العيوب الموجبة

لفسخ عقد النكاح

في

الفقه الإسلامى

إعداد

الدكتور

محمد عبد الرحيم بن محمد على سلطان العلماء

المدرس بقسم الدراسات الإنسانية

كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات - دبى

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين. وبعد...

فهذا بحث فى العيوب الموجبة لفسخ عقد النكاح، والعيب فى جملته -وصف للذم وصفة للمذموم، فإذا رُمِيَ به شخص شانه وأهانه.

الخلو منه غاية المدح فى الأشخاص، فإذا أريد بلوغ الغاية فى مدح إنسان قيل عنه: خالٍ من العيب كما قال حسان بن ثابت - رضى الله عنه- فى مدح المصطفى عليه الصلاة والسلام:

خلقت مبرءاً من كل عيب .. ... كأنك قد خلقت كما تشاء (١)

والعيب وصف نسبى، فما يكون عيبا عند قوم ربما لا يكون كذلك عند آخرين.

والعيوب الموجبة لفسخ النكاح تلك التى يترتب على وجودها عدم حصول الاستمتاع الناشئ من عقد الزواج، وهذه العيوب تنقسم إلى ثلاثة: منها عيوب مشتركة بين الزوجين وهى الجذام والبرص والجنون ومنها خاصة بالزوج وهى الجب والعنة ومنها خاصة بالزوجة وهى العفل والرتق وغيرهما.

واقتضى منهج البحث وخطته تقسيم هذا البحث إلى مقدمة وفصل تمهيدى وفصلين وخاتمة. تضمن التمهيد ماهية العيب مطلقا عند الفقهاء وحكم كتمان العيب وأثره.

ثم بيان ما اعتبره الفقهاء عيبا، وبيان شروط العيب فى النكاح فى الأول، وفى الثانى، بيان الأثر المترتب على ثبوت العيب فى النكاح، طبيعة التفريق بالعيب.

والخاتمة تتضمن أهم ما استخلصته من البحث من نتائج.

الباحث

محمد عبد الرحيم بن محمد علي سلطان العلماء

(١) ديوان حسان بن ثابت ص ٦٥.

الفصل التمهيدى
حقيقة العيب وحكم كتمانه

ويكون الحديث فى هذا الفصل فى مبحثين:-

المبحث الأول
حقيقة العيب

قبل أن نتناول الحديث عن العيوب الموجبة لفسخ النكاح لابد أن نتبين حقيقة العيب من حيث تعريفه والأساس الذى يحدده، وحكم كتمانه ومن ثم يكون الحديث فى مطلبين:

المطلب الأول
ماهية العيب

وماهية العيب تعنى تعريفه لغةً واصطلاحاً عند الفقهاء القدامى والمتأخرين وفى القانون والتعريف المختار ومدى صلة فوات الشرط أو الوصف بالعيب.

اولا: تعريف العيب

اولا: تعريف العيب عند أهل اللغة: العيب لغة: مصدر عيب وهو الوصمة والجمع أعياب وعيوب وعيبه؛ نسبه إلى العيب؛ إذا جعله ذا عيب يقال؛ عابه عيباً وتعيبته؛ نسبته إلى العيب[1] والعيب والعيْبه والعاب بمعنى واحد، تقول: عاب المتاع، أى صار ذا عيب، وعيبته أنا، يتعدى ولا يتعدى، فهو معيب ومعيوب أيضا على الأصل[2].

وورد لفظ العيب فى القرآن الكريم وفى السنة النبوية الشريفة:

(١) لسان العرب لابن منظور جـ٤ صـ ٣١٨٣ لجمال الدين محمد بن مكرم دار المعارف معجم مقاييس اللغة جـ٤ صـ ٨٩ لأبي الحسين بن فارس - دار الفكر بيروت.
(٢) الصحاح في اللغة والعلوم صـ ٧٩٨ لإسماعيل بن حماد الجوهري تحقيق أحمد عبد الغفور عطا -مطابع دار الكتاب العربي- مصر.

أما فى القرآن الكريم فقد وردت بمعناها الصريح فى قوله تعالى: ﴿أما السفينة لكانت لمساكين يعملون فى البحر فأردت أن أعيبها﴾[1] قال القرطبى: أى أجعلها ذات عيب.

وأما السنة فمنها:

١- قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أنس المشهور فى بيان أنصبة الذكاة: «لا يؤخذ فى الصدقة هرمة ولا ذات عيب»[2].

٢- وقوله -صلى الله عليه وسلم- «المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا فيه عيب إلا بينه له»[3].

ثانيا: تعريف العيب عند الفقهاء:

وردت تعريفات متعددة للعيب عند الفقهاء القدامى والمتأخرين والمعاصرين بعضها خاصة بالعيب فى المبيع وأخرى متسمة بالشمول.

اولا: تعريف العيب عند الحنفية:

عرف ابن نجيم وغيره العيب بأنه «ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا»[4].

فيكون العيب الطارئ على أصل الخلقة، أما ما كان من أصل الخلقة ليس بعيب قال فى الفتاوى الهندية «ليس له حق الرد بالعيب إذا اشترى إناء فضة بعينها، فوجدها رديئة من غير غش ولا كسر «وعلل ذلك بأن الرداءة لا تعد عيبا»[5].

ولهذا قال ابن عابدين «الرداءة ليست عيبا بالمعنى الفقهى وإن كان عيبا بالمعنى اللغوى»[6].

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي جـ١١ صـ ٣٤.
(٢) فتح الباري لشرح صحيح البخاري جـ٣ صـ٤٠٩.
(٣) سنن ابن ماجه بشرح السندي جـ٢ صـ٣١، ، المستدرك جـ٢ صـ ٨.
(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ٦ صـ ٣٨، فتح القدير جـ٥ صـ١٥١، رد المحتار علي الدر المختار جـ٥ صـ٥.
(٥) الفتاوي الهندية جـ٣ صـ٧٣.
(٦) رد المحتار علي الدر المختار جـ٥ صـ٥.

وعرفه الكاساني بأنه «كل ما أوجب نقصان الثمن عند التجار»(١).

ثانيا: تعريف العيب عند المالكية بأنه:

«كل ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي، نقصاناً له تأثير في ثمن المبيع»(٢).

وعرفه الحطاب بأنه:

«كل ما جرت العادة بالسلامة منه، مما يؤثر في نقص الثمن، أو البيع، أو التصرف، أو خوف في العاقبة»(٣).

ويلاحظ أن التعريف الأول أضيق وأقيد من الثاني -من حيث قصر العيب على المبيع- أما الثاني فهو أسع وأشمل للعيب في المبيع، وهذا يعني أن العيب قد يكون ماديا وقد يكون معنويا، ومثلوا للعيب المعنوي بسوء الجوار من حيث اعتباره عيبا ترد به الدار(٤).

ثالثا: تعريف العيب عند الشافعية:

نجد أن الشافعية قد ذكروا تعريفات متعددة للعيب في المعاملات والنكاح وغيرهما ونقتصر على بعضها:

فعرفه النووي بأنه: «كل ما ينقص العين أو القيمة، نقصا يفوت به غرض صحيح، إذا غلب في جنس المبيع عدمه»(٥).

وعرفه المعض في النكاح بأنه:

«ما يخل بمقصوده الأصلي» كالتعبير عن الوطء وكسر الشهوة.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني جـ٥ صـ ٢٧٤.
(٢) بداية المجتهد شرح نهاية المقتصد جـ١ صـ ٣٣١.
(٣) مواهب الجليل للحطاب جـ٤ صـ ٤٢٨، ١١.
(٤) شرح الخرشي على مختصر خليل جـ٥ صـ ١٣٢.
(٥) معني المحتاج جـ٢ صـ٥٢، تكملة المجموع شرح المهذب جـ٢ صـ ٣٤٣.

وعُرف أيضا: «ما يفوت به غرض صحيح سواء غلب في جنس المبيع عدمه أو لا»(١).

وعرفه الغزالي على ما نقله السبكي بقوله: «العيب: كل وصف مذموم، اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالباً». قال: وقد يكون ذلك نقصان وصف أو زيادة، وقد يكون نقصان عين: كالخصي، أو زيادتها، كالإصبع الزائدة(٢).

وعرفه القاضي حسين بقوله: «كل معنى ينقص العين -بأصل الخلقة- أو القيمة، أو يفوت غرضاً مقصوداً شرطه أو فات بتدليس من جهة البائع»(٣).

رابعا: تعريف العيب عند الحنابلة:

عرفه الحنابلة بأنه: «كل ما ينقص المبيع نقيصة يقتضى العرف سلامة المبيع منها»(٤).

وقالوا: سواء في النقيصة أن تكون بفعل يزيد به الثمن، وإن لم يكن عيبا في العين، وذلك مثل ماء الرحى عند عرضها للمبيع ليزيد دورانها عند إرسال الماء بعد حبسه، فيظن المشتري أن ذلك عادتها، أم كان النقص في عين المبيع، بغض النظر عن كونه يوجب نقص القيمة أو لا»(٥).

خامسا: تعريف العيب عند الظاهرية:

ذكر بن حزم في معرض كلامه عن الرد بالعيب أن ما يرد هو:

«ما حط من الثمن الذي اشترى به أو باع به مما لا يتغابن الناس بمثله»(٦).

---

(١) حاشية القليوبي على شرح المناهج جـ٢ صـ١٩٧، معني المحتاج صـ٥٢، نهاية المحتاج جـ٤ صـ٢٤، تكملة المجموع شرح المهذب جـ١٢ صـ٣٤٣.
(٢) تكملة المجموع جـ١٢ صـ٣٤٣ للسبكي -شرح المهذب للشيرازي.
(٣) المرجع السابق جـ١٢ صـ ٣٤٣.
(٤) الانصاف للمرداوي جـ٨ صـ٤٠٥، الفروع لابن مفلح جـ٤ صـ ١٠٠، الروض المربع صـ٣٦١.
(٥) كشاف القناع للبهوتي جـ٣ صـ٢٠١، الروض المربع صـ٢٦١.
(٦) المحلي لابن حزم جـ٩ صـ٣٥٥.

سادسا: تعريف العيب عند الشيعة الزيدية:

هو: «كل وصف مذموم تنقص به قيمة ما اتصف به عن قيمة جنسه السليم»[1].

سابعا: تعريف العيب عند الامامية:

«هو كل ما زاد عن الخلقة الأصلية أو نقص عنها»[2].

ثامنا: تعريف العيب عند المعاصرين:

عرفه البعض بأنه: «ما تخلو عنه الفطرة السليمة عادة، وينقص القيمة عند التجار»[3].

وعرفه البعض الأخر بأنه: «الذى يوجب نقصا فى ثمنه عند التجار أو باب الخبرة فيه أو الذى تقتضى الخلقة السليمة أن يكون المعقود عليه خاليا منه، أو الذى يفوت الغرض المقصود منه، وكان ذلك يوجب نقصا فى قيمته»[4].

التعريف المختار:

بعد استعراض تعريفات العيب عند الفقهاء القدامى والمعاصرين -يبدوا منها- ما عدا تعريف الحنفية- أنها عبارة عن تعريفات خاصة بالمبيع فقط.

أما تعريف الحنفية فيصلح أن يكون أساسا لتعريف شامل للعيب إذا أضيف إليه بعض القيود.

لذا يمكن تعريف العيب بأنه: «ما يقتضى الشرع أو أصل الفطرة السليمة الخلو عنه، مما يفوت به غرض صحيح».

(١) البحر الزخار جـ٩ صـ٧١.
(٢) الروضة البهية جـ١ صـ١٣٧ شرائع الإسلام جـ٢ صـ٣٦.
(٣) أ. مصطفي الزرقا «العقود المسماه في الفقه الإسلامي صـ١٠٤.
(٤) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية صـ٣٨٧.

المبحث الثانى

حكم كتمان العيب واثره على العقد

والمقصود حكم الشريعة الإسلامية من كتمان العيب، وحكم كتمان الأجنبى للعيب كالتالى:

اولا: موقف الشريعة الإسلامية من كتمان العيب:

اتفق الفقهاء على عدم جواز كتمان العيب لمن علم بأن بالسلعة عيبا إذا أراد بيعها حتى يبين عيبها، ويعتبر الكاتم للعيب إذا تعمد الكتمان آثم عاص[1].

وأجمع الفقهاء على تحريم كتمان العيب -وجعله بعضهم من باب أكل المال بالباطل[2].

وتحريم كتمان العيب ثابت بالسنة منها:

١. «ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه -أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرّ على صبرة فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللاً، فقال: ما هذا يا صاحب الطعام قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال: أفلا جعلته فوق الطعام كى يراه الناس، من غش فليس منى»[3].

٢- وحديث حكيم بن حزام، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما، وإن كذبا وكتما محق بركة بيعهما»[4].

هذان الحديثان وغيرهما يدلان صراحة على أن المسلم شأنه عدم إخفاء العيب وكتمانه، وأن الكتمان غش وحرام.

(١) الإمام الغزالي -إحياء علوم الدين جـ٢ صـ٧٥، رد المحتار علي الدر المختار جـ٥ صـ٧٤، الموسوعة الفقهية جـ٢ صـ١١٤.
(٢) تكملة المجموع شرح المهذب ج٢١ صـ١١٢، المقدمات لابن رشد جـ٢ صـ١١٠، المغني لابن قدامة جـ٤ صـ٣٣٨، القوانين الفقهية لابن حزي صـ٢٦٢، شرائع الإسلام جـ٢ صـ٣٦.
(٣) صحيح مسلم بشرح النووي جـ٢ صـ٤٦٨.
(٤) فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ٤ صـ٢٧٥، صحيح مسلم بشرح النووي جـ١ صـ٤٣٢.

ثانيا: حكم العقد فى كتمان العيب:

والمقصود بالحكم أثر الكتمان على العقد؛ وهذا ما اختلف فيه الفقهاء وانقسموا إلى مذهبين كالتالى:

المذهب الأول:

ذهب أصحاب هذا المذهب إلى أن بيع السلعة مع علم البائع بوجود العيب وكتمه يبطل البيع، وهو مذهب الظاهرية وبعض الحنابلة[1].

المذهب الثانى:

وهو مذهب جمهور الفقهاء: الحنفية والمالكية والشافعية وجمهور الحنابلة أن البيع صحيح مع اثم كتمان العيب[2] وقال الشافعى: التدليس حرام ولا ينقض به البيع[3].

الأدلـــة:

أدلة أصحاب المذهب الأول:

استدلوا على بطلان البيع مع كتمان العيب بما روى عن أم المؤمنين عائشة -رضى الله عنها- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم- قال: «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»[4].

وجه الاستدلال:

أن كتمان العيب حرام منهى عنه فيكون باطلاً، لأنه ليس مما عليه أمر جماعة المسلمين.

اعترض الجمهور على هذا الدليل بما يلى:

أن البيع فى ذاته ليس منهيا عنه، لأنه مباح، وإنما المنهى عنه هو الكتمان،

(١) المغنى لابن قدامه جـ٢ صـ٢٣٨.
(٢) تكملة المجموع شرح المهذب جـ٢ صـ١١٢، بداية المجتهد جـ٢ صـ١٨١، المغنى لابن قدامة ج٢١ صـ٢٢٨.
(٣) تكملة المجموع جـ٢ صـ١١٢.
(٤) صحيح مسلم بشرح النووي جـ١٢ صـ٢٥٧.

والكتمان معنى متعلق بالعاقد، وهو لا يمنع صحة البيع، والبطلان لا يكون إلا إذا كان النهى موجها إلى المعقود عليه[1].

ثانيا: أدلة الجمهور على صحة البيع مع كتمان العيب:

استدلوا بالسنة وفعل الصحابة كالتالى:

أولا: السنة: ما روى عن أبى هريرة -رضى الله عنه- أن النبى صلى الله عليه وسلم- قال: لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر[2].

وجه الاستدلال:

أثبت النبى -صلى الله عليه وسلم -الخيار لمشترى المصراه مع التدليس الحاصل من البائع بالتصرية وهى عيب، فدل هذا على أن التدليس بالعيب وكتمانه لا يبطل البيع، لهذا قال ابن عبد البر هذا الحديث أصل فى النهى عن الغش، وأصل فى ثبوت الخيار لمن دلس عليه بعيب، وأصل فى أنه لا يفسد أصل البيع[3].

ثالثا: فعل الصحابة:

ما صح أن عبد الله بن عمر -رضى الله عنهما- اشترى إبلا هيم[4] من شريك لرجل أسمه نواس، فلما جاء شريكه قال بعنا تلك الإبل؛ فقال ممن بعتها؟ قال من شيخ كذا وكذا، فقال: ويحك ذاك والله ابن عمر، فجاءه فقال: إن شريكى باعك إبلا ولم يعرفك، قال: فاستقها، فلما ذهب يستاقها قال: رضينا بقضاء رسول الله- صلى الله عليه وسلم- لا عدوى[5].

فهذا ابن عمر يشترى إبلا معيبة، وكتم البائع عيبها ولما علم لم ير ذلك مبطلا للبيع.

لذا فإن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور بصحة البيع.

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ٤ صـ٣٠٠.
(٢) المرجع السابق جـ٢ صـ٣٠٣.
(٣) نيل الأوطار للشوكاني جـ٥ صـ٢١٩.
(٤) الإبل الهيم: الهيام داء يصيب الإبل، فتصير عنه عطشي فلا تروي، فتشرب حتي تهلك، أنظر فتح الباري جـ٤ صـ٢٧٠.
(٥) صحيح البخاري بهامش فتح الباري جـ٤ صـ٢٧٠.

الفصل الأول

العيوب المشتركة بين الزوجين وما يعد منها عيبا

المبحث الأول

العيوب المشتركة بين الزوجين

وهى العيوب التى يمكن أن يصاب بها كل واحد منهما:

والعيوب المشتركة الذى يذكرها الفقهاء غالبا هى: الجنون، الجذام، والبرص، والخنوثة، والعذيطة، وعدم استمساك السبيلين، والبخر، والعقم، والمى، والإقعاد، فهذه العيوب العشرة من حيث الجملة هى العيوب المشتركة بين الزوجين وسأبين المراد بكل واحد منها على حدة فيما يلى:

١-الجنون:

مصدر جنّ بالضم، يقال: جن جنّاً وجنوناً بالبناء للمفعول. وهو مأخوذ من الاجتنان، وهو: الاستتارة أو التغطية[١].

والمجنون من حيل بينه وبين عقله، فإن العقل فيه مستتر أو مغطى، ولا يزاول مهمته فى تعقل التصرفات والتخطيط لها، لذلك عرّف بعض الفقهاء الجنون بأنه: «زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة فى الأعضاء»[٢].

قال القليوبى: ومنه -يعنى الجنون- الصرع، والخبل، ومثله الإغماء إذ أيس منه بقول الأطباء[٣].

(١) ترتيب القاموس المحيط ١/ ٥٤٢، مادة جنن.
(٢) السراج الوهاج ٣٨١.
(٣) حاشية القليوبي جـ٣ صـ٢٦١.

والصرع والإغماء معلومان.

أما الخبل- بفتح الخاء وسكون الباء-: فهو الفساد، وقد يكون ذلك فى الأفعال والأبدان والعقول[١] ومن الواضح أن المراء به هنا فساد العقل؛ وقد عرفوه: «بأنه ضعف عقلى مزمن، من أخص ظواهره عدم استمساك التفكير[٢]. وقد عبر القليوبى عنه فى موضع أخر أنه خلل فى العقل، إذ قال «وكل المجنون، مختل العقل، ومغمى عليه أيس من إفاقته وقال: «وفارق -يعنى الجنون- غيره بإفضائه إلى البطش بالغير غالبا»[٣].

ويظهر لى من هذا: أن مختل العقل إذا كان عدوانيا سمى «مجنونا» وإن لم يكن كذلك فهو «المخبول» وفى كلتا الحالتين يعد هذا الخلل عيبا من عيوب النكاح.

٢-الجذام:

وهو عله يحمر منها العضو، ثم ينقطع ويتناثر[٤]. ويتضمر ذلك فى كل عضو لكنه فى الوجه أغلب.

٣-البرص:

وهو بياض شديد يبقع الجلد ويذهب دمويته؛ قالوا: وعلامته أن يعصر المكان فلا يحمر[٥].

٤-الخنوثة:

الخنثى: مشتق من التخنث وهو التكسر: يقال: أطو الثوب على إخنائه أى على تكسرُه ومطاويه، وسمى الخنثى لأنه تكسر حاله عن حال الرجال ويفوق على حال النساء، إذا كان آله الرجال والنساء.

قال النووى: الخنثى ضربان أشهرهما من له فرج النساء وذكر الرجال.

(١) الصحاح في اللغة والعلوم ٢٥١، وانظر تفسير القرطبي ٤/ ١٨٠.
(٢) الصحاح الصفحة السابقة.
(٣) حاشية القليوبي ٣/ ٢٦١.
(٤) فيض الإله المالك ٢/ ١٨٧.
(٥) معني المحتاج ٣/ ٢٠٢، والحاشية عميرة علي شرح المنهاج ٣/ ٢٦١.

والثانى: من ليس له واحد منهما؛ وإنما له خرق يخرج منه البول وغيره لا يشبه واحدا منهما[1].

٥-العذيطة:

هى علة يصاب بها السبيل، ومن أثارها رخاوة المخرج، والتسرب منه حالة الوقاع: ويقال للمصاب عذيوط: وهو بكسر العين واسكان الذال المعجمة وفتح الباء المثناه من تحت قال النووى: وهو الذى يخرج منه الغائط عند جماعه. والمرأة عذيوطة والمصدر عذيطة[2].

والحق البول بها كما ذكر ذلك بعض فقهاء المالكية[3].

٦-عدم استمساك السبيلين:

وهذا العيب أعم من الذى قبله، فذاك خاص بحالة معينة، وهذا لم يقيد حدوثه بهيئة أو زمان معين لدى القيام بعمل مفحوص. وقال بعض فقهاء الحنابلة: أيضا: ويتخرج على ذلك من به الباسور والناسور والقروح السيالة فى الفرج؛ لأنها تثير نفرة وتتعدى نجاستها[4].

٧-البخر فى الفم:

وهذا مشهور فى نتن الفم، وقد يطلق على النتن فى غير الفم، جاء فى القاموس: «البخر... بالتحريك النتن فى الفم وغيره»[5].

وهى رائحة كريهه ونتن فى الفم بتجدد التنفس، فهو غير مرغوب حيث وجد فى الزوج أو الزوجة[6].

(١) تهذيب الأسماء واللغات ٣/ ١٠٠.
(٢) تهذيب الأسماء واللغات ٣/ ١١، وأنظر أسهل المدارك ٢/ ٩٤.
(٣) الشرح الكبير ٢/ ٢٧٨.
(٤) المغني ٧/ ٥٨٢.
(٥) ترتيب القاموس ١/ ٢٢٣.
(٦) مدي حرية التفريق بين الزوجين قضاء ٢٧٨.

٨-العقم:

وهو عدم الإنجاب، والإنسان الذى لا يولد له يسمى عقيماً. وقد جاء فى القرآن الكريم "﴿ويجعل من يشاء عقيما﴾(٥٠)[الشورى].

٩،١٠-العمى والإقعاد:

العمى: هو ذهاب البصر قال فى القاموس: «عمى كرضى ذهب بصره كله»[1].

وإما الإقعاد: فهو داء يلزم صاحبه القعود مكانه، قال فى القاموس: «الإقعاد داء يأخذ فى أوراك الإبل فيحيلها إلى الأرض»[2].

العيوب الخاصة بالزوج

ونعنى بها العيوب التى يمكن أن يصاب بها الرجل دون المرأة. وهى: العنه، والجب، والخصاء، والاعتراض، والتآخذ، وسأبين ماهية هذه العيوب كل على انفراد.

١- العنة:

فى اللغة: العنه بالضم -والعنين كسكين: من لا يأتى النساء عجزا وعن الشئ: يعن عناً وعوناً إذا ظهر أمام: واعتراض[3].

وفى الاصطلاح: جاء فى الاقناع: "العنة علة فى القلب أو الكبد أو الدماغ أو الآلة، تسقط الشهوة الناشرة للآله فتمنع الجماع[4].

وقال الخطيب الشربينى: العنين: هو العاجز عن الوطء فى القبل خاصة[5].

وسمى عنينا للين ذكره وانعطافه، مأخوذ من عنان الدابة للينه.

وجاء فى «الاختيار» العنين الذى لا يصل إلى النساء أو يصل إلى الثيب دون

(١) ترتيب القاموس المحيط ٣/ ٣١٧٠.
(٢) المصدر السابق ٣/ ٦٥٧.
(٣) لسان العرب ٤/ ٣١٤٠ مادة عنن.
(٤) الاقناع ٤/ ٦٤.
(٥) معني المحتاج ٢/ ٢٠٢.

الإبكار أو يصل إلى غير زوجته ولا يصل إليها، وتكون العنه لمرض أو لضعف، أو كبر سن، أو من أخذ بسحر[1].

والمالكية لهم اصطلاح خاص، فالعنة عندهم: صغر الآله بحيث لا يتأتى الوقاع بها للطافتها[2]. وألحق بعض الفقهاء بالعنة، المرض الذى لا يمكن معه الاتصال إذا لم يرج زواله.

وعند الحنابلة: هو العاجز عن الإيلاج وهو مأخوذ من عن أى اعترض[3].

فعبارة الفقهاء متحدة المعنى بأن المقصود عدم قدرة العنين على الإيلاج أو إدخال ذكر فى قبل المرأة، فإن كان الرجل كذلك فهو عيب به ومن ثم يحق لزوجته أن تطالب بخيار الفسخ عند الجمهور، بينما ذهب الظاهرية إلى عدم اعتباره عيبا وعدم فسخ النكاح به ومن ثم انقسم الفقهاء إلى اتجاهين الأول للجمهور: الحنفية والمالكية والشافعية وكثير من الصحابة والثانى للظاهرية.

٢- الجب:

فى اللغة: القطع[4].

أما فى الإصطلاح: فالمشهور عند الفقهاء استعماله فى قطع ألة الاتصال من الرجل[5].

٣- الخصاء:

يقال فى اللغة خصاه خصاء: سل خصيته فهو خصى ومخصى[6].

أما فى الإصطلاح: فهو: الذى سل أنثياه وبقى ذكره[7].

(١) الاختيار ٣/ ١١٥٠.
(٢) حاشية المواق ٣/ ٤٨٥، شرح الدردير ٢/ ٢٧٨.
(٣) المغني مع الشرح الكبير جـ٧ صـ٥٦٩ باب الشرح الكبير.
(٤) تهذيب الأسماء واللغات ٣/ ٤٧.
(٥) نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٣، وفيض الاله المالك ٢/ ١٧٨.
(٦) ترتيب القاموس ٢/ ٦٨، مادة خصي.
(٧) طلبة الطلبة ١٠١.

٤- الاعتراض:

هو عدم انتشار الذكر، وهذا هو اصطلاح المالكية فقط. وعند غيرهم هو داخل فى العنة. وقد أفردته بالذكر؛ لأن المالكية عبروا عن العنة بأنها: صغر الآلة، وعبروا بالاعتراض عما تعارف عليه الفقهاء بالعنة[1].

٥- التاخذ:

هو الامتناع عن قربان الزوجة لمانع غير حسى وربما مثلوا له بالمسحور[2].

ادلة الجمهور:

أولا: استدل الجمهور على ثبوت خيار الفسخ بالعنة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول كالتالى:

اولا الكتاب:

قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾[3].

وجه الدلالة:

فقد خير الله تعالى الأزواج بين أن يمسكوا النساء بمعروف أو يسرحوهن بإحسان، والإمساك بالمعروف لا يكون بغير وطء؛ لأنه المقصود بالنكاح، فإذا تعذر عليه الإمساك بمعروف من هذا الوجه تعين عليه التسريح بإحسان، لأن المستحق على الزوج أحد الشيئين إماالإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان فإذا عجز عن أحدهما تعين الآخر[4].

ثانيا: الآثار:

أولا: ما روى عن سمرة بن جندب قد شكت إليه إمرأة أن زوجها لا يصل إليها؛

(١) شرح الدردير ٢/ ٢٧٨.
(٢) الاختيار ٣/ ١١٥.
(٣) سورة البقرة جزء من الآية ( ).
(٤) المسبوط للسرخسي جـ٥ صـ١٠١، الاختبار ج٤١ صـ٥٧.

فكتب فى ذلك سمرة إلى معاوية، فكتب إليه معاوية: أن زوجه امرأة ذات جمال ودين ويدخله عليها، ثم يسألها، فإن ذكرت أنه لا يطؤها أمره بفراق التى شكت به، ففعل، فحكت: أنه لا يجامع فأمره بفراقها[1].

وبما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: يؤجل العنين سنة فإن وصل إلى امرأته فهى امرأته وإن لم يصل إليها ففرق بينهما[2].

وبما روى عن إبراهيم النخعى قال فى العنين، يؤجل، روى أن الحارس بن عبد الله بن أبى ربيعة أجل (عنيناً) رجلا لم يستطيع أن يأتى امرأته عشرة أشهر.

وروى ذلك عن كثير من التابعين وكثير من القضاه منهم ربيعة وشريح القاضى، وعمرو بن دينار وحماد بن أبى سليمان[3].

اعترض على هذه الآثار بما يلى:

أما الرواية عن عمر بن الخطاب فلا تصح، لأنها مرسلة إما عن طريق سعيد بن المسيب، ولا سماع له من عمر إلا نعيه النعمان بن مقرن[4].

أجيب عن ذلك: بأن أئمة الإسلام وجمهورهم يحتجون بقول سعيد بن المسيب قال الإمام أحمد: إذا لم يقبل ابن المسيب عمر، فمن يقبل وكان عبد الله بن عمر يرسل إلى سعيد بن المسيب يسأله عن قضايا عمر فيفتى بها، ولم يطعن أحد قط من أهل عصره[5].

وأعترض أيضا بما روى عن الشعبى والحسن عن عمر بأن الشعبى لم يولد إلا بعد موت عمر، ولا ولد الحسن إلا لعامين بقيا من حياة عمر.

وكذلك ما روى عن عبد الكريم وعطاء عن عمر، ولم يولد عطاء إلا بعد موت

(١) المحلي لابن حزم جـ٧ صـ٢٠٧، زاد المعاد جـ٤ صـ٥٢.
(٢) المحلي لابن حزم جـ٧ صـ٢٠٧، المبسوط جـ٥ صـ١٠١، بدائع الصنائع جـ٣ صـ١٥٢٦.
(٣) المحلي لابن حزم جـ٧ صـ٢٠٧
(٤) المحلي لابن حزم جـ٧ صـ٢٠٧، زاد المعاد جـ٤ صـ٥٢.
(٥) زاد المعاد جـ٤ صـ٥٢.

عمر وكذلك يحيى بن سعيد فلم يولد إلا بعد موت عمر بنحو خمس وعشرين سنة[1].

ثانيا المعقول: استدلوا بالمعقول من وجوده: وهو أن العنة عيب تمنع الوطء فيثبت الخيار كالجب فى الرجل والرتق فى المرأة[2].

أن العنين يعد ظالم فى إمساكها لأنه يفسد عليها قضاء الشهوة وهو مقصودها بالعقد وقد فات بأن تستعف به وتحصل به صفة الإحصان لنفسها وفوات المقصود بالعقد أصلا يثبت للعاقد حق رفع العقد[3].

أدلة الاتجاه الثانى:

استدل الظاهرية ومن وافقهم على عدم الخيار والفسخ بالعنة بالسنة والآثار والمعقول كالأتى:

أولا: السنة

ما روى أن امرأة رفاعة تزوجت بعبد الرحمن بن الزبير ولم يصل إليها فجاءت إلى النبى -صلى الله عليه وسلم- فقالت يا رسول الله أن رفاعة طلقنى فأبت طلاقى وتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير فلم أجد منه إلا مثل هدبة لثوبى -تحكى ضعف حاله فى النساء- فتبسم رسول الله- صلى الله عليه وسلم- ضاحكا، قال: لعلك تريدين أن ترجعى إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسليتك»[4].

وجه الاستدلال:

فهذه المرأة ذكرت أن زوجها لم يطأها، وأن إحليله (ذكره) كالهدبة لا ينتشر إليها، وشكت ذلك لرسول الله -صلى الله عليه وسلم- وتريد مفارقته، فلم يشكها، ولا أجل لها شيئا، ولا فرق بينهما[5].

(١) المحلي لابن حزم جـ٩ صـ٢٠٧.
(٢) المغني مع الشرح الكبير جـ٧ صـ٣، تكملة المجموع شرح المهذب جـ١٦ صـ ٢٧٩.
(٣) المبسوط للسرخسي جـ٥ صـ١٠١، الاختيار جـ٤ صـ٥٨.
(٤) المحلي لابن حزم جـ٩ صـ٢٠٧، سبل السلام جـ٣ صـ١٣٧، البحر الزخار.
(٥) المحلي لابن حزم جـ٩ صـ٢٠٧، سبل السلام جـ٣ صـ١٣٧، البحر الزخار.

اعترض على هذا الدليل بما يلى:

بما روى عن طريق ابن نافع عن مالك أن رفاعة بن شمول طلق امرأته ثلاثا على عهد رسول الله- صلى الله عليه وسلم- فنكحها عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عليها فلم يستطيع أن يغشاها، ففارقها، فاراد رفاعة أن ينكحها -وهو زوجها الأول- فقال النبى -صلى الله عليه وسلم- لا يحل لك حتى تذوقى عسيلته[1].

أجاب بن حزم عن ذلك بما يلى:

بأن هذا الخبر منقطع لا حجة فيه لأن فيه المستورد بن رفاعة عن الزبير بن عبد الرحمن -وهما مجهولان، ثم لو صح لما كان فيه اعتراض على الخبر الذى احتججنا به[2].

الاعتراض الثانى:

ما رواه رافع عن هشام بن عروة عن عائشة «أن امرأة رفاعة جاءت إلى النبى -صلى الله عليه وسلم- وذكرت الحديث إلى قوله «فلا تحلين له حتى يذوق عسيلتك وتذوقى عسيلته فقالت يا رسول الله إنه جاءنى هبة واحدة» وهذا الخبر مروى أيضا عن عبد الرحمن بن الزناد عن هشام بن عروة[3].

أجيب عن ذلك:

بأن عبد الرحمن بن أبى الزناد فى غاية الضعف، ثم لو صح كل هذا لكان لا متعلق لهم فيه، لأنه ليس فى شئ من هذين الخبرين أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: إنه إنما اسقط التأجيل أو التفريق من أجل تلك الهبة ولا أن عائشة قالت ذلك[4].

ثانيا: ما روى عن هانئ بن هانى قال: كنت عند على بن أبى طالب، فقامت

(١) المحلي لابن حزم جـ٩ صـ٢٠٧، المغني مع الشرح الكبير جـ٧ صـ٦٠٣.
(٢) المحلي لابن حزم جـ٧ صـ٢٠٨.
(٣) المغني مع الشرح الكبير جـ٧ صـ ٦٠٣.
(٤) المحلي لابن حزم جـ٧ صـ٢٠٨.

إليه امرأة فقالت له: هل لك إلى امرأة لا أيم ولا ذات بعل؟ قال: وأين زوجك؟ فقالت: هو فى القوم فقام شيخ يجنح فقال: ما تقول هذه المرأة؟ قال سلها هل تنقم مطعم أو ثياب؟ فقال على فما من شئ؟ قال: لا، قال: ولا من السحر؟ قال: لا، قال: هلكت وأهلكت، قالت: فرق بينى وبينه؟ قال أصبرى، فإن الله لو شاء لابتلاك بأشد من ذلك[1].

وما روى مجاهد أنه قال فى الرجل يتزوج، ثم يعرض له الداء، قال: هى امرأته لا تنزع منه.

كما روى عن الحكم عن بن عيينة قال أنها امرأته لا تؤجل له ولا يؤجل لها، ولا يفرق بينهما[2].

ثالثا: المعقول:

هو أن النكاح صح بكلمة الله عزوجل -وسنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقد حرم الله تعالى بشرائها وفرجها على كل من سواه، فمن فرق بينهما بغير قرآن أو سنة ثابتة فقد دخل فى صنعة الذين وصفهم الله تعالى بقوله: ﴿**فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه**﴾[3]. ونعوذ بالله من هذا ولم يقل به أحد[4].

الرأى الراجح:

بعد عرض اتجاهات الفقهاء فى مدى التفريق بين الزوجين إذا كان الزوج عنيناً فإن الراجح هو مذهب جمهور الفقهاء بثبوت الخيار للزوجة فى حق الفسخ للعنة، لأن هذا

(١) سنن البيهقي جـ صـ وحكي عن الشافعي أن هانئا لا يعرف وأن أهل العلم لا يثبتون الحديث لجهالتهم بهانئ، وقال النسائي هانئ معروف ليس به بأس وأخرج الترمذي من روايته عليه السلام في عمار «مرحبا بالطيب» ثم قال حسن صحيح وقال ابن المدني مجهول ولم يرو عنه غير أبي إسحاق السبيعي انظر المحلي بالهامش جـ٥ صـ ٢٠٥.
(٢) المحلي لابن حزم جـ٩ صـ ٢٠٥.
(٣) سورة البقرة جزء من الآية ( ).
(٤) المحلي لابن حزم جـ٩ صـ ٢٠٥.

وهو مروى عن على بن أبى طالب -رضى الله عنه-(١).

الأدلة:

أدلة جمهور الفقهاء على التأجيل مدة سنة بالآثار والمعقول كالآتى:

أولا: الآثار:

ما روى عن سعيد بن المسيب: أن عمر بن الخطاب جعل للعنين أجل سنة، وأعطاها صداقها وافيا(٢).

وروى عن عمر بن الخطاب قال: إن لم يصبها فى السنة فرق بينهما وروى ذلك عن ابن مسعود والمغيرة بن شعبة وعلى بن ابن طالب، والحسن البصرى ومروى عن إبراهيم النخعى وسعيد بن المسيب وكذلك روى التأجيل بعض من الفقهاء -ربيعة وشريح وعمر وابن دينار، وحماد بن أبى سليمان(٣).

اعترض على هذه الآثار بما يلى:

بما روى عن عمر بأن هذه الرواية لا تصح، لأنها مرسلة لأنها عن طريق سعيد بن المسبب عن عمر، ولاسماع له من عمر الا نعيه النعمان بن مقرن(٤).

أجيب عن ذلك:

يقول الإمام أحمد بن حنبل -إذا لم يقبل ابن المسيب عن عمر، فمن يقبل وأئمة الإسلام وجمهورهم يحتجون بقول سعيد بن المسيب(٥).

ثانيا: المعقول:

استدل الجمهور بالمعقول من وجوه:

(١) المغني الكبير جـ٧ صـ٥٦٩.
(٢) المحلي لابن حزم جـ٧ صـ٢٠٢، تكملة شرح المهذب جـ١٦ صـ٢٨٣.
(٣) المحلي لابن حزم جـ٧ ص٢٠٧، المغني مع الشرح الكبير جـ٧ صـ٥٦٩، تكملة شرح المهذب جـ١٦ صـ٢٨١، المبسوط جـ٥ صـ١٠١.
(٤) زاد المعاد جـ٤ صـ٥٣ وقد ذكرنا الرد علي الاعتراضات صـ .

أولا: أن التأجيل لأجل العذر والحول حسن فى ذلك(١)، ولأنه عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب فى الرجل والرتق فى المرأة(٢).

ثانيا: أن العجز عن الوصول (الوطء) قد يكون بسبب رطوبة الجو ويعالج ذلك فى فصل الحر واليبوسة من السنة وقد يكون العلة الحرارة وإنما يعالج ذلك فى فصل البرد، وقد يكون العجز لغلبة اليبوسة وإنما يعالج فى فصل الرطوبة، قدرنا الأجل بالسنة حتى يعالج نفسه فيوافقه العلاج فى فصل من فصول السنة(٣).

ثالثا: أن المرأة تزوجته للوطء، فإذا عدمته فهو ضرر بها ممنوع، ويجب زواله بالفسخ(٤).

اعترض على هذا الوجه:

بأن القول الممتنع عن الوطء وهو قادر عليه -مضار ويجب منعه، وأما العاجز- فقد قال الله تعالى ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾(٥).

فوجب ألا يكلف العنين بما لا يقدر عليه(٦).

أدلة الظاهرية ومن وافقهم بعدم التأجيل بما يلى:

أولا السنة:

بما روى أن امرأة أتت النبى -صلى الله عليهخ وسلم- وقالت: يا رسول الله إن رفاعة طلقنى فبت طلاقى فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير وأنا له مثل هدبه الثوب فقال: «تريدين أن ترجعى إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك»(٧).

(١) المبسوط جـ٥ صـ١٠١، المغني مع الشرح الكبير جـ٧ صـ ٥٦٩.
(٢) المغني مع الشرح الكبير جـ٧ صـ٥٦٩، تكملة المجموع شرح المهذب جـ١٦ صـ ٢٨١، معني المحتاج جـ٣ صـ٢٠٢.
(٣) المبسوط جـ٥ صـ١٠١، الاجتبا جـ٤ صـ٥٧، تكملة المموع شرح المهذب جـ١٦ صـ٢٨٢.
(٤) المحلي لابن حزم جـ٩ صـ٢٠٦.
(٥) سورة البقرة جزء من الآية ( ).
(٦) المحلي لابن حزم جـ٩ صـ٢٠٦، ١٠٧.
(٧) صحيح مسلم بشرح النووي جـ صـ، سبل السلام جـ ٣، ص ١٣٧.

وجه الاستدلال:

فهذه المرأة شكت لرسول الله -صلى الله عليه وسلم- زوجها وتريد مفارقته لم يشكها، ولا أجل بشئ، ولا فرق بينهما[1].

اعترض على هذا الدليل:

بأن هذا الخبر لا حجة فيه على عدم التأجيل، لأن المدة إنما تضرب له مع اعترافه وطلب المرأة ذلك، ولم يوجد واحد منهما، وقد روى أن الرجل قد أنكر ذلك، وقال أنى لأعركتها عرك الأديم، وقد قال عبد البر: وقد صح أن ذلك بعد طلاقه، ومن ثم فلا معنى لأن يضرب له مدة[2].

وصح فى قول النبى -صلى الله عليه وسلم- «تريدين أن ترجعى إلى رفاعة ويدل على أن ذلك كان بعد طلاقه، إذ لو كان قبل طلاقه لما كان ذلك إليها»[3].

وقد ذكرنا الاعتراضات الأخرى على هذا النحو[4].

والراجح:

هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بثبوت التأجيل لمدة سنة.

فإذا انقضت ولم يصل إليها علم أن العجز فى أصل الخلقة ولهذا قدرت مدة السنة بسنة شمسية أخذاً بالاحتياط، فربما تكون موافقة العلاج فى الأيام التى يقع التفاوت فيها بين القمرية والشمسية[5].

وتبتدأ مدة السنة من وقت الخصومة وهو يوم ترافعها، فإذا انقضت فلم يطأ فلها الخيار فى فسخ النكاح[6]. والمراد بها سنة قمرية، لأنها المراد عند الطلاق[7].

(١) المغني الشرح الكبير جـ٥ صـ٥٦٩ المحلي لابن حزم جـ٩ صـ٢٠٧.
(٢) المغني الشرح الكبير جـ٥ صـ٥٦٩.
(٣) المرجع السابق جـ٧ صـ٥٦٩.
(٤) انظر صـ
(٥) المبسوط جـ٥ صـ١٠١.
(٦) المغني الشرح الكبير جـ٧ صـ٥٧١.
(٧) الاختيار جـ٤ صـ٨٥.

فإذا ادعت المرأة عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك فإن أنكر وهى ثيب فالقول قوله مع يمينه، لأنه منكر حق التفريق، فإن حلف بطل حقه، وإن نكل أجل سنه، وإن كانت بكراً، نظرها النساء فإن قلن، هى بكر أجل سنة، وإن قلن: هى ثيب حلف على الوجه الذى بيناه[1].

والتأجيل إنما يكون بعد دعوى المرأة عند التقاضى، فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار، لأنها رضيت ببطلان حقها، وإن خيرها القاضى، فقامت من مجلسها قبل أن تختار، فلا خيار لها، كالمخيرة من زوجها[2].

ويترتب على انقضاء مدة السنة دون الوصول إليها أنها تبين منه (تحتسب طلقة بائنة) عند الصاحبين من الحنفية (أبو يوسف ومحمد) بينما ذهب الإمام أبى حنيفة أنها لا تبين إلا بتفريق القاضى وهو المشهور[3].

حجة الصاحبين:

أن الشرع خيرها عند تمام الحول رفعا للضرر عنها، فلا يحتاج إلى تفريق القاضى، كما إذا خيرها الزوج[4].

حجة الإمام ابى حنيفة:

١- أن النكاح عقد لازم، وملك الزوج فيه معصوم، فلا يزول إلا بإزالته، دفعا للضرر عنه، والقاضى نائب عنه إذا امتنع، فيصر كأنه طلقها بنفسه، فتكون تطليقه بائنة، كى يحصل مقصودها وهو دفع الظلم عنها[5] وهو ما ذهب إليه المالكية[6].

(١) المبسوط جـ٥ صـ١٠١، الاختيار جـ٤ صـ٥٨، تكملة المجموع شرح المهذب جـ١٦ صـ٢١٩، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع جـ صـ، معني المحتاج جـ٣ صـ٢٠٢، المغني الشرح الكبير جـ٧ صـ٥٧٠ بالشرح.
(٢) المبسوط جـ٥ صـ١٠١، الاختيار جـ٤ صـ٥٨، تكملة البمجموع شرح المهذب جـ١٦ صـ٢٧٧.
(٣) الاختيار جـ٤ صـ٥٧.
(٤) المبسوط جـ٥ صـ١٠٢، الاختيار جـ٤ صـ٥٨.
(٥) انظر ما سبق.
(٦) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير جـ١ صـ٥٠٥، الفواكه الدواني جـ٢ صـ١٨، مواهب الجليل للحطاب.

بينما ذهب الشافعية إلى أن تفريق القاضى يكون فسخا لا طلاقا[1] وهو قول الحنابلة[2].

وجه الشافعية والحنابلة:

أنه فرقة لا تقف على إيقاع الزوج ولا من ينوب عنه كالرضاع، وكفسخ المشترى لأجل العيب فى المبيع[3].

وتسقط حق المرأة فى خيار الفسخ إذا ضرب للعنين مدة السنة ثم جامعها قبل انقضائها أو بعدها وقبل الفسخ، لأنه قد ثبت قدرته على الوطء[4].

وكذلك إذا اعترفت أنه وطئها مرة لا تسمع دعواها بعجزه بأنه عنين وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[5].

وإن كان بعض الفقهاء كأبى ثور قال إذا وطئ ثم عجز تضرب له مدة، لأنه عجز عن وطئها فثبت حقها.

وبهذا يتضح أن العيوب الخاصة بالزوج يمكن تحديدها فى عيبين:

الخصاء والعجز عن الوطء؛ لأن هذا يشمل العجز بسبب قطع الآلة، وهو الجب، أو صغرها، أو عدم الانتشار سواء أكان المانع من ذلك مرضاً عضوياً أم غيره.

العيوب الخاصة بالزوجة

والمراد بذلك: العيوب التى يمكن أن تصاب بها المرأة دون الرجل

وهى: الرتق، والقرن، والعقل، والإفضاء، والبخر، والاستحاضة، وسأبين ماهية

(١) تكملة المجموع شرح المهذب جـ١٦ صـ٢٧٨، مغني المحتاج جـ٣ صـ٢٠٢، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع جـ٢ صـ١١٣، نهاية المحتاج جـ صـ، قليوبي وعميرة جـ صـ.

(٢) المغني مع الشرح الكبير جـ٧ صـ٥٧١، شرح منتهي الإرادات كشلف القناع جـ صـ.

(٣) تكملة المجموع شرح المهذب جـ١٦ صـ٢٧٩، مغني المحتاج جـ٣ صـ٢٠٢، المغني مع الشرح الكبير جـ٧ صـ٥٧٢.

(٤) تكملة المجموع شرح المهذب جـ١٦ صـ٢٨٠، المغني مع الشرح الكبير جـ٧ صـ٥٧٢.

(٥) المغني مع الشرح الكبير جـ٧ صـ٥٧١.

هذه العيوب كما فعلت ذلك فى الفقرات السابقة.

١- الرتق:

فى اللغة ضد الفتق، والرتق أيضا: مصدر قولك امرأة رتقاء الرتق[1].

أما فى الإصطلاح: فهو انسداد محل الجماع بلحم[2].

٢- القرن:

من معانيه فى اللغة: العفلة الصغيرة[3].

أما فى الإصطلاح: فهو انسداد محل الجماع بعظم[4]. وقد يكون أعم من ذلك فهو ما ينشأ فى المحل فيعوق عضو الزوج عن الوصول إلى الغرض[5].

٣- العفل:

قال فى القاموس: العفل والعفلة -محركتين- شئ يخرج من قبل المرأة وحياء الناقة كالأدرة للرجال[6].

أما فى الإصطلاح: فقد عرفه الدردير بقوله: «العفل بفتح العين والفاء لحم يبرز فى قبلها ولا يسلم غالباً من رشح يشبه أدرة الرجل، وقيل: رغوة تحدث فى الفرج عند الجماع»[7] ومنهم من جعله مرادفا للقرن كما ذهب إلى ذلك أبو الخطاب الحنبلى: فقال «والقرن والعفل لحم ينبت فى الفرج فيسده فهما فى معنى الرتق إلا أنهما نوع آخر[8].

وحكى عن أبى حفص الحنبلى: «أن العفل كالرغوة فى الفرج تمنع لذة الوطء»[9].

(١) ترتيب القاموس المحيط ٢/ ٣٠.

(٢) نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٣، وفيض الإله المالك ٢/ ١٨٧.

(٣) لسان العرب مادة قرن ٥/ ٣٦٠.

(٤) نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٣، فيض الإله المالك ٢/ ١٧٨.

(٥) المغني ٧/ ٥٨٠.

(٦) ترتيب القاموس المحيط ٣/ ٥٦٢.

(٧) الشرح الكبير ٢/ ٤٧٠.

(٨) المغني ٧/ ٥٨٠.

(٩) المصدر السابق، نفس الصفحة.

وجاء فى البحر الزخار: «والعفل لحم يشبه الآدرة فى الفرج»[1].

ومما سبق يتضح أن هذه الثلاثة يمكن أن يعبر عنها باسم واحد فيقال: انسداد محل الجماع، فهذا يشمل الرتق، والقرن، والعفل.

٤- الإفضاء:

فى اللغة يعطى معنى: الإتساع: قال فى لسان العرب: فض المكان فضاء وفضوا اتسع.. والفضاء الشئ المختلط، وأفضى المرأة: جعل مسلكيها واحدا فهى مفضاة[2].

أما فى الإصطلاح: فقد عرفه الدردير بقوله: «هو اختلاط مسلكى الذكر والبول، وأولى منه اختلاط مسلكى الذكر والغائط»[3].

وعبر عنه الحنابلة بالفتق، قال ابن قدامة: «وأما الفتق فهو انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المنى، وقيل ما بين القبل والدبر»[4].

ومن هنا يظهر لنا أن مؤدى الكلمتين -الإفضاء والفتق -واحد.

٥- البخر:

أوردت بعض كتب المالكية والحنابلة أن البخر من جملة العيوب التى ترد بها المرأة إذ جاء فى شرح الدردير: «الزوج ردها بقرنها وبخرها -أى: نتن فرجها- لأنه منفر وهو ظاهر»[5].

وجاء فى المغنى: «والبخر نتن الفم، وقال ابن حامد -من الفقهاء الحنابلة- هو نتن فى الفرج يثور عند الوطء[6].

---

(١) البحر الزخار ٣/ ٦١.
(٢) لسان العرب مادة فضو ٥/ ٣٤٣١.
(٣) الشرح الصغير ٢/ ٤٧٠، وحاشية الحطاب ٣/ ٤٨٥.
(٤) المغني ٧/ ٥٨١.
(٥) شرح الدردير ٢/ ٢٧٨، وانظر: حاشية المواق ٣/ ٤٨٥، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ١/ ٣٩٤.
(٦) المغني ٧/ ٥٨٢.

٦- الاستحاضة:

هى صفة تعرض المرأة بحيث لا ينقطع دمها فيشمل أيام الحيض وغيرها، وذلك لعلة وليست أمراً جبلياً[1].

وقال فى القاموس: «والمستحاضة من يسيل دمها لا من الحيض بل من عرق العاذل»[2].

---

(١) مدي حرية التفريق بين الزوجين قضاء ٣٥٦.
(٢) ترتيب القاموس المحيط ١/ ٥٧٠.

المبحث الثاني

خلاف الفقهاء فيما يعد من هذه الأمور أو غيرها عيبا

ذكرت فيما سبق ما عشرت عليه من الأمور التى عدها الفقهاء من عيوب النكاح، ولكن هذا لا يعنى أن العيوب محصورة بها عند جميع الفقهاء، أو هى محل اتفاق بين الجميع، وذلك لأن بعض الفقهاء يرى إن ذكر هذه الأمور من باب التمثيل لا من باب الحصر، لهذا يمكننا القول: بأن الفقهاء فى هذه القضية انقسموا إلى فريقين رئيسين -فريق حصر العيوب فى أمور معينة، وفريق لم يحصرها. وسأفرد لكل فريق فقرة مستقلة، لذلك هذا الفرع سيتضمن فقرتين:

الفقرة الأولى: مذاهب الفقهاء الذين حصروا العيوب:

الذين حصروا العيوب فى أمور معينة اختلفوا، منهم ضيق ومنهم وسع، ويمكن حصر هذا الخلاف فى ستة مذاهب:

المذهب الأول:

حصر العيوب فى خمسة أمور هى: الجب، والعنة والحصاء والتآخذ، والخنوثة[1]. وبذلك قال أبو حنيفة وأبو يوسف[2].

وقد بينت فيما سبق: أن الجب، والعنة والتآخذ، يمكن أن تدخل تحت عيب واحد هو: العجز عن الوطء.

ويلاحظ: أن الحنفية عموما يرون: أن الآثار المترتبة على العيب إنما تترتب على العيوب الكائنة فى الرجل دون المرأة.

المذهب الثانى:

حصر العيوب فى سبعة، وهذا هو الصحيح فى مذهب الشافعية[3].

(١) المراد بذلك على رأي الحنفية: هو الخنثي الذي إدعي الذكور كالتبول من القصبة ولم تظهر فيه من أمارات الذكورة شئ.
(٢) الاختيار ٣/ ٥١١، بدائع الصنائع ٢/ ٣٢٧.
(٣) مغني المحتاج ٣/ ٢٠٣، الإقناع ٣/ ٦٣، السراج الوهاج ٣٨٢.

وهذه العيوب السبعة موزعة على النحو الآتى:

ثلاث منها مشتركة بين الزوجين هى: الجنون، والجذام، والبرص، ويختص اثنان منها بالزوج هما: الجب، والعنة، ويلحق بالعنين كبير الآله بحيث لا تسع حشفته امرأة.

قال الشربينى: وأغرب الخفاف فعد من عيوب الرجل كونه مشعر الإحليل وقال: قال الزركشى: وينبغى على قياسه كون المرأة خشنة المدخل بحيث يتأذى المدخل[1].

المذهب الثالث:

حصر جمهور الحنابلة العيوب فى ثمانية:

وهى العيوب نفسها التى ذكرها الشافعية، وكالتوزيع الذى سبق ذكره فى المذهب الثانى إلا أنهم زادوا فى عيوب المرأة العفل.

وقال القاضى: هى سبعة، جعل القرن والعفل شيئا واحدا.

وعد بعض الحنابلة من العيوب: الخصاء، والبخر، والخنوثة[2].

المذهب الرابع:

حصر العيوب فى ثلاثة عشر وهم المالكية[3].

وهو موزعة على النحو الآتى:

أربعة مشتركة بين الزوجين وهى: الجنون، والجذا، والبرص، والعذيطة، وأربعة يختص بها الزوج وهى الجب، والعنة، والخصاء، والاعتراض وخمسة تختص بها الزوجة وهى: القرن، والرتق، والعفل، والبخر، والإفضاء.

المذهب الخامس:

حصر العيوب فى تسعة وهم الزيدية[4].

(١) مغني المحتاج ٣/ ٢٠٣.
(٢) المغني ٧. ٥٨٠، ٥٨٢، شرح منتهي الإدارات ٣/ ٤٨.
(٣) أسهل المدارك ٢/ ٩٤، ٩٥.
(٤) البحر الزخار ٣/ ٦٠، فما بعدها، والتاج المذهب لأحكام المذهب ٢/ ٦٥.

وهي موزعة على النحو التالي:

ثلاث مشتركة بين الزوجين هي الجنون، والجذام، والبرص.

وثلاث خاصة بالزوج وهي: الجب، والخصاء، والسل[1].

وثلاث خاصة بالزوجة وهي القرن، الرتق، والعفل.

والعنه موضع خلاف عندهم[2].

المذهب السادس:

حصر العيوب في عشرة وهم الإمامية[3].

واحد مشترك بين الزوجين وهو: الجنون.

وثلاث يختص بها الزوج وهي: الخصاء، العنة، والجب.

وستة تختص بها الزوجة وهي: الجذام، والبرص، والقرن، والافضاء، والعمى، والإقعاد.

وزاد بعضهم، العفل، وفي القرن تردد، جعل بعضهم القرن والرتق شيئاً واحداً.

هذه هي مذاهب الفريق الأول القائلين بحصر العيوب.

الأدلـــة:

لم أعثر -فيما اطلعت عليه من كتب هذه المذاهب- على دليل يجب المصير إليه بحصر العيوب في عدد معين، فهي طبعا غير صحيحة الإسناد، أو أنها لا حصر فيها، وتبين ذلك من عرض ما عثرت عليه من أدلة هذه المذاهب.

الدليل الأول:

ورد عن أصبغ عن ابن وهب، عن عمر وعلي رضي الله عنهما: «لا ترد النساء

(١) الخصاء وهو قطع الخصيتين، أما السل فهو سل البيضتين، انظر: الشرح الكبير ٧/ ٥٧٨.
(٢) الروض النضير ٤/ ٨٠.
(٣) اللمعة الدمشقية ٥/ ٣٨٠، المختصر النافع ٢١٢، منهاج الصالحين ٢/ ٣٠٢.

إلا من العيوب الأربعة: الجنون، والجذام، والبرص، الداء في الفرج»[1].

هذه الرواية حصرت العيوب التي ترد بها في أربعة لكن يرد عليها ما يأتي:

أ- أن عبد الملك بن حبيب هو الذي روى هذا الأثر عن أصبغ، وعبد الملك سيئ الحفظ كثير الغلط[2].

يضاف إلى ذلك الإنقطاع الكبير بين ابن وهب، وبين عمر وعلي رضي الله عنهما.

ب- يضاف إلى ذلك: أن حصر هذه الرواية العيوب بأربعة معارض بما رواه ابن حزم من طريق وكيع، عن الثوري، عن يحيى بن سعيد الأنصاري، عن سعيد بن المسيب، عن عمر بن الخطاب قال: «إذا تزوجها برصاء أو عمياء، فدخل بها فلها الصداق ويرجع على من غره».

فهذه الرواية عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أصح من تلك، وقد ذكرت أن العمى عيب، مما يدل على أن العيوب غير منحصرة بما ذكر في تلك الرواية.

ويعارض الحصر أيضا ما رواه عبد الرازق بإسناده: «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث رجلا على السعاية. فأتاه فقال: تزوجت امرأة، فقال أخبرتها أنك عقيم لا يولد لك؟ قال: لا، قال، فأخبرها وخيرها»[3].

فعد عمر رضي الله عنه العقم عيبا يحق بموجبه للمرأة أن تطلب الفسخ، وهو ليس من العيوب المذكورة في الرواية السابقة، فدل هذا على أن العيوب غير منحصرة بما ذكر فيها.

جـ- وأيضا فقد خالف هذه الرواية جميع المذاهب السابقة، وبيان ذلك فيما يأتي:

فالمذهب الأول: لم يعد الجنون، والجذام، والبرص، من العيوب.

(١) المحلي ١٠/ ١١٠، وانظر: زاد المعاد ٥/ ١٨٤.
(٢) المحلي ١٠/ ١١٢.
(٣) المصنف ٦/ ١٦٢.

ثم إن الأثر قد ذكر: "الداء فى الفرج" فهو عام فى كل داء يصيب الفرج، ولم يخص ذلك بأمراض معينة، بينما نجد المذاهب المذكورة كلها قد خصت ذلك بأدواء معينة: كالرتق، والقرن، والجب، والعنة ونحو ذلك، بينما توجد أمراض تصيب الفرج أخطر من ذلك بكثير؛ كالزهرى، والسيلان، الإيدز ونحو ذلك، فإن قيل: هذه الأمراض ليست معروفة لدى السلف من الفقهاء.

قلت: إذن ينبغى حمل ما ذكروه على التمثيل لا الحصر.

وأيضا: فإن المذهب الرابع زاد العذيطة.

وزاد المذهب السادس العمى والإقعاد، وهذه كلها ليست من العيوب المذكورة فى الأثر، إذن فالأثر حتى لو صح فإنه لا يصلح لاتخاذه دليلا على الحصر، فكيف وقد بينت أن إسناده ليس صحيحا.

الدليل الثاني:

ذكر الشافعى رحمه الله تعالى: أن علة التفريق بالجذام والبرص هى أنهما من الأمراض المعدية، وأن علة التفريق بالجنون هى خشية الضرر، ثم إن هذه الأمراض تخل بالمقصود من الزواج فقال:

"الجذام، والبرص، فيما يزعم أهل العلم بالطب والتجارب تعدى الزوج كثيرا، وهو داء مانع للجماع لا تكاد نفس أحد أن تطيب بأن يجامع من هو به، ولا نفس امرأة أن يجامعها من هو به.."[1] وبمثله قال ابن قدامة[2].

أقول:

إذا كان ما ذكر هو العلة، فإن الحصر بما ذكره الشافعية والحنابلة فى المذهبين الثانى والثالث لا يصح، وإنما ينبغى طرد العلة والقول بالتفريق، بكل ما يؤدى إلى نفرة أحد الزوجين من الآخر أو يخشى تعدى ضرره إليه.

(١) الأم ٥/ ٨٥.
(٢) المغني ٧. ٥٨١.

الدليل الثالث:

احتج ابن قدامة على انحصار العيوب بما ذكره الحنابلة بقوله: "إنما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح: فإن الجذام والبرص يثيران نفرة فى النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى االنفس والنسل فيمنع الاستمتاع، والجنون والرتق يتعذر معه الوطء، والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته"[1].

ويبدو لى: أن هذا لا يصلح دليلا للحصر، وإنما الذى يفيده هذا التعليل:

أن كل ما يمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح يعد عيبا، وبذلك يكون هذا الدليل دليلا على عدم الحصر.

الدليل الرابع:

يفهم من كلام الحنابلة، أن من جملة الأسباب التى دعتهم إلى حصر العيوب هى: أن الفسخ إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس، ولا نص فى غير هذا ولا إجماع، ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينها من الفرق[2].

ويجاب على ذلك: بأنه لا مانع من القياس عند وجود العلة، فإذا كان الأمر كذلك، فقد نقل الإجماع على التفريق بسبب العنه[3]. وإذا كانت العلة فى التفريق بذلك دفع الضرر، فأنه ينبغى طرد ذلك فى كل موضوع جدت فيه هذه العلة.

وأيضا فإن ابن قدامة نفسه قد عارض أبا حنيفة فيما ذهب إليه من القول بعدم التفريق بسبب الجنون والجذام والبرص، واحتج عليه بقوله: "فإن قيل: فالجنون والجذام والبرص لا يمنع الوطء، قلنا: بل يمنعه، فإن ذلك يوجب نفرة تمنع قربانه بالكلية وحسه ويخاف منه التعدى إلى نفسه ونسله، والمجنون يخاف من الجناية فصار كالمانع الحسى[4].

(١) المغني ٧/ ٨٥١، وانظر: مغني المحتاج ٣/ ٢٠٣.
(٢) المغني ٧/ ٥٨٢، وانظر: المبدع شرح المقنع ٣/ ٥٧.
(٣) المغني ٧/ ٥٨٠.
(٤) المغني ٧/ ٥٨٠.

فهذا ابن قدامة يحتج بالقياس هنا، ويعلل بالنفرة، وبتعدى الضرر إلى الغير وبخوف الجناية، ويجعل هذه كلها موانع من الوطء بمثابة الجب والعنة وغيرهما من الموانع الحسية، فإذا كانت النفرة وتعدى الضرر وخوف الجناية هى علل فسخ النكاح بالجذام والبرص والجنون، فإن من الواجب -كما ذكرنا- طرد الحكم فى كل موضوع وجدت فيه هذا العلل.

الدليل الخامس:

قال صاحب "البحر الزخار" بعد أن بين العيوب التى يرد بها: لا دليل على ما سواها[1]. ويلاحظ على ذلك: أنه لم يذكر دليلا على الحصر فيما ذكر، وإنما ذكر أقضية عن الصحابة رضى الله عنهم، جاء فيها أنهم فسخوا النكاح ببعض العيوب، وهذا لا يصح الاستدلال بها على حصر العيوب فى عدد أو نوع معين، بل الذى تدل عليه هذه الأقضية، هو مشروعية الفسخ بسبب العيب ليس أكثر.

مذهب من لم يحصر العيوب بعدد معين:

هذا الفريق لم يحصر العيوب بعدد معين ويبدو: أنهم عدوا من العيوب كل ما ينفر أحد الزوجين من الآخر، ويسبب إيذاء وضررا ويخل بالمقصود من النكاح. روى ذلك، عن سعيد بن المسيب، وشريح القاضى، ومعمر والزهرى، وأبى ثور، وبعض الشافعية، وابن قيم الجوزية، وابن تيمية[2].

فقد روى عن سعيد بن المسيب أنه عد من عيوب النكاح السبعة التى سبق ذكرها عند الكلام عن مذهب الشافعية، وأضاف إلى ذلك ما يتعدى ضرره إلى الغير[3]. وروى عبد الرزاق عن سعيد بن المسيب أنه قال: ما كان بالرجل من الحدث مما لا يخصه بلاؤه فهى بالخيار فيه إذا علمت: إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقته، وما كان فيه مما يخصه فنكاحه جائز[4].

(١) البحر الزخار ٣/ ٦١.
(٢) المصنف ٦/ ٢٥٠، المحلي ١٠/ ١٠ فيما بعدها، البحر الزخار ٣/ ٦١، نيل الأوطار ٦/ ١٥٧، مجموع الفتاوي الكبري لابن تيمية ٤/ ٥٤٣، زاد المعاد.
(٣) المحلي ١٠/ ١٠، الموطأ مع المنتقي ٤/ ٥٧، السنن الكبري ٧/ ٢١٥.
(٤) المصنف ٦/ ٢٥٠.

وعن معمر قال: وإذا شئ يشبه هذا من الأدواء -يعنى داء الفرج- فهو مثله[1].

وعن الزهرى أنه قال: يرد النكاح من كل داء عضال[2].

وروى عبد الرازق بإسناده عن ابن سيرين قال: خاصم رجل إلى شريح فقال: إن هؤلاء قالوا لى: إنا نزوجك بأحسن الناس فجاؤونى بامرأة عمشاء فقال شريح: إن كان دلس لك بعيب لم يجز[3].

فتأمل هذا القضاء، وقوله إن كان دلس لك بعيب: يقتضى أن كل عيب دلست به المرأة فللزوج الرد به[4].

وبهذا الاتجاه أخذ محمد بن الحسن من أصحاب أبى حنيفة، فهو لم يحصر عيوب الزوج بالخمسة التى سبق ذكرها عن أبى حنيفة وأبى يوسف، وإنما عد الجنون والجذام والبرص من العيوب، وقد ذكر الكاسانى ما يدل على أن محمدا ذكر هذه العيوب على سبيل التمثيل لا الحصر فقال:

"وأما خلو الزوج عما سوى هذه العيوب الخمسة من الجب والعنة والتآخذ والخصاء والخنوثة فهل هو شرط لزوم النكاح؟ قال أبو حنيفة وأبو يوسف: ليس بشرط ولا يفسخ النكاح به، وقال محمد: خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص شرط لزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح، وخلوه عما سوى ذلك ليس بشرط"[5].

الأدلة:

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بالإضافة إلى ما تقدم بما يلى:

أولا: روى عبد الرزاق بسنده عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: «أيما

(١) المصنف ٦/ ٢٤٤، المحلي ١٠/ ١١٢.
(٢) المصنف ١٠/ ١١٢، وانظر: زاد المعاد ٥/ ١٨٤.
(٣) المصنف ٦/ ٢٤٥، وانظر: زاد المعاد ٥/ ١٨٤.
(٤) زاد المعاد ٥/ ١٨٤.
(٥) بدائع الصنائع ٢/ ٣٢٧.

امرأة تزوجت وبها جنون أو جذام أو برص.. فدخل بها، ثم اطلع على ذلك فلها مهرها، وعلى الولى الصداق بما دلس بما غره»[1].

وقال ابن قيم الجوزيه بعد أن أورد أثرا قريبا من هذا: وهذا يدل على أن عمر لم يذكر تلك العيوب المتقدمة على وجه الاختصاص والحصر دون ما عداها[2].

ثانيا: من تأمل فتاوى الصحابة والسلف علم أنهم لم يخصوا الرد بعيب دون أخر. إلا رواية عن عمر رضى الله عنه: لا ترد النساء إلا من العيوب الأربعة...[3]. وقد بينت ما فى هذه الرواية وناقشته قبل قليل.

ثالثا: إن الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما، والعلة فى اعتبار العيوب المتفق عليها المسوغة للفسخ هو الضرر الناجم عن هذه العيوب، وهذا الضرر موجود فى كل شئ يحول دون استمرار الحياة الزوجية، والاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مسار لها فلا وجه له[4].

هذه هى أهم الأدلة التى استدل بها أصحاب هذا الاتجاه.

والذى يبدو لى: أن الإطلاق أولى من التحديد والحصر، ولكن هذا مشروط كما يقول بعض الفضلاء من الفقهاء المتأخرين -بعدم فتح الباب على مصراعيه فتمتد أطرافه ولا تنضبط حدوده، وإنما يكون المعيار أن كل ما ينفر الزوج من الأخر ولا يحصل منه مقصود الزواج من الرحمة والمودة فهو عيب تترتب عليه آثاره[5].

ويقول أستاذنا الدكتور هاشم جميل: أن العيوب عنده -أى عند الإمام سعيد- أعم مما ذكر فإنه يكون عيبا عنده، كل ما يجده أحد الزوجين فى الآخر مما يتعدى ضررا إلى الغير، ولعلهم خصوا الجذام والبرص بالذكر لأنهما المرضان اللذان كانا شائعين فى

(١) المصنف ٦/ ٢٤٤.
(٢) زاد المعاد ٥/ ١٨٤.
(٣) المصدر السابق ٥/ ١٨٢.
(٤) المصدر السابق نفس الصفحة.
(٥) أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي محمد يوسف موسي ٣٣٤، و الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية محمد زكريا البرديسي ٤٨٩.

زمانهم وأنهما مستعصيان يتعدى ضررهما إلى الغير[1].

فقد تحدث أمراض وعيوب أشد ضررا مما ذكر فهل معنى ذلك أنه لا تعد سببا يعطى حق الفسخ، على أن ما كان من الأمراض مستعصيا فيما سبق قد يكشف له علاج، فيصبح غير مستعص وقد حصل ذلك فعلا، وعكس ذلك صحيح أيضا، فقد تكشف أمراض أخطر بكثير مما كان يعد فى السابق مستعصيا على العلاج، لذلك نعدم الحصر بعدد أو نوع معين من الأمراض هو الأولى.

(١) فقه زاد المعاد ٣/ ٢٢٣، ٢٢٤.

المبحث الثالث

شروط العيب وكيفية إثباته

اختلف الفقهاء فى الشروط التى ينبغى توفرها فى عيب النكاح لكى يكون صالحاً لترتيب الأثر عليه، وأيضا فإن ترتب الأثر فرع ثبوت العيب، ومن هنا كان الكلام عن هذين الأمرين قبل الكلام عن الأثر أمراً لابد منه.

وسأفرد لكل منهما فرعاً مستقلاً، لذلك فإن هذا المطلب سيتضمن فرعين:

المطلب الأول

شروط العيب فى النكاح

هذه الشروط من حيث الجملة هى: كون العيب قديما غير قابل للعلاج، استحكام العيب واستمراره، خلو الطرف الطالب للفسخ من عيب مماثل، الجهل بوجود العيب قبل العقد، وأن لا يصدر ما يدل على الرضا بالعيب صراحة أو ضمنا، والبلرغ.

وسأتكلم عن كل واحد من هذه الشروط على حدة:

الشرط الأول: أن يكون العيب قديما غير قابل للعلاج:

يشترط جمهور الفقهاء فى العيب أن يكون قديما سابقاً على العقد، وأن يكون غير قابل للعلاج، فإذا أثبت ذلك جاز للطرف المتضرر المطالبة بالتفريق، بلا خلاف بين القائلن به، أما إذا كان العيب حادثا أفيحق للمتضرر منه طلب الفرقة أم لا؟

هنا حصل خلاف بين الفقهاء فى بعض أنواعه، أذكرها، وأذكر خلاف الفقهاء فيها، وأدلتهم فيما يأتى:

أولا: الجنون الحادث:

للفقهاء فيه أربعة مذاهب:

المذهب الأول: الجنون الحادث بعد العقد كالقديم سواء حدث فى الزوج أو فى الزوجة،

دخل أو لم يدخل، وهو أظهر قولى الشافعى وأحد وجهين فى مذهب الحنابلة، وهو الأصح فى مذهب الزيدية، وإليه ذهب المالكية إلا أنهم خصوا ذلك بما قبل الدخول، وبه قال معظم الإمامية إذا كان الحادث فى الزوجة، ولا خيار إذا كان الحادث فى الزوج[1].

استدلوا على ذلك بما يلى:

١- من الثابت أن الجنون عيب من العيوب التى يثبت الخيار به إذا كان قديماً أو مقارنا فيثبت الخيار فى الحادث أيضا كالإعسار فى النفقه.

٢- أن النكاح عقد على منفعة، وحدوث العيب فى العقد على المنفعة يثبت الخيار كالإجارة فيثبت هنا[2].

٣- عموم أقضية الصحابة التى جاءت فى التفريق بالعيب لم تفرق بين القديم والحادث.

المذهب الثانى: الجنون الحادث فى الزوجة لا يثبت للزوج الخيار، أما إذا حدث فى الزوج فللزوجة حق طلب التفريق.

وإليه ذهب الشافعى فى القديم وهو وجه عند الحنابلة[3].

واستدلوا على ذلك: بأن الزوج يمكنه الطلاق[4].

لكن يرد على هذا: أن الآثار المترتبة على الطلاق بذمة الزوج غير الآثار المترتبة على الفسخ والضرر لا يزال بضرر أشد أو مساو.

المذهب الثالث: لا يحق للزوجين طلب التفريق بجنون حادث. وإليه ذهب أشهب من المالكية، وأبو بكر وابن حامد من الحنابلة[5].

واستدلوا بما يلى: أن العيب حدث بالمعقود عليه بعد العقد فأشبه الحادث بالمبيع

---

(١) المذهب ٢/ ٤٨، المغني ٧/ ٥٨٣، مواهب الجليل ٣/ ٤٨٤، الروضة علي اللمعة الدمشقية ٢/ ١٢٤.

(٢) المغني ٧/ ٥٨٣.

(٣) شرح المحلي علي المنهاج ٣/ ٢٦٢، الإنصاف ٨/ ١٩٤.

(٤) تحفة المحتاج ٧/ ٣٤٩.

(٥) شرح الدردير ٢/ ٢٧٨، ٢٧٩، والمغني ٧/ ٥٨٤.

والعيب الحادث فى المبيع يمنع من رده.

والذى يبدو لى رجحانه هو: عدم تخصيص ذلك بالحادث بالزوج؛ لأن الأدلة الدالة على التفريق بهذه العيوب لم تفرق بين القديم والحديث، ولا بين الزوج والزوجة، والأصل الأخذ بعموم الأدلة إلا إذا ورد ما يخصصها.

ثالثا: العنة الحادثة بعد الدخول:

تضافرت الروايات عن الصحابة على القول بالتفريق بالعنة. بل حكى الماوردى إجماع الصحابة على ذلك[1]. لكن جمهور الفقهاء حمل ذلك على العنة إذا كانت قديمة، بمعنى أنه عقد عليها وهو عنين، فلم يستطع الوطء ولا مرة واحدة، وقد حصروا الحكم على ذلك فلم يطرد عندهم فى العنة الحادثة بعد الدخول، وقالوا:

إذا وطئها ولو مرة واحدة ثم عجز بعد ذلك فإنه لا حق لها فى طلب التفريق.

يقول الدردير: "وأجل المعترض الحر الثابت لزوجته عليه خيار بأن لم يسبق له فيها وطء بسنة قمرية".

وقال الدسوقى: "وأما التى سبق لها لو مرة فلا خيار لها فيه وحينئذ فلا يؤجل"[2].

وجاء فى كتب الحنفية: "لو صار عنيناً بعد الدخول إليها لا يفرق لحصول حقها بالوطء مرة"[3].

وجاء فى الإنصاف: "وإن اعترفت أنه وطئها مرة بطل كونه عنيناً"[4].

وذكر الأمامية: "أن العنين يؤجل سنة محمول على أن لا يكون دخل فيها أصلاً، فإذا دخل بها ولو مرة واحدة ثم حدثت به العنة لم يكن له عليه خيار:"[5]. وبمثل ذلك قال الطوسى[6].

---

(١) مغني المحتاج ٣/ ٢٠٣.
(٢) شرح الدردير مع حاشية الدسوقي ٢/ ٢٧١.
(٣) البحر الرائق ٣/ ٢٣.
(٤) الانصاف ٨/ ١٨٨.
(٥) الاستبصار ٣/ ٢٤٩.
(٦) النهاية ٤٨٧.

ويجاب على ذلك: بأن القياس على الإجارة أولى من القايس على البيع بجامع أن كلاً منهما عقد على منفعة والعيب الحادث فى الإجارة يجيز طلب الفسخ، فإذا حدث عيب يخل بالانتفاع جاز للطرف المتضرر المطالبة بفسخ العقد[1].

المذهب الرابع: يحق للزوجة المطالبة بالتفريق بجنون الزوج الحادث بعد العقد وقبل الدخول. وإليه ذهب المنيطى من المالكية[2].

والذى يبدو لى رجحانه هو: التفريق بالجنون الحادث بعد فترة تأجيل يجرى خلالها علاجه، وقد حددها المالكية بسنة[3]. ويعضد ذلك ما رُوى عن عمر -رضى الله عنه- وقد سئل عن مجنون مقيد بالسلاسل يخافونه على زوجته -فقال: يؤجل سنة فإن شفى وإلا فرق بينهما[4].

ولكننا فى الزمن المعاصر، وبعد تقدم إمكانات الطب، ينبغى أن لا نقف فى تحديد المدة عند حدود السنة، وإنما يرجع فى تحديدها إلى رأى أهل الاختصاص، إن رأوا أن فترة علاجه تحتاج إلى أكثر من سنة وجب الأخذ برأيهم، وإن رأوا أن لا رجاء فى شفائه اكتفى بالسنة وقوفا عند الأثر.

ثانيا: الجذام والبرص الحادثان:

لم تختلف أقوال الفقهاء القائلين بالتفريق بالجذام والبرص، إذ قال بالتفريق بهما القدماء والمحدثون.

إلا أن المالكية قالوا: بتخصيص ذلك بالحادث بالزوج، وقالوا: إن كان يسيراً فلا فسخ به اتفاقاً، وإن كان كثيراً ففيه ثلاثة أقوال عندهم، الراجح منها هو الفسخ بالحادث بعد العقد بالجذام البين والبرص المضر.

أما بالنسة للحادث بالزوجة فمصيبة نزلت به فما عليه إلا الصبر[5].

---

(١) المغني ٧/ ٥٨٤.
(٢) التاج والإكليل ٣/ ٤٨٥.
(٣) المصدر السابق نفس الصفحة.
(٤) المحلي ١٠/ ٦١.
(٥) شرح الخرشي ٣/ ٢٣٦، شرح الدردير ٢/ ٢٧٨.

ثالثاً: العنة الحادثة:-

فأقوال الفقهاء من المذاهب الأربعة وغيرهم متظافرة على القول بعدم الرد بالعنة الحادثة، بل إن بعض الحنابلة جعل الطارئة بعد العقد وقبل الدخول عنّة حادثة فلم يرد بها النكاح، لكى تبتغى الإشارة إلى أن المالكية قالوا: إذا تسبب الزوج بالعنة رد به نكاحه ولو كان بعد الدخول.

وقال العدوى من المالكية: محل عدم الرد بذلك فيما إذا لم تخش الزوجة على نفسها الزنا وإلا كان لها التطليق؛ لأن المرأة بالضرر الثابت ولو بقرائن الأحوال(١).

ونقل ابن حزم عن أبى ثور قوله: "متى عن عنها أجل سنة ثم فرق بينهما، وإن كان قد وطئها قبل ذلك".

ومثل ذلك نقل عنه الحافظ ابن حجر وغيره(٢).

فتلخص لنا من ذلك أن فى العنة الحادثة مذهبين:

المذهب الأول: لا يترتب عليها أثر.

وهو مذهب الجمهور.

المذهب الثانى: هى كالعنة القديمة يترتب عليها الأثر نفسه.

وهو قول أبى ثور. وهو مذهب المالكية فيما إذا كان هو المتسبب بالعنة، أو خشيت المرأة على نفسها الزنا كما قال بذلك العدوى.

وقد استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتى:

١- أن حق الزوجة فى العقد هو الوطء مرة وقد استوفت حقها، لذلك فلا حق لها فى طلب التفريق إذا عجز عن الوطء بعد ذلك(٣).

وقد رد ابن حزم ذلك بما حاصله: أن الضرر الذى يلحق من وطئها زوجها مرة ثم يعجز عن ذلك أشد منه فى التى لم يطأها قط.. ثم قال: من قال غير ذلك فقد كابر الضرورة والحس(٤).

(١) حاشية العدوي علي شرح الرسالة ٢/ ٨٥.
(٢) المحلي ١٠/ ٥٩، فتح الباري ٩/ ٤١٣، الشرح الكبير ٧/ ٥٧١.
(٣) رد المحتار ٣/ ٤٩٥، نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٨.
(٤) المحلي ١٠/ ٦١.

والذى يبدو لى رجحانه أنه قياس مع الفارق؛ وذلك لاختلاف أحكام كل منهما، وإن قيست أحياناً بعض أحكام النكاح على المبيع، فإن هذا لا يعنى التطابق بينهما فى كل الأحكام، وذلك لأن الضرر الذى يصيب الزوجة بوجود عيب العنة فى الزوج لا يمكن مساواته مع الضرر الذى يصيب المشترى لعيب فى المبيع.

لما سبق يبدو لى: أن الراجح ما ذهب إليه أبو ثور؛ لأن الضرر يزال شرعا، وإرغام زوجة على البقاء فى عصمة زوج عنّ لا يقدر على وطئها، وهى تتوق إلى ذلك من أعظم الضرر؛ لأن ذلك يعرضها للفتنة.

ثم إن التفريق للعنة قد ثبت بقضاء من قضى به الصحابة، وقد ذكر ابن حزم عدداً منهم وقال: "ليس عن أحد المذكورين أنه إن وطئها مرة واحدة فلا كلام لها"(١).

بل جاء فى رواية عمر رضى الله عنه ما يشير إلى عدم الفرق، فقد روى ابن حزم من طريق أبى عبيد، عن عامر بن ربيعة قال: "إنّا لنسير مع عمر بن الخطاب.. إذ عرضت له امرأة من خزاعة شابة، فقالت يا أمير المؤمنين إنى امرأة أحب ما تحب النساء من الولد وغيره، ولى زوج شيخ، والله ما برحنا حتى نظرنا إلى يهوى: شيخ كبير، فقال لعمر: يا أمير المؤمنين إنى لمحسن إليها وما آلوها، فقال له عمر: أتقيم لها طهرها؟ فقال: نعم، فقال لها عمر: إنطلقى مع زوجك، فوالله إن فيه لما يجزئ، أو قال يغنى المرأة المسلمة(٢).

وروى عبد الرزاق نحو ذلك، وقال: "جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب فقالت: إن زوجها لا يصيبها، فأرسل إلى زوجها فسأله فقال: كبرت وذهبت قوتى، فقال له فى كم تصيبها؟ قال: فى كل طهر مرة، فقال عمر اذهبى فإن فيه ما يكفى المرأة"(٣).

فهذا يشير بوضوح إلى أن العنة عند عمر رضى الله عنه عيب يفسخ به النكاح قبل الدخول أو بعده. وإلا لما كان هناك معنى لسؤاله الزوج: فى كم تصيبها، ولما علل رد شكوى المرأة: بأن الزوج فى كل طهر مرة فيه ما يكفى المرأة المسلمة.

(١) المحلي ١٠/ ٦١.
(٢) المصدر السابق ١٠/ ٤٠.
(٣) المصنف ٦/ ٢٥٧.

فإذا ثبت بذلك أن إمساك الزوج زوجته وهو عاجز عن وطئها إضرار بها فإن أدلة الشرع متضافرة على رفع هذا الضرر، ويتبين ذلك مما يأتي:

أ- جاء في الإيلاء[1] قوله تعالى: ﴿**للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءو فإن الله غفور رحيم**(٢٢٦) **وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم**﴾(٢٢٧) البقرة.

فإذا لم يرجع المولى ويجامع زوجته خلال المدة فقد قال الجمهور: يجبره القاضي على الفئ أو الطلاق، وقال بعض الفقهاء: تقع تطليقة رجعية بمجرد مضى المدة، وقال جملة من الصحابة والتابعين، وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى: تقع بمجرد مضى المدة تطليقه بائنة ولو كان قد عاشرها معاشرة الأزواج سنين طوالا[2].

فهذا يدل على أن حق الزوجة في الوطء لا يصل إليها بمجرد وطئها مرة واحدة، وإلا لما طلقت منه بالإيلاء.

ب- كان عبد الله بن عمرو بن العاص كثير العبادة، فاعتزل بسبب ذلك زوجته، وقد أورد البخاري قصته في روايات عدة، وقد جاء في الروايات كلها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له: «إن لزوجك عليك حقا»[3].

ولا شك أن من ضمن الحقوق إن لم يكن أهمها الوطء، بل أشارت بعض الروايات إلى أن ذلك كان سبب شكواها حيث جاء فيها قولها: لم يطأ لنا فراشاً ولم يفتش لنا كنفاً[4].

فلو كان حقها مرة واحدة لما أقر رسول الله صلى الله عليه وسلم شكواها ولما أمر عبد الله بما أمره به.

جـ- عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: دخلت أمرأة عثمان بن مظعون على نساء النبي صلى الله عليه وسل فرأينها سيئة الهيئة؛ فقلن لها: مالك؟ ما في

(١) الإيلاء: هو عند الجمهور: الحلف على عدم جماع الزوجة، مدة أربعة أشهر عند أبي حنيفة، واشترط الثلاثة أن تكون المدة أكثر منها، واشترط مالك الاضرار، ولم يشترط ذلك الثلاثة، وفي المسألة تفاصيل وخلافات انظرها في فقه الإمام سعيد بن المسيب ٣/ ٣٦٩ فما بعدها.

(٢) رد المحتار ٣/ ٤٢٤.

(٣) انظر الحديث بكامله، في البخاري مع عدة القارئ ٢/ ١٨٨.

(٤) المصدر السابق ٢٠/ ٥٧، ٥٨.

قريش رجل أغنى من بعلك، قالت: ما لنا منه من شئ أما نهاره فصائم، وأما ليله فقائم، فذكرن ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا عثمان أما لك فيّ أسوة؟ قال ما ذاك يا رسول الله فداك أبي وأمي؟ فقال: أما أنت فتقوم بالليل وتصوم بالنهار، وإن لأهلك عليك حقاً وإنّ لجسدك عليك حقاً! فصل ونم، وصم وأفطر. قال: فأتتهم المرأة بعد ذلك عطرة كأنها عروس فقلن لها: مه؟ قالت: أصابنا ما أصاب الناس[1].

ووجه الدلالة:

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما علم أن المرأة قد ضجرت من بعد زوجها عنها، أخبر الزوج بأنه ينبغي أن لا تشغله العبادة عن أداء حقوق أهله، ومن أهمها الوطء. بل إن ذلك قد صرح به في محاورة جرت بين سلمان الفارسي وأبي الدرداء رضي الله عنهما، وقد شغلت أبا الدرداء العبادة عن أهله، وقد رواها ابن حزم من طريق البزار وفيها: أن سلمان قال لأبي الدرداء: إن لجسدك عليك حقا، أعط كل ذي حق حقه: صم وأفطر، وقم ونم، وأت أهلك.

فأخبر أبو الدرداء بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له عليه الصلاة والسلام مثل قول سلمان[2] فهذا فيه أمر صريح بأن يأتي أهله.

فهذه أدلة واضحة تبين أن حق المرأة في الوطء ليس مرة واحدة.

وقد قال الحافظ في الفتح: اختلف فيمن كف عن جماع زوجته، فقال مالك: إن كان بغير ضرورة ألزم به أو يفرق بينهما، ونحوه عن أحمد.. ،وعن بعض السلف في كل أربع ليال، وعن بعضهم في كل طهر مرة[3] وهذا الأخير مذهب ابن حزم.

فالذي يبدو لي: أن حق المرأة في الاستمتاع دائم ومستمر مادامت الحياة الزوجية قائمة، ومادامت هي بحاجة إلى ذلك[4].

(١) مجمع الزوائد ٤/ ٣٠٢، الحديث رواه أبو يعلي والطبراني بأسانيد، وبعض أسانيد الطبراني رجاله ثقاب.

(٢) المحلي ١٠/ ٤٠.

(٣) فتح الباري ٩/ ٢٦٢، وعمدة القارئ ٢٠/ ١٨٨.

(٤) شرح قانون الأحوال الشخصية للدكتور مصطفي السباعي ٢٩١.

٢- واستدلوا بالقياس على العيب الحادث فى المبيع.

رابعا: الجب الحادث:

جمهور الفقهاء على التفريق بالجب إذ كان قديما، واختلفوا فى الحادث بعد العقد على مذهبين:

المذهب الأول: حديث الجب بعد الدخول إذا كان قد أتى أهله ولو مرة لا يعد عيبا يبرر التفريق.

وبهذا قال فريق من الفقهاء، منهم الحنفية، والمالكية على التفصيل الذى ذكرنا فى العنة، والإمامية فى أحد القولين(١).

المذهب الثانى: يعد الجب عيباً من العيوب التى يرد بها الرجل مطلقا سواء أكان قبل العقد أم بعده، قبل الدخول أم بعده.

وإليه ذهب فريق من الفقهاء منهم الشافعية. وقول للمالكية والإمامية، وهو مذهب الزيدية(٢).

وقد استدل أصحاب هذا المذهب بما يلى:

أ- أن التفريق بهذه العيوب لرفع الضرر ولفوات المقصود من النكاح، ولا فرق فى ذلك بين الحادث والقديم من حيث نزول الضرر الذى لا يرجى زواله ولا يقبل العلاج كالجب، بخلاف العنة فهى مرجوة الزوال، وقد تكون قابلة للعلاج(٣).

ب- لما كان الإعسار الطارئ بعد الميسرة يبرر التفريق عند الجمهور إذا طلبته الزوجة عند تضررها فالقياس عليه أولى بجامع الضرر، إذ إن حفظ كل من النفس والعرض من الضروريات التى جاءت الشريعة الإسلامية لحفظها، فبقاء المرأة فى عصمة زوج مصاب بعيب لا يستطيع معه إتيان زوجته فيه ضرر(٤).

(١) البحر الرائق ٣/ ٢٣، والشرح الصغير للدردير ٢/ ٤٧١، المختصر النافع ٢١٢، فقه الإمام الصادق ٥/ ٢٦٠، وانظر أيضا: الحكام الشرعية للأحوال الشخصية زكي الدين شعبان ٥٠٩.

(٢) الروضة ٧/ ١٧٩، البحر الزخار ٣/ ٦٣، اللمعة الدمشقية ٥/ ٣٩١.

(٣) تحفة المحتاج ٧/ ٣٤٨.

(٤) مدي حرية التفريق بين الزوجين قضاء ٣٢٥.

لذلك فالذى يبدو لى رجحانه هو المذهب الثانى القائل بالتفريق بالجب الحادث الذى لا يقبل العلاج، وذلك لما ذكر هنا، ولما سبق ذكره عند الكلام عن العنة الحادثة.

هذه أهم صور العيب الذى اشتد الخلاف حول اعتبار الحادث منها أو عدم اعتباره.

الشرط الثانى: استحكام العيب واستمراره:

المراد بذلك: ظهور العيب بصورة ثابتة ومستمرة، ولا يكتفى بمجرد بدايته.

قال فى النهاية: الجذام وإن قل عيب، وهو علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم ينقطع ويتناثر، ويتصور فى كل عضو غير أنه فى الوجه أغلب، والبرص بياض شديد يبقع الجلد ويذهب دمويته، ومحل ذلك بعد استحكامها أما أوائلها فلا خيار به، كما صرح بذلك الجوينى، قال: والاستحكام بالجذام يكون بالتقطع، وتردد الإمام فيه، وجوّز الاكتفاء باسوداده، وحكم أهل المعرفة باستحكام العلة(١).

وقد اختلف الفقهاء فى الجنون على مذهبين:

المذهب الأول: لا يشترط فيه الاستحكام، وإنما يرد النكاح بالمتقطع منه أيضا. وإليه ذهب جمهور الفقهاء(٢).

وعللوا ذلك: بأن الجنون تنتفى به السكينة وهو محتمل السريان فى النسل، كما أنه محتمل الزيادة فى المصاب نفسه.

وبين الزركشى الفرق بين اشتراط الاستحكام فى الجذام وعدم اشتراطه فى الجنون بقوله: "ولعل الفرق أن الجنون يفضى إلى الجناية على الزوج"(٣).

المذهب الثانى: فصل هذا المذهب فقال: إن كان يحصل من المجنون ضرر كضرب وإفساد شئ ردّ به، سواء أكان الجنون مستمراً أم متقطعاً، وإن كان لا يحصل منه

(١) نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٩، وانظر: [مغني المحتاج ٣/ ٢٠٢، والمغني ٧/ ٥٨١.

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٢٠٢.

(٣) مغني المحتاج ٣/ ٢٠٢.

ضرر: كالذى طرأ ويفيق من غير إضرار، فهذا إن استغرق كل الأوقات أو غالبها ردّ به وإن جاء متقطّعا وقليلا كأن يكون فى كل شهر مرة أو نحو ذلك فهذا لا رد به. وهو مذهب المالكية[1].

والذى يبدو لى: أن اشتراط الاستحكام فى الجذام والبرص ونحوهما لابد منه، حتى لا تتعرض الحياة الزوجية للفراق بأدنى عاصفة؛ ولأن غير المستحكم من الأمراض من اليسير علاجه.

أما بالنسبة للجنون فالأولى عدّ المستحكم والمتقطع فى التفريق سواء؛ لأنه قد يأمن الإنسان من المتقطع فيأتيه بغته فتقع منه الأذية ما لم تقع من المستحكم، وقد يحذر الإنسان من الجنون المستحكم ويأمن جانب المتقطع فتقع منه أضرار أشد.

الشرط الثالث: خلو الطرف الطالب للفسخ من عيب يرد به:

الغاية فى التفريق هو رفع الضرر الذى يصيب أحد الزوجين؛ وهذا واضح فيما إذا كان العيب فى أحد الزوجين.

أما إذا كان كل الزوجين مصاباً بعيب أو قرناء فلا حق فى طلب التفريق؛ لأن المانع قد تحقق من جهتها فلا يكون الزوج قد ظلمها.

يقول السرخسى: "ولو كانت المرأة رتقاء والزوج عنيناً لم يكن لها أن تخاصمه؛ لأنه لا حق لها فى المطالبة بالجماع مع قيام المانع فيها"[2].

ومعلوم أن الحنفية يخصون العيوب لرد النكاح بالزوج، أما الزوجة فلا ترد عندهم بعيب.

وقد فصل باقى الفقهاء التفصيل الآتى فقالوا: ما أصيب به الزوجان من عيوب لا تخلو إما أن تكون من جنس واحد. وإما أن يكون عيب كل واحد منهما يختلف عن العيب الذى أصيب به الآخر.

(١) شرح الدردير مع حاشية الدسوقي ٢/ ٢٧٩.
(٢) المبسوط ٥/ ١٠٤.

فإذا كان العيبان مختلفين كالأبرص يجد زوجته جذماء فإنه يحق لكل منهما طلب التفريق لوجود سببه، إلا أن يجد المجبوب زوجته رتقاء فللفقهاء مذهبان:

المذهب الأول: لا يثبت لهما الخيار؛ لأن عيبه ليس من المانع لصاحبه من الاستمتاع وإنما امتنع لعيب نفسه. وإليه ذهب الحنابلة، وهو وجه الشافعية[1].

أما إذا كان العيبان من جنس واحد، يجد به مثل عيبه من الجذام أو البرص قدراً ونُحشاً فللفقهاء فيه ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: لا خيار؛ لأن كلا منهما مصاب بمثل ما يشكوه من قرينه فهو مساو له. وهو أحد وجهين للشافعية والحنابلة[2].

المذهب الثاني: لكل منهما الخيار ولا نظر لعيب نفسه؛ لأن المرء يعاف من عيب غيره ما يعاف من نفسه، وبذلك قالت الزيدية، وأكثر المالكية وهو وجه لكل من الشافعية والحنابلة، وقد ذكر الشافعية أن هذا هو الراجح عندهم[3].

قال الشافعية: ومحل ذلك فى غير المجنونين المطبق جنونهما، لتعذر الفسخ حينئذ منهما أو أحدهما[4].

المذهب الثالث: للزوج طلب التفريق دون الزوجة، وبه قال اللخمى من المالكية.

وما ذكرناه عن المالكية فى المذهب الثانى هو الأظهر عندهم[5].

والذى يبدو لى: أن الراجح ثبوت الخيار لكل منهما، وذلك لوجود سببه، وقد قاسه فى "الشرح الكبير" على ما لو غرّ عبد بأمة فإن له الخيار مع أن فيه من العيب مثل ما فيها؛ ولأن الإنسان يعاف من عيب غيره ما لا يعاف من عيب نفسه، وهذا واقع مشاهد.

(١) نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٥، المحرر في الفقه ٢/ ٢٥.
(٢) المصدر السابق نفس الصفحة، والمحرر في الفقه ٢/ ٢٥.
(٣) البحر الزخار ٣/ ٦٢، وحاشية الدسوقي ٢/ ٢٧٧، الروضة ٧/ ١٧٨، نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٥، المغني ٧/ ٥٨٣.
(٤) نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٥، المغني ٧/ ٥٨٣.
(٥) حاشية الدسوقي ٢/ ٢٧٧.

قال الدسوقي: ولأن المدرك الضرر، واجتماع المرض على المرض قد يؤثر زيادة(١).

الشرط الرابع: الجهل بالعيب، وعدم الرضا به.

اشترط الفقهاء الجهل بوجود العيب، وأن يصدر ما يدل على عدم الرضا بعد العلم به.

والمراد بذلك: أن من أقدم على الزواج من كلا الطرفين -الزوج والزوجة- عالماً بما في صاحبه من عيوب ثم طلب التفريق بسبب ذلك رفض طلبه؛ لأن العلم بالعيب مانع من التفريق.

وقد نقل ابن قدامة الإجماع على ذلك(٢).

والدليل المشهور للفقهاء في هذا الباب: هو القياس على عقد البيع، فإذا علم المشترى عيباً في المبيع وأقدم على الشراء فهذا دليل الرضا، والرضا بالعيب يمنع الرد، فكذا إذا علم أحد الزوجين أن بالآخر عيباً وأقدم على الزواج فهذا دليل الرضا(٣).

لكن وقع خلاف بين الفقهاء في العلم بالعنة قبل العقد أيبطل الخيار أم لا؟ ويمكن حصر هذا الخلاف في مذهبين:

المذهب الأول: أن العلم بالعنة قبل العقد والإقدام على الزواج مع ذلك مبطل لحق طلب التفريق وضرب الأجل. وإليه ذهب جمهور الفقهاء. ومنهم الحنفية، والحنابلة، والإمامية(٤).

واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة التالية:

(١) المصدر السابق، ونهاية المحتاج الصفحات السابقة، والشرح الكبير ٧/ ٥٧٩.
(٢) المغني ٧/ ٥٨٤.
(٣) الفتاوي الهندية ١/ ٥٢٤، بدائع الصنائع ٢/ ٥٣٢٥، الروضة الندي ٣٦٤، نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٨، شرح الدردير ٢/ ٢٧٧، والخلاف للطوسي ٢/ ٣٩٨.
(٤) المصادر السابقة.

الدليل الأول: الإقدام على العقد مع العلم بالعيب يعني الرضا، وإذا حصل الرضا فلا يستحق الرد؛ لأنه يعد تلاعباً بالعقد لا تقره الشريعة الإسلامية.

قال الكاساني: يشترط أن لا تكون عالمة بالعيب وقت النكاح؛ حتى لو تزوجت وهي تعلم أنه عنين فلا خيار لها؛ لأنها إذا كانت عالمة بالعيب فكانت راضية به بالعيب يمنع الرد كما في البيع وغيره(١).

ويرد على هذا الدليل: أن المشابهة بين البيع والزواج في بعض المسائل لا يعني اطراد الحكم في الكل؛ لأنه من المتفق عليه أن كثيراً من العيوب يرد بها المبيع ولا يرد بها في النكاح، والعكس الصحيح.

الدليل الثاني: أن الخيار شرع لرفع ضرر خفي سببه، فإذا اتضح ذلك أزيل الخفاء، والإقدام على الزواج مع العلم بالعيب يدل على الرضا، والرضا يسقط الحق في طلب التفريق.

ويرد على هذا: أن القول بأنه إذا اتضح الأمر أزيل الخفاء غير مسلم؛ لأن العلم بعنته مع امرأة مما لا يعني أنه عنين مع كل النساء؛ ثم إن العنة ليست من العيوب المينوس من علاجها، وإذا كان الأمر كذلك فإن المرأة ربما قد رضيت بالعقد على أمل شفائه؛ فلا ينبغي أن تحرم من الخيار إن فقدت الأمل.

المذهب الثاني: العلم بالعنة قبل العقد لا يسقط حقها في المطالبة بالتأجيل وإليه ذهب الشافعية، وبه قال المالكية، لكنهم قيدوه بما إذا كانت ترجو برءه ولم يحصل، والزيدية في أحد الوجهين(٢).

واستدلوا بما يأتي:

الدليل الأول: أن العلم بالعنة لا يسقط الخيار إذ هو إسقاط حق قبل ثبوته فلم يصح كالعفو عن الشفعة قبل البيع(٣).

(١) بدائع الصنائع ٢/ ٣٢٠.
(٢) الأم ٥/ ٥٤٠، حاشيتي قليوبي وعميرة علي شرح المنهاج ٣/ ٢٦١، شرح الدردير مع حاشية الدسوقي ٢/ ٢٧٧، الفقه علي المذاهب الأربعة ٤/ ١٩٧، البحر الزخار ٣/ ٦٥.
(٣) المذهب ٢/ ٤٩.

الدليل الثاني: من المعلوم أن العنة ليست من العيوب الميئوس من علاجها، فقد تكون مع امرأة دون أخرى، كما أنها تأتى فترة من الزمن ثم تزول، فهى ليست وصفا مقطوعا بدوامه.

والذى يبدو لى رجحانه هو: المذهب الثانى، لكن مع القيد الذى ذكره المالكية، وذلك لأن حالته إذا كان ميئوسا من شفائها بشهادة أهل الاختصاص، ورضيت بالعقد مع علمها، فإن إعطاءها حق الرد مع كل ذلك يعد تلاعبا بعقد من أهم العقود حيث سمّاه الشارع ﴿ميثاقا غليظا﴾ (٢١ النساء). أما إذا لم تكن حالته ميئوساً منها فإنه ينبغى أن تكون لها حق الفسخ وإن كانت عالمة بعنته؛ وذلك لأن المريض فى مثل هذه الحالة قد ينعشه التزوج ويبرئه ذلك من مرضه، إذن فهى قد رضيت بالعقد رجاء شفائه، فتكون كأنها قد شرطت ذلك، فإذا لم يحصل كان لها الحق فى طلب الفسخ.

الشرط الخامس: البلوغ

اشترط الفقهاء الحنفية، البلوغ فى الزوجة التى تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا كانت صغيرة فليس لها ولا لوليها حق طلب التفريق؛ لأن تقدير الضرر مسألة شخصية تخضع للزوجة، فما يعد ضرراً لزوجة ما ربما لا يعد ضرراً لغيرها، ولما كانت الصغيرة ذات إدراك قاصر وتقويمها للأمر قد يضر بها ولاحتمال رضاها بالعيب وجب انتظار بلوغها.

قال ابن عابدين: فلو كانت صغيرة انتظر بلوغها فى المجبوب والعنين؛ لاحتمال أن ترضى بهما[1]، كما اشركوا ذلك فى الزوج إذا كان صغيرا وظهر أنه مصاب بعيب العنة أو الخصاء فإنه يجب الانتظار ولا يضرب له أجل إلا بعد البلوغ.

والعلة فى انتظار بلوغ الصغير كما ذكرها الحنفية ما يأتى:

أولا: إذا ضرب القاضى للصغير أجلاً وانتهت المدة ولم يصل إلى الزوجة خلالها، فإنه يثبت الحق لها حينئذ فى طلب التفريق، ولأن التفريق عندهم طلاق والصغير لا يملك الطلاق.

(١) رد المحتار ٣/ ٤٩٥.

ثانيا: أن الصغير له زمان يحصل فيه الوطء، وهذا الزمان يكون غاليا بعد البلوغ؛ لذلك وجب انتظاره[1].

هذا ما نص عليه الحنفية وقواعد المذاهب الأخرى لا تأباه.

والذى يبدو لى: أن اشتراط هذا الشرط اشتراط وجيه. وذلك لأن أهلية الصغير ناقصة وعلامة الرجولة لا يتكامل ظهورها قبل بلوغه؛ فإذا بلغ الصبى مبلغ الرجال ولم يصل إلى زوجته فهنا يبحث عن العلاج وضرب الأجل.

وعليه فإذا زُوج الصبى ولم يصل إلى زوجته فإنه ينبغى أن ينتظر حتى البلوغ، فإن لم يصل بعد البلوغ ضرب له أجل، إذا كان الصغير مجبوباً فإنه لا داعى للإنتظار، وإنما للقاضى أن يفرق بينهما فى الحال؛ لأن اليأس من حالته ظاهر.

(١) الجامع الكبير للشيباني ٩٢.

المطلب الثانى
إجراءات رفع الدعوى، وكيفية إثبات العنة

يتضمن هذا الفرع الحديث من الأمور الآتية:

رفع الدعوى، والتأجيل، وكيفية إثبات العنة ثم الخلاف فى اشتراط الفورية فى طلب التفريق، وذلك فى أربعة فروع:

الفرع الأول
رفع الدعوى

لا أعلم خلافا بين جمهور الفقهاء القائلين برد النكاح بالعيب فى: أن التفريق إذا كان بسبب العنة لابدّ فى هذه الحالة من رفع الأمر إلى القاضى وهو الذى يحكم به.

ولكنهم اختلفوا فيما كان التفريق بسبب آخر غير العنة على مذهبين:

المذهب الأول: لابد للتفريق من حكم القاضى.

وهذا مذهب الأكثرين، ومنهم الحنفية والمالكية، والحنابلة وهو الأصح عن الشافعية(١).

وقد استدل أصحاب هذا المذهب بما يأتى:

١- أن الفسخ بكل العيوب أمر مجتهد فيه والمجتهد فيه يجب فيه الرفع إلى القاضى كالفسخ بالعنة.

٢- القياس على الفسخ للإعسار من النفقة، إذ يشترط فيه تقديم طلب إلى القاضى فكذلك هنا.

المذهب الثانى: لا حاجة للترافع إلى القاضى، ولكل منهما الانفراد بالفسخ. وبذلك قال الإمامية، ووجه للشافعية(٢).

(١) رد المحتار ٣/ ٤٩٥، شرح الدردير مع حاشية الدسوقي ٢/ ٢٧٧و٢٨٣، والمغني ٧/ ٥٨٥، نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٨.
(٢) نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٨، الروضة علي اللمعة ٥/ ٣٩٢.

واستدلوا بما يأتى: القياس على عقد البيع؛ إذ للمشترى حق الانفراد بالرد بالعيب فى المبيع وكذلك فى عقد الزواج(١).

والذى يبدو لى: أن المذهب الأول هو الراجح؛ وذلك لأن الاختلاف حاصل فيما بعد عيباً فى النكاح وفى الآثار المترتبة على ذلك، وفى بعض الأمور المتعلقة بها، إذن فهذه من الأمور الأجتهادية، وإذا حصلت خصومة فى أمور اجتهادية فلا يفصل فيها إلا القضاء فإن قيل: أليس من الأفضل عدم الكشف عما ستره الله تعالى ويتفقا على إنهاء العلاقة بينهما من دون اللجوء إلى القضاء؟

قلت: هذا ممكن عن طريق تطليق الزوجة، والاتفاق على توفية الحقوق، أو الصلح عليها، أو التسامح فيها.

الفرع الثانى
التأجيل

إذا ثبتت إصابة الزوج بعيب العنة، فإنه لا خلاف بين القائلين بالرد بالعيب من أنه لا يفسخ النكاح فى الحال وإنما يؤجل، وأغلب الآثار التى وردت حددت التأجيل بسنة(٢).

وقد ذكر الفقهاء: أن السبب فى تأجيل العنين سنة هو أن العنة قد تكون لعارض "فإذا كان العارض حرارة زال شتاء، أو برودة زال صيفا، أو يبوسة زار ربيعا، أو رطوبة زال خريفاً، فإن مضت السنة علم أنه عجزه خلقى"(٣).

فهذه السنة -من وجهة نظرهم- تعتبر كافية للبرء إذا كان الداء عارضاً، فإن لم يبرأ العنين خلالها فمعنى ذلك أن العنة خلقية ميئوس من شفائها، وهذا يعنى أن التحديد بسنة ليس أمراً توقيفا لا يجوز الزيادة عليه أو النقصان منه، ويعضد ذلك أن الحارث بن ربيعة "قد أجل عشرة أشهر كما نقل ذلك ابن قدامة وابن قيم الجوزية"(٤).

(١) نهاية المحتاج ٦. ٣٠٨.
(٢) نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٨، بدائع الصنائع ٢/ ٣٢٣، الإنصاف ٨/ ١٧٨، شرح التحفة ١/ ١٧١.
(٣) مغني المحتاج ٣/ ٢٠٢، بدائع الصنائع ٢/ ٣٢٣.
(٤) المغني ٧/ ٦٠٤، زاد المعاد ٥/ ١٨١.

ويبدو لى: أن هذا القول الراجح؛ لأن ضرب المدة مادام منوطاً بالقضاء فإن المعقول هو أن يكون بدؤها يوم الحكم، وذلك لما ذكره الباجى من أن زمن الإثبات قد يطول. وذلك ممكن فيما إذا ثبت العجز عن طريق إقراره أمام القضاء فى ذات يوم الرفع، أو ثبت بالشهادة على إقراره يوم الرفع، ومثل هذا ممكن فيما مضى لما هو معروف عن القضاء الإسلامى من سرعة الحسم فى القضايا؛ حينئذ يكون المراد مما ذكر فى الأثر: أن المدة لا تحتسب من حين الزواج، وإنما من حين الحكم.

الفرع الثالث
كيفية إثبات العنة

لم يتوسع الفقهاء فى الكلام عن إثبات عيوب النكاح، فيما عدا الكلام عن إثبات العنة، ويبدو أنهم اعتمدوا فى إثبات ذلك على طريق الإثبات فى الفقه الإسلامى، ومدارها كما هو معلوم فى الإقرار، أو على قاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".

وقد تقدم الكلام عن ذلك فى الباب الأول من هذا البحث، فلا حاجة للإعادة هنا، على أنى أشرت قريباً إلى أنه ينبغى الاعتماد فى إثبات عيوب النكاح على ما يقرره الأطباء، لأنهم أهل الخبرة فى هذا المجال، ومع ذلك فإنى سأذكر كيفية إثبات العنة على نحو ما ذكره الفقهاء فى هذا المجال فأقول:

ذكر الفقهاء: أن العنة من العيوب التى لا يستطيع الإنسان الاطلاع عليها لذلك فإن إثباتها إنما يكون بواحد من الأمور الثلاثة الآتية:

١- الإقرار: وذلك كأن يقر المدّعى عليه أمام القاضى بصحة ما ادعته الزوجة عليه.

٢- البينة: وهى تكون على إقراره لا على العنة، إذ لا اطلاع للشهود عليها، لكن قد يتحدث الإنسان أمام المقربين لهذا الرجل فيطلبهم للشهادة.

٣- اليمين: ويكون اليمين طريقاً من طرق الإثبات فى الحالة التى يوجه القاضى

اليمين إلى المدعى عليه، فإذا نكل عن اليمين يردّها القاضى على الزوجة، فإذا حلفت قضى لها، هذا مذهب الشافعية، بينما ذهب الحنفية، وأحمد فى إحدى الرواتين عنه إلى القول بعدم رد اليمين وإنما قالوا: يقضى بمجرد النكول(١).

فإذا ثبتت العنة بإحدى الطرق المتقدمة ضرب القاضى لهما أجلاً كما تقدم بيانه، فإذا ادعى الزوج فى المدة أو بعدها أنه وطئ وأنكرت الزوجة ذلك، فلا يخلو حينئذ إما أن تكون الزوجة بكراً أو ثيباً.

فإن كانت بكراً، فالإجراء الذى يتخذه القاضى هو إثبات البكارة، وقد اختلف الفقهاء فى كيفية إثباتها أو فى الحكم بثبوتها، ولهم فى ذلك مذهبان:

المذهب الأول: إذا ادعت الزوجة عدم الوصول وأنكر الزوج ذلك، أريت النساء. وإليه ذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة، وسحنون من المالكية(٢).

لكن حصل خلاف بينهم فى العدد اللازم لهذه الشهادة على ثلاثة آراء:

الرأى الأول: مذهب الحنفية، وأحمد فى إحدى الرواتين، إلى أن المرأة الواحدة كافية فى الشهادة على البكارة والثيوبة، لكن قال الحنفية شهادة أثنين أحوط.

واستدلوا بما يأتى:

١- أن المرأة الواحدة تكفى لإثبات ما لا يطلع عليه إلا النساء فى شهادة القابل والمرضعة.

٢- الأصل: أن ما قبل قول النساء فيه بانفرادهن لا يشترط فيه العدد كرواية الإخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم(٣).

الرأى الثانى: لا يكفى فى إثبات ذلك أقل من شهادة امرأتين. وهذا إحدى روايتين عن أحمد(٤) واحتجوا على ذلك: بأن ما تقبل فيه شهادة الرجال، لا يقبل فيه إلا اثنان؛

(١) نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٨، فتح القدير ٣/ ٢٦٦، كشاف القناع ٥/ ١٠٧.
(٢) بدائع الصنائه ٢/ ٣٢٣، نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٨، الإنصاف ٨/ ١٩١، حاشية الدسوقي ٢/ ٢٨٥.
(٣) بدائع الصنائه ٢/ ٣٢٣.
(٤) الشرح الكبير ٧/ ٥٧٤.

وهو مذهب الحنفية ما لم يخيرها القاضى، فإن خيرها صار على الفور، وهو ظاهر مذهب الحنابلة، وبه قال الماوردى والروياني من الشافعية، وقول الزيدية[1].

المذهب الثالث: له الخيار فى ذلك إلى ثلاثة أيام، وهو وجه للشافعية ضعفه النووى[2].

والدليل الذى يستند إليه القائلون بالفور هو: القياس على البيع بجامع أنه خيار عيب[3].

أما القائلون بالتراخى فقد استدلوا بأنه: خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخى كخيار القصاص[4].

ومن الواضح أقول: أن أصحاب المذاهب السابقة متفقون على تأجيل العنين، لما ورد أن جمهور الفقهاء قال بالتأجيل، والقول بتأجيل كل ذى عيب يرجى شفاؤه هو الآخر مذهب كثير من الفقهاء، ثم إن القائلين بالفورية قالوا" إذا كانت هناك ظروف قاهرة، من مرض، أو حبس، أو خوف على مال أو نفس أو عرض فالفورية لاغية. ثم إن الرد بالعيب إنما قيل به لدفع الضرر عن الطرف الذى له حق الفسخ، وعليه فإذا رضى تحمل الضرر مدة أخرى، رجاء شفاء الطرف الثانى فإنه ينبغى عدم حرمانه من حق طلب الفسخ بعد ذلك مادام لم يبد منه ما يدل على الرضا.

(١) فتح القدير ٣/ ٢٦٤، المغني ٧/ ٥٨٤، شرح المحلي علي المنهاج ٣/ ٢٦٣، البحر الزخار ٣/ ٦٣.
(٢) الروضة ٧/ ١٨٠، شرح المحلي ٣/ ٢٦٣.
(٣) نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٦، ومغني المحتاج ٣/ ٢٠٤.
(٤) المغني ٧/ ٥٨٥.

الفصل الثانى
الاثر المترتب على ثبوت العيب فى النكاح وطبيعته

إذا ثبت العيب مستوفيا شروطه أفيترتب على ذلك أثر أم لا؟

وإذا قلنا بترتب أثر ثبوت العيب فما هو طبيعته؟ كلا الأمرين موضع خلاف بين الفقهاء، وسأذكر كل واحد منهما فى مبحث مستقل، فإن هذا الفصل سيتضمن مبحثين:

المبحث الأول
الاثر المترتب على ثبوت العيب فى النكاح

إذا ثبت وجود عيب مستوفى لشروطه فى أحد الزوجين فهل يحق للزوج الآخر طلب التفريق؟ هنا حصل خلاف على ثلاثة مذاهب:

المذهب الاول: ليس لأحد الزوجين المطالبة بالتفريق بسبب وجود عيب فى الزوج الآخر. وإلى ذلك ذهب ابن حزم، وبعض الزيدية[1].

يقول ابن حزم: لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام قديم أو حادث ولا ببرص كذلك، ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها شيئاً من هذه العيوب ولا بأن تجد هى كذلك ولا بعنانه، ولا بداء فرج ولا بشئ من العيوب[2].

ونقل عن على، والنخعى، وعطاء، وعمر بن عبد العزيز، وأبى قلابه، ما يدل على أن هذا مذهبهم أيضا وقال: وهو قول أبى الزناد وأبى حنيفة، وأبى يوسف وابن أبى ليلى وسفيان الثورى، وأبى سليمان، وأصحابنا[3].

ويبدو لى: أن فى اطلاق النقل بين الفقهاء المذكورين نظراً؛ لأن بعضهم قال بالتفريق ببعض العيوب، ويتبين ذلك مما يأتى:

(١) المحلي ١٠/ ١٠٩، الروض النضير ٤/ ٢٩٥، نيل الأوطار ٥/ ١٥٧.
(٢) المحلي ١٠/ ١٠٩.
(٣) المحلي ١٠/ ١١٣.

فقد روى عبد الرازق عن على كرم الله وجهه قال: يرد من القرن والجذام والجنون والبرص، فإن دخل بها فعليه المهر، إن شاء طلقها، وإن شاء لم يطلقها، وإن شاء أمسكها، وإن لم يدخل بها فرق بينهما(١).

وعنه أيضا: يؤجل العنين سنة فإن أصابها وإلا فهى أحق بنفسها(٢).

وعن بن جريج عن عطاء قال: بلغنا: أنه لا يجوز فى نكاح ولا بيع مجذومة، ولا مجنونة، ولا برصاء، ولا عفلاء، قال: قلت: فواقعها وبها بعض الأربع وقد علم الولى ثم كتمه؟ قال: ما أراه إلا قد غرم صداقها بما أصاب منه يسيرا. قال: قلت: فأنكحها غير ولى؟ قال: يرد إلى صداق مثلها(٣).

وعن إبراهيم النخعى: يؤجل العنين سنة، فإن دخل بها وإلا فرق بينهما، ولها الصداق كاملا(٤).

وعن الثورى فى العنين قال: إن كانت امرأة ثيباً فالقول قوله ويستحلف، وإن كانت بكراً نظر إليها النساء(٥).

فهذا على، وعطاء، والنخعى، والثورى، يقولون بالتفريق ببعض العيوب وسيأتى بعد هذا، مذهب أبى حنيفة وأصحابه أيضاً فإنهم يقولون بالتفريق ببعض العيوب.

استدل ابن حزم لمذهبه بعدة أدلة أهمها ما يأتى:

١- قوله تعالى: ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾(٢٨٦) [البقرة].

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى لا يكلف الإنسان أكثر من طاقته، كما لا يكلفه بما لا يقدر عليه، والعيب الموجود فيه خارج عن إرادته، وإلا فكل إنسان يريد لنفسه الكمال، وإن كان خارجاً عن إرادته فليس بمستطاع أن يتجنبه فلا يحاسب عليه بمقتضى هذه الآية، فوجب أن لا يكون العيب سبباً للتفريق.

(١) المصنف ٦/ ٢٤٣.
(٢) المصدر السابق ٦/ ٢٥٤.
(٣) المصنف ٦/ ٢٤٣.
(٤) المصدر السابق ٦/ ٢٥٤.
(٥) المصدر السابق ٦/ ٢٥٥.

ويرد على هذا: أن الاستدلال بهذه الآية عليه وليس له؛ لأن الله تعالى لا يكلف الزوج المتضرر من الزوج الآخر بوجود عيب فيه لا تطاق الحياة الزوجية معه، أو ينفر من إستمرارها ويجعلها عبئًا ثقيلاً عليه من الاستمرار فى تلك الحياة.

٢- واستدل أيضا بما رواه الزهرى عن عروة بن الزبير، أن عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم أخبرته: أن رفاعة القرظى طلق امرأته فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير فجاءت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إنها كانت تحت رفاعة فطلقها أخر ثلاث تطليقات، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، وأنه والله ما معه إلا مثل هذه الهدبة -وأخذت بهدبه من جلبابها- فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكاً وقال: لعلك تريدين أن ترجعى إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك(١).

وجه الاستدلال بهذا الحديث: أن هذه المرأة شكت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجها لم يطأها فتطلب مفارقته، ولكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يؤجل لهما كما أنه لم يفرق بينهما، وفى هذا دليل واضح على أنه لا يجوز التفريق للعيب كما يظهر ذلك من كلام ابن حزم، بل نراه ينكر أشد الإنكار على من يؤجل للعنه أو يفرق بها إذ يقول:..." فهذا هو الباطل الذى لم يصح قط فى قرآن ولا فى سنة، ولا فى رواية فاسدة، ولا وجه قياس ولا معقول"(٢).

ويرد على هذا الحديث: أن الحديث الذى استدل به ابن حزم خارج عن محل النزاع؛ ولأن تلك المقالة من المرأة لم تكن بدعوى العنة، بل كانت كناية عن معنى آخر وهو دقة القضيب(٣). بدليل أنه روى إنكار زوجها لما قالته: "والله يا رسول الله إنى لأنفضها نفض الأديم"(٤).

(١) البخاري بهامش الفتح ٩/ ٤٠٨.
(٢) المحلي ١٠/ ٦٣، وانظر الروضة الندية حيث جاء فيها وكذلك الفسخ بالعنة لم يرد به دليل صحيح، والأصل البقاء علي النكاح حتي يأتي ما يوجب الانتقال عنه ٢/ ٣٣.
(٣) بدائع الصنائع ٢/ ٣٢٣.
(٤) الروض النضير ٤/ ٢٩٩.

كما بين الصنعانى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فهم منها أنه تريد الرجوع إلى زوجها الأول إن طلقها عبد الرحمن فقال لها: لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك"[1]. وعلى هذا التفسير فالحديث لا دليل لهم فيه.

٣- واستدل أيضا بما روى عن على رضى الله عنه قال: "أيما رجل تزوج امرأة مجنونة أو جذماء، أو برصاء، أو بها قرن فهى امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك"[2].

والاستدلال به من حيث أنه لم يعط الخيار فى الفسخ بالعيب، وإنما أعطى الخيار للرجل بين الإمساك والطلاق.

مناقشة الدليل: إن الأثر المنقول عن على كرم الله وجهه تعدّدت فيه ففى رواية أنه يثبت الخيار قبل الدخول فقط[3]، أما بعد الدخول فهى امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك؛ وهذا يعنى أنه، أبطل الخيار بالدخول فقط؛ ثم إن هذه الرواية تتفق مع تضافر نقله عن على من موافقته لمشاهير الصحابة من القول بالتفريق للعيب كعمر، وعثمان، وابن مسعود، وابن عمر، وابن عباس، ومعاوية، والمغيرة بن شعبة، رضى الله عنهم، ولم يعرف لهم معارض فى هذا[4]، وهذا يعنى إجماع سكوتى. قال الكاسانى: "كان قضاؤهم هذا بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم، ولم ينقل أنه أنكر عليهم أحد منهم فيكون إجماعاً"[5].

٤- استدل ابن حزم أيضا، بأن الزواج لا يفسخ بعد أن وقع صحيحاً إلا بموت أو طلاق، وهذا ثابت بدليل الكتاب والسنة، وكل سبب آخر غير نص القرآن ولا فى السنة وجب أن لا يكون هذا التفريق سبباً لإنهاء الرابطة الزوجية، قال الشوكانى: ومن أمعن النظر لم يجد فى الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند

(١) سبل السلام ٣/ ١٠١٩.
(٢) المحلي ١٠/ ١١٠.
(٣) الروض النضير ٤/ ٢٩٤.
(٤) زاد المعاد ٥/ ١٨١.
(٥) بدائع الصنائع ٢/ ٣٢٣.

الفقهاء[1].

ويرد على هذا: أن القول بأن التفريق للعيب لم يرد به دليل فيه نظر يتبين مما يأتى:

أولا: أن نصوص الشريعة تظافرت بالنهى عن الضرر والإضرار بالغير، قال تعالى: ﴿ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا﴾ (٢٣١) [البقرة]. قال عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر ولا ضرار"[2] وإن كانت الزوجة مصابة بعيب يمنع استمرار الحياة الزوجية فمن الإضرار بالزوج إرغامه على تلك العلاقة! فإن قيل: إن الشريعة الإسلامية أباحت له تعدد الزوجات، كما أعطته حق الطلاق وبذلك يستطيع دفع الضرر عن نفسه، فهنا نقول: ما هو الحل إذا كان الزوج هو المصاب بعيب لا تستقيم معه العلاقة الزوجية؟ كيف تستطيع الزوجة دفع الضرر عن نفسها؟

سبق قريبا ما ذكره الكاسانى من القول بحصول إجماع من الصحابة على القول برد النكاح بالعيب، هذا وكان الشافعى رحمه الله تعالى، يرى أن ما نقل عن الصحابة له حكم المرفوع، فقد نقل بعض أقضية الصحابة فى التفريق بالعيب واحتج بها، ثم قال: "ومثل هذا المذهب لا يكون إلا عيب عن توقيف[3].

المذهب الثانى: للزوجة طلب التفريق إذا وجدت بالزوج عيباً -من العيوب التى تقدم ذكرها- وهى عيوب محصورة، وليس ذلك للزوج: وهذا مذهب أبى حنيفة وأصحابه.

١- قوله تعالى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾(٢٢٩) [البقرة]. ومن الإمساك بالمعروف قربانها.

(١) نيل الأوطار ٥/ ١٥٧، وجاء في الروضة الندية: فأعلم أن الذي يثبت بالضرورة الدينية أن عقد الزواج لازم تثبت به أحكام الزوجية من جواز الوطء ووجوب النفقه ونحوها وثبوت الميراث وسائر الأحكام، وثبت بالضرورة أن يكون الخروج منه بالطلاق أو بالموت، فمن زعم أنه يجوز الخروج من النكاح بسبب من الأسباب فعليه الدليل المقتضي للإنتقال عن ثبوته بالضرورة الدينية، وما ذكروه من عيوب لم يأت في الفسخ بها حجة نيرة ،ولم يثبت منها ٢/ ٣٣.
(٢) سنن ابن ماجة ٢/ ٥٧، المستدرك للحاكم ٢/ ٥٧، وقال صحيح على شرط مسلم.
(٣) مغني المحتاج ٢/ ٢٠٣.

وفى هذا القول إشارة واضحة إلى إعطاء الرجل الحق فى طلب التفريق لعيب المرأة، وكأن الأثر المنقول عن على لم يصل إليهم[1].

المذهب الثالث: يجوز للمتضرر من الزوجين طلب التفريق.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء، إلا أن الجمهور اختلفوا، فإن منهم من قصر ذلك على عيوب معينة كما سبق نقل ذلك عن الشافعية، والمالكية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية، ومنهم من جعل ذلك عاماً فى كل عيب يتعدى ضرره كما تقدم بيان ذلك.

أدلة هذا المذهب ومناقشتها:

استدل أصحاب هذا المذهب بعدة أدلة من الكتاب والسنة والإجماع، أهمها ما يأتى:

١- احتجوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ (٢٢٩) [البقرة].

وجه الدلالة: أن الآية خيرت بين أمرين فإذا عجز عن أحدهما وجب الثانى، كما تنص الآية بأنه ليس من الإمساك بالمعروف بقاء العصمة الزوجية مع وجود شئ لا تستقيم معه الحياة فتعين التسريح بإحسان.

٢- استدلوا من السنة بالأحاديث التالية:

أ- عن زيد بن كعب عن أبيه قال: تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم العالية من بنى غفار، فلما دخلت عليه ووضعت ثيابها، رأى بكشحها[2] بياضا فقال النبى صلى الله عليه وسلم البسى ثيابك والحقى بأهلك، وأمر لها بالصداق[3].

وجه الدلالة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حينما رأى البرص الموجود فى الزوجة ردّها على أهلها فاسخاً العقد. فصار البرص منصوصاً عليه وما عداه من العيوب لا

(١) التفريق القضائي للضرر ١٩.
(٢) الكشح: هو ما بين الخاصرتين إلي الضلع، انظر القاموس المحيط، مادة كشح.
(٣) المستدرك ٢/ ٥٨، السنن الكبري ٧/ ٢١٤، مسند الإمام أحمد ٣/ ٤٩٣، مجمع الزوائد ٤/ ٣٠٠، سبل السلام ٣/ ١٠١٨.

قال الكاسانى: "لأن الوطء مرة واحدة مستحق على الزوج للمرأة بالعقد وفى إلزام العقد عند تقرير العجز عن الوصول تفويت المستحق بالعقد عليها وهذا ضرر بها وظلم فى حقها وقد قال الله تعالى: ﴿ولا يظلم ربك أحدا﴾(٤٨) [الكهف] وقال النبى صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"[1]، فيؤدى إلى التناقض وذلك محال؛ لأن الله تعالى أوجب على الزوج الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان بقوله تعالى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ (٢٢٩) [البقرة]، ومعلوم أن استيفاء النكاح عليها مع كونها محرومة الحظ من الزوج ليس من الإمساك بالمعروف فى شئ فبقى عليه التسريح بالإحسان، فإن سرح نفسه وإلا ناب القاضى منابه فى التسريح[2].

ويرد على هذا: أن اعتبارهم فوات حقها المستحق بالعقد وهو قربانها ضرر بها وإمساك بغير إحسان أمر وجيه، ولكن نقول: أليس فى الرتق والقرن تفويت للمستحق بالعقد؟ بل إن فوات المستحق بالعقد مع الرتق والقرن يكاد يكون مقطوعا به[3].

لذلك فلا وجه للتفريق بين الرجل والمرأة فى إعطاء حق الفسخ.

٢- واستدلوا أيضا: بما روى عن على رضى الله عنه قال: "يؤجل العنين سنة فإن أصابها وإلا فهى أحق بنفسها" وعن ابن مسعود مثله[4].

وجه الاستدلال: أن الآثار المنقولة عن الصحابة رضى الله عنهم دلّت على أن للمرأة الحق فى طلب التفريق لعيب العنة إذا لم يصل إليها زوجها بعد أن يؤجل سنة[5].

ويرد على هذا التأجيل للعنة أمر ادعى عليه الإجماع بين الصحابة، ولكن هذا لا يعنى قصر حق التفريق للزوجة فقط، بدليل ما ورد عن على كرم الله وجهه أنه قال أيضا: "لا ترد النساء إلا من العيوب الأربعة، الجنون، والجذام، والبرص، والداء فى الفرج"[6].

(١) المستدرك ٢/ ٥٧.
(٢) بدائع الصنائع ٢/ ٣٢٣.
(٣) مدي حرية التفريق بين الزوجين قضاء ٢٥٦.
(٤) مصنف عبد الرازق ٦/ ٢٥٤.
(٥) بدائع الصنائع ٢/ ٣٢٢، ٣٢٣.
(٦) زاد المعاد ٥/ ١٨٤.

تقل ضررا عنه فألحقت به بالقياس[1].

مناقشة الدليل:

أ- أن الحديث فى إسناده جميل بن زيد وهو مطروح جملة، بل قال عنه البخارى: لم يصح حديثه. وقال عن يحيى بن معين ليس بثقة[2].

ب- ليس فى الحديث دلالة على الفسخ بل قوله صلى الله عليه وسلم: "الحقى بأهلك" كناية من كنايات الطلاق.

ويجاب عن ذلك بما يأتى: أن الاعتراض على الحديث بأن فيه راوياً ضعيفا اعتراض وجيه، لكن يصح الاستئناس به ما دام هناك أدلة أخرى غيره تدل على التفريق بهذا العيب ونحوه.

أما القول بأنه لا دليل فى الحديث على الفسخ بالعيب صريحاً لاحتمال قوله صلى الله عليه وسلم "الحى بأهلك" كنايج من كنايات الطلاق. فإن الحديث ورد برواية أخرى تبين أن الأمر لم يتعد كونه رداً بالبرص وهو قوله: "دلستم علىّ دلستم علىّ"[3].

٢- واستدلوا أيضا بقوله عليه الصلاة والسلام: "فر من المجذوم كما تفر من الأسد" وقال الشافعى فى الأم بعد إيراد لهذا الحديث والجذام والبرص فيما زعم أهل العلم بالطب يعدى، ولا تكاد نفس أحد تطيب أن تجامع من هو به ولا نفس امرأة بذلك، وأما الولد فقلّما يسلم، فإن سلم أدرك ذلك نسله[4].

واعترض الحنفية على الاستدلال بهذا الحديث: بأن المقصود بالفرار هنا الطلاق، قال السرخسى: والذى فرّ من المجذوم فرارك من الأسد، قلنا: نحن نمكنه من الفرار ولكن بالطلاق[5].

(١) المهذب ٢/ ٤٨.
(٢) ميزان الاعتدال ١/ ٤٢٣.
(٣) سبل السلام ٣/ ١٠١٨، وقال الحافظ ابن حجر: رواه أبو نعيم في الطب، انظر: تلخيص الحبير ٣/ ٣٠٢.
(٤) الأم ٨/ ١٧٦.
(٥) المبسوط ٥/ ٩٦.

ولكن القول بالطلاق فيه إضرار بالزوج كما قدّمنا، والضرر لا يزال بضرر أشد منه.

٣- واستدلو أيضا بأقضية الصحابة ومنها الأقضية الآتية:

أ- عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: "أيما رجل تزوج امرأة فدخل بها فوجدها برصاء أو مجنونة فلها الصداق بمسيسه إياها وهو له على من غره منها"[1].

ب- كتب عمر رضى الله عنه إلى شريح: أن يؤجل العنين سنة من يوم يرفع إليه فإن استطاقها وإلا فخيرها. فإن شاءت أقامت وإن شاءت فارقته[2].

جـ- روى عبد الرازق عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما أنهما قضيا: بأنها تنتظر به سنة. ثم تعتدّ عدّة المطلقة وهو أحق بأمرها فى عدتها[3].

د- عن على رضى الله عنه: أنه يؤجل العنين سنة فإن أصابها وإلا فهى أحق بنفسها[4].

ووجه الدلالة من أقضية الصحابة هذه: ما ذكره الكاسانى مبيناً أن تلك الأقضية كانت بمحضر من الصحابة ولم يعترض عليها فكانت إجماعاً. وقد أشرت إلى ذلك فى المذهب السابق. كما حكى الماوردى إجماع الصحابة على ثبوت الخيار فى الجب والعنة[5].

مناقشة الدليل:

يذهب نفاه التفريق للعيب بأن الاستدلال بهذه الآثار ليس بسليم: لأنها أقوال صحابة وقول الصحابى ليس بحجة. أما الأثر المنقول عن عمر من طريق سعيد فليس بحجة لأن سعيدا لم يسمع عمر.

(١) سبل السلام ٣/ ١٠١٩.
(٢) نصب الراية ٣/ ٢٥٤.
(٣) المصنف ٦/ ٢٥٣.
(٤) المصدر السابق ٢٥٤.
(٥) مغني المحتاج ٢/ ٢٠٣.

ويجاب عن ذلك: أن القول بأن قول الصحابى ليس بحجة ليس بمتفق عليه، فقد احتج بقول الصحابى كثير من الفقهاء وقدموه على القياس ويخصص به العموم، وبهذا قال مالك وهو قول الشافعى وبعض الحنفية(١).

ثم إن ما ذكرناه ليس من قبيل قول الصحابى الذى اختلف فى الإحتجاج به. وإنما هو قول جملة من الصحابة انتشر، ولم ينكر عليهم ذلك، فكان إجماعاً سكوتياً. وهو حجة لذى جمهور الفقهاء.

وقد سبق: أن الشافعى عدّ ذلك بمثابة الرفوع.

أما القول بأن سعيدا لم يسمع من عمر فهذه مسألة وقع فيها نزاع. وقد أثبت سماعه الإمام أحمد والنووى. فقد سُئل أحمد: سعيد عن عمر حجة؟ قال: هو عندنا حجة وقد رأى عمر وسمع منه، إذا لم يقبل سعيد عن عمر فمن يقبل؟(٢).

على أننا لو سلمنا انقطاع رواية سعيد عن عمر، فإنه لا يعد فى حكم بقية المتقطعات لأن سعيدا أكب على تتبع قضاء عمر حتى أصبح أعلم الناس به.

قال مالك: "بلغنى أن عبد الله بن عمر يقبل رواية سعيد عن عمر عن بعض شأن عمر وأمره"(٣). فإذا كان مثل ابن عمر يقبل رواية سعيد عن عمر فكيف يصح من غيره رفضها؟.

وفى ذلك ابن قيم الجوزية: "وردّ هذا بأن ابن المسيب لم يسمع من عمر من باب الهذيان البارد المخالف لإجماع أهل الحديث قاطبة"(٤).

وبذلك يظهر لنا سلامة هذه الأدلة ويترجح عندنا بأن الأولى إعطاء المتضرر من الزوجين الحق فى طلب التفريق من كل عيب مستحكم لا دواء له ولا برء منه ولا تطاق معه العشرة الزوجية إلا بضرر كبير. ومن كل عيب لا يحصل معه المقصود من الزواج من النسل وأنس كل من الزوجين بصاحبه(٥)، وهو مذهب سعيد ابن المسيب، وشريح والزهرى، وأبى ثور، وقد تقدم الكلام عنه عند بداية هذا المبحث.

(١) روضة الناضر وجنة المناظر لابن قدامة ٨٤.
(٢) الجرح والتعديل ف ١ ٢/ ٦١، تهذيب الأسماء واللغات ١/ ٢٢٠.
(٣) تهذيب التهذيب ٤/ ٨٦.
(٤) زاد المعاد ٥/ ١٨٢.
(٥) أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي محمد يوسف موسي ٣٣٤، و الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية محمد زكريا البرديسي ٤٢٣(١) ٤٨٩.

المبحث الثانى

طبيعة التفريق للعيب

إذا طلب الطرف المتضرر التفريق، وأجابه إلى ذلك، فهل يعد هذا التفريق فسخاً أو طلاقاً؟

هذه قضية اختلف فيها الفقهاء على مذهبين:

المذهب الأول: أن الفرقة فسخ. وهو مذهب الشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية(١).

المذهب الثانى: أن الفرقة طلاق. وهو مذهب الحنفية، والمالكية، وهى تطليقة بائنة(٢).

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتى:

١- أن هذه الفرقة طالما لم يستقل بها الزوج، ولا تتوقف على إيقاعه أو إيقاع من ينوب عنه كانت فسخاً، كفرقة الرضاع(٣).

ويرد على هذا: أن هذا القول غير مسلّم به؛ لأن الأصل أن الزوج هو المخاطب بإيقاع الفرقة -الطلاق- رفعاً للضرر، فلما امتنع ناب القاضى عنه أو اختارته الزوجة بعد ثبوت الحق قضاء(٤).

أرأيت لو استفتى الزوج وكان وقّافاً عند حدود الله، فثبت له فى قرارة نفسه أنه معيب بما ينفى سعادتها لو عاشرته؛ أيتردد فى فراقها؟(٥).

٢- واستدلوا أيضا: بأن مدار الفرقة للعيب هو ذات العيب، ولا يلزم أن يكون العيب فى الزوجة فقط، بل ربما يكون فى الزوج، فذات العيب كاف لأن يدور الحكم معه فتقع الفرقة فسخاً قياساً على "فسخ المشترى العقد لأجل العيب"(٦).

(١) تحفة المحتاج ٧/ ٣٤٩، المغني ٧/ ٥٩٢، البحر الزخار ٣/ ٦٠، اللمعة الدمشقية ٥/ ٣٨٥.
(٢) فتح القدير ٣/ ٢٦٤، شرح الدردير ٢/ ٢٨٢.
(٣) المهذب ٢/ ٤٩.
(٤) أنظر المصادر السابقة.
(٥) مدي حرية التفريق بين الزوجين قضاء ٣٧٥.
(٦) المهذب ٢/ ٤٩.

أما أصحاب المذهب الثانى فقد استدلوا بما يأتى:

١- أن الله سبحانه وتعالى كلّف الزوجين بالانسجام والمعاشرة بالمعروف، فإن لم يكن الإمساك بالمعروف أوجب التسريح بإحسان؛ وذلك مما خوطب به الأزواج، فإن لم يسرحوا بإحسان وامتنعوا طلّق القاضى على الممتنع كما فى الإيلاء[١].

ويرد على هذا: صحيح أن الأزواج مخاطبون بذلك، ولكن ما هو الدليل على حمل الخطاب على الطلاق بعينه؟.

٢- واستدلوا أيضا: أن الأزواج إذا انعقد صحيحاً تاماً نافذاً لزم ولا يقبل الفسخ، بخلاف الفاسد والموقوف فيجوز أن يفسخ؛ لأنه لم يتم كالفسخ لعدم الكفاءة[٢].

والذى يبدو: أن قياس الزواج على البيع بجامع العيب قياس قوى؛ لأن الإجماع قائم على أن عيب المبيع يثبت حق الخيار للمشترى، كما أن العقلاء مجمعون على أن فوات مقصود الزواج بعيب أحد الزوجين أولى من فوات المادة، بل فوات المادة تافه بالنسبة لسعادة الإنسان فى زواجه.

قال الإمام النووى: "قد أجمعوا على ثبوت الخيار فى البيع... لفوات مالية يسيرة، ففوات مقصود النكاح أولى"[٣].

ثم إن مدار الشريعة قائم على رفع الضرر، والقول بالفسخ أقل ضرراً على الزوج؛ لأن العيب إذا كان بالزوجة فالفسخ قبل الدخول لا شئ لها؛ لأنها رجعت كما جاءت، وبعد الدخول، لها أقل المهرين المسمى ومهر المثل.

وإن كان العيب بالزوج، فكذلك قبل الدخول عادت كما جاءت بكراً كما لم يستفد الزوج شيئا.

أما لو كانت الفرقة طلاقاً، فقبل الدخول نصف المسمى على كل حال وبعده كل

(١) فتح القدير ٣/ ٢٦٤.
(٢) المصدر السابق نفس الصفحة. وانظر: مدي حرية التفريق بين الزوجين ٣٧٥.
(٣) المنهاج مع حاشية قليوبي ٣/ ٢٦١.

المسمى، فالأخذ بجانب المتضرر أولى[١].

وثمرة الخلاف بين الفسخ والطلاق تظهر فيما يأتى:

١- قلة الكلفة فى المهر كما سبق ذلك قبل قليل.

٢- من أهمها: أن الفرقة لو اعتبرت فسخاً، ثم عاد الزوجان إلى الحياة الزوجية بعقد جديد، عاداً إلى حياة زوجية جديدة ويملك الزوج فيها ثلاث طلقات، بخلاف ما لو اعتبرت الفرقة طلاقاً؛ إذ يخصم من الثلاث واحدة، فيعود إلى زواجها وهو يملك طلقتين[٢].

(١) مدي حرية التفريق بين الزوجين ٣٧٥ فما بعدها.
(٢) المصدر السابق ٣٧٦.

الخاتمة

وفى ختام هذا البحث أود تسجيل أهم نتائج البحث التى توصلت إليها:

١- إن أول ما توصلت إليه وأهمه سمو الشريعة الغراء وأنها جاءت لتحقيق مصالح العباد، فلا يوجد مسألة فى حياتنا اليومية إلا ونجد عليها قد تضمنه نص أو استنباط فقيه.

٢- وأوضحت هذه الدراسة أن كتمان العيب حرام شرعا سواء من الزوج أو الزوجة، كما يشمل جميع أنواع العيوب، سواء كان العيب مثبتا للخيار أم لا، لأنه نوع من التدليس المحرم، وسواء كان التدليس بالعيب من جانب الزوجة أم من جانب الزوج.

٣- أن العيوب التى ذكرها الفقهاء سواء فى الزوج أو الزوجة ليست على سبيل الحصر والاختصاص بل تشمل كل عيب يتضرر به أحد الزوجين؛ لأن الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما، والعلة فى اعتبار العيوب المتفق عليها المسوغة للفسخ هو الضرر الناجم عن هذه العيوب، وهذا الضرر موجود فى كل ما يحول دون استمرار الحياة الزوجية، ويرجع تخصيص بعض العيوب كالجذام والبرص وغيرهما، من باب ما كان شائعا فى زمانهم، فقد تحدث أمراض وعيوب أشد ضررا مما ذكر، لذا فالأولى عدم الحصر بعدد أو نوع معين من الأمراض.

٤- وبعد التعرض لشروط العيب فى النكاح ذكرت أن يكون قديما غير قابل للعلاج -مزمن- أما ما يمكن علاجه -وهذا مرجعه إلى أهل الطب- فلا يكون موجبا للفسخ ويضم إلى هذا الشرط أن يكون مستحكما ومستمرا ولا يكتفى بمجرد بدايته.

كما يشترط البلوغ لمن له حق الفسخ فإن كان صغيرا -الزوج- أو صغيرة -الزوجة- انتظر إلى البلوغ لاحتمال الرضا بالعيب.

٥- ويجوز إثبات العيب الموجب لفسخ النكاح بكافة وسائل الإثبات.

فإذا كان العيب العنة فيمكن إثباتها بالإقرار أو البينة أو اليمين، وفى غيرها مما يمكن معرفتها والإطلاع عليها يمكن إثباتها أيضا بشهادة الأطباء.

٦- يترتب على إثبات العيب فسخ النكاح وإن كان الفقهاء قد اختلفوا هل التفريق فسخ أم طلاق لما يترتب على ذلك من ثمرة، وهى أن اعتبار التفريق فسخ يؤدى إلى أنه إن عاد الزوجان إلى الحياة الزوجية بعقد جديد، فإنهما يعودا إلى حياة جديدة ويملك الزوج فيها ثلاث طلقات، بخلاف ما لو اعتبرت الفرقة طلاقاً إذ يخصم من الثلاث طلقة ويبقى له طلقتان.

الباحث

د/ محمد عبد الرحيم بن محمد على سلطان العلماء

بيان بأهم مراجع البحث

١- القرآن الكريم.

اولا: كتب التفسير.

١- أحكام القرآن -لأبى أحمد بن على الرازى الجصاص -دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٢- جامع البيان عن تأويل آى القرآن -لأبى جعفر ابن جرير الطبرى -دار الفكر بيروت -الطبعة الأخيرة ١٩٨٨م.

٣- معانى القرآن -لأبى زكريا يحيى بن زياد الفراء- عالم الكتب- بيروت، مصورة عن الطبعة الثانية ١٩٨٠م.

ثانيا: كتب الحديث وشروحه:

٤- تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير -لشهاب الدين أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلانى- شركة الطباعة الفنية بالقاهرة ١٩٦٤م.

٥- الجامع الكبير -لمحمد بن عيسى بن سورة الترمذى -تحقيق كل من أحمد فؤاد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقى -دار الفكر للطباعة والنشر -الطبعة الرابعة.

٦- الجامع الصغير فى أحاديث البشير النذير -لجلال الدين عبد الرحمن السيوطى- مطبوع مع فيض القدير للمناوى.

٧- سبل السلام شرح بلوغ المرام فى جمع أدلة الأحكام- لمحمد بن إسماعيل الأمير الصنعانى- تحقيق إبراهيم عصر- دار الحديث القاهرة.

٨- سنن الدارمى لأبى محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام -دار الكتاب العربى- بيروت- الطبعة الأولى ١٩٨٧م.

٩- السنن الكبرى -لأبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى- دار صادر- بيروت- مصورة من الطبعة الأولى- الهند ١٣٥٥هـ.

١٠- شرح الزرقانى- لمحمد بن عبد الباقى بن يوسف على موطأ الإمام مالك بن أنس - الطبعة الأولى - الحلبى ١٩٦١م.

١١- شرح السنة -لأبى محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوى- تحقيق شعيب الأرنؤوط بيروت- المكتب الإسلامى.

١٢- شرح معانى الآثار -لأبى جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدى الطحاوى- تحقيق محمد زهرى النجار- دار الكتب العلمية- الطبعة الثانية ١٩٨٧م.

١٣- شرح النووى على صحيح مسلم- ليحيى بن شرف الحزامى- المطبعة المصرية- القاهرة.

١٤- صحيح البخارى- لأبى عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيره معه فتح البارى- بيروت- نشر دار المعرفة.

١٥- مجمع الزوائد- للحافظ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى- دار الكتاب العربى- بيروت- الطبعة الثالثة ١٩٨٢م.

ثالثا كتب الفقه:

() الفقه الحنفى:

١٦- أحكام المعاملات المالية فى المذهب الحنفى- لمحمد زكى عبد البر- دار الثقافة- قطر- الأولى ١٩٨٦م.

١٧- الاختيار لتعليل المختار- لعبد الله محمود الحنفى الموصلى- مطبعة حجازى بالقاهرة.

١٨- البحر الرائق شرح كنز الدقائق- لأبى البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بالنسفى- المطبعة العلمية بمصر ١٣١١هـ.

١٩- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع- لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى- دار المعرفة- بيروت- الطبعة الأولى مطبعة الإمام بمصر.

٢٠- تبيين الحقاق- شرح كنز الدقائق- لأبى عمر فخر الدين عثمان بن على الزيعلى- دار المعرفة للطباعة والنشر.

٢١- تحفة الفقهاء- لعلاء الدين محمد بن أحمد بن أبى أحمد السمرقندى، تحقيق محمد المنتصر الكتانى ود/ وهبه الزحيلى- دار الفكر- دمشق ١٩٦٤م.

٢٢- حاشية الطحاوى- لأحمد بن محمد بن إسماعيل الحنفى- الحلبى- الطبعة الثانية- ١٩٧٠م.

٢٣- الفتاوى الهندية "العالمكيرية" لجنة من علماء الهند- المكتبة الإسلامية بيار بكر- تركيا- طبعة ١٣٩٣هـ.

ب- الفقه المالكى:

٢٥- أسهل المدارك شرح إرشاد المسالك فى فقه الإمام مالك- جمع أبى بكر بن حسن الكشناوى- دار الفكر- بيروت لبنان- الطبعة الثانية.

٢٦- بداية المجتهد ونهاية القتصد- لابن رشد الحفيد- مطبعة المعاهد بالقاهرة ١٩٣٥م.

٢٧- بلغة السالك لأقرب المسالك- لأحمد الصاوى- مطابع دار المعارف بمصر ١٩٧٤م.

٢٨- التاج والإكليل شرح مختصر خليل- لأبى عبد الله محمد بن يوسف العبدرى الشهير بالمواق.

٢٩- تبصرة الحكام لأبى فرحون- مطبعة الحلبى ١٩٥٨م.

٣٠- حاشية الدسوقى على شرح الكبير- دار إحياء الكتاب العربى- الحلبى.

٣١- شرح الخرشى -لأبى عبد الله محمد بن عبد الله بن على- على مختصر خليل.

٣٢- الفواكه الدوانى- لأحمد بن غنيم بن سالم النفراوى- دار المعرفة- بيروت.

٣٣- القوانين الفقهية- لمحمد بن أحمد بن جزى- دار الكتاب العربى- بيروت ط:

الثانية ١٩٨٩م.

ج- الفقه الشافعى:

٣٤- الأشباه والنظائر- لجلال الدين عبد الرحمن السيوطى- مطبعة الحلبى ١٩٥٩م.

٣٥- الأم -محمد بن إدريس الشافعى- كتاب الشعب ١٩٦٨م.

٣٦- روضة الطالبين- أبو زكريا يحيى بن شرف النووى- المكتب الإسلامى- بيروت الطبعة الثانية ١٩٨٥م.

٣٧- المجموع شرح المهذب -لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى، مع تكملته للسبكى والمطيعى.

٣٨- مغنى المحتاج -لشمس الدين محمد بن أحمد الشربينى الخطيب- مطبعة الحلبى ١٩٥٨م.

٣٩- المهذب لأبى إسحاق الشيرازى- مطبعة الحلبى.

٤٠- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج- شمس الدين محمد بن أبى العباس الرملى- مطبعة الحلبى ١٩٣٨م.

٤١- الوجيز -لأبى حامد الغزالى- دار المعرفة- بيروت ١٩٧٩م.

د- الفقه الحنبلى:

٤٢- إعلام الموقعين -لابن القيم الجوزية شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر بن أيوب، تحقيق عبد الرحمن الوكيل- القاهرة- دار الكتب الحديثة ١٩٦٩م.

٤٣- الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف- لعلاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرادوى- تحقيق محمد حامد الفقى- الطبعة الأولى ١٩٥٥م.

٤٤- الروض المربع بشرح زاد المستنقع- لمنصور البهوتى- تحقيق: محمد عبد الرحمن عوض- دار الكتاب العربى- بيروت- الطبعة الأولى ١٩٥٥م.

٤٥- شرح منتهى الإرادات- لمنصور البهوتى- دار الفكر.

٤٦- الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية- لابن القيم الجوزية- تحقيق محمد حامد الفقى دار الكتب العلمية- بيروت.

٤٧- مجموع الفتاوى- لابن تيمية- مطابع الرياض- السعودية.

٤٨- المغنى-لابن قدامة- أبو محمد عبد الله أحمد بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى- دار الكتاب العربى- بيروت ١٩٧٢م.

هـ- فقه الزيدية:

٤٩- البحر الزخار- لأحمد بن يحيى المرتضى- مطبعة السعادة- مصر ١٩٤٧م.

٥٠- الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعانى- مكتبة المؤيد- الطائف- الطبعة الثانية ١٩٦٨م.

و- فقه الظاهرية:

٥١- المحلى -لابن حزم- دار الجيل- بيروت- تحقيق لجنة إحياء التراث العربى.

ز- الفقه الاباضي:

٥٢- شرح النيل وشفاء العليل- لمحمد بن يوسف أطفيش- مكتبة الإرشاد- جدة.

ح- الفقه الإمامى:

٥٣- جواهر الكلام -لمحمد حسين النخعى- مطبعة مهرا ستوار بقم- الطبعة السادسة ١٣٩٢هـ.

٥٤- شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام- لأبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن مطبعة الآداب.

رابعا: كتب الفقه الإسلامى المعاصر:

٥٥- أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى- د/ محمد يوسف مرسى.

٥٦- الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية- لمحمد زكريا البرديس.

٥٧- رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة- لمحمد بن عبد الرحمن الدمشقى الشافعى- مكتبة أسعد -بغداد- الطبعة الأولى سنة ١٩٩٠م.

٥٨- ضمان عيوب المبيع الحقة- لأسعد دياب دراسة مقارنة- دار أقرأ- بيروت.

٥٩- الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد- وهبة الزحيلى- دار الكتاب ١٩٧٥م طبعة ثانية.

٦٠- مدى حرية التفريق بين الزوجين -قضاء أحمد حسن الطه- مطبعة العانى- بغداد ١٩٧٥م.

٦١- الموسوعة الفقهية- وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف- الكويت- مطبعة ذات السلاسل ١٩٨٣م.