

الفصل الثالث عشر التفريق لعدم الكفاءة

٨٩٠٦ - تمهيد

ذكرنا فيما سبق معنى الكفاءة - كفاءة الزوج لزوجته - وأنها من شروط لزوم عقد النكاح، وأن بعض الفقهاء جعلها من شروط صحة النكاح يصير عقد النكاح بفواتها فاسداً، وأن فريقاً من الفقهاء ذهب إلى عدم اعتبار الكفاءة أصلاً لا لصحة عقد النكاح ولا للزومه، وبيننا أدلة الأقوال والراجح منها. ونريد أن نبين في هذا الفصل أقوال الفقهاء في التفريق بين الزوجين لعدم الكفاءة، سواء قلنا إنها من شروط صحة عقد النكاح أو من شروط لزومه، مع بيان ما يشترط لإيقاع الفرقة بسبب فوات شرط الكفاءة.

٨٩٠٧ - أولاً: مذهب الحنفية:

إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير كفاء، جاز لوليها حق الاعتراض على زواجها وطلب فسخه؛ لأن الكفاءة حق لها ولوليها، فإذا أسقطت حقها في الكفاءة لم يسقط حق الولي فيها، وبالتالي يبقى له حق الاعتراض، وطلب فسخ النكاح. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - أنه لا يجوز نكاحها. ومعنى ذلك أن الكفاءة من شروط صحة النكاح وأن فواتها يجعل النكاح فاسداً، والنكاح الفاسد يجب فسخه، ويعلل صاحب العناية هذا القول المروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف بقوله: «قال شمس الأئمة، وهذا - أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف - أقرب إلى الاحتياط، فليس كل ولي يحسن المرافعة إلى القاضي، ولا كل قاض يعدل» (١٠٨٤٥).

٨٩٠٨ - تزويج البالغة العاقلة نفسها من غير كفاء:

إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير كفاء سقط حقها في الكفاءة كما قلنا، فإذا رضي أولياؤها بهذا النكاح سقط حقهم في الاعتراض وصار عقد النكاح لازماً. ولورضي بعض الأولياء

(١٠٨٤٥) «الهداية، والعناية على الهداية» ج ٢، ص ٣٩١-٣٩٠، «الفتاوى الهندية» ج ١، ص ٣٨٣.

سقط حقّ الباقيين في الاعتراض في قول أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف لا يسقط.

(وجه) قول أبي يوسف، أن حقّهم في الكفاءة ثبت مشتركاً بين الكل، فإذا رضي به أحدهم أو بعضهم، فقد أسقط حقّ نفسه فلا يسقط حقّ الباقيين؛ ولأن رضا أحدهم لا يكون أكثر من رضاها، وهي لورضيته بغير الكفو من غير رضا الأولياء لم يسقط حقّهم برضاها، فلتن لا يسقط برضا أحدهم أولى.

(وجه) قول أبي حنيفة ومحمد، أن هذا حقّ واحد لا يتجزأ ثبت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة، وإسقاط بعض مالا يتجزأ إسقاط لكله؛ لأنه لا بعض له، فإذا أسقط واحد منهم حقّه في الكفاءة، فلا يتصور بقاء هذا الحقّ بالنسبة للباقيين، كالقصاص إذا وجب لجماعة فعفا أحدهم عنه أنه يسقط حقّ الباقيين كذا هذا. وأيضاً فإن حقّهم في الكفاءة ما ثبت لعينه، بل لدفع الضرر. والتزويج من غير كفاء وقع إضراراً بالأولياء من حيث الظاهر وهو ضرر عدم الكفاءة، فالظاهر أنه لا يرضى به أحدهم إلا بعد علمه بمصلحة حقيقية هي أعظم من مصلحة الكفاءة علمها هو وغفل عنها الباقيون، ولولاها لما رضي، وهي دفع ضرر الوقوع في الزنى على تقدير الفسخ. أما القول بأن حقّ الاعتراض ثبت مشتركاً بين الأولياء فإذا أسقط أحدهم حقّه بقي حقّ الآخرين، فيرد عليه بأن هذا غير صحيح والصحيح أنه ثبت لكل واحد منهم حقّ الاعتراض على وجه الكمال كأن ليس معه أحد؛ لأن مالا يتجزأ لا يتصور فيه الشركة كحقّ القصاص والأمان بخلاف الدين في الذمة، فإنه يتجزأ فتتصور فيه الشركة، وبخلاف ما إذا زوجت نفسها من غير كفاء بغير رضا الأولياء؛ لأن هناك الحقّ متعدد فحقّها خلاف جنس حقّهم؛ لأن حقّها في نفسها وفي نفس العقد، ولا حقّ لهم في نفسها ولا في نفس العقد، وإنما حقّهم في دفع الشين عن أنفسهم، وإذا اختلف جنس الحقّ فسقوط أحدهم لا يستوجب سقوط الآخر^(١٠٨٤٦).

٨٩٠٩ - إذا زوجها أحد الأولياء برضاها من غير كفاء:

ولو زوجها أحد الأولياء برضاها من غير كفاء صحّ النكاح ولزم وإن لم يرض الأولياء الباقيون؛ لأن لكل واحد منهم ولاية إنكاح مستقلة، وأن لكل واحد منهم حقّ الاعتراض على الكمال، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف لا يلزم النكاح، والتعليل للقولين هو ما ذكرناه^(١٠٨٤٧).

(١٠٨٤٦) «البدائع» ج ٢، ص ٣١٨.

(١٠٨٤٧) «البدائع» ج ٢، ص ٣١٨.

٨٩١٠ - تزويج الصغار من غير كفاء :

وفي تزويج الصغير والصغيرة قال الحنفية: إذا زوج الأب أو الجد الصغيرة أو الصغير، فالتزويج صحيح ولازم ولو من غير كفاء، ويعلمون ذلك بأن الأب والجد موفورا الشفقة، وأنهما ما رضيا بغير الكفاء إلا لما رأياه من مصلحة حقيقية في هذا الزواج؛ لأن وراء الكفاءة وخصالها الظاهرة معاني معينة يحرص عليها الأب والجد ويفضلانها على معاني الكفاءة الظاهرة، من ذلك كون الزوج حسن الأخلاق لطيف المعشر كريماً سمحاً واسع الصدر يترفق بالمرأة ويسعها حلمه وخلقه إذا ظهر منها ما يزعج الزوج. وهذا كله إذا لم يعرف الأب أو الجد بسوء الاختيار مجانية وفسقاً، فإن عرفا بسوء الاختيار مجانية وفسقاً فلا يصح تزويجهما من غير الكفاء (١٠٨٤٨).

٨٩١١ - تزويج الصغار من قبل غير الأب والجد:

وإذا زوج الصغيرة والصغير غير الأب والجد من الأولياء، فلا يصح النكاح أصلاً من غير الكفاء، أما إذا كان الزوج كفواً، فالنكاح صحيح ولكنه غير لازم ولهما خيار البلوغ، أي خيار فسخ النكاح عند بلوغهما إذا علما به قبل البلوغ أو بعد علمهما بالنكاح بعد بلوغهما إذا لم يعلما به إلا بعد البلوغ. ويعلم الحنفية ذلك بأن شفقة غير الأب والجد لا تساوي شفقة الأب والجد على الصغيرة والصغير، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف غير الأب والجد مثل الأب والجد في تزويج الصغير والصغيرة من حيث لزوم النكاح، وعدم خيار البلوغ فيه للصغيرين عند بلوغهما (١٠٨٤٩).

٨٩١٢ - ثانياً: مذهب الشافعية (١٠٨٥٠):

وعندهم إذا زوج الولي المرأة من غير كفاء برضاها، أو زوجها أحد الأولياء المستوين في درجة القرب منها كإخوة أو أعمام برضاها ورضا الباقين ممن في درجته من غير كفاء صحّ التزويج؛ لأن الكفاءة حقها وحق الأولياء، فإن رضوا بإسقاط حقهم فلا اعتراض عليهم. ولو زوجها الولي الأقرب من غير كفاء برضاها، فليس للولي الأبعد اعتراض إذ لا حق له الآن في التزويج، ولو زوجها أحد الأولياء المستوين في درجة القرب منها بغير كفاء برضاها دون رضا باقي الأولياء المستوين معه في درجة القرب منها لم يصح التزويج؛ لأن لهم حقاً في الكفاءة.

(١٠٨٤٨) «الدر المختار ورد المختار» ج٣، ص ٦٥-٦٧.

(١٠٨٤٩) «المبسوط» ج٤، ص ٢٧٥، «الهداية وفتح القدير» ج٢، ص ٤٠٧-٤٠٨، «الدر المختار ورد المختار» ج٣، ص ٦٨-٦٩.

(١٠٨٥٠) «مغني المحتاج» ج٣، ص ١٦٤-١٦٥.

فاعتبر رضاهم كرضا المرأة، وفي قول في مذهب الشافعية يصح النكاح ولهم حق فسخ النكاح.

٨٩١٣ - زيادة توضيح لمذهب الشافعية:

ويجري القولان - أي عدم صحة الزواج أو صحته مع إعطاء خيار الفسخ لبقية الأولياء على التفصيل الذي ذكرناه - في تزويج الأب والجد بكرة صغيرة أو بالغة غير كفاء بغير رضا البالغة. ففي القول الأظهر في المذهب أن النكاح لا يصح؛ لأنه على خلاف مصلحة المرأة. وفي القول الآخر يصح النكاح وللبالغة الخيار في الحال، وللصغيرة أيضاً الخيار إذا بلغت. ولو طلبت من لا ولي لها أن يزوجه السلطان أو نائبه - القاضي - بغير كفاء فزوجها، فالنكاح لا يصح في القول الأصح عندهم.

٨٩١٤ - ثالثاً: مذهب الحنابلة:

جاء في «كشاف القناع» في فقه الحنابلة: «فلو زُوِّجت المرأة بغير كفاء فلمن لم يرض بالنكاح الفسخ، من المرأة والأولياء جميعهم فوراً وتراخياً، ويملكه الأبعد من الأولياء مع رضا الأقرب منهم ومع رضا الزوجة دفعاً لما يلحقه من لحوق العار. فلو زُوِّج الأب ابنته بغير كفاء برضاها، فللاخوة الفسخ نصاً؛ لأن العار في تزويج من ليس بكفاء عليهم أجمعين» (١٠٨٥١).

٨٩١٥ - رابعاً: مذهب المالكية:

قالوا: إن الكفاءة حقٌّ للمرأة ولوليها فإذا رضيت المرأة بالزواج من غير كفاء ولم يرض الولي، فله ولغيره من الأولياء فسخ عقد النكاح ما لم يدخل الزوج بها، فإن دخل بها فلا فسخ. وإن زوجها الولي برضاها بغير كفاء فالنكاح صحيح لازم؛ لأن الحق لهما في الكفاءة، فإذا أسقطا حقهما صح النكاح ولزم (١٨٠٥٢). ويبدولي إذا كان هناك أولياء غير هذا الولي الذي زوجها بغير كفاء ولم يرضوا بذلك أن لهم حق فسخ النكاح.

٨٩١٦ - الترافع إلى القاضي لفسخ النكاح:

ولا بد من الترافع إلى القاضي لفسخ النكاح وإيقاع الفرقة بين الزوجين لعدم الكفاءة والذي يملك الخصومة في ذلك ويرفع الدعوى إلى القاضي لفسخ النكاح هم محارم الزوجة وعند بعضهم المحارم وغير المحارم حتى تثبت الخصومة لابن عم الزوجة، جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «ولا يكون التفريق لعدم الكفاءة إلا عند القاضي، أما بدون فسخ القاضي فلا

(١٠٨٥١) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٣٨.

(١٠٨٥٢) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج ٢، ص ٢٤٩.

يفسخ النكاح بينهما. والذي يلي المرافعة إلى القاضي المحارم عند بعض المشايخ، وعند بعضهم المحارم وغير المحارم في ذلك على السواء حتى تثبت ولاية المرافعة - رفع الدعوى - لابن العم ومن أشبهه، وهو الصحيح. ولا تثبت هذه الولاية - ولاية المرافعة إلى القاضي - لذوي الأرحام وإنما تثبت للعصيان» (١٠٨٥٣).

٨٩١٧ - التفريق لعدم الكفاءة فسخ لا طلاق:

والتفريق لعدم الكفاءة يعتبر فسخاً لعقد النكاح ولا يعتبر طلاقاً، جاء في «فتح القدير»: «والفرقة لعدم الكفاءة فسخ» (١٠٨٥٤).

(١٠٨٥٣) «الفتاوى الهندية» ج ١، ص ٢٩٢.

(١٠٨٥٤) «فتح القدير» ج ٢، ص ٤٠٨.

الفصل الرابع عشر التفريق للعيوب

٨٩١٨ - تمهيد

قد يكون في الزوج مرض كالجدام، أو علة تمنعه من الوصول إلى زوجته كالعنة والجب، وقد يوجد في الزوجة مرض كالجدام أو فيها علة تمنع الزوج من الوصول إليها كما لو كانت رنقاء أو قرناء، فهل هذه الأمراض والعلل في أحد الزوجين تجيز للأخر طلب التفريق وفسخ النكاح؟ وإذا قلنا بالإيجاب، فهل يجوز ذلك لكل من الزوجين أم هو حق مقصور على الزوجة فقط دون زوجها؟ وإذا جاز للزوجين كليهما أو للزوجة فقط، فما هي هذه الأمراض والعلل والتي يسميها الفقهاء (العيوب) التي تجيز طلب التفريق بسببها؟ ثم ما هي شروط وإجراءات التفريق للعيوب؟ وما نوع الفرقة التي تقع به؟ وما هي الآثار المترتبة بالنسبة للزوجين؟

٨٩١٩ - منهج البحث:

وفي ضوء ما ذكرته من أمور تتعلق بموضوع هذا الفصل، نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: مدى مشروعية التفريق للعيوب.

المبحث الثاني: من يملك التفريق للعيوب.

المبحث الثالث: العيوب التي تجيز التفريق، وأقوال الفقهاء فيها.

المبحث الرابع: شروط وإجراءات التفريق للعيوب.

المبحث الخامس: آثار التفريق للعيوب.

البحث الأول

مدى مشروعية التفريق للعيب

٨٩٢٠ - تعريف العيب:

العيب في اللغة الوصمة والجمع أعياب وعيوب. وعبه وعباه: نسه إلى العيب أو جعله ذا عيب. وفي القرآن الكريم: ﴿فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا﴾ أي أجعلها ذات عيب^(١٠٨٥٥).

٨٩٢١ - العيب الذي يستوجب التفريق:

والعيب عند الفقهاء الذي يستوجب التفريق ويكون سبباً له هو مالا تستقيم معه الحياة الزوجية كالجنون، أو يسبب ضرراً لا يطاق أو نفرة بين الزوجين كالجدام، أو يمنع وصول الزوج إلى زوجته، سواء كان هذا المانع من الزوج كالعنة، أو كان هذا المانع من الزوجة كالرتق والقرن. وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: العيوب التي يثبت فيها خيار الفسخ هي التي تمنع الوطاء كالجبّ والعنة، أو توجب نفرة تمنع قربان أحدهما من الآخر، أو يخاف منها العدوى كالجدام، أو يخاف منها الجنابة كالجنون^(١٠٨٥٦).

٨٩٢٢ - هل يجوز التفريق للعيب؟

اختلف الفقهاء في جواز التفريق بين الزوجين للعيب، على قولين:

القول الأول: لا يجوز التفريق للعيب.

القول الثاني: يجوز التفريق للعيب.

٨٩٢٣ - القول الأول: لا يجوز التفريق للعيب:

وهذا قول الظاهرية كما جاء في «المحلى» لابن حزم الظاهري، فقد قال رحمه الله تعالى:

(١٠٨٥٥) «لسان العرب» ج٢، ص ١٢٤-١٢٥.

(١٠٨٥٦) «المغني» ج٦، ص ٦٥٠-٦٥١.

«لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا بمرض كذلك ولا بجنون كذلك ولا بأن يجد بها شيئاً من هذه العيوب، ولا بأن تجده هي كذلك ولا بعنانه، ولا بداء فرج ولا بشيء من العيوب» (١٠٨٥٧).

وهذا قول عمر بن عبد العزيز - رحمه الله تعالى - فقد جاء في بداية المجتهد لابن رشد: «اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين . . وقال أهل الظاهر لا توجب خيار الردّ والإمساك، وهو قول عمر بن عبد العزيز» (١٠٨٥٨).

وهذا قول الفقيه الشوكاني - رحمه الله تعالى - بحجة ضعف أدلة القائلين بالتفريق للعيوب، فقد قال: «ومن أمعن النظر لم يجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ فسح النكاح للعيوب بالمعنى المذكور عند الفقهاء» (١٠٨٥٩).

٨٩٢٤ - أدلة القول الأول:

أولاً: من السنة النبوية:

احتجّ ابن حزم لمذهبه بحديث رفاعة القرظي، وفيه: أنه طلق امرأته فتزوجت بعده عبدالرحمن بن الزبير، فجاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله: إنها كانت تحت رفاعة، فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده عبدالرحمن بن الزبير، وإنه والله تعالى ما معه إلا مثل هذه الهدية، وأخذت بهدية من جلبابها، فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكاً وقال لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» قال ابن حزم بعد أن ذكر هذا الحديث الشريف: فهذه - أي زوجة رفاعة - تذكر أن زوجها لم يطأها، وأن إحليله كالهديّة لا ينتشر إليها، وتشكو ذلك إلى رسول الله ﷺ وتريد مفارقتها، فلم يُسكِها ولا أجلّ لها شيئاً ولا فرق بينهما» (١٠٨٦٠).

٨٩٢٥ - ثانياً: من آثار الصحابة:

واحتجّ ابن حزم أيضاً بأن الآثار المروية عن السلف من الصحابة والتابعين فيها ما يمنع التفريق للعيوب، وفيها ما يجيزه ولكن لا حجة في قول أحد دون رسول الله ﷺ، ثم قال ابن حزم: «إنما هو النكاح كما أمر الله - عزّ وجلّ - ثم إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان إلا أن يأتي

(١٠٨٥٧) «المحلى» ج ١٠، ص ١٠٩.

(١٠٨٥٨) «بداية المجتهد» ج ٢، ص ٤٢.

(١٠٨٥٩) «نبيل الأوطار» للشوكاني، ج ٦، ص ١٥٧.

(١٠٨٦٠) «المحلى» ج ١٠، ص ٦٢.

نص صريح فيوقف عنده» (١٠٨٦١).

٨٩٢٦ - الردّ على ابن حزم في استدلاله بالحديث:

ويمكن أن يرد على ابن حزم - رحمه الله - بما ذكره ابن حجر العسقلاني بصدد الحديث الذي احتج به ابن حزم، فقد قال ابن حجر - رحمه الله -: «وفي قوله ﷺ: «حتى تذوق عسيلته...» إشعار بإمكان ذلك، لكن قولها: «ليس معه إلا مثل هذه الهدية» ظاهر في تعذر الجماع المشترك للتحليل، فأجاب الإمام الكرمانى: بأن مرادها (بالهدية) التشبيه بالدقة والرقّة لا بالرخاوة وعدم الحركة. قال ابن حجر: واستبعد ما قال (أي الكرمانى)، وسياق الخبر يعطي بأنها شكت منه عدم الانتشار، ولا يمنع من ذلك قوله ﷺ: «حتى تذوقى» لأنه علّقه على الإمكان وهو جائز الوقوع، فكانه قال: اصبري حتى يتأتى منه ذلك» (١٠٨٦٢).

٨٩٢٧ - الفسخ للغيب بالشرط عند الظاهرية:

ولكن فسخ عقد النكاح للغيب جائز عند الظاهرية إذا اشترط الزوج في عقد النكاح سلامة الزوجة من العيوب، فقد جاء في «المحلّى» لابن حزم: «فإن اشترط السلامة في عقد النكاح، فوجد عيباً - أي عيب كان - فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار له في إجازته ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقة، دخل بها أو لم يدخل؛ لأن الذي ادخلت عليه غير التي تزوج ولأن السالمة غير المعيبة بلا شك، فإذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما» (١٠٨٦٣).

٨٩٢٨ - الردّ على ابن حزم في قصره حقّ الفسخ على الزوج:

ويرد على قول ابن حزم في قصره حقّ الفسخ بالشرط على الزوج دون الزوجة كما هو الظاهر من قول ابن حزم، مع أن الزوجة أولى منه بهذا الشرط؛ لأنها لا تملك حقّ الطلاق وهو يملكه. وكذلك يرد على قول ابن حزم - رحمه الله تعالى - أنه جعل الفسخ بالشرط واجباً على الزوج إذا ظهرت الزوجة معيبة خلافاً لما اشترطه. ولا نرى وجهاً لهذا الوجوب، فالشرط أعطاه حقاً في الفسخ والحقّ غير الواجب، ولصاحب الحق الخيار في استعماله أو تركه فلا وجه لإلزام الزوج بالفسخ عند تخلف الشرط، ولا اعتبار النكاح ملغياً إذا لم يوجد الشرط، فهذه مغالاة لا مبرر لها.

(١٠٨٦١) «المحلّى» ج ١٠، ص ١١٤-١١٥.

(١٠٨٦٢) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج ٩، ص ٤٦٧.

(١٠٨٦٣) «المحلّى» ج ١٠، ص ١١٥.

٨٩٢٩ - القول الثاني: يجوز التفريق للمعيب:

وهذا قول الجمهور فعندهم يجوز فسخ عقد النكاح بسبب العيب يجده أحد الزوجين في الآخر، وهذا قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والجعفرية^(١٠٨٦٤). وإن اختلفوا في العيوب التي يجري فيها الفسخ، فقد قال الشوكاني: وقد ذهب جمهور أهل العلم من الصحابة ومن بعدهم إلى أنه يفسخ النكاح بالعيوب وإن اختلفوا في تعيين العيوب التي يفسخ بها النكاح^(١٠٨٦٥).

٨٩٣٠ - أدلة القول الثاني:

وقد استدلت أصحاب هذا القول - جواز الفسخ بالعيوب - أو استدلت لهم بجملة أدلة منها:

٨٩٣١ - الدليل الأول:

أوجب الله تعالى على الزوج الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان بقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ وليس من الإمساك بمعروف حرمانها من الحظ من زوجها لعنته أو لعدم قدرته من الوصول إليها أو مع نفرتها منه لجذامه مثلاً، فيتعين عليه الطلاق، فإن أبي فرّق القاضي بينهما^(١٠٨٦٦).

٨٩٣٢ - الدليل الثاني:

إجماع الصحابة - رضي الله عنهم - على التفريق لعنة الزوج فإنه روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قضى في الزوج العنين أنه يؤجل سنة، فإن وصل إلى زوجته وإلا أخذت منه المهر كاملاً، وفرّق بينهما وعليها العدة. وروي عن ابن مسعود وعلي - رضي الله عنهما - مثل ما قضى به عمر، وكان قضاؤهم بهذا في محضر من الصحابة - رضي الله عنهم -، ولم ينقل أنه أنكر عليهم أحد منهم فيكون إجماعاً^(١٠٨٦٧). وفي كتاب «الأم» للشافعي: «وعن عمر - رضي الله عنه - أنه أجلّ العنين سنة. ولا أحفظ عمن لقيته خلافاً في ذلك، فإن جامع وإلا فرّق بينهما»^(١٠٨٦٨).

(١٠٨٦٤) «البدائع» ج٢، ص٣٢٢، «بداية المجتهد» ج٢، ص٤٢، «المغني» ج٦، ص٦٥٠، «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٢، «شرح الأزهار» ج٢، ص٢٩٣، وما بعدها، «منهاج الصالحين» ج٢، ص١٥٥.

(١٠٨٦٥) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص١٥٧.

(١٠٨٦٦) «البدائع» ج٢، ص٣٢٣.

(١٠٨٦٧) «البدائع» ج٢، ص٣٢٣. (١٠٨٦٨) «الأم» للشافعي، ج٨، ص١٧٨.

٨٩٣٣ - الدليل الثالث:

وعن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: أيما امرأة غرَّ بها رجل، بها جنون أو جذام أو برص، فلها مهرها مما أصاب منها وصدّاق - المهر - الرجل على من غرّه، رواه مالك في «الموطأ» والدارقطني. وفي لفظ: قضى عمر في البرصاء والجذماء والمجنونة إذا دخل بها، فرّق بينهما والصدّاق لها بمسيسه إياها وهو له على وليها رواه الدارقطني^(١٠٨٦٩). قال الشوكاني بعد أن أورد هذا الحديث والذي قبله: وقد استدل بهذين الحديثين على أن البرص والجنون والجذام عيوب يفسخ بها النكاح^(١٠٨٧٠).

٨٩٣٤ - الدليل الرابع:

وفي الحديث الشريف عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «وفرّ من المجذوم كما تفر من الأسد»^(١٠٨٧١) ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن الفرار من الزوج المجذوم يثبت بفسخ نكاحه^(١٠٨٧٢) وقد احتج بهذا الحديث أيضاً صاحب «مغني المحتاج» للقول بفسخ نكاح المجذوم^(١٠٨٧٣).

٨٩٣٥ - الدليل الخامس:

إن وجود العلل في الزوج أو في الزوجة والتي تبيح فسخ النكاح كالجذام والجنون، تفوت مقاصد النكاح من إعفاف النفس وإنجاب الذرية للنفرة التي تكون بين الزوجين بسبب هذه العلل، جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «.. وقال الشافعي وهو - أي الجذام - مانع للجماع لا يكاد نفس أحد أن تطيب أن يجامع من هو به، والولد قلما يسلم منه، فإن سلم أدرك نسله»^(١٠٨٧٤).

٨٩٣٦ - العيوب التي تمنع الوطء:

أما العيوب التي تمنع الوطء كالقرن في الزوجة والجب والعنة في الزوج فضررها ظاهر؛

(١٠٨٦٩) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج ٦، ص ١٥٦.

(١٠٨٧٠) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج ٦، ص ١٥٧.

(١٠٨٧١) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج ١٠، ص ١٥٨.

(١٠٨٧٢) «فتح القدير» ج ٣، ص ٢٦٧.

(١٠٨٧٣) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٣.

(١٠٨٧٤) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٣.

لأنها تفوت مقاصد النكاح من إعفاف النفس وإيجاد النسل، فكان الفسخ بسببها يتفق وأصول
الشريعة في رفع الضرر.

٨٩٣٧ - القول الراجح :

والراجح قول الجمهور، فيجوز من حيث المبدأ فسخ النكاح بسبب العيب في الزوج أو في
الزوجة دفعا للضرر عن الطرف الآخر، ولوجود آثار صحيحة عن الصحابة في التفريق للعيب،
فكان الأخذ به هو الراجح .

المبحث الثاني

من يملك التفريق للعيب

٨٩٣٨ - اختلاف بين الفقهاء:

اختلف القائلون بالتفريق للعيب فيمن يملكه، أيملكه الزوجان أم أحدهما فقط، ومن هو؟ قولان للفقهاء:

الأول: تملكه الزوجة وحدها.

والثاني: يملكه الزوجان. ونذكر فيما يلي هذين القولين، وما استدل به أصحابهما، ثم نبيّن

الراجع منهما.

٨٩٣٩ - القول الأول: حقّ التفريق بالعيب للزوجة وحدها:

وأصحاب هذا القول هم الحنفية والنخعي والثوري، فقالوا الزوجة وحدها تملك حقّ فسخ

النكاح لعيب في زوجها يجيز الفسخ، ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم:

أ: جاء في «البدائع»: «وأما في جانب الزوجة، فخلوها عن العيب ليس بشرط للزوم

النكاح بلا خلاف بين أصحابنا، حتى لا يفسخ النكاح بشيء من العيوب الموجودة فيها» (١٠٨٧٥).

ب: وفي «المبسوط» للسرخسي «ولا يرد الرجل امرأته عن عيب بها وإن فحش عندنا،

ولكنه بالخيار إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها. والمرأة إذا وجدت زوجها عنيماً أو مجبوراً يثبت

لها الخيار» (١٠٨٧٦).

ج: وفي «الهداية» وشرحها «العناية»: «وإذا كان بالزوجة أي عيب، فلا خيار للزوج في

فسخ النكاح» (١٠٨٧٧).

(١٠٨٧٥) «البدائع» ج ٣، ص ٣٢٧.

(١٠٨٧٦) «المبسوط» للسرخسي، ج ٥، ص ٩٥، ٩٦.

(١٠٨٧٧) «الهداية والعناية على الهداية» ج ٣، ص ٢٦٧.

د : وفي شروط لزوم النكاح قال الإمام الكاساني الحنفي - رحمه الله تعالى - : «ومنها خلو الزوج عن عيب الجبّ والعتّة عند عدم الرضا من الزوجة بهما . . . وأما المجبوب فإن كانت المرأة عالمة بذلك وقت النكاح، فلا خيار لها لرضاها بذلك . وإن لم تكن عالمة به فإنها تخير للحال ولا يؤجل . . .» (١٠٨٧٨).

٨٩٤٠ - الحجة للقول الأول :

أولاً : احتجوا بقول ابن مسعود - رضي الله عنه - : «لا ترد الحرّة عن عيب» . وعن علي - رضي الله عنه - قال : إذا وجد بامرأته شيئاً من هذه العيوب فالنكاح لازم له، إن شاء طلق، وإن شاء أمسك . أما ما روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه أثبت الخيار للزوج إذا وجد عيباً في زوجته، فالمراد خيار الطلاق (١٠٨٧٩).

٨٩٤١ - ثانياً : الاحتجاج : الحديث الشريف : «فرّ من المجذوم كما تفرّ من الأسد» لا يدل على حقّ الزوج في فسخ النكاح لعيب في زوجته؛ لأنه يستطيع الفرار منها بالطلاق وهو يملكه (١٠٨٨٠).

٨٩٤٢ - ثالثاً : ثم إن العيوب في الزوجة التي يراد فسخ النكاح بسببها لا تخل بموجب عقد النكاح وهو الحلّ، فلا يثبت للزوج خيار الفسخ، كما لا يثبت له هذا الخيار في عمى الزوجة وشللها (١٠٨٨١).

٨٩٤٣ - رابعاً : الزوج يمكنه أن يتزوج على زوجته المعيبة كما يمكنه أن يطلقها ويتزوج غيرها، وبهذا يمكنه أن يحصل على مقصود النكاح من قضاء الشهوة وإيجاد النسل، أما الزوجة إذا وجدت زوجها معيباً بعيب ينافي مقصود النكاح، فإن لم يثبت لها خيار الفسخ لعيب في زوجها لبقية معلقة : لا هي ذات زوج يحصل به مقصود النكاح، ولا هي خلية تستطيع الزواج من غيره، فأثبتنا لها خيار فسخ النكاح؛ لإزالة ظلم جعلها كالمعلقة، وهذا لا يوجد في حقّ الزوج إذا وجد فيها عيباً لما قلناه أنه يمكنه أن يطلقها ويتزوج غيرها، أو يتزوج عليها ولا يطلقها ويحصل على مقاصد النكاح (١٠٨٨٢).

(١٠٨٧٨) «البدائع» للكاساني، ج ٢، ص ٣٢٢، ٣٢٧.

(١٠٨٧٩) «سبل السلام» ج ٣، ص ١٨٠.

(١٠٨٨٠) «المبسوط» ج ٥، ص ٩٦.

(١٠٨٨١) «المبسوط» ج ٥، ص ٩٦.

(١٠٨٨٢) «المبسوط» ج ٥، ص ٩٧.

٨٩٤٤ - القول الثاني: لكل من الزوجين التفريق للعيب:

روي هذا القول عن عمر بن الخطاب وابن عباس وهو مذهب الجمهور، منهم الحنابلة والشافعية والمالكية والجعفرية والزيدية (١٠٨٨٣).

٨٩٤٥ - أدلة القول الثاني:

أولاً: الأدلة التي ساقوها للاستدلال بها على جواز التفريق بالعيب من حيث المبدأ، وقد ذكرناها فلا نعيدها هنا (١٠٨٨٤).

٨٩٤٦ - ثانياً: الآثار عن الصحابة:

أخرج البيهقي في السنن الكبرى جملة من الآثار عن الصحابة في جواز التفريق للعيب يجده الزوج في زوجته ومن هذه الآثار (١٠٨٨٥):

أ: عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال: إذا تزوج الرجل المرأة وبها جنون أو جذام أو برص أو قرن، فإن كان دخل بها فلها الصداق بمسّه إياها، وهو له على الولي.

ب: عن جابر بن زيد قال: أربح لا تجوز في بيع ولا نكاح: المجنونة والمجنومة والبرصاء والعفلاء. ومثل هذا روي عن علي وابن عباس - رضي الله عنهما - أجمعين.

٨٩٤٧ - ثالثاً: وجوب مساواة الزوج بالزوجة في حق الفسخ بالعيب:

القائلون بحق الفسخ بالعيب للزوجة فقط دون زوجها يحتجون بأن الزوج إذا كان مجبوراً أو عينياً لا يتحقق معه مقاصد النكاح طبعاً وشرعاً: أما (طبعاً) فقضاء الشهوة. وأما (شرعاً)، فهو تحصيل النسل. وكذلك إذا كان في الزوج ما ينفر الزوجة منه كالجذام مما يفوت عليها مقصود الزواج من قضاء الشهوة وإيجاد النسل، فكان في إثبات حق الفسخ للزوجة من باب رفع الظلم عنها، ولتمكينها من الفراق والزواج بمن تحصل معه مقاصد الزواج (١٠٨٨٦). هذا ما قالوه في حجتهم لحق الزوجة في فسخ النكاح بعيب في زوجها، فينبغي أن يقولوا مثله في حق الزوج

(١٠٨٨٣) «المغني» ج٦، ص٦٥٠، «المجموع شرح المذهب» ج١٥، ص٤٢١-٤٢٢، «بداية المجتهد» ج٢، ص٤٢، «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٢٧٧، «منهاج الصالحين» للسيد محسن الحكيم، ج٢، ص١٥٥.

(١٠٨٨٤) الفقرات ٨٩٣١-٨٩٣٦.

(١٠٨٨٥) «السنن الكبرى» للبيهقي، ج٧، ص٢١٥.

(١٠٨٨٦) «الهداية» ج٣، ص٢٦٧-٢٦٨.

إذا رأى في زوجته عيباً يفوت عليه مقصود النكاح في قضاء الشهوة وتحصيل النسل . يوضح ذلك أن العيوب في الزوجة كالجدام والرتق تمنع استيفاء الزوج حقّه في الوطء حساً وطبعاً، أما حساً، ففي الرتق حيث لا يمكن وصول الزوج إليها لانسداد طريق الدخول في الفرج لعله الرتق ومثله القرن . وأما امتناعه طبعاً ففي الجدام ونحوه؛ لأن الطباع السليمة تنفر من جماعها، وربما يسري داؤها إلى نسله .

وأما الجنون في الزوجة، فهو مع كونه منفراً من وطئها، فإن فيه احتمال الجنابة على الزوج مما يجعله منفراً أيضاً من قربانها(١٠٨٨٧) .

٨٩٤٨ - رابعاً: الزوجان طرفان في عقد النكاح:

إن الزوجين كليهما طرفان في عقد النكاح، فيجب أن يتساويا في حقّ الفسخ للعييب، فكما يجوز للزوجة فسخ عقد النكاح لعييب في زوجها، فكذلك يجب أن يكون للزوج حقّ الفسخ بعييب في زوجته(١٠٨٨٨) .

٨٩٤٩ - خامساً: حقّ الزوج في الطلاق لا ينفي حقّه في الفسخ:

وكون الزوج يملك الطلاق، وإن هذا يغنيه عن إثبات حقّ الفسخ له لعييب في زوجته، لا يصلح حجة لسلب حقّ الفسخ عنه؛ لأن في إثبات حقّ الفسخ له من شأنه أن يسقط عنه المهر إذا كان ذلك قبل الدخول(١٠٨٨٩) . ويمكن أن نضيف إلى هذا الرد، رد آخر هو: كون الشخص يملك حقاً في شيء لا يمنع من تملكه حقاً آخر فيه باعتبار آخر، فالزوج يملك حقّ الطلاق ابتداءً بتملك من الشارع باعتبار (أن الطلاق لمن أخذ بالساق) كما جاء في الخبر، وهذا لا يمنع من تملكه حقّ الفسخ بسبب آخر أو اعتبار آخر هو وجود عيب في زوجته .

(١٠٨٨٧) «الهداية والعناية» ج٣، ص٢٦٧ .

(١٠٨٨٨) «المغني» ج٦، ص٦٥٠، «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٣ .

(١٠٨٨٩) «المغني» ج٦، ص٦٥٠ .

المبحث الثالث

العيوب التي تجيز التفريق وأقوال الفقهاء فيها

٨٩٥٠ - تمهيد:

القائلون بجواز التفريق بين الزوجين للعيب يختلفون في تعيين هذه العيوب التي تجيز التفريق. وهذا الاختلاف قائم بين الحنفية القائلين بقصر حق التفريق للعيب بالزوجة وحدها، كما أن هذا الاختلاف قائم بين غير الحنفية القائلين بحق التفريق للعيب لكل من الزوجين. وهناك اختلاف آخر بين القائلين بالتفريق للعيب هو: هل هذه العيوب التي ذكرها الفقهاء باعتبارها تجيز الفسخ، هل ذكروها على سبيل الحصر، فلا يجوز الزيادة عليها عن طريق القياس، أم أنهم ذكروها على سبيل التمثيل، فيجوز ذكر عيوب أخرى بالقياس على ما ذكره؟، وعلى كل حال، فالعيوب التي تجيز التفريق: (منها): ما يخص الرجال فقط، (ومنها): ما يخص النساء فقط. (ومنها) ما هو مشترك بين الرجال والنساء.

٨٩٥١ - منهج البحث:

وبناء على ما تقدم، نقسم هذا المبحث إلى مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: العيوب الخاصة بالرجال.

المطلب الثاني: العيوب الخاصة بالنساء.

المطلب الثالث: العيوب المشتركة بين الصنفين.

المطلب الرابع: هل العيوب محصورة بما ذكره الفقهاء.

المطلب الأول

العيوب الخاصة بالرجال

٨٩٥٢ - أولاً: العنة

أ : تعريفها في اللغة:

العنة في اللغة: عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع، فهو عَنِينٌ وَعِنِينٌ (١٠٨٩٠) وقيل سمي عَنِيناً للين ذكره وانعطافه، مأخوذ من عِنان الدابة للينه (١٠٨٩١).

٨٩٥٣ - ب : العنة والعنين في اصطلاح الفقهاء :

عرّف الفقهاء العنة والعنين بتعاريف كثيرة منها ما يأتي :

١ : العنة صفة العنين وهو الذي لا يقدر على إتيان المرأة (١٠٨٩٢) . والعنين هو العاجز عن الوطء (١٠٨٩٣) .

٢ : العنين من لا يمكنه وطء ولو لكبير أو مرض لا يرجى زواله . وقال بعضهم العنين هو من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة . ولو كان يصل إلى الشيب لا البكر لضعف الآلة ، أو إلى بعض النساء دون بعض ، أو لسحر أو لكبير سن ، فهو عنين بالنسبة إلى من لا يصل إليها لفوات مقصود النكاح في حقها (١٠٨٩٤) .

٣ : العنين شرعاً من لا يقدر على جماع فرج زوجته لمانع منه ككبر سن أو سحر (١٠٨٩٥) .

٨٩٥٤ - وقال المالكية المقصود بـ (العنة) صغر الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع . أما عدم قدرته على الجماع لعدم انتشار آتته - ذكره - ، فيسمونه «الاعتراض» وهو «مُعْتَرَضٌ» ، ومعنى اتصافه بالاعتراض قيام مانع الوطء به لعارض كسحر أو خوف أو مرض (١٠٨٩٦) .

٨٩٥٥ - ما تحقق به العنة ويصير به عَنِيناً (١٠٨٩٧) :

ويخلص لنا من تعاريف الفقهاء للعنة والعنين أن ما تحقق به العنة ويصير به الزوج عَنِيناً في حق زوجته هو عجزه عن وطئها في قُبُلها ، ويترتب على ذلك ما يأتي :

أ : لا يشترط لثبوت العجز عن الوطء سبب معين ، فقد يكون السبب خَلْقَةً ، وقد يكون

(١٠٨٩٠) «المعجم الوسيط» ج٢ ، ص٦٣٨-٦٣٩ .

(١٠٨٩١) «مغني المحتاج» ج٣ ، ص٢٠٢ .

(١٠٨٩٢) «طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية» للشيخ نجم الدين بن حفص النسفي ، ص٤٧ .

(١٠٨٩٣) «مغني المحتاج» ج٣ ، ص٢٠٢ ، «كشاف القناع» ج٣ ، ص٦١ .

(١٠٨٩٤) «شرح منتهى الإرادات» ج٣ ، ص٨٣-٨٤ ، «الفتاوى الهندية» ج١ ، ص٥٢٢ .

(١٠٨٩٥) «الدر المختار» ج٣ ، ص٤٩٤ .

(١٠٨٩٦) «الشرح الكبير» للدردير ، ج٢ ، ص٢٧٨ ، و«حاشية الصاوي على الشرح الصغير» للدردير ، ص٤٢٩ .

(١٠٨٩٧) «الدر المختار ورد المختار» ج٣ ، ب ص٤٩٤ .

لمرض أو لكبر سن أو غير ذلك . فالمنظور إليه لاعتباره عينياً عجزه عن الوطء بغض النظر عن سبب هذا العجز.

ب : ويشترط في العجز عن الوطء العجز عن الوطء في قُبَل المرأة لا في دبرها .

ج : ويعتبر العينين عينياً في حق من لا يصل إليها وإن استطاع الوصول إلى غيرها . وعلى هذا فمن عجز عن وطء إحدى زوجتيه، وقدر على وطء الأخرى فهو عينين بالنسبة للأولى وغير عينين بالنسبة للثانية .

د : والوطء الذي تنتفي به العنة هو ما كان بإيلاج الزوج حشفة ذكره في فرج امرأته، فلا يشترط إيلاج جميع ذكره لانتفاء العنة عنه .

٨٩٥٦ - التفريق للعة:

القائلون بالتفريق للعيب يقولون بالتفريق للعة؛ لأنها عيب في الزوج تفوت به مقاصد الزواج ويلحق الضرر بالمرأة مما يستوجب التفريق، ومن ثم كان للزوجة أن تطلب التفريق به بشروطه التي سنذكرها فيما بعد .

٨٩٥٧ - التفريق للعة عند الحنفية:

الحنفية يقولون بحق الزوجة في التفريق بسبب عنة الزوج، ولكنهم يشترطون لذلك عدم وصول الزوج إليها أصلاً، فلو وصل إليها مرة واحدة بطل حقها في طلب التفريق لعة الزوج، قال الإمام الكاساني وهو يتكلم عن خيار المرأة في التفريق لعة الزوج: «أما شرائط الخيار: (فمنها) عدم الوصول إلى هذه المرأة أصلاً ورأساً في هذا النكاح، حتى لو وصل إليها مرة واحدة، والخيار لتفويت الحق المستحق ولم يوجد» (١٠٨٩٨) . وسنذكر حججهم فيما ذهبوا إليه ومناقشتها عند الكلام على شروط التفريق في البحث القادم - إن شاء الله تعالى -

٨٩٥٨ - ثانياً: الجبّ، والتفريق به:

جاء في الاصطلاحات الفقهية: «المجبوب: المقطوع الذكر. والجبّ: القطع» (١٠٨٩٩) وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وأما الجبّ فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعاً أو لم يبق منه إلا مالا يمكن الجماع به . . .» . وفي «مغني المحتاج» المجبوب هو مقطوع جميع الذكر أو لم يبق منه قدر الحشفة» (١٠٩٠٠) .

(١٠٨٩٨) «البدائع» ج ٢، ص ٣٢٥ . (١٠٨٩٩) «طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية» ص ٤٧ .

(١٠٩٠٠) «المغني» ج ٦، ص ٦٥٢، «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٢ .

ولا خلاف بين القائلين بالتفريق للعيب، أن التفريق يثبت بالجب، فلزوجة المجهوب طلب التفريق بهذا السبب، جاء في «البدائع» للكاساني في شروط لزوم عقد النكاح: «ومنها، خلو الزوج عن عيب الجبّ والعنة عند عدم الرضا من الزوجة بهما عند عامة العلماء» (١٠٩٠١).

٨٩٥٩ - ثالثاً: الخصاء والخصي:

الخصاء: سل الخصيتين ونزعهما، والخصية من أعضاء التناسل واحدة الخصي، والثنية: خصيتان، وهو خصي ومخصي، أي سلت خصيته (١٠٩٠٣). والخصي عند الفقهاء هو بمعناه في اللغة، وهو من سلت خصيته (١٠٩٠٣). وفي «شرح منتهى الإرادات» في فقه الحنابلة: «الخصي: من قطعت خصيته، أو رضت بيضته أو سلّت بيضته» (١٠٩٠٤).

٨٩٦٠ - هل يجوز التفريق بالخصاء:

أولاً: مذهب الحنفية:

يجوز للمرأة طلب التفريق إذا وجدت زوجها خصياً؛ لأن الخصي كالعين في الحكم، جاء في «البدائع» للكاساني: «والمؤخذ والخصي في جميع ما وصفنا مثل العين لوجود الآلة في حقهما، فكان كالعين» (١٠٩٠٥).

وفي «الهداية» في فقه الحنفية أيضاً: «والخصي يؤجل كما يؤجل العين؛ لأن وطأه مرجو» (١٠٩٠٦) والتأجيل مقدمة التفريق، فإذا لم يحصل خلالها وصول الزوج إلى زوجته، فرّق بينهما بطلب من الزوجة كما هو الحكم من العين.

٨٩٦١ - ثانياً: مذهب الشافعية:

قال الشيرازي في المهذب في فقه الشافعية: «وإن وجدت المرأة زوجها خصياً ففيه قولان: (الأول) لها الخيار؛ لأن النفس تعافه. (الثاني): لا خيار لها؛ لأنها تقدر على الاستمتاع

(١٠٩٠١) «البدائع» للكاساني، ج ٢، ص ٣٢٢.

(١٠٩٠٢) «لسان العرب» ج ٨، ص ٢٥١، «المعجم الوسيط» ج ١، ص ٢٣٨.

(١٠٩٠٣) «طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية» ص ٤٧.

(١٠٩٠٤) «شرح منتهى الإرادات» ج ٣، ص ٨٣.

(١٠٩٠٥) «البدائع» ج ٢، ص ٣٢٧.

(١٠٩٠٦) «الهداية» ج ٣، ص ٢٦٥.

به^(١٠٩٠٧). ولكن جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية نقلاً عما جاء في «الروضة» أن لا خيار للزوجة في فسخ النكاح بسبب خصاء الزوج^(١٠٩٠٨)، ويبدو أن صاحب «الروضة» اختار القول الثاني في المذهب، ولم يعقب صاحب مغني المحتاج على ما نقله عن الروضة من أن الخصاء لا يجيز التفريق، مما يدل على أنه يوافقه.

٨٩٦٢ - ثالثاً: مذهب الحنابلة:

يثبت عندهم للزوجة خيار التفريق بسبب خصاء زوجها، فإذا وجدته خصياً جاز لها أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها، فقد جاء في «شرح منتهى الإرادات» في العيوب التي يثبت بها للزوجة حق الخيار في التفريق قوله: «أو قطع خصيته أو رضت بيضته أو سلت بيضته؛ لأن فيه نقصاً يمنع الوطء أو يضعفه، وروى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار أن ابن سعد تزوج امرأة وهو خصي، فقال له عمر - رضي الله عنه -: أعلمتها؟ قال: لا. قال: أعلمها ثم خيرها»^(١٠٩٠٩).

٨٩٦٣ - رابعاً: مذهب المالكية:

جاء في «الشرح الصغير» للدردير في فقه المالكية: «ولها - أي للزوجة - الخيار بخصائه، أي قطع الذكر دون الأنثيين. وأما قطع الأنثيين - أي الخصيتين - دون الذكر فلا ردَّ به إلا إذا كان لا يمني. ومثل قطع الذكر قطع الحشفة على الأرجح»^(١٠٩١٠).

٨٩٦٤ - خامساً: مذهب الزيدية:

وعندهم، يثبت للزوجة التفريق إذا وجدت زوجها خصياً، فقد قالوا: «عن علي - رضي الله عنه - أن خصياً تزوج امرأة وهي لا تعلم - أي بخصائه - ثم علمت فكرهته، ففرق بينهما» قالوا: وهذا الخبر دليل على أن الخصاء من العيوب التي تجيز للزوجة طلب التفريق ويفسخ بها النكاح. وتعليه أن الزوجة تعاف عشرة الزوج الخصي^(١٠٩١١).

(١٠٩٠٧) «المهذب وشرحه المجموع» ج ١٥، ص ٤٢٢.

(١٠٩٠٨) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٣.

(١٠٩٠٩) «شرح منتهى الإرادات» ج ٣، ص ٨٣.

(١٠٩١٠) «الشرح الصغير» للدردير، ج ١، ص ٤٢٤-٤٢٥.

(١٠٩١١) «الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير» ج ٤، ص ٢٩٧.

٨٩٦٥ - سادساً: مذهب الجعفرية:

وعندهم، يثبت للزوجة حق طلب التفريق وفسخ النكاح بسبب الخصاء، فقد قالوا: «العيوب المجوزة لفسخ النكاح في الزوج خمسة: الجنون، والخصاء، وهو سلّ الأنثيين وإن أمكن الوطء..» (١٠٩١٣).

المطلب الثاني

العيوب الخاصة بالنساء

٨٩٦٦ - أولاً: مذهب الحنابلة:

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي في عدد العيوب في المرأة التي تجيز لزوجها فسخ النكاح، فقال رحمه الله: «وثلاثة تختص بالمرأة وهي: الفتق والقرن والعفل. وجعل القاضي القرن والعفل شيئاً واحداً وهو الرتق أيضاً، وذلك لحم ينبت في الفرج. وقال أبو الخطاب: الرتق أن يكون الفرج مسدوداً يعني أن يكون ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه. (والقرن والعفل) لحم ينبت في الفرج فيسده فهما في معنى الرتق إلا أنهما نوع آخر. وأما (الفتق) فهو انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المنى، وقيل ما بين القبل والدبر» (١٠٩١٣).

وجاء في «شرح منتهى الإرادات» في فقه الحنابلة: «وقسم من العيوب يختص بالمرأة وهو كون فرجها مسدوداً لا يسلكه ذكر، فإن كان ذلك بأصل الخِلقة فهي (رتقاء)، فالرتق تلاحم الشفرتين خِلقة، وإن لم يكن ذلك بأصل الخِلقة فهي (قرناء أو عفلاء) فالقرن والعفل في العيوب شيء واحد، أو بالفرج (بخز) أي تنن يثور عند الوطء، أو بالفرج (قروح سيالة) أو كونها (فتقاء) بانخراق ما بين سبيلها، أو بانخراق ما بين مخرج بول ومنى، أو كونها (مستحاضة) فيثبت للزوج الخيار بكل من هذه العيوب» (١٠٩١٤).

٨٩٦٧ - ثانياً: مذهب الشافعية:

جاء في «المهذب» في فقه الشافعية: «إذا وجد الرجل امرأته.. أو رتقاء وهي التي انسدت

(١٠٩١٢) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج ١ ب، ص ١٢٤، «المختصر النافع» ص ٢١٢، «منهاج

الصالحين» ج ٢، ص ١٥٥.

(١٠٩١٣) «المغني» ج ٦، ص ٦٥١.

(١٠٩١٤) «شرح منتهى الإرادات» ج ٣، ص ٨٦-٨٧.

فرجها، أو قرناء وهي التي في فرجها لحم يمنع الجماع ثبت له الخيار^(١٠٩١٥).

وفي «مغني المحتاج»: «أو وجدها (رتقاء) بأن انسدت محلّ الجماع بلحم، أو وجدها (قرناء) بأن انسدت محلّ الجماع بعظم في الأصح وقيل بلحم، وعليه فالرتق والقرن واحد^(١٠٩١٦).

ولا خيار بـ (البخر) والصنان والاستحاضة والقروح السيالة والعمى والزمانة.. الخ^(١٠٩١٧).
٨٩٦٨ - ثالثاً: مذهب المالكية:

جاء في «الشرح الكبير» للدردير: «وللزوج ردها - أي ردّ الزوجة بفسخ نكاحها - (بقرنها) وهو شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة يكون من لحم غالباً فيمكن علاجه، وتارة يكون عظماً فلا يمكن علاجه عادة: (ورقتها) وهو انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن معه الجماع إلا أنه إذا انسدت بلحم أمكن علاجه، وبمعظم لم يكن عادة. (وبخرها) أي تنن فرجها؛ لأنه منفرد. (وعفلها) وهو لحم يبرز في قبلها ولا يسلم غالباً من رشح، وقيل إنه رغوّة في الفرج تحدث عند الجماع. (وإفضائها) وهو اختلاط مسلكي الذكر والبول، وأولى منه اختلاط مسلكي الذكر والغائط^(١٠٩١٨).

٨٩٦٩ - رابعاً: مذهب الجعفرية:

جاء في «الروضة البهية» في فقه الجعفرية: «وعيوب المرأة تسعة: الجنون والجذام والبرص والعمى والإقعاء (والقرن) وهو عظم في أحد تفسيريه كالسنن يكون في الفرج يمنع الوطء، فلو كان لحماً فهو (العفل)، وقد يطلق عليه القرن أيضاً. (والإفضاء) و(العفل) وهو شيء يخرج من قبل النساء، (والرتق) وهو أن يكون الفرج ملتحمًا ليس فيه مدخل للذكر^(١٠٩١٩). ويلاحظ على هذه العيوب أن بعضها يختص بالنساء والبعض الآخر منها لا يختص بالنساء مثل الجنون والجذام والبرص.. الخ.

٨٩٧٠ - خامساً: مذهب الزيدية:

جاء في «شرح الأزهار» في فقه الزيدية: «العيوب التي تختص بالزوجة، القرن والرتق

(١٠٩١٥) «المهذب وشرحه المجموع» ج ١٥، ص ٤٢١.

(١٠٩١٦) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٢.

(١٠٩١٧) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٣.

(١٠٩١٨) «الشرح الكبير» للدردير، ج ٢، ص ٢٧٧-٢٧٨.

(١٠٩١٩) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج ١، ص ١٢٦.

والعفل . أما (القرن) فهو عظم يكون في فرج المرأة . وأما (الرتق) فهي التي لا يستطيع جماعها مأخوذ من الرتق وهو الالتئام ، وأما (العفل) فهو شيء يخرج من قُبَلِ النساء (١٠٩٢٠) .

٨٩٧١ - التفريق بهذه العيوب :

وهذه العيوب التي ذكرنا في الزوجة في المذاهب المختلفة تجيز للزوج الخيار في فسخ النكاح ، إلا أن الحنفية كما ذكرنا عنهم لا يجيزون فسخ النكاح لعيب في الزوجة ، وقد ذكرنا أدلتهم وأدلة مخالفهم .

المطلب الثالث

العيوب المشتركة بين الرجال والنساء

٨٩٧٢ - المقصود بالعيوب المشتركة :

العيوب المشتركة بين الرجال والنساء هي التي يمكن أن يصاب بها كل من الرجل والمرأة ، فلا اختصاص لأحدهما بهذه العيوب ، كالجنون والجذام . ويكون لكل واحد من الزوجين الخيار في فسخ النكاح أو إبقائه .

وهذه العيوب المشتركة ليست كلها محل اتفاق بين الفقهاء ففي بعضها خلاف ، كما يتبين من أقوال فقهاء المذاهب المختلفة .

٨٩٧٣ - أولاً : مذهب الحنابلة :

العيوب المشتركة عندهم : «الجنون والجذام والبرص ويخرم أي ننته . واستطلاق (بول) ، واستطلاق (نجو) أي غائط ، وباسور وناصور - وهما داءان في المقعد - وقرع رأس وله ريح منكرة ، فإن لم يكن له ريح كذلك فلا فسخ به . وكون أحدهما خنثى غير مشكل ؛ لأن الخنثى المشكل لا يصح نكاحه ، فيفسخ بكل من ذلك لما فيه من النفرة أو النقص أو خوف تعدي أذاه أو تعدي نجاسته» (١٠٩٢١) .

٨٩٧٤ - ولا يثبت خيار لأحد الزوجين في غير ما ذكر من العيوب كعمور وعرج وقطع يد ، وقطع رجل وعمى وخزس ، وطرش وكون أحدهما عقيماً أو نضواً أي نحيفاً ونحوه كسمين جداً ؛

(١٠٩٢٠) «شرح الأزهار» ج ٢ ، ص ٢٩٦-٢٩٧ .

(١٠٩٢١) «شرح منتهى الإرادات» ج ٣ ، ص ٨٧ . الخنثى من له آلة الذكر والأنثى . والمشكل هو من لم تتضح ذكورته أو أنوثته . وغير المشكل من اتضحت ذكورته أو أنوثته .

لأن ذلك كله لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديده (١٠٩٢٣).

٨٩٧٥ - ثانياً: مذهب المالكية (١٠٩٢٣):

عندهم، العيوب المشتركة أربعة: الجنون والجذام والبرص والعذِيْطَة، وقالوا عن الجنون: إنه يثبت به الخيار لكل من الزوجين سواء استغرق جنونه كل الأوقات أو غالبها، بل حتى ولو حدث في كل شهر مرة إذا كان في هذا الحادث إضرار من ضرب أو إفساد شيء، أما الذي لا إضرار فيه كالذي يطرح في الأرض ويفيق من غير إضرار فلا ردّ به.

٨٩٧٦ - وللزوجة فقط دون الزوج فسخ النكاح بالجذام البيّن، أي المحقق ولو يسيراً، وسواء حدث قبل العقد أو بعده. وأما الرجل فله الردّ به - أي فسخ النكاح - إن كان قبل العقد قلّ أو كثر، ولا ردّ به إن كان حادثاً بعد العقد مطلقاً.

٨٩٧٧ - وأما البرص فإن كان قبل العقد ردّ به إن كان كثيراً فيهما أو يسيراً في المرأة اتفاقاً، وفي اليسير في الرجل قولان. وإن كان بعد العقد فلا ردّ لواحد منهما إن كان يسيراً، فإن كان كثيراً فتردّ المرأة به الرجل وليس العكس.

٨٩٧٨ - وأما العذِيْطَة فهي التغوط عند الجماع ومثله البول عند الجماع. فيثبت فيها الخيار للزوجين. ولا خيار لهما في خروج الريح قولاً واحداً، ولا بالبول في الفراش على الأصح.

٨٩٧٩ - ثالثاً: مذهب الشافعية:

قالوا: إذا وجد أحد الزوجين في الآخر جنوناً أو جذاماً أو برصاً ثبت له الخيار في فسخ النكاح. (والجنون) يثبت به الخيار ولو كان متقطعاً أو قابلاً للعلاج. أما (الجذام) فيثبت به الخيار وإن قلّ، وهو علة يحمرّ منها العضو ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر، ويتصور ذلك في كل عضو لكنه في العضو أغلب. وأما (البرص) وهو بياض شديد يقع الجلد ويذهب دمويته. وهذا إذا كان كل من البرص والجذام مستحكمين بخلاف غيرهما من أوائل الجذام والبرص فلا يثبت به الخيار، ويحكم أهل المعرفة لمعرفة استحكامهما (١٠٩٢٤).

(١٠٩٢٢) «شرح منتهى الإرادات» ج ٣، ص ٨٨.

(١٠٩٢٣) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج ٢، ص ٢٧٧-٢٧٩. و«الشرح الصغير» للدردير، ج ١، ص ٤٢٤.

(١٠٩٢٤) «المهذب وشرحه المجموع» ج ١٥، ص ٤٢١، «نهاية المحتاج» ج ٦، ص ٣٠٢-٣٠٣، «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٢.

٨٩٨٠ - قول الشافعية في الختنى :

ولو وجد أحد الزوجين الآخر ختنى واضحاً بأن زال إشكاله قبل عقد النكاح بذكورة أو أنوثة، فلا خيار للآخر في الأظهر، وفي القول الثاني في المذهب له الخيار بذلك لنفرة الطبع عنه. أما الختنى المشكل فنكاحه باطل (١٠٩٢٥).

٨٩٨١ - رابعاً: مذهب الحنفية (١٠٩٢٦):

أ : إذا كان في الزوجة عيب فلا خيار للزوج، سواء كان العيب من العيوب التي تختص بالنساء أو كان من العيوب المشتركة بين الرجال والنساء بلا خلاف عند الحنفية.

ب : إذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام، فلا خيار للزوجة عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - وقال الإمام محمد لها الخيار دفعاً للضرر عنها؛ لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقها لمعنى فيه؛ لأن هذه العيوب منفرة، فكانت بمنزلة الجبِّ والعنة، فثبت لها الخيار دفعاً للضرر عنها حيث لا سبيل لها سواه بخلاف جانب الزوج فيما لو رأى فيها هذه العيوب وغيرها؛ لأنه متمكن من دفع الضرر عن نفسه بالطلاق.

والحجة لأبي حنيفة وأبي يوسف أن الخيار للمرأة إذا كان الزوج مجبوراً أو عينياً أو خصياً إنما يثبت لها لدفع ضرر فوات حقها المستحق بالعقد وهو الوطاء، وهذا الحق لم يفت بهذه العيوب؛ لأن الوطاء ممكن من الزوج مع هذه العيوب، فلا يثبت لها الخيار. وأيضاً فإن الأصل عدم الخيار لها لما فيه من إبطال حق الزوج في الاستمتاع بها وإنما يثبت لها الخيار في الجبِّ والعنة؛ لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح، وهذه العيوب غير مخلّة بهذا المقصود فلا تقاس على الجبِّ والعنة.

ج : أما الخنوثة تكون في الزوج أي كون الزوج ختنى، فقد جاء في «البدائع»: «والخصي في جميع ما وصفنا مثل العنين وكذلك الختنى» (١٠٩٢٧).

٨٩٨٢ - خامساً: مذهب الجعفرية:

اعتبروا من العيوب المشتركة المجيزة لفسخ النكاح الجنون، ولكن ذهب أكثرهم إلى اعتبار الجذام والبرص من عيوب المرأة فقط التي تجيز للزوج فسخ النكاح، ولم يجعلوها من عيوب

(١٠٩٢٥) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٢.

(١٠٩٢٦) «البدائع» ج٢، ص٣٢٧، «الهداية وشرح العناية» ج٣، ص٢٦٨.

(١٠٩٢٧) «البدائع» ج٢، ص٣٢٧.

الزوج التي تجيز للزوجة فسخ النكاح من أجلها، ولكن اختار صاحب «اللمعة الدمشقية» القول بأن الجذام والبرص في الزوج من العيوب التي تجيز للزوجة طلب الفسخ بسببها، لما في إعطاء الزوجة خيار الفسخ من دفع الضرر عنها ولأنها أولى من الزوج بهذا الخيار؛ لأن الزوج يستطيع التخلص من زوجته بالطلاق إذا رآها مصابة بالجذام أو البرص (١٠٩٢٨).

٨٩٨٣ - قول الجعفرية في عيب الخنثة:

وبالنسبة للخنثة جاء في «الروضة البهية»: «وقيل لو بان الزوج خنثى، فلها الفسخ وكذا العكس، ويُضَعَّف بأنه إن كان مشكلاً فالنكاح باطل فلا يحتاج رفعه إلى فسخ، وإن كان محكوماً بذكوريته بإحدى العلامات الموجبة لها، فلا وجه للفسخ؛ لأنه كزيادة عضو في الرجل، وكذا لو كان هو الزوجة وحكم بأنوثتها؛ لأنه حينئذ كزيادة في المرأة» (١٠٩٢٩).

٨٩٨٤ - سادساً: مذهب الزيدية:

وعندهم يثبت لكل منهما الخيار في بقاء النكاح أو فسخه إذا رأى في صاحبه عيباً من العيوب المشتركة وهي: الجنون، والجذام، والبرص. أما (الجنون) فهو زوال العقل بالكلية على وجه الاستمرار، فإن كان يعرض في وقت دون وقت كالصرع فقال في «الانتصار»: المختار أن يُردَّ به النكاح لما فيه من الوحشة والتنفير. وكذا يردُّ به النكاح - أي يثبت به خيار فسخ النكاح - وإن لم يزل عقله بالكلية إذا كان لا يعقل الخطاب. وأما (الجذام والبرص)، فيكون كل منهما عيباً إذا كان فاحشاً أو ما يعاف معه العشرة وإن لم يفحش (١٠٩٣٠).

٨٩٨٥ - سابعاً: رأي ابن القيم في العيوب الموجبة للخيار:

قال الإمام ابن القيم - رحمه الله تعالى -: «وذهب بعض أصحاب الشافعي إلى ردِّ المرأة بكل عيب تردُّ به الجارية في البيع. . وهذا القول هو القياس، أما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساوٍ لها فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو منافٍ 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، أخبرها أنك عقيم وخيرها. والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل

(١٠٩٢٨) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج ٢، ص ١٢٤-١٢٢.

(١٠٩٢٩) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج ٢، ص ١٢٥.

(١٠٩٣٠) «شرح الأزهار» ج ٢، ص ٢٩٥-٢٩٦.

به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار وهو أولى من البيع، كما أن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع، وما أُلزم الله تعالى ورسوله ﷺ مغروراً قط، ولا مغبوناً بما غرَّ به وغبن به. ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح، لم يخفَّ عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة^(١٠٩٣١).

المطلب الرابع

هل العيوب محصورة بما ذكره الفقهاء

٨٩٨٦ - اختلاف الفقهاء في حصر العيوب المجيزة للتفريق:

بيِّنا في المطالب السابقة العيوب المجيزة للخيار للزوجين في فسخ النكاح لعيب يجده أحدهما في الآخر، وسواء كان هذا العيب من العيوب الخاصة بأحدهما أو من العيوب المشتركة بينهما. ونسأل هنا: هل هذه العيوب التي ذكرها الفقهاء، ذكروها على سبيل الحصر، فلا يجوز القياس عليها، أو أنهم ذكروها على سبيل التمثيل فيجوز القياس عليها؟ والجواب اختلاف بين الفقهاء، فمنهم من قال: إنها وردت على سبيل الحصر فلا يقاس عليها غيرها. ومنهم من قال: إنها وردت على سبيل التمثيل فيجوز قياس غيرها عليها. ونذكر فيما يلي هذين القولين ومن قال بهما، ثم تبين الراجح منهما.

٨٩٨٧ - القول الأول: العيوب جاءت على سبيل الحصر:

وهذا قول الجمهور، ومنهم: الحنابلة والمالكية والشافعية والجعفرية وأكثر الزيدية. كما يمكن أن نجعل من أصحاب هذا القول أبا حنيفة وأبا يوسف - رحمهما الله تعالى - في عيوب الزوج التي يجوز للزوجة فيها خيار الفسخ، حيث أنهما أجازا لها الخيار إذا كان الزوج مجبواً أو عنيماً أو خصياً، ولم يجيزا لها الخيار في عيوب الزوج الأخرى. ونذكر فيما يلي أقوال الفقهاء القائلين بحصر العيوب المجيزة لخيار التفريق بفسخ النكاح.

٨٩٨٨ - من أقوال أصحاب القول الأول:

أ: جاء في «بداية المجتهد»: «اتفق مالك والشافعي على أن الرد - أي فسخ النكاح - يكون من أربعة عيوب «الجنون والجذام والبرص وداء الفرج»^(١٠٩٣٢).

(١٠٩٣١) «زاد المعاد» لابن القيم، ج ٤، ص ٣٠-٣١.

(١٠٩٣٢) «بداية المجتهد» ج ٢، ص ٤٢.

ب : في كتاب «الأم» للإمام الشافعي : «ولا خيار في النكاح عندنا إلا من أربع أن يكون حلق فرجها عظماً لا يوصل إلى جماعها بحال.. ، أو تكون جذماء أو برصاء أو مجنونة..» (١٠٩٣٣).

ج : في «شرح منتهى الإرادات» في فقه الحنابلة : «ولا يثبت خيار لأحد الزوجين بغير ما ذكرنا من العيوب : كعور وعرج وقطع يد وقطع رجل وعمى ، وخرس وطرش وقرع لا ربح له ، وكون أحدهما عقيماً أو نضواً أي نحيفاً جداً ونحوه كسمين جداً وكسيح ؛ لأن ذلك كله لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديده» (١٠٩٣٤).

د : وفي «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية : «والخيار ثابت بغيرها أي بغير العيوب المتقدمة من كل ما يعد عيباً عرفاً إن شرط السلامة منه سواء عين ما شرطه ، أو قال من كل عيب أو من كل العيوب ، فإن لم يشترط السلامة فلا خيار» (١٠٩٣٥).

هـ : وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية : «واقْتصار المصنف - أي الإمام النووي - على ما ذكر من العيوب يقتضي أنه لا خيار فيما عداها. قال في الروضة ، وهو الصحيح الذي قطع به الجمهور..» (١٠٩٣٦).

و : وفي «الروضة البهية» في فقه الجعفرية : «العيوب المجوزة لفسخ النكاح في الرجل خمسة.. وعيوب المرأة تسعة» (١٠٩٣٧).

في «شرح الأزهار» في فقه الزيدية : «والذي عليه الجمهور من الأمة أن عيوب النكاح منحصرة».

٨٩٨٩ - القول الثاني : العيوب ذكرها الفقهاء على سبيل التمثيل :

وأصحاب هذا القول يرون أن العيوب التي تجيز فسخ النكاح غير منحصرة بعدد معين ، وأن ما ذكره الفقهاء منها إنما ذكروه على سبيل التمثيل ، وعلى هذا يجوز القياس عليها ، ونذكر فيما يلي بعضهم أقوالهم :

(١٠٩٣٣) «الأم» للشافعي ، ج ٥ ، ص ٨٤.

(١٠٩٣٤) «شرح منتهى الإرادات» ج ٣ ، ص ٨٨.

(١٠٩٣٥) «الشرح الكبير» للدردير ، ج ٢ ، ص ٢٨٠.

(١٠٩٣٦) «مغني المحتاج» ج ٣ ، ص ٢٠٣.

(١٠٩٣٧) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج ٢ ، ص ١٢٤ ، ١٢٦.

٨٩٩٠ - بعض أقوال أصحاب القول الثاني :

أ : روي عن الإمام الزهري - رحمه الله تعالى - أنه قال : «يردّ النكاح - أي يفسخ - من كل داء عضال» (١٠٩٣٨).

ب : وفي المبسوط للسرخسي في فقه الحنفية : «وعلى قول محمد - صاحب أبي حنيفة - لها الخيار إذا كان على حال لا تطيق المقام معه ؛ لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقّها لمعنى فيه ، فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوراً أو عينياً» (١٠٩٣٩) . فالإمام محمد لم يقيد حقّ الزوجة بفسخ النكاح بعدد معين من العيوب ، وإنما قيده بقيد يتسع لكثير من العيوب إذ قال : «لها الخيار إذا كان على حال لا تطيق المقام معه . . .» .

ج : وجاء في «البدائع» للكاساني في شروط لزوم النكاح وقال محمد : «خلوّه - أي الزوج - من كل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص ، شرط لزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح» (١٠٩٤٠) .

د : وجاء في «شرح الأزهار» في فقه الزيدية : «والذي عليه جمهور الأمة أن عيوب النكاح منحصرة . وذهب القاضي حسين أنها غير منحصرة ، بل ما منع من توفان النفس وكسر الشهوة فإنه يردّ به النكاح» (١٠٩٤١) .

هـ : وقال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله تعالى - : «وتردّ المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع» (١٠٩٤٢) .

و : وقال الإمام ابن القيم : «والقياس ، أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار ، . . . ثم قال ابن القيم - رحمه الله - : «ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح ، لم يخفّ عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة» (١٠٩٤٣) .

(١٠٩٣٨) «المحلّى» لابن حزم ، ج ١٠ ، ص ١١٢ ، «زاد المعاد» ج ٤ ، ص ٣١ .

(١٠٩٣٩) «المبسوط» للسرخسي ، ج ٤ ، ص ٩٧ .

(١٠٩٤٠) «البدائع» ج ٢ ، ص ٣٢٧ .

(١٠٩٤١) «شرح الأزهار» ج ٢ ، ص ٢٩٤-٢٩٥ .

(١٠٩٤٢) «الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ص ٢٢٢ .

(١٠٩٤٣) «زاد المعاد» لابن القيم ، ج ٤ ، ص ٣١ .

والراجح القول الثاني، فالعيوب التي تجيز فسخ النكاح غير محصورة بعدد معين أو بنوع معين أو بأنواع معينة من العيوب، وما ذكره الفقهاء من عيوب تجيز الفسخ دون غيرها يردّ عليه أنه قد توجد عيوب لم ينصوا عليها تساوي المنصوص عليه من العيوب في علة الحكم بجواز الفسخ بها، فينبغي أن تساويها في الحكم أيضاً - أي بجواز الفسخ بها - . يوضح ذلك أن القائلين بجواز التفريق بالعيوب التي نصوا عليها عللوا هذا الجواز بعلة دفع الضرر، أو بعدم إمكان الجماع، أو يكون العيب منفراً مما يفوت مقصود الزواج من قضاء الشهوة وتحصيل النسل، أو بعلة العدوى، أو بخشية الجنابة من المصاب بالعيوب على الطرف الآخر كما في الجنون، ومعنى ذلك أن كل عيب تحققت فيه علة التفريق التي ذكروها - بصورها المتعددة - ينبغي جواز التفريق بهذا العيب. ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم في تعليل الفسخ بالعيوب التي ذكروها.

٨٩٩٢ - أقوالهم في تعليل الفسخ بالعيوب التي ذكروها:

أ : في «شرح منتهى الإرادات» في فقه الحنابلة: «... الجذام والبرص والجنون ونحوها، فإنها توجب نفرة تمنع من قربان المصاب بها، ويخاف منه العدوى إلى نفسه ونسله، والمجنون يخاف منه الجنابة» (١٠٩٤٤).

ب : في «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية في تعليل التفريق وفسخ النكاح بعيوب البخر: «وبخرها أي نتن فرجها؛ لأنه منفرد» (١٠٩٤٥).

ج : وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «قال الشافعي: وأما الجذام أو البرص، فإنه يعدي الزوج ويعدى الولد» (١٠٩٤٦).

د : وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب؛ لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح، فإن الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع. والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره. والجذب والرتق يتعذر معه الوطء... إلخ» (١٠٩٤٧).

(١٠٩٤٤) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٣.

(١٠٩٤٥) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٢٧٨.

(١٠٩٤٦) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٣.

(١٠٩٤٧) «المغني» ج٦، ص٦٥١.

هـ : وفي «بداية المجتهد» لابن رشد: «واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة: (الجنون، والجذام، والبرص، وداء الفرج) فقيل؛ لأن ذلك شرع غير معلل. وقيل؛ لأن ذلك مما يخفى، ومجمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى، وقيل؛ لأنها يخاف سرايتها إلى الأبناء، وعلى هذا التعليل يرد - أي النكاح - بالسواد والقرع. وعلى الأول يرد بكل عيب إذا علم أنه مما خفي على الزوج» (١٠٩٤٨).

و : وفي «الهداية» في بيان مذهب محمد في الفسخ بالعيوب وتعليله: «وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام، فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - وقال محمد - رحمه الله -: لها الخيار دفعاً للضرر عنها كما في الجبِّ والعنة بخلاف جانبه؛ لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق» (١٠٩٤٩).

ز : وفي «الروضة البهية»، في تعليل اعتبار (الجذام) من العيوب المبررة لفسخ النكاح عند القائلين به من الجعفرية: «ولأدائه إلى الضرر المنفي، فإنه من الأمراض المعدية باتفاق الأطباء» (١٠٩٥٠).

٨٩٩٣ - ويستفاد من تعليل الفقهاء للفسخ بالعيوب التي ذكروها، أنه يجوز القياس على هذه العيوب كل عيب فيه نفس العلة التي ذكروها في هذه العيوب، وقد ذكرنا قول ابن رشد صاحب «بداية المجتهد» في فسخ النكاح بالعيوب التي لم يذكرها المالكية بالقياس على ما ذكروه لتساويهما في علة الفسخ.

٨٩٩٤ - ضوابط الأخذ بالقياس:

وعند الأخذ بالقياس في العيوب التي لم يذكرها الفقهاء على التي ذكروها أن نلاحظ الضوابط التالية حتى يكون القياس سليماً:

٨٩٩٥ - أولاً: التأكد من تحقق العلة في العيب المنصوص عليه:

ذكر تعليل الفقهاء لفسخ النكاح بالعيوب، ولكن قد يذكر الفقهاء عيباً يجيزون به فسخ النكاح، ولكن عند التأمل فيه لا تكون فيه علة الفسخ التي هم قالوها، ومثال ذلك جعل الحنابلة (بخر الفم) أي نتنه، من العيوب المجيزة لفسخ النكاح، وكذلك عيب ما سموه: بأسور وناصور،

(١٠٩٤٨) «بداية المجتهد» ج ٢، ص ٤٣.

(١٠٩٤٩) «الهداية» ج ٣، ص ٢٦٨.

(١٠٩٥٠) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية في فقه الجعفرية» ج ٢، ص ١٢٤.

وهما داءان في المقعد، جعلوهما من العيوب المجيزة للفسخ، فينظر في هذه العيوب هل تتحقق فيه علة الفسخ من كونها منفرة، أو مانعة من الوطء، أو مضرة بالزوج الآخر أو معدية.. إلخ. وعند التأمل لا نرى فيها علة الفسخ، وبالتالي لا تصلح أن تكون من العيوب المجيزة للفسخ، فلا يجوز القياس عليها وهكذا.

٨٩٩٦- ثانياً: الرجوع إلى الأطباء لمعرفة المرض المعدي:

من أوصاف العيوب المبررة للفسخ كون أحد الزوجين مصاباً بمرض معدٍ كالجدام ولا شك أن الأمراض المعدية كثيرة ومعرفتها ميسورة في الوقت الحاضر بالرجوع إلى أهل المعرفة من الأطباء مع ضرورة الاستعانة بالتحاليل المرضية والصور الشعاعية، ومعرفة مبلغ خطورة العدوى من هذا المرض المراد فسخ النكاح من أجله، وهل يمكن معالجته وأخذ الوقاية منه، وهل يستوجب فسخ النكاح بسببه أم لا، وفي ضوء ذلك يمكن أن يبين المجتهد أو القاضي الحكم الشرعي في فسخ النكاح أو عدم فسخه.

٨٩٩٧- ثالثاً: الرجوع إلى العرف عند شرط السلامة من العيوب:

إذا اشترط الزوج سلامة زوجته من عيوب معينة، فيعتبر شرطه إذا قضى العرف باعتبار شرطه بالنسبة لهذه العيوب التي عيّنها وإن أطلق في اشتراطه السلامة من العيوب، فالمرجع إلى عرف الناس فيما يعتبرونه من العيوب للتأكد من سلامتها منها. وقد أشار إلى هذا فقهاء المالكية فقالوا: «والخيار ثابت بغير العيوب المتقدمة من سواد وقرع وعمى وعور، وعرج وشلل وقطع وكثرة أكل من كل ما يُعد عيباً عرفاً إن شرط أحد الزوجين السلامة في الآخر منه، سواء عيّن ما شرطه بأن قال بشرط سلامتها من العيب الفلاني أو من العيوب، فإن لم يشترط السلامة فلا خيار»^(١٠٩٥). فبشرط السلامة من العيوب، يشترط أحد الزوجين في الآخر تجنب السلامة من العيوب التي صرح بها الفقهاء، والتي يقضي بها عرف الناس أنها عيوب، وإذا لم توجد السلامة من هذه العيوب جميعاً، جاز للمشرط أن يفسخ النكاح.

٨٩٩٨- هل العقم من العيوب المجيزة للتفريق؟

قد يكون أحد الزوجين مصاباً بالعقم - أي عدم قابليته للنسل -، فهل يبرر عقم أحد الزوجين للآخر طلب التفريق وفسخ النكاح لهذه العلة أو لهذا العيب إذا سميناه عيباً؟ قال الحنابلة: لا يعتبر العقم مبرراً لفسخ النكاح، جاء في «شرح منتهى الإرادات»: «ولا يثبت خيار

(١٠٩٥) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص ٢٨٠.

لأحد الزوجين بغير ما ذكر من العيوب كعور وعرج . . . وكون أحدهما عقيماً^(١٠٩٥٢)، وفي فقه المالكية، لا يفسخ النكاح بالعقم، فقد قالوا: «فلا ردّ به أي ولا يضر عدم النسل كالعقم»^(١٠٩٥٣).

وقال الحسن: إذا وجد الآخر عقيماً^(١٠٩٥٤)، وفي «المغني»: «وأحب أحمد تبين أمره وقال: عسى امرأته تريد الولد. قال ابن قدامة: وهذا في ابتداء النكاح فأما الفسخ، فلا يثبت به ولو ثبت بذلك لثبت في الآية؛ ولأن ذلك لا يعلم فإن رجلاً لا يولد لأحدهم وهو شاب، ثم يولد له وهو شيخ فلا يتحقق ذلك منهما»^(١٠٩٥٥).

٨٩٩٩ - خبر عن عمر بن الخطاب في الرجل العقيم:

وقد ذكر ابن القيم خبراً عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في الرجل العقيم فقال - رحمه الله تعالى -: «وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له، أخبرها أنك عقيم، وخيرها»^(١٠٩٥٦). فهذا الخبر صريح في حقّ الفسخ إذا كان زوجها عقيماً؛ لأن سيدنا عمر رضي الله عنه - قال له: خيرها؛ لأنه لم يعلمها قبل عقد النكاح أنه عقيم.

٩٠٠٠ - القول الذي أميل إليه:

والذي أميل إليه القول بثبوت الخيار للزوجة فقط دون زوجها في فسخ النكاح؛ لأن هذا العقم يلحق بها ضرراً معنوياً لا يقل عن الضرر المادي؛ لأن المرأة تتطلع إلى أن تكون زوجة ثم تكون أمّاً، فإذا فاتها هذا المأمول أصابها ضيق وألم، والعيب الذي يسبب ضرراً يعتبر مبرراً للمضروب بطلب التفريق وفسخ النكاح. ومع هذا فالذي أراه لثبوت حقّ الخيار للزوجة لعقم زوجها أن يقيد بجملة قيود هي:

٩٠٠١ - قيود حقّ الزوجة في فسخ النكاح لعقم الزوج:

أولاً: أن لا يكون لها ولد من غيره أو منه قبل أن يصير عقيماً؛ لأنه إذا كان لها ولد، فقد أصبحت أمّاً، وبالتالي قد حققت ما كانت تأمله وتأمله كل امرأة وهي أن تصير أمّاً، وبالتالي لا

(١٠٩٥٢) «شرح منتهى الإرادات» ج ٣، ص ٨٨.

(١٠٩٥٣) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» ج ٣، ص ٧٨.

(١٠٩٥٤) «المغني» ج ٦، ص ٦٥٣.

(١٠٩٥٥) «المغني» ج ٦، ص ٦٥٣.

(١٠٩٥٦) «زاد المعاد» لابن القيم، ج ٤، ص ٣١.

تألم كثيراً إذا لم تلد من زوجها، فلا يكون عقمه مبرراً للتفريق وفسخ النكاح لعدم لحوق ضرر بها بالقدر الذي يبرر التفريق.

ثانياً: أن يثبت بالفحص الطبي والتحليلات الطبية عقمه وعدم احتمال زوال هذا العقم، أو يغلب على الظن ذلك إذا لم يتيسر اليقين؛ لأن غلبة الظن تقوم مقام اليقين فيما لا سبيل للوقوف عليه.

ثالثاً: أن يمضي على عقد النكاح وإمكان الدخول مالا يقل عن أربع سنوات، وهي فترة كافية للتثبت من عقمه ومن رغبة الزوجة بالتفريق وإصرارها عليه.

٩٠٠٢ - عقم الزوجة لا يبرر الفسخ والتفريق:

أما عقم الزوجة، فلا أراه مبرراً لطلب الزوج التفريق وفسخ النكاح؛ لأنه يمكنه الزواج بأخرى، فلا حاجة لإثبات خيار الفسخ للزوج إذا تبين له عقم زوجته؛ ولأن الأصل في النكاح عدم فسخه، والفسخ هو الاستثناء ولا نصير إلى الاستثناء إلا بمبرر مقبول وليس عقم الزوجة مبرراً مقبولاً؛ لأنه يمكنه الزواج بأخرى - كما قلنا -.

المبحث الرابع

شروط وإجراءات التفريق للعيب

٩٠٠٣ - تمهيد:

لا يكفي وجود العيب في أحد الزوجين لوقوع الفرقة بينهما، بل لا بدّ من توفر شروط معينة لوقوع الفرقة. ثم إذا تحققت هذه الشروط فلا تقع الفرقة حتماً؛ لأنها رخصة لمن يريد إيقاعها بسبب العيب، والرخصة لا يظهر أثرها إلا إذا اختارها صاحبها. واختيار رخصة التفريق للعيب ينبغي أن يكون في الوقت المقرر له؛ لأنه إذا فاتت الرخصة. وإذا اختار رخصة التفريق من يملكها فعليه أن يعلن اختياره أمام القاضي طالباً منه الحكم بفسخ النكاح. ورفع الدعوى أمام القاضي طالباً منه الحكم بفسخ النكاح. ورفع الدعوى أمام القاضي بطلب التفريق وفسخ النكاح وما يفعله القاضي من إجراءات بعد رفع الدعوى إلى حين إصدار الحكم، هو ما يمكن أن نسميه بإجراءات التفريق.

٩٠٠٤ - منهج البحث:

وبناء على ما تقدم، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: شروط التفريق للعيب.

المطلب الثاني: إجراءات التفريق للعيب.

المطلب الأول

شروط التفريق للعيب

٩٠٠٥ - الشرط الأول: ما يتعلق بزمن حدوث العيب:

العيب في أحد الزوجين المميز لفسخ النكاح قد يحدث قبل عقد النكاح أو بعده، وإذا حدث بعده قد يحدث قبل الدخول بالزوجة أو بعد الدخول بها، فهل يشترط للتفريق بالعيب حدوثه في وقت معين من هذه الأوقات؟ كأن يشترط حدوثه قبل عقد النكاح، أو بعده ولكن قبل

الدخول، أم لا يهّم زمن حدوث العيب من جهة إمكان التفريق بسببه؟ اختلاف بين الفقهاء يتبين بعرض أقوال فقهاء المذاهب المختلفة.

٩٠٠٦ - أولاً: مذهب الحنفية:

يبدو أن المنظور إليه عند الحنفية هو وقت العلم بالعيب وليس زمن حدوث العيب، فقد جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «إن علمت المرأة وقت النكاح أنه عنين لا يصل إلى النساء لا يكون لها حق الخصومة، وإن لم تعلم وقت النكاح وعلمت بعد ذلك كان لها حق الخصومة» (١٠٩٥٧). (وجه) الاستدلال بهذا القول، أنه اعتبر وقت العلم بالعيب ولم يعتبر وقت حدوثه، فلو كان حدوث العيب قبل النكاح أو عنده ولم تعلم به المرأة إلا بعد العقد يثبت لها حق الخصومة في فسخ النكاح.

٩٠٠٧ - ثانياً: مذهب الشافعية:

عند الشافعية: «لا اعتبار لوقت حدوث العيب، فسواء حدث قبل العقد أو بعده، قبل الدخول أو بعده، فهذا العيب بغض النظر عن زمن حدوثه يجيز التفريق وفسخ عقد النكاح به، فقد قالوا: «ولو حدث به - أي بالزوج - بعد العقد عيب كأن جبّ ذكره تخيرت - أي الزوجة - قبل الدخول جزماً وبعده على الأصح لحصول الضرر به كالمقارن مع أنه لا خلاص لها إلا بالفسخ، بخلاف الرجل» (١٠٩٥٨). وقالوا أيضاً: «أو حدث بها عيب تخير الزوج قبل الدخول وبعده في مذهب الشافعي الجديد، كما لو حدث به بعد العقد» (١٠٩٥٩).

وفي «المهذب» للشيرازي في فقه الشافعية: «وإن حدث بعد العقد عيب ثبت به الخيار، فإن كان بالزوج ثبت لها الخيار؛ لأن ما ثبت به الخيار إذا كان موجوداً حال العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعد العقد كالإعسار بالمهر والنفقة. وإن كان بالزوجة ففيه قولان:

أحدهما: يثبت به الخيار، وهو قول الإمام الشافعي في الجديد، وهو الصحيح؛ لأن ما ثبت به الخيار في ابتداء العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعده كالعيب في الزوج.

والقول الثاني: وهو قول الشافعي في القديم أنه لا خيار له؛ لأنه يملك أن يطلقها» (١٠٩٦٠).

(١٠٩٥٧) «الفتاوى الهندية» ج ١، ص ٥٢٤، ولكن لو حصلت العنة للزوج بعد أن وطأها مرة واحدة سقط حقها في خيار الفسخ، وسنذكر قولهم وحجته فيما بعد.

(١٠٩٥٨) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٣.

(١٠٩٥٩) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٣.

(١٠٩٦٠) «المهذب وشرحه المجموع» ج ١٥، ص ٥٢٢.

٩٠٠٨ - وفي «نهاية المحتاج» في فقه الشافعية شيء من التفصيل فقد جاء فيه: «ولو وجدت بالزوج بعد العقد عيب ولو بفعلها كأن جبت ذكره تخيرت قبل الدخول وبعده لتضررها به كالمقارن إهنة حدثت بعد الدخول فإنها لا تتخير لها؛ لأنها عرفت قدرته على الوطء ووصلت لحقها منه مع رجاء زوالها، وبه فارقت - أي العنة - الجب. أو حدث عيب بالزوجة قبل الدخول أو بعده تخير الزوج في قول الشافعي الجديد كما لو حدث العيب بعده» (١٠٩٦١).

٩٠٠٩ - ثالثاً: مذهب الحنابلة (١٠٩٦٢):

وعندهم، يثبت حق الفسخ بالعيب سواء حدث قبل العقد أو بعده ولو بعد الدخول فقد جاء في شرح «منتهى الإرادات»: «يفسخ بكل من ذلك - أي من العيوب - لما فيه من النفرة أو النقص، أو خوف تعدي أذاه أو تعدي نجاسته ولو حدث ذلك بعد دخول؛ لأنه عيب في النكاح يثبت به الخيار مقارناً فأثبتته طارئاً كالإعسار؛ ولأنه عقد على منفعه فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالإجارة» إلا في العنة إذا حدثت بعد الوطء ولو مرة واحدة، فلا خيار للزوجة؛ لأنه يثبت قدرته على الوطء وزالت عنته بالوطء.

٩٠١٠ - رابعاً: مذهب المالكية:

وعندهم تفصيل يستوجب بيانه ولو بإيجاز، كما يلي:

أ: في العيوب الخاصة بالزوج، وهي الخضاء والجب والعنة والاعتراض، فإذا كان بالرجل واحد من هذه العيوب الأربعة جين العقد ولم تعلم المرأة، فلها أن تقيم - أي تبقى في الرابطة الزوجية -، أو تفارق - أي تختار التفريق - (١٠٩٦٣). ومعنى ذلك أنها إذا لم تعلم بالعيب إلا بعد العقد فلها الخيار إن شاءت طلبت التفريق، وإن شاءت لم تطلبه.

ب: وإن حدثت بعد العقد قبل الوطء، فللزوجة الخيار بالتفريق (١٠٩٦٤).

ج: ولو حدثت هذه العيوب الخاصة بالزوج والتي ذكرناها، بعد العقد بعد الوطء ولو مرة واحدة فلا خيار للزوجة، وهي مصيبة نزلت بها (١٠٩٦٥).

د: وفي العيوب الخاصة بالمرأة وهي الرتق والقرن والعفل والإفضاء والبخر، فإن الخيار

(١٠٩٦١) «نهاية المحتاج» ج ٦، ص ٣٠٥.

(١٠٩٦٢) «شرح منتهى الإرادات» ج ٣، ص ٨٧-٨٨، «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٢.

(١٠٩٦٣) «التاج والإكليل» للمواق على «مختصر خليل» ج ٣، ص ٤٨٥.

(١٠٩٦٤) «الشرح الكبير» للدردير، ج ٢، ص ٢٧٩.

(١٠٩٦٥) «الشرح الصغير» للدردير، ج ١، ص ٤٢٥.

للزوج في هذه العيوب يثبت له إن وجدت قبل العقد أو حين العقد. أما الحادثة بالزوجة بعد العقد فمصيبة نزلت بالرجل إذ لا خيار له^(١٠٩٦٦).

هـ: في العيوب المشتركة وهي الجنون والجذام والبرص والعذيمة، فقد قال الفقيه الدسوقي في «حاشيته»: «إن العيوب المشتركة إن كانت قبل العقد كان لكل من الزوجين ردّ صاحبه به - أي بفسخ النكاح -، وإن وجدت بعد العقد كان للزوجة أن تردّ به الزوج، أما الزوج فليس له أن يرده به الزوجة؛ لأنه قادر على مفارقتها بالطلاق إن تضرر؛ لأن الطلاق بيده بخلاف المرأة، فلذا ثبت لها الخيار»^(١٠٩٦٧).

٩٠١١ - خامساً: مذهب الجعفرية:

أ: بالنسبة لعيوب الزوج:

للزوجة فسخ النكاح بجنون الزوج، سواء حدث قبل العقد أو بعده، وسواء دخل بها أو لم يدخل. أما بقية العيوب التي قد يصاب بها الزوج فإن وجدت قبل العقد اعتبرت مبرراً للفسخ. وإن حدثت بعد العقد، فلا فسخ تمسكاً بأصالة لزوم العقد واستصحاباً لحكمه مع عدم دليل صالح على ثبوت الفسخ. وقيل يفسخ بها مطلقاً نظراً إلى إطلاق الأخبار بكونها عيوباً، وهذا الإطلاق يشمل هذه العيوب، ولمشاركة العيوب الحادثة بعد العقد للعيوب الحادثة قبله في الضرر الواجب نفيه ورفعها بالفسخ^(١٠٩٦٨).

٩٠١٢ - ب: بالنسبة لعيوب الزوجة:

أما بالنسبة لعيوب الزوجة، فعند الجعفرية: «العيوب الحادثة للمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ، وما يتجدد بعد العقد والوطء لا يفسخ به، وفي التجدد بعد العقد وقبل الدخول تردد أظهره أنه لا يبيح الفسخ تمسكاً بمقتضى العقد السليم عن معارض»^(١٠٩٦٩).

٩٠١٣ - سادساً: مذهب الزيدية:

وعندهم، أن حق طلب التفريق يثبت بالعيوب في أحد الزوجين للزوج الآخر إذا حدث

(١٠٩٦٦) «الشرح الكبير» للدردير، ج ٢، ص ٢٧٨.

(١٠٩٦٧) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج ٢، ص ٢٧٨.

(١٠٩٦٨) «الروضة البهية» ج ٢، ص ١٢٤-١٢٦.

(١٠٩٦٩) «شرح الإسلام» ج ٢، ص ٣١٨-٣٢٠.

العيب قبل العقد أو بعده قبل الدخول، ما عدا الجنون والجذام والبرص، فإنه يترتب على هذه العيوب حقّ الخيار في التفريق ولو حدثت بعد الدخول^(١٠٩٧٠).

٩٠١٤ - حدوث العنة بعد الوطء مرة واحدة:

ذكرنا أقوال الفقهاء في خيار أحد الزوجين في فسخ النكاح لعيب في الزوج الآخر، سواء حدث هذا العيب قبل العقد أو بعده. وبالنسبة لعيب العنة في الزوج إذا حدث بعد العقد ويعد الوطء ولو مرة واحدة، فلا خيار للزوجة في فسخ النكاح كما صرح بذلك المالكية والحنابلة والشافعية وغيرهم^(١٠٩٧١). ونذكر فيما يلي حججهم ثم نذكر ردنا عليهم.

٩٠١٥ - الحجة لسقوط خيار الزوجة للعنة بعد الوطء:

أولاً: حجة الشافعية والحنابلة^(١٠٩٧٢):

جاء في «نهاية المحتاج» في فقه الشافعية في تعليل سقوط خيار الزوجة في فسخ النكاح لعنة زوجها بعد الوطء: «الآعنة حدثت بعد الدخول فإنها لا تتخير بها؛ لأنها عرفت قدرته على الوطء ووصلت لحقها منه مع رجاء زوالها». وجاء في «كشاف القناع» في فقه الحنابلة: «فإن اعترفت المرأة أنه - أي زوجها - وطئها مرة في القبل ولو كان الوطء في مرض يضرها فيه الوطء، وفي حيض ونحوه كنفاس أو في إحرام أو وهي صائمة وطاهرة، بطل كونه عنيماً لزوال عنته بالوطء».

٩٠١٦ - ثالثاً: قول الحنفية وحجتهم:

نذكر قول الحنفية الذي أشرنا إليه بشأن سقوط خيار المرأة للعنة - أي لعنة الزوج بعد، أن وطئها - فقد قال الكاساني: «أما شرائط الخيار: (فمنها) عدم الوصول إلى هذه المرأة أصلاً ورأساً في هذا النكاح حتى لو وصل إليها مرة واحدة، فلا خيار لها؛ لأنه وصل إليها حقها بالوطء مرة واحدة، والخيار لتفويت الحق المستحق ولم يوجب»^(١٠٩٧٣).

٩٠١٧ - ثم فصل الكاساني حجة الحنفية فيما ذهبوا إليه فقال: «ولأن الوطء مرة واحدة مستحق على الزوج للمرأة بالعقد، أي بعقد النكاح، وفي إلزام العقد - أي في جعله لازماً - عند

(١٠٩٧٠) «الروض النضير» ج ٤، ص ٢٩٣-٣٠٠، «شرح الأزهار» ج ٣، ص ٢٩٣-٢٩٥، «فرق الزواج» لأستاذنا الشيخ علي الخفيف، ص ٢٧١.

(١٠٩٧١) الفقرات ٩٠٠٨-٩٠١٠.

(١٠٩٧٢) «نهاية المحتاج» ج ٦، ص ٣٠٥، «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٣.

(١٠٩٧٣) «البدائع» ج ٢، ص ٣٢٥.

تقرر العجز عن الوصول، أي عن وصول الزوج إلى زوجته بالوطء، تفويت المستحق بالعقد عليها وهذا ضرر بها وظلم في حقها وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا﴾، وقال النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، فيؤدي ذلك - أي اعتبار العقد لازماً عند تقرر العجز عن الوطء - إلى التناقض وذلك محال. ولأن الله تعالى أوجب على الزوج الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان بقوله تعالى عز وجل: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ ومعلوم أن استبقاء النكاح عليها مع كونها محرومة الحظ من الزوج ليس من الإمساك بالمعروف في شيء، فتعين عليه التسريح بالإحسان، فإن سرح بنفسه وإلا ناب القاضي منابه في التسريح^(١٠٩٧٤). وهذا التعليل إذا لم يصل الزوج إلى زوجته أصلاً، أما إذا وصل إليها مرة واحدة فقط ثم صار عنيماً، فلا خيار لها للتعليل الذي ذكره أولاً.

٩٠١٨ - الرد على حجة الحنفية والشافعية والحنابلة:

الحجة التي ساقها الحنفية على لسان الكاساني - رحمه الله تعالى - وذكر جزءاً يسيراً منها الشافعية، وأضافوا إليها (رجاء زوال عتته)، هذه الحجة، لا تصلح للقول الذي ذهبوا إليه وهو سقوط حق المرأة في التفريق لكون زوجها عنيماً إذا حدثت عتته بعد وطئها مرة واحدة، بل تصلح للقول ببقاء حقها في الفسخ، ولو حدثت عتته بعد وطئها مرة واحدة. وبيان ذلك ما يأتي:

أولاً: إن حق المرأة في الوطء المستحق لها بعقد النكاح لا يقف عند المرة الواحدة طول حياتها الزوجية، وإنما المستحق لها بعقد النكاح وطء الكفاية الذي هو أكثر من مرة بالتأكيد كما بيناه عند الكلام عن آثار عقد الزواج، ومنها حقوق الزوجية ومن حقوق الزوجة.

ثانياً: إن مقاصد الزواج إعفاف الزوجة وإعفاف الزوج وإيجاد النسل، وهذه المقاصد لا تحصل بالوطء مرة واحدة، فإذا كان السبب هو الزوج وجب التفريق إن أرادته الزوجة لتحقيق مقاصد الزواج بزواجها من آخر.

ثالثاً: إن الاكتفاء بالوطء مرة واحدة مدة الحياة الزوجية لا يكفي للقول بتحقيق «الإمساك بمعروف» كما هو واضح فليس من إمساك الزوج زوجته بمعروف أن لا يطأها طول عمرها معه إلا مرة واحدة، وإذا لم يوجد الإمساك بمعروف تعين التسريح بإحسان، فإن سرح بنفسه، وإلا قام القاضي مقامه في التسريح بأن يحكم عليه بفسخ النكاح أو بالطلاق.

رابعاً: قال تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا﴾، وإمساكها بلا وطء عدا مرة واحدة اضرار بها قطعاً، ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام، والضرر يزال، وإزالته بحق فسخ النكاح للزوجة.

(١٠٩٧٤) «البدائع» ج ٢، ص ٣٢٧.

خامساً: وقول الشافعية في تعليلهم: «مع رجاء زوالها أي زوال عنته» لا يصلح هذا القول حجة لقولهم؛ لأنه لم يبينوا المدة التي تصبر فيها الزوجة على عنة زوجها على أمل زوالها، فالمعقول والمقبول أن يثبت لها حق الفسخ وهو رخصة لها وهي التي تقدر المدة التي تستطيع أن تصبر فيها، وبعدها ينفذ صبرها وترفع أمرها إلى القاضي لفسخ النكاح.

سادساً: وقول الحنابلة: «إن وطئها مرة واحدة بطل كونه عتيماً» يرد عليه أن العنة قد تطرد على السليم فيعجز بعد قدره، وقد تصيبه العنة بعد سلامة أو بعد وطء.

٩٠١٩ - حدوث الجبّ والنخاء بعد الوطء:

قال المالكية: «لا ردّ لزوجة بجنبه واعتراضه وخصائه إن حصل له بعد وطئها، ولو مرة، وهي مصيبة نزلت بها، فإن لم يحصل وطء فلها القيام بحقها وفسخ النكاح» (١٠٩٧٥). ويرد على هذا القول أن المصيبة التي نزلت بها يمكن رفعها بإعطائها حق فسخ النكاح. هذا، وإن معنى قولهم «واعترضه» عدم انتشار آتته فهو في معنى «العنة» عند غير المالكية، فيكون قولهم - قول المالكية - كقول غيرهم في سقوط خيار الفسخ للزوجة للعنة إذا حدثت بعد الوطء. أما سقوط خيار الفسخ (بالجبّ) إذا حدث بعد الوطء، فهذا لا يقول به الشافعية، فقد صرحوا - كما نقلنا قولهم في الفقرات السابقة - بحق الزوجة في خيار الفسخ إذا حصل الجبّ بعد الوطء. ويرد على قول المالكية ما ذكرناه في ردنا على حجة الشافعية وغيرهم في قولهم بسقوط خيار الزوجة في فسخ النكاح لعنة الزوج الحادثة بعد الوطء.

٩٠٢٠ - الشرط الثاني: عدم العلم والرضا بالغيب:

ويشترط لثبوت خيار التفريق للغيب في أحد الزوجين أن لا يعلم به الزوج الآخر ولا يرضى به، فإن علمه ورضى به سقط حقه في الخيار، ونذكر فيما يلي أقوال المذاهب المختلفة في هذا الشرط:

٩٠٢١ - أولاً: مذهب الحنفية:

جاء في «البدائع» للكاساني: «أما شرائط الخيار... (ومنها): أن لا تكون عالمة - أي الزوجة - بالغيب وقت النكاح حتى لو تزوجت وهي تعلم أنه عتيب فلا خيار لها؛ لأنها إذا كانت عالمة بالغيب لدى الزوج فقد رضيت بالغيب، كالمشتري إذا كان عالماً بالغيب عند البيع،

(١٠٩٧٥) «الشرح الصغير» للدردير، ج ١، ص ٤٢٥.

والرضا بالعيب يمنع الردّ كما في البيع وغيره..» (١٠٩٧٦).

٩٠٢١ - ثانياً: مذهب الشافعية:

أ : سقوط الخيار بالعلم بالعيب أو بالرضا به :

إذا علم بالعيب حال العقد، فلا خيار له؛ لأنه عيب رضي به فلم يكن له الفسخ لأجله، كما لو اشترى شيئاً معيباً مع العلم بعيبه، فإن وجد أحد الزوجين في الآخر عيباً فرضي به، سقط حقه في الفسخ لأجله، وإن وجد عيباً غيره بعد ذلك ثبت له الفسخ لأجله؛ لأنه لم يرض به (١٠٩٧٧).

٩٠٢٢ - استثناء العلم بالعنة من سقوط الخيار:

وإذا كان العلم بالعيب مسقطاً لحق الخيار عند الشافعية، إلا أنهم استثنوا من ذلك العلم بالعنة فإنه غير مسقط لحق الخيار، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «لو علم أحدهما بعيب صاحبه قبل العقد لا خيار له إلا في العنة، فلو علمت بعنته قبل العقد، فلها الخيار بعده على المذهب؛ لأن العنة تحصل في حق امرأة دون أخرى وفي نكاح دون نكاح. ويثبت الخيار للزوجة بالعنة وإن كان قادراً على جماع غيرها» (١٠٩٧٨).

٩٠٢٣ - ثالثاً: مذهب المالكية:

قالوا: يثبت الخيار لكل من الزوجين لعيب في الآخر إن لم يرض به، فقد جاء في «حاشية الدسوقي» في ثبوت الخيار بالعيب بأنه يثبت: «إن لم يكن العلم من الزوج السليم بالعيب سابقاً على العقد، ولم يرض بالعيب من علم به بعد العقد ولم يتلذذ - أي يتلذذ بالزوج المعيب -، فإن علم السليم بعيب المعيب قبل العقد فلا خيار له بعد ذلك؛ لأن عقده مع العلم بالعيب دليل على رضاه بالعيب. وكذلك إذا رضي به بعد الاطلاع عليه أو تلذذ بعد العلم به - أي وبعد العقد - فلا خيار له بعد ذلك؛ لأن تلذذه بعد العلم به دليل على رضاه، ففي الحقيقة المدار في سقوط الخيار على الرضا وما ذكر معه من العلم والتلذذ دلائل عليه» (١٠٩٧٩).

(١٠٩٧٦) «البدائع» ج ٢، ص ٢٣٥.

(١٠٩٧٧) «المجموع شرح المهذب» ج ١٥، ص ٤٢٨.

(١٠٩٧٨) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٣.

(١٠٩٧٩) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج ٢، ص ٢٧٧.

٩٠٢٤ - رابعاً: مذهب الحنابلة:

قالوا: من شروط ثبوت الخيار لأحد الزوجين بهذه العيوب - التي ذكروها - أن لا يكون عالماً بالعيب وقت العقد ولا رضي به بعد العقد، فإن علم به عند العقد أو بعده فرضي فلا خيار له. قال ابن قدامة الحنبلي: لا نعلم فيه خلافاً، لأنه رضي به (١٠٩٨٠).

٩٠٢٥ - وإن ظن العيب يسيراً فظهر كثيراً، فلا خيار له كمن ظن أن البرص في قليل من جسده فظهر في كثير منه. وإن رضي بعيب فظهر به غيره فله الخيار. وإن رضي بعيب فزاد بعد العقد كأن كان به قليل من البرص فانبسط في جلده فلا خيار له، لأن رضاه به رضا بما يحدث منه (١٠٩٨١).

٩٠٢٦ - خامساً: مذهب الجعفرية:

جاء في كتاب الفصول الشرعية: «وإذا كان الرجل عالماً بوجود العيب حين العقد أو تجدد بعد العقد امتنع الفسخ، وإذا كان جاهلاً يفسخ عند العلم فوراً، فإن علم بالعيب ولم يفسخ كان العقد لازماً». (١٠٩٨٢).

وفي كتاب «الأحكام الجعفرية» إذا وجدت المرأة زوجها عتيماً لا يقدر على إتيانها (في القبل ولا في الدب)، ولم تكن عالمة بحاله وقت النكاح فلها أن تطلب التفريق بينها وبينه إذا لم ترض به (١٠٩٨٣) ومن الواضح أن العلم بالعيب قبل العقد ثم السكوت عنه والمضي بعقد النكاح دليل على الرضا بالعيب، وكذلك إذا علمته بعد العقد وسكتت دلّ سكوتها على الرضا.

٩٠٢٧ - سادساً: مذهب الزيدية:

جاء في الروض النضير: «وعلى القول بثبوت الخيار يشترط فيه عدم العلم بالعيب، ومع العلم لا خيار له إجماعاً. قال القاضي زيد: «وذلك لأنه تصرف في المعقود عليه مع العلم بالعيب وهو يبطل خياره، كالمشتري إذا تسلم المبيع مع العلم بالعيب» (١٠٩٨٤).

وفي «شرح الأزهار» في فقه الزيدية أيضاً: «فلو علم بالعيب ولم يفسخ حينه لم يبطل خياره،

(١٠٩٨٠) «المغني» ج٦، ص ٦٥٤.

(١٠٩٨١) «المغني» ج٦، ص ٦٥٤.

(١٠٩٨٢) «الفصول الشرعية على مذهب الإمامية (الجعفرية)» تأليف محمد جواد مغنية، م ٣٧، ص ٣٠.

(١٠٩٨٣) «الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية» تأليف عبد الكريم الحلبي، م ٢٩٨، ص ٧٦.

(١٠٩٨٤) «الروض النضير في فقه الزيدية» ج٤، ص ٢٩٦.

بل له أن يفسخ متى شاء مالم تحدث منه قرينة رضا بذلك العيب» (١٠٩٨٥).

٩٠٢٨ - الرضا الصريح والرضا دلالة:

أ : عند المالكية:

والرضا بالعيب المسقط لحق الخيار قد يكون صريحاً بالقول كأن يقول الزوج السليم: رضيت بالعيب. وقد يكون الرضا ضمناً ودلالة بفعل يدل على الرضا، وبهذا صرح المالكية، فعندهم قد يكون الرضا صريحاً بأن كان الرضا بالقول كأن يقول: رضيت. وقد يكون الرضا التزاماً - أي بفعل يستلزم حصول الرضا - مثل تمكين الزوج السليم من نفسه للمعيب. أو يكون الرضا ضمناً بأن تلذذ بصاحبه بعد اطلاعه على العيب (١٠٩٨٦).

٩٠٢٩ - ب: عند الحنابلة:

الرضا المسقط لحق الخيار بالعيب عند الحنابلة قد يكون هذا الرضا صريحاً بالقول كقوله: أسقطت الفسخ أو رضيت بالعيب. وقد يكون الرضا بفعل يدل على الرضا ويتضمنه مثل الوطاء إذا كان الخيار للزوج؛ لأنه يدل على رغبته فيها ورضاه بها بالرغم من العيب فيها - أي بزوجه -، ومن الفعل الدال على الرضا: تمكين الزوجة زوجها من وطئها إن كان الخيار لها؛ لأنه دليل رغبته فيه. وهذا الرضا بنوعيه الصريح والضمني المسقط لحق الخيار مشروط بالعلم بالعيب. ويلاحظ هنا أن خيار الفسخ في العنة لا يسقط بغير قول امرأة العنين أسقطت حقي في الفسخ أو رضيت به عنياً ولا يعتبر تمكينها لزوجها من الوطاء رضا به؛ لأن تمكينه من وطئها لتعلم أزالته عنته أم لا (١٠٩٨٧).

٩٠٣٠ - الشرط الثالث: سلامة طالب التفريق من العيب:

وهل يشترط في طالب التفريق بالعيب سلامته من العيب، أم ليس هذا بشرط؟ بمعنى أن لكل من الزوجين طلب التفريق بعيب في الآخر وإن كان هو - طالب التفريق - مصاباً بالعيب؟ في هذا الشرط تفصيل عند الفقهاء نوجزه ببيان ما عند المذاهب المختلفة في هذه المسألة.

(١٠٩٨٥) «شرح الأزهار» ج ٢، ص ٢٩٤.

(١٠٩٨٦) «الشرح الكبير» للدردير، ج ٢، ص ٢٧٧، «الشرح الصغير» للدردير، ج ١، ص ٤٢٤.

(١٠٩٨٧) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٥، «شرح منتهى الإرادات» ج ٣، ص ٨٨-٨٩.

٩٠٣١ - أولاً: مذهب الحنابلة:

الحالة الأولى: اختلاف العيين في الزوجين:

إذا وجد أحد الزوجين في الآخر عيباً وكان هو به عيب من غير جنس عيب صاحبه كالأبرص يجد الزوجة مجنونة أو مجذومة، فلكل واحد من الزوجين الخيار في فسخ النكاح لوجود سببه. ويستثنى من هذه القاعدة أن يجد المجهوب زوجته رتقاء فلا يثبت لهما الخيار؛ لأن عيب كل منهما ليس هو المانع للآخر من الاستمتاع، وإنما المانع هو عيب نفسه (١٠٩٨٨).

٩٠٣٢ - الحالة الثانية: تماثل العيين في الزوجين:

أن يجد أحد الزوجين في الآخر عيباً مثل العيب الذي هو فيه، ففيه وجهان:
الأول: لا خيار لهما لأنهما متساويان بكونهما معينين، ولا مزية لأحدهما على الآخر فأشبهها الصحيحين.

الثاني: لكل منهما الخيار لوجود سبب الخيار، وهو العيب وإن كان في كل منهما (١٠٩٨٩).

٩٠٣٣ - ثانياً: مذهب المالكية:

وعندهم اختلاف وتفصيل بين فقهاء المذهب، ففي «الشرح الكبير» للدردير يثبت خيار فسخ النكاح لكل من الزوجين إذا وجد بصاحبه عيباً ولو كان هو معيباً أيضاً، فعليه لا يمنعه من طلب الفسخ (١٠٩٩٠). ويوضح الفقيه الدسوقي هذه المسألة بقوله: «سواء كان عيبه - عيب طالب الفسخ - من جنس عيب صاحبه أو من غير جنسه، كما صرح به الرجراجي وهو ظاهر اطلاق ابن عرفة. وللخمي تفصيل ونصه: وإن اطلع كل واحد من الزوجين على عيب في صاحبه مخالف لعيبه بأن تبين أن به جنوناً وبها جذام أو برص أو داء فرج، كان لكل واحد منهما القيام بحقه من خيار الفسخ للعيب. وأما إن كانا من جنس واحد كجذام أو برص أو جنون صرع، فإن له القيام بحقه من الخيار دونها؛ لأنه بذل مهراً لزوجة سالمة فوجدها ممن يكون مهرها أقل من ذلك للعيب الذي فيها. قال الدسوقي قال شيخنا: والأول أظهر لأن المدرك هو الضرر (١٠٩٩١).

(١٠٩٨٨) (المغني) ج٦، ص٦٥٣.

(١٠٩٨٩) (المغني) ج٦، ص٦٥٣.

(١٠٩٩٠) (الشرح الكبير) للدردير، ج٢، ص٢٧٧.

(١٠٩٩١) (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج٢، ص٢٧٧).

٩٠٣٤ - ثالثاً: مذهب الشافعية:

جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ولا فرق في ثبوت الخيار فيما ذكر من العيوب بين أن يجد أحد الزوجين بالآخر مثل ما به من العيب أو لا. وقيل إن وجد مثل عيبه من الجذام أو البرص قدراً وفحشاً، فلا خيار له لتساويهما. ولكن يجاب عن هذا بأن الإنسان يعاف من غيره مالا يعاف من نفسه. أما إذا كان العيب في أحدهما أكثر أو أفحش، أو اختلف العيبان في الجنس، فإن الخيار يثبت لكل منهما قطعاً^(١٠٩٩٢)».

وفي «المهذب» للشيرازي: «وإن وجد أحدهما بالآخر عيباً وبه مثله بأن وجده أبرص وهو أبرص ففيه وجهان: (أحدهما): له الخيار؛ لأن النفس تعاف عيب غيرها وإن كان بها مثله. (الثاني) لا خيار له لأنهما متساويان في النقص، فلم يثبت لهما الخيار^(١٠٩٩٣)».

والظاهر أن فقهاء الشافعية المتأخرين أخذوا بالوجه الأول كما ذكرنا عن صاحب «مغني المحتاج» وهو من فقهاء المتأخرين.

٩٠٣٥ - رابعاً: مذهب الزيدية:

وعندهم يثبت الخيار بالعيب لكل من الزوجين إذا وجد في صاحبه عيباً يجيز الفسخ، سواء كان هو معيباً بمثله أو لم يكن، فقد جاء في «شرح الأزهار» في فقه الزيدية: «وإن عمهما العيب متفقاً أو مختلفاً، فلكل منها الخيار كأن يكونا مجذومين أو أبرصين أو مجنونين فإن ذلك لا يمنع من الفسخ^(١٠٩٩٤)».

٩٠٣٦ - الشرط الرابع: الفورية في طلب التفريق:

وإذا كان لأحد الزوجين أو كليهما حق طلب التفريق للعيب - أي خيار الفسخ - فهل يشترط الفورية في طلب التفريق حتى يقع التفريق أو ليس بهذا شرطاً؟ فيجوز على التراخي كما يجوز على الفور؟ اختلاف بين الفقهاء في المذاهب المختلفة، فمنهم من اشترط الفورية، ومنهم من لم يشترطها، ونبين أقوالهم فيما يلي:

٩٠٣٧ - القول الأول: اشتراط الفورية:

وأصحاب هذا القول يشترطون الفورية في طلب التفريق للعيب وإلا سقط الحق في التفريق

(١٠٩٩٢) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٣.

(١٠٩٩٣) «المهذب وشرحه المجموع» ج ٥، ص ٤٢٢.

(١٠٩٩٤) «شرح الأزهار» ج ٢، ص ٢٩٦.

للعيب. ومن القائلين بهذا القول الشافعية والجعفرية ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم:

٩٠٣٨ - أقوال الشافعية في شرط الفورية:

أ : جاء في «مغني المحتاج»: «والخيار في الفسخ بهذه العيوب إذا ثبت يكون على الفور؛ لأنه خيار عيب، فكان على الفور كما في البيع. والمعنى بكونه على الفور أن المطالبة والرفع إلى الحاكم يكونان على الفور ولا ينافي ذلك ضرب المدة في العنة فإنها حينئذٍ تتحقق، وإنما يؤمر بالمبادأة إلى الفسخ بعد تحقق العيب. ولو ادعى جهل الفورية، فقياس ما تقدم في الرد بالعيب أنه يقبل لخفائه على كثير من الناس. ولو قال أحدهما: علمت بعيب صاحبي وجهلت الخيار قبل قوله بيمينه إن أمكن وإلا فلا» (١٠٩٩٥).

ب : وفي «نهاية المحتاج»: «والخيار المقتضي للفسخ. يعيب ما مر، بعد تحققه، وهو في العنة بمضي سنة، وفي غيرها بثبوته عند الحاكم، على الفور كما في البيع بجامع أنه خيار عيب فيبادر بالرفع للحاكم» (١٠٩٩٦).

ج : وفي «المهذب» للشيرازي: «والخيار في هذه العيوب على الفور؛ لأنه خيار ثبت بالعيب، فكان على الفور كخيار العيب في العيب» (١٠٩٩٧).

٩٠٣٩ - أقوال الجعفرية في شرط الفورية:

جاء في «الروضة البهية» في فقه الجعفرية: «وخيار العيب على الفور عندنا اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع الضرورة، فلو أخرج من إليه الفسخ مختاراً مع علمه بها يبطل خياره، سواء الرجل أو المرأة. ولو جهل الخيار أو الفورية فالأقوى أنه عذر فيختار بعد العلم على الفور وكذا لو نسيهما» (١٠٩٩٨).

٩٠٤٠ - القول الثاني: لا تسترط الفورية:

وأصحاب هذا القول لا يشترطون الفورية في طلب التفريق للعيب، فيجوز طلب التفريق فوراً كما يجوز على التراخي. ومن القائلين بهذا القول الحنابلة والمالكية والحنفية والزيدية، ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم.

(١٠٩٩٥) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٣.

(١٠٩٩٦) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٢٠٦.

(١٠٩٩٧) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٥، ص٤٢٨.

(١٠٩٩٨) «الروضة البهية» ج٢، ص١٢٦.

٩٠٤١ - من أقوال الحنابلة :

جاء في «المغني»: إن خيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط ما لم يوجد ممن ثبت له ما يدل على الرضا به من القول أو الاستمتاع من الزوج أو التمكين من المرأة. وذكر القاضي الحنبلي أن خيار العيب على الفور، فمتى أخطر الفسخ مع العلم بالعيب وإمكان طلبه، بطل خياره؛ لأنه خيار الرد بالعيب، فكان على الفور كالذي في البيع. ولكن ابن قدامة الحنبلي ردّ على هذا القول بقوله: إن الخيار للعيب ثبت لدفع ضرر متحقق، فكان على التراخي كخيار القصاص^(١٠٩٩).

٩٠٤٢ - من أقوال المالكية :

وعندهم، أن خيار الفسخ، فسخ النكاح، للعيب يثبت لصاحبه على التراخي ولا يسقط إلا بما يدل على الرضا بالعيب من قول أو فعل صراحة أو دلالة^(١١٠٠).

٩٠٤٣ - من أقوال الحنفية :

جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «إن علمت المرأة وقت النكاح أنه عين لا يصل إلى النساء لا يكون لها حق الخصومة، وإن لم تعلم وقت النكاح وعلمت بعد ذلك كان لها حق الخصومة، ولا يبطل حقها بترك الخصومة وإن طال الزمان ما لم ترض بذلك، كذا في «فتاوى قاضيخان»^(١١٠١).

٩٠٤٤ - من أقوال الزيدية :

جاء في «شرح الأزهار»: «وخيارهما - أي الزوجين - على التراخي لا على الفور، فلو علم بالعيب ولم يفسخ من حينه لم يبطل خياره، بل له أن يفسخ متى شاء ما لم تحدث منه قرينة رضا بذلك العيب»^(١١٠٢).

٩٠٤٥ - القول الراجح :

والراجح من القولين أن خيار الفسخ للعيب يثبت لمستحقه على التراخي، فلا يشترط الفورية فيه، وقياسه على خيار العيب في البيع غير سديد؛ لأن النكاح غير البيع؛ ولأن الأصل

(١٠٩٩) «المغني» ج ٦، ص ٦٥٤.

(١١٠٠) «فرق الزواج» لأستاذنا الشيخ علي الخفيف، ص ٢٧٢.

(١١٠١) «الفتاوى الهندية» ج ١، ص ٥٢٤.

(١١٠٢) «شرح الأزهار» ج ٢، ص ٢٩٣-٢٩٤.

في النكاح اللزوم، ورغبة الشرع فيه البقاء والاستمرار لا الفسخ والانقطاع؛ ولأن حقّ الفسخ رخصة لمستحقه من الزوجين، وقد يحتاج مستحق هذه الرخصة لا سيما الزوجة إلى التأمل والصبر والانتظار إلى بعض الوقت لمصلحة يراها صاحب حقّ الفسخ وهو أعرف بمصلحته من غيره، ولا يترتب على التراخي ضرر.

المطلب الثاني

إجراءات التفريق للعب

٩٠٤٦ - تمهيد، ومنهج البحث:

إذا اختار من له حقّ فسخ النكاح من الزوجين، فعليه أن يطلب ذلك من القاضي بدعوى يرفعها إليه. ثم إن القاضي يسير في هذه الدعوى وينظرها وفق إجراءات معينة حتى يصدر حكمه فيها.

وعلى هذا، نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: رفع دعوى التفريق.

الفرع الثاني: إجراءات القاضي في دعوى التفريق.

الفرع الأول

رفع دعوى بالتفريق

٩٠٤٧ - هل يلزم رفع دعوى بالتفريق إلى القاضي:

إذا اختار التفريق من له خيار فسخ النكاح للعب من الزوجين، فهل يلزمه أن يرفع دعوى بذلك إلى القاضي ليصدر حكمه بفسخ النكاح والتفريق بين الزوجين، أو لا يلزمه ذلك ويستطيع من له حقّ الفسخ أن يفسخ النكاح بإرادته أو باتفاقه مع الزوج الآخر؟ ذهب جمهور الفقهاء إلى ضرورة رفع دعوى بطلب التفريق إلى القاضي حتى تقع الفرقة بين الزوجين بحكم منه، وذهب بعض الفقهاء إلى عدم الحاجة إلى رفع دعوى بالتفريق إلى القاضي، وبعضهم اشترط الرفع إلى القاضي عند عدم التراخي بين الزوجين على فسخ النكاح، وكل هذا يتبين من عرض أقوال المذاهب المختلفة.

٩٠٤٨ - القول الأول: التفريق بحكم الحاكم:

وأصحاب هذا القول يرون أن فسخ النكاح لعب في أحد الزوجين يحتاج هذا الفسخ إلى

حكم من الحاكم؛ لأن الفسخ للعيب مختلف فيه ومجتهد منه، فلا بدّ من حكم الحاكم؛ لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف في المسائل الاجتهادية. والحاكم إنما يصدر حكمه في فسخ النكاح إذا رفعت إليه دعوى بطلب الفسخ، فكان رفع دعوى التفريق للعيب إلى الحاكم إجراء لا بدّ منه لوقوع فسخ النكاح والتفريق بين الزوجين. وأصحاب هذا القول هم جمهور الفقهاء، ومنهم الحنابلة والشافعية والمالكية والحنفية، ونذكر بعض أقوالهم فيما يلي:

٩٠٤٩- أ : من أقوال الحنابلة:

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «ويحتاج الفسخ - فسخ النكاح للعيب - إلى حكم حاكم؛ لأنه مجتهد فيه، فهو كفسخ العنة والفسخ للإعسار بالفقهاء» (١١٠٣).

وفي شرح «منتهى الإرادات» في فقه الحنابلة أيضاً: «ولا يصح فسخ من له الخيار بلا حكم حاكم؛ لأنه فسخ مجتهد فيه فيفسخه الحاكم بطلب من له الخيار، أو يرده إلى من له الخيار فيفسخه» (١١٠٤).

٩٠٥٠- ب : من أقوال الشافعية:

جاء في «المهذب»: «ولا يجوز الفسخ إلا عند الحاكم» (١١٠٥). وفي «مغني المحتاج»: «ويشترط في الفسخ بعيب العنة رفع إلى حاكم جزماً ليفعل ما سيأتي بعد ثبوتها - أي ثبوت العنة -، وكذا سائر - أي باقي العيوب السابقة يشترط في الفسخ بكل منها الرفع إلى الحاكم في الأصح؛ لأنه مجتهد فيه فأشبهه الفسخ بالإعسار» (١١٠٦).

٩٠٥١- ج : من أقوال المالكية:

جاء في «الشرح الصغير» للدردير: «وأجل المعترض (بفتح الراء) وهو من اتصف بالاعتراض أي عدم انتشار الذكر، سنة من يوم الحكم لا من يوم الرفع - أي إلى الحاكم -؛ لأنه قد يتقدم على يوم الحكم» (١١٠٧).

٩٠٥٢- د : من أقوال الحنفية:

جاء في «الفتاوى الهندية»: «إن اختارت الفرقة أمر القاضي أن يطلقها طليقة بائنة فإن أبي

(١١٠٣) «المغني» ج ٦، ص ٦٥٤.

(١١٠٤) «شرح منتهى الإرادات» ج ٣، ص ٨٩.

(١١٠٥) «المهذب وشرحه المجموع» ج ١٥، ص ٤٢٨.

(١١٠٦) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٥.

(١١٠٧) «الشرح الصغير» للدردير، ج ١، ص ٤٢٦.

فرق بينهما . ولو وجدت المرأة زوجها محبوباً خيّرهما القاضي للحال^(١١٠٨). ومن الواضح أن القاضي إنما يأمر بالتطليق أو يخير المرأة، إنما يفعل ذلك في دعوى فسخ النكاح للعيب المرفوعة إليه.

٩٠٥٣ - القول الثاني: لا يحتاج فسخ النكاح إلى حكم الحاكم:

وهذا قول الجعفرية، فقد جاء في «الروضة البهية»: «وخيار العيب للفور ولا يشترط فيه الحاكم؛ لأنه حقّ ثبت فلا يتوقف عليه كسائر الحقوق خلافاً لابن الجنيّد»^(١١٠٩). ومعنى ذلك لا حاجة إلى رفع دعوى بالتفريق إلى الحاكم لإيقاع فسخ النكاح والحكم بالتفريق بين الزوجين، ومعنى ذلك أيضاً أن الزوج السليم هو يوقع الفرقة ويفسخ النكاح بعيب في الزوج الآخر. ولكن في فسخ النكاح لكون الزوج عنيباً يشترط الحاكم لضرب الأجل وليس لإيقاع الفرقة، فقد جاء في «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية: «يجوز للرجل الفسخ دون إذن الحاكم وكذا المرأة. نعم مع ثبوت العنن «العنة» يفتقر إلى الحاكم لضرب الأجل، ولها التفرد بالفسخ عند انقضائه وتعذر الوطاء»^(١١١٠).

٩٠٥٤ - القول الثالث: الفسخ بالتراضي وإلا فيحكم الحاكم:

وهذا مذهب الزيدية، فعندهم يصح فسخ النكاح للعيب بالتراضي بين الزوجين، فإن تعذر ذلك فلا بد من رفع الدعوى به إلى الحاكم فقد جاء في شرح الأزهار: «ويصح الردّ - فسخ النكاح - بالعيب بالتراضي أي بأن يتراضيا - أي الزوجان - على الفسخ، فلا يحتاج إلى حكم حيثئذٍ، وإن لم يقع بين الزوجين تراض بالفسخ، بل تشاجرا فبالحاكم أي لا يصح الفسخ إلا بأن يحكم به الحاكم، وهكذا ذكر المحصلون للمذهب»^(١١١١). وحكي في الزوائد للقاسم والهادي والناصر أنه لا يحتاج إلى حكم حاكم مطلقاً، أي سواء تراضيا على الفسخ أو لم يتراضيا، وقد ردّ على هذا القول بأن المسألة فيها خلاف، فلا بدّ من حكم الحاكم^(١١١٢).

٩٠٥٥ - الراجع في شرط رفع الدعوى:

أولاً: بالنسبة للزوجة:

(١١٠٨) «الفتاوى الهندية» ج ١، ص ٥٢٤، ٥٢٥.

(١١٠٩) «الروضة البهية في فقه الجعفرية» ج ٢، ص ١٢٦.

(١١١٠) «شرائع الإسلام» ج ٢، ص ٣٢٠.

(١١١١) «شرح الأزهار» ج ٢، ص ٢٩٤.

(١١١٢) «شرح الأزهار» ج ٢، ص ٢٩٤.

والقول الراجح في شرط رفع الدعوى بفسخ النكاح للعيب لزوم هذا الشرط وضرورته، فلا يصح فسخ النكاح بدون رفع الدعوى إلى القاضي وصدور حكم منه بالفسخ أو برّد الدعوى وهذا إذا كان صاحب الحقّ في الفسخ هو الزوجة؛ لأن الزوجة في الأصل لا تملك إيقاع الفرقة؛ ولأن الفسخ بالعيب مختلف فيه بين الفقهاء وحكم الحاكم يرفع الخلاف.

٩٠٥٦ - ثانياً: بالنسبة للزوج:

وإذا كان الخيار للزوج في التفريق للعيب، وقلنا إن الواقع بهذا الخيار طلاق لا فسخ، فلا يحتاج إلى حكم الحاكم، ولا إلى رفع الدعوى به؛ لأن الزوج يملك إيقاع الطلاق ابتداءً، فإذا فسخ النكاح لعيب في الزوجة بلفظ «الفسخ» أو بما يدل على الفسخ، فإن قوله هذا يحمل على الطلاق وإن ما تلفظ به من لفظ الفسخ ونحوه هو كناية عن الطلاق، والطلاق يقع بالكنايات. أما إذا قلنا بأن خيار الزوج في إيقاع الفرقة للعيب يعني فسخ النكاح، أي أن الواقع به فسخ لا طلاق، ففي هذه الحالة لا بد من رفع الدعوى إلى القاضي لإصدار حكم بفسخ النكاح والتفريق بين الزوجين؛ ولأن حكم الحاكم يرفع الخلاف في وقوع الفسخ بعيب أحد الزوجين.

الفرع الثاني

إجراءات القاضي في دعوى التفريق

٩٠٥٧ - أولاً: مذهب الحنفية

أ : إذا كان الزوج عتياً^(١١٠١٣):

إذا رفعت الزوجة دعوى التفريق لعنة زوجها، وأدعت لدى القاضي أن زوجها عتياً وطلبت التفريق لهذا السبب، فإن القاضي يسأل الزوج هل وصل إليها أو لم يصل؟ فإن أقر أنه لم يصل إليها أجله سنة، سواء كانت الزوجة بكرًا أو ثيبًا. وإن أنكر الزوج أنه عتياً وأدعى الوصول إليها ينظر: فإن كانت الزوجة ثيبًا فالقول قوله مع يمينه أنه وصل إليها لأن الثيابة دليل الوصول إلى الزوجة في الجملة، والمانع من الوصول من جهته عارض؛ لأن الأصل هو السلامة عن العيب، فكان الظاهر شاهداً له إلا أنه يستحلف دفعاً للتهمة. وإن قالت أنا بكر أمر القاضي بإرائتها للنساء، ونظر امرأة واحدة يكفي وامرأتان أو ثقب؛ لأن غلبة الظن بخبر أكثر من واحدة أقوى، فإن قلن: هي ثيب، فالقول قول الزوج مع يمينه لما قلنا: إن الثيابة دليل وصول الزوج إليها وإن

(١١٠١٣) «البدائع» ج ٢، ص ٣٢٢٣-٣٢٥، «الهداية والعناية وفتح القدير» ج ٣، ص ٢٦٣-٢٦٥، «الفتاوى الهندية» ج ١، ص ٥٢٣.

قلن هي بكر فالقول قولها من غير يمين؛ لأن البكارة فيها أصل، وقد تقوت شهادتهن بشهادة الأصل.

٩٠٥٨ - التأجيل لمدة سنة :

وإذا ثبت أنه لم يصل إليها إما بإقراره وإما بظهور البكارة أجله القاضي سنة لأنه ثبتت عنته، والعينين يؤجل سنة لإجماع الصحابة على ذلك؛ ولأن عدم وصوله إليها لعلّة معترضة ويحتمل أن يكون لعلّة أصلية، فلا بدّ من مدة يؤجل فيها العينين ليتبين لنا حاله، وقدرت هذه المدة بسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة: الشتاء والصيف والخريف والربيع، فإذا مضت السنة ولم يطأها تبين لنا أن عجزه لعلّة أصلية، وحتى إذا قلنا: إن عجزه لعلّة معترضة، فإن السنة في الحالتين تكفي لأن التفريق للعلّة منوط إما لغلبة الظن بعدم زوال عنته لكونها أصلية فيه أو لكونها بعلّة قديمة، ومضي سنة مع عدم وصوله إليها موجب لغلبة الظن هذه. . . وأما إذا كان التفريق للعلّة منوط بعدم إيفاء الزوج حقها بالوطء لأي سبب كان فالسنة جعلت غاية - أي جعلت أقصى مدة لصبر الزوجة على عنته - فهي مدة كافية لإمهالة فتكون معتبرة شرعاً. ولكن إذا كان الزوج مريضاً لا يقدر على الوطء فلا يؤجل مالم يصح وإن طال المرض.

٩٠٥٩ - تمديد التأجيل :

وإذا مضت السنة ولم يصل إليها وطلب الزوج تمديد المدة وإمهاله مهلة أخرى لايجاب طلبه إلا إذا رضيت الزوجة بذلك؛ لأن السنة جعلت غاية لإعذاره وإمهاله. وإذا رضيت الزوجة بإعطائه مهلة أخرى، ثم رجعت عن ذلك جاز لها الرجوع.

٩٠٦٠ - وقت ابتداء سنة التأجيل :

وتبدأ سنة التأجيل من وقت الخصومة أي من وقت رفع الدعوى ويكون التأجيل بالسنة الشمسية لا القمرية. ويدخل في سنة التأجيل أيام شهر رمضان، وأيام حيض الزوجة ولا يعوض عنها.

٩٠٦١ - العوارض خلال سنة التأجيل :

أ : المرض :

إذا مرضت الزوجة أو مرض الزوج واستوعب المرض أيام السنة كلها، يعوض بسنة أخرى، وإن لم يستوعب المرض السنة كلها، فالقاعدة أن قليل مدة المرض يعتبر من مدة السنة، ولا يعوض عنها بخلاف المدة الكثيرة، والمدة القليلة عند محمد ما دون الشهر، والكثيرة هي الشهر وما فوقه. وعند أبي يوسف نصف الشهر وما دونه قليل والأكثر من نصف الشهر كثير.

٩٠٦٢ - ب : الحج :

إذا حجّت الزوجة حجة الإسلام بعد التأجيل لم يحتسب على الزوج مدة الحجّ، لأنه لا يقدر على منعها من حجة الإسلام - أي الفريضة - شرعاً، فلا يتمكن من وطئها في مدة الحجّ شرعاً.

وإن حجّ الزوج احتسبت المدة عليه؛ لأنه يقدر أن يخرجها مع نفسه أو يؤخر الحجّ؛ لأن جميع العمر وقته. وقال الإمام محمد: إن خاصمته وهو محرم يؤجل سنة بعد الإحلال من إحرام الحجّ؛ لأنه لا يتمكن من الوطء شرعاً مع الإحرام، فتبدأ المدة من وقت يمكنه الوطء فيه شرعاً وهو ما بعد الإحلال.

٩٠٦٣ - لا تأجيل في بعض الحالات :

إذا كانت زوجة العنّين رتقاء أو قرناء لا يؤجل؛ لأنه لا حقّ للزوجة في الوطء لوجود المانع منه فيها، فلا معنى للتأجيل. وإن كان الزوج صغيراً لا يجامع مثله والمرأة كبيرة ولم تعلم وطلبت التأجيل لا يؤجل، بل ينظر إلى سن البلوغ وعندئذ يؤجل سنة. وإن كان الزوج كبيراً أو مجنوناً وهو عتّين، قالوا: لا يؤجل، وكذا ذكر الإمام الكرخي الحنفي؛ لأن التأجيل للتفريق عند عدم الوصول إلى الزوجة، وفرقة العنّين طلاق والمجنون لا يملك الطلاق، وقد آيد الإمام الكاساني قول الإمام الكرخي، وقال: والصحيح ما ذكره الكرخي أنه لا يؤجل أصلاً لما ذكرنا.

٩٠٦٤ - الإجراءات بعد مضي سنة التأجيل :

الحالة الأولى: الاتفاق أو الاختلاف في الوطء :

إذا مضت مدة التأجيل وهي سنة، فإن اتفق الزوجان على أنه قد وصل إليها، فهي زوجته ولا خيار لها بعد ذلك. وإن اختلفا وأدعت الزوجة أنه لم يصل إليها وأدعى الزوج الوصول إليها، ينظر:

فإن كانت الزوجة ثيباً فالقول قوله مع يمينه لما قلنا سابقاً، وإن كانت بكرّاً نظر إليها النساء، فإن قلن هي بكر فالقول قولها، وإن قلن هي ثيب فالقول قوله لما ذكرنا.

٩٠٦٥ - الحالة الثانية - إذا لم يطأها :

وإذا ثبت أنه لم يطأها إما باعتراه وإما بظهور البكارة، فإن القاضي يخيّرهما فإن الصحابة - رضي الله عنهم - خيّرُوا امرأة العنّين ولنا فيهم قدوة حسنة، فإن شاءت اختارت الفرقة، وإن شاءت اختارت الزوج فبقيت معه في رباط الزوجية.

قلنا إذا مضت سنة التأجيل للعنين ولم يصل إليها فإن القاضي يخيرها في التفريق وعدمه وهذا هو حكم ثبوت الخيار لها أي يثبت لها بهذا الخيار طلب إيقاع التفريق أو الرضا بالزوج. فإن اختارت المقام مع الزوج بطل حَقَّها في طلب التفريق، ولم يبق لها خصومة في هذا النكاح من هذه الجهة لأنها رضيت بالعيب فسقط خيارها في التفريق. وإن اختارت الفرقة فرَّق القاضي بينهما إذ لا تقع الفرقة بنفس اختيارها الفرقة، بل لا بدُّ من تفريق القاضي. وفي ظاهر الرواية في مذهب الحنفية أن الفرقة تقع بنفس اختيار الزوجة التفريق بلا حاجة إلى تفريق القاضي، كما في خيار المُعتقة وخيار المُخيرة. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا تقع الفرقة ما لم يقل القاضي: فرقت بينكما. (وجه) رواية الحسن عن أبي حنيفة، أن هذه الفرقة فرقة بطلاق بلا خلاف بين الحنفية والمرأة لا تملك الطلاق، وإنما يملكه الزوج إلا أن القاضي يقوم مقام الزوج؛ ولأن هذه الفرقة يختص بسببها القاضي وهو التأجيل لأن التأجيل لا يكون إلا من القاضي، فكذا الفرقة المتعلقة به كفرقة اللعان. (وجه) ظاهر الرواية، أن الفرقة تقع بنفس اختيار الزوجة الفرقة بلا حاجة إلى تفريق القاضي هو أن تخيير الزوجة من قبل القاضي هو تفويض الطلاق إليها، فكان اختيارها الفرقة تفريقاً من القاضي من حيث المعنى وليس منها، والقاضي يملك ذلك لقيامه مقام الزوج.

٩٠٦٧ - ب: إذا كان الزوج خصياً أو خنثى عند الحنفية:

جاء في «البدائع»: «و المؤخذ والخصي في جميع ما وصفنا مثل العنين لوجود الآلة في حقهما فكانا كالعينين، وكذلك الخنثى»^(١١٠١٤)، وفي «الهداية» في فقه الحنفية أيضاً: «والخصي يؤجل كما يؤجل العنين؛ لأن وطأه مرجو»^(١١٠١٥).

٩٠٦٨ - ج: إذا كان الزوج محبوباً عند الحنفية:

وإذا عرف الزوج أنه محبوب إما بإقراره أو بالمسّ فوق الإزار، فإن كانت المرأة عالمة بحاله وقت النكاح، فلا خيار لها لرضاها بذلك، وإن لم تكن عالمة بحاله فإنها تُخَيَّر للحال، ولا يؤجل سنة كما يؤجل العنين؛ لأن التأجيل لرجاء الوصول إلى الزوجة، والمحبوب لا يرجى منه الوصول فلم يكن التأجيل مقيداً في حقه، فلا يؤجل ويفرق القاضي بينهما في الحال إذا طلب الزوجة ذلك^(١١٠١٦).

(١١٠١٤) «البدائع» ج ٢، ص ٣٢٧. (١١٠١٥) «الهداية وفتح القدير» ج ٣، ص ٢٦٥.

(١١٠١٦) «البدائع» ج ٢، ص ٣٢٧، «الهداية وفتح القدير» ج ٣، ص ٢٦٥، «الفتاوى الهندية» ج ١، ص ٥٢٥.

٩٠٦٩- وإذا وجدت زوجها الصغير مجبوراً وطلبت التفريق، فالقاضي يفرق بينهما بحضرتها في الحال ولا ينتظر بلوغه، ويكون الخصم عنه أبوه أو وصيه، فإن لم يكن له ولي ولا وصي فالجد خصم فيه، فإن لم يكن فالقاضي ينصب عنه خصماً، فإن جاء بيّنة يبطل بها حق المرأة في التفريق مثل رضاها بحاله، أو أنها كانت عالمة بحاله وقت عقد النكاح لم يفرق القاضي بينهما. وإن طلب ولي الصغير تحليفها اليمين حلفها القاضي فإن حلفت فرّق بينهما. ولو كانت الزوجة صغيرة زوجها أبوها فتبين أنه مجبور لا يفرق بينهما بخصومة الأب حتى تبلغ الزوجة، فتطلب التفريق^(١١١٧).

٩٠٧٠- د : إذا كان الزوج مجنوناً أو مجذوماً أو أبرص:

هذه العلل في الزوج من العيوب المجيزة للتفريق إذا طلبته الزوجة على رأي الإمام محمد صاحب أبي حنيفة خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف. فإذا رفعت الزوجة دعوى التفريق لجنون الزوج أو لجذامه أو لبرصه، فهل يحكم القاضي بالتفريق حالاً أم يؤجله كما يؤجل العنين؟ يبدو لي، إذا رجي شفاؤه من هذه العلل، فينبغي أن يؤجله القاضي مدة سنة، قياساً على العنين، فإن شفي خلال السنة فالنكاح على حاله وإن لم يشفَ وطلبت الزوجة التفريق، فرّق القاضي بينهما.

٩٠٧١- ثانياً: مذهب الشافعية:

جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «يثبت لواجد العيب من الزوجين الخيار في فسخ النكاح، لكن بعد ثبوت العيب عند القاضي»^(١١١٨). ومن الواضح أن ثبوت العيب عند القاضي يكون بطرق الإثبات الشرعية ومنها الإقرار والشهادة. فإذا ثبت العيب وطلب من له الحق بالفسخ من الزوجين، فسخ القاضي النكاح بحكم يصدره بالفسخ. ولكن للشافعية تفصيل في فسخ النكاح للعنة نذكره فيما يلي:

٩٠٧٢- كيفية ثبوت عنة العنين: ^(١١١٩):

قالوا: الشرط في سماع دعوى الزوجة بالتفريق لعنة زوجها، أن يكون الزوج مكلفاً وهي غير رتقاء ولا قرناء. فإذا سمعت دعوى التفريق هذه، فالعنة تثبت بإقرار الزوج بها أمام القاضي، أو بشهادة الشهود على إقراره بالعنة لا على العنة إذ لا اطلاع للشهود على ذلك. وكذلك تثبت

(١١٠١٧) «الفتاوى الهندية» ج ١، ص ٥٢٥.

(١١٠١٨) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٢.

(١١٠١٩) «نهاية المحتاج» ج ٦، ص ٢٠٨.

العنة بيمين الزوجة بعد نكول زوجها عن اليمين المسبوق بإنكاره في الأصح . والقول الثاني المقابل للقول الأصح في المذهب: لا تُردُّ عليها اليمين، ويُقضى عليه بنكوله.

٩٠٧٣ - إمهال العنين سنة:

إذا ثبتت عنة الزوج أمهله القاضي سنة لقضاء عمر - رضي الله عنه - بذلك، وحكي في هذا التأجيل الإجماع عليه . فإذا مضت السنة ولم يصل إلى زوجته علمنا أن عجزه عجز خِلقة . وتعتبر السنة قمرية لا شمسية . وإنما يمهل سنة بطلب من الزوجة؛ لأن الحق لها، فإن سكتت لم يمهل الزوج ويكون ابتداء السنة من قرار القاضي بالتأجيل وليس من وقت ثبوت العنة . وإذا مرضت الزوجة أو حبست السنة كلها لم تحسب هذه السنة على الزوج، وتستأنف له سنة أخرى^(١١٠٢).

٩٠٧٤ - الإجراءات بعد مضي سنة الإمهال: (١١٠٣):

إذا ثبتت عنة الزوج أمهله القاضي سنة كما قلنا، فإذا انقضت سنة التأجيل أو الإمهال ولم يطأها الزوج ولم تعتزل فيها، رفعته إلى القاضي مرة ثانية لامتناع استقلالها بالفسخ . وعليها أن ترفع أمرها إلى القاضي بعد مضي سنة الإمهال فوراً . فإذا قال الزوج للقاضي قد وطأت زوجتي في مدة الإمهال أو قال وطأتها بعد مضي السنة وكانت ثيباً حلفه القاضي إن طلبت الزوجة يمينه على وطئها، فإن حلف صدق بيمينه، وإنما يصدق بيمينه مع أن الأصل عدم الوطاء؛ لأن إقامة البينة على الجماع أمر عسير، والأصل السلامة ودوام النكاح، وإذا نكل عن اليمين حلفت الزوجة أنه لم يطأها، فإذا حلفت على ذلك أو أقرَّ هو بذلك استقلت هي بالفسخ، ولكن إنما تفسخ بعد قول القاضي لها: ثبتت العنة أو ثبت لك حق الفسخ فاختاري . وهذا على القول الأصح في المذهب، والقول الثاني في المذهب المقابل للقول الأصح يحتاج إيقاع الفسخ من قبلها إلى إذن القاضي لها بالفسخ؛ لأنه محل نظر واجتهاد فيفعله القاضي بنفسه أو يأذن فيه إليها.

٩٠٧٥ - إذا ادعت أنها بكر:

وإذا قالت لا تزال بكراً؛ لأن الزوج لم يطأها فإن القاضي يأمر بعرضها على النساء فإن شهد أربع نسوة على أنها بكر، فالقول قولها بأن الزوج لم يدخل بها؛ لأن الظاهر يشهد لها، وتأكدت شهادة النسوة بهذا الظاهر . وهل تحلف الزوجة مع ذلك أم لا؟ فيه وجهان . وقال ابن الرفعة: لا تحلف إلا أن يطلب الزوج يمينها، فإذا حلفت ثبتت عنته وثبت لها حق الفسخ، وإن نكلت

(١١٠٢٠) (نهاية المحتاج) ج ٦، ص ٢٠٨، «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٦-٢٠٧.

(١١٠٢١) (نهاية المحتاج) ج ٦، ص ٢٠٨-٢٠٩، «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٦-٢٠٧.

عن اليمين ردّت اليمين على الزوج بطلبها، فإن حلف ردّت دعواها وإن نكل ثبتت دعواها، وأوقع القاضي الفسخ بطلبها.

٩٠٧٦ - سقوط خيار الفسخ: (١١٠٣٣):

ولو رضيت الزوجة بعد انقضاء مدة الإمهال أو التأجيل بالمقام مع الزوج برباط الزوجية بطل حقّها في الفسخ، وكذا يبطل حقّها لو أجلته بعد المدة المضروبة له من قبل القاضي مدة كسهر على القول الصحيح في المذهب؛ لأن خيار الفسخ على الفور والتأجيل مفوت له. والقول الثاني المقابل للقول الصحيح في المذهب: لا يبطل خيار الفسخ بالتأجيل بعد تأجيل القاضي له مدة سنة؛ لأن الزوجة هي محسنة بتأجيلها، ولكن لا يلزمها هذا التأجيل فلها طلب الفسخ.

٩٠٧٧ - فسخ نكاح القرناء والرتقاء:

لم يذكر الشافعية كيفية فسخ النكاح لقرن أو رتق الزوجة، ولكن يمكن القول في ضوء القواعد العامة في إجراءات التقاضي أمام القاضي: إنها إذا أقرت بأنها قرناء أو رتقاء، أخذت بإقرارها وفسخ القاضي نكاحها. وكذلك لو شهد الشهود على إقرارها. وإذا أنكرت أنها قرناء أو رتقاء عرضت على النساء، فإن شهدن بعيها فسخ القاضي نكاحها وإلا فلا.

٩٠٧٨ - لا تجبر الزوجة على إزالة القرن والرتق:

قال الشافعية ليس للزوج إجبار زوجته الرتقاء على شق فرجها حتى يمكنه أن يطأها، ولكن لو شقته فعلاً فأمكن الوطء فلا خيار للزوج في الفسخ (١١٠٣٣) وقياساً على ما قالوه يمكن القول بأن الزوج لا يملك إجبار زوجته على إجراء عملية جراحية لإزالة (القرن) من فرجها، كما لا يملك إجبارها على شق فرجها.

٩٠٧٩ - ثالثاً: مذهب الحنابلة:

أ : بالنسبة للعنّين :

إذا أرادت الزوجة فسخ نكاحها لكون زوجها عنيّاً، ورفعت دعواها بذلك إلى القاضي، فإما أن ينكر الزوج ادّعاء الزوجة بأنه عنين، ولا بينة لها على كونه عنيّاً، وإما أن يقرّ الزوج بأنه عنين

(١١٠٢٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٧.

(١١٠٢٣) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٢.

أو يثبت ذلك بالبيّنة، ولكل من هاتين الحالتين: إنكار الزوج العتّة أو ثبوتها إجراءاتها وأحكامها الخاصة بها على النحو الذي نبيّنه فيما يأتي:

٩٠٨٠ - الحالة الأولى: إنكار الزوج العتّة وعدم ثبوتها:

إذا أنكر الزوج أنه عتّين ولا بينه على كونه عتّيناً، وادعى أنه قد وطأ زوجته المدّعية، فإما أن تصدّقه الزوجة بأنه قد وطأها، وإما أن تنكر ذلك، ولكلٍ من تصديقها وإنكارها حكمه الخاص به على النحو التالي:

٩٠٨١ - تصديق الزوجة زوجها بأنه قد وطئها:

إذا صدّق الزوجة زوجها بأنه قد وطأها، ولكن ادّعت بأنه وطأها مرة واحدة ثم عجز عن السوط بعد ذلك وصار عتّيناً، فهذا الدفع منها غير مقبول، لثبوت قدرته على السوط باعتراف الزوجة فلا يكون عتّيناً، فتردّ دعوها، وبهذا صرح الحنابلة، فقد جاء في «العدة شرح العمدة»: «وإن أصابها مرة لم يكن عتّيناً، فأكثرهم يقولون متى وطئ امرأته مرة ثم ادّعت عجزه ولم تسمع دعوها؛ لأنه قد تحققت قدرته على الوطأ في هذا النكاح» (١١٠٢٤).

وفي «كشاف القناع» في فقه الحنابلة أيضاً: «فإن اعترفت المرأة أنه وطأها في القبل ولو كان الوطأ في مرض يضرها فيه الوطأ، أو في حيض ونحوه كنفاس أو في إحرام، أو وهي صائمة، بطل كونه عتّيناً لزوال عتته بالوطأ» (١١٠٢٥).

٩٠٨٢ - إنكار الزوجة الوطأ وهي بكر:

وإذا أنكرت الزوجة ادّعاء زوجها بأنه قد وطأها، وهي بكر، فإن القاضي يأمر بعرضها على امرأة ثقة، وعلى أكثر من واحدة أحوط، للتأكد من بقاء بكارتها، فإن شهدت النسوة على بقاء بكارتها، أمهله القاضي مدة سنة للتأكد من عتته أو من زوالها؛ لأن بقاءها بكراً يدل على عدم الوطأ. وإن شهدن على أن بكارتها زالت فالقول قول الزوج؛ لأن البكارة تزول بالوطأ، فقد جاء في «العدة شرح العمدة»: «وإن ادّعى الوطأ فأنكرته - أي الزوجة - فإن كانت عذراء أوريت - أي عرضت علي على النساء الثقات - ورجع إلى قولهن، فإن شهدت أنها عذراء أجل سنة؛ لأن الوطأ يزيل عذرتها - أي بكارتها - فوجودها يدل على عدم السوط، وإن شهدن أن عذرتها زالت فالقول قوله لأنها تزول بالوطأ» (١١٠٢٦). وفي «كشاف القناع» «وإن ادّعى زوج وطئ بكر، فشهد

(١١٠٢٤) «العدة شرح العمدة في فقه الحنابلة» ص ٣٨٩-٣٩٠.

(١١٠٢٥) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٢.

(١١٠٢٦) «العدة شرح العمدة» ص ٣٨٩.

بُعذرتها - أي بكارتها - امرأة ثقة أجلسه القاضي سنة، والأحوط شهادة امرأتين ثقتين» (١١٠٢٧).

٩٠٨٣ - ادعاء الزوج أن البكارة عادت بعد زوالها بالوطأ:

وإذا ادعى الزوج أنه أزال بكارة زوجته بوطئه ولكن بكارة زوجته عادت بعد أن وطأها، فعلى الزوجة اليمين بأنه لم يطأها لاحتمال صدق زوجها، جاء في «كشاف القناع»: «وإن لم يشهد بالبكارة أحد فالقول قوله - أي قول الزوج - لأن الأصل السلامة. وعليها - أي الزوجة - اليمين إن قال الزوج قد أزلتها - أي البكارة - ولكنها عادت، لاحتمال صدقه لكنه خلاف الظاهر، فلذلك كان القول قولها بيمينها» (١١٠٢٨).

٩٠٨٤ - إنكار الزوجة الوطاء وهي ثيب:

وإذا أنكرت الزوجة أن زوجها وطأها وهي ثيب، فالقول قول الزوج مع يمينه، جاء في «العدة شرح العمدة»: «وإن ادعى الوطاء فأنكرته. . فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه؛ لأن هذا مما يتعذر إقامة البيّنة عليه، وجانبه - أي جانب الزوج أقوى فإن دعواه سلامة العقد وصحته؛ ولأن الأصل في الرجال السلامة وعدم العيوب، ويحلف على صحة ما قال؛ لأن قوله محتمل للكذب فرجحنا قوله بيمينه كما في سائر الدعاوى» (١١٠٢٩).

٩٠٨٥ - ادعاء الزوجة زوال بكارتها بغير الوطاء:

وإذا أنكر الزوج أنه عيّن وأنه دخل بزوجه وهي بكر وأزال بكارتها بوطئه، ولكن الزوجة ادّعت بأنه لم يدخل بها، و أن بكارتها زالت بغير وطئه، فالقول قول الزوج بيمينه لاحتمال صدقها، جاء في «كشاف القناع»: «وإن شهدت امرأة ثقة بزوالها - أي زوال بكارة الزوجة - بعد دعوى الزوج وطئها، لم يثبت له حكم العيّن في تأجيله سنة لبيان كذبها بشيوت زوال بكارتها. وعليه - أي على زوجها - اليمين إن قالت الزوجة زالت البكارة بغير وطئه لاحتمال صدقها» (١١٠٣٠).

(١١٠٢٧) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٢.

(١١٠٢٨) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٢-٦٣.

(١١٠٢٩) «العدة شرح العمدة» ص ٣٩٠.

(١١٠٣٠) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٢-٦٣.

٩٠٨٦ - الحالة الثانية: ثبوت عنة الزوج:

أ : تأجيل العنين سنة:

إن ادّعت الزوجة أن زوجها عنين لا يصل إليها فاعترف أنه لم يصل إليها. أو لم يعترف بذلك أمام القاضي ولكن شهد الشهود بأن قد أقرّ بعنته وبعجزه عن الوطاء، فإن القاضي يمهلها سنة ليتبين أمره وحاله، وإنما يمهلها ويؤجله القاضي مدة سنة لقول الصحابة بهذا التأجيل؛ ولأن العجز عن الوطاء قد يكون لعنته وقد يكون لمرضه، ومدة لإمهاله كافية لظهور وتبين حاله^(١١٠٣١).

٩٠٨٧ - ابتداء سنة التأجيل، وما يحتسب، ومالا يحتسب منها:

وسنة التأجيل سنة قمرية تبدأ من وقت ترافعه إلى القاضي، ولا يحتسب من سنة التأجيل ما اعتزلته الزوجة له بالنشوز أو بغيره؛ لأن المانع منها. ولكن مدة اعتزاله هو عنها بإرادته أو بسفره لحاجة أو لغير حاجة تحتسب عليه هذه المدة من مدة سنة التأجيل؛ لأنها جاءت من قبله وفعله^(١١٠٣٢).

٩٠٨٨ - ما نتيجة التأجيل:

أ : حصول الوطاء^(١١٠٣٣):

إذا ادّعى الزوج وطء زوجته خلال مدة التأجيل وصدّقت الزوجة بطل كونه عنيماً لزوال عنته بالوطء، وانتهت دعوى الزوجة بردها، ويكفي في زوال العنة بالوطء تغييب حشفة ذكر الزوج أو قدرها من مقطوع الحشفة مع انتشاره.

٩٠٨٩ - ب : الوطاء مرة واحدة:

وإذا ادّعى الزوج حصول الوطاء خلال مدة التأجيل ولكن الزوجة ادّعت أنه حصل مرة واحدة، ثم عجز عن الوطاء وبالتالي تريد الحكم بالتفريق، فالقاضي يردّ طلبها هذا ويردّ دعوى التفريق؛ لأن الزوج بوطئه ولو مرة واحدة، فقد ثبتت قدرته على الوطاء وزالت به عنته، فلم يبق وجه لدعواها بالتفريق وفسخ النكاح.

٩٠٩٠ ج : وطء غير الزوجة المدعية:

ولو ادّعى الزوج أنه وطء غير الزوجة المدعية كان يكون قد وطء زوجته الأخرى وصدّقت هذه

(١١٠٣١) «كشاف القناع» ج٣، ص٦٢.

(١١٠٣٢) «كشاف القناع» ج٣، ص٦٢.

(١١٠٣٣) «كشاف القناع» ج٣، ص٦٣.

الزوجة، أو صدقته الزوجة المدّعية، وأقر بأنه لم يطء زوجته المدّعية، فإن هذا الوطاء لا يدفع عنه دعوى الزوجة بالتفريق، لأن عنته لا تزول في حق المدّعية بوطء غيرها، وجاء في «كشاف القناع»: «فإن وطئها في نكاح سابق أو وطئ غيرها لم تزل العنة؛ لأنها قد تطرأ؛ ولأن حكم كل امرأة يثبت بنفسها، والفسخ لزوال الضرر الحاصل بعجزه عن وطئها وهو لا يزول بوطء غيرها» (١١٠٣٤).

٩٠٩١ - ادّعاء الوطاء وادّعاء الزوجة البكارة:

وإذا ادّعى الزوج أنه وطء زوجته خلال مدة التاجيل وأنكرت الزوجة ذلك وادّعت أنها لا تزال بكرًا، فالحكم هو على التفصيل الذي ذكرناه في الحالة الأولى من حالتَي العنين وهي حالة إنكاره العنة، وعدم ثبوتها (١١٠٣٥).

٩٠٩٢ - ادّعاء الوطاء وإنكار الزوجة وهي ثيب:

وإذا ادّعى الزوج أنه وطأها خلال مدة التاجيل وهي ثيب وأنكرت الزوجة الوطاء وإن كانت هي ثيبًا، فالقول قولها، فقد جاء في «كشاف القناع» إن أقر بعنته وأجله القاضي سنة وادّعى وطأها في المدة، فقولها إن كانت بكرًا وشهدت ببقاء بكارتها عملاً بالظاهر، وإن كانت ثيبًا وادّعى وطأها بعد ثبوت عنته وأنكرته فالقول قولها؛ لأن الأصل عدم الوطاء وقد انضم إليه وجود ما يقتضي الفسخ وهو ثبوت العنة (١١٠٣٦). ولذلك أجله القاضي لمدة سنة.

٩٠٩٣ - يؤجل العنين إذا كان مجنوناً:

وإذا كان الزوج مجنوناً وادّعت زوجته أنه عنين لا يصل إليها، أجله القاضي سنة، وهذا ما صرح به ابن عقيل الحنبلي - رحمه الله تعالى - وصوّته في «الإنصاف»، والحجة لهذا القول أن مشروعية ملك الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن الوطاء، وذلك يستوي فيه المجنون والعاقل (١١٠٣٧). وهذا الحكم في تأجيل الزوج العنين إنما هو في حالة ثبوت عنته، وهذا ما جاء في «المنتهى وشرحه» ففيه: «ومجنون ثبتت عنته كعاقل في ضرب المدة؛ لأن مشروعية الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن الوطاء، ويستوي فيه المجنون وغيره، فإن لم تثبت عنته لم تضرب له مدة» (١١٠٣٨).

(١١٠٣٤) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٢.

(١١٠٣٦) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٣.

(١١٠٣٥) الفقرات ١٣٠١، ١٣٠٢.

(١١٠٣٨) «شرح منتهى الإيرادات» ج ٣، ص ٨٦.

(١١٠٣٧) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٣.

٩٠٩٤ - إذا مضت سنة التأجيل ولم يَطأ المجنون:

وإذا أجل القاضي الزوج المجنون الذي ثبتت عنته، ومضت السنة وأدعت الزوجة عدم وصوله إليها لعجزه عن الوطء، فالقول قولها ولو كانت ثيباً؛ لأن قول المجنون لا حكم له (١١٠٣٩).

٩٠٩٥ - عجز الزوج عن الوطء لمعارض يزول:

وإذا كان عجز الزوج عن الوطء لمعارض يزول أو مرجو الزوال لم يؤجله القاضي؛ لأن التأجيل لعينين وهذا ليس بعينين، فقد جاء في «كشاف القناع»: «وإن علم أن عجز الزوج عن الوطء لمعارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم يضرب له القاضي مدة؛ لأنه ليس بعينين وعارضه يزول كما في الصغر أو مرجو الزوال كما في المرض» (١١٠٤٠).

٩٠٩٦ - العجز عن الوطء لمعارض لا يزول:

وإذا كان عجز الزوج عن الوطء لمعارض لا يزول أو لا يرجى زواله، أجله القاضي ونزله منزله العينين في أصل الخلق، جاء في «كشاف القناع»: «وإن كان عجزه عن الوطء لكبر أو مرض لا يرجى زواله ضربت له المدة - أي أجله القاضي سنة - كالخلقي - أي كالعجز الخلقي -؛ لأن عارضه لا يرجى زواله» (١١٠٤١).

٩٠٩٧ - ب : بالنسبة للمجبوب عند الحنابلة:

جاء في «كشاف القناع»: «إذا وجدت المرأة زوجها مجبوباً - أي مقطوع الذكر كله أو بعضه - بحيث لم يبق منه ما يَطأ به، فلها الفسخ في الحال». . . فإن جُبَّ بعض ذكره وأمكن وطؤه بالباقي فادّعه - أي ادّعى إمكان وطئه بالباقي من ذكره وأنكرته الزوجة قبل قولها بيمينها؛ لأنه يضعف بالقطع، والأصل عدم الوطء» (١١٠٤٢).

٩٠٩٨ - وإذا كان المقطوع من ذكر الزوج حشفة الذكر، فالذي يتحقق به الوطء منه تغيب

(١١٠٣٩) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٣.

(١١٠٤٠) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٣.

(١١٠٤١) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٣.

(١١٠٤٢) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦١، ويلاحظ هنا أن قولهم: «فلها الفسخ في الحال» في حال قطع الذكر كله أو بعضه بحيث لم يبق ما يَطأ به، لا يعني هذا أن الزوجة تفسخ النكاح بنفسها دون حاجة إلى الرجوع إلى القاضي ورفع دعوى بفسخ النكاح، فقد ذكرنا قول الحنابلة بأن الفسخ للعب يحتاج إلى حكم حاكم، انظر الفقرة ١٢٦٨، وعلى هذا فالمقصود بقولهم: «لها الفسخ في الحال» أي برفع الدعوى فإذا ثبت ادّعاؤها لم يؤجله القاضي كما يؤجل العينين، إذ لا فائدة من التأجيل.

قدر الحشفة في فرج الزوجة (١١٠٤٣).

٩٠٩٩ - بالنسبة للخصي عند الحنابلة:

وحكم الخصي من حيث الإجراءات التي تتخذ بحقه إذا رفعت زوجته الدعوى بفسخ النكاح، مثل حكم العنين وإن لم يذكر الحنابلة ذلك؛ لأن الخصي يعجز عن الوطء أو يضعف عنه جداً فهو كالعينين، جاء في «شرح منتهى الإرادات» في العيوب التي تختص بالرجل: «أو قطع خصيتاه أو رضت بيضتاه أو سُلَّت بيضتاه؛ لأن فيه - أي في الرجل الذي قطعت خصيتاه - نقصاً يمنع الوطء أو يضعفه» (١١٠٤٤).

٩١٠٠ - د : بالنسبة للعيوب الأخرى عند الحنابلة:

أما إجراءات الفسخ بالنسبة للعيوب الأخرى عند الحنابلة، فإن إثبات العيب المدعى به يخضع في إثباته لقواعد الإثبات العامة من إقرار صاحب العيب به ومن مشاهدة العيب كالجذام والبرص، وشهادة أهل الخبرة بأنه جذام أو برص.

٩١٠١ - الاختلاف في وجود العيب (١١٠٤٥):

وإذا اختلفا - الزوجان - في وجود العيب كما لو اختلفا في بياض في جسد المدعى عليه هل هو بهق أو برص، أو اختلفا في علامات الجذام مثل ذهاب شعر الحاجبين هل هو من الجذام أم لا، فإن كان للمدعي بينة من أهل الخبرة على ما يدعيه من عيب في الزوج الآخر المدعى عليه يشهدون له بما يدعيه، ثبت الادعاء بوجود العيب، وإن لم تكن للمدعي بينة على ما يدعيه من عيب في صاحبه - الزوج الآخر - وجب تحليف المنكر للحديث النبوي الشريف: «البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر». والقول قوله أي قول المنكر يمينه حيث لا بينة على عيبه.

٩١٠٢ - وإذا اختلفا في عيوب النساء تحت الثياب عرض القاضي الزوجة المدعى عليها على النساء الثقات للتأكد من العيب كالقرن والرتق، ويقبل قول امرأة ثقة واحدة ذات خبرة فيكتفى بشهادتها؛ لأنه محل حاجة والأحوط شهادة اثنتين. فإن شهدت بوجود العيب عمل بشهادتها، وإلا فالقول قول الزوجة في عدم وجود العيب؛ لأن الأصل السلامة منه.

(١١٠٤٣) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٣.

(١١٠٤٤) «شرح منتهى الإرادات» ج ٣، ص ٨٣.

(١١٠٤٥) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٣.

٩١٠٣ - تعقيب على قول الحنابلة في الاختلاف بشأن العيب:

والراجع في اختلاف الزوجين في وجود العيب الذي يدعيه المدعي الاستعانة بأهل الخبرة كالأطباء وبالنساء الثقات كالطبيبات فيما يخص العيوب الخاصة بالنساء أو المشتركة بينهما وبين الرجال، وأن لا يكتفي بشهود المدعي الذي يدعي بخبرتهم؛ لأن هذه العلة التي يراد فسخ النكاح بسببها يمكن معرفتها والتأكد من وجودها عن طريق أهل الخبرة من الأطباء فيجب الاستعانة بهم، وأرى أن يكون ذلك بقرار من القاضي بعرض صاحب العيب على طبيبين أو أكثر في عيوب الرجال، وطبيبتين أو أكثر على عيوب النساء. مع الأخذ بشهادتهم حول العيب من جهة رجاء زواله أو عدم هذا الرجاء، فإن رُجي زواله بمدة قصيرة لا تتجاوز السنة أجله القاضي قياساً على تأجيل العنين.

٩١٠٤ - ما يفعله القاضي بعد ثبوت العيب:

فإذا ثبت العيب سواء الذي استوجب الإمهال كالعنة، ومضت مدة الإمهال وبقي العيب، أو العيب الذي لا يستوجب الإمهال كالمقطوع ذكره - الم محبوب - بحيث لا يتأتى منه الوطء، وكذلك العيوب الأخرى التي يقرر أهل الخبرة الثقات أن لا رجاء في زوالها، فإن القاضي يُخَيِّرُ الزوجة في البقاء في الرابطة الزوجية أو فراق زوجها بفسخ النكاح، فإن اختارت فراقه فرَّقَ الحاكم بينهما، جاء في «العدة شرح العمدة»: «ومتى وجد أحد الزوجين الآخر مجنوناً أو أبرص أو مجذوماً، أو وجد الرجل المرأة رتقاء أو وجدته مجبوبة، فله فسخ النكاح إن لم يكن علم ذلك قبل العقد، ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم، وإن ادَّعت المرأة أن زوجها عَنِين لا يصل إليها فاعترف أنه لم يصبها أجل سنة منذ ترافعه، فإن لم يصبها خَيْرَت - أي خَيْرَها الحاكم - في المقام معه أو فراقه، فإن اختارت فراقه فرَّقَ الحاكم بينهما؛ لأن التفريق لا يجوز إلا بحكم حاكم» (١١٠٤٦).

وفي «كشاف القناع»: «ولا يصح فسخ في خيار العيب وخيار الشرط إلا بحكم حاكم» (١١٠٤٧).

٩١٠٥ - زوال العيب قبل تفريق القاضي يسقط الفسخ:

ومتى زال العيب قبل صدور حكم القاضي بفسخ النكاح للعيب، سقط حق الزوج الآخر في الفسخ لزوال سببه قبل اقتران حكم القاضي به، جاء في «كشاف القناع»: «ومتى زال العيب

(١١٠٤٦) «العدة شرح العمدة» ص ٣٨٨-٣٨٩.

(١١٠٤٧) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٦.

قبل الفسخ، فلا فسخ لزوال سببه كالمبيع يزول عيبه» (١١٠٤٨).

٩١٠٦ - رابعاً: مذهب المالكية:

رفع الدعوى إلى القاضي ودفعتها:

إذا ادعى أحد الزوجين على الآخر أن فيه عيباً يجيز فسخ النكاح، فدفع المدعى عليه الدعوى بأن المدعي كان عالماً بالعيب، أو أنه رضي به بعد علمه به وأنكر المدعي العلم والرضا، فله - أي للمدعي عليه - تحليف المدعي على عدم علمه بالعيب ورضاه به بعد علمه، فإن حلف المدعي ثبت له خيار الفسخ، وإن نكل عن الحلف رد القاضي اليمين على المدعي عليه، فإن حلف ردّت الدعوى، وإن نكل عن اليمين ثبت للمدعي خيار الفسخ (١١٠٤٩).

٩١٠٧ - وسائل الوقوف على العيب:

إن ادعى الرجل عيباً في زوجته في فرجها، وأنكرت ذلك قرر الحاكم إراءتها إلى النساء ليشهدن بوجوده إن وجدن العيب كالرتق، أو ليشهدن بعدم وجوده إن لم يجدن العيب المدعى به، وإن ادعت الزوجة عيباً في زوجها مما ينفرد به الرجال، فأما الم محبوب وهو المقطوع الذكر والأنثيين، والخصي وهو المقطوع أحدهما فيعرفان بالجسّ على الثوب، وكذلك الحصور وهو المخلوق بغير ذكر أو بذكر صغير جداً لا يتأتى إيلاجه. وأما العنين أو المعترض فإن أنكر فهو مُصدّق (١١٠٥٠).

٩١٠٨ - القاضي يضرب الأجل للمعيب (١١٠٥١).

ويضرب القاضي الأجل للمعيب إذا ثبت عيبه، وكان عيبه من العيوب المشتركة بين الرجال والنساء، أو كان من العيوب المختصة بالرجال إذا رُجي برؤها، وإلا فلا فائدة من التأجيل وللزوجة مدة الأجل النفقة على زوجها.

٩١٠٩ - مدة الأجل للزوج:

ومدة الأجل للزوج سنة قمرية من يوم قرار القاضي بها لا من يوم رفع الدعوى، فإن لم

(١١٠٤٨) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٥.

(١١٠٤٩) «الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي» ج ١، ص ٤٢٤.

(١١٠٥٠) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزى المالكي، ص ٢٣٨.

(١١٠٥١) «الشرح الصغير» للدردير وحاشية الصاوي» ج ١، ص ٤٢٥-٤٢٧، و«الشرح الكبير» للدردير، ج ٢،

ص ٢٨٠-٢٨٢.

بترافعا وتراضيا على التأجيل فمن يوم التراضي . وإذا مرض الزوج بعد قرار التأجيل ، فعند الإمام اصبح ، إن عم المرض السنة استؤنفت له ، وإن مرض بعض السنة لم يعوض عن أيام مرضه . وقال الفقيه ابن رشد المالكي : يعوض عن أيام مرضه ، ويزاد على مدة التأجيل بقدر أيام مرضه إن كان مرضه شديداً^(١١٠٢) .

٩١١٠ - ما يفعله القاضي بعد إمهال الزوج العنين^(١١٠٣) :

وإذا أمهل القاضي الزوج العنين بأن ضرب له أجلاً معيناً ، فأدعى الوطاء في مدة التأجيل ، ي فإن القاضي يصدقه بيمينه ، فإن نكل عن اليمين حلفت الزوجة أنه لم يطأها ، وفرق القاضي بينهما قبل انقضاء سنة التأجيل إذا أرادت الزوجة ذلك . وإن نكلت الزوجة عن الحلف كما نكل هو بقيت المدة إلى تمام الأجل أي إلى تمام السنة ؛ فإن لم يدع الوطاء بعد تمام السنة وطلبت الفراق ، أمره الحاكم بتطليقها فإن طلق فيها ، وإن لم يطلقها وأمتنع عن طلاقها فالمشهور أن الحاكم يطلقها بأن يقول : طلقته عليك ، أو هي طالق منك ، أو نحو ذلك . وفي قول آخر في المذهب أن الحاكم يأمرها بإيقاع الطلاق بأن تقول : طلق نفسي منه ، أو نحو ذلك .

٩١١١ - الخيار للزوجة بعد مضي سنة التأجيل^(١١٠٤) :

وإذا مضت سنة التأجيل دون أن يطأها الزوج ، فللزوجة الخيار في البقاء في الرابطة الزوجية والمقام مع زوجها للتروي والتأمل والنظر في أمرها مدة معينة أو مطلقاً ودون حاجة إلى أن يحدد القاضي لها مدة معينة ، ولها أن ترجع عن رضاها بالبقاء معه وتطلب من القاضي التفريق .

٩١١٢ - خيار زوجة المجذوم بعد مضي مدة التأجيل :

أما زوجة المجذوم إذا طلبت فراقه ، فأجله القاضي على أمل شفائه ، وبعد انقضاء الأجل الذي عينه القاضي دون شفائه ، ورضيت الزوجة بالمقام معه فلها ذلك ، فإذا أرادت الرجوع عن رضاها والعودة إلى طلب التفريق منه ، فينظر : فإن كانت قد قيدت مقامها معه مدة معينة ، ففي هذه الحالة يكون لها طلب الفراق دون حاجة إلى أجل ثانٍ للزوج من قبل القاضي . وإن لم تقيد مقامه معها بمدة معينة ، بل رضيت بالمقام معه أبداً ثم أرادت الفراق ، فقد قال ابن القاسم : ليس لها ذلك إلا أن يزيد الجذام ، وقال أشهب : لها ذلك وإن لم يزد الجذام^(١١٠٥) . ويمكن

(١١٠٥٢) «الشرح الكبير» للدردير، ج ٢، ص ٢٨٠-٢٨٢ .

(١١٠٥٣) «الشرح الصغير» للدردير، «وحاشية الصاوي» ج ١، ص ٤٢٦ .

(١١٠٥٤) «الشرح الصغير» للدردير، «وحاشية الصاوي» ج ١، ص ٤٢٦ .

(١١٠٥٥) «وحاشية الصاوي على الشرح الصغيرة للدردير» ج ١، ص ٤٢٦ .

أن يقاس البرص ونحوه على ما قالوه في الجذام بالنسبة لزوجة المجذوم.

٩١١٣ - الإمهال للزوجة المعيبة:

وإذا ادعى الزوج بعيب في زوجته وأراد التفريق للعيب، فإن القاضي يمهلها في أي عيب من العيوب المختصة بالنساء كالرتق حيث رُجِيَ زوال عيبها بالعلاج. ويقدر القاضي الأجل أي مدة الإمهال باجتهاده في ضوء ما يشير به أهل الخبرة وأهل المعرفة بالطب، ولكن لا تجبر الزوجة على التداوي والعلاج إذا أراد الزوج ورفضته الزوجة إن كان الرتق الذي فيها خلقته. وأما إذا طلبت الزوجة التأجيل للتداوي والعلاج إذا أراد الزوج ورفضته الزوجة إن كان الرتق الذي فيها خلقته. وأما إذا طلبت الزوجة التأجيل للتداوي والعلاج وكان الرتق فيها خلقته وأبى الزوج ذلك، فإن القاضي يجيب طلبها ويؤجلها ما دام لا يحصل بهذا التداوي والعلاج عيب فيها، فإن كان فلا بد من رضا الزوج^(١١٠٥).

٩١١٤ - خامساً: مذهب الزيدية^(١١٠٥):

أ : قالوا: يثبت الفسخ بالعتة إذا لم يطأها الزوج ولو مرة واحدة، فلو وطئها مرة واحدة ثم صار عاجزاً عن وطئها لم تستحق عليه فسخ النكاح.

ب : فإن لم يحصل منه وطء قط فإن الحاكم يؤجله مدة حتى يتبين حاله، وقد اختلفوا في تقدير مدة التأجيل، فقال بعضهم: هي سنة شمسية لا قمرية، وقال آخرون: إنها أقل من سنة، وقال غيرهم متروك تقديرها لاجتهاد القاضي، وإذا حصل ما يمنع من الوطء عادة غوض عن ذلك. وتحسب عليه أيام رمضان؛ لأنه يمكنه الوطء ليلاً، وكذا احتسب عليه أيام الحيض.

٩١١٥ - فإذا انقضت أيام الإمهال ولم يطأها الزوج، فهل يكفي فسخ النكاح من قبل الزوجة، أو لا بد من فسخ حاكم؟ فذهب بعضهم إلى عدم الحاجة إلى الحاكم، وقال آخرون: لا بد من حكم حاكم بالفسخ، ولا يكفي فسخها بنفسها وهو الأقرب والأولى؛ لأن المسألة خلافية.

٩١١٦ - سادساً: مذهب الجعفرية:

أ : الفسخ للعتة:

قالوا: يفسخ النكاح لعتة الزوج، وشرط العتة العجز عن الوطء في القبل والدبر منها ومن

(١١٠٥٦) «الشرح الصغير» للدردير، ج ١، ص ٤٢٣.

(١١٠٥٧) «شرح الأزهار» ج ٢، ص ٣٠٠-٣١١.

غيرها، فإن وطئها في ذلك النكاح ولو مرة أو طيء غيرها فليس بعينين. ومع تحقق العجز عن ذلك أجمع فإنما تفسخ الزوجة النكاح بعد رفع أمرها إلى الحاكم وإمهال الحاكم له سنة من حين الترافع إليه، فإذا مضت السنة ولم يطأها جاز لها الفسخ حينئذ ولو لم تطلب ذلك من الحاكم ليفسخ النكاح؛ لأن حكم الحاكم إنما يشترط لضرب الأجل للعينين، ولا يشترط حكم الحاكم لفسخ النكاح بعد مضي مدة الأجل (١١٠٥٨).

٩١١٧ - ب : الفسخ للجذام (١١٠٥٨) :

وقالوا في الفسخ للجذام، وشرط الفسخ بالجذام تحققه بظهوره على البدن أو بشهادة عدلين أو تصادق الزوجين عليه، ولا يكفي مجرد ظهور أماراته وعلى كل حال فالمعول عليه تحقق الجذام وحصوله (١١٠٥٩).

٩١١٨ - فسخ نكاح الرتقاء والقرناء :

وفي فسخ نكاح الزوجة الرتقاء والقرناء، قالوا: لا خيار للزوج في فسخ نكاح زوجته الرتقاء أو القرناء إذا كان وطؤها ممكناً بعد علاجه بفتق الموضع أو قطع المانع من الوطاء، إلا أن تمتنع الزوجة من العلاج إذ لا يجب عليها العلاج لما فيه من تحمل الضرر والمشقة. كما أنها لو أرادت العلاج لم يكن لزوجها منعها منه؛ لأنه علاج وتدأو ولا تعلق له به (١١٠٦١).

٩١١٩ - بعض قواعد البيئات في الفسخ للعيب (١١٠٦١) :

وعند الجعفرية بعض قواعد البيئات في فسخ النكاح للعيب، نذكرها فيما يلي :

أ : يقدم قول منكر العيب مع عدم البيئة لأصالة عدمه، أي لأن الأصل عدم العيب، فيكون على مدعي العيب تقديم البيئة وعلى منكره اليمين.

ب : إذا كان العيب مما يحتاج لمعرفة الخبرة كالجذام والبرص، اشترط في الشاهدين مع عدتهما الخبرة فيما يشهدان فيه بحيث يقطعان بوجود العيب.

ج : وإن كان العيب لا يعلمه غالباً إلا صاحبه ولا يُطلع عليه إلا من قبله كالعنة، فطريق

(١١٠٥٨) «الروضة البهية في فقه الجعفرية» ج ٢، ص ١٢٥.

(١١٠٥٩) «الروضة البهية في فقه الجعفرية» ج ٢، ص ١٢٥.

(١١٠٦٠) «الروضة البهية في فقه الجعفرية» ج ٢، ص ١٢٦.

(١١٠٦١) «الروضة البهية في فقه الجعفرية» ج ٢، ص ١٢٦-١٢٧.

ثبوته إقراره أو البيّنة على إقراره، أو اليمين المردودة من المنكر، أو من الحاكم مع نكول المنكر عن اليمين.

د : في العيوب الظاهرة كالجب والخصاء يكفي لثبوتها شهادة الشاهدين العدلين إذ لا يستلزم معرفتهما أو العلم بهما خبرة معينة.

هـ : وفي العيوب الباطنة للنساء، تثبت بإقرارهن أو بشهادة أربع نسوة.

المبحث الخامس

آثار التفريق للعيب

٩١٢٠ - تمهيد، ومنهج البحث:

الكلام في آثار التفريق للعيب يقتضي بيان نوع الفرقة التي تقع بهذا التفريق، وهل هي فرقة طلاق أو فرقة فسخ؟ كما يقتضي بيان ما يجب للزوجة من مهر في هذا التفريق. وعلى هذا، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: نوع الفرقة الواقعة بالتفريق للعيب.

المطلب الثاني: ما يجب من مهر في التفريق للعيب.

المطلب الأول

نوع الفرقة الواقعة بالتفريق للعيب

٩١٢١ - اختلاف بين الفقهاء:

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بالتفريق للعيب فمنهم من قال: إنها فرقة طلاق، ومنهم من قال: إنها فرقة فسخ. ونذكر فيما يلي هذين القولين، ومن قال بهما وأدلة كل قول.

٩١٢٢ - القول الأول: إنها فرقة طلاق:

ومن قال بهذا القول الحنفية والمالكية، ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم.

٩١٢٣ - بعض أقوال الحنفية:

جاء في «الهداية» في فقه الحنفية: «وإذا كان الزوج عنيماً أجهل الحاكم سنة، فإن وصل إليها وإلا فرّق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك. فإذا مضت المدة ولم يصل إليها فات الإمساك بالمعروف، ووجب عليه التسريح بالإحسان - وهو الطلاق -، فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرّق بينهما، وتلك الفرقة تطليقة بائنة؛ لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج فكأنه طلقها

بنفسه» (١١٠٦٣)، وإنما تقع هذه التولية بئنه لا رجعية: «لأن الغرض من هذا التفريق تخليصها من زوج لا يتوقع منه إيفاء حقها، دفعا للضرر والظلم عنها، وهذا لا يحصل إلا بالبائن؛ لأنه لو كان رجعياً يراجعها الزوج من غير رضاها، فيحتاج إلى التفريق ثانياً وثالثاً فلا يفيد التفريق فائدته» (١١٠٦٣).

٩١٢٤ - بعض أقوال المالكية:

فقد جاء في «الشرح الكبير» للدردير وحاشية الدسوقي: «وإن لم يدعه بعد، السنة أي وإن لم يدع الوطاء بعد تمام السنة، بل وافقها على عدمه فيها، أو سكت ولم يدع وطاً ولا عدمه، طلقها إن شاءت الزوجة بأن يأمره الحاكم به، فإن طلقها فواضح وإلا يطلقها بأن أبي، فهل يطلق عليه الحاكم أو يأمرها به، أي يأمر الزوجة بإيقاع الطلاق كطلقت نفسي منك في معناه كأننا طالق منك، ويكون كل من طلاق الحاكم وطلاقها بائناً لكونه قبل البناء، ثم يحكم به الحاكم ليرفع خلاف من يرى أن طلاق المرأة لا يقع أصلاً؟ قولان - أي لفقهاء المالكية -» (١١٠٦٤). وهذا وإن ذكروه في التفريق للعتة، ولكن على ما أرى يشمل التفريق للعيوب الأخرى كالجدام مثلاً، فتكون الفرقة به فرقة طلاق.

٩١٢٥ - القول الثاني: إنها فرقة فسخ:

وأصحاب هذا القول يرون بأن الواقع بالتفريق للعيب فرقة فسخ لا فرقة طلاق، ومن القائلين بهذا القول الشافعية والحنابلة والجعفرية والزيدية، ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم.

٩١٢٦ - من أقوال الشافعية:

أ: قال الإمام الشافعي في زوجة العنين: «وإن شاءت فرقة فسخ نكاحها، والفرقة فسخ بلا طلاق؛ لأنه يجعل فسخ العقد إليها دونه» (١١٠٦٥).

ب: وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وجد أحد الزوجين بالآخر جنوناً أو جذاماً. ثبت الخيار في فسخ النكاح» (١١٠٦٦).

(١١٠٦٢) «الهداية وفتح القدير» ج ٣، ص ٢٦٣-٢٦٤.

(١١٠٦٣) «البدائع» ج ٢، ص ٣٢٦.

(١١٠٦٤) «الشرح الكبير» للدردير، ج ٢، ص ٢٨٢-٢٨٣.

(١١٠٦٥) «كتاب الأم» للشافعي، ج ٥، ص ٤٠.

(١١٠٦٦) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٢.

٩١٢٧ - من أقوال الحنابلة:

جاء في «كشاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولا يصحّ فسخ خيار العيب إلا بحكم حاكم... والفسخ لا ينقص عدد الطلاق لأنه ليس بطلاق»^(١١٠٦٧). ومعنى ذلك أنه لو فسخ نكاحها لعيب فيه أو فيها ثم تزوجها، فإنه يملك عليها ثلاث تطليقات؛ لأن الفرقة الأولى فسخ لا طلاق.

٩١٢٨ - من أقوال الجعفرية:

أ: في «شرائع الإسلام»: «والفسخ بالعيب ليس بطلاق»^(١١٠٦٨).

ب: في «الروضة البهية»: «وخيار العيب على الفور وليس الفسخ بطلاق، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق ولا يُعدّ في الثلاث»^(١١٠٦٩).

٩١٢٩ - من أقوال الزيدية:

جاء في «شرح الأزهار» في فقه الزيدية: «العيوب التي يفسخ بها النكاح... وخيارهما يكون على التراخي لا على الفور، فلو علم بالعيب ولم يفسخ من حينه لم يبطل خياره، بل له أن يفسخ متى شاء»^(١١٠٧٠).

المطلب الثاني

ما يجب من مهر في التفريق للعيب

٩١٣٠ - أولاً: مذهب الحنفية:

أ: جاء في «البدائع» في التفريق لعيب العنة في الزوج «ولها المهر كاملاً، وعليها العدة بالإجماع إن كان الزوج قد خلا بها، وإن كان لم يخلُ بها فلا عدة عليها، ولها نصف المهر إن كان مسمى، والمتعة إن لم يكن مسمى»^(١١٠٧١).

ب: وجاء في «الهداية وفتح القدير»: «ولها كمال مهرها إن كان خلا بها لأن خلوة العنين صحيحة إذ لا وقوف على حقيقة العنة؛ لجواز أن يمتنع من الوطاء اختياراً تعنتاً، فيدأر الحكم

(١١٠٦٧) «كشاف القناع» ج٣، ص٦٦.

(١١٠٦٨) «شرائع الإسلام» ج٢، ص٣٢٠.

(١١٠٧١) «البدائع» ج٢، ص٣٢٦.

(١١٠٧٠) «شرح الأزهار» ج٤، ص٢٩٣-٢٩٤.

على سلامة الآلة» (١١٠٧٢). ولأن المرأة قد سلمت نفسها إلى زوجها فيجب عليه البدل، وقد دلّ على هذا قضاء عمر بن الخطاب وعلي - رضي الله عنهما - حيث قال: ما ذنبهنّ إذا كان العجز من قبلكم. (١١٠٧٣)

٩١٣١ - ما يخلص لنا من أقوال الحنفية:

ويخلص لنا من هذه النقول أن العنين ونحوه إذا خلا بالزوجة فخلوته صحيحة ويجب فيها المهر كاملاً، وإن لم يخل بها فيجب لها عليه نصف المهر المسمى، وإن لم يكن مهر مسمى ولم يخل بها، فلها المتعة - كما سنبينها فيما بعد -.

٩١٣٢ - ثانياً: مذهب المالكية:

جاء في «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي»: «إن وقع الاختيار - أي اختيار الفرقة مع الردّ قبل البناء - فلا صدق لها، سواء وقع بلفظ الطلاق أو غيره، لأنه إن كان العيب بها فهي مدلّسة، وإن كان به فهي مختارة لفراقه. وإن وقع الردّ بعد البناء - الدخول بها - فمع الردّ بسبب عيب الزوج ولو كانت هي معيبة أيضاً يجب لها المهر المسمى لتدليسه، وهذا إذا كان يتصور وطؤه كمجنون ومجنوم وأبرص، فإن كان لا يتصور وطؤه كالمجبوب والعنين والخصي ومقطوع الذكر، فإنه لا مهر على من ذكر كما قال ابن عرفة» (١١٠٧٤).

٩١٣٣ - وإن ردّها الزوج بعد البناء بها لعيبها رجع به الزوج - أي رجع بالمهر الذي وجب عليه للزوجة - على ولّيتها الذي تولّى العقد ولم يخفّ عليه حالها؛ لكونه مخالطاً لها كأبيها وأخيها وابنتها لتدليسه على الزوج بكتمان عيبتها؛ لأنه لما كان مخالطاً لها وعالمّاً بعيوبها وأخفاها على الزوج صار غاراً له ومدلّساً عليه؛ فلذلك كانت الغرامة عليه وحده، وهذا إن كانت الزوجة غائبة عن مجلس عقد النكاح إذ لا شيء عليها في هذه الحالة من المهر الذي أخذته من الزوج، فلا رجوع للولي ولا للزوج عليها. ولكن للزوج حقّ الرجوع بما دفعه من مهر للزوجة على الولي المذكور أو عليها إن حضرت مجلس عقد النكاح؛ لأنها تعتبر في هذه الحالة مدلّسة على الزوج بكتمانها عيوبها عليه، ثم يرجع الولي عليها بالمهر إن أخذه الزوج منه. وما قلناه هو في العيب الظاهر في الزوجة كالجذام والبرص، وأما مالا يظهر إلا بعد البناء - الدخول - أو بالوطء كالرتق، فالوليّ القريب فيه كالبعيد أي في عدم الرجوع عليه، ويرجع الزوج بما غرمه للزوجة من مهر

(١١٠٧٢) «الهداية وفتح القدير» ج ٣، ص ٢٦٥.

(١١٠٧٣) «شرح العناية على الهداية» ج ٣، ص ٢٦٥.

(١١٠٧٤) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج ٢، ص ٢٨٥-٢٨٦.

لعيبتها عليها فقط إذا كان الذي تولى عقد نكاحها ولي بعيد شأنه أن يخفى عليه حالها كابن عم لها لكونه غير مخالط لها، فلا يرجع الزوج عليه وإنما رجوعه على الزوجة فقط إلا ربع دينار يتركها لها؛ لثلا يخلو نكاحها من مهر^(١١٠٧٥).

٩١٣٤ - ثالثاً: مذهب الحنابلة^(١١٠٧٦):

أ : إذا فسخ النكاح قبل الدخول، فلا مهر لها ولا متعة، سواء كان الفسخ من الزوج أو من الزوجة؛ لأن الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهتها، وإن كان منه فإنما فسخ لعيب بها دلسته بالإخفاء، فصار الفسخ كأنه منها.

ب : وإن فسخ بعد الدخول أو بعد خلوة، فالمهر المسمى هو ما تستحقه الزوجة، لأن نكاحها صحيح فترتب عليه آثار الصحة. ومنها وجوب المهر المسمى بالدخول أو بالخلوة الصحيحة؛ لأن المهر يجب بالعقد ويستقر بالدخول أو بالخلوة الصحيحة، فلا يسقط بحادث بعده. ويرجع الزوج بالمهر على من غره من امرأة عاقلة أو ولي أو وكيل، فأيهم انفرد بالغرر ضمن وحده المهر لانفراده بالسبب الموجب للضمان. واشترط بعضهم في الزوجة البلوغ إن كان التغرير منها. وقال ابن عقيل: إنما تكون الزوجة غارة إذا كانت تعلم بعيبتها، وأما الطفلة والمجنونة، فلا يعتبر منها تغرير أو تدليس.

٩١٣٥ - رابعاً: مذهب الشافعية^(١١٠٧٧):

الفسخ من الزوج أو من الزوجة لعيب فيها أو فيه مقارن للعقد أو حادث قبل الدخول، يسقط المهر ولا متعة لها أيضاً؛ لأنه إن كان العيب به فهي الفاسخة فلا شيء لها، وإن كان العيب بها فسبب الفسخ معنى وجد بها، فكأنما هي الفاسخة.

٩١٣٦ - الفسخ بعد الدخول:

والفسخ بعد الدخول بأن لم يعلم بالعيب إلا بعده، فالأصح أنه يجب مهر المثل إن فسخ النكاح بعيب مقارن للعقد، أو فسخ النكاح بعيب حادث بين العقد والوطء جهله الواطء إن كان بالموطأة (الزوجة) وجهلته هي إن كان بالواطء؛ لأنه قد استمتع بزوجة معيبة، وهو إنما بذل المهر المسمى على ظن سلامتها من العيب، ولم يحصل له ذلك فكان العقد جرى بلا تسمية للمهر فيجب مهر المثل؛ ولأن الفسخ رجوع كل من الزوجين إلى عين حقه أو إلى بدله

(١١٠٧٥) «الشرح الصغير» للردري «وحاشية الصاوي» ج ١، ص ٤٢٧-٤٢٨.

(١١٠٧٦) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٦.

(١١٠٧٧) «نهاية المحتاج» ج ٦، ص ٣٠٦-٣٠٧، «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٠٤-٢٥٠.

إن تلف، فيرجع الزوج إلى عين حقه وهو المهر المسمى، والزوجة إلى بدل حَقِّها وهو مهر المثل لفوات حَقِّها بالدخول. والأصح وجوب المهر المسمى إن حدث العيب بعد وطء وفسخ النكاح بعده؛ لأن المهر استقر بالوطء قبل وجود سبب الخيار، فلا يُغَيَّر.

٩١٣٧ - متى يجب مهر المثل:

ويبدو لي، أن مقصودهم بوجوب مهر المثل إذا وقع الفسخ بالدخول إنما هو بالنسبة لمن يتصور منه الوطاء كالمجنون والمجنوم، أما مالا يتصور منه الدخول كالمجبوب، فالذي يحصل منه هو الخلوة الصحيحة فقط، وكذلك القول بالنسبة للزوجة الرتقاء أو القرناء، فلا يتصور وطؤها، فهل يجب للزوجة مهر المثل إذا حصل الفسخ لكونه مجبواً، أو لكونها رتقاء أو قرناء؟ يبدو لي، عدم الوجوب على مقتضى مذهب الشافعية لأنهم قالوا: «ويستقر المهر بوطاً بتغيب حشفة أو قدرها من فاقدها، أو بموت أحدهما لا بخلوة في الجديد لمفهوم قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾. الآية والمس هو الجماع. وفي القديم - أي في قول الشافعي القديم - يستقر المهر بالخلوة في النكاح الصحيح حيث لا مانع حسي كرتق ولا شرعي كحيض؛ لأنه حينئذ مظنة للوطء» (١١٠٧٨).

٩١٣٨ - خامساً: مذهب الجعفرية (١١٠٧٩):

أ : الفسخ قبل الدخول:

إذا ثبت العيب وحصل الفسخ، فلا مهر للزوجة إن كان الفسخ قبل الدخول في جميع العيوب إلا في العنة حيث يجب فيها نصف المهر على أصح القولين، وإنما استثنيت العنة وانفردت بهذا الحكم لموافقة ذلك للحكمة من إشراف الزوج وإطلاعه على زوجته وما يحرم على غيره الاطلاع عليه منها، فناسب ذلك أن لا يخلو من عوض. وإنما لم يجب جميع المهر المسمى. بالتفريق للعنة مع حصول ما ذكرناه من الزوج نحو زوجته، لانتفاء الدخول، وقيل يجب جميع المهر وإن لم يحصل من العين دخول.

٩١٣٩ - ب : الفسخ بعد الدخول:

وإن كان الفسخ بعد الدخول، فالواجب هو المهر المسمى لاستقراره بالدخول ويرجع الزوج بالمهر الذي دفعه على المدلس إن كان وإلا فلا رجوع. وإن كانت هي المدلسة رجع عليها

(١١٠٧٨) «نهاية المحتاج» ج ٦، ص ٣٥٥.

(١١٠٧٩) «الروضة البهية» ج ٢، ص ١٢٧، «شرائع الإسلام» ج ٢، ص ٣٢١.

بأقل ما يكون مهراً، وهو أقل ما يتمول به على المشهور. والمراد بالتدليس السكوت عن العيب الخارج عن الخلقة مع العلم به، أو دعوى صفة كمال مع عدمها في الحقيقة.

٩١٤٠ - سادساً: مذهب الزيدية (١١٠٨)

أ : الفسخ بعد الدخول:

وعندهم: تستحق المرأة المهر المسمى إن كان الفسخ من قبلها بعد الدخول لعيب حادث في الزوج قبل الدخول، وهذا على رأي بعضهم، وعلى رأي البعض الآخر منهم تستحق الزوجة في هذه الحالة مهر المثل؛ لأنها إذا فسخت عقد النكاح صار العقد كأن لم يكن، فيكون الدخول كوطء الشبهة في الاستحقاق به مهر المثل.

٩١٤١ - ب : رجوع الزوج بما دفعه من مهر:

يرجع الزوج بالمهر الذي دفعه لزوجته المعيبة على وليها المدلس فقط، ولا يرجع على الزوجة بما دفع لها ولو دلست، ولا على الأجنبي إذا دلس. والتدليس هو أن ينطق بأنها غير معيبة أو يسأل فيسكت. وقيل: عدم الإخبار بالعيب تدليس. فإن اختلف الزوج والولي في علم الولي بالعيب، فقليل: الظاهر علمه فيما يُطلع عليها من العيوب. وفي «الانتصار»، من كتب الزيدية، يرجع الزوج على من يجوز له النظر إليها من الأولياء سواء علم بالعيب أم جهل؛ لأنه فرط في عدم علمه ولا يرجع الزوج على من لا يجوز النظر إليها إلا إذا علم.

(١١٠٨٠) (شرح الأزهار) ج ٢، ص ٢٩٨-٢٩٩.

الفصل الخامس عشر التفريق بين العتق

٩١٤٢ - المقصود بخيار العتق:

موضوع هذا الفصل التفريق بخيار العتق، أي إذا كانت الزوجة من الرقيق «أمة» وزوجها أيضاً من الرقيق «عبد» ثم اعتقت الزوجة فصارت حرة، وبقي زوجها رقيقاً، فلها أن تبقى زوجة لزوجها الرقيق، كما لها أن تفسخ عقد النكاح بسبب عتقها وهذا ما يسمى بالتفريق لخيار أو بخيار العتق.

٩١٤٣ - النصوص في خيار العتق:

أ : حديث البخاري:

أخرج إمام المحدثين البخاري - رحمه الله تعالى - عن ابن عباس أن زوج (بريرة) كان عبداً يقال له (مغيث)، كأني أنظر إليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته. فقال النبي ﷺ لعباس: يا عباس ألا تعجب من حب مغيث بريرة، ومن بغض بريرة مغيثاً. فقال النبي ﷺ، أي لبريرة، لو راجعته. قالت: يا رسول الله تأمرني؟ قال: إنما أنا أشفع. قالت: لا حاجة لي فيه» (١١٠٨١).

٩١٤٤ - ب : حديث مسلم:

وأخرج الإمام مسلم - رحمه الله تعالى - في «صحيحه» قصة بريرة وعتقها وتخيير النبي ﷺ لها في البقاء في نكاح زوجها مغيث أو في فراقه، فقد جاء في حديث مسلم عن عائشة قالت: «كان في بريرة ثلاث قضايا، أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا ولاءها. فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: اشتريها وأعتقها فإن الولاء لمن أعتق. قالت: وعتقت، أي بريرة، فخيرها رسول الله ﷺ فاختارت نفسها. .» وفي «صحيح مسلم» أيضاً في قصة بريرة عن جرير «وكان زوجها عبداً

(١١٠٨١) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج ٩، ص ٤٠٨.

فخيرها رسول الله ﷺ، أي بعد عتقها، فاخترت نفسها. ولو كان حرّاً لم يخيرها» (١١٠٨٢).

٩١٤٥ - ج : حديث أبي داود :

أخرج الإمام أبو داود في «سننه» عن عائشة - رضي الله عنها - في قصة بريرة، قالت عائشة - رضي الله عنها - : «كان زوجها عبداً فخيرها النبي ﷺ فاخترت نفسها، ولو كان حرّاً لم يخيرها». وأخرج أبو داود أيضاً عن ابن عباس أن مغيثاً - زوج بريرة - كان عبداً فقال : يا رسول الله اشفع لي إليها، فقال رسول الله ﷺ : يا بريرة اتقي الله فإنه زوجك وأبو ولدك. فقالت يا رسول الله أتأمري بذلك؟ قال : لا، إنما أنا شافع. فكان دموعه - دموع مغيث زوجها - تسيل على خده. فقال رسول الله ﷺ للعباس : «ألا تعجب من حبّ مغيث بريرة وبغضها إياه» (١١٠٨٣).

٩١٤٦ - د : حديث الترمذي :

وأخرج قصة بريرة الإمام الترمذي في «جامعه»، وجاء في إحدى رواياته لقصة بريرة عن ابن عباس : «إن زوج بريرة كان عبداً أسود لبني المغيرة يوم اعتقت بريرة. والله لكأنني به في طرق المدينة ونواحيها، وإن دموعه لتسيل على لحيته، يترضاها لتختاره فلم تفعل» (١١٠٨٤).

٩١٤٧ - دلالة الأحاديث على خيار العتق :

دلّت هذه الأحاديث النبوية على أن الزوجة الأمة إذا أعتقت وكان زوجها عبداً، فالخيار لها إن شاءت بقيت في نكاحه وإن شاءت فسخت النكاح، فقد جاء في شرح النووي «لصحيح مسلم» تعليقا على أحاديث قصة بريرة وعتقها وتخيير النبي ﷺ لها، قال : «يثبت الخيار للأمة إذا عتقت تحت عبد» (١١٠٨٥). وأن «لها الفسخ بعتقها وإن تضرر الزوج بذلك لشدة حبه إياها؛ لأنه كان - أي زوج بريرة - يبيكي» (١١٠٨٦).

٩١٤٨ - إجماع العلماء على خيار العتق :

أ : في «شرح العسقلاني لصحيح البخاري»، في تعليقه وشرحه لما ورد في قصة عتق بريرة وتخيير النبي ﷺ لها، قال ابن حجر العسقلاني، وقال ابن بطال وهو من شراح أحاديث

(١١٠٨٢) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج ١٠، ص ١٤٦.

(١١٠٨٣) «سنن أبي داود» ج ٦، ص ٣١٣-٣١٤.

(١١٠٨٤) «جامع الترمذي» ج ٤، ص ٣١٩، وروى قصة بريرة النسائي في «سننه» ج ٦، ص ١٣٤-١٣٥، وابن ماجه في «سننه» ج ١، ص ٦٧٠-٦٧١، والدارمي في «سننه» ج ٢، ص ١٦٩.

(١١٠٨٥) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج ١٠، ص ١٤٣.

(١١٠٨٦) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج ١٠، ص ١٤٣.

البخاري: «أجمع العلماء أن الأمة إذا عتقت تحت عبد فإن لها الخيار، والمعنى فيه ظاهر؛ لأن العبد غير مكافئ للحرّة في أكثر الأحكام، فإذا عتقت ثبت لها الخيار بين البقاء في عصمته أو المفارقة؛ لأنها في وقت العقد عليها لم تكن من أهل الاختيار» (١١٠٨٧).

ب: وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وإذا اعتقت الأمة وزوجها عبد، فلها الخيار في فسخ النكاح، أجمع أهل العلم على هذا، ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما. والأصل فيه خبر بريّة، قالت عائشة: «كاتبته بريّة فخيرها - أي بعد عتقها - رسول الله ﷺ في زوجها وكان عبداً فاخترت نفسها. الخ»؛ ولأن عليها ضرراً في كونها حرّة تحت العبد، فكان لها الخيار كما لو تزوّج حرّة على أنه حرٌّ فظهر عبداً» (١١٠٨٨).

ج: وفي «بداية المجتهد» لابن رشد: «واتفقوا على أن الأمة إذا عتقت تحت عبد أن لها الخيار» (١١٠٨٩).

٩١٤٩ - خيار العتق رخصة يسقط بالإسقاط:

وخيار العتق رخصة للأمة إذا اعتقت وكان زوجها عبداً، فإن شاءت أخذت بهذه الرخصة فاخترت فسخ النكاح وإن شاءت رفضت هذه الرخصة واختارت البقاء زوجة لزوجها العبد، فإذا اختارت البقاء في نكاحه لم يكن لها اختيار فراقه وفسخ نكاحه بعد ذلك؛ لأنها أسقطت حقها في فسخ النكاح والساقط لا يعود، وليس في هذا خلاف، قال ابن قدامة - رحمه الله تعالى -: «وهذا مما لا خلاف فيه - بحمد الله تعالى» (١١٠٩٠).

٩١٥٠ - خيار العتق للأمة لا للعبد:

وخيار العتق يثبت للأمة إذا اعتقت وهي زوجة عبد كما دلّت على ذلك الأحاديث التي ذكرناها في قصة عتق بريّة، فلا يثبت خيار العتق للعبد إذا اعتق، سواء كانت زوجته حرّة أو أمة، وقد أشار إلى ذلك فقهاء الحنفية، فقد جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «إن خيار العتق يثبت للأنتى دون الذكر» (١١٠٩١).

(١١٠٨٧) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج ٩، ص ٤٠٧.

(١١٠٨٨) «المغني» ج ٦، ص ٦٥٩.

(١١٠٨٩) «بداية المجتهد» ج ٢، ص ٤٤.

(١١٠٩٠) «المغني» ج ٦، ص ٦٥٩.

(١١٠٩١) «الفتاوى الهندية» ج ١، ص ٣٣٥.

٩١٥١ - هل خيار العتق على التراخي :

وإذا كان خيار العتق يثبت للمعتقة بسبب عتقها، فهل يثبت لها على التراخي فلها أن لا تتسرع في الخيار، أم عليها استعمال حقها في الخيار حال ثبوته فوراً دون تأخير؟ قال الحنفية: وقت ثبوت الخيار للمعتقة وقت علمها بالعتق وبالخيار، وبأن تكون لها أهلية الاختيار، فيثبت لها الخيار في مجلس علمها بعتقها وبأن لها الخيار وهي من أهل الاختيار، حتى لو اعتقت ولم تعلم بعتقها أو علمت بالعتق ولم تعلم بأن لها الخيار، فلم تختبر لم يبطل حقها في الخيار ولها الاختيار في مجلس العلم إذا علمت بالعتق وبأن لها الخيار إذا كانت أهلاً للاختيار، ويبطل خيارها إذا قامت من مجلس علمها؛ لأن قيامها دليل الإعراض عن الخيار^(١١٠٩٢). ومعنى ذلك أن الخيار يتجدد بمجلس علمها، فلا يجوز أن يتأخر عن استعماله أكثر من مدة بقائها في مجلس علمها.

٩١٥٢ - وعند الجعفرية، خيار العتق على الفور، فللأمة أن تختار فسخ النكاح فتفسخه ولكن على الفور^(١١٠٩٣).

٩١٥٣ - وعند الحنابلة، خيار العتق على التراخي مالم يوجد أحد هذين الأمرين: عتق زوجها أو وطئه لها^(١١٠٩٤). وممن قال بقول الحنابلة بكون خيار العتق على التراخي الإمام مالك والأوزاعي، وروي ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة - رضي الله عنهما - وللشافعي ثلاثة أقوال: أظهرها: أنه على التراخي، والثاني: أنه على الفور كخيار الشفعة. والثالث: أنه إلى ثلاثة أيام^(١١٠٩٥).

٩١٥٤ - حجة من قال أن الخيار على التراخي :

وروى الإمام أحمد في «مسنده» عن الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجلاً يتحدثون عن النبي ﷺ أنه قال: إذا عتقت الأمة فهي بالخيار مالم يطأها، إن شاءت فارقت، وإن وطئها فلا خيار لها، رواه الأثرم، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم. قال ابن عبد البر: لا أعلم لعبد الله بن عمرو وحفصة مخالفاً من الصحابة؛ ولأن الحاجة داعية إلى ذلك، فيثبت خيار العتق على التراخي كخيار القصاص^(١١٠٩٦).

(١١٠٩٢) «البدائع» ج ٢، ص ٣٢٩-٣٣٠.

(١١٠٩٣) «الروضة البهية» ج ٢، ص ٣١١. (١١٠٩٤) «المغني» ج ٦، ص ٦٠٠.

(١١٠٩٥) «المغني» ج ٦، ص ٦٦٠، «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج ٢، ص ٢٩٢.

(١١٠٩٦) «المغني» ج ٦، ص ٦٦٠.

٩١٥٥ - إذا عتق العبد قبل أن تختار زوجته المعتقة الفراق:

وإذا عتق العبد قبل أن تختار زوجته المعتقة بطل خيارها؛ لأن الخيار لدفع الضرر بالرق القائم في زوجها، وقد زال بعتقه فسقط خيارها كالمبيع إذا زال عيبه، وهذا قول الحنابلة، وهو أحد قولي الشافعي^(١١٠٩٧). وعند الحنفية، لها الخيار؛ لأنه لو كان زوجها حرّاً ابتداءً وعتقت ثبت لها الخيار فأولى أن يثبت لها إذا كان عبداً وعتق، وإن كان عتقه قبل خيارها، فقد جاء في البدائع للكاساني: «ويثبت الخيار لها سواء كان زوجها حرّاً أو عبداً»^(١١٠٩٨).

٩١٥٦ - هل يثبت الخيار للمعتقة تحت حرّاً؟

إذا عتقت الأمة تحت حرّاً أي وزوجها حرّاً، فهل يثبت لها خيار العتق؟ خلاف بين الفقهاء^(١١٠٩٩)، قال الحنفية يثبت لها الخيار، فقد جاء في «البدائع»: «ويثبت الخيار لها، سواء كان زوجها حرّاً أو عبداً». وبهذا القول قال طاووس وابن سيرين ومجاهد، والنخعي وحماد بن أبي سليمان والثوري^(١١١٠٠)، وهو مذهب الظاهرية^(١١١٠١).

٩١٥٧ - وعند الحنابلة، إن عتقت تحت حرّاً فلا خيار لها، وهذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب، والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبي قلابة، وابن أبي ليلى ومالك والأوزاعي والشافعي^(١١١٠٢).

٩١٥٨ - واحتج ابن قدامة للقول بعدم الخيار لها بأن الأمة بعد عتقها كافأت زوجها بالحرية فلا يثبت لها الخيار، كما لو أسلمت الكتابية تحت مسلم. والقول بأن زوج بريرة التي عتقت كان حرّاً لا عبداً، هذه الرواية ليست بقوة الرواية التي فيها أن زوج بريرة كان عبداً، فينبغي الأخذ بهذه الرواية لا بتلك وقد قال الإمام أحمد: هذا ابن عباس وعائشة قالوا في زوج بريرة: إنه عبد. وهذه رواية علماء المدينة وعملهم، وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شيء^(١١١٠٣).

(١١٠٩٧) «المغني» ج٦، ص ٦٦٠، ٦٦١.

(١١٠٩٩) «بداية المجتهد» لابن رشد، ج٢، ص ٢٤.

(١١٠٩٨) «البدائع» ج٢، ص ٣٢٨.

(١١١٠١) «المحلّى» لابن حزم، ج١٠، ص ٤٠.

(١١١٠٠) «المغني» ج٦، ص ٦٥٩.

(١١١٠٣) «المغني» ج٦، ص ٦٥٩-٦٦٠.

(١١١٠٢) «المغني» ج٦، ص ٦٥٩.

وإذا عتقت الصغيرة أو المجنونة وهما تحت عبد، فلا خيار لهما في الحال؛ لأنه لا عقل لهما ولا يعتبر قولهما ولا يملك وليهما الاختيار عنهما؛ لأن هذا طريقه الشهوة - أي رغبة المعتقة في نكاح زوجها العبد - أو عدم رغبتها فيه، فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص. فإذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة، فلهما الخيار حينئذٍ (١١١٤).

٩١٦٠ - مبطلات خيار العتق :

قال الإمام الخرفي الحنبلي: «فإن اعتق - أي العبد زوج الأمة المعتقة - قبل أن تختار، أي زوجته التي عتقت قبله أو وطئها، بطل اختيارها علمت أن الخيار لها أو لم تعلم» (١١١٥). فالمبطل لخيارها أحد شيئين: أن يعتق زوجها قبل أن تختار. (والثاني): أن يطأها زوجها قبل أن تختار. وقال القاضي الحنبلي لها الخيار وإن وطئها زوجها مالم تعلم، فإن وطئها بعد علمها فلا خيار لها، وهذا قول عطاء والحكم وحماد والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق، لأنها إذا مكنت زوجها من وطئها قبل علمها بأن الخيار لها لم يوجد منها ما يدل على رضاها ببقائها زوجة له، فلا يبطل خيارها بهذا الوطاء (١١١٦). واحتج ابن قدامة لقول الإمام الخرفي الحنبلي بما رواه الإمام أحمد بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال: سمعت رجلاً يتحدثون عن النبي ﷺ: أنه قال: «إذا عتقت الأمة فهي بالخيار مالم يطأها، إن شاءت فارقت، وإن وطئها فلا خيار لها». وهو قول ابن عمر وأخته حفصة - رضي الله عنهما - ولا مخالف لهما من الصحابة كما قال ابن عبد البر (١١١٧).

٩١٦١ - وقال الحنفية: يبطل الخيار بالإبطال نصاً ودلالة من قول أو فعل يدل على الرضا بالبقاء في نكاح زوجها العبد، ويبطل بقيامها عن مجلس علمها بالعتق، ويأن لها الخيار؛ لأن قيامها عن المجلس دليل الإعراض عن الفسخ. ولكن لا يبطل بسكوتها بل يمتد إلى آخر المجلس إذا لم يوجد منها دليل الإعراض لأن السكوت يحتمل أن يكون لرضاها بالمقام معه، ويحتمل أن يكون للتأمل، فقدر التأمل إلى آخر المجلس (١١١٨).

(١١١٤) «المغني» ج ٦، ص ٦٦٢.

(١١١٥) «المغني» ج ٦، ص ٦٦٠-٦٦١.

(١١١٥) «المغني» ج ٦، ص ٦٦٠.

(١١١٦) «البدائع» ج ٢، ص ٣٣٠.

(١١١٧) «المغني» ج ٦، ص ٦٦٠.

٩١٦٢ - هل الفرقة بخيار العتق أم طلاق؟

قال ابن قدامة الحنبلي: «وفرقة الخيار - أي خيار العتق - فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق، نص عليه أحمد، ولا أعلم فيه خلافاً. وقيل للإمام أحمد: ما لا يكون طلاقاً؟ قال: لأن الطلاق ما تكلم به الرجل..» (١١١٩). وفي المحلى لابن حزم: «ومما اختلفوا فيه هل اختيارها فراق زوجها فسخ أو طلاق؟ فصّح عن قتادة أنها واحدة بائنة - أي طلقه بائنة - ورويناه عن عمر بن عبد العزيز، وهو قول أبي حنيفة ومالك وأصحابهما. وصّح أنه فسخ لا طلاق عن حماد بن أبي سليمان وإبراهيم النخعي، ورويناه عن طاووس وهو قول الشافعي وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، وأبي سليمان وأصحابهم» (١١١٠). وما ذكره ابن حزم عن أبي حنيفة غير صحيح، فعند الحنفية خيار العتق فسخ لا طلاق (١١١١).

٩١٦٣ - حكم المهر في خيار المعتقة:

المعتقة إن اختارت المقام مع زوجها والبقاء في نكاحه قبل الدخول أو بعده أو اختارت فسخ النكاح بعد الدخول فالمهر واجب؛ لأنه وجب بالعقد وهو للسيد مالك الأمة قبل عتقها؛ لأن المهر وجب بالعقد في ملكه - أي الأمة - والواجب هو المهر المسمى في الحالين، سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده. وإن اختارت فراقه قبل الدخول فلا مهر لها (١١١٢).

(١١١٠٩) (المغني) ج ٦، ص ٦٦٠.

(١١١١٠) (المحلى) لابن حزم، ج ١٠، ص ١٥٨.

(١١١١١) فقد جاء في «البدائع» للكاساني، ج ٢، ص ٣٣٦: والفرقة في الخيارين - خيار البلوغ وخيار العتق - جميعاً تكون فرقة بغير طلاق بل تكون فسخاً.

(١١١١٢) (المغني) ج ٦، ص ٦٦٣-٦٦٤.

الفصل السابع عشر التفريغ بسبب إباء للإسلام

٩١٦٤ - تمهيد:

إذا أسلم الزوجان الكافران فهما على نكاحهما إذا كانت الزوجة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال دون اعتبار لكيفية عقدهما، على النحو الذي بيّناه من قبل (١١١٣).

وإذا أسلم زوج الكتابية وحده ولم تسلم هي، فالنكاح باق بحاله إذا كانت الزوجة يجوز ابتداء نكاحها في الحال، ولا خلاف في هذا بين القائلين بجواز نكاح المسلم نساء أهل الكتاب - كما بيّناه من قبل - (١١١٤).

٩١٦٥ - موضوع هذا الفصل:

وموضوع البحث في هذا الفصل هو: إذا أسلمت الزوجة وحدها ولم يسلم زوجها، أو إذا أسلم الزوج وحده وكانت زوجته كافرة غير كتابية لا تحلّ للمسلم وأبت أن تسلم، فهل تتعجل الفرقة بينهما فتقع في الحال؟ أم يُنتظر انقضاء عدتها - عدة الزوجة فإن أسلم الطرف الآخر بقي النكاح على حاله، وإن أبى أن يسلم وقعت الفرقة بينهما؟ هذا هو موضوع البحث في هذا الفصل، ونذكر فيما يلي أقوال المذاهب المختلفة ثم نبين الراجح منها - إن شاء الله تعالى - .

٩١٦٦ - أولاً: مذهب الظاهرية:

قال الإمام ابن حزم شيخ فقهاء الظاهرية في زمانه - رحمه الله تعالى - : «وأما امرأة أسلمت ولها زوج كافر ذمي أو حربي، فحين إسلامها انفسخ نكاحها منه، سواء أسلم بعدها بطرفة عين أو أكثر أو لم يسلم، لا سبيل له عليها إلا بابتداء نكاح برضاها بعد إسلامه وإلا فلا . . فإن أسلم هو قبلها، فإن كانت كتابية بقيا على نكاحهما أسلمت هي أو لم تسلم، وإن كانت غير كتابية فساعة إسلامه قد انفسخ نكاحها منه أسلمت بعده بطرفة عين فأكثر لا سبيل له عليها إلا بابتداء

(١١١٣) انظر الفقرات ٧٠٩٩، وما بعدها.

(١١١٤) انظر الفقرات ٧١٠٠، وانظر قبلها الفقرات من الفقرة ٧٠٣٠، وما بعدها.

نكاح برضاها إن أسلمت وإلا فلا، سواء كانا حربيين أو ذميين. وهو قول عمر بن الخطاب وجابر بن عبد الله وابن عباس - رضي الله عنهم - وبه يقول حماد بن زيد والحاكم بن عتبة وسعيد بن جبير، وعمر بن عبد العزيز والحسن البصري وقتادة والشعبي وغيرهم» (١١١٥).

٩١٦٧ - حجة ابن حزم لمذهب الظاهرية:

احتج ابن حزم بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ، اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ، فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ، لَا مِنْ حِلٍّ لِهِنَّ وَلَا لَهُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ. وَأَتَوْهُنَّ مَا أَنْفَقُوا. وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ. وَلَا تُمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ وَاسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلَيْسَ أَلْوَمًا أَنْفَقُوا. ذَلِكَ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ. وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ (١١١٦).

فهذه الآية الكريمة أباحت للمسلمين نكاح من أسلمت وبقي زوجها كافراً، فدل ذلك على زوال النكاح بإسلامها، كما دلت هذه الآية على أن الذي يسلم مأمور بأن لا يمسك بعصمة كافرة، بل عليه أن يفارقها فصح بذلك أن إسلام أحد الزوجين ممن ذكرنا قاطع للنكاح حالاً (١١١٧).

٩١٦٨ - من الحجة لابن حزم:

أ : ومن الاحتجاج لقول ابن حزم: أن إسلام أحد الزوجين، المرأة وحدها، أو الزوج وحده والزوجة غير كتابية من أسباب الفرقة بينهما، فيجب أن تقع الفرقة بوجود هذا السبب حالاً دون توقف على شيء آخر كما هو الحكم في أسباب فرق النكاح الأخرى كالطلاق والخلع والرضاع (١١١٨).

ب : ومن الاحتجاج لقول ابن حزم أيضاً الآثار المروية عن بعض الصحابة المؤيدة لقول ابن حزم، كقول عمر بن الخطاب وابن عباس والتي رواها ابن حزم، وذكرناها فيما نقلناه من قوله.

٩١٦٩ - ثانياً: مذهب الشافعية والحنابلة والجعفرية (١١١٩):

(١١١٥) «المحلى» لابن حزم، ج ٧، ص ٣١٢. (١١١٦) [سورة الممتحنة، الآية ١٠].

(١١١٧) «المحلى» ج ٧، ص ٣١٦. (١١١٨) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج ٦، ص ١٦٤.

(١١١٩) «الأم» للشافعي، ج ٥، ص ٣٩-٤١، ٤٤، المهذب وشرحه المجموع، ج ١٥، ص ٤١٥، «مغني المحتاج» ج ٣، ص ١٩١، «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٩-٧٠، «شرح منتهى الإرادات» ج ٣، =

إذا كان إسلام من أسلم قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال، وإن كان الإسلام بعده وقعت الفرقة على انقضاء العدة، فإن أسلم الآخر قبل انقضائها بقيا على نكاحهما إن كان يجوز للزوج ابتداء نكاحها ساعة اجتمع إسلامهما، وإن لم يسلم الآخر حتى انقضت العدة وقعت الفرقة بينهما.

٩١٧٠ - الأدلة:

أولاً: بالنسبة لتعجل الفرقة قبل الدخول:

الدليل الأول: اختلاف الدين يمنع الإقرار على النكاح، فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة؛ لأن ملك النكاح غير متأكد بالدخول، فينقطع بمجرد إسلام من أسلم منهما. ولأنه إذا كان الذي أسلم هو الزوج، فليس له إمساك كافرة ليست من أهل الكتاب لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ وإن كانت الزوجة هي التي أسلمت، فلا يجوز بقاؤها على نكاح الكافر (١١٢٠).

الدليل الثاني: إن الطلاق قبل الدخول يقطع النكاح في الحال، فكذلك إسلام أحد الزوجين قبل الدخول؛ لأن اختلاف الدين الطارئ على النكاح من أسباب الفرقة فإذا طرأ على النكاح قبل تأكده بالدخول تعجلت الفرقة كما في الطلاق (١١٢١).

٩١٧١ - ثانياً: بالنسبة للفرقة بعد الدخول:

وبالنسبة لأدلتهم على توقف الفرقة على انقضاء العدة دون إسلام الطرف الآخر، فقد احتجوا بما يأتي:

الدليل الأول: روي عن ابن شبرمة أنه قال: كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل، فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة، فهي زوجته وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما (١١٢٢).

الدليل الثاني: روى الإمام مالك عن ابن شهاب أنه بلغه أن بنت الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية ولم يسلم، فبعث إليه

= ص ٩٦-٩٧، «الروضة البهية» ج ٢، ص ٩٩، وعن الإمام أحمد بن حنبل رواه بوقوع الفرقة في الحال إذا كان الإسلام بعد الدخول: «المغني» ج ٦، ص ٦١٦.

(١١٢٠) «المغني» ج ٦، ص ٦١٤، «كشاف القناع» ج ٣، ص ٦٩، «شرح منتهى الإرادات» ج ٣، ص ٩٦.

(١١٢١) «البدائع» ج ٢، ص ٣٣٧.

(١١٢٢) «المغني» ج ٦، ص ٦١٦، «شرح منتهى الإرادات» ج ٣، ص ٩٧.

رسول الله ﷺ أماناً، فرجع وشهد معركة حنين والطائف وهو كافر وامرأته مسلمة، ولم يفرق بينهما حتى أسلم واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح. قال ابن شهاب وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام زوجته نحو شهر^(١١١٣). وقال ابن شهاب: ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله ورسوله وزوجها كافر مقيم في دار الكفر، إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عدتها^(١١١٤).

الدليل الثالث: روى الإمام مالك عن ابن شهاب أن أم حكيم بنت الحارث بن هشام كانت تحت عكرمة بن أبي جهل فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة لثلاثين سنة وتوجه إلى اليمن، فارتحلت أم حكيم حتى قدمت عليه باليمن فدعته إلى الإسلام فأسلم وقدم على رسول الله ﷺ عام الفتح وبايعه، وبقيت على نكاحها ذلك^(١١١٥).

٩١٧٢ - ثالثاً: مذهب المالكية:

أ : إذا أسلمت الزوجة:

إذا أسلمت الزوجة قبل الدخول، وقعت الفرقة بينهما حالاً، وإذا أسلمت بعد الدخول، توقف الأمر على إسلامه في العدة: فإن أسلم في خلالها فهما على نكاحهما إن كانت ممن يحل له نكاحها، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة بينهما^(١١١٦)، ولا يعرض على الزوج الإسلام إذا أسلمت زوجته، ولكن إذا أسلم من تلقاء نفسه أي بدون أن يعرض عليه الإسلام، فهي زوجته وهما على نكاحهما وإلا وقعت الفرقة بينهما^(١١١٧).

(١١١٣) «نيل الأوطار» ج ٦، ص ١٦٢، «أحكام القرآن» للقرطبي، ج ١٨، ص ٦٨، «المغني» ج ٦، ص ٦١٦، «المهذب وشرحه المجموع» ج ١٥، ص ٤٥٢.

(١١١٤) «الموطأ» للإمام مالك وشرحه للزرقاني، ج ٣، ص ١٥٦-١٥٧، «نيل الأوطار» ج ٦، ص ١٦٢، «المهذب وشرحه المجموع» ج ١٥، ص ٤٥٣.

(١١١٥) «شرح الموطأ» للزرقاني، ج ٣، ص ١٥٨، «المغني» ج ٦، ص ٦١٦.

(١١١٦) «المدونة الكبرى» ج ٤، ص ١٤٨، ١٥٣، «شرح الخريفي» ج ٣، ص ٢٢٨، «التاج والإكليل» للمواق، ج ٣، ص ٤٧٨-٤٧٩.

(١١١٧) جاء في «المدونة الكبرى» للإمام مالك بن أنس برواية الإمام السحنون، ج ٤، ص ١٥٣: قلت: «أرأيت إن أسلمت المرأة وزوجها كافر، أيعرض على زوجها الإسلام في قول مالك أم لا؟ قال لا يعرض عليه الإسلام في رأيي (رأي ابن القاسم صاحب الإمام مالك) ولكنه إن أسلم في عدتها فهو أحق بها، وإن انقضت عدتها فلا سبيل له عليها». «التاج والإكليل» للمواق، ج ٣، ص ٤٧٨.

٩١٧٣ - ب : إذا أسلم الزوج :

إذا أسلم الزوج قبل الدخول، تعجلت الفرقة بينهما أي وقعت الفرقة في الحال^(١١٢٨). وإذا أسلم بعد الدخول وكانت زوجته كافرة غير كتابية عرض عليها الإسلام فإن أسلمت فهما على نكاحهما، وإن لم تسلم وقعت الفرقة بينهما. وإذا غفل عن عرض الإسلام عليها حتى تطاول الزمن وقعت الفرقة بينهما حتى ولو أسلمت بعد ذلك^(١١٢٩). وقدروا تطاول الزمن الذي تقع بعده الفرقة إذا لم تسلم بمدة شهرين^(١١٣٠).

٩١٧٤ - أدلة المالكية :

أ : في حالة إسلام الزوجة بعد الدخول توقف الأمر على إسلام الزوج في العدة، استدلوها لما ذهبوا إليه في هذه الحالة بحديث صفوان وحديث أم حكيم، وقد ذكرناهما قبل قليل^(١١٣١).

ب : في حالة إسلام الزوجة أو الزوج قبل الدخول، استدلوها على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى : ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ ويأن الزوجة لا عدة عليها فينقطع النكاح بينهما حالاً بإسلام أحدهما قبل الدخول^(١١٣٢).

ج : أما في حالة إسلام الزوج بعد الدخول، فإنهم استدلوها على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى : ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكَوَافِرِ﴾^(١١٣٣).

٩١٧٥ - رابعاً: مذهب الحنفية^(١١٣٤) :

(١١٢٨) «أحكام القرآن» للقرطبي، ج ١٨، ص ٦٦-٦٧، «المغني» ج ١، ص ٤٠٦.

(١١٢٩) «شرح الموطأ» للزرقاني، ج ٣، ص ١٥٨-١٥٩ : قال مالك : وإذا أسلم الرجل قبل امرأته وقعت الفرقة بينهما إذا عرض عليها الإسلام، فلم تسلم؛ لأن الله تعالى يقول في كتابه : ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكَوَافِرِ﴾. وفي «المدونة الكبرى» ج ٤، ص ١٤٨ : قال مالك : إذا أسلم الزوج قبل المرأة وهما مجوسيان وقعت الفرقة بينهما، وذلك إذا عرض عليها الإسلام فلم تسلم. قال ابن القاسم : وأرى إذا طال ذلك، فلا تكون امرأته وإن أسلمت، وتنقطع العصمة فيما بينهما إذا تطاول ذلك. قلت : كم يجعل ذلك؟ قال : لا أدري. قلت الشهرين؟ قال : لا أحد فيه حداً وأرى الشهر وأكثر من ذلك قليلاً وليس بكثير.

(١١٣٠) «الشرح الصغير» للدردير وحاشية الصاوي، ج ١، ص ٤٠٦.

(١١٣١) الفقرة ٩١٧٢.

(١١٣٢) «أحكام القرآن» للقرطبي، ج ١٨، ص ٦٧، «المغني» ج ٦، ص ٦١٤.

(١١٣٣) «شرح الموطأ» للزرقاني، ج ٣، ص ١٥٨-١٥٩.

(١١٣٤) «البدائع» ج ٢، ص ٢٣٦-٢٣٨، «الهداية وفتح القدير» ج ٣، ص ٥٠٦-٥٠٨، «الذر المختار وردة المختار»، ج ٣، ص ١٨٨-١٨٩، «شرح الكنز» للزيلعي، ج ٢، ص ١٧٤.

وعندهم تفصيل في مسألة إسلام أحد الزوجين وأثر ذلك في وقوع الفرقة بينهما، وهل يختلف الحكم إذا حصل ذلك في دار الحرب أو في دار الإسلام، ونحن نوجز القول في بيان مذهب الحنفية في هذه المسألة في صورها المتعددة.

٩١٧٦ - أ : إذا أسلمت الزوجة في دار الإسلام:

إذا أسلمت الزوجة في دار الإسلام على أي دين كان زوجها، عرض الإسلام على زوجها، فإن أسلم وكانت الزوجة ممن تحلّ له بقي النكاح على حاله وإن أبى أن يسلم فرّق القاضي بينهما، ومالم يفرّق القاضي بينهما فالنكاح يعتبر قائماً بينهما حتى لو مات الزوج قبل أن يسلم وجب لها المهر، وإن لم يكن قد دخل بها؛ لأن النكاح يعتبر قائماً والمهر يتقرر بالموت.

٩١٧٧ - ب : إذا أسلم الزوج في دار الإسلام:

وإذا أسلم الزوج وزوجته كتابية وهما في دار الإسلام بقي النكاح بحاله؛ لأن المسلم يجوز له ابتداء نكاح الكتابية وإذ هي محلّ لنكاحه ابتداءً فكذا بقاء. وإذا كانت زوجته كافرة غير كتابية عرض عليها الإسلام، فإن أسلمت فهما على نكاحهما، وإذا أبت أن تسلم فرّق القاضي بينهما، ومالم يفرّق القاضي بينهما فالنكاح يعتبر قائماً بينهما.

٩١٧٨ - شروط عرض الإسلام على من لم يسلم من الزوجين:

قلنا: إن المرأة إذا أسلمت عرض الإسلام على زوجها فإن أسلم فهي زوجته، وإن الزوج إذا أسلم عرض الإسلام على زوجته الكافرة غير الكتابية، فإن أسلمت فهما على نكاحهما. وإنما يكون عرض الإسلام على من لم يسلم من الزوجين إذا كان بالغاً عاقلاً أو صبيّاً مميّزاً أو صبّية مميّزة يعقلان الأديان، فإن كانا غير مميّزين انتظرنا تميّزهما؛ لأن له غاية معلومة. وإن كان من لم يسلم من الزوجين مجنوناً لم يُنتظر عقله؛ لأنه ليس له غاية معلومة ولهذا يعرض الإسلام على أبويه، فأيهما يسلم يتبعه المجنون في إسلامه ويبقى النكاح، وإذا أبى أن يسلم فرّق القاضي بينهما. وإن لم يكن للمجنون أب ولا أم، نصّب عليه القاضي وصياً ليقضي عليه بالفرقة.

٩١٧٩ - ج : إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب:

وإذا كان الزوجان في دار الحرب وأسلم الزوج وزوجته كتابية بقي النكاح بينهما لما قلناه من جواز نكاح المسلم الكتابية ابتداءً، فكذا بقاء. أما إذا أسلمت الزوجة على أي دين كان زوجها، أو إذا أسلم الزوج وزوجته كافرة غير كتابية لم تسلم، ففي هاتين الحالتين إذا أسلم الزوج أو أسلمت الزوجة خلال العدة وهي ثلاث حيض بالنسبة لمن تحيض، وثلاثة أشهر بالنسبة

لمن لا تحيض فالتكاح باق بينهما، وإذا لم يسلم من لم يسلم من الزوجين خلال هذه المدة وقعت الفرقة بينهما. ويعلل الحنفية رأيهم هذا، بأن الفرقة تقع بإبائه الإسلام ممن لم يسلم من الزوجين ولا يعرف الإباء إلا بعرض الإسلام عليه، وقد تعذر العرض عليه؛ لأنه في دار الحرب ولا ولاية لدار الإسلام على دار الحرب وعلى من فيها، وقد مسّت الحاجة إلى التفريق بين الزوجين لإسلام الزوجة وحدها أو إسلام الزوج وحده وزوجته غير كتابية؛ لأن الإسلام لا يقترّ نكاحهما إلا إذا أسلم الطرف الآخر، فيقام شرط البينونة في الطلاق الرجعي وهو مضي ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر، يقام هذا الشرط مقام سبب الفرقة ويكون مضي مدة العدة بمنزلة تفريق القاضي إذا لم يسلم الزوج الآخر خلال هذه المدة، أما إذا أسلم فهما على نكاحهما. ولا فرق فيما قلناه بين المدخول بها وغير المدخول بها.

٩١٨٠ - أدلة الحنفية :

احتج الحنفية لقولهم بلزوم عرض الإسلام على من لم يسلم وعند إبائه الإسلام يفرق القاضي بينهما بأن إباء الإسلام هو سبب التفريق وليس السبب إسلام من أسلم من الزوجين، والأدلة على ذلك ما يأتي :

٩١٨١ - الدليل الأول :

روي أن رجلاً من بني تغلب أسلمت زوجته، فعرض عمر - رضي الله عنه - عليه الإسلام فامتنع، ففرق بينهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة - رضي الله عنهم - فيكون إجماعاً، ولو وقعت الفرقة بإسلام من أسلم من الزوجين لما وقعت الحاجة إلى التفريق من قبل الإمام (١١٣٥).

٩١٨٢ - الدليل الثاني :

إن الفرقة بين الزوجين يجب أن تضاف إلى سبب، وإسلام من أسلم من الزوجين لا يصلح أن يكون سبباً لرفع النكاح ووقوع الفرقة؛ لأن الإسلام طاعة، والطاعة لا تكون سبباً لتفويت نعمة الزوجية وانقطاع النكاح، كما أن الإسلام عرف عاصماً للأملاك مؤكداً لها، فلا يكون مبطلاً لها.. وكذلك كفر المصّر على كفره الراض للإسلام لا يكون قاطعاً للنكاح؛ لأن الكفر كان

(١١٣٥) الخبر الذي احتج به الحنفية عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ذكره ابن القيم في كتابه «زاد المعاد» ج٣، ص١٥-١٦، وهذا نصه: وعن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أن نصرانياً أسلمت امرأته فقال عمر: إن أسلم فهي امرأته، وإن لم يسلم فرق بينهما، فلم يسلم ففرق بينهما. وكذلك قال عمر - رضي الله عنه - لعبادة بن النعمان التغلبي، وقد أسلمت امرأته: إما أن تسلم وإلا نزعنا منك، فأبى فنزعها - أي نزع زوجته - منه.

موجوداً بينهما - بين الزوجين - ولم يمنع ابتداء النكاح؛ فلئن لا يمنع بقاءه، والبقاء أسهل، أولى. وكذلك اختلاف الدين لا يكون سبباً لقطع النكاح؛ لأنه لا يمنعه ابتداء كما لو تزوج مسلم كتابية، فلا يكون مانعاً له بقاءً أيضاً. ولكن لو أبقينا النكاح بينهما لا تحصل مقاصد النكاح لأن مقاصد لا تحصل إلا بالاستفراش - أي الوطء - والكافر لا يجوز تمكينه من استفراش المسلمة، والمسلم لا يحل له استفراش الكافرة غير الكتابية، فيعرض الإسلام من غير إكراه على الزوج الذي لم يسلم، فإن أسلم فهما على نكاحهما، وإن أبى أن يسلم فرق القاضي بينهما لعدم الفائدة عند ذلك من بقاء النكاح، فيكون إباء الإسلام من أحد الزوجين سبباً صالحاً للفرقة؛ لأن هذا الإباء للإسلام معصية فيناسبه إضافة سبب الفرقة إليه.

٩١٨٣ - خامساً: مذهب الزيدية (١١١٣):

أ : إذا كان الزوجان كافرين حربيين من تبعة دار الحرب وأسلم أحدهما بعد الدخول، فإن الفرقة تقع بعد مضي عدة الزوجة دون إسلام الزوج الآخر.

ب : إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين الحربيين قبل الدخول فالفرقة تقع في الحال.

ج : إذا كانت الزوجة ذمية من تبعة دار الإسلام وأسلمت هي أو أسلم زوجها دونها، فإن الفرقة تقع بينهما بأحد أمرين:

الأول: بمضي مدة العدة دون أن يسلم الزوج الآخر، سواء كانت الزوجة مدخولاً بها أو غير مدخول بها.

الثاني: عرض الإسلام على من لم يسلم منهما، فإذا امتنع من الإسلام وقعت الفرقة بامتناعه عن الإسلام ولو لم تمض العدة.

د : وإن كان زوج الذمية صغيراً لم تقع الفرقة بمضي العدة قبل بلوغه، بل ينتظر بلوغه؛ لأن عرض الإسلام عليه في حال صغره غير صحيح لأن عبارته غير مقبولة، وفي الحكم بوقوع الفرقة بمضي العدة قبل بلوغه إسقاط لحقه وهو استبقاء زوجته بإسلامه ولا يمكنه ذلك في العدة لصغره، فوجب أن لا يحكم بوقوع الفرقة حتى يتمكن من حقه بأن ينتظر بلوغه، فيسلم فتبقى زوجته له، أو يمتنع فتقع الفرقة.

٩١٨٤ - مناقشة الأقوال المختلفة وأدلتها:

أولاً: مناقشة ابن حزم:

(١١١٣٦) (شرح الأزهار) ج ٢، ص ٣٢٤-٣٢٥.

قول ابن حزم وموافقوه، إذا أسلمت الزوجة، أو أسلم الزوج وزوجته غير كتابية وقعت الفرقة حالاً بإسلام من أسلم منهما. ويرد على هذا القول ما يأتي:

أ : لم يعرف أن النبي ﷺ جدد نكاح زوجين أسلم أحدهما قبل الآخر قط. وقد كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل منهم قبل امرأته وبالعكس، ولم يعرف عن أحد منهم البتة أنه تلفظ بإسلامه هو وامرأته حرفاً بحرف، ومع هذا فما كانت الفرقة بينهما بسبب تأخر إسلام أحدهما عن الآخر (١١٣٧).

ب : الاحتجاج بما روي عن عمر بن الخطاب وغيره بوقوع الفرقة بمجرد إسلام أحد الزوجين ليست صريحة في تعجيل الفرقة، وتعارض بما روي عنه صراحة بعدم تعجيل الفرقة بإسلام أحد الزوجين (١١٣٨).

ج : الاحتجاج بالآية الكريمة: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مِهَاجِرَاتٍ...﴾. هذه الآية يستدل بها على وقوع الفرقة بين الزوجين إذا أسلم أحدهما دون الآخر مع اختلاف الدار بينهما، كما ذهب إلى ذلك الحنفية. وأيضاً فإذا كانت هذه الآية يستدل بها على وقوع الفرقة حالاً بإسلام أحد الزوجين كما يقول ابن حزم - رحمه الله تعالى - فإن هذا الاستدلال يُعارض بقول الإمام الشافعي - رحمه الله - في هذه الآية إذ قال: إن السنة النبوية الشريفة قد بينت أن (مراد الله من قوله هذا أنه لا يحلّ بعضهم لبعض إلا أن يسلم الباقي منهما في العدة) (١١٣٩)، كما يعترض على استدلال ابن حزم بالآية بقول ابن القيم: «إن الذي أنزل عليه: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ وقوله تعالى: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَّهُنَّ﴾ لم يحكم بتعجيل الفرقة» (١١٤٠).

د : القول بأن إسلام أحد الزوجين من أسباب الفرقة فيجب أن تقع الفرقة حالاً دون توقف على شيء آخر، قول صحيح ومقبول لو لم ترد نصوص وآثار معتبرة بعدم وقوع الفرقة حالاً.

٩١٨٥ - ثانياً: مناقشة الشافعية والحنابلة ومواقفهم:

وهؤلاء يرون وقوع الفرقة إذا مضت العدة ولم يسلم الزوج الآخر، ويرد على قول هؤلاء

بالاتي:

(١١٣٧) «زاد المعاد» لابن القيم، ج ٤، ص ١٤.

(١١٣٨) «زاد المعاد» لابن القيم، ج ٤، ص ١٥-١٦.

(١١٣٩) «أحكام القرآن» للقرطبي، ج ١٨، ص ٦٧.

(١١٤٠) «زاد المعاد» لابن القيم، ج ٤، ص ١٥.

أ : لم يعرف عن رسول الله ﷺ مراعاة العدة لوقوع الفرقة بعد مضيها دون أن يسلم الزوج الآخر، قال الإمام ابن القيم - رحمه الله - : «وأما تنجيز الفرقة أو مراعاة العدة، فلا نعلم أن رسول الله ﷺ قضى بواحدة منهما مع كثرة من أسلم في عهده من الرجال وأزواجهن وقرب إسلام أحد الزوجين من الآخر وبعده منه» (١١٤١).

ب : ما روي عن ابن شبرمة في مراعاة العدة عند إسلام أحد الزوجين في عهد رسول الله ﷺ وأن الفرقة تقع بانقضائها دون إسلام الزوج الآخر، هذه الأخبار المروية عن ابن شبرمة أخبار منقطعة، فلا يصح الاحتجاج بها (١١٤٢).

ج : ما رواه الإمام مالك عن ابن شهاب في قصة إسلام صفوان وعكرمة حديثان مرسلان، وفي العمل بالمرسل اختلاف بين العلماء، فالجمهور ومنهم الظاهرية لا يرون الاحتجاج به (١١٤٣)، وإذا قلنا بجواز الاحتجاج بالمرسل، فليس في هذين المرسلين حجة للقول بمراعاة مدة العدة؛ لأنه ليس فيهما ذكر للعدة، وإنما في أحدهما بيان للمدة بين إسلام صفوان وبين إسلام زوجته وهي نحو شهر. وليس في هذا البيان دلالة على أن صفوان لو أسلم بعد هذه المدة، لما أقر على نكاحه، ومرسل قصة إسلام عكرمة لم يرد فيه ذكر العدة ولا ذكر المدة بين إسلامه وإسلام زوجته.

٩١٨٦ - ثالثاً: مناقشة الحنفية:

أ : ما روي عن عمر - رضي الله عنه - من عرض الإسلام على الزوج الذي لم يسلم يعارض بما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال في اليهودية والنصرانية: تسلم وهي تحت يهودي أو نصراني، يفرق بينهما (١١٤٥). ولم يذكر ابن عباس عرض الإسلام على الزوج، وهذا يدل على أن المسألة اجتهادية وخلافية ولا إجماع فيها على فعل عمر - رضي الله عنه - كما قال الحنفية.

ب : قول الحنفية: إن إسلام أحد الزوجين أو كفر الزوج الآخر لا يصلح واحد منهما أن يكون سبباً للتفريق، كما لا يصلح أن يكون اختلاف الدين سبباً للتفريق؛ لأنه يجوز النكاح مع وجوده ابتداء، كما في نكاح المسلم كتابية، فإذا طرأ اختلاف الدين على النكاح، فلا يؤثر فيه

(١١٤١) (زاد المعاد، ج ٤، ص ١٥).

(١١٤٢) (زاد المعاد، ج ٤، ص ١٥).

(١١٤٣) (الأحكام في أصول الأحكام، لابن حزم، ج ٢، ص ٢، «ارشاد الفحول» للشوكاني، ص ٥٧).

(١١٤٥) (المحلّى، لابن حزم، ج ٧، ص ٣١٤).

لأن البقاء أسهل من الابتداء. ويرد على هذا القول بأن اختلاف الدين قد يمنع النكاح ابتداء كما في نكاح المسلم مشرقة، وعلى هذا فيجوز أن يكون اختلاف الدين مانعاً من استدامة النكاح وبقائه كما منعه ابتداءً، فيصح أن تضاف الفرقة إليه أي إلى اختلاف الدين، وحيث إن هذا الاختلاف تأتي من إسلام أحد الزوجين وإبائه الآخر الإسلام وبقائه على الكفر، فيمكن أن تضاف الفرقة إلى إسلام من أسلم؛ لأن بإسلامه تحقق اختلاف الدين المانع من استدامة النكاح وبقائه.

٩١٨٧ - القول الراجح :

ومن عرض الأقوال المختلفة وأدلتها ومناقشتها وما يرد عليها من إيرادات واعتراضات يترجح عندي قول الحنفية؛ لأنه لم يثبت عن النبي ﷺ تعجيل الفرقة بإسلام أحد الزوجين، كما لا يثبت عنه ﷺ مراعاة مدة العدة بحيث إذا لم يسلم الزوج الآخر قبل انقضائها تقع الفرقة، فلم يبق إلا عرض الإسلام على من لم يسلم من الزوجين، فإن أسلم فالنكاح باق وإن أبى فرق الحاكم بينهما كما ثبت ذلك عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - حيث حكم بالتفريق لعدم إسلام الزوج الآخر بعد عرض الإسلام عليه. والظاهر أن عرض الإسلام على الزوج الذي لم يسلم ليس له مدة محددة وإنما يعرضه الحاكم عليه عند نظره في موضوع النكاح بعد إسلام أحد الزوجين حيث يجب البت في أمر نكاحهما: فإذا أن يُقرَّأ عليه، وإما أن يتوقف إقرارهما عليه على إسلام الزوج الآخر، فيعرض الحاكم عليه الإسلام، فإن أسلم أقرهما الحاكم على نكاحهما وإن أبى أن يسلم حكم الحاكم بالتفريق بينهما وما لم يفرق الحاكم بينهما يعتبر النكاح قائماً. ومما يؤيد ما استظهرناه وقلناه أن سيدنا عمر - رضي الله عنه - لم يحدد مدة لإسلام الزوج الآخر وإنما عرض عليه الإسلام بعد أن رفعت إليه قضية التغلبي النصراني الذي أسلمت زوجته فقال له عمر: إما أن تسلم وإما أن نزعنا منك زوجتك - أي فرقنا بينك وبينها - ولكن مع هذا فينبغي أن لا تطول المدة بين إسلام أحد الزوجين وبين عرض الإسلام على الزوج الآخر، وهذا يقتضي رفع الأمر إلى الحاكم فوراً، لا سيما وأن هذه الدعوى من دعاوى الحسبة لما فيها من حلٍّ وحرمة؛ لأنه لا يجوز نكاح الكافر مسلمة، ولا يجوز نكاح المسلم مشرقة، ومالم يسلم الزوج الذي لم يسلم يجب التفريق بينهما، وهذا يتم بعرض الإسلام عليه ليتبين إسلامه أو إبائه الإسلام، والعرض يكون من قبل القاضي، وهذا يستلزم التعجيل برفع الدعوى إليه من قبل الزوج الذي أسلم أو من قبل غيرهما؛ لأنها من دعاوى الحسبة كما قلت، ودعاوى الحسبة يجوز لكل مسلم أن يتدخل فيها ويرفعها إلى القاضي.

٩١٨٨ - نوع الفرقة بسبب إبائه الإسلام:

وإذا وقعت الفرقة بسبب إباء الإسلام على النحو الذي فصلناه، فقد اختلف العلماء في نوع هذه الفرقة، فالجمهور ومنهم الإمام مالك والشافعي وأحمد وأبي يوسف على أنها فرقة فسخ. وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنها فرقة فسخ إذا أسلم الزوج وأبت الزوجة الإسلام، وهي فرقة طلاق إذا أسلمت الزوجة وأبى الزوج الإسلام^(١١٤٦).

٩١٨٩ - أدلة الجمهور ومخالفهم:

أ : أدلة الجمهور:

احتج الجمهور لقولهم إنها فرقة فسخ بأنها لم تقع بلفظ الطلاق، وإنما وقعت بحكم الشرع، فتكون فرقة فسخ لا فرقة طلاق كالفرقة بسبب الرضاع^(١١٤٧). واحتج أبو يوسف بأن هذه الفرقة يشترك في سببها الزوجان وهو إباء الإسلام والفرقة بسببها فسخ، فكذا تكون بسبب إبائه الإسلام^(١١٤٨).

ب : حجة أبي حنيفة ومحمد:

إن المرأة إذا أسلمت وأبى الزوج الإسلام، فقد فات الإمساك بالمعروف، فيتعين التسريح بإحسان، فإن طلقها فيها، وإلا ناب القاضي منابه فتكون الفرقة فرقة طلاق؛ لأن القاضي ينوب عنه فيما إليه التفريق به، والذي إليه هو الطلاق، فتكون الفرقة فرقة طلاق لا فسخ كما في حالة التفريق بالجبِّ والعنة، وهذا بخلاف ما لو كان الزوج هو الذي أسلم والزوجة أبت أن تسلم، فإن القاضي ينوب منابها فيما لها التفريق به، والذي للمرأة التفريق به، عند جوازه لها، هو الفسخ لا الطلاق فيكون تفريق القاضي في هذه الحالة فسخاً؛ لأنه نائب عنها فيه^(١١٤٩).

٩١٩٠ - ما يترتب على القولين:

أ : يترتب على قولنا: إن الفرقة فرقة طلاق، أنه طلاق بائن لا رجعي إذ لا يمكن أن يكون رجعياً وقد حصل التفريق بحكم الشرع، إذ يحرم أن تكون المسلمة زوجة كافر، ويحرم على المسلم أن تكون زوجته كافرة غير كتابية. كما أن هذه الطلاق ينقص من عدد الطلقات التي

(١١٤٦) «المدونة الكبرى» ج٤، ص١٨٥، «شرح الخروشي» ج٣، ص٢٢٩، «المهذب وشرحه المجموع» ج١٥، ص٤٥١، «كشاف القناع» ج٣، ص٦٩-٧٠، «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص١٨٨-١٨٩.

(١١٤٧) «المغني» ج٦، ص٦١٤، «المهذب وشرحه المجموع» ج١٥، ص٤١٥.

(١١٤٨) «البدائع» ج٢، ص٣٣٧.

(١١٤٩) «البدائع» ج٢، ص٣٣٧، «شرح الكنز» للزيلعي و«حاشية الشلبي» ج٢، ص١٧٤-١٧٥.

يملكها الزوج عليها فيما لو جاز نكاحهما في المستقبل بعقد جديد بعد أن يسلم الطرف الآخر.
ب : ورتب على قولنا بأنها فرقة فسخ لا طلاق، عدم نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج على هذه المرأة فيما لو عادا إلى النكاح بعقد جديد بعد أن يسلم الطرف الذي رفض الإسلام.

٩١٩١ - هل يجب المهر مع التفريق؟

وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب إباء الإسلام من أحد الزوجين على النحو الذي فصلناه، فهل يجب للزوجة على زوجها كل المهر إن كان التفريق بعد الدخول أو نصفه إن كان التفريق قبل الدخول؟ تفصيل بين الفقهاء نوجزه بالآتي:

٩١٩٢ - أولاً: مذهب الحنفية:

إذا كان التفريق بالإبراء عن الإسلام من قبلها أو من قبله بعد الدخول، فلها المهر كله. وإن كان الإبراء عن الإسلام قبل الدخول، فإن كان الإبراء من الزوج فلها نصف المهر، وإن كان بإبراء الزوجة فلا مهر لها. فقد جاء في «الهداية»: «ثم إذا فرّق بينهما بإبائهما، فلها المهر إن كان دخل بها لتأكده بالدخول، وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها؛ لأن الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فأشبهه الرّدة»^(١١١٥٠)، وفي «ردّ المحتار»: «أما لو أسلمت وأبى الزوج، فلها نصف المهر قبل الدخول وكله بعده»^(١١١٥١)، وفي «الفتاوى الهندية»: «ثم إذا وقعت الفرقة بينهما بالإبراء، فإن كان بعد الدخول فلها المهر كلّه، وإن كان قبل الدخول، فإن كان بإبائه فلها نصف المهر، وإن كان بإبائهما فلا مهر لها»^(١١١٥٢).

٩١٩٣ - ثانياً: مذهب الشافعية^(١١١٥٣):

أ : إذا وقعت الفرقة بعد الدخول بسبب إسلامه وعدم إسلامها أو بسبب إسلامها وعدم إسلامه، فلها المهر المسمى كلّه إن كانت تسميته صحيحة لاستقراره وتأكده بالدخول. وإن كانت تسميته فاسدة كما لو كان المهر خمرأً أو خنزيراً، فلها مهر المثل.

ب : وإن وقعت الفرقة قبل الدخول بسبب إسلامها، فلا شيء لها من المهر؛ لأن الفرقة

(١١١٥٠) «الهداية وفتح القدير» ج ٢، ص ٥٠٨.

(١١١٥١) «رد المحتار» لابن عابدين على «الدر المختار» ج ٣، ص ٢١٩٠.

(١١١٥٢) «الفتاوى الهندية في فقه الحنفية» ج ١، ص ٣٣٨.

(١١١٥٣) «نهاية المحتاج» ج ٦، ص ٢٩٤، «مغني المحتاج» ج ٣، ص ١٩٤-١٩٥.

جاءت من قبلها، وهذا على القول المشهور في المذهب، وعلى القول الآخر لها نصف المهر؛ لأنها أحسنت بإسلامها.

ج : وإن وقعت الفرقة قبل الدخول بسبب إسلامه، فلها نصف المهر المسمى إن كان المسمى يصلح أن يكون مهراً، فإن كان فاسداً لا يصلح أن يكون مهراً كالخمر فلها نصف مهر المثل.

٩١٩٤ - ثالثاً: مذهب الحنابلة^(١١١٥٤):

أ : الفرقة قبل الدخول:

قالوا إذا حصلت الفرقة قبل الدخول بإسلام الزوج فلها نصف المسمى إن كانت التسمية صحيحة، وإن كانت التسمية فاسدة مثل أن يجعل مهرها خمراً أو خنزيراً، فلها نصف مهر مثلها؛ لأن الفرقة حصلت بفعله أي بإسلامه. وإن حصلت الفرقة بإسلام الزوجة فلا شيء لها؛ لأن الفرقة حصلت قبل الدخول وبسبب منها وهو إسلامها. وبهذا قال الحسن ومالك والزهري والأوزاعي وابن شبرمة. وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر إذا كانت هي التي أسلمت، واختارها أبو بكر من الحنابلة وبه قال قتادة والثوري؛ لأنها فعلت ما فرض الله عليها فكان لها نصف المهر المسمى.

ب : الفرقة بعد الدخول:

وإذا حصلت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول، فلها المهر كاملاً؛ لأنه استقر وتأكد بالدخول فلم يسقط بشيء. فإن كان المهر المسمى صحيحاً فهو لها، وإن كان محرماً وقد قبضته في حال الكفر، فليس لها غيره؛ لأننا لا نتعرض لما مضى من أحكامهم، وإن لم تقبضه وهو حرام، فلها مهر مثلها؛ لأن الحرام لا يجوز أن يكون مهراً لمسلمة ولا في نكاح مسلم.

٩١٩٥ - بم يصير غير المسلم مسلماً:

ذكرنا إسلام أحد الزوجين الكافرين وأثره في بقاء النكاح أو زواله إذا رفض الزوج الآخر الإسلام بعد عرضه عليه، ونسأل هنا بم يصير غير المسلم مسلماً؟ والجواب: إذا نطق بالشهادتين بأن قال أو يقول: أشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً رسول الله، فإنه يصير مسلماً ونطبق عليه أحكام الإسلام؛ لأنه صار مسلماً من حيث الظاهر ومن جملة أحكام الإسلام التي نطبقها عليه بسبب إسلامه ما ذكرناه من جهة بقاء نكاحه أو انفساخه على النحو الذي

(١١١٥٤) (المغني، ج٦، ص٦١٥-٦١٨).

فصلناه، سواء الذي أسلم بنطقه بالشهادتين الزوج أو الزوجة. أما إعلان إسلامه أمام القاضي في المحكمة وتزويده بحجة إسلامه فهذا يراد لإثبات انتقاله إلى دين الإسلام وليس لصحة إسلامه، فالنطق بالشهادتين على وجه الإيمان وإرادة الدخول في الإسلام، يكفي لاعتباره مسلماً من حيث الظاهر وفي أحكام الدنيا، سواء كان في قلبه مصدقاً بما نطق بلسانه أو غير مصدق؛ لأننا نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر، وفي هذا يقول الإمام الغزالي - رحمه الله تعالى -: «الدرجة السادسة، أن يقول بلسانه (لا إله إلا الله محمد رسول الله) ولكن لم يصدق بقلبه، فلا شك في أنه في حكم الآخرة من الكفار وأنه مخلد في النار، ولا شك أنه في حكم الدنيا من المسلمين؛ لأن قلبه لا نطلع عليه، وعلينا أن نظن به أنه ما قاله بلسانه إلا وهو منطوق عليه في قلبه» (١١٥٥).

٩١٩٦ - لا يجوز للقاضي ردّ إسلام من أسلم من الزوجين :

ولا يجوز للقاضي ردّ إسلام من أسلم من الزوجين إذا أعلن إسلامه أمامه ونطق بالشهادتين، بحجة أنه غير صادق بإسلامه وأنه يريد بإسلامه تطليق زوجته المسيحية، أو أن المرأة تريد بإسلامها فسخ نكاحها من زوجها المسيحي إذا أصرّ على دينه ولم يتحول إلى الإسلام. فكل هذه الحجج باطلة وغير مقبولة، ولا يجوز للقاضي مطلقاً أن يستند إليها فيردّ إسلام من أسلم من الزوجين؛ لأننا نقبل إسلام من يسلم ونعتبره مسلماً من حيث الظاهر، ونحسن به الظنّ، ونطبق عليه أحكام الإسلام، وقد ذكرنا قول الإمام الغزالي - رحمه الله تعالى - ونزيد هنا حجة أخرى أو دليلاً آخر على ما قاله الإمام الغزالي وهو قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْفَىٰ إِلَيْكُمْ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا﴾. (١١٥٦)، وقد جاء بصدد هذه الآية وسبب نزولها ما ذكره الإمام القرطبي في «تفسيره» فقد قال - رحمه الله تعالى -: «وهذه الآية نزلت في قوم من المسلمين مروا في سفرهم برجل معه جمل وغنيمة يبيعهما، فسلم على القوم وقال: لا إله إلا الله محمد رسول الله، فحمل عليه أحدهم فقتله، فلما ذكر ذلك للنبي ﷺ شقّ عليه ونزلت الآية. وفي «سنن ابن ماجه» عن عمران بن حصين قال: بعث رسول الله ﷺ جيشاً من المسلمين إلى المشركين فقاتلوهم قتالاً شديداً فمناحوهم أكتافهم - أي فروا هاربين - فحمل رجل من المسلمين على رجل من المشركين بالرمح فلما غشيه قال: أشهد أن لا إله إلا الله، إني مسلم فطعنه فقتله. فأتى إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، هلكتُ، قال: وما الذي صنعت؟ مرة أو مرتين، فأخبره بالذي صنع. فقال له رسول الله ﷺ: فهلاً شقت قال:

(١١٥٥) [حياء علوم الدين] ج ١، ص ١٠٥.

(١١٥٦) [سورة النساء، من الآية ٩٤].

عن بطنه فعلمتَ ما في قلبه، فقال: يا رسول الله لو شققتُ بطنه أكنْتُ أعلم ما في قلبه؟ قال: لا، فلا أنتَ قبلتَ ما تكلمَ به ولا أنتَ تعلم ما في قلبه. فسكت عنه رسول الله ﷺ فلم يلبث إلا يسيراً حتى مات...» (١١٥٧). وإذا كان الواجب - كما دلَّت عليه هذه الآية - قبول إسلام من يسلم بالحرب بنطقه بالشهادتين وعدم جواز رفض إسلامه بحجة أنه يريد بإعلان إسلامه التخلص من القتل مع وجود هذا الاحتمال؛ لأن الحالة حالة حرب وقتال فعلي، أقول إذا كان لا يجوز ردّ إسلام من يسلم في القتال فمن الأولى أن لا يجوز ردّ إسلام من يعلن إسلامه في غير حالة القتال كإسلام أحد الزوجين في دار الإسلام وباختياره وبمجيئه إلى القاضي ليعلن إسلامه أمامه.

(١١٥٧) تفسير القرطبي، أحكام القرآن، ج ٥، ص ٣٣٦-٣٣٧.

الفصل السابع عشر التفرقة بسبب ردة أحد الزوجين

٩١٩٧ - تمهيد:

الردة في الاصطلاح الشرعي الرجوع عن الإسلام. والمرتد هو الراجع عن الإسلام سواء خرج من الإسلام إلى غير دين أو إلى دين آخر اعتنقه، وقد تكلمنا على الردة باعتبارها جريمة وما يصير به الشخص مرتداً وعقوبة المرتد والمرتدة^(١١١٥٨)، كما بينا بطلان زواج المرتد أو المرتدة؛ لأن الزواج يعتمد الملة، والمرتد أو المرتدة لا ملة لهما^(١١١٥٩).

موضوع الفصل:

وكلامنا في هذا الفصل يتعلق بأثر الردة في بقاء النكاح، وهل يترتب على ردة أحد الزوجين أو كليهما وجوب التفريق بينهما أم لا؟ وما نوع الفرقة الواقعة بسبب الردة إن قلنا بوقوعها؟ وهل يجب المهر أو بعضه إذا وقعت الفرقة بسبب الردة؟ هذا ما نريد بيانه في هذا الفصل بذكر أقوال المذاهب المختلفة.

٩١٩٨ - أولاً: مذهب الحنفية^(١١١٦٠)

أ : وقوع الفرقة في الحال بردة أحد الزوجين :

إذا ارتد أحد الزوجين المسلمين، أو ارتد المسلم زوج الكتابية وقعت الفرقة بينهما في الحال قبل الدخول وبعده؛ لأن الردة بمنزلة الموت لأنها سبب يفضي إليه، والميت لا يكون محلاً للنكاح، ولهذا لم يجر نكاح المرتد في الابتداء فكذا في حال البقاء - أي بقاء النكاح -؛ ولأنه لا عصمة مع الردة، وملك النكاح لا يبقى مع زوال العصمة.

(١١١٥٨) الفقرات من ٥٣٢٠، وما بعدها.

(١١١٥٩) الفقرة ٦٤٠٧.

(١١١٦٠) (المبسوط) ج ٥، ص ٤٩، (البدائع) ج ٢، ص ٣٣٧-٣٣٨، (الفتاوى الهندية في فقه الحنفية) ج ١،

ص ٢٨١.

٩١٩٩ - ب : الفرقة تثبت بنفس ردة أحد الزوجين :

والفرقة بردة أحد الزوجين تثبت بنفس الردة، وتعتبر فرقة بغير طلاق - أي فرقة فسخ - إذا كانت بسبب ردة الزوجة بغير خلاف بين الحنفية وتعتبر أيضاً فرقة فسخ إذا كانت بسبب ردة الزوج في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد تعتبر فرقة طلاق.

٩٢٠٠ - ج : إذا ارتد الزوجان معاً هل تقع الفرقة؟

وإذا ارتد الزوجان معاً لا تقع الفرقة بينهما استحساناً حتى لو أسلما معاً فهما على نكاحهما. والقياس وقوع الفرقة بردتها معاً، وهو قول الإمام زفر.

(وجه) قول زفر، وهو القياس، أنه لو ارتد أحدهما لوقعت الفرقة، فكذا إذا ارتدّا معاً؛ لأن في ردتها ردة أحدهما وزيادة.

(وجه) الاستحسان، إجماع الصحابة - رضي الله عنهم - فإن العرب لما ارتدت في زمن أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - ثم أسلموا لم يفرق بينهم وبين نسائهم.

٩٢٠١ - د : إذا ارتدا وعاد أحدهما إلى الإسلام:

إذا ارتد الزوجان معاً وعاد أحدهما إلى الإسلام وقعت الفرقة بينهما؛ لأنه لا يجوز نكاح واحد طرفيه مرتد، سواء كان هذا الطرف الزوج أو الزوجة.

٩٢٠٢ - هـ : زوجة المسلم الكتابية إذا تمجست:

إذا كانت زوجة المسلم كتابية ثم تمجست أو صارت وثنية وقعت الفرقة بينهما؛ لأن غير الكتابية لا تصلح أن تكون زوجة لمسلم ابتداءً فكذا بقاءً.

٩٢٠٣ - و : زوجة المسلم يهودية فتنصرت:

إذا كانت زوجة المسلم يهودية فتنصرت أو كانت نصرانية فتهودت لم تقع الفرقة ولم يعترض عليها، ولا تجبر على العودة إلى دينها السابق؛ لأنها انتقلت من باطل إلى باطل، والجبر على الباطل باطل. وكذا لا تجبر على الإسلام؛ لأنه لا إكراه في الدين.

٩٢٠٤ - حكم المهر بعد الردة:

وأما حكم المهر بعد الردة ووقوع الفرقة، فقد قال الحنفية: إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن كان قد دخل بها، ولها نصفه إن لم يكن قد دخل بها. وإن كانت الزوجة هي المرتدة، فلها كل المهر إن كان قد دخل بها، ولا مهر لها إن لم يدخل بها.

٩٢٠٥ - الزوجة المسلمة إذا ارتدت هل تجبر على الإسلام؟

قد ترتد الزوجة المسلمة نكايه بزوجها ولتفسخ نكاحها تخلصاً منه، فهل تجبر على الرجوع إلى الإسلام؟ جاء في «الفتاوى الهندية»: «لو أجزت - أي الزوجة المسلمة - كلمة الكفر على لسانها مغايظة لزوجها أو إخراجاً لنفسها عن حبالته أو لاستيجاب المهر عليه بنكاح مستأنف، تجبر على الإسلام. ولكل قاضي أن يجدد النكاح ولو بدينار سخطت أو رضيت، وليس لها أن تتزوج إلا بزوجها» (١١٦١).

٩٢٠٦ - ثانياً: مذهب الشافعية (١١٦٢):

أ : إذا ارتد الزوجان أو أحدهما:

إذا ارتد الزوجان أو أحدهما، فإن كان قبل الدخول وقعت الفرقة بانفساخ النكاح. وإن كان ارتدادهما أو أحدهما بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة، فإن رجع المرتد منهما إلى الإسلام قبل انقضاء العدة فهما على نكاحهما، وإن لم يجتمعا على الإسلام حتى انقضت العدة انفسخ النكاح ووقعت الفرقة.

٩٢٠٧ - الانتقال من اليهودية إلى النصرانية وبالعكس:

ولو تهوّد نصراني أو عكسه لم يقرّ على ما انتقل إليه من دين على القول الأظهر عند الشافعية، فإن كانت المنتقلة امرأة نصرانية فتهوّدت أو يهودية فتنصّرت لم تحلّ لمسلم؛ لأنها لم تُقرّ على ما انتقلت إليه كالمرتدة. وإن كانت المنتقلة زوجة مسلم فكرّدة مسلمة عن الإسلام فتنجز الفرقة بينهما قبل الدخول، وكذا بعده إن لم تسلم قبل انقضاء العدة.

٩٢٠٨ - ثالثاً: مذهب الحنابلة (١١٦٣):

أ : الردّة قبل الدخول:

إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح، قال ابن قدامة الحنبلي وهذا قول عامة أهل العلم، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾.

(١١٦١) «الفتاوى الهندية» ج ١، ص ٢٨١.

(١١٦٢) «المجموع» ج ١٥، ص ٤٧٠-٤٧١، «نهاية المحتاج» ج ٦، ص ٢٨٨، «مغني المحتاج» ج ٣، ص ١٩٠.

(١١٦٣) «المغني» ج ٦، ص ٦٣٨-٦٤٠.

٩٢٠٩ - ب : الردّة بعد الدخول:

وإذا ارتدّ أحد الزوجين بعد الدخول فعن أحمد روايتان:

الأولى: تتعجل الفرقة؛ لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع.

والرواية الثانية: تقف الفرقة على انقضاء العدة، فإن أسلم المرتدّ قبل انقضائها فهما على نكاحهما، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة بانت منه من حين اختلف الدينان؛ لأنه - أي الردّة - لفظ تقع به الفرقة، فإذا وجد بعد الدخول جاز أن تقف الفرقة على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي، فلا يوجب فسخه في الحال كإسلام الكافرة الحربية تحت الحربي في دار الحرب. وقياسه على إسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع.

٩٢١٠ - ج : إذا ارتدّ الزوجان معاً:

إن ارتدّ الزوجان معاً فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما: إن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة، وإن كان بعده، فهل تتعجل الفرقة أو تقف على انقضاء العدة؟ على روايتين في المذهب.

٩٢١١ - د : حكم المهر بردة أحد الزوجين قبل الدخول:

إن ارتدت الزوجة قبل الدخول فلا مهر لها؛ لأن الفسخ من قبلها، وإن كان الزوج هو المرتد قبل الدخول فعليه نصف المهر؛ لأن الفسخ من جهته فأشبه ما لو طلق. وإن كانت التسمية - تسمية المهر - فاسدة، فعليها نصف مهر المثل.

٩٢١٢ - هـ : ردّة أحد الزوجين بعد الدخول:

وإن كانت ردّة أحدهما بعد الدخول، فلها كل المهر - كما يبدو وإن لم يصرحوا به -؛ لأن المهر يتأكد بالدخول وقياساً على ما قاله فيما إذا وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول أن لها كل المهر لاستقراره بالدخول.

٩٢١٣ - و : ردّة أحد الزوجين تمنع الوطاء:

وإذا ارتدّ أحد الزوجين أو ارتدا معاً منع ذلك من وطئها، أي لا يجوز وطئها فإن وطئها في عدتها، وقلنا إن الفرقة تعجلت فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطاء مع المهر الذي ثبت لها عليه بعقد النكاح؛ لأنه وطأ أجنبية فيكون عليه مهر مثلها. وإن قلنا إن الفرقة موقوفة على انقضاء العدة، فإن أسلم المرتد منهما أو أسلما جميعاً في عدتها وكانت الردّة منهما، فلا مهر لها عليه

لهذا الوطء؛ لأننا تبينا أن النكاح لم يزل قائماً؛ لأنه وطئها وهي زوجته. وإن ثبتا على ردتها أو ثبت المرتدّ منهما على رده حتى انقضت عدتها، فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء؛ لأنه وطء في غير نكاح.

٩٢١٤ - رابعاً: مذهب الجعفرية^(١١٦٤):

إذا ارتدّ أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال وسقط المهر إن كانت المرأة هي المرتدة، وسقط نصف المهر إن كان الزوج هو المرتدّ. ولو وقعت الردّة من أحدهما بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدة، فإن عاد من ارتدّ إلى الإسلام منهما على نكاحهما وإلا فسخ النكاح ولا يسقط شيء من المهر لاستقراره بالدخول.

٩٢١٥ - خامساً: مذهب المالكية^(١١٦٥):

أ : نوع الفرقة برّدة أحد الزوجين :

تقع الفرقة برّدة أحد الزوجين، وهي فرقة بطلاق على المشهور في المذهب، فتقع بالردّة طلقة بائنة لا رجعية. وقال بعضهم تقع طلقة رجعية. وثمرة الخلاف عدم رجعتها إن تاب في العدة إن قلنا تقع طلقة بائنة، بل لا بدّ من عقد جديد إن أراد إرجاعها بعد أن يسلم المرتدّ. وعلى القول إنها طلقة رجعية، له أن يرجعها خلال العدة إذا أسلم من ارتدّ منهما. وقيل إن الفرقة بالردّة فرقة فسخ لا طلاق، وهو قول ابن الماجشون وابن أبي أويس، وعلى هذا القول إذا تاب المرتدّ منهما ورجع إلى الإسلام وجدد الزوج عقد النكاح فإنها ترجع إليه وهو يملك عليها ما كان يملكه عليها من عدد الطلقات قبل فرقة الردّة، وعلى القول المشهور تعود إليه وهو يملك عليها طلقتين؛ لأن الفرقة بالردّة فرقة بطلاق بائن على المشهور في المذهب كما قلنا.

ويبدو أن من قال منهم: إن الفرقة بطلاق رجعي، هذا إذا وقعت الفرقة بعد الدخول، أما إذا وقعت الفرقة بالردّة قبل الدخول، فلا بدّ أن تكون بطلقة بائنة؛ لأن الطلاق قبل الدخول لا عدّة فيه.

٩٢١٦ - ب : ردّة الزوجة بقصد فسخ النكاح :

وإذا ارتدت الزوجة بقصد فسخ نكاحها تخلصاً من زوجها، عوملت بتقيض قصدها، فلا يفسخ نكاحها عند فريق من المالكية اعتماداً على ما رواه علي بن زياد عن مالك قوله: «إذا

(١١٦٤) (شرائع الإسلام) ج ٢ - ص ٢٩٤.

(١١٦٥) (الشرح الكبير) للدردير، وحاشية الدسوقي، ج ٢، ص ٢٧٠.

ارتدت المرأة تريد بذلك فسخ النكاح لا يكون ذلك طلاقاً، وتبقى على عصمته؛ أما إذا قصد الزوج برّدته فسخ النكاح، فلا خلاف بين المالكية في اعتبار قصده؛ لأن العصمة بيده فتقع الفرقة التي قصدها برّدته.

٩٢١٧ - ج : حكم المهر برّدّة أحد الزوجين :

إن وقع الارتداد قبل الدخول فلها نصف المهر، وهذا على القول بأن الفرقة بالردّة طلاق. وأما على القول بأنها فسخ فلا شيء لها. ويلاحظ أنهم لم يفرقوا فيما قالوه بين وقوع الفرقة برّدّة الزوجة أو برّدّة الزوج. أما إذا وقعت الفرقة بعد الدخول، فالظاهر أنها تستحق كل المهر لتأكده واستقراره بالدخول.

٩٢١٨ - سادساً: مذهب الزيدية^(١١٦٦):

قالوا: يرتفع النكاح بأحد أمور أربعة: (الأول) أن تكون مآلتهما واحدة عند عقد الزواج، ثم طرأ عليها اختلاف، فإنه يرتفع بينهما بتجدد اختلاف المآلتين، كما لو كانا مسلمين فيرتد أحدهما فإنه يفسخ النكاح وتقع الفرقة في الحال، وسواء كانت مدخولاً بها أم غير مدخول بها. وقال المؤيد بالله: إن كانت غير مدخول بها، وقعت الفرقة في الحال، وإن كانت مدخولاً بها لم تقع الفرقة إلا بعد انقضاء العدة دون أن يسلم من ارتدّ منهما.

٩٢١٩ - سابعاً: مذهب الظاهرية:

قال الفقيه ابن حزم الظاهري - رحمه الله تعالى -: «ما يقع به فسخ النكاح بعد صحته أمور..»

(وثالثها): أنه يرتدّ هو - أي الزوج - دونها.

(ورابعها): أن ترتدّ هي - أي الزوجة - دونه.

(وخامسها): أن يرتدّا معاً. ففي كل هذه الوجوه يفسخ نكاحهما، سواء راجع الإسلام أو راجعت الإسلام أو راجعاه معاً، لا ترجع إليه البتة في كل ذلك إلا برضاها وبصداق - مهر - ووليّ وأشهاد، ولا يجب أن يراعى في شيء من عدة ولا عرض إسلام^(١١٦٧).

(١١٦٦) «شرح الأزهار» ج ٢، ص ٣٢٢-٣٢٣.

(١١٦٧) «المحلّي» لابن حزم، ج ١٠، ص ١٤٣.

الفصل الرابع عشر التفريق لعدم الوفاء بالشرط

٩٢٢٠ - تمهيد:

تكلمنا فيما سبق عن الشروط المقترنة بعقد النكاح وأقوال الفقهاء في جوازها. وما يجوز اشتراطه من الشروط ومالا يجوز، وبيننا الراجح من هذه الأقوال. ونريد في هذا الفصل أن نبين أقوال الفقهاء فيما يترتب على عدم الوفاء بما اشترطته لنفسها في عقد النكاح، وهل تملك حق فسخ النكاح أو تطليق نفسها لعدم وفاء زوجها بما اشترطته عليه من شروط أم لا؟

٩٢٢١ - للمرأة حق فسخ النكاح لعدم وفاء زوجها بالشرط:

قال الإمام ابن قدامة الحنبلي - رحمه الله تعالى -: «الشروط في النكاح تنقسم أقساماً ثلاثة: (أحدهما) يلزم الوفاء به، وهو ما يعود إليها نفعة وفائدته مثل أن يشترط لها الزوج أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها أو لا يتزوج عليها، فهذا يلزمه الوفاء لها به، فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح. يروى هذا عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو ابن العاص - رضي الله عنهم -، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاووس والأوزاعي وإسحاق^(١١٦٨).

وقد خالف في هذا فقهاء آخرون فقالوا ببطلان هذه الشروط، ومن هؤلاء الزهري وقتادة ومالك والليث، والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي^(١١٦٩). وقد بينا أدلة هؤلاء والرد عليها، وبيننا أن الراجح قول من اعتبر هذه الشروط في عقد النكاح، فلا نعهد هنا ما ذكرناه هناك^(١١٧٠).

٩٢٢٢ - حق الزوجة في الفسخ على التراخي:

وحق الزوجة في فسخ النكاح إذا لم يف الزوج بما اشترطه لها من شروط، هذا الحق يثبت

(١١٦٨) (المغني، ج٦، ص٥٤٨).

(١١٧٠) انظر الفقرات ٥٩٨٠-٥٩٩١.

(١١٦٩) (المغني، ج٦، ص٥٤٨-٥٤٩).

للزوجة على التراخي، فلا يلزمها العمل به فوراً؛ لأنه خيار ثبت لدفع الضرر عنها، فكان على التراخي، لأنها أدرى بمصلحتها وأعرف بما ينفعها من الفورية في الفسخ أو الثاني والتأمل والتراخي فيه^(١١٧١).

٩٢٢٣ - ما يسقط حقّ الزوجة في الفسخ:

وخيار الزوجة في فسخ النكاح لعدم وفاء الزوج بالشرط، لا يسقط هذا الخيار إلا برضا الزوجة بعدم وفاء الزوج بالشرط، سواء كان هذا الرضا منها بالقول أو بالفعل بأن تمكنه من نفسها بالوطء مع علمها بعدم وفائه بالشرط. فإن لم تعلم بعدم وفائه بالشرط ومكنته من وطئها لم يسقط خيارها^(١١٧٣).

٩٢٢٤ - خيار الفسخ خاص بالنكاح الذي ورد فيه الشرط:

وخيار الفسخ لعدم الوفاء بالشرط يختص بعقد النكاح الذي ورد فيه الشرط فإذا طلقها الزوج ثم عقد عليها عقد نكاح جديد ليس فيه الشرط القديم، لم يثبت لها خيار الفسخ إذا خالف الزوج مضمون الشرط القديم؛ لأنه لم يرد في عقد النكاح الجديد، فقد جاء في «كشاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولا تلزم هذه الشروط إلا في النكاح الذي شرطت فيه، فإن بانّت - أي الزوجة - المشترطة منه ثم تزوجها ثانياً، لم تعد الشروط؛ لأن زوال العقد زوال لما هو مرتبط به»^(١١٧٣).

٩٢٢٥ - رفع الدعوى بفسخ النكاح:

وإذا شرطت الزوجة لنفسها أو شرط لها زوجها في عقد النكاح فلم يف بالشرط وأرادت الزوجة فسخ النكاح لعدم وفائه بالشرط، فهل يجب عليها رفع الدعوى بالفسخ إلى القاضي المختص، أم تملك فسخ النكاح بإرادتها دون حاجة إلى مراجعة القاضي ورفع دعوى الفسخ إليه؟ الظاهر، لا بد من رفع الدعوى لسببين:

الأول: إن التفريق لعدم الوفاء بالشرط مختلف فيه من جهة جواز الشروط في النكاح، وفيما يجوز من الشروط إذا قلنا بجواز الاشتراط، وفي إيقاع التفريق عند عدم الوفاء، وحكم القاضي هو الذي يرفع الخلاف في الأمور الاجتهادية الخلافية، ويكون حكمه فيها ملزماً لذوي الشأن.

(١١٧١) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٥٣.

(١١٧٢) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٥٢.

(١١٧٣) «كشاف القناع» ج ٣، ص ٥٣.

الثاني : إن التفريق لا يقع إلا بعد إثبات عدم وفاء الزوج بالشرط، ولا يجوز أن تكون الزوجة هي الخصم والحاكم في هذه المسألة بأن تقرر ثبوت عدم الوفاء وتصدر حكمها بالتفريق، وإنما عليها أن ترفع دعواها بالفسخ إلى القاضي وأن تقدم البيّنة الشرعية على عدم وفاء الزوج بالشرط حسب القاعدة الشرعية: «البيّنة على المدعي» فإذا ثبت ذلك حكم القاضي بالتفريق - أي بفسخ النكاح -.

٩٢٢٦ - حقّ الزوجة بالفسخ لا يسقط حق الزوج في الطلاق:

وحقّ الزوجة في فسخ النكاح لعدم وفاء الزوج بما اشترطه لزوجته في عقد النكاح لا يسقط حق الزوج في الطلاق - أي في تطليقها بمحض إرادته. ولكن إذا لم يف بالشرط وقبل أن تطلب الزوجة فسخ النكاح بادر إلى تطليقها فهل يقع طلاقه؟ قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «وإذا شرط الزوج للزوجة في العقد، أو اتفقا قبله أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يتزوج عليها صح الشرط، وهو مذهب الإمام أحمد. وإذا فعل ذلك ثم قبل أن تفسخ طلق، فقياس المذهب أنها لا تملك الفسخ»^(١١٧٤). والراجح، كما يبدو لي، أن الزوج يملك تطليقها قبل أن ترفع دعواها بالفسخ إلى القاضي، فإذا رفعت الدعوى، فينبغي القول بلزوم انتظار نتيجة الدعوى، فإن ثبت ما تدعيه الزوجة من عدم وفائه بالشرط وأصدر القاضي حكمه بالتفريق لم يملك الزوج تطليقها، وإن رُدّت دعوى الزوجة، كان له أن يطلقها.

(١١٧٤) «الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية»، ص ٢١٨.