خيارات الزوجين في فسخ عقد النكاح ومشروعية إسقاطها

د. سيد عبد الله محمد السيد (*)

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين، أما بعد :

لما كان عقدُ النكاح ميثاقًا غليظًا، ورباطًا مقدسًا يجمع الزوجين في عشرةٍ طويلة، وعلاقةٍ يُراد بها الاستمرار، وينتج منها الأولاد والذرية، فإن من الأهمية بمكانٍ أن يبدأ الزوجان حياتهما بوضوح، بعيدًا عن الخديعة والغش والتدليس. وإن كانت الشريعة الإسلامية قد منعت الغرر في عقود المعاوضات كالبيع وغيره، فإن ذلك ممنوع أيضًا في عقد النكاح. ولذا، وجب على كلٍّ من الزوجين أن يُخبِر صاحبه عند العقد بما فيه من عيوبٍ منفِّرة تؤثِّر في الحياة الزوجية، فتمنع من تحقيق مصالح النكاح المرجوَّة أو تمنع كمالها. فإذا لم يحصل هذا الإيضاح عند العقد، ثم تبيَّن لأحد الزوجين بعد الدخول أن في صاحبه عيبًا خَلقيًّا منفِّرًا يخلُّ بالحياة الزوجية، أو يمنع كمال الاستمتاع وتحصيل المقاصد المرجوَّة في النكاح، فإن للطرف المتضرر أن يفسخ النكاح بسبب هذا العيب، وله أيضًا إمضاؤه، فهو بالخيار في ذلك.

إلا أن هناك أمورًا قد تُسقط خياره في فسخ هذا العقد، وهذا ما نوضحه في صفحات هذا البحث.

عنوان البحث :خيارات الزوجين في فسخ عقد الزواج ومشروعية إسقاطها

أهمية البحث وأسباب اختياره :تتمثل أهمية البحث في كونه يسلط الضوء على قضية مهمة من قضايا فقه الأسرة، ففيه بيان لتفاصيل أحكام فسخ العقد، وخيارات الزوجين لفسخ هذا العقد، ومشروعية إسقاط هذه الخيارات .

(*) دكتوراه في الدراسات الإسلامية.

الدراسات السابقة

ـ الدراسة الأولى:" العيوب الموجبة لفسخ عقد النكاح للباحث/ فضل ربي زادة وقد استعرض الباحث فيه أقوال الفقهاء في فسخ عقد النكاح بالعيب ثم أقوالهم في انحصار العيوب الموجبة للفسخ في عدد محدد ثم ما فيها من ضوابط وشروط التفريق بالعيب .

ـ الدراسة الثانية:" فسخ عقد النكاح وأحكامه والآثار المترتبة عليه" ، للدكتورة تهاني عويد وقد استعرضت الباحثة في هذا البحث، أحكام الفسخ وأنواعه، والآثار المترتبة عليه، ولم تتعرض الباحثة لبحث خيارات الزوجين في طلب فسخ هذا العقد ولم تتعرض أيضا لمسقطات هذه الخيارات .ـ مسوغات طلب المرأة فسخ النكاح، وقد استعرض الباحث بعض الأسباب التي للباحث سامي بن عبد الرحمن البطي، تبيح للمرأة فسخ عقد الزواج كالإعسار بالنفقة، وسوء العشرة والعيب، ولم يتعرض الباحث لحق الرجل في فسخ عقد النكاح ولا خياره في هذا الفسخ.

منهج الدراسة :اعتمدت في هذا البحث على منهجين :

المنهج التحليلي :وذلك بتفسير المعلومات الشرعية المتعلقة بالموضوع واستنباط المعلومات المتعلقة بها .

المنهج التوثيقي : وذلك بتتبع المادة العلمية المتعلقة بالموضوع في كتب اللغة والفقه والتفسير وتجميعها على جزئيات البحث .

خطة البحث :يشتمل هذا البحث على مقدمة وتمهيد وسبعة مباحث وخاتمة .

المقدمة :فيها أهمية البحث وأسباب اختياره والدراسات السابقة

التمهيد : التعريف بمفردات العنوان وفيه :

ـ تعريف الفسخ والفرق بينه وبين والطلاق

ـ تعريف الخيار ومشروعيته وحكمته ومصدره

المبحث الأول :خيار العيب في النكاح ومشروعية إسقاطه

المبحث الثاني:خيار فوات الوصف المرغوب في النكاح (الغرور) ومشروعية إسقاطه

المبحث الثالث :خيار الإعسار بالنفقة ومشروعية إسقاطه

المبحث الرابع :خيار الإعسار بالصداق ومشروعية إسقاطه .

المبحث الخامس :خيـار بلوغ الصغير والصغيرة ومشروعية إسقاطه

المبحث السادس :خيار الإفاقة من الجنون والعته ومشروعية إسقاطه

المبحث السابع :خيار امرأة المفقود ومشروعية إسقاطه

الخاتمة :أهم النتائج والتوصيات .

قائمة المصادر والمراجع

التمهيد

تعريف الفسخ :

نقض للعقد وحل لارتباط الزوجية من أصله وكأنه لم يكن، ويكون بحكم القاضي أو بحكم الشرع قال الإمام الشافعي: "كل ما حُكِمَ فيه بالفرقة، ولم ينطق بها الزوج، ولم يردها فهذه فرقة لا تُسمَى طلاقاً

وكل فسخٍ كان بين الزوجين فلا يقع به طلاق، لا واحدة ولا ما بعدها "[١].

الفرق بين الفسخ والطلاق :

الطلاق لا يكون إلا بلفظ الزوج واختياره ورضاه، وأما الفسخ فيقع بغير لفظ الزوج، ولا يشترط رضاه واختياره والطلاق أسبابه كثيرة، وقد يكون بلا سبب، وإنما لرغبة الزوج بفراق زوجته وأما الفسخ فلا يكون إلا لوجود سبب يُوجب ذلك أو يبيحه، قال ابن عبد البر : " والفرق بين الفسخ والطلاق وإن كان كل واحد منهما فراقاً بين الزوجين أنَّ الفسخ إذا عاد الزوجان بعده إلى النكاح فهما على العصمة الأولى، وتكون المرأة عند زوجها ذلك على ثلاث تطليقات، ولو كان طلاقاً ثم راجعها كانت عنده على طلقتين".[٢]

تعريف الخيار:

اسم بمعنى طلب خير الأمرين، ويقال هو بالخيار: يختار ما يشاء،والمختار المنتقى[٣]،وخيره بين الشيئين معناه: فوض إليه اختيار أحدهما، وفي اصطلاح الفقهاء هو حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي[٤] فللمتعاقد الخيار بين إمضاء العقد وتنفيذه أو عدم إمضائه بفسخه [٥]

مشروعية الخيار وحكمته :

إن العقود تنقسم إلى عقود لازمة وغير لازمة، ولزوم العقد يقتضي ألا يملك أحد

---

(١) انظر : الأم (١٢٨/٥) .
(٢) انظر : الاستذكار (١٨١/٦) .
(٣) انظر : المعجم الوسيط : مادة خير .
(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية :(٤١/٢٠)، وانظر تعريف الخيار في المادة (١١٦) من مجلة الأحكام العدلية .
(٥) انظر : الفقه الإسلامي وأدلته :(٤١٩/٤، ٢٥٠)، الروض المربع وحاشية الروض المربع : (٤١٣/٤)

المتعاقدين فسخه بدون رضا الآخر، ومتى وجد العقد اللازم مستكملاً لأركانه وشرائطه كانت له قوة لا يستطيع أحد رفعها ولكن لو اقتصر في شرعية هذا النوع من العقود على هذا القدر لوقع الناس في حرج بين، فقد يغرر أحد الزوجين بعيب لا يطيقه ولم يكن يعلم به قبل إتمام العقد ويحتاج عند ذلك لفسخ عقد الزواج، وقد لا يستطيع الزوج الوفاء بشروط الزواج ومتطلباته وعند ذلك تضرر المرأة وتحتاج إلى فسخ عقد الزواج ، من أجل ذلك جعل الشارع لأحد المتعاقدين أو لكليهما حق الفسخ للعقد بعد تمامه تفادياً لهذا الحرج، ورفعاً للأضرار التي تلحقه لو لم يبح له هذا الحق، وليتحقق الرضا الذي شرعه الله في إتمام هذه العقود [١]

و من الخيارات ما ورد فيه نص خاص كخيار الشرط وخيار الرؤية، ومنها ما ثبت بمقتضى القواعد العامة، كخيار فوات الوصف والتغرير، ومنها ما ثبت بالقياس كخيار النقد والتعيين ولذلك نجد الفقهاء لم يتفقوا إلا على بعضها فقط، وباقيها كان مجالاً لاختلاف الفقهاء. فبعض الخيارات ثبت بإيجاب الشارع حتى ولو لم يشترطه المتعاقدان، وبعضها يتوقف على ثبوته اتفاق المتعاقدين[٢].

مصدر الخيار :

ينقسم الخيار بحسب مصدره إلى حكمي وإرادي، فالحكمي ما ثبت بمجرد حكم الشارع فينشأ الخيار عند وجود السبب الشرعي وتحقق الشرائط المطلوبة، فهذه الخيارات لا تتوقف على اتفاق أو اشتراط لقيامها، بل تنشأ لمجرد وقوع سببها الذي ربط قيامها به وذلك مثل خيار المجلس والعيب والرؤية، أما الإرادي فهو الذي ينشأ عن إرادة العاقدين، أو باتفاق العاقدين وذلك في خيار الشرط، والتعيين والنقد[٣] .

الحكمة من الخيار :

شرعت الخيارات إما ضماناً لرضا العاقدين، أو حفظاً لمصلحتهما، أو دفعاً للضرر الذي قد يلحق أحدهما، فمنها ما ثبت للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن كخيار الشرط والمجلس، ومنها ما شرع نتيجة التعاقد على شيء لم يره الطرف المشتري معتمداً في ذلك على وصف الطرف الثاني وترغيبه فيه، فإذا ما رآه وجده لا يوافق رغبته،

(١)انظر : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي : ص ٥٧٢،٥٧٣ .
(٢) انظر : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي : ص ٥٧٢،٥٧٣ .
(٣)انظر الخيار وأثره في العقود :(٥٩/١) الموسوعة الفقهية : (٢٠/ ٤٦) الفقه الإسلامي وأدلته :(٢٥٠/٤)

فشرع له الخيار تفادياً لهذا الحرج ورفعاً للأضرار التي تلحقه، كذلك من حكم ثبوت الخيارات هو تحقيق رضا ورغبة المتعاقد في الشيء المعقود عليه، وحتى لا يدخل في ملكه شيء لا يرضى به، فشرعت هذه الخيارات بغية ضمان مواد المتعاقد ورغبته في العقد[١].

المبحث الأول

خيار العيب في النكاح ومشروعية إسقاطه

تعريف خيار العيب في النكاح :هوحق أحد الزوجين إذا وجد أحدهما بالآخر عيبا من العيوب التي يرد بها النكاح في الخيار، بين البقاء مع الآخر، أو الفراق بشرط أن يكون العيب موجوداً حين عقد النكاح، فإن حدث بعده فلا خيار عند الحنفية، وفرق المالكية بين عيب المرأة والرجل، فأثبتوا لها الخيار بالعيب الحادث كالجنون والجذام والبرص وليس لها الحق في العيوب التناسلية الأخرى، ولم يثبتوا له الخيار بعيبها الحادث، وأطلق الشافعية والحنابلة القول بجواز التفريق بالعيب الحادث بعد الزواج كالعيب القائم قبله[٢].

واختلف الفقهاء في جواز التفريق بالعيب، فذهب جمهور الفقهاء إلى ثبوت الخيار بسبب العيب، ولكنهم اختلفوا في موضوعين: هل يثبت الحق لكل من الزوجين أم للزوجة فقط، وما هي العيوب التي يثبت بها حق طلب التفريق.[٣]

وذهب الظاهرية إلى أنه لا يجوز طلب التفريق بأي عيب كان، سواء أكان في الزوج أم في الزوجة، ولا مانع من تطليق الزوج للزوجة إن شاء، إذ لم يصح في الفسخ بالعيب دليل في القرآن أو السنة، أو الأثر عن الصحابة أو القياس أو المعقول .[٤]

---

(١) انظر أحكام المعاملات : ص ١٢٧ .
(٢) انظر : القوانين الفقهية : ص ٢٢٨، مغني المحتاج : (٣/٢٠٣،٢٠٢) - كشف القناع : (٥/١٠٥)
(٣) اللباب :(٣/٢٤، ٢٥) بداية المجتهد :(٢/٧٢، ٧٣) القوانين الفقهية : ص ٢٢٨،٢٢٧، مغني المحتاج :(٣/٢٠٢، ٢٠٣) كشف القناع :(٥/ ١٠٥، ١٠٦) .
(٤) المحلى :مسألة :١٩٠٣ .

لمن يكون ثبوت حق التفريق بالعيب ؟ :

أثبت الحنفية حق التفريق بالعيب للزوجة فقط دون الزوج، جاء في اللباب: وإن كان بالزوجة عيب كجنون، أو جذام أو برص أو رتق أو قرن، فلا خيار لزوجها لما فيه من الضرر بها بإبطال حقها، ودفع ضرر الزوج ممكن بالطلاق أو بنكاح أخرى وإذا كان بالزوج عيب كجنون أو جذام أو برص فلا خيار للمرأة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، لأن المستحق على الزوج تصحيح مهرها بوطئه إياها وهذا موجود .وقال محمد: لها الخيار، دفعاً للضرر عنها كما في الجب والعنة. وإن كان الزوج عنيناً (وهومن لا يصل إلى النساء، أو يصل إلى الثيب دون البكر، أو يصل إلى بعض النساء دون بعض) فهو عنين في حق من لا يصل إليها، فإذا رفعته إلى الحاكم أجله الحاكم حولاً تاماً، لاشتماله على الفصول الأربعة فإن وصل إليها مرة في ذلك الحول فيها، وإلا فرق الحاكم بينهما إذا طلبت المرأة ذلك، وأبى الزوج الطلاق وإن كان الزوج مجبوباً أو مقطوع الذكر فقط، وطلبت المرأة الفرقة، فرق القاضي بينهما في الحال ولم يؤجله لعدم الفائدة فيه، والخصى إذا كانت لا تنتشر آلته يؤجل كما يؤجل العنين، لاحتمال الانتشار والوصول[١]

وأجاز المالكية والشافعية والحنابلة، طلب التفريق بالعيب لكل من الزوجين، لأن كلا منهما يتضرر بالعيوب التي في الآخر، أما اللجوء إلى الطلاق فيؤدي إلى الإلزام بكل المهر بعد الدخول، وبنصفه قبل الدخول، وبعد الدخول لها المسمى بالاتفاق، لكن يرجع الزوج عند المالكية والشافعية والحنابلة بالمهر بعد الدخول على ولي الزوجة، ولم يترك لها شيئاً إذا كان الولي قد غره ويأخذ ما دفعه، وإن كانت هي التي غرته ترك لها ربع دينار وأخذ ما زاد عليه عند المالكية. [٢]

وقد سبق لدار الإفتاء المصرية إبداء الرأي في هذه المسألة، حيث قالت إن قانون الأحوال الشخصية المصري نظم حق الزوجة في طلب الفرقة لعيب في الزوج، وفي المقابل خلا من نص يتعلق بخصوص أحقية الزوج في طلب فسخ عقد الزواج لعيب في الزوجة، لأنه يعمل فيما لم يرد في شأنه نص في تلك القوانين بأرجح

(١) انظر اللباب (٣/٢٦، ٢٧)
(٢) فرق الطلاق في الإسلام : ص ١٥٧

الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه .[١]

مسقطات الخيار :

١- الرضا بالعيب: يسقط خيار الرد بالعيب في النكاح برضا من له حق الفسخ، فإن وجد الرضا ممن له حق الفسخ سقط خياره، والرضا قد يكون دلالة بالقول"كقوله أسقطت الفسخ ونحوه أو رضيت بالعيب، وقد يكون الرضا بالوطء إذا كان الخيار للزوج، لأنه يدل على رغبته فيها، أو التمكين من الوطء إن كان الخيار للزوجة، لأنه دليل رغبتها فيه مع العلم بالعيب، ويكون الرضا صراحة كقوله رضيت بالعيب .

ويسقط خياره بما يدل على الرضا ولو جهل الحكم. وخيار الفسخ في العنة لا يسقط بغير قول امرأة العنين أسقطت حقي في الفسخ، أو رضيت به عنينا ونحوه، لا بتمكينها من الوطء ؛لأنه واجب عليها لتعلم أزالت عنته أم لا ؟.[٢]

ومعلوم أن الزوج حتى لو سقط خياره في ذلك فإنه يملك الطلاق .

٢- زوال العيب: فإذا زال العيب قبل الفسخ، فلا فسخ لزوال سببه كالمبيع، يزول عيبه، ولو فسخت بعيب كبياض ببدنه ظنته برصاً، فبان ألا عيب بطل الفسخ ؛لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدما، واستمر النكاح لعدم ما يقتضي فسخه[٣].

٣- أن يكون طالب التفريق عالماً بالعيب وقت العقد: فإن علم به في العقد، وعقد الزواج، لم يحق له طلب التفريق ؛لأن قبول التعاقد مع علمه بالعيب رضاً منه، ويسقط حقه في طلب التفريق .فإن تزوجها بعد ذلك أو تزوجته وهي تعلم أنه عنين فلا خيار لها، وإن كان عنيناً وهي رتقاء لم يكن لها خيار[٤]

٤- حدوث العيب بعد الزواج: إذا حدث العيب بأحد الزوجين فاختلف الفقهاء في جواز التفريق وعدمه إلى ما يلي:

قال الحنفية: إذا جن الرجل وأصبح عنينا بعد الزواج وكان قد دخل بالمرأة ولو

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٢٧،٢٢٨، بداية المجتهد (٧٢/٢) مغني المحتاج : (٢٠٢،٢٠٣/٣، ٢٠٤) كشاف القناع (١٠٥،١١٢/٥ .

(٢) اللباب (٢٥/٣) كشف القناع :(١١١/٥، ١١٢) .

(٣) انظر المرجعين السابقين .

(٤) كشف القناع :(١١١/٥، ١١٢) الفقه الإسلامي وأدلته :(٥٢١/٧) .

مرة واحدة، لا يحق لها طلب الفسخ، لسقوط حقها بالمرة الواحدة قضاء، وما زاد عليه فهو مستحق ديانة لا قضاء .

وقال المالكية : فإن حدث العيب بعده فلا خيار، إلا أن يبتلى الزوج بعد العقد بجنون أو جذام أو برص فيفرق بينهما للضرر الداخل على المرأة، وفرقوا بين عيب الزوج وعيب الزوجة، فقالوا : إن كان العيب بالزوجة فليس للزوج الخيار أو طلب التفريق بهذا العيب، لأنه مصيبة نزلت به، وعيب حدث بالمعقود عليه، بعد لزوم العقد، فأشبه العيب الحادث بالمبيع، وإن كان العيب الحادث بالزوج، فالزوجة لها الحق في طلب التفريق، إن كان العيب جنوناً أو جذاما أو برصاً لشدة التأذي بها، وعدم الصبر عليها، وليس لها الحق في طلب التفريق بالعيوب التناسلية الأخرى من جب أو عنة أو خصاء.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بعدم سقوط الخيار بالعيب الحادث، وقالوا بجواز طلب التفريق بالعيب الحادث بعد الزواج كالعيب القائم قبله لحصول الضرر به كالعيب المقارن، ولأنه لا خلاص للمرأة إلا بطلب التفريق بخلاف الرجل .

واستثني الشافعية العنة بعد الدخول فيسقط الخيار بها، وإنها لا تجيز طلب الفسخ، لحصول مقصود النكاح من المهر، وثبوت الحضانة، وقد عرفت قدرته على الوطء، ووصلت إلى حقها منه بمرة واحدة[1].

٥- يسقط الخيار بغير عيوب الخيار التي نص عليها الفقهاء ويتضح ذلك في الآتي :

فلا فسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا بالعيوب الثلاثة التناسلية، وهي الجب والخصاء والعنة إن كانت بالرجل، أما العيوب الأخرى كالجنون والجذام والبرص والرتق والقرن، فلا فسخ للزوج بسببها إن كانت بالزوجة، ولا إن كانت بالزوج، ولا خيار للآخر بها، وهو الصحيح عند الحنفية .وقال محمد: للزوجة الخيار أو الفسخ إن كانت هذه العيوب بالزوج، ولا خيار للزوج إن كانت بالزوجة .

وقد اتفق الحنفية على أنه لا خيار للزوج، فيفسخ الزواج بسبب عيوب الزوجة

(١) القوانين الفقهية، ص ٢٢٧، مغني المحتاج (٢٠٢،٢٠٤/٣، كشف القناع (١١١/٥، ١١٢) المذهب (٤٨/٢، ٤٩)

مطلقاً، واختلفوا في الخيار بعيوب الزوج[١].

والعيوب عند المالكية الجنون والجذام والبرص وداء الفرج، ويختص الرجل بداء الفرج بالجب والخصاء والعنة والاعتراض (وهي حالة الرجل الذي لا يقدر على الوطء لعارض كمرض أو كبر)، وتختص المرأة بالقرن والرتق والعقل، وبخر الفرج وليس منها القرع، ولا السواد ولا العمى أو العور، والعرج، والزمانة ولا نحوها من العاهات، إلا إن اشترط السلامة منها[٢].

والعيوب عند الشافعية: الجب والعنة والجنون والجذام والبرص والرتق والقرن، ويمكن أن يكون في كل من الزوجين خمسة عيوب، فيوجد في الرجل الجب والعنة، ويوجد في المرأة الرتق والقرن. والجنون والجذام والبرص مشتركة بينهما .ولا فسخ بالبخر والصنان والاستحاضة والقروح السيالة، والعمى والزمانة والبله، والخصاء والإفضاء، ولا بكونه يتغوط عند الجماع، لأن هذه الأمور لا تفوت مقصود النكاح.[٣]

والعيوب عند الحنابلة ثمانية: ثلاثة يشترك فيها الزوجان، وهي الجنون والجذام والبرص، وما يختص بالرجل، الجب والعنة، وما يختص بالمرأة وهي الفتق(اختلاط مجرى البول بالمني)والقرن (وهو عظم أو غدة تمنع ولوج الذكر) والعقل(رغوة تمنع لذة الوطء)

ويفسخ النكاح عندهم بالعيوب التناسلية، أو العيوب المنفرة، أو العيوب المستعصية كالسل والسيلان أو الزهري، وليس القرع والعمى والعرج وقطع اليدين والرجلين من العيوب المجوزة للفسخ، لأنها لا تمنع الاستمتاع ولو بان أحدهما عقيماً فلا خيار للأخر، أو كان الزوج بطأ ولا ينزل فلا خيار لها، لأن حقها في الوطء لا في الإنزال.[٤]

٦- التراخي في طلب الفسخ: فالخيار في هذه العيوب، إذا ثبت يكون على الفور لأنه خيار عيب فكان على الفور كما كان في البيع، أي المطالبة

(١) انظر اللباب : (٢٤،٢٥/٣) الفتاوى الخالية ☹ ٢١٣/١) وبدائع الصنائع،(٢٢٦/٢) الفقه الإسلامي وأدلته (٥١٧/٧) .
(٢) انظر : القوانين الفقهية : ص ٢٢٨ بداية المجتهد (٧٢/٢)
(٣) ا انظر مغني المحتاج (٢٠٢/٣، ٢٠٣) الفقه الإسلامي وأدلته (٥١٨/٧) المهذب (٤٩/٢) .
(٤)كشف القناع (١٠٥/٥، ١٠٩، ١١٢) الفقه الإسلامي وأدلته (٥١٩/٧) .

والرفع إلى الحاكم يكونان على الفور، ولا ينافي ذلك ضرب المدة في العنة، فإنها حينئذ تتحقق، وإنما يؤمر بالمبادرة على الفسخ بعد تحقق العيب هذا عند الشافعية. وقال البهوتي: وخيار العيوب
والشروط على التراخي، لأنه لرفع ضرر متحقق، فكان على التراخي كخيار القصاص فلا يسقط إلا أن يوجد ممن له الخيار دلالة على الرضا .

وقال في موطن آخر :إذا وجدت المرأة زوجها مجبوباً لم يبق منه ما يطأ به، أو وجدت زوجها أشل الذكر فلها الفسخ في الحال[1].

فإن تأخر من له الخيار، عند من قال إن الخيار على الفور، سقط خياره، لأن تأخره دليل الرضا .

المبحث الثاني

خيار فوات الوصف المرغوب في النكاح (الغرور) ومشروعية إسقاطه

تعريف الخيار:هو حق الزوج أو الزوجة في فسخ النكاح أو الرضا به إذا غرر الزوج بصفة في زوجته، أو غررت بصفة في زوجها، و هذا ما يعرف بخيار الغرور، أو خيار فوات الوصف المرغوب فإذا غرر الزوج بصفة في زوجته، مثل كونها بكرا، أو مسلمة أو حرة، أو ذات نسب أو نحو ذلك، فبان خلافه، فهل له فسخ الزواج ؟ .ذهب جمهور الفقهاء إلى ثبوت الخيار وخالف الحنفية في ذلك.

فقال الحنفية : إذا اشترط أحد الزوجين في صاحبه صفة مرغوباً فيها، فبان على خلافه، لم يكن له الخيار في الفرقة، فإذا كان قد سمى لها مهراً أكثر من مهر مثلها بسبب هذا الشرط، كأن يشترط بكارتها، وغير ذلك فلم يتحقق، لم يلزم الزوج بأكثر من مهر مثلها.

قال ابن الهمام: وفي النكاح لو شرط وصفاً مرغوباً فيه كالعزرة والجمال والرشاقة وصغر السن، فظهرت ثيباً عجوزاً شمطاء، ذات شعر مائل ولعاب سائل، وأنف هائل و عقل زائل، لا خيار له في فسخ النكاح.

وقال ابن جزي: في الغرور، فإذا قال العاقد زوجتك هذه المسلمة هي كتابية، أو هذه الحرة فإذا هي أمة، انعقد النكاح وله الخيار بين الرضا، والرد، فإذا أمسكها لزمه

(١) انظر : مغني المحتاج (٢٠٤/٣) اللباب :(٢٠٤/٣) اللباب : (٢٥/٣) كشف القناع (١٠٥/٥) المهذب (٤٨/٢، ٤٩)

المسمى، وإن فارقها قبل الدخول فلا شيء لها، وإن فارقها بعد الدخول فلها المسمى، إلا أن يزيد على صداق المثل، فيرد ما زاد، وإن تزوج العبد على أنه حر فالمرأة بالخيار[1] .

وقال الشافعي :لو تزوج رجل امرأة وشرط في العقد إسلام الزوجة، أو شرط في أحد الزوجين نسب أو حرية أو غيرهما مما لا يمنع عدم توافره صحة الزواج من صفات الكمال كبكارة وشباب، أو النقص كضد ذلك فبان خلافه، فالأظهر صحة النكاح؛ لأن الخلف في الشرط لا يوجب فساد البيع مع تأثره بالشروط الفاسدة، فالنكاح أولى بعدم الفساد ثم إن بان الموصوف بالشرط خيراً مما شرط فيه فلا خيار، وإن بان دونه فلمن شرط له الخيار للخلف .

أما لو ظن الرجل بلا شرط أن المرأة مسلمة، فبانت كتابية، أو حرة فبانت أمة، وهي تحل له، فلا خيار له فيهما في الأظهر، والثاني له الخيار ؛لأن ظاهر الدار الإسلام والحرية؛ فإذا خالف ذلك ثبت الخيار لأن الظن لا يثبت الخيار لتقصيره بترك البحث أو الاشتراط.

وكذا لو أذنت المرأة لوليها في تزويجها بمن ظنته كفواً لها، فبان فسقه أو دناءة نسبه أو حرفته فلا خيار لها ولا لوليها ؛ لأن التقصير منه ومنها، حيث لم يبحثا ولم يشترطا، لكن لو بان الزوج معيباً أو عبداً وهى حرة فلها الخيار؛ فإن رضيت فلأوليائها الخيار إن كان الخلف في النسب لفوات الكفاءة[2] .

وقال الحنابلة: إنغر الرجل المرأة بما يخل بالكفاءة كالحرية أو النسب الأدنى، فلهاالخيار بين الفسخ والإمضاء فإن اختارت الإمضاء فلأوليائها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة، وإن لم يعتبر الوصف في الكفاءة كالفقه والجمال ونحوهما، فلا خيار لها، لأن ذلك مما لا يعتبر في الكفاءة فلا يؤثر اشتراطه

أما إن شرط الرجل كون المرأة مسلمة فبانت كافرة فله الخيار، لأنه نقص وضرر يتعدى إلى الولد، وإن شرط الرجل كونها بكراً فبانت ثيباً فله الخيار، أو شرطها جميلة أو نسيبة فبانت بخلافه فله الخيار، أو شرط نفي العيوب التي لا يفسخ بها النكاح كالعمى والخرس والصم والشلل ونحوه فبانت الزوجة بخلافه فله الخيار .[3]

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٢٩ .
(٢) انظر : مغني المحتاج : (٢٠٧/٣، ٢٠٨) المهذب (٥٠/٣) الفقه الإسلامي وأدلته (٥٢٦/٧)
(٣) انظر :القوانين الفقهية ص ٢٣٠

مسقطات الخيار :

١. إسقاط الخيار :فلو أسقط من له الخيار خياره، أو تنازل عن الشرط الذي اشترطه فلا خيار له
٢. الرضا: فإذا كان الزوج قد اشترط صفة في الزوجة ولم توجد وبان خلافها، ثم أعلن رضاه ومقامه مع تلك الزوجة سقط خياره، أو اشترطت صفة ولم توجد ثم رضيت بذلك سقط خيارها .
٣. أن يأتي المعقود عليه على صفة أحسن مما اشترطه المشترط: فإن شرطها أمة فبانت حرة، أو شرطها ذات نسب فبانت أشرف، أو شرطها على صفة دنية فبانت أعلى منها، كما لو شرطها شوهاء فبانت حسناء، أو قصيرة فبانت طويلة، أو سوداء فبانت بيضاء فلا خيار له؛ لأن ذلك زيادة خير فيها، إلا إذا كان له غرض في الوصف فيثبت له عند ذلك الخيار.
٤. إن لم يعتبر الوصف المشترط الفائت مخلا بالكفاءة: فإن شرطته المرأة وبان على خلافه فليس لها خيار، لأن ذلك ليس بمعتبر في صحة النكاح، كما لو شرطته فقيها فبان بخلافه، أو جميلاً فبان أقلمنها فلا خيار لها، لأن ذلك مما لا يعتبر في الكفاءة، فلا يؤثر اشتراطه.
٥. إن تزوج بلا شرط: فإن تزوج الرجل بلا شرط وظن أن المرأة مسلمة، فبانت كتابية، أو حرة فبانت أمة، وهي تحل له، فلا خيار له؛ لأن الظن لا يثبت الخيار لتقصيره بترك البحث أو الاشتراط، وكذا لو أذنت المرأة لوليها في تزوجيها بمن ظنته كفواً لها فبان فسقه، أو دناءة نسبه أو حرفته فلا خيار لها ولا لوليها؛ لأن التقصير منها ومنه، قال البهوتي: وإن كان حين تزوج بالمرأة ظنها عتيقة، فبانت أمة فلا خيار له ؛ لأن الأصل عدم العتق فكأنه دخل على بصيرة .[١]

٦. تغير الحال :فإذا تزوج رجل امرأة على أنها مسلمة فبانت كتابية، أو تزوجها على أنها حرة فبانت أمة، ثم أسلمت الكتابية وعتقت الأمة، فأرى أنه لا خيار له، إلا إذا ظن أنه يعير بأنها كانت أمة، فأرى أنه على خياره

(١) انظر كشف القناع (١٠٠/٥)

المبحث الثالث

خيار الإعسار بالنفقة ومشروعية إسقاطه

تعريف خيار الإعسار بالنفقة:هو حق الزوجة في الخيار بين أن تبقى مع زوجها، وبين أن تطلب فسخ النكاح وذهب إلى هذا مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد .وهو مروي عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب، وقال أبو حنيفة والثوري :لا يفرق بينهما وبه قال أهل الظاهر [١].

فعند الشافعية والحنابلة: للزوجة أن تفسخ الزواج، إذا أعسر الزوج بنفقة المعسر كلها أو بعضها، ولا تفسخ إذا أعسر بما زاد عن نفقة المعسر ؛ لأن الزيادة تسقط بإعساره، ولا تسقط النفقة عن الزوج بإعساره، بل تكون دينا عليه يطالب بها إذا أيسر[٢].

وقال المالكية: وللزوجة طلب فسخ النكاح إن عجز زوجها عن النفقة الحاضرة، ولم تعلم الزوجة حال العقد فقره وإعصاره، فإن كانت قد علمت فليس لها الفسخ[٣] .

وقال الحنفية :ومن أعسر بالنفقة لم يفرق بينهما وتؤمر الزوجة بالاستدانة، لتحيل عليه، لأنه في التفريق إبطال حقه، وفي الاستدانة تأخير حقها مع بقاء حقه، والإبطال أضر، فكان دفعه أولي فإذا فرض لها القاضي، وأمرها بالاستدانة، صارت دينا عليه فتتمكن من إحالة الغريم عليه، والرجوع في تركته لو مات. [٤]

وقد ذكر ابن رشد سبب الخلاف فقال: وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة؛ لأن الجمهور على القول بالتطليق على العنين، حتى لقد قال ابن المنذر إنه إجماع وربما قالوا: النفقة في مقابلة الاستمتاع، بدليل أن الناشز لا نفقة لها عند الجمهور، فإذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار وأما من لا يرى القياس فإنهم قالوا: قد ثبتت العصمة بالإجماع فلا تنحل إلا بإجماع، أو بدليل

(١) انظر المبسوط (١٨٤/٥) اللباب (٩٦/٣) الدر المختار ورد المحتار (٥٩٠/٢) البحر الرائق(١٨٥/١) بداية المجتهد (٧٥/٢) القوانين الفقهية ص ٢٣٩ المهذب (١٦٣/٢) كشاف القناع (٤٧٦/٥، ٤٧٧)

(٢) انظر مراجع الشافعية والحنابلة السابقة .

(٣) انظر :الخرشي على مختصر خليل (١٩٦/٤، ١٩٥)

(٤) المبسوط : (١٨٤/٥)

من كتاب الله أوسنة نبيه، فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس. [١]

مسقطات الخيار :

١- الرضا بالمقام معه بعد إعساره ويثبت لها في ذمته ما يجب على المعسر من النفقة .

قال الشيرازي: وإذا ثبت لها الفسخ واختارت المقام معه، ثبت لها في ذمته ما يجب على المعسر من الطعام والأدم، والكسوة ونفقة الخادم، فإذا أيسر طولب بها، لأنها حقوق واجبة عجز عن أدائها، فإذا قدر طولب بها كسائر الديون، ولا يجب لها في الذمة مالا يجب على المعسر من الزيادة على نفقة المعسر، لأنه غير مستحق .[٢]

٢- العلم بالإعسار :إن للزوجة فسخ النكاح إن عجز زوجها عن النفقة الحاضرة، ولم تعلم الزوجة حال العقد فقره وإعساره، فإن كانت قد علمت وتزوجته وهي عالمة بفقره، وأنه متكلف، فلا قيام لها في المشهور وليس لها الفسخ[٣] .

٣- إذا أعسر بما زاد على نفقة المعسر :فإن أعسر الزوج بما زاد على نفقة المصر لم يثبت لها الفسخ، لأن ما زاد غير مستحق مع الإعسار، وإن أعسر بالأدم لم يثبت لها الفسخ، لأن البدن يقوم بالطعام من غير أدم، وإن أعسر بالكسوة ثبت لها الفسخ؛ لأن البدن لا يقوم بغير الكسوة، كما لا يقوم بغير القوت. وإن أعسر بنفقة الخادم لا يثبت لها الفسخ ؛لأن النفس تقوم بغير الخادم. وإن أعصر بالمسكن ففيه قولان عند الشافعية[٤] .

٤- الإعسار بنفقة ما مضى :فإذا أعسر الزوج بنفقة ما مضى فلا فسخ على الأصح عند الشافعية،[٥]

والتفريق عند الشافعية والحنابلة بالإعصار فسخ لا طلاق، وعند المالكية طلاق رجعي، فإن أيسر في العدة بالنفقة فله الرجعة وإلا بانتمنه.

---

(١) بداية المجتهد (٧٦/٢)
(٢) المهذب (١٦٢/٢)
(٣) الخرشي على مختصر خليل (١٩٥،١٩٦/٤) الشرح الصغير(٧٤٥/٢، ٧٤٧) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤٥٩/٢، ٤٦٠)
(٤) المهذب (١٦٢/٢)
(٥) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع وحاشية البجيرمي (٨٧/٤) كفاية الأخيار (٩٢/٢) الشراج الوهاج شرج متن المنهاج ص ٤٧٠ .

المبحث الرابع

خيار الإعسار بالصداق ومشروعية إسقاطه

تعريف خيار الإعسار بالصداق:

هو حق المرأة في الخيار، بين الفرقة أو البقاء في عصمة الزوج إذا أضر الزوج بالصداق قبل الدخول.

قال ابن جزي: أما الإعسار بالصداق قبل الدخول فلها الخيار في الفرقة فيه بعد أن يضرب له أجل على ما يرجى لمثله من غير تحديد، وقيل سنة وقيل سنتين، وإذا اختارت الفراق تبعته بنصف الصداق الواجب لها، ولا خيار لها في الإعسار بالصداق بعد الدخول، بل هو عليه دينوقال أبو حنيفة :لا خيار لها، وهى عنده كغريم من الغرماء، ولها أنتمنع نفسها حتى يعطيها صداقها.(١)

وقال ابن رشد: واختلفوا في الإعسار بالصداق، فكان الشافعي يقول: تخير إذا لم يدخل بهوبه قال مالك. وقال أبو حنيفة :هي غريم من الغرماء، لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة، ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر، وسبب الاختلاف تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع، أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء تشبيهاً بالإيلاء والعنة.(٢)

مسقطات الخيار :

ما يسقط خيار الإعسار بالنفقة يسقط خيار الإعسار بالصداق ويزاد عليه أنه يسقط الخيار بالدخول، فلا خيار لها في الإعسار بالصداق بعد الدخول بل هو دين عليه.(٣)

(١) القوانين الفقهية ص ٢٣٩، مغني المحتاج (٢٠٢/٢)
(٢) بداية المجتهد (٧٥/٢)
(٣) انظر : المرجعين السابقين .

المبحث الخامس

خيـار بلوغ الصغير والصغيرة ومشروعية إسقاطه

تعريف خيار البلوغ:

هو حق المولى عليهم ولاية إجبار كالصغير والصغيرة في أن يختارا إذا زوجا قبل بلوغهما لزوم عقد النكاح أو فسخه، فبموجب ثبوت هذا الحق لهما أن يختارا استمرار العلاقة الزوجية أو الفراق على اعتبار أنه لم يكن لهما إرادة معتبرة عند العقد، ولم يتحقق الرضا المطلوب شرعا، فإذا ما بلغا عاقلين كانت لهما إرادة معتبرة شرعاً ومن ثم عليهما أن يختارا[١] .

ويتوقف الأمر في خيار البلوغ على الصغير والصغيرة فيمن يكون الولي، فقد يكون الولي الأب أو وصى الأب أو الجد، أو أحد الأقارب من سائر الأولياء، أو القاضي بالولاية العامة أو الأم أو غير ذلك، على خلاف بين الفقهاء في بعض صور الولاية التي يكون فيها خيار البلوغ أولا يكون .

الأولياء وثبوت خيار البلوغ :

اتفق الفقهاء على أن الصغير والصغيرة لا يثبت لهما خيار بلوغ، إذا كان ولي نكاحهما الأب متى كان الأب غير معروف بسوء الاختيار، لتوفر شفقته وشدة حرصه وحسن رأيه، وكذلك لا يثبت خيار البلوغ إذا كان الوليهووصى الأب عند الحنابلة والمالكية .

وفي ثبوت خيار البلوغ إذا كان الولي هو الجد روايتان: أحدهما لهما خيار البلوغ والثانية :لا يثبت لهما، فإن زوج غير الأب والجد من الأولياء الأقارب أو القاضي بالولاية العامة، فإن كان الزواج بكفء وبمهر المثل صح العقد ونفذ، ولكنه لا يكون لازماً، بل يكون لهم خيار الفسخ عند البلوغ ولو بعد الدخول، لقصور الشفقة وبعد القرابة، وإن كان الزواج بغير كفء، أو بغبن فاحش في المهر فإن العقد يكون غير صحيح من أصله[٢].

(١) انظر : اللباب شرح الكتاب (١٦٠،١٦١/٢) الهداية (١٩٨/١، ١٩٩) كشاف القناع (٤٣/٥) الفقه المقارن للأحوال الشخصية ص ١٥٢ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣١٥/٢، ٣١٦) أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ص ٢٣٣ أحكام الأسرة في الإسلام ص ٢٨٧- ٢٩٠)

ومن اختار فسخ الزواج عند بلوغه أو علمه لا ينفسخ الزواج بمجرد اختياره، بل لا بد أن يرفع دعوى يطلب فيها الحكم بفسخ الزواج بناء على أنه لم يرض بهذا الزواج صراحة ولا دلالة، وقبل أن يصدر الحكم بفسخ الزواج، فهو صحيح نافذ تترتب عليه آثاره من لزوم المهر والتوارث[١]،وخيار البلوغ يثبت للذكر والأنثى.

مسقطات الخيار :

١- الرضا بالنكاح بعد البلوغ :قال الكاساني :مما يبطل به الخيار، نص ودلالة، أما النص: فهوصريح الرضا بالنكاح نحو أن تقول: رضيت بالنكاح واخترت النكاح، أو أجزته، وما يجرى هذا المجرى فيبطل خيار الفرقة ويلزم النكاح.

وأما الدلالة: فنحو السكوت من البكر عقب البلوغ، لأن سكوت البكر دليل الرضا بالنكاح، لأن البكر لغلبة حيائها تستحي عن إظهار الرضابالنكاح .

وأما سكوت الثيب فإن كان وطئها قبل البلوغ فبلغت وهىثيب، فسكتت عقب البلوغ فلا يبطل به الخيار؛ لأنها لا تستحي عن إظهار الرضا بالنكاح عادة، لأن بالنيابة قل حياؤها، فلا يصح سكوتها دليلا على الرضا بالنكاح. فلا يبطل خيارها إلا بصريح الرضا بالنكاح أو بفعل أو بقول يدل على الرضا، نحو التمكين من الوطء، وطلب المهر، والنفقة وغير ذلك. [٢].

وكذلك لا يعتبر سكوت الغلام دليلاً على الرضا، لأن الغلام لا يستحي عن إظهار الرضا بالنكاح، إذ ذاك دليل الرجولية، فلا يسقط خياره إلا بنص كلامه، أو بما يدل على الرضا بالنكاح من الدخول بها وطلب التمكين منها، وإدرار النفقة عليها ونحو ذلك .

٢- العلم بالنكاح: قال الكاساني: العلم بالنكاح شرط بطلان الخيار عن طريق الدلالة، حتى لو لم تكن عالمة بالنكاح لا يبطل الخيار ؛لأن بطلان الخيار لوجود الرضا منها دلالة، والرضا بالشيء قبل العلم به لا يتصور، إذ هو استحسان الشيء، ومن لم يعلم بشيء كيف يستحسنه، فإذا كانت عالمة بالنكاح ووجد منها دليل الرضا بالنكاح بطل خيارها[٣].

(١) االنظر : بدائع الصنائع (٣١٦/٢) .
(٢) انظر : بدائع الصنائع ٠ ٢١٦/٢)
(٣) انظر : بدائع الصنائع٠ ٢١٧/٢) مطالب أول النهي (١٢٩/٥)

فإن أنكحها وليها دون علمها ؛ لأنه يستبد به وبلغت فلا يعد سكوتها إقراراً ورضاً بالنكاح، لأن الرضا بالشيء قبل العلم به لا يتصور .

٣- العلم بثبوت الخيار: ذهب إلى ذلك بعض الزيدية، جاء في البحر الزخار:"ويبطل الخيار برضاها، أو تمكينها عالمة بالعقد والبلوغ، وثبوت الخيار وخالف الحنفية في ذلك، فسواء علمت المرأة أو جهلت، فلا يعد علم المرأة بحقها في ثبوت خيار البلوغ لها مبطلاً للخيار. (١)وقال الكاساني " : وأما العلم بالخيار فليس بشرط، والجهل به ليس بعذر، لأن دار الإسلام دار العلم بالشرائع، فيمكن الوصول إليها بالتعلم، فكان الجهل بالخيار في غير موضعه، فلا يعتبر، ولهذا لا يعزر العوام في دار الإسلام بجهلهم بالشرائع . (٢)

٤- التراخي بعد العلم :لا يمتد الخيار إلى آخر مجلس العلم بالنكاح أو مجلس البلوغ، بل يبطل بالرضا الصريح أو الضمني فور العلم، فلو حدث تراخ بعد العلم بطل الخيار، ما لم تتركه أو يتركه خوفاً من ولي أو نحوه، فمتي علمت بالنكاح فسكتت عن رده بطل خيارها لأن خيار البلوغ على الفور

٥- العلم بالبلوغ والسكوت بعده: فالسكوت من البكر عقب البلوغ يبطل الخيار، لأن سكوت البكر دليل الرضا بالنكاح لغلبة حيائها عن إظهار الرضا بالنكاح.

(١) انظر : البحر الزخار ٠ ٢٤٦/٤)
(٢) انظر :بدائع الصنائع٠ (٢١٩/٢)

المبحث السادس

خيار الإفاقة من الجنون والعته ومشروعية إسقاطه

تعريف الخيار:

هو حق المجنون والمعتوه في الخيار إذا أفاقا بين أن يمضيا العقد وبين أن يطلبا الفسخ.

إن ولاية الإجبار على الزواج تثبت على المجانين والمعاتيه ذكوراً وإناثا إذا وجدت مصلحة في تزويجهم. وعليه إذا زوج الكبير المجنون جنوناً مطبقاً أو المعتوه عنهاً تاماً، أو زوجت المجنونة أو المعلومة كذلك، كان لهما الخبار إذا أفاقا، فإما أن يمضيا العقد، وإما أن يطلبا الفسخ، والحكم فيها كالحكم فى الصغيرين إذا بلغا.[1]

مسقطات الخيار :

ويسقطان بالرضا وبالعلم بالنكاح، وبالتراخي عن فسخه، وبالعلم بثبوت النكاح .

(١) انظر : أحكام الزواج في الإسلام ص ٢٢٥ أحكام الأسرة في الإسلام ص ٢٨٥ .

المبحث السابع

خيار امرأة المفقود ومشروعية إسقاطه

تعريف المفقود :هو الغائب الذي انقطع أثره ولا يعلم خبره ولم يدر أحي هو فيتوقع قدومه أو ميت أودع القبر كالذي يفقد من بين أهله ليلاً أو نهاراً، أو يفقد في مفازة، أو يفقد في حرب أو غرق في مركبة،وهو عند المالكية على أربعة أوجه: المفقود في بلاد المسلمين، أوفي حرب المسلمين مع الكفار، أو في قتال المسلمين بعضهم مع بعض في الفتن، أو مفقود في بلاد العدو فلزوجته الحق في رفع أمرها إلى القاضي لطلب الطلاق أو أن تختار البقاء .(١)

مسقطات الخيار:

١- اختيار امرأة المفقود المقام والصبر حتى يتبين أمر زوجها،فإن اختارت ذلك فلها النفقة من ماله مادام حياً لقيام موجبها وهى الزوجية .(٢)

٢- إن وقف له القاضي على خبر لم يعتبر مفقوداً، فإن كان المفقود في بلاد المسلمين، ورفعت زوجته أمرها إلى القاضي، كلفها إثبات الزوجية وغيبته ثم بحث عنه، وكتب في ذلك إلى البلاد، فإن وقف له على خبر فليس بمفقود ويكاتبه بالرجوع أو الطلاق، فإن أقام على الإضرار طلق عليه،فإن لم يقف له على خبر ولا عرفت حياته من موته، ضرب له أجل من أربعة أعوام للحرة وعامين للأمة من يوم رفع أمرها، فإذا انقضى الأجل اعتدت عدة الوفاة ثم تزوجت إن شاءت هذا عند المالكية،وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لا تحل امرأة المفقود حتى يصح موته أو يتيقن طلاقه(٣).

فني هذه المسألة يسقط خيارها إذا علم خبره، ولكن خيارها يكون فيما بعد العلم به، إذا أصر على الإضرار بها، وأصر على عدم الرجوع ولم ترض الزوجة بالمعيشة معه، فلها الخيار بين البقاء وطلب الطلاق.

٣- يسقط خيارها قبل مضي تمام تسعين سنة عند الحنابلة، وقيل أنقص أو أزيد

---

(١) انظر بدائع الصنائع (١٩٦/٦) وبداية المجتهد (٧٦/٢، ٧٧) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي (٥٦٨/٢، ٥٦٩) القوانين الفقهية ص ٢٤٠، ٢٤١ كشاف القناع (٤٢١/٥) مغني المحتاج (٣٩٧/٣)

(٢) كشاف القناع (٤٢٣/٥)

(٣) المهذب (١٤٦/٢) مغني المحتاج (٢٩٧/٣) وبدائع الصنائع (١٩٦/٦) القوانين الفقهية ص ٢٤٠ بداية المجتهد (٧٦/٢، ٧٧)

من ذلك عند باقي الأئمة على من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كسفر تاجر في غير مهلكة، والسفر لطلب العلم والسياحة والأسر عند من ليس عادته القتل، وسفر الفرجة، فإن امرأته تتربص تمام تسعين سنة من يوم ولد، لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر منها.[١]

وقال المالكية: إن المفقود في بلاد العدو حكمه حكم الأسير لا تزوج امرأته، ولا يورث ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله، إلا عند أشهب فهو عنده كالمفقود في بلاد المسلمين في زوجه وماله[٢].

.فكانهعند جمهور لا يعيش إلى مثله فإذا انتهت هذه المدة كان لها الخيار بعدها.

٤- إن كان تغيب الزوج غير منقطعة بأن كانت بحيث يعرف خبره، ويأتي كتابه، فليس لامرأته الخيار إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله فلها طلب الفسخ بإذن الحاكم لتعذر الإنفاق عليها بالاستدانة وغيرها.

ولا يفسخ بتعذر الوطء إذا لم يقصد بغيبته الإضرار بتركه، فإن قصده فلها الفسخ به إذا كان سفره أكثر من أربعة أشهر، وإذا غاب فوق نصف سنة في غير غزو أو حج واجبين، أو طلب رزق يحتاجه، وطلبت قدومه، ولم يقدم فلها الفسخ، وإن لم يقصد المضارة، فإن قصد المضارة، فتفسخ إذا مضت الأربعة أشهر وطلبت الفيئة وأبي.[٣]

٥- رجوع الزوج في مدة تربصها فإن رجع الزوج في مدة تربصها التي حكم لها الحاكم بها سقط خيارها، وهى زوجته لأنه إذا ظهر المفقود حياً وعاد إلى وطنه فقد انتهى الفقدان، لأن المفقود مجهول الحياة أو الموت وبظهوره انتفت تلك الجهالة.[٤]

(١) كشاف القناع (٤٢٣/٥) .
(٢) القوانين الفقهية ص ٢٤١ .
(٣) كشاف القناع (٤٢٣/٥)
(٤) انظر : المهذب (١٤٦/٢)

الخاتمة

أهم النتائج والتوصيات والتي جاءت في هذه الدراسة :

١- الفسخ هو رفع للعقد من حينه إذا كان لسبب قارن العقد، ويكون من حينه إذا كان لسبب طارئ على العقد

٢- الحكمة التي شرع لها الفسخ هو منع التدليس والغرر، ويأتي ذلك موافقا لقواعد الفقه الإسلامي " قاعدة رفع الضرر" وعدم التنافر في الشريعة الإسلامية .

٣- التفريق بين الفسخ والطلاق أمر مهم تترتب عليه آثار لكل منهما تختلف عن الآخر فوجب التفريق .

٤- أثبت الحنفية حق التفريق بالعيب للزوجة فقط دون الزوج وأجاز المالكية والشافعية والحنابلة، طلب التفريق بالعيب لكل من الزوجين، لأن كلا منهما يتضرر بالعيوب التي في الآخر.

٥- يسقط خيار العيب في النكاح بالرضا بالعيب وبزوال العيب وبحدوث العيب بعد الزواج، ويسقط خيار فوات الوصف في النكاح بإسقاط الخيار وبالتنازل عن الشرط وبإتيان المشروط فيه صفة على أحسن مما اشترط فيه، وألا يكون الوصف الفائت مخلا بالكفاءة .

٦- يسقط خيار البلوغ والجنون والعته بالرضا بالنكاح بعد البلوغ والشفاء، وبالعلم بالنكاح والسكوت وبالعلم بثبوت الخيار والتمكين بعده، وبالعلم بالبلوغ والشفاء والسكوت بعده.

٧- ما يسقط خيار الإعسار بالنفقة يسقط خيار الإعسار بالصداق ويزاد عليه أنه يسقط الخيار بالدخول، فلا خيار لها في الإعسار بالصداق بعد الدخول بل هو دين عليه

٧- يسقط خيار امرأة المفقود بالعلم بمكان زوجها، وبأنه ما زال حيا على قيد الحياة، ويسقط خيارها أيضا إن لم تعلم مكان زوجها لكنها رضيت المقام حتى يتبين لها أمره .

وختاما أرجو من الله أن أكون قد وفقت في إعداد هذا البحث، وألتمس العذر لما قد يكون في هذا البحث من نقص أو خطأ، وأسأل الله أن يجعل عملي خالصا

لوجهه، وأن يتقبل منا صالح أعمالنا .

المصادر والمراجع

أولاً :القرآن الكريم.

ثانيا:كتب الفقه :

١- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية: على مذهب الإمام أبي حنيفة، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي -دار الآفاق الجديدة - بيروت - ط ثانية -١٤٠٠ هـ -١٩٨٠م .
٢- أحكام القرآن لابن العربي :دار الجيل بيروت١٩٨٧م..
٣- أحكام الأسرة في الإسلام : الدكتور محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية، ١٣٩٧ هـ
٤- أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية : للدكتور أحمد فراج حسين، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية
٥- أحكام المعاملات : للدكتور كامل مرسي، مؤسسة الرسالة بيروت ١٤٠٥ هـ
٦- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك :لأبي بكر حسن الكشناوي -دار الفكر - ط ثانية.
٧- أسني المطالبشرح روض الطالب: لأبي يحيي زكريا الأنصاري دار الكتاب الإسلامي .
٨- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للشيخ محمد الشربيني الخطيب، وهو موجود بهامش حاشية البجيرمي -دار المعرفة - بيروت - لبنان .
٩- الأم: للإمام محمد بن إدريس الشافعي - دار المعرفة - بيروت -لبنان - ط ثانية - ١٣٩٣هـ -١٩٧٣م .
١٠- الإنصاف : لعلي بن سليمان المرداوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت
١١- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع : للشيخ محمد الشربيني الخطيب، دار المعرفة بيروت
١٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لزين الدين بن نجيم -كراتشي -

باكستان .
١٣- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار : لأحمد بن يحيى المرتضي، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٣٩٤هـ - ١٩٧٥م
١٤- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني - المتوفى سنة٥٨٧هـ -دار الكتاب العربي -بيروت -لبنان -ط ثانية - ١٤٠٢ هـ -١٩٨٢م .١٧
١٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد :لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي -المتوفى٥٩٥هـ -تحقيق طه عبد الرؤوف سعد -المكتبة الأزهرية للتراث - القاهرة - ١٤١١هـ -١٩٩١م .
١٦- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي - الطبعة الثانية -دار المعرفة بيروت
١٧- تنوير الأبصار: للتمرتاشي وهو بمتن رد المحتار - ط ثانية - مصطفى البابي الحلبي -١٣٨٦ هـ -١٩٦٦م .١٩
١٨- التاج والإكليل شرح مختصر خليل :لمحمد بن يوسف العبدري المواق - دار الكتب العلمية.
١٩- الجوهرة النيرة: لأبي بكر محمد بن علي الحدادي العبادي -المطبعة الخيرية.
٢٠- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد بن عرفة الدسوقي -دار الفكر -بيروت .
٢١- حاشية البجيرمي المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب: للشيخ سليمان البجيرمي -دار المعرفة - بيروت - لبنان -١٣٩٨ هـ -١٩٧٨م.
٢٢- الخرشي على مختصر خليل: الخرشي -بيروت .
٢٣- الخيار وأثره في العقود : للدكتور عبد الستار أبو غدة،الكويت، ١٤٠٥ هـ
٢٤- درر الحكام شرح غرر الأحكام: لحمد بن فرموزا(منلاخسرو) دار إحياء الكتب العربية .
٢٥- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية: لعلي حيدر - دار الجيل
٢٦- الدر المختار شرح تنوير الأبصار: للحصكفي - وهو بمتن رد المحتار - مصطفى البابي الحلبي بمصر -ط ثانية١٣٨٦هـ -١٩٦٦م .

٢٧- رد المحتار على الدر المختار: لمحمد أمين بن عابدين - مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر -ط ثانية - ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦م .
٢٨- روضة الطالبين وعمدة المفتين : يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط الثانية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥ م
٢٩- شرح العناية على الهداية: لأكمل الدين البابرتي - بهامش فتح القدير
٣٠- شرح مجلة الأحكام العدلية :تسليم بن رستم باز -دار الكتب العلمية بيروت -الطبعة الثالثة
٣١- الروض المربع شرح زاد المستقنع :للبهوتي، ط الثامنة ١٤١٩ هـ
٣٢- الشرح الصغير : الشيخ أحمد بن محمد الدرديري - دار المعارف - القاهرة.
٣٣- الشرح الكبير لمختصر خليل :لأحمد بن محمد الدرديري، وهو بهامش حاشية الدسوقي -دار الفكر- بيروت .
٣٤- فتح القدير: لكمال الدين بن الهمام - مصطفى البابي الحلبي -طبعة أولى - ١٣٨٩هـ -١٩٧٠م .
٣٥- الفواكه الدواني :للشيخ أحمد بن غنيم النفراوي المالكي الأزهري - المتوفى١١٢٠ هـ - دار المعرفة – بيروت.
٣٦- الفقه المقارن للأحوال الشخصية : للأستاذ بدران أبو العينين، دار النهضة العربية، لبنان
٣٧- الفقه الإسلامي وأدلته : للدكتور وهبة الزحيلي، ط دار الفكر، دمشق، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م
٣٨- فرق الطلاق في الإسلام : دكتور أبو سريع عبدالهادي، دار الفجر , القاهرة
٣٩- قوانين الأحكام الشرعية لمحمد بن أحمد بن جزى الغرناطي - دار العلم للملايين -بيروت .
٤٠- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي :لابن عبد البر - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٧هـ .
٤١- الكتاب: لأبي الحسين أحمد بن محمد القدوري -المتوفى٤٢٨هـ، وهو بمتن اللباب -مكتبة محمد علي صبيح - القاهرة -ط رابعة - ١٣٨١ هـ - ١٩٦١م .

٤٢- كشاف القناع : للبهوتي، بيروت ١٤٠٣هـ
٤٣- اللباب شرح الكتاب: للشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي -طبعة رابعة - مكتبة محمد علي صبيح - القاهرة - ١٣٨١هـ - ١٩٦١م.
٤٤- المبسوط: لشمس الدين السرخسي -دار المعرفة - بيروت١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩م .
٤٥- مجلة الأحكام العدلية :دار الكتب العلمية بيروت
٤٦- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لعبد الرحمن بن محمد شيخي زاده - دار إحياء التراث العربي .
٤٧- منحة الخالق على البحر الرائق: لمحمد أمين بن عابدين كراتشي - باكستان
٤٨- مغنى المحتاج : للخطيب الشربيني، ط مصطفى الحلبي ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م
٤٩- المغني : لابن قدامة المقدسي، دار هجر، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م
٥٠- المحلى : لابن حزم الظاهري، مكتبة الجمهورية، القاهرة، ١٣٩٠ هـ - ١٩٧٠م
٥١- الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف بالكويت .
٥٢- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي : للدكتور محمد مصطفى شلبي، دار الفجر القاهرة ١٣٨٥هـ
٥٣- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة
٥٤- المنتقي شرح الموطأ :لأبي الوليد سليمان بن حلف الباجي–دار الكتاب الإسلامي.
٥٥- المقدمات الممهدات: لأبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي - دار الغرب الإسلامي - بيروت الطبعة الأولى١٤٠٥ه -١٩٨٨م.
٥٦- مواهب الجليل شرح مختصر خليل: لمحمد بن محمد بن عبدالرحمن الحطاب - دار الفكر.
٥٧- الهداية شرح بداية المبتدى :لبرهان الدين المرغيناني المتوفى سنة٥٩٣هـ -المكتبة الإسلامية .