موضوع رقم (٨)

الفرق بين الطلاق والفسخ

٧٤- مجمل الفرق بين الطلاق والفسخ:

الفرقة أى انحلال رابطة الزواج نوعان: طلاق وفسخ. ويفرق بينهما بأن الطلاق هو إنهاء لعقد الزواج بلفظ خاص يترتب عليه زوال الملك وبقاء الحل إذا كان بائنا ببينونة صغرى أو نقص عدد الطلقات مع بقاء الملك والحل إن كان رجعيا أو زوال الملك والحل إن كان بائنا ببينونة كبرى.

أما الفسخ فهو نقص للعقد ورفع له وإزالة الحل الذى كان يترتب عليه فى الحال، وهو نوعان: أحدهما فسخ يكون نقضا للعقد من أصله وذلك إذا اقترن بإنشاء العقد ما يبطله أو يفسده أو يجعله غير لازم.

وثانيهما: فسخ لا ينقض العقد من أصله لأنه نشأ صحيحا لازما وإنما طرأ عليه سبب عارض يمنع بقاء النكاح كارتكاب أى منهما ما يوجب حرمة المصاهرة.

والفسخ الذى لا يكون نقضا للعقد من أصله ينقسم إلى قسمين، (أولهما) فسخ يمنع الزواج على التأبيد، وهو الفسخ الذى يكون بسبب حدوث ما يوجب حرمة المصاهرة. والقسم الثانى فسخ يمنع الزواج على التأقيت وهو الفسخ الذى يكون سببه تحريما مؤقتا بين الزوجين كالردة واللعان.

وقد ذكر فقهاء الحنفية ضابطا لمعرفة الفرقة التى هى طلاق، والفرقة التى هى فسخ، ولكنهم اختلفوا فى هذا الضابط.

فأبو يوسف يقول: كل فرقة تكون بسبب من جانب الزوجة فهى فسخ، لأن الطلاق ليس من شأن المرأة، وذلك كالفرقة بسبب ردتها أو إبائها الإسلام، وتمكينها ابن الزوج أو أباه من نفسها.

وكذلك كل فرقة بسبب من جانب الزوج له نظير يفسخ به من جانب الزوجة، فإنها تكون فسخا أيضا، وذلك كالفرقة بسبب ردة الزوج أو إبائه الإسلام، وكالفرقة بسبب خيار بلوغه.

أما إذا كانت الفرقة من جانب الزوج أو بسبب من جهته وليس لها مثيل من جانب الزوجة فإنها تكون طلاقا، وذلك كالفرقة بألفاظ الطلاق والفرقة التى تطلبها الزوجة بسبب عيب فى الزوج مثل الجب والعنة والخصاء.

والإمام محمد يوافق أبا يوسف على أن كل فرقة بسبب من جانب المرأة تكون فسخا، ويخالفه بعض المخالفة فى الفرقة التى تكون من جانب الرجل فيقول: كل فرقة تكون من جانب الرجل أو بسبب منه مختص بالزواج فهى طلاق، لا فرق فى ذلك بين ما يكون له مثيل من جانب المرأة وما ليس كذلك، فالفرقة عنده بسبب ردة الزوج أو إبائه الإسلام تكون طلاقا لأنها من جانبه وبسبب منه.

والإمام أبو حنيفة يقرر المبدأ الذى سار عليه محمد، ولا يخالفه إلا فى ردة الزوج، فأبو حنيفة يعتبر الفرقة بها فسخا لأنه يرى أن الردة كالموت من حيث أن صاحبها مهدر الدم، فتكون الفرقة بها كالفرقة بالموت، والفرقة بالموت لا يمكن اعتبارها طلاقا، فكذلك الفرقة بما هو فى معنى الموت[1].

وعلى ضوء هذا الضابط نذكر الفرقة التى تكون طلاقا وتلك التى تكون فسخا.

٧٥- أولا: الفرقة التى تكون طلاقا:

١- ما تكون بلفظ من ألفاظ الطلاق الصريح أو الكناية.

٢- الخلع.

٣- الايلاء.

٤- الفرقة لعيب فى الزوج ككونه عنينا أو مجبوبا أو خصيا.

٥- اللعان طبقا لرأى أبى حنيفة ومحمد الراجح فى المذهب.

٦- الفرقة لإباء الزوج الإسلام بعد إسلام زوجته[2].

٧- التفريق لعدم الإنفاق وللغيبة ولحبس الزوج وللضرر وللتضرر من الزواج بأخرى المعمول به بمقتضى القانون والمأخوذ من مذهب المالكية والحنابلة.

---

(1) الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٢٤٨ وما بعدها.

(2) وهذا رأى أبى حنيفة ومحمد الراجح فى المذهب، أما عند أبى يوسف فهى فسخ.

٧٦- ثانيا: الفرقة التى تكون فسخا:

١- الفرقة لبطلان العقد أو فساده أو عدم صحته.

٢- الفرقة بسبب ارتكاب أحد الزوجين مع أحد أصول الآخر أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة.

٣- الفرقة بخيار البلوغ أو الإفاقة من الزوج أو الزوجة.

٤- الفرقة لعدم كفاءة الزوج، بأن تكون المرأة العاقلة البالغة قد زوجت نفسها بغير كفء دون رضاء وليها العاصب.

٥- الفرقة لنقصان المهر عن مهر المثل إذا باشرت المرأة العاقلة البالغة بنفسها عقد زواجها من كفء لها على مهر أقل من مهر مثلها ولم يرض بذلك وليها العاصب.

٦- الفرقة بسبب ردة الزوجة أو امتناعها عن الإسلام أو اعتناق أى دين سماوى بعد إسلام زوجها.

٧- الفرقة بردة الزوج على رأى أبى حنيفة وأبى يوسف الراجح فى المذهب[1].

وسواء كانت الفرقة طلاقا أم فسخا، فإن من الفرقة ما يحتاج إلى قضاء القاضى وبعضها لا يحتاج إلى ذلك، فهى تنقسم فى هذا الخصوص إلى قسمين: والحد الفاصل بين القسمين أن الفرقة التى يكون سببها ظاهرا لا خفاء فيه لا تحتاج إلى قضاء القاضي.

أما ما كان سببها خفيا يؤدى إلى الخلاف والنزاع بين الزوجين فتحتاج إلى القضاء فى ذلك النزاع.

ويظهر أثر ذلك الفرق فى أن الفرقة التى تحتاج إلى القضاء لا يتأثر عقد الزواج بها قبل القضاء فتبقى الزوجية إلى أن يقضى بها، فلو مات أحد الزوجين قبل القضاء ورثه الآخر ما لم يمنع مانع من إرثه ويكمل المهر للزوجة بالموت، أما التى لا تحتاج إلى القضاء فتعتبر موجودة بمجرد وجود سببها، فلو مات أحدهما قبل أن يفترقا لا يرث أحدهما الآخر[2].

---

(1) ورأى محمد أنها طلاق.

(2) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٤٨٦.

ونعرض لهذين القسمين فيما يلي:

٧٧- (أ) الفرقة التى تحتاج إلى قضاء القاضي:

١- الفرقة بسبب خيار البلوغ أو الإفاقة سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة.

٢- الفرقة بسبب اللعان.

٣- الفرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل.

٤- الفرقة بسبب عيب فى الزوج.

٥- الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين عن الإسلام عند إسلام الآخر.

٦- الفرقة بسبب الشقاق والإضرار بالزوجة أو تضررها من الزواج بأخرى أو غيبة الزوج أو حبسه أو عدم النفقة للإعسار أو الامتناع عنها.

٧٨- (ب) الفرقة التى لا تحتاج إلى قضاء القاضي:

١- الفرقة بلفظ الطلاق صريحه وكناياته.

٢- الفرقة بسبب الإيلاء.

٣- الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين، أما إذا ارتدا معا فلا يفرق بينهما على الراجح من مذهب الحنفية، فلو عادا إلى السلام معا كانت الزوجية الأولى باقية ولا يحتاجان إلى عقد جديد.

٤- الفرقة بسبب ما يوجب حرمة المصاهرة من أحد الزوجين.

٥- الفرقة بسبب بطلان العقد أو فساده، ويدخل فى ذلك فسخ العقد بسبب عقد الكفاءة لأنه يعتبر غير صحيح طبقا للرأى المفتى به.

٧٩- آثار التفرقة بين الطلاق والفسخ:

١- يترتب على الطلاق البائن انحلال رابطة الزوجية فى الحال، وعلى الطلاق الرجعى انحلال الزوجية بعد انقضاء العدة، أما الفسخ فينحل به عقد الزواج فى الحال.

٢- الطلاق ينقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته، فإذا طلق الزوج زوجته ثم عادت إليه بعد ذلك بقى له طلقتان، فإذا كان قد طلقها طلقة سابقة

على تلك الطلقة بقيت له طلقة واحدة، أما الفسخ فلا ينقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج، بحيث إذا عادت الزوجة التى فرق بينها وزوجها بالفسخ لسبب مؤقت، فإنه يملك عليها ثلاث طلقات. (راجع فى التفصيل بند ٧٣).

٣- الطلاق غير المكمل للثلاث يلحقه الطلاق فى العدة لأن العقد قائم بعده أما الفسخ فلا يلحقه طلاق فى العدة، ويستثنى من ذلك الفرقة بسبب ردة الزوجة أو إبائها عن الإسلام فإنه يقع عليها الطلاق فى العدة عقوبة وزجرا لها.

٤- الفسخ يكون فى عقد الزواج الصحيح، وفى عقد الزواج الباطل أو الفاسد. أما الطلاق فلا يكون إلا فى عقد الزواج الصحيح، لأن الطلاق أثر من آثار الزواج الصحيح، ومن الحقوق التى يملكها الزوج بموجب عقد الزواج الصحيح.

٥- الطلاق إذا وقع من قبل الزوج، قبل الدخول حقيقة أو حكما يترتب عليه وجوب نصف المهر المسمى للمطلقة، ووجوب المتعة لها إن لم يكن المهر مسمى فى العقد تسمية صحيحة. وأما فسخ العقد قبل البلوغ أو لنقصان المهر عن مهر المثل، فلا يترتب على هذه الفرقة شيء من المهر لأن الفرقة فى هذه الحالة تعتبر نقصا لأصل العقد فكأنه لم يوجد ومن المقرر أن المهر حكم من أحكام العقد الصحيح وحيث رفع العقد من أصله، واعتبر كأن لم يكن فلا شيء من المهر يجب للزوجة على زوجها، وأيضا فلو وجب نصف المهر المسمى عند تسمية المهر فى العقد تسمية صحيحة، أو المتعة عند عدم تسمية المهر فى العقد إذا فسخ العقد قبل أن يوجد أى مؤكد من مؤكداته بخيار البلوغ أو الإفاقة، لما كان هناك فائدة ولا معنى لإثبات خيار البلوغ أو خيار الإفاقة للزوج إذ له أن يطلق زوجته ويجب عليه نصف المهر المسمى أو المتعة إذا كان الطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكما[1].

٦- أن المتعة المنصوص عليها فى الماد ١٨ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ لا تستحق إلا فى حالة الطلاق دون حالة الفسخ.

---

(1) عمر عبد الله ص ٥٤٨ وما بعده.