفق الشئ ـ انفقه

يقال استنفق المال على عياله

الإنفاق: بذل المال ونحوه في وجه من وجوه الخير.

والمنفاق: الكثير النفقة.

والنفقة: اسم من الإنفاق وما ينفق من الدراهم ونحوها.

والزاد ومايفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكني والحضانة ونحوها[1].

وانفق الرجل: أي افتقر وذهب ماله ومنه قوله تعالى:

﴿ قل لو أنتم تملكون خزائن رحمة ربى إذا لأمسكتم خشية الأنفاق ﴾[2].

أي خشية الفناء والنفاد.

وأنفق المال: صرفه[3].

والنفقة: ماأنفقت واستنفقت على العيال وعلى نفسك.

تعريف النفقة اصطلاحاً:

عرفها الفقهاء بما يأتي:

١- المعجم الوسيط: ٢/٩٧٩، ٩٨٠، طبع سنة ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

٢- سورة الاسراء الآية/ ١٠٠.

٣- لسان العرب لإبن منظور ١/٣٥٧ نشر ادب الحوزة إيران ودار صادر بيروت-الطبعة الأولى.

والمصباح المنير: للعلامة أحمد بن محمد بن علي المقري المتوفى: ٧٧٠هـ ج٢/٨٤٦ مطبعة محكمة أوقاف-لاهور.

والمصباح المنير للمطبعة الأميرية بالقاهرة ودائرة معارف القرن العشرين لمحمد فريد وجدي. ١/٣٤٦ مطبعة دائرة معارف القرن العشرين بمصر.

الحنفية: «عرفها صاحب شرح فتح القدير على الهداية»

بقوله:

النفقة في الشرع: الادرار على الشئ بما به بقاؤه[1] وعرفها صاحب «شرح الوقاية» فقال: «هى الطعام وما يتعلق به»

والمراد «الطعام وما يتعلق به والكسوة ومايتعلق بها والسكني ومايتعلق بها»[2].

وعرفها صاحب تبيين الحقائق وابن عابدين بانها هى الطعام والكسوة والسكني التي تجب على الغير[3].

عرفها المالكية:

« أنها مابه قوام معتاد حال الآدمي دون سرف»[4].

عرفها الشافعية:

بأن «النفقات جمع نفقة من الإنفاق وهو الإخراج ولا يستعمل إلا في الخير»[5].

عرفها الحنابلة:

بأنها كفاية من يمونه خبزا أو أدما وكسوة ومسكنا وتوابعها»[6].

والمراد بتوابعها: أي توابع الخبز والأدم والكسوة والمسكن كثمن الماء والمشط والسترة ودهن[7] المصباح والغطاء.

١- شرح فتح القدير على الهداية ٣٧٨/٤ نشر دار الفكر الطبعة الثانية ١٩٧٧م.

٢- شرح الوقاية للإمام صدر الشريعة الثاني عبيد الله بن مسعود المتوفى: ٧٤٧هـ ١٧١/٢، نشر محمد سعيد وأولاده قرآن محل كراتشي ١٩٥٩م.

٣- تبيين الحقائق ٣/ ٥٠ حاشية ابن عابدين ٥٧١/٣ نشر مطبعة مصطفى الحلبي بمصر، الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ١٧٣/٣ نشر المكتبة الماجدية كوئته-باكستان الطبعة الأولى.

٤- بلغة السلك لأقرب المسالك: للشيخ أحمد بن محمد الصاوي على الشرح الصغير للعلامة الدردير ٥١٧/١ مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م الطبعة الأخيرة.

٥- مغني المحتاج ٤٢٥/٣ مطبعة مصطفى الحلبي ١٩٥٨م.

٦- كشاف القناع الجزء الخامس ٥٣٢.

٧- المنح الشافيات لشرح مفردات الإمام أحمد للشيخ منصور البهوتي دار إحياء التراث الإسلامي. ومنتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار ٣٦٩/٢ طبع عالم الكتب.

الموازنه بين التعريفات الإصطلاحية وبيان ماترجح لدّى منها:

الملاحظ على التعريفات الإصطلاحية انها كلها تدور على توفير ماتحتاج إليه الزوجة والأقرباء والمملوكون من طعام ومسكن وملبس وخدمة ودواء ونحو ذلك.

ولايعني ذلك إسقاط نفقة الزوجة حال الغني فهى واجبة حتى ولو كانت غنية.

وما يبدو لي رجحانه من التعريفات ماقال به السادة المالكية لوضوحه ولهذا فإني أشرحه على مايلي:

قوله: مابه قوام معتاد

أخرج به غير الآدمي كالبهائم.

وأخرج أيضاً ماليس بمعتاد في قوت الآدمي كالحلوى والفواكه فإنها ليست بنفقة شرعية.

وأخرج بقوله دون سرف.

ماكان سرفا فإنه ليس بنفقة شرعية ولايحكم به الحاكم والمراد بالسرف: الزائد على المعتاد بين الناس بأن يكون زائداً على ماينبغي.

المبحث الثاني

موجبات النفقة وأدلتها وشروط استحقاقها

يوجب النفقة اسباب ثلاثة

١ـ القرابة

٢ـ الملك

٣ـ الزوجية

أما السببان الأخيران فيوجبان للمملوك على المالك وللزوجة على الزوج ولا عكس.

وأما السبب الأول: وهو القرابة فيوجب لكل منهم على الآخر لشمول البعضية والشفقة.

ولهذا إنما تجب بقرابة البعضية وهي الأصول والفروع فتجب للوالد على الولد وإن سفل وللولد على الوالد وإن علا ـ لصدق الأبوة والبنوة ـ ولافرق في ذلك بين الذكور والإناث وبين الوارث وغيره[١].

والدليل على وجوب الإنفاق على الوالدين قول الله عز وجل:

﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفا ﴾[٢].

وقوله تعالى: ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا ﴾[٣].

ومن الإحسان إليهما الإنفاق عليهما عند حاجتهما[٤].

وقوله تعالى:

﴿ ماأغني عنه ماله وماكسب ﴾[٥] يعني ولده والأجداد والجدات ملحقون بالأبوين[٦].

١- كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار لتقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصني المتوفى ٨٢٩هـ نشر دار المعرفة ٢/٨٧.
منتهى الإرادات ٣/٢٤٣ طبع عالم الكتب.

٢- سورة لقمان جزء من آية ١٥.

٣- سورة الأحقاف الآية ١٥.

٤- كشاف القناع ٥/ ٤٨٠.

٥- سورة المسد الآية ٢.

٦- كفاية الأخيار ٢/٨٢.

وأما السبب الثاني مما يوجب النفقة فهو الملك فمن ملك عبداً أو أمة لزمه نفقة رقيقه قوتا أو أدما وكسوة وسائر المؤن لوجود السبب الموجوب لذلك وهو الملك.

وروى أبو هريرة رضي الله تعالى عنه أن رسول اللهﷺ قال:

« للمملوك طعامه وكسوته ولايكلف من العمل إلا ما يطيق[1].

ولأن السيد يملك كسبه وتصرفه فلزمته مؤنته.

أدلة مشروعية نفقة الزوجية

تقدم أن نفقة الغير تجب بأسباب ثلاثة:

الزوجية والقرابة والملك:

والمراد بالزوجية النكاح الصحيح فلا نفقة على مسلم في النكاح الفاسد لأن سبب الوجوب هو النكاح الصحيح[2]، فتجب النفقة للزوجة على زوجها لأن النفقة جزاء الأحتباس وكل محبوس لمنفعة غيره يلزمه نفقته كمفت وقاض ووصى وعامل ومقاتلة قاموا بدفع العدو ومضارب سافر بمال المضاربة.

ولا فرق في ذلك بين مسلمة أو كافرة لاطلاق النصوص وهذا الدليل من المعقول[3].

والأصل في ثبوت النفقة قبل هذا الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فمن ثلاثة أوجه:

الأول: قوله الله عز وجل:

﴿ وعلي المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لاتكلف نفس إلا وسعها ﴾[4].

والمراد بالمولود له الأب

١- مسند الإمام أحمد بن حنبل ٢٤٧/٢ طبع تركيا.

٢- حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٧٢/٣ وتبيين الحقائق للزيلعي ٣/ ٥٠، نشر مكتبة إمدادية ملتان باكستان وبلغة السالك لأقرب المسالك ٥١٨/١ ومغني المحتاج ٤٢٥/٣ المغني لابن قدامة ١٦٣/٧ نشر مكتبة الجمهورية العربية بمصر.

٣- رد المحتار وتبيين الحقائق في الموضعين السابقين.

٤- سورة البقرة الآية/٢٣٣.

والرزق في هذا الحكم: الطعام الكافي.

والكسوة: اللباس

والمعروف: المتعارف في عرف الشرع من غير تفريط ولا إفراط[1].

الثاني: قوله عز من قائل:

﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كنّ أولات حمل فأنفقوا عليهن حتي يضعن حملهن ﴾(سورة الطلاق الآية٦).

الوُجد: المقدرة والغني واليسار والسعة والطاقة[2] وجه الدلالة من الآية الكريمة.

أنه[3] على الرجل أن يسكن مطلقته في داره التي يسكنها على قدر طاقته ووسعه وليس له أن يضيق عليها ويضارها في النفقة والسكني ليلجئها إلى الخروج من داره.

وإذا كانت المرأة حاملا فعليه أن ينفق عليها ولو طالت مدة الحمل بعد الطلاق حتى تضع حملها.

فإن قيل: إذا كانت كل مطلقة يجب لها النفقة فما فائدة الشرط في قوله تعالى: ﴿ وإن كُنّ أولات حمل فأنفقوا عليهن ﴾.

فالجواب[4]

فائدته أن مدة الحمل ربما طال وقتها بعد الطلاق فيظن أن النفقة تسقط إذا مضى مقدار من مدة الحمل فنفى ذلك الظن بإثبات النفقة للحامل حتى تلد.

١- الجامع لأحكام القرآن للعلامة أبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي عند تفسيره الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة طبع دار الشعب بالقاهرة. روائع البيان في تفسير آيات الأحكام للشيخ محمد علي الصابوني ٣٤٩/١ وما بعدها. نشر مكتبة الغزالي دمشق ومؤسسة مناهل العرفان بيروت، وتفسير مقاتل بن سليمان المتوفي ١٥٠هـ ، ١٢١/١ تحقيق الدكتور عبدالله محمود شحاته، نشر دار الشروق القاهرة.

٢- زاد المسير لابن الجوزي ٢٩٦/٨ والمتوفي ٥٩٧هـ البحر المحيط لابن حيان الأندلسي المتوفي ٧٤٥هـ ٢٨٥/٨ وروح المعاني للعلامة محمود الآلوسي المتوفى: ١٢٧٠هـ ١٣٩/٢٨.

٣- تفسير آيات الأحكام للجصاص المتوفى: ٣٧٠هـ ، ٤٦٠/٣ .

٤- مفاتيح الغيب للعلامة محمد بن عمر الرازي المتوفى: ٦٠٦هـ، المسمى بالتفسير الكبير ٢٢٩/٨.

الثالث: قول الله تبارك وتعالى: ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قُدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لايكلف الله نفساً إلا ما آتاها ﴾[1].

السعة: نقيض الضيق

والوسع والسعة، الجدة والطاقة[2].

وجه الدلالة:

أن الإنفاق على المعتدة بحسب طاقة الرجل فإن كان غنياً فليعطها مايلائم غناه. وإن كان فقيراً ضيق العيش فليس عليه أن يدفع إلا بقدر مايستطيع فإن الله عز وجل لم يكلف الإنسان الا بقدر مايستطيع وما أعطاه من الرزق وليعلم أن حال الدنيا لايبقى على حال فإن الله تعالى سيجعل بعد عسر يسرا.[3]

أما وجوب النفقة بالسنة فمن ثلاثة أوجه أيضا:

الأول: مارواه مسلم في صحيحه أن رسول اللهﷺ قال في حجة الوداع «فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بكلمة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن الا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف[4].

الثاني: مارواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أن هنداً بنت عتبة قالت: يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني وولدي الإما أخذت منه، وهو لايعلم، قال: خذي مايكفيك وولدك بالمعروف[5].

الثالث: مارواه أبو داود في سننه من حديث حكيم بن معاوية عن أبيه رضي الله عنه قال أتيت رسول اللهﷺ فقلت يارسول الله ماتقول في نسائنا؟ قال: أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما

١- سورة الطلاق الآية/٧.

٢- روائع البيان في تفسير آيات الأحكام ٦٠٨/٢ الطبعة السابقة.

٣- روائع البيان في تفسير آيات الأحكام ٦٠٨/٢.

٤- أخرجه مسلم ١٢١٨ في الحج باب حجة النبي عليه الصلاة والسلام.

٥- أخرجه البخاري ٣٣٨/٤ في البيوع باب من أجرى أمر الأمصار على مايتعارفون بينهم ومسلم ١٧٨٤ في الأقضية باب قضية هند من حديث عائشة وفتح الباري شرح صحيح البخاري للعلامة أحمد بن علي ابن حجر العقسلاني المتوفى ٨٥٢هـ ج٤/٤٠٥ حديث رقم: ٢٢١١ نشر دار المعرفة بيروت.

تلبسون ولا تضربوهن ولاتقبحوهن[1] وهذا الحكم من رسول اللهﷺ مطابق لكتاب الله عز وجل حيث يقول تعالى:

﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلي المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ .

وأما الإجماع[2]: فقد قال ابن قدامة اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن ذكره ابن المنذر وغيره قال: وفيه ضرب من العبرة وهو أن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب فلا بد أن ينفق عليها.

شروط استحقاق النفقة:

الكلام هنا عن تعريف الشرط وبيان أقسامه وبيان هذه الشروط وذلك على مايلي:

تعريف الشرط:

أ)- الشرْط في اللغة بالتسكين، إلزام الشئ والتزامه في البيع ونحوه وجمعه شروط.

والشَّرط: بالتحريك: العلامة وجمعه أشراط.

واشراط الساعة علاماتها ومنه قوله تعالى:

﴿ فقد جاء اشراطها ﴾[3]، أي علاماتها.

ب)- عرفه الأصوليون بأنه.

مايلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.

فالمراد من الوجود وجوده الشرعي الذي يترتب عليه حقيقة المشروط يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجوده فالزوجية شرط لإيقاع الطلاق، ولايلزم

١- أخرجه أبو داود ٢١٤٤ في النكاح باب حق المرأة على زوجها وسنده قابل للتحسين أنظر: زاد المعاد لابن القيم حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط وعبدالقادر الأرنؤوط نشر مؤسسة الرسالة بيروت ج٥/٥٢٢.

٢- المغني لابن قدامة ٧/٥٦٤.

٣- سورة محمد الآية/١٨.

بوجود الزوجية وجود الطلاق[1].

كذلك الوضوء شرط لصحة إقامة الصلاة فإذا لم يوجد وضوء لاتصح إقامة الصلاة[2].

والشرط قسم من أقسام الحكم الوضعي:

ينقسم الشرط باعتبار مصدره إلى ثلاثة أقسام:

شرعي: وهو ماكان مصدر اشتراطه الشارع أي أن الشارع هو الذي اشترطه لتحقيق الشئ كبلوغ الصغير سن الرشد فإنه شرط لتسليم المال إليه.

لغوي: كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق، فإن أهل اللغة وضعوا هذا التركيب ليدل علي أن مادخلت عليه «إن» هو الشرط والآخر المعلق به هو الجزاء.

عقلي: الحياة للعلم فإن العقل هو الذي يحكم بأن العلم لايوجد إلا بوجود الحياة[3].

أما شروط استحقاق النفقة[4] فهى على مايلي:

١- أن يكون عقد الزواج صحيحاً.

٢- أن تسلم المرأة نفسها إلى زوجها.

٣- أن تمكنه الاستمتاع بها.

٤- ألا تمتنع من الانتقال حيث يريد الزوج إلا إذا كان الزوج يريد الاضرار بها بالسفر أو لاتأمن على نفسها أو مالها.

١- القاموس المحيط للعلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي المتوفى ٨١٧هـ ج٢/ ٣٨١ مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة الطبعة الأولى ١٣٧١هـ الناشر المؤسسة العربية بيروت. لسان العرب جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور المتوفى: ٧١١هـ ج٧/ ٣٢٩ نشر دار صادر بيروت.

ومختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي المتوفى ٦٦٦هـ ص٣٣٤ نشر دار الكتاب العربي-بيروت.

٢- حاشية البناني على شرح المحلى على جمع الجوامع ٢/ ٢٠ للشيخ عبدالرحمن البناني المتوفى: ١١٩٨هـ وأحكام الأحكام للآمدي المتوفى: ٦٣١هـ ج٢/ ١٣٩ نشر دار الفكر ١٤٠١هـ. وكشف الأسرار للشيخ عبدالعزيز أحمد البخاري المتوفي ٧٣٠هـ ج٤/ ١٧٣.

٣- كشف الأسرار السابق ج٤/ ١٧٣ والتلويح على التوضيح ١/ ١٤٥.

٤- فقه السنة للشيخ السيد سابق ٣/ ١٤٨ نشر مؤسسة جمال بيروت.

٥- أن يكونا من أهل الاستمتاع بأن تكون بالغة وأن يكون هو أيضاً بالغا.

فالشارع الحكيم إنما أوجب النفقة على الزوج لزوجته لأن الزوجة بمقتضى عقد الزواج الصحيح تصبح مقصورة على زوجها ومحبوسة لحقه لاستدامة الاستمتاع بها، ويجب عليها طاعته والقرار في بيته وحضانة الأطفال وتربية الأولاد وتدبير منزله[١].

وعليه مقابل ذلك أن يقوم بكفايتها والإنفاق عليها مادامت الزوجية بينهما قائمة ولم يحدث منها نشوز، أو سبب يمنع من النفقة عملا بالأصل العام، كل من احتبس لحق غيره ومنفعته فنفقته على من احتبس لأجله[٢].

فإذا لم يتوفر شرط من هذه الشروط فإن النفقة لاتجب.

فإذا لم تسلم المرأة نفسها إلى زوجها أو لم تمكنه من الاستمتاع بها، أو امتنعت من الأنتقال إلى الجهة التي يريدها ففي هذه الحالات لاتجب النفقة حيث لم يتحقق الاحتباس الذي هو سببها، كما لايجب ثمن المبيع إذا امتنع البائع من تسليم المبيع أو سلم في موضع دون موضع.

ولأن النبي عليه والصلاة السلام تزوج عائشة رضي الله عنها ودخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق عليها إلا من حين دخلت عليه ولم يلتزم نفقتها لما مضى.

وإذا أسلمت الزوجة نفسها إلى الزوج وهى صغيرة لايجامع مثلها:

عند المالكية والصحيح من مذهب الشافعية[٣] أن النفقة لاتجب لأنه لم يوجد التمكين التام من الاستمتاع فلا تستحق العوض من النفقة.

قالوا وإن كانت كبيرة والزوج صغير فالصحيح أنها تجب.

لأن التمكين وجد من جهتها وإنما تعذر الاستيفاء من جهته فوجبت النفقة كما لو سلمت إلى الزوج وهو كبير فهرب منها.

١- فقه السنة للسيد سابق ١٤٨/٣.

٢- حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٥٧١/٣ وتبيين الحقائق للزيلعي ٥٠/٣.

٣- مغني المحتاج ٤٣٥/٣ الناشر دار إحياء التراث العربي-بيروت، لبنان، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٤٢/٢.طبع لاهور ٢، الفواكه الدواني ١٠٤/٢ المهذب ٢٠٤/٢ مطبعة مصطفى الحلبي.

والمفتى به عند الأحناف[1] أن الزوج إذا استبقى الصغيرة في بيته وأسكنها للاتتناس بها وجبت لها النفقة لرضاه هو بهذا الاحتباس الناقص وإن لم يمسكها في بيته فلا نفقة لها، وهو مذهب أبي يوسف.

أما مذهب أبي حنيفة ومحمد فهو مثل مذهب الشافعية لأن احتباسها كعدمه حيث لايوصل إلى الغرض المقصود من الزوج فلا تجب لها النفقة.

والظاهرية في سبب استحقاق النفقة.

لهم رأي آخر في سبب وجوب النفقة وهو الزوجية نفسها بحيث وجدت الزوجية وجبت النفقة.

وبنوا على مذهبهم هذا وجوب النفقة للصغيرة والناشزة دون النظر إلى الشروط التي قال بها غيرهم من الفقهاء قال ابن حزم في كتابه المحلى الجزء العاشر وينفق الرجل على امرأته من حين يعقد نكاحها.

قال، وقال أبو سليمان وأصحاب سفيان الثوري: النفقة واجبة للصغيرة من حين العقد عليها. وافتى الحكم بن عتيبة في امرأة خرجت من بيت زوجها غاضبة، هل لها النفقة.

قال: نعم.

قال: ولا يحفظ منع الناشزة من النفقة، عن أحد من الصحابة إنما هو شئ روى عن النخعى والشعبي وحماد بن أبي سليمان والحسن والزهري، وما نعلم لهم حجة إلا أنهم قالوا النفقة بازاء الجماع فإذا منعت الجماع منعت النفقة انتهى بتصرف قليل في نص ابن حزم.

* * *

١- الهداية ٢/ ٤٠ مطبعة مصطفى الحلبي.

المبحث الثالث

أقوال العلماء في المطلقة البائن الحائل

هل لها النفقة والسكني أم لا؟

المطلقة الحامل سواء كانت مطلقة واحدة أو ثلاثا يجب لها السكني و النفقة[1] لقوله عز وجل:

﴿ وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتي يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾[2].

هذه الآية تدل على وجوب النفقة للحامل سواء كانت في عدة الطلاق الرجعي أم البائن[3].

لكن يشترط عند المالكية[4] في لزوم نفقة الحامل كون الزوج حراً والزوجة حرة لا إن كانا رقيقين أو أحدهما فلا نفقة لها.

لأنهما إن كانا رقيقين النفقة على السيد لأن الولد رقيق له.

والرجعية تجب نفقتها من طعام وكسوة وسكني كالزوجة سواء بالإجماع.

١- الهداية للمرغيناني: ٤٤/٢ مطبعة مصطفى الحلبي. والفواكه الدواني: ٩٧/٢. وشرح النووي على صحيح مسلم: ٩٥/١٠. ٩٦ باب المطلقة البائن لانفقة لها، نشر دار إحياء التراث العربي-بيروت. والمحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: للشيخ الإمام مجد الدين أبي البركات بن علي بن تيمية المتوفى: ٦٥٢هـ ج١١٦/٢ نشر مكتبة المعارف بالرياض، المغني لابن قدامة المتوفى: ٦٢٠هـ، ٦٥٧/٦ نشر مكتبة الجمهورية العربية ومكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة.

٢- سورة الطلاق الآية/٦.

٣- فقه السنة للسيد سابق: ١٥٨/٣ نشر مؤسسة جمال -بيروت.

٤- الفواكه الدواني شرح الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المتوفى: ١١٢٠هـ على رسالة أبي محمد عبدالله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني المتوفى: ٣٨٦هـ ٩٧/٢.

يؤيد هذا

أولا: قول الله عز وجل: ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجْدِكم ﴾[1].

وثانيا: قوله عز من قائل: ﴿ لاتخرجوهن من بيوتهن ولايخرجن إلا أن يأتين بفاحشة[2] مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لاتدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا، فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ﴾[3].

وقد أخرج الطبري[4] عن قتادة والحسن والسدّي والضحاك أن الأمر الذي يرجى أن يحدثه الله تعالى هو المراجعة قبل انتهاء العدة ولم يرو عن أحد خلافه.

ومادام القرار في بيت الزوجية واجبا على المرأة فليس لها أن تخرج منه إلا بإذن زوجها فإذا خرجت بغير إذنه كانت ناشزه وسقط حقها في النفقة.

وأما المتوفى عنها زوجها فلا نفقة لها بالاجماع والأصح عند الشافعية وجوب السكني لها[5].

وأما البائن الحائل، فاختلف الفقهاء في وجوب النفقة لها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لها السكني والنفقة معاً[5].

وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وعمر بن عبدالعزيز وبه قال أبو حنيفة والثورى.

١- سورة الطلاق الآية/٦.

٢- الفاحشة والفحش والفحشاء، القبح من القول والفعل وجمعها فواحش وكل مااشتد قبحه من الذنوب والمعاصي يسمى الزنا فاحشة قال تعالى: ﴿ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا ﴾ المعجم الوسيط ٢/٧٠٠ طبعة ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م. وروائع البيان في تفسير آيات الأحكام ٢/٥٧٨ نشر مكتبة الغزالي-دمشق.

٣- سورة الطلاق الآيتان/ ١ ، ٢.

٤- تفسير الطبري للآية المذكورة.

المراجع السابقة في أول المبحث.

٥- شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/٩٥ باب المطلقة البائن لانفقة لها. نشر دار إحياء التراث العربي-بيروت، الهداية شرح بداية المبتدى كلاهما لشيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبدالجليل الرشداني المرغيناني المتوفى: ٥٩٣هـ ج٢/٤٤ مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة. وفتح القدير ج٣/٣٣٩ ومابعدها.

القول الثاني: لاسكني لها ولانفقة[1] وهو قول ابن عباس وحكى عن علي وجابر والحسن وعطاء وابن أبي ليلى والأوزاعي وبه قال أحمد في رواية وداود وأبو ثور واسحق جاء في كتاب «المحرر في الفقه» على مذهب الإمام أحمد[2].

وأما البائن بفسخ أو طلاق فلها ذلك إن كانت حاملا وإلا فلا شئ لها.

القول الثالث: تجب[3] لها السكني ولانفقة لها.

بهذا قال مالك والشافعي وآخرون وهو الرواية الثانية عن أحمد.

الأدلة:

احتج أصحاب القول الأول على إيجاب السكني والنفقة جميعاً بقول الله عز وجل: أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم[4].

وجه الدلالة:

أنه نص في وجوب السكني وحيثما وجبت السكني شرعا وجبت النفقة تابعة لوجوب الاسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجة، وهذا مستفاد من الأمر بالسكني الوارد في الآية.

وأما النفقة فلأنها محبوسة عليه[5].

وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه «لاندع كتاب ربنا وسنة نبيناﷺ بقول امرأة جهلت أو نسيت[6].

١- شرح النووي على صحيح مسلم. السابق. وزاد المعاد في في هدي خير العباد لأبي بكر الزرعي الدمشقي المتوفي: ٥٧١هـ ج٥/٥٢٢ نشر مؤسسة الرسالة - بيروت الطبعة الثالثة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م. المحرر في الفقه ج٢/١١٦ وفقه السنة للسيد سابق ج٢/١٥٩.

٢- المحرر في الفقه في الموضع السابق.

٣- الفواكه الدواني ج٢/٩٧. وشرح النووي على صحيح مسلم ج١٠/٩٥. والمحرر في الفقه ج٢/١١٦.

٤- سورة الطلاق الآية/٦.

٥- شرح النووي على صحيح مسلم ج١٠/٩٥ الطبعة السابقة.

٦- يشير بذلك إلى حديث فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فقال: والله مالك علينا من شئ فجاءت رسول اللهﷺ فذكرت ذلك له وما قال فقال: ليس لك عليه نفقه... الحديث انظره بكماله في صحيح مسلم بشرح النووي ج١٠/٩٥ الطبعة السابقة وأيضاً في زاد المعاد ج٥/٥٢٢-٥٢٣. وصحيح مسلم(١٤٨٠) - ٤٦ في الطلاق باب المطلقة ثلاثا لانفقة لها.

قال العلماء الذي في كتاب ربنا إنما هو إثبات السكني ومما يؤيد ماذهب إليه عمر رضي الله تعالى عنه من إيجاب السكني والنفقة مارواه مسلم في صحيحه عن أبي اسحق، قال: كنت مع الأسود بن يزيد جالسا في المسجد الأعظم ومعنا الشعبي فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس أن رسول اللهﷺ لم يجعل لها سكني ولانفقة ثم أخذ الأسود كفا من حصى حصبه به فقال: ويلك تحدث بمثل هذا قال عمر لانترك كتاب الله عز وجل وسنة نبيناﷺ لقول امرأة لاندري لعلها حفظت أو نسيت لها السكني والنفقة قال الله عز وجل:

﴿ لاتخرجوهن من بيوتهن ولايخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾[1].

فهذا عمر رضي الله تعالى عنه يخبر أن سنة رسول اللهﷺ أن لها النفقة والسكني، ولا ريب أن هذا مرفوع[2] فإن الصحابي إذا قال من السنة كذا كان مرفوعا فكيف إذا قال من سنة رسول اللهﷺ فكيف إذا كان القائل عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه.

الأدلة لأصحاب القول الثاني:

احتجوا بحديث فاطمة بنت قيس الذي تقدم قبل هذا والحديث الذي قالت فيه: طلقني زوجي ثلاثا على عهد رسول اللهﷺ فلم يجعل لي نفقة ولاسكني.

وفي بعض الروايات: أن رسول اللهﷺ قال إنما السكني والنفقة لمن لزوجها عليها رجعة[3]، وقالوا إن النفقة والسكني إنما تجبان في مقابل ثبوت حق الرجعة للزوج وهو لايملك في الطلاق البائن رجعة فلا نفقة ولاسكني[4].

واحتج أصحاب القول الثالث:

بأنه يجب لها السكني دون النفقة.

بقول الله تعالى:

﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم ﴾[5].

١- سورة الطلاق الآية/١.

٢- زاد المعاد ج٥/٥٢٩ نشر مؤسسة الرسالة -بيروت.

٣- شرح النووي على صحيح مسلم ج١٠/٩٦ الطبعة السابقة.

٤- الفرقة بين الزوجين للشيخ على حسب الله ص/٢٠٦ نشر دار الفكر العربي.

٥- سورة الطلاق الآية/٦.

وبحديث فاطمة مع ظاهر قول الله عز وجل: ﴿ وأن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتي يضعن حملهن ﴾.

فمفهومه أنهن إذا لم يكن حوامل لاينفق عليهن[١].

وأجاب هؤلاء عن حديث فاطمة في سقوط النفقة بما قاله سعيد بن المسيب وغيره[٢].

أنها كانت امرأة لسنة واستطالت على أحمائها[٣] فأمرها بالانتقال عند ابن أم مكتوم.

وقيل: لأنها خافت في ذلك المنزل بدليل مارواه مسلم[٤] من قولها. أخاف أن يقتحم على ولايمكن شئ من هذا التأويل في سقوط نفقتها.

ولأن النفقة جزاء الاحتباس[٥] والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد إذا العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة وصار كما إذا كانت حاملا.

وحديث فاطمة بنت قيس ـ كما تقدم ـ رده عمر رضي الله تعالى عنه فإنه قال. لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لاندري صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت «لها السكني والنفقة».

ورده أيضا زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه وأسامة بن زيد وجابر وعائشة رضي الله عنهم[٦].

ومن كل ماتقدم يظهر بجلاء رجحان القول الأول لوجاهته ولأن حديث فاطمة بنت قيس لم يرده عمر رضي الله عنه وحده بل رده أيضاً صحابة أجلاء رضي الله عنهم على ماأوضحته قبل قليل. ولأنه إذا تعارضت رواية عمر رضي الله عنه ورواية فاطمة، فرواية عمر رضي الله تعالى

١- شرح النووي على صحيح مسلم ج١٠/٩٦.

٢- شرح النووي على صحيح مسلم ج١٠/٩٦.

٣- الأحماء جمع حما ، وحما المرأة أبو زوجها ومن كان من قبله الرجال، وحما الرجل. أبو امرأته ومن كان من قبلها من الرجال والجمع أحماء، المعجم الوسيط ج١/٢٠٨ طبعة ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

٤- شرح النووي على صحيح مسلم ج١٠/١٠٧ باب المطلقة البائن لانفقة لها نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٥- الهداية ج٢/٤٤ الطبعة السابقة.

٦- زاد المعاد ج٥/٥٢٨ وما بعدها. والهداية ج٢/٤٤ الطبعة السابقة.

عنه أولى لاسيما ومعها ظاهر القرآن[1].

فرع على ماتقدم:

النفقة على خلاف ظن المنفق

تقدم الكلام عن أقوال أهل العلم في نفقة المطلقة البائن الحائل غير أن المنفق قد يمتنع عن الأنفاق على زوجته ظنا منه أنها حائل ثم بان أنها حامل.

أو ينفق ظنا منه أنها حامل فبانت حائلا.

وتحرير القول بالتفصيل في هذه المسألة نأخذه من مذهب الحنابلة ففي كتاب «المحرر» لمجد الدين أبي البركات في المجلد الثاني في الصفحة(١١٧) مانصه:

إذا لم ينفق الزوج على زوجته يظنها حائلا ثم بانت حاملا لزمه نفقة الماضي.

وإن أنفق يظنها حاملا فبانت حائلا رجع بما أنفق عليها لمجرد قولها ثلاثة أشهر.

وعندهم رواية أخرى أنه لاينفق عليها حتى يشهد به النساء.

فإن مضت ثلاثة أشهر ولم يظهر حملها قطعت النفقة على الروايتين، وفي الرجوع بما مضى روايتان.

فرع ثان:

ادعاء المطلقة البائن أنها حامل والنفقة من مال الغائب.

١- إذا ادعت المطلقة طلاقا بائنا أنها حامل لتأخذ النفقة لم تصدق حتى يظهر بحركته[2].

وفي مختصر العلامة خليل بن اسحق لانفقة بدعواها بل بظهور الحمل وحركته فتجب من أوله، ومثل ظهوره بحركته لو شهدت امرأتان بحملها على المشهور.

فلوا أنفق عليها مدة بعدما ذكر من الحركة أو شهادة النساء ثم ظهرت غير حامل رجع عليها بما أنفقه عليها سواء أنفق بحكم آم لا[3].

١- زاد المعاد السابق ص/٥٢٩ المجلد الخامس.

٢- الفواكه الدواني للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا المتوفى ١١٢٠هـ على رسالة ابن أبي زيد القيرواني المتوفي ٣٨٦هـ ج٢/٩٨ مطبعة مصطفى الحلبي ١٩٥٥م.

٣- الفواكه الدواني ج٢/٩٨.

٢- لو طلق طلاقا بائنا وهو غائب وأنفقت الزوجة من ماله في غيبته غير عالمة بطلاقه[١].

فقيل: يرجع عليها.

وقيل: لا رجوع له لتفريطه بعدم إعلامها ولا يرجع بما أنفقت ويغرم ماتسلفت، قال النفراوي صاحب كتاب «الفواكه الدواني» أن كلام خليل مقيد بما إذا لم يخبرها من يثبت بخبره الطلاق وهو عدلان وإلا رجع عليها على ماذكره العلامة النفراوي[٢].

١- الفواكه الدواني ج٢/٩٨.

٢- فقه السنة للشيخ سيد سابق ج٢/١٥١ نشر مؤسسة جمال - بيروت. والفواكه الدواني السابق.

المبحث الرابع

تقدير النفقة واساسه

إذا كانت الزوجة مقيمة مع زوجها وكان هو قائما بالنفقة عليها ومتوليا إحضار مافيه كفايتها من طعام وكسوة وغيرهما، فليس للزوجة أن تطلب فرض نفقة حيث إن الزوج قائم بالواجب عليه.

ولكن إذا كان الزوج بخيلا لايقوم بكفاية زوجته أو أنه تركها بلا نفقة بغير حق فلها أن تطلب فرض نفقة لها من الطعام والكسوة والمسكن ـ وللقاضي أن يقضي لها بالنفقة ـ ويلزم الزوج بها متى ثبت لديه صحة دعواها كما أن لها الحق أن تأخذ من ماله مايكفيها بالمعروف[1] وإن لم يعلم الزوج إذ أنه منع الواجب عليه وهى مستحقة لها وللمستحق أن يأخذ حقه بيده متى قدر عليه[2].

وقد اختلف الفقهاء في تقدير مقدار هذه النفقة:

١)- ذهب أكثر أهل العلم وجمهور الفقهاء إلى أنه لا يحفظ عن أحد من الصحابة قط تقدير النفقة لامد ولا برطل والمحفوظ عنهم، بل الذي اتصل به العمل في كل عصر ومصر وهو عدم التقدير، ومن هؤلاء الحنفية والمالكية وأحمد في إحدى الروايتين[3].

٢)- ذهب الشافعية والحنابلة في رواية ذكرها القاضي أبو يعلى إلى القول بأن النفقة مقدرة بالشرع.

فعلى الزوج الموسر وهو الذي يقدر على النفقة بماله وكسبه في كل يوم مدان.

وأن على المعسر الذي لايقدر على النفقة بمال ولا كسب مُداً في كل يوم.

وأن على المتوسط مُداً ونصفاً[4].

الأدلة:

استدل الجمهور لعدم التقدير بالأمور الآتية:

١- إذا كانت رشيدة ولم تسرف في الأخذ.

٢- فقه السنة للشيخ السيد سابق ج٢/١٥١.

٣- زاد المعاد ج٥/٤٩٣ وما بعدها نشر مؤسسة الرسالة - بيروت.

٤- المهذب للشيرازي ج٢/٢٠٦ زاد المعاد ج٥/٤٩٣.

أولاً: قول الله عز وجل: ﴿ وعلي المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾[1].

وعلى المولود له، أي الأب وعبر عنه بهذه العبارة إشارة إلى وجوب المؤن عليه لأن الوالدات إنما ولدن بالآباء ولذلك ينسب الولد للأب دون الأم[2].

ثانياً: ماجاء من قوله عليه السلام لهند ـ خذى من مال أبي سفيان مايكفيك وولدك بالمعروف[3]. يدل الحديث على أن النفقة مقدرة بالكفاية وهذا واضح في عدم التقدير.

ثالثا: أن الذي دل عليه القرآن والسنة أن الواجب في الكفارات والنفقات هو الإطعام لا التمليك وهذا هو الثابت عن الصحابة رضي الله تعالى عنهم[4].

واستدل الشافعية ومن معهم للتقدير بقول الله عز وجل: ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ﴾[5].

قالوا: ففرق الله تعالى بين الموسر والمعسر وأوجب على كل واحد منهما على قدر حاله ولم يبين المقدار فوجب تقديره بالاجتهاد[6].

وأشبه ماتقاس عليه النفقة الطعام في الكفارة لأنه طعام يجب بالشرع لسد الجوعة وأكثر مايجب في الكفارة للمسكين مدان في فدية الأذى وأقل مايجب مد وهو في كفارة الجماع في رمضان.

فإن كان متوسطا لزمه مد ونصف لأنه لايمكن إلحاقه بالموسر وهو دونه ـ ولابالمعسر وهو فوقه فجعل عليه مد ونصف[7].

قالوا: ولو فتح باب الكفاية للنساء من غير تقدير لوقع التنازع لا إلى غاية فتعين ذلك التقدير اللائق بالمعروف.

١- سورة البقرة الآية/ ٢٣٣.

٢- تفسير القاسمي للعلامة محمد جمال الدين القاسمي ٢/ ٢٧٠ نشر دار الفكر - بيروت.

٣- رواه البخاري في كتاب النفقات باب ٩ ورواه مسلم في الأقضية باب ٤ ص/١٣٣٨.

٤- زاد المعاد ج٥/٤٩٤.

٥- سورة الطلاق الآية/٧.

٦- المهذب ج٢/٢٠٦ مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة.

٧- المهذب للشيرازي ج٢/٢٠٦ و٢٠٧.

وقالوا: يجب لها الكسوة مع مراعاة حال الزوج من اليسار والاعسار فلزوجة الموسر من الكسوة مايلبس عادة في البلد من رفيع الثياب ولامرأة المعسر الغليظ من القطن والكتان ونحوهما، ولا مرأة المتوسط مابينهما.

ويجب لها مسكن على قدر يساره وإعساره. وتوسطه مع تأثيث المسكن تأثيثا متناسبا مع حالته.

وقالوا: إذا كان الزوج معسرا ينفق عليها أدنى مايكفيها من الطعام والادام بالمعروف ومن الكسوة أدنى مايكفيها من الصيفية والشتوية وإن كان متوسطا ينفق عليها أوسع من ذلك بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك كله بالمعروف.

لأن دفع الضرر عن الزوجة واجب وذلك بإيجاب الوسط من الكفاية وهو تفسير المعروف[1].

ومن جملة مااستدل به الشافعية[2].

نجد أنهم قدروها بالحب حيث قالوا: أن نفقة الفقير مد بمد النبيﷺ لأن أقل مايدفع في الكفارة إلى الواحد مد والله سبحانه اعتبر الكفارة بالنفقة على الأهل فقال: ﴿ **فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أو كسوتهم** ﴾ *(المائدة ٨٩)*.

فقال الشافعي، وعلى الموسر مدان لأن أكثر ماأوجب الله سبحانه وتعالى للواحد مدان في كفارة الأذى[3]؛ وعلى المتوسط مد ونصف، نصف نفقة الموسر ونصف نفقة الفقير.

وقال القاضي أبو يعلى[4].

مقدرة بمقدار لايختلف في القلة والكثرة والواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق

١- فقه السنة للسيد السابق: ج٢/١٥٣-١٥٤ الطبعة السابقة.

٢- نقل ذلك عنهم ابن القيم في كتابه زاد المعاد ج٥/٤٩٣.

٣- زاد المعاد ج٥/٤٩٧، وثبت في الصحيحين أن النبيﷺ قال لكعب بن عجرة في كفارة الأذى «أطعم ستة مساكين نصف صاع، نصف صاع طعاما لكل مسكين» فقدر ﷺ فدية الأذي فجعلنا تقديرها أصلا وعديناها إلى سائر الكفارات ثم رأينا النفقات والكفارات قد اشتركا في الوجوب فاعتبرنا إطعام النفقة بإطعام الكفارة، وتخريج الحديث: البخاري ج٤/١٤ في باب الحج قوله تعالى: ﴿ أو صدقة ﴾ . ومسلم ١٢٠١ في باب الحج جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى. وأنظر: أيضاً زا المعاد ج٥/٤٩٧.

٤- زاد المعاد ج٥/٤٩٣.

الموسر والمعسر اعتبارا بالكفارات وإنما يختلفان في صفته وجودته.

لأن الموسر والمعسر سواء في قدر المأكول وما تقوم به البنية وإنما يختلفان في جودته فكذلك النفقة الواجبة.

مناقشة أدلة الشافعية

ناقش[1] الحنابلة ماقال به الشافعية من تقدير نفقة الزوجة بمدين بالآتي:

أولا: أن قدر كفاية النفقة لاينحصر في المدين بحيث لايزيد عنهما ولاينقص.

ثانيا: إيجاب أقل من الكفاية في الرزق ترك للمعروف المشار إليه في حديث هند زوج أبي سفيان وإيجاب قدر الكفاية وإن كان أقل من مد أو من رطلي خبز انفاق بالمعروف فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة.

ثالثا: أن اعتبار النفقة بالكفاية في القدر لايصح لأن الكفارة لاتختلف باليسار والاعسار ولا هي مقدرة بالكفاية وإنما اعتبرها الشرع بها في الجنس دون القدر.

ولهذا لايجب في الكفارة الأدم[2].

بيان الراجح

والراجح ماقال به الجمهور من عدم تقدير النفقة لابمد ولابرطل لما يأتي:

١)- أن النبيﷺ لم يقدرها ولا ورد عنه مايدل على تقديرها وإنما رد الأزواج فيها إلى العرف[3].

٢)- أنه ثبت في صحيح مسلم أن النبي عليه السلام قال في خطبة حجة الوداع بمحضر من الجمع العظيم قبل وفاته ببضعة وثمانين يوما.

«واتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن

١- المغنى لابن قدامه ج٧/ ٥٦٥، ٥٦٦ من مطبوعات رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية، وهذا الكتاب لابن قدامه المتوفى سنة ٦٢٠هـ، على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبدالله بن أحمد الخرقي.

٢- الأدم جمع إدام وأدم بينهم الطعام خلطه بالادام فهو مأدوم وأديم، وأدّم الخبز كثر إدامه ومنه ادام الطعام وهو مايجعل مع الخبز فيطيبه المعجم الوسيط ج١/ ١٠ انتشارات ناصر خسرو طهران-إيران.

٣- زاد المعاد ج٥/ ٤٩٠.

عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»[1].

٣)- أنه ثبت في الصحيحين أن هندا امرأة أبي سفيان قالت له إن أبا سفيان رجل شحيح ليس يعطيني من النفقة مايكفيني وولدي إلا ماأخذت منه وهو لايعلم فقال: خذي مايكفيك وولدك بالمعروف[2].

٤)- أنه ثبت في سنن أبي داود من حديث حكيم بن معاوية عن أبيه رضي الله عنه قال: «أتيت رسول اللهﷺ فقلت يارسول الله ماتقول في نسائنا قال: «أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تلبسون ولا تضربوهن ولا تقبحوهن»[3].

وهذا الحكم من رسول اللهﷺ مطابق لكتاب الله عز وجل حيث يقول سبحانه: ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلي المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾(البقرة ٢٣٣).

والنبي عليه السلام جعل نفقة المرأة مثل نفقة الخادم سوى بينهما في عدم التقدير وردهما إلى المعروف فقال للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف[4].

فجعل نفقتهما بالمعروف ولاشك أن نفقة الخادم غير مقدرة ولم يقل أحد بتقديرها[5].

قال العلامة ابن القيم[6].

ولو كانت مقدرة لأمر النبي عليه السلام هندا أن تأخذ المقدر لها شرعاً، ولما أمرها أن تأخذ مايكفيها من غير تقدير، ورد الاجتهاد في ذلك اليها.

ومن المعلوم أن قدر كفايتها لاينحصر في مدين ولا في رطلين[7].

والله أعلم بالصواب.

١- أخرجه مسلم (١٢١٨) في الحج باب حجة النبيﷺ من حديث جابر رضي الله عنه.

٢- أخرجه البخاري ج٤/٣٣٨، ٣٣٩ في البيوع باب من أجرى أمر الأمصار على مايتعارفون بينهم. ومسلم ١٧١٤ في الأقضية باب قضية هند من حديث عائشة رضي الله عنها.

٣- أبو داود ٢١٤٤ في النكاح باب حق المرأة على زوجها وسنده قابل للتحسين قاله محقق زاد المعاد الأستاذ شعيب الأرنؤط. زاد المعاد ج٥/ ٤٩٠.

٤- مسلم (١٦٦٢) في الأيمان باب إطعام المملوك مما يأكل من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

٥- زاد المعاد ج٥/٤٩١.

٦- زاد المعاد ج٥/٤٩٢.

٧- الرطل: معيار يوزن به أو يكال يختلف بإختلاف البلاد وهو في مصر اثنتاعشرة أوقية، والأوقية أثنا عشر درهما، المعجم الوسيط ج١/٣٦٤ طبع ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م.

ماعليه العمل في المحاكم المصرية الآن[1].

ماذهب إليه الشافعية وبعض الأحناف من رعاية حال الزوج المالية حين فرض النفقة، هو ماجرى به العمل الآن في المحاكم تطبيقاً للمادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م ونصها.

تقدير نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة.

وهذا هو العدل لأنه يتفق مع قول الله عز وجل: ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ﴾(الطلاق الآية٧).

تقدير النفقة عينا أو نقدا.

يصح أن يكون مايفرض من النفقة من الخبز والأدم والكسوة اصنافا معينة كما يصح أن تفرض قيمتها نقداً لتشترى به ماتحتاج إليه.

ويصح أن تفرض النفقة سنوية أو شهرية أو أسبوعية أو يومية حسب ماهو ميسور للزوج.

والذي يسير عليه العمل الآن في المحاكم المصرية هو فرض بدل طعام الزوجة شهريا وبدل كسوتها عن ستة شهور باعتبار أنها تحتاج في السنة إلى كسوة للصيف وأخرى للشتاء.

وبعض القضاة يفرض مبلغا شهريا للنفقة بأنواعها الثلاثة بدون تفصيل مراعيا أن يكون فيما يفرضه لها كفاية لطعامها وكسوتها وسكناها بحسب حالة الزوج عسرا ويسرا[2].

١- فقه السنة ج٢/١٥٤.

٢- نفس المصدر ج٢/١٥٤.

المبحث الخامس

أقوال أهل العلم في التفريق لعدم انفاق الزوج على زوجته.

وهل هو فسخ أو طلاق عند من قال به؟

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فرفعت أمرها للقاضي تطلب التفريق بينها وبينه.

فإن[1] كان له مال ظاهر من دراهم أو دنانير أو عقار أو منقول فلا حق لها في طلب الفرقة اتفاقاً حاضرا كان الزوج أو غائباً لتمكنها من أخذ مايكفيها من ماله الظاهر.

فهى في هذه الحال تحصل على نفقتها من مال زوجها الغائب عقارا كان أو منقولا أو مالامن جنس النفقة تحت يدها أو في ذمة مدين أو تحت يد مودع أو مضارب[2].

فمن الحقوق التي أثبتها الإسلام للزوجة على زوجها بمقتضى عقد الزواج الصحيح الإنفاق عليها بالمعروف ولكن في بعض الأحيان يعجز الزوج عن القيام بهذا الواجب بسبب إعساره أو ضيق ذات يده وليس للزوج مال ظاهر فهل للزوجة في هذه الحال أن تطلب التفريق بينهما عند القاضي؟ وهل للقاضي أن يجيبها إلى طلبها أو لا؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة أقوال.

القول الأول:

لأبي حنيفة[3] وصاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن والشافعي في أحد قوليه[4] وهو قول ابن شبرمة والزهري وابن أبي ليلي وداود الظاهري[5].

١- الأم ج٥/٨٢. المغني لابن قدامة ج٧/٥٧٥ من مطبوعات رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية.

٢- المهذب للشيرازي ج٢/٢٠٩، والمراجع السابقة.

٣- شرح فتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام ج٤/٣٨٩، مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة. والبحر الرائق لابن نجيم ج٤/٢٠٠ نشر دار المعرفة -بيروت.

٤- فتح العزيز (شرح الوجيز) مطبوع مع كتاب المجموع (شرح المهذب) للنووي الجزء الأول. الأم ج٥/٨٢.

٥- المحلى لابن حزم ج١١/٣٢٧ نشر مكتبة الجمهورية العربية بمصر.

وقد ذهبوا إلى القول:

بأنه لايثبت للزوجة الخيار ولا يحق لها طلب التفريق في هذه الحال وفي حال اعسار الزوج، يتعين عليها أن تصبر انتظارا ليساره، وفي هذه الحال أذن لها القاضي بالاستدانة عليه ويكون الدين على الزوج يؤديه إذا أيسر وأمر القاضي بالاستدانة فيه فائدة لأن الاستدانة يأمر القاضي يجعل استدانتها بالنيابة عن الزوج حكما فيكون الزوج هو المستدين حكما.

القول الثاني: أن يثبت لها حق طلب التفريق بسبب اعسار الزوج وعند ذلك تكون بالخيار بين الإبقاء على الزوجية ومن ثم تستدين نفقتها عليه أو تنفق من مالها إذا كانت موسرة على أن يتم ذلك بإذن القاضي وتكون هذه النفقة دينا في ذمة الزوج إلى حين يساره وإما أن تختار التفريق بينها وبين الزوج.

وبهذا القول قال جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة، وبهذا القول قال عمر وعلي وأبو هريرة رضي الله عنهم، كما قال به سعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح وحماد بن أبي سليمان وربيعة الرأي[1].

القول الثالث: ذهب ابن القيم[2] رحمه الله إلى أنه لاحق للمرأة في التفريق بسبب الاعسار إلا إذا غرَّها الزوج عند الزواج وتراءى لها باليسار كذباً أو كان ذا مال فترك الإنفاق عليها وعجزت عن أخذ كفايتها من ماله بوسيلة من الوسائل الممكنة.

أما إذا تزوجته عالمة بإعساره أو تزوجته موسرا فاعسر فلا حق لها في طلب الفرقة، وإلا فأين الوفاء والتراحم والتعاون على الحياة التي امتن الله تعالى بها على عباده في قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ان في ذلك لآيات لقوم يتفكرون** ﴾ .*(سورة الروم آية/٢١)*

قال رحمه الله وقد جعل الله الفقر والغني مطيتين للعباد فيفتقر الرجل الوقت ويستغنى

١- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج٤/١٩٦ نشر دار صادر-بيروت. والمهذب ج٢/١٦٣ نشر زكريا على يوسف القاهرة .
الاقناع ج٢/١٩٣ دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاؤه القاهره.
والأم للإمام الشافعي ج٥/٨٢-٨٣.
المغني لابن قدامة ج٧/٥٧٩ من مطبوعات رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية.

٢- زاد المعاد ج٥/ ٥٤٠-٥٤١، الفرقة بين الزوجين ص/١٣٦.

الوقت فلو كان كل من افتقر فسخت عليه امرأته لعمَّ البلاء وتفاقم الشر وفسخت أنكحة أكثر الناس وكان الفراق بيد أكثر الناس فمن الذي لم تصبه عبرة ولم تعوزه النفقة أحيانا[1].

القول الرابع : وذهب ابن حزم إلى أن المرأة الموسرة عليها أن تنفق على زوجها إذا أعسر ولا ترجع عليه بما أنفقته إذا أيسر[2] واستدل لهذا بقول الله عز وجل: ﴿ **وعلي المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لاتكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولامولود له بولده وعلي الوارث مثل ذلك** ﴾[3] فقد جعل الله تعالى على الوارث القادر نفقة مورثه العاجز والمرأة وارثة لزوجها فعليها إذا كانت موسرة نفقته إذا كان معسرا.

فابن حزم يرى أن المرأة تكلف الأنفاق على زوجها إذا كان عاجزا عن نفقة نفسه.

فالزوجة وارثة فعليها النفقة بنص القرآن.

أما أدلة القولين: الأول والثاني فهي على مايلي:

أولا: أدلة أصحاب القول الأول الذين ذهبوا إلى عدم التفريق بالاعسار وقد استدلوا بالأمور الآتية:

١- أن الله تعالى قد ندب إلى النكاح مع الفقر فقال سبحانه وتعالى: ﴿ **وأنكحو الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم أن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله** ﴾[4].

فلا يصح أن يكون الفقر سبباً للتفريق.

وجه الدلالة:

أن الله عز وجل ندب الفقراء إلي النكاح مع أن ظاهر حالهم الاعسار، ووعدهم بالغنى إن هم تزوجوا[5].

فلوا كان التفريق واجباً بالإعسار لما صح أن يرغب المعسرون بالزواج فحيث لم يكن الفقر

١- زاد المعاد ج٥/ ٥٢٠ نشر مؤسسة الرسالة -بيروت.

٢- المحلى لابن حزم ج١٠/ ٩٢.

٣- سورة البقرة الآية/٢٣٣.

٤- سورة النور الآية/٣٢.

٥- تفسير آيات الأحكام للصابوني ج٢/ ١٩٠.

مانعا من ابتداء النكاح فالأولى أن لايكون مانعا من استدامته.

٢)- قول الله تعالى:

﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قُدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله[١] لايكلف الله نفسا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسرٍ يسراً ﴾.

فالمعسر غير القادر على الإنفاق لايكلف دفع النفقة في الحال وقد سئل الزهري[٢] عن رجل عجز عن اداء نفقة زوجته أيفرق بينهما؟فقال تستأني به أي تنتظر عليه ولا يفرق بينهما وتلا هذه الآية.

ووجه الإستدلال بالأية الكريمة:

أن من أعسر بالنفقة وعجز عن إيجاد سبب يمكنه من تحصيل النفقة على الزوجة ليس مكلفا بالإنفاق بنص الآية، لأن ذلك فيه تكليف له بما هو فوق وسعه فلا يلزم به في حال إعساره[٣].

قال العلامة ابن القيم رحمه الله:

وإذ لم يكلفه النفقة في هذه الحال، فقد ترك مالا يجب عليه ولم يأثم بتركه، فلا يكون سبباً للتفريق بينه وبين حبه وسكنه وتعذيبه بذلك.

٣)- قوله تعالى: ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلي ميسرة ﴾(سورة البقرة الآية ٢٨٠).

ووجه الإستدلال[٤]:

أن الآية الكريمة على عمومها تقضى بوجوب إمهال كل مدين معسر زوجا كان أو غيره، وغاية ماتبلغه النفقة الزوجية أن تكون دينا في الذمة، وقد أعسر بها الزوج فكانت الزوجة مأمورة بإمهاله بالنص[٥].

٤)- مارواه مسلم في صحيحه[٦] من حديث أبي الزبير عن جابر دخل أبو بكر وعمر رضي الله

١- سورة الطلاق الآية/٧.

٢- زاد المعاد لابن القيم ج٥/٥١٨ ، نيل الأوطار للشوكاني ج٦/٣٦٥ نشر دار الفكر.

٣- نيل الأوطار للشوكاني ج٦/٣٦٥ نشر دار الفكر.

٤- زاد المعاد لابن القيم ج٥/٥١٨.

٥- المبسوط للسرخسي (باب النفقات) الجزء٥ ص/١٩١ طبع ادارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي٥-باكستان.

٦- أخرجه مسلم (١٤٧٨) في الطلاق باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية.

عنهما على رسول اللهﷺ فوجداه جالسا حوله نساؤه واجما ساكتا فقال أبو بكر. يارسول الله لو رأيت بنت خارجة، يقصد زوجته سألتني النفقة فقمت إليها فوجأت[1] عنقها فضحك رسول اللهﷺ، وقال هن حولي كما ترى يسألنني النفقة فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها.

وقام عمر رضي الله عنه إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول تسألن رسول اللهﷺ ماليس عنده فقلن: والله لا نسأل رسول اللهﷺ شيئاً أبداً ماليس عنده ثم اعتز لهن رسول اللهﷺ شهرا... الحديث، قالوا.

فهذا أبو بكر وعمر رضي الله عنهما يضربان ابنتيهما يحضرة رسول اللهﷺ اذ سألناه نفقة لايجدها، ومن المحال أن يضربا طالبتين للحق ويقرهما رسول اللهﷺ على ذلك، فدل على أنه لاحق لهما فيما طلبتاه من النفقة في حال الاعسار فلو كان التفريق بين الزوجين بسبب الاعسار جائزاً لما ساغ لأبي بكر وعمر رضي الله عنهما ضربا ابنتيهما في حضرة رسول اللهﷺ لأجل مطالبته بالنفقة التي لا يستطيعها[2].

٥- وقد ذكر عبدالرزاق عن أبن جريج قال سألت عطاء عمن لايجد مايصلح امرأته من النفقة قال: ليس لها إلا ما وجدت، ليس لها أن يطلقها وروى حماد بن سلمة عن جماعة[3]، عن الحسن البصري أنه قال في الرجل يعجز عن نفقة امرأته، قال: تواسيه وتتقي الله وتصبر وينفق عليها مااستطاع.

٦- وذكر عبدالرزاق عن معمر[4] قال: سألت الزهري عن رجل لا يجد ماينفق على امرأته أيفرّق بينهما؟ قال: تستأني به ولا يفرق بينهما وتلا قول الله تعالى: ﴿ **لايكلف الله نفساً إلا ماآتاها سيجعل الله بعد عسر يسراً** ﴾*(الطلاق الآية٧)*.

١- وجأ فلانا ـ وَجئا و وِجاءً ـ دفعه بُجمع كفه في الصدر أو العنق ، المعجم الوسيط ج٢/١٠٥٤ طبع ١٩٧٢م.

٢- جامع العلوم والحكم لابن رجب ص/٣٦٩ دار الريان للتراث بالقاهرة الفرقة بين الزوجين لعلي حسب الله ص/١٣٥ نشر دار الفكر العربي.

٣- زاد المعاد ج٥/٥١٦ ومصنف: عبدالرزاق. توزيع من المكتب الإسلامي-بيروت.

٤- مصنف عبدالرزاق ج٧/٩٤ حديث رقم ١٢٣٥٤ توزيع من الكتب الإسلامي-بيروت.

٧)- قال معمر: وبلغني عن عمر بن عبدالعزيز مثل قول الزهري سواء.

٨)- وذكر عبدالرزاق عن سفيان الثوري في المرأة يعسر زوجها بنفقتها قال: هى امرأة ابتليت فلتصبر ولاتأخذ بقول من فرق بينهما.

قال العلامة ابن القيم في كتابه زاد المعاد ٥/٥١٦ عن عمر بن عبدالعزيز ثلاث روايات هذه إحداها(١).

والإنفاق يكون بحسب حال الرجل غني أو فقراً فالتكليف منوط بالقدرة التي مكن الله بها عبده(٢).

٩)- أن الصحابة رضي الله عنهم كان فيهم الموسر والمعسر بل كان أكثرهم معسرين ولم يؤثر من النبيﷺ أنه فرق بين زوجين لعدم إنفاق الزوج(٣).

١٠)- أنه لم يرد في الكتاب والسنة ولا في أقوال الصحابة رضوان الله عليهم دليل صريح على جواز التفريق لعدم الإنفاق(٤).

١١)- أن الإمتناع عن الإنفاق لمعسر ليس ظلما، فلا يكون مسوغا للتفريق وتكون النفقة حينئذ دينا للمرأة، وقد أمر الله تعالى عز وجل الدائن بإنظار المدين المعسر في قوله تعالى:

﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلي ميسرة ﴾(٥).

١- والثانية: روى ابن وهب عن عبدالرحمن بن أبي الزناد عن أبيه قال: شهدت عمر بن عبدالعزيز يقول لزوج امرأة شكت إليه أنه لاينفق عليها اضربوا له أجلا شهراً أو شهرين فإن لم ينفق إلى ذلك الأجل فرقوا بينه وبينها.
والثالثة: ذكر ابن وهب عن ابن لهيعة عن محمد بن عبدالرحمن أن رجلا شكى إلى عمر بن عبدالعزيز بأنه أنكح ابنته رجلا لاينفق عليها فأرسل إلى الزوج فأتى فقال: أنكحني وهو يعلم أنه ليس لي شئ فقال عمر: أنكحته وأنت تعرفه؟ قال: نعم. قال: فما الذي أصنع أذهب بأهلك: زاد المعاد ج٥/٥١٦، ٥١٧.

٢- روائع البيان في تفسير آيات الأحكام ٢/٦١٨ نشر مكتبة الغزالي دمشق ونشر مؤسسة الرسالة -بيروت ومؤسسة مناهل العرفان - بيروت.

٣- زاد المعاد ج٥/٥٢١ الفرقة بين الزوجين ص/١٣٤ دار الفكر العربي.

٤- زاد المعاد ج٥/٥٢١ والفرقة بين الزوجين ص/١٣٣.

٥- سورة البقرة الآية/ ٢٨٠.

وإن كان الإمتناع عن قدرة فهو ظلم لايتوقف دفعه على التفريق، بل يمكن دفعه ببيع ماله أو حبسه، لحمله على الإنفاق فلا يصح أن ندع الممكن من ذلك. ونلجأ إلى أبغض الحلال إلى الله أي الطلاق ذكر ذلك الشيخ علي حسب الله في كتابة «الفرقة بين الزوجين ص/١٣٤».

ثانيا: أدلة القائلين بالتفريق للإعسار وقد استدلوا بالأمور الآتية:

١- أن الله تعالى قال: ﴿ **وعاشروهن بالمعروف** ﴾[١].

قال ابن عباس ومجاهد ومسروق والحسن وغيرهم كان الرجل يطلق المرأة فإذا قارب انقضاء العدة راجعها ضرارا لئلا تذهب إلى غيره، ثم يطلقها فإذا شارفت على انقضاء العدة طلق لتطول عليها فنهاهم الله عن ذلك وتوعدهم عليه[٢] فقال:

﴿ **ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه** ﴾[٣]. أي بمخالفته أمر الله تعالى.

٢- قول الله تعالى: ﴿ **ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا** ﴾[٤].

٣- قول الله تعالى: ﴿ **فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾. *(سورة البقرة آية/٢٢٩)*

قال علي بن طلحة عن ابن عباس قال إذا طلق[٥] الرجل امرأته تطليقتين فليتق الله في ذلك أى في الثالثة، فإن أن يمسكها بمعروف فيحسن صحبتها أو يسرحها بإحسان فلا يظلمها من حقها شيئاً، وقال أبو رزين الأسدى[٦].

جاء رجل إلى النبيﷺ فقال يارسول الله ارأيت قول الله عز وجل: ﴿ **فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾.

أين الثالثة؟ قال التسريح بإحسان.

١- سورة النساء الآية/١٩.

٢- تفسير القرآن العظيم للحافظ عماد الدين ابن كثير ج١/٢٨١. نشر مكتبة دار التراث - القاهرة.

٣- سورة البقرة الآية/٢٣١.

٤- سورة البقرة الآية/٢٣١.

٥- تفسير القرآن العظيم للحافظ عماد الدين ابن كثير ج١/٢٧٢ نشر مكتبة دار التراث القاهرة.

٦- المصدر السابق.

٤- قوله عليه السلام: « لاضرر ولاضرار »[١].

ولاشك أن الإمساك مع عدم الإنفاق أبلغ الضرر وأشد الأذى.

فعلى الزوج أن يسرح بإحسان فإذا لم يفعل ناب عنه القاضي رفعا لظلمه ودفعا لضرره.

٥- أنا جوزنا التفريق للعيب وهو مالا يفوت به إلا المتعة أو كما لها فيجوز التفريق للعجز عن النفقة التي هي قوام الحياة من باب أولى[٢].

٦- وموقف نساء الرسول منه لايقاس عليه موقف غيرهن من النساء مع أزواجهن إذ ليس عليهن ماعلى أزواج الرسولﷺ من وجوب الرضا بالقليل والصبر على المؤازرة في المهم الخطير ومع هذا لم يجبرن على البقاء معهﷺ بل أمره الله تعالى بتخييرهن ولو اخترن الفرقة لأجابهن إليها حتما[٣].

٧- ماورواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الرجل لايجد ماينفق على امرأته قال يفرق بينهما[٤].

٨- أنه[٥] إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل فلأن يثبت بالعجز عن النفقة والضرر فيه أكثر أولى .

المناقشة والترجيح:

رد الحنفية على ماأورده الأئمة الثلاثة من القرآن والأحاديث.

بأن المراد به الممتنع عن الإنفاق مع القدرة عليه إذا تعين التفريق طريقاً لرفع ظلمه والقاضي لايعجز عن التماس أي طريق لرفع الظلم أما المعسر فلا ظلم منه فلا يصح التفريق عليه[٦].

١- حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسندا ورواه مالك في الموطأ مرسلا عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبيﷺ وله طرق يقوى بعضها بعضاً سنن أبن ماجه ج٢/٣٨٤ مطبعة الحلبي ١٣٧٢هـ. وسبق تخريجه مفصلا في فصل الضرر.

٢- الأم ج٥/ ٨٠ و٨١ و٨٢ المغنى لابن قدامة ج٧/٥٧٤.

٣- الفرقة بين الزوجين ص/ ١٣٥.

٤-المهذب ج٢/ ٢٠٩ وذكره عبدالرزاق في كتابه «المصنف» ٧/ ٩٦ ح/١٢٣٥٧ . ١٢٣٥٨.

٥- المهذب ج٢/ ٢٠٩ المغني لابن قدامه ج٧/٥٧٤.

٦- الفرقة بين الزوجين لعلى حسب الله ص/ ١٣٥ الطبعة السابقة.

ورد ابن القيم[1] استدلال ابن حزم على أن المرأة الموسرة عليها نفقة زوجها إذا أعسر...الخ.
حيث قال ابن القيم رحمه الله تعالى:

بأن الكلام في الآية في النفقة الواجبة للوالدات بسبب الولادة دون غيرهن وقد بينت الآية الكريمة على أن نفقتهن واجبة على المولود له وهو الأب فإذا عجز كانت على وارث الأب أو وارث المولود له... فياعجبا لابن حزم لو تأمل سياق هذه الآية لتبين منها خلاف مافهمه.

وما يبدو لي رجحانه في هذا المقام ما قال به العلامة ابن القيم رحمه الله تعالى من أنه لاحق للمرأة في التفريق بسبب اعسار الزوج إلا إذا غرها عند الزواج وتراءي لها باليسار كذبا... ...الخ.

وهو مارجحه عالمان كبيران من الفقهاء المعاصرين هما العلامة الشيخ أحمد ابراهيم بك والشيخ على حسب الله حيث نقل الشيخ على حسب الله عن العلامة الشيخ أحمد ابراهيم بك[2] قوله:

ولعل هذا المذهب أي مذهب[3] ابن القيم أعدل المذاهب وألصقها بمكارم الأخلاق على مافيه من الاحتياط.

مايقع بهذا التفريق

لابد في التفريق من طلب المرأة وإصرارها عليه لأن الأمر بيدها حتى لو طلبت الفرقة ثم رجعت قبل أن يفرق القاضي لم يفرق بينهما.

ويجب أن تكون هذه الفرقة بقضاء القاضي عند الأئمة الثلاثة[4] لأنها فرقة مختلف فيها وقضاء القاضي يرفع الخلاف وتفريق القاضي هنا يكون طلاقا رجعياً عند مالك[5] يجوز للزوج مراجعتها في العدة إذا أنفق أو وجديساراً يقوم بواجب مثلها إلا إذ رضيت باقل من ذلك.

وهو فسخ عند الشافعي وأحمد.

١- زاد المعاد ج٥/٥٢١.

٢- الفرقة بين الزوجين لعلي حسب الله ص/١٣٦.

٣- زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم ج٥/٥٢١.

٤- الفرقة بين الزوجين ص/١٣٩.

٥- المدونة الكبرى للإمام مالك ج٢/١٩٢. باب في فرض السلطان النفقة للمرأة على زوجها نشر ار الفكر.

كما قال الإمام الشافعي رحمه الله في «الأم»[1].

فإن اختارت فراقه فهى فرقة بلا طلاق لأنها ليست شيئاً أوقعه الزوج ولا جعل إلى أحد إيقاعه فإذا فرق بينهما ثم أيسر لم ترد عليه ولا يملك رجعتها في العدة إلا أن تشاء بنكاح جديد ومهر جديد.

وفي المغني لابن قدامة[2].

أن كل فرقة جاءت من جهة القاضي تكون فسخاً ولأن الفرقة إذا كانت مختلفاً فيها تكون فسخا بسبب اعسار الزوج لأنها من جهة القاضي بطلب المرأة.

ورأي بعض الفقهاء المعاصرين أن للزوج هنا حق المعارضة في الحكم به إذا دفع ماعليه من نفقة حاضرة وتعهد بالإنفاق في المستقبل وفصل القاضي في معارضته قبل انتهاء العدة.

فإذا انتهت قبل ذلك فقد ملكت المرأة أمر نفسها وليس له حينئذ أن يستردها إلا بعقد ومهر جديدين[3].

التفريق لعدم الإنفاق في القانون[4]:

كان العمل في مصر جاريا على مذهب أبي حنيفة لاتفريق بعدم الإنفاق حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠م فأباح بمواده الثلاثة ٤و٥و٦ التطليق لذلك ثم تبعته منشورات وزارية توضح ماورد فيه.

وخلاصة ذلك أن الزوج الممتنع عن الإنفاق.

١- إذا كان له مال ظاهر

نفذ عليه الحكم بالنفقة في هذا المال حاضرا كان الزوج أم غائباً ولا وجه حينئذ لمطالبة المرأة بالتفريق.

والقضاه عند تطبيقهم لهذا القانون يجعلون الكفيل بالنفقة كالزوج فإذا قدم لها ماتنفق

١- الأم تأليف الإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي الجزء الخامس وبهامشه مختصر الامام الجليل أبي إبراهيم اسماعيل بن يحيى المزني الشافعي المتوفى ٢٦٤هـ ج٥/٨١.

٢- المغني لابن قدامة ج٧/٥٧٦ من مطبوعات رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد.

٣- الفرقة بين الزوجين ص/١٣٩.

٤- الأحوال الشخصية للإمام محمد أبي زهرة (٣٧٠) الفرقة بين الزوجين ص/١٤٠.

منه، أو كان له مال ظاهر تستطيع أخذ نفقتها منه لم يكن لها حق التفريق.

٢- وإذا لم يكن له مال ظاهر وكان حاضرا،

فإن أصر على عدم الإنفاق بعد الحكم عليه بالنفقة ولم يدع يسارا ولا إعسارا أو ادعى اليسار أو ادعى الإعسار ولم يستطع إثباته بطريق من طرق الإثبات الشرعية طلق عليه القاضي في الحال من غير إمهال.

وإن ادعى الإعسار وأثبته أمهله القاضي مدة لاتزيد على شهر فإذا لم ينفق طلق عليه بعد ذلك ومما يجب معرفته في هذا المقام أن التطليق بسبب عدم الإنفاق في كل الأحوال يكون الطلاق فيه طلاقا رجعياً ولكن الرجعة لاتثبت بمجرد قوله، راجعت امرأتي بل لابد أن يزول السبب الذي كان من أجله التفريق على ماتشير إليه المواد ٤و٥و٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠م.

٣- وإذا لم يكن له مال ظاهر وكان غائباً.

فإن كانت الغيبة قريبة بأن كان في مكان يسهل وصول قرار المحكمة يضرب الأجل إليه في مدة لا تتجاوز تسعة أيام «اعذر»[1] إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا وبين له أنه سيطلق امرأته إذا لم تصلها النفقة الحاضرة الواجبة لها عليه.

فإن لم يحضر للإنفاق عليها ولم يرسل إليها ما تنفق منه وتحققت المحكمة من وصول الاعذار إليه طلق عليه بعد مضي الأجل.

وإنما يفعل القاضي هذا بعد ثبوت. الزوجية؛ والغيبة؛ وعدم الإنفاق؛ وعدم وجود مال ظاهر.

وله أن يتحرى عن حالة الزوج المالية من الجهات الأدارية إذا رأي في هذا زياده في اطمئنان قلبه.

وإذا كان الزوج بعيد الغيبة لايسهل وصول قرار المحكمة إليه أو كان مجهول المحل أو

١- اعذر فلان فلانا فيما صنع عذرا ومعذرة رفع عنه اللوم فيه المعجم الوسيط ج٢/٦١١ طبع ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م والقاموس المحيط للعلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي المتوفى: ٨١٧هـ ج٢/٨٤، و٨٥ نسخة مصورة من الطبعة الثالثة للمطبعة الأميرية ١٣٠١هـ ونشر الهيئة المصرية العامة للكتاب - القاهرة.

مفقودا لايدري أحى هو أم ميت طلق عليه القاضي من غير اعذار متى ثبتت الزوجية وغيبة الزوج وأنه لامال له تنفق منه وثبت عدم العلم بالمكان في مجهول المحل، والفقد في المفقود والمسجون الذي يعسر بالنفقة في حكم الغائب ويكون تفريق القاضي طلاقا رجعياً إذا كان بعد الدخول، وللزوج أن يراجع امرأته في العدة إذا أثبت يساره واستعد للإنفاق عليها نفقة مثلها.

أما في السودان: فقد[1] نصت المادة ٨٢ من لائحة ترتيب ونظام المحاكم الشرعية الصادرة ١٩١٥م على وجوب سماع الدعوى بطلب التطليق للإعسار على الغائب الذي لايعرف مكانه أو يكون في جهة لا يستطاع أعلانه فيها.

ثم صدر المنشور الشرعي رقم ١٧ بعد ذلك فوضع النظام الكامل للتفريق بسب الاعسار في المواد التسع الأولى منه ثم نص في المادة الأولى من المنشور رقم ٢٨ الصادر ١٩٢٧م على أنه لاتسمع دعوى الطلاق للإعسار إذا كان إلاعسار قبل الزوجية وهى عالمة راضية به[2].

وخلاصة ماورد في ذلك لاتختلف عما ورد في القانون المصري إلا في المسائل الآتية:

أولا: في الزوج الحاضر:

الأحوال التي يقضى القانون فيها بالتطليق في الحال يقضى المنشور بمنح الزوج مهلة يقدرها القاضي وفي الأحوال التي يمهله القانون مدة لاتزيد على شهر يمهله المنشور مدة لا تزيد عن شهرين.

ثانيا: في الزوج الغائب:

يبيح القانون للقاضي في الغيبة القريبة ضرب الأجل الذي يراه ويقدر المنشور الأجل

١- اصدر هذه اللائحة قاضي قضاة السودان بمصادقة الحاكم العام بناء على السلطة المخولة له بمقتضى المادة ٨ من قانون المحاكم الشرعية السودانية الصادر ١٩٠٢م.

٢- ليس في القانون المصري مثل هذا النص ولكن مذهب مالك هو المرجع في هذا الباب لأنه المصدر الفقهي لهذا القانون وإذا قيل إن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الراجح من مذهب الحنفية فليس في مذهب الحنفية تطليق للاعسار وعلى هذا لا تكون هذه المسألة موضع خلاف عملي بين القانون والمنشورات الشرعية وقد يقال إن القانون بإطلاقه يطبق على كل امرأة امتنع زوجها من دفع النفقة الواجبة عليه لها ولو كانت قد تزوجته عالمة بإعساره كما هو مذهب الشافعي رضي الله عنه وهو وجيه ولهذا كان على واضع القانون أن يرفع هذا الاحتمال ببيان المراد: الفرقة بين الزوجين ص/١٤٢ بالهامش.

بثلاثين يوماً وفي الغيبة البعيدة يقضي القانون بالتطليق في الحال ويقضي المنشور بالتريث مدة لاتزيد على شهر.

ثالثا: في تعهد غير الزوج بالنفقة:

نص المنشور في مادته السادسة على أنه إذا تعهد قريب للزوج الغائب أو اجنبي بنفقة المرأة لايكون لها حق الفرقة بالاعسار وليس في القانون مثل هذا النص.

رابعا: في حد الاعسار المبيح لطلب الفرقة لم يتعرض القانون لبيان حد لهذا الاعسار ويؤخذ مما جرى عليه عمل القضاه أنه يتحقق بالعجز عن دفع النفقة المحكوم بها حالا.

لأنهم لايبيحون للزوج مراجعة امرأته في العدة إلا إذا أثبت بساره ودفع المطلوب منه حالا واستعد للإنفاق في المستقبل، ويطبق على النفقة الماضية حكم دين النفقة.

والله أعلم بالصواب.

الفصل الثالث

الفصل الثالث

التفريق لغيبة الزوج

تعريف الغيبة:

جاء في المعجم الوسيط:[1]

غاب، غيباً، وغيبة وغيبوبة وغيابا، خلاف شهد وحضر.

يقال: غاب فلان بَعُد.

وغاب فلان عن بلاده: سافر.

وغابت الشمس وغيرها: غَرُبَت واستترت عن العين والشئ في الشئ: تواري فيه.

ويقال: غاب عنه الأمر أي خفى.

وأغاب القوم: دخلوا في المغيب.

والمرأة: غاب عنها زوجها فهى مغيب ومغيبة أغيبت المرأة: غاب عنها زوجها فهى مُغيب ومغيبة.

أقول: وهذا المعنى الأخير هو المراد والمتعلق ببحثي أما التفريق لغيبة الزوج فحاصل الكلام فيه على مايلى:

قد يغيب الزوج لأمر ما عن زوجته فتتضرر الزوجة بهذه الغيبة.

فهل يجوز للزوجة مع هذا التضرر أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها.

اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: جواز التفريق إذا طالت الغيبة وتضررت بها المرأة بأن خشيت على نفسها الزنا ولو كان الزوج قد ترك لها ماتنفق منه[2] وإلى هذا ذهب مالك وأحمد لأن اقامتها من غير

١- المعجم الوسيط ج٢/ ٦٩١ طبع ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

٢- الفواكه الدواني ج٢/ ٧١-٧٢، المغني لابن قدامه ج٧/ ٤٨٨ وما بعدها.

زوج مدة طويلة مع محافظتها على العفة والشرف مما يتعذر على الطبيعة البشرية احتماله[1] ويقبل قولها في هذا بيمينها لأنها تدعى أمراً لا يعرف إلا من جهتها وحد الغيبة الطويلة عند مالك سنة على الراجح[2].

وقيل ثلاث سنين.

وحدها عند أحمد ستة أشهر أخذا من عمل عمر رضي الله عنه[3].

وإذا كانت الغيبة بعيدة يفرق القاضي من غير إعذار ولا إمهال أما إذا كانت قريبة فلا يصح التفريق عندهما إلا بعد الاعذار إليه بأن يقدم أو ينقل امرأته إليه أو يطلق فإن فعل وإلا فرق القاضي بينهما بعد أن يتريث مدة يقدرها رجاء عودته وابقاء على الزوجية ما أمكن.

ولا فرق بين أن تكون الغيبة بعذر أو من غير عذر عند مالك لأن المرأة تتضرر بها في الحالتين قال الأجهوري في شرح خليل[4]: وإذا جاز لها التطليق بعدم النفقة فإنه يجوز لها إذا

١- نشرت جريدة الأهرام المصرية في الصفحة الثانية من عدد يوم الثلاثاء ١٩٦٢/٩/٢٥م أن امرأة سويدية في الثلاثين من عمرها بعثت إلى حكومتها في استوكهولم خطابا تطلب فيه السماح لزوجها المسجون منذ ابريل الماضي بإجازه لمدة سبع أو عشر ساعات يقضيها معها حتى لاتضطر لتدنيس زواجها وتحطيمه قالت: لقد أنجبت وأنا في هذه السن ستة أطفال وواجهت خلال سجن زوجي وأنا شابة عادية مصاعب خطيرة وليس من الطبيعي أن تنفصل امرأة عن زوجها في مثل هذه المدة الطويلة ولكني بقيت له وفيّة حتى الآن وإذا لم يسمح لزوجي بالخروج عدة ساعات يقضيها معي ومع أطفاله فلن يظل أمري على ذلك لأني لن اتحمل الوحدة والحزن طويلا.

٢- الفواكه الدواني ج٢/٧٢، المغني لابن قدامة ج٧/٤٨٩، فقه السنة للشيخ السيد سابق ج٢/ ٢٥٠ الفرقة بين الزوجين ١٤٤.

٣- بينما عمر رضي الله عنه يجوس خلال المدينة سمع امرأة في بيتها تقول:

تطاول هذا الليل واسود جانبه وطال عليّ ألا خليل الاعبه

فو الله لولا خشية الله وحده لحُرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها فعلم أن زوجها غائب في سبيل الله فأرسل إليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها فأقفله أي أرجعه ثم دخل علي ابنته حفصة فقال: يابنية كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت: سبحان الله أمثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك عن هذا قالت خمسة أشهر. ستة أشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر. المغني لابن قدامة ١٤٣/٨.

٤- الفواكه الدواني ج٢/٧٢.

٢٥ لسنة ١٩٢٩م فنص في ثلاث مواد منه على مايأتي:

مادة ١٢: إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها منه إذا تضررت من بُعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

مادة ١٣: إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعذار وضرب أجل.

مادة ١٤: لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب من القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

أما في السودان.

فقد نصت المادة ٨٢ من لائحة ترتيب ونظام المحاكم الشرعية الصادرة ١٩١٥م على وجوب سماع الدعوى بطلب التطليق للفتنة على الغائب الذي لايعرف مكانه، أو يكون في جهة لايمكن اعلانه فيها ثم صدر بعد ذلك المنشور الشرعي رقم ١٧ فنص في مادته١٣ على مايأتي:

إذا غاب الزوج عن زوجته في جهة معلومة يمكن وصول كتابة القاضي إليه فيها مع تمكنها من الحصول على النفقة وطالت غيبته بأن كانت سنة أو أكثر[١] وطلبت المرأة الطلاق لتضررها وخوف الفتنة على نفسها كتب إليه القاضي إما أن يقدم أو ينقل زوجته إليه أو يطلقها.

فإن فعل انتظر عليه القاضي مدة يقررها بإجتهاده ثم يطلقها أما إذا كانت الكتابة لاتصل إليه وطلبت الطلاق عليه للضرر بترك الاستمتاع وخوف الفتنة فإنه يطلق عليه بدون كتابة، وهى مصدقة في التضرر وخوف الفتنة بيمينها لأنه لايعلم إلا من جهتها.

ويلاحظ على هذه المادة أنه قد شابها[٢] خطأ ونقص أما الخطأ بسبب أنها لم تنبه إلى تقدير مدة يجيب فيها الزوج ثم جعلت التلوم بعد امتناعه عن الاستجابة وأما النقص فبسبب

١- السنة عند إطلاقها في التقديرات الشرعية تنصرف إلى السنة القمرية.

٢- أي لحق بها.

أنهـا لم تنص على كون الفرقة هنـا فسخـا أو طلاقـا رجعياً أو بائنا وهى موضع النص على هـذا وإن كـان الرجـوع إلى المصدر الفقهي، وهو مـذهب الإمام مـالك سيـؤدي إلى اعتبـارها طلاقا بائنا[1].

والخطأ والنقص السابقان عـولجا بالتعليـمات رقم ١٧ الصادرة سنة ١٩١٧م والتي نص فيها على أن المرأة إذا رفعت أمرها للقاضي في الحالة التي يمكن وصول الكتابة إليه فيها فعليه أن يسـير في الدعـوى حتى تثبت الأسباب الموجبة للطلاق وتحلف المرأة ثم يقـدر للزوج الأجل الملائم ويخبره به، وبأنه إذا لم يفعل أحد الأمور الثلاثة قبل انتهائها فسيطلق عليه فإذا انتهى الأجل ولم يفعل طلق عليه طلاقا بائنا من غير امهال.

ثم صدر المنشور الشرعي رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٧م فنص في مادته الأولى على مايأتي:

لاتسمع دعوى طلب الطلاق لخشية الزنا إلا إذا كانت المرأة واجدة نفقتها من مال زوجها.

فإن لم تجدها كان لها أن تطلب الطلاق لعدم النفقة.

ومما تقدم تعلم أن كلا من القانون واللائحة والمنشورات والتعليمات قد اعتمد فيما وضع من أحكام على مذهب الإمام مالك رضي الله تعالى عنه غير أنه يلاحظ الآتي:

١- أن المنشورات السودانية قضت بالا تسمع الدعوى بطلب الطلاق للغيبة إلا إذا كانت المرأة واجدة نفقتها من مال زوجها، فإن لم تجدها كان لها أن تطلب التفريق لعدم الإنفاق ولعل المشـرع رأى أن في تسـريح المرأة بالخوف من الفتنة وخشـيـة الوقـوع في الزنا مـاقـد يمس سمعتها وشرفها فأراد لها أن تستتر خلف سبب آخر للفرقة مادام هذا ممكنا.

أما القانون فقد سوى بين الواجدة نفقتها وغير الواجدة.

٢- عـملت المنشورات بمذهب مالك فاعتبرت الغيبة مبيحة لطلب الفرقة سواء كانت بعذر أم بغير عذروعمل القانون بمذهب أحمد فاشترط في الغيبة أن تكون بغير عذر.

وكلاهما معيب بتعبير الشيخ علي حسب الله[2] لما يأتي:

أن المنشورات اعتدت بالغيبتين ولكنها سوت بينهما في تقدير المدة الطويلة.

١- الفرقة بين الزوجين ص/١٤٧.

٢- أيضاً ص/١٤٨.

وإذا قبل اعتدادها بهما فالمرأة تتضرر بكل منهما فإن التسوية بينهما في مدة الغيبة غير مقبولة.

لأن المرأة الصالحة تقدر ظروف زوجها وتتحمل بعض الأذى في سبيل الحفاظ على زوجيته.

والقانون اسقط اعتبار الغيبة بعذر ولو طالت سنين فأهمل تضرر المرأة اهمالا تاماً، ولهذا فإنه ينبغي علاجا لهذا في القانون وفي المنشورات أن يعتد بالغيبتين لتحقق الضرر بكل منهما ثم يظهر أثر العذر في إطالة مدة الغيبة لا في إهمال تضرر المرأة فتجعل المدة لغير المعذور ستة أشهر مثلا وللمعذور سنة.

أو لغير المعذور سنة وللمعذور سنتين، وبهذا يرتفع الضرر عن المرأة في الحالتين في شئ من العدالة.

٣- أباح القانون طلب الفرقة لحبس الزوج بعد سنة من ابتداء تنفيذه إذا كان الحكم نهائيا وبثلاث سنين فأكثر مع أنه غياب بعذر مخالفا ماأخذ به من مذهب أحمد، ولعله رأي أن المحبوس وإن كان غائبا بعذر لايكون في الكثير جديراً بعطف ولا رحمة، زجراً عن الجريمة، ودفعا للضرر عن المرأة.

وليس في المنشورات مثل هذا النص ولعل المشرع اكتفى بدخول المحبوس في عموم الغائبين فيطبق عليه مايطبق عليهم.

٤- نص القانون والتعليمات على أن يكون تفريق القاضي هنا طلاقا بائنا، وكان جديرا بهما أن يجعلا الفرقة هنا طلاقا رجعياً، كالفرقة لعدم الإنفاق، لأن الضرر في كل منهما يمكن ارتفاعه بحضور الزوج في العدة.

وقد تقدم ترجيح ماذهب إليه الإمام أحمد من اعتبار الفرقة في الحالتين فسخا لا طلاقا ويري بعض الباحثين[1] أن يفتح للزوج باب المعارضة في الحكم بالفسخ على أن يفصل القاضي في معارضته قبل انتهاء العدة.

* * *

١- كالشيخ علي حسب الله في كتابه «الفرقة بين الزوجين» ص/١٤٩.

الفصل الرابع

الفصل الرابع

التفريق للعيب

العيب نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية.

وكلامنا عن العيب على الوجه التالي:

(أ)- تعريف العيب لغة واصطلاحاً.

تعريف العيب لغة:

عاب[1] الشئ، عيباً وعاباً، صار ذا عيب والشئ جعله ذا عيب فهو عائب والمفعول معيب ومَعْيُوب و ـ فلانا ـ نسبه إلى العيب.

عَيَّبَه: جعله ذا عيب ونسبه إلى العيب والعيبة صنعها.

تعيَّبه: عيبه.

العاب: الوصمة والجمع اعياب وعيوب.

العيب: الوصمة والجمع عيوب.

العُيَبَة: الكثير العيب للناس.

(ب)- تعريف العيب اصطلاحاً:

هو النقص الذي جرت العادة بالسلامة منه مما يوجب نقصاناً في القيمة عند أهل الخبرة كالمرض في الدابة والسوس في الغلة أو اشترى أمة على أنها بكر فإذا هى ثيب، أو اشتراها على أنها خياطة فوجدها بخلاف ذلك.

أو كان العيب في التصرف كالعسر في العبد[2].

١- المعجم الوسيط ج٢/٦٦٢ طبع ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

٢- خيارات البيع للدكتور عبدالحميد الغفاري، مذكرات غير مطبوعة لطلاب الدراسات العليا في كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر الشريف ١٩٧٤م ‹خيار العيب›.

والأعسر: هو الذي لايعمل بيده اليمنى عملها المعتاد[1]، أو يخشى منه العاقبة كجذام أحد الأبوين[2].

ومن هذا تعلم أن الفقهاء يعنون بالعيب هنا مايتعلق بخيار العيب في البيع وهو أن يكون المشتري بخير النظرين من إمضاء العقد أو رده متى ظهر له عيب في محل العقد.

ولاشك أن عقد الزواج عقد من العقود فإذا وجدت الزوجة عيبا في زوجها تستحيل معه العشرة الزوجية فإن من حقها أن تطلب التفريق منعا للضرر ولأن مثل هذا العيب يعتبر مانعا من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع الكامل بالحياة الزوجية.

العيوب المجوزة للفسخ

أقسام العيوب:

« ذكر الإمام الخرقي في ‹مختصره› المطبوع مع شرحه ‹المغني لابن قدامه[3]›، ».

أن هذه العيوب ثمانية:

١) - ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي:

١- الجنون[4].

٢- الجذام[5].

٣- البرص[6].

١- المغرب في ترتيب المعرب للإمام أبي الفتح ناصر بن عبدالسيد بن علي المطرزي المتوفى ٦١٦هـ ج٢/٣١٥ نشر دار الكتاب العربي-بيروت.
والمعجم الوسيط ج٢/ ٦٠٠ إنتشارات ناصر خسرو - طهران.

٢- خيارات البيع للدكتور الغفاري ‹خيار العيب›.

٣- ج٦/٦٥١ ومابعدها - نشر مكتبة الجمهورية العربية ومكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة. والفواكه الدواني ج٢/ ٦٥ مطبعة الحلبي.

٤- الجنون: جُنّ، جُنّاً وجُنُوناً وجِنّة ومَجَنّة زال عقله، المعجم الوسيط ج١/١٤٦ طبع ١٣٩٢هـ.

٥- الجذام: داء يصيب الجلد والأعصاب الطرفية المعجم الوسيط: ج١/١١٨ الطبعة السابقة.

٦- البرص: بياض يصيب الجلد المعجم الوسيط السابق ص/ ٥٠.

واثنان يختصان بالرجل وهما:

١- الجب[١].

٢- العنة[٢].

وفي معناهما الخصاء[٣].

وثلاثة تختص بالمرأة وهي:

١- الفتق[٤].

٢- القرن[٥].

٣- العفل[٦].

وقال القاضي أبو يعلى هى سبعة فجعل القرن والعفل شيئاً واحداً وهو الرتق أيضاً، وذلك لحم ينبت في الفرج.

وحكى نحوه عن أبي بكر الخلال، وذكره أصحاب الشافعي وقال الشافعي: القرن عظم في الفرج يمنع الوطء[٧].

وقال غيره: لايكون في الفرج عظم إنما هو لحم ينبت فيه[٨]؛ وحكى عن أبي حفص: أن

١- الجب: القطع يقال جبه جَبّاً وجبابا قطعه ومنه الحديث (إن الإسلام يجب ماقبله) أي يقطع ويمحو ماكان قبله من الكفر والذنوب ويقال جَبَّ الخصية، استأصلها، المعجم الوسيط: ج١/١٠٨ طبع ١٣٩٢هـ.

٢- العنة عجز الرجل عن الجماع لمرض يصيبه ويقال امرأة عنينة لا تشتهي الرجال. المعجم الوسيط ج٢/٦٥٦ طبع ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

٣- الخصاء: سل الخصيتين المعجم الوسيط ج١/١٠٨ طبع ١٩٧٢م.

٤- الفتق: تفتح جسمه فهو فتق... وهى فتقاء وعرفه أبو الخطاب من الحنابلة بأنه انخراق مابين مجرى البول ومجرى المني، المغني لابن قدامة ج٦/٦٥١ نشر مكتبة الجمهورية العربية القاهرة. والمعجم الوسيط ٢/٦٩٧.

٥- القرن: لحم ينبت في الفرج فيسده أو هو عظم ينبت في الفرج. المعجم الوسيط: ج٢/٨٥٨.

٦- العفل: شئ مدور يخرج من رحم المرأة والعفلاء، الضيقة الفرج من ورم يحدث بين مسلكيها المعجم. الوسيط: ج٢/٦٣٤ القاموس المحيط للفيروز آبادي ج٤/١٧ . ١٨ نشر الهيئة المصرية العامة للكتاب.

٧- المهذب لأبي اسحق الشيرازي ج٢/ ٥٠.

٨- المغني لابن قدامة ج٦/٦٥١.

العَفَل في الفرج كالرغوة يمنع لذة الوطء فعلى يكون هذا عيبا نامياً[1].

وقال أبو الخطاب[2]: الرتق أن يكون الفرج مسدوداً يعني أن يكون ملتصقاً لايدخل الذكر فيه.

والقرن والعفل: لحم ينبت في الفرج فيسده فهما في معنى الرتق إلا أنهما نوع آخر.

وذكرها أصحاب الشافعي سبعة أسقطوا منها الفتق ومنهم من جعلها ستة جعل القرن والعفل شيئاً واحداً[3].

٢)- أقوال العلماء في ثبوت الفرقة بالعيب:

اختلف العلماء إختلافا كبيراً في ثبوت حق الفرقة بالعيب وفيمن يثبت له. وفي العيوب التي يثبت بها وذلك على الوجه الآتي[4]:

(أ) ذهب عمر بن عبدالعزيز وإبراهيم النخعي والظاهرية إلى أنه لاخيار لأحد الزوجين إذا وجد بصاحبه عيباً سواء كان العيب موجودا قبل العقد أم حدث بعده لعدم الدليل الشرعي على ثبوت هذا الحق لأحدهما، هكذا قالوا ولاحجة فيما روى من آراء الصحابة لأن قول الصحابي ليس بحجة وخاصة فيما هو مجال للرأي وقد أيد الشوكاني رأيهم في كتابه «نيل الأوطار»[5].

(ب) ذهب الحنفية إلى أن الزوج لاحق له في الفسخ بعيب في المرأة استغناء بما له من حق الطلاق وسترا على المرأة وتجنباً للتشهير بها.

أما هي فلها حق التفريق بسبب الجب والخصاء والعنة بإتفاق بينهم[6]، وهو قول الشعبي ورواية عن علي رضي الله عنه لأنها عيوب تخل بالمقصود الأول من الزواج وهو التناسل ويؤيد هذا حديث أبي داود عن ابن عباس أنه قال: طلق[7] عبد يزيد أبو ركانة زوجته أم

١- المغني لابن قدامة ج٦/٦٥١.
٢- السابق.
٣- المهذب للشيرازي ج٢/ ٥٠ وما بعدها.
٤- المغني لابن قدامة ج٦/٦٥١ وما بعدها.
٥- نيل الأوطار للشوكاني. ج٥/١٥٧ باب مايذكر فيه رد المنكوحة بالعيب، طبع المكتبة التوفيقية والمحلي ج/ ١٠ ص/١١٥.
٦- الهداية: ج٢/٢٧ مطبعة الحلبي - القاهرة.
٧- سنن أبي داود ج٢ ح ر٢١٩٦ ص/٢٥٩.

ركانة ونكح امرأة من مُزَينة فجاءت النبيﷺ فأخذت شعرة من رأسها وقالت إن عبديزيد لايغني عني إلا كما تغني هذه الشعرة ففرّق بيني وبينه فأخذت النبيﷺ حمية ...الخ.

وفي الحديث قال النبيﷺ لعبد يزيد: طلقها، ففعل[1].

ويدل هذا الحديث على جواز مطالبة العنين بتطليق امرأته.

والأصل في مفارقة الزوج أن تكون بالطلاق وهو الراجح هنا، لأن الرسولﷺ إنما تصرف تصرف الزوج لا القاضي لعدم الخصومة.

كما أن للزوجة حق التفريق بسبب الجنون والجذام والبرص عند محمد لأنها أمراض تنتقل بالوراثة إلى الذرية ولا تكون معها المعيشة إلا بضرر بالغ.

وقد وافق الائمة الثلاثة محمدا في اثبات حق التفريق للمرأة بهذه العيوب الستة[2]، ثم زادوا عليه اثبات هذا الحق للزوج إذا وجد امرأته مجنونة أو مجذومة أو برصاء أو رتقاء[3] أو قرناء.

لأنها تمنع الإستمتاع المقصود بالنكاح[4].

وزاد كل من المالكية والحنابلة عيوباً أخرى يعدونها[5].

(ج) وقد روى عن الزهري وسعيد بن المسيب أن النكاح يرد من كل داء عضال ولم يفرقا بين الرجل والمرأة[6]. وكل ماتقدم كان على وجه الإجمال.

أما أقوال العلماء تفصيلا في التفريق بالعيوب فإليك بيانها:

١- ذهب داود وابن حزم ومن وافقهما إلي القول، بأنه لايفسخ النكاح بعيب ألبته غير أن ابن

١- سنن أبي داود ج٢ حديث رقم٢١٩٦ ص/٢٥٩.

٢- المغني لابن قدامة ج٦/٤٥١ وما بعدها - الفواكه الدواني ج٢/٦٩ ، ٧٠ مطبعة مصطفى الحلبي ويلاحظ أن للشافعي في الخصاء قولان. المهذب: ج٢/ ٥٠.

٣- الرُّتق: بالتحريك ـ مصدر قولك ـ رتقت المرأة رتقا وهى رتقاء بينة الرُّتق: التصق ختانها فهى لايستطاع جماعها والرتقاء: المرأة المنضمة الفرج التي لايكاد الذكر يجوز فرجها لشدة انضمامه لسان العرب لابن منظور الأفريقي ١٥٧٨/١٨ طبعة جديدة محققة ومشكولة شكلا كاملا، نشر دار المعارف بالقاهرة.

٤- المغنى ج٦/٦٥١ ومابعدها والفواكه الدواني: ج٢/ ٧٠.

٥- المرجعين السابقين.

٦- الفرقة بين الزوجين ص/١٢٢.

حزم ذهب إلى القول بأن الزوج إذ شرط السلامة من العيوب فوجد أي عيب كان فالنكاح باطل من أصله غير منعقد ولاخيار له فيه ولا إجازة ولانفقة ولاميراث لأن التي ادخلت عليه غير التي تزوج إذا السالمة غير المعيبة بلا شك[1].

٢- وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لايفسخ إلا بالجب والخصاء والعنة[2].

وذلك لأن الأصل عند الحنفية في عقد الزواج أنه غير قابل للفسخ ولا يدخله خيار عيب.

وإنما ثبت التفريق بالعيوب الثلاثة لأنها تخل بالمقصود الأول من الزواج وهو التناسل.

وزاد محمد صاحب أبي حنيفة ثلاثة أخرى هى الجنون، الجذام، البرص.

لأنه لاتمكن المعيشة معها إلا بضرر جسيم والتفريق بهذه العيوب عند الحنفية حق قاصر على المرأة فقط أما الرجل فليس له حق التفريق بالعيب لأن له سبيلا آخر وهو الطلاق الذي يملكه[3].

٣- وقال مالك والشافعي: يفسخ بالجنون والبرص والجذام والقرن والجب والعنة.

وزاد الإمام أحمد عليهما، أن تكون المرأة فتقاء منخرقة مابين السبيلين.

ولأصحابه في نتن الفرج والفم وانخراق مجرى البول والبواسير والناصور والاستحاضة واستطلاق البول والخصي وهو قطع البيضتين والسل وهو سل البيضتين... والعيب الذي بصاحبه مثله.

وفي العيب الحادث بعد العقد وجهان:

ذهب بعض أصحاب الشافعي إلى رد المرأة بكل عيب ترد به الجارية في البيع[4].

هذا وخيار الفرقة بالعيب يثبت لكل من الطرفين عند الائمة الثلاثة إذا وجد بصاحبه عيبا

١- المحلى لابن حزم ج١٠/ ١١٥ أحكام النفقات باب مايفسخ به النكاح بعد صحته ومالا يفسخ به ، وزاد المعاد ج٥/ ١٨٢ نشر مؤسسة الرسالة.

٢- الهداية ج٢/ ٢٧ مطبعة مصطفى الحلبي -القاهرة. الفتاوي الهندية لمجموعة من علماء الهند ج١/ ٢٧٣.

٣- الهداية ج٢/ ٢٧ والفتاوي الهندية ج١/ ٢٧٣.

٤- الفواكه الدواني ج٢/ ٧٠ والمغنى لابن قد امة ج٦/ ٦٥١ وما بعدها.

المهذب للشيرازي ج٢/ ٥٠ زاد المعاد ج٥/ ١٨٢ نشر مؤسسة الرسالة -بيروت. حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي لمتن أبي شجاع ج٢/ ١٢٠.

من العيوب التي تجيز التفريق.

وعند الحنفية لايثبت هذا الخيار إلا للمرأة إذا وجدت بزوجها عيبا من تلك العيوب التي يجيزون التفريق بها.

والفرقة بالعيب فسخ عند الشافعي وأحمد وطلاق بائن عند المالكية[1].

وقد أورد الإمام ابن القيم[2] بعض أدلة التفريق ومنها:

مافي مسند أحمد[3] من حديث يزيد بن كعب بن عجرة أن رسول اللهﷺ تزوج امرأة من بني غفار، فلما دخل عليها ووضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها[4]بياضا فانحاز عن الفراش ثم قال: «خذي عليك ثيابك» وفي رواية «والحقي بأهلك» ولم يأخذ مما آتاها شيئاً.

مافي الموطأ[5] عن عمر رضي الله عنه أنه قال أيما امرأة غُرَّ بها رجل بها جنون أو جذام أو برص فلها المهر بما أصاب منها وصداق الرجل على من غرّه.

وقال وكيع[6] عن سفيان الثوري عن يحي بن سعيد عن سعيد بن المسيب عن عمر قال: إذا تزوجها برصاء أو عمياء فدخل بها فلها الصداق ويرجع به على من غره.

وهذا يدل على أن عمر لم يذكر تلك العيوب المتقدمة على وجه الاختصاص والحصر دون ماعداها.

وجاء التفريق بالعنة عن عمر وعثمان وابن مسعود ومعاوية والحارث بن عبدالله والمغيرة ابن شعبة وسمرة بن جندب لكن عمر وابن مسعود والمغيرة أجّلوه سنة.

١- الهداية للمرغيناني ج٢/٢٧ وما بعدها طبعة مصطفى الحلبي. والفواكة الدواني للنفراوي ٢/ ٧٠.
المغني لابن قدامة ج٦/٦٥٤ نشر مكتبة الجمهورية العربية بالقاهرة. والمهذب للشيرازي ج٢/ ٥٠.

٢- زاد المعاد ج٥/١٨٢ وما بعدها نشر مؤسسة الرسالة - بيروت.

٣- مسند الإمام أحمد وبهامشة منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال ج٣/٤٩٣ دار الفكر سنن البيهقي ج٧/٢١٤ وفي سنده جميل بن زيد الطائي وهو متفق على ضعفه وقد تفرد بهذا الحديث واضطرب الرواة عنه لهذا الحديث في نظر الإمام أحمد. وزاد المعاد في الموضع السابق.

٤- الكشح: مابين الخاصرة إلى الضلع الخلفي. المعجم الوسيط: ج٢/ ٨٢٠ طبع ١٩٧٢م.

٥- موطأ الإمام مالك ج٢/٥٢٦ في النكاح باب ماجاء في الصداق والحباء وعبدالرزاق في المصنف رقم ١٠٦٧٩ والبيهقي ج٧/٢١٤ وزاد المعاد ج٥/١٨٤.

٦- زاد المعاد ج٥/١٨٤.

وعثمان ومعاوية وسمرة لم يؤجلوه.

والحارث بن عبدالله أجله عشرة أشهر[1].

وذكر سعيد بن منصور في سننه حدثنا هشيم انبأنا عبدالله بن عوف عن ابن سيرين أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث رجلا على بعض السعاية فتزوج امرأة وكان عقيما فقال له عمر: أعلمتها أنك عقيم؟ قال: لا، قال: فانطلق فأعلمها ثم خيّرها[2].

وأجل مجنونا سنة فإن أفاق وإلا فرّق بينه وبين امرأته[3].

المناقشة والترجيح

ناقش ابن القيم[4] الفقهاء القائلين بحصر العيوب في بعض دون بعض فقال:

الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ماهو أولى منها أو مساو لها لاوجه له فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو آحدهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهومناف للدين، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفا وقد قال عمر رضي الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لايولد له، أخبرها أنك عقيم، وخيرها مع أن هذا العيب شئ هين بالإضافة إلى بعض العيوب الأخرى ثم أبدى رأيه بقوله والقياس[5] أن كل عيب ينفر الزوج الأخر ولايحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار وهو أولى من البيع كما أن الشروط التي تشترط في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع وما ألزم الله سبحانه وتعالى ورسولهﷺ مغرورا قط ولا مغبونا بما غُرَّ[6] وغبن[7] به.

١- زاد المعاد ج٥/١٨١. والفواكه الدواني للنفراوي: ج٢/٦٦.

٢- سنن سعيد بن منصور ج٢/٥٥ باب ماجاء في العنين، طبع دار الكتب العلمية -بيروت -لبنان..

٣- زاد المعاد ج٥/١٨٢.

٤- أيضاً ج٥/١٨٢، ١٨٣.

٥- أيضاً ج٥/١٨٣ الطبعة السابقة.

٦- الهداية ج٢/٢٦ مطبعة الحلبي. المغني لابن قدامة ج٦/٦٥٤ نشر مكتبة الكليات الأزهرية.

٧- المهذب ج٢/٦٦ مطبعة الحلبي القاهرة وحاشية الباجوري ج٢/ ١٢٠، الفواكه الدواني ج٢/٦٦ مصطفي الحلبي.

ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة.

حق الفرقة بالعيب علي التراخي أم علي الفور؟

يرى الحنفية والحنابلة أن حق الفرقة يثبت على التراخي فلا يسقط بالسكوت لجواز أن يكون من باب التريث والرجاء والشفاء.

وإنما يسقط بما يدل على الرضا به صراحة أو دلالة بأن تقول رضيت أو أسقطت حقي أو تعقد عقد الزواج وهي عالمة بالعيب، أو تعلم به بعد ذلك فتمكن الزوج من نفسها واستثنى الحنابلة العنة فقالوا: لايسقط حق الفرقة بها بالتمكين لجواز أن يكون من باب التريث ورجاء الشفاء.

ويرى المالكية والشافعية والشيعة أن ثبوت هذا الحق فوري إذا سكت عنه صاحبه حتى مضى وقت كان يستطيع رفع الأمر فيه إلى القاضي ولم يرفعه عُدّ راضيا به وبه قال القاضي أبو يعلى من الحنابلة[1].

ومايبدو لي رجحانه في هذا المقام هو الرأي الأول لأنه ادعى إلى رفع الضرر بعد تريث وتدبر.

والله تعالى أعلم بالصواب.

رفع الأمر إلي القاضي

إذا وجد أحد الزوجين بصاحبه عيبا يبيح طلب الفرقة ولم يوفقا إلى صلح يرفع النزاع بينهما، رفع صاحب الحق أمره إلى القاضي طالبا التفريق بينه وبين صاحبه.

فإذا تبين القاضي صدق دعواه أجابه إلى طلبه وحكم بالفرقة إذا كان المدعى هو الزوج.

فإذا كانت المرأة هي المدعية عرض على الزوج أن يطلق فإن فعل وإلا فرق بينهما إذا لم تكن هناك حاجة إلى تأجيل الحكم بالفرقة.

تأجيل الحكم بالفرقة

إذا كان العيب لايرجى البرء منه حكم القاضي بالفرقة في الحال من غير تأجيل.

واذا كان يرجى البرء منه بعد زمن لايتجاوز عاما كان عليه أن يؤجل الحكم رجاء البرء

١- الفواكه الدواني ج٢/٦٦ مصطفى الحلبي. والمهذب للشيرازي ٢/٦٢ وحاشية الباجوري ٢/ ١٢٠ والمغني لابن قدامة ٦/٦٥٤.

وهو مبدأ يكاد يكون متفقا عليه غير أنهم اختلفوا فيما يوجب التأجيل من العيوب تبعا لاختلافهم في إمكان البرء وعدم امكانه.

فذهب المالكية[1] إلى أن الحكم بالفرقة يؤجل سنة في كل من الجنون والجذام والبرص رجاء البرء منها.

وللقاضي أن يؤجل المدة التي يراها في كل من الرتق والقرن إذا وجد البرء منهما مرجوا.

أما الجب والعنة والخصاء فلا تأجيل فيها عندهم لعدم رجاء البرء منها في نظرهم.

وذهب الشافعية والزيدية[2] إلى القول بالتأجيل سنة في العنة دون سواها.

وذهب الحنفية والحنابلة[3] إلى التأجيل في العنة والخصاء دون غيرهما قالوا لأن الوقوف على الحقيقة فيهما في الحال متعذر، فقد يكون عجز الرجل عن المباشرة طارئا يزول والأطباء كثيرا مايختلفون ولايقطعون برأي فكان التأجيل أوثق لبناء الفرقة على عيب مستحكم لاعلى سبب طارئ قد يكون سريع الزوال.

فإذا رفعت المرأة أمرها إلى القاضي وادعت أن زوجها عنين أو خصي وأنه لم يصل اليها سأله القاضي عن دعواها[4].

فإن أقربها أجله سنة ليتبين بمرور الفصول الأربعة. إذا كان عجزه عن المباشرة لعارض يزول أم لعيب مستحكم[5].

وإن أنكر دعواها وادعى الوصول إليها فإن كانت ثيبا من الأصل كان القول قوله مع يمينه، فإذا حلف سقط حقها وإن نكل عد مصدقا لها وأجل سنة.

وإن كانت بكرامن الأصل عين القاضي امرأتين يثق بهما للكشف عليها فإن وجدتاها ثيبا

١- الفواكه الدواني ٢/٦٦.

٢- المهذب ج٢/ ٥٠ ومابعدها وحاشية الشيخ أبراهيم الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي لمتن أبي شجاع ج٢/ ١٢٠.

٣- الهداية ج٢/٢٦ والمغني لابن قدامة ج٦/٦٦٨.

٤- الهداية في الموضع السابق والمغني في الموضع السابق.

٥- الهداية في الموضع السابق.

كان القول له بيمينه كما سبق وإن وجدتاها بكرا أجل سنة[1].

مايقع بهذا التفريق:

إذا طلق الزوج قبل أن يفرق القاضي فهو ككل طلاق يوقعه الزوج فيكون بائنا إذا كان قبل الدخول أو كان مكملا للثلاث ورجعيا إذا كان بعد الدخول وغير مكمل للثلاث، وإذا طلق بأمر القاضي فالظاهر أن يكون الطلاق بائنا تملك المرأة به أمر نفسها وإذا فرق القاضي وقع بتفريقه طلاق بائن عند الحنفية والمالكية قالوا لأن الزوج عجز عن الإمساك بمعروف فكان عليه أن يسرح بإحسان ولم يفعل فناب عنه القاضي.

وطلاق القاضي لايؤدي إلى الغرض المقصود منه وهو حماية المرأة من ظلم الزوج الا إذا كان بائنا.

وذهب الشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية إلى أن تفريق القاضي فسخ[2] لايعد من الطلاق الذي يملكه الزوج.

لأنه صاحب الحق الشرعي فيه كما قدمنا. فكل فرقة يوقعها غيره لاتعد عليه.

أما في القانون

والقانون رقم٢٥ (١٩٢٠م) في مادتيه التاسعة والعاشرة اقتبس من المذاهب الفقهية التي ترى التفريق بالعيب وبخاصة المذهب المالكي.

غير أنه في المادة التاسعة قصر التفريق على الزوجة ولم يحصر العيوب في عدد معين كما فعل جمهور الفقهاء، بل وضع للعيب الذي تطلب به المرأة التفريق ضابطا عاما وهو أن يكون مستحكما لايمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولايمكن للمرأة المقام مع الزوج الذي به هذا العيب إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص.

ويسقط حقها في طلب الفرقة إذا تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها به.

وكذلك قضى القانون في المادة العاشرة بأن الفرقة بالعيب طلاق بائن وفي المادة الحادية عشره قال: يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها.

١- الهداية في الموضع السابق والفرقة بين الزوجين ص/١٢٥-١٢٦.

٢- المهذب ج٢/ ٥٠ وما بعدها. المغني ج٦/ ٦٥١ وما بعدها.

وهذا هو نص المادة التاسعة من القانون المذكور:

للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لايمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولايمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به.

فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق.

وما مضى به القانون حسن ووجبه.

لأنه يكفل درء المفاسد ودفع الضرر ويحقق الرفق ورفع الحرج عن النساء إذ أنهن لايملكن المفارقة بالطلاق بخلاف الرجال.

المادة ١٠ الفرقة بالعيب طلاق بائن.

المادة ١١ يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها.

ومن هذا نرى أن القانون:

١)- أبقى حق الفرقة بالعيب للمرأة دون الرجل وكان من العدل أن يجعل له حق الفسخ بكل عيب دُلّس عليه فيه عند العقد حتى لايتخذ التدليس والخداع وسيلة للحصول على المال.

فأما العيوب الحادثة بعد العقد فيكفيه لدرء ضررها ما يملك من حق الطلاق.

وهذه الحالة هى التي تستحق المرأة فيها الستر عليها وعدم التشهير بها وهو مذهب المالكية كماسبق.

٢)- ذكر العيوب التي تبيح الفرقة بوصفها عيوبا مستحكمة لايمكن البرء منها أو يمكن بعد زمن طويل مع تضرر المرأة بها وسوى بين ماكان منها قبل العقد وماحدث بعده فوضع بهذا قاعدة تعتبر أساساً للتوسع في العيوب المبيحة للفرقة كما قال ابن القيم وإن خالفه في العيوب الحادثة بعد العقد ولكنه لم يحدد الزمن الطويل الذي يعتبر البرء من العيب فيه بعيداً وكان الأحسن أن يحدده بسنة بناء على المأثور في التأجيل حتى لايوقع القضاء في حيرة.

٣)- ذكر العيوب الثلاثة التي قال بها محمد ووافقه عليها الائمة الثلاثة كأمثلة لتلك القاعدة.

وإذا كان القانون قد أقر الفرقة بعيوب من غير مذهب الحنفية فكان الواجب عليه أن يبين حكم التأجيل في هذه العيوب وهل يطبق عليها مذهب الحنفية أم يطبق عليها مذهب غيرهم ولايترك القضاة حائرين بين هذه المذاهب.

٤)- أباح للقضاة الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء.

ومعنى هذا أن يسأل الطبيب عند مدى الضرر المتوقع من المرض وعن إمكان البرء منه وعدم إمكانه وعن المدة التي يمكن البرء فيها ولكنه لم يعين المدة الطويلة كما تقدم ولم يبين للقاضي مايبنيه على قرارات الطبيب المختلفة من الحكم بالفرقة في الحال أو بعد التأجيل وكان حريا به أن ينص على أن القاضي يؤجل الحكم سنة إذا قرر الطبيب إمكان البرء من المرض في أقل من سنة، ويفرق في الحال إذا قرر غير ذلك.

٥)- أبقى القانون الفرقة بالعيب كما كانت من قبل طلاقا بائنا وهو ماذهب إليه الحنفية والمالكية وقد علمت رجحان قول الشافعية والحنابلة بأنها فسخ لاينقص عدد الطلقات وبهذا تعرف أن هذا ملائم لمصلحة الأسرة.

وأما المنشور الشرعي السوداني رقم ٢٨ فقد نص في مادتين منه على مايأتي:

مادة ٢ تسمع المحاكم الدعوى بطلب الزوجة الفرقة من زوجها لعيب أو مرض مستحكم لايرجى برؤه أو يرجى بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص والسل سواء كان العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به المرأة. أم حدث بعد العقد ولم ترض به.

فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق به والفرقة التي يحكم بها القاضي بناء على هذا طلاق بائن.

مادة ٤ ترجع المحاكم في فهم حالة المريض وتقدير مرضه إلى رأي الأطباء.

وأما المنشور الشرعي رقم٤١ فقد نص في المادة الخامسة منه على أن الطلاق بالعنة يكون بائنا عملا بمذهب أبي حنيفة رضي الله عنه ومن هذا ترى أن ماورد في المنشور هو ماورد في القانون وما أورد على القانون وارد أيضا على المنشور بتعبير الشيخ علي حسب[1] الله غير

١- فرق الزواج ص/١٣١.

أن المنشور زاد كلمة «أو مرض» بعد كلمة «عيب» وزاد في أمثلة العيوب مرض «السل»[1] وليس في هذه الزيادة كبير فائدة.

ومعلوم أن العمل في المحاكم الشرعية المصرية والسودانية يكون بالمنصوص عليه في القوانين والمنشورات الشرعية وأن مالم ينص عليه فيها يعمل فيه بالراجح من مذهب الحنفية[2].

والله أعلم بالصواب.

* * *

١- السل: مرض يصيب الرئتين من الإنسان ويسمى في عرف الاطباء بالدرن الرئوي.

٢- راجع المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصرية الصادرة ١٩٣١م بعد تعديلات في اللائحة السابقة والمادة ٥٣ من لائحة ترتيب ونظام المحاكم الشرعية السودانية الصادرة ١٩١٥م.

الفصل الخامس

الفصل الخامس (التفريق بسبب الحبس)

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول:

تعريف الحبس وبيان أدلة مشروعيته وتفاوت العقوبة فيه.

المبحث الثاني:

أسباب الحبس وموجباته.

المبحث الثالث:

أقوال أهل العلم في التفريق لحبس الزوج.

ومما تتضرر به المرأة تعرض زوجها للحبس وذلك لبعده عنها وكلامي عن الحبس على مايلي:

المبحث الأول

تعريف الحبس لغة وإصطلاحا وأدلة مشروعيته وعقوبته

تعريف الحبس لغة:

حبسه حبْساً: منعه وأمسكه وسجنه والحبس المكان الذي يحبس فيه.

فالحبس: الامساك وهو ضد التخلية والحبس اسم الموضع[1].

أما في الشرع:

فالحبس هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في بيت أو مسجد أو كان بتوكل الخصم أو وكيله عليه وملازمته له[2].

أدلته مشروعية الحبس:

أما أدلة مشروعية الحبس إجمالا فبالكتاب والسنة والاجماع فأما الكتاب:

فقول الله عز وجل:

﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتّلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الإرض ﴾ (المائدة ٣٣).

وموضع الاستدلال في الآية:

قوله تعالى : ﴿ أو يُنفوا من الأرض ﴾ فإن المراد بالنفي الحبس[3].

١- لسان العرب لابن منظور الافريقي ج٦/٤٤.

٢- الطرق الحكمية لابن القيم ص/١٠٢ و المعجم الوسيط: ج١/١٥٨ طبع ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م.

٣- هذا علي رأي الحنفية فإن المراد بالنفى من الأرض عندهم الحبس والسجن لأن الشخص المحبوس يفارق بيته وأهله وعند غيرهم المراد بالنفي النفي إلى أرض أخرى غير الأرض التي وقع فيها الذنب ولكن ظاهر لفظ الآية يقتضى العموم فلا يتصور النفي على هذا المعنى إلا بالحبس والسجن، روح المعاني لمحمود الألوسي المتوفى: ١٢٧٠هـ ج٦/١١٩ دار الطباعة المنيرية القاهرة والجامع لأحكام القرآن لمحمد ابن أحمد الأنصاري القرطبي المتوفى: ٦٧١هـ ج٣/٢١٤٩ . ٢١٥٠، مطبعة دار الشعب بالقاهرة.

وأما السنة:

فما رواه الترمذي وغيره عن بهز[1] بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبيﷺ حبس رجلا في تهمة ثم خلى عنه[2].

وفي لفظ البيهقي: حبس رجلا في تهمة ساعة من نهار[3].

وقال الحاكم: إن ذلك للاستظهار والاحتياط[4].

وأما الإجماع:

فاجمعت الأمة على مشروعية الحبس في جملته سداً للشر وقطعا لدابر الفساد[5].

تفاوت العقوبة بالحبس:

لاشك أن الحبس نوع من العقوبات أيا كان شكله[6] وتختلف عقوبة الحبس من حيث الشدة وعدمها باختلاف مدة الحبس وموضعه ووسائل التنكيل بالمحبوس.

وقد تبلغ العقوبة بالحبس إلى حد المقارنة بالعذاب الأليم كما في قول الله عز وجل في شأن امرأة العزيز ﴿ قالت ماجزاء من أراد بأهلك سوءاً إلا أن يسجن أو عذاب أليم ﴾(يوسف ٢٥).

١- بهز بن حكيم بن معاوية القشيري أبو عبدالملك البصري وثقه ابن معين وابن المديني والنسائي توفى بعد ١٤٠هـ خلاصة التهذيب لصفي الدين أحمد بن عبدالله الخزرجي الأنصاري ص/٥٣ مكتب المطبوعات الإسلامية الطبعة الثانية ١٣٩١هـ-١٩٧١م.

٢- جامع الترمذي ج٢/٤٣٥ لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة المتوفى: ٢٧٩هـ نشر دار الفكر للطباعة والنشر ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م وقال عنه الترمذي: حديث بهز عن أبيه عن جده حديث حسن أ.هـ، وسنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني المتوفى: ٢٧٥هـ ج٢/٢٨٢ مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة الطبعة الأولى والمصنف لعبد الرزاق بن همام الصنعاني المتوفى ٢١١هـ ج٨/٣٠٦ نشر المكتب الإسلامي بيروت الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م وقال على بن المديني فيما نقل عنه حديث بهز عن أبيه عن جده صحيح الطرق الحكمية لابن القيم ص/١٠٢.

٣- السنن الكبرى للبيهقي المتوفى: ٤٥٨هـ ج٦/٥٣ مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدرآباد الدكن بالهند.

٤- المستدرك على الصحيحين لأبي عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري المتوفى: ٤٠٥هـ ج٤/١٠٢ مطابع النصر الحديثة بالرياض، وقال الحاكم: وهذا حديث صحيح الاسناد.

٥- الطرق الحكمية ص/١٠٤ والبحر الرائق لابن نجيم ج٦/٣٠٧ نشر دار المعرفة.

٦- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لمحمد بن قيم الجوزية المتوفى: ٥٧١ ص/٦٤.

وإلى حد الوعيد بأشد تنكيل كما في وعيد فرعون لموسى عليه السلام في قول الله عز وجل:

﴿ قال لئن اتخذت إلهاً غيرى لأجعلنّكَ من المسجونين ﴾(الشعراء ٣٩).

قال بعض العلماء قد عد يوسف عليه السلام الانطلاق من السجن احسانا إليه في قول الله تعالى: ﴿ وقد أحسن بى إذ أخرجني من السجن ﴾(يوسف١٠٠).

ولا شك أن السجن الطويل عذاب[1].

وقد يكون السجن نعمة على المسجون «وإن كان عقوبة» إذا كان فيه خلاص من فعل منكر كما في قوله تعالى في شأن يوسف عليه السلام: ﴿ قال رب السجن أحب إلي مما يدعوننى إليه وإلا تصرف عنى كيدهن أصب اليهن وأكن من الجاهلين ﴾(يوسف٣٣).

وقد دخله النبي الكريم يوسف عليه الصلاة والسلام حماية لدينه وصيانة لعرضه قال تعالى: ﴿ فلبث فى السجن بضع سنين ﴾(يوسف٤٢).

١- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام للعلامة إبراهيم بن علي بن فرحون المالكي المدني المتوفى: ٧٩٩هـ مطبوع بهامش فتح العلى المالك ج٢/ ٣١٥.

المبحث الثاني

أسباب الحبس وموجباته:

الواقع أن أسباب الحبس وموجباته كثيرة ويمكن إجمالها في أمورثلاثة:

١- الحبس بالدين: من مبادئ الشريعة الإسلامية السمحة الرفق بالمدين وإنظاره من العسر إلى اليسر على ما في قول الله عز وجل:

﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلي ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون ﴾[١].

وقد ورد في الأحاديث المروية مايدل على جواز المطالبة بالدين ووجوب القضاء وكيفية الحبس ومتى يجوز منها:

مارواه البخاري بسنده عن همام بن منبه أنه سمع أبا هريرة رضي الله عنه يقول قال رسول اللهﷺ: « مطل الغني ظلم »[٢] ويذكر عن النبيﷺ:

« ليُّ الواجد يحل عقوبته وعرضه »[٣].

قال سفيان الثوري[٤] عرضه يقول مطلني وعقوبته الحبس[٥].

وروي أبو داود بسنده عن هرماس بن حبيب[٦] رجل من البادية، عن أبيه عن جده قال

١- سورة البقرة الآية/ ٢٨٠.

٢- سنن أبي داود كتاب البيوع باب في المطل ح - ر ٣٣٤٥ ص/٢٤٧ نشر دار إحياء السنة النبوية.

٣- صحيح البخاري ج٣/١٤٧ متوفى: ٢٥٦هـ مطبعة محمد علي صبيح الأزهر-القاهرة، سنن أبي داود ٢/٢٨٢ وسنن ابن ماجة ج٢/٨١١ مطبعة عيسى الحلبي-القاهرة وسنن البيهقي ج٦/٥١ .

٤- هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري أبو عبدالله أحد الأئمة الأعلام: قال الخطيب: كان الثوري علما من أعلام الدين مجمعا على امامته توفى: ١٦١هـ ومولده سنة٧٧ الكمال في أسماء الرجال لصفي الدين أحمد بن عبدالله الخزرجي الأنصاري ص/١٤٥ نشر مكتب المطبوعات الإسلامية حلب سوريا الطبعة الثانية ١٣٩١هـ ١٩٧١م.

٥- صحيح البخاري ج٣/١٤٧.

٦- هرماس بن حبيب التميمي العنبري قال أحمد وابن معين لانعرفه وقال أبو حاتم: شيخ اعرابي لم يرو عنه غير النضر ولايعرف أبوه ولاجده، تهذيب التهذيب لشهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى: ٨٥٢هـ ج١١/٢٧ مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية بالهند.

أتيت النبيﷺ بغريم فقال لي «إلزمه» ثم قال لي «يا أخا بني تميم، ماتريد أن تفعل بأسيرك»[1].

وفي رواية ابن ماجه ثم مربي في آخر النهار فقال: «مافعل أسيرك ياأخا بني تميم»[2].

فمن هذه الروايات يظهر جواز المطالبة بالدين كما أنها تدل على حرمة المماطلة، وعلى وجوب قضاء الدين. وتشير بظاهرها إلى أن الحبس كان في زمن النبيﷺ عبارة عن الملازمة وأنه لايعدو عن الحبس في المسجد كما ذكره بعض العلماء[3].

أما مذهب الفقهاء في الحبس بالدين:

فجملة القول أنه لايجوز حبس المديون وإنما يؤمر بالوفاء فإن امتنع وكان له مال فعلى الحاكم استيفاء الدين من ماله للدائن فإن امتنع على الحاكم بأن ظهر منه المماطلة حبس حتى يوفى[4].

وذلك لأنه من المقرر في الشريعة الإسلامية أن المدين يحبس حتى يؤدي ماعليه إن كان امتناعه عن مقدرة أو يتبين عسره إن كان غير ظاهر العسرة ولقد بقى ذلك نافذا في ديون النفقة في مصر دون سائر الديون.

ولا يحبسه القاضي إذا كان ظاهر العسر أو عاجزا عن أداء ماتطلب أداءه أو ماحبسه لأجله لأن الحبس لظلم الامتناع مع القدرة وقد ظهر عذره فلا يحبس[5].

وخلاصة القول في هذا أن القاضي لايأمر بالحبس إلا بشرطين.

أحدهما: أن تقدر النفقة وتمضى مدة لاينفق فيها حتى يتكون دين.

ثانيهما: أن يثبت أن الزوج قادر على اعطائها تلك النفقة.

أو تكون هناك مظنة القدرة على ذلك كما يفهم من المبسوط للسرخسي[6] وغيره.

١- سنن ابي داود ج٢/٢٨٢ والسنن الكبرى للبيهقي ج٦/٥٣.

٢- سنن ابن ماجه ج٢/٨١١.

٣- الطرق الحكمية ١٠٢-١٠٣ وشرح أدب القاضي لأبي محمد حسام الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة المعروف بالصدر الشهيد المتوفى: ٥٣٦هـ ج٢/٣٤٤ ومابعدها مطبعة الارشاد بغداد ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.

٤- شرح ادب القاضي السابق ص/٣٥٢ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج٢/٣١٩.

٥- الأحوال الشخصية للإمام أبي زهرة ص/ ٢٦٠ نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية -كراتشي.

٦- المبسوط لشمس الأئمة للسرخسي ١٨٨/٥ طبع ادارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي باكستان. والأحوال الشخصية للإمام أبي زهرة في الموضع السابق.

وليس للحبس مدة مقررة ثابتة، لأن الحبس لحمله على الأداء وإكراهه عليه، وذلك يختلف باختلاف الناس وتقدير المدة يرجع إلى القاضي على حسب ماهو مقرر في الفقه الحنفي[1] فقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن أقصى مدة الحبس شهر وروى عنه أن أقصاها ستة أشهر وقد جعل القانون أقصاها شهرا.

والقضاة في مصر لايحبسون أكثر من شهر في دين النفقة وذلك كنص القانون٧٨ سنة١٩٣١م في المادة ٢٤٧ ونصها:

« إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم أو التي بدائرتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ولم يؤد حكمت بحبسه، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوماً.

أما إذا أدى المحكوم عليه ماحكم به أو أحضر كفيلا فإنه يخلى سبيله وهذا لايمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية»، ويرشد نص هذه المادة إلى أن الحبس ينتهي بأحد أمور ثلاثة:

١) إما بإنتهاء المدة.

٢) إما باداء المطلوب أداؤه الذي تثبت قدرته على ادائه.

٣) وإما بإحضار كفيل ترضاه.

والحبس لايمنع من بيع ماله الظاهر جبراً عنه، كما تقدم، وأخذ بدل النفقة منه.

وعند تمام ذلك لابد أن يفرج عنه، لأنه قد سقط الدين بأدائه فلم تكن هناك حاجة إلى الحبس بل لقد زال سببه فيزول.

وفى هذا يقول ابن القيم:[2]

والذي يدل عليه الكتاب والسنة وقواعد الشرع، أنه لايحبس إلا أن يظهر بقرينة أنه قادر مما طل سواء كان دينه عن عوض أو عن غير عوض وسواء لزمه باختياره أو بغير اختياره فإن الحبس عقوبة، والعقوبة إنما تسوغ بعد تحقق سببها وهى من جنس الحدود، فلا يجوز إيقاعها بالشبهة، بل يتثبت الحاكم ويتأمل حال الخصم ويسأل عنه، فإن تبين له مطله وظلمه ضربه إلى أن يوفي أو يحبسه.

١- الأحوال الشخصية السابق نفس الصفحة.

٢-.الطرق الحكمية لابن القيم ص/٦٣-٦٤ مطبعة انصار السنة المحمدية بالقاهرة. ١٣٧٢هـ-١٩٥٣م.

٢) الحبس بالتهم:

كارتكاب الجنايات والمحرمات مثل القتل وقطع الطريق والسرقة فإن كان المتهم فيها من أهل الفجور، بأن ثبتت عليه الجناية فإنه يحبس لاستيفاء القصاص أو لإقامة الحد أو تعزيرا له بحسب مايقتضيه الحكم في الجناية[١] وإن كان المتهم فيها مجهول الحال لا يعرف ببر ولا فجور فهذا يحبس حتى ينكشف حاله عند عامة علماء الإسلام[٢] كما ورد في حديث بهز المتقدم.

٣) الحبس للتعزير:

تختلف مدة الحبس في التعزير بإختلاف أسبابه وموجباته ولذا فلا يمكن تقديره.

قال ابن فرحون في «تبصرة الحكام» فحبس التعزير راجع إلى اجتهاد الحاكم بقدر مايرى أنه «ينزجر به»[٣].

وقد يحكم بالحبس للشخص الذي كثر اذاه للناس حتى الموت تعزيرا له إذا لم يرتدع بغيره من وسائل التعزير[٤].

هذه هى الأمور الاجمالية الثلاثة في أسباب الحبس وموجباته إلا أنه ينبغي أن يعلم، أن الحبس انما هو في الغالب وسيلة مؤقتة لتأديب المحبوس أو استكشاف حاله ضماناً لاستيفاء الحق منه، إلا أن الحبس قد يكون ظلما للمحبوس ومنافيا للعدالة إذا استمر المحبوس في السجن بعد انتهاء السبب والموجب.

ولذا نص الفقهاء رحمهم الله تعالى على أن أول ماينظر فيه القاضي أمر المحبسين وقالوا: إن طريقه طلب ديوان الحكم ممن كان قاضيا قبله ففيها ذكر المحبسين فإذا حضرت بين يديه تصفحها واستعلم أحوالهم منها[٥].

١- شرح ادب القاضي لأبي محمد حسام الدين محمد بن عبدالعزيز بن مازة المعروف بالصدر الشهيد ج٢/٣٤٤ وهذا الكتاب شرح لكتاب أدب القاضي للإمام الخصاف وتبصرة الحكام ج٢/٣١٨ والطرق الحكمية ١٠٣-١٠٤.

٢- الطرق الحكمية ص/١٠١.

٣- تبصرة الحكام ج٢/٣٢٩.

٤- حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلى لمنهاج الطالبين شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي المتوفى ١٠٦٩هـ مطبوع مع حاشية عميرة ج٤/٢٠٥.

٥- ادب القضاة لقاضي القضاة شهاب الدين أبي اسحق إبراهيم بن عبدالله المعروف بابن أبي الدم الحموي الشافعي المتوفى ٦٤٢هـ ص/٧٢ نشر مجمع اللغة العربية بدمشق وشرح أدب القاضي لأبي محمد حسام الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة ج٢/٣٦٦.

المبحث الثالث

التفريق لحبس الزوج:

ومما يدخل في هذا الباب عند مالك وأحمد التفريق لحبس الزوج.

لأن حبسه يوقع بالزوجة الضرر لبعده عنها فإذا صدر الحكم بالحبس لمدة ثلاث سنوات أو أكثر وكان الحكم نهائيا ونفذ على الزوج ومضت سنة فأكثر من تاريخ تنفيذه فللزوجة أن تطلب من القاضي الطلاق لوقوع الضرر بها بسبب بعده عنها.

فإذا ثبت ذلك طلقها القاضي طلقة بائنه عند مالك، ويعتبر ذلك فسخا عند أحمد[1].

مادة ١٤:

لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيده للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب من القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

والله أعلم بالصواب.

* * *

١- القوانين الفقهية لابن جزى ص/٢٢٨ نشر دار الكتاب العربي - بيروت وفقه السنة ج٢/ ٢٥١ نشر مؤسسة جمال -بيروت.

الفصل السادس

التفريق لسوء العشرة

وفيه خمية مباحث:

المبحث الأول: أقوال أهل العلم في حق الحكمين في التفريق وما يقع بتفريقهما

المبحث الثاني: الإيلاء

المبحث الثالث: طبيعة الفرقة بالإيلاء

المبحث الرابع: الظهار

المبحث الخامس: اللعان

التعريف لسوء العشرة

سوء العشرة مضارة الزوج فيه متعددة النواحي كثيرة الأسباب من ذلك:

- ضربه إياها ضرباً مبرّحاً.
- شتمها.
- وإكراهها على ماحرم الله.
- هجرها لغير التأديب.

فإذا بلغت المضارة حداً حمل المرأة على طلب الفرقة فماذا يكون؟:

قال الله عز وجل:

﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا ﴾[1].

فأمر سبحانه وتعالى المؤمنين أن يبعثوا عند خوف الشقاق بين الزوجين، حكما من أهله وحكما من أهلها لتعرف أسباب النزاع وإحلال الوفاق محل الشقاق.

١- سورة النساء الآية/ ٣٥.

المبحث الأول

أقوال أهل العلم في حق الحكمين في التفريق وما يقع بتفريقها:

اختلفت كلمة الفقهاء في حق الحكمين في التفريق بين الزوجين وهل هما وكيلان أم هما حاكمان، فكانوا في ذلك على قولين[1].

القول الأول: أنهما وكيلان.

وهو قول أبي حنيفة والشافعي في قول وأحمد في رواية لأن الله تعالى بين في الآية مهمة الحكمين وهي محاولة الاصلاح بين الزوجين ولم يثبت أن لهما حق التفريق لابكتاب ولا بسنة فيبقى هذا الحق على الأصل للزوج وحده إلا إذا وكلها به.

القول الثاني:

أنهما حاكمان:

وهذا قول أهل المدينة ومالك وأحمد في الرواية الأخرى والشافعي في القول الآخر:

وانتصر العلامة ابن القيم لهذا القول وقال: وهذا هو الصحيح[2].

والعجب كل العجب ممن يقول: « هما وكيلان لاحاكمان والله تعالى قد نصبهما حاكمين وجعل نصبهما إلى غير الزوجين ولو كانا وكيلين لقال فليبعث وكيلا من أهله ولتبعث وكيلا من أهلها ».

بيان الراجح :

والراجح ماقال به أصحاب القول الثاني من اعتبار الحكمين حاكمين لما يأتي[3]:

أولا: أنهما لو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من أهلهما.

١- زاد المعاد ج٥/١٨٩، ١٩٠.

٢- زاد المعاد ج٥/١٨٩، ١٩٠ والفرقة بين الزوجين ص/١٥٠.

٣- زاد المعاد ج٥/١٨٩، ١٩٠.

ثانيا: أن الله عز وجل جعل الحكم إليهما فقال: ﴿ إن يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ﴾.

والوكيلان لا إرادة لهما إنما يتصرفان بإرادة موكلهما.

ثالثا: أن الوكيل لايسمى حكما في لغة القرآن ولا في لسان الشرع ولا في العرف العام ولا في العرف الخاص.

رابعا: أن الحكم من له ولاية الحكم والإلزام وليس للوكيل شئ من ذلك.

خامسا: أن عثمان رضي الله عنه بعث عبدالله بن عباس ومعاوية رضي الله عنهما حكمين بين عقيل بن أبي طالب وامرأته فاطمة بنت عتيبه بن ربيعة فقيل لهما:

إن رأيتما أن تفرقا فرقتما »[1].

سادسا: أنه صح عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال للحكمين بين الزوجين: «عليكما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما »[2].

فهذا عثمان وعلي وابن عباس ومعاوية جعلوا الحكم إلى الحكمين ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة وإنما يعرف الخلاف بين التابعين ومن بعدهم.

مايقع بتفريق الحكمين:

يقع بتفريقهما طلاق بائن سواء أكان بعوض أم بغير عوض ومايبدو لى رجحانه في هذا المقام أن الحكمين إذا لم يوفقا في الإصلاح بين الزوجين ووجدا أنه لامفر من الفرقة بغير عوض فعليهما أن يطلبا من الزوج أن يطلق أما إذا رأيا الفرقة بعوض فعليهما أن يطلبا من الزوجين المخالعة بالعوض، الذي يراه الحكمان أو يتفق عليه الزوجان، فإذا تم ماأرادا في الحالتين فبها ونعمت وإلا رفعا الأمر إلي القاضي برأيهما مع بيان أسبابه ولايفرقان بين الزوجين وتسميتهما حكمين لاتقتضى ثبوت حق التفريق لهما بل هما حكمين في أي الزوجين هو المسئ وفيما ينبغي أن يرفع به النزاع من فرقة بعوض أو بغير عوض.

١- أخرجه عبدالرزاق في المصنف ١١٨٨٥ والطبري ج٥/ ٤٥ ورجاله ثقات.

٢- أخرجه الشافعي في المسند ج٢/ ٣٦٢ وفي «الأم» ج٥/ ١٧٧. والطبري ٩٤٠٧ وعبدالرزاق في المصنف ١١٨٨٣ وسنن البيهقي ٧/ ٣٠٥-٣٠٦ واسناده صحيح.

وعلى القاضي أن يعمل برأيهما على أن يكون تفريقه فسخا لاطلاقا سواء أكان بعوض يقدره أو بغير عوض.

القانون:

كان المعمول به في مصر مذهب الحنفية، لاتفريق لسبب إساءة أحد الزوجين إلى الآخر حتى صدر القانون رقم ٢٥ (١٩٢٩م) فنص في ست مواد منه على مايأتي:

المادة ٦: إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق.

حينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما.

فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد ٧. ٨. ٩. ١٠. ١١.

المادة ٧: يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن امكن وإلا من غيرهم ممن له خبره بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما.

المادة٨: على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الاصلاح بينهما فإن توصلا إلى طريقة معينة قرراها.

المادة٩: إذا عجز الحكمان عن الاصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما وجهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة.

المادة١٠: إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضي بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف حكم بينهما.

المادة١١: على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه.

أما في السودان، فقد صدر المنشور الشرعي رقم ١٧ (١٩١٥م) بعد صدور اللائحة فنص في مادتين منه على مايلي:

مادة ١٤: إذا اشتكت المرأة تكرار الضرر من زوجها بضرب أو سب أو غير ذلك مما لايستطاع معه دوام العشرة عادة لأمثالهما ولا يجيزه الشرع وثبت ذلك على الزوج ببينة (هى رجلان) أو اعتراف منه وطلبت الطلاق لذلك أجابها القاضي إليه وطلقها طلقة بائنه تملك بها أمر نفسها.

مادة ١٥: إذا تشاق الزوجان وتعددت شكوى المرأة من اضرار الزوج بها بدون حق شرعي ولم تستطع اثبات ذلك بعث القاضي حكمين واحدا من أهله وواحدا من أهلها إن أمكن والأفضل أن يكونا جارين.

فإن لم يمكن ذلك بعث أجنبيين ويشترط أن يكون الحكمان عدلين عالمين بأحكام المنشور فإن لم يكونا عالمين علمهما القاضي ذلك.

ويبدأ الحكمان بمحاولة الصلح بين الزوجين فإن وفقا رفعا الأمر إلى القاضي ليقر مااتفقا عليه ويأمر الزوجين بحسن العشرة.

وإن تعذر الاصلاح فإن كانت الإساءة من الزوج طلقها عليه طلقة بائنة بلا مال.

وإن كانت من المرأة ورغب الزوج في الفراق أو رأي الحكمان أن حالهما لايصلح إلا بالفرقة طلقا عليه بالعوض الذي يريان الزام المرأة به وإن كانت الإساءة منهما أو جهل الحال طلقا عليه بلا مال طلقة بائنه ورفعا قرارهما إلى القاضي لتنفيذه.

ويرشد ماتقدم:

١) إلى أن الأحكام المعمول بها في كل من القانون والمنشور مأخوذة كلها من مذهب مالك رضي الله عنه مع ملاحظة الآتي:

١- اتفق القانون والمنشور على أن القاضي لايبعث الحكمين إلا إذا عجزت المرأة عن إثبات دعواها للضرر فرفضت دعواها وكررت الشكوى وتكرر عجزها عن إثباتها.

٢- القانون والمنشور كلاهما اشترطا أن يكون الضرر مما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما فأسقطا اعتبار الضرر اليسير الذي لاتخلو منه حياة زوجية وبهذا ضاقت دائرة التفريق للضرر.

٣- بنى القانون قرار الحكمين التفريق على الإساءة إذا كانت من الزوجين معا أو من الزوج وحده أو جهل مصدرها وأهمل الإساءة إذا كانت من المرأة وحدها.

وقيل في المذكرة الايضاحية تعليلا لذلك:

« لئلا يكون اعتبارها داعيا إلى إغراء المرأة المشاكسة لفصم عروة الزوجية بلا مبرر ».

وناقش المرحوم الشيخ علي حسب الله هذا الاستدلال بقوله[1]: وهذا غير صحيح في نظرنا.

لأن المرأة المشاكسة لاتنقطع عن المشاكسة مادامت تعلم أن الزوج سيضطر بسببها إلى تطليقها من غير عوض وكان من العدل أن يطبق في هذه الحالة مذهب مالك أيضا فيجعل للحكمين حق التفريق بالخلع لتعويض الزوج عما أنفق كما فعل النبيﷺ مع امرأة ثابت بن قيس[2] حتى لايتخذ النساء مضارة الأزواج وسيلة إلى مفارقتهم بالطلاق من غير عوض ولم يغفل المنشور هذه الناحية فجعل للحكمين في هذه الحالة أن يفرقا بينهما بالعوض الذي يريان إلزام المرأة به.

٤- نص القانون على وجوب التفريق بطلقة بائنة إذا كانت الإساءة منهما أو جهل الحال وسكت عن البدل ونص المنشور على ذلك وقرر أن يكون الطلاق بغير بدل وكان الواجب أن يؤخذ في كل منهما بمذهب مالك من جواز التفريق بالبدل المناسب إذا تساويا في الإساءة أو كانت المرأة أكثر إساءة.

٥- جعل المنشور حق التفريق للحكمين وجعله القانون للقاضي بناء على اقتراحهما وهذا هو الراجح لو جاهته[3].

١- الفرقة بين الزوجين ص/١٥٦.

٢- في صحيح البخاري عن ابن عباس رضي الله عنه أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبيﷺ فقالت: يارسول الله ثابت بن قيس ماأعيب عليه في خلق ولادين ولكن أكره الكفر في الإسلام. فقال: رسول اللهﷺ « تردين عليه حديقته» قالت: نعم، قال رسول اللهﷺ «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة، أخرجه البخاري ج٩/٣٤٨ . ٣٥٠ في الطلاق باب الخلع وقولها أكره الكفر في الإسلام أي أكره إن أقمت عنده أن اقع فيما يقتضى الكفر وقال الطيبي: المعنى أخاف على نفسي في الإسلام ماينافي حكمه من نشوز وغيره مما يتوقع من الشابة الجميلة المبغضة لزوجها إذا كان بالضد منها فأطلقت على ماينافي مقتضى الإسلام الكفر. زاد المعاد ج٥/١٩٢ هامش١.

٣- الفرقة بين الزوجين ص/ ١٥٠.

المبحث الثاني

الإيـــلاء:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في تعريف الإيلاء وحكمة مشروعيته.

المطلب الثاني: مدة الإيلاء ومضى المدة يكون طلاقا أو لا؟

وإذا كنا نتكلم عن التفريق لسوء العشرة والإساءة فالإيلاء نوع من الإساءة إلى المرأة وسوء معاشرتها كان شائعا في الجاهلية وفي صدر الإسلام فنزل حكمه: ﴿ **للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم** ﴾[1].

المطلب الأول:

تعريف الإيلاء وحكمة مشروعيته:

الإيلاء في اللغة:

الامتناع باليمين[2] يقال آلي إيلاء أقسم وخص في عرف الشرع[3] بالامتناع باليمين من وطء الزوجة ولهذا عُدّى فعله بأداة «من» تضمينا له معنى «يمتنعون» من نسائهم وهو أحسن من إقامة «من» مقام «على» وجعل سبحانه للأزواج مدة أربعة أشهر يمتنعون فيها من وطء نسائهم بالإيلاء.

فإذا مضت فإما أن يفئ وإما أن يطلق.

ومن هذا نعلم أن حقيقة الإيلاء في اللغة: مطلق الامتناع ثم استعمل فيما كان الامتناع منه بيمين.

١- سورة البقرة الآيتان/ ٢٢٦ و٢٢٧.

٢- المعجم الوسيط ج١/٢٦ طبعة ١٩٧٢م.

٣- زاد المعاد ج٥/٣٤٤ نشر مؤسسة الرسالة -بيروت.

الإيلاء في الاصطلاح:

عرفه الحنفية بقولهم:

هو عبارة عن اليمين على ترك الجماع[1] ويرشد هذا التعريف إلى أن الإيلاء في الشرع لايخرج عن كونه عبارة عن الامتناع باليمين من وطء الزوجة[2] مدة الأربعة الأشهر فصاعدا.

ومفهوم هذا أنه لو حلف الا يقربها مدة شهرين أو ثلاثة لم يعد ذلك إيلاء بل يكون يمينا كغيره من الأيمان التي يجب التكفير عنها.

فالله سبحانه تعالى جعل للأزواج مدة أربعة أشهر يمتنعون فيها من وطء نسائهم بالإيلاء.

فإذا مضت فإما أن يفئ والفئ إلى الزوجة يكون بقربانها[3].

وإما أن يطلق[4].

المطلب الثاني:

مدة الإيلاء ومُضيّ المدة يكون طلاقا أو لا؟

اختلفت كلمة الفقهاء في مدة الإيلاء[5].

١- الجمهور والحنفية: إنه لابد أن يكون أكثر من أربعة أشهر.

٢- وقال الحسن والآخرون بأنه ينعقد بقليل الزمان وكثيره لقوله تعالى: ﴿ يؤلون من نسائهم ﴾.

ورد بأنه[6] لا دليل في الآية إذ قد قدر الله المدة فيها بقوله تعالى: ﴿ أربعة أشهر ﴾ فالأربعة قد جعلها الله تعالى مدة الإمهال وهى كأجل الدين لأنه تعالى قال: ﴿ فإن فاءوا ﴾ بفاء

١- بدائع الصنائع للكاساني ج٣/١٦١ نشر دار الكتاب العربي-بيروت.

٢- على ماهو مذكور في آية الإيلاء.

٣- زاد المعاد في هدي خير العباد: لابن القيم المتوفى: ٥٧١هـ ج٥/٣٤٤ نشر مؤسسة الرسالة - بيروت.

٤- الأحوال الشخصية للشيخ: أبي زهرة ص/٣٦٦ نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي باكستان.

٥- سبل السلام: ج٣/١١٠٣ وزاد المعاد ج٥/٣٤٥ نشر مؤسسة الرسالة -بيروت، القوانين الفقهية ص/٢٤٠.

٦- سبل السلام: ج٣/١١٠٣.

التعقيب وهو بعد الأربعة، فلو كانت المدة أربعة أو أقل لكانت قد انقضت المدة، فلا يطالب بعدها والتعقيب للمدة لا للإيلاء لبُعْده.

وبهذا الرد لايمكنني إلا القول برجحان مذهب الجمهور لو جاهته واتساقه مع آية الإيلاء.

مضى المدة أيكون طلاقا أو لا ؟:

ذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أنه لايقع الطلاق بمجرد انتهاء المدة بل يتوقف، فإما طلق وإما رفعت الأمر إلى القضاء فحكم القاضي بالطلاق، والطلاق الذي يقع يكون رجعيا عند هؤلاء العلماء رحمهم الله تعالى حتى يكون من الشارع مايدل على أنه بائن[1].

ومالك[2] رضي الله عنه لايعتبر الرجعة تامة إلا إذا حصل دُخول فعلا لأن التفريق كان لسبب وهو الامتناع فإذا أراد أن يزيل التفريق فلا بد أن يزيل سببه وهو الامتناع الظالم لها الذي بعث إليه الكيد والأذى.

وذهب[3] الإمام أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى القول بأن التفريق يتم بمجرد مضي أربعة أشهر من غير أن يقربها لأن الآية الكريمة تدعو إلى الفئ في المدة فإن لم يفئ إلى زوجته في المدة فقد عزم الطلاق فيعتبر مطلقا طلاقا بائنا بمجرد انتهائها من غير فئ.

لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما وعدة من الصحابة رضي الله عنهم أن عزم الطلاق ترك الفئ إليها أربعة أشهر فقد جعل ترك الفئ أربعة أشهر شرط وقوع الطلاق في الإيلاء.

وروى عن مالك رحمه الله: وقوع الطلاق بمجرد وقوع الأجل المضروب وهو الأربعة الأشهر للحرو والشهران للعبد.

قال الجمهور[4]: والدليل على أنه لايكون بمضيها طلاقا أنه تعالى خيّر في الآية بين الفيئة والعزم على الطلاق فيكونان في وقت واحد وهو بعد مضي الأربعة.

١- سبل السلام : ج٣/٣ ١١٠٣ نشر مكتبة عاطف الأزهر- القاهرة - الفواكه الدواني : ج٢/-٧٩، والقوانين الفقهية لابن جزي ص٢٤٠.

٢- الأحوال الشخصية للشيخ أبي زهرة ص ٣٦٦ نشر ادارة القرآن والعلوم الاسلامية كراتشي، باكستان.

٣- بدائع الصنائع للكاساني: ج٣/١٦١ نشر دار الكتاب العربي-بيروت.

٤- سبل السلام ج٣/٣ ١١٠٣ الطبعة السابقة.

ولأن الله تعالى أضاف عزم الطلاق إلى الرجل وليس مضي المدة من فعل الرجل.

والراجح ماقال به الجمهور من أن مضى المدة لايكون طلاقا لأن الله تعالى جعل الإيلاء مدة أربعة أشهر وبعد انقضائها إما أن يطلقوا أو يفيئوا.

والله أعلم بالصواب.

المبحث الثالث

طبيعة الفرقة بالإيلاء

يرى الحنفية: أن الفرقة بالإيلاء من قبيل الطلاق البائن فلا تحل المرأة للرجل إلا بعقد ومهر جديدين وإنما كانت الفرقة هنا طلاقا بائنا حرصا على عدم إضرار الرجل بالمرأة وتمكين كل منهما من تهيئة مستقبل أفضل له[1].

أما الجمهور[2] فيرون أن الفرقة بالإيلاء طلاق رجعي لأن الأصل أن كل طلاق واقع بالشرع يحمل على أنه رجعي إلى أن يدل الدليل على أنه بائن.

وإنما كانت الفرقة بالإيلاء رجعيا حرصا من أصحاب هذا الرأي على إتاحة الفرقة لمراجعة الزوج لزوجته من أجل مصلحة الأسرة كلها وبخاصة الأولاد.

بيان الراجح

ومايبدو لي رجحانه في هذه المسألة ـ والله أعلم ـ ماذهب إليه الجمهور من أن الفرقة بالإيلاء طلاق رجعي لما يترتب على الأخذ بهذا الرأي من فتح باب المصالحة بين الزوجين وتحقيق مصلحة الأولاد والاستيثاق من الرغبة في إيقاع الطلاق لأنه أبغض الحلال مع كونه مشروعاً.

القانون:

المعمول به في مصر والسودان هو وقوع الطلاق بمضي مدته عملا بمذهب الحنفية ولكنه يقع رجعيا كما قال المالكية والشافعية، أخذا من المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ (١٩٢٩م) والمادة الخامسة من المنشور الشرعي رقم٤١ (١٩٣٥م) فكل منهما تقتضى أن كل طلاق يقع رجعيا إلا مااستثنى والطلاق بالإيلاء ليس من المستثنيات في كل منهما وبهذا يكون المعمول به هنا موافقا لمذهب الأوزاعي ولما روى عن أبي بكر بن عبدالرحمن وسعيد بن المسيب والزهري ومكحول.

١- فُرق الزواج القسم الثاني للدكتور: محمد الشحات الجندي ص/٣٧٢. طبع ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م. دون ذكر جهة الطبع.

٢- نفس المرجع.

الحنث في اليمين:

متى حلف الزوج على عدم قربان زوجته لزمه البرفي يمينه بأن يمتنع عن قربانها المدة التي عينها طالت أو قصرت فإذا قربها في أية لحظة منها حنث وانحلت اليمين.

أما الإيلاء فيسقط بالحنث في مدة الايلاء أو بارتفاع الحل بسبب استيفاء الظلقات الثلاث.

فلو حلف لايقرب امرأته أبدا ثم قربها في مدة الإيلاء حنث وانحلت اليمين وسقط الإيلاء. ويلزمه مايلزم الحانث في يمينه وهو كفارة اليمين.

المبحث الرابع

الظهار

والظهار صورة من صور الإيذاء التي كانت تصيب المرأة من الرجل في الجاهلية وصدر الإسلام كالإيلاء[1].

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الظهار لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: كفارة الظهار

المطلب الأول:

تعريف الظهار لغة واصطلاحاً

تعريف الظهار لغة:

المعروف عند أهل اللغة أن الظهار هو قول الرجل لامرأته أنت على كظهر أمي[2].

يقال ظاهر من امرأته وتظهر منها وظهر منها تظهيرا كله بمعنى وزاد ابن منظور والزبيدي على هذا التعريف أو كظهر ذات رحم[3].

وقيد ابن سيده[4] الرحم بكونها محرما[5].

١- الهداية ج٢/١٧ مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة. وزاد المعاد ج٢/٣٢٥.

٢- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للعلامة اسماعيل بن حماد الجوهري المتوفى ٣٩٣هـ ج٢/٧٣٢ فصل الظاء مادة: ظهر ومختار الصحاح للعلامة محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي المتوفى: ٦٦٦هـ ص/٤٠٧ مادة: ظهر نشر دار الكتاب العربي الطبعة الأولى ١٩٦٧م والمصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي المتوفى ٧٧٠هـ ج٢/٣٨٨ نشر المكتبة العلمية -بيروت.

٣- تاج العروس من جواهر القاموس للعلامة محمد مرتضى الزبيدي ج٢/٣٧٣ المطبعة الخيرية بمصر ١٣٠٦هـ ولسان العرب لابن منظور المتوفى ٧١١هـ ج٤/٥٢٨ نشر دار صادر - بيروت.

٤- هو أبو الحسن علي بن أحمد بن سيده الأندلسي كان نحويا ولغويا له مصنفات منها: المحكم والمحيط الأعظم، والمخصص والوافي في علم أحكام القوافي وغيرها، توفى سنة ٤٥٨ وقيل سنة ٤٤٨ والأول أصح وعمره ستون سنة أنظر شذرات الذهب في اخبار من ذهب لأبي الفلاح عبدالحي بن العماد الحنبلي المتوفى ١٠٨٩هـ ج٣/٣٠٥، ٣٠٦ نشر مكتبة القدسي بمصر ١٣٥٠هـ ووفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لأبي العباس أحمد بن أبي بكر بن خلكان المتوفى ٦٨١هـ ج٣/٣٣٠-٣٣١، ١٩٧٢م نشر دار صادر - بيروت.

٥- المحكم والمحيط الأعظم لابن سيده ج٤/٢٠٧ مادة ظهر . مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٧هـ.

التعليق على التعريف اللغوي:

ظهر مما تقدم من تعريف الظهار أن علمآء العربية قد تضافرت أقوالهم على أن معنى الظهار هو قول الرجل لامرأته، أنت عليَّ كظهر أمي، وما زاده ابن منظور والزبيدي على هذا التعريف من قولهما، أو كظهر ذات رحم، فهذا يعني أن الظهار يتحقق أيضًا بغير الأم من ذوات المحارم سواء كانت محرمة عليه كالبنت والأخت أو غير محرمة عليه كبنت العم وبنت الخالة، يدل على ذلك أن معنى الرحم[1] هو الاقارب ويقع على كل من يجمع بينهما نسب[2].

ولكن لما قيد ابن سيده الرحم بكونها محرما دل هذا على أن الظهار لايقع إلا إذا كان المشبه به من المحرمات على الرجل على ماسبق بيانه.

ولما أطلق ابن سيده الحرمة فإنه بهذا الإطلاق شمل الحرمة بالنسب والرضاع والمصاهرة.

معنى الظهار في الاصطلاح: لما كانت تعريفات الفقهاء في مجموعها تتفق على أن الظهار عبارة عن قول الرجل لامرأته «أنت على كظهر أمي» فانى أكتفى تناوله عند الحنفية على مايلي:

عرفه العلامة النسفي[3] في الكنز بأنه تشبيه المنكوحة بمحرمة عليه على التأبيد[4].

شرح التعريف:

قوله: تشبيه. شامل للتشبيه الصريح والضمني وهو يصدر من المسلم دون الذمي.

١- الرحم في اللغة هو بيت منبت الولد ووعاؤه في البطن كتاب العين لأبي عبدالرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي المتوفى: ٢٧٥هـ ج٣/٢٤٤ نشر دار الرشيد والمصباح المنير ج١/٢٢٣.

٢- النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ج٢/ ٢١٠ باب الراء مع الهاء وتفسير الشوكاني ج٢/٣٢٩.

٣- هو أبو البركات عبدالله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي الفقيه الحنفي صاحب التصانيف المفيدة في الفقه والأصول من أشهرها كتاب كنز الدقائق في الفقه الحنفي توفى ٧٠١هـ الجواهر المضية في طبقات الحنفية لأبي محمد عبدالله بن محمد القرشي المتوفى: ٧٧٥هـ ج٢/٢٩٣-٢٩٤ نشر مطبعة عيسى الحلبي ١٣٩٨هـ والدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة للعلامة أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني المتوفى ٨٥٢هـ ، ج٢/٣٥٢ نشر دار الكتب الحديثة بمصر.

٤- كنز الدقائق وهو مطبوع على هامش البحر الرائق لابن نجيم المتوفى ٩٧٠هـ ج٤/١٠٤ نشر دار المعرفة - بيروت.

وقوله: المنكوحة. قيد خرج به الأمة[1] والأجنبية فإنه لايقع فيهما ظهار.

وقوله: محرمة عليه تأبيدا يشمل الحرمة نسبا وصهريا ورضاعا.

وخرج بلفظ «التأبيد» من تحرم عليه مؤقتا كأخت امرأته.

والفقهاء وإن كانوا قد اتفقوا على أن الظهار عبارة عن قول الرجل لامرأته «أنت علي كظهر أمي» على ماسبق بيانه، فإنه قد حصل الخلاف بينهم فيما إذا تلفظ بغير هذا اللفظ بأن كان على صورة الظهار كما لو قال لها: أنت علي كيد أمي أو كرأسها.

فذهب الحنفية والإمام الشافعي في قوله القديم إلى أن الظهار لايقع[2].

وخالف في ذلك المالكية والحنابلة فقالوا بوقوع الظهار[3].

وقد عالج الكتاب الكريم الإيلاء ـ كما تقدم ـ بإمهال المولى أربعة أشهر لأن الإيذاء فيه يمكن رفعه بالحنث في اليمين اختيارا عملا بما روى عن عبدالرحمن بن سمرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ:

« وإذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وائت الذي هو خير »[4] متفق عليه.

١- عدم وقوع الظهار من الأمة باتفاق علماء المذاهب الثلاثة الحنفية الشافعية الحنابلة. ولم يخالف في ذلك سوى الإمام مالك حيث قال بالوقوع في إحدى الروايتين عنه إذ روى عنه أنه فصل بين أن تكون الأمة موطؤة أو لاتكون فإن كانت موطؤة وقع وإلا فلا، أنظر: أحكام القرآن للجصاص المتوفى: ٣٧٠هـ ج٣/ ٤٢١ نشر دار الكتاب العربي- بيروت والمبسوط للسرخسي المتوفى ٤٨٣هـ ج٦/٢٢٧ نشر دار المعرفة، والإقناع في فقه الشافعية للشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب المتوفى ٩٧٧هـ ج٢/١١٧ نشر دار المعرفة - بيروت والمبدع في شرح المقنع للعلامة أبي اسحق إبراهيم بن مفلح المتوفى ٨٨٤هـ ج٨/٣٦ نشر المكتب الإسلامي ١٣٩٤هـ والمدونة الكبرى ج٣/ ٥١ والمنتقى للباجي ج٤/٣٩.

٢- شرح فتح القدير على الهداية للعلامة كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي المعروف بابن الهمام المتوفى ٦٨١هـ ج٣/٢٢٨ نشر المكتبة التجارية ومختصر الطحاوي للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي المتوفى ٣٢١هـ ص/٢١٢ نشر مطبعة دار الكتاب العربي ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي المتوفى ١٠٠٤هـ ج٧/٨٣ مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٨٦هـ.

٣- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي ج٣/٤٩ مطبعة السعادة بمصر وحاشية الدسوقي للشيخ محمد عرفة الدسوقي ج٢/ ٤٤٠ نشر دار الفكر والكافي لابن قدامة ج٣/٢٥٦-٢٥٧ نشر المكتب الإسلامي ١٣٩٩هـ.

٤- صحيح البخاري الجزء التاسع كتاب الأحكام ص/٧٩ نشر دار الجيل -بيروت. وصحيح مسلم بشرح النووي الجزء الحادي عشر كتاب الأيمان باب من حلف يمينا فرأي غيرها خيرا منها ص/١١٦.
سنن أبي داود ج٣/٣٢٧٧-٣٢٧٨ دار الفكر ص/٣٢٩ كتاب الأيمان والنذور وبلوغ المرام للحافظ ابن حجر العسقلاني المتوفى: ٨٥٢هـ ص/٣٣٦ نشر دار الكتب الإسلامية كوجرانواله باكستان.

وفي لفظ البخاري: «فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك»[1].

وفي رواية لأبي داود «فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير». واسنادهما صحيح[2]..

أما الظهار فهو عزم وتصميم بات على إيذاء مؤبد فهو كالمفارقة الجسدية عند الكاثوليك[3] بل هو أدخل في باب الإيذاء لمافيه من التأبيد ولاعلاج له إلا بإبطاله ومعاقبة من يرتكبه ولهذا لم يعد من فُرق الزواج.

وألفاظه نوعان:

صريح: كناية[4].

الصريح: مالايحتمل إلا الظهار كقوله لامرأته أنت علي كظهر أمي أو كبطن عمتي أو كفخذ خالتي.

والكناية: مايحتمل الظهار وغيره كقوله لها أنت على كأمي فإنه يحتمل الظهار والطلاق، والمماثلة في الكرامة فأي ذلك نوى عومل به.

وإن ادعى أنه لم ينو شيئا لم يعد شيئا عند الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال إرادة الكرامة وعده محمد بن الحسن ظهارا لمكان التشبيه فيه[5].

المطلب الثاني:

كفارة الظهار[6]:

إذا أراد المظاهر العود إلى امرأته وجب عليه:

١) أن يعتق رقبة ما ولو مؤنثة كافرة لإطلاق الآية.

١- صحيح البخاري الجزء التاسع كتاب الأحكام ص/٧٩ نشر دار الجيل -بيروت. وصحيح مسلم بشرح النووي الجزء الحادي عشر كتاب الأيمان باب من حلف يمينا فرأي غيرها خيرا منها ص/١١٦.

٢- سنن أبي داود ج٣/٣٢٧٧-٣٢٧٨ دار الفكر ص/٣٢٩ كتاب الأيمان والنذور وبلوغ المرام للحافظ ابن حجر العسقلاني المتوفى: ٨٥٢هـ ص/٣٣٦ نشر دار الكتب الإسلامية كوجرانواله باكستان.

٣- الفرقة بين الزوجين ص ١٦٣.

٤- الهداية للمرغيناني ج٢/١٨ مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة.

٥- السابق.

٦- الهداية ج٢/١٩ الطبعة السابقة والفواكه الدواني ج٢/ ٨٠ طبعة مصطفى الحلبي وزاد المعاد ج٥/٣٢٨ الطبعة السابقة.

٢) فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوما العيدين ولا أيام التشريق.

فإذا أفطر في أثناء المدة يوماً ولو بعذر استأنف الصوم تحقيقا للتتابع.

٣) فإن لم يستطع الصوم أطعم ستين مسكينا لكل مسكين نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير أو قيمة ذلك كما في صدقة الفطر عند الحنفية.

وإن شاء أطعمهم أكلتين مشبعتين، غداء وعشاء وقد دل النص على وجوب تقديم العتق والصيام على الوطء[١].

وألحق الشافعية والحنفية بهما الاطعام قياسا وبما روى أن رجلا ظاهر من امرأته ثم واقعها قبل أن يكفر وأخبر النبيﷺ فقال له: ماحملك علي ذلك يرحمك الله؟ قال رأيت خلخا لها في ضوء القمر، فقال النبيﷺ فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله[٢].

ويفهم من هذا أن المظاهر لو قدم الوطء على الكفارة أثم وليس عليه شئ غير الكفارة المقدرة إلا أن يستغفر الله.

١- زاد المعاد السابق ص/ ٣٤٠-٣٤١.

٢-.أخرجه الترمذي (١١٩٩) عن ابن عباس وقال حديث حسن غريب صحيح وأبو داود ٢٢٢٣ والنسائى ج١٦٧/٦ من حديث الحكم بن أبان عن عكرمة عن ابن عباس.

المبحث الخامس

اللعان :

التفريق باللعان وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف اللعان لغة وشرعاً

المطلب الثاني: الأصل في اللعان

المطلب الثالث: كيفية اللعان

المطلب الرابع: شروط اللعان

المطلب الخامس: التفريق بين المتلاعنين

المطلب السادس: نوع الفرقة بسبب اللعان

المطلب السابع: هل اللعان يمين أو شهادة؟

المطلب الأول:

تعريف اللعان لغة:

اللعان لغة[1] مصدر لاعن وهو الطرد والإبعاد من رحمة الله تعالى.

يقال: لاعن يلاعن لعانا وملاعنة كقاتل يقاتل قتالا ومقاتلة.

وأصل اللعن الطرد والإبعاد كما قال الله تعالى في القرآن: ﴿ ويلعنهم اللاعنون ﴾(البقرة ١٥٩).

تعريف اللعان شرعا:

عرفه فقهاء الحنفية والحنابلة[2]:

بأنه شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن من جهة الزوج وبالغضب من جهة الزوجة

١- الصحاح للجوهري ج٦/٢١٩٦. لسان العرب لابن منظور ج١٣/٣٨٧. والقاموس المحيط للفيروز آبادي ج٤/٢٦٩.

٢- حاشية رد المحتار على الدر المختار ج٣/٤٨٢ نشر دار الفكر ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
كشاف القناع ج٥/٣٩٧ الناشر مكتبة النصر الحديثة - الرياض - السعودية.

قائمة مقام حد القذف في حق الزوج ومقام حد الزنا في حق الزوجة ويكون اللعان في النكاح الصحيح عند الحنفية ولكن يصح عند الحنابلة في النكاح الفاسد.

وعرف المالكية اللعان:

بأنه[1] حلف زوج مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته أو على نفي حملها منه وحلف زوجة على تكذيبه أربعة أيمان بصيغة «أشهد بالله إني رأيتها تزني ونحوه» وبحضور حاكم سواء صح النكاح أو فسد.

فلا يصح اللعان عند المالكية من أجنبي وغير مسلم وصبي ومجنون ولايكون بدون حكم القاضي.

وعرف الشافعية اللعان.

بأنه كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلي قذف من لطخ فراشه والحق العار به أو إلى نفي الولد[2].

المطلب الثاني

الأصل في اللعان:

روى أن هلال بن أمية[3] قذف زوجته عند النبيﷺ بشريك بن سحماء فقال الرسولﷺ «البينة أو حد في ظهرك» فقال يارسول الله إذا رأي أحدنا على إمرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة، فقال الرسولﷺ «البينة والإحدُ في ظهرك» فقال هلال والذي بعثك بالحق نبيا إني لصادق ولينزلن الله في مايبرئ ظهرى من الحد فنزلت»[4].

وهو قول الله عز وجل في الآيات (٦-٩) من سورة النور ﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن

١- الشرح الصغير للدردير ج٢/٦٥٧ طبع دار المعارف بمصر ١٣٩٢هـ.

٢-.مغني المحتاج ج٣/٣٦٧ نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٣- روى عن ابن عباس رضي الله عنهما في صحيح البخاري ج٦/٤ نشر المكتبة الإسلامية استانبول - تركيا. ونيل الأوطار للشوكاني ج٦/٢٧٢. بدون جهة الطبع.

٤- الجامع لأحكام القرآن للعلامة القرطبي المتوفى ٦٧١هـ ١٢٧٣م، المجلد السادس دار إحياء التراث العربي - بيروت الجزء الثاني العشر ص/١٨٣.

لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين * ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ﴾.

هذه الآية الكريمة فيها مخرج للأزواج فإذا قذف أحدهم زوجته وتعسر عليه إقامة البينة أن يلاعنها[1] كما أمر الله عز وجل وهو أن يحضرها إلى الإمام فيدعى عليها بما رماها به فيحلفه الحاكم أربع شهادات بالله في مقابلة أربعة شهداء إنه لمن الصادقين أي فيما رماها به من الزنا، ﴿ والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ﴾.

فإذا قال ذلك بانت منه بلفظ اللعان، وعند الشافعية وطائفة كثيرة من العلماء وحرمت عليه أبدا ويعطيها مهرها ويتوجه عليها حد الزنا ولايدرأ عنها العذاب إلا أن تلاعن فتشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين أي فيما رماها به[2].

﴿ والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ﴾، ﴿ ويد رأ عنها العذاب ﴾ يعني الحد ﴿ أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ﴾.

المطلب الثالث

كيفية اللعان:

إذا قذف الزوج زوجته بالزنا أو بنفي الولد أو بهما معا ولم تكن له بينة أمره القاضي بملاعنتها لثبوت دعواه فيبتدئ القاضي بالزوج ويأمره أن يقوم أمامه ويقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا أو بنفى الولد ويشير إليها بالأصبع إذا كانت حاضرة أو يسميها إذا كانت غائبة ثم يقول في الخامسة «لعنة الله عليّ إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا أو بنفي الولد أو بهما معا».

ولايصح أن تبدأ المرأة باللعان عند جمهور الفقهاء لأنها تدفع عن نفسها مايقدح في شهادة الزوج فيما رماها من الزنا أو نفي الولد بل يجب أن يبدأ بالرجل باللعان.

ولكن يصح عند الحنفية أن تبدأ المرأة اللعان قبل الزوج.

١- تفسير القرآن لابن كثير ج٣/ ٢٦٥ نشر مكتبة دار التراث بالقاهرة.

٢- نفس المصدر.

ولايكون اللعان إلا بحكم القاضي وحضرته[1] لأن النبيﷺ أمر هلال بن أمية أن يستدعى زوجته إليه ولاعن بينهما، وأيضا لأن اللعان يكون يمينا في الدعوى، فلا يمين في الدعوى إلا بأمر القاضي.

ويستعمل الزوج بذكر اللعن والزوجة بذكر الغضب لأن شهادتها تأتي بعد شهادته فلا بد أن تكون أغلظ وأشد من شهادته لأن شهادتها رد شهادته فيجب في اللعان أن يرفع الأمر إلى القاضي وهو يأمر باللعان أما إذا لم يرفع الأمر إلى القاضي فلا يجزئ اللعان بين الزوجين ولاتترتب عليه أثاره.

ويلا عن في النكاح الفاسد زوجته لأنها صارت فراشا ويلحق النسب فيه مجرى اللعان عليه.

المطلب الرابع

شروط اللعان

اختلف الفقهاء في شروط اللعان وأتناول الكلام عنها في المذاهب على مايلي:

شروط اللعان عند الحنفية[2]:

أن يكون المتلاعنان مسلمين ناطقين حرين وعادلين ويكون اللعان في حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما كالرجعية دون البائنة ولايصح لعان الأخرس لأنه ليس من أهل الشهادة لأن اللعان شهادة عند الحنفية.

شروط اللعان عند المالكية[3]:

هم يشترطون في المتلاعنين إسلام الزوج فقط والتكليف والبلوغ والعقل للزوجين ولكن يصح عندهم لعان الأخرس لأن اللعان أيمان عندهم لاشهادة.

١- زاد المعاد ج٤/١٢٩ ١٣٩٠هـ-١٩٧٠م. مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة. والمهذب ج٢/١٢٥ -١٢٦ مطبعة عيسى البابي الحلبي بمصر والشرح الصغير ج٤/٦٥١ مغني المحتاج ج٣/٣٧١ ٣٧٦ والمغني لابن قدامة ج٧/٤٣٨ وأحكام القرآن للقرطبي ج٢/١٩١ الطبعة السابقة نشر دار إحياء التراث العربي- بيروت.

والتفسير الكبير للفخر الرازي ٢٣/١٤٩ الطبعة السابقة مكتبة دار الباز.

٢- حاشية ابن عابدين ج٣/٤٨٣ الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ-١٩٦٦م دار الفكر ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م وبدائع الصنائع ج٣/٢٤١-٢٤٢ للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني المتوفى ٥٨٧هـ تفسير الرازي ٢٣/١٤٦ توزيع مكتبة دار الباز الطبعة الأولى ١٣٢٨هـ-١٩١٠م. الناشر ايچ-ايم سعيد كمبني - كراتشي - باكستان.

٣- الشرح الصغير ج٢/٦٥٨.

شروط اللعان عند الشافعية والحنابلة(١):

هم يشترطون ثلاثة شروط للعان:

١) أن يكون بين الزوجين سواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها.

٢) أن يسبق قذف الزوجة بزنا ولو في دُبر أي اللواط أو نفي الولد عنه.

٣) أن تكذبه ويستمر التكذيب إلى إنقضاء اللعان.

المطلب الخامس

التفريق بين المتلاعنين

اتفق العلماء على أن اللعان يوجب الفرقة بين الزوجين عملا بحديث الرسولﷺ أنه فرّق بينهما ولقولهﷺ: «لاسبيل لك عليها»(٢).

ولكن اختلفوافي وقت وقوع الفرقة على ثلاثة مذاهب.

المذهب الأول(٣):

أن الفرقة تقع بمجرد لعان الزوج وحده وإن لم تلتعن المرأة وهذا قول الشافعي رحمه الله تعالى فقد جاء في كتاب مغني المحتاج ج٣/ ٣٨٠ مانصه.

ويتعلّقُ بلعانه(٤) فرقة وحرمة مؤبّدةٌ أي إذا لاعنها الزوج وإن لم تلاعن الزوجة أو كان كاذباً.

المذهب الثاني:

لاتحصل إلا بلعانهما جميعا(٥) فإذا تم لعانهما وقعت الفرقة ولا يعتبر تفريق الحاكم، هذا مذهب الإمام مالك وبه قال أحمد في إحدى الروايتين عنه، وقال به زفر من الحنفية: فلا

١- مغني المحتاج ج٣/٢٦٧ و المهذب ج٢/١١٩ دار إحياء الكتب العربية المغني ج٧/٣٩٢ ،٣٩٣، ٣٩٤.

٢- صحيح البخاري ج٦/٤ نشر المكتبة الإسلامية إستانبول.

٣- زاد المعاد ج٤/١٢٩ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ص/١٩٣ الجزء اثناعشر.

٤- مغني المحتاج ج٣/ ٣٨٠ دار إحياء التراث العربي - المهذب ج٢/١٢٧ دار إحياء الكتب العربية.

٥- زاد المعاد ج٤/١٢٩ وبداية المجتهد ج٢/٩١ طبعة اسلامك ببلشنگ هاوس٢ شيش محل رود نزد داتا دربار لاهور٢. المغني ج٧/٤١٦ التفسير الكبير للرازي ص/١٤٧، ١٤٨ الجزء ٢٣ طبع دار الباز.

يجتمعان أبدا ولا يتوارثان ولا يحل له مراجعتها أبدا[1].

وجاء في بداية المجتهد عن مالك والليث:

« أنها تقع إذا فرغا جميعا من اللعان»[2].

وفي كشاف القناع عن متن الإقناع ج٥/٤٠٢.

«الحكم الثاني الفرقة بينهما ولو لم يفرق الحاكم».

المذهب الثالث:

أن الفرقة[3] لاتحصل إلا بتمام لعانهما وتفريق الحاكم وهذا مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو الرواية الثانية عن أحمد بن حنبل واختارها الخرقي كما جاء في المغني ج٧/ ٤١٠.

ومتى تلاعنا[4] وفرق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبدا».

أحتج أصحاب هذا القول بقول ابن عباس في الحديث:

فرّق رسول اللهﷺ بينهما وهذا يقتضى أن الفرقة لاتحصل قبله[5].

واحتج اصحاب المذهب الثاني الذين قالوا: أن اتمام اللعان بين الزوجين يكفي لوقوع الفرقة من غير احتياج إلى حكم الحاكم بما روى عن النبيﷺ أنه فرق بينهما وقال لايجتمعان أبدا.

وذكر البيهقي من حديث سعيد بن جبير عن ابن عمر عن النبيﷺ قال: «المتلاعنان إذا تفرقا لايجتمعان ابدا».

١- أحكام القرآن للجصاص ج٣/٢٩٨.

٢- بداية المجتهد ج٢/٩٢.

٣- بدائع الصنائع ج٣/٢٤٤، ٢٤٨ وزاد المعاد ج٤/١٢٩.

٤- المغني لابن قدامة نشر رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والارشاد- المملكة العربية السعودية ج٧/٤١٦ وما بعدها.

٥- المراجع السابقة في أول المبحث.

وروى عن علي وعبدالله بن عباس رضي الله عنهم قالا مضت السنة في المتلاعنين أن لايجتمعان أبدا »[1].

وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «يفرق بينهما ولايجتمعان أبدا »[2].

فكل هذه الأدلة تدل على أن الفرقة بين المتلاعنين لا تحتاج إلى حكم الحاكم بل تقع حينما يتم اللعان بينهما واحتجوا بأن كون النبيﷺ قد فرق بينهما يحتمل أمورا ثلاثة:

أحدها: إنشاء الفرقة، **والثاني:** الإعلام بها، **والثالث:** إلزامه بموجبها من الفرقة الحسية.

الرأى الراجح:

الرأي الراجح عندي هو المذهب الثاني القائل بأن الفرقة تتم بلعانهما جميعاً من غير احتياج لتفريق القاضي لقوة أدلتهم وأيضاً لأن الفرقة الواقعة بنفس اللعان أقوى من الفرقة الحاصلة بتفريق الحاكم لأن فرقة اللعان تستند إلى حكم الله ورسولهﷺ سواء رضي الحاكم والمتلاعنان بالتفريق أو أبوه، فى فرقة من الشارع من غير توقف على رضا أحد منهم ولا اختياره بخلاف فرقة الحاكم فإنه إنما يفرق بإختياره[3].

المطلب السادس:

نوع الفرقة بسبب اللعان:

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة بسبب اللعان على الوجه الآتي:

ذهب أبو حنيفة إلى القول بأنها طلاق بائن لأنها فرقة جاءت من جهة الزوج فكانت طلاقا كالفرقة بقوله أنت طالق وهذه الفرقة من جهة الزوج والقاضي لأنها لرفع الضرر عن الزوجة لهذا تكون طلاقا بائنا، وعند أبي حنيفة لاتعود المرأة إلى الزوجية إلا في حالتين:

١- زاد المعاد ج٤/ ١٣٠ الطبعة السابقة.

٢- المصدر السابق، وسنن أبي داود ح-ر: ٢٢٥٠، ٢٢٥١ نشر دار الفكر.

٣- المغني ج٧/ ٤١٠-٤١٦-٤١٧ المهذب ج٢/ ١٢٧ ومابعدها والشرح الصغير ج٢/ ٦٦٨ دار المعارف بمصر ١٣٩٢هـ وأحكام القرآن للجصاص ج٣/ ٢٩٦ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٩٣-١٩٤. المجلد السادس الجزء ١٢ وتفسير الرازي ص/١٤٧-١٤٨ الجزء ٢٣ نشر مكتبة دار الباز.

١) أن يكذب الرجل نفسه ولو دلالة فيحل له الوطء من غير تجديد النكاح لأن كذبه نفسه يعد رجوعا عن الشهادة والشهادة لاحكم لها بعد الرجوع عنها ويحد حينئذ حد القذف ويثبت نسب الولد منه.

٢) أن يخرج أحد الزوجين عن أهلية الشهادة إذ به ينتفي سبب التفريق، فلو زنت المرأة أو قذفت غيرها فحدت جاز لزوجها أن يتزوجها لانتفاء أهلية اللعان من جانبها.

وإذا كان الطلاق بائنا وجب للمرأة النفقة والسكن في عدتها، ويثبت نسب ولدها إلى سنتين[١].

وعند الجمهور[٢] وأبي يوسف هذه الفرقة تكون فسخا لاطلاقا واستدلوا بأن هذه الفرقةتوجب تحريما مؤبدا فكانت فسخا كفرقة الرضاع وأيضا أن اللعان ليس صريحا في الطلاق ولا نوى الزوج به الطلاق فلا يقع به الطلاق.

ولو كان اللعان صريحا في الطلاق أو كناية لوقع بمجرد لعان الزوج ولم يتوقف على لعان المرأة.

وهذه الفرقة فرقة مؤبدة[٣] عملاً بحديث الرسولﷺ حيث فرق بينهما وقالﷺ: «لايجتمعان أبدا».

وعن ابن عمرو بن السرح عن سهد «مَضَت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لايجتمعان أبداً»[٤].

وروى عن علي وعبدالله بن عباس رضي الله عنهم قالا مضت السنة في المتلاعنين أن لايجتمعان أبدا[٥].

وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال:

١- الكفاية على الهداية لجلال الدين الخوارزمي الكرلاني ج٤/١١٤.
الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٩٥ الجزء ١٢ نشر دار إحياء التراث العربي-بيروت.

٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج٢/٩١ والمغني ج٧/٤١٢-٤١٣، ٤١٤ وزاد المعاد ج٤/١٣٠ ومغني المحتاج ج٣/٣٨٠ نشر دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان والمهذب للشيرازي ج٢/١٢٧ والشرح الصغير ج٢/٦٦٨ وسنن أبي داؤد ح-ر: ٢٢٥٠.

٣- زاد المعاد ج٤/١٣٠ -١٣١ مصطفى البابي الحلبي بمصر.

٤- سنن أبي داؤد المجلد الأول الجزء الثاني ح-ر: ٢٢٥٠، ٢٢٥١ ص/٢٧٥، نشر دار الفكر والسنن الكبرى البيهقي ج٧/٤١٠ نشر دار الفكر.

٥- البيهقي ج٧/٤١٠ نشر دار الفكر.

يُفرق بينهما ولايجتمعان أبدا[1].

تدل هذه الأدلة على أن الفرقة بسبب اللعان تكون فرقة مؤبدة على مادل عليه الحديث السابق.

القانون[2].

المعمول به في مصر والسودان أن الفرقة في اللعان تكون بتطليق القاضي طلاقا بائنا عملا بمذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وقد نص على هذا المادة الخامسة من المنشور الشرعي رقم٤١ الصادر في سنة ١٩٣٥م.

أما القانون فلم ينص على هذا ولكن المادة الخامسة من القانون رقم٢٥ سنة ١٩٢٩م تقتضى بعمومها أن يكون التفريق هنا طلاقا رجعياً لأنه ليس من المستثنيات فيها، وهذه غفلة من واضع القانون إذا ليس من المعقول أن يمكن الملاعن عن مراجعة الملاعنة وهى تحرم عليه باللعان حرمة مؤبدة عند جمهور العلماء وسبب هذه الغفلة أنه ليس هناك من حوادث اللعان مايذكر به أو يدعو المشرع إلى الإهتمام بذكره.

المطلب السابع

هل اللعان يمين أو شهادة؟

اختلفت كلمة الفقهاء في اللعان أهو يمين أو شهادة وذلك على مايلي:

١) ذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى القول: بأنه يمين ويصح من كل زوجين حرين كانا أو عبدين أو فاسقين أو أحدهما.

٢) وذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى القول: بأنه شهادة لايصح إلا بين زوجين يكونان من أهل الشهادة وذلك أن يكونا حرين مسلمين.

فأما العبدان والمحدودان في القذف فلا يجوز عنده لعانهما.

وكذلك إذا كان أحدهما من أهل الشهادة والآخر ليس من أهلها.

١- السنن الكبرى للبيهقي ج٧/٤٠٩ نشر دار الفكر.

٢- الفرقة بين الزوجين للدكتور علي حسب الله ص/١٨٣ نشر دار الفكر العربي القاهرة.

لأن اللعان عنده شهادة.

٣) وعن أحمد في ذلك روايتان.

أحدهما: كمذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهى التي اختارها الخرقي من الحنابلة.

والثانية: كمذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى وهى أظهر الروايتين[١] والراجح أنه يمين.

وأساس هذا الخلاف أن اللعان يجمع وصفين هما: اليمين والشهادة -فقد سماه الله تعالى شهادة وسماه رسول الله ﷺ يمينا. حينما قال: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»[٢].

واحتج الإمام أبو حنيفة بأن الله تعالى سماه شهادة حيث قال: ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾ ولأن الله تعالى سماهم شهداء إذ قال «فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله».

واحتجوا بأنه لا لعان الابين من يجب عليه الحد في القذف الواقع بينهما واتفقوا على أن لاحد على العبد بقذفه ولا على الكافر فشبهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب في قذفه الحد.

واحتج الإمام الشافعي ومالك بأن اللعان يمين وإن كان يسمى شهادة لأنه لايشهد أحد لنفسه وأما الشهادة فقد يعبر عنها باليمين على مافي قوله تعالى: ﴿ إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد﴾ (المنافقون١).

ثم قال: ﴿ اتخذوا أيمانهم جُنَّةً ﴾ (المنافقون٢) وفي اللعان سميت ألفاظ اللعان شهادات وهى في الحقيقة أيمان، ولابد في اللعان من ذكر اسم الله تعالى وذكر جواب القسم ولو كان الشهادة لاحاجة لهذا.

وتكون اللعان من طرفين وتكون الشهادة من طرف واحد وهو المدعي.

١- حاشية ابن عابدين ج٣/٤٨٢ والكافي في فقه أهل المدينة لابن عبدالبر ج٢/٢٠٩ نشر مكتبة الرياض الحديثة بالرياض - السعودية ومغني المحتاج ج٣/٣٦٧ مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ١٣٧٧هـ والامضاح عن معاني الصحاح للوزير يحيى بن محمد هبيرة ٢٥/١٦٧ نشر المؤسسة السعيدية بالرياض والجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ١٢/١٨٦ المجلد السادس إحياء التراث العربي.
التفسير الكبير للرازي ٢٣/١٤٧ المجلد الثاني عشر مكتبة دار الباز.

٢- السنن الكبرى للبيهقي ج٧/٣٩٤-٣٩٥ كتاب اللعان نشر دار الفكر.

الرأى الراجح:

الرأي الراجح عندي قول من قال أن اللعان يمين كما سماه النبي عليه الصلاة والسلام ولقوة أدلتهم من السنة والمعقول، ولأن اللعان شرع لحاجة والحاجة تتسع لأناس ولو لم يكونوا من أهل الشهادة.

* * *

الفصل السابع

الفصل السابع

فسخ الزواج

هذا هو النوع الثاني من فرق الزواج وهو ماتنحل به عقدته ولايعد طلاقا[1] وهو نوعان كما قلنا في مبدأ الكلام عن الفرق:

- مايحتاج إلى قضاء القاضي.
- مالا يحتاج إلى قضاء القاضي.

فسخ القاضي الزواج

ورجحنا فيما تقدم أن يكون تفريق القاضي بسبب العيب أو عدم الانفاق، أو الغيبة أو سوء العشرة فسخا لاطلاقا.

وكذلك يكون تفريقه فسخا بأحد الأمور الأربعة الآتية.

عدم الكفاءة.

الغبن في المهر.

خيار البلوغ والافاقه.

وإباء أحد الزوجين الاسلام.

واليك البيان في المباحث الآتية:

ففيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: الفسخ لعدم الكفاءة

المبحث الثاني: الفسخ للغبن في المهر.

المبحث الثالث: الفسخ لخيار البلوغ والإفاقة.

المبحث الرابع: الفسخ بإسلام أحد الزوجين أو بردة أحد الزوجين.

المبحث الخامس: الفرق بين الفسخ والطلاق.

١- فرق الزواج ص١٦٩.

المبحث الأول

الفسخ لعدم الكفاءة[1]:

اختلف الفقهاء في اعتبار الكفاءة شرطا[2] في الزواج والذين اعتبروها شرطا اختلفت آراؤهم في عدها شرط صحة أو شرط نفاذ أو شرط لزوم كما هو الحال عند الكلام في شروط الزواج وقد تنازع الفقهاء في أوصاف الكفاءة[3].

فقال مالك في ظاهر مذهبه:

إنها الدين.

وفي رواية عنه إنها ثلاثة:

الدين، الحرية، السلامة من العيوب

وقال أبو حنيفة: هي النسب والدين.

وقال أحمد في رواية عنه هي:

الدين، النسب خاصة

وفي رواية أخرى عن أحمد هي خمسة:

- الدين. - النسب.
- الحرية. - الصناعة.
- المال.

وإذا اعتبر النسب فعنه فيه روايتان[4].

إحداهما: أن العرب بعضهم لبعض أكفاء.

١- كافأ فلانا: ماثله وساواه، تكافأ الشيئان: تماثلا وتساويا والكفء: المماثل، والكفاءة المماثلة في القوة والشرف، المعجم الوسيط ج٢/٨٢٢ طبع ١٩٧٩م.

٢- فرق الزواج ص/١٦٩.

٣- زاد المعاد ج٥/ ١٦٠ نشر مؤسسة الرسالة -بيروت، والمحرر في الفقه ج٢/١٨-١٩ نشر مكتبة المعارف بالرياض والهداية ج١/ ٢٠١ مطبعة مصطفى الحلبي والمغني ج٦/ ٤٨٢ والفواكه الدواني ج٢/ ٢٤.

٤- زاد المعاد ج٥/ ١٦٠، المغني ج٦/ ٤٨٢.

الثانية: أن قريشا لايكافئهم إلا قرشي.

وبنو هاشم لايكافئهم إلا هاشمي.

وقال أصحاب الشافعي[1]: يعتبر فيها الدين، النسب، الحرية، الصناعة، السلامة من العيوب المنفرة.

ولهم في اليسار[2] ثلاثة أوجه:

- اعتباره فيها.

- وإلغاؤه.

واعتباره في أهل المدن دون أهل البوادي فالعجمي ليس عندهم كفئا للعربي.

ولاغير القرشي للقرشية.

ولاغير الهاشمي للهاشمية.

ولا غير المنتسبة إلى العلماء والصلحاء المشهورين كفئا لمن ليس منتسبا إليهما.

ولا العبد كفئا للحرة.

ولا الفاسق كفئا للعفيفة.

ولكن الكفاءة عند الجمهور هى حق للمرأة والأولياء[3]. وعلى اعتبار الكفاءة شرط صحة يقع العقد فاسدا[4] فلا تحتاج الفرقة إلى قضاء.

وكذلك على اعتبارها شرط نفاذ. لأن العقد الموقوف إذا لم يجزه صاحب الحق في إجازته يأخذ حكم الفاسد[5].

١- المهذب ج٢/ ٥٠ مطبعة الحلبي القاهرة.

٢- المهذب ج٢/ ٥٠ مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة.

٣- زاد المعاد ج٥/ ١٦٠-١٦١.

٤- فرق الزواج ص/١٦٩.

٥- المصدر السابق.

أما على اعتبارها شرط لزوم وهو ظاهر الرواية عند الحنفية[1] ومذهب مالك[2] وقول للشافعي[3] ورواية عن أحمد[4] فإن العقد يكون صحيحاً نافذاً ولكنه قابل للفسخ.

المبحث الثاني

الفسخ للغبن في المهر

تعريف المهر:

مهر المرأة مهراً: جعل لها مهرا وأعطاها مهرا.

وأمهر المرأة، سمى لها مهرا أو أعطاها المهر.

والمهر: صداق المرأة: مايدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج والجمع مهور[5].

ويعد[6] الحنفية مراعاة مهر المثل في الزواج تارة شرط صحة واحيانا شرط لزوم.

فعلى اعتبار ذلك شرط صحة يقع العقد فاسدا فلا تحتاج الفرقة إلى قضاء.

وعلى اعتباره شرط لزوم يكون العقد صحيحا نافذا ولصاحب الحق في مهر المثل أن يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ الزواج والقاضي يجيبه إلى طلبه مالم يرتفع الغبن في المهر، أو تلد المرأة أو يظهر بها الحبل ولاتقع الفرقة حينئذ إلا بقضاء القاضي[7].

١- الهداية ج١/٢٠١

٢- القوانين الفقهية للعلامة أبي عبدالله محمد بن أحمد بن محمد بن جزى الكلبي ص/٢٠٢ دار الكتاب العربي - بيروت.

٣- المهذب ج٢/٥٠.

٤- المغني لابن قدامة ج٦/٤٨٢.

٥- المعجم الوسيط ج٢/٩٢٥ طبع ١٩٧٢م.

٦- الهداية ج١/٢٠٤ مطبعة الحلبي القاهرة.

٧- فرق الزواج ص/١٧٠.

المبحث الثالث

الفسخ بخيار البلوغ أو الإفاقة

يثبت لكل من الصغير والصغيرة خيار البلوغ عند الطرفين[1] إذا زوجها غير الأب والجد وفي رواية عن أحمد[2] إذا زوجه من الأولياء من ليس أصلا ولا فرعا له بكفء وبمهر المثل ومثل البلوغ الافاقة من الجنون والعتة.

ووقت الاختيار ساعة البلوغ أو الافاقة إذا كان العقد عندها معلوما ووقت العلم به إذا علم بعد ذلك.

ويسقط حق الاختيار بما يدل على الرضا بالزواج من قول أو فعل أما السكوت فلا يعد رضا في حق الثيب والغلام ويعد رضا في حق البكر إذا كان بغير عذر.

ولهذا يجب عليها أن تختار فور بلوغها وتشهد على ذلك عند الحنفية[3].

فإذا لم يتيسر لها الاشهاد لحظة البلوغ صدّقت بيمينها على قول معقول مقبول.

لأنها تدعى أمراً لايعرف الامن جهتها ولاضير عليها بعد هذا إذا تأخرت في رفع الأمر إلى القاضي.

وإذا اختار صاحب الحق بقاء الزواج فأسقط حقه بقى الزواج وإذا اختار فسخه رفع الأمر إلى القاضي ليفسخه ومادام القاضي لم يفسخ الزوجية فالزوجية قائمة من كل وجه حتى لو مات أحدهما ورثه الآخر لأن أصل العقد صحيح والملك ثابت به.

ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق عند الحنفية[4] لأنهاتصح من الأنثى ولا طلاق عليها.

١- جاء في الهداية ج١/١٩٨ وإن زوجها غير الأب والجد فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ إن شاء أقام على النكاح وإن شاء فسخ وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لاخيار لهما اعتبارا بالأب والجد.

٢- المغني لابن قدامه ج٦/٤٨٩ نشر مكتبة الكليات الأزهرية.

٣- الهداية ج١/١٩٩.

٤- الهداية للمرغيناني ج١/١٩٩ مطبعة مصطفى الحلبي.

المبحث الرابع

الفسخ بسبب إسلام أحد الزوجين أو بردة أحد الزوجين

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الفرقة بسبب إسلام أحد الزوجين

المطلب الثاني: الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين.

المطلب الأول:

الفرقة بسبب إسلام أحد الزوجين إذا أسلم الزوج وحده وتحته كتابية ولم يكن بينهما حرمة بسبب النسب أو الرضاع أو المصاهرة فيبقى النكاح على حاله.

ولكن إذا أسلم الزوج وتحته مجوسية أو كافرة أي غير كتابية يعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت يبقى نكاحها على حاله، وكذلك إذا لم تسلم ولكن اعتنقت دينا سماويا.

وإن لم تسلم يفرق القاضي بينهما لأنه يحرم على المسلم أن يتزوج ممن لاكتاب لها من الكفار كعبدة الأوثان ومن ارتد عن الإسلام[1] لقوله تعالى:

﴿ ولاتنكحوا المشركات حتى يؤمن ﴾(البقرة٢٢١)، ﴿ ولاتمسكوا بعصم الكوافر ﴾(الممتحنة١٠).

وهذه الفرقة فسخ عند الجمهور.

وإذا أسلمت[2] المرأة وحدها فإن كان بينهما سبب من أسباب التحريم وقعت الفرقة بينهما بدون القاضي أما إذا لم يكن سبب من أسباب التحريم بينهما فيعرض على الزوج الإسلام سواء كان الزوج وثنيا أو كتابيا، فإذا أسلم يبقى النكاح على حاله أما إذا لم يسلم يفرّق القاضي بينهما لأن الله تعالى قال في كتابه:

١- المدونة الكبرى ج٢/٢١٣ طبع دار الفكر. ومغني المحتاج ج٣/١٩١ طبع دار إحياء التراث العربي، المغني لابن قدامة ج٦/٦١٤ من مطبوعات رئاسة وإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد المملكة العربية السعودية ونشر مكتبة الرياض الحديثة بالرياض، وزاد المعاد ج٤/١٧ مصطفى البابي الحلبي بمصر. والمهذب للشيرازي ج٢/٤٤ دار إحياء الكتب العربية بمصر. وبداية المجتهد ونهاية المقتصد ج٢/٣٣، ومابعدها.

٢- زاد المعاد ج٤/١٧ الطبعة السابقة.

﴿ يأيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلي الكفار لاهن حل لهم ولاهم يحلون لهن ﴾(سورة الممتحنة. الآية/ ١٠).

ولاتقع الفرقة بينهما إلا إذا فرق القاضي بينهما لأن النبيﷺ رد ابنته زينب على زوجها أبي العاص بن الربيع بالنكاح الأول حين أسلم بعد ست سنين من هجرتها.

وكذلك قال ابن عباس رضي الله عنهما أسلمت امرأة على عهد النبيﷺ فتزوجت فجاء زوجها إلى النبيﷺ فقال: يارسول الله إني كنت أسلمت وعلِمتْ بإسلامي فنزعها رسول اللهﷺ من زوجها الآخر وردها إلى زوجها الأول(١).

التفريق هنا فسخ عند أبي يوسف والجمهور وطلاق بائن عند أبي حنيفة ومحمد.

وإذا أسلما معاً ولايكون بينهما سبب من أسباب التحريم المؤبد أو المؤقت فيبقى النكاح على حاله.

فإن كان الزوج قد دخل بها فلها المهر المسمى لتأكده بالدخول فلا يسقط بعد الفرقة.

وإن كان قبل الدخول أسلم الزوج فللمرأة نصف المسمى، وإن كانت الفرقة بإسلام المرأة فلا شئ لها لأن الفرقة من جهتها وبهذا قال الحسن ومالك والزهري والأوزاعي وابن شبرمة والشافعي وأحمد.

وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر إذا كانت هى التي أسلمت وبه قال قتادة والثوري ويقتضيه قول أبي حنيفة لأن الفرقة من جهته لأنه هو الذي رد الإسلام إذ عرض عليه بعد إسلام زوجته(٢).

القانون:

المعمول به في مصر والسودان أن التفريق بإباء المرأة فسخ ولم يتعرض القانون ولا المنشورات لذلك لعدم الخلاف فيه.

والتفريق بإباء الزوج طلاق بائن عملا بمذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وقد نص على هذا في المادة٥ من المنشور الشرعي رقم٤١ الصادر سنة ١٩٣٥م أما القانون فلم ينص على شئ من

١- سنن أبي داؤد المجلد الأول الجزء الثاني ح-ر ٢٢٣٩ ص/ ٢٧١ كتاب الطلاق، نشر دار الفكر.

٢- المغني لابن قدامة ج٦/ ٦١٥. ومغنى المحتاج ج٣/ ١٩١.

هذا ولكن المادة٥ من القانون رقم٢٥ سنة ١٩٢٩م تقتضي بعمومها أن يكون التفريق هنا طلاقا رجعيا لأنه ليس من المستثنيات فيها، وهذه غفلة من واضع القانون إذ ليس من المعقول أن يمكن الزوج الذي أبى الإسلام من مراجعة امرأته التي أسلمت وفرق بينها وبينه.

المطلب الثاني:

الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين:

إن تزوجا وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح ولامهر لها، أي ينفسخ بدون القاضي وإن كان هو المرتد قبلها وقبل الدخول فكذلك إلا أن عليه نصف المهر.

لأن الله تعالى قال في كتابه العظيم: ﴿ ولاتمسكوا بعصم الكوافر ﴾(الممتحنة آية ١٠).

وقال تعالى: ﴿ فلا ترجعوهن إلي الكفار لاهن حل لهم ولاهم يحلون لهن ﴾(الممتحنة ١٠).

لأن الارتداد يمنع الإصابة فأوجب فسخ النكاح كما لو أسلمت تحت الكافر.

فإن كانت المرأة هى المرتدة فلا مهر لها لأن الفسخ من قبلها وإن كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر لأن الفسخ من جهته فأشبه مالوطلق، وإن كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل.

وإن كان الزوج هو المرتد بعد الدخول فلها المهر كاملا وإن كان الإرتداد قبل الدخول فلها نصف المهر لأنها فرقة من جهته وينفسخ الزواج بينهما دون قضاء القاضي.

وإن ارتد الزوجان معاً ولم يعلم سبق أحدهما ثم عادا إلى الإسلام معاً فهما على نكاحهما استحسانا لعدم اختلاف دينهما(١).

والانفساخ بإرتداد الزوج يكون طلاقا بائنا عند محمد لأنها فعل اختياري لايتأتي معه بقاء الزوجية وفسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف(٢).

١- المغنى لابن قدامة ج٦/٢٣٩، والفرقة بين الزوجين ص/١٧٦.

٢- الجوهرة النيرة على مختصر القدوري لشيخ الإسلام أبي بكر بن علي بن محمد الحداد اليمني المتوفى ٨٠٠هـ ج٢/٩١ وما بعدها.

المبحث الخامس

الفرق بين الفسخ والطلاق:

الفسخ: هو نقض للعقد من أساسه إزالة للحل الذي يترتب عليه.

ويصح لهما أن يجتمعا بعقد جديد ومهر جديد إذا زال سبب الفسخ.

أما الطلاق:

فهو إنهاء العقد ولايزول الحل إلا بعد البينونة الكبرى وهو يملك الطلاق قبل البينونة الكبرى فإذا طلقها طلاقا رجعيا واحدا يبقى عنده اثنان وإذا طلقها اثنتين يبقى عنده الثالثة.

والطلاق حق الزوج اعطاه الله بكتابه العظيم بنصوص قطعية الثبوت والدلالة.

فإذا وقع الطلاق من الزوج على الوجه المشروع وقع بإجماع المسلمين ولامجال إذن للقول بأنه لا يقع إلا أمام القاضي.

أما التفريق بين الزوجين للضرر بحكم القاضي فثبت بأدلة عامة ويوجد اختلاف بين الفقهاء في بعض صوره.

فإذا وقع الطلاق بعد الدخول يجب لها المهر الكامل أما إذا وقع قبل الدخول وبدون المهر المسمى فلا شئ لها إلا المتعة وإذا وقع الطلاق قبل الدخول والمهر مسمي فيجب لها نصف المسمى أما إذا وقع بعد الدخول ولم يكن هناك مهر مسمى فلها في هذه الحال مهر المثل.

وإذا وقع الفسخ قبل الدخول والخلوة الصحيحة لايجب للمرأة شئ إلا في حال ردة الزوج فإنه يجب للمرأة نصف المسمى أو المتعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها فسخ عندهما أما عند محمد فهذا يكون طلاقا بائنا على ماتقدمت الاشارة إليه.

والطلاق ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج بخلاف الفسخ فإن الزوجية لو عادت تعود بما كان يملكه قبلها من الطلقات.

ولاتنحل الرابطة الزوجية بالطلاق الرجعي[1]. الا بإنتهاء العدة والتي هى طلاق بائن أو

١- الفرقة بين الزوجين ص/١٨٣ -١٨٤ دار الفكر العربي. الفقه الإسلامي وأدلته ج٣٤٨/٧ دار الفكر بدمشق والأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية تأليف محمد محي الدين عبدالحميد مطبعة السعادة بمصر ص/٣٤٣-٣٤٤ الطبعة الثالثة في سنة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.

فسخ تنحل بها الرابطة الزوجية في الحال.

وقد تقدم أن في الفسخ لعدم الانفاق أو للغيبة أن يكون للزوج حق المعارضة في الحكم بالفسخ إذا عاد للإنفاق أو حضر قبل انتهاء العدة على أن يفصل القاضي في معارضته ويستوثق لأداء ماعليه قبل انتهاء العدة فأما إذا انتهت العدة فقد ملكت المرأة أمر نفسها فليس له أن يردها إليه إلا بعقد ومهر جديد.

مايختص بالقانون الباكستاني :

القانون المعمول به في جمهورية باكستان الإسلامية هو الذي صدر في ١٩٣٩م فيما يختص بالزواج.

فقد جاء في المادة الثانية[١] منه مايلي:

أن المرأة التي تزوجت في ظل القانون الإسلامي لها حق فسخ نكاحها في الأحوال التالية:

١) أن يكون زوجها مفقودا لمدة أربع سنوات فصاعدا .

٢) أن يتركها الزوج أو يعجز عن أداء نفقات الزوجية الضرورية لسنتين.

٣) إذا سجن زوجها لمدة سبع سنوات فصاعدا وهذا الحق بشرط أن يصدر حكم نهائي بعقوبة حبس الزوج.

٤) ألا يؤدي الزوج الحقوق الزوجية لمدة ثلاث سنوات بدون أي مبرر شرعي.

٥) اذا كان الزوج عنينا واستمر الحال هكذا بعد الزواج.

٦) أن يصاب زوجها بالجنون أو أحد الأمراض الخبيثة الفتاكة مثل الجذام أو الأمراض الجلدية المستعصية على الشفاء.

٧) أن يزوج الولي ابنته قبل بلوغ خمسة عشر عاما من عمرها فان لها حق فسخ النكاح من خمسة عشر عاما من عمرها إلى ثمانية عشر عاما من عمرها.

٨) أن يظلمها كما في الحالات الآتية:

- أن يضربها أو يجعل حياتها في تعاسة وشقاء بسبب معاملته السيئة لها. كما أن

١- Muslim Family Laws. Mansoor Book House Katchery Road-Lahor.

الإيذاء قد يكون بالسب والإهانة.

- قيام الزوج بعلاقات مشبوهة مع امرأة عاهرة.
- أو قيام الزوج ببيع إملاكها رغما عنها أو منعها من التمتع بحقها الشرعي فيما تملك.
- أن يحول بينها وبين تأدية الفرائض والشعائر الدينية من العبادات وغيرها.

٩) أن يكون عند الزوج أكثر من زوجة ولا يقوم بالعدل بينهن طبقا للشريعة الإسلامية الغراء.

فإذا تحقق أى سبب من الأسباب السابقة فإن ذلك يجيز للمرأة طلب فسخ الزواج وعلى القاضي أن يحقق رغبتها في ذلك.

كما أن القانون الباكستاني يجيز فسخ النكاح بأي سبب آخر من الأسباب التي قررتها الشريعة الإسلامية للفسخ بين الزوجين فهو لا يخالفها في هذا المجال.

والله أعلم بالصواب.

الخاتمة

خاتمة البحث

وبعد أن مَنّ الله تعالى عليّ بإنجاز هذا البحث فإني أشكره عز وجل على توفيقه وألخص أهم ماتوصلت إليه في هذا البحث بناء على ماترجح عندي من المسائل وذلك على مايلي:

١) أن الزواج في اللغة اقتران الزوج بالزوجة وأنه في الاصطلاح عبارة عن عقد يفيد ملك المتعة أي استمتاع الرجل بامرأة مالم يمنع من نكاحها مانع شرعي.

٢) أن الإسلام في تنظيمه لعلاقات البشر لايقر إلا الصحيح منها وما يتناسب مع طبيعة البشر ويحقق مصالحهم في إطار الاحترام المتبادل.

٣) أن الوصف الشرعي للزواج يختلف باختلاف حال المكلف من حيث قدرته على القيام بواجباته ومن حيث خشية الوقوع في الفاحشة.

٤) أن الضرر في اللغة يطلق ويراد به ماهو ضد النفع وأنه في الاصطلاح. إلحاق مفسدة بالغير في ماله أو نفسه أو شرفه أو اعتباره أو مشاعره.

٥) أن الضرر في القانون هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كانت المصلحة ذات قيمة مالية أو معنوية.

٦) أن من أبرز أدلة نفي الضرر في الشريعة الإسلامية الحديث الشريف (لاضرر ولا ضرار).

وأن النهي عن الضرر في هذا الحديث شامل لما إذا كان الضرر ناتجا عن طريق المباشرة أو التسبب مع التعدى بإرتكاب الأفعال غير المشروعة.

٧) أن قاعدة «الضرر يزال» تعتبر مبدأ محكما تكفلت الشريعة بتطبيقه في جميع أبواب الفقه كما تعتبر توثيقا لمبدأ المصلحة في الشرع.

٨) أن اصطلاح الضرر الأدبي مستحدث في الفقه الإسلامي على ماتشير إليه كتب الفقهاء المحدثين من أمثال الشيخ على الخفيف والدكتور وهبة الزحيلي.

وإن كانت أصول فكرته قد وجدت متناثرة في كتب الفقهاء القدامى في باب الجنايات وباب الغصب بصفة خاصة وفي أبواب العقود بصفة عامة.

٩) أن الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق أكثر منه وجوداً وأثراً في العدول عن الخطبة.

١٠) أن الإسلام اهتم بتنظيم طرق التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق وذلك من خلال تنظيم الآثار المالية في هذه الحال والتي من أهمها المتعة وكذلك من خلال اقرار الشريعة لبدل الخلع.

١١) أن الفقه الوضعي والقضاء اتجها إلى التعويض عن الطلاق.

١٢) أن جمهور الفقهاء خلافا للحنفية قد ذهبوا إلى أن الأصل في الطلاق هو الحظر والمنع وخلاف الأولى.

١٣) أن النفقة في اللغة اسم من الانفاق وماينفق من الدراهم ونحوها.

١٤) وأنها في الاصطلاح: مابه قوام معتاد حال الآدمي دون سرف.

١٥) أن أسباب موجبات النفقة هي: القرابة والملك والزوجية وأن الأصل في وجوب النفقة قبل هذا هو الكتاب والسنة والاجماع.

١٦) أن المطلقة الحامل سواء كانت مطلقة واحدة أو ثلاثا يجب لها السكني والنفقة.

١٧) أن الفقهاء قد اختلفوا في تقدير النفقة على الزوجات وأن الراجح فيها ماقال به الجمهور من عدم تقدير النفقة لابمد ولا برطل.

١٧) أن لاحق للمرأة في التفريق بسبب الاعسار الا إذا غرها الزوج عند الزواج وتراءي لها باليسار كذبا.

١٩) أن الفرقة بين الزوجين لابد فيها من قضاء القاضي عند الأئمة الثلاثة وطلاق القاضي هنا طلاق رجعي عند الإمام مالك وهو فسخ عند الشافعي وأحمد.

٢٠) أن القانون رقم ٢٥ (١٩٢٠م) في جمهورية مصر العربية قد أباح التفريق لعدم الانفاق.

٢١) جواز التفريق لغيبة الزوج إذا طالت المدة وتضررت بها المرأة بأن خشيت على نفسها الزنا.

٢٢) أن القانون رقم ٢٥ (١٩٢٩م) في جمهورية مصر العربية قرر أنه إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب الطلاق من القاضي إذا تضررت من بعد زوجها عنها.

٢٣) أن العيب في اللغة: الوصمة والجمع عيوب وفي اصطلاح الفقهاء: النقص الذي جرت العادة بالسلامة منه مما يوجب نقصانا في القيمة عند أهل الخبرة.

٢٤) أن حق المرأة قائم في التفريق بسبب العيوب.

٢٥) أن حق الفرقة بالعيب على التراخي.

٢٦) أن القانون رقم ٢٥ (١٩٢٠م) في جمهورية مصر اقتبس من المذاهب الفقهية التي ترى التفريق بالعيب وبخاصة المذهب المالكي.

٢٧) أن الحبس في اللغة الامساك وهو ضد التخلية والحبس اسم الموضع وفي اصطلاح الفقهاء: تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه.

٢٨) أن الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع قد قامت على مشروعية الحبس وأن عقوبة الحبس متفاوتة ولها أسباب كثيرة.

٢٩) أن الحبس كان في زمن النبيﷺ عبارة عن الملازمة وأنه لايعدو عن الحبس في المسجد.

٣٠) أن المدين يحبس حتى يؤدي ماعليه من دين إذا كان امتناعه عن مقدرة وأن القاضي لايأمر بالحبس إلا بشروط.

٣١) أن الإمامين مالك وأحمد قد قالا بالتطليق لحبس الزوج.

وجاء ذلك في القانون أيضاً.

٣٢) أن على القاضي أن يعمل برأي الحكمين في التفريق لسوء العشرة على أن يكون فسخا لاطلاقا.

٣٣) أنه في القانون: إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق.

٣٤) أن الإيلاء في اللغة الامتناع باليمين، وفي الاصطلاح: الامتناع باليمين من وطء الزوجة مدة الأربعة الأشهر فصاعدا.

٣٥) أن حكمة مشروعية الإيلاء تتجلى في منع الاضرار بالزوجة والكيد لها وإبقائها معلقة مدة طويلة.

٣٦) أن العلماء اختلفوا في مدة الإيلاء.

٣٧) أن الفرقة بالإيلاء طلاق رجعي.

٣٨) أن الظهار له كفارة. عتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع أطعم ستين مسكيناً.

٣٩) أن الفسخ جائز لعدم الكفاءة وللغبن في المهر وبخيار البلوغ والإفاقة.

٤٠) أنه إذا أسلم الزوج وحده وتحته كتابية يبقى النكاح على حاله ما لم يكن بينهما حرمة بسبب النسب أو الرضاع أو المصاهرة، وإذا أسلم وتحته مجوسية يعرض عليها الإسلام فإن أسلمت يبقي نكاحها على حاله وإن لم تسلم يفرق القاضي بينهما.

٤١) أن الفرقة بسبب إسلام أحد الزوجين فسخ عند الجمهور.

٤٢) وإذا أسلمت المرأة وحدها فإن كان بينهما سبب من أسباب التحريم وقعت الفرقة بينهما بدون القاضي أما إذا لم يكن سبب من أسباب التحريم يعرض على الزوج الإسلام فإن أسلم يبقى النكاح على حاله وإذا لم يسلم يفرق القاضي بينهما.

٤٣) أن المعمول به في مصر والسودان أن التفريق بإباء المرأة فسخ.

٤٤) أنهما إن تزوجا وهما مسلمان فارتدت المرأة قبل الدخول انفسخ النكاح ولامهر لها وذلك الفسخ بدون القاضي وإن كان الزوج هو المرتد بعد الدخول فلها المهر كاملاً.

وإن كان الارتداد قبل الدخول فلها نصف المهر.

٤٥) أن الانفساخ بارتداد الزوج طلاق بائن عند محمد بن الحسن الشيباني وفسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

٤٦) أن الفسخ نقض للعقد من أساسه إزالة الحل الذي يترتب عليه.

أما الطلاق فهو انهاء العقد ولايزول الحل إلا بعد البينونة الكبرى.

٤٧) أن الطلاق ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج بخلاف الفسخ فإن الزوجية لو عادت تعود بما كان يملكه قبلها من الطلقات.

٤٨) أن الرابطة الزوجية لاتنحل بالطلاق الرجعي.

٤٩) وجاء في القانون الباكستاني:

أ) أن لها الحق الفرقة إذا غاب زوجها لأربع سنوات فصاعداً.

ب) أن لها حق الفرقة إذا اعسر الزوج عن أداء نفقات الزوجية أو ترك أداء النفقة لها لسنتين.

ج) أن لها حق الفرقة إذا يسجن زوجها لمدة سبع سنوات فصاعداً ولها هذا الحق بعد صدور حكم نهائي لحبس الزوج.

د) أن لها حق الفرقة إذالم يؤدِ الزوج الحقوق الزوجية لمدة ثلاث سنوات بدون أي مبرر شرعي.

هـ) أن لها حق الفرقة إذا كان الزوج عنيناً ولم يبرأ بعد تأجيل السنة.

و) أن لها حق الفرقة إذا كان الزوج مجنوناً أو به أي مرض آخر الذي لايرجى برؤه ولايمكن العشرة الزوجية معه وينتقل المرض إلى النسل والأولاد.

ز) أن لها حق خيار البلوغ إذا زوجها الولي قبل بلوغ خمسة عشرة عاماً من عمرها فلها الحقفي التفريق بعد البلوغ إلى ثمانية عشر عاماً من عمرها.

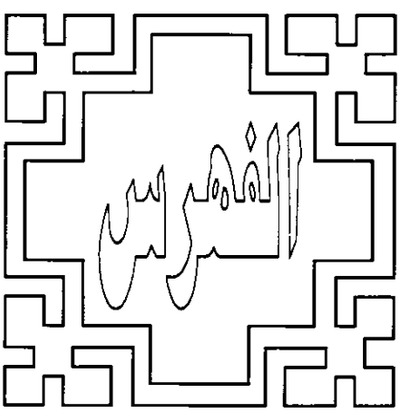
ح) أن لها حق الفرقة إذا ظلمها الزوج بأن يضربها أو يمنعها عن أداء الواجبات الدينية أو يمنعها عن استعمال أملاكها الخاصة أو هو يستعمل هذه الإملاك.

ط) أن لها حق الفرقة إذا كانت عنده أكثر من زوجة وهو لايقوم بالعدل بينهن.

ي) أن لها حق الفرقة بأي سبب من الأسباب التي قررتها الشريعة الإسلامية للفسخ بين الزوجين وأن هذه الفرقة لابد أن تكون عند القاضي.

ك) أن هذه الفرقة تكون فسخاً في القانون الباكستاني.

والله الموفق وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه ومن دعا بدعوته إلى يوم الدين.


الفهرس

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
خلاصة البحث	٣
المقدمة	٧
منهج البحث	٨
التمهيد	٩
الفصل الأول : الضرر ماهيته وأنواعه	١٦
الفصل الثاني: التفريق لعدم الانفاق	٤٨
الفصل الثالث: التفريق لغيبة الزوج	٨٧
الفصل الرابع: التفريق للعيب	٩٤
الفصل الخامس: التفريق لسبب الحبس	١٠٩
الفضل السادس: التفريق لسوء العشرة	١١٨(أ
الفصل السابع: فسخ الزواج	١٤٨
مايختص بالقانون الباكستاني	١٥٨
الخاتمة	١٦٠
فهرس الفصول	١٦٦
فهرس بأهم مراجع البحث ومصادره	١٦٨

* * *

فهرس بأهم مراجع البحث ومصادره

أولا : كتب التفسير وعلومه:

١- أحكام القرآن

للعلامة أحمد بن علي الرازي الجصاص المتوفي ٣٧٠ هـ .

نشر دار الكتاب العربي - بيروت .

٢- تفسير القرآن العظيم

للحافظ عماد الدين أبى الفداء إسماعيل بن كثير المتوفي ٧٧٤ هـ .

نشر مكتبة دار التراث - شارع الجمهورية - القاهرة ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

٣- تفسير مقاتل بن سليمان

للعلامة مقاتل بن سليمان المتوفي ١٥٠ هـ - تحقيق الدكتور عبد الله محمودشحاته

نشر دار الشروق بالقاهرة .

٤- الجامع لأحكام القرآن

للعلامة محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المتوفي ٦٧١ هـ .

طبع دار الشعب بالقاهرة - وطبعة أخرى لدار الكتب المصرية .

٥- روح المعاني

للعلامة محمود الآلوسي ، المتوفي ١٢٧٠ هـ .

طبع دار الطباعة المنيرية - بالقاهرة .

٦- روائع البيان في تفسير آيات الأحكام

للشيخ محمد علي الصابوني

طبع على نفقة السيد / حسن عباس شربتلي ، نشر مكتبة الغزالي ، دمشق ،

و مؤسسة مناهل العرفان - بيروت .

٧- زاد المعاد في هدي خير العباد

للعلامة ابن قيم الجوزية - نشر مؤسسة الرسالة .بيروت .

٨- مفاتيح الغيب

للعلامة محمد بن عمر الرازي المتوفي ٦٠٦ هـ .

المطبعة البهية بمصر ١٣٥٧ هـ .

ثانياً : كتب الحديث وعلومه:

٩- بلوغ المرام من أدلة الأحكام .

للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى ٨٥٢ هـ .

نشر دار الكتب الاسلامية ، كوجرانواله - باكستان .

١٠- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم .

لزين الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب المتوفي ٧٩٥ هـ

نشر دار الريان للتراث بالقاهرة .

١١- سبل السلام شرح بلوغ المرام .

للإمام محمد بن إسماعيل الكحلاني المتوفى ١١٨٢ هـ .

نشر دار الفكر .

١٢- سنن البيهقي .

للحافظ أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفي ٤٥٨ هـ .

مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد الدكن - الهند .

١٣ - سنن أبي داؤد .

للحافظ أبي داود سليمان بن أشعث السجستاني ، المتوفى ٢٧٥ هـ

مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة - طبعة أولى .

١٤- سنن الترمذي

للحافظ أبى عيسي محمد بن عيسى بن سورة المتوفي ٢٧٩

نشر دار الفكر للطباعة ١٩٨٠ م .

١٥- شرح النووي على صحيح مسلم

للإمام النووي .

نشر دار إحياء التراث ، بيروت . وطبعة أخرى لدار الشعب بالقاهرة .

١٦ - فتح الباري شرح صحيح البخاري ،

للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ،

نشر دار المعرفة - بيروت .

١٧ - فقه السنة :
للشيخ السيد سابق .
نشر مؤسسة جمال - بيروت .
١٨- فيض القدير شرح الجامع الصغير .
لمحمد بن عبد الرء وف المناوي المتوفي ١٠٣٣ هـ .
نشر المكتبة التجارية الكبرى ، طبعة أولى ١٣٥٦ هـ .
١٩- المستدرك على الصحيحين .
لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ، المتوفي سنة ٥٠٤ هـ.
مطابع النصر الحديثة ، بالرياض .
٢٠- مسند الإمام أحمد :
للإمام أحمد بن حنبل . طبع تركيا .
٢١- مصنف عبد الرزاق
للعلامة عبد الرزاق بن همام اليمني الصنعاني المتوفي ٢١١ هـ .
نشر المكتب الاسلامي - بيروت و دمشق .
٢٢- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك .
للحافظ أبى الوليد سليمان بن خلف الباجي المتوفي ٤٩٤ هـ .
مطبعة السعادة بمصر ١٣٣٢ هـ .
٢٣- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار .
للحافظ محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفي ١٢٥٥ هـ .
نشر مكتبة الدعوة الاسلامية .
٢٤- النهاية في غريب الحديث والأثر .
للعلامة مجد الدين أبي السعادات بن محمد بن الأثير الجزري المتوفى ٦٠٦ هـ .
نشر المكتبة الاسلامية .

ثالثا : كتب الأصول والقواعد الفقهية:

٢٥- أحكام الأحكام

لسيف الدين علي بن محمد الآمدي المتوفي ٦٣١ هـ .

نشر دار الفكر ١٤٠١ هـ .

٢٦ - إرشاد الفحول

للعلامة محمد بن علي الشوكاني

(بدون ذكر جهة الطبع)

٢٧ - أصول السرخسي

للعلامة محمد بن أحمد السرخسي المتوفي ٤٨٣ هـ .

نشر دار المعرفة - بيروت .

٢٨- حاشية البناني على شرح المحلى على جمع الجوامع .

للشيخ عبد الرحمن بن جاد الله البناني المتوفي ١١٩٨ هـ .

مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة .

٢٩- علم أصول الفقه :

للشيخ عبد الوهاب خلاف .

(بدون ذكر جهة الطبع)

٣٠- قواعد الفقه

للمفتي السيد محمد عميم الاحسان المجد دي البركتي .

نشر الصدف ببلشرز - كراتشي .

٣١ - القواعد في الفقه الاسلامي .

للحافظ أبي الفرج زين العابدين عبد الرحمن بن أحمد البغدادي

الطبعة الأولى ١٩٧١ م ، نشر مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة .

٣٢ - كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوي .

للشيخ عبد العزيز بن أحمد البخاري المتوفي ٧٣٠ هـ .

مطبعة دار الكتاب العربي - بيروت .

رابعاً : المراجع الفقهية :

أ - الفقه الحنفي :

٣٣- الاختيار لتعليل المختار

كلاهما للإمام عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي .

نشر دار المعرفة - بيروت - الطبعة الثالثة ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م .

٣٤- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .

للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاساني الملقب بملك العلماء المتوفى ٥٨٧ هـ ، مطبعة الإمام بمصر - لصاحبها زكريا على يوسف ،

وطبعة أخرى من نشر دار الكتاب العربي ، بيروت ،

وطبعة ثالثة لمطبعة الجمالية بمصر ١٣٢٨ هـ و ١٣٢٩هـ .

٣٥- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق

للإمام عثمان بن علي الزيلعي .

المطبعة الأميرية بمصر ، الطبعة الأولى ١٣١٤ هـ و ١٣١٥ هـ ، وطبعة أخرى من نشر مكتبة إمدادية - ملتان - باكستان .

٣٦- الجوهرة النيّرة على مختصر القدوري .

لشيخ الاسلام أبى بكر على بن محمد الحداد اليمني .

نشر مكتبة إمدادية - ملتان - باكستان .

٣٧- رد المحتار على الدر المختار { الشهير بحاشية ابن عابدين }.

للعلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين .

مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة .

٣٨- شرح أدب القاضي .

لحسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة المعروف بالصدر الشهيد المتوفى ٥٣٦هـ

مطبعة الارشاد - بغداد .

٣٩- شرح فتح القدير على الهداية .

للعلامة محمد بن عبد الواحد السيواسي الشهير بالكمال بن الهمام المتوفي ٦٨١هـ

نشر دار الفكر - الطبعة الثانية ١٩٧٧ م .

٤٠- شرح الوقاية على الهداية .
لصدر الشريعة الثانى عبيد الله بن مسعود المحبوبي المتوفي ٧٤٧ هـ .
نشر محمد سعيد كراتشي .
٤١- الفتاوى الهندية .
لمجموعة من علماء الهند .
المطبعة الأميرية بالقاهرة .
٤٢- كنز الدقائق .
للإمام النسفي المطبوع مع شرحه : البحر الرائق لابن نجيم المتوفي ٩٧٠ هـ .
نشر دار المعرفة - بيروت ، وطبعة أخرى من نشر المكتبة الماجدية - كوئته - باكستان .
٤٣ - المبسوط
لشمس الأئمة السرخسي .
مطبعة السعادة بمصر ونسخة مصورة عنها من نشر دار المعرفة - بيروت .
٤٤- مجمع الضمانات .
لأبي محمد البغدادي .
من مطبوعات المطبعة الخيرية بالجمالية ١٣٠٨ هـ .
٤٥- مختصر الطحاوي
لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي المتوفي ٣٢١ هـ .
نشر دار الكتاب العربي - بيروت .
٤٦- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام .
لأبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي .
المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٣٠٠ هـ .

ب - الفقه المالكي :

٤٧- بلغة السالك لأقرب المسالك .
للشيخ أحمد بن محمد الصاوي على الشرح الصغير
مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٢ هـ - الطبعة الأخيرة .

٤٨- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام { مطبوعة بهامش فتح العلي المالك } للعلامة ابراهيم بن علي بن فرحون اليعمري ت ٧٩٩ هـ .
المطبعة البهية - بالقاهرة ١٣٠٢ هـ .
٤٩- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير .
للشيخ محمد عرفة الدسوقي .
نشر دار الفكر .
٥٠- شرح الخرشي على مختصر خليل .
للشيخ محمد بن عبد الله الخرشي .
نشر دار صادر - بيروت .
٥١- الفواكه الدواني :
للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المتوفي ١١٢٠ هـ على رسالة أبي محمد بن عبد الله بن أبي زيد القيرواني المتوفي ٣٨٦ هـ .
مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة طبعة ثالثة ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥ م .
٥٢- القوانين الفقهية :
للعلامة محمد بن أحمد الغرناطي { ابن جُزَيّ } المتوفى ٧٤١ هـ .
نشر دار الكتاب العربي - بيروت .

جـ - الفقه الشافعي :

٥٣- الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع .
للشيخ محمد الشربيني الخطيب .
طبع دار إحياء الكتب العربية - عيسى الحلبي وشركاه - القاهرة .
وطبعة أخرى من نشر دار المعرفة - بيروت .
٥٤- إحياء علوم الدين .
للإمام الغزالي { محمد بن محمد } المتوفي ٥٠٥ هـ .
٥٥- الأم .
للإمام محمد بن إدريس الشافعي .
طبع دار الشعب بالقاهرة .

٥٦- أدب القضاء .
لأبي اسحق ابراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم المتوفي ٦٤٢ هـ
نشر مجمع اللغة العربية بدمشق .
٥٧- حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلى لمنهاج الطالبين .
للعلامة أحمد بن محمد بن سلامة القليوبي المتوفي ١٠٦٩ هـ .
مطبوع مع حاشية عميرة .
٥٨- حاشية الشيخ ابراهيم الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي لمتن أبي شجاع.
المطبعة الميمنية بالقاهرة .
٥٩- فتح العزيز (شرح الوجيز) مطبوع مع كتاب المجموع (شرح المهذب) للنووي .
للإمام عبد الكريم الرافعي .
مطبعة الإمام بالقاهرة لصاحبها زكريا علي يوسف .
٦٠- كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار .
لتقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصني المتوفي ٨٢٩ هـ .
نشر دار المعرفة - بيروت - طبع عالم الكتب .
٦١- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج .
للشيخ محمد الشربيني الخطيب المتوفي ٩٧٧ هـ .
مطبعة : مصطفى الحلبي - القاهرة .
٦٢- المهذب .
للعلامة أبي اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي المتوفي ٤٧٦ هـ .
نشر دار المعرفة - بيروت ، وطبعة أخرى لمطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة .
٦٣- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج
للعلامة شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي
المتوفي ١٠٠٤ هـ .
نشر المكتبة الاسلامية وطبعة أخرى لمطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة .

د - الفقه الحنبلي :

٦٤- الطرق الحكمية .

للعلامة ابن قيم الجوزية المتوفى ٥٧١ هـ .

نشر دار الكتب العلمية - ببروت .

٦٥ - الكافي لابن قدامة .

نشر المكتب الاسلامي ١٣٩٩ هـ .

٦٦- كشاف القناع عن متن الاقناع

للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي المتوفى ١٠٥١ هـ .

الناشر مكتبة النصر الحديثة .

٦٧- المحرر في الفقه على مذهب الامام أحمد

للشيخ مجد الدين أبي البركات عبد السلام بن عبد الله بن علي بن تيمية الحراني المتوفي ٦٥٢ هـ .

نشر مكتبة المعارف - الرياض .

٦٨- المغني { شرح مختصر الخرقي }

للإمام عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ت ٦٢٠ هـ .

نشر مكتبة الجمهورية العربية بمصر وطبعة أخرى من نشر مكتبة الرياض الحديثة . الرياض .

٦٩- منتهى الارادات .

لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار .

طبع عالم الكتب .

٧٠- المنح الشافيات بشرح مفردات الامام أحمد

للشيخ منصور البهوتي .

نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت .

هـ - الفقه الظاهري :

٧١- المحلى

لابن حزم : علي بن أحمد بن سعيد .

ادارة الطباعة المنيرية - القاهرة .

خامسا : كتب اللغة:

٧٢ - تاج العروس من جواهر القاموس .

للعلامة محمد مرتضى الزبيدي .

طبع المطبعة الخيرية بمصر ١٣٠٦ هـ .

٧٣- الصحاح

لاسماعيل بن حماد الجوهري المتوفي ٣٩٣ هـ

نشر دار العلم للملايين - بيروت - الطبعة الثانية ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

٧٤- القاموس المحيط الأعظم

للعلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي المتوفي ٨١٧ هـ .

مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة .

٧٥- المحكم والمحيط

لابن سيده .

مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٧ هـ .

٧٦ - مختار الصحاح

للإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ت ٦٦٦ هـ .

نشر دار الفكر ١٩٧٣ م ، وطبعة أخرى من نشر دار الكتاب العربي ، بيروت .

٧٧- العين .

لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي المتوفى ٢٧٥ هـ .

نشر دار الرشيد ، بغداد .

٧٨- المعجم الوسيط .

للدكتور ابراهيم أنيس و آخرين { من اخراج مجمع اللغة العربية بالقاهرة }.

انتشارات ناصر خسرو - طهران - ايران .

٧٩- المغرب في ترتيب المعرب .
للإمام أبي الفتح ناصر بن عبد السيد بن علي المطرزي المتوفي ٦١٦ هـ .
نشر دار الكتاب العربي - بيروت .
٨٠- لسان العرب .
لابن منظور الأفريقي المصري : جمال الدين محمد بن مكرم المتوفي ٧١١ هـ .
نشر دار المعارف - القاهرة وطبعة أخرى نشر أدب الحوزة - قم ايران وطبعة ثالثة لدار صادر بيروت .
٨١- المصباح المنير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير .
للعلامة أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي المتوفي ٧٧٠ هـ .
المطبعة الأميرية القاهرة وطبعة أخرى لأوقاف لاهور - باكستان .

سادسا : كتب التاريخ والتراجم :

٨٢ - الجواهر المضية في طبقات الحنفية .
لأبي محمد عبد الله بن محمد القرشي المتوفي ٧٧٥ هـ .
مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة ١٣٩٨ هـ .
٨٣ - خلاصة التذهيب .
لصفي الدين أحمد بن عبد الله الخزرجي الأنصاري .
مكتب المطبوعات الاسلامية - حلب -
الطبعة الثانية ١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م .
٨٤- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة .
للعلامة أحمد بن علي بن حجر العسقلاني .
نشر دار الكتب الحديثة . مصر .
٨٥- شذرات الذهب في أخبار من ذهب .
لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي المتوفي ١٠٨٩ هـ .
نشر مكتبة القدسي بمصر .

٨٦- وفيات الأعيان و أنباء أبناء الزمان .
لأبي العباس أحمد بن أبي بكر بن خلكان المتوفي ٦٨١ هـ .
نشر دار صادر - بيروت .

سابعاً : الكتب الحديثة:

٨٧- الأحوال الشخصية .
للشيخ محمد محي الدين عبد الحميد .
نشر مكتبة محمد علي صبيح بالقاهرة ١٩٦٦ م .
٨٨- الأحوال الشخصية .
للأستاذ الشيخ زكي الدين شعبان .
من منشورات الجامعة الليبية ١٩٨٣ م .
٨٩- الأحوال الشخصية .
للشيخ محمد مصطفى شحاته الحسيني .
مطبعة دار التأليف ، شارع يعقوب بوزارة المالية - القاهرة .
٩٠- الأحوال الشخصية .
للإمام الشيخ محمد أبي زهرة .
من منشورات إدارة القرآن والعلوم الاسلامية ، كراتشي ،
وطبعة أخرى من نشر دار الفكر القاهرة .
٩١- التعويض عن الضرر .
للدكتور وهبة الزحيلي .
من منشورات مجلة البحث العلمي والتراث الاسلامي - كلية الشريعة - جامعة الملك عبد العزيز ١٣٩٩ هـ - العدد الثالث - .
٩٢- دائرة المعارف القرن العشرين .
لمحمد وجدي .
مطبعة دائرة معارف القرن العشرين بمصر .

٩٣- ركن الخطأ في المسؤلية المدنية .
للدكتور محمد حسين الشامي .
نشر دار النهضة العربية . بالقاهرة ١٩٩٠ م .
٩٤- الزواج والطلاق في الاسلام .
للدكتور بدران أبي العينين .
نشر مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية .
٩٥- الضرر الأدبي و مدى ضمانه في الفقه الاسلامي والقانون .
للدكتور عبد الله مبروك النجار .
نشر دار النهضة العربية - مصر .
٩٦- الضمان في الفقه الاسلامي .
للمرحوم الشيخ علي الخفيف .
من منشورات معهد البحوث والدراسات العربية بمصر ١٩٧١ م .
٩٧- ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي .
للدكتور محمد سليمان بن محمد أحمد . طبعة ١٩٨٥ م .
٩٨- الفرقة بين الزوجين .
للشيخ علي حسب الله .
نشر دار الفكر العربي .
٩٩- فرق الزواج (القسم الثاني)
للدكتور محمد الشحات الجندي طبعة ١٩٨٨ م .
١٠٠- الفقه الاسلامي وأدلته .
للدكتور وهبة الزحيلي .
نشر دار الفكر . بيروت .
١٠١- مدى استعمال حقوق الزوجية .
للدكتور السعيد مصطفى السعيد .
مطبوعات ١٩٣٦ م .

١٠٢- المدخل الفقهي والمؤيدات الشرعية .
للدكتور أحمد الحجي الكردي .
من مطبوعات مطبعة الانشاء بدمشق .
١٠٣- المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون .
للدكتور محمد فوزي فيض الله .
نظر عام ١٩٦٢ م بالكويت .
١٠٤- موسوعة القضاء في المسئولية المدنية { التقصيرية والعقدية } .
للأستاذ عبد المعين جمعة .
نشر الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٧٧ م - الجزء الأول - .
١٠٥ - النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية .
للدكتور شفيق شحاته .
مطبعة الاعتماد بمصر - شارع حسن الأكبر - الطبعة الأولى .
١٠٦- نظرات في نظام الأسرة الاسلامية { الزواج } .
للدكتور محمد الشحات الجندي .
طبعة ١٩٨٨ م .