

International Islamic University

Islamabad

Faculty of Shar'iah & Law

Department of shari'ah



الجامعة الإسلامية العالمية إسلام آباد

كلية الشريعة والقانون

قسم الشريعة

النوازل المعاصرة في انحلال الزواج

(دراسة مقارنة بين الفقه والقانون الباكستاني)

(رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة)

بإشراف:

الأستاذ الدكتور عطاء الله فيضي

إعداد الطالب :

إحسان الله جشتي

رقم التسجيل: 39-FSL/PhdIJ/S13

العام الجامعي : 2013-2018



29/05/20

Acc # TH-22308

PHD



۳۴۰۵۵۹۴۰۱

ط خ ن

فقہ اسلامی - بحوث
فقہ اسلامی - نوازل
فقہ اسلامی - معاصرة
فقہ اسلامی - زواج
فقہ اسلامی - انحلال
فقہ اسلامی - قانون پاکستانی
فقہ اسلامی - مقارنتہ

ACCEPTANCE BY THE VIVA VOCE COMMITTEE

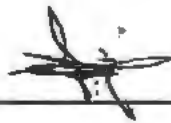
TITLE OF THESIS:

النوازل المعاصرة في انحلال الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه والقانون الباكستاني)

Submitted by: Ihsanullah Chishti

Reg. No. 39-FSL/Ph.DII/S13

1. **Prof. Dr. Ataullah Faizi**
Professor Shariah, FSL, IIUI /
Supervisor



2. **Dr. Muhammad Obaidullah Khan**
Associate Professor Law, IIUI/
Internal Examiner



3. **Dr. Muhammad Zubair Abbasi**
Professor,
LUMS, Lahore/
External Examiner-I



4. **Dr. Muhammad Moti-ur-Rehman**
Advisor Federal Shariat Court,
Islamabad/
External Examiner-II



بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

انطلاقاً من قول الله تعالى : "وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً" أهدي هذا الجهد المتواضع إلى
جدي الكريم مولانا نوران شاه جشتي رحمه الله ومولانا فيروز الدين جشتي رحمه الله ووالدي الكريم
الأستاذ الدكتور سيد علي أصغر جشتي صابري حفظه الله، وإلى والدي الكريمة اللذين رباني صغيراً
وسهر الليالي وعلماي بعلمهما وعملهما وجعلاني أشد الرجال إلى رحاب العلم الطاهر وشجعاني
على العلم والمعرفة والاجتهاد وإلى مربي وأستاذي عمي الكريم سيد علي أكبر جشتي حفظه الله، وإلى
الأخ الكريم إكرام الله جشتي وإلى الأخ إظهار الله جشتي وإلى أخواني الكرامات عامرة ناز وسعدية
جشتي وأنعم ناز جشتي، وإلى زوجتي الكريمة حميدة جشتي حفظهن الله ورعاهن من المصائب والشدائد.

كلمة الشكر والتقدير

أحمد الله تعالى حمد الشاكرين، يوفى نعمه ويكافى في مزيده، يا رب لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهتك
الكريم وعظمت سلطانت، وأصلح وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين محمد صلى الله عليه وآله وسلم وعلى آله وأصحابه
وأتباعه أجمعين.

انطلاقاً من قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "من لم يشكر للناس لم يشكر الله"¹.
أرى أنه من الواجب أن أقدم عظيم شكري وتقديري للجامعة الإسلامية العالمية إسلام آباد باكستان،
التي أتاحت لي فرصة الدراسة فيها، كما أقدم شكري العظيم إلى والذي الكريمين اللذين كانا أخيراً هونا لي في سبيل
العلم والتحصيل منذ نعومة أظفاري، وأشكر من أعماق قلبي جميع أساتذتي الذين شاركوا في تكويني العلمي وأخص
بالشكر الجزيل، أستاذي الفاضل الشيخ الأستاذ الدكتور عطاء الله فيضاني - حفظه الله - لحشره علي هذا البحث،
والذي عاين معي مراحل كتابة البحث وأقادني بتوجيهاته العظيمة وآرائه السديدة وأعطاني من وقته وجهده أضعاف
ما كنت أرجوه منه فجزاه الله خيراً الجزاء ويصونه عن كل بلاه ويمتعه الفوز في الدارين.
كما أقدم بجزيل الشكر والتقدير لعبد كلية الشريعة والقانون الأستاذ الدكتور محمد طاهر حكيم -
حفظه الله، و الدكتور أمين مكي حفظه الله رئيس قسم الشريعة، ولا يغفوني تقديم شكري لجميع الأساتذة الأفاضل
الذين علموني وأغروا تشكري من أعماق قلبي لجميع أخواني فجزاهم الله خيراً وأحسن الجزاء.

سيد إحسان الله جشتي صابري

¹: سنن الترمذي للترمذي: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي، معظمي البابي الحلبي، مصر: الطبعة الثانية، 1395 هـ، باب ما جاء في الشكر،
ج 1، ص 339، رقم الحديث، 1955، حسن الترمذي من حديث أبي سعيد، وأبي ظرارة وابن جابر عن أنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: "إن
حسن صحيح تعلق: لئن لم يزل الأسفار في الإسلام في جميع أنحاء الإقليم من الكوفة، عند الرحيل من القسبة العراقية، طارئين خرج يروى
من 264.

المقدمة :

التوازن المعاصرة في التحلل الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه والقانون)

المقدمة:

الحمد لله الذي سهل لعباده سبيل العبادة والخير واليسر، وجعل الشريعة لتحقيق مصالح العباد الدنيوية والأخروية، كما أنها جاءت لإصلاح شؤون الناس في العاجل والأجل، وشرعت من الأحكام ما يناسب المقتضات والنتائج، وهي تنصف بمقتضى المسئول والبقاء والمعاصرة في ظل التغيرات المحيطة فيها، مما يجعلها صالحة للتطبيق في ميادين الحياة في كل زمان ومكان. وعلم المقاصد من العلوم العلية، ولا خلاف بين العقلاء أن شرائع الأنبياء، قصد بها مصالح الخلق الدنيوية والدنيوية. وأن المقصد العام في جميع الرسالات السماوية هو العبادة، كما دل على ذلك قوله تعالى "وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ"¹ وقوله تعالى "وَلَقَدْ بَعَلْنَا فِي كُوفٍ نَبِيًّا رَسُولًا أَنْ اعْبُدُوا اللَّهَ وَاجْتَنِبُوا الطَّاغُوتَ"²، وقوله "وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ مِنْ رَسُولٍ إِلَّا نُوحِي إِلَيْهِ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا أَنَا فَاعْبُدُونِ"³ وقوله تعالى "وَسَأَلَ كَرِ لُؤْلُؤًا مِنْ قَبْلِكَ مِنْ رُسُلِنَا أَجَعَلْنَا مِنْ دُونِ الرَّحْمَنِ آلِهَةً يُعْبَدُونَ"⁴ فمعنى هذه الآيات صريح في أن الله تعالى خلق عباده ليعبدوه ولا يشركوا به شيئاً.

ولما كان من أهداف الإسلام الأصلية بناء مجتمع مسلم يعيش الناس فيه سعاداً، فقد عني الإسلام بشؤون الأسرة، وركز على أن تقوم العلاقات على أسس من التكافل والرحمة والمودة ولم يترك هذه العلاقات دون محددات وتبعات بل قرض على كل فرد من أفراد الأسرة زوجاً أو زوجة أو ابناً من الحقوق والتواجبات في سبيل سعادة الجميع وتكاملهم مادياً من وراء ذلك أبعاداً اجتماعية وسياسية وصحية وخلفية وروحية تلاهي كلها لإيجاد بناء أسري قوي و متماسك و مجتمع متعاون و مترابط.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد اهتمت بالحياة الإنسانية اهتماماً شاملاً، فلم تترك شيئاً دون توجيه كلي أو تفصيلي، فإن اهتمامها بالحياة الأسرية كان في الذروة من ذلك الاهتمام الشامل، وهو ما يشهد له ما ورد في شأن هذه الحياة من تفصيل في الأحكام، لا يبدأه تفصيل في أي مجال

¹ سورة النحل: 56

² سورة النحل: 36

³ سورة الأنبياء: 25

⁴ سورة الزمر: 45

آخر من مجالات الحياة الاجتماعية، وهو إن دل على عناية الشريعة الإسلامية بالأسرة إذ لو تركت لاجتهادات العقل في التفاصيل لكان الخطأ فيها آيلا إلى الضرر البالغ بالمجتمع كله، بل بمستقبل الإنسانية بأكملها.

والأحكام المتعلقة بالأسرة تحكمها في معرض شموليتها وتفاصيلها جملة من المقاصد التي ما من حكم من تلك الأحكام إلا وهو موضوع من أجل تحقيقها أو تحقيق بعض منها، وتلك المقاصد هي التي ينبغي أن تكون غاية الاجتهاد في تلك الأحكام، ما كان منها منصوبا عليه فبالاجتهاد في الفهم، وما كان غير منصوب فبالاستنباط، ولذلك فإن العلم بما على وجه الدقة يعد ضرورة من ضرورات الاجتهاد الفقهي في شأن الحياة الأسرية، وإلا فإن هذا الاجتهاد قد يخطئ الحكم في هذا الشأن، وذلك ما يكون له وخيم العواقب على وضع المجتمع بأكمله فضلا عن وضع الأسرة في ذاتها، لذا فإن الفقهاء اجتهدوا في مسائل الأسرة، وعالجوا المستجدات والمشكلات التي واجهت مجتمعاتهم بكل شجاعة وجرأة، معتمدين على فهمهم العميق لروح النص ومقاصد الشريعة، ولم يحدوا عند ظواهر التصوص مما يدل دلالة واضحة على مرونة تصوص الشريعة الإسلامية، وأنها صالحة لكل زمان ومكان، ولعلهم من بعدهم ضرورة التصدي للمستجدات التي لم يره فيها نص بنفس تلك الروح، و ليعلمهم أيضا سلوك هذا الطريق الاجتهادي حتى يظل الفقه الإسلامي خالدا وصالحا للتطبيق ما دامت الشريعة خالدة.

إنه مما يدعو للأسف أن التطبيق الفعلي للشريعة الإسلامية على أرض الواقع، قد قزم و حدد في مجال فقه الأسرة مما يدعو للتخصصين من العلماء و الباحثين في هذا المجال، أن لا ينسوا عامل التطور و الحداثة والمعاصرة، و ألا يغفلوا عما أحدثته الحياة الجديدة من مشكلات وقضايا كثيرة بسبب التقدم الهائل للبشرية في مجالات عديدة، وبسبب التأثير بمعطيات الحياة المعاصرة، وتعدد أوضاعها وتعدد أنماطها وقضاياها.

و على أساس هذا الإدراك الضروري لمتطلبات اليوم، فإن موضوع الزواج والطلاق والتصدي للمستجدات العصرية المتصلة بالأسرة مع كونه ضرورة ملحة للاجتهاد المعاصر، فهو خير الطريق أمام الناظر في التوازن لكي يسير في الاتجاه الصحيح نحو تفعيل دور الفقه في معالجة المستجدات وحتى تسير به لكي يطبق على أرض الواقع، ويتحقق الحلم للنشود لتطبيق شريعة الله

فهذا البحث عن التوازن المعاصرة في الحلال الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الباكستاني) يعالج العديد من القضايا الفقهية المستجدة في مجال الأحوال الشخصية و توجيهها إلى ما هو أقرب إلى مراد الشارع لما فيه مصالح عظيمة لحياة الناس.

أسباب اختيار الموضوع:

أما سبب اختياري لفقه الأسرة دون أبواب الفقه الأخرى فإنما يرجع إلى مايلي :

1: إن مجال الأسرة هو الجانب الذي لا يزال يطبق على أرض الواقع في أغلب البلاد الإسلامية، فمن المهم النظر في مسأله بحثا ودراسة لإثبات قدرة هذا الجانب على مواكبة العصر كباقي الجوانب في الفقه الإسلامي.

2: حاجة الناس في هذا العصر إلى معرفة الحكم الشرعي في مثل هذه القضايا، التي تمس كل فرد كما تمس الحياة اليومية.

4 : رغبتي في بحث يجمع بين الأصالة والمعاصرة؛ فيقدم ما ينفع عصرنا مما قرره سلفنا في مجال الأسرة ، فيكون فئتنا للشرعية مستفاداً من فهمهم، فنجمع بذلك بين حفظ آثار السلف، وتقديم الحلول الصحيحة لمشكلات العصر.

5: تحاول الدراسة الوصول إلى الحكم الشرعي في هذه المسائل، وبحثها بحثاً عصرياً مع دراسة الأبعاد المستجدة لكل قضية وبناء الحكم الشرعي بناء على تلك الأبعاد.

6: تحاول الدراسة تشكيل رؤية عامة حول نظرة قوانين الأحوال الشخصية في القانون الباكستاني لمثل هذه القضايا والنقاط المضيق بها في القوانين الأسرة.

7: كذلك هذه الدراسة هي محاولة لتلمس و تتبع النمط المعرفي في التعامل مع فقه التوازن، من خلال تناول مثل هذه القضايا بمقتضى روح الشريعة ومقاصدها وأهدافها .

9: لكون الأسرة قوام المجتمع والدعم الأول لبنائه نعتمد الشريعة الإسلامية ببيان أحكامها من نشأتها إلى وصف دقائق أمورها.

11: إن بعد الجانب النظري، التأميلي المتمثل في الأصول التي وضعها العلماء لضبط الأحكام الفقهية عن الجانب التطبيقي يجعلنا في حاجة إلى تلمس الطرق التي تخرج بين الفقه و أصوله، و ذلك بدراسة النوازل لأحد الأبواب الفقهية حتى يصبح الفقه و الأصول لحمة واحدة .

12: جدة هذا الموضوع وحدائقه فإنما تعد من النوازل، وذلك عند ما اطلعت على البحوث في فقه النوازل الأسرية، أعما تناولتها بشكل موجز، و لم يتعد إلى تفاصيلها واستقصائها.

- 13: عدم وجود دراسات مستقلة في هذا الموضوع بالرغم من أهميته على المستوى النظري، والتطبيقي. حيث يشتمل على مسائل وفروع كثيرة، ويضمن مجموعة من القواعد الفقهية التي تنفرع عنها قضايا كثيرة منها القلم، ومنها الحديث مما يعظم أهميته في الوقت الحالي.
- 14: يمكن من خلاله التلويح للراجع في قضايا كثيرة من قضايا انحلال الزواج، التي اختلف فيها المفتون ما بين محلل ومجزم.

فرضية البحث:

- 1: إن الحكم الشرعي للنوازل المعاصرة في فقه الأسرة يحل مشكلة المجتمع حسب الظروف والأحوال، يمكن للفقه المعاصر معالجة هذه المواضع وإعطائها حلولاً ناجحة.
- 2: إن بعض القوانين الوضعية حول فقه الأسرة تتعارض مع الشريعة الإسلامية.

مشكلة البحث:

أما مشكلة البحث فهي كما يلي:

- أولاً: دراسة الأحكام الشرعية للنوازل في مسائل انحلال الزواج، لأن مستجدات للعصر الحديث تعدد اتجاهاتها، ولا سيما فيما يتعلق بأمور الفقه الأسري أعني المستجدات في مجال الفقه بفرقة للنكاح.
- ثانياً: دراسة آراء الفقهاء حول نوازل الطلاق وما يتعلق به، وبما أن الراجع حسب الحالات والظروف.
- ثالثاً: دراسة القانون المدني الراجح في باكستان لإنهاء الزواج في ضوء الشريعة الإسلامية.
- رابعاً: إن العصر الحديث بتطورات ومشكلاته الكثيرة قد تظهر فيه قضايا لم تكن تحصل من قبل حيث لا نص ولا إجماع على أحكامها. فنحتاج إلى دراسات النوازل المعاصرة، لكي يتحقق أنه يمكن للفقه المعاصر معالجة هذه المواضع وإعطائها حلولاً ناجحة في ضوء الشريعة الخالدة.

أهداف البحث:

يهدف البحث من خلال فقراته إلى تحقيق الغايات الآتية:

- 1: إبراز أهمية الموضوع في كون الدراسة فيه تتطرق لمسائل تتعلق بجانب حيوي من حياة المسلمين و هو جانب الأسرة.
- 2: تحاول الدراسة جمع آراء المعاصرين حول كل قضية واستقصاء ما قيل حول كل منها للتعرف على ما يكون من مستجدات العصر في مجال انحلال الزواج.
- 3: تحاول الدراسة التوصل لنتائج وتقديم مقترحات لمقني فقه الأسرة فيما يتصل بهذا الموضوع.
- 4: تحاول الدراسة المقارنة بين الشريعة والقانون الباكستاني في ضوء القرآن والسنة وآراء الفقهاء.

5: بيان أن مستجدات العصر الحديث قضية لم تكن تحصل من قبل حيث لا نص ولا إجماع على أحكامها.

6: لعل هذه الدراسة تكون ميعنا للمهتمين و للمتخصصين في هذا المجال.

منهج البحث :

تطلبت هذه الدراسة أن تعتمد أكثر من منهج في البحث فاعتمدت المنهج الاستقرائي في النظر إلى الفروع الفقهية لبناء التأصيل عليه بناء صحيحاً وكذلك المنهج التشابهي و التطبيقي، كما اعتمدت المنهج التحليلي في نصوص القرآن، ونصوص السنة الصحيحة، ثم المنهج التكميلي الذي استفدت فيه من آراء الأصوليين القدماء والمعاصرين. ومن ثم منهجي في البحث على النحو التالي:

- 1: المنهج الاستقرائي في محاولة جمع النصوص الشرعية والآراء والفتاوى حول كل قضية منها.
- 2: المنهج التحليلي لدراسة هذه الفتاوى والنصوص والاجتهادات دراسة تحليلية بغية التوصل إلى حكم شرعي و ترجيح رأي على آخر أو استحداث رأي جديد فيها.
- 3: جمع النوازل الفقهية المتعلقة بفرقة الزواج، ومقارنتها مع القانون الباكستاني.
- 4: نسبة كل رأي إلى قائله، وتوثيقه من المراجع الموثوقة في المذاهب الفقهية، والتفسير والحديث وغيرها.
- 5: كتابة الآيات القرآنية المستدل بها في البحث بالرسم الجمالي، وتوثيقها من سورها كما وردت في المصحف الشريف.
- 6: تخرج الأحاديث النبوية حسب المنهج المعروف في التصريح.
- 7: ترجمة الأعلام الوارد ذكرهم بالبحث.
- 8: شرح الألفاظ والمصطلحات التي تحتاج إلى توضيح بالهامش.

الدراسات السابقة:

لم يكتب في هذا الموضوع - أي النوازل المعاصرة في انحلال الزواج (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الباكستاني) - كتاب أو بحث مستقل جالغ للمسائل المستجدة بعد الاطلاع على المواقع الإسلامية في شبكة الإنترنت والمكتبات الإلكترونية دراسة علمية مستوفية لأصول البحث العلمي، ولكن من خلال بحثي عن الدراسات السابقة التي لها علاقة بالموضوع وقفت على بعض الكتب العلمية المتعلقة بموضوع هذا البحث، ومنها:

1: الاجتهاد الفقهي المعاصر في أحكام الأسرة لعبد الرحمن العمري. - دبي : مركز جمعية الماجد للثقافة والتراث، 1430هـ، و لكنه ما ذكر النوازل المعاصرة المتعلقة بفقه الأسرة.

2: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، لعبد الرحمن النجدي، فهذا الكتاب أيضا لا يستوعب الموضوع.

3: أحكام الخلع في الإسلام للدكتور قتي الدين الحلالي، المكتب الإسلامي.

4: أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، للدكتور عترة سعيد الزبياري، دار ابن حزم

5: تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، لعلي أحمد الطهطاوي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

6: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق لسليمان الأشقر، دار النفائس

7: فقه النوازل، للدكتور محمد بن حسن الجيزاني، دار ابن الجوزي

كما وجدت بعض الأوراق العلمية في مجال فقه الأسرة المتعلقة ببعض الجزئيات ولكن كل ذلك لم تستوعب النوازل في مجال انحلال الزواج من الناحية التقابلية مع القوانين الوضعية الباكستانية.

وانعقدت الندوات والمؤتمرات العلمية في الدول الإسلامية لكن توجد ضرورة للتنقيح والتجميع والتنظيم وأن يكتب البحث العلمي وفق منهج التحقيق على خطوات جديدة وخاصة الدراسة حول القوانين الباكستانية في مجال الأسرة. ولذا بحثت في مختلف جوانب هذا الموضوع وأطلعت موقف الشريعة والقانون حول النوازل في مجال انحلال الزواج.

وراجعت المحاكم وخاصة المحكمة الشرعية الفيدرالية، في عدة موضوعات هذا البحث، مثل قضية الطلاق حسب المادة السابعة من المرسوم في قانون الأسرة عام 1961م، حيث حكمت المحكمة بإلغاء الفقرة الثالثة لأنها كانت متعارضة مع أحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك بحثت في قضية منح الخلع القضائي، قررت المحكمة أنها من حقها أن تحكم في القضية وبعد التفريق فيها طلاقا باتا وتعارض حكم المحكمة الشرعية مع المحكمة العليا في تقرير الطلاق القضائي بكونه فسخ أو طلاق.

وأیضا سجلت في نفس المحكمة طلبا آخر، طلب فيه الملتمس أن الفقرة الرابعة من المادة العاشرة في قانون المحاكم الأسرة تنص بأن المخلوعة ترجع الصداق إلى زوجها حين تحكم المحكمة بتفريقها، يقول الملتمس بأن هذه الفقرة تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية لأن الضرر قد يكون من ناحية الزوج، والزوجة تكون مجبرة على طلب الفرقة من المحكمة، ولم تصدر المحكمة حكما في هذه القضية حتى الآن.

يوجد هناك اختلاف بين علماء باكستان وحكم المحكمة، وأن اختياره للكتابة فيه، وكذلك هناك عدة قضايا أخرى سجلت في المحكمة الشرعية الفيدرالية، التي تتعلق في جواز الطلاق التفويض عند المذاهب الفقهية وأثاره وحتى الآن لم تصدر المحكمة فيها حكماً.

الباب التمهيدي في: تعريف التوازل والألفاظ ذات الصلة وضوابط الفتيا في

التوازل

يشتمل على فصلين :

الفصل الأول في: تعريف التوازل والألفاظ ذات الصلة

الفصل الثاني في : ضوابط التوازل

التمهيد: تعريف النوازل والألفاظ ذات الصلة وضوابط الفتيا في

النوازل

التمهيد يتناول مبادئ البحث كليا لأبين وأوضح بعض المباحث المتعلقة بموضوعي قبل الدخول في صلب البحث، وهو مشتمل على فصلين، الفصل الأول متعلق ببيان مفهوم اصطلاح النوازل في اللغة والاصطلاح عند الفقهاء والألفاظ ذات الصلة، والثاني لبيان ضوابط وشروط الفتيا في النوازل ومن يقوم به -

الفصل الأول في : تعريف التوازل

يشتمل على مبحثين:

- المبحث الأول في : تعريف التوازل في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء
- المبحث الثاني في : الألفاظ ذات الصلة

الفصل الأول: تعريف التوازن

أبحث في هذا الفصل المباحث التمهيديّة المتعلقة بموضوع البحث، لكي تتضح الأساسيات و التصورات العلميّة، قبل التّخوّل في حقل الموضوع، حتّى يكون معنى التوازن في اللغة والاصطلاح في المبحث الأوّل، ثم أذكر الألفاظ ذات الصلة في المبحث الثاني.

المبحث الأول: تعريف النوازل في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء

النوازل في اللغة :

ذكر علماء اللغة بأنه النوازل جمع نازلة، وقد جاء في لسان العرب، بأنه معناها الشدة من شدائد الزمن التي تنزل بالخاص¹ وكذلك جاء في المعجم الوسيط أنه النازلة هي المصيبة الشديدة وجمعها نازلات ونوازل².

فمحصص الكلام المذكور، أن لفظ النازلة يستخدم عند أهل اللسان لمعنى المصيبة التي تصيب الفرد أو القوم وجمعها النوازل أو النازلات، ويشترك هذا المعنى اللغوي مع الاصطلاحي من حيث حدوث الواقعة المستجدة.

النوازل في اصطلاح الفقهاء:

يطلق لفظ النوازل في كتب الفقه بإطلاقات مختلفة، ولأجل ذلك عرفها الفقهاء بتعريفات عديدة، فذهب الحنفية إلى أن المراد منها الفتاوى والواقعات التي حدثت، ولم توجد فيها آراء الفقهاء القدامى، فامتصت الفقهاء المتأخرون أحكامها على أساس آراء الفقهاء المتقدمين، نص على ذلك في رد المختار:

"وبقي قسم ثالث، وهو مسائل النوازل سئل عنها المشايخ المجتهدون في المذهب ولم يجدوا فيها نصاً فأفتوا فيها تحريماً"³.

وذكر أسماء بعض الكتب الفقهية المسماة بالنوازل والواقعات في الفقه الحنفى مثلاً: "كتاب النوازل للفقير أبي الليث السمرقندي"، ثم جمع المشايخ بعده كتاباً آخر كتبه جميع النوازل والواقعات للناظر في الواقعات للفتنر الشهيد"⁴.

¹: لسان العرب، ابن منظور، محمد بن بكر بن علي الإفريقي، دار صادر بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، 1414 هـ ج 11 ص 659

²: المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وغيره، دار الدعوة، بدون تاريخ وطبعة، ج 2 ص 915

³: رد المختار، علي الترميضي، ابن عابد بن محمد أمين بن عمر الممشقي، دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية، 1412 هـ ج 1 ص

50.

⁴: المصدر نفسه : ج 1 ص 69

وهذا من باب تجميع الفروع المستحدثة على الفروع المنصوصة في كتب الفقه المتقدمة.

ويطلق على كتب الفتاوى لفظ النوازل كما في فتح القدير¹.

"نص في تجميع النوازل على أن فيه اختصاراً"².

فيقتصر الحنفية على المسائل التي لم ينص عليها أئمتهم، أي الأئمة المتقدمون أي حنيفة، أبو يوسف ومحمد، وافر رحمهم الله من الطبقة الأولى، فالمسائل المستخرجة على أقوال المتقدمين يعد عندهم من قبيل النوازل.

يطلق لفظ النوازل على القضايا المقدمة أمام القضاة كما صرح بذلك ابن نجيم ضمن الحنفية في تعريف علم القضاء، فيقول -

"عِلْمُ الْقَضَاءِ: الْفَهْمُ بِالْأَحْكَامِ الْكُلِّيَّةِ مَعَ الْعِلْمِ بِكَيْفِيَّةِ تَنْزِيلِهَا عَلَى النَّوَائِلِ الْوَاقِعَةِ"³.

لأنها تحتاج إلى التفسير والتفكير لتنفيذ القانون حسب طبيعة القضية المقدمة في محكمة القضاء وقد شاع عند عامة من العلماء إطلاق النوازل على الحوادث والوقائع والمستجدات الفقهية التي تحتاج إلى بيان حكم شرعي في ضوء الشريعة الإسلامية، لثبوت حكمها من حيث الحلال والحرام، وإلى ذلك أشار ابن العربي المالكي⁴ في كتابه "أحكام القرآن" عند ما يفسر الآية الكريمة:

"قَدْ سَأَلْنَا قَوْمَ مِنْ قَبْلِكُمْ بِقَوْلِهِ تَسْأَلُ النَّوَائِلَ اعْتَقَدَ قَوْمٌ مِنَ الْمُفَاضِلِينَ تَحْرِيمَ أَسْئَلَةِ النَّوَائِلِ حَتَّى تَقَعَ تَعَلُّقًا بِكَلِمَةِ الْآيَةِ، وَهُوَ جَهْلٌ"⁵.

¹: فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد الموصلي، الفكر بدون تاريخ وطبعة، ج 6 ص 266.

²: ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المشهور بابن نجيم: 970 هـ، فقه حنفي، من العلماء، مصري، له مصانيف، منها الأغنياء والنظائر في أصول الفقه والبحر الرائق في شرح كبر البقائي، مراجع الطبقات المسجلة في تراجم الحنفية، الصهبي، تقي الدين بن عبد القادر دارالترغيب، بدون تاريخ وطبعة، ص 289.

³: الأغنياء والنظائر على مذهب أبي حنيفة، ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم المصري، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، بدون تاريخ وطبعة، ج 1 ص 366.

⁴: أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أبي القزويني الأندلسي المالكي، صاحب التصانيف. سأل ابن بطي عن قولهم، فقالت في سنة ثمان مائة وأربع مائة وأربع: سير أعلام النبلاء، الذهبي، محمد بن أحمد، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1405 هـ، ج 39 ص 191.

⁵: سورة المائدة: 102.

⁶: أحكام القرآن لابن العربي، محمد بن عبد الله، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، 1424 هـ، ج 3 ص 323.

وكذلك نص في مختصر المستصفى على أن النوازل غير متناهية، ولا يمكن أن ينقل أقوال سلف من المجتهدين في كل نازلة وواقعة، لأنها أمر محال عقلاً ونظراً، فلا يخلو زمن من المجتهدين الذين يستنبطون الأحكام للنوازل والواقعات في ضوء الشريعة الإسلامية¹

فالنوازل والحوادث مترادفان فيما بينهما عند المتقدمين كما قال صاحب الخطيب البغدادي: "وَحَقَّقَ شَرِيعَةُ الْإِيمَانِ بِالْمُتَعَلِّمِينَ وَأَمَرَ بِالرُّجُوعِ إِلَيْهِمْ فِي النَّوَائِلِ وَتَسْأَلَتِهِمْ عَنْ الْحَوَادِثِ"² ففي العبارة المذكورة يشير المصنف إلى العوائد في إطلافيهما على المستحدثات الفقهية التي لا يوجد النص الشرعي فيها، فتحال إلى بذل الفقيه وسعه في استنباط حكمها، و استخدام للحوادث في إعلام الموقعين وذلك عند ما يذكر المصنف قضية الاجتهاد والقياس في عهد أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال:

"وَقَدْ كَانَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَجْتَهِلونَ فِي النَّوَائِلِ، وَيَقِيسُونَ بِغَضِّ الْأَحْكَامِ عَلَى بَعْضٍ، وَيَعْتَبِرُونَ النَّظِيرَ بِنَظِيرِهِ"³

وهكذا نرى لا يوجد عند الفقهاء المتقدمين التعريف الفقهي للنوازل بطريق مخصوص يحدد الاصطلاح بل استعملوا لفظ النوازل للحوادث والمستحدثات الفقهية في كتبهم أما الفقهاء في عصرنا الحاضر فعرفوها بعدة تعريفات، ولكن الجامع منها هو: المسائل أو المستحدثات الطارئة على المجتمع بسبب توسع الأعمال، وتعقد المعاملات، والتي لا يوجد نص تشريعي مباشر أو اجتهاد فقهي سابق ينطبق عليها و صورها متعددة و متجددة ومختلفة بين البلدان أو الأقاليم لاختلاف العادات والأعراف المحلية⁴

فخلاصة الكلام هي أن لفظ النوازل يطلق بإطلاقات مختلفة منها الحوادث والمستحدثات، والفتاوى، والقضايا المقدمة عند القضاء، والمراد في بحثنا هي الواقعة الجديدة المستدعية للحكم الشرعي، بحيث تكون ملحة من جهة النظر الشرعي لاتخاذها سابقاً -

¹ : الضريوي في أصول الفقه مختصر للمستصفى، الخطيب، محمد بن أحمد، دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى 1994هـ، ج 1 ص 145

² : الفقيه والمتفقه، الخطيب البغدادي، أبو بكر محمد بن علي، دار ابن الجوزي، الطبعة الثانية 1421هـ، ج 2 ص 331.

³ : إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، محمد بن أبو بكر بن أبيب، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، بدون طبعة 1388هـ، ج 1 ص 277

⁴ : سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي في التطبيقات التطبيقية، محمد بن أبيب، دار المكتبة، الطبعة الأولى 1421هـ، ص 9

المبحث الثاني : الألفاظ ذات الصلة

تذكر في هذا المبحث الألفاظ ذات الصلة للنوازل المستعملة عند الفقهاء إجمالاً من كتب الفقه، كالمستجدات والوقائع والفتاوى -

أولاً: المستجدات

المستجدات في اللغة من "جَدَّ الشَّيْءُ يَجْدُ بِالْكَسْرِ جَدَّةً قَهْوٌ جَدِيدٌ وَهُوَ بِخِلَافِ الْقَدِيمِ وَجَدَدٌ فَلَانَ الْأَمْرُ وَأَجَدَهُ وَاسْتَجَدَهُ إِذَا أَخَذَهُ فَتَجَدَّدَ"¹ وفي المعجم الوسيط "والشيء جدة حدث بعد أن لم يكن وصار جديداً"²

فمعنى ذلك أنه يطلق في اللغة على كل شيء جديد، أي حدث بعد أن لم يكن و"جَدَّتْ أُمُورٌ لَمْ تَكُنْ تَوَقَّعُهَا"³

أما المستجدات في اصطلاح الفقهاء فلا فرق بينها وبين النوازل فتطلق على الوقائع والحوادث التي لم يكن لها وجود من قبل، فتحتاج إلى بيان حكم شرعي عند الفقهاء المعاصرين كما جاء في تعريف النوازل بأنها: المسائل أو المستجدات الطارئة على المجتمع،⁴ فهما مترادفتان في المعنى ولكن ذهب بعض الفقهاء إلى أنه أهم من النوازل في معناه الاصطلاحي ففرقوا بأن "المستجدات تطلق على كل مسألة جديدة، سواء كانت هذه المسألة من قبيل المسائل الواقعة أو المقدرة، ثم إن هذه المسألة قد تستدعي حكماً شرعياً وقد لا تستدعيه" بمعنى أنها قد تكون ملحة وقد لا تكون ملحة.⁵

ولكن في الحقيقة أن النوازل و المستجدات مترادفة المعنى عند الفقهاء، ويطلقان على المسائل الجديدة التي تحتاج إلى استنباط حكمها الشرعي-

¹: التيساع المني، القيسوي، أحمد بن محمد، المكتبة العلمية بيروت، بدون تاريخ وطبعة من 52.

²: المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، ج 1 ص 109

³: معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عبد الحميد غمر، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1429 هـ، ج 1، ص 348

⁴: بسمل الاستفاده من النوازل والفتاوى والصلى الفقهي في التطبيقات المعاصرة، الزيجلي، ص 9

⁵: فقه النوازل دراسة تحليلية تطبيقية، الجزائري، محمد بن حسين، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، 1426 هـ، ج 1، ص 25

ثانياً : الوقاعات

إن لفظ الوقاعات كذلك من الألفاظ ذات الصلة للنوازل، وهو في اللغة من "وقع يقع وقعا ووقوعا كما يقال وقع الطير على أرضي أو شجر والمطر بالأرض حصل"¹ وقال صاحب مختار الصحاح بأن "الجمع وقائع. ووقع الشيء يقع وقوعاً سقط. ووقعته من كذا وعن كذا وقعاً أي سقطت"² فمعنى ذلك أن أصله من وقع ومعناه سقط أو حدث والواقع اسم فاعل من وقع الأمر أي حصل.³ أما في اصطلاح الفقهاء فالنوازل والوقاعات مترادفان فيما بينهما، فعرفت النازلة بالخاصة والوقاعات التي يحتاج الناس فيها إلى الفتاوى، وعرفت الوقاعات، بالفتاوى أعني لأجوبة المسائل التي استنبطها المتأخرون فيما وقعت وحدثت وتسمى بالنوازل أيضاً.⁴

ففي كلا التعريفين للنازلة والوقاعات يطلق كل واحد على الآخر، والمفهوم لا يختلف عن الآخر وكذلك عرفت الواقعة والواقعات بألفهما:

الواقعة أو الحادثة التي تحتاج إلى استنباط حكم شرعي لها. والوقاعات: الفتاوى المستنبطة للحوادث المستجدة.⁵

ثالثاً : الحوادث

إن لفظ الحادثة والحوادث أيضاً من الألفاظ ذات الصلة للنوازل، ومعناه في اللغة أنها ما يحدث من أمور، وفكر معناه في معجم اللغة العربية بأنه من "ح د ث" حادثة مقردة وجمعه حادثات وحوادث، صيغة للثنية لفاعل حدث: كل ما يحدث ويحدث، ما يقع فجأة، وتطلق على مصيبة ونايبة وحوادث الدهر، نوابه ومصائبه.⁶

¹: المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وغيره، ج 2 ص 1025

²: مختار الصحاح للرازي، زين الدين، ج 1 ص 337

³: معجم لغة الفقهاء محمد رواس قلعي، حامد صادق تبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1408هـ.

ج 1 ص 497

⁴: التعريفات الفقهية الوكعي، محمد غنيم الإسلام المحدثي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1424هـ، ج 1 ص 224 : 236

⁵: معجم لغة الفقهاء، رواس قلعي، ج 1 ص 497

⁶: معجم الصواب اللغوي، أحمد مختار عمر، دار الكتب القاهرة، الطبعة الأولى 1429هـ، ج 1 ص 336

⁷: معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار، ج 1 ص 453

⁸: المعجم نفسه، ج 1 ص 453

أما في اصطلاح الفقهاء فعنى ذلك المسائل المستجدة كما ورد التصريح بذلك في كتاب المبسوط عند بيان حجية القياس:

"حُجَّةٌ فَإِنَّ الْحَوَادِثَ كُلَّهَا لَا تُوجَدُ فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ بِخِلَافِ مَا يَقُولُهُ أَصْحَابُ الظُّوَاهِرِ ثُمَّ (قَالَ) وَاعْتَمِدَ إِلَى أَحَدِهَا إِلَى اللَّهِ وَأَشْبَهَهَا بِالْحَقِّ فِيمَا تَرَى، وَهَذَا هُوَ طَرِيقُ الْقِيَاسِ أَنْ تَرُدَّ حُكْمُ الْحَوَادِثِ إِلَى أَشْيَاءٍ مَعْنَى"¹

فالحوادث والنوازل في معنى واحد عند الفقهاء كما جاء في تحفة الفقهاء:

"يهدي بما الرائض في أكثر الحوادث والنوازل"² وكذلك في مقدمة الهداية قال:

"وخص أوائل المستعطين بالتوفيق حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق غير أن الحوادث

متعاقبة الوقوع والنوازل يضيق عنها نطاق للوضع واقتصر الشوارد بالانقباض من الموارد"³

وكذا في التلخيص:

"لأنه يحتاج فيما ينزل من الحوادث إلى الاجتهاد فلا يصح أن يكون علمياً لأنه ليس بمجتهد وإنما هو مقلد غيره"⁴ واستخدم نفسه المفهوم في الحاشية حيث جاء:

"فإنَّ التَّصَوُّرَ عَلَى الْحَوَادِثِ مُغْتَدِلٌ عَنِ اسْتِثْنَائِهِ لِأَمْرَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ بِنَاقٍ فِي الْإِحَاطَةِ بِجَمِيعِهِ. وَالثَّانِي: لِتَقَارُضِ الْعُلَمَاءِ فِي اسْتِثْنَائِهِ"⁵

ففي العبارات المذكورة شاهداً أن الحوادث والنوازل عند الفقهاء مترادفتا المعنى ولا فرق بينهما

من حيث إطلاقهما

فخلاصة البحث عن الألفاظ ذات الصلة للنوازل، أن الوقائع والمستجدات والحوادث كلها

تستخدم بمعنى واحد وهو المسائل الفقهية الشرعية غير المخصوصة التي تحتاج إلى اجتهاد شرعي في ضوء الكتاب والسنة -

وذهب بعض الفقهاء إلى أن هناك فرقاً بين هذه الاصطلاحات بالنسبة للنظر إلى وقوع

الواقعة وعدمها، فيقولون أن النوازل تطلق على المسائل الواقعة بشرط كونها من المستجدات المستنبذة

¹: المبسوط السرخسي، محمد بن أحمد، دار المعرفة بيروت بدون طبعة 1414هـ، ج 1 ص 63

²: تحفة الفقهاء، السيوطي، محمد بن أحمد، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1414هـ، ج 1 ص 5

³: الهداية في شرح بداية المبتدي، الرقعي، علي بن أبي بكر، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان بدون تاريخ وطبعة، ج 1 ص

14

⁴: التلخيص في الفقه، ملائي، محمد الوهاب بن علي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1425هـ، ج 2 ص 209

⁵: الحاشية الكبير للملائي، علي بن محمد الهندي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ، ج 16 ص 125

للحكم الشرعي، أما الوقائع فهي عامة من حيث جذورها فتطلق على المستجدات وغيرها وسواء
تستدعي الحكم القضائي أم لا، أما اصطلاح المستجدات فيتعلق بالفقه الواقع والنظري كليهما وقد
تستدعي حكما شرعيا وقد لا تستدعي¹

¹ فقه النزول دراسة تأصيلية تطبيقية د. الطراي، ج 1 ص 25

المفصل الثاني في : ضوابط الفتيا في التوازل الفقهية

ويشتمل على أربعة مباحث :

المبحث الأول في : تعريف الفتوى

المبحث الثاني في : تعريف الضوابط

المبحث الثالث في : شروط الناظر في التوازل

المبحث الرابع في : ضوابط البحث في التوازل

المفصل الثاني : ضوابط الفتيا في النوازل الفقهية

سنذكر في هذا الفصل ضوابط وقواعد الفتيا في النوازل الفقهية، لأن لما أي للفتوى والنوازل علاقة قوية فيما بينهما، فلا بد من بيان وتوضيح القواعد والضوابط للرعية حين يبقى الملقى في النوازل الفقهية، ليجنب عن الخطأ والتناقض في إيضاح بيان الحكم الشرعي في المسائل التي تحتاج إلى استنباط الحكم الشرعي في ضوء التصوص الشرعية المطهرة.

المبحث الأول : تعريف الفتوى

الفتوى لغة:

الفتوى عند أهل اللغة مشتقة من اسم الفتى وهو الشاب القوي الحدث وجمعه فتية وفتيان، والفتوى أيضاً جواب حادث أو إحداث أو تقوية لبيان مشكل¹.

فتى تاج العروس:

"يَقَالُ: أَصْلُهُ مِنَ الْفَتَى وَهُوَ الشَّابُّ الْقَوِيُّ، وَالْجَمْعُ لِلْفَتَوَى، يَكْتَسِرُ الْوَاوُ عَلَى الْأَصْنَةِ، وَقِيلَ يَجُوزُ الْفَتْحُ لِلتَّحْقِيقِ"².

فمعنى ذلك أنه يطلق على القوة والشدة في الأمر لأن الشاب علامة القوة والظهور، ولأجل ذلك ذكر صاحب القاموس المحيط أن معناه الإثبات³ لأن المفتي يبين الحكم الشرعي للمستفتي، وقد ورد في كلام الله تعالى:

"يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِ فِي زُرِّي"⁴.

و منه الاستفتاء أي طلب الجواب كما قال تعالى "وَلَا تَسْأَلْهُمْ فِيهِمْ بِأَحَدٍ"⁵ أي لا تطلب منهم الجواب، وقد يطلق على مجرد السؤال كما في قوله تعالى:

¹ انظر لسان العرب، ابن منظور ج 1 ص 351

² تاج العروس، المحسي، محمد بن محمد، دار المناعة بطون تاريخ وطبعة، ج 39 ص 212

³ انظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثامنة، 2005 م، ج 2 ص 265

⁴ سورة يوسف الآية: 43

⁵ سورة الكهف الآية: 22

" فَاسْتَغْفِرُوا لَهُمْ إِنَّهُمْ كَفَرُوا بِلِقَاءِ رَبِّهِمْ " 1

بخلاصة الكلام في المعنى اللغوي للفظ الفتوى، أنه بيان وإيضاح الحكم عند السؤال عنه سواء
تعلق السؤال بالحكم الشرعي أو بامر من أمور الدنيا.

الفتوى اصطلاحاً:

عرف الفقهاء الفتوى بتعريفات متفاوتة عديدة من حيث الدقة والإحاطة بماهية المعروف و
خصائصه، و سنفكر أهم التعريفات منها:

جاء في الإحكام بأنه الفتوى:

"يشيئ إلزاماً أو إطلاقاً للمحكوم عليه، بحسب ما يظهر له من الدليل الراجح والسبب الواقع
في تلك القضية الواقعة." 2

ومعنى ذلك أن المفتي يحرر المسفتي بحكم شرعي حسب ما يظهر له من الأدلة الشرعية ولكن
التعريف ناقص من حيث أن إخبار المفتي لا يلزم العمل به، فلا يوجد فيه إلزام على السائل للعمل
بمقتضى الفتوى.

والتعريف المذكور في الفروق هو:

" الفتوى إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة " 3 ولكن هذا التعريف غير مانع لأنه يدخل
فيه الإخبار المصيب وكذلك لا يوجد فيه قيد الاجتهاد الذي لا بد للمفتي منه وإلا فهو ناقص محض -
وعرف بأنه " تبين الحكم الشرعي عن دليل شرعي سأل عنه " 4

فحدد الفتوى ببيان الحكم الشرعي، فدخل فيه الاجتهاد والمقلد معاً، على الرغم من أن الفتوى
مقصورة على أهل الاجتهاد، فمن هذه الناحية التعريف غير مانع من دخول الغير.

1: سورة الصافات الآية: 11

2: الإحكام في تحرير الفتاوى، عن الأحكام والقوانين، أحمد بن إمام المالك، دارالكتاب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية،

1416هـ، ج 1 ص 97

3: الفروق القرائية، أحمد بن إمام المالك، دارالكتاب العلمي، بيروت، لبنان، بدون تاريخ وطبعة، ج 4 ص 121

4: مقال أولي الله المعروف بخرج منتهى الإزاعات البيهقي، منصور بن موسى، عالم الكتب، الطبعة الأولى 1414هـ، ج 3 ص

وقال الجرجاني إن الفتوى " بيان حكم المسألة " ¹ وهذا ليس بمانع ولا جامع من حيث تحديد المعرف لأنه حدد بيان الحكم فقط، والحكم عام يمكن أن يكون حكماً شرعياً أو دنيوياً. والتعريف الأنسب للفتوى في ضوء التعريفات العديدة المذكورة هو:

" إخبار المستفتي في مسألة مخصوصة فرعية عملية بحكم الشرع في ضوء المقولات والاجتهاد بلا إلزام "

خلاصة الكلام أن الفتوى هي إخبار المستفتي الذي يسأله للفتي عن الحكم الشرعي في مسألة مخصوصة بعد وقوعها، سواء تعلقت المسألة بالمستجدات الفقهية أو تكون من قبيل المسائل القديمة، لأن المستفتي لا يعرف الحكم الشرعي، والمفتي يفتيه في ضوء الأدلة النقلية و العقلية حسب مقتضى السؤال و الحادثة .

ومن الناحية الأخرى إنما غير ملزمة للمستفتي خلافاً للقضاء، وهو إخبار بالحكم الشرعي على سبيل الإلزام، فالإفتاء و القضاء يشتركان في حيث الإخبار عن الحكم الشرعي لكنهما يختلفان من ناحية الإلزام فيلزم العمل بالقضاء ولا يلزم بالإفتاء لأن عدم الإلزام في القضاء يستلزم فوات المقصد منه وهو إقطاع الخصومات والنزاعات بين الفريقين.

¹: التعريفات الجرجانية، علي بن محمد عبد القاهر، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1405 هـ، ص 32.

المبحث الثاني : تعريف الضوابط

معنى الضوابط في اللغة :

الضوابط في اللغة جمع ضابط وهو مأخوذ من ضبط الشيء، معناه لزوم الشيء وحبسه وضبط الشيء حفظه بالحزم، والرجل ضابط أي حازم ورجل ضابط وضبطني قوي شديد¹ جاء في تاج العروس :

"ضَبَطَ يَضِيطُ ضَبْطًا وضَبَاطَةً، بالفتح : حَفِظَهُ بالحِزْمِ ، فهو ضَالِيطٌ أي حَازِمٌ، وقال ابن دريد : ضَبَطَ الرَّجُلُ الشَّيْءَ يَضِيطُهُ ضَبْطًا ، إِذَا أَخَذَهُ أَخْذًا شَدِيدًا"²

وكذلك رجل ضابط الذي شديد البطش والقوة والجسم، "وضبطت الإبل وتضبطت وتضبطها أن تشتوي عظمًا وتكلىء يعلوها - وأرض مضبوطة : عَمَّا المِعْرَ"³

فمعنى ذلك أنه الضبط يتضمن القوة والشدة، سواء وجدت هذه القوة في صلاحية الحفظ أو الجسد أو وجد في الآدمي أو الحيوان، فهي ليست خاصة بشيء أو شخص، وكذلك من ناحية الوسائل يحصل ضبط العلم بالكتابة والحفظ وغيرها -

الضوابط اصطلاحاً:

الضوابط عند الفقهاء تعرف بتعريفات عديدة، سنذكر أهمها، لكي يتضح معناها في علم الفقه وأصوله، لأن بعض الفقهاء يسمون بين القاعدة والضابط ولا يفرقون بينهما، بل يطلقون القاعدة على الضابط وكذلك بالعكس، فالإطلاق من باب التوسع في الاصطلاح لكونها شاملة، وهذا شائع عند كثير من المصنفين الذين صنفوا الكتب في مجال القواعد الفقهية، ولكنهم يفرقون بينهما بتقسيمهما إلى القواعد العامة والخاصة كما فعل ذلك في كتاب الأشباه والنظائر بقوله:

¹ - لسان العرب، ابن منظور، ج 7 ص 340

² - تاج العروس من جواهر اللغويين، الحسني، ج 19 ص 439

³ - المحيط في اللغة، الطالقاني، إسماعيل بن صباد، عالم الكتب بيروت، الطبعة الأولى، 1414 هـ ج 7 ص 457

"الكلام في القواعد الخاصة، قاعدة: كل ميتة نجسة إلا السمك والجراد بالإجماع والأكمى
على الأصح".¹

وأطلقت في قواعد ابن رجب بدون التقسيم إلى العامة والخاصة فقال:
"(القاعدة الأولى) الماء الجائز هل هو كالراكد أو كل جرية منه لما حكّم الماء المنقرد".²
ففي الحقيقة هذه القاعدة تخص باب المياه وليست قاعدة عامة تخص فروع أبواب مختلفة،
ولأجل ذلك تعد من الضوابط الفقهية.

وضعت جماعة من الفقهاء إلى التفريق بينهما كما صرح في الأشباه والنظائر الضابطة
والقاعدة تختلفان من حيث :

"أن القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى، والضابط ينفقها من باب واحد".³

يوجد التعبير مقلها مبينا على الفرق بينهما في تنشيف المصاحف قائلا:

"وأما ما يخص بعض الأبواب فيسمى الضوابط".⁴

جاء في شرح القواعد السعدية بنفس المعنى بأنه:

"إذا كان في باب خلاص من أبواب الفقه فإنه في الغالب يسمى ضابطاً".⁵

وبخلاصة الكلام أن الضوابط دائما تكون مبنية بفروع الباب الواحد، والقاعدة لا تخص باب
فقهى واحد بل تشمل أبوابا شتى، وبعض الفقهاء لم يفرقوا بين القاعدة والضابط صراحة ولكن ميزوها
بالتخصيص والتطبيق - و الأهم في التمييز تخصيص الضابط باب خاص -

¹: الأشباه والنظائر، السبكي، تاج الدين عبد الوهاب، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1411هـ، ج 1 ص 200

²: القواعد، ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد طنبلي، دار الكتب العلمية 1391هـ، ص 3

³: الأشباه والنظائر، ابن رجب، ص 166

⁴: تنبيه المسامح بمسح الجوامع لتاج الدين السبكي، الزركشي، محمد بن عبد الله، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، الطبعة

الأولى، 1418هـ، ج 3 ص 462

⁵: شرح القواعد السعدية، عبد الرحمن الزامل، دار الفلاس، الطبعة الأولى، 1422هـ، ص 10

المبحث الثالث: شروط الناظر في النوازل

نزلت الشريعة الإسلامية الخالدة وحيا من عند الله تعالى، فهي تحمل أصولا تعالج القضايا المستجدة والنوازل الفقهية، لأن معرفة أحكامها الشرعية من ضرورات الشرع، وتطور الأحكام الشرعية من حيث الحل والحرم، باختلاف أفعال المكلفين حسب الزمان والمكان والعرف الصحيح المتبع. إن الاجتهاد في القضايا المعاصرة فرض كفاي على الأمة المسلمة إذا قام به واحد منهم سقط الذمة الشرعية عن الآخرين، فلا بد للناظر في النوازل أن يقتيد في منهج الاجتهاد بضوابط وقواعد لكي لا يقع في إتياع الهوى والنفس، ولأجل ذلك قرر العلماء الضوابط للناظر حتما ينظر في الحكم الشرعي للنوازل في ضوء القرآن والسنة النبوية صلى الله تعالى عليه وسلم، نذكرها في هذا المبحث.

منها: أن يكون مكلفا:

الناظر لا بد له أن يكون من أهل التكليف أي عاقلا وبالغا ومسلما، فلا يقبل الاجتهاد من المجنون والصبي والكافر لأنهم غير مكلفين بأحكام الشرع كما صرح الشوكاني في إرشاد الفحول حيث قال: "ولا بد أن يكون بالغا عاقلا قد ثبت له ملكة يقدر بها على استخراج الأحكام من مأخذها".¹

لأن المجنون والصبي لا يستطيع أن يفهم ويستخرج الأحكام الشرعية لأجل العوارض الذاتية، أما الكافر فهو ليس أهلا لأن يعصده على قوله، وكذلك يأتي فيه سوء الظن وهو مانع في اقتدائه كما في الفاسق وغير العدل، ونص بذلك في شرح تنقيح الفصول:

"لأن من لا يكون كذلك لا يحصل منه المقصود، إما لشذوذه كسوء الفهم يعثر عليه أن يصل لمرتبة الاقتداء، أو لسوء الظن به فينفر الناس عنه فلا يحصل منه مقصود الاقتداء".²

وقد صرح بذلك في التمهيد ونظمه:

"أن يكون بالغاً، لأن الصغير ليس يكمل آلة العلم حتى يتصفى بتعريف الحق على وجهها، وأن يكون عاقلاً، لأن من لا عقل له لا يدرك علماء لا فقها ولا غيره".³

وقال في الفصول بأن:

¹: إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، الشوكاني، محمد بن علي، دار الفكر بيروت، طبعه 1419هـ، ص 419

²: شرح تنقيح الفصول، القرشي، أحمد بن إبراهيم، شركة الطباعة الفنية المتحددة، الطبعة الأولى، 1393م، ص 435

³: التمهيد شرح التمهيد، المرزاوي، علي بن سليمان، مكتبة الرشد السعودية الرياض، الطبعة الأولى، 1421م، ج 8 ص 3870

"شروط الاجتهاد أن يكون المكلف بحيث يمكنه الاستدلال بالدلائل الشرعية على الأحكام"¹
 إنتاجا من العبارات المذكورة والبحث نقول إن التكليف من شروط الناظر في النوازل، وهو
 شرط أساسي لهذا العمل وإلا فلا اعتبار لاجتهاد غير المكلف في الشرع لأجل عدم القدرة وسوء
 الظن وانعدام الاعتماد عليه عند النفس .

منها : أن يكون مجتهدا:

لا ريب أن للنظر في المسجديات الفقهية مكانة سامية، ومتميزة رفيعة ووقية من حيث يجتهد
 الباحث من خلاله للوصول إلى الحكم الشرعي، فلا بد للناظر في النوازل أن يكون مجتهدا، لأنه يستنبط
 الحكم الشرعي في نازلة ما من القرآن والسنة، فلزم عليه أن يكون عالما و عارفا بالعلوم النقلية والعقلية
 التي يتوصل بها الإنسان إلى معرفة النصوص الشرعية والأصول العامة لامتنباط الأحكام منها، وأن
 يتوفر فيه علم غدير ودقة الفكر والبصيرة لمعرفة المصلحة الراجحة . فقد بين الفقهاء شروطه تفصيلا
 في كتبهم ، قال الجصاص في الفصول:

"ألا يكون الرجل من أهل الاجتهاد في طلب أحكام الخواص حتى يكون عالما بمجمل
 الأصول؛ من الكتاب والسنة الثابتة وما ورد من طريق اعتبار الآحاد، وما هو كذا الحكم منها،
 بما هو متشبه، وعالما بالعام والخاص منها، ويكون عالما بدلالات القول بالحقيقة والكجاني، ووضع
 حكم منه موضوعة، وتخله على تأييد ويكون مع ذلك عالما بأحكام القول ودلالاتها، وما يجوز فيها
 بما لا يجوز. ويكون عالما بمواضع الإجماعات من الأقوال الصحابة والتابعين، ومن يغفلهم من أهل
 الأغصان قبله. ويكون عالما بوجوه الاستدلال الشرعية وطرق المقاييس الشرعية (ولا يتكفي في ذلك
 بطلبه بالمقاييس العقلية، لأن المقاييس الشرعية) مخالفة للمقاييس العقلية، وهي طريقة متواركة عن
 الصحابة والتابعين، نقلها خلفت عن سلف، فسيبها أن تؤخذ عن أهلها من الفقهاء الذين يعرفونها،
 ولهذا حبط من تكلم في أحكام الخواص، ممن لم يكن له علم بالمقاييس الشرعية، ثقة منه بطلبه
 بالمقاييس العقلية، فتقووا وكبوا الحقائق والآثار الفاضلة. فمن كان بالعترة التي وصفنا حاز له
 الاجتهاد في أحكام الخواص، ورد القويح إلى أهلها"²
 وكذلك ذكر صاحب روضة الناظر بأنه لابد من:

¹: الفصول، الرازي، محمد بن عمر، مؤسسة الرسالة للطباعة الثالثة، 1418هـ، ج 6 ص 21

²: الفصول في الأصول، الجصاص، أحمد بن علي، وزارة الأوقاف لكويت للطباعة الثانية، 1414هـ، ج 4 ص 273

"إحاطته بمشارك الأحكام المشهورة لها، وهي الأصول التي فصلناها: الكتاب والمستهة والإجماع، واستصحاب الحال، والقياس التابع لها، وما يعتد في الحكم في الجملة، وتقديم ما يجب تقديمه منها".¹

وقال صاحب المستصفي يجب:

"أَنْ يَكُونَ مُحِيطًا بِمَذَارِكِ الشَّرْعِ مُتَمَكِّنًا مِنْ اسْتِثَارَةِ الظَّنِّ وَالنَّظَرِ فِيهَا وَتَقْدِيمِ مَا يَجِبُ تَقْدِيمُهُ
وَتَأْخِيرِ مَا يَجِبُ تَأْخِيرُهُ"²

فالشروط المذكورة تتعلق بعلو مرتبته في العلم ومعرفة النصوص، وهو الأساس الشرعي للأحكام الشرعية العملية، ولا مقر من ذلك للمجتهد عن تحصيله وضبطه وفهمه بالدقة، والتعمق فيه حتى يحصل المهارة التامة في استنباط أحكامها، والشخص غير الحامل والمختص بهذه الدرجة العلمية لا يجوز له أن ينظر ويصطب الأحكام من نصوص شرعية، لأنه ليس أهلاً لذلك وقد حرم الله تعالى في كتابه القيام بذلك مع علم الأهلية، كما قال الله تبارك وتعالى في كلامه المجيد:

"وَلَا تَقْلُبْ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا"³

أما من الناحية الشخصية والأوصاف الذاتية فقد اشترط العلماء بأن يكون عدلاً، كما صرح

به في الفصول بقوله:

"وَجَازَ لَهُ الْقُنْيَا بِمَا إِذَا كَانَ عَدْلًا، فَأَمَّا إِنْ جَمَعَ ذَلِكَ وَلَمْ يَكُنْ عَدْلًا، فَإِنْ قُنْيَاهُ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ،

كَمَا لَا يَقْبَلُ حَبْرُهُ إِذَا رَوَاهُ، وَلَا شَهَادَتُهُ إِذَا شَهِدَ"⁴

والمنع المرفوع من العبارة المذكورة أنه لا يجوز له أن يفتي في المسائل الشرعية، فقامه على الشاهد والراوي في إتصافه بهذه الصفة، لأنها تقدر في عدالته مع أنها غير مانعة عن اجتهاده لنفسه، فهو شرط الجواز للاعتماد على الفتوى كما صرح بذلك في روضة الناظر:

"فأما العدالة فليست شرطاً لكونه مجتهداً، بل متى كان عالماً بما ذكرناه فله أن يأخذ باجتهاد

نفسه، لكنها شرط لجواز الاعتماد على قوله، فمن ليس عدلاً لا تقبل فتواه"⁵

وذكر هذا الأمر صاحب المستصفي مفصلاً حيث قال:

¹: روضة الناظر وحنه للناظر، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، مؤسسة الريان الطبعة الثانية، 1423هـ، ج 2 ص 334

²: المستصفي، المفاتيح، محمد بن محمد، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1413هـ، ص 342

³: سورة الإسراء الآية: 36

⁴: الفصول في الأصول، الجصاص، ج 4 ص 273

⁵: روضة الناظر وحنه للناظر، ابن قدامة، ج 2 ص 334

" أَنْ يَكُونَ عَدْلًا مُجْتَنِبًا لِلْمَعَاصِي الْفَادِحَةِ فِي الْعَدَالَةِ، وَهَذَا يُشْتَرَطُ لِجَوَازِ الْإِعْتِمَادِ عَلَى فِتْوَاهُ فَمَنْ لَيْسَ عَدْلًا فَلَا تُقْبَلُ فِتْوَاهُ، أَمَّا هُوَ فِي نَفْسِهِ فَلَا، فَكَأَنَّ الْعَدَالَةَ شَرْطُ الْقَبُولِ لِلْفَتْوَى لَا شَرْطُ صِحَّةِ الْاجْتِهَادِ"¹

فخلاصة الكلام أن هذا الشرط لقبول الفتوى لا لصحة اجتهاده، فيجوز له الاجتهاد لنفسه ويكون ملزمًا به لكن لا يفتى به لعدم الاعتماد عليه عندئذ -

منها : المجتهد في المسألة أو في مجال خاص:

ذكرنا قبل ذلك شروط الناظر الذي ينظر في النوازل الفقهية كلها، ولكن هل يمكن ويجوز شرعا أن يكون الشخص مجتهدا في مسألة واحدة أو في جزء ومجال خاص من مجالات الفقه أم لا ؟ أجاب الفقهاء بجوازه وكونه المجتهد الجزئي في مسألة كالفرائض أو المعاملات المالية أو الجنائيات وما يتعلق بها، ولا سيما في العصر الحاضر الذي تزداد فيه الحوادث وتكثر فيه النوازل وهو عصر التخصصات العلمية، ولا يستطيع شخص واحد إحاطة جميع العلوم والفنون المختلفة في آن واحد، فلا يشترط فيه جميع الشروط بل يكفي بكونه عالما بذلك الجانب من الجوانب الفقهية الذي يجتهد فيه وما يتعلق به -

ولا مانع منه في الشرع بل يوجد له نظير في صورة المجتهد في المذهب الذي لا يشترط فيه من توافر جميع شروط المجتهد المطلق، بل يكفي أن يكون عالما بمذهب إمامه وأصوله والأدلة الفرعية التي استدلل بها الفقهاء على حكم معين نص بذلك الجصاص بقوله:

"وَلَيْسَ شَرْطُ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْاجْتِهَادِ أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِكُلِّ النُّصُوصِ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، مَا تَبَيَّنَتْ مِنْهَا مِنْ جِهَةِ التَّوَاتُرِ، وَمِنْ جِهَةِ اخْتِبَارِ الْآخَادِ، لِأَنَّ أَحَدًا مِنَ الْقَائِسِينَ لَا يَصِحُّ لَهُ أَنْ يَدَّعِي الْإِحَاطَةَ بِكُلِّ جَمِيعِ ذَلِكَ، حَتَّى لَا يَتَشَدَّ عَنْهُ مِنْهُ شَيْءٌ"²

وقد أجازته الغزالي في المستصفى قائلا:

"وَلَيْسَ الْاجْتِهَادُ عِنْدِي مَنْصِبًا لَا يَتَجَرَّأُ، بَلْ يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ لِلْعَالِمِ بِمَنْصِبِ الْاجْتِهَادِ فِي بَعْضِ الْأَحْكَامِ دُونَ بَعْضٍ، فَمَنْ عَرَفَ طَرِيقَ النُّظَرِ الْقِيَاسِيِّ قُلَهُ أَنْ يُفْتِيَ فِي مَسْأَلَةٍ قِيَاسِيَّةٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَاهِرًا فِي عِلْمِ الْحَدِيثِ، فَمَنْ يَنْظُرُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْمُشْتَرَكَةِ يَكْفِيهِ أَنْ يَكُونَ فَقِيهَ النَّفْسِ عَارِفًا بِأَصُولِ الْفَرَائِضِ

¹: المستصفى، الغزالي، ص 342

²: الفصول في الأصول، الجصاص، ج 4 ص 274

ومقاييسها، وإن لم يكن قد حصل الخبر التي وردت في مسألة تحريم المسكرات أو في مسألة التكاثر
ولا ولي، فلا استناداً لنظر عليه المسألة ومنها ولا تعلق لتلك الأحاديث بها¹.

وتوجد الصراحة بما في الأحكام:

"وأما الاجتهاد في تحكيم بعض المسائل، فيمكن فيه أن يكون عارفاً بما يتعلق بتلك المسألة،
وما لا بد منه فيها، ولا يضرة في ذلك جهله بما لا تعلق له بما يتعلق بباقي المسائل التفصيلية"².
والحاصل من العبارات المذكورة أن التجرد في الاجتهاد جائز شرعاً عند الفقهاء، فيجوز أن
يكون الشخص ناظراً في النازلة التي تتعلق بمجال تخصصه دون النوازل الأخرى، ومن ناحية أخرى
نحتاج إلى ذلك في عصرنا الحاضر، فرمنا هذا زمن التخصصات العلمية، فمن يعمل شهادة التخصص
في الاقتصاد لا يستطيع أن يجتهد في مجال فقه الأسرة أو العبادات وغير ذلك وكذلك العكس.

منها : فهم مقاصد الشريعة و معظم قواعدها

اشترط الفقهاء للناظر في النوازل أن يكون له دقة النظر والممارسة والتتبع لمقاصد الشريعة
لحصول الملكة والقوة التي يفهم بها مواد الشارع، لأن المقاصد تحيط بجميع الأبواب الفقهية والحاجة
إلى معرفتها ماسة لطلاب العلم خاصة للعود إلى عملية الاجتهاد والاستنباط والإفتاء والقضاء،
لأنها سلاح قويم يمكن استخدامه في الخير والمعروف، ويمكن توظيفه للدفع الشر والمفكر والفساد،
ولأن النظر للمقاصدي الأصول ميزان شرعي لظاهر النص ومقصوده وبين مبادئ ومعناه ومعياري الاجتهاد
الصحيح وضوابطه، ولنا ينبغي أن يراعي الفقيه في النوازل تحقيق المصالح عند بيان الحكم الشرعي
ودره المفاسد عنه، فقد قال به في الموافقات:

"إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفون، أحدهما، فهم مقاصد الشريعة على كمالها.
فقد مر في كتاب المقاصد أن الشريعة مبنية على اعتبار للمصالح وأن المصالح إنما اعتبرت من حيث
وضعها الشارع كذلك، لا من حيث إدراك المكلف بمآذ المصالح تختلف عند ذلك بالنسب
والإضافات"³.

¹: المصدر نفسه، ص 345

²: الإحكام في أصول الأحكام، الأمامي، علي بن علي، المكتب الإسلامي بيروت بدون تاريخ وطبعة، ج 4 ص 164

³: للموافقات، الشافعي، إبراهيم بن موسى، دار ابن خلدون، الطبعة الأولى، 1417 هـ، ج 5 ص 41 - 42

وبما انفرد بهذا الرأي صاحب الموافقات بل صرح بذلك كثير من العلماء في كتب الفقه وأصوله، فاشتراط للمجتهد في الإجماع بأن:

"يكون له منة الممارسة والتبحر لمقاصد الشريعة ما يكسبه قوة يفهم منها مراد الشرع من ذلك وما يناسبه أن يكون حكماً له في ذلك المحل وإن لم يصحح به كما أن من عاشر ملكاً ومارس أحواله وخبر أسيره إذا سئل عن رأيه في القضية الفلانية يغلب على ظنه ما يقوله فيها وإن لم يصحح له به، لكن بمعرفته بأخلاقه وما يناسبها من تلك القضية فإذا وصل الشخص إلى هذه الرتبة وحصل على الأشياء الثلاثة فقد حاز رتبة الكاملين في الاجتهاد"¹

ورد في إرشاد الفحول:

بأن القواعد الكلية يلاحظ في استنباط الأحكام، كما قال:

"ويلاحظ القواعد الكلية أولاً، ويُفقدُها على الجزئيات"²

وجاء في تقرير الاستناد:

"الرابع عشر الإحاطة بمعظم قواعد الشرع الذي ذكره السيكي"³

ولأن الفقيه يصل إلى درجة الاجتهاد بمعرفتها كما صرح في الأشياء بأن:

"معرفة القواعد التي تُردُّ إليها وتُرجعُ إليها الأحكام عليها وهي أصول الفقه في الحقيقة، وبما يرتفع

الفقيه إلى درجة الاجتهاد ولو في الفتوى"⁴

يظهر من العبارات المذكورة أن المجتهد والناظر في التوازل يلزم عليه أن يراعي مقاصد الشريعة

والقواعد الكلية في استخراج الحكم الشرعي للإحتراز عن الحكم بأهواء النفس وإتباع الشهوات.

منها : العلم بأحوال الناس وظروفهم وأعرافهم

هذا أمر ذو أهمية في الفقه الإسلامي، فينبغي للناظر مراعاة الأعراف والأحوال بعد الإيفان

بأن التنازلة من جنس الأحكام الاجتهادية التي يمكن أن تتغير الفتوى فيها بسبب الزمان أو المكان،

¹: الإجماع في شرح المنهاج، السيكي، علي بن عبد الكافي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، طبعة 1416هـ، ج 9 ص 9

²: إرشاد الفحول، الشوكاني، ج 2 ص 224

³: تقرير الاستناد في تبصير الاجتهاد، السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، طر الدعوة الإسلامية، الطبعة الأولى، 1403هـ، ص 49

⁴: الأشياء والناظر، ابن تيمية، ص 14

لأن لما دخلا في الأحكام الاجتهادية حسب المصالح والمقاسد، ولذا قرر الفقهاء القاعدة الفقهية المعروفة وهي:

"لا يَنْكُرُ تَغْيِيرُ الْأَحْكَامِ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَانِ، إِنَّ الْأَحْكَامَ الَّتِي تَتَغَيَّرُ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَانِ مِنَ الْأَحْكَامِ الْمُسْتَعْنِدَةِ عَلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ؛ لِأَنَّهُ يَتَغَيَّرُ الْأَزْمَانُ تَتَغَيَّرُ اِحْتِيَاجَاتُ النَّاسِ، وَبِنَاءً عَلَى هَذَا التَّغْيِيرِ يَتَبَدَّلُ أَيْضًا الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ وَيَتَغَيَّرُ الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ تَتَغَيَّرُ الْأَحْكَامُ حَسْبَمَا تَوَضَّعْنَا أَبْقَاءً بِخِلَافِ الْأَحْكَامِ الْمُسْتَعْنِدَةِ عَلَى الْأَدِلَّةِ الشَّرْعِيَّةِ الَّتِي لَمْ تُبَيَّنْ عَلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ لِأَنَّهَا لَا تَتَغَيَّرُ".¹

وكذلك يميز الفقهاء العرف الصحيح عند حجة لشرعية الأحكام، فقد أحال الشارع المكلفين إلى عادة في مسائل كثيرة كالحرز والقبض، ومن القواعد الخمس الكبرى قاعدة:

"الْعَادَةُ مُحْكَمَةٌ. وَمَعْنَى مُحْكَمَةٍ أَي هِيَ الْمَرْجِعُ عِنْدَ التَّرَاخُلِ؛ لِأَنَّهَا ذَلِيلٌ يُبْنَى عَلَيْهِ الْحُكْمُ".²

وهي مأخوذة من الحديث الشريف القائل: "ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح".³

وكذلك ينبغي للناظر والمفتي في النوازل مراعاة أحوال المكلفين في بيان الحكم الشرعي، فرب حكم يفتى به لأحد دون الآخر في نازلة واحدة لأجل اختلاف أحوالهما، وتختلف الفتوى من بلد إلى بلد آخر لعدم التساوي في الأحوال والظروف، فلا بد من رعاية حطل المكلف ومقتضيات ما حوله، وذلك لا يمكن إلا بمعرفة الناظر بأحوال زمنه وما يواجهه الناس في مجتمعه، وللرخص الشرعية شرعت لأجل العوائد المستمرة الجارية لكي لا يقع المكلف في المشقة والمخرج كما نص على ذلك.

وبهذا تعرف كيف كانت الشريعة مبنية على مراعاة المصالح، وأنها نظام عام لجميع البشر دائم أبدي لو فرض بقاء الدنيا إلى غير نهاية؛ لأنها مراعى فيها مجرى العوائد المستمرة، وأن اختلاف الأحكام عند اختلاف العوائد ليس اختلافا في الخطاب الشرعي نفسه، بل عند اختلاف العوائد ترجع كل غائبة إلى أصل شرعي يحكم به عليها.⁴

¹: حرر المحكمات في شرح مجلة الأحكام، أمين أفندي، علي حيدر خواجه، دارالمجلد، الطبعة الأولى، 1453هـ، ج 1 ص 47.

²: المصدر نفسه، ج 1 ص 44.

³: مسند الإمام أحمد، الشيباني، أحمد بن حنبل، دارالمعتمد، القاهرة، الطبعة الأولى، 1416هـ، ج 3 ص 505 رقم الحديث 3600، هذا الحديث موقوف حسن رواه الألبان والطبري، وأبو نعيم، والبيهقي في الاحتفاء عن ابن مسعود، وقال الحافظ عبد الهادي: روي مرفوعا عن أبي هريرة بإسناد صحيح والأصح وقفه على ابن مسعود، راجع: كتاب الخفاء ومنه إلى الإبل، إسماعيل بن محمد العجلوني، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، 1420هـ، ج 2 ص 221.

⁴: للتراقات، الشافعي، ج 1 ص 8.

و قال بذلك في الفروق :

"فإن الأحكام الشرعية على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها فتأمل ذلك".¹

فاختلاف الأحكام باختلاف المكان والزمان وحال المكلف يجمع عليه عند الفقهاء، وهذا

مبنى على مصالح العباد ودفع المخرج عنهم في امتثال الأوامر الشرعية .

¹ : الفروق، القرافي، ج 3 ص 29

المبحث الرابع : ضوابط البحث في النوازل

ذكرت قبل ذلك ضوابط الناظر في التوازل ففي هذا المبحث نتكلم عن ضوابط البحث في التوازل أي ما هي القواعد والضوابط التي لابد من رعيتها للبحث عند النظر في التوازل، فنذكر هنا الضوابط التي ذكرها الفقهاء في كتب الأصول وهي كما يلي:

منها : العلام النص في القضية المعروضة:

إذا وقعت الواقعة وعرضت علي الناظر للنظر فيها للبحث عن حكمها الشرعي فلا بد له أن ينظر أولاً في وجود النص وعدمه فيها، لأن الاجتهاد لا يجوز مع وجود النص الشرعي القطعي الغير المحتمل للعاويل أو الإجماع بحكمه، فقد جاء في الفصول:

"لا خلاف في سقوط الاجتهاد مع النص".¹

وَأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى خَفِيَ عَنِ الْأَخْطَافِ بَعْدَ بَيَانِ الْبَيِّنَةِ الْوَاضِحَةِ يَقُولُهُ:

²¹ وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَفَرَّقُوا وَاخْتَلَفُوا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ ²²

ويقوله تبارك وتعالى:

”وَمَا تَفَرَّقَ الْيَهُودُ أَوْثُوا الْكِتَابِ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَةُ“³

فقد دُمَّ الله تعالى في الآيتين المذكورتين الاختلاف بعد تبين المسئلة وإتيان الجواب وقد ورد في

حديث معاذ رضي الله عنه الذي رواه الترمذي:

أَن رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ مَعَاذًا إِلَى النَّبِيِّ فَقَالَ كَيْفَ تَقْضِي؟ فَقَالَ أَقْضِي

بما في كتاب الله قال عزان لم يكن في كتاب الله ؟ قال فبسمه رسول الله صلى الله عليه و سلم قال عزان

لم يكن في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال :

"أجتهد برأبي قال الحمد لله الذي وفق رسول الله صلى الله عليه وسلم⁴

١: الفصل في الأعيان، الجصاص، ج 4 ص 38

2. سورة آل عمران، الآية: 105

٤٠: سورة الحج: الآية: 4

4: بين الترمذى، الترمذى، ميايم البخاري كيف يقتضي ج 3 ص 616 رقم الحديث ، 1327، جاء في البدر المنير ما نصه: هذا الحديث كثيرا ما يتكرر في كتب الفقه والأصول والحديث، وهو حديث ضعيف بإجماع أهل النقل فيما أعلم وقد أمر به أبو داود بحذفه من ألفاظه، ثم رواه بإضافة بلخي من طريق الخوارق بن عمرو ورواه الطبراني عن الحارث، وقال الترمذى لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس

وهذا نص في جواز الاجتهاد عند عدم وجود المحكم في كتاب الله وسنة رسوله حيث أقر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ذلك بقوله الحمد لله الخ، وكان هذا منهج الصحابة والتابعين والأئمة رضوان الله تعالى عنهم أجمعين في استنباط الأحكام فإذا كان النص ظنياً أو يحتمل التأويل يجوز الاجتهاد في تعيين المعنى والمفهوم المراد عند الشارح بمسائله -

منها: فهم القضية وتصورها بما لها وما عليها:

لا بد للناظر في التوازل أن يفهم موضوع القضية المعروضة عليه بفهم دقيق باستخدام الوسائل الممكنة لكي يتمكن بإصدار الحكم التبرعي فيها بثقة كاملة، لأنه كالطبيب الذي يلزم عليه تشخيص المرض بتشخيص دقيق، فلا يجوز الفتوى قبل فهم النازلة خاصة في زماننا الذي نحن فيه لأجل التطور العلمي والتكنولوجي، لأن في عصرنا الحاضر قد جاءت التخصصات العلمية ولا يعرف الشخص الواحد إلا مجاله الخاص لتخصصه العلمي، فلا بد له أن يسأل عن المتخصصين والخبراء في ميادين القضايا المعروضة أمامه لفهم الصحيح والدقيق، كما أمر الله تعالى في كلامه المجيد:

"وَمَا أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ إِلَّا رِجَالًا نُبَيِّنُ إِلَيْهِمْ قَوْمًا سَأَلُوا أَفْئَالَ الدُّنْيَا إِن كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ"¹

معنى ذلك أنه إذا كانت القضية تتعلق بمجال الاقتصاد، والناظر لا يعرف تصورها فيلزم عليه أن يسأل عن الخبراء والعلماء المتخصصين في هذا المجال قبل النظر فيها، لأنها من الضرورات الشرعية، وكذلك يحتاج الناظر أن يطلع على الدراسات السابقة وما كتب حول المسألة النازلة، كما أصبح يتلك صاحب إعلام الموقعين بقوله:

"ولا يصحكن للمفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بتوعين من الفهم، أحدهما، فهم الواقع والفقه فيه واستنباط حكم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علماً"² وقال الشافعي في الرسالة:

استاده عندي متصل - وكذا ضعفه ابن الجوزي وقال: إن الحارث مجهول والحديث لا يصح وإن كان معناه صحيحاً إنما كونه لا يعرف واضح: البشر الذين في تخريج الأحاديث والأكثر الواقعة في التشرح الكبير: صبر بن علي بن الملقن الشافعي، دار الطباعة الوياض، الطبعة الأولى، 1425 هـ، ج 9 ص 534، أو الملل للفتحية في الأحاديث الواضحة، عبد الرحمن بن علي الجوزي، إدارة العلوم الأثرية، فيصل آباد باكستان ج 2 ص 273

¹: سورة النحل - الآية: 43

²: إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية، ج 1 ص 87

"ولا يكون له أن يقيس حتى يكون صحيح العقل وحتى يفرق بين الملتبته، ولا يجعل بالقول به دون الثبوت، ولا مجتمع من الاستمتاع ممن خالفه لأنه قد يتبته بالاستمتاع لتترك الغفلة ويرداه به ثبوتاً فيما اعتقده من الصواب".¹

فلزم على الناظر أن يفهم القضية المقدمة أمامه فهما دقيقاً من جميع الجوانب، لكي لا يقع في الخطأ، وهذا هو المطلوب لاجتهاد شرعي لأنه استقراخ الجهد حتى يتمكن من تكييفه واستخراج حكمه.

منها : استناد الحكم إلى دليل شرعي :

لناظر أن يستند الحكم إلى نصوص القرآن والسنة والإجماع والقياس، أو يؤسسه على المصادر الشرعية الأخرى التي اتفق عليها الأمة من حيث المصادر الشرعية، أو إلى الأصول العامة الفقهية، ولا يجوز البيان باتباع أهوائه، لأن القول بغير الدليل الشرعي كذب على الله تعالى ورسوله، وهو محرم بإجماع الأمة المحمدية صلى الله عليه وسلم، كما قال الله تعالى في كلامه المجيد :

"وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ مَتَاعٌ قَلِيلٌ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ".²

لأن الشارح يستحق أن يقرر الحلال والحرام ، ولا يجوز لأحد غيره أن يقول بتحليل شيء أو تحرمة شيء بالبرهان الوحيد الشديد على ذلك بعذاب اليم.

وقال الله تعالى :

"قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالنِّسْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزَّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ".³

وكذلك قال الله عز وجل في الآية الأخرى :

"قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَاماً وَحَلالاً قُلْ اللَّهُ أَوْنٌ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ".⁴

¹ : الرسالة ، الشافعي، محمد بن إمام، مكتبة المطبعة الأميرية، الطبعة الأولى، 1358هـ، ص 510

² : سورة النحل الآية : 116

³ : سورة الأعراف الآية : 33

⁴ : سورة يونس الآية : 59

فمعنى ذلك أن الحلال ما أحل الله والحرام ما حرم الله تعالى سواء ثبت بالقرآن والسنة والإجماع أو قياساً علىصوص الشريعة وغير ذلك من المصادر الشرعية الثابتة بالنص.

TH-22308

الباب الأول: الطلاق وتقييده وتفويضه

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول في: الطلاق وحكمه وشروطه وأنواعه

الفصل الثاني في: تقييد الطلاق وتسجيله

الفصل الثالث في: تفويض الطلاق

الفصل الرابع في: الزواج بنية الطلاق

الباب الأول: الطلاق وتقييده وتقويضه

تحدث في الباب الأول عن أحكام الطلاق من ناحية تقييده وتقويضه في الشريعة والقانون المياكستلتي، ولكن قبل ذلك سأبين تعريفه ومشروعيته وشروطه وأنواعه في ضوء الشريعة الإسلامية، لكي نعرف مبادئه وتصوراته في الفقه الإسلامي، ولما قسّمت الباب الأول إلى أربعة فصول، وذكرت تحت كل فصل مباحث حسب الموضوعات.

الفصل الأول في: الطلاق وحكمه وشروطه وأنواعه

ويشتمل على أربعة مباحث :

المبحث الأول في : تعريف الطلاق

المبحث الثاني في: مشروعية الطلاق وحكمته

المبحث الثالث في: شروط الطلاق

المبحث الرابع في: أنواع الطلاق

الفصل الأول : الطلاق وحكمه وشروطه وأنواعه

هذا الفصل مشتمل على أربعة مباحث، يتناول تعريف الطلاق عند الفقهاء وشروطه وأنواعه في الفقه الإسلامي بتفصيل موجز وجامع -

المبحث الأول : تعريف الطلاق

أولاً : لغة

الطلاق في اللغة، من مادة " ط ل ق " يستعمل لفاهيم مختلفة في اللغة العربية، فالطلاق بمعنى " وجع الولادة"¹ ويقال " طلق المدين للسماحة "² وكذلك يطلق على الناقة غير المقيدة كما ورد في لسان العرب:

"وناقة طُلُق بضم الطاء واللام أي غير مقيدة وأطْلَقَت الناقة من العقال فطَلَقَتْ والطالِق من الإبل التي قد طَلَقَتْ في المرعى"³.

والقدر المشترك في المعاني المذكورة هو وقوع البينة بين الشيعين، ورفع القيد أو إزالة الشيء من الآخر -

ثانياً : اصطلاحاً:

أما الطلاق في اصطلاح الفقهاء فعرفوه بتعريفات عديدة بألفاظ مختلفة، فقي الاختيار عرفه صاحبه بأنه:

" إِرْأَالُهُ لِلتَّكْحَانِ الَّذِي هُوَ قَيْدٌ مُعْتَقًى "⁴

وفي البحر بما نصه :

"هُوَ رَفْعُ الْقَيْدِ الثَّابِتِ شَرْعاً بِالتَّكْحَانِ "⁵

¹ : مختار الصحاح، الرازي، ص 188

² : تاج العروس من جواهر القاموس، المسبق، ج 26 ص 89

³ : لسان العرب، ابن منظور، ج 10 ص 225

⁴ : الاختيار للعليل المختار، الموصلي، عبد الله بن محمود، مطبعة الحلبي قاهرة، بدون طبعة 1356هـ، ج 3 ص 121

⁵ : البحر الرائق، ابن القيم، زين الدين، دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ وطبعة، ج 3 ص 252

وفي المنهي عرف الطلاق بأنه:

"الطلاق: حلُّ قيد النكاح"¹

حاصل الكلام أن الطلاق هو إزالة القيد المتحصّل بعقد النكاح سواء عند حضور الشاهدين أو لا، لأن الشهادة ليست شرطاً لوقوع الطلاق شرعاً، فيقع الطلاق بغير الإشهاد عليه لو أقر به أحد من الزوجين -

¹ المنهي، ابن قدامة، عبدالله بن أحمد، مكتبة القاهرة، بدون طبعة 1388هـ، ج 7 ص 363

المبحث الثاني : مشروعية الطلاق وحكمته

الطلاق مشروع شرعا وثبت مشروعته بالكتاب والسنة كما أجمع الفقهاء على إزالة ملك النكاح بعد وقوعه -

ففي الكتاب قال الله تعالى:

"الطَّلَاقُ مَرْكَانٍ فَإِنْ سَأَلَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيعٍ بِإِحْسَانٍ"¹.

وقال سبحانه:

"لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ"².

وكللك قال عز وجل:

"يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ"³.

وذكر الله سبحانه في كلامه المجيد أحكام الطلاق وآثاره تفصيلا تدل على مشروعيته وترتب الآثار بوقوعه - كما وردت الآية:

"وَأَنْ عَزَّمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"⁴.

أما السنة فقد وردت أحاديث قولية وفعالية دالة على مشروعيته في الشريعة الإسلامية، فقد روي في السنن أن النبي عليه الصلاة والسلام قال:

"عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أبغض الحلال إلى الله

الطلاق"⁵.

فمعنى ذلك أنه حلال ويجوز للزوج أن يطلقها إذا شاء، وروي في السنن الكبرى:

¹: سورة البقرة الآية: 229

²: سورة البقرة الآية: 236

³: سورة الطلاق الآية: 1

⁴: سورة البقرة الآية: 227 - 228

⁵: سنن ابن حبان، القزويني، محمد بن يزيد، دار الفكر بيروت، بدون تاريخ وطبعة، كتاب الطلاق، رقم الحديث، 2018 ج 1 ص 630
وذلك رواه أحمد وأبو داود والطبراني، وهو من طريق ابن عمر مستند، وروي بطريق مجازب مرسلا وقال الذهبي: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه أي البخاري ومسلم في صحيحيهما وصحح البيهقي لإرساله، وكذا أبو حاتم وقال الخطابي إنه المشهور، وله شواهد ومطامير - راجع: الجوهر النقي على سنن البيهقي، علي بن عثمان المارديني، دار الفكر، بدون تاريخ وطبعة، ج 7 ص 322، يستدرك على الصحيحين مع تعليقات الذهبي، محمد بن عبد الله الحاكم، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1411هـ، كتاب الطلاق، ج 2 ص 214 رقم الحديث 2794، كشف الخفاء ومزيل الإلباس، المجلد، ج 1 ص 36

"عن ابن عباس رضي الله عنه قال جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم يشكو أن مولاه زوجة وهو يريد أن يفرق بينه وبين امرأته فحيمد الله وأتى عليه ثم قال: ما بال أقوام يفرقون عبيدهم إماءهم ثم يهايون أن يفرقوا بينهم ألا إنما يملك الطلاق من يأخذ بالباطل".¹

وتنقل في سنن الدارقطني حكيمة ابن عمر رضي الله عنه:

"عن أنس بن سيرين قال سمعت بن عمر يقول: طلقتم امرأتي وهي حائض فأتني عمر النبي صلى الله عليه وسلم فسأله، فقال مره فليراجعها فإذا طهرت فليطلقها إن شاء، قال، فقال عمر: يا رسول الله أخصم بملك التولية قال: نعم".²

والأحاديث المذكورة في هذا الباب من قبيل الأحاديث القولية الدالة على مشروعية الطلاق، وأنه من حقوق الزوج أن يطلق زوجته عند ما شاء، وكذلك ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه طلق زوجته سيدة حفصة رضي الله عنها ثم راجعها بعد ذلك، كما ورد في سنن أبي داود:

"عن ابن عباس عن عمرو أنه روى الله - صلى الله عليه وسلم - طلق حفصة ثم راجعها".³

وهذه الرواية من قبيل السنة الفعلية، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل ذلك بنفسه، وهو يدل على إباحته وجوازه في الشرع -

¹: السنن الكبرى للبيهقي، أحمد بن الحسين، دائرة المعارف النظامية، ج 1، طبع الأولى 1344 هـ، باب طلاق الميعة بغير إذن سيد، ج 7 ص 360، رقم الحديث 15513، يروى هذا الحديث بطريقين من طريقة ابن عباس وعنه ابن طيبة، ومن طريق عصمة بن مالك وعنه الفضل بن المختار، وقال البيهقي هذا حديث ضعيف، يرواه ابن ماجه والطبراني، ورواه الحاكم من طريق بنية بن الوليد، ورواه البيهقي من الحاكم وكذلك من طريق موسى بن أبيوب، مراسلة راجع: البحر المحرر في تخریج الأحاديث والآثار والواقعة في الشرح الكبير، ص 8 ج 8 ص 139 ومصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، أحمد بن أبي بكر البصري، دارالسياسة بيروت، الطبعة الثانية، 1403 هـ، ج 2 ص 131

²: سنن الدارقطني، الدارقطني، علي بن عمر، دارالمعرفة بيروت، الطبعة الأولى، 1424 هـ، كتاب الطلاق، ج 4 ص 5 رقم الحديث 6، رواه الجماعة عن ابن عمر وأخرجه البخاري في الطلاق وفي التفسير وفي الأحكام، ورواه الجاقوني في الطلاق - راجع: تصب الرواية لأحاديث الهداية، عبد الله بن يوسف الزيلعي، مؤسسة الريان بيروت، الطبعة الأولى 1418 هـ، ج 3 ص 231

³: سنن أبي داود، السجستاني، أبو داود، سليمان بن الأشعث، دارالكتاب العربي بيروت، بدون تاريخ وطبعة، باب في المراجعة، ج 2 ص 253، رقم الحديث، 2285، روى القسطلاني، وابن ماجه والحاكم، وقال الحاكم إسناده صحيح علي شرط الشيخين، يرواه أحمد والطبراني، ورواه ثقات، وكذلك رجال أبي يعلى ورجال الصحيح، وكذلك رجال البزار صحيح - راجع: نسخة المطبع إلى أدلة المنهاج، عمر بن علي المصري، دار حواء مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1406 هـ، ج 2 ص 401 وجمع الزوائد ومنبع الفوائد، علي بن أبي بكر الهيثمي، مكتبة القدسي القاهرة، بدون طبعة 1414 هـ، ج 4 ص 333

فالنصوص الشرعية من الكتاب والسنة دالة على مشروعيتها وكذلك أجمع العلماء على مشروعيتها ولا خلاف بينهم في ذلك¹.

لكن الطلاق لما رغم مشروعيتها وجوازه في الشرع من الأعمال المرفوضة، ولا بد للطلاق أن لا يطلق زوجته إلا عند الضرورة، كما جاء في الحديث المذكور قبل ذلك أنه أبتض الحلال، واستلوا بقوله عليه الصلاة والسلام بأنه لم يغيّر ضرورة كما روي رواية في مصنف ابن أبي شيبة:

"عن شهر بن حوشب قال تزوج رجل بامرأة على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فطلقها، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم طلقها، قال نعم، قال من بأس قال لا يا رسول الله ثم تزوج أخرى ثم طلقها، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم طلقها، قال نعم، قال من بأس قال لا يا رسول الله، ثم تزوج أخرى، ثم طلقها، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم طلقها، قال نعم، قال من بأس، قال لا يا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الثالثة، إن الله لا يحب كل ذواق من الرجال ولا كل ذواق من النساء"².

فمعنى ذلك أن الإباحة مبنية على الضرورة، وتقتضي الاحتياط في إيقاعه حتى لا يدخل في مفسدة الذواق والتلذذ بالنساء، ولذا بقوت المقصد الأصلي للشرع بذلك، وقد شرحها صاحب حجة الله البالغة بشرح نافع حيث قال:

"ولا يقصدون إقامة لذية المنزل ولا التعلون في الارتباطات ولا تحصين الفرج، وإنما مطمح ألبصارهم التلذذ بالنساء وذوق لذة كل امرأة، فمهيجهم ذلك إلى أن يكثروا الطلاق والتكاح، ولا فرق

¹: انظر، بدائع الصنائع، الكاساني، أبو بكر بن مسعود، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثانية، 1406هـ، ج 3، ص 88، والكافي في فقه أهل لدين، للقرطبي، يوسف بن عبد الله، مكتبة الرياض الحديثة السميرية، الطبعة الثانية، 1400هـ، ج 2، ص 571، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، يحيى بن أبي الخير، دار البحوث، جدة، الطبعة الأولى، 1421هـ، ج 3، ص 1، ومختصر الخرق، البرقي، صبرين الحسن، دار الفجائية للتراث، بدون الطبعة، 1413هـ، ص 110.

²: مصنف ابن أبي شيبة، ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، مكتبة الرشد الرياض، الطبعة الأولى، 1409هـ، باب من كره الطلاق بشئ ربه، ج 4، ص 187، ورحم الحديث، 19193، هذا الحديث مرسل لأن شهرين حوشب تابعي وكذلك أوسله هشام الدستوائي عن قتادة جرواح الطبراني بالفاظ، إن الله لا يحب الذواقين والنواقات وقال البيهقي فيه راي لم يسم وثقة إسناد حسن والحديث صحيح من جميع طرقه وذكره السخاوي في المقاصد الحسنة وعزاه للبيهقي - راجع: الملل الواردة في الأحاديث النبوية، علي بن عمر الشافعي، دار طبعة الرياض، الطبعة الأولى، 1405هـ، ج 11، ص 30، والمطالب العلية بروايات المسانيد الثمانية أحمد بن علي الجسقلاني، دار العاصمة، الطبعة الأولى، 1419هـ، ج 8، ص 456.

يُجْزِيهِمْ وَيَبْنِي الرِّثَاةَ مِنْ جِهَةٍ مَا يَرْجِعُ إِلَى تَقْوَاهُمْ وَإِنْ تَمَيَّزُوا عَنْهُمْ بِإِقَامَةِ سِنَةِ النِّكَاحِ وَالْمُوَافَقَةِ لِسِيَّاسَةِ
الْعَلِيَّةِ¹.

وكما روي في سنن الترمذي:

"عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: إِنَّمَا امْرَأَةٌ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ لَمْ تَرْجِ
رَالِحَةَ الْجَنَّةِ"².

ولأن هذا العمل بمثابة كفران لنعمة الله تعالى التي أنعمها على عباده بقوله:

"وَمَنْ آتَاهُ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا"³.

وكفران النعمة حرام، فلا يجوز الطلاق إلا عند الضرورة وبخاصة الكلام ألا يذهب الزوج
إليه إلا بعد ما لم يبق عنده الخيرات والمخارج الممكنة الأخرى لحصول التوافق فيما بينهما.
أما حكمة تشريعهم فقد ذكر العلماء الحكم والعلل المختلفة، فالمصلحة المهمة في ذلك دفع
للفسدة والشر عنهما لأجل عدم التوافق وتباين الأخلاق وتناقض الطباع والتراعات الذاتية، كما صرح
بها في القنص القدسي:

"وَأَمَّا سَبَبُ فَالْحَاجَةِ إِلَى الْخُلَاصِ عِنْدَ تَبَايُنِ الْأَخْلَاقِ وَغُرُوضِ الْبَعْضَاءِ الْمُتَوَجِّهَةِ عَدَمَ إِقَامَةِ
حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى، وَشَرْعَةِ رَحْمَةٍ مِنْهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى"⁴.

فالطلاق مخرج ومنفذ للخروج عن الحالات القبيحة غير المناسبة للزوجين.

وهو من باب اختيار أهون الشرين لأن الحياة إذا أصبحت ضيقة بسبب المغفرة أو المرض لا
علاج له، ففضل ذلك لا مخلص إلا بهذا ولا جتاحت في إيقاعه كما قال تعالى:

"لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ"⁵.

وبعدم اليأس في قوله عليه السلام:

¹: حجة الله البالغة، الدخاوي، أحمد بن عبد الرحيم المعروف بشاه ولي الله، دار المجلد بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1426 هـ ج 2 ص 213

²: سنن الترمذي، الترمذي، باب المختلعات، ج 3 ص 492، رقم الحديث: 1186، حسنة الترمذي وروي باللفظ فالجنة عليه السلام.
رواه أبو داود، وابن ماجه، وابن حبان مع حديث الثوري وإسناد صحيح للنهي عن حل الأسفار، في الأسفار، عبد الرحمن بن الحسين العراقي، دار
البحر بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1426 هـ، ص 496

³: سورة البقرة الآية: 21

⁴: فتح القدير، ابن القيم، ج 3 ص 463

⁵: سورة البقرة الآية: 236

"عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إنما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح
والجنة الجنة" ¹

فلذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قيد "غير بأس" فالوعيد يكون في حق المرأة المختلعة
بغير علم شرعي - وملاحسن ما ذكره ابن قدامة في المغني حيث قال:

"قَالَ رَجُلٌ مِمَّنْ قَسَدَتْ الْحَالُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، فَيَصِيرُ بَقَاءُ النِّكَاحِ مُفْسِدَةً مَخْضَةً، وَظَرَرًا مُجَرَّدًا بِالنِّكَاحِ
الزَّوْجِ الثَّقَلِ وَالسَّكَنِ، وَخَبَسِ الْعَرَاةِ مَعَ سُوءِ الْعِشْرَةِ وَالْحَصُونَةِ الدَّائِمَةِ مِنْ غَيْرِ قَائِدَةٍ، فَأَقْتَضَى
ذَلِكَ شَرْعًا مَا يُؤَيِّلُ النِّكَاحَ، لِقَوْلِ الْمُفْسِدَةِ الْخَاصِلَةِ مِنْهُ" ²

فحاصل الكلام أن الطلاق رحمة من الله تعالى في حق الزوجين أحياناً، و يصير ضرورة لحل
مشكلات الأسرة والمجتمع، لأن الفساد أحياناً يسري إلى المجتمع كله، ويفسد بذلك أخلاق الأولاد
وتأثر تربيتهم وتطورهم الذاتي والأخلاقي فيصبح الأخذ بالطلاق ضرورة شرعية ولا بد منه وينحصر
وقوع الطلاق على أحوال الزوجين من حيث الحكم الشرعي، فأحياناً يحكم بوجوبه أو حرمة أو كراهته
أو استحبابه حسب الأحوال والظروف -

¹: سنن الترمذي، الورع، باب المختلعات، ج 3 ص 492 رقم الحديث، 1186. حكم الحكم على هذا الحديث في ص: 38

²: المغني، ابن قدامة، ج 7 ص 363

المبحث الثالث : شروط الطلاق:

انحلال الزواج مشروط بشروط مختلفة في الفقه الإسلامي، سأذكر في هذا المبحث شروط الطلاق المذكورة في كتب الفقه و هي كما يلي:

منها : أن يكون الطالق زوجا:

علاقة الزوجية القائمة عند إيقاع الطلاق شرط منصوص عليه في الشريعة الإسلامية، كما ورد في السنة النبوية على صاحبها الصلاة والسلام:

"مَا بَالَ أَقْرَابٍ يُزَوِّجُونَ غَيْرَهُمْ إِمَّا لَهُمْ ثُمَّ يُرِيدُونَ أَنْ يُفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ إِلَّا إِذَا تَمَلَكَ الطَّلَاقُ عَنْ يَأْخُذُ بِالسَّاقِ"¹.

معنى ذلك أن الطلاق حتى الزوج ولا بد له بقاء العلاقة الزوجية بينهما لأنها سبب الملك للحق وإلا فيعتبر كلامه لغوا، لأن الشخص الذي لا يملك حتى للطلاق فلا يستحقه، وقد اتفق الفقهاء على وجود محل الطلاق قبل إيقاعه² وكما جاء في البيان أن: "الطلاق ملك للأزواج يصح منهم على زوجاتهم والأصل فيه: الكتاب، والسنة، والإجماع"³.

منها: التكليف والاختيار

اتفق الفقهاء على الشروط التكليف في الطالق، بأن يكون مكلفا، فلا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم والمعتوه، كما جاء في فتح القدير:

"قَوْلُهُ وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ الصَّبِيِّ وَإِنْ كَانَ يَتَعَلَّقُ (وَالْمَجْنُونُ وَالنَّائِمُ) وَالْمَعْتُوهُ كَالْمَجْنُونِ"⁴.

وصحح بذلك في الكافي:

¹: السنن الكبرى للبيهقي، باب طلاق العبد بنحو إذن سيده، ج 7 ص 360 رقم الحديث 15513، تقدم الحكم على الحديث

في ص 36

²: انظر: بدائع الصنائع، ج 3 ص 99، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، محمدين أحمد، دار الحديث القاهرة، بدون طبعة، 1425 هـ.

ج 3 ص 96

³: الباق، ص 10 من الجزء، ج 10 ص 65

⁴: فتح القدير، ابن الممام، ج 4 ص 487

"وطلاق كل مسلم عاقل بالغ ولينده وسواء كان عبدا أو حرا أو مالكا لنفسه أو مولى عليه"¹
وكنا في المذهب صرح قائلا :

"يصح الطلاق من كل زوج بالغ عاقل مختار"²

واختلفت الحنابلة في طلاق الصبي العاقل فيقولون بوقوعه أما الصبي غير العاقل فلا يقع طلاقه عندهم وكذلك يرون عدم وقوعه في حالة زوال العقل كالإغماء أو الجنون أو الإكراه إلا في حالة السكر فيقع عندهم حينما يسكر قصدا³

وصرح صاحب الهداية على مذهب الإمام أحمد بقوله:

"وأما الصبي العاقل فيصح طلاقه"⁴

وعاقل الكلام أن غير المكلف ليس أهلا في الشريعة الإسلامية لإيقاع الطلاق سواء كان صبيا أو مجنونا أو نائما لأن القلم رفع عنهم ولا يجوز تصرفاتهم -

طلاق السكران:

اختلف آراء الفقهاء في وقوع طلاق السكران وعنده، فقال الحنفية بوقوع طلاقه رغم إزالة عقله ما عدا الإمام الكرخي والطحاوي، وهنا القول مبني على غلبة جهة التعزير والعقوبة لأنه مرتكب الجريمة عمدا، كما قال صاحب الهداية:

"وطلاق السكران واقع" واختار الكرخي والطحاوي رحمه الله، أنه لا يقع وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله، لأن صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالجنح والدواء، ولنا أنه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما وجزا له حتى لو شرب فصنع وزال عقله بالصداغ، نقول إنه لا يقع طلاقه"⁵

فمعنى ذلك أن طلاق السكران بغير قصد أو حذر شرعي لا ترتب عليه الآثار الشرعية، ونفس الرأي يلاحظ عند الحنابلة كما صرح بذلك في المعنى بأنه:

¹: الكافي في فقه أهل المدينة، يوسف بن عبد الله بن عبد الله، مكتبة البهايم الحنفية، الطبعة الثانية، 1400، ج 2، ص 571

²: المذهب، الشافعي، إبراهيم بن علي، دار الكتب العلمية بيروت، بدون تاريخ وطبعة، ج 3، ص 3

³: النظر في المعنى، ابن قدامة، ج 7، ص 380

⁴: الهداية على مذهب الإمام أحمد، الكليفاوي، محفوظ بن أحمد، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1425، ص 419

⁵: الهداية في شرح بداية المبتدي، المرغيناني، ج 1، ص 224

"ألا في حالة السكر فيقع عندهم حينما يسكر قصدا"¹
 والملكية يجعلونه من باب التغليظ عليه ، كما قال في بداية المجهود: "بخلاف ذلك ألزم السكران
 الطلاق وذلك من باب التغليظ عليه"²
 فالحقيقة أن الخمر يزيل العقل والاختيار، والقياس يقتضى أن لا ترتب الآثار على فعل
 السكران وقوله، فكل ذلك يلزم أن لا يقع طلاقه لأنه تصرف من تصرفاته في حالة زوال عقله فالرأي
 الراجح هو رأي الجمهور من حيث التكليف وعدمه -

طلاق المكره

أما الوقوع في حالة الإكراه، فذهب الحنفية إلى ترتب الحكم عليه، والتوجيه العقلي لذلك هو
 أن الرضا ليس بشرط للطلاق بحجة وقوع طلاق المازل الذي لم يرض به طبعاً، كما صرح بذلك في
 البدائع بقوله:

"وَلَا تُلْزِمُ الْقَائِمَةُ بِالْإِكْرَاهِ لَيْسَ إِلَّا الرِّضَا طَبَعًا وَأَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِيَوْجُعَ الطَّلَاقُ، فَإِنَّ طَلَاقَ
 الْكَوَلِ وَاقِعٌ وَلَيْسَ بِرَاضٍ بِهِ طَبَعًا"³

وذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوعه في حالة السكر والإكراه لعدم الاختيار والتكليف
 الذي يجب وجوده عند التصرف، كما صرح بذلك في الحاوي :

"وَلَمَّا الْمَكْرُوهُ عَلَى الطَّلَاقِ إِذَا تَلَفَظَ بِهِ كَرَاهًا غَيْرَ مُخْتَارٍ ثُمَّ يَقَعُ طَلَاقُهُ وَلَا حَقُّهُ وَلَمْ تُصَحَّ
 حَقُّوهُ"⁴

وكما جاء في الشرح الكبير :

"(أَوْ) (الْمَكْرُوهُ) عَلَى إِقَاعِهِ فَلَا يُلْزَمُهُ شَيْءٌ فِي قَتْلِهِ وَلَا قَضَاءٍ لِجَمْعِ مُسْلِمٍ «لَا طَلَاقُ فِي
 إِغْلَاقٍ» أَيْ إِكْرَاهٍ بَلْ لَوْ أُكْرِهَ عَلَى وَاحِدَةٍ فَأَوْقَعَ أَكْثَرَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ الْمَكْرُوهَ لَا يَمْلِكُ نَفْسَهُ
 كَالْعَجُونِ"⁵

¹ : للنفسي، ابن قدامة، ج 7 ص 380

² : بداية المجهود ونهاية المقصد، ابن رشد محمد بن محمد الفوطي، مصطفى البلي المجلد 1425 هـ، مصر، ج 2 ص 82

³ : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، ج 7 ص 182

⁴ : الحاوي الكبير، المازني، ج 10 ص 227

⁵ : حاشية المسوقي على الشرح الكبير، المسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، دار الفكر بدون تاريخ وطبعة ج 2 ص 367

والجناية يفتصلون في هذا الباب فيقولون، بعدم الإكراه عند التواعد المحض حتى ينال بشيء من العذاب كالضرب والخنق، فإذا وجد الإكراه لا يقع الطلاق¹

والرأي الراجح هو موقف الجمهور لاتعدام الرضا في حالة الإكراه والأحداث تدل على عدم وقوعه كما جاء في رواية:

"عَنْ أَبِي ذَرٍّ الْغِفَارِيِّ قَالَهُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنْ اللَّهُ قَدْ تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنِّسْيَانَ، وَمَا اسْتَشْكِرْتُمْ عَلَيْ²

وَكُنْتُ رَوَيْ عَنْ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ:

"أَنَّ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا حَدَّثَتْهَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- قَالَ: لَا طَلَّاقَ وَلَا عَتَاقَ فِي إِخْلَاقِي"³

وجاء تفسير معنى الإغلاق في تعليقات ابن ماجة بأن:

"تسمه بعضهم بالغضب وهو موافق لما في الجامع غلق إذا غضب غضبا شديدا، لكن غالب أهل الغريب فسروه بالإكراه. وقالوا كان المكروه أغلق عليه الباب حتى يفعل"⁴

فذهب جمهور أهل الغريب إلى أن معناه هو الإكراه، والقياس يقتضي عدم وقوعه، لأن المكروه غير مختار حينما يكره بإيقاعه فهو كالآلة في يد غيره فلا اعتبار لقطعه، أما قول الحنفية بعدم اشتراط الرضا في الطلاق قايما على وقوعه في المزل، فنقول إن المازل ليس مفقود الاختيار أصلا، بل ترتب الحكم الشرعي على قوله أوفعله لأجل عدم الاحتياط في هذه المعاملة المهمة المطلوبة غاية الاحتياط زجرا عليه لأن لا يلعب الناس بذلك ولورود النص الشرعي فيه قال عليه الصلوة والسلام: "ثلاث

¹: المضي، ابن قدامة، بحبل الله بن أحمد ج 7 ص 382

²: سنن ابن ماجة، القزويني، باب طلاق المكروه والناسي، ج 1 ص 659 رقم الحديث 2083، يرواه ابن ماجة بسند ضعيف، ولكن يرواه ابن حبان في صحيحه، والحاكم في المستدرک، وقال الحاكم إنه على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وله طرق أخرى - يرواه الطبراني عن ثوبان وأبي النرداء مرفوعا، يرواه أبو نعیم في الحلیة عن ابن عمر رضي الله عنهما - راجع: تفريخ أحاديث الكشف، الزبيدي، بحبل الله بن يوسف، طرابين خزنة الرياض، الطبعة الأولى، 1414هـ، ج 3 ص 97، نكتبه الراية، الزبيدي، ج 2 ص 65

³: سنن الكشي، البيهقي، باب ما جاء في طلاق المكروه، ج 7 ص 357، رقم الحديث، 15493، وهذا الحديث أخرجه ابن ماجة عن طريق محمد بن إسحاق عنه عن عبيد بن أبي صالح عن حفصة، وفيه علة أخرى وهي أن عبد الله بن سعيد الأموي روى عن أبيه قاسط من الإسناد محمد بن عبيد وقال الترمذي: إنه حسن غريب، وضعحه الحاكم والفصل عليه عند أهل العلم، وكلنا يرواه أبو داود، وفي روايته روى محمد بن عبيد ضعه أبو حاتم، يروقه ابن حبان، يرواه أحمد بن حنبل، يرواه ابن ماجة والحاكم وقال علي بن خنيس، الصحيحين - راجع: الجوهر، المضي، ج 7 ص 358، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، محمد بن أحمد الحنفية

أخبره السلف، الرياض، الطبعة الأولى، 1421هـ، ج 04 ص 409

⁴: سنن ابن ماجة، القزويني، باب من طلق أو نكح أو راجع لامه، ج 1 ص 660، رقم الحديث، 2039

جدهن جد وهن جد النكاح والطلاق والرجعة¹ فثبت الحكم في ذلك خلافا للقياس لأنه يقتضى عدم وقوعه لانعدام الشرط وهو الاختيار فلا اعتبار لتصرف الهازل في التصرفات الأخرى .

متنها : وجود محل الطلاق :

اعترض الفقهاء لوقوع الطلاق وجود محله الشرعي، وهي الزوجة فلا اعتبار للطلاق إذا كان في غير محله كالطلاق للأجنبية أو الطلاق للمعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى التي تخدم العلاقة الزوجية بينهما والطلاق رفع القيد القائم بعقد النكاح فلا يعتبر عند علمه، كما نص بها في الحاوي:

"وَالطَّلَاقُ لَا يَصِحُّ إِلَّا مِنْ زَوْجٍ وَلَا يَقَعُ إِلَّا عَلَى زَوْجَةٍ"².

ومحل الإستهزاء هو أنه لا يقع إلا على زوجة ولفظ الزوجة يطلق على المرأة الباقية في عقد النكاح لا على المطلقة البائنة بينونة كبرى أو الأجنبية .

¹: المصدر نفسه، ج 1 ص 658

²: الحاوي الكبير، للهاوي، ج 10 ص 113

المبحث الرابع: أنواع الطلاق

ينقسم الطلاق في الفقه باعتبارات مختلفة إلى أقسام عديدة من حيث السنة، والبدعة، والعدد، ومن حيث التتخير والتعويق، ولهما على عرض هذه الأقسام:

أولاً: من حيث السنة والبدعة:

الطلاق من حيث السنة والبدعة ينقسم عند فقهاء الحنفية إلى ثلاثة أقسام هي:

الطلاق الأحسن:

الطلاق الأحسن معناه، كما عرف صاحب البائع بأنه:

"أَحْسَنُ الطَّلَاقِ فِي ذَوَاتِ الْقُرُونِ أَنْ يُطْلَقَهَا طَلَقًا وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً فِي طَهَرٍ لَا جِمَاعَ فِيهِ وَلَا طَلَاقٍ وَلَا فِي خِيْطَةِ طَلَاكِ وَلَا جِمَاعٍ وَيَتْرَكُهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عَلَيْهَا ثَلَاثُ خِيْصَاتٍ إِنْ كَانَتْ حُرَّةً وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً خِيْصَتَانِ"¹

فمعنى ذلك أن يطلق الزوج زوجته طلاقاً واحداً في طهر خال عن الجماع، ثم يتركها حتى تنقضي عدتها، وهذا طلاق أحسن، وتوجيهه الفقهي الذي نص به صاحب الهداية هو:

"لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون أن لا يزولوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة فإن هذا أفضل عندهم من أن يطلقها الرجل ثلاثاً عند كل طهر واحدة ولأنه أبعد من التبدية وأقل ضرراً بالمرأة ولا خلاف لأحد في الكراهة"².

الطلاق الحسن:

أما الطلاق الحسن فهو يطلق على إيقاع الطلاق في كل طهر بلا جماع، كما عرفه صاحب

الهداية:

"هو طلاق السنة وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار"³.

¹: بدائع الصنائع، الكاساني، ج 3 من 88.

²: الهداية في شرح بداية المجدد، الرضوي، ج 1 ص 221.

³: الصنائع، نفسه.

ودليله قوله عليه الصلاة والسلام: قال لابن عمر رضي الله عنهما، حين طلق امرأته في الحيض:

"إِنِّي حَتَرْتُ مَا حَكَّنَا اللَّهُ إِنَّكَ قَدْ أَحْطَأْتَ السَّنَةَ وَالسَّنَةُ أَنْ تَسْتَقْبِلَ الطَّهْرَ فَتُطَلِّقَ لِكُلِّ قُرْبَةٍ"¹

ولأجل ذلك سمي طلاق السنة لأنه عليه الصلاة والسلام أطلق لفظ السنة عليه، وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك.

طلاق البدعة:

النوع الثالث هو طلاق البدعة، ومعناه الاصطلاحي في الفقه:

"وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا في طهر واحد فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا"².

فربما أنه مخالف للسنة يترتب عليه التحكم الشرعي عند الحنفية ويكون عاصيا لمخالفته السنة النبوية على صاحبها الصلاة والسلام.

رأي المالكية:

يرى فقهاء المالكية أن السنة في الطلاق، أن يطلق الرجل امرأته التي يريد طلاقها وهي طاهرة من حيضتها قبل أن يجامعها طلقة واحدة ويتركها تمضي في عدتها ولا يردفها طلاقا في طهرها وفي سائر عدتها³.

وهذا مرادف لما سماه بطلاق أحسن عند الأصناف، أما طلاق البدعة عند المالكية كما صرح بذلك في نفس المصدر فهو:

"فإن طلقها في طهر جامعها فيه أو حائضا أو نفساء فهو طلاق بدعة لا طلاق سنة وهو فيه معتد حلتوبه ربه عاصي ظالم لنفسه ويلزمه فعله وليس الطلاق من القربات التي لا تقع إلا على سنتها"⁴.

¹ السنن الكبرى، البيهقي، باب الاختيار للزوج أن لا يطلقه رقم الحديث، 15334 ج 7 ص 330 التوجه البخاري، رقم الحديث، 5251 ورواه مسلم رقم الحديث، 1471

² الهداية في شرح بداية المبتدي، المرغيناني، ج 1 ص 221

³ الكافي في فقه أهل المدينة، ابن عبد البر، ج 2 ص 572

⁴ المصدر نفسه.

وترتب الحكم على ذلك بسبب أنه كيمى من القريات التي لا يد من وقوعها حسب السنة النبوية إلا أنهم يقولون في طلاق الحائض أن الزوج يؤمر بمراجعة امرأته عند الإمام مالك¹ ويجبر بها عند بعض فقهاء المالكية مادامت في العدة بشرط كونه رجوعاً، كما نص به في المعونة² وطلاق الحائض والنفساء محرم ويلزم إن وقع، فإن كان رجوعاً أجبر على الارتجاع وإسائها إلى أن تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق³.
ووافق للمالكية مع الحنفية في إطلاق البدعة على ثلاث تطبيقات بكلمة واحدة أو مفترقة في طهر واحد كما نص :
"ثلاثاً أو اثنين في كلمة واحدة أو مفترقة قاصداً ذلك في ابتداءه أن يفرقه على عدة أقرانها، فكل ذلك للبدعة"⁴.

رأي الشافعية:

وذهب الشافعية إلى أن طلاق البدعة في حالتين، أي في حالة الحيض أو في الطهر إذا جامعها فيه، وما عداها مباح ولو كان مغلفاً كما نص على ذلك في المذهب:
"وأما المحرم فهو طلاق البدعة وهو اثنان: أحدهما: طلاق المدخول بها في حال الحيض من غير حمل والثاني: طلاق من يجوز أن تحبل في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل"⁵.

رأي الحنابلة:

قال الإمام أحمد عن طلاق السنة: أن يطلقها طلاقاً واحداً في طهر ثم يتركها حتى تقضي عدتها، وطلاق البدعة عليهم طلاق الحائض أو الطلاق في طهر الذي أصابها فيه ويقع عندهم، والطلاق المغلفة بثلاث محظور عند الحنابلة، وترتب الأثر الشرعي عليه⁶.

¹: المعونة على ملحق علم فائدة التعليل، عبد الوهاب بن علي المالكي، المكتبة التجارية مكة المكرمة بدون تاريخ وطبعة، ص

²: المصدر نفسه

³: المذهب، للشواري، ج 6 ص 6

⁴: الشرح الكبير على من التفتيح، ابن قدامة، عبدالرحمن بن محمد، دارالكتاب العربي، بدون تاريخ وطبعة، ج 8 ص 253 - 251

خلاصة الكلام أن الفقهاء الأربعة اتفقوا على طلاق الحائض وطلاق الطهر الذي جامعها فيه بكوفهما بدعة وعلى وقوعهما رغم بدعتهما، ووافق الحنفية والمالكية على إطلاق البدعة على الطلاق المغلظ سواء أوقعه في وقت واحد أو متفرقا لكن الشافعية قالون بإباحته، أما الحنابلة فيقولون بأنه محظور شرعي ولكنه يقع.

وكذلك يتفق الفقهاء الأربعة على وقوع طلاق البدعة كما ذكرنا قبل ذلك مستلطين بحديث ابن عمر رضي الله عنهما لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره بالرجوع ولا رجوع إلا بعد وقوعه.

ثانيا: من حيث الرجوع وعدمه

ينقسم الطلاق من حيث الرجوع وعدمه إلى طلاق رجعي وبائن:

الطلاق الرجعي:

ذهب الفقهاء إلى أن الطلاق الصريح الواحد أو الاثنين يعد رجعيا، ويجوز للزوج الارتجاع إن شاء بتقبلها أو مسها أو أي قول أو فعل دال على رجوعه أثناء العدة، ولو مضت مدة عدتها فتصير بها بائنة يبتئنه صغرى، كما ذكر صاحب الهداية:

"وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رجعت بذلك أو لم ترض¹."

فلا يشترط للرجوع رضا المرأة بل الرجل مختار في ذلك، ولكن يشترط أن تكون مدخولا بها، لأن غير المدخول بها لا عدة عليها فلا يجوز له رجعة إلا بنكاح جديد، كما نص في المعونة:

"فالرجعي من حقه أن يرد على مدخول بها²."

والطلاق الرجعي للعبد طلاق واحد والمحرر تطليقتان كما نص عليه في مختصر المرقى:

"وَالْعَبْدُ مِنَ الرَّجْمَةِ بَعْدَ الْوَأْجِلَةِ مَا يُلْحَرُّ بَعْدَ الشَّقَيْنِ كَأَبْتِ حَبَّةٍ حُرَّةٍ أَوْ أُمَةٍ"³

¹: الهداية في شرح بداية الميعدي، الزغباني ج 2 ص 254

²: المعونة عليه مقصد عالم للمعونة، عبد الوهاب بن علي، ص 825

³: مختصر المرقى، المرقى، إسماعيل بن يحيى، دار المبرقة، بيروت، لبنان، مطبوع في سنة 1410 هـ، ج 8 ص 300

فحاصل الكلام أن الطلاق الرجعي عند جمهور العلماء طلاق واحد أو تطليقتان للحر بشرط كون الزوجة مدخولاً بها و الزوج يستحق الرجوع قبل انقضاء عدتها .

الإشهاد على الرجعة:

اختلف الفقهاء في الإشهاد على الرجعة، فذهب الحنفية إلى استحبابها،¹ والمالكية يوجبونها كما نص بذلك في الكافي:

"والإشهاد في الرجعة واجب وجوب سنة يشهد ذوي عدل".²

والإمام الشافعي والإمام أحمد بن حنبل رحمهما الله فيه قولان كما جاء في المهذب:

"وهل يجب الإشهاد عليها فيه قولان: أحدهما: يجب لقوله عز وجل "أَنْتُمْ كُفْرُوهُمْ يُكْفَرُونَ" أو فَأَرْفَعُ رُءُوسَهُمْ بِمَقْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذُوَيْ عَدْلٍ بَيْنَكُمْ"³ ولأنه استباحة بضع مقصود فلم يصح من غير إشهاد كالنكاح والثاني: أنه مستحب لأنه لا يقتصر إلى الولي فلم يقتصر إلى الإشهاد كالبيع".⁴

وحاصل الكلام أن الإشهاد للصيانة عن النزاع مستحب عند عدم إكثانه وألا فيجب إن خافا بوقوعهم في النزاعات بعد الرجعة .

طلاق التعليل:

اتفق الجمهور على أنه إذا طلق الرجل زوجته ثلاث تطليقات بكلمة واحدة أو متفرقا بانته منه بيمينه كبرى، ولم يستحق الرجوع إلا بعد التحليل بنكاح آخر⁵ والاستدلال بحكم هذه القضية بقوله تعالى في كلامه المجيد:

"فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ".⁶

ففي الآية المذكورة نص الشارع أن التحليل لا يكون إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره، وقد ثبت في السنة فيما روي:

¹: المبسوط المرحوم، ج 6 ص 19.

²: الكافي في فقه أهل المدينة، ابن عباد، ج 2 ص 617.

³: سورة الطلاق الآية 2.

⁴: المهذب لإبراهيم بن علي، ج 3 ص 48 للمفاتيح، ابن تيمية، ج 7 ص 522.

⁵: المعونة، عبد الوهاب بن علي، ج 829، المفاتيح، ابن قدامة، ج 7 ص 515.

⁶: سورة البقرة الآية 230.

"عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ "جَاءَتْ امْرَأَةٌ رِفَاعَةَ الْخُرَيْمِيِّ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ كُنْتُ عِنْدَ رِفَاعَةَ فَطَلَّقَنِي فَأَبَتْ طَلَّاقِي فَتَزَوَّجْتُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ الزُّبَيْرِ إِنَّمَا مَنَعَهُ مِثْلُ هَذِهِ الثُّوبِ فَقَالَ أَتُرِيدِينَ أَنْ تُرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ لَا حَتَّى تَتْرُكِي عُسَيْلَةَ وَتَذُوقِي عُسَيْلَتِكَ"¹

فشرطت التحليل للزوج الأول بجماع الزوج الثاني، فذهب الجمهور إلى اشتراطها ولا يكفي عندهم عقد النكاح بغير المباشرة الزوجية.

والأمر المهم هو حرمة النكاح بقصد التحليل بعد التغليب، لأن النص ورد في ذمه وقرر النبي صلى الله عليه وسلم بأنهما ملعونان أي المحلل والمحلل له، كما روي في سنن أبي داود: "أَنَّ النَّبِيَّ -صلى الله عليه وسلم- قَالَ، لَمَنْ أَلَّفَ اللَّهُ الْمُحْلِلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ"².

قال الإمام أبو يوسف إنما لا تحل به للأول، وذهب محمد الشيباني إلى أنه عقد فاسد، وقال إمامهما أبو حنيفة رحمه الله بأن الشرط مكروه³.

والمالكية يقولون بعدم التحليل للأول لو قصد ذلك به⁴ وكذلك عند الشافعية يعتبر العقد باطلاً بقصد مذموم⁵.

فلا يجوز النكاح بقصد التحليل عند الفقهاء ولكن تقرب عليه الآثار عند أبي حنيفة مع الكراهية، والجمهور يقولون بعدم ثبوت التحليل به، لأنه عقد مذموم، والأهل هو عدم ترتب الحكم عليه للنهي الوارد.

الطلاق البائن:

النوع الثالث من حيث الرجوع وعدمه الطلاق البائن بينونة صغرى، وهو الذي لا يستطيع الطالق بعد وقوعه أن يعيد المطلقة إلا بنكاح ومهر جديدين، ومن صورته عند الحنفية الطلاق قبل

¹: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه البخاري، محمد بن إسماعيل، دار طوك

النجاة، الطبعة الأولى، 1422هـ، باب شهادة المذموم، ج 6 ص 542، رقم الحديث، 2639

²: سنن أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني باب في التحليل، ج 2 ص 188، ورواه الترمذي، والترمذي، وصححه الترمذي عن جابر، ورواه البزار وأحمد وأبو يعلى وإسحاق بن راهويه في مسندهم عن أبي هريرة، ورواه الباقون في سننه معناه راجع، نصب الرأية، الري، ج 3 ص 239.

³: النظر: لم يشره السرخسي، ج 6 ص 10

⁴: النظر: الكافي، القرطبي، ج 2 ص 530

⁵: النظر: البيان، محيى بن أبي المكارم، ج 9 ص 278

التسخول، والطلاق الرجعي يتقلب باثنا بعد انقضاء العدة إن لم يرجع الزوج أثناءها، وكذلك الخلع
سبب للطلاق البائن كما ذكر في الاختيار:

"فَإِذَا فَعَلَا لَيْتَمَهَا التَّالِ وَوَقَعَتْ تَطْلِيْقُهُ بَائِنَةً"¹

وتصرفهما باللعان كما نص:

"فَإِذَا التَّعَا فَرَّقَى الْخُلَاكِيمَ بَيْنَهُمَا، فَإِذَا فَرَّقَى بَيْنَهُمَا كَانَتْ تَطْلِيْقُهُ بَائِنَةً"²

وكذلك في الإيلاء تبين منه بينونة صغرى:

"وَإِنْ لَمْ يَفْرَزْنَهَا وَمَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ ثَابَتْ بِتَطْلِيْقِهِ"³

وأصبح قول سن أقوال الإمام مالك رحمه الله هو إن الخلع سبب البائن عند وجود العوض

ويصير طلاقا رجعيا بعده⁴، و أما الإيلاء فيقع بما طلاقا رجعيا، واللعان فسخ عنده⁵

والشافعية يأخذون بتعريف الطلاق في الخلع، فإن استعمل لفظا صريحا بطلانه، وإن لفظ

بكناية يكون بائنا، وتقع طلاق رجعية بالإيلاء عنده، واللعان سبب تحريم مؤقت لا يزول أبدا⁶

وعن الإمام أحمد في الإيلاء قولان، قول البائن والرجعي، وكذلك في الخلع روايتان عنه يفسخ

الفكاح والآخر أنه تطلقه بائنة⁷

ثالثا : من حيث التجيز والتعليق

الطلاق إما أن يكون ناجزا يقع في الفور، لأنه لم يصفه بصفة أو يقيد بقيد فيقال له الطلاق

الناجز، وإما أن يكون معلقا وهو أن يعلق الزوج الطلاق بشرط، أو يقيد بقيد، أو بوقوع الواقعة

الخاصة وغير ذلك، فمثلا إذا قال لها أنت طالق غدا إذا قدم زيد، لم تطلق حتى قدمه، ولكن التعليق

لا بد أن يكون في الزمن المستقبل ولا اعتبار لزمن ماضٍ لأنه محال.

¹: الاختيار لتعليل المختار، للوصلي، ج 3 ص 156

²: المصدر نفسه، ج 3 ص 169

³: المصدر نفسه، ج 3 ص 52

⁴: انظر: الكافي، ابن عبيد الله، ج 2 ص 593، وصرح ابن عبد البر بأنه أصبح القولين عنده، ولكن فقهاء المالكية لم يتكبروا الفرق بين

العوض وعنده، بل قالوا بوقوع الطلاق البائن مطلقا راجع بداية الجهد، ابن رشد ج 3 ص 91

⁵: انظر: بداية الجهد، ابن رشد، ج 3 ص 140-120

⁶: انظر: الحاوي الكبير، للمناوي، ج 10 ص 75 ج 11 ص 357-30

⁷: انظر: المغني، ابن قدامة، ج 7 ص 328-563

رابعاً : من حيث الصراحة والكنائية:

التقسيم الرابع للطلاق هو من حيث الصراحة والكنائية، فإذا كان اللفظ صريحاً وقع الطلاق وإن لم يتو به لأنه لا يحتاج إلى نية، والمراد بالصريح كما جاء في "تحفة الفقهاء" ما نصه:
"والصريح ما احتق من لفظ الطلاق نحو قولك أنت طالق وأنت مطلق وطلقتك ونحو ذلك وكذلك إذا قال أنت الطلاق لأن المصدر قد يراد به المفعول كأنه قال أنت مطلق وقد يراد به الفاعل فكأنه قال أنت طالق"¹

أما الطلاق الكناهي فهو الطلاق بغير استخدام مادة "ط ل ق" بل الزوج يطلقها بالفاظ ذات معنيين من حيث المفهوم كما قال السمرقندي هو:
" أن يُوقع بالفاظ خالصة على البَيِّنَةُ وَالْقَطْع وَالْحُرْمَةُ وهي تسمى كتابات الطلاق"²
والالفاظ الكفائية تحتاج إلى نية الزوج فإن لم يتو بها الطلاق لا يقع شيء لوجود الإجماع في معناه فلا بد أن يعين الزوج مصداقه بنيته -

¹ - تحفة الفقهاء، السمرقندي، ج 2، ص 175

² - المصدر نفسه، ج 2، ص 181

الفصل الثاني في: تقييد الطلاق و تسجيله

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول في : تقييد الطلاق وتسجيله في الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني في : تقييد الطلاق وتسجيله في القانون الباكستاني

المبحث الثالث في: انحلال الزواج العرفي في الشريعة والقانون

الفصل الثاني : تقييد الطلاق و تسجيله

نذكر في هذا الفصل الحكم الشرعي والقانوني لتقييد الطلاق وتسجيله في ضوء القرآن والسنة والمصادر القانونية المدنية لأن العقود والمعاملات الإنسانية كانت تنعقد بالعبارات الشفهية أو الكتابة بين المتعاقدين عند حضور الشاهدين وفقا لحضارة الناس وموقعهم في الالتزام بكلمتهم، حتى تعارف الناس بنظام التوثيق الرسمي في سجلات العقود، وتعتبر الدول والحكومات طرفا ثالثا ضامنا لحقوق المتعاقدين والواجبات اللازمة فيما بينهما. فكذاك الزواج وتحلله عقد من العقود يوجب الحقوق والواجبات على الزوجين فتتطلب حكمه القانوني في ضوء الشريعة الإسلامية -

المبحث الأول: تقييد الطلاق وتسجيله في الشريعة الإسلامية:

تقييد الطلاق من الأحكام بقود أو تحديده إلى أحد ما من المسائل المهمة التي اختلف الفقهاء في حكمها الشرعي في زمننا هذا، لأنها من القضايا الحديثة، ولم يوجد لها نظير عند الفقهاء المتقدمين.

أولاً: التسجيل :

أولاً: الخانعين : ذهب بعض العلماء إلى عدم جوازها بأن يشترط وقوعه بتسجيله عند المحكمة، فيترتب عليه الحكم الشرعي بعد إيقاعه ولو لم يسجل، فلا أثر للتسجيل وعدمه شرعاً، لأن الطلاق حق من حقوق الزوج شرعاً، ولا يجوز التصرف للغير فيه، واستدلوا بنصوص من القرآن والسنة الذي يدل على أن الطلاق حق من حقوق الزوج¹، كما قال تعالى في كلامه المجيد :
" أَوْ يَخْضَعُوا لِلَّذِي يَلِيهِ عَقْدَةُ الْبَيْتِ " ².

فقال بعض المفسرين من المتقدمين بأن الضمير يرجع في قوله تعالى " يله " إلى الزوج كما جاء في تفسير مجاهد:

¹ : الفتاوى النجاشية، محمد نور الله تيجي، شبه تصنيف وتأليف دارالعلوم ختبه فهديه بصريور، اكرار الطبعة السادسة 2008م،

ج 2 ص 347، جواهر الفقه، مفتي، محمد شقيق، مكتبة دارالعلوم كراتشي، الطبعة الثانية 2010م، ج 4 ص 255 فتاوى

مفتي محمود محمود، جمعت بليزكشتنر لاهور، الطبعة الرابعة، 2009م، ج 6 ص 78

² : سورة البقرة الآية : 237

"وَالَّذِي يَدِينُهُ عَقْدَةُ الزَّوَاجِ هُوَ الزَّوْجُ. هَذَا قَوْلُ شَرِيحٍ"¹

ويترتب الحكم الشرعي فوراً بعد وقوعه كما في قوله تعالى :

"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَكَهَّنْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ

عليهنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَعَلَيْتُمُوهُنَّ وَسِرَّيْتُمُوهُنَّ سِرَاحًا جَرِيلاً"²

إن الحكم في الآية المذكورة متعلق بالمطالبة غير المدخول بها، ويظهر أثر الطلاق بأنها تحمل

للاخر بعد الطلاق مباشرة بغير عدة، فالعدة تبدأ بوقوع الطلاق، وكذلك قال سبحانه وتعالى :

"يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ الْمُسْلِمَاتِ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ"³

فعموم الآيات المباركة تقتضي أن الطلاق حق الزوج فلا دخل للحكومة والسلطة في وقوعه،

ويقع بوقوعه حينما يتلفظ بالفاظه، لأنه حر في استصدار الحق الذي يملكه بلا قيد حتى لا يضر به

غيره، فلا يجوز تعليق الوقوع بتسجيله عند المحكمة القضائية أو باطلاعه مجلس النفاذ، كما ثبتنا عن

النبي صلى الله عليه وسلم بأنه قال :

"مَا تَأْكُلُ أَفْوَامُ يَزَوِّجُونَ عَيْنَهُمْ إِمَاءَهُمْ ثُمَّ يَقُولُونَ أَنْ يَفْرِقُوا بَيْنَهُمْ أَلَا إِنَّمَا بِمِلْكِ الطَّلَاقِ مِنْ

يَأْخُذُ بِالسَّائِي"⁴

فقرر عليه الصلاة والسلام بأن الزوج هو مالك الطلاق، والمالك حر في التصرف كيف يشاء

ما لم يتعد حدود الله، والطلاق مباح شوعاً، فلا إشكال في شرعيته ووقوعه عند ما يقع برطائه، ويقع

الطلاق مباشرة بعد إيقاعه كما نص في فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية :

"التلفظ بالطلاق تترتب عليه أحكامه الشرعية، وإن لم يكتبه أو يسجله لدى جهة

الاختصاص، فمضى ما نطق به وهو أهل له، وقع وإن لم يسجل"⁵

وقد أفتى بذلك في فتاوى "يسألونك":

"وأن الطلاق لا يتوقف على حكم الحاكم مع القيود والضوابط التي قررتها الشريعة الإسلامية

في هذا المجال"⁶

¹: تفسير مجاهد، مجاهد بن جبر النابجي، دار الفكر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1989 م، ص 238

²: سورة الأحزاب الآية : 49

³: سورة الطلاق الآية : 1

⁴: المنن الكبرى، البهقي، ج 7 ص 240م الحكم على الحديث في ص 36

⁵: اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب أحمد بن عبد البر، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، الطبعة الأولى، 1417 هـ، ج 21 ص 20

⁶: فتاوى يسألونك، حسام الدين بن عفانة، المكتبة العلمية ودار الطب، الطبعة الأولى، 1427 هـ، ص 176 ج 3

وتوجيه ذلك أن المطلوب لوقوع الطلاق أداء لفظ الطلاق فقط، أما التسجيل والكتابة فهما للتوثيق والتذكير بعد وقوعه، فتترتب الأحكام بلفظه ولو لم يسجل ويصح الطلاق الشفوي شرعا بشرط أن يكون مستوفيا لأركانه وشروطه الشرعية، وكون الزوج أهلا لإصداره شرعا.

ثانيا: التمييز: وذهب بعض العلماء إلى جواز اشتراط وقوعه بالتسجيل عند المحكمة القضائية بكونه مجازا¹، وتقييد المباح جائز لولي الأمر إذا كان مبنيا على المصلحة العامة الراجحة، ومن أسلتها كما ذكر في القواعد والفوائد الأصولية:

"أنه يتعين تقييد إباحة النظر إلى المخطوبة بمن إذا خطبها غلب على ظنه إيجابته متى غلب على ظنه عدم الإجابة لم يجوز"²

فالنظر إلى المخطوبة مباح بعض الشرع، ولكن التقييد بغلبة الظن للمصلحة الشرعية ولتحصيل الإطمئنان قبل انعقاد العقد، وما روي في المصنف عن ابن عباس رضي الله عنه:

"قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر إن الناس استعملوا أمرا كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم"³

فحكم بذلك زجرا وتوبيخا، فكذلك يجوز للحاكم أن يحكم بتسجيله عند المحكمة لصيانة حقوقهما قانونية⁴ إذا خاف عن اعتدائه واختلاف وظلم من جانب الزوج أو الزوجة، لأن الإمام مخير في المسائل الاجتهادية بأن يحكم حسب اقتضاء المصالح العامة.

"وكذلك هم يقيسونه على فسخ النكاح والتفريق بين الزوجين وتطبيق القاطني لأنه ولي، وهو يستحق أن يسلب حق الزوج عند ما يطلع على التعسف في استعمال حقه الشرعي لأن الشريعة قررت الولاية العامة للقاضي"⁵

وكما نص في الفتوى في مجلة البحوث بأن :

¹ : بحالة عائلي فتاوى، ربيع الله، إدارة تحقيقات إسلامي 1965 إسلام آباد من 295 فكر ونظر 3:4

² : القواعد والفوائد الأصولية، على بن محمد بن المحام، المكتبة العصرية، بدون طبعة، 1420هـ، ص 30

³ : للمصنف، ربيع الله، عبد البرزاق الصنعائي، المكتبة الإسلامي بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ، ج 6 من 391 تنقيح مسلم وتم الحديث، 1472

⁴ : إسلامي دنيا بين عائلي فتاوى كي اصلاح، محمد رشيد غريز، فكر ونظر إدارة تحقيقات إسلامي إسلام آباد من 73 vol.

1963-1:1

⁵ : بحالة عائلي فتاوى، ربيع الله، ص 295

"الطلاق مسألة إباحة وتقييد الإباحة فيما هو خير للمباح له أمر مشروع، فالسفر مثلاً مباح ويمكن تقييده إذا كان في البلد المراد السفر إليه فن أو أراضى سعياً كما فعل ذلك عمر رضي الله عنه فلم يتم السفر إلى الشام لما علم بتقاضي طاعون عمولس فيها"¹

والمقصد الأعلى عند القانونيين من تسجيل الطلاق هو توثيق وحفظ حقوق المطلقة بعد الطلاق، ويستدلون بنص قرآني الذي يحث على كتابة المعاملات والعهود والعقود للتوثيق والتحفيز، كما قال الله تعالى في كلامه الجيد:

"وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّبِعِ اللَّهُ رَأْيَهُ وَلَا يَتَّخِذْ مِنْهُ شَيْئاً"²

فالتسجيل نوع من الكتابة دفعا للأضرار المتوقعة عن المرأة بعد وقوع الطلاق، لأن الزوج يمكن أن ينكر إيقاع الطلاق عند ما تنكح الزوج الثاني، بأن يقول ما طلقها أو رجعتها بعد الطلاق وغير ذلك .

ثانياً : تقييد الطلاق من حيث العدد:

لا يجوز تقييد الطلاق وتحديد من حيث العدد في الشريعة الإسلامية، كما قال تعالى أولاً :

"الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِنْ سَاءَ مَا عَزَمْتَ طَلِّقْ أَوْ تَسْرِعْ بِأُحْسَنِ"³

فإذا طلق الزوج تطلقتين فهو مختار بين الرجوع والتمسك بها والتسريح وإباحتها ثم قال تعالى:

"إِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ"⁴

وثبت بهذا أن لا حق للرجوع بعد الطلاق الثالث وإذا الزوجة تصبح بعد الثالث محرمة عليه، فقد قال صاحب أحكام القرآن في تفسير هذه الآية:

"فَحَلَّ اللَّهُ حُدَّ الطَّلَاقِ ثَلَاثًا فَحَقْلُهُ أَحَقُّ بِرَجْعَتِهَا مَا لَمْ تَطْلُقْ ثَلَاثًا"⁵

وسبب تحديده وتخصيصه بعدد ثلاثة هو دفع الضرر عن المرأة كما روي في الموطأ عن:

¹ : مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ص 366 العدد مئة وستة سنة 1437 هـ مجرى

² : سورة البقرة الآية: 282

³ : سورة البقرة الآية : 229

⁴ : سورة البقرة : الآية: 230

⁵ : أحكام القرآن ، المصاحف، ص 73

"مَالِكٌ، عَنْ هِشَامِ بْنِ غَزْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ الرَّجُلُ إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ، ثُمَّ ارْتَجَعَهَا قَبْلَ أَنْ تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا، كَانَ ذَلِكَ لَهُ، وَإِنْ طَلَّقَهَا أَلْفَ مَرَّةٍ، فَعَمَدَ رَجُلٌ إِلَى امْرَأَتِهِ، فَطَلَّقَهَا حَتَّى إِذَا شَارَفَتْ انْقِضَاءَ عِدَّتِهَا، رَاجَعَهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا. ثُمَّ قَالَ: وَاللَّهِ لَا أَوِيلَ إِلَيَّ وَلَا أَعْيَلُ أَبَدًا. فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ، فَاسْتَقْبَلَ النَّاسُ الطَّلَاقَ بِجَهْدٍ مِنْ يَوْمِئِذٍ. مَنْ كَانَ طَلَّقَ مِنْهُمْ، أَوْ لَمْ يُطَلِّقْ¹

وكنذلك روي سبب نزولها عن :

"مَالِكٌ، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ الدَّعَلِيِّ أَنَّ الرَّجُلَ كَانَ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ، ثُمَّ يَرَاغِبُهَا، وَلَا حَاجَةَ لَهُ بِهَا. وَلَا يَمْلِكُ إِمْسَاكَهَا. حَتَّى يُطَوَّلَ بِمَالِكٍ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ لِيُضَارَهَا. فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ، وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ. يَعْطُهُمُ اللَّهُ بِذَلِكَ²

ويأتي التصحيح بالعدد في السنة فصي الحديث المروي عن ابن عمر في سنن الدار قطني كما

قال عليه السلام:

"يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ مَا هَكَذَا أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّكَ قَدْ أَخْطَأْتَ السُّنَّةَ، وَالسُّنَّةُ أَنْ تَسْتَأْذِنَ الطَّهْرُ نِيَّاطُ لِكُلِّ فُرُوعٍ، قَالَ: فَلَمَّا رَأَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَرَاغَتْهَا، ثُمَّ قَالَ إِذَا هِيَ طَهَّرَتْ فَطَلِّقْ عِنْدَ ذَلِكَ أَوْ أَمْسِكْ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ رَأَيْتَ لَوْ أَنِّي طَلَّقْتُهَا فَلَا تَأْتِيَنِي بِأَنْ أَرَاغِبُهَا؟ قَالَ لَا كَانَتْ تُبَيِّنُ مِنْكَ وَتَكُونُ مَعْصِيَةً³

والصحيح للزوج الأول قبل عقد الثاني عند ما يطلقها بثلاث تطليقات ثبت بالسنة كما جاء

في الجامع الصحيح مرويا عن عائشة رضي الله عنها:

"أَنَّ امْرَأَةً قَرِظِيَّةً جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنْ رِغَاةَ طَلْقِي قُبْتُ طَلَاقِي، وَإِنِّي تَكْمُحْتُ بَعْدَهُ عِنْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ الرَّبِيعِ الْقَرِظِيِّ، وَإِنَّمَا مَعَهُ بِشَلِّ الْمَثْبُوتِ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لَعَلَّكَ تُرِيدِينَ أَنْ تُرْجِعِيَنِي إِلَى رِغَاةٍ؟ لَا، حَتَّى يُلَاقِيَنَّ عُسَيْلَةَ⁴

¹: الموطأ - الإصحاح، مالك بن أنس، مؤسسة زيد بن سلطان آل نهيان، الإمارات العربية المتحدة، 1425 هـ، باب جامع الطلاق ج 4 ص 846 رقم الحديث 2183،

²: المصدر نفسه، ج 4 ص 847، رقم الحديث 2184،

³: سنن الدار قطني: القريظية، كتاب الطلاق والمطالع، ج 5 ص 56 رقم الحديث 46،

⁴: الجامع الصحيح، البخاري، باب شهادة المصحف، رقم الحديث 2639 ج 7 ص 42

فالسنة المذكورة شرحت وفسرت الآية التي نصت بأن الطلاق محدد إلى ثلاث، وتخرج عليه بعد إيقاعه ثلاثاً، وهذا ما أفتى به الصحابة وطبوا الله عنهم، كما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما:

"مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَّغَهُ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ: إِنِّي طَلَقْتُ امْرَأَتِي مِائَةَ تَطْلِيقَةٍ، فَمَتَى تَرَى عَلَيَّ؟ فَقَالَ لَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ: طَلَقْتَ مِنْكَ لِمَالِكٍ. وَسَمِعَ وَمُسْتَعْمِلُونَ أَخْبَدُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُومًا¹

ولا خلاف بين الفقهاء في عدد الطلاق كما قال صاحب البدائع،
"فَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ الْحُرَّةَ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ بِإِلَافٍ وَلَا جِلَافٍ وَإِنْ كَانَا زَوْجَيْنِ فَالْعَبْدُ لَا يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ الْأَمَةَ إِلَّا تَطْلِيقَتَيْنِ وَلَا جِلَافٍ أَيْضًا²

وكذلك قال صاحب المعونة: "وجملته للمهر ثلاث وللعبد تطليقتان³

يقول ابن كثير في تفسيره:

"فَلَمَّا كَانَ هَذَا فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الزَّوْجَاتِ فَضَرَّهِنَّ اللَّهُ إِلَى ثَلَاثِ طَلَقَاتٍ، وَأَكَاخِ الرُّجْعَةِ فِي الْمَرْجِعِ وَالْمُنْقَطِعِ، وَأَيَّانَهَا بِالْكَلِمَةِ فِي الثَّالِثَةِ⁴

وحكم الطلاق بعد الثالثة بالصهرم المؤبد عند الجنبلة قال صاحب إعلام الموقعين:

"فَإِذَا جَاءَتِ الثَّلَاثَةُ جَاءَ مَا لَا مَرَدَ لَهُ مِنْ أَمْرِ اللَّهِ، وَقِيلَ لَهُ قَدْ انْدَفَعْتَ حَاجَتَكَ بِالْمَرَّةِ الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ وَلَمْ يَبْقَ لَكَ عَلَيْهَا بَعْدَ الثَّلَاثَةِ مَسِيلٌ، فَإِذَا عَلِمَ أَنَّ الثَّلَاثَةَ فَرَّاقٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا وَأَنَّهَا الْقَاضِيَةُ أَمْسَلَتْ عَنْ إِيْقَاعِهَا، فَإِنَّهُ إِذَا عَلِمَ أَنَّهَا بَعْدَ الثَّلَاثَةِ لَا تَحِلُّ لَهُ إِلَّا بَعْدَ تَرْهِيصِ ثَلَاثَةِ قُرُوءٍ وَتَزْوِجِ بَزْوَجٍ رَاضٍ فِي نِكَاحِهَا وَامْسَاكِهَا وَأَنَّ الْأَوَّلَ لَا سَبِيلَ لَهُ إِلَيْهَا حَتَّى يَدْخُلَ بِهَا الثَّانِي دُخُولًا كَامِلًا يَذُوقُ فِيهِ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَسِيلَةَ صَاحِبِهِ⁵

وحاصل الكلام أن الفقهاء قد اتفقوا على عدد الطلاق ولا خلاف بينهم في ذلك، لأنه ثبت بالقرآن والسنة والإجماع، فلا يجوز الإضافة والتقص من حيث العدد، ولأن المتخصص المعين شرعا لا يقبل التغير والتصرف، ولا مجال للاجتهاد مع النص.

¹ الموطأ - الأصبهاني، مالك بن أنس، ج 4 ص 789

² بدائع الصنائع في تنقيح الشرائع، الكاساني، ج 3 ص 97

³ المعونة على طبع علم المنفعة، الطلي، ص 825

⁴ تفسير القرآن العظيم، إسماعيل بن عمر بن كثير، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ، ج 1 ص 460

⁵ إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم، ج 2 ص 93

المبحث الثاني: تقييد الطلاق وتسجيله في القانون الباكستاني:

أصدر البرلمان الباكستاني القانون في سنة 1961م ، المسمى باسم Muslim Family Law Ordinance 1961 (قانون الأحوال الشخصية) في ضوء قرارات اللجنة القائمة لتشكيل وتنظيم القوانين حول قضايا الزواج والأسرة في سنة 1956م، ولكن العلماء رفضوه جزئيا لا كليا، بدليل أن بعض جزئيات قراراتها مخالفة لنصوص الشريعة وبروحها، ولكن رغم اختلافهم وتقدمهم على بعض الجزئيات جرى العمل به حتى في عصرنا الحاضر في المحاكم القضائية الباكستانية، ومن الفقرات القانونية المختلف فيها بين العلماء تسجيل الطلاق وتحديدته إلى الطلاق الواحد أو رجوع الزوج بغير تكاثر التحليل بعد ثلاث تطلعات قانونية

فالمادة 7 في قانون الأسرة الباكستاني تحاول قضية تسجيل الطلاق، فقد نص القانون بأن:

1: Any man who wishes to divorce his wife shall, as soon as may be after the pronouncement of talaq in any form whatsoever, give the Chairman a notice in writing of his having done so, and shall supply a copy thereof to the wife.¹

فلا بد للزوج أن يعلم رئيس مجلس النقابة وإرسال الرسالة التحريرية إلى زوجته أيضا بعد

إيقاع الطلاق، وإن لم يفعل ذلك ، فيعاقب بعقوبة بدنية ومالية، وبعد ذلك ورد في نفس المادة:

3: Save as provide in sub Section 5, talaq, unless revoked earlier expressly or otherwise, shall not be effective until the expiration of ninety days from day on which notice on under sub section 1 is delivered to the chairman.²

المفهوم المخلص المأخوذ من هذه الفقرة المذكورة أن الطلاق لا يؤثر حتى بعد مضي ثلاثة

أشهر من يوم إطلاع رئيس مجلس النقابة ووجه عدم ترتيب الآثار عليه هو القيام بمجلس التحكيم

أثناء ثلاثة أشهر ليقوم بإصلاح أحوالهما كما نص في نفس المادة:

4: Within thirty days of the receipt of notice under sub Section 1, The Chairman shall constitute an Arbitration Council for the purpose of bringing about reconciliation between the parties,³

¹ Muslim Family Law Ordinance 1961 , Section 7: Subsection 1

² المصدر نفسه: الفقرة 3

³ المصدر نفسه: الفقرة 4

الأمر الثاني المهم في هذه المادة هو عدم الاعتبار للطلاق الثلاثة ، كما نص القانون في المادة

1 الفقرة 8 :

8: Nothing shall debar a wife, whose Marriage has been terminated by talaq, effective under this Section from remarrying the same husband, Without an intervening Marriage with a third person, Unless such termination is for the third time so effective.

تقرر أن الزوجة تنكح زوجها قبل النكاح برجل آخر ولو طلقت بتطليقة ثلاث إلا في صورة الطلاق الثلاثة حسب المادة 7، وهو معارض للنص القرآني الذي يحكم بعد حلها للزوج الأول في التغليب ، كما قال تعالى :

"فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تُحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ أَنْ يَنْكِحَ زَوْجَهَا غَيْرَةً"¹

وقد ذكرنا أن جمهور الفقهاء متفقون على أن الزوجة بعد التطليقات الثلاث لا تحل للزوج الأول حتى تنكح زوجا آخر فتذوق من عسيلته ويذوق من عسالتها، فلا بد من تعديل هذه المادة حسب الأحكام الشرعية المتفق عليها وخاصة في المسائل المبنية على الفصوص القطعية، وقد نبه أصحاب القانون على للمشاكل الشرعية والنتائج الغريبة، كما قال الدكتور محمد منير في بحثه :

"Under Islamic law the third divorce becomes effective as soon as it is pronounced, But under section 7, A third divorce will be effective after ninety days are passed from the date of the receipt of the notice by the chairman, (and not from the date of pronouncement of talaq)"²

فالطلاق يؤثر في الشريعة بعد الوقوع فوراً ولكن يترتب عليه الحكم بعد ثلاثة أشهر منذ يوم الإطلاع لا من يوم وقع فيه الطلاق في القانون اليكستاني، وهذا يسبب إطالة العدة لأن المرأة تنتظر ثلاثة أشهر لوقوع الطلاق ثم تعتد بعد ذلك قبلحق بها الضرر.

وكذلك لا يميز القانون بين عدة المطلقة غير المدخول بها وبين المدخول بها، وأما عدة الحامل في القانون فهي إما بالوضع أو بثلاثة أشهر أي ما يكون قبل الآخر، ولكن الشيعة قررت لها وضع الحمل فقط.

¹ سورة البقرة الآية: 230

² : Talaa and the Muslim Family Law ordinance 1961 an analysis by Dr Muhammad Munir page 5, Spectrum of International Law, Vol,1 Sept.2011

فيجب على البرلمان أن يعدل القانون الهامستي حسب الأحكام الشرعية من حيث وقوعه، واعتبار العدد والعدة وأن يفرق بين الطلاق الرجعي والبائن من ناحية ترتيب الآثار عليه كي لا يقع الناس في المفاسد والمحظورات الشرعية -

المبحث الثالث : الحلال الزواج العرفي في الشريعة والقانون :

عرف الفقهاء الزواج العرفي بتعريفات عديدة، كما عرّفه صاحب مستجدات فقهية بلفظ: "هو عقد مفسد كسمل شروطه الشرعية إلا أنه لم يوثق، أي بدون وثيقة رسمية كانت أو عرفية"¹ وهذا التعريف غير جامع لأن الوثيقة العرفية لا اعتبار لها في القانون، والتعريف الآخر في مجلة البحوث الفقهية، مؤلفه "اصطلاح حديث يطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية، سواء كان مكتوباً أو غير مكتوب"² فالأصل هو عدم التوثيق الرسمي والتسجيل عند المحكمة وتظهر من التعريفات السابقة بأن الزواج العرفي هو الزواج الشرعي لوجود شروطه وأركانه الشرعية، وسبب تسمية هذا الزواج بالزواج العرفي أنه مبني على العرف، واعتاد عليه المجتمع الإسلامي منذ زمن النبي صلى الله عليه وسلم إلى زماننا هذا، ولم يكن المسلمون يهتمون بتسجيل والتوثيق الرسمي لعقد النكاح، بل يكتفون بإشهاره وإعلانه بين الناس وقيام الشهادة عليه للصيانة من التهمة، ويعتقد النكاح في الشريعة بغير تسجيله كما قال صاحب فتاوى يسألونك: "هو زواج معتبر شرعاً وهو ما كان سائداً بين المسلمين قديماً إلى أن صار توثيق الزواج بوثائق رسمية متعارفاً عليه بين المسلمين وصارت بعض قوانين الأحوال الشخصية تلزم تسجيل الزواج رسمياً"³ ولكن تلزم الحكومات والدول توثيق الأنكحة والطلاق بتسجيل رسمي عند المحاكم الحكومية في عصرنا الحاضر، لأن الأوضاع الاجتماعية غيرت، وتبدلت الأحوال والظروف، وفقدت الثقة، وأفشيت قلة الأمانة والديانة في المجتمعات الإنسانية، ولأجل ذلك شرع ووجب التسجيل في القوانين لصيانة الحقوق وأداء الواجبات المالية والزوجية أثناء العلاقة القائمة بين الزوجين وبعد انحلالها ولأجل ذلك قال العلماء بوجوب التسجيل كما نص في فتاوى: "ففيه محافظة على حقوق المتزوجين وتسجيل الزواج بوثيقة رسمية يجب من باب سد الذرائع المؤدية للفساد بضماع الحقوق، ولما في التسجيل من إثبات للزوجية القائمة بين الزوجين، وثبوت نسب الأولاد وحفاظاً على بناء الأسرة في المجتمع المسلم على أساس سليم وقوي وقواعد الشرع العامة توجب التسجيل"⁴ فالتسجيل حسب

1: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، أسامة عمر سليمان الأخر، دار الفافس الأردن الطبعة الأولى، 2000، ص 129

2: مجلة البحوث الفقهية، المجلد 36 السنة الخامسة، ديسمبر، يناير، 1998-97

3: فتاوى يسألونك، حسام الدين بن موسى، ج 10 ص 442

4: المختار لنفسه، ج 10 ص 442

القانون. قام مقام الإعلان والإشهار لأن مقصدهما كان حفظ العصمة وحقوق الزوجين، وهو من باب السياسة الشرعية ويجوز لولي الأمر رعاية رعيته والزامه بما لما يراه في ذلك من مصالح فالتوثيق لدى المأذون أو الموظف المختص نظام أوجبه اللوائح والقوانين الخاصة بالمحاكم الشرعية خشية الجحود وحفظاً للحقوق، وحذرت من مخالفته لما له من نتائج خطيرة من التكرار¹ ويجب على الرعية إطاعة ولي الأمر عند ما لا يحكم بمعصية الخلق لقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ² وتسجيل الزواج وتوثيقه رسمياً من الأمور المباحة فيجوز تقييده للمصالح العامة.

لأن الزواج العربي شاع في عصرنا الحاضر، فلو انكر الزوج العلاقة الزوجية أو تركها معلقة في بيت أبيها، تعنتا ماذا يحدث للزوجة والأولاد؟ لأن القانون في دولتنا باكستان ألزم المحاكم القضائية بعدم سماع دعوى الزوجية إلا عند تقديم وثيقة رسمية كما ذكرت هذه القضية ضمن التسجيل، ولما ثبت بالشهود أو الوثيقة العرقية فإنه يقبل للطعن فيه ويحتمل التفرير والتزوير. ويعاقب من لا يسجل نكاحه في القانون الدولي باكستان كما صرح في القانون للمادة 7:

“Whoever contravenes the provision of sub section (3) shall be punishable with simple imprisonment for a term which may extend to three months, or with fine which may extend to one thousand rupees, or with both”³

كل من يخالف حكم القسم الفرعي (3) يعاقب بالسجن البسيط لمدة ثلاثة أشهر أو غرامة

قد تصل إلى ألف روبية، أو بالعقوبتين معاً.

حاصل الكلام أن الزواج العربي رغم مشروعيته شرعاً لا يجوز في القانون، لأن الزوج عند ما

يصبح ظالماً متبوعاً حقوق زوجته، عندئذ الزوجة تواجه مشكلة مالية واجتماعية من غير أن تنصف قانونياً.

¹: الفقه للبيسي، الطيبار، عبد الله بن محمد وشيخه، مابوالوطن للبشر، الرياض بالطبعة الثانية، 1433هـ، ج 11 ص 28

²: سورة النساء الآية 59

³: Muslim Family Law Ordinance 1961, Section 7(2)

الفصل الثالث : تفويض الطلاق

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول في : تفويض الطلاق بعد العقد

المبحث الثاني في : تفويض الطلاق عند العقد

المبحث الثالث في : تفويض الطلاق في القانون الباكستاني

الفصل الثالث : تفويض الطلاق

سأبين في هذا الفصل الأحكام الشرعية المتعلقة بتفويض الطلاق عند عقد النكاح وبعده، حيث إن الطلاق حسب العقد الشرعي من حقوق الزوج أصلاً الذي ينشئ بعض الحقوق للزوج والبعض الآخر للزوجة، ولكن هل يجوز للزوج أن يفوض حقه إلى زوجته أم لا؟ وما هو رأي الفقهاء في ذلك، لأننا نلاحظ في قوانين كثير من البلدان الإسلامية وغير الإسلامية جواز تفويض حق الطلاق للزوجة عند العقد- فلا بد من توضيح هذه المسألة وبيان حكمها الشرعي في ضوء القرآن والسنة وآراء الفقهاء -

التفويض في اللغة :

التفويض في اللغة من قوض، وأصل الكلمة الفاء والواو والضاد، يدل على اتكال في الأمر على آخر ورده عليه،¹ وذكر في لسان العرب معناه :

"قَوَّضَ إِلَيْهِ الْأَمْرَ حَبَّرَهُ إِلَيْهِ وَجَعَلَهُ لِحَاكِمٍ فِيهِ"².

فمعنى ذلك أن التفويض انتقال أمره إلى غيره كما جاء في القرآن الكريم :

"وَالَّذِينَ آمَنُوا إِلَى اللَّهِ وَإِلَى اللَّهِ يَخْبِرُونَ"³.

وهو التوكل والاعتماد على الله سبحانه وتعالى في الأمور كلها، فلفظهم المأخوذ من اللغتين

المذكورة، أن التفويض هو انتقال الحق إلى الآخر أو التنازل عن الحق وجعل الأمر في يد آخر-

التفويض اصطلاحاً :

أما تفويض الطلاق في الاصطلاح، فهو تمليك الزوج غيره بأن يطلق زوجته، أو تمليك الزوج

زوجته بتطبيق نفسها، والتوجيه الفقهي للتفويض كما جاء في المحيط البرهاني هو :

¹ معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس، دار الفكر، بيروت طبعه، 1399هـ، ج 4 ص 460

² لسان العرب، منطوقه، ج 7 ص 210

³ سورة غافر الآية 44

"والأصل في هذا أن الزوج يملك إيقاع الطلاق بنفسه فتملك التفويض إلى غيره فيتوقف عمله على العلم، لأن تفويض طلاقها إليها يتضمن معنى التملك، لأنها فيما قوض إليها من طلاقها عاملة لنفسها دون الزوج".¹

فالعلمي الاصطلاحي مبني على انتقال الحق كما هو معناه في اللغة، ولكن يخص بانتقال حق الطلاق إلى الزوجة -

مشروعية التفويض :

مشروعية التفويض ثابت من النص وهو مباح، كتخير الرسول صلى الله عليه وسلم أزواجه، كما جاء في كتاب الله تعالى:

"يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُمْ تُحِبُّونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا فَلْيَمْسِكْنَ وَاسْتَكْبِرْنَ سِرَاجًا جَبِيلًا".²

سميت الآية المذكورة بآية التخيير، لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير من بين الدنيا أي الطلاق و بين الله ورسوله أي إبقاء العلاقة الزوجية مع النبي صلى الله عليه وسلم، وهو قول من الأقوال، كما ذكر في أحكام القرآن:

"أَنَّهُ خَيْرٌ يَأْذَنُ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْبَقَاءِ عَلَى الزَّوْجَةِ أَوْ الطَّلَاقِ فَاحْتَرَبَ الْبَقَاءُ، قَالَتْ عَائِشَةُ وَجَاهِدَ وَبِعَ كَرَمَهُ وَالشَّعْبِيُّ وَابْنُ شَهَابٍ وَرَبِيعَةُ".³

وروي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت:

"قَالَتْ: آتَى النَّبِيَّ ﷺ قُبْدًا فِي أَوَّلِ امْرَأَةٍ، فَقَالَ: إِنِّي ذَاكِرٌ لِّكَ الْمَرْءَ وَلَا عَلَيْكَ أَنْ لَا تَعْجَلِي حَتَّى تَعْتَلِمِي، فَقَالَتْ: قَدْ عَلِمْتُ أَنَّ أَبَوِي لَمْ يَكُونَا يَأْمُرَانِي بِفِرَاقِكَ، ثُمَّ قَالَ: إِنَّ اللَّهَ قَالَ: يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِلَى قَوْلِهِ عَظِيمًا"، قُلْتُ: أَيُّ هَذَا اسْتَأْمَرَ أَبَوِي، فَإِنِّي أُرِيدُ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالْآخِرَةَ، ثُمَّ خَجِرَ بَسَاءَةً، فَقُلْتُ وَمِثْلَ مَا قَالَتْ عَائِشَةُ".⁴

فيفهم من الرواية المذكورة أن التخيير يتعلق بالطلاق، لأن اللفظ "بفراقك" يدل على الطلاق فتعين به، وروي في الموطأ:

¹: المخطط للموطأ في الفقه الشافعي، البخاري، محمود بن أحمد، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، 1424هـ، ج 3 ص 239

²: سورة الأحزاب الآية 28

³: الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، محمد بن أحمد، دار الكتب المصرية، الطبعة الثانية، 1384هـ، ج 14 ص 170

⁴: الجامع الصحيح، البخاري، باب المرأة والعلة المشقة، ج 2 ص 1103، رقم الحديث، 2468

"أَنَّ عَيْنَ اللَّهِ بَيْنَ عَمْرٍ، كَانَ يَقُولُ: إِذَا عَلَّكَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ أَمْرًا، فَالْقَضَاءُ مَا قَضَيْتَ إِلَّا أَنْ يُنْكَرَ عَلَيْهَا، فَيَقُولُ: لَمْ أَرِدْ إِلَّا وَاجِبَهُ، فَيُخْلِفُ عَلَى ذَلِكَ، وَيَكُونُ أَمْلَكَ بِهَا، مَا كَانَتْ فِي عَدْوَاهَا"¹
 وسنذكر آراء الفقهاء حول جواز التفويض وصورها الشرعية فيما يلي من حيث التفويض عند العقد وبعد العقد -

¹ الموطأ للأمام، ملك بن أبي راس، باب ما بين من التملك، ج 4 ص 794، رقم الحديث، 2034

المبحث الأول: تفويض الطلاق بعد العقد

أولاً: رأى الحنفية:

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن التخيير هو التفويض كأن يقول الزوج "اختراري" فتقول الزوجة: اخترت نفسي، أو أنه يقول "اختراري" فتقول "اخترت"، فلا بد من ذكر النفس في أحد الكلامين لوقوع الطلاق لأنه ليس من ألفاظ الطلاق بل هو كناية ولذا لا يقع به الثلاث، أما إذا قال لها اختراري الطلاق فلا يحتاج إلى ذكر النفس لأجل التخصيص.¹

وكذلك إذا قال الزوج لزوجته "أمرك بيدك" فتصح به مفوضة، ولو أجابت "بطلقت نفسي" وقع الطلاق ولو أراد الزوج ثلاثاً فهي ثلاث لأن الكتابات يعتبر فيها نية الطالق.²

"أما مدة التفويض فتتضمن على الألفاظ، فإن فوضها مطلقاً فباعتبار المجلس، ولو قيد به بغير معين فهي مخيرة إلى حد ما، ولو استخدم كلمة "كلما" قال التفويض يكون لوقت غير معين".³

حاصل الكلام أن التفويض في الطلاق يجوز عند الحنفية لأنه مالك يستحق التصرف في ملكه حيث يشاء سواء تصرف فيه بنفسه أو بالتوكيل إلى غيره أو بالتفويض إلى زوجته فهو حر في ذلك، وتنطبق عليه أحكام التملك، لأنه تملك عندهم فلا فسخ ولا رجوع للزوج بعد التفويض.

ثانياً: موقف المالكية:

ذهب المالكية إلى جواز التفويض إذا ملك الرجل امرأته بلفظ التملك، كما جاء في إرشاد السالك: "يَقُولُ إِلَى الْمَرْأَةِ طَلَّقْتُهَا تَمْلِكُ فَإِنْ أَجَابَتْهُ يَقُولُ أَوْ رَدَّ عَمِلَ عَلَيْهِ وَإِطْلَاقُهَا بِالضَّرُورِ اخْتِيَارٌ وَتَمْلِكُهَا رَدٌّ فَإِنْ أَوْفَعَتْ وَاحِدَةً فَلَا تَقَالُ لَهُ وَإِنْ طَلَّقَتْ ثَلَاثًا فَلَهُ إِنْكَارُهَا عَلَى الشُّرْطِ بِخُرُوطِ إِزَادَةِ الطَّلَاقِ وَمَا دُونَ الثَّلَاثِ وَالْأَوَّلُ مَا أَوْفَعَتْ".⁴

¹: تحفة الفقهاء، السمرقندي، ج 2 ص 190

²: المصدر نفسه، ج 2 ص 188

³: المحط الوفاقي في الفقه المالكي، البخاري، ج 3 ص 240

⁴: إرشاد السالك إلى أحرف السالك في فقه الإمام مالك، عبد الرحمن بن محمد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، بدون تاريخ وطبعة،

ج 1 ص 69

ومذهب المالكية عدم الرجوع وإسقاط حقها بعد التفويض في صورة التملك والتخير وفي التوكيل له أن يعزلها عنه¹

لأن المالكية لم يعتبروه التملك فقط، بل يقولون أن حكمه وفق الصيغة الدالة عليه، فلأحيانا يكون التفويض تملكاً وأحيانا تخيراً وأحيانا توكيلاً، فلا رجوع والإسقاط في صورة التملك والتخير، ويمكن له حتى الإبطال وله الرجوع في حالة التوكيل لأن الموكّل يستحق أن يعزل وكيله حينما شاء.

ثالثاً: رأي الشافعية :

يجوز تفويض الطلاق في مذهب الشافعية، فيقولون بأن التفويض مشروط بنية الطلاق من الجانبين عند استخدام الألفاظ الكتابية كقول الزوج أمرك بذلك، أو اختاري نفسك بأمر ملكك أمرك، ولا اعتبار لنية أحدهما غير الآخر.²

أما الرجوع من التفويض والتخير فيجوز عندهم قبل إيقاع الطلاق أو تخيره كما ورد في المجموع: "إذا فوض إليها الطلاق أو غيرها ثم رجع قبل أن يطلق أو يختار بطل التفويض والتخير"³ فلا رجوع له بعد استعمال حقها عند الشافعية وقبل ذلك يجوز له أن يرجع عن التفويض -

رابعاً: موقف الحنابلة :

يجوز للزوج أن يفوضها حق الطلاق صراحة أو كتابية، فإذا قال لها "أمرك بذلك" من حقها أن تطلق نفسها بما شئت، ومتى شئت، لأنه نوع من التوكيل عندهم فأشبه ما لو قال: عطني نفسك ما شئت ومتى شئت، أما في صورة التخير كقوله اختاري، فليس لها أن تختار أكثر من واحدة، إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك بلفظه أو نيته، وليس لها أن تختار، إلا عقيب تخيره، قبل أن يقطع ذلك بالأخذ في كلام غيره، أو قيام أحدهما عن مجلسه⁴

ووجه الرجوع عندهم أي عند الشافعية والحنابلة، أنهم يعتبرون التفويض توكيلاً فقط، فله أن يرجع قبل اختيار نفسها أو ينقطعه ويبطله قبل أن تطلق نفسها -

¹: انظر: الطاج والأكليل لمصنف خليل، الغرر المنيعة، محمد بن يوسف، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416 هـ، ج 5 ص 387

²: نهاية المطلب في تربية الذم، المصنف: عبد الله بن عبد الله، دار للنهضة، الطبعة الأولى، 1428 هـ، ج 14 ص 86

³: المجموع شرح للمذهب، النووي، ص 17، دار الفكر، الطبعة الأولى، ج 17 ص 93

⁴: الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة، ج 3 ص 118

حاصل الكلام أن الأئمة الأربعة أجمعوا على جواز تفويض الطلاق لأهله حتى الزوج، وله أن يفوض حقه إلى الآخر توكيلاً وتفويضاً، سواء مطلقاً أو مقيداً بزمان مخصوص أو محلاً إلى مجلس العقد، وهو ثابت ينصوص من القرآن والسنة النبوية على صاحبها الصلاة والسلام -

وقد ذهب ابن حزم إلى أنه لا يجوز التفويض والتخيير كما قال:

"أَنَّ تَخْيِيرَ الرَّجُلِ امْرَأَتَهُ أَوْ تَمْلِيكَهُ إِيَّاهَا أَمْرٌ بَاطِلٌ، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يُوجِبْ قَطُّ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ، وَلَا رَسُولُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. وَصَحَّحَ عَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، أَنَّهُ قَالَ: "أَمْرٌ عَمَلٌ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرٌ فَهُوَ رَدٌّ" فَكُلُّ ذَلِكَ بَاطِلٌ، وَلَا يَكُونُ لِلْمَرْأَةِ خِيَارٌ فِي فِرَاقِ زَوْجِهَا أَوْ الْبَقَاءِ مَعَهُ إِلَّا حَيْثُ جَعَلَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْمُعْتَقَةِ، وَلَا تَمْلِكُ الْمَرْأَةُ أَمْرَ نَفْسِهَا أَبَدًا"¹

فلا يعتبر عندهم التخيير بمعنى التفويض، والأصل في ذلك جواز تفويض الطلاق في الشرع كما

ثبت من النصوص -

¹ المغلبي، ابن حزم، علي بن أحمد، هازل الفكر بدولة تزيغ وطبعة، ج 9 ص 519

المبحث الثاني : تفويض الطلاق عند العقد

ذكرت قبل ذلك مشروعية التفويض مطلقاً بعد العقد، ولكن هل يجوز التفويض المشروط عند العقد أم لا؟ سأبحث في هذا المبحث عن جواب هذا السؤال المهم لأن التعامل القانوني مبني على التفويض عند العقد والقاعدة الأساسية الواردة في الرواية عن النبي صلى الله عليه وسلم في جامع الترمذي بهذا الخصوص هي:

"أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ خَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا، وَلَمْ يَلْزَمُوا عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ خَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا".¹

فمعنى ذلك أن رعاية الشرط الذي اشترطوه يلزم على المسلمين فيما في العقد أو المعاملة بينهم، ولكن الوفاء مشروط بعدم تعارض هذا الشرط مع النصوص الشرعية الثابتة، كما ورد في النص المذكور والضابطة الأخرى هي:

"فكل شرط كان من مصلحة العقد أو من مقتضاه فهو جائز".²

لأنه شرط ملائم ومناسب للعقد، فالشروط ثلاثة أقسام:

1. قسم يجوز شرعاً وفيه فائدة لم يشترطه فهذا يلزم مراعاته.
2. قسم ممنوع شرعاً، ويقال له شرط فاسد، قد يفسد العقد إذا أحل بركن من أركانه أي يطلعه، وقد يصح العقد ويفسد الشرط فقط إن لم يخل بمقصود العقد ومقتضاه.
3. قسم ثالث غير ممنوع شرعاً إلا أنه لا يلزم مراعاته لعدم فائدته أو استحلاله فيلغى".³

وقال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى عليه في مجموع الفتاوى:

"وَكُلُّ شَرْطٍ مَحْجُوبٌ فَلَا يَدْءُ أَنْ يُجِيزَ وَجُوبَ مَا لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا".⁴

¹: سنن الترمذي، الترمذي، باب ما ذكر في الصلح بين الناس، ج 3 ص 28، رقم الحديث، 1352، وقال الترمذي: حديث صحيح، وقال ذهبي: حديث واه - وأخبره الحاكم وقال رواه للثوريين ولم يخرجوا، وذكر أن له شاهد من حديث أنس بن مالك وعائشة وأجمع: نصب الراية، التلخيص، ج 4 ص 112، الإجماع بالحديث الأحكام، محمد بن علي القشيري المعروف بابن دقيق العيد، هارلمسورج الدولية، ج 2 ص 532

²: معالم الدين، الخطابي، أحمد بن محمد، للطبعة العلمية، الطبعة الأولى، 1351هـ، ج 3 ص 142

³: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، محمد صبيح بن أحمد، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 1416هـ، ج 1 ص

⁴: مجموع الفتاوى، ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، مجمع الملك فهد للنسخة النجدة، بدون طبعة، 1416هـ، ج 29 ص 148

وكذلك الشروط المعروفة في العرف مقيدة بعدم إحلال الحرام أو تحريم الحلال، كما قال في نفس

الكتاب :

"فإن موجبات النفوذ تنلقى من اللفظ ثلثة. ومن العرف ثلثة أخرى. لكن كلاهما مقيد بما لم يحرمه الله ورسوله".¹

وتفويض الطلاق لا ينافي العقد وليس معارضا للتصويص الشرعية والأصول العامة، بل ثبت بتصويص الشرع وأجمع الأئمة الأربعة على جوازه فلا بأس بإشراطه عند العقد.

اشترط الحنفية في تفويض الطلاق قبل النكاح، يكون الإيجاب من جانب المرأة لا من جانب الزوج كقول المرأة زوجت نفسي منك على أي طالق أو على أن أمري بيدي، أو أطلق نفسي كلما أريد، فيقول الزوج قبلت فبمع الطلاق فيصبح الأمر بيدها، ولكن لو كان الإيجاب من جانب الزوج كما أن الرجل زوج امرأة على أنها طالق أو على أنها أمرها تطلق نفسها كلما تريد لا يقع الطلاق فلا يصير الأمر بيدها.

"لأن البتة إذا كانت من الزوج كان الطلاق، والتفويض قبل النكاح فلا يصح أما إذا كانت البتة من قبل المرأة يصير التفويض بعد النكاح لأن الزوج لما قال بعد كلام المرأة قبلت² وتوجيه ذلك أن التفويض قبل التملك لا يصح، ولكن التفويض بصورة العهد المكتوب برضاء الزوجين صحيح كما يكتب عندنا في إنشاء العقد بعد الإيجاب والقبول.

¹: المصدر نفسه ج 34 ص 91

²: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ابن نجيم ج 3 ص 269

المبحث الثالث : تفويض الطلاق في القانون الباكستاني:

إن الزوج مخير بين التفويض وعدمه عند العقد كما جاء في القانون الباكستاني، حيث وردت في استمارة النكاح عبارة بصورة الاستفهام:

"آيا شوهر نے طلاق کا حق بیوی کو تفویض کر دیا ہے؟ اگر کر دیا ہے تو کن شرائط کے ساتھ؟"

هل الزوج فوض حق الطلاق إلى زوجته أم لا؟ وإن فوضها فبأي شروط؟

فمعنى ذلك أن التفويض يجوز مطلقا أو مقيدا إن شاء الزوج قيده بقيد أو اشروطه بشرط فهو مخير، ويمكن أن يقيد بزمان مخصوص أو بوقت معين أو بحادثة وغير ذلك من الأمور المباحة شرعا -

و كيف تبطل الزوجة حقها إن أرادت فهو كما نصت في المادة 8:

8: Dissolution of Marriage otherwise than by talaq, where the right to divorce has been duly delegated to wife, and she wishes to exercise that right or where any of the parties to a Marriage wishes to dissolve the marriage otherwise than by talaq the provision of Section seven shall, mutatis mutandis and so far as applicable, apply¹

إذا أرادت الزوجة طلاق نفسها، فلا بد لها أن تطلع رئيس مجلس النقابة بإرسال الرسالة التحريية و إلى زوجها بعد إيقاع الطلاق، فالإجراءات القانونية كلها مطلوبة مثل طلاق الزوج زوجته، ولا أثر للطلاق إلا بعد مضي ثلاثة أشهر على إطلاع الرئيس مجلس النقابة، ووجه عدم ترتيب الأثر عليه هو القيام بمجلس التحكيم أثناء ثلاثة أشهر بغرض القيام بإصلاح أحوالهما والتحكيم بقرار من جانب المحكمة من أسرتكما لا من الزوجين -

وبخلاصة الكلام أن قانون تفويض الطلاق إلى الزوجة في باكستان موافق للشريعة الإسلامية -

¹ :Muslim Family Law Ordinance 1961 Section 8

ولكن المراحل القانونية والقيام بالحكمين لا يجوز شرعاً بعد وقوع الطلاق في صورة التفويض،
ففتح الطلاق عند ما تستعمل حقها، ويفرق بينهما مباشرة، وتبدأ عدتها من يوم وقوع الطلاق.

الفصل الرابع : الزواج بنية الطلاق

ويشتمل على بحثين:

المبحث الأول في : مفهوم الزواج بنية الطلاق

المبحث الثاني في : الحكم الشرعي والقانوني للزواج بنية الطلاق

الفصل الرابع : الزواج بنية الطلاق

تحدث في هذا الفصل عن الزواج بنية الطلاق، والطلاق أخص الحلال عند الله تعالى، وشرع للحاجة وضرورات الناس، والمقصود منه دفع الشر عن الزوجة أو الزوج، والأصل المطلوب في النكاح الفؤاد والمودة والتعايش في الأحوال العامة، لكي تنعم الأسرة بالأمن والمصالح، ويمكن للزوجين تربية أولادهما بطريق أحسن، والإسلام يقصد أن يعيشا حياة العفة.

أما النكاح بنية الطلاق فمخالف ومفوت للمقاصد الأصلية التابعة لعقد النكاح، وليس للمقصود من مشروعية الطلاق أن يلصق ويلهو ويحسن الزوج في استعماله، ولا أن يطلق متى شاء وكيف شاء، بل حدد الله الحدود، وعلمنا الطريق الواضح عند الضرورة، ومن هنا جاءت ضرورة بيان آراء العلماء حيال حكم الزواج بنية الطلاق في ضوء القرآن والسنة والأصول العامة للشريعة الإسلامية الخالدة -

المبحث الأول: مفهوم الزواج بنية الطلاق

تعرض الفقهاء للزواج بنية الطلاق فقالوا :

"هو زواج توافرت فيه أركان النكاح وشروطه، ولكن أخطر الزوج طلاق المرأة في نفسه بعد مدة معلومة أو ممتدة مجهولة"¹

فعرف المصنف بعناصر أساسية للزواج، منها توافر أركان النكاح، أي الإيجاب والقبول وغير ذلك، ومنها توافر الشروط الشرعية لاتعقاد النكاح وتنفيذه، فإلى هذا الحد هو النكاح الصحيح لوجود أركانه وشروطه، ولكن المشكلة ناجمة عن النية المضمرة في نفس الزوج، لأنه يمكن بنية الطلاق.

وهذا النكاح ليس كنكاح المتعة، ويتميز عن نكاح المتعة بأنه يصرح في نكاح المتعة بمدة معلومة وهو إلى أجل مسمى، ولكن الزواج بنية الطلاق لا يصرح فيه بإجل معلوم عند عقد النكاح ولا يوجد الاتفاق بين الزوجين على أجل مسمى، فلا مشابهة بينهما، فالرجل يتزوجها بدون إظهار نية حين العقد أنه يطلقها عند انتهاء فراسته أو إقامته أو حاجته -

¹ : الفقه لكبرى النوازل المعاصرة في فقه الأسخ، الطيار، محمد عبد الله وغيره، ج 11 ص 45

والزواج بنية الطلاق ليست قضية جديدة بل كانت معروفة لدى الفقهاء المتقدمين ولكن شاعت في عصرنا الناحية لأجل التقرب وإقامة الشباب للمسلم في الغرب بغرض الدراسة والعمل، فلذا نقول إن القضية ذات وجهين، تقتضي بيان التكيف الشرعي لحالة ما إذا كانت الشخص يعيش في الدول الإسلامية أم لا إذا كان يعيش في الدول غير الإسلامية، وأقدم على هذا العقدة لأن الأحوال والظروف تختلف في الحالتين، وهي تؤثر شرعا من حيث تعيين الحكم الشرعي حسب اقتضائه -

المبحث الثاني : الحكم الشرعي والقانوني للزواج بنية الطلاق

اختلف الفقهاء القضاة في الحكم الشرعي للزواج بنية الطلاق وفيما يلي بيان لأرائهم:

1: رأي الحنفية:

ذهب فقهاء الحنفية إلى جوازها، كما جاء في فتح القدير:

"أَمَّا لَوْ تَزَوَّجَ فِي يَمِينِهِ أَنْ يُطَلِّقَهَا بَعْدَ مُدَّةٍ نَوَّاهَا صَحَّ"¹.

وصرح صاحب البحر الرائق:

"وَلَوْ تَزَوَّجَهَا فِي يَمِينِهِ أَنْ يُطَلِّقَهَا بَعْدَ مُدَّةٍ نَوَّاهَا فَالِنِكَاحِ صَحِيحٌ، لِأَنَّ التَّوَقُّيْتَ إِنَّمَا يَكُونُ بِاللَّفْظِ"².

وتوجيه الجواز هو أن التوقيت ليس مشروطاً في العقد ولا يوجد في اللفظ فصح النكاح لاستيفاء الشروط الشرعية عندهم -

2: رأي المالكية :

يجوز عند فقهاء المالكية النكاح المبيح على نية الطلاق شرعاً، كما في حاشية الصاوي:

"وَأَمَّا لَوْ أَهْتَمَرَ الزَّوْجُ فِي تَقْيِيدِهِ أَنْ يُتَزَوَّجَهَا مَا دَامَ فِي هَذِهِ الْبِلَادَةِ أَوْ مُدَّةٍ سَنَةٍ ثُمَّ يَتَفَارَقَهَا فَلَا يَضُرُّ، وَلَوْ قَهَسَتْ الْمَرْأَةُ مِنْ خَالِهِ ذَلِكَ"³.

وهي الصورة التي ذكرنا قبل ذلك ضمن ضرورة هذه الأئحة في زمننا الحاضر ولا سيما في بلاد المغرب-

ورود في الموافقات:

"وهو مما لا اختلاف فيه بين أهل العلم مما علمنا أو سمعنا -- وهو عندنا نكاح ثابت، الذي يتزوج يريد أن يبر في يمينه، وهو بمنزلة من يتزوج المرأة للذة يريد أن يصيب منها، لا يريد حبسها ولا

¹ فتح القدير، ابن القيم، ج 6 ص 444

² البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن عجم، ج 3 ص 116

³ حاشية الصاوي على الشرح الصغير، الصاوي، أحمد بن محمد المالكي، دار المعارف بدون تاريخ وطبعة ج 2 ص 387

ينوي ذلك؛ على ذلك نيته وإضماره في تزويجها، فأمرها واحد، فإن شاء أن يقيما ألقاما، لأن أصل
النكاح جلال¹.

وذكر صاحب المصنف هذه المسألة بتفصيل وافٍ، فقال:

"وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لَا يُرِيدُ إِسْتَاكِهَا إِلَّا أَنَّهُ يُرِيدُ أَنْ يَسْتَمْتِعَ بِهَا مَدَّةً ثُمَّ يَتَارِكَهَا فَقَدْ رَوَى مُحَمَّدٌ
عَنْ تَابِلِكٍ ذَلِكَ جَاءَهُ وَلَيْسَ مِنَ الْجَمِيلِ وَلَا مِنْ أَخْلَاقِ النَّاسِ وَمَعْنَى ذَلِكَ مَا قَالَهُ ابْنُ عَجِيبٍ إِنَّ
النِّكَاحَ وَقَعَ عَلَى وَجْهِهِ وَلَمْ يَشْرُطْ شَيْئًا وَإِنَّمَا يَنْكَاحُ الْمُنْتَعَةَ مَا شَرَحَتْ فِيهِ الْمَرْفُوعَةُ بَعْدَ انْقِضَاءِ مَدَّةٍ قَالَ
مَالِكٌ وَقَدْ يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ عَلَى غَيْرِ إِسْتَاكِهَا فَيَسْتَرْهُ أَمْرًا فَيَمْسِكُهَا وَقَدْ يَتَزَوَّجُهَا يُرِيدُ إِسْتَاكِهَا ثُمَّ
يَرَى مِنْهَا حَيْثُ الْمُؤَافَقَةُ فَيُفَارِقُهَا قَبْلَ أَنْ يَنْتَهِى النِّكَاحُ فَإِنَّ لِلرَّجُلِ الْإِسْمَاعِلِيَّةَ أَوْ الْمُتَفَارِقَةَ وَإِنَّمَا
يُنَاقِشُ النِّكَاحَ التَّوْقِيتَ"².

ففرق في العبارة المذكورة بين التوقيت ونية الطلاق قبل النكاح، ولكنه ليس مستحبنا في
الحالات العامة أن يقصد الرجل قصدا مضموما أو يريد إضرارها بذلك، لأن الشريعة الإسلامية تدفع
الضرر ولا تحب الإضرار، والاستمتاع العنسي ليس مطلوبا فقط من النكاح بل المقصود حفظ النسل
وتربية الأولاد وحفظ الزوجة -

3: رأي الشافعية:

ذهب الشافعية بموازاة إلى صحة عقد النكاح بنية الطلاق إذا لم يصحح بها عند العقد لعدم
المنافاة مع صلب العقد كما في نهاية المحتاج:

"إِنْ الْعَبْرَةُ بِتَذَكُّرِ الشَّرْطِ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَسْتَنْهِ مِنْهُ بِقَوْلِهِ:

"وَخَرَجَ بِشَرْطِ ذَلِكَ إِضْمَارُهُ فَلَا يُؤَيِّزُ وَإِنْ تَوَاطَا قَبْلَ الْعَقْدِ حَلَّيْهِ، نَعَمْ يُكْرَهُ إِذَا حُلَّ مَا لَوْ
صَحِّحَ بِهِ أَنْ يَطْلُقَ يُكُونُ إِضْمَارُهُ مَكْرُوهًا نَصَّ عَلَيْهِ"³.

ونص في الحاوي الكبير بقوله:

¹: تلويقات، الشاطبية ج 1 ص 387.

²: للمصنف شرح الموطأ للإمام مالك بن النخعي، سليمان بن خلف، مطبع السعادة مصر، الطبعة الأولى، 1332هـ، ج 3 ص 335.

³: غاية المحتاج في شرح المنهاج الرضوي، محمد بن أبي العباس، دار الفكر بيروت، بدون طبعة، 1404هـ، ج 6 ص 282.

"وَيَتَزَوَّجُهَا مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ لَكِنَّهُ يَنْوِي، وَتَقْتُلُهُ، فَالْإِنْكَاحُ صَحِيحٌ لِحُلُولِ عَقْدِهِ مِنْ شَرْطٍ مُتَّفَعٍ، وَهُوَ تَكْرُوهٌ لِأَنَّهُ نَوَى فِيهِ مَا لَوْ أَظْهَرَهُ أَقْسَدُهُ وَلَا يَتَسَدُّ بِالْيَدِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَنْوِي مَا لَا يَفْعَلُ وَيَفْعَلُ مَا لَا يَنْوِي"¹.

فمعنى ذلك أنه الزواج بنية الطلاق مكروه عند الشافعية ولكن يصح العقد لعدم التصريح بنيه في العقد، ولا اعتبار للنية المضمرة في نفس المتعاقدين لأن الإطلاع عليها محال عقلا.

موقف الحنابلة:

ذهب فقهاء الحنابلة إلى جواز الزواج بنية الطلاق كما صرح بذلك ابن قدامة في المغني:
 "وَإِنْ تَزَوَّجَهَا بِعَقْرِ شَرْطٍ، إِلَّا أَنْ يَنْتَبِهَ طَلَّاقُهَا بَعْدَ شَهْرِ، أَوْ إِذَا انْقَضَتْ حَاجَتُهُ فِي هَذَا الْبَلَدِ، فَالْإِنْكَاحُ صَحِيحٌ، فِي قَوْلِ عَائِشَةَ بِأَنَّهَا عَلِمَ، إِلَّا الْأَوَّلَ عَمِي قَالَ: هُوَ بِنِكَاحٍ مُشْعَوٍّ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ، وَلَا تُعْزَرُ بِنِيَّتُهُ"².

ولكن قال صاحب المبدع إن الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى يقول بإبطال النكاح كما نص به:

"وَقَالَ الشَّيْخُ: وَحَكِي عَنْ أَخِي إِنْ عَقِدَ يَظْلِمُهَا لِلأَوَّلِ أَوْ الطَّلَاقِ فِي وَفْتٍ بَعِيه، لَمْ يَصَحِّ النِّكَاحُ"³.

فيضرب منها أن النية الفاسدة تفسد العقود عند الإمام أحمد ولو لم يصرح بها العاقد أثناء انعقاد العقد صراحة، وبهذا صرح شيخ الإسلام رحمه الله في نكاح التحليل:

"وَإِذَا تَزَوَّجَهَا رَجُلٌ بِنِيَّةٍ أَنْ يُطَلِّقَهَا لِتَحِلَّ لِزَوْجِهَا الْأَوَّلِ كَانَ هَذَا الْإِنْكَاحُ خَرًا بَاطِلًا، مَتَوَاءَ عَزَمَ بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى بَسَاكِيهَا، أَوْ فَارَقَهَا، وَسَوَاءَ شَرَطَ عَلَيْهِ ذَلِكَ فِي عَقْدِ الْإِنْكَاحِ، أَوْ شَرَطَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْعَقْدِ، أَوْ لَمْ يُشْرَطْ عَلَيْهِ لَفْظًا بَلْ كَانَ مَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْخُطْبَةِ وَخَالِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ وَالْمَهْرِ نَازِلًا بَيْنَهُمَا مَنَظَرًا اللَّفْظُ بِالشَّرْطِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ بَلْ لَزِمَ الرَّجُلُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا، ثُمَّ يُطَلِّقَهَا لِتَحِلَّ لِلْمُطَلَّقِ ثَلَاثًا مِنْ خَلَعٍ أَنْ تَعْلَمَ الْمَرْأَةُ وَلَا وَلِيُّهَا شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ، مَتَوَاءَ عَلِمَ الزَّوْجُ الْمُطَلَّقُ ثَلَاثًا، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ"⁴.

ولكن شيخ الإسلام نقل مذهب الإمام أحمد في المسألة بأنه مكروه مطلقا، كما قال:

¹: الخاوي، الكبير، الماوردي، ج 9 ص 333.

²: المغني، ابن قدامة، ج 7 ص 180.

³: المبدع شرح للمصنف، ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ، ج 6 ص 154.

⁴: الفتاوى الكبرى، ابن تيمية، أحمد بن حليم، دار الكتب العلمية، بيروت 1408هـ، ج 6 ص 8.

"العقد صحيح، كقول هؤلاء مع أنه مكروه، قالوا: لأن أحمد قال: مكروه، والكراهة المطلقة منه هل تقتل على الصحيح، أو التنزيه، على وجهين: وجعل الشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب، وطائفة معهما المسألة على روايتين: إحداهما: البطلان كما نقله حنبل، وغيره. والثانية: الصحة، لأن حنبل نقل عنه أنه مكروه، فظاهره الصحة مع الكراهة".¹

فلروايات تختلف عن الإمام أحمد بن حنبل في صحته وعدم الصحة، فقول الكراهة والبطلان منقولان عنه، والأصح هي الكراهة عندهم لأن البطلان المبنى على النية الفاسدة يختص بكساح التحليل قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى:

"أن الكراهة التي نقلها حنبل أنه قال: حنبل أحمد عن الرجل يتزوج المرأة، وفي نفسه طلاقها فمكروه، وهذا ليس في نية التخليص، وإنما هو في نية الاستيفاع وبينهما فرق بين فإن التخليص لا رغبة له في النكاح أصلاً، وإنما غرضه إعادتها إلى الطلاق، والتستغنى له رغبة في النكاح إلى متى، ولهذا أيسر نكاح المتعة في بعض الأوقات، ثم حرم ولم ينع التخليص قط. ولهذا قال الشيخ أبو محمد المنكوسي: أما إذا نوى أن يطلقها في وقت بعينه، كالرجل يقدم البلدة فيتزوج المرأة ومن ينيه أن يطلقها بعد المتفر، فإن هذا جائز".²

فهم يفرقون بين التحليل والتزويج بنية الطلاق، ويعبرون عنه بالزواج بنية الاستمتاع وهو مكروه عند الحنابلة -

وذهب الإمام الأوزاعي وابن حزم الظاهري إلى عدم جواز، فرأي الأوزاعي منقول في الاستدكار:

"وقال الأوزاعي لو تزوجها بغير شرط ولكبته نوى أن لا يحبسها إلا شهراً أو نحوه فطلقها فهي متعة ولا يحيز فيه".³

وجاء في المحلى :

"والصحيح أن المخالفين لنا يقولون فيمن تزوج امرأة وفي يديه أن لا يحبسها إلا شهراً ثم يطلقها، إلا أنه لم يذكر ذلك في عقد النكاح، فإنه نكاح صحيح لا فاجلة فيه، وهو محيز إن شاء

¹ بلصير نفسه ج 6 ص 12

ثم الفتاوى الكبرى ابن تيمية ج 6 ص 12

³ الاستدكار، القرطبي يوسف بن عبد الله دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، 1414 هـ ج 5 ص 508

طَلَّقَهَا وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، وَأَنَّهُ لَوْ ذَكَرَ فَلَكَ فِي تَمَسُّعِ الْعَقْدِ لَكَانَ عَقْدًا قَائِمًا مَقْشُورًا فَأَيُّ فَرْقٍ
بَيْنَ مَا أَجَازُوهُ، وَبَيْنَ مَا مَنَعُوا مِنْهُ؟¹

فقال الإمام الأوزاعي وابن حزم الظاهري رحمهما الله يحكمان ببطالان النكاح بنية الطلاق عند
العقد ولا فرق بين النكاح المؤقت والزواج بنية الطلاق عندهما.

فخلاصة الكلام أن الزواج بنية الطلاق يجوز عند الحنفية والمالكية مطلقاً، ويصح مع الكراهة
عند الشافعية والحنابلة، ولكنهم متفقون على أنه ليس مستحسنًا، لأنه يناقض فضائل الأخلاق الكريمة،
وفيه نوع من التأذي للمرأة ويفوت المقصد الأعلى المقصود من التزويج، وفيه الخداع والغش والحياة
بحكمات النية للمستقبلية عن الزوجة وأهلها.

ولا يجوز الفتوى بجوازه، لأن الناس نتيجة لذلك يمكن أن يلعبوا بالنكاح والطلاق، ويقعوا في
طلب الشهوات الفسادية واللذات الدنيوية، ففيه المقاسم الاجتماعية والفردية كثيرة، والفتوى بجوازه
يفضي إلى عدم اعتماد أي فرد من أفراد المجتمع على الآخر ولا الزوجة على زوجها، فتصبح الحياة
صعبة كبيرة ومشكلة عظيمة، ويواجه الشباب عدم التحفظ في عيالتهم، وحسب ذلك إفساد الحقوق
الزوجية وحقوق الأولاد وتربيتهم -

ولأجل ذلك كله فإن القول بجوازه متعلق بقضاء القاضي، لأن القاضي لا يمكنه أن يطلع
على النيات بل هو يقضي بالشهادات والوثائق القانونية المقدمة أمامه أثناء المرافعة، أما ديانة فهو
فعل مدموم قبيح لابد من الاحتراز منه إلا عند الضرورة والحاجة الماسة إليه، لصيانة النفس عن الوقوع
في الزنا والأفعال المحرمة شرعاً فيجوز عندئذ النكاح بنية الطلاق، والضرورة تقدر بقدرها -

أما القانونون الباكستانيون فلا نجد فيه نصاً قانونياً صريحاً حول قضية الزواج بنية الطلاق، ولكن
القانون يلزم تسجيل النكاح عند المحكمة، ويقتضي التأيد والدوام في العلاقات الزوجية، فإذا سجل
النكاح عند المحكمة فبعد النكاح قانونياً ولا يسفل عن نية الزوج أو الزوجة حول الدعومة وعدمها بعد
قيامهما بإجراءات قانونية.

¹: المحلى بابن حزم، ج 9 ص 433

الباب الثاني : التعويض عن الطلاق التعسفي والطلاق بوسائل الاتصال الحديثة وطلاق الصغير

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول في: التعويض عن الطلاق التعسفي

الفصل الثاني في : الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة وطلاق الصغير

الفصل الثالث في: الطلاق الصوري

الباب الثاني : التعويض عن الطلاق التعسفي والطلاق بوسائل

الاتصال الحديثة وطلاق الصغير

أبحث في الباب الثاني عن بعض النوازل الفقهية المعاصرة المتعلقة بانحلال الزواج كالتعويض عن الطلاق التعسفي واستخدام الوسائل الحديثة للطلاق وطلاق الصغير، وسأفكر كل نازلة من النوازل المذكورة بالتفصيل في ضوء المقررات والسنة وأقوال الفقهاء ودراسة القانون الباكستاني الوضعي في ضوءها، لتوضيح الجدل من حيث التوافق والتضاد بين القانون والشرعة الإسلامية الخالدة المسائدة، فالفصل الأول يبحث فيه عن قضية الطلاق التعسفي من النواحي المختلفة كتعريفه ومشروعية التعويض المالي في الشرعة والقانون.

الفصل الأول : التعويض عن الطلاق التعسفي

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول في : تعريف الطلاق التعسفي

المبحث الثاني في : حكم الطلاق التعسفي في الشريعة

الفصل الأول : التعويض عن الطلاق التعسفي

الفصل الأول يتعلق بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وتبين فيه معنى الطلاق التعسفي شرعاً، ثم أرجع إلى حكمه الشرعي وما يتوجب عليه موضح قضية التعويض للضرر اللاحق عنه، ولكن سأعرض بعض المقدمات المهمة لفهم القضية قبل الدخول في صلب الموضوع.

المبحث الأول : تعريف الطلاق التعسفي

مصطلح الطلاق التعسفي مركب من الطلاق والتعسف، وقد ذكرت معنى الطلاق لغة واصطلاحاً في الباب الأول فلا داعية لذكره هنا مرة ثانية، أما التعسف فهو مأخوذ من الفعل الثلاثي "عسف" ومعناه الظلم كما في جمهرة اللغة:

"عَسَفَ فلانٌ فلاناً، إذا ظلمه وعسفت السلطانُ واعتسفت من ذلك. وعسَفَ البعيرُ بعيسف عسفاً، إذا كُوتَ سجنه عند القوت¹ ويقال في اللغة العربية: رجل عسوف إذا كان ظلوماً"² ويستخدم للعدول عن الطريق كما في القاموس المحيط:

"عَسَفَ عن الطريق يَغِيْبُ: مَالَ، وَغَدَلُ، كَاغْتَسَفَ وَتَغَسَفَ، أَوْ خَبَطَهُ عَلَى غَيْرِ هِدَايَةٍ"³.

و ذكر معناه صاحب لسان العرب:

"عسف: العسف: السَّيْرُ بِغَيْرِ هِدَايَةٍ وَالْأَخْذُ عَلَى غَيْرِ الطَّرِيقِ، وَكَذَلِكَ التَّعَسُّفُ وَالْإِعْصَافُ، وَالتَّعَسُّفُ: زَكُوبُ الْمَفَازَةِ وَقَطْعُهَا بِغَيْرِ قَصْدٍ وَلَا هِدَايَةٍ وَلَا تَوَجُّهِ صَوِّبٍ وَلَا طَرِيقٍ مُسْلُوكٍ"⁴.

¹: جمهرة اللغة، الأزدي، محمد بن الحسن، دارالعلم للملادين الطبعة الأولى 1987، ج 2 ص 840.

²: تهذيب اللغة، المروزي، محمد بن أحمد، دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الأولى، 2001، ج 2 ص 64.

³: القاموس المحيط، الفيروز آبادي، ج 1 ص 837.

⁴: لسان العرب، ابن منظور، ج 9 ص 245.

فثبت من خلال تلك المعاني، أن التعسف عند علماء اللغة بمعنى الظلم والعدول عن الحق والميل إلى التعدي والتجاوز عن الحد المشروع، والقدر المشترك بين المعاني المذكورة هو الظلم، والإعراض عن الحق -

اصطلاحاً:

إن الفقهاء المتقدمين لم يذكروا في كتبهم مصطلح "الطلاق التعسفي" أو التعسف مطلقاً، فهو متأخر في لباحث الفقهية، لأنه من قبيل المصطلحات الحديثة، ولكن بحثوا منوالاته في ثنايا المسائل الفقهية الكثيرة.

فعرف صاحب معجم لغة الفقهاء:

"التعسف: من تعسف الظلم... Abuse, tyranny * التصرف الذي لا سبر له، ومنه تصريح للموظف تسريحاً "تعسفياً". أي دون سبب معقول"¹

وعرف في كتاب نظرية التعسف بأنه:

"مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل"²

ومعنى ذلك أن التصرف في حقه يتصرف بنية أو بطريقة غير مشروعة التي مناقية لقصد الشارع، فالقصد منه إضرار الغير بفعله والتعدي في استخدام الحق على وجه مناقض لمقصد الشارع فيسمى ذلك التعسف، والتصرف عام شامل للتصرف القوي والفعلي.

فيمكن أن نعرف اصطلاح الطلاق التعسفي :

بأنه ، الطلاق بدون سبب معقول أو يقصد الزوج به إضرار الزوجة -

¹ معجم لغة الفقهاء، فتحي، ص 136

² نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، فتحي الفتحي، مؤسسة الرسالة للطباعة والزبارة، 1408هـ، ص 87

والطلاق بغير سبب أو لإضرار الزوجة محرم شرعاً والزوج معتد ومتجاوز عن الحق لأن نيته فاسدة -

حرمه التعسف :

التعسف في استعمال الحق محرم في الشريعة الإسلامية، وتحريمه ثبت بالقرآن والسنة، لأن الأحكام والحقوق شرعت لمصالح الناس لا لإضرارهم، فيلزم على صاحب الحق أن يتفحص به، كما قال سبحانه وتعالى في قضية الطلاق:

"وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقْنَ أَعْلَهُنَّ فَأَنْبَسِكُوهُنَّ بِمَقْرُوبٍ أَوْ سَبَّحُوهُنَّ بِمَقْرُوبٍ وَلَا تُبْسِكُوهُنَّ فِئْرَارًا يَحْكُمُوا وَيُرَرُ
بِفَعْلٍ ذَلِكَ فَكُنْ ظَلَمٌ فَلَمَّا تَلَمَّه¹."

فالرجوع في الطلاق الرجعي مباح، ولكن المراجعة بقصد الإضرار منهي عنها تحت الآية المذكورة، لأن الزوج قصد به إمساكها للضرر، فحرم الله تعالى المراجعة بقوله "وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِتَعْتَدُوا" فلا يحرم الرجوع للزوج لو كان بنية فاسدة، وهو التعسف في استعمال الحق لأن الرجوع بعد الطلاق للرجعي من حقوق الزوج -

وكذلك في باب الوصية:

"مَنْ بَعَثَ وَصِيَّةً يُوصِي بِهَا أَوْ ذَنْبٌ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ"²

فتنهى الله سبحانه وتعالى عن الوصية المضارة لو قصد الموصي بها إضرار الورثة، كما في وصية لوارث أو وصية أكثر من الثلث وغير ذلك لمنعه شرعاً، لأن المقصود بها غير شرعي ولو كان الأهل مباحاً شرعاً، لأن التصرف في ماله حق من حقوقه الشرعية، ولكن لو نصف في استخدامه منع عن ذلك ويحكم ببطلانه شرعاً -

¹ سورة البقرة الآية: 231

² سورة النساء الآية: 12

وكذلك قضايا الحجر على السفه والجنون والصبي والمعتوه من حيث تصرفاتهم في أموالهم وأموالهم من قبيل منعهم عن التصرف كما قال تعالى في كلامه الجيد:

" وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَأُولُوا بِكُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا " ¹

فالآيات المذكورة تتعلق بقضايا مختلفة وورد فيها النهي عن الإضرار بالغير في استعمال الحق الثابت للباح شرعا -

وكذلك في قضية الرضاة قوله سبحانه وتعالى:

"وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَوَدَّ أَنْ يُعَمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ يَرْزُقَهُنَّ وَالْمَوْلُودُ لَا يَكْتُلُ نَفْسًا إِلَّا رُسْعًا لَا يُهْنَأُ وَالِدَةٌ بَوْلًا لَهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يُولَدُ " ²

فهني الله تعالى الأب عن انتزاع ولدها منها إذا رضيت بإرضاع الصبي مجانا، أو بما رضي به غيرها، لأن الأم أحق في الصورتين من الغير، فلا يجوز للأب أن يمنعها، وهنا هو مفهوم الآية " لَا تُضَارُّ وَالِدَةٌ بَوْلًا لَهَا " وكذلك قال " وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يُولَدُ " فمعناه أنه لا يجوز للأم التصرف في استعمال حق رضاعتها فليس لها طلب الأجرة إذا كان غيرها يرضعه مجانا أو بأقل مما تطلب أمه، فثبت أن استعمال الحق مشروع ما لم يكن الغرض منه إضرار الغير -

أما السنة النبوية على صاحبها الصلاة والسلام فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في السنن الكبرية:

"عن عمرو بن يحيى التميمي، عن أبيه عن أبي سعيد الخدري، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لَا ضَرْزَرٌ وَلَا ضِرَارٌ، مَنْ ضَارَّ ضَرْزَرُ اللَّهِ، وَمَنْ ضَارَّ ضَارُّ اللَّهِ عَلَيْهِ " ³

¹: سورة النساء الآية: 05

²: سورة البقرة الآية: 233

³: السنن الكبرية، البيهقي، باب لا ضرر ولا ضرار ج 6 ص 114، رقم الحديث 11166، رواه ابن ماجه عن عباد بن الصامت وابن عباس رضي الله عنهما، ورواه عبد الرزاق وأحمد والطبراني في معجمه، وأخرجهم الدار قطني بطريق آخر، وحديث الخدري أخرجه الحاكم وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ورواه مالك في الموطأ، ورواه أبو داود عن أبي لينة مرسلا - راجع: تصيب الرأية، ج 4 ص 385

وكذلك شرعت الشفعة دفعا للضرر عن الشريك القديم للشريك الطارئ في عين الشيء أو حقه
وغير ذلك من الأحكام التي تبطل على أن الضرر ممنوع محرم، وضرر الغير لا يجوز أصلا كما قال
الإمام الشافعي:

"قَالَ أَصْلُ بَعْضَةِ الْإِنْسَانِ مِنَ الْإِطْرَارِ بِهِ وَإِلَّا جَرِدَ"¹

فثبت بالقرآن والسنة أن التعسف في استعمال الحق أمر مذموم محرم شرعا، لأن القصد بالضرر
الغير، أو استعمال الحق بطريقة غير معتادة في عرف الناس -

¹ في المواقفات، الشافعي ج 3 ص 78

المبحث الثاني: حكم الطلاق التعسفي في الشريعة

شرع الله تعالى التفريق بين الزوجين، ولكن جعله أبغض الحلال، ويقصد الشارع بمشروعية الأحكام جلب المصلحة ودرء المفسدة، فلا يجوز للمكلف أبداً أن يضر الآخر بقوله أو قوله، ويوجد في تراثنا الفقهي القديم كثير من المسائل الفرعية والنظائر الفقهية المبينة على نظرية عدم التعسف في استعمال الحق الشرعي، ومنها توريث الزوجة في طلاق المريض رغم وقوع الطلاق شرعاً وغير ذلك، كما قال صاحب نظرية التعسف:

"ووجه التعسف أن الطلاق لم يشرع للزوج وسيلة للإضرار بزوجته، وحرمانها من حقها في الإرث، فإذا كان الباعث على الطلاق هو حرمان زوجته من ميراثها، حوّل بنقض قصده، محافظة على حقها".¹

فلا يجوز للزوج أن يقصد إضرار زوجته باستخدام حق الطلاق أصلاً، ولكن لو قصد الزوج إضرارها ولحقها الضرر نتيجة لذلك لتوابع الآثار الشرعية عليه، لأن الطلاق يقع سواء بنية فاسدة أو صالحة، فهل يجب عليه تعويضها شرعاً حسب الضرر اللاحق بها أم لا؟ متفكر آراء الفقهاء في هذه القضية المهمة، ولكن قبل ذلك تعرض بعض المقدمات الأساسية لكي نفهم مقصود الشارع ومراعاة في مكلفا القضايا الفقهية - ومن أهم المقدمات المتعلقة بالموضوع قبل الدخول في صلبه هي ما يلي:

الأصل في الطلاق الحظر أو الإباحة :

المقدمة الأولى هي: هل الأصل في الطلاق الحظر أو الإباحة؟ لأن الطلاق شرع في الشريعة لدفع الضرر والضييق عن حياة الزوجين حينما لا يوافقان فيما بينهما بسبب ما، ولكن عبرته للشارع بأبغض الحلال عند الله تعالى، فهل يجوز للزوج طلاقها بدون سبب أم لا؟ اختلف الفقهاء في ذلك،

¹ : نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، فتاوى الشريفي، ج 2، ص 172

فتذهب جماعة منهم إلى أن الأصل في الطلاق الخطر، ولا يجوز للزوج أن يطلقها بغير حاجة، كما جاء في المهذب أنه مكروه¹.

وشرح بذلك في بدائع الصنائع:

"لَكَانَ الطَّلَاقُ قَطْعًا لِلْسِّنَةِ وَتَقْوِيًّا لِلْوَأْجِبِ فَكَانَ الْأَصْلُ هُوَ الْخَطَرُ وَالْكَرَاهَةُ إِلَّا أَنَّهُ رُخِّصَ لِلتَّائِيِبِ أَوْ لِتَخْلِيصِ"².

ذكر حكمه في الكافي:

"الطلاق للعدة مباح وإن كرهت المرأة مسيئة كانت أو عسنة قبل الدخول وبعده إلا أن مكث الطلاق مذموم وليس ذلك من محاسن الأخلاق"³.

وجاء في المحرر:

"ويكره الطلاق لغير حاجة وعنه يحرم ويباح عند الحاجة إليه"⁴.

وزعم الزيدية إلى أنه مباح في الأصل كما ذكر صاحب البحر الزخار بعد بيان أقسامه:

"وَيُباح لَهُ مَا عَدَا ذَلِكَ"⁵.

فحاصل الكلام أن جمهور الفقهاء متفقون على أن الأصل في الطلاق الخطر، وهو الكراهة لتبغيضه عند الله تعالى رغم حلته عند الحاجة إليه، ولكن لا يؤثر هذا على مشروعية الطلاق لأنها ثابتة بنصوص قاطعة من الكتاب والسنة وإجماع الأمة المحمدية، و الطلاق بقصد الإضرار وبدون

¹: انظر: للمذهب، الشرازي، ج 3 ص 6

²: بدائع الصنائع، الكاظمي، ج 3 ص 95

³: الكافي، ج 2 ص 571

⁴: المحرر، الفقه، ج 1 ص 50، الإمام أحمد بن حنبل، إسناده، عبد السلام بن عبد الله، مكتبة المعارف الرياض، الطبعة الثانية 1404 هـ

ج 2 ص 50

⁵: البحر الزخار، الجليلي، صاحب علمه الأمام، الحنفي، أحمد بن قاسم، مكتبة اليمن بدون تاريخ وطبعة، ج 7 ص 142

سبب معقول يقع قضاء، ويأثم الزوج به ذيانة، فهو معصية عند الله تعالى، فنقول إنه مباح في الحالات العامة كما قال تعالى:

"لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ"¹

وقال الله تعالى :

"يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِمَ ذُنُوبٍ"²

و عدم الجناح مستلزم لعدم الإثم، وكذلك يثبت من سياق النص ومعناه أنه لا بأس بوقوع الطلاق إذا أراد الزوج سواء وجدت الحاجة أم لا توجد، ولكن النصوص الشرعية الأخرى تفيد المحكم بعدم إرادة الإضرار بها أو التلاعب بعرضها وحياتها، فهذا خلاف المصلحة والأخلاق الحسنة وحسن المعاشرة -

حق الطلاق:

المقدمة الثانية هي: ثبت بالقرآن والسنة وإجماع الأمة أن الطلاق هو حق الزوج لا الزوجة، لأنه هو القوام ويده عقد النكاح فلا يملك أحد غيره أن يطلقها إلا أن يملك أو يفوض حقه إلى الآخر كما في قوله تعالى:

"لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ"³

وقال الله تعالى:

"يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِمَ ذُنُوبٍ"⁴

¹: سورة البقرة الآية: 236

²: سورة الطلاق الآية: 1

³: سورة البقرة الآية: 236

⁴: سورة الطلاق الآية: 1

فالمخاطب في الآيتين المذكورتين هو الرجل لا المرأة، فيستحق طلاقها ولا استحقاق للمرأة في ذلك - وكما قال عليه الصلاة والسلام :

"أَلَا إِنَّمَا يَمْلِكُ الطَّلَاقُ مَنْ يَأْخُذُ بِالسَّيْفِ"¹

وجه الاستدلال أن الزوج هو يأخذ السيف فيملكه بلا شركة غيره، والمالك حر في التصرف في ملكه حين ما يصرف لمصلحته أو لمصالح ملكه ولا يقصد به إضرار الآخر، لأن سائر التصرفات الشرعية مشروطة بعدم إضرار الغير وبإلزام حصوله الله سبحانه وتعالى، فلا يجوز له التجاوز والتعدي على ذلك - ولأن:

"الحكمة في جعل الطلاق بيد الزوج دون الزوجة مع أنها طرف في عقد الزواج وشريكة فيه، أن تفهم رابطة الزوجية أمر خطير تترتب عليه آثار بعيدة المدى في حياة الأسرة والمجتمع، فينبغي أن لا يوضع إلا في يد من يقدر العواقب قدرها، ويوزن الأمور بميزان العقل المحض غير متأثر برغبة عارضة أو غضبة تائفة، والغابت الذي لا شك فيه أن الرجل أكثر إدراكاً وتقديراً لعواقب هذا الأمر"²

وإذا كان المراد بطلاق التعسف ما كان منه بدون سبب، فالجواب أن الطلاق بيد الزوج فحق ما أوقعه يقع وإن لم يكن له سبب ولكن التصرف الأخرى تبدل على أن لا يقدم الزوج على الطلاق إلا عند الضرورة كما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام :

"عن شهر بن حوشب قال تزوج رجل وامرأة على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فطلقها، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم طلقها، قال نعم، قال من يأمر، قال لا يا رسول الله، ثم تزوج أخرى، ثم طلقها، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم طلقها، قال نعم قال من يأمر، قال لا يا رسول الله، ثم تزوج أخرى، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم طلقها؟ قال نعم، قال من يأمر، قال لا يا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الثالثة إن الله لا يحب كل ذواق من الرجال ولا كل ذواق من النساء"³

¹ : السنن الكبرى، البيهقي، أحمد بن الحسين، ج 7 ص 360 تقدم الحكم على الحديث في ص 36
² : الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ركني الدين شعبان، دار النهضة العربية، بدون طبعة 1969م، ص 385
³ : مصنف ابن أبي شيبة، أحمد بن أبي شيبة، ج 4 ص 187 تقدم الحكم على هذا الحديث في ص 48

وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهي عن الطلاق للتلذذ والأذواق كما في معجم الأوسط:

"عن أبي موسى الأشعري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تطلقوا النساء إلا من رغبة فإن الله لا يحب الذوالين ولا الذواقات"¹

وكذلك روي في الكامل بأن :

"قال ثنا أبو إبراهيم الترمذي ثنا عمرو بن جميع عن جوير عن الضحاك عن النزال عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتر منه العرش"²

فمعنى ذلك أن الطلاق بلا سبب معقول من الأعمال الملعونة عند الله ولأجل ذلك لا يجوز للزوج أن يطلق زوجته بلا سبب كما قال عليه الصلاة والسلام:

"عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضى الحلال إلى الله الطلاق"³.

فشرع الطلاق للضرورة والحاجات البشرية لتفاوت أحوالهم وظروفهم، ووجود إمكانية أسبابه، ولكن رغم ذلك قرر عليه الصلاة والسلام أنه أفضى الحلال عند الله فلا يجوز للزوج أن يستخدم حقه بقصد فاسد أو بلا سبب شرعي، ووجود السبب أو الضرورة لا يستلزم يكونه مرتباً أو عينياً بل ربما يمكن أن لا يطلع عليه أحد ما عدا الزوج، كما نص صاحب الأحكام الشرعية بقوله:

"إن عدم صلاحية الحياة الزوجية للبقاء قد يكون سببه نفورا طبيعيا وعدم تلائم في الأخلاق والطباع، وهذه أمور نفسية يحسر إثباتها، فإذا جعل الطلاق بيد القاضي وتقدم الزوج طالبا الطلاق،

¹: المعجم الأوسط الطبراني، سليمان بن أحمد، دارالمحرمين القاهرة بدون تاريخ وطبعة، باب من اسمه محمود، ج 8 ص 24، رقم الحديث 7848 تقدم الحكم على هذا الحديث في ص 48

²: الكامل في ضعفاء الرجال: عبد الله بن عدي، دارالفكر بيروت بدون تاريخ وطبعة 1409هـ، ج 5 ص 12، هذا الحديث ضعيف ولأجل ذلك رواه ابن عدي في ضعفاء الرجال، وقال الصفار، وابن الجوزي، إنه موضوع، راجع: كشف الخفاء ومزيل الإلباس، المطبوع، ج 1 ص 349

³: سنن ابن ماجه، الترمذي، ج 1 ص 650 تقدم الحكم على هذا الحديث في ص 35

لأنه أصبح يغض زوجته وأن جعل المودة قد ينقطع بينهما وأنه يحاول الإصلاح فلم يصلح ، فما هي الوسيلة التي يستطيع الزوج بها إثبات بغضه وهل يطلق القاضي حينئذ أم لا ؟ فإن طلق فما الفرق بين طلاق وطلاق الزوج¹⁻⁴

فمعنى ذلك أن الطلاق من حقوق الزوج ولا يجوز للمحاكم أو القاضي أن يقيدوه أو يتصرف في حقه بأي صورة، وله إيقاعه سواء لوحظ مشاهدته سببه والاطلاع عليه أم لا، لأن بعض الأسباب يتعلق بأشياء مخفية، ولا يجب الزوج أو الزوجة بيانها وكشفها أمام الناس، أو الأسباب النفسية غير قابلة للبيان أمام القاضي، فلا يستلزم الزوج عن إيقاع الطلاق وسببه .

التعزير بالمال:

التعزير بالمال من المقدمات التمهيدية المهمة للتعويض عن الطلاق التصفوي، ولذا لابد من بيان حكم التعزير بالمال في الشريعة الإسلامية وآراء الأئمة الأربعة حول مشروعيته وعدم جوازه، حيث ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني إلى عدم جواز التعزير بالمال كما صرح به صاحب فتح القدير :

"وَعَنْ أَبِي يُونُسَ: يَجُوزُ التَّعْزِيرُ لِلسُّلْطَانِ بِأَخْلِ الْمَالِ، وَعِنْدَهُمَا وَبَقِيَ الْأَئِمَّةُ الْخَلَافَةُ لَا يَجُوزُ. وَمَا فِي الْخَلَافَةِ تَمَيَّنَتْ مِنْ ثَقَةٍ أَنَّ التَّعْزِيرَ بِأَخْلِ الْمَالِ إِنْ رَأَى الْقَاضِي ذَلِكَ، أَوْ الْوَالِي يَجْلِزُ، وَمِنْ يَحْتَلِ ذَلِكَ رَجُلٌ لَا يَخْطُرُ الْجَمَاعَةُ يَجُوزُ تَعْزِيرُهُ بِأَخْلِ الْقَالِ مَبْنِيٍّ عَلَى الْخِيَارِ مَنْ قَالَ بِذَلِكَ مِنْ الشَّافِعِيِّ كَقَوْلِ أَبِي يُونُسَ"².

وأدعى صاحب حاشية الدسوقي بأن عدم التعزير بالمال مجمع عليه عند الفقهاء كما ذكر في حاشيته على الشرح الكبير:

¹ لا الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، شعبان، ص 388

² فتح القدير، ابن القيم، ج 5 ص 345

"وَلَا يَجُوزُ التَّعْزِيرُ بِأَخْذِ الْمَالِ إِجْمَاعًا وَمَا رَوَى عَنْ الرَّعْلِيِّ أَبِي يُوسُفَ صَاحِبِ أَبِي حَبِيبَةَ مِنْ أَنَّهُ جُوزَ لِلْسلْطَانِ التَّعْزِيرُ بِأَخْذِ الْمَالِ"¹

وذكر صاحب رد المحتار :

"وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ يَجُوزُ التَّعْزِيرُ لِلْسلْطَانِ بِأَخْذِ الْمَالِ، وَجُنْدُهُمَا وَتَأَمِّي الْأَمْرِ لَا يَجُوزُ. وَهَذَا وَبِغَلَّةٍ فِي الْمَعْرُوفِ، وَظَاهِرُهُ أَنَّ ذَلِكَ رَوَايَةٌ ضَعِيفَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ. قَالَ فِي الشَّرْهُنَاوَلِيِّ: وَلَا يُفْقَى بِهَذَا لِمَا فِيهِ مِنْ تَسْلِيْطِ الظُّلْمَةِ عَلَى أَخْذِ مَالِ النَّاسِ لِمَا كَلَمَتْهُ فِي شَرْحِ الْأَثَرِ: التَّعْزِيرُ بِالْمَالِ كَانَ فِي الْإِسْلَامِ ثُمَّ نُسِيَ"²

ولكن اختلف صاحب البحر عن هذا الرأي وذكر توجيه قول أبي يوسف:

"أَنَّ مَعْنَى التَّعْزِيرِ بِأَخْذِ الْمَالِ عَلَى الْقَوْلِ بِهِ إِعْسَالُهُ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ عَنْهُ مُدَّةٌ لِيَتَزَجَرَ ثُمَّ يُعْلَمَ الْحَاجِمُ إِلَيْهِ لَا أَنْ يَأْخُذَهُ الْحَاجِمُ لِنَفْسِهِ أَوْ لِنَيْتِ الْمَالِ كَمَا يَتَوَهَّمُ الظُّلْمَةُ إِذْ لَا يَجُوزُ لِأَخْذِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَخْذُ مَالٍ أَخَذَ بِغَيْرِ سَبَبٍ شَرْعِيٍّ وَفِي الْمُتَحَقِّقِ لَمْ يَذْكُرْ كَثِيبَةَ الْأَخْذِ وَأَرَى أَنَّ يَأْخُذَهَا فَيُنْسِبُهَا فَإِنْ أَيْسَرَ مِنْ تَوْجِيهِ يَصْرِفُهَا إِلَى مَا يَرَى"³

فذكر توجيه اختلاف أبي يوسف عن الطرفين بأنه مبني على إمساك المال إلى وقت معين والتعزير به مطلقا لا يجوز عنده كما هو موقف الطرفين:

وذهب الشافعية إلى عدم جوازه حسب قوله الجديد كما في حاشية الشيرازي:

"وَلَا يَجُوزُ عَلَى الْجَدِيدِ بِأَخْذِ الْمَالِ بِر"⁴

وكذلك نص الإمام الشافعي في كتابه الأم بعدم جوازه كما قال :

¹ حاشية الدسوقي، الدسوقي، ج 4 ص 355

² رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج 4 ص 61

³ البحر الرائق، ابن القيم، ج 5 ص 44

⁴ حاشية الشيرازي على فتاوى المحتاج إلى شرح للنجاح، الشيرازي، نور الدين بن علي، دار الفكر بيروت بدون طبعة 1404 هـ

"لَا يُعَاقَبُ رَجُلٌ فِي مَالِهِ وَإِنَّمَا يُعَاقَبُ فِي بَدَنِهِ وَإِنَّمَا جَعَلَ اللَّهُ الْخُدُودَ عَلَى الْأَعْدَادِ وَكَذَلِكَ الْعُقُوبَاتُ فَأَمَّا عَلَى الْأَمْوَالِ فَلَا عُقُوبَةُ عَلَيْهَا"¹

ثبتت من العبارات المهمة الفقهية بأن الجمهور متفق على أن لا يعزر بالمال، وهم يقولون بأن التعزير بالمال كان في بداية الإسلام ثم نسخ كما صرح صاحب البحوث:

"وفي شرح الأثر: التعزير بالمال كان في ابتدء الإسلام ثم نسخ"²

ولكن الحنابلة يختلفون عنهم في هذه القضية ويقولون بجواز التعزير بالمال كما جاء في كشف القناع عن من الإقناع :

"وَقَالَ التَّعْزِيرُ بِالنَّالِ سَائِعٌ إِثْلَاقًا وَأَحْذًا وَقَوْلُ (أَبِي مُحَمَّدٍ الْقَلْبِي) لَا يُجُوزُ أَخْذُ مَالِهِ مِنْهُ إِلَى مَا يَفْعَلُهُ الْحُكَّامُ الظُّلَمَةُ"³

فأين قدامة المقدسي من الفقهاء الحنابلة لا يجوز على أساس كونه سببا للظلم والتعدي من الأحكام، وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله بأنه جازع عند الفقهاء من حيث بعض الصور وحرام باعتبار الصور الأخرى، ولا يصح نسبة حرمة إلى الفقهاء مطلقا كما قال بعد ذكر النظائر المختلفة من السنة النبوية على صاحبها الصلاة والسلام وآثار الصحابة رضوان الله تعالى عنهم أجمعين :

"وهذه القضايا كلها صحيحة معروفة عند أهل العلم بذلك ونظائرها متعددة. ومن قال: إن العقوبات المالية منسوخة وأطلق ذلك عن أصحاب مالك وأحمد فقد غلط على مذهبهما، ومن قاله مطلقا من أي مذهب كان: فقد قال قولاً بلا دليل، ولم يبح عن النبي صلى الله عليه وسلم شيء قط يقتضي أنه حرم جميع العقوبات المالية، بل أخذ الخلفاء الراشدين وأكابر أصحابه بذلك بعد موته دليل على أن ذلك بحكم غير منصوص"⁴

¹ الأم ، الشافعي، محمد بن يوسف، دارالمعرفة بيروت، طبعة 1410هـ، ج 4 ص 265

² البحر الرائق، ابن نجيم، ج 5 ص 44

³ كشف القناع عن من الإقناع، البهوتي، منصور بن يونس، دارالكتب العلمية، بيروت، تاريخ وطبعة، ج 6 ص 125

⁴ الحسبة في الإسلام، ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، دارالكتب العلمية، بيروت، تاريخ وطبعة، ص 50

وكذلك قال ابن قيم الجوزية :

"ومن قال إن العقوبات التالية منسوخة، وأطلق ذلك، فقد غلط على مذاهب الأئمة نقلًا واستدلالًا، فأكثر هذه المسائل ساقط في مذاهب أحمد وغيره وكثير منها ساقط عند مالك، وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة لها بعد عزيمته - صلى الله عليه وسلم - منبطل أيضًا لدخول نسخها، والمُدْعَوْنَ لِلتَّحْقِيقِ ليس معهم كتاب ولا سنة، ولا إجماع يصحح دعواهم، إلا أنه يقول أحدكم: فذهب أصحابنا غداً جوازها، فذهب أصحابه عياراً على القول والرد، وإذا ارتفع عن هذه الطبقة، ادعى أنها منسوخة بالإجماع، وهذا غلط أيضًا. فإن الأمة لم تجمع على نسخها"¹.

فالقضية مختلف فيها بين الفقهاء والأصل أنه لا يمكن القول بعدم جوازها مطلقاً بل الأمر يتعلق بالأحوال والظروف وحالة الجاني والجاني عليه، لأن أخذ المال والعقاب به أحياناً أشد زجراً بالنسبة للعقوبات الأخرى وذلك لحب النفس وحرصهم الشديد عليه، لأن الإنسان شديد في حب الخير، ولأن نظائر التعزير بالمال كثيرة في الشريعة الإسلامية كلزوم الكفارات في اليمين والظهار وقيل الخطأ وغير ذلك، والمالية في الجناية على النفس وعلى ما دون النفس، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم :

"عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في رجل سائمة إبل في أربعين بنتاً لا يفرق إبل عن جساتها من أعطائها مخرجاً قال ابن القيم مؤثراً بما فله أجرها ومن منعها فإنما أخذوها وشطر ماله عزمة من عزمات ربها عز وجل لمن لا إله محمد منها شيء"².

فمعنى ذلك أنه الأخذ بشرط مال مع الزكاة يجوز تعزيراً إذا عند ما يمنع صاحبه المال عن أداء الزكاة مع وجود التصاب -

¹ : الطرق الحكمية، ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، مكتبة دارالبيان بيروت، طبعته، ص 226

² : سنن أبي داود، أبو داود، باب في زكاة السائمة، ج 2 ص 12، رقم الحديث 577. قال علي الشافعي القول به على ثبوته وقال لا يثبت أهل العلم بالحديث، وقال ابن حبان كان هو خطيئة كثيراً ولو لا هذا الحديث لأدخلته في النقات، فضعفه المحققون ولكن وثقه علي بن المذني ويحيى بن معين - راجع الأحكام الواسطة ومبدأ الحق بن حبان في الأخطاء، مكتبة الرشد الرياض ج 2، ص

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في المصنف بأن:

" غلقة لأبي عبد الرحمن بن حاطب سرقوا بعيرا فأتواهم فوجد عندهم جلده ورأسه فرفع أمرهم إلى عمر بن الخطاب، فأمر بقطعهم فمكثوا ساعة وما ترى إلا أن قد فرغ من قطعهم، ثم قال عمر على بهم ثم قال لعبد الرحمن والله إني لأراك تستعملهم ثم تجمعهم وتسيء إليهم حتى لو وجدوا ما حرم الله عليهم لخل لهم، ثم قال لصاحب البعير كم كنت تعطى ليعيرك، قال أربع مئة درهم، قال لعبد الرحمن قم فأعزم لهم ثمان مئة درهم"¹

فأعزم لهم ثمان مئة درهم و هو من قبيل التعزير المالي، فمعنى ذلك أن التعزير بالمال جائز شرعا ولا بأس بذلك لو كان الحاكم أو القاضي يظن أنه أصح وأوفق لمصالح الفرد أو المجتمع فله أن يعزر به -

فحاصل الكلام أن المتابعة والمالكية يقولون بجواز التعزير بالمال ولكن الشافعية والحنفية يرون عدم جوازها، والرأي الأرجح هو أن لا يحكم بجوازها أو عدمه مطلقا، بل لابد للإمام أن يقضي به حسب اقتضاء الأحوال والظروف؛ لأن القضية مجتهد فيها، وأحيانا لا يمكن إصلاح الأحوال إلا بالتعزير المالي، فيجوز عند الضرورة، ولكن لا نقول بجوازها مطلقا، لأن الحكام سيفتحون أبواب الظلم وغصب الأموال ظلما وتعمسا باسم التعزير، كما يقع في عصرنا الحاضر في الدول الإسلامية وغيرها، فغصب الحكومات أموال الناس بطرق مختلفة باسم المصالح العامة ورفض الطول وغير ذلك، ولكن الشريعة الإسلامية تحرم وتحفظ أموالك الناس وأموالهم وهو مقصد من مقاصدها الأساسية -

متعة الطلاق :

إن متعة الطلاق لها علاقة مع التعريض بالطلاق التعسفي من ناحية أن المحيزين غالبا يستغلون بها لجواز التعريض، فلا بد أن تبينها في ضوء القرآن والسنة قبل الدخول في صلب الموضوع، فمتعة الطلاق مصطلح معروف عند الفقهاء كما قال صاحب مني المحتاج إن:

¹: مصنف عبد الرزاق، ١: 239 ج 10 ص 239

"الْمَرْأَةُ بِمَا تَمَلَّ تَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ دَفْعُهُ لِامْتِنَانِهِ بِالنِّكَاحِ فِي الْحَيَاةِ بِطَلَاقٍ وَمَا فِي مَعْنَاهُ"¹

فهو يطلق على مال يدفعه الزوج لزوجته بعد الطلاق سواء بصورة نقدية ، أو ثوب أو خادم وغير ذلك من الأموال المتقومة شرعا

فقد شرع الله تعالى المتعة المطلقة بقوله:

"لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَمْرُسُوهُنَّ فَرِيضَةً وَمِمَّا يُغْتَرَبُ عَلَيْهُ لِلنِّسَاءِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُطْهَرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"²

ويقوله تعالى:

"وَاللِّمْتَطَافَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"³

وكذلك في قضية التخيير أمر الله تعالى بأن يقول رسوله صلى الله عليه وسلم لأزواجه المطهرات رضي الله عنهن:

"يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا فَمَتَّعِلَيْكُمْ أَتَمَّكُمْ وَأَمَّا مَنَعَكُمْ سَرَاحًا حَبِيلًا"⁴

فثبت من الآيات القرآنية المذكورة بأن للزوج أن يدفع مالا لزوجته المطلقة بعد الطلاق.

تقدير المتعة :

الحكم في تقدير مبنى على استطاعة الزوج كما قال تعالى في نفس الآية المذكورة بعد حكم

المتعة:

¹: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ القرآن، الشارح محمد بن أحمد، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ ج 4 ص 398

²: سورة البقرة الآية : 236

³: سورة البقرة الآية : 241

⁴: سورة الأحزاب الآية : 28

"وَمَنْعُوهُمْ عَلَى الْمَوْسِمِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى التَّمَحِينِ"¹

و غسرها بمحلب البكت والعيون بقوله:

"وَمَنْعُوهُمْ عَلَى الْمَوْسِمِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ أَيْ أَعْطَوْهُمْ مَا يَمْتَنِعُ بِهِ مِنْ أَمْوَالِكُمْ عَلَى حَسَبِ أَحْوَالِكُمْ فِي الْغَنَى وَالْإِفْقَارِ"²

وفي تفسير هذه الآية قال صاحب مفاتيح الغيب أن هذا الأمر مجتهد فيه، فينظر إلى حال المطلق كما نص:

"عَلَى الْمَوْسِمِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ يَذُلُّ عَلَى أَنَّ تَقْدِيرَ الْمُتَمَتِّعَةِ مُقَوَّضٌ إِلَى الْإِجْتِهَادِ، وَلَا تَحْتَكَ التَّقَدُّمَ الَّتِي أَوْجَبَهَا اللَّهُ تَعَالَى لِلزَّوْجَاتِ، وَبَيَّنَّ أَنَّ الْمَوْسِمَ يُخَالِفُ الْمَلِكُ"³

فقداس على النفقة الزوجية التي يعتبر في لرومها الحالة المالية للزوج، فكذاك يعتبرها في إلزام المتعة عليه لأجل العن المقيد بوسعه وإقتاره .

وكذلك ثبتت بالسنة المطهرة مشروعية المتعة بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في قضية نكاح الجونية :

"عَنْ أَبِي أَسِيدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: خَرَجْنَا مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَتَّى انْطَلَقْنَا إِلَى حَاجِطٍ يُقَالُ: لَهُ الشُّوْطُ، حَتَّى انْتَهَيْنَا إِلَى حَاجِطَيْنِ، فَجَلَسْنَا بَيْنَهُمَا، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: اجْلِسُوا هَا هُنَا وَدَخِلْ، وَقَدْ أَنِ بِالْجَوْنَةِ، فَأُتِيتُ فِي بَيْتٍ فِي تَحْلِ فِي بَيْتٍ أَمْنَةٍ بَيْنَ التَّحْمَانِ بْنِ شَرَاهِيلَ وَمَعَهَا دَائِئُهَا حَاجِطَةُ هَا، فَلَمَّا دَخَلَ عَلَيْهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: هِيَ تَقُصُّكَ لِي،

¹: سورة البقرة الآية: 236

²: البكت والعيون المعروف بتفسير الماوردي، الماوردي، علي بن محمد، دار الكتب العلمية بيروت لبنان بدون تليخ وطبعة، ج 1 ص

305

³: مفاتيح الغيب، الرازي، محمد بن غفر، دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الثالثة 1421هـ، ج 6 ص 477

قَالَتْ: وَهَلْ تَهَبُ لِلْمَلِكَةِ نَفْسَهَا لِلْسُّوْفَةِ؟ قَالَ: فَلَهُوَ يَتِيمٌ يَصْنَعُ يَدَهُ عَلَيْهَا لِشُكْرِهِ، فَقَالَتْ: أَعُوذُ
بِاللَّهِ مِنْكَ، فَقَالَ، قَدْ غَشَيْتِ بِمَعَادٍ، ثُمَّ خَرَجَ عَلَيْنَا فَقَالَ يَا أَيُّهَا أُسَيْبُ اكْمُسْهَا رَزَقَتَيْنِ، وَاحْفَظْهَا بِأَهْلِهَا".¹

وفي رواية أخرى:

"قَامُوا أَنَا أُسَيْبُ أَنْ يُجَاهِدَهَا وَيَكْمُسُوهَا ثَوْبَتَيْنِ رَزَقَتَيْنِ".²

فمعنى ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم تمتعها بثوبين رزقين وهي غير مدخول بها، والرزية
كما قال ابن حجر:

"والرزية ثياب من كتان يبيض طويلاً قاله أبو عبيدة وقال غيره يكون في داخل تباحبها رزقة
والرزية الصفيق قال ابن التين منفعها بذلك إما وجوباً وإما تفضلاً".³

ثبتت من السنة النبوية أن المطلقة تمتعها الرجل بعد الطلاق كما أمر الله سبحانه وتعالى في
كلامه الجيد الذي ذكرناه آنفاً، ومقبارها يتعين بالأجتهاد والعرف والحالة المالية للزوج، فقد اتفق
الفقهاء على ذلك كما ذكر صاحب الميسرة موقف الحنفية:

"الْمُتَّخِرُ فِي الْمُتَّخِةِ حَالُهُ الرَّجُلُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى عَلَى الشُّومِيعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُتَّخِرِ قَدَرُهُ".⁴

وصرح صاحب الكافي بموقف المالكية قائلاً:

"لا حد في المتعة إلا أن المومر فيها بقدره وللمومر بقدره وهي مؤجلة إليه يعطى فيها ما
طابت به نفسه من طير حكم يلزمه".⁵

¹ في الجامع الصحيح، البخاري، باب من طلق وعمل فواجه الرجل امرأته بالطلاق، ج 7 من 41، رقم الحديث 5255، حديث أبي
أسيد وحده ورواه الطبراني باختصار، ورواه كله أحمد ورجاله رجاله الصحيح مراجع: جميع الروايات المصنوعة ج 4 من 339

² في المصنف نفسه: رقم الحديث 5256

³ في فتح الباري، المسألة 1، أحمد بن علي دار المعرفة بيروت، بدون طبع 1379 هـ، ج 9 من 359

⁴ في الميسرة السرخسية، ج 6 من 63

⁵ في الكافي في فقهاء أهل المدينة، القرطبي، ج 2 من 616

والشافعية يفوضون تقديرها إلى المحاكم كما صرح في التنبيه:

"وتقدير المتعة إلى المحاكم بقدرها على حسب ما يرى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره"¹

ورويت روايتان عن الحنابلة في تقدير المتعة كما بين صاحب الهداية على منذهب الإمام أحمد:

"وتقدرُ المتعةُ أرفعها بخافٍ وأقلها بكسوة تُجرى فيها الصلاة في إحدى الروايتين، وفي الأخرى: يُرجع في تقديرها إلى المحاكم، فيعرض على الموسع قدره وعلى المقتر قدره"²

فماهل الكلام أن الجمهور متفقون على أن تقدير المتعة يقدر بحال الزوج وهي قضية راجعة إلى العرف، فللمحاكم أن يحكم فيها حسب العرف وحالة الزوج -

لمن تجب المتعة :

اختلف الفقهاء في وجوب للمتعة للمطلقات من حيث نوعية الطلاق، فذهب بعضهم إلى أن المتعة تجب لكل مطلقة، وذهب بعضهم إلى تخصيصها ببعضهن، فذهب المالكية إلى أن:

"لكل مطلقة متعة إلا ثلاث نسوة الملاعبة والمختلعة والتي طلقت قبل أن تقس وقد فرض لها فحسبها نصف الصداق والمدخول بما وغير المدخول بما في ذلك سواء"³

ومذهب الشافعي في ذلك هو كما نص صاحب التنبيه بأن:

"لكل مطلقة متعة إلا التي قرض لها وطلقتها قبل الدخول وجب لها نصف المهر

وفي قول آخر لها متعة، فإن صدر القراق من جهتها فلا نصف مهر ولا متعة"⁴

وذهب الحنفية إلى أن المتعة الواجبة للمطلقة قبل المسيس والقرض كما نص صاحب المبسوط:

"وإذا وجب لها المهر الذي هو الأصل كله أو بعضه لا تجب المتعة، فأما المطلقة قبل المسيس والقرض فهي لا تستوجب شيئاً من الأصل فتجب لها المتعة وإنما قلنا إنها مستحبة لقوله

¹ التنبيه في الفقه الشافعي، البغدادي، إبراهيم بن علي، عالم الكتب، بدون تاريخ وطبعة من 168

² الهداية على منذهب الإمام أحمد بن حنبل، الكلوكاني، من 408

³ الكافي في فقه أهل المدينة، القزويني، ج 2 من 616

⁴ اللباب في الفقه الشافعي، الجاسبي، أحمد بن محمد، دار البخاري للمدينة المنورة الطبعة الأولى، 1416هـ، من 321

تعالى، فتعالى أنتم كن سراجاً جليلاً، وقد كان دخل بين فذل أن المنفعة مستحبة في هذه الحالة، وهو مزوي عن أبي حنيفة وشريح رضي الله تعالى عنهما وكذلك كل فرق مجاءث من قبل الزوج بأي سبب كانت¹.

فالقاعدة عند الحنفية أن إيجاب المتعة يبنى على إيجاب المهر من حيث الوجوب، فلو وجب للمهر لها كله أو بعضه لا يجب المتعة عليه بل يستحب له أن يعطيها شيئاً من المال حسب استطاعته. وروي عن الإمام أحمد رحمه الله روايتان، أن رواية تقول بوجوب المتعة لكل مطلقة، ورواية بعدم إلزامها إلا للمطلقة المفوضة التي لم يدخل بها وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة كما نص على ذلك صاحب المغني قاتلاً:

"وظاهر المذهب أن المتعة لا يجب إلا للمفوضة التي لم يدخل بها إذا طلقت"².

فحاصل الكلام أن المتعة لا يجب عند الجمهور لكل مطلقة، بل يجب أحياناً وتستحب في أغلب الحالات للمطلقة.

التعويض عن الطلاق التعسفي :

بعد ذكر بعض المقدمات المهمة المتعلقة بموضوع التعويض عن الطلاق التعسفي، يجب التعرض للمطلوب الأساسي فتقول: كما هو معروف بأن الطلاق حق من حقوق الزوج يستعمله الزوج بإرادته منفرداً كعلاج لوضع لا يرجى إصلاحه إلا به، فلو خلا من حاجة شديدة أو سبب معقول فهو تفريط في بناء الأسرة الذي مقصد من المقاصد الشرعية، وهي تقتضي بناؤها على أساس المودة والرحمة والتعاون فيما بينهم، ففي هذه الصورة يعد الزوج متعسفاً في استعمال حقه الشرعي المباح، ولا يجوز للشخص أن يستعمل حقه على سبيل التفريط فيعد تعسفاً الذي لا يجوز شرعاً، ولكن هل يعوضها الزوج أم لا؟ اختلف الفقهاء في الجواب عن هذا السؤال بناء على أهلهم الفقهية.

¹ للمبسوط للسرخسي ج 6 ص 62

² المغني، ابن قدامة، ج 7 ص 240

و قبل ذكر آراء الفقهاء حول حكمه الشرعي من الضروري تعريفه لتعيين مفهومه عند الفقهاء المعاصرين، لأن مصطلح طلاق التعسف مصطلح حديث، وهذه القضية لم ترد على ألسنة الفقهاء القدامى بهذا النص، فقد عرفه الدكتور عروة صيري:

"أن يستعمل الرجل صاحب الحق في إيقاع الطلاق حقه بطريقة غير صحيحة وذلك بأن يطلق زوجته بدون مبرر أو سبب مقبول شرعاً، أو أن يقصد بطلاقه إيقاع الضرر على زوجته".¹

و عرفه الدكتور أمين في مقاله بأنه:

"مناقضة قصد المخرج في التصرف بحق الطلاق المأخوذ فيه شرعاً حسب الأصل".²

وذكر الدكتور العبيدي تعريفه في مقاله بأنه:

"هو الطلاق الذي يقع من الزوج بالمفهوم العام للطلاق ولكن إيقاعه بدون سبب معقول أو مبرر، وبدون سوء تصرف من الزوجة، وبدون طلبها أو رضاها، وإنما يقع لجرد قصد الإضرار بالزوجة".³

ووضع مفهومه زكي الدين شعبان في عبارة تالية :

"فإذا طلق الزوج بدون سبب ظاهر يذهب إلى الطلاق، كان مسبباً في استعمال الحق المخول له شرعاً فيكون ملتزماً بتعويض الضرر مادياً أو أدبياً".⁴

فنعاصر التعسف المأخوذ من التعريفات المذكورة، هي أن يكون الطلاق بدون سبب معقول ظاهر، أو قصد الإضرار بالزوجة، فهو مناقضة قصد الشارع لأن الطلاق شرع لمصالح العباد حينما

¹ الطلاق التعسفي دراسة فقهية مقارنة، عروة صيري، مجلة جامعة الأبحاث أكاديمية القاضي، عدد 13 (2009)، ص 07

² التعسف في الطلاق (حقيقته، معايير، حالاته، الجراء المقترحة عليه)، أمين مصطفى الشايع، مجلة جامعة الأقصى (سلسلة العلوم الإنسانية) المجلد الثامن، العدد الأول، يناير 2014

³ الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجيد علي العبيدي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، المجلد الأول، العدد الثالث

2009

⁴ الإنصاف الشرعي للأحوال الشخصية، شعبان، ص 392

لا يستطيع الزوج أن يقي علاقته الزوجية مع زوجته لوجه معقول شرعاً فالطلاق في الأصل مآذون شرعاً، ولكن استعماله على طريقة غير شرعية مخالف لمقصود الشارع فيلزم الزوج بالتعويض -

آراء الفقهاء :

ذكرنا قبل ذلك أن قضية التعويض عن الطلاق التصفي من النوازل المعاصرة للبنية على نظرية التعسف في استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع، ولم توجد عند الفقهاء القدامى، ولكن الفقهاء في عصرنا الحاضر تعرضوا لها واختلفوا في حكمها الشرعي، فذهب بعضهم إلى عدم إلزام التعويض ولو طلقها الزوج بغير سبب معقول، وذهب الآخرون إلى جواز التعويض إن قصد به الزوج إضرار المرأة به أو وقع بغير سبب معقول شرعاً، وإليك آراء الفقهاء المجيزين والممانعين مع أدلتهم -

أدلة الفقهاء المجيزين :

استدل الفقهاء المجيزون للتعويض عن الطلاق التصفي بنظيره الموجود في الفقه الإسلامي، وهو طلاق الفار أو طلاق المريض في مرض موته، لأن الشارع شرع الطلاق حلاً واقعياً لاستحالة الحياة الزوجية واستمرارها، ولكن في الحالة المذكورة قصد المطلق قصداً غير مشروع شرعاً وهو الحرمان من الميوت، فقصد الإضرار واضح في هذه الصورة بأنه أوقع الطلاق بدون مسوغ مشروع أو مصلحة، فيقولون بأن الفقهاء متفقون على إرثها لو طلقها في مرض موته، كما ورد في اللباب موقف الحنفية:

"وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً باتماً فمات وهي في العدة ورثت منه، وإن مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها".¹

وذكر صاحب الكافي رأي المالكية وهو أن:

"كل مريض ميث للرض طلق امرأته في مرضه ثم مات من ذلك للرض ورثته امرأته عند مالك وجمهور أهل المدينة وعليه أكثر أهل العلم اتباعاً لعثمان في توريث امرأة عبد الرحمن بن عوف

¹ اللباب في شرح الكتاب، المصنف: عبد الله بن طالب، المكتبة العلمية بيروت لبنان بدون تاريخ وطبعة ج 3 ص 52

رضي الله عنهما وموآء عند مالِك مات في العدة أو بعد انقضاء العدة وسواء عند مالِك طلقها
واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً¹.

ورأي الحنابلة أنها ترث ما ماتت في العدة :

"بأنما الطلاق في المَرَضِ المَحْضِيِّ إِذَا تَعَقَّبَهُ الْمَوْتُ فَلَا يَقْطَعُ التَّوَارِثُ مَا قَامَتْ الْمَرْأَةُ فِي الْعِدَّةِ"².

والشافعية يقولون بميراثها ونص صاحب التبيين بأن الروايات المتعلقة بميراثها تختلف فيها
عندهم فقال:

"وإن طلق امرأته ثلاثاً في المَرَضِ ومات لم ترثه في أصح القولين وترثه في الآخر وإلى متى ترث
فيه ثلاثة أقوال: أحدها، أنها ترث أي وقت مات، والثاني، إن مات قبل أن تنقضي العدة ورثت وإن
مات بعده لم ترث، والثالث، إن مات قبل أن تتزوج ورثته وإن تزوجت لم ترثه وإن سألته الطلاق
الثلاث فقد قبل لا ترث"³.

فاتفق الجمهور وهو قول للشافعية على أنها ترث لو ماتت في عدتها، لأن الزوج متعسف من
حيث إنه يقصد إضرارها وهو الحومان عن الميراث فتورثها الشريعة الإسلامية رغم إلغاء الرابطة الزوجية
التي هي سبب واحد لإرثها في ماله ولو لم تظهر نيته من قوله أو فعله، لأن الأحوال والظروف تدل
على نية الفاسدة.

وكذلك إيقاع الطلاق لتطويل أمد العدة بحيث إنه يطلق الزوجة للدخول بها طلاقاً رجعيًا
فتعتد، ثم يرجعها إذا قُبلت عدتها إلى أن تنتهي ثم يطلقها طلاقاً رجعيًا ويراجعها عند انتهاء عدتها،
ثم يطلقها طلاقاً ثالثاً لاستئناف عدتها فتكون اعتدت مدة أطول من العدة الواحدة، والمقصود منها
إضرارها وقد حرم الله تعالى ذلك في قوله :

¹: الكافي في فقه أهل المدينة، القرطبي، ج 2 ص 584

²: لطايف على مطبوع الإمام أحمد، الكليني، ص 633

³: التبيين للشيخ الزبيدي، ص 182

"وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَتَبَلَّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَخِّرُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ
ضِرَارًا لِيَتَّقْتَهُنَّ وَلَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّبِعُوا آيَاتِ اللَّهِ فَتُزَيَّوْا وَأَذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ
وَمَا أُنْزِلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ"¹

ذكر صاحب أحكام القرآن في تفسير الآية المذكورة قائلا:

"وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَّقِيَهُنَّ رُؤْيَى عَنْ مَسْرُوقٍ وَالْحَسَنِ وَتَجَاهِدَ وَتَتَأَدَّى وَإِبْرَاهِيمَ هُوَ تَطْوِيلُ
الْعِدَّةِ عَلَيْهَا بِالْمَعْرَاجَةِ إِذَا قَارَبَتْ انْقِضَاءَ عِدَّتِهَا ثُمَّ يُطَلِّقُهَا حَتَّى تَمْلِكُ الْعِدَّةُ فَإِذَا قَارَبَتْ انْقِضَاءَ
الْعِدَّةِ وَاجْتَمَعَا فَظَمَّرَ اللَّهُ بِإِمْسَاكِهَا بِمَعْرُوفٍ وَنَهَاهُ عَنْ مُضَارَعَتِهَا بِتَطْوِيلِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا"²

فمعنى ذلك أن الإضرار بامتداد العدة ممنوع لأجل التعسف في استعمال الحق رغم مشروعية
الطلاق في الشريعة الإسلامية -

وهم يفرقون بين متعة الطلاق والإنفاق على المعتدة وبين التعويض اللازم بعد وقوع الطلاق
التعسفي. خلافا لما يعتبر الفقهاء المانعون بأن للمتعة تعويض الطلاق ولا ضرورة لمشروعية التعويض
الأخر، كما نص صاحب السياسة الشرعية بقوله:

"أما التعويض فهو أمر آخر زائد عن كل ذلك ، وهو مرتبط بالضرر الواقع على الغير ، نتيجة
لاستعمال الحق للشرع ، وهو داخل في نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي"³

كذلك هم يقولون أن الناس يعدون دينهم ويستخدمون حقوقهم بطرق غير مشروعة فلا
بد من مشروعية التعويض سدا للذريعة كما قال صاحب ملهى حرية الزوجين في الطلاق بقوله :

"إن المشرع إذا أعطي الزوج حق الطلاق فقد جعل من ضميره الحي رقيبا على تصرفاته، فلا
يطلق إلا لحاجة وإلا كان كفرانا لنعمة الزواج التي قدسها الله تعالى، وهذه الرقابة أو هذا الحكم الديني
الذي جعله الإسلام في قلب كل مؤمن كان كفيلا ألا يطلق الزوج زوجته إلا حين يعتقد أن المصلحة

¹ سورة البقرة الآية: 231

² أحكام القرآن، المصاحف، ج 2 ص 99

³ في السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، عبد الفتاح عسرو، دار النقاس الأردن، الطبعة الأولى، 1418هـ ص 178

تقتضي ذلك إذا لم تعد الحياة المشتركة تصلح بينهما، واليوم وقد بعدت الناس عن دينهم ولم تعد تلك الرقابة الدينية في قلب كل منهم تعمل عملها، لا نجد مناصاً من أن يتدخل القضاء في تصرفات المكلفين¹.

وبعد ذكر الأمس والتمهيد المذكور يقول الدكتور عبد الرحمن الصايوني :

"نقول إنه إذا أساء الزوج استعمال حقه في الطلاق وجب عليه التعويض لزوجته على أن لا يتناول ذلك كل طلاق كالطلاق بحكم القاضي مثلاً بناء على طلب الزوجة أو برضاها فهذا لا تعويض فيه، بل إننا نذهب إلى أكثر من هذا فنقول أن الزوجة إذا كانت غلث حق الطلاق بناء على تفويض الزوج لها، فطلقت نفسها طلاقاً تعسفياً، أصاب الزوج من جرائه ضرر فيجب عليها التعويض لزوجها"².

ويقولون من حيث المسؤولية التعاقدية :

"وما دام الرجل لم يبرهن سبب الطلاق فهو لم يستعمل حقه، أو على الأقل أساء استعمال حقه، بل يزيد بعضهم فيقول، إن من يطلق من غير سبب عليه تبعة مشتقة من عقد الزواج نفسه، فيسؤولته للدينية مسؤولية تعاقدية، أي أنها مشتقة من طبيعة العقد نفسه"³.

يفهم من العبارة المذكورة أن المطلق عند ما لا يذكر سبباً معقولاً لوقوع الطلاق فهو مسؤول عنه لأجل العمل المتضاد بمقتضى العقد .

أدلة الفقهاء المانعين :

التعويض إلزام الزوج أن يعاشر مع زوجته وهو كفارة لها ويجب على كل مطلق لا يستطع أن يبرهن سبب إيقاع طلاقه أمام القضاء، أما متعة الطلاق فشرعت حسب استطاعة الزوج ولا يجب لكل مطلقة، كما أن الفقهاء اختلفوا في لزوم متعة الطلاق من حيث حكمها الشرعي .

¹ - مدني حية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، الصايوني، عبد الرحمن، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1968م، ص 117

² - المصدر نفسه، ص 118

³ - الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1948م، ص 285

يقول الدكتور شعبان:

"وفي رأينا أن المحكم بعدم التعويض هو المحكم الصحيح الذي يتفق مع المبادئ الإسلامية"¹

وذكر توجيه ذلك:

"أن ما يلزم المطلق من التبعات المالية التي تترتب على الطلاق والتي تستفيد منها الزوجة، كدفع مؤخر الصداق والقيام بالإتفاق على المطلقة طوال مدة العدة والتبعة لمن يجب لها من المطلقات يعتبر كتعويض الزوجة عن الضرر الذي يكون قد لحقها بسبب الطلاق فلا يكون هناك حاجة إلى تقرير تعويض آخر زيادة على ما أوجبه الشارع وألزم المطلق به"²

والطلاق إما بسبب مشترك بين معظم الناس كعدم الإنجاب أو الفحش وغير ذلك من الأمور الظاهرة، أو الأسباب التي تكون موجبة للطلاق في نظر إنسان دون آخر، وهي الناحية النفسية والأخلاقية والإنسانية، ولا يمكن بيانها بالضبط لكي يحكم القاضي بما بأن الزوج متعسف أم لا ؟ كوجود التفهم بينهما وعدمه، والألفة وعدمها، وكذلك عدم التوافق في الأمزجة والطباع يختلف من شخص إلى شخص آخر، لأن للتفاوت الطبيعي والأمزجة بين الناس من الأمور الفطرية، فينبغي للقاضي مراعاة الطباع والأمزجة بين الزوجين في قضايا الطلاق، لأن علاقة التعاطف والتعاون والبر والمودة المطلوبة شرعا فيما بينهما لا يمكن إلا بتوافقهما في للطباع والأمزجة، ولأجل ذلك قال الدكتور الزحيلي:

"ومن هنا فإنه لا يوجد طلاق في الجملة بدون سبب، وأي رجل يقدم على الطلاق بدون سبب أو سبب غير إلا وهو رجل أحمق أو مجنون أو مفرغ أو معتوه على الأقل، وهو يعلم أن آثار الطلاق المادية متلحق به قولا واحدا، وأنه سيحملها بالإضافة إلى ما سيلحقه من الأضرار المعنوية والسمعة السيئة والأقارب والمفتوحة"³

¹: الأممكم الشريعة لأحوال الشخصية، قتيبة، ص 393

²: المصدر نفسه، ص 294

³: التعويض المالي عن الطلاق، محمد الزحيلي، دارالمكتبي دمشق، الطبعة الأولى، 1418هـ، ص 43

يستند الماتعون بفعل النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم بأنه طلق ميذة حفصة رضي الله عنها، وهي صوامه وقوامه ولم ينقل إلينا أنه جعل لها التعويض، كما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في صحيح ابن حبان :

"عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طَلَّقَ حَفْصَةَ، ثُمَّ رَاجَعَهَا"¹

ولأنه لم يثبت في عهد الصحابة والتابعين بأنهم جعلوا التعويض المأني للمطلقات في عهدهم، كما أنه لا يوجد نص في الكتاب أو السنة الذي يوجب التعويض عن الطلاق، وأثر وخبر منقول إلينا يؤكد جواز التعويض في باب الطلاق.

لذلك يرى الإمام أبو زهرة بأن الحكم بالتعويض في الطلاق مخالف للمبادئ الإسلامية العامة فقد قال:

"وكان رأي أكثر المحاكم وهو ما كان قد استقر عليه الأمر أنه لا تعويض في الطلاق وذلك حكم صحيح يتفق مع المبادئ الإسلامية"²

وذكر توجيه ذلك بعد بيان رأيه بأن الأصل في الطلاق الخطر بيان سبب الطلاق أمام القاضي لا يجوز لكونه قد يكون مما يجب سعه، فقال:

"وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق لو كان ثمة شرط يوجب التعويض إذ يكون شرطاً فاسداً فلهي، والحاجة التي تلزم ليست حاجة تجزي عليها وسائل الإثبات، والمسؤولية التعاقدية على قدر ما تفهم تكون ناشئة من طبيعة عقد الزواج أي من مقتضاه في الشريعة وطبيعة عقد الزواج على ما هو مقرر ثابت، أي لا توجب تعويض الزوجة إذا طلقت، إلا أن يكون لها مؤخر صداق، أو تحب لها المتعة، ولا تعويض يجب للمطلقة، والأمر في الزواج على الأخلاق والدين ولا يغني عنهما شيء"³

¹: صحيح ابن حبان، محمد بن حبان، رواه ذكر الإباحة للمرة طلاق، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثانية، 1414هـ، ج

10 ص 100، رقم الحديث، 4275 تقدم الحكم على الحديث في ص 36

²: الأحوال الشخصية، أبو زهرة، ص 285

³: المعتبر نفسه، ص 285

فمعنى ذلك أن المسؤولية التعاقدية لا توجد في طبيعة عقد الزواج، لأن الشريعة لم تقرر التعويض في حالة الطلاق بل أمر الشارع بإعطاء حقوقها الباقية في ذمة الزوج والمتمتع في حالات معينة -

ولأن التعسف في مجال الطلاق لا يمكن تحديده وتكييفه الفقهي من ناحية الفقه الواقعي، لأن أسباب الطلاق وصوره تختلف باختلاف العادات والتقاليد الاجتماعية من بلد إلى بلد آخر بل حتى في البلد الواحد ومن زمان لآخر ومن شخص لآخر، فمن الناس من يعتبر خروج زوجته من البيت بدون إذنه أو في حالة غير محجبة إهانة نفسه ومشاعره ومخالفة لعقيدته الدينية والأخلاقية، فيكون ذلك سببا لإيقاع الطلاق على زوجته، فمن وجهة نظره هو غير متعسف في ذلك، بينما تكون مثل ذلك التصرفات بالنسبة لأشخاص آخرين حالات اعتيادية -

والرأي الراجح هو عدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي، لأن تعيين التعسف لا يمكن في الواقع لأجل اختلاف الأساليب، وكونه تعسفا يختلف اعتباره من بلد إلى بلد ومن زمن إلى زمن ومن شخص إلى شخص، ويكون التعويض ذريعة للفساد بين العلاقات الزوجية، لأن الزوج يعمل أن لا يطلق زوجته خوفاً من التعويض رغم حاجته الشرعية إلى الطلاق المباح، ويلجأ إلى الإكراه بالزوجة والاعتداء عليها قهراً عن التعويض، أو أن يتهم الزوجة باتهامات مختلفة قبيحة لتخلص نفسه عنها بغير التعويض، وكذلك ينكشف بلزومه استمرار البيوت والزوجين في المحاكم القضائية والإسلام يريد سر الأمور الزوجية :

ولأن التعويض لا يجب من الناحية الجنائية أو المسؤولية التعاقدية إلا بالضرر الواقع أو الغفلة في إنقاء مقتضى العقد، وتعيين الضرر لا يمكن في الطلاق بل الزوج يضرر به أكثر من الزوجة، لأنه يتحمل النفقة والمهر وغير ذلك من الأمور المالية، يقول الدكتور الوحياني:

"والفعل الموجب للمعويض له ركبان أساسيان لا بد من وجودهما وهما الاعتداء والضرر، ومن شروط التعويض عند العلماء:

1: أن يكون المشرى المتلف مالا -

2: أن يكون المال متقوما -

3: أن يكون التلف أو الضرر محققا بشكل دائم -

4: أن يكون التلف أملا لإيجاب التعويض عليه -

5: أن يكون في إيجاب الضمان أو التعويض فائدة -

ولكن أركان التعويض وشروطه غير متوفرة في الطلاق أو يصعب على الأقل تطبيق كثير منها، إما لعدم اعتبار الطلاق اعتداء، وإما لتحقيق الضرر في الطلاق، وإما لصعوبة إثباته أمام القضاء، وإما لانعدام الفائدة من الحكم بالتعويض¹ -

و لأن الطهر لا يلحق بالزوجة فقط بل يشترك فيه الزوجان وأولادهما وأسرتهما والمجتمع معا فما معنى التعويض للمرأة فقط دون بقية المتضررين أو الزوج تلحق به الخسارة الكاملة من الناحية المالية، لأن عليه نفقة الزوجة والأولاد ونفقة العدة وأداء المهر، وما يتحمله في المستقبل من نفقات للزواج الآخر من المهر وغير ذلك -

وبذلك الطلاق مشروع في الشريعة الإسلامية، وهو من حقوق الزوج، فلا ينطّل عنه ولا يمنع عن إيقاعه شرعا ولو لم يظهر سبب معقول في الظاهر لأنه تقييد الحق بلا حاجة، والقول بأن الطلاق غير الميسبب الشرعي محظور شرعا، فهو أمر يختلف فيه الفقهاء، والأصل في الطلاق الإباحة شرعا وأن من طلق بنون سبب شرعي يأثم ديانة لا قضاء، ويقع الطلاق شرعا فلا أثر للمسبب المعقول وغير المعقول في وقوع الطلاق وعدمه في الشريعة الإسلامية المظهرة -

أما الاستدلال بطلاق المريض أو المتعة فهذا قياس مع الفارق لعدم اشتراكهما بين العلة، كما ينشأ قبل ذلك بأن للمتعة والتعويض شيان مختلفان فيما بينهما، ولا علاقة للمتعة بالتعويض، لأن التعويض نوع من العقوبة المالية والمتعة شرعت لطبيب نفسها -

¹: التعويض المالي عن الطلاق، الجليلي، ص 48 - 49

الفصل الثاني : الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة وطلاق الصغير

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول في : الطلاق عبر الإنترنت وعبر الجوال في الشريعة

المبحث الثاني في : الطلاق عبر الإنترنت وعبر الجوال في القانون

الباكستاني

المبحث الثالث في : طلاق الصغير في الشريعة والقانون

الفصل الثاني : الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة وطلاق

الصغير

نتحدث في هذا الفصل عن القضايا الفقهية المهمة لدى الفقهاء وأصحاب القانون، وهو الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة وطلاق الصغير، لأن المسئلة الأولى استجدت في حياة الناس بسبب تقدم التكنولوجيا الحديثة ساحات عدة، ولا يمكننا إنكار تأثير وسائل الاتصال الحديثة المستخدمة في جوانب الحياة المختلفة، لاستخدام الناس الجوال والبريد الإلكتروني وغير ذلك من الوسائل الإلكترونية الحديثة للأنكحة والطلاق وغير ذلك من العقود المالية والتصرفات التعرعية في عصرنا الحاضر، لأن وسائل الاتصال بين البشر لها عظيم الأثر في كافة جوانب الحياة الإنسانية، ومن أقدم الوسائل كان إرسال الرسل والكتابة، وقد تطورت تلك الوسائل وبدأ الناس في اختراع تقنيات للاتصالات فيما بينهم بشكل أسرع وأسهل كالهاتف والفاكس والتلغراف والمذياع والتلفزيون والحاسوب والجوال والإنترنت وغير ذلك من الدرائع المرمعة لتوصيل الرسائل والأخبار، فوجد الحاجة ماسة للبحث عن حكمه الشرعي، ولأن باختلاف طوائف العقود تختلف أحكام العقود وانعقادها شرعا .

ولكن قبل الدخول في محلب الموضوع ومهيذا لما لا بد من بيان بعض اللقدمات المهمة المساعدة على فهم القضية المذكورة ومهيذا لما سيأتي بعد ذلك من المباحث الأساسية المتعلقة به .

الإشهاد على الطلاق :

ثبت عن الكتاب بأن الإشهاد على الطلاق مشروع كما قال الله سبحانه وتعالى في سورة الطلاق:

" فَإِذَا تَلَّوْاْ أَحْلَلْهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذُوَيْ عَدْلٍ بَيْنَكُمْ وَافْتِمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَمَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَجْعَلْ لَهُ تَخْرُجًا"¹

¹ سورة الطلاق الآية 2

وقد قال الفقهاء إن الأمر في الآية ليس للجواب بل الحكم مبني على الاحتياط كما قال الجصاص في تفسيره :

"وَأَمَّا لَمَّا أَمَرَ اللَّهُ بِالْإِشْهَادِ عَلَى الْإِمْتِنَانِ أَوْ الْفُرْقَةِ احْتِيَاظًا كَمَا وَتَفِيًا لِلتَّهْمَةِ عَنْهُمَا إِذَا عَلِمَ الطَّلَاقُ وَلَمْ يُعْلَمْ الرَّجْعَةُ أَوْ لَمْ يُعْلَمْ الطَّلَاقُ وَالْفِرَاقُ فَلَا يُكْفَى التَّجَاهِدُ بَيْنَهُمَا وَلَمْ يَكُنْ مَعْفَى الْإِحْتِيَاظُ فِيهِمَا مَقْصُورًا عَلَى الْإِشْهَادِ فِي خِلَالِ الرَّجْعَةِ أَوْ الْفُرْقَةِ بَلْ يَكُونُ الْإِحْتِيَاظُ بَاقِيًا وَإِنْ أَشْهَدَ بَعْدَهُمَا وَجِبَ أَنْ لَا يَخْتَلِفَ حُكْمُهُمَا إِذَا أَشْهَدَ بَعْدَ الرَّجْعَةِ بِسَاعَةٍ أَوْ سَاعَتَيْنِ"¹

ثم نص ببيان حكمه الشرعي فقال:

"وَلَا يَشْكُ أَحَدٌ فِي وَفْعِ الطَّلَاقِ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ"²

وذكر صاحب مفاتيح الغيب بأن الإشهاد على الطلاق مندوب عند الشافعية كما هو عند الحنفية، ولكنه واجب عند الرجعة عند الشافعية حيث يقول :

"أَيُّ أَمْرٍ أَنْ يُشْهَدُوا عِنْدَ الطَّلَاقِ وَعِنْدَ الرَّجْعَةِ ذَوِي عِلَلٍ وَعِنْدَ الْإِشْهَادِ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَمَا فِي قَوْلِهِ: وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ هُوَ وَاجِبٌ فِي الرَّجْعَةِ مَنْدُوبٌ إِلَى فِي الْفُرْقَةِ، وَقِيلَ: فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِشْهَادِ أَنْ لَا يَقَعَ بَيْنَهُمَا التَّجَاهُدُ، وَأَنْ لَا يُشْهَدَ فِي إِسْمَاعِهَا وَلَقَدْ ثَبُوتُ أَحَدُهَا فَيُبَيِّنُ الْبَاقِي ثَبُوتُ الرَّجْعَةِ لَبَرٍ"³

ويستدل الشافعية بأن الإشهاد مطلوب في الرجعة لا في الطلاق بأن قوله تعالى يرجع إلى الرجعة كما نص صاحب أحكام القرآن قائلا:

"فَالظَّاهِرُ رَجُوعُ قَوْلِهِ: (وَأَشْهَدُوا) إِلَى الرَّجْعَةِ لَا إِلَى الطَّلَاقِ"⁴

¹ : أحكام القرآن (الجصاص) ج 5 ص 351

² : المصدر نفسه

³ : مفاتيح الغيب ، الرازي ج 30 ص 562

⁴ : أحكام القرآن، الكوازي، الطبري، علي بن محمد، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثانية، 1405 هـ ج 4 ص 420

وكذلك عند المالكية الإشهاد مندوب كما نص الإمام القرطبي بقوله:

"وَالظَّاهِرُ رُجُوعُهُ إِلَى الرُّجْعَةِ لَا إِلَى الطَّلَاقِ".¹

وكذلك قال صاحب التحرير والتنوير بأن الإشهاد عند الجمهور مستحب لأجل النص

القرآني، فقال:

"وَقَالَ الْجُمْهُورُ: الْإِشْهَادُ الْمَأْمُورُ بِهِ الْإِشْهَادُ عَلَى الْمَرَاغَةِ دُونَ بَيِّنِ الطَّلَاقِ. أَمَّا مُقْتَضَى صِبْغَةِ الْأَمْرِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: وَأَشْهَدُوا ذَوِي ذَوِي عَدْلٍ مِمَّنْ هُمْ أَشْتَبُونَ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالْمَشْهُورُ مِنْ عَالِمِكَ فِيمَا حَكَاهُ ابْنُ الْقَطَّارِ وَلَقَدْ مُسْتَنَدَ هَذَا الْقَوْلُ عَدَمُ جَرَيَانِ التَّمَلُّقِ بِالْإِزْمَامِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فِي غَضَبِ الصَّخَابَةِ وَغَضَبِ أَهْلِ الْعِلْمِ".²

معنى ذلك أن الأمة الحمدية تعاملت من بداية الإسلام إلى زمننا هذا على عدم الإشهاد غالباً في قضية الطلاق، وهو أمر ثابت بالقوات العملية، ومعنى ذلك أن الإشهاد ليس بشروط لوقوع الطلاق عند الفقهاء الذين يقولون بحدب الإشهاد عليه، كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في فتاواه:

"وَوُضِعَ أَنَّ الطَّلَاقَ الَّذِي لَا يَشْهَدُ عَلَيْهِ لَا يَنْفَعُ. وَهَذَا خِلَافُ الْإِجْمَاعِ وَخِلَافُ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَنَحْنُ نَقُولُ أَحَدٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ الْمُتَشَاهِرِينَ بِهِ".³

وذمب الفقهاء الإمامية من أهل التشيع إلى وجوب الإشهاد كما ذكر مذهبهم في شرائع

الإسلام:

"وخالف في ذلك فقهاء الشيعة الإمامية فقالوا: إن الإشهاد شرط في صحة الطلاق، واستدلوا

بقول الله سبحانه في سورة الطلاق: "وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ". فذكر الطبرسي:

¹: الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج 18 ص 160

²: التحرير والتنوير، ابن عاشور، محمد طاهر بن محمد، الدار التونسية للنشر، بدون تاريخ وطبعة، ج 28 ص 309

³: مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ج 33 ص 33

أن الظاهر أنه أمر بالإشهاد على الطلاق، وأنه مروي عن أئمة أهل البيت رضوان الله عليهم أجمعين، وأنه للوجوب وشرط في صحة الطلاق.¹

والرأي الرابع أن الطلاق يقع بغير شهادة عليه لأنه من حقوق الزوج ولكن يستحب الإشهاد عليه لوجود النص والضيامة عن النزاع بعد وقوعه -

والإشهاد شرع للتوثيق لكي لا يكون بعد ذلك نزاع بين الزوجين أو عائلتهما حول الحقوق والواجبات، ولأنه يضطر الزوجان لإثبات حقوقهما للذهاب إلى المحاكم القضائية، ولا سيما في عصرنا الحاضر الذي ضعف فيه سلطان الدين على النفوس وتشتت الخيانة وضاعت الأمانة.

الطلاق بالرسالة :

نجد عند الفقهاء المتقدمين في الفروع الفقهية حكم الطلاق بالرسالة، فهي كانت قضية معروفة لدى الفقهاء، ولها علاقة بالقضايا المتعلقة بالطلاق عبر وسائل اتصال الحديثة ومعناه كما يقول صاحب البدائع والصنائع:

"وَأَمَّا الرِّسَالَةُ فَهِيَ أَنْ يَبْعَثَ الزَّوْجُ طَلَاقَ امْرَأَتِهِ الْقَائِمَةَ عَلَى يَدِ إِنْسَانٍ فَيَذْهَبَ الرَّسُولُ إِلَيْهَا وَيُبَلِّغُهَا الرِّسَالَةَ عَلَى وَجْهِهَا فَيَقْعُ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ؛ لِأَنَّ الرَّسُولَ يَنْقُلُ كَلَامَ الْمُرْسِلِ فَكَانَ كَلَامُهُ كَكَلَامِهِ"²

ولأن الغائب لا يستطيع طلاقها بالنطق فيقاس على من عجز عن النطق ويقدر على الكتابة كالأخرس، كما قال صاحب غاية المطلب :

"وَالْعَجَبُ يَمَسُّ عَلَيْهِمُ الْمَنَاطِقَةُ، فَتَصِيرُ الْكِتَابَةُ فِي حَقِّهِمْ مِمَّا يَثْبِتُهَا فِي حَقِّ الْآخَرِ"³

وقال صاحب المجموع :

¹ انظر: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للفتاوى، جعفر بن محمد، مؤسسة مطبوعاتي إسماعيلية، بدون طبع وتاريخ، ج 4

ص 57 و فقه السنة، سيد سابق، دار الكتب العربي بيروت لبنان الطبعة الثالثة 1397هـ، ج 2 ص 258

² البدائع والصنائع: الكاساني، ج 3 ص 126

³ غاية المطلب في دراية للنسب الجوزي، ج 14 ص 74

"وكذلك لا يقع الطلاق بالكتابة إلا في حق الغائب".¹

وألفاظ الطلاق ووقت وقوعه يعتبر بما يكتب في الرسالة كما نص على ذلك صاحب نهاية المطلب بقوله:

"فإذا كان في الكتاب: "أما بعد فأنت طالق". فإذا وقع الحكم بالكتابة تبين وقوع الطلاق من وقت الكتابة؛ فإنه لم يعلق الطلاق ببلوغ الكتاب ووصوله، بل تجزؤه؛ إذ قال: "أما بعد، فأنت طالق". وإذا قال: إذا بلغك كتابي، فأنت طالق، فلا يقع الطلاق ما لم يبلغها، وإذا قال: إذا قرأت كتابي فأنت طالق، فلا يقع الطلاق بنفس البلوغ ما لم تقرأ أو يقرأ عليها".²

كذلك عند المناهضة يقع الطلاق بالكتابة ويعتبر الكلام المكتوب في وقت وقوعه كما نص صاحب المغني:

"وإن كتبت إلى امرأتي: أما بعد، فأنت طالق طلق في الحال، سواء وصل إليها الكتاب، أو لم يصل وعدتها من حين كتبتها، وإن كتبت إليها إذا وصلك كتابي فأنت طالق فأناها الكتاب، طلق عند وصوله إليها، وإن ضاع ولم يصلها، لم تطلق؛ لأن الشرط وصوله وإن ذهبت كتابته بمحو، أو غيره، ووصل الكاغذ، لم تطلق؛ لأنه ليس بكتاب".³

صرح المالكية بوقوعه حين يرسل إليها الرسالة المكتوبة كما ذكر صاحب التاج والأكليل لمختصر خليل:

"وإن كتبت إليها بالطلاق ثم حبست كتابته فإن كتبه مجتمعا على الطلاق لزمت حين كتبه، وإن كان يشاور نفسه ثم بدا له فذلك له ولا يلزمه طلاق. قال ابن القاسم: ولو أخرج الكتاب من يده عازما وقد كتبه غير عازم لزمت حين أخرجه من يده، وإن كان أخرجه غير عازم فله رده ما لم يبلغها فإن بلغها لزمت".⁴

¹: المجموع شرح المذهب، النووي، ج 17 ص 119

²: نهاية المطلب في دراية المذهب، الحويني، ج 14 ص 78

³: المغني، ابن قدامة، ج 7 ص 487

⁴: التاج والأكليل لمختصر خليل، الغرناطي، محمد بن يوسف، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، 1416هـ، ص 333 ج 5

وذهب الحنفية إلى أن الكتابة إذا كانت مستبينة مرسومة فلا تحتاج إلى النية لأنه بمنزلة النطق، ولكنها في صورة مستبينة غير مرسومة محتاجة إلى نية الطلاق كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار، لأنه بمنزلة صريح الكتابة¹.

وكذلك يشترط الأحناف عدم الشك كما يقول صاحب البدائع:
"عَدَمُ الشَّكِّ مِنَ الزَّوْجِ فِي الطَّلَاقِ وَهُوَ شَرْطُ الْحُكْمِ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ حَتَّى لَوْ شَكَّ فِيهِ، لَا يُحْكَمُ بِوُقُوعِهِ حَتَّى لَا يَجِبَ عَلَيْهِ أَنْ يَعْتَزَلَ امْرَأَتَهُ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ كَانَ ثَابِتًا يَبْقَيْنَ وَوُقُوعُ الشَّكِّ فِي زَوَالِهِ بِالطَّلَاقِ فَلَا يُحْكَمُ بِزَوَالِهِ بِالشَّكِّ كَحَيَاةِ الْمَقْفُودِ"².

أما النية فهل يقع الطلاق بغير النية أم لا ؟ فقد قالت الحنفية إن الكتابة المرسومة موجبة الطلاق قضاء، سواء نوى بما الزوج أم لا، لأن نية غيره خلاف الظاهر ولا يوجد احتمال قصد غيره، ويقع بمجرد كتابته سواء وصلت الرسالة إليها أم لا، لو كان الطلاق مطلقا، ولو علق بوصولها إليها فلا يقع إلا بعد الوصول، ولكنها لو كانت لا على رسم أي غير مرسوم فهذا ينوي فيه، لأنها تحتمل الإيقاع وغيرها كتجربة الخط والقلم والبياض، فأصبحت كالألفاظ التي تشبه الطلاق، فيسأل عن نيته لو لم يعجز عن التكلم³.

يقول المالكية إن النية لا عبرة لها في الكتابة عند ما وصلت الرسالة إليها، كما نص الخرشي:

"أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا كَتَبَ إِلَى زَوْجَتِهِ بِطَلَاقِهَا وَهُوَ غَيْرُ عَازِمٍ عَلَيْهِ حِينَ كَتَبَهُ أَيْ وَلَا أَخْرَجَهُ عَازِمًا أَيْضًا بَلْ كَتَبَهُ وَأَخْرَجَهُ لِيَنْظُرَ فَإِنَّهُ يَقَعُ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ إِنْ وَصَلَ الْكِتَابَ لَهَا إِلَّا إِنْ لَمْ يَصِلْ وَسَوَاءُ كَتَبَ أَنْتَ طَالِقٌ، أَوْ إِذَا جَاءَكَ كِتَابِي فَأَنْتَ طَالِقٌ وَيَدْخُلُ فِي كَلَامِهِ مَنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ وَقْتُ الْكِتَابِ يَتَّهَ فَإِنَّهُ مُحْمُولٌ عِنْدَ اللَّحْمِيِّ عَلَى عَدَمِ الْعَزْمِ وَعِنْدَ ابْنِ رُشْدٍ عَلَى الْعَزْمِ وَالْفَرْقُ بَيْنَ مَا هُنَا مِنَ الْحِنْثِ بِالْكِتَابَةِ وَبَيْنَ الْبَيْسِ مِنْ أَنَّهُ لَا يَحْتَسُّ الْخَالِفُ بِالْكِتَابَةِ وَلَوْ عَازِمًا إِلَّا بِالْوُصُولِ لِلْمُخْلُوفِ عَلَيْهِ أَنَّ الْمُكَاتَبَةَ لَا تَكُونُ إِلَّا بَيْنَ اثْنَيْنِ بِخِلَافِ بَابِ الطَّلَاقِ"⁴.

فمعنى ذلك أن الكتابة مع العزم يلزم الطلاق بمجرد فراغه عن الكتابة، وإذا كانت بغير العزم يشترط لوقوع الطلاق وصولها إليها، فإن لم تصل إليها لا يقع -

¹: انظر: الغناية شرح الهداية، الباري، محمد بن محمد، دارالفكر بدون تاريخ وطبعة، ج 10 ص 525

²: البدائع والصنائع، الكاساني، ج 3 ص 126

³: انظر: المبسوط، السرخسي، ج 6 ص 143

⁴: شرح مختصر خليل، الخرشي، محمد بن عبد الله، دارالفكر بيروت بدون تاريخ وطبعة، ج 4 ص 49

والشافعية يقولون بلزوم النية في أحد القولين كما ذكر صاحب المجموع :

إذا كتب امرأته طالق ونواه وقع عليها سواء وصلها أو لم يصلها-¹

وروي عن الشافعية أقوال مختلفة في وقوع الطلاق بصورة الكتابة عند ما ينوي بها ولكن الغائب إذا كتب بنية الطلاق يقع الطلاق، لأن الطلاق لا يحتاج إلى القبول وهذا هو أصح القول عندهم كما نص صاحب روضة الطالبين قائلا:

"وإن نوى، ففيه أقوال وأوجه وطرق، مختصرها ثلاثة أقوال. أظهرها: تُطْلَقُ مُطْلَقًا، والثاني: لَا، والثالث: تُطْلَقُ إِنْ كَانَتْ غَائِبَةً عَنِ الْمَجْلِسِ، وَإِلَّا فَلَا. وَهَذَا الْخِلَافُ جَارٍ فِي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي لَا تَقْتَضِي إِلَى قَبُولِ كَالْإِعْتِقَادِ وَالْإِبْرَاءِ، وَالْعَفْوِ عَنِ الْفِصَاصِ وَغَيْرِهَا بِلَا فَرْقٍ"²

وكذلك تختلف الأقوال عند الخنابلة في القضية المذكورة بحيث يقع أو لا يقع بغير نية المطلق، ففي رواية يقع بها ولو لم ينو، والرواية الأخرى بعدم وقوعها لأنه من الكتابات والطلاق الكتابي يحتاج إلى نية الزوج-³

وقد أفتى الشيخ عبدالعزيز عبدالله بن باز رحمه الله بأن الطلاق بالكتابة بغير النية لا يقع كما أجاب في فتاوى إسلامية عن سؤال، بأن:

"هذا الطلاق غير واقع على المرأة المذكورة إذا كان لم يقصد به طلاقها وإنما أراد مجرد الكتابة أو أراد شيئاً آخر غير الطلاق لقول النبي، صلى الله عليه وسلم، " إنما الأعمال بالنيات ". الحديث. وهذا قول جمع كثير من أهل العلم وحكاه بعضهم قول الجمهور لأن الكتابة في معنى الكناية والكناية لا يقع بها الطلاق إلا مع النية في أصح أقوال العلماء إلا أن يقترن بالكتابة ما يدل على قصد إيقاع الطلاق فيقع بها الطلاق والحادثة المذكورة ليس فيها ما يدل على قصد إيقاع الطلاق والأصل بقاء النكاح والعمل بالنية"⁴

حاصل الكلام أن الطلاق يقع بالكتابة عند الجمهور ولكنهم اختلفوا في التفاصيل، فذهب الحنفية إلى أن الطلاق مؤثر بالكتابة سواء نوى بها أم لا بشرط أن تكون مستبينة ومرسومة فهي

¹: المجموع، النووي، ج 17 ص 119

²: روضة الطالبين وعمدة المفتون، النووي، يحيى بن شرف، المكتب الإسلامي بيروت دمشق الطبعة الثالثة، 1412هـ، ج 8 ص 40

³: انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة، ج 3 ص 120

⁴: فتاوى إسلامية، عبدالعزيز عبدالله بن باز وغيره، دارالوطني للرياض، الطبعة الثانية، 1413هـ، ج 3 ص 278

كالصريح، وإن كانت غير مرسومة فيقع بها الكناية التي تحتاج إلى نيته، والمالكية يقولون بأن العازم إذا كتب وقع بمجرد كتابته وفي مسألة الكتابة غير العازمة يقع حين ما تصل إليها، والشافعية يقولون بأن النية لابد أن تؤثر على الطلاق وتترتب الأحكام عليه، فإن لم ينو فهو لغو عندهم، ويقع عند الحنابلة بنية أو غيرها باختلاف الروايات كما ذكرنا قبل ذلك -

والراجح من الأقوال هو القول بوقوع طلاق الغائب بالكتابة مشروطا بنيته، وأن تكون كتابة مستينة مرسومة موثوقة بتوقيعه والمذكور فيها التاريخ واليوم والسنة وغير ذلك من الأمور للتوثيق وتوقعات الشهود مع أسمائهم مفصلا، لأن الطلاق أمر يتعلق بالتفريق بين الزوجين وتترتب عليه الآثار الكثيرة المالية منها، وغيرها فلا بد من توثيقه إلى حد الإمكان، كما قال صاحب ردالمحتار :

"فَأَخَذَهُ الرَّوْجُ وَخَتَمَهُ وَعَنُونَهُ وَبَعَثَ بِهِ إِلَيْهَا فَأَتَاهَا وَقَعَ إِنَّ أَقَرَّ الرَّوْجِ أَنَّهُ كِتَابَةٌ أَوْ قَالَ لِلرَّجُلِ: ابْعَثْ بِهِ إِلَيْهَا، أَوْ قَالَ لَهُ: اكْتُبْ نُسْخَةً وَابْعَثْ بِهَا إِلَيْهَا، وَإِنْ لَمْ يَقْرَأْ أَنَّهُ كِتَابَةٌ وَلَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ لَكِنَّهُ وَصَفَ الْأَمْرَ عَلَى وَجْهِهِ لَا تَطْلُقُ قَضَاءً وَلَا دِيَانَةً، وَكَذَا كُلُّ كِتَابٍ لَمْ يَكْتُبْهُ بِحُطِّهِ وَلَمْ يَمْلِكْهُ بِنَفْسِهِ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ مَا لَمْ يَقْرَأْ أَنَّهُ كِتَابَةٌ"¹

و الطلاق لا يحتاج لوقوعه إلى القبول بل يؤثر بإرادة الزوج منفردا، والكتابة المتصفة بصفات المذكورة أوثق وأقوى من النطق الخالي عن الشهود والوسائل التوثيقية القانونية، ولأنها تقوم مقام النطق عند الحاجة والعجز والعذر الشرعي كما في حالة الأخرس فكذلك الغائب عن الزوجة يحتاج أن يطلقها بها ولا يجد وسيلة أخرى -

¹: ردالمحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج 3 ص 247

المبحث الأول : الطلاق عبر الإنترنت وعبر الجوال في الشريعة

الوسائل الحديثة في مجال الاتصالات أصبحت جزءاً لا ينفك عن حياة الإنسان في عصرنا الحاضر وتتزايد استخدامها بشكل سريع، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل يعتمد الإنسان عليها في مجال تعاملاته الشخصية، وفي العلاقات الأسرية والزوجية كإبرام عقد النكاح والطلاق عن طريق الإنترنت أو الجوال بأن يكتب الزوج عبر الإنترنت رسالة إلى زوجته بأنك طالق، أو أطلقك، وغير ذلك فهل يقع الطلاق بها أم لا؟ لأن الطلاق بواسطة الرسائل النصية عبر الهاتف النقال (sms) وبواسطة الإنترنت عبر البريد الإلكتروني (E mail) قد شاع بين الناس في مجتمعاتنا، الطلاق الإلكتروني كما عرفه الدكتور أبو البصل:

"هو حل رابطة الزواج بلفظ مقصود من الزوج صراحة أو كناية أو بالفعل الصريح أو الكفائي عبر وسائل الاتصال الحديثة كالاتصالات الخلوية والرسائل النصية، أو برامج المحادثة الفورية أو البريد الإلكتروني، وعلى هذا يشمل الطلاق الإلكتروني جميع صور الطلاق التي ترسل أو تسلم أو تخزن بوسائل الإلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني"¹.
فهل يقع الطلاق بها أم لا؟ وللإجابة على هذا السؤال سنطرق إلى حكمها الشرعي في ضوء آراء الفقهاء في هذا المبحث في الصورتين الأساسيتين الآتيتين، فتوجد عندنا صورتان أساسيتان للطلاق ونذكر كل واحدة منهما على حدة .

الصورة الأولى :المهاقة بالطلاق :

هذه الصورة تتعلق باتصال صوتي والزوجة تسمع وتعرف أنه زوجها، فإذا طلق الرجل زوجته مشافهة عن طريق الهاتف أو الجوال أو الفيديو أو الكمبيوتر المرتبط صوتياً بشبكة الإنترنت، فإن الطلاق واقع شرعاً، لأنه لا يتوقف وقوعه على حضور الزوج ولا رضاها ولا علمها، كما أنه لا يتوقف على الإشهاد، فالطلاق يقع بمجرد تلفظ الزوج به، ولكن يشترط أن تتأكد الزوجة بأنه خاطبها هو زوجها وليس هناك تزوير، لأنه ينبغي على ذلك اعتماد الزوجة واحتسابها لبداية العدة من وقت صدور الطلاق الذي خاطبها به الزوج².

¹: الطلاق الإلكتروني في الفقه الإسلامي، أبو البصل، علي بن عبد الحميد، كلية الشريعة والأنظمة جامعة الطائف 2012م، ص 10
في النظر الموسوعة الميسرة في فقه القضاء المعاصرة، فقد الأسبق، إصدار مركز الصبحي، جامعة الإمام الريحاني، الطبعة الأولى، 1435هـ، ص 41

وكذلك يصدق ذلك بالنسبة إلى الزوجة المفوضة بالطلاق من قبل زوجها حين العقد، حيث يجوز لها طلاق نفسها بالمهاتفة أو الفيديو وغير ذلك لاطلاع زوجها على أنها تقع الطلاق على نفسها حسب التفويض¹.

ولاحتمال أن يكون الصوتان متماثلين فيما بينهما فمجرد السماع لا يعتبر كافيا لوقوع الطلاق في صورة الاتصال السماعي بواسطة هاتف أو الجوال أو الأديو على شبكة الإنترنت إلا بعد التأكد بأن صاحب الصوت هو الزوج بنفسه ولا غيره ، فلو أنكز الزوج أنه لم يتصل معها فيقبل قوله قضاء ولا يحكم بوقوعه².

فمعنى ذلك أن الاعتماد على سماع الصوت بواسطة الجوال والهاتف وغير ذلك لا يصح إلا بعد تحقق الأمر لأن الالتباس والاشتباه يمكن إلى حد ما، وكثر في هذه الأيام التزوير والخداع، والمهارة في تقليد بعض الناس بعضا في الكلام حتى أن أحدهم يقوي أن يمثل جمادة من الذكور والإناث، ويحاكيهم في أصواتهم ولغاتهم المختلفة محاكاة تلقي في نفس السامع أن المتكلمين أشخاص-

الصورة الثانية : إرسال الرسائل بواسطة الوسائل الحديثة

قد بينا قضية الطلاق بإرسال الرسالة والطلاق بالكتابة قبل ذلك مع بيان حكمه الشرعي لدى الفقهاء، وحيث تعدد صور إرسال الرسائل في عصرنا الحاضر، فهي ترسل بواسطة الجوال والبريد الإلكتروني وغير شبكة الإنترنت وغير ذلك من الوسائل فهي تتطلب بيان حكمها الشرعي، لأن التزوير والتزوير واحتمال الخطأ فيها أكثر منها في الرسائل القديمة، ولذا ذهب الفقهاء إلى أن الوقوع مشروط بإقرار الزوج أو الإشهاد عليه للتأكد المزيد كما قال سيف الله رحمانى :

"ففي صورة الفاكس أو التيلغراف لا يعرف المرسل ويحتمل أن يكون شخصا آخر فيوجد احتمال الغرر والتزوير وخاصة في زمننا هذا لا يمكن الاطلاع على من كتب لأن أغلب الناس يستخدمون الكمبيوتر للكتابة فلزم التأكد قبل الحكم بوقوعه إما بإقرار الزوج أو بشهادة شاهدين عدلين أن يشهدا على أن الزوج كتب وأرسل بنفسه"³.

¹ انظر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، الأشقر، ص 112

² انظر: جديد فقهي مسائل، رحمانى، خالد سيف الله، زمزم پبلشرز، الطبعة الأولى، 2010م، ج 1 ص 204

³ انظر: المصدر نفسه، ج 1 ص 204

وكذلك قال صاحب كتاب النوازل بأن الطلاق يقع بإرسال النص عبر الجوال بشرط إقرار الزوج به بأنه أرسله بنفسه¹ تخريجاً على الفرع الفقهي المذكور في حاشية ابن عابدين وهو: "ولو استكتب كتاباً من آخر بطلاقها الخ وقع إن أقر الزوج أنه كتابه"².
وذكر شروطها صاحب الفقه الميسر، قائلاً:
"وبناء على ما ذكرناه يمكننا أن نقول: يشترط لحصول الطلاق عن طريق الجوال أو أجهزة الإرسال الحديثة ما يلي :

- 1: أن يكون الزوج هو مرسل الرسالة، أو من وكله الزوج بذلك وكالة خاصة -
- 2: أن يكون لدى الزوج النية والعزم على تطبيق زوجته كأن تكون الرسالة جواباً لسؤالها الطلاق -
- 3: أن تكون عبارة الطلاق في الرسالة صريحة ولا تحتمل تأويلها بمعان مختلفة بعيدة عن الطلاق -

4: أن يعلم الزوج زوجته بالرسالة³
ذلك لأن القضية لا يمكن قياسها على قضية الكتابة الموجودة أمام الفقهاء القدامى، والفرق بينهما من حيث سماع الصوت كما نص الأشقر:
"إن إجراء العقود بين الغائبين عن طريق المخاطبة بالهاتف أو عن طريق شبكة الإنترنت أو الفاكس أو التللكس هو نمط جديد في الاتصال، وما قاسه بعض المعاصرين على أن صورة العقد الذي كان ينقل ألفاظه وسيط بين المتعاقدين ليس بسديد، فالصورة الجديدة تمكن المتخاطبين كليهما من إجراء العقد بصوتيهما كما لو كانا حاضرين، وهذا الفرق بين المقيس والمقيس عليه وله أثر في الحكم"⁴.

فمعنى ذلك أن الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة ليس مشتركاً في العلة مع قضية الطلاق بالكتابة اشتراكاً كاملاً، بل يلاحظ الفرق بينهما في بعض الصور كما في الكلام مباشرة ومشافهة في صورة الاتصال بواسطة الفيديو وغير ذلك -

¹: انظر: كتاب النوازل، سلمان منصور بوري، المركز العلمي للنشر والتحقق لال باغ مراد آباد، الطبعة الأولى، 2015م، ج 9 ص

²: ردالمحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج 3 ص 247

³: الفقه الميسر النوازل المعاصرة في فقه الأسرة، الطيار، عبد الله بن محمد وغيره، ج 11 ص 80

⁴: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، الأشقر، ص 102

والأحوط في القضية هو رعاية الشروط المذكورة في حق الزوجين وأولادهما لكي لا تنشأ
الأمرة ويضيع الأولاد، وإن لا تفوت المقاصد العليا المقدر في حقهم من جانب الله تعالى، لأن الطلاق
أبغض الجلال عند الله تعالى فيقتضي غاية الاحتياط، ولأن في الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة
فيه التسريح والنزاع الواقع أو المتوقع بالزوجة والزوج معاً، وقد تطول عدة الزوجة بسببه، ويصعب عليها
إثباته فيؤدي إلى عدم استقرار العلاقات الزوجية، وهو منعاة للهو والعبث، فلا بد من رعاية الضوابط
والتقواعد الشرعية المنقولة في باب الطلاق للصيانة عن المفساد والشرير الواقع عليهما و على المجتمع

المبحث الثاني: الطلاق عبر الإنترنت وعبر الجوال في القانون

الباكستاني

لأنجد حكم الطلاق بواسطة الإنترنت والجوال في القانون الباكستاني فالقانون فيه فراغ بهذا الخصوص، ولكنه نص على إلزام التسجيل و إرسال الرسالة والاطلاع عليه مجلس النقابة قبل التسجيل كما ذكرنا قبل ذلك في قضية تسجيل الطلاق في الباب الأول في ضوء قانون الأحوال الشخصية الباكستاني المسمى بـ ، Muslim family Law Ordinance 1961،

فالمادة 7 في قانون الأسرة الباكستاني تناولت قضية تسجيل الطلاق فقد ورد في القانون :

1: Any man who wishes to divorce his wife shall, as soon as may be after the pronouncement of talaq in any form whatsoever, give the chairman a notice in writing of his having done so, and shall supply a copy there of to the wife,¹

فلا بد للزوج أن يطلع رئيس مجلس النقابة بإرسال الرسالة التحريية وزوجته بعد إيقاع الطلاق، فإن لم يفعل ذلك يعاقب بعقوبة بدنية ومالية، وبعد ذلك ورد في نفس المادة:

3: Save as provide in sub section 5, talaq, unless revoked earlier expressly or otherwise, shall not be effective until the expiration of ninety days from day on which notice on under sub section 1 is delivered to the chairman.²

المفهوم الملخص المأخوذ من الفقرة المذكورة أن الطلاق لا يؤثر بعد مضي ثلاثة أشهر من يوم إطلاع رئيس مجلس النقابة، ووجه عدم ترتب الآثار عليه هو القيام بمجلس التحكيم أثناء ثلاثة أشهر لأن يقوم بإصلاح أحوالهما كما ورد في نفس المادة.

فمعنى ذلك أن الطلاق حسب القانون الباكستاني لا يقع بإرسال البريد الإلكتروني والرسائل النصية والفاكس والتلغراف وغير ذلك من الوسائل الحديثة، بل يجب على الزوج بأن يمر المراحل

¹ : muslim family law ordinance 1961 . section 7: subsection 1

² : المصدر نفسه: الفقرة 3

القانونية اللازمة عليه بنفسه أو بمن يقوم مقامه من أهله أو وكيله، فلا بد له أن يطلع مجلس النقابة وزوجته بالطلاق تحريرا، ثم ينتظر ثلاثة أشهر حتى يقع الطلاق قانونيا في نظر المحكمة القضائية، وبعد ذلك يقوم رئيس مجلس النقابة ببعث الحكمين لإصلاح أحوالهما والتوافق بينهما -

فالقانون مخالف للشرعية الإسلامية في قضية التسجيل من حيث قيام التحكيم بعد وقوع الطلاق لأنه مأمور به قبل الوقوع لا بعده، وفي صورة الطلاق الإلكتروني لا يمكن القيام به لأجل بعد الزوج عن زوجته، وعدم ترتب الآثار الشرعية عليه بعد وقوعه، ولا نجد أي مادة في قانون الأسرة تنظم الطلاق الإلكتروني، ولهذا فعلى المشرع أن يواكب التطور الحالى، والواقع الذي يفرض هذا النوع من الطلاق، والقيام بصياغة مواد قانونية تنظم انحلال الزواج بوسائل الاتصالات الحديثة وتختصر كينياته، وتحدد طرق إثباته -

المبحث الثالث: طلاق الصغير في الشريعة والقانون

إن الطلاق في الأصل تصرف، والتصرف يقتضي التكليف من حيث الأصول، وتصرف الصبي هو التصرف من جانب غير المكلف شرعاً، فهل يحكم وينفذ تصرفه أم لا ؟ والإجابة على هذا السؤال تقتضي أن نبحث أسس القضية الأصولية من حيث الأهلية وحد البلوغ في ضوء آراء الأصوليين والفقهاء الذين أخذوا واستنبطوا الأصول عن النصوص والأصول العامة الشرعية، و نذكر حكم الطلاق الواقع من الصغير والآثار المترتبة عليه، لأن المسألة لها علاقة بأهلية الإنسان وعدمها، ووجوب التكليف عليه وانعدامه .

الأهلية :

يشترط الشرع لثبوت التكليف ووجوب الحقوق والواجبات وجود الأهلية الكاملة، وهي كما عرفها الأصوليون على النحو التالي:

"وهي في لسان الشرع عبارة عن صلاحية الشخص لتجريب الحقوق المشروعة له وعليه".¹

أي هي عبارة عن الصلاحية الخلقية والملكية الفطرية الموجودة في ذات الإنسان التي تثبت له الحقوق على غيره ولغيره عليه، وهي مبنية على عنصرين أساسيين هما: القوة البدنية والقوة العملية، بمعنى أنه صحيح البدن والعقل ويقدر على أداء الفعل، إن فقد أحدهما صارت الأهلية قاصرة بما، كما قال السيوطي رحمه الله في أصوله:

"فالقاصرة بالغير قوة البدن وذلك ما يكون للصبي المتميز قبل أن يبلغ أو المغموم بعد البلوغ فإنه بمنزلة الصبي من حيث إن له أصل العقل وقوة العقل بالبدن وليس له صفة الكمال في ذلك حقيقة ولا حكماً".²

فالصبي إما أن يكون مميزاً أو غير مميز، ولكل واحد منهما أحكام مختلفة من حيث الواجبات والحقوق وغير ذلك، ولأنجل ذلك قال صاحب كشف الأسرار :

"فالصبي أهل ليقض الأحكام وليس بأهل ليقضيها أصلاً وهو أهل ليقضيها بواسطة وأهل

الولاية".³

¹: كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، عبد العزيز بن أحمد، دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ وطبعة، ج 4 ص 237

²: أصول السيوطي، محمد بن أحمد، دار المعرفة، بدون تاريخ، ص 340 ج 2

³: كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، عبد العزيز، ج 4 ص 237

لأنه ليس صاحب العقل كاملاً ولا يبلغ إلى حد البلوغ المقدر للتكليف، كما قال شمس الأئمة بأن الأهلية تكمل بشيئين العقل والبلوغ ونص بذلك:

"والكاملة تجتنب علي قدرتين قسرة فهم الخطاب وذلك يكون بالعقل وقسرة العقل به وذلك بالبدين"¹.

لأن الفهم للخطاب لا بد منه فإذا كان المخاطب لا يفهم فكيف يخاطب بالكلام والأحكام قال الغزالي:

"وشرطه أن يكون عايقاً يفهم الخطاب، فلا يصح خطاب الجنان والبهيمية بل خطاب المتجشون والصبي الذي لا يميز؛ لأن التكليف مقتضى الطاعة والإمتثال، ولا يمكن ذلك إلا بقصد الإمتثال"².

فالصبي غير المميز وإن كان من الممكن مخاطبته لكنه لا يستطيع أن يفهم ويقصد قصداً صحيحاً فلا يتوجه الخطاب إليه، وهو الصبي الذي لا يميز ولا يفرق بين الأشياء، فلا يميز بين الحق والباطل، وبين الطيب والخبيث، وبين الجيد والردى، ومعدته سبع سنوات، وهو من ولادته إلى سبع سنوات من عمره³.

أما الصبي المميز فيعقل ويفهم إلى حد ما، فلو قيل لما ذا لا يكلفه الشرع، فالجواب عنه إن الشريعة جعلت مدلول التكليف بالبلوغ وإمارته ظهور الشهوة والاحتلام لا التمييز كما نص صاحب البحر المحيط قائلاً:

"ومذكرك شرطه الشرع، ولو رددنا إلى العقل لم يستحق تكليف العقل المتميز من الصبيان"⁴.
وصرح بذلك صاحب روضة الناظر بقوله:

"فأما الصبي المتميز فتكليفه ممكن، لأنه يفهم ذلك، إلا أن الشرع حط التكليف عنه تخفيفاً لأن العقل خفي، وإنما يظهر فيه على التدرج إذ لا يمكن الوقوف بغتة على الحد الذي يفهم به خطاب الشارع، ويعلم الرسول وللمرسل، فتصب له علامة ظاهرة"⁵.

1: أصول الشريعة للشيخ محمد بن أبي بكر، ج 2 ص 340.

2: المستصفى، الغزالي، ص 67.

3: انظر: المهذب في علم أصول الفقه للفتاوى، النجاشي، عبد الكريم بن علي، مكتبة الرشد الرياض، الطبعة الأولى، 1420هـ، ج 1 ص

325

4: البحر المحيط، الزركشي، محمد بن عبد الله، دار الكتب، الطبعة الأولى، 1414هـ، ج 2 ص 56.

5: روضة الناظر وجنة الناظر، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، مؤسسة الريان، الطبعة الثانية، 1423هـ، ج 1 ص 156.

وقد جاء بيان هذه النقطة بوضوح مزيد في القيس في شرح بلوطاً على النحو التالي:
 "وكذلك البلوغ لا يخلاف فيه أيضاً، وهو متوط بالأول لأن الصبي عدم العقل ولا يزال
 يتدرج في المعرفة حالاً بعد حال حتى يكمل له ويتدارك بعضه ببعض، وليس ذلك مما يدركه الخلق
 فغصب الله تعالى عليه علامته وهو الاحتلام للغلام والحيض للجارية، فإن عدمها قالسن¹.
 فالعلامة الظاهرة هي البلوغ البدني لأن الإطلاع على ذلك لا يمكن إلا بذلك وهو ظهور
 الشهرة وصلاحية الجماع كما قال الدكتور غملة:

"والبلوغ يكون إما باستكمال خمس عشرة سنة، أو بالاحتلام وهو إزال المني، أو بإنبات
 شعر من قبل، هذا بالنسبة للذكر، أما الأنثى فيعرف بلوغها بأحد الأمور التي تنقص الذكر، وتزيد أمراً
 رابعاً وهو الحيض"².

وال مأخوذ من العبارات الأصولية المذكورة هو أن الأصل عدم أهلية الصبي والصغير في الشريعة
 المخالفة من حيث الأحكام والتكليف، ولكن ثبت له الحقوق من حيث الإنسان ويلزم عليه بعض
 الواجبات من حيث النبابة عنه في المعاملات التي تجري فيها النبابة عن الغير شرعاً.

حد البلوغ :

يتوجه التكليف إلى الإنسان ويصبح أهلاً كاملاً للأحكام الشرعية بعد البلوغ فما حد البلوغ
 عند الفقهاء من حيث عمره؟ اختلفت آراء الفقهاء في القضية، لأن الشريعة لم تحدد سنوات محددة
 للبلوغ بل اختلفت ببيان آثاره وعلاماته وهو الحيض والاحتلام ولكن لو لم تحض جارية أو لم يحلم
 الصبي إلى زمن طويل فكيف يحكم بأنه أو أنها بالغة مكلفة للأحكام الشرعية؟ ذهب الحنفية إلى أن
 أدنى المدة للبلوغ فيهما هو:

"في حق الغلام اثنتا عشرة سنة، وفي حق الجارية تسع سنين"³.

أما المدة الأقصى فاختلف الصاحبان فيه مع إمامهما كما جاء في الهداية:

"بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطئ، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانين
 عشرة سنة، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة،
 وهذا عند أبي حنيفة وقالوا إذا تم الغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا، وهو رواية عن أبي حنيفة"⁴.

¹: القيس في شرح موطأ الإمام مالك بن أنس، الحنفية، محمد بن عبد الله دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1992م ص 267

²: تلخيص في علم أصول الفقه المقارن، النملة، ج 1 ص 323

³: الهداية، المرحلي، ج 3 ص 281

⁴: المصدر نفسه ج 3 ص 281

وسذهب الإمام مالك رحمه الله يعتبر البلوغ بالاحتلام والحبل أو بإتيان الشعر فيهما، ولا حد لذلك من حيث السن عنده بل يحكم به مرور الزمن عليه أو عليها بغالب الظن، كما صرح بموقفه في الكافي قائلا:

"وحد البلوغ عند مالك رحمه الله في الرجال الاحتلام أو الإنبات أو يأتي عليه من الزمان ما يعلم أنه لا يبلغه إلا محتملا وحد البلوغ في النساء الحيض أو الاحتلام أيضا أو الإنبات أو الحمل أو يأتي عليها من الزمان ما يعلم به أنها قد بلغت في الأغلب"¹

ولكن الراجح عند المالكية هو خمس عشرة سنة كما يقول في نفس المصدر:

"والذي نقول به أن حد البلوغ الذي تلزم به الفرائض خمس عشرة سنة وذلك أحب ما فيه إلى وأحسنه عندي لأنه يسهم فيه في الجهاد لمن حضر القتال، واحتج بحديث ابن عمر إذ عرض عليه يوم الخندق وكان ابن خمس عشرة سنة فأجيز ولم يجز يوم أحد لأنه كان ابن أربع عشرة سنة"²

وقدر الشافعية والحنابلة خمس عشرة سنة للبلوغ، كما جاء في المجموع:

"فقال الأوزاعي والشافعي وابن حنبل: خمس عشرة سنة بلوغ لمن لم يحطم، وهو قول ابن وهب وأصابع وعبد الملك بن الماجشون وعمر بن عبد العزيز وجماعة من أهل المدينة"³

وبمذهب الحنابلة نص في الهداية على مذهب أحمد:

"والبلوغ في حق الغلام بأحد ثلاثه أشياء، الاختلام، أو إكمال خمس عشرة سنة، أو إنبات الشعر الحشيش حول القبل. وفي حق المرأة بما ذكرنا والحيض والحبل والرشد"⁴

فتبين من العبارات المذكورة أن المذاهب الأربعة متفقة على خمس عشرة سنة كأقصى مدة البلوغ من حيث السن لو لم يحصل الاحتلام والحيض والإنبات إلا الإمام أبو حنيفة رحمه الله فقد اختلف في ذلك -

وقال داود الظاهري إن البلوغ يقدر بالاحتلام والحيض فقط، ولا اعتبار للعلامات الأخرى العقلية كما نقل مذهبه في المحلى:

"وقال داود الظاهري: لا يبلغ بالسن ما لم يحطم، ولو بلغ أربعين سنة"⁵

1: الكافي في فقه أهل المدينة، القرطبي، ج 1 ص 331

2: المصدر نفسه، ج 1 ص 331

3: المجموع شرح للمذهب، النووي، ج 13 ص 361

4: الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الكلوذاني، ص 274

5: المحلى، ابن حزم، ج 8 ص 285

والمسألة كما هو معروف لم يرد نص فيها صريح من الخارج فهي يجتهد فيها ومبنية على أعراف الناس وأحوالهم الطبيعية والبدنية، ولذا يختلف الحكم من زمن إلى زمن آخر لتغير القوة والجو والغذاء وغير ذلك من العوامل الخارجية المؤثرة على القوى الإنسانية، فلذلك يحكم به حسب الأحوال وحسب اقتضاء العصر، أما حديث ابن عمر رضي الله عنه¹ في يوم أحد والخندق فيتعلم بالجهاد والقتال ولا بد لذلك من الشدة والقوة البدنية، ولكن البلوغ يتعلق بالأهلية والتكليف وهو مبني على العقل لا القوة الطبيعية والبدنية.

المطلب الأول : حكم طلاق الصغير في الشريعة الإسلامية :

تقدم بيان الأسس الأصولية لحكم طلاق الصغير من جانب الأهلية وعدمها في صورة الصبا لانحلال عقد الزواج، وأما رأي الفقهاء في هذه القضية ومواقفهم من حيث الحكم الشرعي، فأقول إن الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية متفقون على عدم وقوع الطلاق إذا طلق الصغير زوجته كما نص صاحب البدائع :

"فَوْنَهَا أَنْ يَكُونَ عَاقِلًا حَقِيقَةً أَوْ تَقْدِيرًا فَلَا يَقَعُ طَلَاقُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَا يَعْقِلُ لِأَنَّ الْعَقْلَ شَرْطُ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ لِأَنَّ بِهِ يَعْرِفُ كَوْنَ التَّصَرُّفِ مُصْلِحًا وَفُلَيْهِ التَّصَرُّفَاتُ مَا طَرَعَتْ إِلَّا لِمَصَالِحِ الْعِيَانِ"².

فذكر من شروط الطلاق أن يكون الطالق صاحب العقل والصبي لا يعقل فلا يترتب على فعله الآثار الشرعية، وكذلك يقول المالكية:

"لا يجوز طلاق الصبي حتى يحتلم ولا المجنون ولا المغمى عليه حتى يفيق"³.

والشافعية صرحوا أيضا كما ورد في متن أبي شجاع :

"ولا يقع الطلاق قبل النكاح وأربع لا يقع طلاقهم للصبي والمجنون والنائم والمكروه"⁴.

واختلف الحنابلة في حكم طلاقه على قولين كما ذكر صاحب الهداية على مذهب الإمام

أحمد:

"وَأَمَّا الصَّبِيُّ الْعَاقِلُ فَيَصِحُّ طَلَاقُهُ وَعِنْدَهُ لَا يَصِحُّ"⁵.

¹ السنن الكبرى، البيهقي، ج 9 ص 21

² بدائع الصنائع، الكاساني، ج 3 ص 99

³ الكافي في فقه أهل المدينة، القرطبي، ج 2 ص 571

⁴ الغاية والفقيه، الأصفهاني، أحمد بن الحسين، عالم الكتب بدون تاريخ وطبعة، ص 33

⁵ الهداية على مذهب الإمام أحمد، الكلوثاني، 419

فمن الإمام أحمد رحمه الله رواية في عدم وقوع الطلاق مطلقاً سواء يعقل أم لا كما جاء في المسائل الفقهية مانصه:

"وتقل أبو طالب: قال: سألت أحمد رحمه الله عن طلاق السكوان فقال أحمد: يجوز طلاق الصبي فقال أبو طالب: لا. فقال له أحمد: لم قال أبو طالب: لأنه لا يعقل. قال أحمد: فالسكوان لا يعقل، والعالم واللبوس والهاذي هذا كله لا يعقل، والصبي يعقل ولكن لا يجوز طلاقه حتى يحل، فقد نص على أن طلاقه لا يقع"¹

فحاصل الكلام أن المذهب الأربعة متفقة على عدم وقوع الطلاق في حالة الصغر لعدم الأهلية والطلاق تصرف من التصرفات التي لا تنفذ إلا بأهلية كاملة، لأنها يتضمن الضرر الذي لا يدركه عقله، ولأنه رفع عنه القلم شرعاً كما قال النبي صلى الله عليه وسلم:

"رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ الثَّالِثِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الْمُهْتَلَى حَتَّى يَبْرَأَ وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَكْبُرَ"²

وفي رواية أخرى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

"وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَكْبُرَ"³

فمعنى ذلك أن الصبي قبل البلوغ لو طلق امرأته فلا يقع طلاقه لكي لا يضر نفسه لعدم فهمه ونقص عقله ولأنه لا يعرف النتائج الشرعية والاجتماعية والمالية المترتبة على فعله، وقد قيد لزوم طلاقه من ذهب إلى إلزامه قبل البلوغ والعقل والتمييز يقول صاحب فتح الباري:

"لكن اختلفوا في إيقاع طلاق الصبي فعن ابن المسيب والحسن أنه يلزمه إذا عقل وميز وحده، وعند أحمد أنه يطبق الصيام ويحصى الصلاة وعند عطاء إذا بلغ اثني عشرة سنة"⁴
ولكن المعيار الأصلي في الشريعة لوجود العقل والتكليف هو البلوغ ولا يمكن إداركه إلا بما اشترط الشرع وجوده وهو أن يحتمل أو تحيض أو يبلغ خمس عشرة سنة -

¹: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، محمد بن الحسين بن الفراء، مكتبة المعارف الرياض الطبعة الأولى، 1405هـ، ج 2، ص 158

²: سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، باب في المجنون يسرق، ج 4 ص 243، رقم الحديث، 4400، رواه أبو داود والبيهقي بإسناد صحيح - وحديث علي رضي بطرق أخرى، ورواه الترمذي وقال هذا حديث حسن غريب وأخرجه الحاكم عن قتادة وقال علي شرط مسلم، رواه التبريز عن أبي هريرة وصكت عنه - راجع: خلاصة الأحكام، يحيى بن شرف النووي، مؤسسة الرسالة لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ، ج 1 ص 250، ونصيب الراية ج 4 ص 162

³: المصدر نفسه، ص 244 ج 4

⁴: فتح الباري، الصغاني، ج 9 ص 393

المطلب الثاني : حكم طلاق الصغير في القانون الباكستاني:

إن لفظ الصغير في القانون الباكستاني يطلق على من بلغ ثمانية عشر عاماً فيما لو كان الولد غلاماً وعلى من تمت عشرة عاماً لو كانت بنتاً، كما نص في القانون Child Marriage Restraint Act 1929، في المادة الثانية :

Child means a person who, if a male, is under eighteen year age, and if a female is under sixteen year of age¹

فمعنى ذلك أنها ليستا مكلفين حسب القانون قبل بلوغهما هذا المبلغ من العمر المحدد، ولأجل ذلك لا يجوز زواج الصغير والصغيرة في القانون الباكستاني، بل قرر القانون عقوبة مقدرة تعزيرية لمن قام بزواج الصغيرة والصغير كما جاء في المادة الخامسة :

Whoever perform conduct or directs any Child Marriage shall be punishable with simple imprisonment which may extend to one months, or with fine which may extend to one thousand rupees, or with both, unless he proves that he have reason to believe that the Marriage was not a child marriage.²

معنى ذلك أن الولي أو الشخص الذي قام بتزويج الصغير أو الصغيرة يعاقب بالسجن إلى شهر واحد أو بالغرامة أو بكليهما معاً، حتى أن يثبت أمام القاضي أن هذا النكاح ليس بنكاح صغير، أو نكحه بشبهة وغير ذلك -

فلا يجوز نكاح الصغير في القانون الباكستاني الوضعي، ولذا لم يتعرض القانون لقضية طلاق الصغير لأن الطلاق لا يوجد إلا بنكاح، فقضية طلاق الصغير لا توجد في القانون الباكستاني، ولكن الفقه الإسلامي أجاز نكاح الصغير ولهما الخيار بعد البلوغ -

أرى بأن القانون بحاجة إلى الإصلاح وإعادة النظر فيه حتى يكون قابلاً للتطبيق والأخذ، وأن القانون حدد مدة معينة للزواج ويعتبر الزواج قبل تلك المدة المحددة خلافاً للقانون، ولكن حيث إن كثيراً من الأولاد يبلغون قبل المدة المحددة قانونياً، ويخاف الأولياء في وقوعهم في الأمور غير الأخلاقية والفحشاء والمنكرات الشرعية، فلا يجوز تعيين المدة للنكاح من حيث الإلزام والإجبار لأنه من قبيل تقييد الحقوق والتصرفات الجائزة شرعاً، وعليه فلا يجوز العقوبة في صورة نكاح الصغير عند ما يبلغ

¹ : Child Marriage Restraint Act 1929 section 2 (A)

² : ibid section 5

إلى البلوغ المبني لأن الأصل في الزواج هو البلوغ وليس السنوات، فلا اعتبار للسنوات شرعاً بل المعيار الشرعي الأصلي هو البلوغ بأن يحتمل ويقدر على أداء الحقوق الزوجية الخاصة.

كذلك يجب النكاح على من يخاف الوقوع في المحظورات والمنكرات ولو لم يبلغ ثمانية عشر سنة، لأن الإنسان عند ما يحطم فيكلف مباشرة بالأحكام الشرعية العملية، فلو وقع الإنسان البالغ والمأقل في الزنا حد بحد شرعي ولو كان عمره خمس عشرة سنة.

والعقوبة القانونية بالنكاح الولد قبل بلوغه إلى ثماني عشر سنوات حسب قانون الباكستاني فهو سلب للحقوق والحرية الفردية، ومن الناحية الأخرى هو الصدود والإبعاد عن الضرورة الأساسية لأن النكاح عند التوقان واجب والطبائع من حيث الشهوة تختلف فيما بينها فلا يجوز الحكم بها مطلقاً لاختلاف الطبائع والافتضاءات الفطرية البشرية، وكذلك تحت الشريعة بتزويج الأولاد بعد البلوغ لحفظ عفتهم وأخلاقهم.

خلاصة الكلام أن طلاق الصغير لا يقع عند الفقهاء بل يتوقف على إجازة الولي، أما القانون فلا يجوز نكاح الصغير فيه ولذلك لا يتعرض لقضية طلاق للصغير.

الفصل الثالث: الطلاق السوري

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول في : تعريف الطلاق السوري

المبحث الثاني في : حكم الطلاق السوري في الشريعة والقانون

الفصل الثالث: الطلاق السوري

الطلاق السوري نازلة من التنازل للمستحدثة التي ظهرت في البلاد الإسلامية عموماً وبين الأقليات المسلمة التي تعيش في البلاد الكافرة خصوصاً، والحاجة ماسة لبيان حكم الطلاق السوري من حيث الحل والحل في الشريعة وهل ترتب الآثار الشرعية عليه أم لا؟، لأن القوانين الوضعية تلزم تسجيل الطلاق لصيانة وحفظ حقوق الزوجة، والزوج يلجأ للطلاق السوري من غير قصد الطلاق هرباً من الإجراءات القانونية في بعض الدول التي تمنع قوانينها تعدد الزوجات، أو لتحصيل بعض المصالح القانونية، وسأذكر في هذا الفصل حقيقة الطلاق السوري وحكمه في الشريعة الإسلامية الخالدة والقانون الوضعي الباكستاني.

المبحث الأول: تعريف الطلاق السوري

الطلاق السوري كلمة مركبة من لفظين أي الطلاق والسوري، وقد وضحت معنى الطلاق في بداية البحث فلا أعرض له لأجل الاحتراز عن الوقوع في التكرار، أما كلمة السوري فهي من "ص و ر" ومعناه كما في معجم اللغة العربية:

صُورِيٌّ: فهو اسم منسوب إلى صورة، خيالي، غير واقعي، شكلي "أعمال صُوريّة- نشرت الشركة إعلاناتاً صُوريّاً للوظيفة التي تمّ شغلها".¹

ولذلك يطلق اصطلاح العقد السوري على العقد الذي ليس له وجود قانوني على الرغم من مظاهرها وشكلها، ولكن لا يطلق طلاق السوري في الفقه المعاصر على صورة خيالية أو غير حقيقية بل اصطلاح الزواج السوري والطلاق السوري عند الفقهاء للمعاصرين يطلق على طلاق موثق بوثيقة رسمية ومسجل عند محكمة الأحوال الشخصية، وهو إما يكون مكتوباً أو غير مكتوب، ولكن الزوج

¹: معجم اللغة للعربية المعاصرة، أحمد عتار، ج 2 ص 1334

لا يقصد به وقوع الطلاق في الحقيقة، وسبب ذلك في عصرنا الحاضر التهرب من المشاكل القانونية وغير ذلك كما ذكر ذلك في موسوعة القضايا المعاصرة:

يلجأ بعض الأزواج للطلاق الصوري من غير قصد حقيقة الطلاق، وذلك سعياً منهم إلى التهرب من الملاحقة القانونية في بعض الدول التي تمنح قوانينها تعدد الزوجات، أو تحصيل بعض المصالح القانونية، أو الإفادة من بعض الخدمات والضمانات الاجتماعية مثل السكن الذي توفره بعض الدول، أو الجمعيات للنساء للطلقات.¹

فمعنى ذلك أن الزوج لا يرغب في الطلاق ولا يقصد وقوعه حقيقة، بل يقوم به للحصول بعض المقاصد المادية والمالية أو للتخلص عن العقوبة القانونية في الدول القريبة، ولذا يطلق زوجته طلاقاً شكلياً قانونياً، وكذلك يقال له في الأعراف المختلفة الطلاق المدني، والطلاق الهزلي، والطلاق الإداري، والطلاق الألماني، والطلاق الخطي وغير ذلك.

: الموسوعة في فقه القضايا المعاصرة، مركز التميز البحثي، 1450هـ

المبحث الثاني: حكم الطلاق الصوري في الشريعة والقانون الباكستاني

الطلاق في الشريعة الإسلامية من القضايا المبتغوية رغم جوازه لأجل الضرورة البشرية، ولكن إذا قام الزوج به يقع بالتلفظ مباشرة لو استعمل لفظاً صريحاً، لأن الطلاق الصريح لا يحتاج في الوقوع إلى نية لطلاق، بخلاف الطلاق الكتائي الذي يحتاج إلى نية الزوج في وقوعه.

وفي الطلاق الصوري كما قلنا إن الزوج يطلق زوجته بغير قصد وقوعه وترتب الآثار الشرعية عليه، فهو إما أن يكون بلفظ صريح أو كناية، ولذا يحكم بوقوع الطلاق وعدمه حسب استخدامه الألفاظ والصيغة الدالة على الطلاق.

فلو طلق الزوج زوجته طلاقاً صورياً بلفظ صريح يقع الطلاق ولو لم يقصده ذلك، لأنه لا يحتاج إلى نية الزوج في ترتب الآثار الشرعية عليه.

أما الطلاق الكتائي فلا يقع إلا بنية فلو طلق الزوج زوجته الطلاق الصوري بصيغة الكناية ولم يجر به الطلاق لا يقع لأن النية تعتبر فيه.

أما الطلاق بالكتابة أو بإرسال الرسالة الإلكترونية إليها، فقد بينت قضية الطلاق بالكتابة في الباب الثاني تحت الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة بالتفصيل مع حكمه عند الفقهاء، وملخص ذلك أن الطلاق بالكتابة يقع عند الجمهور بلا خلاف، ولكن الحنفية يقولون بأنه يقع بلا نية في صورة الصحيح لو كانت الكتابة مستمينة ومرسومة، ولو لم يكن كذلك فيكون كتائياً يحتاج إلى قصد، ولا بد عند الشافعية من نية سواء استعمل لفظاً صريحاً أم لا، أما المالكية فوشرطون وقوعه مع العم على الطلاق، واختلفت الروايات عن الخديلة في وقوعه وعدمه.

والأصل في هذه القضية موقف الحنفية فإذا كتب الزوج الطلاق بالفاظ صريحة ترتب عليه الآثار ولو لم يقصده، أما في الكتابات فيسأل عن نيته، لأن الطلاق يقع أصلاً حين يطلقها، وتعتبر النية في الطلاق الكتائي لاحتمال المعاني الأخرى، وكذلك الكتابة تقوم مقام اللسان فيجري عليها أحكام المطبوع لأنها تابعة، والتابع يتبع متبوعها في الحكم.

أما الطلاق السوري في القانون فلا اعتبار لنية المطلق، بل يجب تسجيله عند المحكمة، ويقع الطلاق عند ما يطلق الزوج زوجته، سواء نوى بذلك أم لا، والقانون يقرر إجراءات للطلاق كما ذكرنا في الباب الأول في قضية تسجيل الطلاق-

الباب الثالث في: انحلال الزواج لأمراض جديدة والفسخ والخلع القضائي

ويشتمل على فصلين:

الفصل الأول في: الأمراض المعدية وغير المعدية والجنسي

الفصل الثاني في: الطلاق والفسخ والخلع القضائي

الباب الثالث: انحلال الزواج لأمرض جديدة والفسخ والخلع

القضائي

سأبحث في هذا الباب عن القضايا المتعلقة بانحلال الزواج من حيث الفسخ بإمطة القاضي ومنها انحلاله لأمرض، والفسخ بسبب من الأسباب الشرعية والخلع القضائي، لأن القضايا المذكورة تتعلق بالقضاء، ولما لا يجوز لشخص أن يقوم بحكم التفريق بين الزوجين بدون حكم القاضي في الأعذار والموانع الشرعية، والتفريق بين الزوجين يقع إما بطلب الزوجة بعوض مالي فيطلق عليه اصطلاح الخلع في الشريعة، أو بطلب الزوج أو الزوجة بغير عوض لسبب معقول شرعي فيسمى بفسخ النكاح عند الفقهاء.

الفصل الأول : الأمراض المعدية و غير المعدية و الجنسية

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول في : تعريف الأمراض المعدية وأنواعها وأثرها في الشريعة والقانون

المبحث الثاني في : تعريف الأمراض غير المعدية وأنواعها وأثرها في الشريعة
والقانون

المبحث الثالث في : تعريف الأمراض المعدية الجنسية وأنواعها وأثرها في الشريعة
والقانون

الفصل الأول : الأمراض المعدية و غير المعدية و الجنسية

يتعلق الفصل الأول بأحكام الأمراض المعدية وغيرها من حيث أثرها على بقاء العلاقة الزوجية بين الزوجين وفسخها، لأن العيوب والأمراض ربما تصبح مانعا عن القيام بالعلاقات الخاصة وامتدادها لأجل تعديتها من المصاب بها إلى الآخر، وكذلك بعض الأمراض غير المعدية التي يسبب النفور بين الزوجين ويمنع عن القيام بعلاقة جنسية فيما بينهما، فلأجل ذلك سألين حكمها الشرعي في ضوء القرآن والسنة وأقوال الفقهاء، وأذكر تطبيق حكمها على الأمراض الجديدة التي لم يصرح بها الشرع لعدم وجودها في الماضي، ولكن قبل الدخول في صلب الموضوع لابد من دراسة أقوال الفقهاء القدامى في هذه المسئلة لأن اطلع على أساسها الفقهي.

انحلال الزواج بالعيوب عند الفقهاء :

إن النكاح عقد بين الزوجين والأصل خلوها من سائر العيوب ولكن إذا وجد عيب فيهما أو أحدهما فما هو حكمه الشرعي من حيث بقاء العقد بينهما وفسخه بسبب العيب ؟ اختلف الفقهاء في ذلك، فبعضهم منعوا عن التفريق في سائر الأمراض سواء كان العيب في الرجل أو المرأة وهم أصحاب الظواهر، كما صرح صاحب المحلى :

"لا يفسخ النكاح بعد صحته بجلام حادث، ولا يبرص كذلك، ولا يجنون كذلك، ولا بأن يحد بها شيئا من هذه العيوب، ولا بأن يحد هي كذلك، ولا بضعاء ولا بداء فرج، ولا بشئ من العيوب"¹.
معنى ذلك أن فسخ النكاح لا يجوز عند أصحاب الظاهر، سواء وجد العيب المستمر أو الطارئ بعد صحة العقد بينهما، أما مذهب جمهور الفقهاء بالنسبة للمعيب فمبني على جواز التفريق بينهما، ولكنهم اختلفوا فيمن له حق طلبه الفسخ عند القاضي، يقول الحنفية إن الزوجة تستحق الفسخ فمن حقها أن تقدم الطلب بذلك إلى القاضي، ولا حق للزوج لأنه صاحب الطلاق فله أن يطلقها لو أصابت بعيب، كما قال صاحب البدائع:

¹ : فطلي، ابن حزم، ج 9 ص 279

"لأن الزوج، وإن كان يتضرر بما لكن يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق، فإن الطلاق يتيده، والمرأة لا يمكنها ذلك؛ لأنها لا تملك الطلاق، فتعيق الفسخ طريقة لدفع الضرر".¹
 وذهب جمهور الفقهاء إلى أن حق الفسخ يثبت لهما معاً، كما نص المالكية:
 "خيار الفسخ في النكاح يثبت لكل واحد من الزوجين".²
 والشافعية يقولون:

"إن العيب الثابت للخيار إنما يثبت من الجانبين أو كإحدى مقارناً للعقد".³
 وكذلك قول الحنابلة في المسألة المذكورة ذكر صاحب العمدة⁴ وإن وجد أحدهما صاحبه مجنوناً أو مجنوناً أو أبرص فله الفسخ".⁵

فثبت من عبارات المذكورة أن الحنفية والجمهور يختلفوا الرأي فيما بينهم من حيث ثبوت استحقاق طلب الفسخ لهما معاً عند وجود العيب بأحد من الزوجين، وذهب الحنفية إلى تخصيص الحق مع المرأة والجمهور يقولون بأنهما مستحقان له. والأصل في المسألة قول الحنفية من حيث أن الزوج عنده حق الطلاق فيمكن له الخلاص لو لم يرض بالتعايش معها لأجل العيب، ولكن الزوجة لا تجد سبيلاً لذلك إلا بطلب الفسخ من المحكمة القضائية.

حصر الحكم في الأمراض المنصوصة :

والقضية الأخرى المتعلقة بمسألتها المذكورة، هي حصر جواز التفريق وعدمه بالأمراض المنصوصة عند الفقهاء، لأن الفقهاء ذكروا أمراضاً معينة حسب زمنهم، فهل يفيد الفسخ بالمذكور في النصوص أو تقاس عليه الأمراض الجديدة التي تظهر بمرور الزمن بعد زمنهم، كما ذكر المالكية بأن :

"خيار الفسخ في النكاح يثبت لكل واحد من الزوجين بوجود خمسة عيوب: ثلاثة منها قد يشتركان فيها، وهي الجنون والجذام والبرص، ونوعان يتفرد بهما أحدهما عن الآخر، فقي الرجل المجب والعنة أو الاعتراض، وفي المرأة الرقيق أو القرن".⁶
 وكذلك الشافعية يصرحون بفسخ النكاح بالعيوب بأن:

¹: البائع والمتابع، الكلاسي، ج 2 ص 328

²: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، عبد الوهاب بن علي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1420 هـ، ج 2 ص 711

³: الوسيط في المذهب، الغزالي، محمد بن محمد، دار السلام، القاهرة للطبعة الأولى، 1417 هـ، ص 161 ج 5

⁴: العدة شرح العدة، المقدسي، عبد الرحمن بن إبراهيم، دار الحديث القاهرة، بدون طبعة 1424 هـ، ص 418

⁵: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، عبد الوهاب بن علي، ج 2 ص 711

"العيوب المُنْتَفَق على ثبوت الخيار بما خمسة: اثنان يختص بهما الزوج وهو الحب والعنة واثنان يختص بهما المرأة وهو الرق والقرن وثلاثة مشتركة بينهما وهو البرص المستحكم الذي لا يقبل الإصلاح دون أولي الوضوح والجذام المستحكم الذي سود العضو وأخذ في التقطيع والجذون".¹

واختلف الحنفية في الحكم بحصر العيوب فذهب الشيخان إلى أن الحكم محصور في العيوب التي تخل في حصول المقاصد من النكاح كالجب والعنة فلا خيار لها عند وجود البرص أو الجنون أو الجذام لأنها ليست مانعة عن الاستمتاع وكذلك الرق والقرن لا يمنع عن الوصول إليها، وذهب محمد بن الحسن إلى ثبوت الخيار لها في ماعدا الحب والعنة.²

فالحنفية يقولون: يفسخ النكاح عند العيوب الموجبة للاختلال في قضاء الشهوة فقط ولا يجوز التفريق عندهم إلا في هذه الحالة المانعة عن المقصود في النكاح ولكن الحقيقة في هذا الأمر المهم هي ما بينهما، قال الإمام ابن قيم الجوزية بقوله:

"وأما الاختصار على عيين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو ميسر لها، فلا وجه له، فالعصى والخرس والطرش، وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين، أو إحداهما، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنقرات، والسكوت عنه من أفتح القدامس والغش، وهو منافي للدين، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة، فهو كالمشروط عرفاً، وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له: أشهدك أنك عقيم وخيرتها. فماذا يقول رضي الله عنه في العيوب التي هذا عندها كمال لا نقص؟ والقياس: أن كل عيب ينفذ الزوج الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة فيجب الخيار، وهو أول من البيع، كما أن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع، وما أزم الله ورسوله مغوراً قط، ولا مغوباً بما عزم به وعجز به، ومن تدبر مقاصد الشرح في مصادره وموارده وعياله وحكمته، وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف علمه رجحان هذا القول، وعمره من قواعد الشريعة".³

قبعد التأمل والنظر في مقاصد الشرع وطبيعته لا يجوز الحكم بحصر العيوب في خمسة أو ثلاثة، لأن شريعتنا خالدة إلى يوم القيامة، ويجب تطبيقها في كل زمان ومكان، والأمراض تتجدد باختلاف الأزمان والمكان وخاصة في زمننا هذا ظهرت العلل والعيوب لتطور التكنولوجيا والعلوم الطبيعية، فلاجل

¹: الوسيط في المنهاج، القرافي، ج 5 ص 159

²: النظر: فتح القدير، ابن المني، ج 4 ص 305

³: زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن قيم محمد بن أبي بكر، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، الطبعة السابعة والعشرون، 1415هـ ج

ذلك لابد من اعتبار العيب موجبا للتفريق وعدمه من حيث وقوع الخلل به في مقصود النكاح، كما ذكر صاحب الميسوط قائلا:

"وَالْمَقْصُودُ بِالنِّكَاحِ طَبْعًا قَضَاءُ الشَّهْوَةِ وَشَرَعًا التَّشَلُّلُ، وَهَذِهِ الْعُيُوبُ تُخْلِلُ بِمَقْلَدِ الْمَقْصُودِ أَمَّا الرُّتْقُ وَالْقَرْنُ بِهَيئَتِهِمَا أَصْلًا، وَأَمَّا الْجُنُونُ وَالْجَلَدُ، وَالتَّبَرُّصُ يُخْلِلُ بِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الطَّبْعَ يَنْفَرُ مِنْ صُحْبَةِ يَمْلِكِهَا، وَبِمَا تَقْدَى إِلَى الْوَلَدِ بِخِلَافِ سَائِرِ الْعُيُوبِ مِنَ الْغَنَى، وَالتَّشَلُّلِ فَإِنَّهُ لَا يُخْلِلُ بِالْمَقْصُودِ، سَبَبٌ وَكَذَلِكَ الْخُرْأَةُ إِذَا وَجَدَتْ زَوْجَهَا عَيْتًا أَوْ تَجَبُّرًا يَثْبُتُ لَهَا الْخِيَارُ، وَلَا يَثْبُتُ فِي سَائِرِ الْعُيُوبِ"¹

فإذا كان العيب مخلا في قضاء الشهوة أو يسبب المناقرة الطبيعية أو يكون مانعا عن التوالد والتناسل يعطى لهما الخيار لكي لا يقع الزوجان في الخرج أو المخطورات الشرعية، لأن الشريعة تقصد السكون والمودة والرحمة وقضاء الحاجة البشرية وحفظ النسل والعفة بمشروعية العلاقة الزوجية فلزم اعتبار المقاصد من حيث بقائها وانحلالها .

فلما أخذ من العبارات والنصوص العامة أو الخاصة هو القيام بعلاقة زوجية مع المودة والرحمة، فإذا كان العيب يوجب عدم التوحد بينهما أو يسبب أسباب قضاء الشهوة النفسية والتوالد بخير الزوجان بين إبقاء النكاح والتفريق لكي لا تسبب بقاء العلاقة الجبرية بين الزوجين إلى مفاصد في المجتمع ومناقرة قلبية لأن المقاصد تفوت بوجوده، وكذلك يجوز القياس في باب الأمراض فتقاس الأمراض الجلدية على القلبية من حيث اشتراكهن في العلة.

¹: للميسوط، للسرعي، ج 5 ص 96

المبحث الأول : تعريف الأمراض المعدية وأنواعها و أثرها في الشريعة والقانون

أبين في هذا المبحث تعريف الأمراض المعدية والسارية وأنواعها وأثرها على عقد الزواج في الشريعة الإسلامية الخالدة والقانون الباكستاني، فالمعدية من العدوى، وهو انتقال المرض من المريض إلى شخص سليم عن الداء بطرق مختلفة، كما عرفه صاحب جوهرة اللغة :

"أن يُعدى الداء من واحد إلى واحد"¹

وهو من العدوى كما يقال:

"عُدِّيَ عَنِ الْأَمْرِ يُعْدِي عُديَّةً، أَيْ جَاوَزَهُ إِلَى غَيْرِهِ. وَعُدِّيْتُ غَنِي الْمَهْمُ، أَيْ نُحِجَّتْ عَنِّي وَعُدِّيَ إِلَى غَيْرِي. وَعُدِّيَ عَنْ هَذَا الْأَمْرِ، أَيْ جَاوَزَهُ وَخَذَ فِي غَيْرِهِ"²

مفهوم ذلك أن الأمراض المعدية تطلق على الأمراض المتجاوزة والمتقلة من شخص إلى شخص آخر بأسباب أو طرق أو وسائل مختلفة، وقال صاحب معجم المصطلحات الطبية بأنه:

"مرض ينتقل بالاتصال المباشر بشخص يعانيه أو بإفرازات هذا الشخص"³

وقد ورد هذا اللفظ في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"عن ابن شهاب، قال: بَلَّغْنَا أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، "لَا عُدْوَى، وَلَا طَبِئَةَ، وَلَا هَانَةَ"⁴

فلفظ العدوى في النص استخدم لتعديده المرض من شخص إلى شخص آخر، وهذا يدل على أن الأمراض المعدية كانت موجودة في عهد النبي صلى الله عليه وسلم كالجذام والبرص وغير ذلك، وكذلك وجدت أنواع أخرى من الأمراض بعد زمن النبي صلى الله عليه وسلم في مناطق مختلفة حسب أحوالها.

أسباب انتقال الأمراض :

إن الأمراض المعدية تنتقل بطرق مختلفة من شخص إلى آخر، والأسباب تختلف باختلاف نوعية المرض وماهية كما ذكر صاحب القضايا الطبية:

¹: جوهرة اللغة - الرزوي، محمد بن الحسن، دارالعلم للملإين، بيروت، الطبعة الأولى، 1987م ج 2 ص 740

²: حاشيئة اللغة، الرازي، ج 4 ص 251

³: معجم المصطلحات الطبية، أبو شادي، الجوزي وفرو، مجمع اللغة العربية جمهورية مصر العربية، طبعة وتاريخ، ج 2 ص 52

⁴: الجامع الصحيح البخاري، البخاري، باب الجذام، ج 7 ص 126، رقم الحديث 5707 والجامع في الحديث، القرشي، عبد الله، رقم الحديث، 623 بن وهب، دار ابن الجوزي الرياض، طبعة 1996م، باب في الطيرة والعدوى والهام، ص 718

"يختلف نقل العدوى من مرض إلى آخر، فمرض الإيدز ينتقل عن طريق الممارسة الجنسية، وعن طريق نقل الدم، وعن طريق استعمال الحقن المستعملة في المريض، والجوهر، سـ وهناك بعض الأمراض تنتقل عبر الهواء والتنفس، وهناك أمراض أخرى مثل الأمراض الجلدية المعدية تنتقل عبر تبادل الملابس، وبالأخص الملابس التبادلية وحتى نوعية ملابس ومكوناتها لها دور في نقل العدوى"¹ فمعنى ذلك أن انتقال المرض ينحصر على نوعية وماهية المرض، ولأجل ذلك يجب اختيار الطرق المختلفة للوقاية منها حسب نوعيتها وماهيتها -

أنواع الأمراض المعدية :

إن بعض الأمراض ينتقل من إنسان إلى آخر بطرق مختلفة حسب نوعيتها وكيفيةها، فمنها ما يتعلق بالتنفس والعظام والجلد والجلد والجلد وغير ذلك، وسأذكر بعض أسماء الأمراض المعدية مع مفاهيمها الطبية باختصار، ومن أهم الأمراض المعدية في عصرنا الحاضر كما ذكر صاحب القضايا الطبية المعاصرة فيما يلي:² علما بأنني سأذكر الأمراض الجنسية المعدية بطريق الاتصال الجنسي في المبحث الثالث من هذا الفصل -

1: الإنفلونزا : influenza

إن هذا المرض يسمى إنفلونزا في مجال الطب و"الإنفلونزا تكون مصحوبة بارتفاع حرارة الجسم وانسداد الأنف (احتقان) ورشح والشعور بالتعب، وسببها الرئيسي هو فيروس الإنفلونزا وإها لها قد يؤدي إلى الإصابة ببيكتيريا أو غيرها قد تصيب الجهاز التنفسي وتسبب التهاب الحلق ، و هو يختلف عن نزلات البرد، فممكن أن تكون خطيرة"³ -

2: الالتهابات الكبدية الفيروسية : Hepatitis

¹ القضايا الطبية المعاصرة ، علي يحيى الدين القره داغي وغيره، دارالبيانات الإسلامية، الطبعة الثانية، 1426هـ، ص 177
² القضايا الطبية المعاصرة ، سليمان الأشقر وغيره ، دارالبيانات الإسلامية، الطبعة الأولى، 1421هـ، ص 174 - 175
³ دائرة حقوق طبية وعيدلانية مبسطة صحتين ولي: د. مصري خليفه، دار نوار للطباعة، الطبعة الثانية عشر، 2005، ص 194 -

الالتهابات الكبدية تنتقل بطرق مختلفة من مريض إلى سليم كما ذكر صاحب دائرة معارف

بأن :

"يصيب هذا الفيروس الكبد، وينتقل عن طريق القم أو الدم أو استخدام الإبرة في مضاه ثم في شخص سليم آخر، وقد ظهر حديثاً أن هذا المرض ينتشر بطريقة الاتصال الجنسي وخاصة لدى الشاذين جنسياً (هارولدس) وينتقل الفيروس عبر المخي إلى الشرج ومنه إلى الكبد، وكذلك ينتقل للميكروب عن طريق الجنس بواسطة القم¹ -⁵

وهو نوع من أنواع الأمراض الكبدية الشائعة في زمننا هذا، والبرقاة ينقسم إلى أقسام عديدة، وهو إما أن يكون كبدية نتيجة لأمراض الدم، أو يكون في صورة سرطان الكبد وغير ذلك .

3: النكاف (أبو كعب - أبو دغيم) : Mumps

النكاف وسمى بالغدة النكفية، وهو "نوع من أنواع الأمراض الفيروسية التي تصيب الأطفال نتيجة التهاب الغدد، وينتقل المرض عن طريق النفس"²

4: التهاب الأذن الوسطى : Otitis media

التهاب الأذن الوسطى وهو "عبارة عن عدوى بكتيرية أو فيروسية تصيب التهاب في الأذن الوسطى ويحدث بعد التهاب الحلق أو الزكام أو اضطرابات الجهاز التنفسي الأخرى، أي شخص يمكن أن يتعرض للإصابة بالتهاب الأذن الوسطى ولكن الأطفال معرضون أكثر وهو غير معد ولكن التهابات المجاري التنفسية العلوية مثل الزكام والتهاب الأذن تكون معدية"³

5: الحصبة : Measles

الحصبة مرض من الأمراض المعدية و هي "شائعة جداً في الأطفال، وقد تظهر في الكبار، وسببها فيروس ينتقل عن طريق الاستنشاق قطرات الرذاذ الناتج من عطش شخص آخر مصاب بالحصبة، وفيروس الحصبة يصيب الطفل وتظهر أعراضه بعد فترة من دخوله الجسم وهي تبدأ بالحمى

¹: الأمراض الجلدية أسبابها وعلاجها، محمد علي البكر، دارالمنارة جدة، الطبعة الأولى 1406هـ، ص 386

²: دائرة معارف طبية وصيدلانية مبسطة، حنين ولي ومصيري خليفة، ص 195

³: المصدر نفسه، ص 171 - 172

مع كحة ومخاطس والتهاب بالحنك ثم بعد أربعة أيام يظهر الطفح الجلدي الأحمر على الوجه أولاً أو خلف الأذن ثم ينتشر إلى الصدر والظهر وأخيراً إلى الذراعين والساقين¹.

6: الحصبة الألمانية (الحُمراء): Rubella (German measles):

للحصبة نوع آخر و هو "الحصبة الألمانية من أنواع الأمراض الفيروسية وله أعراض تشبه الحصبة؛ ينتقل من شخص لآخر عن طريق التنفس، وتبدأ بأعراض تشبه الحصبة مثل تعب شديد، وارتفاع في درجة الحرارة والتهاب في العين مع حدوث تورم في الغدد الليمفاوية تحت الفك وعلى جانبي الرقبة ومنطقة التقاء الفخذ بالخوض، ثم يظهر الطفح الجلدي على الوجه وينتشر إلى الرقبة والصدر وباقي أجزاء الجسم، ويكون الطفح على شكل غش صغير لونه أحمر ذو أحجام².

7: السل (التدرن الرئوي): Tuberculosis:

السل يعرف بأنه "مرض معد مثل الزكام وينتشر خلال الهواء والعدوى الأولى تصيب الأشخاص غير الحائزين على مناعة كافية، تنتقل العدوى من خلال المرضى المصابين بالسل الرئوي فقط، فعندما يقرم المرضى المصابون بالسعال أو العطس أو التكلم أو البصق تنتشر الجراثيم التي تعرف بعصويات السل في الهواء، ولكي تتم العدوى يحتاج الشخص السليم أن يستنشق عند صغير فقط من هذه الجراثيم³.

8: عدوى الأظافر الفطرية: Onychomycoses:

يعرف هذا المرض بأنه "ترابط العدوى الأظافر الفطرية دائماً على وجه التقريب بمرض " قدم الرياضي" أكثر أنواع العدوى شيوعاً وتنتشر بسهولة ويجري ذلك في المعتاد بأن تلتقط من المناشف المشتركة والأرضيات الرطبة في غرف الاستحمام أو تغيير الملابس، وفي البداية يبدأ حمك الظفر في الازدياد ويتغير لونه وتظهر به بقع بيضاء أو مائلة للاصفرار، وبالعدرج يصبح الظفر ليناً وسهل التفتت

¹: دائرة معارف طبية وصيدلانية مبسطة، حنين ولي و مصري خليفة، ص 193

²: المصدر نفسه، ص 194

³: المصدر نفسه، ص 103

ويصير داكنا فيما تدخل القاذورات والهواء من خلال الشقوق وفي النهاية قد يتحول الظفر أو الأظفار
أو يطرح بالكامل¹.

9: الأمراض الكبدية:

المرض الكبدي الشائع في عصرنا الحاضر هو اليرقان، وينقسم اليرقان إلى أنواع مختلفة كما
ذكرنا قبل ذلك.

ذكرنا الأمراض المذكورة على سبيل المثال وتوجد أمراض معدية أخرى كثيرة لا نستطيع
إقصاءها في هذا المبحث. قال الأمراض المعدية إما أن تتعلق بالكبد أو بالعظام، أو بالجهاز الهضمي أو بالفم
وغير ذلك بأعضاء مختلفة.

الحكم الشرعي والقانوني:

ذكرنا سابقا أن الأمراض المعدية غير الجنسية إذا أصيبت أحد الزوجين بماء، يجب عليه أن
يسعى في علاجها إلى حد إمكانية العلاج ومع ذلك يلزم عليه أن يبذل كل جهده لعدم انتشاره
وتعمده إلى غيره، ولكن تخير الآخر من الزوجين بقاء العلاقة الزوجية وانحلالها عند ما يخير الطبيب
الحاذق المخصص في الطب أحد الزوجين بأنه لا يمكن علاجها، لكي لا يتقل المرض إلى الآخر،
لأن الشريعة الإسلامية قررت عدم الضرر والإضرار، كما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم:
"عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا ضرر ولا ضرار من
ضار ضرره الله ومن شاق شق الله عليه"².

فلا بد من تخيير الزوجين في حالة إصابة أحدهما بمرض معدى ولو كان غير جنسي لكي لا
يتعدى إلى الآخر، ومن مقاصد الشريعة الحافظة لحفظ النفس فطري كل حال بتقديم رعايته على رعاية
إبقاء النكاح، وكذلك لو وجدت معها وجود المفارقة الطبيعية التي هي سبب التخير عند الفقهاء
القدامي كما ذكرنا قبل ذلك.

و القانون الباكستاني أيضا نص على تخييرها عند وجود المرض المعدى كما قرر القانون
المسمى بـ **Dissolution of Muslim Marriage Act 1939** وهذا نصه:

¹: دائرة معارف طبية وصيدلانية مبسطة، ج 1 و مصري خليفة، ص 124

²: سنن الترمذي، الدار القطني، كتاب النكاح، ج 3 ص 77، رقم الحديث 288، تقدم الحكم على الحديث في ص 91

F: On any other ground which is recognized as valid for the dissolution of Marriages under Muslim law, ¹

وهذا الحكم عام شامل لجميع الأسباب والوجوه المقررة في الشريعة الإسلامية للتفريق بين الزوجين، ومن تلك الأسباب الأمراض المعدية غير الجنسية لأنها سبب المناقرة الطبيعية وتعدية المرض إلى الآخر، ومع ذلك نص القانون بأن الجذام سبب التفريق وورد في نفس القانون :

7: That the husband has beenis suffering from leprosy. ²

فيعني ذلك أن الجذام أو ما يشبهه سبب التفريق في القانون الباكستاني ، وهو نوع من أنواع الأمراض المعدية غير الجنسية -

حاصل الكلام أن القانون موافق في حكم التفريق مع الشريعة الإسلامية عند وجود المرض المعدى غير الجنسي ويمنع الزوجة المصير بين التفريق والإبقاء على العلاقة الزوجية مع زوجها-

¹ : Dissolution of Muslim Marriage Act 1939 2(F)

² : Dissolution of Muslim Marriage Act 1939 2(7)

المبحث الثاني: تعريف الأمراض غير المعدية وأنواعها وأثرها في الشريعة

والقانون

أبحث في هذا المبحث عن الأمراض غير المعدية التي تتعلق بأمراض التنفس والعظام والجلدية وغير ذلك من الأمراض ما عدا الأمراض الجنسية المذكورة في المبحث الأخير والتي في هذا المبحث يذكر مفاهيم الأمراض فقط، وبعد ذلك أذكر حكمها الشرعي من حيث ترتب أثرها على انحلال الزواج وعدمه .

فالأمراض غير المعدية تطلق على الأمراض التي لا يتعدى من مريض إلى سليم بأسباب مختلفة وهي ضد الأمراض المعدية ، فلا يضر بها غير المصاب بها، فلأجل ذلك لا يعد المريض خطيراً للزوجين ولا الأولاد .

هذا النوع من الأمراض شامل لكثير من الأمراض القديمة والحديثة ولكن يختلف أثره من حيث ماهيته ونوعيته وكيفية الأذى المترتبة على المريض وما حوله من عياله وأهله وأقربائه، فلذلك يختلف الحكم باختلاف أثره وكيفية.

أنواع الأمراض غير المعدية :

1: الإغماء : (Coma)

الإغماء يعرف بأنه "هو فقد الشخص لوعيه لفترة قصيرة نتيجة نقص إمداد خلايا المخ بكمية للدم اللازمة لعمله، وفي معظم الحالات يستعيد المصاب وعيه بمجرد سقوطه على الأرض نتيجة وصول الدم إلى المخ وفي حالات أخرى يفقد الشخص وعيه تماماً، والأسباب المنتجة للإغماء الآلام الشديدة، وضيق دم غزير والأنيميا المخية والإصابة بالصاعقة والبرد القارس أو الجوع الشديد، واستنشاق غازات سامة وأهواء الفاسد، والتعب الجسدي أو الولادة والخوف والذهعر والدهش والفرح والروائح الشديدة وشدة الأحزمة ومرض القلب والتيفوئيد والضعف الشديد وغير ذلك".¹

¹ : دائرة معارف طبية وصيدلانية مبسطة، دكتور ولي و مصري خليفة، ص 293

2: رائحة الفم الكريهة :

يطلق هذا الاسم على المرض عند الأطباء "على رائحة غير طبيعية تنبعث من الفم، ولها أسباب مختلفة من حيث الأمس الطبية كتخمر الفضلات المتبقية في الفم، والتهاب اللثة، والتهاب أوتعفن في البطن بسبب ميكروبات هوائية، مرض السكر الذي يؤدي إلى تراكم الأجسام الحامضية، وأمراض الكلى، وأمراض الكبد وغير ذلك، وهي تختلف باختلاف الأوقات من الليل والنهار، وباختلاف كمية اللعاب في الفم وكتافته"¹

3: التهابات العظام :

التهابات العظام من الأمراض غير المعدية وقد قال المتخصصون في الطب إن "العظام هي النسيج الصلب الذي يكون الهيكل الذي يحمل ويحمي أنسجة الجسم الحوية وناحراً ما يصاب بالتهابات، كما أنها إن حدثت فالشفاء منها صعب وقد يترك بعض المضاعفات، وهي تنقسم إلى قسمين أصلاً، منها الحادة والآخر المزمنة، وكل منهما تنقسم إلى أقسام عديدة"²

4: السرطان :

السرطان مرض من الأمراض الشائعة في زمننا الحاضر، وله أقسام مختلفة كسرطان الثدي، وسرطان الرئة، وسرطان الكبد، وسرطان الرأس و سرطانات الجهاز الهضمي وغير ذلك، وكيف يتشأ السرطان في جسم الإنسان، فقد ذكر الأطباء أسباباً مختلفة كما ورد في كتابه بسرطان الله:

"يحدث السرطان عند ما يقع خطأ في عملية التحكم في هذه الدورة، يؤدي إلى نمو غير منتظم لمجموعة من الخلايا يمكنها بعد ذلك الانتشار وإتلاف أعضاء أخرى بالجسم"³

1م : دائرة معارف طبية وحيدلانية مبسطة، جين ولي ومغربي خليفة، ص 129-130

2: مجموعة أمراض العظام والكسور، مصطفى شهاب، المركز العلمي إكسكس، مصر، بدون طبعة، 2006م ص 38

3: السرطان، نيكولاس جيمس المترجم أسامة فاروق حسن، جيناوي القاهرة، الطبعة الأولى، 2013، ص 33

5: مرض السكر:

يعد مرض السكر من الأمراض الخطيرة، والاسم العلمي له هو "سكريوز"، وهو يتحول في الجسم إلى الجلوكوز يجد في دم كل إنسان، وله مخاطر عديدة مثل ترسب دهون ضارة على الكبد وعلى جدران الأوعية الدموية، وهو ما يؤدي في النهاية إلى تصلب الشرايين، وعند ما يفشل البنكرياس في إفراز كمية كافية من الإنسولين يؤدي ذلك إلى ارتفاع نسبة الجلوكوز في الدم وبذلك يطلق على المريض أنه مريض السكر¹.

6: ضغط الدم :

ضغط الدم مرض ضامت خطير لأنه سبب لأمراض كثيرة وهو " يتمثل في قوة جريان الدم المركزة على جدران الشرايين التي تحتوي على الدم وتوزعه على سائر أنحاء الجسم، والمماثلة تقول إن القلب مضخة أوخفية وإن الشرايين التي تنقل الدم إلى أعضاء الجسم كالكلب والكلبي والدماغ هي بمثابة التريج، وبعد تغذية هذه الأعضاء يعود الدم بواسطة الأوردة إلى القلب الأيمن والشرايين تصل ما بين شبكة الشرايين وشبكة الأوردة ، وكلما دق القلب انقبض ودفع الدم إلى الأمام في الشرايين، وجدار الرايين والشرايين مصنوعة من خيطان عضلية قد تضيق ، وإذا ما ضاقت ارتفعت القوة التي توجه جريان الدم فيرتفع الضغط"².

وأكتفي بذكر هذا القدر من الأمراض المعروفة غير المعدية المذكورة لأن استقصاءها لا يمكن في هذا البحث، وأذكر حكمها الشرعي والقانوني تالياً.

الحكم الشرعي والقانوني :

حكم الأمراض غير المعدية التي لا تنتقل إلى سليم من مريض ينحصر على كقيتها وماهيتها وعلاجها، فلو كان المرض قابلاً للعلاج فلا خيل للزوج والزوجة بين التفريق وإبقاء عقد النكاح، ولكن المرض الذي لا يمكن علاجه أو يكون موجب المنقورة الطبيعية بين الزوجين، لابد من تحييز الزوجين لكي لا يقع أحد الطرفين في المشقة والخرج لأجل بقاء العقد، وكذلك يحكم بالأمراض غير

¹ : دائرة معارف طبية وصيدلانية مبسطة، سنين وني و مصري خليفة، ص 34 . 35

² : إجنوس من ضغط الدم، شامل إبراهيم معكوف، مؤسسة نوفل، شرم بيروت، الطبعة الأولى، 1983م، ص 21- 23

المعدية إذا احتل في الوصول إليها عند القيام بالعلاقة الجنسية مع الزوجة كالجلب والرتق وغير ذلك، لأن الأصل في الصورة المذكورة عدم التخيير فتشترط إمكانية العلاج وعدمه، فلا يجسها كرها حينما يحبس الزوج عن الشفاء-

وكنلك نص القانون الملحق الباكستاني بأن المجهوب عند عقد النكاح لو استمر مرضه بعد العقد يخير المرأة بين الضريق وإبقاء العقد، كما نص في قانون فسخ النكاح 1939:

5: That the husband was impotent at the time of the Marriage and continue to be so.¹

فإذا استمر الجنب بعد النكاح بحيث حق طلب الفسخ لها وكنلك باستمرار المجنون إلى مدة ستين كما قرر القانون :

6: That the husband has been insane for a period of two years.²

فالمجنون إلى ستين سبب إثبات حقها بأن تطلب الفسخ -

¹: Dissolution of Marriage Act 1939(5).

²: Dissolution of Marriage Act 1939(6).

المبحث الثالث: تعريف الأمراض الجنسية وأنواعها وأثرها في الشريعة

والقانون

ذكرت قبل ذلك الأمراض المعدية وغير المعدية التي لا علاقة لها مع الجنس، و في هذا المبحث سأذكر بعض الأمراض المعدية الجنسية المعروفة في مجتمعاتنا، والأمراض الجنسية المعدية هي التي تنتقل من شخص إلى آخر عن طريق العلاقات الجنسية فيما بينهما- فلأجل ذلك ذكر الفقهاء في عصرنا الحاضر أن المرض المعدي إذا أصابه به أحد من الزوجين ويمكن انتقاله بطريق العلاقة الزوجية من المصاب به إلى الأخرى فلا بد للزوجين أن يختارا أساليب الوقاية منها حتى ولو كان السبب الوقائي بصورة التفريق بينهما أو الابتعاد عن الاستمتاع مع إبقاء العلاقات الزوجية، لأن المرض ينتقل من واحد إلى آخر وكذلك تنتقل هذه الأمراض الجنسية إلى أولادها، فيلزم عليهما حفظ نفسيهما وأولادهما عن الأمراض القاتلة والخطيرة-

أنواع الأمراض المعدية الجنسية:

1: الكلاميديا : Chlamydia

الكلاميديا مرض من الأمراض الجنسية و هو " عبارة عن مرض تناسلي، وتعتبر من الأمراض البكتيرية الخطيرة، وتوضع على رأس قائمة الأمراض التناسلية التي تصيب كلا الجنسين وتسبب العديد من المضاعفات الصحية، وهذا المرض أكثر شيوعاً بين الشباب والمراهقين، ويعرف المرض بالمرض المعدى الصامت" ¹

2: ثآليل التناسل : Genital warts

ثآليل التناسل هي " تظهر بعد البلوغ عند بداية النشاط الجنسي وأكثر ما تظهر فيما بين العشرين والثلاثين عاماً حيث يبلغ النشاط الجنسي أوج قوته، ثم يخف النشاط ويبدو وشهو معه حالات ثآليل التناسل، ولهم وسائل العدوى في هذا المرض هو الاتصال الجنسي، وربما كان لاستخدام أدوات

¹: دافرة غمارف طلبة ومجالاتية مبسطة، عمن ولي و مصري خليفة، ص 90

المريض وفوقه الخاصة أثر في نقل العدوى إلى غيره دون اتصال جنسي مباشر، ويعدى المريض مناطق أخرى من جسمه¹.

3: الملبساء المعدية : Molluscum contagiosum

الملبساء هو نوع من الأمراض المعدية وهو "يتسمى إلى الفصيلة النطاوية pox virus التي يتسمى إليها الفيروس الجدرى وتظهر على هيئة لحسات صغيرة بيضاء اللون عادة وفي وسطها نقطة أو سرة وتختلف في عددها من واحد إلى عشرات وفي حجمها من رأس دبوس إلى ستمتر واحد، وتنتشر هذه الملبسات بواسطة الاتصال الجنسي و بواسطة الانتشار من موضع إلى آخر في جسم المصاب، وأكثر الأماكن إصابة في الذكور هي القضيب والحشفة وكيس الصفن، وفي الإناث الفرج والعجان وداخل الفخذين².

4: الهريس :

الهريس هو نوع من الأمراض المعدية عبر العلاقة الجنسية وهو "يتسمى إلى عائلة كبيرة - ومثل أي عائلة فإن هناك روابط وشيجة بين أفراد هذه العائلة ومع هذا فهناك علامات مميزة لكل فرد من أفراد هذه العائلة، وهناك على الأقل خمسة أنواع الهريس، منها هريس القوباء المنطقية، و هريس موبلنكس، وهريس القنابل، وغير ذلك³.

6: الإيدز : Aids

يعرف الإيدز بأنه "متلازمة فقدان المناعة المكتسب (Acquired immune deficiency syndrome) وهو مرض من مجموعة الأعراض المرضية والتي يدل ظهورها أن المصاب يعاني من فقدان المناعة⁴ وكذلك عرفة بتعريف مختار في البحث الخاص بمرض الإيدز يأتيه:

¹: الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها، محمد علي الجار ، 381

²: المصدر نفسه ص 384-385

³: المصدر نفسه ، ص 225 بومبيد

⁴: المصدر نفسه ، ص 133

"مرض يسميه فيروس يدمر الجهاز المناعي في جسم الإنسان فيجعله عرضة للأمراض الفتالة والأورام السرطانية"¹.

والإيدز ينتقل من المريض إلى السليم عن طريق سوائل الجسم كالدم والمني وإفرازات عنق الرحم والمبيل وغيرها -

7: السيلان :Gonorrhoea

عرف مرض السيلان بأنه "مرض يصيب العضو التناسلي في الذكر أو الأنثى ويكون مصحوب بإفرازات صديدية صفراء اللون وألم مسعمر"².

8: الزهري : Syphilis

يعرف الزهري بأنه مرض "ينتقل عن طريق الاتصال الجنسي أسلماً أو عن طريق الشيمة من الأم إلى جنينها أو بواسطة نقل الدم أو بواسطة الملابس للطور العدوى، والأطباء يطلقون عليه لقب "المقلد الأعظم" لأنه يقلد كافة الأمراض ويشبهها، ويسمى أيضاً الدجال الأكبر لأنه يخادع الطبيب والمريض، وله مراحل مختلفة، وهو يعتبر أخطر الأمراض التناسلية على الإطلاق عدا ما ظهر حديثاً من مرضي الإيدز"³.

الحكم الشرعي والقانوني :

إن الشريعة الإسلامية تعطي الزوجة حقاً بأن تطلب فسخ النكاح بعد إصابة زوجها بمرض الإيدز أو بأي مرض من الأمراض المعدية الجنسية لأنها ممانعة عن العلاقات الزوجية فيما بينهما ويمكن أن تصاب بها لو لم يفسخ النكاح ، فقد قرر مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره حول الإيدز إن :

¹: أثير مرض الإيدز على الزوجية وما يتعلق به من أحكام ، عاطف محمد ، ص 4 مؤتمر الجامعة بقرق 2006

²: دائرة معارف طبية وصيدلانية مبسطة، حنين ولي وعصري خليفة، ص 79

³: الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها ، محمد علوي البار، ص 307 وما بعد

"للزوجة طلب الفقرة من الزوج المصاب باعتباره أن مرض نقص المناعة المكتسب الإيدز مرض معد تتفعل علوؤه بصورة رئيسية بالاتصال الجنسي".¹

ومعنى ذلك أن سائر الأمراض الجنسية المعدية سبب إعطاء الحق لها بأن تطلب فسخ العقد قضاء لصيانة نفسها عن الأمراض الوبائية والتهلكة، ولكن يشترط هذا الحق بأن يكون المرض غير قابل للعلاج ماؤ الزوج لا يستطيع أن يعالج نفسه أو لا يقوم بعلاجه عمداً، فلو كان الزوج المصاب بالمرض الجنسي يقوم بعلاجه أو مرضه قابلاً للعلاج لابد لها أن لا تقوم بعلاقات جنسية أثناء العلاج حتى إفاقة عن مرضه ولكن لا يجوز أن تخبر بقيام العلاقة الزوجية مع المبتوس عن علاجه، لأن المطلوب شرعاً هو التشريح بإحسان، كما نص صاحب البديع:

"وَمَقْلُومٌ أَنَّ مَشِيئَةَ الْفَكَاحِ عَلَيْهَا مَعَ كَوْنِهَا مَحْزُومَةً الْحُظُّ مِنَ الزَّوْجِ لَيْسَ مِنَ الْإِمْسَالَةِ بِالْمَحْزُومِ فِي شَيْءٍ فَتَعَيَّنَ عَلَيْهِ التَّشْرِيعُ بِالْإِحْسَانِ، فَإِنْ سَرَّحَ بِنَفْسِهِ، وَإِلَّا لَابَدَ الْقَاضِي قَبَائِلَهُ فِي التَّشْرِيعِ".²

فالتشريح بإحسان مفقود في الحالة المذكورة لأجل عدم إمكانية القيام بالعلاقة الزوجية وحصول الحظ من الجانبين، فيمكن أن تقع الزوجة في المحظورات الشرعية والمنكرات والقبائح الأخلاقية، فلا بد أن يفرق القاضي بينهما لحفظ دينها وعفتها وصحتها، ولأن المبتوس عن العلاج والبراء لا يجبر على العلاج كما قررت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية "إنه لا حاجة في الاستمرار في العلاج ولا حرج عليكم (أي على أهل الطفل) ولا على الأطباء في تركه".³

وينص القانون الباكستاني بأن للزوجة أن تطلب التفريق القضائي عند إصابة الزوج بمرض جنسي معد كما تقرر في القانون المسمى به Dissolution of Muslim Marriage Act 1939 في المادة الثانية: ما نصه:

7: That the husband has been suffering from virulent venereal diseases.⁴

معنى ذلك أن القانون الملحق الباكستاني يعطيها حق التفريق عند ما يصاب الزوج بأمراض جنسية خطيرة، ولها أن تطلب حقها بواسطة المحكمة القضائية -

¹: فقه التوازل، الجوزي، ج 4 ص 189

²: بدائع الصنائع، الكلامية، ج 2 ص 323

³: إيفاق العلاج عن المرض للمبتوس من برة، أحمد جالب الله، ص 12 الدورية الثانية والمطرون للجمع الفقهي للمنفعة في مكة المكرمة

⁴: Dissolution of Muslim marriage Act 1939

الفصل الثاني : الطلاق والفسخ والخلع القضائي

ويشتمل على أربعة مباحث :

المبحث الأول في : تعريف الفسخ والفرق بينه وبين الطلاق

المبحث الثاني في : أسباب الفسخ وحكمه في الشريعة والقانون

المبحث الثالث في : تعريف الخلع وأحكامه

المبحث الرابع في : حكم الخلع القضائي في الشريعة والقانون

الفصل الثاني : الطلاق والفسخ والخلع القضائي

يتعلق هذا الفصل بمباحث الفسخ والخلع القضائي، وهو مشتمل على أربعة مباحث، فالمبحثان الأولان متعلقان بفسخ النكاح وأحكامه الشرعية والقانونية لأن الفسخ والطلاق مختلفان من حيث المعنى عند الفقهاء، لأجل ذلك لكل واحد منهما أحكام مختلفة وتترتب عليهما آثار متباينة فيما بينهما، و اختلف الفقهاء في تطبيقهما وإطلاقهما على الأحكام الفرعية العملية كما في قضية الخلع مثلاً، فذهب بعض الفقهاء إلى كونه فسخاً وقال البعض بأنه طلاق، فلا بد من تبيين الفرق بينهما، لأن كثيراً من الناس يخطئون في إطلاقهما، ويخلط أصحاب القانون فيما بينهما من حيث الحكم وتترتب الآثار الشرعية عليهما في المحاكم القضائية في دولة باكستان- والمبحث الثالث والرابع يتعلق بالخلع، والخلع القضائي في الشريعة والقانون-

المبحث الأول : تعريف الفسخ والفرق بينه وبين الطلاق

أولاً : تعريف الفسخ :

الفسخ والطلاق يطلق علي مفاهيم مختلفة عند الفقهاء، وقد ذكرت في بداية البحث أن الطلاق هو رفع القيد الشرعي من جانب الزوج، وله حق الرجوع إن كان الطلاق رجعيًا، أو تحديد النكاح في صورة البيونة الصغرى، ولكن الفسخ ليس من تصرفات الزوج بل الأمر في يد القاضي والمحكم، ويرفع العقد به تماماً كما قال صاحب البدائع إنه:

"فسخ العقد رقة من الأصل ويحطه كأي لم يكن"¹

فيعني ذلك أن العقد يزيل كلياً كما عرفه في معجم لغة الفقهاء:

"رفع العقد بإرادة من له حق الرفع، وإزالة جميع آثاره"²

ومعني لفظ "من له حق الرفع" هو من له ولاية عامة أو حكم شرعي ولا فسخ برضا

الزوجين إلا في الخلع، كما اختلف الفقهاء في كونه فسخاً أو طلاقاً-

وكذلك الجرجاني بقوله:

¹: بدائع المتابع، الكلاسي، ج. 2 ص 295

²: معجم لغة الفقهاء، قلمجي، ص 345

"الفسخ شرعاً: رفع العقد على وصف كان قبله بلا زيادة ونقصان"¹

وعوفه ابن نجيم بقوله:

"يَحْتَمِلُ الْعَقْدُ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لَا فِيمَا مَضَى"².

فالفسخ كما ثبت من العبارات والتمريقات المذكورة، بأنه هو إزالة العقد كلياً من جانب المحكمة والقاضي، ولا دخل للزوج في وقوعه وعدمه، ويختار العقد معدوماً بعد وقوعه كأن لم يكن -

ثانياً الفرق بين الفسخ والطلاق:

شرع الله تعالى عز وجل طرقاً مختلفة للفرقة بين الزوجين عند الضرورة وبوجود الأسباب والظروف الطارئة الطالبة للتفريق بينهما، ومنها الطلاق والفسخ، قال صاحب البهجة:

"لِأَنَّ الْفُرْقَةَ فِي النِّكَاحِ قَدْ تَكُونُ بِالطَّلَاقِ وَقَدْ تَكُونُ بِالْفُسْخِ كَالْفُرْقَةِ يَتَدَخَّلُ الْكُفَاءَةُ وَخِيَارُ الْعَتَاةِ وَالرِّجَّةُ وَإِتَاءُ الْإِسْلَامِ"³

يتميز الطلاق والفسخ فيما بينهما من نواحي عديدة، ونذكر أهمها فيما يلي:

أولاً: الفسخ ليس حق الزوج:

إن الطلاق حق الزوج والفسخ ليس في يده بل هو حق القاضي، كما جاء في الأم:

"(قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى -): قَالَ فَمَا الْمَجْزُوءُ الَّذِي ذَكَرْتُ الَّذِي تَكُونُ بَيْنَ الْفُرْقَةِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ؟ فَقُلْتُ لَهُ كُلُّ مَا حَكِمَ فِيهِ بِالْفُرْقَةِ وَإِنْ لَمْ يَنْطَلِقْ بَيْنَ الزَّوْجِ وَلَمْ يُرَدَّهَا وَمَا لَوْ أَرَادَ الزَّوْجُ أَنْ لَا تَوْقِعَ عَلَيْهِ الْفُرْقَةَ أَوْفَعَتْ فَبِهَذِهِ فُرْقَةٌ لَا تُسَمَّى طَلَاقًا لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَيْسَ مِنَ الزَّوْجِ وَهُوَ لَمْ يَقُلْهُ وَلَمْ يَرْضَهُ بَلْ يُرِيدُ رَدَّهَا وَلَا يُرَدُّ"⁴

فالفسخ هو الفرقة بين الزوجين بغير نطق الزوج به سواء رضى به الزوج أم لا، فلا دخل لمشيئته ورضاه به، فالطلاق هو نوع من التصرف في النكاح من قبل الزوج والفسخ ليس كذلك بل هو رفع أصل العقد، كما قال صاحب رد المحتار:

¹: التمرينات الفقهية، البركني، ص 164

²: الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص 338

³: بهجة السالكين، النكاحيات، ج 3 ص 144

⁴: الأم، الشافعي، ج 5 ص 128

"بِأَنَّ الْمُتَارِكَةَ فِي مَعْنَى الطَّلَاقِ قَيِّدٌ بِهَذَا الزَّوْجِ، أَمَّا الْقَسْخُ فَرَفْعُ الْعَقْدِ فَلَا يَحْتَصُّ بِهِ وَإِنْ كَانَ فِي مَعْنَى الْمُتَارِكَةِ".¹

ووصفه صاحب تحفة الفقهاء بقوله:

"وَكُلُّ ذَلِكَ كُلُّ فَرْقَةٍ حَصَلَتْ بِفِعْلِ الْمَرْأَةِ أَوْ حَصَلَتْ لَا بِفِعْلِ الزَّوْجِيِّنِ فَهِيَ قَسْخٌ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تَمْلِكُ الطَّلَاقَ وَالطَّلَاقُ لَا يُدْ كَلَهُ مِنْ قَوْلِ الزَّوْجِ".²

وفصل الإمام محمد في التفريق بين القسح والطلاق بقوله:

"كُلُّ فَرْقَةٍ بَيْنَ الرَّجُلِ وَامْرَأَةٍ وَقَعَتْ مِنْ قِبَلِ الرَّجُلِ فَهِيَ طَلَّاقٌ إِلَّا فِي خَصْلَةٍ وَاحِدَةٍ إِذَا ارْتَدَّ عَنْ الْإِسْلَامِ لَمْ تَكُنْ رَدُّهُ بِطَّلَاقٍ وَكُلُّ فَرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ فَلَيْسَتْ بِطَّلَاقٍ وَوُجْهٌ مِنَ الْوُجُوهِ لِأَنَّ الطَّلَاقَ بِيَدِ الرَّجُلِ لَا بِيَدِ الْمَرْأَةِ".³

فاستثنى الحنفية منه الردة فلو ارتد الزوج وقرق بينهما القاضي نتيجة لردته يطلق عليه القسح لا الطلاق، وتقرب عليه آثار القسح.

ثانياً: القسح لا ينقض عدد الطلاق:

ومنها أن القسح لا ينقض عدد الطلاق من حيث أنه طلاق واحد أم اثنان أو ثلاث تطليقات، كما جاء في كشف اصطلاحات الفنون:

"وَالْفَرْقُ بَيْنَ قَسْخِ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ أَنَّ الْقَسْخَ لَا يَنْقُضُ شَيْئاً مِنْ عَدَدِ الطَّلَاقِ بخلاف الطلاق فإنه ينقض به عدد الطلاق أي الثالث".⁴

فلا يحسب القسح بعدد الطلقات التي يملكها الزوج كما جاء في الأم:

"وَكُلُّ قَسْخٍ كَانَ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فَلَا يَقَعُ بِهِ طَلَّاقٌ وَلَا وَاحِدَةٌ وَلَا مَا يُغْنِيهَا".⁵

لذلك لو لكح الزوج زوجته بعد القسح بعقد جديد يكون مالكا للتطليقات الثلاثة كما في

الاستدكار:

¹: رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج 3 ص 134

²: تحفة الفقهاء، المصنف، ج 2 ص 184

³: الحجة على أهل المدينة، الشيباني، محمد بن الحسين، عالم الكتب بيروت، الطبعة الثالثة، 1403 هـ، ج 3 ص 505

⁴: كشف اصطلاحات الفنون والعلوم، محمد بن علي، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، الطبعة الأولى، 1996 م، ج 2 ص 1273

⁵: الأم، الشافعي، ج 5 ص 199

"وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْقَسْخِ وَالطَّلَاقِ وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قِرَاءَةً لِلزَّوْجَيْنِ أَنَّ الْقَسْخَ إِذَا عَادَ الزَّوْجَانِ يَعُدُّهُ إِلَى النِّكَاحِ، فَهُمَا عَلَى الْعِصْمَةِ الْأُولَى، وَتَكُونُ الْمَرْأَةُ عِنْدَ زَوْجِهَا ذَلِكَ عَلَى ثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ، وَلَوْ كَانَ طَلَاقًا، ثُمَّ رَاجَعَهَا كَانَتْ عِنْدَهُ عَلَى طَلْقَتَيْنِ"¹

فمعنى ذلك أن عدد الطلاق بقي على حاله من حيث العدد، فلا ينقص به، وليرجع الزوج بعد ذلك يملك ثلاث تطليقات.

ثالثاً : عدم الرجوع :

إن الزوج لا يملك الرجوع بعد فسخ العقد إلا بعقد جديد ولكنه يملكه بعد إيقاع الطلاق في صورة الرجعي، لأن الطلاق تصرف الزوج في عقد النكاح، والفسخ ليس من تصرفات الزوج، كما قال صاحب المبسوط:

"لِأَنَّ هَذَا التَّفْطِيقَ كَأَنَّ عَلَى مَوْبِلِ الْقَسْخِ لِأَصْلِ النِّكَاحِ، وَالطَّلَاقُ تَصَرُّفٌ فِي النِّكَاحِ فَمَا يَكُونُ قَسْخًا لِأَصْلِ النِّكَاحِ عِنْدَمَا لَا يَكُونُ تَصَرُّفًا فِيهِ"²

والطلاق يتعلق بعدد ولكن القسح إزالة العقد كلياً كأنه لم تكن العلاقة قائمة بين الزوجين قبل ذلك، ويحمي به الآثار الشرعية الواجبة بالعقد على المتعاقدين، ويصبح الزوجان بالفسخ أجنبيين فيما بينهما بالنسبة للحقوق والواجبات اللازمة عليهما شرعاً.

رابعاً: نيابة القاضي عن المرأة:

القسح والطلاق يتميزان من ناحية أخرى وهي أن المرأة لا تملك الطلاق إلا بعد تفويضه إليها من جانب الزوج، ولكن عند الضرورة الشرعية يمكن أن يقوم القاضي مقامها لفسخ العقد بينهما ولتخلصها عن الضرر اللاحق بها بعد العقد، كما قال صاحب رد المحتار:

¹: الاستبصار المجمع للعلامة الأمامي، ابن عطاء الله ج 18 ص 107

²: المبسوط، السرخسي، ج 5 ص 26

"إِلَّيَّكَ الَّذِي يَكُونُ مِنَ الْمَرْأَةِ حَتَّى الْمُدَّةِ عَلَى الْفَرْقَةِ شَرْعًا هُوَ الْفَسْخُ، فَيَتَوَثَّبُ الْقَاضِيُ مِنْهَا
فِيمَا تَمْلِكُهُ"¹.

والقاضي يحكم بفسخ نكاحها بعد ما اختارت فسخ العقد كما جاء في المذهب:
"وإن اختارت الفسخ لم يجز للفسخ إلا بالحاكم لأنه فسخ مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم
كالفسخ بالتعنين"².

وفي حماية المطلب ورد بأفصح التعبير:
"المرأة لا تقدر على رفع النكاح من غير ضرار مخصوص تلغفه بالفسخ"³.
فهذا سبيل شرعي أعطاها الشريعة الإسلامية حينما لا تجد الزوجة طريق التخلص عن الزوج
رغم وجود سبب شرعي.

خامسا : عدم استحقاق المهر في الفسخ قبل الدخول :
إن المرأة لا تستحق المهر قبل الدخول في التفريق فسخا، ولكنها مستحقة نصف المهر عند
ما يطلقها قبل الدخول، ففي الطلاق كما نص به المرغيناني:
"وإن طلقها قبل الدخول بما والخلوة فلها نصف المسمى"⁴.
والحكم مبني على قوله تعالى:
"وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَرْصَةٌ خَيْرٌ مِمَّا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يُغْفِرَ
أَوْ يُغْفَرُوا إِلَيْهِ بِتَدْوِي عَقْدَةِ النِّكَاحِ"⁵.
وفي التنبيه على منعب الإمام الشافعي رحمه الله:
"سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول"⁶.

أما الفسخ فلا مهر فيه للزوجة كما صرح بذلك في الهداية :

¹ : رد المحتار على الدر المختار، ابن عابد، ج 3 ص 190

² : المذهب، الشرازي، ج 3 ص 155

³ : حماية المطلب في دراية المنع، الجويني، ج 12 ص 363

⁴ : الهداية، المرغيناني، ج 1 ص 199 التلقين، البغدادي، عبالوهاب ج آخر 115

⁵ : سورة البقرة الآية 237

⁶ : التنبيه، الشرازي، ص 167

" وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها" ¹

وذكر صاحب الكافي:

" وإن لم يدخل بها فلا شيء لها إذا فسخ نكاحها" ²

ونص صاحب المذهب بقوله:

" وإن فسخ قبل الدخول سقط المهر" ³

فالظاهر من العبارات المذكورة أن الطلاق قبل الدخول يوجب نصف الصداق، ولكن الفسخ

يلغي حق المهر كلياً.

خلاصة الكلام أن الفسخ يتميز عن الطلاق من حيث استحقاق الرجوع وعدمه، ومن حيث

استحقاق نصف المهر قبل الدخول وعدم الرجوع، ومن حيث حق الزوج وحق الحاكم والأولياء وظهور

ذلك.

¹ النهاية، للرخياني، ج 1 ص 205

² الكافي في فقه أهل المدينة، القمي ج 2 ص 532

³ المذهب، الشراعي ج 2 ص 450

المبحث الثاني : أسباب الفسخ و حكمه في الشريعة و القانون

أسباب الفسخ في الشريعة الإسلامية :

يفسخ النكاح في الشريعة الإسلامية لأسباب مختلفة، وهو إما أن يكون بالعارض المانع عن إبقاء النكاح على حاله بعد إتمام العقد، أو الأمر الذي يقتضيه إنشاء العقد يجعله غير لازم، سأذكر أقسام كل منهما عند الفقهاء -

1: العارض اللاحق أثناء العقد:

النسب الأول لفسخ النكاح كما قلت هو العارض اللاحق المانع عن بقاءه، ويوجب الفسخ فمثلاً ردة أحد الزوجين، أو الفعل الواقع من أحدهما الموجب لحرمة المصاهرة وغير ذلك وينبثق عن أحكام كل ذلك في ما يلي -

أولاً: ردة أحد الزوجين:

ارتداد أحد الزوجين موجب لانفساخ النكاح ولو لم يطلق زوجها باتفاق الفقهاء إلا ابن أبي ليلى رحمه الله، ولا فرق بين المدخول بها وغيرها عند الحنفية كما ذكر في المبسوط:
"إِذَا ارْتَدَّ الْمُتَسَلِّمُ بَاتَتْ مِنْهُ اِرْثَاءُهُ مُتَسَلِّمَةً كَأَنَّهَا أَوْ كِتَابِيَّةٌ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا عِنْدَنَا"¹
والبيئونة تختلف فيها من حيث الفرقة بطلاق أو بغيره إذا ارتد الزوج، فعند الطرفين هي فرقة بغير طلاق وعند محمد رحمه الله هي طلاق بائن، ولو لربعت المرأة فلا خلاف فيه أنها فرقة بغير طلاق².

وذهب المالكية إلى أن الفرقة بينهما تكون بطلاق بائن كما جاء في الذخيرة:
"إِذَا ارْتَدَّ أَحَدُهُمَا بَطَلَتْ الْعَصْنَةُ بِطَلْقِهِ بَائِنَةً لِوُجُودِ الْخِلَافِ فِي إِطْلَاقِ الْقَتْلِ بِالرِّدَّةِ وَفِي انْقِطَاعِ النِّكَاحِ وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِي عِدَّتِهَا فَلَا رَجْعَ لَهُ لِلْبَيْئُونَةِ وَإِنْ أَسْلَمَتْ فَلَا رَجْعَ لِيُطْلَقَ أَصْلُ الْعَقْدِ"³
وكذلك عند الشافعية يفرق بين الزوجين لو ارتدا معا أو أحدهما كما جاء في المهذب:

¹: المبسوط للسيوطي ج 5 ص 49

²: انظر: تحفة الفقهاء، السيوطي ج 2 ص 184

³: الذخيرة، القرافي، أحد أهم الفقه، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1994م، ج 4 ص 335

"إذا لم يرد الزوجان أو أحدهما فإن كان قبل الدخول وقعت الفرقة وإن كان بعد الدخول وقعت الفرقة على انقضاء العدة فإن اجتمعا على الإسلام قبل انقضاء العدة فهما على النكاح وإن لم يجتمعا وقعت الفرقة لأنه انتقال من دين إلى دين يمنع ابتداء النكاح فكان حكمه كما لو أسلم أحد الوثنيين¹ ويختلف الحكم عند فقهاء الحنابلة والدخول وقبله، فيقولون بفسخ النكاح قبل الدخول مباشرة بعد الرد، أما الحكم بعد الدخول ففيه قولان، كما جاء في الهداية على مذهب الإمام أحمد: "فإن ارتد الزوجان أو أحدهما قبل الدخول انفسخ نكاحهما، فإن كانت الردة بعد الدخول فعلى رؤيتهما: إحداهما: تقع الفرقة في الحال أيضاً والثانية على انقضاء العدة. فإن أسلمنا قبل انقضائها فهما على نكاحهما"²

واختلف ابن أبي ليلى رحمه الله حيث قال بعدم الفرقة بينهما بعد الرد، نقل مذهبه صاحب المبسوط:

"أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: لا تقع الفرقة برؤية أحدهما قبل الدخول، ولا بعده حتى يستتاب المرتد فإن ثبت فهي أفرأته، وإن مات أو قتل ورثته"³

فخلاصة آراء الفقهاء في المسألة بأن الردة سبب بينونة بينهما ولا حاجة لرفع الأمر إلى القاضي وهو القسح عند الحنفية، والمالكية يعدونه طلاقاً بائناً، أما الشافعية والحنابلة فيعترون الفسخ بعد انقضاء العدة مع بقاءه على حال الردة -

والرأي الراجح هو التفرقة بينهما بعد ارتدادهما أو أحدهما مباشرة، لأن المرتد يصبح مباح الدم بارتداده، والضابطة في هذا الباب أن اختلاف الدين مانع عن النكاح فلا يبقى على نكاحهما بعد الارتداد-

ثانياً: إباء أحد الزوجين عن الدخول في الإسلام بعد الارتداد:

لو أسلم الزوج وامرأته من أهل الكتاب بقي على نكاحهما، وكذلك لو أسلمت الزوجة وزوجها من أهل الكتاب فلا يفسخ النكاح لأن نكاحهما صحيح ابتداءً فلا يتأثر به بعد إسلام أحدهما، ولكن لو أسلم أو أسلمت وبقي الآخر على مذهب غير أهل الكتاب يعرض عليها أو عليه الإسلام،

¹ الهداية في فقه الشافعي، الشوازي، ج 2 ص 460

² الهداية على مذهب الإمام أحمد، الكلوذلي، ص 400

³ المبسوط، السرخسي، ج 5 ص 49

فإن أسلم أو أسلمت فيها وإلا فرق بينهما، ولا فرق في ذلك بين المدخول بها وغير المدخول بها عند
الحنفية كما نص صاحب الميسوط:

"وَيَمْتَنِعُ أَنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا عِنْدَنَا"¹

واختلف فقهاء الحنفية في كونه طلاقاً أو فرقة بغير طلاق بعد التزويج، جاء في الهداية:

"إذا أسلمت المرأة وزوجها كافراً عرض القاضي عليه الإسلام فإن أسلم فهي امرأته وإن أبي
فرق بينهما وكان ذلك طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن أسلم الزوج وتحتة مجوسية عرض
عليها الإسلام فإن أسلمت فهي امرأته وإن أبت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة بينهما طلاقاً"²
وقال أبو يوسف رحمه الله لا تكون الفرقة طلاقاً في الوجهين"³

ومذهب المالكية كما في الكافي أن الفرقة تقع بغير طلاق إن لم تسلم المرأة بعد إسلامه
مباشرة، ولكن إسلامه في عدة المرأة يثبتها على نكاحهما، جاء في الكافي:

"فإن كانت غير كتابية وقعت الفرقة بينهما إلا أن تسلم عقب إسلامه في فور ذلك فإن كان
ذلك ثبناً أيضاً على نكاحهما وإن لم تسلم بأثر إسلامه وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وإذا أسلمت
المرأة قبل زوجها كتابي أو غير كتابي فإن أسلم زوجها في عدتها فهو أحق بها من غير رجعة ولا صداق
وإسلامه في عدتها كرجعة المطلق للسنة امرأته في عدتها وأما غير المدخول بها فإمّا لا عدة لها فإمّا
أسلمت وقعت الفرقة بينهما فسخاً بغير طلاق ولا صداق لها لأنه لم يدخل بها"⁴

وعرض عليها الإسلام بعد الدخول لا قبله إذا أسلم الزوج عند المالكية، ويروى روايتان في
عرض الإسلام عليها قبل الدخول فيقول بعضهم أنه يعرض عليها وذهب بعضهم إلى عدم العرض"⁵
ذكر في المعونة بأنه يعرض عليها الإسلام ونصه:

"إن كانا مجوسيين أو مشركين غير كتابيين عرض على المرأة الإسلام، فإن أسلمت عقيب
إسلامه أو بعده بالشيء القريب ثبتا على نكاحهما لأن أبا سفيان أسلم وأسلمت عند بعده فثبتا
على نكاحهما ولأن إسلامها عقيب أو بعده بالقريب جاز مجرى إسلامهما معاً"⁶

¹: الميسوط، السرخسي ج 5 ص 45

²: الهداية، الرضائي، ج 1 ص 213

³: الكافي في فقه أهل المدينة، للثوري، ج 2 ص 550

⁴: انظر: مناهج التمهيد، نتائج لطائف القائل في شرح المنونة، صعلبي بن محيى، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1428 هـ، ج 1 ص 47

⁵: المعونة، عبد الوهاب بن علي ص 804

وذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى عليه إلى أنه لا يعرض الإسلام عليه أو عليها بل يتوقف حتى انقضاء عدتها كما صرح في البيان:

"وإن أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو أسلمت الزوجة ولم يسلم الزوج، فإن كان قبل الدخول.. انفسخ النكاح، وإن كان بعد الدخول.. وقف النكاح. فإن أسلم الكافر منهما قبل انقضاء عدة الزوجة.. أقرأ على النكاح. وإن لم يسلم الكافر منهما حتى انقضت عدة الزوجة.. بآلت منه من وقت إسلام للمسلم منهما".¹

ويرى الحنابلة التفرقة بينهما بلفسخ قبل الدخول كما ورد في العدة:
"أن يسلم أحد الزوجين غير الكتابيين كالموثنيين أو المجوسيين أو كتابي متزوج لوثنية أو مجوسية قبل الدخول بما تعجلت الفرقة بينهما من حين إسلامه ويكون فسخا ليس بطلاق، لأنها فرقة لاختلاف دين فكانت فسخا".²

أما بعد الدخول فقد وردت روايتان مختلفتان عن الحنابلة فيقولون بفسخ النكاح في رواية، والمقول الآخر بتوقف الأمر على انقضاء العدة كما جاء في المحرر:

"وإن كان إسلام أحدهما بعد الدخول وقف الأمر على انقضاء العدة فإن أسلم الثاني قبل انقضائها بقي نكاحهما وإلا تبينا انفساخه منذ اختلف الدينان وعنه يفسخ في الحال كما قبل للدخول".³

فاتفق الفقهاء على أن الكتابي والكتابية لو أسلم أحدهما بقي نكاحهما على حالهما لصحة أصل العقد في الشريعة الإسلامية ولكن الوثنية والمجوسية وغيرها من غير أهل الكتاب لا يقرر على عقدهم إلا بعد إسلام الآخر قبل انقضاء العدة.

ثالثا : اختلاف الدار :

إذا اختلفت الدار بين الزوجين ولحق الزوج أو الزوجة بدار الحرب فيفسخ النكاح عند الحنفية لأن اختلاف الدار مانع من موانع النكاح عندهم ولو لم يرتد، كما نص في المبسوط بذلك:

¹ - البيان في مذهب الإمام الشافعي، يحيى الشافعي، ج 9 ص 331

² - العدة في شرح الصمد، للعلامة عبد الرحمن بن إبراهيم، ص 413

³ - المحرر في الفقه، عبد السلام بن عفيف، ج 2 ص 28

"فإن خرج وتركها في دار الحرب، وقعت الفرقة بينهما بتبطلن الدائرتين حقيقة وحكما، فإنها من أهل دار الحرب، والزواج من أهل دار الإسلام، وتبطلن الدائرتين بحذو الصفة موجبة للفرقة عندنا".¹
 وضع الفقهاء الشافعية إلى أنه ليس بمانع عن النكاح ولا يفسخ النكاح باختلافه بل اختلاف الدين مانع عنه كما قال في البيان:

"ولا تقع الفرقة عندنا بين الزوجين المشركين باختلاف الدار بمسأ، وإنما تقع باختلاف الدين على ما بيناه".²

وعند الحنفية اختلاف الدين والنظر كلاهما موجبان لفسخ العقد فهو سبب مختلف فيه بين الفقهاء -

رابعاً: إفسار الزوج:

إفسار الزوج سبب من أسباب فسخ النكاح لأن المرأة تستحق النفقة بعد عقد النكاح، ولو عجز الزوج عن أداء حقها، فهل لها أن تطلب حقها أم لا؟، اختلف الفقهاء في إفسار الزوج من حيث كونه سبباً لفسخ العقد، ذهب الحنفية إلى أنه ليس من حق المرأة المطالبة بالتفريق، قال صاحب الهدى:

"وأما بقاء الزوج قادراً على النفقة، فليس بشرط إتمام النكاح لا سيما حتى لو عجز عن النفقة لا يثبت لها حق المطالبة بالتفريق، أن التفريق إنطال وملك النكاح على الزوج من غير رضاه، وهذا في الضرر، فوق طهر المرأة بعجز الزوج عن النفقة، لأن القاضي يرضى النفقة على الزوج إذا طلبت المرأة الطهر، وبالمقابلة بالإتفاق من مال نفسها إن كان لها مال، وبالإسداء إن لم يكن إلى وثقت الاستمرار، فتصير النفقة ديناً في ذمته بقضاء القاضي، فترجع المرأة عليه بما أنفقت إذا أيسر الزوج".³

ويرى جمهور الفقهاء بأن من حقها المطالبة بالفسخ، فقد نص بذلك في الإشراف:

"إذا عجز بالنفقة ثبت لها المطالبة بالفراق، خلافاً لأبي حنيفة لقوله تعالى: "وعاشروهن بالمعروف"، وقوله تعالى: "فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان"، وقوله صلى الله عليه وسلم: "تقول امرأتك أفقي على أو طلقي" وهذا إخبار عما لها أن تفعله، ولأن النفقة في مقابلة الاستمتاع، فلما

¹: المبسوط، المرحومي، ج 5 ص 50

²: البيان في مذهب الإمام الشافعي، عيسى الشافعي، ج 9 ص 331

³: طالع الصنائع، الكاساني، ج 2 ص 330

كان إذا نشزت لا نفقة لها يمنع الاستمتاع، فكذلك إذا لم يجد النفقة من جهته فلها مفارقتها، ولأنه لما كان لها مفارقتها في الإيلاء والعنة وضررها أيسر من ضرورة عدم النفقة، فكان في عدم النفقة أولى¹. وجاء في المذهب:

"إذا انحسر الزوج بنفقة المعسر فلها أن تفسخ النكاح لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: "يفرق بينهما". ولأنه إذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر ففيه أقل فلأن يثبت بالعجز عن النفقة والضرر فيه أكثر من الأولى². وكذلك قال الكلوثاني في الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل:

"قائماً إن قطعها لإعساره فلها الخيار بين الإقامة ويجعل النفقة ديناً في ذمته وبين الفسخ³". يؤخذ من عبارات المذكورة أن جمهور الفقهاء يجعلون النفقة مقابلة الاستمتاع، فإذا عجز الزوج عن النفقة فلا يبقى حقه في الاستمتاع بها، فلها أن تطالب بالفرقة منه، ولكن الحنفية يقولون بأن التفريق مبني على الضرر.

فالضرر اللاحق بالزوجة يزال بقضاء القاضي من حيث جعل النفقة ديناً على ذمة الزوج حتى يقدر على أدائها، ولكن في زمننا هذا ينبغي أن يقتضى بقول جمهور الفقهاء لاعتداء خشية الله والتقوى والديانة، فلا بد من إلزام الزوج بأداء النفقة حسب رضائهما قبل انعقاد العقد وإلا يفرق القاضي بينهما حفاظاً عن الضرر الواقع أو عما يمكن وقوعه على الزوجة، ولأن الزوجة في هذه الحالة غير ناشئة وتقوم بأداء الحقوق الزوجية فلها حق المطالبة لاستيفاء حقوقها -

خامساً: العيوب الموجبة للفسخ:

اتفق الفقهاء على فسخ النكاح بسبب العيوب الموجبة للفسخ عند ما توجد في الرجل، ولكنهم اختلفوا في انقضاء النكاح لو وجدت تلك العيوب في المرأة، حيث ذهب الحنفية إلى عدم ثبوت حق الفسخ للرجل لو وجد العيب في امرأته لأنه يملك حق الطلاق فلا يحتاج إلى الفسخ كما نص بذلك صاحب المبسوط:

1- الإيضاح على نكت مسائل الخلاف، عبدالوهاب بن علي، ج 2 ص 808

2- للمذهب إمامهم الشيرازي، ج 3 ص 154

3- الهداية على مذهب الإمام أحمد، الكلوثاني، ص 498

"وَلَا يَزِدُّ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ عَنْ عَيْبٍ بِهَا، وَإِنْ فُحِشَ عِنْدَنَا، وَلَكِنَّهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا"¹.

فمعنى ذلك أن الزوج مختار بين الطلاق والإمساك بسبب ملكية الطلاق، واحتج الحنفية بآثار الصحابة يقول السرخسي:

"وَحُجَّتُنَا فِي ذَلِكَ قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لَا تُرَدُّ الْحُرَّةُ عَنْ عَيْبٍ،² وَعَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: إِذَا وَجَدَ بِامْرَأَتِهِ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْعُيُوبِ فَالْتِكَاخُ لَزِيمٌ لَهُ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ،³ وَمَا رَوَى عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ أَتَبَتِ الْخِيَارَ فَالْمُرَادُ خِيَارُ الطَّلَاقِ، وَكَذَلِكَ مَا رَوَى عَنْهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ رَدَّهَا أَيْ رَدَّهَا بِالطَّلَاقِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَالَ: الْحَقِّي بِأَهْلِكَ، وَهَذَا مِنْ كِنَايَاتِ الطَّلَاقِ"⁴.

وذهب الجمهور إلى أن الرجل من حقه - مثل المرأة - أن يطالب بالفسخ بسبب العيوب في الزوجة، كما صرح به فقهاء المالكية:

"إِذَا وَجَدَ الرَّجُلُ بِامْرَأَتِهِ جَنُونًا أَوْ جَذَامًا أَوْ بَرَصًا أَوْ مَا يَمْنَعُ مِنَ الْجَمَاعِ مِثْلَ الْقَرْنِ وَالرَّتْقِ وَالْإِفْضَاءِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْمَسْلُوكَانِ وَاحِدًا فِي الْمَرْأَةِ وَأَرَادَ لَذَلِكَ مَفَارِقَتَهَا وَكَانَ لَهُ فُسْخُ نِكَاحِهِ بِأَمْرٍ مِنَ الْحَاكِمِ فَلَا شَيْءَ لَهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ أَصَابَهَا فَإِنْ عَلِمَ بِهِ بَعْدَ مَا أَصَابَهَا فَلَهَا مَهْرُهَا الْمُسَمَّى بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا"⁵.

ويظهر من كتب الشافعية بأنهم قائلون بخيارها بعد اطلاعها على العيب في الآخر كما جاء في المذهب:

"إِذَا وَجَدَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ مَجْنُونَةً أَوْ مَجْذُومَةً أَوْ بَرَصًا أَوْ رَتْقًا وَهِيَ الَّتِي انْسَدَّ فَرْجُهَا أَوْ قَرْنًا وَهِيَ الَّتِي فِي فَرْجِهَا لَحْمٌ يَمْنَعُ الْجَمَاعَ ثَبَتَ لَهُ الْخِيَارُ، وَإِنْ وَجَدَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا مَجْنُونًا أَوْ مَجْذُومًا أَوْ بَرَصًا أَوْ مَجْذُومًا أَوْ عَنِيقًا ثَبَتَ لَهَا الْخِيَارُ لَمَّا رَوَى زَيْدُ بْنُ كَعْبٍ عَنْ عَجْرَةَ قَالَ: تَزَوَّجَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ امْرَأَةً مِنْ بَنِي غِفَارٍ فَرَأَى بِكَشْحِهَا بَيَاضًا فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "الْبِسِي

¹: المبسوط، السرخسي، ج 5 ص 95

²: المصنف، الصنعاني، ج 6 ص 246

³: المصدر نفسه ج 8 ص 152

⁴: المصدر نفسه، ج 5 ص 96

⁵: الكافي في فقه أهل المدينة، القرطبي، ج 2 ص 565

تباينها والحقي بأهلك" فثبت البرء بالبرص بالخبر وثبت في سائر ما ذكرناه بالقياس على البرص لأنها في معناه¹.

وكذلك عند الخنايلة يثبت لهما الخيبر كما ذكر في الهداية على مذهب الإمام أحمد:
"إِنَّ عَلِيمًا أَخَذَهُمَا بِالْعَتَبِ بَعْدَ الْعَقْدِ فَسَكَتَ لَمْ يَتَطَلَّ بِخِيَارَةٍ حَتَّى يُؤْخَذَ مِنْهُ الرِّضَاءُ أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ مِنَ التَّمَكُّنِ مِنَ الْمَوْطِ وَتَحْوِيهِ، وَلَا يُجُوزُ الْقَسْحُ إِلَّا بِحُكْمِ الْحَاكِمِ فَإِذَا وَقَعَ الْقَسْحُ فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَالْحُلُوقِ يَنْقُطُ الْمَهْرُ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ وَالْحُلُوقِ وَجِبَ الْمَهْرُ"².
ثبت من العبارات المذكورة أن المالكية والشافعية والخنايلة يقولون بخيار الزوج عند وجود العيب كما هي محيرة أيضا، والراجح أن الفسخ شرع لتغليص النفس عن الآخر عند الضرورة، ويمكن للرجل أن يخلص نفسه بطلاق فلا حاجة له بأن يطلب فسخ النكاح أمام القاضي، و الطلاق في هذه الحالة أسهل وأفضل للمرأة بالنسبة لفسخه لكي تبقى عيوبها الذاتية مخفية عن أعيين الناس حولها يطلع عليها الناس، أما المرأة فلا سبيل لها إلا الفسخ فلأجل ذلك هي محيرة بين الفسخ وإبقاء العقد على حاله.

سادسا : اللعان :

إذا علم أو رأى للرجل أن امرأة زنت فمذنبها يجب عليه إثبات فعل الزنا أمام القاضي بالبينة المطلوبة لثبوت حد الزنا وإن لم يفعل ذلك يحد بحد القذف، لأن القذف موجب الحد أصلا بقوله تعالى:

"وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْقَايِلُونَ".

فعقوبة القاذف أن يحد بثمانين جلدة ولكن لو قذف الزوج زوجته بغير البينة المطلوبة شرعا، لا يحد بل يطلب منه اللعان، لقوله تعالى:

"وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحِبَّهُمْ أَنْ تَبْتَغِيَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ - وَالْحَامِسَةُ أَنْ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَافِرِينَ - وَتَذَرَأُ عَنْهَا الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَنْ تَبْتَغِيَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَافِرِينَ - وَالْحَامِسَةُ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ"³.

¹: للمذهب في الفقه الشافعي، الشواري، ج 2 ص 449

²: الهداية، الكلوفا، ص 396

³: سورة النور الآية 06، 09.

يقول الحنفية بأن الله تعالى نسخ حد القذف في حق الزوج إذا قذف زوجها بالزنا ولم يكن له بينة على ذلك، كما قال صاحب الميسوط:

"لَمْ يَنْسَخْ ذَلِكَ بِاللَّعَانِ فِي حَقِّ الزَّوْجَيْنِ وَاسْتَقَرَّ الْأَمْرُ عَلَى أَنَّ مُوجِبَ قَذْفِ الزَّوْجِ الزَّوْجَةُ
الْبَّعَانُ بِشَرَاهُ تَلْكَرُهَا"¹

وموقف المالكية أن اللعان ساقط للحد ولو أنكر الزوج عنه بعد قذفها بحده، كما جاء في
المعونة:

"اللعان موضوع لرفع النسب وسقوط الحد في القذف، فإذا قذف الرجل امرأته بالزنا، فإن ادعى رؤية وحقق ذلك ووصفه كما يصف الشهود في الزنا فله أن يلاعن ويسقط الحد عن نفسه فإن اقتصر على مجرد قذفها من غير ادعاء وصفه فقليل يلاعن، وقيل: يحده ولا يلاعن إن كانت ممن يحده قاذفها"².

وكذلك الشافعية يرون بأن اللعان يسقط الحد به ولكن لا ينسخه، لذلك يكون الزوج مخيراً
عندهم بين إقامة البينة واللعان، فيقوم اللعان مقام البينة، كما بين صاحب المذهب:

"فدل على أنه إذا أتى بأربعة شهداء لم يحلده، ويجوز أن يسقط باللعان، فإن قدر على البينة ولاعن جاز لأحدهما بيتان في إثبات حق فجازته إقامة كل واحدة منهما مع القسرة على الأخرى"³.

والفرقة بين الزوجين لا تقع بنفس اللعان حتى يحكم بما أحكامكم عند الحنفية، كما قال صاحب
البدائع بعد ذكر الأحاديث المباركة:

"قُلْتُ الْأَحَادِيثُ عَلَى أَنَّ الْفُرْقَةَ لَا تَقَعُ بِالْعَانِ الزَّوْجِ وَلَا بِالْعَانِ إِذَا لَوْ وَقَعَتْ لَمَّا أُخْتِمَ
التَّطْرِيقُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بَعْدَ وَطْعِ الْفُرْقَةِ بَيْنَهُمَا بِنَفْسِ اللَّعَانِ؛ وَلِأَنَّ مِلْكَ
النِّكَاحِ كَانَ ثَمَرًا قَبْلَ اللَّعَانِ وَالْأَصْلُ أَنَّ الْمِلْكَ حَتَّى تَمُوتَ لِإِنْسَانٍ لَا يُرْوَى إِلَّا بِإِذْنِهِ أَوْ بِخُرُوجِهِ مِنْ
أَنْ يَكُونَ مُتَتَفِعًا بِهِ فِي حَقِّهِ لِعَجْزِهِ عَنِ الْإِثْقَاعِ بِهِ وَلَمْ يُؤْخَذِ الْإِثْلَاقُ مِنَ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ لَا يُشِيرُ عَنْ

¹: الميسوط، السرخسي، ج 7 ص 39

²: المعونة على مذهب عالم المدينة، محمد الوهاب بن علي، ص 900

³: المذهب الشافعي، ج 3 ص 77

زَوَالِ الْمَلِكِ؛ لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ مُؤَكَّدَةٌ بِالسَّعِيدِ أَوْ الْيَسِيرِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يُنْسَى عَنْ زَوَالِ الْمَلِكِ وَلِهَذَا لَا يُزُولُ بِسَائِرِ الشَّهَادَاتِ وَالْأَيْمَانِ، وَالْقُدْرَةُ عَلَى الْإِمْتِنَاعِ ثَابِتَةٌ فَلَا تَقَعُ الْفُرْقَةُ بِنَفْسِ اللَّعَانِ¹.

وذهب المالكية والشافعية إلى أن الفرقة تقع بوقوع اللعان ولو لم يفرق الحاكم بينهما كما جاء في المعونة على مذهب عالم المدينة بأنه:

"لا يحتاج في ذلك إلى حكم حاكم بالفرقة خلافاً لأبي حنيفة، والتحريم باللعان يقع مؤبداً لا تحل له بعده على وجه لا بنكاح ولا ملك"².

وقال الشيرازي في المذهب:

"وإن كان اللعان في نكاح صحيح وقعت الفرقة لحديث ابن عمر رضي الله عنه وحرمت عليه على التأييد لما روى سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه قال: مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعا أبداً"³.

وللحنابلة قولان في هذه القضية، قول بأن الفرقة لا تحصل حتى يفرق الحاكم بينهما، لقول ابن عباس في حديثه: ففرق رسول الله صَلَّى الله عليه وسلم بينهما. وفي حديث عويمر أنه قذف زوجته، فتلاعنا عند رسول الله صَلَّى الله عليه وسلم، فقال عويمر، كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله - صَلَّى الله عليه وسلم⁴، والقول الآخر، تحصل الفرقة بمجرد لعانها، لأنه معنى يقتضي التحريم المؤبد، فلم يقف على تفريق الحاكم، كالرضاع. ولأن الفرقة لو وقفت على تفريق الحاكم، لساغ ترك التفريق إذا لم يرضيا به، كالتفريق للعب⁵.

والفرقة عند الحنابلة موجبة لحرمة مؤبدة، كما نص في نفس المصدر:

"ففرقة اللعان فسخ؛ لأنها فرقة توجب تحريماً مؤبداً، فكانت فسخاً، كفرقة الرضاع"⁶.

وذهب أبوحنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى عليهما إلى أن الفرقة الواقعة بعد اللعان ليست مؤبدة بل تكون فرقة بالطلاق: وحجتهما في ذلك:

¹: بدائع الصنائع، الكاساني، ج 3 ص 245

²: المعونة على مذهب عالم المدينة، عبد الوهاب بن علي، ص 909

³: للمذهب، الشيرازي، ج 3 ص 91

⁴: المصنف، الصنعائي، ج 7 ص 115

⁵: انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد، بن قدامة، ج 3 ص 186

⁶: المصدر نفسه، ج 3 ص 186

"أَنَّ الثَّامِتَ بِالنَّصِّ اللَّعَانُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فَلَوْ أَلْبَسْنَا بِهِ الْحُرْمَةَ الْمَلْبُودَةَ كَانَ زِيَادَةً عَلَى النَّصِّ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ خُصُوصًا فِيمَا كَانَ طَرِيقُهُ الْعُقُودَاتِ، ثُمَّ هَذِهِ فُرْقَةٌ تَخْتَصُّ بِمَجْلِسِ الْحُكْمِ وَلَا يَنْقَرِرُ سَبَبُهُ إِلَّا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ فَيَكُونُ فُرْقَةٌ بِطَلَاقٍ كَالْفُرْقَةِ بِسَبَبِ الْحُبِّ وَالْعَتَةِ. وَهَذَا لِأَنَّ بِاللَّعَانِ يَمُوتُ الْإِمْسَاكُ بِالْمَعْرُوفِ فَيَنْتَعِيزُ التَّشْرِيعُ بِالْإِحْسَانِ لِإِلْهَامِهَا أَمْتَنَ مِنْهُ نَابِتُ الْقَاضِي مَتَابَةِ فَيَكُونُ فِعْلُ الْقَاضِي كَفِعْلِ الزَّوْجِ فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ طَلَّاقٌ، وَالْحُرْمَةُ بِسَبَبِ الطَّلَاقِ لَا تَتَأَثَّرُ"¹

خلاصة الكلام أن اللعان موجب لحزمة ملبودة عند الجمهور والإمام أبي يوسف من الخنفة، ولا يثبت عند الطرفين التحريم الملبود به، فيجوز عند الطرفين تحديد النكاح لهما بعد التفريق بينهما لأجل اللعان أو تكذيب أحد الزوجين بلعان آخر أمام القاضي، والزاجع هو عدم ثبوت الحزمة على التأييد لو رضا ببقاء العلاقة فيما بينهما، لأن المحرمات على وجه التأييد قد نص عليها بعض قرآني ولم يذكر فيه التلاعن، وكذلك لا يوجد نص صريح في ثبوت التحريم الملبود، فالتفريق الواقع كالطلاق، ويمكن أن يكون القذف مبتدأ بين الزوجين على سوء التفاهم بينهما أو بسبب الحسد والبغض فيلزموا حقيقة الأمر بعد ذلك -

2: الفسخ لأمر مقترن بإنشاء العقد:

ربما يفسخ النكاح قبل إتمام العقد لأمر مقترن بإنشاء العقد المانع عن إتمامه، فلا ينعقد النكاح الشرعي عند وجود المانع عنه، وسنذكر أهم الموانع التي ليست من قبيل القضايا المتفق عليها بل اختلف الفقهاء في كونها سبب لفسخ النكاح

أولاً: الخيار بعد البلوغ

إذا زوج الولي غير الأب والجد الولد أو الجارية الصغيرة، فلهما الخيار بعد البلوغ بين إبقاء العقد على حاله وبين إتمامه، ويسمى بخيار البلوغ وخيار الإدراك، وهي قضية مختلف فيها بين الفقهاء من حيث الحكم، فذهب أبو حنيفة و من أصحابه محمد بن الحسن الشيباني رحمهما الله تعالى عليهما إلى خيارهما بعد بلوغهما بشرط أن لا يكون النكاح أبوهما أو جدتهما، لأنهما أصحاب الولاية اللازمة الإيجابية، كما ذكر صاحب الميسوط توجيه الخيار بقوله:

¹: الميسوط، المرسعي، ج 7 ص 44

"أنه زوجه من هو قاصر الشفقة عليها فإذا علبت أخر نفسها كان لها الخيار كالأمة إذا زوجهها مؤلها، ثم اعتقها، وهذا لأن أصل الشفقة موجود للوطء، ولكنّه ناقص يظهر ذلك عند المتعاقبة بشفقة الآباء، وقد ظهر تأثير هذا التفصّل حكماً حين امتنع ثبوت الولاية في الغالب للأولياء فلا خيار وجود أصل الشفقة نفذا العقد ولا خيار نقصان الشفقة أثبتنا الخيار".¹

بخلاف الأب والجد فإنهما تام الشفقة والولاية كما قال:

"بخلاف الأب فإنه وإن الشفقة تام الولاية فلا حاجة إلى إيجاب الخيار في عقده، وكذلك في عقد الجد؛ لأنه بمنزلة الأب حتى تثبت ولائته في الغالب والنفس".²

وقد صرح محمد بن الحسين الشيباني رحمه الله تعالى عليه في كتابه الحجة على أهل المدينة،

بقوله:

"قال أبو حنيفة رضي الله عنه إذا زوج الصغيرة والصغير والدعما أو الجد أب الأب إذا كان الولد ميتاً فالنكاح جائز ولا خيار لهما إذا بلغا وإن ماتا ورثا فإن زوج الصغير والصغيرة وليهما وهو غير الوالد والجد فالنكاح جائز، وإن ماتا توارثا، ولهما الخيار إذا أدركا إن شاء أجاز النكاح وإن شاء رده".³

يقول فقهاء المالكية بعدم خيار البلوغ إذا بلغ الصغير ولو فكحه غير الأب والجد، كما ذكر

صاحب المعونة بقوله:

"لا خلاف أن للأب أن يعقد على ابنه الصغير، وكذلك للولي عندنا غير الأب من وصي أو حاكم ولا خيار له إن بلغ إلا أن يطلق ابتلاء ويلزمه نصف الصداق المسمى إن لم يكن دخل بعد البلوغ".⁴

أما الشافعية فهم قائلون بعدم صحة نكاح الصغير للولي غير الأب والجد أصلاً، كما جاء

في المذهب:

"ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبلغ".⁵

¹: المبسوط، السرخسي، ج 4 ص 215

²: المختصر نفيس

³: الحجة على أهل المدينة، الشيباني، ج 3 ص 142

⁴: المعونة، عبد الوهاب بن علي، 733

⁵: المذهب، الشومري، ج 2 ص 430

فلو زوجه الأب والجدة بغير كفوء بخير بعد البلوغ عند الشوافع، كما صرح في روضة الطالبين:
 "أَوْ زَوْجَ الْآبِ أَوْ الْجَدِّ الْبِكْرَ الصَّغِيرَةَ أَوْ الْبَالِغَةَ بِغَيْرِ كَفَاءٍ بِغَيْرِ إِذْنَاءٍ، لَمْ يَصِحَّ عَلَى
 الْمَذْهَبِ"¹

فمعنى ذلك أن ولايتهما على الصغير ولاية إجبار، ولكن في صفة إنكاح الصغير بغير كفوء
 لزم الخيار للصغيرة والصغير بعد البلوغ عندهم -

وأعطى الحنابلة حق ولاية الإيجار للأب فقط، ولا تثبت لغيره حتى الجد لا تثبت له الولاية
 في ذلك، كما صرح في المغني:

"لَيْسَ هَذَا بِغَيْرِ الْآبِ. نَعْنِي لَيْسَ لِغَيْرِ الْآبِ إِجْبَارٌ كَبِيرٌ، وَلَا تَزْوِيجٌ صَغِيرٌ، جَدًّا كَانَ أَوْ
 غَيْرَهُ"²

فخلاصة الكلام أن قضية الخيار بعد البلوغ تختلف فيها، ولكن الراجح في زماننا هذا هو قول
 الخيار لأن الصغير ليست حالة الاختيار والتصرف، والأولياء لا ينظرون إلى مصالح الصغير، بل يقدمون
 مصالحهم الذاتية على مصالح الأولاد، وفقدت شفقة الآباء والأجداد عامة في مجتمعاتنا المسلمة،
 فلا بد من خيار البلوغ لكي لا يقع الزوجان في المحرج والمشقة في حياتهما الزوجية بعد البلوغ.

ثانيا: النكاح بلا إذن الولي

لا يصح النكاح بلا إذن ولي عند جمهور الفقهاء بل لابد لصحة العقد إجازته، فلو زوجت
 امرأة نفسها بلا ولي ففكاحها باطل عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة كما صرح
 صاحب المعونة بأن النكاح بلا ولي يفسخ سواء دخل بها أم لم يدخل:

"إِذَا ثَبِتَ ذَلِكَ فَإِنْ زَوَّجَتْ امْرَأَةٌ نَفْسَهَا أَوْ غَيْرَهَا، فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ لَا يَصِحُّ بِوَجْهِهِ وَيُفْسَخُ قَبْلَ
 الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ"³

والتصريح عند الشافعية في المذهب بأنه:

¹: روضة الطالبين وعمدة المفتين، القرويين، يحيى بن شرف، المكتب الإسلامي بيروت الطبعة الثالثة، 1412هـ، ج 7 ص 84

²: المغني، ابن قدامة، ج 7 ص 41

³: المعونة، عبد الوهاب بن علي، 728

"لا يصح النكاح إلا بولي فإن عقدت المرأة لم يصح".¹

كذلك عند الحنابلة نجد التصريح في الكافي، فإن:

"عقدته المرأة لنفسها أو لغيرها بإذن وليها أو بغير إذنه لم يصح، لما روت عائشة أن النبي

- صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال لا نكاح إلا بولي".²

فالنكاح غير صحيح وينسخ حتى يأذن الولي ويرضى بإبقائه على حالهما عند الجمهور، ولذا

يحكم بفسخه قبل إذن الولي عندهم،

واختلف الحنفية فيما بينهم في صحة النكاح بلا ولي، فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى عليه

بصحته مطلقاً، سواء كان الزوج كفواً لها أم لا، ولكن للأولياء حق الاعتراض لو كان في غير كفوه،

وسواء أجاز الولي أم لا، كما قال صاحب المبسوط:

"وبه أخذ أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - سواء كانت بكراً أو ثيباً إذا زوجت نفسها جازاً

النكاح في ظاهري الرواية سواء كان الزوج كفواً لها أو غير كفٍ، فالنكاح صحيح إلا أنه إذا لم يكن

كفواً لها فلا أولياء حتى الإعراض".³

وذهب أبو يوسف رحمه الله في قوله الأول إلى أنه الصحة بتوقف على الكفاءة، فلو كان الزوج

غير الكفو لم يصح العقد، ثم رجع عن ذلك ووافق مع إمامه في حكم صحته، كما صرح في المبسوط:

"وقال: إن كان الزوج كفواً جاز النكاح، وإلا فلا ثم رجع فقال: النكاح صحيح سواء كان

الزوج كفواً لها أو غير كفٍ لها".⁴

أما رأي الإمام محمد رحمه الله فمختلف عن رأي الشيخين، لأنه يقول بتوقف الصحة على

إجازة الولي كما جاء في المبسوط:

"وعلى قول محمد - رحمه الله تعالى - يتوقف نكاحها على إجازة الولي سواء زوجت نفسها

من كفٍ أو غير كفٍ فإن أجاز الولي جاز وإن أبطله بطل".⁵

¹: المهذب، الشرائع ج 2 ص 426، سنن ابن ماجه، القزويني، ج 1 ص 605

²: الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن لاد، ج 3 ص 9

³: المبسوط، المرحسي، ج 5 ص 10

⁴: المصدر نفسه، ج 5 ص 10

⁵: المصدر نفسه، ج 5 ص 10

فاتفق الشيخان علي صحة النكاح سواء أجازته الولي أم لم يجزه، وسواء كان الزوج كفوا لها أم لا؟ ولكن الإمام محمد رحمه الله لا يفرق بين الكفو وعدم الكفو بل يتوقف صحته علي إجازة الولي لو نكحت بغير إذن الولي -

إثناجا من البحث المذكور يمكن القول بأن تزويج المرأة نفسها بغير إذن الولي مسبب من أسباب الفسخ عند المالكية والشافعية والحنابلة، أما الحنفية فلا يفسخ النكاح عندهم ولو لم يجزه الولي إلا أنهم يعطون حق الاعتراض للأولياء في صورة النكاح في غير كفوا.

والراجع هو مذهب جمهور الفقهاء لأنه مبني علي النص، والمرأة لا تستطيع أن تطلع علي أحوال الرجال و طبائعهم فلاجل ذلك لابد أن يتوقف النكاح علي إجازة الولي لو كان الزوج غير كفوء لها لصيانة عفتها وحياتها الزوجية، وخاصة في عصرنا الحاضر تفشت الخديعة بين الناس فيستخدم النساء لأموال القبيحة باسم الزواج، فلا يعتمد علي الأجانب بغير ولي المرأة لكي لا يلعب بعرضهن وحياتهن لمقاصدهم المنعومة.

ثالثا: النكاح بلا شهود:

حضور الشاهدين عند عقد النكاح شرط من شروط النكاح عند الحنفية والشافعية والحنابلة، فلا يجوز عندهم انعقاد النكاح بلا شهود، كما قال صاحب المبسوط:

"يُلْعَنُ عَنِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ، لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشُحُودٍ، وَبِهِ أَخَذَ عُلَمَاؤُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى".¹

والشافعية يقينون حضور الشاهدين باتصافهما بصفة العدل فلا تقبل شهادة الفاسق غير العدل كما ورد في البيان:

"ولا يصح النكاح إلا بحضور شاهدين ذكرين عدلين".²

وكذلك يلاحظ التصريح عند الحنابلة بعدم صحته لو لم يشهد شاهدان علي النكاح كما في اقتضاية علي مذهب الإمام أحمد:

¹ المبسوط، السرخسي، ج 5 ص 30

² البيان، يحيى بن أبي الخير، ج 9 ص 221

"ولا ينعقد النكاح إلا بحضور شاهدين ذكوريين عاقلين، وعنه أنه ينعقد بشهادة ناسقين وبرجل وامرأتين"¹

فوافق الخاتبة الحنفية في اشتراط عدم العدالة في قول واحد ، ومع الشافعية باتصافهما بصفة العدالة والذكورة في قول آخر:

وذهب المالكية إلى صحة العقد بغير إشهاد عليه، لأنهم يقيسونه على سائر العقود الأخرى، والعقود ما عدا النكاح تنعقد بغير شهود، فكذلك لا يحتاج عقد النكاح في نفسه إلى الإشهاد ولكن الشهود أمر مستحب للتوثيق كما ذكر صاحب الإشراف:

"ينعقد للنكاح من غير إشهاد، ولأنه معنى يقصد به التوثيق فلم يكن شرطاً في انعقاد النكاح كالزهر والكفالة، ولأن كل شخص لا يحتاج إليه في إيجاب ولا قبول، لم يكن حضوره شرطاً في انعقاد الكلاخ كالزوجة وسائر الأجانب"²

فعدم الإشهاد أمر من الأمور المقفونة بإنشاء عقد النكاح التي يمنع انعقاده عند الجمهور من الحنفية والشافعية والخاتبة، أما عند المالكية فلا دخل للشهود في صحته وبطلانه.

والرأي الراجح هو موقف الجمهور المقيّد بنص والأقرب إلى العقل، لأن النكاح ليس كمسائر العقود في طبيعته بل يفترض الديمومة ويوجب الحقوق على الزوجين مادام العقد فيما بينهما، فلاجل ذلك لابد من توثيقه بالإشهاد عليه، والأصل في الأبيضاح الحريم، ويثبت ملك البضع بعد العقد بخلاف سائر العقود، لأن الأصل فيه الإباحة لا الحرمة .

ذكرت في هذا المبحث أسباب الفسخ المتفق عليها والمختلف فيها بين الفقهاء التي تطرأ بعد انعقاد العقد أو قبله، وسأذكر فيما يأتي أسبابه المحددة في القانون الباكستاني المدني مع ذكر أحكامه في الشريعة الإسلامية .

¹ : الهداية، الكلوظاني، ص 387

² : الإشراف على نكت مسائل الخلاف، محمد الوهاب بن علي، ج 2 ص 692

أسباب فسخ النكاح في القانون الباكستاني :

إن القانون المطبق في باكستان لفسخ النكاح يسمى بقانون فسخ النكاح 1939، وفي اللغة الإنجليزية يسمى - ب، Dissolution of Marriage Act 1939، فقد أصدر البرلمان الهندي قانون انقضاء النكاح قبل استقلال الهند و قرره البرلمان الباكستاني بعد الاستقلال كقانون الدولة الباكستانية لفسخ النكاح بعد تعديلات مهمة، والأسباب المقررة في القانون الوضعي الباكستاني كما يلي:

بين القانون في المادة 2 (1) :

1: That the whereabouts of the husband have not been known for a period of four years¹

إذا كان الزوج مفقود الخبر، فللزوجة حق المطالبة بفسخ النكاح أمام المحكمة القضائية، وهذا الحكم موافق لقول فقهاء المالكية، لأنهم يقولون بطلب الفسخ بعد أربع سنوات لو فقد الزوج- والسبب الثاني الوارد في القانون الوضعي هو:

2: That the husband has neglected, or has failed to provide for her maintenance for a period of two years. ²

تستحق الزوجة أن تطلب الفسخ لو كان الزوج لم يؤد نفقتها عمداً أو لعدم الاستطاعة عذراً إلى مدة سنتين أو أكثر-

والسبب الآخر كما ورد في المادة 2(A) هو:

2(A): That the husband has taken an additional wife in contravention of the provision of the Muslim family law Ordinance 1961.³

وضع البرلمان الباكستاني القانون حول الزواج الثاني بأنه لا يجوز نكاح المتزوج بدون إذن الزوجة الأولى، ففي النقطة المذكورة نص القانون بأن الزوج لو نكح ثانياً أو ثالثاً أو رابعاً غير إذن الزوجة الأولى أو الثانية أو الثالثة، يجوز للزوجة أن تطلب فسخ نكاحها-

¹ : Dissolution of Marriage Act 1939 section 2 (1)

² : ibid : section 2(2)

³ : ibid Act 1939 section 2 (2 A)

وهو سبب غير مشروع شرعاً، لأن الشريعة الإسلامية شرعت تعدد النكاح وهو ثابت بنص الكتاب والسنة، فلا يجوز تقييده بإذن الزوجة، لأنه حق الزوج الثابت شرعاً فلا يجوز سلبه حقه بقانون وضعي -

السبب الثالث لفسخ النكاح المذكور في نص القانون هو:

3: That the husband has sentenced to imprisonment for a period of seven years or upward.¹

إذا عوقب الزوج بعقوبة السجن إلى مدة سبع سنوات أو أكثر فللزوجة طلب فسخ العقد، لأن الزوج في هذه الحالة لا يستطيع أداء الحقوق الزوجية ونفقة زوجته، فينفي تغيرها بين الإبقاء والافتساح لئلا تقع الزوجة في المرح والمشتة؛ ولأن الزوج للمسجون ليس قادراً على أداء حقوقها ونفقتها، فهي تحتاج في الضرورات والحاجات المحيوية إلى الزواج الآخر فلها مطالبة الفسخ من المحكمة القضائية للمخلص عن العقد الخالي -

والسبب الرابع لفسخ النكاح في القانون الوضعي الهاكستاني كما صرح في المادة (4)2:

4: That the husband has failed to perform, without reasonable cause, his marital obligation for a period of three years,²

إذا كان الزوج لم يتم بأداء الحقوق الزوجية بدون عذر معقول إلى ثلاث سنوات، فلزوجته أن تطالب الفسخ من المحكمة القضائية:

والسبب الخامس لفسخ النكاح هو:

5: That the husband was impotent at the time of Marriage and continue to be so.³

تستحق الزوجة حق فسخ النكاح لو كان الزوج عنيماً عند العقد وبقي عنيماً بعد العقد بلا إفاقة، فلها مطالبة الفسخ لأن الجماع بعد الزواج من حقوق الزوجة - وكذلك ذكر القانون السبب السادس:

¹ : Dissolution of marriage Act 1939 section 2 (3)

² Ibid, section 2 (4)

³ : Ibid, section 2 (5)

6; That the husband has been insane for a period of two years or is suffering from leprosy or virulent venereal disease.¹

لوهما الزوج محتونا وطال جنونه إلى مدة ستين فأكثر، أو يكون الزوج مجنوناً أو أن يصاب للزوج بأمراض خبيثة تناسلية شديدة فلها حق المطالبة بفسخ النكاح قضاء-
والسبب المانع في القانون:

7: That she having been in a Marriage by her father or other guardian before attained the age of sixteen years, repudiated the marriage before the age of eighteen years,²

تستحق الزوجة طلب فسخ النكاح، إذا زوجها الأب أو الولي قبل بلوغها إلى ست عشرة سنة من عمرها، مخالفاً للقانون الوضعي الذي حدد مدة بلوغها إلى ثماني عشرة سنة-

هذه النقطة مخالفة من حيث الحكم للشرع، لأن الشريعة الإسلامية لم تحدد عمراً خاصاً للنكاح، بل يجوز نكاح الصبي والصبية في الإسلام، والبلوغ معتبر من حيث البلوغ البدني لا العمري في الشريعة الخالدة، ولأجل ذلك فسر الفقهاء قضية خيار البلوغ وولاية الإجماع وغير ذلك، أما القانون الوضعي فيعتبر في البلوغ عمراً محدداً، أما الخيار يعد البلوغ فكما ذكرت آراء الفقهاء قبل ذلك بأنه يجوز تخييرها بعد البلوغ لو أراد فسخ النكاح -

حاصل الكلام أن الأسباب المذكورة في القانون الوضعي موافقة للشريعة الإسلامية إلا بالنقطتين، ومنها إعطاءها حق الفسخ في صورة نكاح الزوج بلون إذن الزوجة الموجودة في نكاحه، لأن الإذن ليس شرطاً شرعياً والنكاح الثاني أو الثالث من حق الزوج فلا يجوز تقييد حقه بإذن الزوجة وكذلك الاستئذان للتزواج ليس من حق الزوجة -

ومنها تحديد حد البلوغ بعمر محدد، لأن الشريعة لا تعتبر في البلوغ عمراً محدداً بل تعتبر البلوغ بظهور العلامات وهي الحيض والاحتلام -

¹ : Dissolution of Marriage Act 1939 section 2-(6)

² : *ibid*, Section 2 (7)

المبحث الثالث: تعريف الخلع وأحكامه

بعد ذكر أسباب التمسح أبين في هذا المبحث أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية لأنه سبب التفريق بين الزوجين من جانب المرأة، أذكر أولاً تعريف الخلع المذكور في كتب الفقه لكي تحدد مفهومه وإطلاقه عند الفقهاء من حيث للمصطلح الفقهي ثم أبحث عن أحكامه في ضوء الفقه الإسلامي ومصادره.

أولاً: تعريف الخلع:

الخلع في اللغة معناه التزج بفتح الخاء، كما ورد في لسان العرب: "خَلَعَ الشيءَ يَخْلَعُهُ خَلْعاً وَخَلْعُهُ كَتْرَعُهُ"¹ ويطلق أهل العرب الخلع على تحريره الشيء كما في تاج العروس: "خَلَعَ الشيءَ يَخْلَعُهُ خَلْعاً، وَخَلَعَ الثَّغْلَ وَالثُّوبَ وَالرِّدَاءَ يَخْلَعُهُ خَلْعاً: يَجْرُدُهُ"². أما بالضم فيطلق على طلاق يبدل كما جاء في القاموس: "بالضم طلاق المرأة يبدل منها أو من غيرها، كالمَخْلَعةِ والمَخْلُوعِ، وقد اخْتَلَعَتْ هي، والاسمُ المَخْلُعةُ، بالضم"³. فلفظ الخلع من "خ ل ع" ويطلق على تحرير الشيء ونوعه إذا كان بفتح الخاء، ويستخدم لطلاق المرأة يبدل لو كانت الخلاء مضمومة، ووجه المناسبة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي كما ذكر صاحب مجمع الأنهر بأنه: "لَعَةُ التَّرْجِ وَهُوَ مِنْ بَابِ التَّرْجِيحِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى هُنَّ لِيَنَاسُ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَنَاسُ هُنَّ فَكَانَتْهُمَا إِذَا قَعَلَا ذَلِكَ تَرَجَّعَا لِيَنَاسَهُمَا"⁴. لأن التفريق نزع اللبس للملبوس بعقد النكاح، فلذلك يطلق عليه الخلع لاشتراك معناه اللغوي والاصطلاحي.

¹: لسان العرب، ابن منظور، ج 8 ص 76

²: تاج العروس من جواهر القاموس، الحسبي، ج 20 ص 518

³: القاموس المحبلة، نوري، ج 2 ص 267

⁴: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبدالرحمن بن محمد، دار لحياء التراث العربي بدون تاريخ وطبعة من 759 ج 1

اصطلاحاً:

الخلع عند الفقهاء اصطلاحاً يطلق على تفريق الزوجين بعوض مالى تفتدي به الزوجة لمخلص نفسها عن العقد، والفقهاء متفقون على تعريف الخلع ومفهومه في الشريعة المطهرة، كما عرّفه صاحب الاختيار لصاحب المختار بأن:

"تُفتدي المرأة نفسها بمالٍ لمخلعها به، فإذا فعلاً لزمها المآل ووَقَّعتْ تَطْلِيقاً بآئنة"¹.

وكذلك عرّفه صاحب بداية المجتهد، بأنه:

"يَذُلُّ الْمَرْأَةُ الْمُعْزِزَ عَلَى طَلْقِهَا"².

والتعريف المذكور في منهاج الطالبين عند الشافعية هو:

"فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع"³.

وعرّفه الحنابلة كما نص صاحب الكافي:

"فراق الزوج امرأة بعوض"⁴.

إن القدر المشترك في التعريفات المذكورة للخلع عند الفقهاء الأربعة هو العوض من جانب

المرأة، فالمرأة تعطي عوضاً لحصول الطلاق و الفراق عن الزوج.

والشيء الثاني اللهم هو أن الخلع يكون من الزوجة لا من الزوج فلو قام به الزوج يعتبر طلاقاً

لا خلعاً لأنه مالك الطلاق للتفريق فلا حاجة له أن يؤدي لزوجته بدل الخلع للفراق عنها.

مشروعية الخلع

ثبت مشروعية الخلع بالقرآن والسنة النبوية على صاحبها الصلاة والسلام والإجماع.

الكتاب :

قال تعالى في كتابه المجيد:

"قُلْ يَحْيٰىمُ اَلَا يَتَّبِعُنَا مَحْذُوْرُ اللّٰهِ فَاَلَا جُنَاحَ عَلٰیہِمَا فِیْمَا اٰفْتَدَتْ بِہٖ تِلْكَ لِحُدُوْدِ اللّٰهِ فَلَا تَتَّخِذُوْہَا

وَعَنْ يَّشْتَدُّ لِحُدُوْدِ اللّٰهِ قُلُوْبُکُمْ عَنْ الطَّالِیْسُوْنَ"⁵.

¹: الإختیار لتطیل المغتاور، الموصلي، ج 3 ص 156

²: بداية المجتهد، ابن رشد، ص 89 ج 3

³: منهاج الطالبین و عمدة المفتیین، النووي، محیی بن حمران، دارالفکر للطبعة الأولى، 1425هـ، ص 226

⁴: الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة، ج 3 ص 95

⁵: سورة البقرة الآية: 229

فيجوز للزوج أن يأخذ منها من الصداق جزئيا أو كلياً بدل العوض عن الطلاق، وقد ادعى بعض العلماء بنسخ هذه الآية بقوله تعالى:

"وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِحْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ الْآيَةُ"¹

ولكن رده صاحب أحكام القرآن بأنه قول شاذ يخالف لكتاب والسنة، كما صرح بقوله:

"وَأَمَّا أَنْ يُسْتَحْدَلَ زَوْجٌ مَكَانَ زَوْجٍ فَهُوَ قَوْلٌ شَاذٌ يَزِيدُهُ ظَاهِرُ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَاتِّفَاقُ السُّلَفِ"²

وكذا دفع صاحب الجامع لأحكام القرآن هذا الإشكال بقوله:

"هَذَا قَوْلٌ شَاذٌ خَارِجٌ عَنِ الْإِجْتِمَاعِ لِشُلُوبِهِ، وَلَيْسَتْ إِخْدَى الْآيَتَيْنِ ذَافِعَةً لِلْأُخْرَى فَيَنْفَعُ

التَّنْبِيْهُ، لِأَنَّ قَوْلَهُ "فَإِنْ حِطُّنْتَ" الْآيَةُ، لَيْسَتْ بِمُؤَلِّفَةِ ذَلِكَ الْآيَةِ، لِأَنَّهُمَا إِذَا خَافَا هَذَا لَمْ يَدْخُلِ الزَّوْجُ

فِي "وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِحْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ" لِأَنَّ هَذَا لِلزَّوْجِ خَاصَّةٌ"³

فمعنى ذلك أن الآية محكمة وليست منسوخة، والحكم باق على حاله كما فسر العلماء، ومحل

الاستشهاد في الآية هو قوله تعالى "فلا جناح عليهما" يدل على الإباحة والجواز فلا بأس به -

السنة :

ثبت من السنة أن الخلع جائز يبدل إذا أرادت الزوجة كما روي في موطأ الإمام مالك عن

حبيبة بنت سهل الانصاري :

"أَنَا كُنْتُ تَحْتَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ، وَأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَرَجَ إِلَى الصَّبْحِ

فَوَجَدَ حَبِيبَةَ بِنْتَ سَهْلٍ عِنْدَ بَابِهِ فِي الْغُلَسِ، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ هَذِهِ،

فَقَالَتْ أَنَا حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلٍ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ مَا شَأْنُكِ، قَالَتْ لَا أَنَا وَلَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ لِرُجُوعِهَا،

فَلَمَّا جَاءَ زَوْجُهَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ، قَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هَذِهِ حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلٍ قَدْ

ذَكَرْتُ مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ تَذَكَّرَ، فَقَالَتْ حَبِيبَةُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، كُلِّ مَا أَعْطَانِي عِنْدِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى

اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ خُذْ مِنْهَا، فَأَخَذَ مِنْهَا وَجَلَسَتْ فِي بَيْتِ أَهْلِهَا"⁴

¹: سورة النساء الآية 20

²: أحكام القرآن، المصنف، ج 2 ص 91

³: الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج 3 ص 138

⁴: موطأ الإمام مالك، لأصحابي، مالك بن أنس، باب ما جاء في الخلع، ج 2 ص 564، رقم الحديث، 2082، أخرجه البخاري

بقوله "أَرَدْتُمْ" عليه حديثه قالت نعم فقال عليه السلام قبل الحديث وطلقتها طليقة" راجع: صحيح البخاري، رقم الحديث، 5273،

وأخرجه أحمد وأبو داود والنسائي وابن خزيمة والبيهقي وأبو نعيم من طرق عن مالك به، راجع: أنيس الساري في تجميع الأحاديث فتح

الباري، لبيب بن منصور، مؤسسة السماحة : بيروت، الطبعة الأولى 1426 هـ ج 7 ص 5400

ورويت هذه الرواية بطرق مختلفة في كتب الحديث بألفاظ مختلفة، كما روي في الجامع الصحيح البخاري:

"حَرَّمَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ جَاءَتْ امْرَأَةٌ ثَابِتَ بْنِ قَيْسٍ بِنْتِ عَمْرِو بْنِ النَّبِيِّ صَلَّي اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا أَتَيْتُ عَلَى ثَابِتٍ فِي بَيْتٍ وَلَا خُلِّيَ إِلَّا أَنِّي أَخَافُ الْكُفْرَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّي اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَتَرَدَّدْتَ عَلَيْهِ خَدِيقَةً فَقَالَتْ نَعَمْ فَزَوَّجْتُ عَلَيْهِ وَأَمَرَهُ فَنَازَعَهَا"¹

ثبتت من السنة النبوية أن رسول الله فارق بين ثابت بن قيس وزوجه بعد أداء بدل الخلع وهي حديقة كان قد أعطاها في الصداق -

أنواع الخلع :

الخلع في الفقه الإسلامي يتنوع إلى نوعين: منها الخلع بعوض والخلع بغير عوض، كما قال صاحب البدائع:

"أَنَّ الْخُلْعَ نَوْعَانِ: خُلْعٌ بِعَوْضٍ، وَخُلْعٌ بِغَيْرِ عَوْضٍ أَمَّا الَّذِي هُوَ بِغَيْرِ عَوْضٍ فَتَخَوُّ أَنْ تَقَالَ لِلْمَرْأَةِ: خَالَعْتِكَ وَلَمْ يَذْكُرِ الْعَوْضَ فَإِنْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ كَانَ طَلَاً وَإِلَّا فَلَا، لِأَنَّهُ مِنْ كِتَابَاتِ الطَّلَاقِ عِنْدَكَ، وَلَوْ نَوَى طَلَاً كَانَ طَلَاً"²

وقد صرح الإمام أبو بكر الجصاص بأن الخلع جائز بغير عوض كما قال:

"وَلَا خِلَافَ أَهْضًا فِي جَوَازِ الْخُلْعِ بِغَيْرِ شَيْءٍ"³

وروي عن الإمام مالك قولان في جواز الخلع بغير عوض، يقول القرطبي في تفسيره:

"اِخْتَلَفَ قَوْلُ تَابِلِ بْنِ قَيْسٍ قَصْدَهُ إِيقَاعَ الْخُلْعِ عَلَى هَيْئِ عَوْضٍ، فَقَالَ عَبْدُ الرَّؤُوفِ هُوَ خُلْعٌ عِنْدَ تَابِلِ بْنِ قَيْسٍ، وَكَانَ الطَّلَاقُ بَابًا، وَقِيلَ عَنْهُ: لَا يَكُونُ بَابًا إِلَّا بِوُجُودِ الْعَوْضِ"⁴

ولا يجوز الخلع عند الشافعية بغير عوض لأن العوض ركن من أركانه كما قال صاحب أمي

المطالب:

"الرَّكْنُ الرَّابِعُ الْعَوْضُ وَهُوَ كَالصَّدَاقِ يَجُوزُ قَلِيلًا وَكَثِيرًا"⁵

¹: الجامع الصحيح البخاري، البخاري، باب الخلع، ج 13 ص 276، رقم الحديث، 5276

²: بدائع الصنائع، الكاساني، ج 3 ص 114

³: أحكام القرآن، الجصاص، ج 2 ص 94

⁴: الجامع لأحكام الفوائد، القرطبي، ج 3 ص 145

⁵: أمي المطالب في شرح روض الطالب، الأصبهاني، زكريا بن محمد، دار الكتب الإسلامية، بدون تاريخ وطبعة، ج 3 ص 248

رويت عن الإمام أحمد بن حنبل روايتان في جواز الخلع بعوض وعدمه، حيث يقول صاحب الكافي:

"فإن خالعهما بغير عوض، لم يصح، لكن إن كان بلفظ الطلاق، أو نواه به، فهو طلاق رجعي، ولم يقع به شيء، وعنه: يصح الخلع بغير عوض. اختاره الحنفي"¹

وبخلاصة الكلام أن العوض عند الحنفية ليس بشرط في الخلع فيجوز بدون عوض، ولا يجوز عند الشافعية بغير عوض لأنهم يعدونه ركناً له، ورويت روايتان عن المالكية والحنابلة في جوازه وعدمه -
والقسم الثاني للخلع هو اقترانه بالعوض من الصداق كلياً أو جزئياً كما قال صاحب البدائع:
"وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مَقْرُونًا بِالْعِوضِ لِمَا ذَكَرْنَا بِأَنْ قَالَ: خَالَعْتُكَ عَلَى كَذَا وَذَكَرَ عَوْضًا"²
فالخلع عند الفقهاء إما أن يكون بعوض أو بغير عوض، والأصل في ذلك أن لا يأخذ الزوج شيئاً منها لطيب نفسه ولأنها عاشت معها إلى مدة وقد أفضى بعضه بعضاً فهذا خلاف المروءة والأخلاق العليا -

مقدار العوض :

اختلف الفقهاء في مقدار العوض بأقله من الصداق وأكثره، فالحنفية يعتبرون النشوز في أخذ المال، فإن كان النشوز منها يجوز له أخذ المال مما أعطاهما ويكره الأخذ أكثر من الصداق، وإن كان النشوز منه فيكره له مطلقاً أن يأخذ المال منها قليلاً كان أو كثيراً -³
موقف المالكية في مقدار العوض أنه لا بأس بأقل وأكثر ويعتبرون رضا المتعاقدين في ذلك، كما ورد في المعونة:

"يجوز أن يخالعهما على الصداق وأقل وأكثر"⁴

كذلك عند الشافعية لا اعتبار لقدر العوض من حيث القلة والكثرة، وتترتب الآثار الشرعية عليه، كما ورد في مغني المحتاج:

"(وَيَصِحُّ عَوْضُهُ) أَيِ الْخُلْعِ (قَلِيلًا وَكَثِيرًا دَيْنًا وَعَيْنًا وَمَنْفَعَةً)"⁵

¹: الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج 3 ص 95

²: بدائع الصنائع، الكلاماني، ج 3 ص 114

³: انظر: الهداية في شرح بداية المبتدي، للزغباني، ج 2 ص 261

⁴: المعونة، عبد الوهاب بن علي ص 869

⁵: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المحتاج، الشريفي، محمد بن أحمد، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ، ج 4 ص 435

ذهب الحنابلة في مقدار بدل الخلع إلى اتفاق الزوجين كما جاء في المعنى:
 ("وَلَا يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطَاهَا) هَذَا الْقَوْلُ يَتَلُّ عَلَى صِحَّةِ الْخُلْعِ بِأَكْثَرٍ مِنَ
 الصَّدَاقِ، وَأَتَتْهُمَا إِذَا تَرَاضَيَا عَلَى الْخُلْعِ بِشَيْءٍ صَحَّ"¹
 فخلاصة الكلام أن جمهور الفقهاء يعتبرون رضا المتعاقدين في مقدار بدل الخلع، فكلما يتفق
 عليه الزوجان يجوز، ولا يجوز عند الحنفية أخذ المال مطلقاً عند ما يكون التشيز من جانب الزوج
 ويكرهون أخذ العوض بأكثر من الصداق لو كان التشيز من جانب الزوجة -

الخلع فسخ أم طلاق :

هذه القضية تختلف فيها بين الفقهاء من حيث ترتيب الآثار عليها أفسخ هو أم طلاق؟ فذهب
 الحنفية إلى أن الخلع طلاق بائن كما نص في المبسوط:
 "وَإِذَا اخْتَلَعَتِ الْمَرْأَةُ مِنْ زَوْجِهَا فَالْخُلْعُ جَائِزٌ، وَالْخُلْعُ تَطْلِيقٌ بَائِنٌ عِنْدَنَا"²
 والمالكية يتفقون في رأيهم مع الحنفية كما جاء في حاشية العلوي:
 "وَالْخُلْعُ طَلَقٌ لَا رُجْعَةَ فِيهَا، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ طَلَقًا إِذَا أُعْطَتْهُ شَيْئًا فَاخْلَعَهَا بِهِ مِنْ نَفْسِهِ"³
 ورويت عن الإمام الشافعي ثلاث روايات إذا خالعت بصريح الخلع هل يعتبر طلاقاً أم خلعاً، كما
 ورد في المذهب :

"وإن خالعتها بصريح الخلع نظرت لأنه لم ينويه الطلاق ففيه ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يقع به
 فرقة وهو قوله في الأم، لأنه كناية في الطلاق من خير نية قلم يقع بها فرقة كما لو حررت عن العوض،
 والثاني أنه فسخ وهو قوله في القديم، لأنه جعل للفرقة فلا يجوز أن يكون طلاقاً لأن الطلاق لا يقع
 إلا بصريح أو كناية مع النية، والخلع ليس بصريح في الطلاق ولا معه نية الطلاق فوجب أن يكون
 فسخاً والثالث أنه طلاق وهو قوله في الإملاء وهو اختيار المزني لأنها إنما بذلت العوض للفرقة والفرقة
 التي يملك إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقاً"⁴
 وذهب الإمام أحمد في رواية رويت عنه إلى أنه فسخ وليس بطلاق كما صرح في المعنى:

¹: المعنى، ابن قدامة، ج 7 ص 325

²: المبسوط، السرخسي، ج 6 ص 171

³: حاشية الهدوي، على كفاية الطالب الرباني، العلوي، علي بن أحمد دار الفكر بيروت، طبعة 1414م، ج 2 ص 86

⁴: للمذهب، الشيرازي، ج 2 ص 491

"والخلع صَحَّحَ، فِي إِخْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَالْأُخْرَى أَنَّهُ نَظِيْقَةٌ بَائِنَةٌ) وَاجْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنْهُ أَخَذَ فِي الْخَلْعِ،
فَلَمَّا إِخْدَى الرِّوَايَتَيْنِ أَنَّهُ صَحَّحَ".¹

فَاتَّفَقَ الْحَقِيقَةُ وَالْمَالِكِيَّةُ عَلَى أَنَّ الْفَرْقَةَ إِتْنَا جَا مِنْ الْخَلْعِ نَعْدَ طَلَاَقِهَا بَائِنًا، أَمَّا الشَّافِعِيَّةُ وَالْحَنَابِلَةُ
فَتَخْتَلِفُ مِنْهُمَا الرِّوَايَاتُ مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ -

وَالْأَصَحُّ هُوَ أَنَّ الْخَلْعَ سَبَبٌ مُسْتَقِلٌّ لِلْفَرْقَةِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، لِأَنَّ الطَّلَاقَ فِي يَدِ الزَّوْجِ أَصْلًا، وَالْخَلْعُ
يَكُونُ دَائِمًا مِنْ قَبْلِ الْمَرْأَةِ عِنْدَ الضَّرُورَةِ وَلِدْفَعِ الضَّرَرِ عَنْهَا لَوْ أَرَادَ الزَّوْجُ بِهَا فَيَعْتَبَرُ طَلَاقًا لِأَنَّهُ قَامَ
مَقَامُهُ -

¹ : المغني، ابن قدامة، ج 7 ص 328

المبحث الرابع : حكم الخلع القضائي في الشريعة و القانون

الباكستاني

حكم الخلع القضائي في الشريعة:

جعلت الشريعة الإسلامية الخلع سبب التفريق بين الزوجين، ولكن هل يجوز لهما أن يقيما بأنفسهما بغير إذن القاضي؟ أم لابد من حضور الفريقين أمام القاضي في المحكمة القضائية للتفريق، اختلف الفقهاء في القضية: ذهب الأئمة الأربعة إلى عدم اشتراط إذن القاضي في الخلع، قال الحنفية بعدم اشتراط السلطان في الخلع كما بينه صاحب الميسوط :

"وَالْخُلْعُ جَائِزٌ عِنْدَ السُّلْطَانِ وَعَقْدُهُ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَفْتَقِدُ التَّرَاضِيَّ كَسَائِرِ الْعُقُودِ، وَهُوَ بِمِثْلِهِ الطَّلَاقُ بِعَوَضٍ، وَلِلزَّوْجِ وَلَايَةُ إِصْاحِ الطَّلَاقِ، وَلَهَا وَلَايَةُ التَّيَازُمِ الْعَوَضِيِّ، فَلَا مَعْنَى لِأَشْرَاطِ عَضْوَةِ السُّلْطَانِ فِي هَذَا الْعَقْدِ"¹

ونص المالكية بعدم اشتراطه للخلع كما صرح في الجامع لأحكام القرآن:

"وَكُنَّا بِجَائِزِ الطَّلَاقِ وَالنِّكَاحِ دُونَ السُّلْطَانِ فَكَذَلِكَ الْخُلْعُ، وَهُوَ قَوْلُ الْجَنَاحِ مِنَ الْعُلَمَاءِ"²

وموقف الشافعية كما جاء في المذهب :

"ويجوز الخلع من غير حاكم لأنه قطع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر فلم يفتقر إلى الحاكم كالإقالة في البيع"³

وكذلك عند الحنابلة لإحاجة للسلطان في الخلع ، كما جاء في المخي:

"وَلَا يَفْتَقِرُ الْخُلْعُ إِلَى حَاكِمٍ. نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ، فَقَالَ: يَجُوزُ الْخُلْعُ دُونَ السُّلْطَانِ. وَرَوَى الْبُخَارِيُّ ذَلِكَ عَنْ عُثْمَانَ وَعُقْمَانَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ وَالزُّهْرِيُّ، وَمَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَإِسْحَاقُ، وَالْفُحْلُ الرَّائِي وَكُنَّا، قَوْلُ عُثْمَانَ وَعُقْمَانَ، وَلِأَنَّهُ مَخَاضَةٌ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى السُّلْطَانِ، كَالنِّبَاحِ وَالنِّكَاحِ، وَلِأَنَّهُ قَطْعٌ عَقْدٍ بِالتَّرَاضِي، أَمَّنِيَةُ الْإِقَالَةِ"⁴

وقال صاحب زاد المعاد بأن الأئمة الأربعة متفقون على جواز الخلع بدون إذن السلطان كما صرح بذلك بعد ذكر الأحاديث المتعلقة به:

¹: الميسوط، السرخسي، ج 6 ص 176

²: للجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج 3 ص 138

³: للمذهب، الشيرازي، ج 2 ص 490

⁴: للمخي، ابن قدامة، ج 7 ص 324

"وفي الآية دليل على جواز مطلقاً بإذن السلطان وغيره، ومنفعة طائفة بأنهم إفييه والأئمة الأربعة
والجنتهون على خلافه".¹

ثبتت من العبارات الفقهية المذكورة بأن الخلع لا يحتاج في نفسه إلى حكم الحاكم أو إذله، لأنه
كالطلاق والعناق وسائر التصرفات الأخرى المالية وغيرها، فينعتد باتفاق الزوجين لأحدهما أصحاب
الولاية ويجوز لهما التصرف في أموالهما ومعاملتهما، فلا حاجة لرفع الأمر إلى السلطان أو من يقوم
مقامه -

وروي عن شريح في مصنف ابن أبي شيبة :

"حدثنا أبو بكر قال نا وكيع عن شعبة عن الحكم عن الشعبي أن شريحاً أجاز خلعاً دون
السلطان".²

وعن الزهري في نفس الكتاب:

"حدثنا أبو بكر قال نا عبد الأعلى عن معمر عن الزهري أنه قال الخلع جائز دون السلطان".³
وزهد الحسن البصري وابن سيرين رحمهما الله إلى عدم جواز الخلع إلا بحضور السلطان كما
صرح صاحب المغني بملحهم في كتابه :

"وعن الثمينة وابن سيرين لا يجوز إلا عند السلطان".⁴

وجاء في المصنف:

"حدثنا أبو بكر قال نا عبد الأعلى عن يونس عن الحسن قال هو عند السلطان".⁵

ولكن تختلف الروايات عن ابن سيرين رحمه الله كما روي عنه صاحب المصنف بأنه قائل بجواز
الخلع دون الحاكم في رواية أخرى حيث يروي:

"حدثنا أبو بكر قال نا بن إدريس عن هشام عن بن سيرين قال الخلع جائز دون السلطان".⁶

ويعتبر سعيد بن المسيب نشور الزوجاء فإن كانت ناشرة أمره السلطان بأن يخلعها كما روي :

¹: زاه للمعاد في هدي خير العباد، ابن قيم الجوزية، ج 5 ص 176

²: المصنف، ابن أبي شيبة، ج 4 ص 120

³: المصدر نفسه، ج 4 ص 120

⁴: المغني، ابن قدامة، ج 4 ص 324

⁵: المصنف، ابن أبي شيبة، ص 120 ج 4

⁶: المصدر نفسه،

"حدثنا أبو بكر قال ما عهد الوهاب الثقفي عن أيوب عن سعيد بن المسيب في المختلة قال إن كانت ناشرة أمره السلطان أن يخلع"¹.

لقبت من الروايات المذكورة أن القضية مجتهد فيها واختلفت فيها الروايات عن الصحابة والتابعين وفتاواهم.

والراجح في عصرنا الحاضر توثيق المحكمة القضائية لها حفظاً عن النزاع والفساد المتوقع ، لأن كثيراً من الناس يبيعون أموالهم ويغصبون أموال النساء والضعفاء بطرق غير شرعية ، وبأكلون أموال الناس بلا حق شرعي ثابت لهم ، والأسهل في هذه المسئلة قوله تعالى :

"فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفْقَهُوا حَدِيثَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا فِيمَا أَفْتَدْتُمْ بِهِ"².

لقد اختلفت آراء الفقهاء في الخطاب في خفتم ، هل هذا للحكام أم لأسرة الزوجين؟ فقد ذكر صاحب الجامع لأحكام القرآن بأن الخطاب للحكام وغيرهم كما قال :

"وَالْمُخَاطَبَةُ لِلْحُكَّامِ وَالْمُتَوَسِّطِينَ لِحَقْلِ هَذَا الْأَمْرِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاكِمًا"³.

وذكر قول سعيد بن المسيب بأن الحاكم يحكم بإقامة المحكمين قبل الخلع كما قال في رواية عنه :
"قال سعيد بن جبير: الحكم أن يعظها أولاً، فإن قبلت وإلا هجرها، فإن هي قبلت وإلا ضربها، فإن هي قبلت وإلا بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها فينظران من الضرر، وعند ذلك يكون الخلع"⁴.

وكذلك قال صاحب التحرير والتنوير بأن الخطاب في قوله تعالى "خفتم" للحكام فيقول :
"والخطاب في قوله: "فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفْقَهُوا حَدِيثَ اللَّهِ" للحكام، لأنه لو كان للأزواج لقبل "فإن خفتم ألا تقيموا أو ألا تقيموا"⁵.

وذهب صاحب زهرة التناسير إلى أنه يجوز الخلع للزوجين براضيهما و يجوز لأمر القاضي كما نص في قوله :

¹: المصدر نفسه ، ج 121 ص 4

²: سورة البقرة الآية : 229

³: الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي، ج 3 ص 138

⁴: المصدر نفسه، ج 5 ص 175

⁵: التحرير والتنوير ، أبي عاصم، محمد الطاهر، مؤسسة التاريخ العربي بيروت لبنان بدون طبع، 1984هـ، ج 2 ص 388

"أن الأول أن يقال : إنه الخلع كما يجوز بتراضى الزوجين إذا خافا ألا يقيما حدود الله، كذلك يجوز بأمر القاضي إذا تبين له بعد تحكيم الحكّمين أنّهما لا يقيمان حدود الله بسبب نكرة المرأة من الحياة الزوجية".¹

وهذا حين ما تخلع برطما زوجها، ولكن لو لم يرض الزوج فهل يخلعها الحاكم أو القاضي، نص القرآن مسكوت عن هذا، والنصوص الثابتة من السنة كما ورد في الجامع الصحيح البخاري:

"أن امرأة ثابت بن قيس أمت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أغيب عني في خلعي ولا ديني ولكي أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتريدن عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها تطليقة".²

وروت نفس الرواية المذكورة في متن ابن ماجه ولكن اختلفت رواية البخاري حيث هي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أخيه الزيادة كما نص:

"فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد".³

وفي سنن أبي داود روي عن عائشة صديقة رضي الله عنها قالت:

"فقال النبي صلى الله عليه وسلم خذها ففارقتها".⁴

فمثل الألفاظ المستخدمة في النصوص المذكورة على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "أمر" أو فرق بينهما بغير طلب الرضا عن الزوج، فمعنى ذلك أن لا دخل للزوج في الخلع، ولكن ذهب فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة إلى اشتراطه في الخلع، وذهب فقهاء المالكية إلى جواز الخلع بغير رضا الزوج، فموقف الحنفية كما صرح به صاحب أحكام القرآن بأن:

"أما إذا أخذ منها بتراضيهما من غير سلطان، وقول النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس: "أتريدن عليه حديقته؟" فقالت: نعم فقال للزوج: "خذها وفارقتها" يدل على ذلك أيضاً لأنه لو كان الخلع إلى السلطان شاء الزوجان أو أبيا إذا علم أنّهما لا يقيمان حدود الله لم يسلطهما النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولا تخاطب الزوج بقوله "اخلعها" بل كان يخلعها منه ويؤد عليه

¹: زهرة الشافعية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، بدون تاريخ وطبعة، ص 779

²: الجامع الصحيح البخاري، البخاري، باب الخلع، ج 7 ص 46، رقم الحديث: 5273

³: ابن ماجه، القوي، باب المختلة تأخذ ما أعطاهما، ج 1 ص 663، رقم الحديث: 2056 تقدم الحكم على الحديث في ص 196

⁴: سنن أبي داود، أبو داود، باب في الخلع، ج 2 ص 236، رقم الحديث: 2230

حليفتة، وإن أبتا أو واجد منهما، كما لثا كانت فرقة المتلاعنين إلى الحايك، ثم نقل للملايين عليه
سيفها بل فرقى بينهما¹.

وورد في المبسوط :

"لأنه عقد يختص القاضين كسائر العقود، وهو بمنزلة الطلاق يعرض، وللزوج ولاية إيقاع
الطلاق²"

والخلق عند الشافعية كالطلاق فلا يملكه إلا الزوج كما نص في الأم :
"وإذا خلع الرجل امرأته فتوى الطلاق ولم يبق عدداً منه يعنيه فالخلق تطليقة لا يملك فيها الرجعة
لأنها تنبع من التبرع ولا يجوز أن يملك عليها ماله وتكون أملاك بها³
فال صاحب زاد المعاد بأن الخلع قدية أصلاً، فلا بد من رضا الزوجين لترتب الآثار الشرعية
عليه كما قال به:"

"في تسميته سبحانه الخلع قدية، دليل على أن فيه معنى المعاوضة، ولهذا اختير فيه رضى
الزوجين⁴"

ونذهب المالكية إلى عدم اشتراط رضا الزوج بل يجوز للحكمين أن يحكما بالخلق بدون إذنه كما
نص على ذلك صاحب التسهيل في تفسيره:
"وهي ما إذا ساء ما بين الزوجين ولم يقامر على الإصلاح بينهما، ولا علم من الظالم منهما.
فبيعت حكمان مسلمان لينظرا في أمرها، وينفذ ما ظهر لهما من تطليق وخلق من غير إذن الزوج"⁵
ونذهب إسحاق والأوزاعي كمنذهب المالكية كما نص صاحب عمدة القاري بمذهبهما يقولان
بأن الحكمين لهما حق التفريق بين الزوجين بغير إذنهما وتوكيلهما، فيقول:
"واختلفوا فيما إذا اتفقا على الفرقة فقال مالك والأوزاعي وإسحاق ينفذ من غير توكيل ولا إذن
من الزوجين وقال الكوفيون والشافعي وأحمد يحتاجان إلى الإذن لأن الطلاق بيد الزوج⁶"

¹: أحكام القرآن، الجصاص، ج 1 ص 478

²: المبسوط، السرخسي، ج 6 ص 173

³: الأم، الشافعي، ج 5 ص 212

⁴: زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن قيم الجوزية، ج 5 ص 178

⁵: التسهيل لعلوم التنزيل، الكلي، محمد بن أحمد بن جزي، دار الأرقم بيروت، الطبعة الأولى، 1416 هـ ص 191 ج 1

⁶: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، المعني، ميرزا محمد الحنفية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبع وطبعه، ص 265 ج 20

أما موقف من قال بأن الطلاق في يد الرجل فيعتبر رضاه لا يصح في صورة الخلع، لأن الشارع أجاز المحاكم والقاضي في بعض الصور أن يفرق بين الزوجين فكذلك في الخلع يجوز للقاضي تفريقهما ولو لم يرض الزوج به، وكما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه:

"عن عبيدة بن هذيل الآتي: "وَأَنْ خُفَّتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَاذْعَبُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا" قَالَ جَاءَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ إِلَى عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَخُفَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَامٍ مِنَ النَّاسِ، فَأَعْرَضَهُمْ فَبَعَثُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا وَقَالَ لِلْحَكَمَيْنِ: هَلْ تَذَرَانِ مَا عَلَيْكُمَا؟ إِنَّ عَلَيْكُمَا إِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تُفْرَقَا أَنْ تُفْرَقَا فَمُتَلَبَتِ الْمَرْأَةُ: رَضِيتُ بِكِتَابِ اللَّهِ بِمَا عَلَى فِيهِ وَلِي، وَقَالَ الرَّجُلُ: أَمَّا الْفُرْقَةُ فَلَا، فَقَالَ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: كَذَبْتُمْ وَاللَّهِ حَتَّى تُفَرَّقَ بِمِثْلِ الَّذِي أَفَرَّقْتُ بِهِ".¹

فقوله " إِنْ عَلَيْكُمَا إِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تُفْرَقَا أَنْ تُفْرَقَا" يدل على أن للحكمين أن يفرق بينهما إن رأيا الإصلاح بالتفريق لهما، ولا ينظر إلى رأي الزوج أو رضاه للخلع، ولا ينظر إلى قبول العوض وعلمه كما هو الأمر في المعاملات المالية لأن في الأحوال الشخصية يعتبر مصالح الزوجين من حيث المصلحة والمنفعة في صورة التفريق وإبقاءهما على حال النكاح وبالإضافة على ذلك أن أحوالهما لا تتعلق بالزوجين فقط بل لهما علاقة بأولادهما وأسرتهما، فلا يجوز أن يترك الأمر في يد الزوج عند الشقاق بين الزوجين -

وسيلوي رجحان هذا الرأي لأن القاضي صاحب الولاية العامة وله أن يدفع الضرر عن الناس ويحفظ حقوقهم وعرضهم ويتصرف في أموالهم وأولادهم عند الضرورة، فكذلك له حق التفريق لو أبي الزوج عن الخلع قصدا لإضرارهما، والزوجة لا تجبر على العيش مع زوجها رغم وجود الكراهة والتنفّر في قلبها منه، لأن النكاح عقد مبني على التراضي والتوافق والتودد بين الزوجين فإذا فانت أسباب الترحم والمحبة فالتفريق أفضل وأصلح لهما.

الخلع في القانون الباكستاني :

قرر القانون الباكستاني بأن للقاضي حق التفريق بين الزوجين إذا قدمت المرأة قضية الخلع إليه بعد تقديمها إلى زوجها الذي لم يرض به، وذلك بعد إثبات سبب من الأسباب المذكورة في قانون التفريق بين الزوجين المسمى بـ - Dissolution of Marriage Act 1939. فلا ينظر إلى إذنه ورضاه بل يكفي إثبات الدعوى المقدمة من جانب المرأة أمام القاضي، ولكن التعامل في المحاكم القضائية كان

¹: سنن الدارقطني، علي بن عمر، ج 4 من 451

مختلفا في البداية، فالمحكمة القضائية تعبر رضا الزوج عملا بموقف الحنفية، ففي قضية، Umar Bibi vs Muhammad Din¹، قررت المحكمة أن الخلع لا يجوز بغير رضا الزوج ورفضت القضية المقدمة أمامها على أساس عدم رضا الزوج.

كذلك قررت المحكمة في قضية أخرى بعنوان - Balqis Fatima vs Najm ul Ikram²، أن الزوجة لها حق التفريق بعد دفع الصداق إليه ولو لم يرض به، والحكم مبني على أساس الآية القرآنية بأن الخطاب في "حقنتم" للحكام، وكذلك ثبت من الأحاديث والآثار بأن التفريق القضائي لا يحتاج إلى إذن الزوج، فاحتجوا بنصوص القرآن والسنة، ورفضت المحكمة القضائية عن موقف الحنفية في قضية الخلع الذي اختارته المحكمة في قضاياها قبل ذلك، وورد في توجيه ذلك ما يلي:

We are dealing with the interpretation of the holy Quran and on a question of interpretation we are not bound by the opinion of jurists, if we be (sec) clear as to what the meaning of a verse in the Quran is, it will be our duty to give effect to that interpretation, irrespective of what has been stated by the jurists.³

القضاة قرروا عدم الإلتزام بالعمل على رأي الفقهاء لو كان النص واضحا في الدلالة على مفهومه الخاص، فلا حاجة عندئذ في تفسير النص لأراء الفقهاء بل يطبق مفهوم النص القرآني أو السنة ولو كان مخالفا لرأي من آرائهم.

ووثقتها المحكمة القضائية العليا في قضية⁴ Khurshida Bibi vs Muhammad Amin ونصت بأن حكم القضاء بلاهور وفق القانون، ولا تحتاج المحكمة إلى رضا الزوج في الخلع كما صرحت المحكمة في قضاياها:

It is significant that according to the Quran she can "ransom herself" or "get her release" and it is plain that these word cannot an independent right in her.

¹ : AIR 1945 Lahore 51

² : PLD 1959 Lahore 566

³ : PLD 1959 Lahore 566

⁴ : Pld 1967 sc 97

فمعنى ذلك أنها معنارة في التصرف في الخلع حسب الآية القرآنية ولا حاجة للنظر في أنه الزوج راض به أم لا .

وهذا الحكم ليس مطلقا بل لابد من توفر ثبوت عدم إمكان الإصلاح وإقامة حدود الله فلها أن تثبت لدى المحكمة بأن الصلح والقيام في حدود الله مع قيام العلاقة الزوجية فيما بينهما لا يمكن رغم جهودهما الإصلاحية، كما نص في قانون الأسرة 1964:

The family court in a suit for dissolution of Marriage, if reconciliation fails, shall pass decree for dissolution of Marriage forthwith and shall also restore to the husband the haq e mehar received by wife in consideration of Marriage at the time of Marriage .¹

ففي المادة المذكورة نص أصحاب القانون بأنه لابد من جهود الإصلاح من قبل المحكمين قبل الخلع والتفريق القضائي، فإذا تيقنوا بأن الإصلاح وبقاء العقد لا يمكن بينهما جاز التفريق.

وكذلك صرحت المحكمة القضائية في قضيتها :

There is an important limitation on her right of " khul ", it is only if the judge has apprehend that the limit of God will not be observed . that is in their relation towards one another , the spouses will not obey God, that a harmonious married state , as envisaged by Islam , will not possible ,²

فخلاصة الكلام أن القانون الباكستاني يميز الخلع القضائي بدون إذن الزوج ورضاء بشرط أن تثبت الزوجة أمام المحكمة القضائية بأنها لا يستطيعان أن يقيما حدود الله عند بقاء العلاقة الزوجية فيما بينهما، أو بين الحكمان الحالات الطارئة الناتجة عن الشقاق بينهما للمحكمة وأنها بدلا جهودهما الإصلاحية بين الزوجين، وهذا القانون يخالف رأى الجمهور عامة ورأى الحنفية خلاصة، لأن جمهور الفقهاء متفقون على أن الخلع معاملة مالية بين الزوجين فلا بد من تواضي المتعاقدين كالعقود الأخرى، ولا يجوز تصرف القاضي في حق الزوج بغير إذنه أو توكيله أو تفويضه إليه .

¹ : Family Court Act 1964 Section 10(4) Amended in 2002 by the Legislature of Pakistan.

² : PLD 1959 Lahore 566 593

الباب الرابع في : استبراء الرحم وزوجة المفقود

وهو مشتمل على فصلين:

الفصل الأول في : استبراء الرحم طبيا وأثره على مدة العدة

الفصل الثاني في : الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود

الباب الرابع : استبراء الرحم وزوجة المفقود

هذا الباب يشمل ما يتعلق بمسائل العدة كحكم استبراء الرحم غير الطبيعي، ومدة عدة زوجة المفقود عنها، لأن العدة شرعت بنص شرعي وذكر الفقهاء للمتقدمون تفاصيلها في كتبهم ولكن قضية الاستبراء وانقضاء العدة بالوسائل الطبية الجديدة قبل المدة المحددة لها شرعا نازلة من النوازل الفقهية، وكذلك زوجة المفقود وأحكامها المذكورة في كتب الفقه ولكن ثمة حاجة لإعادة النظر حسب اقتضاء عصرنا الحاضر من النواحي المختلفة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، لأن حركة التقنين وإصلاح القانون في العالم الإسلامي تسبب مشاكل فقهية لأجل الانحراف عن التراث الفقهي، ومما يذكر حكم القضايا المذكورة في ضوء الفقه الإسلامي والقانوني تالياً.

الفصل الأول : استبراء الرحم طبييا وأثره على مدة العدة

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول في : معنى استبراء الرحم

المبحث الثاني في : الطوق الحديثة لاستبراء الرحم وأثرها على العدة في الشريعة والقانون

المبحث الثالث في : خروج المعتدة للدراسة أو العمل

الفصل الأول : استبراء الرحم طبييا وأثره على مدة العدة

إن الشريعة الإسلامية الخالدة حريصة على حفظ النسل والعرض وهما من مقاصدها الكلية الأساسية، لذا شرعت الأحكام لحصول هذا المقصد الأعلى ومنها استبراء الرحم بعد وقوع الطلاق لكي لا يختلط نسب المولود، وسنذكر في هذا الفصل مفهومه وأحكامه وأثر التطوير التكتولوجي عليه من حيث المدة المقررة للعدة شرعا.

المبحث الأول: معنى استبراء الرحم

استبراء الرحم مصطلح فقهي معروف لدى الفقهاء منذ الأوائل، وهو مركب من لفظين "استبراء" والرحم، أما الاستبراء فهو في اللغة:

"ب ر أ" بمعنى البراءة كما يستعمل لحصول الظهر من البول بأنه استبراء من البول. واستبراء من الذنب الذي ارتكبه وطلب البراءة من الدين¹

والرحم يطلق على عضو عضلي أجوف غليظ الجدار يوجد في بطن الثدييات، وفيه يتكوّن الجنين وينمو إلى أن يولده²

فمعنى ذلك أن الرحم عضو خاص تنمو الجنين في بطن الأم أثناء الحمل حتى ولادته بعد المدة المقررة له، والامتعراء تنقيح الرحم وتطهيره مطلقا.

أما استبراء الرحم من حيث المصطلح عند الفقهاء والأصوليين فلا اختلاف في معناه ومفهومه الفقهي بينهم، كما عرفها صاحب رد المحتار:

"استبراء الجارية أي طلب براءة رحمها من الحمل"³

وفي المجموع ذكر بأن:

"الاستبراء إنما هو للعظم براءة الرحم"⁴

وعرفها صاحب معجم لغة الفقهاء بتعريف جامع وهو:

¹: معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار، ج 1 ص 179

²: المعاصري نفسه، ج 1 ص 439

³: رد المحتار على ألفاظ المختار، ابن عابدين، ج 6 ص 374

⁴: المجموع شرح المهلب، الشاذلي، ج 19 ص 330

"استبراء الأمة: تربص الأمة بنفسها مدة يعلم بها خلو رحمها من الولد"¹
 وذهب فقهاء المالكية² والحنابلة³ إلى تحس المفهوم بالذكر بأنه براءة الرحم عن المياه لكي لا
 يختلط فيما بينهما -

فخلاصة الكلام أن المفهوم الاصطلاحي لاستبراء الرحم في مجال الفقه الإسلامي هو حصول
 التيقن والوثوق بأن الرحم غير مشغول بماء الزوج أو السيد المماثل لكي لا يختلط بماء آخر -

الفرق بين العدة والاستبراء :

العدة والاستبراء يطلقان عند الفقهاء على أحكام مختلفة، لأن العدة تتعلق بالمطلقة والمتوفى عنها
 زوجها أو التفريق الناتج بفسخ العقد، ولكن الاستبراء متعلقة بالإماء والسرايا عند الفقهاء القدامى
 فيطلق الاصطلاح على يولدهن، وهما يشتركان من ناحية أنهما التربص ببراءة للرحم ليحل الاستمتاع
 بها ولكن يختلفان من نواح أخرى كما نص القرابي في كتابه الفروق:

"إِنَّ الْعِدَّةَ تَجِبُ وَإِنْ عَلِمَتْ بِبَرَاءَةِ الرَّحِمِ كَمَنْ طَلَّقَهَا غَائِبًا عَنْهَا بَعْدَ عَشْرِ سَنِينَ، وَكَذَلِكَ
 إِذَا تَوَقَّعَتْ عَنْهَا وَالْإِسْتِبْرَاءُ لَيْسَ كَذَلِكَ"⁴

لأن الاستبراء لا يجب عند التيقن ببراءة الرحم للأمة، فمعنى ذلك أن العدة ثبتت بنص قرآني
 ويوجد فيها معنى التعبد مع الاستبراء كما نص القرابي :

"وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْبَرَاءَةِ أَنْ الْعِدَّةَ يَغْلِبُ عَلَيْهَا شَاكِيَةُ التَّعْبُدِ مِنْ حَيْثُ الْجُنَّةُ وَإِنْ كَانَتْ مَقْفُولَةً
 الْمَعْنَى مِنْ حَيْثُ الْجُنَّةُ؛ لِأَنَّهَا شُرِعَتْ لِزَوَاجَةِ الرَّحِمِ وَعَدَمِ الْخِتْلَاطِ الْأَنْسَابِ فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ هِيَ
 مَقْفُولَةُ الْمَعْنَى وَمِنْ جِهَةٍ أَنْ الْعِدَّةَ تَجِبُ فِي الْوَفَاءِ عَلَى بَيْتِ النِّكَاحِ وَتَجِبُ فِي الطَّلَاقِ وَالْوَفَاءِ عَلَى
 الْكِبَرَةِ الْمُعْلُومَةِ بِبَرَاءَتِهَا وَسَبَبِ الْعَنِيَّةِ وَغَيْرِهَا هُنَا شَاكِيَةُ التَّعْبُدِ، فَلَمَّا كَانَ فِي الْعِدَّةِ شَاكِيَةُ التَّعْبُدِ وَجِبَ
 فَعَلَهَا بَعْدَ سَبَبِهَا مُطْلَقًا فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ عَلِمَتْ الْبَرَاءَةُ أَمْ لَا تَوْفِيَّةٌ لِشَاكِيَةِ التَّعْبُدِ وَالْإِسْتِبْرَاءُ لَمْ تَرُدَّ فِيهِ
 عَلَيْهِ الشَاكِيَّةُ، نَلَّ هُوَ مَقْفُولُ الْمَعْنَى لِزَوَاجَةِ الرَّحِمِ وَعَدَمِ الْخِتْلَاطِ الْأَنْسَابِ فَلِذَلِكَ حَيْثُ حَصَلَ الْمَعْنَى
 وَهُوَ الْبَرَاءَةُ سَقَطَتْ الْوَسِيلَةُ إِلَيْهِ وَهِيَ الْإِسْتِبْرَاءُ لِحُضُورِ الْمَقْصُودِ"⁵

¹ مجمع لغة الفقهاء، قلعجي، 58

² انظر: الكافي في فقه أهل المدينة، ابن عبد البر، ج 2 ص 630

³ انظر: العدة شرح العدة، المقدسي، ص 465

⁴ الفروق، القرابي، ج 3 ص 204

⁵ للمصدر نفسه، ج 3 ص 204 - 205

ولأجل تغليب جانب العبودية والإطاعة لا تسقط العدة بعدم وجود حكمتها وهي براءة الرحم عن الاشتغال بالملء -

كذلك ذهب المالكية إلى أن عدة أم الولد من وفاة سيدها حيضة واحدة وهي في الحقيقة استبراء لا عدة لأنه عن وطء بالملك¹

رغم تفريق الفقهاء في إطلاقهما تطلبها الشريعة الإسلامية على كل حال، ومقصودها هو فراغ الرحم من الحمل -

مشروعيته :

ثبتت مشروعية استبراء الرحم بالكتاب والحنفية وإجماع الأمة المحمدية على صاحبها الصلاة والسلام،

أما الكتاب فقد حكم الله تعالى بعدة المطلقة بقوله:

"وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكُنَّ مِمَّا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ"²

فأمرها الله سبحانه وتعالى في الآية المباركة بترصد نفسها إلى ثلاثة قروء ومع ذلك نبهها بعلم كتمان الحمل بقوله "ما خلق الله في أرحامهن" وهو الحمل المستقر في رحمها فلا يجوز لها كتمانها للصيانة من اختلاط المياه وغير ذلك من الحكم والأسرار، فلم عليها الإقرار بالحمل لو كانت ذات حمل، وصرح الجصاص في تفسير الآية المذكورة بقوله "وَيُحْتَلَمُ أَنَّ أَصْلَ الْعِدَّةِ مُوضِعٌ لِلِاسْتِبْرَاءِ"³

وكذلك شرحت عدة المتوفى عنها زوجها بقص كما قال تعالى في كتابه المجيد:

"وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ"⁴

هذه الآية المباركة تطلب التبرص عن المتوفى عنها زوجها إلى أربعة أشهر وعشراً، والمقصود به استبراء الرحم وإظهار التأسف على زوال نعمة الزواج ووفاة الزوج وغير ذلك -

وكذلك أمر الشايع الحكوم بعدة الأيسة والصغيرة فهي أمر تعبدية، كما قال سبحانه وتعالى:

¹ انظر: المعونة على منتهى عالم المدنية، محمد الوهاب بن علي، ص 924

² سورة البقرة الآية: 228

³ أحكام القرآن، الجصاص، ج 2 ص 58

⁴ سورة البقرة الآية: 234

"واللهي يحسن من العجيز من يخالكم إلى أن تبتكم فبذلك نلأه أظهر واللهي ثم يحسن وأولئك الأختل
أجلهم أن يضمن خلتهم ومن يتي الله يخلن له من أقره يستره"¹

وفكر صاحب أحكام القرآن توجه الحكم المذكور في الآية المذكورة بقوله:

"إذ كل واحد منهما موضوع في الأصل للاستبراء أو ليعرف براءة الزوج من الحمل وإن كان قد
جاء العدة على الصغيرة والأيسة لأن الأصل للاستبراء ثم حمل عليه غيره من الأيسة والصغيرة لئلا
يترخص في التي قاربت البلوغ وفي الكبيرة التي قد يجوز أن تحيض وتري الدم وتترك العدة فأوجب على
الجميع العدة احتياطاً للاستبراء الذي ذكرنا"²

كذلك ثبت عن السنة النبوية مشروعية العدة وأحكامها واستبراء الرحم عن الماء قبل الوطء كما
روي في مسند أحمد :

"عن أبي سعيد الخدري، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سني الوطء " لا نوطأ
خاملاً - قال أسود: حتى تضع ولا غير خيل حتى تحيض حيضة " قال يحيى: " أو تستبرأ بحيضة"
3"

فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن وطأها قبل أن تحيض وهو استبرأها عن الحمل، وروي في
سنن أبي داود:

"عن زريق بن ثابت الأنصاري قال قام فينا خطيباً قال أما إني لا أقول لكم إلا ما سمعت رسول
الله - صلى الله عليه وسلم - يقول يوم الحين قال لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي
ماءه زرع غنيم - يعني إتيان الحبل - ولا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من
السبي حتى تستبرأها ولا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيع مغيماً حتى يقسم"⁴

¹: سورة الطلاق الآية : 4

ثم أحكام القرآن المصنف، ج 2 ص 59

³: مسند أحمد بن حنبل ، أحمد بن حنبل ، مؤسسة الرسالة 1421هـ، ج 18 ص 140، رقم الحديث 11596 ، أخرجه أبو داود
عن أبي سعيد الخدري ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم، ولكن أهله ابن القطان بشرط، وقال إنه مذهب وهو عن ساء
حفظه بالقضاء، ورواه البيهقي عن الحاكم، ورواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما وله طرق أخرى مرسله وأخرجه الثار قلبي
في سننه - راجع : نصب الرامة - الزيلعي، ج 4 ص 253

⁴: سنن أبو داود، المسجسطي، سليمان بن الأصبحت ، باب في وطء السبي، ج 2 ص 214، رقم الحديث 2160، روى الترمذي
بطريق يروي وقال حديث حسن، أخرجه أحمد بطريق صحيح، وكذلك حشر وأبو مزور من ثقات ، وحشر روى له مسلم وصححه
ابن حبان وحسنه الزهر - راجع : تقيح التحقيق في أسماء التعلق، محمد بن أحمد الهادي، ج 4 ص 348

فالرواية تشتمل على شطرين، الشطر الأول يمين حكم استبراء الحيض والغائي يتعلق بالإماء
والسبايا وغير ذلك مما يملكه المسلمون من بيع وشراء وهبة وإرث -

فثبت بالكتاب والسنة أن استبراء الرحم يجب قبل الوطء والعقد لعلا يختلط المياه والنسب، واتفق
الفقهاء على وجوبه، كما نص صاحب المدافع:

"وَأَمَّا بِحُبِّ قَدِّهِ الْعِدَّةُ لِاسْتِبْرَاءِ الرَّحِمِ، وَتَعَرُّفِ بَرَاءَتِهَا عَنِ الشُّغْلِ بِالْوَلَدِ لِأَنَّهَا لَوْ لَمْ يُحِبَّ،
وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا حَلَّتْ مِنَ الزَّوْجِ الْأَوَّلِ فَتَقْزُجُ بِزَوْجٍ آخَرَ، وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ الْأَوَّلِ فَيُطْلَمُ الثَّانِي فَيَصِيرُ
سَاقِيًا مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ"¹

وعند المالكية صرح صاحب المعونة بأن "العدة في الطلاق للاستبراء فقط"²، والشافعية يقولون
بأن العدة محبة لبراءة الرحم وقد ثبتنا براءة رحمها في طلاق غير المدخول بها، وإن طلقها بعد الدخول
وجبت العدة لأنه لما أسقط العدة في الآية قبل الدخول دل على وجوبها بعد الدخول ولأن بعد
الدخول يشتغل الرحم بالماء فوجبت العدة لبراءة الرحم³

فالخلاص مما سبق أن استبراء الرحم يجب للمدخول بها سواء كانت حرة أم أمة، ولا اختلاف
بين الفقهاء في وجوبه، لأن الأمر به منصوص عليه فهو أمر تعبدية فيجب الإمتثال والطاعة سواء
تيقن باستبراء الرحم أو لا -

¹ البهائم والمنافع، أبو بكر الكاساني، ج 3 ص 191

² المعونة عبد الوهاب بن علي، ص 911

³ المهذب في فقه الشافعية، الشيرازي، ج 3 ص 118

المبحث الثاني: الطرق الحديثة لاستبراء الرحم وأثرها في استبراء الرحم على العدة في الشريعة والقانون الباكستاني

توجد الطرق الحديثة المتنوعة في عصرنا الحاضر لاستبراء الرحم كاستعمال الأدوية والأعشاب
المعينة والجراحة الطبية أو الفحص الطبي الحديث.

ويستخدم للكشف طريقتان، منها الكشف عن هرمون الحمل باختبارات الحمل في البول أو
الدم، فإن النتيجة إذا كانت إيجابية فهي الغالب يحكم بوجود الحمل، ولكنها علامة غير مؤكدة بسبب
ارتفاع هرمون الحمل عند النساء للتقاربات لمن إنقطاع الطمث، أو بسبب إفراز بعض الأورام، ومنها
ما يكون بالكشف عن الجنين بالأشعة فوق الصوتية والذي يصور الرحم والأجزاء المحيطة به، وهو دليل
يقيني على وجوده، ويمكن بعد مرور شهر من التلقيح.¹

فإذا ثبت بطريق ما من الطرق المذكورة عدم وجود الحمل فهل تلزم عليها العدة أم لا؟ لأنها
شريعت لبراءة الرحم؟ والمسألة ذات شقين، لأن الفقهاء يتكلمون في كتبهم عن أحكام العدة للحوائز
واستبراء الرحم للإماء والسبايا.

استبراء الحوائز:

إن قضية براءة الرحم للحرة من حيث شريعت لها العدة بعد الطلاق أو الفراق أو الفسخ منصوصة
ينص قطعي قرآني وأجمع الأمة على مشروعيتها قولاً وفعلاً منذ زمن النبي صلى الله عليه وسلم إلى
يومنا هذا بلا خلاف، فلا يجوز النكاح لها قبل انقضاء عدتها، لأنه أمر إلهي يجب تنفيذه سواء أدركنا
الحكمة المقصودة أم لم ندركها، لأن أمر الله تعالى في كتابه المجيد بإمضاء المدة المقررة لها:

"وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ
وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ عَلِيمٌ".²

فهني الله تعالى عن عزم للنكاح قبل مرور المدة المحددة شرعاً، وقد سماها الله تعالى بالكتاب فهي
فرض كما نص بذلك صاحب معالم التنزيل:

¹: لم يوسعه المصنف في هذه القضايا المعاصرة، لجنة المؤلفين، مركز التحيز للبحوث جامعة الإمام الرضا، ص 56-57.

²: سورة البقرة الآية: 235.

"وَسَمَّاهَا اللَّهُ كَيْفَانَا لِأَنَّهُا فَرَضَ مِنَ اللَّهِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: "كُتِبَ عَلَيْكُمُ" أَيْ فَرَضَ عَلَيْكُمْ"¹
وقال الجصاص بأن الحكم لا يحتاج إلى تفسير بل يفهم منه الكف عن التكاح أثناء العدة كما
نص بقوله:

"وَلَا تَقْرُمُوا عَقْدَةَ الْكِتَابِ² إِنَّمَا تَعْتَمِدُ النَّهْيَ عَنْ إِبْقَاعِ الْعَقْدِ فِي الْعِدَّةِ وَعَنِ الْعِدَّةِ عَلَيْهِ فِيهَا
وقوله تَعَالَى حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ يَعْنِي بِإِثْقَاءِ الْعِدَّةِ وَقَوْلِكَ فِي مَفْهُومِ الْكِتَابِ غَيْرُ مُتَّحِجٍ إِلَى
بَيَانٍ"³.

ولأن معرفة براءة الرجم من الحكم التي شرعت لها العدة والحكم لا يبنى على الحكمة بل
تتعلق بالعلة كما ذكر في كتاب التوازل:

"من حكمة معرفة براءة الرجم من الجمل الحفاظ على الأنساب حتى لا تختلط، مع هذا
ملاحظة الفرق بين الحكمة والعلة، فالحكمة لا يمكن أن يعزل بها لعدم انضباطها بخلاف العلة، وهذا
تبرك أن في تشريع العدة حكما متعددة منها، إمكانية المراجعة في حال الطلاق، كما أن هذا الانتظار
فيه تقدير واحترام لتلك العشرة السابقة معه"⁴.

فالحكم يدور مع علته من حيث الوجود وعدمه لا بالحكمة، لأن الحكمة ليست وصفا
منظما ظاهرا ولكن العلة هي وصف منضبط وترتب عليها الأحكام الشرعية العملية وجودا وعدمه.

استبراء الإماء :

بالنسبة لاستبراء الأمة عند ما ثبت ملكيتها لمسلم تحب استبراءها ولكن هل يجب عليها
العدة عند ما ثبت براءة رجمها باليقين أم لا ؟ اختلف الفقهاء في حكمها فذهب أبو يوسف رحمه الله
إلى عدم لزومها عليها كما جاء في المبسوط:

"وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ قَالَ إِذَا تَبَيَّنَ فِرَاقُ رَجُلٍ مِنْ مَاءِ الْبَائِغِ قَلِيلٌ عَلَيْهِ فِيهَا اسْتِبْرَاءٌ وَاجِبٌ؛ لِأَنَّ
الِاسْتِبْرَاءَ كَمَا سَمِعْتُمْ تَبَيُّنَ فِرَاقِ الرَّجُلِ وَقَارَنَ بِالْمُطْلَاقَةِ قَبْلَ الدُّخُولِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهَا الْعِدَّةُ؛ لِأَنَّ التَّقْصُودَ مِنَ
الْعِدَّةِ فِي خَالِ الدُّخُولِ تَبَيُّنَ فِرَاقِ الرَّجُلِ"⁵.

¹: معالم التنزيل، البغوي، الحسين بن مسعود، دارالسلام للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1416هـ، ج 1 ص 283، المجموع
لأحكام القرآن، القرطبي، ج 3 ص 192.

²: تفسير البقرة الآية: 235.

³: أحكام القرآن، الجصاص، ج 2 ص 132.

⁴: الفتاوى الميسرة، الطيار، عبدالله بن محمد، ج 11 ص 72.

⁵: المبسوط، السرخسي، ج 13 ص 146.

ولكن الإمام أباحتها وأصحابه رحمهم الله يقولون بوجوب العدة عليها كما ذكر السرخسي :
 " وَلَكِنَّا نَقُولُ عَلَيْهِ حِكْمَةُ الْإِسْتِبْرَاءِ وَالْحُكْمُ مُتَعَلِّقٌ بِالْعِلَّةِ لَا بِالْحِكْمَةِ ثُمَّ اشْتَغَالَ رَحِمُهَا بِإِلْتِزَامِ
 عِنْدَ الْبِرَاءِ لَا يَحْكُمُ فَرَقُهُ خَفِيفَةٌ فَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ شَرْعًا بِالْعَيْبِ الظَّاهِرِ " ¹

فالاختلاف بينهم بأن المقصود براءة الرحم أم لا؟ فموقف أبي يوسف مبني على أن المقصد من
 العدة استبراء الرحم، فإذا تبين براءة الرحم فلا بأس بوطئها قبل انقضاء عدتها ولكن الحنفية ذهبوا إلى أن
 الحكم مبني على العلة ولا دخل لاشتغال رحمها أو براءة رحمها في المأمور به وهي العدة -
 كذلك يجب استبراءها بالحيض والأشهر عند المالكية رحمهم الله كما ذكر مذهبهم في التاج
 والأكمل :

" لَا يَطَأُ حَتَّى يَنْتَحِرَى، وَمَتَوَاءَ كَانَتْ الْأُمَةُ زَيْعَةً أَوْ رَضِيعَةً، شَبِيرَةً أَوْ صَغِيرَةً إِذَا كَانَتْ مِمَّنْ يُوطَأُ
 بِمِثْلِهَا فَمَنْ ذَهَبَ مَالِكٌ وَأَكْثَرُ أَصْحَابِهِ بِجَنَابِ الْإِسْتِبْرَاءِ " ²

ومذهب الشافعي رحمه الله بوجوبها كما ورد في مختصر المزني:
 " وَكَانَتْ الْحَيْضَةُ فِي الْأُمَةِ اسْتِبْرَاءً وَتَعَبُّدًا وَلَمْ أَعْلَمْ مُخَالَفًا مِمَّنْ خَفِضَتْ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي أَنَّ
 عِدَّةَ الْأُمَةِ يَصِفُ عِدَّةَ الْحُرَّةِ فِيمَا لَهَا يَصِفُ مَعْلُودٌ " ³

ووافق الحنابلة رحمهم الله مع الأئمة الثلاثة في حكم هذه القضية كما ورد في الروض المربع:
 " (وَاسْتِبْرَاءُ الْحَامِلِ بِوَضْعِهَا) كُلُّ الْحَمْلِ (و) اسْتِبْرَاءُ (مَنْ تَحِيضُ بِحَيْضَةٍ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ
 وَسَلَّمَ - فِي سَبِي أَوْطَاسٍ: لَا توطأ حامل حتى تضع ولا غير حامل حتى تحيض حيضة رواه أحمد وأبو
 داود. (و) استبراء (الأنيسة والصغيرة بمضي شهر) لقيام الشهر مقام حيضة في العدة، واستبراء من
 ارتفع حيضها ولم تدر ما رفعه عشرة أشهر " ⁴

فثبت من العبارات المذكورة أن الاستبراء للأئمة واجب عند الجمهور بحيض إن كانت ممن تحيض
 أو بأشهر إن كانت من الأمهات أو الصغائر ما عدا أبي يوسف -

ومخلاصة الكلام أن استبراء الرحم بالعدة في حق الحرائر يجب بنص شرعي ولا يجوز تزويج المعتدة
 قبل انقضاء العدة سواء حصل اليقين براءة رحمها عن الحمل بالطرق الحديثة أم لا، لأن علة وجوب
 العدة هي الطلاق أو التفريق بين الزوجين، والحكم بوجوده فإذا وجدت العلة وجد الحكم

¹ - المصدر نفسه، ج 13 ص 146

² - التاج والأكمل شرح مختصر خليل، محمد بن يوسف، ج 5 ص 515

³ - مختصر المزني، المزني، إسماعيل بن يحيى، ج 8 ص 325

⁴ - الروض المربع شرح زاد المستقنع البيهقي، منصور بن يونس، مؤسسة الرسالة، بيروت، تاريخ طبعه، ص 613

أما السبايا والإماء فلا بد لمن من الاستبراء بعموم النصوص الشرعية الدالة على العدة والخاصة باستبراءهن كما ذكرنا ذلك في مشروعتها -

ومن مقاصد الشرع حفظ الصلح والعرض وصيانة الماء عن الاختلاط وهي تقتضي أن لا يطلأ الحرة أو الأمة عند ما يشتغل رحها بماء غيره -

أما القانون الهكسكاني فلا يتعرض للاعتداد في صورة الطلاق الرجعي والباطل والتخليط بل تطول العدة لأجل إجراءات قانونية التي تقررت لقيام المحكمين بعد وقوع الطلاق و المدة المحددة لها تسعون يوماً من وقت وقوعه -

المبحث الثالث: خروج المعتدة للدراسة أو العمل

أبحث في هذا المبحث عن مسألة خروج المعتدة عن البيت عند الضرورة أثناء عدتها، لأن الأصل في الشريعة عدم جواز خروجها عن بيتها، فهل يجوز لها الخروج عند الضرورة أم لا؟ فالحكم الأصلي مبني على عدم الخروج كما قال سبحانه وتعالى:

"لَا تَقْرَبُوا جُوهَكُمْ مِنْ يَوْمَيْكُمْ وَلَا تَحْجُرْجُنْ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ بَيِّنَةٍ"¹.

ففي تفسير الآية المذكورة قال صاحب تفسير مدارك التنزيل:

"واتقوا الله ربكم لا تقربوا جوهكم" حتى تنقضي عدتهن "من يومئذ" من مساكنهن التي يسكنها قبل العدة وهي بيوت الأزواج وأضيفت إليهن لاختصاصها بهن من حيث المسكن وفيه دليل على أن السكنى واجبة "ولا تحجرجن" بأنفسهن إن أردن ذلك"².

وكما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم:

"عن قريظة: أن زوجها خرج في طلب أعلاج له فقتل بطرف القدوم قالت فأبى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له القيلة إلى أهلي وذكرت له حالاً من حالها قالت فرخص لي فلما أقبلت ناداني فقال لمكتي في أهلك حتى يبلغ الكتاب أجله"³.
ورأى على ذلك في الموطأ بألفاظ:

"قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً قالت فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلي فسالني عن ذلك فأخبرته فأبى وقضى به"⁴.

فمعنى ذلك أن الصحابة أخذوا به وقبلوا في العمل والحكمة في ذلك صيانة ماء الرجل⁵. وكذلك من حكمة الحكم "أن المخرج يربى الزوج أنه وطئها غيره فيشتبه النسب إذا حملت. وأما في الطلاق الثلاث أو التباين فلهذا النهي ويستأنس الحاجة إلى تخصيص الماء على ما بيننا"⁶.

¹: سورة الطلاق الآية: 1

²: مدارك التنزيل وحقائق التأويل، النسخي، عبد الله بن أحمد، دار الكلم الطيب بيروت الطبعة الأولى، 1419هـ ج 3 ص 497

³: سنن النسائي، النسائي، أحمد بن شعيب، باب مقام المولى عنها زوجها في بيتها حتى تحل، ج 6 ص 200، رقم الحديث 3530، رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي، وصححه الترمذي والحاكم والبيهقي وابن القطان وغيرهم - راجع: المحرر في الحديث، محمد بن أحمد، ص 587

⁴: اللوطاء الأصبغية، مالك بن أنس، ج 2، ص 591، رقم الحديث 1229

⁵: انظر: الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، محمد بن أحمد، ج 18 ص 154

⁶: بدائع الصنائع، الكاسطي، ج 3 ص 205

والحكم يختلف باختلاف سبب العدة عند الأحناف، لذلك نذكر ذلك بشيء من التفصيل لأن أحكام المطلقة والمتوفى عنها زوجها تختلف من حيث وجوب النفقة وإمكانية الرجوع في طلاق رجعي أو تجديد النكاح في البينة الصغرى.

1: المطلقة:

المطلقة بطلاق بالبنينة صغرى أو كبرى لا يجوز لها الخروج عند الحنفية كما نص صاحب المبسوط:

"وَلَا يَنْبَغِي لِلْمُطَلَّقةِ ثَلَاثًا أَوْ وَاحِدَةً بَائِنَةً أَوْ رَجُوعِيَةً أَنْ تَخْرُجَ مِنْ مَنْزِلِهَا لَيْلًا وَلَا نَهَارًا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا"¹.

لأن الزوج ينفق عليها أثناء عدتها وجوباً والإمساك في البيت حتى من حقوق الله تعالى فلا يجوز إبطاله، ولأجل ذلك صرح الفقهاء بأنه:

"لَا يَبَاحُ لَهَا الْخُرُوجُ وَإِنْ أُذِنَ لَهَا بِالْخُرُوجِ بِخِلَافِ مَا قَبِلَ الطَّلَاقُ. لِأَنَّ حُرْمَةَ الْخُرُوجِ تَعْدُ الطَّلَاقَ لِسُكُونِ الْعِدَّةِ فِي الْعِدَّةِ عَلَى اللَّهِ تَعَالَى فَلَا يَمْلِكُ إِبْطَالُهُ بِخِلَافِ مَا قَبِلَ الطَّلَاقُ"².

فموقف الحنفية عدم خروج المطلقة ليلاً ونهاراً ولو بإذن الزوج لأن الزوج لا يستحق بإبطال لحق الثابت لله تعالى -

2: المتوفى عنها زوجها:

ويقول فقهاء الحنفية في من يتوفى عنها زوجها:

"قُلْنَا أَنْ تَخْرُجَ بِالنَّهَارِ لِحَوَائِجِهَا وَلَكِنَّهَا لَا تَبْتَغِي فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا"³.

والمستدل في ذلك رواية فريضة بأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء،

ولأنها في حاجة نفقتها وحوائجها الأخرى لأجل عدم وجوب نفقتها على الزوج.

¹: المبسوط، السرخسي، ج 6 ص 32

²: بدائع الصنائع، الكاساني، ج 3 ص 205

³: المبسوط، السرخسي، ج 6 ص 32

المالكية:

مذهب المالكية هو كما ورد في الكافي :

"يلزم المعتدة من الوفاة والطلاق أيضا المبيت في بيتها لا تخرج عنه إلا من عنده وأجر لا بد لها منه ولا تجد من يقوم لها به ولا بأس عليها أن تخرج نهارا في حوائجها وكذلك عند مالك خروجها في طريق النهار والليل عند انتشار الناس في أوله قدر غدوتهم في آخره ولا بأس بذلك ويستحب أن لا تغرب الشمس عليها إلا في بيتها ولا يجوز لها أن تبيت إلا في منزلها فإن خرجت في ليلة من عدها فباتت في غير منزلها أثمت في فعلها".¹

فلا بأس بخروجها نهارا لحوائجها عندهم

الشافعية:

كذلك صرح الشافعية بمحكمهما حيث قالوا:

"فإذا كان الزوج يسكن امرأة في مسكن مملوك له، ثم طلقها البتة أو طلقه رجعية، أو مات عنها -والنكاح على استحقاق السكنى- فبعض عليها ملازمة مسكن النكاح، فلو زائلته صلى اختيار من غير اضطرار، عصت رثما ويجب على الزوج ألا يخرجها، ولا يزعمها".²

فلا يجوز للزوج أن يخرجها من بيته ونص بجواز خروجها نهارا للأعمال الشرعية كما ورد في

البيان:

"يجوز إخراجها للضرورة ليلا ونهارا، وإن أرادت الخروج لحاجة، كشراء القطن وبيع الفزل وغير ذلك مما يقوم غيرها مقامها فيه، فإن أرادت الخروج لذلك ليلا.. لم يجوز، سواء كانت متوفى عنها زوجها أو مطلقة مبتوتة".³

¹: الكافي في فقه أهل المدينة، القرطبي، ج 2 ص 623

²: نهاية المطلب في دراية للمذهب، الجويني، ج 25 ص 217

³: البيان، الصراف، بحسب ابن أبي الخضر، ج 11 ص 74

الحنابلة :

والحنابلة يقولون: " يجب في عِدَّةِ الوفاة في المثل الذي وَجِبَتْ فِيهِ إِلَّا أَنْ تُدْعَوْ ضرورةً إلى خروجها عنه بأن يجوز لها مالها أو تهبشى على نفسها فتتعلل إلى أقرب ما يمكن منه ويجوز لها الخروج من منزلها نهاراً فأما ليلاً فلا يجوز لها الخروج"¹.

ونص صاحب المغني بأن المعتدة عن الطلاق والمخوف عنها سواء في الحكم عندهم فلا بأس بخروجهن نهاراً كما قال :

"وَالْمُعْتَدَةُ الْخُرُوجَ فِي خَوَائِجِهَا نَهَارًا، سَوَاءٌ كَانَتْ مُطَلَّقةً أَوْ مُتَوَقِّةً عَنْهَا"².

والأخوذ من المذهب الفقهي المذكورة في حكم الخروج بأن الحنفية يفرقون في حكم المطلقة والمخوف عنها زوجها، ولكن الجمهور يميزون خروجهما من بيوتهما نهاراً للحوائج والضرورة، وكذلك قال صاحب تفسير ليل المرام :

"وَلَا يُخْرَجْنَ: أَيُّ مِنْ تِلْكَ الْبُيُوتِ مَا دَمِنَ فِي الْعِدَّةِ إِلَّا لِأَمْرِ ضَرُورِيِّ"³.

واختلف ابن عباس رضي الله عنهما عن موقف الجمهور بأن الحكم في الآية بعدم إخراجها عن البيت منسوخ فيجوز لها الخروج والاعتداد في مكان آخر كما نص بمذهبه صاحب المغني قائلاً: "روي عن عطاء رحمه الله بأن ابن عباس رضي الله عنهما قائل⁴ ، بأن الآية منسوخة بقوله تعالى "فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ" فمسخت السكينة بجزء الميراث لما في تركه زوجها"⁵.

ولكن الجمهور يستدلون بحديث فريضة بأنه نص في تفسير الآية، وحديث فاطمة بنت قيس محمول بحالتها خاصة فالإذن خاص بما وليس فيها عموم، لأن الآية تقتضي عدم خروجها كما قال صاحب البدائع:

¹: الهداية على مذهب الإمام أحمد الكوفي، ص 488

²: المغني ، ابن قدامة ، ج 8 ص 163

³: نيل المرام في تفسير آيات الأحكام، البخاري محمد، صديق خان بن حسين، دارالكتب العلمية بيروت طبعة 2003م، ص 450

⁴: الدين النكوي، البيهقي ، ج 7 ص 435

⁵: المغني، ابن قدامة ، ج 8 ص 159

"وَأَمَّا حَدِيثُ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ فَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مِنْهُ رَوَى أَنَّهَا لَمَّا رَوَتْ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَمْ يَجْعَلْ لَهَا سَكَنًا وَلَا نَقْعًا قَالَ عُمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: لَا تَدْخُلُ كِتَابَ رَبِّهَا وَلَا مَسْنَأَ نَبِيِّنَا يَقُولُ امْرَأَةٌ لَا تَقْرِي أَحَدًا قَدْ كَذَبَتْ¹ وَفِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ قَالَ: لَا تَدْخُلُ كِتَابَ رَبِّهَا وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا وَتَأْخُذُ يَقُولُ امْرَأَةٌ لَعَلَّهَا نَسِيَتْ أَوْ شَبِهَ لَهَا، سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ: لَهَا السُّكْنَى وَالنَّقْعُ"²

فرد عمر رضي الله عنه رواية فاطمة بنت قيس لأنها متعارضة بقوله تعالى: "أَشْكُوهُمْ مِنْ حَيْثُ مَكَّنْتُمْ بَيْنَ أَيْدِيكُمْ"³ فلا اعتبار لقولها وكان فعل عمر رضي الله عنه أمام الصحابة الكبار رضوان الله تعالى عنهم أجمعين ، فاتفقوا معه ولم ينكروا عليه .

ويسلو لي أن الرأي الراجح هو مذهب الجمهور في مسائلنا هذه، بأن المعتدة من الوفاة والطلاق يجوز لها الخروج للدراسة والعمل مع رعاية الحدود والقيود الشرعية ضرورة، ولكن الضرورة تقتدر بقدرها فلا يجوز لها المبيت إلا في منزلها، ولا تخرج ليلاً بل تحدده إلى وقت النهار، فلا تقع في الفساد والمنكرات الشرعية، وكذلك يجب على المعتدة عن الوفاة بأن لا تستخدم الكحل والطبيب وبقية أسباب الزينة بسبب وجوب الإحدااد عليها.

¹: السنن الكبرى، البيهقي، ج 7 ص 475

²: الألبان والهيدي، الكشاني، ج 3 ص 210

³: سورة الطلاق الآية : 6

الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود

ويشتمل على أربعة مباحث :

المبحث الأول في: معنى المفقود في اصطلاح الفقهاء

المبحث الثاني في: حكم تفريق زوجة المفقود في الشريعة الإسلامية

المبحث الثالث في: حكم نفقة زوجة المفقود في الشريعة الإسلامية

المبحث الرابع في: حكم نفقة وتفريق زوجة المفقود في القانون الباكستاني

الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود

هذا الفصل يتعلق بزوجة المفقود وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون المدني، وسأذكر فيه معنى المفقود وأثره على العلاقة الزوجية وأغلاها قضاء، وكذلك أذكر أحكام النفقة الواجبة للزوجة أثناء غيوبته من مال المفقود ومصرفات القاضي في ماله.

المبحث الأول: معنى المفقود في اصطلاح الفقهاء

المفقود من فقد، وهو من فقد الشيء يفقده فقداً وفقداناً وفشوداً، فهو مفقود وفقيد: غيبته¹ والمفقود اسم المفعول وهو الرجل الذي يفقده ولا يعلم حاله هل هو حي أو ميت، وسأذكر تعريف للمفقود وأحكامه عند الفقهاء في هذا المبحث.

فقد عرفه السرخسي في المبسوط:

"المفقود اسم لوجود هو حي باختيار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باختيار نكاحه وأهلته في طلبه نجس، ولقاء أثر مستقر لا يجدون قد انقطع عنهم خبره واستقر عليهم أثره، وبالجملة ربما يصلون إلى التراب وربما يتأخر اللقاء إلى يوم القيامة"²

وفي تحفة الفقهاء عرف المفقود بأنه:

"هو الذي غاب عن بلده بحيث لا يعرف أثره ومضى على ذلك زمان ولم يظهر أثره"³.

ومعنى ذلك أن العناصر الأساسية لفقدان الرجل عند الحنفية، هو غيوبته منذ زمن طويل

من بلده بحيث ينقطع خبره ولا يطلع أحد على أثره

وكذلك عند المالكية،

"المفقود: من انقطع خبره تمكن الكشف عنه"⁴.

والشافعية يحدوته بأنه:

¹: لسان العرب، ابن منظور، ج 3 ص 337

²: المبسوط، السرخسي، ج 11 ص 34

³: تحفة الفقهاء، السرخسي، ج 3 ص 349

⁴: المحصر الفقهي، محمد بن محمد بن عرفة مؤسسة خلف أحمد المختار للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى، 1435 هـ، ج 4 ص

"هو الذي لا يُعرف مكانه ولا موته ولا حياته".¹

والجائبة يتبدونه أيضا بانقطاع الخير كما في نيل المأرب:

"من انقطع خيره لغيبه".²

فالإجابة المأخوذة من التعريفات المذكورة هي أن الفقهاء متفقون على أن المفقود هو الذي انقطع خيره من حيث إنه في حالة الحياة أم المات بأي سبب من أسباب الموت، ويمكن أن يطلع على حاله .

¹: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، الأندلسي، ج 3 ص 133

²: نيل المأرب بشرح دليل الطالب، عبدالقاهر بن صبر، مكتبة الفلاح الكويت، الطبعة الأولى، 1403هـ، ج 2 ص 89

المبحث الثاني : حكم تفريق زوجة المفقود في الشريعة الإسلامية

إذا غاب الرجل غيبة طويلة ولا يعلم حاله من حيث المرات والحياة وطالت مدة غيبوبته ، فما حكم تفريق زوجته في الشريعة الإسلامية؟ لأنها تحتاج إلى الزواج وتضيق حياتها بغيوبه الزوج عنها، وكذلك التفريق مطلوب شرعا لصيانة عفتها ودينها وحفظها عن الوقوع في المحرمات الشرعية، فاتفق الفقهاء على تفريقها عن زوجها، ولكنهم يختلفون في المدة التي يحكم بعد انقراطها بالتفريق، وسنبين مواقف الفقهاء في المدة المطلوبة للتفريق بين الغائب وزوجته.

هذه القضية كانت مختلف فيها بين الصحابة، كما روي عن علي بن أبي طالب وابن مسعود

رضي الله عنهما :

"عن الحكم بن عتيبة، أن علياً، قال في امرأة المفقود: هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها مؤت، أو طلاق".¹

وروي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما:

"عن ابن المسيب، أن عمر، وعثمان، قضيا في المفقود أن المرأة تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشراً بعد ذلك، ثم تتزوج فإن جاء زوجها الأول خير بين الصداق وبين امرأته".²

وروي مذهب قتادة و عطاء بأعما أفتيا بأنها إذا مضت أربع سنوات ترفع أمرها وأنه يقسم

ماله بين ورثتهم.³

فلذهب عبد الله بن مسعود وعلي رضي الله عنهما إلى أنها تنتظر أبداً، ويرى عمر وعثمان

رضي الله عنهما بأنها تتربص أربع سنوات ثم تعدد عدة المتوفى عنها، ولأجل ذلك اختلفت آراء الفقهاء في مدة تربصها.

أولاً: موقف فقهاء الحنفية:

ذهب فقهاء الحنفية إلى أنه لا تتزوج امرأة للمفقود، لأنها ابتليت به فلتصبر حتى يموت

أو طلاقه، لأن النكاح حق الزوج وهو حي مالمك لحقه فلا يجوز حلها للزوجين في وقت واحد، فيعتبر

¹: مصنف عبد الرزاق - الصنعاء، ج 7 ص 90

²: المصدر نفسه، ج 7 ص 85

³: المصدر نفسه، ج 7 ص 89-90

حياته بحياة أقرانه فإذا لم يبق أحد منهم حيا، فإنه يحكم بموته، ولا يقدر يقدر معين بل يعتبر في الحكم حال نظائره¹

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته، وروى عن محمد رحمه الله أنه قدرها بمائة سنة،² والراجح عند الحنفية هو اعتبار الحياة لأقرانه، وإلى ذلك أشار في فتح القدير بقوله والأقيس أنه لا يقدر بشيء، ويعتبر في الأقربان أقران بلده لا من جميع البلاد لأن في ذلك حرجا كبيرا في تعرف موتهم من جميع البلدان.³

ويوجد عند الحنفية قول بتفويض القضية للإمام كما ورد في رد المحتار:
"واختار الزَّيْلَعِيُّ تَفْوِيضَهُ لِلْإِمَامِ بِأَنْ يَنْظُرَ وَيَحْكُمَ وَيَقْعَلَ مَا يَطْلُبُ عَلَيْهِ كَلَّا يَقُولُ بِالْقَدِيرِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ فِي الشَّرْحِ بَلَّ يَنْظُرُ فِي الْأَقْرَانِ وَفِي الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَيَحْكُمُ"⁴
والرأي الراجح أن هذا الأمر من الأمور المبنية على رأى القاضي حسب الأحوال والظروف بالنظر إلى أقرانه وزمانه والعصر الطويل صعب جدا، وفيه حرج كبير للمرأة بأن تضبط نفسها إلى زمن غير معين فتقع في المشقة مع أولادها -

ثانيا: رأى المالكية:

ذهب المالكية إلى أنها تنتظر أربع سنوات ثم تعمد، كما في المعونة:
"لمرأة المفقود يضرب لها أجل أربع سنين، فإن جاء فيها وإلا اعتدت وتزوجت، واعتدت عدة الوفاة ولا يتفق في العدة من ماله، ولها أن تتزوج من غير حاجة إلى استئذان الإمام."⁵
ومعنى ذلك أنها لا تحتاج إلى رفع أمرها إلى القاضي للتفريق عنه، بل يجوز لها أن تفكح نفسها بعد انقضاء العدة الشرعية -

ثالثا: رأى الشافعية:

رأى الشافعية مبنى على قولين كما ورد في المجموع:

¹ انظر: المسوط، السرخسي، ج 11 ص 36

² انظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ج 6 ص 197

³ انظر: فتح القدير، ابن الممام، ج 6 ص 148

⁴ رد المحتار على الدر المنثور، ابن عابدين، ج 4 ص 297

⁵ المعونة على مذهب عالم المدينة، عبد الوهاب بن علي المالكي، ص 820

"نقل في القديم: تريض أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعند للوفاة أربعة أشهر وعشرا وتحمل للأرواح. وقال في الجديد تريض حتى يتبين موته أو فراقه لما روى المغيرة بن شعبه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ¹ "إمرأة المفقود إمرأته حتى يأتي زوجها" ².

فوافق الإمام الشافعي رحمه الله الحنفية في قول القديم واختار رأي المالكية في قوله الجديد بأنها تريض أربع سنين فقط.

رابعا: رأي الحنابلة:

ذكر فقهاء الحنابلة حكم الزوجة في حالة فقد الزوج عنها بالنظر إلى نوع الغيبوبة، فيعتبرون حالة الغيبوبة هل ظاهر الغياب يدل على هلكته أم لا؟ فلكل نوع حكم مختلف من الآخر كما جاء في الكافي بأنه:

"إذا فقدت المرأة زوجها، وانقطع خبره عنها، لم يخل من حالين: أحدهما: أن يكون ظاهرا غيبته السلامة، كالتاجر وطالب العلم من غير مهلكة، فلا تزول الزوجية ما لم يتبين موته؛ لأنها كانت ثابتة بيقين، فلا تزول بالشك، وعنه: إذا مضى له تسعون سنة، قسم ماله. وإذا أباح قسمة ماله؛ أباح لزوجته أن تتزوج. قال أصحابنا: يعني تسعين سنة من حين ولده؛ لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر من ذلك، فإذا اقتصروا به انقطاع خبره حكم بموته. والاول أصح؛ لأن هذا تقدير لا يصار إليه بغير توقف. الثاني: أن يكون ظاهرها الهلاك، كالذي يفقد من بين أهله، أو في مفارقة هلك فيها بعض رفقته، أو بين الصفين، أو ينكسر مركبا فيهلك بعض رفقته، وأشباه ذلك، فمنهيب أحمد أنها تريض أربع سنين أكثر مدة الحمل، ثم تعند للوفاة، ثم تتزوج" ³.

ورجح شيخ الإسلام رحمه الله أنها تريض أربع سنين كما جاء في الفتاوى الكبرى:

"والصواب في امرأة المفقود تلحق بغير من الخطأ وغيره من الصحابة وهو أنها تريض أربع سنين ثم تعند للوفاة ويجوز لها أن تتزوج بعد ذلك وهي زوجة الثاني ظاهرا أو باطنا ثم إذا طهر زوجها الأول بعد تزوجها غير بين امرأتين ومنهها ولا فرق بين ما قبل الدخول وبعدة وهو ظاهر منهيب أحمد وعلى الأصح لا يعتبر الحلائم فلو مضت المدة والعدة تزوجت بلا حكم" ⁴.

¹: السنن الكبرى، الصحيح، ج 7 ص 445

²: المجموع شرح المهذب، النووي، بحى من شرفه، ج 18 ص 159

³: الكافي، ابن قدامة، ج 3 ص 202

⁴: الفتاوى الكبرى، ابن تيمية، ج 5 ص 511

خلاصة الكلام أن هذه القضية مختلف فيها بين الفقهاء، فجهيز الفقهاء متفقون على

تربصها إلى أربع سنون.

وفي اعتقادي أن هذا القول هو الأكسب والأولى بالأخذ في عصرنا الحاضر وذلك لأن فيه

صيانة لدينها وحفظ لعقتها، وهو الأصلح لقرينة الأولاد ونفقتهم، وكذلك حرمة الدين والعرض أليق

بالحفظ بدلا من حفظ العقد وإبقاء النكاح على حاله، فللقاضي أن يفرق بينهما بعد مضي أربع

سنوات -

المبحث الثالث: حكم نفقة زوجة المفقود في الشريعة

إن الشريعة الإسلامية أوجبت النفقة على الزوج مادامت العلاقة الزوجية ثابتة فيما بينهما، لأن المرأة محبوسة له في بيته، فلزم عليه أن يقوم بحوائجها وضرورتها الدينية، وأن يتفق عليها حسب قدرته واستطاعته، وهي ثابتة بالنصوص الشرعية القطعية، والأصل فيها كما قال تعالى:

"لِيَتَفَقَّ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ"¹

وقوله تعالى:

"وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"²

وقوله عليه الصلاة والسلام لهند حين ما قالت:

"إِنَّ أَبَا سُهَيْلَانَ رَجُلٌ شَجِيحٌ، فَهَلْ عَلَيَّ جُنَاحٌ أَنْ أَخَذَ مِنْ مَالِهِ بَيْزًا؟" قَالَ: خُلِي أُنْتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالْمَعْرُوفِ"³

ولكن إذا غاب الزوج عن زوجته فما هو حكم نفقتها؟ لأن الزوج لا يستطيع بنفسه أن يقوم بأداء الحقوق الزوجية فهل تجب النفقة لها من ماله أم لا؟ إليك آراء الفقهاء في مسألة نفقة زوجة المفقود.

أولا: الحنفية:

إن الزوجة بعد غياب الزوج قبل التفريق محبوسة بحقه فلها النفقة في ماله لوجود العلة، كما جاء في المبسوط:

"وَمَنْ كَانَ مِنْ وَرَثَةِ الْمَفْقُودِ غَنِيًّا فَلَا نَفَقَةَ لَهُ فِي مَالِهِ مَا حَلَا لِلزَّوْجَةِ لِأَنَّ حَيَاتَهُ مَغْلُوبٌ، وَلَا يَسْتَحِقُّ أَحَدٌ مِنَ الْأَعْرِيَاءِ النَّفَقَةَ فِي مَالِ الْحَيِّ سِوَى الزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الزَّوْجَةِ بِالْعَقْلِ، فَلَا يَتَّقِلُفُ بِالْهَسَارِ وَالْمُسَرَّةِ أَوْ بِكَوْنِهَا مَحْبُوسَةً بِحَقِّهِ، وَذَلِكَ مُوجِدٌ فِي حَقِّ الْمَفْقُودِ؛ فَأَمَّا اسْتِحْقَاقُ مَنْ سِوَاهَا فَيُجْزَأُ الْحَاجَةُ، وَذَلِكَ بِتَعَدُّهِ بِغَى الْمُسْتَحِقِّ"⁴

¹: سورة الطلاق الآية: 7

²: سورة البقرة الآية: 233

³: الجامع الصحيح البخاري، البخاري، باب من أمرى المصالح ج 3 ص 79، رقم الحديث: 2211

⁴: المبسوط، المرحوم ج 11 ص 38

فالزوجة مستحقة في ماله ربحهم كونها مستغنية عنه، لأنها مستحقة لأجل إبقاء العقد وهي محبوسة بحقه، والمستحل الحنفية بحدوث هذه، بأن الزوجة لها حق كما قال صاحب البائع:

"لِأَنَّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَأْخُذَ تَقَفُّهَا مِنْ مَالِ زَوْجِهَا إِذَا ظَفِرَتْ بِهِ قَدَرٌ مَا يَكْفِيهَا قَالَ الشَّيْخُ صَلَّيَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِامْرَأَةٍ أَبِي سَفْيَانَ لَخِيٍّ مِنْ مَالِ أَبِي سَفْيَانَ مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ¹ فَإِذَا أَقْرَأَ أَنَّ هَذَا مَالَهُ وَغَيْرِهِ امْرَأَتُهُ ثَبِتَ لَهَا عَلَى الْأَخْذِ"²

ولا يشترط للأخذ أن يقضي القاضي بها، كما صرح صاحب الاختيار:

"(وَيُنْفِقُ مِنْ مَالِهِ عَلَى مَنْ يَحِبُّ عَلَيْهِ تَقَفُّهُ خَالَ حُضْرِهِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ) كَزَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ وَأَتَوَلِيهِ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ لَهُمْ، وَكُلُّ مَنْ لَا يَسْتَحِبُّهَا بِحُضْرِهِ إِلَّا بِقَضَاءٍ فَإِنَّهُ لَا يَنْفِقُ عَلَيْهِ كَالْأَخِ وَالْأُخْتِ وَغَيْرِهِمَا لِأَنَّهُ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ"³

فيجوز لها أن تأخذ بقدر ضرورتها بغیر قضاء القاضي لها، لأنها محبوسة بحقه فتستحق أخذ المال بقدر الضرورة، وكذلك لا تحتاج الحقوق الناجبة شرعا إلى قضاء القاضي للحيوت أو الاستيفاء عند ما لا يوجد التزام لصاحب الحق مع من يجب عليه حقه.

ثانيا: المالكية :

موقف للمالكية أن لها نفقة في مال زوجها إلى أربع سنين فهم يحددون المدة حسب مدة الانتظار، كما جاء في الكافي :

"وَلِامْرَأَةٍ لِمَقْضُودِ النِّفْقَةِ فِي مَالِ زَوْجِهَا فِي الْأَرْبَعِ سَنِينَ أَوْ فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ وَالْعَشْرِ"⁴

ولا تأخذ من ماله إلا بعد رفع الأمر إلى القاضي كما في عقد الجواهر:

"فَإِنْ تَرَكَ النِّفْقَةَ فَلَهَا أَنْ تَرْفَعَ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ، فَيَضْرِبُ لَهَا أَجَلَ أَرْبَعِ سَنِينَ لِلْمَحْرَقَةِ وَسَتِينَ لِلْعَيْدِ، وَمَنْ يَوْمَ يَعْتَزُّ عَنْ مَعْرِفَةِ خَبَرِهِ بَعْدَ الْبَحْثِ عَنْهُ، ثُمَّ تَعْتَدُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ"⁵

¹: الجامع الصحيح البخاري، البخاري، باب من أجري الأمصال ج 3 ص 79، رقم الحديث، 2211

²: بدائع الصنائع، الكاساني، ج 6 ص 196

³: الاختيار لتعليل المخطوط، الموصلي، ج 3 ص 38

⁴: الكافي في فقه أهل المدينة، ابن عبد البر، ج 2 ص 568

⁵: عقد الجواهر والنفقة في مذهب عالم المدينة، السعدي، عبدالله بن محمد المالكي، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى

1423 هـ، ص 577 ج 2

لأن العلة لا توجد بعد انقضاء العدة، وكذلك لا نفقة لها بعد دخولها في العدة كما في شرح

الزرقاني:

"(وسقطت بها) أي بالعدة أي بالدخول فيها (النفقة) لأن المتوفى عنها ولو حاملاً لا نفقة

لها وهذه معتدة عدة وفاة"¹

وخلاصة موقف المالكية أن لها نفقة إلى أربع سنين بإذن القاضي، ولا نفقة لها في العدة لأن

عدتها عدة وفاة لا طلاق، والمتوفى عنها زوجها لا تستحق النفقة أثناء عدتها.

ثالثاً : الشافعية :

ووافق فقهاء الشافعية مع فقهاء المالكية في مدة نفقتها وعدمها بعد دخولها في العدة لنفس

العدة كما صرح صاحب المذهب:

"إذا حبست زوجة المفقود أربع سنين فلها النفقة لأنها محبوسة عليه في بيته فإن طلبت الفرقة

بعد أربع سنين ففرق الحاكم بينهما"²

كذلك صرح صاحب التهذيب:

"ونفقة المرأة دائمة على الزوج الغائب، ما لم تنكح، فإذا نكحت على أن الزوج ميت، أو

بأمر الحاكم بعد زمان العريص سقطت عنه نفقتها؛ كما لو نشرت سقطت نفقتها"³

ولو تعرض لها حصول النفقة فلها طلب التفريق عند الشافعية قبل مضي المدّة، كما جاء في

الوسيط:

"ثم على المجتهد فلها طلب النفقة من تال الزوج أبداً فإن تعذر مكاناً لها طلب الفسخ بخلاف

النفقة على أصبح القولين"⁴

لأنها تحتاج إليها للقيام بحوائجها الأصلية، فتستحقها مادامت محبوسة عليه في بيته، فإذا

عجز الزوج عن إيفاء حقها ولو كان حاضراً، فلها حق المطالبة للتفريق عنه، فتستحق بالفرجة الأولى

في حالة غيابه عنها لصيانة حقوقها وحياتها -

¹: شرح الزرقاني على مختصر خليل، الزرقاني، محمد الباقر بن يوسف، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1424هـ، ج 4 ص 378

²: المذهب في فقه الإمام الشافعي، الشوازي، ج 3 ص 158

³: التهذيب: البزوي، حسن بن مسعود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1418هـ، ج 6 ص 274

⁴: الوسيط في المذهب، الخليلي، ج 6 ص 148

رابعاً : الحنابلة :

نفقة زوجة المفقود واجبة في مثل حال الزوج عند الحنابلة، ولذلك بقاء العقد مشروط ببقائهم بقاء

النفقة كما يفهم من التصريح في المعنى:

"وَلِذَلِكَ لَا يَصِحُّ نِكَاحُ الْمَفْقُودِ إِذَا تَرَكَ لِأَمْرَأَتِهِ نَفَقَةً"¹.

معنى ذلك أنه لو فقد بغير تركه النفقة لها فلها طلب الفرقة عنه، كما جاء في الإقناع بقوله:

"وإن أُمِسَّ الزوج بنفقتها أو ببعضها من نفقة للمسر لا بما زاد عليها أو أُمِسَّ بالكسوة أو

بعضها أو بالسكنى أو للنهر بشرطه خبرت على الزوجاني بين الفسخ من غير انتظار وبين المقام

وتمكنه"².

وقد ذكر صاحب المعنى القضية المذكورة بالتفصيل الوافي قائلا:

"وإن اختارت امرأة المفقود المقام والضبط حتى يتبين أمرها، فلها النفقة ما دام حياً، ويتفق

عليها من ماله حتى يتبين أمرها، لأنها محكومة لها بالزوجية، فتجب لها النفقة، كما لو علمت حياتها.

فإذا تبين أنه كان حياً، وقدم، فلا كلام، وإن تبين أنه مات، أو فارقها، فلها النفقة إلى يوم موته أو

يتبين موتها منه"³.

فمعنى ذلك أن لها النفقة في حال الزوج المفقود مادامت حبست نفسها عليه، فإذا رفعت

الأمر إلى القاضي لفسخ النكاح، فبعد مضي العدة يسقط حقها، فتستحق النفقة أثناء العدة عند علم

قد بين صاحب المعنى توجيه ذلك بقوله:

"فلها النفقة في مدة الترتيب ومدة العدة، لأن مدة الترتيب لم يحكم فيه بتبين موتها من زوجها،

فهو محبوسة عليه بحكم الزوجية، فأثبت ما قبل العدة. وأما مدة العدة، فلأنها غير متيقنة، بخلاف

عدة الوفاة، فإن موته متيقن"⁴.

فعدتها عند الحنابلة عدة الوفاة ولكنها تستحق النفقة لعدم يقن موته -

حاصل الكلام اتفاق الجمهور على نفقتها مادامت تمكن نفسها بحقه، ولكنهم اختلفوا في

نفقتها بعد دخولها في العدة، وقال الحنفية والمالكية والشافعية بعدم استحقاقها، لأنها معتدة بعدة

الوفاة، وذهب الحنابلة إلى أن لها نفقة في العدة، والراجح هو قول الحنابلة لأن عدة الوفاة وعدة المفقود

¹: المعنى، ابن قدامة، ج 7 ص 305

²: الإقناع، المقدسي، موسى بن أحمد دارالمعرفة بيروت لبنان بيروت تاريخ طبعة، ج 4 ص 146

³: المعنى ابن قدامة، ج 8 ص 135

⁴: المصدر نفسه، ص 135 ج 8

عنها أمران مختلفان من تلاحية رجاء رجوعه وعدمه، ففي قضية المفقود ترجو المعتدة إلى انقضاء العدة رجوعه ولو رجع بقي العقد على حاله أما المتوفى عنها فقد انقطع رجاءها -

المبحث الرابع : حكم نفقة وتفريق زوجة المفقود في القانون

الباكستاني

إن القانون الوطني الباكستاني المسمى ب، قانون الانقاسخ 1939 أي "The Dissolution of Marriage Act 1939" نص بتفريق زوجة المفقود في مادة "2" فقد نص القانون في المادة 2 (1) بمايلي:

1: That the whereabouts of the husband have not been known for a period of four years¹

إذا كان الزوج مفقود المجهول، فللزوجة حق المطالبة بفسخ النكاح أمام المحكمة القضائية، وهذا الحكم موافق لقول فقهاء المالكية، لأنهم يقولون بطلب الفسخ بعد أربع سنوات لو فقد الزوج -

والسبب الثاني المنصوص في القانون الوطني هو:

2: That the husband has neglected, or has failed to provide for her maintenance for a period of two years. ²

أي تستحق الزوجة أنه تطلب الفسخ لو كان الزوج لم يؤد نفقتها عمدا أو لعدم الاستطاعة علما إلى مدة سنتين أو أكثر -

فالقانون المدني الباكستاني موافق للشريعة الإسلامية ، وللزوجة حق طلب التفريق في حالة غيبوبة الزوج عنها، وهي تستحق النفقة أثناء الغيبوبة والعدة -

¹ : Dissolution of Marriage Act 1939 section 2 (1)

² : ibid : section 2(2)

الحاقّة:

وتشتمل على :

نتائج البحث

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث

فهرس الموضوعات

نتائج البحث :

بعد تلك الجولة المتواضعة في مباحث الموضوع بطيب لبي في نهاية المطاف أن أشير إلى أهم النتائج التي توصل إليها البحث، مجعلا إياها في النقاط الآتية:

1: لا بأس بتسجيل الطلاق لدفع الأضرار والتزاعلات في الشريعة الإسلامية كما ألزمه القانون لأنه نوع من توثيق العقد وانجلاؤه كالكتابة والشهادة، ولكن لا يجوز تقييد وقوع الطلاق وترتب الآثار الشرعية بالتسجيل لأن النطق بالطلاق تترتب عليه أحكامه الشرعية، وإن لم يكتبه أو يسجله لدى جهة الاختصاص -

2: اتفق الفقهاء على عدد الطلاق فلا يجوز للحاكم أو القاضي أن يقص أو يزيد في العدد المحدد شرعا كما ورد في القانون ، لأن العدد منصوص ولا تقبل الأمور المنصوصة النقص والإضافة أو التصرف الاجتهادي -

3: يجوز للزوج تمريض الطلاق إلى زوجته عند العقد أو بعد انعقاده في الفقه الإسلامي والقانون المدني الباكستاني -

4: إن الزواج بنية الطلاق يجوز في الشريعة الإسلامية لولم يشترط التوقيت في العقد لأجل استيفاء الشروط الشرعية ولا اعتبار للنية للمضرة لأن الاطلاع عليها محال عقلا، وكذلك لا يجوز إصدار الفتوى بموازاة لأن عقد الزواج قرره النص ميثاق غليظ بين الزوجين، أما القانون المدني فيلزم القيام بإجراءات التسجيل لاتعقاد العقد وانعاقده -

5: إن التمريض عن الطلاق التعسفي قضية مختلف فيها بين الفقهاء والرأي الراجح هو عدم جواز التمريض عن الطلاق التعسفي، لأن تعيين التعسف لا يمكن في الواقع لاختلاف ما هيته ونوعيته ووجوده باختلاف الزمان والمكان والاعراف، ويكون التمريض سبب المقاصد في العلاقات الزوجية، لأن بلزومه يحتمل أن الزوج لا يطلق زوجته لخوف التمريض رغم حاجته الشرعية إلى الطلاق المباح ، ويلجأ إلى الاضرار بالزوجة والاعتناء عليها أن يفرضها عن الحياة الزوجية تحريا عن التمريض، أو أن يتهم الزوجة باتهامات مختلفة قبيحة لتخلص نفسه عنها بغير التمريض وغير ذلك من المقاصد الأخلاقية والاجتماعية ، ولكن القانون لم يتعرض لقضية التمريض -

6: لأجل احتمال الكيد ومائلة الأصوات لا يقع الطلاق عبر الجوال أو الهاتف ، وكذلك لا يقع الطلاق بإرسال الرسالة عبر الجوال أو البريد الإلكتروني حتى يتأكد بأنها من جانب الزوج ، وأما القانون فقد ألزم الزوج بإطلاع رئيس مجلس النقابة وإخباره بالطلاق لكي يقوم بإجراءات لإصلاح أحوالهما ، ثم القيام بتسجيل الطلاق لدى المحكمة .

7: طلاق الصبي لا يقع لأنه ليس من أصحاب التصرف لعدم أهليته للتصرفات الشرعية والمالية ، والقانون نص على عدم جواز زواج الصغير والصغيرة ، وقرر العقوبة البدنية والمالية في صورة إنكاحهما .

8: يجب انحلال الزواج بسبب الأمراض المعدية الجنسية أو غير الجنسية المعدية لحفظ النفس ، أما في صورة الأمراض غير المعدية التي هي سبب المنافرة الطبيعية فيباح في الشريعة والقانون ، فتخير المرأة بين التفريق والبقاء على العقد لئلا تقع في الحرج والمشقة .

9: يتعارض بعض أسباب الفسخ المقررة في القانون مع أحكام الشريعة الإسلامية ، كما في صورة الزواج الثاني بغير إذن الزوجة الأولى .

10: يحيز القانون الباكستاني الخلع القضائي ولو لم يرض به الزوج ، وهو يخالف لرأى الفقهاء ، لأنهم يعتبرونه كعقد مالي يعتقد بالتراضي ، ولكن حاجة الناس في مجتمعاتنا تقتضي جواز ذلك لفقدان التقوى والسيادة في الأزواج ، والإضرار بالمرأة من جانب الزوج ، فيجوز أن يفرق القاضي بينهما بغير إذن الزوج .

11: إن مدة العدة منصوبة بنصوص قطعية فلا يجوز عقد النكاح أثناء العدة ولو ثبتت باستبراء رحمها بطرق ما من الوسائل الطبية الحديثة ، ولأن الحكم مبني على العلة لا على الحكمة ، والاستبراء حكمة من حكم الاعتداد .

12: يجوز للمعتدة عن الوفاة والطلاق أن تخرج عن البيت تماراً لوظيفتها أو للدراسة ، لأن الشريعة أجلزت لها الخروج عند الضرورة في وقت النهار .

13: على زوجة المفقود أن ترضى إلى أربع سنوات وهو قول راجع حسب أحوالها ، ولها أن تنفق بنفسها ولأولادها من ماله حتى تنتهي العدة .

14: إن قضية الطلاق الصوري من القضايا المستجدة ، وهو الطلاق القانوني بغير قصد وقوعه ، فلو كتب الزوج بطلاق صريح ، والكتابة مستيمنة ومرسومة يقع الطلاق ولا اعتبار لنيته ، أما لو كتب الألفاظ الكتابية فتحيز نيته .

فهرس الآيات

رقم	الآية	رقم الآية	الصفحة
1: سورة البقرة			
1	وَالَّذِينَ آمَنُوا بِمَوْعِدِنَا أَنُنَزِّلَ لَهُم مِّنَ السَّمَاءِ مَاءً يَاشْرَبُونَ	الآية : 228	213: 35:
2	وَالَّذِينَ آمَنُوا بِمَوْعِدِنَا أَنُنَزِّلَ لَهُم مِّنَ السَّمَاءِ مَاءً يَاشْرَبُونَ	الآية : 229	35: 57: 58
3	وَالَّذِينَ آمَنُوا بِمَوْعِدِنَا أَنُنَزِّلَ لَهُم مِّنَ السَّمَاءِ مَاءً يَاشْرَبُونَ	الآية : 229	201: 93: 194:
4	وَالَّذِينَ آمَنُوا بِمَوْعِدِنَا أَنُنَزِّلَ لَهُم مِّنَ السَّمَاءِ مَاءً يَاشْرَبُونَ	الآية : 230	62: 51
5	وَالَّذِينَ آمَنُوا بِمَوْعِدِنَا أَنُنَزِّلَ لَهُم مِّنَ السَّمَاءِ مَاءً يَاشْرَبُونَ	الآية : 231	111: 58: 90
6	وَالَّذِينَ آمَنُوا بِمَوْعِدِنَا أَنُنَزِّلَ لَهُم مِّنَ السَّمَاءِ مَاءً يَاشْرَبُونَ	الآية : 233	232: 91
7	وَالَّذِينَ آمَنُوا بِمَوْعِدِنَا أَنُنَزِّلَ لَهُم مِّنَ السَّمَاءِ مَاءً يَاشْرَبُونَ	الآية : 234	213: 228
8	وَالَّذِينَ آمَنُوا بِمَوْعِدِنَا أَنُنَزِّلَ لَهُم مِّنَ السَّمَاءِ مَاءً يَاشْرَبُونَ	الآية : 235	216
9	وَالَّذِينَ آمَنُوا بِمَوْعِدِنَا أَنُنَزِّلَ لَهُم مِّنَ السَّمَاءِ مَاءً يَاشْرَبُونَ	الآية : 236	35: 38-
10	وَالَّذِينَ آمَنُوا بِمَوْعِدِنَا أَنُنَزِّلَ لَهُم مِّنَ السَّمَاءِ مَاءً يَاشْرَبُونَ	الآية : 237	55: 171
11	وَالَّذِينَ آمَنُوا بِمَوْعِدِنَا أَنُنَزِّلَ لَهُم مِّنَ السَّمَاءِ مَاءً يَاشْرَبُونَ	الآية : 241	103
12	وَالَّذِينَ آمَنُوا بِمَوْعِدِنَا أَنُنَزِّلَ لَهُم مِّنَ السَّمَاءِ مَاءً يَاشْرَبُونَ	الآية : 282	57
2: سورة آل عمران			

13	ولا تذكروا كآل الذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءهم البينات	الآية: 105	26
3: سورة النساء			
14	ولا تذكروا السفهاء آمنوا بكم التي جعل الله لكم قياما وتركواكم فيها ولا تذكروهم وشولوا لهم قولا مفرقا	الآية: 05	91
15	من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من الله والله عليم	الآية : 12	90
16	وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج	الآية : 20	194
17	وإن خفيتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها	الآية : 35	61:204
4: سورة المائدة			
18	قد سألنا قوم من قبلكم	الآية : 102	06
5: سورة الاعراف			
19	قل إنما عجزت ربّي الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبغى بغير الحق	الآية : 33	28
6: سورة يونس			
20	قل أنزل الله لكم من ربي فكتبتم منه عجما وحلا	الآية : 59	28
7: سورة يوسف			
21	يا أيها الملأ ألقوني في زؤامى	الآية: 43	13
8: سورة النحل			
22	وإن أرسلنا قبلك إلا رجالا نوحي إليهم فاسألوا أهل الذكر	الآية: 43	27
23	ولا تقولوا إنما تصفيت آياتكم الكذّيب هذا خلل وقد خزلتم	الآية : 116	28
9: سورة الاسرى			
24	ولا تحفّ ما آتيتك به علم إن السنع والبصير والفؤاد	الآية: 36	201
10: سورة الكهف			
25	ولا تشتت قلوبهم ينهم نحن	الآية: 22	13
11: سورة النور			
26	والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون	الآية: 04	180

27	والَّذِينَ يُزَوِّجُونَ أَرْوَاحَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحْسَنُ مِنْ أَتَمِّ شَهَادَاتٍ بِإِذْنِ اللَّهِ إِنَّهُ لَيَمُنُّ الصَّادِقُونَ	الآية: 06	180
12: سورة الروم			
28	وَمِنْ آيَاتِهِ أَن يَخْلُقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا	الآية: 21	38
13: سورة الاحزاب			
29	يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِمَنْ أَرْوَاحُكُمُ إِن كُنْتُمْ تُحِبُّونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا فَيَنْفَعُهَا فَنفَعَالَيْنَ أُمَتِّعُكُمْ وَأَمْتَحِكُمْ سَرَّاحًا جَمِيلًا	الآية: 28	68:103
30	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّا تَكُونُكُمْ الْقُلُوبَاتُ ثُمَّ طَلَقْنَاهُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْلِكُوا قُلُوبَهُمْ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِمْ مِنْ عُدُوٍّ تَقْتُلُونَهَا فَمَنْعُوهُمْ وَسَرَاحَهُمْ سَرَّاحًا جَمِيلًا	الآية: 49	55
14: سورة الصافات			
31	فَأَسْتَفْتِيهِمْ أَهَلَمْ أَشَدُّ خَلْقًا أَمْ مَنْ خَلَقْنَا	الآية: 11	14
15: سورة غافر			
32	وَأَقْرَضُ أَقْرَبِي إِلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بَصِيرٌ بِالْجَنَاحِ	الآية: 44	67
16: سورة الطلاق			
33	يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا طَلَقْنَاكَ نِسَاءَ طَلَقْتَهُنَّ لَعْنُهُنَّ	الآية: 1	35:55:95
34	لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِكُمْ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِمَا جِئْتُمْ بِهِنَّ	الآية: 1	220
35	فَإِذَا بَلَغَ أَحَدُهُنَّ تَامًّا نِكَاحًا بِمَتْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَتْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عِلْمٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ فَإِنْ كَانَ مِنْكُمْ نَوْعٌ يُوْخِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا	الآية: 2	49:118
36	وَاللَّامِي بَعْضَ مِنَ النِّعَاطِ مِنْ بَيْنِكُمْ إِلَى أَرْبَعِينَ فَيَعْلَمُهَا ثَلَاثَةً أَهْلُهُمُ وَاللَّامِي لَمْ يَحْضُرْ وَأُولَئِكَ الْأَخْيَالُ أَجْلُهُمْ أَنْ يَحْضُرَ خَلْفَهُمْ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا	الآية: 04	214
37	أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ وَانْفِقُوا عَلَيْهِنَّ مِنْ وَجْهِكُمْ	الآية: 06	224
38	لِيُنْفِقَ ذُو مَقْرَةٍ مِنْ مَقْرَتِهِ	الآية: 7	232
17: سورة البينة			
39	وَقَدْ تَقَرَّرَ الَّذِينَ أَوْثَرُوا الْكِتَابَ إِلَّا مَنْ يَتْلُو مَا جَاءَهُمْ مِنَ الْبَيِّنَةِ	الآية: 4	26

فهرس الأحاديث:

رقم	الحديث	الصفحة
1	أبغض الخلال إلى الله	35:37:78:97
2	أجهد برأيي قال الحمد لله الذي وفق رسول الله صلى الله عليه وسلم	26
3	أشيل الحديقة وطلقها فطليقة	51:202
4	ألا إنما يملك الطلاق من يأخذ بالمساق	36:40:55:96
5	لمسكني في أمهلك حتى يبلغ الكتاب أجله	220
6	إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ، واليسئالة، وما استكبروا عليه	43
7	إن الله لا يحب كل ذواق من الرجال ولا كل ذواقه من النساء	37:96
8	أن يأخذ منها حديقته ولا يرداد	202
9	ثلاث جدهن جده وهن جده النكاح والطلاق والرجعة	44
10	حتى تدوي غنيتك وتلوي غنيتك	50:58
11	خذ منها ، فأخذ منها وجلست في بيت أهلها	194
12	خذها فقارها	202
13	خذي أنت وتوكت ما تكفيك بالمعروف	232
14	رفع العلم عن ثلاث عن التام حتى يستعيط وعن المبلى حتى يترا وعن الضمي حتى يتنكر	137
15	الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا حرم خلافا، أو أحل حراما، ولم يشهدوا على شروطهم	73
16	طلق حفصة ثم راجعها	36:114:176
17	فترين علم حديقته فقالت نعم فرددت علم وأمرها فقارها	195
18	قال في كل مائة رجل في أربعين بنت لبيد ولا يفرق رجل عن جملتها من أعطاهما	101
19	قال : لا حلال ولا حلال في إغلاقي	43
20	قال لها امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترج واحدة الجدة	192:197:38:39
21	قال تروجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتر منه العرش	97

22	قَالَ فَأَقْوى يَتَدَبَّرُ بِكَ عَلَيْهِا يَتَمَتَّعُ فَقَالَتْ: أَعُوذُ بِاللّهِ مِنْكَ، فَقَالَ ، قَدْ خَدَّيْ بِمَتَّاعِي ، ثُمَّ خَرَجَ عَلَيْنَا فَقَالَ يَا أَبَا اسْتَبْرِدْ أَكْتَبْتَهَا زَيْنَبُتْنِي، وَلَقِيتُهَا بِأُغْلِيهَا	105
23	لَا تَطْلُقُوا النِّسَاءَ إِلَّا مِنْ رِية فَإِنَّ اللّٰهَ لَا يَحِبُّ الْفَوَاقِشَ وَلَا الذَّوْاقَاتِ	97
24	لَا تُوطَأُ حَامِلَةٌ	214
25	لَا ضَرَرُ وَلَا ضَرَارٌ مِنْ ضَارِ ضَرَرِ اللّٰهِ وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللّٰهِ عَلَيْهِ	91-
26	لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ، مَنْ ضَارَ ضَرَرُ اللّٰهِ، وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللّٰهِ عَلَيْهِ	156
27	لَا ضَرَرٌ، وَلَا ضِرَارٌ، وَلَا ضَارٌ	152
28	لَعَلَّكَ تُهْلِكُنِ أَنْ تُجِيعِي إِلَى رَهَاقَةٍ؟ لَا، عَفَى وَأَعْفَى عَنْكَ، وَتَعْفَى عَنْكَ	50
29	لَعَنَ اللّٰهُ الْمُخَلَّيْنِ وَالْمُخَلَّنَ لَهُ	50
30	مَا بَالُ أَقْوَامٍ يُؤْخِرُونَ عِبِيدَهُمْ إِمَاعَتَهُمْ ثُمَّ يُهْلِكُونَ أَنْ يُفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ أَلَا إِنَّمَا بِكَ الطَّلَاقُ مَنْ يَأْخُذُ بِالشَّاقِ	36:40:55
31	مَا رَأَى الْمُؤْمِنُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللّٰهِ حَسَنٌ وَمَا رَأَى الْمُظْلَمُونَ قَبِيحًا فَهُوَ عِنْدَ اللّٰهِ قَبِيحٌ	24
32	مَرَّةً فَلْيُجِيعَهَا فَإِنَّمَا طَهَّرْتَ فَلْيَطْلُقْهَا	36
33	وَلَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ بِإِلْمٍ بِاللّٰهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَقَعَ عَلَى امْرَأَةٍ مِنَ النِّسَاءِ عَفَى يَسْتَفْرِقَهَا	214
34	يَا ابْنَ عَدُوٍّ مَا مَكَلْنَا أَمْرَكَ اللّٰهُ إِنَّكَ قَدْ أَخْطَأْتَ السَّنَةَ وَالسَّنَةَ أَنْ تَسْتَفْرِقَ الطَّهْرَ فَتَطْلُقَ يَكْفِيكَ مَرَّةً	46
35	يَا رَسُولَ اللّٰهِ رَأَيْتَ لَوْ أَنَّي مَلَقْتُهَا ثَلَاثًا كَانَ يَحِلُّ لِي أَنْ أَرَا جَعَهَا؟ ، قَالَ لَا كَانَتْ تُبْرِي مِنْكَ وَتَكُونُ مِنْصِبَةً	58

المصادر والمراجع

القرآن

1. الإجماع في شرح المنهاج، السيدي، علي بن عبد الكافي (م: 756هـ) دار الكتب العلمية بيروت لبنان، بدون طبعة 1416هـ.
2. أثر مرض الإيدز على الزوجية وما يتعلق به من أحكام : عاطف محمد، ص 4 مؤتمراً للجامعة بقرية، 2006
3. احترام من ضغط الدم، شافيل إبراهيم معكرون، مؤسسة نوفل، بيروت، الطبعة الأولى، 1983م
4. الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان، دار النهضة العربية، بدون طبعة، 1969م
5. أحكام القرآن، ابن العربي، محمد بن عبد الله (م: 543هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، 1424هـ
6. أحكام القرآن، لكيا هاسي، الطوي، علي بن محمد (م: 504هـ) دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثانية، 1405هـ
7. الأحكام الوسطى، عبد الحفيظ بن عبد الرحمن الأندلسي (م: 581هـ) مكتبة الرشد الرياض
8. الإحكام في أصول الأحكام، الأندلسي، علي بن علي (م: 631هـ) الكتب الإسلامية، بيروت بدون تاريخ وطبعة.
9. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، القرافي، أحمد بن إسماعيل المالكي (م: 684هـ) دار البشائر الإسلامية بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1416هـ.
10. الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1948م.
11. الاختيار لتعليل المختار، الموسلي، محمد الله بن محمود (م: 683هـ) مطبعة الحلبي، القاهرة، بدون طبعة 1356هـ.
12. إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، عبد الرحمن بن محمد (م: 732هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي، بدون تاريخ وطبعة.
13. إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، الشوكاني، محمد بن علي (م: 1250هـ) دار الفكر بيروت، بدون طبعة 1419هـ.
14. الاستدكار، القرطبي، يوسف بن عبد الله (م: 463هـ) دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، 1414هـ.
15. إسلامي دنيا میں عائلي قوانین کی اصلاح، محمد رشید فیروز، فکر و نظر، ادارہ تحقیقات اسلامی اسلام آباد 1963 vol 1:1

16. أسنى المطالب في شرح بوض الطالب، الانصاري، وكثيراً بن محمد (م: 926هـ) دار الكتاب الإسلامي بدون تاريخ وطبعة
17. الأشباه والنظائر على منذهب أبي حنيفة ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم المصري (م: 970هـ) دار الكتب العلمية بيروت لبنان، بدون تاريخ وطبعة
18. الأشياء والنظائر، السبكي، تاج الدين عبد الوهاب، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1411هـ
19. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، عبد الوهاب بن علي (م: 422هـ) دار ابن حزم، الطبعة الأولى: 1420هـ
20. أصول الموحسيه محمد بن أحمد (م: 483هـ) دار المعرفة، بدون تاريخ وطبعة
21. إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، محمد بن أبو بكر بن أيوب (م: 751هـ) مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، بدون طبعة 1388هـ ،
22. الإقناع، المقدسي، موسى بن أحمد (م: 968هـ) دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون تاريخ وطبعة
23. الإمام بأحاديث الأحكام، محمد بن علي الفشوي المعروف بابن دقيق العيد (م: 702هـ) دار للعرايج الدولية
24. الأم ، الشافعي، محمد بن إدريس (م: 204هـ) دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، 1410هـ
25. الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها، محمد علي البار، دار المنارة جدة، الطبعة الأولى 1406هـ
26. أنيس الساري في تخریج أحاديث فتح الباري، نويل بن منصور، مؤسسة السباحة ، بيروت، الطبعة الأولى 1426هـ
27. إيقاف العلاج عن المريض المهوس من ربه، أحمد جاب الله، ص 12 الدورة الثانية والمخترون للجمعية الفقهي المنعقدة في مكة المكرمة
28. البحر الرائق، ابن نجيم زين الدين (م: 970هـ) دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ وطبعة
29. البحر الزخار الجامع لمناهج علماء الأصول، الحصري، أحمد بن قاسم، مكتبة الوسيط، بدون تاريخ وطبعة
30. البحار المحيطة، الزركشي، محمد بن عبد الله (م: 794هـ) دار الكتب، الطبعة الأولى، 1414هـ،
31. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، مصطفى بن أحمد (م: 595هـ) دار الحديث القاهرة، بدون طبعة، 1425هـ
32. بدائع الصنائع، الكاساني، أبي بكر بن مسعود (م: 587هـ) دار الكتب العلمية ، بيروت، الطبعة الثانية، 1406هـ،
33. البدر المنير في تخریج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، عيسى بن علي بن اللقن الشافعي (804هـ) دار الحجر الرياض ، الطبعة الأولى ، 1425هـ

34. البيان في ملهبة الإمام الشافعية يحيى بن أبي الخيز (م: 558هـ) دارالمنهاج، جدة، الطبعة الأولى، 1421هـ.
35. تاج المروس، الحسيني، محمد بن محمد (م: 1205هـ) دار الهداية، بدون تاريخ وطبعة.
36. العاج والأكليل لمختصر خليل، القرنطاني، محمد بن يوسف (م: 897هـ) دارالكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416هـ.
37. التحبير شرح التحرير، اللوداوي، علي بن سليمان (م: 885هـ) مكتبة الرشد السعودية الرياض، الطبعة الأولى، 1421هـ.
38. التحرير والتتوير، ابن عاصم، محمد الطاهر (1393هـ) مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، بدون طبعة، 1984هـ.
39. تحفة الفقهاء، السمرقندي، محمد بن أحمد (م: 540هـ) دارالكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1414هـ.
40. تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، عمر بن علي المصري (م: 804هـ) دار حواء مكتبة المكرمة، الطبعة الأولى، 1406هـ.
41. تخریج احاديث الكشاف، الزياحي، عبدالله بن يوسف، دار ابن خزيمة الرياض، الطبعة الأولى، 1414هـ.
42. التسهيل لعلوم التنزيل، الكلبي، محمد بن أحمد بن جزي (م: 741هـ) دار الأرقم بيروت، الطبعة الأولى، 1416هـ.
43. تصنيف المسامح بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي، الزركشي، محمد بن عبد الله (م: 794هـ) مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، الطبعة الأولى، 1418هـ.
44. التعريفات الفقهية، البركي، محمد عيسى الإحسان الجعدي (م: 1395هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1424هـ.
45. التعريفات، الجرجاني، علي بن محمد عبد القاهر، دارالكتاب العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1405هـ.
46. التصوف في الطلاق (حقيقته، معانيه، حالاته، الجزء المقرب عليهم)، أمين مصطفى الدباغ، مجلة جامعة الأقصى (سلسلة العلوم الإنسانية) المجلد الثامن، العدد الأول، مايو 2014.
47. التعويض المالي عن الطلاق، محمد الزحيلي، دارالكتب دمشق، الطبعة الأولى، 1418هـ، 151.
48. تفسير القرآن العظيم، إسماعيل بن عمر بن كثير (م: 774هـ) دارالكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ.
49. تفسير مجاهد، مجاهد بن جبير النابهي، دارالفكر الإسلامي الحديثة، مصر الطبعة الأولى، 1989 م.

50. تقرير الامتداد في تيسر الاجتهاد، السيوطي، عبدالرحمن بن أبي بكر (م: 911هـ) دار الدعوة الاسكندرية، الطبعة الأولى، 1403هـ
51. التلقين في الفقه المالكي، عبدالوهاب بن علي (م: 422هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1425هـ
52. التمهيد في الفقه الشافعي، الشواربي، إبراهيم بن علي (م: 476هـ) عالم الكتب، بدون تاريخ وطبعة
53. تنقيح التحقيق في أحاديث التطبيق، محمد بن أحمد الحنبلي (م: 744هـ) أطولاء السلف، الرياض، الطبعة الأولى، 1421هـ
54. تحصيل اللغة، الطروي، محمد بن أحمد (م 370 هـ) دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 2001 م
55. التهذيب، البغوي، حسين بن مسعود (م: 516هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1418هـ
56. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه البهاري، محمد بن إسماعيل (م: 256هـ) دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، 1422هـ
57. الجامع في الحديث، القرطبي، عبدالله بن وهب (م: 197هـ) دار ابن الجوزي، الرياض، بدون طبعة، 1996م
58. الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، محمد بن أحمد (م: 671هـ) دار الكتب المصرية، الطبعة الثانية، 1384هـ
59. جديد فقهي مسائل، رحمان، خالد صوف الله، زمزم پبلشرز، الطبعة الأولى، 2010م
60. جهرة اللغة، الأزدي، محمد بن الحسين (م: 321هـ) دار العلم للملايين، الطبعة الأولى 1987م
61. جهرة اللغة، الأزدي، محمد بن الحسن، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، 1987م
62. جواهر الفقه، مفتي، محمد شفيق، مكتبة دارالعلوم كراتشي، الطبعة الثانية 2010م،
63. الجوهر النقي على متن البيهقي، علي بن عثمان الماريني (م: 750هـ) دار الفكر، بدون تاريخ وطبعة،
64. حاشية الموسوي على الشرح الكبير، الموسوي، محمد بن أحمد بن عرفة (م: 1230هـ) دار الفكر، بدون تاريخ وطبعة
65. حاشية الشرح الحلي على نهاية المحتاج إلى شرح المفهات، الشيرازي، نور الدين بن علي (م: 1087هـ) دار الفكر، بيروت، بدون طبعة 1404هـ
66. حاشية الصاوي على الشرح الصغير، الصاوي، أحمد بن محمد المالكي (م: 1241هـ) دار المعارف، بدون تاريخ وطبعة،
67. حاشية العنوي على كفاية الطالب الرباني، العنوي، علي بن أحمد (م: 1189هـ) دار الفكر، بيروت بدون طبعة 1414هـ
68. حاليه عائلي قوتين، ربيع الله، إداره تحقيقات اسلامي 1965 إسلام آباد فكر ونظر 3:4

69. لحاوي الكبير، لماوروي، علي بن محمد البغدادي، دارالكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ.
70. حجة الله البالغة، المجلد، أحمد بن عبد الرحيم المعروف بشاه ولي الله (م: 1176هـ) دارالجيل بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1426هـ.
71. الحجة على أهل المدينة، الشيلبي، محمد بن الحسن (م: 189هـ) عالم الكتب بيروت الطبعة الثالثة، 1403هـ.
72. الحسبة في الإسلام، ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم (م: 728هـ) دارالكتب العلمية بدون تاريخ وطبعة.
73. خلاصة الأحكام، يحيى بن شرف النووي (م: 676هـ) مؤسسة الرسالة لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ.
74. دائرة معارف طيبة وصيدلانية مبسطة، عتق ولي و مصري خليفة، دار ثوبار للطباعة، الطبعة الثانية عشر، 2005م.
75. درر الحكم في شرح مجلة الأحكام، أمين أفندي، علي حيدر خواجه (م: 1353هـ) دارالجيل، الطبعة الأولى، 1453هـ.
76. دقائق أولي النهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، للبهوتي، منصور بن يونس، عالم الكتب، الطبعة الأولى 1414هـ.
77. النخوة، القرافي، أحمد بن إدريس (م: 684هـ) دارالغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1994م.
78. رد المحتار على الدر المختار، ابن عابد، محمد أمين بن عمر العثماني (م: 1252هـ) دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية، 1412هـ.
79. الرسالة، الشافعي، محمد بن إدريس (م: 204هـ) مكتبة الحلبي مصر، الطبعة الأولى، 1358هـ.
80. الروض للربيع شرح زاد المستقبح، للبهوتي، منصور بن يونس (م: 1051هـ) مؤسسة الرسالة بدون تاريخ وطبعة.
81. روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، يحيى بن شرف (م: 676هـ) المكتبة الإسلامية بيروت الطبعة الثالثة، 1412هـ.
82. روضة الناظر ورجة المناظر، ابن قدامة، عبدالله بن أحمد (م: 620هـ) مؤسسة الريان، الطبعة الثالثة، 1423هـ.
83. زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن قيم، محمد بن أبي بكر (م: 751هـ) مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، الطبعة السابعة والعشرون، 1415هـ.
84. زهرة القفا، محمد أبو زهرة (م: 1394هـ) دار الفكر العربي بدون تاريخ وطبعة.
85. سبل الاستفادة من التوازل والفتاوى والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة، وهبة الزحيلي، دارالكتاب، الطبعة الأولى، 1421هـ.

86. المروان ، نيكولاس جيس المترجم أسماء فاروق حسن ، هندلوي القاهرة، الطبعة الأولى، 2013 .
87. سنن ابن ماجه القزويني ، محمد بن يزيد (م: 273هـ) دار الفكر بيروت بدون تاريخ وطبعة.
88. سنن أبي داود، السجستاني ، أبو داود سليمان بن الأشعث (م: 275هـ) دار الكتاب العربي بيروت بدون تاريخ وطبعة.
89. سنن الترمذي، الترمذي، محمد بن عيسى، مصطفى الباوي الحلبي، مصر الطبعة الثالثة، 1395هـ.
90. سنن الدارقطني، الدارقطني، علي بن عمر (م: 385هـ) دار المعرفة بيروت الطبعة الأولى، 1424هـ.
91. السنن الكبرى، البيهقي، أحمد بن الحسين (م: 458هـ) دائرة المعارف النظامية مبدع آباء فكن، الطبعة الأولى 1344هـ.
92. الموسوعة الشرعية في الأحوال الشخصية، عبد الفتاح عمرو، دار النفائس الأردن، الطبعة الأولى، 1418هـ.
93. سر أعلام النبلاء، الذهبي، محمد بن أحمد، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1405هـ.
94. شواهد الإسلام في مسائل الحلال والحرام، الحلبي، جعفر بن حسن، مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان، بدون طبعة وتاريخ.
95. شرح الزرقاني علي مختصر خليل، الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف (م: 1122هـ) دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1424هـ.
96. شرح القواعد المعدية، عبد الحسن الزملي، دار الطلس المتفراء الرياض، الطبعة الأولى، 1422هـ.
97. الشرح الكبير علي من للفتح، ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد (م: 682هـ) دار الكتاب العربي، بدون تاريخ وطبعة.
98. شرح تقيح الفصول القرائي، أحمد بن إبراهيم (م: 684هـ) شركة الطباعة الفنية المتحددة، الطبعة الأولى، 1393هـ.
99. شرح مختصر خليل، الخرش، محمد بن عبد الله (م: 1101هـ) دار الفكر بيروت بدون تاريخ وطبعة.
100. شرح منتهى الإرادات ، البيهقي، منصور بن يونس (م: 1051هـ)، دار الفكر.
101. صحيح ابن حبان، محمد بن حبان (م: 354هـ) مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثانية، 1414هـ.
102. الضروري في أصول الفقه مختصر المستصفي، القرطبي، محمد بن أحمد (م: 595هـ) دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى 1994هـ.
103. التعليقات السنية في تراجم الخلفاء الصالحين، تقي الدين بن عبد القاهر (م: 751هـ) دار الفاعلي، بدون تاريخ وطبعة.
104. الطرق الحكيمة، ابن قيم الجيزية، محمد بن أبي بكر، مكتبة دار البيان بدون تاريخ وطبعة.

105. الطلاق الإلكتروني في الفقه الإسلامي، فهد البصيل، علي بن عبد المجيد، كلية الشريعة والأنظمة جامعة الطائف 2012م
106. الطلاق العسفي بين الشريعة والقانون، محمد علي العبيدي، مجلة جامعة الأنتار للعلوم الإسلامية، المجلد الأول، العدد الثالث 2009م
107. الطلاق العسفي دراسة فقهية مقارنة، عروة صبري، مجلة جامعة للأبحاث أكاديمية القاهمي، عدد 13 (2009)
108. العدد شرح العدة، للقلبي، عبدالرحمن بن إبراهيم (م: 524هـ) دار لطبعات القاهرة وبدون طبعة 1424هـ،
109. عقد الجواهر الثمينة في مذهب علم المسبب، السعدي، عبدالله بن نجم المالكي (م: 616هـ) دار الغريب الإسلامي بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1423هـ
110. العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، عبد الرحمن بن علي الجوزي (م: 597هـ) إدارة العلوم الأثرية فيصل آباد باكستان
111. العلل الواردة في الأحاديث النبوية، علي بن عمر الشارقي (م: 385هـ) دار طبعة الرياض، الطبعة الأولى، 1405هـ
112. عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، الغنوي، بدر الدين الحنفى (م: 855هـ) دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ وطبعة،
113. العناية شرح الهداية للبارقي، محمد بن محمد (م: 786هـ) دار الفكر بدون تاريخ وطبعة
114. ألفية والتقسيم الأصمعي، أحمد بن الحسين (م: 593هـ) عالم الكتب بدون تاريخ وطبعة،
115. فتاوى إسلامية، عبدالعزيز عبدالله بن باز وغيره، دار الوطى الرياض، الطبعة الثانية، 1413هـ
116. الفتاوى الكبرى، ابن تيمية، أحمد بن حليم (م: 728هـ) دار الكتب العلمية بيروت، 1408هـ،
117. الفتاوى النورية، محمد نور الله نعمي، شعبه تصنيف وتأليف دار العلوم حنفية فريدي بصريور أوكارا، الطبعة السادسة 2008م
118. فتاوى مفتي محمود، محمود، جمعيت پبليڪشنز لاهور، الطبعة الرابعة، 2009م
119. فتاوى مسالوت، حسام الدين بن عفانة، للمكتبة العلمية ودار الطب، الطبعة الأولى، 1427هـ
120. فتح الباري، الصقلاني، أحمد بن علي (م: 852هـ) دار المعرفة بيروت، بدون طبعة 1379هـ
121. فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (م: 861هـ) دار الفكر بدون تاريخ وطبعة
122. الفروع، القرافي، أحمد بن إدريس المالكي (م: 684هـ) دار الكتب العلمية بيروت لبنان، بدون تاريخ وطبعة،

123. التفصيل في الأصول: الجصاص، أحمد بن علي (م: 370هـ) وزارة الأوقاف، الكويت، الطبعة الثانية، 1414هـ.
124. فقه السنة، سيد سابق (م: 1420هـ) دار الكتب العربى بيروت لبنان الطبعة الثانية، 1397هـ.
125. الفقه للسيرة، الطيار، عبدالله بن محمد وغيره: منار الوطن للنشر، الرياض، الطبعة الثانية، 1433هـ.
126. فقه النوازل دراسة تأصيلية تطبيقية، الجزايري، محمد بن حسين، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، 1426هـ.
127. الفقيه والمتفقه، الخطيب البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي (لتوقي: 463هـ) دار ابن الجوزي، الطبعة الثانية، 1421هـ.
128. القياموس المحيط، الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب (المتوفى: 817هـ) مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثامنة، 2005 م.
129. القيس في شرح موطأ الإمام مالك بن أنس، المعافري، محمد بن عبدالله (م: 543هـ) دار الغروب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1992م.
130. القضايا الطبية للمعاصرة، سليمان الأشقر وغيره: دار النقا، الأردن، الطبعة الأولى، 1421هـ.
131. القضايا الطبية المعاصرة، علي محي الدين القره خاظم وغيره: دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثانية، 1426هـ.
132. القواعد والفوائد الأصولية، طاهر بن محمد بن اللحام (م: 803هـ) المكتبة العصرية، بدون طبعة، 1420هـ.
133. القواعد، ابن رجب، عبدالرحمن بن أحمد الخطابي (م: 795هـ) دار الكتب العلمية، بدون طبعة، 1391هـ.
134. الكافي في فقه أهل المدينة، القرطبي، يوسف بن عبدالله (م: 463هـ) مكتبة الرياض الحديثة السعودية، الطبعة الثانية 1400هـ.
135. التكميل في ضعفاء الرجال، عبدالله بن عدي (م: 365هـ) دار الفكر بيروت بدون تاريخ وطبعة 1409هـ.
136. كتاب النوازل، سلمان منصور بوري، المركز العلمي للنشر والتحقق لال باج مراد آباد، الطبعة الأولى، 2015م.
137. كشف اصطلاحات الفنون والعلوم، محمد بن علي، مكتبة لبنان ناشرون بيروت، الطبعة الأولى، 1996 م.
138. كشف القناع عن مآل الإفتاء، البهوتي، منصور بن يوشع (م: 1051هـ) دار الكتب العلمية بدون تاريخ وطبعة.
139. كشف الأسرار شرح أصول البهوتي، عبدالعزيز بن أحمد (م: 730هـ) دار الكتب الإسلامية بدون تاريخ وطبعة.
140. كشف الخفاء ومزيل الإلهاس، إسماعيل بن محمد العجطوني (م: 1162هـ) المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، 1420هـ.

141. الديباج في الفقه الشافعي، لمحملي، أحمد بن محمد (م: 415هـ) دار البخاري المدينة المنورة الطبعة الأولى، 1416هـ.
142. الديباج في شرح الكتاب، للدشتي، عبدالحفيظ بن طالب (م: 1298هـ) المكتبة العلمية بيروت لبنان بدون تاريخ وطبعة.
143. اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء جمع وترتيب أحمد بن عبد الرزاق، رئاسة إدارة للبحوث العلمية والإفتاء الرياض، الطبعة الأولى، 1417هـ.
144. لسان العرب، ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي الإفريقي (م: 711هـ) دار صادر بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، 1414هـ.
145. المبدع شرح المقنع، ابن مفلح، إبراهيم بن محمد (م: 884هـ) دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ.
146. المبسوط، المرخسي، محمد بن أحمد (م: 483هـ) دار المعركة بيروت بدون طبع، 1414هـ.
147. مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد مئة وستة سنة 1437 هجري.
148. مجلة البحوث الفقهية، العدد 36 السنة التاسعة، ديسمبر، يناير، 97-1998م.
149. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبدالرحمن بن محمد (م: 1087هـ) دار احياء التراث العربي بدون تاريخ وطبعة.
150. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، علي ابن أبي بكر الخبزي (م: 807هـ) مكتبة الإقديمي القاهرة، بدون طبع، 1414هـ.
151. مجموع الفتاوى، ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم (م: 728هـ) مجمع الملك فهد المدينة المنورة، بدون طبع، 1416هـ.
152. المجموع شرح المهذب، للتوحي، يحيى بن شرف (م: 676هـ) دار الفكر بدون تاريخ وطبعة.
153. المحرر في الحديث، محمد بن أحمد الخطيب، (م: 744هـ) دار المعركة بيروت لبنان، الطبعة الثالثة 1421هـ.
154. المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الخرافي، عبدالسلام بن عبد الله (م: 652هـ) مكتبة المعارف الرياض، الطبعة الثانية 1404هـ.
155. المحصول، الرازي، محمد بن عمر (م: 606هـ) مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1418هـ.
156. المحلى، ابن حزم، علي بن أحمد (م: 456هـ) دار الفكر بدون تاريخ وطبعة.
157. المحيط البيهقي في الفقه المالكي، البخاري، محمود بن أحمد (م: 616هـ) دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، 1424هـ.
158. المحيط في اللغة، الطالقاني، إسماعيل بن عباد، عالم الكتب بيروت، الطبعة الأولى، 1414هـ.

159. مختصر الحرفي، الحرفي، عيسى بن الحسين (م: 334هـ) دارالصحافة للتراث، بدون الطبعة، 1413هـ ص 110
160. المختصر الفقهي، محمد بن محمد بن عرفة (م: 803هـ) مؤسسة خلف أحمد الجنور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى، 1435هـ
161. مختصر المتن، المتن، إسماعيل بن يحيى (م: 264هـ) دارالمعرفة بيروت لبنان، بدون طبعة، 1410هـ
162. مدارك فضيل وحقائق التأويل، الشافعي، عبدالله بن أحمد (م: 710هـ) دارالكلم الطيب بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ
163. مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، عبدالرحمن الصابوني، دارالفكر، الطبعة الثانية، 1968م
164. المسائل الفقهية من كتاب الروايع والوجهين، محمد بن الحسين بن الفراء (م: 458هـ) مكتبة المعارف الرياض، الطبعة الأولى، 1405هـ
165. مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، أسامة عمر سليمان الأشقر، دارالثقافة الأردن، الطبعة الأولى، 2000،
166. المستدرك على الصحيحين مع تطبيقات الذهبي، محمد بن عبد الله الحاكم (م: 405هـ) دارالكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1411هـ
167. المستصفي، الغزالي، محمد بن محمد (م: 505هـ) دارالكتب العلمية الطبعة الأولى، 1413هـ
168. المستصفي، الغزالي، محمد بن محمد، دارالكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1413هـ
169. مسند الإمام أحمد، الشيباني، أحمد بن حنبل (م: 241هـ) دارالحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، 1416هـ
170. مصباح الوجاهة في زوائد ابن ماجه، أحمد بن أبي بكر البوصيري (م: 840هـ) دارالعربية بيروت، الطبعة الثانية، 840هـ
171. لتصباح النور، الفيرمي، أحمد بن محمد (م: 770هـ) المكتبة العلمية بيروت، بدون تاريخ وطبعة
172. المصنف لابن همام، عبدالرزاق الصنعاني، (م: 211هـ) المكتبة الإسلامية بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ
173. مصنف ابن أبي شيبة، ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد (م: 235هـ) مكتبة الرشد الرياض، الطبعة الأولى، 1409هـ
174. المطالب للعالية بزوائد للمطالع التمامية، أحمد بن علي المستطفي (م: 852هـ) دارالعاصمة، الطبعة الأولى، 1419هـ
175. معالم التنزيل، البهوتي، الحسين بن محمود (م: 510هـ) دارالسلام للنشر والتوزيع الرياض، الطبعة الأولى، 1416هـ

176. معجم السنين، الخطابي، أحمد بن محمد (م: 388هـ) المطبعة العلمية حلب، الطبعة الأولى، 1351هـ.
177. المعجم الأوسط، الطبراني، سليمان بن أحمد (م: 360هـ) دار الحرمين القاهرة بدون تاريخ وطبعة
178. معجم الصواب اللغوي، أحمد مختار عمر، عالم الكتب القاهرة، الطبعة الأولى 1429هـ.
179. معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عبد الحميد عمر (م: 1424هـ) عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1429هـ.
180. معجم المصطلحات الطبية، أبو شادي الرقي وغيره، مجمع اللغة العربية جمهورية مصر، بدون طبعة وتاريخ
181. المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وغيره، دار الدعوة، بدون تاريخ وطبعة.
182. معجم لغة الفقهاء محمد رويس قلنجي، حامد صادق قبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1408هـ.
183. معجم عقائس اللغة، أحمد بن قاري، دار الفكر، بدون طبعة، 1399هـ.
184. المعونة علي شهاب عالم المدينة، الشلبي، عبد الوهاب بن علي المالكي (م: 422هـ) المكتبة التجارية مكة المكرمة بدون تاريخ وطبعة
185. مفتي المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الشويبي، محمد بن أحمد (م: 976هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ.
186. المغني عن حل الأسفار في الأسفار، عبد الرحيم بن الحسين العراقي (م: 806هـ) دار ابن حزم بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1426هـ.
187. المغني، ابن قدامة، عبدالله بن أحمد (م: 620هـ) مكتبة القلعة، بدون طبعة 1388هـ.
188. مفاتيح الغيب، الرازي، محمد بن عمر (م: 606هـ) دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الثالثة 1421هـ.
189. مناهج الحصول ونتائج لطائف التذلل في شرح القلوة، صلي بن سعيد (م: 633هـ) دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1428هـ.
190. المتقى شرح لموطأ الإمام مالك، الباجي، سليمان بن خلف (م: 474هـ) مطبع السجادة مصر، الطبعة الأولى، 1332هـ.
191. منهاج الطالبين وعمدة المفتين، النووي، يحيى بن شرف (م: 676هـ) دار الفكر، الطبعة الأولى، 1425هـ.
192. المنهاج، عمر بن علي المصري، دار حراء مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1406هـ.
193. المنهاج في علم أصول الفقه للقرآن، التلي، عبد الكريم بن علي، مكتبة الرشد الرياض، الطبعة الأولى، 1420هـ.
194. المنهاج، الشيرازي، إبراهيم بن علي (م: 476هـ) دار الكتب العلمية بيروت بدون تاريخ وطبعة

195. الموافقات، الشافعي، إبراهيم بن موسى (م: 790هـ) دار ابن صفان، الطبعة الأولى، 1417هـ.
196. الموسوعة المسيية في فقه القضاة المعاصرة، فقه الأسرة، إحياء مركز للتحقيق البحتي، جامعة الإمام
الرياض، الطبعة الأولى، 1435هـ.
197. موسوعة أمراض العظام والكسور، مصطفى شبيب، المركز العلمي إيسكندرية مصر، بدون طبعة، 2006م.
198. للموطأ، الأصمعي، مالك بن أنس (م: 179هـ) مؤسسة زيد بن سلطان أبو ظبي الإمارات الطبعة
الأولى، 1425هـ.
199. نصب الرأية لأحكام المداية، عبد الله بن يوسف الزيلعي (م: 762هـ) مؤسسة الريان بيروت، الطبعة
الأولى، 1418هـ.
200. نظرية التصيب في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، فصي الدين، مؤسسة الرسالة، الطبعة
الرابعة، 1408هـ.
201. النكت والعيون المعروف بتفسير الماوردي، الماوردي، علي بن محمد (م: 450هـ) دار الكتب العلمية
بيروت لبنان، بدون تاريخ وطبعة.
202. غاية المحتاج في شرح المحتاج، الوالي، محمد بن أبو العباس (م: 1004هـ) دار الفكر بيروت، بدون طبعة،
1404هـ.
203. غاية المطلب في دراية للذهب، الجوهري، عبد الملك بن عبد الله (م: 478هـ)، دار المحتاج، الطبعة الأولى،
1428هـ.
204. نيل المآرب بشرح طولي الطالب، عبد القادر بن عمر (م: 1135هـ) مكتبة الفلاح الكويت، الطبعة
الأولى، 1403هـ.
205. نيل المرام في تفسير آيات الأحكام، البخاري، محمد صديق خان بن حسن (م: 1307هـ) دار الكتب
العلمية بدون طبعة، 2003م.
206. الوسيط في المذهب، الغزالي، محمد بن محمد (م: 505هـ) دار السلام القاهرة، الطبعة الأولى، 1417هـ.
207. الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، محمد صليبي بن أحمد، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، الطبعة
الرابعة، 1416هـ.
208. الهداية إلى بلوغ النهاية، مكّي ابن أبي طالب المالكي (م: 437هـ) مجموعة بحوث الكتاب والسنة
جامعة الشارقة، الطبعة الأولى، 1429هـ.
209. الهداية على مذهب الإمام أحمد الكلوثاني، محفوظ بن أحمد (م: 510هـ) مؤسسة غراس للنشر
والطبع، الطبعة الأولى، 1425هـ.
210. الهداية في شرح بداية المبتدي، الميرغاني، علي بن أبي بكر (م: 593هـ) دار إحياء التراث العربي بيروت
لبنان بدون تاريخ وطبعة.

English sources

Muslim Family Law Ordinance 1961	.211
Talaq and the Muslim Family law Ordinance 1961 an analysis by	.212
Muhammad Munir, Spectrum of International Law, Vol,1 Sept.2011	
Dissolution of Marriage Act 1939	.213
Child Marriage Restraint Act 1929	.214
Family Court Act 1964	.215
AIR 1945 Lahore 51	.216
PLD 1959 Lahore 566	.217
PLD 1967 SC 97	.218

فهرس الموضوعات

II	الإهداء
III	كلمة للشكر والتقدير
IV	المقدمة
02	التمهيد تعريف النوازل والألفاظ ذات الصلة وضوابط الفتيا في النوازل
03	الفصل الأول تعريف النوازل
05	المبحث الأول تعريف النوازل في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء
05	النوازل في اللغة
05	النوازل في اصطلاح الفقهاء
08	المبحث الثاني الألفاظ ذات الصلة
08	أولاً المستعجلات
09	ثانياً الواقعات
09	ثالثاً الحوادث
12	الفصل الثاني ضوابط الفتيا في النوازل الفقهية
13	المبحث الأول تعريف الفتوى

13	الفتوى لغة
14	الفتوى اصطلاحاً
16	المبحث الثاني تعريف الضوابط
16	معنى الضوابط في اللغة
16	الضوابط اصطلاحاً
18	المبحث الثالث شروط الناظر في النوازل
18	منها أن يكون مكلفاً
19	منها أن يكون مجتهداً
21	منها المجتهد في المسألة أو في مجال خاص
22	منها فهم مقاصد الشريعة و معظم قواعدها
23	منها العلم بأحوال الناس وظروفهم وأعرافهم
26	المبحث الرابع ضوابط البحث في النوازل
26	منها النعدام النعني في القضية المعروضة
27	منها فهم القضية وتصورها بما لها وما عليها
28	منها استناد الحكم إلى دليل شرعي
30	الباب الأول: الطلاق وتقييده وتفويضه
32	الفصل الأول الطلاق وحكمه وشروطه وأنواعه
33	المبحث الأول تعريف الطلاق

33	أولا لغة
33	ثانيا اصطلاحا
35	المبحث الثاني مشروعية الطلاق وحكمته
40	المبحث الثالث شروط الطلاق
40	منها أن يكون الطالق زرجا
40	منها التكليف والاختيار
41	طلاق المسكران
42	طلاق للمكره
44	منها وجود محل الطلاق
45	المبحث الرابع أنواع الطلاق
45	أولا من حيث السنة والبدعة
48	ثانيا من حيث الرجوع وعدمه
51	ثالثا من حيث التجهيز والتعليق
52	رابعا من حيث الصراحة والكناية
54	الفصل الثاني تقييد الطلاق وتسجيله
54	المبحث الأول تقييد الطلاق وتسجيله في الشريعة الإسلامية
54	أولا التسجيل
57	ثانيا تقييد الطلاق من حيث العدد

60	المبحث الثاني: تقييد الطلاق وتسجيله في القانون الباكستاني
64	المبحث الثالث: انحلال الزواج العرفي في الشريعة والقانون
66	الفصل الثالث: تفويض الطلاق بعد عقد النكاح
67	التفويض في اللغة
67	التفويض اصطلاحاً
68	مشروعية التفويض
70	المبحث الأول: تفويض الطلاق بعد العقد
73	المبحث الثاني: تفويض الطلاق عند العقد
75	المبحث الثالث: تفويض الطلاق في القانون الباكستاني
77	الفصل الرابع: الزواج بنية الطلاق
78	المبحث الأول: مفهوم الزواج بنية الطلاق
80	المبحث الثاني: الحكم الشرعي والقانوني للزواج بنية الطلاق
	الباب الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي والطلاق بوسائل الاتصال الحديثة وطلاق
85	الصغير
87	الفصل الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي
88	المبحث الأول: تعريف الطلاق التعسفي
89	اصطلاحاً
90	خرفة التعسف
93	المبحث الثاني: حكم الطلاق التعسفي في الشريعة
93	الأصل في الطلاق الجفتر أو الإباحة

95	حق الطلاق
98	التعزير بالمال
102	متعة الطلاق
107	التعويض عن الطلاق التصفي
109	آراء الفقهاء
109	أدلة الفقهاء المحدثين
112	أدلة الفقهاء المانعين
117	الفصل الثاني الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة وطلاق الصغير
118	الإشهاد على الطلاق
121	الطلاق بالرسالة
126	المبحث الأول الطلاق عبر الانترنت وعبر الجوال في الشريعة
126	الصورة الأولى المهاتفة بالطلاق
127	الصورة الثانية إرسال الرسائل بواسطة الوسائل الحديثة
130	لمبحث الثاني الطلاق عبر الإنترنت وعبر الجوال في القانون الهاكستاني
132	لمبحث الثالث طلاق الصغير في الشريعة والقانون
132	الأهلية
134	حد البلوغ
136	المطلب الأول حكم طلاق الصغير في الشريعة الإسلامية
138	المطلب الثاني حكم طلاق الصغير في القانون الهاكستاني
140	الفصل الثالث الطلاق الصوري
141	المبحث الأول تعريف الطلاق الصوري
143	المبحث الثاني حكم الطلاق الصوري في الشريعة والقانون
145	الباب الثالث انحلال الزواج لأمراض جديدة والفسخ والخلع القضائي
147	الفصل الأول الأمراض المعدية و غير المعدية و الجنسي
148	انحلال الزواج بالعيوب عند الفقهاء
149	حصر الحكم في الأمراض المنصوصة

152	المبحث الأول تعريف الأمراض المعدية وأنواعها و أثرها في الشريعة والقانون
152	أسباب إنتقال الأمراض
153	أنواع الأمراض المعدية
156	الحكم الشرعي والقانوني
158	للمبحث الثاني تعريف الأمراض غير المعدية وأنواعها و أثرها في الشريعة والقانون
158	أنواع الأمراض غير المعدية
160	الحكم الشرعي والقانوني
162	للمبحث الثالث تعريف الأمراض الجنسية وأنواعها و أثرها في الشريعة والقانون
162	أنواع الأمراض المعدية الجنسية
164	الحكم الشرعي والقانوني
166	الفصل الثاني الطلاق والفسخ والخلع القضائي
167	المبحث الأول تعريف الفسخ والفرق بينه وبين الطلاق
167	أولا تعريف الفسخ
168	ثانيا الفرق بين الفسخ والطلاق
168	أولا الفسخ ليس حق الرجوع
169	ثانيا الفسخ لا ينقض عدد الطلاق
170	ثالثا عدم الرجوع
170	رابعا نيابة القاضي عن المرأة
171	خامسا عدم استحقاق المهر في الفسخ قبل الدخول
173	المبحث الثاني أسباب الفسخ و حكمه في الشريعة و القانون
173	أولا أسباب الفسخ في الشريعة الإسلامية
173	1: العارض الملاحق أثناء العقد
157	أولا ردة أحد الزوجين
174	ثانيا إباء أحد الزوجين عن الدخول في الإسلام بعد الارتداد
176	ثالثا اختلاف الدار

177	رامبا إعمار الزوج
178	خاصة العيوب الموجبة للفسخ
180	ساحبا اللعان
183	2: الفسخ لأمر مقنون بإتشاء العقد
183	أولا التمييز بعد البلوغ
185	ثانيا النكاح بلا إذن الولي
187	ثالثا النكاح بلا شهود
189	أسباب فسخ النكاح في القانون الباكستاني
192	للمبحث الثالث تعريف الخلع وأحكامه
192	أولا تعريف الخلع
193	اصطلاحا
193	مشروعية الخلع
195	أنواع الخلع
196	مقدار العوض
197	الخلع قسح أم طلاق
199	المبحث الرابع حكم الخلع القضائي في الشريعة و القانون الباكستاني
199	حكم الخلع القضائي في الشريعة
204	الخلع في القانون الباكستاني
208	الباب الرابع استبراء الرحم وزوجة المفقود و الطلاق الصوري
210	الفصل الأول استبراء الرحم طيبا وأثره على مدة العدة
211	للمبحث الأول معنى استبراء الرحم
212	الفرق بين العدة والاستبراء
213	مشروعيتهما
	المبحث الثاني الطرق الحديثة لاستبراء الرحم و أثرها على العدة في الشريعة و القانون الباكستاني
216	

216	استبراء الحرائر
217	استبراء الإماء
220	المبحث الثالث خروج المعتدة للدراسة أو العمل
221	1: المطلقة
221	2: المتوفى عنها زوجها
225	الفصل الثاني الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود
226	المبحث الأول معنى المفقود في اصطلاح الفقهاء
228	المبحث الثاني حكم تفريق زوجة المفقود في الشريعة الإسلامية
232	المبحث الثالث حكم نفقة زوجة المفقود في الشريعة
237	المبحث الرابع حكم نفقة وتفريق زوجة المفقود في القانون الهندي
238	الخاتمة
239	نتائج البحث
241	فهرس الآيات
244	فهرس الأحاديث
246	المصادر والمراجع
259	فهرس الموضوعات

