

التفريق القضائي

دراسة مقارنة

أ.م.د. هادي حسين الكرعوي

جامعة الكوفة / كلية الفقه

المقدمة

والصلاة والسلام على سيد المرسلين أبي القاسم محمد ، وآله الطيبين الطاهرين
وصحبه المنتجبين الكرام الذين تشرفوا بحمل الرسالة بعد تلقيها عن رسول الله
صلى الله عليه وآله وسلم.

وبعد....

قضت حكمة الشريعة على أن يكون الطلاق بيد الزوج ، ومع هذا فقد اقتضت
عدالتها أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالطلاق في الحال الذي لا يبقى لكرامتها
وحقها وجود ، وأوجبت على القاضي أن يجيبها إلى طلبها في مثل هذا الحال ،
ولأهمية التفريق في تنظيم الحياة الإنسانية والوقوف في وجه من يحاول التعسف
في استخدام حقه باسم القيمومة ، والتقصير في أداء حقوق المرأة . فكان سببا
لاختيار هذا البحث ، وللوقوف على عدالة الشريعة الإسلامية ، ودقتها وعمقها في
النظم والتنظيم .

فهي محاولة للوقوف على بيان آراء المذاهب الإسلامية ، وأدلتها في حكم
التفريق بين الزوجين، والانطلاق منه في بيان أقربها إلى الواقع ، مع الحاجة التامة
اليوم في إرفاد القانون المدني للاحكام الشرعية وعدم الانجرار الى القوانين
الغريبة.

ولم اعثر بحدود تتبعي القاصر على من تصدى للبحث في التفريق بين
الزوجين ع ند تحقق موضوعه وعلى مستوى الدراسات الشرعية بشكل يجمع بين
المذاهب الاسلامية مقارنة مع الدراسات القانونية على الرغم من ان اغلب
الدراسات السابقة على مستوى البحث القانوني فقط؛ لان مساحة النظر فيه معطاة

الى القاضي بحسب نظره مع مرونة التشريع لديه ، وهذا بعكسه الى حد ما في التشريع الاسلامي؛ لذلك كان هناك نوع من الاحجام عن البحث في هكذا مواضيع لكن الحاجة تدفعنا الى البحث فيها؛ لانها تمثل حاجة ماسة خاصة مع تعسف الرجل في استخدام سلطته وقوامته على النساء.

فجاءت خطة البحث في مقدمة تناولنا فيها أهمية البحث وسبب اختي ار البحث، وتمهيد في بيان معنى التفريق القضائي ، والفرق بين التفريق والطلاق ، وقسم البحث على مطالب فكان المطلب الأول في بيان التفريق بسبب عدم الإنفاق ، والمطلب الثاني التفريق للعيوب ، وفي المطلب الثالث تناول التفريق للشقاق أو سوء العشرة، وفي المطلب الرابع ال تفريق حال غياب الزوج ، وفي المطلب الخامس التفريق للحبس ، ثم الخاتمة واهم النتائج التي توصل اليها البحث ، وتبعها ثبت بالمصادر والمراجع.

تمهيد

أولاً: معنى التفريق القضائي:

إن معنى التفريق القضائي : هو إنهاء بين الزوجين ، ومنع الرجل من جماع زوجته بإيقاع القاضي الطلاق عليه (١). والتفريق القضائي إمّا أن يكون طلاقاً: وهو التفريق في حالة عدم الإنفاق أو العيوب أو للشقاق بين الزوجين أو للغيبة أو للحبس أو للتعسف، وإما أن يكون فسحاً للعد من أصله كما في حالة إنفساخ العقد الفاسد، أو بسبب الردة أو إسلام أحد الزوجين وبقاء الآخر على الكفر.

ثانياً: غاية التفريق القضائي:

إن الغاية من التفريق القضائي إنما هو وسيلة لإنقاذ المرأة من الظلم ، ولتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبراً على الزوج، إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية من طلاق أو خلع أو مبارأة، ولتأديب الرجل الذي لا يراعي حقوق المرأة، فهو الحل الشرعي الأمثل لمعالجة مشاكل التعسف ضد المرأة، ولإبقاء كيان الأسرة قوياً.

ثالثاً: دليل التفريق القضائي:

إن المدرك الشرعي في مشروعية التفريق القضائي عند الإمامية هو الحديث المروي عن الإمام الباقر (عليه السلام) عن أبيه عن جده (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال : ((من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبه، كان حقاً على الإمام أن يفرق بينهما)) (٢) بالإضافة إلى أن جمهور الفقهاء قد استدلوا بالقواعد العامة الحاكمة لأفعال المكلفين عند عدم وجود الدليل التفصيلي، والتي منها في هذا المورد قاعدة لا ضرر ولا ضرار المنصوص عليها في الحديث الصادر عن النبي محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) مع السيرة الممتدة إلى عصر المعصوم (عليه السلام) ، والتي يستفاد منها التفريق في موارد قد ن . ص عليها.

رابعاً: الفرق بين التفريق القضائي والطلاق:

هناك جملة من الفروق بين التفريق والطلاق ذكرها العلماء من خلال مصنفاتهم وقد تصيدها الباحث ويمكن إجمالها بالآتي:

١- إن الطلاق يتم عن طريق اختيار الزوج وإرادته ولا يصح أن يفرض عليه فرضاً لتحقيق الكراهة المبطلّة لإيقاع الطلاق . أما التفريق القضائي بعد تمام موضوعه بتحكّم القاضي لإيقاعه خارجاً وارتفاع المانع بعد طلب الزوجة وعن (طريق القاضي بعد رفع الدعوة إليه يحققه من دون حاجة لرضا الزوج) ٣

٢- للطلاق أركان هي الصيغة والمطلق وكون الزوجة في وضع يسمح له بطلاقها هذا في القانون الوضعي ومذهب جمهور الفقهاء، الإمامية فقد أضافوا إليه ركناً ثالثاً وهو حضور شاهدين عدلين.

أما التفريق فلا يشترط فيه شيء من هذه الأركان بعد تمام موضوعه ورفع الدعوة الى القضاء من قبل الزوجة طالبة فيه التفريق.

٣- الطلاق إما أن يكون بائناً أو رجعيّاً فهو أصلاً لا يقع رجعيّاً، واستثناءً في صور حددها الفقهاء يقع بائناً، أما ما التفريق فيقع في أغلب صوره بائناً ليحقق الغرض من تشريعه لأن الرجعي يحق للزوج فيه الرجوع فإن رجع انتفت الفائدة والغرض من التشريع.

المطلب الاول: التفريق القضائي لعدم الانفاق

أسبابه ومسوغاته

التمهيد:

المعروف عند الفقهاء أن النفقة تقسم على قسمين : واجبة كنفقة الزوجة والأبوين والأبناء وما عداها تكون مستحبة ، ومن مصاديق النفقة الواجبة هي نفقة الزوجة على زوجها ، وأن يستوعب جل احتياجاتها الضرورية المقومة لأصالة وجودها في حياة كريمة وبما يلائم شأنها ويحفظ كرامته ، وهذا ما يحققه العرف كموضوع يحتاج إلى التنقيح من قبله ، وعندئذ يجب عليه أن يتوسل بوسائل الكسب المشروع الذي يوفر له من الموارد المالية ما يستطيع استيعاب نفقة من تجب عليه نفقته ، وفي حال تقصيره بسبب أو بآخر تشتغل ذمته بقدر ذلك التقصير ، ويجب عليه إفراغ ذمته من ذلك التقصير عند ارتفاع سببه ، أما في صورة امتناعه فان

على الحاكم الشرعي نصحه وإرشاده إلى ضرورة الإنفاق على عائلته بشكل عام
وزوجته بشكل خاص، بعد مطالبتها ورفع الدعوى من قبلها عليه.

قال حمزة بن عبد العزيز الملقب سلالر (ت ٤٤٨ هـ) إن النفقة الواجبة هي: ((الإطعام والكسوة والسكن على قدر الزوجة وحال الزوج بالعدل ، والاخدام على أن الواجب من النفقة بحسب سد الخلة فما زاد فندب ما لم يبلغ حد . (الإسراف)) (٤)

وذكر العلامة الحلي (ت ٧٢٦ هـ) إن الزوجة لو استدان نفقتها الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه (٥) ، وهذا النص يعطي أهمية كبرى للنفقة الواجبة على الزوج ، والزوجة غير مسؤولة عن القضية المالية للأسرة ، فقد حدد الإسلام بنظامه نوع هذه العلاقة ، والرباط المقدس بتحديد شكل العلاقة المالية بين الزوجين بأدق التفاصيل.

وذكر العلامة الحلي في موضع آخر معللا دفع العوض بقوله: ((لأنه في الحقيقة دين عليه)) (٦) وأستدلّ بر واية عن الإمام الباقر (عليه السلام) ، بإسناده عن الإمام علي (عليه السلام) أنه قال: ((المرأة تستدين على زوجها وهو غائب ، قال: (يقضي عنها ما استدان بالمعروف)) (٧)

(وقد ناقش علماء الامامية وجوه الإنفاق وحدوده وأحاله السيد محسن الحكيم (٨) (ت ١٣٩٠ هـ) الى العادة في انفاق الازواج على الزوجات من حيث الزوجية ، ويمكن أن يقال إنها من الامور التي يقدرها العرف ويحددها ، وهي متغيرة حسب الزمان والمكان واحتياجات الزوجة الاساسية التي تدخل في المفاهيم المذكورة عند الفقهاء بعنوان أنها نفقة ، فالقاضي يحكم بمقدارها في ظرف عصره الذي يعيش فيه وبما يتلائم وحال الزوجة وبالقدر الذي يطيقه الزوج.

وهذا ما ذهب إليه السيد علي السيستاني إذ قال: ((أن لاتقدر للنفقة شرعاً ومن الواضح اختلاف ذلك نوعا وكما وكيفا بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة . (والحالات والأعراف والتقاليد اختلافا فاحشاً)) (٩)

أو لا: الامتناع عن الإنفاق

في حال امتناع الزوج عن النفقة الواجبة يحق للزوجة رفع أمرها إلى الحاكم

الشرعي أو القضاء ، ولكن لا تقبل دعواها إلا إذا أص . ر الزوج على عدم الإنفاق مع وجود المكنة لديه ، وإلا تؤمر بالصبر خوفاً من إيقاع الطلاق ، فقد يقع الضرر على الزوج في هذه الحالة ، كما إن زوال سلطة الزوج تشكل ضرراً عليه ، فهو مشمول

بمضمون الحديث النبوي (لا ضرر ولا ضرار) (١٠) ، ولا مرجح لأحد الضررين على الآخر (١١) ، وهو يقع في حالة عدم الإنفاق لفقر الزوج مع إلحاح الزوجة بنفقتها، وهنا لا يقع الطلاق لا من قبل الحاكم الشرعي ولا من ال قاضي، بل هو يستحق النفقة من بيت المال الزكاة فيدخل ضمن الأصناف الثمانية ، هذا في ظل النظام الإسلامي وتوزيع الحقوق الشرعية .

كما أنه لا يحق للزوج أن يمتنع عن النفقة بحجة غناها وإنها غير فقيرة ، فان النفقة لا يشترط في استحقاقها الفقر ، والحاجة بل هي واجبة وإن كانت من أغنى الناس (١٢) ، أما اذا لم يكن له مال يفي بنفقة نفسه وزوجته، فينفق على نفسه وهو مقدم على زوجته ، وهي مقدمة على أقاربه (١٣) ، للإجماع وأهمية حفظ النفس عن حفظ الغير عقلا وشرع (١٤) ، هذا إذا كان القوت محددًا يكفيه بحيث لا يزيد عن تلك الكيفية، ففي هذه الحالة فإن الزوج غير ممتنع عن دفع النفقة ويجب عليها أن تصبر .

ثانيًا: أقوال الفقهاء .

إذا أصر الزوج على عدم الإنفاق على زوجته مع مطالبة الحاكم بدفع حقه ، ولجأت الزوجة إلى القضاء لرفع الضرر عنها المتحقق بحرمانها من النفقة ، فعندئذ اختلف الفقهاء في حكم هذه الم سألة من حيث أحقيتها في رفع الدعوى عليه ، ومطالبة الحاكم الشرعي عند امتناعه بفسخ عقد الزواج، على أقوال:

القول الاول:

إن عدم الإنفاق بعد مطالبة الحاكم الزوج وامتناعه عنه يكون رافعا لسلطنته عليها ومقيدا للإطلاق الوارد في الحديث النبوي ((الطلاق بيد من أخذ بالساق)) (١٥) باعتبار تحقق المانع من استمرار علاقة الزوجية ؛ إذ يعد الزوج متعسفًا في استعمال هذا الحق ، فعند ذلك ومن باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يفرق القاضي بينهما ، ولا يحق إلزامها بالصبر عليه ، لان ذلك ينافي (. القواعد العامة في الفقه الإسلامي، وهذا ما ذهب إليه بعض فقهاء الإمامية) ١٦

قال ابن الجنيد وهو من فقهاء الأمامية إزاء الزوج المعسر : (يثبت لها خيار
الفسخ لاشتماله على الضرر إذ لا يمكنه الانفاق لعسر ه، فلو لم يجعل لها الخيار للزم
(. الحرج المنفي بالاجماع) (١٧)

وقال الشهيد الثاني : ((إذا تجدد عجز الزوج عن النفقة ففي تسلط الزوجة على الفسخ قولان : أحدهما وبه قال ابن الجنيدي أن لها الخيار لقول الامام الصادق (عليه السلام) إن انفق عليها ما يقيم حياتها مع كسوة وإلأُفرق بينهما لقوله تعالى.فَامِ.س.ا . ك ب . مع . روفٍ أ . و نَس.ري . ح بَا . ح . سا.ن. البقرة/ ٢٢٩ ، والإمساك بلا نفقة خلاف المعروف ، فتعين التسريح ، فإذا تعذر صدوره من الزوج فسخ الحاكم لأنه .(ولي)) (١٨)

وهذا ما ذهب إليه فقهاء الإمامية المع اصرون حتى اشتهر عندهم هذا القول ، باعتبار أن عدم الإنفاق يستلزم الضرر ، فيستوجب التفريق بين الزوجين ، إذ قالوا : (إنه يجوز لها ؛ أي الزوجة العاجز زوجها عن النفقة أن ترفع أمرها الى الحاكم الشرعي فيأمر زوجها بالطلاق فان امتنع طلقها الحاكم الشرعي وكذا لو ان امتنع القادر عن الإنفاق جاز لها أن ترفع أمرها الى الحاكم الشرعي فيلزمه بأحد الأمرين من الإنفاق أو الطلاق ، فان امتنع عن الأمرين ولم يمكن الإنفاق عليه .(من ماله جاز للحاكم طلاقها ، و لافرق بين الحاضر والغائب)) (١٩ . كما سبقهم إلى ذلك أيضاً فقهاء الجمهور من الحنابلة (٢٠) والمالكية (٢١) والشافعية (٢٢) مستدلين بأدلة لاثبات مسلكتهم الفقهي في صحة التفريق القضائي في هذه الصورة، وهي:

البقرة / ٢٣١ ، ووجه وَلَا تُمَسِّكُوهُ . هن . ض . را . را لَتَعَبَتِ دَوَا : ١ . قوله تعالى الدلالة أن الإمساك بالمرأة مع عدم الإنفاق عليها يسبب لها ضررا لا بد من رفعه بالتفريق بعد امتناع الزوج من الإنفاق ، و هذا ما هو ظاهر من قوله البقرة/ ٢٢٩ ، فمقدمة الإمساك ... فَا . م . سا . ك ب . مع . روفٍ أ . و نَس.ري . ح بَا . ح . سا.ن . تعالى .

هي المعاشرة ومن أولوياتها الإنفاق، و إلا فعليه أن يرفع قيد الزوجية عنها بنفسه، وان امتنع فرق القاضي بينهما .

٢ . عمل الأصحاب المستمد من سيرة الرسول ، وبدلالة ما قاله أبو

الدرء:(سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال:
أيفرق بينهما ؟ قال نعم، قلت : سنة؟ قال سعيد سنة) (٢٣). يعني أنها عن سنة رسول

٣. سيرة العقلاء الملزمة للزوج بالإنفاق عليها إن كان موسرًا، وإلا فعليه أن يطلقها، وأن امتنع فعلى الحاكم أن يعمل سلطته باعتبار أن عدم الإنفاق يسبب لها ضررًا لا بد من رفعه، وحيث لا يتحقق من قبل الزوج المتعسف، فعلى القاضي أن يفرق بينهما من باب الحسبة .

أما فقهاء الإمامية فقد استدلوا من ذهب إلى جواز التفريق القضائي لعدم الإنفاق بالإضافة للأدلة القرآنية المتقدمة بأحاديث وردت عن أئمة أهل البيت (عليهم السلام) والتي منها :

١. عن ربعي بن عبد الله والفضيل بن يسار جميعًا، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في قوله تعالى: . . . و . من قُدِرَ . ر . عَلِيهِ ر . زُق . ه قَل . يَنْفِقُ م . مَا آتَاهُ اللّٰهُ . ه . الطلاق / ٧، قال: ((إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة وإلا فرق .)) (بينهما) (٢٤)

فدلالة هذه الرواية بعد صحة سندها إلى الإمام الصادق إلى رسول، على أن الامتناع عن الإنفاق سبب في التفريق بين الزوجين؛ لذا فهي تامة الدلالة على القول الفقهي المتقدم .

٢. صحيحة أبي بصير يعني المرادي قال: سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول: ((من كانت عند امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم .)) (صلبها كان حقا على الإمام أن يفرق بينهما) (٢٥)

وهذه الرواية بعد تصحيح أعلام فقهاء المذهب (٢٦) لها فدالتها تامة على صحة التفريق لذات السبب .

٣. القواعد العامة التي تعد هي الأساس في هكذا أحكام مع تأصيلها في هذا المورد بأدلة روائية تؤسس لثبوت الخيار لها بالفسخ عند عدم الإنفاق، إذ تنطبق قاعدة لا الضرر في هذا المورد، خصوصا إذا علمنا بأن الضرر الأكبر يتسبب اليوم من عدم الإنفاق، إذ ي.ع.د المال شريان الحياة، وسبب في الانحراف، فلهذا من أجل صيانة المرأة، وضمان حقوقها يجبر الزوج على تأمين موارد الإنفاق عليه، وإلا

فيفسخ العقد بينهما لاختلال أحد الحقوق الأساسية المترتبة للزوجة على الزوج
بمقتضى العقد .

القول الثاني :

وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية (٢٧) وعليه كثير من فقهاء الامامية (٢٨) من أن عدم الإنفاق على الزوجة مع مطالبتها بذلك ورفع أمرها للحاكم الشرعي ، وامتناع الزوج ، لا يكون سببا لفسخ عقد الزواج إلا باختياره ، ورضاه ، لقاعدة (الطلاق لمن بيده الساق) المنحصر بيد الزوج وحيث انه لم يطلق بحسب فرض هذه الصورة ، فتبقى علاقة الزوجية قائمة، ويجب عليها أن تصبر.

وعليه اشتهر عند فقهاء الأحناف إنه لا يجوز التفريق لعدم الإنفاق ، لأن الزوج إما معسر ، أو موسر فان كان معسرا فلا ظلم بعدم الإنفاق ، والله عز وجل يقول :

لِيُنْفِقْ قَدْرَهُ . س . عَمِّ م . ن . س . عَيْهِ . و . م . ن . قَدْ . ر . ع . لِي . ه . ر . ز . قُ . ه . قَلَّ . يُنْفِقُ . م . ما أَنَا . ه . لا يَكُلُّ . ف . اللِّ . ه .

الطلاق/ ٧، وإذا كان موسرا وهو ظالم بعدم الإنفاق، ورفع.... ن° ف . سا إنا . ما أنا . ها

(. الظلم لا يتعين بالتفريق بل بوسائل أخرى كحبسه وإرغامه على الإنفاق) ٢٩

أما فقهاء الإمامية الذين ذهبوا الى هذا الرأي فقد صوّره المحقق الحلبي بقوله :

((لو تجدد عجز الزوج عن الإنفاق هل يسلط على الفسخ؟ ، فيه روايتان أشهرهم ا:

انه ليس لها ذلك)) (٣٠)، وقد نسب الشهيد الثاني هذا القول الى مشهور فقهاء

الإمامية خصوصا إذا علمنا إن اليسار في النفقة ليس شرطا في لزوم العقد بل في

كماله وتمامه، فلذلك لا يحق لها الفسخ عند انتفائه بعد تمام أركان عقد الزواج .

الأدلة:

استدل فقهاء الامامية على عدم صحة التفريق في حال امتناع الزوج عن

الإنفاق مستدلين عليه بأدلة هي :

١ . الإطلاق الوارد في الآيات القرآنية والأحاديث المروية من حصر الطلاق بيد

الزوج واعتبار ذلك من مختصاته ، ولا يثبت المخصص إلا بدرجة ثبوت العام ،

لذلك لم يعد عدم الإنفاق مسوغا للقاضي في التفريق ، وعليه يستصحب اليقين

السابق وهو بقاء علاقة الزوجية في حال الشك في ارتفاعها عند عدم الإنفاق

ووظيفتها الصبر.

٢. ما روي عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنه قال : ((إن امرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليه ، وكان زوجها معسرا فأبى أن يحبسها ، وقال : إن مع العسر يسرا)) (٣١) . ومحل الدلالة في الرواية أن الإعسار لا يعد سببا في رفع

اليد عن علة الزوجية فذلك نلاحظ أن الإمام لم يضيق عليه بالحبس ، بل أرشدها إلى الصبر عليه عسى أن يفتح الله له فيتفق عليه ، وإلا مع تعنته فالرواية غير ناظرة إلى مثل هذا الفرد ، اللهم إلا أن يقال بأنه يمكن إثبات الحكم عن طريق المفهوم من الرواية وذلك بالنظر إلى صورة القضية الشرطية فيها مع أنه حمل على خلاف ظاهر الرواية ، فيستصحب بقاء علة الزوجية حتى يثبت المانع من استمرارها بدليل معتبر.

ثانياً: مناقشة الأدلة

من خلال فحص مدارك الأحكام في هذين المسلكين الفقهيين نلاحظ أن الروايات في القول الأول صحيحة الإسناد وتامة الدلالة مع تعضدها بالقواعد العامة وسيرة المتشرعة الممتدة إلى عصر رسول الله ، كل ذلك أسباب التي عززت هذا المسلك الفقهي خصوصاً وأن سبب التفريق واقعي، فضلاً عن أن طلب الزوجة دافعه الحاجة الماسة إلى الإنفاق معضداً ذلك بأنها إذا أخلت بحقوقه يحق له أن يطلقها، فلذلك أعطاه الشارع في حالة عدم الإنفاق الخيار لها في فسخ عقد النكاح بشرط أن ترتفع السبل لإجباره على الإنفاق عليه ، فعندئذ يفرق القاضي أو الحاكم بينهما بولايته الحسبية ، بالإضافة إلى أن أدلة من ذهب إلى عدم جواز التفريق بسبب عدم الإنفاق غير تامة باعتبار أن الرواية أجنبية عن موضع الخلاف ، لأنها طلبت منه أن يقاضيه مع أنه معسر وهذا خارج عن سلطته لعدم تقصيره لذلك خرجت عن محل النزاع.

أما الاستدلال العقلي فهو غير تام مع أن القواعد العامة على خلافه ، بالإضافة إلى وجود الأدلة اللفظية من السنة التي تنص على جواز التفريق في صورة عدم الإنفاق، فعندئذ لا مناص من تطبيقها فينتج عنه ثبوت خيار التفريق ، وهذا النوع المستظهر من الأدلة فلكل ذلك ع.د هذا القول هو الراجح بشرط عدم وجود من ينفق عليها، مع قطع السبل في إجباره على الإنفاق.

ثالثاً: رأي المش. رع العراقي:

تعد نفقة الزوجة حقا من حقوقها على الزوج، فإذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته مع وجوبه عليه فإن كان له مال ظاهر يمكن اخذ النفقة منه بالطرق القضائية فليس للزوجة حق طلب التفريق بنا . ء على أن لها حق استيفاء النفقة منه

سواء أكان الزوج حاضراً أم غائباً (٣٢)، أما إذا لم يكن له مال ظاهر فيمكن أخذ النفقة منه، فإن كان فقيراً أو مجهول المال كأن يكون قد أخفاه بحيث لا يعلم أحد مكانه. فقد اختلف الفقهاء في الحكم على النحو الآتي:

أولاً:

ما ذهب إليه فقهاء الحنفية والجعفرية (٣٣): ليس للزوجة حق طلب التفريق، لعدم الإنفاق سواء أكان عدم الإنفاق لإعسار الزوج أو لامتناعه عن الإنفاق مع يسره، ولها الحق في أن تطلب من القاضي الإذن بالاستدانة (٣٤) عليه أو حبسه، وقد كان العمل في القانون العراقي الع راق على هذا الرأي قبل صدور قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨ لسنة ١٩٥٥)، على انه عاد وأخذ برأي الجمهور على ما يأتي بيانه:

ثانياً:

ما ذهب إليه فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أن للزوجة الحق في طلب التفريق إذا امتنع زوجها من الإنفاق مطلقاً .

ومن خلال ملاحظة ما تقدم يمكن التفريق بينهما بالقول :

إن ما جاء به الحنفية والجعفرية يدل على عدم جواز التفريق إذا كان الزوج عاجزاً أو معسراً، كما أن ما جاء به الجمهور يدل على جواز تفريق في حالة يسار الزوج وقدرته ولا تدل على جواز التفريق في حالة كونه معسراً أو عاجزاً.

لذا فإن الراجح في رأينا هو القول بالتفصيل وهو جواز التفريق إذا كان

الزوج موسراً وامتنع عن الإنفاق وقد ثبت عند القاضي قدرته على الإنفاق، وعدم

جوازه إذا كان الامتناع مع إعسار الزوج وعجزه عنه . وهذا ما يوافق روح

التشريع الإسلامي العادل ومبادئه العامة وقواعده الثابتة، فإنها توجب الوفاء

واقتران الزوجين حلوا الحياة ومره ا. وجعل الصلة بين الزوجين صلة قائمة على

المودة والمحبة والرحمة لا صلة مادية خالية من الوفاء والمروءة .

وحيثما كان اتجاه القانون العراقي فيمكن القول إن العمل في القانون

(العراقى * .جارىا على مذهب الجعفرىة والء نفىة ءى صءور القانون رقم (١٨٨
لسنة (١٩٥٩) فاخذ برأى الجمهور؁ فقد نصت المادة الخامسة والأربعون على ما
ىأى:

١-للزوجه ان ترفع الدعوى بطلب التفريق من زوجها في الحالتين الآتيتين:
أ-امتناع الزوج عن الانفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهاله مدة أقصاها ستون
يوما.

ب-تعذر تحصيل النفقه من الزوج لسبب غيبته أو فقدانه أو اختفائه أو الحكم عليه
بالحبس مدة تزيد على السنة

٢-يعتبر تفريق القاضي في الحالتين المتقدمتين طلاقا رجعيا.

المطلب الثاني: التفريق القضائي بسبب العيوب .

تمهيد :

يقصد بالعيوب هو كل علة وجدت في أحد الزوجين تنقص منه ولا ترغب به بحيث
تجعله غير مطلوب من الطرف الاخر .
أقسامه:

للعيوب أقسام كثيرة من حيث صلتها بموضوع البحث ، وبملاحظة ذات المتلبس
بها، ومن طرفي عقد الزواج، ويمكن تقسيمها من تلك الجهة إلى ثلاثة أقسام، هي :

١ العيوب المختصة بالرجال، والمتفق عليها ثلاث هي :

أ- الخصاء: وهو سل أو استئصال الخصيتين أو رفعهما .

ب- الجب: وهو قطع ذكر الرجل من الأساس ولم يبق منه شيء .

(ج- العنن: وهو مرض يعجز معه الزوج عن مباشرة زوجته) ٣٥

٢- عيوب مختصة بالنساء والمتفق عليها بين الفقهاء هي :

أ- القرن : وهو عظم أو غدة في فرج المرأة تمنع ولوج الذكر فيه ، أي عدم تمام

العملية الجنسية التي هي أساس الاستمتاع والباعث الدافع في أغلب الأحيان

للزواج.

ب- العفل : رغبة تمنع لذة الوطء بحيث تولد رائحة نتنة وكريهة ينفر م نها الزوج

أثناء الوطء.

ج- الإفضاء : وهو اتحاد مسلك الغائط والحيض ، أو الحيض والبول وهو يمنع لذة

الوطء وفائدته.

د- الرتق : وهو التحام الفرج على وجه ليس فيه مدخل للذكر، فيكون مسدوداً ومن

(. أصل الخلقه) ٣٦

٣- العيوب التي يشترك فيها الرجال والنساء وهي :

أ- الج نون :ويقصد منه فقدان العقل سواء كان على الدوام أو الانقطاع أي

المسمى أصوليا ب(الادواردي والإطباقي) .

ب- الجذام : وهو مرض جلدي معدي يصيب الإنسان مما يؤدي الى تناثر اللحم من جسمه وتساقط أطرافه كأصابع اليدين والرجلين بيبس الأعضاء .

ج- البرص : وهو أيضا من الإ أمراض الجلدية التي تصيب بشرة الإنسان فتحولها إلى حمراء وهو مرض معروف .

د- العمى : وهو ذهاب البصر مما يجعل الإنسان فاقداً للرؤي ا، والتي تعد أساس التعايش، وعليه يتوقف في الجملة الكسب والمعاش وبدونها يش كل الإنسان عبئاً على الآخرين وهناك قول يرى فيه الفقهاء انه من عيوب النساء فقط .

وهذه الأمراض الثلاثة الأخيرة لظهورها للعيان وبشكل جلي يصعب جدا التدليس فيها ؛ لذلك إن الرضا بالعقد رضا ضمنى بالعيب لايحق الفسخ بعد العقد ، (وهي عند الامامية من عيوب النساء وعند الجمهور من العيوب المشتركة) (٣٧

إما ما عداه ا فهي محل بحث عند الفقهاء من حيث أحقيته ا، بأن تكون سبباً تاماً أو ناقصاً في فسخ عقد الزواج بعد أن يرفع الأمر للقضاء من قبل من تضرر به، فعندئذ يرجع الأمر إلى تقدير الحاكم الشرعي أو القاضي في النظر بذلك، وأنت تعرف مدى قيمة العيب بحيث ينقص من تلبس به ويصعب معه التعايش البشري .

عموما إن الأدلة في اعتبار العيوب ، وحصرها لهم ، وأنها المس . وغ للتفريق ، يرجع فيها إلى الروايات الخاصة ، والتي حصرت صورها آنذاك حيث كانت مستعصية وتترك أثرا سلبيا فيمن تلبست به لا يمكن استئصالها آنذاك وعليه اعتبروها

موضوعا لثبوت خيار الفسخ مع ضدين ذلك بقاعدة لا ضرر ، وكثير من الفقهاء تقيدوا بظاهر النصوص فقيدوا العيوب به ا، وعند الملاحظة والربط بين المناسبة والموضوع يمكن التعدية من العيوب المنصوصة إلى غيرها لتحقق مناط العيب في كل ما يعده العرف عيباً ينقص من فعلية الزواج.

والذي يظهر أن هذه العيوب بعضها معدية يخشى منه انتقاله إلى الطرف الآخر، وبعضه الآخر ينقص من لذة الاستمتاع وينافي الغرض من الزواج ويقطع الباعث الذي من أجله دفع الآخر للاقتران بها وعليه ، اشتهر عند الفقهاء مجموعة

من العيوب المجوزة لخير الفسخ بالجملة لاختلافهم في التفاصيل مع أنهم
حصروها في مصاديق معينة بحسب مذاهبهم الفقهية فلذلك سوف نبحثها وفق
المذاهب:

أولاً: أقوال الفقهاء بالعيوب:

١- الامامية:

١- اشتهر عند فقهاء الإمامية إن العيوب عندهم احد عشر عيباً احدها مشترك
وهو الجنون ، والأخرى مختصة بالرجال وهي ثلاثة الخصاء والجب والعنن ،
وأخرى مختصة بالنساء وهي سبعة الجذام ، والبرص، والإفشاء، والقرن، والعرج
البيّن، والعمى، والعفل، وهذه العيوب موجبة للفسخ إن تمت قبل العقد ودلس فيها
الولي أو الزوجة على زوجه ا، فعندئذ يثبت له خيار الفسخ باستثناء العمى والعرج
فأنهما محل خلاف بينهم في عدها من العيوب ، أو إنها لا تعد ؛ وذلك لعدم
إضرارها بالاستمتاع، أو النقل المعدي المسبب بالإضرار ، وكذلك عيوب الزوجة
فهي موجبة للتفريق القضائي بينهما عند حدوثها قبل العقد ومعرفتها بعد العقد ،
وهي تمنع الغرض من الزواج ، فعندئذ لا ينفذ الزوج في إتمام مهامه ووظائفه
الجنسية فيرفع اليد عن قيد الزوجية بعد المعرفة ويتم ذلك فوراً، وعندما يتراخى
الطرفين بعد المعرفة يسقط حقهما ويلزم العقد عليهما، ثم أن الامامية اتفقوا على
(. أن الأمراض المعدية لا تعد عيباً يوجب الفسخ حتى لو كانت خطرة) ٣٨

٢- الشافعية :

العيوب عندهم هي التي تفسخ عقد النكاح إذا وجدت في الآخر والتي تعد
منفره من الزواج وهي سبعة : الجب، والعنة، والجنون، والجذام ، والبرص ،
والرتق، والقرن ، ويمكن أن يكون في كل من الزوجين خمسة الأولان في الرجل
والأخيران في المرأة ، والثلاثة الوسطى مشتركة ولا فسخ بالبخر والضان
والاستحاضة والقروح السيالة والعمى والزمانه والبله والخصاء والإفشاء ، ولا
بكونه يتغوط عند الجماع لأن هذه الأمور لا تفوت مقصود النكاح ، وعليه لم تعد

(. من العيوب الموجبة للفسخ) ٣٩

٣ المالكية :

والعيوب عندهم ثلاثة عشر عيبًا توجب خيار الفسخ ، وهي أربعة مشتركة بين الرجل والمرأة الحج نون والجذام والبرص والعذيفة ، أي اخراج الغائط أو البول عند الجماع ، وأربعة تختص بالرجل وهي : الخشاء والجب والعنة والاعتراض ، أي عدم القدرة على الممارسة الجنسية ، وخمسة تختص بالمرأة وهي : الرتق والقرن والبخر والعفل والإفضاء ، وليس من العيوب القرع ولا السواد ، ولا إن وجدها مفتحة من الزنا على المشهور ، وليس منها العمى والعور والعرج والزمانة ولا نحوها من العاهات ، ولا وجودها مفتحة من الزنا على المشهور إلا بشرط السلامة ، فعندئذ يكون ثبوت الخيار بالفسخ لتخلف الشرط (٤٠) لا لتحقق العيب.

٤- الحنفية:

يرى فقهاء الحنفية لا فسخ إلا بالعيوب الثلاثة التناسلية وهي : الجب والعنة والخصاء إن كانت في الرجل ؛ لأنها عيوب غير قابلة للزوال والضرر فيها دائم ، ولا يتحقق معها المقصود الأصلي من الزواج وهو التوالد والتناسل والاعفاف عن المعاصي ، فعندئذ يثبت الخيار بالفسخ ، أما العيوب الأخرى من الجنون أو الجذام أو البرص أو الرتق أو القرن فلا فسخ للزواج بسببها إن كان بالزوجة أو كانت (بالزوج ولا خيار للآخر بها في التفريق على الراجح عند فقهاء المذهب) (٤١)

٥ الحنابلة :

يرى الإمام أحمد أن العيوب الموجبة للفسخ هي العيوب المستعصية التي تعرف وتشخص عن طريق أهل الخبرة ، وهي ثمانية عندهم ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون والجذام والبرص ، واثنان مختصة بالرجل وهي : الجب والعنة ، وثلاثة تختص بالمرأة الفتق والقرن والعفل ، بينما هناك رأي عند بعض فقهاءهم يرون أن القرن والعفل شئ واحد فتكون العيوب سبعة ، وليس من العيوب المجوزة للفسخ القرع والعمى والعرج وقطع اليدين والرجلين ، لأنه لا يمنع (الاستمتاع فينفر منه ولا يخشى منه التعدي) (٤٢)

ومن خلال الاطلاع على كتب فقهاء الحنابلة يبدو أن الراجح عندهم هو عدم
حصر العيوب بمصاديق مخصوصة بل أن المعيار هو توفر العيب المنافي

للمصلحة والغرض من الزواج مهما كانت صورته ، فعندئذ يكون هو المسبب
(. لخيار الفسخ) ٤٣

ويبدو أن الراجح من أقوال عموم الفقهاء هو عدم تحديد العيوب بمصاديق محددة ، ودليله العقل لأن الحياة في تطور وازدهار ، فعندئذ أي مرض عضال مهما كان عنوانه يمنع الاستمتاع ويرفع الغرض من الزواج يكون سبب تام لثبوت خيار التفريق، بالإضافة إلى أن المصاديق التي حددها الفقهاء في جواز ثبوت خيار الفسخ وإن كانت منتزعة من الروايات ممكنة العلاج اليوم بعد تطور العلوم الطبية، فأصبحت من الأمراض غير المستعصية والتي يمكن علاجها من دون أن تترك أي أثر أو عيب ، فلهذا لا تعد اليوم من العيوب الموجبة للفسخ ، بمعنى أنها من الأمراض التي اكتشف العلم وسائل لاستئصالها سواء كانت في الرجل أو المرأة ، وأما الحالات المستحدثة اليوم كالإيدز مثلاً لا أو غيره مما يخشى منها على المرأة أو الرجل في التعدية أو الهلاك ومسببه للعجز عن ممارسة العملية الجنسية بعقد صحيح، فإنها تعد من العيوب الموجبة للفسخ بعد أن ترفع بطلب إلى الحاكم يطلب فيه صاحبه التفريق بشرط أن يكون من العيوب الحادثة قبل العقد ، أما لو حدثت بعده فيجب على الزوجة الصبر وتكون مبتلاة وأجرها عند الله لو فائها بالعقد حيث قال تعالى (أوفوا بالعقود) وإخلاصها للزوج في ظرف عسره ومشقته.
ثانياً آراء الفقهاء بالتفريق:

اختلف الفقهاء في ثبوت خيار الفسخ بالعيوب على رأيين:

الرأي الأول:

ما ذهب إليه فقهاء الظاهرية حيث قالوا بأن العيب لا يثبت خيار الفسخ سواء كان في الزوج أو الزوجة ، لانعدام الدليل عليه من القرآن الكريم أو السنة أو الأثر
(. عن الصحابة أو دليل القياس) ٤٤

الرأي الثاني:

المشهور عند فقهاء المسلمين أن العيب الحاصل قبل عقد الزواج موجب لخيار

الفسخ إذا طلب صاحبه ذلك ، وعندئذ يعد سببًا صحيحًا في إثبات الخيار له وعلى الفور، وان تراخى أو رضى بالزواج مع العيب فيكون العقد لازمًا بحقه ولا يصح فسخه لاستقرار العقد بالرضا(٤٥)، إلا أنهم اختلفوا في:

١- إن حق الفسخ بعد ثبوت العيب هل يثبت للزوجين معاً أو للزوجة فقط؟ والذي عليه جمهور الفقهاء من الأمامية والشافعية والحنابلة والمالكية (٤٦) أن الخيار في العيب يثبت للزوجين ، لأن كلاً لا منهما يتضرر بهذه العيوب ، أما خيار الطلاق فهو لا يؤدي مؤدى التفريق ، لأن فيه إلزام بنصف المهر قبل الدخول وبتمامه بعد الدخول ، أما التفريق فإن المهر ينصف قبل الدخول ويثبت المسمى بالدخول ويحق للزوج عند المالكية والحنابلة والشافعية (٤٧) الرجوع إلى ولي الزوجة للتعويض ، لأنه دلس عليه بكتمان العيب ، بينما فصل فقهاء الأمامية في ذلك فقالوا إن الرجل إذا فسخ بأحد العيوب ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر ، وإن كان بعده فعليه المسمى ، وإذا فسخت المرأة بعيب الرجل تستحق تمام المهر إذا كان بعد الدخول ، وإن كان قبله لم تستحق شيئاً إلا في العنن فإنها تستحق نصف المهر المسمى (٤٨) ، لأباحتها الاستمتاع وعجزه عن القيام بالعرض فعندئذ يغرّم نصف المهر بينما انفرد فقهاء الحنفية وذهبوا إلى حصر خيار التفريق بالعيب للزوجة فقط ، لأن الزوج يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ، أما الزوجة فلا يمكنها دفع الضرر عن نفسها إلا بإعطائها الحق في طلب التفريق للعيب ، لأنها لا تملك الطلاق (٤٩) . فانحصر دفع الضرر عنها بالتفريق.

الظاهر أن الراجح هو ما ذهب إليه مشهور فقهاء المسلمين من ثبوت حق التفريق بالعيب للرجل والمرأة لتحقق الموجب له وهو وجود العيب فيهما ، فعندئذ يثبت الخيار بالفسخ لكل من وجد في صاحبه عيب . ب يمنع استمتاعه بالحياة الزوجية أو ينقصها ويشكل عليه عيب في استمرارها وكذلك يضعف الباعث الدافع نحو الاقتران بالآخر ، ولا علاقة للمسألة في ثبوت حق الطلاق ، بيد الرجل إن أوقعه يتحمل تبعاته وه ذا ما ثبت في أصل التشريع أما العيوب فهي أصلاً في الزوجة وتمنع من الاستمتاع بشكله التام من دون دخل للزوج فهو يفسخ لذلك الغرض وعليه يكون المقاصة بالخيارات لا موجب لها أصلاً.

ثالثاً-شروط التفريق بالعيب :

اشترط الفقهاء لثبوت حق الخيار بالتفريق بسبب العيوب توفر ش رطين هما
محل إجماع عند الفقهاء الذين يرون ثبوت حق الفسخ بالعيب، والشرطين هما:

١- أن يكون العيب قبل العقد وقد دلس عليه فيه من قبل الزوج أو الزوجة أو وليهما ، أما لو حدث بعد العقد فلا يثبت له الخيار.

٢- أن لا يرضى بالعيب ، بل يجب فوراً طلب التفريق ، فان تباطأ أو تراخى فإنه (يدل على رضاه المسقط للخيار ويكون العقد عليه لازماً بعد إن كان جائزاً) (٥٠ رابعا: نوع الطلاق بالعيب:

إذا تحقق القاضي أو الحاكم الشرعي من وقوع العيب وثبوته وأنه موجب للتفريق وقد طلبت بذلك الزوجة أو الزوج وقرر فسخ العقد بينهما تقع الفرقة بانه حتى يحقق الغرض من التشريع إذ لو وقعت رجعيه لجاز الرجوع لصاحب العيب ولتكرر نفس الغرض من الفسخ . ومع فرض أن الفرقة تمت قبل الدخول فهي من صور الطلاق البائن بلا إشكال.

خامسا: رأي المش . رع العراقي

نصت المادة الرابعة والأربعون من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي:

١- إذا وجدت الزوجة زوجها عنيئا أو مبتلى بما يمنع البقاء معه على أن تطلب إلى المحكمة التفريق.

٢- إذا أطلعت الزوجة بعد العقد أن الزوج مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجدام والبرص والسل الزهري والجنون أو أصيب أخيرا بعله من هذه العلل فلها أن تراجع المحكمة وتطلب التفريق

٣- إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي أن العلة المذكورة في الفقرتين (٢،١) من هذه المادة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال العلة ، وللزوجة أن تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل.

٤- إذا وجدت المحكمة أن العلة لا يؤمل زوالها امتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق ، والظاهر أن المشرع العراقي قد لفق أحكام هذه المادة من مختلف المذاهب الإسلامية ولم يلتزم بأحكام مذهب معين كما هو شأنه في أكثر المسائل (٥١). وكان الأجدد بالمشرع العراقي أن

يطلق أسباب التفريق ولا يحصرها بعدد ، مادام لم يلتزم برأي مذهب معين ،
لان هذه الأسباب مما لا يقبل الاندراج تحت عدد أو وصف ، وإلا فما هو رأي
المش . رع العراقي بحالة العقم؟ إذ تعد من أفسى العيوب على مستقبل الزوج

والزوجة ومع ذلك لم ينص على الحكم فيما إذا كان عقم أحد الزوجين هو السبب في طلب التفريق.

شروط التفريق للعلل في القانون العراقي:

يشترط لجواز التفريق للعلل ما يأتي.

١- أن تكون الزوجة كبيرة (بالغاه)

٢- ألا يصدر منها ما يدل على رضاها بالعيب

٣- أن لا يكون بها عيب يمنع من مخالطتها

٤- أن يكون العنين ومن في معناه بالغا

٥- أن لا يكون العنين ومن في حكمه قد وصل إلى الزوجة جنسيا في هذا النكاح

المطلب الثالث: التفريق بالشقاق أو سوء العشرة :

يحتاج البحث لإثبات أحقية الزوجة في رفع قيد الزوجية بعد الشقاق إلى بيان

مفهومه، وعليه لابد من تحقق الفقيه في تشخيص موضوعه ، وهذا ما يحتاج

كمقدمة في بحثه إلى جملة موارد هي:

أولاً: تحديده:

يطلق هذا المفهوم عند علماء اللغة ويراد منه التفريق والخلاف، وأنه مشتق من

الشق، وهو نصف الشيء ، وعليه يكون الشقاق ه و : غلبة العداوة والخلاف ، بدليل

، الاستعمال القرآني في قوله تعالى : . . وإ . ن الظَّالِمِي . ن لَفِي شِقَاقٍ . يعي د. الح ج / ٥٣

وهو مصدر على وزن (فعال) بالكسر.

قال ابن منظور : هو – أي الشقاق - العداوة بين فريقين ، سمي شقاقاً ، لأن كل

(. طرف قصد شقا، أي ناحية غير شق صاحبه) ٥٢

أما في الاصطلاح : فهو يطلق عند الفقهاء ويراد منه : النزاع الشديد المستمر

بين الزوجين لدرجة يتعذر معه استمرار العلاقة الزوجية الطيبة ، باعتبار أن آثاره

(. ولدت كراهة وتباغضا مستحكما، وعليه عجز الحكماء عن رفعه بينهما) ٥٣

أما طرق تحققه خارجاً ، فهو يتم بأسباب كثيرة يحددها العرف والتي منها

الضرب المبرح أو الشتم المقذع ، أو الطعن بالكرامة ، فعندئذ يتحقق التجريح إما
بالقول أو بالفعل ، ويحدث باستمراره نوع من الفجوة المؤدية إلى القطيعة والمحنة
للكراهة المانعة من استمرار الحياة الكريمة وهي العلة في تحققه ولا اعتبار

بالمصاديق الخارجية المظهرة للشقاق والتي تتبدل بحسب تغير الأزمان وعليه يكون الضابط هو العرف في أن هذا اللفظ محقق للطعن و الإهانة أو لا يحقق.
ثانيا أقوال الفقهاء:

اختلف الفقهاء في صحة اعتبار الشقاق المستحکم بين الزوجين سببا تاما ومسوغا للتفريق بينهما بحيث يحق للزوجة بعد رفع طلبها إلى الحاكم الشرعي أو القاضي أن يفرق بينهما، وذلك على قولين: أحدهما مجوز والآخر مانع.
القول الأول:

وهو الذي تبناه فقهاء المالكية (٥٤)، إذ انفردوا في اعتبار الشقاق بين الزوجين مسوغا للتفريق القضائي بينهما بعد رفع الأمر إليه من الزوجة ، بعد أن يتثبت أن السبل قد انقطعت بينهم ، وأن بقاء علاقة الزوجية يسبب ضرا كبيرا للزوجة ، ولذلك قالوا : (إذا رفعت المرأة أمرها للقاضي ، فإن أثبتت الضرر ، أو صحة دعواها، طلقها منه ، وإن عجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها فإن كررت الادعاء بعث القاضي حكيمين ، حكما من أهلها وحكما من أهله لفعل الأصلح من جمع و صلح أو تفريق ب عوض او دونه).

وبناء على هذا النص يمكن القول بعد تحليله أنهم يستدلون في إثبات مسلكهم
الفقهي :

أولا:

بأية الشقاق . وإن . خ فُت . م شَقَا ق . ب . يْنِه . مَآ فَاب . عَثُوا . حَكْمًا . م . ن . أ ه لِه . و .
حَكْمًا . م . ن . أ . ه ل . هَا إِنْ

يِرِي . دَا إِصْ لَاحًا . ي . وُقِّقَ الل . ه . ب . يْنِ . ه . مَآ إ . ن . الل . ه . كَا . ن . عَليْمًا
خيبراً.النساء/ ٣٥

ثانيا:

بقاعدة لا ضرر ولا ضرار ، التي تعد الأساس الكلي في إثبات الأحكام الجزئية لأفعال المكلفين بعد تحقق موضوع الضرر وانتفاء الدليل اللفظي ، مع العلم أن هذه القاعدة مستفادة من دليل لفظي ، إلا أن هذه القاعدة أعم من خصوص الدليل اللفظي

في هذا المورد ، وعليه ففي هذه الصورة يمكن تطبيقها فينتج عنه جواز التفريق
لعلة الإضرار ، وأما في صورة العجز عن إثبات الضرر خارجا وعدم اقتناع
القاضي بحجته ، فإن استمرار الخلاف مع كثرة مراجعتها للقاضي بتفريقها يحدث

نوعاً من التزاحم بين ضررين ، أهونهما هو التفريق ، فعندئذ يفرق بينهما لذلك السبب، خصوصاً إذا اقترن البقاء باحتمال الوقوع بمضنة الحرام.

القول الثاني:

ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الإمامية والشافعية والحنفية والحنابلة (٥٥)، من عدم اعتبار الشقاق سبباً تاماً للتفريق بينهما بعد رفع الطلب للتفريق من الزوجة مهما كانت شدته ، أو أنه أحدث ضرراً على الزوج دفعها إلى التفريق ، معللين ذلك: أن دفع الضرر عن الزوجة ممكن بغير الطلاق ، ويتم عن طرق رفع الأمر إلى القاضي أو الحاكم الذي يقوم بتأديب الزوج حتى يرجع عن الإضرار بها. وقد استدل الإمامية على امتناع التفريق في هذه الصورة بإجماع الطائفة (٥٦) الممتد من عصر المعصوم عليه السلام ، فقد عدت تلك السيرة حجة كاشفة عن الحكم الشرعي، والتفريق لا يتم في هذه الصورة إلا برضا الزوج وبذل من الزوجة إن أجازت بعد اتفاق الحكيم على أن ذلك يعد خلعاً.

قال المحقق الحلي : ((إن اتفاقاً - أي الحكيم - على التفريق لم يصح إلا برضا الزوج في الطلاق ورضا المرأة في البذل، إن كان خلعاً)) (٥٧)

ثالثاً: شروط الحكيم:

عند حدوث الخلاف بين الزوجين ورفع الأمر إلى القاضي فيجب عليه أن يتفحص الأمر بينهم عن طريق بعث حكيم وما يقرراه يؤثر في حكمه بالتفريق على رأي من يجوزه وإلا بالخلع بعد بذل المرأة المال ورضا الزوج ويشترط في الحكيم أن يكونا رجلين مسلمين ومن أهل الخبرة والصلاح ، ويستحب أن يكونا من أهل الزوجين ، حك . ما من أهله وحك . ما من أهله ، فإنهما أقرب في التأثير بهما ويحصل المقتضي من تعيينهم ، أما اشتراط العدالة الذي ذهب إليه الشافعية (٥٨) فأ . ن هو غير تام من حيث حمله على الوجوب ، نعم قد يستحب للتمام والكمال في الشرائط وإلا فأ . ن معيار الترجيح في اختيارهم هو الخبرة والقدرة على الإصلاح (لاغير) (٥٩)

الرأي الراجح:

الذي يترجح للباحث بعد إمعان النظر في أدلة القولين، وانعدام الدليل القرآني والروائي الصحيح ، أن الشقاق بحد ذاته لا يكون سببا تاما لفسخ علاقة الزوجية ،

خصوصا وأن الضرر المترتب عليها في الغالب ممكن الرفع عن طريق الحكيمين حيث يحرجه في بيان العلة التامة في الشقاق وإلا يؤشر عليه بالنقص، وعليه فغالبا ما يختار الزوج أحد السبيلين ، إما التسريح أو المعاشرة بالمعروف ، وإذا امتنع فعندئذ يؤديه الحاكم الشرعي بالسجن أو بما يراه رادعا له في الإضرار بالزوجة ، بالإضافة إلى أن الأصل العملي في حالة الشك بالانفساخ هو بقاء علقة الزوجية بدليل الاستصحاب ، وهذا الثبوت لعقد الزواج والواجب الوفاء به مستفاد من الإطلاق في قوله تعالى : أ . وفوا بال . عقود المائدة / ١ ، فعندئذ ولعدم ثبوت الدليل المقيد للإطلاق القرآني لا بد من القول بلزوم عقد الزواج حتى مع وجود الشقاق . أما في حالة وصول الشقاق بينهما حدا عظيما بحيث يخشى على الزوجة الوقوع في الفتنة فعندئذ يترجح بعد تطبيق قواعد رفع التزام اختيار أهون الضررين وهو الفسخ بالإضافة إلى حاكمية لاضرر ، وانطباقها، وبذلك يترجح التفريق بينهم في هذا المورد .

سادسا: رأي المشرع العراقي

أو لا: التفريق بالشقاق :

نصت الفقرة من المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية ع لى أنه (إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة، أو ادعى قيام شقاق بينهما جاز له ان يطلب من القاضي التفريق) ويلاحظ هنا:

إن المشرع العراقي كانت تنقصه الدقة حين جمع بين التفريق للشقاق والتفريق للضرر في مادة واحد، لأنها سببان يختلف أحدهما عن الآخر اختلافا كبيرا، فإن الضرر وصف عام يندرج تحته الكثير من الحالات التي هي أبعد ما تكون عن وصف الشقاق، لذا فسوف نتكلم عن كل من التفريق للشقاق والتفريق للضرر في (مجال مستقل عن الآخر) ٦٠ .

وعليه حدد المشرع العراقي معنى الشقاق فقال : انه إيذاء الزوجة بال قول أو الفعل كالضرب المبرح والشتم المقذع أو أن يحملها الزوج على فعل ما حرم الله ،

أو يهجرها بالفراش ، أو بأن يعرض عنها من غير سبب وما أشبه ذلك من أوجه الإيذاء.

ثانياً: اثر الشقاق:

إذا ادعت الزوجة أن زوجها يعاملها بمثل ما تقدم طلبت من القاضي التفريق أرسل القاضي إلى زوجها ونهاه عما يفعل بزوجته ويأمره بحسن العشرة، فإن تكررت الدعوى بعد أن لم يطرأ على علاقة الزوجين أي تحسن، فإن على القاضي قبل أن يحكم بالتفريق أن يعين حكيمين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن أو من غيرهما ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح ليقوم بدور المصلح بين الزوجين، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأربعين، على أن (على القاضي قبل إصدار الحكم للتفريق أن يعين حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج للنظر في إصلاح ذات البين أن وجدوا فإن تعذر، وجودهما طلب القاضي إلى الزوجين انتخاب حكيمين غيرهما، فإن لم يتفقا على ذلك انتخبهما القاضي).

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة نفسها على أنه (على الحكيمين أن يجتهدا في الإصلاح، فإن تعذر عليهما ذلك رفع الأمر إلى القاضي موضحين له الطرف الذي ثبت لهما أنه هو المقصر. فإن اختلفا ضم القاضي إليهما حكماً ثالثاً).

ثالثاً: حكم التفريق للشقاق:

لقد جعل قانون الأحوال الشخصية العراقية رقم (١٨٨ لسنة ١٩٥٩) للمرأة حق طلب التفريق بينها وبين زوجها إن لم تنجح الجهود المنصوص عليها في الفقرة الثانية والثالثة من المادة الأربعين

فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة نفسها على أنه (إذا ثبت للقاضي إضرار أحد الزوجين للآخر أو استمرار الشقاق بينهما وعجز عن إصلاحهما وامتنع الزوج). (عن التطليق فرق القاضي بينهما) (٦١)

رابعاً: اثر التفريق للشقاق

ي.ع.د المذهب المالكي هو مصدر القانون العراقي في هذه المسائل على أن الاساءة إذا كانت من الزوج فرق بينهما تبعا لذلك ، فإن الزوجة تستحق مؤجلها كله. أما إذا كانت الاساءة من الزوجه على ما قرره الحكمان ، فإنهما بالخيار بين أن

يبقى على الزوجية قائمه أو أن يخلصاهما منها .

الملاحظ أن المشرع العراقي خالف في هذا الحكم المذهب المالكي على الرغم من أنه هو المصدر للقانون في هذه المسألة ، فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة

الأربعين على أنه ((يسقط المؤجل من المهر إن كان التقصير من قبل الزوجة ،
فإذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر يحكم عليها برد ما لا يزيد على نصف
المهر للزوج))

وهذا التحديد من ألمش . رع العراقي تحديد سيئ ربما نتج عنه ضرر للزوج ،
وكان الأولى أن لا يعيد البذل الذي تدفعه الزوجة كما هو الحال في المذهب
المالكي، إلا أنه قد يكون من العدالة في بعض الحالات التي تدفع الزوجة بدلا
مساويا للمهر أو أكثر منه إذا ما ظهر سوء قصد لها وتعمدها في إحداث الشقاق لكي
(. تنفصل عنه وتلحق بزواج آخر بنا . ء على تفاهم سابق) ٦٢

المطلب الرابع: التفريق لغيبة الزوج:

التمهيد

إذا غاب الزوج عن زوجته لسبب ما وصبرت الزوجة على فراقه مع
معلومية حياته ، فلا إشكال ولا ريب عند جميع الفقهاء في بقاء علة الزوجية
بينهما، وعليها أن تصبر وتتصرف بمقتضى كونها زوجة ، ولها حقوق عليه ،
وعليها واجبات اتجاهه ، أما إذا رفعت أمرها للحاكم الشرعي مدعية أنها متضررة
بالصبر عليه ، وأرادت التفريق منه فعندئذ اختلف الفقهاء فيما بينهم على أقوال ، مع
العلم أن القاعدة العامة المنصوص عليها عند الفقهاء والمنزعة من الروايات ، هو
بقاء علة الزوجية لمعلومية حياته وأن التفريق لا يتم إلا بالطلاق أو الوفاة، وحتى
في صورة فقدته مع وجود من ينفق عليه ، فإن عليها أن تصبر ولا خيار لها إلا
الصبر، أما إذا أرادت ما أرادت النساء وأنها سوف تتضرر لطول مدة فقدته
وتخشى على نفسها من الوقوع في الحرام بالإضافة إلى حاجتها الفطرية إلى
الجنس مع كثرة الإغراءات اليوم، وعليه يمكن بيان هذه الأقوال على النحو الآتي :

أ . و لا : أقوال الفقهاء:

القول الأول . ول:

ما عليه مشهور فقهاء الإمامية المتقدمين والشافعية والحنفية (٦٣) من أن الغيبة لا

تعد سبباً تاماً للتفريق بين الزوجين بعد طلب الزوجة من الحاكم الشرعي التفريق
بينهما، وأنها تعد في ظرفه زوجة مبتلاة، لا بد لها من الصبر ، وأنه آثم في
إضرارها، مستدلين عليه بأدلة روائية قد استفاضت عندهم ودلت بفحواها على أنه

هل للزوجة حق الفسخ أولاً؟ فظاهر الروايات أنه لا يحق لها ذلك والتي منها صحيحة الحلبي ، عن الإمام الصادق (عليه السلام) في زوجة المفقود ، فقال (عليه السلام): ((فما أنفق عليها فهي امرأته قال : قلت فإنها تقول : قال: أريد ما تريد النساء قال ليس ذلك لها ولا كرامة، فإن لم ينفق عليها ول يه أو وكيله أمره أن يطلقها فكان ذلك عليها طلاقاً واجباً)) (٦٤)

ووجه الدلالة في هذه الرواية ظاهر بعد صحة سندها إنها دالة على أن الموت لم يثبت و الأصل بقاء ما كان على ما كان ، وعصمة الزوجية باقية يقيننا فلا تزول إلا بموجب شرعي من موت او طلاق فلذلك يجب على الغائب عنها زوجها أن تصبر ولا يحق لأي أحد أن يرفع عنها علة الزوجية ، مادام معلوم الحياة ويوجد من ينفق عليها، وأن ضررها غير ملاحظ، فلا يصح تفريقها.

القول الثاني:

ما ذهب إليه المتأخرون من فقهاء الامامية من أن الغيبة المحدثه للضرر الكبير على الزوجة وفي حالة عدم تمكنها من الصبر وأنها تخشى على نفسها من الوقوع في الحرام ، فعندئذ لا يمكن اعتماد أصالة بقاء عصمة الزوجية لوجود المسوغ في رفعها، خصوصاً عند قطع الحاكم الشرعي بذلك (٦٥)، مستدلين عليه بحاكمية أدلة لا ضرر على أصالة بقاء علة الزوجية ، وأيضا مقيدة للأدلة اللفظية المانعة من رفع قيد الزوجية في صورة معلومية حياة الزوج وغيابه عنها وعدم طلاقه لها.

ولواقعية التشريع ووجوب رفع الضرر فإن الحكم بالتفريق بين الزوجين يعد مسوغاً بعد طلب الزوجة ، بشرط أن يشخص الحاكم الشرعي موضوع الضرر ويتيقن من غيبته وتعسفه في تعليقه ا، قال السيد اليزدي: (لو تضررت الزوجة في الصبر على فقد زوجها أو تقع في الحرام فهل للحاكم الشرعي الطلاق حينئذ وجهان) (٦٦) ، حيث لم يترجح عنده وجه، فلذلك قال إ . ن في المسألة قولان كما ص . رح الأول بجواز التفريق لو تصدى له الحاكم الشرعي اعتمادا على إطلاقات أدلة نفي الضرر والحر ج ، والثاني دليله لفظي برواية رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)

((الطلاق بيد . م . ن أخذ بالساق))، ووجه عدم الترجيح ما قاله السيد السبزواري :
((! . ن هذه المواد من الأمور التي يتوقف فيها على تشخيص الموضوع بنظر الحاكم
الشرعي وإجراء ما هو الأهم لديه وقطعه بذلك ، والله أعلم)) (٦٧) بالإضافة إلى

الحرص من مخالفة إجماع المتقدمين ومعارضة الضرر لذا فقد حكى الصور

المتصورة في المسألة لا غير من دون ترجيح فهو من المتوقفين .

فالذي عليه المالكية والحنابلة (٦٨) هو جواز التفريق للغيبة إذا طالت وتضررت

الزوجة بها وإن ترك لها الزوج مالا تنفق منه أثناء الغيبة للضرر الذي لا بد من

دفعه قدر الإمكان، لقول رسول الله (ص): ((لا ضرر ولا ضرار..)).

إلا أنهم اختلفوا في أدنى مدة يجوز للزوجة أن تطلب التفريق منه ، فقد ذهب

الحنابلة إلى أن الفرقة تجوز إذا كانت الغيبة لعذر، وحدها ستة أشهر فأكثر عملا

بتوقيت عمر رضي الله عنه للناس في مغازيهم ، ويفرق القاضي مباشرة متى ثبت

لديه ما تدعيه الزوجة، وتكون الفرقة فسحا لاطلاقا.

أما المالكية فقد حددوا المدة التي يتحقق فيها الغيبة المفضية لحق الزوجة في

التفريق سنة على المشهور ولهم قول بثلاث سنوات مهما كان المبرر لتحقق الغيبة

سواء كان لطلب العلم أو التجارة، وكذلك إن تم بدون سبب مع تحقق الفترة

المتقدمة، إذ المعيار عندهم هو مرور الفترة الزمنية للغيبة ولا علاقة لهم بالمبرر ،

وعندئذ يفرق القاضي بينهما إذا طلبت الزوجة إذا كان مكان الزوج مجهولا، فينذره

(. بالحضور أو الطلاق، وعند عدم إجابته يفرق القاضي بينهما ويقع بائنا) ٦٩

الأدلة

(إن القول الأول الذي ذهب إليه فقهاء الشافعية والحنفية ومشهور الامامية (٧٠)

من عدم جواز التفريق للغيبة وإن تضررت الزوجة وطالت فترة غياب الزوج لعدم

قيام الدليل الشرعي على التفريق ، لأن سبب التفريق لم يتحقق فإن كان موضعه

معلوما بحث الحاكم عن بلده فيلزمه بدفع النفقة لا غيرها ولا يلزمه بالطلاق.

والظاهر من خلال أقوالهم المتقدمة أن علة التفريق عندهم هو عد الإنفاق أما

الأسباب الأخرى فهي غير معتبرة أو أنها مسكوت عنها فيطبق عليها حكم الأصل

وهو بقاء علة الزوجية حتى يثبت خلافه بدليل معتبر ، فلذلك أوجبوا على الزوجة

الصبر في هذه الصورة وأن ضررها وطلبها في رفع علة الزوجية لا يعد كافيا

للتفريق خصوصاً، وأنه منافٍ لعمل الصحابة الذي يعد حجة عندهم ، إذ ثبت أن
الخليفة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) كتب في رجال غابوا عن نسائهم
(فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا) ٧١ .

أما القول الثاني فعمدته القواعد العامة وخصوصاً قاعدة دفع الضرر المتحقق في هذه الصورة باعتبار أن الزوج قد اضر بزوجه ولا سبيل لخلاصها إلا بالتفريق بعد أن تعذرت السبل في رده أو طلاقه ، فعندئذ ومن باب الحسبة يستخدم القاضي صلاحيته في رفع الظلم عنها .

والذي يترجح للباحث من خلال النظر في مباني أقوال عموم الفقهاء أن قول المشهور الذي يشكل مخالفته يحمل على الغيبة المنقطعة المحتمل فيها عودة الزوج مع وجود مال للزوج تنفق منه أو وجود من ينفق عليها وإلا بدون هذين الشرطين يثبت لها خيار الفسخ إن أرادت ، والقول الآخر يحمل على الغيبة الطويلة حيث يكون الزوج مظنة لعدم العودة فعندئذ فمع تضررها بالصبر وخوراً في الوقوع في الفتنة ترفع أمرها للحاكم فيؤجلها أربع سنوات كما منصوص بالروايات فيستعلم عن حاله وبعدها يف . رق بينهما .

يبدو من خلال ما تقدم أن القول بالتفصيل ، والله أعلم مع تحقق القيود في الحالتين هو الأرجح فإذا كانت قصيرة ومعلومة لا يحق للقاضي التفريق وإذا كانت طويلة بحيث لا يرجى انقطاعها وتحقق القاضي منها مع تعسف الزوج في إبقاء علاقة الزوجية لا لشيء إلا للإضرار بالزوجة فعندئذ يكون ذلك كافياً في التفريق بينهما لحاكمية قاعدة لا ضرر ، بالإضافة إلى دفع المفسدة المترتبة على ذلك البقاء مع رغبة الزوجة في الانفصال .

ثانياً: رأي المشرع العراقي:

اعتمد فقهاء القانون في هذه المسألة على الفقه الإسلامي فلذلك قالوا في بداية بحثهم اختلف الفقهاء في حق الزوجة في طلب التفريق بينها وبين زوجها إذما غاب عنها مدة وتضررت بغيبته وخشيت على نفسها الفتنة ، وقد اخذ المشرع العراقي بمذهب الحنابلة ، فن . صت المادة الثالثة والأربعون من قانون الأحوال الشخصية على أنه (إذا غاب الزوج سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وكان معروف الإقامة جاز لزوجته أن تطلب إلى المحكمة التفريق للضرر وان كان له مال تنفق

منه).

وقد ن . صت المادة الثانية والأربعون على أن (التفريق بسبب الضرر والشقاق

يعتبر طلاقاً بائناً بينونة صغرى).

ويؤخذ على هاتين المادتين ما يأتي :

١- إن القانون يشترط لجواز التفريق بالغيبة أن تكون بدون عذر ، على هذا لو غاب الزوج في تجارة أو بعته علمية فلا يحق لزوجته طلب التفريق وفي هذا إجحاف.

٢- إن القانون جعل مدة الغيبة سنتين ، وهذه المدة قليلة فالاحتياط بحفظ كيان الأسرة يستلزم رفع السقف الزمني بثبوت خيار الفسخ للغيبة وإن كان هناك من يقول بأن هذه الفترة لا بأس بها لحفظ الحياة الزوجية عند خوف الوقوع في الفتنة؛ فعندئذ يكون الترجيح منتزع من ظرف الزوجة وامكانها من الصبر على غياب الزوج والا فلا مسوغ تحديد الفترة بالمعيار هو حفظها من الفتنة ومنعها من الانزلاق في المعاصي.

٣- إن القانون جعل مدة الغيبة سنتين وأهمل مسألة الإنذار به والأعذار وكان الأولى به أن يشترطها حتى يوازن في تحقيق العدالة بين الطرفين؛ إذ إن اطلاعه على ظروف غيبة الزوج يمكنه من عذره فهو أقرب للوصول الى روح العدالة.

المطلب الخامس: التفريق للحبس:

التمهيد:

من خلال الاطلاع على كتب السيرة والتاريخ التي أرخت للحوادث في الحضارة الإسلامية ظهر منها أن أول من أسس السجون الاصلاحية وبين فلسفتها والمقاصد منها هو الإمام علي بن أبي طالب (عليه السلام) في أيام خلافته بالكوفة ، وسماه باسم نافع (٧٢)، حيث يدل الاسم عن مقصوده وهو نفع الجاني تارة وحماية المجتمع تارة أخرى ، وعليه نقطع بأن الغاية من إنشاء السجون إصلاحية تهدف إلى تهذيب النفوس وتخليصها من الأهواء التي تقحمها في المحذورات ، فلذلك عرف التراث الإسلامي السجن وأنطاط عقوبته للحاكم منذ عصوره الأولى ، وقد طبق ذلك كل من تولى إدارة الدولة الإسلامية ، وقد ضبط ذلك الفقهاء ونظروا لها

بشرائط وأحكام تعبر عن فلسفة تشريعه ا، أما اليوم فقد ك ثرت الحاجة إليها
وأصبحت لها مؤسسات خاصة لها مراقبة من جهات دولية تعبر عن مدى حرص

الدولة على تطبيق حقوق الإنسان وكثرت حالات العقوبة بالحبس حسب ما يحدده القنون الوضعي في نصوص فقه العقوبات الجنائي.

أما في الفقه الإسلامي فقد ذكرت في موارد بعضها منتزعة من الأدلة اللفظية فكانت عقوبات منصوصة ، والبعض الآخر منتزعة من الواقع الخارجي لحاجة المكلفين وبحسب السلطة التقديرية للقاضي ، وخصوصا في فقه التعزيرات وفي الفقه الإسلامي ، إذ يقسم الحبس إلى قسمين : مؤبد ومؤقت ، ومن أمثله في فقه الامامية والمنصوص عليه في روايات أئمة أهل البيت (عليهم السلام) ، وعلى سبيل المثال فمن الأول حبس المرأة المرتدة ، والسارق للمرة الثالثة بعد إقامة الحد عليه مرتين ، ومن الثاني حبس المدين حتى يسدد ما بذمته من دين ، والكفيل حتى يحضر المكفول ، كل ذلك يرجع في تقدير قنترته إلى القاضي أو الحاكم الشرعي ، ملاحظ فيه نوع المخالفة التي سببها واستدعى حبسه ، فإن تحقق ذلك وسواء كان الحبس مؤقتًا أو دائمًا فإنه يحدث نوع من الغيبة المنقطعة للزوج عن زوجته فإن تعذر صبرها وخشيت على نفسها الفتنة ورفعت أمرها للحاكم الشرعي في تفريقها عن زوجها لضررها المتحقق في بقاء علاقة الزوجية مع معلومية حياة الزوج فللفقهاء في ذلك قولان أساسهما مبني أن الحبس هل يعد سببًا تامًا للتفريق أو لا ؟ مع إنعدام الدليل اللفظي فكانت المسألة محلها فهم الفقهاء لروح التشريع وغاياته فعندئذ

نفصل في هذين القولين :

أ . و لا : أقوال الفقهاء :

القول الأول:

ما ذهب إليه مشهور فقهاء الإمامية والشافعية والحنفية والحنابلة (٧٣) إلى أن الحبس مهما كانت مدته لا يعد سببًا كافيًا للتفريق بين الزوجين مع وجود من ينفق عليها فعندئذ يجب على الزوجة الصبر وأنها مبتلاة تثاب عند الله تعالى ، معللين ذلك أن الدليل الشرعي في رفع علاقة الزوجية منعدم فيستصحب بقاؤه إلا بإرادة الزوج ، وعليه فإن القاعدة العامة في مورد الشك استصحاب علاقة الزوجية المتيقنة

ولا يلتفت إلى رفعها للشك ، لأننا نحتاج إلى يقين مثله ، بالإضافة إلى سيرة
المتشرعة المستمدة من سيرة رسول الله (صلى اله عليه وآله وسلم) حتى عصر
الفقهاء في إبقاء العلة الزوجية في حالات السجن ، إذ لم يحدثنا التاريخ عن واحدة

من هذه الحالات تم فسخها في عهد ه، وعليه فقد اشتهر وكاد أن يصل إلى حد الإجماع عدم أحقية الزوجة في طلب التفريق لذلك السبب.

القول الثاني:

هو الذي تبناه فقهاء المالكية (٧٤) ح يث قالوا إن غيبة الزوج للسجن إذا كانت لأكثر من سنة وطلبت الزوجة التفريق يحق للقاضي تفريقها من دون حاجة إلى مكاتبة الزوج أو أنظار ه، وتكون الفرقة طلاقاً بائناً، وهذا ما ذهب إليه النووي من فقهاء الشافعية، حيث تفرد بتجويزه للتفريق بسبب الحبس، فقال: ((أن يعلم أن ه حي، نظرت فإن كانت على مسافة تقصر فيها الصلاة جاز للسلطان تزويجه، لأن استئذانه مشقة فصار كالمفقود)) (٧٥)، وبالمفهوم يستفاد منه أن المحبوس إذا كان دون مسافة التقصير فلا يجوز للسلطان تزويجه، بمعنى أن النووي يعلق الأمر على إمكانية اللقاء بالزوج وعدم إمكانية ذلك، فإذا تمكنت من إيفائها بواجباتها مع حصولها على حقوقها الزوجية فلا إشكال في عدم صحة التفريق، وإلا ففي حالة عدم الإمكان إما لبعده الطريق أو لعدم استيفائها لحقوقها فعندئذ يجوز طلب التفريق.

الظاهر من خلال الاطلاع على مبنى هذا المسلك الفقهي في تجويز التفريق بسبب السجن أنه يعتمد على القواعد العامة التي يبين فيها أن الضرر المتحقق على الزوجة نتيجة غيبة الزوج للسجن لا بد من رفعه، لقول رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): (لا ضرر ولا ضرار..) حيث تعد هذه القاعدة مخصصة لحصر الطلاق بيد الزوج، وأيضاً أن سجنه يحدث في أغلب الأحيان تقصيره في الإنفاق عليها، وذلك لانقطاع أسباب الرزق لديه، وهذا ما أرغم الزوجة إلى طلب التفريق فعندئذ يجوز تفريقه، وهذا ما يرجع في تحديده إلى سلطة القاضي التقديرية في هذا المورد.

الرأي الراجح:

يترجح للباحث بالجمع العرفي بين القولين فيحمل القول المشهور على الحبس المؤقت الذي ينتهي بانتهاء فترته، وعليه لا يكون سبباً تاماً للتفريق بينهم، وعليها

أن تصبر احتساباً مع ضرورة توفير مستلزمات الإنفاق عليه ، وهذا ما يمكن
استظهاره من الروايات في بقاء العصمة بيد الزوج في الموارد المنصوص عليها
والتي منها الحبس ، ، وأما في ظرف كون السجن دائماً فيترجح قول المالكية من

جواز التفريق بينهم ا، خصوصا إذا كان جناية على الحق العام الذي لا يقبل الإسقاط، فعندما ترفع أمرها للحاكم الشرعي مع تثبته أن سجنه مؤبداً مع إمكان وقوعها في الفتنة وعدم تمكنها من الصبر فقاعدة الضرر لا محال تكون هي الحاكمة، وهذا ما ذهب إليه الكثير من الفقهاء المعاصرين ، ومنهم السيد كاظم اليزدي حيث قال : (لا يبعد جواز طلاق الزوجة للحاكم الشرعي إذا علم أن زوجها محبوس في مكان لا يمكن مجيئه أبد ا)، فهو بمنزلة المفقود الذي لا ترجى عودته فعندئذ يفرق الحاكم بينهما إذا طلبت الزوجة ذلك وتحقق منها بعد اطلاعه وانذاره.

ثانيا: رأي المش . رع العراقي.

على الرغم من أن وصف الضرر وصف يندرج تحته كثير من الأسباب التي يحق للزوجة طلب التفريق أو ما تحققه ، على أن المشرع العراقي أدرج حالتين من الحالات التي يحق للزوجة طلب الفرقة عن زوجها وإدر اج بقية الأسباب تحت عناوين أخرى مستقلة .

حالات الضرر في قانون الأحوال الشخصية العراقي هي:

١-حالة حبس الزوج

٢-حالة غيبته:

أو لا: حبس الزوج نصت المادة الحادية والأربعون على انه (الزوج المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيده للحرية مدة خمس سنوات فأكثر أن تطلب إلى المحكمة التفريق للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه)

الظاهر أن المش . رع العراقي بنى حكمه هذا على أن حبس الزوج هذه المدة المنصوص عليها سبب ضررا أكيدا للزوجة لا يختصر على الإنفاق وحده، وقد أخذ المشرع العراقي حكمه هذا من مذهب الإمام مالك أيضا، لان الحنفية والجعفرية لا يجعلوا للزوجة الحق في طلب التفريق لهذا السبب مع أنه لم يبين الباعث الدافع نحو هذا التحديد مع العلم أن هذه الفترة قصيرة لا تكون مسوغاً

لإعطائها خيار الفسخ إذ يلاحظ فيه نوع من التخفيف والمفروض أنه يتشدد حتى
يصون العلاقة الزوجية ويقلص مساحة ال تفريق بين الأزواج الا ان يتيقن بوجود
ظرف قاهر على الزوجة يحتم عليها عدم الصبر اكثر من هذه الفترة .

نتائج البحث:

يظهر من خلال إمعان النظر في مطالب البحث مجموعة من النتائج تعد هي
الثمرة الحقيقية لهذا البحث ومن أهمها:

٢- المعروف إ . ن فقهاء المسلمين قد حصروا إنهاء العلاقة الزوجية بيد الزوج أصلاً لا
والاستثناء لا يرد إلا في حالات خاصة ومضيقه تنتشر فيها الزوجة مع
ضبطه بنظر الحاكم .

٣- إ . ن أغلب صور التفريق القضائي لوت . مت بتمام موجبها كانت الفرقة بين
الزوجين بانئة لتحقيق الغرض من التفرقة إذ لو كانت رجعية فبرجوع الزوج
ينتفي الغرض من التفرقة، أ . ما في الطلاق البائن لا يحق له الرجوع إلا برضا
طرفي العقد.

٤- إ . ن أغلب الفقهاء عندما ذهبوا إلى جواز التفريق القضائي كان مستندهم في
معظم الأحيان القاعدة الفقهية التي أسسها رسول الله (صلى الله عليه وآله
وسلم) بقوله : ((لا ضرر ولا ضرار)).

٥- المعروف إ . ن المشرع في القانون الوضعي قد أعطى مساحة واسعة للقاضي
وأطلق له الصلاحيات فذلك حيث تحقق المقتضي بحسب العرف ومقتضى
العدالة سوف يطبقه وعليه كثرت صور التفريق القضائي عندهم، أما في الفقه
الإسلامي فحيث الحرج من تولي منصب القضاء لعظمة مسؤوليته وإنه من
مختصات الأنبياء ولا يعطى لغيرهم إلا بالنيابة والتطبيق لما ورد عنه (صلى
الله عليه وآله وسلم) حيث حصر التطلق بيد الزوج مع ندرة المخصص
فعندئذ تنضيق صور التفريق القضائي.

٦- المسموح وبتحريم الروايات الصادرة عن المعصوم إ . ن التفريق لا يتم إلا بعدم
الإفراق أو العيب المفضي لقيام الزوج بالمهام الجنسية فذلك اشتهر عندهم
حصر التفريق بهذين الموردين وندر عند المتقدمين غيرها من الصور، أما
بعض المتأخرين والمعاصرين ممن استطاع تأويل النصوص أن يوسع دائرة

التفريق بما يشمل الشقاق والغيبة والسجن مثلاً.

٧- للعرف مدخل كبير في الّ شرع و القانون بتتقيح الموضوعات فأغلب صور التفريق متوقفة على مقدمة موضوعية أرجع أغلب الفقهاء في تجليتها إلى العرف.

٨- إ. ن. أغلب. م. ن. منع التفريق القضائي في ماعدا صورتني عدم الإنفاق والعيوب يعتمد في حصرهم على الإطلاق الوارد في الآيات القرآنية التي منها قوله تعالى: ((أوفوا بالعقود)) وكذلك الإطلاق في قول النبي (صلى اله عليه وآله وسلم): ((الطلاق لمن أخذ بالساق))، وحيث انتفى المخصص الذي يجب أن يكون بمستوى المخصص فعندئذ منعوا من التعدية .

الهوامش

(١) معجم لغة الفقهاء، مادة(فرق). (.

٥٠٧ / ٤٤١ ، الحر العاملي: وسائل الشيعة: ٢١ / ٢ ، الصدوق: من لا يحضره الفقيه: ٣)

٥٤ / ٣) مغنية: فقه الامام الصادق: ٦ (

٤ . (٤) سلار: المراسم العلوية، ١٢٤ (

١٠٢ / ٥) قواعد الاحكام: ٢ (

٣ / ٦) تذكرة الفقهاء: ٢ (

٥١٣ / ٧) الحر العاملي: وسائل الشيعة: ٢١ (

٦١ / ٨) منهاج الصالحين: ٢ (

٥٩ / ٩) منهاج الصالحين: ٢ (

٧٨٤ ،الحاكم النيسابوري:مستدرک / ١٠) ابن ماجة: السنن: ٢ (

٣١٣ / ، الطوسي: التهذيب: ٧ / ٧٤٥ ، احمد: المسند: ١ / ٥٧ ، مالك: الموطأ: ٢ / الصحيحين: ٢

١٤٦.

٢٣٨ / ١١) الروحاني: فقه الامام الصادق: ٥ (

٣١٤ / ١٢) السبزواري: مهذب الاحكام: ٢٥ (

٣١٤ / ١٣) م.ن: مهذب الاحكام: ٢٥ (

١٤ / ٣١٤ (م.ن: مهذب الاحكام: ٢٥)

١٥ / ٣٦٠ (البيهقي: سنن البيهقي: ٧)

- (٧ / ٣٢٧) العلامة الحلي:المختلف: ٧)
- (٧ / ٣٢٧) م.ن: المختلف: ٧)
- (٣ / ٢٢٣) مسالك الافهام: ٣)
- ٦١ ، اليزدي:ملحقات العروة: ١٩ / ٧٠) انظر: محسن الحكيم: منهاج الصالحين: ٢)
- ٣٥٨ / السبزواري:مهذب الاحكام: ٢٥
- (٩ / ٥٦٠ ، البيهوتي:كشاف القناع: ٥ / ٢٠) ابن قدامة: المغني: ٩)
- (٥ / ٤٧٩ ، الدرديدري: الشرح الكبير: ٢ / ٢١) الحطاب:مواهب الجليل: ٥)
- (٣ / ٤٤٢) الشريبي: مغني المحتاج: ٣)
- (٢ / ٢٦٣) الام: الشافعي: ٢)
- (٢١ / ٥٠٧) الوسائل: ٢١)
- (٢١ / ٥٠٧) م.ن: ٢١)
- (٣٠ / ١٠٥) النجفي:جواهر الكلام: ٣٠)
- ٢٥ ، ابن نجيم: البحر / ١٦٣ ، الكاساني: بدائع الصنائع: ٤ / ٢٧) السمرقندي:تحفة الفقهاء: ٢)
- (
- ٣١٣ / الرائق: ٤
- (٦٥٦ / ٢١ ، ابن حمزة: الوسيلة: ٢٨٦ ، ابن ادريس: ٢ / ٢٨) الطوسي: المبسوط: ٦)
- (٢٩ / ٩٠٣) ابن عابدين: الدر المختار: ٢)
- (٢٢ / ٣٠) شرائع الاسلام:مج ٢)
- (٦ / ٣٩٩) الشيخ الطوسي:تهذيب الاحكام: ٦)
- (٣٢) مغنية: الفقه على المذاهب الخمسة، ١٦٧)
- (٣٣) م.ن: ٢٧٧)
- (*) وكذلك الامر في مصر حتى صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من جواز التفريق لعدم
(. الانفاق، كما يوجد في المواد) ٤، ٥، ٦
- (٣٤ / ٢٧٧) احمد الكبيسي: الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء، ٣)
- (٣٥) ابن منظر:لسان العرب مادة(عن).)

٣٦ / ٥١٤) محمد حسن العاملي: الزبدة الفقهية: ٦ (

٣٧ / ١٣٧) مغنية: الفقه على المذاهب الخمسة: ٣٣٣ ، السبزواري: مهذب الاحكام: ٢٥ (

- ١٩٣٠ / ٣٠ ، العلامة الحلبي:مختلف الشيعة: ٧ / ٣٨ (المحقق الحلبي:شرائع الاسلام،مج ٢)
- ٥٠١ / حسن العاملي: الزبدة الفقهية: ٦
- ٢٠٥ / ٣٩ (الشربيني:مغني المحتاج: ٣)
- ٥٠ / ٤٠ (ابن رشد:بداية المجتهد: ٢)
- ١٣٥ / ٤١ (ابن نجيم:البحر الرائق: ٣)
- ١١٧ / ٦٥٢ ، البهوتي:كشاف القناع: ٥ / ٤٢ (ابن قدامة:المغني: ٦)
- ٣٠ / ٤٣ (ابن القيم الجوزية:زاد المعاد: ٤)
- ٧٢ / ٤٤ (ابن حزم: المحلى: ١٠)
- ٦٥٢ ، الفقه على المذاهب الخمسة ٣٣٣ / ٤٥ (ابن قدامة: المغني: ٦)
- ٥١ ، العلامة: / ٢٠٤ ، ابن رشد:بداية المجتهد: ٢ / ٤٦ (الشربيني: مغني المحتاج: ٣)
- ١٩١ ، الطوسي:النهاية: ٤٨٥ / المختلف: ٧
- ٥٢ ، البهوتي:كشاف / ٢٠٤ ، ابن رشد:بداية المجتهد: ٢ / ٤٧ (الشربيني:مغني المحتاج: ٣)
- ١١٧ / القناع: ٥
- ١٥١ / ٢١٦ ، السبزواري: مهذب الاحكام: ٥ / ٤٨ (العلامة: المختلف: ٧)
- ١٣٦ / ٤٩ (ابن نجيم: البحر الرائق: ٣)
- ٥١ ، مغنية: الفقه على المذاهب الخمسة: ٣٣٤ / ٥٠ (ابن رشد: بداية المجتهد/ ٢)
- ١٤٥ / السبزواري: مهذب الاحكام: ٢٥
- ٥١ (الكبيسي:الاحوال الشخصية: ٢٥٤)
- ٥٢ (لسان العرب:مادة(شقق).)
- ٢٠٧ / ٧٣٠ ، الشربيني: مغني المحتاج: ٢ / ٥٣ (ابن ادريس: السرائر: ٢)
- ٣٤٥ / ٢٤٦ ، الدرديد: الشرح الكبير: ٢ / ٥٤ (الدسوقي: حاشية الدسوقي: ٢)
- ١٢٤ / ٤٢ ، الشافعي:الام: ٥ / ٥٥ (المحقق الحلبي:شرائع الاسلام:مج ٢)
- ٣٣٤ ، البهوتي: كشاف / ٦٩ ، الكاساني:بدائع الصنائع: ٢ / النووي:المجموع: ١٧
- ٢٤٠ / القناع: ٥

(٥٦ / ١١٢) النجفي: جواهر الكلام: ٣٠)

(٥٧ / ٤٢) الشرائع: مج ٢)

- (٥٨ / ١٢٤) الام: ٥)
- (١٧٠ / ١٧ ، ابن قدامة: المغني: ٨ / ٥٩) العلامة الحلي: قواعد الاحكام: ٣)
- (٦٠) علي الخفيف: شرح قانون الاحوال الشخصية: ١٨٧)
- (٦١) م.ن: ١٨٨)
- (٦٢) احمد الكبسي: الاحوال الشخصية: ٢٤٢)
- (٥٨٣ / ٦٣) المحقق الحلي: شرائع الاسلام: ٣: ٣١ ، البحراني: الحدائق الناضرة: ٢٥)
- (٣٥ / ٢٤٢ ، السرخسي: المبسوط: ١١ / الشريبي: مغني المحتاج: ٣)
- (١٥٨ / ٦٤) الحر العاملي: وسائل الشيعة: ٢٢)
- (٦٧ / ٦٥) اليزدي: ملحقات العروة: ٧٨ ، محسن الحكيم: منهاج الصالحين: ٢)
- (١٦١ ، وهو شرح لمتن العروة الوثقى. / ٦٦) السبزواري: مهذب الاحكام: ٢٦)
- (١٦١ ، وهو شرح لمتن العروة الوثقى. / ٦٧) السبزواري: مهذب الاحكام: ٢٦)
- (٤٣١ / ١٤٣ ، الشرح الكبير: الدرديد: ٢ / ٦٨) ابن قدامة: المغني: ٨)
- (٤٩٥ / ٦٩) الرعيني: مواهب الجليل: ٥)
- (٣٥ ، البحراني: / ٢٤٢ ، السرخسي: المبسوط: ١١ / ٧٠) الشريبي: مغني المحتاج: ٣)
- ٥٨٣ / الحدائق: ٢٥
- (١٢٤ / ٧١) البهوتي: كشف القناع: ٥)
- (٧٢) ابراهيم الثقفي: الغارات: ٧٩)
- (١٦٤ / ١٧١ ، النووي: المجموع: ١٦ / ٧٣) العلامة الحلي: تحرير الاحكام: ٤)
- (٧٤) الدرديد: الشرح الكبير: ٤١٣: ٢)
- (٧٥) النووي: المجموع: ١٦٤: ١٦)

المصادر والمراجع

- ١- البحراني: شيخ يوسف ت ١١٨٦ .
الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، تحقيق محمد تقي الايرواني، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، إيران.
- ٢- البهوتي: منصور بن يونس ت ١٠٥١ .
كشف القناع عن متن الإقناع، الطبعة الثانية، بيروت لبنان ١٤١٨ .
- ٣- الحاكم النيسابوري: أبو عبد الله ت ٤٠٥ .
المستدرک علی الصحیحین، بیروت لبنان، دار المعرفة.
- ٤- الحر العاملي: محمد بن الحسن ١١٠٤ ،
تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة (مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث. مطبعة مهر، قم، ١٤١٢ هـ .
- ٥- ابن حزم: أبي محمد علي بن احمد.
المحلى. بيروت، دار الفكر، تحقيق احمد محمد شاكر.
- ٦- الحكيم: سيد محسن. ت ١٩٧٠ م،
منهاج الصالحين، قم: ستارة، ١٤١٦ هـ.
- ٧- الدردير: ابو البركات احمد،
الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، بيروت لبنان
- ٨- الدسوقي: محمد بن عرفه ت ١٢٣٠ ،
حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت، لبنان، دار الإحياء والتراث
- ٩- ابن رشد: الحفيد،
بداية المجتهد ونهاية المقتصد. الطبعة الأولى. بيروت، لبنان، دار الفكر
- ١٠- السبزواري، عبد الأعلى، ت ١٩٩٣ ،
مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام. مطبعة الآداب. النجف الاشرف ١٩٨٦
- ١١- سلالر، ئ أبو يعلى حمزة بن عبد العزيز الديلمي،

- المراسم العلوية في الأحكام النبوية، تحقق: محسن الحسيني، (قم: أمير، ١٤١٣ هـ) ٨
- ١٢ - السمرقندي: علاء الدين بن احمد ت ٤٠١
- تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الثانية
- ١٣ - الشافعي: أبو عبد الله محمد ت ٢٠٤
- الأم، دار الفكر، بيروت لبنان، الطبعة الثانية ١٩٨٣ شرييني: شمس الدين محمد بن احمد.

١٤ - الشربيني:شمس الدين محمد بن احمد،

مغني المحتاج،مطبعة مصطفى الباب الحلبي،الطبعة الاولى ١٩٥٨

١٥ ، - الشهيد الثاني:زين الدين الجبعي العاملي ٩٦٥

الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ،تحقيق محمد كلنتر ،منشورات جامعة النجف
الدينية،الطبعة الثانية ١٣٨٩

١٦ - الصدوق:أبو جعفر بن محمد بن علي بن بابويه القمي.ت ٣٨١

من لا يحضره الفقيه ،تحقيق علي اكبر غفاري ،مؤسسة النشر الإسلامي ،إيران ،الطبعة
الثانية

١٧ ، - الطوسي:أبو جعفر محمد بن الحسن ت ٤٦٠

أ- النهاية في مجرد الفتاوى.الطبعة الثانية،قم،إيران،

ب - تهذيب الأحكام.الطبعة الأولى. ١٣٨٥. النجف

١٦ - العاملي:محمد حسن ترحيبي،

الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية.مطبعة سليما نزاده،إيران، الطبعة السابعة ١٤٣٠

: ١٧ - العلامة الحلي: أبو منصور الحسن بن يوسف المطهر الاسدي ت ٧٢٦

أ- قواعد ،الأحكام،(قم: مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٣ هـ،

ب- مختلف الشيعة في أحكام الشريعة .قسم إحياء التراث.مطبعة مكتب إعلام اسلامي .

الطبعة الثانية ١٤٢٣

١٨ ، - ابن قدامة:موفق الدين عبد الله بن احمد ت ٦٢٠

المغني:دار الكتاب العربي،بيروت، لبنان ١٩٧٢

١٩ ، - ابن قدامة:المقدسي أبو الفرج عبد الرحمن ت ٦٨٢

الشرح الكبير على متن المقنع،بيروت،دار الكتاب العربي

٢٠ ، - الكاساني:علاء الدين أبو بكر بن مسعود ت ٥٨٧

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،الطبعة الثانية ١٤٠٠. مصر

٢١ ، - الكليني:أبو جعفر محمد بن يعقوب ت ٣٢٩

الكافي. تحقيق علي اكبر غفاري، الطبعة الثالثة. دار الكتب الاسلاميه ١٣٨٨

، ٢٢ - المحقق الحلي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ت ٦٧٦

شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. الطبعة الثانية. إيران ١٩٩٣ وطبعه أخرى

بيروت تحت إشراف الشيخ محمد جواد مغنیه منشورات دار مكتبة الحياة مغنیه: محمد

جواد،

٢٣ - مغنيه :محمد جواد،

، أ- فقه الإمام الصادق، دار العلم للملايين، الطبعة الأولى ١٩٧٠

ب- الفقه على المذاهب الخمسة، مطبعة استاره ١٤٢٧، الطبعة الثانية

٢٤ - ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم،

لسان العرب. قم، إيران ١٤٠٥

، ٢٥ - النجفي: محمد حسن ١٢٦٦

جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. تحقيق عباس القوجاني، دار الكتب

الاسلاميه، طهران

، ٢٦ - ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم محمد، ت ٩٧٠

البحر الرائق، بيروت. لبنان الطبعة الأولى

، ٢٧ - النووي: أبو زكريا محي الدين بن شرف. ت ٦٧٦

المجموع في شرح المهذب. دار الفكر. بيروت