

التفريق بين الغائب وزوجته لعدم الإنفاق
(من خلال سجلات المحاكم الشرعية في
مصر العثمانية): دراسة فقهية مقارنة

إعداد:

جمال عبد الناصر عبد الله محمد البهنساوي
باحث دكتوراه بقسم الشريعة الإسلامية
بكلية دار العلوم - جامعة القاهرة



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة:

إن الحمد لله - تعالى - نحمده، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا
وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن
لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ﷺ.
أما بعد:

فإن سجلات المحاكم الشرعية في مصر العثمانية - كمحكمة الباب العالي،
ومحكمة القسمة العسكرية، ومحكمة طولون، ومحكمة الصالحية النجمية، ومحكمة
بولاق الشرعية، ومحكمة مصر القديمة، وغيرها - تمثل سجلاً حيويًا للحياة
الاجتماعية والاقتصادية بالمدينة في العصر العثماني، وهي -أيضا- تعد مصدرا
مهما لمعرفة الأحكام الشرعية التي كانت مطبقة في هذه الفترة، ومن ثم نستطيع
الوقوف على مصادر التشريع التي كان يسلكها الفقهاء في هذا الوقت، وكل ذلك
يكشف لنا أبعادا جديدة للعصر العثماني في شتى النواحي الحياتية والدينية.

ودراسة موضوع أحكام الأسرة من خلال وثائق سجلات المحاكم الشرعية غاية في الأهمية؛ إذ إننا نسمع دعاوى كثيرة تصف المرأة - خاصة - في هذه الفترة بأنها تعامل كالجواري، وأنها كانت تعاني ظلم الرجال وقهرهم، ولا حق لها إطلاقاً في أي شيء، ثم يدعون - في وقتنا هذا - أنها يجب أن تخرج إلى عصر النور والتحضر، فتأتي وثائق المحاكم الشرعية العثمانية لترد على ذلك ردّاً واقعياً علمياً لا يحتاج إلى تعليق من أحد.

أهمية الموضوع:

تتمثل أهمية دراسة موضوع أحكام الأسرة من خلال سجلات المحاكم الشرعية في الآتي:

١- تتضح مكانة هذه الوثائق من خلال معرفة الدور الذي كان يقوم به الحاكم الشرعي - أي: القاضي - بالمدن آنذاك، فكانت له المكانة العظمى بين الناس؛ إذ إنه كانت - مع كون وظيفته وظيفة دينية في الأساس - له صلاحياته الكبيرة التي امتدت إلى مختلف مجالات الحياة، فهو لا يعاقب المخلين بالقانون فحسب، بل يفصل في الخلافات، وينظر في الاحتجاجات، ويراقب ويرعى شئون القاصرين، ويسهر بنفسه على النساء الأرامل واليتامى، وهو قاضي الأحوال الشخصية والمشرف على الأوقاف أو الأحباس...، وغير ذلك مما له أثر في الحياة جل أو دق.

٢- إن دراسة سجلات المحاكم الشرعية تمكننا من التعرف على الحياة الحقيقية للمجتمع، وفهم طبيعة وملامح القضاء الشرعي في مصر العثمانية، ومدى التزام القضاة بتطبيق أحكام الشرع والكيفية التي استخدموها في التطبيق، والوقوف على مدى التزامهم بتلك الأحكام - أو عدم التزامهم - في مختلف الفترات، وكذا نعرف وظيفة هذه المحاكم وأهميتها في ذلك الوقت بالنسبة للفرد والمجتمع، وتكشف كذلك مدى الصلة بين القضاة العثمانيين والسلطة، ودور الإفتاء بالنسبة لأحكام القاضي، وأهم ملامح المرجعية التشريعية للقضاة في ذلك العصر، وبالوقوف على كل ذلك وعلى الأحكام الشرعية الصادرة

من القضاة الشرعيين، ودراستها دراسة علمية مقارنة - يتبين لنا ما كانوا يعتمدونه من أحكام، ويتبين كذلك صحتها من مجابتهها للصواب.

٣- دراسة جانب فقه الأسرة من خلال هذه السجلات يظهر لنا المشكلات التي كانت تواجه القضاة الشرعيين في هذه الفترة، ومعرفة كيف تعاملوا معها، ومن ثم نقل هذه الحلول إلى واقعنا المعاصر؛ حلاً لمشكلاته المتزايدة خاصة في جانب أحكام الأسرة.

أسباب اختيار الموضوع:

مما دفعني لاختيار هذا الموضوع عدة أسباب؛ منها:

١- وقع اختياري على هذا الموضوع بداية؛ لأهميته في كونه يربط الحاضر بالماضي، ويبيّن عليه، ويسترشد بنوره، خاصة إذا علمنا أن الذي كان يحكم في هذه القضايا قضاتنا الشرعيون، ومن ثم فالنظر في فقههم، ومعرفة كيفية تعاملهم مع القضايا الحياتية، والمشاكل اليومية- التي لم يخل منها زمان ولا مكان- لجدير بتكوين ملكة فقهية يصعب تحصيلها من خلال دراسة الكتب فقط، كما أن ذلك يورث المشتغل بالفقه كيفية التعامل مع النوازل المعاصرة والمستجدة، فإن ذلك هو الفقه الحي.

٢- وقع اختياري على أحكام الأسرة خاصة؛ وذلك لأن الأسرة هي مقياس تقدم المجتمع أو تخلفه، وذلك من خلال معرفة القضايا والمشكلات التي تتعرض لها الأسرة، ودراسة هذا الموضوع من واقع سجلات المحاكم الشرعية يضع أيدينا على موضع الداء الذي نعاني منه في وقتنا هذا من تفكك في الأسر- بل لا أبالغ إذا قلت في المجتمع كله، ومن ثم نستطيع تقديم الدواء الشرعي لهذا الداء.

الدراسات السابقة في الموضوع:

لم أجد- فيما اطّلت عليه- دراسة علمية تناولت موضوع (فقه أحكام الأسرة من خلال سجلات المحاكم الشرعية في مصر العثمانية).

إشكالية الدراسة:

يحاول هذا البحث الإجابة على بعض التساؤلات المتعلقة بهذا الموضوع، ومنها:

١- هل كانت قضايا أحكام الأسرة- في هذا الوقت- ذات اهتمام من القضاء في البحث عن مشاكل الناس، أو أن الناس كانوا لا يعبأون بهذه المحاكم، بحجة أنها لا تفي لهم بأحكام في نوازهم الطارئة؟

٣- هل كانت المحاكم الشرعية العثمانية في مصر كافية لاحتياج الناس وجديرة بحل مشاكلهم؟ أو أنها لا تصلح ولا تكفي ولا تفي لذلك، ومن ثم فإنه يجب إلغاؤها كما حدث فيما بعد؟

خطة البحث:

تتكون من مقدمة، ومبحثين، وخاتمة على النحو التالي:

أما المقدمة، ففيها: أهمية الموضوع، والدراسات السابقة فيه، وإشكالية الدراسة في الموضوع، وخطة البحث.

المبحث الأول: التعريف بسجلات المحاكم الشرعية، ودورها في التأريخ للتشريع الإسلامي

المطلب الأول: التعريف بسجلات المحاكم الشرعية في مصر.

المطلب الثاني: دور سجلات المحاكم الشرعية في التأريخ للتشريع الإسلامي.

المبحث الثاني: التفريق بين الغائب وزوجته لعدم الإنفاق

المطلب الأول: أقضية القضاة في العصر العثماني في المسألة.

المطلب الثاني: أقوال الفقهاء في المسألة.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج.

فهرس المصادر والمراجع.

المبحث الأول

التعريف بسجلات المحاكم الشرعية ودورها في التأريخ للتشريع الإسلامي

المطلب الأول: التعريف بسجلات المحاكم الشرعية في مصر:

أولاً: معنى السجلات لغة واصطلاحاً:

(أ) معنى السجلات لغة: قال ابن فارس: "السَّجِلُّ فَمِنْ السَّجَلِ والمَسَاجِلَةُ، وذلك أنه كتاب يجمع كتباً ومعاني"^(١)، (السَّجَلُ) الدَّلُؤُ الْمَلَأَى، وَ(السَّجِلُّ) الصَّكُّ، وقد (سَجَلَ) الحاكم (تسجيلاً)، والسَّجَلُ: كتاب العهد، ونحوه، والجمع: سجلات، وهو أحد الأسماء المذكورة المجموعة بالتاء، وسَجَلَ، بالكسر والتشديد، وهو الكتاب الكبير^(٢).

(ب) معنى السجلات اصطلاحاً، هي: "وثائق مدونة في شكل مجلدٍ مخطوطٍ أو مطبوع، دُونت تباعاً يوماً بعد يوم، وشهراً بعد شهر، وسنة بعد سنة، تمثل نشاط الإدارة أو الهيئة التي دُونت تلك الوثائق في فترة زمنية من حياتها يمثلها هذا السجل"^(٣).

والسجل يحوي صوراً للوثائق - والأوامر وغيرها - التي صدرت عن الهيئة أو الإدارة أو المؤسسة خلال فترة حياتها، ثم مجموع السجلات والوثائق وغيرها الناتج من نشاط إدارة أو هيئة معينة في مدة حياتها هو ما يطلق عليه الوحدة الأرشيفية المتكاملة^(٤).

(١) معجم مقاييس اللغة (٣/١٣٦)، مادة (سجل)، ومختار الصحاح (ص: ١٤٣) مادة (سجل).

(٢) انظر: مختار الصحاح (ص: ١٤٣)، مادة (سجل)، ولسان العرب (١١/ ٣٢٦، ٣٢٥) مادة (سجل).

(٣) انظر: الأرشيف ماهيته وإدارته، للدكتورة سلوى ميلاد، ط دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة ١٩٨٦ م د ط ص ١٣ وما بعدها، محاضرات في الأرشيف، إدارته وتنظيمه ووصفه وأهم الوحدات الأرشيفية بمصر، يحيى عبد العزيز عمر ١٩٩٣ د ط، (٣٠، ٣١).

(٤) انظر: الأرشيف ماهيته وإدارته (١٣ وما بعدها)، محاضرات في الأرشيف (٣٠، ٣١).

وتعد سجلات المحاكم الشرعية المصرية في العصر العثماني متكاملة أرشيفية مهمة، تحوي صور الوثائق الصادرة عن المحاكم المختلفة التي مارست العمل القضائي في تلك الفترة، وقد كانت تنظر جميع القضايا: مدنية، وجنائية، وأحوال شخصية... إلخ، وهي من الوثائق القانونية المحفوظة بإدارة المحاكم بدار الوثائق القومية المصرية، تحديداً منذ عام (١٥١٧م / ٩٢٣هـ)، والتي ترتب عليها أن أصبحت الإدارة المصرية والقضاء المصري كلاهما تابعاً للسلطنة العثمانية^(١).

ثانياً: معنى المحاكم الشرعية اصطلاحاً: "هي محاكم قديمة في مصر في العصر العثماني، كانت تنظر في جمع أنواع النزاعات: المدنية، والتجارية، والجنائية، والأحوال الشخصية"^(٢).

أما عن تاريخها ففي عام (١٨٥٦م) تم إنشاء محاكم سميت «المجالس القضائية المحلية»، وكانت تحكم بمقتضى الخط الهمايوني^(٣)، ثم تشعب القضاء في مصر نتيجة المعاهدات الخارجية والامتيازات الأجنبية، وفي عام ١٨٧٠ أنشئت «المحاكم المختلطة» التي كان عملها مستمداً من القوانين الفرنسية، وفي عام ١٨٨٣ وضعت لائحة للمحاكم النظامية التي أخذت الكثير من صلاحيات المحاكم الشرعية، فلم يعد من اختصاصات المحاكم الشرعية سوى الأحوال الشخصية، وألغيت المحاكم الشرعية تماماً بمقتضى قانون توحيد الهيئات القضائية

(١) انظر: المجموعات الأرشيفية المصرية، د. ناهد السويدي، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، ٢٠١٥ ص ٣٢، ٣٦، ٣٧.

(٢) تاريخ التشريع الإسلامي، مناع بن خليل القطان (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، الناشر: مكتبة وهبة، الطبعة: الخامسة ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م (ص: ٤٠٢).

(٣) القانون الهمايوني ١٢٧١. بند ١١. ضمن وثائق التشريع الجنائي المصري (سجل "مجموع أمور جنائية")، د. عماد أحمد هلال، ط دار الكتب والوثائق القومية (سلسلة دراسات وثائقية). العدد الثالث (عام ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١م) (ص ٥٤٦).

الذي صدر عام ١٩٥٥، والذي ضم اختصاصات المحاكم الشرعية للمحاكم العادية^(١).

المطلب الثاني: دور سجلات المحاكم الشرعية في التأريخ للتشريع الإسلامي:
تعد وثائق أية فترة من فترات التاريخ هي المصدر الرئيسي والجوهري الذي يمكن الباحثين من التأريخ لتلك الفترة، وذلك لقيمة تلك الوثائق وما تحويه من معلومات تخص شتي مجالات التاريخ، فهي بذلك تعكس العلاقات المتبادلة بين أفراد المجتمع والمعاملات المختلفة بينهم.

فالوثائق هي المصادر الأصلية الأولية التي لم تنشأ أصلاً لكي تنقل لنا حقيقة تاريخية أو لم يقصد من وراء كتابتها أن تكون شاهداً تاريخياً، ولكنها استخدمت لإثبات حقائق تاريخية جديدة، أو للتأكيد على حدوث وقائع نعرفها بالفعل. وهذا ينطبق تماماً على وثائق سجلات المحاكم الشرعية في مصر العثمانية، والتي حفظت في أماكن عديدة، أهمها علي الإطلاق المجموعات التي حفظت بدار الوثائق القومية، وغيرها من الأماكن التي تحتفظ بالكثير من الوثائق التي تخص تاريخ مصر^(٢).

والواقع أن دراسة موضوع تاريخ التشريع الإسلامي وتطور النظم القانونية في مصر العثمانية من الموضوعات المهمة الجديرة بالبحث والدراسة؛ وذلك نظراً لوفرة المواد الأرشيفية والمصادر الوثائقية التي يمكن الاعتماد عليها في محاولة توضيح الحقائق والأمور المتعلقة بالكيفية أو بالمنهج الذي انتهجه قضاة المحاكم في نظر التصرفات القضائية المختلفة، وتمثل تلك المصادر بشكل أساسي في وثائق المحاكم الشرعية التي نتجت عن ممارسة تلك المحاكم لوظائفها القضائية؛ ولذلك فهي مادة أرشيفية علي درجة كبيرة جداً من الأهمية في مجال البحث والدراسة

(١) انظر: تاريخ التشريع الإسلامي، مناع بن خليل القطان (ص: ٤٠٢).

(٢) انظر: المجموعات الأرشيفية المصرية، د. ناهد السويفي، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، ٢٠١٥

للخروج بالكثير من النتائج الجديدة التي تفيد في معرفة القضاء الشرعي في مصر العثمانية، وإدراك ملامحه وأوجه تغيره وما وصل إليه في ذلك العصر^(١).
ترد وثائق المحاكم الشرعية العثمانية والآثار العمرانية للمرأة المسلمة والحقائق التي سجلها المؤرخون والرحالة المسلمون والإفرنج على المستغربين ردًا لا يحتاج إلى تعليق من جاحد، فمن ينكر الوثائق الواضحة التي تسجل الحياة اليومية للمجتمع إلا إذا كان أعمى النظر والعقل والقلب.

(١) انظر: تاريخ التشريع الإسلامي، مناع بن خليل القطان (ص: ٤٠١ - ٤٠٣)، والمجموعات الأرشيفية المصرية، د. ناهد السويفي، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، ٢٠١٥ ص ٣٢، ٣٦، ٣٧.

المبحث الثاني

التفريق بين الغائب^(١) وزوجته لعدم الإنفاق

المطلب الأول: أفضية القضاة في العصر العثماني

عند دراسة أفضية القضاة في مسائل الطلاق في العصر العثماني يتبين

الآتي:

أولاً: أن عقود الطلاق التي سجلت في العصر العثماني تحدد لنا أموراً، هي:

- (١) الطرف الذي طلب الطلاق.
- (٢) أسباب وشروط الطلاق. إذ يفيدنا أحد عقود الطلاق أن سيدة حصلت على حق الطلاق في غياب زوجها الذي سافر، وتركها في محل سكنه مطيعة، بلا نفقة، ولا منفق شرعيين، وأنها متضررة من ذلك الضرر الكلي لاسيما خلو فراشها.

(٣) الزام الطرف الذي طلب الطلاق بإحضار شاهدين.

ثانياً: تبين قضايا الطلاق حين تضرر المرأة من زوجها، مدى استجابة القضاء الشرعي لذلك، ومن هذه القضايا قضية سجلتها سجلات محكمة رشيد، س ١٩٨^(٢)، ق ١٣٩^(٣)، ص ٧٢^(٤) سنة (١٢٠٨ هـ)، ونلاحظ أن القاضي طلب

(١) الغائب هو المفقود: والغيبه على ثلاثة أضرب: الضرب الأول: غيبه لا ينقطع معها خبره كالمسافر في التجارة، الضرب الثاني: غيبه ينقطع معها خبره، وليس الغالب منها الهلاك، والضرب الثالث: غيبه الغالب منها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله، أو في مفازة، أو بين الصفين إذا قتل قوم، أو من غرق مركبه ونحو ذلك... انظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٢/ ٤٢٤)، والحاوي الكبير للماوردي (٣١٦/١١)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٢٨٨/٩).

(٢) س = سجل.

(٣) ق = وثيقة.

(٤) ص = صحيفة.

حضور كل من الزوجة والشهود - بشهادة كل من: السيد جمعة بن محمد العناني، والسيد مصطفى بن الشيخ حسن مقلد المؤدين شهادتهما بذلك، وبمعرفتها المعرفة الشرعية لديه التأدية الشرعية ثبوتاً شرعياً - إلى المحكمة أمام القاضي عند طلب الطلاق، وحرصت المحكمة على التأكد من شخصية أطراف الدعوى، بخاصة أن المرأة هي التي تقدمت بطلب الطلاق؛ منعا لأية شبهة قد تتعلق بشخصية طالبة الطلاق.

فجاء في نص الوثيقة عن الركن الأول ما يلي:
(نص الوثيقة):

حضرت رقية المرأة بنت المرحوم الشيخ عبد الرحمن المطوبسي بين يدي الحاكم الشرعي المالكي، وأتمت إليه أنها زوجة للحاج علي العباسي بن السيد حسن الزيات، وأنه سافر وتركها في محل سكنه، مطيعة، بلا نفقة، ولا منفق شرعيين، وأنها متضررة من ذلك الضرر الكلي لاسيما خلو فراشها بشهادة كل من: السيد جمعة بن محمد العناني، والسيد مصطفى بن الشيخ حسن مقلد المؤدين شهادتهما بذلك، وبمعرفتها المعرفة الشرعية لديه التأدية الشرعية ثبوتاً شرعياً.

فلما ثبت ذلك لديه حلفها اليمين الشرعية، فحلفت كما استحلفت، ومكنها من نفسها تمكيناً شرعياً قبلته منه لنفسها قبولاً مرضياً، وأمرها أن تقول: طلقت نفسي من عصمة زوجي الحاج علي الغائب بطلقة واحدة يملك بها مراجعتي إن عاد موسراً في عدتي، وصيرت نفسي حلاً للأزواج.

وأمرها أن تعتد في يوم تاريخه كعدة طلاق وثبت ذلك لدى الحاكم المالكي المشار إليه بعد أن ثبت لديه معرفة الحاج علي العياشي الغائب المذكور المعرفة الشرعية بشهادة الشاهدين المذكورين ثبوتاً شرعياً، وحكم بموجب ذلك حكماً شرعياً متمسكاً في ذلك بفتيا رفعته لفظه سؤالها: ما قولكم دام فضلكم في امرأة تضررت من زوجها بعدم الإنفاق عليها، وخلو فراشها مدة من الزمان، ثم تركها، وسافر، ولم تعلم أين توجه، فهل إذا خافت على نفسها الزنا لها أن ترفع

أمرها للحاكم الشرعي المالكي ليطلق عليه بعد ثبوت ما تدعيه بالبينة واليمين الشرعيين؟ أفيدونا.

الجواب: وأجاب عليها مولانا الشيخ موسى حجاج المفتي المالكي بالثغر بقوله ما نصه: الحمد لله وحده، لهذه المرأة إذا خافت على نفسها الزنا لخلو فراشها من الزوج وتركها من غير إنفاق عليها أن ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعي المالكي، فإذا شرحت له قصتها وثبت عنده حادثتها بالبينة واليمين الشرعيين؛ فإنه يسوغ له حينئذ أن يطلق عليه طليقة واحدة، فقد صرح العلامة خليل بن إسحاق في مختصره الشهير في الآفاق في بابي النفقة والإيلاج بما نصه: "وطلق عليه..." إلى قوله: "وإن غائبا..."، فالحاصل أن للمرأة أن تطلق على زوجها بأحد الأمرين: عدم النفقة، أو خلو الفراش، فكيف بهما مجتمعين كما هنا؟!!

وقد صرح البرهان الشبرخيتي في شرحه على المختصر بأنه: لا يشترط طول في مدة ترك الوطء بل خوف الزنا كان، وإن لم يكن طول؛ حفظا لها من فعل الفاحشة، وهو ظاهر المتن كظاهر المدونة، ولها أن تتزوج بمن شاءت بعد انقضاء عدتها، وحكم الحاكم الشرعي في المسائل الشرعية الاجتهادية رافع للعمل بمقتضى الخلاف بين الأئمة الأسلاف، فليس للزوج نقضه إذا قدم بعد انقضاء عدتها، وعليه أن يدفع لها ما هو ثابت لها بذمته شرعاً من مؤخر صداق وغيره والله أعلم.

وأجاب عليها أيضاً مولانا الشيخ عبد الدايم الصافي المفتي المالكي بالثغر بقوله ما نصه: الحمد لله، ولا حول إلا بالله، حيث غاب عنها زوجها، ولم يعلم له موضع، ولم يترك لها ما تنفقه على نفسها، فلها أن ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعي المالكي؛ ليطلق عليه بعد ثبوت ما تدعيه من عدم النفقة بالبينة واليمين الشرعيين، وإن لم تخف على نفسها الزنا؛ لأن عدم النفقة كاف في جواز الطلاق، وإذا طلق عليه لعدم النفقة فتعد عدة طلاق، ولها أن تتزوج بعدها، فإذا تزوجت بعد التطليق والعدة وقدم من غيبته من كان متزوجاً بها؛ فلا سبيل

له عليها، ولا كلام له معها، ولا مع من تزوج بها؛ لأنه بعد أن طلقها الحاكم الشرعي صار أجنبياً منها، صرح بذلك شرح المختصر والرسالة مما وقفت عليه والحالة هذه، والله أعلم.

ثم اتصل بسيدنا ومولانا السيد مصطفى أفندي الحاكم الشرعي بالثغر وتوابعه حالاً ما نسب للحاكم الشرعي المالكي المشار إليه أيضاً اتصالاً شرعياً، ونفذ ذلك تنفيذاً مرعياً تحريراً في حادي عشرين جمادى الأولى سنة ثمان ومائتين وألف، وحسبنا الله^(١).

يوضح نص هذه الوثيقة عدة أمور، منها:

(١) أن الزوجة هي التي تقدمت برفع دعوى الطلاق من زوجها.
 (٢) أن الإجراءات كانت تتطلب ذكر الاسم ثلاثياً؛ منعاً للجهالة، ثم إضافة الأوصاف الخاصة التي تزيد من التأكد من شخصيتها، وذلك حين تكون لها صفات جسمية مميزة أو شكل مميز.

(٣) ثم تذكر الوثيقة اسم الزوج أيضاً ثلاثياً؛ منعاً للجهالة -أيضاً، مع ذكر لقب الزوج المميز له والدال على مكانته الاجتماعية.

الركن الثاني من الوثيقة، وهو: تطبيق قواعد الطلاق الذي طالبت به المرأة زوجها، وذلك تطبيقاً للشريعة الإسلامية، حيث حلفت المرأة اليمين، وبالتالي تم تطليقها أمام القاضي؛ تأكيداً لهذا الطلاق.

ونصت الوثيقة على أن الزوجة طلبت الطلاق فلما ثبت ذلك لديه -أي:

الحاكم - حلفها اليمين الشرعية، فحلفت كما استحلفت، ومكنها من نفسها تمكيناً شرعياً قبلته منه لنفسها قبولاً مرضياً، وأمرها أن تقول: طلقت نفسي من عصمة زوجي الحاج علي الغائب بطلقة واحدة يملك بها مراجعتي إن عاد موسراً في عدتي، وصيرت نفسي حلاً للأزواج، وأمرها أن تعتد في يوم تاريخه كعدة طلاق، وثبت ذلك لدى الحاكم المالكي.

(١) محكمة رشيد، س ١٩٨، ق ١٣٩، ص ٧٢. سنة (١٢٠٨هـ).

الركن الثالث في الوثيقة: يتضمن شهادة الشهود على هذا الطلاق وما ارتبط به من اتفاق، وذلك بحضور أقارب للزوجة، فضلاً عن شهود المحكمة، وأصدر القاضي حكمه بطلاق رقية المرأة بنت المرحوم الشيخ عبد الرحمن المطوبسي، وأنحت إليه أنها زوجة للحاج علي العباسي بن السيد حسن الزيات؛ بناء على طلبها.

المطلب الثاني: أقوال الفقهاء في مسألة التفريق بين الغائب وزوجته لعدم الإنفاق:

تحرير محل النزاع:

بعد ثبوت حكم التفريق بالطلاق لدى القاضي المالكي في الوثيقة السابقة أنتقل إلى بيان حكم التفريق على الغائب لعدم الإنفاق لدى الفقهاء، وسأعرض أولاً أقوال الفقهاء في ذلك مع أدلة كل فريق، ثم أناقش الأقوال؛ لأصل إلى الرأي المختار، ثم أتبع ذلك ببيان مذهب المالكية والشافعية بشيء من التفصيل، محاولاً التوفيق بين الأقوال المتعددة عند الشافعية، وأذكر أخيراً الشروط الواجب توافرها عند القائلين بالتفريق لعدم الإنفاق.

أ- أقوال الفقهاء في حكم التفريق بين الغائب وزوجته لعدم الإنفاق:
يمكن إجمال أقوال الفقهاء في هذه المسألة في قولين، كالاتي:
القول الأول: ذهب الحنفية^(١)، والشافعية في الأصح^(٢)،

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: (٣/٥٩٠)، وفتح القدير لابن الهمام (٤/٣٩٠)، وتبيين الحقائق للزيلعي: (٣/٥٤ - ٥٥).

(٢) إلا أن الشافعية اشتروا في قولهم هذا أن يكون الزوج موسراً ومعلوم المكان، أو مجهول الحال يساراً أو إعساراً. انظر: نهاية المحتاج للرملي (٧/٢١٢)، والفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر: أحمد بن محمد ابن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (المتوفى: ٩٧٤هـ)، جمعها: تلميذ ابن حجر الهيتمي، الشيخ عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي المكي (المتوفى ٩٨٢هـ)، الناشر: المكتبة الإسلامية، بدون تاريخ، بدون طبعة، (٤/٢١٠)، ومغني المحتاج، شمس الدين، محمد بن =

والحنابلة في قول القاضي^(١)، والظاهرية^(٢)، إلى القول بعدم التفريق لعدم الإنفاق.

وقد استدلووا على ذلك بأدلة، منها:

- (١) أن الأصل عدم التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق، سواء أكان الزوج معسراً أم ممتنعاً عن النفقة، فالأصل عندهم عدم التفريق بين الزوجين للإعسار، أو لعدم إيفاء الزوجة حقها، سواء أكان الزوج حاضراً أم غائباً، والزوج إما موسر وإما معسر، فإن كان موسراً فهو ظالم بعدم الإنفاق، ولكن دفع ظلمه هذا لا يتعين بالتفريق، بل يمكن دفعه بوسائل أخرى، كأن يُباع ماله جبراً عنه للإنفاق على زوجته، أو بحسبه، وتعزيره لإرغامه على الإنفاق إن كان حاضراً^(٣).
- (٢) قياس عدم النفقة على الإعسار، فإذا كانت زوجة المعسر تؤمر بالاستدانة، أو يؤمر ابنها أو أخوها بالإنفاق عليها في حالة الإعسار وزوجها حاضر، فمن باب أولى أن تؤمر هي، أو أن يؤمر ابنها، أو أخوها بالإنفاق حال غيابه، ويرجع بالنفقة على الزوج حال عودته، سيما وأنه موسر^(٤).

أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، الناشر: دار الفكر بيروت: بدون طبعة، بدون تاريخ (٤٤٢/٣)، واختار الإمام النووي أنه الوجه الأصح. انظر: روضة الطالبين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود - على محمد معوض للنووي، الناشر: دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ، (٤٨٠/٦).

(١) انظر: المغني لابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، (٢٠٤/٨).

(٢) انظر: المحلى لابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، (٢٥٩/٩، ٢٦٠).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م (١٨٧/٥ - ١٩٠).

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني: أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، (٢٨/٤ - ٣٣)، وفتح القدير لابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)، =

أما إن كان معسرًا فلا ظلم منه لعدم الإنفاق، فالحنفية يرون أن الظلم هو تطبيق الحاكم عليه؛ لأن هذا التفريق فيه إبطال حق له بلا بدل^(١)، فعدم الإنفاق سواء أكان عجزًا أم امتناعًا من الزوج، حاضرًا كان أم غائبًا - لا يوجب الفرقة عند الحنفية^(٢)

وإذا رفعت زوجة الغائب أمرها إلى القاضي طالبة التفريق، وأقامت البينة على عجز زوجها عن النفقة، فليس للقاضي الحنفي أن يحكم بالتفريق؛ لأنه قضاء على غائب، فإن فرق بينهما قاض يرى جواز ذلك، ففي جواز تفريقه قولان: أحدهما: يجوز، والآخر: لا؛ لأن العجز لا يعرف حال الغيبة؛ لاحتمال قدرته على الإنفاق، وعلى القول بجواز التفريق فإن في نفاذ قضاؤه عند الحنفية^(٣) قولين أيضًا: الأول: ينفذ، الثاني: لا ينفذ؛ لأن المشهود به وهو الإعسار غير ثابت؛ لأن المال متغير، ومن الجائز أن الغائب قد تغير حاله فصار غنيًا، ولم يعلم الشاهد بذلك لبعده المسافة^(٤).

الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ (٣٩٣/٤)، والمغني لابن قدامة: (٢٠٤/٨)، ومغني المحتاج للشريبي: (٤٤٤/٣).

(١) انظر: المبسوط للسرخسي: (١٩٢/٥).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين = رد المحتار على الدر المختار، المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، (٥٩٠/٣).

(٣) أن من المسائل التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي: التفريق للعجز عن الإنفاق غائبًا - على الصحيح - لا حاضرًا. هذا ما ذكر ابن عابدين (رحمه الله) في حاشيته: (٥٩٠/٣).

(٤) انظر: تبين الحقائق للزيلعي: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣هـ)، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشَّيْبَلِيُّ (المتوفى: ١٠٢١هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ، (٥٤،٥٥/٣)، والفتاوى الهندية: (٥٥١ - ٥٥٠/١).

(٣) أن الفسخ للإعسار كان لثبوت عيب الإعسار، وهو منتف؛ لتمكنها من استخلاص حقها، وذلك بأن يرسل الحاكم إلى البلد التي يقيم فيها، فيلزمه بدفع نفقتها إن علم موضعه^(١).

(٤) أن زوجة الغائب تستطيع أن تُحصل حقها بأمر الحاكم، أو بيدها إن قدرت، ويرسل القاضي الذي ترفع المرأة إليه إلى قاضي بلده يلزمه بدفع نفقتها إن علم موضعه، ويدخل في هذا القسم إذا غاب وجهلت حاله يسارًا أو إعسارًا^(٢).

القول الثاني: ذهب المالكية^(٣)،

(١) انظر: نهاية المحتاج للملي: (٢١٢/٧)، روضة الطالبين للنووي: (٤٨٠/٦).

(٢) انظر: مغني المحتاج للشربيني: (٤٤٢/٣)، وأسنى المطالب للأنصاري: (٤٣٨/٣).

(٣) ذهب المالكية إلى أنه إذا لم يكن للزوج مال ظاهر، وتضررت المرأة من عدم الإنفاق عليها، وطلبت التفریق؛ فإن الزوج إما أن يكون ثابت الإعسار، أو أن يدعي الإعسار دون أن يثبت، أو أن لا يجيب بشيء، فإن كان الزوج ثابت العسر، أو تمكن من إثبات عسره عند الحاكم؛ يؤمر بالطلاق، فإن طلق فيها، وإن امتنع طلق عليه بعد الإمهال باجتهاد الحاكم بحسب ما يراه من حال الزوج، لعله يحصل النفقة في مدة الإنظار تلك، ولا فرق عند المالكية في الذي ثبت عسره وتلوم له بين أن يكون حاضرًا أو غائبًا، إلا أن إنظار الغائب يختلف بحسب نوع الغيبة على النحو الآتي:

أ- الحكم عندهم في الغيبة القريبة كثلاثة أيام: أنه إذا تضررت المرأة من عدم الإنفاق عليها فإن الحاكم يرسل إلى زوجها ويخبره بين أن يعود، أو يرسل النفقة، أو يطلق عليه.

ب- أما الغيبة البعيدة كعشرة أيام، وكذلك إذا كان غائبًا بحيث لم يُعلم موضعه، فإن غاب الزوج غيبة بعيدة، سواء أعلم موضعه أم لم يعلم، أسيرًا كان أو غير ذلك، ولم يترك لزوجته نفقة ولا كسوة، ولا شيئًا. وهذا القول هو المشهور في المذهب عندهم، فإن لم يثبت عند القاضي إعساره طلق عليه حالا، وإلا تلوم له، وينظره القاضي بحسب ما يراه مناسبًا، وقيل: يمهل شهرًا أو شهرين أو ثلاثة أشهر، فإذا انقضت هذه المدة ولم يرجع، ولا بعث لها بشيء، ولا ظهر له مال، وأثبتت الزوجة ذلك عند القاضي، طلقها عليه، سواء أكان دخل بها أم لم يدخل. وقد فسر المالكية ثبوت الإعسار عند الغائب بعدم وجود ما يقابل النفقة بوجه من الوجوه. انظر: مواهب الجليل للحطاب: (١٩٦/٤)، وحاشية الدسوقي: (٥١٩/٢)، وحاشية الصاوي: (٧٤٥/٢).

والشافعية في قول آخر^(١)، والحنابلة فيما عليه المذهب، وهو ما اختاره الخرقى^(٢) - إلى جواز التفريق لعدم النفقة.

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بجواز التفريق بالأدلة الآتية:

(١) روي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى عماله في الذي يغيب عن امرأته فلا يبعث بنفقة، فكتب «أن ادعهم، فأمرهم أن ينفقوا، أو يطلقوا، فإن لم يطلقوا خذوهم بنفقة ما مضى، وما استقبل»^(٣).

وجه الدلالة: يستدل من هذا الأثر على وجوب النفقة، فإن تعذرت النفقة وجب الطلاق، وفي هذا إيجاب على الطلاق عند الامتناع عن الإنفاق^(٤).

(٢) قال ابن قدامة: "ولنا ظاهر حديث عمر، ولأنه معنى يثبت الفسخ، ولم يرد الشرع بالإنظار فيه؛ فوجب أن يثبت الفسخ في الحال، كالعيب، ولأن سبب الفسخ الإعسار، وقد وجد، فلا يلزم التأخير"^(٥).

نوقش ذلك: بأن المعتمد من اضطراب طويل بين المتقدمين والمتأخرين أنه لا يجوز - أي: الفسخ - إلا إذا شهدت بينة أنه الآن معسر عاجز عن أقل واجب النفقة والكسوة، ولا يكفي فقد خبره، ولا امتناعه عن الإنفاق، ولا غيبته معسراً،

(١) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: (٤٣٨/٨)، وأسنى المطالب للأنصاري: (٤٣٨/٣).

(٢) يشترط الحنابلة في هذا القول أن لا يقدر الحاكم له على مال - من نقود، أو عروض، أو عقار - يأخذ النفقة منه لزوجة الغائب انظر: المغني لابن قدامة: (١٦٤/٨)، وكشاف القناع للبهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بدون طبعة، وبدون تاريخ، (٤٧٩/٥).

(٣) أخرجه الصنعاني في مصنفه، كتاب: الطلاق، باب: الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها، (٩٤/٧)، برقم (١٢٣٤٧).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٢٠٤/٨).

(٥) انظر: المرجع السابق.

فكل هذه ونحوها لا يجوز به فسخ النكاح، بل لا يجوز إلا إذا شهدت بينة شرعية بما ذكر^(١).

والملاحظ هنا أن ابن حجر - رحمه الله - اشترط إثبات الإعسار للفسخ، مع أن تعذر النفقة يقوم مقام الإعسار في إضراره بالزوجة، بل إن تعليل الشافعية عدم جواز الفسخ بتمكن المرأة من تحصيل حقها يشعر أن المقصود بذلك المحافظة على حق المرأة دون الاعتداء على حق الرجل بفسخ نكاحه إن أمكن، فإن تعين الفسخ طريقاً لزم.

الرأي الراجح: أنه إذا تضررت الزوجة لتعذر النفقة وعدم وجودها بين يديها، ولم تتمكن من الحصول عليها بقضاء أو غيره - سواء أعرف مكان الغائب أم لم يعرف، كانت غيبته بعيدة أم قريبة، ثبت إعساره أم لم يثبت، وتعين التفريق لدفع الضرر عن الزوجة - فإن الحاكم يفسخ لهذه الأسباب بعد إعداره إن أمكن؛ وذلك للضرورة؛ لأن مدار الفسخ على الإضرار، لا على ثبوت الإعسار، والإضرار موجود ولا شك في عدم إنفاقه، وتعذر حصولها على النفقة منه وإن كان موسراً.

فيمكن القول إذًا: إن سر الفسخ هو تضرر المرأة، وليس ثبوت الإعسار، فإذا وجد التضرر، وتعذر حصولها على النفقة أو وصولها إليها، كان حكمه حكم الإعسار، ولا فرق.

ومما يدل على أن السبب في الفسخ هو عدم الإنفاق الذي ينتج عنه الإضرار بالزوجة: أن عيب الإعسار إنما جوز الفسخ لتعذر الإنفاق، بدليل أنه لو اقترض ما ينفق عليها، أو تبرع له آخر بدفع ما ينفقه، فلا فسخ لها.

فالامتناع عن الإنفاق يعد أحد الأعدار التي تجيز الفسخ، ويصلح أن يكون علة له، ولا فرق فيه بين موسر ومعسر، ويمكن أن يصر إلى أن المناط المحيز للفسخ هو تعذر الإنفاق، وهو متحقق في حالي الإعسار واليسار مع الامتناع عن الإنفاق، فينبغي أن يسوى الحكم بينهما، وهذا القول يتفق مع ما جاء به

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي: (٤/٢١٠).

الشرع الإسلامي من نفي الحرج، بدليل قوله -تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١).

شروط التفريق لعدم الإنفاق:

اشترط الفقهاء القائلون بالتفريق لعدم الإنفاق عدة شروط لا بد من توافرها ليصار إلى الحكم بالتفريق، بعض هذه الشروط متفق عليها، وبعضها الآخر مختلف فيها، وبيانها فيما يأتي:

(١) عدم وجود مال ظاهر للزوج، بحيث يتعذر على الزوجة الإنفاق من مال الزوج، سواء بأخذ نفقتها بنفسها، أو عن طريق حكم قضائي، فإن كان له مال فلا خيار لها؛ لأن الخيار بالفرقة ثبت لها لدفع ضرر الهلاك عنها، فإذا أمكن إزالة الضرر عن طريق توافر مال لزوجها تستطيع الإنفاق منه ارتفع هذا الحق الذي ثبت لها^(٢).

وقد نص الشافعية في الأظهر عندهم على أن ماله الظاهر إن كان قريباً فلا فسخ، أما إن كان بعيداً عنه مسافة القصر فأكثر، فللزوجة طلب الفسخ، ولا يلزمها الصبر للضرر^(٣).

(١) سورة الحج: (٧٨).

(٢) انظر: مغني المحتاج للشريبي: (٤٤٣/٣)، والحاوي الكبير للماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م: (٤٥٧/١١)، والمغني لابن قدامة: (٢٠٤/٨).

(٣) انظر: مغني المحتاج للشريبي: (٤٤٢/٣).

(٢) ثبوت الإعسار بالنفقة، وهذا ما اشترطه الشافعية^(١) في الأصح، والحنابلة^(٢)، فإذا ثبت إعسار الزوج بالبينة، أو بتصديقه لها، حكم القاضي بالتفريق، وإلا لم يفرق بينهما، ذلك أن أساس التفريق لعدم الإنفاق هو الإعسار.

وخالف في ذلك: المالكية، والشافعية في قول، والحنابلة في رواية الخري^(٣)، فلم يشترطوا ثبوت إعساره، وقالوا بالتفريق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق، وإن كان موسراً.

(٣) أن يمتنع الزوج عن أقل النفقة أو أن يعسر، وهي نفقة المعسرين، ولو كانت الزوجة غنية؛ ذلك أن حق التفريق إنما ثبت لها ضرورة دفع الضرر عنها، وهذا الضرر لا يتحقق إلا بعجز زوجها عن أقل النفقة، لا عن النفقة الواجبة لها عليه^(٤)، والإعسار يشمل الإعسار بالطعام والكسوة؛ لأن الحياة لا تقوم إلا بهما، أما المسكن فقد ذهب الشافعية في الأصح^(٥)، والحنابلة في رواية^(٦)، إلى القول بالتفريق للإعسار بالمسكن؛ لأنه لا بد منه، وذهب الشافعية، والحنابلة في قول آخر إلى عدم التفريق للعجز عن المسكن؛ لأن الحياة تقوم دونه، والمسكن غير ضروري للإبقاء على الحياة^(٧).

(١) انظر: مغني المحتاج للشريبي: (٤٤٥/٣)، والحاوي الكبير للماوردي: (٤٥٧/١١).

(٢) المغني لابن قدامة: (٢٠٤/٨).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٢٠٤/٨)، وأسنى المطالب للأنصاري: (١٣٨/٣)، وحاشية الدسوقي: (٥١٨/٢).

(٤) انظر: الحاوي الكبير للماوردي: (٤٥٤/١١)، وروضة الطالبين للنووي: (٤٨٢/٦).

(٥) انظر: مغني المحتاج للشريبي (٤٤٤/٣)، وحاشية البجيرمي: (١١٧/٤).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة: (٢٠٣/٨).

(٧) انظر: مغني المحتاج للشريبي: (٤٤٤/٣، ٤٤٥).

(٤) أن تكون النفقة حاضرة، فإذا امتنع الزوج عن النفقة الماضية فليس لها الفسخ إذا ما طالبت بما مضى من نفقة، فيجب أن تكون النفقة حاضرة^(١)؛ لأن الفسخ إنما ثبت لها من أجل المحافظة على حياتها، وهذا إنما يكون بالنفقة الحاضرة، لا النفقة الماضية؛ إذ هي دين يقوم البدن دونها كسائر الديون، وتبقى النفقة الماضية ديناً في ذمته تستوفيه منه حال يساره؛ لأنها نفقة تجب على سبيل العوض، فتثبت في الذمة^(٢)، وهذا قول الشافعية، وقول عند الحنابلة^(٣)، أما المالكية، والحنابلة^(٤) فيما عليه المذهب، فقد ذهبوا إلى أن الإعسار بالنفقة يسقطها مطلقاً، ولا ترجع الزوجة عليه بها بعد يسره، فالعسر عندهم يسقط النفقة في زمنه.

ونص المالكية على أن نفقة المستقبل كالحاضرة، فإذا أراد الزوج السفر، وعجز عن دفع النفقة المستقبلة؛ فلها المطالبة بها، إنما لا يلزمه التطبيق في الحال، بل بعد مضي مدة إذا طالبت بذلك في غيابه^(٥).

(٥) إذا قبلت الزوجة الإقامة مع زوجها المعسر أو الممتنع عن الإنفاق، وقبلت بذلك وقت العقد، أو تزوجته عاملة إعساره، أو لم تعترض على ذلك بعد العقد صراحة أو ضمناً، فليس لها الفسخ بعد ذلك عند المالكية^(٦)، إلا أنهم استثنوا من ذلك أن يكون الزوج من السائلين الطائفين بالأبواب، فترضى به، ثم يترك السؤال،

(١) انظر: حاشية الدسوقي: (٥١٨/٢)، والحاوي الكبير للماوردي: (٤٥٥/١١)، والإنصاف للمرداوي: (٣٨٧/٩).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: (٢٠٣/٨).

(٣) انظر: المبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: (٢٠٨/٨).

(٤) انظر: الإنصاف للمرداوي: (٣٦٦/٩)، والمبدع لابن مفلح، أبي إسحاق: (٢٠٨/٨).

(٥) انظر: حاشية الدسوقي: (٥١٨/٢).

(٦) المرجع السابق.

أو أن يشتهر الفقير بإعطاء الناس إياه ما ينفقه وينقطع عطاؤهم عنه، فلها الفسخ عندها، وقد أنزل المالكية اشتهاؤه بالعطاء منزلة اليسار^(١).

(٦) أن تنقطع النفقة عن الزوجة مدة، وقد اختلف الفقهاء في تقدير هذه المدة على النحو الآتي:

(أ) قال المالكية: المدة ترجع إلى نوع الغيبة وحال الزوج من يسار وإعسار، فإذا ثبت للقاضي إعسار الزوج الغائب في غيبة بعيدة فإن القاضي ينظره الوقت الذي يراه مناسباً، وقيل: يمهله شهراً، أو شهرين، أو ثلاثة أشهر، وإلا فإذا كان إعسار الزوج غير ثابت فإن القاضي يطلق عليه حالاً^(٢)، أما في الغيبة القريبة - كثلاثة أيام - فإن الحاكم يرسل إلى زوجها، ويخبره بين أن يعود، أو يرسل النفقة، أو يطلق، فإذا برهن الغائب على إعساره أمره الحاكم بالطلاق، فإن امتنع طلق عليه بعد الإمهال باجتهاد الحاكم حسبما يراه من حال الزوج، لعله يحصل النفقة في تلك المدة^(٣).

(ب) اشترط الشافعية للحكم بالتفريق أن تنقطع النفقة مدة ثلاثة أيام في الأظهر، فيمهله الزوج هذه المدة وإن لم يطلبها، وهي مدة قريبة يتوقع فيها القدرة على الإنفاق بقرض أو غيره، فإن انقضت هذه المدة ولم ينفق كان للزوجة أن تفسخ في صبيحة اليوم الرابع^(٤).

(١) انظر: الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: ٦٨٢هـ)، الناشر: دار الكتاب، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار، بدون طبعة، بدون تاريخ (٩/ ٢٦٦).

(٢) انظر: القوانين الفقهية، لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي (المتوفى: ٧٤١هـ)، بدون طبعة، وبدون تاريخ (٢/ ٧٦).

(٣) انظر: المقدمات الممهيات (١/ ٥٣٢).

(٤) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، الناشر: عالم الكتب، (ص: ٢٠٩).

وهناك قول آخر في المذهب حددوا فيه المدة بيوم واحد^(١).

(ج) ذهب الحنابلة إلى الفسخ فوراً من غير انتظار فيما عليه العمل، وقيل: إن طلب الزوج الإمهال أجيب إلى ذلك، وأنظر ثلاثة أيام، فإن أنفق في الرابع فلا فسخ، وإلا حكم القاضي بالفرقة^(٢).

س/ من صاحب الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب؟

الزوجة هي صاحبة الحق في هذه الفرقة؛ لأن الإنفاق حقها، والفرقة إنما تثبت دفعاً للضرر عنها؛ فكان الحق فيها لها، ولذلك لا يستوفي ولا يحكم بالتفريق إلا بناءً على طلبها، كالفرقة بسبب عنة الزوج، فإذا لم تطالب الزوجة بالتفريق لم يكن للقاضي أن يفسخ نكاحها، وإن فعل فقضاؤه باطل؛ لأنه حقها، ولا يستوفي إلا بطلبها؛ ولأنها قد ترى البقاء مع زوجها رغم عدم إنفاقه، فلا يجبر على الفرقة^(٣).

نوع الفرقة لعدم الإنفاق:

إذا ثبت حق التفريق للإعسار، أو لعدم الإنفاق، فلا بد من الرفع إلى القاضي حال وجوده وعدم تعذر الوصول إليه؛ لأن حكم التفريق لعدم الإنفاق مختلف فيه^(٤)، ووجوب الرفع حال الإمكان لا خلاف فيه عند الفقهاء القائلين بجواز التفريق بين الغائب وزوجته لعللة عدم الإنفاق، فإن لم تتمكن الزوجة من رفع أمرها إلى القاضي؛ فقد نص الشافعية على أنها استقلت بالفسخ عندها، لعدم وجود

(١) انظر: الحاوي الكبير (١١ / ٤٥٤)، وإعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين : أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي (المتوفى: ١٣١٠هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، (٤ / ٩٨).

(٢) انظر: الهداية على مذهب الإمام أحمد، محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني، المحقق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل، الناشر: مؤسسة غراس، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م، (ص: ٤٩٨).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٨ / ٢٠٥).

(٤) انظر: الأم للشافعي (٥ / ١١٥)، والمجموع شرح المهذب (١٨ / ٢٨٦).

قاض أو محكم في منطقتها، أو وُجد وعجزت عن الرفع إليه، جاز فسخها للضرورة، وينفذ ظاهراً وباطناً^(١)، ويقوم مقام الحاكم عند المالكية جماعة من المسلمين العدول، بل يُكتفى بواحد منهم^(٢).

إلا أن الفقهاء - القائلين بالتفريق - اختلفوا في تحديد نوع هذه الفرقة على قولين: فهي إما طلاق رجعي، وإما فسخ^(٣).

فذهب المالكية إلى القول بأن الفرقة بالإعسار طلاق رجعي؛ لأن القاعدة عندهم - وكما مر سابقاً - أن كل طلاق أوقعه الحاكم بائن إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة^(٤).

ويقاس على طلاق المعسر الطلاق على الغائب لعدم الإنفاق؛ لأن له المعنى ذاته، وقد صرح المالكية بأن حكم الغائب في الطلاق كحكم الحاضر^(٥).

(١) انظر: المجموع شرح المهذب (١٨ / ٢٨٦-٢٨٨).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: (٥١٩/٢).

(٣) الفسخ لغة: يقال: فسخ البيع. أي: نقضه وأزاله، وتفسخت الفأرة في الماء تقطعت، وفسخت العود فسخا: أزلته عن موضعه بيدك، فانفسخ، وفسخت الثوب ألقيته، وفسخت العقد فسخا. أي: رفعته، وتفاسخ القوم العقد: توافقوا على فسخه، وفسخت الشيء: فرقته، وفسخت المفصل عن موضعه: أزلته. انظر: مقاييس اللغة (٤ / ٥٠٣)، مادة (فسخ)، ومختار الصحاح (ص: ٢٣٩)، مادة فسخ.

والفسخ اصطلاحاً: الفسخ في اصطلاح الفقهاء لا يخرج عن نطاق معناه اللغوي، فهو هدم لكل الآثار التي كانت قد ترتبت عليه، بحيث لم يعد له وجود اعتباري، وذلك من وجهة نظر الشارع فقط؛ لأن الفسخ لا يمكن أن يعدم العقد من الناحية المادية، فإنه قد وجد بالفعل، والموجود لا يمكن أن يعتبر معدوماً من ناحية الحس، ولكنه يعتبر معدوماً من حيث إنتاجه لآثاره التي ترتبها عليه الشارع، فالانعدام هنا مجازي، وليس حقيقياً، وإذا انعدم العقد واعتبر كأنه لم يكن أهدمت كل ما ترتب عليه من آثار والتزامات، وتحلل كل من المتعاقدين فيه من التزاماته، فلا يستطيع أحدهما أن يلزم الآخر بشيء استناداً إلى العقد المفسوخ. انظر: فسخ الزواج - د. أحمد الحججي الكردي - دار اليمامة للنشر - دمشق - ص ٥١.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي: (٥١٩/٢)، وكفاية الطالب لرسالة أبي زيد القيرواني، أبو الحسن المالكي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، الناشر: دار الفكر بيروت/ سنة ١٤١٢ هـ: (٢ / ١٢١، ١٢٢).

(٥) انظر: مواهب الجليل للحطاب: (٤ / ١٩٦).

وأما الشافعية^(١) والحنابلة^(٢)، فقد ذهبوا إلى القول بأن هذه الفرقة فسخ، لا طلاق؛ لأن العجز عن النفقة - وكذلك عدم الإنفاق - عيب، كالعنة، والجب، وهذا الفسخ لا يكون إلا عن طريق الحاكم الذي يفسخ بناءً على طلبها، أو أن تفسخ الزوجة بأمر الحاكم، إلا أن يأمر القاضي الزوج بالطلاق بعد امتناعه عن الإنفاق، فإن طلق الزوج أول طلقة، أو كان أقل من ثلاث؛ كان رجعيًا، وإلا فهو بائن.

والرأي المختار هنا: أن هذه الفرقة فسخ لا طلاق؛ لأنها فوق إرادة الزوج، كالفرقة في حالة التضرر بغياب الزوج، وثمره الخلاف هنا تبدو أيضًا في احتساب التطليقات.

(١) انظر: مغني المحتاج للشربيني: (٣/ ٤٤٢). الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المؤلف: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، الناشر: المطبعة الميمنية، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، (٤/ ٣٩٣).

(٢) كشاف القناع للبهوتي: (٥/ ٤٨٠)، والإنصاف للمرداوي: (٩/ ٣٨٤).

الخاتمة

في الختام أود الإشارة إلى أهم النتائج التي ظهرت من خلال هذا البحث، وأسردها في نقاط، وهي:

(١) أن سجلات المحاكم الشرعية في مصر العثمانية - كمحكمة الباب العالي، ومحكمة القسمة العسكرية، ومحكمة طولون، ومحكمة الصالحية النجمية، ومحكمة بولاق الشرعية، ومحكمة مصر القديمة، وغيرها - تمثل سجلاً حيويًا للحياة الاجتماعية والاقتصادية بالمدينة في العصر العثماني.

(٢) وافقت سجلات المحاكم الشرعية العثمانية المذهب المالكي في القول بأن الفرقة بالإعسار طلاق رجعي؛ لأن القاعدة عندهم - كما مر سابقًا - أن كل طلاق أوقعه الحاكم بائن إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة.

(٣) أن الزوجة هي صاحبة الحق في الفرقة؛ لأن الإنفاق حقها، والفرقة إنما تثبت دفعًا للضرر عنها؛ فكان الحق فيها لها، ولذلك لا يستوفي ولا يحكم بالتفريق إلا بناءً على طلبها، كالفرقة بسبب عنة الزوج، فإذا لم تطالب الزوجة بالتفريق لم يكن للقاضي أن يفسخ نكاحها، وإن فعل فقضاؤه باطل.

(٤) إذا تضررت الزوجة لتعذر النفقة وعدم وجودها بين يديها، ولم تتمكن من الحصول عليها بقضاء أو غيره - سواء أعرف مكان الغائب أم لم يعرف، كانت غيبته بعيدة أم قريبة، ثبت إعساره أم لم يثبت، وتعين التفريق لدفع الضرر عن الزوجة - فإن الحاكم يفسخ لهذه الأسباب بعد إعداره إن أمكن.

(٥) وافقت سجلات المحاكم الشرعية العثمانية القانون المصري - قانون الأحوال الشخصية - في أحكامه.

فهرس المصادر والمراجع

- ١- الأرشيف ماهيته وإدارته، للدكتورة سلوى ميلاد، ط دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة ١٩٨٦ م د ط.
- ٢- إغاثة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين : أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي (المتوفى: ١٣١٠هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- ٣- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المؤلف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.
- ٤- بدائع الصنائع ، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
- ٥- تاريخ التشريع الإسلامي، مناع بن خليل القطان (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، الناشر: مكتبة وهبة، الطبعة: الخامسة ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١ م .
- ٦- تبیین الحقائق ، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣ هـ)، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس ابن إسماعيل بن يونس التَّيْلِيّ (المتوفى: ١٠٢١هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ.
- ٧- التنبيه في الفقه الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، الناشر: عالم الكتب.
- ٨- حاشية ابن عابدين = رد المختار على الدر المختار، المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، الناشر: دار الفكر- بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.

- ٩- حاشية الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المؤلف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ).
- ١٠- الحاوي الكبير للماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- ١١- روضة الطالبين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض للنووي، الناشر: دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ١٢- الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: ٦٨٢هـ)، الناشر: دار الكتاب، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار، بدون طبعة، بدون تاريخ.
- ١٣- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المؤلف: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، الناشر: المطبعة الميمنية، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ١٤- الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (المتوفى: ٩٧٤هـ)، جمعها: تلميذ ابن حجر الهيتمي، الشيخ عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي المكي (المتوفى ٩٨٢هـ)، الناشر: المكتبة الإسلامية، بدون تاريخ، بدون طبعة.
- ١٥- فتح القدير لابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ١٦- فسخ الزواج - د. أحمد الحجبي الكردي - دار اليمامة للنشر - دمشق.

- ١٧- القانون الهمايوني ١٢٧١ . بند ١١ . ضمن وثائق التشريع الجنائي المصري (سجل "مجموع أمور جنائية")، د. عماد أحمد هلال، ط دار الكتب والوثائق القومية (سلسلة دراسات وثائقية . العدد الثالث) عام ١٤٣٢ هـ . ٢٠١١ م.
- ١٨- القوانين الفقهية ، لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي (المتوفى: ٧٤١هـ)، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
- ١٩- كشف القناع للبهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بدون طبعة ، وبدون تاريخ، (٤٧٩/٥).
- ٢٠- كفاية الطالب لرسالة أي زيد القيرواني، أبو الحسن المالكي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، الناشر: دار الفكر بيروت/ سنة ١٤١٢هـ.
- ٢١- لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ)، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ.
- ٢٢- المبدع لابن المبدع في شرح المقنع، المؤلف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن محمد بن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- ٢٣- المبسوط: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤هـ-١٩٩٣ م.
- ٢٤- المجموعات الأرشيفية المصرية، د. ناهد السويدي، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، ٢٠١٥ م.
- ٢٥- محاضرات في الأرشيف، إدارته وتنظيمه ووصفه وأهم الوحدات الأرشيفية بمصر، يحيى عبدالعزيز عمر ١٩٩٣ د ط.
- ٢٦- المحلى: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت.

- ٢٧- مختار الصحاح، المؤلف: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.
- ٢٨- المصنف: أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعائي (المتوفى: ٢١١هـ).
- ٢٩- معجم مقاييس اللغة، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- ٣٠- مغني المحتاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، الناشر: دار الفكر بيروت: بدون طبعة، بدون تاريخ.
- ٣١- المغني: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
- ٣٢- المقدمات الممهديات، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بدون طبعة، بدون تاريخ.
- ٣٣- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، الناشر: دار الفكر الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٣٤- الهداية على مذهب الإمام أحمد، محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني، المحقق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل الناشر: مؤسسة غراس، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.