أثر العيب فى عقد النكاح
دراسة فقهية مقارنة

إعداد
على أحمد على مرعى
أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن
بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

أوجز هذا البحث إيجازًا أرجو أن لا يكون مخلا – فى تسعة مطالب:

المطلـــــب الأول: آراء الفقهاء فى ثبوت الخيار بالعيب فى عقد النكاح.
المطلـــب الثـــانى: بيان العيب المثبت للخيار
المطلـــب الثـــالث: شرط ثبوت الخيار
المطلـــب الرابـــع: من الذى يثبت له الخيار.
المطلـــب الخـــامس: وقت الخيار.
المطلـــب الســـادس: انتهاء الخيار.
المطلـــب الســـابع: من يملك الفرقة
المطلـــب الثـــامن: نوع الفرقة.
المطلـــب التاســـع: أثر الفرقة.

المطلب الأول
آراء الفقهاء فى ثبوت الخيار بالعيب

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة وبعض الشيعة الزيدية والإمامية إلى ثبوت الخيار بالعيب فى النكاح وخالف فى هذا بعض الفقهاء كالظاهرية.

استدل الجمهور بأن المعقود عليه فى النكاح اباحة الاستمتاع وعيب أحد الزوجين يخل بذلك فكان العقد محتملا للفسخ قياسا على البيع. ونقل الكاسانى إجماع الصحابة على التفريق بين الزوجين بعنة الزوج ولا مانع من أن يقاس على العنة ما عداها من العيوب التى تفوت الأستمتاع أو تخل به[1].

(١) المغنى ٦٥٠/٦ بداية المجتهد ٥٠/٢ البدائع ١٥٢٦/٣ المختصر النافع ص ٢١٠ شرائع الإسلام ٣٠/٣.

واستدل المخالفون بأن عقد النكاح متى استجمع ما أعتبره الشارع لصحته من أركان وشروط كان صحيحاً لازما لم يجز فسخه بالعيب وقصر ابن حزم فسخ عقد النكاح الصحيح على ثمانية أمور وسنتناولها فى حينه[1].

ويجاب عن دليل المخالفين بأن الأصل فى النكاح اللزوم وثبت الخيار لأجل العيب ونحوه استثناء من هذا الأصل لما تقدم فى استدلال الجمهور فلا تنافى.

وابن حزم نفسه يرى ثبوت الخيار فى فسخ النكاح وبقائه لأسباب منها عتق الزوجة ولو كان النكاح لا يقبل الفسخ أصلا ما ثبت مثل هذا الخيار.

والراجح ما ذهب إليه الجمهور لما أخرجه مسلم والنسائى عن الشريد بن سويد قال: كان فى وفد ثقيف رجل مجذوم فأرسل إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ارجع فقد بايعناك[2] ففعله صلى الله عليه وسلم مع ما عرف من عادته من مصافحة من يبايعه دليل على النفرة من مخالطة من به مثل هذا الداء فما بالك بالزوجين يساكن كل منهما صاحبه، وروى الدارقطنى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى فى البرصاء والمجنونة إذا دخل بها فرق بينهما[3].

ثانياً: العيب الذى يثبت به الخيار.

لا خلاف بين من يرى جواز الفسخ بالعيب فى أنه يسيرا لا يخل بالاستمتاع ولا تفوت به مقاصد النكاح ولا أحد الزوجين من صاحبه وسهل على الخالى منها عشرة إلا العيب. لا خلاف أن مثل هذا لا يثبت به الخيار بل يبقى على لزومه.

---

(١) المحلى ١/٦١ - ١٠٩ - ١٤٢.

(٢) البحر الزخار ٣/٩٠.

(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٥٦.

وأختلف الفقهاء فى غير هذا من العيوب

فذهب جمهور القائلين بثبوت الخيار إلى أن العيوب الخيار معلومة على سبيل الحصر فلا يلحق بها غيرها على تلك العيوب.

وذهب البعض كابن القيم والقاضى حسين إلى أن كل عيب الأخر منه لا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة دون تقيد بعدد معين من العيوب[1].

أستدل الجمهور بأنه لا دليل على ثبوت الخيار بغير ما العيوب[2].

ويجاب عن هذا بأنه لا دليل على حصر العيوب ولم لا يثبت الخيار بغير ما ذكره قياسا على ما ذكر العلة موجودة.

واستدل ابن القيم: بأن السلامة من العيوب مقصودة فى وهى مطلوبة للزوجين عادة فكانت كالمشروطة عرفاً. والراجح ما ذهب إليه ابن القيم فإن كثيرا من العيوب التى سكت عنها الفقهاء ما هو أولى بثبوت الخيار مما ذكروه كبعض الأمراض المعدية التى لا شفاء منها وفى هذا يقول العلامة ابن القيم "ومن تدبر مقاصد الشرع فى مصادره وموارده، وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول[3].

وما دمنا قد رجحنا مذهب ابن القيم فى عدم حصر العيوب فى عدد معين نقول: إنه لا يعنى هذا أن يفتح الباب على مصراعيه فيتعلق أحد الزوجين بأخف العيوب خطراً وأقربها زوالا بل ينبغى أن يتحقق فى العيب الذى يثبت به الخيار إلى جانب ما يأتى أحد الضوابط الآتية:

---

(١) زاد المعاد جـ ٤ ص٥٨ والبحر الزخار جـ٣ ص ٦١.

(٢) المغنى جـ ٤ ص ٦٥٢ والبحر الزخار جـ ٣ ص ٦١.

(٣) زاد المعاد جـ ٤ ص ٥٩.

١- أن يكون العيب مما يؤدى إلى نفرة الشخص العادى كالخرس والصم ونحو هذا مما لا يحصل معه مقصود النكاح.

٢ - أن يكون العيب مرضاً يتضرر به الزوج الآخر لنحو عدوى بأن يكون مرضا معدياً بشهادة العدول من أهل الخبرة.

٣ - أن يثبت بشهادة العدول من أهل الخبرة كون العيب مرضا لا يرجى شفاء صاحبه منه أو لا يحصل ذلك إلا بعد مدة طويلة يتضرر بمثلها الزوج الآخر عادة وذلك جرياً على القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية التى عبر عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله "لا ضرر ولا ضرار".

٤ - أن يثبت كون العيب مرضاً يخل بمقصود من مقاصد النكاح ولو بقى إمكان الاستمتاع وذلك كالعقم ونحوه.

وقد يقول قائل: إن هذا لا يتفق مع ما لرباط الزوجية من خطر يقتضى الحفاظ عليه.

ونقول: إن قواعد الشرع العامة تملى إختيار ما اخترناه وما فائدة الابقاء على عقد تعاقد عن تحصيل مقصود من مقاصده أو عاد بالضرر على أحد أطرافه.

فإن قيل: إن الأخلاق الكريمة تقتضى وجوب الاحتمال والصبر. فأقول: نعم ولكن ديانة وورعا إما أن يلزم بذلك قضاء فهذا ما لا تساعد عليه الأدلة الشرعية.

وقد يقال: إن كان العيب قديما كان الآخر مقصرا فى الكشف عنه فيتحمل نتيجة تقصيره وإن كان العيب حادثاً فحسن العشرة يقتضى تحمله.

ونقول: إن من العيوب ما يخفى على مخالط المعيب من الأهل والأقرباء فضلا عن الأجانب ولم يقر أحد بمشروعية التزام الضرر فإن قيل: إن فى الطلاق والخلع مخرجا من مثل هذا.

نقول: قد يكون فى الطلاق ضررا بالزوج فى حالة يكون فيها جديرا بأن لا يضار وقد لا ترضى المرأة بالخلع.

ويمكن أن يقال: إن فى سلوك هذا الطريق تشهيرا وإيذاء بمن قام به العيب.

ونقول: إن إخفاء العيب لمن أقبح التدليس والغش وهذا مناف لروح الشريعة ثم أن ثبوت الخيار بالعيب لا يستلزم التشهير والإيذاء إلا حيث يعاند الطرف المعيب وفى هذه الحالة يكون على نفسه جنى.

المطلب الثانى
آراء الفقهاء فى العيب الذى يفسخ به النكاح

بعد أن بينا رجحان ما ذهب إليه ابن القيم وضعف مأخذ الجمهور نوضح هنا ما سلكه الفقهاء فى عدهم العيوب المثبتة للخيار فنقول:

١ - قد أتفق الذاهبون إلى ثبوت الخيار بالعيب على أن جب عضو الذكورة من العيوب التى يثبت بها الخيار للمرأة لأن الجُب يتعذر معه الوطء وهو من أهم مقاصد النكاح.

٢ - وذهب الأكثرون ومنهم الأئمة الأربعة والإمامية والباقر والصادق وزيد بن على والناصر والنفس الزكية وأحمد بن عيسى المؤيد بالله والإمام يحيى إلى أن من العيوب المثبتة للخيار عِنّه الرجل قياساً على الجُب لتعذر الوطء[1].

(١) البدائع ١٥٢٦/٣ والمهذب ٤٢١/١٥ والمغنى ٦٥١/٦، والمختصر النافع ص ٢١ والبحر الزخار ٦٤/٣.

وخالف فى هذا القاسم والهادى وأبو طالب وأبو العباس من الزيدية واحتجوا بما روى أن امرأة رفاعة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله إنى كنت تحت رفاعة فطلقنى آخر التطليقات الثلاث وتزوجت عبد الرحمن بن الزبير فوالله ما وجدت منه إلا مثل الهدبة فتبسم رسول الله وقال: لعلك تريدين أن ترجعى إلى رفاعة لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك. فقد ادعت المرأة عِنَّه زوجها ولم يثبت لها الرسول الخيار بذلك ولو كانت العِنَّة بما يثبت به الخيار لخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم[1].

أقول: وهذا الاستدلال مردود بأن الحديث فىغير محل النزاع إذ لم تدع المرأة عنة بل ما قالته كناية عن صغر القضيب[2]. وأيضا فإن الرسول صلى الله عليه وسلم عرف منها أنها تريد أن ترجع إلى زوجها الذى طلقها ثالث التطليقات فبين لها أن ذلك لا يجوز حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها هو أو غيره من الأزواج.

وبهذا يتبين أن الراجح ما ذهب إليه الجمهور من اعتبار العنة عيبًا يفسخ به النكاح لأن فى إلزام المرأة بالعقد مع العجز عن الوطء ضررا بها وهو منهى عنه:

٣ - ومن عيوب الرجل التى يثبت بها الخيار للمرأة ذهاب الأنثيين أو إذاها بهما بنحو خصاء عند كثير من الفقهاء منهم الحنفية والمالكية والإمامية وحكاه ابن قدامة عن بعض الحنابلة وحكاه فى البحر الزخار عن الهادى من الزيدية وهو قول للشافعى ووجه هؤلاء أنه عيب منفر لا يطيب معه المقام عادة ثم هو يفضى إلى عدم الانجاب وذلك من مقاصد النكاح.

---

(١) البحر الزخار ٦٤/٣ وسبل السلام ١٣٧/٣.

(٢) البدائع ١٥٢٧/٣.

وخالف بعض الفقهاء فى اعتبار ذهاب الأنثيين عيبا يفسخ به النكاح ومنهم الإمام يحيى من الزبدية وهو الراجح عند الحنابلة والشافعية واستدل هؤلاء بأنه عيب يسهل احتماله ولا يمنع من الاستمتاع[1].

وأقول: إنه عيب يفضى إلى عدم الانجاب كما سبق وهذا من أهم مقاصد النكاح لا يحتمل عادة فيجب إثبات الخيار به[2].

٤ - ومن العيوب التى يثبت بها الخيار أيضاً إذا كان أحدهما خنثى غير مشكل فهذا عيب يثبت به الخيار عند الحنيفة وقول للشافعى ووجه للحنابلة لأن هذا نقص يؤدى إلى النفرة.

وخالف فى هذا المالكية والحنابلة على الراجح من مذهبهم والإمامية والزيدية وهو أظهر قولى الشافعى ووجهتهم فى هذا أنه لا يتنافى مع تحقيق مقاصد النكاح،[3] وهذا ما يتفق مع اختيارنا لمذهب ابن القيم فإن هذا عيب لا يخل بمقاصد النكاح والإمساك معه هو ما يقتضيه الأمر بالمعروف,

٥ - وذهب أكثر القائلين بثبوت الخيار بالعيب إلى أن من العيوب الجذام والبرص والجنون لما فيه من تضرر الطرف الآخر بذلك ولم يخالف فى هذه العيوب إلا أبو حنيفة وأبو يوسف من الحنيفة وحكاه صاحب البحر عن على بن أبى طالب وعبد الرحمن بن أبى ليلى وسفيان الثورى الأوزاعى وأبى الزناد[4].

ووجه عدم اعتبار هذا من العيوب أنه لا يفوت به الاستمتاع لإمكان

---

(١) البدائع ١٥٣٦/٣ وحاشية الدسوقى ٢٧٧/٢ والمختصر النافع ٢٢٠ والبحر الزخار ٦٢/٣ والمغنى ٦٥٢/٦ والمهذب ٤٧٢/١٥.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) ما سبق.

(٤) البدائع جـ ٣ ص ١٥٣٧ والبحر الزخار جـ ٣ ص ٦٠.

الوطء ويناقش هذا بإن للنكاح مقاصد أخرى غير الوطء لا تتحقق مع تلك العيوب.

والراجح ما ذهب إليه الجمهور فهذه عيوب لا يمكن احتمالها ولا يتحقق معها مقاصد النكاح وخاصة أن هذه العيوب منها ما يخشى منه العدوى والانتقال بالوراثة إلى النسل ومنها ما يخاف معه على النفس.

وفى هذا يقول ابن قدامة "فإن الجذام والبرص يثيران نفرة فى النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الأستمتاع والجنون يثير نفرة ويخشى منه الضرر[1].

ومن العيوب المشتركة التى يثبت بها الخيار للرجل والمرأة التغوط أو التبول عند الجماع لما فى هذا من النفرة التى لا تحتمل عادة، وممن قال بهذا المالكية وبعض الزيدية[2].

ولم ير الجمهور ذلك عيبا يثبت به الخيار لأن الضرر فيه يسير والراجح اعتبار هذا عيبا لأنه لا يحتمل عادة كما قلنا وليس الضرر فيه يسيرا وأى ضرر أبلغ من أن يحصل ما يسوء فى هذا الوقت الذى يجب أن يكون وقتا طيبا خاليا عن المنغصات.

٧ - ومن العيوب المشتركة أن يكون للفم ريح كريه لأن الآخر يتأذى بذلك حكى هذا ابن قدامة وجها للحنابلة وحكاه فى البحر الزخار عن بعض الزيدية وحكى ابن رشد عن المالكية للخلاف فى اعتبار هذا عيبا مثبتا للخيار والمشهور عندهم عدم اعتباره[3] وبه قال أكثر فقهاء المذاهب وهذا هو الذى نرجحه لأن التضرر بهذا يحتمل عادة ثم إنه يمكن تفاديه فيمتنع الإيذاء والنفرة وما دام هذا لا يؤدى إلى النفرة فلا يثبت به الخيار.

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ٦٥١.

(٢) حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٧٧ والبحر الزخار جـ٣ ص ٦١.

(٣) المغنى جـ ٦ ص ٦٥٢ والبحر الزخار جـ ٣ ص ٦١ وبداية المجتهد جـ٢ ص ٥٠.

٨ - ومن العيوب أيضا ما ذكره ابن قدامة - الباسور والناصور[١] - والجمهور لا يعد ذلك عيبا موجبا للخيار وهذا هو الراجح لأنه يمكن علاجه وليس بداء مستعص ثم أن ضرره قاصر على صاحبه لا يتعداه إلى غيره من الطرف الآخر فلا يسوغ له خيار بهذا.

٩ - ومن العيوب المشتركة العقم وقد حكى ابن قدامة فى المغنى عن الحسن البصرى أنه عيب يثبت به الخيار[٢].

وأما غيره فلم يعتبره عيباً.

وأقول إن الراجح اعتباره عيباً لأنه كما قلنا يخل بمقصود النكاح فالمقصود الأصلى من النكاح حفظ النسل وتكاثره "تناحكوا تناسلوا فإنى مباه بكم الأمم يوم القيامة" وعيب هذا شأنه يجب أن يعتبر فى إثبات الخيار.

أما قول ابن قدامة أن هذا عيب لا يعلم فمردود بأن العادة جرت بأن تلد المرأة التى من شأنها أن تلد بعد فترة تلد مثلها فيها فى الغالب فإذا لم يتحقق هذا غلب على الظن عدم إنجابها فيثبت لزوجها الخيار بعد هذه الفترة وبعد أن يتحقق أن المانع منها وهذا يمكن تحديده فى عصر العلم كما يمكن تحديد قدرة المرأة على الإنجاب وعدمها.

وما قيل فى المرأة يقال فى الرجل.

١٠ - يرى المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية وبعض الزيدية أن عيب الفرج فى المرأة يثبت الخيار وإتفق هؤلاء على أن الرتق والقرن من العيوب المثبتة للخيار لأنهما يحولان دون الوطء وهو من مقاصد النكاح المعتبرة شرعاً.

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ٦٥٢.

(٢) المرجع السابق.

واختلفوا فيما سوى هذين من عيوب الفرج.

فيرى المالكية أن العفل والإفضاء والبخر من عيوب الفرج التى يثبت بها الخيار لأنها تمنع لذة الاستمتاع[1].

ووافقهم الحنابلة فى الإفضاء والعفل وكذا البخر فى وجه ومن الحنابلة من يرى أن القروح السيالة فى الفرج توجب الخيار لأنها تؤدى إلى النفرة[2].

ووافق الإمامية فى الإفضاء وبعض الزيدية فى العفل والبخر، أما الحنفية فلم يثبتوا الخيار بشئ من عيوب الفرج عند المرأة لأن الرجل إن تأذى من ذلك فى وسعه رفع الأذى بالطلاق[3].

ولسنا نوافق الحنفية فى هذا لما فى الطلاق من ضرر بالرجل.

وقد يقول الحنفية: إذا لم يفسخ النكاح بالموت فأولى ألا يفسخ بمثل هذه العيوب.

ونحن نمنع أن النكاح لا يفسخ بالموت ولو سلم ففرق بين الموت والعيب حيث يؤدى الموت إلى إنهاء العشرة فلا يتجدد ضرر بالمخالطة بخلاف العيب.

---

(١) حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٨٧.

(٢) المغنى جـ ٦ ص٦٥١ والرتق إنسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن الجماع معه إلا أنه إذا أنسد بلحم أمكن علاجه وإذا إنسد بعظم لم يمكن علاجة عادة.
والقرن شئ يبرز فى فرج المرأة يشبه قرن الشاه يكون من لحم غالبا فيمكن علاجه وتارة يكون من عظم فلا يمكن علاجه، والعفل لحم يبرز فى قبل المرأة ولا يسلم غالبا من رشح وقيل إنه رخوة فى الفرج تحدث عند الجماع، والإفضاء اختلاط مسلكى الذكر والبول أو الغائط راجع الشرح الكبير جـ ٣ ط ٢٧٨، والبخر نتن الفرج.

(٣) الهداية جـ ٢ ص ٢٧.

لكنا نرى أن يشهد أهل الخبرة بأن هذا الداء لا يمكن الشفاء منه فإذا كان هذا أعطينا للزوج الحق فى الخيار وهذا فى نظرى فى غير البخر فإنه داء لا يمنع الاستمتاع ولا يتأذى به الطرف الآخر أما ما عداه فيمنع الاستمتاع وما كان هذا شأنه كان سبباً فى إثبات الخيار.

١١- ويرى الإمامية أن من العيوب المثبتة للخيار فى المرأة كونها عمياء أو مقعدة لأن مثلها لا يحسن القيام بواجبات الزوجية[١] ولم ينص عليه أحد غيرهم.

١٢ - وحكى ابن رشد عن أصحاب مالك خلافا فى السواد والقرع لأنهما يبعثان على النفور والمشهور عندهم كما يقول شارح التحفة أن ذلك ليس بعيب موجب للخيار وهو ما ذهب إليه الجمهور لأن هذا لا يخل بالاستمتاع ولا تفوت به مقاصد النكاح[٢].

المطلب الثالث

شرط ثبوت الخيار

اشترط الذاهبون إلى إثبات الخيار بالعيب شروطا لابد منها لثبوت الخيار شرعا أهمها ما يلى.

١ - أن يكون العيب مما يثبت بمثله الخيار على التفصيل الذى ذكرناه فيما تقدم عند الكلام على العيوب.

٢ - ألا يكون الطرف الآخر على علم بالعيب عند النكاح لأنه إذا أقدم عليه مع عمله بالعيب كان دليلا على قبوله ورضاه به فيكون مسقطا لحقه[٣].

---

(١) المختصر النافع ص ٢١٠.

(٢) شرح التحفة جـ ١ ص ١٧٣ وبداية المجتهد جـ٢ ص ٥٠.

(٣) البدائع ١٥٢٣/٣ والدسوقى ٣٧٧/١ وحاشية قليوبى ٣٦١/٣ والمغنى ٦٥٤/٦ البحر الزخار ٦٣/٣.

٣ - ألا يرضى الزوج الآخر بعد علمه به لأن الخيار شرع لحظه ولا حرج على الإنسان فى أن يتنازل عن حقه.

٤ - أن تمضى مدة يحكم العقل فيها بعدم ذهاب العيب بعدها وهى مقدرة بسنة فى العنة ويكاد ذلك يكون إجماعا حيث يقول الشافعى، ولم أحفظ عن من لقيته خلافا فى أن تؤجل إمرأة العنين سنة[١].

ولم أر لأحد من العلماء خلافا فى هذا إلا ما نقله ابن قدامة عن الحارث ابن أبى ربيعة فى أنه أجل رجلاً عشرة أشهر[٢]. ونقله الكاسانى عن عبد الله بن نوفل.

ولعل هذا لما ظهر لهما من إنكشاف حالة فلا يعد هذا خرقاً للإجماع[٣].

وقد ذهب شيخنا الدردير إلى أنه إذا ادعى الرجل الوطء فى المدة بعد ضرب الأجل صدق بيمينه فإن نكل حلفت المرأة وفرق بينهما قبل تمام السنة[٤].

أقول ولعل هذا راجع إلى معاملته بنقيض مقصوده فقد إدعى عليها دعوى لا برهان له عليها وامتنع عن إثباتها بيمينة فيفرق بينهما قبل تمام السنة لأن نكوله مع دعواه دليل على عجزه الكامل.

أما غير العنة فقد قاسه بعض العلماء على العنة فى السنة فى التأجيل سنة والبعض جعله موكلا لرأى القاضى يضرب المدة بحسب اجتهاده وما يغلب على ظنه من ذهاب العيب فيها.

وهذا هو الذى نرجحه لأن غير العنة لم يثبت فيه إجماع ولم ينقل فيه نص فوكل إلى اجتهاد الإمام.

---

(١) الأم جـ ٥ ص ٣٨.

(٢) المغنى جـ ٦ ص ٦٦٩.

(٣) البدائع جـ ٣ ص ١٥٢٩.

(٤) الشرح الكبير ٢/٢٨٢ وهو مذهب المدونة وهو المعتمد عندهم وفى الموازية أنه إذا كل يبقى لتمام السنة ثم يطالب بالحلف فإن فكل فرق بينهما، حاشية الدسوقى ٢/٢٨٢.

إبتداء المدة:

وإبتداء المدة من حين الترافع إلى القضاء عند الحنفية والحنابلة لأن عدم الجماع قد يكون لعجز وقد يكون لغيره من كراهية ونحوها وعند تأجيل القاضى فالظاهر أن الامتناع إنما هو العجز خشية لحوق العار[1].

والمشهور عند المالكية أن المدة تبدأ من يوم الحكم أو من يوم التراضى وإلى إبتداء المدة من يوم الحكم ذهب الشافعية على ما نقله الكثيرون منهم ووجه ذلك أن المدة مجتهد فيها لثبوتها باجتهاد عمر رضى الله عنه فيتوقف ثبوتها على ضرب الحاكم فلو ثبتت قبل ضرب الحاكم لكانت ثابتة غير ثابتة[2].

ويرى الشيخ زكريا الأنصارى فى شرح التحرير أن المدة تبدأ من يوم ثبوت العيب وهذا يثبت بالاقرار عند القاضى أو عند شاهدين ويشهدان بذلك عند القاضى ويثبت كذلك باليمن المردودة[3].

والذى يترجح عندى ما رآه الحنفية ومن معهم من بدء المدة من يوم الترافع لأن إجراءات التقاضى قد تطول وفى هذا ضرر على الطرف الآخر والإسلام حريص على رفع الضرر.

وأما كونها مدة مجتهد فيها فتحتاج إلى ضرب الإمام فعلى التسليم به أقول.

لكن إحتسابها يكون من يوم الترافع فيحكم القاضى بها معتبراً لها من ذلك التاريخ.

---

(١) بدائع الصنائع ٥٣٠/٣ والمغنى ٦٦٩/٦.

(٢) شرح التحفة ١٧٠/١ وحاشية الدسوقى ٢٨٢/٢.

(٣) المهذب جـ ١٥ ص ٤٣٤ وشرح الجلال على المنهاج جـ ٣ ص ٢٦٤ والبيجرمى على النهج جـ ٣ ص ٤٢٦ وشرح التحرير جـ ٢ ص ٢٨٣.

ولا يقال أن المدة قبل ضرب القاضى ثابتة وغير ثابتة لأن الطرف الذى وقع عليه الضرر إذا قام إلى القاضى يطلب التفريق فقد أثبت حقه فى الفسخ فيثبت وبهذا تكون المدة بعد الترافع وقبل الحكم ثابتة يقينا.

وأما كلام شيخ الإسلام فهو مؤكد لما سبق فالقاضى حين يحكم بالمدة لا يحكم بها إلا بعد بينة من إقرار أو شهود أو يمين مردودة وما قبل هذا إذا لا يكون معتبرا والطرف الذى وقع عليه الضرر لا يقوم باثبات العيب لدى شهود أو عند القاضى إلا إذا نوى استعمال حقه فى الفسخ ولا يكون ذلك إلا بالترافع فالمعتبر إذا هو يوم الترافع إلى القضاء.

ومما تقدم نرى أن الحنفية والحنابلة والشافعية يوجبون فى إثبات خيار العيب وضرب المدة الرفع إلى القاضى وصدور حكمه بضرب المدة لأنها مجتهد فيها فلابد من حكم الحاكم.

ويضيف المالكية إلى هذا التراضى بين الزوجين على ضرب المدة[1].

أقول: وهذا لا بأس به لأنهما إذا ترافعا إلى الحاكم وأقر عنده أنه قد مضت مدة سنة ولم يزل العيب فالاقرار سيد الأدلة كما يقولون فسيحكم الحاكم حسب إجتهادة إذا رأى ان المدة التى مضت على تراضيهما كافية لازالة العيب وإلا زاد عليها بما يغلب على ظنه زوال العيب فيها.

٥ - ويشترط أيضا للفسخ بالعيب أن يكون المرض مستحكما وممن ذهب إلى اشتراط هذا الشرط الشافعية فى الجذام والبرص[2] واشترط المالكية فى الجذام أن يكون محققا وفى البرص أن يكون كثيرا إن حدث بعد العقد.

---

(١) الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٨٢.

(٢) واختلفت عبارات الشافعية فى المراد من الاستحكام فاختلفت لذلك انظارهم فى اشتراطه والمعتمد كما نقله القليوبى اشتراطه، والمراد بالاستحكام فى البرص إلا يقبل العلاج وفى الجذام الاسترداد مع قول أهل الخبرة.

٦ - ويشترط كذلك أن يكون العيب قديما أى موجودا بصاحبه عند النكاح فإن حدث بعده فلا خيار به وممن ذهب إلى إشتراط هذا الحنفية والإمامية وحكاه ابن قدامة عن بعض الحنابلة وصاحب البحر الزخار عن بعض الزيدية وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية فى بعض العيوب.

ووجه إشتراطه أن النكاح عقد لازم فلا يتأثر لزومه بحدوث العيب كالعيب الحادث بالمبيع بعد القبض.

وهذا غير مستقيم لأن البيع يرد على العين والنكاح بخلافه بل هو بالاجارة أشبه لأنه يرد على منافع البضع والإجارة يثبت فيها الخيار بالعيب الحادث فكذا النكاح[١].

وذهب جمهور الحنابلة والشافعية والزيدية إلى عدم أشتراط هذا الشرط ووافقهم المالكية فى بعض العيوب، ووجهتهم فى هذا أن حقيقة العيب لا تختلف بالحدوث والقدم فيثبت الخيار بالعيب الحادث كما يثبت بالعيب القديم وهذا هو الذى نرجحه لتحقق المعنى المقتضى الخيار فى كل[٢].

---

(١) الدر المختار جـ ٢ ص٦٠٩ والمغنى جـ ٦ ص ٦٥٣ والبحر الزخار٨٥ جـ ٣ ص ٦٢ والمختصر النافع ص ٢١١.

(٢) المغنى جـ ٦ ص ٦٦٣ والمهذب جـ ١٥ ص ٤٢٢ والبحر الزخار جـ ٣ ص ٦٣ وحاصل مذهب المالكية فى هذا أن الجنون إن لم يؤمن معه الأذى يثبت به الخيار للمرأة مطلقاً وإن أمن أذى المجنون فإن كان الجنون سابقا على العقد ثبت به الخيار لكل واحد من الزوجين مطلقا وإن حدث بعد العقد ففيه طرق الأولى يثبت به الخيار للمرأة حصل دخول أولا ولا يثبت به الخيار للرجل، والثانية إن حدث الجنون للرجل قبل الدخول ثبت للمرأة الخيار وإن حدث بعده فلا خيار، الثالثة يثبت الخيار بالجنون مطلقا بالرجل أو بالمرأة قبل الدخول أو بعده، الرابعة لا يثبت الخيار بالحادث بعد العقد مطلقا وأما الجذام فإن كان محققا ثبت به الخيار للمرأة مطلقا قبل العقد أو بعده، يسيرا أو فاحشا ويثبت به الخيار للرجل إن كان سابقا على العقد دون الحادث بعده. وأما البرص فيثبت به الخيار للمراة إن كان قبل العقد ولو يسيرا وكذا إن حدث بعد العقد على المعتمدان كان كثيرا وللرجل الخيار به أن كان قديما، وأما التبول والتغوط

٧ - سلامة الطرف الآخر عن العيب فإن كان هو الآخر معيبا فلا خيار له لاستواء الزوجين فى هذه الحالة واشترط هذا الحنفية وكذا الحنابلة والشافعية فى رأى مرجوح. والصحيح عند الشافعية أن العيب إذا عم الزوجين لم يبطل الخيار وهو الراجح عند المالكية وإليه ذهب بعض الزيدية[1].

ووجه ذلك أن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه ثم إن العيب الموجب للخيار موجود يثبت به الخيار: وهذا هو الذى نختاره لوجود سبب الخيار فلابد من القول به.

=عند الجماع وكذلك عيوب الفرج الخاصة بالمرأة فيثبت بها الخيار للرجل إذا كانت قديمة وأما العيوب الخاصة بالرجل فإن حدث واحد منها بعد الوصول ولو مرة فلا يثبت للمرأة خيار ما لم يتسبب الرجل عمدا فى أصابة نفسه بالعيب.

واجع حاشية الدسوقى ٣٧٨/٢ وحاشية العراقى على شرح ابن سوده ١٧٢/١.

وحاصل مذهب الشافعية أن العيب أن كان سابقا على العقد ثبت به الخيار لكل من الزوجين ومثله العيب الحادث بالرجل وكذا الحادث للمرأة على الجدير وهو الصحيح عندهم وفى القديم لا يثبت الخيار للرجل بعيب المرأة الحادث لأنه يملك الطلاق وأستثنوا من عيوب الرجل العنة وقالوا إذا جامع الرجل زوجتة ولو مرة ثم عن لم يثبت لها خيار بذلك لأن اليقين لا يزول بالشك ولحصول مقصود النكاح من تقرير المهر والحصانة ولم يبق إلا التلذذ وهو شهوة لا يجبر الزوج عليها مع إحتمال عنته للزوال.

ونحن لا نوافق الشافعية على هذا لأن الأعفاف لا يحصل مع العنة الحادثة وإلى ثبوت الخيار بالعنة الحادثة ذهب أبو ثور فيما حكاه عنه ابن قدامة حاشية عميرة جـ ٣ ص ٢٦٣ والمهذب جـ ١٥ ص ٤٢٢ والمغنى ٦٧٢/٦.

ونحن نرى أن هذه تفرقة لا اساس لها بين الحادث والقديم فى أى عيب من العيوب ونرفض هذه التفرقة بينهما.

(١) الدار المختار جـ ٢ ص ٦٩ والمغنى جـ ٦ ص ٦٩٣ وشرح الجلال على المنهاج جـ ٣ ص ٢٦٢ والمهذب جـ ١٧ ص ٤٢٢ والشرح الكبير جـ ص ٢٧٧ والبحر الزخار جـ ٣ ص ٦٢.

المطلب الرابع
من الذى يثبت له الخيار

الأصل أن الخيار حق للطرف الذى يتضرر بالعيب والجمهور ومنهم المالكية والشافعية الحنابلة والزيدية والأمامية على أن الخيار يثبت لكل واحد من الزوجين بعيب الأخر.

وذهب الحنفية إلى أن الخيار إنما يثبت للمرأة بعيب الرجل ولا يثبت للرجل بعيب المرأة لأن الطلاق بيده فيمكنه رفع الضرر بالطلاق[1].

استدل الجمهور: بأن المعنى الذى من أجله ثبت الخيار للمرأة بعيب الرجل متحقق عند وجود العيب بالمرأة فيثبت به الخيار للرجل كما ثبت لها الخيار بعيبه بدون فرق.

وما ذكره الحنفية مردود فإن الرجل وإن كان الطلاق بيده إلا أنه بإستعمال حقه فى الطلاق يحمل نفسه غرما لم يتسبب فيه فوجب اعطاؤه حق الفسخ تفاديا لهذا الغرم. والله أعلم.

---

(١) ما سبق مع البدائع جـ ٣ ص ١٥٣٨.

المطلب الخامس
وقت الخيار

من الفقهاء من يرى أن هذا الخيار يثبت لصاحب الحق فيه على التراخى فله أن يستعمله متى شاء وممن ذهب إلى هذا الحنفية وأكثر الحنابلة[1] وفريق آخر يرى أن الخيار هنا على الفور ومن هؤلاء الإمامية والقاضى من الحنابلة والصحيح من مذهب الشافعية وهو ما ذهب إليه المالكية[2].

استدل أصحاب المذهب الأول: بأن الخيار هنا ثبت لدفع ضررمتحقق فكان على التراخى كخيار القصاص[3].

واستدل أصحاب المذهب الثانى: بأن هذا الخيار سببه العيب فيكون على الفور كخيار العيب فى المبيع[4].

وقد نوقش هذا بأن مورد العقد فى كل من البيع والنكاح مختلف فلا يستقيم قياس أحدهما على الآخر فى هذا المعنى.

والراجح ما ذهب إليه الأولون لما يحتاج إليه الأمر من التروى فى كثير من الحالات:

وعلى هذا يثبت الخيار لصاحب الحق فيه من وقت أن يعلم بالعيب ولا يتقيد بمدة محدودة فلوسكت ولم يطالب بحقه زمانا أو طالب ثم سكت لم

---

(١) ما سبق مع المغنى جـ ٦ ص ٦٥٤.

(٢) المختصر النافع ص ٢١١ والمهذب جـ ١٥ ص ٤٢٨ وحاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٦٧.

(٣) المغنى جـ ٦ ص ٦٥٤.

(٤) المهذب جـ ١٥ ص ٤٢٨.

يسقط حقه فى الخيار سواء قبل الرفع إلى القضاء أو بعده لأن هذا قد يكون رجاء لزوال العيب.

واستثنى الحنفية من هذا الخيار بعد تخيير القاضى فقالوا أن الخيار حينئذ يكون فوريا والمراد بالفورية هنا تقييد الخيار بمجلس التخبير فإذا انتهى دون اختيار فلا خيار بعد ذلك قياسا على من خيرها زوجها.

وهذا استثناء صادف موقعه لأن منصب القاضى فصل الخصومة فإذا خير القاضى الزوج كان ذلك على الفور حتى لا يكون هناك مجال لخصومة بعد ذلك فإما أن يستقر النكاح وأما أن يرفع بالفسخ ولا ثالث لهما فيجب القول به.

المطلب السادس
انتهاء الخيار

بينا فيما مضى أن من العلماء من يشترط الفور فى ثبوت الخيار وبعضهم يثبت الحق فيه على التراخى وبناء على هذا القول نقول: أن يشترط الفور يرى أن الخيار ينتهى بمجرد أن يتمكن من الرفع إلى الحاكم ولم يرفع وكذا إذا رضى بالعيب بقوله أو فعله أما من يثبت الخيار على التراخى فإنه لا ينتهى هذا الخيار إلا بالرضى بالقول أو الفعل.

والجميع متفقون على أن امرأة العنين لو مكنت من نفسها راجية زوال العنة فهذا لا يسقط حقها فى المطالبة بالفسخ[1].

(١) البدائع جـ ٣ ص ١٥٣٥ والغنى جـ ٦ ص ٦٥٤ وحاشية الدسوقى ٢/٢٧٧ وحاشية قليوبى جـ ٣ ص ٢٦٥.

المطلب السابع
من يملك التفريق

وبعبارة أوضح هل يحتاج التفريق بالعيب إلى حكم الحاكم أو يمكن أن يستقل به صاحب المصلحة؟

وللعلماء فى هذا مذهبان:

المذهب الأول: وهو ما ذهب إليه الإمامية والزيدية من أنه لا يتوقف التفريق بالعيب على حكم الحاكم وذلك قياساً على فسخ البيع بالعيب فإنه يستقل به المتبايعان[1].

وأقول: إن هذا قياس مع الفارق فإن البيع الحق فيه للمتعاقدين وحدهما فلهما أن يمضياه أو يفسخاه بالعيب أما النكاح فيترتب على فسخه حق لكل من الزوجين وحق الله تعالى وهذه لا توكل إلى آحاد الأفراد إنما يتولاها الحاكم يحكم فيها حسبما يؤدى إليه اجتهاده.

المذهب الثانى: ما ذهب إليه الجمهور من أصحاب المذاهب الأربعة وغيرهم يقولون إن الفسخ بالعيب يتوقف على القضاء[2].

واستدلوا على هذا بأن التفريق مبنى على أمر خفى وهو العيب وما يتعلق به ولذا اختلفت الآنظار فيه فتوقف على القضاء رفعاً للخلاف.[3] وهذا كلام مستقيم لا اعتراض عليه ولذا فنحن نختاره.

---

(١) المختصر النافع ص ١١ والبحر الزخار ٦٣/٣.

(٢) شرح المحلى على المنهاج ٢٦٤/٣، والمغنى ٦٥٤/٦، ورد المحتار ٢١٦/٢ والدسوقى جـ ٢ ص ٢٨٣.

(٣) رد المحتار ٣١٦/٣.

من يوقع الفرقة:

وبعد اتفاق كلمة الجمهور على أنه لابد لإثبات الخيار من الرفع إلى الحاكم قد اختلفوا فيمن يوقع هذه الفرقة هل يوقعها الحاكم أو يوقعها صاحب الحق فى ثبوت الخيار بعد أمر الحاكم له.

أقول إجابة عن هذا:

أن الحنفية: وخيار العيب عندهم للمرأة يرون أن يعرض القاضى على الرجل الطلاق فإن طلق فيها أبى فرق القاضى بينهما وهذا هو اختيار صاحب الدر والهداية ونقله الكاسانى عن الكرخى.

غير أن الكاسانى نقل عن القاضى ما يخالف هذا حيث جعل اختيار المرأة فرقة فى ظاهر الرواية إذا أبى الرجل الطلاق ولا حاجة إلى تفريق القاضى.

وجه الرأى الأول: أن الفرقة طلاق والمرأة لا تملكه.

ووجه الرأى الثانى: أن تخيير القاضى للمرأة تفويض منه أمر الطلاق إليها فكان اختيارها الفرقة فى معنى تفريق القاضى[1].

أما المالكية: فيقولون أن كان الخيار للرجل بأن كانت المرأة هى المعيبة استقل الرجل بايقاع الفرقة بعد تخيير القاضى له وإن كان الخيار للمرأة فبعد أن يخيرها القاضى يعرض على الرجل الطلاق فإن طلق فالأمر ظاهر وإلا فقولان عندهم: أحدهما يطلق القاضى والثانى يأمرها بايقاع الطلاق ثم يشهد على ذلك ورجح الأخير جمع من المالكية[2].

أما الشافعية: فيقولون: إن كان الخيار للرجل استقل بايقاع الفرقة بحضرة القاضى وكذا المرأة إن ثبت لها الخيار وقيل تحتاج إلى إذن القاضى لها بايقاع الفرقة[3].

---

(١) البدائع جـ ٣ ص ١٥٣٣. والدر المختار جـ ٢ ص ٦١١، والهداية جـ ٢ ص ٢٦.

(٢) الشرح الكبير ٢/٢٨٢ - ٢٨٤.

(٣) شرح المنهاج للمحلى ٣/٢٦٤ وشرح المنهج ٣/٢٧٤.

أما الحنابلة: فيرون أن الفرقة تحتاج إلى حكم القاضى وأمرها موكول إلى نظره إما أن يوقعها أو يردها إلى من ثبت له الخيار[1].

هذا تلخيص للمذاهب فى هذه المسألة ونحن قد رجحنا أن تكون الفرقة إلى الحاكم لأنها من المسائل الاجتهادية لابد من نظر الحاكم وإصدار حكمه فيها.

فنحن هنا نرى أن ما ذهب إليه الحنابلة أولى بالقبول لأن أمر هذه الفرقة موكول أولا وأخيراً إلى نظر الحاكم فهو الذى يقدر العيب ويقدر المدة وغير ذلك مما يتقدم الفسخ فإذا ثبت عنده العيب وتحققت شروط الفسخ به أوقع الحاكم أو وكل أمرها إلى أحد الزوجين فالحاكم هو صاحب الحق الأول فى هذه المسألة.

(١) المغنى ٦/٦٥٤ - ٦٦٩.

المطلب الثامن
نوع الفرقة

أكثر الفقهاء ومنهم الشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية على أن الفرقة بالعيب من قبيل الفسخ.

استدل الشافعية ومن معهم بأن الفرقة إما باختيار الزوجة أو بسببها فتكون راجعة إليها فتكون فسخا[1].

وأيضا فإن هذا الخيار ثبت لأجل العيب فكان فسخا كفسخ المشترى لأجل العيب[2].

وذهب الحنفية والمالكية إلى أنها طلاق.

استدل الحنفية بأن سبب الفرقة يرجع إلى جهة الرجل لأن الله تعالى قد أوجب عليه الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان واستبقاء النكاح مع العيب واختيار- التفريق ليس من الامساك بالمعروف فى شئ فيتعين على الرجل التسريح بالاحسان فإذا امتثل وطلق بنفسه فيها وإلا قام القاضى مقامه فى ذلك[3].

أما المالكية فيقولون أن هذه الفرقة فرقة بطلاق لأنها من المختلف فيها عند العلماء والقاعدة عندهم أن ما كان مختلفا فيه فالفرقة فيه بطلان وما كان مجمعا عليه فالفرقة فيه فرقة فسخ.

والفرقة عند الحنفية والمالكية فرقة بطلاق بائن لأن المقصود من التفريق تخليص الزوجة من زوج لا يتوقع منه ايفاء حقها فكانت الفرقة دفعا للظلم والضرر وهذا لا يحصل إلا بالبينونة وإلا راجعها الزوج فلا يحصل المعنى المقصود من التفريق[4].

---

(١) شرح المحلى على المنهاج ٣/٢٨٥.

(٢) المغنى جـ ٦ ص ٦٦٩.

(٣) البدائع جـ ٣ ص ١٥٥٧/ ١٥٢٧.

(٤) البدائع جـ ٣ ص ١٥٣٤ والشرح الصغير جـ ٢ ص ١٠١.

والذى يقوى فى نظرى هو ما ذهب إليه الشافعية ومن معهم من جعل هذه الفرقة فسخا لا طلاقا لأن هذه الفرقة منسوبة إلى المرأة فإنه إن كان العيب فى الرجل فهى المختارة الفسخ وإن كان العيب فيها فهى المتسببة فى الفسخ وهذا يرجح أن تكون فسخا.

المطلب التاسع
ما يترتب على هذه الفرقة

أهم ما يترتب على رفع النكاح المهر والعدة والنفقة ونذكر فيما يلى أثر هذه الفرقة على تلك الأشياء.

أولا - المهر:

اتفق العلماء على أنه إذا وقعت الفرقة بعد الدخول[1] كان للمرأة المهر كاملا في هذه الحالة.

أما كونه المسمى أو مهر المثل فقد وقع فى هذا الخلاف بينهم.

فيرى الحنفية والمالكية والزيدية والإمامية وهو الراجح عن الحنابلة أن الواجب هو المسمى فى العقد ووافقهم الشافعية فى الأصح أن فسخ النكاح بعيب حادث بعد المسيس وهو رأى عندهم أيضا فى العيب المقارن إن كان الفسخ من المرأة بعيب الرجل والأصح عندهم كما يحكى النووى أنه إن كان الفسخ بعيب حدث قبل الوطء فالواجب مهر المثل سواء كان العيب مقارنا للعقد أو حادثا بعده وقبل الوطء ومقابل الأصح عندهم وجهان أحدهما يجب المسمى مطلقا والثانى مهر المثل

---

(١) ومثل الدخول فى ذلك الخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح عند الحنفية الحنابلة والمالكية فى خلوة الأهتداء وهو المنقول عن بعض الشيعة وهو القديم من مذهب الشافعى بينما يرى الشافعى فى الجديد أن الخلوة لا تأخذ حكم الوطء وعله الفتوى عند الإمامية وهناك تفصيلات بين العلماء فى الخلوة لا نرى التعرض لها لأنها لا يتعلق بها فسخ النكاح ومن أرادها فيراجعها فى مواطنها، انظر البحر الزخار جـ ٣ ص ٦٣ والمختصر النافع ص ٢١٣ والبدائع جـ ٣ ص ١٤٦١ والدسوقى جـ ٢ ص ٣٠١ والجلال على المنهاج جـ ٣ ص ٢٧٨ والمغنى جـ ٧ ص ٤٥١.

مطلقا واقتصر على هذا فى الأم وكذا الشيرازى فى المهذب وبه قال بعض الحنابلة[1].

وقد استدل من قال بوجوب المسمى بأن هذا نكاح صحيح لأنه لو كان فاسدا لما جاز ابقاؤه وتعين فسخة فورا لعلم به لكن هنا يجوز ابقاؤه على النكاح فدل على أن العقد صحيح مع العيب والنكاح الصحيح يتقرر المسمى بعد الدخول فيه.

واستدل من قال بوجوب مهر المثل بأن الفسخ رفع للعقد من أصله فيرجع كل من العاقدين إلى عين حقه إن كان موجوداً أو إلى بدله إن تلف فيرجع الرجل إلى عين حقه وهو الصداق المسمى ولما كانت منافع البضع قد استوفيت بالدخول فترجع المرأة إلى البدل وهو مهر المثل، وهذا مردود بأن الفسخ ليس رفعا للعقد من أصله وإنما هو رفع للعقد من حين الفسخ ولذا جاز الإبقاء عليه وبهذا يترجح رأى من يرى أن الواجب هو المسمى فى العقد.

أما إذا وقع الفسخ قبل الدخول:

فقد قال الشافعية والحنابلة وغيرهم ممن يرون أن الفرقة هنا فسخ يقولون إنه إذا وقع ذلك الفسخ قبل الدخول فلا شئ للمرأة من المهر مطلقاً، واستدلوا على هذا بأنها إن أختارت التفريق فالفرقة من جهتها وإن أختار الرجل التفريق فما ذلك إلا لعيب فى المرأة فصار كأنها اختارت التفريق فيسقط المهر.

وأما الحنفية فيقولون إنه يجب للمرأة نصف المهر إذا لم يكن دخول ولا خلوة صحيحة ذلك لأن الفرقة هنا فرقة بطلاق والطلاق قبل الدخول يجب به نصف المهر المسمى إن كان وإلا وجبت المتعة[2].

---

(١) الدسوقى جـ ٢ ص ٢٨٣ - ٢٨٥ وشرح المنهج جـ ٢ ص ٤٢٥ والمغنى جـ ٦ ص ٦٥٥ وبدائع الصنائع جـ ٣ ص ١٥٣٤ والبحر الزخار جـ ٣ ص ٦٣.

(٢) المراجع السابقة.

وأما المالكية فهم وسط بين الفريقين السابقين فقد أوجبوا نصف المهر فى صور منها امرأة العنين إن طلقها قبل انقضاء الأجل إذا لم يطل ومقامها معه وأوجبوا إسقاط المهر كاملا فى صور أخرى منها إذا رد الزوج زوجته بعيب بها قبل الدخول.

وهذه تفرقة لا دليل عليها فلم يبق عندنا إلا مذهب من يرى إيجاب نصف المهر ومذهب من يرى اسقاطه وإذا نظرنا إلى ما تقدم من الأدلة نرى أن الراجح هنا مذهب من يرى أنه لا يجب فى الفسخ بالعيب قبل الدخول شئ من المهر ذلك لأنه فسخ لا طلاق لما رجحنا سابقا ولأن الفسخ فيه لم يخرج عن كونه باختيار المرأة أو بسببها وإذا حصلت الفرقة بسببها أو باختيارها فيبعد بعد ذلك أن نوجب لها شيئا من المهر قبل الدخول لسلامة بضعها وتسببها أو اختيارها للفرقة.

ثانيا – العدة:

لا خلاف بين العلماء فى أنه إذا وقعت الفرقة قبل الدخول والخلوة فلا عدة على المرأة كما أنهم اتفقوا على أنه إذا وقعت الفرقة بعد الدخول وجبت العدة.

وبعد هذا اختلفوا فى وجوب العدة على من اختلت بزوجها أو اختلى بها زوجها على مذهبين.

المذهب الأول: وهو ما ذهب إليه جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والحنابلة وبعض الشيعة وهو القديم من مذهب الشافعى وهؤلاء يوجبون العدة بالخلوة، واستدلوا على مذهبهم هذا بما يأتى:

١ – قوله تعالى: "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض".

نهى سبحانه وتعالى الزوج عن أخذ شئ من المهر عند الطلاق وأبان عن معنى النهى لوجود الخلوة كذا قال الفراء أن الافضاء هو الخلوة دخل بها أو لم يدخل[1] وما دامت استحقت المهر فعليها العدة.

٢ - وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال " من كشف خمار امرأته ونظرا إليها وجب الصداق دخل أو لم يدخل" وهذا نص فى الموضوع لأن الإنسان لا يكشف خمار امرأته إلا فى الخلوة فدل هذا على أن الخلوة تعامل كالدخول فى المهر وكذا فى وجوب العدة[2].

المذهب الثانى: ما ذهب إليه الشافعى فى الجديد وهو الراجح عند الإمامية وهو أنه لا توجب الخلوة العدة فلا تعامل معاملة الدخول فى هذا.

ودليلهم فى هذا قوله تعالى "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء" فقد أخبرت الآية عن تربص المطلقات المدة المذكورة وهذا أبلغ فى وجوب العدة والآية شاملة الدخول بها وغيرها حصلت خلوة أولا، وجاءت الآية الثانية وهى قوله تعالى: "ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها "فأخرجت هذه الآية التى لم تمس فلم توجب عليها عدة أما التى مست وهى التى دخل بها الزوج فعليها العدة[3].

ونحن نرجح ما ذهب إليه الحنفية ومن معهم فى أن الخلوة توجب العدة كما توجب المهر ذلك لأنها مظنة الوقاع فتعامل معاملته خاصة وأن الشرع قد نص على اعتبار الخلوة فى جانب المهر وتقريره كاملا فيجب اعتبارها فى إيجاب العدة.

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٣ ص ١٤٦٠.

(٢) المرجع السابق:

(٣) شرح الجلال على المنهاج جـ ٤ ص ٦٠.

وأما دليل الشافعية فيجب صرفه عن ظاهرة خاصة وأنه قد ذهب بعض العلماء إلى تفسير المس فى الآية بالخلوة، وعلى فرض كون المس هو الجماع فالخلوة مسكوت عنها فى هذه الآية وقد بينت حكمها آية أخرى وسنة النبى صلى الله عليه وسلم وهو ما ذكر فى أدلة الحنفية وغيرهم فيجب لها المهر وعليها العدة إذا اتخلى بها زوجها ولو لم يدخل.

ثالثا – النفقة:

لا خلاف بين العلماء فى وجوب النفقة إذا وقعت الفرقة بالعيب والمرأة حامل سواء قلنا أن النفقة لها بسبب الحمل أو للحمل.

والدليل على هذا قوله تعالى: "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن"[1] أوجب الله سبحانه للمرأة النفقة إذا كانت حاملا فيجب ما أوجبه الله لها.

ولم أر فى ذلك خلافا إلا ما حكاه ابن قدامة عن القاضى من الحنابلة بعدم وجوب النفقة فى هذه الحالة وعلل لهذا بأنها بائن من نكاح فاسدة[2].

وهذا خلاف فى مقابلة نص وإجماع فلا يعتد به ثم إن النكاح ليس بفاسد لجواز بقائهما عليه لو اختار صاحب الحق البقاء على النكاح وإنما بانت منه بالفسخ فأشبه ما لو بانت بالطلاق وقد أوجب الله لها النفقة فى حال حملها.

هذا كله إذا كانت المرأة حاملا.

نفقة الحائل: أما إذا كانت المفسوخ نكاحها بالعيب حائلا فللعلماء فيها مذهبان.

المذهب الأول: وهو ما ذهب إليه الشافعية والمالكية والحنابلة والإمامية وغيرهم قالوا أنها إذا كانت حائلا لا تجب لها النفقة.

---

(١) الآية ٦ من سورة الطلاق.

(٢) المغنى جـ ٦ ص ٦٥٧.

واستدلوا على ذلك بمفهوم الشرط فى قوله تعالى: "وإن كن أولات حمل فانفقوا". وقد أيد المفهوم ما يأتى:

ما رواه الشعبى عن فاطمة بنت قيس عن النبى صلى الله عليه وسلم فى المطلقة ثلاثا قال: " ليس لها سكنى ولا نفقة" رواه أحمد ومسلم(١).

يقول الشوكانى معقبا على هذا " صرح الأئمة بأنه لم يثبت شئ من السنة يخالف قول فاطمة"(٢).

وفاطمة صاحبة واقعة كان لها أكبر الأثر فى نفسها وما أظنها تنسى شيئا تعلق بفراقها لزوجها، وإنما لم يجعل الرسول صلى الله عليه وسلم لها نفقه لأن النفقة إنما تجب للزوجة بسبب الزوجية أما البائن من زوجها فقد انقطع سبب وجوب النفقة لها بالبينونة(٣).

المذهب الثانى: وهو ما ذهب إليه الحنفية من أنه تجب للحائل النفقة مدة العدة.

واستدلوا على هذا بقوله تعالى: "لينفق ذو سعة من سعته "فقد أمر الله سبحانة بالانفاق بلا تفرقة بين الحامل والحائل.

وأقول: أن قول الله تعالى: "لينفق ذو سعة من سعته" جاء بعد بيان لمن تجب لها النفقة من الزوجات والمطلقات الحوامل فجعل الله لهن من النفقة ما يتفق مع حال الزوج.

وأيضا فلو قلنا إن هذا يشمل المطلقة حائلا أو حاملا لكانت الآية السابقة مخصصة لهذا فى أن التى تجب لها النفقة هى الحامل دون غيرها من البائنات.

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٠١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المغنى جـ ٦ ص ٦٥٧ وشرح المحلى للمنهاج جـ ٣ ص ٨٠.

وأيضا فإن الآية الأولى ذكرت حكم أولات الحمل وجعلت لهن النفقة فبقى من عداهن على الأصل فى عدم وجوب الانفاق، ولا يقال أن هذا عمل بالمفهوم ولا يلزم الحنفية القول به، لأنا نقول إن المفهوم دل على اعتباره حديث فاطمة بنت قيس المتقدم ولا مطعن فيه وفاطمة مشهورة بالحفظ فقد سمعت حديث الرجال من الرسول صلى الله عليه وسلم وهو يخطب فحفظته[1].

وبهذا تبين لنا أن الحق مع أصحاب المذهب الأول الذين لا يوجبون للبائن نفقة إذا لم تكن حاملا. والله تعالى أعلم.

(١) نيل الأوطار ٦ /٣٠٤ (٢٣ - بحوث فى البيع)