



سلطنة عمان
كلية العلوم الشرعية

التفريق القضائي بين الزوجين (دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية العماني والقمري)

بحث تخرج مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة
البكالوريوس في الشريعة تخصص / الفقه وأصوله

إعداد الطالب:

مبين محمد مصباح شيخ أبوبكر

إشراف:

أ. أحمد بن ناصر بن راشد المنذري

العام الجامعي

1444هـ / 2023م



سلطنة عمان
كلية العلوم الشرعية

التفريق القضائي بين الزوجين (دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية العماني والقمري)

بحث تخرج مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة
البكالوريوس في الشريعة تخصص / الفقه وأصوله

إعداد الطالب:

مبين محمد مصباح شيخ أبوبكر

إشراف:

أ. أحمد بن ناصر بن راشد المنذري

العام الجامعي

1444 هـ / 2023 م

تعهد

أتعهد أنا الطالب: مبین محمد مصباح شیخ أبوبکر الرقم الجامعي: 20191099 بأن بحثي المقدم إلى المناقشة، جهد فردي، ولم أنتحل فيه شيئا من بحوث الآخرين وكل ما استفدته، ودونته، كان وفق آداب البحث وقوانينه، من الاجتهاد والنزاهة، والأمانة العلميّة، وسائر الضوابط المنصوص عليها.

وأتحمل المسؤولية التامة في حالة ثبوت خلاف ذلك.
والله على ما أقول شهيد.

التوقيع:

التاريخ: 2023 / 05 / 14 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قَالَ تَعَالَى: ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ
بِمَا أَرَادَكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا ۝١٠٥﴾

النساء: الآية: ١٠٥

الإهداء

إلى رمز التفاني والإخلاص والذي لم يمهلہ القدر وتوفي قبل أن يرى هذه الثمار
وكان متشوقاً لرؤيتها

الوالد: محمد مصباح شيخ أبوبكر صالح رحمه الله

إلى من مسحت بأنا ملها عباراتي ودعت لي في جوف ليالي... إلى من اطمأنت
قلبي بنظرتها وعطفها... إلى باي الثاني إلى الجنة

والدتي الحنون: هاجر أحمد امبابنزا

إلى رفيقة الدرب وصديقة الأيام وقطعة من رائحة أبي، من أفضلها على نفسي:
ولم لا فلقد ضحت من أجلي ولم تدخر جهداً في سبيلي إسعادي.. من ساندني

ومازالت تربيني بخلقها وتعلمني بحنائها

عمتي الحبيبة: أم ريان تَحْمِيدَة شيخ أبوبكر صالح

وزوجها فضيلة الأستاذ: شيخ علي حمادي.

إلى أولئك الذين يفرحهم نجاحنا ويحزنهم فشلنا

الأقرباء قلباً ودماً.

إلى القضاة والعاملين في المحاكم الأسرية.

أهدي هذا الجهد المتواضع

شكر وتقدير

نحمد الله عز وجل و نشكره، الذي وفقنا في إتمام هذا البحث العلمي، والذي الهنا الصحة والعافية والعزيمة، فالحمد لله حمداً كثيراً مباركاً فيه،،،

فلو كان يستغنى عن الشكر **** لعزة ملك أو علو مكان

لما أمر الله العباد بشكره **** فقال اشكروا لي بها الثقلان

يسرني أن أتقدم خالص الشكر والتقدير إلى فضيلة الدكتور محمد ذاكر حسن سقاف الذي التحق بنا في هذه الكلية المباركة.

كما أتقدم جزيل الشكر والتقدير إلى أستاذي ومشرقي في هذا البحث فضيلة الشيخ أحمد بن ناصر بن راشد المنذري على ما قدمه لنا من توجيهات ومعلومات قيمة ساهمت في إثراء موضوع دراستنا في جوانبها المختلفة.

وإلى فضيلة الدكتور: إبراهيم بن يوسف بن سيف الاغبري كونه منا قش هذا البحث على ما بذله من جهد في قراءة بحثي وتنقيحه وتصويبه كي يظهر في أجمل صور يرونها، فجزاها عني أحسن الجزاء.

ولايفوتني هذا المقام إلا أن أتقدم بعظيم الشكر الجزيل إلى جميع هيئات التعليمية التي تعلمت فيها كمدرسة هداية النور الإسلامية بمدينة إتسكودي بجزيرة انجزينا القمرية، وكذلك مدارس الإيمان بمروني، وكلية العلوم الشرعية بمسقط - سلطنة عمان.

والشكر موصول إلى معلمي فضيلة الأستاذ: يوسف ممادي مبشيزي، الذي مهد لي الطريق ولقني القرآن منذ نعومة أظفاري والشيخ مهجّاهي أحمد وجميع أساتذتي حفظهم الله جميعاً وأطال في أعمارهم.

وفي غاية الشكر الجزيل إلى عمتي تحميدة شيخ أبوبكر صالح وزجها فضيلة الأستاذ شيخ على حمادي لما بذلاه من جهد لأجلي.

ولا يفوتني أن أشكر كل الإخوة والأصدقاء المخلصين الذين شجعوني ووقفوا بجاني وعلى رأسهم صاحب الصديق: داود مدوهوما حمادي.

أسأل الله أن يبارك فيهم جميعاً ويجزيهم الجزاء إنه السميع المجيب.

المقدمة:

الحمد لله الذي شرع الزواج، وجعله من أعظم النعم على العباد، ونهى عن كل ما يُعَرِّض الرابطة الأسرية لتفكك والزوال، أباح الفراق عند تعذر الوفاق، وجعله آخر حلول المشاكل الزوجية بعد استنفاد الوسائل العلاجية، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد:

إن من الرسالة العظيمة التي من أجلها خُلق الإنسان هي الاستخلاف في الأرض وهي لا تتحقق إلا بالتناسل والتكاثر، لهذا شرع الله الزواج وحرم الزنا وحث على تكوين الأسرة الصالحة التي هي عماد المجتمع، وأمر الزوجين بالتزام حدود الله تعالى ومعرفة ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات، كي تتحقق فيه المودة والرحمة التي جعل الله بين الزوجين.

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾¹

ومع ذلك كله، لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية تصلح لكل زمان ومكان وتغير الأحوال. فقد راعت ما قد يطرأ على الحياة الزوجية من الحوادث والمشاكل التي يستحيل معها الاستمرار، فشرع طرقا لانحلال عقد الزواج دون إلحاق أي ضرر بالزوجين أو أحدهما. ومن ذلك الطرق التفريق بواسطة القاضي لأسباب معروفة وبشروط معلومة.

لهذا سأحدث بإذن الله تعالى عن سببين من أسباب التفريق القضائي والتي رأيت أنها أكثر انتشارا في العالم الإسلامي وخاصة في مجتمعنا القمري،² والذي يحتاج كل واحد منا معرفة حقيقتها سواء في الجانب المتزوجين أو القضاة لما يترتب من محظورات الشرعية.

¹ سورة الروم، آية 21

² دولة جزر القمر: هي دولة عربية مكونة من أربع جزر تقع في المحيط الهندي على مقربة من الساحل الشرقي لإفريقيا على النهاية الشمالية لقناة موزمبيق بين شمالي مدغشقر وشمالي شرق موزمبيق. وأقرب الدول إلى جزر القمر هي موزمبيق، وتنزانيا، ومدغشقر. تبلغ مساحة جزر القمر 1.862 كيلو متر مربع، ويقدر عدد سكانها بـ 876,935 نسمة، اللغة الرسمية: العربية والقمرية والفرنسية. ينظر: ar.wikipedia.org/wiki/جزر_القمر (تمت الزيارة في 18، فبراير 2023م)

وسأركز بإذن الله في هذا البحث بدراسة التفريق القضائي لأسباب تعود إلى الزوج والأسباب المشتركة بين الزوجين (دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية العماني والقمري - والتي تسمى في جزر القمر بقانون الأسرة القمرية-).

أولاً: أهمية الموضوع

- 1- أن التفريق القضائي هو الحل الأخير لرفع الضرر الواقع على الزوجة خاصة.
- 2- يعد التفريق القضائي بين الزوجين زجراً للزوجين من الاعتداء على حقوق الزوجية وخاصة في جانب الزوجة لعلها بحق القضاء في التفريق ورفع الضرر عنها.
- 3- بما أن التفريق القضائي بيد السلطة القضائية فهذا تكون سبب نيل الطرفين جميع حقوقها الشرعية للعيش بكرامة.
- 4- وجود إجراءات قبل التفريق قد ترد المياه إلى مجاريها وتتصلح الزوجين ويعطى الحق لصاحبه.
- 5- توضيح مدى مشروعية حق المرأة في طلب التفريق.

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع:

- 1- الحاجة الضرورية لمعرفة هذا الموضوع بالنسبة للزوجين لكثرة القضايا بخصوصه
- 2- ظهور عملية التفريق القضائي في جزر القمر وقد تكون بأسباب ضعيفة غير معتبرة.
- 3- قلة وجود الدراسات الشرعية في المحاكم الأسرية القمرية رغم كثرة الحوادث وقضايا التفريق.
- 4- القوانين الأحوال الشخصية بحاجة ماسة إلى دراسة ومراجعة لسد ما قد يطرأ عليها من ثغرات ونقص.
- 5- ربط ومقارنة بين قانون الأحوال الشخصية العماني والقمري في قضايا التفريق.
- 6- الرد على الذين يدعون أن الإسلام ظلم المرأة بخصوص الفرقة بين الزوجين.

ثالثاً: الدراسات السابقة:

بعد البحث والاطلاع لم يجد الباحث على كتاب أو رسالة علمية مستقلة تتناول موضوع التفريق القضائي ومقارنته بقانون الأحوال الشخصية القمرية وبيان الواقع التي تتعامل به المحاكم الأسرية في جزر القمر مع هذه القضية، وإنما وجد بعض الأبحاث وكتابات متفرقة في بعض الدراسات الأكاديمية التي اختص بدراسة بعض جزئيات هذا الموضوع نفسه أو قريب منه لقوانين دول أخرى أو بدراسة على وجه الإجمال، وبعضها منشورة في بعض المجلات. ومما ينبغي الإشارة عليه بخصوص هذا الموضوع ما يلي:

- رسالة ماجستير من كلية الدراسات الإسلامية والعربي بدبي، للدكتورة مريم بنت سيف العزيرة، بعنوان (التفريق القضائي بين الزوجين للضرر - دراسة فقهية نقدية مقارنة بالقانون الأحوال الشخصية العماني - 2007-2008م)

ومما سأضيفه هو توسيع في الجانب الفقهي في التفريق للضرر ومقارنة بين قانوني الأحوال الشخصية العماني والقمري.

- الصور التي ينقض فيها الحاكم النكاح بين الزوجين " للدكتور عبده بن عبد الله الأهدل، وهو منشور في مجلة البحوث الإسلامية - العدد السابع والخمسون للعام 1420هـ، وقد تناول فيه كما ذكرها الفقهاء في التفريق، دون استقصاء للجزئيات والإجراءات، مكتفياً بذكر الأقوال، وبعض الأدلة، دون ترجيح، أو مقارنه بالواقع التطبيقي، إلا فيما ندر. وسأشير في بحثي الأقوال المعمول.

- التفريق القضائي وإشكالية التنفيذ - دراسة تحليلية المواد القانون الأحوال الشخصية العماني وتطبيقاته القضائية والرأي الفقهي فيها - للدكتور صالح بن سعيد المعمري. وهو منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة التاسعة - العدد 4 - العدد التسلسلي 36 - محرم - صفر 1443هـ سبتمبر 2021م. وقد ركز كثيراً في الجانب القانونية والقضائي دون الجانب الفقهي إلا في حالة قليلا. وسأركز في هذا البحث عن الجانب الفقهي والقانوني معا.

- التفريق القضائي للغيبة والفقدان دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وما عليه القانون الأحوال الشخصية العماني - لطالب عصام بن هلال بن عبد الله المطرفي - السنة 2010م. وسأقارن بين قانوني الأحوال الشخصية العماني والقمري في مسألة التفريق للغيبة والفقد.

رابعاً: إشكالية البحث:

تظهر مشكلة هذا البحث بالإجابة عن الأسئلة التالية:

- 1- ما المقصود بالتفريق القضائي؟
- 2- ما هي أسباب التفريق القضائي؟
- 3- هل هناك ضوابط خاصة للتفريق القضائي؟
- 4- هل التفريق بحكم القاضي فسخ أم طلاق؟
- 5- متى تثبت للزوجة الحق في طلب التفريق
- 6- ما هو موقف قانون الأحوال الشخصية العماني والقمري لكل سبب؟
- 7- ما الفرق بين قانون الأحوال الشخصية العماني وقانون الأحوال الشخصية القمري في قضايا التفريق.

خامساً: خطة البحث (تقسيم البحث)

يتكون هذا البحث من مقدمة وفصلين وخاتمة وفهارس وهي على النحو التالي:

❖ المقدمة، وتشمل:

- 1- الافتتاحية
- 2- الأهمية العلمية للموضوع
- 3- أسباب اختيار الموضوع
- 4- إشكالية البحث

- 5- الدراسات السابقة
- 6- خطة البحث.
- 7- منهج البحث
- 8- الصعوبات التي واجهها الباحث.

❖ التمهيد:

التفريق القضائي مشروعته وأنواعه والآثار المترتبة فيه

❖ الفصل الأول: التفريق لأسباب تعود إلى الزوج

ويتكون من مبحثين.

المبحث الأول: التفريق بسبب الغيبة والحبس والفقد وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: الغيبة ومشروعية التفريق بسببه.

المطلب الثاني: الحبس ومشروعية التفريق بسببه.

المطلب الثالث: المفقود ومشروعية التفريق بسببه.

المبحث الثاني: التفريق بسبب الإعسار بالنفقة والمهر وفيه مطلبان.

المطلب الأول: التفريق لعدم إنفاق الزوج على زوجته.

المطلب الثاني: التفريق بسبب الإعسار في المهر..

❖ الفصل الثاني: التفريق لأسباب مشتركة بين الزوجين

ويتكون من مبحثين.

المبحث الأول: التفريق بسبب العيوب وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: العيوب ومشروعية التفريق بسببها.

المطلب الثاني: شروط التفريق بسبب العيوب ونوع الفرقة فيه

المطلب الثالث: موقف القانون من التفريق بسبب العيوب.

المبحث الثاني: التفريق بسبب الضرر والشقاق وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: الضرر والشقاق ومشروعية التفريق بسببهما.

المطلب الثاني: الحكمين شروطهما وعملهما قبل التفريق القضائي.

المطلب الثالث: موقف القانون من التفريق بالضرر والشقاق.

❖ الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات

❖ الفهارس وتشمل على:

- فهرس المصادر والمراجع
- فهرس الموضوعات.

سادساً: منهج البحث.

1. نظراً لطبيعة الموضوع، سأتبع المنهج التأصيلي ودراسة الحالة.
2. دراسة المسائل الخلافية بذكر الأقوال في المسألة، ثم ترجيح القول الراجح إن ظهر لي الترجيح.
3. البدء بأقوال العلماء في كل مسألة، مقتصرًا في ذلك على المذاهب الخمسة (الإباضية، الحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة) وقد أذكر غيرها إذا اقتضت الحاجة، ناقلاً أقوال العلماء وأدلتهم من مظانها في الكتب المعتمدة.
4. سأتبع في كل قول بما تندفع به الحاجة من أدلة أصحابه، مبيناً وجه الدلالة منه، ومناقشاً له إذا دعت الحاجة لذلك.
5. راعيت الترتيب الزمني بين المذاهب عند ذكرها في المسائل.
6. عزو الآيات القرآنية وتوثيقها بذكر السورة ورقم الآية، مع كتابتها بالرسم العثماني.
7. تخريج الأحاديث النبوية.

8. توثيق المعلومات من مراجعها الأصلية.

9. قد أشير إلى ما ذكر في كتاب منهاج الطالبين وعمدة المفتين للإمام يحيى بن شرف النووي (ت 676هـ) في حالة عدم وجود مادة لمسالة من المسائل في قانون الأسرة القمرية حيث إنه المرجع المعتمد لهذا القانون.

10. وضع الفهارس العلمية للبحث كما هو مبين في الخطة.

سابعاً: الصعوبات:

من الصعوبات التي واجهتها عدم وجود شروح ومذكرات تفسيرية تفسر قانون الأسرة القمري.

أخيراً أدعوا الله أن يوفقني بما يحبه ويرضاه

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

مبين محمد مصباح شيخ أبو بكر

❖ التمهيد:

التفريق القضائي مشروعيته وأنواعه والآثار المترتبة فيه

أولاً: مفهوم التفريق القضائي

التفريق القضائي مركباً إضافياً من كلمتين، التفريق - القضائي - ولكل كلمة منهما معناها الخاصة ولهذا سأتكلم عن مفهوم التفريق بمفرده ثم مفهوم القضاء، وبعدها أعرف التفريق القضائي.

أ- التفريق

1- اللغة: مصدر فرَّقَ، والفرق خلاف الجمع، ومنه التفريق والافتراق وهما سواء.. يقال فرَّقَ بين الكلامين فافترقا، وفرَّقَ بين الرجلين فتفرَّقا، وتفرق الرجلان: ذهب كل منهما في طريق⁽¹⁾

والتفريق لها عدة معانٍ متقاربة؛ منها:

- أ- التجزئة والقسمة، يقال فرَّقَ الأشياء: أي قسمها ووزعها
- ب- التمييز، يقال: فرق بين الأشياء: إذا ميَّز بعضها من بعض.
- ت- التبديد، يقال: تفرق الشيء: أي تبدَّد وتلاشى.
- ث- الفصل يقال: فرق بين الشيئين: أي فصل بينهما، ويقال فارق مفارقة أي انفصل عنه وبأينه.⁽²⁾

قال تعالى على لسان موسى عليه السلام ﴿فَأَفْرُقْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الْقَوْمِ الْفَاسِقِينَ﴾⁽³⁾ والمعنى أفصل بيننا وبينهم؛ لأنه لم يعد يجمعنا بهم أي رابط؛ لرفضهم دخول الأرض المقدسة فاتحين.

(1) انظر: ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، ط3. (بيروت: دار صادر ١٤١٤ هـ) 243/10 وما بعدها: مادة فرق. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، ط2، (بيروت: المكتبة العصرية، 1997م)، ص 243 وما بعدها، مادة (فرق)

(2) انظر سعيد أبا جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ط2، (دمشق-سوريا، دار الفكر، 1988م) ص 284، مادة (فرق)

(3) المائدة: أية 25

وبناء على ما سبق نجد أن مفهوم التفريق لغة يدور حول الفصل والإبانة.

2- التفريق اصطلاحى:

إن مصطلح التفريق لا تتعدى معناه الاصطلاحى عن معناه اللغوى لم أجد في كتب الفقهاء القدامى تعريفا محددًا في معنى التفريق في الاصطلاح وربما بسبب أنه لا يخرج عن معناه اللغوى.

وسأذكر بعض التعريفات للتفريق عند العلماء المعاصرين وهي كالتالي:

- أ- عرفه الشيخ عبد الرحمن تاج "التفريق انحلال رابطة الزواج." (1)
- ب- جاء في الموسوعة الكويتية "يذكر الفقهاء الفرقة ويريدون بها انحلال رابطة الزواج والفصل والمباينة بين الزوجين سواء أكانت بطلاق أو بغيره" (2)
- ت- عرفه الزقيلي أنه "انحلال رابطة الزوجية وانقطاعها بسبب من الأسباب التي توجب ذلك" (3)
- ث- عرفه الأستاذ الشيخ علي الخفيف رحمه الله تعالى بقوله: "هو ما تنحل به عقدة الزواج فينقطع ما بين الزوجين من علاقة زوجية" (4).

فمن خلال التعريفات السابقة يرى الباحث أن التعريف الأرجح هو تعريف الزقيلي وهو: انحلال رابطة الزوجية وانقطاعها بسبب من الأسباب التي توجب ذلك. فهذا التعريف يشمل تعريف التفريق بمحتجزاته وكذلك يكون تعريفا جامعاً مانعاً بخلاف التعريفات الأخرى.

(1) عقلة، محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، ط1 (عمان: مكتبة الرسالة الحديثة، 1983م) ج3، ص 9

(2) الموسوعة الفقهية الكويتية (107/32)

(3) علي الزقيلي، التفريق بين الزوجين لغية الزوج، دراسات: مجلة علمية: علوم الشريعة والقانون، (111/30)، العدد 2003/1

(4) زيدان، عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ط3، (بيروت - مؤسسة الرسالة 1998م) ج7، ص 339

ب- القضائي

- 1- **للغة: القضائي** نسبة إلى القضاء، والقضاء: مصدر قَضَى، وهو القطع والفصل ويأتي بمعنى الحكم أيضاً، يقال قَضَى بين الخصمين: أي حكم بينهما وقضى له: أي حُكِمَ له، وقضى بكذا: أي حكم بكذا.⁽¹⁾

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَقَضَىٰ بَيْنَهُم بِالْحَقِّ وَقِيلَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ ⁽²⁾

- 2- **اصطلاحاً:** هو الحكم بين الناس بالحق، أو الحكم بما أنزل الله⁽³⁾

ج- مفهوم التفريق القضائي

إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر، وعدم الإنفاق، أو بدون طلب من أحد حفظاً لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين⁽⁴⁾.

ثانياً: مشروعية التفريق القضائي

بعد التتبع وإمعان النظر فيما دونه الفقهاء في مسائل التفريق المختلفة تبين لي أن التفريق بأنواعه ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة النبوية والإجماع والمعقول، سأورد جملة من الأدلة التي استدل بها الفقهاء على مشروعية التفريق في المسائل المختلفة.

أ_ من القرآن الكريم:

1. قَالَ تَعَالَى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ^صفَإِمْسَاكِ بِمَعْرِوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾ ⁽⁵⁾

(1) انظر ابن منظور، لسان العرب ، مرجع سابق، مادة(قضى) (209/11)

(2) سورة الزمرة: آية 75

(3)الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع، ط2، (دار الكتب العلمية، 1976م) 3/7

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية: 6/29 وما بعدها

(5) سورة البقرة: الآية 229

وجه الدلالة: إذا انتفى أهم الحقوق الزوجية التي قررهما الإسلام أو قررتهما العادات التي لا تنافي الأحكام الشرعية، وهو الإمساك بالمعروف تعين التسريح بإحسان طريقاً لرفع الضرر، فإن سرح الزوج امتثالاً لأمر الشارع فيها ونعمت، وإلا فإن للقاضي أن يوقع الفرقة رفعاً للضرر⁽¹⁾

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كِلَا مِّن سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ (١٣٠) ﴿٢﴾

وجه الدلالة: إذا لم يصطلح الزوجان على شيء أو تعذر الاتفاق بينهما فلا بأس بالفراق سواء كان طلاقاً أو فسخ أو خلع، فإذا لم يتفرقا باتفاقهما، تدخل القاضي لرفع الخصومة وحل النزاع بالتفريق بينهما، ويغني الله كلا من رزقه يعني: المرأة بزواج آخر والزوج بامرأة أخرى وذلك واسع الفضل والرحمة من الله والله حكيم فيما أمره ونهى عنه.⁽³⁾

2. قَالَ تَعَالَى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ (4)

وجه الدلالة : إن الإمساك بالمعروف هو القيام بما يجب للزوجة من حقوق على الزوج، فإذا فات ذلك انتقلنا إلى البديل، وهو التسريح بمعروف، ثم جاءت الآية بصريح النهي عن الإمساك الذي يلحق الضرر بالمرأة، بدون تفصيل في أنواع الضرر، فدل ذلك على أن الإمساك مع الضرر، والإمساك بالمعروف، نقيضان لا يجتمعان، فإذا كان الإمساك بالمعروف

(1) انظر: ابن العربي، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، ط3 (بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، 2003م)، 270/1. القرطبي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، (القاهرة، دار الكتب المصرية، 1964م) 102/3 وما بعدها

(2) سورة النساء: الآية، 130

(3) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر ط1، (دار الكتب العلمية، 1983م) ص 38 وما بعدها، البغوي، أبو محمد الحسين، معالم التنزيل في تفسير القرآن، تحقيق: محمد عبد الله النمر وعثمان جمعة ضميرية، ط4، (دار طيبة للنشر والتوزيع، 1997م)، 296/2، الكندي، سعيد بن أحمد، التفسير الميسر للقرآن الكريم، تحقيق: مصطفى الشريفي ومحمد بابا عمي، ط1، (جمعية التراث بالقرارة، 1998) ج1، ص 278

(4) سورة البقرة: الآية 231

انتفى الضرر، وإذا غاب الإمساك بالمعروف تحقق الضرر، ثم بين الحق تبارك وتعالى أن الذي يمسك زوجته ضراراً يعتبر ظالماً لنفسه؛ لاعتدائه على زوجته، فيكون السبيل لرفع الضرر عن الزوجة هو التفريق؛ عقوبةً دنيوية تقع على الزوج؛ جزاءً اعتدائه على زوجته، وظلمه لنفسه⁽¹⁾.

وعلى أحكام الله؛ لأن فعله يؤدي إلى اختلال المعاشرة الزوجية، وفوات مصالح النكاح.

ب- من السنة:

1- عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: إن ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صل الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته قالت: نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لثابت "أقبل الحديقة وطلقها تطليقه" وفي رواية أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بينهما⁽²⁾

وجه الدلالة: إن النبي صل الله عليه وسلم لم ينكر على زوجة ثابت طلبها الافتراق عن زوجها، مع عدم إضراره بها، إلا أنها خشيت ألا تقوم بحقوقه كزوج كما أمرها الشارع، وتقبل النبي صل الله عليه وسلم طلبها وأعانها عليه، رغم إقرارها بحسن خلق زوجها ودينه، فمن باب أولى أن يجوز التفريق لمن لحق بها الضرر من زوج لا يتقي الله، فيما أوصاه من حسن معاملة الزوجة.

2- عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: لآعن النبي صلى الله عليه وسلم بين رجل وامرأة من الأنصار وفرق بينهما⁽³⁾

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين فكان حكماً منه صلى الله

(1) ينظر: السيوطي: الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 38 وما بعدها

(2) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق: محمد علي القطب وهشام البخاري، ط2، (بيروت- المكتبة العصرية، 1998م) حديث رقم 47/8، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه

(3) البخاري: صحيح البخاري، مرجع سابق، 56/7، حديث رقم (5314) كتاب الطلاق باب التفريق بين متلاعنين

عليه وسلم بالتفريق.⁽¹⁾ وهذه تدل على مشروعية التفريق.

3- روى ابن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت، والبيهقي من حديث أبي سعيد الخدري رضى الله عنهم أن رسول الله صل الله عليه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار"⁽²⁾.

وجه الدلالة: الحديث بمعناه نهي عن الضرر، وإن كان لفظه الإخبار، أي لا يضر بعضهم بعضاً، والحديث عام، فالضرر الواقع من أحد الزوجين على الآخر يعتبر من جملة الضرر المنهي عنه، فتجب إزالته، وفقاً للقاعدة الفقهية "الضرر يزال"⁽³⁾، ومن غير المعقول أن يأمر الشارع بالإبقاء على الحياة الزوجية والضرر قائم، مع أمره بإزالته؛ لاستحالة الأمر بالنقيضين، ولا معنى لذلك إلا جواز التفريق إذا توفرت أسبابه⁽⁴⁾. وعلى القاضي أن يزيل الضرر الواقع بين الزوجين إذا لحق بأحدهما بالتفريق.

ج- من المعقول

إن أسمى أهداف النكاح أن يجد كلٌّ من الزوجين في صاحبه سكناً لروحه وجسده، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَمِنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾⁽⁵⁾ لكن الحياة الزوجية لا تخلوا من القلاقل والشقاق، فإذا نَقَذَ صبر الزوجين أو أحدهما، بعد الإرشاد والنصح والإرشاد قدر المستطاع وأصبحت العلاقة الزوجية جحيماً لا يطاق، وأمست لا تحقق المقاصد المرجوة منها؛ فاعملاً

(1) العيني، أبو محمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، (بيروت - دار إحياء التراث العربي) 229/30

(2) ابن ماجه، أبو عبد الله، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط. (دار إحياء الكتب العربية - بدون تاريخ)، كتاب الأحكام (2340) باب من بنى في حقه ما يضر جاره 784/2، البيهقي، أبوبكر، السنن الكبرى، ط. (بيروت - دار المعرفة، 1992م) باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم 156/6، والحديث صححه الألباني، انظر: الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح ابن ماجه، ط3، (المكتب التربية العربي لدول الخليج، 1998م) 39/2.

(3) السيوطي: الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 37 وما بعدها

(4) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية 10/29 وما بعدها، إمام، محمد كمال الدين، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1996م) ص 192.

(5) سورة الروم: الآية 21

بالحديث "لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁾ فالشارع لا يأمر بالإبقاء على هذه العلاقة؛ بل يفصل في ذلك بما فيه لصالح العام، وذلك بالإذن بالفراق إذا تمحض طريقاً للمصلحة، وليستأنف كلٌّ من الزوجين حياته بزواج آخر يحقق مقاصد الشارع من النكاح، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ تَفَرَّقَا يَغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ﴾⁽²⁾.

ثالثاً: أنواع التفريق القضائي وما يترتب عليها من آثار

إن التفريق الواقع بين الزوجين نتيجه واحدة وهي انحلال رابط الزوجية باختلاف أنواعها وإن اختلفت الأحكام المتعلقة بتلك الأنواع، وفيما سنذكره هنا هو أنواع التفريق حسب تقسيمات الفقهاء. وبعد النظر وجدنا أن الفقهاء قسمها إلى قسمين:

القسم الأول: أنواع التفريق من حيث الجهة التي تملك التفريق وهي أربعة أنواع:
النوع الأول:

الوجه الأول: فرقة طلاق والأصل في هذه الإرادة للزوج.
الوجه الثاني: فرقة بالتفويض: وهو أن يفوض الزوج بإرادته زوجته بأن تطلق نفسها
الوجه الثالث: تكون بتوكيل أو إنابة شخص غير الزوج في الطلاق.³
النوع الثاني:

(1) سبق تخرجه

(2) سورة النساء: الآية 130

(3) العوتي، سلمة بن مسلم، كتاب الضياء، تحقيق: سليمان بن إبراهيم الوجيه وداود بن عمر الوجيه، ط1 (سلطنة عمان - وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، 2015م) ج15، ص71 وما بعدها، المعتصم بن سعيد المعولي، المعتمد في فقه الطلاق، على آراء الشيخين الخليلي والقنوي، ص27. عقلة، كتاب نظام الأسرة في الإسلام، مرجع السابق 3/9، على الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، ط1 (القاهرة - دار الفكر العربي، 2008م) 9، 8/1، بدران، بدران أبو العنين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط. (بيروت - دار النهضة العربية، 1967م) 295 / 1

الخلع وهو فرقة تقع باتفاق الزوجين لإنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بعوض من المال أو غيره. (1)

النوع الثالث:

التفريق القضائي وهو فرقة تقع بحكم القاضي كالتفريق للعيب والتفريق للضرر والتفريق للشقاق. (2)

النوع الرابع:

فرقة تقع لازمة بحكم الشرعي كالتفريق باللعان أو التفريق للإيلاء والتفريق للظهار والتفريق لردة أحد الزوجين والتفريق لإبء أحد الزوجين الإسلام. (3)

القسم الثاني: أنواع التفريق من حيث فرق النكاح وهي نوعان:

النوع الأول: فرق النكاح ويشمل الفسخ والطلاق:

أولاً: الفسخ: اختلف الفقهاء في تعريفه: -

عرفها الإباضية: بأنه نقض للعقد ورفع له (4)

عرفها الحنفية والمالكية بأنه: رفع العقد من الأصل (5)

وعند الشافعية هو: رفع العقد في حاله لا من أصله (6)

(1) العوتي، سلمة بن مسلم، كتاب الضياء، ج15، ص 71، المعتصم بن سعيد المعولي، المعتمد في فقه الطلاق، ص 27. عقلة، كتاب نظام الأسرة في الإسلام، 3/9، على الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية 8/1، بدران، بدران أبو العنين الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، 1/ 295

(2) نفس المراجع

(3) نفس المراجع

(4) المعتصم بن سعيد المعولي، المعتمد في فقه الطلاق، مرجع سابق، ص 29

(5) الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، 336/2، الزيلعي، عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، (بولاق، القاهرة- المطبعة الكبرى الأميرية، 1313هـ)، 4/197، القرافي، شهاب الدين، الذخيرة، ط1، (بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994م) 9/176

(6) النووي: محي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، (دار الفكر، بدون تاريخ) 16/275

وعرفه د. وهبة الزحيلي بأنه نقض للعقد من أساسه وإزالة للحل الذي يترتب عليه⁽¹⁾ والذي يظهر من هذه التعاريف أنها تشترك في أن الفسخ نقض للعقد، سواء كان ذلك من أصله، أو لحادث طراً عليه، إلا أن الدكتور وهبة الزحيلي جمع بين الأمرين وهو نقض العقد من أساسه وكذلك إزالة للحل الذي تطرأ على النكاح. وهذا ما يميل إليه الباحث. ومن هنا نجد أن الفسخ تنقسم إلى قسمين:

أ- **فسخ تنقض العقد من أصله:** وذلك إذا كان سبب الفسخ متصلاً بإنشاء الزواج، كالفسخ بخيار البلوغ،⁽²⁾ أو تثبت أن الرجل من محارم المرأة.

- **فلا آثار المترتبة في هذا النوع:** أنه لا يوجب شيئاً من المهر إذا لم يتأكد بالدخول الحقيقي، أو الخلوة الصحيحة، أو الموت، لأن العقد نُقض من أصله، فلا تترتب عليه أحكامه. وكذلك الزوجة التي فسخت نكاحها في هذه الحالة، لا يلحقها طلاق أثناء عدتها؛ فإن طلقها بعد هذا الفسخ، ثم استأنفا حياة زوجية جديدة، فإن هذه الطلقة لا تُحتسب؛ لأن الطلاق أثر للعقد، فإذا نقض رفعت أحكامه.

ب- **فسخ لا ينقض العقد من أصله:** وهو ما كان بسبب خلل طراً على العقد، فمنع استمراره، فتعين التفريق، كالفسخ لإبادة الزوجة الدخول في الإسلام.⁽³⁾

- **أما الآثار المترتبة في هذا أنه:** إذا كان الخلل من جهة المرأة قبل أن يؤكد المهر؛ فإنه يسقط بأكمله، وإن كان بسبب من الزوج ففيه نصف المهر، وكذلك المرأة التي فسخت نكاحها فسخ لا ينقض العقد من أصله، يلحقها الطلاق في العدة، فإذا كان سبب الفسخ مؤقناً، واستأنفا حياة زوجية جديدة، احتُسبت تلك الطلقة من الطلقات الثلاث.

ثانياً: الطلاق:

وقد اختلف الفقهاء في تعريفها وسنسوق جملة من تعريفات الطلاق.

⁽¹⁾ الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4 (سوريا- دمشق، دار الفكر، بدون تاريخ) ج6، ص6864

⁽²⁾ الكساني، مرجع سابق، 336/2

⁽³⁾ الكساني، مرجع سابق، 336/2-337

- أ- الإباضية: "حل العصمة المنعقدة بين الزوجين"⁽¹⁾
- ب- الحنفية: "رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مخصوص"⁽²⁾.
- ت- المالكية: "إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ أو كناية ظاهرة أو بلفظ ما مع نية"⁽³⁾
- ث- الشافعية: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"⁽⁴⁾
- ج- الحنابلة: "حل قيد النكاح أو بعضه"⁽⁵⁾
- ح- ومن المعاصرين عرفها عبد الوهاب خلاف فقال "وأما الطلاق فهو حل رباط الزوجية الصحيحة في الحال أو المآل، بعبارة تفيد ذلك صراحة أو دلالة، تصدر من الزوج أو نائبه أو من القاضي بناء على طلب الزوجة."⁽⁶⁾
- التعريف الذي يراه الباحث جامعاً هو تعريف عبد الوهاب خلاف بكونه أشمل، وجمع هذه التعريفات وبيّن ووضح كل تعريفات الفقهاء المتقدمين.
- الفرق بين الفسخ والطلاق وما يترتب عليها من آثار:**
- يفترق الفسخ عن الطلاق من ثلاثة أوجه:
- الأول . حقيقة كل منهما: الفسخ:** نقض للعقد من أساسه وإزالة للحل الذي يترتب عليه، ويترتب على ذلك سقوط مهر المرأة إلا إذا تأكد ذلك المهر بمؤكد كالدخول أو الوطء.
- أما الطلاق:** فهو إنهاء للعقد ولا يزول الحل إلا بعد البينونة الكبرى (الطلاق الثلاث).
- ويترتب آثاره عدم المراجعة بانتهاء العدة، وذلك في الطلاق غير الرجعي وللمرأة فيه كامل المهر.

(1) أطفيش، محمد، شرح النيل وشفاء العليل، ط3 (جدة، مكتبة الإرشاد، 1985م) 449 / 8

(2) ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، (دار الكتاب الإسلامي، - بدون تاريخ) 252/3، ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، ط2، (شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، 1966م)، 226/3

(3) الدردير، الشرح الكبير، 347/2

(4) الشربيني، شمس الدين، مغني المحتاج، ط1، (دار الكتب العلمية، 1994م) 455/4، القليوبي، أحمد و وأحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة، ط. (بيروت، دار الفكر، 1995م) 324/3

(5) التجدي، عبد الرحمن، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ط1، (بدون ناشر - 1397م) 482/6

(6) عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2 (مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة، 1938م) ص 131

الثاني - أسباب كل منهما: الفسخ يكون إما بسبب حالات طارئة على العقد تنافي الزواج، مثل ردة الزوجة أو إباؤها الإسلام أو حالات مقارنة للعقد تقتضي عدم لزومه من الأصل، وخيار أولياء المرأة التي تزوجت من غير كفاء، أما الطلاق: فلا يكون إلا بناء على عقد صحيح لازم، وهو من حقوق الزوج.

الثالث - أثر كل منهما: الفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل، أما الطلاق فينقص به عدد الطلقات.

وكذلك فرقة الفسخ لا يقع في عدتها طلاق، أما عدة الطلاق فيقع فيها طلاق آخر، ثم إن الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئاً من المهر، أما الطلاق قبل الدخول فيوجب نصف المهر المسمى، فإن لم يكن المهر مسمى استحققت المتعة.⁽¹⁾

النوع الثاني: الفرق التي تحتاج لوقوعها حكم القاضي وتنقسم إلى فرقتين:

1- فرقة تتوقف على قضاء القاضي

2- فرقة لا تتوقف على قضاء القاضي

والفرق بينهما ينظر إلى سبب الفرقة إن كان سببها واضح جلي لا يختلف باختلاف الأنظار ولا يحتاج إلى تقدير الظروف والملابسات، بل يستوي الناس جميعاً في إدراكه وفهمه فإنه لا يحتاج إلى قضاء القاضي ويترتب على ذلك أن الفرقة تحدث من وقت حصول سببها ويكون على الزوجين أن يفسخا الزواج من تلقاء أنفسهما.

أما إن كان السبب مبهم وغير واضح ويحتاج إلى فحص وبحث فإنه يتوقف على قضاء القاضي لأن السبب وحده غير كاف في حصولها لإنهاء العقد بل لا بد من الحكم قضائي ويترتب على هذا أنه لو مات أحدهما قبل الحكم في القضية ورثه الآخر والعقد لا ينتهي إلا بحكم القاضي.⁽²⁾

(1) انظر: المعتصم بن سعيد المعولي، المعتمد في فقه الطلاق، مرجع سابق، ص 28-33. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق 9/ 6864-6865

(2) انظر: المعتصم بن سعيد المعولي، المعتمد في فقه الطلاق، مرجع سابق، ص 35-36، على الخفيف: فرق الزواج، مرجع سابق 1/ 8-9،،

رابعاً: التكيف الفقهي للتفريق القضائي

بناءً على التقسيم السابق لفرق النكاح، فنجد أن الفقهاء اتفقوا على أن الفرقة التي تكون من الزوج بصيغة الطلاق، سواء كان رجعيّاً أو بائناً؛ فإنه يقع طلاقاً لا يحتاج إلى القضاء إلا إذا نفاه بعد إيقاع.

ثم اختلفوا فيما عدا ذلك إلى أربعة أقوال:

القول الأول: ذهب الإباضية إلى أن كل زواج فاسد مختل الأركان أو الشروط تعد فسخاً كنكاح المحارم⁽¹⁾. وتفريق القاضي بين الزوجين يكون طلاقاً بائناً.

دليلهم: إذا لم نجعل حكم القاضي بائناً لفاتت الحكمة المقصودة وغاية المرادة من تطبيق القاضي وهو رفع الضرر، ولأمكن للرجل أن يرد زوجته إلى عصمته وذلك منا قض لحكم الشارع من طلاق الحاكم⁽²⁾

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أن الفرقة التي جاءت من جانب الزوج ولا يمكن أن تأتي من جانب الزوجة فهي طلاق، كالفرقة بالإيلاء والخلع أو أن يتلفظ الزوج ألفاظ الطلاق أو أن يفوض الزوجة بالطلاق أو أن يوكل أحد في الطلاق.

أما إن جاءت الفرقة من جهة المرأة فتكون فسخاً مثل التفريق لعدم الكفاءة أو التفريق لنقصان المهر عن مهر المثل.

واحتجوا: بأن المرأة لا تلي الطلاق ولا تملكه، كما أن التفريق لعيوب الزوج سبب ثبت من جانبه؛ وهو المنع من إيفاء حقها المستحق بالنكاح وهو ظلم وضرر؛ فإن لم يقم به قام القاضي مقامه⁽³⁾

القول الثالث: عند المالكية رأيين في هذه المسألة:

- أ- إذا كانت الفرقة بسببٍ مختلف فيه خارج مذهبه، وكان الخلاف مشهوراً في مذهبه مثل نكاح المحرم بالحج أو العمرة فإنها فرقة طلاق
- ب- أن المعتبر في ذلك هو السبب الموجب للتفريق، فإن كان راجعاً للشارع حتى إذا أراد

(1) انظر: المعتصم بن سعيد المعولي، المعتمد في فقه الطلاق، مرجع سابق، ص 29

(2) نفس المرجع، ص 179

(3) انظر الكاساني : بدائع الصنائع مرجع سابق، 497/2، ابن عابدين : رد المختار، مرجع سابق 4/ 176

الزوجان الإقامة عليه لم يصح؛ فإنه فسخ كالنكاح في العدة، ونكاح المحرمة بالرضاع، وإن كان مما للزوجين أن يقيما عليه كالرد بالعيب فهو طلاق⁽¹⁾.
ويبدوا أن المالكية وافقوا الحنفية بأن الفرقة التي تقع بحكم القاضي قد تكون طلاقاً وقد تكون فسخاً.

القول الرابع: كل فرقة يوقها القاضي فهي فسخ لا طلاق وكل فرقة أوقعها الزوج أو فوض الطلاق إلى زوجته أو وكل وأتاب عنه الطلاق بالألفاظ الدالة على الطلاق يعد طلاقاً، وعليه الشافعية والحنابلة⁽²⁾.

دليلهم: إن كل ما حكم فيه بالفرقة وإن لم ينطق بها الزوج ولم يردها، لو أراد الزوج ألا تُوقع عليه الفرقة وأُوقعت، فهذه فرقة لا تسمى طلاقاً؛ لأن الطلاق تكون من الزوج وهو لم يقله ولم يرضه بل يريد رده ولا يرد⁽³⁾.

• رأي الباحث

بعد النظر والتدقيق في هذه المسألة يميل الباحث إلى ما قاله الإمامان الشافعي وأحمد رحمهما الله على أن التفريق بحكم القاضي يعد فسخاً لا طلاقاً لأن اعتباره فسخاً أولى من اعتباره طلاقاً كي لا يحتسب على الزوج طلاقاً فالفسخ لا يحتسب ولكن الذي يحتسب هو الطلاق. - وكذلك هذا القول يتناسب مع الواقع الذي نعيشه وهو أوضح فإن الزوج لو أراد الطلاق حقيقة لطلق لأنه من يملك هذا الحق، وأما إن تجاوز هذه المرحلة إلى مرحلة القضاء فهذا يدل على أنه لا يريد الزوج طلاقاً فيفسخ القاضي عقد النكاح بسبب من الأسباب المؤدية لذلك لرفع الضرر عن المرأة.

- كما أن اعتبار تفريق القاضي طلاقاً قد يلحق الضرر بالزوجين، وما بينهما من الأولاد، وذلك إذا كان الطلاق مسبقاً بطلقتين، فتحرم المرأة على زوجها حتى تتزوج من غيره، بخلاف ما إذا اعتبرناه فسخاً؛ فإن باب عودة الزوجية يبقى مفتوحاً، ويرتفع الضرر الواقع

(1) انظر بن رشد الحفيد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط. (القاهرة، دار الحديث، 2004م) 92/3

(2) الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، ط. (بيروت، دار المعرفة، 1990م) 5/126-127، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد،

المغني، ط1، (مكتبة القاهرة، 1969م) 6/62-70

(3) الشافعي، الأم، مرجع سابق، 5/127

على المرأة، في نفس الوقت.⁽¹⁾

خامسا: موقف قانون الأحوال الشخصية:

من خلال النظر في نصوص قانون الأحوال الشخصية العماني والقمري نجد أنهما اختلفا في تكييف الفرقة التي تقع بحكم القاضي، فقانون الأحوال الشخصية العماني أخذ القول بأن التفريق بحكم القاضي يعتبر طلاقا بائنا عملا بالقول الإباضي إلا في بعض الموانع كالتفريق باللعان فهي فسخ⁽²⁾.

أما قانون الأحوال الشخصية القمرية فقد اعتبر التفريق بحكم القاضي فسخ عملا بقول الشافعية والحنابلة⁽³⁾

(1) انظر علي حسب الله: الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، (دار الفكر العربي بيروت - بدون تاريخ)

ص 118

(2) المواد 117، 118 من قانون الأحوال الشخصية العمانية.

(3) المادة 77 من قانون الأسرة القمرية.

❖ الفصل الأول: التفريق لأسباب تعود إلى الزوج ويتكون من مبحثين

المبحث الأول: التفريق بسبب الغيبة والحبس والفقد وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: الغيبة ومشروعية التفريق بسببه

المطلب الثاني: الحبس ومشروعية التفريق بسببه

المطلب الثالث: المفقود ومشروعية التفريق بسببه

المبحث الثاني: التفريق بسبب الإعسار بالنفقة والمهر وفيه مطلبان

المطلب الأول: التفريق لعدم إنفاق الزوج على زوجته

المطلب الثاني: التفريق بسبب الإعسار بالمهر.

المبحث الأول: التفريق بسبب الغيبة والحبس والفقد:

المطلب الأول: الغيبة ومشروعية التفريق بسببه:

الحديث في هذا المطلب سيدور حول مفهوم الغيبة ومشروعية التفريق بسببه وشروطه ونوع
الفرقة فيه وموقف القانون من التفريق للغيبة.

أولاً: مفهوم الغيبة:

أ- في اللغة:

الغيبة: اسم مصدر من غاب بمعنى بعد وتواري، وهي خلاف الشهادة، يقال:
غاب فلان، وغيبة وغيوبة أي لم يحضر أو يشهد¹، يقال: أغابت المرأة وأُغْيِبَتْ
إذا غاب زوجها فهي مُغِيب ومُغِيبَة².

ب- في الاصطلاح:

جاء في القانون الأحوال الشخصية العماني في المادة (190): ما نصه "الغائب هو الشخص
الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته"³
وهذا التعريف غير جامع، حيث إنه لا يشمل الذي غاب عن وطنه إلى مكان آخر معلوم
وأقام فيه وكانت إقامته معلومة، كما أنه لم يفرق بين الغائب والمفقود مع أن كل واحد من
الغائب والمفقود لها معنى خاص.

¹ ابن منظور : لسان العرب، مرجع سابق، مادة (غيب) 151/10، وانظر: الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب:

القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، إشراف: محمد نعيم العرقسوسي، ط8، (بيروت -

لبنان، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 2005م)، باب الباء، فصل العين والفاء والقاف 116/1

² سعدي أبو جيب: القاموس الفقهي، مرجع سابق، حرف العين ص 279 وما بعدها

³ المادة(190) من قانون الأحوال الشخصية العماني

معنى الغيبة عند الفقهاء لا يخرج عن المعنى اللغوي، ويقصد به "انتقال الزوج بدون زوجته إلى موطن آخر غير الموطن الذي كان فيه البيت الزوجية"¹ وبهذا التعريف يمكن أن نفرق بين الهجر والغيبة؛ لأن الهجر قد يقع، والزوجان يقيمان في بلد واحد، أو في بيت واحد.

ثانياً: مشروعية التفريق بسبب الغيبة:

بعد النظر في هذه المسألة وجدنا أن الفقهاء اختلفوا فيها واختلافهم تعود إلى اختلافهم في حق دوام الوطء هل هو حق للرجل فقط وليس للزوجة فيه حق أو أنه حق للزوجة أيضاً كما هو حق للزوج وذلك على قولين:

القول الأول: عدم جواز التفريق بين الزوجين للغيبة مطلقاً ولو تضررت الزوجة من عدم الوطء وطلبت التفريق وبه قال الشافعية² والحنفية³ إلا أن الحنفية فصلوا وقالوا: يسقط حق المرأة في الوطء قضاءً إذا وطئها الزوج مرة فلا يجوز التفريق بينهما، أما إذا لم يصبها مرة واحدة فإن القاضي يؤجله سنة ثم يفسخ العقد⁴.

أدلتهم:

- 1- عدم وجود دليل لا من الكتاب ولا من السنة على التفريق بسبب الغيبة كما دل على الظهار والإيلاء واللعان ووقوع الطلاق⁵.
- 2- أن الوطء حق للزوج فلا يجب عليه كسائر حقوقه فيجوز له تركه كسكنى الدار المستأجرة⁶.

¹ الشماع، محمد، مفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ط1، (دمشق، حلبوني، دار الفلم، 1995م) ص 147

² الشافعي، الأم، مرجع سابق، 255/5، الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق 397/3

³ أنظر: الكساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق 331/2

⁴ حاشية رد المحتار، مرجع سابق 203 /3

⁵ أنظر: الشافعي، الأم، مرجع سابق 255/5

⁶ الشيرازي، المذهب في الفقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، 67/2

مناقشة أدلة القول الأول:

- 1- عدم وجود دليل من القرآن أو من السنة لا يعني عدم مشروعيته فقد ثبت باستقراء النصوص حيث أنه توجد ضرر للزوجة فينبغي رفع هذا الضرر بالتفريق بينهما
- 2- أما القول بأن الوطء حق للزوج فهذا يكون بالتسليم بذلك ولكن الصحيح أنه حق للزوجة أيضاً كما هو حق للزوج كما سيتبين لنا من أدلة القول الثاني.

القول الثاني: يجوز التفريق بين الزوجين للغيبة إذا طلبت المرأة وذلك بعد تحقق الشروط¹ وهذا ما ذهب إليه الإباضية² والمالكية³ والحنابلة⁴، وهذا ما صرح به العلامة الشيخ أحمد الخليلي الإباضي في فتاويه⁵.

أدلتهم:

أ. من القرآن:

- 1- قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾⁶

¹ سيأتي بيانها

² أطفيش، محمد بن يوسف، شرح النبل وشفاء العليل، ط3. (جدة- مكتبة الإرشاد، 1985م)، 476/6 وما بعده، وينظر: السالمي، نور الدين، جوابات الإمام السالمي، إشراف عبد العال السالمي، إشراف، عبد الله بن محمد السالمي، تنسيق د/ عبد الستار أبو غدة، (ولاية بديّة- سلطنة عمان، مكتبة الإمام السالمي، 2010م) ج4، ص 79

³ أنظر: الخطاب الرعيني، بن محمد بن عبد الرحمن: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، تحقيق زكريا عميرات، طبعة خاصة، (دار عالم الكتب، 1423 هـ، 2003 م)

4/ 155-156، حاشية الدسوقي، مرجع سابق 431/2

⁴ ابن قدامة: المغني، مرجع سابق 10/ 240 وما بعدها

⁵ جاء في فتاوى النكاح لفضيلته ردا على سؤال: هل الوطء حق للزوج وحده؟ أم هو حق للزوجين معا؟ ما نصه: "مذهب جمهور أهل العلم أن للمرأة حقا في الوطء كالرجل وعليه أصحابنا كما هو ظاهر تفريعاتهم، وذهب الشافعي إلى أنه حق للرجل دونها، وقريب منه قول القاضي من الحنابلة كما في مغني ابن قدامة حيث قال: "إنه لا يجب على الرجل إلا أن قصد بتركه الإضرار. والقول الحق في ذلك هو أن لها حقا فيه، ولا يجوز للرجل أن يمتنع منه لغير عذر.... الخ"

ينظر: الخليلي، أحمد بن حمد، فتاوى النكاح، ط1، (مسقط-سلطنة عمان، الكلمة الطيبة، 2020م) ص 81-82

⁶ البقرة: أية 129

وجه الاستدلال: إن الله تعالى قد خير الأزواج بين الإمساك بمعروف، أو التسريح بإحسان، وليس من المعروف الغياب على الزوجة وتركها كالمعلقة، ولما كان يوجد ضرر لترك الزوجة بدون وطء، ويعرضها للفتنة، فإن رفع الضرر، ومنع الوقوع في الفاحشة، يستلزم التفريق بينهما.

ب. من السنة:

حديث عبد الله بن عمرو بن العاص -رضي الله عنهما-، قال: قال لي رسول الله يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟ فقلت: بلى يا رسول الله، قال: فلا تفعل، صم وأفطر، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقًا، وإن لعينيك عليك حقًا، وإن لزوجك عليك حقًا... " الحديث متفق عليه¹

وجه الاستدلال: أن النبي صل الله عليه وسلم بين أن لزوجة على زوجته حق، ويظهر أن من حقوق الزوج على زوجته هو الوطء فبانعدامها يوجد ضرر ويجب رفع الضرر.

ت- من المعقول:

إن الوطأ حق للزوجة " لأنه لو لم يكن حقًا للمرأة لم تستحق فسخ النكاح لتعذره بالجب والعنة². كما أن النكاح شرع لمصلحة الزوجين، ودفع الضرر عنهما وهو مفضل إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه إلى دفع ذلك عن الرجل ولهذا يشرع التفريق القضائي بسبب غيبة الزوج.

رأي الباحث

تبين لي مما تقدم أن القول الثاني وهو ما ذهب إليه الإباضية والمالكية والحنابلة، أنه يجوز التفريق بين الزوجين للغيبة هو القول المختار، وذلك لقوة أدلتهم وضعف أدلة القول الأول حيث أنه لا يوجد ما يدل على المنع منه، خاصة وأن عدم التنصيص على أمر من الأمور لا يقوى على المنع منه، لا سيما إن كان من المسائل الاجتهادية، وما يظهر من خلال المناقشة

¹ أخرجه البخاري في مواضع متعددة منها في كتاب الصوم، باب حق الجسم في الصوم، مرجع سابق، 2/ 245، ومسلم

في كتاب الصيام، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فت به حقا 1/ 812-813

² ابن قدامة: المغني، مرجع سابق 10/ 23

التي ناقشت عليها.

ولأن القول الثاني يتوافق مع التشريع الإسلامي الذي جعل من أهداف الزواج ومصلحه إعفاف الزوجين خاصة إذا ألحق تركه ضرراً بالزوجة، وقد جاء الإسلام بدفع الضرر ولا يخفى على كل ذي عقل أن غياب الزوج يحقق ضرراً للزوجة وأن تركها تتعرض للفتنة، مع القدرة على تحصينها بزواج آخر.

ومع هذا فلا ينبغي للقاضي أن يحكم بالتفريق حتى تتحقق الشروط التي وضعها الفقهاء:

ثالثاً: شروط التفريق بسبب الغيبة:

فقد وضع الفقهاء شروط يجب تحققها كي يحكم بالتفريق للغيبة وهي كالآتي:

1- أن تكون الغيبة طويلاً واختلف الفقهاء في مدتها على ثلاثة أقوال:

قيل: أن مدة الغائب والمفقود واحد- وهي أربع سنوات- وهو المعتمد عند الإباضية¹

قيل: سنة فأكثر وهو المعتمد عند المالكية².

وقيل: ستة أشهر وهذا ما ذهب إليه الحنابلة³. لما روى أبو حفص، بإسناده عن زيد بن أسلم: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد وقَّت للناس في مغازيهم ستة أشهر، بعدما سأل حفصة رضي الله عنها قائلاً: يا بنية، كم تصبر المرأة عن زوجها، فقالت أربعة أشهر، ستة أشهر⁴.

ويرى الباحث القول بأن المدة التي يمكن للزوجة طلب التفرقة سنة فأكثر، وهو قول المالكية حيث أنه أكثر احتياطاً لأن الرابطة الزوجية من الأمور التي يجب الاحتياط لها وعدم التسرع في حلها، صحيح أن قول الإباضية أكثر احتياطاً من القول المالكية ولكنني أرا أن أربع سنوات كثيرة جداً، قد تؤخذ في المفقود لأنها تترتب آثاراً كثيراً كال ميراث والوصية وغير ذلك فيحتاج أكثر أما الغائب المعلوم مكان إقامته فيكفي انتظاره سنة فأكثر وخاصة في زماننا

¹ المعولي، المعتصم بن سعيد، المعتمد في فقه الطلاق، مرجع سابق ص 232

² انظر ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق 3/ 100

³ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق 10/ 240 وما بعدها

⁴ انظر البيهقي: السنن الكبرى كتاب السير، مرجع سابق، باب الإمام لا يجمر بالغزي 9/ 29

هذا الذي عم الفتن وكذلك سهولة السبل لتواصل مع الغائب وتحقيق هذه الشروط.
والحديث الذي استدل به الحنابلة لا يدل على الفرقة بعد ستة أشهر.

2- أن تخشى الزوجة على نفسها الضرر بسبب هذه الغيبة وقد فسر المالكية الضرر خشية الوقوع في الزنا وليس اشتهاؤ الجماع فقط¹، أما الحنابلة فهم أطلقوا الضرر² ولكنهم يريدون خشية الزنا وهذا واضح لأن المرأة لا تطلب من القاضي التفريق إلا إذا خافت على نفسها من الوقوع في الحرام.

3- اشترط الحنابلة أن تكون الغيبة لغير عذر، فإن كانت لعذر؛ كطلب العلم والحج والتجارة، لم يكن للزوجة طلب التفريق³. أما الإباضية والمالكية فلم يتشربوا ذلك فالزوجة حق طلب التفريق للغيبة سواء أكانت لعذر أو لغير عذر.⁴

رأي الباحث أن ما ذهب إليه الإباضية والمالكية بعدم اشتراط هذا الشرط هو المختار لأن الحنابلة نظروا إلى جانب الزوج أي أن لا يتضرر الزوج فإذا غاب من أجل طلب الرزق له ولأولاده لا يفرق بينهما لأنه معذور، أما الإباضية والمالكية فهم نظروا إلى تضرر الزوجة من غياب زوجها ولو أن غيابه لعذر، فإذا طلبت الزوجة التفريق فإنها تفرق خشية عليها من الوقوع في الحرام، فالزوج معذور بينه وبين الله عند ما يكون غيابه لعذر كما أن الزوجة لها الحق في طلب التفريق، ولكي أكد بما أميل إليه لابد من العمل بالقواعد الفقهية "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" والضرر يزال "، و" ارتكاب أخف الضررين"⁵

4- نص المالكية على أن القاضي لابد أن يرسل للغائب بالرجوع، أو نقل زوجته إليه، أو تطليقها، ويمهله مدة مناسبة إن كان عنوانه معروفاً، وإن أبي ذلك كله، أو انقضت المدة المضروبة دون أن يرد، أو كان مجهول محل الإقامة، فرق القاضي بينهما

¹ الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق 431 / 2

² ابن قدامة المغني، مرجع سابق 240 / 10

³ نفس المصدر

⁴ المعولي، المعتصم بن سعيد، المعتمد في فقه الطلاق، مرجع سابق ص 232، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق 431 / 2

⁵ انظر: ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، ط1، (بيروت - لبنان ، دار الكتب العلمية، 1999م) ص 85 وما بعدها

بطلبها¹. أما الحنابلة فقد ذكروا مراسلة القاضي للغائب، ومطالبته بالرجوع، فإن لم يعد فسخ نكاحه².

رابعاً: نوع الفرقة للغيب

اختلف القائلون بالتفريق للغيب على قولين:

القول الأول: أن الفرقة للغيب تقع طلاقاً بئناً وهذا ما ذهب إليه الإباضية³ والمالكية⁴ والسبب في كونه طلاقاً بئناً عند المالكية أنهم يقولون: إن المراد رفع الضرر عن المرأة، وهو لا يرتفع إلا بالبينونة⁵.

ويجاب أن رفع الضرر تقع بدون بينونة مثل الفسخ.

القول الثاني: ذهب الحنابلة إلى أن هذه الفرقة فسخ⁶. وقالوا بأن الطلاق ما تكلم به الرجل، وأن كل فرقة لم تصدر عن الرجل، وكانت لاختيار المرأة تقع فسخاً؛ كالفسخ لعنته⁷.

رأي الباحث:

انطلاقاً بما رجح لدي في تكييف التفريق بأن الفرقة التي يوقعها القاضي تكون فسخاً لا طلاقاً فإنني أميل إلى القول الثاني وهو ما قال به الحنابلة بأن الفرقة للغيب هي فرقة فسخاً إلا إذا كان هناك مانع شرعي كجلب مصلحة أو درئ مفسدة.

كما أن هذا القول أقرب إلى روح التشريع ومقاصده، القائم على السهولة والتيسير والمصلحة ورفع الحرج، وهذا يظهر واضحاً فيما إذا عاد الزوج الغائب إلى زوجته بعد وقوع الفرقة، ويرغب الزوجان في استئناف الحياة الزوجية؛ لما في ذلك من مصلحة الأسرة. فالقول بأنها فسخ لم يحتسب طلاقاً وهذا يعطي الزوج الغائب الفرصة الكافية ليعود إلى زوجته مرة ثانية

¹ حاشية الدسوقي، مرجع سابق 2/ 431 وما بعدها

² ابن قدامة المغني، مرجع سابق، 10/ 240

³ المعولي، المعتمد بن سعيد، المعتمد في فقه الطلاق، مرجع سابق ص 233

⁴ حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 2/ 431 وما بعدها، وانظر الموسوعة الفقهية 74/29

⁵ نفس المصادر

⁶ انظر ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، 10/ 241

⁷ ابن قدامة: المغني مرجع سابق، 10/ 70

بخلاف إذا اعتبرناها طليقة وهو قد طلق زوجته طليقتين قبل غيابه ففي هذه الحالة لا يكون لديه فرصة للعودة إلى الحياة الزوجية.

خامساً: موقف القانون من التفريق للغياب

أخذ قانوني الأحوال الشخصية العماني والقمري برأي المالكية والحنابلة القائل بجواز التفريق للغياب، ونظماً مواداً تنص على مشروعيتها، وضمنها الشروط الواجب توافرها للتفريق. فقد جاء في المادة (110) من قانون الأحوال الشخصية العماني ما نصه: "للزوجة طلب التطليق بسبب غياب زوجها، المعروف موطنه، أو محل إقامته، ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد إنذاره إما بالإقامة مع زوجته أو نقلها إليه، أو طلاقها، على أن يمهّل لأجل لا يقل عن أربعة أشهر ولا يتجاوز سنة".¹ ونصت المادة (74): من قانون الأحوال الشخصية القمري أن "الزوجة يحق لها مطالبة الطلاق بسبب غياب مطول دون اتصال مع الزوجة.

إذا كان الزوجان يعيشان متفرقين بعلط، في مكان معروف مالا يقل عن الستة أشهر. القاضي المختص ينطق بفسخ النكاح إذا ثبت لديه أن هذا الغياب يسبب ضرراً على المرأة وفي الوقت نفسه تغطي الثروات المتروكة من قبل الزوج لنفقة زوجته ويؤخر القاضي قرار الفسخ إذا رأى أملاً في رجعة زوجها".²

وفي هاتين المادتين يلاحظ فيها أموراً منها:

أ- أن هاتين المادتين أخذتا بالشروط التي اشترط عليها المالكية والحنابلة على الرغم من اختلا فهم فيها.

ب- اشتراط مدة الغياب ذكره المادتين إلا أن قانون الأحوال الشخصية العماني جمع بين الرأيين أما قانون الأحوال الشخصية القمري أخذ برأي الحنابلة في المسألة.

¹ المادة (110) من قانون الأحوال الشخصية العماني

² المادة: (74) من قانون الأسرة القمري

وأرى أن ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية العماني أكثر انطباقاً في الواقع.

ت- أن قانون الأحوال الشخصية العماني اعتبر التفريق للغيبة طلاقاً أخذاً بما ذهب إليه المالكية بينما قانون الأحوال الشخصية القمري اعتبر التفريق للغيبة فسخاً عملاً بما ذهب إليه الحنابلة. وهذا ما أميل إليه كما بينتها سابقاً في مسألة التكييف الفقهي للتفريق القضائي.

المطلب الثاني: الحبس ومشروعية التفريق بسببه:

في هذا المطلب سيدور الحديث حول مفهوم الحبس ومشروعية التفريق بسببه وموقف القانون من التفريق للحبس

أولاً: مفهوم الحبس.

أ- **للغة:** الحبس: مِنْ حَبَسَ: حَبَسَهُ يَحْبُسُهُ حَبْسًا، فهو محبوس وحبيس، والحَبْسُ ضد التخلية¹

والسجن في اللغة: السَّجْنُ بالفتح: المصدر، وقد سَجَنَهُ يَسْجُنُهُ، أي حَبَسَهُ²

ب- **واصطلاحاً:** قليل من الفقهاء من عرفوا الحبس ولعل السبب في ذلك، هو دلالة المعنى اللغوي على الاستعمال الفقهي لكلمة الحبس وسأسوق بعض من التعريفات:

1- عرفه الكساني: الحبس هو منع الشخص من الخروج إلى أشغاله ومهماته الدينية والاجتماعية³

2- **عرفه ابن تيمية والمارودي بقولهما:** “فإنَّ الحبس الشرعي ليس هو السجن في مكان ضيق وإنما هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في

¹ ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، باب الحاء، فصل الباء، ج 2، ص 294

² الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، (بيروت - دار العلم للملايين، 1987م)، باب النون، فصل السين، ج 5، ص 564

³ الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 7، ص 174

بيت أو مسجد، أو كان بتوكيل نفس الخصم أو وكيله عليه أو ملازمته له، ولهذا سمّاه النبي صلى الله عليه وسلم أسير¹.
المحبوس هو: من قبض عليه وأودع السجن بسبب تهمة أو جناية أو غير ذلك².

ثانياً: مشروعية التفريق بسبب الحبس

اختلف الفقهاء في جواز التفريق للحبس إلى ثلاثة أقوال:
القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية إلى عدم جواز التفريق بسبب الحبس مطلقاً، وهذا القول يفهم بما ذهبوا إليه عند حديثهم عن زوجة المفقود، كما سنبين ذلك، أنهم لا يجيزون التفريق لزوجة المحبوس والأسير مهما طال مدة الحبس.
فيرى الحنفية: أن الغائب لا تبين امرأته منه أبداً إلا إذا ثبت موته حقيقة أو حكماً³.
ويرى الشافعية: رأياً قريباً من رأي الحنفية، إنها لا تنكح أبداً حتى يأتيها يقين وفاته أو يقين طلاقه، أو أن يحكم لها بالتطليق لعدم وجود ما تنفق منه بسبب عسرتة⁴.
فإذا كان هذا قولهم في المجهول الحياة أو الموت، ففي المحبوس المعلوم الحياة، ووقت خروجه من حبسه، من باب أولى.

أدلة القول الأول:

1- لم يرد نص من كتاب الله أو سنة نبيه صلى الله عليه وسلم، أو فعل من الصحابة أو نقل عنهم بجواز التفريق لأجل الحبس أو الغيبة، فلم يوجد ما يصح أن يبنى عليه التفريق.

2- الأخذ بالأصل أن الطلاق لا يملك إيقاعه إلا الزوج فقط من حديث رسول الله

¹ الماوردي، علي بن محمد بن حبيب: كتاب الأحكام السلطانية، ط 1، (بيروت: دار الفكر، سنة 1386 هـ، 1966 م)، ج 1، ص 148، وانظر: ابن تيمية، تقي الدين، مجموعة كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي (مكتبة ابن تيمية) ج 35، ص 398

² الموسوعة الفقهية الكويتية 2/ 67

³ انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 7، ص 197

⁴ انظر: النووي: روضة الطالبين، مرجع سابق، 8، ص 400

صلى الله عليه وسلم: "الطلاق لمن أخذ بالساق"¹ فلا يملكه القاضي.
 3- ما روي عن المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان"² وإذا كان هذا في امرأة المفقود فالتى غاب عنها زوجها وحُبس أولى بالانتظار حتى يرجع³.

القول الثاني:

ذهب المالكية⁴ والحنابلة⁵ إلى أن لزوجة المحبوس إذا تضررت من حبس زوجها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها، فقد جاء في حاشية الدسوقي ما نصه: " وبقيت زوجة الأسير ومفقود أرض الشرك للتعمير⁶ إن دامت نفقتهما، وإلا فلهما التطليق، كما لو خشيتا الزنا"⁷. ويبدو أن المذهب لإباضي⁸ على هذا الرأي وهو جواز التفريق بسبب الحبس عند حصول الضرر كما ذهبوا إليه في التفريق بسبب الفقد.⁹

¹ الحديث عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه، رواه ابن ماجة، وذكره الألباني في صحيح ابن ماجة وقال: حديث حسن، انظر: الألباني، محمد ناصر الدين: صحيح سنن ابن ماجة باختصار السند، مرجع سابق، باب طلاق العبد، الحديث رقم (1692)، ج 1، ص 355

² ذكره الصنعاني في سبل السلام وقال: الحديث ضعيف، انظر: الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير: سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ط 4، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، سنة 1379هـ، ج 3، ص 209

³ السرطاوي، محمود علي: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط 1، عمان: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1417 هـ، 1997 م، ص 468، وانظر: إبراهيم عبد الرحمن: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 1 (عمان، مكتبة، دار الثقافة، 1999)، ص 241

⁴ الدسوقي: حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 3، ص 434

⁵ وانظر: ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع ط 1 (بيروت - لبنان دار الكتب العلمية، 1997)، ج 7، ص 198

⁶ أي المدة التي لا يعيش أكثر منها، وقدر بسبعين سنة، أو ثمانين.

⁷ حاشية الدسوقي ج 3، ص 434

⁸ الطفيش، القطب، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مصدر سابق، ج 7، ص 38، 43، ينظر، السلمي، نور الدين، عبد الله بن حميد، جوهر النظام، 1/ 235

⁹ سيأتي بيانها

أدلة القول الثاني:

- 1- استدلل المالكية بالقياس: إن الحبوس كالغائب بجامع أن كلاهما تتضرر زوجته ببعده عنها، الأمر الذي يُخشى معه تعرضهما للفتنة.¹
- 2- لما كان المناط في تطليق القاضي الزوجة لغيبه زوجها عنها مدة سنة فأكثر في مذهب المالكية² ومدة ستة أشهر فأكثر عند الحنابلة³ هو تضرر الزوجة من بُعد زوجها عنها فإنَّ هذا المعنى موجود ومتحقق في زوجة الحبوس، فلا يختلف حال زوجة الحبوس عن حال زوجة الغائب سنة فأكثر، في أن مقامها وزوجها بعيداً عنها زمناً طويلاً أمر فيه إلحاق الضرر بها في الأعم الأغلب،⁴ ولذلك يكون مبنى التفريق عندهم بسبب الحبس هو الضرر الواقع على الزوجة بسبب حبس زوجها.

رأي الباحث:

- يميل الباحث إلى ما ذهب إليه الإباضية والمالكية والحنابلة لأن الأدلة التي ذهب إليه الحنفية والشافعية لا يصلح أن يكون حجة في منعهم بالتفريق للحبس وذلك لأمر منها:
- 1- أن عدم وجود دليل من الكتاب ولا من السنة ليس دليلاً، وإلا لتعطلت كثير من الأحكام المستجدة فكيف إذا وجد ضرر للزوجة.
 - 2- أما الحديث الذي استدلوا به أولاً فهو في حق الموالى وأسيادهم، ويدلُّ على ذلك مناسبة الحديث أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال -راوي الحديث عبد الله بن عباس- فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال: (يا أيها الناس ما بال أحدكم يُزوج عبده أمتَهُ ثمَّ يُريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)⁵

¹ أنظر: حاشية الدسوقي، مرجع سابق 434/2

² الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 2، ص 431

³ ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 232

⁴ مصطفى، فتحي حسن: دعاوى الطلاق والطاعة للمسلمين وغير المسلمين، ط 2، (الإسكندرية: منشأة

المعارف، 1991م) ص 85

⁵ سبق تخرجه.

3- إن الدليل الثالث الذي استدلوا به ساقط، وذلك لأن الحديث؛ كما ذكر الصنعاني، ضعيف، وبذلك لا يصح أن تكون حجة لقولهم.

ومن خلال هذه المناقشة ترجح لدي ما ذهب إليه الإباضية والمالكية والحنابلة القائلين بجواز التفريق للحبس لما في قولهم من تحقيق المصلحة ورفع للضرر الواقع على الزوجة لبعد زوجها عنها والله أعلم.

كما رجح هذا القول الدكتور محمد عقلة من علماء المعاصرين وقال: "وأرى أن ما ذهب إليه القائلون بالتفريق بين الزوجين للغيبة والحبس إذا طلبته الزوجة هو الأولى بالمصير إليه، وذلك رفعاً للضرر الذي يلحق الزوجة جرّاء ذلك عم لا بقاعدة لا ضرر ولا ضرار، ولأنه إذا جاز التفريق لتعذر الوطء بالعنة وبالعجز عن النفقة، فلئن يجوز الفسخ بالغيبة التي تتضمن كل ذلك أولى - والله أعلم"¹

مسألة مدة الحبس والشروط المطالبة في التفريق هي نفس الموجودة في التفريق بسبب الغيبة تقريباً كما أنها هي نفس المسألة في نوع الفرقة². إلا أنني أرى أن مسألة تحديد المدة المطالبة للتفريق بسبب الحبس هي مسألة اجتهادية ترجع إلى طبيعة المجتمع التي تعيشه المرأة ولا بد من النظر إلى هذا الجانب كي نحدد المدة التي يجوز للمرأة أن تطلب التفريق والله أعلم.

ثالثاً: موقف القانون من التفريق للحبس

نصت المادة (112) من قانون الأحوال الشخصية العماني: "الزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات طلب التطليق، ولا يحكم لها بذلك إلا إذا مضى على حبسه مدة لا تقل عن سنة."³

أما قانون الأحوال الشخصية القمري لم تنص بمادة مستقلة عن التفريق بسبب حبس الزوج إلا أنه ذكرت من ضمن الأسباب التي يجوز للمرأة المطالبة بالطلاق في المادة (77)

¹ عقلة: نظام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 224

² سبق أن بيننا: أنظر: ص ش وما بعدها من هذا البحث

³ المادة (112)، من قانون الأحوال الشخصية العماني.

رقم 8- أن يحكم عليه بعقوبة جنائية بدنية ومخلّة بالشرف¹.

ويلاحظ فيما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية العماني أموراً منها:

1- أن قانون الأحوال الشخصية العماني نص على أن يكون الحكم الصادر ضد

الزوج حكماً نهائياً، وهذا يعني أنه استنفذ جميع طرق الطعن المتاحة، وبقي الحكم في إطار المدة التي يسمح التفريق لأجلها.

2- كما نصت على أن مدة الحبس الموجب للتفريق لا يقل عن ثلاثة سنوات، وهذا

يعني أنه إذا حكم بسجن بمدة سنة أو سنتين فلا يمكن أن تطلب المرأة الطلاق.

كما نصت أنه لا بد أن تمضي سنة على الأقل من تاريخ حبس الزوج؛ ليحق للزوجة تقديم طلب التفريق.

أما قانون الأحوال الشخصية القمري يلاحظ فيه أنه لم تنص بمادة مستقلة للتفريق بسبب الحبس ولكن أدرج ما يدل على ذلك في الأسباب التي يحق للمرأة طلب التفريق وذكر من ضمنها: أن يحكم عليه بعقوبة جنائية بدنية ومخلّة بالشرف². والسبب هو أن أغلب العقوبات الجنائية البدنية في محاكم القمرية هو الحبس³، ويبدو أن حكمه تؤخذ في المواد التي نصت على التفريق بسبب الغيبة.

ويتضح من خلال النظر في هذين القانونين أنهما أخذاً بما ذهب إليه الإباضية والمالكية والحنابلة في جواز التفريق بسبب الحبس. كما يظهر في قانون الأحوال الشخصية العماني أن التفريق للحبس يقع طلاقاً بائناً، خلافاً للقانون الأحوال الشخصية القمري، وقد ترجح لدي أن التفريق للغياب يقع فسخاً لا طلاقاً، ولما كان الأصل الفقهي للتفريق للحبس قياسه على التفريق للغيبة، فإني أميل إلى جعله فسخاً.

ولم يظهر لدي أن هذين القانونين ذكر من صدر له حكماً بالاعتقال المنزلي أو ما يسمى بالإقامة الجبرية وكذلك الزوجة المعتقل بدون حكم، وهذا فيه نظر، لأن من حكم عليه بالإقامة الجبرية قد تتضرر الزوجة وقد لا تتضرر، وكذلك الزوجة المعتقل بدون حكم نهائي،

¹ أنظر: المادة (77) من قانون الأسرة القمرية

² أنظر: المادة (77) من قانون الأسرة القمرية

³ مدوهوما، محمد إصلاح (قاضي دائرة المحاكم الأسرية، مروني جزر القمر)، اتصالاً هاتفياً بيني وبينه، الساعة 52:10 مساءً، تاريخ، 9-12-2022.

فإننا نرى في زماننا من اعتقل بدون حكم نهائي ومضى من زمن اعتقاله ثلاثة سنوات فأكثر قبل الحكم.

المطلب الثالث: المفقود ومشروعية التفريق بسببه:

أولاً: مفهوم المفقود:

أ- في اللغة: المفقود: هو الغائب الذي لا يعلم مكانه، يقال: فقد الشيء يفقده فقداً وفقداناً: أي ضاع منه، وفقدت المرأة زوجها فهي فاقدة: إذا غاب عنها، وأفتقدت الشيء: لم أجده¹.

ب- في الاصطلاح: هناك تعريفات عديدة عرفها الفقهاء من مختلف المذاهب، وسأسوق بعض منها: -

- 1- عند الإباضية: المفقود هو انقطاع خبر الإنسان مع إمكان الكشف عنه²
 - 2- عرفه الحنفية: "المفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره هل هو حي أم ميت"³
 - 3- عرفه المالكية بأنه: "من انقطع خبره ولم يمكن الكشف عنه".
 - 4- وعند الشافعية: "من غاب وانقطع خبره"⁴.
 - 5- وجاء عند الحنابلة هو: "الذي انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك"⁵.
- والذي يظهر من هذه التعريفات أنها تتفق بأن المفقود هو من غاب ولم يُعلم حياته أو موته إلا أن تعريف الحنابلة فرقوا بين غيبة ظاهرها الهلاك، وغيبة ظاهرها السلامة، فالغيبة ظاهرها السلامة كمن خرج لطلب العلم ولم يعرف خبر عنه لا يعتبر مفقوداً عندهم وإن طال غيبته. فإن ما ذهب إليه الجمهور أشمل مما ذهب إليه الحنفية لذلك فإنني أميل إلى ما ذهب إليه

¹ ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، مادة (فقد) 298 / 10

² أطفيش، القطب، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مرجع سابق، ج 7، ص 26

³ الكساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 7، 2 196

⁴ الغمراوي، محمد الزهري، السراج الوهاج على متن المنهاج، (بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر - دون تاريخ) ص 440

⁵ البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، 421/5

الحنفية لأنه تدل على المراد، أن المفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره هل هو حي أم ميت.

ثانياً: مشروعية التفريق للفقد

يجب أن نعرف أن كل مفقود غائب وليس كل غائب مفقوداً وعليه فإن الأحكام الخاصة بطلب التفريق للغيبة، تختلف عن الأحكام الخاصة بطلب التفريق للفقد.

وقد اختلف الفقهاء في جواز التفريق بسبب الفقد على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية¹ والشافعية في مذهبه الجديد² إلى أنه لا يجوز لزوجة المفقود طلب التفريق لفقد زوجها.

أدلة القول الأول:

1- روى المغيرة بن شعبة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان"³.

وهذا يعني أنه لا يفرق بين المرأة المفقودة وزوجها مهما طال الزمن وخفي أمره، إلا إذا ثبت هلاكه.

2- جاء في الأثر أن علياً قال في امرأة المفقود: " هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق"⁴

3- إن نكاح الغائب ثابت يقيناً، ومحض غيبته ليس سبباً موجباً للتفريق، وموته في حيز الاحتمال ومشكوك فيه، واليقين لا يزال بالشك⁵.

¹ الكساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص 196

² الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج5، ص 255

³ البيهقي: السنن الكبرى، مرجع سابق، كتاب العدد، باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته، 445/7، والحديث ضعفه الألباني في ضعيف الجامع الصغير وزيادته ص 181

⁴ عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني: مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ط2 (بيروت، المكتب الإسلامي، 1403 هـ.) 90/7

⁵ انظر المرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، (بيروت - لبنان - دار إحياء التراث العربي) 476 /2

القول الثاني: ذهب الإباضية¹ والمالكية والحنابلة إلى أنه يجوز لامرأة المفقود طلب التفريق من زوجها، وتجاب إليه بعد تربص المدة المطلوبة.²

أدلة القول الثاني:

- 1- استدلو بما جاء في الأثر أن عمر رضي الله عنه قال: "أما امرأة فقدت زوجها، فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرًا، ثم تحل³. وجاء في كتاب مغني المحتاج: "إن قول عمر نص وافق قضاءه، وصار إليه عثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم أجمعين"⁴
- 2- إن للمرأة الخروج من النكاح بالجُب والعنة؛ لفوات الاستمتاع، وهو هنا حاصل⁵.
- 3- الحاكم وضع لرفع الضرر الواقع بالإيلاء والظهار، وهذا أبلغ وأولى⁶.

القول المختار:

يميل الباحث إلى قول الإباضية والمالكية والحنابلة بأن لامرأة المفقود الحق في طلب التفريق من زوجها بعد تربص المدة المطلوبة، وذلك لأن الأدلة التي استدلت بها الحنفية والشافعية يظهر ضعفه فإن ما استدلو به من حديث المغيرة لا يصح للاحتجاج فقد ضعفه الألباني وغيره. كما أن استدلالهم بقول علي رضي الله عنه ليس في محله، فهو يعارض بما روي عنه أنه قال في امرأة المفقود "تعتد أربع سنين، ثم يطلقها الولي" وقال ابن حزم: هذا صحيح عن علي رضي الله عنه⁷. وكما سبق وبيننا أنه تثبت للزوجة طلب التفريق بسبب غياب زوجها فمن باب أولى تثبت للفقد لأن كل مفقود غائب.

¹ أطفيش، القطب، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مصدر سابق، ج7، ص38

² انظر حاشية الدسوقي 429/3 وما بعدها، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق 421/5

³ الزرقاني، محمد، شرح الزرقاني على الموطأ، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، (القاهرة- مكتبة الثقافة الدينية، 2003م) 199/3

⁴ انظر الشرييني الخطيب، مغني المحتاج، مرجع سابق، 397/3

⁵ المرجع سابق

⁶ الصنعاني، محمد، سبل السلام، مرجع سابق،

⁷ ابن حزم : المحلى 137/10

ثالثاً: المدة التي تتربص بها زوجة المفقود:

اختلف الفقهاء في المدة التي تتربص بها زوجة المفقود إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: يحكم القاضي بموته بعد تسعين سنة من يوم ولد، أو يقدر بموت أقرانه من أهل بلده، ثم تعد زوجته للوفاة من وقت الحكم بموته، وهذا ما ذهب إليه الحنفية¹.

القول الثاني:

لا يحكم القاضي بموت المفقود حتى تقوم بينة بموته، أو تمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، فيجتهد الحاكم ويقضي بموته، وبانقضاء المدة يجوز لامرأته الزواج من غيره، وهو قول الشافعية في الجديد².

ويظهر أن القولين متقاربين وهذا يبيّن على توافقهم في عدم جواز للزوجة المفقود طلب التفريق.

أدلة القولين:

استدل الحنفية والشافعية بما استدلو به على عدم جواز التفريق³.

القول الثالث: الإباضية⁴ والمالكية والحنابلة يرون أن القاضي يحكم بوفاته بعد مضي أربع سنين من يوم فقده، ثم تعد زوجته عدة الوفاة، وأكثر الإباضية والحنابلة في رواية يقولون إن المرأة هنا لا تحل للأزواج إلا بعد أن تعدد للوفاة ثم يطلقها الولي بعد عدة الوفاة فتعد للطلاق⁵. كما أن المالكية والحنابلة لديهم تفصيل في المسألة:

عند المالكية: تختلف مدة التربص باختلاف مكان الفقد وسببه وذلك على النحو التالي:

¹ الطائي، مصطفى، كنز البيان، (دار الكتب العلمية، 1998م) ص 219

² الشربيني الخطيب: مغني المحتاج، مرجع سابق 3/ 26، 27

³ أنظر: ص 17 من هذا البحث.

⁴ أطفيش، محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، مرجع سابق، ج 7، ص 38، ينظر، السالمي، نور الدين، عبد الله

بن حميد، جوهر النظام، 1/ 235

⁵ أطفيش، محمد بن يوسف، مرجع سابق، ج 7، ص 43، شرح الكبير على متن المقنع لأبي الفرج بن قدامة بأسفل المغنى

لأبي محمد بن قدامة 121/9

- 1- المفقود في دار الإسلام، تؤجل زوجته أربع سنين، بعد البحث عنه، والعجز عن خبره.
 - 2- المفقود في أرض الشرك؛ كالأسير، تبقى زوجته لانتهااء مدة التعمير.
 - 3- المفقود في الفتن بين المسلمين، تعتد زوجته بعد انفصال الصفين.
 - 4- المفقود في الفتن بين المسلمين والكفار يؤجل سنة بعد النظر والكشف عنه.¹
- عندهم أن زوجة المفقود تعتد عدة وفاة في الحالات الأربع، إلا أنهم يرون تقدير الشارع وقوع طلاق المفقود؛ ليفيتها عليه مع احتمال حياته قبل دخول الزوج الثاني.
- وعند الحنابلة: حالتين للفقد وتختلف مدة التربص باختلاف حال فقده على النحو الآتي:²
- أ- إذا كان فقد في حالة يغلب فيها الهلاك أو ظاهرها الهلاك كالذي يفقد كمن يفقد بين الصفين في الحرب وقد نشب القتال وقُتل قوم من الجانبين ففي هذه الحالة زوجته تربص أربع سنين، ثم تعتد عدة وفاة.
- ب- المفقود في حالة ظاهرها السلامة؛ كالمسافر في تجارة، أو طلب العلم، وحكمه أن زوجته تربص مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش أكثر منها، ويقدر ذلك بتمام تسعين ولد، ثم تعتد زوجته عدة وفاة، ثم تحل للأزواج.

أدلة القولين:

استدل الإباضية والمالكية والحنابلة فيما يظهر من أن مدة التربص هو أربع سنين بما استدلو عليه في جواز التفريق بسبب الفقد وهو ما حكم إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه في امرأة المفقود.³

القول الرابع: قد ذهب بعض من المحققين من علماء المعاصرين إلى أن المرأة إن وقع بها الضرر وخشية العنت والمشقة من الانتظار طوال هذه المدة فلها أن ترفع أمرها إلى القضاء الشرعي طلباً للتفريق ورفع الضرر عنها ولو لم تمض السنوات الأربع، لأن قواعد الشريعة تقرر أن الضرر يزال،

لا سيمع وجود الوسائل الحديثة والآلات الدقيقة للكشف والتحري والاستقصاء، وإلى هذا

¹ انظر حاشية الدسوقي، مرجع سابق 430/3، 436

² البهوتي: كشف القناع، مرجع سابق، 5/ 421، 423

³ أنظر، أدلة الإباضية والمالكية والحنابلة، ص 18 من هذا البحث

الرأي ذهب إليه الشيخان الجليلان أبو سليمان الخليلي وأبو عبد الرحمن القنوبي من الإباضية.¹

رأي الباحث:

الذي أميل إليه هو ما ذهب إليه الشيخين الخليل والقنوبي على عدم مراعاة هذه المدة إذا خيف فيها الوقوع في العنت بأن ترفع أمرها إلى القضاء الشرعي طلباً للتفريق. وذلك لأسباب:

1- إن ما ذهب إليه الحنفية والشافعية من تربص زوجة المفقود تسعين سنة، أو أن يقدر بموت أقرانه، أو أن يتيقن من وفاته، قد بني على ما ذهبوا إليه من عدم استحقاق الزوجة استدامة الوطء، وقد بيننا ذلك، ولم تثبت لهم أي دليل لا من الكتاب ولا من السنة على إبقاء الزوجة معلقة تسعين سنة.

2- إن ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من التفريق بين أنواع المفقودين على أساس معيار القرب والبعد، أو معيار غلبة السلامة أو الهلاك، لأن كل حالة يفقد فيها الإنسان تحتمل السلامة كما تحتمل الهلاك؛ لذلك فإن الأولى معاملة جميع أنواع المفقودين معاملة واحدة؛ لأن المعيار الذي يستوجب النظر، هو ما يلحق بالمرأة من ضرر جراء هذا الفقد.²

3- أما القول بأنه يحكم بوفاته بعد مضي أربع سنين من يوم فقده، هو قول وجيه جداً ومعقول كما أنه يأخذ بالاحتياط لما يترتب على الحكم بمفسدة عظيمة كتوريث ماله ولكن في زماننا هذا الذي عم الفتن تختلف من زمن الفقهاء القدامى، حتى صورة المسألة بنفسها ففي زماننا توجد هذه الوسائل الحديثة للكشف وهي لم تكن موجودة زمن الفقهاء القدامى، والحقيقة أن المصلحة تقتضي خلاف ذلك؛ لاسيما وأن في مرونة الشريعة الإسلامية، وصلاحها لكل زمان ومكان، متسعاً لما يوجد من الحوادث والنوازل كما أن هذه المسألة هي مسألة اجتهادية.

¹ ينظر: المعولي، المعتصم بن سعيد، فقه الطلاق، مرجع سابق، ص 236، نقلاً عن: الخليلي، أحمد، برنامج "سؤال أهل الذكر"، حلقة 26 شوال 1436هـ، يوافق 25، 09، 1011م، القنوبي، سعيد بن مبروك، بحوث ورسائل وفتاوى/ القسم الأول ص 45-46

² انظر عبد الكريم زيدان : المفصل، مصدر سابق ج8، ص 45

لذلك فإنني أرى ضرورة النظر إلى المرأة المتضررة من فقد زوجها وتخشى على نفسها العنت من الانتظار طوال هذه المدة ولا سيما بوجود هذه الوسائل الحديثة، فتعامل كزوجة الغائب فإن المفقود غائب ويحكم بفقد زوجها أو تطليقها منه بعد سنة فأكثر إذا تحقق الضرر وهذا يرجع إلى القاضي، لأن المفقود غائب. والله أعلم،،،

رابعاً: موقف القانون من التفريق للفقد

نصت المادة (111) من قانون الأحوال الشخصية العماني: "الزوجة المفقود أو الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا محل إقامته طلب التطليق للضرر، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ الغياب أو الفقدان".¹

يلاحظ في قانون الأحوال الشخصية العماني أنها أخذت بما ذهب إليه المالكية والحنابلة على جواز التفريق للفقد. وقيد طلب التفريق بمضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ الفقد، تمثيلاً مع ما ترجح لدي في مسألة مدة تربص زوجة المفقود.

ولم يفرق القانون بين أنواع المفقودين، كما ساءى بين زوجة الغائب الذي لا يعرف مكانه وزوجة المفقود. ولم تنص القانون عدة زوجة المفقود، وربما تعدد عدة وفاة بعد صدور الحكم عملاً بما نص عليه في المادة (120) من قانون الأحوال الشخصية العماني "تعد المتوفى عنها زوجها في زواج صحيح ولو قبل الدخول أربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملاً.

أما قانون الأحوال الشخصية القمري لم تنص على هذه المسألة ولم تتعرض عليها بما يفيد ها ولو من بعيد مع أن هذه المسألة مازالت تحدث في جزر القمر وخاصة في هذه الأزمنة التي تكاثرت الهجرة إلى أوروبا بحثاً عن الرزق فقد تنتهي مسيرة الشخص في بحار أوروبا أو في غابات تركيا والمغرب وغيرها من الدول المجاورة لأوروبا. إلا أن هناك بعض القضاة بينوا ما يعتمده قانون الأسرة القمرية في المسألة فقد صرح القاضي على محمد امبريها: "أنه يفرق

¹ أنظر المادة: (111) من قانون الأحوال الشخصية العماني.

بينهما بعد السعي في البحث باستخدام جميع الوسائل للحصول عليه وإذا استنفد جميع الطرق يحكم عليه بموته فيقسم أمواله وتعتد الزوجة حينها بعدة وفاة.¹

أما الشيخ محمد يوسف عبده قاضي منطقة وشيلي يابواني ذكر قال: "إذا استنفد جميع وسائل البحث عنه يجتهد القاضي في مدة التربص، وأقصى مدة التي ينبغي أن تنتظر الزوجة هي سنتين، ثم يحكم عليه بموته فيقسم أمواله وتعتد الزوجة عدة وفاة.²

وعلى هذين التقريرين نجد أن الرأي المعتمد في المحاكم الأسرية القمرية يوافق ما ذهب إليه الإباضية والمالكية والحنابلة على جواز طلب التفريق للفقد إلا أنه يفهم من كلام القاضي علي امبريها أنه لا يوجد هناك مدة محددة للتربص ويكون باجتهاد القاضي وهذا بعد البحث والسعي للحصول على المفقود وبعد استنفاد جميع الوسائل. ثم يأتي القاضي محمد يوسف يبين المدة التي ينبغي للمرأة أن تنتظر وذكر سنتين. فهذه المدة التي يجتهد القاضي في تحديدها تختلف حسب النظر في القضية. فنجد أنها تتماشى مع ما ذهب إليه الشافعية في الجديد في مسألة مدة التربص وهو أنه لا يحكم القاضي بموت المفقود حتى تقوم بينة بموته، أو تمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، فيجتهد الحاكم ويقضي بموته.

¹ علي محمد مبريها، قاضي محكمة الشرعية، منطقة إسنهيدي بجيني، بلدة فومبوني، جزيرة القمر الكبرى، اتصالا هاتفيا بيني وبينه، تاريخ، الساعة 9: 44، تاريخ 24-01-2022.

² محمد يوسف عبده، قاضي محكمة الشرعية، منطقة وشيلي يابواني، بلدة إسنكودي وشيلي، جزيرة القمر الكبرى، إجابة عن سؤال مباشر في مكتبته الخاص. تاريخ 08/03/2023م الساعة العاشرة صباحا.

المبحث الثاني: التفريق بسبب الإعسار بالنفقة والمهر

المطلب الأول: التفريق لعدم إنفاق الزوج على زوجته.

في هذا المطلب سنتحدث عن مفهوم النفقة ومشروعية التفريق لعدمه وشروطه ونوع الفرقة بسببه وكذلك موقف قانون الأحوال الشخصية العماني والقمري من التفريق بسببه.

أولاً: مفهوم النفقة:

عرف الفقهاء النفقة تعريفات عديدة، منها:

أولاً: الإباضية: النفقة إعطاء ما به قوام معتاد الحال.¹

ثانياً: الحنفية: الإدراج على الشيء بما به بقاؤه.²

ثالثاً: المالكية: ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف.³

رابعاً: الشافعية: كل ما يحتاجه الإنسان، من طعام وشراب، وكسوة ومسكن.⁴

خامساً: الحنابلة: هي كفاية من يمونه خبزاً أو أدماً وكسوة ومسكناً وتوابعها.⁵

عندما ننظر هذه التعريفات نجد أن كلها متفقة في الجملة من حيث المعنى والغرض وإن اختلفت عباراتها ظاهراً بالنسبة للألفاظ، مع أنها تجمع الأمور التي اتفق عليها الفقهاء

¹ مجموعة من المؤلفين، معجم مصطلحات الإباضية، تقديم: عبد الله السالمي، ط2، (سلطنة عمان، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، 2012م) ج2، ص 932.

² العيني، محمود بن أحمد، البناية، الكويت، مطبعة مقهوي، ط2، 1985م، ج5، ص 489.

³ الخرشي، شرح الخرشي، ج4، ص 183.

⁴ مصطفى الحزن، مصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ط4،

(دمشق، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، 1992م) ج4، ص 169

⁵ أبو النجا الحجاوي، الإقناع، ج4، ص 45.

كالطعام والشراب والسكن واللباس، ويظهر لي أن ما عرفه الحنفية والمالكية والشافعية أدق وأشمل لتضمنه كل ما ينفقه الإنسان على نفسه، وحيث يتقارب المدلول وهي أصدق في الدلالة على مفهوم النفقة، والتي تشمل المأكل والمسكن والملبس والعلاج ونحو ذلك.

حكم النفقة الزوجية: أجمع علماء المسلمين على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ما دامت في طاعته.¹

ثانياً: مشروعية التفريق لعدم إنفاق الزوج على زوجته:

اتفق الفقهاء فيما إذا كان الرجل امتنع عن الإنفاق على زوجته والمرأة طلبت من القاضي تطليقها منه أنها لا تجاب إذا كان للزوج مال الظاهر من جنس النفقة أو من غيرها، لأن حصولها على النفقة ممكن بالتنفيذ في ماله الظاهر.²

أما إذا لم يكن للزوج مال ظاهر يمكن تنفيذ النفقة فيه، سواء كان معسراً أو مخفياً ماله؛ هنا محل الخلاف.

1- في حالة إذا كان الزوج معسر:

اختلف الفقهاء في إثبات حق الزوجة في طلب التفريق إذا كان الزوج

معسراً على قولين:

القول الأول: عدم ثبوت هذا الحق لا للزوجة ولا للقاضي، وهو مذهب الحنفية وقول عند الإباضية، وقال الحنفية: للقاضي أن يفرض لها نفقة عليه، ويأذن لها بالاستدانة³ عليه أو الحبس.

¹ السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، 201/1

² انظر ابن عابدين: رد المحتار، مرجع سابق، 292/5 وما بعدها، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 3/ 494 البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 5/ 478.

³ الاستدانة: شراء الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه، وقال الخصاص: هي: الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج)، ابن عابدين، حاشية رد المحتار 649/3

واختار بعض الإباضية إجبار الزوج على الإنفاق أو الطلاق¹.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول من القرآن والسنة والمعقول:

أ- من القرآن:

قَالَ تَعَالَى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ^ص وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ

اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا ءَاتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ^٧﴾²

وجه الاستدلال: إن المعسر غير قادر على الإنفاق فلا يكلف به، ولا يكون ظالماً بعدم إيقاع الطلاق، فلا تظلمه بإيقاع الطلاق عليه فمن غير المنطقي محاسبة شخص على شيء لم يكلف به³.

ويمكن أن ترد هذا الاستدلال بأن القائلين بالتطليق لا يقولون بتكليفه بالإنفاق حال إعساره وعجزه، بل ما يطلب منه هو دفع الضرر الواقع على زوجته، وهذا لا يتأتى حال إعساره إذا لم يسرحها بإحسان إلا بالتطليق عليه⁴.

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ^٥﴾⁵

وجه الاستدلال: نص الله تعالى على أن المعسر يستحق الإنظار والإمهال، وإن غاية ما يقال في نفقة الزوجة أنها دين في الذمة، وقد أعسر بها الزوج، فتكون الزوجة مأمورة بالصبر حتى يحصل له يسار⁶.

ورد على هذا بأن قوله تعالى (فنظرة إلى ميسرة) عائد إلى ما استقر ثبوته في الذمة، وهي لا

¹ ينظر: أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، مرجع سابق، 483/6. العوتي، سلمة بن مسلم، كتاب الضياء، مرجع سابق، ج15، ص 12-13.

² سورة الطلاق، أية 7

³ الجصاص، أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، ط1، (بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1994م)، 463/3

⁴ انظر عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، 479/8

⁵ سورة البقرة، أية 280

⁶ ابن الهمام: فتح القدير، 391/4.

تستحق الفسخ بما استقر ثبوته في الذمة من ماضي نفقتها، وإنما تستحقه بالنفقة الحاضرة التي لم تستقر في الذمة، فلم تتوجه إليها الآية¹.

ب- من السنة:

ما ورد عن جابر بن عبد الله -رضي الله عنهما- قال: دخل أبو بكر رضي الله عنه يستأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فوجد الناس جلوسا ببابه، لم يؤذن لأحد منهم، قال: فأذن لأبي بكر، فدخل، ثم أقبل عمر فأستأذن فأذن له، فوجد النبي صلى الله عليه وسلم جالسا حوله نساؤه واجماً ساكتاً، قال: فقال: لأقولن شيئاً أضحك النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقممت إليها فوجأت عنقها (أي: لوبيتها)، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقال: "هن حولي كما ترى يسألني النفقة: "فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً أبداً ليس عنده، ثم اعتزلهن شهراً أو تسعاً وعشرين....²

وجه الدلالة: أنه لا حق للمرأة في طلب فسخ عقد الزواج في إعسار الزوج بالنفقة؛ لأنه لا حق لها في مطالبته بذلك، فإذا كان طلبها للنفقة باطلاً فكيف تمكن المرأة من فسخ النكاح بعدم ما ليس لها طلبه، ولا يحل لها، بإقرار النبي صلى الله عليه وسلم علي لأبي بكر وعمر الضرب إذا سألت ابنتيهما نفقة لا يجدها بحضرتها، فمن المحال أن يضرب طالبتين للحق³.

ويجاء بأن زجرهما عن المطالبة بما ليس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدل على عدم جواز الفسخ، لأجل الإعسار، ولم يرو أنهن طلبنه ولم يجبن إليه، كيف وقد خيرهما صلى الله عليه وسلم بعد ذلك فاخترنه، وليس محل النزاع جواز المطالبة للمعسر بما ليس عنده وعندهما، بل محله هل يجوز الفسخ عند التعذر أم لا؟ كما إن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم لم يعدمن

¹ الماوردي: الحاوي الكبير، 11/ 456

² مسلم، ابن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب بيان أن تخير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1991م، رقم الحديث (1478)، ج2، ص1104-1105.

³ ابن حزم، المحلى، ج10، ص97. الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، تحقيق، عصام الدين الصباطي، ط1، (مصر، دار الحديث، 1993م)، ج8، ص392

النفقة بالكلية؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد استعاذ من الفقر المدقع، ولعل ذلك إنما كان فيما زاد على قوام البدن مما يعتاد الناس النزاع في مثله.¹

ج- من المعقول:

كان من الصحابة رضي الله عنهم المعسر والموسر، بل والمعسرون أضعاف الموسرين، ولم يؤثر أنه فرق بين زوج وزوجته بهذا السبب، ولو كان الإعسار مبيحاً للتفريق لقضى به ولو في قضية واحدة أو لبين للزوجة أن لها هذا الحق²

ويرد عليه أنه لم يثبت أن أحد من نساء الصحابة طالبت بالتفريق بينها وبين زوجها بسبب الإعسار، ومن جهة أخرى فإن عدم مطالبة بذلك على عهد النبي صلى الله عليه وسلم يعود حسب الإمام مالك إلى طبيعة نساء الصحابة لأن هن كن يردن الآخرة وما عند الله تعالى لهذا لم يكن بالين بعسر أزواجهن خلا ف نساء اليوم - حسب تعبير الغمام مالك- فإنما يتزوجن رجاء الدنيا من الأزواج من نفقة وكسوة³.

القول الثاني: أن للمرأة حق في طلب التفريق إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته، ولم تصبر عليه، وذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة⁴ وهو المعتمد عند الإباضية⁵ فإن كانت الزوجة غنية أو موظفة تعمل بإذن زوجها فالرأي عندهم سقوط نفقة الزوجة عن زوجها بعسره وعدم مطالبته بها إن أيسر، فإن كانت غنية أو عاملة بإذنه وكان معسراً لم يفرق بينهما، لعدم إيجابها عليه أصلاً. ووافقهم في ذلك الحنفية وقالوا: لا يفرق بينها وبين زوجها، بل تستدين من مالها وترجع عليه إن أيسر، إذ مناط التفريق عندهم حصول الضرر بالزوجة،

¹ الشوكاني، مرجع سابق، ج8، ص392-393.

² الشوكاني، نفس المرجع 8/ 393

³ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط27، (بيروت - مؤسسة الرسالة، 1994م) ص517

⁴ انظر ابن عابدين : رد المختار، مرجع سابق 5/ 292، الشريبي، شمس الدين، مغني المحتاج، 3/ 582، بن قدامة، المغني، 9/ 248

⁵ ينظر: الشقصي، خميس، منهاج الطالبين وبلاغ الراغبين، ط1، (سلطنة عمان، مكتبة مسقط، 2006م) ج8، ص 138. المعولي، المعتمد في فقه الطلاق على آراء الشيخين الخليلي والقانوني، ص 199. العوني، كتاب الضياء، مرجع سابق ج15، ص 30، وما بعدها.

ولا ضرر على زوجة غنية أعسر زوجها عن الإنفاق مدة من الزمن¹.

أدلتهم:

أ- من القرآن

قَالَ تَعَالَى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾²

وجه الدلالة: أن الله تعالى قد خير الأزواج بين الإمساك بالمعروف، أو التسريح بالإحسان، ومن الإمساك بالمعروف أن يعطي زوجته حقها من النفقة، ومن هنا لم يكن إمساك المرأة وعدم الإنفاق عليها من الإمساك بالمعروف، ويكون عليه في هذه الحالة التسريح بإحسان، فإن لم يسرحها كان لها حق الخيار بين أن تطلب التفريق بسبب الإعسار، وعدم الإنفاق لرفع الضرر عنها، أو أن تصبر على ذلك³.

وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾⁴

وجه الدلالة: أن إمساك الزوج زوجته بغير إنفاق ضرر عليها، ولا ضرر أشد على المرء من أن تمنع عنه لقمة العيش التي لا قوام له بدونها، ولا يمكن رفع هذا الضرر إلا بإعطاء الزوجة حق الخيار لطلب التفريق بينها وبين زوجها لرفع هذا الضرر⁵.

ب- ومن السنة:

حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أفضل الصدقة ما ترك غني، واليد العليا خير من اليد السفلى، وأبدأ بمن تعول"، تقول المرأة: أما أن تطعمني وإما أن تطلقني، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الابن: أطعمني إلى من تدعني فقالوا:

¹ ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مرجع سابق، 3/ 649

² سورة البقرة، أية 229

³ الشرييني، مغني المحتاج، ج3، ص442، الماوردي، الحاوي ج11 ص455، ابن قدامة، المغني، ج11، ص361.

⁴ سورة البقرة، أية 231

⁵ أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، (القاهرة، دار الفكر العربي) ص349. الماوردي، الحاوي، مرجع سابق، ج11، ص455.

يا أبا هريرة: سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا هذا من كيس أبي هريرة¹.

وجه الاستدلال: قوله "إما أن تطعمني، وإما أن تطلقني" استدلال به على أن الزوجة إذا أعسر زوجها بنفقتها طلبت الفراق.²

ج- المعقول:

إن الله تعالى قد فرض على الزوج نفقة امرأته، ومضت بذلك سنة رسول الله فلم يكن له حبسها على نفسه يستمتع بها، ويمنعها عن غيره تستغني به، وهو مانع ما فرض لها عليه عاجز عن تأديته³.

وكما أن النفقة حق مقصود لكل نكاح، فوجب أن يستحق التفريق لعدمه؛ كالاستمتاع من المحبوب والعين، وهو أولى من وجهين:

أولهما إن البدن يقوم بترك الجماع، ولا يقوم بترك الغذاء، فلما ثبت الخيار بفوات الجماع، كان ثبوته بفوات النفقة أولى، وربما وقعت المرأة في الفاحشة بسبب عدم الإنفاق. وهذا ما يقع في مجتمعنا، **ثانيهما:** إن الاستمتاع في الجماع مشترك بين الزوجين، والنفقة مختصة بها، فلما ثبت الخيار في الحق المشترك، كان ثبوته في المختص أولى.⁴

رأي الباحث:

بعد عرض الرأيين وأدلة كل منهما تبين لي كما هو واضح أن المرأة لها الحق في طلب التفريق

¹ البخاري، صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، رقم (5040)، ج5، ص2084. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النفقات باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، رقم (15711)، ج7، ص775. ومعنى كلمة كيس أبي هريرة: أي اجتهاده وليس سمعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم.

² الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص1554. أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، تحقيق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، رقم كتبه وأبوابه أحاديثه محمد فواد عبد الباقي، إشراف على الطبعة محب الدين الخطيب دار المعرفة، بيروت لبنان، ج9، ص501.

³ الشافعي، الأمن 5م 115

⁴ انظر تقى الدين، أبوبكر الدمشقي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق، علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهي سليمان، ط1، (دمشق، دار الخير، 1994م) 2/ 149

إذا عجز زوجها عن الإنفاق عليها ولم تستطع الصبر عليه وهو مذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، والقول المعتمد عند الإباضية، لقوة أدلتهم وسلامة معظمها من الاعتراض في مقابل ضعف أدلة المانعين من التفريق، وإمكان الرد عليها.

وكما أن هذا القول يتفق مع المبادئ والقواعد العامة التي وضعها الشريعة الإسلامية، والتي تدل على الحفاظ على النفس البشرية، وحمايتها من الهلاك والتسبب في ارتكاب ما حرمه الله سبحانه وتعالى.

ومع ذلك، لا يجب على القاضي أن يتسرع في التفريق في حالة إعسار الزوج لأن إعساره غالباً يكون بأسباب لا إرادية، أما إذا طلبت الزوجة وأصررت على ذلك وخاصة إذا مر زمن طويل على ذلك، يحكم القاضي بالتفريق بينهما لأن هذا الإعسار من شأنه إلحاق الضرر للزوجة فإننا لا نستطيع أن نجبر الزوجة على الصبر إذا كانت لا تقدر على ذلك، والله أعلم.

شروط التطلق لعدم الإنفاق:

قيد القائلون بجواز طلب التفريق لعدم الإنفاق شروطاً لا بد من توافرها وهي على النحو التالي:

- 1- تحقق إعسار الزوج، أو غلبة الظن بإعساره، وذلك بإقامة البينة على ذلك، ولا يستحق الفسخ إلا بعد أن تثبت ذلك عند القاضي بعد الرفع أو عند الحكم بإعساره، وذلك بإقرار الزوج أو ثبوته بالبينة المعتبرة شرعاً¹.
- 2- أن يحكم القاضي بوجوب نفقتها على زوجها المعسر، ويتلوم له باجتهاده، فإن استمر عجزه طلق عليه للنفقة الحاضرة دون الماضية؛ لصيرورتها ديناً في ذمته².
- 3- أن يعجز الزوج عن نفقة المعسر، ولو كانت الزوجة غنية³.

¹ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص519. الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص444. تقي الدين أبي بكر، كفاية الأخيار، مرجع سابق، ص584. المعولي، المعتصم، المعتمد في فقه الطلاق، مرجع سابق، ص205

² يُنظر الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3/ 493 وما بعدها، الشريبي الخطيب: مغني المحتاج، 3/ 444، ابن قامة، المغني، 364/11

³ انظر الخطاب: مواهب الجليل، 5/ 565، تقي الدين الدمشقي: كفاية الأخيار، 2/ 149، ابن قامة، المغني، 363/11

4- أن لا تكون الزوجة ناشراً بالاتفاق ما بين الفقهاء، والناشر هي التي تترك بيت زوجها دون مسوغ شرعي، أو التي تعصي زوجها فيما له عليها من حقوق¹.

5- اشترط المالكية ألا تعلم فقره عند العقد وترضى به، وذلك بأن يشتهر أمره؛ كأن يكون من أهل الفاقة والسؤال².

2- في حالة امتناع الزوج الموسر عن الإنفاق:

اختلف الفقهاء في حكم التطليق على الزوج حال حضوره ويساره، وذلك على ثلاثة أقوال: **القول الأول:** للمالكية رأيان في المسألة أولهما: جواز التطليق على هذا الزوج في الحين، وثانيهما محاولة إجبار الزوج على الإنفاق بسجنه وإن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحين³. ومدة السجن والأنظار حسب ما يراه القاضي.

واستدل المالكية بما رواه البيهقي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا⁴.

القول الثاني: إذا امتنع الزوج من الإنفاق وكان موسراً، فلا يحق لزوجته فسخ النكاح، وهو الراجح في مذهب الشافعية⁵.

واستدلوا بالمعقول وقالوا:

1- إن زوجة الموسر يمكنها تحصيل نفقتها من مال زوجها، فإن لم تستطع رفعت أمرها إلى القاضي لاستيفائها عن طريقه؛ بالتضييق عليه وحبسه؛ ليحمله على الإنفاق⁶.

¹ السرخسي، المبسوط، ج5، ص188. ابن قدامة، المغني، ج11، ص409. النووي، روضة الطالبين، ج9، ص58.

² حاشية الدسوقي، 3/ 494، العوتبي، سلمة، كتاب الضياء، مرجع سابق، ج15، ص15

³ الجلندي، أحمد نصر، الطلاق والتطليق وآثارهما، (مصر، دار الكتب القانونية، 2004م)، ص175، انظر الخطاب:

مواهب الجليل، 5/ 564

⁴ البيهقي، السنن الكبرى 7/ 469

⁵ الشربيني الخطيب: مغني المحتاج، مرجع سابق، 3/ 442

⁶ نفس المرجع، 3/ 442

2- إن الفسخ في المعسر لعيب الإعسار، ولم يوجد ههنا؛ كما أن الموسر في مظنة إمكان الأخذ من ماله، وإذا امتنع في اليوم، فرما لا يمتنع في الغد¹.

القول الثالث: الإباضية والحنابلة يرون بالرأي الثاني للمالكية، حيث بأنه إذا تعذر الإنفاق من مال الزوج، فاللزوجة حق في طلب التفريق. فهم لم يثبتوا التفريق في الحين وإنما بعد أن يعززه القاضي بحبس أو بضرب الزوج لحمله على الإنفاق. فإن أصر الزوج على موقفه فلها فراقه². أدلتهم:

استدل جمهور الحنابلة بالمعقول من ثلاثة وجوه³:

1- إن الإنفاق من مال الزوج متعذر، فكان لها الخيار، كما في حال إعساره، وهذا أولى بالفسخ؛ لأنه إذا جاز الفسخ على العاجز عن الإنفاق وهو معذور بعجزه، فعلى الموسر الممتنع أولى.

2- إن عيب الإعسار إنما جوز الفسخ لتعذر النفقة، وهذا المعنى حاصل في الموسر الممتنع، فوجب القول بجواز الفسخ في حقه.

3- إن التزام الزوجة بالصبر مع عدم الإنفاق يلحق بها ضرراً، فإذا أمكن إزالته بالفسخ وجبت إزالته. وأما القول بأن الموسر يحتمل أن ينفق فيما بعد، فهو مردود بأن المعسر يحتمل أن يغنيه الله تعالى، أو يقترض فينفق، فاستويا في الاحتمال، وكذلك في الحكم، وهو جواز الفسخ لعدم الإنفاق.

رأي الباحث:

بعد موازنة آراء الفقهاء فإنني أميل إلى ما ذهب إليه المالكية في الرأي الأول وهو جواز التطليق على هذا الزوج في الحين، وهذا يكون بعد النصح والإرشاد واللوم، لأن القول بحبس

¹ ابن قامة لمغني 364/11

² انظر ابن قدامة: المغني، 364/11، المعولي، المعتصم، المعتمد في فقه الطلاق، مرجع سابق، ص 205.

³ انظر الشرييني الخطيب: مغني المحتاج، 3/ 442

الزوج لتحصيل النفقة قد يكون طريقاً إلى رفع الضرر مؤقتاً ولكن ليس الطريق الأمثل لرفع الضرر عن زوجته، ولا أرى اعتبار الحبس وسيلة جيداً في هذا؛ إذ لا يعقل بأن يجبس الزوج كلما امتنع عن الإنفاق؛ لأن حياة الزوجين ستتغير إلى المشاحة في الحقوق والواجبات، وهو الأمر الذي ينافي المودة والرحمة التي ينبغي أن ترسخ في العلاقات الزوجية.

ثالثاً: نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق.

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق إلى قولين:

القول الأول: ذهب الإباضية إلى أن طلاق القاضي للمرأة بسبب امتناع زوجها عن الإنفاق أو إعساره طلاقاً بائناً بينونة الصغرى إذا لم يسبق له أن طلقها، أو سبق له أن طلقها تطليقة واحدة فحسب.¹

القول الثاني: ذهب المالكية إلى أن نوع الفرقة لعدم الإنفاق طلاق رجعي لأنها تشبه الفرقة بالإيلاء فهما شرعاً لرفع الضرر عن الزوجة، وبناءً على ذلك فهم يشترطون لصحة الرجعة أن يجد في العدة يساراً يقوم بواجب مثلها لا دونه، واختلفوا في قدر الزمن الذي إذا أيسر بنفقتة كان له الرجعة، فقليل شهر، وقليل نصف شهر، وقليل يوم، واختلفوا في صحة الرجعة إذا لم يثبت يساره، ورضيت الزوجة بذلك.²

القول الثالث: ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الفرقة التي يوقعها القاضي لعدم الإنفاق هي فرقة فسخ.³

والذي يميل إليه الباحث في هذه المسألة هو رأي المالكية؛ لما في ذلك من تضيق دائرة الطلاق إذا أيسر الزوج وأراد مراجعة زوجته.

¹ ينظر: المعولي، المعتصم، المعتمد في فقه الطلاق، مرجع سابق، ص 206

² الدسوقي، حاشية الدسوقي: 3/ 496، الخطاب: مواهب الجليل، 5/ 571 وما بعدها

³ سبق بيانه في الحديث عن التكيف الفقهي للتفريق القضائي، ينظر ص (ش) وما بعدها من هذا البحث

رابعاً موقف القانون من التفريق لعدم الإنفاق:

أخذ قانون الأحوال الشخصية العماني رأي جمهور المالكية والشافعية والحنابلة والمعتمد عند الإباضية بأن الزوجة لها الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق ونص في المادة (109)، ما نصه:

"أ- للزوجة طلب التطلق إذا امتنع زوجها عن الإنفاق عليها، أو تعذر استيفاء النفقة منه ، وليس له مال ظاهر ، ولم يثبت إعساره ولا تطلق منه إلا بعد إمهاله مدة يحددها له القاضي .

ب- لا تطلق الزوجة لإعسار الزوج إذا علمت بعسره قبل الزواج، ورضيت بذلك

ج - لا تطلق الزوجة الموسرة من زوجها المعسر.¹

وأخذ كذلك قانون الأحوال الشخصية القمرية بقول الجمهور في إثبات هذا الحق للزوجة ونص في المادة (73) ما نصه "إذا كان الزوج لا يفي بواجبه في رعاية زوجته وأولادها فلها حق مطالبة القاضي المختص بالطلاق، في هذه الحالة الطلاق لن ينطق إلا بعد محاولة المصالحة، وإذا أخفقت المصالحة، يحرر القاضي وثيقة ويحكم بأحكام فسخ النكاح"².

ويلاحظ في هاذين القانونين ما يأتي:

- 1- أن كلاهما أخذتا بقول الجمهور في إثبات حق الزوجة في طلب التفريق لعدم الإنفاق.
 - 2- أن قانون الأحوال الشخصية العماني ركّز في حالة إذا كان الزوج موسراً حيث أنها الموجبة في طلب المرأة التطلق بعد إمهال الزوج مدة، وعلى هذا يكون قد أخذ بما ذهب إليه المالكية في الرأي الأول في حالة امتناع الزوج الموسر عن الإنفاق. أما في حالة إعسار الزوج فلا تطلق الزوجة إذا علمت بعسره قبل الزواج، ورضيت بذلك.
- وأما قانون الأحوال الشخصية القمري لم يتعرض بتفصيل في حالتي إذا كان الزوج موسراً أو معسراً بل تكلم بشكل عام، إلا أنه أخذ برأي الأول للمالكية في التريث ومحاوله القاضي الإصلاح في حالة امتناع الزوج الموسر عن الإنفاق.

¹ المادة (109) من قانون الأحوال الشخصية العماني.

² المادة (73) من قانون الأسرة القمرية

3- كما أخذ قانون الأحوال الشخصية العماني بأن الزوجة إن كانت غنية أو عاملة بإذن زوجها وكان معسراً لم يفرق بينهما.

4- أن نوع الفرقة الواقعة بسبب عدم لإنفاق هي طلاق بئنا عملاً بالمادة (115) في قانون الأحوال الشخصية العماني، وعلى هذا أخذ بما ذهب إليه الإباضية. أما قانون الأحوال الشخصية القمري فهي فسخ وعلى هذا يكون قد أخذ برأي الشافعية والحنابلة.

5- نجد أن نصوص القانون الأحوال الشخصية العماني في مسألة التفريق لعدم الإنفاق أوضح مما نص به قانون الأحوال الشخصية القمري، حيث أن قانون الأحوال الشخصية العماني بينت وفصلت حالتها إعسار الزوج ويساره خلافاً لقانون الأحوال الشخصية القمري الذي تكلم بشكل عام. ويبدو أن المعمول به من التفاصيل هو كما ورد في كتاب المنهاج للنووي¹ " أعسر بها فإن صبرت صارت ديناً عليه وإلا فلها الفسخ على الأظهر والأصح أن لا فسخ بمنع مؤسر حضر أو غاب"² وهذا يعني أن الزوج إذا كان معسراً بالنفقة فإن صبرت ولم تمنعه تمتعاً مباحاً صارت كسائر المؤمنات ديناً عليه وإن لم تصبر ابتداء لا يسقط حقها من الفسخ.³ أي يجوز لها طلب التفريق.

¹ كتاب المنهاج للإمام النووي هو الكتاب المعتمد في المحاكم الأسرية القمرية وهو المرجع الأساسي في حالة عدم وجود نص في قانون لأسرة القمرية في مسألة معينة.

² النووي، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض ط1 (دار الفكر، 2005م)، ص269.

³ ينظر: الرملي، شمس الدين محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (بيروت-دار الفكر، 1994م)، 212/7.

المطلب الثاني: التفريق بسبب الإعسار بالمهر:

أولاً: مفهوم المهر.

أ- في اللغة: هو الصداق والجمع مهور، وقد أمهر المرأة جعل لها مهراً، أو مهرها أعطاها مهراً¹.

ب- اصطلاحاً: عرف العلماء المهر بتعريفات عديدة، منها:

أولاً: الإباضية: هو الوسيلة التي استحل بها الرجل فرج المرأة بنص الكتاب والسنة فهو حقها الثابت لها شرعاً².

ثانياً: تعريف الحنفية: اسم لما يجب على الرجل للنساء في النكاح والوطء³.

ثالثاً: تعريف المالكية: هو ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها⁴.

رابعاً: تعريف الشافعية: هو اسم المال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء⁵.

خامساً: تعريف الحنابلة: هو العوض المسمى في عقد النكاح وبعده⁶.

والتعريف المختار: أرى أن تعريف الحنفية والشافعية أقرب وأصرح للدلالة على معنى المهر لأنهما يبيّن أن المهر تجب بالوطء في العقد الصحيح والوطء بشبهة بخلاف تعريف الإباضية الذي ركز في جانب واحد وهو العقد الصحيح. وتعريف المالكية الذي قد يدل على المتعة وتعريف الحنابلة الذي ليس واضحاً في كلا الجانبين الموجبان للمهر.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص184، مادة (مهر). الفيروز أبادي، المحيط، ص478، مادة (مهر).

² الجنائني، يحيى بن الخير، كتاب النكاح، (سلطنة عمان معهد العلوم الشرعية) ص86.

³ ابن عابدين، حاشية رد المختار، مرجع سابق، ج2، ص329.

⁴ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص428.

⁵ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص574.

⁶ السعدي المرداوي، التنقيح المشبع، ص363.

ثانياً: مشروعية التفريق للإعسار بالمهر

يجب أن نبين المقصود بالمهر الذي يعطي للزوجة حق الخيار بطلب فسخ عقد الزواج، فقد ذكر الفقهاء أن المقصود هو "المهر المعجل" أي الحال¹.

اختلف الفقهاء في إعطاء الزوجة حق الخيار بسبب إعسار الزوج عن دفع المهر المعجل على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يثبت للزوجة حق طلب التفريق للإعسار بمعجل مهرها مطلقاً سواء كان قبل الدخول أو بعد الدخول، إلا أنه يحق لها أن تمنع زوجها من الوطء ودواعيه قبل التمكين برضاها، وإخراجها، أو السفر بها، وهذا ما ذهب إليه الحنفية² والأصح عند الحنابلة³.

أدلة هذا القول:

أ- من القرآن

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾⁴.

قالوا: وهذا عام يدخل تحته كل معسر ومنه إعسار الزوج بالمهر.

ب- من المعقول:

1- إن المهر ليس مقصوداً أصلياً في النكاح، بل هو تابع، والمرأة تستطيع تحصيله بواسطة القاضي، ولها أن تحبس نفسها عن زوجها، كما يحق للبائع حبس المبيع، وإن كان

¹ الميداني، اللباب، ج3، ص92. ابن عبد البر، الكافي، ج2، ص255. ابن قدامة، المغني، ج10، ص172.
² برهان الدين أبي المعالي محمود بن أحمد، المحيط البرهاني: تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ط1، (دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 1424هـ/2004م)، ج3، ص99-100. الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج2، ص425 وما بعدها.

³ ابن قدامة، المغني، ج11، ص368. ابن القيم، زاد المعاد، ج5، ص521.

⁴ سورة البقرة، أية 280

- التفريق لا يجوز للعجز عن النفقة، فبالعجز عن المهر من باب أولى¹.
- 2- لم يرد نص لا في القرآن ولا في السنة في إعطاء حق الخيار للزوجة في طلب التفريق بسبب إعسار الزوج بالمهر².
- 3- لا يصح قياسه على النفقة، لأن الضرورة لا تندفع إلا بها بخلاف الصداق، فأشبهه شيء به النفقة الماضية، فلا يفسخ النكاح إذا أعسر بالنفقة الماضية³.
- 4- أن عقد الزواج تم مستكملاً وشروط صحته وشروط نفاذه وشروط لزومه، والامتناع عن أداء المهر ليس سبباً لفسخ هذا العقد خاصة إذا كان قد دخل بزوجه⁴.
- القول الثاني:** يحق للزوجة قبل الدخول طلب التفريق إذا أعسر عن دفع المهر المعجل، إلى جانب حقها في منع نفسها منه، أما إن دخل بها لم يكن لها الحق في طلب التفريق للإعسار بالمهر، وإليه ذهب الإباضية⁵ المالكية⁶، وقول عند الشافعية وهو المذهب عندهم⁷.

أدلتهم: استدلو بالقرآن والمعقول:

أ- من القرآن:

قَالَ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَ اللَّتِيءَ آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾⁸

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾⁹.

¹ انظر الكاساني: بدائع الصنائع، 2/ 425 وما بعدها، ابن نجيم: البحر الرائق، 4/ 312

² ابن قدامة، المغني، ج 11، 369-386

³ ابن قدامة، المغني ج 11، ص 369

⁴ الجندي، أحمد نصر، شرح قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان، (مصر - المحلة الكبرى، دار الكتب القانونية، 2008م) ص 185.

⁵ ينظر: الجناوني، يحيى، كتاب النكاح، مرجع سابق، ص 86 وما بعدها.

⁶ مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 1، 1415هـ/1994م، ج 2، ص 176. ابن رشد، بداية

المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 51. حاشية الدسوقي 3/ 139

⁷ النووي، روضة الطالبين، ج 6، ص 483. الشيرازي، المهذب ج 4، ص 213. الشرييني، مغني المحتاج، ج 3، ص 444.

⁸ سورة الأحزاء، آية 50

⁹ سورة النساء، آية 4

وجه الاستدلال:

إن مجموع النصين يفيد بأن الأزواج مأمورون بأداء المهر في مقابلة البضع؛ وعليه فإن المهر شرط لصحة الدخول، والحل الوارد في قوله " أحللنا " جاء بسبب ما يتقدمه من بذل المهر، فإذا لم يقبض توقف الحل¹.

ب- من المعقول:

"القياس، على المشتري إذا أفلس والمبيع بيد البائع، فإنه يثبت الخيار للبائع بالرجوع في البيع والسلعة، فكان للزوجة حق الخيار في الفسخ لعدم تسليم المهر، والمعوض بحاله، أما بعد الدخول فلا يحق لها الفسخ؛ لأن البضع أصبح مستهلكا بالوطء، كما أفلس المشتري بعد استهلاك المبيع والسلعة، فلا يثبت الخيار للبائع؛ لأن السلعة أصبحت مستهلكة"².

ولأن الله تعالى أوجب المهر حقاً للزوجة مقابل التمكين من نفسها، ولأنها لم تتنازل عن هذا الحق كان لها حق الامتناع من التمكين³.

القول الثالث:

يثبت للزوجة حق طلب التفريق، بسبب إعسار الزوج بالمهر، سواء كان قبل الدخول أو بعد الدخول، وهذا قول عند الشافعية⁴، وأحد الأقوال عند الحنابلة⁵.

أدلة هذا القول: استدلال أصحاب هذا القول بالمعقول:

أولاً: القياس، على (الإعسار بالنفقة) كما يثبت الخيار بإعسار الزوج بنفقة زوجته، يثبت الخيار بإعسار الزوج بالصدّق، لأن استحقاقه في العقد أقوى من استحقاق النفقة في العقد،

¹ الكشناوي، أبو بكر، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، ط2، (بيروت = لبنان، دار الفكر، بدون تاريخ)

² الشيرازي، المذهب ج4، ص 213. الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 444. ابن قدامة، المغني، ج11، ص 368.

³ ينظر، الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص 436-437.

⁴ النووي، روضة الطالبين، ج6 ص 483. الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 444.

⁵ ابن قدامة، المغني، ج11، ص 368. المرداوي، الإنصاف، ج2، ص 1637.

فإذا ثبت في الأضعف فإن ثبوته في الأقوى أحق¹.

ثانياً: كما أن البائع له حق الخيار في فسخ البيع، بإعسار المشتري بعد قبض المبيع وبقاء بعضه وله حق الرجوع فيه، كان للزوجة حق الخيار في فسخ العقد بعد التمكين لأن البضع لا يتلف حقيقة بالوطء².

رأي الباحث:

يرى الباحث أن قول الإباضية والمالكية أقرب إلى الصواب وهو القول بأنه يحق للزوجة قبل الدخول طلب التفريق إذا أعسر، أما إن دخل بها لم يكن لها الحق في طلب التفريق للإعسار بالمهر، لأن تسليم المرأة نفسها لزوجها برضاها قبل أن يدفع لها المهر المعجل، يعتبر قبولاً منها بتأخير حقها، لأن المهر المعجل حق لها في ذمة زوجها، فإذا لم يوفيهما هذا الحق، وثبت إعساره كان لها طلب فسخ عقد الزواج قبل الدخول، أما بعد الدخول فلا خيار للزوجة في الفسخ، وإنما للزوجة أن تستوفي مهرها المعجل بطرق أخرى غير طريق الفسخ، دون الإضرار بالحياة الزوجية، أو ربما لا تنظر الزوجة بعد الدخول إلى المهر المعجل؛ لأنها قد تكون راضية بالحياة الزوجية، ومستقرة.

ثالثاً: شروط التفريق بسبب الإعسار بالمهر:

نص القائلون بالتفريق بسبب الإعسار بالمهر شروطاً لابد توفرها، وهي على النحو التالي

- 1- أن يكون الصداق واجباً على الزوج وجوباً معجلاً، والإعسار ببعض المعجل كالإعسار بجميعه، أما إن كان وجوبه مؤجلاً؛ كأن يشترط في العقد تأجيله إلى زمن معلوم، لم يكن للزوجة عندها طلب التفريق³.

¹ الماوردي، الحاوي، ج 11، ص 461. ابن القيم، زاد المعاد، ج 5، ص 521.

² الشرييني، مغني المحتاج، ج 3 ص 444. ابن قدامة، المغني، ج 11، ص 368.

³ انظر حاشية الدسوقي، 139/3، الشرييني الخطيب: مغني المحتاج، 444، 222/3.

- 2- ألا يكون للزوج مال ظاهر، وإلا أخذ منه حالاً¹.
- 3- أن يُتْلوم له إذا صدّقه زوجته في دعواه الإعسار، أو أثبتته بالبينة، وقد جاء عن المالكية أن مدة التلوم ثلاثة عشر شهراً، وقيل يترك تقدير المدة لاجتهاد القاضي بالنظر².
- 4- أن يحدد القاضي أجلاً ليؤدي الزوج حال الصداق في حالة الزوج ظاهر العسر أو مجهول الحال وينتهي الأجل دون الأداء³.
- عسر الزوج وجهل حاله، والأجل كل ذلك متروك تقديرها القاضي الدعوى⁴.

رابعاً: نوع الفرقة بسبب الإعسار بالمهر.

- اختلف الفقهاء في نوع الفرقة التي تقع بسبب الإعسار بالمهر إلى قولين:
- القول الأول:** ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الفرقة التي يوقعها القاضي لعدم الإنفاق هي فرقة فسخ⁵. وهذا ما يميل إليه الباحث.
- القول الثاني:** نوع الفرقة بسبب خيار الإعسار بالمهر هو طلاق بائن، وهذا مذهب الإباضية والمالكية⁶.

¹ نفس المراجع

² انظر حاشية الدسوقي، 140/3

³ الجندي، أحمد نصر، شرح قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان، مرجع سابق، ص 186.

⁴ المرجع السابق.

⁵ النووي، روضة الطالبين ج6، ص484. الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص444. ونظر، ابن قدامة، المغني، ج11، ص368

⁶ سبق بيانه في الحديث عن التكييف الفقهي للتفريق القضائي بين الزوجين، ينظر، ص... من هذا البحث

موقف قانون الأحوال الشخصية:

أخذ قانون الأحوال الشخصية العماني بقول المالكية والمذهب عند الشافعية بأن الزوجة يحق لها طلب التفريق قبل الدخول بسبب الإعسار بالمهر وعدم جوازها بعد الدخول، ونص في مادة (100) ما نصه¹:

" أ- يحكم للزوجة غير المدخول بها بالتطبيق لعدم أداء الزوج صداقها الحال في الحالتين التاليتين

- 1- إذا لم يكن للزوج مال ظاهر يؤخذ منه الصداق.
- 2- إذا كان الزوج ظاهر العسر أو مجهول الحال وانتهى الأجل الذي حدده القاضي لأداء الصداق الحال ولم يؤده.

ويلاحظ في هذه المادة، أن قانون الأحوال الشخصية العماني استمد بما ذهب إليه الإباضية والمالكية والمذهب عند الشافعية.

أما قانون الأحوال الشخصية القمرية لم يتعرض على هذه القضية وربما السبب هو عدم وجود هذه المنازعات في المجتمع القمري، ولكن الرأي المعتمد في المحاكم الأسرية القمرية هو القول بأن الزوجة لها الحق في طلب التفريق في حالة الإعسار بالمهر قبل الدخول ولا يمكن بعد الدخول وهذا ما ذهب إليه المالكية والمذهب عند الشافعية. حيث ورد في كتاب المنهاج للنووي- الذي هو المرجع المعتمد في قانون الأحوال الشخصية القمرية- ما نصه: " وفي إعساره بالمهر أقوال أظهرها تفسخ قبل وطء لا بعده ولا فسخ حتى يثبت عند قاض إعساره فيفسخه أو يأذن لها فيه، والأظهر إمهاله ثلاثة أيام ولها الفسخ صبيحة الرابع"². وذكر الشيخ علي محمد مبريها - قاضي في منطقة اتسهيدي باجين بجزيرة القمر الكبرى (انجزيجا) - أن الزوج يجبر لدفع المهر لأنه دين عليه ويعطى مهلة شهر فإن أدى ما عليه وإلا فسخ النكاح.³ ويكون نوع التفريق بسبب الإعسار بالمهر فسخا كما هو ظاهر.

¹ مادة (100) من قانون الأحوال الشخصية العماني.

² النووي، يحي بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ص، 269

³ علي محمد امبريها، قاضي منطقة اتسهيدي، باجين، بلدة فومبوني، اتصالا هاتفيا بيني وبينه تاريخ 24- 01- 2023م، الساعة 9:44 مساء.

أما قانون الأحوال الشخصية العماني أخذ برأي الإباضية والمالكية عملاً بالمادة (115) من القانون.

❖ الفصل الثاني: التفريق لأسباب مشتركة بين الزوجين ويتكون من مبحثين

المبحث الأول: التفريق بسبب العيوب وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: العيوب ومشروعية التفريق بسببها.

المطلب الثاني: شروط التفريق بسبب العيوب ونوع الفرقة فيه.

المطلب الثالث: موقف القانون من التفريق بسبب العيوب.

المبحث الثاني: التفريق بسبب الضرر والشقاق وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: الضرر والشقاق ومشروعية التفريق بسببهما.

المطلب الثاني: شروط الحكمين وعملهما قبل التفريق القضائي.

المطلب الثالث: موقف القانون من التفريق بالضرر والشقاق.

المبحث لأول: التفريق بسبب العيوب.

المطلب الأول: العيوب ومشروعية التفريق بسببها.

سيدور الحديث في هذا المطلب حول مفهوم العيب وأقسامه ومشروعية التفريق بسببها.

أولاً: مفهوم العيوب.

أ- في اللغة:

العيوب: جمع عيب، والعيبُ والعيبةُ: الوصمة، يقال شيءٌ معيبٌ ومعيوب: فيه عيب، ويقال عيَّبه: إذا نسبته إلى العيب¹، والعيب: الوصمة والنقيصة، أو هو ما يخلو من أصل الفطرة السليمة.²

ب- في الاصطلاح:

العيب نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين، يمنع من تحصيل مقاصد النكاح، والتمتع بالحياة الزوجية.³

ثانياً: أنواع العيب.

يتبين لنا من خلال التعريف الاصطلاحي أن العيب نوعان لأنه نقص كما ذكر، وهذا النقص إما أن يكون عيباً يمنع الوطء، وإما يكون الوطء ممكن ولكن العيب يسبب كسر شهوة وعدم تحقق المتعة الجنسية بين الزوجين، إلا أن بعض الفقهاء قسموا العيوب باعتبار المصاب بها إلى ثلاثة أقسام: عيوب خاصة بالزوج، وعيوب خاصة بالزوجة، وعيوب مشتركة بين الزوجين.

وسوف ننتهج منهج هؤلاء الفقهاء في هذا المطلب.

¹ ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، مادة (عيب)، 9 / 490.

² المنجد في اللغة والإعلام، ص 540.

³ معوض عبد التواب: موسوعة الأحوال الشخصية، 1 / 378.

القسم الأول: العيوب الخاصة بالرجل واشتهر منها ثلاثة:

أ- عيب الجُب:

هو مقطوع جميع الذكر، ولم يبق من قدر الحشفة¹. وبه قال المالكية² الشافعية³ والحنابلة⁴. وعرفه الإباضية: بأنه مقطوع الذكر من أصله خاصة، وأما مقطوع الذكر والخنثين فيطلق عليه الإباضية⁵.

ب- عيب العُنة:

عند الإباضية: جاء في شرح النيل: العين صغير الذكر وهو الذي له أقل من عرض أربعة أصابع، يتعذر منه افتضاض البكر⁶. عند الحنفية: من لا يصل إلى النساء لمرض أو كبر أو سحر ويسمى المعقود⁷. أما عند المالكية: هو فرط الصغر⁸. وللشافعية معنيان أولهما: العاجز عن الوطء في القبل خاصة، والثاني: سمي عيننا للين ذكره وانعطافه مأخوذ من عنان الدابة للينة⁹، والمعنى الثاني قالها الحنابلة¹⁰.

ت- عيب الخِصاء:

هو قطع الأثنين من أصلهما قالها الإباضية والحنفية والمالكية¹¹. وعند الشافعية: هو الذي قطع أنثياه من الوعاء¹². وهذا العيب يمنع الرجل من الإنجاب.

¹ الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4، 340

² الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج2/ 278

³ المارودي، الحاوي الكبير 11/ 505

⁴ منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج4، ص 2461

⁵ أطفيش، جواهر الكلام ج6، ص 387

⁶ أطفيشن، محمد، شرح النيل وشفاء العليل، مرجع سابق، ج6، ص 387.

⁷ ابن عابدين، رد المختار على در المختار، مرجع سابق، ج5، ص 132.

⁸ القرافي، الذخيرة في فروع المالكية، 4/ 205

⁹ الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق، 4/ 340

¹⁰ البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع 4/ 2461

¹¹ أطفيشن، محمد، شرح النيل وشفاء العليل، مرجع سابق، ج6، ص 387. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق،

206/4. الكاثلوي، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، ج9، ص 221

¹² المارودي، الحاوي الكبير، ج4، 327

القسم الثاني: العيوب الخاصة بالمرأة، واشتهر منها خمسة عيوب:

أ- عيب الرتق:

قال الإباضية: الرتق التحام فرجها كالصفاء لا شق فيه.¹

وقال الشافعية: الرتق لحم يسد مدخل الذكر فلا يمكن معه الإصابة.²

وقال الحنابلة: هو كون الفرج مسدودا ملتصقا لا مسلك للذكر فيه بأصل الخلقة.³

ب- عيب القرن:

عند جمهور الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة: هو لحم أو عظم سميك يشبه قرن الشاة، ينبت في الفرج بحيث يمنع دخول الذكر.⁴

وقال الإباضية: هي التي خرج من فرجها شيء كخصية الرجل أو هي التي يخرج شيء من فرجها يشبه اليقطينة الصغيرة.⁵

ت- عيب الإفضاء:

وعند الجمهور والإباضية: هو انخراق ما بين السيلين.⁶

ث- عيب العفل:

عند الفقهاء: لحم يبرز في قُبَل المرأة، ينتج عنه رطوبة أو رغوّة تمنع الرجل من لذة الجماع.⁷

ج- عيب البخر:

وعند الفقهاء: رائحة مُنْتِنَة تخرج من الفرج.⁸

¹ أطفيش، شرح النيل، ج6، 387،

² المارودي، الحاوي الكبير، ج12، 467

³ البهوتي، كشف القناع، ج4، ص 2464

⁴ انظر ابن عابدين : رد المختار، 5 / 175، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3 / 105، الشربيني الخطيب : مغني المحتاج، 3 /

202، البهوتي : كشف القناع، 5 / 109

⁵ أطفيش، شرح النيل، ج6، ص 388

⁶ انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3 / 105، البهوتي، كشف القناع، 5 / 110، السالمي، نور الدين، جوهر النظام،

ج2، 253

⁷ المراجع السابقة.

⁸ المراجع السابقة.

القسم الثالث: العيوب المشتركة بين الزوجين:

هناك عيوب كثيرة مشتركة بين الزوجين وسنذكر بعض منها:

أ- عيب الجنون:

عرفه الفقهاء: زوال الشعور من القلب، أو زوال العقل ونقصانه¹.

ب- عيب الجذام:

علة يحمر منها العضو، ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر، ويتصور في كل عضو، لكنه في الوجه أغلب².

ت- عيب البرص:

وهو داء جلدي له مظاهر متنوعة من أعراضه بقع بيضاء شديدة البياض تظهر على الجلد فإن كانت غائرة في الجلد فهو البرص وإن كانت مساوية لسطح الجلد فهو البهق ثم تنتشر على الجلد³.

ث- العذيفة:

عند الجمهور: التغوط أو التبول عند الجماع⁴.

ومن الأمراض الحديثة التي يمكن أن يصاب بها أي من الزوجين:

1. العمليات الجراحية السابقة على العقد: كإزالة إحدى الكلى، أو قطع جزء من المعدة، أو زراعة قرنية للعين أو قوقعة للأذن، أو عمليات جراحية للقلب أو لغيره.
2. بتر بعض الأطراف كإحدى اليدين.
3. الحروق من الدرجات العالية التي تؤدي إلى تشوه الجلد وتجعله تجعداً دائماً.
4. أمراض السرطان بأنواعها:
5. مرض الكبد الوبائي: وهو يصيب كبد الإنسان يسببه فيروس، يعمل على تليف الكبد،

¹ ابن عابدين، رد المحتار، 175/5. الشرييني، مغني المحتاج، 202/3. البهوتي، كشف القناع، 109/5.

² ابن عابدين، رد المحتار، 597/2. ونهاية المحتاج، 303/6.

³ ابن قدامة، المغني، 323/10. ابن عابدين، الحاشية، 424/4. الشيرازي، المهذب، 5/2. النووي، الروضة، 177/7.

⁴ حاشية الدسوقي، 104/3. الشرييني، مغني المحتاج، 203/3. البهوتي، كشف القناع، 109/5.

ويتسبب له بأورام مزمنة، وينتقل المرض عن طريق نقل الدم، أو المعاشرة الجنسية، ومن الأم إلى الوليد بنسبة ضئيلة¹.

6. **الآثليل الجلدية:** وهي تظهر على شكل نتوءات جلدية بارزة قاسية، ومتفرقة وتنتشر على ظهر اليدين وعلى الأصابع، وعلى الأعضاء الجنسية للجنسين، وتنتقل إصابات الجهاز التناسلي و عن طريق العلاقة الجنسية بين الرجل و المرأة².

7. **التهاب الكبد الوبائي:** يصيب كبد الإنسان فيروسات مختلفة، صنفها علماء الطب، وأطلقوا عليها أ، ب، سي، د، هـ، ج، ويعتبر فيروس سي أخطر هذه الفيروسات، وهو عبارة عن تليف وأورام مزمنة بالكبد، وينتقل المرض بنقل الدم الملوث، والمعاشرة الجنسية، وتعاطي المخدرات عن طريق الحقن، وكذلك يمكن انتقال المرض من الأم إلى الوليد أثناء الولادة، وإن كان ذلك بنسبة لا تزيد عن (6) %³.

وغير ذلك من الأمراض المتجددة تصيب الزوجين ممكن نلحقها أنواع العيب.

ثالثا: مشروعية التفريق بالعيب.

اختلف الفقهاء في مشروعية التفريق بسبب العيوب بشكل عام على قولين:

القول الأول: عدم جواز التفريق بالعيب وهذا القول ذهب إليه عمر بن عبد العزيز والحكم بن عتبة والشوكاني⁴.

أدلة القول الأول:

أ- من السنة:

روى ابن شهاب عن عروة بن الزبير أن عائشة أخبرته: " أن رفاعة القرظي طلق امرأته، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت:

¹ د. محمد علي مقبل، الأمراض الجلدية والتناسلية، ص 127.

² انظر المرجع السابق، ص 1127.

³ انظر محمد فريد عبد الوهاب: الالتهاب الكبدي بالفيروس، "سى" ص 5، 23، 20، محمد أبو شوك مقال بعنوان "أمراض الكبد" مجلة الوعي الإسلامي، مجلد 1، عدد 116

⁴ ينظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج 2، 53. المارودي، الحاوي الكبير، ج 22، ص 501. الشوكاني، محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، مرجع سابق، ج 6، ص 187.

يارسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير
القرظي، وإنما معه مثل الهدبة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك تريدان أن ترجعي
إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته، ويدوق عسيلتك".¹

وجه الاستدلال: أن هذه المرأة تشكي من زوجها، أن إحليله كالهدة، لا ينتشر إليها،
وتطلب من الرسول صلى الله عليه وسلم الفراق، لكن الرسول صلى الله عليه وسلم رد
شكواها، ولم يفرق بينهما.

ويجاب من هذا الحديث بثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أنها شكت عن ضعف جماعه ولم تشك عجزه عنها ولو كان عاجزا لما ذاق
كل واحد منهما عسيلة صاحبه²

الوجه الثاني: أنها ادعت ذلك على زوجها، ولم يكن من الزوج اعتراف دعواها، بل أنكر
عليها قولها. ففي رواية البخاري قال زوجها: كذبت يا رسول الله إني لأنفضها نفص الأديم
ولكنها ناشز تريد رفاعة³.

الوجه الثالث: بأن المدة تضرب للرجل عند اعترافه، وطلب المرأة ذلك، ولم يوجد أي منهما،
وقد روى أن ابن الزبير أنكر ذلك، كما صح أن ذلك كان بعد طلاقه، فلا يكون معنى
لضرب المدة، ويؤكد ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم "تريدان أن ترجعي إلى رفاعة"
ولو كان قبل الطلاق لما كان لها ذلك.⁴

ب- من الأثر:

روى أن امرأة جاءت إلى علي رضي الله عنه فقالت له: "هل لك إلى امرأة لا أئيم ولا
ذات بعل، قال: وأين زوجك؟ فقالت: هو في القوم، فقام شيخ ينجح، فقال: ما تقول
هذه المرأة؟ قال: سلها هل تنقم في مطعم أو ثياب، فقال علي: فما من شيء؟ قال: لا،
قال: ولا من السحر؟ أي وقت السحر فقال: لا، قال: هلكت وأهلك، قالت: فرق

¹ صحيح البخاري: (68) كتاب الطلاق، (4) باب من أجاز طلاق الثلاث، حديث (5260) 3/ 1692

² المارودي، الحاوي الكبير، ج 11، 503.

³ أخرجه البخاري (68) كتاب الطلاق، (4) باب من أجاز طلاق الثلاث، حديث (5260) 3/ 1692

⁴ ابن قدامة: المغني 5/ 83

بيني وبينه، قال: اصبري فإن الله تعالى لو شاء لابتلاك بأشر من ذلك.¹

وجه الاستدلال: أن عليا لم يطلق المرأة من زوجها التي جاءت شاكية منه أنه لا يطؤها. وهذا يدل على أن العقد لا يجوز فسخه بعد تمامه بعدم الوطء ولو كان التفريق جائزا لفرق بينهما.

يجاب على الأثر:

1- أن الأثر سنده هانئ بن هانئ وهو ضعيف عند أصحاب الحديث قال عنه ابن حجر مستور.²

2- وقيل إنها كانت قد عنست عنده، والعين هو الذي لم يصبها قط.³

ت- من المعقول:

إن صحة النكاح ثابتة بالقرآن والسنة، ولم يوجد دليل شرعي من الكتاب أو السنة على ثبوت حق التفريق لأي من الزوجين.⁴

القول الثاني: يجوز التفريق بين الزوجين للعيوب وهو قول الجمهور من الإباضية والحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.⁵ وعلى هذا القول روي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وابن مسعود وابن عباس والإمام جابر بن زيد.⁶

أدلة القول الأول:

¹ ابن حزم، المحلى، ج11، ص 130

² ابن حجر، أحمد، تقريب التهذيب، تحقيق: محمد عوامة، ط1، (سوريا، دار الرشيد، 1986م) ج2، ص 262

³ الماوردي، الحاوي الكبير، ج12، ص 502

⁴ ابن حزم، المحلى، ج11، ص 130.

⁵ أطفيش، محمد، شرح النيل وشفاء العليل، ج6، ص 386. السلمي، نور الدين، جوهر النظام، ج2، ص 252. ابن الهمام: فتح القدير، 297/4 وما بعدها، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3/ 103، الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في

فقه الإمام الشافعي (دار الكتب العلمية، بدون تاريخ) 49/2. ابن قدامة: المغني، 10/ 55 وما بعدها، 82، وما بعدها

⁶ ابن أبي شيبة، أبوبكر، العبسي، عبد الله بن محمد، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، ط1،

(الرياض، مكتبة الرشد، 1409هـ) كتاب النكاح، ج3، 31. الخروصي، سعيد بن خلفان، جوابات الإمام جابر بن زيد،

ط2، (سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، 1992م) ص 169.

استدل المجيزون للتفريق بين الزوجين للعيوب بالقرآن والسنة والأثر، والمعقول:

أ- من القرآن:

قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾¹

وجه الاستدلال: إن في إمساكها مع خوفه، وترقبه وقلقه من المرض بعيد عن الإمساك بالمعروف؛ فوجب التسريح بإحسان، ثم أن من مقاصد الزواج تحقيق العفة للزوج ولم تتحقق هذا المقصد.

وحكي عن الصحابة أنه يؤجل فإن أصابها وإلا يفرق بين هما ولا يعرف من الصحابة مخالف.²

ب- من السنة:

1. روى زيد بن كعب عن عمرة قال: تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من

بني غفار فرأى بكشحتها بياضاً فقال لها النبي ﷺ: البسي ثيابك والحقي بأهلك³.

وجه الاستدلال: إن هذا الخبر يثبت الرد بالبرص، وغيره من العيوب يقاس عليه؛ لأنه في معناه في منع الاستمتاع.⁴

2. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم كما تفر من الأسد".⁵

وجه الاستدلال: قال بن حجر: واستدل بالأمر بالفرار من المجذوم لإثبات الخيار للزوجين لفسخ النكاح إذا وجده أحدهما بالآخر.⁶ لأنه إذا كان المجذوم أحد الزوجين فإن الضرر متحقق، ولا يمكن اتقاء ضرره إلا بالفسخ.

¹ البقرة: ٢٢٩

² المارودي، الحاوي الكبير، ج11، ص 502

³ ابن حزم، المحلى 10، 109، 57. الشوكاني، محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، 6/ 177

⁴ الشيرازي: المهذب، مرجع سابق، 49/2

⁵ صحيح البخاري: (76) كتاب الطب، (19) باب الجذام، حديث (5707)، 4/ 1826

⁶ ابن الحجر، فتح الباري، ج11، 6856.

ت- من الأثر:

1. روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: أيما امرأة غُرَّ بها رجل بها جنون أو جذام أو برص فلها مهرها، بما أصاب منها وصدّاق الرجل على من غرّه¹.
- وروى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "قضى أيما امرأة نكحت وبها شيء من هذا الداء فلم يعلم حتى مسها، فلها مهرها بما استحل من فرجها، ويغرم وليها لزوجها مثل مهرها"².

وجه الاستدلال: الأثر في حكم المرفوع وهو قول صحابي مما لا مجال فيه للاجتهاد فله حكم المرفوع³.

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه " أنه قال في العنين: " يؤجل سنة؛ فإن قدر عليها وإلا فرق بينهما، ولها المهر، وعليها العدة"⁴.

ث- المعقول:

العيوب تمنع المقصود بعقد النكاح، وهو الوطء، أو توجب نفرة تمنع من قربان أحد الزوجين للآخر، فجاز رفعه لفقد المقصود؛ كالعيوب المؤثرة في المبيع⁵.

رأي الباحث:

بعد عرض أقوال الفقهاء، وأدلتهم يميل الباحث إلى قول الجمهور بجواز التفريق بين الزوجين للعيوب. وذلك لأن الحياة الزوجية إنما وجدت لتحقيق المودة والسكينة والاستقرار، وهذا يتعارض مع وجود العيوب؛ لأن العيوب الجنسية تمنع من تحقيق غاية الزواج، فلا يتحقق

¹ مالك بن أنس، موطأ الإمام مالك، تحقيق: بشار عواد معروف - محمود محمد خليل، ط1، (بيروت، مؤسسة الرسالة، 1991م) 526/2. الصنعاني، سبل السلام، مرجع سابق، 187/3. ورواه ابن أبي شيبة في المصنف، بإسناد صحيح، 206/4.

² مالك، الموطأ، 63/2. ابن أبي شيبة، المصنف، 16/7، وقال حديث ضعيف.

³ الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، 177/6. الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 1527/3.

⁴ البيهقي: السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب أجل العنين، 226 / 7

⁵ انظر الدمشقي، تقى الدين: كفاية الأخيار، 60/2، البهوتي، كشاف القناع، 106 / 5

الاستقرار والسكينة، أما الأمراض الجسدية أو النفسية؛ فإنها تؤدي إلى نفور السليم من المريض، فيتزعزع الاستقرار، ويرتفع التراحم بينهما، وبالتالي يكون التفريق بينهما خيرا لهما من استمرار الزواج.

قال ابن قدامة رحمه الله: "إن عيوب المرأة غير الجنسية توجب نفرة تمنع قربانها منه بالكلية ومسها ويخاف منها التعدي إلى نفسه، ونسله والمجنونة يخاف منها الجناية، فصار كالمانع الجنسي"¹

وكذلك نجد أن ما استدل به المانعون من التفريق، لا يقوى على معارضة أدلة المجيزين له. كما هو واضح في الردود لبعض من هذه الأدلة، والله أعلم. أما حق طلب التفريق يثبت للزوجين كما هو قول الجمهور² خلافا للحنفية الذين يقولون بأنه لا خيار للزوج بعيب زوجته.³

ثالثا: العيوب التي يثبت بها التفريق:

اتفق جمهور الفقهاء من الإباضية والحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁴، على جواز التفريق بعيبين من العيوب الخاصة بالرجل، وهما الجب والعنة. واختلفوا فيما عدا ذلك من العيوب، بين من توسع فيها، ومن توسع فيها، ومنهم من أطلق، فأجاز التفريق بكل عيب دون حصر، وهي على خمسة أقوال:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه يحق للمرأة طلب التفريق للعيوب المانعة من استيفاء حقها من الدخول والوطء، وهي الجب والعنة والخصاء الذي يمنع انتشار الذكر،

¹ ابن قدامة، المغني، 61/10

² الخطاب: مواهب الجليل، 5/ 144، الشربيني الخطيب: مغني المحتاج 3/ 302، ابن قدامة: المغني، 10/ 55 وما بعدها. المعولي/ المعتصم، المعتمد في فقه الطلاق، مرجع سابق، ص 207

³ ابن الهمام: فتح القدير، 4/ 297

⁴ الجناوني، يحيى بن خير، كتاب النكاح، (سلطنة عمان، معهد العلوم الشرعية) ص 166 وما بعدها. ابن الهمام: فتح القدير، 4/ 297، 301، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 3/ 104، الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، 2/ 49، ابن قدامة، المغني، 10/ 82، 85.

فإن وطئها ولو مرة واحدة بطل حقها فيه.¹

وقالو: بأن الخيار في العيوب التي تمنع المرأة من استيفاء حقها من الوطء قد ثبت لدفع ضرر فوات حقها المستحق بالعقد، وهو الوطء مرة واحدة، وهذا الحق لم يفت بغير العيوب المذكورة؛ لأن الوطء يتحقق من الزوج مع غيرها من العيوب، فلا يثبت الخيار في العيوب الأخر.²

القول الثاني، يثبت الخيار في فسخ النكاح لكل واحد من الزوجين بسبعة عيوب فقط، منها ثلاثة مشتركة وهي الجنون والجذام والبرص، واثنان يختصان بالرجل وهما الجب والعنة، واثنان يختصان بالمرأة وهما الرق والقرن، ولا يثبت في غير ذلك من العيوب، وهو قول جمهور الشافعية.³

وحجتهم في ذلك، هو عدم فوات مقصود النكاح مع وجود غيرها.⁴

القول الثالث: ذهب المالكية وجمهور الحنابلة، إلى أنه يثبت الخيار في الرد لكل واحد من الزوجين إذا وجد بصاحبه أحد العيوب المشتركة، وهي الجنون، والجذام، والبرص، والعذية، وكذلك بواحد من العيوب المانعة من الوطء في أي منهما، وهي الجب والخصاء والعنة في الرجل، والرق والقرن والعفل والإفضاء والبخر الحاصلة بالمرأة، ولا يجوز التفريق بغير هذه العيوب.⁵

وقالوا: إن غير هذه العيوب المذكورة لا يمنع من الاستمتاع المقصود، ولا يخشى تعديده، فلا يفسخ به النكاح، ولأن الفسخ يثبت بنص أو إجماع أو قياس، ولا شيء من ذلك في غير هذه العيوب.⁶

¹ انظر الكاساني، بدائع الصنائع، 2/ 484 وما بعدها، ابن الهمام، فتح القدير 4/ 305

² انظر الكاساني : بدائع الصنائع، 2/ 484

³ يُنظر: الشيرازي، المهذب 2/ 49

⁴ انظر الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، 2/ 49

⁵ انظر: ابن قدامة، المغني، 10/ 57، وما بعدها، 82، 85

⁶ ابن قدامة : المغني، 10/ 58 وما بعدها

القول الرابع: كل عيب ينفر أحد الزوجين من الآخر، ولا يحصل به مقصود الزواج من المودة والرحمة، يوجب خيار الفسخ دون حصر للعيوب، وعلى هذا القول ذهب إليه الزهري وشريح وأبي ثور، واختاره ابن القيم وابن تيمية.¹ وهو المعتمد عند المذهب الإباضي.² واستدلوا بالأدلة العقلية منها:

1. إن العمى، والطرش، وكون أحدهما مقطوع اليدين أو الرجلين، من أعظم المنفرات، والسكوت عن بيانها من أقبح التدليس والغش، وهو مناف للدين.
2. لأن العقد قد تم على أساس السلامة من العيوب، فإذا انتفت السلامة فقد ثبت الخيار.³

• رأي الباحث:

بعد عرض أقوال الفقهاء وحجة كل قول تبين لي أن القول الرابع أقرب إلى حفظ مقاصد النكاح وهذا ما أميل إليه وهو القول بعدم حصر العيوب الموجب للتفريق ما دام يتحقق فيها غرض التفريق وهو رفع الضرر.

كما أن هناك أمراض أخرى لم يذكره الفقهاء في كتبهم وهي الأمراض العصرية التي لم تكن في زما نهم كا الأثليل الجلدية، والتهاب الكبد الوبائي، والأمراض السرطان بأنواعها التي تتجدد وكذلك الأمراض التي نسمع عنها في الفترة الأخيرة والتي لم يقف علماء الطب على ماهيتها بعد، أولى بالقياس مما ذكره الفقهاء، وعلى هذا يتحقق المقاصد المرجوة في التفريق بين الزوجين لأن هذه الأمراض تقع بسببه ضرر، ويخل بمقاصد النكاح فوجب التفريق بين الزوجين لرفع ذلك الضرر، والله أعلم.

وعلى الرغم من ميلي إلى هذا القول وترجيحي له، فإن الحاجة تقتضي إلى وضع معايير حتى لا يفتح باب التفريق المتجاوز الحدود وهي على النحو الآتي:

¹ انظر ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق، 3/ 43، الزركشي، محمد بن عبد الله، شرح الزركشي، ط1، (دار العبيكان، 1993م) 5/ 245

² المعولي، المعتصم، المعتمد في فقه الطلاق، ص 207. الجنائني، كتاب النكاح، مرجع سابق، ص 167

³ انظر ابن القيم : زاد المعاد، 3/ 43 وما بعدها.

إن تحقق وجود العيب الفاحش بأحد الزوجين يعطى الطرف الآخر حق الخيار في فسخ النكاح أو البقاء والصبر. فإن اختار الفراق والفسخ، فإما أن يكون العيب الواقع على طرف الآخر يقبل العلاج أو لا يقبله، فإن كان العيب لا يقبل العلاج في العادة كالسرطان والجنون والجب والخصاء فإن المتضرر المطالبة بالتفريق، وعلى القاضي أن يسعفه إليه حالا. أما إن كان العيب مما يقبل العلاج ويمكن منه الشفاء كالعنة في الرجل والرتق في المرأة، فإن طرف المعيب يمهل مدة (يحددها القاضي) فإن عولج مسك زوجته فإن لم يقم بواجب العلاج أو قام بها ولم يجد فيها شيئاً حتى مضت مدة المحدد فرق القاضي بينهما رفعا للضرر.¹

المطلب الثاني: شروط التفريق بسبب العيوب ونوع الفرقه فيه.

أولا شروط التفريق بسبب العيب

لقد رجحت لدي كما سبق القول بجواز التفريق بسبب العيوب كما هو قول الجمهور إلا أن القول بجواز التفريق ليس على إطلاقه لكن هناك ضوابط وشروط اللازمة للعمل به، وقد تفاوت الفقهاء في وضع الشروط والعمل بها، الأمر الذي يستوجب بيانها، وبيان أقوالهم وأدلتهم فيها، وذلك على النحو التالي:

الشرط الأول: أن لا يكون طالب التفريق علم بالعيب أو رضي به صراحة أو دلالة. وإليه ذهب الجمهور من الإباضية² والحنفية³ والمالكية⁴ والشافعية⁵ والحنابلة⁶.

¹ المعولي، المعتصم، المعتمد في فقه الطلاق، مرجع سابق، ص 214

² ينظر: البطاشي، محمد، غاية المأمول، في علم الفروع والأصول، (سلطنة عمان - وزارة التراث القومي والثقافة) ج4، ص 126، الجنائني، يحيى، كتاب النكاح، مرجع سابق، ص 169.

³ ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، على كتاب، البحر الرائق، للنسفي، ط1، (بيروت لبنان، دار الكتب العلمية، 1418هـ - 1997م) ج4، ص 208.

⁴ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3/ 103.

⁵ الشريبي الخطيب: مغني المحتاج، 3/ 203،

⁶ ابن قدامة: المغني، 10/ 61، 86

واستثنى المالكية والشافعية زوجة العنين، فقالوا لا يسقط حقها في التفريق إلا بالقول الصريح، لأنهم لا يعتبرون تمكينها له من الاستمتاع مع علمها بحاله رضى بعيب العنة.¹

الشرط الثاني: أن يوجد العيب عند العقد واختلفوا في العيوب الطارئة إلى ثلاثة أقول:

القول الأول: ما حدث من العيوب بعد العقد فلا يرد كل واحد منهما به سواء حدث في المرأة أو الرجل، وهو قول الإباضية.²

ولم أقف على دليل عند هم.

القول الثاني: ذهب المالكية³ والشافعية في قول.⁴ إلى عدم جواز طلب التفريق من قبل الزوج للعيوب الطارئة عند الزوجة ويثبت لها بجذامه البين المحقق، وبرصه الفاحش، وجنونه، وكذلك عيوب الفرج المانعة من الوطء.⁵

استدلوا بالمعقول وقالوا:

إن الجذام والبرص والجنون من الأمراض الفاحشة التي تتضرر المرأة بحدوثها، ولا تستطيع الصبر عليها، بخلاف الرجل؛ وذلك لأن الزوج يملك حل عقدة النكاح بالطلاق، فلا يحل طلب التفريق.⁶

القول الثالث: يثبت لكل واحد من الزوجين التفريق بالعيوب الطارئة، باستثناء العنة، وهو قول الشافعية في الجديد، والراجح عند الحنابلة.⁷

¹ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3/ 103، الشرييني الخطيب: مغني المحتاج، 3/ 203.

² الجناوني، يحيى، كتاب النكاح، مرجع سابق، ص 169

³ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3/ 105.

⁴ الشرييني، مغني المحتاج، 3/ 203.

⁵ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3/ 105 وما بعدها.

⁶ ابن عابدين، الحاشية، 5/ 175. حاشية الدسوقي، 3/ 103. الشرييني، مغني المحتاج، 3/ 203. ابن قدامة، المغني، 10/ 61.

⁷ الشرييني، مغني المحتاج، 3/ 203. ابن قدامة، المغني، 10/ 60، 88

أدلتهم:

1- أن النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح الغفارية لما وجد في كشحها بياضاً¹ ولم يسألها عن وقت حدوثه، أكان قبل العقد أو بعده؟ ولو كان الحكم يختلف لسألها².

2- إنهما تساويا في ثبوت الفسخ في العيوب السابقة، فيتساويا في العيوب اللاحقة³.

• القول المختار:

يميل الباحث إلى القول الثاني وهو عدم جواز طلب التفريق من قبل الزوج للعيوب الطارئة عند الزوجة وهذا القول هو الأقرب للعدل؛ وكل من يتدبر مقاصد الشريعة يتضح له هذا القول؛ لأن ما بين الزوجين من ميثاق غليظ قائماً على المودة والرحمة، فيجب أن يتحمل الزوج تقديراً للأيام الصحة التي كان تتمتع كل واحد من الزوجين بصاحبه، أدباً ووفاءً وأن يقوم على رعاية زوجته، ومساندته وعلاجه ما أمكن، فإن تعذر ذلك لشدة الضرر منها، كان له الخيار في الزواج من أخرى، أو الطلاق دون أن ينقصها حقها، فالمرأة لا تستطيع دفع الضرر عن نفسها إلا بالفسخ بخلاف الرجل، أما رفع دعوى الفسخ فهو إضرار بما يزيد عن ضرر المرض الذي يلحق به. والضرر لا يزال بمثله. والله أعلم.

الشرط الثالث: سلامة طالب التفريق من العيب: واختلف الفقهاء على أربعة أقوال:
القول الأول: لا يثبت للرتقاء أو القرناء الحق في طلب التفريق من زوجها المحبوب، أو العنين أو الخصي، وهو قول الحنفية والشافعية⁴.

¹ سبق تخريجه، ينظر: ص. 51 من هذا البحث.

² أنظر: العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، ط1، (جدة، دار المنهاج، 2000م) 296 /9

³ المرجع سابق

⁴ انظر ابن الهمام: فتح القدير، 299/4، النووي، يحيى، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ط3 (بيروت - دمشق، المكتب الإسلامي، 1999م) ج7، 178

وقالوا: إن المانع تحقق منهما جميعاً، وتحقق المانع في المرأة يسقط حقها في الجماع¹.

القول الثاني: لا فرق بين بين العيب المماثل والمختلف فالكل يثبت به الخيار وهو قول الإباضية² والراجح عند المالكية³ والشافعية في قول⁴ والحنابلة في إحدى الوجهين.⁵

واستدلوا بالمعقول:

- 1- إذا تزوج الرجل امرأة وفيها عيب من العيوب، وفي الرجل عيب مثل عيب المرأة أو عيب هو غير الذي في المرأة فلكل واحد منهما الرد لصاحبه⁶.
- 2- إن المعيار في ثبوت الخيار هو الضرر، واجتماع المرض على المرض يؤثر زيادة، والإنسان يعاف من غيره مالا يعاف من نفسه⁷.
- 3- إن سبب الخيار هو العيب الموجود، فأشبه ما لو غر عبد بأمة⁸.

القول الثالث: فرق اللخمي من المالكية⁹ بين عيب الزوج وعيب الزوجة المتماثلين فأثبت الخيار للزوج دون زوجة فقال: له الخيار دونها لأنه بذل صداقاً لسالمة فوجدها ممن يكون صداقها أقل من ذلك.¹⁰

¹ انظر ابن عابدين: رد المحتار، 5/ 167

² الجناوني، كتاب النكاح، مرجع سابق، ص 169، أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، مرجع سابق ج 6، ص 392.

³ انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3/ 103،

⁴ الشرييني الخطيب: مغني المحتاج، 3/ 202

⁵ ابن قدامة: المغني، 10/ 60

⁶ الجناوني، كتاب النكاح، مرجع سابق، ص 169، أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، مرجع سابق ج 6، ص 392.

⁷ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3/ 103، الشرييني الخطيب: مغني المحتاج، 3/ 202

⁸ ابن قدامة: المغني، 10/ 60

⁹ اللخمي: الشيخ أبو الحسن علي بن محمد الربيعي، انتهت إليه رئاسة الفقهاء بأفريقية بعد أصحابه، له تعليق كبير على المدونة سماه " التبصرة " له فيها اختيارات في بعضها خروج عن المذهب، توفي بصفاقس سنة ٤٧٨ هـ. انظر محمد مخلوف:

شجرة النور الزكية ص 117، الزركلي: الأعلام 4/ 328

¹⁰ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3/ 103

وقال: إن الزوج قد بذل صداقاً لسالمة، فوجدها ممن يكون صداقها أقل من ذلك¹.

القول لرابع: ذهب الحنابلة إلى القول، بأن حق التفريق لا يثبت للزوج إذا كان به عيباً، ووجد في زوجته عيباً، إلا إذا كان العيبان من جنسين مختلفين².

واستدلوا بالمعقول وقالوا:

- 1-** إن سبب الخيار موجود، وهو العيب المغاير، فيثبت الخيار لكل واحد منهما.
- 2-** إن المانع من الاستمتاع عيب نفسه، لا عيب صاحبه، فلا يثبت له الخيار³.

• **رأي الباحث:**

إن العيوب متفاوتة في شدتها وآثارها السلبية على المرضى، ولرب مرض جسدي يزيد في الضرر المتسبب به على المرض الجنسي، قد يكون أحد الزوجين أقدر على تحمل مرض صاحبه وقد يكون بالعكس، والمنع من التفريق حينها يجعل صاحب العيب الأقل ضرراً عرضة لزيادة الضرر. فالقول بجواز طلب التفريق لكل واحد من الزوجين بعيب صاحبه، ولو كان معيباً سواء أكان عيبه من جنس عيب صاحبه، أو من غير جنسه، أقرب إلى تحقيق مقاصد التفريق وهو رفع الضرر، وهذا ما ذهب إليه الإباضية والراجح عند المالكية، فربما عيب الزوج الذي ليس من جنس عيب الزوجة قد يتحقق جانب من جوانب مقاصد الزواج، والله أعلم.

الشرط الرابع: أن لا يكون قد سبق له وطؤها ولو مرة عند البعض.

ما تقدم من الشروط إنما هي إذا لم يصلها قط، ولكن لو وصلها مرة واحدة ثم عنّ عنها فهل يثبت للمرأة حق التفريق أم لا؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:

¹ نفس المرجع

² ابن قدامة، المغني، 60/10.

³ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3/ 114، الخطاب، مواهب الجليل، 5/ 155

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الإباضية والحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة¹ إلى أن الوصول إليها مرة واحدة يكفي سقوط حقها في الخيار. أدلتهم:

1- قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۖ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾²

وجه الاستدلال: قال المارودي: ومن درجة الرجل على المرأة أن يلزمها إجابته إذا دعاها إلى الفراش ولا يلزمه إجابتها، لأنه لما كان رفع العقد بالطلاق إليه دونها، كان الوطاء فيه حق له دونها.³

2- أن الوطاء مرة واحدة يثبت به المهر وتثبت به الحضانة، وبالمرة الواحدة عرفت قدرته على الوطاء ووصلت إلى حقها منه.⁴

القول الثاني: ذهب بعض العلماء إلى أن حقها في الخيار لا يسقط بالوطاء مرة واحدة ومنهم أبو ثور وظاهر قول سماحة الشيخ أحمد الخليلي.⁵ وهو الذي رجحه الدكتور عبد الكريم زيدان.⁶ أدلتهم:

1- قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁷

¹ البطاشي، غاية المأمول في علم الفروع والأصول، مرجع سابق، ج4، ص 128، القطب، شرح النيل، ج6، ص400. جماعة من العلماء، الفتاوى الهندية، ط4، (بيروت لبنان، دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ) ج1، 524. القراني، أحمد، الذخيرة، تحقيق وتعليق: أحمد عبد الرحمن، ط1، (بيروت لبنان، دار الكتب العلمية، 2001م) ج4، ص206. الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج5، ص56، ابن قدامة، المغني، 10/60 وما بعدها.

² البقرة، آية 228

³ المارودي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج11، ص509

⁴ الشرييني، مغني المحتاج ج4، ص342

⁵ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، 61 وما بعدها، الخليلي، أحمد، فتاوى النكاح، ط1 (مكتبة الأجيال، 2002م) ص610

⁶ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، ج9، ص46

⁷ البقرة، آية 128

وجه الاستدلال: قال الدكتور شوقي علام: فهو صريح في إثبات الحقوق لكلا الزوجين على السواء، ولما كان الوطء من حق الزوج على الدوام باتفاق كان حقها على الدوام أيضا بدلالة هذه الآية.¹

وقد رد الدكتور عبد الكريم زيدان على الفريق الأول بالآتي:

أ- أن حق المرأة في الوطء المستحق لها بعقد النكاح لا يقف عن المرأة الواحدة طول حياتها الزوجية، وإنما المستحق لها بعقد النكاح وطء الكفاية الذي هو أكثر من مرة بالتأکید...

ب- إن مقاصد الزواج إعفاف الزوجة وإعفاف الزوج وإيجاد النسل، وهذه المقاصد لا يحصل بالوطء مرة واحدة، فإذا كان السبب هو الزوج وجب التفريق إن أرادته الزوجة لتحقيق مقاصد الزواج بزواجهما من آخر.

ت- 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 طوال 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 للزوجة.²

رأي الباحث:

القول بأن حق المرأة في الخيار لا يسقط بالوطء مرة واحدة هو ما أميل إليه تحقيقا لمعنى قوله تعالى ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾³ ودفعاً للضرر الذي يلحق الزوجة، وكذلك حفاظاً للمساواة في الحقوق بين الزوجين وحفاظاً على المجتمع من المفساد. والله أعلم.

¹ شوقي علام، إبراهيم، التفريق القضائي بين الزوجين للعلل عند الفقهاء وما عليه قانون الأحوال الشخصية العماني والمصري، دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى ندوة (الفرقة بين الزوجين وآثارها) بكلية الشريعة والقانون بالتعاون مع وزارة العدل، سلطنة عمان نشر البحث في المجلة العلمية (روح القوانين). ص 53.

² عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق ج 9، ص 46

³ البقرة، آية 128

الشرط الخامس: أن يُطلب التفريق بالعيب من القاضي وهو قول الجمهور¹.
وقالو: أن التفريق من حق هما، وليس لأحد أن يفرق إلا القاضي، فينظر القاضي في الشكوى، فقد يؤجل لأحدهما ليتمكن من نفسه، وقد يفسخ على الفور كالمحبوب فإنه يثبت للمرأة الفرقة فور رفع أمرها إلى القضاء بشرط عدم علمها ورضاها به كما تقدم هذا فضلاً من أن العيوب ممن تختلف فيها الأنظار، وحسم الخلاف إنما يكون من القاضي.

ثانياً: نوع الفرقة بسبب العيب.

إذا ثبت الفرقة بسبب العيوب فإن القاضي يوقع الفرقة بينهما إلا أن هذا الفرقة تختلف الفقهاء في نوعها إلى قولين:

القول الأول: الفرقة بسبب العيب تطليقة بائنة، وهو مذهب الإباضية الحنفية والمالكية² واستدلوا بالمعقول وقالوا: إنَّ فعل القاضي أضيف إلى الزوج؛ لأنه من جهته، فكأنه طلقها بنفسه³. وهذا عند الحنفية يختص بالعنين والخصي والمحبوب؛ لأنهم لا يجيزون التفريق بعيوب المرأة كما سبق بيانه.

القول الثاني: فرقة العيب فسخ، وليس طلاقاً، وإليه ذهب الشافعية والحنابلة⁴.
وقالوا: إن هذا الخيار ثبت لأجل العيب، فكان فسخاً؛ كفسخ المشتري لأجل العيب.

¹ البطاشي، محمد، غاية المأمول في علم الأصول والفروع، مرجع سابق، ج4، 127، ابن قدامة، المغني، 60/10، الكساني، بدائع الصنائع، ج4، 595، القرافي، شهاب الدين، الذخيرة، ج4، ص 206. النووي، يحيى، روضة الطالبين وعمدة المفتين ج7، ص 180

² القطب، شرح النيل وشفاء العليل، مرجع سابق، ج6، ص 398، جوابات الإمام السالمي، مرجع سابق، ج3، ص 182 ابن الهمام، فتح القدير، 4/ 300، ابن جزى، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 163

³ ابن الهمام، فتح القدير، 4/ 300.

⁴ الشرييني الخطيب، مغني المحتاج، 3/ 203، 207، ابن قدامة: المغني، 84/10

• رأي الباحث:

الذي يميل إليه الباحث هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة أن الفرقة بسبب العيب فسخاً، وليست بطلاق؛ جرياً على ما وضعوه من ضابط، وهو أن كل فرقة يوقعها القاضي تقع فسخاً¹.

المطلب الثالث: موقف القانون من التفريق للعيوب.

نص قانون الأحوال الشخصية العماني على التفريق بسبب العيب في المواد الآتية:

المادة 98

- أ- لكل من الزوجين طلب التطليق لعدة في الآخر يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية ولا يرجى منها براء، أو يرجى بعد مضي أكثر من سنة، عقلية كانت العلة أو عضوية، أصيب بها قبل العقد أو بعده.
- ب- إذا كانت العلة يرجى منها براء قبل مضي سنة، تعطي المحكمة للمعتل أجل سنة قبل التطليق²

المادة 99

يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العلة.³

ونص قانون الأحوال الشخصية القمري التفريق بسبب العيوب في المواد الآتية:

المادة 75

كل واحد من الزوجين يحق له المطالبة بالطلاق إذا أصيب الآخر بجنون أو مرض خطير بحيث يصعب اجتماعياً استمرار البقاء بينهما.

¹ انظر: ص (ش) من هذا البحث

² المادة (98) من قانون الأحوال الشخصية العماني

³ المادة (99) من قانون الأحوال الشخصية العماني

القاضي المختص يوقع الطلاق بعد إحضار متخصص يبين بأن الزوج المتكلم عليه يستحيل شفاؤه في المستقبل القريب.¹

في المادة 77 ذكر المقتن القمري حالات التي تحق للزوجة مطالبة الطلاق:

رقم (10) عيّنا إذا ثبت عنيته طيباً.²

نلاحظ في هذين القانونين الأمور الآتية:

- 1- أن القانونين اتفقا على أخذ بما ذهب إليه الجمهور وهو جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب.
- كما اتفقا على عدم حصر العيوب الموجب للتفريق وميزة ذلك عدم استمرار الحياة الزوجية. وهذا ما ذهب إليه الزهري وشريح وأبي ثور، واختاره ابن القيم وابن تيمية، وهو المعتمد عند المذهب الإباضي.
- 2- اكتفى قانون الأحوال الشخصية العماني بذكر العلة دون تعريفها بينما قانون الأحوال الشخصية القمري ذكر عيب الجنون في المادة 75، وعيب العنة في المادة 77، وربما من باب التوضيح لأنه أضاف إلى ذلك أو مرض خطير وهذا يشمل جميع العلل دون حصر.
- 3- رغم أن القانونين اتفقا على عدم حصر العيوب الموجب للتفريق إلا أنهما نصيا على ترك لأمر في ذلك إلى أهل الاختصاص.
- 4- اشترط قانون الأحوال الشخصية العماني شروطا أكثرها نجد أنها تتفق مع قانون الأحوال الشخصية القمري في مضمونها، وهي: -
- أ- أن يتعذر مع العلة استمرار الحياة الزوجية، وهي ميزة التفريق عند القانونين.

¹ المادة (75) من قانون الأسرة القمرية

² المادة (77) من قانون الأسرة القمرية

ب- أن لا يمكن الشفاء من العلة أو تكون العلة لمدة أكثر من سنة، فحدد العلة أن تستمر أكثر من سنة، وهذا في قانون الأحوال الشخصية العماني أما قانون الأحوال الشخصية القمري لم ينص على وقت محدد إلا أنه نص على ذلك أن تثبت عدم شفاؤه في المستقبل القريب،

ت- لا يشترط في العلة أن تكون بعد الزواج، فنص القانون العماني " أصيب بها قبل العقد أو بعده" أما القانون القمري لم ينص على ذلك وأرى أن الأمر سواء.

5- مما يلاحظ في هذين القانونين أن هما اتفقا على لأخذ بقول الجمهور بأن حق طلب التفريق يثبت لكلا الزوجين.

6- التفريق بسبب العيب يقع طلاقاً بائناً عند قانون الأحوال الشخصية العماني، عملاً بالمادة: 115 من هذا القانون. كما أن قانون الأحوال الشخصية القمري أخذ بهذا الرأي كما هو واضح في النص القانوني مادة 75. وهذا ما ذهب إليه الإباضية والمالكية والحنفية.

المبحث الثاني: التفريق بسبب الضرر والشقاق.

المطلب الأول: الضرر والشقاق ومشروعية التفريق بسببهما.

صورة المسألة: في حالة ضياع الحقوق المشتركة بين الزوجين، كما إذا أضر الزوج زوجته بحيث تصبح العشرة بينهما مستحيلة، أو استدامة بينهما النزاع، واستحكم الخلاف؛ فهل يجوز لأي أحد من الزوجين طلب التفريق؟

هذا ما سنبينه في هذا المطلب وذلك من خلال تعريف الضرر والشقاق وأقوال الفقهاء، وأدلتهم، في التفريق بسبب الضرر والشقاق.

أولاً: مفهوم الضرر والشقاق

أ- الضرر.

- في اللغة: من الضر، وهو ضد النفع، أو سوء الحال¹
- في الاصطلاح: هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، كالشتم المقذع والتقييح المخل بالكرامة، والضرب المبرح، والحمل على فعل ما حرم الله، والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه².

ب- الشقاق:

- في اللغة: غلبة العداوة والخلاف، وهو العداوة بين فريقين، والخلاف بين اثنين، وسمي شقاقاً؛ لأن كل فريق من فريقَي العداوة قصد شقاً أي ناحية غير شق صاحبه³
- في الاصطلاح: هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة⁴.

ثانياً: مشروعية التفريق بسبب الضرر والشقاق:

أ- التفريق بسبب الضرر.

ذهب المالكية بأن الزوجة لها حق في طلب التفريق إذا أضرها زوجها ولم يرجع عن ذلك، كشتمها وضربها، فإذا أثبت وقوع الضرر فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة⁵. وهو القول المعتمد عند المذهب الإباضي، جاء في المعتمد في فقه الطلاق " للمرأة إن وقع بها الزوج الضرر أن ترفع أمرها إلى القاضي الشرعي، ويردعه القاضي ويعزره بما يراه مناسب فإن استمر إيقاع الضرر بها تطالب الفكاك منه والخلاص من شره وعلى القاضي وجوباً بعد

¹ ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق مادة (ضر) 44/8 وما بعدها

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلام وأدلته، مرجع سابق، 7060/9

³ ابن منظور: لسان العرب، مادة (شق) 166 / 7

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلام وأدلته، مرجع سابق، 7060/9

⁵ انظر ابن جزى، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، ص 160، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 213/3، محمد عlish: شرح منح الجليل، 550/3.

الإعذار والإنذار، أن يسعفها لمطلبها ويخلصها من زوجها بالتفريق بينهما، وتكون فرقة القاضي لها طلاق بائنة بينونة الصغرى.¹

أدلتهم:

1- استدلووا بحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا ضرر ولا ضرار.²

وجه الدلالة: إن لفظ الحديث إخبار بمعنى النهي، أي لا يضر بعضكم بعضاً، أو ينقصه شيئاً من حقه³، والمعنى أن الضرر محرم، فإن وقع وجبت إزالته. وهذا بعد إثبات الزوجة الضرر، أما إذا عجزت الزوجة عن الإثبات، فإن القاضي يقوم ببعث الحكمين للوقوف على حقيقة الأمر، ورفع الضرر بالإصلاح أو التفريق.⁴

ب- أقوال الفقهاء في التفريق بسبب الشقاق:

اختلف الفقهاء في التفريق بسبب الشقاق على قولين:

القول الأول: لا يصلح الشقاق أن يكون سبباً في التفريق، وهو قول الحنفية والشافعية في الأظهر وأحمد في إحدى الروايتين.⁵

واحتمل الجصاص قائلًا، "خلاف أن الزوج لو أقر بالإساءة إليها لم يفرق بينهما ولم يجبره الحاكم على طلاقها قبل تحكيم الحكمين. وكذلك لو أقرت المرأة بالنشوز لم يجبرها الحاكم على خلع ولا على رد مهرها، فإذا كان كذلك حكمهما قبل بعث الحكمين فكذلك بعد بعثهما لا يجوز إيقاع الطلاق من جهتهما من غير رضی الزوج وتوكيله ولا إخراج المهر عن ملكها من غير رضاها".⁶

¹ المعولي، المعتصم، المعتمد في فقه الطلاق، مرجع سابق، ص 227 وما بعدها.

² سبق تخريجه

³ انظر محمد كمال الدين إمام : الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ص 192

⁴ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 211/3

⁵ انظر ابن الهمام : فتح القدير، 244/4، الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق 261/3، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق،

264/10

⁶ الجصاص، أحمد، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، ط1، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1994م)

القول الثاني: يصلح الشقاق أن يكون سببا في التفريق، لأن بقاء الشقاق ضرر بين الزوجين والضرر يزال وإزالته عن الزوجة بإيقاع التفريق، وهو قول الإباضية ومذهب الإمام مالك والقول الثاني عند الشافعية وأحمد في رواية عنه¹. وهو المعتمد في الفتوى عند سماحة الشيخ الخليلي². وهذا ما يميل إليه الباحث.

هناك بعض الأحكام في الشقاق اتفق الفقهاء عليها واختلفوا في بعضها:

أ- اتفق الفقهاء على جواز بعث الحكمين إذا وقع الشقاق بين الزوجين وجهلت حالهما³.

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁴.

ب- واختلفوا هل للحكمين حق في التفريق بين الزوجين بناء على طلب الزوجة؟ وذلك على قولين:

القول الأول: أن الحكمين ليس لهما سلطة في التفريق بين الزوجين إلا أن يكونا وكيلين عن الزوجين، وهو قول الحنفية والشافعية في الأظهر وأحمد في إحدى الروايتين⁵.

¹القطب، أطفيش، شرح النيل وشفاء العلي، مرجع سابق، ج7، ص 284. الثميني، عبد العزيز، بن الحاج، التاج المنظوم من درر المنهاج المعلوم، ط1، 2000م، ج5، ص 366-367. حاشية الدسوقي، 211/3، وما بعدها، محمد عlish، شرح منح الجليل، 548/3، الشريبي الخطيب: مغني المحتاج، 261/3، ابن قدامة، المغني، 264/10

²الخليلي، أحمد بن حمد، فتاوى النكاح، مرجع سابق، ص 449-452

³ابن الهمام: فتح القدير، 244/4، ابن رشد بداية المجتهد، 3/185، مغني المحتاج، مرجع سابق 261/3، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 264/10

⁴سورة النساء، أية 35

⁵انظر ابن الهمام: فتح القدير، 244/4، الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق 261/3، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق،

أدلة القول الأول:

أ- من القرآن:

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾¹.

وجه الدلالة: إن الله تعالى لم يضيف إلى الحكّمين إلا الإصلاح، وهذا يقتضي أن يكون ما وراء الإصلاح غير مفوض إليهما².

قال قتادة في قوله تعالى (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا) الآية، إنما بعث الحكمان ليصلحا بين الزوجين، فإن أعياهما ذلك شهدا على الظالم بظلمه، وليس في أيديهما الفرقة ولم يملكان ذلك³.

ب- من المعقول:

ليس للحاكم أن يطلق، ولا يبرئ من مالها، فلا يكون ذلك لنائبه؛ لأن البضع حق الزوج، والمال حق الزوجة، وهما رشيدان، فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بتوكيل منهما⁴.

القول الثاني: يملك الحكمان سلطة التفريق بين الزوجين دون حاجة إلى إذن موافقتهم. روي هذا عن علي وابن عباس رضي الله عنهما، وهو قول الإباضية⁵ وهو مذهب الإمام مالك وقول عن الشافعي والرواية الثانية عن الإمام أحمد⁶ وهو ما أقتابه سماحة الشيخ الخليلي⁷.

¹ سورة النساء، آية 35

² انظر: النسفي، عبد الله بن أحمد، مدارك التنزيل وحقائق التأويل، تحقيق: يوسف علي بديوي، ط1، (بيروت، دار الكلم الطيب، 1998م) 329/1. الصابوني، محمد علي، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، ط3، (دمشق - مكتبة الغزالي، بيروت، مؤسسة مناهل العرفان، 1980م)، 472/1.

³ ابن حزم، المحلى، ص ج10، ص 88

⁴ ابن الهمام: فتح القدير، 4/244.

⁵ القطب، شرح النيل وشفاء العلي، مرجع سابق، ج7، ص 284. الثميني، عبد العزيز بن الحاج، التاج المنظوم من درر مرجع سابق، ج5، ص 366-367.

⁶ ابن الهمام: فتح القدير، 4/244، الشرييني الخطيب: مغني المحتاج، 3/261. ابن قدامة: المغني، 10/264،

⁷ الخليلي، أحمد بن حمد، فتاوى النكاح، مرجع سابق، ص 449-452

أدلة هذا القول:

أ- من القرآن.

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾¹.

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى سماهما حكيمين وهذا صفتهم، ولم يعتبر رضى الزوجين، لأنهما حكمان لا وكيلان عمن بعثهما ولا شاهدان².

ب- من السنة:

روي عن علي رضي الله عنه أنه قال للحكمين الذين اختارهما أهل الزوجين: عليكم من الحق إن رأيتم أن تجمعما جمعتما، وإن رأيتم أن تفرقا فرقتما، فرضيت المرأة بذلك ولم يرضى الرجل بإيقاع الفرقة، فقال له علي كذبت حتى ترضى بما رضيت به³.

وجه الدلالة: أن قول الإمام علي رضي الله عنه (كذبت حتى ترضى بما رضيت به) يدل على أنه أجبره على ذلك⁴.

ج- ومن المعقول: لا يمتنع أن تثبت الولاية للحكمين على الزوجين الرشيدين فيوقعان الفرقة عليهما بطلاق أو مخالعة، كما يقضي الدين عنه من ماله إذا امتنع من إيفائه، ويطلق الحاكم على المولى إذا امتنع⁵.

¹ سورة النساء، أية 35

² انظر محمد عlish: شرح منح الجليل، 3/ 550، ابن كثير، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، تحقيق، سامي بن محمد السلامة، ط2 (دار الطيبة للنشر والتوزيع، 1999م) 296/2. ابن قدامة، المغني، 10/ 264

³ الصنعاني، أبوبكر، المصنف، تحقيق، حبيب الرحمن الأعظمي، ط2، (بيروت، المكتب الإسلامي، 1403هـ)، كتاب الطلاق، باب الحكمين، 512/6.

⁴ انظر ابن قدامة: المغني، 10/ 264

⁵ انظر ابن قدامة: المغني، 10/ 264 وما بعدها

• رأي الباحث:

بعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلة كل قول فإنني أميل إلى قول المالكية ومن وآفقهم، وهو أن الحكمين لهما السلطة في التفريق بين الزوجين دون حاجة إلى إذن موافقتهم لقوة الأدلة التي قيلت في هذا القول حيث أنه توافق تماما النص القرآني ولما صار عليه السلف. ولأن اتساع نطاق الشقاق، واستمرار النزاع بين الزوجين، يمنعان من عود الحياة الزوجية كما كانت في الأول، وعليه فإن تعذر الإصلاح، وجب التفريق.

ثالثا: نوع الفرقة بسبب الضرر والشقاق:

ذهب جمهور الفقهاء من الإباضية¹ المالكية، والشافعية في الجديد، والحنابلة، إلى أن فرقة الحكمين هي فرقة طلاق بائن لا فسخ، سواء كانت بعوض، أو من غير عوض². فنلاحظ في هذه المسألة أن المالكية التزموا في نوع الفرقة بما وضعوه من ضابط³. أما الشافعية والحنابلة لم يلتزموا بالضابط الذي وضعوه لأنفسهم في التفريق القضائي بين الزوجين، وهو أن كل ما يوقعه القاضي من تفريق فهو فسخ لا طلاق⁴.

¹ جريا بما وضعوه من قاعدة، ينظر ص. ش. وما بعدها من هذا البحث.

² انظر حاشية الدسوقي، 212/3، السيوطي: الأشباه والنظائر، ص 290، ابن العربي، أحكام القرآن، 1/ 542،

البهوتي: كشف القناع، 5/ 211

³ انظر ص. ش. من هذا البحث

⁴ انظر ص. ش. من هذا البحث

المطلب الثاني: شروط الحكمين وعمل هما قبل التفريق القضائي.

أولاً: شروط الحكمين.

أ- أن يكونا من أهل الزوجين ما أمكن لقوله تعالى ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾¹.

لأنهما إن كانا من أهلهما، كان احتمال الإصلاح أكبر؛ لعلمهما ببواطن الأمور، ووفور شفقتهم عليهما، وحرصهما على مصلحتهما، وهذا باتفاق العلماء².

ب- أن يكونا مسلمين، بالغين، عاقلين راشدين، لأن مهمتهما تحتاج إلى الرأي وإعمال النظر، وكذلك تقوى الله، والأمانة، وعدم إفشاء أسرار الزوجين.³

ت- اشترط المالكية والحنابلة والشافعية في قول أن يكون الحكمان ذكراً؛ لأن عملهما يفترق إلى الرأي والنظر.⁴

ث- اشترط المالكية والحنابلة في الحكمين أن يكونا فقيهين، عالمين بالأحكام الشرعي المتعلقة بالنشوز وضرر الزوجين.⁵

ثانياً: عمل الحكمين.

أ- عمل الحكمين في الإصلاح:

إن المقصود الأصيل من بعث الحكمين، هو إصلاح ذات البين الزوجين⁶. ولقد ذكر الفقهاء طرق كثيرة لإصلاح بين الزوجين وقد ذكر عبد الكريم زيدان في كتابه المفصل بعض الطرق منها:

¹ سورة النساء، أية 35

² انظر ابن الهمام: فتح القدير، 244/4، محمد عlish: منح الجليل، 549/3، الشربيني الخطيب: مغني المحتاج، 261/3

³ انظر حاشية الدسوقي 212/3، الشربيني الخطيب: مغني المحتاج، 261/3.

⁴ انظر حاشية الدسوقي 212/3، الشربيني الخطيب: مغني المحتاج، 261/3، ابن قدامة: المغني، 265/10

⁵ حاشية الدسوقي 212/3، ابن قدامة: المغني، 265/10. محمد عlish: منح الجليل، 549/3

⁶ حاشية الدسوقي 214/3

البحث عن أسباب الشقاق ومعالجة هذه الأسباب لأنه مفتاح الحل والخطوة الأولى للوصول إلى الإصلاح، وذكر طرق معرفة أسباب الشقاق منها¹

أ- أن يخلوا كل من الحكم بطرفه بعيداً عن أنظار الآخرين، وأن يحيط كل من هما بالمحادثات مع صاحبه (الزوج والزوجة) بود والحرص الشديد على مصلحته، وأن يبحث معه أسباب الشقاق برفق ولين.

ب- أن يجتمعا الحكمين وحدهما ويبحثان أسباب الشقاق في ضوء ما سمعه وعرفه كل منهما ثم يحددان مسؤولية كل واحد من الزوجين في الشقاق الذي حصل وما يجب عليه شرعاً لرفع هذه الشقاق، ويستحسن البدء بالترغيب، والنصح والإرشاد، وتقوية الوازع الديني عند كل من الزوجين، من خلال تذكيرهما بتقوى الله، ثم بيان ما على كل منهما من حقوق للآخر وفق ما نصت عليه الآيات والأحاديث الموضوعية، فهذه المعاني، وغيرها مما يناسب الحال، إذا قُدمت بأسلوب رقيق ولطيف، فإنها غالباً ما تترك أثراً في القلوب والنفوس، الأمر الذي يؤدي إلى راب الصدع، وصلاح الحال، وعودة الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه قبل الشقاق.

ب- عمل الحكمين في التفريق:

إذا بذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين ولم يتوصل إلى النتيجة المرجوة جاز التفريق بينهما، ويعد هو السبيل الثاني، والمقصود البديل من بعث الحكمين؛ لما له من سلبيات تعود على الأسرة والمجتمع، فلا يصار إليه إلا إذا تعذر الإصلاح، وأوصد ما بين الزوجين من الأبواب، ودور الحكمين في التفريق جد خطير؛ لأن قرارهما به يعني انفصام عرى الزوجية بالكلية، فقد نص المالكية على أن التفريق يكون بطلقة بائنة² وهو الصحيح عند سماحة الشيخ الخليلي³.

كما يترتب على هذا التفريق آثار تحمل المسيء منهما تبعات مالية جزاء إساءته ويختلف

¹ انظر عبد الكريم زيدان : الفصل 423/8 وما بعدها.

² محمد عlish : منح الجليل، 3/551.

³ الخليلي، أحمد بن حمد، فتاوى النكاح، مرجع سابق، ص 457.

باختلاف الحالات الآتية:

الأولى: أن تكون الإساءة من الزوج وحده، فتطلق عليه زوجته بلا خلع؛ أي بلا مال يأخذانه منها له؛ لظلمه وتعديه، وبناء عليه يكون للمرأة المطالبة بجميع حقوقها المالية؛ كمؤخر الصداق، وتوابع المهر، وكأنه طلقها بإرادته.

الثانية: أن تكون الإساءة من المرأة وحدها، فيأتمناه عليها، ويوصيها بالصبر عليها، وحسن معاشرتها، إن رأيا في ذلك صلاحاً، ولم يطلب الزوج مخالعتها، وإلا خالعا له بنظرهما في مقدار المال، وإن زاد على الصداق، إذا أراد الزوج ذلك، أو تحققت فيه المصلحة.

الثالثة: أن تكون الإساءة من الزوجين معاً، أو يجهل الحال، وفي هذه الحالة إما أن يطلق الحكمان بلا خلع، وإليه ذهب بعض المالكية، أو يخالعا بالنظر في قدر المال، أي بنسبة إساءة كل منهما، وهذا هو ما عليه جمهور المالكية¹.

المطلب الثالث: موقف القانون من التفريق للضرر والشقاق.

جاء في قانون الأحوال الشخصية العماني في مادة (101)

- أ- لكل من الزوجين طلب التطليق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بينهما.
 - ب- على القاضي بذل الجهد لإصلاح ذات البين.
 - ت- إذا عجز القاضي عن الإصلاح وثبت الضرر، حكم بالتطليق مع مراعاة أحكام المادة (107) من هذا القانون.
- ونص المقتن العماني في مادة (102) إذا لم يثبت الضرر، وأستمر الشقاق بين الزوجين، وتعذر الإصلاح، يعين القاضي حكمين من أهليهما إن أمكن، والا فمن يتوسم فيهما القدرة على الإصلاح، ويحدد لهما مدة التحكيم.

¹ حاشية الدسوقي 212/3. محمد عlish : منح الجليل، 549/3.

وفي قانون الأحوال الشخصية القمري نص المقتن في مادة (76) ما نصه:

"تستحق المطالبة بالطلاق من قبل الزوجة إذا ادعت أنها صارت ضحية لتصرفات يتهم بها الزوجة زوجها. إذا ثبتت الوقائع، فالقاضي المختص لا يوقع الطلاق إلا بعد محاولة مصالحة مشمرة.

ويجوز للقاضي أن يمهّل الزوج شهرين على الأكثر لتصحيح سلوكه في هذه المهلة الزوجان يعيشان كما في حالة الطلاق الرجعية"¹.

وذكر كذلك المقتن القمري في مادة (77) الحالات التي تستحق المرأة مطالبة الطلاق منها:

"الحالة السادسة: يقذفها بالإهانات الجسيمة والمتكررة. (يقدر عرفاً)

الحالة الحادي عشر: يضع صحتها في مخاطرة بسبب قراراته (تصرفاته)".

وذكر في هذه المادة، أن "القاضي المختص يحاول أن يصلح بين الزوجين. وفي حالة العجز ينطق بفسخ النكاح رسمياً"².

نلاحظ في هذين القانونين الأمور الآتية: -

- 1- في القانونين أن هما أخذاً بما ذهب إليه المالكية ومن وأفقههم في مشروعية التفريق بسبب الضرر والشقاق، مع محاولة الإصلاح بين الزوجين.
- 2- أعطى قانون الأحوال الشخصية العماني حق طلب التفريق لكل من الزوجين خلافاً لقانون الأحوال الشخصية القمري الذي أعطى الزوجة فقط حق طلب التفريق للزوجة فقط وأهمّل الزوج، وربما السبب أن الزوج هو من لديه حق الطلاق في الأصل، إن شاء طلق وإن شاء لم يطلق، ولا أرى بئساً في هذا لأن حق الطلاق للزوج، أما الزوجة يعطى حق طلب الطلاق من القاضي.
- 3- ركز قانون الأحوال الشخصية القمري في مسألة إعطاء المرأة حق طلب التفريق

¹ مادة (76) قانون الأسرة القمري.

² مادة (77) قانون الأسرة القمري .

بسبب الضرر ولم يذكر قضية الحكمين إلا أنه يحتمل أن يدخل في معنى - محاولة الإصلاح- المذكور في مادتي (76) و (77)، وكما هو معلوم ومشاهد في المجتمع القمري بأن في حالة وجود شقاق بين الزوجين يرسل القاضي المختص حكمين من أهل الزوج والزوجة لمحاولة الإصلاح، وبذل كل ما بوسعهم في معرفة أسباب الشقاق حتى يصلوا إلى الإصلاح.¹

وإذا عجزا عن الإصلاح ينطق القاضي بفسخ النكاح رسمياً، كما هو منصوص في مادة 76 من قانون الأحوال الشخصية القمري.

أما قانون الأحوال الشخصية العماني واضح في هذه المسألة - مسألة الحكمين- فقد نص المقتن العماني بشأنها المواد الآتية:

"مادة (102)

إذا لم يثبت الضرر ، وأستمر الشقاق بين الزوجين ، وتعذر الإصلاح ، يعين القاضي حكمين من أهليهما إن أمكن ، وإلا فمن يتوسم فيهما القدرة على الإصلاح، ويحدد لهما مدة التحكيم.²

"المادة 103"

- أ- على الحكمين تقصي أسباب الشقاق، وبذل الجهد للإصلاح بين الزوجين.
- ب- يقدم الحكمان إلى القاضي، تقريراً عن مساعيها واقتراحاتهما متضمناً مدى اساءة كل من الزوجين أو أحدهما للآخر.³

¹ علي محمد مبريها، قاضي منطقة إتسهيدي بجيني، بلدة فومبوني، جزيرة القمر الكبرى، اتصالاً هاتفياً بيني وبينه، الساعة، التاسعة مساءً، تاريخ، 24-01-2022.

² مادة (102) قانون الأحوال الشخصية العماني

³ مادة (103) قانون الأحوال الشخصية العماني

"المادة 104

للقاضي اعتماد تقرير الحكمين ، أو تعيين حكمين غيرهما بقرار مسبب للقيام بمهمة التحكيم مجددا وفق الإجراءات المذكورة في المادتين السابقتين.¹

"المادة 105

إذا اختلف الحكمان عين القاضي غيرهما أو ضم اليهما حكما ثالثا².

"المادة 106

"إذا تعذر الصلح، واستمر الشقاق بين الزوجين ، حكم القاضي بالتطبيق استنادا إلى تقرير الحكمين".³

هنا نجد أن القانون لم يعطي للحكمين الحق المطلق في التفريق بين الزوجين عملا بما ذهب إليه الحنفية والشافعية في الأظهر وأحمد في إحدى الروايتين، أن الحكمين ليس لهما سلطة في التفريق بين الزوجين إلا أن يكونا وكيلين عن الزوجين. لكن يحكم القاضي التطبيق استنادا إلى تقرير الحكمين. وهذا هو الرأي المعمول في المحاكم الأسرية القمرية ونص على ذلك في مادة 76.⁴

4- ويلاحظ أيضا أن قانون الأحوال الشخصية العماني أخذ بقول الجمهور أن الفرقة الحكمين طلاق بائن لا فسخ، بينما قانون الأحوال الشخصية القمري عمل بضابط الشافعية والحنابلة في التفريق بين الزوجين رغم أنهما خالفا قاعدتهما في هذه المسألة. كما هو منصوص في مادة 76 من قانون الأحوال الشخصية القمري.

¹ مادة (104) قانون الأحوال الشخصية العماني

² مادة (105) قانون الأحوال الشخصية العماني.

³ مادة (106) قانون الأحوال الشخصية العماني.

⁴ انظر مادة (76) قانون الأسرة القمرية

❖ الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات

• أهم النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج.

- 1- المقصود بالتفريق القضائي بين الزوجين: إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناءً على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق، أو بدون طلب حفاظاً لحق الشرع كما إذا ارتد أحد الزوجين.
- 2- أن التفريق بأنواعه مشروع من الكتاب والسنة والإجماع، وهو السبيل الأخير لرفع الضرر الواقع من أحد الزوجين.
- 3- كل فرقة أوقعها الزوج يعد طلاقاً وكل فرقة لم ينطق بها الزوج أو لم يردّها أن تقع ووقعت فالفرقة فرقة فسخ.
- 4- يحق لزوجة الغائب طلب التفريق إذا تضررت من غيابه سنة فأكثر وخشيت على نفسها الضرر، وهو المعمول به في قانوني الأحوال الشخصية العماني والقمري.
- 5- يحق للزوجة طلب التفريق إذا حبس زوجها أكثر من سنة، مع مراعات القاضي طبيعة المجتمع التي تعيشه المرأة وطبيعة حبس الزوج، كما إذا اعتقل بدون حكم.
- 6- يقصد بالمفقود: اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره هل هو حي أم ميت.
- 7- زوجة المفقود لها الحق في مطالبة التفريق إذا خشي على نفسها الوقوع في الفاحشة وهذا بعد مضي سنة فأكثر بعد فقدّه، وتعتد المرأة عدة وفاة.
- 8- لا يجاب المرأة إذا طلبت تطليقها بسبب امتناع الزوج عن الإنفاق وكان له مال ظاهر من جنس النفقة، لأن حصولها على النفقة ممكن بالتنفيذ من ماله الظاهر.
- 9- في حالة إعسار الزوج من النفقة، المرأة لها الحق في طلب التفريق بعد إثباتها ذلك، وبعد إمهال القاضي له فترة من الزمن لإثبات يساره وقدرته على الإنفاق. وفي حالة امتناع الزوج الموسر عن الإنفاق يحق للمرأة طلب التفريق وتجاب بعد

- النصح والإرشاد ولا يجبس فالحبس ترفع الضرر مؤقتاً.
- 10- للمرأة الحق في طلب التفريق بسبب إعسار الزوج من أداء المهر المعجل دون المؤجل وذلك قبل الدخول لا بعده.
- 11- يحق لكلا الزوجين طلب التفريق للعيب لأنه يتضرر به كل واحد منهما، وسد هذا الباب يفضي إلى هدر حقوق الزوجية.
- 12- حصرها وضابط التفريق في العيب هو أن يتحقق فيها غرض التفريق وهو رفع الضرر.
- 13- أن العيوب التي تصاب بها الإنسان كثيرة ومختلفة ومازال تظهر في كل عصر مستجدات في الأمراض ووسائل العلاج، وعليه فالحكم التفريق به يجب أن يرجع إلى القاضي بناءً على تقرير طبية وشهادة الأطباء. وهو المعمول في قانوني الأحوال الشخصية العماني والقمري.
- 14- ميزة التفريق القضائي بسبب العيب عند قانون الأحوال الشخصية العماني والقمري هو تعذر استمرار الحياة الزوجية،
- 15- إذا تحقق ضرر الزوج بزوجه ولم يرجع فالزوجة الحق في طلب التفريق وذلك بعد إثباتها.
- 16- الشقاق يصلح أن يكون سبباً للتفريق بين الزوجين ويحق للزوجة طلب التفريق بسبب الشقاق.
- 17- قانون الأحوال الشخصية العماني واضح في كثير من المسائل خلافاً لقانون الأسرة القمري.

ثانيا: التوصيات:

- 1- ضرورة تحكيم شرع الله في جميع شؤن حياتنا عندها سنصل إلى نسب أقل للطلاق أو التفريق بشكل عام.
- 2- ضرورة وضع مذكرات تفسيرية تفسر القوانين المعمول بها في المحاكم الأسرية القمرية.
- 3- أن القوانين الأحوال الشخصية عموما وقانون الأسرة القمرية خصوصا هو البقية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية فمن واجب طلبة العلم الشرعي والمنتسبين إلى قسم القضاء تطور هذا القانون لأنه يحتاج إلى النظر وإجراء أبحاث ودراسات على أقسامه المختلفة كي تنهض هذه القوانين وتتناسب مع تغيرات لأحوال والأزمان.
- 4- ضرورة شرح قانون الأسرة القمرية
- 5- أقتراح بضرورة وضع مادة مستقلة في قانون لأسرة القمرية بخصوص زوجة المحبوس والمعتقل بدون حكم وزوجة المفقود وتعديل مادة (73) من هذا القانون إلى مادة واضحة في التفريق بسبب عدم الإنفاق مع مراعاة حالة إعسار الزوج ويساره. وكذلك وضع مادة قانونية مستقلة تبين عمل الحكّمين في حالة وجد ضرر وشقاق.
- 6- لقد كثرت التنازع بسبب الإعسار في المهر في هذه الآونة الأخيرة في المجتمع القمري لأمر الذي يشير إلى ضرورة اهتمام القائمين بتقنين قانون لأسرة القمرية بوضع مادة مستقلة للتفريق بسببها.
- 7- ضرورة تعديل مادة (112) من قانون الأحوال الشخصية العماني بمادة تناسب مع زوجة الأسير والمعتقل بدون حكم وكذلك المحكوم عليه بالإقامة الجبرية.

المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم
- الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح ابن ماجة، ط3، (المكتب التربية العربي لدول الخليج، 1998م).
- إبراهيم، عبد الرحمن، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1 (عمان، مكتبة، دار الثقافة، 1999)
- ابن أبي شيبة، أبوبكر عبد الله بن محمد، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، ط1، (الرياض، مكتبة الرشد، 1409هـ)
- إمام، محمد كمال الدين، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1996م)
- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق: محمد علي القطب وهشام البخاري، ط2، (بيروت - المكتبة العصرية، 1998م)
- بدران، بدران أبو العنين الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط. (بيروت - دار النهضة العربية، 1967م).
- البطاشي، محمد، غاية المأمول، في علم الفروع والأصول، (سلطنة عمان - وزارة التراث القومي والثقافة)
- البغوي، أبو محمد الحسين، معالم التنزيل في تفسير القرآن، تحقيق: محمد عبد الله النمر وعثمان جمعة ضميرية، ط4، ج2، (دار طيبة للنشر والتوزيع، 1997م).
- البهوتي، منصور، كشف القناع، تحقيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، ط1 (السعودية، وزارة العدل في المملكة العربية، 2008م).
- البيهقي، أبوبكر، السنن الكبرى، ط. (بيروت - دار المعرفة، 1992م)
- تقى الدين، أبوبكر الدمشقي: كفاية الأخيار، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق، علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهي سليمان، ط1، (دمشق، دار الخير، 1994م).

- ابن تيمية، تقي الدين، مجموعة كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي (مكتبة ابن تيمية)
- الثميني، عبد العزيز، بن الحاج، التاج المنظوم من درر المنهاج المعلوم، ط1، 2000م،
- ابن جزري، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية.
- الجصاص، أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، ط1، (بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1994م).
- الجندي، أحمد نصر، شرح قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان، (مصر- المحلة الكبرى، دار الكتب القانونية، 2008م)
- الجلندي، أحمد نصر، الطلاق والتطليق وآثارهما، (مصر، دار الكتب القانونية، 2004م).
- جماعة من العلماء، الفتاوى الهندية، ط4، (بيروت لبنان، دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ)
- جمهورية القمر المتحدة، قانون الأسرة، المنظم رقم 008-05، تاريخ النشر 03 يونيو 2005م
- الجوهرى، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، (بيروت -دار العلم للملايين، 1987م)
- الجنائني، يحيى بن الخير، كتاب النكاح، (سلطنة عمان معهد العلوم الشرعية)
- الحجاوي، موسى بن أحمد، الإقناع، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، ط. (بيروت، لبنان، دار المعرفة)
- ابن حجر، أحمد، تقريب التهذيب، تحقيق: محمد عوامة، ط1، (سوريا، دار الرشيد، 1986م)
- ابن حجر، أحمد، فتح الباري، تحقيق: عبد العزيز بن باز، (بيروت- دار الفكر، 1991م)
- ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى، بدون طبعة، (بيروت-دار الفكر، بدون تاريخ)

- الخطاب الرعيني، بن محمد بن عبد الرحمن: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق زكريا عميرات، طبعة خاصة، (دار عالم الكتب، 1423 هـ، 2003 م)
- الخرشبي، محمد، شرح الخرشبي، بدون طبعة، (بيروت، دار الفكر للطباعة، بدون تاريخ)،
- الخروصي، سعيد بن خلفان، جوابات الإمام جابر بن زيد، ط2، (سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، 1992م)
- الخليلي، أحمد بن حمد، فتاوى النكاح، ط1، (مسقط-سلطنة عمان، الكلمة الطيبة، 2020م)
- الدسوقي، محمد أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بدون طبعة، (دار الفكر، بدون تاريخ)
- ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط. (القاهرة، دار الحديث، 2004م)
- الرملي، شمس الدين محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (بيروت-دار الفكر، 1994م).
- الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4 (سوريا- دمشق، دار الفكر، بدون تاريخ)
- الزرقاني، محمد، شرح الزرقاني على الموطأ، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، (القاهرة- مكتبة الثقافة الدينية، 2003م)
- الزركشي، محمد بن عبد الله، شرح الزركشي، ط1، (دار العيكان، 1993م)
- الزيلعي، عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، (بولاك، القاهرة- المطبعة الكبرى الأميرية، 1313هـ)
- أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، (القاهرة، دار الفكر العربي)
- زيدان، عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية

- ط3، (بيروت - مؤسسة الرسالة 1998م)
- السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط7، المكتب الإسلامي، 1997م
 - السالمي، نور الدين، جوابات الإمام السالمي، إشراف عبد العال السالمي، إشراف، عبد الله بن محمد السالمي، تنسيق د/ عبد الستار أبو غدة، (ولاية بديّة - سلطنة عمان، مكتبة الإمام السالمي، 2010م)
 - السالمي، نور الدين جوهر النظام في علم الأديان والأحكام، تحقيق: أبو إسحاق إبراهيم الطفيش، (طبعة جريدة منقحة ومصححة 1989م).
 - السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، بدون طبعة، (بيروت، دار المعرفة، 1993م)
 - السرطاوي، محمود علي: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط1، عمان: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1417 هـ، 1997م
 - السعدي المرداوي، علاء الدين أبي الحسن، التنتيخ المشيع، تحقيق: ناصر بن سعود بن عبد الله السلامة، ط1، (السعودية - الرياض مكتبة الرشد ناشرون، 2004م)،
 - سعيد أبا جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ط2، (دمشق-سوريا، دار الفكر، 1988م)
 - سلطنة عمان، قانون الأحوال الشخصية، تاريخ الإصدار 04- يونيو 1997م.
 - السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر ط1، (دار الكتب العلمية، 1983م)
 - الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، ط. (بيروت، دار المعرفة، 1990م)
 - الشربيني، شمس الدين، مغني المحتاج، ط1، (دار الكتب العلمية، 1994م).
 - الشقصي، خميس، منهاج الطالبين وبلاغ الراغبين، ط1، (سلطنة عمان، مكتبة مسقط، 2006م)
 - شوقي علام، إبراهيم، التفريق القضائي بين الزوجين للعلل عند الفقهاء وما عليه قانون الأحوال الشخصية العماني والمصري، دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى ندوة (الفرقة بين الزوجين وآثارها) بكلية الشريعة والقانون بالتعاون مع وزارة العدل، سلطنة عمان نشر

- البحث في المجلة العلمية (روح القوانين).
- الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، تحقيق، عصام الدين الصباطي، ط1، (مصر، دار الحديث، 1993م).
 - الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي (دار الكتب العلمية، بدون تاريخ)
 - الصابوني، محمد علي، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، ط3، (دمشق- مكتبة الغزالي، بيروت، مؤسسة مناهل العرفان، 1980م).
 - الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ط4، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، سنة 1379هـ)
 - الطائي، مصطفى، كنز البيان، (دار الكتب العلمية، 1998م)
 - ابن عابدين، محمد أمين، رد المختار على الدر المختار، ط2، (شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، 1966م)
 - ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، الكافي، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، ط3، (السعودية، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض 1980م)
 - عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني: مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ط2 (بيروت، المكتب الإسلامي، 1403 هـ).
 - عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2 (مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة، 1938م)
 - ابن العربي، محمد، أحكام القرآن، ط3، (بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، 2003م).
 - عقلة، محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، ط1 (عمان: مكتبة الرسالة الحديثة، 1983م)
 - علي حسب الله: الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، (دار الفكر العربي بيروت - بدون تاريخ)
 - على الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، ط1 (القاهرة- دار الفكر العربي،

(2008م)

- علي الزقيلي، التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج، دراسات: مجلة علمية: علوم الشريعة والقانون، العدد 2003/1
- علي محمد مبريها، قاضي منطقة إيتسهدي بجيني، بلدة فومبوني، جزيرة القمر الكبرى، اتصالا هاتفيا بيني وبينه، تاريخ، 24-01-2022.
- العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، ط1، (جدة، دار المنهاج، 2000م)
- العوتي، سلمة بن مسلم، كتاب الضياء، تحقيق: سليمان بن إبراهيم الوردلاني وداود بن عمر الوردلاني، ط1 (سلطنة عمان - وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، 2015م)
- العيني، محمود بن أحمد، البناية شرح الهداية، ط2، (الكويت، مطبعة مقهوي، 1985م)
- العيني، محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، (بيروت - دار إحياء التراث العربي)
- الغمراوي، محمد الزهري، السراج الوهاج على متن المنهاج، (بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر - دون تاريخ)
- الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب: القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، إشراف: محمد نعيم العرقسوسي، ط8، (بيروت - لبنان، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 2005م)
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، ط2، (بيروت: المكتبة العصرية، 1997م)
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني، ط1، (مكتبة القاهرة، 1969م)
- القرافي، شهاب الدين، الذخيرة، ط1، (بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994م)
- القرطبي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، (القاهرة، دار الكتب المصرية، 1964م)
- القطب، محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، ط3 (جدة، مكتبة الإرشاد،

(1985م)

- القليوبي، أحمد سلامة، حاشيتا قليوبي وعميرة، ط. (بيروت، دار الفكر، 1995م)
- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط27، (بيروت - مؤسسة الرسالة، 1994م)
- الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع، ط2، (دار الكتب العلمية، 1976م)
- ابن كثير، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، تحقيق، سامي بن محمد السلامة، ط2 (دار الطيبة للنشر والتوزيع، 1999م).
- الكشناوي، أبو بكر، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، ط2، (بيروت = لبنان، دار الفكر، بدون تاريخ)
- الكندي، سعيد بن أحمد، التفسير الميسر للقرآن الكريم، تحقيق: مصطفى الشريفي ومحمد بابا عمي، ط1، (جمعية التراث بالقرارة، 1998)
- ابن ماجه، أبو عبد الله، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط. (دار إحياء الكتب العربية - بدون تاريخ)
- مالك بن أنس، المدونة، ط1، (دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1415هـ/1994م).
- مالك بن أنس، موطأ الإمام مالك، تحقيق: بشار عواد معروف - محمود محمد خليل، ط1، (بيروت، مؤسسة الرسالة، 1991م)
- مجموعة من المؤلفين، معجم مصطلحات الإباضية، تقديم: عبد الله السالمي، ط2، (سلطنة عمان، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، 2012م).
- الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط1، (بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، 1999م)
- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب: كتاب الأحكام السلطانية، ط1، (بيروت: دار الفكر، سنة 1386 هـ، 1966 م)،
- محمد إصلاح مدوهوما (قاضي دائرة المحاكم الأسرية، مورويني جزر القمر)، اتصالا هاتفيا

بيني وبينه، الساعة 52:10 دقيقة، تاريخ، 9-12-2022.

- محمد عlish : شرح منح الجليل، بدون طبعة، (دار الفكر - بيروت، 1989م).
- محمد يوسف عبده، قاضي محكمة الشرعية، منطقة وشيلي يابواني، بلدة إتسكودي وشيلي، جزيرة القمر الكبرى، إجابة عن سؤال مباشر في مكتبه الخاص. تاريخ 08/03/2023م الساعة العاشرة صباحاً.
- المرادوي، علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، ط1، (القاهرة، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 1995م)
- المرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، (بيروت - لبنان - دار احياء التراث العربي)
- مسلم، ابن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط1، (بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1991م)
- مصطفى الحنّ، مصطفى البغا، علي الشّرّجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ط4، (دمشق، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، 1992م)
- مصطفى، فتحي حسن: دعاوى الطلاق والطاعة للمسلمين وغير المسلمين، ط2، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 1991م)
- أبي المعالي، برهان الدين، محمود بن أحمد، المحيط البرهاني: تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ط1، (دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 1424هـ/2004م).
- المعولي، المعتصم بن سعيد، المعتمد في فقه الطلاق على آراء الشيخين الخليلي والقنوي، (جامعة السلطان قابوس)
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع ط1 (بيروت - لبنان دار الكتب العلمية، 1997)
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، ط3. (بيروت: دار صادر 1414 هـ)
- الميداني، عبد الغني، اللباب، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، (بيروت - لبنان،

المكتبة العلمية).

- النجدي، عبد الرحمن، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ط1، (بدون ناشر - 1397م)
- ابن نجيم، زين الدين، الأشباه والنظائر، ط1، (بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، 1999م)
- ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، (دار الكتاب الإسلامي - بدون تاريخ)
- النسفي، عبد الله بن أحمد، مدارك التنزيل وحقائق التأويل، تحقيق: يوسف علي بديوي، ط1، (بيروت، دار الكلم الطيب، 1998م).
- النووي، يحيى، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ط3 (بيروت - دمشق، المكتب الإسلامي، 1999م)
- النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، (دار الفكر، بدون تاريخ)
- النووي، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض ط1 (دار الفكر، 2005م).
- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة: (من 1404 - 1427 هـ) الأجزاء 1-23: الطبعة الثانية، دار السلاسل - الكويت، الأجزاء 24-38: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة - مصر، الأجزاء 39-45: الطبعة الثانية، طبع الوزارة.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد، فتح القدير، ط1، (مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده 1970م)

فهرس الموضوعات

- أ - الإهداء.....
- ب - شكر وتقدير
- ج - المقدمة:
- د - أولاً: أهمية الموضوع.....
- د - ثانياً: أسباب اختيار الموضوع:.....
- هـ - ثالثاً: الدراسات السابقة:
- و - رابعاً: إشكالية البحث:
- و - خامساً: خطة البحث (تقسيم البحث).....
- ح - سادساً: منهج البحث.
- ط - سابعاً: الصعوبات:
- ي - التمهيد:
- ي - التفريق القضائي مشروعته وأنواعه والآثار المترتبة فيه
- ي - أولاً: مفهوم التفريق القضائي
- ل - ثانياً: مشروعية التفريق القضائي
- ع - ثالثاً: أنواع التفريق القضائي وما يترتب عليها من آثار
- ع - القسم الأول: أنواع التفريق من حيث الجهة التي تملك التفريق وهي أربعة أنواع: - ع -
- ف - القسم الثاني: أنواع التفريق من حيث فرق النكاح وهي نوعان:
- ر - النوع الثاني: الفرق التي تحتاج لوقوعها حكم القاضي وتنقسم إلى فرقتين:
- ش - رابعاً: التكيف الفقهي للتفريق القضائي:.....

- خامسا: موقف قانون الأحوال الشخصية: - ث
- الفصل الأول: التفريق لأسباب تعود إلى الزوج وفيه مبحثين: - 1
- المبحث الأول: التفريق بسبب الغيبة والحبس والفقد: - 2
- المطلب الأول: الغيبة ومشروعية التفريق بسببه: - 2
- أولا: مفهوم الغيبة: - 2
- ثانيا: مشروعية التفريق بسبب الغيبة: - 3
- ثالثا: شروط التفريق بسبب الغيبة: - 6
- رابعا: نوع الفرقة للغياب: - 8
- خامسا: موقف القانون من التفريق للغياب: - 9
- المطلب الثاني: الحبس ومشروعية التفريق بسببه: - 10
- أولا: مفهوم الحبس: - 10
- ثانيا: مشروعية التفريق بسبب الحبس: - 11
- ثالثا: موقف القانون من التفريق للحبس: - 14
- المطلب الثالث: المفقود ومشروعية التفريق بسببه: - 16
- أولا: مفهوم المفقود: - 16
- ثانيا: مشروعية التفريق للمفقود: - 17
- ثالثا: المدة التي تترتب بها زوجة المفقود: - 19
- رابعا: موقف القانون من التفريق للمفقود: - 22
- المبحث الثاني: التفريق بسبب الإعسار بالنفقة والمهر: - 24
- المطلب الأول: التفريق لعدم إنفاق الزوج على زوجته: - 24

- 24 - أولاً: مفهوم النفقة:
- 25 - ثانياً: مشروعية التفريق لعدم إنفاق الزوج على زوجته:
- 25 - في حالة إذا كان الزوج معسراً:
- 31 - شروط التطليق لعدم الإنفاق:
- 32 - في حالة امتناع الزوج الموسر عن الإنفاق:
- 34 - ثالثاً: نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق.
- 35 - رابعاً موقف القانون من التفريق لعدم الإنفاق:
- 37 - المطلب الثاني: التفريق بسبب الإعسار بالمهر:
- 37 - أولاً: مفهوم المهر:
- 38 - ثانياً: مشروعية التفريق للإعسار بالمهر:
- 41 - ثالثاً: شروط التفريق بسبب الإعسار بالمهر:
- 42 - رابعاً: نوع الفرقة بسبب الإعسار بالمهر.
- 43 - موقف قانون الأحوال الشخصية:
- 44 - الفصل الثاني: التفريق لأسباب مشتركة بين الزوجين:
- 45 - المبحث لأول: التفريق بسبب العيوب:
- 45 - المطلب الأول: العيوب ومشروعية التفريق بسببها:
- 45 - أولاً: مفهوم العيوب:
- 45 - ثانياً: أنواع العيب:
- 46 - القسم الأول: العيوب الخاصة بالرجل واشتهر منها ثلاثة:
- 47 - القسم الثاني: العيوب الخاصة بالمرأة، واشتهر منها خمسة عيوب:

- 48 - القسم الثالث: العيوب المشتركة بين الزوجين:.....
- 49 - ثالثا: مشروعية التفريق بالعيب:.....
- 54 - ثالثا: العيوب التي يثبت بها التفريق:.....
- 57 - المطلب الثاني: شروط التفريق بسبب العيوب ونوع الفرقة فيه:.....
- 57 - أولا شروط التفريق بسبب العيب:.....
- 64 - ثانيا: نوع الفرقة بسبب العيب:.....
- 65 - المطلب الثالث: موقف القانون من التفريق للعيوب:.....
- 67 - المبحث الثاني: التفريق بسبب الضرر والشقاق:.....
- 67 - المطلب الأول: الضرر والشقاق ومشروعية التفريق بسببهما:.....
- 68 - أولا: مفهوم الضرر والشقاق:.....
- 68 - ثانيا: مشروعية التفريق بسبب الضرر والشقاق:.....
- 68 - التفريق بسبب الضرر:.....
- 69 - أقوال الفقهاء في التفريق بسبب الشقاق:.....
- 73 - ثالثا: نوع الفرقة بسبب الضرر والشقاق:.....
- 74 - المطلب الثاني: شروط الحكمين وعملهما قبل التفريق القضائي:.....
- 74 - أولا: شروط الحكمين:.....
- 74 - ثانيا: عمل الحكمين:.....
- 74 - عمل الحكمين في الإصلاح:.....
- 75 - عمل الحكمين في التفريق:.....
- 76 - المطلب الثالث: موقف القانون من التفريق للضرر والشقاق:.....

- 80 الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات:
- 80 أولا: النتائج:
- 82 ثانيا: التوصيات:
- 83 المصادر والمراجع:
- 92 فهرس الموضوعات:

تم والحمد لله